

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

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

עורך ראשי: אורי דרומי
מנהלת ההוצאה לאור: עדנה גרניט
עורכת הספרייה: יעל מושיב
עריכת לשון: מירי הורוביץ
רכז הפקה: נדב שטכמן
עיצוב גרפי: רון הרן
סודר ונדפס בהתשס"ה ב'ארט פלוס', ירושלים

מסת"ב: ISBN 965-519-002-01

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה
Copyright by The Israel Democracy Institute
Printed in Israel 2005

מרדכי קרמניצר הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.
עו"ד **אפרת רחף** היא עוזרת מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה

תוכן העניינים

5	הקדמה
9	פרק ראשון: הדין המצוי
9	א. יסודות העברה והקשרה החקיקתי
21	ב. הערך המוגן בעברה
42	ג. הסייגים לעברה
50	ד. פגיעה בזכויות יסוד
68	ה. התנגשות נורמטיבית: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
75	ו. התנגשות נורמטיבית: חוק חופש המידע
90	ז. סיכום ביניים
93	פרק שני: משפט משווה
93	א. כללי
93	ב. הדין האנגלי: מורשת של סודיות
106	ג. הדין השבדי: מורשת של שקיפות
108	ד. הדין האמריקני: חופש מידע ושיטת הסיווג
120	ה. הדין הגרמני: סיכון ישיר של אינטרס ציבורי חשוב
125	ו. מודלים נוספים
128	ז. מסקנות
	פרק שלישי: העובד המתריע (whistleblower)
133	והגנת אינטרס ציבורי
153	פרק רביעי: השלכות לגבי הדין המשמעותי
159	פרק חמישי: הצעה לשינוי בחקיקה
165	סיכום
171	נספח: הדין הקיים

175

ביבליוגרפיה

192

Summary

סודיות, בהיותה מכשיר של מזימה ושקר,
אסור לה להיות שיטתה של ממשלה רגילה
ג'רמי בנתהם
(1748-1832)

הקדמה

על פי החוק במדינת ישראל, עובדי ציבור מחויבים לשמור בסוד כל מידע אשר הגיע לרשותם מתוקף תפקידם. הפרת החובה מהווה עבירה פלילית וכן עבירה משמעתית. הגדרתו הרחבה של האיסור הפלילי יוצרת מצב בו הפרתו היא עניין בנאלי ויומיומי. המציאות רוויה בהדלפות מידע אסורות מצד עובדי ציבור בנוגע לדיוני ממשלה, לחקירות משטרה ולפעולתם של גופים ציבוריים אחרים, ובכל זאת אין מציאות זו מוצאת ביטוי הולם באכיפת האיסור. אכיפת חסר שיטתית זו צורמת בראי שלטון החוק ומעלה סימני שאלה באשר לצורך באיסור בכלל ובמתכונתו הנוכחית בפרט. מטרתה של עבודה זו לנתח באופן ביקורתי את האיסור הפלילי על גילוי מידע רשמי ללא סמכות ("גילוי בהפרת חובה"). נבקש לברר אם יש צורך אמתי לאסור גילוי מידע רשמי בדין הפלילי, ואם כן – כיצד ניתן לעשות זאת תוך פגיעה מינימלית בערכי יסוד דמוקרטיים.

התרחשויות אחרונות חידדו את הצורך בדיון מעמיק בסוגיית הדלפות מידע רשמי. בישראל, סמוך למועד הבחירות הכלליות, הדליפה הפרקליטה ליאורה גלאט-ברקוביץ מסמך חסוי החושף קשר מפוקפק לכאורה בין ראש הממשלה שרון לבין איש העסקים סיריל קרן (בהמשך לקבלת הלואאה בלתי חוקית של שרון מידי קרן), ובעקבות זאת הוחלט להגיש נגדה כתב אישום בעבירות גילוי בהפרת חובה והפרת אמונים. בארצות הברית ובאנגליה התחולל ויכוח נוקב סביב השאלה אם מידע מודיעיני הוצג לציבור באופן בלתי מדויק ואף מעוות מתוך שיקולים פוליטיים, כדי לגייס את תמיכת הציבור ביציאה למלחמה בעירק; הרקע לוויכוח נעוץ בספקות שהתעוררו בנוגע למהימנות המידע המודיעיני בדבר יכולות הנשק של עירק, מידע שעמד בבסיס החלטת ארצות הברית ואנגליה לצאת למלחמה. ספקות אלו קיבלו חיזוק ניכר עם מסירת מידע מצד המדען האנגלי ד"ר דייוויד קלי (Kelly) לכתב רשת ה-BBC, מסירה שהובילה לפרסום כתבה המאשימה את הממשלה בדיווחים בלתי מהימנים במטרה לגייס את תמיכת הציבור ביציאה למלחמה. כפקיד בכיר במשרד ההגנה היה קלי מורשה למסור מידע לעיתונאים מכוח

הרשאה כללית ממשרד החוץ, ולכן לא ננקטו נגדו (לפחות באותו שלב) צעדים משמעותיים או אחרים. עם זאת, הדלפת שמו לעיתונות והסערה הציבורית שהתעוררה עקב הפרשה הובילו, בסופו של דבר, להתאבדותו. ועדת החקירה שהוקמה בעקבות הפרשה (ועדת האטון) קבעה שאף כי לא נמצאו ראיות להאשמות ה-BBC נגד הממשלה, יש אפשרות, בעייתית בפני עצמה, שגורמי המודיעין הושפעו מן הציפיות הברורות של הדרג המדיני הבכיר בקביעת ההערכות המודיעיניות.¹ נקודה זו ראויה לדיון ציבורי לנוכח השלכותיה על טיב היחסים הראויים בין גוף ביטחוני מקצועי לבין הדרג הפוליטי הבכיר. יצוין שמסקנות הוועדה לא שמו קץ לוויכוח הממשיך להעסיק את הציבור בבריטניה ואף בארצות הברית.² לוויכוח זה נגיעה ברורה לשאלת הלגיטימציה – המשפטית והציבורית – להדלפת מידע רגיש לציבור בניגוד להוראות או למדיניות.

המשפט הפלילי ביחס לזכויות יסוד

בחקיקת איסור פלילי גורף על עובד ציבור בגין גילוי בלתי מוסמך של מידע אשר נודע לו מתוקף תפקידו, כפי שנעשה במדינת ישראל, מגולמת פגיעה בזכויות יסוד שונות. באופן כללי, קביעת איסור פלילי מגבילה את חירות היחיד. לכן, במשטר דמוקרטי, אשר מעצם מהותו מחייב שמירה קפדנית על זכויות הפרט, אין קביעתה של נורמה פלילית מהווה עניין של מה בכך. ההצדקה העקרונית לחקיקת איסור פלילי על מעשה פלוני טמונה בכך שבמעשה מגולמת אנטי חברתיות מסוג המצדיק טיפול של הדין הפלילי. רעיון זה ניתן לביטוי בשני עקרונות משלימים: א) הערך המוגן באיסור הוא

1 כתב ה-BBC, אנדרו גיליגן, האשים את יועץ התקשורת של בלייר, אליסטר קמפבל, בעיוות על דרך הגזמה ("sexing-up") של הדוח המודיעיני משלהי 2002. במסקנותיו קבע לורד האטון שלא נמצאו ראיות לביסוס טענה זו, אך ציין שאין באפשרותו לשלול לחלוטין את האפשרות שרצונו של ראש הממשלה בלייר לקבל לידי הערכה מודיעינית חותכת ומשכנעת – רצון שקיבל ביטוי מפורש באמצעות העברת הצעות ממשלתיות לניסוח הדוח המודיעיני – השפיע על בכירי המודיעין לנסח באופן חותך יותר את הדוח שהוגש לממשלה ולציבור. ראו את פרק סיכום המסקנות בדוח באתר הרשמי: <http://www.the-hutton-inquiry.org.uk>

2 בארצות הברית התחזק הוויכוח בשל הדברים שאמר בפני הסנאט יועץ ה-CIA דייר דיוויד קיי (Kay), בעבר ראש צוות הפקחים בעירק ועמיתו של קלי. קיי אמר שהוא אינו מחזיק עוד בדעתו הקודמת על יכולת הנשק של עירק, ושיש לבחון את אופן תפקודן של סוכנויות המודיעין אשר הציגו מידע שהתברר בדיעבד כמופרך.

ערך חברתי חשוב; ב) אין די בדרכי ההגנה החלופיות על ערך זה, כלומר הפנייה אל המשפט הפלילי נעשית כאמצעי אחרון (עקרון השיריות). בנוסף לכך, יש לבדוק אם היקפו של האיסור אינו חורג מן ההגנה הנדרשת לערך המוגן.

אם כן, הערך החברתי המוגן באיסור (להלן: הערך המוגן) מהווה נקודת מוצא לכל דיון פרשני וביקורתי בנורמה פלילית. שני העקרונות האמורים מתחייבים כיום גם מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הם משליכים על פרשנות הערך המוגן באיסור ועל גבולות האיסור. קביעת גבולות האיסור תלויה גם באיזון שבין הערך המוגן באמצעותו לבין ערכים חברתיים נגדיים. ערכים אלו עשויים להיות מעוגנים בהוראות נורמטיביות פורמליות (כגון הוראות חוקים אחרים) או להוות ערכי יסוד של השיטה הדמוקרטית (לדוגמה, חופש הביטוי, אשר אינו מעוגן בהוראת חוק פורמלית). אפשר להצביע על כמה ערכים מתנגשים אל מול הערך המוגן באיסור על גילוי בהפרת חובה. התנגשויות אלו יידונו בנייר זה.

מבנה הדין

נפתח את הדיון בבירור הערך המוגן בעברה של גילוי בהפרת חובה. זאת, כדי שנוכל להכריע באופן עקרוני בשאלה אם נחוץ להגן עליו באמצעות המשפט הפלילי. אם ימצא שיש מקום להגנה שכזו, נידרש לשאלת האופן הראוי לכך, דהיינו גבולות העברה, הקשרה החקיקתי הראוי, סייגים מתאימים לעברה וכדומה. זיהוי הערך המוגן מתבטא בקביעת תכלית האיסור לאור גורמים שונים, ובהם לשון האיסור, הקשרו החקיקתי וההיסטוריה החקיקתית שלו. גבולות האיסור מושפעים מן היחס הקיים בינו לבין הסייגים לתחולתו, וכן מן היחס הקיים בינו לבין חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ובינו לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לשם השלמת התמונה יעסוק הפרק השני בהוראות מקבילות בדינים זרים. בפרק השלישי נדון בהגנת אינטרס ציבורי ובתופעת המתריעים (whistleblowers). לקראת סיום, נבחן בקצרה את הטיפול המשמעותי בגילויי מידע אסורים. כפי שהזכרנו, הדלפות מידע אסורות מתרחשות תדיר במדינת ישראל, ולמרות זאת הן כמעט אינן מטופלות באמצעות אכיפת האיסור הפלילי. השימוש החסר בדין המשמעותי מגביר בעייתיות זו. מהו היחס הראוי בין האיסור הפלילי לבין הדין המשמעותי בנקודה זו? האם יש הצדקה להגן על מדלפים גם מפני עונשים משמעותיים? ננסה לענות על שאלות אלו,

ולו כקריאת כיוון בלבד, כדי לגבש פתרון שלם ושיטתי בדבר הדין הראוי בנושא גילוי מידע רשמי בשירות הציבורי. בעקבות בחינת היבטיה השונים של השאלה הנבדקת, נבקש להציע שינוי בהוראות חוק העונשין לגבי מסירת מידע רשמי, כך שיתקבל איסור שהוא הרמוני ביחס לעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית בת-זמננו ומלוכד ביחס לנורמות משפטיות אחרות במדינת ישראל. תרגומם של העקרונות המנחים בנושא לנורמה חוקית (במקרה שלנו – עונשית) מסוימת אינו מלאכה פשוטה. יש לאזן בין העקרונות המשפטיים לבין המציאות החברתית והפוליטית הקיימת. אין איסור המתאים לאקלים תרבותי ופוליטי אחד מתאים בהכרח ליישום בסביבה אחרת. הצורך לערוך איזון שכזה – בין עקרונות כלליים, אשר יפים בעינינו לכל משטר דמוקרטי-ליברלי בן-ימינו, לבין מציאות החיים שלנו – עמד לנגד עינינו בעת כתיבת פרק ההמלצות. בכל מקרה, מצאנו לנכון להציע כמה חלופות ולפרוס בפני הקורא את השיקולים השונים העומדים ביסודן.

א. יסודות העברה והקשרה החקיקתי

באופן כללי, עברה פלילית בנויה על שני יסודות: יסוד עובדתי, הכולל את המעשה האסור בהתקיים נסיבות מוגדרות,³ ויסוד נפשי, המגדיר את הלך הנפש של העושה בזמן עשיית המעשה. אין עברה פלילית ללא התקיימות היסוד העובדתי, שכן אין הצדקה משפטית לענישת אדם בגין מחשבות או מאוויים, פסולים ככל שיהיו, אשר לא ניתן להם ביטוי חיזוני ("אין עונשין על מחשבות שבלב"). עולמו הפנימי של הפרט נמצא, משיקולים עקרוניים ופרקטיים כאחד, מחוץ לתחום התערבותו של השלטון ושל החוק. מנגד, אין עברה פלילית ללא התקיימות היסוד הנפשי, המבטא בדרך כלל בחירה מודעת של המבצע בפגיעה בערך החברתי המוגן באיסור. התקיימות סימולטנית של שני היסודות מכוננת את האנטי חברתיות הגלומה במעשה שהוא מושא האיסור.

היסוד העובדתי

העברה קבועה בסעיף 117 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: סעיף 117 או האיסור), במסגרת פרק העברות לגבי "ביטחון המדינה, יחסי-חוץ וסודות רשמיים" (להלן: הפרק). להלן נוסח ההוראה בסעיף 117(א), החלופה המרכזית של האיסור:

עובד הציבור שמסר, ללא סמכות כדין, ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה, וכן מי שהגיעה אליו ידיעה בתוקף תפקידו כעובד הציבור, ולאחר שחדל מהיות עובד הציבור מסרה, ללא סמכות כדין, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה, דינו – מאסר שלוש שנים.

מלשון ההוראה עולה שמדובר בעברה של מסירת ידיעה מפי עובד ציבור תוך כדי חריגה מסמכות. לשם התגבשותה נדרש שמבצע העברה יהא עובד ציבור, בהווה או בעבר; שהידיעה הגיעה לרשותו בתוקף תפקידו כעובד

3 לעתים כולל היסוד העובדתי גם תוצאות (למשל, עברות המָתה או חבלה).

ציבור; שמסירתה נעשתה ללא סמכות; ושקבל הידיעה הוא גורם בלתי מוסמך לקבלתה.

המושג **עובד ציבור** מוגדר בחוק העונשין באופן רחב ביותר, הכולל עובד מדינה (לרבות חייל) וכן עובד באחד מרשימה ארוכה של גופים (רשות מקומית, מועצה דתית, המוסד לביטוח לאומי, בנק ישראל, ההסתדרות, הסוכנות, קרן קיימת לישראל, שירות התעסוקה, גוף שהממשלה משתתפת בהנהלתו או חבר דירקטוריון בגוף כזה), בורר, נושא משרה או תפקיד על פי חוק (לדוגמה, שוטר), דירקטור בחברה ממשלתית או בחברת-בת שלה וכן מי שעובד בהן או מועסק מטעמן וכדומה.⁴ מדובר בהגדרה רחבה מן המנגנון הממסדי של עובדי מדינה.

הנסיבה **ללא סמכות כדין** מצריכה זיהוי של הגורם המוסמך למסירת הידיעה. ההסמכה למסירת ידיעות קבועה בדרך כלל בהוראות הפנימיות של הגוף הציבורי הרלוונטי. לפי הוראות התקשי"ר (תקנון שירות המדינה), החלות על עובדי מדינה (לרבות חיילים ושוטרים), פרסום רבים של ידיעות שהושגו מתוקף התפקיד מותר אך ורק ברשות מנכ"ל המשרד או ברשות עובד שהוסמך לשם כך על ידי המנכ"ל (דובר המשרד).⁵ מסירת ידיעות לעיתונות מותרת, לרוב, רק לעובדים בכירים בעלי הסמכה מפורשת.⁶ אין בנמצא כללים מפורשים האמורים להנחות את המנכ"ל בהפעלת שיקול דעתו בנוגע למתן אישור למסירת ידיעות. מן הראוי לתרגם את הסמכות הפורמלית לכללים מהותיים, המגדירים את השקיפות ככלל ואת הסודיות, בנסיבות שבהן היא נחוצה ומוצדקת, כחריג. כללים מהותיים נחוצים לשם הנחיית שיקול הדעת המנהלי ולהגברת שקיפותן של סמכויות שלטוניות. דוגמה לכללים מנחים מעין אלו ניתן למצוא בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדבר פרסום מחקירות. הנחיות אלו מבקשות לאזן בין חזקת החפות, ההגנה על שמו הטוב של אדם, יעילות החקירה וטוהר ההליך השיפוטי מזה, לבין העניין הציבורי בקיומן של חקירות משטרה מזה. הן

4 סעיף 34כד לחוק העונשין; כמו כן יש הוראות חוק ספציפיות, כגון סעיף 76א לפקודת התעבורה, תשכ"א-1961, המכפיף ועדות בירור לחקירת תאונות דרכים (במינוי שר התחבורה) לאיסורים בדבר גילוי בהפרת חובה או חוזה.

5 סעיף 42.531 לתקשי"ר, בפרק 42.5 – מסירת ידיעות, פרסום רבים ופרסום ספרים.

6 סעיף 42.525 לתקשי"ר קובע שהשר יסמך במשרדו עובדים בכירים למסור לעיתונאים ידיעות מתחום עבודתם, אם הן אינן סודות מדינה. סעיף 42.526 מורה לשר או למנכ"ל להסמך עובדים נוספים למסור ידיעות לעיתונות, וזאת במקרים יוצאים מן הכלל, כשעבודתם נעשית חשובה מבחינת העניין הציבורי שבה.

מבחינות בין חשוד "רגיל" לבין איש ציבור או חשוד בעברה שיש בה עניין ציבורי מיוחד, והן קובעות שלגבי הראשון אין למסור פרטים בטרם הגשת כתב אישום, ואילו לגבי האחרונים יש למסור פרטים מזהים (גם אם לא פירוט של הראיות) כבר בשלבים מוקדמים של החקירה. מאחר שהשאלות מיהו איש ציבור או באיזו עברה יש עניין ציבורי, תלויות בנסיבות העניין, ההנחיות מפרטות שיקולים שונים שהגוף החוקר צריך להביא בחשבון.⁷

הרכיב חוסר סמכות מעלה שאלות נוספות. בפרשת **מדינת ישראל נ' אביגדור קהלני**⁸ הועמד הנאשם לדין בגין מסירת מידע אשר הגיע לידי מתוקף תפקידו כשר לביטחון פנים, לידי חשוד של המשטרה. בית משפט השלום זיכה את הנאשם מן העברה של גילוי בהפרת חובה (ומעברות נוספות) בהסתמכו, בין היתר, על היעדר הסדר בחקיקה הקובע את מערכת הסמכויות שעל פיה רשאי שר למסור או שלא למסור ידיעה שהגיעה אליו. ללא הגבלת הסמכות בחקיקה, קבע בית המשפט, מסירת מידע מהווה, לכל היותר, טעות בהפעלת שיקול דעתו של השר, וטעות בשיקול דעת אינה עולה כדי עברה פלילית. משמעותה של קביעה זו היא שהעברה של גילוי בהפרת חובה אינה יכולה לחול על כל ממלאי התפקידים, שכן לשרים יש הגנה מיוחדת של היעדר חובה שלא למסור ידיעות. בכך נוצר מצב בעייתי ובלתי צודק הממחיש את הקושי הטמון באיסור המבוסס על אמת מידה מנהלית, כמו חריגה מסמכות (וכפי שניווכח לדעת, זהו הרכיב המרכזי בעברה). במצב זה, שר המדליף מידע רגיש ופוגע בכך באינטרסים ציבוריים חיוניים, פטור מאשמה לפי האיסור, בעוד שעובד זוטר המוסר מידע שולי עובר על האיסור.⁹

7 הנה דוגמות: החשוד טרם נעצר, ויש להזהיר את הציבור מפניו; הפרסום דרוש לקידום החקירה (למשל, לשם עידוד מסירת עדויות); החקירה מתנהלת נגד איש ציבור או עובד ציבור בכיר, ויש קשר בין החשדות לבין תפקידו או מעמדו הציבורי. ראו: "קווים מנחים לחוקרים, לתובעים ולדוברים בעניין פרסומים מחקירות", **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** מסי' 4.1003, פרק 50.055 (6.3.03). נוסח ההנחיות נקבע על ידי ועדת החקירה שמונתה עקב ריבוי ההדלפות מחקירות משטרה (בראשות השופט וינוגרד): **דוח הוועדה לבחינת ההסדרים בעניין פרסומים מחקירות משטרה וגופי חקירה סטטוטוריים אחרים** (ירושלים, 2000) (להלן: דוח וינוגרד).

8 ת"פ (ת"א) 12121/00, דינים שלום, כרך יט, עמ' 568 (להלן: פרשת קהלני).

9 הרקע העובדתי בפרשת קהלני היה ניהול חקירה סמויה נגד עופר נמרודי עקב פנייתו של החוקר הפרטי רפי פרידן למשטרה וניהול מגעים ממושכים בין המשטרה לבין פרידן לקראת חתימה של הסכם עד מדינה. נמרודי וסגורו פנו לקהלני כמה פעמים כדי לברר אם נחתם הסכם שכזה (שכן נמרודי חשש מאפשרות זו וביקש למנעה), וקהלני פנה בכל פעם לראש המטה המבצעי במשרדו כדי לברר את הנושא בלשכת מפכ"ל המשטרה. מאוחר יותר טען שלא הוזהר שמדובר בחקירה סמויה ובמידע סודי.

דרך אגב, באמצע שנות השבעים, בתקופה שנרשם שיא של הדלפות מידע רגיש משיבות ממשלה, קבע היועץ המשפטי לממשלה דאז, אהרן ברק, כי שר אינו חסין מפני חקירה פלילית בגין הדלפה.¹⁰ קביעתו הבעייתית של בית המשפט בפרשת קהלני אינה מוגבלת רק לשרים, אלא היא עשויה לחול גם על ממלאי תפקידים בכירים אחרים שאינם דווקא נבחרו ציבור, כגון מנכ"לים של משרדים ממשלתיים או של מוסדות ציבוריים אחרים.

החריגה (של עובד הציבור) מסמכות במסירת המידע היא היסוד המכונן של העברה. כך עולה מהצטרפות לשון האיסור וההגדרה הרחבה למושג **ידיעה**, הכוללת גם "ידיעה שאינה נכונה" וכל דבר "העשויים" לשמש מקור לידיעה". הגדרה זו קבועה בסעיף ההגדרות הכללי של הפרק בנושא ביטחון המדינה (סעיף 91), והיא מתייחסת לכלל האיסורים הרלוונטיים לכך בפרק, כגון מסירת ידיעה לאויב וריגול. לשון האיסור אינה מוסיפה על הגדרה

בגלגול הראשון של משפטו, זוכה קהלני בלא שנדרש להשיב לאשמה. המדינה ערערה על הזיכוי בפני בית המשפט המחוזי (ע"פ [ת"א] 70643/01 מ"י נ' קהלני, פדאור 01 (3) 512). השופטת ברלינר התייחסה לטענה אפשרית בדבר טעות במצב דברים מצד הנאשם – כאילו הוטעה לחשוב שאין נזק במסירת המידע, שכן איש לא הזהירו שמדובר במידע רגיש או סודי. לדעתה, הצורך להזהיר במקרים של מידע רגיש במיוחד או בעת חשש הדלפה אינו הופך את האזהרה לרכיב הכרחי, ככל שהדברים אמורים בעשיית שימוש פסול במידע: "גם ללא אזהרה – המשיב, כשר לביטחון פנים, **וכמו כל עובד ציבור**, אינו אמור להעביר מידע המגיע אליו מתוקף תפקידו. איש אינו אמור לצאת מנקודת הנחה, כי לשר אינטרס אחר בשמיעת המידע מלבד האינטרס הלגיטימי המתחייב מתפקידו, ועל כן אין גם מקום להזהירו" (ההדגשה שלנו).

10 הרקע לכך היה הדלפת ידיעה לכתב **הארץ** על אודות התייעצות סודית על אפשרות סגירתו של העיתון הערבי א-שעב בגין הסתה, וזאת בניגוד להחלטה על שמירה בסוד של עצם קיומה של הישיבה, קל וחומר של תוכנה. בעקבות זאת הורה ברק לחקור בכל האמצעים לשם טיפול בהדלפה, ולשם כך התיר אף לחקור בפוליגרף את כל משתתפי הישיבה (בהם שר המשטרה, ראש עיריית ירושלים והוא עצמו). בחקירה נמצא המדליף מקרב אלה שתוכן הישיבה הובא אליהם מתוקף תפקידם, אך התברר שההדלפה נעשתה בהיסח הדעת, ושהפקיד נקלע בינתיים למצב אישי קשה, ולכן לא הוגש נגדו כתב אישום, ולא פורסם שמו (הוא הועבר מתפקידו). בסמיכות לכך פורסמה **בהארץ** כתבה על אודות ביקורה של משלחת רוסית בארץ ("פרשת הרוסים"), וראש הממשלה דאז, יצחק רבין, מינה צוות חקירה בכיר לחקירת ההדלפה בקרב כל המעורבים, לרבות השרים הבכירים והוא עצמו. לאחר הדלפות מזיקות נוספות בתחום יחסי החוץ המליצו אז היועץ המשפטי לממשלה ושר המשפטים על הוצאת צו לאיסור מסירת ידיעות בנושאים מדיניים רגישים במיוחד (מגעים חשאיים עם מדינות שאין לישראל יחסים דיפלומטיים עמן ושדרים סודיים בין ראשי הממשל הישראלי לבין ראשי הממשל במדינות אחרות), אך הצו לא אושר עקב לחץ מסיבי של עורכי העיתונים. לפירוט נוסף ראו בספרו של יי גוטמן, **טלטלה בשב"כ: היועץ המשפטי נגד הממשלה – מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300**, תל אביב: ידיעות אחרונות, 1995, עמ' 388-392 (להלן: גוטמן).

כללית זו הגבלה תוכנית כלשהי, כפי שנעשה באיסורים אחרים, כך שלגבי העברה של גילוי בהפרת חובה – כל סוג של ידיעה בא בחשבון. התוצאה היא שפליליות המעשה אינה נעוצה בתוכן הידיעה הנמסרת אלא בעובדת מסירתה לאחר בחוסר סמכות. ברם מה באשר לכותרת הפרק – "סודות רשמיים"? האין היא מעידה שיש להבין את המושג "ידיעה" באופן מצומצם בהקשר שלנו? נראה שבית המשפט העליון ענה על כך בשלילה,¹¹ אף שפרשנויות כאלו הוצעו בעבר בכתיבה האקדמית.¹² פרשנויות אלו נועדו להגביל את לשונו הרחבה של האיסור, ומטרה זו ראויה בהחלט. ברם הן בעייתיות מאוד מבחינה לשונית, וזאת מכמה שיקולים פרשניים: האחד הוא שאין להעדיף את כותרת הפרק על פני לשונו הברורה של האיסור, והמושג "ידיעה", כמו שאר רכיבי היסוד העובדתי של האיסור, אכן מוגדר ברורות ואינו לוקה בעמימות לעניין זה; השיקול השני הוא שבחינת השימוש במושג "ידיעה" בשאר האיסורים בפרק מעלה שכאשר ביקש המחוקק לצמצם את המושג (מבחינת תוכן הידיעה), עשה זאת במפורש, במסגרת איסור כלשהו.¹³ יתרה מזאת, בפרק יש הבחנה ברורה בין "ידיעה" לבין "ידיעה

11 ראו התייחסותו העקיפה של הנשיא שמגר לסעיף 117 בפרשת **וענונו, להלן** הערה 24: "כאשר המדובר בעובד ציבור נכנסת למסגרת זו כל ידיעה, סודית או בלתי סודית, והיסודות הקובעים הם הגעת הידיעה לעובד הציבור בתוקף תפקידו, והיעדר הסמכות למסרה לאחר שלא היה מוסמך לקבלה".

12 N. Zaltzman, "Restrictions on the Freedom of Expression of the State Employee in Israel", 11 **Isr. Yearbook on Human Rights** (1981) 307, pp. 316-317 (**hereinafter: Zaltzman**); פ' להב, "חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים", **משפטים** ו (תשל"ו) עמ' 562 (**להלן: להב**). פרופ' להב הציעה לפרש את האיסור לפי מודל פונקציונלי. משמע, להגביל אותו למקרים בהם החיסוי משרת מטרה חשובה. פירוש זה מוצדק, לטעמה, מתוך נקודת מבט חוקתית-דמוקרטית. פרופ' זלצמן יוצאת אף היא מנקודת מוצא חוקתית וטוענת שמול האינטרס הציבורי למשמעת ולסדר בשירות הציבורי, יש אינטרס ציבורי לקיים את זכויות היסוד של עובדי ציבור, ובהן חופש הביטוי; עוד היא טוענת שעובד הציבור חב אמונים גם לציבור כמכלול. לפיכך היא מציעה לפרש את האיסור באופן מצומצם, כחל על מידע שגילוי יפגע באינטרסים הכלליים של המדינה כריבון.

13 באיסור סיוע לאויב במלחמה ציין המחוקק מקרה פרטי של מסירת ידיעה, אולם יש לקרוא אותו במשולב עם ההוראה הכללית – "מעשה שיש בו כדי לסייעו" – ומכאן שבידיעה צריך להיות פוטנציאל של סיוע לאויב (סעיף 99); הפצת תעמולה תבוסנית בשעת לחימה חלה לגבי ידיעות "שיש בהן כדי לערער את רוח חיילי ישראל ותושביה" (סעיף 103); העברה של מסירת ידיעה לאויב חלה בחלופה הבסיסית על מסירת ידיעה גרדא (נקבע כי הדבר כולל גם "ידיעה גלויה על חיי יום יום העולה מן העיתונות" – עניין **וענונו**, להלן הערה 24, עמ' 294) ובחלופה מוחמרת על מסירת ידיעה היעלולה להיות לתועלת האויב" (סעיף 111); עברת הריגול חלה על מסירת ידיעה גרדא (מתוך

סודית", המוגדרת (לגבי עבירות הריגול) כ"ידיעה אשר ביטחון המדינה מחייב לשומרה בסוד, או ידיעה הנוגעת לסוג עניינים שהממשלה, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, הכריזה, בצו שפורסם ברשומות, כי הם עניינים סודיים"¹⁴.

לשונו הברורה של האיסור, המעידה על כך שהוא חל על כל סוג של ידיעה (להבדיל מידיעה בעלת פוטנציאל מסוכן, המצדיק את שמירתה בסוד), מקבלת חיזוק מן הסייג הקבוע בסעיף 117(ד). לפי הוראתו, אין האיסור חל על מסירת ידיעה אשר לא היה בה "משום פגיעה בדבר שיש לציבור זיקה בו או פגיעה בזכותו של יחיד", ו**בתנאי** שחלפו חמש שנים מיום שחדל עובד הציבור מתפקידו ועד הגילוי. מכאן, שבטרם חלוף פרק הזמן האמור חלה העבירה גם על מסירת ידיעה **שאינ** בה פגיעה כלשהי ביחיד או בציבור. נמצאנו למדים שהמונח "סוד רשמי", המופיע בכותרת הפרק, אינו הולם את החשיבה המקובלת על אודות המושג "סוד" כמבטא דבר סתר, עניין גנוז וחשאי. הסודיות שבה עסקינן אינה נגזרת מתוכן הידיעה (מבחן מהותי), אלא רק מאופן הגעתה של הידיעה לידי העושה – בתוקף תפקידו כעובד ציבור (מבחן פורמלי). זו נקודה מרכזית, ויורחב לגביה בהמשך. יש לציין שלמרות הסייג האמור, מסירת ידיעה "הנוגעת לביטחון המדינה או ליחסי-חוץ שלה" שלא באישור מוקדם של "הגורם המוסמך" תהווה **לעולם** עבירה, הן לגבי עובד ציבור בתפקיד והן לגבי עובד ציבור שפרש מתפקידו; ואין לטעות: חריג זה אינו מתייחס למסירת "ידיעה סודית", שהרי אינו עוסק בידיעה אשר ביטחון המדינה "מחייב לשומרה בסוד", אלא רק בידיעה "הנוגעת" לביטחון המדינה (או ביחסי החוץ שלה).¹⁵ מסירת ידיעה סודית ללא סמכות אסורה כשלעצמה, תהא זהות המוסר – עובד ציבור או לא – אשר תהא, ועונשה העשוי להגיע ל-15 שנות מאסר, עונש חמור ביותר.¹⁶ הוראת הסייג מהווה אפוא עדות פרשנית נוספת שמדובר באיסור בעל תחולה רחבה מאוד מבחינת סוג המידע האסור בגילוי.

באשר לזהותו של **מקבל הידיעה**, מדובר בכל אדם "שלא היה מוסמך לקבלה". מן האמור עד כה עולה שבמצב הקיים חלה העבירה על קשת רחבה

כוונה לפגוע לביטחון המדינה, סעיף 112), לעומת העבירה של ריגול חמור, החלה על מסירת "ידיעה סודית" (סעיף 113).

14 סעיף 113(ד) לחוק העונשין.

15 יחסי החוץ של המדינה הם סוג עניינים שאינו מוגדר כקטגוריה עצמאית בהגדרת "ידיעה סודית".

16 סעיף 113א לחוק העונשין, במסגרת עבירות הריגול.

של מצבים, ובהם התנהגויות יומיומיות ותמימות, כגון מסירת מידע שולי מפי עובד ציבור לבן זוגו. למותר לציין שבמצב זה, נעברת העברה מדי יום ביומו אין ספור פעמים. אין מוגשים כתבי אישום בשל מעשים אלו, אולם מדובר בהגדרה בעייתית, מפני שהיא גורמת לבנאלזציה של עברה פלילית. קושי נוסף נעוץ בכך שהחלת איסור פלילי על התנהגות בלתי מזיקה עומדת בניגוד לאשיות המשפט הפלילי, המהווה כלי רב עוצמה בידי השלטון. ככזה, אמור המשפט הפלילי לשמש אמצעי שיורי לטיפול בהתנהגויות אנטי חברתיות, פסולות ומזיקות, שפגיעתן הרעה בחברה משמעותית ומובהקת.¹⁷ לא משתמע מכך שפליליות המעשה מחייבת דווקא פרסום ברבים. לדוגמה, ניתן לחשוב על גילוי מזיק לגורם ספציפי, כגון הדלפת מידע מצד שוטר לעברין או לחשוד. עם זאת, יש לסייג את האיסור ולאפשר בכך לעובד ציבור שיח אישי מותר עם אחר, כל עוד אין מדובר במידע רגיש במיוחד.

היסוד הנפשי

העברה דורשת התקיימותה של מחשבה פלילית "רגילה" אצל המבצע; משמע, די במודעות מצד עובד הציבור לעצם מסירת הידיעה, כידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו, בחוסר סמכות ולאדם בלתי מוסמך, כדי למלא אחר דרישת היסוד הנפשי. זאת, בשונה מחלק גדול של העברות בפרק, שבהן נדרש גם הלך רוח מיוחד של מטרה פסולה מצד העושה. במישור הראייתי, בית המשפט היה נכון להסיק על אודות התקיימות היסוד הנפשי הנדרש בסעיף 117 מתוך חתימתו של העובד על הסכם עבודה סטנדרטי, הכולל התחייבות לשמירת סודיות.¹⁸ יש בכך להמחיש עד כמה אין דרישת המודעות מצמצמת את תחולת העברה. השכל הישר מורה שמי שמקיים את היסוד העובדתי של האיסור על גילוי בהפרת חובה, יהיה בדרך כלל מודע להתקיימות רכיביו, כפי שפורטו לעיל; שהרי ביחס לרוב עובדי הציבור, כמעט כל מידע שהושג מתוקף התפקיד אסור במסירה. טעותו של עובד ציבור לחשוב שפעל בסמכות

17 אין עברה בלי מידה מינימלית של סכנה לציבור, כמאפיין אובייקטיבי של העברה; ראו ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין**, א, ירושלים: האוניברסיטה העברית, תשמ"ד, עמ' 57. במצבים של גילוי אסור של מידע כלפי בן זוג ניתן לטעון שלא התקיים המאפיין האובייקטיבי האמור, ולהחיל את הסייג של "זוטי דברים", לפי סעיף 34 לחוק העונשין (על משמעות הסייג ראו אצל פלר, עמ' 58-61). אין בכך לגרוע מן הצורך לנסח את העברה מלכתחילה בהתעלם מן הסייג של זוטי דברים. דהיינו יש לחוקק את העברה בנוסח המצומצם ביותר כדי לצמצם את תחולתה ככל הניתן בנוגע למעשים קלי ערך מטבעם.

18 כך היה בפרשת **חסידין**, אשר תוזכר בהמשך.

כדין תהווה טעות בדין (אלא אם מקורה בטעות עובדתית – לגבי טיב המידע, לדוגמה¹⁹), אשר ככלל אינה פוטרת מאחריות פלילית.²⁰

ההקשר החקיקתי

כאמור, סעיף 117 כלול בפרק על ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים. בכותרת "סודות רשמיים" קבועים גם איסורים בדבר גילוי בהפרת חוזה ובדבר גילוי בהפרת אמון.²¹ מרביתן של הוראות הפרק נוגעות לביטחון המדינה (בגידה, פגיעה בכוחות מזוינים וריגול). מאחר שמדובר בעברות חמורות ביותר, קבועות בפרק הוראות מיוחדות שאינן חלות לגבי כל העברות בחוק העונשין. בין היתר, תחולתן של רוב העברות בפרק, ובהן העברות של גילוי מידע רשמי, היא אקס-טריטוריאלי (עברות חוץ); הווה אומר היא משתרעת גם מחוץ לגבולות מדינת ישראל, בשונה מן הכלל שחוק המדינה חל רק בשטחה הריבוני. מדובר בתחולה פרוטקטיבית, המיוחדת לעברות נגד המדינה או העם היהודי.²² החמרה נוספת נקבעה לגבי דין הקושר לעבור עברה לפי פרק זה לעומת דין הקושרים הכללי.²³ על רקע החמרות אלו מזדקרות העברות של גילוי מידע רשמי כמין בשאינו מינו. לעניין זה יש השלכות מעשיות, שכן ההקשר החקיקתי הוא פרמטר חשוב בפירוש הוראת חוק.

בפסק הדין בעניין **מרדכי וענונו נגד מדינת ישראל**²⁴ לא עסק בית המשפט בסעיף 117 במישרין, אך התייחס אליו בעקיפין בדונו ביחס שבין העברות השונות בפרק (לצורך דיון בעברה של סיוע לאויב במלחמתו). הנשיא שמגר קבע,²⁵ שמדובר ב"שורה של מעשי עבירה בעניין מסירת ידיעות, אשר

19 ראו למשל פרשת **קהלני, לעיל** הערות 8-9.
 20 סעיף 34 ל"חוק העונשין: טעות במצב המשפטי לגבי קיומו של איסור פלילי או בהבנתו אינה פוטרת מאחריות פלילית, זולת אם הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.
 21 מסירת ידיעה בניגוד להתחייבות מפורשת לסודיות בחוזה (סעיף 118); מסירת מסמך רשמי שניתן בתנאי לשמירתו בסוד (סעיף 119).
 22 סעיף 131 קובע שמדובר בעברות חוץ; סעיף 13 לחוק העונשין, אשר כותרתו "עברות נגד המדינה או העם היהודי", מחיל את דיני העונשין של ישראל, בין היתר, על עברות חוץ נגד ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או סודותיה; ראו סעיף קטן (א)1.
 23 לפי סעיף 92, דין הקושר לעבור עברה לפי הפרק הוא כדין מעשה העברה (לעניינו – שלוש שנים, כדין העברה של גילוי בהפרת חובה), בעוד שבמצב הרגיל היה דינו שנתיים מאסר לכל היותר, שכן מדובר בקשר לעברה מסוג עוון – סעיף 499(א)2 לחוק העונשין.
 24 ע"פ 172/88, פ"ד מד (3) 265 (להלן: פרשת **וענונו**).
 25 שם, עמ' 293-295 לפסק הדין.

המאבחן ביניהם הוא אופייה של הכוונה המתלווה להם. העברות מסודרות מן הכלל אל הפרט [...] מובן שהעברה הכוללנית ביסודותיה מכילה בתוכה גם את החמורה והספציפית יותר [...]"; והוסיף:

[...] דומה הדבר לשרשרת עבירות התקיפה לסוגיהן, אשר מרכיביהן נבדלים אלה מאלה על ידי תוספת אלמנט מחמיר. [...] מערכת נסיבות דומה מתקיימת בכל הנוגע למסירת ידיעות. [...] העבירה הרחבה ביותר היא זו המוגדרת בסעיף 117 לחוק הנ"ל, הדנה בעובד ציבור שמסר ללא סמכות כדין ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו לאדם שלא היה מוסמך לקבלה. כאשר המדובר בעובד ציבור נכנסת למסגרת זו כל ידיעה, סודית או בלתי סודית, והיסודות הקובעים הם הגעת הידיעה לעובד הציבור בתוקף תפקידו, והיעדר הסמכות למוסרה לאחר שלא היה מוסמך לקבלה. [...] הנדבך הבא בנוי על הנמען אשר לו נמסרת הידיעה. [...] אם יש לידיעה תכונה נוספת (עלולה להיות לתועלת האויב), מתווספת דרגת חומרה; כוונה פלילית, כמוגדר בחוק, המתלווה למעשה, יוצרת חומרה נוספת. לצד האיסורים אשר הציר שלהן הוא זהותו של מקבל הידיעה יש איסורים שסובבים סביב אופי הידיעה או הכוונה המתלווה לפעולת המסירה. יש כאן מגוון של נסיבות אשר בהכרח חופפות בחלקן [...].

לחלופין, הציע הנשיא שמגר להבחין בין העברות לפי אופיין וטיבן של הידיעות הנמסרות; הדירוג הוא החל בידיעות רגילות וגלויות, עובר בידיעות סודיות וכלה בידיעות שסודיותן מרובה, כגון ידיעות אשר הגעתן לרשות האויב עשויה לסייע לו במלחמתו.

ההייררכיה אשר הותוותה בעניין וענונו בין העברות השונות, מדגישה דווקא את אי-השתייכותם הברורה של האיסורים בדבר גילוי סודות רשמיים לכלל הפרק העוסק בביטחון המדינה (וביחסי חוץ). ראשית, מסירת ידיעות אינה הבסיס ההכרחי והמובהק ביותר שלפיו יש לאפיין את המהות המשותפת של העברות בכלל הפרק. זו המהות המשותפת המובהקת של העברות בתת-פרק העוסק בריגול.²⁶ שנית, אין לומר שהעברות נגד ביטחון

26 מהות זו רלוונטית במידת מה גם לשתי עברות בגידה: סיוע לאויב במלחמתו, סיוע העשוי להיות באמצעות מסירת ידיעה, כאמור בסעיף 99(ב), וכן תעמולה תבוסנית העוסקת באופן מפורש בהפצת ידיעות (סעיף 103). אולם, מסירת ידיעות אינה מאפיינת בהכרח את שאר עברות הבגידה, ובוודאי לא את העברות של פגיעה בכוחות מזוינים.

המדינה נבדלות מן העברה של גילוי בהפרת חובה בשל תוספת של אלמנטים מחמירים. זו הבחנה טכנית בלבד, אשר אינה יורדת לשורשו של עניין. לדוגמה, העברה "מסירת ידיעה לאויב" חלה גם על ידיעות גלויות, והיא מתקיימת בחלופה הקלה ביותר מתוך יסוד נפשי של מודעות גרדא של מוסר הידיעה (ללא דרישה של כוונה לפגוע בביטחון המדינה). בחלופה האמורה נבדלת העברה של מסירת ידיעה לאויב מן העברה של גילוי בהפרת חובה ברכיב אחד בלבד, והוא – זהות הנמען (האויב בראשונה לעומת אדם בלתי מוסמך באחרונה). האומנם "דומה הדבר לשרשרת עבירות התקיפה לסוגיהן, אשר מרכיביהן נבדלים אלה מאלה על ידי תוספת אלמנט מחמיר"? כלום באמת דומה ההבדל בין העברות הללו להבדל שבין העברה של תקיפה "סתם" לבין עברות מסוג תקיפה הגורמת חבלה ממשית או תקיפה קבוצתית?²⁷ אין בביקורת האמורה משום היתפסות דקדקנית וטרחנית למבנה הכללי שהתווה הנשיא שמגר. מטרתה להבהיר נקודה עקרונית: **העברות של גילוי מידע רשמי נועדו להגן על ערך חברתי מסוג שונה לגמרי מזה של שאר העברות בפרק לגבי ביטחון המדינה**. כפי שנראה, לנקודה זו יש גם משמעות מעשית.²⁸ הנתק המהותי בתוכן הפרק אינו נעלם עקב תיקון שם הפרק ב-1967, כך שיכלול את הכותרת "סודות רשמיים". לגבי התיקון העיר בזמנו ח"כ מנחם בגין שהפרת אמונים של עובד ציבור לגבי ידיעות כלליות צריכה להיות מטופלת במסגרת חוק שירות המדינה, "לא על פי חוק, שמעיקרו, וגם שינוי השם בו לא הועיל הרבה, מטפל בסוגיות החמורות של ביטחון המדינה ופגיעה בו".²⁹ בשונה מן הגישה הפרשנית, המבקשת לקרוא את הוראת האיסור בשונה מפשוטה כדי לשלבה באופן הרמוני יותר בפרק, אנו מבקשים להדגיש דווקא את הנתק המהותי בין הקטגוריה של גילוי מידע רשמי לבין הקטגוריות האחרות המטופלות בפרק. חיזוק למסקנה זו ימצא ברקע החקיקתי לאיסור.

27 מתוך עברות התקיפה בסעיפים 378-382 לחוק העונשין; תקיפה "סתם" משמעה כל הפעלת כוח על אחר בלא הסכמתו.

28 ההיבט המעשי בא לידי ביטוי בפירוש ההגנה בסעיף 94, המסייגת הטלת אחריות פלילית בגין ביצוע עברות לפי הפרק הנדון. טשטוש הגבולות שנעשה בפרשת וענונו, באמצעות ראיית העברה לפי סעיף 117 כחלק מרצף של עברות בנוגע למסירת ידיעות (אם כי כעברה הקלה מביניהן), מקשה את תחולת ההגנה לגבי נאשמים בעברה לפי סעיף 117. נקודה זו תובהר בהמשך.

29 ד"כ (דברי הכנסת) 49 (תשכ"ז) 1926.

היסטוריה חקיקתית

סעיף 117 נחקק לראשונה כסעיף 27 בחוק לתיקון דיני העונשין (ביטחון המדינה), תשי"ז-1957. חוק זה נועד להחליף הוראות חוק מנדטוריות: פקודת הסודות הרשמיים 1932, שעסקה בריגול, וכמה הוראות בנושא בגידה מתוך פקודת החוק הפלילי 1936. החלק לגבי סודות רשמיים נעדר לחלוטין מהצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה. הוא נוסף להצעה המקורית במטרה לא להותיר חלל ריק עם ביטול פקודת הסודות הרשמיים, אשר הכילה הוראות גם בנושא מסירת ידיעות רשמיות. סעיף 4 לפקודה אסר מסירת מידע מסווג וכן מסירת מידע שהגיע לאדם מתוקף משרתו בשירות המדינה (הכתר) או מתוקף חוזה שנעשה בשם המדינה. הוראה זו חלה לגבי מסירת המידע לכל אדם ואדם, "זולת לאדם שהוא זכאי למוסרם לו או לאדם שטובת המדינה מחייבת אותו למוסרם לו". בסייג זה ניתן למצוא הצדקה משפטית למסירת מידע בשם טובת המדינה. הוראת סעיף 4 גולמה תוך כדי שינויים בהוראות החוק החדש, תוך כדי השמטה גמורה של הסייג המצוטט. בשלבי החקיקה לא ניתנה הדעת להשמטה זו.

עיקר הדיון בכנסת, אשר היה סוער ביותר והתפרס על פני כמה ישיבות, לא נגע כלל להוראות בנוגע למסירת ידיעות רשמיות. בעניין זה הוגשה רק הסתייגות אחת (שנדחתה), והיא שמדובר בהגדרה רחבה מדי ולא בסוד במובן המהותי, והדבר עלול להוביל לפגיעה בחופש העיתונות ובנגישות של חברי כנסת למידע נחוץ. לפיכך הוצע לסייג את הוראת העברה לגבי ידיעות שמסירתן לא הזיקה ולא היה בה כדי להזיק לענייני המדינה.³⁰ דיון מהותי באיסור נערך רק עשור לאחר מכן, כאשר תוקן החוק לראשונה. באותו תיקון נוספה לשם החוק הכותרת "סודות רשמיים" במטרה למנוע פגיעה קשה בנאשמים בעברות קלות מאוד של גילוי סודות, שמא יתפסו בעיני הציבור כפוגעים בביטחון המדינה. הוכנס סייג לגבי מסירת ידיעה שהפכה פומבית קודם לכן על פי סמכות כדין. כמו כן, הורחב האיסור לגבי עובד ציבור שחדל מתפקידו, אלא אם כן מדובר בידיעה שאינה נוגעת לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה, ובמסירתה לא נפגעו אינטרס ציבורי או זכות פרטית. התיקון האחרון הצמיח את המדיניות שעובד ציבור שפרש מתפקידו נדרש לקבל את אישורה של ועדת שרים בראשות שר המשפטים לפרסום זיכרונותיו. לא מזמן תוקן החוק, כך שהסייג עשוי לחול על ידיעה הנוגעת

לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה. ברם הדבר מותנה בקבלת אישור מאת הגורם המוסמך לפני המסירה.³¹ מכאן, שלגבי ידיעות מסוג זה צומחת חובה משפטית ברורה לקבלת אישור מוקדם למסירה, ואין די בקביעה שיפוטית מאוחרת שלא נגרם במסירת הידיעה כל נזק. מעבר לכך לא נעשו שינויים כלשהם באיסור, והוראתו הבסיסית לא השתנתה מאז חקיקתו בשנות החמישים.

בדיון שנערך בכנסת בנוגע לתיקון האיסור, עשור לאחר חקיקתו, נשמעו הסתייגויות לגבי היקפו הרחב. נטען שהחוק דרקוני מדי: "חובת הסודיות בהיקפה הרחב ביותר, שאינו סובל שום יוצא מן הכלל, היא מאותן החובות שצריכה לחול לגביהן המרות המשמעתית".³² כמו כן, הוצע להחיל את האיסור רק על עובדי מדינה (להבדיל מכלל עובדי הציבור), אשר עצם תפקידם מלמדם שהם חייבים לשמור על סודיות החומר המגיע לידיעתם.³³ לראשונה נטען שמדובר ב"סתמת פה מגונה ומסוכנת" של האזרח רק מפני היותו עובד ציבור, ב"מכה עצומה לחופש העיתונות" ובעצירת גילויים שהם לטובת המדינה ולטובת הציבור. כל ההסתייגויות הללו נדחו. בתגובה להן נטען שיש להגן באמצעות החוק גם על אינטרסים אישיים ומסחריים, ובפרט במציאות שבה נדרש האזרח למסור למדינה מידע כלכלי רב לצרכים עסקיים. לכן נחוץ לכוון את השירות הציבורי ברוח של "שירות נאמן".

לפני כמה שנים נערכו תיקונים רלוונטיים בעברות הריגול. תיקונים אלו משקפים התפתחות במודעות המחוקק לסכנות שמעוררים איסורים על מסירת מידע בראי זכות הציבור לדעת, כמו סיווג מידע משיקולים

31 חוק העונשין (תיקון מס' 65), התשס"ב-2001; גורם זה הוא הצנזור הצבאי הראשי או גורם מוסמך מטעם הממשלה, באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט.

32 דבריו של חבר הכנסת פרופ' יצחק קלינגהופר, מומחה למשפט חוקתי, אשר הוסיף: "אנחנו מגזימים ממש כאשר אנו רואים כל הפרה של סודיות [...] אפילו אין היא מתייחסת אלא לאיזה עניין של מה בכך, כמעשה פלילי", לעיל הערה 29, עמ' 1923-1924. כיום, בעקבות הוספת הסייג לגבי "זוטי דברים" בחלק הכללי של חוק העונשין (סעיף 134ז), נדמה שסכנה זו פחתה. עם זאת, אין בכך לגרוע מן הצורך לנסח את האיסורים בצמצום, כאילו אין בנמצא סייג של "זוטי דברים" (על הסייג ראו לעיל הערה 17).

33 לא ברור מדוע דווקא עובדי מדינה אמורים להיות מודעים לחובת הסודיות המוטלת עליהם יותר מעובדי ציבור אחרים. בתשובה להצעה לצמצם את הוראת האיסור לעובדי מדינה בלבד נטען שמתן פטור משמירת סודיות לעובד הניקיון בעירייה יוביל למתן פטור לאלו הנדרשים לשמור על סודות שיש להגן עליהם ויחד עם זאת אינם נקראים עובדי מדינה, כגון עובדי המפעלים הביטחוניים. תשובה זו ניתן לפטור בקלות יחסית באמצעות קביעת הגדרה מהותית לידיעה המהווה "סוד רשמי".

פוליטיים.³⁴ ההוראה לגבי מסירת ידיעה סודית בחוסר סמכות נותקה מן העברה "ריגול חמור" להוראה נפרדת ("מסירת ידיעה סודית"). במקביל, תוקנה הגדרתה של "ידיעה סודית" בעברות הריגול כך שתיבחן לפי מבחן מהותי (ולא רק לפי אמת מידה פורמלית של סיווג רשמי). נקבע שעדויות שונות על החובה לשמור את הידיעה בסוד, כגון סדרי החזקתה או צורתה (סיווג המסמך), יקימו חזקה משפטית, שביטחון המדינה אכן מחייב לשומרה בסוד. חזקה זו ניתנת לסתירה. בד בבד, נחקק סעיף 117א, האוסר על עובד ציבור לתת צורה של ידיעה סודית לידיעה שאינה כזו במטרה למנוע את פרסומה.

ב. הערך המוגן בעברה

הערך החברתי המוגן בעברה הוא נקודת מוצא לדיון ביקורתי בה. איסורים פליליים נועדו להגן על ערכים חברתיים הנמצאים בבסיס הקיום המשותף של בני אדם בחברה מאורגנת. מטעם זה, מעשה עברייני הוא מעשה אנטי חברתי מסוג המצדיק התערבות בוטה של השלטון במעשי הפרט באמצעות הפעלת המשפט הפלילי. האם מתקיים רציונל בסיסי זה לגבי העברה של גילוי בהפרת חובה, במתכונתה הנוכחית? כדי לענות על שאלה זו נברר באופן ביקורתי כיצד פירשה הפסיקה את הערך המוגן בעברה, ונציע פרשנות חלופית.

יש להבחין בין הערך המוגן באיסור הפלילי לבין היקפו של האיסור. הערך המוגן הוא האינטרס החברתי אשר לשמו נוצר האיסור מלכתחילה. הוא **תכליתי** של איסור פלילי. היקף תחולתו של האיסור (מצומצם או רחב, לפי משרעת ההתנהגויות המוכלות בו) מבטא את **היקף ההגנה** על הערך המוגן. הוא האמצעי הננקט לשם השגת התכלית. פרשנות של איסור פלילי פונה בעיקר לשני רכיבים אלו, כאשר האחד משפיע על האחר, שהרי צריך להיות קשר רציונלי בין התכלית לבין האמצעי להשגתה. הווה אומר, בירור הערך המוגן משליך על גבולות האיסור, כך שהאיסור ישיג את מטרתו. עם זאת, את מידת ההגנה על הערך המוגן באיסור יש לקבוע לנוכח שקילת הערך המוגן מול החירות שאותה מגבילים כדי להגן על אותו ערך.³⁵ זאת,

34 ד"כ 211 (תשס"ב) 1574-1578.

35 גישה זו מבטא למשל השופט גולדברג בע"פ 6696/96 **כנא נ' מ"י**, פ"ד נב (1) 535, בסעיף 8 לפסק דינו.

משום שהערך המוגן אינו מבטל קיומם של ערכים אחרים, ובהם חירויות הפרט. אם אפשר לפרש את האיסור בכמה דרכים אשר כולן מגשימות את תכליתו (את הערך המוגן), יש להעדיף את הפירוש המקל ביותר עם מי שצפוי לשאת באחריות פלילית לפי האיסור, דהיינו את הפירוש המצמצם ביותר לאיסור.³⁶ עם זאת, כאשר לשון האיסור מונעת באופן ברור את צמצומו על ידי הערך המוגן (הלשון מורה במובהק על איסור רחב ביותר, אף שניתן להגן כראוי על הערך המוגן גם באמצעות איסור מצומצם יותר), הופך הפתרון הפרשני-תכליתי לבעייתי, באשר הוא רומס את לשון האיסור. במצב זה אין מדובר עוד בבחירת חלופה פרשנית אחת מתוך כמה חלופות שהלשון מאפשרת. בית המשפט העליון קבע כלל פרשני: פירוש דבר חקיקה ייעשה תמיד מתוך הנחת מוצא שהמחוקק אינו מתכוון לפגוע באמצעותו בזכויות יסוד למעלה מן הנדרש. ברם נקבע שכלל זה נסוג בפני לשון חוק מפורשת וחד-משמעית המעידה אחרת באופן ברור.³⁷ כך ניתן לאזן בין הצורך להגשים את ערכי היסוד של השיטה וליצור מערכת משפטית מלוכדת לבין הצורך לכבד את עקרון הפרדת הרשויות.

נמצאנו למדים שהוראת סעיף 117 יוצרת איסור רחב מאוד, כמעט גורף, על גילוי מידע רשמי ללא סמכות מצד עובד ציבור בהווה או בעבר. הניסיון לצמצם את תחולתו הרחבה של האיסור באמצעות פרשנות צרה של המושג "ידיעה" נתקל בקשיים לשוניים לרוב. האם ניתן להתגבר על קשיים אלו ולהצדיק פירוש מצמצם לאיסור אשר יחיל אותו רק על סוגים מסוימים של ידיעות?

הפרשנות בעבר: הגנה על רכוש המדינה ועל פעולת המנהל

הניתוח המקיף ביותר בפסיקה לערך המוגן בסעיף 117 נעשה לא במסגרת הליך פלילי דווקא, כי אם בבג"ץ **אריה יצחקי נ' שר המשפטים**.³⁸ באותו מקרה ביקש העותר לפרסם ספר בנושא המערכה על לטרון ולהשתמש לשם כך בידע שרכש בתוקף תפקידו במחלקת ההיסטוריה של צה"ל. העותר, שכבר פרש מתפקידו, קיבל את אישור הצנזור הצבאי, אך לשם הקמת מחסום בפני אישום פלילי בגין האיסור על גילוי בהפרת חובה נדרש לקבל

36 כלל פרשנות זה קבוע בסעיף 34 לחוק העונשין.

37 די"נ 27/76 "הילרון" חברה לייצוא וייבוא גידולי מוצרי חקלאות בע"מ נ' המועצה לייצור פירות ושיווקם, פ"ד לא (3) 18, 26.

38 בג"ץ 159/73, פ"ד כח (2) 692 (להלן: פרשת יצחקי).

גם את אישורו של שר המשפטים. יצחקי עתר לבג"ץ על סירובו של השר, ונדחה. השופט זוסמן ביקש לחשוף את הרעיון הגלום בהוראת האיסור. את הדיון באיסור הוא פותח בציטוט מדברי השופט אגרנט בפרשה אחרת, שהוראה זו "אינה אלא בבואה של עיקרון כללי, המושרש במשפט האנגלי הפרטי, והוא במקום שקיימים יחסי-אמון (confidential relations) בין ראובן ושמעון, והודות ליחסים אלה נתגלה לראשון מידע קונפידנציאלי בנוגע לעסקיו של השני – כגון סוד מסחרי או ידע תעשייתי – חייב ראובן לנהוג, באשר לשימוש במידע האמור, בדרך העולה בקנה אחד עם האמון שנתן בו שמעון (duty of confidence)".³⁹ השופט זוסמן מעמיד את האיסור הפלילי על העיקרון האמור מתחום המשפט הפרטי: "תמיר עכשיו ראובן בעותר ושמעון במדינה, ו'מידע קונפידנציאלי' בסודות המדינה, והרי לפניך כל תורתו של [הסעיף] על רגל אחת [...]". דהיינו מן העיקרון שעובד חב אמונים למעבידו בבואו לעשות שימוש במידע שהגיע לידיו במסגרת יחסי העבודה, הקיש השופט זוסמן על חובתו של עובד ציבור לשמור את סודות המדינה, מעבידתו, ולא למסרם לאחר ללא סמכות כדן. חובת האמון הנגזרת מיחסי עבודה, המשיך וקבע, הייתה מונעת מעובד הציבור למסור ידיעות ללא סמכות אף בלעדי הוראת האיסור, וזאת למרות השוני בין המטרות אשר לשמן אוסר הדין על גילוי סודות מסחריים מזה ועל גילוי סודות רשמיים מזה.

לשיטתו של בית המשפט בפרשת **יצחקי**, הפרת החובה שבה עסקינן באיסור גילוי בהפרת חובה היא חובת האמון של עובד הציבור כלפי המדינה **כמעסיקתו**. חובת אמון זו נגזרת ממהות יחסי עבודה בכלל. תכליתה לאפשר למעסיק לשתף את עובדיו במידע לגבי עסקו – שאם לא כן לא יוכל להפיק תועלת מעבודתם – באמצעות הגנה על זכותו לשלוט במידע זה. לפיכך הערך המוגן באיסור לפי סעיף 117 מתבטא, בראש ובראשונה, באינטרס רכושי, והוא **זכותה הקניינית של המדינה (כמעסיק) במידע המצוי ברשותה**. כפי שציין השופט זוסמן: "סודות רשמיים, בהם מדובר כאן, אינם אלא סודות המדינה, ולא דווקא סודות צבאיים או ביטחוניים". והשופט ויתקון

39 בג"ץ 130/68 **איסור הראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט (1) 63. בפסק הדין, שזה עתה שוחרר לפרסום, נקבע שלממשלה סמכות לאסור פרסום ספרו של ראש המוסד לשעבר המתאר את לכידת אייכמן, בנימוק שהפרסום מסכן את יחסי ישראל עם ארגונייה ואת שלום יהדות ארגונייה. צוטט על ידי השופט זוסמן בפרשת **יצחקי**, שם, בעמ' 695.

החרה החזיק אחריו במילים מפורשות: "הרשות הציבורית שולטת על מידע סודי הנאסף באחת ממחלקותיה, פרי מחקרם ועבודתם של המועסקים במחלקה זו. מידע זה הוא רכוש בעל-ערך, אך אין הוא מצרך ואין התרתו לשימוש חופשי מעין שירות, שהרשות חייבת לספק לאזרחיה ללא אפליה, כאילו המדובר בשירותי בריאות, חינוך, שיכון, סעד וכיוצא באלה או במצרכים הנתונים לקיצוב ופיקוח [...] כאן מדובר ברכוש שהמדינה רשאית להשתמש בו (או להימנע מלהשתמש בו) כטוב בעיניה, לצרכיה ולמטרותיה היא".

השופטים לא התעלמו ממעמדה של המדינה כרשות ציבורית בשונה ממעסיק פרטי. השופט זוסמן הזכיר את עמדתו של השופט אגרנט שלפיה זכותו של מעביד ציבורי במידע מצומצמת מזכותו של מעסיק פרטי: בעוד שהאחרון חופשי לעשות במידע כרצונו, המעביד הציבורי מחויב לשקול אם היעדרות לבקשת העובד לפרסם ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו תעלה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. אולם מהמשך הדברים עולה שמשמעותה המעשית של קביעה זו מצומצמת ביותר: "עם זאת ברור, כי בית משפט זה לא יתערב בהחלטת הרשות המוסמכת שלא להתיר את הפרסום המבוקש, אלא אם החלטה זו ניזונה ממניעים הנעוצים בחוסר תום לב, או הנוגדים בעליל את האינטרס הציבורי". על רקע דברים אלו בחן בית המשפט את טענתו של יצחקי שסירובו של שר המשפטים להעניק לו היתר לפרסום מהווה אפליה פסולה, בהתחשב בעובדה שכבר פורסמו בעבר כמה חיבורים על קרבות לטרון שבהם נעשה שימוש בחומר מארכיון צה"ל. השופט זוסמן דחה את טענת האפליה בנימוק שאין גזרה שווה בין המקרים הללו למקרה הנוכחי, משום שבכולם רכשה המדינה זכות יוצרים בהסכם עם מחבריהם. אם מבקש יצחקי להשתוות למקרים אלו, קבע, עליו להציע למדינה את זכות היוצרים בחיבורו. שהרי "למדינה יש זכות קניין בנכסיה, לרבות החומר שנאסף בארכיון הצבא". בזאת סיים את דיונו בעתירה, אשר נעשה כולו במסגרת תפיסה קניינית והנחות יסוד של המשפט הפרטי, וסיכם באומרו: "אין זו צנזורה, לא פוליטית ולא אחרת, אלא שמירה על נכסי המדינה שהם אינם הפקר".

ההצבעה על מחויבותו של מעביד ציבורי לשקול את האינטרס הציבורי בהקשר זה לא הובילה את השופט זוסמן לבחון את השאלה שמא האינטרס הציבורי מצדיק לחייב את המדינה להעניק ליצחקי היתר לפרסום. השופט ויתקון אף הוסיף: "קשה לי להלום 'אינטרס ציבורי' לגיטימי אמיתי בפרסום מידע, שהופקד בידי המפרסם למשמרת נאמנה, אלא אם בא הפרסום על פי יזמת הממונים עליו". רוצה לומר, לשיטתו של השופט ויתקון, כלל אין

מקום לשקול את הרווח הצפוי לאינטרס הציבורי מגילוי מידע רשמי, במנותק מעמדת המדינה. כזכור, גם הוא סבור שאין בסירובה של המדינה משום אפליה פסולה, מעצם העובדה שאין המידע השלטוני שקול למצרך או לשירות אשר עליה לספק לאזרחיה תוך כדי מילוי חובת השוויון. הגישה הרכושית, המנחה את החלטת השופטים בפרשה זו, עולה בקנה אחד עם היקפו הרחב של האיסור. ניתן לומר שתחולתו של האיסור גם על מקרים שבהם מסירת המידע אינה פוגעת בפרט או בציבור מושתתת על ההנחה שבמקרים אלו נגרם נזק למדינה כבעלת המידע.

על אף האמור, תכלית האיסור על גילוי מידע רשמי שונה מתכלית האיסור על גילוי סוד מקצועי. השופט זוסמן מציין זאת, אך אינו מפרט במה מתבטא שוני זה, ולא בכדי. כזכור, הוא מעמיד את הוראת האיסור בדבר גילוי מידע רשמי על עיקרון מן המשפט (האנגלי) הפרטי המגביל עובד בשימוש במידע שנמסר לו באמון ממעסיקו. מכך עולה שלשיטתו של השופט זוסמן, הערך המוגן באיסור מתמצה בהגנה על זכותה הקניינית של המדינה במידע הנאסף ברשותה. מהו אפוא ההבדל העקרוני בין תכליתו של האיסור על גילוי סוד רשמי לבין תכליתו של האיסור על גילוי סוד מקצועי? לכאורה, שניהם מיועדים להגן על קניינו של המעסיק. הנחה זו אינה מתיישבת עם קיומו הנפרד של איסור על גילוי סוד מקצועי (מידע סודי שנמסר לאדם אגב מקצועו או מלאכתו), המוציא במפורש את המקרה של גילוי סוד רשמי מתחולתו.⁴⁰ העובדה שקיימים שני איסורים נפרדים בדרגות חומרה שונות (האיסור לגבי סוד רשמי חמור יותר) ובהקשרים חקיקתיים שונים לגמרי (האיסור לגבי סוד רשמי קבוע בפרק לגבי ביטחון המדינה), מלמדת שלזהות הנפגע בתור המדינה (בשונה ממעסיק פרטי) יש נפקות מיוחדת. מכך משתמע שהערך המוגן באיסור אינו יכול להתמצות בהגנה על אינטרס רכושני של המדינה כמעסיק. יתרה מזו, הדין הפלילי מעניק הגנה חזקה יותר לחובת הנאמנות של עובד ציבור כלפי המדינה מאשר לחובת הנאמנות של עובד כלפי מעסיק פרטי, אף על פי שזכותו הקניינית של המעסיק הפרטי במידע שברשותו חזקה מזו של המעסיק הציבורי.⁴¹ הסיבה לכך נעוצה ב**אינטרס**

40 סעיף 496 לחוק העונשין קובע ש"המגלה מידע סודי שנמסר לו אגב מקצועו או מלאכתו, שאינו סוד רשמי כמשמעו בסימן ה' לפרק ז', ואינו נדרש לגלותו מכוח הדין, דינו – מאסר ששה חדשים".

41 מאז חלו שינויים בהלכה לגבי סודות מסחריים המחלישים גם את זכותו הקניינית של המעסיק הפרטי. על כך בהמשך.

הציבורי בפעולתו התקינה של המנהל. השופט ויתקון מצביע על שיקול זה בפתח דבריו: "מנהל תקין דורש יחסי-אמון בין האזרח והשלטון ובין אנשי המנגנון לבין עצמם. בלי שמירה על חובת הסודיות אין התבטאות חופשית בדיוני אנשי השלטון ובפניות האזרח אליו. כה יסודית היא חובה זו שאף זכות הציבור לדעת אינה מצדיקה את ביטולה. שירות העוסק בעניינים רגישים אינו יכול להיות פרוץ". מכאן, שהאיסור נועד להגן גם על מנהל תקין. מנהל יעיל ודיסקרטי נחוץ בעבור כלל אזרחי המדינה ותושביה, התלויים במנגנון הציבורי לשם קבלת שירותים חיוניים לקיומה של חברה מאורגנת.

לסיכום, בפרשת **יצחקי** הצביע בית המשפט על שני ערכים מוגנים באיסור על גילוי מידע רשמי ללא סמכות: רכוש המדינה ומנהל תקין. בבסיס קביעות אלו עמדו שתי הנחות יסוד, בהתאמה. האחת היא שלמדינה יש זכות קניינית במידע הנאסף ברשותה, כפי שלמעסיק פרטי יש זכות קניינית במידע המסחרי והתעשייתי הקשור בעסקו; יחסי העבודה שבין עובדי ציבור לבין רשויות ציבוריות מטילים על עובד הציבור חובת אמון כלפי הרשות המעסיקה ומחייבים אותו לסודיות בנוגע למידע הרשמי. ההנחה השנייה היא שהפרתה של חובת הסודיות האמורה פוגעת בתפקודה התקין של הרשות.

מקריאת פסק הדין מתעוררת השאלה אם דברי השופטים מכוונים **לכל** מידע רשמי באשר הוא או רק למידע **סודי**. זאת, לנוכח העובדה שהשופט זוסמן מדבר על "סודות המדינה", והשופט ויתקון מדבר על "מידע סודי". השופט ויתקון אף מציין טעם מהותי לחיסוי מידע שלטוני: "שירות העוסק בעניינים רגישים אינו יכול להיות פרוץ". מכך עשוי להשתמע שלשיטתו מדובר במידע סודי מעצם מהותו, ולא מתוך קביעה שרירותית של הרשות. לגבי כוונתו של השופט ויתקון מתעוררת שאלה זו ביתר שאת בהשוואה לפסק דין אחר שלו שניתן כמה שנים קודם לכן. באותו פסק דין, **פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון**,⁴² הכיר השופט ויתקון בזכותו של האזרח לעיין בחומר המצוי בידי השלטון ואשר בידעתו יש לו עניין לגיטימי, למעט חומר המצדיק חיסוי, וציין שרק מנימוקים כבדי משקל יכולה הרשות לטעון חיסוי למסמך מסוים.⁴³ ברם גם אם כיוונו השופטים, ולמצער השופט ויתקון, למידע סודי (מטעמים מהותיים) בלבד, אין הם דנים במשמעות המושג

42 בג"ץ 337/66, פ"ד כא (1) 69 (להלן: בג"ץ **פיטל**).

43 שם, עמ' 71-72.

"סוד" ובשאלה אם ניתן להכיר בחובת סודיות לגבי כל סוג של מידע. שיקול הדעת המנהלי בהגדרת מידע כסודי הוא המכריע מבחינתם, ואין להתערב בו אלא משיקולי אפליה או חוסר תום לב. ממילא נקודת מוצא של היבט רכושי מוליכה למסקנה שתמיד רשאית הרשות הציבורית למנוע את המידע, ללא תלות במידת סודיותו משיקולים מהותיים. כך עולה, למשל, מדברי השופט זוסמן שניתן להכשיר פרסום באמצעות מסירת זכות יוצרים למדינה.⁴⁴

פרשנות חלופית: מודל פונקציונלי

יש מקום לביקורת על הערך המוגן, כפי שהוא מצטייר בפרשת **יצחקי**. ראשית, בית המשפט התעלם לחלוטין מן ההקשר החקיקתי של האיסור בדבר גילוי בהפרת חובה. הדגש הרב שניתן בפסק הדין לשמירת האינטרס של המדינה **כמעסיק** ולחובת האמון של עובד ציבור כלפי המדינה מכוח היותו קשור עמה ביחסי עבודה, אינו מתאים להקשר הביטחוני (או להקשר הפלילי בכלל). ההקשר החקיקתי מחזק מסקנה שונה, והיא שהאיסור נועד להגן על שמירת סודותיה הרשמיים של המדינה **כריבון**, ובעצם להגן על **הציבור** מפני הנזק העלול להיגרם כתוצאה ממסירת מידע רשמי ללא סמכות. משמע, הפרת החובה שבה מדובר היא החובה כלפי הציבור (ולא כלפי הרשות המעסיקה), המוטלת על העושה מכוח היותו עובד ציבור (ולא מכוח היותו עובד גרדא).⁴⁵ מעמדה של המדינה כריבון עשוי לבטא אינטרסים שונים, ואף מנוגדים, לאינטרסים של המדינה כמעסיק. הושמעה בעבר ביקורת שבפסק הדין בעניין **יצחקי** בית המשפט מטשטש את ההבחנה בין המונחים "מדינה" ו"רשות ציבורית". המונח "מדינה" הוא מושג מופשט המאגד בתוכו את החברה ואת כל הרשויות בעלות כוח לגיטימי. יש לו משמעות סמלית היוצרת, מסיבות היסטוריות, יראת כבוד. מנגד, המונח "רשות ציבורית" מתייחס למנגנון המנהלי של הרשות המבצעת, המחזיק במידע במישור הממשי. הטשטוש בין שני המונחים, כך נטען – ויש ממש בטענה זו – מעניק לרשות לגיטימציה מרחיקת לכת לעשות כרצונה במאגר המידע המצוי ברשותה, מאחר שהמושג המופשט יוצר מחסומים פוליטיים ופסיכולוגיים המקשים את הניתוח הרציונלי של הצורך הממסדי בסודיות.⁴⁶

44 להב מצביעה על נקודה זו במאמרה, **לעיל** הערה 12, בעמ' 564.

45 Zaltzman, **supra** note 12, pp. 315-318

46 להב, **לעיל** הערה 12, עמ' 565-566.

נקודה שנייה לביקורת, הקשורה בהשקפה שהאיסור נועד לשמור על האינטרס של המדינה כמעסיק, היא התפיסה שהמידע הנמצא ברשות השלטון הוא קניינו. השקפה זו אכן הייתה מקובלת בעבר, אולם נדחתה זה מכבר. כיום מקובל לחשוב שהמידע רק מוחזק בידי השלטון **כנאמן**, ועל כן הנאמנות לציבור היא הצריכה להכתיב את גילוייו של המידע או את חיסויו. זהו היבט מתבקש של התפיסה שלשלטון, כנאמן הציבור, אין דבר משל עצמו. תפיסה זו קיבלה ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בטרם ניתן פסק הדין בעניין **יצחקי**.⁴⁷ בניגוד לאדם, שהוא אישיות משפטית טבעית בעלת זכויות מלידה, רשות ציבורית היא אישיות משפטית מלאכותית, יציר החוק, אשר כל שיש לה הוא מה שהוענק לה בהסמכה מפורשת בחוק. רשויות השלטון נוצרו אך ורק כדי לשרת את הכלל. לשם כך הוענקו להן סמכויות ומשאבים על ידי המחוקק, המייצג את העם, בעבור ניהול ראוי של ענייני המדינה והחברה. מכאן, שכיום כבר לא מתקבל על הדעת לבחון את האיסור לפי דוקטרינות מן המשפט הפרטי ולטעון שהוא דרוש לשם "שמירה על נכסי המדינה". במאמר מוסגר יש לציין שגם בתחום המשפט הפרטי אין הכרה באינטרס של המעסיק לחייב את העובד לסודיות בנוגע לכל סוג של מידע. חלו שינויים בהלכות לגבי היקף חובתו של עובד לשמור בסוד מידע שהושג באמון ממעבידו (מידע קונפידנציאלי). בעבר שלטה הגישה שיחסי עובד-מעביד מטילים על העובד חובת סודיות מוחלטת בנוגע לידע סודי ולסודות מסחריים של מעבידו.⁴⁸ כפי שהזכיר השופט זוסמן, קביעה זו הושתתה על הלכות המשפט המקובל האנגלי בנושא יחסי אמון. עם זאת, התחייבותו המשתמעת

47 "לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן [...]". – דברי השופט ח' כהן בבג"ץ 70/142 **שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, י-ם**, פ"ד כח (1) 325, 331 (להלן: בג"ץ שפירא).

48 ע"א 312/74 **החברה לכבלים ולחוטאי חשמל בישראל בע"מ נ' קריסטיאנפולר ואח'**, פ"ד כט (1), 316, 319. מלומדי משפט חלוקים על מהותה של הזכות על ידע מקצועי או מסחרי – האם מדובר בזכות קניינית (המוגנת כלפי כולי עלמא) או שמא זו זכות חוזית (הפועלת כלפי אנשים מסוימים) ואולי אינטרס אחר. לסקירת הגישות השונות ראו בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח'**, פ"ד מז (4) 702, 706. לפיכך גישתו של בית המשפט בעניין **יצחקי**, שמדובר בזכות קניינית של המעביד, אינה מתחייבת. ברם נקודה זו שולית בהקשר שלנו, שכן גם אם מדובר בזכות חלשה יותר, בעלת אופי חוזי, הנובעת מיחסים מיוחדים בין הצדדים, היא חלה במסגרת יחסי עבודה.

של העובד, הנמשכת אף לאחר סיום יחסי העבודה, הייתה מוגבלת לידיעות סודיות ולא חלה על ידיעות שהן נחלת הכלל ועל ידיעות מקצועיות כלליות או על ניסיון מקצועי שרכש העובד מתוך עבודתו.⁴⁹ כלומר גם בעבר הוגדרה חובת הסודיות של העובד לפי בחינה עניינית של סוג המידע שבו עסקינן, ולא לפי שיקולי המעסיק בלבד. היום עדיין מקובל לחשוב שחובת האמון בין עובד למעביד אינה משתרעת אך ורק בתחום השמירה על סודות מסחריים של המעביד, אלא גם בתחום מידע אחר שהושג באמון. "סוד מסחרי" הוא מושג קשה להגדרה, אשר נגזרות ממנו הגבלות ניכרות על מי שנחשף אליו. לפיכך אין זה עניין של מה בכך להגדיר מידע ככזה. סוד מסחרי, כך נקבע, "אינו מילת קסם. על מעסיק הטוען לקיומו של 'סוד מסחרי' להוכיח את קיומו. היינו, עליו לתאר ולפרט מהו הסוד. אין להסתפק בתיאור כללי או בטענה כללית על קיומו של 'סוד' [...] על המעסיק [הקודם] להוכיח גם את היקפו ואת הזמן שעליו להיות בגדר 'סוד'".⁵⁰ בין השיקולים השונים בנושא זה מנה בית המשפט גם את העיקרון "זרימה חופשית של ידע ומידע, העומדת ביסוד כל התקדמות והתפתחות", וקבע שהסודיות שבה עסקינן אינה מוחלטת אלא יחסית ומשתנה בהתאם לנסיבות.⁵¹ כאמור, חובת האמון של עובד כלפי מעביד חלה גם על מידע שאינו נחשב כסוד מסחרי. ברם הפסיקה בימינו מדגישה שמידע כזה מוגדר הן לפי נסיבות העברתו והן לפי תוכנו; בהקשר יחסי עבודה ברור שמידע נמסר לעובד למטרות מסוימות מאוד, אך כדי להקים חובת סודיות יש להוכיח שהמידע עצמו ראוי להיות מוגן.⁵² קביעה זו משרתת את האינטרס של העובד בכך שהיא מונעת מן המעביד להגביל את חירותו בהבל פה, אך היא משרתת גם את המעביד, מפני שככל שמתרחבת חובת הסודיות, כך קשה יותר להגן עליה.

49 ע"א 206/72 מיגן בע"מ נ' פאר ואח', פ"ד כז (1) 576, 578.

50 דברי נשיא בית הדין הארצי לעבודה, השופט אדלר, בע"ע 164/99 פרומר ואח' נ' רדגארד בע"מ, תקדין ארצי 2199 (2) 115, 124.

51 פסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן בע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשיית שוקולד וסוכריות בע"מ נ' סרנגה ואח', פ"ד מט (5) 796, 804-806. כאמור, סוד מסחרי הוא מושג קשה להגדרה. המכנה המשותף המקובל הוא שמדובר במידע או רעיון המקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחרים, והוא אינו ניתן לגילוי בנקל; ראו סעיף 5 לחוק עוולות מסחריות התשנ"ט-1999 וכן ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ ואח' נ' כרמקס בע"מ ואח', פ"ד נא (3) 421, עמ' 429.

52 פסק הדין בעניין ורגוס, שם, מעמ' 437.

הדיון הביקורתי בהנחותיו של בית המשפט בעניין **יצחקי** הביאנו עד כה למסקנה שהאיסור נועד להגן על האינטרס של המדינה כריבון ולא כמעסיק. מסקנה זו נתמכת בהקשרו החקיקתי של האיסור וכן בהפרכת הטענה שהמידע המצוי בידי השלטון הוא קניינו. השלטון רק מחזיק במידע כנאמן הציבור. על אף האמור, יש לברר את תקפותה של ההנחה העקרונית העולה מדברי השופט ויתקון, שחובת הסודיות של עובדי ציבור נחוצה להגנה על מנהל תקין ויעיל. לגבי הנחה זו יש להדגיש שתי נקודות: השופט ויתקון אמנם מדבר על מידע "סודי", אך הוא אינו מסייג את דבריו או מייחד אותם למידע מסוגים מסוימים; כמו כן, הוא מתייחס ליסודיותה של חובה זו ביחס למנהל תקין מתוך מודעות לביקורת שכבר נשמעה באותה עת על האיסור.⁵³ אם אכן נכונה ההנחה דלעיל, שינוי התפיסה בדבר מעמדו של המידע הרשמי – ממה שהוא רכוש השלטון למה שמוחזק על ידו כנאמן הציבור – אינו אמור לשנות את הגישה העקרונית בדבר חובתם של עובדי ציבור לשמרו בסוד. אם חובה זו באמת חיונית להגנה על פעולתו התקינה של המנהל, כי אז חיסוי המידע הרשמי, גם אם אין הוא קניינו של השלטון, משרת את האינטרס הציבורי. ברם ההנחה שסודיות היא הכרח ממסדי-שלטוני התערערה במדינות דמוקרטיות בעשורים האחרונים אל מול ערכים של שקיפות ונשיאה באחריות כלפי הציבור. אפילו בבריטניה, המאופיינת במסורת עתיקת יומין של סודיות ממשלתית יותר מכל דמוקרטיה מערבית אחרת, התפתחה מאז שנות השבעים גישה ביקורתית כלפי סודיות ממשלתית ודרישה לממשלה פתוחה ולחופש מידע.⁵⁴

הפסיקה הישראלית הכירה בהדרגה באופי הפומבי של המידע המצוי בידי השלטון ובחיוניותו לנשיאת השלטון באחריות. היה זה השופט ויתקון עצמו אשר הניח לכך את המסד בבג"ץ **פיטל**.⁵⁵ באותו מקרה דחה השופט את טענת הרשות שבהיעדר אסמכתא בחוק אין לאזרח זכות לעיין בחומר

53 "כה יסודית היא חובה זו, שאף יזכות הציבור לדעת; אינה מצדיקה את ביטולה [...] מן הראוי להדגיש זאת, שכן נתרבו בימינו העוררין על עצם הרעיון המונח ביסודו של הסעיף [...]". – דבריו בעמ' 699 לפסק הדין, **לעיל** הערה 38.

54 סקירה של התפתחות הכתיבה הביקורתית בבריטניה בנקודה זו ניתן למצוא אצל K.G. Robertson, **Secrecy and Open Government**, Basingstoke: Macmillan, 1999, pp. 15-23 (**hereinafter**: Robertson).

55 **לעיל** הערה 42. באותו מקרה ביקש העותר לעיין בפרוטוקולים של ועדת השומה כדי לבסס טענה שהוועדה פעלה בחוסר סמכות (טענה שהעלה במסגרת עררים שהגיש על החלטות הוועדה). הוא עתר לבג"ץ על סירובה של הוועדה להיענות לדרישתו.

שבידה, וטען כדלקמן: "כל 'הסודיות' הזו, המקימה מחיצה ופורשת מסך בין השלטון והאזרח, לא יכירנה מקומה במנהל תקין במשטר חופשי". במבט ראשון, דברים אלו מבטאים גישה הפוכה לזו שביטא השופט ויתקון שנים ספורות לאחר מכן, בפרשת יצחקי (אלא אם כן התייחס במקרה האחרון רק למידע סודי משיקולים מהותיים – סייג חשוב שלא ציין מפורשות, וגם לא ברור מדוע הוא רלוונטי למידע שיצחקי ביקש לעשות בו שימוש). בהמשך דבריו בבג"ץ פיטל הזכיר השופט ויתקון את ביקורתו של הלורד דנינג (Denning) על החשיבות המופרזת שמייחסים השלטונות להבטחת סודיות מסמכים, אפילו מסמך שבגילוי תוכנו אין נזק כלשהו. לסיכום, הוא ביסס את זכות העיון של העותר על "השכל הישר וההגינות האלמנטרית ביחסי-ציבור בין שלטון ואזרח". בהמשך לכך קבע בית המשפט העליון בראשית שנות השבעים שמעמדה של רשות ציבורית כנאמן הציבור מחייב שמסמכים שנתקבלו בידה תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה על פי דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים בפני הצד הנוגע בדבר.⁵⁶ בית המשפט גזר מחובת הנאמנות של השלטון חובת גילוי בהקשרים נוספים, כגון מסירת מידע לציבור על הסכמים פוליטיים,⁵⁷ ולאחרונה חייב את היועץ המשפטי לממשלה לפרסם את עיקרי חוות דעתה החולקת של פרקליטת המדינה בשאלת העמדתו לדין של ראש הממשלה לשעבר, בנימין נתניהו.⁵⁸

למעשה, כיום מקובלת ההנחה ההפוכה לכך שסודיות נחוצה לקדם מנהל תקין ויעיל. הגישה היום היא שבכפוף לכמה תחומים המצדיקים איפול, שקיפות היא זו הנחוצה להגנה על ערך זה. זאת, משום שלסודיות המנהל כמה היבטים שליליים:⁵⁹ א) יש לה השפעה מנוונת ומקפאיה על תפיסות החשיבה של עובדי המנגנון: מניעת זרם רענן של מידע בצינורות הגוף המנהלי עצמו מעודדת היצמדות לתפיסות מקובלות ומרתיעה מחשיבה חופשית, עד שהצמרת עצמה עלולה להתחיל להאמין במידע הסלקטיבי

56 בג"ץ שפירא (לעיל הערה 47). באותו מקרה הגיש עורך דין לוועד מחוזי של לשכת עורכי הדין תלונה נגד עורך דין אחר. הוועד שמע את תגובתו של עורך הדין השני והחליט לסגור את התיק. המתלונן עתר לבג"ץ נגד סירובו של הוועד – גוף סטטוטורי – למסור לו את תגובתו של הצד השני.

57 בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד (3) 353 (להלן: בג"ץ שליט), וכן בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749.

58 ע"א 7759/01 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' משרד המשפטים ואח' (טרם פורסם).

59 היבטים אלו ונוספים, שהחוקרים מעלים בתחום זה, מפורטים אצל להב, לעיל הערה 12, עמ' 570-572.

שהיא משחררת ולעצום את עיניה בפני מידע סותר; ב) סודיות מחבלת בהליך הדמוקרטי, שכן היא מונעת מן האזרחים תמונה כוללת של מצבים, וכתוצאה מכך נבצר מציבור האזרחים לגבש עמדה ביקורתית ואחראית ביחס לקווי המדיניות שאותם נוקטת הממשלה; ג) סודיות עלולה לחבל בעקרון שלטון החוק, מפני שהיא מאפשרת למנהל להסתיר מן הציבור מידע מביך או בעייתי משיקולים פוליטיים; ד) סודיות וסיווג-יתר משפיעים לרעה על איכות המחקר האקדמי, ובפרט על המחקר ההיסטורי.

אכן, דמוקרטיה מחייבת שקיפות מרבית, באשר היא שיטת משטר המבוססת על דיון ציבורי ועל גיבוש הסכמות בנושאים חברתיים ומדיניים שנויים במחלוקת. ככזו, היא מחייבת את שיתופם של האזרחים במידע על אודות פעולות שלטוניות, מדיניות ממשלתית, תהליכי קבלת החלטות ברשויות, נתונים עובדתיים המתייחסים למישור הציבורי וכדומה.⁶⁰ בדמוקרטיה מערבית שקיפות נתפסת כאמצעי שאין בלתו לקיום ביקורת ציבורית יעילה על התנהלות השלטון. הביקורת חיונית למניעת ניצול לרעה של הכוח השלטוני ולתיקון כשלים בתפקודן של מערכות שלטוניות. לפי השקפה זו, סודיות ממשלתית היא דבר שלילי ומסוכן שיש לצמצמו למינימום ההכרחי, ולא מעבר לכך. גישה זו מבטאת, למשל, הפילוסופית סיסלה בוק. בוק מציגה ניתוח אתי של המושג "סודיות" וטוענת שסודיות אינה בהכרח בלתי מוסרית, וכי יש סודיות טובה ורצויה לפעילות הפרט (משיקולים של פרטיות ואוטונומיה, למשל). עם זאת, היא סבורה שלא ניתן להחיל את ההצדקות העקרוניות בזכות שמירה על סודיות (אשר קיימות בנסיבות מסוימות) מצד הפרט על גופים קולקטיביים, ובמיוחד כאשר מדובר בגופים בעלי כוח שלטוני. לדעתה, סודיות שלטונית מחייבת מתן טעמים מצדיקים מיוחדים, והיא מותנית במנגנונים של נשיאה באחריות לשם מניעת ניצול לרעה של הכוח השלטוני.⁶¹ בישראל, השינוי התפיסתי בנושא זה מתבטא

60 יש המכנים תפיסה זו של דמוקרטיה – "השתתפותית". מנגד, יש הטוענים שהשיטה הדמוקרטית המודרנית היא ייצוגית, וככזו היא אינה מחייבת השתתפות פעילה של כלל האזרחים. לכן, לכאורה, די לשתף את הנציגים במידע באופן שתאפשר זרימת מידע מן הרשות המבצעת אל הרשות המחוקקת. לפי גישה זו, אין להעריך משטר דמוקרטי לפי קריטריונים של פתיחות ושקיפות, אלא לפי איכות ההחלטות המתקבלות.

ראו לדוגמה את עמדתו של רוברטסון: Robertson, *supra* note 54, pp. 20-22.
61 S. Bok, *Secrets: On the Ethics of Concealment and Revelation*, New York: Pantheon, 1982, esp. ch. 11. Robertson, *Ibid.*, pp.10-15. לביקורת על בוק ראו Robertson, *Ibid.*, pp.10-15. רוברטסון, שהיה יועץ בניהול המודיעין הבריטי בעת כתיבת ספרו, גורס שבוק אינה

בחקיקת חוק חופש המידע ב-1998.⁶² אם כן, אין עוד מקום להניח שחשיפת מידע המצוי בידי רשות מנהלית פוגעת בתפקודה.

הדברים האמורים אינם שוללים את הצורך בסודיות מנהלית בהקשרים מסוימים. תכליתם להבהיר שניתוח מעמדו של המידע המצוי בידי רשויות השלטון אינו יכול להיעשות מתוך פרספקטיבה של המשפט הפרטי או מתוך הנחת מוצא בדבר קיומה של הצדקה עקרונית למנוע מידע זה מן הציבור – שתי הנחות העולות מהנמקת בית המשפט בפרשת **יצחקי**. אין ספק שלגבי מידע רשמי בתחומים שונים, קיים צורך אמתי בסודיות. קטגוריה מובהקת היא זו של סודיות מטעמי ביטחון המדינה. ברם קטגוריה זו אינה נוגעת לענייננו, שכן ביטחון המדינה מוגן באופן הרמטי באמצעות הוראות הדין הפלילי. יש איסורים ספציפיים המטפלים בנושא זה (בעיקר עבירות הריגול,

מצליחה לתקף את הנחתה הבסיסית, שיש הצדקה פחותה לסודיות מצד גופים קולקטיביים, או סודיות מובילה בהכרח לניצול לרעה של כוח. לדעתו, אין לדון בסודיות ממשלתית על סמך הנחה המייחסת לסודיות ערך שלילי בראי ערכים כמו שקיפות ונשיאה באחריות (ואין להתייחס ל"ממשלה פתוחה" כאל ערך דמוקרטי), מפני שיש לא פחות שיקולים בזכות סודיות מאשר נגדה (יעילות מנהלית, הגנה על פרטיות האזרח ועוד). לפיכך יש לבחון את הצורך בסודיות מתוך ניטרליות ערכית ולהתייחס לסודיות כאל שיקוף של כוח ולא של ערכים. על סמך השקפה זו הוא פוסל את רוב הגישות המקובלות, המכונות אצלו "נורמטיביות", ומציע עמדה חלופית שהוא מכנה "ריאליסטית"; לפי עמדה זו, יש לבחון את היקף הסודיות הממשלתית כמשקף איוון לגיטימי ומשנתה של יחסי כוח בין כוחות שונים במערכת הפוליטית (ראו בעיקר פרקים 2 ו-3 בספרו). שאלת היחס הראוי לסודיות ממשלתית במישור הנורמטיבי חורגת מענייננו, שכן הדיון בנייר זה מכוון לתכלית ספציפית, והיא קביעת היקף ההגנה הנדרשת על סודיות ממשלתית בדין הפלילי. בהקשר זה יש לפנות אל ההשקפה השלטת כלפי הנושא בימינו, בישראל ובמדינות דמוקרטיות אחרות. לפי השקפה זו, סודיות ממשלתית מוזהה כגורם בעייתי, גם אם היא נחוצה במקרים מסוימים. לגופו של עניין, אנו מסתייגים מעמדתו של רוברטסון, אך אין זה המקום לפרט אותה ואת השגותינו לגביה. ברם כדי להעניק תמונה שלמה יותר מזו, ניתן לציין תשובה אפשרית אחת לטענותיו: סודיות מונעת ביקורת על תהליכי קבלת החלטות, ובדרך זו אינה מאפשרת תיקון של החלטות שגויות אלא מנציחה אותן. זו טענתו המרכזית של P.G. Chevigny, "The Executive and the Politics of Information", 18 **Israel Yearbook on Human Rights** (1988), pp. 49-59. המחבר מנתח את חופש המידע לא במושגי זכויות או דמוקרטיה, אלא כמאפיין חשוב של "מדינות מודרניות", החיוני לגיבוש מדיניות שלטונית נכונה ולמניעת הישנותם של כשלים (לשיטתו, סודיות היא מתכון לקבלת החלטות בלתי רציונליות; "רציונליות" בהקשר זה מוגדרת על ידו כיכולת לשקול גם את השקפת האחר).

62 יש לציין שעשרות שנים לפני חקיקת חוק חופש המידע כבר הצביע בית המשפט על מעמדו העליון של חופש המידע, לנוכח הקשר ההדוק בינו לבין חופש הביטוי: בג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח'**, פ"ד טז (4) 2407 (להלן: בג"ץ **אולפני הסרטה**).

באותו פרק), ואין יסוד אמתי לחשש שמא הציבור אינו מוגן מפני מסירה שלא כדין של מידע רגיש מבחינה ביטחונית. קטגוריה מובהקת אחרת היא של סודיות מטעמי הגנה על צנעת הפרט. גם קטגוריה זו זוכה לטיפול נאות במסגרת הדין הקיים (חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981), הן כעוולה אזרחית והן כעבירה פלילית. ספק רב אם יש צורך בסעיף 117 לגבי מסירת מידע מקטגוריה זו. בהמשך נדון ביתר הרחבה בקטגוריות אחרות, כגון מידע רגיש בתחום יחסי החוץ (למשל, מגעים דיפלומטיים המחייבים חשאיות מיוחדת), מידע בדבר מדיניות מוניטרית אשר חשיפתו הבלתי מבוקרת עלולה לפגוע בביצוע המדיניות ובהגשמת מטרותיה (למשל, פחות מתוכנן) או מידע בדבר דיונים פנימיים והתייעצויות פנימיות ברשות (אשר חשיפתו עלולה למנוע החלפת דעות חופשית וגילוי מידע מלא בתוך הרשות ולסכל גיבוש מדיניות נכונה וקבלת החלטות ראויות). כפי שנראה, גם קטגוריות אלו אינן מצדיקות חיסוי מידע בכל מקרה. לדוגמה, יש אינטרס ציבורי בחשיפת מידע מתוך דיונים פנימיים של הרשות כדי לאפשר מניעת החלטות שגויות בעוד מועד. לפיכך על הרשות להצביע על טעם ממשי לחיסוי של מידע שכזה בפני הציבור, ולא להסתפק בטענה הכללית והספקולטיבית שחשיפת מידע מדיונים פנימיים תפגע בפעולת המנגנון הציבורי שבו מדובר.⁶³

למרות קיומן של הצדקות שונות לחיסוי מידע, אין לשכוח את אשר מלמדנו הניסיון: סודיות משמשת את השלטון לעתים קרובות לשם טיוח והסתרת מחדלים מעיני הציבור. זו תוצאה של הנטייה הטבעית והחזקה של השלטון לחיסוי-יתר מטעמי נוחות, שהרי שקיפות גוררת ביקורת, וביקורת מעמיסה מתחים ומקשה את התפקוד החופשי. במקרים אלו, אין הסודיות הממסדית מיועדת להגן על הציבור, כי אם על יוקרתו של הממסד הציבורי או על יוקרתם של בכירים בצמרת השלטון. הוויכוח שהתחדש לאחרונה בשאלת חשיפתם של המחקרים הרשמיים הגנוזים על מלחמת יום כיפור ממחיש בעיה זו. על רקע זה מזדקרת הבעייתיות הרבה בדבריו של השופט ויתקון בפרשת **יצחקי**, שלא ניתן להעלות על הדעת אינטרס ציבורי בחשיפת מידע רשמי שלא ביוזמת הממונים על עובד הציבור. דברים אלו צורמים במיוחד לנוכח דבריו בבג"ץ **פיטל**, שיש שהסודיות השלטונית נובעת מגאוות השררה, ויש שהיא נותנת מקום לחשד שבאמת יש מה להסתיר.

63 ראו למשל, עת"מ (י-ם) 924/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' המועצה להשכלה גבוהה ואח', תקדין מחוזי 2003 (3) 4413.

סודיות המנהל אינה נתפסת עוד בשיטתנו כערך חיובי וראוי להגנה כשלעצמו. האיסור הגורף בסעיף 117 מבטא תפיסה משפטית שנזנחה מאז חקיקתו. ניתן להציע פרשנות אחרת לערך המוגן ולנסות "להציל" מציפורני האנכרוניזם. לפי פרשנות זו, האיסור לא נועד כלל להגן על זכות הקניין של המדינה במידע הרשמי. תכליתו להגן על **אינטרסים ציבוריים חשובים** העלולים להיפגע ממסירת מידע בלתי מוסמכת מצד עובדי ציבור; "אינטרסים ציבוריים", שכן ההקשר החקיקתי, ובעצם הדין הפלילי מעצם מהותו, דורש פגיעה בציבור, ולא רק ברשויות הציבור כמעסיק או כמנגנון ביורוקרטי. אינטרסים כאלו עשויים להיות יחסי החוץ של המדינה, יציבות כלכלתה, שלטון החוק וכדומה.

אם נניח **שתכליתו** של האיסור להגן על אינטרסים ציבוריים חשובים, מתחייבת מכך פרשנות מצמצמת **להיקפו**, מאחר שלא כל גילוי בלתי מוסמך פוגע באינטרס ציבורי חשוב. יש לפרש את האיסור בצמצום כך שלא יחול על כל סוג של "ידיעה", אלא רק על ידיעות בעלות תוכן רלוונטי לאינטרס שכזה.⁶⁴ ויודגש: **הקביעה הנורמטיבית שגילויים מסוג מסוים אינם צריכים להיות פליליים, אינה שקולה לראייתם כגליטימיים**. כל עניינה בתחום התפרסותו של הדין הפלילי לאור השיקולים המונחים בבסיסו, תוך כדי חתירה להשגת עקיבות ולכידות בדין הישראלי בנושא זה.

לפי הפרשנות המוצעת, יש לקבוע את היקף ההגנה על סודיות רשמית בדין הפלילי לפי מודל **פונקציונלי**: בהתייחס למטרה לגיטימית בלבד, כפי שכבר הוצע בעבר.⁶⁵ יש להגן על סודיות באמצעות האיסור רק עד כמה שהיא

64 זו עמדתה של זלצמן (Zaltzman, *supra* note 12). עמדה זו דומה להצעתה של להב, אשר תפורט להלן.

65 להב, **לעיל** הערה 12, מעמ' 573. להב סבורה שהמודל הפונקציונלי עולה גם מן ההיסטוריה החקיקתית של האיסור, ולא רק מתוך עמדה ביקורתית המאמצת פרספקטיבה דמוקרטית-חוקתית לגבי הנושא. לדעתה, דברי הכנסת מעידים שאת המחוקקים הנחו שיקולים פונקציונליים, ולא הרצון להגן על הסודי באשר הוא סודי, ולכן תפיסת בית המשפט בפרשת **יצחקי** אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק. אנו מסכימים עם עמדתה העקרונית בדבר הצורך לאמץ נקודת מבט דמוקרטית-חוקתית, המחייבת מודל פונקציונלי של סודיות מנהלית. ברם טענתה ההיסטורית לגבי כוונת המחוקק בעייתית בעינינו, נוכח העובדה שלא נערך בכנסת דיון אמתי על האיסור בעת חקיקתו אלא רק עשור לאחר מכן, עם הבאת תיקונים לאישור הכנסת. וגם אז, הגם שנטען שיש להגן באמצעות האיסור גם על אינטרסים אישיים ומסחריים (לכאורה – ביטוי לגישה פונקציונלית, כטענת להב), שימשה טענה זו לדחיית הצעות לצמצום נוסח האיסור, ועמדה בבסיס טענה אחרת, והיא שנחוצו ליצור "שירות ציבורי נאמן" (ראו לעיל הדין בהיסטוריה החקיקתית). הטענה האחרונה, בצד היעדר עדויות

משמשת אמצעי נחוץ ומידתי להגנה על מטרה ראויה. פרשנות זו קוראת לתוך הערך המוגן אינטרסים חברתיים שונים דרך מסננת אבן הבוחן של "מטרה לגיטימית". חובת הסודיות, אשר בגין הפרתה ראוי להטיל אחריות פלילית על עובד ציבור, אינה נגזרת מיחסי עבודה בינו לבין המדינה אלא מתפקידו הציבורי. תפקיד ציבורי מחייב את ממלאו לפעול לטובת הציבור. משום כך, חריגה מסמכות הגוררת פגיעה באינטרס הציבורי מבטאת מעילה של עובד הציבור בחובת האמונים שלו כלפי הציבור בכללו. גילוי מידע ללא סמכות לגורם בלתי מוסמך עשוי להוות הפרה של חובת סודיות מצד עובד הציבור כלפי מעסיקו, וככזה הוא עשוי להצדיק סנקציה כבדה. ברם מעשה כזה אינו מהווה בהכרח הפרת אמונים כלפי הציבור המצדיקה הטלת אחריות פלילית. רק גילוי הטומן בחובו נזק לאינטרס של הציבור (במובן המהותי והרחב של מושג זה) יבוא בגדר האיסור. אם לא כן, נמצאת הוראת סעיף 117 אוסרת גילוי בחוסר סמכות באשר הוא, ובכך מגנה על **ההייררכיה** במנהל. ערך שכזה אינו ראוי להגנה באמצעות הדין הפלילי, שהוא אמצעי פוגעני ביותר ביחס לחירות הפרט ולכבודו, כי אם באמצעות הדין המשמעותי. להבדיל, המודל הפונקציונלי מחייב להעריך את היקפה של חובת הסודיות בפלילים תוך כדי איזונה עם הצורך בשקיפות, בהתחשב בסוג המידע. ישנם שיקולים עקרוניים, שבאמצעותם ניתן להגדיר קטגוריות לגיטימיות של סודיות לגבי סוגי מידע, המטים את המאזן לטובת חיסוי. בהמשך ננסה להגדיר קטגוריות אלו באמצעות פנייה לחוק חופש המידע ולדינים זרים כמקור השראה. אין להתעלם מכך שהפרשנות המוצעת יוצרת קשיים. ניתן לטעון שפרשנות זו יוצרת כפילות מיותרת ביחס לאיסורים קיימים. סביר להניח שגילוי פוגע של מידע רשמי ללא סמכות ממילא מהווה עבירה פלילית לפי הוראות עונשיות ספציפיות. גילויים שכאלו עשויים להיתפס בעברות של שיבוש הליכי משפט, הפרת אמונים, לשון הרע או פגיעה בפרטיות. מדוע נדרש לאסור אותם בעבירה נוספת וכללית? המשמעות המעשית של קבלת טענה מסוג זה היא שיש **לבטל כליל** את האיסור הפלילי על גילוי בהפרת חובה.

למודל פונקציונלי בלשון האיסור (למעט כותרת הפרק – "סודות רשמיים" שמקורה בפקודה המנדטורית), מחזקת את ההנחה שמבחינת המחוקק, נועד האיסור להגן על שליטתן המוחלטת של הרשויות במידע הרשמי ולחזק את ההגנה על הסודי כסודי. בוודאי קשה לדבר על "דבקות המחוקק במודל הפונקציונלי", כדברי להב. יחד עם זאת, להב מצביעה על נקודה מעניינת והיא שבצד אישורם של השופטים את הגישה שסודיות היא מושג רחב הנתון לשיקול דעתה של הרשות, הם מעלים דוגמות מטיפוס פונקציונלי כדי להסביר את הצורך בסודיות.

ייאמר מיד: אין מדובר בטענה של מה בכך. ניתן להשיב לה שתי תשובות. הראשונה פשוטה יחסית: לא כל האינטרסים הציבוריים זוכים להגנה מלאה באיסורים הקיימים (למשל, יציבות כלכלית או שלום הציבור אינם מכוסים דיים). חלק מן האיסורים המאפשרים הטלת אחריות בגין גילוי מסוכן או מזיק, כוללים דרישות נוספות, כגון יסוד נפשי מיוחד.⁶⁶ נסיבות העשויות להצמיח אחריות פלילית בגין גילוי פוגע של מידע רשמי אינן מצמיחות בהכרח אחריות פלילית לפי איסור נוסף, אם אכן קיים איסור שכזה מלכתחילה. כפי שניווכח לדעת בהמשך, בחלק המשווה, יש מדינות שבהן תחולתו של האיסור הפלילי על גילוי מידע רשמי מותנית בכך שהמעשה אינו מצמיח אחריות פלילית בגין איסור חמור יותר. דהיינו החוק הפלילי אוסר גילוי מידע רשמי, אולם האיסור נאכף רק במקרים שלא ניתן להעמיד את העושה לדין בגין עברה חמורה יותר. זהו פתרון שניתן לשקול גם בישראל, אם ישונה האיסור בחקיקה.

התשובה השנייה לטענה דלעיל תינתן באמצעות חידוד נוסף של הערך החברתי שעליו **ראוי** להגן באיסור. הוצע לפרש מחדש את האיסור ככלי להגנה על אינטרסים ציבוריים חשובים, בהתאם לסוג המידע מושא הגילוי. נוסף על אלו ראוי להגן על אינטרס ציבורי נוסף: **יחס הנאמנות שהשלטון חב לציבור**. עובד ציבור המוסר ללא סמכות מידע רשמי רגיש לאדם בלתי מוסמך ומסכן בכך אינטרסים ציבוריים חשובים, מפר את חובת הנאמנות שלו כלפי הציבור.⁶⁷ הפרת נאמנות גוררת עמה פגיעה באמונו של הציבור הנפגע. אמון, כתנאי הכרחי לכל מערכת יחסים בעלת משמעות, נדרש גם לשימור יחסי גומלין תקינים בין השלטון לאזרח. אמון הציבור הוא "המשענת של רשויות הציבור, והוא המאפשר להן למלא את תפקידן".⁶⁸ עם זאת, הפרת הנאמנות אינה עומדת בפני עצמה, אלא רק מצטרפת לפגיעה באינטרס ציבורי.⁶⁹ כך למשל, הפרתה של חובת הנאמנות בענייננו עלולה להקשות על

66 לדוגמה, העברה של שיבוש מהלכי משפט דורשת כוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין (סעיף 244 לחוק העונשין).

67 אלא אם כן גילוי המידע נעשה בשם האינטרס הציבורי ולמען טובת הציבור. בנסיבות אלו נדון בפרק הבא.

68 דברי השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז (2) 229, בעמ' 262 (**להלן: בג"ץ אייזנברג**).

69 יש לזכור שבמדינה דמוקרטית ההגנה על אמון הציבור ברשויות באמצעות איסור פלילי אינה עניין טריוויאלי כלל ועיקר, שכן אמון הציבור מהווה אינטרס לגיטימי רק כאשר תפקודה של הרשות נאות. אם לא כן, מאבדת הרשות את הלגיטימציה שלה

הציבור למלא חובות דיווח המוטלות עליו או למנוע דיווח שאינו בגדר חובה אך הוא חיוני לאכיפת חוק (מידע על הפרות חוק הנמסר על יסוד הבטחה שלטונית לחסיון המקור); הדלפה הפוגעת במדיניות הכלכלית או בשלום הציבור עלולה לפגוע במינימום האמון הנדרש מצד הציבור כלפי השלטון כזוה, דהיינו במינימום המהווה מסד הכרחי לאמנה החברתית ולרעיון השלטון כנאמן הציבור.⁷⁰

המודל הפונקציונלי מעורר קושי נוסף: מי אמור להחליט על טיב המידע לפני הגילוי? האם כל עובד ציבור רשאי להחליט שמידע מסוים אינו בעל פוטנציאל פגיעה, ולכן הוא מותר בגילוי? תשובה חיובית לשאלה זו עלולה להוביל לאבדן שליטה על המידע שברשות השלטון ולפגיעה קשה בתפקודו. תשובה חיובית לשאלה זו עלולה גם לגרום לפגיעות בלתי מוצדקות בציבור ובפרט. אלא שאין ממש בקושי זה. השלטון רשאי לקבוע מסגרת פרוצדורלית של סמכויות למסירת ידיעות. אין בכך פסול, כל עוד הדבר נעשה בצד קביעת הנחיות להפעלת שיקול הדעת שתכליתן להגשים במידה המרבית את זכות הציבור לדעת ולמלא אחר דרישת השקיפות. הנקודה החשובה לענייננו היא התוצאות המשפטיות של החריגה מסמכות במסירת המידע.

ניתן לטעון שהמודל המוצע לוקה בעמימות לעומת הפרשנות בעבר, אשר החילה את האיסור כפשוטו – על כל ידיעה – ולכן הוא עלול דווקא להזיק לעובד הציבור הפועל בתחום עמום ובחוסר ודאות. אכן, הפרשנות בעבר יצרה מצב משפטי בהיר ביותר, בכך שקיבלה ללא סייג את הגדרת המושג "ידיעה" בחוק, והניחה שכל מסירת מידע בחוסר סמכות היא פלילית. ברם בהירות מקסימלית אינה יכולה להיות מוצדקת במחיר הרחבתה של

בראי שלטון החוק; ראו שגב (בהנחיית מ' קרמניצר), **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"א, מעמ' 148, ובעיקר עמ' 167-180 (**להלן: שגב**). אין לראות באמון הציבור דבר מובן מאליו; כדי לזכות בו, הממשלה צריכה להיות ראויה לו: ד' דיוואר, "אתיקה ונשיאה באחריות", **עיונים בביקורת המדינה 54** (תשנ"ו) עמ' 18-31, בעמ' 22 ו-30 (**להלן: דיוואר**).

70 בצד הדברים האמורים, אין להפריז במידת הפגיעה שעלולה לגרום הדלפה של היחיד למידת האמון של הציבור בשלטון בכללו. יש להבחין בין פגיעה באמונו המתמשך של הציבור בתפקוד הכללי של רשויות השלטון לבין פגיעה באמונו בתקינותו של הליך מסוים, באשר רק פגיעה מן הסוג הראשון מקימה חשש אמתי לתפקודו של השלטון. אין מדובר בהבחנה דיכוטומית, שהרי ברי שהאמון המתמשך בתפקוד הכללי של הרשות מורכב, במידה רבה, מן האמון בתקינות הפעלת סמכויותיה במקרים ספציפיים, אולם בהחלט ייתכן שאמון הציבור בתקינותו של הליך ספציפי ייפגע, מבלי שהדבר ישפיע באופן ניכר על האמון בתפקודה הכולל של הרשות. ראו אצל שגב, **שם**, עמ' 157-160.

האחריות הפלילית באופן מוגזם וגורף. הפרשנות המצמצמת, גם אם היא לוקה בעמימות מסוימת, אינה פוגעת בפרט (עובד הציבור) אלא רק מיטיבה עמו.⁷¹ כיפוף לשון האיסור הוא בעייתי פחות במקרה של פרשנות מצמצמת לאיסור מאשר במקרה של פרשנות מרחיבה, הפוגעת בהסתמכות הסבירה של האזרחים על לשון החוק ומעמידה אותם בסכנה של אישום פלילי. כך עולה גם מן הכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, ולפיו יש להעדיף את הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי הדין, ובתנאי שמדובר בפירוש סביר לאור תכלית האיסור.

הנקודה האחרונה מעלה את הקושי הגדול ביותר לגבי הפרשנות המצמצמת; קושי, אשר כותבים שהציעו פרשנות דומה בעבר לא העניקו לו את המשקל הראוי. **קושי זה מתייחס למתח הקשה שיוצרת פרשנות זו בין תכלית האיסור לבין לשון האיסור.** לדעתנו, הפרשנות המוצעת היא הפרשנות הרצויה מבחינה תכליתית, שכן היא זו המבטאת את הערך המוגן הראוי ביותר. היא, ולא פרשנות המחילה שיקולים מתחום המשפט הפרטי על רשויות השלטון או המניחה שסודיות נחוצה למנהל תקין. הפרשנות המוצעת אף עשויה להתיישב ביתר קלות (אם כי לא באופן הרמוני) עם ההקשר החקיקתי הקיים. ברם היא בעייתית משיקולים לשוניים, שכן היא אינה מתיישבת עם לשון החוק, בהינתן ההגדרה הקיימת למושג "ידיעה" מחד גיסא ולאיסור על גילוי בהפרת חובה מאידך גיסא. הגדרתו הרחבה של המושג "ידיעה" קבועה בסעיף 91 לחוק העונשין בלשון ברורה, והוראת האיסור אינה מוסיפה עליה פרט לכך שמדובר בידיעה שהגיעה לעובד מתוקף תפקידו. לשון החוק היא נקודת המוצא לעבודתו של הפרשן, ואף שאינה נקודת הסיום של התהליך הפרשני, היא מגבילה אותו; "הפרשנות אינה מוגבלת למילים אך המילים מגבילות את הפרשנות".⁷² אין אפשרות להגיע לפרשנות המשפטית הרצויה ביותר מבחינת תכלית בכל סביבה לשונית, אלא יש לקבוע את התכלית

71 הקושי בדבר חוסר הוודאות של עובד הציבור העלול להיתקל בסירוב מאוחר של בית המשפט לאשר את בחירתו למסור מידע, יתעורר בהקשר של הגנה משפטית על גילוי טובת הציבור (מה קורה כאשר עובד הציבור סבור שחובה לגלות את המידע משיקולי טובת הציבור, אך אין באפשרותו לנבא את עמדתו של בית המשפט בשאלה זו?).

72 דברי הנשיא ברק בפרשת **כהנא, לעיל** הערה 35, סעיף 23 לפסק דינו. על יסוד גישה זו קבע שיש לפרש דיבור שבחוק על רקע עקרונות היסוד של משפטנו אשר אחד מהם הוא חופש הביטוי, וזאת גם ללא עיגון לשוני ספציפי (לעקרונות אלו) בטקסט, אלא אם כן עיגון שכזה אינו עולה בקנה אחד עם לשון הטקסט – ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מ"י**, פ"ד נ (5) 221, עמ' 297 (להלן: פרשת **אלבה**).

במסגרת האפשרויות הלשוניות. לדברים אלו חשיבות מיוחדת לגבי נורמה פלילית האמורה לכוון את התנהגות הציבור. במקרה שלנו, אין מדובר בנורמה עמומה מבחינה לשונית, המאפשרת מרחב תמרון גדול בפירושה,⁷³ אלא בנורמה ברורה אך פסולה מבחינת תכליתה – הערך המוגן אשר מתיישב עם לשונו הרחבה של האיסור משקף תפיסות ארכאיות שלא ראוי עוד להגן עליהן, קל וחומר שלא באמצעות המשפט הפלילי. לא רק שאין בנמצא כל אינדיקציה לשונית להגבלת האיסור בהתאם לסוג המידע הרשמי שבו עסקינן, אלא שאף ניתן להסיק ממנו באופן חד-משמעי על התגבשות העברה במקרים שלא נגרם כל נזק ליחיד או לציבור; משמע, גם במקרים שהמידע הנמסר אינו בעייתי מבחינת טיבו. מסקנה זו נובעת מן הסייג הקבוע בסעיף 117(ד), ולפיו תהא הגנה למי שעומד בשני תנאים מצטברים: "שמסירת הידיעה הייתה כעבור חמש שנים מהיום שחדל להיות עובד הציבור ושבמסירת הידיעה לא היה משום פגיעה בדבר שיש לציבור זיקה בו או פגיעה בזכותו של יחיד". כיצד ניתן להסיר את המכשול שמציב סייג זה בפני מתן פרשנות מצומצמת למושג "ידיעה"?

לגבי התנאי השני ניתן לטעון שהוראת הסייג הכללי של "זוטי דברים" בחוק העונשין שוללת בלאו הכי הטלת אחריות פלילית בגין האיסור במקרים שלא נגרם נזק ליחיד או לחברה. לפי הסייג, "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל-ערך". לכאורה, במקרים שלא נגרם כל נזק ליחיד או לכלל, מדובר במעשה קל ערך מבחינת תוצאותיו והאינטרס הציבורי, שכן טובת הציבור לא נפגעה. נזכיר שערכים כמו שקיפות ונשיאה באחריות שומטים

73 דוגמה לאיסור עמום שלשונו מאפשרת מרחב פרשני גדול ניתן למצוא בעברה של פרסום הסתה לגזענות, לפי סעיף 144ב לחוק העונשין, החלה על "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות". בפרשת **אלבה (שם)**, התעוררה השאלה כיצד יש לפרש את המונח העמום "דבר": האם הוא כולל גם אמירה תמימה, שאין בה יסוד אובייקטיבי של הסתה לגזענות? רוב השופטים קבעו שיש לפרש את המושג בצמצום כדי למנוע הגבלה מוגזמת על חופש הביטוי, ובכך צמצמו את היסוד העובדתי הרחב של האיסור. ההבדל העיקרי לענייננו הוא בשניים. ראשית, המושג "דבר" אינו מוגדר כלל בחוק העונשין, בשונה מן המושג "ידיעה", והראשון אף עמום מן האחרון. בהקשר של האיסור על הסתה לגזענות, אין מכשולים לשוניים בפני פרשנות סבירה, המבקשת להגביל את תוכן המושג משיקולים תכליתיים. שנית, השופטים שצידדו בפירוש המרחיב למושג, הדגישו שמרכז הכובד של האיסור נמצא בדרישת היסוד הנפשי – עשיית המעשה מתוך מטרה פסולה של הסתה. ברם כפי שנטען שם מנגד, איסור על מעשים תמימים הנעשים מתוך יסוד נפשי פסול עלול לסתור את הכלל שאין עברה ללא מידה מינימלית של סכנה לציבור (אין עונשין *actus* שאיננו *reus*).

את ההצדקה לחיסוי פעולות השלטון, כאשר חיסוי אינו נחוץ למניעת פגיעה ניכרת בערך ציבורי. הגנת זוטי דברים עשויה, אולי, לפתור את הקושי לגבי התנאי השני, אך לא לגבי התנאי הראשון, שהוא חלוף חמש שנים מסיום התפקיד הציבורי ועד למסירת המידע. אם היעדר נזק, בענייננו, משמעו היעדר פגיעה באינטרס הציבורי והשמטת הבסיס להטלת אחריות פלילית, הדברים אמורים לגבי כל מבצע של העברה – לא רק לגבי מי שחדל להיות עובד ציבור ולא רק לגבי מי שחדל להיות עובד ציבור לפחות חמש שנים קודם לכן. הרטריות הגלומה בתנאי זה אינה עולה בקנה אחד עם פרשנות פונקציונלית לאיסור, המבכרת בחינה מהותית של המידע על פני הסתפקות בתנאי הטכני של הגעתו לידי עובד ציבור מתוקף תפקידו.

לשון האיסור אכן מגבילה מאוד את המרחב הפרשני, אך אפשר לציין שיקולים המגדילים אותו: הערך המוגן המקורי של האיסור איננו מתאים לזמננו, ולכן מתבקש ליצור ערך מוגן עדכני וראוי במהלך פרשני; חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק חופש המידע מעניקה משנה תוקף לצורך זה, שכן (כפי שנראה) חוקים אלו אינם מתיישבים עם לשון האיסור, והם מקדמים את הפרשנות המצמצמת את היקפו. את התפיסה שמבטא האיסור – ככלל, בעצם מסירת מידע רשמי בחוסר סמכות נגרם נזק – ניתן להצדיק ללא התייחסות לתוכן המידע, רק אם נניח שהנזק נגרם למדינה כבעלת המידע; דהיינו רק על סמך ההנחה שהמידע המצוי ברשות השלטון הוא רכוש. זו איננה עוד התפיסה המקובלת מבחינה משטרית וחוקתית. ההנחות העובדתיות והנורמטיביות שהניח המחוקק בשעתו, עד כמה שניתן לייחס לו הנחות שכאלו, אינן מקובלות עוד. בנוסף על כך, התחזק מעמדה של זכות הציבור לדעת, אשר קיבלה ביטוי מפורש בחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

לסיכום, הגעה לתוצאה הרצויה באמצעות מהלך פרשני "אקרובטי" ומאולץ של לשון החוק, ובפרט כאשר מדובר באיסור פלילי שנועד לכוון התנהגות, מעוררת קשיים רבים. מנגד, גם דבקות בפרשנות המנציחה הנחות נורמטיביות ועובדתיות ארכאיות והמתנגשת בדברי חקיקה מרכזיים אחרים, מעוררת קושי רב. במצב זה, כל אחת ואחת משתי החלופות הפרשניות לוקה בחסרונות ניכרים, ועל כן, בצד היותה רצויה משיקולים מסוימים, היא גם בלתי רצויה משיקולים אחרים. מדובר במתח קשה ביותר בין שיקולים פרשניים יסודיים. קושי פרשני מעין זה ראוי לפתור על ידי תיקון האיסור בחקיקה.

ג. הסייגים לעברה

ראינו שהסייגים הקבועים בסעיף 117 גופו אינם מסייעים דיים לצמצום האחריות הפלילית הרחבה שיוצר האיסור. הגבלה אחרת נמצאת בהוראה המתייחסת לכלל העברות בפרק לגבי ביטחון המדינה. לפי הוראה זו, כתב אישום יוגש בידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב.⁷⁴ בשונה מן הסייגים המהותיים לתחולת האיסור, זו "מסננת" פרוצדורלית (דיונית) המחייבת את הדרג הגבוה ביותר בתביעה הכללית להפעיל שיקול דעת בנוגע לאכיפת האיסורים הקבועים בפרק. הוראה זו מיועדת להוביל לקביעת מדיניות רצויה של התביעה באכיפת העברה דנן. ההיגיון המונח בבסיסה הוא שנדרשת מדיניות זהירה באכיפת עברות חמורות אשר תחולתן הפוטנציאלית רחבה ביותר, ובהתאמה – גם פגיעתן הפוטנציאלית בזכויות יסוד. כך מתבקש לגבי האיסור בדבר גילוי בהפרת חובה. אכן, מדיניות התביעה הכללית היא שיש לאכוף את האיסור במשורה.⁷⁵ מדיניות זו באה לידי ביטוי בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, לא להגיש כתב אישום נגד חבר הכנסת ראובן (רובי) ריבלין בגין מסירת מידע מדיוני הוועדה לבחירת שופטים. ריבלין, שישב בוועדה כנציג מטעם הכנסת, מסר לגורם חיצוני (דוד אפל) מידע מן הדיונים, חרף היותם חסויים לפי כללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד-1984. אמנם יש לכאורה ראיות מספיקות לביצוע העברה של גילוי בהפרת חובה, קבע היועץ המשפטי, אך לאור מכלול הנסיבות – לרבות העובדה שהמידע שנמסר אינו רגיש או פוגעני ולא פגע בפעילות הוועדה – ולאור האיפוק הנהוג והנדרש בשימוש בדין הפלילי כגון דא, יש לסגור את התיק מחוסר עניין לציבור. למרות מדיניות התביעה, מגבלה פרוצדורלית אינה שקולה להגנה מהותית בפני הטלת אחריות פלילית. הגנה מהותית, משמעה שאין להטיל אחריות פלילית **למרות** התגבשותם של רכיבי העברה (שהרי אם לא התגבשו רכיבי העברה, בלא הכי לא ניתן להטיל אחריות פלילית לפיה). במתן שיקול דעת מנהלי לתביעה אין אמירה נורמטיבית ברורה של המחוקק, יוצר האיסור,

74 סעיף 123 לחוק העונשין.

75 דברי היועץ המשפטי לגבי מדיניות זו הוזכרו בבג"ץ 3930/00 **יעקב קדמי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (דינים עליון נח 702), שבו נדחתה עתירה להורות על פתיחה בחקירה נגד ראש הממשלה לשעבר, בנימין נתניהו, בגין חשיפת חלקים חסויים מדוח מבקר המדינה בפני עיתונאי.

לגבי הנסיבות השוללות את התגבשותו של האיסור.⁷⁶ מסננת פרוצדורלית תלויה בשיקול דעתה של התביעה ופותחת פתח לאכיפה סלקטיבית של האיסור.

הגנת תום הלב: סעיף 94 לחוק העונשין

סייג מהותי העשוי לצמצם את תחולתו של האיסור על גילוי מידע רשמי, קבוע בסעיף 94 לחוק העונשין. סייג זה מתייחס לכלל האיסורים בפרק של ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים.⁷⁷ הוא מסיר אחריות פלילית ממעשה אשר "משתמעת מתוכו כוונה בתום לב, או אם נעשה בתום לב מתוך כוונה להביא, בדרכים שאינן פסולות לפי דין, לידי שינוי בסדרי המדינה או בפעולות רשות מרשויותיה, או בסדרי מדינת-חוץ [...]". חשוב להבחין כי **הסייג אינו עוסק כלל בטיב המעשה אלא רק בהלך הרוח של העושה** (תום לב וכוונה להביא לשינוי בסדרי המדינה או מדינת חוץ או בפעולתה של רשות שלטונית). יחד עם זאת, המעשה שעליו חל הסייג מהווה לכאורה עברה פלילית לפי אחד האיסורים בפרק, נלא – אין טעם בהוראת הסייג. לכאורה, מעורר הדבר קושי: הייתכן שהסייג מעניק הכשר חוקי לכל מעשה, חמור ככל שיהיה, רק משום שנעשה בתום לב לשם מטרה לגיטימית? ויודגש שהסייג חל, בנוסף על העברות של גילוי ידיעות רשמיות, גם על עברות ביטחוניות חמורות, כמו בגידה וריגול, ועל עברות של פגיעה ביחסי חוץ. בפרק זה נצביע על קשיים שמעוררים הסייג ואופן פירושו בפסיקה. בפרק הבא נציע מודל פרשני אשר יסייע להתמודד עם קשיים אלו, עד אשר יתוקנו בחקיקה.

קושי ראשון טמון בכך שהסייג מבחין בין שתי חלופות: עשיית מעשה "אשר משתמעת ממנו כוונה בתום לב" או עשייתו "בתום לב מתוך כוונה להביא [...]". שתי החלופות עוסקות בהלך הרוח של העושה אשר מסיר אחריות פלילית מן המעשה, אך בחלופה הראשונה הלך רוח זה רק משתמע מן המעשה, ובחלופה השנייה הוא קיים באמת. עולה מכך שאת התקיימותה של החלופה הראשונה יש לבדוק במישור היסוד העובדתי, לפי המעשה

76 לדוגמה, קביעת סייג מהותי המסיר אחריות פלילית ממעשה קל ערך (הגנת זוטי דברים, סעיף 34 לחוק העונשין) הייתה נחוצה, אף שהאפשרות לא להעמיד לדין בגין מעשה כזה הייתה מצויה בסמכות התביעה לסגור את התיק משיקולי חוסר עניין לציבור. בשעתו נחקק הסייג כסעיף 4 בחוק לתיקון דיני העונשין (ביטחון המדינה), תשי"ז-1957.

והנסיבות, ואילו את החלופה השנייה יש לבחון בגדר היסוד הנפשי.⁷⁸ אין הצדקה לפיצול שכזה. לחלופה הראשונה אין מקום כחלופה מהותית המכוננת בפני עצמה את הסייג לפי סעיף 94. יש לראות בה, לכל היותר, **ראיה** לקיומו של היסוד הנפשי המקים את הסייג.

הפגם המשמעותי ביותר בהוראת סעיף 94 הוא היעדר התייחסות לאמצעים המותרים לשם השגת אותו שינוי בסדרי המדינה או בפעולת הרשויות. בכך חסר הסייג דרישה ליחס ראוי (פרופורציה) בין האמצעי לבין המטרה, כלומר בין המעשה האסור לבין התכלית הלגיטימית אשר לשמה פעל העושה. בהקשר של העברות נגד ביטחון המדינה, דרישת הפרופורציה נחוצה ביתר שאת למניעת מתן הכשר חוקי למעשים קיצוניים ומסוכנים הנעשים במטרה להביא לשינוי בסדרי המדינה ומתוך אמונה של העושה בצדקת דרכו (עבריינות אידיאולוגית). ליקוי זה עמד בשורש המבוכה של חברי הכנסת בשלבי חקיקת ההוראה⁷⁹ ושל בית המשפט שנדרש לפירושה. חסרונו של תנאי הפרופורציה עומד במיוחד בעוכריו של מי שנאשם בגילוי מידע רשמי, שכן החשש מפני יצירת תקדים של פטור מאחריות פלילית בגין עברה ביטחונית גורם למניעת הפטור ממי שנאשם בעברות שאינן ביטחונית כלל ועיקר. כך היה בפעם הראשונה שבה נאכף האיסור על גילוי בהפרת חובה. באותו מקרה, שאירע בתחילת שנות השישים, הואשם חי חסידוף, עובד בארכיון משרד המשפטים, בהעברת תוכנם של מכתבים שהגיעו לידיו במסגרת עבודתו, לידי השבועון "העולם הזה". המדובר היה בתכתובת פנימית של היועץ המשפטי לממשלה לגבי אישום צפוי של יחזקאל סהר, מפכ"ל המשטרה לשעבר, במתן עדות שקר. החשדות נגד סהר עלו אגב בירורה של פרשה שנודעה בשם "שורת המתנדבים", שבה פעלה קבוצת

78 אם כי הלכה למעשה, תמיד נלמד היסוד הנפשי מתוך המעשה והנסיבות האופפות אותו.

79 בדיון בהצעת החוק בקריאה ראשונה טענה חברת הכנסת אמה תלמי: "לפי דעתי זוהי הגנה למראית עין בלבד [...] כי המושגים פגם וטעות אינם חופפים כמעט אף אחד מהמקרים הנוגעים לחוק המוצע. בדרך הטבע אין הורגים זבוב במרגמה ואין מתקנים טעות בסדרי המדינה ע"י הליכה לשרת בצבא זר, מסירת סודות צבאיים וכו' [...]". גם חבר הכנסת משה ארם תהה לגבי משמעות ההגנה במציאות שבה מותר לזרמים לא מקובלים להגיע בדרכים פרלמנטריות וחוקיות לשלטון ולשנות את סדרי המדינה. ד"כ 21 (תשי"ז) מעמ' 229. בדיון בהצעה בקריאה שנייה ושלישית נידונה השאלה עד כמה מאפשרת ההגנה את חופש הביטוי, בהתחשב בלשון האיסורים הביטחוניים – ד"כ 22 (תשי"ז) 2577.

אנשים (הידוע שבהם היה אליקים העצני) במהלך שנות החמישים לחשיפת ליקויים בפעולת השלטון ולהתרעה על הסכנות האורבות למדינה מליקויים אלו. בין היתר, הצביעה הקבוצה על התנהגות בלתי נאותה של עמוס בן גוריון, שהיה אז סגן מפכ"ל המשטרה (סגנו של סהר). נטען כלפיו שקיים קשרים עסקיים עם אדם שנחשד במעשי הונאה כלפי הסוכנות היהודית ואוצר המדינה, מעשים שנחקרו בתיק שכונה "תיק אירס"וי". עמוס בן גוריון הגיש נגד הקבוצה תביעת דיבה, ובמסגרתה התעוררה שאלת ידיעתו בדבר החשדות הללו נגד שותפו. בהקשר זה מסר מידע על שיחה שניהל עם מפקדו, סהר, ובה השתמעה מדברי האחרון מעורבות שולית בלבד של שותפו העסקי בתיק אירס"וי, ועל שיחה מאוחרת יותר שבה הופרך החשד למעורבות.⁸⁰ סהר העיד במשפט שאותו שותף אכן לא היה במעמד "חשוד" בתיק הנזכר, אולם טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט. בערעור אף נקבע שסהר שיקר בעניין זה בעדותו תוך ידיעה פוזיטיבית שאין זו אמת, וכן הועלו סימני שאלה בנוגע לחלקים נוספים בעדותו.⁸¹

חסידוף טען שהמכתבים (ובייחוד אחד מהם שנעדר ממסמכי התביעה במשפט) מוכיחים קונויה בין קציני משטרה בכירים לסרב להעיד נגד סהר, מפקדם לשעבר, ובכך למנוע מבית המשפט להגיע לחקר האמת בפרשת עדות השקר. לטענתו, באותן נסיבות נבצר מן היועץ המשפטי לממשלה לפעול נגד אותם קצינים בדרך המנהלית המקובלת. הוא הואשם בגילוי בהפרת חובה, ובאין מחלוקת בעובדות, הורשע בבית משפט השלום ונידון לחודשיים מאסר. בערעורו טען שפעל בתום לב, באמונה שהפרסום היה לטובת הציבור ומתוך מטרה להביא בדרך כשרה (הפרסום) לידי שינוי בפעולת רשות של המדינה (בית המשפט). הפרקליטות הסכימה להנחה שחסידוף לא קיבל תמורה כספית בעבור מסירת המכתבים לעיתון וכי פעל מתוך אמונה בצדקת מעשיו וברציות מטרות. ברם בית המשפט המחוזי קבע שאין די שהמעשה ייעשה בכוונה להשיג מטרה מן המטרות המפורטות בסעיף 94, אלא נדרש בנוסף שיהא "רצוף תום לב". בהקשר החקיקתי דן, כך נטען,

80 מאחר שטיבן של האמירות הללו עמד לבדיקה מדוקדקת בבית המשפט, יצוין לשם הדיוק שעמוס בן-גוריון טען שסהר אמר לו בתחילה כי שמו של אותו שותף "השתרבב" לתיק כלשהו, ובשיחה מאוחרת אמר לו שהלה "בסדר".

81 ע"א 256/57, 263 אפלבוים ואח' נ' עמוס בן גוריון, פ"ד יד (2) 1205, לגבי סהר – עמ' 1236-1227. בסופו של דבר הוגש כתב אישום נגד סהר בגין עדות שקר, הוא הורשע, וערעורו נדחה: ע"פ 20/61 סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו (1) 561.

אין תום לב יכול לדור בכפיפה אחת עם ידיעה שהמעשה אסור בחוק. הנמקתו של בית המשפט לפירוש זה משקפת באופן ברור את החשש מפני מתן הכשר חוקי למעשים קיצוניים ומסוכנים לביטחון המדינה: "החוק, כפי ששמו מעיד עליו, דן בעניינים הנוגעים לביטחון המדינה, ובסעיפיו השונים מובאות עבירות חמורות מאוד, הן מבחינת תוכן והן מבחינת העונשים הצפויים למבצעים אותן, ולא יתכן שהמחוקק התכוון להעניק הגנה למי שעובר עבירות אלו במזיד ובידיעה שהן אסורות, אך מאמין שעל ידי כך הוא יגשים מטרה שהוא רואה אותה כשובה".⁸²

השופט עדן, שדחה את ערעורו של חסידוף, קבע שאין פירושו של הסייג שכוונה טובה מקדשת מעשה אסור שנעשה במודע לאי-חוקיותו. זאת, משום שהסייג אינו מבחין בין כוונה להביא תועלת כללית לבין כוונה להביא תועלת פרטית. במצב זה, הכרה בתום לב במקום שפעל העושה בשם טובת הכלל, מובילה להכרה בתום לב גם אם פעל העושה כדי לתקן עוול שנגרם לפרט. כדוגמה לכך הביא השופט את מי שמסר סודות מדינה כדי לתקן עוול שגרם, לדעתו, משרד הרישוי, בכך שסירב להעניק לפלוני רשיון נהיגה (זו דוגמה תמוהה, שכן לא ברור כיצד יתוקן העוול באופן כזה); או את מי שמסר ידיעות סודיות למדינה זרה במטרה להביא להענקת רשיון נהיגה למישהו מאזרחיה המקופחים. ברור שהמחוקק לא רצה להתיר מסירת ידיעות סודיות במקרים כגון דא, קבע בית המשפט. מכך הסיק כי "תום הלב האמור [...] פירושו חוסר ידיעה וחוסר חשש, שהמעשה, כשהוא לעצמו, ללא לוואי של מניע ותכלית, פסול בעיני החוק, וחוסר ידיעה וחוסר חשש, שאין לעשותו בשל כל סיבה אחרת". שאם לא כן, אין לומר על העושה שפעל בתום לב "גם כשמטרתו טובה ורצויה". זאת, לאור השיקול הבא: "בשום מקרה לא יפקיד המחוקק את סודותיה החיוניים של המדינה, ולא ימסור לשיקול-דעתו של אדם את ההחלטה, אם קיימות נסיבות המצדיקות את גילויים". על כן, מטרת הסייג היא "להגן על ברי לבב, שנכשלו בעברה כשהרהור חטא או איסור לא עלה על דעתם", תוך כדי מימוש זכויות יסוד כגון חופש הביטוי. חסידוף, אשר לא הוכיח שלא ידע על האיסור, וכעובד מדינה אף חתם על התחייבות לשמור בסוד ידיעות המגיעות אליו אגב מילוי תפקידו, הורשע בגילוי בהפרת חובה. הפרשנות שניתנה להגנת תום הלב בפרשת **חסידוף** אומצה בפרשת **וענונו**. מרדכי וענונו, אשר נאשם בעבירות ביטחוניות חמורות, ביקש להתגונן בהגנת

82 דברי השופט עדן בע"פ (י-ם) 94/61 **חסידוף נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"מ לא 126, בעמ' 129 (**להלן: פרשת חסידוף**); ערעור על ת"פ (י-ם) 1381/60.

תום הלב בטענה שפעל לשינוי מדיניות האטום של ישראל. בית המשפט המחוזי הסתמך על פירושו של הסייג בפרשת **חסידוף** וקבע שהסייג אינו חל באותו מקרה, שכן ועוננו פעל בידעה שמעשיו אסורים. בית המשפט העליון, אשר דחה את הערעור על ההרשעה, קבע בנושא זה ש"ממעשהו של המערער איננה משתמעת כוונה בתום לב והוא לא הצטמצם לדרכים שאינן פסולות לפי דין", ולכן אין עומדת לו ההגנה לפי סעיף 94. זאת, משום שהמחוקק לא ביקש להגן על מי שמגלה במודע סודות ביטחוניים כמוסים שאסף בסתר כדי לפרסמם לכל אויבי המדינה.⁸³ הנשיא שמגר, אשר נתן את פסק הדין, ציין שמניע, תם לב ככל שיהיה, אינו יכול להסיר מן המעשה האסור את אופיו הפלילי, נְלֵא – תיסלל הדרך בפני עבריינות אידיאולוגית, וזהו מרשם לאנרכיה.⁸⁴

הקביעות בשני המקרים שנידונה בהם הוראת סעיף 94 ממחישות את הפגם הבולט ביותר בסייג: אין בו כל התייחסות לאמצעים המותרים להשגת המטרה של שינוי בסדרי המדינה או בפעולתה של רשות שלטונית. ברם למרות קושי זה ניתן היה להגיע לתוצאה טובה יותר באמצעות השלמה פרשנית של דרישה ליחס ראוי בין המעשה לבין מטרתו. בדרישה כזו ניתן לאזן בין הנזק שבמסירת המידע (האמצעי) לבין התועלת הצפויה ממסירת המידע (המטרה). דרישת הפרופורציה מתחייבת מן ההיגיון הפשוט, שאם לא כן תסוכלנה כוונת המחוקק ותכלית החוק. בלעדיה מתעורר חשש מפני מתן פטור מאחריות פלילית בגין מעשים מסוכנים ובלתי מוצדקים, ולחלופין, החשש מפני התרוקנות הסייג מתוכו, חשש שהתממש עקב הפירוש שניתן לסייג בפסיקה. הפסיקה רוקנה את הסייג מתוכו בכך שפירשה את המושג "תום לב", בהקשר זה, כחוסר ידיעה של העושה על אי-חוקיות מעשיו. הוראת סעיף 94

83 פרשת **ועוננו**, לעיל הערה 24, סעיף 31 לפסק הדין.

84 **שם**, סעיף 19 לפסק הדין. בהמשך הוסיף ש"מי שמפזר סודות ביטחוניים על ימין ועל שמאל, גם מודע למשמעותה של התנהגות זו, והוא לא יישמע בטענה שלא נתכוון לפגוע בביטחון המדינה, וכי המניע שלו היה רק לקיים הפגנה למען חופש טוטאלי של המידע" (סעיף 23 לפסק הדין). זהו שימוש בעייתי במושג "מניע", המחליף את המושג הנכון של "כוונה" או "מטרה", כתכלית המונחת ביסוד המעשה. כפי שציין השופט שמגר בעצמו, מניע תמים אכן אינו אמור להישקל בשאלת התגבשותה של אחריות פלילית. זאת, בשונה מכוונה פסולה לפי איסור או כוונה לגיטימית לפי סייג לאיסור. עדויות נוספות להתייחסותו הבעייתית של הנשיא שמגר למושג "מניע" באותה פרשה ניתן למצוא בסעיפים 22-23 לפסק הדין (הקשרו של הציטוט דלעיל בדיון בשאלת תחולתה של הלכת הצפיות באותה פרשה: "ההתחבאות אחר מניע תמים, כאשר התממשות המצב או ההתנהגות אותה ביקש המחוקק למנוע היא בעלת וודאות גבוהה, שקולה כנגד קיום המניע האסור"); גם במקרה זה יש לדבר על מטרה ולא על מניע).

חלה על "מעשה [...] [אשר] נעשה בתום לב ומתוך כוונה להביא, בדרכים שאינן פסולות לפי דין, לידי שינוי [...]". הפסיקה שמה את הדגש בביטוי "בדרכים שאינן פסולות לפי דין", ופירשה אותו כאילו הוא מתייחס למעשה ה**עברה** עצמו. כך יש להבין את הקביעה בפסק הדין בפרשת **חסידוף**, שדרישת תום הלב משמעה שעל העושה לפעול בחוסר ידיעה שהמעשה "כשהוא לעצמו [...] פסול בעיני החוק". פרשנות זו אינה מתיישבת עם לשון הסייג, המבחינה בין ה"מעשה" עצמו (הגם שאינו מוגדר) לבין אותן "דרכים" להביא לשינוי. הסייג חל על מעשה בלתי חוקי אשר נועד לסלול את הדרך בפני דרכים חוקיות לחולל שינוי בסדרי המדינה או בפעולת הרשויות. לדוגמה, מסירת מידע שלטוני ללא סמכות במטרה לעורר דיון ציבורי נוקב בנושא פלוני, אשר בעקבותיו ילחץ הציבור על הממשלה לשנות את מדיניותה או ידרוש מן הכנסת לשנות חקיקה, עשויה לחסות תחת הסייג. המעשה – מסירת המידע ללא סמכות כדין – אסור בחוק (לפי סעיף 117, ואולי לפי איסורים נוספים), אך מטרתו היא להביא לשינוי בפעולת הממשלה או הכנסת בדרך שאינה פסולה לפי דין, דהיינו דיון ציבורי מושכל בנושא מסוים. להבדיל, מסירת מידע רשמי ללא סמכות במטרה לקדם פעילות טרוריסטית או עבריינית אשר תוביל לשינוי במדיניות הממשלה או בחקיקה, אינה נופלת בגדר הסייג. אותו מעשה מכווון הפעם להביא לשינוי בפעולת הרשויות בדרכים בלתי חוקיות.

יתרה מזו, מהגיונם של דברים מתבקש שלהבדיל מן הדרכים "שאינן פסולות לפי דין", המעשה עצמו **חייב** להיות "פסול לפי דין", כלומר להוות עברה. זאת, משום שאין צורך בהגנה מפני אחריות פלילית כאשר מלכתחילה לא התגבשה אחריות שכזו. אם המעשה שבו מדובר אינו נופל תחת אחד האיסורים בפרק, אין העושה נדרש להוראת הסייג כלל ועיקר. במצב דברים זה אין שום טעם לדרוש שהסייג יחול רק על עושה שפעל ללא מודעות לאי-חוקיות מעשיו. פירוש דרישת תום הלב כחוסר ידיעה או חשש של העושה בדבר אי-חוקיות מעשיו משמש תמריץ לאי-ידיעת החוק ואינו מתיישב עם הכלל שאי-ידיעת הדין אינה פוטרת מעונש. כישלוננו של אדם שהביאו לאי-ידיעת החוק עלול להיות חמור, ואין טעם לגרוע מאחריותו בשל כך.

פירוש המושג "תום לב" כאי-ידיעה של העושה שמעשיו אסורים, מתיישב לכאורה עם השימוש במושג זה בהקשר אחר בפרק, כדי לסייג את האיסור בדבר מסירת מידע רשמי בניגוד להתחייבות חוזית מפורשת לסודיות (סעיף 118). איסור זה כולל הגנה למי שלא ידע על ההתחייבות ומסר את הידיעה בתום לב. ברם פירוש המושג "תום לב" כאי-ידיעה או כהיעדר מניע פסול, הוא בעייתי פחות ביחס להפרת התחייבות חוזית מאשר ביחס להפרת חוק.

גם האיסור על ריגול חמור, החל על השגת ידיעה סודית או על החזקתה ללא סמכות כדין, מעניק הגנה למי שפעל בתום לב. במקרה זה, מדובר על מי שלא פעל שלא כדין לשם השגת הידיעה, ופעולותיו נעשו בתום לב ולמטרה סבירה. מקור ההוראה הוא בדרישת העיתונאים להגנה בפני אישום בריגול בגין פעולתם במסגרת עבודתם העיתונאית, ומכל מקום, הגנה זו כוללת גם תנאי שלילי במישור המעשים (מי שלא פעל שלא כדין לשם השגת הידיעה) ואינה עוסקת רק בהלך רוחו של העושה.

משתי הדוגמות לשימושים נוספים במושג "תום לב" בפרק עולה שניתן לפרשו כאי-ידיעה של העושה על פלילות מעשיו או כפעולה לשם מטרה לגיטימית. כזכור, בפסיקה התקבלה האפשרות הראשונה, אולם מדובר בפרשנות בעייתית ביותר. משמעה מתן הגנה מפני אחריות פלילית בשל אי-ידיעת הדין בניגוד לכלל, שהיה מקובל בזמנו, שאי-ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית, ואף בניגוד לכלל החדש, שאי-ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית, זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח **סביר**. כלומר בעוד שהחריג לכלל בדבר אי-ידיעת הדין מתגבש לפי מבחן אובייקטיבי (כמשתמע ממונח הסבירות), פרשנות זו מקימה פטור מיוחד לפי מבחן **סובייקטיבי** (הבנת העושה הספציפי) לגבי האיסורים בפרק בנושא ביטחון המדינה. כאמור, אין מקום להעניק הגנה משפטית בשל אי-ידיעת הדין, שכן זהו תמריץ לאי-ידיעת החוק. לא נראה לנו שקיימת הצדקה לחרוג מן ההוראה היסודית בדבר טעות במצב המשפטי דווקא לגבי עבירות פרק זה, או בכלל. האפשרות השנייה, לפרש תום לב כחתירה למטרה לגיטימית, בעייתית גם היא במובן זה שאינה מוסיפה על הדרישה לכך שהעושה יפעל מתוך כוונה להביא לשינוי הלגיטימי המבוקש בדרכים שאינן פסולות לפי דין. כמו כן, לגבי עבירות שאינן דורשות מטרה פסולה, אין מקום לשלול אחריות פלילית מן העושה אך ורק משום שפעל לשם מטרה לגיטימית. הנימוק לכך הוא שאין הכוונה של העושה יכולה לשלול לבדה את הסכנה הנשקפת לחברה מעצם מעשהו, שהרי הסכנה היא מאפיין אובייקטיבי של העבירה.⁸⁵ לסיכום,

85 להבדיל, ראו סעיף 114, האוסר מגע עם סוכן חוץ ללא "הסבר סביר", אך קובע ש"לא יורשע אדם לפי סעיף זה אם הוכח לבית המשפט שלא עשה ולא התכוון לעשות דבר שיש בו כדי להביא לידי פגיעה בביטחון המדינה". יש לציין שפירוש המושג "תום לב" כחתירה למטרה לגיטימית אינו מתיישב גם עם עבירות בפרק שאינן מסתפקות במודעות אלא דורשות גם מטרה פסולה, כגון כוונה לפגוע בביטחון המדינה או לסייע לאויב במלחמתו. מטרות אלו חותרות תחת עצם המשך קיומם של החברה והמשטר. ההיגיון מורה שהן אינן יכולות להתקיים בצד מטרה לגיטימית של גרימת שינוי בסדרי המדינה

גם הדרישה לכך שהמעשה (האסור) ייעשה מתוך כוונה להביא לשינוי המבוקש בדרכים לגיטימיות, אינה מייתרת את הצורך לאזן בין הנזק שבמעשה לבין התועלת שבו. ניתן היה לקרוא דרישה שכזו לתוך סעיף 94 באמצעות פרשנות תכליתית, ובזאת לסייע בפתרון הקשיים הפרשניים הרבים שמעוררת הוראתו.

ד. פגיעה בזכויות יסוד

חירות הביטוי וזכות הציבור לדעת הן ערכי מסד בשיטה דמוקרטית. זכויות אלו קשורות הדוקות זו בזו. זכותו של האזרח "להפיץ ולקבל ידיעות על המתרחש מסביבו, בתוך גבולות המדינה, בה הוא חי, ומחוצה לה", נקבע בעבר, "קשורה קשר אמיץ עם הזכות לחופש הביטוי, ומשום כך שייכת גם היא לאותן זכויות יסוד 'שאינן כתובות על ספר', אלא הן נובעות במישרין מאופיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש".⁸⁶ לקשר זה שני היבטים מרכזיים: מצד אחד, חופש הביטוי הוא האמצעי היעיל ביותר להבטחת זכות הציבור לדעת (השתקת הפרט אינה מאפשרת להביא את דבריו לידיעת הכלל); מצד שני, זכות הציבור לדעת היא אמצעי להגשמת חופש הביטוי, שכן אפשרותו של הפרט להביע עמדות מושכלות גדלה ככל שמתרחב המידע (ומגוון הדעות) העומד לרשותו. לפיכך חופש הביטוי הוא חירותו של האזרח "להשמיע את אשר עם ליבו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע".⁸⁷

האיסור הפלילי על גילוי מידע רשמי פוגע בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת: זכותו של עובד הציבור לחופש ביטוי נפגעת במישרין; נפגעים גם חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת, משום שהאיסור מהווה מכשול בפני נכונותם של עובדי ציבור – מקור המידע העיקרי למתרחש ברשויות – למסור מידע לעיתונאים; הפגיעה בחופש העיתונות והגבלתה של זכות הציבור

או בפעולת אחת הרשויות; ואם לא מתקיימת המטרה הפסולה, לא מתגבש היסוד הנפשי הנדרש, ולא קמה אחריות פלילית מלכתחילה – שוב נשלל הצורך בסייג.

86 דברי השופט לנדוי בבג"ץ **אולפני הסרטה, לעיל** הערה 62, עמ' 2415. באותו עניין שלל בית המשפט את החלטת המועצה לביקורת סרטים לפסול לשידור יומן חדשות קולנועי, בקבעו שהמועצה לא העניקה את המשקל הראוי לחופש המידע.

87 דברי השופט לנדוי בד"נ 9/77 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ**, פ"ד לב (3) 337, 343 (להלן: **ד"נ חברת החשמל**).

לדעת מביאה בעקיפין לפגיעה בזכותם של שאר הפרטים לחופש ביטוי. בפרק זה נבקש לברר מהם הטעמים המונחים בבסיס חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת; האם, ואם כן – כיצד, טעמים אלו באים לידי ביטוי בהקשר שלנו; ואלו השלכות מעשיות יש לכך על גבולות האיסור.

חופש הביטוי: כללי

אין צורך להכביר מילים על חשיבותו של חופש הביטוי ועל מעמדו כזכות עליונה מאז צעדיה הראשונים של מערכת המשפט הישראלית, בפסק הדין הידוע בעניין **קול העם**.⁸⁸ בפרשה זו נדונה סמכותו של שר הפנים לסגור עיתון המפרסם דבר שעלול לפגוע בשלום הציבור. השופט אגרנט תיאר את נחיצותו המכרעת של חופש הביטוי לשם הגשמת אינטרסים מרכזיים במשטר דמוקרטי. בראש ובראשונה נקשרה הזכות בערך הפוליטי של **הגשמת התהליך הדמוקרטי**, כתהליך של בחירת המטרות הציבוריות המשותפות ושל דרכי הגשמתן באמצעות ליבון גלוי של הבעיות העומדות בסדר יומה של המדינה ובאמצעות החלפת דעות חופשית. בית המשפט חזר והדגיש נקודה זו בפרשות שונות. הנשיא שמגר ציין ש"חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. השמעת הדעות החופשית והחלפת הדעות הבלתי מוגבלת בין איש לרעהו הן בגדר תנאי-שאינן-בלעדיו לקיומו של המשטר המדיני והחברתי, בו יכול האזרח לשקול, תוך לימוד הנתונים וללא מורא, מה דרוש, לפי מיטב הבנתו, למען טובתם ורווחתם של הכלל ושל הפרט, ואיך יובטח קיומם של המשטר הדמוקרטי ושל המסגרת המדינית אשר בתוכה הוא פועל".⁸⁹

תהליך החלפת דעות חופשית באופן האמור תואר גם כתהליך **בירור האמת** אשר חופש הביטוי משמש לו אמצעי. הדיון המודרני בטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי התפתח, במידה רבה, מן הטענה העקרונית שחופש הביטוי מקדם את גילוי האמת בתחומי הדעת השונים. נוסף על השיקולים האמורים, שהם בעלי אופי פוליטי-חברתי, קיים האינטרס הפרטי **למימוש עצמי**. הגשמתו העצמית של הפרט ומימוש סגולותיו האישיות מחייבים אפשרות לומר את אשר על לבו. בהיבט האחרון, הפרטי, משמש חופש הביטוי

88 בג"ץ 73/53 **קול העם בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871.

89 בג"ץ 372/84 **קלופפר-נוה ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח'**, פ"ד לח (3) 233, בעמ' 238.

לא רק אמצעי אלא גם מטרה בפני עצמה. הטיעונים בזכות חופש הביטוי קשורים באופן הדוק בתורה הליברלית, המדגישה את ערכה של חירות האדם לשם פיתוח אישי וחברתי.⁹⁰ טיעון אחר הוא שחופש הביטוי משרת את יציבות המשטר, משום שהוא מאפשר לפרט להביע מחאה ולנסות לחולל שינויים חברתיים בדרך בלתי אלימה. בשל כל השיקולים הללו זכתה חירות הביטוי למעמד של כבוד במשפטן של מדינות רבות בעולם המערבי. בבג"ץ **קול העם**, גזר בית המשפט העליון את הזכות מעקרונות היסוד של ישראל כמדינה דמוקרטית, אף שאינה מעוגת בחקיקה.

מטבען של זכויות שהן אינן מוחלטות. הגשמת זכות של אחד עלולה לפגוע בהגשמת זכותו של אחר או בשמירה על אינטרס כללי. גם הזכות לחופש ביטוי ניתנת לצמצום ולפיקוח בשל הצורך להגן על אינטרסים מדיניים חברתיים חשובים. ברם האיזון צריך לשקף את מעמדו של חופש הביטוי כאבן מסד במשטר הדמוקרטי. נוסחת האיזון העקרונית שהתקבלה בבג"ץ **קול העם** אכן משקפת מעמד זה בקבעה שבהתנגשות בין חופש הביטוי לבין ביטחון המדינה או שלום הציבור, תיסוג הזכות רק אם יש ודאות קרובה (דרגת הסתברות גבוהה) לכך שהביטוי יביא לפגיעה ממשית וקשה באחד מן האינטרסים הציבוריים הללו.⁹¹

בשולי הדברים יוער שמעמדו של חופש הביטוי רגיש ביותר בשעת חירום ובתקופות מתוחות מבחינה ביטחונית. נקודה זו ראויה לציון בענייננו; אין אנו עוסקים במישרין בעברות של פגיעה בביטחון המדינה, אך איסורים בדבר גילוי מידע רשמי קבועים בפרק זה, והוא מקרין עליהם, כפי שעלה בפרשת **חסידוף**. נסיבות של איום ביטחוני, אמתי או מדומה, מעניקות לשלטונות לגיטימציה יתרה להשתקת הפרט, שהרי "כשהתותחים יורים –

90 הפילוסוף האנגלי בן המאה ה-19, ג'ון סטיוארט מיל, קשר בחיבורו הידוע **על החירות** בין חופש הביטוי לבין חופש המחשבה, הנחוץ ליצירתם של הוגים בעלי שיעור קומה ובה במידה לשם פיתוח יכולתם השכלית של אנשים בינוניים (פרק ב, "על חירות המחשבה והוויכוח", עמ' 63). מיל פיתח את הטעון בדבר נחיצותו של חופש הביטוי בעבור גילוי האמת.

91 הנוסחה משמשת בעיקר במבט צופה לעתיד, בשאלה של מתן היתר להגבלת ביטויים. היא בעייתית כשלעצמה, בעיקר משום ההיבט ההסתברותי בדרישת הוודאות הקרובה, ובמיוחד ביחס להפעלת איסור פלילי, שבו מוכרעת שאלת הלגיטימיות של הביטוי בדיעבד. עם זאת, נעשה בה שימוש לשם צמצום איסורים רחבים על חופש הביטוי. הוויכוח בנוגע לאפשרות להיזקק למבחן הסתברותי ולצורך בו מופיע בפרשת **אלבה**, לעיל הערה 72. ראו גם מ' קרמניצר וחי' גנאים, **הסתה**, **לא המרדה**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשנ"ח, עמ' 46-47.

המוזות שותקות". השופט אגרנט התייחס לסכנה הטמונה בכך באמרו שהדאגה לביטחון המדינה בעת חירום עלולה להעיב על שיקולים אחרים עד כדי כך שהשלטונות ייטו להטיל צנזורה או להעניש בגין ביטויים, גם בשעה שאין בהם כדי לסכן את שלום המדינה או הציבור. אותה נטייה נובעת מגישה מוטעית שחופש הביטוי הוא רק אינטרס אישי של האזרח, ולכן עליו לסגת בפני האינטרס הכללי לביטחון בעתות חירום. הנטייה השלטונית להטיל מגבלות מוגזמות על חופש הביטוי במצב של משבר לאומי, מתבטאת בשימוש שנעשה בעברות הריגול במדינות שונות בעולם ככלי להטלת צנזורה באמתלה של שיקולים ביטחוניים, ולא תמיד באופן מוצדק. הסכנה המתמדת בדחיקת חופש הביטוי בגין האינטרסים הביטחוניים המלווים דרך קבע את החברה הישראלית משתקפת בדברי בית המשפט עשרות שנים לאחר פרשת קול העם: "אין לשכוח, כי ביטחון אינו רק צבא. גם דמוקרטיה היא ביטחון. כוחנו אנו בעוצמתנו המוסרית ובדבקותנו בעקרונות הדמוקרטיה, דווקא כאשר הסכנה רבה סביבנו [...] ביטחון הוא אמצעי. המטרה היא המשטר הדמוקרטי, שהוא משטר העם המגשים את חירויות הפרט. בין חירויות אלה תופסת מקום נכבד חירות הביטוי".⁹² תורת משפט ראויה צריכה לשמר את עליונותן של זכויות אדם מול תביעות ביטחוניות מופרכות או מוגזמות גם בשעת חירום. התיאוריה צריכה להתבטא בפרקטיקה.⁹³

חופש הביטוי של עובדי ציבור

דיון בזכויות היסוד של עובד ציבור נעשה לנוכח המתח שבין היותו אזרח לבין היותו עובד בשירות הציבורי. כפילות זו יוצרת מתח בין שני שיקולים: מחד גיסא ניצבת חובתה של רשות ציבורית לכבד את זכויות היסוד של הפרט; הייתכן שהרשות פטורה מחובה זו כלפי עובדיה? מאידך גיסא, עובד

92 דברי השופט ברק בבג"ץ 680/88 מאיר שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617, עמ' 645.

93 בהקשר זה ראו את מאמרו הביקורתי של שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית לשעבר, ויליאם ברנן, על כישלונה השיטתי של ארצות הברית להגן על זכויות אדם, ובהן חופש הביטוי, בעת משברים ביטחוניים (לעומת הצלחתה היחסית של מדינת ישראל בתחום זה, לנוכח המציאות המחייבת אותה להתמודד ברצף עם לחצים ביטחוניים): W. J. Brennan, "The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises", 18 *Israel Yearbook on Human Rights* (1988), 11 (hereinafter: Brennan)

ציבור מכפיף את עצמו מרצונו למערכות דינים מיוחדות המגבילות את זכויותיו; ניתן לתארן כמערכת דינים **כפולה**, של הוראות המשמעת ושל הוראות עונשיות ספציפיות (איסורים פליליים המתייחסים מפורשות לעובדי ציבור, כגון לקיחת שוחד או הפרת אמונים).⁹⁴ מערכת כפולה זו נועדה להגן על שני אינטרסים ציבוריים: האחד הוא סדר ומשמעת במנהל הציבורי כארגון הייררכי – אינטרס מתחום יחסי העבודה, המגן על המדינה כמעסיק והמקדם שיקולים של יעילות; והאחר הוא אינטרסים של כלל הציבור, כגון ביטחון המדינה ושלומו הציבורי. האין בכך להצדיק את הגבלת זכויותיו של עובד ציבור ביחס לאזרח מן השורה? השינויים שחלו בפסיקה האמריקנית בנושא זכויותיהם החוקתיות של עובדי ציבור, מעלים גישות שונות בשאלה זו.⁹⁵

עד שנות החמישים, ביטאו בתי המשפט את ההשקפה שאדם מותר על זכויותיו החוקתיות בעבור הפריבילגיה של תעסוקה בשירות הציבורי. הזכויות שבהן מדובר היו לרוב חופש ההתאגדות וחופש הביטוי. לדוגמה, במדינות רבות נאסר בחוק על עובדי ציבור, ובפרט שוטרים ומורים, להשתייך לארגונים קומוניסטיים. החוקה האמריקנית מגדירה זכויות יסוד של הפרט כלפי השלטון (למשל, התיקון הראשון לחוקה אוסר על הקונגרס לחוקק חוק הפוגע בחירויות ההתאגדות והביטוי, והתיקון ה-14 מחיל חובה זו גם על המדינות), כך שהגבלות החוקתיות אינן חלות על גופים פרטיים. ההשקפה שעובד ציבור אינו נהנה מזכויות חוקתיות נומקה בכך שלאזרח אין זכות כלשהי לעבודה בשירות הציבור (זו פריבילגיה, זכות יתר), ולכן יכול המעביד הציבורי להתנות העסקה בכל תנאי סביר, ובכלל זה גם בויתור על זכויות חוקתיות.⁹⁶ מכאן שעד שנות החמישים התייחסה הפסיקה אל רשויות ציבוריות כאל מעסיקים פרטיים אשר אינם מחויבים לשמירה על זכויות חוקתיות. השקפה זו, שבשמה הותר לרשויות להטיל מגבלות מרחיקות

94 לסיווג זה ראו Zaltzman, *supra* note 12, pp. 311-312 Note “Developments – Public Employment”, 97 *Harv. L. Rev.* (1984), 1676, 95 1738-1770; D.A. Farber, *The First Amendment*, New York: Foundation Press, 1998, pp. 193-200.

96 כאמרתו הידועה של מדיסון, אשר צוטטה בפי השופט הולמס: “The petitioner may have a constitutional right to talk politics, but he has no constitutional right to be a policeman” – *McAuliffe v. Mayor of New Bedford*, 155 Mass. 216, 220 (1892) אמרה ברוח דומה ניתן למצוא בפסק דין של בית המשפט העליון מ-1952, שבו אישר בית המשפט את תוקפו של חוק של מדינת ניו יורק אשר אסר על חברים בארגונים חתרניים לעסוק בהוראה – *Adler v. Board of Education*, 342 U.S. 485 (1952)

לכת על זכויותיהם של עובדי ציבור, נדחתה במהלך שנות החמישים והשישים כאשר בית המשפט קבע שגם כמעסיק כפופה הממשלה למגבלות שמטילה עליה החוקה. בהתאם לכך, גם אם אין לפרט זכות לעבודה בשירות המדינה, אין הממשלה יכולה להתנות את העסקתו בנכונותו לוותר על זכויותיו החוקתיות, אלא אם כן פעולה שלטונית זו הייתה תקפה מבחינה חוקתית אילו נעשתה כלפי מי שאינו מועסק על ידה.⁹⁷ התוצאה היא שהמדינה איננה יכולה להשתמש בתפקידה כמעסיק כאמתלה לביצוע מעשים האסורים עליה מבחינה חוקתית בהקשרים אחרים. השינוי בתפיסת החובות המוטלות על המדינה כמעסיק מתבטא במעבר מפרספקטיבה של משפט פרטי לפרספקטיבה ציבורית-חוקתית.

לאחר שורה של פסקי דין בנושא חופש ההתאגדות, יושמה הגישה החוקתית על חופש הביטוי. בשלהי שנות השישים ניתן פסק הדין המנחה בעניין **Pickering v. Board of Education**⁹⁸. המקרה נסב על השאלה אם ההחלטה לפטר מורה שפרסם בעיתון מכתב ביקורתי בנושא מדיניות התקציב של הנהלת בית הספר סותרת את זכותו החוקתית לחופש ביטוי. בית המשפט לא הכריע באופן עקרוני לטובת צד מן הצדדים, אלא טבע נוסחה של איזון אינטרסים. לפי נוסחה זו יש לאזן בין האינטרס של עובד הציבור, כאזרח, לחוות דעה על נושאים בעלי עניין ציבורי, לבין האינטרס של המדינה, כמעסיק, לקדם יעילות במתן שירותים ציבוריים דרך עובדיה. בית המשפט ציין שלחופש הביטוי של העובד היבט אישי המגולם ברצונו של העובד להתבטא, והיבט חברתי המגולם בדרישה לקיים דיון פתוח בעניינים בעלי חשיבות ציבורית, ובפרט כאשר עסקינן בעובדי ציבור, אשר מתוקף תפקידם מחזיקים במידע איכותי ועדכני ביחס לנושאים אלו.⁹⁹ מנגד, האינטרס של המעביד ביעילות מתבטא בכמה היבטים, כגון הצורך לקיים משמעת והרמוניה במקום העבודה, הצורך לשמור על חיסיון בתחומים שונים, הצורך להגן על יחסי עבודה מפני פגיעה העלולה להיגרם עקב ביקורת על הממונים, וזכותו של המעביד לקבוע אילו עובדים מתאימים לביצוע המשימות הנדרשות. בסופו של דבר נקבע שבנסיבות המקרה לא פגע המכתב במילוי

97 את מה שאסור על המדינה במישרין אין היא יכולה לעשות בעקיפין. גישה זו פותחה במסגרת הדוקטרינה של תנ"יות בלתי חוקתיות (unconstitutional conditions), המטשטשת את ההבחנה בין המדינה כ"רגולטור" לבין המדינה כ"מעסיק".

98 391 U.S. 563 (1968)

99 *Ibid.*, pp. 571-572

חובותיו של המורה ולא הפריע לניהול בית הספר, כך שלא היה למדינה אינטרס לגיטימי להגביל את חירות הביטוי של המורה יותר מאשר את זו של כל אזרח אחר. לפיכך נפסלו הפיטורים.

תפיסת המדינה כמעסיק מתוך פרספקטיבה של המשפט הפרטי מעלה קשיים מיוחדים בראי זכויות הפרט. באופן כללי, די בגודלו של השירות הציבורי כדי ליצור הבחנה בינו לבין כל מעסיק פרטי בהקשר זה. כאשר טענה מסוג "אם אינך רוצה לוותר על זכויותיך הנך מוזמן ללכת לעבוד במקום אחר" מושמעת מן המדינה, יש לכך השלכות קשות יותר על אפשרויות התעסוקה של הפרט. בראי חופש הביטוי, הכוח של המדינה לנקוט מגוון סנקציות בתגובה לביטויים מצד נתח כה גדול משוק העבודה, הוא כוח עצום המצדיק מגבלות חוקתיות. מעבר לכך, המסורת החוקתית האמריקנית מייחסת ערך עליון לוויכוח חופשי ולביקורת על הממשלה. כפי שציין בית המשפט העליון בעניין **Pickering**, מתן היתר למדינה לפטר עובדים עקב השמעת ביקורת על עניינים הקשורים במקום עבודתם יסלק מן הזירה הציבורית את דעותיו והשגותיו של מגזר בקיא במיוחד בהתנהלות השלטונות. מצד שני, כאשר עסקינן במנגנון ביורוקרטי גדול המופקד על מתן שירותים ציבוריים, יש לקדם גם שיקולי יעילות של המעביד. שיקולים אלו מתייחסים, בין היתר, לקיומם של יחסי עבודה תקינים, משמעת, סודיות ומקצועיות. הם מתנגשים לעתים קרובות בחירויות העובדים. מתח זה לא הוכרע בעניין **Pickering** לכאן או לכאן. את מבחן איזון האינטרסים יש ליישם *ad hoc*, בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו.

הפסיקה הפעילה את נוסחת האיזון שטבע בית המשפט בעניין **Pickering**, לגבי כל מעשה של הממשלה העשוי ליצור "אפקט מצנן" על חירות הביטוי של העובדים (למשל, הורדה בדרגה, עצירת קידום, מכתבי נזיפה וגם העברה מתפקיד, אם היא שקולה לפיטורים). עם זאת, נוסחת האיזון ניטרלית כשלעצמה, והיא אינה מעניקה עדיפות כלשהי לזכויות העובד על פני האינטרסים של המדינה. ואכן, לאחר פרשת **Pickering** גילה בית המשפט נכונות להעניק הגנה חוקתית לביטויים בעלי תוכן מוגבל ביותר. בשנות השמונים צומצמה ההלכה, כאשר נקבע בדעת רוב בעניין **Connick** ¹⁰⁰ **v. Myers** שיש להבחין בין ביטויים בעלי עניין ציבורי לבין ביטויים בעלי עניין אישי גרדא, ושיש להחיל את הלכת **Pickering** רק על ביטויים מן

הסוג הראשון. באותו מקרה נידון עניינה של פרקליטה ממשרד פרקליט המחוז שהפיצה בין עמיתה למשרד שאלון לגבי סוגיות שונות במקום העבודה, כגון מדיניות ההעברה לתפקידים אחרים, מורל העובדים, הצורך בוועדה לבירור תלונות ומידת האמון בממונים. העובדת הפיצה את השאלון, לאחר שהסתכסכה עם הממונים עליה עקב סירובה לעבור תפקיד כדרישתם. לאחר הפצת השאלון היא פוטרה מתפקידה. בית המשפט קבע בדעת רוב שככלל, אין עניין ציבורי בתלונות של עובדי ציבור בנוגע למדיניות משרדם, ולכן אין הן מתאימות להתברר בבית משפט פדרלי בחסות טענות חוקתיות. בהתאם לגישה זו נקבע שהשאלון מעורר שאלות בעלות עניין ציבורי במובן מצומצם ביותר, כך שאין חובה על המעסיק לאפשר פעילות זו, אשר יש לו יסוד סביר להניח שתפגע בעבודת המשרד, תערער את סמכותו ותהרוס יחסי עבודה קרובים. נמצא עניין ציבורי רק בשאלה אחת שהתייחסה להפעלת לחץ על עובדים להשתתף במסעות בחירות פוליטיים, ולגביה הופעל מבחן איזון האינטרסים. גם בעניין זה פסקו שופטי הרוב לטובת המעביד בטענה שבמערכת של קשרי עבודה קרובים יש ליחס משקל רב לשיקול דעתו, ואין לצפות ממנו שימתין להרס מוחלט של היחסים בטרם יפעל שופטי המיעוט טענו שבכך ניתן למעביד מרווח גדול מדי של שיקול דעת בנוגע לקשרי עבודה קרובים, והתוצאה עלולה להיות פגיעה בחופש הביטוי של העובד על סמך חששות בלתי מוצדקים. במישור העקרוני יותר, דחו שופטי המיעוט את ההבחנה בין ביטוי בעל עניין ציבורי לבין ביטוי אחר, וטענו שגם סדרי העבודה במשרד הם מענייניו של הציבור. השופט ברנן (Brennan) ציין שיעודו של התיקון הראשון, לאפשר דיון ציבורי פתוח, אינו מתיישב עם קביעות שיפוטיות המגדירות באילו נושאים יש עניין ציבורי. נראה שיש ממש בטענה זו; בהנחה שדעותיהם של עובדי ציבור חשובות במיוחד לדיון הציבורי בענייני הממשל, קשה לטעון שאין עניין ציבורי לקיים דיון מושכל באשר להתנהלות הפנימית של הרשויות.

אין ספק שהלכת **Connick** הגבילה מאוד את ההגנה החוקתית לחופש הביטוי של עובדי ציבור. ברוח זו אישר בית המשפט החלטה לפטר אחות אשר המדינה טענה לגביה שהשמיצה מחלקה בבית החולים, ובכך שכנעה אחות אחרת לא לעבור לאותה מחלקה.¹⁰¹ העותרת טענה שבסך הכול ביקרה את מדיניות ההעברה של בית החולים, אשר פגעה, לדעתה, בטיפול בחולים

והפרה תקנות של המדינה. השאלה מה באמת נאמר באותה שיחה נותרה במחלוקת בין הצדדים. עיקר הדיון נגע לשאלה אם מותר למדינה לפטר עובד ללא בירור מעמיק של החשדות להשמצות מצדו. השופטת אוקונור (O'Connor) נתנה את הכרעת הרוב. היא קבעה שבשקילת עלויות הבירור מול הסיכון של פגיעה בזכות חוקתית, המפתח הוא יכולתה של המדינה. די בכך שמסקנותיה של הרשות סבירות בנסיבות העניין. דעת המיעוט (מפי השופט סטיבנס) התנגדה למתן משקל כה מכריע לשיקולי יעילות על חשבון הגנתה של זכות חוקתית. לנוכח המחלוקת בין השופטים והיעדר הנמקה אחידה בין שופטי הרוב, ספק אם יש לקביעה מעמד מחייב, אך היא מלמדת על כרסום נוסף במעמדו של חופש הביטוי של עובדי ציבור מאז פסק הדין בעניין **Pickering**.

הפסיקה האמריקנית העניקה לחופש הביטוי של עובדי ציבור הגנה חוקתית מצומצמת ביותר. עמדה זו זכתה לביקורת.¹⁰² נטען שפסק הדין בעניין **Pickering** פגום, משום שהתיאור המפורט של שיקולי היעילות של המעסיק צורם מול הניתוח הדל של האינטרס של העובד. כמו כן, הניתוח החסר של האינטרס של העובד הדגיש יתר על המידה את זכות הציבור לדעת וערפֵל את האינטרס של העובד עצמו בביטוי. אינטרס זה רחב מן הצורך ליידע את הציבור על כשלים ושחיתויות, שהוא שיקול בעל אופי אינסטרומנטלי (הפרט משמש בו מכשיר לקידום מטרה חברתית). בבסיסו של חופש הביטוי מונח גם האינטרס הפרטי למימוש עצמי כחלק מן הערך של כבוד האדם, וכפי שהזכרנו – בהיבט זה מהווה חופש הביטוי תכלית כשלעצמו. האינטרס האישי של עובד ציבור להתבטא באופן חופשי בענייני עבודתו כולל את זכותו להחזיק בדעות שונות מאלו של מעסיקו ואת זכותו לבטא השגות מקצועיות ללא חשש. הכרה אמתית בערך כבוד האדם, טענו המבקרים, מחייבת לראות את העובד לא כגורם סרבן ומפריע המצדיק

102 ראו במאמר על התפתחויות בשירות הציבורי, **לעיל** הערה 95, בעיקר עמ' 1766-1770. אותם מבקרים מזהים נסיגה בגישה החוקתית בכלל וגורסים שהפסיקה האמריקנית מאז סוף שנות השישים מדגישה במיוחד את האינטרס הציבורי בהגנה על שיקולי היעילות של המדינה כספֵק של שירותים ציבוריים. דגש זה מטשטש את המתח בין תפקידה של המדינה כמעסיק לבין תפקידה כריבון, ומוביל לתוצאות דומות לאלו שהולידה גישת המשפט הפרטי – מתן שיקול דעת רחב למדינה בהגבלת זכויותיהם של עובדי ציבור בשם שיקולי יעילות. אם כך הוא, הגישה החוקתית ממשיכה לפעול במישור הרטורי, אך מעט מדי במישור המעשי. ראו מעמ' 1747 במאמר. פסק הדין בעניין **Waters (שם)** ממחיש זאת.

צנזורה, אלא כבעל עניין לגיטימי בקיומה של סביבת עבודה יעילה והוגנת שהוא יכול לתרום לגיבושה. בדרך זו ניתן לחזק את משקלו של חופש הביטוי באיזון מול שיקולי יעילות של המעביד. כמו כן, הוצע לחשוף את תאוריות הניהול המונחות בבסיסם של שיקולי יעילות ולבחון את תקפותן. למשל, גישת הרוב בפרשת **Connick** מניחה שניהול הייררכי נוקשה מגדיל את היעילות במקום העבודה. הנחה שכזו תומכת בהשקפה שערעור של עובד על מדיניות המשרד מאיים על סמכותו של המעסיק, ולכן גורע מן היעילות. ברם לפי מספר הולך וגובר של מחקרים בתחום הארגוני, פיריון העבודה עשוי דווקא לעלות כאשר מתאפשר לעובדים לתרום לעיצובה של מדיניות הארגון. לסיכום, דחיקת זכותם של עובדי ציבור לחופש ביטוי בשם שיקולי יעילות המנהל מעלה קשיים רבים לגבי ההנחות שביסודה, מציבה מכשולים בפני דיון חופשי ומושכל של הציבור בענייני החברה והמדינה ופוגעת במימוש העצמי של הפרט (העובד).

נחזור אפוא לדברים שפתחנו בהם את הדיון בנושא זה. הצבענו על מערכת דינים כפולה המטילה על עובדי ציבור הגבלות מיוחדות. מערכת נורמטיבית זו מורכבת מדיני המשמעת, שמטרתם להגן על האינטרס של **המנהל** הציבורי בקיום יחסי עבודה תקינים ויעילים בהייררכיה הממסדית, וכן מאיסורים פליליים ספציפיים לעובדי ציבור שמטרתם להגן על אינטרסים של **כלל הציבור**. יש להבחין בין שני סוגי האינטרסים הללו ולזהות את הערך **הדומיננטי** בבסיסה של הנורמה הנבדקת. בדרך זו ניתן להימנע מערפול ההבחנה בין תפקידה של המדינה כמעסיק לבין תפקידה כריבון, ערפול שנעשה בפסיקה האמריקנית עם הדגשת האינטרס הציבורי בפעולה יעילה של מעביד ציבורי.

נבחן לדוגמה את ההגבלה הרחבה הקבועה על ביטויים פוליטיים של עובדי ציבור (עובדי מדינה ונושאי משרה בשירות המדינה) ועל מתיחת ביקורת פומבית לגבי מדיניות משרדיהם או משרדים אחרים.¹⁰³ מעשים אלו אינם בגדר עבירות פליליות אלא עבירות משמעת בלבד.¹⁰⁴ האיסור עליהם נועד להגן על ההייררכיה הארגונית שעליה מתקיים השירות הציבורי. כאשר הציבור ניזון מדעות סותרות שמקורן באותו גוף שלטוני, עלולה להיות

103 סעיף 5(1) לחוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), תשי"ט-1959. יתר הוראות הסעיף נוגעות להגבלת פעילות פוליטית.

104 סעיף 8 לחוק קובע שהפרת הוראותיו מהווה עברת משמעת לפי חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963.

מסוכלת פעולת הרשות, שהיא כלי ארגוני בידי הדמוקרטיה. בית המשפט העליון פסק שיש להעניק לאיסור על מתיחת ביקורת משמעות מצומצמת כדי למזער, ככל שניתן, את ההגבלה על חופש הביטוי של עובדי ציבור. על האיסור לחול רק באותן נסיבות ש"בהן נוצרת **ודאות קרובה של נזק או של פגיעה** בשירות הציבורי או באינטרסים אותם הוא משרת"¹⁰⁵. נוסחת הודאות הקרובה מעניקה עדיפות אפריורית לחופש הביטוי של עובד הציבור. באותו מקרה נידון עניינו של עובד מדינה בעל תפקיד בתחום ההסברה שמתח ביקורת חריפה ובוטה על מדיניות הממשלה במלחמת לבנון ובשטחים המוחזקים, בכמה פרסומים בעיתון. נפסק שבנסיבות המקרה אכן נוצרה ודאות קרובה לפגיעה קשה בפעולת הרשות.

לכאורה, נוסחת האיזון מטשטשת במקצת את ההבחנה בין האינטרס של השירות הציבורי עצמו, כמעסיק, לבין האינטרסים של כלל הציבור, שהרי "אותם הוא משרת". עם זאת, אופיו המשמעותי הברור של האיסור על השמעת ביקורת מאפשר לקבוע שתכליתו הדומיננטית להגן על האינטרס של המדינה כמעסיק ולא על האינטרס הכללי. לכן כאשר השמעת ביקורת מקדמת את האינטרס הכללי, אין מקום לאסור אותה משיקולים משמעותיים, שכן האינטרס הכללי גובר, ככלל, על האינטרס של הרשויות. ואכן נטען שלהבדיל מביטויים המתבטאים בפעילות פוליטית ומפלגתית, העשויים לטמא את השירות הציבורי בפוליטיזציה יתרה ובכך לפגוע באמון הציבור במקצועיותו – אין הצדקה לדרוש מעובדי ציבור להימנע לגמרי מהבעת דעה, משום שלא ברור במה יפגע הדבר בתפקודו של השירות. להפך, מושכלות יסוד לגבי חופש הביטוי במשטר דמוקרטי מחייבות לאפשר ביקורת חופשית כמעט לחלוטין על פעולות הרשויות. ניסיון העבר מוכיח שזו הדרך הטובה ביותר לביעור תופעות פסולות במנהל הציבורי.¹⁰⁶

105 דברי הנשיא שמגר בעמ"מ 5/86 ספירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ (4) 227, עמ' 237. לדיון בפסק הדין ראו מאמרה של ד' ברק, "חופש הביטוי של עובדי-ציבור", **עיוני משפט** טז (תשנ"ב) 369, בעמ' 376-378 (להלן: ברק). לדעתה, אין בפרשה זו משום דוגמה נקייה לביקורת עניינית מצד העובד על תפקודו של המנגנון הממשלתי, אלא יותר משום ביקורת פוליטית משיקולים אידיאולוגיים, המתאימה לדיון בכותרת "מעורבות פוליטית".

106 ברק, שם, עמ' 390. לדעתה, יש להגביל ביקורת פומבית רק בדבר מדיניות המשטר שבו האדם עובד ("במה יפגע תפקודו של פקיד-שומה אם יהיה ידוע לכול שהוא מתנגד לרפורמה במערכת החינוך?"), ואף זאת רק כאשר הביקורת עלולה לסכל את ביצוע תפקידו.

ההגבלה על מסירת מידע שונה במהותה מהגבלה על חיווי דעה או על השמעת ביקורת. אמנם יש הצדקה להעניק הגנה רחבה יותר להבעת דעה, אולם בשני המקרים מדובר בביטוי הראוי להגנה מן השיקולים העקרוניים המונחים בבסיס חופש הביטוי. מסירת מידע עשויה לתרום לדיון הציבורי לא פחות מהשמעת ביקורת. לא בכדי נקבע ש"כדי שהאזרח יוכל ליהנות מחירותו להחליף דעות, דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות [...]"; רק בדרך זו יוכל ליצור לעצמו דעה עצמאית ככל האפשר על אותן שאלות העומדות ברומו של עולם החברה והמדינה".¹⁰⁷ מסירת מידע לאזרחים מקדמת את יכולתם לגבש עמדות מושכלות ולמתוח ביקורת. מסירת מידע חשובה גם להגשמתו האישית של העובד כאשר מדובר בהחלפת פרטים עם אדם קרוב, כמקובל ביחסי קרבה; ובעיקר כאשר הוא סבור שהמידע חיוני לציבור, והוא מרגיש חובה מצפונית או מקצועית לגלותו. כמו כן, ההבחנה בין מידע לבין דעה אינה דיכוטומית. בנסיבות מסוימות מסירת מידע פועלת גם כהשמעת ביקורת; למשל, כאשר המידע מעמיד באור שלילי גורם שלטוני או החלטת מדיניות בנושא שבסדר היום הציבורי.¹⁰⁸ עשויים להיות מקרים שהשמעת ביקורת מלווה במסירת מידע כתימוכין לביקורת.

איסור מסירת מידע לפי סעיף 117 פוגע פגיעה קשה בחופש הביטוי של עובדי ציבור.¹⁰⁹ אם נפרשו כלשונו, כחל על כל סוג של ידיעה, אזי הערך הדומיננטי המונח בבסיסו הוא אינטרס מנהלי-היררכי של המדינה כמעסיק, ולא אינטרס כללי שעליו מוצדק להגן באמצעות הדין הפלילי. הכתיבה הביקורתית בארצות הברית אף מקעקעת את ההנחה שהגבלת חופש הביטוי

107 דברי השופט לנדוי בבג"ץ **אולפני הסרטה, לעיל** הערה 62, עמ' 2415. באותו עניין התייחס השופט לזכות האזרח להפיץ ידיעות ולקבל ידיעות מפרטים אחרים, ולא מן השלטונות, אך כבר ראינו שאין מקום להבחין בין אזרח לבין עובד ציבור באופן השולל מן האחרון את הזכויות המוקנות לו כאזרח ללא הצדקה עניינית, וגם ראינו שההשקפה שהמידע השלטוני הוא רכוש השלטונות אינה מקובלת.

108 אלו החלטות פוליטיות "במובן הצר", בלשונה של ברק, **לעיל** הערה 105, עמ' 379.

109 נוכח הלכת **קול העם**, מתחדדת הביקורת על פסק הדין בעניין **יצחקי**, באשר לא ניתן בו ביטוי להיבטים החוקתיים של הסוגיה (חופש הביטוי וחופש המידע). בהקשר זה נטען שהדרישה בסעיף 117 לקבל היתר כמחסום מפני אישום פלילי בגין מסירת המידע, מאפשרת לרשויות לעשות באיסור שימוש לצורכי צנזורה. צנזורה, כמניעה מוקדמת של ביטוי, מהווה פגיעה קשה ביותר בחופש הביטוי, ולכן היה על בית המשפט לפרש סמכות זו בצמצום רב ולחייב את הרשות להפעיל מבחן של נזק מהותי לאינטרסים החיוניים של המדינה (בפועל, בית המשפט לא התייחס להיבט החוקתי, והשופט זוסמן, במיוחד, התמקד ביחסי העבודה בין הצדדים, משל הייתה זו סוגיה מתחום המשפט הפרטי). זהו עיקר ביקורתה של להב, **לעיל** הערה 12, עמ' 582.

של עובדי ציבור מקדמת בהכרח את שיקולי היעילות המונחים בבסיס האינטרס של המדינה כמעסיק. מנגד, היא מדגישה את ערכו של חופש הביטוי, הן בעבור מימושו העצמי של עובד הציבור והן בעבור הפיקוח הציבורי על התנהלות הרשויות. הפגיעה הקשה של האיסור בחופש הביטוי אינה מרוככת באמצעות הגנת תום הלב לפי סעיף 94, משום שסייג זה פגום בניסוחו ופורש בפסיקה באופן לקוי. התוצאה היא שהאינטרס של הרשויות בסודיות גובר באופן מוקדם ועקרוני על חופש הביטוי של עובדי ציבור.

פירוש הסייג בסעיף 94 בהתאם לעקרון חופש הביטוי

למרות פגיעתו הברורה של האיסור בחופש הביטוי לא נקט בית המשפט צעד פרשני לצמצום הפגיעה, כפי שהתבקש בפרשת **חסידוף**. עיקר הדיון בעניינו של חסידוף יוחד לסייג הקבוע בסעיף 94. בפירושו של הסייג, בית המשפט לא התייחס כלל להיבט החוקתי של חופש הביטוי ולא ניסה להפחית את הפגיעה בחופש הביטוי באמצעות שימוש בנוסחת איזון כלשהי (כגון ודאות קרובה לפגיעה קשה באינטרס ציבורי). זאת, אף שהסייג עשוי להגשים לכאורה שיקולים מרכזיים המונחים בבסיס חופש הביטוי, כאשר הוא מתייחס לגילוי אסור של מידע. מסירת מידע לשם גרימת שינוי בסדרי המדינה או בפעולת הרשויות בדרכים חוקיות (המטרה המוגנת בסייג) חיונית לתהליך הדמוקרטי ולחשיפת האמת. ויודגש שהדברים נאמרים במישור העקרוני, לגבי הניתוח המשפטי של ההוראות, ובלי תלות בשאלת צדקתו של חסידוף. עמדנו על הקשיים שמערימה לשון האיסור על צמצומו בדרך פרשנית. נוכח פגיעה ישירה וקשה בעקרון יסוד משפטי-חוקתי כמו חופש הביטוי, אין הקשיים הלשוניים פוטרים את הפרשן מן הדרישה להביא ערך זה בקרב שיקוליו, עד כמה שניתן. בשונה מגישת הפסיקה לגבי האיסור על מתחת ביקורת בשירות הציבורי, אין אנו מציעים להפעיל נוסחת איזון בין חופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי שמולו, במסגרת פירושו של האיסור עצמו. שימוש בנוסחת איזון מתאים יותר לפירוש הסייג בסעיף 94, התוחם את האיסור "מבחוץ", ובכך מצמצם את היקפו. ראינו בפרק הקודם שליקווי המרכזי של הסייג הוא שאין בו כל התייחסות לטיב המעשים החוסים תחתיו, כך שלכאורה כל מעשה יכול לחסות תחת הסייג, אם נעשה מתוך היסוד הנפשי הנדרש. לפיכך הצענו להוסיף לסייג בדרך פרשנית דרישה ליחס ראוי (פרופורציה) בין האמצעי שנקט העושה (המעשה) לבין התכלית שביקש לקדם. כך תוסר אחריות פלילית רק ממעשה שהנוק הצפוי ממנו

לאינטרס הציבורי, בנסיבות העניין, אינו עולה על התועלת העשויה לצמוח ממנו.

דרישת הפרופורציה מאפשרת התחשבות בחופש הביטוי, כאשר המעשה האסור הוא גילוי מידע. **במקרה כזה נדרשת בדיקה דו-שלבית.** דרישת הפרופורציה כוללת שני חלקים: הנזק מזה והתועלת מזה. בשלב הראשון ייבחן רק הנזק שגורם הגילוי האסור לאינטרס הציבורי המתאים בנסיבות העניין. בבחינת הנזק הצפוי ממסירת הידיעה יש לתת ביטוי להנחה שרק נזק ממשי לאינטרס הציבורי עשוי להצדיק הגבלה של חופש הביטוי.¹¹⁰ אם אין נזק כזה, תסתיים הבדיקה כבר בשלב הראשון לטובת העושה. רק אם נגרם נזק ממשי לאינטרס ציבורי מהותי, תעבור הבדיקה לשלב השני, ובו תיערך השוואה בין מידת הנזק לבין התועלת הצפויה מן הביטוי (בשינוי סדרי המדינה או בפעולת אחת הרשויות). אם התועלת עולה על הנזק, יחול הסייג, ותעמוד לעושה הגנה בפני אחריות פלילית. בדרך המוצעת יהווה הסייג הכללי הקבוע בסעיף 94 מגן בפני הרשעה בעבירה של מסירת ידיעות בחוסר סמכות, כאשר הפעלת נוסחת האיזון בין חופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי הנגדי מעלה שהפעלת האיסור בנסיבות המקרה פוגעת בחופש הביטוי פגיעה מוגזמת. כך יוכל בית המשפט להעניק לסייג פרשנות מעשית ולהביא את חופש הביטוי במסגרת שיקוליו. לחלופין, ניתן להעניק לזכות הציבור לדעת משקל מיוחד במסגרת השלב השני, והוא בחינת התועלת הצפויה מן המעשה האסור. את התועלת יש לבחון לפי התכלית המוגנת בסייג: גרימת שינוי בסדרי המדינה או בפעולתה של רשות שלטונית. יש לשקול את התועלת הצפויה מן הגילוי בראי זכות הציבור לדעת. אם המידע חושף עוולות, כשלים תפקודיים או הפרות חוק של הרשויות, גילוי מגשים את זכות הציבור לדעת, ויש לקבוע שהוא עונה על התכלית המוגנת של גרימת שינוי בסדרי המדינה או בפעולת הרשות. כמובן, אין קביעה כזו כשלעצמה מקימה את הסייג, משום שעדיין נותר לאזן תועלת זו מול הנזק שגרם הגילוי.

יש לציין שלאחרונה התחזקה בפסיקה העמדה שיש לפרש באופן דומה את ההגנות בחוק איסור לשון הרע. חוק איסור לשון הרע, המגדיר הוצאת

110 אין הכרח לקבוע מהי נוסחת האיזון המתאימה לשקילת חופש הביטוי מול אינטרסים נגדיים במסגרת חיבור זה, אולם ברי שכל נוסחת איזון כזו אמורה להביא בחשבון את מידת הפגיעה בחופש הביטוי בנסיבות המקרה. ממרכזיותו של חופש הביטוי בחברה דמוקרטית, לאור השיקולים המונחים בבסיסו, עולה שרק נזק ממשי לאינטרס הציבורי עשוי להצדיק הגבלה של חופש הביטוי.

דיבה כעברה פלילית וכעוולה אזרחית, מסייג את האחריות בגין הוצאת דיבה לגבי פרסום שעסק בהתנהגות הנפגע בתפקיד ציבורי או בקשר לעניין ציבורי, אם המפרסם פעל בתום לב. נקבע שכאשר התועלת הציבורית מן הפרסום ניכרת וחשובה, יש לתת משקל מיוחד ונכבד (אף כי לא בהכרח מכריע) לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת, וזאת במסגרת פרשנות ההגנות בחוק ויישומן.¹¹¹ אם אין מניעה לאמץ מדיניות פרשנית שכזו כאשר עסקינן בפגיעה בזכות יסוד כמו זכותו של אדם לשם טוב, אין מניעה עקרונית לאמץ אותה כאשר מדובר בפגיעה בערך כללי כזה או אחר. נזכיר שמדובר במדיניות משפטית-עקרונית ולא בתוצאה מעשית בכל מקרה ומקרה, שכן התוצאה של יישום המדיניות תלויה בנסיבות המקרה.

חופש העיתונות

כיבודה של זכות הציבור לדעת מהווה תנאי להגשמתו של חופש הביטוי. הגשמתה של זכות הציבור לדעת מחייבת גישה של אמצעי התקשורת למקורות מידע בנושאים בעלי עניין ציבורי.¹¹² זכות הציבור לדעת תלויה רבות בחופש העיתונות ואמצעי התקשורת האחרים, המשמשים זרועו הארוכה של הציבור בפיקוח על השלטון.¹¹³ לכן נקראת התקשורת "כלב השמירה של הדמוקרטיה". יכולתה למלא ייעוד זה נאמנה גוברת ככל שהמידע שלרשותה רחב. האיסור בסעיף 117 נמנה עם הוראות החוק המגבילות ביותר את צעדיו של העיתונאי בישראל, ומכאן פגיעתו הגדולה בזכות הציבור לדעת. אמנם ידוע רק על הרשעה אחת בגין האיסור (פרשת **חסידוף**), אולם נפתחו חקירות במקרים נוספים של הדלפות לעיתונות.¹¹⁴ חקירות אלו, גם

111 גישה זו העלה בשנות השבעים השופט שמגר, ודעת הרוב באותה פרשה דחתה אותה. היא חזרה ועלתה בפסיקה מן השנים האחרונות. ראו בהמשך את הפסיקה המוזכרת בהערה 128 והטקסט המתייחס אליה.

112 בג"ץ 5771/93 **ציטרין נ' שר המשפטים**, פ"ד מח (1) 661, עמ' 673 (**להלן: בג"ץ ציטרין**).

113 ב"ש 298/86 **ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין ואח'**, פ"ד מא (2) 337, עמ' 358 (**להלן: ב"ש ציטרין**).

114 אסף חפץ, לימים מפכ"ל המשטרה, הועמד לדין משמעתי בגין אישור מידע על מחדל משטרת-ביטחוני בפני עיתונאי; הפרקליטה ענת סבידור הועמדה לדין משמעתי בגין מסירת מידע מתיק חקירה ("האי היווני"); הפרקליטה ליאורה גלאט-ברקוביץ הועמדה לדין פלילי עקב הדלפת מידע חסוי מתיק חקירה (שרון – סיריל קרן); יעקב טרנר, מפכ"ל המשטרה לשעבר, נחקר בחשד שמסר ידיעות לעיתונאי מרדכי גילת. במקרה האחרון נערכה האזנת סתר בלתי חוקית לשיחה בין השניים, ובית המשפט העליון

בהסתיימן באי-הגשת כתב אישום, יוצרות "אפקט מצנן" על עובדים המתלבטים אם להעביר לעיתונאי חומר בעל עניין ציבורי. הנשק היחיד נגד עשיית שימוש באיסור ככלי אכיפה משמעותי למלחמה בהדלפות מידע הוא בהטלת חיסיון עיתונאי על מקורות מידע. אמצעי זה מקשה מאוד את גילוי זהותו של המדליף. ואכן את השימוש המועט באיסור ניתן לייחס, בחלקו, לקושי באיתור המדליף ללא שיתוף פעולה מצד העיתונאי מקבל המידע (בפרשת הפרקליטה גלאט-ברקוביץ הוגש כתב אישום לאחר קבלת פלט השיחות של עיתונאי **הארץ**, ברוך קרא).

החיסיון העיתונאי אינו קבוע בהוראות החוק אלא פותח על ידי בית המשפט העליון בהשראת שיטות משפט זרות, כנגזר מעקרון חופש הביטוי.¹¹⁵ בית המשפט קבע שחופש העיתונות כולל מכללא את הזכות לאסוף מידע, והזכות לאסוף מידע כוללת את הצורך להגן על מקורות מידע, שכן ללא יחסי אמון בין העיתונאי לבין מקורותיו תיווצר הרתעה מפני מסירת מידע. לפיכך, זכותו היסודית של העיתונאי לחיסיון נובעת מתוך עקרון חופש הביטוי, והיא נדבך חשוב במערכת הזכויות והחירויות שעליהן מושתתת הדמוקרטיה; וההגנה על מקורות המידע העיתונאיים היא אינטרס של הציבור ולא עניינו הפרטיקולרי של העיתון או העיתונאי הנוגעים בדבר. אינטרס זה מצוי במתח עם האינטרס הציבורי בגילוי האמת ועשיית צדק בהליכים משפטיים, משום שלעתים קרובות העיתונאי מחזיק במידע בעל ערך רב לערכאות החקירה והשיפוט. ברם נקבע שכדי לפגוע בזכות היסוד לחיסיון עיתונאי לא די בכך שהמידע מושא החיסיון יהא רלוונטי להליך המתנהל, אלא נדרש בנוסף שהמידע יהיה **חיוני** ובעל חשיבות לשם עשיית משפט

התיר ליועץ המשפטי לממשלה להאזין לקלטת השיחה לשם הכרעה בחשדות (בג"ץ 3815/90 **גילת נ' שר המשטרה ואח'**, פ"ד מה (3) 414). המפכ"ל טוהר מן החשדות לאחר שהקלטות העלו שלא העביר מידע בניגוד לחוק. לדעת משה נגבי, יש בבקשת היועץ כדי להמחיש את חומרת החשדות בעיניו – מ' נגבי, **חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט**, ירושלים, 1995, עמ' 72 (**להלן: נגבי**). מתן היתר שיפוטי להאזנה לדברים שנקלטו בהאזנת הסתר מבטא, אולי, את חומרת החשדות הללו גם בעיני בית המשפט העליון.

115 ב"ש **ציטרין, לעיל** הערה 113. בפרשה זו ביטל בית המשפט קנס שהטיל בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין על עיתונאים שהוזמנו להעיד וסירבו לחשוף את מקורות המידע שלהם. עדותם נדרשה כדי לקבוע אם עורכי דין עברו על כללי האתיקה בפרסומת עצמית. השופט שמגר קבע ש"מערכת מדינית, חופשית ודמוקרטית בלעדי אמצעים נאותים לאיסוף מידע ולפרסומו הם דבר והיפוכו, ואינם יכולים להתקיים בצוותא", ולכן הכרה בחיסיון עיתונאי מתחייבת מעקרון חופש הביטוי.

צדק **בנושא מהותי**.¹¹⁶ כללים אלו מדגישים את הקושי בדחיקת החיסיון, שהוגדר כזכות יסוד חיונית לקיומו של משטר דמוקרטי תקין, לטובת מיצוי הדין עם מדליפים. אכיפת איסור כה בעייתי כמו האיסור הקיים, המגן בעיקר על ההיררכיה המנהלית, אינה "נושא מהותי" המצדיק פגיעה ממשית בזכות יסוד המהווה אינטרס ציבורי מובהק. עובדי ציבור הם מקור מידע חשוב במיוחד, משום שהם מחזיקים במידע איכותי על הנעשה ברשויות השלטון. לכן הרתעתם תגרום לפגיעה קשה ביכולתה של העיתונות לאסוף מידע חיוני ולפרסמו.

יש היבט נוסף ליחס שבין האיסור לבין חופש העיתונות. לאיסור עלול להיות "אפקט מצנן" גם על העיתונאים עצמם. סעיף 117 אינו כולל חלופה העשויה לחול על עיתונאי במישרין, כגון איסור גילוי מידע שהתקבל מעובד ציבור אשר פעל ללא סמכות כדין במסירת המידע. הוראה כזו קיימת, למשל, באנגליה, והיא חושפת עיתונאים לסכנת אישום בעבירה של גילוי סודות רשמיים. אולם סעיף 117 חושף את העיתונאי לסכנה של אחריות פלילית עקיפה לעבירה של עובד הציבור. לכאורה, האיסור על גילוי בהפרת חובה מטיל על העיתונאי סיכון ישיר לסנקציה פלילית בגין שידול לדבר עברה, אם דרש את המידע מיוזמתו.¹¹⁷ מעשה שכזה עשוי להיות פלילי, גם אם הפנייה לא הניבה מידע, וזאת כניסיון לשידול.¹¹⁸ אפשרות תאורטית זו קיבלה ביטוי מעשי ב-1992, בעת שהמשטרה עצרה את כתב "מעריב", גדעון מרון, בחשד לשידול עובדת ציבור למסור לו מידע על תיקים מסוימים שהתבררו בבית המשפט. בסופו של דבר, שוחרר מרון בלחץ העיתונות ללא משפט.¹¹⁹ אלא

116 **שם**, סעיף 15 לפסק הדין. נקבע שענייני המשמעת של לשכת עורכי הדין אינם מהווים נושא מהותי בהקשר זה, שכן הם אינם שקולים לפשע חמור או לעוון מהותי שגרר תוצאות או משמעות קשות או להפרה קשה של הסדר הציבורי.

117 יש מודעות מצד עיתונאים לאפשרות זו, כפי שעולה מהתרתו של נגבי על האפשרות לאישום עיתונאים בשידול – **לעיל** הערה 114, בעמ' 73. ראו גם א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה חמישית, ירושלים ותל אביב: שוקן תשנ"ז, עמ' 1050-1051 (**להלן**: רובינשטיין).

118 ניסיון לשידול הוגדר בחוק העונשין (סעיף 33) במפורש כמעשה עניש (פלילי), אשר העונש המרבי בגינו הוא מחצית העונש הקבוע על העבירה העיקרית, מושא השידול (בעוד שהעונש המרבי על שידול זהה לעונש הקבוע בעבירה העיקרית, מושא השידול).

119 הפרשה פורסמה בעיתון **מעריב** ביום 3.9.92 בעמ' 12, והיא מוזכרת בספרו של נגבי, **לעיל** הערה 114, בעמ' 73. נגבי טוען שגם לפרשה הזאת היה "אפקט מצנן" על זרימת מידע לעיתונות וממנה לציבור. הוא מצטט את דבריו של עיתונאי בכיר ב**ווישינגטון פוסט** על הפרשה, ש"זה היסטרי, זה אידיוטי העמיד עיתונאי לדין בעוון שידול לקבלת מידע", ואת דברי השדר מייק וואלאס, שמדובר ב"טיפשות מדהימה".

שמבחינה משפטית, לא ברור אם אמנם קיימת אפשרות להאשים בשידול את העיתונאי או כל אדם אחר שקיבל את המידע מידי עובד הציבור. הכללים בדבר גזירת אחריות פלילית לגבי מבצעים עקיפים, כמו משדלים ומסייעים, חלים באופן עקרוני על כל האיסורים העונשיים. עם זאת, יש להבחין בין עבירות העשויות להיעשות גם על ידי אדם יחיד (ורביוי משתתפים הוא מקרי, בלתי הכרחי), לבין עבירות המותנות **מטבען** ברביוי משתתפים. רוב האיסורים נוגעים לעבירות מן הסוג הראשון (לדוגמה הריגה, גנבה, שוד, מרמה). להלן כמה דוגמות לעבירות מן הסוג השני: מכירת מצרך במחיר מופקע שלא כחוק תלויה בקיומו של קונה; העברה של ריבוי נישואים תלויה בקיומו של בן הזוג לנישואים האסורים, גם אם הוא עצמו פנוי; העברה של בעילה אסורה של קטינה מותנית בהשתתפותה של הקטינה במעשה. מה דינם של אותם משתתפים, בהנחה שפעלו באופן מודע ובהסכמה למעשים הללו? האם ניתן להטיל עליהם אחריות פלילית בגין סיוע למבצע העיקרי או שידולו?

התשובה לשאלה דלעיל היא שאם המחוקק בחר להתייחס רק לאחד המשתתפים כנושא אחריות פלילית – אף שהיה ברור לו שהעברה דורשת מטבעה ריבוי משתתפים – כי אז רק צד זה צריך לשאת באחריות לאותה עברה. שימוש בכללי השותפות לשם גזירת אחריות עקיפה של הצד השני עוקף את כוונת המחוקק ולכן אינו ראוי.¹²⁰ שאלה זו התעוררה בעניין **אפלבוים נ' היועץ המשפטי לממשלה**,¹²¹ פרשה שבה נאשם אדם בסיוע לעברה של קבלת שוחד בדרך של מתן השוחד, אף שאיסור מתן שוחד בוטל שנים ספורות קודם לכן. בית המשפט העליון השיב לשאלה בשלילה, בנימוק

120 ש"ז פלר, **יסודות בדיני העונשין**, ג, ירושלים: האוניברסיטה העברית, תשנ"ב, מעמ' 263, ובעיקר עמ' 272-275. כאמור שם, זו תוצאת הכלל *inclusio unius est exclusio alterius* ("כלילה מפורשת היא דחיקה משתמעת"), כלומר יצירה של הסדר שלילי ולא חסר נורמטיבי הטעון השלמה). גישה דומה קיימת במשפט האמריקני, כמצוין אצל המלומד האנגלי וויליאמס – G. Williams, **Textbook of Criminal law**, 2nd ed., London: Stevens and Sons, 1983, p. 367, והיא שאין לגזור אחריות עקיפה רק כאשר מדובר ברצון ברור של המחוקק להגן על אדם הנמנה עם קבוצה הנמצאת במעמד נחות או פגיע. פסק הדין המפורסם בנושא הוא בעניין **Tyrrell** מ-1894, שבו התעוררה השאלה האם ניתן להרשיע נערה בסיוע בנוגע לאיסור יחסי מין עם נערות צעירות. בית המשפט זיכה את הנערה ופסק שהחוק נחקק "לשם הגנה על נשים ונערות מפני עצמן" – J.S. Smith and B.Hogan, **Criminal Law**, 8th ed., London: Butterworths, 1996, pp. 160-162. ראו דיון בסוגיה זו וביקורת על ההסדר האנגלי בספרו של וויליאמס, עמ' 364-368. כמצוין אצל, הוגשה הצעה לשינוי ההסדר בחקיקה, כך שמעשה אינצידנטלי, שאינו עניש לפי הגדרת האיסור, לא ייחשב סיוע או שידול.

121 ע"פ 51/49, פ"ד ב 952.

שהמחוקק לא התכוון לאסור מתן שוחד. לכאורה אין השיקול שונה לגבי מעשה שלא נאסר מלכתחילה – ולא רק לגבי מעשה אשר פליליותו בוטלה על ידי המחוקק עם הזמן – שכן יש לראות את המחוקק כמודע לעובדה שהאיסור הנחקק מחייב ריבוי משתתפים.¹²² האם ניתן ללמוד מגישה זו גם על האפשרות לגזור אחריות פלילית עקיפה של **מקבל** המידע מאחריותו הישירה של עובד הציבור, **מוסר** המידע? מצד אחד, אין מדובר במצב מובהק המלמד על כוונה להוציא את הצד השני מתחולת האיסור, כמו במקרה של בעילה אסורה בהסכמה, למשל. מצד אחר, נראה שיש אפשרות להסיק משתיקת המחוקק על הסדר שלילי בעניין זה. הצד המחויב להגנה על האינטרס הציבורי באמצעות אי-מסירת מידע (וראוי שייקבע – מידע רגיש) בחוסר סמכות, הוא עובד הציבור, כך שאין מקום להטיל אחריות פלילית נגזרת על הצד השני אם צד זה פנה לעובד הציבור בבקשת המידע; קל וחומר כאשר עסקינן בבקשת המידע על ידי עיתונאי, באשר בחקירה ובחיפוש אחר מידע מממש האחרון את תפקידו ואת שליחותו העיתונאית.

ה. התנגשות נורמטיבית: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

המשמעות המרכזית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) היא מתן מעמד חוקתי על-חוקי לזכויות היסוד המוגנות בחוק היסוד. זאת באמצעות הכפפה של המחוקק לזכויות אלו, במובן זה שפגיעה בהן, גם אם היא נעשית בחוק, עדיין חייבת לעמוד בתנאי חוק היסוד.¹²³ בכך מתבטאת העליונות הנורמטיבית של חוק היסוד על פני הוראות חוק "רגילות". חוק היסוד מבטא ערכי יסוד של השיטה המשפטית, הנובעים מעקרונותיה של שיטת המשטר הדמוקרטי, וככזה הוא מהווה נקודת מוצא הכרחית לחקיקה ראויה. לכן, מבחינת הדין הרצוי, ראוי להתאים את כלל הוראות החוק לנורמות העליונות שבחוק היסוד. האיסור הפלילי על גילוי בהפרת חובה נחקק לפני חקיקת חוק היסוד, ולכן אין אפשרות לטעון לבטלותו בשל אי-

122 זו דעתו של פלר, **לעיל** הערה 120, עמ' 274. יוער שמקובל לייחס למחוקק מודעות לתוכנם של דברי חקיקה גם בהקשרים אחרים.

123 סעיף 8 לחוק היסוד; כך פורש לראשונה בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט (4) 221.

עמידה בתנאי חוק היסוד (אשר יפורטו בהמשך). עם זאת, בפירושו יש להעדיף פרשנות המקיימת את תנאי חוק היסוד על פני פרשנויות אחרות מן הטעמים האמורים ומשיקולים של יצירת הרמוניה, אחידות, עקיבות ולכידות בשיטה משפטית. עד כה, במקרים המועטים שהגיעו למבחן הפסיקה, פירש בית המשפט את האיסור באופן גורף על פי לשונו, ללא שקילת הפגיעה המיותרת בזכויות אדם כתוצאה מכך. חקיקת חוק היסוד מקדמת מתן פרשנות מחודשת ומצמצמת לאיסור. כמובן, כדי להחיל את חוק היסוד במקרה נתון יש להראות שמדובר בפגיעה בזכויות המוגנות בו ולא בכל זכות של הפרט באשר היא. לפיכך יש לברר שתי שאלות: האם האיסור פוגע בזכויות מוגנות על פי חוק היסוד? אם התשובה לכך חיובית, האם הפגיעה עומדת בתנאי חוק היסוד?

כפי שהוזכר, האיסור פוגע בחופש הביטוי מכל מיני היבטים. עלינו לבדוק אם חופש הביטוי מהווה זכות מוגנת בחוק היסוד. חופש הביטוי לא נכלל מפורשות ברשימת הזכויות המוגנות בחוק, אולם יש הטוענים שניתן לכלול אותו בזכות המוגנת לכבוד האדם: "מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?!"¹²⁴ לנוכח ההשלכות הרבות לעיגונה של זכות בלתי כתובה בחוק היסוד (ובעיקר האפשרות לבטל חוק הפוגע בזכות שלא בתנאי חוק היסוד), ועל רקע כוונתו הברורה של המחוקק להימנע מהכללת הזכות לחופש הביטוי בחוק היסוד, מדובר בשאלה לא פשוטה אשר טרם הוכרע בה בפסיקה.¹²⁵ שאלה זו חורגת ממסגרת הדיון בענייננו. גם אם נצא מנקודת הנחה שהזכות לחופש ביטוי אינה במעמד של זכות מוגנת

124 דברי השופט מצא בע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, עמ' 157.

125 פסק הדין המרכזי שבו ניטשה מחלוקת בשאלה זו הוא בעניין גולן (שם), שבו נדונה תביעתו של אסיר לפרסם טור אישי על חיי בית הסוהר באחד המקומונים. בהקשר זה התעוררה השאלה אם ניתן לעגן את חופש הביטוי בזכות החוקתית לכבוד האדם. השופט מצא סבר שכן, כפי שעולה מן הציטוט. השופט חשין הותיר את השאלה בצריך עיון וטען שפירוש המונח "כבוד האדם" צריך להיעשות בהתאם להקשר החקיקתי שלו, ואין הכרח שהמונח כולל את חופש הביטוי בהקשר של חוק היסוד. השופט דורנר השיבה על השאלה בשלילה, מן הטעם שכוונת המחוקק בעניין זה ברורה ושוללת פרשנות כזאת, וטרם התגבשה הסכמה לאומית לכלול את חופש הביטוי בחוק יסוד. לשיטתה, ניתן להחיל את הזכות לכבוד רק על פגיעה בחופש הביטוי של אסיר באשר הוא אסיר, משום שקביעה כזו מושתתת על ההנחה שבהיותו פושע הוא חסר כבוד, אדם נחות, וככזו היא משפילה ופסולה.

בחוק היסוד, נראה שחקיקת חוק היסוד מדגישה את מקומן של זכויות יסוד במשפט הישראלי, ומתחייבת ממנה התחשבות בהן לפחות במידה שנדרשה לפני חקיקתו. מכאן, שהאיסור דורש, לכל הפחות, הפעלתה של נוסחת איזון מתאימה בין חופש הביטוי של עובדי ציבור ושל כלל הציבור לבין אינטרס חברתי כבד משקל דיו להסיג את הזכות.¹²⁶

מסקנה זו מתחזקת נוכח העובדה שחופש הביטוי שמר על מעמדו מול זכויות יסוד שאין כל קושי לעגן אותן בהוראות חוק היסוד, ואולי אף הגביה עוף מעליהן. בשנות השבעים התחולל ויכוח בבית המשפט העליון בשאלת מעמדן ההדדי של חירות הביטוי והזכות לשם טוב. השאלה התעוררה אגב דיון בתביעת דיבה של איש ציבור נגד עיתון ונגעה לפירוש הגנה בחוק איסור לשון הרע שעניינה הבעת דעה בתום לב על התנהגותו של בעל תפקיד ציבורי או בקשר לעניין ציבורי. השופט שמגר טען שיש לפרש את ההגנה באופן רחב, המעניק עדיפות לזכות הביקורת בנושאים בעלי עניין ציבורי. הוא נימק קביעה זו בכך שחופש הביטוי מהווה יסוד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן של רוב זכויות היסוד האחרות, ואופי זה מקנה לו מעמד על-משפטי. לכן בשקילת חופש הביטוי מול הוראת חוק הבאה להגבילו, יש להעדיף פרשנות המקיימת את חופש הביטוי, כל עוד הדבר מתיישב עם לשון החוק. עמדה זו נדחתה על ידי דעת הרוב באותה פרשה.¹²⁷ בפסיקה מן השנים האחרונות נשמעו הדים לעמדתו של השופט שמגר בנקודה זו. זאת, אף שהזכות לשם טוב בוודאי כלולה בזכות לכבוד האדם שבחוק היסוד, ולכאורה זכתה למעמד עדיף על פני חירות הביטוי, אשר נותרה מחוץ לחוק היסוד.¹²⁸

126 ונוכיר שוב שאין אנו מציעים לצמצם את האיסור באמצעות שימוש בנוסחת איזון, כי אם באמצעות מתן פרשנות מחודשת לערך המוגן, אשר הולמת את ההשקפות החברתיות והמשפטיות של ימינו ומתיישבת עם דברי חקיקה חדשים ומרכזיים בשיטתנו.

127 בפעם הראשונה הביע השופט שמגר את העמדה האמורה בע"א 723/74 **הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל ואח'**, פ"ד לא (2) 281, במיוחד בעמ' 295. עמדתו נדחתה על ידי דעת הרוב בדיון הנוסף שנערך בפרשה – ד"נ **חברת החשמל, לעיל** הערה 87.

128 השופטת בייניש העירה שכאשר הפרסום נוגע לדמות ציבורית בקשר לענייני ציבור ובנסיבות שהתועלת הציבורית מן הפרסום היא משמעותית וחשובה, יש לתת משקל מיוחד ונכבד (אם כי לא בהכרח מכריע) לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת, וזאת במסגרת פרשנות ההגנות בחוק איסור לשון הרע ויישומן – ע"א 1104/00 **אפל נ' חסון**, פ"ד נו (2) 607, סעיף 8 לפסק דינה. השופט מצא אימץ את עמדתה בע"א 98/323 **שרון נ' בנזימן ואח'**, פ"ד נו (3) 245. לדבריו, במקרים אלה יש להטות את הכף לטובת חופש הביטוי של המפרסם, ולא לטובת הזכות לשם טוב של הנפגע (סעיף 20

בפסק הדין בפרשת **יצחק יעקב** התייחס בית המשפט המחוזי להשפעת חוק היסוד על ההתנגשות בין חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת מזה לבין האינטרס הביטחוני בשמירת ידיעות **סודיות** מזה. בפרשה זו הואשם תא"ל במיל' בעברות ריגול עקב צעדים שנקט לפרסום ספר זיכרונות וספר עלילתי (כגון מסירת הטיוטות למו"לים ולעיתונאים) בארצות הברית, שנים לאחר שחרורו מצה"ל. אחת השאלות המרכזיות הייתה האם המידע שנמסר מתאים להגדרה של "ידיעה סודית" בעברה הרלוונטית – "ידיעה אשר ביטחון המדינה מחייב לשומרה בסוד". בהקשר זה, הועלתה השאלה האם הגנה ראויה על חופש הביטוי ועל זכות הציבור לדעת מחייבת קריאה של מבחן הסתברותי כלשהו לתוך העברה, כך שייקבע כי מדובר בידיעה סודית רק אם חשיפת הידיעה עלולה לגרום נזק לביטחון המדינה. בית המשפט ציין שקודם לחקיקת חוק היסוד לא התלבטו בתי המשפט יתר על המידה בשאלת ההתנגשות האמורה והעדיפו באופן מוחלט את שיקול הסודיות. על כן, לכאורה די בהצהרת סודיות חתומה בידי הנאשם ובחובתו שלא לעבור על האיסור לפי סעיף 117 כדי להסיק שלא חלה זכותו לחופש ביטוי במקרה זה. אלא שבעקבות חוק היסוד, קבע בית המשפט, יש לפרש את המונח "ידיעה סודית" על פי עקרונות כלליים, המחשיבים את הפגיעה בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת.¹²⁹ אם חוק היסוד "משדרג" את מעמדו של חופש הביטוי בקשר לאיסור החמור בדבר מסירת ידיעות סודיות-ביטחוניות, קל וחומר הוא לגבי האיסור על מסירת ידיעות בכלל.

איסור פלילי מגביל את חירות האדם, שכן הוא מצמצם את מרחב הפעולה של הפרט. ההשלכות הנלוות לקביעתו של איסור פלילי – הכתמת

לפסק דינו). עיקרון דומה נקבע בעבר, בע"א 214/89 **אבנרי ואח' נ' שפירא ואח'**, פ"ד מג (3) 840. ברם בפרשה זו, אשר קדמה לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ציין השופט ברק כחלק מהנמקתו את העובדה שהן הזכות לחופש ביטוי והן הזכות לשם טוב אינן מעוגנות במסמך חוקתי עליון (סעיפים 21 ו-23 לפסק הדין). לא כך היום, כאשר ניתן לטעון לעיגונה הברור של אחת מהן בלבד בחוק היסוד, התומך לכאורה בעריכת "איזון אנכי" בין הזכויות ולא ב"איזון אופקי".

129 תפ"ח (י-ם) 1055/01 **מ"י נ' יעקב**, תקדין מחוזי 2002 (2) 753, סעיף 104 לפסק הדין. בצד זאת נקבע שאין מתחייב מכך איזון לפי המבחן של ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בביטחון המדינה וניתן להסתפק במבחן מקל יותר, משום ש"מדינת ישראל אינה צריכה ליטול סיכונים מיותרים לביטחונה רק כדי לאפשר לבכירים לשעבר במערכת הביטחון לפרסם את זיכרונותיהם" לאחר פרישתם" – סעיף 114 לפסק הדין. בעקבות אישומו של יעקב בעברה של ריגול חמור בפרשה זו תוקנה העברה והוצאה מתוכה החלופה של מסירת ידיעה סודית ללא סמכות ושלא מתוך כוונה לפגוע בביטחון המדינה (תיקון מס' 65 לחוק העונשין).

שמו של אדם ושלילת חירותו – נחוצות ליעילותו של המשפט הפלילי בהשגת מטרות ענישה, כגון הרתעה ומניעה, אך הן מחייבות לעשות בו שימוש זהיר בשל פגיעתן החריפה בזכויות הפרט. לפיכך נוכח ההשלכה המובהקת שיש למשפט הפלילי על חירותו של הפרט, מורגשת השפעתו של חוק היסוד במיוחד בתחום הפלילי. הטענה שאיסור פלילי פוגע, מטבעו, בחירותו של הפרט ובכבודו, אין משמעה שמדובר בהכרח בפגיעה פסולה ובלתי חוקתית. להבדיל, יש מקום לטענה שכל איסור פלילי רחב מדי פוגע שלא לצורך בזכויות אדם.¹³⁰

שלא כמו הזכות לחופש ביטוי, החירות האישית והזכות לכבוד מוגנות באופן מפורש בחוק היסוד. על כן, פגיעה בהן צריכה להיעשות בהתאם לתנאים הקבועים בו. לענייננו, חשובים שניים מן התנאים: על הפגיעה להיות **לשם תכלית ראויה**; על הפגיעה להיעשות **לא מעבר למידה הדרושה**.

התנאי של תכלית ראויה מתייחס, ככל שעסקינן באיסור פלילי, לערך המוגן באיסור (ההגנה על אותו ערך חברתי היא תכלית האיסור). האם הגנה על סודיות המנהל מהווה תכלית ראויה? מחד גיסא, סודיות המנהל נחוצה לגבי מידע מסוגים אחדים, ומאידך גיסא, היא אינה נחוצה באופן חד-משמעי לגבי סוגי מידע אחרים. כאשר היא אינה נחוצה, היא אף פוגעת בפרט ובציבור, שכן אינה מאפשרת שקיפות. במקרים אלו ההתנהגות

130 בעניין זה התגלעה מחלוקת בין הנשיא ברק לבין השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 98/4424 סילגודו ואח' נ' מ"י, פ"ד נו (5) 529. בפרשה זו הוראה בחוק הפלילי, אשר נחקקה לאחר חקיקתו של חוק היסוד, הועמדה בסימן שאלה מבחינת חוקתיותה. הוראה זו מאפשרת להרשיע שותף לעבירה בעבירה שונה או נוספת שביצע שותפו, אף כי לא מתקיימים אצלו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הנדרשים להרשעה בעבירה הנוספת. הנשיא ברק, שאליו הצטרף בהסכמה השופט לוי, הדגיש את רגישותו המיוחדת של המשפט הפלילי, המהותי והדינוני, לשינויים חוקתיים במעמדן של זכויות אדם, ובפרט של החירות האישית. הוא קבע שהוראה המאפשרת את הרשעתו של אדם בעבירה שעונשה מאסר בוודאי פוגעת בחירות האישית, והניח, מבלי לפסוק בדבר, שההוראה הנזכרת פוגעת גם בכבוד האדם. משיקולים שונים של מדיניות משפטית ברק מעניק את עיקר המשקל לשלב השני, שבו נבדקת השאלה אם הפגיעה עומדת בתנאי חוק היסוד. מנגד, השופטת שטרסברג-כהן הגיעה למסקנה שקביעת איסור פלילי על התנהגות אינה כשלעצמה, אפריורית, הוראה הפוגעת בזכויות יסוד שבחוק היסוד. לדעתה, החירות המוגנת בחוק היסוד אינה חירותו של העבריין, שהורשע כדן בביצוע עבירה שפגעה בחירותו, בשלמות גופו או בחייו של אחר. זאת בין היתר משיקולי המגמה המתגברת להגן על קרבן העבירה, אשר גם זכויותיו עומדות על הפרק. לדעתנו עמדה זו מערבת את שאלת עצם הפגיעה בזכות עם שאלה נפרדת, שאלת ההצדקה לפגיעה בזכות ומידת הפגיעה. מבחינה אנליטית עדיפה עמדת הרוב בנקודה זו.

האסורה אינה מהווה סכנה לציבור, ונסתרת ההנחה שאיסורו של המעשה בחוק הפלילי מעיד על אופיו המסוכן. סודיות המנהל חשובה, אך לא כערך בפני עצמה, אלא רק כאשר היא משמשת אמצעי להגנה על ערך אחר, ציבורי או אישי. לפיכך חקיקת חוק היסוד מקדמת את הפרשנות החלופית שהוצעה לגבי הערך המוגן, ולפיה ייאסר גילוי רק אם הוא פוגע באינטרסים ציבוריים מהותיים. נזכיר שבפרשת **יצחקי** פורש האיסור כלשונו מתוך השקפה שלמדינה יש זכות קניינית במידע הרשמי. השקפה זו פסה מן העולם. נוסף על כך יש לשקול את האינטרס לתפקוד נאות של הרשות השלטונית. בהקשר זה, ניתן לטעון שתי טענות: לא ברור שאינטרס זה ראוי להגנה דיני העונשין, משום שלא כל חריגה מכללי מנהל תקין חייבת להיות פלילית במהותה; וגם אם ראוי להגן על אינטרס זה באמצעות דיני העונשין, הרי יש בכך לחזק דווקא פרשנות מצמצמת של האיסור למקרים שיש בהם צורך אמתי בסודיות, וזאת כדי להגביר את שקיפותן של הרשויות ולא לצנן לשאת באחריות כלפי הציבור; כך מתחייב מתקינות המנהל.

באשר לתנאי המידתיות, נבדקת מידת הפגיעה בזכות המוגנת. הנחת היסוד היא שגם אם התמלא התנאי הקודם, והנורמה הנבדקת פוגעת בזכות לשם תכלית ראויה, השגת התכלית אינה מקדשת את האמצעים משום שהמחיר הוא פגיעה בזכות יסוד. לכן נדרש יחס ראוי בין האמצעי למטרה. הפסיקה קבעה שבתנאי המידתיות מגולמות שלוש דרישות מצטברות:¹³¹ על האמצעי להיות מתאים להשגת המטרה; על האמצעי להיות פוגעני במידה המינימלית ביותר (ביחס לאמצעים חלופיים, ככל שהם קיימים) להשגת המטרה; צריך להתקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה, במובן זה שהתועלת לציבור, אשר תושג עקב הגשמת התכלית, תגבר על הנזק לפרט, אשר ייגרם עקב הפעלת האמצעי הפוגעני. האיסור על גילוי ללא סמכות הוא אמצעי מתאים להגנה על סודיות המנהל, וסודיות המנהל מובילה באופן רציונלי להגנה על אינטרסים חברתיים או על זכויות, במקרים המתאימים. אולם האיסור אינו עומד בדרישת המינימליות. במתכונתו הנוכחית הוא גורף מדי, משום שהוא מגביל את חירותו של עובד הציבור גם במקרים שבהם גילוי מידע אינו פוגע בחברה או ביחיד. ייתכן שבמקרים אלו נחוץ לטפל בהפרת החובה באמצעות הדין המשמעתי, ככלי פנים-ארגוני, שכן בהם מוענש עובד הציבור בעיקר על החריגה מסמכותו. לשם כך אין להפעיל אמצעי חמור כמו

131 ראו למשל פסק הדין בעניין **בנק המזרחי, לעיל** הערה 123, הניתוח בסעיף 95 לפסק דינו של הנשיא ברק.

המשפט הפלילי. יתרה מזו, גם בנסיבות הנכונות, שבהן הגנה על סודיות המנהל משרתת את האינטרס הכללי על היבטיו השונים, הצורך באיסור גילוי בהפרת חובה אינו מובן מאליו. במקרים אלו קיים, לרוב, איסור פלילי ספציפי בעל ערך מוגן מקטגוריה מתאימה, אשר תחולתו כללית ואינה מיוחדת לעובדי ציבור.¹³²

הצורך להגביל את היקפו של האיסור, כדי שיעמוד בדרישות חוק היסוד, נובע גם מן הדרישה השלישית המגולמת בתנאי המידתיות. לפי דרישה זו, גם אם האמצעי הוא מינימלי מבחינת פגיעתו, עדיין יש לשקול את מידת הנזק שייגרם לפרט עקב הפגיעה בזכותו, מול מידת התועלת שתיגרם לחברה עקב הגשמת התכלית. בדרישה זו ("מידתיות במובן הצר") מודגש העיקרון שבמשטר דמוקרטי אין להעלות את הפרט על מזבח המטרות החברתיות, ראויות ככל שתהיינה. גם אם נניח, לצורך הדיון בלבד, שכל מסירת מידע בלתי מוסמכת מצד עובד ציבור טומנת בחובה פגיעה כלשהי ברשויות המדינה, בלי תלות בסוג המידע או בנסיבות אחרות, עדיין אין משמע שהתועלת שבאיסור גדולה מן הנזק שבו. התועלת הציבורית שבאיסור גורף על גילוי מידע פחותה מן הנזק לחופש הביטוי של כל עובדי הציבור במדינת ישראל ולזכות הציבור לדעת. האיזון בין התועלת הכללית לבין הנזק האישי המקופלים באיסור משתנה רק כאשר נוספת למשוואה תכלית נוספת בדמות ערך מוגן קונקרטי כלשהו, בהתאם לסוג המידע. ברם ערך מוגן ראוי משליך שוב על היקפו המידתי של האיסור, שכן לכל ערך רלוונטיים סוגי מידע מסוימים, ולא כל מידע באשר הוא.

הצורך לפרש באופן הרמוני הוראות חוק שונות בשיטה אחת, ובייחוד הצורך להתאים בין נורמות רגילות לבין נורמות עליונות מהן, בעלות מעמד חוקתי, מהווה שיקול פרשני חשוב. צורך זה מעניק משנה תוקף למתן פרשנות חדשה ומצמצמת להוראת האיסור, למרות הקושי הלשוני שהיא מעוררת.

132 הנה דוגמות מתוך חוק העונשין: איסור מסירת ידיעה סודית ללא סמכות, שנועד להגן על ביטחון המדינה (סעיף 113א); איסור פרסום ממריד (סעיף 134); איסור הסתה לגזענות (סעיף 144ב); איסור פרסום ידיעות כוזבות הגורמות פחד ובהלה (סעיף 159); איסור שיבוש מהלכי משפט – אם כי הוא דורש הוכחת יסוד נפשי של מטרה, ובזאת קשה יותר להפעלה (סעיף 244); איסור הוצאת מסמך ממשמורת – ובעיקר ההתייחסות המפורשת לעובד ציבור (סעיף 267). כמו כן, ההוראות לגבי הגנה על פרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ובעיקר האיסור הכללי בדבר פגיעה בפרטיות (סעיף 5) ואיסור הפרת סודיות מצד עובדים של מאגרי מידע (סעיף 16); חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (סעיף 6).

אין בכך לגרוע מן הצורך בשינוי חקיקתי. כאשר פזורות אבני נגף רבות על הדרך הפרשנית, מוטב שהמחוקק יטפל בבעיה שהוא עצמו יצר.

1. התנגשות נורמטיבית: חוק חופש המידע

האיסור בדבר גילוי מידע רשמי פועל במרחב משפטי שבו מתחרים הצורך הדמוקרטי בפומביות והצורך הממסדי בסודיות. חובת הסודיות מגבילה מטבעה את חופש המידע¹³³ ופוגעת בשקיפות המנהל. חוק חופש המידע נועד להגביר את שקיפות המנהל ולחזק את זכות הגישה של האזרח למידע שלטוני. לפיכך נוצר מתח בין הוראת האיסור לבין הוראות חוק חופש המידע. בטרם נפנה לבחון הוראות אלו, כדי לברר היכן נוצר המתח ואם ניתן ליישב אותו, יש להקדים דברים אחדים על הגישה המשפטית כלפי זכות הציבור לדעת, כפי שהתגבשה במרוצת השנים עד חקיקת חוק חופש המידע. החוק נחקק ב-1998, אך בית המשפט העליון הכריז על זכות העיון של האזרח במסמכי הרשות, בתנאים מסוימים, כבר עשרות שנים קודם לכן. עם הזמן, הפסיקה מוססה במידה רבה את מסך הסודיות שבין הרשויות לאזרח והכריזה על חובת גילוי של הרשויות בעניינים שונים. את חובת הגילוי של השלטון גזר בית המשפט מכמה עקרונות. שני הדומיננטיים שבהם הם אופי המשטר הדמוקרטי ומנהל תקין.

שיטת המשטר הדמוקרטית אינה מאופיינת רק בהכרעת רוב אלא גם בעקרונות נוספים אשר המרכזי שבהם (לפי הגישה המקובלת היום) הוא זכויות הפרט. נקודה זו אפשרה לבית המשפט להכיר בקיומן של זכויות שונות, אף ללא עיגון חוקי מפורש. זכות היסוד הראשונה, שגזר בית המשפט מאופי המשטר הדמוקרטי, היא חירות הביטוי (בג"ץ **קול העם**). מזכות זו, על בסיס אותם עקרונות דמוקרטיים, גזר בית המשפט את זכותו של הפרט לקבל ידיעות ולא רק להשמיען (בג"ץ **אולפני הסרטה**). לכתחילה לא דובר על זכות שנגדה חובה פוזיטיבית של השלטון למסור מידע, אלא על פסילת צנזורה, כלומר על זכותם של היחידים להחליף ידיעות ביניהם באין התערבות מצד השלטונות. בהמשך צמחה חובת הגילוי של הרשויות כלפי היחיד

133 אמנם לכאורה איסור גילוי בהפרת חובה אינו מחייב שהמידע האסור לא היה נמסר כלל, אלא רק שמסירתו נערכה בידי הגורם המוסמך, אולם ברור שהלכה למעשה יופעל הדין הפלילי לגבי מידע אשר הרשות לא התעתדה למסרו באותן נסיבות.

והציבור בהקשרים שונים. עיקרו של הטיעון הדמוקרטי הוא שכל שפוטות סודיות ועמימות סביב התנהלותו של השלטון, נפגעת זכות הציבור לדעת, ונחלשת יכולתו של הפרט ליטול חלק בהכרעות הנמצאות בסדר היום החברתי, הכלכלי והפוליטי. לטיעון הדמוקרטי הצטרף טיעון נוסף, והוא ששקיפות היא האמצעי היעיל ביותר להשגת מנהל תקין, כמימרה הידועה: "אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המנורה הוא השוטר היעיל ביותר".¹³⁴ עבודה בתנאי שקיפות חיונית לנשיאה באחריות (accountability) של הרשויות בפני הציבור: "העין הציבורית היא לא ביטוי לזכות לדעת, אלא גם בבואה לזכות לפקח".¹³⁵ מעשים הנעשים בתנאי איפול ועמימות אינם כמעשים הנעשים באופן גלוי. לסיכום, ההנחה שעליה מושתת הדין בחופש המידע היא ששקיפות היא תנאי לקיומם של משטר דמוקרטי ומנהל תקין. המידע הוא אמצעי בידי הפרט להשתתפות בהליך הדמוקרטי ולביקורת על השלטון.

חובת הגילוי של הרשויות: מעקרונות הלכתיים לחוק חופש המידע

עובדות המקרה בפרשת **יצחקי** מדגישות באופן קיצוני את היעדרה של הצדקה עניינית להיקפה הרחב של חובת הסודיות המוטלת על עובדי ציבור, שכן באותן נסיבות קיבל העותר את אישורו של הצנזור הצבאי, כנדרש בתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945. ביקורת רבה נמתחה על פסק הדין בראי חופש המידע,¹³⁶ ומטעמים ברורים. מדובר בניצחון מוחץ של סודיות המנהל. זאת, אף שהיה זה השופט ויתקון עצמו שקבע כי מנהל תקין ומשטר חופשי מחייבים פומביות, ולכן יש לצמצם את מקרי החיסוי ככל האפשר ולהתירם רק מנימוקים כבדי משקל (בג"ץ **פיטל**). בהמשך לכך נקבע הכלל שמסמכים שנתקבלו בידי הרשות תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה על

134 דברי השופט האמריקני ברנדייס, שצוטטו בהקשר של חובת הגילוי של הסכמים פוליטיים בבג"ץ **שליט, לעיל** הערה 57, עמ' 364 (L. Brandeis, *Other People's Money*, 1914, ch. 5).

135 דברי השופט שמגר בבג"ץ **שליט, שם**, עמ' 361.

136 ראו מאמרה של להב, **לעיל** הערה 12; וכן ז' סגל, **חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות**, תל אביב: פפירוס, תשנ"ו, עמ' 239-240. ניתן להצביע על גישה אחרת גם בבית המשפט העליון באותה תקופה (תחילת שנות השבעים), למשל דברי השופט ח' כהן בבג"ץ **שפירא, לעיל** הערה 47, שבנוגע לרשות הממלאת תפקיד על פי דין, עקרון הפומביות חל גם באין חובה חוקית לגלות.

פי דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר – בכפוף לחריגים מטעמי הוראות דין, זכויות הזולת או יעילות – וכי עקרון הפומביות חל גם באין חובה מפורשת לגלות (בג"ץ **שפירא**). קביעה זו השתרשה והחילה את זכות העיון של הפרט על מסמכים שונים, כגון מסמכי מכרז¹³⁷ ודוחות חקירה פנימיים של בתי חולים.¹³⁸ המקרה האחרון נסב על דוח בדיקה פנימי שהכין צוות רופאים בעקבות מקרה מוות שאירע בבית החולים. הוגשה תביעת נזיקין בפרשה, והתובע ביקש לעיין בדוח מכוח העיקרון של גילוי מסמכים בהליך שיפוטי. בית החולים ביקש מבית המשפט לקבוע חיסיון הלכתי מיוחד לדוחות בדיקה רפואיים פנימיים, בנימוק שאי-מתן חיסיון לדוחות כאלו יגרום נזק בלתי הפיך לאיכות הטיפול הרפואי. נטען שהגילוי יפגע בנכונותם של רופאים לשתף פעולה עם ועדות בדיקה ובתפקוד הצוות הבודק. בית המשפט דחה טענות אלו כחששות ספקולטיביים גרדא, וקבע שזכותו של התובע לעיין במסמך נובעת מן הערך של חשיפת האמת (המונח בבסיס עקרון הגילוי והעומד ביסוד ההליך השיפוטי) ומן האוטונומיה של הפרט, המתבטאת בזכותו של אדם לדעת על הנעשה בגופו.

חובת הגילוי של הרשויות חלה בראשיתה כלפי יחיד בעל עניין לגיטימי במידע, אך עם השנים התחזק אופייה הציבורי, כאשר הכיר בית המשפט בקיומה של זכות הציבור לדעת ובתרומתה המכרעת לדמוקרטיה. נקבע שביחסים שבין הפרט לבין רשויות השלטון יש להגשמת זכות הציבור לדעת חשיבות ראשונה במעלה. בכך תלוי עצם קיומה של ביקורת ציבורית על פעולת הרשויות, ובקיומה של ביקורת זו מותנה אמון הציבור ברשויות. הגשמת הזכות באה לידי ביטוי בהחלת עקרון הפומביות על תוכן החלטותיהן ופעולותיהן של רשויות הציבור.¹³⁹ כאשר נדרש בית המשפט לשאלה אם סיעות הכנסת חייבות בגילוי פומבי של הסכמים פוליטיים, השיב לכך בחיוב והדגיש את חובת האמון של אנשי ציבור כלפי הציבור ("אין אפשרות לקיים את אמון הציבור על יסוד הנסתר ממנו").¹⁴⁰ בחלק מן המקרים נדחתה הדרישה לעיון במסמכי הרשויות בטענה שהנסיבות מצביעות על כך שהאינטרס הציבורי בחיסוי המידע גובר על האינטרס בגילוי. כך למשל,

137 ע"א 6926/93 **מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח'**, פ"ד מח (3) 749, 793-796.

138 רע"א 1412/94 **הסתדרות מדיציניית הדסה עין כרם נ' גלעד ואח'**, פ"ד מט (2) 516.

139 בג"ץ **ציטרין, לעיל** הערה 112, עמ' 673.

140 בג"ץ **שליט, לעיל** הערה 57 (הציטוט מדברי שמגר, עמ' 361).

נפסק שמסמכים בנושא התייעצויות של רשות ציבורית עם יועציה המשפטיים הם חומר פנימי שאין לגלותו;¹⁴¹ ושאין לקבל את הדרישה לעיין בחומר חקירה, בסיכום המלצות המשטרה ובדעות מיעוט בפרקליטות בקשר להחלטה אם להגיש כתבי אישום נגד ראש הממשלה ושר המשפטים בפרשת "בר-און חברון" – משום שאלו מסמכים שנערכו לצרכים פנימיים, ולא הוכח אינטרס אמתי בקבלת החומר.¹⁴²

חקיקת חוק חופש המידע העניקה מעמד חוקי לזכות הגישה למידע שלטוני. התפיסה המונחת ביסוד החוק היא כי המידע המוחזק על ידי רשויות השלטון הוא נכס של האזרחים אשר הרשויות מחזיקות אותו בעבורם בנאמנות. החוק מגדיר את הזכות ומסדיר את אופן מימושה. שלא כמו ההלכות שנקבעו בפסיקה בעבר, אין זכות הגישה למידע מותנית בהוכחת טעם מיוחד. עם זאת, אין לשכוח שתכליתו המרכזית של החוק היא הגברת שקיפותן של רשויות השלטון וקיום פיקוח ובקרה על פעולותיו. לכן נקבע שאם סירובה של הרשות למסור מידע לאזרח נופל תחת אחד הסייגים לחובת הגילוי המנויים בחוק (להלן) ונשען על טעמים שיש בהם ממש, כי אז יש לאזן בין האינטרס בגילוי לבין האינטרס בחיסוי באמצעות השאלה אם הגילוי משרת את התכלית המרכזית של החוק.¹⁴³

141 רע"א 4999/95 **Alberici International ואח' נ' מ"י ואח'**, פ"ד נ (1) 39. השופטת שטרסברג-כהן הבחינה בין מסמכים אלו לבין המסמכים שמסרה הוועדה למבקר המדינה והחילה את חובת הגילוי רק לגבי האחרונים.

142 בג"ץ 2534/97 **יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח'**, פ"ד נא (3) 39. השופטת דורנר קבעה, בדעת רוב, שבהיעדר כל אינדיקציה לכך שסיכום הראיות המפורט שבחוות דעת פרקליטת המדינה ובהחלטת היועץ המשפטי לממשלה אינו מדויק, כשיש בחומר החקירה גולמי מידע כלשהו שלא נכלל בסיכום המאוחר – אין יסוד לחייב את המדינה לגלות את חומר החקירה. מנגד קבע השופט גולדברג שאמנם ישנו אינטרס ציבורי לאפשר לעובדי ציבור להביע את דעותיהם בלי לחשוש שהדברים יגיעו לידי גורמים חוץ-מערכתיים, אולם נקודת האיזון בינו לבין האינטרס הפרטי של בעל עניין לגיטימי זה, שעה שהרשות עצמה מגלה ברבים את דבר קיומם של הדיונים או התכתובות הפנימיים ואת תוכנם או את תמצית תוכנם. או אז ראוי לחשוף את המסמכים במקורם, ולא לתת לציבור להסתפק באזכורם בתור תחליף. האינטרס העליון בעניין זה, קבע, הוא לעזור לבית המשפט להגיע להחלטה נכונה, ולשם כך יש לאפשר לעותר להסיק את מסקנותיו מן החומר במישרין. דעת המיעוט של השופט גולדברג אומצה לאחרונה בהחלטת בית המשפט, ברוב דעות, לחשוף את חוות דעתה החולקת של פרקליטת המדינה בנוגע להחלטה אם להגיש כתבי אישום בפרשת נתניהו-עמדי, **לעיל** הערה 58 (בית המשפט חייב את היועץ המשפטי לממשלה לפרסם את תמצית נייר העמדה שהכינה הפרקליטה בנושא).

143 עת"מ 1023/02 **הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' שב"ס מטה ירושלים ואח'**, תקדין מחוזי 2003 (3) 2168. על סמך מבחן "התכלית המרכזית של החוק" דחה

מבחינתנו, חשובה ביותר הוראת סעיף 9 לחוק, המגדיר מידע שאין למסרו או שאין חובה למסרו,¹⁴⁴ אם בשל המידע עצמו ואם בשל הצטברותו למידע אחר. המידע שאין למסרו מוגדר לגבי כמה קטגוריות חלופיות: "חשש לפגיעה" בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בביטחון או בשלומו של אדם; מידע שנוגע בנושאים שנקבעו בצו על ידי שר הביטחון מטעמים של שמירה על ביטחון המדינה; מידע שגילוי מהווה פגיעה בפרטיות כמשמעותה בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, אלא אם כן הגילוי מותר על פי דין; מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין. האיסור בסעיף 117 מעורר קושי ביחס לחלופה האחרונה, שכן הוא חל על מידע שלטוני באופן גורף, ולכן יוצר לכאורה פטור רחב מדי מחובת הגילוי של הרשויות כלפי האזרח. המידע שאין חובה למסרו (יש לרשות שיקול דעת באשר למסירתו) מתייחס לרשימת קטגוריות, שעליהן יורחב בהמשך. נוסף על כך, תחולת החוק סויגה כליל לגבי כמה גופים, ובהם מערך המודיעין של צה"ל ויחידות צבאיות נוספות, השב"כ, המוסד ומערך המודיעין והחקירות של המשטרה. המשמעות היא שלגבי גופים אלו, אין כלל דרישת שקיפות והכרה פורמלית בזכות הציבור לדעת.

הפרשנות המצמצמת לעברה ביחס לחוק חופש המידע

הוראות חוק חופש המידע אינן מתיישבות עם העברה בסעיף 117. בעבר ניתן היה לסבור שבנוגע למידע ציבורי, סודיות היא הכלל וגילוי הוא החריג, עד אשר בא החוק והפך במפורש הנחה שכזו. כיום יש זכות אזרחית לקבל מידע שלטוני. כפי שעולה ממאות הדברים ומהוראות החוק, אין מדובר בזכות מסוג חירות בלבד, המחייבת את השלטון להימנע מהפרעה ליחיד במימושה, אלא בזכות המטילה חובה נגדית פוזיטיבית על השלטון. זהו שיקול פרשני המצטרף לשיקולים שכבר הוזכרו, לטובת מתן פרשנות מצמצמת לאיסור.

השופט מודריק את עתירת הארץ לקבל את שמותיהם של אלפי האסירים ששוחררו מבתי הסוהר לאחר שנשאו רק מחצית מעונש המאסר שנגזר עליהם, מכוח הוראות החוק לשחרור מוקדם של אסירים. השופט קיבל את הטענה שהגילוי אסור לפי חוק המרשם הפלילי ולפי חוק הגנת הפרטיות, וקבע כי משבוטל החוק השנוי במחלוקת אין תכלית ציבורית חשובה בהעמדת המידע המבוקש לרשות הציבור אלא רק אינטרס "פרטי" של עיתון החפץ לספק את סקרנות הקוראים.

144 ההבחנה בין סוגי המידע נעשתה בהשראת הדין הקנדי – ראו הסקירה אצל ז' סגל, **הזכות לדעת באור חוק חופש המידע**, תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תש"ס, עמ' 75-94 ועמ' 172 (להלן: סגל).

עולה אפשרות לפרש מחדש את האיסור על גילוי בהפרת חובה אל מול הוראות חוק חופש המידע, כך שהאיסור יחול רק לגבי ידיעות שאין לעובד הציבור כל שיקול דעת באשר למסירתן (חובה שלא למסור), ולגבי ידיעות הנמצאות ברשותם של גופים הפטורים מתחולת החוק. הגיונה של גישה זו הוא שרק לגבי ידיעות אלו נותרה **חובת** סודיות. למרות זאת, פרשנות מעין זו אינה פשוטה כלל וכלל, שכן היא יוצרת את ההקבלה הבלתי מתחייבת בין חובה על פי דין לבין סמכות, והיא נוטה להפוך סמכות שבשיקול דעת לסמכות שבחובה. סמכותו של עובד ציבור פלוני אינה נקבעת רק לפי מערכת הסמכויות הסטוטורית של רשות ציבורית, אלא גם לפי ההוראות הפנימיות של הרשות (למשל, הוראות התקשי"ר לגבי עובדי מדינה). חובתה של הרשות למסור מידע אינה מיתרגמת בהכרח לסמכותו של עובד הציבור **המסוים** למסור את המידע (הוראות התקשי"ר מגדירות מיהו הגורם הממסדי המוסמך להתיר מסירת מידע).

המכשול המרכזי בפני מתן פרשנות מחודשת לסעיף 117 בהתאם לרוח חוק חופש המידע, מצוי בהוראת הסייג לגבי **"מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין"** בסעיף 9 לחוק חופש המידע.¹⁴⁵ הסייג מבטא את השקפת היסוד הקודמת של סודיות וחיסוי מידע (מחזקת אותו הוראה נוספת בחוק לגבי שמירת דינים קודמים), והוא חל לכאורה גם לגבי המידע האסור בגילוי לפי סעיף 117. אפשר שניתן לפרשו בצמצום, על אף לשונו הרחבה, בהתחשב בתכלית החוק בכלל ובתכלית ההבחנה שהוא עורך בין סוגי מידע שאין לגלותם לבין סוגי מידע שאין חובה לגלותם בפרט. תכלית החוק אינה עולה בקנה אחד עם איסור פלילי המניח חובת סודיות כמעט מוחלטת בשירות הציבורי. באשר לסעיף 9, ניתן להניח שהמחוקק הבחין בין סוגי המידע לפי משקל האינטרסים המתנגשים עם חופש המידע ולפי המעמד שראוי להקנות להם בעימות כזה.¹⁴⁶ לפי היגיון פשוט זה, הסייגים שלגביהם יש חובה שלא למסור את המידע, מתייחסים אל האינטרסים החשובים ביותר. אין זה הגיוני למנות את המשמעת הציבורית בנשימה אחת עם האינטרס העליון של ביטחון המדינה או עם זכות היסוד לפרטיות.¹⁴⁷ הסייג לגבי "מידע אשר

145 סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע.

146 סגל, לעיל הערה 144, עמ' 172.

147 ביטחון המדינה ופרטיות הם הסייגים המשמעותיים ביותר לחובת הגילוי גם במדינות נוספות בעלות חוק המחייב חופש מידע – ראו את הסקירה ההשוואתית אצל סגל, **שם**, עמ' 75-93. בארצות הברית ובקנדה, אשר שמשו מקור השראה לחוק הישראלי,

אין לגלותו על פי כל דין" אינו מעורר קושי כה רב ביחס להוראות חוק אחרות המגבילות מסירת מידע. הוראות אלו, גם אם הן מגבילות מסירת מידע באופן מוגזם או בלתי מוצדק, תחולתן אינה כללית וגורפת כזו של סעיף 117.¹⁴⁸

המחוקק היה מודע לבעייתיות זו. ועדת אוסטרובסקי-כהן, אשר על סמך המלצותיה נחקק החוק, העירה שסעיף 117 הוא "סעיף מרכזי, המגביל באופן משמעותי את זכות הציבור לקבלת מידע" והציעה להחליפו באיסור שיחול על מידע סודי בלבד אשר יש הצדקה לחיסויו.¹⁴⁹ בדברי ההסבר להצעת החוק צוין הרציונל להוראת הסייג הכללי, והוא הרצון שלא לפגוע בחובת סודיות על פי דין בשל קיומן של הוראות רבות בחוק הישראלי המעניקות חיסיון לסוגי מידע מגוונים. נאמר שיש להקים ועדה שתבחן את כל ההוראות המגבילות מסירת מידע, בדגש על סעיף 117.¹⁵⁰ כוונת המחוקק מערימה אפוא קושי נוסף על הפרשנות המצמצמת לסעיף 117. עם זאת, אין היא מהווה אלא רכיב אחד מני רבים המשפיעים על פירושה של הוראת חוק, והיא אינה דומיננטית מן האחרים.

בהמשך לדברים האמורים, ניתן לטעון שהרציונל המונח בבסיס הסייג, הרצון שלא לפגוע בחובת סודיות על פי דין, אינו צריך לחול על סעיף 117. יש שוני מרכזי בין הוראת סעיף 117 לבין חסיונות על פי דין. בבסיסם של האחרונים יש הצדקה מהותית ועניינית. סעיף 117 אינו מעניק חיסיון למידע משום הצדקה שכזו אלא בשל שיקולים ממסדיים-משמעותיים. לכן אין מקום לראות בו "חובת סודיות על פי דין" בדומה למעמדם של חסיונות אחרים בדין.¹⁵¹

נקט בית המשפט פרשנות מצמצמת של הפטורים לחובת הגילוי (ובעיקר כאשר הגילוי אינו פוגע בזכות לפרטיות, אלא באינטרסים ציבוריים).

148 סקירה של "הוראות נוגדות-מידע" כאלו, בלשונו של סגל, שם, עמ' 190, הי"ש 520. לדוגמה, סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה, סעיף 3 לחוק גילוי נגיפי איידס בקטינים, סעיפים בחוק ההוצאה לפועל, בחוק זכויות החולה, בפקודת מס הכנסה ועוד.

149 הוועדה העירה שעל אף האפשרות לפרש את האיסור כך שלא יחול אלא לגבי מידע סודי מבחינה פונקציונלית, כגישת פרופ' להב (במאמרה, **לעיל** הערה 12), האיסור פורש באופן מילולי לגבי כל מידע, ולכן הוא מהווה מכשול ניכר. ראו **דוח הוועדה הציבורית לעניין חופש המידע**, ירושלים, 1995, עמ' 12, וההמלצות בעמ' 44.

150 הצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז-1997 – ה"ח 2630 (תשנ"ז) 397.

151 ראו לעיל הדוגמות בהערה 148, וכן החסיונות לפי פרק ג לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (אם כי שם מדובר בפטור מחובת גילוי כלפי בית משפט), משיקולים של ביטחון המדינה או טובת הציבור, הפללה עצמית, מידע שבין הפרט לבין עו"ד, רופא, פסיכולוג, כהן דת או עובד סוציאלי.

לחקיקת חוק חופש המידע יש השלכה גם על חופש העיתונות בנוגע לחשש מפני הגשת כתב אישום נגד עיתונאי בגין שידול עובד ציבור למסירת מידע ללא סמכות. שלא כמו המצב ששרר בעבר, דרישת המידע נעשית כיום בזכות, וסירובה של הרשות מצריך הנמקה.¹⁵² במציאות שבה תפיסת היסוד היא שהמידע הנתון בידי המנהל הציבורי אינו קניינו של המנהל אלא נחלת הציבור, אין ההתחקות העיתונאית על מידע אמורה להיחשב כשידול לדבר עברה, גם אם היא נעשית בפנייה לגורם בלתי מוסמך. עם זאת, מוטב היה להסיר את החשש כליל בדרך של קביעת סייג לאחריות פלילית, למקרה של גילוי אחראי המשרת את האינטרס הציבורי.

הבחנה עקרונית בין סוגי מידע

בהשראת הסיווג בחוק חופש המידע, בין מידע שאין למסרו לבין מידע שאין חובה למסרו, ננסה לגבש קטגוריות של מידע אשר תסייענה בקביעת מודל ראוי לאיסור פלילי על גילוי מידע רשמי. המטרה היא ליצור איסור קוהרנטי ביחס לחוק חופש המידע.¹⁵³

יש להבחין בין סוגי מידע שלגביהם **ככלל** יש צורך בחיסוי, לבין סוגי מידע שבעניינם הצורך בחיסוי הוא **תלוי הקשר**. הבחנה זו נוגעת ליסוד הפגיעה באינטרס הציבורי (עקב מסירת המידע), המצדיקה את הפעלת המשפט הפלילי. לגבי מידע היוצר צורך כללי בחיסוי, יסוד הפגיעה באינטרס הציבורי הוא לרוב חד-משמעי; לכן תחול עליו חובת סודיות מוגברת על עובדי ציבור, המצדיקה את קיומו של איסור פלילי. לעומת זאת, באשר למידע היוצר צורך בחיסוי בהתאם לנסיבות, יסוד הפגיעה אינו חד-משמעי, שכן בעניינו חל איזון שונה בין הצורך בחיסוי לבין הצורך בשקיפות. לגבי

152 לגבי ההשקפה העקרונית, אשר שררה קודם לכן, ניתן לפנות לבג"ץ 29/62 **שלוס נ' שר הביטחון**, פ"ד טו 1023, אשר נסב על סירובו של צה"ל לשתף את העותר, כתב **העולם הזה**, בתדרכים ובמסיבות עיתונאים, בנימוק שנימת הסיקור של העיתון האמור מנוגדת לרוח חינוכו של צה"ל וחותרת תחת האמון שהחילים רוחשים למפקדיהם ולצבא. בית המשפט העליון דחה את העתירה וקבע שזכותו של הצבא לנהוג במידע המוחזק על ידו כראות עיניו. השופט ויתקון הסביר שכל גילוי נובע מאינטרס הסברתי של הצבא, והוא צריך להיות בהתאם לשיקוליו. עם השנים השתנתה גישתו של בית המשפט העליון כלפי מעמדו של המידע על פעולות הצבא ותפקידו של העיתונאי במסירת מידע זה לציבור – ראו הדוגמות המובאות אצל נגבי, **לעיל** הערה 114, עמ' 81-82.

153 דוגמה לאיסור עקיב מעין זה ניתן למצוא בהוראת חוק העונשין הפיני, כפי שנראה בפרק המשווה.

למידע שכזה אין הנחה אפרוירית של צורך בסודיות. עקרון השיוריות, שלפיו יש להשתמש במשפט הפלילי כאמצעי אחרון בלבד, מלמדנו שהמשפט הפלילי אינו האמצעי הראוי לטיפול בפגיעה אמביוולנטית באינטרס הציבורי כמו במקרה האחרון. ההבחנה האמורה בין סוגי המידע תיעשה ברוח הסיווג בסעיף 9 משיקולי הרמוניה חקיקתית, תוך כדי חתירה לכך שהאיסור הפלילי לא יחול על מסירת מידע המותר בגילוי לפי חוק חופש המידע. בדרך זו לא יחול איסור המסירה על מידע שחובה למסור אותו לפי חוק חופש המידע (מצב פרדוקסי ובלתי ראוי) או על מידע שיש לגביו שיקול דעת (וגם אז ההיבט הדומיננטי של המסירה אינו פלילי אלא משמעותי). האיסור יחול רק על מסירת מידע **שאסור** למסרו לפי חוק חופש המידע.

מן הקטגוריה של מידע **שאין למסרו** ניתן להסיק על חובת סודיות מוגברת של רשויות ציבוריות בתחומים הבאים: ביטחון המדינה, יחסי חוץ, שלום הציבור, ביטחון של הפרט והזכות לפרטיות (בהתאם להיקף ההגנה עליה בחוק הגנת הפרטיות). לגבי כל אלו, למעט הזכות לפרטיות, די ב"חשש לפגיעה" באינטרס הציבורי כדי להטיל חיסיון על המידע הנמצא בידי הרשות ולדחות את הזכות לחופש המידע. לגבי ביטחון המדינה אף קיימת אפשרות לוותר על הבדיקה לחשש פגיעה, אם נאסר על גילוי המידע בצו של שר הביטחון. לפיכך איסור פלילי על גילוי בלתי מוסמך של מידע רשמי, העשוי לפגוע בכל אחד ואחד מן האינטרסים הציבוריים הנזכרים, מתיישב עם הוראות חוק חופש המידע. יש לציין שהמבחן "חשש לפגיעה" רחב מן המבחן "ודאות קרובה לפגיעה ממשית", אשר נקבע בפסיקה כנוסחת איזון בין חופש הביטוי לבין ביטחון המדינה. עם זאת, יש לפרש את הנוסחה של "חשש לפגיעה" על דרך הצמצום, לאור נסיבות המקרה, שכן הניסיון מלמדנו שחיסוי מידע נעשה בקלות רבה מדי בשם הססמה "ביטחון המדינה".¹⁵⁴

נראה שבשנים האחרונות חל כרסום בתפיסה שכל חשיפה המתייחסת למידע ביטחוני או צבאי-מבצעי מסכנת בהכרח את ביטחון המדינה או את שלום הציבור. בין היתר, תרמו לכך המקרה הידוע של **מייק אלדר** ופרשת

154 קיימת ביקורת רבה על ההסתפקות במבחן זה, ללא הצבת דרישה להסתברות גבוהה של התרחשות הפגיעה וללא הגדרה של מידת הפגיעה. יש הגורסים שמצב זה עלול אף להרע את המצב המשפטי הקודם, מסיבות שונות. אין בכוונתנו להיכנס לעומקה של סוגיה זו, שכן היא חורגת ממסגרת הדיון בענייננו. יצוין שהגדרה ברורה יותר וחד-משמעית של חובת הסודיות על פי חוק חופש המידע תקל את היישום הנאות של חוק פלילי, הדרוש ודאות משפטית גבוהה ככל האפשר.

מסמך רביב. אלדר, אל"מ במיל', פרסם לפני שנים אחדות ספר על טביעת הצוללת "דקר" ב-1967. חרף העובדה שהפרסום קיבל את אישורו של הצנזור הצבאי, נתקל אלדר בהתנגדות מצד גורמים במערכת הצבאית. בסופו של דבר הוא נאלץ להשמיט קטעים מן הספר ולהוציאו במהדורה חדשה ללא אזכור דבר השינויים. זאת עקב טענתו של ראש מחלקת ביטחון שדה דאז, אל"מ יואב בן-דוד, שפרסום עובדת ההשמטה יגרום לכך שהאויב ישווה בין המהדורות ויסיק מן ההשוואה על הקטעים הבעייתיים מבחינה ביטחונית. בטענה זו הביא בן-דוד לכפיית הסכם פשרה על אלדר, אולם חודשים ספורים לאחר מכן חשף בעצמו את עובדת העריכה בריאיון שהעניק לעיתון "הארץ". לבד מן העובדה שבן-דוד ביזה את הצו שהוא עצמו הביא להוצאתו,¹⁵⁵ הרי שהתנהלותו מקעקעת את אמינות טענותיו בזכות הצנזורה מלכתחילה. לבסוף קיבל בית המשפט המחוזי בתל אביב את טענתו של אלדר שסביר להניח ש"סוד" השינויים בספר נחשף ממילא בפרסום הכתבה האמורה (אשר עסקה בצנזור הצבאי לשעבר, ולכן הגיוני מאוד שהאויב קרא אותה).¹⁵⁶

לאחרונה נידונה פרשת אלדר בישיבה של ועדת חוקה, חוק ומשפט בנושא הוצאת צווי איסור פרסום משיקולי ביטחון המדינה בניגוד לעמדת הצנזורה הצבאית. באופן חסר תקדים צנזרה הפרקליטות מפרוטוקול הדיון דברים שאמר יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת מיכאל איתן, בטענה שהם חושפים מידע על טביעת הצוללת בניגוד לצווי איסור פרסום בפרשה. הייתה זו הפעם הראשונה שצנזור פרוטוקול של ועדת כנסת כלשהי. איתן, אשר קבל בדיון על הקלות הבלתי נסבלת של הוצאת צווי איסור פרסום על רקע ביטחוני, פרסם במחאה את פרוטוקול הדיון עם מחיקות הצנזורה באתר האינטרנט של הוועדה. לטענתו אין למחיקות כל קשר עם ביטחון המדינה, והן ממחישות את השימוש הפעיל שעושים גורמים שונים בשיקול הביטחוני כדי למנוע פרסום של מחדליהם.

בפרשה אחרת אסר היועץ המשפטי לממשלה על התקשורת לפרסם פרוטוקול של דיון פנימי בנושא העמדתו לדיון של סוכן השב"כ אבישי רביב ("מסמך רביב"). המסמך סווג בסיווג "סודי", ומטעם זה נטען שפרסומו יהיה בחזקת עברה חמורה של ריגול. בדיון בעתירה שהוגשה נגד חיסוי

155 ולמרות זאת לא ננקטו נגדו צעדים משפטיים עד כה.

156 פסק דין של השופט אזר מיום 11.5.03. פסק הדין לא פורסם, אך ניתן למצוא עליו דיווח מיום 16.7.03 באתר <http://www.tip.co.il>

המסמך מתח בית המשפט ביקורת על ההחלטה, וקבע שאין בגילוי המסמך שום סכנה לביטחון המדינה, אלא רק מבוכה לרשויות.¹⁵⁷ עקב כך הסכים היועץ המשפטי להסרת הסיווג, והעתירה נמחקה. מאז תוקן החוק, כך שסיווג מסמך אינו בגדר עדות מחייבת לכך שמדובר ב"ידיעה סודית" בהקשר של עברות הריגול.¹⁵⁸

מוטב שלא לכלול בערכים המוגנים באיסור כאלו הזוכים להגנה מספקת בהוראות הדין הקיים, כדי שלא ליצור כפילות מיותרת. ביטחון המדינה אינו טעון הגנה באמצעות האיסור על גילוי מידע רשמי, שכן האיסורים הקיימים בפרק הריגול מעניקים לאינטרס זה הגנה רחבה מאוד. כמו כן, אין צורך להחיל את האיסור על פגיעה בפרטיות. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, מגדיר פגיעה בפרטיות כעברה פלילית וקובע לגביה עונש של חמש שנות מאסר (סעיף 5). פגיעה בפרטיות מוגדרת באופן רחב, והיא כוללת מסירה של דבר שהושג בדרך של פגיעה בפרטיות לפי החוק, פרסומו של עניין הנוגע לצנעת הפרט, הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין או בהסכם (מפורש או משתמע) לגבי ענייניו הפרטיים של אדם או "שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה" (סעיף 2). נוסף על כך, החוק אוסר על מסירת מידע (כולל ידיעות על ענייניו הפרטיים של אדם) מאת גוף ציבורי, "זולת אם המידע פורסם לרבים על פי סמכות כדין, או שהאדם אשר המידע מתייחס אליו נתן הסכמתו למסירה" (סעיף 23ב). במסירה שכזו ניתן להרשיע אף ללא הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות (עברה של אחריות קפידה, סעיף 31א). מכאן, שעובד ציבור אשר מגלה, ללא סמכות, מידע שהגיע לידי מתוקף תפקידו, ומידע

157 בג"ץ 7748/99 יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה. ההחלטה למחוק את העתירה ניתנה ביום 11.11.99. ראו התייחסות לפרשה זו ולפרשת אלדר בדין שנערך בכנסת לגבי תיקון 65 לחוק העונשין – ד"כ 211 (תשס"ב), 1574-1578. הפרשה ממחישה גם את הבעייתיות בדבר ה"מסננת" הדיונית של הגשת כתב אישום לפי החלטת היועץ המשפטי לממשלה. התביעה הכללית היא רשות ציבורית ככל רשות אחרת, וכאשר המידע הנמסר נוגע להתנהלות בלתי ראויה שלה עצמה או של מי מטעמה, ההחלטה בדבר חקירה ואישום עלולה להיות נגועה בשיקולים זרים.

158 יוער שאינטרסים כמו ביטחון המדינה ויחסי חוץ אינם מבטלים לחלוטין את הצורך בשקיפות, ובייחוד בכל האמור לגבי פעולות בלתי חוקיות או אפלות של השלטון בתחומים אלו, דוגמת פרשות "אירן-קונטראס". ראו מאמרו של ב' גייסט, "ביקורת המדינה וסודיות", עיונים בביקורת המדינה 51 (תשנ"ד), עמ' 7-21 (להלן: גייסט). נרחב בנקודה זו בפרק לגבי הגנת אינטרס ציבורי.

זה פוגע בפרטיותו של אחר – עובר עברה לפי חוק הגנת הפרטיות. כך גם לגבי בעל חוזה עם המדינה ולגבי עשיית שימוש אסור במידע. מכאן שהאינטרס של צנעת הפרט מכוסה דיו בהוראות הדין הקיים.

הקטגוריה השנייה בסעיף 9 לחוק חופש המידע מתייחסת למידע שאין חובה למסרו. קטגוריה זו מתייחסת למידע כלהלן: מידע שגילוי עולל לשבש את תפקודה התקין של הרשות, מידע על אודות מדיניות בשלבי עיצוב, מידע על משא ומתן עם גורם חיצוני, מידע בדבר דיונים פנימיים של הרשות, מידע הנוגע לניהולה הפנימי שהוא חסר נגיעה או חשיבות לציבור, סוד מסחרי או סוד מקצועי שגילוי יגרור פגיעה באינטרס כלכלי (אלא אם כן הוא נוגע לאיכות הסביבה, כמפורט שם), מידע שאי-גילוי היה תנאי למסירתו לרשות, מידע על אודות שיטות עבודה ונהלים של רשות העוסקת באכיפת החוק או רשות בעלת סמכויות חקירה או ביקורת (אם גילוי יגרור לפגיעה בפעולותיה אלו, בהליכי חקירה או משפט או בזכותו של אדם למשפט הוגן, בגילוי ממשי או פוטנציאלי של מקור מידע חסוי), מידע לגבי ענייני משמעת של עובד ברשות (למעט הליכים פומביים) ומידע הפוגע בצנעת הפרט של אדם שנפטר. הקטגוריה השנייה מבטאת הנחה שיש פעולות שלטוניות אשר לפי מהותן אינן יכולות להיעשות בתנאי חשיפה. לכן חיסוי פעולות אלו עשוי להגשים את התכלית הציבורית המונחת ביסודן. ברם הסייגים המנויים בקטגוריה זו חלשים מאלו המנויים בקטגוריה הראשונה, שהרי החוק אינו אוסר גילוי מידע הנופל תחת אחד הסייגים הללו, אלא רק מאפשר לרשות שיקול דעת באשר למסירת המידע. כמו כן, כאשר מדובר במידע הנופל תחת הסייגים האמורים הרשות חייבת לשקול את עניינו של מבקש המידע ואת העניין הציבורי שבגילוי המידע מטעמים של בריאות הציבור או של בטיחותו או של שמירה על איכות הסביבה. עליה להעדיף, עד כמה שניתן, גילוי מידע חלקי על פני אי-גילוי מוחלט (עקרון המידתיות). מכאן, שסוגי העניינים הנזכרים אינם מחייבים סודיות באופן מובהק.

ההבדל המעשי בין שתי קבוצות הסייגים הוא שלגבי קבוצת הסייגים השנייה, על הרשות להוכיח שבנסיבות המקרה הקונקרטי אמנם קמה הצדקה לחיסוי. כך עולה מן הפסיקה בנושא. נקבע שבקשר לסייגים מן הקבוצה השנייה, שבה החיסיון הוא בגדר רשות, אין עדיפות א-פריורי לאינטרס החיסוי. ולכן גם אם בית המשפט מגיע למסקנה שהגילוי יוביל לפגיעה מסוימת בחופש הדיון הפנימי, למשל, אין בכך להקנות, מעצם זה בלבד, משקל עדיף לחיסיון. גם אם מתברר שיש אינטרס לחיסוי – וכדי לבסס זאת אין די בהעלאת טענה כללית, והיא שמקבלי ההחלטות יחששו לומר

את דברם וכך להשיב את נטל ההוכחה אל מבקש המידע¹⁵⁹ – יש לבדוק אם האינטרס ביסוד דרישת הגילוי הוא בעל ערך עדיף.¹⁶⁰

לגופו של עניין, חשיפת מידע עשויה להיות בעלת ערך ציבורי גם בתחומים אלו, וניתן להדגים זאת:¹⁶¹ חשיפת מידע עובדתי בשלבי גיבוש מדיניות עשויה למנוע קביעת מדיניות על סמך מידע עובדתי בלתי מדויק; חשיפת פרטי מו"מ בדבר הסדר טיעון, העשוי להוביל לאי-הגשת כתב אישום או להפחתה בעונש, יכולה להוביל לדיון ציבורי עקרוני בעניין ולמנוע פגיעה באכיפת החוק ובעקרון השוויון בפני החוק (דוגמה זו יפה גם לגבי הפטור מגילוי משיקולי הגנה על פעולות של אכיפת חוק וביקורת); הצורך להמשיך ולאפשר זרימת מידע מצד נותני חוות דעת וגורמים אחרים המתנים את מסירת המידע בהטלת חיסיון על זהותם, אמור אף הוא לזכות לאיזון ראוי מול תקנת הציבור. לעתים מצדיק האינטרס הציבורי הפרת הבטחה שלטונית של הרשות לחיסוי שמותיהם של גורמים כאלו. בהקשר זה ניתן להבחין בין מסירת מידע תוך כדי הפעלת סמכות שיש עמה פגיעה בחירויות הפרט, לבין מסירת מידע אחרת. לדוגמה, פסיכיאטרים בכירים שהוסמכו על ידי פסיכיאטרים מחוזיים לערוך בדיקות לצורך החלטה על אשפוז כפוי, התנגדו

159 סעיפים 9-10 לפסק הדין של השופט אוקון בעניין **המועצה להשכלה גבוהה, לעיל** הערה 63.

160 ת"א (ת"א) 2060/99 **לשכת עורכי הדין נ' שר המשפטים**, תקדין מחוזי 99 (4) 65535. הערעור על פסק הדין נדחה על ידי בית המשפט העליון בע"א 500/00 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' שר המשפטים**, פ"ד נה (3) 453. לשכת עורכי הדין עתרה בדרישה לעיין בפרוטוקולים של ועדה מייעצת (לא סטטוטורית) לשר המשפטים בעניין תקנות סדר הדין האזרחי. העתירה היוותה חלק ממאבק משפטי שניהלה הלשכה לביטול תקנה אשר נטען לגביה שהיא פוגעת קשות בציבור עורכי הדין. החלטת השר לאשר את התקנה בניגוד לעמדת הלשכה ניתנה באופן לקוני וללא הנמקה, והלשכה ביקשה לחלץ את השיקולים שעמדו ביסוד החלטה זו מתוך הפרוטוקולים של הוועדה. חלק מחברי הוועדה התנגדו לבקשה, והסירוב נומק בכך שהאינטרס לאפשר התבטאות חופשית של חברי הוועדה לצורך קיום דיונים ענייניים וממצים גובר על האינטרס שבמתן זכות העיון. השופט מודריק קיבל את הטענה בדבר זיקה בין הפרוטוקולים לבין סבירות התקנה (בהיעדר מסמך מסכם לדיוני הוועדה המציג מסקנות והמלצות), וקבע שיש עניין ציבורי רב לכאורה בנושא דלעיל, ואולי אף בכל מקרה שבו נבחנת סבירותה של תקנה מתקנות סד"א, שכן אלו אינן נופלות בחשיבותן ובערכיותן מדבר חקיקה ראשי. לפיכך, בהיעדר תימוכין לחשש שהצביעה עליו הוועדה, הורה השופט על פרסום הפרוטוקולים. עם זאת, הוא הורה לעשות כן במחיקת שמות הדוברים, שכן בנסיבות אלו אין בכך למנוע דיון ענייני על סבירות התקנה שייסוב על השיקולים גופם ולא על זהות הטוענים להם.

161 הדוגמות לקוחות מספרו של סגל, **לעיל** הערה 144, עמ' 199-219.

לפרסום שמותיהם בשל משמעויות הלוואי השליליות של מלאכה זו. הם טענו שפרסום שמותיהם יביא לכך שלא ימשיכו לסייע לפסיכיאטר המחוזי להפעיל את סמכותו החוקית. "העמותה הישראלית למאבק בתקיפה פסיכיאטרית" דרשה לחשוף את שמותיהם, כפי שניתן לפרסם את שמותיהם של קציני משטרה ושופטים המטפלים במעצרים. נוכח פגיעתו הקשה של הליך אשפוז כפוי בחירויות הפרט, יש ממש בדרישה לכך שהפעלתה של סמכות כה דרקונית לא תיעשה בחדרי חדרים על ידי גורמים אנונימיים.¹⁶² העילה של חיסוי מידע המתאים להגדרה של דיונים פנימיים, תרשומות פנימיות או תחקיר פנימי, זוכה לשימוש תדיר, אך טענה שכזו מצד הרשויות נתקלה, עוד לפני חקיקת חוק חופש המידע, בספקנות גוברת מצד בית המשפט. הסייג לגבי מידע בעל אופי פנימי נובע מן הרצון לאפשר לעובדי ציבור לקיים ביניהם דיאלוג פתוח וגלוי ולהגיע לתוצאה איכותית; אלא שסייג זה עלול לפגוע ביכולתו של האזרח להבין את אופן קבלת ההחלטות על ידי הרשות ולמנוע חשיפה של שיקולים פסולים שהובאו בחשבון. דרכים לצמצום הפגיעה בשקיפות הן אלה: להבחין בין מידע עובדתי לבין מידע מסוג החלפת דעות או העלאת רעיונות (להחיל את הפטור מגילוי בעיקר על הסוג השני); להבחין בין דיונים שקדמו להחלטה לבין דיונים שהתקיימו לאחריה (ולהחיל את הפטור על הסוג הראשון בלבד), כפי שנעשה בארצות הברית; ובמקרים מסוימים להבחין בין תוכן הדעות לבין זהות המשמיעים.¹⁶³ הפסיקה מדגישה שפומביות היא אמצעי חשוב למניעת קנוניות ועיוותי דין. מידע הראוי להיאמר רק בחדרי חדרים מעלה, ככלל, חשד.¹⁶⁴ לפיכך לא

162 סגל, שם, עמ' 215-216.

163 ראו פסקי הדין בעניין לשכת עורכי הדין, לעיל הערה 160. החלטה דומה ניתנה בעת"מ (י-ם) 717/02 רגב ואח' נ' יד ושם, רשות הזכרון לשואה ולגבורה ואח', תקדין מחוזי 2002 (3) 6893. בית המשפט פסק שהעניין הציבורי בחשיפת פרטוקולים של הוועדה לציון חסידי אומות העולם גובר על האינטרס בקיום יעיל של הדיונים, גם בהנחה שהגילוי עשוי לפגוע במידה כלשהי בנכונות של מי מחברי הוועדה להביע את דעתו בחופשיות. את האיזון מצא בית המשפט בהוראה למחוק את שמות הדוברים לנוכח העובדה שמידע זה אינו דרוש לעותרים (ועל אף טענת המשיבים, שניתן יהיה לקשור בקלות בין דובר מסוים לבין תוכן הדברים, גם אם יושמט שמו).

164 לא תמיד; ראו לדוגמה דיונים פנימיים של הרכבי שופטים אשר אינם משתייכים לסוג המעורר חשד. זאת, משום שדיוני בית המשפט פומביים, ובסופו של התהליך מתפרסם פסק הדין אשר מפרט את התשתית העובדתית והמשפטית שעמדה ביסודו (גם כאשר מדובר בעמדות שופטי המיעוט). מסיבה זו דחה בית המשפט את ההשוואה בין הדיונים הפנימיים של חברי הוועדה לציון חסידי אומות העולם לבין דיוני ההתייעצות של שופטי הרכב, שם, סעיף 29 לפסק הדין.

די בהשמעת השערות או ספקולציות, אלא יש להצביע על כך שעלולה להיגרם פגיעה בפועל כתוצאה מחשיפת המידע. יש אפשרות שגילוי מידע פנימי יוביל לפרסום חלקי דברים קטנוניים, יוציא דברים מהקשרם ויפגע בתדמיתו של הגוף הציבורי שבו עסקינן. ברם הרושם הראשוני של הפרסום אינו סוף דבר, שהרי על פרסום ניתן להגיב (מבחן האמת בשוק הרעיונות והדעות).¹⁶⁵ באשר לטענה המרכזית – פגיעה של הגילוי ביעילות הדיונים – נקבע שיש לה מקום רק בהקשרים מסוימים. כך לדוגמה, הליכי מינוי ובחירה למשרה פלונית. בעניינים אלו ניתן להבין את הרצון לחיסוי נימוקים לאי-בחירה, שכן "תכונות אופי הן מן הדברים שאין להם שיעור, והבושה שבאדם עשויה למנוע אותו מלהתבטא בחופשיות, אם יידע שדבריו יקישו על אוזנו של המועמד שיצא מלפני הוועדה וידיו על ראשו".¹⁶⁶ הוא הדין, בעיקרו של דבר, גם במתן חוות דעת מקצועית על רמתו של פלוני. במקרים אלו, ניתן לצפות שהחשיפה תהיה כרוכה בירידה במידת הכנות. שונה הדבר כאשר עומדים על הפרק דיונים של גוף שעניינו נושאים טכניים, המתרכזים בשאלות ממוניות של כדאיות כלכלית, כמו דיונים של ועדת מכרזים.¹⁶⁷ כלומר, הצדקה לחיסוי דיונים פנימיים קמה בשל תוכן הדיון המסוים. מעבר לכך, בתי המשפט ציינו בכמה הזדמנויות שמשרה ציבורית נושאת עמה סיכונים מסוימים, וכי יש להניח שחברי ועדה בעלי שם בתחום עיסוקם לא יושפעו מלחצים כלשהם ויוכלו להביע דעה אמתית בידעם שדעתם חשופה לביקורת מקצועית וציבורית.¹⁶⁸ יש להתייחס בזהירות לקביעה זו, המשקפת אולי יותר ציפיה נורמטיבית מאשר הנחה עובדתית, ולהביא אותה בחשבון בצד שקילת תוכנו של הדיון.

165 פסק הדין בעניין **המועצה להשכלה גבוהה, לעיל** הערה 63, סעיפים 9-13 לפסק הדין.

166 עניין **מספנות ישראל, לעיל** הערה 137, דברי השופט חשין בעמ' 799.

167 כפי שהיה בפרשת **מספנות ישראל, שם**. ראו גם בג"ץ **ציטרין, לעיל** הערה 112, שבו נידונה חוקיותו של כלל מכללי הוועדה למינוי שופטים שקבע חובת סודיות לגבי הדיונים. בית המשפט דחה את הבקשה להורות על בטלות הכלל, אולם נראה שהחלטתו הושפעה מהחלטת הוועדה להוסיף לכללים הוראה בדבר פרסום שמו של המועמד הנבחר לכהונת שיפוט בטרם מינויו על ידי נשיא המדינה ובדבר מתן אפשרות להצגת השגות על הבחירה בפני הוועדה.

168 ראו פסק הדין בעניין **מספנות ישראל, שם**; וכן עת"ם (י-ם) 01295/ **הוצאת עיתון "הארץ" נ' הממונה על חופש המידע במשרד הבריאות**; ה"פ 303/96 **אגודת המים השיתופית בכפר ברנדייס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה**.

בבסיסם של כל אחד ואחד מן הסייגים מונח טעם בזכות הטלת חיסיון לגבי מידע מאותו נושא, אך טעמים אלו אינם מבטלים בהכרח ובכל מקרה ומקרה את הצורך בשקיפות. ההכרעה הסופית היא פרי איזון ושיקול עדינים ומורכבים, שעשויות להיות לגביהם עמדות מגוונות. יסוד הפגיעה באינטרס הציבורי עקב מסירת מידע בנוגע לעניינים אלו אינו אפוא חד-משמעי. משום כך אין להטיל אחריות פלילית במקרים אלו, אלא להסתפק בדין המשמעת.

ז. סיכום ביניים

איסור גילוי בהפרת חובה נחקק כדי לא להותיר חלל עם ביטולה של פקודת הסודות הרשמיים המנדטורית, אך דומה שהדבר נעשה בלא לתת את הדעת על האופן הראוי לכך, הן באשר לתוכן האיסור, הן לגבי קביעת סייגים למקרים המתאימים והן באשר להקשרו החקיקתי הנכון. התוצאה היא איסור גורף, חסר הצדקה, המגן יותר על סודיות כשלעצמה, ככלי שלטוני לשמירה על סדר ומשמעת בתוך השירות הציבורי, מאשר על אינטרסים ציבוריים חשובים באמצעותה. עקב כך פוגע האיסור פגיעה מוגזמת בחירותם של עובדי ציבור ובזכות הציבור לדעת. תוצאה זו אינה ראויה, והיא אף פסולה מבחינה חוקתית בהתחשב במהותו של המשפט הפלילי.

העובדות המלמדות שהאיסור כמעט שאינו מופעל שומטות את הבסיס לצדקת קיומו. יתרה מזו, הפער בין ההפרה המסיבית של הנורמה הפלילית לעומת היעדר אכיפה כמעט מוחלט פוגע ברמת שלטון החוק מבחינה פורמלית, והוא עלול להביא להפעלה שרירותית או סלקטיבית של האיסור (סטייה מעקרון השוויון בפני החוק).¹⁶⁹ זאת ועוד: המתח הקשה בין הוראת האיסור לבין הוראות נורמטיביות אחרות, כמו תנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והוראות חוק חופש המידע, גורע משלטון החוק במובן המהותי (תוכן הנורמות) ו"מוסריות הפנימית של המשפט".¹⁷⁰ האיסור הרחב הקיים, ומכל מקום – פירושו באופן מילולי, פוגע בעקיבות ובלכידות של השיטה, בכך שהוא מנציח תפיסות שאינן מקובלות עוד בחברה הישראלית ובמשפט הישראלי.

169 רובינשטיין, לעיל הערה 117, עמ' 227, 233.

170 הצטברותם של נתונים, ובהם אי-סתירה הדדית של חוקים שונים באותה שיטה. ראו א' ברק, פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית, ירושלים: נבו, תשנ"ב, עמ' 292, וכן ראו רובינשטיין, שם, עמ' 245.

מן הראוי לשקול מחדש את הסוגיה ולהכריע בשאלה אילו אינטרסים ציבוריים ראויים להגנה באמצעות איסור גילוי בלתי מוסמך של מידע העלול לפגוע בהם. קביעת איסור מצומצם יותר בהיקפו תשרת לא רק את חירויות הפרט, אלא גם את הצורך בשמירת סודות אמתיים. האיסור המוגדר בכותרת "סודות רשמיים" יוצר זילות של המושג "סוד". מושג זה מבטא מידע הדרוש בחיסוי מטעמים ענייניים. החלתו על כל מידע שהושג מתוקף תפקיד ציבורי חורגת ממשמעותו הטבעית ומקשה את האפשרות להעניק הגנה ראויה לסודות של ממש. העבר מלמד על מקרים שבהם צונזר מידע בגלל שיקולים זרים של הגנה על יוקרתו של המנהל ועל תדמית הצמרת השלטונית. התוצאה עלולה להיות זלזול כללי בצורך בחיסוי מידע והתעלמות מחיסויו, גם כאשר יש הצדקה לחיסוי. טעמים אלו מחזקים את הצורך באיסור מצומצם, אשר יחזק את יעילות ההגנה על מידע רגיש.

א. כללי

בפרק הקודם הגענו למסקנה שהאיסור הקיים בדבר גילוי מידע רשמי טעון שינוי. הפנייה להוראות מקבילות בדינים זרים עשויה לסייע לנו לגבש את המודל המתאים לשיטתנו. הנקודות המרכזיות שתיבדקנה הן היקפו של האיסור המקביל וקיום סייג לאחריות פלילית בנוגע לגילוי המשרת את האינטרס הציבורי. בחלק מן המקרים נוסיף בקצרה על חקיקה בתחום חופש המידע כדי לעמוד על מידת ההתאמה שמקיימת השיטה בין האיסור הפלילי מזה לבין זכויות יסוד, כמו חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, מזה. כדי לגבש מודל מתאים לשיטתנו, יש לבחון את מגוון האפשרויות לנוכח המבנה המשפטי והתרבותי-פוליטי בישראל.

ב. הדין האנגלי: מורשת של סודיות

בין המודלים השונים לאיסורים פליליים על מסירת ידיעות רשמיות ייצגה אנגליה במהלך רוב המאה האחרונה מודל שמרני במיוחד בקרב מדינות המערב. ההיסטוריה האנגלית ממחישה את הנטייה המופרזת לפגוע בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת בתקופות מתוחות מבחינה ביטחונית. המסגרת הנורמטיבית לכך נמצאה בחוק הסודות הרשמיים האנגלי מ-1911 (Official Secrets Act, 1911), אשר החליף את חוק הסודות הרשמיים המקורי מ-1889. חוק זה נסב על מעשי ריגול ובגידה, ונחקק באווירה של פניקה ציבורית מפני מרגלים גרמנים באנגליה. הליכי החקיקה היו חפוזים, בהסתפקות בהנמקה לקונית שהחוק נדרש להגנה מפני גילוי מידע הפוגע באינטרסים של המדינה. לא נערך דיון הולם על השלכותיו על חירויות הפרט.¹⁷¹

171 J. Aitken, **Officially Secret**, London: Weidenfeld & Nicolson, 1971, pp. 7-60 (**hereinafter: Aitken**); A. Rogers, **Secrecy & Power in the British State: A History of the Official Secrets Act**, London: Pluto Press, 1997 (**hereinafter: Rogers**). ראשית הדברים בחקיקה חפזה של החוק מ-1889, לאחר שפקיד ממשלתי (Charles Marvin, 1878) הדליף לעיתונות ידיעה בדבר הסכם בין אנגליה לרוסיה וגרם בכך מבוכה לממשל הבריטי. החוק נאכף בריסון רב במספר מועט של מקרים שנגעו לסודות צבאיים, למעט מקרה אחד שנגע לסודות מסחריים, והוטל בגינו עונש קל ביותר. הממשלה ניסתה להחמיר את הוראותיו, בנימוק שיש לאפשר פתרון של קשיים ראייתיים (בעיקר לגבי המחשבה הפלילית

סעיף 1 לחוק עומד בתוקפו עד היום, ועניינו מעשי ריגול. ההוראה הבעייתית ביותר נמצאה בסעיף 2 לחוק, בנושא מסירה אסורה של מידע. האיסור חל על מסירת מידע **כלשהו** הנמצא ברשותו של אדם או בשליטתו מכוח היותו נושא משרה מטעם המדינה או בעל חוזה עמה, בהווה או בעבר, וכן על מסירת מידע ממי שהמידע הופקד בידיו בסוד על ידי נושא משרה כאמור. המסירה האסורה מתבטאת בהעברת המידע לידי אדם בלתי מוסמך או לידי מי שאין המוסר מחויב להעביר לו את המידע בשל טובת המדינה. העונש המרבי בגין המעשה הוא שנתיים מאסר. כל האמור חל גם על המחזיק מידע שכזה ללא זכות או בניגוד לחובה, ועל המקבל מידע כלשהו בידיעה או בבסיס סביר לאמונה שהמידע נמסר לו אגב עברה על חוק זה, אלא אם כן הוכיח שהמידע הועבר לו בניגוד לרצונו. החלופה האחרונה מאפשרת העמדה לדין של עיתונאים.

ההוראה הדרקונית בסעיף 2 – שממנה עולה שגילוי בלתי מוסמך של מידע רשמי בכל עניין שהוא, לכל אדם שהוא, מכל סיבה שהיא, היא עברה פלילית – זכתה לביקורת חריפה. אף נטען שנכתב עליה יותר ממה שנכתב על כל הוראת חוק אחרת במשפט האנגלי.¹⁷² יש הסבורים שהרקע לאיסור מתחיל בשינוי שהתחולל במהלך המאה התשע עשרה באנגליה בהשקפה החברתית-משפטית על הדלפות של עובדי ציבור. בתחילה נתפס המעשה כחמור מאוד במישור האתי בלבד, ללא מתן ביטוי משפטי-פלילי לחומרה זו. המצב השתנה לנוכח הצורך הגובר למנוע את ההדלפות המתרבות. מאחר שהערך המוגן בעברה הוא הפרת האמון של עובד הציבור כלפי המדינה *per se*, שילוב הוראת סעיף 2 במסגרת הוראות עונשיות לגבי ריגול מאפשר לאמוד את מידת החומרה של הפרת אמון מסוג זה באנגליה באותה תקופה. בכך מעוגנת ראשיתה של מסורת הסודיות במדינה האנגלית המודרנית.¹⁷³

הנדרשת). בתוך כך, לקראת סוף העשור הראשון של המאה העשרים, התעוררו חששות כבדים באנגליה מפני פעולות ריגול, בעיקר של גרמניה (באותה תקופה הוקם ה-MI5). לבסוף, ב-1911, על רקע מתח כבד בין אנגליה לגרמניה, הוחלף החוק מ-1889 בחוק חדש, דרקוני יותר, בטענה שהדבר נדרש לשכלול היעילות של החוק הקודם. ההסתייגויות המעטות נדחו בטענה שהחוק נועד לשרת את האינטרס הציבורי, ושהוא אינו צופן סכנה לנתיים נאמנים.

P. Birkinshaw, **Government & Information: The Law Relating to Access, Disclosure and Their Regulation**, 2nd ed., London: Butterworths, 2001, p. 96 (hereinafter: Birkinshaw)

173 Rogers, *supra* note 171, pp. 16-24. במסגרת תיאור הרקע לחקיקת חוק הסודות הרשמיים מ-1889, מציינת המחברת גם את עליית ערכו של המידע הרשמי כמצרך בעל ערך. כאמור שם, גדילתו של המנגנון הביורוקרטי-מנהלי לוותה בעלייה במספר ההדלפות, ובכך התערער המונופול הממשלתי המסורתי על המידע.

האיסור הכלל מעשים אשר התבצעו לכאורה מדי יום ביומו על ידי מספר רב של עובדי ציבור – למשל בעת שסיפרו לנשותיהם על יומם במשרד. לא הייתה מניעה להחילו על קשת רחבה של מקרים, שכן בפרקטיקה המשפטית האנגלית פונים השופטים בעיקר ללשון הוראת החוק וממעטים להסתמך על הקשרה החקיקתי או על ההיסטוריה החקיקתית שלה.¹⁷⁴

מבחינה פרוצדורלית התנה החוק הגשת כתב אישום בהסכמת התובע הכללי. לא נקבעו כללים ברורים לגבי מדיניות האכיפה, וזו הייתה תלויה מאוד בתובע הכללי עצמו. היו תובעים שבתקופתם לא הוגש שום כתב אישום לפי סעיף 2.¹⁷⁵ בתחילה נאכף החוק בעיקר בעברות לפי סעיף הריגול, במקרים חמורים, לגבי מרגלים גרמנים. משנאכף סעיף 2 בפעם הראשונה, לאחר מלחמת העולם הראשונה, נסב האישום על הדלפה של מידע מסחרי, ללא קשר לביטחון הלאומי. באותו מקרה נקבע שהוראתו משתרעת מעבר לריגול וחלה על כל סוג של מידע.¹⁷⁶ עם זאת, לגבי עברות של גילוי בלתי מוסמך בשירות הציבורי נאכף האיסור בדרך כלל על נאשמים מן הדרגים הנמוכים של השירות הציבורי.¹⁷⁷ מקרים שהגיעו לבית המשפט הסתיימו לרוב בזיכוי או בהטלת עונשים זעומים.¹⁷⁸

J.R.T. Lewis, "Freedom of Information – Developments in the UK", 3(4) 174
International Journal of Intelligence and Counterintelligence (Winter 1989),
 465.

Aitken, *supra* note 171, ch. 6. 175

R v. Crisp and Homewood (1919) (in: Aitken, *Ibid.*, p. 24) 176
 לשמר את הוראות החוק ואף לחזקן ב-1920 (נאסר גם לעשות מעשי הכנה), לנוכח הסימנים למלחמת אזרחים באירלנד. בהמשך נאשם עובד לשעבר של שירותי הביטחון שפרסם ספר זיכרונות (למרות היעדר חשש אמתי מנזק). בית המשפט חזר על הקביעה שהסעיף מוחלט בתנאי, ושאינן במהות המידע הנמסר כדי לשנות מעצם התקיימותה של עברה (The **MacKenzie** case, 1932, in Aitken, *Ibid.*, p. 56).

Rogers, *supra* note 171, p. 102. 177
 לדבריה, נאשמים אלו לא נלקחו ברצינות על ידי התקשורת ושימשו שעירים לעזאזל ולצורכי הרתעה; לדוגמה, רוני ריצי, עובדת זוטרה בשגרירות הבריטית בתל אביב, נידונה ב-1982 לתשעה חודשי מאסר על תנאי בגין מסירת מידע רשמי לחבר השגרירות המצרית שעמו ניהלה קשר רומנטי. העברת המסמך לא גרמה נזק (התובע תיאר את המעשה כולו כמטופש יותר מזדוני), אולם מאחר שתוכנו נגע לתקשורת עם גורם אמריקני, נבחר הטיפול הפלילי, ולא טיפול משמעותי, כדי להתמודד עם טענות אמריקניות בדבר אבטחת המידע.

האיסור נאכף מאז שנות השלושים בגין פרסומים נוספים של עובדי ציבור לשעבר ובמקרים נוספים, תוך מתן פריבילגיה לפוליטיקאים ביחס לעובדי ציבור אחרים (Aitken, *supra* note 171).

כבר ב-1971 העיר בית המשפט בחריפות באשר לצורך בשינוי החוק. באותו מקרה נאשם נספח צבאי בריטי בהדלפת מסמך פנימי מסווג לעיתונאי ג'ונתן אייטקן (Aitken), לימים חבר בפרלמנט הבריטי. תוכנו של המסמך נגע לגודלם של הכוחות הצבאיים ששיגרה בריטניה כסיוע לניגריה במלחמת האזרחים שהתחוללה בה באותה עת. ככל הנראה, הנתונים הללו לא תאמו את הצהרותיה הפומביות של ממשלת בריטניה בנושא, והמסמך סווג כ"סודי" עקב הפוטנציאל המביך של חשיפתו. התביעה האשימה את העיתונאי ואת הנספח גם יחד בעברות על סעיף 2 לחוק הסודות הרשמיים ונסמכה על הפרה טכנית של האיסור. נציג התביעה העיר שלמעשה, "מבוכה (פוליטית) וביטחון אינם באמת שני דברים שונים".¹⁷⁹ בית המשפט זיכה את הנאשמים וחיווה דעתו שיש "להוציא את החוק לגמלאות". הכישלון המביך של התביעה הביא לריסון ניכר באכיפת האיסור לפי סעיף 2 בהמשך, והיא נמנעה מהפעלתו בשנים הבאות גם במקרים של הדלפות מביכות.¹⁸⁰ ב-1984 נרשמה הרשעה חריגה למדי של עובדת זוטרה במשרד החוץ (Sarah Tisdall) אשר הדליפה לעיתון מזכר על ייבואם השנוי במחלוקת של טילי שיוט אמריקניים. היא הורשעה לפי הודאתה, נידונה לשישה חודשי מאסר, ושחררה לאחר מחצית התקופה.

ציון הדרך המשמעותי ביותר בדעיכתו של סעיף 2 נרשם בפרשת **פונטינג** (Clive Ponting) מ-1985.¹⁸¹ פונטינג, עובד של משרד ההגנה, הדליף לחבר פרלמנט (Dalyell) מסמך ממשלתי פנימי לגבי הטבעתה של ספינת מלחמה ארגנטינית (General Belgrano), על 360 נוסעיה, בידי כוחות בריטיים ב-1982, במהלך מלחמת פוקלנד. המסמך הפריך את טענת הממשלה שהספינה סיכנה חיי אזרחים בריטיים לפני הטבעתה, וחשיפתו גרמה מבוכה רבה לממשל תאצ'ר. פונטינג הועמד לדין בגין עבירה לפי סעיף 2, והודה במעשה. הוא טען להגנתו שהיה מחויב לפעול כפי שפעל בשל חובתו כלפי הפרלמנט הבריטי, משום שהממשלה הונתה, במודע ובמתכוון, את הפרלמנט ואת הציבור. לשיטתו, גילוי המידע התחייב בשם טובת המדינה. לא הייתה מחלוקת משפטית סביב הקביעה שחבר פרלמנט אינו מוסמך לקבל את המידע. לפיכך התמקד הדיון בשאלה אם חל הסייג הקבוע באיסור, כלומר

Aitken, *Ibid.*, p. 149 179Rogers, *supra* note 171, p. 78 180**R v. Ponting** (1985) Crim. L.R. 318 181

אם חבר פרלמנט הוא גורם אשר טובת המדינה חייבה את העברת המידע לידיו. השופט השיב לשאלה זו בשלילה בקבעו שהאינטרס הציבורי נקבע לפי ראיית הממשלה הקיימת באותה עת, ולכן אין חשיבות משפטית לאופן שבו עובד הציבור או בית המשפט או גורם אחר תופסים את האינטרס הציבורי.¹⁸² למרות זאת בחר חבר המושבעים לזכות את פונטינג מכל אשמה (כלומר הוא זוכה בגלל השיטה ולמרות החוק).

פרשת **פונטינג** הבהירה לממשל באופן חד-משמעי שאין מנוס משינוי החוק. לאחר המשפט המתקשר בפרשה זו לא הוגשו כתבי אישום נוספים בגין הפרות של סעיף 2. לדוגמה, לא ננקטו הליכים פליליים נגד קצינה בדימוס של שירותי המודיעין (Cathy Massiter, 1985), שסיפרה במסגרת סרט תעודה טלוויזיוני שהשירות נהג להאזין באופן בלתי חוקי לשיחות טלפון של פוליטיקאים, של פעילי זכויות אדם ושל קבוצות לחץ אחרות. ב-1987 פרסם קצין מודיעין (MI5) לשעבר, פיטר רייט (Wright), את זיכרונותיו בספר *Spycatcher*. בספרו האשים את שירות המודיעין בקשירת קשר להמיט קלון על ראש ממשלת אנגליה בשנות השישים, הרולד וילסון, כדי להביא להחלפתו. ממשלת תאצ'ר השיגה צווי מניעה נגד פרסום הספר באנגליה, אך ניסיונותיה להביא להסגרתו של רייט מאוסטרליה ולהעמידו לדין בגין הדברים עלו בתוהו. בית הדין האירופי קיבל את תלונתה של העיתונות בעניין זה נגד ממשלת בריטניה וקבע שניסיונות ההשתקה של הממשל נוגדים את חופש הביטוי. בית הדין הדגיש את תפקידה החשוב של העיתונות כ"כלב השמירה של הדמוקרטיה", גם כאשר עסקינן בשירותי המודיעין והביטחון.¹⁸³ בסופו של דבר, לא נאשם רייט בפלילים, אך הוגשה

182 קביעה זו מזכירה את דברי השופט ויתקון בפרשת יצחקי, **לעיל** הערה 38, שמהם משתמע שאין אינטרס ציבורי בפרסום המידע הרשמי, אלא אם כן נבע הפרסום מיוזמת השלטון (הממונים על עובד הציבור המפרסם).

183 **Observer and Guardian v. UK**, Judgment of 26 November 1991, Series A, no. 216; 14 EHRR 153 (1992); **Sunday Times v. UK**, Judgment of 26 November 1991, Series A, no. 217; 14 EHRR 229 (1992). בפסק דינו הראשון הבחין בית הדין בין התקופה שקדמה לפרסום הצפוי בארצות הברית לבין התקופה שלאחריה. בפסק דינו השני, אשר ניתן לאחר פרסום הספר בארצות הברית, קבע בית הדין שממשלת בריטניה הפרה את סעיף 10 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם, המעגן את הזכות לחופש ביטוי. בקביעה זו התייחס בית הדין לחופש המידע בתקופה של גלובליזציה, מצד אחד, ומצד אחר – לבעייתיות הרבה של צנזורה כהגבלה דרסטית על חופש הביטוי.

נגדו שורה של תביעות אזרחיות בגין הפרה של חובת סודיות. בשני המקרים הנזכרים נמסר המידע מחברים בשירותים החשאיים, ופרשת רייט הייתה גורם משמעותי לכך שהשינוי בחוק הסודות הרשמיים לא כלל רפורמה אמתית לגבי אלו.

השינוי: חוק הסודות הרשמיים מ-1989

במהלך השנים הועלו כמה הצעות לשינויו של סעיף 2,¹⁸⁴ עד שלבסוף הוחלף הסעיף בחוק שלם העומד בפני עצמו, הוא חוק הסודות הרשמיים מ-1989 (OSA, 1989). ההוראות המרכזיות נמצאות בסעיפים 1-4 לחוק, האוסרים גילוי מידע ללא סמכות כדין מצד עובד ציבור או בעל חוזה עם המדינה, **לפי קטגוריות שונות של מידע**. סעיף 5 לחוק אוסר גילוי מידע הנופל בגדר אחת הקטגוריות מצד מי שקיבל את המידע מעובד ציבור ללא סמכות כדין או בתנאי מפורש לסודיות – אלא אם כן המקבל לא ידע, ולא היה לו יסוד סביר להאמין, שהמידע מוגן מפני גילוי לפי הוראות החוק. חלופה זו מאפשרת לנקוט צעדים נגד עיתונאים המבקשים לפרסם מידע שהודלף לידיהם ללא סמכות. החוק מגדיר באופן רחב את המונחים "עובד ציבור" ו"מידע", וכן הוא מגדיר מהו "גילוי על פי סמכות כדין" (לגבי עובד ציבור זו מסירת מידע בהתאם לחובתו הרשמית) ומעניק הגנה למי שפעל בשימוש מדומה בסמכות חוקית. הגשת כתב אישום מותנית בהסכמת התובע הכללי.

החוק אוסר על עובד ציבור או על בעל חוזה עם המדינה, בהווה או בעבר, **גילוי פוגע** (a damaging disclosure), ללא סמכות כדין, של מידע אשר הגיע לרשותו בתוקף תפקידו ואשר נוגע **לביטחון המדינה או ליחסי הבינלאומיים**. העונש על הפרת האיסור הוא שנתיים מאסר. החוק מבחין בין שני סוגים של מידע ביטחוני רגיש. הראשון (national security) מתייחס לעבודת השירותים החשאיים והשני (defence) מתייחס לפעולת הצבא, להגנה על אינטרסים של המדינה בחו"ל ולהגנה על שלומם של אזרחי המדינה בחו"ל. ההוראות

184 כאבני דרך יש לציין את המלצות ועדת Franks מ-1972 ואת המלצות הממשלה לרפורמה ("white paper") ב-1988 בעקבות פרשת פונטינג. להשוואה תמציתית בין המלצות הוועדה לבין הצעת החוק, ראו; Robertson, *supra* note 54, pp. 85-89. רוברטסון מציין גם את המלצות ועדת Fulton מ-1968, שעסקה ברפורמה בשירות הציבורי. הוועדה התייחסה בהמלצותיה במפורש לצורך בצמצום הסודיות המנהלית כדי לשפר את תהליך קבלת ההחלטות, את נגישות המידע, ובסופו של דבר – כדי לשרת טוב יותר את האינטרס הציבורי.

מחמירות יותר לגבי מידע מן הסוג הראשון. גילוי פוגע מוגדר בחוק כאחד מאלה: גילוי הגורם נזק לעבודתם של שירותי הביטחון והמודיעין; גילוי הגורם נזק ליכולתם של הכוחות המזוינים של המדינה לבצע את משימותיהם או מוביל לאובדן חיים או לפגיעה בחברי הכוחות הללו או ברכושם; גילוי המעמיד בסכנה את האינטרסים של המדינה בחו"ל, משבש באופן רציני את קידומם או את הגנתם או מסכן את שלומם של אזרחי המדינה בחו"ל. כמו כן, אסורה מסירת מידע שגילוי הבלתי מוסמך עלול לגרום לאחת התוצאות הנזכרות. איסור נוסף נקבע לגבי גילוי בלתי מוסמך של מידע **הנוגע לפשיעה ולסמכויות חקירה מיוחדות**. בכך הכוונה למידע אשר גילוי מסתיים בביצוע עברה או בשיבוש הליכים (כלומר מסייע לבריחה ממשמורת חוקית, מהווה מכשול בפני מניעת עברות או בפני לכידת חשודים וכדומה). בקטגוריה זו גולמה הדרישה לגילוי "פוגע" בהגדרת המידע עצמו. דין המעשה הזה שישה חודשי מאסר. כל האיסורים הנזכרים כוללים סייגים של הגנות מפני אחריות פלילית למי שלא ידע, ולא היה עליו לדעת,¹⁸⁵ שהמידע מתייחס לנושאים מן הקטגוריות השונות או שגילוי פוגע במשמעויות האמורות.

איסור מחמיר במיוחד נקבע (בסעיף 1 לחוק) לגבי **חברי שירותי הביטחון והמודיעין**. על אלו נאסר גלות ללא סמכות מידע אשר הגיע לרשותם בשל תפקידם או במהלך עבודתם. זאת, **ללא צורך בהוכחה שמדובר בגילוי פוגע** בעבודת השירות. בהקשר זה הוגדר גם גילוי באופן רחב יותר. דין המעשה שנתיים מאסר. המשמעות היא שבמישור היסוד העובדתי אין דרישת נזק, ושאת חברי השירותים החשאיים (או מי שקיבל הודעה שהוראה זו חלה לגביה) ניתן להעמיד לדין בגין כל גילוי בלתי מוסמך. הם אינם יכולים להתגונן בכך שלא ידעו, ולא יכלו לדעת, שמדובר בגילוי פוגע. זאת, בשונה מעובד ציבור שאינו עובד בשירותים החשאיים, אשר יכול להתגונן בטענה זו בפני אישום במסירת מידע "הגורם נזק" לעבודת השירותים החשאיים. משמע, על אותו מידע ממש עשוי לחול דין שונה לגבי עובדי השירותים החשאיים ולגבי עובדי ציבור אחרים (כגון עובדי משרד הביטחון). קו ההגנה היחיד העומד לרשות עובד השירותים החשאיים הוא שבזמן המעשה לא

185 במשפטנו נדרשת, במצב הרגיל, מודעות סובייקטיבית לכל רכיבי היסוד העובדתי כדי לגבש אחריות פלילית. לעומת זאת, באנגליה אי-התקיימות של מודעות סובייקטיבית כלפי טיב המידע או הגילוי איננה מביאה בהכרח לזיכוי מן העברה. משום כך דורשת ההגנה שעובד הציבור לא ידע, "ולא היה עליו לדעת", דהיינו גם לא היה רשן.

ידע, ולא היה לו יסוד סביר להאמין, שהמידע נוגע לביטחון או למודיעין. מעשית מדובר בהגנה כמעט בלתי אפשרית.

הדין האנגלי החליף איסור גורף של גילוי כל מידע שהושג מתוקף התפקיד הציבורי (או מכוח חוזה עם המדינה), באיסורים מצומצמים יותר של גילוי מידע רשמי בנוגע לאינטרסים ציבוריים מוגדרים. אינטרסים אלו הם ביטחון המדינה, יחסי חוץ ואינטרסים בינלאומיים ולוחמה בפשיעה. ברוב המקרים נדרש גילוי פוגע, ומשמעות הדרישה היא שהבסיס לאיסור הוא הנזק או הסיכון לנזק שייגרם לאחד האינטרסים הציבוריים הללו, ולא הפרתה של חובת הסודיות עצמה. הממשלה אף הצהירה שקטגוריות אלו נבחרו נוכח הנזק העלול להיגרם לאומה כתוצאה מגילוי בלתי מוסמך של מידע הנופל במסגרתן. כל גילוי אחר, גם של מידע כלכלי או של מסמכי קבינט, אינו מכונן עברה פלילית, אלא עלול לגרור סנקציות משמעתיות בלבד. החוק מותיר את ההכרעה בשאלת התקיימותו של נזק (או סיכוי לנזק) בידי המושבעים, אף שבפרשת **פונטינג** דחה חבר המושבעים את הפרשנות הרשמית בשאלה אם הותר המידע למסירה באותן נסיבות. בכך שונה החוק באופן מהותי מהצעות קודמות, שלפיהן די היה בחתימת שר על תעודה המעידה על סודיות המידע כדי לקבוע שגילוי המידע נגד את האינטרס הלאומי.

למרות שביעות הרצון מביטולו של סעיף 2 הידוע לשמצה, נטען שגם תחולתו של החוק החדש רחבה מדי, והוא עלול לשמש אמצעי בידי השלטון במקרים בלתי ראויים. עיקר הביקורת מופנה כלפי האיסור החמור, הכמעט מוחלט, ביחס לחברי השירותים החשאיים, והיעדרה של הגנת אינטרס ציבורי. לגבי הנקודה האחרונה יורחב בהמשך. לגבי הנקודה הראשונה, האיסור מבטא את התפיסה שקיימת חזקה חלוטה של נזק לביטחון המדינה במסירת מידע על ידי עובד בשירותים החשאיים. שימוש גורף בשיקול ביטחון המדינה, על סמך הזיקה המוסדית (של העושה ושל המידע) בלבד, ללא תלות בנסיבות ובתוצאות האפשריות וללא נוסחת איזון כלשהי בין אינטרס זה לבין צרכים אחרים, הוא בעייתי. הניסיון מלמדנו שהשלטון אינו בוחל בשימוש פסול באינטרס הביטחוני לשם הטלת איפול משיקולי יוקרה בלבד, והניסיון האנגלי אינו יוצא דופן מבחינה זו (פרשות המסמך הניגרי ומלחמת פוקלנד). מקרה פיטר **רייט** המחיש את הצורך בבקרה על פעולתם של השירותים החשאיים. האיסור מונע באופן מוחלט גילוי פומבי של התנהגות עבריינית או התנהגות על גבול העבריינות בקרב השירותים החשאיים.¹⁸⁶

186 יש לציין שבצד חוק הסודות הרשמיים מ-1989 נחקק באותה שנה Security Service

במקרה הידוע ביותר שבו נאכף החוק החדש, הופעל האיסור המיוחד לחברי השירותים החשאיים (זהו האיסור העיקרי שהופעל). באותו מקרה נאשם קצין לשעבר בשירות המודיעין, דייוויד שייילר (Shayler), על שדיווח לעיתון בריטי שהמודיעין מחזיק בתיקים על פעילי שמאל הקשורים בגורמים "חתרניים", וכי אלו כוללים חלק מחברי הממשלה. נוסף על כך טען שייילר שהשירות ניסה לבצע בלוב ניסיון התנקשות בקולונל קדאפי, ניסיון שבמהלכו נהרגו אזרחים תמימים. ב-1997 מכר שייילר לעיתון מסמכים מסווגים האמורים לבסס את טענותיו השונות לגבי תפקוד לקוי של השירות. הוא הואשם לפי סעיף 1 לחוק בסיכון חיי סוכנים, והורשע בשלהי 2000. בית המשפט העליון (House of Lords) דחה את ערעורו וקבע שחוק הסודות הרשמיים אינו מאפשר הגנת אינטרס ציבורי. כמו כן, דחה בית המשפט את טענת ההגנה שהאיסור על חברי השירותים החשאיים אינו מתיישב עם עקרון היסוד של חופש הביטוי. לאחר חקיקת חוק זכויות האדם באנגליה (Human Rights Act, 1998), על בתי המשפט לפרש את האיסורים הפליליים בהתאמה ליכויותיו של נאשם לפי האמנה האירופית. האמנה האירופית בדבר זכויות אדם כוללת את הזכות לחופש ביטוי (סעיף 10), והיא מאפשרת פגיעה בזכות בשם שיקולים כמו ביטחון המדינה, אולם רק על פי חקיקה ולא מעבר למידה הנדרשת בחברה דמוקרטית. לכאורה, האיסור על חברי השירותים החשאיים בחוק הסודות הרשמיים הבריטי אינו עומד בדרישה זו, אף שביית המשפט העליון קבע אחרת. נקבע שהאיסור מתיישב עם הזכות לחופש ביטוי, לפי האמנה האירופית, משום שהוא אינו מוחלט אלא מתייחס רק לגילוי שנעשה ללא סמכות כדין.¹⁸⁷

פרשת שייילר עוררה באנגליה מחדש את הוויכוח סביב חוק הסודות הרשמיים, ובפרט סביב הצורך בהגנה משפטית על גילוי שנעשה לטובת הציבור. לאחרונה הוחלט שלא להגיש כתב אישום נגד מתורגמנית בסוכנות ביון ממשלתית (GCHQ) אשר הודתה בהדלפת מסמך סודי ביותר. המתורגמנית, קתרין גאן (Katherine Gun), הדליפה לעיתון בריטי מסמך שנשלח לסוכנות על ידי גורם בכיר בסוכנות הביטחון הלאומי האמריקנית

act שנועד ליצור בסיס סטטוטורי לפעולתו של שירות הביטחון. השירות הושם תחת סמכותו של מזכיר המדינה והוקם טריבוטל לחקירת תלונות בנוגע לעבודת השירות. ברם החוק לא כלל פיקוח של ועדה פרלמנטרית (ועדה כזו הוקמה, לפי Intelligence Services Act 1994, אך ניתנו לה סמכויות מועטות ביותר).

R v. David M. Shayler [2002] HL 11 187

(NSA), בבקשה לסייע בציתות לדיפלומטים ממדינות מסוימות באו"ם, בשאיפה להשפיע על ההצבעה במועצת הביטחון על היציאה למלחמה בעירק. לטענתה של גאן, היא פעלה על פי צו מצפונה במטרה להגן על התהליך הדמוקרטי באו"ם ולאפשר דיון שקוף והגיוני בשאלת היציאה למלחמה. לאחר שהסיפור פורסם, פנתה לממונה עליה ודיווחה על מעשיה, ובהמשך לכך נעצרה ונחקרה. לפי הפרסומים, התעתדה ההגנה לטעון שגאן הייתה מחויבת להדליף את המידע באמונה שממשלות אנגליה וארצות הברית הפרו את החוק הבינלאומי ושההדלפה הייתה צעד הכרחי בניסיון למנוע מקרי מוות מיותרים.¹⁸⁸ לשם כך ביקשה ההגנה להציב במרכז הדיון את חוקיות ההחלטה של הממשלה הבריטית לצאת למלחמה. בסופו של דבר, החליט התובע הכללי לא לאשר הגשת כתב אישום נגד גאן, בנימוק שאין עוד סיכוי ריאלי להרשעה. החלטה זו עוררה מבוכה רבה לנוכח העובדה שגאן הודתה במעשיה. הסברה הרווחת היא שההחלטה נבעה כנראה משיקולים פוליטיים (הרצון להימנע מדיון בחוקיות ההחלטה לצאת למלחמה). התובע הכללי דחה טענה זו וטען שהחלטתו נבעה מכך שניהול המשפט היה מחייב חשיפת מידע מודיעיני רגיש.¹⁸⁹

הגנת אינטרס ציבורי: כלפי מי מופנית חובת הנאמנות של עובדי ציבור?

הרפורמה בסעיף 2 התרחשה, בין היתר, על רקע מחלוקת לגבי טבע חובתו של עובד הציבור. הגישה האנגלית המסורתית היא שלשירות המדינה אין אישיות או אחריות נפרדת מזו של הממשלה המכהנת באותה עת, וכי חובתו של עובד הציבור ואחריותו היא, בראש ובראשונה, כלפי השר הממונה עליו. האחריות כלפי האינטרס הציבורי הרחב או כלפי הפרלמנט היא של השרים, ולא של עובדי המדינה.¹⁹⁰ צמצום היקפו של השירות הציבורי לפי הגרעין

188 קו הגנה זה נסמך על הדוקטרינה המשפטית של הגנת הצורך (necessity) – פטור מאחריות פלילית בגין מעשה בלתי חוקי שנעשה בשל נסיבות דוחקות המחייבות הגנה על הזולת.

189 HL Deb 26 February 2004 c341

190 דיוואר, לעיל הערה 69, עמ' 20. דיוואר, לשעבר סגן מבקר המדינה באנגליה, מצטט את דברי לורד ונסיתרט (Vansittart), שהיה ראש השירות הדיפלומטי: "במילים חריפות יותר אפשר לומר שנשמת שירות המדינה יהיא הנאמנות שבה אנו מבצעים שגיאות שמצווים עלינו לעשות".

הקשה של הגדרת עובד ציבור מזה ואצילת סמכויות על ידי הממשלה לגופים פרטיים מזה, יצרו חיכוך גובר והולך לגבי היקפה של חובת האמון החמורה של עובד הציבור.¹⁹¹ האיסור הישן בסעיף 2 ביטא חובת נאמנות מוחלטת של עובד הציבור, בעוד שהחוק שהחליפו, האוסר מסירת מידע רק בקשר לערכים ציבוריים מרכזיים, מבטא חובת נאמנות מוגבלת. עם זאת, באופן פרדוקסי, הפתח המצומצם להגנה על גילוי המשרת את טובת הציבור נסגר כליל. סעיף 2 כלל סייג לגבי מסירת המידע לאדם שטובת המדינה מחייבת להעביר לידיו את המידע – אותו סייג שעליו הסתמך **פונטינג** להגנתו.¹⁹² סייג מעין זה לא נכלל בחוק החדש, ועל כך נמתחה ביקורת רבה, הן בשלבי חקיקתו והן לאחר מכן, בטענה שהוא חיוני לעובדי ציבור לחשיפת עוולות.¹⁹³ אף נטען שבעריכת השינוי ביקשה הממשלה לבטל כל אפשרות חוקית להדלפות לגיטימיות.

עמדת הממשלה הייתה שהגנת אינטרס ציבורי תפגע בהירות החוק וביישומו ושהיא עלולה לפגוע בשלום הציבור במתן הכשר חוקי לגילוי מידע העלול להוביל לאבדן חיים. התרופה המתאימה לעובד ציבור הנתון בקונפליקט בין מצפונו לחובתו, כך נטען, היא לעתור לראש המחלקה שלו או לראש השירות הציבורי.¹⁹⁴ ביטול האפשרות החוקית לגלות מידע בלתי מוסמך בשם האינטרס הציבורי מנציחה את הגישה המסורתית, שעובדי המדינה אינם אחראים במישרין כלפי האינטרס הציבורי, ושאריות זו נמצאת בסמכותם הבלעדית של השרים. שמירה על האינטרס הציבורי אינה יכולה להסתמך רק על חובת דיווח לגורמים בתוך השירות הציבורי מתוך

191 91 p. note 172, *supra* Birkinshaw. חובת עובד הציבור באנגליה היא למדינה, המיוצגת על ידי הממשלה בהווה (government of the day), ועל כן עליו לסייע לה באמצעות מחויבות מלאה לשר הממונה ולעוזריו (p. 92). לגבי הוויכוח באנגליה על טבעו של השירות הציבורי והצורך ברפורמה כההליך מודרניזציה של אנגליה ושל החוקה האנגלית, שקיבל ביטויים מעשיים בעיקר מאז עידן תאצ'ר, ראו Robertson *supra* note 54, ch. 4

192 חוק הסודות הרשמיים המקורי, מ-1889, כלל פתח רחב יותר להגנת אינטרס ציבורי בכך שסייג את האיסור לא רק לגבי מסירת המידע למי שהמסירה לידיו נדרשת בשם טובת המדינה אלא גם למי שהמסירה לידיו מתחייבת מן האינטרס הציבורי בדרך אחרת.

193 החוק האנגלי מכיר בהגנת אינטרס ציבורי כל עוד הגילוי אינו מהווה עברה פלילית (Public Interest Disclosure Act, 1998), ולכן נראה שההגנה אינה מסייגת אחריות פלילית לפי חוק הסודות הרשמיים. ראו הרחבה בנקודה זו בפרק 3.

194 91-92 p. note 54, *supra* Robertson

הסתמכות על יחסם הראוי לדיווחים כאלה. האפשרות לפנות לראש המחלקה אינה תשובה מספקת; לא תמיד ירגיש העובד שפנייה כזו לגיטימית, יעילה או ראויה מבחינתו, ולעתים היא עשויה להתברר כבלתי אפקטיבית. לדוגמה, בפרשת פונטינג נחשפה הונאה המיוחסת לצמרת הממשלה עצמה, כך שספק רב אם פנייה לראש השירות הציבורי, הכפוף בעקיפין לראש הרשות המבצעת, הייתה מביאה לחשיפה המבוקשת. כמו כן, לא בכל מקרה מוטלת חובה משפטית על מקבל הפנייה לדווח הלאה לפרלמנט או לממשלה. לגבי קציני מודיעין, למשל, קיים מנגנון חלופי שאינו מחייב זאת. ההדלפות המתקשרות מצד חברים לשעבר בשירותים החשאיים (Massiter, Wright, Shaylor) נעשו לאחר שניסו תחילה להעלות את השגותיהם בתוך הארגון.¹⁹⁵ חלק מן הטענות שהעלו – התחקות אחר פוליטיקאים מן האופוזיציה, תכניות וניסיונות לחיסול מנהיגים של מדינות שונות, כשלים חמורים בעבודת השירות – מצדיק בירור יסודי ודיון ציבורי. בהיעדר פיקוח פרלמנטרי יעיל מחד גיסא, ואפשרות חוקית לאוורר את הטענות בפורומים הרוצים והמסוגלים לטפל בהן כיאות מאידך גיסא, הופכים השירותים החשאיים לחסינים מפני ביקורת ציבורית.

חוק חופש המידע: צעד נוסף בדרך לשקיפות

הדיון שהתנהל באנגליה בנושא חקיקת חוק חופש מידע הוא הצד השני של המטבע בדיון בחוק הסודות הרשמיים, ושני הנושאים שזורים יחדיו אצל רבים מן הכותבים בנושא. ב-2000 נחקק באנגליה חוק חופש המידע (FOIA). ביחס למדינות מערביות אחרות מדובר בחקיקה מאוחרת מאוד, והסיבה לכך נעוצה במסורת האנגלית המתוארת של סודיות ממשלתית ובגישה שמידע שהושג או נוצר בשירות הממשל, הוא קניינה של המדינה.¹⁹⁶ על רקע זה, למעלה מעשור מאז תיקון חוק הסודות הרשמיים, בא לעולם חוק חופש המידע לאחר חבלי לידה קשים.¹⁹⁷ החוק קובע זכות גישה למידע המוחזק

195 Ibid., Ibid. על כן הומלץ שלפחות יורשה להם לפנות לוועדה למודיעין ולביטחון, ושיוקנה לוועדה מעמד עצמאי יותר: I. Leigh, "Have you logged on to the MI5 website?", *The Times*, London, 29.8.00. ראו גם לעיל הערה 186.

196 ראו למשל אצל Birkinshaw, *supra* note 172, p. 57 וגם סקירה לגבי הגורמים המבניים והתרבותיים באנגליה אשר עמדו למכשול בדרך לחקיקת החוק, כפי שהם מתוארים במאמרו של Lewis, *supra* note 174.

197 הרקע מתואר בחוברת M. Supperstone and T. Pitt-Payne, *The Freedom of Information Act 2000*, London, 2001, pp. 1-2, 5. במהלך הדיונים על הצעת

בידי רשויות ציבוריות.¹⁹⁸ בצד זכות זו קבועה רשימה ארוכה של פטורים מן החובה למסור מידע לגבי מידע הנוגע לביטחון לאומי, ליחסים בינלאומיים, לכלכלה, לחקירות ולהליכים ציבוריים, לאכיפת חוק, לפרטיות ועוד. החוק קובע שהאיסורים הקיימים על גילוי מידע עומדים בעינם. קיים פטור רחב במיוחד לגבי מידע הנוגע לביטחון לאומי, ואף רשימת גופים שלגביהם הפטור הוא מוחלט, ובהם השירותים החשאיים. תחולת הפטורים בדבר ביטחון המדינה, יחסים בינלאומיים ואכיפת החוק (כמו סייגים נוספים) נקבעת לפי מבחן האפשרות הסבירה לגרימת נזק לאינטרס המוגן מפני גילוי (would be likely to prejudice). נראה שמבחן זה מתיישב עם המבחן לגילוי אסור, הקבוע באיסורים מתוך חוק הסודות הרשמיים לגבי מידע מן הקטגוריות הללו. עם זאת, לא כל הפטורים מוחלטים, וביחס לפטורים הלא מוחלטים חייבת הרשות לערוך איזון בין האינטרס הציבורי המוגן באמצעות הפטור (יחסי חוץ, אכיפת חוק וכו') לבין האינטרס הציבורי שבגילוי. בכך מגולמת הנחה שלעיתים עשוי להיות אינטרס ציבורי בגילוי המידע – בעיקרו של דבר, תרומתה של שקיפות בקבלת החלטות לתקינות המנהל ולדיון הציבורי.¹⁹⁹

ההנחה האמורה אינה מגולמת בחוק חופש המידע ביחס לקטגוריות הפטורות לחלוטין מחובת גילוי, כמו מידע שמקורו בגופים העוסקים בביטחון לאומי או מידע הנוגע אליהם. לפיכך חוק הסודות הרשמיים אינו סותר את חוק חופש המידע בנקודה זו. עם זאת, אין בכך הסרה של הבעייתיות הבסיסית. בשיטה מתוקנת אין די בלכידות החוקים, דהיינו בכך שהחוקים ישתלבו באופן עקיב זה עם זה, אלא נדרש מן החקיקה לבטא בשיטתיות את הנחות היסוד של שיטת המשטר. השיטה הדמוקרטית מושתתת על חירות האזרח ועל נשיאה באחריות של הממשל בפני הציבור. נשיאה באחריות כרוכה בחובת דיווח. חופש הביטוי אינו מתיישב עם איסור פלילי מוחלט

החוק הממשלתי של מפלגת הלייבור, נאמר שהחוק יסייע לשנות את התרבות השלטונית מזו של סודיות לזו של פתיחות, ושהדבר יסייע לשנות את בררת המחדל מכלל של סודיות לכלל של פומביות (p. 1). החוק ייכנס לתוקף במלואו תוך חמש שנים מיום חקיקתו.

198 בהגדרת הזכות קיימת הבחנה בין הזכות לקבל את תגובת הרשות בשאלת עצם החזקתו של המידע אצלה לבין הזכות לקבלת המידע גופו. הבחנה זו רלוונטית לסוג האיזון המוטל על הרשות לבצע בין הזכות לבין אינטרס נגדי, בבואה להחיל את אחד הסייגים (סעיף 2). רוב הסייגים חלים לגבי שני ההיבטים האמורים של הזכות.

199 *supra* note 197, pp. 33-34.

בדבר גילוי מידע מצד חברים בארגונים מסוימים; חופש המידע אינו מתיישב עם מתן פטור מוחלט לאותם ארגונים מן החובה למסור מידע לציבור. המצב המשפטי הקיים באנגליה מונע יצירת תרבות של נשיאה באחריות מצד השירותים החשאיים. בצד ביקורת זו והביקורת בדבר הצורך העקרוני בהגנת אינטרס ציבורי, יש לזכור שהדין האנגלי עבר כברת דרך בסוגיה הנדונה, ושהשינוי בא לידי ביטוי בהחלפת איסור דרקוני ומיושן באיסורים מצומצמים, אשר ככלל אינם חלים על כל מסירת מידע בלתי מוסמכת. עקב כך, התנהגויות רבות שהיו מסווגות בעבר כפליליות נמצאות עתה מחוץ לגדר הדין הפלילי.

ג. הדין השבדי: מורשת של שקיפות

שבדיה ראויה להתייחסות מיוחדת בענייננו, משום שאין דוגמה מובהקת ממנה למדינה בעלת מסורת של שקיפות ושל ממשלה פתוחה. פומביותם של מסמכים ציבוריים וזכות הגישה אליהם הוכרזו בשבדיה לפני למעלה ממאתיים שנה. הדבר נעשה בחקיקת חוק חופש המידע השבדי כבר ב-1766, במסגרת חוק חופש העיתונות, שנכלל בחוקה השבדית. המניע לחקיקה היה פוליטי: רצונה של מפלגת הרוב בפרלמנט לעיין במסמכים שהוחזקו בסוד על ידי הממשלה הקודמת.²⁰⁰ מאז הלך עקרון חופש המידע ותפס מקום של כבוד בתרבות השלטונית בשבדיה. החוק נחקק מחדש ב-1949, ועודו מהווה חלק מן החוקה. הוא חל על הרשות המבצעת ועל הרשות המחוקקת. זכות הגישה למסמכים רשמיים קבועה בפרק השני, הנקרא "על טבעם הפומבי של מסמכים רשמיים".

חוק הסודיות מ-1980 קובע חריגים לעקרון חופש המידע, בכך שהוא אוסר מסירת מידע או מסמכים ציבוריים סודיים ומסדיר את הנושאים שבעניינם מוטלת חובת סודיות על בעלי תפקידים מטעם המדינה והשלטון המקומי. חובת הסודיות חלה על מידע המוחזק על ידי רשות ציבורית במסמך רשמי או בדרך אחרת, ונוגע לאחד מן התחומים הבאים: ביטחון המדינה או יחסי חוץ, מדיניות מוניטרית, אינטרס ציבורי כלכלי, נושא בבדיקה של

G. Petren, "Access to Government Held Information in Sweden", N.S. Marsh (ed.), **Public Access to Government Held Information: A Comparative Symposium**, London: Stevens & Son Ltd., 1987, pp. 35-54, as mentioned in: T.S. Blanton, "Global Trends in Access to Information", at www.pcij.org/accessinfo/blanton.html

רשות ציבורית, מניעת פשע או העמדה לדין, פרטיות (בשורה של תחומים, כלכליים ואחרים, כגון בריאות ורווחה) ושימור זנים של בעלי חיים או צמחים. חריגים אלו לעקרון חופש המידע קבועים בפרקים 2-10 לחוק הסודיות, בהתאמה להוראות חוק חופש העיתונות העוסקות באינטרסים שעליהם ניתן להגן באמצעות חיסיון על מסמכים רשמיים. ברוב החלופות, הסודיות מותנית בדרישה של נזק לאינטרס המוגן הרלוונטי.²⁰¹ פטור מן החובה לאפשר גישה למסמכים ציבוריים חל רק כאשר הדבר הכרחי להגנה על אחד האינטרסים הנזכרים. הוראות חוק חופש המידע נאכפות בקפדנות, תוך חשיפת מידע מרבית, מתוך תפיסה שיש בכך תרומה חשובה לקיומו של ממשל תקין ונקי משחיתות.²⁰²

האיסור הפלילי הרלוונטי לענייננו הוא איסור הפרה של חובת אמון מקצועית, הקבוע בחוק העונשין, בפרק העוסק בעברות בתפקיד (סעיף 3). הוא חל על **כל אדם** (ולא רק על עובד ציבור) המגלה מידע בניגוד לחובת סודיות שמקורה בחוק. מעשה כזה, אם אינו עניש לפי נורמה פלילית ספציפית אחרת, דינו שנת מאסר. גילוי בהקשר זה יכול להתבצע במסירת המידע ותו לא (אין דרישה לגילוי ברבים). האיסור חל גם בחלופה של שימוש במידע בניגוד לחובת סודיות (לדוגמה, עשיית פעולה כלכלית על סמך המידע). יודגש שמדובר בהפרה של חובת סודיות על פי דין.²⁰³ דוגמות לחובה שכזו הן חובת הסודיות, שקובע כאמור חוק הסודיות מ-1980 לגבי עובדי ציבור, וחובת הסודיות שמטילים חוקים על עובדים של בתי חולים בתחום הרפואה הפרטית או על אנשי פרלמנט (כגון חברי ועדת חוץ). הפרתה של חובת סודיות שאינה נובעת מן הדין, כגון חובת סודיות הקבועה בהסכם עבודה, אינה יכולה להוביל לאחריות פלילית לפי האיסור, אלא רק לתביעה אזרחית. האיסור הוא שיורי: הוא חל רק במקום שהמעשה אינו מצמיח אחריות פלילית לפי איסור ספציפי יותר.²⁰⁴ הווה אומר, כאשר כתוצאה מתוכן המידע

201 דרישת הנזק מעידה, לפי ניסוחה, אם הכלל באותו תחום הוא סודיות או שקיפות. לדוגמה, לגבי מידע בעניינים פרטיים מובהקים (כגון מידע המצוי בידי רשויות הרווחה) נאמר שתחול עליו סודיות, אלא אם כן ניכר באופן ברור שניתן לגלות את המידע מבלי לפגוע בפרט או באדם קרוב אליו.

202 סגל, **לעיל** הערה 144, עמ' 90-91.

203 האיסור בסעיף 3 תוקן ב-1980. באיסור הקודם נאסר על עובד ציבור לגלות את מה "שמחובתו לשמור בסוד", מבלי לפרט מה מקור החובה.

204 לדוגמה, פרק 19 לחוק העונשין השבדי (עברות נגד ביטחון המדינה); סעיף 14 אוסר מעשי ניסיון, קשר וכיו' לביצוע מעשי בגידה, ריגול ועוד, והוא מונה בַּגְדָּרְם גם מעשה בלתי מוסמך במידע סודי שנעשה במודע או ברשלנות.

הנמסר בהפרת אמון נפגע ערך חברתי המוגן ממילא בהוראה עונשית אחרת, אין חובת האמון נתפסת כראויה להגנה מיוחדת (הפגיעה "נבלעת" בתוך הפגיעה הדומיננטית יותר, שהיא בערך המוגן מסוג ביטחון המדינה, צנעת הפרט וכו'). רק כאשר אין המעשה מהווה פגיעה אסורה בערך מוגן נוסף, יופעל האיסור לגבי הפרה של חובת אמון מקצועית.

החוק השבדי מציג תפיסה מעניינת לגבי חשיבותן הרבה של חובות אמון כלפי הציבור לא רק ביחס לשירות הציבורי (ולכן האיסור אינו מיוחד לעובדי ציבור),²⁰⁵ אלא גם ביחס למקצועות או לתפקידים חיוניים אחרים בראי החברה. כל זאת, תוך שמירה על מידה ראויה הן במובן זה שמדובר בעברה קלה יחסית (לפי ההקשר החקיקתי והעונש) והן במובן זה שאכיפת האיסור תיעשה רק באופן שיורי, במקום שהמעשה אינו מכונן עברה אחרת המגנה על ערך חברתי מובהק יותר. למותר לציין שעל פי הנחות אלו, בצד המסורת השבדית בדבר חופש מידע ושקיפות, אין באיסור על הפרה של חובת אמון מקצועית הגנה מיוחדת על המדינה או על השירות הציבורי. האיסור השבדי אינו כולל הגנת אינטרס ציבורי, אך הוא אינו אוסר גילוי כל מידע שהושג מכוח התפקיד אלא רק גילוי בניגוד לחובת סודיות על פי דין. בדרך כלל, קביעה של חובת סודיות בחקיקה נעשית מלכתחילה תוך איזון בין ערכים מתנגשים וקביעת חריגים. כמו כן, לגבי מידע רשמי קובע הדין מלכתחילה את חובת השקיפות ככלל ואת הסודיות כחריג.

ד. הדין האמריקני: חופש מידע ושיטת הסיווג

הדין האמריקני יוצא מהנחת יסוד שחופש מידע וחופש ביטוי הם עקרונות חיוניים וכלים שלובים. יפים לכך דברי הנשיא האמריקני ג'יימס מדיסון (Madison), אשר היה ממונה על הוועדה שניסחה את התיקון הראשון לחוקה האמריקנית (חופש דת, חופש ביטוי וחופש התאספות):

Knowledge will forever govern ignorance, and a people who mean to be their own governors, must arm themselves with

205 בטרם תוקן סעיף 3 (האיסור), הוא חל על גילוי מידע (או שימוש במידע) בהפרת חובה מצד עובדי ציבור בלבד, וקבע עונשים של השעיה או פיטורין, ורק בנסיבות חריגות – מאסר מרבי של שנה. השעיה ופיטורין הם עונשים בעלי אופי משמעתני, ועל כן נראה שבאותה עת שימש חוק העונשין גם לטיפול משמעתני. אינדיקציה לכך היא שפרק 32 לחוק העונשין קבע עונשים לעובדי ציבור ועונשים משמעתניים לאנשי צבא. ב-1980 הוחלף האיסור באיסור הנוכחי, וב-1986 בוטל פרק 32.

the power knowledge gives. A popular government without popular information or the means of acquiring it is but a prologue to a farce or a tragedy, or perhaps both.²⁰⁶

מכאן ניתן לעמוד על נקודת המוצא של הדין האמריקני, הנעוצה בתפיסה החוקתית האמריקנית שחופש ביטוי ועיתונות חופשית הכרחיים לממשל עצמי. לכן, חופש הביטוי נתפס כזכות העילאית ביותר בשיטה האמריקנית. בהתאם לכך הדגיש בית המשפט העליון של ארצות הברית את מקומו של התיקון הראשון בהגנה על שני עקרונות יסוד: הזכות לביטוי, בעיקר בעניינים שבאינטרס ציבורי, אך גם זכות הציבור לדעת, שהיא זכות השומע.²⁰⁷ באשר לעיקרון הראשון נקבע שעל ביטויים אלו ישנה הגנה חוקתית חזקה ביותר בשל ההכרח לאפשר במשטר דמוקרטי ביקורת חופשית על השלטון. לאור שיקול זה נקבע שההגנה החוקתית על ביטוי בעל עניין ציבורי חלה אף במישור המשפט האזרחי, והיא מגבילה את זכותם של פקידי ציבור לקבל פיצוי בגין פגיעה בשם הטוב, גם אם הביקורת על תפקודם הציבורי נסמכת על עובדות שגויות או בלתי מדויקות.²⁰⁸ העמדה העקרונית המתוארת אינה

Letter sent from Madison to W.T. Barry, 4th August 1822, in Padover, S. K. 206
(ed.), **The Complete Madison**, New York: Harper, 1953, p. 377

207 ובכל זאת, במישור החוקתי קיים הבדל בין הזכות לחופש הביטוי לבין הזכות לקבלת מידע ציבורי. בעבר נטען שמן הזכות החוקתית לחופש העיתונות (הנגזרת מחופש הביטוי) משתמעת הזכות לאסוף מידע, ובאופן זה הסיק בית המשפט שאין מקום לנהל משפט פלילי בדלתיים סגורות (**Richmond Newspapers Inc. v. Virginia**, 448 U.S. 555 [1980]), אך מקובלת הדעה שזכות הגישה למידע ציבורי אינה בעלת אופי חוקתי, אלא נובעת מן המשפט המקובל. ההשלכה של עמדה פרשנית זו היא שהעיתונאי מוגבל אף הוא, ככל אדם, בנגישות לחומר לפי המגבלות בחוק, ואין לו זכות לקבלת מידע שלא הותר לפרסום כדין. סקירה קצרה בעניין זה ואזכור פסיקה בעניין הדעות השונות מוזכרת באנציקלופדיה 37A **Am Jur 2nd**, pp. 30-31

208 **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964). איש ציבור שתפקידו כלל פיקוח על המשטרה בעיר מסוימת הגיש תביעת דיבה נגד עיתון אשר פרסם מודעה המוקיעה את התנהגות המשטרה כלפי פעילי זכויות אדם על רקע מאבקם של השחורים לשוויון זכויות. העיתון חויב בפיצויים כבדים בגין לשון הרע עקב טעויות ואי-דיוקים עובדתיים. בית המשפט העליון הדגיש שדין בעניינים ציבוריים צריך להיות רחב ונטול עכבות, ושהוא עלול לכלול התקפות בלתי נעימות על הממשלה ועל פקידי הציבור. יש לתת לזכות "מרחב נשימה", המביא בחשבון אפשרות לניצול לרעה; במקרה של חופש הביטוי יש להביא בחשבון אמירות כוזבות וגוזמאות. לפיכך נקבע שהערובות החוקתיות מחייבות כלל פדרלי שיאסור מתן פיצויים לפקיד ציבור בגין דיבה שקרית הנוגעת לתפקודו הציבורי, אלא אם יוכיח שהאמירה הכוזבת נעשתה בידועין או מתוך אדישות לשאלת אמתותה (with actual malice). חלק מן

מובילה בהכרח לממשלה פתוחה, אולם עדיין חשוב להבינה כמאפיין חשוב של האקלים החברתי והמשפטי שבו נבחנת הגבלה פלילית על מסירת מידע מצד עובדי ציבור בארצות הברית.

היבט חוקתי נוסף של הסודיות הממשלתית בארצות הברית מגולם בתפיסה שגבולותיה הם תוצאה של יחסי הכוחות בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת. הקונפליקט בשאלת היקפה של סודיות הממשל מבטא את המאבק בין הקונגרס, הנזקק במיוחד למידע על אודות התנהלות הרשות המבצעת לשם יכולת השתתפות רחבה בדיון הציבורי ופיקוח על הרשות המבצעת, לבין הנשיא והממסד הממשלתי, המבקשים חיסיון לאור צרכים כמו הביטחון הלאומי וקבלת החלטות יעילה.²⁰⁹

איסורים פליליים בדבר גילוי מידע רשמי מצד עובדי ציבור

במסגרת הוראות הדין הפלילי הפדרלי קיימים איסורים שונים בדבר גילוי מידע מצד עובד ציבור בהקשרים קונקרטיים. אין בהם שום איסור מקביל בתוכנו להוראת סעיף 117, האוסר כל גילוי מידע בלתי מוסמך מצד עובד ציבור. ממצא זה מתיישב עם ההנחה שבשיטה המבוססת על חופש ביטוי כעיקרון חוקתי לא יימצא איסור פלילי גורף לגבי מסירת מידע רשמי ככזה. הוראות הדנות במישרין במסירת מידע מצד עובדי ציבור כלולות בפרק על **עברות של בעלי תפקיד בשירות הציבורי**, והרלוונטי ביותר לענייננו הוא האיסור הכללי של גילוי מידע שהושג באמון (מידע קונפידנציאלי).²¹⁰ מדובר באיסור גילוי מידע שהושג מתוקף התפקיד והנוגע לסודות מסחר או לידע תעשייתי או עסקי של הפרט. הערך המוגן באיסור הוא בעל אופי כלכלי. גילויים כאלו פוגעים, מטבעם, בזכות הקניין של הפרט ובזכותו

השופטים הציגו הנמקה רדיקלית יותר, ולפיה גם זדון אינו מצדיק הטלת סנקציות בגין השמעת ביקורת בעניינים ציבוריים, שכן זהו מושג חמקמק שאינו מעניק לחופש הביטוי והעיתונות את ההגנה החזקה המתחייבת ממעמדה החוקתי.

D.N. Hoffman, **Governmental Secrecy and the Founding Fathers: A Study** 209 **in Constitutional Controls**, Westport, Conn.: Greenwood Press, 1981 בישראל

מגולם מתח זה בחוק יסוד: הממשלה; סעיף 42 מטיל על הממשלה חובה למסור מידע לכנסת ולוועדותיה, וסעיף 35 קובע חובת סודיות רחבה לגבי דיוני הממשלה וועדותיה.

18 U.S.C. § 1905; ראו גם האיסור בדבר "Disclosure of crop information speculation thereon" לגבי נושא משרה ציבורית המוסר מידע הנוגע למחירה של תוצרת חקלאית מקומית והעשוי להשפיע על מחיר השוק שלה, או המספסר במידע שכזה (1902 §). זו עברה מוגבלת עוד יותר, ועונשה עשוי להגיע לעשר שנות מאסר.

לפרטיות, ואין חולק על הצורך העקרוני להגבילם. האמצעי הנקט אינו חריף מדי, שכן האיסור עצמו מצומצם מבחינת סוג המידע האסור בגילוי, והוא מטיל עונש מרבי של שנת מאסר והעברה מן התפקיד.²¹¹ בהקשר **פגיעה ביחסי חוץ**, נאסר על אדם המועסק על ידי ארצות הברית לגלות מידע הנוגע לצופן רשמי דיפלומטי או לתשדורות דיפלומטיות של מדינה זרה.²¹² במסגרת העברות לגבי **פעילות חתרנית**, יש עברה חמורה האוסרת על נושא משרה ממשלתי או על עובד ממשלתי לגלות גילוי בלתי מוסמך של מידע מסווג משיקולי ביטחון המדינה לסוכן או לנציג של מדינה זרה.²¹³ העושה צפוי לעונש מרבי של עשר שנות מאסר ויהא מנוע מלהחזיק במשרה ממשלתית. עברה זו נחקקה לראשונה בימי המלחמה הקרה ואסרה מפורשות על מסירת מידע כאמור לארגונים קומוניסטיים או לסוכניהם.

בכל האיסורים הנזכרים נאסר גילוי מידע רשמי מצד עובדי ציבור, לרוב עובדי מדינה, בהקשרים ספציפיים, לפי סוג המידע או גם לפי הנסיבות (מקבל המידע, למשל). לא נאסר גילוי מידע רשמי באשר הוא. לא נעשה באיסורים הללו שימוש ניכר להגבלת מסירה של מידע רשמי על ידי עובדי ציבור.

עברות הריגול, שיטת הסיווג וצנזורה פוליטית

מקור עברות הריגול בחוק הריגול הפדרלי מ-1917, אשר נועד להגן על האומה מפני ריגול בעת מלחמה. בזמן חקיקתו, עמד לנגד עיני המחוקק האמריקני המודל של חוק הסודות הרשמיים האנגלי, אולם הוא לא הלך בעקבותיו, אף שהחקיקה נעשתה על רקע מלחמת העולם הראשונה. שלא כמו חוק הסודות הרשמיים האנגלי, הוגבלו הוראות חוק הריגול האמריקני למידע הנוגע לביטחון לאומי תוך דרישת מחשבה פלילית.²¹⁴ ניסיונות של משרד המשפטים לקדם תיקון של החוק, בנימוק שהדבר דרוש לשם שיפור ישימותו,

211 יצוין שבארצות הברית ביצוע עברה פלילית אינו מצדיק פיטורים, אלא אם כן נמצא קשר הכרחי (vital nexus) בין טיב המעשה לבין מהות התפקיד. ראו **Phillips v. Bergland**, 586 F. 2d 1007 (4th circuit, 1978)

18 U.S.C. § 952

212 50 U.S.C. § 783(a). מידע מסווג מוגדר באיסור כמידע שסווג ככזה על ידי הנשיא או באישורו. בהמשך יוסבר בקצרה על שיטת הסיווג.

214 L.B. Boudin, "The Ellsberg Case: Citizen Disclosure", in: T.M. Franck and E. Weisband (eds.), **Secrecy and Foreign Policy**, New York: Oxford University Press, 1974, 291, pp. 296-303

נתקלו בהתנגדות מצד הקונגרס בשל החשש מאיסורים עמומים ורחבים יתר על המידה שיאפשרו שימוש לרעה בידי הרשות המבצעת. כדי לצמצם את תחולת העבירות ולהדגיש את זכות הציבור לדעת את האמת בסוגיות ציבוריות, נכללה בעבירות הקלות יותר (מסירת מידע לידי גורמים שאינם סוכני אויב, כלומר לא בתוך "הגרעין הקשה" של עבירות הריגול) דרישה מפורשת לביצוע המעשה "בזדון" (willfully).²¹⁵ ניסיונות מאוחרים מצד הממשלה לתקן את נוסח החוק כך שדרישה זו תבוטל, נכשלו, ודרישה זו נשמרה גם כאשר תוקן החוק על רקע המלחמה הקרה. בית המשפט מצדו הסתמך על דרישת היסוד הנפשי בדחותו עתירות שבהן נטען שהגבלה על גילוי מידע על פי הקריטריון העמום והרחב של נגיעה לביטחון המדינה נוגדת את התיקון הראשון לחוקה.²¹⁶ מכל אלה ניתן ללמוד על תהליך חקיקתי זהיר למדי, המעיד על מודעותו של המחוקק האמריקני לצורך בריסון הרשות המבצעת ובהגנה על חופש המידע.²¹⁷ איסורים בדבר מסירת מידע נקבעו באופן מבוקר ומחושב. אלא שגם איסורים זהירים עשויים לשמש, בנסיבות המתאימות, להגבלת גילויים חשובים, כפי שנראה בהמשך.

עבירות הריגול חלות על כל אדם, ולא דווקא על עובדי ציבור. הדגש הוא בהעברת מידע בעל פוטנציאל מסוכן, לפי תוכנו, לאינטרסים הביטחוניים של המדינה. מבין עבירות הריגול, האיסור הכללי ביותר מבחינת תוכן המידע הוא איסור מסירת **מידע ביטחוני** (defense information), שדינו עשר שנות מאסר.²¹⁸ האיסור חל, בין היתר, על דבר מסירת מידע הנוגע לביטחון הלאומי לידי אדם בלתי מוסמך לקבלתו, כאשר המסירה נעשית willfully, ולעושה

215 כך תורגם המושג לעברית בע"פ 97/68 **סויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כב (2) 759 (בקשר של סעיף 214 לפח"פ – עברת הרצח); קיימת מחלוקת בפסיקה האמריקנית לגבי פרשנות המושג willfully וצירוף הביטויים knowingly and willfully; יש הרואים בכך רכיב מחמיר בעל גוון של מרמה, ויש המסתפקים ברשלנות גסה או אדישות, והכול בכפוף להקשר שבו מופיעים הביטויים (ראו הערה בנושא בע"פ 91/5734 **מ"י נ' לאומי ושות' בנק להשקעות**, פ"ד מט (2) 4). בהקשר של עבירות הריגול המושג פורש כחוסר תום לב, ראו להלן.

216 **Gorin v. United States**, 312 U.S. 19 (1941), לגבי עברה לפי סעיף 794; **United States v. Truong Dinh Hung**, 629 F2d 908 (1980), pp. 918-919, לגבי עברה לפי סעיף 793.

217 אין משמע שלא נגרמו הפרות בלתי מוצדקות של זכויות אדם גם לפי חוק הריגול האמריקני, המתון יחסית לזה האנגלי, או שהאיסורים שנקבעו בו לא עברו את גבול המידה הנדרשת. לסקירה תמציתית של הליכי חקיקתו של חוק הריגול והניסיונות להחמירו ראו אצל Brennan, *supra* note 93, pp. 15-16.

218 18 U.S.C. § 793

יש יסוד להאמין שהמידע עלול לשמש לרעת המדינה או לטובת מדינה זרה. בית המשפט פירש את הצטרפות שתי הדרישות האחרונות (זדון ויסוד סביר להבנת טיבו המסוכן של המידע) כדרישה לפעולה בחוסר תום לב, המתבטא בפעולה (מסירה) מודעת ורצונית (משמע, אין די ביסוד נפשי של רשלנות כדי להקים אחריות פלילית בעֲבֵרָה זו).²¹⁹ אחת מחלופות האיסור מתייחסת במישרין לעושה המחזיק במידע מכוח סמכות כדין.

עברה אחרת, "איסור גילוי מידע מסווג",²²⁰ חלה על מי שמוסר ביודעין ובזדון (knowingly and willfully) מידע מסווג הקשור מבחינת תוכנו או אופן השגתו בהצפנות או בתקשורת מודיעינית, לידי אדם בלתי מוסמך (למעט ועדה של בית הנבחרים). מידע מסווג מוגדר באיסור כמידע אשר בזמן המעשה יועד מפורשות על ידי סוכנות ממשלתית להפצה מוגבלת או כמידע שהפצתו אסורה מסיבות של ביטחון לאומי. העונש הקבוע על המעשה עומד על עשר שנות מאסר. עֲבֵרָה זו חלה גם על מי שמפרסם את המידע או משתמש בו באופן הנוגד את ביטחונה של ארצות הברית או אינטרס שלה או לתועלת ממשלה זרה ולרעת ארצות הברית.

תכליתה של שיטת הסיווג היא להגביל הפצה של מידע רשמי לשם הגנה על אינטרסים של ביטחון לאומי או מדיניות חוץ.²²¹ הגורם המוסמך לסיווג המידע הוא הרשות המבצעת (הנשיא וגורמים מוסמכים מטעמו, כגון הסוכנויות לשירותים חשאיים), אם כי החלטתה נתונה לביקורת שיפוטית. בעֲבֵרָות שבהן אסורה מסירת מידע מסווג כלשהו, עצם הסיווג מגבש את הנסיבה "מידע מסווג". השגות של הנאשם לגבי צדקת סיווגו של המידע מלכתחילה אינן מעלות או מורידות לעניין זה.²²² הבעייתיות בכך היא שלגבי

219 The **Truong** case, *supra* note 216, p. 919. על סמך זה נדחתה הטענה שמדובר באיסור רחב מדי, ועל כן בלתי חוקתי.

220 18 U.S.C. § 798

221 שלוש קטגוריות הסיווג מנויות ב-Executive Order 12356. בצו מצוין מפורשות שאין לסווג מידע למטרת חיפוי על הפרות חוק, על חוסר יעילות או על טעויות מנהליות וכן לא למטרות כגון מניעת מבוכה מאדם, מארגון או מְשֻׁוֹת. על שיטת הסיווג האמריקנית ראו למשל את מאמרו של חבר הקונגרס האמריקני, W.S. Moorhead, "Operation and Reform of the Classification System in the United States", in: **Secrecy and Foreign Policy**, T.M. Franck & E. Weisband (eds.), New York: Oxford University Press, 1974, pp. 11-87

222 **United States v. Boyce**, 594 F2d 1246 (1979), p. 1251. זאת, בשונה מהעלאת השגות לגבי צדקת הסיווג במסגרת עתירה נגד חיסוי המידע. במסגרת עתירות אלו מוסמך בית המשפט לברר בדלתיים סגורות מהו סוג המידע, אם סווג כדין, ואם

איסורים אלו מופקע מבית המשפט שיקול הדעת לגבי הערכת המידע שבו עסקינן לפי מבחן מהותי. עליו להסתפק במבחן הפורמלי של עצם סיווג המידע, אף כי ייתכן שהסיווג נעשה משיקולים פוליטיים ובלתי ראויים. התוצאה עלולה להיות הרשעה פלילית ללא הצדקה עניינית. עם זאת, יש לזכור שהדין האמריקני אינו אוסר מסירת מידע מסווג גרדא, כזכה, אלא מציב דרישות נוספות, ויש בכך כדי להפחית מן הסכנה האמורה. כאשר האיסור אינו מתייחס במפורש למידע מסווג דווקא – כגון איסור מסירת מידע **ביטחוני** – אפשר להתייחס לסיווגו של המסמך כאל אינדיקציה ראייתית לכך שגילוייו בחוסר סמכות עלול לפגוע בביטחון המדינה, אך לא די בעובדה זו כדי לבסס אפשרות לפגיעה בביטחון המדינה, ואין מעניקים לה משקל רב מדי.²²³

האיסור על מסירת מידע מסווג (במסגרת עברות הריגול) אינו חל על כל מידע מסווג באשר הוא, אלא רק על מידע מסווג משיקולי ביטחון לאומי הנוגע להצפנות ולתשדורות מודיעיניות (או הושג באמצעותן). נעשה ניסיון לחוקק לצדו, במסגרת עברות הריגול, איסור נוסף שיחול על גילוי כל מידע מסווג אשר הושג על ידי אדם כתוצאה מגישתו למידע כבעל תפקיד בשירות הציבורי, לידי אדם שאינו מורשה בגישה למידע (למעט גילוי כלפי שופט פדרלי, חבר קונגרס או ועדת קונגרס).²²⁴ למעשה, היה זה ניסיון לחוקק חוק סודות רשמיים אמריקני, בדומה לחקיקה האנגלית (והישראלית). התיקון אושר על ידי בית הנבחרים, אך הנשיא קלינטון הטיל עליו וטו, בטענה שהוא מסכן את חופש הביטוי. לא היה זה הניסיון היחיד ליצור בארצות הברית חוק סודות רשמיים. ניסיון מסוג אחר נעשה על ידי התביעה הכללית, אשר ביקשה מבית המשפט בכמה הזדמנויות להרשיע נאשמים שמסרו מידע מסווג, בעברה של **גנבה מן המדינה**. העברה אוסרת על אדם להעביר לשימוש או למכור לאחר ללא סמכות כדין כל דבר בעל ערך לארצות הברית.²²⁵

קיים קשר תוכני בין המידע לבין סיבת הפטור הנטענת. גם אז, בית המשפט עדיין נסמך רבות על חוות הדעת של הרשות בעניין הערכת החומר.

The *Truong* case, *supra* note 216, p. 168 223

303 of the Fiscal Year 2001 intelligence Authorization Act 224
בדברי ההסבר לאיסור המוצע נאמר שהוא יוצר בסיס חוקי לאישום בגין גילויים מודעים ומכוונים של מידע לאנשים בלתי מוסמכים לקבלתו, וכי יש בכך כדי "לסגור את הפער" בחוק הקיים לגבי גילוי בלתי מוסמך של מידע מסווג (היה אמור להשתלב כסעיף 798A). העונש המוצע עמד על שלוש שנות מאסר.

18 U.S.C. § 641 225

המדינה טענה שניתן להחיל אותה גם על מסירת מידע מסווג בחוסר סמכות (כך שהמידע הוא "דבר בעל ערך" מעצם סיווגו). קבלת הטענה יוצרת, בדרך של חקיקה שיפוטית, איסור מסירת מידע מסווג בחוסר סמכות, ללא הגבלות בראי תוכן המידע. עד כה נמנע בית המשפט מתוצאה זו.

יש להניח שנעשה לא אחת שימוש בשיטת הסיווג לשם הטלת צנזורה משיקולים בלתי ענייניים. "קפיצת מדרגה" בפרקטיקה פסולה זו נעשתה כאשר הממשל האמריקני השתמש בעברות הריגול כדי להשתיק עובד ציבור אשר ביקש להביא לידיעת הציבור מידע רשמי חשוב שסווג שלא כדין. הפרשה שבה מדובר ידועה בשם **מסמכי הפנטגון** (The Pentagon Papers). בפרשה זו חשף עובד בשירות המדינה מידע מסווג בסיווג "סודי ביותר" באמצעות העיתונות, במהלך מלחמת וייטנאם. ב-1969, על רקע ויכוח ציבורי נוקב ושסע חברתי חמור בדבר המשך המלחמה, התבקש ד"ר דניאל אלסברג (Ellsberg), עובד משרד ההגנה, לבחון עבודת מחקר מקיפה לגבי המעורבות האמריקנית בווייטנאם אשר נעשתה בהזמנת משרד ההגנה לצורך הפקת לקחים מן המלחמה. לאחר קריאת המחקר הגיע אלסברג למסקנה שהוא חושף מניפולציות של הממשל בדעת הקהל ובדעת הקונגרס. לפיכך סבר שקיים הכרח להעבירו לידי הקונגרס, כדי שזה יחשפו בפני הציבור ויאפשר דיון ציבורי שיביא להפסקת המלחמה.²²⁶ אלסברג צילם את המסמכים (בעזרתם של שני אחרים, אשר אחד מהם הועמד עמו לדין כנאשם משני) והעבירם לידי סנטור פולברייט (Fulbright), שעמד בראש ועדת הסנאט לקשרי חוץ. בעקבות זאת דרש האחרון ממשרד החוץ לחשוף את המסמכים בפניו, אך נענה בשלילה. משנחסמה האפשרות לפנות אל הציבור דרך הקונגרס, שלח אלסברג עותקים מן המחקר לכמה עיתונים מובילים.

226 אלסברג מתאר בפרוטרוט כיצד הבשילה בו ההכרה שאין מנוס מגילוי החומר לידי הקונגרס, ובסופו של דבר לידי העיתונות, בספרו: D. Ellsberg, **Secrets: A Memoir of Vietnam and the Pentagon Papers**, New York: Viking, 2002 (**hereinafter: Ellsberg**). ציון הדרך המשמעותי, מבחינתו, הייתה הדלפת מידע מכוונת לעיתון **NY Times** מצד גורם בלתי ידוע בדבר דרישה לגיוס כמאתיים אלף חיילים נוספים לווייטנאם, על רקע הסלמה במלחמה ושמעות על אפשרות לשימוש בנשק גרעיני לשם הגנה על הכוחות הלוחמים וסיום הסכסוך. הדלפה זו חיזקה את האופוזיציה למדיניותו של הנשיא ג'ונסון (המשך המלחמה והעמקתה), אולם לא נראה היה שיש בכוחה של האופוזיציה לעצור אותו על בסיס מידע זה בלבד. לדברי אלסברג, הדלפה זו של מידע מסווג ושמור ביותר פתחה את עיניו לראשונה לאחריותו כאזרח, והביאה אותו לשקול הדלפה של החומר לקונגרס (p. 204).

המדינה הגישה בקשה לצו מניעה נגד פרסום המסמכים בעיתונות. במקביל, הוגש כתב אישום נגד אלסברג (ושותפו) בכמה עברות אשר המרכזית שבהן היא מסירת מידע **ביטחוני** (לא ניתן היה להאשים את אלסברג בעברה של מסירת מידע מסווג, שכן המידע הנמסר, אף שהיה מסווג משיקולים ביטחוניים, לא הושג באמצעות הצפנות או תקשורת מודיעינית). נוכח הרגישות המיוחדת למעמדו החוקתי של חופש העיתונות, ביקשה המדינה להימנע מנקיטת הליכים פליליים נגד העיתונים. לפיכך נמנעה מאישומו של אלסברג בעצם מסירת המידע לעיתון, ובחרה בחלופה של חשיפת המידע בפני הגורמים הבלתי מוסמכים שסייעו בהכנת העותקים. בנוסף לעברה של מסירת מידע ביטחוני, הואשם אלסברג בגנבת רכוש ממשלתי (עברת הגנבה מן המדינה) ובקשירת קשר לשלול מן המדינה פונקציה ממשלתית (שליטה בגילוי מידע מסווג). ב-1973 בוטלו האישומים בעקבות פריצה למשרד הפסיכיאטר של אלסברג, אשר בוצעה כנראה על ידי אנשי השירות החשאי מטעמו של הנשיא ניקסון, במטרה לאתר ראיות מרשיעות כנגדו.

האישום בעברת הגנבה היה תקדימי בנסיבות המקרה שבו עסקינן, דהיינו לגבי מידע ממשלתי שאינו בעל ערך מסחרי. שנים אחדות לאחר פרשת **מסמכי הפנטגון**, הרשיעו בתי משפט פדרליים בעברה זו נאשמים אשר צילמו מסמכים מסווגים של סוכנויות ממשלתיות (שלא התייחסו למידע כלכלי דווקא) ונטלו עמם את הצילומים. ההרשעה לא התבססה על מהותו של המידע אלא על כך שהנייר ומכונת הצילום הם רכוש פדרלי. בדרך זו ייתרה ההכרעה את הדיון בטענת המדינה שחשיפת המידע מהווה כשלעצמה גנבה, משום שהיא מונעת מן המדינה את זכות החזקה הייחודית במידע.²²⁷

במקרים אחרים השתמשו בתי המשפט בכלים פרוצדורליים להימנע מדיון בשאלה לגופה.²²⁸ הרתיעה של בתי המשפט נובעת מן החשש ליצור "אפקט

227 לסקירה של מקרים בולטים ראו אצל אי' לדרמן, "גניבת מידע בעל ערך כלכלי", ר' גביזון ומ' קרמיצר (עורכים), **גבורות לשמעון אגרנט**, ירושלים: בורסי, תשמ"ז, 303, מעמ' 316 ואילך.

228 כך נעשה בפרשות **Boyce** (supra note 222) וכן **Truong** (supra note 216). בפרשת **Truong** התעקש השופט וינטר (Winter), בדעת מיעוט, להכריע בשאלה. הוא קבע שעקרונית ניתן להחיל את איסור הגנבה על גילוי בלתי מוסמך של מידע מסווג בנסיבות מסוימות, ואין בכך עמימות גדולה מדי מבחינה חוקתית, שכן הכללים החלים על גילוי מידע מסווג מפורטים וספציפיים. ברם אפשרות זו נשללת לנוכח האיסורים הקיימים, שמהם עולה שהמחוקק אסר מסירת מידע מסווג רק במקרים מצומצמים ביותר. בהינתן הוויכוח הנמשך בשאלה והשלכותיה החוקתיות, קבע, אין להרחיב את האיסור ולהחילו על גילוי מידע ממשלתי מסווג על דרך של פרשנות שיפוטית.

מצנן" על גילויי מידע מצד עובדי ציבור, ובכך להגביל את חופש הביטוי ואת חופש העיתונות הגבלה ניכרת, בסתירה למעמדם החוקתי הרם. פסק הדין המפורסם בפרשת מסמכי הפנטגון, **New York Times Co. v. United States**,²²⁹ ניתן בהליך אזרחי שבו עתרה המדינה להוצאת צו מניעה נגד הפרסום. זהו אחד מפסקי הדין המרכזיים בארצות הברית לגבי היחס בין חופש העיתונות (ולמעשה, זכות הציבור לדעת) לבין הסמכות השלטונית למנוע מידע מסווג מן הציבור. נקודת המוצא האמריקנית היא שמניעה מוקדמת (prior restraint) של ביטוי – דוגמת צנזורה או צו מניעה נגד פרסום – מהווה הגבלה מוגזמת ובלתי חוקתית על חופש הביטוי;²³⁰ מקובל לומר שאם לענישה מאוחרת על ביטוי יש "אפקט מצנן", אזי למניעה מוקדמת שלו יש "אפקט מקפיא", משום שהיא כלל אינה מאפשרת אותו. טענתה המרכזית של המדינה בבקשת צו המניעה הייתה שמול הזכות החוקתית לחופש ביטוי ניצבות סמכויות חוקתיות של הנשיא כממונה על ענייני החוץ וכמפקד הצבא, אשר מהן צומחת, באופן טבעי, סמכותו לדרוש מבית המשפט לעצור פרסומים בשם ביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה. בית המשפט העליון דחה טענות אלו בנימוק שהן עלולות לפגוע קשות בעיקרון החוקתי של חופש הביטוי. העיקרון שנקבע בפסק הדין הוא שמניעת פרסום מידע ביטחוני מסווג היא חוקתית, רק אם הפרסום עלול לגרום נזק ישיר מידי ובלתי הפיך למדינה או לשלום הציבור.

השופט בלאק (Black), הידוע בעמדותיו הנחרצות בזכות חופש הביטוי, חזר על הקביעה שהגנה על חופש הביטוי נחוצה אף היא משיקולי טובת המדינה, שכן חופש הביטוי מאפשר את השגתם של שינויים בדרכי שלום, ובכך מגן על יציבות המשטר. ההיסטוריה של התיקון הראשון ולשונו מצביעות על שאיפתם של האבות המייסדים להעניק לעיתונות את ההגנה הדרושה למילוי תפקידה המרכזי בדמוקרטיה. העיתונות נועדה לשרת את הנשלטים ולא את השלטון "The press was to serve the governed, not the governors", ורק עיתונות חופשית תוכל לחשוף שחיתויות ומרמה בשלטון באופן יעיל. לפיכך ביקש אף לשבח את העיתונות על שמילאה במעשיה את חובתה למנוע מן הממשלה להונות את הציבור ולשלוח אותו למות במחוזות נידחים. השופט דאגלאס (Douglas) הוסיף שהעברה של

403 U.S. 713 (1971) 229

230 ולכן מניעה מוקדמת תותר רק במקרים חריגים ביותר – **Near v. Minnesota**, 283 U.S. 697 (1931)

מסירת מידע ביטחוני אינה חלה על העיתונות, שכן המושג "מסירה" אינו כולל פרסום, משיקולים פרשניים שונים. הוא הזכיר שהתיקון הראשון אומץ בשעתו על רקע פרקטיקה רחבה של שימוש שעשתה הממשלה הבריטית בדיני ההסתה כדי להעניש על מסירת מידע המביך את השלטונות. סודיות ממשלתית היא באופן בסיסי בלתי דמוקרטית, כך טען, שכן היא מנציחה טעויות ביורוקרטיות. השופט סטיוארט (Stewart) הציג עמדה מתונה יותר, המכירה בכך שבנוסף להיזקקות לעיתונות חופשית נדרשת גם סודיות ממשלתית לצורכי דיפלומטיה וביטחון. לדבריו, יש ליישב את המתח באמצעות הפעלה קפדנית של שיקול הדעת השלטוני בהטלת חיסוי. העיקרון הראשון שלפיו יש לפעול הוא הימנעות מסודיות לשם סודיות גרדא; סודיות יעילה צריכה להסתמך על גילוי מרבי, מתוך הכרה שניתן לשמור על סודיות רק כאשר נשמרת אמינות:

For when everything is classified, then nothing is classified, and the system becomes one to be disregarded by the cynical or the careless, and to be manipulated by those intent on self-protection or self-promotion.

הגנת אינטרס ציבורי וחוק חופש המידע

פרשת **מסמכי הפנטגון** ממחישה שוב את הטענה המרכזית בדבר נטיית המדינה למנוע מידע חשוב מן הציבור מתוך שיקולים פוליטיים. אילולא היו ההליכים הפליליים נגד אלסברג מגיעים לקצם כפי שהגיעו באותה פרשה, אין לדעת כיצד היה מוכרע עניינו בבית המשפט. עם השנים נחקק בארצות הברית חוק להגנה על עובד ציבור המוסר מידע בנוגע להפרות חוק או חריגות ממנהל תקין בשירות הציבורי הפדרלי. ברם חוק זה ממילא אינו חל על גילוי מידע המהווה עברה פלילית או על גילוי מידע שסווג כדין בצו ממשלתי.²³¹ לפיכך נראה שגם אלסברג לא יכול להיושע מהגנה זו, אילו הייתה קיימת בחוק בעת שהתנהל ההליך נגדו. באין סייג של הגנת אינטרס ציבורי בדין הפלילי, הפתרון היחיד שעמד בפניו היה לטעון שהמידע שחשף אינו מסכן את ביטחון המדינה או את יחסי החוץ שלה. אף שצדקתה של הטענה אינה מוטלת בספק כיום, אין לדעת אם הייתה מתקבלת על ידי בית

231 U.S.C. § 2302(b)(8). להרחבה על החוק ראו בפרק על הגנת אינטרס ציבורי.

המשפט בזמנו. לראיה, ניתן לפנות לקביעותיהם של שופטי המיעוט בפסק הדין האזרחי בפרשה. השופט הרלן (Harlan) קבע שההחלטות של הרשות המבצעת בתחום יחסי החוץ הן בעלות אופי פוליטי, לא משפטי, ולכן בית המשפט חסר את הכישורים הנדרשים להכרעה בהן. השופט בלקמן (Blackmun), שהצטרף אליו, טען שהחומר טעון בדיקה יסודית יותר, אך המסמכים שבחן מעוררים את חששו מפני נזק חמור לביטחון החיילים ולמאמצים הדיפלומטיים עקב הפרסום. אילו הייתה עומדת לרשותו של אלסברג הגנת אינטרס ציבורי, לכל הפחות היה באפשרותו להציב על כף המאזניים גם את התועלת לאינטרס הציבורי הטמונה בגילוי, כשיקול שבית המשפט מחויב להביא בחשבון. המידע שחשף אלסברג וניסיונות החיסוי הכושלים של הממשלה עוררו סערה ציבורית ותרמו להגברת הלחץ הציבורי לסיום אחד הפרקים הכאובים ביותר בהיסטוריה של ארצות הברית. פרשה זו ממחישה שבנסיונות מסוימות מחייב האינטרס הציבורי דווקא לתמרץ הדלפות מידע אסורות.

להשלמת התמונה, נתייחס בקצרה לחוק חופש המידע הפדרלי.²³² החוק נחקק לראשונה ב-1966. הוא חל על רשויות ציבוריות שהן חלק מן הרשות המבצעת, והוא מטיל עליהן חובה להעמיד לרשות הציבור מידע בנוגע לתפקידיהן, לפעילותן ועוד. החוק פוטר את הרשויות מחובה זו לגבי רשימה סגורה של קטגוריות מידע, והוא מעניק להן שיקול דעת במסגרתן. בעקבות שערוריית **וואטרגיט**²³³ (Watergate) והציניות הכללית כלפי הממשל בארצות הברית, נוצר צורך מוגבר בשקיפות, והורגש רצון גובר של הציבור במידע על אודות פעילות הממשל. עקב כך תוקן החוק באופן ניכר ב-1974.²³⁴ בין היתר, צומצמה לשונם של כמה פטורים; נקבע שהפטורים יוצרים רשימה סגורה; שהחלטות של הרשויות בנושא חיסוי מידע כפופות לביקורת שיפוטית; ושאינן צידוק לחיסוי מידע מן הקונגרס – הפקת לקחים מפרשת **מסמכי הפנטגון**. בעקבות התיקונים גבר השימוש של הציבור בחוק באופן ניכר.

בהתאם למטרתו המוצהרת של החוק – להגביר נשיאה באחריות של הממשל כלפי הציבור – הדגש הוא בגילוי ולא בחיסוי. נפסק שיש לפרש

5 U.S.C. § 552 (FOIA) 232

233 הפריצה למשרדי המפלגה הדמוקרטית ביוני 1972 והתקנת מכשירי ציתות בהוראת הנשיא ניקסון.

234 במקביל תוקן גם חוק הפרטיות הפדרלי: 5 U.S.C. § 552a

את חובת הגילוי באופן רחב, ואת הפטורים מן החובה באופן צר.²³⁵ הפטורים כוללים מידע הנוגע לביטחון הלאומי, הנחיות פנימיות בדבר כוח אדם ונהלים, סודות מסחר ומידע פיננסי, מידע הפוגע בפרטיות כוח אדם ונהלים פנימיים וכן מידע לגבי אכיפת חוק ופיקוח על מוסדות פיננסיים. החוק אינו מכיל הוראה מפורשת בדבר האינטרס הציבורי היכול להטות את הכף לטובת גילוי מידע מן הקטגוריות הפטורות, אך בפועל, מבחן האינטרס הציבורי "נקרא לתוך סדקי החוק".²³⁶

ככלל, נראה שהאיסורים הפליליים הקיימים בדבר מסירת מידע רשמי אינם סותרים את נוסח חוק חופש המידע. מדובר באיסורים מצומצמים, המוגדרים בנוגע לסוגים מסוימים של מידע, ויש הצדקה עניינית לחיסוי סוגים אלו. לפיכך המסגרת הנורמטיבית עקיבה בתחום זה, ובינתיים התיקון הראשון משמש בלם יעיל בפני היוזמות להרחיב את האיסורים הקיימים בדרך של חקיקה או חקיקה שיפוטית.

ה. הדין הגרמני: סיכון ישיר של אינטרס ציבורי חשוב

האיסור הגרמני המקביל לסעיף 117 נקרא "הפרה של סודיות רשמית ושל חובות אמון מיוחדות אחרות".²³⁷ הוא קבוע בחוק הפלילי הגרמני במסגרת הפרק של עבירות בתפקיד, אשר אינו עוסק רק בבעלי תפקידים ציבוריים, אלא גם בבעלי מקצוע (לדוגמה, עורכי דין). חלקו הראשון של האיסור

- 235 לגבי תכלית החוק ראו **John Doe Agency v. John Doe Corp.** 493 U.S. 1046 (1990); לגבי מתן פרשנות צרה להוראות הפטור ראו **Department of Air Force v. Rose** 425 U.S. 352 (1975). סגל מציין שהגורם המרכזי לאופן יישומו של החוק הוא מדיניות הממשל. כך, בתקופת הנשיא קלינטון הייתה מדיניות של שקיפות, ולפיה רק אפשרות סבירה להתקיימות נזק חמור לאינטרס המוגן בחוק תצדיק אי-גילוי; וזאת לעומת גישות שמרניות יותר של קודמיו בממשל. ראו **לעיל** הערה 144, עמ' 81.
- 236 סגל, שם, שם. כך למשל, נפסק בכמה מקרים שהפטור מחובת גילוי לגבי תיקים אישיים של כוח אדם אינו חל לגבי מידע בדבר חקירות של מנהל לא תקין והפרות אמון כלפי הציבור, רק משום שהמידע נמצא בתיקו האישי של העובד. האינטרס הציבורי שבגילוי מידע כזה זכה בפסיקה להכרה ככל שגברו חומרת המעשה ומעמדו הציבורי של העושה (ראו למשל **Cochran v. U.S.**, 770 F2d 949).
- 237 StGB, § 353b; נוסף על כך יש בפרק שני איסורים ספציפיים. האחד מתייחס להפרת סודיות של דברי דואר ותקשורת מצד עובדי הדואר (§ 354), והשני – להפרת סודיות לגבי יחסים או סוד מסחרי או עסקי של אחר מצד עובדי ממשלה (§ 355).

מתייחס למי שמגלה, ללא סמכות כדין, **סוד** שהופקד בידי מתוקף תפקידו הציבורי (מכוח היותו עובד ממשלה, אדם שיועד לתפקיד ציבורי או אדם שהוטלו עליו חובות לפי חוק ייצוג עובדי ממשלה), **ומסכן בכך אינטרסים ציבוריים חשובים**. העונש המרבי המוטל על עושה העברה הוא חמש שנות מאסר. האיסור מוגדר גם לגבי מי שהמידע הגיע אליו בדרך אחרת, משמע – לא מתוקף תפקידו הציבורי. נוסף על כך, מוגדרת חלופה בדרגת חומרה פחותה לגבי מי שמגלה את הסוד במודע (מתוך מחשבה פלילית), אך מתוך רשלנות ביחס לסכנה הטמונה בכך לאינטרס הציבורי. על עושה הפועל מתוך יסוד נפשי מעורב שכזה ניתן להטיל שנת מאסר לכל היותר. הגשת כתב אישום בגין האיסור טעונה את אישורו של ראש הרשות המחוקקת או של ראש הרשויות הפדרליות, בהתאם לתפקידו הציבורי של העושה. לפי הפסיקה, שיקול הדעת להענקת אישור להעמדה לדין הוא "שיקול דעת פוליטי של הרשויות המוסמכות".²³⁸ לרוב טענו חושפי סודות שעברו על הוראת האיסור כדי למנוע מדיניות מוטעית של הממשלה, או לפחות להקשות עליה. עצם הפתיחה בחקירה בגין עברה זו זוכה לביקורת חריפה מצד אמצעי התקשורת, ולעתים נדירות ניתן אישור להעמדה לדין מאת הרשויות המוסמכות.²³⁹

התעוררה מחלוקת בנוגע לערך החברתי המוגן באיסור. הדעות השונות התייחסו לסודיות בתפקיד (Dienstgeheimnis), לאמון הציבור בשמירה על סודיות מצד רשויות המדינה כתנאי לתקינות המנהל, ולחלופין להגנה על אינטרסים ציבוריים מפני סכנה הצומחת מחשיפת המידע.²⁴⁰ פירוש נכון של האיסור דורש הבנה של שני רכיבים, והם המושג "סוד" מזה ויסוד הפגיעה באינטרסים ציבוריים מזה.

"סוד" הוא מידע המיועד לקבוצה מסוימת בלבד. תוכן המידע אינו רלוונטי להגדרתו כסוד. הוא יכול להיות סוד מדינה, מידע סודי של רשות ציבורית (כגון מידע המתייחס לחקירות פליליות) ואפילו מידע המתייחס לחייו הפרטיים של אדם. מידע אינו מאבד את מהותו כסוד עקב הפצת שמועות כוזבות על טיבו, או כאשר המידע או שמירתו אינם חוקיים, אם כי

BGHSt 27, 307, 311 238

G., Arzt / U., Weber, **Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch**, Bielefeld: Gieseiting, 2000, p. 1074f 239

T., Lenckner, in: A., Schönke / H., Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 25 240
Auflage, München, 1997, § 353b, para 1

ייתכן שבמקרה האחרון ייקבע שהגילוי אינו פוגע באינטרסים ציבוריים או שהוא נופל בגדר סייג לאיסור.

כאמור, האיסור מגדיר מסירת סוד רשמי כעברה פלילית רק כאשר הגילוי מסכן אינטרסים ציבוריים חשובים. בתי המשפט פירשו את דרישת הסכנה כגרימת איום **קונקרטי** לפגיעה באינטרס ציבורי **חשוב ביותר**. להלן דוגמאות אחדות מן הפסיקה לאינטרסים ציבוריים חשובים: קיום הליך חקירה ראוי, הבטחת הליך פלילי באמצעות הוצאת צו מעצר וביצועו, עריכת חיפושים, תפקוד ראוי של רשויות אכיפת החוק, שיתוף פעולה של שירותי הביטחון עם רשויות זרות, קיום תחרות חופשית בין פונים למכרז ציבורי ועריכת בחינות למשרות ציבוריות ולמקצועות הדורשים מיומנות והכשרה מקצועית. ניתן לסווג מקרים אלו לקטגוריות האלה: אכיפת חוק, שמירה על שוויון הזדמנויות בפנייה למכרז ציבורי והבטחת רמה מקצועית נאותה במשרות ציבוריות ובמקצועות מבוקרים. בנוגע לסוג הגילוי שבו מדובר, יש הנחה שמסירת מידע ללא סמכות על אודות עניין ציבורי חשוב יוצרת סכנה קונקרטית לאינטרס הציבורי, כמו במקרה העברת המידע לאמצעי התקשורת ופרסומו ברבים. ברם ייתכנו מצבים שהגילוי אינו יוצר סכנה קונקרטית, למשל אם מקבל הסוד אינו יודע או אינו יכול לעשות בו שימוש.²⁴¹

התעוררה מחלוקת בפסיקה בנוגע לשאלה אם גילוי סוד פרטי – מידע הגורם נזק לזכויות של אנשים פרטיים, כגון הזכות לפרטיות או לשם טוב – נופל תחת האיסור. העמדה הרווחת בפסיקה ובספרות המשפטית היא שהאינטרס הציבורי הנפגע כולל את אמון הציבור בפועלן של רשויות השלטון, ועל כן די בערעור אמון הציבור כדי לעמוד בדרישת הפגיעה. לפי גישה זו, גילוי סוד פרטי עשוי להיחשב עברה לפי האיסור, שכן הוא עשוי לערער את אמון הציבור בהתנהלות הרשויות. עמדת המיעוט היא שערעור אמון הציבור בפועלן של הרשויות אינו מהווה סכנה קונקרטית לפגיעה באינטרס ציבורי חשוב, אלא השלכה עקיפה בלבד של הסכנה; שמירה על מעמדה של הרשות השלטונית בעיני הציבור אינה, כשלעצמה, אינטרס ציבורי. לפיכך פגיעה בזכות פרטית אינה יוצרת סכנה קונקרטית לפגיעה באינטרס ציבורי חשוב.²⁴²

Lenckner, para 9 241

242 על הגישות השונות ראו אצל 6, 9. Lenckner, paras. המחלוקת נעוצה בקביעתו של בית המשפט העליון הגרמני ב-1938 שהאיסור דורש סכנה לאינטרסים ציבוריים רק כהשלכה **ישירה** של הגילוי ("סכנה ישירה"), ולכן אינו חל על גילוי סוד פרטי. קביעה זו נומקה בכך שבמקרים של סכנה ישירה עלול מעמדה של הרשות הציבורית להיפגע קשות עקב הפגיעה באמון הציבור במקצועיותה. על כך טענו מבקרים שהערך המוגן

אפשר למצוא תימוכין לעמדת המיעוט בקיומו של איסור נפרד המתייחס לפגיעה בפרטיות ומתייחס במישרין גם לעובדי ציבור.²⁴³

המחלוקת בשאלת תחולתו של איסור גילוי סוד פרטי נוגעת לוויכוח הנוכח לגבי הערך המוגן באיסור – האם האיסור נועד להגן על הסודיות בתפקיד ואמון הציבור ברשויות או שמא על אינטרסים ציבוריים חשובים העלולים להיפגע עקב חשיפת מידע ללא סמכות? אם נקבל את הטענה שאינטרס ציבורי כולל את אמון הציבור ברשויות, וכי אמון זה עלול להיפגע עקב הדלפות מידע באשר הן – יהא האינטרס בחיסוי המידע אשר יהא, יש בכך לרוקן את דרישת הסכנה לאינטרס ציבורי מתוכן מהותי. לשון האיסור מעלה אפוא שישוד הפגיעה באינטרס ציבורי חשוב הוא המבדיל בין איסור זה לבין איסור הפגיעה בפרטיות. החלת האיסור בדבר הפרת סודיות רשמית על מקרים של גילוי סוד פרטי עלולה ליצור כפילות מיותרת.

האיסור הגרמני מגלה שימוש מבוקר ביותר במשפט הפלילי כאמצעי לטיפול בגילוי של מידע רשמי. מסירת מידע על ידי עובד ציבור ללא סמכות, אשר אינה מהווה פגיעה אסורה בפרטיות, ובמקביל אינה מעמידה בסכנה אינטרס ציבורי חשוב, מהווה עברה משמעתית בלבד. העברה של הפרת סודיות רשמית קובעת עונש מחמיר למדי, אך היא אינה חלה על כל מידע רשמי שהגיע לידי העושה מכוח תפקידו הציבורי. דרישת הנזק הפוטנציאלי לאינטרס ציבורי חשוב מספקת הצדקה עניינית לפליליות המעשה. יסוד הסכנה לפגיעה באינטרס ציבורי חשוב מחייב התייחסות לנסיבות המקרה ומותיר שיקול דעת רחב בידי בית המשפט. האיסור אינו מפרט את סוגי האינטרסים המוגנים ואינו מגדיר בבירור את טיב הסכנה. עם זאת, השימוש במבחן המהותי (תוכן המידע והשלכות גילוי) באופן מצטבר למבחן הפורמלי

באיסור הוא הצורך להגן על תפקודם התקין של עובדי ציבור מפני פגיעה עקב אבדן אמון הציבור, וערך זה נפגע גם במקרים של גילוי מידע בעניינים פרטיים לצד שלישי. במקרים אלו נפגעים אינטרסים חברתיים חשובים, ונפגע אמון הציבור. ראו סקירה בסוגיה זו אצל: L. Kuhlman, "Kommentierung der §§ 352, 353, 353a, 353b, 353d StGB", in: U., Neuman / W., Schild (eds.), **Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Baden-Baden, 1997

243 איסור זה קבוע בפרק לגבי פגיעה בסודיות או בפרטיות בחוק העונשין הגרמני, והוא מוגדר לגבי מי שמגלה ללא סמכות סוד של אחר – ובמיוחד סוד אישי, מסחרי או עסקי – אשר נודע לו מתוקף היותו עובד מדינה או אדם הנושא בתפקיד ציבורי או חבר בוועדת חקירה וכדומה. דין המעשה שנת מאסר, ואם נעשה לשם מטרת התעשרות – שנתיים (§ 203(2)). גילוי מידע על הרשעות קודמות, למשל, מכונן עברה זו.

(אופן השגת המידע – מתוקף התפקיד) מצדיק את הפעלתו של המשפט הפלילי ומונע הרחבת-יתר של המושג "סוד".

חובת הסודיות של עובד ציבור לגבי מידע שהושג עקב תפקידו קבועה בחוק עובדי הציבור הגרמני, והיא חלה גם לאחר סיום התפקיד בשירות הציבורי. החובה **אינה** חלה על מידע ברור מאליו או על מידע שאינו בעל חשיבות המצריכה סודיות. סייג חשוב לחובה מותיר ללא שינוי את חובתו החוקית של עובד ציבור לדווח על פשעים, כמו גם את חובתו להתערב במקרים הקוראים תיגר על הסדר הדמוקרטי והחופשי הבסיסי.²⁴⁴ סייג זה מאפשר הגנה על אינטרס ציבורי בדין המשמעותי הגרמני, וניתן להקיש ממנו גם לגבי המישור הפלילי; שהרי בנסיבות המקימות את הסייג אין מקום לחובת סודיות, וקיימת אף **חובה הפוכה** של עובד הציבור – להתריע. חובה זו משמשת צידוק שבדין ומסייגת את האיסורים בדבר גילוי מידע שלטוני. מסקנה זו מתחזקת לנוכח ההגדרה של "סודות מדינה" בהקשר עברות בגידה וסיכון ביטחון המדינה, המוציאה מתחולתה במפורש מידע לגבי הפרות חוק הקשורות בשיטת הממשל החופשית והדמוקרטית או מידע לגבי הפרות של אמנות בינלאומיות בדבר הגבלת חימוש.²⁴⁵ גילוי מידע סודי על אודות עובדות המפורטות בסייג מהווה עברה פלילית רק לגבי מי שמוסר אותן לידי כוח זר או סוכן זר, ובכך הוא יוצר סכנה לפגיעה חמורה בביטחון המדינה (בגידה).²⁴⁶ לעומת זאת, פרסום ברבים של עובדות אלו אינו בגדר עברה. מכאן, שהדין הגרמני מכיר בהגנת אינטרס ציבורי באופן המשמעותי ביותר מכל הדינים שנבחנו עד כה.

קביעה מפורשת של הוראות שתכליתן לשמר את שלטון החוק והדמוקרטיה, כפי שנעשתה בחוק הגרמני, היא יוצאת דופן ונובעת מן ההיסטוריה הגרמנית. בין השיטין מחלחל המסר החברתי והפוליטי, והוא שדמוקרטיה ושלטון חוק אינם עומדים בעוכרי הביטחון הלאומי או טובת המדינה והציבור. ההגנה על ערכים של דמוקרטיה ושל שלטון חוק אינה נעשית **למרות** חובת האמון של פקידי השלטון (ושל אחרים), אלא **בהתאם** לחובתם. היא מסייגת מראש את חובת הסודיות.

244 סעיף 61 לחוק הגרמני הפדרלי בעניין עובדי ציבור.

245 StGB § 93(2)

246 StGB § 97a

ו. מודלים נוספים

הדין הקנדי מטפל באיסורים על גילוי מידע רשמי בחוק אבטחת מידע (Security of Information Act, 1985). החוק מתווה מערך מפורט של הוראות והגדרות תוך כדי הבחנה בין מידע מבצעי מיוחד לבין מידע אחר. מסירה בלתי מוסמכת של מידע מבצעי מיוחד מהווה עבירה חמורה נגד ביטחון המדינה (סעיפים 13-14 לחוק), ולכן היא אינה רלוונטית לענייננו. העבירה של מסירה אסורה של מידע (סעיף 4 לחוק) חלה על מסירת מידע רשמי באופן כללי יותר, בין היתר, על מי שהשיג את המידע מתוקף תפקידו כעובד ציבור או כבעל חוזה עם המדינה, ועל מי שקיבל את המידע באמון מנושא משרה ציבורית. המידע שבו עסקינן מוגדר באופן רחב, והוא אינו חייב להיות בעל פוטנציאל מסוכן. באיסור יש שתי חלופות התנהגותיות: הראשונה היא מסירת המידע לאדם שהמוסר אינו מוסמך למוסרו לו או שאין מחובתו להעביר אליו את המידע בשם טובת המדינה; והשנייה היא עשיית שימוש במידע לטובת כוח זר או בכל אופן אחר המנוגד לאינטרסים של המדינה או לביטחונה. הדין הקנדי קובע איסור דומה לאיסור האנגלי הישן, לפי סעיף 2 לחוק הסודות הרשמיים האנגלי מ-1911. תחולתו רחבה ביותר, אולם הסייג בדבר מסירת מידע בשם טובת המדינה מאפשר הכרה משפטית בהגנת אינטרס ציבורי, כפי שנעשה בפרשת **פונטינג**. מנגד, חוק הגישה למידע (Access to Information Act, 1982) מעגן את הזכות למידע הנמצא בשליטה של הרשות המבצעת. חוק זה שימש מקור השראה בחקיקת חוק חופש המידע הישראלי. הוא מונה רשימת פטורים מחובת הגילוי תוך כדי הבחנה בין מידע שאין למוסרו לבין מידע שאין חובה למסרו. הסוג האחרון כולל מידע אשר סביר שיגרום נזק לפעולת הממשל ולהגנת המדינה וענייני החוץ שלה. על אף רשימת הפטורים הרחבה, סטייה מעקרון היסוד של גישה ציבורית למידע נעשית רק בשל טעמים חזקים. לדוגמה, נפסק שחשש מגרימת נזק יקום רק בהתקיים ציפייה ממשית לאפשרות של גרימת נזק, וציפייה כזו אינה מתקיימת כאשר המידע כבר פורסם ממקור כלשהו.²⁴⁷

הדין האוסטרי כולל איסור דומה לאיסור הגרמני בדבר הפרה של סודיות רשמית.²⁴⁸ האיסור חל על עובד ציבור, בהווה או בעבר, המגלה סוד שהשיג

247 הסקירה לגבי חוק חופש המידע הקנדי נסמכת גם על האמור אצל סגל, **לעיל** הערה 144, עמ' 87-89.

248 סעיף 11310 לחוק העונשין האוסטרי; סעיף 119 אוסר גילוי סוד שמקורו בדברי

מכוח תפקידו או מילוי חובותיו, ושיש בו כדי לפגוע באינטרס כללי או פרטי, או המשתמש שלא כדין בסוד שזוה. דין המעשה שלוש שנות מאסר. "סוד" הוא מידע או דבר המיועד לקבוצה מסוימת של עובדי ציבור.²⁴⁹ בדומה לאיסור השבדי, האיסור האוסטרי ניתן לאכיפה רק אם המעשה אינו מכוון עברה חמורה יותר.

האיסור השווייצרי, הנושא את הכותרת "הפרה של סודיות רשמית", אוסר על עובד ציבור, בהווה או בעבר, לגלות סוד שהגיע אליו מתוקף תפקידו.²⁵⁰ "סוד" הוא מידע או דבר שעובד מדינה מחויב מכוח הדין לא לגלותו. אין נפקא מנה אם המידע הוגדר כסודי. החשוב הוא שעליו להיות מיועד לקבוצה קטנה של עובדי ציבור, ושנדרש אינטרס לגיטימי לא לגלותו, בדומה למצב בדין הגרמני ובדין האוסטרי. כך מוגדר המידע האסור במסירה באופן מהותי, ולא פורמלי. גילוי מידע שכזה אסור כלפי כל גורם בלתי מוסמך לקבלת המידע, גם אם המקבל הוא עובד ציבור, המחויב בעצמו לסודיות. החוק מעניק הגנה למי שמגלה את הסוד לאחר קבלת הסכמה בכתב מסמכות גבוהה יותר. בנוגע לגילוי סוד פרטי יש מחלוקת בשאלה אם הסכמת האדם שעליו נועד החיסוי להגן, שוללת אחריות פלילית. לפי גישה אחת, הסכמה כזו אינה שוללת אחריות פלילית, שכן האיסור נועד להגן גם על האינטרס של המדינה שעובדיה ישמרו סודות. לפי גישה אחרת, כאשר מדובר בשמירת סוד בשם אינטרס פרטי, הסכמת האדם שאליו מתייחס המידע שוללת אחריות פלילית.²⁵¹

בדנמרק נאסר על עובד ציבור לחשוף מידע שהגיע אליו בתוקף תפקידו.²⁵²

- דואר ותקשורת; סעיפים 124-121 אוסרים גילוי סודות פרטיים, כגון סודות רפואיים או מקצועיים, על ידי בעלי מקצועות או בעלי תפקידים מיוחדים.
- O., Leukauf / H., Steininger, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 2 Auflage, 249 Eisenstadt, 1979, § 310, para 5; E. Foregger / E., Fabrizio, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 7 Auflage, Wien: Manzsche, 1999, § 310, para 3 יוער שהעברה נחשבת לאיסור מסוג סכנה אבסטרקטית (בכוח), כך שדי ביצירת סיכון לאינטרס ציבורי או פרטי.
- 250 סעיף 320 לחוק העונשין השווייצרי; סעיף 321 אוסר גילוי מידע סודי שהגיע לבעלי מקצועות מסוימים – כגון כוהן דת, עורך דין, סגור, נוטריון, רופא, רוקח, אחות וכו' – מכוח תפקידם.
- G., Stratenwerth, **Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II**, 4 Auflage, 251 Bern: Stämpfli juristische Lehrbücher, 1995, p. 357; S., Trechsel, **Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar**, Zürich: Schulthess polygraphischer, 1992, Art. 320, para 5.
- 252 סעיף 152 לחוק העונשין הדני.

האיסור מגדיר "סוד" כמידע שחל עליו חיסיון מכוח החוק או כמידע המחייב סודיות לשם הגנה על אינטרס מהותי כללי או פרטי. העונש הקבוע בגין המעשה הוא קנס או השעיה, ובנסיבות מחמירות – שישה חודשי מאסר. בנסיבות של עשיית המעשה לשם הפקת רווח שלא כדין, עומד העונש המרבי על שנתיים מאסר. עם השנים הורחבה תחולת האיסור לגבי מסירת מידע מצד מי שאינו עובד ציבור ולגבי מי שמקבל את המידע או משתמש בו. לצד האיסור נוסף סייג שהאיסור לא יחול במקרים שבהם חלה על הנאשם חובה להעביר את המידע.²⁵³ הסייג אינו מפרט מהו מקורה של חובה מעין זו. בנוסף נקבע שהאיסור לא יחול כאשר הנאשם פעל בהתאם לשמירה לגיטימית על אינטרסים חברתיים מובהקים או על אינטרסים שלו או של אחרים. מכאן שהדין הדני מכיר בהגנת אינטרס ציבורי.

בהולנד האיסור הרלוונטי אינו מתייחס במפורש לעובדי ציבור, אלא אוסר הפרת סודיות מצד כל מי שנדרש לשמור על המידע בשל תפקידו, מקצועו או בשל דרישה משפטית.²⁵⁴ דין עושה המעשה – שנת מאסר.

בפינלנד נאסר גילוי בהפרת סודיות רשמית רק עד כמה שהמידע אסור בגילוי לפי החוק בדבר שקיפות פעילות ממשלתית או לפי חוקים אחרים.²⁵⁵ בזאת קובע האיסור הפיני חובת סודיות של עובדי ציבור לגבי חסיונות על פי דין, בדומה לאיסור השבדי. הוא מתווה מודל ראוי מבחינת העקיבות והלכידות שלו עם חקיקה בנושא חופש מידע. האיסור מתאים את עצמו לחקיקה בדבר חופש המידע, בעוד שחוק חופש המידע הישראלי מתאים את עצמו לאיסור הפלילי הארכאי. מבחינה זו, הפנייה לאיסור הפיני מזמינה אותנו לבקר את עצמנו וממחישה באופן ברור פְּשלים באיסור הישראלי. כמו כן, אוסר הדין הפיני עשיית שימוש במידע החסוי לצורך הפקת רווח אישי או לשם גרימת נזק לאחר. דין המעשה שנתיים מאסר, וכן פיטורין אם המעשה מורה בעליל על חוסר כשירות לתפקיד. ניתן להטיל אחריות גם על עושה שפעל ברשלנות, אם המעשה אינו בעל משמעות שולית לנוכח תוצאותיו ונסיבות נוספות.

253 סעיף 152e לחוק העונשין הדני.

254 סעיף 272 לחוק העונשין ההולנדי, הקבוע בקטגוריה נפרדת של הפרת סודיות. באותו פרק נאסר גם גילוי סודות מסחריים או תעשייתיים, ובתנאי שהעושה לא הניח בתום לב שהגילוי היה לטובת הציבור. בהקשר הביטחוני קבועה עֵבְרָה נפרדת של גילוי מידע אשר סווג משיקולי טובת המדינה או בעלי בריתה והעברתו לידי גורם בלתי מוסמך. העונש במקרה זה עלול להגיע לשש שנות מאסר.

255 סעיף 5 לפרק 40 (עֵבְרָתוֹ בַתְּפִקִיד צִיבּוּרִי) בְּחֻק הָעוֹנְשִין הַפִּינִי.

לאחרונה הסעירה את פינלנד הדלפה דרמטית למדי. במערכת הבחירות האחרונה הודלף לצהובונים מסמך של משרד החוץ שהעיד על הסכמות החשאיות של ראש הממשלה לתמוך בנשיא בוש בהקשר של מלחמת עירק, למרות תמיכתו הפומבית בעמדת האו"ם שנועדה לזכות בדעת הקהל. חשיפת המסמך עוררה סערה ציבורית וסייעה למפלגת האופוזיציה לעלות לשלטון. ראש הממשלה הנבחרת (Anneli Jäätteenmäki) הכחישה קשר לפרשה, אך לאחר שנחשף שקיבלה את החומר מעובד במשרד החוץ, שהודה בהדלפה, התפטרה מתפקידה. בסיומו של משפט מהיר זוכתה מאישום בשידול העובד להפרת האיסור, ואילו העובד (שבינתיים פוטר מתפקידו) הורשע בהפרת האיסור ונקנס. עובדות המקרה מעלות שאלות לגבי מידת ההצדקה להדלפת מידע המוכיח כפל לשון של בעל תפקיד בכיר בענייני חוץ בנושא חשוב ושנוי במחלוקת. לכאורה, מידע שכזה, על אודות ראש הרשות המבצעת, ועוד בתקופת בחירות, מהווה דוגמה טובה למידע שקיימת הצדקה מלאה לחשיפתו למרות נזק אפשרי ליחסי החוץ של המדינה עקב ההדלפה. מאידך גיסא, תחום יחסי החוץ מאופיין, ברגיל, בכפל לשון ובמצגי שוא. עיקר ההוקעה הציבורית היה על כך שראש הממשלה הנבחרת שיקרה לפרלמנט בנושא ההדלפה. אפשר שיש בתגובה זו להעיד שהתרבות הפוליטית בפינלנד שוללת את ההצדקה למעשה ומזהה בו דווקא פגיעה קשה ובלתי מוצדקת באינטרס הציבורי. ייתכן שניתן ללמוד מן התגובה הציבורית בפינלנד על נקודה חשובה אחרת, והיא יכולתו של השלטון (או יכולתם של פוליטיקאים) למקד את תשומת הלב במדליף ולא בהתנהגות הפסולה – מושא ההדלפה.

ז. מסקנות

ההשוואה לאיסורים בדבר גילוי מידע רשמי בשיטות משפטיות (מערביות) זרות מחזקת את הביקורת על הוראת האיסור הישראלי. בכל האיסורים שנזכרו, מוצלחים יותר כפחות, אין שום הוראה גורפת כהוראת סעיף 117, האוסר גילוי כל מידע שהושג בתוקף התפקיד הציבורי, באשר הוא. בכל השיטות (למעט אולי הדין הקנדי) צומצם האיסור למידע מסווגים מסוימים, לאור עיקרון מנחה ברור: מידע שגילוי מעמיד בסכנה אינטרס ציבורי (ובחלק מן המקרים – גם אינטרס פרטי). משום כך, בשום מדינה מן המדינות הנזכרות אין סתירה חזיתית וברורה בין האיסור הפלילי בדבר מסירת מידע לבין החקיקה בדבר חופש מידע, או בין האיסור לבין זכויות יסוד כמו

חופש ביטוי. חוסר עקיבות צורם ומובהק קיים רק בשיטתנו, וזאת משום שהחוק הישראלי אימץ את הקריטריון המנהלי של חריגה מסמכות כקריטריון יחיד המאפשר הטלת אחריות פלילית.

מקור האיסור הישראלי בסעיף 2 לחוק הסודות הרשמיים האנגלי מ-1911. הוראה זו זכתה לביקורת באנגליה יותר מכל הוראה אחרת, עד אשר הוחלפה בחוק חדש ומפורט האוסר גילוי מידע רשמי בהתייחס לסוג המידע ותוך דרישת נזק לאינטרס המוגן בכל קטגוריה. אין להתעלם מכך שהחוק עודנו בעייתי מאוד, ובכל זאת מסתמן באנגליה תהליך התנתקות ממורשת הסודיות הממשלתית, שאפיינה אותה במשך עשורים רבים. מכל מקום, לפחות בנוגע לעובדי ציבור שאינם חברים בשירותים החשאיים, הבשילה באנגליה ההכרה שאין להשתמש במשפט הפלילי לאכיפת סודיות גורפת בשירות הציבורי.

ניתן להסיק מן ההשוואה מסקנות לגבי רכיבי השונים של האיסור. הרכיב העובדתי אשר לגביו קיימת אחידות בכל השיטות, הוא **המידע** – מושא הגילוי האסור. לא ראוי להגדיר את העברה לגבי כל סוג של מידע רשמי, אלא יש לצמצמו לפי טיבו, כך שחיסויו יוצדק מטעמים ענייניים. הגבלה זו ניתן להגדיר לפי מבחנים שונים, כגון סיווג המידע (חלק מן האיסורים בארצות הברית ובקנדה), חיסוי מכוח הוראה מפורשת בדין (שבדיה) או מבחן מהותי הבוחן את הפגיעה הצפויה עקב גילוי המידע (גרמניה). לגבי האפשרות האחרונה, ניתן לקבוע מראש קטגוריות מידע לפי הערכים שעליהם ראוי להגן מפני פגיעה שכזו, כגון ביטחון המדינה, יחסי חוץ, אכיפת חוק ועוד (אנגליה).

לכל אחת ואחת מן השיטות יתרונות וחסרונות. שיטת הסיווג היא בעלת החסרונות הרבים ביותר, שכן היא מאפשרת לרשות לחטוא פעמיים – פעם אחת בסיווג בלתי מוצדק ומניעת גישה למידע ופעם נוספת בהטלת אחריות פלילית בלתי מוצדקת. איסור גילוי מידע רשמי מסווג מכפיף את בית המשפט לשיקול דעתה של הרשות המבצעת לגבי עצם הסיווג כרכיב ביסוד העובדתי של האיסור. כלומר די שהמידע סווג כדי שגילוי לאדם בלתי מוסמך יהווה עברה. היתרון באיסור פלילי על גילוי מידע מסווג הוא בבהירותו, שכן איסור שכזה מבהיר בקלות מהו המידע האסור והמותר בגילוי, ובכך ממלא את הצורך בהדרכת הציבור. איזון אפשרי בין חסרונותיו של שימוש בקריטריון מנהלי של סיווג מידע במסגרת הדין הפלילי לבין יתרונותיו, עשוי להיות באמצעות החלת האיסור בדבר מידע מסווג בצד מתן אפשרות לתקיפת עצם נאותות הסיווג בבית המשפט. גם אז כדאי לכלול באיסור

התייחסות לאינטרסים ציבוריים מוגדרים אשר ינחו את שיקול הדעת השיפוטי. נראה שבסופו של חשבון ראוי להימנע מאימוץ גישה כזו, בעיקר כאשר זוכרים את הנטייה השלטונית לחיסוי מידע שלא לצורך.

האיסור השבדי השיורי, החל רק על הפרה של חובת סודיות המעוגנת בדין, מציג מודל מעניין ומינימליסטי. ברם נראה שמודל זה מצומצם מכדי לאמצו בדין הישראלי במקום סעיף 117. לא רק מה שאסור קטגורית על ידי הדין צריך להיות אסור לפי העברה של גילוי מידע רשמי בחוסר סמכות. לדעתנו, המודל הגרמני מתאים יותר לשמש מקור השראה בתיקון האיסור הישראלי. זאת הן משום שאיסור זה מאמץ מודל פונקציונלי וחל רק במקרים של סכנה לאינטרס ציבורי חיוני, הן משום הנחות היסוד הברורות שלו בדבר הגבלתה של חובת הסודיות המוטלת על עובדי ציבור מול ערכי יסוד של קיום הדמוקרטיה ושמירה על שלטון חוק. עם זאת, איסור זה לוקה בעמימות רבה בנוגע לטיב הסכנה ולסוג האינטרסים הציבוריים שבהם עסקינן. ראוי ליצוק לאיסור הישראלי תוכן קונקרטי יותר, לטובת הכוונה ראויה של (עובדי) הציבור.

רכיב עובדתי נוסף של האיסור הוא זהות ה**עושה**. בחלק מן השיטות, נוסף על התייחסות מפורשת לעובדי ציבור חל האיסור גם על בעלי חוזה עם המדינה, על עובדיהם ועל גורמים שקיבלו את המידע באמון ואף שלא כדין. הדין הישראלי מפריד בין האיסור החמור יותר בדבר גילוי בהפרת חובה (עובדי ציבור) לבין האיסורים בדבר גילוי בהפרת חוזה וגילוי בהפרת אמון. אם מקובל עלינו שנדרש לאסור גילוי מידע רשמי בנסיבות מסוימות מחשש לפגיעה בערכים חברתיים מהותיים, הרי אותה סכנה נשקפת לערכים אלו כתוצאה מגילוי המידע מצד גורם שאינו עובד ציבור. תהליך ההפרטה בחברה הישראלית הופך סכנה זו למוחשית יותר, שכן מידע ציבורי וחסוי רב יותר מגיע לידי גורמים פרטיים. עם זאת, המאפיין הייחודי לאיסורים בדבר גילוי מידע רשמי הוא רכיב הפגיעה בחובת הנאמנות כלפי הציבור. לעניין זה אכן לגיטימי ונדרש להבחין בין עובד ציבור לבין בעל חוזה (קבלן) עם המדינה. הציפייה החברתית והנורמטיבית לנאמנות חזקה יותר ביחס לעובדי ציבור. בהתאם לכך, הפגיעה באמון הציבור במערכת השלטונית, כתוצר לוואי של הפגיעה בחובת הנאמנות ובאינטרס הציבורי מושא החיסוי, מושפעת מזהות העושה. אמון זה נפגע בכל מקרה, תהא זהות מוסר המידע אשר תהא, שהרי כל עוד הגיע המידע לרשות המוסר מן הרשות בדרך לגיטימית, מציב המעשה סימני שאלה על שיקול דעתה של הרשות ועל איכות הפיקוח שהיא מפעילה על גורמים הפועלים מטעמה לשם מילוי

תפקידיה; אלא שדרגת הפגיעה באמון שונה, שכן הציפייה לפיקוח פנימי, על עובדי הרשות עצמה, איננה זהה לציפייה לפיקוח חיצוני, על קבלניה. לאור האמור, נראה שבצד ההתייחסות לטיב המידע שבו עסקינן, יש לשמר את דרגות החומרה השונות של גילוי מידע בהתאם לזהות מוסר המידע.²⁵⁶ בשונה מן האיסור הישראלי, ברוב האיסורים שהוזכרו אין התייחסות לזהות הנמען האסור. חלק מן האיסורים מתייחסים לנמען, אולם רק במסגרת סייג לאיסור המתייחס למסירת מידע לאדם שחובתו של העושה למסור לידי את המידע. נראה שהגבלת האיסור למידע שגילוי יוצר סיכוי לפגיעה באינטרס חשוב מיתרת את הצורך להתייחס לזהות הנמען, שכן פוטנציאל הפגיעה נקבע לפי הנסיבות, ובהן גם מקבל המידע.

נקודה אחרונה היא לגבי ההתנהגות האסורה. בחלק מן המדינות כולל האיסור על גילוי מידע חלופה התנהגותית של שימוש פסול. זאת משום שרציונלים דומים מונחים בבסיס הצורך לאסור שימוש פסול במידע המצוי ברשות המנגנון הציבורי (לדוגמה, עשיית ספקולציות במידע כלכלי). שימוש במידע שכזה מהווה מעילה באמון הציבור ופוגע באינטרס הציבורי. יש לשקול חקיקת חלופה מעין זו.

נוסף על כך מלמדת ההשוואה כי ההקשר החקיקתי הנכון לאיסור אינו ההקשר החמור של עברות נגד ביטחון המדינה, כפי שנעשה בישראל. פרשת פונטינג באנגליה ופרשת מסמכי הפנטגון בארצות הברית ממחישות ממילא את הנטייה השלטונית לשימוש מופרז וחסר הצדקה בסיווגים ביטחוניים ובטעמים ביטחוניים כמסווה לשיקולים פוליטיים. ההקשר החמור של ביטחון המדינה יוצר סיכון להתייחסות מחמירה מדי של בית המשפט כלפי נאשמים בהדלפות, כפי שנעשה אצלנו בפרשת חסידוף. לפיכך יש להוציא את האיסור מן הפרק של עברות נגד ביטחון המדינה ולחוקקו מחדש בשינויים הנדרשים בפרק של עברות בשירות הציבור. לחלופין, ניתן לחוקק פרק מיוחד על הפרה של חובת סודיות (אמון) מצד בעלי תפקידים או מקצועות שונים, ולכלול איסור לגבי עובדי ציבור בגדרו.

256 יש להבהיר שאין בדברים הללו משום קביעה שהפרה של חובת אמון מצד עובד ציבור היא בהכרח חמורה ופוגעת יותר באמון הציבור מהפרה של חובת אמון מצד גורם פרטי. לדוגמה, גילוי אסור של מידע מצד גורמים במערכת הבנקאית או מצד חברות התקשורת עלול לגרום לפגיעה קשה באמון הציבור ולהיות בעל השלכות חמורות. הנקודה היא מידת הפגיעה באמון הציבור בתפקודו של המנהל הציבורי, כבסיס הדרוש לתפקוד השלטון.

3 העובד המתריע (whistleblower) והגנת אינטרס ציבורי

היבט חשוב של הסוגיה בדבר מסירת מידע ללא סמכות בידי עובד ציבור, נוגע לגילויים הנעשים לטובת הציבור. מקובל לכנות הדלפות כאלו בשם "whistleblowing" (בהשאלה משריקה במשורקית, כאופן התרעה), ובעברית – "חשיפת שחיתויות או עוולות". ניתן לאפיין את התופעה כחשיפת התנהגות בלתי חוקית, בלתי מוסרית או פסולה, המצויה בתחום פיקוחו של המעביד, בדרך של מסירת מידע לגורמים העשויים לפעול נגד התנהגות שכזו.²⁵⁷ התופעה אינה מתייחסת לחשיפות הנעשות על ידי עובדי ציבור דווקא, אלא על ידי עובדים בכלל, כגון עובד במפעל החושף שימוש בחומרים המסכנים את בריאות הציבור. במקרים מובהקים של חשיפות העובד המתריע מעמיד את מקום העבודה שלו בסכנה לטובתם של אחרים ולא למטרת רווח אישי. הוא פועל בסיכון עצמי רב, מפני שהגילוי עלול לגרום תוצאות משפטיות במישור הפלילי והאזרחי, וכן סנקציות אחרות, כגון התנכלויות במקום העבודה מצד המעביד ואף מצד עמיתים. דוגמה ידועה היא זו של **קארן סילקווד** (Silkwood), טכנאית במפעל דלק גרעיני באוקלהומה, אשר חשפה ליקויי בטיחות חמורים במקום עבודתה בשנות השבעים, בטרם נודעו ברבים השפעותיה המסוכנות של החשיפה לפלוטוניום. בעת שהייתה בדרכה למסור מסמכים התומכים בטענותיה כלפי המפעל, לידי עיתונאי, נהרגה סילקווד בתאונת דרכים בנסיבות לא ברורות. פרשה זו ממחישה את חשיבותן הציבורית של התרעות על מחדלים חמורים מצד עובדים והיא ידועה כדוגמה לסכנות הכרוכות בכך לעובד המתריע.²⁵⁸ על העובד מופעלים לחצים חזקים מפנים ומחוץ. בדרך כלל, הוא עצמו הופך למרכז תשומת הלב, ולא דווקא

257 אפיון של החוקרים מייסלי וניר (M.P. Micely and J.P. Near), המוזכר במאמרו של ח' קלכהיים, "עובדי-ציבור החושפים מעשי שחיתות בראי נציבות תלונות הציבור", **עיונים בביקורת המדינה** 52 (תשנ"ה) עמ' 22-40, בעמ' 22 (להלן: קלכהיים).

258 בנושא זה, סרטי קולנוע ידועים (המבוססים על פרשיות אמיתיות), הם "סילקווד" (1983) על פרשה זו, ו"המקור" (1999) על מודיע בתעשיית הטבק האמריקנית. מאז מותה של סילקווד מתחולל בארצות הברית (ובמדינות נוספות) מאבק על חקיקה של הגנה יעילה למתריעים המועסקים בכורים אטומיים.

לחיוב. במקרים רבים המחדלים אינם מתוקנים כלל. אלו הסיבות העיקריות לכך שיש התרעות מועטות יחסית של עובדים.²⁵⁹

מתן גושפנקה חוקית לגילוי מידע בידי עובד בשם האינטרס הציבורי מעורר שאלות משפטיות שונות. נקודת המוצא היא שעובד חב חובת נאמנות כלפי מעסיקו, וחובה זו מתבטאת בין היתר באי-גילוי מידע המגיע לידי העובד במסגרת עבודתו. לפיכך מסירת מידע לגורם חיצוני או לגורם פנימי בלתי מורשה נתפסת כהפרת האמון (breach of confidence) של המעסיק בעובד. מעשה כזה עלול לגרום תוצאות קשות, החל מתחום יחסי העבודה (נזיפה, אי-קידום, התנכלויות אחרות ואף פיטורין), המשך בתביעות אזרחיות מצד המעסיק או מצד צדדים שלישיים, וכלה באישום בפלילים בחלק מן המקרים. תוצאות אלו מרתיעות עובדים ממסירת מידע רגיש.

זאת ועוד: יש קשיים נוספים אשר מקורם בהתייחסות החברתית הכללית לתופעה של דיווח על מעשי עברה מצד מי שאינו הקרבן הישיר למעשה. התייחסות זו שלילית בעיקרה, והיא רואה במדווח "מלשין", על כל הקונוטציות השליליות המתלוות לכינוי זה. על כך ניתן ללמוד מן הפסיקה בנוגע לעברה של אי-מניעת פשע (סעיף 262 לחוק העונשין). עברה זו מטילה על אדם חובה לנקוט את כל האמצעים הסבירים למניעת עשייתו או השלמתו של מעשה פשע, ובכך הכוונה לרוב לחובת דיווח למשטרה על פרטים שפלוגי יודע על אודות מעשה פלילי העתיד להתבצע או הנמצא בשלבי ביצוע. בית המשפט העליון התייחס לקושי החברתי שמעוררת העברה (בצד קשיים אחרים הנוגעים להגבלת החירות בחיובו של אדם למעשה אקטיבי לשם מניעת פשע). דברי הביקורת החריפים ביותר בנושא זה הושמעו מפי השופט חיים כהן: "על עם ישראל היו המוסרים והמלשינים שנואים מאז ומקדם מאין כמותם; ואם כי צמחה שנאה זו על רקע חיי הגלות, הרי אף הממלכתיות הישראלית שזכינו בה עם קום המדינה אינה גורעת בהרבה מן הסלידה במוסרים ובמלשינים שאליה הורגלנו כשעוד פזורים היינו בין האומות. ולעניין הסלידה הזאת אין אנו יחידי סגולה [...]".²⁶⁰ שני השופטים הנוספים בהרכב הציגו גישה שונה המדגישה את תכליתה החיובית של ההוראה (לחימה בעבריינות) והדוחה את אפיונו של דיווח לרשויות כהלשנה.²⁶¹ ברם דברי

259 הניתוח האמור מבוסס על מחקרים שונים בספרות ארגונית ואחרת, והוא מובא אצל קלכהיים, לעיל הערה 257, עמ' 22-24.

260 ע"פ 496/73 פלוני נ' מ"י, פ"ד כח (1) 714, עמ' 718.

261 שם, השופטים י' כהן ואשר, עמ' 721-722.

השופט כהן משקפים באופן מייצג יותר את ההתייחסות החברתית הרווחת כלפי תופעות של דיווח על עבריינות לגורמי אכיפת החוק.

כפי הנראה, השנים שחלפו מאז שנאמרו הדברים האמורים לא הביאו עמן שינוי של ממש בהתייחסות זו. בפרשת **הר שפי נ' מדינת ישראל**²⁶² ציין השופט חשין גורמים שונים המעוררים התנגדות נפשית כלפי הדיווח המתחייב לרשויות, גורמים אשר חלקם פועלים בינו של הפרט לבין עצמו, וחלקם בינו לבין סביבתו.²⁶³ גורמים מן הסוג השני הם לדוגמה אלה: החשש מפני סטיגמת המלשין (בסביבה או בנסיבות שבהן המעשה עלול להתקבל כמעשה הלשנה), החשש של הפרט שמא יבולע לו בהיודע הדבר (בייחוד כאשר חוג היודעים על התכנון מצומצם), נטייתו הטבעית של אדם מן היישוב למשוך ידו ולהרחיק את עצמו מכל הקשור במעשי עברה, ולו כדי שלא להסתבך באשר אינו שלו, החשש שמסירת מידע לרשות עלולה ליצור אווירה של חשדנות ולהוסיף ניכור בין קרובים וידידים. בענייננו אין מדובר בחובת דיווח אלא בדיווח וולונטרי, אולם הדברים חשובים כדי ללמד על האווירה שבה פועל עובד המבקש לדווח על מעשה עוולה שנודע לו אגב עבודתו. ואם נכונים הם בדרך כלל, קל וחומר שיבואו לידי ביטוי בסביבת עבודה שבה מצופה מן העובד לפעול תוך כדי נאמנות למעסיקו ולעמיתיו. פרשת קו 300, אשר תידון בהרחבה בהמשך, ממחישה נקודה זו באופן ברור.

לנוכח המכשולים הנפשיים העומדים בפני עובד המבקש לדווח על הפרות חוק או על מחדלים חמורים במקום עבודתו נדרש להעניק לעובד תמריץ לעשות כן. תמריץ שכזה נדרש, משום שלגבי דיווחים כנים ואמתיים מתקיימים הרציונלים המונחים ביסוד חופש הביטוי במלוא עצמתם. אלו מקרים שבהם העובד מממש את האוטונומיה שלו בכך שהוא פועל לפי מצפונו, והוא גם מקדם את חשיפת האמת ואת יכולת הפיקוח של האזרחים על השלטון. לפיכך יש לתמרץ עובדי ציבור לדווח על הפרות חוק, על חריגות מכללי מנהל תקין ועל כשלים חמורים המסכנים את שלום הציבור. מאחר שעובדי ציבור חשופים לסכנת אישום פלילי בגין מסירת מידע ללא סמכות, תמריץ מעין זה עשוי להיות מתן צידוק חוקי למעשה בדמות הגנת אינטרס ציבורי. לסייג המשפטי עשויה להיות גם השפעה חינוכית על השירות הציבורי. ברם השאלה איזה סוג של דיווחים ראוי להגנה היא שאלה כבדת משקל ורבת פנים. היא תלויה בטיב המידע, בסוג המעסיק, בסוג ההתקשרות

262 ע"פ 3417/99, פ"ד נה (2) 735.

263 שם, סעיפים 17-18 לפסק דינו.

המשפטית בין העובד למעסיק, באופי הדיווח, בזהות מקבל המידע ובשיקולים נוספים. הגילוי מעורר שאלות מתחום דיני העבודה; בתחום המשפט הפרטי מתעוררות, בין היתר, שאלות קניין רוחני, כגון הגנה על סודות מסחריים או תעשייתיים (או מידע קונפידנציאלי) של המעסיק; היבטים נוספים מתייחסים ללשון הרע ולפרטיות; היבט מיוחד של הבעיה מתייחס לאחריותם של צדדים שלישיים המאפשרים חשיפה פומבית מצד העובד, כגון אמצעי התקשורת, בעליהם, המוציאים לאור והעורכים. אין בהתייחסות המצומצמת לנושא בפרק זה משום ניסיון לניתוח משפטי מקיף של הסוגיה ואף לא יומרה למצות את הדיון בהקשר של המשפט הפלילי.²⁶⁴ תכליתו של חלק זה לעמוד על ההיבט המסוים של הגנת אינטרס ציבורי כסייג לאחריות פלילית בגין גילוי מידע רשמי ללא סמכות.

הגנת אינטרס ציבורי בתחום יחסי העבודה

לפני שנים אחדות נחקק חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במנהל התקין), התשנ"ז-1997, אשר החליף הוראות בחוק מבקר המדינה.²⁶⁵ חוק זה עוסק בתלונות של עובד – לא דווקא עובד ציבור – על פגיעה בתנאי עבודתו עקב הגשת תלונה נגד מעבידו או נגד עובד אחר או עקב סיוע לעובד אחר בהגשת תלונה שכזו. אם מוכיח העובד שהמעביד פיטר אותו או פגע בתנאי עבודתו ללא הצדקה, מוטל על המעביד להוכיח שמעשיו לא נבעו מתלונתו של העובד נגדו או נגד עובד אחר. החוק פורס את הגנתו רק על תלונה העומדת בתנאים המצטברים הבאים: התלונה הוגשה בתום לב; היא הוגשה בגין הפרת חיקוק במקום העבודה, ובגוף ציבורי – גם בגין פגיעה בטוהר המידות או במנהל תקין; התלונה הוגשה לרשות המוסמכת לקבלה או לחקור בעניין.²⁶⁶ בנוסף להוראות חוק זה, יש אמצעים

264 לדיון מקיף בנושא זה ניתן לפנות לספרה של Y. Cripps, **The Legal Implications of Disclosures in the Public Interest**, (2nd ed), London, 1994. כמו כן, ישנה ביבליוגרפיה מקיפה על היבטים שונים של הנושא (משפטיים, ארגוניים, פסיכולוגיים ועוד) בעריכת דייר וויליאם דה מריה (De Maria) מאוני קווינסלנד באוסטרליה: http://www.uow.edu.au/arts/Whistleblowing-InternationalBibliographysts/bmartin/dissent/documents/DeMaria_bib.html.

265 לסקירה של ההוראות הרלוונטיות בחוק מבקר המדינה ראו קלכהיים, **לעיל** הערה 257, עמ' 25-27.

266 דוגמה לאכיפת החוק ראו בהחלטת בית הדין לעבודה בנצרת, אשר קיבל את טענותיו של עובד בעיריית עפולה, שהעירייה פגעה במעמדו המקצועי שלא כדין בגין תלונה

להגנה על עובד ציבור שחשף מעשי שחיתות, בחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב]. החוק מסמיך את מבקר המדינה לבדוק אם הגוף (הציבורי) המבוקר נהג בחיסכון, ביעילות ובטוהר המידות.²⁶⁷ אם עובד ציבור – למעט שוטר, סוהר וחייל – מדווח בתום לב ועל פי נהלים תקינים על מעשי שחיתות שבוצעו בגוף שבו הוא עובד, ובתגובה לכך הממונה עליו עושה מעשה הפוגע בו במישרין או מונע ממנו במישרין טובת הנאה – רשאי נציב תלונות הציבור להוציא כל צו מתאים כדי להגן על זכויות העובד, בשים לב לתפקודו הראוי של הגוף המעסיק.²⁶⁸

באנגליה הכיר המשפט בהגנת אינטרס ציבורי רק במישור צר של הליכים אשר לא הקנו פיצוי לנפגע,²⁶⁹ עד אשר נחקק החוק בנושא גילוי לטובת האינטרס הציבורי.²⁷⁰ החוק חל על גילוי מידע שנעשה מתוך אמונה סבירה של העובד שהגילוי נוטה להראות אחד מאלה:²⁷¹ עברה פלילית התבצעה, מבוצעת או עתידה להתבצע; אדם לא עמד בחובה חוקית שהוא נתון לה; אירע עיוות דין; בריאותו של אדם או שלומו הועמדו בסכנה; נגרם נזק סביבתי; מידע הנוטה להראות על אחד מאלה הוסתר בכוונה. ברם ההגנה לא תקום כאשר הגילוי מהווה עברה פלילית,²⁷² ולכן אינה חלה על גילוי מידע אסור לפי חוק הסודות הרשמיים. נדרש שהגילוי ייעשה בתום לב, ושלעובד יהא יסוד סביר להאמין כי המידע אמתי באופן מהותי. הגילוי

שהגיש למטרה בנוגע למעשה שחיתות הקשור לכאורה במנכ"ל העירייה: עב' 1240/03 (נצרת) **יוסי חן נ' עיריית עפולה**, עבודה אזורי, כרך יג, 524.

267 סעיף 10(א)(2) לחוק מבקר המדינה. ההוראה מתייחסת לגופים מסוג משרד ממשלתי, מפעל או מוסד של המדינה, רשות מקומית או חברה ממשלתית, ולעתים גופים נוספים.

268 סעיפים 44 עד 45 לחוק מבקר המדינה. עובד ציבור המגיש לנציב תלונה כאמור שלא בתום לב, עובר עברת משמעת (סעיף 45ה). אם יש סיבה המצדיקה זאת, רשאי הנציב לברר את התלונה, אף אם העובד הודיע על מעשי שחיתות שלא על פי נהלים תקינים (45ב).

269 **Gartside v. Outram** (1856), in: Birkinshaw, *supra* note 172, p. 132 – המקרים התייחסו למידע שהושג באמון לפי דיני confidentiality

270 Public Interest Disclosure Act, 1998. הוראות החוק מהוות פרק בחוק זכויות עובדים – Employment Rights Act 1996, (PART IVA)

271 Employment Rights Act 1996, § 43B (1)

272 § 43B(3): A disclosure of information is not a qualifying disclosure if the person "making the disclosure commits an offence by making it a qualifying disclosure" (שמוגדרים בסעיפים 43C – 43H, ראו להלן) הופך לגילוי מוגן, לפי החוק (§ 43A).

צריך להיעשות לאחד הגורמים המנויים בחוק (מעביד או גורם אחר שהכשל מושא הדיווח נמצא בתחום אחריותו, ובנסיבות מסוימות – שר או הגורם שמונה לטיפול בתלונות כאלו על ידי מזכיר המדינה).²⁷³ אפשר לחרוג מהוראות אלו ולגלות את המידע לגורם אחר אם, למשל, בזמן הגילוי היה לעובד יסוד סביר להאמין שגילוי לאחד הגורמים המנויים בחוק יחשוף אותו לפגיעה מצד מעסיקו, או אם הכשל שבו מדובר הוא בעל אופי חמור במיוחד.²⁷⁴ במקרים אלו נדרש, נוסף על התנאים הנזכרים, שהגילוי לא יעשה למטרת רווח אישי ושלנוכח נסיבות העניין הגילוי יהא סביר (בהקשר זה יש לבחון גם את זהותו של הגורם אשר לידיו הועבר המידע).

ההגנה אינה רלוונטית לעובד ציבור שעובר עברה במסירת מידע ללא סמכות כדין. עם זאת, היקפם של האיסורים בדבר גילוי מידע רשמי בדיון האנגלי מוגבל ביותר ביחס לאיסור הישראלי. כפי שראינו בפרק הקודם, חוק הסודות הרשמיים, שהחליף את סעיף 2 הדרקוני לחוק הישן, אוסר גילוי מידע רשמי לפי קטגוריות מוגדרות ומצומצמות יותר. לכן, הקושי בחסרונו של סייג לאחריות פלילית ביחס לגילוי שנעשה לטובת האינטרס הציבורי פוחת, אם כי אינו נעלם. קושי רב יותר טמון בכך שהחוק להגנה על גילוי מידע לטובת האינטרס הציבורי אינו חל על עובדים המעורבים בביטחון הלאומי ובעבודת המודיעין, ולא על קציני משטרה.²⁷⁵ כתוצאה מכך, דווקא הגורמים המופקדים על מלאכה רגישה מבחינת זכויות הפרט ושלטון החוק, והפועלים במסגרת הייררכית נוקשה מאחרות, נשארים מחוץ לתמונה (וראינו שעובדי השירותים החשאיים אף חשופים לאיסור פלילי רחב על גילוי מידע בחוסר סמכות, במסגרת חוק הסודות הרשמיים). זו עדות נוספת להעדפת שיקולי ביטחון באופן גורף בשיטה האנגלית, למרות ניסיון העבר.

הדין האמריקני ("Whistleblower Protection Act") חל על עובד בשירות הפדרלי אשר מגלה מידע בנוגע לאחד מאלה: הפרת חוק, תקנה או צו; ניהול כושל, בזבוז גדול של כספים, ניצול לרעה של סמכות או סכנה ניכרת ומסוימת (ספציפית) לבריאות הציבור או לשלום הציבור. זאת בתנאי שגילוי כזה אינו אסור באופן מפורש על ידי החוק, ושהמידע אינו מסווג כסודי משיקולי

Employment Rights Act 1996, §§ 43C – 43F 273

Employment Rights Act 1996, §§ 43G – 43H 274

Employment Rights Act 1996, §§ 193 & 200, as amended by Public Interest 275

Disclosure Act 1998, §§ 10-11, 13

ביטחון המדינה או ניהול יחסי חוץ.²⁷⁶ האמונה של העובד בכך שהמידע מעיד על אחד הליקויים הנזכרים, צריכה להיות סבירה. ההגנה על מדליפים מתבטאת באיסור נקיטת צעדים לפגיעה בעובד, כגון אמצעים משמעתיים, פיטורין וכדומה. תכליתה למנוע התעמרות בעובד שגילה מידע מבוסס, על פי תנאי החוק. ההגנה נחקקה לראשונה ב-1978,²⁷⁷ במסגרת רפורמה בשירות הציבורי, אך הוכחה כלא יעילה, בעיקר בשל ייסודה על מנגנוני אכיפה והוראות פרוצדורליות לוקים בחסר. בשנים הראשונות לקיומה, רק קומץ של עובדי ציבור זכה לעמוד בתנאיה, מתוך אלפים שניסו. בסופו של דבר תוקן החוק תיקונים מקיפים אשר שיפרו את ישימות ההגנה בכך שהקלו על העובד בנטל ההוכחה ובאמצעים נוספים.²⁷⁸ החוק מצהיר שגילוי מוגן של עובד משרת את האינטרס הציבורי בכך שהוא מסייע למאבק בהונאה, בבזבז, בניצול לרעה ובהוצאות ממשלה בלתי נחוצות, ושהגנה על עובדים החושפים אי-חוקיות, בזבז ושחיתות ממשלתיים היא צעד חשוב לקראת שירות ציבורי יעיל יותר.

ההגנה על מתריעים מוציאה מתחולתה במפורש מידע האסור בגילוי לפי הוראת חוק או לפי צו ממשלתי לסיווג המידע, ולכן היא אינה חלה במישור הפלילי. עם זאת, נראה שסוגי המידע הטיפוסיים הנופלים תחת הקטגוריות המנויות בה אינם חופפים את סוגי המידע הטיפוסיים הנופלים תחת האיסורים הפדרליים על גילוי מידע שלטוני. הטלת אחריות פלילית על עובדי ציבור פדרליים בגין גילוי מידע רשמי אפשרית במסגרת מצומצמת של הוראות חוק פדרליות אשר אינן מסתפקות בהגעת המידע לידי העובד מתוקף תפקידו. ההוראות העיקריות חלות על מידע כלכלי שהושג מן הפרט באמון, על מידע הנוגע לתשדורות דיפלומטיות של מדינה זרה ועל מידע ביטחוני. יש להניח שחשיפת מידע מן הסוגים הללו אינה ראויה, ככלל, להגנה בשם שיקולים של מנהל תקין או של הגנה על בריאות הציבור ושלומו, וכי זו הייתה גם הנחת המחוקק כאשר הוציא מתחולת ההגנה מידע האסור

276 5 U.S.C. 2302(b)(8): “[...] if such disclosure is not specifically prohibited by law and if such information is not specifically required by Executive order to be kept secret in the interest of national defense or the conduct of foreign affairs”

277 U.S. Civil Service Reform Act of 1978

278 ההגנה תוקנה על ידי Whistleblower Protection Act 1989 ושוב ב-1994. לסקירה של הקשיים שמעוררת ההגנה ראו: T.M. Devine, “The Whistleblower Protection Act of 1989: Foundation for the Modern Law of Employment Dissent”, 51 *Administrative L. Rev.* (1999) 531 (**hereinafter:** Devine)

בגילוי לפי דין. החרג לגבי מידע מסווג מעורר קושי, שכן בתחום זה יש מקום רב למניפולציות של השלטונות בשליטה על מידע. הניסיון לחוקק איסור על מסירת כל סוג של מידע מסווג נכשל עד כה, ובתי המשפט דחו קונסטרוקציות משפטיות שנועדו להחיל איסורים אחרים על מקרים של גילוי מידע מסווג לגורם בלתי מוסמך.

בסך הכול, אף שההגנה אינה נקייה מקשיים, היא מחזקת את המסקנה שחובת האמון של עובד ציבור כלפי הרשות המעסיקה נתפסת מלכתחילה כמוגבלת על ידי ערכים כמו שלטון חוק ומנהל תקין. היא גמישה יותר מן ההגנה הקבועה בדין האנגלי ומבטאת את נקודת המוצא האמריקנית אשר שמה את הדגש על חופש מידע. ההגנה מאפשרת לעובדי ציבור לחשוף מידע על עבריינות בשורות השירות הציבורי ועל הפרות בוטות של כללי מנהל תקין או על יצירת סכנה לבריאות הציבור או לשלום. פרשת **מסמכי הפנטגון** ממחישה את הצורך בהגנה גם במישור הפלילי.

לעומת המודלים להגנת אינטרס ציבורי בדין האנגלי ובדין האמריקני מציע הדין האוסטרלי מודל שונה בכמה היבטים חשובים. המודל הידוע הוא של מדינת קווינסלנד ועל בסיסו גובשה ההגנה בדין האוסטרלי הפדרלי. החקיקה בנושא הגנה על מתריעים בקווינסלנד נקבעה כתוצאה ישירה של שחיתות רבה בשירות הציבורי של מדינה זו מאז סוף שנות השמונים של המאה הקודמת ובמהלך שנות התשעים. החוק מגדיר הגנת אינטרס ציבורי לגבי מידע מן הסוגים הבאים:²⁷⁹ התנהגות פסולה של עובד ציבור (הכוונה להתנהגות שמוגדרת כעבירה פלילית); חריגה מכללי מנהל תקין (הכוונה לפעולה לא חוקית, שרירותית, בלתי צודקת, הפליה פסולה וכדומה) שמשפיעה לרעה על האינטרסים של מאן דהו בדרך ספציפית וניכרת; ניהול רשלני או בלתי ראוי של פקיד ציבור או של בעל חוזה עם רשות ציבורית שעלול להוביל לבזבז משמעותי של כספי ציבור (ובתנאי שאין מדובר במחלוקת גרדא על מדיניות לגיטימית בדבר הוצאות כספיות); סכנה ספציפית וניכרת לבריאות הציבור או לשלום הציבור או לאיכות הסביבה. בנוסף מגדיר החוק מידע שכל אחד – ולא רק עובד ציבור – יכול לחשוף ולזכות בהגנת אינטרס ציבורי (כגון מידע החושף סכנה ברורה לאיכות הסביבה). בכל המקרים על הדיווח להיעשות תוך יסוד סביר להאמין שהמידע מושא הגילוי נוטה להראות מעשה או סכנה כאמור, ותוך עדיפות לדיווח פנים

Queensland, Australia, Whistleblowers Protection Act 1994, §§ 15-18 279

ארגוני. ייחודו של המודל האוסטרלי הוא בשניים.²⁸⁰ מצד אחד, הוא מעניק הגנה מלאה – במישור האזרחי, הפלילי והמנהלי – לגילוי המידע. מצד אחר, הוא קובע סעדים לטובת מי שניזוק בגין טענת שווא שנטענה כלפיו ובכך מאפשר לצמצם מקרי גילוי בלתי נאותים.²⁸¹

חקיקת החוק בנושא חושפי עבירות מבטאת עליית מדרגה בטיפול של המחוקק הישראלי בסוגיות של שקיפות ושל שלטון חוק.²⁸² ברם אף על פי שמדובר בתהליך חיובי, אין די בחוק זה, אשר אינו מגן על העובד מפני הטלת אחריות פלילית (או אחרת) בגין מסירת המידע. החוק מסמיך רק את בתי הדין לעבודה לטפל בנושא, ולכן חשיפת עבירות בידי עובדים, ובכלל זה גם עובדי ציבור, מטופלת בו אך ורק בראי יחסי העבודה בין העובד לבין המעסיק, ולא בראי המשפט הפלילי (או תובענות אזרחיות העלולות לצמוח מן הגילוי). בשונה מן המצב באנגליה ובארצות הברית, עובד ציבור בישראל חשוף לאיסור רחב מאוד בדבר גילוי מידע ללא סמכות, ולכן חיוניותה של ההגנה על גילוי כזה במישור הפלילי גדולה יותר בישראל מאשר במדינות הללו. נקודה נוספת היא שהתנאים הנזכרים לתחולת ההגנה אינם מאפשרים גילוי **פומבי**, אלא רק גילוי כלפי הרשות המוסמכת לחקור. כפי שנראה, עשויות להתקיים נסיבות שבהן מגבלות מערכתיות ואחרות עלולות לקעקע את יעילותו של דיווח מסוג זה.

מתווה להגנה בתחום הפלילי

נייר עמדה זה נפתח בדיון על שאלת ההצדקה לקיומו של איסור פלילי בדבר מסירת מידע רשמי. הדיון בסייג לאיסור שואב מאותה הצדקה ממש. השאלה היא אם ייתכן מצב שמעשה של עובד ציבור נופל בגדר האיסור, ובכל זאת אין מקום להטיל עליו אחריות פלילית. למעשה, כבר ענינו על שאלה זו בחיוב. הדגשנו שאין הצדקה להטלת אחריות פלילית, אלא אם

280 שני ההיבטים מצויינים בסעיף 11 לחוק.

281 להשוואה מפורטת בין שלושת המודלים ראו עבודת המחקר שנעשתה בנושא זה בקנדה כהכנה לחקיקה של הגנת אינטרס ציבורי: S. Groeneweg, “Three Whistleblower protection Models – A Comparative Analysis of Whistleblower Legislation in Australia, the United States and the United Kingdom”, Public Service Commission of Canada, October 2001. הרשימה נגישה באינטרנט: www.psc-cfp.gc.ca/research/merit/whistleblowing_e.pdf

282 במיוחד חשובה הוספת ההוראה המעבירה אל המעביד את נטל ההוכחה, בסעיף א3 לחוק (תיקון משנת תשס"ב).

המעשה פוגע באינטרס הציבורי פגיעה ממשית. בנסיבות שנמסר מידע בחוסר סמכות, והמסירה פוגעת לכאורה באינטרס ציבורי חשוב, אך במקביל היא גם מקדמת אינטרס ציבורי אחר, יש לבחון ביתר זהירות את אחריותו של העושה. כך למשל, אפשר שמדובר במידע חיוני לצורכי פיקוח וביקורת – בנתונים שהוסתרו מעין הגופים המבקרים או הציבור כולו ללא הצדקה מספקת. לעתים חשיפה שכזו מביאה את המערכת לצעדים חשובים של תיקון עצמי. כך לדוגמה, הדלפת תוכנו של דוח מבקר המדינה מ-1991 בנושא איכותן של ערכות המגן אשר חולקו לאוכלוסייה האזרחית בישראל ערב מלחמת המפרץ. מבקרת המדינה העלתה השגות בנושא זה, ובשעה שהיה הדוח עדיין בדיון בוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת, הודלף תוכנו לעיתונות. עקב כך פרץ ויכוח חריף בין מבקרת המדינה לבין מערכת הביטחון. משהתירה הוועדה לפרסם את הדוח, הוחלט במערכת הביטחון להחליף את המסכות לאחר שתשופר איכותן.²⁸³

מובן שלא כל חשיפת מידע הנעשית בשם האינטרס הציבורי צריכה לפטור את עובד הציבור מאחריות פלילית. יש לבחון את טיב המידע ואת היחס שבין התועלת במסירת המידע לבין הנזק בחיסויו. נוסף על כך יש לבחון את זהות הנמען אשר לידי נמסר המידע ללא סמכות. הגדרת סמכויות בתוך ארגון ביורוקרטי וגדול כמו השירות הציבורי נועדה ליצור מנהל תקין ויעיל. הדרישה לפעולה בסמכות נסמכת על ההנחה שהעובד אינו רואה תמיד את התמונה במלואה (הדברים אמורים ביתר שאת ככל שמדובר בעובד מדרג זוטר) ואינו נמצא במעמד המאפשר לו קבלת החלטות בנדון. אין להתיר הפקרות בתחום של חשיפת מידע, שכן המנגנון המנהלי מופקד על מידע רגיש, אשר מסירתו לידי גורמים בלתי נכונים עלולה לגרום נזק רב ליחיד ולציבור בכללו. גילוי מידע בפומבי עלול לגרום להשחרת פני הרשות ברבים מעבר לנדרש, ומבלי שניתנה לה אפשרות לתיקון עצמי קודם לכן. לאור השיקולים האמורים, מוצדק לבחון, נוסף על טיב המידע הנמסר, גם את השאלה לידי מי נמסר. ניסיון של העובד לדווח על בעיה או מחדל באופן

283 המקרה נזכר אצל גייסט, **לעיל** הערה 158, עמ' 15. מקרה נוסף שמוזכר אצלו (עמ' 14-15) הוא החלטתה של הוועדה לענייני ביקורת המדינה ב-1987 לפרסם את דוח הביקורת של מבקר המדינה על תהליך קבלת החלטות בפרויקט "הלביא", וזאת למרות התנגדותה של מערכת הביטחון. ההיתר לפרסום ניתן לאור הפרסום הרב שניתן לפרויקט עד אותה עת ובשל הצורך בדיון ציבורי נוסף בשאלת כדאיותו לנוכח הסכומים האדירים שנדרשו לקידומו וההשלכות לכך על תקציב הביטחון. פרסום הדוח תרם להחלטת הממשלה לבטל את הפרויקט.

דיסקרטי ככל האפשר עשוי לעתים לצמצם את הנזק לאינטרס הציבורי. במקרים רבים מוטב לפנות לגוף חוקר מתאים מאשר לבחור בחשיפה פומבית. לכאורה, ניתן להשיג על הצורך בהגנת אינטרס ציבורי בטענה שבמקרים הקריטיים מונע עובד הציבור משיקולים מצפוניים, והוא חושף את המידע למרות קיומו של איסור פלילי תוך נטילת סיכון אישי.²⁸⁴ ברם אין בטענה זו כדי לגרוע מן הצורך לתת עיגון חוקי מפורש להגנת אינטרס ציבורי ביחס לאיסור בדבר גילוי מידע רשמי. אין ביטחון בכך שמצפונם של עובדי ציבור אכן יניע אותם למסור מידע בניגוד לחוק ברוב המקרים שבהם הגילוי מוצדק ונחוץ. אף אין זה ראוי ששיטה משפטית תסתמך על נכונות מצפונית לפעול למען האינטרס הכללי בניגוד לחוק. וחשוב מכך: בנסיבות המתאימות, המצדיקות פעולה למרות האיסור, נשמטת ההצדקה להחילו במקרה המסוים, כך שאכיפה והרשעה מהוות עוול כלפי הפרט. במנהל תקין באופן כללי, לא אמורה להתגלע סתירה בין חובת הנאמנות של עובד ציבור כלפי הרשות המעסיקה לבין חובת האמון שלו כלפי הציבור, שכן במצב תקין השלטון מייצג את האינטרסים של הציבור נאמנה. ברם אם המערכת פוגעת בשלטון החוק ובערכים דמוקרטיים או מתרשלת באופן חמור במילוי חובותיה, נאמנות כלפיה אינה מתיישבת עם חובת האמון כלפי החברה או המדינה. כאשר נוצר פיצול שכזה, חובתו של עובד הציבור היא אחת ויחידה – כלפי הציבור, ולא כלפי המעסיק.²⁸⁵

A.R. Klein, "National Security Information – It's Proper role and Scope in a Representative Democracy", 42 **Federal Communications L. J.** (July 1990), 433. קליין מונה שיקול זה כדי להצדיק את העדפתו בדבר ענישה מאוחרת על פני מניעה מוקדמת של גילויים, משיקולי חוסר אפקטיביות. בשל כך, הוא סבור, מדיניות המחייבת אישור מוקדם לפרסום זיכרונותיהם של עובדי ציבור היא מיותרת, כל שכן שהיא פסולה משיקולים של אכיפה סלקטיבית. אלסברג מתאר בספרו את הרגעים הקריטיים שלפני ההדלפה: "I would be in prison. I didn't look forward to that, but the issues were very large, larger than me, or even my own family" (Ellsberg, *supra* note 226, p. 309)

חובתו של השירות הציבורי לשמש נאמן הציבור ולפעול לטובת הציבור. לכן עליו לקדם רק את אינטרס הציבור, שהוא שולחו, ולא אינטרסים אישיים – בג"ץ 86/669 **רובין נ' ברגר**, פ"ד מא (1) 749, עמ' 840. מסיבה זו אין מקום להשוות בין הטיפול הראוי במדליפים בגוף שלטוני לבין הטיפול הראוי במדליפים בגוף פרטי, כגון עיתון (אף שגם זו אינה תמיד שאלה פשוטה, בהתחשב באחריותה הציבורית של העיתונות ובכוחה). ההשוואה, שאינה במקומה, מופיעה במאמרו של העיתונאי מתי גולן, "כתב אישום אמין", **גלובס** (10.6.03), בנוגע להחלטה להגיש כתב אישום נגד

מכאן, שמוצדק לחוקק סייג שיעניק הגנה לדיווח המשרת את האינטרס הציבורי בחשיפת עברות, שחיתות או אי-תקינות בשירות הציבור. כמו כן, רצוי לכלול בהגנה התייחסות למידע בנוגע לכשלים חמורים פחות שיש אינטרס ממשי למנוע אותם. לדוגמה, ניתן לומר שגם בזבוז הוא צורה של שחיתות כשמניחים לו לפרוח במידה בלתי סבירה עד שאין ביכולתנו לשלוט בו.²⁸⁶ במקרים אלו הפגיעה בהייררכיה המנהלית היא משמעתית באופיה, ולא פלילית. חקיקה של הסייג תעביר מסר חינוכי חשוב לשם יצירת תרבות שלטונית ראויה ותמנע עיוותי דין במקרים קונקרטיים. יש לאפשר לבית המשפט לזכות את הנאשם מן הסיבות האמתיות, בלי להזדקק לפרשנות מאולצת ובלתי טבעית של לשון החוק לשם הימנעות מהרשעה. כמו כן, וזו נקודה מרכזית: מוטב לתמרץ עובדי ציבור לחשוף מידע מן הסוג האמור, **שהרי הם המפתח העיקרי לחשיפתו**, ולא להסתמך על אומץ לבם של עובדים בודדים. תמרץ שכזה יש להעניק בזהירות תוך כדי איזון של הצורך בחשיפה עם הצורך בסודיות, על פי נסיבות המקרה. זאת, כדי לצמצם את החשש שעל יסוד ההגנה ייעשה שיקול מוטעה, ויפגע האינטרס הציבורי. ההנחה שייתכנו נסיבות בהן גילוי מידע שלטוני משרת את האינטרס הציבורי, חלה עקרונית על כל סוג של מידע. לשם השוואה, ניתן לפנות להוראות חוק הגנת הפרטיות וחוק איסור לשון הרע. שני החוקים האמורים מאפשרים להטיל אחריות פלילית ואזרחית על מסירה או פרסום של דבר העלולים לפגוע בצנעת הפרט או בשמו הטוב. יודגש שהזכות לכבוד והזכות לפרטיות הן זכויות יסוד, המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שגילוי מידע המביא לפגיעה בזכויות אלו אינו בעל חומרה עקרונית פחותה מגילוי מידע הפוגע באינטרס ציבורי כלשהו. הן חוק איסור לשון הרע והן חוק הגנת הפרטיות מסייגים את האחריות המשפטית בגין גילוי פוגע באמצעות מתן הגנה, בין היתר, למי שפעל מתוך חובה חוקית, מוסרית או

עו"ד גלאט-ברקוביץ. לדעתו, דרישתה של העיתונות מן השלטון להניח למדליפים בשם הדמוקרטיה מהווה דרישה לא הוגנת ולא ריאלית: "מי שצריך לשמור על האינטרסים של המדליף הם המדליף והמודלף. אם אינם עושים זאת כראוי, והמדליף נתפס, חובה על השלטון לנהוג **בהתאם לאינטרס שלו**, כלומר להעניש את מי שמעל **באמונו** [...] אין ספק שהעיתונות לא הייתה נוהגת אחרת כלפי מדליפים היוצאים מקרבה" (ההדגשות שלנו).

286 מ' ג' סוקולאר, "ביקורת פנימית: מניעת בזבזים, תרמיות ושימוש לרעה בסמכויות", **עיונים בביקורת המדינה** 51 (תשנ"ד) 43, בעמ' 44. סוקולאר היה מספר 2 במשרד מבקר המדינה של ארצות הברית ותקופה קצרה מבקר המדינה בפועל.

חברתית (ובחוק הגנת הפרטיות – גם מקצועית).²⁸⁷ כמו כן, שניהם מסירים אחריות מפגיעה שיש בה עניין ציבורי.²⁸⁸

יש נסיבות שבהן גילוי מידע ביטחוני משרת את האינטרס הציבורי. הדין הגרמני מכיר בכך וקובע שככלל העברות הביטחוניות אינן חלות על מסירת מידע לגבי הפרות חוק הקשורות בשיטת הממשל החופשית והדמוקרטית. החוק הקנדי קובע הגנת אינטרס ציבורי לגבי מסירת "מידע מבצעי מיוחד" (special operational information). מדובר במידע שממשלת קנדה נוקטת צעדים לשמירתו, באשר הוא חושף, במישרין או בעקיפין, זהות של מקור מודיעיני, תכניות צבאיות, חקירות סמויות ועוד. עובד ציבור המחויב לסודיות (בדרך המוגדרת בחוק), המוסר מידע מבצעי מיוחד או מאשרו, במתכוון וללא סמכות – עובר עבירה, ודינו 14 שנות מאסר.²⁸⁹ האחריות בגין מעשים חמורים אלו מסויגת בהגנת אינטרס ציבורי.²⁹⁰ הסייג חל על מעשה העומד בשני תנאים מצטברים: המעשה נועד לגילוי עבירה אשר העושה מאמין באופן סביר שהתקיימה בעבר או שהיא מתקיימת בהווה או שהיא עתידה להתבצע על ידי אדם הפועל בעבור ממשלת קנדה או בשמה; והאינטרס הציבורי שבגילוי המידע גובר במשקלו על האינטרס הציבורי שבאי-גילוי.²⁹¹ רק אם הגילוי מקיים את התנאי הראשון, יש לערוך

287 בחוק איסור לשון הרע, זו הגנת תום הלב לפי סעיף 15(2) לחוק; בחוק הגנת הפרטיות, זו הגנת תום לב לפי סעיף 18(2)(ב).

288 סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע; סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות.

289 Security of Information Act 1985, § 14

290 Security of Information Act 1985, § 15

291 במסגרת האיזון בין התועלת שבגילוי לבין הנוק שבו, ישקול בית המשפט את השיקולים הבאים: האם היקף הגילוי עולה על הנדרש? מהי חומרת העברה שלכאורה נעברה? האם נשקלו פתרונות חלופיים, נגישים במידה סבירה, בטרם הגילוי? ואם כן – האם העושה פעל לפי ההנחיות או המדיניות הרלוונטיות? האם לעושה היה בסיס סביר להאמין שהגילוי ישרת את האינטרס הציבורי? מהו היקף הנוק שנגרם בגילוי? האם התקיימו נסיבות דוחקות המצדיקות את הגילוי? יש דרישה מפורשת שהמידע יובא במלואו, קודם למסירתו או לאישורו בחוסר סמכות, לידי סגן ראש המחלקה המעסיקה את העובד, ואם לא סביר לעשות כן בנסיבות העניין – יש להביאו לידי סגן התובע הכללי. החוק מקשה בכך שגם אם נעשתה פנייה כזו ולא נענתה, עדיין לא תקום ההגנה, אלא אם כן הובא המידע במלואו לאחד משני הגופים הנקובים בחוק (ועדת פיקוח או המפקח), לפי סוג העניין. הדרישות לגבי פנייה מוקדמת לאחד הגורמים הנקובים בחוק לא יחולו, רק אם המידע היה נחוץ למניעת פגיעה גופנית חמורה או מוות. הנוסח הקנדי עמוס ומפורט מדי ביחס לחקיקה עונשית ישראלית, ולכן חקיקה של הגנת אינטרס ציבורי המפרטת את כל השיקולים המשפטיים הלגיטימיים כאמור, לא תשתלב באופן אינטגרלי בחוק העונשין שלנו. נוסף על כך,

את האיזון הנדרש בתנאי השני. מן הסייג עולה שהחוק הקנדי מכיר בכך שבשם האינטרס הציבורי של שלטון החוק יש מקום לסכן, במידה מסוימת, אף אינטרסים ביטחוניים. אם כך לגבי עברה ביטחונית חמורה – קל וחומר לגבי עברה של מסירת מידע רשמי שפגיעתה באינטרס ציבורי אחר (שאינו ביטחוני) מסבבה נזק ציבורי קטן יותר (פגיעה בביטחון המדינה נתפסת, באופן עקרוני, כחמורה מפגיעה באינטרס ציבורי אחר, משום שהיא טוטלית יותר: היא מעמידה בסכנה את המשך קיומה של המדינה).

מתי מצדיק האינטרס הציבורי פרסום של המידע?

לא תמיד יש אפשרות מעשית לשרת באופן מיטבי את האינטרס הציבורי באמצעות גילוי המידע לידי גורם פנים-ארגוני, כגון הממונים על העובד או מבקר פנים, או אף לידי גוף מבקר או חוקר חיצוני, כגון מבקר המדינה או המשטרה. לעתים אין מנוס מהבאת המידע לידיעת הציבור באמצעות התקשורת. כך היה בפרשת **פונטינג** באנגליה ובפרשת **מסמכי הפנטגון** בארצות הברית. בפרשת **פונטינג** חשף המידע הונאה מכוונת וחמורה של הממשלה, עד הדרג הבכיר ביותר, כלפי הפרלמנט והציבור. בפרשת **מסמכי הפנטגון** נחשף מידע אשר היה ידוע, ככל הנראה, אף לנשיא ארצות הברית והוסתר מן הקונגרס למרות חשיבותו הרבה לוויכוח הציבורי לגבי המשך מלחמת וייטנאם. בשני המקרים הודלף המידע, בשלב הראשון, לידי חברים בוועדות פיקוח של הרשות המחוקקת. משהתברר שאין בכך כדי להניב את התוצאות המבוקשות, הודלף המידע לעיתונות.

בארץ ניתן לפנות לפרשת **קו 300** כדוגמה לנסיבות שבהן קיימת הצדקה להדלפת מידע במישרין לידי הציבור. בפרשה זו נחשף קשר של השב"כ להונות את ועדת החקירה אשר חקרה את נסיבות מותם של שני מחבלים בעקבות פעולה מבצעית (ועדת זורע).²⁹² אחד מבכירי השב"כ היה חבר בוועדה

עומס בפרטים ובדרישות במסגרת חקיקה אמנם מסייע בהכוונת התנהגות, אך עלול להרתיע עובדי ציבור רבים מחשיפה בכלל, שכן עלול להשתמע מכך שהסיכוי לזכות בהגנה קלוש ביותר.

292 ב-1985 נחטף אוטובוס בקו 300 בידי ארבעה מחבלים. לאחר קרב בינם לבין לוחמי סיירת מטכ"ל והשב"כ הודיע השב"כ שכל המחבלים נהרגו בקרב. צילום של עיתונאי גילה ששניים מהם הורדו מן האוטובוס חיים. בסופו של דבר, הוקמה ועדת זורע לבדיקת הנושא. מאוחר יותר הוקמה ועדת חקירה נוספת בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ועדת בלטמן).

ופעל כ"סוכן כפול" (או "סוס טרויאני") בתוכה באמצעות עדכון גורמי השירות על תוכן דיוניה, כך שיוכלו לתאם ביניהם עדויות. בעקבות פרשה זו וטיוחה דרשו שלושה מבכירי השירות – רפי מלכא, ראובן חזק ופלג רדאי – מראש השב"כ דאז, אברהם שלום, להתפטר. משסירב, דרשו להיפגש עם ראש הממשלה דאז, שמעון פרס. שלושתם שילמו מחיר רב על התקוממותם ועל התעקשותם. שלום "הכין את הקרקע" לפגישה הצפויה בינם לבין פרס והציג בפני האחרון את ההתארגנות של שלושה כניסיון ל"פוטש". ואכן, בפגישתו של חזק עם פרס גילה ראש הממשלה חוסר אמון כלפי טענותיו של חזק והציע לו לצאת ללימודים – ובעצם לפרוש. חזק פרש כעבור כמה חודשים. במקביל הודיע שלום למלכא על סיום תפקידו. חודשים לאחר מכן, משלא שובץ מלכא לתפקיד חדש, הגיש עתירה לבג"ץ (אשר הפכה לסלע מחלוקת בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הממשלה). רדאי, אשר עמד על דרישתו משלום לפרוש מתפקידו, התפטר לאחר שהאחרון החל לחבל בתפקידו. משמע, גם פנייה של כמה עובדים בכירים לדרג הבכיר ביותר – ראש הממשלה – לא הניבה את חקירת הפרשה. פנייתם ליועץ המשפטי לממשלה, יצחק זמיר, אף היא לא חוללה את הטיפול הראוי, שכן הוחלט לסיים את כהונתו של זמיר עקב דרישתו התקיפה לחקור את הנושא. יצוין שהחלטה על כך התקבלה במחטף בישיבת שרים ונכנסה לתוקף לאלתר (ימים ספורים לאחר מכן סיים זמיר את תפקידו). מתן חנינה מן הנשיא הרצוג לכל גורמי השב"כ המעורבים בטרם נפתחה חקירה נגד המעורבים בפרשה, שם קץ לניסיונות למצות עמם את הדין. מאוחר יותר התברר שהמחבלים הומתו בהוראתו של שלום, וכי אנשי השב"כ תיאמו גרסאות, שיבשו ראיות והעידו שקר בפני ועדת זורע. עם זאת, בעקבות הפרסום ועתירה לבג"ץ נגד החנינה, נערכה חקירה משטרתית, והמעורבים בפרשה הורחקו משירות הביטחון הכללי.²⁹³ פרשה זו נתפסת עד היום כאחת מן הפרשות החמורות ביותר בתולדות המדינה.

על רקע פרשת קו 300 התפרסמה פרשה נוספת: הרשעתו בבגידה של הקצין **עִזְאֵת נַאֲפֶסוּ**, שהתבססה על עדויות שקר שמסרו חוקרי השב"כ על

293 כמה שנים לאחר מכן פסל בג"ץ את מינויו של אחד מהם, יוסי גנוסר, לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון והבינוי, עקב מעורבותו בפרשה, מעורבות ההופכת אותו לאדם בלתי מתאים לאמון הציבור בתפקיד ציבורי בכיר – ראו בג"ץ אייזנברג, **לעיל** הערה 68. הפרטים לגבי פרשת קו 300 מבוססים במידה רבה על האמור בספרו של גוטמן, **לעיל** הערה 10, עמ' 71-133.

נסיבות חקירתו. פרשה זו הביאה, בסופו של דבר, לגילוי פרקטיקה שלמה של הפרות חוק בשב"כ, אשר שיאן, כך נראה, היה בפרשת קו 300. ועדת לנדוי, שמונתה לחקור את הפעלת אמצעי הלחץ בחקירות השב"כ (והתייחסה במסקנותיה גם לפרשת קו 300), קבעה שמאז ראשית שנות השבעים התפתחה בשב"כ "נורמה" של מתן עדויות שקר בבית משפט בקשר להפעלת לחץ פיזי בחקירות.²⁹⁴ פרקטיקה זו התקיימה במשך כ-16 שנה והפכה לנורמה מושרשת ומובנת מאליה הידועה לראשי השירות המתחלפים וליועציו המשפטיים. זאת, עד כדי כך שעם הזמן הופץ בשירות סיכום מודפס של דיון בין ראש השירות לבין ראש יחידת החקירות, ובו "לא רק הוראה מפורשת לשקר בבית המשפט אלא גם הנחיה מה יהיה השקר שייאמר".²⁹⁵ במצב דברים זה, קבעה הוועדה, פעלו החוקרים בהרגשה שהדבר נעשה לא רק בידיעתם של הממונים, אלא גם בברכתם. הם אף הרגישו שיש לכך גיבוי (בהסכמה שבשתיקה) מצד גורמים חיצוניים לשירות, ובהם התביעה, בתי המשפט והדרג המדיני (ובזאת הייתה הכוונה בעיקר לראשי הממשלה, אשר קיבלו עדכונים מראשי השירות).²⁹⁶

294 מן החקירה עלה שמדובר במעין "עבריינות אידיאלוגית", שבה שיקרו החוקרים מתוך רצון לשמור על המידור החמור לגבי פעילות השב"כ ובשל החשש מפני פסילת ההודאות ויכוי נאשמים אשר באשמתם היו משוכנעים.

295 ממסקנות הוועדה – **דוח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת**, ירושלים, 1987, עמ' 22 (להלן: דוח לנדוי). מובא שם ציטוט מן הזכ"ד הנזכר (סיכום דיון מ-1982): "במשפטי זוטא [...] נכחיש ביצוע [...] ונטען כי [...] כמקובל על פי נהלי הכלא / בית המעצר". הפרשה ממחישה את הקשר בין סודות (סודיות) ושקרים ואת הדינמיקה החזקה והמסוכנת של השתרשות נורמות של שקר והונאה בשם הנימוק של טובת הציבור והמדינה. לדיון בהיבט המוסרי של "שקרים לציבור לטובת הציבור" ראו: S. Bok, **Lyng: Moral Choice in Public and Private Life**, New York: Vintage Books, 1978, esp. ch. 12. ספר זה נכתב בצל הטראומה הלאומית בארצות הברית מפרשת מסמכי הפנטגון ומלחמת וייטנאם ומפרשת ווטרגייט, ולכן מודגש בו יסוד הפגיעה באמון הציבור כתוצאה מחשיפה של השקרים. ייתכן שבוק מציעה ניתוח נאיבי מדי של הנושא (ניתן לחשוב על דוגמות מורכבות יותר, כגון שקרים שמיועדים להגן על מגעים חשאיים עם מדינה בדרך להסכם שלום או לכינון יחסים דיפלומטיים), אך הנחות היסוד שלה – למשל: שההנחה שניתן לשקר לציבור בשם טובת הציבור היא רעיון בעל סתירה פנימית בדמוקרטיה – מסייעות להפריך טענות רווחות ולהעמיק את הדיון בנושא מורכב זה.

296 דוח לנדוי, שם, עמ' 28-29. אחד מבכירי יחידת החקירות שהיה מעורב בפרשות הנזכרות, טען בפני הוועדה בעדותו שראשי השירות אמרו לאנשי החקירות שהשיטה של מתן עדויות שקר בבתי משפט היא בידיעת הדרג המדיני ועל דעתו. הוועדה אמנם ניקתה מחשדות אלו את צמרת התביעה ואת בתי המשפט, אולם יש בכך להעיד על האווירה שבתוכה פעלו החוקרים באותה עת.

הניסיונות לדווח על ההתנהגות העבריינית בשב"כ נכשלו בערוץ הדיסקרטי, הלא פומבי, ולא בכדי. כאשר אין מדובר בפרשייה ממוקדת אלא בהתנהגות עבריינית ממסדית, כלומר שיטתית ומגובה (או שיש סיכוי טוב שתגובה), הסיכוי לטיפול בתופעה עקב התרעה בתוך המערכת הולך וקטן. לעומת זאת, רמת הסיכון שהמתריע נחשף אליה בנסיבות אלו גדלה מאוד. סיכון זה מתייחס הן לתנאי עבודתו של המתריע והן לפגיעה בשמו הטוב. פרשת המדען האנגלי ד"ר דייוויד קלי, אשר מסר דברים לכתב ה-BBC בקשר לאמינות המידע המודיעיני שעמד בבסיס החלטת בריטניה לצאת למלחמה בעירק, ממחישה את הסכנה הגדולה לשמו הטוב של המדליף. הרקע לדברים הוא הוויכוח הציבורי בבריטניה על צדקת ההחלטה. משנודע שקלי הוא הגורם העומד מאחורי מסירת הדברים, הוא עבר מסכת הכפשות קשה כחלק ממאבקה של הממשלה בהשלכות הפרסומים, ובסופו של דבר שלח יד בנפשו. כאשר הסיכון למתריע גדול, ומנגד יש אינטרס ציבורי רב בחשיפת התנהגות עבריינית ממסדית ושיטתית, הדבר מטה את הכף לטובת גילוי פומבי.²⁹⁷ בנסיבות פרשת קו 300 ניתן לומר שהאפשרות של דיווח פנים-ארגוני (בתוך השירות הציבורי) לא הייתה קיימת כלל, שהרי אפילו הדיווח לראש הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה לא הניב פתיחת חקירה משטרתית לבירור החשדות החמורים. גם דיווח לוועדה פרלמנטרית או לגוף ביקורת אחר, כגון מבקר המדינה, לא היה בהכרח מועיל לנוכח מסך השקר וההסתרה שהוצב על ידי השב"כ ולנוכח הקושי להבקיע מסך כזה, שהיה ברור למתריעים.²⁹⁸ ראוי גם לזכור שהצלחתו של מבקר המדינה לגרום לשינוי תלויה בלחץ ציבורי המותנה בפרסום. לעתים נחוצה חשיפה פומבית לא רק כדי להבטיח טיפול בתופעה העבריינית, אלא גם כדי להעניק הגנה לחושף המידע עצמו. כאשר ניצבים מולו מוקדי כוח רבי עוצמה, רק פומביות החשיפה עשויה לפרוס לעובד המתריע "רשת ביטחון" מפני נחת זרועה של המערכת.

297 את חומרת המעשה בפרשת קו 300, מבטאים הדברים הבאים מתוך דוח לנדוי: "מעשה חמור מאין כמוהו כמו זה לא יכול היה לקרות ואפילו לא יכול היה לעלות על דעתו של איש, אלא על רקע של שיטה רבת שנים של מתן עדויות שקר בבתי-משפט, שהצליחה להוליך שולל בתי-משפט בכל כך הרבה מקרים" (שם, עמ' 30).

298 ראו ביקורתו של גייסט, לעיל הערה 158, עמ' 8. הוא מתייחס לפעולות השירותים החשאיים כאל "הבטן הרכה" של שלטון החוק ומצביע על כך שהנשיאה באחריות לפעולות אלו עודנה נחשבת במרבית המדינות לבלתי מעשית ואף לבלתי פטריוטית (עמ' 7).

יש דוגמות ידועות נוספות לחשיפה פומבית מוצדקת של עבריינות או מחדלים חמורים מצד השלטונות. אחת מהן היא פרשת **וטרגייט** בארצות הברית בשנות השבעים. אין כל הצדקה עניינית לחיסוי מידע בדבר קיום האזנות בלתי חוקיות ליריביו הפוליטיים של הנשיא ובהוראתו. הזכות לדעת על אודות עבריינות חמורה שכזו נתונה לא רק לוועדות ביקורת של הרשות המחוקקת, אלא לציבור כולו, ובמיוחד בתקופת בחירות. דוגמה אחרת הייתה בקנדה. בריאיון לערוץ טלוויזיה ממלכתי, חשפו שני מדענים בכירים מן המחלקה לתרופות וטרינריות במשרד הבריאות (Margaret Haydon, Shiv Chopra) ליקויים בעבודת המשרד. בריאיון מתחו השניים ביקורת על איכות התהליך לאישור תרופות במשרד והביעו את השגותיהם על מידת הבטיחות בשימוש בהורמון גדילה סינתטי לצורך האצת ייצור של מוצרי חלב. המדענים פנו לתקשורת, לאחר שמאמצייהם להשמיע את טענותיהם בתוך המערכת ולהביא לשינוי הנדרש עלו בתוהו. בין היתר, פנו לוועדת ביקורת של הרשות המחוקקת ושלחו מכתב לראש הממשלה. הם ומדענים נוספים במשרד הבריאות טענו שהמחלקה לאישור תרופות הגיעה למצב תפקודי ירוד, ושהופעלו עליהם לחצים מצד גורמים בכירים במשרד לאשר את ההורמון מטעמים כלכליים (ההורמון גרף סכומי עתק במכירות לשנה, והחברה המפיצה אותו הציעה, לטענתם, חלק מן הרווחים למשרד הבריאות). בעקבות הריאיון ננקטו נגדם צעדים משמעותיים בגין הפרת חובת נאמנות של עובד ציבור למעסיקו, והם נזופו על המעשה. כמו כן, נאסר עליהם לחלוטין למסור מידע לתקשורת ללא אישור. בית המשפט קיבל את ערעורם של המדענים על הצעדים האמורים, וקבע שיש בצעדים אלו פגיעה מוגזמת בחופש הביטוי שלהם. חופש הביטוי של עובד ציבור נתון למגבלות מצד חובת הנאמנות שלו למעסיקו, שנועדה לשמור על שירות ציבורי יעיל וחסר פניות. ברם חובה זו אינה כופה על העובד שתיקה שאינה מהרהרת אחר מעשי המעסיק. הדבר אינו מתיישב עם עקרון היסוד הדמוקרטי בדבר חיוניותו של דיון ציבורי נוקב בעניינים ציבוריים. חופש הביטוי של העובד גובר, כאשר הממסד מעורב במעשים בלתי חוקיים או כאשר פעולותיו מסכנות את חיו, את בריאותו או את שלומו של העובד או של אחרים.²⁹⁹ בטיחות השימוש בהורמון

299 הלכה זו נקבעה על ידי בית המשפט העליון בקנדה בפרשת **Fraser v. Public Service Staff Relations Board**, [1985] 2 S.C.R. 455. באותו עניין אושרו פיטוריו של מנהל מחלקה במס הכנסה שמתח ביקורת חריפה על מדיניות הממשלה בעניין שאינו נוגע במישרין לעבודת משרדו. נוסף על שני החריגים האמורים, מנה בית המשפט

היא בעלת עניין ציבורי לגיטימי, הטעון דיון ציבורי והמטה את הכף לטובת חופש הביטוי של העובד. כמו כן, נקבע שכאשר ניסיון סביר לפתור את העניין בתוך הארגון נכשל – כפי שאירע במקרה זה – יש הצדקה לחשיפה פומבית של המידע; וכי איסור גמור על מגע עם התקשורת ללא קבלת אישור אינו סביר, באשר הוא מתעלם מן החריגים לחובת הנאמנות של העובד אשר פורטו לעיל ומתייחס אליה כאל חובה מוחלטת.³⁰⁰ מאז חשיפת הנושא התקבלו הטענות שאין די מידע על ההורמון (נמצא קשר אפשרי בינו לבין מחלת הסרטן), והוא נאסר להפצה באירופה ובקנדה. שני המדענים המשיכו לבקר באופן פומבי את השימוש בהורמונים נוספים להאצת גידול או ייצור בבעלי חיים. לאחרונה פוטרו מתפקידם, והם מנהלים הליכים משפטיים מול משרד הבריאות. הפרשה ממחישה שחשיפה פומבית של המידע נדרשת מהצטברות של כמה גורמים, כגון חשיבות האינטרס הציבורי שבשמו נמסר המידע, מקצועיותו של העובד המתריע, המשליכה על יכולתו לאמת את המידע, והפעלתם של לחצים קשים על המערכת השלטונית עקב התערבותם של גורמים כלכליים חזקים.

החשש מפני הדלפות ללא סמכות נראה משמעותי במיוחד בתחום יחסי החוץ, שכן מדיניות חוץ מחייבת לעתים כפל לשון, העמדת פנים ומשחק כפול. לפיכך כאשר אין מדובר לכאורה בביצוע מעשים בלתי חוקיים, אלא בכפל לשון או בהסתרת מידע מן הציבור, על עובד הציבור להביא בחשבון את טבעו של התחום הנידון ואת טיבו של המידע המדובר.

חקיקה של הגנת אינטרס ציבורי עשויה לסייע בלחימה בשחיתות ובהתנהלות פסולה של הרשויות. הגנה זו צריכה להיות מחד גיסא מוגדרת דיה לשם הכוונת שיקול הדעת של עובד הציבור ומניעת טעויות העלולות להביא לפגיעה באינטרס הציבורי, ומאידך גיסא עליה להיות רחבה וגמישה דיה, כדי שלא תרתיע מפני גילויים נחוצים באמת. בהקשר זה יש לזכור שהפנייה להוראות דינים זרים נעשית למטרת השוואה והתרשמות ואין

חריג שלישי שגם במסגרתו גובר חופש הביטוי של העובד על חובת הנאמנות שלו כלפי הרשות המעסיקה; חריג זה מתארע כאשר לביקורת אין שום השפעה על יכולתו של העובד לבצע את תפקידו ביעילות או על תפיסתה של יכולת זו על ידי הציבור. בפרשת המדענים – *Haydon v. Canada*, [2001] 2 F.C. 82 – חזר בית המשפט על ההלכה העקרונית שנקבע בעניין *Fraser*, וקבע שהיא עולה בקנה אחד עם התנאים החוקתיים להגבלת חופש ביטוי על פי מגילת הזכויות הקנדית.

300 *Ibid.*, paras. 112-119. המדינה לא ערערה על פסק הדין, והוא נחשב לפסק הדין המנחה בנושא, בצד הלכת *Fraser*.

המודל הקיים בדין פלוני מתאים בהכרח לשיטתנו. במיוחד בנוגע להגנה על מתריעים, תחום שבו פועלות במובהק הנחות תרבותיות פרטיקולריות לכל חברה לנוכח עברה, יש להיזהר מאימוץ מודל זר המושתת על הנחות תרבותיות שונות וממלא צרכים אחרים מן הצרכים של השיטה הישראלית בימינו.



4 השלכות לגבי הדין המשמעתי

נוסף על היותה עברה פלילית, הפרה של חובת סודיות לגבי מידע המגיע לעובד ציבור מתוקף תפקידו מהווה עברה משמעתי. בחלקים הקודמים טענו שיש לצמצם את הוראת האיסור על מסירת מידע ללא סמכות על ידי עובד ציבור ולקבוע בצדו סייג לגבי מי שפעל בשם האינטרס הציבורי. האם קביעות אלו אמורות להשליך על היקף אחריותו של העובד לפי הדין המשמעתי?

ניתן לאפיין את הדין המשמעתי כמערכת הנורמות המסדירה את דרך פעולתה של מערכת ארגונית בעלת מעמד מיוחד, ובכלל זה את סמכויותיהם של המשרתים בה ואת חובותיהם, בזיקתם זה לזה ובזיקתם למסגרת עצמה. לחלופין, ניתן להגדיר משמעת בעבודה כמערכת של חובות המוטלות על העובד, ושתכליתן להבטיח התנהגות נאותה בהתאם לצרכים הלגיטימיים של מקום העבודה.³⁰¹ בשירות הציבורי, הנחוץ לקיומן של מדינה מתוקנת ושל חברה מאורגנת, המשמעת היא ערך בפני עצמו בהיותה אבן מסד לתפקודו היעיל ולקיומו של מנהל תקין. בשל הקושי להגדיר עברת משמעת על דרך הפירוט, נמנע המחוקק מהגדרה פרטנית ומדוקדקת והסתפק בהגדרה רחבה, הכוללת, בין היתר, מעשה "שפגע במשמעת", אי-קיום חובה על פי חוק או מקור נורמטיבי אחר, "התנהגות שאינה הולמת" ו"התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה".³⁰² מעשה של עובד ציבור יכול שיהווה עברה פלילית ובה בעת עברה משמעתיית מסוג "עבירות הסל" הנזכרות. נוסף על כך יש עבירות ספציפיות בדין הפלילי החלות על עובדי ציבור, ותכליתן להגן על תקינות הפעולה השלטונית מפני "סטייה מן השורה" (הגנה על "הגרעין הקשה" של תקינות המנהל).

301 ההגדרה הראשונה של הנשיא שמגר (עש"מ 3/75), והשנייה של יאיר הורוביץ (משפטים ט, 1979); שתיהן מובאות על ידי בן-תור, **דיני משמעת בשירות הציבורי**, תל אביב: בורסי, תשנ"ד, עמ' 13.

302 סעיף 17 לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963. המחוקק בחר בהגדרה רחבה, אך העניק שיקול דעת לבית הדין למשמעת לקבוע בכל מקרה קונקרטי אם מדובר בעברת משמעת (שם, בעמ' 69). לגבי החלופה של התנהגות "שאינה הולמת", נקבע בפסיקה שזהו מושג גמיש המבטא סטייה מנורמות ההתנהגות המקובלות בארגון מסוים או מכללי ההתנהגות המאפשרים לעובדים באופן כללי, בכל ארגון, לקיים יחסי עבודה תקינים זה עם זה. בית הדין המשמעתי החיל חלופה זו על גילוי מידע רשמי ללא סמכות במקרה של הפרקליטה עו"ד ענת סבידור, שהורשעה לאחרונה במסירת מידע מתיק חקירה ("האי היווני"), ללא סמכות, לידי עיתונאי.

על אף היסוד המשותף של הגנה על תקינות הפעולה השלטונית, נבדלים המישור המשמעותי והמישור הפלילי במטרותיהם ובאמצעים העומדים להגשמתם. הדין המשמעותי, בעיקרו של דבר, לא נועד להעניש את ה"עברייני", אלא לקבוע אם עודנו ראוי לאמון הציבור והשלטונות ולמנוע מעשים דומים. הוא מתאים לטיפול במעשים שעיקר פגיעתם הוא בתוך מערכת השירות הציבורי, לעומת מעשים שעיקר פגיעתם הוא בציבור בכללותו והמתאימים יותר לטיפולו של הדין הפלילי.³⁰³ בהתאם לכך, הוראות הדין המשמעותי עשויות להשלים את הוראות המשפט הפלילי בתחום של הפרת סודיות רשמית. כאמור, אין הצדקה לאסור בפלילים חריגה מסמכות בשירות הציבורי באשר היא. הדין הפלילי מחייב סכנה ממשית לאינטרס ציבורי חיוני, ושמירה על הסדר המנהלי התקין אינה אינטרס כזה. הדין המשמעותי, לעומת זאת, נועד להגן על ההיררכיה המנהלית ועל קיומן של נורמות התנהגות תקינות בשירות הציבורי. בעוד שהדין הפלילי מגן על תקינות המנהל במובן הצר של ערך זה (כגון האיסורים על שוחד, מרמה או הפעלת לחץ כדי לסחוט הודאה), הדין המשמעותי מגן על תקינות המנהל במובן הרחב. לפיכך כאשר מסירת מידע בחוסר סמכות לידי אדם בלתי מוסמך אינה מקימה, בנסיבות המקרה, סכנה ממשית לאינטרס ציבורי חשוב, היא עשויה להוות הפרת משמעת. יש סנקציות מתאימות לטיפול בהפרות אלו, המקנות אפקטיביות לדיני המשמעת.³⁰⁴

303 כפי שראינו בדיון בערך המוגן באיסור, במציאת "קו התפר" שבין המישור הפלילי לבין המישור המשמעותי השאלה צריכה להיות האם מידת הפגיעה באינטרס הציבורי מצדיקה את הפעלתו של המשפט הפלילי – ע"פ 121/88 מ"י נ' דרויש ואח', פ"ד מה (2) 663, 692. "האם נתפס בתודעה הציבורית כי הסנקציה הפלילית היא שהולמת ומשקפת במקרה זה את דרישות מושג הצדק של הציבור ותודעתו המוסרית והמשפטית?" – דברי השופט גולדברג בע"פ 4148/96 מ"י נ' גנות ואח', פ"ד נ (5) 367, בעמ' 391. על שיטת המשפט להימנע מתיוג של התנהגות שמרכז הכובד שלה הוא משמעותי והיסוד המכריע שבה הוא פגיעה בסדרים המתוקנים ובמשמעת כהתנהגות פלילית – בג"ץ 7074/93 סויסא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח (2) 749, 782.

304 ניתן להצביע על שני קשיים לגבי המישור המשמעותי. האחד הוא שדין זה אינו חל על כל עובדי הציבור אלא רק על עובדי מדינה. עובדי החברות הממשלתיות, למשל, מוגדרים כעובדי ציבור אך לא כעובדי מדינה. ברם ניתן להתגבר על קושי זה באמצעות הרחבת תחולתו של הדין המשמעותי, וממילא גם עובדים אלו כפופים למרות משמעותית ארגונית באמצעות ועדות פריטטיות. הקושי האחר הוא האכיפה החסרה בתחום הדין המשמעותי; ראו הנתונים בדוח הוועדה בנושא הטיפול המערכתי במשמעת בשירות המדינה (ינואר 1998); בנושא מסירת מידע ללא סמכות הדין המשמעותי טיפל עד כה במקרים נדירים שבהם מעורב אלמנט ביקורת והכפשה, כגון מסירת חומר המטיל

בכפוף לצורך להגן על ההייררכיה המנהלית באמצעות הדין המשמעותי, יש מקום לבחון מה מצופה מעובד הציבור לעשות מול עברה, שחיתות או אי-תקינות, כאשר הוא נתקל באחת מאלו במהלך עבודתו. השאלה היא קודם כול נורמטיבית, ואין די שמעשים אשר היו קודם לכן פליליים ייחשבו כעת עברת משמעת בלבד. הדין המשמעותי קובע אף הוא קביעות נורמטיביות. כזוה, עליו להנחות את עובד הציבור לא רק לשמירה על נאמנות כלפי הממונים, אלא גם לאחריות כללית יותר ולפעולה נכונה אל מול מקרים של עבריינות, שחיתות, סטייה מכללי מנהל תקין וכדומה. לשם כך נדרש השירות הציבורי לבחון את מחויבותו לערכים של שקיפות ונשיאה באחריות בפני הציבור. כך במיוחד לאחר חקיקת חוק חופש המידע, המדגיש את חשיבותם של ערכים אלו בעיני המחוקק והציבור. אין בכך לשלול את ההצדקה העקרונית לטיפול בגילויי מידע בלתי מוסמכים באמצעות הדין המשמעותי. זהו הכלי המתאים לטיפול בחריגות מסמכות הפוגעות במבנה ההייררכי של השירות הציבורי. ברם אימוץ השקפה דמוקרטית-חוקתית, המעמידה בבסיסה את ערכי היסוד של חופש מידע וחופש ביטוי, חייב להתבטא גם בהוראות הדין המשמעותי, כפי שערכים אלו מחלחלים לכל תחום אחר. באופן קונקרטי, על הוראות השירות הציבורי – כללי התקשייר ודיני המשמעת – לפתח נורמה של שקיפות שלטונית כלפי הציבור בכללותו. כבר נטען שכדי לשפר את השירות הציבורי יש לזכות באמון הציבור, ושכאשר מדובר ביצירת אמון וביטחון אצל האזרחים, סביר שתתקבל תמורה רבה יותר מחיזוק החובה לדווח דיווח ישיר לכלל הציבור ולקבוצות של בעלי עניין בנושאים מוגדרים, מאשר לגורמים בתוך המנהל או לפרלמנט, מבלי לזלזל בערוצי דיווח אלו.³⁰⁵

דופי בשר הממונה, לידי העיתונות, מצד הממונה על יחסי ציבור (הדובר) של המשרד (פסק דין של בית הדין למשמעת של עובדי מדינה מנובמבר 1966); או במסירת מידע בלתי מוסמכת לעיתונות בצד השמעת דברי ביקורת (פסק דין מנובמבר 1990 וכן פסק דין מיוני 2001). החסר באכיפה מסכל את מטרותיו של המחוקק בהקמתו של המנגנון השיפוטי המשמעותי – שמירה על המשמעת בשורות הארגון וטיהור שורותיו ממי שאינו ראוי להיות חלק ממנו (בג"ץ 52/86 פרידמן נ' משרתת ישראל ואח', פ"ד מ (2) 449, 452) – כך שיש להגביר את האכיפה.

305 דיוואר, לעיל הערה 69, עמ' 28-29. דיוואר דן בעקרונות האתיקה המתאימים למנהל הציבורי המודרני, אשר עבר התפתחויות מבניות ופועל במציאות חדשה מבחינת שיטות מסחר ומתן שירותים. נקודת המבט המתאימה לאימוץ עקרונות אלו היא, לשיטתו, של "צרכן השירות הציבורי". הוא טוען (בעמ' 22-23) שיש לאמץ עקרונות אתיים לפי תפיסת העולם של הציבור ולא לפי נקודת המבט של אנשים מתוך המערכת. זאת, משום שהאחרונים מעלים את העיקרון "חיסכון במסירת האמת" לרמה של

על הדין המשמעותי לשקף את התפיסה השלטונית המקובלת בישראל (במישור הדין הראוי, גם אם לא כך תמיד במישור המצוי), ולפיה אחריותו של עובד הציבור מופנית רק כלפי הציבור. זו תפיסה שונה מן ההשקפה המקובלת באנגליה, שהזכרנו בחלק המשווה, ולפיה אחריותו של עובד הציבור מופנית אך ורק כלפי השר הממונה, והאחריות כלפי האינטרס הציבורי הרחב או כלפי הפרלמנט היא של השרים בלבד (ולכל היותר של היועצים הבכירים). הגישה האנגלית מציבה בפני עובד הציבור תשובה חד-משמעית לדילמות בנוגע לגילוי מידע העשויות להיווצר אצלו במילוי תפקידו. אולם היא מפקירה במידה מוגזמת את האינטרס הציבורי בידיהם של גורמים פוליטיים המונעים לעתים קרובות מדי משיקולים זרים, כגון רצון לכסות על מחדלים כדי למנוע פגיעה ביוקרה האישית. לכן גם באנגליה עצמה כבר קיימת שחיקה בהשקפה זו, מאז פרשת **פונטינג**. אם אחריותו המהותית של עובד הציבור היא כלפי הציבור, עליו לפעול בנאמנות כלפי הממונים עליו, רק כל עוד אלו מייצגים נאמנה את האינטרס הציבורי. ביטוי לגישה זו ניתן לתת בשניים: מצד אחד, צמצום היקפו של האיסור בדבר גילוי מידע ללא היתר בהוראות התקשי"ר; ומצד אחר, קביעת סייג של הגנת אינטרס ציבורי אשר יחול, במידה זו או אחרת, גם במישור הדין המשמעותי.

באשר להגנת אינטרס ציבורי, במסגרת דיני המשמעת יש מקום לנוקשות רבה יותר בדרישה לכך שגילוי המידע על אודות המחדל השלטוני ייעשה בצניורות המתאימים, כלפי הממונים או גורמי ביקורת פנימיים. עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם יש הצדקה להסיר אחריות משמעתית ממי שגילה את המידע ברבים. בהקשר של גילוי פומבי, נראה לנו שהקריטריונים שהוצעו בפרק הקודם יפים גם כדי להצדיק מתן הגנה בפני אחריות משמעתית, ולא רק בפני אחריות פלילית. קריטריונים אלה יורדים לשורש ההצדקה לגלות את המידע ברבים בנסיבות מתאימות, ותכליתם לקדם את טובת הציבור. תכלית זו ראויה להכרה גם מצד הדין המשמעותי. במקרים אלו יש לאפשר

סטנדרד אתי בזכות עצמו, במקום לראות את הפעולה על פיו כנטישה, לעתים מוצדקת, של עקרונות אתיים, בנסיבות מיוחדות ומוגדרות היטב, והם מסרבים להכיר בכך שמסירת אמת חלקית או הצגה של מחצית התמונה עלולות להחלט להטעות, במכוון או שלא במכוון, ובכך שיש סיכון בהעדפה של מניעת מבוכה מן הממשלה על פני הגנה על זכויות האזרחים. הוא מוסיף (בעמ' 29) שנשיאה באחריות באמצעות דיווח ישיר לציבור מועילה למדינה בכך שהיא פותחת את פעולותיה ואת תוצאותיהן לבדיקה ציבורית מדוקדקת, ובכך שהיא מעודדת מתן מידע וניתוח מתאימים ודרישת הסברים והנמקות.

לעובד הציבור גילוי מוגן, ללא חשש מנחת זרועה של המערכת. לעניין זה, אין טעם להבחין בין אחריות פלילית לבין אחריות משמעתית. שחרור פלוני מאימת הדין הפלילי אינו מהווה תמריץ מספיק לגילוי פומבי מוצדק וחיוני כאשר מעל ראשו מרחפת סכנה של פיטורין או אי-קידום או סנקציה משמעתית אחרת.

יתרה מזו: בנסיבות שיש הצדקה לחשיפת המידע ברבים, על אף החרגה מן הסמכות, אין כל הצדקה נורמטיבית להטלת סנקציה כלשהי על העובד שמיש במעשה הגילוי את חובתו כלפי הציבור ופעל באמת כנאמן הציבור. הדין הגרמני קובע שהאיסורים בדבר גילוי מידע רשמי אינם גורעים מחובתו של עובד הציבור לדווח על פשעים או להתערב במקרים המעמידים בסכנה את הסדר הדמוקרטי והחופשי הבסיסי. למצער, יש להכיר בכך שיש מצבים שענישה משמעתית של העובד בגין מסירת המידע מהווה פגיעה אסורה בכבודו ובזכויותיו, שכן אינה נעשית בשם תכלית ראויה. יתר על כן, ראויים לאימוץ דברים שנכתבו בארצות הברית, שמתריעים בתום לב מייצגים את האידיאל הנעלה ביותר של שירות ציבורי ואת המסורת האמריקנית שעל יחידים להיאבק בניצול לרעה של כוח. המאבק על הפיכתה של ההגנה לשימה ואפקטיבית, כך נטען, יסייע להפוך את עובדי השירות הציבורי למשרתי הציבור במקום לפקידים.³⁰⁶

גורם נוסף שיש להביא בחשבון הוא התרבות השלטונית והפוליטית במדינת ישראל. זו אינה מדגישה דייה, בלשון המעטה, את חשיבותו הערכית של שלטון החוק. זאת ועוד: באווירה הציבורית הקיימת בישראל עשוי העובד המתריע להרגיש חוסר אמון כלפי המערכת השלטונית עצמה, ובמקביל להרגיש ביחס שלטוני וחברתי מאיים כלפי מתריעים. לגבי יחס זה הורחב בפרק הקודם; ראינו שעובד הציבור עשוי בהחלט לפעול באווירה שבה הוא חושש פן יבולע לו אם ימסור מידע רגיש מן הסוג המדובר. בתרבות חברתית, פוליטית וממסדית שכזו יש לתמרץ גילויים **נאותים** ככלי חשוב של המערכת הציבורית לתיקון עצמי וליצירת תרבות שלטונית מתוקנת מזו הקיימת. במערכת שבה ההטיה התרבותית היא לטובת חיסוי (לגבי מידע בעייתית מבחינת הארגון הציבורי שבו עסקינן, בשונה מהדלפות מידע יזומות של הארגון), על הדין ליצור הטיה נגדית לטובת שקיפות. ולא למותר הוא לחזור ולהדגיש שעובדי הציבור מחזיקים במידע רב, ומבחינה זו אין להם תחליף ביידוע הציבור על אודות כשלים.

Devine, *supra* note 278, pp. 532, 576 306

שאלה לא פשוטה היא אם בדין המשמעתי יש לקבוע סייג נפרד ושונה מזה שבדין הפלילי. סייג של הגנת אינטרס ציבורי בדין הפלילי הוא סייג מסוג צידוק או הצדק לפעולה (Justification), ההופך את הפעולה למותרת, ובתור שכזה הוא חל על מערכת הדין הישראלי כולה – לרבות הדין המשמעתי. אם המעשה מותר – הוא מותר בכל הקשר. כלומר קביעת סייג של הגנת אינטרס ציבורי בדין הפלילי תשמש גם להגבלת האחריות בדין המשמעתי. לפיכך אין צורך לחוקק הגנה עצמאית במסגרת הדין המשמעתי, אלא אם תנאיה שונים מתנאי ההגנה הפלילית. ייתכן שכדי למנוע תוצאות פסולות של פרסום מידע ברבים כתחליף שגרתי לפנייה לגורמי חקירה וביקורת (תוצאות שירוקנו את האיסור המשמעתי מתוכן), יש מקום לאפשר הטלת אחריות משמעטית במקרים של גילוי פומבי חסר הצדקה, גם כאשר גילוי כזה פטור מאחריות פלילית. ברם ראוי לעשות כן רק במקרים שבהם הגילוי מקדם אינטרסים בעלי עוצמה חלשה יחסית, ולא כאשר מדובר בחשיפת עבריינות לשמה.

ההצעה שלהלן מושתתת על מסקנות הפרקים הקודמים.
הנה כמה דגשים:

האיסור המוצע שנועד להחליף את סעיף 117 (סעיף 284א) מצומצם מן האיסור המצוי, בדומה למודלים הקיימים במדינות מערביות שונות, והוא מוגדר לגבי פגיעה באינטרסים ציבוריים חשובים, בדומה למודל הגרמני – אך על דרך של פירוט האינטרסים הללו, בדומה למודל האנגלי (המתוקן). זאת למען הכוונה מרבית של עובד הציבור. הכוונה שכזו חיונית בהוראות עונשיות על מנת לאפשר לפרט להימנע מעשיית מעשה פלילי.³⁰⁷

הסייג של הגנת אינטרס ציבורי מבחין בין שני סוגי מידע: מידע שגילוייו תורם להגנה על שלטון החוק או על תקינות הפעולה השלטונית (מנהל תקין במובן הצר) או על שלום הציבור ובריאות הציבור (מפגעים בטיחותיים, בריאותיים או סביבתיים), לעומת מידע שגילוייו נועד למנוע קבלת החלטות שגויה הפוגעת באינטרסים כלכליים, חברתיים ואחרים. לגבי מידע מן הסוג הראשון יש ליצור תמריץ חזק לדיווח בשל חשיבות הערכים שבהם מדובר.

307 יש לתת את הדעת גם לאיסור בדבר **הוצאת מסמך ממשמורת**, לפי סעיף 267 לחוק העונשין:

(א) המוציא, ללא רשות, מסמך ממשמורת מוסד ממוסדות המדינה או מרשות מקומית, דינו – מאסר שלוש שנים.

(ב) עובד הציבור המופקד על הטיפול במסמך או על שמירתו, המוסר אותו שלא כדין לאחר והמסמך מוצא מהמשמורת כאמור בסעיף קטן (א), דינו – מאסר חמש שנים.

(ג) בסעיף זה, "מסמך" – בכתב או בכל אמצעי אחר שבו נרשם דבר.

אין הצדקה לקיומו העצמאי של איסור זה בנוגע לעובדי ציבור, ובפרט שמסמך מוגדר בו באופן רחב וללא התייחסות לטיב המידע שבו עסקינן. השימוש באיסור מועט, ונעשה בעיקר במקרים של העברת מידע המצוי במשרדי רשויות המס לידי חוקרים פרטיים תמורת תשלום. מעשים אלו בלאו הכי אסורים לפי איסורים נוספים בחוק, כגון קבלת שוחד; כמו כן, הם נופלים תחת האיסור המוצע להלן של שימוש אסור במידע רשמי. לכן, יש לבטל את האיסור לפי 267(ב). בשולי הדברים יוער שהקשרו החקיקתי של האיסור (בפרק המתייחס לשיבוש עשיית משפט) אינו מתאים, ולכן אם יושאר על כנו האיסור לפי 267(א) רצוי לחוקקו מחדש בהקשר מתאים יותר. הצורך באיסור לפי סעיף 267(א) עשוי להתעורר, למשל, במקרים של העתקת מסמך ממחשב של רשות ציבורית ללא רשות, על ידי מי שאינו עובד ציבור או בעל חוזה עם המדינה – ראו ע"פ (ת"א) 71103/01 **רום ואח' נ' מ"י**. במקרה של יצירת עותק של מסמך רשמי (המבחן לרישוי רופאים) לא ניתן להרשיע בגנבה של המסמך בשל היעדר כוונה לשלילת קבע אשר מכוננת את היסוד הנפשי בעברת הגנבה. ברם במקרה כזה ניתן להרשיע בעברה של הוצאת המסמך ללא רשות ממשמורת מוסד ציבורי.

לכן לגבי מידע זה אנו מציעים לקבוע הגנה רחבה אשר אינה מותנית בגילוי לגורמים מוגדרים בלבד והמאפשרת גילוי פומבי בלי להתנות זאת בהיעדר דרך סבירה אחרת. כאן באה בחשבון הגנה שאינה מותנית בכך שהתועלת בפרסום עולה על נזקו.³⁰⁸ לפי אפשרות זו, ההגנה תכסה גם פרסום שנוקו עולה על תועלתו. ברם זהו מחיר שראוי לשלם לטובת **בהירות** הסייג, בעבור יצירת תמריץ אמתי לגילויים אלו. באופן זה ניתן לחזק את ההגנה על הערכים הללו מול הנטייה הממסדית החזקה להסתיר "כביסה מלוכלכת" ומול הלחצים הפועלים נגד גילוי (במיוחד בתרבות הציבורית והפוליטית בישראל) אשר דובר בהם בפרק 3. לעומת זאת, לגבי מידע מן הסוג השני – מידע בנוגע לקבלת החלטות שגויה (אי-תקינות במובן רחב יותר, לרבות ניהול כושל, למשל) – האינטרס העומד נגד הערך המוגן באיסור הוא בעל עוצמה חלשה יותר, ולכן מתבקשת הגנה מסויגת יותר. כך לדוגמה, ניתן לדרוש שפרסום ברבים יזכה להגנה רק אם הוכח שלא הייתה דרך סבירה אחרת לקידום התכלית המוגנת בסייג, ואם הערך שבגילוי המידע עולה על הנזק הצפוי ממנו. לחלופין, אפשר לקבוע שאם נעשה גילוי פומבי מועיל לטובת הציבור, אך עובד הציבור יכול להשיג את מטרתו בדרך דיסקרטית יותר של דיווח פנים-ארגוני, אזי הוא פטור מאחריות פלילית, אך ניתן להטיל עליו אחריות משמעתית בגין ההיבט של עקיפת סמכות או סטייה מהוראות. כאמור בפרק הקודם, אם רוצים לאפשר הטלת אחריות משמעתית בנסיבות מסוימות למרות קיומו של פטור מאחריות פלילית, יש להגדיר זאת בסייג באופן מפורש, משום שהסייג הופך את המעשה למותר בכל הקשר.

308 הכוונה כאן לתנאי הפרופורציה שנידון בפרק הראשון, בחלק המתייחס לסייג לפי סעיף 94 לחוק העונשין. באותו הקשר הצבענו על כך שהפגם המרכזי בהוראת הסייג של הגנת תום הלב הקבועה בסעיף 94, הוא היעדר דרישה לפרופורציה בין הנזק שגורם המעשה לבין התועלת שבו. הסייג הקיים מגדיר רק את היסוד הנפשי הנדרש לתחולת ההגנה ומתעלם כליל ממעשי העושה – במישור היסוד העובדתי. לכאורה, הוא מעניק הכשר חוקי גם למעשים חמורים ביותר שנעשו מתוך הלך הרוח המוגדר בו. לכן נדרש לתקן את הסכנות הכרוכות במצב זה על ידי השלמה פרשנית של דרישת הפרופורציה. ברם אם ייקבע סייג מתאים של הגנת אינטרס ציבורי בחקיקה, כפי שאנו מציעים, ולא יהא עוד צורך בהוראת סעיף 94 ביחס לאיסור על גילוי מידע רשמי ללא סמכות, אזי המודל שאנו מציעים **כבר מגלם בחלופה זו את האיזון בין הנזק שבמעשה לבין התועלת שבו**: לגבי חשיפה של עבריינות או שחיתות מבטא הסייג הנחה אפריורית בדבר התועלת הגלומה בחשיפת המידע, גם אם המידע פורסם אף שהייתה אפשרות לדיווח יעיל ללא גילוי ברבים.

דיווח על מפגעים בטיחותיים, סביבתיים או בריאותיים נופל לכאורה תחת הקטגוריה השנייה (תקינות המנהל במובן הרחב), אולם שלום הציבור הוא ערך אשר מצדיק הגנה יעילה מן הסוג המוצע לגבי הקטגוריה הראשונה – יצירת תמריץ חזק לדיווח. לכן כללנו מסירת מידע על אודות מפגעים כאלו בקטגוריה הראשונה, אשר מקלה עם העושה בכך שהיא מציבה תנאים מועטים ביחס לקטגוריה השנייה.

באשר ליסוד הנפשי המוגדר בסייג – אין אנו רואים טעם לכלול בו דרישת תום לב. זהו מושג עמום אשר יש להיזהר מן השימוש בו לצורכי הדין הפלילי. מבחינה עניינית, הדיון במניעיו של אדם מורכב מטבעו ועלול לגרור את הדיון המשפטי לכיוונים בלתי רלוונטיים או שוליים. במקומו, מוטב לדרוש שהעושה פעל על סמך יסוד סביר להאמין שהמסירה תשרת את טובת הציבור בראי התכלית המוגנת בכל חלופה. בזאת מתבקשת זיקה רציונלית בין עובדות המקרה – טיב המידע והנסיבות – לבין מטרותיו של העושה בגילוי המידע.

בשולי הדברים יוער, כי אנו סבורים שיש מקום לחוקק סייג מקביל (הגנת אינטרס ציבורי) לגבי העברה של מסירת ידיעה סודית-ביטחונית (סעיף 113א לחוק העונשין) כדי לתמרץ גילויים המקדמים את ההגנה על שלטון החוק ואת הלחימה בשחיתות גם בנוגע לפעולתם של המוסדות העוסקים בביטחון.

ההצעה:

סעיף ה לפרק ז (ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים) יבוטל, וכותרת הפרק תתוקן בהתאם.³⁰⁹

פרק ט: פגיעות בסדרי השלטון והמשפט

סימן ד: עבירות בשירות הציבור וכלפיו

284א. גילוי מידע רשמי בהפרה של חובת סודיות מצד עובד ציבור
א. מי שמסר לאחר מידע אשר הגיע אליו בתוקף תפקידו כעובד ציבור, והמסירה העמידה בסכנה של פגיעה ממשית את אחד מאלה: אכיפת

309 לאחר ביטול הסימן יש להרהר מחדש בשאלת הצורך בהוראה חדשה לגבי מעשי הכנה אסורים, במקום סעיף 120, ובמידת הצורך – לחוקק אותה בהקשר המתאים.

החוק הפלילי, יחסי החוץ של המדינה, שלום הציבור, מדיניות כלכלית או שוויון הזדמנויות בקבלת הטבה מאחת מרשויות הציבור, דינו – מאסר שנתיים. מי שעשה כאמור מתוך רשלנות, דינו – מאסר שנה. הוראת סעיף זה תחול גם על מי שמסר את הידיעה לאחר שחדל להיות עובד ציבור.

ב. הוראה זו אינה חלה על מסירה כאמור אשר נעשתה לידי משטרת ישראל, מבקר המדינה או מבקר פנים במקום עבודתו של עובד הציבור.

284ב. גילוי מידע רשמי בהפרה של חובת סודיות מכוח הסכם

מי שמסר לאחר, בניגוד לחובה מפורשת בחוזה, מידע אשר הגיע אליו כצד לחוזה עם המדינה או כעובד של בעל חוזה עם המדינה, והמסירה העמידה בסכנה של פגיעה ממשית את אחד מאלה: אכיפת החוק הפלילי, יחסי החוץ של המדינה, שלום הציבור, מדיניות כלכלית או שוויון הזדמנויות בקבלת הטבה מאחת מרשויות הציבור – דינו מאסר שנה. מי שעשה כן מתוך רשלנות – דינו מאסר שישה חודשים.

284ג. שימוש אסור במידע רשמי

א. מי שעשה שימוש אסור במידע אשר הגיע אליו בתוקף תפקידו כעובד ציבור, וזאת לשם הפקת רווח אישי או אחר, דינו – מאסר שנתיים.
 ב. מי שעשה שימוש אסור במידע אשר הגיע אליו מתוקף חוזה עם המדינה או מתוקף היותו עובד של בעל חוזה שכזה, דינו – מאסר שנה.

284ד. הגנת אינטרס ציבורי – כמה חלופות:³¹⁰

I שתי חלופות לסעיף קטן (א):

תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעבירה על פי סעיף 284א או 284ב שפעל תוך יסוד סביר להאמין כי:
 (1) המידע נוגע לעבירה, למעשה שחיתות או למפגע בטיחותי, בריאותי או סביבתי;
 (2) והתועלת במסירת המידע עולה על הנזק הצפוי ממנה.

310 כל חלופה לסעיף קטן (א) יכולה להשתלב עם כל חלופה לסעיף קטן (ב), כך שבסך הכול מוצעים בזאת שישה מודלים אפשריים להגנה.

או –

תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעבירה על פי סעיף 284א או 284ב שפעל תוך יסוד סביר להאמין שהמידע נוגע לעבירה, למעשה שחיתות או למפגע בטיחותי, בריאותי או סביבתי.

II שלוש חלופות לסעיף קטן (ב):

בנוסף לאמור בסעיף קטן (א), תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעבירה על פי סעיף 284א או 284ב שפעל תוך יסוד סביר להאמין שהמסירה תקדם את תקינות הפעולה השלטונית ויעילותה, ובלבד שהתועלת במסירה עולה על הנזק הצפוי ממנה, וכי לגבי פרסום המידע ברבים, לא עמדה לרשותו דרך סבירה אחרת להשגת מטרה זו.

או –

בנוסף לאמור בסעיף קטן (א), תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעבירה על פי סעיף 284א או 284ב שפעל תוך יסוד סביר להאמין שהמסירה תקדם את תקינות הפעולה השלטונית ויעילותה, ובלבד שהתועלת במסירה עולה על הנזק הצפוי ממנה.

או –

בנוסף לאמור בסעיף קטן (א), תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעבירה על פי סעיף 284א או 284ב שפעל תוך יסוד סביר להאמין שהמסירה תקדם את תקינות הפעולה השלטונית ויעילותה, ובלבד שהתועלת במסירה עולה על הנזק הצפוי ממנה. ואולם אם פורסם המידע ברבים, כאשר עמדה לרשותו של עובד הציבור דרך סבירה אחרת להשגת המטרה האמורה, עשוי המעשה לשמש עילה להטיל עליו אחריות משמעתית.

284ד. הסתרת מידע בידי עובד ציבור

עובד ציבור שנתן לידיעה שאינה סודית צורה של ידיעה סודית במטרה למנוע את פרסומה – דינו מאסר שנה; לעניין זה, "ידיעה סודית" – כהגדרתה בסעיף 113.

סיכום

האיסור הפלילי על גילוי סודות רשמיים מחייב שינוי. היקפו הרחב, המשתרע על כל סוג של מידע רשמי, פוגע מעבר לנדרש בחופש הביטוי של עובדי ציבור ובזכות הציבור לדעת, משום שבמצב זה חסר האיסור הצדקה עניינית. במתכונתו הרחבה הוא מגן על ערכים שאינם ראויים להגנה באמצעות הדין הפלילי (או בכלל); דין שעל פי מהותו צריך להיות אמצעי שיורי לטיפול במעשים מזיקים לחברה.

חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, עיגן את זכותם של אזרח ותושב לקבל מידע מרשות ציבורית. החוק מבטא את ההשקפה המשפטית שהשתרשה בפסיקה טרם חקיקתו, שהשלטון מחזיק במידע כנאמן הציבור ולא כבעלים. האיסור הרחב בדבר גילוי מידע רשמי אינו עולה בקנה אחד עם גישה עקרונית שכזו, שכן הוא מגן למעשה על זכות רכושית של המדינה במידע. כמו כן, הנחת היסוד שמבטא האיסור – שפעולתו התקינה והיעילה של השירות הציבורי מחייבת סודיות לגבי כל מידע המגיע לידי העובד מתוקף תפקידו – אינה מתיישבת עם ההשקפה המקובלת שמנהל תקין ויעיל מחייב שקיפות. שקיפות מאפשרת השתתפות מושכלת של האזרחים בדיון הציבורי בשאלות שעל סדר היום של האומה. בלעדיה, הופך ההליך הדמוקרטי לכלי ריק. חוק חופש המידע פוטר את הרשויות מחובת גילוי לגבי כל מידע האסור בגילוי לפי הוראת דין. פטור זה מחדד את המתח בין הוראת האיסור, שאינו דורש טעם ענייני לחיסוי המידע האסור בגילוי (די בכך שהמידע הגיע לעובד מתוקף תפקידו), לבין הוראות חוק חופש המידע, הדורשות טעם ענייני לחריגה מחובת הגילוי של הרשויות.

האיסור אינו מתיישב עם ערכי יסוד דמוקרטיים. הוא פוגע באופן מוגזם בחופש הביטוי של עובדי ציבור במישרין ושל כלל הציבור בעקיפין. בית המשפט הכיר בחשיבותו המכרעת של חופש הביטוי מראשית קיומה של מדינת ישראל, ולכן קבע שניתן להגביל זכות יסוד זו רק לנוכח הסתברות גבוהה שהביטוי יפגע באופן ממשי בערך מהותי אחר. למותר לציין שהאיסור אינו עומד באמת מידה חוקתית זו. כמו כן, האיסור נוגד את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנורמה היסודית ביותר להגנה על זכויות האדם בישראל. גם אם חופש הביטוי עצמו אינו מעוגן בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי כל איסור פלילי גורף או רחב מדי פוגע במידה מוגזמת בחירות הפרט, ועל כן אינו עומד בתנאי חוק היסוד; קל וחומר כאשר האיסור

מיועד להגן על ערכים שאינם מצדיקים מלכתחילה שימוש באמצעי רב עוצמה כמו המשפט הפלילי. אין בכך כדי להוביל לבטלותו של האיסור אשר קדם לחקיקת חוק היסוד, אך יש בכך להצדיק את צמצומו בדרך של פרשנות. דרך זו אינה פשוטה בשל לשונו הברורה והחד-משמעית, ולכן מוטב לתקנו בחקיקה וליצור מסגרת נורמטיבית קוהרנטית בתחום זה.

אם המחוקק אינו מתקין את התיקונים הנדרשים, מוטב בכל זאת לצמצם את האיסור בדרך פרשנית, למרות הקשיים הלשוניים. ראשית, "כיפוף" לשון האיסור בעייתי פחות לגבי פרשנות מצמצמת מאשר לגבי פרשנות מרחיבה. שנית, יש שיקולים כבדי משקל בזכות מתן פרשנות מצמצמת לאיסור. העיקריים שבהם חתירה לעקיבות נורמטיבית – בייחוד בין הוראת חוק (האיסור) לבין הוראה בעלת מעמד חוקתי (חוק היסוד) – והצורך להתאים את האיסור להשקפות המשפטיות המקובלות כיום. בנייר זה הצענו שתי אפשרויות להגביל את האיסור בדרך פרשנית: האחת – בפירוש מצמצם לאיסור עצמו, כלומר להוראת סעיף 117; והאחרת – במתן פירוש מתאים לסייג תום הלב, הקבוע בסעיף 94.

סקירת איסורים מקבילים במדינות מערביות אחדות מעלה בבירור שהאיסור הישראלי בנוגע לגילוי מידע על ידי עובדי ציבור הוא חריג בהשוואה למדינות דמוקרטיות אחרות. סעיף 117 דומה לאיסור המנדטורי שקדם לו ומשקף את מורשת הסודיות האנגלית. מורשת זו אינה שלנו, ואף אינה ראויה לגופה ואינה מקובלת כמעט בשום מדינה דמוקרטית מודרנית. אפילו באנגליה הוחלף זה מכבר האיסור הידוע לשמצה בדבר גילוי מידע רשמי באשר הוא באיסורים מוגבלים המביאים בחשבון את הפוטנציאל המסוכן של הגילוי. הדין הפלילי בישראל ממשיך להנציח תפיסה ארכאית, והיא שעובד הציבור חב נאמנות גמורה למעסיקו, ולא לציבור. אפשר שאחת הסיבות שהאיסור שרד במתכונת זו שנים כה רבות, ללא שינוי משמעותי – בשונה מן המצב במדינות אחרות – נעוצה בכך שהחברה הישראלית הפנימה תפיסה זו באופן בלתי ביקורתי. בין היתר, תרם לכך הקשרו החקיקתי של האיסור – הפרק בנושא ביטחון המדינה. החברה הישראלית, החיה על מגן וחרב כל שנות קיומה, מורגלת במתן עדיפות לשיקולים ביטחוניים, גם כאשר שיקולים אלו אינם מחייבים באמת הגבלה של חירויות הפרט, ואף כאשר לאמתו של דבר, אין מדובר בשיקולים ביטחוניים, כמו במקרה שלנו. בדין הקיים יש אפשרות להגביל את אכיפתו של סעיף 117 באמצעות הדרישה הפרוצדורלית לקבלת אישורו של היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב אישום לפי האיסור. אולם פתרון זה אינו מספק. ההפרה התכופה של

הנורמה הפלילית (כתוצאה מן האיסור הבלתי סביר) אל מול אכיפת-חסר ברורה, פוגעת בשלטון החוק ופותרת פתח לאכיפה סלקטיבית או שרירותית. המצב התקין שיש לחתור אליו הוא נורמה צרה וברורה הניתנת ליישום פשוט ביחס למעשים בתחומה, ובהתאם לכך זוכה לאכיפה הולמת ביחס למציאות. הפיכתה של עברה לאות מתה אינה הפתרון הראוי, באשר היא פוגעת בשלטון החוק (ולו במובנו הפורמלי) ובעקרון הפרדת הרשויות. בעיה נוספת המתעוררת במצב מובהק של אכיפת-חסר היא שאכיפת הנורמה בעייתית למראית עין, שכן האכיפה נתפסת כשרירותית או פוליטית, ובכל מקרה – כנובעת משיקולים זרים.

מן השיקולים דלעיל ומן השיקולים הנוספים שפורטו בנייר זה עולה שיש לחוקק את האיסור מחדש במסגרת הפרק של עברות בשירות הציבור. וכן יש להגדירו באופן מצומצם לגבי מצבים שבהם גילוי המידע מעמיד בסכנה אינטרס ציבורי חשוב, ושהאפשרות לטפל בו באמצעות האיסורים הקיימים בדין אינה מספקת. חובת הסודיות של עובד ציבור צריכה להיות פרי של איזון אינטרסים, תוך התחשבות בזכות הציבור לדעת ובחופש הביטוי של עובד הציבור. במקרים שעיקר הפגיעה מופנה כלפי ההיררכיה הארגונית ברשות המעסיקה, ניתן לטפל באמצעות הוראות הדין המשמעת.

נוסף על כך חשוב לחוקק סייג לאיסור שעניינו גילוי המשרת את האינטרס הציבורי. פרשות שונות בהיסטוריה ממחישות שלעתים השלטון מגביל את הפצתו של מידע משיקולים זרים, כגון מניעת מבוכה מעצמו והגנה על יוקרתו. נכונותם של עובדי ציבור, יחידים ואמיצים, לחשוף את המידע למרות הסכנות הכרוכות בכך חשפה הונאות חמורות כלפי הציבור והרשות המחוקקת. הדוגמות ההיסטוריות ממחישות שהשלטון פועל תוך כדי הטיה חזקה לטובת חיסוי, שהרי מי רוצה להתגורר בבית שקירותיו עשויים זכוכית? נגד הטיה זו יש לפעול, משום שהיא מנוגדת לאינטרס הציבורי.

בדרך כלל, עבריינות של גורמים שלטוניים או פגיעות בתקינות המנהל יגיעו לידיעתם של גורמים בתוך המערכת. לא תמיד סביר לצפות מעובד הציבור להביא את המידע לידיעתם של גורמים מוסמכים בתוך הארגון הספציפי או בתוך השירות הציבורי בכללותו, הן משיקולים של יעילות הדיווח והן מטעמי הגנה על המתריע עצמו. לפיכך יש להעניק גושפנקה חוקית לגילוי מידע חיוני, לעתים אף דרך פרסומו. הגנה משפטית על המתריע צריכה לבטא יחס נכון בין התועלת שבגילוי לבין הנזק שבו. בהקשר זה, ראוי ליצור הטיה מוקדמת לטובת חשיפה של הפרות חוק, מעשי שחיתות ומפגעים בטיחותיים, סביבתיים ובריאותיים. הסייג ישמש להגבלת אחריות

של העובד גם לפי הדין המשמעותי, ובכך, יש לקוות, ייצור תמריץ יעיל לדיווחים שכאלה.

המסר הכולל של צמצום האיסור בדבר גילוי מידע רשמי מזה ושל חקיקת סייג בנוגע לגילוי המשרת את טובת הציבור מזה, צריך להשתקף בקביעת קווים מנחים להפעלת שיקול דעתם של הגורמים המוסמכים למסירת מידע. במסגרת ההנחיות הפנימיות של המנגנון הציבורי יש לנסות ולפרט, ככל הניתן, את השיקולים מרמת התיבות הכלליות ("ביטחון המדינה", "שלום הציבור" וכדומה), לקריטריונים מוגדרים הישימים למצבי עניינים שונים. הנחיות פנימיות עדיפות על פעולה בחלל ריק. הן מבטאות לקיחת אחריות של הגוף השלטוני הרלוונטי ומגלות בפני הציבור את גישתו הנורמטיבית כלפי גילוי מידע.³¹¹ על הקריטריונים לחתור לשקיפות מרבית של מוסדות השלטון כדי לחזק את מידת הפיקוח והמעורבות של הציבור, וכתוצאה מכך – את טוהר המידות של הפועלים בהם ואת יעילותם.

תרבות של סודיות משמשת חממה לטיפוח תרבות של שקר. אם "אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר", הרי שהאפלה היא מקום מטמא, שכן עמימות היא מקום שבו ניתן להתחמק מתשובות. דוגמה לכך יכולנו לראות בתרבות השקר שהתפתחה בשב"כ והשתרשה בו במשך שנים רבות, עד שהגיעה לשיאה בפרשת קו 300.

בפרשה עגומה נוספת שהסעירה את הציבור בישראל נחשף קשר בין כמה מקרי מוות של פעוטות לבין שימוש בתחליף חלב אם של "רמדיה". הבה נניח, לצורך הדוגמה בלבד, שמדען או גורם מקצועי מיומן ומוסמך במשרד הבריאות היה מגלה שהרכב החומרים של התחליף עלול לגרום נזק בריאותי לתינוקות, וזאת בטרם דווח על מקרה מוות אחד. מה יש לצפות מאותו עובד ציבורי? נוכח הנסיבות – גודל הסיכון (חיי אדם, בריאות הציבור), דחיפות להזהיר את הציבור ויסוד להעריך שהעברת המידע בתוך הצנרת הממשלית עלולה, לפחות, למנוע אזהרה מידית – האם לא מתבקש פרסום

311 את הנימוקים שבגינם נדרשת הרשות **לקבוע** הנחיות פנימיות ניתן לגזור מן הנימוקים שמנה בית המשפט ביסוד חובתה של הרשות **לפרסם** הנחיות פנימיות. בית המשפט העליון קבע שביסוד ההצדקה לפרסום הנחיות פנימיות מונח הטעם של תקינות השלטון, ולו שני פנים: ראשית, פרסומם של הכללים שלפיהם פועלת הרשות המנהלית עשוי להיות מחסום כנגד שרירות לב שלטונית, ואף נגד אפליה נסתרת; שנית, פרסומם של הכללים חושף אותם, ובכך את הרשות, לביקורת ציבורית ואף שיפוטית, אשר יכולה להוביל לשיפור מתמיד בדרך תפקודה של הרשות – ראו בג"ץ 1477/96 **מרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר ואח'**, פ"ד נג (5) 193, 199.

החשש, למצער כדרך פעולה לגיטימית? האין להעניק "רשת ביטחון" משפטית לעובד ציבור המבקש לחשוף את הסכנה במהירות המרבית? במדינה דמוקרטית, מדיניות הממשלה בתחומי פעולותיה הרבים והמגוונים איננה רק באחריות הממשלה ובפיקוח הרשות המחוקקת, אלא באחריות הציבור כולו. מנהל תקין דורש נשיאה באחריות בפני הציבור. תרבות של סודיות מערפלת את כושר השיפוט של האזרח ומגבילה את השיח הציבורי בנושאים העומדים על סדר היום ומשום כך היא פסולה במישור הציבורי, וקל וחומר שאין לעודד אותה באמצעות הדין הפלילי.

נספח: הדין הקיים

חוק העונשין, תשל"ז-1977.

פרק ז: ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים

סימן א: הוראות כלליות

91. הגדרות ופירוש [תיקון: תשל"ט]

בפרק זה –

[...]

"ידיעה" – לרבות ידיעה שאינה נכונה, וכל תיאור, תכנית, סיסמה, סמל, נוסחה, חפץ או חלק מהם המכילים ידיעה או העשויים לשמש מקור לידיעה;

"מסירה" – לרבות מסירה באמצעות סימון ואיתות ולרבות גרם מסירה; מקום שמדובר על עשיית מעשה בכוונה מסוימת, פירושו עשייה או מחדל באותה כוונה ללא סמכות כדין.

94. הגנה נוספת

אין רואים מעשה כעבירה לפי פרק זה, אם משתמעת מתוכו כוונה בתום לב, או אם נעשה בתום לב מתוך כוונה להביא, בדרכים שאינן פסולות לפי דין, לידי שינוי בסדרי המדינה או בפעולות רשות מרשויותיה, או בסדרי מדינת חוץ או בפעולות רשות מרשויותיה, או בסדרי מוסד או ארגון של מדינות או בפעולותיהם.

סימן ד: ריגול

113. ריגול חמור [תיקון: תשס"ב(2)]

(א) בוטל

(ב) מי שמסר ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך והתכוון לפגוע בביטחון המדינה – דינו מאסר עולם.

(ג) מי שהשיג, אסף, הכין, רשם או החזיק ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך – דינו מאסר שבע שנים; התכוון בכך לפגוע בביטחון המדינה – דינו מאסר חמש עשרה שנים.

(ד) (1) בסעיף זה, "ידיעה סודית" – ידיעה אשר ביטחון המדינה מחייב לשומרה בסוד או ידיעה הנוגעת לסוג עניינים שהממשלה, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, הכריזה בצו שפורסם ברשומות, כי הם עניינים סודיים.

(2) ידיעה אשר תוכנה, צורתה, סדרי החזקתה, מקורה או נסיבות קבלתה מעידים על החובה לשומרה בסוד, חזקה היא כי ביטחון המדינה מחייב לשומרה בסוד, אלא אם כן הוכח אחרת;

(3) הוראות פסקאות (1) ו(2) יחולו גם לענין סעיף 113א.

(ה) תהא זו הגנה טובה לאדם הנאשם בעבירה על פי סעיף קטן (ג) שלא עשה דבר שלא כדין להשיג ידיעה באשר היא ידיעה סודית, ושהשיגה, אספה, הכינה, רשמה או החזיקה בתום לב ולמטרה סבירה.

113א. ידיעה סודית [תיקון: תשס"ב(2)]

מי שמסר ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך – דינו מאסר חמש עשרה שנים.

סימן ה: סודות רשמיים

117. גילוי בהפרת חובה [תיקון: תשס"ב(2)]

(א) עובד הציבור שמסר, ללא סמכות כדין, ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה, וכן מי שהגיעה אליו ידיעה בתוקף תפקידו כעובד הציבור, ולאחר שחדל מהיות עובד הציבור מסרה, ללא סמכות כדין, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה – דינו מאסר שלוש שנים.

(ב) עובד הציבור שהתרשל בשמירת ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו, או שעשה מעשה שיש בו כדי לסכן את בטיחותה של ידיעה כאמור – דינו מאסר שנה אחת.

(ג) הגיעה לאדם ידיעה בתוקף תפקידו כעובד הציבור, והוא החזיקה, ללא סמכות כדין, בניגוד להוראות שניתנו לו בדבר החזקתה, או לאחר שחדל מהיות עובד הציבור – דינו מאסר שנה אחת.

(ד) (1) לנאשם לפי סעיף קטן (א) תהא זו הגנה טובה שהידיעה כבר פורסמה לרבים על פי סמכות כדין או הועמדה לעיון הרבים על פי סמכות כדין.

(2) לנאשם לפי סעיף קטן (א) בשל מסירת ידיעה לאחר שחדל מהיות עובד הציבור תהא גם זו הגנה טובה, שמסירת הידיעה הייתה כעבור חמש שנים מן היום שחדל מהיות עובד הציבור ושבמסירת הידיעה לא היה משום פגיעה בדבר שיש לציבור זיקה בו או פגיעה בזכותו של יחיד.

(3) הוראות פסקה (2) לא יחולו על ידיעה הנוגעת לביטחון המדינה או ליחסי חוץ שלה, אלא אם כן אישר הגורם המוסמך, קודם למסירתה, כי מסירת הידיעה לא תפגע בביטחון המדינה או ביחסי חוץ שלה; לעניין זה, "הגורם המוסמך" – הצנזור הצבאי הראשי או בעל תפקיד אחר, הכול כפי שתקבע הממשלה בצו, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, בדרך כלל או לפי סוגי עניינים;

(4) אישר הצנזור הצבאי הראשי פרסום ידיעה כגורם המוסמך לפי הוראות פסקה (3), יראו את האישור גם כאישור מטעמו לפרסום הידיעה לפי חלק ח לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אלא אם כן קבע הצנזור הצבאי הראשי אחרת.

117א. הסתרת מידע בידי עובד ציבור [תיקון: תשס"ב(2)]

עובד הציבור שנתן לידיעה שאינה סודית, צורה של ידיעה סודית, במטרה למנוע את פרסומה – דינו מאסר שנה; לעניין זה, "ידיעה סודית" – כהגדרתה בסעיף 113.

118. גילוי בהפרת חוזה

(א) היה אדם בעל חוזה עם המדינה או עם גוף מבוקר כמשמעותו בחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב], ובחוזה יש התחייבות לשמור בסוד ידיעות שיגיעו אליו עקב ביצוע החוזה, והוא מסר, ללא סמכות כדין, ידיעה כאמור לאדם שלא היה מוסמך לקבלה – דינו מאסר שנה אחת.

(ב) בסעיף זה, "בעל חוזה" – לרבות מי שהועסק כעובד או כקבלן לשם ביצוע החוזה; ואולם תהא זו הגנה טובה לנאשם לפי סעיף זה שלא ידע על ההתחייבות לשמור ידיעות כאמור בסוד, ושהוא מסר את הידיעה בתום לב.

119. גילוי בהפרת אמון

מי שנמסר לו מסמך רשמי בתנאי מפורש שעליו לשמרו בסוד, והוא מסרו לאדם שאינו מוסמך לקבלו – דינו מאסר שנה אחת; התרשל בשמירתו או עשה מעשה שיש בו כדי לסכן בטיחותו של המסמך, דינו – מאסר שישה חדשים.

120. מעשי התחזות

מי שעשה, מכר או מסר חותם או חותמת או נייר המתחזים כרשמיים, וכן מי שעשה, מכר או מסר מדים של צבא הגנה לישראל או של משטרת ישראל או מדים רשמיים אחרים, ללא סמכות כדין – דינו מאסר שנה אחת; התכוון להכין מעשה עבירה לפי פרק זה שעונשה מאסר שבע שנים או עונש חמור מזה – דינו מאסר חמש שנים.

ביבליוגרפיה

א. פסיקה ישראלית

- רע"א 4999/95 ALBERICI INTERNATIONAL ואח' נ' מ"י ואח', פ"ד נ 39 (1)
- ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג (3) 840
- בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טז (4) 2407
- בג"ץ 6163/92 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוני והשיכון ואח', פ"ד מז (2) 229
- ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד נ (5) 221
- ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו (2) 607
- ע"פ 51/49 אפלבוים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 952
- ע"א 263, 256/57 אפלבוים ואח' נ' עמוס בן גוריון, פ"ד יד (2) 1205
- ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221
- עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136
- בג"ץ 3815/90 גילת ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד מה (3) 414
- ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל ואח', פ"ד לא (2) 281
- ע"א 7759/01 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' משרד המשפטים ואח', תקדין עליון 1630 (1)2003
- עת"מ (י-ם) 924/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' המועצה להשכלה גבוהה, תקדין מחוזי 4413 (3)2003
- עת"מ (ת"א) 1023/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' שב"ס מטה ירושלים ואח', תקדין מחוזי 2168 (3)2003
- ע"א 312/74 החברה לכבלים ולחוטי חשמל בישראל בע"מ נ' קריסטיאנפולר ואח', פ"ד כט (1) 316
- ד"נ 27/76 "הילרון" חברה לייצוא וייבוא גידולי מוצרי חקלאות בע"מ נ' המועצה לייצור פירות ושיווקם, פ"ד לא (3) 18
- רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד ואח', פ"ד מט 516 (2)
- בג"ץ 130/68 הראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט (1) 1
- ע"פ 3417/99 הר שפי נ' מ"י, פ"ד נה (2) 735
- ע"פ 172/88 וענונו נ' מ"י, פ"ד מד (3) 265
- ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ ואח' נ' כרמקס בע"מ ואח', פ"ד נא (3) 421

- ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל ואח' נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב (3) 337
- עב' 1240/03 (נצרת) חן נ' עיריית עפולה, עבודה אזורי, כרך יג, 524
ע"פ (י-ם) 94/61 חסידון נ' מ"י, פ"מ לא 126
- בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מז (4) 702
- בג"ץ 2534/97 יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח', פ"ד נא (3) 39
בג"ץ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כח (2) 692
בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד טז (2) 1023
ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, פ"ד נב (1) 535
- ת"א (ת"א) 2060/99 לשכת עורכי הדין נ' שר המשפטים, תקדין מחוזי 99
65535 (4)
- ע"א 500/00 לשכת עורכי הדין בישראל נ' שר המשפטים, פ"ד נה (3) 453
ע"פ 4148/96 מ"י נ' גנות ואח', פ"ד נ (5) 367
ע"פ 121/88 מ"י נ' דרוויש ואח', פ"ד מה (2) 663
- תפ"ח (ת"א) 1055/01 מ"י נ' יעקב, תקדין מחוזי 2002 (2) 753
ת"פ (ת"א) 12121/00 מ"י נ' קהלני, דינים שלום יט 568
ע"פ (ת"א) 70643/01 מ"י נ' קהלני, פדאור 01 (3) 512
ע"א 206/72 מיגן בע"מ נ' פאר ואח', פ"ד כז (1) 576
- ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מח (3) 749
- בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר ואח', פ"ד נג
193 (5)
- ע"פ 20/61 סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו (1) 561
- בג"ץ 7074/93 סויסא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח (2) 749
ע"פ 4424/98 סילגדו ואח' נ' מ"י, פ"ד נו (5) 529
- עש"מ 5/86 ספירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ (4) 227
- ע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשיית שוקולד וסוכריות בע"מ נ' סרנגה ואח', פ"ד מט (5) 796
- בג"ץ 337/66 פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון, פ"ד כא (1) 69
ע"פ 496/73 פלוני נ' מ"י, פ"ד כח (1) 714
- ע"ע 164/99 פרומר ואח' נ' רדגארד בע"מ, תקדין ארצי 99 (2) 115
בג"ץ 52/86 פרידמן נ' משטרת ישראל ואח', פ"ד מ (2) 449
בג"ץ 5771/93 ציטרין ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מח (1) 661

ב"ש 298/86 ציטרין ואח' נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין
ואח', פ"ד מא (2) 337
בג"ץ 3930/00 קדמי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', דינים עליון נח
702
בג"ץ 73/53 קול העם בע"מ ואח' נ' שר הפנים, פ"ד ז 871
בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד לח (3)
233
עת"מ (י-ם) 717/02 רגב ואח' נ' יד ושם, רשות הזכרון לשואה ולגבורה
ואח', תקדין מחוזי 2002 (3) 6893
בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס ואח', פ"ד מד (3) 353
בג"ץ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617
בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים,
פ"ד כה (1) 325
ע"א 323/98 שרון נ' בנזימן ואח', פ"ד נו (3) 245

ב. חיבורים בעברית

בן-תור, נ', דיני משמעת בשירות הציבורי, תל אביב: בורסי, תשנ"ד
ברק, א', פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית, ירושלים: נבו, תשנ"ב
ברק, ד', "חופש הביטוי של עובדי-ציבור", עיוני משפט טז (תשנ"ב), 369
גוטמן, י', טלטלה בשב"כ: היועץ המשפטי נגד הממשלה – מפרשת
טוביאנסקי עד פרשת קו 300, תל אביב: ידיעות אחרונות, 1995
גייסט, ב', "ביקורת המדינה וסודיות", עיונים בביקורת המדינה 51 (תשנ"ד),
עמ' 7-21
דיוואר, ד', "אתיקה ונשיאה באחריות", עיונים בביקורת המדינה 54 (תשנ"ו),
עמ' 18-31
דוח הוועדה בנושא הטיפול המערכתי במשמעת בשירות המדינה, ירושלים,
1998
דוח הוועדה הציבורית לעניין חופש המידע, ירושלים, תשנ"ה
דוח הוועדה לבחינת ההסדרים בעניין פרסומים מחקירות משטרה וגופי-
חקירה סטטוטוריים אחרים, ירושלים, תש"ס
דוח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי
בנושא פעילות חבלנית עוינת, ירושלים, תשמ"ח
לדרמן, א', "גניבת מידע בעל ערך כלכלי", ר' גביזון ומ' קרמניצר (עורכים),
גבורות לשמעון אגרנט, ירושלים: בורסי, תשמ"ז, 303

להב, פי, "חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים", **משפטים** ו (תשל"ו), 562

מיל, גי סי, **על החירות**, ירושלים: מאגנס, תשנ"ד

נגבי, מ', **חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט**, ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 1995

סגל, ז', **הזכות לדעת באור חוק חופש המידע**, תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תש"ס

_____, **חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות**, תל אביב: פפירוס, תשנ"ו

סוקולאר, מ' ג', "ביקורת פנימית: מניעת בזבוזים, תרמיות ושימוש לרעה בסמכויות", **עיונים בביקורת המדינה** 51 (תשנ"ד), עמ' 43-49

פלר, ש"ז, **יסודות בדיני עונשין**, א, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי באוניברסיטה העברית, תשמ"ד

_____, **יסודות בדיני עונשין**, ג, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי באוניברסיטה העברית, תשנ"ב

"קווים מנחים לחוקרים, לתובעים ולדוברים בעניין פרסומים מחקירות", **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** מס' 4.1003, פרק 50.055 (6.3.03)

קלכהיים, ח', "עובדי-ציבור החושפים מעשי שחיתות בראי נציבות תלונות הציבור", **עיונים בביקורת המדינה** 52 (תשנ"ה), עמ' 22-40

קרמניצר, מ' וחי' גנאים, **הסתה, לא המרדה**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשנ"ח

רובינשטיין, א', **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה חמישית, בעריכת א' רובינשטיין ובי' מדינה, תל אביב: שוקן, תשנ"ז

שגב, ר' (בהנחיית קרמניצר, מ'), **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"א

ג. פסיקה זרה

Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952)

Connick v. Myers, 461 U.S. 138 (1983)

Department of Air Force v. Rose 425 U.S. 352 (1976)

Fraser v. Canada (Public Service Staff Relations Board), [1985] 2 S.C.R. 455

Gorin v. United States, 312 U.S. 19 (1941)

Haydon v. Canada, [2001] 2 F.C. 82

John Doe Agency v. John Doe Corp., 493 U.S. 146 (1989)

McAuliffe v. Mayor of New Bedford, 155 Mass. 216 (1892)
Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931)
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971)
Observer and Guardian v. UK, Series A, No.216; 14 EHRR 153 (1992)
Pickering v. Board of Education, 391 U.S. 563 (1968)
R v. Crisp and Homewood (1919) 83 Justice of the Peace 121
R v. Ponting (1985) Crim. L.R. 318
R v. Shayler (2002) HL 11
Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)
Sunday Times v. UK, Series A, No.217; 14 EHRR 229 (1992)
United States v. Boyce 594 F2d 1246 (1979)
United States v. Truong Dinh Hung 629 F2d 908 (1980)
Waters v. Churchill, 511 U.S. 661 (1994)

ד. חיבורים בלועזית

Aitken, J., **Officially Secret**, London: Weidenfeld & Nicolson, 1971
 Arzt, G., / Weber, U., **Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch**, Bielefeld: Gieseking, 2000
 Birkinshaw, P., **Government and Information – The Law Relating to Access, Disclosure and Their Regulation**, 2nd ed., London: Butterworths, 2001
 Bok, S., **Lying: Moral Choice in Public and Private Life**, New York: Vintage Books, 1978
 ———, **Secrets: On the Ethics of Concealment and Revelation**, New York: Pantheon, 1982
 Boudin, L.B., “The Ellsberg Case – Citizen Disclosure”, T.M. Franck and E. Weisband (eds.), **Secrecy and Foreign Policy**, New York: Oxford University Press, 1974, pp. 291-311
 Brennan, W.J., “The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises”, 18 **Israel Yearbook on Human Rights** (1988), 11

- Chevigny, P.G., "The Executive and the Politics of Information", 18 **Israel Yearbook on Human Rights** (1988), 49
- Cripps, Y., **The Legal Implications of Disclosures in the Public Interest: An Analysis of Prohibitions and Protections with Particular Reference to Employers and Employees**, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 1994
- Devine, T.M., "The Whistleblower Protection Act of 1989 – Foundation for the Modern Law of Employment Dissent", 51 **Administrative L. Rev.** (1999), 531
- Ellsberg, D., **Secrets: A Memoir of Vietnam and the Pentagon Papers**, New York: Viking, 2002
- Farber, D.A., **The First Amendment**, New York: Foundation Press, 1998
- Foregger, E., / Fabrizy, E., **Strafgesetzbuch Kommentar**, 7. Auflage, Wien: Manzsche, 1999
- Hoffman, D.N., **Governmental Secrecy and the Founding Fathers: A Study in Constitutional Controls**, Westport, Conn.: Greenwood Press, 1981
- Klein, A.R., "National Security Information – It's Proper Role and Scope in a Representative Democracy", 42 **Federal Communications L. J.** (July 1990), 433
- Kuhlan, L., "Kommentierung der §§ 352, 353, 353a, 353b, 353d StGB", Neuman, U., / Schild, W., (eds.), **Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Baden-Baden, 1997
- Leukauf, O., / Steininger, H., **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 2. Auflage, Eisenstadt, 1979
- Lewis, J.R.T., "Freedom of Information – Developments in the UK", 3(4) **International Journal of Intelligence and Counterintelligence** (Winter 1989), pp. 465-474
- Moorhead, W.S., "Operation and Reform of the Classification System in the United States", T.M. Franck and E. Weisband (eds.), **Secrecy and Foreign Policy**, Oxford: Oxford University Press, 1974, pp. 87-113

- Petren, G., "Access to Government-Held Information in Sweden", N.S. Marsh (ed.), **Public Access to Government Held Information – A Comparative Symposium**, London: Stevens & Son Ltd., 1987, pp. 35-54, as mentioned in: T.S. Blanton, "Global Trends in Access to Information", at www.pcij.org/accessinfo/blanton.html
- Robertson, K.G., **Secrecy and Open Government**, Basingstoke: Macmillan, 1999
- Rogers, A., **Secrecy and Power in the British State: A History of the Official Secrets Act**, London: Pluto Press, 1997
- Schönke A., / H. Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 25 Auflage, München, 1997
- Smith, J.S. and B. Hogan, **Criminal Law**, 8th ed., London: Butterworths, 1996
- Stratenwerth, G., **Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II**, 4. Auflage, Bern: Stämpfli juristische Lehrbücher, 1995
- Supperstone, M. and T. Pitt-Payne, **The Freedom of Information Act 2000**, London: Butterworths, 2001
- Trechsel, S., **Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar**, Zürich: Schulthess polygraphischer, 1992
- Williams, G., **Textbook of Criminal law**, 2nd ed., London: Stevens and sons, 1983
- Zaltzman, N., "Restrictions on the Freedom of Expression of the State Employee in Israel", 11 **Israel Yearbook on Human Rights** (1981), 307
- Note "Developments – Public Employment", 97 **Harv. L. Rev.** (1984), 1676 (part 2 of 2)

ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

1. **רפורמה בשידור הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגבי רחל לאל (1997)
2. **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי (1997)
3. **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**
אריאל צימרמן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1997)
4. **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**
פרופ' אביעזר רביצקי (1997)
5. **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני (1997)
6. **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1997)
7. **הסתה, לא המרדה**
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים (1997)
8. **בנק ישראל: סמכות ואחריות**
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי (1998)
9. **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה בעידן שלום: א. החרדים בישראל**
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי (1998)
10. **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1998)
11. **חופש העיסוק**
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן (1998)
12. **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**
גדעון רהט ונטע שר-הדר (1998)

13. **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**
פרופ' רות גביזון ועסאם אבו-ריא (1999) הופיע גם בערבית
14. **100 הימים הראשונים**
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה (1999)
15. **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**
שחר גולדמן בהנחיית פרופ' רות גביזון ופרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
16. **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
17. **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין (1999)
18. **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (1999)
19. **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**
איל ינון ויוסי דוד (2000)
20. **משאל-עם: מיתוס ומציאות**
דנה בלאנדר וגדעון רהט (2000)
21. **השסע החברתי-כלכלי בישראל**
איריס גירבי וגל לוי בהנחיית פרופ' רות גביזון (2000)
22. **מדינה משפט והלכה – א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (2000)
23. **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות (2000)
24. **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**
הילי מודריק-אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס (2000)
25. **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגב' חני קומנשטר (2001)

26. **זגמים של שיתוף אזרחים**
אפרת וקסמן ודנה בלאנדר בהנחיית פרופ' אשר אריאן (2002)
- הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
27. **אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל (2002)**
28. **אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה (2002)**
29. **הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד (2002)**
30. **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001–2002 (2002)**
31. **מדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית.**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (2002)
32. **חקיקה פרטית**
דנה בלאנדר וערן קליין בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס (2002)
- הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
33. **איום ביטחוני ומשבר כלכלי (2002)**
34. **הגלובליזציה (2002)**
35. **מדיניות הפנסיה (2002)**
36. **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002–2003 (2002)**
37. **רגולציה – הרשות המפקחת**
אורי ארבל-גנץ בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן (2003)

38. רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי
(בשיתוף עם קרן קונרד אדנאואר)
פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר (2003)
39. דת ובג"ץ: דימוי ומציאות א. פרסום "מנוף – המרכז למידע
יהודי" במבחן הביקורת
ד"ר מרגית כהן, ד"ר אלי לינדר ופרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
40. האומנם מדינת כבוד האדם?
אלוף הראבן (2003)
41. פורנוגרפיה – מוסר, חירות, שוויון: הצעה לתיקון האיסור על
פרסום והצגת תועבה, ועבירות קרובות
רם ריבלין בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
42. המשמעות הפוליטית והחברתית של פינוי יישובים ביש"ע
יאיר שלג (2003)
- הכנס הכלכלי האחד-עשר – יולי 2003**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
43. המדיניות המקרו-כלכלית לייצוב המשק ולצמיחה (2003)
44. הצעה לארגון מחדש של החינוך הציבורי בישראל על בסיס ביזור
ואיזור (2003)
45. אמינות ושקיפות במשק (2003)
46. מערכת ההשכלה הגבוהה לעשור הקרוב (2003)
47. המונופוליסט כקרבן: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים
עדי אייל בהנחיית ידידיה צ' שטרן ודוד נחמיאס (2004)
48. מדינה, משפט והלכה – ג. דת ומדינה: תפקידה של ההלכה
ידידיה צ' שטרן (2004)
49. זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית
אבי בן-בסט ומומי דהן (2004)

50. האם תיתכן מדינת הלכה? הפרדוקס של התאוקרטיה היהודית
אביעזר רביצקי (2004)
51. יהודים שלא כהלכה: על סוגיית העולים הלא-יהודים בישראל
יאיר שלג (2004)
- הכנס הכלכלי השנים-עשר – יולי 2004
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונואו
52. המדיניות המקרו-כלכלית: הקטנת האבטלה וצמצום הפערים
(2004)
53. שינויים במבנה השווקים והמתווכים הפיננסיים ובמערכת הפיקוח
(2004)
54. יחסי עבודה בעידן של תמורות (2004)
55. רפורמה בשלטון המקומי: ביזור לראויים ואבזור לנחשלים (2004)
56. סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי
מרדכי קרמניצר ואפרת רחף (2005)
- **الصدع العربي اليهودي في إسرائيل: مميزات وتحديات**
الاستاذ عصام ابو ريا البروفيسورة روت جيبزون

English Position Papers of The Israel Democracy Institute

- 1E **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**
By Prof. Aviezer Ravitzky (2000)
- 2E **State, Law, and Halakhah: Part One** – Civil Leadership
as Halakhic Authority
By Prof. Yedidia Z. Stern (2001)
- 3E **Incitement, Not Sedition**
By Prof. Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim (2002)
- 4E **State, Law, and Halakhah: Part Two** – Facing Painful Choices:
Law and Halakhah in Israeli Society
By Prof. Yedidia Z. Stern (2003)
- 5E **The Political and Social Ramifications of Evacuating
Settlements in Judea, Samaria and the Gaza Strip**
By Yair Sheleg (2004)
- 6E **State, Law, and Halakhah: Part Three** – Religion and State:
The Role of Halakhah
By Prof. Yedidia Z. Stern (2004)

**אפשר לרכוש את ניירות העמדה
במכון הישראלי לדמוקרטיה**

ת"ד 4482, ירושלים 91044
טלפון: 02-5392888, 1-800-202222; פקס: 02-5631122
דוא"ל: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

of a scope not found in any parallel prohibition in other liberal, contemporary democracies.

In view of the above arguments we believe § 117 must be revised. If such reform is not forthcoming, we offer an interpretive option to minimize its scope on the one hand and to allow a suitable defense on the other. However, the most desirable solution to the problems described above is to get rid of § 117 altogether and to enact in its place a prohibition relating to a public servant who discloses, without lawful authority, information obtained by virtue of his office when the disclosure substantially endangers one of the following: the enforcement of criminal law, foreign affairs, public safety, economic policy or equal opportunities in receiving a privilege from a public authority. A similar but less grave prohibition should be laid out in relation to a government contractor. The proposed prohibition concerning a public servant specifically exempts disclosures made to the police, to the State Comptroller, or to a comptroller in the employee's office. The prohibition does not relate to disclosures compromising national security or privacy. Since the law already grants these interests the necessary protection, there is no need to create overlapping prohibitions in that area.

We recommend that the prohibitions on disclosures be limited by a public interest defense. The defense should apply to a public servant who discloses information with reasonable cause to believe it reveals certain deficiencies. In this context, we believe the defense should discern between two categories of information: one revealing an offense, corruption or danger to public safety, health or the environment; and one revealing mismanagement. The unequivocal value of the former may justify applying it to public disclosures without laying out additional conditions. In the case of revealing mismanagement an additional condition may be added, namely a reasonable cause to believe there was no other reasonable way to redress the malfunction at stake and that the benefit in the disclosure outweighs the damage.

who had ceased to be a public servant at least five years prior to the disclosure – as long as the disclosure was harmless to the public or to the individual and the information did not relate to national security or to foreign affairs. The latter is a very narrow defense which distinguishes, somewhat arbitrarily, between former civil servants.

Another defense (in § 94) relates to an act made in good faith with intent to bring about, in legal ways, a change in the orders of the state or a foreign state or in the actions of its authorities. This defense is applicable to all offenses against state security, foreign relations and official secrets. It seems as if this might be the answer to the sincere whistleblower, but this defense is fraught with difficulties and has hardly ever been applied. Its major difficulty is its complete focus on the agent's state of mind with no reference to his actions. It implies that even the gravest criminal actions (such as treason and espionage) can be legal if undertaken *bona fide*. This is unreasonable and incompatible with the aim of criminal law – to protect society from actions that compromise important public interests. A possible way to minimize the difficulties incurred by the problematic wording of the defense is to interpret it as if it contains a demand for proportionality between the damage caused by the agent's actions and the benefits these actions are aimed to produce. The Court not only overlooked that option, but interpreted the defense in the most problematic way, rendering it almost entirely inapplicable.

The legislative history of the prohibition reveals that it is rooted in a British Mandate law that dealt mainly with espionage. This law was a reflection of the British Official Secrets Act of 1911, and the existing prohibition resembles section 2 of that act – one of the most infamous provisions in British legal history. Britain is famous for its tradition of government secrecy – a tradition much opposed nowadays from within. In Britain the law was finally changed; section 2 was replaced by a more modern Official Secrets Act relating to information in specified categories. Israeli law, on the other hand, continues to preserve a most irregular prohibition,

The assumption that no charges will be brought in cases that do not involve harm to the public interest is questionable. History reveals episodes in which information was held secret to save the government from embarrassment. In some of these cases criminal measures were taken against government employees who disclosed information (e.g., the famous case of Clive Ponting in Britain in 1985). It is important to acknowledge that even when investigations do not end in criminal charges, the very fact that criminal steps are taken has a chilling effect on public employees, deterring them from disclosing information about wrongdoings by the authorities. In addition, the gap between the frequent infringement of the prohibition and its lack of enforcement encroaches on the rule of law principle. When the prohibition is enforced it raises suspicions of political motives and of violation of the principle of equality before the law.

A final argument against the existing prohibition is that it weakens the protection of true secrets – information that is justly kept secret. In the words of Justice Stewart in *New York Times Co. v. United States* (the case known as *the Pentagon Papers*): “For when everything is classified, then nothing is classified, and the system becomes one to be disregarded by the cynical or the careless, and to be manipulated by those intent on self-protection or self-promotion.” In other words, effective secrecy requires maximum disclosure in order to maintain government credibility. The more narrowly the term “secret” is defined, the easier and better it is protected.

Another problem in the existing law concerns disclosures made in the name of the public interest. Some disclosures can be morally justified since they serve or promote the public good by exposing, for instance, illegality, corruption or danger to public safety or health. Such disclosures can sometimes be justified even if made publicly. The law does not acknowledge that in so far as the criminal prohibition is concerned. The only defenses included in the prohibition relate either to information which had already been made public by lawful authority; or to a disclosure made by a person

appropriate official secrecy and the public's right to know (two such cases occurred in Britain – one involving Dr. David Kelly, the British Foreign Ministry's top scientist, and the other regarding Katherine Gun, a translator for GCHQ; in Finland the newly elected prime minister, while opposition party leader, was put on trial for leaking a confidential document to the tabloids which helped her win the election).

The first chapter of our position paper deals with the penal prohibition relating to official secrecy and its origins. The prohibition is examined in view of interpretive principles of penal legislation, as well as the basic principle of freedom of expression, which took root in Israeli court decisions from the early days when Israel became a sovereign state. It is also compared with the Freedom of Information Law of 1998 and with Basic Law: Human Dignity and Liberty – the most important Israeli constitutional legislation on human rights. The second chapter surveys comparative law on this issue. We review, among others, the corresponding penal prohibitions in Britain, Sweden, Germany and the U.S.A. In the third chapter we discuss the need for a public interest defense for public servants making disclosures in the name of public interest (“whistleblowers”). The fourth chapter deals with implications for disciplinary law, and the fifth suggests an alternative prohibition and a suitable public interest defense.

Penal law makes possible an organized society in which people are able to live safely and peacefully. Penal prohibitions are aimed at protecting important social values. The prohibition against disclosure of information in breach of official secrecy is too broad for such an aim. That is because it doesn't apply only to situations in which the unauthorized disclosure jeopardizes important public interests (for instance, the economy of the state, foreign relations, or the individual's right to privacy), but also to situations in which no harm whatsoever is caused. A prohibition that clearly applies to everyday actions (like a government employee sharing work information with her spouse) turns the trivial into the criminal and by doing so, diminishes the stature of criminal law.

Summary

Official Secrets: A proposal for amending the penal prohibition

This position paper aims to investigate the Israeli penal prohibition against disclosure of official information in breach of a public servant's duty to secrecy. According to Israeli penal law, a public servant or a former public servant who makes an unauthorized disclosure of information obtained by virtue of his office to an unauthorized person, performs a criminal act, regardless of the nature of the information disclosed and the circumstances in which the disclosure was made. A similar prohibition, though less severe, relates to a government contractor.

Our contention is that the prohibition is untenable in a democratic country, because it limits more than necessary the public servant's freedom of speech and contradicts the public interest to maximize transparency of government's functioning and accountability of officials. It is also incompatible with the notion of the government as a trustee of the public in taking care of the information it keeps. Moreover, the prohibitions concerning official secrets are laid out in the chapter relating to national security and foreign affairs. This context lends them exaggerated gravity, especially in Israel, where national security considerations are given special importance.

The prohibition, despite its frequent infringement, has scarcely been enforced over the years. However, it was recently enforced when a senior attorney in the District Attorney's office leaked a confidential paper disclosing details of the investigation of Prime Minister Sharon regarding illegal funds he allegedly received (through his son) from a foreign businessman. The leak was made a few weeks before the 2003 election and sparked a public dispute as to its legitimacy. Other recent cases of unauthorized leaks outside Israel culminating in lengthy criminal investigations have emphasized the importance of clarifying the boundaries between

