

I. מבוא – הצוות ועבודתו

א. הרקע להקמת הצוות:

1. ביום 24.12.2015, הטיל היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר יהודה ויינשטיין, על המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-מנהלי), הגב' דינה זילבר, להקים ולרכז צוות לבחינת נושא העברת מידע מבכירים במערכת הביטחון לסופרי צללים ועיתונאים. בהתאם לכך, פנתה מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מינהלי) אל גורמי הביטחון השונים בבקשה שישלחו נציגיהם לצוות זה. ואכן, לצוות הצטרפו נציגים מן הצבא (לרבות מן הצנזורה הצבאית), ממועד הביטחון, מן השב"כ ומן המוסד, ממלמ"ב, מפרקליטות המדינה, ובהמשך הדרך – גם גורמי דוברות, ובפרט דובר משרד המשפטים.

מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה אל הגב' דינה זילבר מיום 24.12.2015 מצורף כנספח ומסומן 1/1.

2. הרקע להקמתו של הצוות הוא מקרה בו פורסמו בתקשורת הקלטות של ראש הממשלה ושר הביטחון לשעבר, מר אהוד ברק, כשהוא דן בנושאים שנדונו לכאורה בפורומים ביטחוניים שונים – וזאת בשיחה עם עיתונאים שנשכרו כ-"סופרי צללים" לכתוב את האוטוביוגרפיה של מר ברק, ואשר אינם מוסמכים לקבל ולהחזיק ידיעות סודיות ורגישות (להלן: "פרשת קלטות ברק").

מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה אל ניצב מני יצחקי בעניין פרשת קלטות ברק, מיום 24.12.2015 מצורף כנספח ומסומן 2/1.

3. הגם שפרשת קלטות ברק נסגרה בהחלטה שלא להגיש כתב אישום כנגד מר ברק¹ – פרשה זו שבה והציפה את המורכבות בנושא השליטה של המדינה במידע ביטחוני ומדיני רגיש, ומניעת דליפתו לגורמים בלתי מוסמכים, בעידן שבו הטכנולוגיה מזה; מבנה ואופן התפקוד של שוק התקשורת, מזה; חשיבותה של הזירה התקשורתית ותפישתה כזירה מרכזית וחשובה גם במישור הביטחוני והמדיני, מזה; והתפישה המשפטית בדבר עצמאות התקשורת וחשיבותו של חופש הביטוי בכלל וחופש העיתונות בפרט, מזה – משתלבים כולם לכלל אתגר מקיף ומשמעותי לגורמי המדינה בשאלת הדינמיקה שבין הגופים הביטחוניים לבין התקשורת, בהקשרם של סודות בטחונים ומדיניים והאתגר שבשמירתם.

4. פרשת קלטות ברק הינה רק ביטוי אחד לאתגר זה. באותו הזמן עצמו, ולאורך מספר שנים, התנהלה הפרשה המכונה "פרשת הרפז". מבלי להיכנס לכל פרטיה של פרשה זו², גם במסגרתה התעוררו שאלות קשות מאותו סוג – קרי, שאלות הנוגעות למגע וליחסים שבין גורמים בכירים בגופי הביטחון (ובאותו מקרה – הרמטכ"ל דאז, רא"ל גבי אשכנזי) לבין עיתונאים ואנשי תקשורת; ויכולתה של המדינה לשלוט במידע ביטחוני ומדיני רגיש. גם בחוות הדעת שפרסם בעקבות אותה פרשה, המליץ היועץ המשפטי לממשלה ויינשטיין לראש הממשלה ולשר הביטחון: "למנות צוות מקצועי אשר ימליץ על קביעת גבולות ברורים לשיח מסוג זה, יידרש לאופן הפעלת הסמכות במסירת ידיעות סודיות ואף ייתן דעתו על הדרך להגבלת האינטימיות המאפיינת שיח

¹ לא למותר לציין כי הוגשה עתירה לבג"ץ כנגד ההחלטה שלא להגיש כתב אישום כנגד מר ברק – בג"צ 8784/15, עתירה זו נמחקה ביום 27.4.2017, תוך שבית המשפט הנכבד ציין בפסק הדין: "רשמנו לפנינו את העובדה כי בד בבד עם ההחלטה לסגור את תיק התלונה שבנדון הוחלט גם להקים צוות שיבחן קידום הנחיה מערכתית לטיפול בתופעות של שיח בכירים לשעבר במערכת הביטחון עם "סופרי צללים" או עיתונאים, על מנת למנוע הישנות מקרים כאלה בעתיד וכן רשמנו לפנינו כי צוות זה אכן הוקם וכבר קיים שבע ישיבות, שמע את הגורמים השונים ועבודתו מצויה בשלב של גיבוש ההמלצות וכתיתבן".

² להרחבה בנושא זה, ראו את החלטת היועץ המשפטי לממשלה בפרשת הרפז, מיום 20.1.2016, בקישור: <http://www.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/HarpazWinstienFinal.pdf>

זה, לרבות על ידי הגברת מעורבות אנשי ביטחון המידע גם במפגשי הרמטכ"ל וראשי הארגונים הביטחוניים האחרים, ובוודאי במפגש קצינים גורמים בכירים אחרים, עם התקשורת" (עמ' 67 ל-"החלטת היועץ המשפטי לממשלה – פרשת הרפז", מיום 20.1.2016). סוגיות דומות התעוררו במהלך עבודתו של הצוות הנוכחי – למשל, בהקשרים של הדלפות חומרים מתוך ישיבות הקבינט תוך כדי מבצע צבאי³; והן בהקשר של ספר שכתב ראש הממשלה לשעבר, מר אהוד אולמרט, ובו ביקש לחשוף את פרטיו של אירוע ביטחוני שהתרחש במהלך תקופת כהונתו⁴.

Commented [NA1]: לא בטוח שנכון להזכיר פרשה שעודה תלויה ועומדת.

Commented [DG2]: היות והפרשה זכתה לכיסוי תקשורתי נרחב; והיות ואין פה כל אמירה מהותית על הנושא, מלבד הבאתו כדוגמה להתעוררות השאלה – לא רואה קושי. אם בכל זאת תרצו – אפשר להוריד את הדוגמא.

אף לפני כן, שאלות קשות על תחום היחסים שבין גורמים צבאיים שונים לבין גורמי תקשורת, ודלף מידע ביטחוני רגיש באופן בלתי מבוקר – עלה במסגרתו של דו"ח ועדת וינוגרד לבחינת מלחמת לבנון השנייה⁵; וכן בפרשיות כגון כתב האישים שהוגש בעניינו של תא"ל (במיל') יצחק יעקב (יצה)⁶, ובמספר מקרים נוספים שהגיעו לפתחו של היועץ המשפטי והפרקליטות לאורך השנים (למשל, פרשת מיכאל (מייק) אלדר⁷).

אם נרחיק עוד אחורה בזמן, נגלה כי כבר בשנות ה-60, סוגייה זו של הדלפת מידע ביטחוני מסווג על ידי בכירים לשעבר במנגנוני המדינה – העסיקה את המערכת המשפטית. כך למשל, עם פרישתו, ביקש מר איסר הראל, מי שהיה אביהם-מייסדם של המוסד והשב"כ גם יחד, לכתוב ספר על פועלו הביטחוני, ולמסור בו לציבור את גרסתו על מספר אירועים ביטחוניים הרי גורל שאירעו בתקופת כהונתו. המדינה סירבה להתייר למר הראל לפרסם את ספרו, והלה הגיש עתירה לבית המשפט העליון.⁸ עתירתו נדחתה. עוד קודם לכן, סמוך להגשת העתירה, בקיץ 1968, כתב היועץ המשפטי לממשלה דאז, משה בן זאב למר הראל:

"מתוך עיון בעתירה בבג"צ 130/68, ובנספחיה, מסתבר שבידך נמצא חומר, בין שהוא במקור, בין שהוא בהעתקים או בצילומים, ובין שהוא ברישומים שערכת משיחות שונות, והנוגע למוסד המודיעין ולתפקידים מיוחדים ולנושאים ביטחוניים שונים הקשורים במוסד. לא קבלת סמכות על פי דין להחזיק בחומר זה, על כל פנים לא לאחר שחדלת להיות עובד הציבור. תשומת לבך מופנית להוראות הסעיפים 27 ו-23 לחוק לתיקון דיני העונשין (ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תש"ז-1957."

בהמשך מכתבו, היועמ"ש מחדד כי עת סיים אדם את שירותו הציבורי, המידע שצבר אינו מידע אישי שלו, אלא של הציבור; ולפיכך אין לו סמכות להחזיק, לדון, או לכתוב על נושאים אשר עדיין מוגדרים על ידי גורמי הביטחון כסודיים.

3 ראו בג"צ 6241/14, התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (5.5.2016).
4 במהלך ריצוי עונשו בכלא מעשיהו, כתב אולמרט טיוטת ספר שכללה על-פי החשד חומרים מסווגים. המסמכים החשודים כמסווגים נתפסו על ידי המשטרה במשרדי הוצאת "ידיעות ספרים" ובביתו של עורך הספר משום שלא עברו הליך צנזורה מסודר. להרחבה ראו: ושי"ר 16-08-51286, אולמרט נ' מדינת ישראל (החלטה מיום 29.6.2017, בדלתיים סגורות).

5 ראו פרק 13, בעמ' 431-480, לדו"ח "הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006- ועדת וינוגרד: מלחמת לבנון השנייה – דין וחשבון סופי, ינואר 2008".
<http://www.vaadatwino.gov.il/pdf/%D7%93%D7%95%D7%97%D7%A1%D7%95%D7%A4%D7%99.pdf>.

6 ראו פסק הדין ב-תפ"ח (ת"א) 1055/01, מדינת ישראל נ' יצחק יעקב (הכרעת דין מיום 14.5.2002, גזר דין מיום 20.6.2002).

7 לסקירת גלגוליה של פרשת אלדר, ראו פסק הדין של בית משפט השלום בתל אביב הדוחה את תביעת הנוזיקין שהגיש מר אלדר כנגד המדינה - תא (ת"א) 19398-07-12 מיכאל אלדר נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 8.4.2014) וההליכים הקודמים הנוכחים שם.

8 בג"צ 130/68, איסר הראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט (1) 241 (ניתן ב-17.8.1969). פסק הדין עצמו היה חסוי במשך עשורים, עד אשר הותר פרסומו בהחלטה נוספת ונפרדת של בית המשפט העליון: בג"צ 130/68, בג"צ 632/05, איסר הראל נ' ממשלת ישראל (החלטה מיום 30.1.2005).

8. לא הבאנו את כל האמור אלא כדי לומר כי המתח שבבסיס דו"ח זה ובבסיס עבודתו של הצוות הבינמשרדי – אינו חדש וחוזר עוד לראשית ימי המדינה. כמעט יובל שנים מאז פרשת ספרו של איסר הראל - ברי, אם כן, כי הנושא מצריך חשיבה מיוחדת, רוחבית ומקיפה.

9. לאורך הדיונים, התבהרו היקפה ומורכבותה של תופעת דלף המידע הביטחוני הרגיש, וכן התחדדה המורכבות הרבה שבניסיון להתמודד עם תופעה זו בכלים הפליליים של הגשת כתבי אישום נגד מדליפי מידע. נקדים ונאמר כבר עתה כי לאורך דיוני הצוות התברר כי ההסדרה הנורמטיבית במשפט הישראלי של סוגיית הסודיות – הסמכות להגדיר איזה מידע ייחשב סודי או שכבר אינו סודי ומותר בפרסום, פרטי מידע שהחקיקה עצמה מגדירה כסודיים, וההשלכות של פרסום מידע סודי כזה או אחר – פזורה במספר רב למדי של הוראות ברמות נורמטיביות שונות, ויתכן שאינה בהירה דיה. בהיעדר הגדרה ברורה ומדויקת של הסוד ובעל השליטה עליו – נפגמת היכולת האפקטיבית להפעיל את מנגנוני ההגנה על הסוד הקיימים בדן.

10. למצב דברים זה, החל בתוך מנגנוני המדינה פנימה – יש, מטבע הדברים, גם השלכה ברורה על התקשורת ועל היחסים המורכבים עמה. כפי שיוסבר בהמשך, הדין הכתוב מחיל סנקציות חריפות על המחזיקים במידע סודי (ובהקשרנו – על התקשורת) ומעבירים או מפרסמים אותו שלא כדין. מגבלות וחובות משפטיות נוקשות קיימות באופן תיאורטי ביחס לתקשורת גם בטרם פרסום מידע ביטחוני רגיש, וסנקציות קשות צפויות בעקבות פרסומים בלתי מורשים. מובן כי נוכח הפגיעה בחופש הביטוי וחירות העיתונות הגלומה בהפעלת כלים אלה, ננקטת בעניינים מדיניות זהירה, לא כל שכן בכל הנוגע לאכיפה הפלילית בנושא; והדברים נעשים באופן המאזן בין כלל האינטרסים המתחרים על הבכורה: הצורך בשמירה על ביטחון המדינה מחד, והחשיבות בשמירה על חופש הביטוי וחירות העיתונות, מאידך. בפועל, ובעקבות הפסיקה, ההסדרה של הפרסומים התקשורתיים נעשית ביד רכה יחסית; בהתבסס בעיקר על שיח, הבנות והסכמות; ואינה נאכפת בפלילים כמעט בכלל. כך, נוצר פער בין לשונו הכתובה של הדין לבין יישומו בפועל. בפער זה, צמחה ומתנהלת בישראל עיתונות חופשית וביקורתית.

11. על רקע מורכבות זו, וכן על בסיס התובנה כי השימוש בכלי המשפט הפלילי נגד העיתונאים אינו מתאים כברירת מחדל ראשונה, והוא מעורר שאלות מורכבות במישור הפרקטי והמשפטי – הלך והתבהר במהלך דיוני הצוות הצורך להתמקד במפיקי המידע הביטחוני הרגיש – יוצרי הדלף הביטחוני. בנוסף, התבהר הצורך לייצר 'ארגז כלים' עשיר, מגוון ומדויק יותר בידיהם של גופי הביטחון להתמודדות עם המתח המתמיד, והבלתי נמנע, בין צרכי הביטחון ושמירת הסוד לבין הצורך לשמר ולהבטיח את חירותה של העיתונות, עצמאותה, והמשך תרומתה לשיח ציבורי ביקורתי, שוקק חיים, עשיר במידע ומגוון בדעות כמתחייב בחברה דמוקרטית בה לחופש הביטוי יש מעמד מיוחד – גם על עולם התוכן הביטחוני וביחס לגופי הביטחון. כן התחדדה ההכרה בצורך לכוון מחדש את האיזון בין אותם צרכי ביטחון ושמירת הסוד לבין ההכרה בצורך של ראשי, בוגרי ופורשי מערכות הממשל והביטחון לתת ביטוי ולפרסם את תרומתם לביטחון ישראל וזיכרונותיהם כמי שהיו חלק משמעותי מהעשייה המדינית והביטחונית.

ב. הרכב הצוות וחבריו

12. בצוות נבחרו לשמש הנציגים הבאים: המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-מנהל), הגב' דינה זילבר, יו"ר הצוות; ראשת תחום ביעוץ וחקיקה (ציבורי-מנהל), הגב' אריאלה קלעי; הצנזורת הצבאית הראשית, תא"ל אריאלה בן אברהם; סגן הצנזורת הצבאית הראשית, סא"ל אייל סמואלוב; סגנית היועץ המשפטי למערכת הביטחון, משרד הביטחון, הגב' הילה ארליך; נציגות מלמ"ב במשרד הביטחון, הגב' טלי מסיקה והגב' ורד קנטור; נציגי הלשכה המשפטית, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, משרד רה"מ; נציגי הלשכה המשפטית בשירות הביטחון הכללי; היועצים המשפטיים של אגף המודיעין בפרקליטות הצבאית, רס"ן

רויט דנינו מויאל ורס"ן הראל וינברג; סגן מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, מר ענר הלמן; מנהלת היחידה לעיכוב הליכים בפרקליטות המדינה, הגב' רחל מטר; נציגת פרקליטות מחוז תל אביב (פלילי), הגב' טוני גולדנברג; ראשת האשכול הביטחוני ביעוץ וחקיקה (ציבורי-מנהל), הגב' ענת אסיף; נציג ייעוץ וחקיקה (ציבורי-מנהל), מר דרור גרנית; נציג ייעוץ וחקיקה (פלילי), הגב' לילך וגנר ומר נדים עבוד, ונציגת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי), הגב' גאל אזריאל. כמו כן, השתתפו בחלק מדיוני הצוות דובר צה"ל (בתפקידו דאז), תא"ל מוטי אלמוז; המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), הגב' עמית מררי; ודובר משרד המשפטים, מר משה כהן.

ג. על תהליך העבודה במסגרת הצוות

13. במסגרת הצוות, בהרכבו המלא, התקיימו סך כולל של 8 ישיבות.⁹ חלק מן הישיבות התקיימו בפורום פנימי של חברי הצוות בלבד; חלק מן הישיבות התקיימו בפורום של שמיעה עמדות מצד גורמים שונים – בכירים בהווה ולשעבר במערכת הביטחון ובדרג הנבחרת¹⁰; עיתונאים¹¹; משפטנים בכירים¹².

14. הצוות הציב לעצמו כמטרה להעלות הצעות קונקרטיות ואופרטיביות לשיפור מצב הדברים ולטיוב השמירה על הסוד הביטחוני – לא רק במישור הנורמטיבי, אלא גם בהקשרים נוספים לדוגמא: בחיזוק והבהרה של מנגנוני אבטחת מידע (למשל, ביצירתם של מנגנוני היועצות או פרה-רולינג); במישור ניהול כוח האדם (למשל, בשיפור הנחיית עובדים החשופים למידע רגיש); במישור הטכנולוגי; ובין במישורים אחרים.

Commented [NA3]: כאמור בפסקאות מטה, יש להוסיף פסקה שתבהיר כי האמור לעיל בענין חופש ביטוי וכו', מתייחס לעיתונאים, וכי אין כל לגטימציה משפטית להדלפות עצמן [ברוח האמור בדוח ועדת יונגרד כמצוטט מטה].

⁹ רשימת הישיבות ונושאי הדיון מופיעה כנספח.

¹⁰ ביום 27.6.2016, הופיעו בפני הצוות חה"כ יעקב פרי, ראש השב"כ לשעבר ותא"ל מוטי אלמוז, דובר צה"ל באותה עת; ביום 27.9.2016 הופיעו בפני הצוות השר צחי הנגבי, ששימש בעבר כיו"ר ועדת חוץ וביטחון של הכנסת.

¹¹ ביום 24.7.2016 הופיעו בפני הצוות ד"ר אילנה דיין, יוסי מלמן, אמנון אברמוביץ, רוני ברגמן ובוועז גולן; ביום 14.12.2016 הופיעו בפני הצוות יואב לימור, עמוס הראל ואלון בן דוד.

¹² ביום 27.9.2016 הופיעו בפני הצוות כב' השופטת (בדימוי) דליה דורנר, נשיאת מועצת העיתונות; פרופ' מרדכי קרמניצר, המכון הישראלי לדמוקרטיה; עו"ד שירה בריק-חיימוביץ, ליבליך-מוזר משרד עו"ד; עו"ד ארז מן; עו"ד גיא לוריא, המכון הישראלי לדמוקרטיה.

II. סודות ושקיפות: בחיפוש אחר איזון בין שמירת על סודות ביטחון המדינה מול זכות הציבור לדעת

בין מושג הסוד לעיקרון השקיפות

סוד הוא ידע או מידע שמבוקש להסתירו מפני אדם או אנשים מסויימים. עיקרו של מושג הסוד הוא בהגבלתה לכתחילה של הגישה אל המידע נשוא הסוד לקבוצה מצומצמת של 'שותפי-סוד', מיד עם יצירתו של המידע הסודי; וכן יצירת מגבלות על אפשרויות הפצתו של המידע בהמשך, למעגלים נוספים מעבר לשותפי-הסוד הראשונים.

ויחד עם זאת, אין ולא יכול להיות חולק על הצורך החיוני בכל חברה וממשל לקיים סודות, קרי – להגביל את נגישותם של פריטי מידע מסויימים ולתחום את תפוצתם. צורך זה ביצירתו וקיומו של סוד – קיים בשורה ארוכה של נושאים והקשרים, שבהם הגבלת הנגישות וההפצה של מידע הם תנאי הכרחי לקיומה של חברה מסודרת ולתפקודן התקין של מערכותיה החברתיות, הכלכליות והממשליות. צורך זה בקיום ושמירה של סודות מוכר היטב בכל משטר דמוקרטי, ומעוגן כתכלית ראויה. ההסדרים המשפטיים שיוצרת לעצמה כל מדינה קובעים את האיזון העדין המתבקש בין תכליות מתחרות אלה – בכל נושא והקשר, על פי מאפייניו, האינטרסים המתחרים הפועלים בו, והתפישה הערכית של כל חברה ומדינה.¹³

די בהמשגה בסיסית זו כדי להבין ולזהות מיד כי עצם מושג הסוד עומד במתח אל מול עקרונות יסוד של משטר דמוקרטי – המציב כערך מרכזי שקיפות של השלטון ומנגנוניו, כתנאי בסיסי להגשמת מאפיין אינהרנטי ומובנה בשיטת משטר דמוקרטי – קרי, יכולתו של הציבור בכלל, ושל נציגיו הנבחרים בפרט, לקיים שיח מושכל ומיועד על פעולות הממשלה, מדיניותה, אמצעיה ומשאביה; לקיים פיקוח ובקרה של הציבור ונציגיו על כל אלה; לשנות את החלטות המדיניות; ולהשפיע על בחירת האמצעים וחלוקת המשאבים. עיקרון זה של שקיפות הממשלה הוא גם אחד הרציונאלים העיקריים לזכות היסוד החוקתית בדבר חופש הביטוי, ושל זכות-הבת הנגזרת ממנה – הלוא היא חירות העיתונות, שבליבתה "זכות הציבור לדעת". עיקרון זה של שקיפות הממשלה – הוא גם העומד ביסודו של חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. עיקרון זה של שקיפות הוא תנאי, אך גם ראציונל, לעיקרון הדיווחיות (Accountability). כך למשל כתב כב' השופט ריבלין ביחס לחשיבותה של העיתונות בפרשת **אילנה דיין**¹⁴:

"80. עיתונות חופשית הינה "תנאי הכרחי למשטר ייצוגי, לממשל תקין והוגן, לחירויות האדם. בפועל היא יכולה לשמש נייר לקמוס של הדמוקרטיה: יש עיתונות חופשית – יש דמוקרטיה; אין עיתונות חופשית – אין דמוקרטיה." (דניאל קראוס, בעמ' 53). לעיתונות החופשית תפקיד קריטי בחברה הדמוקרטית המודרנית. תפקידה מתבטא, בין היתר, בהיותה גורם בדיקה, ביקורת ופיקוח חיצוני על פועלן של רשויות המדינה השונות (ראו גם גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא(4) 895, 935 (תשס"א)). לעיתונות תפקיד חשוב בהבעת ביקורת על מעשי השלטון ובחשיפת תופעות שליליות והבאתן לידיעת הציבור. העיתונות היא הזירה הציבורית שבה מתאפשר שוק דעות יעיל. יש לה תפקיד מפתח בהבאת מידע אקטואלי לעיני הציבור ובהעלאת המודעות לסוגיות בעלות חשיבות ציבורית. תפקיד זה משקף

השוו לאמור בדו"ח ועדת וינוגרד, עמ' 436-434.

ראו, מבין דוגמאות רבות בפסיקה, ע"א 751/10, פלוני נ' ד"ר אילנה דיין-אורבך ואח' (ניתן ביום 8.2.2012), פסקאות 61-66 לפסק דינו של כב' השופט ריבלין, וההפניות הרבות שם.

לא רק את זכותו של העיתונאי להשמיע אלא – בעיקר – את זכות הפרט לקבל מידע. על כך כבר נכתב כי:

"חופש העיתונות הוא זכות כמו זכויות רבות יסודיות אחרות, וגם חירות כחירויות אחרות; והיא איננה זכות של העיתונות ואיננה זכות של עיתונאי. היא זכות של כל אחד ואחד מאיתנו. היא זכות הפרט. זכותי היא לקבל בצינורות האפשריים והמקובלים והחוקיים את האינפורמציה הטובה והמדוייקת והמוסמכת והמקיפה והרבה ביותר, וזכותי היא להביא לאחרים בצינורות המקובלים והחוקיים והאפשריים האלה את כל מה שאני יכול להביא לידיעתם, על מנת שידעו הם ויכירו מה דעתי על העניינים העומדים על סדר יומה של הציבוריות. וזוהי זכות הביטוי, זכות הדיבור, לא רק זכות הביטוי והדיבור הפעיל – אלא גם זכות הביטוי והדיבור הסבילי". (חיים כהן "חופש הביטוי וזכויות הפרט" ספר השנה של העיתונאים 189 (התשי"ח)).

18. גם בדין הישראלי, ניתן לראות בשורה של נושאים והקשרים – דברי חקיקה רבים הנוגעים במושג הסוד, ומייצרים בהסדרים פרטניים וספציפיים את האיוון העדין המדרש בין שקיפות להסתרה; ובין נגישות, הפצה ופרסום של מידע – לבין הגבלתם של אלה. כך למשל, אפשר לדבר על סודיות בהקשרים מסחריים; על סודיות רפואית; ועוד. בכל אחד מן ההקשרים הללו, קובע המחוקק את מערכת האיזונים הנכונה בין ערכי הגילוי להכרח בהסתרה.¹⁵ הנה כי כן, המתח בין ערכי השקיפות והגילוי, מזה; לבין ההכרח-שלא-יגונה לקיים ולשמור סודות, מזה – הוא מתח אינהרנטי בכל חברה דמוקרטית.

ב. הסוד הביטחוני אל מול חירות העיתונות ו-"זכות הציבור לדעת"

19. עניינו של צוות זה, ושל דוח זה, בהקשרים המובהקים ביותר שבהם בא מתח אינהרנטי זה לידי ביטוי – בהקשרי הפעילות הריבונית המובהקת ביותר של כל מדינה: יחסי החוץ והביטחון של המדינה. יפים לענייננו דבריו של כב' הנשיא שמגר בפרשת **וענונו**¹⁶:

"... אין סתירה בין דמוקרטיה לבין שמירת סודות. כל אחת מן המדינות החופשיות שומרת על הסודות הדרושים לשם קיום ביטחונה לפי שיפוטן של רשויותיה המוסמכות, והתיזה, כאילו במשטר חופשי ודמוקרטי כל אחד עושה כאוות נפשו ואין קיום לסודות כמוסים, היא חסרת יסוד. נתערבה לו למערער, כנראה, הדמוקרטיה עם האנרכיה".

20. אין חולק כי חובתה הראשונה במעלה של כל מדינה ריבונית היא להבטיח את ביטחונה של אזרחיה ותושביה מפני איומים ואויבים מבחוץ, וכי לשם כך מוסמכת המדינה, ואף חייבת, להקים גופי ביטחון שיוכלו לבצע את המשימה האמורה.¹⁷ כמו כן, כל מדינה ריבונית חייבת לקיים קשרים דיפלומטיים ומדיניים עם מדינות אחרות – הן כדי להבטיח את ביטחונה, והן בשל שלל סיבות ואינטרסים אחרים – כלכליים, מסחריים, סביבתיים, בריאותיים ואחרים. יפים לענייננו דבריו של פרופ' אהרן ברק¹⁸:

15 ראו והשוו, מבין דוגמאות רבות הפזורות בדין: הוראות בדין המסדירות סודות אזרחיים-מסחריים במסגרתן של עולות נזיקיות – להבדיל מאשר במסגרת עבירות פליליות, בחוק עולות מסחריות, תשנ"ט-1999; חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, הקובע כברירת מחדל עולה נזיקית בגין הפרת הפרטיות (ס' 4) אך מאפשר גם אכיפה פלילית בנסיבות מסוימות (ס' 5); סעיף 19 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996; הקביעה כי נושאים מסוימים יידונו בדלתיים סגורות – בניגוד לעיקרון פומביות הדין – ס' 68 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

16 ע"פ 172/88 **וענונו נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(3) (1990), עמ' 298.

17 ראו לעניין זה, למשל: יאיר תירוש, **המסגרת המשפטית לפעילות הצבא בישראל בראי המשפט המשווה**, משפט וצבא 17 (התשס"ד), עמ' 298.

18 אהרן ברק, "חופש הביטוי ומגבלותיו", **הפרקליט מ'**, 1991, 16, 17; פורסם גם בכרך: אהרן ברק, **מבחר כתבים**, תש"ס, כרך א', עמ' 509, 526.

"טול את המקרה, בו האינטרסים המתנגשים הם חופש הביטוי מזה ובטחון המדינה או שלום הציבור מזה. נקודת המוצא הינה, כי בהתנגשות זו, עד כמה שהיא "חזיתית" ואינה ניתנת למניעה, יד הערכים של ביטחון ושלום הציבור על העליונה. הטעם לכך הוא, שהדמוקרטיה צריכה להתקיים, על מנת שתוכל להגשים את עצמה. המשטר הדמוקרטי נכון להגן על חופש הביטוי, כל עוד חופש הביטוי מגן על הדמוקרטיה. אך מקום שחופש הביטוי הופך קרדום לפגיעה בדמוקרטיה, אין כל צידוק שהדמוקרטיה תניח את צווארה לכורת. חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי. אין אדם יכול ליהנות מחופש הביטוי, אם הוא אינו נהנה מהחופש לחיות בחברה בה הוא בחר לחיות. הזכות לחיים בחברה קודמת לזכות להביע בה דעה. "נוסחת האיזון" בהתנגשות בין בטחון המדינה ושלום הציבור לבין חופש הביטוי מניחה, איפוא, הגשמתו של הערך בדבר בטחון המדינה. עם זאת, בשל מרכזיותו של ערך היסוד בדבר חופש הביטוי, היא מבקשת לצמצם את הפגיעה בערך יסוד זה עד כמה שאפשר, ורק אם הפגיעה בחופש הביטוי היא חיונית כדי לקיים את הערך בדבר בטחון המדינה ושלום הציבור, תתאפשר פגיעה זו".

21. גם בהקשרים אלה של ביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה, ודווקא בהם, ביתר שאת – נדרשת למדינה פעמים רבות סודיות. הסודיות (קרי – הגבלת נגישותו והפצתו של מידע) בדבר יחסי החוץ והפעילויות הביטחוניות היא פעמים רבות תנאי הכרחי לקיומם. כך למשל, ברי כי מערכות הגנה מפני תקיפות אפשריות של אויבים מחוץ לגבולות המדינה יאבדו את ערכן ואת יכולתן לספק הגנה אם דבר קיומן, מיקומן ודרכי פעולתן תיוודע לאויב. כך למשל, תוכניות פעולה או מתקפה על אויב יסוכלו בהכרח אם תיוודענה לאויב מבעוד מועד. כך למשל, מדיניות מסויימות מתנות את קיומן של יחסים או מגעים דיפלומטיים בהתקיימותם "מתחת לרדאר", כלומר – באופן שעצם שיתוף הפעולה או המגעים, או חלקים מהם, מתקיימים הרחק מעין הציבור ומביקורתו.

22. אפשר כמובן ליתן דוגמאות למכביר, אולם קצרה היריעה ואין צורך בדבר – שכן העיקרון גלוי וידוע, ואין בו סוד: סודות וסודיות הכרחיים הם ליכולתה של מדינה, כל מדינה, לקיים לאורך זמן את ביטחון ותושביה, להגן עליהם מאיומים, ולקיים יחסים מדיניים רגישים עם מדינות זרות. יפים לענייננו הדברים שנכתבו על ידי ועדת וינוגרד בהקשר זה¹⁹:

"8. לכל מדינה יש עניינים אשר עליה למנוע את חשיפתם לעין הציבור ולעין גורמים אחרים. כאלה הם עניינים הקשורים בביטחונה, בכלכלתה, ביחסי החוץ שלה, בתהליכי קבלת ההחלטות שלה, נושאים מתחומי הטכנולוגיה והמדע ועוד. כל מדינה מגדירה את העניינים הסודיים שלה, במטרה למנוע מאויביה או מהמתחרות שלה, או מאחרים (כולל יריבים) לאתר את נקודות החולשה או החוזק שלה בעניינים אלה, לעשות שימוש באמצעים שהיא פיתחה או לפתח יכולות לסכל את פעולותיה. כאשר מדובר בענייני ביטחון המדינה, הכוונה היא למנוע זליגת מידע לאויבי המדינה ולגורמים אחרים, שעלולים לסיים להם במאבקים שם מנהלים נגד המדינה, או להשפיע בצורה לא רצויה על יחסים אליה.

9. במסגרת האמצעים אשר גורמי המדינה נוקטים, או אמורים לנקוט, למטרה האמורה, מצויים גם האמצעים המיועדים לשמור על סודות המדינה – שם כללי לעניינים שסודיותם נדרשת – על מנת לשמור את יכולתה של המדינה להגן על האינטרסים החיוניים שלה ושל אזרחיה ותושביה".

19 פרק 13 לדו"ח ועדת וינוגרד, עמ' 433-432.

כמו בהקשרים רבים אחרים, גם בהקשרים של ביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה קובע הדין החקוק את מערכת האיזונים בין האינטרסים המתחרים של סודיות מזה והשקיפות מזה. בהמשך נסקור בפירוט את המקורות השונים שבהם מוסדרת מערכת איזונים זו בדין, ונשתדל להציע שיפורים מסויימים בהסדרה זו.

.23

III. משפט משווה: כיצד מדינות אחרות של המשפט המקובל מסדירות משפטית את ההגנה על סודותיהן

בטרם נפנה מבטנו אל מערכת הדינים הישראלית, ראינו לנכון להציב לנגד עינינו את מערכות הדינים של כמה מדינות אחרות, הדומות לישראל מבחינה המבנה המשטרי, שיטת המשפט, ההמשגה המשפטית ואופן הבניית החקיקה - וזאת על מנת לבחון וללמוד באיזה אופן הסדירו מדינות אלה את סוגיית השמירה וההגנה על סודותיהן הריבוניים. אנו סבורים כי בחינה השוואתית שכזו תשמש בסיס ראוי לבחינתו של הדין הישראלי, ותקל עלינו לזהות פערים מסויימים שעשויים להיות בו.

אנגליה

אין זה מפתיע לגלות כי רבים מסעיפי חוק העונשין הישראלי, אפילו בנוסחם כיום, הם גלגול של הדין האנגלי. זהו מצב הדברים גם ביחס לסעיפי חוק העונשין בפרק ז' לחוק, שענינו: "ביטחון המדינה, יחסי החוץ וסודות רשמיים". רבים מסעיפיו התגלגלו מתוך ה-החוק לתיקון דיני העונשים (ביטחון המדינה), תשי"ז-1957 – שהוא עצמו היה גלגול של החוק הבריטי כפי שעמד בתוקפו בשנות המנדט, הלא הוא The Official Secrets Act, 1911. חוק זה זכה לביקורת חריפה בכתיבה האקדמית וכן בפסיקה האנגלית²⁰, וסופו שהוחלף בחוק חדש, הלא הוא The Official Secrets Act 1989. חוק זה שינה מן היסוד את היקף תחולתה של הסודיות בדין האנגלי. לא נאריך בדברים משלנו, ונביא במישרין את סיכומם מאיר העיניים של קרמניצר ורחף על עיקרי החוק מ-1989 (הדגשות במקור, הפניות הושטמו – עמ' 99-97):

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 ליחסיה 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 לפעולות הצבא, להגנה על אינטרסים של המדינה בחו"ל ולהגנה על שלומם של אזרחי המדינה בחו"ל. ההוראות 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 המזויינים של המדינה לבצע את משימותיהם או מוביל לאובדן חיים או לפגיעה בחברי הכוחות הללו או ברכושם; גילוי

לסקירת הביקורת שנשמעה בפסיקה האנגלית על החוק מ-1911 – ראו בבקשה את דיונם של קרמניצר ורחף, עמ' 93-98, ואת ההפניות שם.

המעמיד בסכנה את האינטרסים של המדינה בחו"ל, משמש באופן רציני את קידום או את הגנתו או מסכן את שלומם של אזרחי המדינה בחו"ל. כמו כן, אסורה מסירת מידע שגילויי 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 גילויי מסתיים בביצוע עבירה או בשימוש הליכים (כלומר מסייע לבריחה ממשמורת חוקית, מהווה מכשול בפני מניעת עבירות 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, שהמידע מתייחס לנושאים מן הקטגוריות השונות או שגילויי פוגע במשמעויות האמורות.

איסור מחמיר במיוחד נקבע (בסעיף 1 לחוק) לגבי חברי שירותי הביטחון והמודיעין. על אלו נאסר לגלות 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 ביותר. 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 מפני אישום במסירת מידע "הגורם נזק" לעבודת השירותים החשאיים. משמע, על אלו מידע ממש עשוי לחוק 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 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 אלה הם ביטחון המדינה, יחסי החוץ 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 אחד, גם של מידע כלכלי או של מסמכי קבינט, אינו מכונן עבירה פלילית, אלא עלול לגרום סנקציות משמעותיות בלבד....".

26. הנה כי כן, ב-1989 הדין האנגלי עצמו שינה מגמה וכיוון מן החוק של 1911: לא עוד איסור גורף ורחב על מסירת כל ידיעה – אלא איסור ספציפי וממוקד בתחומים מסויימים, אותם תחומים המייחדים את המדינה כריבון: ביטחון ומודיעין, יחסי חוץ, ולחימה בפשיעה. גם מבחינת תחולה פרסונלית – לא עוד איסורים גורפים ורחבים החלים על כל אדם, אלא החלה של האיסור באופן מדוייק על קבוצות ספציפיות של עובדים, והתאמת עוצמת האיסור הפלילי, היקפו, הענישה וההגנות מפניו למאפייניה של הקבוצה המסויימת.

ב. קנדה

27. החוק המסדיר בקנדה את נושא שמירת הסודות הרשמיים של המדינה הוא The Security of information Act 1985. החוק הנוכחי החליף דינים קודמים שנהגו באנגליה, ואשר התבססו על Official Secrets Act 1911. אותם חוקים זכו לביקורת בכתביה האקדמית בקנדה וכן בדוחות של ועדות ציבוריות, והביאו בסופו של דבר לחקיקתו של החוק הנוכחי.

28. **מבחינת סוג המידע המוגדר כסוד**, החוק הקנדי מבחין בין עבירות כלליות שעניינן הדלפת "מידע" מדינתי כללי (סעיף 4 לחוק, שכותרתו miscellaneous offences) לבין עבירות שעניינן "מידע מבצעי מיוחד" (המוגדר בסעיף 8 לחוק special operational information):
29. סעיף 4 מגדיר "מידע" באופן הנוגע גם לענייני ביטחון (למשל, מידע הנוגע ל-מקומות אסורים, שהם בסיסי צבא, מפעלים ביטחוניים, רשתות תקשורת וכדומה; וכן מידע שהושג ממי שחל עליהם "חוק ההגנה הלאומית"), ואולם, ההגדרה של מידע זה נראית רחבה מספיק לכלול גם מידע מדינתי אחר. לעומתו, סעיף 8 מגדיר "מידע מבצעי מיוחד" ככזה הנכלל באחת משבע קטגוריות ספציפיות: בהן זהויות של מקורות מידע מודיעיני המסייעים לקנדה; טיבן של תוכניות של ממשלת קנדה לפעולות צבאיות ביחס לסכסוכים מזויינים קיימים או פוטנציאליים; האמצעים בהם משתמשת ממשלת קנדה כדי לאסוף או לטפל במידע מודיעיני; מקום, אדם, או גופים שמשמשים כאובייקטים של חקירה סמויה או מודיעינית של ממשלת קנדה; זהותו של אדם שהיה או אמור להיות מעורב בפעילויות סמויות של איסוף מידע או מודיעין עבור ממשלת קנדה; פריטי מידע או מודיעין מכל אחד מהסוגים הללו הנוגעים ליישות זרה או שהתקבלו ממנה. ניתן לראות, אם כן, כי סעיף 8 מגדיר אומנם מנעד רחב של סוגי ידיעות סודיות, אך אלו כולן נוגעות לאינטרסים הריבוניים של יחסי החוץ, ענייני הביטחון וסוגיית חקירות ואכיפה – ואינטרסים ריבוניים אלה מפורטים בברור.
30. **מבחינת תחולה פרסונלית של החוק**, גם פה יש הבדל ניכר בין סעיף 4 לבין סעיף 8: בעוד שסעיף 4 מתייחס ל-"כל אדם" המחזיק באתו מידע מדינתי, סעיף 8 חל על קבוצה ספציפית של אנשים המוגדרים כאלה "הכבולים-לעד לסודיות" (persons permanently bound to secrecy). קבוצה זו כוללת את העובדים והמשרתים, בהווה ובעבר, בגופי החוץ והביטחון של הממשלה (המנויים בתוספת לחוק); חברים בהווה ובעבר בוועדת הביטחון והמודיעין של הפרלמנט; וכן אנשים נוספים שצורפו אישית לקבוצה על ידי כך שהופעלה לגביהם סמכות הפיכתם 'כבולי-עד-לסודיות' באמצעות מסירת הודעה רשמית מכוח החוק.
31. **הפללה**: סעיף 4 קובע כי מסירה "מידע" מדינתי היא עבירה, אבל הוא אינו קובע את הענישה עליה במפורש, ולכן זו יכולה להיות, על פי הסעיף העונשי הכללי בחוק, עד 14 שנות מאסר או עד שנת מאסר אחת. לעומת זאת, סעיפים 13-14, המתייחסים רק לאותם אנשים "הכבולים-לעד לסודיות", מפרטים את משמעות הענישה על עבירות הנוגעות ל-"מידע מבצעי מיוחד": מסירת מידע שנחזה להיות מידע מבצעי מיוחד – נושאת ענישה של עד חמש שנים; ואילו מסירת מידע שהוא אכן "מידע מבצעי מיוחד" – נושאת עונש של עד 14 שנות מאסר.
32. **מנגנוני הגנה**: החוק קובע שני מנגנוני הגנה עיקריים מפני הפללה: ראשית, הוא קובע הגנה פרוצדורלית בכך שלא יוגש כתב אישום בגין עבירה שבחוק אלא באישורו של התובע הכללי (ס' 24 לחוק); ושנית, החוק קובע הגנה מהותית בגין אינטרס ציבורי (ס' 15). הגנה מהותית זו חלה כאשר מסירת המידע נעשית לצורך חשיפת עבירה, או כאשר שופט קובע, על פי קריטריונים המנויים בחוק, כי האינטרס הציבורי בחשיפה גובר על האינטרס הציבורי בסודיות. עיקר לעניינינו הוא בכך שתנאי לתחלת הגנת האינטרס הציבורי הוא בכך שחושף המידע (קרי – הנאשם בהדלפה), פנה מבעוד מועד, בטרם ההדלפה, לגורם המוסמך הקבוע בחוק, או במקרים המתאימים – לתובע הכללי, ומסר את כל המידע לועדה לביקורת מודיעין ביטחוני.
33. **לסיכום**, החוק הקנדי הנוכחי משקף את בחירתה של קנדה להתרחק במידה רבה מן המודל של החוק האנגלי מ-1911, שעליו נשענו הסדרי החוקיים הקודמים. במסגרת זו, נערכה הבחנה חדה וברורה יותר בין הגנה על מידע כללי (שגם הוא במידה רבה כרוך בענייני ביטחון), לבין מידע ביטחוני-ריבוני במובהק; נוצרה הבחנה ברורה בין האיסור על בני הציבור בכלל מול עובדי מערכות הביטחון – בפרט; נקבעה ענישה שונה ביחס

לחשיפת סוגי המידע השונים; והוקמו מנגנוני הגנה פרודורליים ומהותיים. עוד יצויין כי השימוש בחוק הקנדי – נדיר ביותר: הגם שהחוק הנוכחי חוקק בשנת 1985, ההרשעה הראשונה מכוחו ניתנה רק בשנת 2013, בגין עבירת ריגול מובהקת.

אוסטרליה

ג. 34. נושא שמירת הידיעות הסודיות מוסדר באוסטרליה ב Crimes Act 1914 בפרק 7 שכותרתו "official secrets and unlawful soundings". בדומה לחוק הישראלי, גם החוק האוסטרלי נשען על החוק האנגלי משנת 1911 – והוא לא השתנה באופן מהותי:

35. **מבחינת היקף המידע שאליה מתייחס החוק** – החוק משתמש בהגדרה מרחיב של המושג 'מידע', ואינו מייחד עצמו לידיעות בעלות גוון או הקשר ביטחוני או מדיני בלבד.

36. **מבחינת תחולה פרסונלית** – החוק חל על כל אדם שהשיג את המידע שלא כחוק, או שקיבל את המידע מעובד ציבור או מתוקף היותו עובד ציבור.

37. החוק קובע **נסיבה מחמירה** לעבירה כאשר מתקיים יסוד נפשי של "כוונה לפגוע או להזיק לביטחון המדינה". נסיבה מחמירה זו עשויה להביא להארכת עונש המאסר משנתיים ועד ל-7 שנים.

38. מנגד, החוק קובע **הגנה פרודוראלית** במובן זה שנדרש אישור של התובע הכללי להגשת כתב אישום בגין הפרת הוראות אלה.

ניו זילנד

ד. 39. גם בניו זילנד נהג, עד 1982, דין שהיה למעשה גלגול מקומי של The Official Secrets Act האנגלי משנת 1911, הלוא הוא The Official Secrets Act 1951 הניו-זילנדי. כמו במקומות אחרים, גם בניו-זילנד זכה חוק זה לביקורת נוקבת בשל גישתו הגורפת של הסתרת מידע; ועל כן, בשנת 1982, חוקק הפרלמנט בניו-זילנד חוק הפוך לגמרי במגמתו – הלוא הוא The Official Information Act 1982. חוק זה קובע בבסיסו את עיקרון נגישות המידע וזכות הציבור למידע, הקבוע בסעיף 5 לחוק, שכותרתו: "Principle of Availability", הקובע:

"The question whether any official information is to be made available, where that question arises under this Act, shall be determined, except where this Act expressly requires, un accordance with the purpose of this Act, and the principle that the information shall be made available unless there is good reason for withholding it."

40. במסגרת האיזון בין העיקרון הכללי של שקיפות ונגישות המידע אל מול האינטרס המדינתי בסודיות, קבע המחוקק הניו-זילנדי בסעיף 6 רשימה של נושאים שבהם, כשמו של הסעיף, ניתן לראות "conclusive reasons for withholding official information". רשימה זו כוללת נושאים הנסובים סביב האינטרסים הריבוניים, ובכלל זה: פגיעה בהגנת המדינה או בביטחונה; פגיעה ביחסי החוץ של המדינה, פגיעה ביכולתה של המדינה לקבל מידע ממדינות זרות או ארגונים בינלאומיים על סמך יחסי האמון עמה; פגיעה בשלטון החוק, לרבות פגיעה במניעה, גילוי, או חקירה של עבירות, או פגיעה באפשרות קיומו של משפט הוגן; סיכון

דו"ח צוות סופרי צללים – טיוטת #2 של גרסא #2

ביטחוננו של אדם; ולבסוף, פגיעה חמורה בכלכלת המדינה על ידי חשיפה מוקדמת-מדי (prematurely) של החלטות מדיניות ממשלתית בעניינים כלכליים או פיננסיים.

חקיקה זו אינה מגבילה את תחולתה ביחס לאוכלוסייה מסויימת או לעובדי ציבור בלבד; ולא ברור מה נפקויות הפגיעה בהגבלות המתאפשרות מכוחה על נגישות המידע.

.41

IV. על יצירת הסוד הביטחוני: הסמכות לקבוע סודיות מידע וסיווג

תחמת הדיון: האיסור הפלילי בדבר סודות "ריבוניים" – ביטחון המדינה ויחסי החוץ

שאלת מפתח לדיונו היא השאלה מהו אותו "סוד" שאת ההגנה עליו אנו מבקשים לשפר ושאת דליפתו אנו מבקשים למנוע.

נקדים ונאמר כבר עתה: דיונו שלנו נסוב על **סודות הנוגעים לביטחון המדינה וליחסי החוץ שלה** – קרי, נוגעים לאינטרסים הרגישים והחשובים ביותר של מדינה ריבונית כזו, וניתן לכנותם "**סודות ריבוניים**".²¹ זאת – להבדיל ממידע אחר, שעשוי להיות בעל רגישות פוליטית, כלכלית או אחרת.²² סוגיית רגישותו של מידע מסוגים אלה; קביעת סודיותו (קרי – מניעת גישה והגבלת תפוצה אליו); ושאלת הפללת הדלפתו – חורגת מגבולות המנדט של צוות זה, ועל כן לא נרחיב בה.

מיקוד זה של דיונו הוא חשוב, שכן הדין המצוי אינו מבחין בחדות בין אותם "סודות ריבוניים" (ובפרט - ענייני ביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה) לבין נושאים אחרים: כפי שנראה, ישנה מידה מסוימת של חפיפה בין הוראותיהם של סעיפים 113 (שכותרתו: "ריגול חמור") ו-111א. לחוק העונשין (שכותרתו: "ידיעה סודית"), המצויים בסימן ד' בפרק ז' לחוק, שעניינו: "ריגול" - לבין הוראתו של סעיף 117 לחוק העונשין (שכותרתו: "גילוי בהפרת חובה"), ואשר מצוי בסימן ה' בפרק ז' לחוק, שעניינו: "סודות רשמיים". חפיפה זו בהוראות הסעיפים השונים מחייבת להבהיר כי עניינו שלנו, בהתאם למנדט שניתן לצוות ולרקע הקמתו, הוא רק באותן הדלפות של מידע 'ריבוני' מובהק, קרי – בנושאי יחסי החוץ והביטחון של המדינה.

כך למשל, מעת לעת עולות דוגמאות להדלפות של מידע שאיננו מסווג, ושאינו נוגע כלל לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה, אלא רגישותו נובעת ממגעים פוליטיים מסויימים, או ממחלוקת פנימית בין עמדות מקצועיות שונות בתוך גופי המדינה. האם ומתי מידע זה, שאינו סודי (קרי – שלכתחילה לא הוגבלה הנגישות אליו או הפצתו; ואשר לגביו המדינה אינה נבדלת או מתייחדת ממעסיקים אחרים, מבחינת האינטרס שלה להגן על תהליכי עבודה פנים-ארגוניים), ראוי להגנה באותו האופן ובאותם האמצעים העומדים לצורך ההגנה על סודות ביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה? האם ומתי נכון וראוי להגן על סוג זה של מידע באמצעות המשפט הפלילי דווקא, להבדיל מאשר בכלים משפטיים רכים יותר, כגון דיני המשמעת ודיני העבודה? כאמור, שאלות אלה חורגות מעניינו של צוות זה, ולא נרחיב בהן.²³ דיונו יתמקד בסודות 'ריבוניים' באופיים בלבד.

ב. הגדרת "ידיעה סודית" בחוק העונשין – סעיף 113

נעיר בהקשר זה כי ייתכן שהראציונל הריבוני חל גם בהקשרים של ביטחון הציבור – לרבות ובפרט בכל הנוגע להדלפות הפוגעות בניהול חקירות פליליות או פעילויות למניעת עבריינות. סוגייה זו ראויה לדיון ומחשבה נוספת החורגות מהיקף עיסוקו של צוות זה. לעניין הדלפות מחקירות משטרה – ראו להלן פסקה 49 לפסק דינו של כב' השופט עמית בפרשת **גלט-ברקוביץ'** שאוזכרה לעיל: "הדלפה מחקירה משטרתית נתפסת כתופעה שפגיעתה רעה – היא עלולה לפגוע בחקירה ולשבש אותה; עלולה להעביר את מרכז הכובד בשאלת אשמה או חפות מבתי המשפט אל כיכרות העיר האמיתיות והוירטואליות; עלולה לפגוע באמון הציבור ובנכונותו של הציבור או של החשוד לשתף פעולה עם רשויות החוק; עלולה לחשוף שיטות פעולה ודרכי פעולה של המשטרה ושל התביעה; ועלולה לפגוע בפרטיותו ובכבודו של עד או חשוד". כן ראו ההפניות שם; וכן ראו התייחסות החוק האנגלי לסוגיית חקירות ואכיפת החוק בפרק המשפט המשווה בדיונו.

שאלה נפרדת, שאליה לא נתייחס במסגרת מסמך זה, נוגעת להתנהלות פנימית ולשיח פנימי בתוך גופי השלטון בסוגיות שאינן נוגעות לאינטרסים ריבוניים, קרי – שאינן נוגעות בתחום יחסי החוץ והביטחון, אלא עוסקות בגיבוש מדיניות ועמדות המדינה או רשויותיה בנושאים שונים. ראו לעניין הבחנה מעין זו את ההבדל ס"ק 9 (א) ל-9 (ב) לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998.

נעיר, עם זאת, למען שלמות התמונה בפני הקורא, כי בימים אלה נבחנת במשרד המשפטים טיוטה של הנחייה חדשה בסוגיית מדיניות האכיפה הפלילית, קרי – העמדה לדון, של עובדי ציבור המדלפים מידע בלתי מסווג שהגיע אליהם אגב עבודתם. **ראו בעניין זה טיוטת הנחייה...**

Commented [DG5]: הועלתה הערה שרובו ככולו של פרק זה צריך להימחק, שכן הסודיות של מידע נובעת מתוכנו ומהותו, ולא מהאופן בו "סומן". העובדה שמישהו בעל סמכות סיווג או נמנע מלסווג מידע מסויים כסודי – אינה קונסטיטוטטיבית לסודיות, הנובעת מתוכן המידע עצמו. על פי גישה זו, הסודיות היא כמעט 'מטאפיזית'; הגם שטענה זו משקפת נכונה את מצב הדין הקיים, לדעת כותב שורות אלה – זו בדיוק הבעיה המהותית בד"ן הקיים.

43

44

Commented [DG6]: הערה של נדים על פיסקה זו מתייחסת לצרכי חקירה וכדומה – דבר שקונספטואלית מוסכם שהוא בגדר 'סודות ריבוניים'. הפיסקה הזו ביקשה לסייג את ההתייחסות לאותם סודות שאינם ריבוניים.

ב.

21

22

23

46. ההגדרה המפורטת ביותר של מושג הסוד מצויה בסעיף 113 לחוק העונשין, שכתרתו: "ריגול חמור", ואשר מצוי בתוך סימן ד' (שעניינו "ריגול") בפרק ז' (שעוסק ב-"בטחון המדינה, יחסי החוץ וסודות רשמיים") בחוק העונשין, תשל"ז-1977.²⁴ בסעיף 113(ד) נמצאת ההגדרה הבאה:

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

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

47. הנה כי כן, סעיף 113 מגדיר שני אופנים שבהם הופכת ידיעה ל-"ידיעה סודית" – ומוסיף על שני אלה חזקה הניתנת לסתירה: האופן האחד הוא כי מדובר ב-"ידיעה אשר ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד", ואילו האופן השני הוא: "ידיעה הנוגעת לסוג עניינים שהממשלה, באישור ועדת החוץ והבטחון של הכנסת, הכריזה בצו שפורסם ברשומות כי הם עניינים סודיים". יושם אל לב כי יש פער של ממש בין שני האופנים הללו להגדרת סוד:

48. במקרה השני – אומר לנו המחוקק במפורש מהי הפרוצדורה המדוייקת ומיהם בעלי הסמכות לקבוע כי ידיעה מסויימת היא סודית: הממשלה צריכה לפרסם צו ברשומות ולקבל את אישור ועחו"ב עליו – ובמסגרתו למנות נושאים ועניינים שיהיו סודיים.²⁵

49. ואילו במקרה הראשון – מוצב סטנדרט עמום: "ידיעה אשר ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד". מי יקבע כך? מכוח איזה דין? מה מקור הסמכות לקביעה זו? באילו נושאים? באיזו פרוצדורה תיקבע הקביעה? איך ידע אדם כי נושא מסויים או ידיעה מסויימת נכנסת לגדריה של ההגדרה, לפיה: "ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד"? סתם המחוקק ולא פירש.

50. על שני אלה, כאמור, הוסיף המחוקק עוד חזקה, הניתנת לסתירה, לפיה: "ידיעה אשר תוכנה, צורתה, סדרי החזקתה, מקורה או נסיבות קבלתה מעידים על החובה לשמרה בסוד – חזקה היא כי ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד, אלא אם הוכח אחרת". ושוב, מתבקשת השאלה: מי מוסמך ויקבע שתוכן, צורה, סדרי החזקה, מקור או נסיבות קבלת הידיעה מעידים על החובה לשמרה בסוד? מה מקור סמכותו? אומנם, חזקה זו ניתנת לסתירה – אבל מי יסתור אותה וכיצד? ועוד אחרת: ההמשגה בצורה של חזקות ראייתיות ואפשרות הפרכתן היא המשגה שרלבנטית לשופט הדין בתיק; במילים אחרות – זו המשגה שעשויה לשרת משפטן שבוחן מקרה

24. להלן מספר פרשיות בולטות שבהן הורשעו נאשמים בעבירת ריגול בגין סעיף 113: ע"פ 268/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד, 310 (ניתן ביום 15.2.1960); ע"פ 124/87 עיזאת נפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631 (ניתן ביום 24.5.1987); ע"פ 172/88 מרדכי וענונו נ' מדינת ישראל (27.5.1990); ע"פ 3116/99 יהודה גיל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 193 (ניתן 16.4.2000); פרשת ענת קם שנוכרה לעיל; תפח (מרכז) 40745-08-15 מדינת ישראל נ' סלמאן אבו ג'רביע (ניתן ביום 21.3.2016); תפח (חי) 43935-05-10 מדינת ישראל נ' אמיר מחיל (ניתן ביום 30.1.2011).

25. מסיבה שאינה ידועה, הצווים שפירסמה הממשלה מכוח סעיף זה אינם מופיעים במאגרים משפטיים. ריכוז של רוב הצווים ניתן למצוא בתוספת א' להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.1104, מיום 1.1.1971, שכתרתה: "הכרות ידיעות סודיות לפי סעיף 113(ד) לחוק העונשין, התשל"ז-1977". יחד עם זאת, הנחייה זו אינה עדכנית. כך למשל, אך בשנה האחרונה, פורסם צו העונשין (הכרזה על עניין סודי) (הוראת שעה), התשע"ז-2016, הקובע כי: "כל ידיעה הנוגעת לחברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ... מוכרות עניין סודי לעניין החוק" – וממעטת מהגדרה מרחיבה זו נושאים ספציפיים. צו זה אינו מוזכר בהנחיית היועץ האמורה.

בדיעבד, לאחר מעשה. ואולם, כיצד יידע אדם-שאינו-משפטן מראש, לכתחילה, האם מסמך או ידיעה שהגיעו לידיהם הם סודיים? כיצד יוכל אדם "להוכיח אחרת" לכתחילה, כדי לבסס שידעה אינה סודית?

51. לפנינו, אם כן, שני אפיקים ליצירת סודיות – האחד ממוקד, מדוייק וספציפי, ומיוצר בפרוצדורה משפטית ברורה על ידי בעל סמכות ברורה; ואילו האחר כללי ורחב ונועד ליתן גמישות גדולה ביצירתו של סוד – במחיר הדיוק, הבהירות והקביעה של בעל הסמכות. כפי שנראה בהמשך דיונו, שלא במקרה, השימוש באפיק הסמכות – מועט; ואילו סודיותן של מרבית הידיעות נובעת מההגדרה העמומה דווקא.

52. נזכיר גם את סעיף 117א. לחוק העונשין, שכותרתו: "הסתרת מידע בידי עובד ציבור", ואשר קובע: "**עובד הציבור אשר נתן לידיעה שאינה סודית צורה של ידיעה סודית, במטרה למנוע את פרסומה, דינו – מאסר שנה; לעניין זה, "ידיעה סודית" – כהגדרתה בסעיף 113**". סעיף זה מעורר שאלות: ברי כי מהות קביעתה של הסודיות – היא למנוע פרסומה של ידיעה, שהרי הגדרת הסודיות היא להגביל נגישות והפצה של מידע; אם כך – לעולם יתקיים היסוד הנפשי "במטרה למנוע את פרסומה". ועוד, ראינו כי ההגדרה בסעיף 113 אינה פשוטה ואינה נקייה מקשיים. למעשה, באופן מעשי – הדרך המרכזית לקבוע שידעה היא סודית היא באמצעות החזקה הסטטוטורית, לפיה "ידיעה אשר תוכנה, צורתה, סדרי החזקתה, מקורה או נסיבות קבלתה מעידים על החובה לשמרה בסוד". הנה, לכאורה, בעצם מתן הצורה לידיעה כסודית (קרי – ציון בכותרתה כי היא "סודית") – מתקיימת בה החזקה כי היא סודית, וממילא גם "סדרי החזקתה" ייגזרו מצורה זו. מה משמעותה של העבירה ב-117א, אם כן? נדמה שהדין דורש הבהרה וחיודוד בעניין קביעת הסודיות וקביעת הסיווג.²⁶

53. עמימות זו של הדין – חריגה במיוחד בחוק העונשין, שהרי היינו מצפים כי דווקא במסגרתו של חוק העונשין – יידרש המחוקק, יותר מאשר בכל הקשר אחר, לדיוק מושגי שיבטיח ודאות, צפיית ובהירות של הדין, וחדות באשר למהות הפעילות שהדין אוסר.

ג. תפיסת "הסודיות הטבעה"

54. הגדרה זו שבסעיף 113, משקפת תפישה בסיסית לפיה הסודיות של ידיעות "ריבוניות" אינה תוצר של אקט או החלטה אנושית מודעת; במקום זאת, הסודיות של ידיעה נתפשת כמשהו הטבעי, אינהרנטית, בגוף הידיעה, לכאורה – ללא פעולה או החלטה אנושית בדבר. זו היא תפישה כמעט-מטאפיזית של מושג הסודיות: על פי הגדרה זו, הסודיות אינה ניתנת לתחימה או הגדרה מבעוד מועד, אלא היא יכולה רק להיבחן באופן פרטני ונקודתי. ועדת וינוגרד עמדה גם היא על נקודה זו בדיונה בתיבה: "ביטחון המדינה" העומד ביסוד הגדרה זו של הסודיות. וכך כתבה (הדגשות במקור):²⁷

"24. גם את הביטוי 'ביטחון המדינה' המופיע בחוקים רבים, **אי אפשר להגדיר בצורה פשוטה וכללית**, אלא יש לבחון אותו פרטנית, לפי הקשרו ולפי פרמטרים שיכולים להיות שונים מעניין לעניין. עניין פלוני יכול להיחשב במועד מסויים או באירוע מיוחד כעניין של 'ביטחון המדינה', כגון פרסום מידע על פיתוח של אמל"ח (אמצעי לחימה) חדש, אולם לגבי מיעד הנוגע לדיונים

²⁶ מעניין יהיה להשוות את הוראתו זו של סעיף 117א. לחוק העונשין, שנועד למנוע סיווג-יתר, להוראותיהם של הוראות במערכות דינים זרות. כך למשל, בארה"ב חוקק הקונגרס את 111- Reducing Over Classification Act (Public Law 111-258, Oct 7, 2010); וכן ראו את הצו הנשיאותי ליצירתה של מערכת סיווג אחידה לכל זרועות הממשל האמריקאי Classified National Security Information Memorandum, Executive Order No. 13526, December 29, 2009. והשוו גם לדין הקנדי: Security of Canada Information Sharing Act, 2015.

²⁷ דוח ועדת וינוגרד, עמ' 436.

ולהחלטות על צמצום מצבת הכוחות בצה"ל, למשל, יש שיראו בגילוי המידע פגיעה בביטחון המדינה, ויש שלא יכללו אותו בקטגוריה זו – וטעמים עמם.

25. בנוסף, הגדרות אלה אינן כוללות, בדרך כלל, התייחסות לחומרת התוצאה הנדרשת על מנת שמידע ייחשב כסודי או להסתברות של אירוע הנזק.

26. הזיהוי של חומר כ-סודי כפוף להערכות שונות ובוודאי שאינו תמיד מספק תשובה מלאה לשאלה אם פרסומו אסור, או אם הימנעות מגילוי מותרת. לעיתים, מי שאמור לקבל את ההחלטה – והביקורת השיפוטית עליו – יצטרכו לפתח אמות מידה נוספות, על מנת לתת תשובה מלאה כזו – שגם היא תהיה קשורה לנושא ממשי העומד לדיון, שקשה להכיל וליישמו כאילו-אוטומטית על מקרים אחרים.

27. מצד שני, החוק בדרך כלל קובע איסור פרסום של חומר 'סודי', בלי להתחשב בשאלת חומרת הנזק שייגרם בשל פרסומו, או בהסתברות של אירועו. דבר זה אכן נחוץ למען בהירות הדין, והוא נחוץ לעיתים גם על מנת להגן על תהליכים ועל נהלים, בלי קשר לשאלת תוכן המידע שהוזכר בהם, אלא שהוא עלול לעורר שאלות קשות של איזון בין האינטרסים התומכים בסודיות ואין אינטרסים התומכים בגילוי המידע...".

55. הנה כי כן, אם לא ניתן להגדיר מראש ובאופן ממצה מהו "ביטחון המדינה", ממילא לא ניתן לגדור ולתחום באופן מלא מתי 'ביטחון המדינה' מחייב לשמור ידיעה מסוימת בסוד. ועל כך מושתתת תפישה "הסודיות הטבועה" או "הפונקציונלית": הסודיות נתונה ומונחת מראש, מבעוד מועד, מבלי שהוגדרה או נתחמה. החלטה אנושית מודעת ואקטיבית לייצר סודיות (קרי – להגביל את הנגישות וההפצה של המידע) באמצעות סיווג המידע – אינה קונסטיטטיבית לסודיות ואינה חיונית לקיומה: ידיעה יכולה להיות סודית גם בלי אותה החלטה מודעת של פלוני (כי מהותית – "ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד"); ויכול שתהא בלתי סודית, אף אם מישוהו כן החליט באופן מודע לסווגה כסודית (כי מהותית – ביטחון המדינה אינו מחייב לשמרה בסוד; זהו ההיגיון בבסיס סעיף 117א, המפליל סיווג יתר). לכל היותר, החלטה אנושית מודעת לסווג ידיעה כסודית – יכולה להקים את החזקה כי הידיעה היא סודית (שכן אז צורתה או סדרי החזקתה יעידו על כך), אך זו היא חזקה הניתנת לסתירה.

56. תפישת "הסודיות הטבועה" משרתת את הצורך של גורמי המדינה לייצר ולשמר סודות (קרי – להגביל את הנגישות אליו לפי מדרג מסויים של הגבלות) במגוון רחב של סוגיות ונושאים, העשויים להשתנות מעת לעת – ואף לעיתים תכופות למדי. היא מתיישבת עם המחשבה שלא ניתן ליצור בדין רשימה סגורה וממצה עד-תום של נושאים וסוגיות שצריכים להיות סודיים, ומאפשרת מידה רבה של גמישות לממשלה, על אורגניה ועובדיה ביחידותיה השונות, לייצר בפועל סודיות – קרי, להגביל נגישות אל מידע (גם) בענייני יחסי החוץ וביטחון המדינה.

57. כפי שנראה, בשל תפישה זו של "סודיות טבועה" או "פונקציונלית" – הדין אינו מעמיק בשאלת הסמכות לקבוע סודיות, בכלל; וברמה מסויימת במדרג, בפרט. לכאורה, אין הכרח אורך בדבר בתורת מינהלית של סמכות כאשר יש "סודיות טבועה". אף ועדת וינוגרד התייחסה לסוגייה זו בדברה על "המבחן הפונקציונלי", המתמקד בתוצאה העלולה לנבוע מגילוי המידע. וכך כתבה (הדגשות הוספו ואינן במקור)²⁸:

"20. לאיפיון זה [הפונקציונלי] יש יתרון, שהוא קושר את הסודיות לתוצאה אפשרית של הגילוי, ובכך מרמז על הטעם לקבוע את המידע כסודי. איפיון כזה מאפשר, לכן, בחינה

דוח ועדת וינוגרד, עמ' 435-434. 28

עניינית' אם אכן המידע הוא סודי. אלא שבהקשרים שבהם רוצים להגן על סודיות, לא תמיד קל להסתמך על איפיון כזה, שכן סביר כי תהיה מחלוקת לגבי התוצאה, או לגבי איפיונה של התוצאה כ-'נזק', ובוודאי לגבי הסתברות אירועה של התוצאה. **מערכת הרוצה לשמור על 'סודות' חייבת להגדיר מידע סודי בדרך שמאפשרת זיהוי קל יותר ופחות שנוי במחלוקת של המידע הזה, וכן לקבוע מבחנים להסתברות של נזק ושל מידות נזק שלפיהם מידע מוגדר כ-'סודי'. לפעמים היותו של מידע סודי בולט לעין וכמעט ולא שנוי במחלוקת, אך במקרים אחרים התוצאות הצפויות הן עמומות ומשמעותן שנויה במחלוקת. לכן כל קביעה של מידע כסודי מחייב קביעה מראש מי הוא ששיקול דעתו הוא המכריע, בכפוף לתהליכי בחינה וערעור, שגם אותם יש לקבוע מראש".**

58. בחלק הבא של דיוננו, נבחן את מושג הסודיות במקורות שונים של הדין. כפי שנבקש להראות, על סמך הנחת העבודה בדבר "סודיות טבועה", באתרים שונים בדין המחוקק ומחוקק המשנה כן טרחו ויצרו תורת סמכות מינהלית לעניין הסודיות; אלא שרובד זה של סמכות – אינו נתפש, ככלל, כקונסטרוקטיבי לסודיות. בסיס השיח עומדת הנחת "הסודיות הטבועה"; ולכן, כפי שנראה, הסדרת תורת הסמכות אינה שלמה, אלא חלקית. נסביר תחילה את תורת 'סמכות יצירת הסוד' – בטרם נפנה לבחינת גילויה בדין החרות.

ד. חלוקת אנליטית: סודיות הקבועה בדין למול סודיות הנקבעת מכוח הדין

59. ככלל, אפשר לחלק את הביטויים של תפישת "סמכות יצירת הסוד" לשני סוגים:

60. ישנם נושאים שסודיותם נקבעת בחוק עצמו: כך למשל, סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה קובע הוראות בדבר סודיותם של דיוני הממשלה; כך למשל, הוראות שונות בדין קובעות סודיות של חקירים²⁹. אלה הם המקרים הפחות מורכבים, שכן המחוקק הראשי עצמו נתן דעתו וקבע כי ראוי לאותם נושאים או פריטי מידע שיישמרו בסוד.

61. ישנם נושאים שבהם הסודיות היא תוצר של החלטה או הכרעה של גורם כלשהו ברשות המינהלית: במקרים אלה, השאלה מהו "סוד" כרוכה באופן אינהרנטי בשאלה מיהו המוסמך להגדיר מידע מסוים כסודי ולסווג את הסוד לפי מדרג.

62. הדגש, בעניינינו, הוא בכך שבמקרים אלה סיווג מידע הינו הפעלה של סמכות מינהלית. זאת, בשל נפקויותיו של הסיווג: קביעה כי מידע או מסמך מסוים הוא סודי, ברמת סיווג כלשהי, מייצרת נפקויות משפטיות. בראש ובראשונה, משמעותה שיש הגבלה על מי יכול לגשת ולהיחשף לאותו מידע או מסמך. שנית, נגזרות מאותה קביעה שורה של נפקויות לגבי אופן שמירת המידע, אחסונו, שפולו והעברתו בין הגורמים השונים המורשים לראותו; חלק עיקרי מן הנפקות המשפטיות היא שאדם שאינו מקפיד על הוראות השמירה והאחסנה – עשוי להיכשל בביצוע עבירה של מסירת מידע למי שאינו מורשה. שלישית, סיווג של מידע משמיע הגבלה על זכותו של הציבור לקבל את המידע במסגרתו של חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. רביעית, סיווג של מידע משפיע על אופן אחסונו ומידת הנגישות אליו גם שנים רבות קדימה – במסגרת חוק הארכיונים, תשט"ו-1955.

29. ראו למשל סעיף 539א(ב)2 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, הקובע: "חומר התחקיר יהיה חסוי בפני כל אדם ואולם הוא יימסר, כולו או חלקו, רק לאותם גופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם; הוראות פסקה זו לא יחולו על חומר ארכיוני שזכות העיון בו הוגבלה בחוק הארכיונים, התשט"ו-1955, או לפיו, אך התקיימו כל התנאים לחשיפתו לעיון הקהל אשר נקבע לפי החוק האמור ובלבד שעברה תקופה של עשר שנים מיום הפקדתו".

63. יוצא, אם כן, כי כאשר אדם מסווג מידע או מסמך – הריהו מכפיף את אותו מידע או מסמך, וכן אנשים רבים אחרים, לשורה של נפקויות משפטיות. הנה כי כן – הגענו למשוואה ההופלדיאנית, בה אל מול הכוח המשפטי של בעל הסמכות, נגזרת כפיפות משפטית של אחרים לסמכותו. ואם כך הדבר, הרי שסמכות שכזו – ראוי שתהיה מעוגנת באופן סדור בחוק או על פי, שיהווה לה מקור ועוגן נורמטיבי. ואולם, חשוב לחזור ולחדד: המשפט הישראלי מחזיק בתפישת "הסודיות הטבועה". הנפקויות השונות של הסודיות קיימות וקמות – גם מקום שאיש לא הפעיל סמכות ולא ביצע פעולה אקטיבית והחליט מראש על סודיות ידיעה מסויימת. על כן, הסמכות ליצירת סוד היא בגדר 'רובד נוסף' – אך לא מקור חיוני, קונסטטיטויטיבי כשלעצמו, לקיום הסודיות.

64. רובד נוסף שיש לדעת עליו את הדעת, מעבר לעצם הסמכות ליצירת הסוד, נוגע לשאלה של "עוצמת הסודיות": אם סודיות היא עצם קביעת מגבלה על נגישותו או הפצתו של מידע, הרי שמעבר לעצם הקביעה כי תחול מגבלה על נגישותו או הפצתו – נשאלת שאלת מהות המגבלה. כך, אפשר לחשוב על מדרג של החמרה במגבלות: מידע מסויים ניתן להעביר למעגל מצומצם מאוד, ואחר למעגל רחב יותר; מידע מסויים יוגבל לתקופה קצרה, ומידע אחר – לתקופה ממושכת יותר; מידע מסויים יועבר רק באמצעי מסויים, ואילו מידע אחר ניתן להעברה במגוון אמצעים; מידע מסויים יש לשמור בתנאים מאוד מחמירים – ואחר ניתן לשמירה בתנאים פחות מחמירים; ניתן לקבוע כלל לפיו הענישה תוחמר ככל שהופרה סודיותו של מידע בעל סיווג גבוה יותר.³⁰ זו היא **סמכות הסיווג**, שהיא המשך ישיר לסמכות קביעת הסודיות: היכולת לקבוע כי מידע מסויים צריך להיות "סודי" או "סודי ביותר" היא בעצם הסמכות לקבוע כי המגבלות שיוטלו על אותו מידע יהיו יותר או פחות מחמירות. 'סולם' זה של סודיות – יכול שיהא אחיד לכל גורמי המדינה, הגם שכמובן כל אחד מגופי המדינה השונים מטפל בתכנים שונים ויכניס לכל 'מדרגה' בסולם תוכן ומידע שונה. בתפישה מינהלית של תורת הבנייה של סמכות – ראוי כי מנגנון סיווג זה יהיה ברור וגלוי, וקבוע בדין; ואולם, בתפישה הנוהגת של "סודיות טבועה" – גם סמכות הסיווג, כמו הסמכות לעצם יצירת הסוד, אינה הכרחית ואינה קונסטטיטויטיבית.

65. תפישה מינהלית של "סמכות ליצירת סוד" תבקש ליצור הבנייה אנליטית של מושג הסוד, ושל הסמכות ליצירת סוד במשפט המינהלי: כך, תפישה מינהלית תבקש לקבוע את עצם הסמכות ליצור סוד ולסווגו במדרג סודיות; את בעל הסמכות; וכן להנחות את שיקול הדעת של בעל הסמכות באשר להפעלת סמכויותיו אלה – קרי, לקבוע קריטריונים איזה מידע צריך להימצא באיזו מדרגה של סודיות. זאת – על סמך קביעה והגדרה של הנושאים הראויים מלכתחילה להגנת 'סודיות', כלומר להגבלה על נגישותם והפצתם, תוך איזון ראוי אל מול עקרונות השקיפות, הדיווחיות, זכות הציבור לדעת וכדומה. תפישת "הסודיות הטבועה" רואה בכל אלה, לכל היותר, עיגון או אישוש ראייתי לסודיותה של ידיעה – אך לא תנאי קונסטטיטויטיבי לעצם הסודיות.

66. על רקע הבהרה אנליטית זו, נבחן כמה מהמקורות הבולטים המסדירים את תורת הסמכות ביחס ל-הסודות הריבוניים.

ה. סודיות דינוני הממשלה ועדות השרים

67. מקור נורמטיבי אחר המסדיר את מושג הסוד הוא סעיף 35 לחוק סוד: הממשלה, וזו לשונו:

"35. (א) הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים בעניינים אלה הם סודיים וגילויים ופרסומם אסור:
(1) ביטחון המדינה;

³⁰ כך למשל קובע כב' השופט מלצר בפרשת ענת קם כי העברה של מידע בסיווג "שמור" היא חמורה פחות מהעברת מידע בסיווג "סודי ביותר" – שם הוא מתייחס לאיכות ומידת הסודיות של המידע המסווג כקריטריון לבחינת חומרת ההדלפה. זאת – הגם שסיווגים אלה לכתחילה אינם מוגדרים בדין.

- (2) יחסי חוץ של המדינה ;
- (3) סוג עניינים אחר שהממשלה ראתה את סודיותו כחיונית למדינה, והכריזה עליו בצו, לענין סעיף זה ;
- (4) ענין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד, ובלבד שגילויו ופרסומו של ענין כאמור אינו אסור אלא על מי שידע על ההחלטה.
- (ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על דברים שהממשלה או ראש הממשלה, או מי שהממשלה או ראש הממשלה הסמיכוהו לכך, התירו את פרסומם, או על דברים שפרסומם נדרש על פי דין.

הנה כי כן, סעיף זה מספק לנו ביטוי מסויים, חלקי אומנם אך ברור, לתפישת "סמכות יצירת הסוד": הסעיף פורש מעטה של סודיות על דיונים והחלטות של הממשלה וועדות השרים בתחומי בטחון המדינה ויחסי החוץ שלה, ובנוסף מעניק לממשלה סמכות שבשיקול דעת להטיל סודיות על נושאים נוספים – בשני אפיקים שונים: סמכות להטיל סודיות על נושא מסויים כלפי כולי-עלמא, באמצעות פרסומו של צו; וסמכות להטיל סודיות מצומצמת יותר בתחולתה, רק כלפי מי שידע בפועל על החלטת הממשלה (או ועדת השרים) להטיל סודיות באותו עניין. כמו כן, סעיף קטן (ב) ממשיך ומסמך את הממשלה, את ראש הממשלה או את מי שהסמיכו לכך, להתיר את הפרסום. הנה כי כן, המנגנון לקבלת ההחלטה והיקף הפעולה המשפטית של יצירת סודיות, וכן המנגנון להסרתה – מוסדרים ומובנים בסעיף זה, אלא שהוא, מצומצם בהיקפו – באשר הוא מתייחס ל-"דיונים והחלטות של הממשלה וועדות השרים" בלבד.

פירוט ניכר יותר של מושג הסודיות בעבודת הממשלה נמצא בתקנון עבודת הממשלה. במסמך זה (כנוסחו בעת כתיבת שורות אלה), המנחה את עבודת הממשלה, נמצאות מספר הוראות הרלבנטיות לענייננו. סעיף 51 לתקנון הממשלה קובע:

"51. סודיות, עיון בפרוטוקולים והודעות לתקשורת

- (א) מועדי ישיבות ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי, דיוניה והחלטותיה הם סודיים וגלויים או פרסומם - אסור; הוראות סעיפים 75 ו-76 לתקנון יחולו, בשינויים המחויבים, גם לעניין מועדי ישיבות הוועדה.
- (ב) יירשם תמליל של דיוני הוועדה ופרוטוקול של החלטות הוועדה, וכל שר ראשי, באישור ראש הממשלה, לעיין בתמליל הדיונים ובפרוטוקול החלטות.
- (ג) התמליל של הוועדה יסווג "סודי ביותר" ופרוטוקול החלטות של הוועדה יסווג "סודי ביותר" או "סודי" - לפי העניין, אלא אם קבע ראש הממשלה אחרת.
- (ד) מזכיר הממשלה, על-פי סמכותו לפי סעיף 76 לתקנון, ימסור הודעות לתקשורת על דיוני הוועדה בהתאם להנחיית ראש הממשלה".

הוראה דומה, הנוגעת לסודיות תוכן של ישיבות הממשלה וועדות השרים, מצויה בסעיף 71 לתקנון הממשלה, שכותרתו "תמליל של דיוני הממשלה וועדות השרים". סעיף קטן (ב) שם קובע כי: "תמליל של ישיבות הממשלה ושל ועדות שרים בדיוניהן יסווג "סודי ביותר". התמלילים הינם חומר סודי וחשאי לתקופה הקבועה בתקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), התש"ע-2010". שאר סעיפיו הקטנים של הסעיף קובעים כי למרות האמור בדבר סיווג תמלילי ישיבות הממשלה – למזכיר הממשלה סמכות לשנות את הסיווג; וכן קובע הסעיף כי למרות שרק לשרי הממשלה יש זכות לעיין בתמלילים אלה – למזכיר הממשלה סמכות להתיר עיון לעובדי ציבור בתנאים ונסיבות מסויימים. לפנינו נורמה מדוייקת ומפורטת יחסית: נקבע בה כלל (סודיות מועדיהם ותמליליהם של דיוני ממשלה וועדות שרים), ובעל סמכות הרשאי לחרוג או לגבור על כלל זה במקרים מסויימים. יושם אל לב כי סיווג זה של תמלילי הישיבות אינו מוגבל לנושאים של מדיניות חוץ וביטחון: בעוד שסעיף 51 מתייחס לוועדת שרים לביטחון לאומי, סעיף 71 אינו מגביל עצמו באופן זה ותחולתו רחבה יותר.

.68

Commented [DG7]: איזה שימוש עשתה הממשלה לאורך השנים בסמכויותיה? כמה צווים הוציאה, כסמכותה על פי סעיף קטן 35(א)(3)? על אילו נושאים שאינם נוגעים לביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה החילה סודיות מכוח סעיף זה? בכמה עניינים הכריעה כי יותרו סודיים לכל היודע על החלטת הסודיות – לפי סעיף קטן 35(א)(4)?

.70

71. אף בהמשך תקנון הממשלה, יש פרק שלם, פרק י', שעניינו: "סודיות ומסירת ידיעות". פרק זה נשען על סעיף 35 שצוטט לעיל בחוק יסוד: הממשלה. מבלי לפרט את כל הוראות הפרק, נקבע בו כי הסמכות להודיע על סודיות ישיבות או לקבוע נושאים המותרים בפרסום – נמסרה בעיקרו של דבר בידי של מזכיר הממשלה, בתיאום עם ראש הממשלה או יו"ר ועדת השרים הרלבנטית; ונקבע כי המשרדים לא יפרסמו חומרים או מידע על הדיונים או ההחלטות של הממשלה וועדות השרים בעצמם אלא על פי הסכמה של ראש הממשלה, של יו"ר ועדת השרים או של מזכיר הממשלה – לפי העניין.

72. לא למותר להעיר כבר עתה כי מעמדו של תקנון הממשלה במדרג הנורמות הוא נמוך יחסית: התקנון הוא בגדר הוראת מינהל, שהממשלה קובעת לעצמה ומכוונת את התנהלותה על פיה – ואולם אין בו כוח נורמטיבי כלפי הציבור בכללותו; ושאלה של ממש יש – מה עוצמתו כלפי עובדי הציבור, לסוגיהם השונים (ובעניין זה נזכיר את החלוקה בין עובדים לנבחרים; בין מכהנים לפורשים; בין בכירים לזוטרים). יתר על כן, בהיותו הוראת מינהל – התקנון הוא נורמה גמישה, המועדת לשינוי מעת לעת, לעיתים על פי צרכיה הפוליטיים של ממשלה זו או אחרת.

73. כמו כן, מעניין לראות כי דווקא בנורמה זו – יש התייחסות מפורשת (כמעט היחידה הקיימת בדף) לסוגיית סיווגו של המידע הסודי **למדרג סודיות** – הגם שאותו מדרג אינו מעוגן ומפורט לפרטיו, אלא ההתייחסות היא חלקית, למדרגה מסויימת בלבד במדרג.

74. בתפישה מינהלית – מאפיינים אלה היו עלולים להיתפש כהסדרה שאינה אופטימלית של סמכות יצירת הסוד. לעומת זאת, על סמך התשתית הרעיונית של "סודיות טבועה" – כל ההוראות הללו הן בגדר תוספת לא חיונית לסודיות הקיימת ממילא ביחס לידיעות אלה, הנגזרת מכך ש-"ביטחון המדינה מחייב שמירתן) בסוד".

1. **סמכויות שירות הביטחון הכללי לעניין קביעת סודיות מידע וסיווגו**

75. דין נוסף המתייחס לקביעת סודיות של מידע הוא חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ). הסעיף העיקרי הרלבנטי לענייננו הוא סעיף 7 לחוק השב"כ, שכותרתו "ייעוד השירות ותפקידיו", המורה:

- 7" (א) השירות מופקד על שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין.
- (ב) לענין סעיף קטן (א), ימלא השירות תפקידים אלה:
- (1) סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו;
 - (2) **אבטחת אנשים, מידע ומקומות, שקבעה הממשלה;**
 - (3) **קביעת הוראות בדבר סיווג ביטחוני לתפקידים ולמשרות בשירות הציבורי ובגופים אחרים, כפי שקבעה הממשלה, למעט לנבחרים** ציבור ולשופטים, וכן קביעה של התאמה ביטחונית של אדם לתפקיד או למשרה שסווגו בסיווג ביטחוני, לרבות על ידי שימוש בבדיקות פוליגרף, והכל כפי שייקבע בכללים; בפסקה זו, "שופטים" – מי שבידם סמכות שפיטה לפי חוק-יסוד: השפיטה, למעט מועמדים לשפיטה ולמעט שופט צבאי לפי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955;
 - (4) **קביעת נוהלי אבטחה לגופים שקבעה הממשלה;**

- (5) קיום מחקר מודיעין ומתן ייעוץ והערכת מצב לממשלה ולגופים אחרים שקבעה הממשלה;
- (6) פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה;
- (7) איסוף וקבלת מידע לשמירה ולקידום העניינים המפורטים בסעיף זה.

יושם אל לב כי תפקידי השב"כ אינם מתייחסים במפורש לעצם קביעת הסודיות או לסיווג מידע:

.76

- סעיף קטן 7(ב)(3) מתייחס ל-"סיווג ביטחוני לתפקידים ומשרות", ומסמיך את ראש הממשלה לקבוע בכללים (קרי – בחקיקת משנה) הוראות לעניין התאמה ביטחונית של מועמדים לתפקיד או משרה.

- סעיפים קטנים 7(ב)(2) ו-7(ב)(4) מתייחסים לקביעת אבטחה ל-"אישים, מידע ומקומות", וכן לקביעת נוהלי אבטחה לגופים - והכל, בתנאי שהממשלה קבעה כי יש צורך לקבוע אבטחה לאותם אישים, מידע, מקומות וגופים. ואולם – החוק אינו מפרש ואינו מפרט מהם "נוהלי אבטחה" – והאם הכוונה היא לנהלים שעניינם אבטחת מתקנים; אבטחת אישים, או אבטחת מידע.

לפי פשוטו של לשון, התיבה "אבטחת מידע" נוגעת לאמצעים להגנה על מידע ואינה כוללת את עצם הסמכות לקבוע כי מידע מסויים יהא סודי, ומשכך ראוי להגנה לכתחילה. זהו ביטוי של תפישת "הסודיות הטבועה": הסודיות קיימת כנקודת מוצא, ועכשיו נשאר רק השאלה של האמצעים לשמור עליה. לחילופין, ניתן לומר כי המושג "אבטחת מידע" כולל בתוכו מכללא, ובהכרח, גם את קביעת עצם סודיות מידע וסיווגו במדרג. זאת, משום שעל מנת לקבוע את האמצעים הנדרשים לאבטחת המידע – גלומה בהכרח הקביעה כי מידע מסויים הוא סודי ברמה מסויימת במדרג הסודיות. גם בהקשר זה, לא ברור האם הממשלה אכן מפעילה באופן סדור ומאורגן את סמכותה לקבוע איזה מידע ראוי לאבטחה, כדרישת הסעיף – אבל אין בכך קושי, שכן מידע שבמהותו הוא סודי - הוא סודי אף אם הסמכות של הממשלה לא הופעלה.

.77

נזכיר כי סעיף 16 לחוק השב"כ, שכותרתו: "אבטחת מידע", קובע כי: "המחזיק במידע אשר לגביו נקבע סיווג ביטחוני לפי סעיף 7(ב) יטפל בו בהתאם להוראות שנקבעו בכללים". כפי שראינו – סעיף 7(ב) אינו מתייחס במישרין לסיווג מידע, אלא לסיווג משרות ותפקידים. יחד עם זאת, ניתן ללמוד מן הסעיף, מכללא, כי יש לקרוא את סעיף 7(ב) (ובפרט – את הסמכות לדאוג ל-"אבטחת מידע") – ככולל גם סמכות לסיווג מידע, שהוא ממילא סודי מלכתחילה.

.78

עוגן אחר מצוי בסעיף 8 לחוק השב"כ, שכותרתו: "סמכויות כלליות של השירות". סעיף 8(א)(1) קובע כי: "לצורך מילוי תפקידיו, מוסמך השירות, באמצעות עובדיו – (1) לקבל ולאסוף מידע". גם סעיף זה אינו מתייחס לסוגיית קביעת סודיות המידע וסיווגו לפי דרגת הסודיות. ואולם, בהתחשב ב-"סודיות הטבועה", מזה; ובטיבו של הארגון וביתר סמכויותיו, מזה - ניתן להניח כי השירות גם מוסמך לסווג את דרגת הסודיות של המידע הסודי-מטבעו.

.79

יושם אל לב כי חוק השב"כ הוא חוק כללי למדי, ואין בו פירוט של שיקולים וטעמים, קרי – אין בו הבנייה של שיקול הדעת המינהלי מהו מידע שראוי לשמרו בסוד; מהן הדרגות השונות של סודיות שאליהן ניתן לסווג את המידע; ומהן השיקולים שיש לשקול בעת בחירה בין סיווגה של ידיעה מסויימת בדרגות השונות הללו. החוק עוסק רק בנפקויותיה הנגזרות של הסודיות, על דרך ההשלמה: מתוך המכלול של הסמכות לאסוף מידע, מזה; ולקבוע נהלים לאבטחת המידע ולקבוע התאמה ביטחונית של בעלי תפקידים, מזה – נלמדת בעקיפין גם הסמכות לעצם קביעת סודיות המידע וסיווגו. שוב – ההבנייה של תורת הסמכות אינה מלאה – שכן היא אינה נתפשת כחיונית.

.80

חוק השב"כ כן קובע כי סוג מסויים של מידע הוא סודי. הוא עושה כן בסעיף העונשין, סעיף 19 לחוק, הקובע:

.81

" 19. (א) (1) כללים, הוראות השירות, נוהלי השירות וזהות עובדי השירות והפועלים מטעמו, בעבר או בהווה, וכן פרטים אחרים בנוגע לשירות שייקבעו בתקנות, הם חסויים וגילויים או פרסומם אסור;

(2) עובד השירות וכן הפועל מטעם השירות, בעבר או בהווה, לא ימסור מידע שהגיע אליו בתוקף תפקידו או במסגרת פעילותו בשירות, למי שאינו מוסמך לקבלו, אלא אם כן נדרש לכך כדין או קיבל היתר לכך בכתב בהתאם להוראות השירות;

(3) ראש הממשלה רשאי להתיר פרסום מידע האסור לפרסום לפי סעיף זה, וכן רשאי הוא לקבוע בתקנות הוראות בדבר מתן היתר לפרסום.

(ב) (1) המגלה או המפרסם מידע חסוי לפי חוק זה בלא היתר, דינו - מאסר שלוש שנים; הביא אדם לגילוי או לפרסום כאמור ברשלנות, דינו - מאסר שנה;

(2) עובד השירות וכן הפועל מטעם השירות, בעבר או בהווה, המגלה או המפרסם מידע חסוי בלא היתר לפי סעיף זה, דינו - מאסר חמש שנים; נעשה הגילוי או הפרסום כאמור ברשלנות, דינו - מאסר שלוש שנים.

(ג) (1) אין בסעיף זה כדי לגרוע מסמכות שר לפי סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, או מסמכויות הצנזור לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, או מכל סמכות אחרת למניעת פרסום לפי כל דין;

(2) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מתחולת הוראות פרק ז' בחלק ב' לחוק העונשין, תשל"ז-1977."

עיקר לענייננו הוא בסעיף קטן (א)1, הקובע כי "כללים, הוראות ונהלים, וזהות עובדי השירות והפועלים מטעמו..." – כולם "חסויים ואסורים בפרסום". הסעיף מציין כי ניתן לקבוע בתקנות "פרטים אחרים בנוגע לשירות" – שגם הם יהיו "חסויים ואסורים בפרסום".³¹

.82

ואכן, מכוחן של סעיף זה, וכן מכוחו של סעיף 21 לחוק השב"כ, שכותרתו: "ביצוע, תקנות, כללים, הוראות שירות ונהלי שירות", התקין ראש הממשלה דאז, אריאל שרון, את תקנות שירות הביטחון הכללי (פרטים אחרים בנוגע לשירות אשר הם חסויים והיתר לאיסור מידע האסור בפרסום), תשס"ד-2004 (להלן: "תקנות פרטים חסויים"). התקנה העיקרית בסט תקנות קצר זה היא תקנה 2, "פרטים אחרים שפרסומם או גילויים אסור", הקובעת:

"2. פרטים בנושאים המפורטים להלן הם חסויים וגילויים או פרסומם אסור, אלא אם כן ניתן היתר לגילוי או לפרסום בהתאם לחוק או לתקנות אלה:

(1) פרטיו האישיים של עובד השירות, וכן של הפועל מטעם השירות בעבר או בהווה, מקום מגוריו וכל פרט אחר שיש בו כדי לזהותו כעובד השירות או כמי שפעל או שפועל מטעמו;

(2) זיהויים של מיתקני השירות, לרבות מיקומם, כתובתם ותכניותיהם הפנימיות;

(3) פרטים שיש בהם כדי לחשוף משימות, יכולות, דרכי פעולה ותכניות פעולה

על היחס בין תקנות שירות הביטחון הכללי לעניין פרסומים חסויים לבין הצנזורה הצבאית, ראו בג"ץ 791/16 גלובס נ' הצנזור הצבאי הראשי (לא פורסם, 8.5.2016).

31

- חשאיות, כשירות מבצעית ואמצעים מסווגים של יחידות השירות;
(4) מקורות מידע של השירות וכל פרט שעלול להביא לזיהוים;
(5) מידע אחר שמקורו בשירות ואשר נקבע לגביו סיווג ביטחוני.

83. סעיף קטן (5) בתקנה 2 המצוטטת מדבר על "מידע אחר שמקורו בשירות ואשר נקבע לגביו סיווג ביטחוני". גם פה, אין הכרח לקבוע את עצם הסודיות – בגלל תפישת הסודיות הטבועה: השאלות השינוניות (מי מוסמך לקבוע סיווג? באיזה אופן? על בסיס אילו שיקולים?) נובעות כולן סודיות טבועה. כאמור, כללי השב"כ מספקים מענה לעניין זה, אך גם מענה זה כשלעצמו מסווג "סודי".

84. עם זאת, יוער כי מכלול דיני השב"כ מספק כנראה את המענה המקיף והשלם ביותר לשאלת סמכות הסיווג: פרק ב' של כללי השב"כ, שעניינו "סיווג מידע" – מספק את המענה הישיר לשאלת הסמכות לסווג מידע ואופן סיווגו. הוא קובע חובה לסווג מידע; מגדיר על מי חובה זו מוטלת; מסביר את הרציונל כיצד צריך לקבוע את סיווג המידע; וקובע את המדרג לסיווג. לא נוכל להתייחס במסגרת זו להוראות המהותיות עצמן, ולשאלות שהן מעוררות – שכן, פרק זה, כמו כללי השב"כ בכללותם – הוא בעצמו מסווג "סודי". **הדבר מעורר את השאלה התורת-משפטית המורכבת כשלעצמה של נורמה משפטית סודית והקושי בכך**³². בכל מקרה, כללי השב"כ הם בגדר חקיקת משנה שנקבעה מכוחו של חוק השב"כ; לא ברור האם ועד כמה הם חלים על מי שאינם עובדי השב"כ³³. ברי כי עצם סיווגן של הוראות נורמטיביות אלה כ-"סודיות" מחדד את הקושי בהחלתן גם על מי שאינם עובדי השב"כ³⁴.

Commented [DG8]: הוצע למחוק את המשפט הזה כדי לא לאחד הבעייתיות בדוח ציבורי.

85. הנה כי כן, חוק השב"כ ותקנותיו כן מספקים מענה לשאלה המהותית מהו מידע סודי – אלא שמדובר במידע הנוגע לשירות הביטחון הכללי עצמו (עובדיו, הפועלים מטעמו, מתקניו, משימותיו ויכולותיו וכדומה).

ז. **סמכות לקביעת סודיות ולסיווג מידע סודי בחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים**

86. הצורך לקבוע את סודיותם של פרטי מידע וידיעות, וכמובן הצורך להחזיק ולעשות שימוש במידע מסווג, מתעורר במגוון משרדי ממשלה, העוסקים בהיבטים שונים ומגוונים של יחסי החוץ והביטחון של המדינה. היכן מעוגנת סמכותם של פקידי הממשלה השונים, שלא אוזכרו במפורש בתקנון הממשלה או בחוק השב"כ, לסווג מידע?

87. המסגרת הנורמטיבית העיקרית לעניין זה היא החוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, תשנ"ח-1998 (להלן: חוק להסדרת הביטחון). גם בחוק זה אין התייחסות והסדרה ברורה ומפורשת של הסמכות לקביעת עצם הסודיות של מידע ולסיווג לרמת סודיות מסויימת דווקא, אלא החוק מגדיר "פעולות לאבטחת מידע" ו-"פעולות לאבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות".

88. כך למשל, התיבה "פעולות לאבטחת מידע" מוגדרת: "פעולות הדרושות לשם שמירה על מידע מסווג של גוף ציבורי או מידע כאמור המצוי אצלו, וכן פעולות למניעת פגיעה בכל אחד מאלה". שוב, המושג "מידע מסווג" אינו מוגדר; והחוק אף אינו מבהיר מי יכול לסווג מידע, באיזו פרוצדורה ועל סמך אילו שיקולים. זאת – על

³² ראו לעניין זה את העיקרון הבסיסי הקבוע בסעיף 11א. לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948: "(א) חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף".

³³ ראו לעניין זה את הוראת סעיף 22(ג) לחוק השב"כ, הקובעת: "(ג) לא יישא אדם באחריות פלילית או משמעית לפי כללים או הוראות השירות שלא פורסמו, אלא אם כן הובאו לידיעתו בדרך אחרת כפי שקבע ראש השירות או ראש הממשלה".

³⁴ לשם ההשוואה, ראו לעניין זה את הוראות התחולה המפורטות והמדוקדקות שקובע חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, בפרק ב' בו.

סמך תורת "הסודיות הטבועה". ואולם, החוק מסדיר בעלי תפקידים וסמכויות הממונים על אבטחת המידע; כאמור לעיל, בקרב גופי הביטחון מקובלת הפרשנות לפיה סמכות לאבטחת מידע כוללת בהכרח גם את הסמכות לקביעת עצם סודיות המידע ולסיווג במדרג הסודיות.

89. החוק להסדרת הביטחון מחייב גוף ציבורי למנות: "ממונה ביטחון שיהיה כפוף במישרין למנהל הגוף הציבורי או לסגנו" (ס' 2(א) לחוק), ולאחר מכן מונה את סמכויותיו (סעיף 3), ואת הליכי מינויו (סעיף 4) והכשרתו (סעיף 5). מסך סעיפים אלה עולה בבירור כפיפותו המקצועית של ממונה הביטחון ל"קצין המוסמך", כהגדרתו בחוק (שהוא נציג השב"כ, נציג המשטרה או נציג הרשות הלאומית להגנת הסייבר, בהתאם לעניין).

90. ממונה הביטחון בגוף הציבורי כפוף מקצועית ל-"קצין הביטחון", שיכול להיות נציג השב"כ, נציג המשטרה או נציג הרשות הלאומית להגנה בסייבר כאמור בסעיף 10 לחוק, שכותרתו: "סמכות קצין מוסמך לתת הנחיות מקצועיות", הקובע:

10. (א) קצין מוסמך או מי שהוא הסמיך לכך רשאי לתת הנחיות מקצועיות לגוף ציבורי, לממונה ביטחון או לאחראי על אבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות, בכל הנוגע לפעולות אבטחה, לרבות הנחיות בענין בקרה ודיווח (בחוק זה – הנחיות מקצועיות); השר, בהתייעצות עם השר הממונה, רשאי לקבוע כי הנחיות מקצועיות לגוף ציבורי יימסרו באמצעות ממונה ביטחון של גוף ציבורי אחר; לענין זה, "השר הממונה" – השר הממונה על גוף ציבורי או שר הממונה על ביצוע חוק המסדיר את פעולותיו של גוף ציבורי, לפי הענין.

(ב) גוף ציבורי, ממונה ביטחון ואחראי על אבטחת מערכות ממוחשבות חיוניות, ימלאו אחר הנחיות מקצועיות שניתנו לפי הוראות סעיף קטן (א)."

91. גם החוק להסדרת הביטחון מתייחס לרמת הסיווג: סעיף 11, וכן סעיף 22ב. מתייחסים לרמת הסיווג, ומייצרים הבחנה בין חומר שסיווגו עד רמת "שמור" לבין חומר ברמת סיווג שמעל "שמור". מבלי להתייחס כרגע לנפקויותיה של אותה הבחנה – יש קושי בהתייחסות לרמת סיווג מסוימת – כאשר לא ברור ולא מוגדר בדיון מהי רמת סיווג; לא משורטט סולם הסיווגים השלם; ולא נקבע כיצד יתבצע הסיווג בין מדרגות הסולם. אלה נעדרים בחוק להסדרת הביטחון עצמו.

ח. סמכות לקביעת סודיות ולהטלת חיסיון – פקודת הראיות

92. אחד המקורות הנורמטיביים הקובעים בבירור את הסמכות לקבוע את סודיותו של מידע ולמנוע את פרסומו הוא פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). קביעת סמכות זו נעשתה דווקא בפקודת הראיות, קרי – בנורמה המייעדת עצמה לחול, בעיקרו של דבר, דווקא במסגרתו ובגדריו של הליך משפטי, וזאת – להבדיל מאשר בהקשר כללי ורחב יותר. רוצה לומר, פקודת הראיות, שעיקר עניינה בדרכי הוכחת עובדות אגב הליך משפטי דווקא, אינה חלה ולא נועדה לחול ביחס לפרסומים כלליים כלשהם.

93. החיסיון אינו אלא סוג ספציפי של סודיות – קרי, של הגבלת הנגישות למידע ואפשרויות הפצתו: החיסיון הוא בעצם הגבלת הנגישות של **בית המשפט** למידע, וזאת במטרה למנוע את בחינתו של חומר מסויים במסגרת הליך שיפוטי. מעניין לשים לב שדווקא בהקשר של מניעת חשיפת מידע לבית משפט – המחוקק הישראלי בונה את "סמכות יצירת הסוד" בצורה מקיפה, ואינו נשען על תורת "הסודיות הטבועה". על כן, אנו רואים לנכון להביא את הדוגמא הספציפית הזו של יצירת סודיות, הגם שאינה משליכה במישרין על ענייננו, בעיקר משום שהיא מהווה דוגמא יפה להבנייה שלמה, יחסית, של סמכות יצירת הסוד: ראשית, הוגדרו בה בבירור בעלי הסמכות; הוגדרה עצם הסמכות לייצר את הסודיות; הוגדרו הנסיבות ונתחם סוג

המידע שניתן להפעיל לגבי את הסמכות; ובהצעת החוק הממשלתית לתיקון האחרון לפקודת הראיות – הוצע לקבוע ביתר פירוט את רשימת המאפיינים של מידע שיש בהם כדי להצדיק הקמת סודיות לגביו (הגם שפירוט זה לא עוגן, בסופו של דבר, בחקיקה). נפרט:

94. הסעיפים העיקריים הרלבנטיים לענייננו הן סעיפים 44-45 פקודת הראיות. סעיפים אלה מסדירים את סמכויותיהם של ראש הממשלה, שר הביטחון, שר החוץ או שר אחר להוציא תעודת חיסיון, שעניינה קביעה כי מסירתה של ראייה מסוימת לבית המשפט עשויה לפגועה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בעניין ציבורי חשוב אחר (כל שר – על פי תחומי אחריותו). הפקודה מוסיפה ומפרטת מנגנוני איזון מפורטים – ובפרט, את אפשרות קיומה של עתירה לגילוי ראייה, המתנהלת בפני שופט בית המשפט העליון (במקרה של תעודת חיסיון מטעמי ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה) או בפני בית המשפט הדין בתיק (במקרים של תעודות חיסיון לטובת הציבור, המוצאות על ידי שרים אחרים).

95. לא למותר להזכיר שאך לאחרונה ממש נערך תיקון בפקודת הראיות הנוגע בדיוק לסעיפים אלה (תיקון 17, פורסם ביום 4.8.2016). בין היתר, הורחבה מעט הסמכות הקבועה בהם להטיל חיסיון, במובן זה שנקבע סעיף 45א. לפקודה, לפיו סמכותו של ראש הממשלה או שר להטיל חיסיון על ראייה בגין פגיעה צפויה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או באינטרס ציבורי אחר, עשויה לקום "גם אם פגיעה כאמור עלולה להיגרם בשל צירוף הראייה וראיות אחרות, נוכח סוג המידע הנכלל בראייה, תוכנו או היקפו, וגם אם סוג הראייה האחרות אינו קשורות לאותו הליך". כמו כן, נקבע כי השר לביטחון הפנים רשאי לאצול סמכותו להוצאת תעודת חיסיון לטובת הציבור לכמה סוגים של "ממונה על חיסיונות".

96. סעיפים אלה עוסקים בקביעת סודיות של מידע או ידיעה – אגב הליך משפטי. הנפקות העיקרית של אותה ידיעה היא בכך ש-"אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל" את אותו מידע כראיה באותו הליך משפטי שלגביו הוצאה תעודת חיסיון; ואולם, אין פה סמכות רחבה וגורפת לאסור כליל פרסומה של ידיעה – למשל, באמצעות כלי התקשורת השונים או באמצעות פרסומים באינטרנט וברשתות חברתיות.

97. מעניין לשים לב כי דווקא במסגרת הצעת החוק לתיקון זה בפקודת הראיות – הועלה על הכתב (למיטב ידיעתנו - לראשונה בהצעת חוק ממשלתית), פירוט מלא של הנושאים שראוי להטיל עליהם חיסיון ולשמור עליהם בסוד. הצעת החוק הממשלתית ביקשה לקבוע הגדרה של "חומר מודיעיני", שלגביו ניתן להטיל חיסיון (קרי – לשומרו בסוד ולמנוע העברתו במסגרת הליך פלילי), ובכלל זה: "מידע שנמסר על ידי מקור מידע; מידע בדבר זהותו של מקור מידע; מידע בדבר שיטות פעולה, אמצעים, יכולות ואופן ביצוע של איסוף מידע על ידי רשות מודיעין; מידע בדבר תפקידים, משימות וכינויים של יחידות ושל עובדים ברשויות מודיעין; נהלים והנחיות עבודה של רשות מודיעין; מידע שהתקבל מרשות מודיעין זרה" ועוד. בסופו של דבר – הגדרה זו שבהצעת החוק הממשלתית לא חוקקה לתוך ספר החוקים; ואולם, היא מעניינת ורלבנטית בעצם עריכתה של רשימת מאפייניה האפשריים של ידיעה, שיש בהם כשלעצמם כדי להצדיק שמירתה בסוד.

ט. הסדרת הסודיות בדין הצבאי

98. מקור נורמטיבי נוסף המסדיר את סוגיית הסודיות בדין הישראלי (הן עצם הסמכות לקביעתה והן סיווגה למידרג) – קבוע, למיטב ידיעתנו, בפקודותיו הפנימיות של צה"ל. פקודות אלה מהוות חקיקת משנה הנקבעת על ידי הגורמים המוסמכים לכך מכוחו של סעיף 2 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן: "חוק השיפוט הצבאי" או החש"צ). ואולם, חוק השיפוט הצבאי, וממילא גם חקיקת המשנה מכוחו, חלים רק על הצבא ובתוך הצבא – על מי שהם חיילים בצבא (בשירות חובה או קבע, ולרבות אזרחים עובדי צה"ל ומשרתי מילואים; וכן חריגים ספציפיים מסויימים – ראו לעניין זה הפרק השני בחוק). אשר על כן, נורמות אלה אינן רלבנטיות, כמובן, ביחס לכלל מנגנוני המדינה וממילא גם לא ביחס לכלל סודותיה הביטחוניים או המדיניים

Commented [DG9]: לילך / עינת – האם נכון?

של מדינת ישראל. אשר על כן, לא נרחיב דיונונו בפקודות אלה מעבר לעצם איזכורן כמודל להסדרה נורמטיבית מלאה ומקיפה של הסוגייה.³⁵

הסדרת סודיותו של חומר ארכיוני

99. חוק הארכיונים והתקנות מכוחו מייצרים הסדר ביחס לחומרים שעליהם הם חלים – קרי, חומרים ארכיוניים, ולמעשה – רק אותם חומרים שהועברו לארכיון המדינה. ביחס לחומרים אלה, לפחות ברור מי הם בעלי הסמכות ומה הנושאים שבהם ניתן להגביל את הגישה לחומרים – הגם שאין מדובר בעניינינו ב- 'סיווג', על כל משמעויותיו, שכן תקנות הארכיונים עוסקות רק בנפקות של הגבלת זכות העיון של הציבור באותם חומרים.

100. סעיף 10 לחוק הארכיונים, תשט"ו-1955, שכותרתו: "עיון הקהל", קובע:

10. (א) כל אדם רשאי לעיין בחומר הארכיוני המופקד בגנזך, אך אפשר להגביל זכות זו בתקנות. ויכול שההגבלה תהיה לפי סוגו של חומר ארכיוני ולפי תקופה קצובה מזמן היווצרו.
- (ב) הופקד חומר ארכיוני שזכות העיון בו מוגבלת על פי חוק או על פי הסכם, יחולו עליו אותן ההגבלות גם בגנזך.
- (ג) (1) לענין סעיף קטן זה תקבע הממשלה ועדה של שלושה שרים;
(2) הגנז, באישור הועדה, רשאי לציין חומר ארכיוני כסודי – מטעמים של פגיעה בבטחון המדינה או ביחסי החוץ של המדינה, וכחשאי – מטעמים של פגיעה בצנעת הפרט; הגנז רשאי, בהסכמת המועצה, לעשות כאמור מטעמים אחרים;
- (3) על העיון בחומר ארכיוני מן הסוגים האמורים רשאי הגנז להטיל הגבלות מיוחדות.

101. כפי שניתן לראות, סעיף זה – יוצר הגדרה של סמכויות לקביעת סודיות: הוא קובע כי הממשלה מוסמכת לקבוע ועדה של שלושה שרים, ובאישורה של ועדה זו – רשאי גנז המדינה לקבוע כי חומר ארכיוני מסויים יהיה סודי מטעמי פגיעה בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה; חשאי – מטעמים של פגיעה בצנעת הפרט; וכן רשאי הוא לקבוע סודיות או חשאיית המידע מטעמים אחרים – בהסכמת מועצת הארכיונים העליונה. יחד עם זאת, אין בסעיף זה (שתוקן בשני התיקונים שנערכו בחוק הארכיונים – האחרון שבהם בשנת 1981) הבנייה של מפורטת של שיקול הדעת המינהלי; אין בו דיון על סיווג המידע לפי דרגות שונות של סודיות; הסעיף מאפשר להגדיר חומרים כסודיים גם מטעמים שאינם נוגעים לביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה; ואין קבועה בסעיף כל חובת פעולה, ולו גם היוועצות, אל מול גורם ביטחוני מקצועי. סמכויות הוועדה מופעלות לרוב כאשר פוקעת תקופת ההגבלה הקבועה בתקנות (אלהיהן נתייחס מיד), כך שלמעשה זהו המנגנון להארכת תקופת ההגבלה על נגישות המידע. לרוב, מפעילה הוועדה את סמכותה לקבוע סודיות או חשאיית לתקופת זמן מוגבלת וקצובה.

102. עוד ראוי להזכיר בעניינינו את הוראותיה של תקנה 8 לתקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), תש"ע-2010 (להלן: תקנות הארכיונים), המופעלת ביחד עם התוספות הקבועות באותן תקנות. תקנה זו, שכותרתה "חומר מוגבל וחשיפה", קובעת:

8. (א) חשיפת חומר מוגבל, לפי הסוג שצוין בטור א' לתוספת הראשונה, לעיון הקהל,

³⁵ האם לאזכר את הפקודות עצמן – שהן מסווגות! האם אפשר לצטט מתוכן?

יעשה המפקיד, בהתייעצות עם הגנן, בתום התקופה הנקובה בטור ב' בתוספת הראשונה או בתום תקופת קצרה יותר שעליה יחליט המפקיד בהתייעצות עם הגנן, ביוזמתו או על פי בקשת מבקש בהתאם לתקנה 9; בכל מקרה לא תהיה חשיפה של חומר מוגבל לעיון הקהל בטרם עבר בדיקה, אף אם התקופה הנקובה בתוספת הראשונה חלפה.

(ב) המפקיד לא יחשוף חומר מוגבל אשר בבדיקה שבוצעה בו בטרם חלפה תקופת

ההגבלה הקבועה בתוספת הראשונה ביחס אליו, נמצא שהוא אחד מאלה:

(1) חומר מוגבל אשר בחשיפתו יש חשש לפגיעה בביטחון המדינה,

ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בביטחון או בשלמו של אדם;

(2) חומר מוגבל אשר חשיפתו מהווה פגיעה בפרטיות, כמשמעותה בחוק

הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן – חוק הגנת הפרטיות), אלא אם כן הגילוי

מותר על פי דין.

(ג) המפקיד רשאי שלא לחשוף חומר מוגבל אשר בבדיקה שבוצעה בו בטרם חלפה

תקופת ההגבלה הקבועה בתוספת הראשונה ביחס אליו, נמצא שהוא אחד

מאלה:

(1) חומר מוגבל שהוא סוג מסחרי או סוג מקצועי או שהוא בעל ערך

כלכלי שפרסומו עלול לפגוע פגיעה ממשית בערכו, וכן חומר מוגבל הנוגע

לעניינים מסחריים או מקצועיים הקשורים לעסקיו של אדם, שגילוי עלול לפגוע

פגיעה ממשית באינטרס מקצועי, מסחרי או כלכלי;

(2) חומר מוגבל שיש בגילוי פגיעה בצנעת הפרט של אדם שנפטר.

(ד) מצא המפקיד כי אין לחשוף חומר מוגבל בהתאם לתקנת משנה (ב) או החליט

שלא לחשוף חומר מוגבל לעיון הקהל בהתאם לתקנת משנה (ג), ותמה תקופת

ההגבלה הקבועה בתוספת הראשונה ביחס לאותו חומר מוגבל, יפנה המפקיד

לגנן בבקשה שיפעיל את סמכותו לפי סעיף 10(ג) לחוק בנוגע לאותו חומר מוגבל.

(ה) מפקיד המפורט בתוספת השנייה או לפיה יכון, בהתייעצות עם הגנן, נוהל מיוחד

לחשיפת חומר ארכיוני מסוים, בחלוף 50 שנה; הוראות הנוהל יתייחסו, בין

השאר, לסוגי החומר הארכיוני שייחשפו בשים לב לעניין ההיסטורי, המחקרי

והציבורי בחומר ובהתחשב בבקשות שיתקבלו בדבר עיון בחומר.

(ו) הוראות תקנה זו לא יחולו על חומר –

(1) מוגבל שפורסם לרבים על פי סמכות כדן או שהועמד לעיון הרבים

לפי סמכות כדן;

(2) שהמבקש לעיין בו הוא נציגו.

תקנה זו יוצרת הסדר מינהלי מפורט יחסית, לפיו ברור מי הוא בעל הסמכות (ה- "מפקיד"), ואופן פעולתו המדויקת בקביעת איזה מידע או מסמכים ארכיוניים יש להגביל את חשיפתם לציבור. ההסדר קובע כי חשיפת החומר מחייבת תמיד הפעלה של שיקול דעת של "המפקיד", לעיתים בהתייעצות עם גנן המדינה; וכן נקבעים השיקולים להגביל את אפשרויות העיון בחומרים, ובכלל זה – "חשש לפגיעה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בביטחון או בשלמו של אדם". התוספת הראשונה מפרטת סוגים של נושאים או של מוסדות שמהם נגזר משך ההגבלה על העיון בהם – ובכלל זה מודגשים גם הנושאים של ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה וביטחון הציבור בתוכה; ואילו התוספת השנייה לתקנות מחייבת את הגופים הביטחוניים המנויים בה לייצר, בהתייעצות עם גנן המדינה, נהלים להקדמת חשיפת החומרים והקדמת זכות העיון בהם מ-70 ל-50 שנה.

103.

סיכום ביניים – והמלצות לעניין הבהרת וחיזוק הדין בקביעת סודיותו של מידע

.יא.

104. ראינו כי הבסיס הנורמטיבי לסודיותן של ידיעות "ריבוניות" הוא סעיף 113, וכי הלכה למעשה, המבחן ברובם המכריע של המקרים לסודיותה של ידיעה הוא המבחן העמום כי: "ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד". כינינו את המבחן הזה, ואת התפישה שהוא מייצג, "תפישת הסודיות הטבועה", והראינו כי כתוצאה מתפישה זו המושרשת עמוק בדין הישראלי – ההסדרים של תורת "סמכות יצירת הסוד" הם חלקיים, משום שהם נתפשים כרובד נוסף, שאינו חיוני אלא הוא בעיקרו ראייתי ולא קונסטיטוטיובי. על כן אמרנו כי הסודיות של ידיעות "ריבוניות" אינה מובנית בדין כאקט או החלטה אנושית מודעת – אלא היא נתפשת כמשהו הטבוע, אינה רנטית, בגוף הידיעה, לכאורה – ללא פעולה או החלטה אנושית בדבר. **החלטה אנושית מודעת ואקטיבית לייצר סודיות (קרי – להגביל את הנגישות וההפצה של המידע) באמצעות סיווג המידע – אינה קונסטיטוטיובית לסודיות ואינה חיונית לקיומה. לכל היותר, החלטה אנושית מודעת לסווג ידיעה כסודית – יכולה להקים את החזקה כי הידיעה היא סודית (שכן אז צורתה או סדרי החזקתה יעידו על כך), אך זו היא חזקה הניתנת לסתירה.**

105. למרות תפישה מושרשת זו בדין הישראלי, אנו סבורים כי הביקורת שהשמיעה ועדת וינוגרד בעניין זה (פיסקה 20 מתוך פרק 13 לדוח הוועדה, שצוטטה לעיל) – היא נכונה וראויה. אכן, כדברי ועדת וינוגרד: **"מערכת הרוצה לשמור על 'סודות' חייבת להגדיר מידע סודי בדרך שמאפשרת זיהוי קל יותר וכחות שנוי במחלוקת של המידע הזה, וכן לקבוע מבחנים להסתברות של נזק ושל למידות נזק שלפיהם מידע מוגדר כ-'סודי'".** מטעם זה, הרחבנו דיונו בניסיון לאתר את בעלי הסמכות ואת גדרי הסמכות – הגם ש-"תורת הסוד" של המשפט הישראלי אינה נשענת על תפישה מינהלית של סמכות, אלא על תפישה פונקציונלית של "סודיות טבועה". בעקבות המלצת ועדת וינוגרד, ומבלי לנטוש את תפישת "הסודיות הטבועה", אנו ממליצים לשקול הבנייה סדורה ומלאה יותר של סמכות יצירת הסוד. לאור האמור, להלן המלצותינו:

106. **עיגון אחד ומאורגן של נושאים שעליה תוחל סודיות באפיק החקיקה:** סקרנו לעיל מגוון מקורות משפטיים – וראינו כי במקביל, ומבלי למעט, מהתפישה כללית של "סודיות טבועה", הדין יוצר את הסודיות גם באמצעות אפיק חקיקה (שאז הסודיות נקבעת בנורמה המשפטית עצמה, על ידי המחוקק); או מאפשר לייצרו באפיק המינהלי, מכוח החוק, קרי – כהפעלת סמכות שבשיקול דעת (שאז החוק קובע מי מוסמך לקבוע שמידע מסויים או ידיעה מסויימת אמורים להיות סודיים – ובכלל זה מסמך את הממשלה או שרים מסויימים לקבוע סודיות בחקיקת משנה). ראינו כי רק מיעוט הנושאים זוכים להתייחסות מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית (ישיבות ממשלה, פרטים על השב"כ עצמו) או בחקיקת משנה (הנושאים המוסדרים בצווים שהוציאה הממשלה מכוח ס"ק 113(ד) לחוק העונשין או ס' 35(א)(3) לחוק יסוד הממשלה) – ואילו סודיותם של הרוב המכריע של הנושאים נובעת מתפישת "הסודיות הטבועה".

107. **אנו סבורים, בהמשך להמלצתה של ועדת וינוגרד שצוטטה לעיל, כי יש מקום לשפר ולהבהיר, במידת האפשר, את אופן קביעת הסודיות של נושאים מסויימים. זאת – על ידי שימוש ניכר יותר באפיק החקיקה או באפיק המינהלי (למשל, באמצעות קביעת הנושאים לסודיות בצווים). הגם שאנו מכירים, כמובן, בהכרח בגמישות בעניין זה, ועל כן איננו ממליצים לשנות את התפישה של "סודיות טבועה"; והגם שאנו סבורים שגם באפיק המינהלי יידרש תמיד ובהכרח שיקול דעת רחב – יש מקום לעיגון משפטי ברור יותר של סודיות נושאים מסויימים, באופן שיחדד ויבהיר את הדין לכולי עלמא – עובדי ציבור, נבחרים, עיתונאים ושופטים. אנו סבורים כי ניתן וראוי להרחיב ולהגדיר את רשימת הנושאים שעליהם מוטלת סודיות באופן קבוע – ולקבועם ככל הניתן בצו אחד ומרוכז, שייקל על הציבור לעיין בו ובכך יקדם את בהירות הדין ואת עיקרון החוקיות הפלילי.**

108. נזכיר כי דיונו כאן עוסק במושג הסודיות (ואם תרצו – במוסד הסודיות) רק ביחס לנושאים שבבסיסם עומד רציונל ריבוני – קרי, סוגיות של ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה וביטחון הציבור.

109. ציינו לעיל כי הממשלה פרסמה לאורך השנים מספר צווים מכוחו של סעיף 113(ד) – אלא שצווים אלה אינם זמינים במאגרים המשפטיים. עוד ציינו כי אף הנחיית היועץ המרכזת את הצווים הללו – אינה עדכנית. לבסוף, ציינו כי סעיף 113 מתווה שני אפיקים שונים ליצירת 'סוד' – אפיק מוסדר וברור של חקיקת-משנה, בצו, על ידי הממשלה ובאישור הכנסת; מול אפיק עמום הנשען על חזקות פרשניות.
110. **אנו ממליצים לעדכן את תוספת א' בהנחיית היועץ 4.1104 הנזכרת לעיל, המונה את הצווים הקיימים באופן חלקי בלבד.**
111. **עיגון בדין של מדרג הסודיות והכוונת שיקול הדעת לסיווגן של ידיעות במדרג זה:** ראינו כי אין בחקיקה הראשית התייחסות שלמה וברורה לסיווג המידע – קרי, לדירוג עוצמת הסודיות של המידע ומידת ההגנה הנדרשת ביחס אליו בכל מקרה ומקרה: יש איזכורים ספציפיים למדרגות מסוימות ב-"סולם הסודיות" (התייחסות בחוק להסדרת ביטחון לדרגת סיווג "שמור"; בתקנון הממשלה לסיווג "סודי ביותר"); אך פירוט של "הסולם" השלם קיים רק בחקיקת משנה סודית-כשלעצמה, שאינה גלויה לציבור הרחב – בפקודה צבאית (שהיא עצמה מסווגת "שמור"), ובכללי השב"כ (המסווגים כשלעצמם כמסמך "סודי").
112. **אנו סבורים כי ראוי לעגן בנורמה גלויה וברורה לציבור את מדרג הסודיות (קרי – את כל הדרגות) וכן לקבוע בנורמה שכזו, ולו באופן חלקי, שיקולים או קריטריונים לסיווגה של ידיעה באותו מדרג, בדומה לניסיון שנעשה לקבוע אגב התיקון האחרון לפקודת הראיות, כפי שהוסבר לעיל.**
113. **ראוי לחדד ולהבהיר בכל אחד מגורמי המדינה מי מוסמך לקבוע ולשנות את סיווג המידע.** הדברים אמורים בפרט באשר לשירות המדינה, שלגביו אין כל הוראה מסמיכה בדין; אולם ברור כי הסדרת הסמכות צריכה להיות במחשבה רוחבית על כלל עובדיה ומשרתיה של הרשות המבצעת.
114. הבהרה שכזו יכולה להיעשות בצורות שונות ובמסגרת אכסניות משפטיות שונות; על פני הדברים, נראה כי מן הראוי להכניס תיקונים בעניין זה לחוק השב"כ ולחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים – ואולי לחוקים נוספים (למשל, אפשר לחשוב על קביעת סמכות לסיווג בחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959; או לחילופין – בחוק כללי ועצמאי שישדר עניין זה לכל רוחב החזית). ואולם, הטכניקה החקיקתית והאכסניה המשפטית הן שאלות שיש להשאיר לשלב שני – לאחר ההכרה בצורך בהשלמת החסרים הללו בדין. כמו כן, מהלך מסדיר שכזה – ראוי שייצור גם "יישור קו" והתאמה בין כל הנורמות ודברי החקיקה השונים.
115. **לאור כל האמור, המלצתנו היא להקים צוות שמטרתו תהיה לנסח הצעת חקיקה ממשלתית להסדרתו הכוללת בדין של נושא קביעת סודיות המידע – לרבות ובפרט קביעת מדרג של סודיות בחוק; הגדרת בעלי הסמכות לעניין קביעת הסודיות; הבניית שיקול הדעת באשר לעצם קביעת הסודיות והסיווג לדרגותיה; וכן התייחסות לשאלה מה הם אותם התחומים שבהם נוצרים "סודות ריבוניים", הראויים להגנה ולקביעת סודיות, מעבר לנושאי חוץ וביטחון.**
116. בהמשך, לאחר שיוסדר הנושא בחקיקה, יהיה מקום לדון על האמצעים המינהליים הנדרשים לשם יישומו של ההסדר – ובפרט, הדרכות שיש להעביר לאותם עובדי מדינה (או משרתים בגופי הביטחון השונים) שיוסמכו לסווג מידע, כדי להכשירם כיצד להפעיל סמכות זו.
117. **על להשלמתו של מהלך זה, אנו ממליצים לעשות שימוש בתיקונם של הכלים המינהליים הקיימים – כגון עידכונה של הנחיית היועץ 4.1104 הנזכרת; הוצאת הנחיות מצידם של ממוני הביטחון בגופי המדינה השונים; וקיום הדרכות לעובדים שאמורים לסווג מידע במסגרת פעילותם השוטפת כיצד עליהם לעשות זאת ומתי.**

V. אפיון התופעה: על דלף מידע, על מדלפים ועל מקבלי המידע

- א. **אפיון תופעת הדלפת המידע: שרטוט הציר שבין הצד המדליף והצד מקבל המידע**
118. לצורך דיונו זה, סברנו כי נכון לקבל את הגדרת המושג "הדלפה" שהציעה ועדת וינוגרד, לפיה: "הדלפה היא העברה, במישרין או בעקיפין, בלי רשות ובלי סמכות, של מידע מסווג על ידי מי שהמידע הגיע לידי בתוקף תפקידו לידי גורם בתקשורת, או לידי גורם אחר, לשם פרסומו ברבים" (פיסקה 63 בפרק 13, עמ' 444 לדו"ח).
119. עם זאת, מצאנו שראוי להבחין, הן ברמה האנליטית והן ברמה המעשית, בין **דלף מידע סודי** לבין **פרסומו**: אמרנו כי מושג ה-יסוד' משמעותו הגבלת נגישות המידע לכתחילה, בעת יצירתו, לקבוצה מצומצמת של 'שותפי-סוד'; ובהמשך הגבלת אפשרויות הפצתו מעבר לאותה קבוצה ראשונית. **דלף מידע** נוגע לפריצת ההגבלה הראשונית של הנגישות למידע, והוא מתרחש כאשר מידע מועבר או נמסר למי שאינו אמור לקבלו, קרי – אינו אחד משותפי הסוד שהוגדרו מלכתחילה. דלף מידע יכול להיות גם מצומצם מאוד – למשל, מסירתו של המידע הסודי לידיו של אדם בלתי מורשה אחד בלבד, בין לצורך פרסומו בהמשך ובין שלא. מבלי למעט מחומרתו, דלף מידע, בוודאי בהיקפים קטנים – אינו מאיין כליל את הסודיות, שכן למרות פריצת המעגל המורשה – עדיין אין נגישות מלאה למידע של כולי-עלמא. בכך בדיק שונה הדלף מן הפרסום, שאינו אלא תמונת הראי של סוד: **פרסום מידע** הוא פריצה של כל הגבלה על הנגישות לסוד, והפצה אקטיבית של המידע לכל דורש. פרסום, אם כן, מאיין את הסודיות.
120. ההבחנה הזו היא משמעותית כעניין מעשי: ברי כי שמירה על הסוד מחייבת מניעת דלף המידע לכתחילה; אבל גם אם כבר דלף מידע סודי לידיו של גורם שאינו מורשה – עדיין יש טעם וערך במניעת פרסומו לכולי-עלמא עד כדי איון מוחלט של הסודיות. נדמה שהבחנה זו בולטת עוד יותר בעידן הרשת, היינו בהתחשב בכך שבמקרים רבים הפרסום נעשה בפלטפורמות דיגיטליות שהיקף וקצב התפוצה שלהם מהיר ביותר ובלתי הפיך.
121. להבחנה זו יש משמעות ונפקות גם מבחינת זהותו של הגורם הרלבנטי: כאשר אנחנו עוסקים בדלף מידע – הגורם הרלבנטי לדיון, **המדליף מוסר-המידע**, הוא אדם שהיה לכתחילה שותף-סוד (קרי – מוסמך ומורשה להחזיק במידע); הווה אומר, המדליף הוא גורם תוך-מערכתי שהמידע נמסר לו על ידי המדינה, **מתוך הנחת מוצא שאין להעבירו לגורם אחר אלא בהתאם להוראות הגוף המוסר**. לפיכך, מלכתחילה אינו רשאי להעביר את המידע למי שאינו מוסמך לכך. לעומתו, **המפרסם** הוא, על פי רוב, מי שקיבל את המידע מבלי שהיה מוסמך לכך, והוא גורם חוץ-מערכתי.³⁶ יתר על כן, ומבלי להתייחס לנפקות האיסור על פרסום מידע סודי, המפרסם הוא, ככלל, אדם שעיסוקו בפרסום מידע (עיתונאי הוא, כמובן, הדוגמא המובהקת) – ומשכך, הוא זוכה להגנות נרחבות על חופש הביטוי שלו.
122. בהמשך דיונו נייעזר בהבחנה זו כדי לסווג בין כלים משפטיים שמטרתם מניעת דלף (כלומר – כלים המתמקדים במדליף) מול כאלה שמטרתם מניעת פרסום (קרי – מתמקדים במפרסם).
123. תופעת דלף המידע היא תופעה רחבה ורווחת; היא יכולה ללבוש פנים וצורות מגוונות, שכן מגוון האנשים שיש להם נגישות למידע ביטחוני מסווג הוא גדול; כפי שנראה בהמשך – ניתן לנסות ולסווג למספר קבוצות

³⁶ הבחנה זו בין המדליף למפרסם – אינה מתקיימת תמיד. ייתכן בהחלט שאותו אדם יהיה המדליף וגם המפרסם. כך למשל, כאשר אדם שהיה שותף סוד יוצא מגוף הביטחון שבו שירת, ומבקש לפרסם, בעצמו ובשמו, את המידע המצוי בידו – למשל, באמצעות כתיבת ספר. במצב זה, אותו אדם אינו 'רק' מדליף (קרי – פוגע בהגבלת הנגישות הראשונית), אלא הוא מפרסם (קרי – הוא מאיין את הסוד כליל). נחזור לדוגמא זו בדיונו על ועדת השרים להיתר פרסומים.

מרכזיות. מגוון הסיטואציות האפשריות שבהן יכול להתרחש דלף מידע – אף הוא אינו קטן. יחד עם זאת, בניסיון לייצר הפשטה מושגית, אפשר לאפיין את דלף המידע כתופעה שיש לה שני קצוות: הצד מוסר המידע ("המדליף"), והצד מקבל המידע.

ב. הצד מוסר המידע – קטגוריזציה של קבוצות המדליפים

124. נקודה שהתחדדה שוב ושוב בדיוני הצוות הינה כי **הצד מוסר המידע** (שיכונה להלן בקצרה: "המדליף") הוא מוקד הבעיה; זיהוי ואפיון נכון של גורם זה הוא המפתח למחשבה על פתרונות אפשריים.

125. מדיוני הצוות עלה כי ניתן לאפיין מספר קבוצות של מדליפים. כפי שנבקש להראות בפירוט להלן, המוטיבציות להדלפה, כמו גם הכלים העומדים להתמודדות מערכתית עם כל אחת מן הקבוצות – שונים בין הקבוצות השונות:

א. **עובדים מכהנים**: ככלל, עובדים זוטרים בגופים ביטחוניים עשויים להיות חשופים למידע מסווג ברמות הסיווג הגבוהות ביותר. עם זאת, בדרך כלל, מעצם היותם זוטרים – בדרך כלל אין בידם תמונה רוחבית ומקיפה של נושא מסוים. זאת ועוד, ובכך עיקר – לגבי עובדים זוטרים, הנחת העבודה היא שאין סיבה או הצדקה כי עובדים אלה יעמדו במגע עם עיתונאים או גורמי תקשורת כלשהם: הם אינם בני סמכא לייצג את הארגון שבו הם עובדים, אלא אם הורשו לכך במפורש באופן נקודתי. מטעם זה, מנגנוני האכיפה אל מול מדליפים מסוג זה הם פשוטים יותר: ברור לגמרי כי שיח על מידע מסווג שלא אושר במפורש עם עיתונאי – הוא שיח שאינו מורשה; ניתן לדרוש ולאכוף פיקוח ובקרה קפדניים הרבה יותר על עובדים אלה וניתן להפעיל כנגדם אמצעים תוך ארגוניים מעולם העבודה – ובפרט, הליכים משמעותיים שונים, על הסנקציות הנגזרות מהם, עד ולרבות הליכי פיטורין או שחרור מן הארגון. במקרים המתאימים, ובהתקיים תשתית עובדתית ראויה – ביחס לקבוצה זו גם אין קושי מיוחד בהפעלת הכלי הפלילי של העמדה לדין³⁷.

ב. **עובדים מכהנים – בכירים**: בקבוצה זו, הכוונה היא בעיקרו של דבר ל-"קודקודים", קרי – ראשי ארגוני ביטחון או בכירים בהם (אלופי מטכ"ל, ראשי אגפים בשב"כ ומקביליהם). בשל העובדה שסודיות המידע היא בגדר "סודיות טבועה", לא ברור מתי וכיצד ניתן להסיר הסודיות ולהתיר את חשיפת המידע – אך 'הקודקודים' הללו הם לכאורה בעלי הטענה החזקה ביותר לסמכות שכזו, קרי – בעלי היכולת לטעון שהם מוסמכים להוריד או לצמצם את מגבלת הסודיות של אותו מידע ולחושפו³⁸. שאלה זו התעוררה, למשל במסגרת פרשת הרפז / אשכנזי – ביחס למידע שמסר הרמטכ"ל דאז, רא"ל אשכנזי, בשיחותיו עם עיתונאים³⁹. עם זאת, ביחס לדוגמאות אחרות שהוזכרו בדיוני הצוות, נדמה כי טענה זו לא היתה במוקד הדיון.

Commented [DG10]: הוצע למחוק את ההתייחסות לבכירים שאינם קודקודים. להמשך דיון.

37. ראו לעניין זה את פרשת קם שאוזכרה לעיל.

38. כאמור לעיל, שכן טיב הידיעה הוא הקובע את הסודיות, ואת השאלה האם "ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד" ("סודיות טבועה").

39. כפי שהסתבר במהלך חקירת הפרשה, רא"ל אשכנזי מסר, בשיחות שונות עם עיתונאים, מידע מסווג; חלקו של המידע נגע לצה"ל – ולגביו יכול היה רא"ל אשכנזי להעלות טענה סבירה כי הוא היה מורשה ומוסמך לחשוף מידע זה, בהיעדר נורמה ברורה בעניין זה; אכן, קו ניתוח זה של טענות הגנה אפשריות עמד, בין היתר, בבסיס ההחלטה שלא להגיש כתב אישום כנגד רא"ל במיל' אשכנזי. חלק אחר של המידע הגיע מגופי ביטחון אחרים, ולגביהם לא היה חולק בדבר היעדר סמכותו של רא"ל אשכנזי למסור המידע, אף לא בטעות שבתום לב. להרחבה בעניין זה – ראו דו"ח היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לפרשת הרפז, ה"ש __ לעיל. בהקשר זה, טענת ההגנה היתה שהרמטכ"ל שגה בעניין סודיות המידע. עוד נזכיר כי בדו"ח הרפז עצמו, קבע היועץ המשפטי לממשלה: "בטרם אדרש לגוף ההחלטה על נימוקיה ושיקוליה, אקדים ואומר כי אין בידי לקבל את הטענה העקרונית, כי בכל הנוגע למידע הקשור בפעילות צה"ל, הרמטכ"ל הוא יאדון המידע, ועל כן מסורה לו סמכות לנהוג בו כאילו היה זה מידע פרטי שלו. המדובר בסודות מדינה ויאדון המידע הנו ציבור האזרחים, שעל בטחונו מופקד הצבא. אשר על כן, גם סמכותו של הרמטכ"ל לחשוף מידע מסווג הנוגע לצה"ל בלבד,

סוגיה נוספת וקרובה היא שאלת האיזון הראוי בין שמירת הסוד לבין "זכות הציבור לדעת" וזכותו של הציבור לקיים שיח, באמצעות העיתונות, אל מול בכירים בשירות הציבורי, כחלק מחובת דיווחיות (accountability) של הבכירים כלפי הציבור. בהקשר זה, מתחדד המתח בין עיקרון השקיפות של הממשל לבין הצורך בסודיות. במובן זה, יש עניין ציבורי ברור וערך דמוקרטי רב בראיונות של בכירי ארגוני הביטחון עם אמצעי התקשורת, והם מייצגים בעניין זה את הגופים עליהם הם אמונים – וזאת, בהבדל ברור מעובדים זוטרים יותר באותם גופים. בכירותם זו של אותם 'קודקודים' והחשיבות בקיום שיח בינם לבין התקשורת והציבור, אף אם ברור ששיח זה אינו יכול לכלול חשיפת מידע מסווג – מקשות על יצירה או אכיפה של מנגנוני פיקוח ביחס אליהם, ואף על הפעלה של סנקציות ארגוניות או משמעתיות כלפיהם.

ג. **עובדים שפרשו:** קבוצה זו היא בעלת מאפיינים מיוחדים לה: מדובר לרוב באנשים ששירתו שנים ארוכות במערכות הביטחון השונות, וחיו לאורך אותן השנים עם החובה והמחויבות לשמור את הסודות שהופקדו בידיהם ובראשיהם. החובה והמחויבות האלה מתחזקות במידה רבה, נפשית וחברתית, מכוח עצם המסגרת הארגונית והשייכות הארגונית. על כן, אין פלא בדבר שעם פרישתם של אותם עובדים משירותי הביטחון בהם עבדו, הם נקלעים לעיתים לתחושה של קלות ראש בשמירת הסוד. ממרחק הזמן, והרחק מן המסגרת הארגונית והחברתית של ארגון הביטחון – הולכת וקלה בעיניהם חשיבותו של הסוד או החובה לשומרו. יתר על כן, לפרשים מארגון ביטחוני יש, פעמים רבות, רצון וצורך נפשי אנושי וטבעי לספר את סיפורם; לעשות לעצמם שם בעולם; להנציח את פועלם לאורך שנות הקריירה שלהם. ועוד אחרת: פעמים רבות, פרישה מארגון ביטחון מלווה בתחושה של 'הידחקות לשוליים': כך למשל, אדם שמילא תפקיד חשוב ומרכזי, אולי אף בכיר, במוקד פעילות חשוב, פורש לגמלאות ומוצא כי הוא אינו עוד במרכז העניינים, אינו מעודכן ואינו נדרש. סך מצטבר של תחושות אלו – מוביל את העובד הפורש, לפחות בחלק מן המקרים, לעבר הדלפת המידע שבידיו ובראשו אל עיתונאים⁴⁰ או לפרסומו בעצמו, כספר מטעמו⁴¹. הדלפה שכזו – שבה ומציבה את הפורש במרכז הבמה; מזכה אותו בתשומת לב והכרה ציבורית; מחזירה אותו למעמד של בר-סמכא, איש מקצוע מודיעיני או ביטחוני; ומאפשרת לו, במידה זו או אחרת, להנציח את פועלו, ולשוב ולהרגיש חיוני ודרוש. יתר על כן, לעיתים, אותם בכירים שפרשו ממערכות הביטחון רואים לעצמם המשך קריירה כנבחר ציבור, ומבקשים למנף את רקורד העשייה הביטחונית שלהם (ולעיתים – גם את המידע הסודי האצור בידיהם) לצורכי התמודדות בזירה הפוליטית. כך, ניתן למצוא פורשים בכירים שמוצאים להם מקום של קבע כפרשנים ביטחוניים באלפני החדשות, מרצים מבוקשים בקורסים אקדמיים ודוברים מחוזרים באירועי "שבת רבות" למיניהם. מעת לעת, בכל אחד מן הפורומים השונים הללו – עשויים אותם פורשים, בין מדעת ובין "בגלישה"⁴², לחשוף סוד ביטחוני זה או אחר. ארגו הכלים המשפטיים הקיימים כיום אל מול קבוצת הפורשים הוא מצומצם: הם אינם עובדים עוד, ולכן כל המנגנונים הקיימים מכוחו ובמסגרתו של חוזה העבודה – ככלל אינם בני תוקף עוד (אפשרות לסנקציות בקידום, סנקציות משמעתיות או אפשרות לפיטורין).⁴³ אחת האפשרויות

מוגבלת היא, ובוודאי שישנם פרטי מידע שאין כל שיקול דעת לחושפם לגורמים שאינם "שותפי סוד". הטענה כאילו הרמטכ"ל רשאי לחשוף כל סוד הנוגע לצה"ל - סודי ככל שיהא - לעיתונאים - לפי שקול דעתו המלא - אינה מקובלת ואינה מתקבלת על הדעת."

ראו לדוגמה פרשת יצחק יעקב שנוכרה לעיל בה"ש 7.
 דוגמא מאלפת במיוחד בעניין זה התעוררה בעניינו של מי שהיה "מר ביטחון" בראשית ימי המדינה, והקים ועמד בראשם של השב"כ והמוסד גם יחד – מר איסר הראל. ראו לעיל במבוא למסמך זה, ובה"ש --
 וראו לעניין 'גלישה' בג"צ 5151/95, חה"כ רן כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן יאיר, פ"ד מט(5) 245 (ניתן ביום 28.1.1996). שם, אומנם דובר על נאום שנשא חה"כ בנימין נתניהו, כנבחר ציבור; אך סוגיית ה-גלישה רלבנטית גם לעובדי ציבור.

סייג לכך יש באפשרות להעמיד עובד מדינה לשעבר לדין משמעתי בתוך תקופה של שנתיים ממועד פרישתו מן השירות, או שנה ממועד סיום חקירת משטרה – וראו לעניין זה סעיף 66 לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963.

הבודדות שנשארות, עלי ספר, היא האפשרות לפגוע בגמלתו של עובד-לשעבר – אם הוא מצוי בתוך הסדר של פנסיה תקציבית; ואולם, לא למותר לציין כי לא רק שהסדר זה הולך ועובר בהדרגה מן העולם – אלא שפגיעה שכזו בגמלתו של עובד תתקשה לקבל אישור שיפוטי כנדרש (וראו לעניין זה סעיף 15(5) לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תשי"ל-1970, וכן סעיף 76(ב) שם). הווה אומר, בדין הקיים כיום, סל הכלים הריאלי העומד לרשות המדינה ביחס לקבוצה זו של מדלפים – הוא בעיקר הדין הפלילי.

ד. **נבחר ציבור וחברי ממשלה מכהנים**: נבחר ציבור עשויים להיחשף למידע מסווג במספר דרכים. כך הדברים – בעיקר אם הם חברי הממשלה, שאז הם עשויים לקבל דיווחים ועדכונים מגורמי ביטחון שונים, מכוח ובמסגרת תפקידם כחברי הממשלה; וכך – גם אם הם חברי ועדות מסוימות בכנסת, ובעיקר – חברי ועדת החוץ והביטחון, שהם גם חברי ועדות המשנה השונות שלה – אשר נחשפים למידע מסווג. נזכיר ידועות: במציאות החיים הישראלית, לא מעט מבין נבחר הציבור הם בעצמם גם פורשים של מערכות הביטחון השונות; והם נסמכים במסגרת הקריירה הפוליטית שלהם גם על שירות העבר שלהם בגופי הביטחון, המעטיר עליהם הילה של בני סמכא, יודעי סוד. דא עקא, שהחשיפה הזו לסודות החוץ והביטחון של מדינת ישראל – אינה מלווה בתהליך החיברות המאפיין את גופי הביטחון. ההיפך מכך: נבחר ציבור מתנהלים באור הזרקורים⁴⁴. מעצם עיסוקם, נבחר ציבור מקיימים קשרים הדוקים עם עיתונאים, ומבקשים לעצמם חשיפה וכיסוי תקשורתי. קשר זה – מנוגד לחלוטין למסגרת שמירת הסוד וההתרחקות מן התקשורת, האופיינית בדרך כלל לגופי ביטחון. אף למעלה מכך, נבחר הציבור רואים עצמם, במידה רבה של צדק, כאמונים על שקיפות גורמי המדינה ועל קיומו של דיון ציבורי בהתנהלות גופי המדינה, ולכן מצויים בצומת עם פוטנציאל, אף בהיסח הדעת, לחשיפת מידע מסווג שהוצג להם או התגלגל לידיהם, בפורומים ציבוריים שונים. הכלי הפלילי ביחס לנבחר הציבור – חלש, בין היתר, בהינתן חסינותם הפרלמנטרית. ברי כי הכלי הפלילי ככלל אינו מתאים לשימוש אל מול קבוצה זו, למעט בנסיבות מיוחדות.

ה. **נבחר ציבור שפרשו**: ביחס לקבוצה זו, חלים המאפיינים הרלבנטיים הן לנבחר ציבור והן לעובדים שפרשו, ואף ביתר שאת: אף ביחס לקבוצה זו, פעמים רבות ניכר הצורך להותיר את חותמם ואת רישומם בהיסטוריה של הציבוריות הישראלית, ואיזו דרך טובה יותר לכך מאשר לכתוב את זיכרונותיהם? הנה, שלא במקרה, הגורם המניע להקמתו של צוות זה היה דווקא עניינו של ראש הממשלה לשעבר, מר אהוד ברק, המבקש לפרסם את זיכרונותיו; כידוע, מר ברק כיהן לאורך השנים כרמטכ"ל, כשר ביטחון וכראש ממשלה.

אגב, לא למותר לציין כי בעיקר ביחס לנבחרים שפרשו, התגלו לאורך השנים מספר מקרים שאותם פורשים הרשו לעצמם ליטול עמם, לביתם, חומרים מסווגים כתובים. על פי ההערכות, אף היקפי החומרים שניטלו מן המדינה לבתייהם הפרטיים של נבחרים שפרשו – אף הם אינם מבוטלים. לסילוק זה של חומרי מדינה ממשרדיה לארכיונים פרטיים של נבחרים שפרשו – משמעויות גם במישור הקנייני והאזרחי, והשלכות שליליות על זכותו של הציבור הישראלי לזיכרון היסטורי ולנגישות לחומרים היסטוריים (וראו לעניין זה – חוק הארכיונים, תשס"ו-1955)⁴⁵; ואולם, וזה העיקר בענייננו – לא אחת נמצא כי בין החומרים שניטלו ממשרדי המדינה על ידי אותם נבחרים – היו גם חומרים רבים שהיו

⁴⁴ ראו לעניין זה האמור בפסקה 68 לפרק 13 בדו"ח ועדת וינוגרד (עמ' 445): "אין להתעלם מן העובדה שהשליטה על גורמי תקשורת טומנת בחובה גם עוצמה אישית ופוליטית. קיימת תלות הדדית מובנית בין אנשי פוליטיקה וכן ממלאי תפקידים אחרים, כולל בצה"ל, לבין אנשי התקשורת. הא בהא תליא. אלו זקוקים לתקשורת לשם ביצור עוצמתם הפוליטית או קידום הקריירה שלהם, ואלו זקוקים לפוליטיקאים וממלאי תפקידים אחרים להשגת מידע...".

⁴⁵ ראו למשל פסק דינה של כבי השופטת תמר בזק-רפפורט ב-ת"א 11-15-58927, **מדינת ישראל נ' בעהם וקדם בית מכירות מומביות בע"מ** (ניתן ביום 13.8.2017).

131. משכך, גם המושג "עיתונאי" – איבד רבות ממשמעותו, שכן גם צלם וידאו המייצר סרטון; גם בלוגר המחזיק אתר או עמוד אינטרנט קבוע; ואפילו אנשים המייצרים פוסטים או "ציוצים" מזדמנים וקצרים ברשת חברתית כלשהי – כולם שחקנים עם פוטנציאל משמעותי להשיג אפקט ציבורי ניכר, ולייצר חדשות עם חד תקשורת של ממש.

132. אכן, בעולם טכנולוגי שבו כל אדם מחזיק "טלפון חכם"; מצויד ביכולות הקלטה וצילום וידאו; ומחובר לאינטרנט, ודרכו לשלל רשתות חברתיות – יש אמת רבה באמירה, שכבר כמעט והפכה קלישאה מובנת מאליה, לפיה: **"כל אדם הוא עיתונאי"**. שהרי, כל אדם, בכל רגע, יכול להעלות מידע, בכל צורתיו (טקסט, תמונה, וידאו) לכל אחת ממגוון רשתות חברתיות ולחשוף את הסוד הביטחוני – בין במתכוון ובין בבלי דעת לכך שהוא חושף מידע ביטחוני רגיש. מנקודת המבט של שמירת הסוד והנזק הצפוי מחשיפתו, אין כמעט משמעות לשאלת הכוונה או המודעות של מי שחשף או פרסם את המידע, שכן כאשר הסוד דולף, קל וחומר כאשר הוא מפורסם - השליטה במידע אובדת.

וכלי התקשורת באופן שוויוני בהתאם ליעודו, ובוודאי שאינה גורעת מהשירות שניתן בפועל לעותרים בעניין זה כפי שנראה להלן. לא זו בלבד, עמדת המשיבים היא כי אין מקום שדובר צה"ל יעסוק או יקבע את זהות הכתבים החברים בתא שנועד לסקר את פעולותיו".

.VI פרק משפטי על חובותיו של עובד ציבור להימנע ממשירת מידע

שנמסר לו במסגרת שירותו (?)

VII. הנחות עבודה לצורך דיון על אמצעים לשמירה על הסוד

133. עמדנו לעיל על ההכרח שלא-יגונה, בכל מדינה ובכל משטר, לקיים סודות; עוד עמדנו על החשיבות המיוחדת של מושג הסודיות דווקא בהקשרים המייחדים את המדינה, הלוא הם ההקשרים הריבוניים – יחסי החוץ, הביטחון והסדר הציבורי. כמו כן, הצגנו את תופעת הדלפת המידע – וחידדנו את ההבחנה שבין דלף מידע (על ידי מדליפים), לבין פרסום מידע (בידי עיתונאים). משאמרנו כל זאת, ובטרם נפנה לדיון באמצעים החוקיים העומדים למדינה לצורך שמירה על הסוד, אנו רואים לנכון לציין מספר הנחות עבודה:

134. **ראשית**, ובהמשך לדיון על הכרחיות מושג ומוסד הסודיות, נקודת המוצא לדיוננו היא כי העברת מידע סודי לעיתונאים, אנשי תקשורת וסופרים למיניהם; וכן עצם החזקת מידע סודי כזוה בידיהם – הם בגדר דלף מידע שעלול לפגוע באופן משמעותי בביטחון המדינה, אף אם אותם עיתונאים אינם מתכוונים לפרסם את הידיעה הסודית שהגיעה לידיהם, ואף אם מערכת הביטחון הצליחה למנוע את פרסום המידע ברבים במקרה שכן היתה כוונה לפרסמו. כך למשל פסק בית המשפט המחוזי בפרשת **יעקב יצחק** שאזכרה לעיל:

"130.... קורה לא אחת, שאדם המוכר כשותף סוד מתראיין בפני עיתונאי מתוך מחשבה שהוא איננו עומד לחשוף ידיעות סודיות כלשהן, אך תוך כדי הראייון נפלט מפיו משפט מיותר, או שבדיעבד מסתבר שהצנזורה פסלה חלק מהראייון. לשם כך קיימת הצנזורה. מצב דברים זה איננו דומה בשום פנים ואופן למקרה דנא, שבו החליט הנאשם להתראיין בעניין הידיעות הסודיות א', שטרם נחשפו על-ידי איש, לאחר שהוזהר בנוגע לסודיות החומר בצורה ברורה... הצנזורה איננה אלא "שסתום ביטחון" למניעת דליפה לא מכוונת של סודות; היא איננה באה כתחליף לחובתו האלמנטרית של שותף סוד להימנע מלחשוף סודות בנושא כה רגיש, אשר הגיעו אליו בתוקף תפקידו הצבאי....."

135. **שנית**, דיוננו נסוב על ציר תנועתו של מידע סודי, אשר בקצהו האחד ניצב הגורם הביטחוני המחזיק במידע סודי, ובקצהו השני ניצב גורם המבקש לפרסם את המידע. בשל הצורך במציאת איוון עדין בין ביטחון המדינה (וההכרח לשמור על מידע סודי לשם כך), לבין האינטרסים הציבוריים בשקיפות מידע, חופש הביטוי וחירות העיתונות הרי **שעל פי רוב** - האכיפה צריכה להתמקד בגורם מוסר המידע, "המדליף", ולא בגורם מקבל המידע, "העיתונאי". יפים לעניינו דבריו של כב' השופט מלצר, המכיר גם הוא בהיקף ההגנה השונה הניתן לעיתונאי מול מדליף המידע ב-ע"פ 8445/11, **ענת קס נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 31.12.2012):

"8. העיתון והעיתונאי (ואינני נכנס כאן להגדרתם) - בקבלם מידע (אפילו הוא סודי ולא-בר גילוי לגורם בלתי מוסמך), ובפרסום דברים המתבססים על המידע האמור (בישראל – לאחר שהחומר הביטחוני עבר צנזורה) – עושים שליחות למען הציבור ולמען זכותו לדעת. לכן, בעשותם כן, הם ראויים ככלל (עם חריגים מצומצמים ונדירים) למספר התחשבויות, וביניהן אציין כאן שתיים (ראו גם: סעיף 113(ה) לחוק העונשין):

(א) הגנה מפני אישום פלילי בגין עבירות שעברו לכאורה אגב עבודתם האמורה ואגב הפרסום (ראו: בג"ץ 6926/97 פלג נ' היועץ המשפטי לממשלה (10.09.1998); עיינו גם: ההודעה של היועץ המשפטי לממשלה מתאריך 30.05.2012 בדבר החלטתו להגיש כתב אישום נגד אורי בלאו, שם אף הוסבר מדוע יש לראות במקרה בלאו חריג לכלל). ...

(ב) הקניית חיסיון עיתונאי. ראו: ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין בישראל במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987), מפי הנשיא מ' שמגר (להלן: עניין ציטרין); ולאחרונה: רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (29.11.2012) (להלן: עניין מקור ראשון); עבודת הדוקטורט של ישגב נקדימון "למנוע ביטוי על מנת לאפשר

ביטוי – הצעה להליך חשיבה לעיצוב גדרי היקפו ומידת הבנתו של חיסיון עיתונאי בעידן החוקתי" (2012) (להלן: נקדימון).

שני עניינים אלה, שאוזכרו בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) שלעיל, הם (בצד נושאים נוספים) מרכיבים חשובים ביותר במסגרת מה שמכונה: "חופש העיתונות", שיש לראותו, לשיטתי, גם אצלנו ככלל במסגרת זכויות היסוד החוקתיות (עיינו: נקדימון, בעמ' 130-135). בלעדיהם קשה יהיה לקיים דמוקרטיה פעילה.

9. בצד האמור בפסקה 8 שלעיל – המקור המוסר את האינפורמציה לעיתונאי אמנם זכאי שלא יגלו את זהותו (ראו: עניין ציטרין, עניין מקור ראשון), ואולם אם הוא נחשף מסיבה כלשהי – ככלל ניתן להעמידו לדין (השוו: ע"פ 172/88 ועוננו נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 265 (1990); עיינו באנגליה: Regina v. Sarah Caroline Tisdall, 6 Cr. App. R. (S.) 155 (1984); R. v. Shayler, EWCA Crim 2218 (2003), Shayler, EWCA Crim 1977 (2001).

גם לכלל זה יש חריגים, והם אוזכרו באנגליה בהקשר להליך פלילי שנוהל שם כנגד מדליף שגילה חומר סודי לחבר פרלמנט – על מנת להזים הודעות שקריות, או לא מדויקות של הממשלה. עיינו: Rosamund M. Thomas, the British Official Secrets Acts 1911-1939 and the Ponting Case, 491 CRIM. L. R. (1986). עם זאת, לרוב – טעמיו של המדליף שהתגלה ומועמד לדין, אפילו הם "ציבוריים" – אינם יכולים למנוע את הרשעתו, אף כי לעיתים ניתן להתחשב בטיב המניעים לעניין העונש (ראו בבריטניה: פרשת Tisdall הני"ל).

במקרה שלפנינו, המערערת נופלת בגדר הקטגוריה של מקור שנחשף (ואיננו זכאי על פי הכלל הני"ל להגנה), והיא אף כבולה בהודאתה, הן לגבי עצם ההרשעה והן לגבי מניעה. לפיכך ההשוואה לעונש שהוטל על בלאו, המצוי, בשל נסיבותיו הייחודיות, בחריג לקטגוריה הנזכרת בפסקה 8 שלעיל (ולא בא בגדר הקטגוריה הנדונה בפסקה זו) – איננה יכולה לסייע למערערת במקרה זה (כמו שהרשעתו של בלאו מחייבת אותו, ולו מכוח הודייתו).

136. אשר על כן, כפי שיובהר להלן, ומתוך הכרה עמוקה בחשיבותם של העיתונאים ושמירת עצמאותם המקצועית לקיומו של חופש ביטוי רחב ולהתקיימותה של חברה דמוקרטית וחופשית, נקדיש לקודקוד "העיתונאי" רק דיון קצר יחסית, בשלהי דיונונו – ואילו עיקר דיונונו והצעותינו יתמקדו בקודקוד שהוא מייצר המידע – קרי, גופי הביטחון האמונים על שמירת הסוד. בגישתנו זו – אנו מקבלים את רוח האמור בדו"ח ועדת וינוגרד, והולכים במידה רבה בעקבות האמור בו. אין לנו אלא להביא דברים בשם אומרם מן האמור שם (עמ' 444-447, הדגשות במקור):

"65. ... החוליה החשובה ביותר בהדלפה היא **המדליף עצמו**, שהוא אדם שמידע הגיע אליו עקב תפקידו ומתוך אחריותו, והוא בודעין מעביר אותו, ישירות או בעקיפין, לידי אחרים בניגוד לחוק ולחובתו. **אחריותו של מוסר המידע היא מלאה, ויש לקבוע עובדה זו באופן ברור וחד משמעי.**

66. נזכיר כי סכנת ההדלפות אינה מתמצית בנזקים שנגרמים בכך שמידע סודי מגיע לידי האויב. תופעת ההדלפות מצמצמת במידה גדולה את היכולת לקיים דיון גלוי ואמין בפורומים חשובים, ויכול להיות שבכך היא תורמת לחולשות חמורות בתהליכי קבלת ההחלטות בישראל. הדלפות מסכנות את היכולת של ישראל לקיים שיתוף פעולה פורה עם גורמים מדיניים וארגוני מודיעין אחרים, העלולים לחשוש מתוצאות מכת ההדלפות בישראל. הן עלולות לסכל את היכולת של

ישראל לגייס מקורות, והן משדרות רושם של חוסר אחריות וחוסר מקצועיות ברמות הגבוהות ביותר של הדרג המדיני והצבאי בישראל. ...

69. נחזור ונאמר כי בהתנגשות בין גילוי מידע לבין סודיות, לא תמיד מקבל אינטרס הציבור שירות טוב יותר על ידי הקפדה על חיסיון ועל השתקה. לסודיות יש גם היבטים שליליים רבים:

א. לסודיות עלולה להיות השפעה מנוונת ומקפיאה על תפיסות וחשיבה של עובדי הרשות. בעקבות הסודיות נמנעת מחשבה חופשית. הזרמת מידע סלקטיבי בלבד – גורמת לעתים לעצימת עיניים ממידע סותר שמגיע לרשות;

ב. הסודיות עלולה לחבל בהליך הדמוקרטי. האזרחים אינם מקבלים תמונה של מצבים מדיניים, ועל כן אינם יכולים לגבש עמדה אחראית וגם ביקורתית לפי הצורך כלפי המדיניות של הממשלה;

ג. סיווג לגיטימי של סודות ביטחוניים עלו להתגלגל לסיווג יתר של מסמכים כמסמכים סודיים. סיווג יתר עלול להיעשות גם מטעמים של הגנה על אינטרסים ארגוניים וגם מזהירות יתר שאין לה הצדקה;

ד. גם המחקר האקדמי עלול לצאת ניזוק, ולמנוע ממדענים, ובמיוחד מהיסטוריונים, הערכה נכונה של תהליכים היסטוריים;

ה. יש גם מי שסבור שסודיות יתר תורמת משמעותית למכת ההדלפות.

70. מסיבות אלה, עולה גם הטענה כי יש לבחון את תופעת ההדלפות עצמה מתוך ראייה רחבה יותר. מקום שהאיסור על העברת המידע מביא לתוצאה של השתקת דיון ציבורי חשוב, וגם מגן על אינטרסים פסולים ומכסה על כשלים חמורים – עושה המדליף שירות חשוב לחברה בה הוא חי....

73. גם בהקשר זה, נשמעה טענה כללית כי על רע זה צריך להרים ידיים ולהתרגל לחיות בעולם של תקשורת לא נשלטת. אף אם נכון ששליטה על מידע ופרסום לא תוכל להיות מלאה, איננו סבורים כי זו סיבה לחדול מהתמודדות רצינית עם הנושא. **אין אנו מקבלים את הדעה שאבדה השליטה על זרימת המידע. אנו סבורים כי סודות המדינה ושמירתם הם מאושות קיומנו, ויש לחזק את הגורמים המשמשים "סכר" למניעת פריצת המידע הסודי החוצה, על ידי חשיבה מחדש על האמצעים העומדים לרשותם, ועל ידי פיתוח כלים ושיטות חדשים שיהיה בהם מענה, לפחות חלקי, אך יעיל וטוב יותר, לפריצת המידע על ידי הטכנולוגיות החדשות...."**

137. **שלישית**, משאמרנו שבמוקד דינונו נמצאים המדליפים; ומשמיינו את קבוצות המדליפים – הנחת העבודה של הצוות היתה כי נדרשת מערכת משולבת של כלים במישור הפלילי, במישור המשמעותי ובמישור האתי, וכן גם במישור הניהולי-ארגוני. מבלי למעט מחשיבותו של הכלי הפלילי, ומהצורך להעמיד לדין מדליפים (נקודה שאלה נחזור בהמשך הדברים) – שמירת הסוד אינה יכולה להתחיל, ואל-לה להתמצות, באותה העמדה לדין של עובר עבירה, לאחר מעשה. זאת, לא רק בשל חומרתו של הכלי הפלילי, והצורך לנסות לייצר אמצעים שפגיעתם פחותה למניעת הנזק שבדלף מידע – אלא גם מתוך הבנה שהעמדה לדין היא בהכרח טיפול בדיעבד, לאחר שהנזק כבר נעשה. על כן, המטרה צריכה להיות בראש ובראשונה למנוע את הנזק מבעוד מועד - ולשם כך יש לשאוף ליצור 'ארגז כלים' עשיר ומגוון יותר. מטעם זה בדיקו, הרחבנו בפרק הקודם את הדיון במהות הסוד ובדרכים להבנייתו – מתוך הנחה כי הסדרה ברורה ושלמה יותר של הסודות – תצמצם אי-ודאות; תחדד ותבהיר נהלי עבודה והדרכות בתוך ארגוני הביטחון יצרני הסוד; תטמיע ביתר שאת את

דו"ח צוות סופרי צללים – טיוטת #2 של גרסא #2

המחוייבות לשמירת הסוד בקרב שותפי-הסוד; ובכל אלה – תפחית את דליפתו של מידע סודי לידי גורמים לא מורשים.

על סמך הנחות עבודה אלה, נציג להלן כלים אפשריים לצמצום דלף מידע מראש; להתמודדות עם הדלף, אם כבר אירע; ולמניעת העצמת הפגיעה בסודיות המידע באמצעות מניעת פרסומו. 138

VIII. טיוב שמירת הסוד

א. אמצעים ארגוניים למניעה מוקדמת של דלף מידע

139. חידוד נהלי שיח מול התקשורת בתוך הגופים – מי מוסמך לדבר, תדריך לפני שיח, ליווי של נציג ביטחון השדה בשיח עם נציגי התקשורת:

אחת הסוגיות שהתעוררו במהלך דיוני הצוות נגעה בשינוי שחל בתפישתם של הארגונים הביטחוניים עצמם בכל הנוגע ליחסיהם עם התקשורת: אם בעבר, ארגוני הביטחון השונים ביקשו להסתגר כליל ולהתרחק ככל הניתן מכיסוי תקשורתי וממגע עם אמצעי התקשורת – הרי שכיום, לפחות חלק מגופי הביטחון (בפרט – הצבא) – רואים את השיח התקשורתי כזירת פעילות ומאמץ מרכזיים, שעליהם להשקיע בה משאבים ותשומת לב של ממש. דווקא בשל כך, אותם ארגונים מהדקים את יחסיהם עם אמצעי התקשורת; מפתחים יחסים עם עיתונאים המסקרים בקביעות את עולם התוכן הביטחוני; ומפעילים מערך דוברות משוכלל שמטרתו להבטיח שיח מוצלח יותר אל מול אמצעי התקשורת וכיסוי תקשורתי אוהד לארגון. כחלק משינוי זה של המגמה, חלק מן הארגונים מתיריים, ולעיתים אף יוזמים, מגעים של בעלי תפקידים שונים משורותיהם עם אמצעי התקשורת, ושולחים אותם לקיים ראיונות והופעות תקשורתיות למיניהן.

140. ואולם, בדיוק בנקודה זו עולה וצף קושי של ממש – שכן חברי ארגוני הביטחון, פעמים רבות, אינם מכירים את התקשורת ואינם מיומנים דיים במגע עמה ובהתנהלות מולה. אשר על כן, עלולים אותם נציגים של הארגונים, לרוב – בהיסח הדעת ובלא כוונה, לומר דברים ולמסור פרטים ונקודות אשר לא היה מקום למסור ולחשוף אותם בפני נציגי התקשורת.

141. על מנת להימנע ממצבים מעין אלה, נכון יהיה לקבוע כי בכל אחד מגופי הביטחון – יחודד ויובהר בנוהל מדויק מי מבין עובדיו ומשרתיו יהיו מוסמכים לקיים קשר בלתי אמצעי עם נציגי התקשורת, וכן יחודד ויובהר כי כל מי שלא הוסמך לכך במישרין – מנוע מלקיים שיח ישיר מול נציגי התקשורת, וכי קיום שיח ישיר ובלתי מורשה שכזה – מהווה עילה להליכים משמעתיים כנגד אותו עובד או משרת. כמו כן, ומטבע הדברים, יש להכשיר ולהכין את אותם בעלי תפקידים שיוסמכו לקיים שיח עם התקשורת לעניין זה – ובמסגרת זו להקפיד ולהציב גבולות ברורים לאשר ניתן או אסור לומר. כך למשל, כאשר קצין צבא בכיר נשלח לקיים ראיון או שיחת רקע עם נציגי התקשורת על אירוע צבאי, או במסגרת גיליונות חג (כפי שמקובל לעיתים) – אזי יש לקבוע ולעגן בנהלים הפנים-ארגוניים שאותו קצין יתוודך ויוכן מבעוד מועד על ידי נציגי דובר צה"ל, ואולי אף תיערך לו סימולציה של ראיון.

142. אפשרות נוספת היא שכאשר אותם עובדים או משרתים בכירים נשלחים לראיונות, שיחות רקע או הופעות תקשורתיות, ישלח עמם נציג של מחלקת ביטחון המידע בארגון, וזאת כדי לסמן לבכיר המתראיין מתי הוא מתקרב בדבריו לחשיפתם של נושאים או סוגיות סודיים. אומנם, נשמעה ביקורת על הצעה זו בדיוני הצוות, לפיה יהיה זה מוזר לחשוב שחייל צעיר וזוטר יוכל ללוות ולהגביל את דבריו של קצין צבא בכיר תוך כדי ראיון; ואולם, מנגד – נשמעה הסברה כי כאשר מדובר בהיסחפות בלתי-מכוונת של מראויין לפרטים מסווגים או סודיים (להבדיל מאשר ביצוע מכוון של הדלפת מידע סודי), לעיתים כל שנדרש הוא רק הפניית תשומת הלב, ולכן גם אותו חייל זוטר יוכל למנוע בייעילות את הדלפת המידע או מסירתו בהיסח הדעת. הסדרה של נושא זה בנהליו הפנימיים של הגוף הביטחוני (ובפרט – בצבא, שיותר מגופים ביטחוניים אחרים מקיים שיח אינטנסיבי עם התקשורת) – עשויה להועיל.

143. חידוד נהלים בטרם פרישה: שמירת סוד ומחויבות לו הם לפני הכל ומעל לכל תוצר של תרבות ארגונית. בארגוני הביטחון, אתוס הסודיות והמחויבות לעיקרון זה ולמנגנונים הנגזרים ממנו (כגון מידור) – הם

חזקים, ומוטמעים עמוק בתוך התרבות הארגונית. ואולם, בהיות הסודיות חלק מן התרבות הארגונית – טמונה לא רק עוצמתה אלא גם חולשתה, שכן היא עשויה להיתפס בעיניו של אדם הפורש משירות ביטחוני ככרוכה ומחייבת אך ורק בתוככי הארגון. אדם הפורש מארגון ביטחון עשוי אפילו שלא להיות מודע לתחולתה של חובת הסודיות גם "מחוץ לשער המחנה", קרי – לאחר פרישתו. דווקא בשל כך, חברי הצוות סבורים כי יש להטמיע בארגוני הביטחון, כחלק בלתי נפרד ממערך ההכנה לפרישה – שיחות לחידוד הנהלים, ליידוע הפורש ולהבהרת קיומה הברור של חובת השמירה על סודיות גם לאחר פרישתו מן הארגון. כמו כן, ובאותה מסגרת, נכון וראוי יהיה לחדד באוזני הפורש את החובה למסור כל חומר שבהחזקתו הפרטית בחזרה לידי של הארגון, לטובת הפקדתו בארכיון המדינה, בבוא העת, תחת מגבלות העיון הקבועות בדיון. כמו כן, אם נתקבל הצעתנו להלן לקדם את חקיקתו של "חוק שירותי הביטחון (הגבלות לאחר פרישה)" – יקבל מערך זה משנה תוקף וחשיבות, ביידוע הפורשים על חובותיהם המשפטיות בהקשר זה. **אנו מציעים כי כל אחד מארגוני הביטחון יבנה מערך התייחסות וחיידוד נהלים שכזה; יטימיעו במסגרת הליכי ההכשרה של עובדיו, במסגרות הדרכה שיבטיחו הטמעה של המסר האמור וחיזוק החינוך השוטף של העובדים בהקשרים אלו וכן במסגרת הליך ההכנה לפרישה של עובדיו; ויצילו לעובד הפורש סמך לפני פרישתו מן הארגון.** זאת ועוד, נציע כי יגובש פורמט של "מדריך לפורש" שיבנה באופן אחיד את המסגרת של הנהלים האמורים בכל ארגון. מסמך כזה גם יוכל לתת מענה מסוג "ברירת מחדל" למי שפרשו מתפקיד ציבורי/ביטחוני אחרי מסלול קריירה שחצה מספר ארגונים ואולי לכן אין להם "בית" ארגוני יחיד וברור.

144. **קיום שיחות ריענון ועדכון עיתיות עם פורשים:** כפי שהוסבר לעיל, הסודיות כרוכה בקשר הדוק עם התרבות הארגונית של ארגוני הביטחון – ועם השייכות אליהם. אשר על כן, אנו סבורים כי נכון וחשוב לבנות בתוך הארגונים מערכים לתחזוק ושמירת קשר עתית עם הפורשים, בפרט – הבכירים שבהם, שהיו חשופים למידע הרב והרגיש ביותר; ובוודאי בשנים הראשונות שלאחר פרישתם, כאשר המידע שבידיהם עודו עדכני ורלבנטי. מערכים אלה לתחזוק ושמירת הקשר צריכים לכלול, בין היתר, תזכורות לעניין חובת שמירת הסודיות מצדם ביחס למידע האצור אצלם; ואולם, מעבר לכך – מערכים אלה צריכים לתחזק אצל פורשי הארגון את תחושת השייכות הארגונית, הגאווה הארגונית והמשך המחויבות לארגון ממנו פרשו - שרק מהן צומחת ונשמרת לאורך הזמן המחויבות לשמירת הסוד.

145. **הקמת "היכל תהילה" לפורשים של הארגונים השונים ובמה ליצירת ספרי זיכרונות:** בדיוני הצוות עלה כי אחת המוטיבציות העיקריות של פורשי הגופים הביטחוניים לחשוף סודות ולגלותם היא המוטיבציה של הפורשים לעשות שם לעצמם ולהותיר את חותמם בדברי ימי ביטחון ישראל. כפי שהיטיבה לנסח את זה העיתונאית אילנה דיין בשיח שקיימה עם חברי הצוות – שום סנקציה פלילית לא תוכל להוות הרתעה חזקה מספיק מפני הרצון "לחרוט את שמם על דפי ההיסטוריה".

146. מתוך הכרה זו ברצון וצורך אנושי כה מובן וכה חזק – העלו חברים שונים בצוות את הרעיון כי בכל אחד מגופי הביטחון יוקם כעין "היכל תהילה", שבו יוכלו פורשי הארגון לפרוש את סיפורם ולתעד את פועלם והישגיהם. הוצע כי במסגרת זו, יוכלו פורשי של ארגון ביטחון גם להעלות על הכתב, באופן בטוח ומוגן, את דבריהם. "היכל תהילה" זה – יהיה פנים ארגוני, כלומר ישמש אתר מורשת של הארגון. הוא לא רק יענה על צורכיהם של הפורשים עצמם וייתן מענה לאחת המוטיבציות העיקריות להדלפת מידע, אלא יהיה בו גם ערך מתמשך לארגוני הביטחון עצמם, שיוכלו לתעד את מורשתם ולנצל את אותם אתרי מורשת פנימיים כדי לחנך ולהכשיר את עובדיהם החדשים; ייתכן גם כי אתרי מורשת פנים ארגוניים אלה יוכלו לשמש פלטפורמה בטוחה ליצירתם של כתבי זיכרונות למיניהם, שבהמשך ניתן יהיה לתת לחלקם פומבי ולפרסמם לציבור הרחב במגבלות – מתוך המסגרת המפוקחת והברורה של הארגון, ותוך ההקפדה המתבקשת על ביטחון השדה ושמירת הסודות שעודם דורשים את שמירת הסודיות. כך למשל, למיטב ידיעתנו, בעבר נהג משרד הביטחון לפרסם, באמצעות הוצאה לאור שברשותו, ספרים שונים מסוג זה (לדוגמה, בעבר חולק לבורגרי קורסי מודיעין הספר: "זה היה סודי ביותר", מאת יוסף ארגמן, שגולל כ-30 פרשיות עבר).

קיום פורום פורשים לטובת מתן מקום ובמה להתבטאות, לתחזוקת החיברות ולתחושת שותפות: כאמור, הועלתה הסברה שאחת המוטיבציות העיקריות של פורשי מערכות הביטחון להתבטא בתקשורת ולחשוף סודות היא הצורך להישאר רלבנטיים ומשפיעים. ההבנה שהתגבשה אצל חברי הצוות היא שלגבי חלק מן הפורשים ממערכת הביטחון, בפרט – הבכירים שבהם, שהועסקו תקופות ארוכות – ישנה עם הפרישה תחושה קשה של "דחיקה לשוליים". בצוות הועלה הרעיון כי יש לכוון מעין "פורום פורשים" או "כנס ותיקים". בגוף זה, שיוכל להתכנס מעת לעת (נאמר, פעמיים בשנה) – ניתן יהיה לכנס את פורשי הארגונים הביטחוניים, לחזק את תחושת השייכות והזיקה הארגונית שלהם, לשתף אותם באמצעות הרצאות בסוגיות מרכזיות שעל סדר יומו של הארגון – ולתת להם הזדמנות להשמיע עמדות ומחשבות, ולהשפיע על סדר היום של ארגוניהם גם לאחר פרישתם. פורום כזה – צריך שיכבד את הפורשים ויתחזק את תחושת שייכותם; אולם לא פחות מכך – פורום כזה ייתן לארגונים ולראשיהם המכהנים ערך מוסף משמעותי, בהיותו מסגרת של שיח, התייעצות, ניסיון ופרספקטיבה.

.147

אמצעים למניעת הדלפות מצד נבחרי ציבור בממשלה ובכנסת – כללי אתיקה:

.148

קבוצת המדליפים שמעוררת את הקשיים המורכבים ביותר להתמודדות עם חשיפת סודות על ידה היא קבוצת נבחרי הציבור וחברי ממשלה. פרשת **אהוד ברק**, שהיוותה כאמור לעיל את אחד הגורמים המניעים להקמתו של צוות זה, מדגימה היטב את הקשיים הגלומים באכיפת הדין הפלילי כלפי נבחר ציבור (לשעבר – וביתר שאת, נבחר ציבור מכהן) החושף מידע סודי המצוי בידו:

- מדובר בדמויות שבדר"כ שימשו בתפקידי מפתח ביטחוניים והדעת מתקשה לקבל, וכך גם הציבור, שמי שניהן כראש שבי"כ, ראש מוסד, רמטכ"ל, שר ביטחון או ראש ממשלה - דווקא הוא פוגע בביטחון המדינה ומתנהג בחוסר אחריות.
- נבחרי ציבור מצויים, מעצם טיבה וטבעה של המערכת הפרלמנטרית, במצב של עימות ותחרות קבועים בשיח הציבורי - דבר שמייצר להם תמריצים חזקים לעשות שימוש במידע המסווג המצוי בידיהם כדי לנגח את עמיתיהם או להתגונן מפני ניגוח מצדם;
- נבחרי הציבור (בדרג השלטון המרכזי) הם גם בעלי ההגנה הרחבה ביותר על חופש הביטוי שלהם, מעצם תפקידם וכהונתם (וכוונתנו בפרט להוראותיו של חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951). הגנה זו מתבקשת, כמובן, לאור היותם קובעי המדיניות בכל התחומים, ובכלל זה בנושאי הביטחון ויחסי החוץ של המדינה; ולכן ממילא ברור כי נדרשת זהירות יתרה בכל ניסיון לאכוף הגבלות עליו, ולו גם מטעמים של ביטחון המדינה;
- בהקשרם של נבחרי ציבור מתעוררת בחומרה יתרה שאלת הסמכות למסור ולהעביר את המידע – שכן דווקא בשל היותם נבחרי ציבור, עולה שאלה של ממש לגבי היותם בפועל בגדר שומרי הסוד ובעליו, ומכך, לכאורה, מוסמכים לקיים את השיח עם התקשורת;
- ברי כי חשיפתו של סוד ביטחוני או מדיני תגרום נזק גדול יותר ככל שמקור המידע לפרסומו של הסוד יהיה בכיר וחשוב יותר – ולא הרי מידע המתפרסם מפיו של שר בכיר כהרי מידע המתפרסם מפיו של חייל זוטא או עובד עלום שם, אף אם המידע הוא זהה לחלוטין בתוכנו.
- להבדיל מן העובדים או המשרתים בגופי הביטחון, שמחונכים בתוך המסגרת הארגונית של הגוף הביטחוני מיומם הראשון על מושגי שמירת הסוד, המידור והסיווג – רבים מנבחרי הציבור צומחים ומתחנכים במסגרות אזרחיות, ונחשפים למידע סודי ומסווג לראשונה רק לאחר היבחרם לתפקידיהם.

מטעם זה הם חסרים לעיתים (בפרט בתפקיד ראשון המחייב חשיפה ומגע עם חומרים ומידע מסווגים) את המודעות והמחויבות לשמירת הסוד.

149. טעמים אלה כולם מובילים למסקנה כי דווקא בכל הנוגע לנבחרי הציבור, היכולת למנוע את הדלפתו של מידע סודי באמצעות הכלים הפליליים – היא מצומצמת כעניין מעשי (להבדיל מאשר כעניין משפטי – שהרי הנורמה המשפטית חלה עליהם באותה מידה כמו על עובדי ציבור אחרים).

150. התמודדות עם הדלפות מצדם של נבחרי ציבור צריכה להתמקד, אם כן, בכלים שונים מן הכלים הפליליים, הגם שאין מקום לשלול שימוש בכלי הפלילי בנסיבות המצדיקות זאת. בסופו של יום, נבחרי ציבור צריכים לעמוד, לפני הכל ומעל לכל, במבחן הציבור; מעניין לחשוב, לשם ההשוואה, על הנזק שנגרם למסע הבחירות ולמועמדותה לנשיאות של הגב' הילארי קלינטון בשל הפרות ביטחון השדה השונות שבהן כשלה במהלך כהונתה כמזכירת המדינה, בשליחת הודעות דואר אלקטרוני באמצעות שרת בלתי מסווג. דווקא בארצות הברית – סוגיה זו של פגיעה בביטחון השדה של המידע הפכה להיות מוקד לשיח ציבורי ולביקורת ציבורית קשה על התנהלותה של הגב' קלינטון; אין ספק כי סוגיה זו עמדה בעוכריה במהלך התמודדותה על נשיאות ארה"ב. אכן, מצב דברים זה הוא המצב הרצוי והראוי: בסופו של יום, נבחר הציבור עומד למבחן הציבור על התנהלותו, ודווקא שם ראוי שייגבה ממנו מחיר על הפרת חובת הסודיות והפגיעה הגלומה בה בביטחון המדינה, ולא בזירה המשפטית.

151. לאור האמור, ממליץ הצוות להתנהל בשני מישורים מול נבחרי הציבור:

(א) ראשית, הכשרה: מוצע כי נבחר ציבור שתפקידו מחייב אותו לעסוק בחומרים סודיים ובתכנים מסווגים – יידרש בתחילת כהונתו זו לעבור הכשרה והסבר מסוים על טיבו של חומר זה, על רגישותו, ועל הדרך הנכונה לנהוג בו. המלצתנו זו מתיישבת היטב עם ההמלצות הנוגעות להכשרתם של שרי קבינט חדשים, שהועלו במסגרת "המלצות הוועדה לעניין עבודת הקבינט המדיני-ביטחוני" מחודש דצמבר 2016 (להלן: ועדת עמידור). ואולם, לגישתנו, ראוי כי המלצה זו תוחל, בשינויים המחויבים ובתיאום עם יו"ר הכנסת, גם ביחס לחברים בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, ובמיוחד ביחס לחברים חדשים המצטרפים לוועדה לראשונה.

(ב) שנית, כללי אתיקה: מזה שנים רבות שמועלות, מעת לעת, הצעות שונות ליצירתו של קוד אתיקה לחברי ממשלה ושריה; במסגרת טיוטת כללי האתיקה לחברי הממשלה, שעליהם המליצה הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי הממשלה, בראשות הנשיא (בדימו) שמגר, נכללו הוראות לעניין שמירת סודיות המידע המגיע לחברי הממשלה במסגרת מילוי תפקידם. המלצות הוועדה נדונו מעת לעת על ידי שרי המשפטים בשנים האחרונות, ואולם דיונים אלו לא נשאו פרי וטרם התקבלה החלטה על התקנת כללי אתיקה לחברי הממשלה. אם וכאשר יושלם הליך קביעת כללי האתיקה – מן הראוי כי תעוגן גם החובה האתית לשמור על סודיות המידע המגיע לידיעתם של חברי ממשלה אגב תפקידם. אנו סבורים כי אם וכאשר יושלם הליך יצירתו וקביעתו של קוד אתי שכזה, יהיה מקום להקדיש במסגרתו גם חלק להוראות המחייבות שמירת סודיות מידע המגיע לידיעתם של חברי הממשלה אגב תפקידם.

152. כמו כן, אנו סבורים כי יש מקום להמליץ לכנסת לקדם תיקון לכללי האתיקה של חברי הכנסת באופן שיקבע גם שם את חובתם של חברי הכנסת לשמור על סודיות של מידע שיוגדר מסווג שיובא לידיעתם במסגרת תפקידם. דווקא בשל חסינות נבחרי הציבור; דווקא בשל הקושי שבכלי הפלילי – ראוי כי חברי הכנסת יקבעו לעצמם, במסגרת כללי האתיקה, הוראות המחייבות שמירת סודיות מידע מסווג – ויהיו אמונים גם על אכיפתן של הוראות אלה. לשם קידומו של ערוץ זה יש לקיים פגישה ייעודית בהקשר זה עם יו"ר הכנסת, יו"ר ועדת חוץ וביטחון והייעוץ המשפטי של הכנסת.

153. **מדיניות אכיפה כנגד עובדי ציבור המחזיקים "ארכיונים פרטיים" – סעיפים קטנים 113(ג) ו-117(ג):** לגופי הביטחון השונים ידועים כמה וכמה מקרים של עובדי ציבור לשעבר, הן ממונים והן נבחרים, הן בכירים והן זוטרים, אשר עם סיום תפקידם כעובדי ציבור – הוציאו מידי הארגון שבו עבדו כמויות נכבדות של מסמכים וחומרים, לרבות חומרים סודיים ברמות הסיווג המחמירות ביותר – והם מחזיקים מסמכים אלה ברשותם, כאנשים פרטיים. תופעה זו, שהיא ככל הנראה רווחת, היא חמורה: ראשית, ברמה העקרונית, דבר חמור הוא שעובדי ציבור נוטלים לעצמם ולרשותם חומרים ארכיוניים ומסמכים בעלי חשיבות השייכים למדינה ושהם רכוש הציבור; הדברים ברורים, ועל כן לא נרחיב ביחס לאינטרס ציבורי זה, החורג ממילא מתחום המנדט והסמכות של צוות זה. ואולם, מעבר לאינטרס ציבורי זה בשמירת קניין הציבור במסמכים אלה – רובד חמור נוסף של הבעיה הוא כמוזן בדליפתו של מידע סודי: כאשר עובד ציבור נוטל עמו מסמכים סודיים ושומרם בביתו, מסמכים אלה אינם יכולים להיות מאובטחים עוד, ועלולים להיות נגישים לגורמים בלתי מורשים (וזאת – אף בהתעלם מכך שהפרש עצמו אינו מורשה עוד להחזיקם, בתור מי שאינו עוד חלק ממנגנון המדינה ואינו נושא עוד בתפקידו הרשמי). חמור מכך, חומרים אלה עלולים להתפרסם בהמשך לכלל הציבור – ללא כל שליטה או בקרה של גורמי הביטחון, כפי שאף אירע במקרים מסויימים.

154. החוק מעניק כבר היום שני כלים להתמודד עם דליפה זו של מידע – בשני סעיפים שונים:

- סעיף קטן 113(ג) לחוק העונשין, הקובע כי: "מי שהשיג, אסף, הכין, רשם או החזיק ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך, דינו – מאסר שנים; התכוון בכך לפגועה בביטחון המדינה, דינו – מאסר חמש עשרה שנים".
- סעיף קטן 117(ג) לחוק העונשין, הקובע כי: "הגיעה לאדם ידיעה בתוקף תפקידו כעובד הציבור, והוא החזיקה, ללא סמכות כדין, בניגוד להוראות שניתנו לו בדבר החזקתה, או לאחר שחדל מלהיות עובד הציבור, דינו – מאסר שנה אחת".

155. מעניין לבחון את החפיפה בין שני הסעיפים הקטנים הללו – ואת הפער ביניהם. לכאורה, נדמה כי דווקא סעיף קטן 113(ג) רחב יותר מ-117(ג), שכן הוא חל על מגוון פעולות, ולא רק על החזקה; הוא מתייחס לכל אדם, ולא דווקא לעובד ציבור לשעבר, והוא קובע עונשים מחמירים בהרבה. הנקודה היחידה שבה הוראת סעיף קטן 113(ג) צרה יותר היא בדרישה כי הידיעה תהיה "סודית".

156. מבלי להרחיב עוד בעניין היחס בין שתי הוראות אלה – נדמה כי באה העת לקבוע מדיניות אכיפה ברורה יותר של סעיפים אלה על מנת למנוע את תופעת ה-"ארכיונים הפרטיים" שעובדי ציבור לשעבר מקימים לעצמם, שלא כדין. יש מקום להתחיל בביצוע פעולות אקטיביות של רשויות האכיפה על מנת להביא לאיסוף של חומרים ומסמכים של רשויות המדינה, בכלל, ושל חומרים ומסמכים סודיים, בפרט, המצויים בידיים הפרטיות של עובדי המדינה לשעבר, או של יורשיהם. הצוות ממליץ כי כל אחד מגופי הביטחון יכין רשימה של מקרים שבהם הוא יודע, או יש לו יסוד סביר להניח, כי עובד ציבור לשעבר נטל לחזקתו חומרים או מסמכים שהגיעו לידי אגב עבודתו – ומוחזקים כיום בניגוד לדין ולדרישות אבטחת המידע. רשימות אלה יועברו לידי מלמ"ב, וכך לידיעתו של פרקליט המדינה. עוד מוצע כי פרקליט המדינה יגבש, בהתייעצות עם גורמי הביטחון השונים, הנחייה מטעמו באשר למקרים, לנסיבות ולשיקולים הדרושים לעניין העמדה לדין בגין הפרת סעיפים אלה – תוך הבחנה בין עובדי ציבור בהווה ובעבר (שנטלו בעצמם חומרים שלא כדין) לבין יורשיהם של עובדי ציבור (שמוצאים עצמם מחזיקים ברשותם המידע שלא ביוזמתם).

Commented [DG11]: האומנם זה הגורם המתאים?

157. **מדיניות חקירה ואכיפה לגבי הדלפת מידע סודי וקביעת קווים מנחים:** נזכיר כי המניע המיידית להקמתו ותפקודו של צוות זה היה פרשת ההדלפות של מר אהוד ברק, כאמור לעיל. עוד נזכיר כי באותה פרשה, הוחלט בסופו של דבר שלא להגיש כתב אישום כנגד מר ברק – כפי שתואר לעיל. באותה פרשה, כמו גם במקרים אחרים שבהם הודלף מידע מסווג, אחד השיקולים המשמעותיים אשר מנעו את הגשתו של כתב אישום, היה

החשש מפני העלאת טענת אכיפה בררנית מצידו של הנאשם, אשר יצביע על מקרים אחרים של עובדי או נבחרי ציבור אשר הדליפו מידע מסווג – ולא הועמדו לדין.

158. מטעם זה, סברו רבים מחברי הצוות כי יש להודיע, במפורש ובריש גלי, על שינוי חד וברור במדיניות האכיפה, כך שמעתה ואילך יובהר כי הוראות הדין הפלילי ייאכפו במקרים המתאימים כלפי מדליפי מידע מסווג הפוגעים בביטחון המדינה.

159. נזכיר כי במקביל לכתיבתו של דו"ח זה, נעשתה עבודה במסגרת מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי), בשיתוף פעולה עם פרקליטות המדינה, לעדכונה של הנחיית היועץ העוסקת בחקירת מקרים של הדלפות. טיוטת ההנחיה החדשה קובעת את השיקולים השונים שיש לשקול לעניין חקירתן של הדלפות, ובכלל זה האינטרסים הציבוריים החשובים של חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת, ובהתאם לכך קובעת כי חקירתן של הדלפות תעשה באישור היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הסמיך לכך.

160. הצוות ממליץ כי תיכתב הנחיית יועץ נוספת שתעגן באופן ספציפי את מדיניות האכיפה ביחס לסעיפים 113 ו-113א, להבדיל מן ההנחייה העוסקת במדיניות האכיפה כנגד הדלפות של מידע שאינו ביטחוני. עם גיבוש של הנחייה זו, ובהתאם לה – תשונה במועל ותוחמר מדיניות האכיפה בגין עבירות אלה.

161. **יצירתו של "חוק שירותי הביטחון (הגבלות לאחר פרישה)":** כאמור לעיל, העוגנים המשפטיים המאפשרים להגביל את התנהלותם של פורשי מערכת הביטחון, ובפרט – את התבטאויותיהם, הם חלקיים. האיסור המשפטי על הדלפת ידיעה סודית קיים בסעיפים 113 ו-117, אבל אין בחקיקה הסדרה ברורה ומפורשת של מנגנונים למניעת אותו דלף. חוק כזה יוכל לתת מענה לכך. בנוסף, על רקע הקשיים המשפטיים שנסקרו לעיל של הכללים להיתר פרסומים, חוק כזה יוכל גם לשמש אכסניה להסדר דומה, ולעגון האפשרות להטיל מגבלות על חופש הביטוי של פורשי מערכת הביטחון, באופן שיחייב אותם להמשיך ולשמור על הסודות המופקדים בידיהם ובראשיהם גם לאחר שפרשו. חקיקה מעין זו תוכל להתייחס הן לבכירים והן לזוטרים; הן לעובדי ציבור והן לנבחרי – ולייצר הוראות שונות ביחס לכל אחת מן הקבוצות האמורות, באופן ההולם את בכירות מעמדה ואת היקף הסודות אליו היא נחשפה.

162. חקיקה מעין זו – ראוי לה שתקבע הן את ההוראה הנורמטיבית (קרי – החובה המשפטית להמשיך ולשמור את הסודות) והן את המנגנונים לחריגה מן החובה האמורה. כך למשל, ניתן יהיה לעגן במסגרתה של חקיקה זו מנגנון חלופי לזה של ועדת השרים להיתר פרסומים – ולקבוע מנגנון מקצועי שיוכל לקיים בקרה על פרסומים המיועדים להתפרסם. מבלי למצות במסגרת מסמך זה את מורכבותו האפשרית של הסדר כזה, ייתכן כי מנגנון שכזה יוכל להיות משוכלל יותר מן המנגנון הקיים של ועדת השרים להיתר פרסומים, ולהציע היררכיה פנים-מנהלית, שבסופה ועדת-שרים. יכול להיות שמנגנון זה יוכל לעבוד בקבועי זמן קצרים ומהירים יותר, ולתת מענה גם לפרסומים פחות מורכבים מספרים, כמו למשל טורי דעה.

163. כמו כן, ייתכן כי חקיקה זו תוכל להציב דרישה לפורשי מערכות הביטחון להתקשר רק עם "סופרי צללים" מואמנים, שעברו סיווג ביטחוני או עם סופרי צללים שיסכימו לעבור סיווג בטחוני לצורך המשימה של כתיבת ספרים העוסקים בסודות מדינה מפייהם של "לשעברים" שחשובים לסודות המדינה. ייתכן כי המנגנון שיוקם ליישום וביצוע החוק יוכל להציע גם מגוון מסוים של כלים לפורשי המערכות השונים בבואם לכתוב את ספריהם – כמו למשל רשימה מוכרת של "סופרי צללים" מואמנים; מערכת מחשוב מסווגת וסגורה לכתוב ולערוך עליה את טיוטת הספר; מתחם סגור וכספות לשמירתם של חומרי גלם; וכדומה. ברי כי האמור לעיל הוא בגדר כיווני מחשבה ראשוניים בלבד, הדורשים המשך עיבוד.

אמצעים לבלימת נזקי דלף מידע שכבר התרחש:

Commented [LW12]: יש להציג גם את הבעייתיות בפתרון מעין זה, כפי שעלתה בדיונים

Commented [DG13]: לילך – אגא הציעי טקסט המסביר את הבעייתיות להבנתך.

164. **מיקום מחדש של סעיפים 113 ו-113א. לחוק העונשין:** במהלך דיוני הצוות הועלתה טענה כי אחת הסיבות לקושי לעשות שימוש בסעיפים 113 ו-113א. היא עצם מיקומם במסגרתו של סימן ד', שכתרתו כאמור "ריגול". עבירת הריגול נתפשת כעבירה חמורה במיוחד, ורעיונית – היא כרוכה בטבורה במושג הבגידה (ראו והשוו לעניין זה סעיף 114 לחוק העונשין – שכתרתו: "מגע עם סוכן חוץ"); מטעם זה, יש קושי בשימוש בעבירות מסימן זה ביחס לעובדי ציבור בכלל, ועובדי מערכות ביטחון בפרט, אשר הדליפו ידיעה סודית לגורם שאומנם אינו מוסמך, אבל הוא גורם ישראלי פנימי, ובוודאי שלא ניתן לראות בהדלפתם זו משום בגידה.

165. אשר על כן, הועלתה הצעה במסגרת הצוות כי יש להוציא את סעיפים 113 ו-113א. ממסגרתו של סימן ד', סימן ה-"ריגול", ולהעבירם אל סימן ה', שכתרתו: "סודות רשמיים". הצעה ברוח זו הועלתה בעבר, ואף הוכנה טיוטת תזכיר חוק במשרד המשפטים, שמטרתה היתה להפריד בין עבירות הדורשות כוונה מיוחדת לפגוע בביטחון המדינה – אשר יוותרו בסימן הריגול; ובין עבירות שאינן דורשות כוונה כזו – אשר יועברו לסימן העוסק בסודות רשמיים. אולם מסיבות שונות המהלך החקיקתי האמור לא הושלם.

166. הצוות ממליץ להשלים את מהלך החקיקה האמור, ולתקן את החוק ואת חלוקת הסעיפים בין הסימנים השונים, תוך הפרדה ברורה בין עבירות שבהן נדרשת כוונה מיוחדת לפגיעה בביטחון המדינה לבין עבירות שבהן כוונה מיוחדת שכזו אינה אחד מיסודות העבירה.

ג. **אמצעים למניעת פרסום מידע שהודלף:**

167. **סעיף 117 לחוק העונשין:** עסקנו לעיל בסעיפים 113 ו-113א. לחוק העונשין, המפלילים את פעולת הדלפתה של "ידיעה סודית" כהגדרתה שם. ואולם, כפי שציינו כבר - סעיפים אלה מקיימים חפיפה מסויימת ביסודות העבירה אל מול העבירה המוגדרת בסעיף 117 לחוק העונשין, שכתרתו: "גילוי בהפרת חובה", שזו לשונו:

117. (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 שהתיר שלבשירת ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו, או שעשה מעשה שיש בו כדי לסכן 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 מהיום שחדל מהיות עובד הציבור וששמסירת 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; לענין זה, "הגורם המוסמך" - הצנזור הצבאי הראשי או בעל תפקיד אחר, הכל כפי שתקבע הממשלה בצו, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, דרך 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.

168. כפי שניתן לראות, גם סעיף זה עוסק בהדלפתו של מידע; ואולם, בעוד שסעיפים 113-113א. חלים על כל אדם, סעיף 117 חל ביחס לכל עובדי הציבור, כהגדרתו הרחבה של מונח זה בחוק העונשין – ולרבות עובדי ציבור לשעבר ("לאחר שחדל להיות עובד ציבורי"). כמו כן, הסעיף חל ביחס לכל ידיעה שהגיעה אליהם אגב תפקידם⁴⁸, להבדיל מאשר "ידיעה סודית" בלבד (ועל מורכבותה של הגדרה זו עמדנו לעיל). במובן זה סעיף 117 רחב בתחולתו מסעיפים 113-113א.

169. לא למותר להזכיר כי סעיף זה התגלגל מ-חוק לתיקון דיני העונשין (ביטחון המדינה), תשי"ז-1957 (להלן: **החוק הישן**) – שהוא עצמו גלגול של חוק בריטי, The Official Secrets Act, 1911. אלא שהחוק הבריטי התעדכן והשתנה מאז, וצומצם מאוד⁴⁹. גם סעיפים מקבילים בארצות משפט מקובל אחרות – מצומצמים ומתייחסים בעיקרו של דבר לביטחון המדינה וליחסי החוץ שלה; כך הם הדברים גם בקנדה ובניו זילנד⁵⁰; ואילו סעיף החוק הישראלי – לא צומצם בהיקף תחולתו.⁵¹

170. דיוננו בסעיף זה רלבנטי בשני מובנים – ראשית, רלבנטית שאלת החפיפה בין סעיפים 113 ו-117, שאזכרה לעיל – וכאמור, אנו סבורים כי ראוי להגדיר את מדיניות האכיפה השונה ביחס לכל אחד מן הסעיפים, וכן לערוך תיקון חקיקה לצורך מיקומם מחדש של סעיפים 113 ו-113א. ושנית, חשוב לענייננו מנגנון ההגנה הקבוע בס"ק 117(ד). נסביר:

171. **סעיף קטן 117(ד) – מנגנון ההגנה מעבירת הדלפת מידע ביטחוני וצו הגורם המוסמך:** מבנה סעיף 117 מורכב: כפי שניתן לראות, סעיף קטן 117(א) מייצר עבירה פלילית (איסור על מסירת ידיעה או רשלנות בהחזקתה); ואילו ס"ק (ד) קובע הגנה ביחס לאותה עבירה (חלוף זמן של חמש שנים); חריג להגנה (ידיעה הנוגעת לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה); ומנגנון הגנה לחריג (אישור של גורם מוסמך). מלבד האמור,

⁴⁸ ראו הגדרת המושג ידיעה בסעיף 91 לחוק העונשין: "לרבות ידיעה שאינה נכונה, וכל תיאור, תכנית, סיסמה, סמל, נוסחה, חפץ או חלק מהם המכילים ידיעה או העשויים לשמש מקור לידיעה".

⁴⁹ לשם הדוגמא, נזכיר כי כיום, באנגליה – The Official Secrets Act, 1989 מפרט, בסעיפים נפרדים, מסמכים המתייחסים לביטחון ולמודיעין, ליחסי החוץ ולסמכויות חקירת פשיעה; הסעיפים נראים כמוציאים זה את זה (להבדיל מהחפיפה שהוזכרה לעיל של סעיפים 113 ו-117 במשפט הישראלי); וביחס לסעיף הביטחון – מתייחסים בעיקרם לחברי כוחות הביטחון, להבדיל מאשר כל אדם. גם טיב המידע שמסירתו אסורה – הוא מידע המוגבל רק לידיעות בתחום הביטחון והמודיעין, יחסי החוץ וסמכויות חקירת פשיעה. לדיון מפורט ונרחב על גולגוליו של הדין האנגלי בהקשר זה, ראו קמניצר ורחף, ה"ש 44 להלן.

⁵⁰ ראו והשוו: בקנדה – The Security of Information Act, 2001; בניו זילנד – הפיכת מגמה מוחלטת מגישתו של The Official Secrets Act, 1951 והחלפתו ב- The Official Information Act, 1982. יוער, לשם ההשוואה, כי הדין האוסטרלי לא צומצם, והוא דומה בעיקרו וברוחב תחולתו והגדרותיו לדין בישראל; השו פרק 7 ב- The Crimes Act האוסטרלי.

⁵¹ לביקורת נרחבת על ההסדר המשפטי הקיים בישראל, ואמירה כי הוא בגדר אימוץ בלתי ביקורתי של הדין המנדטורי, אשר יש לתקנו; וכן להצגת חקיקה משווה מאנגליה, שבדיה, ארה"ב וגרמניה, ראו: מרדכי קרמניצר ואפרת רחף, **סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי**, נייר עמדה מס' 56 של המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005. ראו שם, עמ' 93-94, לעניין הביקורת הנוקבת על חוק הסודות הרשמיים האנגלי מ-1911 – עליו מושתת הדין הישראלי. עוד ראו שם לעניין ההתנגשות הנורמטיבית בין סעיף 117 לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק חופש המידע, עיקרון השקיפות וטובת האינטרס הציבורי, וכן הגנה על חושפי שחיתויות. השוו לעניין זה בג"צ 1736/10, **אביגדור ליברמן נ' מנהל המחלקה לחקירות שוטרים** (ניתן 2.10.2011), בה נדחתה עתירתו של מר ליברמן כנגד ההחלטה שלא לפתוח בחקירת ההדלפת מחקירותיו במשטרה, ונמצא כי החלטת המשטרה עומדת במבחן הסבירות. עם זאת, הביע השופט אי נחת מהתנהלות הרשויות ובטיפול בהדלפה זו.

הסעיף עוסק גם ברשלנות בשמירה על ידיעה (ס"ק (ב)), וכן בהחזקת ידיעות שלא כדין בידי עובד ציבור (ס"ק (ג) שצוטט לעיל).

172. סעיף קטן (ד) מסמיך את הממשלה לקבוע מנגנון הגנה לחריג העוסק בידיעות בתחומי החוץ והביטחון (קרי – לקבוע בצו את הגורם המוסמך); ואולם, עד היום, למעלה מ-15 שנה מאז תוקן הסעיף וניתנה הסמכות לממשלה לקבוע בצו את הגורם המוסמך – לא הותקן צו כאמור. טיוטת צו שהוכנה אושרה בממשלה והונחה על שולחן הכנסת במהלך כהונת הכנסת ה-19, אך קיבלה הערות רבות ומשמעותיות מצד הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת; לאור מורכבות הנושא (כמו גם חילופי בעלי תפקידים רלבנטיים) – הצו לא הונח מחדש על שולחן הוועדה עם כינוסה של הכנסת ה-20, וממילא לא אושר עד היום.

173. הצוות הקדיש דיון ייעודי לנושא זה, שבסיכומו התבקשו גופי הביטחון השונים להעביר עמדות עדכניות בנוגע לנחיצות הצו וככל שהוא עדיין נחוץ – לתצורתו הראויה בהתחשב בהערות של ועדת חוקה. במענה לבקשה זו, שירות הביטחון הכללי העביר עמדה כתובה לפיה צרכיו שלו כבר מקבלים מענה במסגרות משפטיות אחרות, וככל שיתקן צו כאמור – ביקש להחריג אותו ואת עובדיו, בהווה ובעבר, מתחולתו.

174. קושי נוסף בעניין זה נובע מפרשנות שחיבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), כתוארו אז, מר מני מזוז, בסמוך לאחר חקירתו של ס"ק (ד) האמור ביחס לתיבה שבפסקה (3) בס"ק (ד), לפיה: "לעניין זה, 'הגורם המוסמך' – הצנזור הצבאי הראשי או בעל תפקיד אחר, הכל כפי שתקבע הממשלה בצו, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת". על פי פרשנותו של מר מזוז במכתבו למשנה למוזכר הממשלה, מר אריה זוהר, מיום 28.7.2003, כל עוד לא קבעה הממשלה בצו את הגורם המוסמך – הרי שאין גורם מוסמך כלשהו; כלומר, לגישתו – איזכור הצנזור הצבאי בתיבה זו אינו משמיע את הסמכת הצנזור בעצמו, אלא הוא אך בגדר אחת האפשרויות שהציב המחוקק, כהצעה לממשלה – שהיא זו שצריכה לקבוע מפורשות מיהו הגורם המוסמך; וכל עוד לא עשתה זאת – אין בנמצא גורם מוסמך.⁵² יצויין מיד כי פרשנות זו אינה הפרשנות הנוהגת בפועל כיום, במובן זה שהצנזורה, וכמוהו יתר גורמי הביטחון, קוראים את התיבה הנזכרת כמסמיכה בפועל את הצנזורה – אלא אם תקבע הממשלה בצו גורם אחר. חריג יחיד בעניין זה הוא שירות הביטחון הכללי – אשר רואה את עצמו כבעל סמכות לעניין פורשיו ועובדיו שלו – וזאת ללא קשר לסעיף זה ו⁵³על סמך

Commented [DG14]: על סמך איזה מקור נורמטיבי, בעצם?

175. ועוד נזכיר כי גם במצב הדברים הקיים, ובפרשנות הנוהגת בפועל, הרואה את הצנזורת הצבאית בתור הגורם המוסמך – שאלה היא האם סמכותה למנוע פרסומים לפי סעיף זה שונה, מבחינת מהות והיקף, מסמכויותיה המקוריות, מכוח תקנות ההגנה והפרשנות שניתנה להן בפסיקת בית המשפט העליון (ובפרט, בפרשת שניצר). גם שאלה אחרונה זו לא חודדה מעולם עד תום.

176. בנוסף לכל האמור, נזכיר כי יש בעייתיות במבנה סעיף קטן (ד) גם במובן זה שהוא מתייחס גם לסיטואציות של "ידיעה הנוגעת לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה". כאמור, לכאורה – אלה הן ידיעות סודיות, שעניינן אמור להיות מכוסה על ידי סעיפים 113 ו-113א; ואילו מנגנון ההגנה מפני העבירה מתייחס לעבירה (החופפת במידת-מה, אך לא זהה בדיוק ביסודותיה) הקבועה בסעיף 117.

177. לאור כל האמור, אנו ממליצים לבחון הצעה למחוק את סעיף קטן (ד) מתוך סעיף 117, וכי מנגנון ההגנה מפני כתב אישום על חשיפת סודות ביטחוניים יוסדר מחדש, אגב תיקון החקיקה המוצע לעיל בדבר העתקתם של סעיפים 113 ו-113א. לסימן ה' לחוק, שעוסק ב-"סודות רשמיים", כמוסבר מעלה. בין יתר המנגנונים הללו, שראוי יהיה להסדירם בהקשר זה – גם מנגנון הוועדה להיתר פרסומים, אליה נתייחס להלן בהמשך הדברים.

ראו חוות דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, כתוארו אז, מר מני מזוז, מיום...., שכותרתה...

הכללים לעניין היתר לפרסום – ועדת השרים להיתר פרסומים: בשנת 1975 קבעה הממשלה "כללים לעניין היתר לפרסום" (י"פ חוברת 2097, תשל"ה, 13.3.1975, עמ' 1316) (להלן: "הכללים"). כללים אלה "באים לקבוע את הנהל על פיו תיבדק בקשתו של עובד הציבור... לכלול ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו בפרסום אותו הוא מבקש לפרסם בארץ או מחוצה לה", והם פורסמו לכאורה מכוחו של סעיף 27 לחוק לתיקון דיני העונשין (ביטחון המדינה), תשי"ז – 1957 (להלן: "החוק הישן"), שהחלף לאחר מכן בסעיף 117 לחוק העונשין. על פי כללים אלה, על עובד הציבור המבקש לפרסם ידיעה בפרסום כאמור, להגיש בקשה לוועדת שרים המוקמת במסגרת הכללים (כאשר יו"ר הועדה הוא, באופן קבוע, שר המשפטים, והחברים הנוספים הם, באופן מסורתי, שר הביטחון ושר החוץ).⁵³ ועדה זו נועדה לבדוק את הפרסום המבוקש ולהחליט אם לאשרו לפרסום אם לאו. בפועל, הועדה עוסקת כמעט אך ורק בפרסומים של ספרים על ידי עובדי ציבור לשעבר – שכן הרכבה הבכיר אינו מאפשר לה להידרש לפרסומים הנעשים בפרקי זמן קצרים (למשל, טורי דעה בעיתונות; קל וחומר פרסומים באינטרנט).

177. **Commented [DG15]: הערת נד"ם:** על פני הדברים, אין מקום לדעתי לכלול המלצה זו בדו"ח, לפחות לא הנוסח הנוכחי שלה. הפצת דו"ח ציבורי שבמסגרתו נקבע, בפועל, שהמדינה פועלת בחוסר סמכות [כאשר יש פס"ד שקובע אחרת] היא לדעתי טעות, שתוצאותיה יכולות להיות שנבחר ציבור יראו עצמם פטורים מלפנות לוועדה.

179. סעיף 10 לכללים מבהיר כי אפיק הבדיקה על פי הכללים אינו מייתר את הצורך בפנייה לצנזורה, ככל שחלה חובה מכוח תקנות ההגנה, וזאת עוד לפני הפנייה לוועדת השרים. הטעם לכך הוא ששיקול הדעת שמפעילה ועדת השרים רחב משיקול דעתו של הצנזור הצבאי: בעוד שהצנזורה מתמקדת בשיקולים של ביטחון המדינה ובקיומו של פרסום קודם, ועדת השרים שוקלת שיקולים רחבים יותר, שאינם נוגעים רק לביטחון המדינה, אלא כוללים גם את יחסי החוץ, במגוון רחב של הקשרים. שיקול דעת רחב יותר זה – מתיישב עם בכירותו של הפורום ועם העובדה שבועדת השרים חברים שלושה נבחר ציבור, להבדיל מאשר פונקצינור ממונה יחיד, כדוגמת הצנזור הצבאי. יחד עם זאת, נעיר כי גם היקף זה של שיקול הדעת אינו נקי מספקות, שכן אין לו עיגון מפורש בדין מסמך.

180. כללים אלה התפרסמו על מנת להסדיר את התנהלותם של עובדי הציבור, לכאורה - מכוחו של החוק הישן. פרק ז' לחוק העונשין, העוסק ב-"ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים", אימץ, כמעט מילה-במילה, את נוסחו של החוק הישן. על כן, בהתאם להוראת סעיף 23 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981⁵⁴, ניתן לטעון כי הגם שחוק העונשין ביטל והחליף את החוק הישן, הכללים עודם בתוקף. ואולם, **מסקנה זו מוטלת בספק**. זאת, בעיקר משום שכלל לא ברור שלכתחילה, אף במסגרתו של החוק הישן, הייתה לממשלה סמכות לקבוע את אותם כללים: החוק הישן לא הסמיך את הממשלה במפורש לקבוע כללים; הוא לא התיר לה לייצר הוראה נורמטיבית בצורת חקיקת-משנה שתטיל חובות על הפרט, בוודאי לא חובות שהפרתן עולה כשלעצמה כדי עבירה פלילית. למותר לציין כי החוק הישן לא התייחס כלל לאיזונים הנדרשים אל מול חופש הביטוי (וכבר ציינו לעיל כי החוק הישן נשען על דין אנגלי ישן-ממנו, שתוקן וצומצם באנגליה ובארצות אחרות של המשפט המקובל).

181. אשר על כן, על פני הדברים, יש מקום לשאול האם אותם כללים לא נקבעו בחוסר סמכות, גם ביחס לחוק הישן עצמו, קל וחומר אל מול חוק העונשין הקיים, ובוודאי אל מול הפרשנות הראויה לו בעידן שלאחר חקיקת חוקי היסוד; לכל היותר ניתן לומר, שהמנגנון הקבוע בכללים אינו במעמד נורמטיבי של חקיקת-משנה (שכאמור, לא הייתה הסמכה אף בחוק הישן להתקינה) אלא הוראת מנהל של הממשלה, אשר לכל היותר יכולה לשמש כמנגנון של pre-ruling. המשמעות המשפטית של גישה כזו היא **שהכללים האמורים**

⁵³ ועדת השרים למתן היתר פרסומים הוקמה בהחלטת ממשלה 34 מיום 26.5.2015. בהחלטתה מס. 2045 מיום 17.11.2016 החליטה הממשלה לצרף את השר צחי הנגבי לוועדת השרים. הרכבה של הועדה משתנה מעת לעת בהתאם להחלטות הממשלה.

⁵⁴ סעיף 23 לחוק הפרשנות קובע: "משבוטל חוק, בטלים עמו התקנות והמינויים שנעשו מכוחו; אולם, מקום שהחיקוק המבטל קובע הוראות במקום המבוטלות - התקנות והמינויים שנעשו מכוח ההוראות המבוטלות יעמדו בתוקפם עד שיבוטלו בתקנות ובמינויים מכוח החיקוק המבטל".

אינם מנגנון מחייב אלא וולונטרי – ונתון להחלטתו ובחירתו של הפרט, עובד הציבור לשעבר, האם לפנות אל ועדת השרים ולקבל את אישורה לפרסום, אם לאו; תוך שהפרט נוטל על עצמו את הסיכון שאם לא יביא את טיוטת ספרו בפני הוועדה ויקבל את אישורה, עשוי להיות מוגש נגדו כתב אישום בגין מסירת ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו, לפי סעיף 117, בעבירת הריגול לפי סעיף 113, או בעבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק.

182. עמדת המדינה, באופן עקבי עד כה, הייתה כי הפנייה אל הוועדה היא בגדר חובה המוטלת על עובד הציבור בכל מקרה שבו עובד הציבור מתכוון לפרסם ידיעה שהגיעה אליו במסגרת תפקידו, וכי אין מקום להותיר בידיו ולשיקול דעתו הפרטני את ההחלטה אם לפרסם ידיעות אם לאו, שכן ברי כי הנזק הפוטנציאלי לביטחון המדינה וליחסי החוץ שלה עשוי להיות ניכר ביותר; והפרסום עצמו הוא פעולה שאין ממנה חזרה או תיקון בדיעבד. עמדה זו אף התקבלה בעבר בפסק דין של בית המשפט העליון, בפרשת **יצחקי**⁵⁵: בבסיס ההכרעה עמדה פרשנות מרחיבה ביותר של חובת האמון של עובד ציבור לשעבר, ממנה גזר בית המשפט כי לעותר יצחקי, שביקש לכתוב ספר ולהשתמש במידע שהגיע לידי אגב תפקידו – אין כל זכות במידע, שהוא בגדר קניין רוחני של המדינה, ואין הפרט יכול ליהנות ממנה. אף בפרשת **מייק אלדר**, אף שלא נפסק דין בהקשר ספציפי זה, מהערות אגב בעל פה של כב' השופט סטרשנוב במהלך הדיון, ואף מן העובדה כי ניתן צו עשה לאיסוף הספרים באותו מקרה, ניתן ללמוד כי בית המשפט המחוזי הכיר דה-פקטו בכך שחלה על מר אלדר החובה להקדים ולפנות לוועדה טרם פרסום ספרו.

183. ואולם, כאמור, בעיינו עמדה זו היא מוקשה, ואינה נקייה מספקות בעת הנוכחית ועם שינוי העיתים והתפישות המשפטיות מאז מועד שנקבעו הכללים. פרשת יצחקי שזכרה לעיל – הוכרעה על בסיס החוק הישן, לפני למעלה מ-40 שנה; ספק רב אם הצדקותיה היו עומדות כיום, בעידן התקשורת הנוכחי לאור מגמת השקיפות, בעידן חוק חופש המידע ולאחר כינונם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. ואילו בפרשת אלדר - אין מדובר בפסיקה מנומקת; אין מדובר בהלכה מחייבת של בית המשפט העליון; וממילא מדובר בהחלטה שחלפו כ-20 שנה מאז ניתנה.

184. מעבר לכך, קושי נוסף בעיגונם המשפטי של הכללים נובע מהפערים בין החיקוקים השונים. כך למשל, במסגרת הכללים, מוגדר המושג "עובד הציבור" כך: "ראש ממשלה, שר, סגן שר, נושא משרה או תפקיד ממלכתי במינוי על פי חיקוק, עובד המדינה לפי חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 או לפי חוזה או בדרך אחרת, לרבות חייל ושוטר, וכן מי שהיה מן המנויים בהגדרה זו וחדל להיות אחד מאלה". הווה אומר, כללים אלה מחייבים לא רק עובדי ציבור, אלא גם נבחרי ציבור – וגם מי שחדלו להיות כאלה. ואולם, הגדרתו של המושג "עובד ציבור" במסגרת חוק העונשין כיום היא רחבה מהגדרה זו המופיעה בכללים⁵⁶. קושי נוסף בהקשר זה הוא שלא ברור לחלוטין מה היחס בין הוועדה להיתר פרסומים לבין הצנזורה.

185. לבסוף, נחזור ונזכיר כי מנגנון זה של הוועדה להיתר פרסומים, אפילו בהתעלם מכל הקשיים המשפטיים אשר נמנו לעיל – הוא בבירור מנגנון המספק מענה חלקי בלבד לפרסומים של עובדי ציבור לשעבר. כאמור, המנגנון מושתת על ועדה של שלושה שרים – וברי כי מנגנון שכזה לא נועד ולא יכול ליתן מענה מידי ואפקטיבי לפרסומים הרבים מספור שעובדי הציבור, בהווה ולשעבר, מבקשים לפרסם. הגם שיעילותו המוגבלת של מנגנון זה הייתה בעוכריו מאז ומעולם – ברי כי בעידן האינטרנט, כאשר "כל אדם הוא עיתונאי", ומגוון

55. ראו בני"צ 159/73, **אריה יצחקי נ' שר המשפטים**, פ"ד כח(2), תשל"ד-תשל"ה 1974 (ניתן ביום 21.7.1974). בית המשפט קבע שם כי: "מי שהיה עובד המדינה ובתור שכזה נתרכזו בידיו ידיעות שהן סודות המדינה מעבודתו, חייב לשמור אמונים למדינה ולא למסרן לאחר ללא סמכות בדין".

56. כאמור, ראו ההגדרה הרחבה של המושג "עובד הציבור" בסעיף 34כד. לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שצוטטה בהערת שוליים 16 לעיל.

הבמות והזירות להתבטאות או לניצול של ידיעות שהגיעו לעובד הציבור אגב תפקידו הוא גדול הרבה יותר – מנגנון זה הופך עוד הרבה פחות רלבנטי מאשר בעבר.

186. המלצתנו בנוגע למנגנון זה של וועדת השרים מורכב משלושה נדבכים – ראשית, נדרש תיקוף ברמת המדיניות של הצורך בהמשך עבודתה של ועדת השרים. מדיוני הצוות עלה שנראה שאמנם קיים צורך כזה, אך נראה שהוא מחייב חידוד בשאלה מהו, אם בכלל, ה"ערך המוסף" שיש, או שצריך להיות, למנגנון זה מעבר לצנזורה. שנית, נדרשת הכרעה משפטית באשר לתקפות הכללים שמכוחם פועלת וועדת השרים כגוף מחייב נכון להיום. ושלישית, בהתאם למסקנת השלב השני, יהיה מקום להמליץ על קידום הסדרה משלימה או חלופית, לרבות חקיקה שתגדיר את הסמכות והיקפה; את עיקרי שיקול הדעת בהפעלת הסמכות; העברת הסמכות מדרג נבחר לדרג מקצועי בכיר; ועוד.

187. **דיני הצנזורה:** חלק ח' של תקנות ההגנה קובע את סמכויותיו של מוסד הצנזורה. עיקרו של ההסדר הוא בהסמכת הצנזור הצבאי לאסור פרסום של חומר, כאמור בתקנה 87, שכותרתה "חומר אסור":

"87. (1) הצנזור רשאי לאסור בצו, בדרך כלל או במיוחד לפרסם חומר שפרסומו היה עשוי או עלול להיות עשוי לפגוע, לדעתו, בהגנתה של ישראל או בשלומה של הציבור או בסדר הציבורי.

(2) כל אדם המפרסם כל חומר מתוך הפרת צו לפי התקנה הזאת, ובעליו ועורכו של כל פרסום שבו נתפרסם, והאדם שכתב, הדפיס, צייר או שרטט את החומר, ייאשמו בעבירה על התקנות האלה".

188. תקנה 97 לתקנות ההגנה, שכותרתה: "כוח לדרוש הגשת החומר לצנזורה לפני פרסומו", קובעת כי:

"97. (1) הצנזור רשאי לדרוש בצו מבעליו, מעורכו, ממדפיסו או ממוציאו לאור של כל פרסום, או מבעליו או מנהלו של כל בית-דפוס או עסק של דפוס, או ממחברו של כל חומר, או מכל אדם העומד להדפיס או לפרסם כל חומר, שיגיש לצנזור לפני ההדפסה או הפרסום כל חומר שנועד להדפסה או להוצאה לאור.

(2) כל צו כזה יכול להינתן בין בדרך-כלל ובין בדבר נושא מיוחד או לסוג של נושאים ובמקרה של פרסום המתפרסם לעתים קבועות או בלתי-קבועות הוא יכול להינתן על כל הוצאה מיוחדת או סוג של הוצאות או על כל ההוצאות במשך תקופה נקובה.

(3) כל אדם המפר צו לפי התקנה הזאת יאשם בעבירה על התקנות האלה".

189. מכוחן של תקנות 187(1) ו-97, התקין הצנזור הצבאי את צו ההגנה (שעת חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת ואיסור פרסום), תשל"ב-1972 (להלן: "צו הצנזור"), ובו נקבעו סעיפים 2 ו-3, שכותרותיהם "הגשה לבדיקה מוקדמת" ו-"איסור פרסום", בהתאמה, בזו הלשון:

"2. כל המפרסם ספר הנוגע לביטחון המדינה, חייב להגישו לצנזור לפני פרסומו.

3. הואיל ואני סבור כי פרסומו של ספר הנוגע לביטחון המדינה בניגוד לאמור בסעיף 2 עלול לפגוע בביטחון המדינה, הריני אוסר לפרסם ספר כאמור כל עוד לא הוגש לצנזור, או שהוגש לו ועדיין לא נתקבלו הוראותיו, או שנתקבלו הוראותיו ולא קוימו".

190. הנה כי כן, על פני הדברים, סמכויותיה של הצנזורה הן רחבות, כמעט ללא גבול: הצנזור מוסמך לדרוש מראש, לפני הפרסום, כל ידיעה, בכל נושא ומטעם כל כותב, והוא מוסמך למנוע פרסומה של כל ידיעה אשר, על פי דעתו, יש בה כדי לפגוע בהגנת המדינה, בשלום הציבור או בסדר הציבורי. באשר לספרים - קיימת חובה להגיש טיוטה של כל ספר הנוגע לביטחון המדינה לבחינתו המוקדמת של הצנזור, והוא מוסמך לאסור את פרסומו או ליתן הוראות באשר לתוכנו כתנאי לפרסומו.

191. עם זאת, לא למותר לציין כי למרות לשונן המרחיבה של תקנות ההגנה, בפרשנותו הפסוקה, צמצם בית המשפט העליון את היקף שיקול הדעת בהפעלת סמכות זו. אחד מפסקי הדין הבולטים הוא פסק דינו של השופט ברק בבג"צ 680/88, מאיר שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4), 617 (ניתן ביום 10.1989), בו נכתב, בין היתר:

17" ... תקנות ההגנה המנדטוריות מתפרשות על רקע ערכיה של מדינת ישראל. בפירושן יש לאזן בין ביטחון המדינה והסדר הציבורי מזה לבין חופש הביטוי מזה. איזון זה משמעותו, כי ניתן להגביל את חופש הביטוי, כאמצעי אחרון, רק מקום שקיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה ובסדר הציבורי. ...

22. תקנה 87 לתקנות ההגנה קובעת, כי הצנזור רשאי למנוע פרסום, אם, לדעתו, הפרסום עלול לפגוע - כלומר, קיימת ודאות קרובה של פגיעה ממשית - בביטחון המדינה. מה משמעות הקביעה, כי ההכרעה בקיום הפגיעה כלומר, בקיום הודאות הקרובה לפגיעה הממשית - היא על-פי דעתו של הצנזור הראשי? משמעות הקביעה הינה, כי הצנזור - הוא ולא אחר - הינו בעל הסמכות בעניין זה, ואם קיימות מספר אפשרויות חוקיות בעניין זה, הבחירה נעשית על ידו ולא על-ידי זולתו. קביעה זו אין משמעותה כי הצנזור הראשי רשאי להגיע לגיבוש החלטתו בכל אופן הנראה לו. אכן, החלטתו של הצנזור צריך שתהא סבירה, כלומר, שצנזור סביר היה עושה אותה בנסיבות העניין. ... בקביעת סבירותה של החלטת הצנזור הצבאי יש להתחשב במערכת העובדות מזה, ובהערכתו על-פי המבחן של הודאות הקרובה לפגיעה הממשית בביטחון מזה. השאלה בכל מקרה הינה, אם צנזור צבאי סביר רשאי להגיע למסקנה, כי, על יסוד מערכת העובדות הנתונה, אכן עלול הפרסום לגרום - כלומר, קיימת ודאות קרובה לכך כי הפרסום יגרום - לפגיעה קשה או ממשית בביטחון המדינה.

23. ... הקביעה, כי אם הפרסום לא ייאסר קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה, צריכה לבסס עצמה על ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות. עם זאת אין לשכוח כי הקביעה על דבר הודאות הקרובה של הפגיעה הממשית בביטחון מבססת עצמה, מטבע הדברים, לא רק על עובדות אלא גם על הערכה באשר להתפתחויות עתידיות. אמת הדבר, ההערכה צריכה לבסס עצמה על ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות. עם זאת, ההערכה מטבעה צופה פני העתיד, ואין היא יכולה שלא לעסוק בבחינת סיכונים וסיכויים. כל שניתן לדרוש לעניין זה הוא, שהבחינה תהיה סבירה. אין לדרוש מהצנזור הצבאי כי תפעם בו רוח נבואה".

192. בעקבות פסיקה זו ופסקי דין נוספים, הפרקטיקה שהתגבשה אצל הצנזורים הצבאיים לדורותיהם היתה כי משהתפרסמו דברים ברבים, ככלל, לא נאסר ולא הוגבל פרסומם באופנים נוספים, גם אם הפרסום הנוסף נעשה בתפוצה רחבה יותר, בבמה בולטת יותר או מפיו של אדם בכיר יותר.

193. תקנות ההגנה (שלמרות שמן - מעמדן הנורמטיבי הוא של חקיקה ראשית) הותקנו על ידי המחוקק המנדטורי בשנת 1945, ונועדו ליתן כלים בידי של משטר קולוניאלי, בלתי דמוקרטי, להתמודד עם האיומים עליו, על רקע מלחמת העולם השנייה, מזה; ומאבקן של המחותרות לעצמאות ישראל, תוך הסלמת הסכסוך בין האוכלוסייה היהודית לפלסטינית בתוך שטח המנדט, מזה. כלי משפטי זה הוא בעיית.
194. למותר לציין כי הקמת המדינה כמדינה ריבונית, ובוודאי השינויים המשפטיים מרחיקי הלכת שחלו לאורך השנים, ובראשם עיגונו של חופש הביטוי כזכות יסוד, עוד מראשית ימיה של המדינה – מציבים קשיים של ממש ללגיטימיות המשפטית של מוסד הצנזורה. קושי חוקתי זה בוודאי התעצם לאור חקיקת חוקי היסוד של 1992; ולאור התפישה המושרשת היטב של חשיבות העיתונות וחופש העיתונות לקיומו של שיח פומבי דמוקרטי ומגוון.
195. כידוע, בית המשפט העליון, הכנסת ובעקבותיהם – גם משרד המשפטים, עושים מאמץ מתמשך להחליף נורמות משפטיות הנשענות על מצב החירום בנורמות משפטיות רגילות, המותאמות למצב שיגרה, ובמטרה להביא בסופו של דבר לביטולו של "מצב החירום" המשפטי השורר במדינה. כמו כן, נעשים מאמצים למחוק את הוראותיה של תקנות ההגנה ולעגן, ככל שיש בהן צורך, במסגרתה של חקיקה ישראלית עדכנית ודמוקרטית.
196. לשינוי משפטי עמוק זה יש להוסיף את השינויים הדרמטיים שחוללה ההתקדמות הטכנולוגית ברלבנטיות של מוסד הצנזורה. בעוד שמוסד זה היה יעיל ואפקטיבי בעידן של תקשורת מודפסת בעיקר, על ידי מספר מוגבל של עיתונים – מוסד זה איבד חלק מכוחו ויעילותו בעידן של תקשורת טלוויזיונית משודרת, רב-ערוצית, בינלאומית, מושתתת שידור לווייני, שאינה בשליטת המדינה; וביתר שאת מאתגר בעולם של תקשורת אינטרנטית ודיגיטלית, על השפע והעושר הבלתי נדלה של מידע שהיא מייצרת.
197. נזכיר בהקשר זה כי בעקבות השינויים הטכנולוגיים מרחיקי לכת, מנסה הצנזורה בשנים האחרונות להרחיב את תחומי פעולתה למחוזות האינטרנט, שמעולם לא בוקרו ולא נדרשו לאישור צנזוריאלי בעבר. ניסיונות אלה – נעשו מבלי שקדם להם תיקון חקיקה, על סמך לשונן הנוכחית של תקנות ההגנה וסמכויותיה הקיימות של הצנזורה.⁵⁷
198. במהלך דיוני הצוות, הופיעו בפני הצוות מספר עיתונאים, רבים מהם בכירים וותיקים; בפרט – הופיעו בפני הצוות עיתונאים שעיקר התמחותם ותחומי עיסוקם וסיקורם הם הצבא והביטחון.⁵⁸ דווקא העיתונאים הללו, אשר ניתן היה לצפות כי יהיו מתנגדי החריפים ביותר של מוסד הצנזורה וסמכויותיו – דווקא הם ברובם צידדו בהותרת המצב המשפטי על כנו, וסברו כי ככל הניתן – אין לשנות את הסדרת מוסד הצנזורה ולקדם את עיגונה בחקיקה חדשה. את ההסבר שהציעו העיתונאים לעמדתם זו ניתן לתמצת, בעיקרו של דבר, לאמירה כי: "עדיף דבר מוכר וידוע על פני חוסר הודאות שבשינוי".

⁵⁷ בעניין זה, ראוי לשים לב ללשונו של נוהל סדרי העבודה של הוועדה לענייני צנזורה, מחודש מרץ 2017. הוועדה לענייני הצנזורה מהווה תחליף עדכני ל-וועדת העורכים' ההיסטורית. הנהל עוסק למעשה בהסדרת סדרי הדיון בוועדה. נוהל זה מגדיר את המושג "כלי תקשורת – עיתונאי או עורך בעיתון או באמצעי תקשורת אחר, ובכלל זה מפרסם תוכן ברשת מקוונת וברשת חברתית, ובעיתונאי – בין אם הוא פועל דרך קבע במסגרת עיתון או אמצעי תקשורת אחר ובין אם הוא פועל באופן עצמאי דרך קבע או לסירוגין" (הדגשה הוספה ואינה במקור). יוער, עם זאת, כי נוהל עבודה זה, שמעמדו הנורמטיבי אינו ברור לחלוטין, ואשר עוסק בעיקרו של דבר בסדרי דין ופרוצדורה, מדגיש בעצמו כי: "5 (א) מקור סמכות הוועדה נובע מרצון הצדדים להליך, ומהסכמתם לברר בפני הוועדה את הסוגיות שבמחלוקת ביניהם קודם לפנייה לערכאות". הווה אומר – סמכות ועדה זו היא כעין מנגנון בוררות Pre-ruling, התלוי בהסכמת הצדדים. ראו להלן הערת שוליים 10.

57

58

199. על רקע השינויים המשפטיים והטכנולוגיים מרחיקי הלכת שחלו במשפט הישראלי, בשוק התקשורת הישראלי, ובשדה הטכנולוגי, אנו סבורים כי ראוי לשקול שוב את האפשרות להסדיר מחדש את מעמדו, סמכותו ותפקידיו של מוסד הצנזורה. זאת – הגם שאנחנו ערים כי הצעות כאלה עלו בעבר ולא זכו לאהדת הדרג הפוליטי.

200. בהקשר זה, נזכיר כי בשיח האקדמי ניתן למצוא הצעות שונות להבנייתו מחדש של מוסד הצנזורה ולהסדרת סמכויותיו בחקיקה ראשית, וכי אין תאימות בין המודלים השונים שהוצעו. מבלי להכריע בין המודלים השונים, ורק למען הצגת כיווני מחשבה אפשריים בנושא זה, אנו רואים לנכון להציג בקצרה את הצעתה של מי שהייתה בעצמה הצנזורת הצבאית הראשית, תא"ל (במיל') סימה וקנין-גיל.

201. במאמר שפרסמה בעניין זה⁵⁹, סוקרת וקנין-גיל את ההיסטוריה של מוסד הצנזורה, את הביקורת המשפטית עליו והשינויים שחלו בו לאורך השנים – ומציעה קווים כלליים מנחים להסדרתו מחדש בחקיקה עדכנית ומודרנית. עיקר הצעותיה:

- א. מוסד הצנזורה ייצא מן המסגרת הצבאית, ויוסדר כמוסד אזרחי.
- ב. וקנין-גיל מציעה לצמצם בחקיקה את סמכויותיו של מוסד הצנזורה אך ורק לנושאים הנוגעים לביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה – כאשר הבסיס יהיה הנושאים המוסדרים ב-"הסכם העורכים" האחרון, ואף את אלה יש לבחון בגישה מצמצמת ובמגמת הצרה.
- ג. תיקבע הבחנה ברורה בין דפוסי פעולתה והיקף סמכויותיה של הצנזורה בשעות לחימה וחירום לעומת זמני שיגרה:

- **בזמני שיגרה**, המודל יהיה של "אכיפה בדיעבד", קרי: ייקבע איסור פלילי לפרסם ידיעות הפוגעות בביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה – ואולם, בחינת קיומה של פגיעה זו תהא תמיד בדיעבד, לאחר הפרסום, וניתן יהיה להעמיד לדין בגינה את הגורם המפרסם. בהתאם לכך – תוחמר מדיניות האכיפה של רשויות החקירה והתביעה ביחס לאותם פרסומים שיימצאו פוגעים בביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה. הפנייה לצנזורה לפני הפרסום תהא וולונטרית, על פי רצונו של המפרסם – וסמכותה תהא כשל גורם ממליץ או מיעץ, המספק Pre-ruling, כך שעמידה בדרישותיה תספק הגנה מפני העמדה לדין. כמו כן, תוסמך הצנזורה ליזום ולפרסם הנחיות.

- לעומת זאת, **בזמני לחימה וחירום**, יתרחב האיסור הפלילי ויחזור למה שקבוע, פורמלית, כיום – קרי, מודל של "מניעה מוקדמת": קרי, תיקבע חובה מפורשת להגיש לאישור הצנזורה פרסומים בנושאי חוץ וביטחון שייקבעו לאישור מוקדם, לפני פרסומם. החלטת הצנזורה תהא מחייבת, כך שאי-הגשת פרסום לאישור, או פרסום בניגוד לאישור או בלעדיו – יהווה עבירה פלילית, ותיקבע מדיניות אכיפה מחמירה בעניין זה.

ד. יוסדרו במפורש סמכויות הצנזורה גם ביחס לפרסומים באמצעי התקשורת האלקטרונית, לרבות ובפרט באשר לפרסום באינטרנט או ברשתות חברתיות (פייסבוק, טוויטר וכו').

59 סימה וקנין-גיל, "הצנזורה בישראל – התאמת דגם הצנזורה והתשתית החוקית לנורמה הנוהגת בישראל", **משפט וצבא** – כתב העת של הפרקליטות הצבאית, גיליון 21(א), ינואר 2015, עמ' 69-156.

ה. תוקם ערכאה ייחודית (בית דין מנהלי) שידון בעררים על החלטות הצנזורה.

202. מעבר לאמור, מאחר ושקילה חוזרת של האפשרות להסדיר בחקיקה עדכנית את מעמדה וסמכויותיה של הצנזורה לא זכתה בעבר לאהדת הדרג המדיני, הצוות סבור כי גם במסגרתו של הדין הקיים, על המדינה לגבש מדיניות אכיפה ברורה יותר מזה הנהוגה היום ביחס לאותם מפרסמים (עיתונאים וסופרים) אשר אינם מקיימים את הוראות הדין הקיים – בין במובן זה שאינם מביאים את טיוטות ספריהם לעיון וביקורת הצנזורה, ובין במובן זה שאינם מקיימים את דרישות הצנזורה לתיקון או השמטה של פרטי מידע מתוך כתביהם. ברי כי מדיניות אכיפה זו צריכה להיות זהירה ושקולה, ולהיות מופעלת רק במקרים מתאימים שבהם ניתן לבסס בבירור את הפגיעה בביטחון המדינה הגלומה בפרסום.

203. **צווי איסור פרסום**: כלי נוסף שמגביל פרסום מידע מראש הוא הוצאת צווי איסור פרסום שיפוטיים. העיגון המשפטי לכך נקבע עם חקיקתו בדצמבר 2002 של סעיף-קטן 70(ה) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), הקובע כי:

(70)... (ה) **בית משפט רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום או פרט אחר מפרטי החקירה, אם הדבר עלול לפגוע בחקירה שעל פי דין**; קבע בית המשפט כאמור, יפקע האיסור עם הגשת כתב האישום נגד החשוד, אלא אם כן קבע בית המשפט האחרת.

204. עוד לפני השלמת חקיקתו של סעיף זה, באוגוסט 2002, הוציאה פרקליטת המדינה, דאז, עדנה ארבל, באישור היועץ דאז, אליקים רובינשטיין, את הנחיית פרקליטת המדינה, 14.14, שכותרתה: "צווי איסור פרסום בעניינים הנוגעים לביטחון המדינה" (להלן: הנחייה 14.14). הנחייה זו עוסקת ביחס בין צווי איסור פרסום לבין עבודת הצנזורה, והיא לא פורסמה באופן רשמי בקובץ הנחיות פרקליט המדינה. במקביל לדיוני הצוות התחדדה שוב סוגיית היחס בין צווי איסור פרסום לבין עבודת הצנזורה, וכן הוגשה ונדחתה עתירה לבית המשפט העליון בה התבקש, בין היתר, לבטל את ההנחיה האמורה.⁶⁰ הצוות ממליץ כי יושלם המהלך שכבר החל במשרד המשפטים / בהובלת פרקליטות המדינה, של תיקוף והבהרת הכלל הבסיסי בנוגע ליחס בין שני המשלולים האמורים, תוך כדי עדכון וחיידוד נהלי העבודה בין הגופים השונים בממשק זה.

205. עיקרי סיכום הדיון הופצו במרץ 2017 וכוללים הצעה לפעולה בעניין בשלוש חלופות. **החלופה הראשונה** - יצירת שני מסלולי פעולה נפרדים וללא חפיפה בין רשויות הביטחון והאכיפה לבין הצנזורה הצבאית. בענייני ביטחון, לרבות חקירות ביטחוניות של שב"כ, הבחינה תהיה בידי הצנזורה והשימוש בסעיף 21(ה) יצומצם רק להקשר הפלילי. **החלופה השנייה** - השארת ההנחיה בתוקף וללא שינויים מהותיים. המענה לקושי שהציפה הצנזורה יינתן באמצעות הגברת האכיפה כלפי מי שמפרסם תוך הפרת צו איסור פרסום והמשך חידוד הקריטריונים והאופן הראוי להגשת בקשות צא"פ על ידי הרשויות. **החלופה השלישית** - השארת עיקרי ההנחיה בתוקף לצד יידוע מבקש הפרסום על קיומו של צו איסור פרסום. הצנזורה במקביל תבצע את תפקידה באופן מלא ובמנותק מצו איסור הפרסום. האחריות לעמידה בהוראות הצו היא על העיתונאי/כלי התקשורת והאכיפה באחריות המשטרה והפרקליטות.

Commented [DG17]: לא הבנתי מההערות השונות מה לכתוב...

6060 בג"צ 1218/17, פלוני נ' הצנזורת הצבאית הראשית. העתירה נדחתה בפסק דין קצר ובלתי מנומק, ביום 5.7.2017.

דו"ח צוות סופרי צללים – טיוטת #2 של גרסה #2

IX. על הצד מקבל המידע – מה, אם בכלל, ניתן להציע?

206. פתחנו את דיונונו בשרטוט ציר העברת המידע – הציר שבין הצד הדולף לבין הצד מקבל המידע. מיקדנו את דיונונו עד כה בצד הדולף, קרי – בגופי המדינה בכלל, וגופי הביטחון בפרט, שמייצרים ומחזיקים בידיהם מידע מסווג, ואשר הם גם אלה שמהם יוצא מידע זה ומגיע אל התקשורת והעיתונות. הרציונל להתמקדות זו בצד הדולף הוא הצורך לשמור ולהגן על חופש הביטוי וחירות העיתונות, שהם תנאי-בלעדי-אין לקיומו של שיח ציבורי משוכלל, ולכן גם לקיומה ותפקודה של חברה דמוקרטית.

207. משאמרנו כל זאת; ומשהגענו עד הלום בדיונונו – בשולי הדברים נרשה לעצמנו להציע להלן, בזהירות המתבקשת, כמה השלמות אפשריות וולונטריות ליצירתם של ההסדרים לשמירה על הסוד הביטחוני, הפעם – דווקא מן הצד מקבל המידע, כלומר – מצד העיתונות.

208. עיקר לענייננו בהקשר זה יהיה כי העיקרון המנחה יהיה וולונטריות – קרי, היעדרה של כפייה כלשהי; ומטעם זה, ההבניה המשפטית של הצעותינו שלהלן תושתת על הסכמות רצוניות ועל המלצות – ולא על עיגון בחקיקה או מגנונים של אכיפה.

209. נקודת המוצא לדיונונו היא ההנחה כי בפועל – עיתונאים רבים מחזיקים בידיהם תרשומות ומסמכים המכילים מידע מסווג וסודות ביטחוניים ומדיניים שונים, אשר נצברים לאורך שנות עיסוקם ופעילותם המקצועית. בעידן הנוכחי, שבו רבים מן הרישומים הללו מוחזקים כקבצים אלקטרוניים על גבי מחשב, יוצא אם כן כי אותם עיתונאים מחזיקים בידיהם בפועל מאגרים של מידע מסווג. הגם שמאגר המידע שבידי עיתונאי אינו בהכרח סדור, מלא ומאורגן – עדיין, הוא יכול להיות בעל ערך רב מאוד מבחינה מודיעינית. על כן, מחשביהם ומאגריהם של עיתונאים עשויים לשמש מטרה ויעד למתקפות של גורמי מודיעין זרים, במטרה להשיג את אותו מידע מסווג האגור בהם. המטרה, אם כן, הינה לעודד או לאפשר לעיתונאים להגן על המידע המסווג השמור בידיהם מפני מתקפות כאמור.

210. בהתאם לכך, אנו סבורים כי הממשלה צריכה להחליט על גורם מרכזי אחד (ויכול שיהא זה משרד הביטחון, לשכת העיתונות הממשלתית או גורם אחר שייקבע) אשר יפרסם המלצות וולונטריות לעיתונאים באשר לאופני שמירת המידע המצוי ברשותם והגנה על מחשביהם. המלצות אלה יוכלו להתעדכן מזמן לזמן. ודוק: המלצות אלה – יהיו בגדר המלצות בלבד, כלומר קבלתן ויישומן יהיו וולונטריים לחלוטין, ומסורים לשיקול דעתו של כל עיתונאי ועיתונאי. המלצות אלה לא יאכפו ולא יחייבו – ובפרט, הפרתן או התעלמות מהן לא תגרור אחריה העמדה לדין של העיתונאי המפר, כשלעצמה.

211. כך למשל, יוכל אותו גוף שייבחר להמליץ על תוכנות הגנה מפני רוגלות; להציע לקיים מערכות מחשב נפרדות ומנותקות מהאינטרנט לשמירה על מידע מסווג וכדומה. יתר על כן, ייתכן וניתן יהיה להעמיד לטובת עיתונאים (על פי קריטריונים מסוימים שייקבעו) אמצעים טכנולוגיים שונים שכאלה, בהתאם לשיקול דעתו של הגורם המקצועי.

212. אנו סבורים כי מסגרת וולונטרית מעין זו תוכל להיטיב עם העיתונאים עצמם והאינטרס שלהם-עצמם בהגנת המידע המוחזק בידיהם – בנוסף ובמקביל לאינטרס המדינתי בהגנת המידע שהתגלגל לידי עיתונאים; ומבלי לפגוע בחופש העיתונות.

דו"ח צוות סופרי צללים – טיוטת #2 של גרסה #2