

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

בג"צ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פד"י כ"ח (2) 692

1. פתיחה

אריה יצחקי הועסק כעובד אזרחי במחלקת ההיסטוריה של צה"ל משך 4 שנים. לאחר פרישתו בשנת 1970, כתב ספר בשם "המערכה על לטרון". את ייחודו של הספר ראה המחבר בכך, שהווה "צירוף רסיסי המידע והרכבתם לתמונת פסיפס מדוייקת". חלקו של החומר עליו הסתמך הכותב היה ידוע בציבור עוד קודם לכן, חלקו הגיע לידיעתו בטרם הצטרף לשירות המדינה, וחלקו נשאב מהיבורים המצויים במחלקת ההיסטוריה של צה"ל, שבמסגרתה הועסק.

הספר הוגש לאישור הצנזור הצבאי בהתאם לצו הגנה (שעת חירום) (הגשת ספרים לבקורת מוקדמת ואיסור פרסום), תשל"ב-1971.² בשנת 1971, נתן הצנזור הצבאי אישור לפרסום הספר. כך עבר מר יצחקי את המחסום החשוב ביותר לפרסום — מחסום הצנזורה הבטחונית. אך עם קבלת אישור הצנזורה הצבאית, הסתבר למר יצחקי כי הצנזור הצבאי אינו הרשות הצנזוראלית היחידה במדינת ישראל, וכי קיים מחסום נוסף לפרסום: סעיף 27 לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957 (להלן: "סעיף 27").³ הסעיף קובע:

"(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".

הסעיף הופך את הפעולה של פרסום ידיעות, שהגיעו אל עובד הציבור בתוקף תפקידו "ללא סמכות כדין", לעבירה פלילית. לפי החלטת הממשלה, נמצאת הסמכות להתיר ידיעות כאלה לפרסום בידי שר המשפטים.⁴

מר יצחקי הגיש בקשת היתר לשר המשפטים ואליה צירף רשימה של 21 פרטים

1 בג"צ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פד"י כ"ח (2) 692, 694.

2 ק"ת 2798 תשל"ב (20.1.1972), 576.

3 ס"ח 235 תשי"ז, 172; תיקון: ס"ח 495 תשכ"ז, 42.

4 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 694.

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

שהגיעו אליו בתוקף תפקידו⁶. הבקשה נדחתה ועל הדחיה קובל העותר בפני בית-המשפט הגבוה לצדק.

עיקר טענתו של העותר היא, שהופלה לרעה על-ידי הרשות: מחברים אחרים קיבלו היתר להשתמש בחומר המצוי בארכיון צה"ל בנוגע לקרבות לטרון ואף לפרסמו. בית-המשפט הגבוה לצדק דחה את העתירה.

בדחותו את העתירה קבע בית-המשפט כי התערבות שיפוטית בהחלטת הרשות למנוע מידע מוגבלת למקרים בהם "החלטת הרשות שלא להתיר את הפרסום המבוקש... ניזונה ממניעים הנעוצים בחוסר תום-לב, או הנוגדים בעליל את האינטרס הציבורי"⁷. מבין שלושת השופטים שישבו לדין, כתבו שניים חוות-דעת: השופטים זוסמן ויתקון. השופט מני הצטרף בהסכמה.

פסק-דינו של השופט זוסמן מתרכז במרכיב הראשון של הקריטריון שלעיל: חוסר תום-לב. לדעת השופט זוסמן אין במתן היתר פרסום בנושא קרבות לטרון לשלושה מחברים אחרים לעומת שלילת ההיתר מן העותר משום חוסר תום-לב, שכן שם היתה למדינה זכות יוצרים בפרסום בעוד שכאן מבקש המחבר זכות יוצרים לעצמו⁸.

פסק-דינו של השופט ויתקון מתרכז במרכיב השני: מניעים הנוגדים בעליל את האינטרס הציבורי. דעתו היא, שאין "אינטרס לגיטימי אמיתי בפרסום מידע, שהופקד בידי המפרסם למשמרת נאמנה, אלא אם בא הפרסום על-פי יומת הממונים עליו"⁹. את טענת ההפלייה הוא דוחה מן הטעם שאין כאן "זכות מן הזכויות הקנויות לאזרח, אשר את כיבודן זכאי הוא לדרוש מן הרשות"¹⁰.

בטרם נבהיר לקורא מה מצפה לו בעמודים הבאים, נציין תחילה במה אין בכונתנו לדון. אין מטרתה של רשימה זו לבחון אם עובדתית הופלה העותר לרעה, לאור קנה המידה להתערבות שיפוטית שהוצג לעיל. כמו כן, אין בדעתנו לדון בשאלה הספציפית של זכות היוצרים שיש למדינה בחיבורים מסויימים וזכותו של האזרח לעשות בהם שימוש. עובדות המקרה שלפנינו משמשות לנו רק קרש קפיצה לדין ביחס שבין סודיות

5 גלגוליה של בקשת ההיתר היו כדלקמן: תחילה נדחתה הבקשה ובעקבות הדחיה פנה העותר לבג"צ (בג"צ 495/72). בבירור העתירה הוחלט שעל העותר לנקוב בידיעות שלגביהן הוא מבקש היתר. העותר חזר בו מעתירתו ולאחר מכן הגיש בקשה שניה לשר המשפטים ובה פירוט 21 ידיעות אשר לגביהן "נראה למרשנו כי הגיעו אליו בתוקף תפקידו". רשימת הפרטים הפנתה את שר המשפטים לעמודים מסויימים בספרו של העותר. מפסק-הדין לא ברור אם דרישתו של שר המשפטים לדעת, כיצד הגיעו הידיעות נשוא הבקשה אל העותר ומה הם המקורות מהם נלקחו, באה על סיפוקה. מכל מקום, הבקשה נדחתה שנית, ואז התצא הצע"ת נשוא דיוננו. שם, עמ' 694-695.

6 ניתן לטעון שהלכת הפסק מצומצמת למקרים בהם נטענת הפלייה, אולם גם אז יש לראות את טענת ההפלייה בהקשר של חופש הביטוי וחופש המידע: טענת הפלייה המתייחסת לשלילת היתר לפרסום מידע ממשלתית.

7 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 697. קריטריון זה נלקח מבג"צ 130/68. פסה"ד בבג"צ זה לא פורסם והוא מסווג כסודי. עצם השימוש בפסק-דין סודי שאינו פתוח לעיון הקהל הרחב תמוה וראוי לביקורת חריפה.

8 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 697.

9 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 699.

10 ה"ש 1 לעיל, שם.

בממשל לבין הזכות לחופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, שהן זכויות היסוד של האזרח במשטר דמוקרטי.

מטרתה של רשימה זו היא לבחון שתי תפישות יסוד המונחות בבסיסו של הקריטריון להתערבות שיפוטית במניעת פרסומים על-ידי הממשלה כפי שהוצג על-ידי בית-המשפט. האחת היא התפיסה בדבר מעמדו של מאגר המידע המצוי בידי המנגנון הממשלתי, והשנייה היא התפישה בדבר היקף חובת הנאמנות שחב עובד הציבור למדינה. כאמור, שתי תפישות אלה הן מרכזיות למשפט הציבורי, משום ההשלכות שיש להן על הדינמיקה של הגבלת הזכות לחופש הביטוי והגבלת זכותו של הציבור לדעת. נגסה להראות, כי התפישות כפי שהן מוצגות על-ידי בית-המשפט לוקות בחוסר מודעות למתח הקיים בין הפומביות המתבקשת ממושג הדמוקרטיה לבין צרכיו הלגיטימיים של המנגנון הממשלתי בסודיות, וכי בשיטת משפט קונסטיטוציונית-דמוקרטית כשלנו, יש צורך באימוץ תפישות אלטרנטיביות שתשקפנה מתח זה ביתר נאמנות. עוד נראה, כיצד אימוץ התפישות האלטרנטיביות מוליד טכניקת טיפול שונה בבעיית פרסום הספר נשוא פסק-הדין, טכניקה המבטיחה איוון בין זכותו הלגיטימית של האזרח לחופש הביטוי וחופש המידע, לבין צרכיו הלגיטימיים של המנגנון הממשלתי בסודיות.

2. תפיסת יסוד I: מעמדו של מאגר המידע המצוי בידי המנגנון הממשלתי

הן השופט זוסמן והן השופט ויתקון יוצאים מן ההנחה שהסמכות למניעת המידע נובעת מן העובדה שמידע זה הוא רכוש המדינה. מדברי השופטים לא ברור, אם דעתם היא, שכל מאגר המידע המצוי בידי הרשות הציבורית הוא רכוש המדינה, או אם כוונתם רק למידע ממשלתי שהוא סודי. נראה, כי הם עצמם לא ליבנו סוגיה זו די הצורך. עם זאת, נראה לנו כי העובדה שנקודת המוצא לתפיסה זו נעוצה בהיבט הרכושי, מוליכה למסקנה כי מבחינת בית-המשפט אין נפקות לשאלה אם המידע הוא סודי או שאינו סודי, ותמיד רשאית הרשות למנוע. הנחתנו מוצאת חיזוק בדברי השופט זוסמן, שגיתן להכשיר פרסום (דהיינו להתגבר על מחסום הסודיות) על-ידי מסירת זכות יוצרים למדינה או על-ידי העובדה שהמפרסם כותב על פעולות שהתרחשו במהלך פעילותו הציבורית והוא לקח חלק פעיל בעשייתן.¹¹

11 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 697-8. בענין זכות היוצרים אומר השופט זוסמן: "כל מה ששלושת המחברים כתבו, לא כתבו אלא אגב הענקת זכות היוצרים למדינה... אם הפך העותר להשתוות אל אלה, יבוא למשיב ויציע לו לכתוב ספר שבו זכות היוצרים תהא שמורה למדינה. העותר לא הציע הצעה כזאת, אלא הוא הפך לפרסם ספר שבו תהא לו זכות יוצרים. כך שאחרים יהיו מנועים מלהשתמש בפרי עטו". נעיר אגב אורחה, שזכות יוצרים של המפרסם כשלעצמה אינה "מונעת אחרים מלהשתמש בפרי עטו" אלא רק מונעת אחרים מלעשות בפרסום שימוש בלתי הוגן. לו היה המצב שתיאר השופט זוסמן נכון, היה בו כדי לחנוק כל מחקר מדעי ראוי לשבחו. ראה גם: ע"א 559/69 דן אלמנור נ' גיורא נודיק, פד"י כ"ד (1) 825. בענין השפעת הפעילות הציבורית על הרשות לפרסם ידיעות אומר השופט: "נתברר ששני מחברים הורשו על-ידי המשיב לצורך כתיבת ספר להשתמש בחומר הגנת בידי

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

נדון תחילה בשאלת מעמדו של המידע הממשלתי באופן כללי ואחר כך בסוגיית המידע הסודי.

א. דמוקרטיה, מדינה ומעמדו של מאגר המידע הממשלתי

הן השופט זוסמן והן השופט ויתקון מתייחסים למאגר המידע הממשלתי כאל רכוש המדינה. גישה זו בולטת בדברי השופט ויתקון:

"הרשות הציבורית שולטת על מידע סודי הגאסף באחת ממחלקותיה, פרי מחקרם ועבודתם של המועסקים במחלקה זו. מידע זה הוא רכוש בעל ערך אך אין הוא מצרך ואין התרתו לשימוש חפשי מעין שירות, שהרשות חייבת לספקו לאזרחיה ללא אפליה, כאילו המדובר בשירותי בריאות, חינוך שיכון, סעד וכיוצא באלה... אף אין לומר על רכוש זה שמטבע בריאותו או על פי הנהוג שנהגו בו בעבר נקבע ייעודו לשימוש הציבור... כאן מדובר ברכוש שהמדינה רשאית להשתמש בו (או להמנע מלהשתמש בו) כטוב בעיניה לצרכיה ולמטרותיה היא. היא רשאית לפרסם את המידע או להרשות את פרסומו על-ידי אנשים הנראים לה ראויים לכך. אין היא חייבת למסור רשות זו לאזרח סתם"¹² (ההדגשה שלנו).

התופעה הבולטת ביותר בקטע זה היא השימוש במונחים "מדינה" ו"רשות ציבורית" כאילו היו מונחים חילופיים. טשטוש בין "המדינה" מחד לבין "המנגנון המינהלי" מאידך, הוא המעניק לגיטימציה לקביעה מרחיקת הלכת, שמאגר המידע מסור בידי הרשות לעשות בו כאוות נפשה.

מהי, או מיהי, המדינה? פרופסור אקצין מגדיר אותה כך:

"ארגון חברתי של בני אדם, החובע ומפעיל שלטון של קבע על אוכלוסייה כלשהי, מצליח בדרך כלל למנוע שלטון דומה בתחומו על-ידי ארגונים אחרים שלא בהסכמתו ומתבסס בעת ובעונה אחת הן על ערכים נורמטיביים והן על תהליכי-כפייה"¹³.

המדינה אם כן, היא מושג מופשט. מושג המקפל בתוכו את החברה וכל הרשויות המקיימות בידן כוח לגיטימי: הממשלה, הרשות המחוקקת ובתי-המשפט¹⁴. ברור שמושג מופשט זה אינו הכתובת שבידה מוחזק מאגר המידע נשוא פסק-הדין. במידה שמאגר מידע זה הוא רכוש "המדינה", היא רכושה של החברה כולה ושל כל מוסדות

המדינה ולפרסם ידיעות, האחד הוא השר פרס והשני רבי-אלוף גור. אלא שהמשיב מסביר שנתן לשניים אלה את הרשות מפני שכתבו ספר על עשייתם הם, בפעילותם הציבורית. ואילו העותר לא היה מעורב בפעילות שכזאת.

12 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 700. השופט זוסמן אף הוא דוגל בתפישה זו: "למדינה יש זכות קנין בנכסיה לרבות החומר שנאסף בארכיון הצבא... לא ידענו לאיזו זכות יכול העותר לטעון בחבעו בשביל עצמו נכס גשמי או רוחני, של אחרים", עמ' 698.

13 בנימין אקצין, תורת המשפטים, מהדורה שנייה, 1967, אקדמון, עמ' 49.

14 ראה: הכרות העצמאות של מדינת ישראל.

השלטון הלגיטימי שבה. אך ניתוח זה יפה למישור המופשט. במישור הריאלי נמצא מאגר המידע בידי המנגנון המינהלי של הרשות המבצעת. ערבוב המישור המופשט עם המישור הריאלי, וערפול התחומים בין המדינה לבין הרשות המבצעת, מפריעים להבנת מעמדו של מאגר המידע של המנגנון המינהלי. יתירה מזו, הם יוצרים מחסומים פוליטיים ופסיכולוגיים בפני ניתוח הגיוני של צורך המינהל בסודיות.

מושג המדינה "התפתח במאות השש-עשרה והשבע-עשרה משום שהשליטים החילוניים הזדקקו ורצו בסימבול שיוכלו להעמיד כנגד הכנסייה, משהו שיעורר יראת-כבוד ויהא עטוף בהילה ציבורית ומופשטת"¹⁵. יראת-הכבוד וההילה כלפי מושג "המדינה" קיימים בעוצמה רבה בחברתנו, והשימוש במונח מדינה, במקום המונח רשות ציבורית מפריע להערכה רציונלית של פעולות הרשות המבצעת והשלכתן של אלה על החיים הדמוקרטיים.¹⁶

מוקד דיוננו, איפוא, אינו היחס בין המדינה לבין מאגר המידע, אלא היחס בין הרשות המבצעת בכלל, והמנגנון המינהלי בפרט, לבין מאגר המידע שברשותם.¹⁷ באיזו פרספקטיבה יש לבחון את היחס בין הרשות לבין מאגר המידע שברשותה? השופט זוסמן בוחן יחס זה מפרספקטיבה של המשפט הפרטי. המידע שבידי הרשות הוא רכוש האזרחי כאילו היתה גוף פרטי המנהל עסק, ובידו זכות קנין מוחלטת על מידע, שנאגר במהלך גיהול העסק. העובדה שכאן מדובר ברשות ציבורית ממתנת את זכותה של הרשות רק בכך, שהמניעים למנוע מידע אינם יכולים להיות "גזונים... מחוסר תום לב, או... נוגדים בעליל את האינטרס הציבורי"¹⁸. השופט ויתקון אינו נוקק למשפט הפרטי, ואף מוכיר בחטף את "זכות הציבור לדעת"¹⁹. אך הוא שותף להנחת-היסוד של השופט זוסמן, שהמידע הוא קניינה הבלעדי של הרשות וזכותה לעשות בו כרצונה.

ראיית מידע כרכוש איננה מקובלת במשפט הציבורי. מידע מעצם טיבו מיועד לחילופין ולאיוורור בשוק הרעיונות. זו גם הסיבה להתפתחות הכללים המשפטיים בדבר סודות מסחריים וזכויות יוצרים שמטרתם להגן על רעיונות, נוסחאות וחיבורים שיש להם ערך כספי או מסחרי. התפתחות זו בתחום המשפט הפרטי, אינה יכולה ללמד על מעמדו של מידע הנמצא בידי הממשלה.²⁰

טענתנו היא, שאם משום טשטוש התחומים בין המונח מדינה למונח רשות ציבורית,

15 C. J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, 1946 ed., Ginn & Company, N.Y., p. 5 (תרגום חופשי – פ.ל.).

16 הפיקציה המשפטית, המעניקה למדינה מעמד של גוף משפטי אינה רלבנטית לענייננו. היא פותחה כדי להעניק למדינה מעמד משפטי לצורך פעולות במישור המשפטי הפרטי. במישור המשפטי הציבורי, בו מתנגשים אינטרסים מדיניים מסוגים שונים, אי אפשר להשתמש במונח זה, המקפל בתוכו את כל האינטרסים המדיניים כולם.

17 ראה גם הארותיו של C. J. Friedrich, ה"ש 15 לעיל, על הדמוקרטיה: "...We are talking of a group of human beings, not some mysterious super entity such as is suggested by the word 'state'", שם, בעמ' 36.

18 נחזור לדון בקריטריון זה להלן.

19 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 700.

20 ראה: L. B. Boudin, *The Ellsberg Case: Citizen Disclosure, in Secrecy and Foreign Policy*, infra n. 38, pp. 303-304.

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

ואם משום היזקקות למשפט הפרטי, נעלמה מעין השופטים הפרספקטיבה הקונסטיטו-ציונית-דמוקרטית של מעמדו של המידע הממשלתי בשיטתנו המשפטית. קונסטיטוציונאליזם משמעו קבוצת כללים של משחק הוגן, ההופכים את הממשל לאחראי בפני העם. שיטת משטר קונסטיטוציונאלית מניחה מערכת של סייגים, שתמנע הפעלה שרירותית של כוח שלטוני.²¹ המציתה של הדמוקרטיה היא בשלטון שהוא של העם, על-ידי העם ולמען העם.²² אבן היסוד של הדמוקרטיה היא שיתוף שכבות גרעניות ככל האפשר של העם בעיצוב של קוי מדיניות. מכאן, שמסכת היחסים בין האזרח לרשות הציבורית בתיאוריה דמוקרטית-קונסטיטוציונאלית היא בדיקת הפוכה מזו המתבקשת מדברי בית-המשפט: המדינה והממשלה הן העומדות לרשות ולשרות האזרח, ולא האזרח לרשות המדינה והממשלה.

"...the literal concept of democracy indicates what we expect and require from a democratic form: namely, a free society that is not exposed to arbitrary and uncontrolled political power, nor dominated by a close inaccessible oligarchy. Democracy, then exists to the degree that there is an 'open society' in which the relation between the governors and the governed is consistent with the principle that the State is at the service of the citizens and not the citizens at the service of the State, that the government exists for the people, not vice versa. In short, democracy implies that society takes precedence over the State, that *demos* precedes *cracy*."²³

הצמרת השלטונית נבחרת על-ידי העם כדי לגבש וליישם קוי מדיניות. המנגנון הממשלתי הוא האמצעי שבאמצעותו מוציאה הצמרת השלטונית לפועל קוי מדיניות.²⁴ הוא שרת הצמרת השלטונית וממילא שרת העם. המידע הנאסף על-ידי המנגנון המינהלי אינו רכוש של אותו מנגנון, ואף אינו רכושה של צמרת השלטון. הוא נאסף בעזרת כספו של משלם המיסים, על מגת לאפשר הוצאת קוי-מדיניות לפועל. עקרון היסוד של הדמוקרטיה – שיתוף העם בהליכי עיצוב קוי המדיניות השונים מניח רמה גבוהה של פומביות המידע הנאגר בידי המנגנון הממשלתי.

בדיקת ההיבט הרכושי של מידע, דהיינו הקביעה למי שייך המידע הממשלתי אינה יכולה לעזור להבהרת הבעיה. מוקד הדיון, כפי שכבר רמזנו לעיל, צריך להיות מעמדו של המידע. הפרספקטיבה הקונסטיטוציונית-דמוקרטית, שהיא הפרספקטיבה

Friedrich, *op. cit.*, 21–22 21

Lincoln, *Gettysburg Address* 22

G. Sartori, *Democratic Theory*, 1965 ed., Praeger, p. 26 23

24 "קביעת קוי המדיניות משתרעת על מדיניות כלפי פנים ועל מדיניות כלפי חוץ. קביעת מדיניות הפנים כוללת התווית היחסים החברתיים והכלכליים במדינה; עידוד או ריסון של נטיות כלשהן באוכלוסייה; דאגה או חוסר דאגה לערכים ואינטרסים שונים, חמריים או רוחניים; הכוונת המחייבת של פעולות הרשויות הציבוריות הכפופות למוסדות הצמרת; הכנת עיקרי המסגרת החוקיים למען כל אלה ולמען הסדרת יחסי המשפט הפרטי. קביעת מדיניות החוץ כוללת הכרעות על מדיניות של עידוד כלכלי, צבאי ודיפלומטי כלפי מדינות צירופי מדינות, או יחס אדיש או עויין כלפיהם", אקצין, ה"ש 13 לעיל, בעמ' 295.

המתאימה לבדיקת מעמדו של מידע זה, מובילה לתפישת היסוד האלטרנטיבית: על הצמרת השלטונית ועל שרחה – המנגנון המינהלי – להעמיד ככל האפשר את המידע לרשות הציבור, על מנת שיוכל לבקר ולחרום משלו לעיצוב קוי-המדיניות של החברה.²⁵ תפישת יסוד זו אינה זרה לשיטתנו המשפטית. היא זכתה למקום נכבד בפסק-הדין המנחה בישראל בסוגיית חופש המידע: אולפני הכרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת פרטים ומחזות, משרד הפנים.²⁶ אומר השופט לנדוי:

“... זכות האזרח להפיץ ולקבל ידיעות על המתרחש מסביבו, בחוץ גבולות המדינה בה הוא חי, ומחוצה לה... קשורה קשר אמיץ עם הזכות לחופש הביטוי, ומשום כך שייכת גם היא לאותן זכויות יסוד 'שאינן כתובות על ספר' אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש.”

ומחוק את דבריו השופט זילברג:

“... האפשרות הנתונה לאזרח המתעניין לקבל ולהפיץ אינפורמציה על הנעשה בקרב המדינה ורשויותיה, פרט לענינים שהם מעצם היותם סודיים, היא תנאי בלעדיו אין לקיום משטר דמוקרטי במדינה, ובלעדיה לא תיכון כל דמוקרטיה אמיתית.”²⁷

העובדה שבפסק-הדין בענין אולפני הכרטה לא היה המידע ברשות המנגנון המינהלי, אלא היה מידע חיצוני שאת הפצתו ביקשה הרשות המינהלית למנוע, אינה מעלה ואינה מורידה לגבי ענייננו. ראשית, ברור מדברי השופטים, שכוונתם גם למידע המצוי בידי הרשויות השונות (ראה במיוחד דברי השופט זילברג, לעיל). שנית, ההליך הדמוקרטי והערובות לקיומו התקין – הזכות לחופש הביטוי והזכות למידע – אינם יכולים לפעול ללא אוורור ציבורי של המידע המינהלי. התעצמותה של הרשות המבצעת בחברה המודרנית, וחדירתו של המנגנון המינהלי אל כל תחומי החיים, גורמים לכך

25 “A popular government, without popular information, or the means of acquiring it, is but a prologue to a Farce or a Tragedy; or, perhaps, both. Knowledge will forever govern ignorance; and a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives”. Letter to W. T. Barry, from James Madison, Aug. 4, 1822, *The Writings of James Madison*, Hunt ed., 1910, IX, p. 103, quoted in *EPA v. Mink*, 410 US 73, 110-111 (1973) (Douglas J. dissenting).

26 “If government is to be truly of, by and for the people, the people must know in detail the activities of government. Nothing so diminishes democracy as secrecy. Self-government, the maximum participation of the citizenry in affairs of State, is meaningful only with an informed public”, Att. Gen’s Memorandum On the Public Information Section of the Administrative Procedure Act (1967) re-printed in 20 (1968), *Ad. L. Rev.* 263, 264.

27 בג”צ 243/62 פד”ו ט”ו 2407. פסק-הדין ניתן ברוב דעות ובהסתייגותו של השופט ויתקון. דעת ש”ה, בעמ’ 2415, 2426. פסק-הדין ניתן ברוב דעות ובהסתייגותו של השופט ויתקון. דעת המיעוט של השופט ויתקון מתבססת על היקף התערבותו של בית-המשפט בשיקולי הרשות המינהלית ושם לא הסתייג מתפישת חבריו לגבי מקומה של הזכות לדעת במשפט הישראלי.

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

שבידיהם מתרכזו מאגר עצום ורב של מידע²⁸. כל תפישה המונעת מן הציבור גישה למידע זה, ממילא מסכלת את פעולתה התקינה של זכות הציבור לדעת²⁹. בדיוגנו עד כה התמודדנו רק עם יסודותיה של סוגיית מעמדו של המידע המינהלי בשיטת משטר דמוקרטי. הצגנו תפישת יסוד אלטרנטיבית לתפישתו של בית-המשפט: התפישה שהמידע הממשלתי אינו רכושם של המנגנון הממשלתי או צמרת השלטון ושפומביותו הכרחית לקיום הדמוקרטיה. ואולם, תפישה זו הושפת רק את קצהו של הקרחון. הסודיות במינהל הציבורי אינה תמיד רע, ויש שהיא רע הכרחי. תפישת היסוד כשלעצמה, אינה מספקת כדי להתמודד עם המציאות של מינהל ציבורי תקין. עלינו לבחון את הצורך בסודיות במינהל הציבורי ולפתח מודל שיאזן בין הצורך בפומביות בדמוקרטיה לבין צרכיו הלגיטימיים של המנגנון המינהלי בסודיות.

ב. פומביות וסודיות

ניתן לטעון, שתפישת יסוד הרואה בפומביות של פעולות המנגנון המינהלי מרכיב בסיסי של המשטר הדמוקרטי, איננה עומדת בסתירה, ממהותה, לגישת השופטים בפסק-הדין יצחקי. זאת משום ששני השופטים מצמידים למידע בו הם דנים את תוית הסודיות. השופט זוסמן מתייחס ל"סודות רשמיים", בעוד השופט ויתקון דן ב"מידע סודי". לכאורה, אין סתירה בין תפישה המכשירה חסיון של סודות רשמיים, או מידע סודי, לבין התפישה הדוגלת בפומביות. ניתן לטעון ששני השופטים מכירים בצורך בפומביות ובזכות האזרח לדעת, ומסייגים את אלה רק כאשר מדובר במידע שהוא סודי³⁰.

טענתנו היא, שגישה כזו, אם אמנם בה דבק בית-המשפט, לוקה בשניים: (א) היא רואה ב"סודיות" מעין מילת-קסם שעליידי השימוש בה יורד מיד מסך של איפול על הנעשה בקרב הרשויות הציבוריות. בכך היא מתעלמת מעקרון היסוד של הקונסטיטוציונאליזם: הגבלת הרשות במטרה למנוע הפעלת כוח שרירותית. (ב) היא אינה מתח-שבת בהיבטים הפוליטיים והסוציולוגיים של נושא הסודיות במינהל.

אין ספק שסודיות במינהל הציבורי היא מרכיב חשוב של פעולתו התקינה, ושמור לה מקום נכבד גם בחברה דמוקרטית. ואולם, ההתייחסות לסודיות צריכה להיות מושתתת על בסיס פונקציונאלי: יש לשאול לצורך מה נחוצה הסודיות לממשל, מתי היא משרתת מטרות לגיטימיות, ומתי היא חדלה מלהיות פונקציונאלית או הופכת מכשיר לתקיעת טריו בגלגלי ההליך הדמוקרטי³¹.

28 לדיון מעמיק בהיקף המידע המרוכז בידי המנגנון המינהלי, ראה: H. L. Wilensky, *Organizational Intelligence, Knowledge and Policy in Government and Industry*, F. E. Rourke, *Secrecy and Publicity: Dilemmas of Democracy*, 1967, Basic Books Press, 1961, Johns Hopkins Press.

29 ראה לעיל ה"ש 25.

30 אנו מסתייגים מאפשרות זו. אם תפישת היסוד של בית-המשפט הינה, כפי שטענו לעיל, שהמידע הוא רכוש הרשות הציבורית ולפיכך אין לאזרח זכות גישה אליו, הרי שאין נפקות לשאלה אם המידע הוא סודי, אם לאו.

31 פ' רורק, ה"ש 28 לעיל, דן בהרחבה בפונקציונאליות של הסודיות. הוא מצטט את מקס ובר, שלדעתו פיתח המנגנון המינהלי את הסודיות על מנת להיות יעיל ועל מנת להתקיים. לדעת

הסודיות משמשת אמצעי חשוב להבטחת פעולתו התקינה של המנגנון המינהלי ולשמירה על אינטרסים מדיניים כלליים. ניתן למנות את הקטגוריות הבאות של סודיות לגיטימית:

1. מידע שפרסומו עלול לחבל בכוחו הלאומי, לרבות פעולות מודיעיניות;
2. מסא ומתן דיפלומטי, שפרסומו עלול לחבל במדיניות החוץ או ביחסי החוץ של המדינה;
3. מדיניות הגמצאת בשלבי עיצוב ואשר פרסומה המוקדם עשוי לסכל את הצלחת יישומה;
4. חקירות פליליות;
5. מידע הכולל פרטים אינטימיים אודות האזרח (תיקים אישיים) שפרסומו עלול לפגוע בצגעת הפרט;
6. מידע שתכנון כלכלי על גופים פרטיים או ציבוריים, ואשר פרסומו עלול לפגוע בפעילותם הכלכלית;
7. דינים פנימיים של פקדי הרשויות בנושאי מדיניות. פרסומם של אלה עלול להרתיע את המתדיינים מלהביע דעתם בחפשיות וכך לחבל בהליך קבלת ההחלטות;
8. מידע שפרסומו עלול לחבל ביחסי עבודה בריאים בין עובדי המנגנון, כגון מידע אודות עובדים הנמצא בידי הממונים עליהם.³²

כל עוד מופעלת סודיות במסגרת הקטגוריות המנויות לעיל, או קטגוריה לגיטימית אחרת שנעלמה מעינינו, היא חיונית וחיובית. אך לסודיות גם היבטים פתולוגיים ושלי-ליים, שאין להתעלם מהם במהלך קביעת ההתייחסות השיפוטית למאגר המידע המינהלי. החוקרים בנושא הסודיות במינהל מונים מספר היבטים שליליים של הסודיות:

(א) לסודיות השפעה מנוונת ומקפאיה על תפישות החשיבה של עובדי המנגנון. מניעת זרם רענן של מידע בצינורות הגוף המינהלי עצמו (על-ידי סיווג כסודי וחלוקתו לקבוצת עובדים נבחרת) מעודדת הצמדות לקונצפציות מקובלות ומרתיעה מחשבה חפשית. יתירה מזו, קצב התאבנות הקונצפציות המדיניות מוחש על-ידי המידע הסלקטיבי שהממשלה משחררת לציבור. לדעת השופט ויתקון רכאית הממשלה להשתמש במידע "כטוב בעיניה לצרכיה ולמטרותיה היא"³³ אך תוצאתו של שיקול דעת מוחלט זה

ובר הפכה הסודיות מאוחר יותר לאובססיה, למטרה במקום אמצעי וזאת על מנת להגן על המינהל בפני פיקוח פרלמנטרי אפקטיבי. לעומת ובר מציג רורק את רוברט מרטון, הסובר שהסודיות היא תופעה המסמלת לא רק תאוה לכות אלא אינרציה בירוקרטית. שם, עמ' 21-22.

32 רשימה זו איננה מתימרת להיות ממצה. היא נשאבת ממחקרים רבים שנעשו בנושא, ביניהם: H. L. Wilensky, "The Right to Know and the Duty to Withhold: The Case of the Pentagon Papers", 120 (1971), *U. Pa. L. Rev.* 271, 274; A. Schlesinger (Jr.), "The Secrecy Dilemma", *The New York Times Magazine*, Feb. 6, 1972, p. 12.

33 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 770.

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

שנותן בית-המשפט ביד הממשלה עלולה להיות "הפעולה ההפוכה של הפרופגנדה"³⁴ דהיינו, שהצמרת עצמה תתחיל להאמין במידע הסלקטיבי שהיא משחררת ותעצום עיניה בפני מידע סותר המגיע לידיה.³⁵

(ב) הסודיות מחבלת בהליך הדמוקרטי. שיחרור מידע ע"י הממשלה "כטוב בעיניה לצרכיה ולמטרותיה היא"³⁶ מונע את האזרחים מלקבל תמונה כוללת של מצבים מדיניים. כתוצאה מכך נבצר מן האוכלוסיה לגבש עמדה ביקורתית ואחראית ביחס לקוי המדיניות, בהם נוקטת הממשלה.³⁷ יתירה מזו, סודיות יתר עלולה להקהות את העירנות הציבורית לעיצוב מדיניות החוץ של המדינה: הציבור עלול להתעייף ממצב בו המידע מגיע אליו באופן סלקטיבי וטיפיזיטיפין ולחדול ממעורבות אקטיבית בהחלטות הרות-גורל.³⁸ אין גם להתעלם מהשלכותיה של הסודיות על אמינות הממשלה בקרב הציבור. ממשלה המסתירה ומשחררת מידע "כטוב בעיניה לצרכיה ולמטרותיה היא" עלולה ליצור פער אמינות בקרב הציבור ובכך לערער את ההליך הדמוקרטי.³⁹

(ג) הסודיות עלולה לחבל בעקרון של שלטון החוק במדינה קונסטיטוציונית-דמוקרטית. היא מאפשרת למנגנון המינהלי להסתיר מאת הציבור מידע, שפרסומו אינו נעים לאותו מנגנון או שהוא עלול להזיק לאינטרסים של אותו מנגנון עצמו (להבדיל מאינטרסים מדיניים)⁴⁰, במסווה של סודות רשמיים.

(ד) סיווג לגיטימי של סודות בטחוניים, עלול להתגלגל לסיווג-יתר של מסמכים כמסמכים סודיים. קשה לסמוך על המנגנון המינהלי, שיסווג מסמכים בהתאם לתכנם בלבד ואף שיסנה את הסיווג עם השתנות הנסיבות. סיווג יתר עלול להיעשות דבר שבשגרה, על-ידי אנשים המורגלים בסיווג. הוא עלול להיעשות מטעמים של יתר זהירות: הסנקציה על שיחרור סודות המדינה חריפה מאשר הסנקציה על סיווג-יתר. סיווג-יתר אף משמש לחינוך התדמית העצמית של המסווג: סיווג מסמך כסודי ביותר מדגיש את חשיבותו של המסמך וממילא אף את חשיבותו של המסווג.⁴¹

(ה) סודיות בכלל וסיווג-יתר בפרט משפיעים לרעה על איכות המחקר האקדמי: מחקר אינו יכול לפרוח באווירה של סודיות; סיווג יתר מונע ממדענים ובפרט מהיסטוריונים, הערכה נכונה של הליכים היסטוריים.⁴²

34 Wilensky, ה"ש 28 לעיל, בעמ' 23-24.

35 Wilensky, שם.

36 ה"ש 33 לעיל.

37 Wilensky, ה"ש 28 לעיל, בעמ' 144. יכן ראה דברי השופט לנדוי בפסק-הדין בענין אולפני הפרשה, ה"ש 26 לעיל: "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה", בעמ' 2416.

38 T. M. Franck & E. Weisband (eds.), *Secrecy and Foreign Policy*, 1974, Oxford U. Press, p. 8.

39 שם, וכן: Wilensky, ה"ש 28 לעיל, בעמ' 144. וראה דבריו של שופט בית-המשפט העליון האמריקאי, פוטר סטיוארט: "Secrecy can be maintained only when credibility is truly maintained" C. M. Barker & M. H. Fox, *Classified Files: The Yellowing Pages*, 1972, 20th Century Fund, p. 3.

40 Wilensky, לעיל ה"ש 28, שם.

41 שם, עמ' 138-139.

42 Wilensky, עמ' 144 וכן: *Classified Files*, ה"ש 39 לעיל, בעמ' 1-25.

(ו) יש חוקרים הטוענים, שסודיות היתר המקובלת היום על ממשלות מודרניות היא הגורמת למכת ההדלפות הפושה בימינו.⁴³

היבטיה השליליים של הסודיות בולטים במיוחד בענין יצחקי. שם נכתב הקפר נשוא הדיון על מאורע היסטורי, שאירע לפני יותר מ-25 שנה. בדיעות שבספר לא היה כדי לפגוע בבטחון המדינה: הספר עבר את ביקורתו של הצנזור הצבאי, שהחיר את פרסומו. בפסק-הדין לא מוזכרת כל סיבה לגיטימית להחסיית המידע פרט לעובדה, שהמידע הוא "רכושה של המדינה".⁴⁴ מאורעות לטרון היוו שלב חשוב במלחמתנו לעצמאות מדינית ובהעדר סיבה בטחונית להחסייתם, מדוע לא ייחשפו לפני הציבור? הטענה שהממשלה מוציאה פרסומים משלה לענין זה אינה עומדת בפני הביקורת: בפרסומיה הרשמיים מפרסמת הממשלה את אותו מידע ואת אותן גירסות הנוחות לה. במסגרת הזכות לדעת, זכאי הציבור לקבל גם מידע שאינו רשמי, וניתוחים היסטוריים שלא זכו לברכת הממשלה.⁴⁵

ניתוח ההיבטים של פומביות וסודיות מחזיר אותנו לתפיסת היסוד של בית-המשפט בנושא זה. כאמור, מפסק-הדין מתקבל הרושם כי בית-המשפט יצא מן ההנחה, שהתווית "סודי" המודבקת למידע, מורידה מיד מסך של איפול על המידע ואינה מתירה אפילו הצצה של בית-המשפט אל מבעד למסך זה, אלא אם נטענה טענה של חוסר תום-לב או שהיו לאיפול מניעים הנוגדים בעליל את האינטרס הציבורי. הראינו שהתפישה נוגדת הליכים דמוקרטיים תקינים ואף עשויה להיות לרועץ בפני פעולה תקינה ואחראית של המנגנון המינהלי. בנוסף לכך, עומדת תפישה זו בניגוד לעקרון הקונסטיטוציונאלי-ליזם. בית-המשפט מתיר לרשות לסמן כל מסמך בתווית סודי, ובכך להעלים אותו מידעת הציבור, אלא אם בא האזרח והוכיח שמניעתה של הרשות היו נעוצים בחוסר תום-לב או שהם נוגדים בעליל את האינטרס הציבורי. שיקול הדעת הניתן כאן לרשות הוא רחב ביותר. אין הרשות מוגבלת ואין עליה כל סייגים, הנחיות או סטנדרטים בקשר לסיווג הומר והחסייתו מעין הציבור. היא יכולה לעשות כטוב בעיניה. חוסר תום-לב ושיקולים "הנוגדים" בעליל את האינטרס הציבורי אינם מהווים הגבלות של ממש על הרשות.⁴⁶ מבחינת דיני הראיות, שניהם נתונים הקשים ביותר להוכחה. תירה מו, ייתכן שקיים תום-לב (אא"כ מפורש תום-לב כדרישה שתקויים קטגוריה פונקציונאלית, וזאת לא עשה בית-המשפט) ואין מניע הנוגד בעליל את האינטרס הציבורי, אך גם אין כל סיבה פונקציונאלית להחסיית המידע, ובכל זאת מונעת אותו הרשות מן הציבור. תפיסת בית-המשפט מתירה פעולה מעין זו. תפישה זו עלולה לעודד את צמיחתם ומיסודם של ההיבטים הפתולוגיים של הסודיות בקרב הרשות המבצעת.

43 ה"ש 38 לעיל, בעמ' 9 וראה הפניות שם.

44 השופט ויתקון מזכיר נימוקים אחרים לדחיית הבקשה הנראים לו מוצדקים, אך אינו מפרט מהם, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 700.

45 לדיון בענין הסודיות בישראל ראה: י' גל-נור, "חשאיות ופומביות במדינת ישראל", מולד, חוב' 28, עמ' 238.

46 אלא אם כן יצוק בית-המשפט למרכיב תום הלב תוכן חדש ויראה כסיווג בתום לב רק סיווג הנופל לאחת הקטגוריות הפונקציונאליות.

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

ג. התפישה האלטרנטיבית – אימוץ המודל הפונקציונאלי

הפעלת פרספקטיבה קונסטיטוציונית-דמוקרטית על סוגיית מעמדו של המידע המצוי בידי הרשות המבצעת, מולידה את התפישה האלטרנטיבית לתפישת בית-המשפט. תפישה זו בנויה מן המרכיבים הבאים:

1. מאגר המידע הממשלתי אינו רכושה של הרשות המבצעת. על הצמרת השלטונית ועל שרתה – המנגנון המינהלי – להעמיד ככל האפשר את המידע לרשות הציבור, על מנת שיוכל לבקר ולתרום משלו לעיצוב קוי-המדיניות של החברה.
2. יישום נאות של קוי-מדיניות והבטחת פעולה תקינה של המנגנון המינהלי דור-שים מידה מסוימת של סודיות.
3. קיים הכרח לאזן בין הזכות לדעת והזכות לחופש ביטוי, שהם אבני היסוד של הדמוקרטיה, לבין הצורך בסודיות. איזון זה מתבטא בכך, שהרשות הציבורית רשאית להחסות רק מידע הנופל לקטגוריה לגיטימית של סודיות (ראה לעיל דיון בקטגוריות). דהיינו: הרשות הציבורית איננה יכולה להסתתר מאחורי המסך של "סודות רשמיים". היא חייבת להוכיח לבית-המשפט שקיים אינטרס לגיטימי בהחסיית המידע.⁴⁷

תפישת היסוד האלטרנטיבית מניחה גם שינוי בדיני הראיות. כיוון שבדמוקרטיה המדינה והרשויות הציבוריות הן העומדות לרשות האזרח ולא האזרח לרשותו, וכיוון שבזכויות יסוד עסקינן, מוטלת חובת הראיה, שהיא אינטרס לגיטימי בחסיון, על הרשות, ולא על האזרח.

תפישת היסוד המוצעת איננה חדשה למשפט הישראלי. היא עקבית הן עם פסיקה קודמת, שקבעה את הזכות לחופש הביטוי והזכות לחופש המידע כזכויות יסוד המת-בקשות מעצם מהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל⁴⁸ והן עם פסיקה קודמת בענין מעמדו של מאגר המידע המצוי בידי הרשויות הציבוריות⁴⁹. זאת ועוד, אין בתפישה זו

47 השוני הבולט בגישה האלטרנטיבית הוא בכך שהיא מדגישה את ההיבט החיובי: על הרשות להוכיח שהחסיה לגיטימית בעוד בית-המשפט מדגיש את ההיבט השלילי: די בכך שהחסיון אינו נוגד בעליל את האינטרס הציבורי.

48 בג"צ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פד"י ז' 871; בג"צ 243/62 אולפני ההפשה בישראל נ' לוי גרי ואח', פד"י ט"ז 2407.

49 "הטענה כי באין חובה חוקית לגלות, רשאי אני לכסות ולא לגלות – יכול ותישמע מפי אדם או תאגיד פרטי, אבל אין היא נשמעת מפי רשות הממלאה תפקיד על-פי דין. לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצונה מעניקה וברצונה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה, כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן גובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות". דברי השופט ה' כהן בבג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פד"י כ"ה (1) 325, 331, וראה גם דברי השופט לגדוקי, שם, בעמ' 336: "... אין תיקי הרשות חסיים בפני האזרח מטבע ברייתם. נהפוך הוא... השאלה הנכונה איננה, היכן האסמכתא בחוק השוללת מן האזרח את הזכויות לעיין בחומר, שבידיעתו יש לו ענין לגיטימי. 'צטל השכנוע' הוא אפוא על הרשות המבקשת מן האזרח את העיון בחומר שבידה".

משום התערבות בית-המשפט בשיקולי הרשות המבצעת. יש בה רק משום קביעת התחומים הלגיטימיים, שבמסגרתם רשאית הרשות לפעול.⁵⁰

כפי שכבר הדגשנו, התפישה המוצעת אינה זקוקה להרשאה סטטוטורית על מנת שתופעל במשפט הישראלי. היא נובעת מפרשנות קונסטיטוציונית, המבוססת על היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית. עם זאת, ראוי לציין, שהתפישה המוצעת מתיישבת גם עם מערכת החוקים הישראלית. התפישה הקיצונית, הרואה במידע הממשלתי רכוש שאין לאזרח גישה אליו היתה מעוגנת בפקודת הסודות הרשמיים, 1932.⁵¹ אפילו פקודת הסודות הרשמיים עצמה, ספק אם אמנם נתנה הכשר לתפישה הקיצונית. הפקודה מבוססת על פקודת סודות רשמיים הבריטית. הרקע ההיסטורי לחקיקת פקודת סודות רשמיים בבריטניה מעיד על חשש לבטחונה הלאומי של הממלכה המאוחדת.⁵² מכאן, שמקור החקיקה היה נעוץ בתפישה פונקציונאלית: הצורך להגן על סודות בטחוניים ולא על תפישה שהמידע הוא רכוש של הרשות הציבורית. אך אפילו נפרש את פקודת הסודות הרשמיים פירוש התומך בתפישה בית-המשפט, אין בכך כדי לתמוך בתפישה זו מהטעם שהפקודה בוטלה על-ידי החוק לתיקון דיני עונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים) 55. סעיפים 27-30 (הפרק בדבר סודות רשמיים) של חוק זה, החליפו את פקודת הסודות הרשמיים בנושא המידע הציבורי. נכון אמנם שמקריאת הסעיפים עצמם ניתן להסיק כאילו הם הלים על כל ידיעה הנמצאת בידי הרשות ואולם עיון בדברי הכנסת שקדמו לחקיקת החוק מראה שאת המחוקקים הנחו שיקולים פונקציונאליים: הם ראו את הפרק בדבר סודות רשמיים כמגן על סודות בטחוניים, כלכליים, או סודות אחרים שיש סיבה וטעם להחסייתם ולא כמגן על הסודי באשר הוא סודי. עוד נשוב לדבר בהרחבה בסעיף 27 לחוק זה. החשוב לדיונונו כאן הוא, שאף סעיף זה מהווה תמיכה בתפישה הפונקציונאלית, ולא בתפישה של בית-המשפט.

דבר חקיקה מרכזי התומך בתפישה הפונקציונאלית הוא סעיף 28 לחוק היסוד: הממשלה.⁵⁴ במקום לתת לממשלה אשראי להפעיל את מסך הסודיות "כטוב בעיניה לצרכיה ולמטרותיה היא" קובע הסעיף 4 קטגוריות שבמסגרתן ניתן להחסות מידע.⁵⁵

50 ראה: קול העם, ה"ש 48 לעיל.

51 פקודת סודות רשמיים, האי, כרך ב', (ז) 1003.

52 S. De-Smith, "Official Secrecy and External Relations in Britain: The Law and its Context", in *Secrecy and Foreign Policy*, Supra n. 38, pp. 312, 325-326.

53 פ"ח 235 תשי"ו, 172, סעיף 42(2).

54 פ"ח 540 תשכ"ח, 226, סעיף 28(א): הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים בעניינים הבאים הם סודיים וגילויים ופרסומם אסור; ואלה העניינים: (1) בטחון המדינה, (2) יחסי-חוץ של המדינה, (3) סוגי-עניינים אחר שהממשלה ראתה את סודיותו כחיונית למדינה והכריזה עליו, בצו, לצורך סעיף זה, (4) ענין שהממשלה החליטה לשמור בסוד. . . . הקטגוריה הרביעית אינה עומדת בסתירה לתפישה הפונקציונאלית, אלא משלימה את שלושת הקטגוריות. היא מאפשרת לממשלה להחסות מידע בעניינים אלה אם החליטה שיש צורך בסודיות, למרות שקבוצת העניינים אליה מתייך ענין זה אינה נזקקת לסודיות.

55 ניתן לאבחן את המידע שרשאית הממשלה להחסות מפעולת הסיווג השגרתי הנעשית בידי המנגנון המינהלי. הסמכות לסיווג שגרתי עשויה לנבוע מסעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה,

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

תפישה פונקציונאלית לגבי מידע בולטת גם בסעיף 11 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח העומדת עתה בפני הכנסת. סעיף זה מבטיח את חופש הביטוי בכפוף למספר קטגוריות ספציפיות, שהן במידה רבה מקבילות לקטגוריות הפונקציונאליות שמגיגו לעיל.⁵⁶

תמיכה נוספת בתפישה הפונקציונאלית למידע הממשלתי ניתן למצוא בשיטות המשפט של מדינות אחרות. באנגליה, מעוז הסודיות במינהל (בקבוצת המדינות הדמוקרטיות) והורחה של פקודת הסודות הרשמיים, נמתחה לאחרונה ביקורת חריפה על נוהלי הסודיות במינהל. הוועדה בראשותו של הלורד פרנקס, שנתבקשה לחקור בנושא זה המליצה על מעבר למודל הפונקציונאלי.⁵⁷ בארה"ב נחקק ב-1966 חוק חופש המידע, המקנה לאזרח גישה חפשית לכל מידע המצוי בידי הרשויות הציבוריות, פרט למידע הנופל לאחת מ-9 קטגוריות. הסודיות מורשית רק כאשר מגמתה לשמור על אינטרסים מדיניים חיוניים ופעולה תקינה של המנגנון.⁵⁸

עד כאן ייחדנו את הדיון לנושא מעמדו של המידע הממשלתי והצורך באיזון בין האינטרס הלגיטימי של הממשל בסודיות לבין זכויות היסוד של האזרח לדעת ולהתבטא בחפשיות. לו היה יצחקי אזרח מן השורה, המבקש לפרסם ספר והממשלה מעכבת בידו, היה הדיון שלעיל ממצה את ענייננו. אך יצחקי לא היה אזרח בלבד. הוא היה עובד ציבור לשעבר וחל עליו סעיף 27 לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים).⁵⁹ כאן אנו מגיעים לדיון בתפישת היסוד השנייה: היקף חובת האמון שחב עובד הציבור למדינה.

3. תפישת יסוד II: חובת הנאמנות של עובדי ציבור

הכרה בלגיטימיות של הסודיות במינהל אינה מספקת. יש צורך באמצעים שיגנו על המידע הסודי על מנת שלא יפול לידיים שאינן מוסמכות לטפל בו. עובדי הציבור הם אלה המופקדים על מאגר המידע הממשלתי ולהם הגישה החפשית ביותר אליו. הדרך

המסמך אותה "לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על כל רשות אחרת", ואולם, אם על פעולות מודעות של הממשלה החיל המחוקק את המודל הפונקציונאלי, קל וחומר שהתכוון להחיל מודל זה על פעולות שגרתיות של המנגנון המינהלי.

56 הי"ח 1085 תשל"ג, י"ד באב (12.8.1973). בכפוף לסעיף 20(א) יצטרך בית-המשפט לפרש את סעיף 27 כמתיישב עם סעיף 11 להצעת חוק היסוד וממילא יודקק לתפישה הפונקציונאלית.

57 Great Britain, Home Office, Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act 1911, Cmnd. 5104, Sept. 1972 (Franks Report), Vol. 6 H. Street, "Secrecy and the Citizen's Right to Know: A British Civil Libertarian Perspective", in *Secrecy and Foreign Policy*, Supra n. 38, pp. 332, 342-348.

58 Freedom of Information Act (1966) 5 U.C.S. 552. לדיון מקיף בחוק זה ראה: "The Freedom of Information Act: A Seven-Year Assessment", 74 (1974), *Columbia L. Rev.* 895.

59 לעיל, ה"ש 3.

היעילה ביותר לשמירה על הסודיות במינהל היא להבטיח שעובדי הציבור אכן ישמרו על אותו מידע.

חובת הנאמנות המוטלת על עובדי הציבור שלא למסור ידיעה שהגיעה אליהם בתוקף תפקידם למי שאינו מוסמך לכך היא אמצעי לשמירה על הסודיות במינהל. לפיכך יש לפרשה במסגרת השמירה על הסודיות ולא במסגרת רחבה יותר של חובה כללית ומקפת.

אם נתקבל התפישה המוצעת לעיל, שהכלל לגבי המידע הממשלתי הוא פומביות והחריג – סודיות, הרי שחובת הנאמנות של עובדי הציבור חלה רק על מידע ממשלתי שהוא סודי, לא על כל מאגר המידע כולו. ההיקף המוצע של חובת הנאמנות של עובד הציבור מתיישב גם עם זכות היסוד בדבר חופש הביטוי. לפי ההיקף המוצע אין נשללת זכותו של העובד לחופש הביטוי, בכל הגוגע למידע הממשלתי, לחלוטין – אלא רק במסגרת אותן הקטגוריות שבהן משרתת הסודיות אינטרס ציבורי חשוב, דהיינו שהיא לגיטימית.

גיתן לפרש את עמדת בית המשפט לגבי היקף חובת הנאמנות של עובדי הציבור כמתייחסת רק למידע סודי⁶⁰. לפי קו פרשנות זה, קיימת זהות בין התפישה המוצעת לתפישת בית המשפט. ואולם התפישות אינן זהות לאורך כל הדרך. השוני הבסיסי בין התפישה המוצעת לבין תפישת בית המשפט הוא בתכנון של מושג הסודיות. בית המשפט איננו מייחס תוכן ספציפי למושג זה. נהפוך הוא, מהנחותיו של השופט זוסמן שמחסום הסודיות ניתן למעבר על-ידי מתן זכות יוצרים למדינה, פרסום בצינורות הרשמיים, או שעובדי הציבור הכותבים ספר על עשייתם הם פטורים מסודיות, גיתן להסיק שאיננו מתייחס לסודיות פונקציונאלית⁶¹.

זאת ועוד, מפסקי הדין לא ברור אם ידיעה סודית שפורסמה בצינורות הרשמיים שומרת על סודיותה ואסורה בפרסום⁶²; אם יכולה ידיעה להיות מסווגת "בסיווג שמור בהקשר לצד הבטחוני ובסיווג גבוה יותר בנוגע לצדדים הציבוריים שלה"; אם כן, מהם הצדדים הציבוריים הללו, ומהו הסיווג המתאים להם?⁶³; מהם סודות רשמיים ומה הטעמים הציבוריים האחרים, שבעטיים ראוי המידע לשמירה? הגמישות של מושג הסודיות, המקובלת על בית המשפט, הופכת את היקפה של חובת הנאמנות לרחב ביותר. הקביעה, שהמידע הוא סודי ולא סיווג, תכנו או הטעם הספציפי להתסייתו, היא הקובעת את מרחב תחולת חובת הנאמנות.

טענתנו היא שתפישת בית המשפט לא זו בלבד שאינה מתיישבת עם צרכי הסודיות במינהל, אלא שאינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק בסעיף 27.

הורתו של החוק לתיקון דיני עונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים),

60 לעיל, עמ' 569.

61 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 695.

62 ראה דברי השופט זוסמן, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 697, מהם משתמע שניתן לעבור את מחסום הסודיות על-ידי מתן זכות יוצרים למדינה. אבל ראה גם דבריו בפסקה מוקדמת: "במדה שהדברים היו לנחלת הציבור והעותר אינו זקוק להיתר על-פי סעיף 27 לחוק, אל לו לבוא בטרוניה עם המשיב".

63 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 695.

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

תשי"ז-1957, היתה הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (בגד וריגול), תשי"ז-1956.⁶⁴ בהצעת החוק הוצע לבטל את פקודת הסודות הרשמיים, אך לא נכלל בה כל פרק חדש בענין סודות רשמיים, ולא נכלל בה סעיף המשיל חובה על עובדי-ציבור לשמור על מידע סודי. הרעיון בדבר הטלת חובה מיוחדת על עובדי הציבור הופיע לראשונה בעת הקריאה הראשונה להצעת החוק המקורית, מפני חבר הכנסת ברוך אזניה.⁶⁵

סעיף 27 כפי שנחקק בתשי"ז הובא בפני הכנסת רק בעת הקריאה השנייה.⁶⁶ ולא נערך בו דיון ממצה. בתגובה להשגה על הסעיף, אמר ח"כ מאיר ארגוב, יו"ר הוועדה המשותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת החוץ והבטחון, שהביא את הצעת החוק לפני המליאה: "חברי הוועדה הכירו שלא רק עניינים בטחוניים טהורים הם חשובים לבטחון המדינה אלא ישנם עוד עניינים שהם חשובים ואפילו רצוי להכניס נוסח שבו ידובר על 'עניינים חיוניים'".⁶⁷ המשתמע מדברים אלה הוא, שבעיצוב החובה הנהגתה את נסחי החוק הגישה הפונקציונאלית. סעיף 27 נועד להגן על קטגוריות ספציפיות של "עניינים חשובים". נקודת המוצא בוויכוח בכנסת היתה, שיש להטיל חובה רק על עניינים שגילויים עלול לגרום נזק למדינה, דהיינו עניינים בטחוניים ואילו הנסחים ביקשו להרחיב את החובה על ידיעה סתם, על מנת שתחול על קטגוריות פונקציונאליות שאינן מתייחסות דווקא לבטחון המדינה או יחסי חוץ. הדוגמא שמביא ח"כ ארגוב לענין הדורש סודיות למרות שאין תכנו בטחוני, תומכת בגירסתנו: בימיו של אליעזר קפלן, החליטה הממשלה להחליף את הכסף. גילוי ההחלטה היה עלול לעלות לאוצר כ-30-50 מיליון לירות.⁶⁸ סעיף 27 בא למנוע גילוי ידיעות מסוג זה על-ידי הטלת סנקציה פלילית על המגלה.

התיקון לסעיף 27, שנעשה בתשכ"ו, לא בא לשנות את מושג הסודיות הפונקציונאלית. מטרתו היתה להאריך את משך תחולת חובת הנאמנות גם לתקופה שאחרי פרישתו של עובד-הציבור. דבקות המחוקק במודל הפונקציונאלי באה לידי ביטוי בדבריו של שר המשפטים דאז, מר י"ש שפירא, שהביא את ההצעה בפני הכנסת:

"בתקופה המודרנית יש בידי המדינה סודות בטחוניים חשובים ביותר וגם סודות שאינם בטחוניים, אבל ערכם הכלכלי והכספי הוא לעיתים קרובות גדול כל כך שייטכן שכדאי לעובד להתפטר, ובלבד שיהיה חפשי למכור את הידיעות שבידו".⁶⁹

עד כאן הראינו כי ההיסטוריה של סעיף 27 תומכת בגישה פונקציונאלית למאגר המידע הממשלתי. תמיכה נוספת לגישה זו ניתן למצוא בדוגמאות שמסתייע בהן השופט זוסמן לביסוס דבריו. השופט זוסמן משתמש בהלכות מתחום המשפט הפרטי על מנת לחזק את גישתו בתחום המשפט הציבורי. אך עיון בטיפוסי המקרים עליהם הוחלה חובת הנאמנות במשפט האנגלי, אף הוא מוליד את המסקנה שהכוונה לקטגוריות מסוימות מאוד של מידע, שגילויין עלול לגרום נזק לעמידתו של עסק בתחרות בשוק

64 הי"ח תשי"ז, דברי הסבר, 10-17.

65 דברי הכנסת, כרך 21(1), 1956/57, בעמ' 227.

66 דברי הכנסת, כרך 22(2), 1957, עמ' 2566.

67 שם, בעמ' 2599.

68 שם.

69 הי"ח תשכ"ו, 6; דברי הכנסת, כרך 47, 1966, עמ' 154.

החפשי. בכל שלושת המקרים שמביא השופט זוסמן כתמיכה לגישתו לחובת הנאמנות של עובד-ציבור דנים בסודות מקצועיים שהיו מרכזיים להצלחתו הכלכלית של העסק⁷⁰. באף אחד מן המקרים שמביא השופט זוסמן לא גזר "סודות" שסודיותם נשענה על החלטתו הסובייקטיבית של המעביד לסווגם כסודיים, אלא גזר סודות שברור היה בעליל שגילויים מויק לפעילות הרווחית של העסק.

הפרשנות המצמצמת של סעיף 27 מתבקשת גם מדברי השופטים עצמם. בעוד השופטים מאשרים, ללא ביקורתיות, גישה לפיה הסודיות היא מושג רחב שהרשות רשאית ליצוק בו תוכן כרצונה, הרי התסבר שניתן לסודיות עצמה נשען על דוגמאות מטיפוס פונקציונאלי. השופט זוסמן מדגים סוד הראוי שתוחל עליו חובת נאמנות כ"סוד מסחרי או ידע תעשייתי". השופט ויתקן מצדיק את הצורך בחובת נאמנות בכך שבלי שמירה על חובת הסודיות אין התבטאות הפשית בדיוני אנשי השלטון ובפניות האזרח אליו⁷¹. הדוגמאות שמביאים השופטים הן דוגמאות המתייחסות למושג פונקציונאלי של הסודיות ולא למושג המכשיר סודיות מידע שהרשות חפצה בהחסייתו⁷².

ניתן לטעון, שהמודל הפונקציונאלי חושף רק צד אחד של המטבע, וכי חובת הנאמנות של עובד-ציבור יונקת גם מהיבטים מוסריים. לענייננו חשובים שני היבטים מוסריים⁷³:

1. העקרון שמשרה ציבורית ומידע שהגיע לידי פקיד-הציבור בתוקף משרתו לא ישמשו לעשיית רווח פרטי.
2. כללי המשחק ההוגן הרעיון של שוויון הכל בפני התוק, שבבסיסו מונח הרעיון שלא יהיו אנשים מועדפים בשל קשריהם האישיים.

עקרונות מוסריים אלה מתייחסים בעיקר לתחום הכלכלי. העקרון הראשון, של מניעת שימוש במידע ציבורי לעשיית רווח פרטי, מתייחס למצב שבו יש קשר ישיר בין המידע לבין הרווח. דוגמאות למצבים כאלה הן מכירת מסמכים שיש להם נגיעה לבטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה תמורת בצע כסף; או מכירת סודות מסחריים או תעשייתיים תמורת טובת הנאה כלכלית. אין העקרון מתייחס למצב, שבו אין קשר ישיר בין המידע לבין הרווח, כגון מצב של פרסום מחקר ספרותי או מדעי אגב שימוש במידע ממשלתי. בכתובת מחקר על המחבר להשקיע עבודה רבה בעיבוד הידיעות

70 בפסקי-הדין 15 37 L.T. 315; 2 Q.B. 315 [1895] *Robb v. Green* נתבע עובד של חווה לגידול עופות-צייד שהעתיק את רשימת הלקוחות של מעבידו ולאחר מכן פתח עסק עצמאי והזמין לקוחות אלה אליו. בפסקי-הדין: *Alperton Rubber Co. (Ltd.) v. Manning and Others*; 33 T.L.R. 205 (1917); 116 L.T. 499. נתבע מנהל עסקים לשעבר של חברה לייצור גומי, שהתפטר מחפקידו הצטרף לחברה מתחרה, ומסר לה את הנוסחאות לייצור גומי ששימשו את מעבידו הקודם. בפסקי-הדין: 2 All 923; [1967] *Seager v. Copydex* W.L.R. 415, E.R. נתבעה חברה לשיווק המצאות על-ידי ממצאי שניהל עמה מ"מ בקשר לשיווק המצאות, החברה נתבעה על כך ששיווקה את המצאה כאופן עצמאי לאחר שהמ"מ עם החובע עלה על שרטון.

71 שם, עמ' 695, 698.

72 J. L. Kalo, "Deterring Misuse of Confidential Information: A Proposed Citizen's Action", 72 (1974), *Mich. L. Rev.* 1577, 1582. ראוי לציין ש-Kalo מדגיש במפורש שניתוחו מתייחס למידע שתכנו כלכלי, שם, עמ' 1577 ה"ש 2; עם זאת נראה שהיבטים המצוטטים לעיל רלבנטיים גם לענייננו.

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

שבידיו והעלאתן על הכתב. גם כשהחיבור מושלם, עדיין אין בטחון בידי המחבר, שאמנם תמצא במה או שימצא מו"ל לפירסום החיבור. אפילו נמצאה במה לפירסום, עדיין אין כל בטחון שהמחבר יפיק מכך יוקרה או רווח כספי.

כללי המשחק ההוגן והרעיון של שוויון הכל בפני החוק, אף הם מצומצמים בתחולתם. כאן הכוונה היא למנוע העדפת עובד-החיבור בשל הקשרים האישיים שרכש בתוקף תפקידו. ואולם כאשר מדובר בעיבוד נתונים היסטוריים או פוליטיים לספר, נוסף אלמנט חשוב ומכריע והוא המאמץ שמשקיע עובד-החיבור בחיבורו. מאמץ זה שפירותיו בעיקרם ציבוריים (העברת מידע מעובד לרשות הציבור) כנטרלים את העקרון המוסרי המנוע מעובד-החיבור לפרסם מידע.

בנוסף לכך, העקרונות המוסריים המצדיקים את תחולתה של חובת הנאמנות אינם העקרונות היחידים שיש להתחשב בהם לצורך קביעת היקפה של חובה זו. על בית-המשפט לאון עקרונות אלה כנגד העקרונות של חופש הביטוי, חופש המחקר והיצירה וזכותו של הציבור לדעת. במיוחד בענין בו אנו עוסקים – מידע שתכנו היסטורי או פוליטי – יש לתת לעקרונות אלה משקל כבד ולהקפיד שלא יופרו, אלא בתחומים ברורים ומוגדרים היטב. לעובד-החיבור יש גישה חפשית ותפישה כוללת על מעשי המנגנון המינהלי, ומעשי הממשלה. תרומתו הציבורית בניתוח המידע בעזרת ניסיונו חשובה ביותר ומאפילה על הרווח שהוא עשוי לקבל מן הפרסום.⁷³

מן האמור לעיל עולה, שיש להבחין בין מידע כלכלי שערכו מסחרי, לבין מידע שאופיו פוליטי בעיקרו, וכן בין קבוצת המקרים שבה המניע גילוי המידע הוא תאוות בצע לבין מקרים שבהם המניע נופל למסגרת של ביטוי. על הקטגוריות הראשונות יש להחיל כללי גילוי המורים יותר מאשר על הקטגוריות מהסוג האחרון. את חובת הנאמנות לאי-פירסום מידע פוליטי יש להגביל למקרים בהם הפירסום עלול לחבל באינטרס מדיני עליון. הדרך הנכונה להערכת היקף חובת הנאמנות במקרים בהם מעורב ידע פוליטי היא לשקול את חומרת הנוק העלול להיגרם כתוצאה מן הפירסום לעומת התועלת הציבורית שבאירור מידע מסוג זה.

את הדיון שלעיל אין לחתום בלא שנעמוד על היבט נוסף של הסודיות במינהל: גם אם תחקבל ההשקפה שהסודיות לגיטימית רק במידה שהיא פונקציונאלית, עדיין לא נפתרה בעיית הפעלתה. מי יקבע מתי סודיותו של מסמך נחוצה מטעמים פונקציונאליים ולגיטימיים, ואימתי היא נובעת ממניעים שאינם כשרים? הסיבה להשמטת הסייג "שיהיה במסירת הידיעה משום נזק למדינה" מנוסחו הסופי של סעיף 27 היתה החשש, שבכך יינתן הכשר לעובד-החיבור להחליט בעצמו אם יש בידיעה כדי להזיק לאינטרס לגיטימי אם לאו.⁷⁴ ברור שעקרונות של מינהל תקין והצורך הלגיטימי בשמירה על סודיות אינם סובלים מצב מעין זה. אך מכאן אין להסיק שדי בסיווג סודי כדי להוריד מסך של איפול על המידע הממשלתי. הסנקציה שבסעיף 27 באה למנוע

The "Secretiveness of certain officials and departments often is quite innocuous, 73 but when it takes the form of forbidding high officials... to express in print their views on matters of grave public concern, it is unequivocally contrary to the public interest in a constitutional democracy", C. J. Friedrich

בעמ' 56.

74 ה"ש 67 לעיל.

טענת הגנה של העובד, במשפט פלילי, שלא היה בידיעה כדי להזיק לאינטרס מדיני. מטרתה לא היתה להכשיר צנוורה ממשלתית. משהגיש עובד-הציבור את חיבורו לרשות המוסמכת לקבלת היתר-פרסום, ניטל טעמה של התגבלה דלעיל, שכן עובד-הציבור לא התיימר לעשות דין לעצמו אלא פעל בדרכים המקובלות. במקרה מעין זה, ראוי לחייב את הרשות שתבדוק אם אמנם היה תוכן המסמך ראוי לסיווג סודי, ואם אין מקום לשנות את הסיווג משום פרק הזמן שחלף מאז הסיווג או משום השתנות הנסיבות. רק אישור חיובי של הרשות, שעדיין יש צורך בסיווג ולא טענה סתם שהמסמך סודי צריך לספק את בית-המשפט במקרה כזה.

צמצום חובת הנאמנות של עובדי ציבור לקטגוריות של המודל הפונקציונאלי זכתה לאחרונה לתמיכה בארה"ב, במקרה שעובדותיו דומה למקרה יצחקי. שם כתב עובד לשעבר של סוכנות הביון המרכזית, ויקטור מרקטי, ספר אודות פעולותיה של הסוכנות. בארה"ב אין חובה סטטוטורית על עובד-ציבור שלא לגלות מידע שהגיע אליו במסגרת תפקידו, פרט לחובה המעוגנת בחוקי הריגול⁶⁵. מניעת גילוי סודות נעשית בעזרת הסכם סודיות שנחתם בין הסוכנות לעובדיה בעת כניסתם לתפקיד. הסוכנות פנתה לבית-המשפט, שיורה למרקטי להציג בפניה כל חומר שיכתוב עליה, וכן שלא יפרסמו ללא אישור ראש הסוכנות או נציגו. בית-המשפט הוציא צו מגיעה נגד מרקטי, אך קבע כי הסכם הסודיות תקף, משום שאינו פוגע בזכותו של עובד-הציבור לחופש הביטוי, אלא במקרים בהם מדובר במידע הנוגע לבטחון הלאומי וליחסי החוץ של ארה"ב, שלגביו יש הכרח בשמירה על סודיות⁶⁶. לאחר זמן, הגיש מרקטי את ספרו לעיון, וסוכנות הביון דרשה תחילה שיושמו 339 קטעים מן הספר, ולבסוף התפשרה על השמטת 168 קטעים. המו"ל של מרקטי פנה בתביעה לבית-המשפט, שיורה לסוכנות הביון לשחרר את יתר הקטעים. בית-המשפט לערעורים דחה את התביעה, מאחר שעובדי הסוכנות העידו כי הידיעות היו מסווגות בסיווג בטחוני ועדיין הן מסווגות ואסורות בפרסום⁶⁷.

4. חופש הביטוי וההיבטים הצנווריאליים של סעיף 27 : טכניקת טיפול אלטרנטיבית בעובדות הפסק

עד כאן בחנו את תפישות-היסוד של בית-המשפט בנושאים : מעמדו של מאגר המידע הממשלתי והיקף חובת הנאמנות של עובד-הציבור ביחס למידע זה. הצענו תפישות אלטרנטיביות, המודרכות על-ידי הפונקציונאליות של סודיות במינהל, והנובעות מהצורך להבטיח את החירות לעצב דעה עצמאית, חפשית ואחראית בנושאים מדיניים.

הראינו כי התפישות המשמשות את בית-המשפט לוקות בכך, שהן מתעלמות מעקרונות יסוד של הדמוקרטיה : הצורך להבטיח את חירותו של האזרח לעצב דעה עצמאית,

75 לדיון מפורט בנושא זה ראה : B. C. Schmidt Jr., "The American Espionage Statutes and Publication of Defense Information", in *Secrecy and Foreign Policy* ה"ש 38 לעיל, בעמ' 165.

76 *United States v. Marchetti*, 466 F. 2d (4th Cir.), 1309, 1313; *Crt. Den.* 93 S.Ct. 533 (1972).

77 *Knopf v. Colby*, 509 F. 2d. (4th Cir.) 1362 (1974).

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

חפשית ואחרית בנושאים מדיניים. אך פסק-הדין בענין יצהקי לא זו בלבד שהוא חסר התחשבות בנכות היסוד של חופש הביטוי, הוא גם מתעלם מכלל הברזל בנושא זה: ההבחנה בין מניעה מוקדמת וענישה מאוחרת. הבחנה זו פותחה לראשונה באנגליה בסוף המאה ה-18⁷⁸ והיא המוקדמת מכין קובץ הכללים המשפטיים המיועדים להגן על חופש הביטוי. ההבחנה הוכנסה למשפט הישראלי בפסק-הדין קול העם נ' שר הפנים, וכך מגדיר אותה השופט אגרנט:

"האמצעים הפרוצדורליים המשמשים לדיכוי חופש העתונות או להגבלתו הם משני מינים. אמצעי ממין אחד הוא להעניש על הפרסום הנפסד לאחר המעשה. האמצעי מן המין השני הוא מניעתו, כלומר, בדרך של נקיטת צעדים המכוונים לסכל מראש את פרסום תומר... זה מכבר הוכר הדבר, כי אותו אמצעי 'מניעתו'— מאחר שתמציתו צנזורה...— הוא החריף מבין שני האמצעים הנזכרים... ואינו צריך להתקיים במדינה אלא אם יש הכרח בכך מחמת סכנות בלתי רגילות"⁷⁹ (ההדגשה במקור).

ההבחנה אינה מבטיחה הגנה אפקטיבית על חופש הביטוי, וזאת מן הטעם שאמצעי עונשי עלול להרתיע פירסום גם אם אין שיטת המשפט מכירה בצנזורה. עם זאת, יש למניעה המוקדמת של פירסום (צנזורה) מספר היבטים העלולים לפגוע בחופש הביטוי. ההתייחסות השלילית של המשפט למניעה מוקדמת, מבוססת על היבטים אלה והגיון ההבחנה מכוון למנעם או לצמצם את פעולתם וכך להבטיח רמה גבוהה יותר של חופש הביטוי. היבטים השליליים של הצנזורה הם:

1. היא מכניסה קשת רחבה של תכני-ביטוי תחת פיקוח ממשלתי;
2. היא מעניקה פחות הזדמנויות לביקורות והערכה ציבוריות על פעולות הממשל;
3. הדינמיקה של הצנזורה היא כזו שהיא תמיד גולשת מעבר לתחומים שנקבעו מראש לפעולתה. הסכנה הטמונה בכך היא שהצנזורה תחול על ענינים שאינם בתחום סמכותה;
4. קל יותר להפעיל צנזורה מאשר דין פלילי.⁸⁰

היבטים שליליים אלה מצויים גם במנגנון הצנזורה האלי המבוסס על סעיף 27. שיטת מתן ההיתרים כפי שקיבלה גושפנקא על-ידי בית-המשפט היא כוללת וגורפת תכני ביטוי רבים; ניתן לעשות בה שימוש על מנת למנוע פרסום מידע העלול לעורר ביקורת על הממשל והיא מפעילה צנזורה במקום שספק אם היה מופעל הדין הפלילי.⁸¹

78 T. I. Emerson, "The Doctrine of Prior Restraint", 20 (1955), *Law and Contemporary Problems*, 648.

79 ה"ש 48 לעיל, בעמ' 885.

80 Emerson, ה"ש 78 לעיל, עמ' 655-660.

81 תביעה פלילית לפי חוק בטחון המדינה הינה מעשה מרחיק לכת וההחלטה לנקוט בו מתקבלת רק על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. ראה: סעיף 33 לחוק בטחון המדינה, ה"ש 3 והשווה עם פרק ד' חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, ס"ח 458 תשכ"ה, 161. עיון בפסיקה מראה שעד כה לא פורסמו כל פסקי-דין הנוגעים לתביעה פלילית לפי סעיף 27.

תכונות אלה של שיטת מתן ההיתרים, מבליטות את יעילותה של ההבחנה בין מגיעה מוקדמת וענישה מאוחרת.

במקרה שלנו חייב היה בית-המשפט להשתמש בהבחנה ולהטיל על הרשות מגבלות של ממש בבואה לעשות בסעיף 27 שימוש צנווריאלי. בית-המשפט צריך היה לפרש את סמכותה הצנווריאלית של הרשות פירוש מצמצם ביותר, ולדרוש הוכחה ממשית שאמנם היה צורך בהפעלת צנוורה.⁸²

החומרה והחשדנות שבהן היה על בית-המשפט להתייחס לטענות הרשות במקרה שלפנינו מתחזקות, אם נזכור שהצנזור הצבאי המופקד על שמירת סודותיה הבטחוניים של המדינה התיר את פירסומו של הספר. בפסק-הדין בענין יצחקי, קיבל בית-המשפט את טענות הרשות ולא הפעיל כל סטנדרט חמור ומדוקדק לגבי שיקול דעתה לצנזר מידע, ובכך הטא להבחנה בין מגיעה מוקדמת לענישה מאוחרת.

החלה הולמת של ההבחנה שלעיל היתה מעמידה בפני הרשות את התנאי, שדחיית בקשת ההיתר תבסס על הוכחה של הרשות שאמנם יהיה בפרסום הידיעות כדי להזיק לאינטרסים חיוניים של המדינה. שאר מטרותיה של הרשות: שמירה על זכות היוצרים של המדינה, שמירה על טוהר מידותיהם של עובדיה, שמירה על התחייבויותיה וכו', אינם ענין להגנה על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק ומן הראוי שתחפש תרופות באמצעים אחרים, או ערכאות שיפוטיות אחרות.

סוף דבר

עיקר ביקורתנו כלפי פסק-הדין בענין יצחקי ג' שר המשפטים מופנית כלפי התעלמותו של בית-המשפט מההיבטים הקונסטיטוציונאליים של הבעייה. מוקד הבעייה הוא המתח הקיים בין עקרון הפומביות (המתבקש מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית) לבין עקרון הסודיות (המתבקש מהצורך במינהל תקין ויעיל). בית-המשפט התעלם מן העקרון הראשון, וקביעותיו מתבססות על הטייה קיצונית של הכף לטובת עקרון הסודיות.

הנטייה שלא לתבוע עובדי ציבור לדין פלילי אופיינית גם לאנגליה ולארה"ב. ראה: Kalo, ה"ש 72 לעיל, עמ' 1586; Boudin, ה"ש 38 לעיל, עמ' 303-4 ו-Street, ה"ש 38 לעיל, בעמ' 336. עם זאת, ידוע על מקרה אחד בו הופעל סעיף 27 נגד עובד משרד המשפטים, חי הסידוף שהואשם במכירת הליפת מכתבים בין היועץ המשפטי לממשלה לבין משרד המשטרה לשבועון "העולם הזה". הסידוף הורשע וערערו לבית-המשפט העליון נדחה. לפרטים ראה: ד"ר דינה גורן, "זיקות הגומלין בין שלטון לעתונות", ספר היגה של העתונאים תשל"א, עמ' 27, 39-40.

82 ייתכן אמנם, שעצם מתן ההיתר מונע התהוות עבירה פלילית לפי סעיף 27, שכן הפרסום הופך לפרסום הנעשה מתוך סמכות כדין. אין בכך כדי לייתר את תחולתה של ההבחנה בין מגיעה מוקדמת לבין ענישה מאוחרת על עניינה. מטרת ההבחנה היא להגן ככל האפשר על חופש הביטוי בהברה. סעיף 27 הוא סעיף פלילי ואינו מניח קיום מנגנון צנווריאלי. הממשלה יכולה לוותר על קיומה של שיטת מתן ההיתרים ולהפעיל רק את הדין הפלילי, אך משהעדיפה את שיטת מתן ההיתרים, אין מנוס מלצמצם את תחולת השיטה כך, שלא הפגע בחופש הביטוי.

חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים

ברשימתנו ניסינו להראות שדרושה גישה יותר מאוזנת ושקולה כלפי עקרונות אלה. הצענו תפישות אלטרנטיביות לתפישות בית-המשפט, והראינו מה השיקולים שצריכים להדריך את בית-המשפט בבואו לאזן בין האינטרסים השונים. הצגנו את התפישה שבחברה דמוקרטית יש להעדיף את עקרון הפומביות, את הזכות לדעת ואת הזכות לחופש הביטוי. הגבלה על אלה תיתכן רק למטרות לגיטימיות וספציפיות. בנוסף להצגת התפישה האלטרנטיבית, הצגנו את הטכניקות המבטיחות שיישמר האיוון ותובטח רמה נאותה של ביטוי חופשי. ההבחנה בין מניעה מוקדמת לענישה מאוחרת מצמצמת את תחולת ההגבלות הצנזוריאליות על חופש הביטוי. נטל ההוכחה שהסודיות לגיטימית ותיוגית מוטל על המבקש סודיות, דהיינו על הממשלה עצמה. אמצעים אלה מגטרלים את דבקתו הטבעית של המינהל בסודיות ומבטיחים יתר הגנה על הזכות לדעת והזכות לחופש הביטוי, שהן אבני הפינה של המשטר הדמוקרטי.

ד"ר פנינה להב