על הזכות המוגנת בבג״ץ, הזכות לדעת והאזנת סתר

(בג״צ 414/89 בן נ׳ שר המשפטים פ״ד מג(4) 327)

מאת

זאב סגל*

א. מבוא; ב. הזכות המוגנת בבג״ץ; ג. הזכות לדעת והחובה לגלות; ד. מיהו ״הנהנה״ על־פי חובת הגילוי?; ה. חובת הגילוי כחובה יחסית; ו. הזכות למידע באשר להאזנת־סתר למול אינטרסים אחרים; ז. זכותו של עיתונאי לקבלת מידע; ח. סיכום.

א. מבוא

ההחלטה בעניין בן[1], שבו נשללה מכל־וכול חובת המשיבים לאפשר את מימושה של זכות הציבור לקבלת מידע באשר להפעלת חוק האזנת סתר, תשל״ט-1979, מנעה את פיתוחה של זכות הציבור לדעת — אחת מזכויות־היסוד שהוכרו בפסיקת בית־המשפט העליון. העובדה שההחלטה לדחות את העתירה למתן צו־על־תנאי ניתנה ביום שמיעת העתירה, מנעה דיון מקיף בשלל השאלות הרלבנטיות שהיו ראויות להידון בהקשר זה. החלטתו של נשיא בית־המשפט העליון, מאיר שמגר, לדחות עתירה לדיון נוסף בעניין מנעה את בירורה המחודש של הסוגיא המשפטית שאמורה היתה להידון בפני בית־המשפט הגבוה לצדק[1א].

העותרים באותו עניין היו עיתונאי, אלוף בן, וחברה ״עיתונות מקומית בע״מ״, המוציאה לאור את עיתון העיר בתל־אביב. הם ביקשו לצוות על המשיבים — שר־המשפטים, שר־המשטרה, שר הביטחון, שר־הפנים וראש־הממשלה — ליתן טעם לסירובם למסור לעותרים מידע על האופן וההיקף שבהם בוצעו האזנות־סתר בישראל, על־פי חוק האזנת סתר, תשל״ט-1979[2].

* מרצה בכיר למשפטים, הפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל־אביב.

1א בג״ץ 414/89 בן נ׳ שר המשפטים, פ״ד מג (4) 327 [להלן: עניין בן].

1 ראה ד״נ 7/89 בן נ׳ שר־המשפטים (לא פורסם; החלטה מיום 14.2.90). נשיא בית־המשפט העליון הבהיר את טעם דחיית העתירה לדיון נוסף בכך ש״ההחלטה של בית־המשפט ניתנה על רקע טעמי העתירה ומידת הביסוס שלה, כפי שהובאו בפני בית־המשפט. מכאן שעתירה זו היא בעיקרה מעין בקשה לעיון חוזר״. עיון בכתב העתירה לדיון נוסף מראה, שהעותרים הצביעו על כך שההלכה בעניין בן מנוגדת להלכות קודמות רבות של בית־המשפט העליון, שעניינן מהותה של הזכות המוגנת בבג״ץ. ראה הדיון להלן. העילה לעתירה לדיון נוסף התבססה בעיקר על כך שההלכה שנפסקה עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית־המשפט העליון — סעיף 30 לחוק בתי־המשפט (נוסח משולב), תשמ״ד-1984. הנטייה שלא להיענות בנקל לעתירה לדיון נוסף, גם בהתקיים התנאים שבסעיף הנ״ל, בולטת, למשל, בד״נ 3/88 בן ציון נ׳ הוצאת מודיעין בע״מ, פ״ד מב (2) 212, 214.

2 בידי המשיבים אמור להצטבר חומר על היתרי האזנה הניתנים על־פי האמור בחוק האזנת סתר, תשל״ט-1979. כך חייבים ראש־הממשלה ושר הביטחון לדווח לשר־המשפטים על היתרי האזנה שנתנו

העותרים, שביקשו לפרסם מאמר עיתונאי על הפעלת החוק במלאות עשור לקיומו, ביקשו לצוות על המשיבים למסור להם מידע מפורט על מידת השימוש בחוק. לבד מבקשתם לקבלת מידע כללי על היתרי האזנה שניתנו למטרה של שמירת בטחון המדינה ולמניעת עבירות וגילוי עבריינים, ביקשו העותרים גם מידע מיוחד על האזנות־סתר כנגד שרים, חברי־כנסת, שופטים, קציני־משטרה, מפלגות, עיתונות ועיתונאים, ראשי ערים וכדומה[3].

בהחלטה קצרה, המשתרעת על פני עמוד אחד, מבהיר בג״ץ כי העותרים נשאלו למקור חובתם של המשיבים לספק לעותרים מידע, כאשר תשובת העותרים היתה כי "על העותרים העוסקים בעיתונאות חובה להביא לפני הציבור מידע, ובלי לקבל מידע זה מהמשיבים נמנע בעדם לספק לציבור את המידע, שהוא ודאי מעניינו"[4]. כדעת בג״ץ, "יש להבחין הבחן היטב בין התפקיד של עיתונאי להביא לפני ציבור הקוראים מידע המצוי עימו, לבין החובה על המשיבים לספק לו מידע. משלא עלה בידי העותרים להצביע על חובת המשיבים לספק להם את המידע הספציפי שדרשו, די בכך כדי לדחות את העתירה"[5].

דברים אלה, המתייחסים מילולית לכשל העותרים להצביע על חובת המשיבים לספק להם את המידע הספציפי שדרשו, שימשו את בג״ץ לדחיית העתירה למתן צו־על־תנאי בכללה, ובתוך כך גם את העתירה לצוות על מסירתו של מידע כללי, הנוגע להפעלה הכוללת של חוק האזנת סתר, תשל״ט-1979. מידע כזה יכול היה להתייחס, למשל, למספר ההיתרים שניתנו על־ידי ראש־הממשלה ושר־הבטחון להאזנת־סתר למען בטחון המדינה (מכוח סמכותם על־פי סעיף 4 לחוק) ולמספר ההיתרים שניתנו על־ידי נשיאי בתי־המשפט המחוזיים, לבקשת המשטרה, לשם מניעת עבירות וגילוי עבריינים (מכוח הסמכות האמורה בסעיף 6 לחוק). בדו״ח מבקר המדינה, שפורסם במאי 1991, כשנה־וחצי לאחר דחיית

(סעיף 4 (ד)). על־פי החוק, המפקח הכללי של המשטרה חייב להגיש דו״ח חודשי לשר־הפנים (כיום: שר־המשטרה) על היתרי האזנה שניתנו למניעת עבירות ולגילוי עבריינים. שר־המשטרה חייב להעביר העתקים מדו״חות אלה לשר־המשפטים אחת לשלושה חודשים (סעיף 6 (ו)). מן הראוי להעיר, כי קביעת חובה לדווח ליועץ המשפטי לממשלה, ולא לשרים, היתה יכולה למנוע הצטברות מידע פוליטי רגיש בידי אישים פוליטיים. מן הראוי לשקול תיקון החוק ברוח זו.

3 ראה עניין בן (לעיל, הערה 1), 328. בית־המשפט מציין, שבמהלך הדיון ויתרו העותרים על קבלת מידע בשורה של עניינים, כגון כמה פעמים סירב בית־המשפט להיעתר לבקשה להאזנת־סתר (למניעת עבירות ולגילוי עבריינים); כמה כתבי־אישום הוגשו כתוצאה מהאזנת־סתר; כמה הרשעות הושגו על־פיהן וכדומה "שאלות אשר ספק אם ניתן לתת עליהן תשובה", שם, שם. נראה שגם על שאלות אלה ניתן לתת תשובה, אם הרשויות העוסקות בכך רגישות דיין לכוח הנתון בידיהן, דבר המצדיק בחינה מפורטת של הצדקת השימוש באמצעי של האזנת־סתר. בארצות־הברית ובקנדה הרשויות העוסקות בהאזנה מנהלות מערכת דיווחים וחישובים מפורטים העוסקים בהצגת היקף הבקשות להיתר האזנת־סתר, שיעור הבקשות שאושרו והבקשות שנדחו ושיעור המעצרים וההרשעות כתוצאה מהאזנות־סתר. ראה מבקר המדינה, דו״ח שנתי 41 (ירושלים, 1991) 348. בדו״ח זה קובעת מבקרת המדינה, כי "במדינות רבות בהן, ארה״ב, קנדה, גרמניה, אנגליה, משמשת האזנת סתר רק כאמצעי אחרון (Lasr Resort), היינו כאשר אמצעים אחרים שננקטו נכשלו, או כאשר ניתן להניח מראש שייכשלו; לא כך נוהגת משטרת ישראל בכל הנוגע להאזנות־סתר טלפוניות" (שם, בעמ' 342).

4 עניין בן (לעיל, הערה 1), 328.

5 שם, שם.

nevo.co.il

העתירה, נתפרסמו נתונים מקיפים על מספר ההיתרים השיפוטיים שניתנו לביצוע האזנות־סתר טלפוניות ומיקרופוניות בתקופה של ארבע שנים[6].

ברשימה זו אבקש להראות את המקורות המשפטיים לחובת הגילוי המוטלת על הרשויות המפעילות סמכויות להיתר ולביצוע של האזנות־סתר. בג"ץ יכול היה לדלות את חובת הגילוי האמורה מפסיקה ענפה שהניחה את התשתית לכך, אפילו לא הניחו העותרים בפניו את המסד השלם והראוי לכך[7]. נכונותו של בג"ץ לדחות את העתירה למתן צו־על־תנאי מבלי לחייב את הרשות להשיב לצו־על־תנאי, מנעה בירור יסודי של הנושא[8]. לדעתי, גישת בית־המשפט פגעה ביכולת הפיקוח האפקטיבי על אחת הפלישות החמורות ביותר לצנעת הפרט, שיש עמה שימוש בכוח שלטוני רב־עוצמה הנתון בידי הרשויות[9]. על רקע זה ראויה פסיקת בג"ץ ודרך טיפולו בנושא לביקורת קשה, שאדיבותה איננה צריכה להפחית מחומרתה.

6 ראה דו"ח מבקר המדינה, (לעיל, הערה 3) 342-343. הדו"ח, שהוגש לכנסת ופורסם בפומבי, מפרט את נתוני המשטרה על מספר ההיתרים שניתנו על־ידי בית־המשפט בשנים 1986-1990. הדו"ח מפרט את היתרי ההאזנה על־פי התפלגותם לפי סוגי העבירות (סמים, אלימות, מרמה, רכוש ועבירות אחרות). מהנתונים עולה, כי מספר ההיתרים שנתקבלו לביצוע האזנות־סתר בשנים 1986-1989 מצוי בקו עלייה מתמיד. הדו"ח מציין, כי מספר ההיתרים שניתנו בישראל הוא בשיעור גבוה במיוחד, יחסית למדינות אחרות. ראה דו"ח המבקר, עמ' 341-342.

7 לדעתי, עיון בכתב העתירה מצדיק את המסקנה שהעותרים לא הצביעו בעוצמה ראויה על המקור המשפטי לחובת הגילוי שעל המשיבים. עם זאת, די היה בדברים שנאמרו בכתב־העתירה כדי להוביל את בג"ץ להשלים בעצמו את המלאכה. תופעה כזו איננה זרה לעבודת בית־המשפט העליון. בכתב־העתירה נאמר (בסעיף 8), כי "זכות הציבור לדעת, שהוכרה בפסיקה כיסוד חשוב של המשטר הדימוקרטי, כוללת בראש וראשונה את זכות האזרחים לקבל מידע על התערבות הרשות השלטונית בחיי הפרט".

8 כפי שאבהיר להלן, אינני טוען שמדובר כאן בחובת גילוי מוחלטת, אלא בחובה שניתן לסייגה בהגבלות שונות. לדעתי, השגגה העיקרית שיצאה מלפני בג"ץ נעוצה בכך, שהוא לא היה מוכן להכיר כלל בעצם החובה לגלות מידע כללי הנוגע להפעלת החוק.

9 בעת הדיון בכנסת, לפני שאושר חוק האזנת סתר, הדגיש יו"ר ועדת חוקה־חוק ומשפט, כי "האזנה לשיחות הזולת באמצעות מכשיר והקלטת שיחות אלה — מהווה פלישה לתחום צנעת הפרט, אחת השמורות האחרונות שנותרו לבן אנוש בעידן המודרני". ראה דה"כ 86 (תשל"ט) 3305. לעיתים בנושא האזנת־סתר ראה א' שטיין, "האזנת סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעי לקידומה של חקירה פלילית ובטחונית" משפטים יד (תשמ"ה) 527; א' וילצ'יק, "קבילות ראיות שהושגו בחו"ל בהאזנת סתר" משפטים טז (תשמ"ז) 462; א' רוזן, "על האזנת סתר ועל פגיעה בפרטיות כהאזנת סתר" משפטים יז (תשמ"ז) 146.

בבג"ץ 259/84 מ.י.ל.ן מכון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח (2) 673, 683 קבעה השופטת מ' בן־פורת, כי "לכאורה, אפילו חוק האזנת סתר "כפוף" עצמו לאינטרס הציבור לדעת", וזאת מכוח קביעתו של חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, שלפיה פגיעה בפרטיות היא "האזנה האסורה על־פי חוק" (סעיף 2 (2)). לכאורה, ה"כפיפות" יכולה לנבוע מהגנת סעיף 18 (3) לחוק הגנת הפרטיות, שלפיה תהא זו הגנה טובה במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות, אם בפגיעה היה "עניין ציבורי" המצדיק אותה בנסיבות העניין. על גישה זו נמתחה ביקורת, שלפיה במשפט פלילי בגין האזנת־סתר לא תוכל להישמע טענה על קיום "עניין ציבורי" בהאזנת־הסתר. ראה א' רוזן (לעיל, הערה 9), 159. מבלי להיכנס למחלוקת זו, החורגת מנושא רשימתי, ניתן לומר ש"כפיפות" חוק האזנת סתר לאינטרס הציבור לדעת חלה לפחות בהקשר־המצדיק את חובת הגילוי של הפעלת חוק האזנת סתר, להבדיל מחלות הגנה של "עניין ציבורי" במקרה של הגשת אישום פלילי בגין האזנת־סתר. גם לדעתי, אין לעיתונות זכות מיוחדת להאזנת־סתר בגין "העניין הציבורי". עם זאת יתכן מצב שבו תינתן הגנה של "עניין ציבורי" לפרסום תוכנה של שיחה שהושגה בהאזנת סתר, והדבר יהיה סביר בנסיבות חריגות. ראה הערה 59 להלן והטקסט הצמוד לה.

nevo.co.il

ב. הזכות המוגנת בבג״ץ

נראה, שדברי בג״ץ בעניין בן[10] מבוססים על ההשקפה שלפיה דין העתירה להידחות משלא הצביעו העותרים על חובה חוקית המוטלת על המשיבים לספק להם את המידע שדרשו. אף מבלי להיכנס כאן לבחינת השאלה המקיפה על טיב הזכות המהותית המוגנת בבג״ץ[11], מן המפורסמות הוא שהכרה בזכות מהותית, שיש עמה משום הטלת חובה על הרשות לפעול, יכולה להיות בשיטתנו המשפטית פרי של הלכה פסוקה מבית־מדרשו של בג״ץ. מפסיקת בג״ץ ברור, כי בכוחו להכיר בזכויות שלא בא זכרן בשום הוראה חקוקה — זכויות שאינן ״כתובות על ספר״. כך נפסק בפסיקה ענפה שקדמה לעניין בן, ובה נקבע שהזכויות המהותיות, אשר ההכרה בהן באה תוך כדי הגנת בג״ץ על הצדק, הן ״פרי ההלכה הפסוקה שלעולם אינה קופאת על שמריה״[12]. גישה זו היא אמיתו של המשפט המנהלי, שהתפתח במדינת ישראל, שהוא בעיקרו משפט שיפוטי שבו יצר בית־המשפט הגבוה לצדק מארג של חובות המוטלות על הרשויות אשר מולן ניצבות זכויות קורלטיביות־משלימות לאזרח[13]. ההתפתחות הזו הוארה ויושמה בפסיקה שניתנה לאחר עניין בן — פסיקה שלא הזכירה כלל את פסק־הדין הנראה כבן חורג במשפט המנהלי הנוהג[14].

מהמעט שנאמר כאן צריך להיות ברור כי בעניין בן בית־המשפט לא היה רשאי לפרוק את עצמו מן הדין ומן הדיון בכך שקבע כי העותר לא הצביע על חובה חוקית למסור לו את המידע שהתבקש על־ידו. בית־המשפט היה צריך לשאול את עצמו, האם קיימים בשיטתנו המשפטית מקורות משפטיים שאינם חקוקים — מקורות שיש בהם כדי לבסס חובה משפטית לגלות מידע אשר עניינו הפעלת הסמכויות האמורות בחוק האזנת סתר. בחובה זו אדון עתה.

10 ראה לעיל,הערה 5, והטקסט הצמוד לה.

11 לדיון בכך ראה, למשל, א׳ ריתקן, ״הזכות המהותית במשפט המנהלי״ עיוני משפט ט (תשמ״ג) 5. ראה גם בג״ץ 170/87 אסולין נ׳ ראש עיריית קרית גת, פ״ד מב (1) 678, 692.

12 ראה בג״ץ 292/78 אולפני הרצליה בע״מ נ׳ שר־האוצר, פ״ד לג (2) 739, 751. ראה, למשל, בג״ץ 840/79 *מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ׳ ממשלת ישראל*, פ״ד לד (3) 729, 745.

13 כללית, ראה א׳ ברק, ״ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית — הזיקה אל עקרונות היסוד״ ספר זוסמן (תשמ״ד) 71; ד׳ קרצ׳מר, ״ארבעים שנה למשפט הציבורי״ משפטים יט (תש״ן) 551; י׳ זמיר, ״המשפט הציבורי — מהפכה או התפתחות?״ משפטים יט (תש״ן) 563; ז׳ סגל, ״עילת העדר היחסיות במשפט המנהלי״ הפרקליט לט (תשנ״א) 507.

14 ראה, למשל, בג״ץ 1601/90 שליט נ׳ פרס, פ״ד מד (3) 353, 366-368. בבג״ץ 1635/90 ז׳רז׳בסקי נ׳ ראש הממשלה, פ״ד מה (1) 749, 859 מסביר השופט א׳ ברק, כי שיטתנו המשפטית היא שיטה מעורבת שבה קיימת יצירה משפטית ושיפוטית עצמאית, כשאנו מכירים בכוחו של בית־המשפט ליצור ולפתח ״משפט מקובל נוסח ישראל״. כדבריו: ״חלקים נרחבים של משפטנו הם פרי הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט המקובל הישראלי. המשפט הציבורי הישראלי הוא אחד מתחומים אלה. במסגרתו של זה מכיר בית־המשפט בעקרונות־היסוד של השיטה, תוך שהוא משקף בכך את האני מאמין של האומה ומגבש את תפישותיה הבסיסיות. על יסוד עקרונות־יסוד אלה, הוא מפתח הלכות שיפוטיות החלות בתחומי המשפט השונים״.

nevo.co.il

ג. הזכות לדעת והחובה לגלות

חובת הגילוי של מידע, המצוי בידי רשות ציבורית, מבוססת על השקפת־היסוד שלפיה מידע המצוי בידי הרשות איננו נכס פרטי שלה, אלא נכס השייך לציבור, שעל הרשות להביאו לידיעת הציבור. כך הטענה, שבאין חובה חוקית לגלות מידע רשאית הרשות להחסותו, לא תישמע מפי הרשות שהיא נאמן הציבור[15]. מחובת הנאמנות נגזרת חובת הגילוי[16].

מקור משפטי לחובתה של רשות ציבורית לספק לציבור מידע מעוגנת בזכותו של הציבור לקבל מידע. הזכות לקבלת מידע בעניינים ציבוריים היא ממין הזכויות שהדין מכיר בהן, לשם הגשמתו של חופש הביטוי[17], הכולל גם את הזכות לבקר את הרשות השלטונית בהתבסס על מידע הנוגע לפעילויותיה. בעניין זכרוני[18] ההכרה ב״זכות לקבל מידע״ הביאה לבטלותה של החלטה שמנעה קבלתו של מידע בעניינים ציבוריים־פוליטיים. בעניין שליט[19] היוותה ה״זכות לדעת״ מקור משפטי לקביעתה של חובה לגלות הסכמים פוליטיים עובר להצבעת אמון בממשלה חדשה[20]. באותה החלטה נפסק גם שמקורות משפטיים נוספים לחובת הגילוי הם מהותו של המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל ואופיו הציבורי של ההסכם הפוליטי[21].

אופיו של המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל וזכותו של הציבור לקבל מידע בעניינים ציבוריים יכולים לשמש גם מקור משפטי לקביעתה של חובה משפטית לפרסם ברבים מידע הנוגע לדרכי הפעלתן של סמכויות להיתר האזנת־סתר. שיטת הממשל הדמוקרטי מבוססת על זרימה חופשית של מידע בנושאים מרכזיים המשפיעים על חיי הכלל ועל חיי הפרט[22]. משטר דמוקרטי מחייב, שיחיד בחברה יקבל את מירב הנתונים הדרושים לו לשם קבלת החלטות בענייני משטר ושלטון[23]. פרסומו של מידע הוא בעל חשיבות ערכית גם בעת שמדובר בנושאים בעלי אופי בטחוני, כאשר רק ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון יכולה להצדיק חיסויו של מידע[24].

באשר להפעלת סמכויות להיתר האזנת־סתר, לא יכול להיות ספק בכך שמדובר כאן בהפעלת סמכות קיצונית, הנותנת בידי רשויות המדינה כוח יחיד מסוגו לחדור

15 ראה בג״ץ 142/70 שפירא נ׳ הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ״ד כה (1) 325, 331.
16 ראה עניין שליט (לעיל, הערה 14), 365.
17 ראה בג״ץ 399/85 כהנא נ׳ הוועד המנהל של רשות השידור, פ״ד מא (3) 255, 267.
18 ראה בג״ץ 243/82 זכרוני נ׳ הוועד המנהל של רשות השידור, פ״ד לז (1) 757. לניתוח החובה המשפטית המוטלת על הרשויות הציבוריות לגילוי מידע ראה ד׳ סגל, ״זכות האזרח לקבל מידע בעניינים ציבוריים״ עיוני משפט י (תשמ״ה) 625.
19 ראה לעיל, הערה 14.
20 בג״ץ שליט (לעיל, הערה 14), 365. העיקרון שנקבע בפסק־הדין עוגן לאחר־מכן בסעיף 13ב לחוק יסוד: הממשלה. ראה חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס׳ 12), ס״ח תשנ״א, עמ׳ 90.
21 בג״ץ שליט (לעיל, הערה 14), 363-365.
22 ראה בג״ץ 1/81 שירן נ׳ רשות השידור, פ״ד לה (3) 365, 378.
23 ראה עניין כהנא (לעיל, הערה 17), 274.
24 ראה בג״ץ 680/88 שניצר נ׳ הצנזור הצבאי הראשי, פ״ד מב (4) 617.

nevo.co.il

לצנעת הפרט. אופיה הציבורי ומרחיק-הלכת של סמכות זו מצדיק את שיתופו של הציבור במידע על הפעלתה. רק פרסומו של מידע באשר להפעלת הסמכות יכול להבטיח את אמון הציבור בכך שאין הסמכות מופעלת אלא במידה ההכרחית הדרושה לשם קיום מטרות העשויות להצדיק את הפגיעה בפרטיות שיחתו של אדם. נקל להניח שחשיבותה המיוחדת של הסמכות לבצע האזנת-סתר והשלכתה על זכויות הפרט היא שהניעה את מבקר המדינה לבחון את דרכי הפעלתה על-ידי המשטרה לשם מניעת עבירות וגילוין[25]. דו"ח המבקר מדגיש, כי במדינות שונות פתוחים לעיון הציבור דו"חות של הרשויות המפעילות סמכויות לביצוען ולהיתר של האזנות-סתר. כך — כדברי המבקר — "מתאפשרת בקרה ציבורית, בחינת "יידע הציבור וישפוט"[26].

דו"ח המבקר מציין, כי אימוץ גישה של פרסום פומבי "נתון כל כולו בידי הרשות המחוקקת"[27]. לי נראה שאין הדבר בהכרח כך. בעניין בן יכול היה בג"ץ לקבוע עקרון-יסוד של חובת גילוי, המבוססת על תפישות-יסוד חוקתיות, וזאת אף בהיעדרה של חקיקה שתקבע זאת. עדיפה חקיקה, שתקבע פרטים וכללים באשר לדרכי הגילוי והיקפו, אולם בהיעדרה אין בג"ץ צריך להשאיר את השדה פרוץ, כאשר מדובר בחובת גילוי הנובעת מעקרונות-יסוד חוקתיים. כך, בעניין שליט[28] נדחתה הטענה שמן הראוי להשאיר את קביעת החובה לגלות הסכמים פוליטיים לחקיקה ראשית של הכנסת[29]. פסיקת בג"ץ היא שהניעה את הכנסת לעגן את החובה בהסדר מפורט שנקבע בחוק חודשים מספר לאחר מתן פסק-הדין[30].

באחת, נראה לי שבעניין בן צריך היה בג"ץ לקבוע את קיום חובתן של הרשויות לפרסם מידע על דרך הפעלת סמכויותיהן באשר להיתר ולביצוע של האזנות-סתר. גם בקביעתה של חובה כזו היתה עדיין פתוחה הדרך בפני הרשויות להראות טעם מצדיק להגבלתה של חובת הפרסום. העובדה שבעניין בן סירב בג"ץ להוציא צו-על-תנאי, בדחותו את העתירה למתן צו-על-תנאי, גרמה לכך שבית-המשפט נמנע מלדון בהיקפה הראוי של חובת הגילוי, וזאת משלא הכיר בעצם קיומה של החובה. עתה אדון בהגבלות אפשריות על החובה.

ד. מיהו ה"נהנה" על-פי חובת הגילוי?

חובה משפטית, כחובת הגילוי, איננה יכולה להיות חובה ערטילאית. גם בהכרה בחובת הגילוי נותרה עדיין השאלה, מי אמור להיות ה"נהנה" על-פי חובת הגילוי? האם החובה למסירתו של מידע באשר להאזנות-סתר היא גם זכותו של הפרט לדרוש את מילויה בדרך של פנייה לרשות ובדרך של עתירה לבג"ץ במקרה של דחיית הפנייה?

25 ראה דו"ח המבקר (לעיל, הערה 3), 340-351. דו"ח הביקורת איננו מתייחס להיתר האזנה למניעת פגיעה בבטחון המדינה.

26 (לעיל, הערה 3), 348.

27 שם, שם.

28 ראה לעיל, הערה 14.

29 (לעיל, הערה 14), 362, 366.

30 ראה לעיל, הערה 20, והטקסט הצמוד לה.

nevo.co.il

שאלה זאת רלבנטית הן באשר לזכות חקוקה והן באשר לזכות שהיא פרי הלכה פסוקה. שאלה זו יכולה להיחתך בהתייחסות לעניין זכות העמידה של העותר, והיא שאלת האינטרס שיש לו בנשוא עתירתו, וכן בעת ההתייחסות לשאלה אם הזכות המהותית שהעותר טוען לה היא זכותו־״שלו״[31]. כך, למשל, בעניין הכהן[32] קבע בג״ץ, כי הוראות חוק יסוד: משק המדינה, המטילות חובה על הממשלה להניח בפני הכנסת הצעת תקציב הערוכה בדרך מסוימת, איננה מעמידה כל זכות לאזרח לתבוע כי הצעה כזו אכן תונח[33]. בעניין סגל[34] קבע בג״ץ, מפי השופט ש׳ לוין, שהחובה המוטלת על שר־הפנים — מכוח פקודת קביעת הזמן, 1940 — לקביעת ״זמן קיץ״, יוצרת זכות לכל אזרח לעתור לאכיפתה[35]. ההחלטה בשאלה מי הוא ה״מוטב״ או ה״נהנה״ על־פי חובה מסוימת, חקוקה או שאיננה חקוקה, היא פרי של מדיניות משפטית[36]. מדיניות זו יכולה להיקבע על־פי ניסוחו של חוק ומטרתו, לפי טיב הכוח המוענק לרשות ולפי עקרונות כלליים של השיטה המשפטית.

בעניין בן יכולה היתה להידון השאלה אם הפרט אכן אמור להיות ה״נהנה״ מחובת הגילוי, אפילו על־פי ההנחה שלפיה קיימת חובה על הרשויות לפרסם את המידע שברשותם אודות הפעלתה של האזנת־סתר. מכוח האמור בחוק האזנת סתר, המחייב את הרשויות במסירת דיווח לשר־המשפטים[37], ניתן היה לנסות ולהעלות טיעון לכוונה חקיקתית פרטיקולרית למנוע גילוי אחר למי שזכותו לקבלת המידע לא נקבעה בחוק[38].

לדעתי, לא ניתן לפרש את החוק כך. חובת הדיווח והגילוי לשר־המשפטים על הפעלת הסמכות לפי החוק היא רק דרך אחת אשר נועדה להבטיח ריכוזו של מידע על הפעלת החוק, במגמה אפשרית להרתיע את מפעילי הסמכות מהפעלת־יתר של סמכותם. עם זאת, חובת הדיווח האמורה אין בה כדי להבטיח הפעלה סבירה של הסמכויות למתן היתר להאזנת־סתר, ובידי שר־המשפטים לא נתונה כל סמכות למנוע הפעלה בלתי־הכרחית של האזנת־סתר. בהעדר פיקוח ממשי על הפעלת הסמכות אך צפויה היתה הקביעה על שיעור האזנות־סתר גבוה במיוחד, גם

31 ליחס בין זכות העמידה לזכות המהותית המוגנת בבג״ץ ראה, כללית, ז׳ סגל, זכות העמידה בבית־המשפט הגבוה לצדק (תשמ״ו) 23-34. בעניין בן לא נדונה כלל שאלת זכות העמידה של העותר, והעתירה נדחתה בגין העדר זכות מהותית לקבלת מידע.

32 ראה בג״ץ 119/80 הכהן נ׳ ממשלת ישראל, פ״ד לד (4) 281.

33 (לעיל, הערה 32), 283-285.

34 ראה בג״ץ 217/80 סגל נ׳ שר־הפנים, פ״ד לד (4) 429.

35 (לעיל, הערה 34), 444-448.

36 (לעיל, הערה 34), 447.

37 ראה סעיפים 4 (ד) ר־7 (ב) לחוק.

38 בעניין בן מזכיר בג״ץ, מבלי לחוות דעה על כך, את טענות המשיבים שלפיהן כל מטרתו של החוק היא בחיסוי מידע המופק מהאזנת סתר וכי המחוקק עצמו קבע מנגנוני־ביקורת בצד החיסיון למידע המופק. בית־המשפט מכנה טענות אלה ״טענות קשות״ (שם, בעמ׳ 328). לכך ניתן להשיב, כי כל קביעה על חיסויו של מידע המופק מהאזנת סתר איננה באה למנוע פרסומו של מידע כללי על מידת הפעלתו של החוק להיתר האזנות סתר. מטרת החוק היא גם מניעת פלישה מיותרת לצנעת הפרט באמצעות האזנות סתר, ולא רק חיסויו של מידע המופק מהאזנות סתר. העותרים לא ביקשו כלל בעתירתם חשיפתו של מידע שהושג באמצעות האזנות־סתר.

nevo.co.il

במקרים שהאיזון בין זכות החברה להגנה לבין זכות האדם לפרטיות איננו מצדיק האזנת־סתר, אפילו זו נעשית על־פי סמכות כדין[39].

מטרתו של החוק, שהיתה בעיקרה מתן הגנה לפרט מפני פגיעה בצנעת שיחתו[40], עוצמת הכוח הניתן בחוק בידי הרשויות ועקרונות־יסוד של המשטר הדימוקרטי מצדיקים את המסקנה הגורסת כי הזכות לתבוע מידע על הפעלת החוק צריכה להיות גם זכותו של היחיד. "הזכות לדעת היא לא רק זכותו של הציבור. היא גם זכותו של היחיד"[41]. הזכות לקבלת מידע על דרכי הפעלתה של הסמכות להאזנת־סתר ראוי לה שתהא גם זכותו של הפרט, כאשר כל אחד מיחידי החברה עשוי להיות נתון להאזנת־סתר. פרסום מידע על מידת הפעלת הסמכות האמורה, גם על־פי עתירת היחיד, הוא היכול לעורר את הרגישות של הרשויות לכלי רב־העוצמה הנתון בידם. העדר פיקוח פרלמנטרי על הרשויות המפעילות האזנת־סתר[42] והעובדה שהיתר האזנה למניעת פגיעה בבטחון המדינה נתון כולו לסמכותה של הרשות המבצעת, שאינה נזקקת להיתר שיפוטי[43], מותירים את סמכות הפיקוח של בג"ץ כסמכות יחידה למניעת שימוש מיותר בסמכות האמורה בחוק. סמכות הפיקוח של בג"ץ היא בעצם קביעתו בדבר קיום החובה לגלות לציבור את מידת הפעלתה של הסמכות להאזנת־סתר לשם מניעת פגיעה בבטחון המדינה. באופן תיאורטי יכול להיווצר מצב שבו תוגש לבג"ץ עתירה כנגד האזנת־סתר מטעמי בטחון המדינה, כאשר־העותר יסתמך על חשד שמאזינים לו ויטען, כי בטחון המדינה איננו מצדיק את ההאזנה. ביקורת כזו על היתר ספציפי תוכל להבטיח שהשימוש בסמכות ייעשה בסבירות, אולם נראה שסיכויי הגשת עתירה בנדון הם תיאורטיים בלבד. בכל מקרה ניתן יהיה לטעון, שכוונת המחוקק היתה למנוע ביקורת שיפוטית בהקשר זה, וזאת בגין העובדה שנקבעה ביקורת שיפוטית מפורשת בהקשר אחר שהחוק דן בו, והוא האזנה למניעת עבירות ולגילוי עבריינים. במקרה כזה הסמכות להיתר האזנת־סתר נתונה בידי נשיא בית־משפט מחוזי, כאשר על סירוב להתיר רשאי היועץ המשפטי לממשלה לערער בפני נשיא בית־המשפט העליון. חובת הגילוי, אם תוטל על הרשות, עשויה ליצור ריסון עצמי.

ההחלטה בעניין בן, שהתירה לרשויות להחסות את פעולתן, יש בה כדי לתרום לפגיעה בחירות יסודית של הפרט. כשם שבג"ץ לא היסס ליצור את חובת הגילוי של הסכמים פוליטיים בין סיעות בכנסת על־פי עתירת היחיד[44], כך גם ניתן היה

39 ראה דו"ח מבקר המדינה (לעיל, הערה 3), 341-342.

40 ראה דה"כ 86 (תשל"ט) 3305.

41 ראה בג"ץ שליט (לעיל, הערה 14), 365.

42 על־פי הנטען נמנעו ועדת־החוקה־חוק ומשפט וועדת־החוץ־והביטחון של הכנסת מדרישת מידע על האזנות־סתר שבוצעו על־ידי הגופים שבפיקוחן. ראה א' בן, "לא לסמוך על המצותתים" הארץ (7.6.91) 13.

43 ראה סעיף 4 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979. האזנת־סתר למניעת עבירות וגילוי עבריינים מותרת בדרך־כלל אך ורק על־פי היתר שיפוטי. ראה סעיף 6 לחוק.

44 ראה בג"ץ שליט (לעיל, הערה 14). בפסק־דין זה לא התעוררה כלל שאלת מעמדו של העותר, וכך נסללה הדרך להכרה בזכות מהותית של אזרח בישראל לפרסומם של הסכמים פוליטיים בין סיעות בכנסת, בטרם הורכבה ממשלה חדשה. בבג"ץ ז'רז'בסקי (לעיל, הערה 14), 763 זכות עמידתו של "עותר ציבורי", הקובל כנגד תוקפו של הסכם פוליטי בין סיעות בכנסת, נראתה מובנית מעליה בהיותו מעלה עניין חוקתי מובהק. להרחבת זכות העמידה בנושאים בעלי משמעות ציבורית ראה בג"ץ 428/86

nevo.co.il

לפסוק שבידי הפרט ככזה זכות לקבל מידע במה שנוגע לביצוע חוק האזנת סתר במדינת ישראל.

בכל מקרה, עומדת עדיין שאלת היקפה של הזכות לקבלת מידע בנושא האזנת־סתר ואיזונה לעומת אינטרסים אחרים העשויים להצדיק את הגבלתה.

ה. חובת הגילוי כחובה יחסית

לו הכיר בג״ץ בעניין בן בזכותו של הפרט ככזה לקבל מידע במה שנוגע להאזנות־סתר, היתה ניצבת בפניו השאלה הקשה שעניינה היקפה של זכות זו. הזכות לקבלת מידע אינה, כמובן, זכות מוחלטת אלא זכות יחסית, היכולה לסגת מפני זכויות ואינטרסים אחרים הראויים להגנה. הגבלתם של חופש הביטוי והזכות לקבלת מידע בעניינים ציבוריים היא שאלה העומדת ביסודו של המשפט החוקתי, המבקש לקבוע את ״נוסחת האיזון״ הראויה בין זכויות אלה לבין אינטרסים חברתיים אחרים[45]. בעניין שליט[46], למשל, הודגש כי הסכם פוליטי אינו חייב בגילוי אם קרוב לודאי יזיק הגילוי לאינטרס הציבורי הכללי. כך, למשל, אין לגלות הסכם ציבורי, אם חשיפתו עלולה לפגוע בבטחון המדינה או ביחסי־החוץ שלה[47]. בעניין שניצר[48] הודגש, כי ניתן להגביל את חופש הביטוי ואת זכות הציבור לקבל מידע במקום שקיימת ודאות קרובה של פגיעה ממשית בבטחון המדינה ובסדר הציבורי[49].

כך נראה, שהגישה הכללית אשר התגבשה במשפטנו, עקב חשיבותה הערכית של הזכות לקבלת מידע, היא זו שלפיה נדרשים טעמים כבדי־משקל שרק בהם ניתן לראות טעם מצדיק לפגיעה בזכות החוקתית. לדעתי, בעניין בן חייבה גישה עקרונית זו הוצאת צו־על־תנאי כדי שהרשות המחסה מידע תצטרך להצדיק את אי־כיבודה של הזכות.

ברזילי נ׳ ממשלת ישראל, פ״ד מ (3) 505 (סמכות נשיא המדינה לחון בטרם הרשעה); בג״ץ 852/86 אלוני נ׳ שר־המשפטים, פ״ד מא (2) 1 (סמכות שר־המשפטים שלא להסגיר את מי שהוכרז כבר־הסגרה על־ידי בית־משפט מוסמך); בג״ץ 910/86 רסלר נ׳ שר־הביטחון, פ״ד מב (2) 441 (סמכות שר־הביטחון לדחות גיוסם של תלמידי ישיבות לצה״ל); בג״ץ 935/89 גנור נ׳ היועץ המשפטי לממשלה, פ״ד מד (2) 485 (ביקורת שיפוטית על החלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את הבנקאים ורואי־החשבון בפרשת משבר המניות הבנקאיות). בעניין בן לא נזכרת כלל שאלת זכות עמידתו של העותר לבקש את פרסומו של המידע. העתירה נדחתה בהיעדרה של זכות מהותית לקבלת מידע בנושא הפעלת הסמכות להאזנת־סתר בישראל, מכוח הוראות החוק הדן בעניין. לזכות עמידה ראה, כללית, ז׳ סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (תשמ״ו).

45 לקביעתה של ״נוסחת האיזון״ ראה; למשל, בג״ץ 73/53 חברת ״קול העם״ בע״מ נ׳ שר־הפנים, פ״ד ז 871 (חופש הביטוי ובטחון המדינה); ד״נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע״מ נ׳ הוצאת עתון ״הארץ״ בע״מ, פ״ד לב(3) 337; ע״א 214/89 אבנרי נ׳ שפירא, פ״ד מג (3) 840. וראה על כך: א׳ בנדור, ״חופש לשון־הרע״ משפטים כ (תשנ״א) 561 (חופש הביטוי ולשון־הרע); ע״פ 696/81 אזולאי נ׳ מדינת ישראל, פ״ד לז (2) 565 (חופש הביטוי וטוהר תהליך השיפוטי).

46 לעיל, הערה 14.

47 (לעיל, הערה 14), 360, 366.

48 ראה לעיל, הערה 24.

49 (לעיל, הערה 24), 634, 645.

nevo.co.il

לדעתי, בעניין בן לא ניתן היה לראות טעם מצדיק למניעת פרסומו של מידע כללי על מספרי ההיתרים שניתנו להאזנות־סתר לשם מניעת פגיעה בבטחון המדינה ולגילוי עבירות פליליות. קרוב לודאי כי פגיעה ממשית באינטרסים חיוניים לא היתה יכולה להיגרם כתוצאה מקביעתה של חובת הגילוי. הפרסום שנעשה בדו״ח מבקר המדינה, שבו פורטו היתרי ההאזנה לפי התפלגות העבירות בעניינים פליליים, אף מורה שלא היה מקום למניעת הגילוי[50]. באשר למידע הספציפי שנתבקש — כגילוי מספרי ההיתרים להאזנות לנושאי תפקידים מסוימים — הדבר היה מחייב דיון ענייני בכל אחת מן הבקשות, תוך מציאת איזון ראוי בין האינטרס שבקבלת המידע לבין אינטרסים אחרים, כפגיעה אפשרית בפרטיות. ההחלטה בעניין בן, כפי שניתנה, נמנעה מכל התמודדות עם השאלה בדבר היקף חובת הגילוי באשר להאזנות־סתר.

ו. הזכות למידע באשר להאזנת סתר למול אינטרסים אחרים

כפי שהובהר לעיל, הכרה בזכות הציבור לקבלת מידע באשר להפעלת סמכויותיהן של הרשויות מכוח חוק האזנת סתר מחייבת עיצובו של דין מהותי בנושא. דין זה חייב לאזן בין הזכות לדעת לבין אינטרסים אחרים של הכלל או של הפרט, על־פי ההכרה שמדובר בזכות יחסית ולא מוחלטת.

לפי גישתי, ניסיון לעצב אמות־מידה עקרוניות לגבי זכות הציבור למידע על־אודות הפעלת החוק צריך להתבסס על מטרת הגילוי. המטרה הנראית לי חשובה היא זו של פרסום מסד עובדתי כלשהו שיוכל להוות בסיס לכאורי לבחינת סבירותה של החלטת הרשויות להפעיל סמכות שיש עמה פגיעה כה חמורה בזכות האזרח לצנעת שיחותיו. מסד עובדתי כזה יוכל להיווצר בפרסומם של נתונים סטטיסטיים על היקף השימוש בסמכות. מספרי ההיתרים שניתנו במדינת ישראל להאזנת־סתר לשם גילוי עבריינים ומניעת עבירות הביאו את מבקר המדינה לקבוע כי שיעור ההאזנות אצלנו גבוה במיוחד בהשוואה לעולם הדימוקרטי, כאשר השימוש בהאזנת־סתר איננו רק ״אמצעי אחרון״ שהמשטרה מבקשת היתר שיפוטי לשימוש בו[51]. בעניין מוסקוביץ[52] קבע בג״ץ, כי נתונים סטטיסטיים בדבר אחוז הצלחה נמוך במספר ניכר של בחינות, המשתרעות על תקופה ארוכה, יכול לשמש ראיה לכאורה על שיקול־דעת פסול בבדיקתן ולהצביע על כך שמשהו ״אינו כשורה״ בקביעת תוצאותיהן על־ידי רשות סטטוטורית שהופקדה על כך[53]. בענייננו יכולים נתונים סטטיסטיים חיצוניים להצביע לכאורה על שימוש מופרז בסמכויות הקיימות בידי הרשויות ולעודד הצעות לשינוי החוק בנושא. כך, למשל, מצביע מבקר המדינה על העובדה שבישראל, להבדיל ממדינות אחרות, אין החוק מגביל את השימוש בהאזנות־סתר לחשדות בעבירות חמורות וספציפיות[54]. פרסום

50 ראה דו״ח מבקר המדינה (לעיל, הערה 3), 343.

51 (לעיל, הערה 3), 341-342.

52 ראה בג״ץ 517/89 מוסקוביץ נ׳ מועצת השמאים, פ״ד מד (2) 236.

53 (לעיל, הערה 52), 242, 246. על פסק־הדין ומשמעותו העקרונית ראה י׳ זמיר, ״מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית״ משפטים כא (תשנ״א) 145, 149-156, 158-159.

54 ראה דו״ח מבקר המדינה (לעיל, הערה 3), 342.

nevo.co.il

נתונים אלה, שנמנע בהחלטת בג"ץ בעניין בן, התאפשר הודות לדו"ח מבקר המדינה, שאף ציין את השימוש בהאזנת־סתר לפי התפלגות העבירות שלגילוין נעשה שימוש בהאזנות טלפוניות ומיקרופוניות[55]. דו"ח מבקר המדינה לא עסק בהאזנת־סתר מטעמי בטחון המדינה, שכל פרסום מידע כללי לגביהן נמנע בגין החלטת בג"ץ בעניין בן.

כן נראה לי, שלא קיים כל אינטרס ממשי העשוי להצדיק מניעת פרסומו של מידע כללי על הפעלת סמכויותיהן של הרשויות, האמורות בחוק, לביצועה של האזנת־סתר לשם בטחון המדינה, למניעת עבירות וגילוי עבריינים. מידע כזה יתייחס לכמות ההיתרים שנתנו ראש־הממשלה ושר־הביטחון להאזנה מטעמי בטחון המדינה ולמספר ההיתרים שניתנו על־ידי נשיאי בתי־המשפט המחוזיים להאזנת־סתר למניעת עבירות או לגילוי עבריינים. פרסום מידע על המקרים שבהם סירבו נשיאי בתי־המשפט להעניק את ההיתרים שהתבקשו על־ידי המשטרה יוכל גם הוא להעיד על ראיית האינטרס הציבורי בהאזנה בעיני הרשות השופטת, יחסית לראיית האינטרס הציבורי בעיני המשטרה המבקשת את ההיתר. מקרים של סירוב יוכלו ללמד על מידת הפיקוח על שיקול דעת המשטרה ועל פער אפשרי בראיית הנושא, בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת.

קביעתה של חובה כללית לפרסום מידע כללי על־אודות הפעלת החוק יכולה, אף היא, להיות כפופה לטענת הרשות בדבר נסיבות מיוחדות המצדיקות את חיסויו מטעמי בטחון המדינה או המלחמה בפשיעה. כך, למשל, לו הוכרה בעניין בן חובת הרשויות לפרסם מידע כולל על כמות ההיתרים שניתנו, יכולה היתה עדיין הדרך להיות פתוחה לשכנוע שבמידע מסוים יש משום ודאות קרובה לסכנה ממשית לפגיעה בבטחון המדינה או לסכנה ממשית לפגיעה במלחמה בפשיעה. רשויות הביטחון יכולות היו לבקש, למשל, אי־פרסום של עצם החקירה בעבירות מסוימות ומוגדרות, והוא הדין במקרה נדיר ששרי המשטרה והמשפטים היו טוענים לו בעת שמדובר בהאזנת־סתר למניעת עבירות וגילוי עבריינים.

פרסומו של מידע כללי מונע התנגשות עם הזכות לפרטיות, שהיתה עשויה להיפגע במקרה שבו היו מתפרסמים שמות האנשים שהותרה האזנה לשיחותיהם, וזאת אף לאחר תום התקופה שבה ניתן היתר ההאזנה. פרסום ספציפי איננו נראה לי מוצדק בשל מטרתו היסודית של הפרסום, כפי שהובהרה לעיל. הגבלת זכותו של אדם לקבלת מידע הנוגע לו עצמו יכולה להיות מוצדקת, כפי שנקבע הדבר בהוראות חקוקות שעניינן מידע הנאגר בידי "רשות בטחון"[56]. פרסום שמותיהם של אנשים שנחשדו בעבירות, ושאולי אף לא נעצרו, איננו יכול להיות מוצדק בגין זכות הציבור לקבל מידע על הפעלת סמכויותיהן של הרשויות מכוח חוק האזנת־סתר. לדעתי, פרסום כמוצע כאן יהא בו איזון ראוי בין הזכות לדעת לבין אינטרסים חברתיים אחרים.

ההצעה שלעיל מתייחסת, כאמור, לפרסום מידע כללי, להבדיל מפרסום שמות אנשים שהאזינו להם ולהבדיל מפרסום תוכן של שיחות שהושגו באמצעות האזנת־סתר. מניעת פרסום שמו של מי שהאזינו לו ומניעת פרסום תוכן של שיחות

55　(לעיל, הערה 3), 343.

56　ראה חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

nevo.co.il

שהושגו בהאזנת־סתר צריכים להיות הכלל, שקשה להניח ״טעם מצדיק״ לסטייה ממנו. שאלה הנוגעת לכך התעוררה בעניין גילת[57]. העתירה התייחסה להאזנות־סתר שלא כדין לשיחות־טלפון, שנעשו מביתו של העותר, העיתונאי מרדכי גילת. קלטת שיחה שהתקיימה בין העיתונאי לבין מפכ״ל המשטרה, יעקב טרנר, הגיעה לידי המשטרה, וזו העבירה את הקלטת לידי היועץ המשפטי לממשלה. בעתירה נדונה השאלה, אם רשאי היועץ המשפטי להאזין לקלטת ולעשות בה שימוש. הבעיה התעוררה בשל הוראות סעיף 2 לחוק האזנת־סתר, שלפיו ״המשתמש ביודעין וללא סמכות כדין בידיעה או בתוכנה של שיחה שהושגה על־ידי האזנת־סתר, בין שנעשתה כדין ובין שנעשתה שלא כדין, או מגלה ידיעה או תוכן שיחה כאמור ביודעין לאדם שאינו מוסמך לקבלה — דינו מאסר שלוש שנים״.

העותרים הסכימו לכך, שהמדינה רשאית לעשות שימוש בקלטת כראיה חפצית במשפט פלילי בשל האזנת־סתר, אך טענו כי אין היועץ המשפטי רשאי לעשות שימוש בקלטת או להאזין לה, לכל מטרה אחרת. היועץ המשפטי סבר, כי בסמכותו להאזין לקלטת לפי בקשת המפכ״ל שביקש לטהר את עצמו מהאשמות שלפיהן מסר מידע לעיתונאי על חקירתו במשטרה של שר־הפנים, אריה דרעי — דבר שיש עימו עבירות של הפרת אמונים (סעיף 284 לחוק העונשין, תשל״ז־1977) ושל מסירת ידיעה למי שלא היה מוסמך לקבלה — גילוי בהפרת חובה (סעיף 117 לחוק העונשין, תשל״ז־1977). היועץ המשפטי לממשלה הבהיר, כי בדעתו להאזין לקלטת, על־פי הסכמת מפכ״ל המשטרה ובקשתו המפורשת, וזאת מבלי להתיר ״הוצאתה של הקלטת או התמליל לרשות הרבים, או מסירתה לידי גורמים שלא הוסמכו ולא הותר להם לקבלה״.

בג״ץ פסק, כי באורח עקרוני רשאי היועץ המשפטי להאזין לקלטת גם שלא לצורך הגשת אישום פלילי בגין האזנת־סתר, וזאת בהיותו בעל ״הסמכות כדין״, האמורה בסעיף 2 לחוק. כדעת בג״ץ, רשאי היועץ המשפטי להתיר האזנה ושימוש בתוכן שיחה, שהושגה באמצעות האזנת־סתר, וזאת — למשל — כדי למנוע ביצוע ״מעשה פשע חמור״. באשר להאזנה במקרה הקונקרטי שנדון — האזנה לצורך ״טיהור״ המפכ״ל מההאשמות שהוטחו כנגדו — נחלקו דעות השופטים. שופטי־הרוב (אליעזר גולדברג ודב לוין) סברו, כי ההאזנה מותרת בגין הסכמת אחד מבעלי השיחה עצמו (המפכ״ל); ואילו השופט שלמה לוין סבר כי האזנה על־ידי היועץ מותרת גם אלמלא ניתנה הסכמת המפכ״ל, הואיל ו״מדובר באדם הנושא תפקיד בכיר, ואם קיים חומר ראייתי המצדיק לכאורה חקירה בשאלה אם ביצע המפכ״ל את העבירות הנזכרות... יש לדחות בנסיבות המקרה מפני האינטרס האמור את עניינם של העותרים לקיים את זכויות הפרטיות שלהם מפני זכות הציבור לוודא שהמפכ״ל נקי מכל עבירה המיוחסת לו״. אמנם, השופט א׳ גולדברג היה מוכן להתיר האזנה במקרה הנדון רק על־פי הסכמת המפכ״ל, אך ציין כללית כי המחיר של פגיעה בפרטיות האחר צריך להיסוג מפני ״התועלת העשויה לצמוח לכלל מידיעת עובדה שהיא ציבורית במהותה״. כדבריו, ״מחוייב הציבור לדעת, כשהמדובר במפקח הכללי של המשטרה, אם אכן דבק רבב פלילי בנושא משרה

57 בג״ץ 3815/90 גילת נ׳ שר המשטרה (טרם פורסם; ניתן ביום 5.6.91).

nevo.co.il

זאת, ולו על־פי פרסומים ממקורות בלתי מזוהים". לפיכך "ראוי הוא כי מי שהוא בעל הסמכות לכך יאזין ויקבע אם יש יסוד לאותן אשמות".

ההחלטה לא עסקה כלל בשאלת הפרסום הפומבי של תוכן השיחה, אך היא בנויה על ההנחה שהיועץ המשפטי יתן פומבי להחלטתו לגבי תוכן השיחה, למען ידע הציבור אם אכן נעברה לכאורה עבירה פלילית על־ידי מפכ"ל המשטרה. היועץ המשפטי האזין לקלטת ופרסם הודעה פומבית, שלפיה אין בקלטת השיחה בין המפכ"ל לעיתונאי כל העברת מידע לעיתונאי על חומר חקירה כנגד שר־הפנים או כינויי גנאי עדתיים — כפי שנטען על־ידי מקורבי השר. בתגובה על כך ובטענה כי תמליל השיחה מצדיק חקירה נוספת בנושא, פרסם חבר־הכנסת ראובן ריבלין קטע מהשיחה מעל בימת הכנסת. חבר־הכנסת עשה בכך שימוש בחסינותו המהותית־עניינית שאיננה מאפשרת העמדתו לדין על עבירה, בניגוד לסעיף 2 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, כאשר מדובר בדברים שפורסמו במליאת הכנסת.

הפרסום הפומבי האמור[58] העמיד על חודן שאלות רבות הנוגעות לפרסום ברבים של תוכן שיחה שהושגה באמצעות האזנת־סתר. חסינותו המהותית של חבר־הכנסת איננה גורעת מפליליות מעשהו, אך מעלה אפשרות לסיטואציה חריגה שבה גובר "העניין הציבורי" שבפרסום על הזכות לפרטיות הגלומה בהוראות חוק האזנת־סתר. מבלי להידרש לנסיבות המקרה הספציפי, יכולות להתקיים נסיבות חריגות ונדירות שבהן יוכל "העניין הציבורי" שבפרסום לשמש הגנה גם לפרט כנגד אישומו במתן פומבי לתוכנה של שיחה שהושגה באמצעות האזנת־סתר[59]. אם קשה לשער נסיבות רבות שיצדיקו זאת, הרי שברור שאין לקפח את זכות הציבור לקבל מידע כללי על האזנות־סתר מכוח החוק, שאין בו כלל חשש לפגיעה בפרטיות.

ז. זכותו של עיתונאי לקבלת מידע

בדברים שנכתבו לעיל יצאתי מן ההנחה, שאין עיתונאי נהנה מזכות מיוחדת לקבלת מידע שהאזרח הרגיל איננו זכאי לה. העותר בעניין בן היה עיתונאי, אלא שגם הוא לא ביקש להסתמך על זכות מיוחדת שלו כעיתונאי, להבדיל מזכותו של הפרט לקבל מידע בעניינים ציבוריים.

בדין הישראלי מקובלת ההשקפה, שאין העיתונאי נהנה מזכויות מיוחדות. כך, למשל, נפסק שאין לכלי־התקשורת חובה מיוחדת לפרסם דברים בעלי עניין ציבורי, שתעניק להם הגנה מפני תביעה בגין לשון־הרע, בהתבסס על "חובה חוקית, מוסרית או חברתית" לעשות פרסום בעל עניין ציבורי[60]. שאלת החובה המקצועית לפרסם דברים בעלי עניין ציבורי, שיש עמם פגיעה בפרטיות, טרם נבחנה בבית־המשפט[61]. שאלת החובה המיוחדת של כלי־התקשורת לפרסם דברים בעלי עניין ציבורי, שיש

58 ראה לעניין זה: מ' ריינפלד "חריש — בקלטת השיחה בין טרנר לגילת אין כל העברת מידע על חקירת דרעי" הארץ (17.1.92) א 7; ג' אלון וצ' זרחיה, "בכנסת" הארץ (21.1.92) א 4; ר' שפירא "דרעי — התמליל מוכיח שהמפכ"ל העביר לגילת מידע על החקירה" הארץ (22.1.92) א 5.

59 ראה לעיל הערה 9. ראה גם ד' סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175.

60 ראה ע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד כג (2) 87, 93-94.

61 ראה ד' סגל, "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175, 196-198.

nevo.co.il

בה כדי להקנות זכויות מיוחדות, ראויה — לדעתי — לעיון מחודש[62]. הכרה בתפקידה של העיתונות לחשוף ליקויים ולהתריע עליהם[63] יכולה לשמש מקור משפטי להכרה בזכות מיוחדת של עיתונאי לקבל מידע בעניינים ציבוריים, אפילו לא תוכר בהקשר מסוים זכותו של כל אזרח. בעניין בן ביקש עיתונאי לבחון את השימוש שעושות הרשויות באחת הסמכויות רבות־העוצמה ביותר הניתנות בידן. הוא ביקש את עזרת בג״ץ משנמנע המידע ממנו, ונתקל בחומה משפטית שמנעה בירורה של סוגיא בעלת חשיבות ציבורית וערכית מן המעלה הראשונה. לדעתי, בג״ץ בהחלטתו לא מילא את תפקידו כ״מעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון״[64].

ח. סיכום

לדעתי, צריך היה בג״ץ לפסוק בעניין בן כי עומדת לו לעותר, כאזרח, זכות מהותית לקבלת מידע באשר להפעלת חוק האזנת־סתר, תשל״ט-1979. בג״ץ היה צריך להוציא צו־על־תנאי ולאפשר את בירורו של היקף הזכות לקבלת מידע בנושא. הרשויות הנוגעות בעניין היו צריכות להציג נימוקים כבדי־משקל וחזקים במיוחד כדי להצדיק את טעמיהן לחיסוי מידע. המבחן העקרוני להגבלת חובת הגילוי היה צריך להיות זה של מניעת סכנה ממשית, קרובה לודאי, של פגיעה באינטרס חיוני — בטחון המדינה והסדר הציבורי במובנו הרחב. לכאורה ניתן, לפחות, לומר שטעם מצדיק להגבלתה של חובת הגילוי לא היה יכול להימצא באשר לפרסומו של מידע כללי בהקשר זה.

בשעתו הצבעתי על כך, שהזכות לקבלת מידע בעניינים ציבוריים נמצאת אך ב״קו ההתחלה״ שלה וכי רבה עדיין המלאכה עד שתימלא בתוכן ממשי[65]. ההחלטה בעניין בן מראה, שהריטוריקה המשפטית בעניין הזכות לדעת איננה עומדת מול הפרקטיקה השיפוטית המניפה את הכורת על זכות שהיא מיסודותיו של המשטר הדימוקרטי. במצב זה נראית ראויה הוראת חוק, שתשולב בחוק האזנת סתר ותקבע את חובת הפרסום של מידע כללי שעניינו הפעלת סמכויות על־פי החוק הקיים. הוראה כזו יהיה בה — כך ניתן להניח — מעצור מסוים מפני שימוש־יתר בסמכויות הקיימות האמורות להיות מופעלות רק כאמצעי אחרון, שהוא בבחינת הכרח בל־יגונה.

קביעת החובה לפרסום מידע שעניינו הפעלת הסמכויות לפי חוק האזנת סתר, יכולה להיעשות בדרך של הלכה פסוקה או בדרך של קביעת הוראה מפורשת בחוק.

62 הגישה המקובלת (ראה במאמר הנ״ל) מכירה בחובת עיתונאי לפרסם רק בנסיבות מיוחדות הנוגעות, למשל, לבריאות הציבור ולהגנת רכושו, לניצול־לרעה של תוכנית ממשלתית על־ידי גוף ציבורי ולניהול תקין של מוסדות־ציבור. בת״א (י־ם) 893/89 קליין נ׳ בן־ישי (טרם פורסם; ניתן ב־25.3.1991) הבהירה השופטת דליה דורנר, שהיא פועלת במסגרת ההלכה המקובלת, אך הכירה בחובה עיתונאית לעשות פרסום בנסיבות כלליות שנגעו למידת מעורבות של גורם ישראלי בחו״ל עם ארגון שנחשד בעבירות סמים.

63 ראה עניין שניצר (לעיל, הערה 24), 643.

64 ראה בג״ץ 287/69 מירון נ׳ שר־העבודה, פ״ד כד (1) 337, 362.

65 ז׳ סגל (לעיל, הערה 18), 656-657.

נבו nevo.co.il

בהקשר זה שתי האפשרויות סבירות, אפילו אם הדרך השנייה של הסדר חקוק תהיה ראויה יותר. בהקשרים אחרים, הנוגעים בהאזנת סתר, שאינם מעניינה של רשימה זו, נדרשת ריפורמה חקיקתית. לדעתי, כמה עניינים מחייבים התייחסות של המחוקק — הצורך בקביעת הוראה מפורשת שבמקרה של הכרח תאפשר האזנה באמצעות חדירה פיסית למקום מסוים (האזנות מיקרופוניות) על־פי ההשקפה שהדבר איננו אפשרי כיום בהעדר הסמכה מפורשת לכך; הסדרת הנושא של האזנה לפאקס, לשיח מחשבים ולקולות הנקלטים באמצעות מצלמות וידאו — נושאים שאינם מעוגנים בחוק האזנת סתר שהוחק בשנת 1979; קביעת סמכות מקומית לנשיאי בתי־המשפט המחוזיים, במקום שיש בו חשש לביצוע עבירה, וזאת כדי למנוע מצב (האפשרי כיום) שבו תבקש המשטרה היתר האזנה מנשיא בית־משפט מחוזי, הידוע בגישה מקלה יותר להיתר האזנות־סתר; שקילת האפשרות להגדרה ברורה יותר שרק בהתקיימה ניתן יהיה להתיר האזנת־סתר למען הגנה על בטחון המדינה, תוך המרת ההגדרה הרחבה הקיימת כיום להיתר האזנה בעת ש״הדבר דרוש מטעמי בטחון המדינה״; קביעת היתר האזנה לשם מניעת עבירות וגילוי עבריינים רק כאשר מדובר בעבירות חמורות (למשל: עבירות שעונשן המירבי שלוש שנות מאסר או יותר), בניגוד למצב הקיים שלפיו מוסמך נשיא בית־משפט מחוזי להתיר האזנת־סתר לשם מניעת כל עבירה — תהא חומרתה אשר תהא.

הצעות אלה, שתוארו כאן בתמצית בלבד, מבוססות על ההשקפה, שלפיה האזנת־סתר נושאת עימה פגיעה רבה במיוחד בפרטיות, שניתן להצדיקה רק לעומת אינטרס ציבורי מובהק ומיוחד. פרסום ראוי על היקף ההאזנות, על־פי סמכות כדין, יוכל ליצור תשתית שתצביע על ההכרח לעיין מחדש בטיבם של הכלים שהעניק המחוקק לרשויות המדינה למען הגנתם של אינטרסים הראויים להגנה. אינטרסים אלה, עם כל חשיבותם, אינם יכולים להצדיק פגיעה בפרטיות שיחתו של אדם, אלא־אם־כן ברור שמדובר בהכרח בל־יגונה. אחרת — יקופח אחד האינטרסים המהווים עיקר חשוב במכלול זכויותיו של הפרט. קבלתו בכנסת (במרס 1992) של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו״[66], אף מבליטה את חשיבותה של הזכות לפרטיות כזכות יסוד. כך נקבע בחוק זה (בסעיף 7 (א)) כי ״כל אדם זכאי לפרטיות וצנעת חייו״, ואף הודגש כי ״אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו״ (סעיף 7 (ד)). עקרונות יסוד קונסטיטוציוניים מחייבים עתה את המחוקק להתאים את הוראות חוק האזנת סתר לערכיה של מדינת ישראל, שיש בהם כדי להצדיק האזנה כזו לתכלית ראוייה הכרתית בלבד, תוך הקפדה על כך שהזכות לפרטיות לא תיפגע במידה העולה על הנדרש.

66 ראה ס״ח התשנ״ב, עמ׳ 150.

nevo.co.il

נבו
nevo.co.il