הצעה לשינוי בהסדרי הביקורת הצבאית לאור פרשת ענת קם

מאת

תום דרומי חכים* וגלי רכבי**

א. מבוא; ב. ניתוח פסק הדין; 1. המסר הנורמטיבי העולה מפסק הדין. **ג. חושפי שחיתויות והצורך בהסדרה מפורשת**; 1. צורכי הביטחון וצורכי הדמוקרטיה; 2. השורק במשרוקית; 3. התקשורת ומערכת הביטחון; 4. עליית התקשורת החדשה. **ד. מסלולים מערכתיים לחשיפת שחיתויות;** 1. פנייה אל הפרקליט הצבאי הראשי; 2. פנייה אל מבקר המדינה; 3. פנייה ליועץ המשפטי לממשלה; 4. סיכום סקירת המוסדות. **ה. משפט משווה והצעה להסדרה**; 1. הדין האמריקאי והצעה לחלופה ישראלית; 2. שימוש בידיעה סודית בחוק העונשין; (א) סעיפי העבירה; (ב) על ההגנות הניתנות בחוק; (ג) האיזון הנדרש; (ד) הצעה לאיזון לדוגמא – פקודה בלתי חוקית בעליל; (ה) מהי פקודה בלתי חוקית בעליל?; (ו) יישום האיזון. **ו. סיכום.**

Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.[1]

לואיס ברנדייס, 1856–1941

א. מבוא

ב־23 בנובמבר 2011 נכנסה ענת קם, פקידת לשכה לשעבר בפיקוד מרכז, לכלא נווה תרצה לריצוי עונש מאסר של ארבע שנים וחצי לאחר שהורשעה באחזקת ידיעה סודית ומסירת ידיעה סודית. הפרשה עוררה הדים בציבור והציפה שאלות על המתח שבין מערכת הביטחון לבין שלטון החוק ובין האינטרס הביטחוני לשמור על סודיות לבין זכות הציבור לדעת.

פרשת **קם** העלתה את שאלת הדין החל על חייל החושף שחיתות בצה"ל. שאלה זו, שעולה אך בעקיפין מפסק הדין, מהווה נקודת מפגש מעניינת בין המוסדות האמונים על שמירת הביטחון לבין המוסדות האמונים על שמירת החוק. את הדילמה, שממנה התחמק בית המשפט, אפשר לנסח כך: באילו מצבים האינטרס הציבורי לשמור על שלטון החוק גובר על האינטרס הציבורי להגן על הביטחון, ובכללו בטחון המידע? ליתר דיוק, באילו מצבים ידיעה סודית אשר תוכנה מצביע על פגיעה בשלטון החוק אינה יכולה עוד לחסות תחת מעטה הסודיות?

בהארה זו נסקור גופים שאפשר, לכאורה, לסבור כי היו אמורים לספק מענה מוסדי למקרה של חייל המעוניין לחשוף פעולות בלתי חוקיות בצבא. בדיקה יסודית מגלה שככל הנראה אין כיום גוף המיועד לקלוט דיווחים מסוג זה של חיילים, בין אם הם אכן חושפים מקרים של פגיעה בשלטון החוק ובין אם הם חושפים מעשי "קלות דעת" של חיילים בני עשרים. זאת ועוד, נראה כי הדין הקיים בנוגע לידיעות סודיות אינו מתיר מקום לדיווחים על פעולות בלתי חוקיות. על פניו, כל פעולה

---

* עו"ד, בעל תואר LL.B. מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ותלמיד לתואר שני LL.M. בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

** בעל תואר LL.B. (בהצטיינות) מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ו"אופקים" תכנית המצטיינים של אוניברסיטת חיפה; תלמיד לתואר שני LL.M. בפקולטה למשפטים באוניברסיטת ת"א.

1 LOUIS DEMBITZ BRANDEIS, OTHER PEOPLE'S MONEY – AND HOW BANKERS USE IT 92 (1914).

nevo.co.il

בלתי חוקית, לרבות פעולה בלתי חוקית בעליל "אשר דגל שחור מתנוסס מעליה", חוסה תחת הגנת הסודיות. מצב זה "דוקר את העין ומקומם את הלב".[2]

אנו נטען טענה כפולה. ראשית נטען שהלכת קם אינה מציעה כל פתרון לחייל המעוניין לחשוף שחיתות בצה"ל. פסק הדין, להבנתנו, אינו מכיר בשום מצב שבו עקב פגיעה בשלטון החוק ידיעה סודית מפסיקה להיות סודית. אי־התוויית הדרך לחשיפת שחיתויות מביאה לטענתנו לפגיעה חמורה בשלטון החוק במובנו המהותי, ועקב שינויים במפת התקשורת עלולה אף להביא לפגיעה חמורה בביטחון המדינה.

שנית, אנו נטען כי צריך להתקין "שסתומי לחץ" בתוך מנגנון "הידיעה הסודית" ובתוך המנגנונים האמונים על שמירתה. שסתומים אלו יאפשרו למערכת לשמור על שלטון החוק לא כאמירה סתמית, אלא כאופן פעולה קונקרטי. נבחן הסדרים ממדינות אחרות ונציע שתי דרכי פעולה – מוסדית וחקיקתית. נציע למנות ועדה מיוחדת לענייני חשיפת שחיתויות בצבא, שתהה אמונה מטעם הכנסת על קבלת דיווחים ובחינתם. נוסף על כך נציע שינוי פרשני וחקיקתי אשר יקבע כי ידיעה אשר תוכנה נוגע לפעולה בלתי חוקית בעליל אינה יכולה להיות מוגדרת "ידיעה סודית".

ב. ניתוח פסק הדין

בדצמבר 2006 דן בג"ץ בהרכב מורחב בשאלת מדיניות "הסיכולים הממוקדים" שנקט צה"ל בשטחים המוחזקים.[3] מדיניות זו ננקטה כחלק מניסיונות ההתמודדות של מערכת הביטחון עם גל הפיגועים של ראשית שנות האלפיים. שאלת החוקיות של מדיניות זו הופנתה לבג"ץ, והוא "הכשיר" את שיטת הסיכולים הממוקדים,[4] אך קבע כללים באשר לאופן יישומם.[5]

ביוני 2007 נערך מבצע "שני מגדלים" שכוון כלפי ראש הג'יהאד האסלאמי בג'נין ופעיל נוסף בארגון. פקודת המבצע אושרה בפגישות רבות של אלוף פיקוד מרכז, ובהן גם פגישה בהשתתפות הרמטכ"ל והפרקליט הצבאי הראשי. בפקודת המבצע הוגדרה המשימה "מעצר", אך נקבע כי אם יזוהו המבוקשים, הכוח רשאי לבצע "יירוט" על "היעדים" "על פי הע"מ [הערכת מצב] במהלך ביצוע המשימה". בדיון נוסף נאמר כי האישור ל"יירוט" המבוקש מוגבל ל"עוד שני נוספים לכל היותר".[6] במהלך המבצע חוסלו שני המבוקשים לאחר שסירבו להיכנע לכוחות צה"ל, באמצעות טיל שנורה ממסוק.[7]

ענת קם השתחררה ביוני 2007 לאחר שירות סדיר של שנתיים. לקראת סיום שירותה הצבאי הוצבה כפקידה בלשכת אלוף פיקוד המרכז, יאיר נווה. במהלך תקופה זו אספה קם כאלפיים מסמכים שעברו תחת ידיה במסגרת תפקידה כעוזרת ראש הלשכה. את המסמכים אגרה בתיקייה ייעודית במחשב שבלשכה ועם שחרורה העתיקה את המסמכים לתקליטור ולקחה אותם לביתה.[8]

---

2 בידי"צ (צבאי מרכז) מר/57/3 **תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי**, פס"מ יז 90, פס' 9 ד (1958) (להלן – פרשת **כפר קאסם**).

3 בג"ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן – בג"ץ **החיסולים הממוקדים**).

4 בלשונו של הנשיא ברק: "פגיעה מונעת הגורמת למות מחבלים, ולעיתים גם של אזרחים תמימי לב...". ראו שם, בעמ' 52.

5 ליעד החיסול צריך להיות חלק ישיר במעשי איבה, ועל החיסול להתרחש במהלך מעשי האיבה. שם, בעמ' 31.

6 אורי בלאו "מסמכים סודיים של צה"ל: הרמטכ"ל וצמרת צה"ל אישרו לחסל מבוקשים וחפים מפשע", **הארץ**, 28.11.2008, www.haaretz.co.il/misc/1.1363895 (כל אתרי האינטרנט בהארת דין זו נבדקו לאחרונה בנובמבר 2013).

7 יהונתן דחוח־הלוי, תחקיר "הארץ" וגרסת הג'יהאד האסלאמי להריגת זיאד מלאישה, המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, 27.11.2008. www.jcpa.org.il/Templates/showpage.asp?FID=541&DBID=1&LNGID=2&TMID=99&IID=20049.

8 תפ"ח (ת"א) 17959-01-10 **מדינת ישראל נ' קם**, פס' 2 (פורסם בנבו, 30.10.2011) (להלן – **גזר הדין במחוזי**).

nevo.co.il

בספטמבר 2008 מסרה קם לכתב הארץ אורי בלאו מאות מסמכים מתוך החומרים שאספה בלשכת פיקוד המרכז. לאחר חודשיים פרסם בלאו כתבה המתארת את השתלשלות האירועים של מבצע "שני מגדלים" וטען כי בהנחיות שניתנו נכללה הוראה לחיסול ממוקד באישור הרמטכ"ל וצמרת צה"ל – הוראה המנוגדת לכללים שנקבעו בפסיקת בג"ץ.[9] בגוף הכתבה פורסמו מסמכי המבצע המקוריים.[10]

חודשיים לאחר מכן זומנה קם לחקירה בשב"כ בחשד שהיא שהעבירה לבלאו את המסמכים. על הפרשה הוטל צו איסור פרסום, שהיה בתוקף, בתקשורת הישראלית, כשנה וחצי.[11] באפריל 2010 הוגש נגדה כתב אישום על עבירת ריגול חמור (מסירת ידיעה סודית בכוונה לפגוע בביטחון המדינה) לפי סעיף 113(ב) לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ועל עבירת ריגול חמור (איסוף והחזקה ידיעה סודית בכוונה לפגוע בביטחון המדינה) לפי סעיף 113(ג) לחוק.[12, 13]

בפברואר 2011, לאחר שנתיים וחצי במעצר בית, הורשעה קם על בסיס עסקת טיעון בעבירות ריגול חמור לפי סעיפים 113(ב) ו־113(ג).[14] מכתב האישום הושמט היסוד הנפשי של כוונה לפגוע בביטחון המדינה. דינה של קם נגזר באוקטובר 2011 בידי בית המשפט המחוזי בתל אביב לריצוי מאסר בפועל של ארבע שנים וחצי וכן שנה וחצי של מאסר על תנאי.[15]

מלכתחילה לא הייתה מחלוקת בין קם לבין הפרקליטות באשר לעובדות. גדר המחלוקת היה באשר למניעיה של קם ובאשר לקיומן של נסיבות מקלות למעשיה. קו ההגנה הראשון של קם התבסס על שני טיעונים מרכזיים: המניע שביסוד מעשיה היה הרצון לחשוף פשעי מלחמה שנחשפה אליהם במהלך שירותה, והייתה הפקרות באבטחת המידע בבסיס.[16]

קו ההגנה הראשון נזנח לקראת שלב הטיעונים לעונש והתחלף בתיאור הלך רוחה כ"טיפשות גרידא" וקלות דעת.[17] בית המשפט לא קיבל את קו ההגנה של "קלות־הדעת" והחשיב את פעילותה למבוססת על אידאולוגיה.[18]

---

9 היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז הודיע לאחר פרסום הכתבה כי אין באישור המבצע חריגה מהנחיות בג"ץ. יובל יועז, "משרד המשפטים: יאיר נוה וצה"ל לא הפרו את הנחיות בג"ץ לגבי חיסולים כפי שטען בלאו", **גלובס**, 12.04.2010, www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000552250.

10 היו שטענו כי בלאו ניסה לפרסם כתבות נוספות אך אלו לא קיבלו את אישור הצנזורה. ראו: אורן פרסיקו "מועצת העיתונות: קיימת" **העין השביעית** (15.4.2010). זמין ב: www.the7eye.org.il/17712; רביב דרוקר ואלון בן דוד "חקירת השב"כ: בלאו רצה לפרסם את תכנית "עופרת יצוקה" שבוע לפני המבצע" **nana10** (8.4.2010). זמין ב: www.nana10.co.il/Article/?ArticleID=711090.

11 צו איסור הפרסום הוטל בדצמבר 2009 והוסר באפריל 2010 במסיבת עיתונאים של ראש השב"כ. מערכת וואלה! "גלגולו של צו איסור הפרסום בפרשת ענת קם", **וואלה!** 8.04.2010, news.walla.co.il/?w=//1660737. לאיסור פרסום בעידן של תקשורת מקוונת ראוי לייחד הארה דין נפרדת.

12 לשון סעיף 113 לחוק העונשין, התשל"ז–1977 שכותרתו "ריגול חמור":

"113. (א) [...]

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

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

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

(3) [...]

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

13 **גזר הדין במחוזי**, לעיל ה"ש 8.

14 להיסטוריה של הרשעות בעבירות אלה ראו: מרדכי קרמניצר, אפרת רחף **סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 56 (2005) www.idi.org.il/media/308645/pp_56.pdf (להלן – **סודות רשמיים**).

15 **גזר הדין במחוזי**, לעיל ה"ש 8, בפס' 14.

16 כתבי הטענות חסויים בצו בית המשפט ולכן לא הצלחנו להשיגם. את המידע אנו מבססים על תגובותיהם של השופטים בפסיקתם ועל שיחות עם עו"ד איתן להמן, אחד מצמד פרקליטיה הראשונים של ענת קם.

17 גזר הדין במחוזי, לעיל ה"ש 8, בפס' 7.

nevo.co.il

הואיל ובהסדר הטיעון בבית המשפט המחוזי בין קם למדינה לא סוכמה בין הצדדים מידת העונש, ערערו שני הצדדים לערכאת הערעור בבית המשפט העליון.[19] בבית המשפט העליון התקבלה טענתה של קם שתקופת המאסר אינה מידתית וזו קוצרה לשלוש שנים וחצי של מאסר בפועל. בין היתר קוצרה תקופת המאסר לנוכח השוואה לעבירות אחרות וכן לנוכח "המורכבות הטמונה במניעי המערערת",[20] לאחר שהובהר כי מניעיה אינם מבוססים על "אידיאולוגיה אנטי־ישראלית או אנטי־צה"לית", וכי ביקשה לחשוף כשלים מערכתיים במערכת הביטחון. על אף זאת הובהר כי יש לשפוט ולהעניש את המבקשים "לתקן את העולם" בדרך זו.[21]

1. המסר הנורמטיבי העולה מפסק הדין

פרשנות סבירה של "הלכת קם", מתוך פסק הדין ומתוך מה שנעדר מפסק הדין תהא: **חייל הנתקל במידע המעיד על פגמים מהותיים בשלטון החוק אך מוגדר "סודי", עליו לדווח עליו למפקדו הישיר, או לשתוק**. פסק הדין מדגיש את חשיבות ההיררכיה הפיקודית לביטחון המדינה, אך מנגד אינו דן באופן הטיפול בפגמים לכאורה בשלטון החוק שהחייל טוען שנתקל בהם ואף אין בו כלל מנחה כיצד על החייל לפעול. לדברי השופטת פרוקצ'יה בגזר הדין:

> "**יהיו אשר יהיו המניעים האמיתיים**, המעשים המיוחסים למשיבה מצביעים, לכאורה, על **עיוות פנימי עמוק** בתפיסת חובותיו של חייל כלפי המערכת הצבאית אותה הוא נדרש לשרת, וסטייה חמורה מאחריות בסיסית שאזרח חב כלפי המדינה אליה הוא משתייך".[22]

בכך בית המשפט מחליש את חשיבות שלטון החוק ומבכר את ביטחון המדינה ללא ניסיון למצוא איזון כלשהו ביניהם כשהם מתנגשים זה בזה.

בהמשך הארה זו נדון בהלכה העולה מפסק הדין במנותק מהשאלה הקונקרטית שנדונה בפרשת **קם**. הסיבה לכך היא שחומרים רבים עדיין חסויים ולא נוכל לקיים דיון ממצה בפרטי פרשה זו. ייתכן שענת קם אמנם סיכנה באופן חמור את ביטחון המדינה וקיבלה את העונש המגיע לה, אך חסרונה של הדוקטרינה שבאמצעותה בחן בית המשפט את השיקולים שהובאו לפניו מייצרת "Bad law".

ההלכה העולה מפסק הדין אינה מאזנת כראוי בין הפגיעה האפשרית בשלטון החוק לפגיעה האפשרית בביטחון המדינה. זאת ועוד, הלכה זו עלולה להביא להרחבת הפגיעה העתידית בביטחון המדינה אם חיילים יעדיפו לפנות לתקשורת זרה או לערוצי המדיה החדשה. אנו נבקש לבחון לדוגמא מקרה שבו חייל פשוט מתבקש במסגרת תפקידו הצבאי להדפיס ולתייק מסמכים המסווגים כסודיים והמכילים, להבנתו, פקודות המעידות על פגיעה מהותית בשלטון החוק שכבר בוצעה או העתידה להתבצע. החייל מבין שמדובר בפקודות שאושרו על ידי מפקדו הישיר, וככל הנראה גם שרשרת הפיקוד מכירה בהן כפקודות חוקיות.

---

18 שם, בפס' 12.

19 ע"פ 8445/11 **קם נ' מדינת ישראל**, בפס' 1 (פורסם בנבו, 30.07.2012) (להלן – **פסק הדין בעליון**).

20 שם, בפס' 19.

21 שם, בפס' 18.

22 בש"פ 1159/10 **מדינת ישראל נ' ענת קם**, בפס' 13–14 (14.4.2010).

nevo.co.il

בפרק הבא נבחן את מודל "השורק במשרוקית" כחלק מהדגשת המתח הרחב שבין צורכי הביטחון לצורך לשמור על שלטון החוק. נטען כי הדחף של חושף שחיתויות לפנות "החוצה", אל התקשורת, קשור לאופן הטיפול בבעיה במסגרת הפנימית, ושהתקשורת, ובייחוד התקשורת החדשה, מאתגרת את מסלולי הביקורת הפנימיים.

ג. חושפי שחיתויות והצורך בהסדרה מפורשת

"נדמה בעינינו חושף השחיתויות דהיום ל'שעיר לעזאזל' דאז. מטרתו הינה לגלות ליקויים ובכך להביא למירוקם ולתיקונו של עולם. אולם לא אחת, הוא יוצא וידיו על ראשו, בבחינת אותו 'שעיר לעזאזל'"[23]

1. צורכי הביטחון וצורכי הדמוקרטיה

מדינת ישראל נמצאת במצב של "שעת חירום" מאז הקמתה.[24] היו שכינו מצב שבו מדינה דמוקרטית ליברלית מתמודדת עם איומים חיצוניים ופנימיים בשם "דמוקרטיה מתגוננת"[25] ובכך הרחיבו את ההגדרה הקלאסית שלפיה הכינוי נוגע רק למקרי שימוש בכלי הדמוקרטיה כדי לקעקע את הדמוקרטיה מבפנים. ההגדרה המרחיבה מסתמכת על קיומו של מתח בין "צורכי" הביטחון לבין "צורכי" הדמוקרטיה.[26] מערכת הביטחון נדרשת לעתים לנקוט אמצעים אלימים לשם שמירה על ביטחון אזרחי המדינה. בדמוקרטיה ליברלית נקיטת אמצעים אלו צריכה להיות כפופה למגבלות שלטון החוק המהותי והפרוצדורלי. אולם שלטון החוק דורש שקבלת ההחלטות תהיה בהליך פומבי, איטי ושקול תוך מתן זכות טיעון וערעור לכל אדם ואדם, ואילו מערכת הביטחון פועלת מטבעה במהירות, באופן היררכי, תוך שמירה מרבית על סודיות ותוך דרישה לציית לפקודות בלי לערער על תוכנן או על אופן ביצוען.[27] מתח זה ניכר גם בין הצורך בסודיות לשם שמירה על הביטחון לבין הצורך הדמוקרטי בשקיפות ובהליכים המאפשרים לציבור מעורב, מודע, מתעניין ופעיל לפקח על פעולות הנעשות בשמו ולמענו. לענייננו, נעמוד על המתח בין הצורך לקיים ביקורת חיצונית אפקטיבית על הפעילות הביטחונית, ולחשוף אותה "לאור השמש" של הביקורת הציבורית, ובין החשש מפני פגיעה בסודיות העלולה להביא לפגיעה בביטחון.

מוסדית ישנם כמה גופים האמונים על ביקורת פעולות צה"ל. מהם פנים צבאיים כגון הפצ"ר, ומהם חוץ צבאיים כגון מבקר המדינה ובג"ץ. קיומם של מוסדות אלו נשען, כאמור, על התובנה שכפי שגופי הביטחון אינם נמצאים "מחוץ" למדינה הדמוקרטית, כך "המאבק של המדינה בטרור אינו נעשה 'מחוץ' למשפט. הוא נערך 'בתוך' המשפט [...]"[28] משמע, אין "חורים שחורים" במערכת הביטחון, שאליהם אין החוק מגיע מטעמי ביטחון. מלבד מוסדותיה הרשמיים הללו של המדינה ישנה גם התקשורת, המכונה לעתים "הרשות הרביעית".[29]

חלק ממערכות ביקורת אלו אמונות על ביקורת שיטתית, כגון הפצ"ר, וחלקן מניפות את חרב ביקורתן באקראי, כגון בג"ץ. אנו נבחן כמה גופי ביקורת שיכולים לשמש נתיב לפנייתו של חושף השחיתות, מנקודת מבטו.

---

23 ע"ע 502/05 **גרטי נ' מדינת ישראל – משרד הפנים**, בפס' 9 (פורסם בנבו, 25.7.2006).

24 בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח לישראל נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 8.5.2012). להגדרת מצב הלחימה בין ישראל לפלסטינים "עימות מזוין" ראו: בג"ץ 2461/01 **כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** (פורסם בנבו, 29.3.2001); בג"ץ 9252/00 **אל סקא נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.5.2001) (מתוך: מרדכי קרמניצר **האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה** 6 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2006)).

25 עמנואל גרוס **מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים ומוסריים** 16 (2004).

26 שם, בעמ' 16–17.

27 לדיון מעמיק ראו: מנחם הופנונג **ישראל ביטחון המדינה מול שלטון החוק** 11–26 (1991)

28 בג"ץ **החיסולים הממוקדים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 54.

29 ראו, למשל: Ben Tripp, *Wikileaks and the New Fourth Estate*, HUFFPOST Dec. 5, 2010. זמין ב: www.huffingtonpost.com/ben-tripp/wikileaks-and-the-new-fou_b_792212.html.

nevo.co.il

מבחינת הדין המהותי, למושג "שלטון החוק" פירושים רבים. הבחנה נפוצה היא בין צדו הפורמלי לצדו המהותי של שלטון החוק.[30] לשלטון החוק ערך אינטרינזי, משלו, וערך תועלתני – למען השגת מטרות אחרות.[31] במקרה שאותו אנו בוחנים, של חייל המבחין בפגם חוקי במערכת שבה הוא נמצא ואין לו יכולת לדווח על כך, זוהי פגיעה הן במובן הפורמלי הן במובן המהותי. במובן הפורמלי מדובר בפגיעה ביכולת להשליט ולאכוף את החוק. חלק מהותי משלטון החוק הוא מנגנוני הביקורת האמונים על שמירתו.[32] עוד נטען כי בבחינה תועלתנית, אי־שמירה על שלטון החוק במצב זה מביאה לפגיעה בביטחון המדינה.

אנו נבקש לבחון את מנגנוני הביקורת העומדים לרשות החייל תוך הקבלה למקרהו של ה"שורק במשרוקית" – חושף השחיתויות "הקלאסי" במקום העבודה. מטבע הדברים, נדרשות התאמות לאור האמור לעיל באשר למתח בין צורכי הביטחון ובין דרישות שלטון החוק. עם זאת, אין להניח מראש שטיבן של התאמות אלו יביא בהכרח לפשרות באשר למחויבות לשלטון החוק, שכן הביטחון אף הוא כולל רכיב תועלתני: אנו נאבקים לא רק למען שרידותנו, אלא להגנת קיומה של מדינת חוק. אמנם אין להתעלם מכך שחשיפת אי־סדרים, למרות חשיבותה לשלטון החוק, אכן עלולה לפגוע באינטרס הביטחוני. אך מכאן אין להסיק שהשקלול הכולל אכן צריך להביא להסתרה. אחד מלקחיה של פרשת קו 300 המפורסמת, הוא שחשיפת אי־סדרים במערכת הביטחון חיונית לא פחות, ואולי אף יותר, מחשיפתם אצל רשות ציבורית אחרת.

2. השורק במשרוקית

המודל שלפיו נבקש לבחון את פעולת החייל המוטרד בענייני שלטון החוק הוא המודל של השורק במשרוקית (Whistleblower). השורק במשרוקית הוא עובד החושף פעילות בלתי חוקית, בלתי מוסרית או פסולה במקום עבודתו על ידי מסירת מידע על אודותיה לגורמים חיצוניים, להבדיל מחושף שחיתות "רגיל" כגון עיתונאי חוקר החושף שחיתות במערכת שאינו עובד בה.[33] התופעה נוגעת הן לעובדים במגזר הפרטי הן לעובדים במגזר הציבורי. העובד חושף השחיתות נמצא במצב פגיע מאוד. עלולים להיות מוגשים נגדו כתב אישום פלילי בגין חשיפת מידע שלא כדין ותביעה בגין הפרת חוזה סודיות, והוא עלול לעמוד במוקד מסע התנכלויות מצד המעביד ועובדים אחרים. עיקר הסיכון שהמדליף מקבל עליו הוא אבדן מקור פרנסתו.[34] תופעה נפוצה היא שהעובד החושף עצמו עומד במוקד הדיון הציבורי לאחר החשיפה, ולא הפעילות שאותה חשף.[35] העובד מתויג לרוב כ"מלשין" או "בוגד".[36]

להערכתנו, בבואו לחשוף את השחיתות יבצע המדליף הפוטנציאלי מעין "Forum Shopping" בחפשו אחר החלופה המוסדית או הפרוצדורלית שתעניק לו הגנה מיטבית. בשקילת החלופות הוא יבחן את הגורמים והמוסדות המטפלים, את דרכי הטיפול שלהם בפניות קודמות ואת המקרים שבהם סיפקו או לא סיפקו הגנה לחושף השחיתויות. פסיקות העבר של בית המשפט במקרים דומים ישמשו מן הסתם כשיקול מכריע.

---

30 אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" **מבחר כתבים א** 319 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

31 ערך תועלתני לשמירת שלטון החוק יכול להימצא, למשל, במשיכת השקעות כלכליות זרות.

32 הופנונג, לעיל ה"ש 27, בעמ' 17.

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

34 סודות רשמיים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 131.

35 ראה במקרה של קם: דף פייסבוק "גם אני חושב שענת קם בוגדת" www.facebook.com/AnatKam; גלעד גורסמן "בן גביר התעמת עם ענת קם: "תתביישי, בוגדת" **וואלה!**, 22.07.2010, news.walla.co.il/?w=/10/1713385.

36 יפים לצורך כך דבריו של השופט חיים כהן: "על עם ישראל היו המוסרים והמלשינים שנואים מאז ומקדם...". ראו: ע"פ 496/73 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 714, 718 (1974); בנוסף, קיימת נטייה של השלטון לרדוף משפטית את המדליף ולא את העיתונאי, ראו: Mary-Rose Papandrea, *The Publication of National Security Information in the Digital Age*, 5(1) J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 119, 123 (2011) (להלן – Papandrea, *The Publication of National Security Information*).

nevo.co.il

בהכללה אנו מעריכים כי שני שיקולים מרכזיים ידריכו את החייל חושף השחיתויות בבחירת דרך החשיפה. השיקול הראשון הוא העדפה של צורת חשיפה שבה יש סיכוי רב יותר לתיקון העוולות, ולכך שהגורמים האחראים יתנו את הדין על מעשיהם, או שחשיפת הפגמים תביא לשיפור של ממש במערכת הנגועה.

שיקול שני, וככל הנראה חשוב לא פחות בבחירת דרך החשיפה, הוא הסיכון האישי שיהיה נתון בו בעקבות החשיפה: האם זהותו תוכל להישמר חסויה? אילו כתבי אישום פליליים יוכלו להיות מוגשים נגדו? מהן טענות ההגנה העומדות לזכותו ומהו העונש הקבוע בחוק בצד העבירות שיבצע? ובעיקר – מהי המדיניות בפועל כלפי כל אפיק ואפיק של חשיפה?[37]

המקרה שאנו בודקים מחדד אף יותר את הסוגיה הכללית של "מדליף למען ציבור". בתוך משפחת השורקים במשרוקית אפשר למצוא את "החושפים בסקטור הציבורי".[38] קרוב־רחוק למשפחה זו הוא החייל המדליף מידע סודי.[39] אצל החייל המדליף יש מקום לשיקולים נוספים על שיקוליו של חושף השחיתויות ה"כללי". אחד השיקולים הוא סודיות אפשרית של המידע שהחייל מעוניין לחשוף. מידת הסודיות תלויה באופי המידע הנחשף – אם מדובר במידע מבצעי, מודיעיני וכדומה – ולאו דווקא בתוכן המידע.[40] רכיבי מידע צבאי, שכל אחד מהם לא בהכרח סודי כשלעצמו, כמכלול מבצעי או מודיעיני יסווגו ככל הנראה בסיווג סודיות כלשהו. סיווג מידע כמידע מסווג מחיל על המשתמש במידע זה את הגבלותיו הנוקשות של החוק הפלילי לעניין זה – למשל, איסור איסוף או החזקה של מידע סודי – שבגין הפרתו מוטל עונש של עד שבע שנות מאסר.[41] לפיכך אם השורק במשרוקית האזרחי מבקש להישאר במקום העבודה שלו, החייל חושף השחיתויות מבקש להימנע מאישום ומהרשעה פלילית.

שיקול נוסף הוא עוצמת מעמדו של צה"ל בתודעה הציבורית. ביקורת על הצבא עשויה להיתפס בקרב חוגים בציבור הישראלי כפגיעה בחוסנה של מדינת ישראל. ניכר שלא מעט אזרחים רגישים למעמדו הסמלי של צה"ל, וחווים כל פגיעה בו כפגיעה בביטחון הלאומי.[42] לפיכך הסיכוי שחושף אי־הסדרים יוקע כבוגד אינו מופרך.

ולבסוף, מן הראוי לציין את סוגיית נגישות התקשורת. כאמור, ההבדל בין חושף שחיתות "פנימי" הפונה לגופי הביקורת הפתוחים לפניו, לבין "השורק במשרוקית" הוא שהשורק במשרוקית משתמש בתקשורת הפומבית לחשיפת המידע. חושף אי־סדרים אזרחי נשען על התפיסה שהתקשורת היא תקשורת חוקרת. בהקשר הביטחוני, אם תחשוש התקשורת לחשוף מידע מסווג הנוגע לאי־סדרים, יתקשה חושף אי־הסדרים ליהנות מהגנה דה־פקטו של התקשורת. למקומה של התקשורת חשיבות רבה במיוחד אם האפשרות לתיקון עצמי של המערכות באמצעות גופי הביקורת הפנימיים אינה ברורה.

3. התקשורת ומערכת הביטחון

תפקידה המסורתי של התקשורת הוא להיות "כלב השמירה של הדמוקרטיה". התקשורת מכונה לעתים "הרשות הרביעית" בשל היותה גוף ביקורת חיצוני המפקח על הרשויות הממוסדות. התקשורת היא אחד ממוסדות הביקורת החשובים ביותר במדינה הליברלית הדמוקרטית, הן לחשיפת ליקויים הן לריסון מוקדי כוח. בישראל, חשיבותה של

---

37 ראו גם: דניאל אילן **חושפי שחיתויות ובית הדין לעבודה: האם נשמעת השריקה?** 27 (2003).

38 וראו התייחסות לכך אצל דפנה ברק־ארז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" **משפטים** לז 667, 677 (2007).

39 חוקים אחדים רלוונטיים לסוגיית המדליף שאינו חייל. בתחום יחסי העבודה: חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במנהל התקין), התשנ"ז–1997; חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז–1997; חוק לעידוד טוהר המידות בשירות הציבורי, התשנ"ב–1992. חוקים אלו אינם יכולים למנוע לחלוטין התנכלויות לעובד. ראו: מבקר המדינה "חוות דעת הגנה על חושפי שחיתויות" 9 (2007). זמין ב: http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_190/2d8ad9a5-de85-4ad1-a182-0e3a63e4822d/5681.pdf.

40 סעיף 113(ד)(2) לחוק העונשין, לעיל ה"ש 12.

41 סעיף 113 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 12.

42 מנחם הופנונג, לעיל ה"ש 27, בעמ' 259.

nevo.co.il

העיתונות אף גוברת על רקע חולשתן של זרועות הביקורת האחרות.[43] גולת הכותרת של הביקורת העיתונאית בעולם הייתה בפרשיית "ווטרגייט", בחשיפת "מסמכי הפנטגון" במהלך מלחמת וייטנאם ובארץ – בפרשת "קו 300".

בדומה לאופן התפתחותם של מוסדות שונים בישראל לאורך שנות הקמת המדינה ועיצובה – גם התקשורת התעצבה במידה רבה כמערכת המשולבת ברשויות המדינה. גופי התקשורת שיתפו פעולה עם גורמי הצנזורה כחלק מתקנות שעת החירום, וזכו בתמורה לקבל עדכוני מידע ישירים – אך שלא לפרסום. לעתים התקשורת המקומית אף ביצעה "צנזורה עצמית" כדי שלא לחשוף מידע שהיה עלול לפגוע באתוס של המדינה העברית, או שלא להביך גורמים בממסד – דבר שהיה מצטייר על פניו כפגיעה בביטחון האומה. ככל שכלי התקשורת היה גדול יותר ומשפיע יותר, כך היה ניתן לצפות לריסון רב יותר.[44]

בד בבד עם קבלת דיווחי המידע הישיר והמסווג באמצעות "ועדת העורכים", זכו גופי התקשורת גם ל"הדלפות מקורבים". נוהג זה מכונה "משחק ההדלפות":[45] גורמים בכירים ביותר מוסרים לתקשורת משיקולים פוליטיים מידע ביטחוני ומדיני שנחשב למסווג. העיתונאי וגוף התקשורת שמאחוריו הופכים לתלויים בגורם הביטחוני שיספק להם מידע "מתחת לשולחן" על בסיס קבוע. הביקורת של עיתונאי זה על החומרים המועברים לו מועטה ביותר. חשוב לציין שכל הגורמים: הביטחוניים, הפוליטיים והתקשורת מכירים בכך שאלו הן דרכי העברת המידע הסדירות, הכוללות גם מידע מסווג.[46] חשוב לציין כי בדרך כלל אין כלי התקשורת נחקרים, ואף המדליפים אינם נתונים לסנקציות של ממש במישור הפלילי; כפי שנאמר בפרשת **קם**, עד פרשה זו לא ישב בכלא אף אדם שמילא תפקיד מרכזי בגין עבירה העוסקת בגילוי סוד.[47]

4. עליית התקשורת החדשה

התפתחות האינטרנט הביאה לשינויים באופי התקשורת. אין קו ברור המפריד בין "התקשורת הישנה" ל"תקשורת החדשה" אך ישנם כמה הבדלים "משפחתיים"[48] הנובעים מאופי הפלטפורמות החדשות ליצירת תוכן כגון רשתות חברתיות ובלוגים עצמאיים. בכלים החדשים כל אדם יכול להיות יצרן "חדשות", קבוע או מזדמן, ולזכות לחשיפה. בה בעת גם צריכת המדיה נהפכה למבוזרת יותר והמידע מתקבל ממגוון מקורות, בלא עלות של ממש.[49]

כחלק מעליית התקשורת החדשה, ניכרת השתכללות ענף התקשורת החוקרת. התקשורת החוקרת משתמשת במדיה החדשה במגוון רחב יותר של מתכונות מידע. בלוגרים פרטיים משמשים בתפקיד עיתונאים חוקרים המשוחררים במידת מה ממגבלות של עריכה, צנזורה עצמית או שיקולים מסחריים. הבלוגרים מספקים פרשנות למידע זמין וגלוי שנמצא ברשת וגם מהווים מקור לחשיפות ול"סקופים". המדיה החדשה מתפתחת כעיתונות חוקרת במדינות המערב, וישנן דוגמאות לכך

---

43 יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך א 97 (1996).

44 Papandrea, *The Publication of National Security Information*, לעיל ה"ש 36.

45 Mary-Rose Papandrea, *Lapdogs, Watchdogs, and Scapegoats: The Press and National Security information*, 83 IND. L.J 233, 236 (2008).

46 כדי לעצור את ההדלפות, בנימין נתניהו אף דרש מהשב"כ לחקור חשיפה של מידע מלשכתו: אטילה שומפלבי "רה"מ חשד ביועציו הבכירים ושלח אותם לפוליגרף" **Ynet** (6.1.2011), www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4009872,00.html.

47 **גזר הדין במחוזי**, לעיל ה"ש 8, בפס' 6. העיתונאי רביב דרוקר, עד מטעם ההגנה, העיד שלידיעתו מעולם לא הועמד לדין מקור עיתונאי וכי הסנקציות שננקטו כלפי ה"מקורות" היו קלות.

48 דמיון משפחתי הוא דרך לסווג מושגים שלכאורה אין ביניהם קשר, על בסיס דמיונם למושג שלישי המשייך אותם לאותה משפחה. מושג זה נהגה על ידי הפילוסוף לודוויג ויטגנשטיין בספרו Philosophical investigations ראו: לודוויג ויטגנשטיין **חקירות פילוסופיות** §66-67 (עדנה אולמן־מרגלית מתרגמת, 1995).

49 פרופ' סנסטין טוען שריבוי מקורות המידע מביא לסיום תפקידה המסורתי של התקשורת כ"מדורת השבט" הלאומית ולפיזורה של "כיכר השוק" לאלפי איים מבודדים. סנסטין סבור שהדבר יביא לקיטוב ולקיטוב של הדיון בחברה משום שהפרטים יבחרו להיחשף רק למידע צר ממקורות מצומצמים (CASS R. SUNSTEIN, REPUBLIC.COM 2.0, 46–49 (2009)). הדיון בקבוצות מצומצמות מביא להקצנה לעומת שוק התקשורת המסורתי שיצר סביבה רב־גונית של דיון ציבורי המכוון לממוצע הדעות ואשר בה התקיים דיון מאוזן והתאפשרה חשיפה לכלל הרעיונות (Cass R. Sunstein, *Deliberative trouble? Why groups go to extremes*, 110 YALE L. J. 71 (2000)).

nevo.co.il

שתקשורת זו נתפסת כמקור מהימן.[50] במדיה החדשה יש שימוש לא רק בטקסט, אלא גם בסרטוני וידאו, בפודקסט ובאינפוגרפיקה. המדיה החדשה מאפשרת להעמיק את הדיון באמצעות קישורים מידיים למקורות המידע הגולמיים ולעמדות נוספות על אותו נושא, וכן מאפשרת חיפוש נגיש ורחב היקף.

המדיה החדשה מאפשרת הרחבה של גבולות התקשורת. בעבר לידיעה עיתונאית היה משך חיים מוגבל לתפוצת קהל הקוראים של אותו יום, או קהל השומעים של תכנית הרדיו או הצופים בטלוויזיה באותו ערב. ידיעה עיתונאית המשיכה לחיות בארכיון או בספריה, או ככל שהועלתה על ידי ידיעה עיתונאית עוקבת. היקף התפוצה במדיה החדשה מאפשר לרעיונות להתפשט כמעט ללא הגבלת זמן, שכן אתרי האינטרנט נגישים, וכאמור החיפוש בהם זמין. זאת ועוד, ידיעה עיתונאית עוקבת, אשר שבה ומחיה ידיעה קודמת, היא עניין שגרתי – בין שמדובר ב"עדכון סטטוס" בשורה יחידה ברשת חברתית או בעדכון סרטון תחקיר והעלאתו המחודשת לאתר סרטים זה או אחר.[51] בזכות היכולת של קהל הקוראים להיות מעורב בידיעה המקוונת, נוצרת מעין קהילה המעורבת בביקורת ובהפצת הרעיונות.

כאשר התקשורת הישנה נקראה "כלב השמירה של הדמוקרטיה", הכוונה הייתה שהעיתונות הממוסדת מכוונת את "שיחת היום" לסוגיות הבעייתיות בהתנהלות הדמוקרטית ובאמצעות הפניית הזרקורים "מחטאת" נקודות חשוכות במשטר. משום כך הקשר הישיר של הפוליטיקאים ושל בכירי מערכת הביטחון עם העורכים והכתבים הבכירים נשמר וטופח.

המדיה החדשה מסתמכת על שילוב בין פלטפורמות חברתיות שונות שמאפשרות ל"קוראים" להפוך לשחקנים פעילים. אם בעבר הקורא המסורתי הסתפק בשליחת מכתב עמדה למערכת או לכל היותר ביטול בזעם של המנוי לעיתון, כיום המשתתפים ברשתות המדיה החדשה משפיעים בעצמם על הכוונת הזרקורים. מהפכות "האביב הערבי" במצרים, תוניסיה, לוב וסוריה; "מחאת האוהלים" בישראל ומחאות יוקר המחיה (מקוטג' עד דלק) הן דוגמאות לשימוש באמצעי המדיה החלופיים להצפת נושאים חדשים בדיון הציבורי.

"ויקיליקס" הוא אחת הדוגמאות לשימוש במדיה החדשה כפלטפורמה להשפעה על דעת הקהל ולהובלת שינויים במדיניות הפוליטית הבין־לאומית. אתר ויקיליקס פרץ לתודעה הבין־לאומית בשנת 2010 כאשר פרסם 90,000 מסמכים מסווגים מרשתות המודיעין של הצבא האמריקאי באפגניסטן. זו הייתה ההדלפה הגדולה ביותר עד אותה תקופה. 90,000 המסמכים הועלו לאינטרנט והם זמינים עד היום לכל הציבור, כמידע ראשוני אשר שימש לכתבות ולתחקירים. לאחר מכן פרסם האתר 400,000 מסמכים של הצבא האמריקאי בעירק. ויקיליקס סיפק את מסד הנתונים הגולמי אשר אפשר לגלי המחאה הציבורית להתבסס על נתונים מקוריים. ההסתמכות על מסמכים מקוריים היא שמאפשרת לביקורת הציבורית במדיה החדשה להיות עצמאית ונפרדת מהפרשנות של התקשורת הממוסדת.

בהתחשב בשיקולי המדליף בבואו "לבחור" נתיב להפצת החשיפה, ייתכן שוויקיליקס היא המודל "המוצלח" ביותר להדלפה במרבית הפרמטרים: ההדלפה אפקטיבית – המידע מוצג לכלל הציבור על שרתים בין־לאומיים ללא אפשרות של ממש לצנזר את פרסומו. הציבור המעיין במידע הראשוני הוא אותו ציבור פעיל ברשתות המדיה החדשות שיש לו האמצעים לשנות את השיח הציבורי "מלמטה למעלה". מבחינת ההגנה על מקורות המידע נראה כי היכולת ללחוץ על מערכת האתר הבין־לאומי לחשוף את מקורותיה היא פחותה מהיכולת לקבל את המידע מעיתונאי ישראלי. מבחינה מערכתית מדובר במסגרת שאינה עוברת צנזורה כלל ואף אי־אפשר לעצור את ה"בלוגוספירה" הישראלית והבין־לאומית בכתיבתה על הממסד הביטחוני הישראלי.

---

50 כך, למשל, אתר החדשות והבלוגים האפינגטון פוסט אשר זכה בפוליצר: Amy Chozick, *2 Pulitzers for Times; Huffington Post and Politico Win*, N.Y. TIMES, Apr. 4, 2012 www.nytimes.com/2012/04/17/business/media/2012-pulitzer-prize-winners-announced.html?_r=0.

51 כגון הסרט "קוני 2012" שזכה לכ־40 מיליון צפיות בתוך 48 שעות ונחשב לאחד הסרטים שזכו לתפוצה המהירה ביותר. הסרט עוסק בקריאה לעצירתו של קוני, המנהיג של מיליציות של ילדים חמושים באוגנדה. Josh Halliday, *Kony 2012 documentay on Uganda warlord is unlikely viral phenomenon*, THE GUARDIAN, Mar 8, 2012 www.theguardian.com/world/2012/mar/08/kony-2012-joseph-rao-kony.

nevo.co.il

למרבה הצער, ניתן להניח כי במרוצת הזמן, ובמערכות גדולות, שחיתויות ו/או אי־סדרים אכן מתרחשים, ולכן גם יקומו גורמים בתוך המערכות הללו שיהיו מעוניינים להתריע עליהם. לפיכך למערכת הביטחון יש אינטרס לנתב את ההדלפות לאפיקים שבהם ביטחון המדינה ייפגע פחות.[52] על מערכת הביטחון להכיר בשיקולים המנחים את חושפי השחיתויות מתוך המערכת ולספק להם מתווה הולם שיאזן כראוי בין השיקולים הללו. עם זאת, יש להניח שמערכות הביטחון, בישראל ומחוצה לה, מוגבלות ביכולתן להכיל ביקורת, ובמיוחד כזו שמפנה את חציה אל הבכירים ביותר במערכת, על כך שקיבלו החלטות שבמהותן אינן ערכיות ואינן מכבדות את עקרונות היסוד של השיטה (או, לעתים, את רוח פסיקת בית המשפט העליון).

נפנה כעת לסקירת המסלולים המערכתיים ואפיקי הפעולה שעומדים לרשות החייל הפשוט, ונעמוד על מגבלותיהם.

ד. מסלולים מערכתיים לחשיפת שחיתויות

גופי הביקורת המערכתיים הבאים בחשבון הם שלושה: הפרקליט הצבאי הראשי, מבקר המדינה (ומבקרי מערכת הביטחון הפנימיים) והיועץ המשפטי לממשלה. את המוסדות הללו נבחן לפי השיקולים והאיזון המבוקש שצוינו בפרק הקודם: אפקטיביות החשיפה, מידת הסיכון האישי של המדליף ושיקולים מערכתיים.

1. פנייה אל הפרקליט הצבאי הראשי

הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר) הוא בעל הסמכות להשלטת המשפט בצבא.[53] הפצ"ר משמש הן יועץ משפטי של המטה הכללי הן ראש התביעה הצבאית – הפלילית והמשמעתית.[54] בתפקידים אלו הפצ"ר משמש "קו ההגנה הראשון של שלטון החוק" בצבא.[55] דואליות זו מזכירה את המתח המובנה הכרוך בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה המשמש יועץ משפטי לממשלה ומופקד על התביעה הפלילית כאחד. הפצ"ר כפוף פיקודית לרמטכ"ל, אך בהפעלת סמכויותיו ובהפעלת שיקול דעתו המקצועית אין הפצ"ר, על פי דין, נתון למרות כלשהי "מלבד מרותו של החוק".[56] הפצ"ר כפוף להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, אך ישנה מחלוקת בנושא זה.[57] פרשנות הפצ"ר את הדין היא שקובעת מבחינת אנשי הצבא את המצב המשפטי הקיים.[58] חלק מסמכויות הייעוץ של הפצ"ר מואצלות ליועצים משפטיים הפועלים במטות ובפיקודים השונים. בעקבות העלייה בהיקף הביקורת השיפוטית על פעילות צה"ל ובעוצמתה הן מצד בג"ץ הן מצד ארגונים חוץ פרלמנטריים וגופים בין־לאומיים – השתנה היחס להליך האישור המשפטי של פעולות הצבא, וכיום פעולות צבאיות רבות נערכות בליווי משפטי

---

52 חשוב לציין כי לדבריה של השופטת ארבל בפסק הדין בעליון, לעיל ה"ש 19, בפס' 13, גם העברת המסמכים לעיתונאי אורי בלאו וגם פרסומם בתקשורת (המצונזרת) לא יצרו נזק מוכח, להבדיל מפרסום אפשרי של כל 2000 המסמכים של ענת קם בוויקיליקס, למשל.

53 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955, ס' 178; בג"ץ 7195/08 **אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, בפס' 66 (פורסם בנבו, 1.7.2009) (להלן – פרשת **המג"ד מנעלין**).

54 ענבר צבי "הפרקליט הצבאי הראשי – מעמדו וסמכויותיו" **הפרקליט – גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין** 108 (1987).

55 זמיר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 107.

56 ענבר צבי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 112. ראו גם הפ"ע 2.0613 "הפרקליטות הצבאית" ס' 9(א) www.mag.idf.il/sip_storage/FILES/2/452.doc.

57 בג"ץ 4723/96 **עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נא(3) 714 (1997); אורי שהם "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה – בין פרשת שדיאל לבג"ץ אביבית עטיה" **משפט וצבא** 16, 203, 406 (2002). בבג"ץ עטייה פסקה השופטת ביניש כי היועץ המשפטי לממשלה הוא שמוסמך לפרש את הדין החל על הפצ"ר, ואילו שהם חולק עליה בעיקר בהסתמך על הלכת עצמאות שיקול הדעת, סוגיית העצמאות השיפוטית והקמת הרשות הנפרדת לדין הצבאי.

58 שהם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 360. ראו גם: הפ"ע 2.0613, לעיל ה"ש 56, בס' 13.

nevo.co.il

צמוד.[59] יש הטוענים שהמשפטיזציה הגוברת של הפעילות הצבאית אינה אלא כסות פרוצדורלית מפני טענות ביקורת בין־לאומיות.[60]

האם חייל פשוט הנתקל להבנתו במקרה של פגיעה בשלטון החוק, יראה בפצ"ר (או בנציגיו, אנשי הפרקליטות הצבאית) גוף הולם לטיפול בפנייתו? ככל שמדובר באי־סדרים או בפגיעה בשלטון החוק הכרוכים בנושא שנדון במפורש על ידי גופי צה"ל, יש להניח שהפעולה הלקויה נעשית בידיעה, אם לא באישור, זרועות הייעוץ המשפטי בצה"ל, ובראשן הפצ"ר. משום כך ייתכן שהפנייה תיחשב בעיני המתלונן לבלתי אפקטיבית. הסייג העיקרי מבוסס על היותו של הפצ"ר מוטמע בהליך קבלת ההחלטות בצה"ל. מאחר שייתכן שהסוגיה שיביא החייל לפתחו של הפצ"ר אושרה על ידי אחת מזרועותיו של הפצ"ר – לא מופרך להניח שמנקודת ראותו של החייל, הפצ"ר עשוי להיות חלק מהבעיה, ולאו דווקא חלק מפתרונה. לדוגמא, בפרשת **קם** אנו רואים שהפצ"ר עצמו היה מעורב בישיבות אישור המהלכים הצבאיים.

אשר לשיקולי ההגנה על חושף השחיתויות, יש סיכון בפניית החייל הפשוט לפצ"ר. במקרה שבו הפצ"ר סבור משיקולים מערכתיים שהחייל פוגע במערכת ומסכן אותה, החייל עלול לעמוד לדין פלילי בעבירות של ביטחון שדה או לדין משמעתי בשל פגיעה בהיררכיה הצבאית. זאת ועוד, לפצ"ר, לעומת גופי ביקורת ופניות ציבור מוסדרים אחרים,[61] אין ככל הנראה נוהל ברור לשמור על חשאיות הפנייה.

מנגד, לפצ"ר ולכלל מערכת הביטחון יש אינטרס לגלות פגיעות בשלטון החוק ולטפל בהן בתוך המערכת הצבאית – מבחינה מהותית, מוסדית ואף מבחינה תדמיתית. טיפול בתוך המערכת יכול למנוע את עיקר הנזק הפוטנציאלי מחשיפת מידע סודי לגורמים עוינים. יש לזכור כי החלטה של הפצ"ר לכאן או לכאן עשויה להיבחן בביקורת שיפוטית בבג"ץ. בין היתר עליו להביא בחשבון את האינטרס הציבורי כחלק מהפעלת שיקול דעתו.[62]

בשקלול הדברים הפצ"ר הוא האופציה המועדפת מבחינת מערכת הביטחון לטפל בפניות מסוג זה. להערכתנו, מרבית החיילים חושפי השחיתויות לא יפנו לפצ"ר משום זיהויו עם הצבא ובעקבות תדמיתו הציבורית, שאינה נתפסת כבלתי תלויה דיה. הפצ"ר נתפס כמי שמשתמש בפרשנות מרחיבה כדי להגמיש את הדין למען צורכי מערכת הביטחון.[63] יתרה מזו, חייל הפונה לפרקליטות הצבאית מסתכן משום שאין הסדרה מוסדית של הגנה מפני אישום פלילי הכרוך במסירת מידע סודי לפרקליטות הצבאית.

במערכת הצבאית ישנם גופים נוספים המיועדים לפניות הציבור: נציב קבילות החיילים, שעוסק בטיפול בבעיות אישיות; קצין פניות הציבור, שמקבל תלונות מאזרחים; מבקר מערכת הביטחון, שדומה למעין מבקר פנימי הבוחן יעילות בהקצאת המשאבים. ייתכן שבעיני החייל הפשוט פנייה לנציב קבילות החיילים עשויה להיות ערוץ מתאים, לפחות כל עוד גוף זה נתפס כבלתי תלוי. עם זאת, הנציב לא בהכרח נועד להתמודד עם טיפול בפגמים בשמירה על שלטון החוק ככל שמדובר באופן שבו צה"ל נלחם. פעולתו אינה פומבית ולא ברור אם עומדים לרשותו הכלים המתאימים להתמודד עם מצבים שבהם דרג הפיקוד

---

59 אביעזר יערי "אקטיביזם שיפוטי והשפעתו על הצבא" **צומתי הכרעות ופרשיות מפתח בישראל** 366 (דבורה הכהן ומשה ליסק עורכים, 2010); אביחי מנדלבליט "ייעוץ תחת אש" **הארץ** 29.01.2009. www.haaretz.co.il/opinions/1.1528810.

60 כך קובלים, למשל, פעילי "אם תרצו": עמית ברק "משפטיזציה מסוכנת" **News1 מחלקה ראשונה** 26.11.2010. www.news1.co.il/Archive/003-D-54136-00.html.

61 ראו את חובת הסודיות הכללית שבסעיף 23 לחוק מבקר המדינה, התשי"ח–1958. ראו חוות דעת 4/05 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "חובת הסודיות וסוגיית גילוי דבר הגשת תלונה באולם הדיונים או בהחלטה" **דין וחשבון שנתי לשנת 2005** 142 (4.7.2005). זמין ב: http://index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/405.pdf

62 פרשת **המג"ד מנעלין**, לעיל ה"ש 53.

63 לדיון מורחב: שהם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 203; פרשת **המג"ד מנעלין**, לעיל ה"ש 53.

nevo.co.il

הבכיר בעצמו פועל באופן המנוגד לחוק או לעקרונות היסוד של השיטה. נראה שהוא מיועד לטפל נקודתית בעוול שנגרם לחייל זה או אחר או לציין עוולות ואי־סדרים בדוחות תקופתיים.[64]

2. פנייה אל מבקר המדינה

גוף הביקורת המרכזי מחוץ למערכת הביטחון הוא מבקר המדינה – זרוע הביקורת של הרשות המחוקקת בפיקוח על הרשות המבצעת.[65] למבקר המדינה "שני כובעים": הוא הגוף המבקר את פעולות הרשות המבצעת מטעם הכנסת, ומשמש גם נציב תלונות הציבור. פעילות המבקר מורכבת ממתן דוחות ביוזמתו של המבקר,[66] וכתיבת חוות דעת, שהן ביוזמת הממשלה, הכנסת או הוועדה לביקורת המדינה.[67] נציב תלונות הציבור מברר "תלונות מאת הציבור על גופים ואנשים".[68]

על פניו, חייל המעוניין להדליף ידיעה המעידה על פגיעה בשלטון החוק טוב יעשה אם יפנה למבקר המדינה. אך חיילים אינם רשאים לפנות לנציב תלונות הציבור עקב קיומו של הגוף המקביל – נציב קבילות החיילים.[69] נציב קבילות החיילים מגביל את הפניות אליו לנושאים הנוגעים במישרין לטובתו האישית של החייל. גם נציב תלונות הציבור רשאי לקבל תלונה על "מעשה הפוגע במישרין במתלונן עצמו או מונע ממנו טובת הנאה".[70] הגבלה זו מוציאה את האפשרות להגשת תלונה של חייל המדליף מידע למען טובת הציבור.[71]

חייל יכול להעביר מידע כללי ואף אנונימי באמצעות אתר האינטרנט של מבקר המדינה,[72] ומידע זה עשוי אף להיכלל באחד הדוחות העתיים של מבקר המדינה על צה"ל כגוף מבוקר.[73] יש לציין כי אם מבקר המדינה נתקל בחשד למעשה פלילי, עליו להעביר זאת ליועץ המשפטי לממשלה, והאחרון מחויב להודיע לו על טיפולו בנושא תוך חצי שנה.[74] על הגוף המבוקר למנות צוות לתיקון הליקויים שחשף המבקר ולהודיע לו על תוצאות פעולתו. אך מבקר המדינה כגוף "מפקח" חסר "שיניים" נורמטיביות לקדם פעולות לתיקון ולשינוי, לא כל שכן עניינים הנוגעים למידת הפנמת פסקי הדין של בית המשפט העליון במערכות הביטחוניות. התפיסה העיקרית בפעולת מבקר המדינה היא שעצם הפרסום של הביקורת יביא לשיפור המערכת.[75]

חולשה מסוימת בהקשר זה נובעת מכך שהוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת רשאית להחליט שדוח או חלקים מדוח לא יפורסמו.[76] זאת ועוד, בסמכות ראש הממשלה לבקש ממבקר המדינה שלא לפרסם דוח מסוים, אפילו ללא דיון בדוח בוועדת הכנסת האמונה על התחום המבוקר.

---

64 פ"מ 33.0336 "נציב קבילות החיילים – נוהל פנייה וסמכויות", www.nakhal.idf.il/Sip_Storage/FILES/4/1674.pdf.

65 מיכל טמיר **מבט ביקורתי על ביקורת המדינה** 17 (2009); זמיר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 97; מרים בן פורת **חוק יסוד מבקר המדינה** 227 (2005).

66 ס' 15 לחוק מבקר המדינה, לעיל ה"ש 61.

67 ס' 21 לחוק מבקר המדינה, שם.

68 ס' 4 לחוק־יסוד: מבקר המדינה.

69 ס' 45א(1) לחוק מבקר המדינה, לעיל ה"ש 61.

70 ס' 37 לחוק מבקר המדינה, שם.

71 נציב תלונות הציבור מוסמך להוציא צווים המגנים על מדליפים מפני התעמרות במקום עבודתם. כלומר, לו חיילים היו זכאים להגנות מידי נציב תלונות הציבור, היה בכך כדי להגן עליהם רק במערכת יחסי העבודה. על הפרוצדורה ראו: מבקר המדינה, "חוות דעת הגנה על חושפי מעשי שחיתות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 13. כמו כן ראו את ליאת שכטר, נאוה רז, שלומית לוירר "הגנת נציב תלונות הציבור על חושפי שחיתויות" **עיונים בביקורת המדינה** 59, 108 (2002). זמין ב: www.mevaker.gov.il/serve/showHtml.asp?bookid=240&id=156&frompage=108&contentid=5144&parentcid=5142&direction=1&bctype=1&frombutton=0&startpage=0&sw=1366&hw=698

72 www.mevaker.gov.il.

73 ס' 9(2) לחוק מבקר המדינה, לעיל ה"ש 61.

74 ראו ס' 14(ג) לחוק־יסוד: מבקר המדינה; ס' 43(ד) לחוק מבקר המדינה, לעיל ה"ש 61.

75 טמיר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 102.

76 ס' 17(א) לחוק מבקר המדינה, לעיל ה"ש 61.

nevo.co.il

יתרה מזו, פרסום דוחות הביקורת נעשה זמן רב לאחר התרחשות האירוע. דוגמא לחולשת המבקר היא פרשת מסכות האב"כ בתקופת מלחמת המפרץ:[77] בדוח מבקר המדינה לשנת 1989 נכלל פרק הדן בליקויים באיכות מסכות האב"כ המחולקות לציבור. דוח זה נגנז מטעמי סודיות. בשנת 1991 מבקרת המדינה מרים בן פורת ביקשה לשוב ולכלול את הפרק בעניין מסכות האב"כ בדוח המבקר. הפעם הודלף הדוח לציבור חודשים מספר לאחר מלחמת המפרץ, עורר סערה ציבורית, והמסכות הוחלפו.[78] דוגמא זו מעידה על השפעת עצם הפרסום על האפקטיביות של דוחות המבקר.[79]

היעדר כוחו הנורמטיבי של המבקר, סמכות הממשלה להאפיל דוח או חלקים ממנו, והזמן הממושך בין הדיווח לפרסום דוח בנושא הופכים את המבקר לערוץ הדלפה בעייתי לחייל המעוניין לחשוף פגמים בשלטון החוק במערכת הצבאית. על כך מתווסף היעדר ההגנה המוסדית על חייל המעביר ידיעה, המוגדרת "סודית", למבקר המדינה.[80]

3. פנייה ליועץ המשפטי לממשלה

היועץ המשפטי לממשלה הוא אחד התפקידים החשובים ביותר בהגנה על שלטון החוק בדין הישראלי.[81] חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה באשר לדין המצוי מחייבת את כל שלוחותיה של הרשות המבצעת – הממשלה, הצבא והרשויות העצמאיות השונות, כל עוד בית המשפט לא פסק פסיקה אחרת.[82] גם בבית המשפט עמדת היועץ זוכה למעמד מיוחד.[83]

אין פירוש הדבר שהיועץ נהנה מאותה רמת עצמאות של שופטי בית המשפט. ניתן, עקרונית, להדיח יועץ משפטי שכן מעמדו אינו מוגן בחוק. עם זאת, יש להניח שהדחה כאמור תהיה כפופה למבחנו של בג"ץ. זאת ועוד, מבחינה מעשית יש בידי הרשויות הפוליטיות כלים לפעול שלא לפי חוות דעתו של היועץ, ובכללם לשנות את המסגרת החוקתית והחוקית – הן זו שבעניינה חיווה את דעתו, הן זו שבתוכה הוא פועל. לעתים אין צורך בשינוי כאמור, אלא די בשימוש בסמכויות המצויות בידי הרשויות. בהקשר זה תוזכר שוב פרשת "קו 300" אשר במסגרתה פעלו הרשויות שלא לפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ובכך הביאו להתפטרותו.

על פניו, ניתן לפנות ליועץ המשפטי לממשלה בטענות על פגמים בשלטון החוק, אולם לדעתנו היועץ המשפטי לממשלה אינו כתובת ראשונה ריאלית לפניות של חיילים או של אזרחים. ייתכן שבנושאים מסוימים הקרובים ללבו של יועץ משפטי מסוים תימצא אוזן קשבת גם לחייל צעיר אשר יצליח להגיע עד ליועץ המשפטי. ייתכן גם שלפי סמכותו השיורית יוכל היועץ המשפטי לממשלה להגן על החייל הפשוט מפני הפצ"ר. אולם במצב הדברים הנוכחי היועץ המשפטי לממשלה אינו נתפס כזמין לפניות ישירות של אזרח פלוני או אלמוני, לא כל שכן פנייה של חייל פשוט. נכון למועד כתיבת שורות אלו לא מצאנו אינדיקציה לכך שהיועץ ומשרדו זמינים ומבקשים לקבל פניות ישירות מאזרח או מחייל בטענות של פגיעה בשלטון החוק. אמנם בפרשת קו 300 פנו בכירי השב"כ במישרין ליועץ המשפטי לממשלה, אך מדובר ביודעי ח"ן הבקיאים ברזי המערכת. זאת ועוד, ייתכן שבעיני החייל הפשוט היועץ המשפטי לממשלה נתפס כחלק מאותה מערכת המאשרת את הנהלים הלקויים

---

77 טמיר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 133.

78 ראו: בנימין גייסט "ביקורת המדינה וסודיות", **כתב עת לענייני ביקורת המדינה** 58, 95, 102 (2000). זמין ב: old.mevaker.gov.il/serve/contentTree.asp?bookid=183&id=2&contentid=&parentcid=undefined&sw=1280&hw=730

79 וראו גם: בג"ץ 7805/00 **אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים**, פ"ד נז(4) 577 (2003).

80 זאת אף שלמבקר המדינה יש סמכות לחקור כל חומר, אף הסודי ביותר. וראו: פ"מ 1.0301 "הקשר עם משרד מבקר המדינה, הטיפול במימצאי ביקורתו והמעקב אחר תיקון הליקויים".

81 יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" **הפרקליט – גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין** 61, 74 (1987).

82 ראו: הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו **דו"ח הוועדה** (1998), www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/7356210A-9133-4729-B146-56B6D5F69788/0/MicrosoftWord42.pdf

83 ייתכן שפרשנות היועץ המשפטי לממשלה שלא נפל פגם חוקי בהליך האישור של מבצע "שני מגדלים" ושהליך האישור אינו סותר את הוראות בג"ץ בנושא הסיכולים הממוקדים – הביא להרשעת ענת קם בלא דיון בטענותיה על פגיעה לכאורה בשלטון החוק. לטענתנו, היה צריך לדון בפסק הדין האם התקיימו פגמים בשלטון החוק ובהתאם לבחון את פעולת קם.

nevo.co.il

והפקודות הבעייתיות. לפיכך נראה כי נדרש ערוץ אחר שאינו היועץ המשפטי לממשלה במתכונתו המוסדית הנוכחית לטיפול בפניות של החייל הפשוט השורק במשרוקית.

4. סיכום סקירת המוסדות

במהלך הפרק האחרון סקרנו כמה מוסדות אפשריים כמען לפנייה של חושף שחיתויות ופגמים בשלטון החוק במערכת הצבאית. את הסקירה ביצענו לפי קריטריונים של אפקטיביות הפנייה, מידת ההגנה על הפונה ושיקולים מערכתיים. נראה כי כל המוסדות שנסקרו אינם מתאימים לפנייה של חושף השחיתות הצבאי.

בהיעדר מוסדות מתאימים לפנייה – או לכל הפחות נוהל מסודר וכתובת ראשונית לפניית חייל בנושא הנדון בהארה זו – יש חשש של ממש לפגיעה בשלטון החוק ובביטחון המדינה. אם חייל פשוט ייתקל בפגיעה בשלטון החוק, שיטות הפעולה של המוסדות הקיימים ידחפו את החייל לדיווח מחוץ למערכת, או לשתיקה. במקרים קיצוניים החייל יקבל עליו את הסיכון האישי הכרוך במסירת ידיעה סודית. אותם מקרים ידווחו לתקשורת, או למדיה החדשה, בניסיון להביא במהרה לתיקון הפגמים. לכן למערכת יש אינטרס תועלתני לטפל בפגמים בתוכה: המערכת צריכה לשפר את יעילות הטיפול ולהפחית את הסכנה הנשקפת לאותם מדליפים פוטנציאליים שיציגו טענות – גם אם שגויות – על פגמים בשלטון החוק.

ה. משפט משווה והצעה להסדרה

עד כה סקרנו מנגנונים במערך הביקורת הישראלי ומצאנו קשיים ביכולתם להוות מענה לשורק במשרוקית הצבאי. כעת, במטרה להציע הסדר חלופי, נבחן את הדין האמריקאי ונציע מנגנון מותאם לדין הישראלי. נוסף על כך נבחן הגנות שנחקקו בחוק העונשין ונדגים כיצד בפרשנות חלופית להן ניתן לספק לשורק במשרוקית הצבאי הגנה הולמת.

1. הדין האמריקאי והצעה לחלופה ישראלית

בארה"ב יש הליך המספק הגנה על שורק במשרוקית מפני אישום פלילי בגין חשיפת ידיעות סודיות בנסיבות מסוימות. לפי ה־Military Whistleblower Protection Act[84] ניתנת הגנה לחייל המדווח על פעילות בלתי חוקית בצבא האמריקאי כגון הפרת חוק או תקנות (כולל הטרדה מינית, אפליה, ניהול בלתי תקין, בזבוז משאבים או סכנה לבריאות הציבור ובטיחותו). החייל מוגן כאשר הוא מעביר מידע במעלה שרשרת הפיקוד, לגופי חקירה צבאיים פנימיים או – ולחלופה זו יש משמעות מרכזית במבנה שיטת המשטר האמריקאית ובתרבותה – לחבר קונגרס.[85] העברת מידע זו מוגדרת "תקשורת מוגנת". החוק גם מספק הגנה מפני התעמרות מכל סוג מצד המפקדים של החייל. יש לציין כי החוק אינו מכיר בפנייה לתקשורת מכל סוג שהוא כפנייה מוגנת.

---

84 Military Whistleblower Act 10 U.S.C sec. 1034. החוק נחקק בעקבות כמה מקרים של חושפי שחיתויות שחשפו שחיתויות בתוך הצבא האמריקאי כגון מיכאל טופריאלו (Michael Tufariello) שחשף שימוש נצלני בכספי ציבור, תשלום משכורות לאנשים שלא עבדו, או תשלום בגין שעות נוספות שלא בוצעו בפועל. כאשר טופריאלו הודיע לממונים עליו שלא יוכל לשלם שכר על עבודה שלא בוצעה, הוא הואשם בכך שהוא סובל מבעיות פסיכיאטריות ואושפז בבית חולים צבאי פסיכיאטרי.

85 חוק זה קובע שלושה ערוצי "תקשורת מוגנת" ("Protected Communication") אשר חייל יכול להעביר בהם מידע בלי לחשוש שיועמד לדין פלילי בגין הפרת חוקי סיווג מידע. שלושת ערוצי התקשורת הם: חבר קונגרס, המפקד העקיף וגוף הביקורת של הצבא האמריקאי.

nevo.co.il

עוד יש לציין כי נמתחה ביקורת על כך שהחוק האמריקאי הוא צר ועמום, ואין בו איזון ראוי בהגנה על חושפי שחיתויות צבאיים.[86] כידוע, על התקשורת בארה"ב אין מוטלת צנזורה ממסדית, דבר המגביר את האינטרס של הממסד למנוע פנייה לתקשורת.[87] זאת ועוד, יש לשים לב לכך שנפח ההדלפות הרב ביותר לוויקיליקס הגיע ממש"ק מודיעין אמריקאי[88] מה שיכול אולי להעיד על חולשת החוק.

אמנם ייתכן שפניית חייל במעלה שרשרת הפיקוד אינה הצעה מוצלחת לטיפול בפגמים בשלטון החוק, אך לעומת זאת פנייה לחבר קונגרס יכולה דווקא להועיל: זהותו של החייל יכולה להישאר עלומה; לחבר קונגרס יש אפשרות ליזום טיפול אפקטיבי בבעיה לאורך זמן – הן דרך ועדות הקונגרס הן דרך התקשורת הציבורית; נוסף על כך, חבר הקונגרס יכול לסייע בהתלבטותו של החייל ולשקול בעצמו שיקולים מערכתיים של עצם החשיפה ודרך הטיפול הנכונה בבעיה.

ההרשאה החוקית להעביר מידע סודי לחבר קונגרס יכולה להיחשב לחלק מהתפקיד המוסדי של הרשות המחוקקת כמפקחת על הרשות המבצעת.[89] שקילת שיקולים פוליטיים על ידי חבר הקונגרס בהפעלת הביקורת מתיישבת עם תפקיד הפוליטיקה בעיצוב הנורמות הראויות בחברה.[90] החייל אף יכול בדרך זו לבחור בחבר קונגרס שיהיה קשוב לעניין הבעייתי משיקולים אידאולוגיים, או בנציג מחוז הבחירה שלו שאולי יהיה קשוב וזמין אליו.

בחוק הישראלי ישנו הליך המכיר בחבר הכנסת כנמען אפשרי לפניות בנושאים של פיקוח על הרשות המבצעת. לעומת המצב הרגיל שבו פנייה למבקר המדינה תטופל רק אם המתלונן הוא הנפגע הישיר מן הפעולה הנדונה, חוק מבקר המדינה מתיר לחבר כנסת להגיש תלונה לנציב תלונות הציבור על מעשה הפוגע במישרין בזולת.[91]

אנו טוענים שיש להרחיב גישה בסיסית זו. אנו מציעים להקים תת־ועדה לוועדה לענייני ביקורת המדינה שמטרתה תהיה לקבל חומרים מסווגים המעידים על פגמים בשלטון החוק במערכת הביטחון ולטפל בהם. הוועדה תורכב מחברי כנסת (בחלוקה שקולה [פריטטית] קואליציה־אופוזיציה) ובראשה יעמוד שופט עליון בדימוס. ועדה זו תפעל כמנגנון ביקורת נוסף על הרשות המבצעת מטעם הרשות המחוקקת. הוועדה תוסמך לקבל חומרים תוך חיסיון מוחלט של זהות הפונה, ולדון בהם ללא קשר לסיווגם. אם הוועדה תמצא שהתלונה מוצדקת, הוועדה תכתוב דוח עם דרישה מפורטת לתיקון הפגמים. היבטים פליליים יועברו לבחינת היועץ המשפטי לממשלה, והיבטים משמעתיים יועברו לטיפול נציב שירות המדינה. הדוח יופץ במתכונת מצומצמת: ראש הממשלה, השר הממונה על התחום, יו"ר הכנסת, יו"ר האופוזיציה. בדוח תינתן שהות של חודשים מספר לטיפול בנושא ובסיומה תתכנס הוועדה לדון במהלכים שננקטו לתיקון הפגמים. אם לא תוקנו הפגמים, תוסמך הוועדה לפרסם את הדוח בתקשורת הפומבית בלא חיסיון. אם תוקנו הליקויים, הוועדה תהיה מחויבת לפרסם דוח תמציתי על הטיפול בלא לפגוע בחשאיות הידיעות. לוועדה יוקנו סמכויות שיגנו על הפונים אליה מפני התעמרות או הדחה.[92]

הפתרון המוצע מעודד את מערכת הביטחון לשמור על שלטון החוק ולטפל בפגמים שהתגלו, שאם לא כן יתפרסם קלונה בתקשורת, ובעיקר עלול להיגרם נזק בשל חשיפת מידע רגיש.

---

86 לסקירה מקיפה של החוק: L. Paige Whitaker, Congressional Research Service, The Whistleblower Protection act: an overview (Mar. 12 ,2007) www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33918.pdf

87 אף שרבים טוענים שננקטות פעולות צנזורה עצמיות של התקשורת האמריקאית המסורתית. ראו Papandrea, *The Publication of National Security Information*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 122-121.

88 בראדלי מאנינגס, המוכר כיום בשם צ'לסי מאנינגס, היה מש"ק מודיעין אמריקאי שהדליף לאתר ויקיליקס כ-700,000 מסמכים סודיים של הצבא האמריקאי. מאנינגס הורשעה בפני בית דין צבאי ב־19 סעיפי אישום ובהם חמישה סעיפי ריגול וחמישה סעיפי גניבה ונידונה ל-35 שנות מאסר. Julie Tate, *Judge Sentences Bradley Manning to 35 Years*, WASH. POST, Aug 21, 2013. זמין ב: articles.washingtonpost.com/2013-08-21/world/41431547_1_bradley-manning-david-coombs-pretrial-confinement

89 ראו, למשל, את הדיון בהקשר זה אצל מנחם הופנונג, לעיל ה"ש 27, בעמ' 31.

90 בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה (1) 749, 764 (1991).

91 בשנת 2011 היו כעשרה חברי כנסת שהגישו כ־67 תלונות לנציב. ראו: נציב תלונות הציבור, **דו"ח שנתי 38**, 59 (2011). זמין ב: old.mevaker.gov.il/serve/contentTree.asp?bookid=609&id=2&contentid=&parentcid=undefined&sw=1280&hw=730

92 בדומה לסמכויות נציב תלונות הציבור בפנייה של חושף שחיתויות במקום העבודה.

nevo.co.il

הצעה חלופית, ומצומצמת יותר, היא פתיחת מחלקה עצמאית במשרדו של היועץ המשפטי לממשלה, שאליה יוכל לפנות כל חייל. יש לפתח דרכי הגנה סטטוטוריות על עצמאותה של מחלקה זו וכן יש לציידה בכלים שיתנו הגנה לפונים אליה.

לצד פתרונות מוסדיים אלו, לדעתנו יש לשקול, במקרים חריגים, לתת הגנה מן הצדק גם לפניות לתקשורת, כאשר ישנה ראיה ברורה לכך שהמערכת כולה – הכנסת, היועץ המשפטי לממשלה וכמובן דרגי הביצוע ברשות המבצעת ובכללם בצבא – כשלו. במצב קיצון כזה – והדוגמא ההיסטורית המוכרת היא פרשת "ווטרגייט" האמריקאית – יש להכיר תודה לשורק במשרוקית על כך שפנה לתקשורת דווקא, שכן סביר מאוד להניח שפנייה לכל גורם אחר הייתה מביאה להשתקת הפרשה. במילים אחרות, במקרי קיצון חובתו של בעל התפקיד הציבורי, ובכללו החייל הפשוט, היא לדבוק בערכי היסוד של השיטה ולשרת את העם כריבון, ואם כשלו המוסדות הייצוגיים או המקצועיים, לעתים נדירות אין מנוס מחשיפה. במקרה כזה, שלטון החוק המהותי מחייב מתן הגנה לשורק במשרוקית, אף אם הפר את החוק הקובע שאין לחשוף מידע מסווג.

למותר לציין שיהיה הפתרון המוסדי אשר יהיה, יש לוודא כי נוהלי הצבא ופקודותיו יהיו מעודכנים באופן שהחייל ידע על האפשרות הפתוחות לפניו, וששרשרת הפיקוד תהיה מודעת להגנות על השורק במשרוקית. נוסף על כך יש להנחיל לציבור, למשל בשיעורי האזרחות, את המידע על הפתרונות כחלק מאתוס ראוי של חברה דמוקרטית.

2. שימוש בידיעה סודית בחוק העונשין

(א) סעיפי העבירה

אחד המכשולים הקשים העומדים בדרכו של חייל העומד לדווח על פגיעה בשלטון החוק בסביבתו, בהנחה שיש גוף אשר יהיה נכון לקלוט את פנייתו, קל וחומר אם גוף כזה אינו קיים, הוא שעצם השימוש בידיעה המוגדרת "ידיעה סודית" מהווה עבירה חמורה. חוק העונשין קובע כעבירה פלילית כל שימוש שלא בסמכות בידיעה סודית.[93] ידיעה סודית מוגדרת באופן רחב למדי: "ידיעה אשר ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד",[94] וכל ידיעה שניתן להבין מתוכנה או ממקורות קבלתה שהיא סודית, חזקה עליה שסודית היא.[95] אם בראש דף ריק מתנוססת המילה "סודי", יש לנהוג בו כבידיעה סודית, ולראות במחזיק בו שלא בסמכות עובר עבירה.[96] נוסח עבירה זו יוצר איסור גורף. במדינה דמוקרטית היכולת לסווג בנקל חומר רב כסודי, ללא ביקורת אפקטיבית,[97] והאיום בענישה חמורה על כל פעולה הנוגעת לו היא לכאורה שימוש מופרז בסמכות השלטונית. כאשר אין להוראה זו סייגים של ממש, דומה שאינה מאזנת כראוי בין הצורך לשמור על ביטחון המדינה ובין אינטרס הציבור לבקר פגמים בהפעלת שלטון החוק.

(ב) על ההגנות הניתנות בחוק

החוק קבע שתי הגנות לעבירות ריגול חמור. האחת מאפשרת אחזקת ידיעה סודית בתום לב או למטרה סבירה כאשר דרך השגתה הייתה חוקית.[98] השנייה, ובה נתמקד, קובעת שפעולות שנעשו בתום לב כדי להביא ל"שינוי בסדרי המדינה" או לשינוי בפעולת אחת הרשויות – לא ייחשבו לעבירה נגד המדינה:

---

93 ס' 113(ג) לחוק העונשין, לעיל ה"ש 12. וראו גם הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 114) (שינוי הוראות לעניין ריגול), התשע"ב–2011, ה"ח הכנסת 60. ראו גם: בג"ץ 1111/12 **קם נ' יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט** (פורסם בנבו, 15.4.2012).

94 ס' 113(ד)(1) לחוק העונשין, לעיל ה"ש 12.

95 ס' 113(ד)(2) לחוק העונשין, שם.

96 סודות רשמיים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 43.

97 ראו Papandrea, לעיל ה"ש 47, בעמ' 238.

98 ס' 113(ה) לחוק העונשין, לעיל ה"ש 12.

nevo.co.il

"אין רואים מעשה כעבירה לפי פרק זה, אם משתמעת מתוכו כוונה בתום לב, או אם נעשה בתום לב מתוך כוונה להביא, בדרכים שאינן פסולות לפי דין, לידי שינוי בסדרי המדינה או בפעולות רשות מרשויותיה, או בסדרי מדינת חוץ או בפעולות רשות מרשויותיה, או בסדרי מוסד או ארגון של מדינות או בפעולותיהם".[99]

מלשון הסעיף ניתן להבין כי מעשה שבאופן אחר היה נחשב לעבירת ריגול, אך משתמעת ממנו כוונה בתום לב להביא לשינוי בסדרי המדינה בדרכים תקינות – לא ייחשב לעבירה.[100] אולם ההלכה המשפטית היא אחרת. בפרשות **חסידוף** ו**וענונו** צומצמה הגנה זו, ונקבע בהן ש"אין כוונה טובה מקדשת מעשה אסור שנעשה במודעות לאי חוקיותו".[101] הפסיקה פירשה את המושג "תום לב" רק כאי־ידיעת העושה שמעשהו בלתי חוקי.[102] בכך נראה שרוקנה את ההגנה ממרבית תוכנה.

להערכתנו פרשנות תכליתית של הסעיפים ושל מקומם בחוק העונשין הייתה צריכה להביא לפרשנות שתהיה זו "הגנה טובה" מפני אישום פלילי אם נעשה המעשה לשם מטרה ציבורית לגיטימית של קידום האינטרס הציבורי ושלטון החוק.[103] מנגד, אימוץ מלא של פרשנות זו לטובת "החיילים השורקים במשרוקית" נתקל בקשיים. הקושי המרכזי הוא שהסעיף אינו מביא בחשבון את היבט המידתיות, כלומר את ההתאמה בין מידת הפגיעה בביטחון לבין חשיבות השינוי המבוקש בסדרי המדינה. פרשנות רחבה תתיר למעשה כל פעולה בלא סמכות עם ידיעה סודית אם כוונת הפעולה היא לשנות את "סדרי המדינה".

(ג) האיזון הנדרש

דומה שאיזון ראוי בין הצורך לשמור על סודיות לבין האינטרס הציבורי לחשוף הפרות חוק מחייב הגנה בתנאים מסוימים על "שורקים במשרוקית" החושפים ידיעה סודית. לדעתנו, על הגנה זו לאזן בין הכרה בכוונה לפעול למען האינטרס הציבורי ובין מידת הנזק הממשי אשר נגרם לאינטרס הציבורי עקב הפגיעה בסודיות. איזון זה דומה לאיזון בעבירות הקשורות לחופש הביטוי הפוליטי, שם נאסרה "פגיעה קרובה לוודאית בביטחון המדינה".[104] בפרשת **קם** הרשעתה התבססה על כך שפרסום המסמכים "עלול היה להיות הרה אסון",[105] וכי "אין לדעת אם המידע מצא דרכו לידי גורם זר, עוין או שאינו עוין".[106] במשפטה לא נטען שנגרם נזק, אלא רק שהתקיים פוטנציאל בלתי מסוים לנזק. מנגד, בית המשפט לא ראה בניסיונה של קם לחשוף פגמים לכאורה בשלטון החוק מעשה לטובת האינטרס הציבורי, ולא שקל את מידת קידום האינטרס הציבורי הזה אל מול הפגיעה המשוערת בביטחון.

לדעתנו יש לפרש, או לחוקק מחדש, את סעיף 94 לחוק העונשין באופן שיובטח איזון בין האינטרס הציבורי לשמור על סודיות ידיעות מסוימות לבין האינטרס הציבורי להבטיח מנגנון של ביקורת על פגמים בשלטון החוק גם אם פירושו חשיפה של ידיעות סודיות מסוימות.

(ד) הצעה לאיזון לדוגמא – פקודה בלתי חוקית בעליל

אנו נציע בנוגע לחיילים את אמת המידה של "פקודה בלתי חוקית בעליל" לשם השגת האיזון הראוי. דוקטרינת הפקודה הבלתי חוקית בעליל חולשת על ההתנגשות בין הקפדה על המשמעת וההיררכיה הצה"לית מחד גיסא ובין מרות שלטון החוק המהותי מאידך גיסא. "ציות ללא היסוס לפקודה היא אחת המטרות העיקריות של ההדרכה והתרגול הניתנת לחייל [...] כנגד

---

99 ס' 94 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 12.

100 סודות רשמיים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 43-44.

101 ע"פ 94/61 **חסידוף נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"מ לא 126 (1962); ע"פ 172/88 **וענונו נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(3) 265, 301 (1990).

102 ראו: עפ 715/93 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(4) 397 (1994). ראו פרשנות מרחיבה יותר בת"פ (ת"א) 8236/00 **מדינת ישראל נ' זוטלר** (פורסם בנבו, 29.6.2004)

103 **סודות רשמיים**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 49.

104 בג"ץ 73/53 **חברת קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז(2) 871 (1953).

105 **גזר הדין במחוזי**, לעיל ה"ש 8, בפס' 9.

106 שם, בפס' 10.

nevo.co.il

ערך זה קיים ערך של מרות החוק [...] שני ערכים אלו מתנגשים זה עם זה [...]".[107] להערכתנו מתח זה קיים גם במצבו של המדליף הצבאי.

(ה) מהי פקודה בלתי חוקית בעליל?

פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה שאמור להיות ברור לכל אדם שאינה חוקית ושציות לה הוא עבירה על החוק:[108]

> "סימן היכרה של פקודה "בלתי חוקית בעליל" – מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה, ככתובת אזהרה האומרת: "אסור!" [...] אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת – זוהי מידת אי החוקיות הדרושה כדי לבטל את חובת הציות של חייל ולהטיל עליו את האחריות הפלילית למעשיו".[109]

ההגנה של אי־חוקיות בעליל קובעת שהחייל לא יואשם בסירוב למלא פקודה ולא יואשם במניעת ביצועה אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל. הרציונל שביסוד הגנה זו הוא שיש למנוע ביצוע של פקודות בלתי חוקיות בעליל אף במחיר של פגיעה בהיררכיה הצבאית.[110] זהו מקרה ייחודי שבו הדין מעמיד את ערכי שלטון החוק מעל לשרשרת הפיקוד. הרעיון שלכל חייל יש יכולת לזהות אי־חוקית בעליל היא חלק מהאתוס הישראלי של צה"ל כצבא העם. אתוס זה מעוצב בשיעורי האזרחות[111] ובמסגרות החינוך הצה"ליות ובראשן הטירונות.

(ו) יישום האיזון

ביישום להגנה הניתנת בסעיף 94 לחייל המתנהל ללא סמכות עם ידיעה סודית, יש לשקול מחד גיסא את הפגיעה בביטחון המדינה ואת "שבירת שרשרת האמון" שבין החייל לבין מפקדיו, ומאידך גיסא את קידום האינטרס הציבורי (לדוגמא, שמירת שלטון החוק).

אנו טוענים כי יש לראות בדיווח על פקודה בלתי חוקית בעליל רף עליון של קידום האינטרס הציבורי. פקודה בלתי חוקית בעליל היא מעשה הפוגע כל כך באינטרס הציבורי עד שהוא מתיר לחייל לסרב למלא את הפקודה. דיווח על פקודה בלתי חוקית בעליל משלים אפוא את סוגיית הסירוב לציית לפקודה בלתי חוקית בעליל.

זאת ועוד, האם ניתן להסיק מרציונל החובה לסרב לביצועה של פקודה בלתי חוקית בעליל גם את החובה **למנוע ביצוע** של פקודה כזו? האם גם חיילים שהפקודה לא כוונה אליהם במישרין, אך הם נוכחים בהתרחשותה, חייבים לנסות לסכלה? או במקרה שלנו: האם על חייל לדווח על פקודה בלתי חוקית בעליל גם אם היא מוגדרת "סודית"? נראה כי באמצעות פרשנות תכליתית ניתן להסיק את חובת סיכול הפעולה, או למצער את חובת הדיווח עליה. פרשנות זו מתקבלת גם מהקבלה לחובת הדיווח המוטלת על חייל שקיבל פקודה בלתי חוקית "סתם".[112] אם אנו מקבלים את הרציונל שלפיו חובת אי־הציות לפקודות בלתי חוקיות בעליל נועדה לסכל את ביצועה בפועל, אזי דיווח על פעילות בלתי חוקית בעליל היא למעשה שכלול של סירוב ישיר לביצוע פקודה בלתי חוקית בעליל. ומכאן שלחייל המדווח על פעילות כזו צריכות לעמוד הגנות מפני אישום פלילי של "ריגול חמור".

---

107 פרשת **כפר קאסם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 65.

108 שם.

109 שם, בפס' 9.

110 זיו בורר "ברור וגלוי – כיצד יזהה חייל פקודה בלתי חוקית בעליל" **משפט וצבא** 17, 315, 322–334 (2004). www.law.idf.il/SIP_STORAGE/files/0/310.pdf.

111 אפרת אבן "פקודה בלתי חוקית בעליל או חובת אי הציות לחוק" **המרכז לטכנולוגיה חינוכית, לקסיקון אזרחות** lib.cet.ac.il/pages/item.asp?item=17267.

112 בורר, לעיל ה"ש 110.

nevo.co.il

לצד הפקודה הבלתי חוקית בעליל מצויות "פקודה בלתי חוקית", ו"פקודה חוקית". שתי הוראות אלו נמצאות על רצף הולך ופוחת של אינטרס ציבורי לעצרן. על כן הנזק הביטחוני השקול אל מול האינטרס הציבורי שתטופל ידיעה סודית המעידה על "פקודה בלתי חוקית (סתם)" יכול להיות בסבירות ובעוצמה פחותות מאלו הנשקלות אל מול "פקודה בלתי חוקית בעליל".

דרך המלך להסדרת העניין תהיה בחקיקה. אנו מציעים להוסיף לחוק חריג שיקבע כי בהאשמה במסירת ידיעה סודית תהא זו הגנה טובה לנאשם אם תוכן הידיעה מכיל עדות לפעילות בלתי חוקית בעליל. להערכתנו תוספת זו תאלץ את בית המשפט לשקול את מכלול השיקולים ולאזן ביניהם, דבר החסר בדיון המשפטי בפרשת **קם**.

ו. סיכום

> " [...] דווקא מתחייב, כי דוקטרינות וכללים משפטיים יהיו רלוונטיים למציאות. כלומר שהם יתייחסו להווייה הקיימת (אף אם ממגמה לשנותה) [...] העדרה של רלוונטיות במובן הזה עלולה לגרור נתק בין המשפט לבין המציאות, שסופו פגיעה בשלטון החוק המהותי והפורמאלי גם יחד".[113]

לאחרונה הדליף אדוארד סנודן, אשר עבד בחברה שסיפקה שירותים לגופי מודיעין בארה"ב ובבריטניה, מסמכים המראים את היקף המעקב אחר תקשורת דיגיטלית של אזרחים ללא ידיעתם. ההדלפה הועברה לעיתון בריטי (הגרדיאן) ולעיתון אמריקאי (הווישינגטון פוסט) וכעת גובש כתב אישום כנגד המדליף, בצירוף בקשת הסגרה. דוגמא זו ממחישה את הצורך ברגולציה יעילה של חשיפת שחיתויות. כאשר מצד אחד גורמי ביטחון צוברים עוצמה הולכת וגדלה, ומנגד עולם תקשורת הולך ומתפתח, המתח בין שני קצוות אלו של "שלטון החוק מול צורכי הביטחון" נזקק לרגולציה יעילה.

בהארה זו דנו בשיקולים המנחים חייל הניצב בפני הדילמה אם להדליף מידע לצורכי שמירה על שלטון החוק. עשינו זאת בעקבות פרשת **קם**, אף שפרשה זו הוכרעה, בסופו של דבר, על בסיס טענתה כי נהגה בקלות דעת ומתוך הסתנוורות נעורים מכוחה של התקשורת, טענה אשר נדחתה חלקית על ידי בית המשפט אשר קבע כי מניעיה כללו גם רובד אידאולוגי פסול. פרשת **קם** מעוררת גם סוגיה רחבה יותר, והיא האפשרויות הנתונות לחייל פשוט הרואה לנגד עיניו פעולה שאינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק. בהקשר זה בחנו את האפשרויות הפתוחות לפניו. הגענו לכלל מסקנה כי האפשרויות הקיימות אינן מספקות מענה הולם, בייחוד לנוכח מאפייני המדיה החדשה, המציבה סיכון מסוים לביטחון המדינה. בכך שלטון החוק נפגע הן במובנו האינטרינזי הן במובנו התועלתני.

בפרשת **קם** לא נערך להבנתנו דיון ממצה בשאלה העקרונית של מציאת האיזון הנכון בין השמירה על ביטחון המדינה באמצעות שמירת חשאיותן של ידיעות מסווגות לבין שמירה על שלטון החוק באמצעות חשיפתן של ידיעות מחשידות בפגיעה בשלטון החוק. בית המשפט אינו מתווה דרך להתמודדותו של החייל הפשוט עם מידע אשר החייל מאמין כי מעיד על פגיעה מהותית בשלטון החוק. בכך בית המשפט דוחף את החייל אל עבר זרועות המדיה החדשה גם במקרים שבהם לא בהכרח היה כשל מערכתי גורף.

על המערכת המשפטית לעצב דין שיכוון את החייל למסגרות המאפשרות טיפול, הגנה ובחינת השיקולים המערכתיים, ובאין מסגרות כאמור, יש לפתח אותן.

אנו מציעים להקים ועדה מיוחדת בכנסת שתיתן מענה לשורקים במשרוקית מקרב זרועות הביטחון. הוועדה תוסמך לדון בפגמים לכאורה בשמירה על שלטון החוק המבוססים על מידע המוגדר "סודי", ולהמליץ המלצות הנוגעות לאופן הטיפול

---

113 אריאל בנדור "משפט מינהלי מול המציאות" **מחקרי משפט** טו 365, 369 (2000).

nevo.co.il

בבעיה. ה"שוט" של הוועדה יהיה יכולתה לפרסם את דוחותיה בפומבי לאחר פרק זמן מסוים שבו לא טופלה הבעיה בחשאיות.

נוסף על כך אנו ממליצים להסדיר בחקיקה מנגנוני הגנה שיבטיחו את האפשרות להשתמש בידיעות סודיות, אשר יש בהן עדות לפגיעה בשלטון החוק, ללא החשש מפני האשמה בריגול. אנו מציעים שאמת המידה הרלוונטית לאיזון הראוי תהיה ההקבלה לפקודה הבלתי חוקית בעליל: כאשר הפגיעה בשלטון החוק תהיה מקבילה לפגיעה הנובעת מביצוע פקודה בלתי חוקית בעליל, תהיה זו הגנה טובה גם לחושף הידיעה הסודית.

לסיכום, על מערכת הביטחון להכיר בכך שהיו ויהיו בה פגמים, כבכל מערכת גדולה, ושיש לאפשר, באופן מבני, ביקורת אפקטיבית כדי לשפר את המערכת ולהבטיח את התאמתה למדינה דמוקרטית.

nevo.co.il