

בעניין שבין:

האגודה לזכויות האזרח בישראל
ע"י ב"כ דורי ספיבק ו/או אח'
אוניברסיטת תל אביב
קריית האוניברסיטה, רמת אביב,
תל אביב 69978
טלפון: 03-6408361; פקס: 03-6407422

העותרת

לבין:

1. **משטרת ישראל**
2. **המשטרה הצבאית החוקרת**
3. **המחלקה לחקירת שוטרים במשרד המשפטים**
4. **רשות ניירות ערך**
5. **רשות ההגבלים העסקיים**
6. **רשות המסים בישראל**
7. **שר המשפטים**
כולם ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים
רח' צלאח א דין 29 ירושלים
טלפון: 02-6466671; פקס: 02-6467011
8. **הכנסת**
ע"י היועצת המשפטית לכנסת,
משכן הכנסת, ירושלים
9. **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**
ע"י המחלקה המשפטית,
רח' מנחם בגין 132, מגדל עזריאלי, הבנין
המשולש, תל אביב 61620
טלפון: 03-6262300; פקס: 03-6868309
10. **פלאפון תקשורת בע"מ**
ע"י ב"כ גיא פלנטר, גיא פלנטר משרד עורכי דין
רחוב ברקוביץ' 4, מגדל המוזיאון קומה 10,
תל אביב
טלפון: 03-6935131; פקס: 03-6911391
11. **סלקום ישראל בע"מ**
ע"י המחלקה המשפטית, עו"ד יונתן חמו
רחוב הגביש 10, א.ת נתניה, ת.ד. 4060
טלפון: 0529990052; פקס: 09-8607986
12. **פרטנר תקשורת בע"מ**
ע"י ב"כ עו"ד אמיר וונג, רון גזית רוטנברג ושות'
שדרות רוטשטילד 46, בית אלרוב קומה 12,
תל אביב, מיקוד: 66883
טלפון: 03-7111711
פקס: 03-7111700
13. **מירס תקשורת בע"מ**
ע"י ב"כ עו"ד אבי רימון
רחוב תוצרת הארץ 3
תל אביב, מיקוד: 67891
טלפון: 0579041888; פקס: 03-6094588

14. הוט טלקום שותפות מוגבלת
יורו פארק, איזור התעשייה יקום,
קיבוץ יקום, 60972

15. 013 נטוויז'ן בע"מ
ע"י המחלקה המשפטית
רח' המלאכה 15, פארק אפק,
ראש העין, 48091
טלפון: 03-9001007; פקס: 03-9001010

16. 012 סמייל לתקשורת בע"מ
ע"י המחלקה המשפטית.
רח' אלכסנדר ינאי 1 פתח תקווה 49277

17. בזק בינלאומי בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד בליזובסקי, לוי מידן משרד עורכי
דין.
רחוב קויפמן 4 בית שרבט, קומה 11, תל אביב
68012
טלפון: 03-5102491; פקס: 03-5102493

המשיבים

וכן:

מועצת העיתונות
ע"י ב"כ ארנה לין ושות', משרד עורכות דין,
ארנה לין ו/או תמר וינטר - קמר ו/או
מיכל שטיין ו/או מור פרנס - קוריאל ו/או מיה קליימן
ו/או אורלי אבן זהב ו/או ריבה סלומון ו/או נועה דוד
ו/או דן דולינר ו/או ורד כינר ו/או נטע גולצ'בסקי ו/או
דניאלה בלום
רחוב קויפמן 4 בית שרבט, תל אביב 68012
טלפון: 03-5165757; פקס: 03-5165999

"ידיד בית המשפט"

עמדתו של ידיד בית המשפט

בהתאם להחלטה מיום 25.11.2008 (כבוד הנשיאה בניש) ולהחלטה מיום 27.11.2008 (כבוד השופט לוי) מתכבדת מועצת העיתונות, להגיש את עמדתה לעתירה שבכותרת כ' ידיד בית משפט'.
כל ההדגשות בעמדה זו אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

א. מבוא

1. המצב המשפטי הקיים כיום בעקבות חקיקתו של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח – 2007 (להלן: "**חוק נתוני תקשורת**")¹, הוא שלעינייה של רשות חוקרת נחשפת רשימה מפורטת של כל המקורות המודיעיניים של עיתונאי, לרבות שמות, מספרי טלפון, מועדי שיחה, כתובות ומקום הימצאם של המקורות בכל רגע נתון.

זאת, כשהעיתונאי ומי ממקורותיו, אינו חשוד בחקירה, ואינו מעורב בה בכל דרך אחרת.

¹ ר' ס"ח תשס"ח, חוברת מס' 2122 (מיום 27.12.2007), עמ' 72.
להשלמת התמונה יצוין, שביום 11.12.2008 אישרה וועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת את תקנות סדר הדין הפלילי (מאגר נתוני זיהוי (תקשורת)), התשס"ט – 2008. התקנות עוסקות בנושא בהקמה, שימוש ותחזוקה של מאגר מידע לפי סעיפים 6 ו-7 לחוק נתוני תקשורת. ככל הידוע, נכון למועד הגשת עמדה זו, אלו התקנות היחידות שאושרו מאז חקיקתו של חוק נתוני תקשורת, והן טרם פורסמו ברשומות.

- זאת, ללא צו בית משפט, ללא ידיעת העיתונאי או המקורות, באמצעות היתר מנהלי שניתן במעמד צד אחד, על ידי גורם מאותה הרשות המעוניינת במידע, ללא זכות טיעון מראש וללא יכולת לערער בדיעבד.
- זאת, כשהחקירה אינה ממוקדת לצורך אישוש חשדות ספציפיים. או, למשל, כשהחקירה היא בעניין של עבירת רכוש מינורית.
2. במוקד עמדתה של מועצת העיתונות נמצאת השפעתו הישירה והעקיפה של חוק נתוני תקשורת בנוסחו דהיום על העיתונאים ועל העיתונות בישראל, על זכויות היסוד והאינטרסים הציבוריים הקשורים, ועל המחיר של יישום החוק, בכל הנוגע ליכולתם של העיתונאים לבצע את תפקידם ושל העיתונות להמשיך למלא את תפקידיה, כפי שעשתה עד כה.
- למעלה מן הצורך וכבדרך אגב יצוין, שגם לעיתונאים יש זכות לפרטיות, היכולה להיפגע באופן עמוק ופולשני כתוצאה מהחוק. אולם, כאמור, עיקר עניינה של מועצת העיתונות בעתירה זו הוא בהשפעת החוק על ציבור העיתונאים, ככזה.
3. לעיתונות תפקיד מרכזי וחשוב בשמירה על הדמוקרטיה ובהעברת מידע לציבור, והעיתונאים הם אלה שמממשים את חובותיה של העיתונות כ'רשות הרביעית'.
4. ללא עיתונאים, ללא עיתונות, וללא חופש עיתונות, חופש הביטוי לא יהיה שלם, והתהליך הדמוקרטי יפגע.
- "מערכת מדינית חופשית ודמוקרטית והעדר אמצעים נאותים לאיסוף מידע ולפרסומו הם דבר והיפוכו, ואינם יכולים להתקיים בצוותא חדא. הזכות לאסוף מידע כוללת בחובה מכללא את הצורך להגן על מקורות המידע. הדבר נובע מן ההישענות של העיתונאים על מקורות המידע, מיחסי האמון החיוניים להשגת המידע ומן ההשפעה המריעה העלולה לנבוע מן החיוב הבלתי מוגבל לגלות מקורות. עולה מכך, כי זכותו של העיתונאי לחיסיון מפני החובה לגילוי מקורות המידע שלו יונקת מעקרונן חופש הביטוי ומהווה, לכן, נדבך חשוב במערכת הזכויות והחירויות, עליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי." (כבוד הנשיא שמגר, ב"ש 298/86, 368 ציטרין ואח' נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב ואח', פ"ד מא(2) 337, 358 (להלן: "פרשת ציטרין"), בעמוד 357).*
5. חסיון עיתונאי הוא חסיון פרי פסיקה שנוצר בפרשת ציטרין שלעיל, לאחר שבית משפט נכבד זה הכיר בחשיבותו לעבודת העיתונאי, ומתוך הכרה בחשיבות עבודת העיתונאי למימוש תפקידיה של העיתונות החופשית במדינה דמוקרטית.
6. על פני הדברים ברור, שחוק נתוני תקשורת מאיין באופן גורף את ההגנה על חסיון מקורות עיתונאיים, במקרה של הליך פלילי שבמוקד שלו מתבררת עבירת עוון או פשע, כשהעיתונאי ו/או המקור העיתונאי אינם חשודים ואין להם כל קשר לעבירה, לביצועה או למבצעה – פגיעה מאוד משמעותית במוסד העיתונות ובחשיבותו לחברה החופשית.
7. פגיעתו של חוק נתוני תקשורת היא בלתי סבירה, בלתי מאוזנת, בלתי מידתית, ופוגענית באופן קיצוני, ויש בה כדי לשלול מהעיתונאי את התנאים הבסיסיים למילוי תפקידו.
8. העניין שלפני בית המשפט הנכבד הוא מאותם עניינים שבהם ראוי וצודק שבית המשפט הנכבד יתערב על מנת למנוע פגיעה בערכי יסוד, גם אם מקורה בחקיקה ראשית.

ב. סעיפי החוק הרלוונטיים

9. סעיף 3 לחוק נתוני תקשורת קובע:

"(א) בית המשפט רשאי, על פי בקשה של קצין משטרה שהסמיך לעניין זה המפקח הכללי או של נציג רשות חוקרת אחרת (בסעיף זה – הבקשה), להתיר, בצו, למשטרה או לרשות החוקרת האחרת, קבלת נתוני תקשורת ממאגר מידע של בעל רישיון בזק, בדרך שיקבע בצו, אם שוכנע שהדבר נדרש למטרה מהמטרות המפורטות להלן, ובלבד שאין בקבלת נתוני התקשורת כאמור כדי לפגוע, במידה העולה על הנדרש, בפרטיותו של אדם:

(1) הצלת חיי אדם או הגנה עליהם;

(2) גילוי עבירות, חקירתן או מניעתן;

(3) גילוי עבריינים והעמדתם לדין;

(4) חילוט רכוש על פי דין.

(ב) היה המנוי שלגביו הוגשה הבקשה בעל מקצוע, לא יתיר בית המשפט קבלת נתוני תקשורת כאמור בסעיף קטן (א), אלא אם כן שוכנע בהסתמך על פירוט ברור לכך במסגרת הבקשה, שיש יסוד לחשד שבעל המקצוע מעורב בעבירה שבקשר אליה הוגשה הבקשה.

(ג) ...

(ד) בבקשה יצוינו, בין השאר, כל אלה:

...

(7) פרטי הזיהוי של המנוי או מיתקן הבזק שנתוני התקשורת מתבקשים לגביהם, אם הם ידועים מראש, לרבות היות המנוי האמור מי שחל לגביו חיסיון מקצועי לפי כל דין (בחוק זה – בעל מקצוע); בפסקה זו, "דין" – לרבות הלכה פסוקה;

"...

10. סעיף 4 (א) לחוק נתוני תקשורת קובע:

"קצין מוסמך רשאי, על פי בקשה של שוטר או של שוטר צבאי, לפי העניין, להתיר קבלת נתוני תקשורת ממאגר מידע של בעל רישיון בזק, בלא צו של בית המשפט לפי סעיף 3, אם שוכנע כי לשם מניעת עבירה מסוג פשע או גילוי מבצעה או לשם הצלת חיי אדם יש צורך, שאינו סובל דיחוי, בקבלת נתוני תקשורת כאמור, וכי לא ניתן לקבל בעוד מועד צו לפי סעיף 3."

11. ההבדל העיקרי בין שני הסעיפים בולט לעין. בסעיף 4 לחוק נתוני תקשורת נפרצה "גדר ההגנה" על חופש העיתונות ללא כל ביקורת שיפוטית. הכל יבואר ויפורט בעמדה זו להלן.

ג. חופש העיתונות – אינטרס ציבורי וזכות יסוד

12. לעיתונות מקום של כבוד בכינונה של חברה מתוקנת, של משטר דמוקרטי ראוי ושל ממשל תקין.

13. העיתונות היא "כלב השמירה" של הדמוקרטיה²;
היא בעלת ערך תרבותי³;
היא הסמן הימני של המוסר החברתי⁴;
היא המממשת את חירויות הפרט וזכויות היסוד שלו, כחופש ביטוי⁵, זכות הציבור לדעת וחופש המידע⁶.
היא המגשימה את האינטרס הציבורי שבויכוח ציבורי והחלפת דעות⁷.
14. העיתונות היא זרועו הארוכה של הציבור⁸, וחופש העיתונות הוא זכות יסוד של כל אחד ואחת מאיתנו.

"הבטחת חופש הביטוי אינה רק אינטרס של הפרט אלא לא פחות מכך גם אינטרס ציבורי, שהרי שניים היבטיו של האינטרס הציבורי האמור:
(1) זכותם של האזרחים והאינטרס שיש להם לשמוע את דעת הזולת;
(2) האינטרס הציבורי להגן על חופש הביטוי ובכך להגן על המשטר הדמוקרטי.

...

לא רק הדובר הוא בגדר מי שמפעיל חירויותיו ונהנה מן הזכות המוקנית לאדם בחברה חופשית. קהל השומעים או הקוראים בכוח זכאי לשמיעתם ולקריאתם של דברי הזולת, וצמצום ההאזנה והעיון בדברי אחרים הוא לא רק פגיעה בזכותו של הכותב או הדובר אלא לא פחות מכך גם בזכויותיהם של אלה, אשר אליהם מופנים דבריו." (כבוד הנשיא שמגר בעש"מ 5/86 ספירו נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד מ(4) 227, 240).

15. וכן:

"עיתונים ועיתונאים חיוניים הם לקיומה של חברה מתוקנת ונקייה ולמימושה של הזכות למידע. הם משוּשְׁיו של היחיד והכלל, הם הצועדים לפני המחנה. בכוחם להעלות על סדר היום הציבורי נושאים האוצלים על חייהם של היחיד והכלל, ואל-לנו להיות להם לשטן על דרכם." (כבוד השופט חשין בעע"מ 8282/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד מבקר המדינה, פ"ד נח(1) 465, 479).

16. וכן פיים דבריו של כבוד השופט ח' כהן ז"ל:

"חופש העיתונות הוא זכות כמו זכויות רבות יסודיות אחרות, וגם חירות כחירויות אחרות; והיא איננה זכות של העיתונות ואיננה זכות של עיתונאי. היא זכות של כל אחד ואחד מאיתנו. היא זכות הפרט. זכותי היא לקבל בצינורות האפשריים והמקובלים והחוקיים את האינפורמציה הטובה והמדויקת והמוסמכת והמקיפה

² ר' למשל: בג"צ 5439/98 הוצאת עתון הארץ בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נג (5) 224, 230 (להלן: "בג"ץ הוצאת הארץ"); בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157.

³ בג"ץ הוצאת הארץ.

⁴ בעע"מ 8282/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד מבקר המדינה, פ"ד נח(1) 465, 479.

⁵ לעניין חשיבותו של חופש הביטוי, כנדבך עליון של זכויות היסוד, ר' למשל: בג"צ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד מא(1) 421, 433 (ניתן ביום 12.12.2006; בג"ץ 14/86 יצחק לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421.

⁶ פרשת ציטרין.

⁷ פרשת ציטרין

⁸ ר' למשל: פרשת ציטרין

והרבה ביותר, וזכותי היא להביא לאחרים בצינורות המקובלים והחוקיים והאפשריים האלה את כל מה שאני יכול להביא לידיעתם, על מנת שידעו הם ויכירו מה דעתי על העניינים העומדים על סדר יומה של הציבוריות. וזוהי זכות הביטוי, זכות הדיבור, לא רק זכות הביטוי והדיבור הפעיל – אלא גם זכות הביטוי והדיבור הסבילי⁹. ("חופש הביטוי וזכויות הפרט", ספר השנה של העיתונאים (תשי"ח) 189)

17. נדמה שאין צורך לפרט בהרחבה בפני בית משפט נכבד זה על חשיבותם ומרכזיותם של זכות הדיבור וחופש הביטוי כזכויות יסוד מכוונות, הנגזרות מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

11. חירות הביטוי היא "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה - זכות יסוד שהיא גם עקרון-על בכל משטר דמוקרטי... חופש הביטוי נמנה עם חירויות היסוד של האדם בישראל. ניצב הוא בנדבך העליון של זכויות היסוד, שהרי, "בלא דמוקרטיה אין חופש ביטוי, ובלי חופש ביטוי אין דמוקרטיה"...

12. בשנת 1992 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיקרון חופש הביטוי לא זכה לעיגון מפורש בלשונו של החוק. אולם בשורה של פסקי דין קבע בית משפט זה שחוק היסוד כולל, במסגרת הזכויות והחירויות המוגנות על-ידו, גם את חופש הביטוי, ומקנה בכך לחופש הביטוי מעמד של זכות חוקתית.

...

אכן, "כיום אין עוד חופש הביטוי בבחינת זכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר... מדובר בזכות חוקתית מוגנת" (דברי השופט א' ריבלין ברע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקור** (טרם פורסם), פסקה 10 לפסק דינו).¹⁰ (כבוד הנשיא ברק בבג"צ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פ"ד מא (1) 421 (מיום 12.12.2006) בסעיפים 11 – 12 לפסק הדין).

18. לעניין הקשר בין חופש העיתונות, כבוד האדם וחופש הביטוי הפוליטי, הקשור בקשר עמוק לחופש העיתונות, ולזכות הציבור לדעת:

"25. כמה משופטי בית משפט זה הביעו את עמדתם בנושא במפורש, וקבעו כי חופש הביטוי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם... כך הנשיא ברק... כך השופט ריבלין... כך השופטת פרוקצ'יה... כך השופטת ארבל... וכך גם השופט מלץ... ולבסוף כך, ברמז, גם השופט חשין.

מנגד, היו שופטים שקבעו כי חופש הביטוי איננו בהכרח חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. כך השופטת דורנר... וכך גם השופט זמיר.

...דומה שהתמונה המצטיירת ממכלול פסקי הדין עליהם עמדתי היא שחופש הביטוי הפוליטי נכלל בזכות החוקתית לכבוד האדם.

26. ... דעתי היא כי הזכות נשוא עניינינו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה על פי תפיסתנו המשפטית "בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם"... מתבקשת המסקנה, כי חופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם... אכן, חופש הביטוי הפוליטי הוא מרכיב חיוני של כבוד האדם. וכאמור, נאמר כבר כי חופש

⁹ ורי גם: דני"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' יוסף קראוס, פ"ד נב(3) 1; פרשת ציטרין.
¹⁰ ורי גם ההפניות בפסק הדין.

הביטוי הפוליטי הוא ב"גרעין" הזכות לחופש הביטוי. (כבוד השופט נאור (דעת רוב) בבג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (מיום 20.8.2008)¹¹, בסעיפים 25 - 26 לפסק דינה¹²).

19. עוד יאמר, שחופש המידע שהעיתונות מקיימת עומד ביסוד קיומו, ותנאי הכרחי למימושו, של חופש הביטוי¹³.
20. חופש העיתונות הוא, איפוא, אינטרס ציבורי של החברה הישראלית, והוא זכות יסוד של כל פרט ופרט בחברה.
- פגיעה בחופש העיתונות, משמעה פגיעה בליבת זכויות הפרט (כמו חופש הביטוי וכבוד האדם), וכן, פגיעה באינטרסים הציבוריים המוגנים על ידי חופש העיתונות, שפורטו לעיל.
- פגיעה בחופש העיתונות מסכנת באופן וודאי וממשי את יכולתה של העיתונות לבקר את שיטת הממשל הדמוקרטית.
21. פגיעה בחופש העיתונות צריכה לעמוד, איפוא, במבחני פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שיפורט בהמשך.
22. אליבא דאמת, מרכזיותם של חופש הביטוי וחופש העיתונות הוכרו כטבועים ביסוד המערכת המשפטית של דיני ישראל, זמן רב לפני שנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

"העיקרון של חופש הביטוי הוא עקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי... במדינה של משפט דמוקרטי - הוא משטר 'רצון העם' - רואים את 'המושלים' כמורשים וכנציגים של העם שבחרם, אשר על כן רשאי הוא בכל עת להעביר את מעשיהם המדיניים תחת שבטו, אם כדי לגרום לתיקונם של מעשים אלה ולעשיית סידורים חדשים במדינה, ואם כדי להביא לפיטורם המידי של 'המושלים' או להחלפתם באחרים בבוא מועד הבחירות. תפיסה פשוטה זו של המשטר הדמוקרטי מביאה בהכרח, איפוא, להטלת העיקרון של חופש הביטוי בכל מדינה המושתתת על משטר כנ"ל..."

הדברים הנוקבים והמאלפים הנ"ל היו לאבן פינה בשיטתנו המשפטית, והעקרונות הגלומיים בהם מקובלים על הכול, עד שאין עוד להרהר אחריהם. (כבוד השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 871).

23. וכן ראה:

"... כוונתי לזכות האזרח להפיץ ולקבל ידיעות על המתרחש מסביבו, בתוך גבולות המדינה, בה הוא חי, ומחוצה לה. זכות זו קשורה קשר אמיץ עם הזכות לחופש הביטוי, ומשום כך שייכת גם היא לאותן זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר, אלא הן נובעות במישרין מאופיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש... כדי שהאזרח יוכל להנות מחירותו להחליף דעות, דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות ולגשת ללא מעצור למקורות האינפורמציה שברצון אזרחים אחרים לספק לו, כל עוד

¹¹ המותב שישב בדיון: כבוד הנשיאה ביניש וכבוד השופטים: פרוקציה, לוי, חיות, גרוניס, נאור, גיוראן.

¹² ורי גם ההפניות בפסק הדין.

¹³ פרשת ציטרין.

אין בכך נזק לאינטרסים חיוניים אחרים של המדינה או של הפרט. רק בדרך זו הוא יכול ליצור לעצמו דעה עצמאית ככל האפשר על אותן שאלות העומדות ברומו של עולם החברה והמדינה, שההכרעה עליהן נתונה בסופו של דבר בידי, בתוקף זכותו לבחור את מוסדות המדינה...
שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה". (כבוד השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 – 2416).

24. נוכח האמור, פגיעה בחופש העיתונות משמעה פגיעה בזכויות פרט ואינטרסים ציבוריים מוגנים אותם חופש העיתונות מקיים.

ד. החסיון העיתונאי

ד.1. מבוא

25. סעיפים 3 ו-4 לחוק נתוני תקשורת מאפשרים העברת נתוני תקשורת של נבדק שהוא עיתונאי, וחשיפת זהותם ופרטיהם של מקורותיו.
26. משכך, נגע היקף החסיון העיתונאי, שהוכר ככלי עבודה עיקרי של העיתונאי במימוש חופש העיתונות, וכן נפגעים זכויות היסוד והאינטרסים הציבוריים המוגנים שחופש העיתונות מקים ומקיים.
27. החסיון העיתונאי אינו ככל חסיון, בעל החסיון אינו ככל בעל חסיון, ועצמת הפגיעה של החוק בחסיון העיתונאי צריכה להיבחן בפרמטרים המתאימים לו ולאופיו המיוחד.
28. לשיטת המדינה, מדובר בפגיעה קלה יחסית בזכויות אדם שכן, במסגרת חוק נתוני תקשורת מועבר מיד המתייחס רק לפרטי ההתקשרות ולזהות המתקשרים, ולא לתוכן המידע (ר' למשל סעיפים 15, ו-24 לתגובת המשיבים 1 – 7 לעתירה).
29. כפי שיבואר להלן, שיטה זו בטעות יסודה.

ד.2. חסיון המקור

30. החסיון העיתונאי הוא חסיון הלכתי יחסי, וככזה, הוא כפוף לאיזונים שעורך בית המשפט בטרם יכריע אם **בנסיבות העניין יש להסירו**¹⁴.
31. סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת מאיין באופן גורף ואוטומטי את החסיון העיתונאי בהליכים פליליים, וקיומו תלויה בהכרעתו של "קצין מוסמך", ללא ביקורת שיפוטית.
32. החסיון העיתונאי נועד לשריין את חופש העיתונות ואת חופש הביטוי, חירויות שאמצעי התקשורת הם תנאי מוקדם לקיומם בחברה המודרנית¹⁵.

"על חשיבותם של אמצעי התקשורת - ובהם התקשורת המשודרת - עמד בית משפט זה פעמים רבות בעבר. לאמצעי התקשורת חשיבות מכרעת בהליך הדמוקרטי

¹⁴ ר' למשל: רע"א 5806/06 עיזבון המנוח נמירובסקי מיכאל ז"ל נ' אורי שימקו, תק-על 2007(2) 4164 (כבוד השופט ריבלין).
¹⁵ ר' למשל: פרשת ציטרין; בג"צ 2148/94 גלברט אמנון, עו"ד נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון ויו"ר ועדת החקירה לבדיקת ארוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 573.

ובמימושו של חופש הביטוי. אמצעי התקשורת האלקטרוניים, לרבות התקשורת המשודרת, מהווים במה מרכזית להשמעת דעות והשקפות" (כבוד השופט דנציגר בע"מ 10845/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, (מיום 11.11.2008) (פורסם באתר www.nevo.co.il), בפסקה 88 לפסק הדין¹⁶).

33. החסיון העיתונאי הוא יסודי ומהותי למימוש חופש העיתונות, והגם שאינו חקוק עלי ספר, הוכרה חשיבותו ככזו שאף האינטרס הציבורי שבגילוי האמת נדחה מפניו, שכן, "אין לומר כי תגלה האמת גם אם ייחרב העולם"¹⁷.

גילוי האמת צריך להיעשות בצורה מאוזנת ובנסיבותיו של המצב הקונקרטי, תוך עריכת האיזונים הראויים בהתאם למבחן המשולש להסרתו של החסיון העיתונאי:

"ההגנה על מקורות המידע אינה צריכה להתבטל בשל טעמים שמשקלם אינו רב; רק צורך, שהוא מהותי מבחינת אופי הנושא ובעל משקל כבד מבחינת מידת נחיצות העדות במקרה המסוים, כמבואר כבר בפרוטרוט לעיל, הוא שיכול להצדיק הסרתו של החיסיון היחסי בנושא של מקורות המידע. קרי, המבחן הוא משולש:

(א) ראשית, נבחנת הרלוואנטיות של השאלה;

(ב) שנית, נבחן אם אכן מדובר בעניין מהותי, כמבואר לעיל;

(ג) שלישית, נבחן אם המידע אכן דרוש במקרה הקונקרטי הנמצא בדיון, היינו, אם אין אפשרות להישען על ראיות אחרות בלי לדרוש גילוי של מקורות המידע." (כבוד השופט שמגר פרשת ציטרין, בפסקה 15).

34. החסיון העיתונאי הוא, איפוא, כלי עבודה מהותי ועיקרי של העיתונאי¹⁸.

35. כמובן, שהחסיון העיתונאי בא לידי ביטוי גם בכללי האתיקה העיתונאית. כך בסעיף 22 לתקנון:

"חסיון עיתונאי"

22. לא יגלו עיתון ועיתונאי מידע שנמסר להם בתנאי שישאר חסוי ולא יחשפו זהותו של מקור חסוי אלא בהסכמתו של המקור."

36. ייחודיותו של החסיון העיתונאי הוא שעיקרו בשמירה על חשאיות זהותו של המתקשר¹⁹ ("חסיון המקורי"), והחסיון שמוטל על המידע שהועבר לעיתונאי הוא דווקא חסיון משני, נוכח התפיסה הבסיסית שהמידע נמסר לעיתונאי בכדי שזה יפרסמו²⁰.

¹⁶ חברי המותב שישב בדיון: כבוד השופטת פרוקצ'יה, כבוד השופטת נאור וכבוד השופט דנציגר.

¹⁷ רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' ה' אזולאי ואח', פ"ד מט (4) 61, סעיף 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק; רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' עפרה גלעד ואח', פ"ד מט (2) 522.

ולפירוט בעניין ההגבלה הראויה של עקרון גילוי האמת ר' דבריה של כבוד השופטת ביניש ברע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 729, בסעיף 6 לפסק הדין: "... אל מול הצבת התכלית של חשיפת האמת בהליכים משפטיים עומדים ערכים נוספים כזכות לכבוד, הזכות לפרטיות או אינטרסים ציבוריים או פרטיים אחרים הראויים להגנה. אלה עשויים לעתים להכריע את הכף באופן שיש בו כדי לחסום את חשיפת האמת במלואה..."; ור' גם: בש"פ 6353/02 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(1) 1, בסעיף 2 לפסק דינה של כבוד השופטת דורנר; בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, (מיום 8.10.06), (פורסם באתר www.nevo.co.il), סעיף 24 לפסק דינו של כבוד השופט לוי וסעיף 7 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקצ'יה.

¹⁸ פרשת ציטרין.

¹⁹ פרשת ציטרין.

²⁰ ר' למשל: ת"א (י-ם) 455/94 הכשרת היישוב ואח' נ' רשת שוקן בע"מ, (מיום 5.6.1995) (פורסם באתר www.nevo.co.il), פסקה 25 לפסק דינו של כבוד השופט עדיאל.

37. בתי המשפט נוהגים בכבוד ראש ביישום המבחנים שנקבעו בפרשת ציטריין, בין אם מדובר בהליך אזרחי ובין אם בהליך פלילי.
38. כך למשל, ובכדי לסבר את האוזן, בב"ש 5147/04 מועצה שיתופית יפתח נ' ידיעות תקשורת (מיום 22.2.05) (פורסם באתר www.nevo.co.il), משטרת ישראל הוציאה צו להמצאת חפצים כנגד עיתונאי, שבידיו היו קלטות אודיו שבהם הונצחו שיחות בין פעילי כהנא חי, שכנגד חלקם התנהלה חקירה בעניין הסתה לגזענות, תמיכה בארגון טרור ועוד. לאחר יישום המבחנים שנקבעו בפרשת ציטריין, נקבע שיש לשמור על חסיון המקור, ולפיכך, התיר לעיתונאי להסיר מהקלטת את כל הפרטים שעשויים לחשוף את זהות הדוברים שטרם זוהו על ידי משטרת ישראל.
39. אחת התוצאות המיידיות של חוק נתוני תקשורת, היא שבאמצעותו ניתן לאתר ולזהות מקורות עיתונאיים, מצב שכמוהו כאיון של החסיון העיתונאי בכל הליך פלילי שעוסק בעבירות פשע ועוון.
- איונו של החסיון העיתונאי, פוגע משמעותית ביכולתה של העיתונות לבצע את תפקידיה, ובמישרין, גם בזכויות ובאינטרסים הציבוריים שהעיתונות מקיימת ומגשימה, כפי שהוזכרו לעיל.
40. החסיון העיתונאי אינו אינטרס של העיתונאי או של המקור, אלא היא אינטרס ציבורי מוגן של כל אחד ואחת מאיתנו.
- ולעניין זה ראה דבריו של כבוד הנשיא שמגר

"ההגנה על מקורות המידע, הדרושה לצורך ביצוע התפקיד העיתונאי, לרבות ההגנה על כיבוד יחסי האמון אשר על יסודם נמסר מידע תמורת הבטחה שהמקור לא יתגלה, היא איפוא בגדר אינטרס של הציבור ולא עניינו הפרטיקולארי של העיתון או של העיתונאי הנוגעים בדבר." (כבוד הנשיא שמגר בפרשת ציטריין בעמ' 359).

41. יש לנקוט, איפוא, משנה זהירות כשעל הפרק נמצאת פעולה שעשויה להיות פוגענית מבחינת החסיון העיתונאי.

ה. חוק נתוני תקשורת

ה.1 מבוא

42. כאמור, חופש העיתונות הוא זכות יסוד המגשימה אינטרסים ציבוריים וזכויות יסוד אחרות. בין היתר, חופש העיתונות מגשימה את חופש הביטוי, הנגזר מכבוד האדם (ר' סעיפים 17 - 21 לעיל).
43. על דבר חקיקה, כמעשה מנהלי הפוגע בזכויות יסוד (חופש העיתונות, כבוד האדם) לעמוד באמות מידה מנהליות, ועליה להיות סבירה (ר' פרק ה.2. להלן).
- בנוסף על הפגיעה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה: על הפגיעה להתבצע בהסמכה מפורשת בחוק, להלום את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולתכלית ראויה.
- על הפגיעה להיות מידתית, דהיינו, על החוק להתאים להשגת תכליתו; מידת הפגיעה הנגרמת על ידו אינה יכולה לעלות על ההכרחי; על החוק לקיים יחסיות מתאימה בין מידת התועלת למידת הפגיעה²¹ (פרק ה.3. להלן).

²¹ ר' למשל: די דורנר, "מידתיות", ספר ברנוון (חלק ב), 281, וההפניות שם.

44. כאמור, העברת נתוני תקשורת המותרת על ידי חוק נתוני תקשורת, מאפשרת חשיפתם של מקורות מידע עיתונאיים במסגרת הליכים פליליים שעניינם עבירת עוון או פשע, ובחלק מהמקרים, מתאפשרת חשיפה זו ללא ביקורת שיפוטית, אלא באמצעות החלטה מנהלית במעמד צד אחד, ללא כל אפשרות מעשית לערעור.
45. כפי שיפורט להלן בהרחבה, מאז שנכנס החוק לתוקפו, עושות רשויות החקירה שימוש נרחב בהוראותיו בהעדר ביקורת שיפוטית. מצב זה פוגע בזכויות יסוד ואינטרסים ציבוריים הנמצאים בתשתית המשטר הדמוקרטי בישראל.
46. וזה המקום להזכיר: "רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות"²².
47. הפגיעה אינה מתמצה רק באותם מקרים קונקרטיים של חשיפה בפועל של רשימת מקורות של עיתונאי במקרה ספציפי אלא לפגיעתה הרעה השפעות רוחב עצומות, שכן, עיתונאי לא יוכל לעולם להפיש את דעתו של מקור עתידי, שהוא יגן עליו ועל אלמוניותו.
48. מעמדה של העיתונות בישראל התחזק במהלך השנים, כשנוצרה מסורת של הימנעות מכוונת של מהסדרה או הגבלה של העיתונות ושל חופש העיתונות, באמצעות חקיקה או רגולציה.

"החוק נמנע מלהסדיר את העיסוק בעיתונאות: הוא אינו דורש רישיון מעיתונאי, אינו מטיל עליו חובות מיוחדות ואינו מקנה סמכות למוסד רשמי להענישו על התנהגות בניגוד לאתיקה המקצועית.

ההבדל הקיים מבחינה זאת בין העיתונאות לבין מקצועות אחרים אינו נובע ממחדל של הכנסת או של הממשלה. הוא קיים בכוונה מכוונת, ומתבסס על הבחנה עניינית בין העיתונאות לבין מקצועות אחרים. ההבחנה נובעת מעצם המהות של חברה דמוקרטית.

עיתונות חופשית היא לא רק תוצאה הכרחית של דמוקרטיה, אלא היא גם תנאי הכרחי לדמוקרטיה. היא תנאי הכרחי למשטר ייצוגי, לממשל תקין והוגן, לחירויות האדם. בפועל היא יכולה לשמש נייר לקמוס של הדמוקרטיה: יש עיתונות חופשית – יש דמוקרטיה; אין עיתונות חופשית – אין דמוקרטיה.

אחד התפקידים העיקריים של העיתונות בדמוקרטיה הוא לבקר באופן שוטף ויעיל את כל המוסדות במדינה, בראש ובראשונה את הממשלה. כדי שהעיתונות תוכל למלא תפקיד זה כראוי, היא צריכה להיות פטורה מפיקוח או ממעורבות אחרת של הממשלה." (כבוד השופט אור בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' יוסף קראוס, פ"ד נב(3) 1, בעמוד 53 (ניתן ביום 29.6.2008)).

49. חשיבותו של הנושא, ומשקל האינטרסים הציבוריים הקשורים בחופש העיתונות, מחייבת זהירות וריסון יתר בכל פעולה ממלכתית שיש בה כדי לפגוע בחופש העיתונות. פגיעה בחופש העיתונות יכולה להיעשות רק אם הדבר הכרחי. פגיעה של מעשה שילטוני בחופש העיתונות חייבת להיות מוגבלת למינימום ההכרחי.
50. חוק נתוני תקשורת אינו עומד בעקרונות אלה. תחולתו הרחבה והיקף הפגיעה הנגרמת על ידו, אינם עומדים במבחנים הדרושים.
51. סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת אינו מידתי וממילא אין הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²² בג"צ 6055/95 שגיאת צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, פסקה 17 לפסק דינו של כבוד השופט זמיר.

52. בהליך החקיקה, כפי שהוא מתבטא בפרוטוקולים של וועדת חוקה, חוק ומשפט, לא נדונו ולא נבחנו השיקולים הרלוונטיים ככל שהדבר נוגע לחופש העיתונות, כפי שהתמסד בפסיקה ובהתנהלות השלטונית בישראל.

53. פועל יוצא מן האמור הוא, שמן הדין שבית משפט נכבד זה יורה על בטלותו של סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת.

ה. סעיף 4 לחוק - לא סביר באופן קיצוני

אי סבירות ההחלטה

54. המחוקק לא נתן את הדעת ולא שקל כלל את הפגיעה בחסיון העיתונאי במסגרת סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת, והחיל את אותו הדין על מנוי שהוא בעל חסיון ועל מנוי שאינו בעל חסיון.

55. החלטה סבירה היא החלטה שבמסגרתה ניתן המשקל הראוי לכל שיקול רלוונטי במערך השיקולים.

"מושג הסבירות מניח תפיסה פלורליסטית, המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים והמבקשת לאזן ביניהם על ידי מתן משקל 'ראוי' ליחסים הפנימיים שביניהם... משקלם ה'ראוי' של הגורמים הרלוונטיים נקבע על פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה) אשר סבירותה עומדת לבחינה... משקל 'ראוי' הינו הערכה עד כמה הגורמים השונים מקדמים את המטרות אשר הפעולה (או ההחלטה) באה להגשים." (כבוד השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 935/89 גנור נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 485, 514 (להלן: "פס"ד גנור").

56. סעיף 3(ב) לחוק נתוני תקשורת, הקובע קריטריון מפורש לגבי התנאים הצריכים להתקיים כדי שיוסר חסיון לגבי מידע הנוגע למנוי בעל חסיון, הוסף לחוק לאחר קריאה ראשונה בשלב ההסתייגויות. כנראה, באותו שלב, נשמט מהמחוקק הצורך לקבוע קריטריון דומה ובקרה שיפוטית גם לצורכי סעיף 4 לחוק.

57. הוראת סעיף 4 לחוק היא בלתי סבירה בעליל, לאור מה שנאמר בה. ומהשוואת הוראה זו להוראת סעיף 3(ב) הרי שחוסר סבירות זה מודגש במיוחד גם לאור מה שלא נאמר בה²³.

58. להשלמת הדברים יצוין שנושא האבחנה בין בעל חסיון לבין מי שאינו בעל חסיון לעניין סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת הועלה לדיון, שוב, בוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 11.9.2008 במסגרת הדיון בתקנות תקנות סדר הדין הפלילי (ר' ה"ש 1 לעיל).

ואולם וועדת חוקה, חוק ומשפט לא נתנה דעתה לנושא ולא דנה בעניין לגופו.

כך בפרוטוקול הוועדה בעמוד 10 :

*"דן חי: האם בערוץ הדחוף [סעיף 4 לחוק - הח"מ] עושים איזו שהיא אבחנה בין בעלי חיסיון לאלה שאינם בעלי חיסיון? בערוץ הלא דחוף [סעיף 3 לחוק - הח"מ] יש אבחנה מאוד ברורה.
היו"ר מנחם בן ששון: המשטרה צריכה להגיד שבודאי, משום שלפי החוק, היו הנחיות של המשטרה לגבי בעלי חיסיון, כולל עיתונאים, שלא ידעו להגדיר אותן.
דן חי: לכאורה יש פה איזו שהיא פירצה."*

²³ בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421.

מעבר לחילופי דברים אלה, אין אנו מוצאים שום דיון ענייני בדבר השפעת סעיף 4 לחוק על בעלי החיסיון העיתונאי, עובר לחקיקתו ולאחר מכן.

פרוטוקול הוועדה מיום 11.9.2008, כפי שהופיע באתר הרשמי של הכנסת, מצ"ב כנספח "א" לעמדה זו.

אי סבירות התוצאה

59. מבלי לפגוע באמור, סעיף 4 לחוק יוצר מצב פרדוקסלי, לפיו התנאים להעברה של נתוני תקשורת הם מחמירים יותר כשהבקשה כפופה לביקורת שיפוטית, ואילו בהעדר ביקורת שיפוטית, העברת הנתונים היא פשוטה יותר, ומתחם שיקול הדעת רחב יותר.
60. בנוסף, על פי הדין שהיה קיים בטרם כניסתו לתוקף של החוק, החסיון העיתונאי, כחסיון יחסי, מוסר רק לאחר שבית המשפט עורך את האיזונים הנדרשים, כפי שנקבעו בפרשת ציטרין: מבחן הרלוונטיות, מבחן מהות העניין ומבחן נחיצות המידע להליך.
61. בהעדר אבחנה בין מנוי בעל חסיון למנוי שאינו בעל חסיון בסעיף 4 לחוק נתוני תקשורת, החסיון העיתונאי יוסר, בניגוד להלכת ציטרין, ללא ביקורת שיפוטית, על ידי החלטה מינהלית חד צדדית ובלתי ניתנת לערעור, של גורם בתוך הרשות המעוניינת בהסרת החסיון.
- כל זאת, גם אם אין לעיתונאי כל קשר ישיר או עקיף לעבירה הנחקרת.
62. לדעת מועצת העיתונות התוצאה הנובעת מסעיף 4 לחוק נתוני תקשורת היא ביטול גורף של הלכת ציטרין, ביטול הנעדר סבירות באופן קיצוני.

ה.3. סעיף 4 לחוק – לא מידתי

63. הצמצום המשמעותי של החסיון העיתונאי ואינו של חסיון המקור, פוגעים פגיעה קשה בחופש העיתונות, ביכולתה לבצע את תפקידיה, ובזכויות והאינטרסים שהיא מקיימת, כגון חופש הביטוי.
64. נוכח הפגיעה העצומה בזכויות ובאינטרסים, האיזון הראוי והמידתי הוא שכל בקשה של נתוני תקשורת תהיה בצו שופט בלבד, הגם שהשעה דוחקת, זאת במיוחד בהתחשב בכך שהליך האישור בבית המשפט הוא הליך מהיר, ובמעמד צד אחד.
65. סעיף 4 (א) לחוק מאפשר ל"קצין מוסמך" להתיר קבלת נתוני תקשורת מכל אדם – לרבות עיתונאי – אם שוכנע שיש צורך שאינו סובל דיחוי, לשם מניעת עבירה מסוג פשע, גילוי מבצעה או לשם הצלת חיי אדם, וכי לא ניתן מבעוד מועד להשיג צו לפי סעיף 3.
66. על פני הדברים מתייחס הסעיף למקרים קיצוניים שבהם פניה לבית המשפט עשויה למנוע, למשל, רצח. אבל, יש לזכור: ככל שהדבר נוגע לעיתונאים, כשהעיתונאי עצמו אינו שותף לעבירה, "קצין מוסמך" כשלעצמו, לא מבטיח שלא יפגעו באינטרס הציבורי או זכות של חופש העיתונות.
67. נראה שאפילו בצעדים הקיצוניים של סעיף 4 לחוק, לא נקט המחוקק בצעדים הדרושים להגנה מירבית על האינטרס הציבורי של חופש העיתונות:
- ראשית ההחלטה אם לאפשר או לא פגיעה בחסיון העיתונאי נמסרה לשיקול דעתו של "הקצין המוסמך".
68. בתוך עמנו אנו יושבים.

לא יהיה זה בלתי סביר לחלוטין, שקצין הנתון בלהט חקירה יפעיל ללא בחינה מלאה את סעיף 4 לחוק, כדי לקבל נתוני תקשורת המתייחסים לעיתונאי ויחזור "מצוות אנשים מלומדה", על האמירה הטמונה בסעיף 4(א) לאמור: שהוא "שוכנע כי לשם עבירה מסוג פשע (וכו') יש צורך שאינו סובל דיחוי בקבלת נתוני תקשורת וכי לא ניתן לקבל במועד צו לפי סעיף 3".
אמירה זו תהווה תירוץ ולא נימוק ראוי ואמיתי.

69. החוק חסר, איפוא, מנגנון ראוי, שיאפשר ביקורת שיפוטית ראויה, על ההחלטה להתיר קבלת נתוני תקשורת הנוגעים לעיתונאי. ושוב – העדר מידתיות נוספת.

70. ודו"ק: אין מדובר בבשורות איוב או בנבואות בלבד. אין להתעלם ממבחן התוצאה הקיים היום, לאמור: פעולותיהן של הרשויות החוקרות (והמשטרה בעיקר) מיום כניסתו של החוק לתוקף ועד ליום זה:

70.1. רשויות החקירה משתמשות במסלול ההיתר המנהלי לעיתים תכופות ביותר, וספק אם כל המקרים הללו הם אכן ברמת הדחיפות המצדיקה או מצריכה העדפה של היתר מנהלי על פני צו שופט.

בנוסף לדברים שהביאה העותרת בסעיפים 3 – 5 להשלמת הטיעון שהגישה העותרת, מפנה מועצת העיתונות גם לדברי חברי הכנסת בוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 13.8.2008 בדו השיח בין יו"ר הוועדה מנחם בן ששון לבין עו"ד יונתן חמו, ב"כ חברת סלקום בע"מ (המשיבה 11):

*"היו"ר מנחם בן ששון: עד היום זה אך ורק בצווי בית משפט, כן?
יונתן חמו: לאו דווקא, יש לפעמים גם מקרים דחופים שהמשטרה פונה בלי צו ואנחנו מבצעים.*

היו"ר מנחם בן ששון: כמה מקרים דחופים כאלו יש?

יונתן חמו: מעל מאה בחודש אצלנו.

היו"ר מנחם בן ששון: מעל מאה מקרים של הצלת נפשות?

יונתן חמו: רק אצלנו.²⁴

וכך בפרוטוקול וועדת חוקה חוק ומשפט מיום 9.11.2008, כשנציג המשטרה בוועדה, מר אלעזר כהנא, דיווח על 126 מקרים בחודש שבהם ניתנו היתרים ללא צו שופט. להלן תשובתו של עו"ד יונתן חמו, בעמודים 9 – 10 לפרוטוקול:

"אני יכול להגיד בוודאות שהפער בין המספרים של חברת סלקום למספרים שהמשטרה הציגה הוא פער של כ 80% בכמויות... מהנתונים שלנו כחברת סלקום אני יכול לומר שבחודש יולי בשנה שעברה היו 170 מקרים.... 170 הבקשות לא כוללות מאגרים של 441, שזה מאות בשבוע..."

70.2. בנוסף, רשויות החקירה דורשות במסגרת מסלול ההיתר המנהלי מידע שהן אינן מוסמכות לקבל לפי חוק, למשל, תאריך הצטרפות הלקוח, הקשר בין משלם החשבון למנוי בפועל, סוג המכשיר, שם סוכן המכירות ועוד²⁵.

²⁴ פרוטוקול מס' 639 של ישיבת ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 13.8.2008.

²⁵ ר' פרוטוקול וועדת חוקה חוק ומשפט מיום 13.8.2008, כאמור בסעיפים 3 – 4 להשלמת הטיעון מטעם העותרת, וכן למשל בפרוטוקול וועדת חוקה חוק ומשפט מיום 9.11.2008 בעמוד 11.

70.3. בנוסף, רשויות החקירה מתעלמות, לכאורה, מהסיפא של סעיף 4 לחוק, ולא בוחנות בכל מקרה, אם ניתן להפנות את המקרה הדחוף להכרעת שופט בטרם ינתן ההיתר המנהלי. זאת משום שאין כל רישום או תיעוד של מועד הגשת התלונה ומועד מתן ההיתר²⁶.

כך בפרוטוקול וועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 9.11.2008 בעמוד 12 :
"יונתן חמו: מתוך 170 עדכונים שביקשו מאיתנו לבצע בחודש יולי, בסביבות 100 בוצעו במסגרת שעות העבודה, זאת אומרת בשעות היום.
היו"ר מנחם בן ששון: מקרה דחוף הוא דחוף. מה שאני צריך זה את פער השעות. אני צריך את פער השעות מהאירוע עד לבקשת הצו. לפעמים הפער מחייב פתרון מידי. לפעמים האירוע היה ב 8:00 בבוקר והם באו אליך ב 12:00 בלילה. באמצע אפשר היה לראות 30 שופטים"²⁷.

70.4. לדעתה של מועצת העיתונות, בהתחשב בכלי הבקרה והפיקוח הקיימים בחוק כיום, גם אם היו נרשמים המועדים, אין כל אפשרות מעשית לפקח, לנטר ולבקר את ההיתרים המנהליים שניתנים (לפירוט עניין זה ר' פרק ה.4 להלן).

71. מבחן התוצאה מצביע, איפוא, על כך שהותרת סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת היא "חומר נפץ", כהגדרתו של ח"כ דוד רותם²⁸, בידי רשויות החקירה, שלא מטפלות בו בזהירות הראויה.

72. בהקשר זה יוזכר: הגנה על זכויות יסוד חשובה יותר מתמיד במצבים שבהם הפתרון הקל והנוח הוא לצמצם אותן.

"להשקפתי, אין גם לצמצם את מתחמן המוגדר של זכויות האדם בעת חרום. גם אין לנקוט במבחני איזון שונים. חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת, החלה בתקופת רגיעה, והאחרת, החלה בעת חירום. למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לכבוד האדם ולחרות הן בתקופה של רגיעה והן בעת סכנה. את אימרתו של השופט הולמס... כי דברים הנאמרים בעת שלום יש ולא ניתן יהא לומר אותם בעת מלחמה – אין אנו מפרשים כקריאה לסטות מן המבחנים החוקתיים עצמם בעת חרום. כך, לענין חופש הביטוי וכך לענין זכויות יסוד אחרות... " (כבוד השופט ריבלין בבג"צ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, דינים עליון כרך פ 771, בפסקה 11²⁹).

73. אשר על כן, עמדת מועצת העיתונות היא:

73.1. ההסדר הקבוע בסעיף 4 לחוק נתוני תקשורת הוא הסדר שאינו מידתי, ואין הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. משכך, הפגיעה, הגם שהיא באמצעי חקיקה, אינה חוקתית.

73.2. האיזון המידתי הוא החלת ההסדר הקיים בסעיף 3(ב) לחוק על בעלי חסיון עיתונאי, כך, שכל בקשה לקבלת נתוני תקשורת לגבי מנוי שהוא עיתונאי, תתקבל בצו שופט, בכפוף להפעלת ביקורת שיפוטית, ורק אם יש יסוד לחשד שהעיתונאי מעורב בעבירה.

²⁶ ר' למשל פרוטוקול וועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 9.11.2008 בעמוד 12, שצורף כנספח א' לעמדה זו.

²⁷ וכן ר' פרוטוקול מיום 9.11.2008 בעמודים 2 – 4.

²⁸ ר' פרוטוקול דיון וועדת חוקה חוק ומשפט מיום 13.8.2008, בעמ' 21.

²⁹ חברי המותב שישב בדיון: ברוב דעות של כבוד המשנה לנשיא) השופט חשין וכבוד השופטים: ריבלין, לוי גרוניס, נאור ועדיאל בדעת רוב, כנגד דעתם החולקת של כבוד השופטת ביניש, כבוד הנשיא) ברק וכבוד השופטים: פרוקציה, גיבראן וחיות.

לפיכך סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת מנוגד לדין, ודינו בטלות.

73.3. למצער, יש לבטל את תחולתו של סעיף 4 לחוק על בעלי חסיון עיתונאי, כך שיחול לגביהם סעיף 3(ב) לחוק, כך, שכל העברה של נתוני תקשורת בנוגע לבעלי חסיון עיתונאי תתבצע רק בצו שופט ולאחר שהופעלה ביקורת שיפוטית.

73.4. לחלופין, יש להורות למחוקק להשית על "הקצין המוסמך" חובת הנמקה מפורשת בכתב, וכן ליצור מנגנון בקרה ופיקוח בלתי תלוי, אובייקטיבי ואפקטיבי שיבטיח בחינה מיוחדת של כל מקרה ומקרה, ויבחן אם אכן לא ניתן היה להשיג צו שופט במקום ליתן את ההיתר המנהלי, כקבוע בסיפא של סעיף 4 לחוק.

ה. לא ניתן לערער על החלטות

74. חרף חובות הדיווח החלות על רשויות חוקרות, אין בחוק נתוני תקשורת הסדר כלשהו המאפשר בקרה או ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות או שיפוטיות שניתנו במסגרת החוק.

75. סעיף 5 לחוק נתוני תקשורת קובע:

"בעל רישיון בזק או מי מעובדיו לא יגלה למנוי או לכל אדם אחר על העברת נתוני תקשורת לבקשת המשטרה או רשות חוקרת אחרת על פי כל דין, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת."

76. הסמכות העניינית לדון בבקשות להעברת נתוני תקשורת היא של בית משפט השלום (סעיף 2 לחוק נתוני תקשורת).

77. בהליך לפי סעיף 3 לחוק נתוני תקשורת (העברת מידע בצו שופט) – ככל שהחליט בית המשפט שלא לגלות למנוי על הבדיקה, או שלא נתן דעתו על כך, לא יידע המנוי על החלטה זו, והיא לא תוכל לבוא בפני ערכאת ערעור, וזאת, למרות שעל הכף מוטלת פגיעה משמעותית, קשה ורחבת היקף בליבת זכויות הפרט שלו.

לשון אחר: חוק נתוני תקשורת לא שלל במישרין את זכות הגישה לערכאות ולא אסר על המנוי להגיש ערעור. אלא, שמבחינה מעשית, נשללה אפשרות הערעור ממנוי, שהרי, בחלק מהמקרים, לא יידע המנוי על מתן הצו.

יתירה מזאת, מנוי לא יוכל לערער על הצו משום שזה לא הובא לידיעתו, ואפילו בתום לב.

78. כך או כך, מופר החסיון העיתונאי וכל מקורות המידע של עיתונאי נחשפים, על כל פרטיהם האישיים. מעבר לסכנה הפוטנציאלית למקור (לחיי או לשגרת חייו או למעמדו לפי העניין), הרי שלא העיתונאי ולא המקור ידעו שנבדקו או שנחשפו.

79. ככל שלא נמצא מידע המקדם את החקירה, סביר שהנבדקים לא ידעו לעולם שנבדקו, ובדיעבד מסתבר שחשיפתם היתה מיותרת, והפגיעה היתה לחינם.

80. ככל שהנבדק הוא גם חשוד, גם אז לא מן הנמנע שלא יידע שנבדק אם, למשל, המידע שנמצא לא סייע לחקירה, ואולם הנזק, כאמור לעיל, כבר נעשה, ובדיעבד, ללא כל סיבה.

81. ככל שנמצא מידע שמקדם את החקירה, החשוד יידע לראשונה שנבדק, לכל המוקדם, כשהחקירה הופכת לחקירה גלויה והוא יוכל לדעת על היקף החשיפה רק לאחר גיבוש טיוטת כתב האישום, כשיועבר לעיונו חומר החקירה בטעם שימוע או לאחר הגשת כתב האישום, לפי העניין.

82. נוסף ונציין שאין אנו מוצאים בחוק הסדר כלשהו המאפשר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטת בית משפט שלום, או על החלטה מנהלית (אם המידע נמסר בעקבות החלטה מנהלית) – דבר שאינו ראוי לאור חשיבות העניין ובהתחשב בצורך בבחינה חוזרת אשר תתקן טעויות.
83. אמצעי הפיקוח העיקרי (והיחידי כמעט) שקיים בחוק נתוני תקשורת, על מסירת נתוני מידע – עליו נסמכת המדינה בתגובתה כמאזן עיקרי לפגיעת החוק, הוא הדיווח לכנסת במסגרת סעיף 14 לחוק נתוני תקשורת (ר' למשל סעיף 23 לתגובת המדינה).
- בקשר לכך נאמר ונזכיר שחובת הדיווח נשענת על הוראת שעה שתוקפה יפוג ביום 2.6.2012, ומאותה עת ואילך, קיים חשש, שתותר הרצועה כליל.**
84. בנקודה זו יצוין שצורת הדיווח היא, בעיקרה, סטטיסטית, והדיווח אינו מאפשר איתור כשלים במקרים פרטניים. אין בכך, כמובן, תחליף ראוי לביקורת השיפוטית אמיתית.
- ועוד: הדיווח נמסר לגורמים שבתוך מנגנוני החקירה, לשר הממונה על הרשות החוקרת. המעביר אותו לכנסת. בכל התהליך הזה לא מעורב גורם בלתי תלוי. ושוב – חוסר מידתיות וחוסר סבירות קיצוני לפנינו.
85. עמדת מועצת העיתונות היא ששומה על המחוקק (המשיב 8 לעתירה) להשלים את מעשה החקיקה וליצור מנגנון שיאפשר ביקורת שיפוטית על מעשי הרשויות החוקרות, ועל הכרעותיו של בית משפט השלום שבפניו מוגשות הבקשות לצווים לפי סעיף 3 לחוק נתוני תקשורת.
86. עמדת מועצת העיתונות היא, לחלופין, שעל בית המשפט לקבוע שעל רשות חוקרת שקיבלה מידע, בצו או בהחלטה מנהלית, לפי חוק נתוני תקשורת, להעביר למנוי העתק מן הצו או ההחלטה בתוך 7 ימים מיום שניתנו הצו או ההחלטה המנהלית.
87. מכל מקום, עמדת מועצת העיתונות היא, שיש לבטל את אופיה הזמני של חובת הדיווח לפי הוראת השעה בסעיף 14 לחוק נתוני תקשורת.

ה. החלת החוק על כל עבירות העוון אינה מידתית

88. סעיף 1 לחוק נתוני תקשורת (סעיף ההגדרות) מגדיר "עבירה":

"עבירה – עבירה מסוג פשע או עוון"

89. סעיף 24 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 מגדיר עוון:

"עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים; ואם העונש הוא קנס בלבד – קנס העולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום."

90. עוון היא, איפוא, עבירה שעונשה המירבי הקבוע בחוק (ולאו דווקא הנהוג) הוא בין שלושה חודשי מאסר לשלוש שנות מאסר, או עבירת קנס מעל 12,900 ₪³⁰.

³⁰ לפי סעיף 61(א)(1) לחוק העונשין, הקנס המירבי בעבירה שעונשה קנס שלא נקבע לו סכום הוא 12,900 ₪.

מבחן היחסיות

91. מבחן היחסיות מחייב קיומו של יחס סביר בין התועלת הצומחת מהפגיעה לבין הנזק הנגרם ממנה. פעולה שפגיעתה בזכות יסוד או באינטרס ציבורי מוגן היא עזה, ותכליתה – אפילו אם היא ראויה – היא בעלת חשיבות משנית ביחס לעצמת הפגיעה ולהיקפה – היא פעולה פסולה ושאינה מידתית.
92. הנחת היסוד שמניח חוק נתוני תקשורת: שמקורות עיתונאיים ניתנים לחשיפה, ושחופש העיתונות מותר לפגיעה עזה בגין כל עבירה באשר היא עבירת עוון - מהווה זילות של החסיון העיתונאי ושל חשיבות תכליתיו.
93. החסיון העיתונאי הוכר גם במסגרת של הליכים פליליים, ואין בקיומן של חשדות או עבירות פליליות כשלעצמן כדי למחוק את החסיון העיתונאי כאילו לא היה.
- לעניין זה ראו דבריו של כבוד הנשיא שמגר בפרשת ציטרין, עמ' 361:

"בשל כך אין זה מתיישב עם שמירת מעמדה של הזכות, כי עיתונאי ייאלץ לגלות מקורות מידע בשל כל מעשה, אך ורק מאחר שהוא מוגדר כעבירה ויהיה זה, למשל, עוון קל ערך או אולי אף עבירה, אשר לפי מהותה נושאת עמה אחריות דווקנית."

94. הכללת כל עבירות העוון בסל אחד, מבלי להתייחס לחומרתן היחסית, היא בלתי מידתית.
95. בהקשר זה יצוין שח"כ גדעון סער וח"כ ניסים זאב הציעו הסתייגות שתחולת החוק תהיה על עבירות מסוג פשע בלבד, ורשימה חלקית של עבירות עוון שתיקבע באישרו וועדת חוקה חוק ומשפט³¹.
96. עמדת מועצת העיתונות היא שהחלת חוק נתוני תקשורת על כל עבירות העוון באופן גורף היא בלתי מידתית, שכן, קיימות עבירות עוון שתכליתן לא מצדיקה את הפגיעה הנגרמת כתוצאה מחוק נתוני תקשורת.
- לא מן הנמנע שהחוק יעמוד במבחן היחסיות לאחר שתחולתו תצומצם לעבירות מסוג פשע, ועבירות מסוימות מסוג עוון שלגביהן נדון ונקבע שתכליותיהן אינן משניות ביחס לעצמת הפגיעה והיקפה.
- עם זאת, על החוק לעמוד גם במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, כפי שיפורט מיד.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

97. בנוסף להעדר היחסיות, תחולתו של חוק נתוני תקשורת על כל העבירות מסוג עוון אינו האמצעי שפגיעתו פחותה.
98. החלת החוק על עבירות מסוג פשע, ורשימה של עבירות מסוימות מסוג עוון היא פוגענית פחות, ניתן לגבש את הרשימה האמורה בהשקעה של אמצעים סבירים מצידו של המחוקק, הצמצום האמור לא פוגע בתכלית החוק שלשמה הוא חוקק.

³¹ ר' פרוטוקול הישיבה ה-181 של הכנסת ה-17 מיום 17.12.2007.

סיכום ביניים

99. עמדת מועצת העיתונות היא, איפוא, שיש לצמצם את תחולת חוק נתוני תקשורת לעבירות מסוג פשע, ואולי, גם על עבירות מסויימות מסוג עוון שתיבחנה ותוגדרנה באופן מפורש (למשל במסגרת תוספת לחוק), לאחר שיימצא שתכליתן עומדת במבחן היחסיות ובמבחן האמצעי הפוגעני פחות.

100. בכל מקרה אין להעביר מידע אלא לפי צו שיפוטי בלבד, וכאשר יש יסוד סביר להניח שהעיתונאי מעורב בעבירה. באשר להתרת העברת מידע במקרים דחופים ללא צו שיפוטי, יש להגדיר מפורשות ובאופן מלא את המסגרת והתנאים בגילוי ומסירת המידע במקרים אלה ולהבטיח בקרה שיפוטית מדוקדקת על הפעולה לאחר מעשה, כאמור בסעיף 73 לעיל, וכן פתיחת דלתות בתי המשפט בפני הנפגע מהכרעות אלה באמצעות מתן אפשרות פרקטית לערער על החלטות, הפגיעה שבחוק תהיה מידתית.

ה.6. פסלות ראיות

101. עמדתה של מועצת העיתונות היא שהחוק צריך שיכלול סעיף פסלות ראיות, כך שנתוני תקשורת שהתקבלו תוך חריגה מהוראות חוק נתוני תקשורת לא יוכלו לשמש כראיה.

102. מטעמי יעילות, ובכדי שלא להאריך שלא לצורך, מפנה מועצת העיתונות לאמור בסעיפים 47 – 60 לעתירה שהוגשה מטעם לשכת עורכי הדין בישראל (בג"ץ 9995/08).

ו. התערבות בית המשפט הנכבד

103. מועצת העיתונות סבורה, בכל הכבוד, שעל בית משפט נכבד זה להתערב בנסיבות העניין דנא, שבו חקיקה ראשית אינה עומדת בפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא אינה סבירה, אינה מידתית, וגורמת לפגיעה משמעותית ומהותית בזכויות יסוד ואינטרסים ציבוריים שהם נשמת אפה של החברה הישראלית, הכל כפי שפורט לעיל.

104. בנסיבות דומות, התערב בעבר בית משפט נכבד זה וביטל דברי חקיקה שאינם חוקתיים, ואף כאלה שנכנסו לתוקף.

105. ר' למשל בבג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, דינים עליון כרך עט 178 (ניתן ביום 30.7.2006): במותב של 9 שופטים³², ובהכרעה פה אחד לפי פסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק, ביטל בג"ץ את חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 (שנכנס לתוקפו עובר להגשת העתירה והמדינה כבר החלה לפעול לפיו). החוק קבע שהמדינה לא תהיה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון.

בית משפט נכבד זה ביטל את החוק משום שאינו מידתי, שכן הוא לא נוקט באמצעי שפגיעתו פחותה, ונוכח מבחן היחסיות: נקבע ששלילת פיצויים פוגעת בזכות הקניין, ושלילת אחריות נזיקית פוגעת בזכויות עליהם האחריות הנזיקית מגנה: זכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. שלילת האחריות בנזיקין, משמעה פגיעה בזכויות הנ"ל.

³² חברי המותב שישב בדיון: כבוד הנשיא (בדימו') ברק, כבוד הנשיאה ביניש, כבוד השופטים: פרוקצ'יה, לוי, גרוניס, נאור, ג'ובראן, חיות וחשין.

עוד נקבע, שהדרך המידתית לנהוג היא בחינה אינדיווידואלית של כל מקרה ומקרה, ומשחוקק חוק גורף, אין הוא עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה³³.

"הקטנת הנזק"

106. עקרון החוקיות קובע שעל רשות מנהלית (ורשויות החקירה בכללן), לפעול בהתאם לסמכותן על פי דין³⁴.
107. משהוגשה עתירה זו, ועתירה נוספת על ידי לשכת עורכי הדין (בג"ץ 9995/08), ונקבע דיון במושב של שבעה הוטל ספק בחוקיותו של חוק נתוני תקשורת, לרבות הסמכות למתן היתר מנהלי לפי סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת.
108. כאמור, מיום כניסתו לתוקף של חוק נתוני תקשורת, מפעילות רשויות החקירה את סמכותן לפי סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת על בסיס יומי ושגרתי, נותנים היתרים מנהליים כה רבים, עד כי נזפו על ידי חברי הכנסת בוועדת חוקה חוק ומשפט, כפי שפורט.
109. מנגד, קיימת פגיעה חמורה ומשמעותית בקשת רחבה של זכויות יסוד ושל אינטרסים ציבוריים מוגנים.
110. ככל שתתקבל העתירה דנא, יתחוויר שהרשות פעלה ללא סמכות ובאופן בלתי חוקי.
111. במצב דברים זה, שומה על רשויות החקירה לנהוג באחריות ולהקטין כבר עתה את הנזק שייגרם לשלטון החוק ככל שתתקבל העתירה, או חלקה.
- לשון אחר: על רשויות החקירה למנוע מצב שבו יסתבר בדיעבד, שפעלו בניגוד לחוק ופגעו בזכויות יסוד חוקתיות.
112. לפיכך, טוב תעשנה רשויות החקירה אם תצהרנה בפני בית המשפט הנכבד, שעד למתן הכרעה בעתירה דנא, כל בקשה להעברת נתוני מידע לפי חוק נתוני מידע, תתבצע באמצעות צו שופט בלבד.
113. התחייבות שכזו, אם תינתן, היא לתכלית ראויה, היא סבירה והיא מידתית, שכן, הפועל היוצא ממנה הם ערכים ראויים כגון נקיטת משנה זהירות בפגיעה בזכויות יסוד ואינטרסים ציבוריים, שקיפות מעשה המנהל, והכפפה וולונטרית של מעשה המנהל לביקורת שיפוטית.

ו. סיכום

114. חסיון המקור הוא מכיב מהותי ועיקרי בחסיון העיתונאי. והשמירה על זהות המתקשר היא חיונית לאינטרס המוגן.
115. חוק נתוני תקשורת פוגע בחופש העיתונות, המגלם זכויות יסוד ואינטרסים ציבוריים מוגנים באמצעות פגיעה בחופש העיתונות, באופן לא מידתי ולא סביר באופן קיצוני.
116. בנוסחו הנוכחי, החוק אינו חוקתי.
117. לאור האמור, נראה, עם כל הכבוד, שהתערבות בית המשפט הנכבד במקרה זה, מוצדקת ומועילה.

³³ ור' גם: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נט (2) 482, (ניתן ביום 9.6.2005) בג"ץ ביטל חלק מהוראות חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 בארבעה עניינים, בהם מצא שהפגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים אינה מידתית; בג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג (5) 241 (ניתן ביום 14.10.1999), שבו בג"ץ ביטל את הוראת סעיף 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 שתוקנה וקבעה שיש לקצין שיפוט שהוא שוטר צבאי סמכות לעצור חייל לתקופה מירבית של 96 שעות. ובעניין ביטול חקיקה ראשית בטרם נכנסה לתוקפה: בג"ץ 1030/99 ח"כ חיים אורון ואח' נ' יו"ר הכנסת, ח"כ דן תיכון, פ"ד נו (3) 640 (ניתן ביום 26.3.2002) (להלן: "פרשת הרדיו הפיראטי") דן בית המשפט העליון בתיקון לחוק הבזק, תשמ"ב-1982, שהעניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנת שידור לשידורי רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה כזו אשר שידוריה נקלטו במרבית שטחי ישראל; ³⁴ ר' למשל פס"ד קנוני בעניין: בג"ץ 36/51 חת נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד ה 1553, 1557.

118. לדעת מועצת העיתונות על בית המשפט הנכבד להצהיר :

118.1. סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת סותר את חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו. סעיף זה פוגע בזכויות יסוד (כגון חופש הביטוי, כבוד האדם) ואינטרסים ציבוריים מוגנים, במידה העולה על הנדרש. משכך, אין הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, ודינו בטלות.

למצער, יש לבטל את תחולתו של סעיף 4 לחוק על בעלי חסיון עיתונאי, כך שיחול לגביהם סעיף 3(ב) לחוק, כך, שכל העברה של נתוני תקשורת בנוגע לבעלי חסיון עיתונאי תבצע רק בצו שופט ולאחר שהופעלה ביקורת שיפוטית.

לחלופין, יש להורות למחוקק להשית על "הקצין המוסמך" חובת הנמקה מפורשת בכתב, וכן ליצור מנגנון בקרה ופיקוח בלתי תלוי, אובייקטיבי ואפקטיבי שיבטיח בחינה פרטיקולארית של כל מקרה ומקרה, ויבחן אם אכן לא ניתן היה להשיג צו שופט במקום ליתן את ההיתר המנהלי, כקבוע בסיפא של סעיף 4 לחוק.

118.2. יש לצמצם את תחולת חוק נתוני תקשורת על עבירות מסוג פשע, ואולי, גם על עבירות מסויימות מסוג עוון שתיבחנה ותוגדרנה באופן מפורש (למשל במסגרת תוספת לחוק), לאחר שיימצא שתכליתן עומדת במבחן היחסיות ובמבחן האמצעי הפוגעני פחות.

118.3. כל העברה של נתוני מידע לרשות חוקרת או מרשות חוקרת אחת לאחרת, תיעשה רק לאחר ביקורת שיפוטית, בהתאם לצו שופט, שישמור שהעברת נתונים כאמור לא תפגע בזכויות יסוד ואינטרסים ציבוריים מוגנים, במידה העולה על הנדרש ; ובכל מקרה, מתבקש בית המשפט הנכבד להצהיר כאמור לגבי בעלי חסיון עיתונאי.

118.4. סעיף 5 לחוק נתוני תקשורת סותר את חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.

לחלופין, יש להגביל את תחולתו ולקבוע שההסדר המידתי בנסיבות העניין הוא שעל רשות חוקרת שקיבלה מידע, בצו או בהחלטה מנהלית, לפי חוק נתוני תקשורת, להעביר למנוי העתק מן הצו או ההחלטה בתוך 7 ימים מיום שניתנו הצו או ההחלטה המנהלית.

118.5. אופיו הזמני של סעיף 14, כמו גם מידת הפירוט הנדרשת במסגרתו, אינם מהווים ביקורת מספיקה או ראויה ולפיכך על המחוקק לקבוע מנגנוני ביקורת ופיקוח נוספים.

118.6. על המחוקק לקבוע סעיף פסלות ראיות עצמאי, כך שנתוני תקשורת שהתקבלו תוך חריגה מהוראות חוק נתוני תקשורת יהיו פסולות מלשמש כראיה.

119. נפקותם של הדברים המפורטים בסעיף 118 לעיל היא :

119.1. הצהרה על בטלותו של סעיף 4 לחוק נתוני תקשורת.

119.2. הצהרה על בטלותו של הביטוי "או עוון" בהגדרת המונח "עבירה" בסעיף 1 לחוק נתוני תקשורת.

119.3. הצהרה על בטלותו של סעיף 5 לחוק נתוני תקשורת.

119.4. הצהרה על בטלותו של הביטוי "הוראת שעה" מכותרת סעיף 14 לחוק נתוני תקשורת.

119.5. הצהרה על בטלותו של סעיף 14(ג) לחוק נתוני תקשורת.

120. בנוסף לכל האמור עד כה, לדידה של מועצת העיתונות, על רשויות החקירה להצהיר בפני בית המשפט הנכבד, שעד למתן הכרעה בעתירה דנא, כל בקשה להעברת נתוני מידע לפי חוק נתוני מידע, תבצע באמצעות צו שופט בלבד.

121. בנוסף, ככל שיינתן צו על תנאי ולפני שתינתן הכרעה בעתירה גופה, מבקשת מועצת העיתונות מבית המשפט הנכבד שיתיר לה להגיש השלמה לעמדתה זו מתחום המשפט המשווה.

ורד כינר, עו"ד

ארנה לין, עו"ד

ארנה לין ושות',
משרד עורכות-דין

הוגש היום, 31 בדצמבר 2008.