

סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה – על סמכותו של מבקר המדינה לקבל גישה ישירה למידע ממוחשב, ופשרת שומרי הסף

יורם רבין¹ ומתן גוטמן²

הדיגיטלי הגיעו עובדי הביקורת למשרדי הגוף המבוקר לצורך איסוף חומרי ביקורת, שלב שנקרא "עבודת השדה". עובדי הביקורת קיבלו סקירה של שיטות התיק השונות של הגוף המבוקר ושל נוהלי הארכיב. בהמשך עבודת השדה קיבלו עובדי הביקורת גישה למידע ה"קשיח" – ארגזים, אוגדנים ותיקיות – לפי שיטות ניהול המידע. עם קבלת המידע בחנו עובדי הביקורת עצמם את המסמכים הרלוונטיים לביקורת, בהתאם לנושא מטלת הביקורת, ונטלו עמם העתקים של החומרים הדרושים. כל עוד התמקדה עבודת השדה במסמכים פיזיים ובחיפוש בארכיבי הגוף המבוקר, לא הייתה כל בעיה

מהותית בגישה הישירה והמלאה של עובדי הביקורת למסמכי הגוף המבוקר.

עידן המידע הדיגיטלי הציב אתגר של ממש למבקר המדינה. בשנים האחרונות נעלמו הארכיבים ואוגדני המסמכים ורוב החומר המקצועי הנדרש לביקורת מצוי כיום

במסמכים ממוחשבים ובתכתובת דואר אלקטרוני (דוא"ל). עבודת השדה הפיזית הומרה בחיפוש מסמכים במחשבי הגוף המבוקר, לרבות בתיבות הדואר האלקטרוני של עובדי הגוף המבוקר הקשורים לנושא הנבדק.

העידן הדיגיטלי לא היה אמור לשנות שינוי מהותי את סדרי עבודת השדה בגופים המבוקרים. עובדי הביקורת אמורים היו להגיע לגוף המבוקר, לקבל סקירה של שיטות תיוק החומר במחשבים, ולאחר מכן לפעול לאיתור המידע הדרוש לצורכי הביקורת בתיקיות המחשב משקל בין מבקר המדינה לגופים המבוקרים, ובראשם משרד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה. הגורמים הרלוונטיים במשרד המשפטים גרסו כי למבקר המדינה אין סמכות חוקית להתחבר ישירות לרשת הממוחשבת של הגוף המבוקר, ולפיכך על עובדי משרד המבקר להגיש בקשה פרטנית לחיפוש במחשב לפי "מילות מפתח", ועובדי הגוף המבוקר יחפשו את החומר ובתום איתורו יעבירוהו לידי משרד מבקר המדינה.

"עידן המידע הדיגיטלי הציב אתגר של ממש למבקר המדינה. בשנים האחרונות נעלמו הארכיבים ואוגדני המסמכים ורוב החומר המקצועי הנדרש לביקורת מצוי כיום במסמכים ממוחשבים ובתכתובת דואר אלקטרוני (דוא"ל)"

אתגרה של ביקורת המדינה בעידן המידע הדיגיטלי

ביקורת המדינה היא מאושיות המשטר הדמוקרטי המודרני. ברוב מדינות העולם הדמוקרטי הוקם מוסד ביקורת ממלכתי עליון (Supreme Audit Institution - SAI) בלתי תלוי, שתפקידו לבחון את פעולות המינהל הממשלתי וגופים ציבוריים אחרים ולבקרן. עקרונות הפעולה של מוסדות ביקורת מדינה עליונים מוסדרים בהצהרת לימה משנת 1977³ ובהצהרת מקסיקו משנת 2007⁴ של הארגון הבין-לאומי של מוסדות ביקורת המדינה, INTOSAI⁵. הצהרות אלו קובעות בין השאר את החובה לאפשר לעובדי הביקורת גישה מלאה למידע. ביקורת נסמכת בעיקר על מידע המתקבל מהגופים המבוקרים. ביקורת מדינה מקצועית ואובייקטיבית תלויה בגישה מלאה של עובדי הביקורת למידע המצוי בידי הגוף המבוקר כגון סיכומי דיונים, תכנית עבודה, חוות דעת והתכתובות שונות. הכלי

המרכזי המאפשר למשרד מבקר המדינה לבצע עבודה מקצועית, מהימנה ותקפה הוא חשיפה לכלל המידע הרלוונטי לנושא הנבדק.

מתחילת פעולתו של מוסד מבקר המדינה, בשנת 1949, קיבלו עובדי הביקורת גישה מלאה למידע המוחזק בגוף המבוקר, והנוהג היה כי איתור המסמכים נעשה בידי עובדי משרד מבקר המדינה. טרם העידן

1 פרופ' למשפטים. כיום נשיא המכללה למנהל. בשנים 2016-2019 שימש כיועץ המשפטי למבקר המדינה, ובתפקידו זה עמד בראש הצוות מטעם מבקר המדינה לניסוח "נוהל עבודה בעניין איתור של מידע ומסמכים המצויים במערכות המידע של גופים מבוקרים ברשות המבצעת ואיסופם בידי מבקר המדינה ועובדיו בעת מילוי תפקידם על פי דין" (נוהל משותף של היועץ המשפטי לממשלה ומבקר המדינה, 19 בנובמבר 2019):

www.mevaker.gov.il/he/publication/Articles/Documents/Nohal-Hasdara.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1 (להלן: "הנוהל").

2 ד"ר למשפטים. מרצה מן החוץ במרכז הבינתחומי. מומחה למשפט חוקתי ומינהלי. המומחה המשפטי של אולפן ynet. בשנים 2012-2019 שימש בתפקיד ראש מטה מנכ"ל משרד מבקר המדינה.

3 The Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts (1977): https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INT_P_1_u_P_10/INTOSAI-P-1_en.pdf (להלן: "הצהרת לימה").

4 The Mexico Declaration on SAI Independence (2007): https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INT_P_1_u_P_10/INTOSAI-P-10_en.pdf (להלן: "הצהרת מקסיקו").

5 International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI)

הצגת המחלוקת הפרשנית על סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה

הסמכות החוקתית של מבקר המדינה לקבל חומרי ביקורת מהגופים המבוקרים מעוגנת בסעיף 3 לחוק-היסוד, שזו לשונו:

”גוף העומד לביקורתו של מבקר המדינה ימציא למבקר ללא דיחוי, לפי דרישתו, ידיעות, מסמכים, הסברים, וכל חומר אחר שלדעת המבקר דרושים לו לצרכי ביקורת.”

עמדת משרד המשפטים הייתה כי יש ליתן לסעיף 3 האמור פרשנות התואמת, לפי גישתו, את לשון החוק, ולפיה חובת המצאת המידע מוטלת על הגופים המבוקרים – עליהם למסור לידי מבקר המדינה, על פי דרישתו, מידע הנחוץ לו לצורכי הביקורת. מכאן גם נבעה גישתו של משרד המשפטים כי איתור המידע ייעשה בידי עובדי הגוף המבוקר ולא תהיה גישה ישירה של עובדי משרד מבקר המדינה למסמכים הממוחשבים של הגוף המבוקר או לתיבות הדוא”ל של עובדים בגוף המבוקר.

מנגד, עמדת משרד מבקר המדינה הייתה כי יש לפרש את הסמכות הקבועה בסעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה באופן המגשים את התכלית שביסודו. סמכות זו צריכה לאפשר למבקר ולעובדיו גישה בלתי אמצעית ובלתי מסויגת לכל מידע שלדעת המבקר דרוש לו לצורכי הביקורת. לפיכך איתור המידע ייעשה בידי עובדי הביקורת ויקיף גישה לכל מידע ממוחשב, לרבות מידע הנשמר באמצעי מגנטי או אופטי והמיועד לעיבוד ממוחשב, מאגרי מידע, תיקיות ממוחשבות ותיבות דוא”ל של עובדים בגוף המבוקר. לגישת המבקר, פרשנות מצמצמת שתגביל את גישתם של עובדי הביקורת למידע ותמנע מהם גישה ישירה למידע תתלה את הביקורת בסיוע חומרי הגלם שייעשה בידי המבוקר, סיוע שיסכל את האפשרות לבצע ביקורת מדינה אובייקטיבית ומקצועית.

”גישתו של משרד המשפטים כי איתור המידע ייעשה בידי עובדי הגוף המבוקר ולא תהיה גישה ישירה של עובדי משרד מבקר המדינה למסמכים הממוחשבים של הגוף המבוקר או לתיבות הדוא”ל של עובדים בגוף המבוקר.

עמדת משרד מבקר המדינה הייתה כי סמכות זו צריכה לאפשר למבקר ולעובדיו גישה בלתי אמצעית ובלתי מסויגת לכל מידע שלדעת המבקר דרוש לו לצורכי הביקורת”

מנגד, מבקר המדינה גרס כי סמכותו הבלתי מסויגת לקבל מידע מהגוף המבוקר היא לב לבה של עבודת ביקורת מקצועית ואובייקטיבית. לשיטתו של המבקר, לעובדי משרדו סמכות לקבל בעצמם גישה מלאה ובלתי מסויגת לכל מידע, מכל סוג שהוא, המצוי על כל סוג מדיה, לרבות מדיה מגנטית, מערכות ממוחשבות ודוא”ל. מבקרי המדינה לדורותיהם סברו כי סוגיה זו היא לזו השדרה של עבודת ביקורת מקצועית: אם ביקורת המדינה תסתמך על מידע שיועבר ויסונן בידי עובדי הגוף המבוקר, לא תיתכן ביקורת מדינה אפקטיבית. מלאכת איתור המידע בסביבה הדיגיטלית היא משימה מורכבת הנוגעת

”התעוררו בעניין זה ממש מחלוקות כבדות משקל בין מבקר המדינה לגופים המבוקרים, ובראשם משרד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה. הגורמים הרלוונטיים במשרד המשפטים גרסו כי למבקר המדינה אין סמכות חוקית להתחבר ישירות לרשת הממוחשבת של הגוף המבוקר, ולפיכך על עובדי משרד המבקר להגיש בקשה פרטנית לחיפוש במחשב לפי ‘מילות מפתח’, ועובדי הגוף המבוקר יחפשו את החומר ובתום איתורו יעבירוהו לידי משרד מבקר המדינה.

מנגד, מבקר המדינה גרס כי סמכותו הבלתי מסויגת לקבל מידע מהגוף המבוקר היא לב לבה של עבודת ביקורת מקצועית ואובייקטיבית”

למהות, לבסיס ולתשתית של עבודת השטח שעושים עובדי הביקורת. אין חולק כי כתיבת דוח ביקורת שאינו מבוסס על כל התשתית הראייתית הרלוונטית אלא נסמך על מסמכים וחומרים שנאספו באופן לא ראוי ולא מקצועי – משמעה כי דוח הביקורת יסתמך על ספקולציות וביקורת המדינה כולה תהיה למשענת קנה רצוף.

כלומר השאלה שהתעוררה הייתה של מי יהיו הידיים על המקלדת – ידיו של עובד הביקורת שיכול לחפש ולאתר בחופשיות מסמכים בגוף המבוקר, כפי שחיפש בעבר בארכיבים ממשיים, או ידיו של עובד הגוף המבוקר שיאתר את המידע והמסמכים ויסננם לפני שיעבירם לעובדי הביקורת. עיקרה של מחלוקת זו נוגעת לפרשנותו החוקתית של סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה, שבו מעוגנת סמכותו של המבקר לדרוש מידע.

פרשנות תכליתית של סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה

לשון החוק – המסע הפרשני מתחיל בלשון החוק, ובשאלה אם לשון החוק סובלת את הפרשנות ולפיה למבקר המדינה סמכות לגישה בלתי אמצעית ובלתי מסויגת לכל מידע שלדעתו דרוש לו לצורכי הביקורת, וכנגזר מכך שאיתור המידע יעשה בידי עובדי הביקורת במישרין וללא תיווך וסינון. עמדתנו היא, שלשון סעיף 3 רחבה ומקיפה את האפשרות הפרשנית שבסמכותו של המבקר או מי מטעמו לאפשר לעובדי הביקורת גישה בלתי אמצעית למסמכים של הגוף המבוקר, על מנת שהמבקר יוכל למלא את תפקידו. אין חולק כי מבחינה לשונית התיבה "ימציא למבקר" כוללת את האפשרות שהמבוקר יעביר למבקר, למשל, את כל המסמכים הממוחשבים או את כל תיבות הדוא"ל של עובד פלוני שפעולותיו נבחנות במסגרת הביקורת. מכאן שלשון התיבה מאפשרת למבקר או לנציגו לבחון את תיבת הדוא"ל ולברור את המסמכים הרלוונטיים בעיניו לצורך הביקורת. הפרט החשוב הוא שמשמעות זו עולה בקנה אחד עם תכלית ההוראה החוקתית.

תכלית סובייקטיבית – סמכותו של מבקר המדינה לדרוש מכל גוף מבוקר להמציא לו כל מידע הדרוש לו לצורכי הביקורת וחובת הגופים המבוקרים להמציא את המידע המבוקש, עוגנו בחוק מבקר המדינה.¹⁰ כשכונן חוק היסוד בשנת 1988 הוחלט לקבוע בו ולא בחוק הרגיל את הסעיף המעניק את הסמכות לקבל חומרים. מהחלטה זו אפשר ללמוד על כוונת הכנסת להדגיש ולחזק את חשיבותה העקרונית של הסמכות לקבל חומרים, להבטיח מסירת חומרי ביקורת מצד הגופים המבוקרים, ולמנוע מהם העלאת טענות נגד מסירתם. כך אמר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ אליעזר קולס, בעת הבאתו של חוק היסוד לקריאה שנייה ושלישית:

"את החובה להמציא ידיעות למבקר – חובה שלא היתה קיימת בהצעת חוק היסוד אלא בחוק המבקר – החלטנו לכלול בחוק היסוד [...]. זאת כדי לאפשר למבקר המדינה לקבל ידיעות, מסמכים, הסברים

"עמדתנו היא, שלשון סעיף 3 רחבה ומקיפה את האפשרות הפרשנית שבסמכותו של המבקר או מי מטעמו לאפשר לעובדי הביקורת גישה בלתי אמצעית למסמכים של הגוף המבוקר, על מנת שהמבקר יוכל למלא את תפקידו"

עוד גרס מבקר המדינה כי מיקומו של ההסדר לקבלת חומרים בחוק-יסוד: מבקר המדינה, מלמד שהסמכות לקבל חומרים היא סמכות בעלת מעמד חוקתי המעוצבת ככלל חוקתי, וככזו היא מהווה דין מיוחד הגובר על הוראות חסיון שונות הקיימות בחוקים שונים ובדין, ואף על עקרונות חוקתיים אחרים.

הפרשנות הראויה של סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה

דעתנו היא כי עמדת מבקר המדינה ראויה ומעוגנת בדין, שכן היא מביאה בחשבון את כלל השיקולים הרלוונטיים בפרשנות תכליתית של נורמה חוקתית. כידוע, הוראה חוקתית יש לפרש באופן שיבטא את מעמדה המיוחד של ההוראה החוקתית. חוקי-היסוד מהווים מערכת נורמטיבית חוקתית-על-חוקית ויש לפרשם באופן שיבטא את מעמדם זה.⁶ בפרשנות החוקתית עלינו להעניק מובן לתכלית שביסודה של ההוראה החוקתית. הפרשנות התכליתית מבוססת על שלושה מרכיבים: לשון ההוראה החוקתית, תכלית ההוראה החוקתית ושיקול דעת.⁷ על הפרשן לעמוד על האפשרויות הלשוניות של הסעיף הנתון לפרשנות. לאחר מכן עליו לעמוד הן על התכלית הסובייקטיבית של יוצרי הנורמה החוקתית הן על התכלית האובייקטיבית של ההוראה החוקתית – "התכלית האובייקטיבית מהווה את הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר הטקסט צריך להגשים בחברה דמוקרטית".⁸ לבסוף על הפרשן לבחור מבין הפרשנויות האפשריות מבחינת לשון הטקסט את האופציה המגשימה את תכלית הטקסט החוקתי. מטבע הדברים, "בפרשנות חוקה מכריעה התכלית האובייקטיבית. לתכלית הסובייקטיבית... תפקיד משני".⁹

"דעתנו היא כי עמדת מבקר המדינה ראויה ומעוגנת בדין, שכן היא מביאה בחשבון את כלל השיקולים הרלוונטיים בפרשנות תכליתית של נורמה חוקתית. כידוע, הוראה חוקתית יש לפרש באופן שיבטא את מעמדה המיוחד של ההוראה החוקתית. חוקי-היסוד מהווים מערכת נורמטיבית חוקתית-על-חוקית ויש לפרשם באופן שיבטא את מעמדם זה"

6 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, פס" 24 לפסק דינו של השופט ברק (2006).

7 אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 133 (2003).

8 שם, בעמ' 134.

9 שם, בעמ' 138.

10 חוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958.

האם בעידן הנוכחי שבו הקלסרים עבי הכרס נעלמים מהנוף, והמידע מוחזק באמצעים דיגיטליים אין עוד צורך בעבודת שדה? היעלה על הדעת שביקורת המדינה תתנהל "בשלט רחוק" – מבקר המדינה יציג דרישות שונות לקבלת מידע והמידע יישלח למשרדו בלי שעובדי הביקורת יגיעו לגוף המבוקר? תרחיש כזה אינו עולה בקנה אחד עם תכלית הסעיף – לאפשר ביקורת מדינה יסודית,

יעילה, מקצועית ואובייקטיבית.

בהתאם לתכלית האובייקטיבית שביסודו של סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה, יש לפרש את הצירוף "לפי דרישתו" באופן שיקדם את המטרה – ביצועה של ביקורת מדינה אפקטיבית – ולכן יש לראות את הצירוף ככולל גם את סמכותו של המבקר לקבוע את אופן המצאת המסמכים לידי.

עצמאות הביקורת

עצמאותה ואי-תלותה של ביקורת המדינה הן עקרונות יסוד בפעולתה. ייחודה של ביקורת המדינה כעצמאית ובלתי תלויה – מבחינת המעמד, הסמכויות, האמצעים הכספיים וקבלת עובדים – מאפשרת ביקורת מקצועית, עניינית, אובייקטיבית, ללא משוא פנים, אמינה ויעילה. עצמאות זו היא הבסיס לקיומה של ביקורת בלתי תלויה ברשות המבצעת. ניתן לומר כי אי-התלות היא נשמת אפה של ביקורת מדינה אובייקטיבית ונטולת פניות. את עקרונות הפעולה של מוסדות הביקורת העליונים הסדיר, כאמור, הארגון הבין-לאומי של מוסדות ביקורת המדינה בהצהרת לימה משנת 1977 ובהצהרת מקסיקו משנת 2007.¹² עצמאותה של ביקורת המדינה הוגדרה בהצהרות אלה כעיקרון בעל חשיבות ראשונה במעלה. בשנת 2014, בעקבות מאמץ משותף של עשרות מדינות ובהן ישראל, החליטה העצרת הכללית של האו"ם כי מוסד ביקורת מדינה אינו יכול לפעול באופן אובייקטיבי ואפקטיבי אלא אם תישמר עצמאותו ואי-תלותו בגופים המבוקרים ואם יהיה מוגן מפני השפעות חיצוניות.¹³ בישראל עוגנה עצמאות הביקורת כבר בתחילת

"לעמדתנו, מכלול המטרות והאינטרסים הנוגעים לעבודת ביקורת המדינה מטים את הכף בבירור לטובת הפרשנות שיש לאפשר לעובדי מבקר המדינה גישה ישירה ('ידיים על המקלדת') לחומרים הפיזיים והממוחשבים המצויים אצל הגוף המבוקר"

וכל חומר אחר שלדעתו דרוש לו לצורכי ביקורת. הבנו שבלא סעיף כזה יקשה על המבקר לבצע את עבודת הביקורת ביעילות וביסודיות.¹¹

הכנסת, אם כן, התכוונה להעצים את סמכותו של מבקר המדינה לגשת לחומרים וקבעה כי סמכותו לקבל מידע תהא חוקתית על מנת להבטיח ביקורת יעילה ויסודית. נראה שהתכלית הסובייקטיבית של חוק

היסוד תומכת בעמדה הפרשנית שלמבקר המדינה סמכות לגישה בלתי אמצעית ובלתי מסויגת לכל מידע שלדעתו דרוש לו לצורכי הביקורת.

תכלית אובייקטיבית – התכלית האובייקטיבית היא המטרות והאינטרסים אשר הטקסט החוקתי של סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה צריך להגשים במדינה דמוקרטית. לעמדתנו, מכלול המטרות והאינטרסים הנוגעים לעבודת ביקורת המדינה מטים את הכף בבירור לטובת הפרשנות שיש לאפשר לעובדי מבקר המדינה גישה ישירה ("ידיים על המקלדת") לחומרים הפיזיים והממוחשבים המצויים אצל הגוף המבוקר.

ביקורת מדינה מקצועית ואובייקטיבית

חוק-יסוד: מבקר המדינה מבקש לקדם ביקורת מדינה מקצועית ואובייקטיבית. קבלת הפרשנות ולפיה איתור המסמכים והמידע הדרושים לצורכי הביקורת ייעשה בידי עובדי הגוף המבוקר מקשה על מבקר המדינה לאסוף מידע ומסמכים באופן מקצועי ואיכותי, דבר שעלול לפגוע באיכות דוחותיו של מבקר המדינה. הגישה שעל מבקר המדינה לפרט את המסמכים הדרושים לו לצורכי הביקורת והגוף המבוקר ימציא את המסמכים לעובדי הביקורת, אינה מעשית. על מנת שעובדי הביקורת יוכלו לדרוש מסמכים מסוימים, עליהם לדעת מראש אילו מסמכים קיימים בגוף המבוקר ואת הרלוונטיות שלהם לנושא הביקורת. לעובדי המבקר צריכה להינתן גישה ישירה ובלתי אמצעית למידע הנמצא בידי הגופים המבוקרים על מנת להבטיח שכל המידע מובא לידיעתם. זהותו של הגורם המאתר היא עניין מהותי הנוגע ליכולתו של המאתר להפעיל שיקול דעת ולאחר את המידע הדרוש. קבלת העמדה הפרשנית המנוגדת מייטרת לגמרי את עבודת השדה.

12 התקן הבין-לאומי של ארגון מוסדות ביקורת עליונים ISSAI 1- Founding Principles.

United Nations General Assembly, Promoting and fostering the efficiency, accountability, effectiveness and transparency of public

11 ד"ר 1855, 161 (התשמ"ח).

הדרך: בסעיף 3 לחוק בנוסחו המקורי (משנת 1949) נקבע כי "במילוי תפקידו יהיה המבקר אחראי בפני הכנסת בלבד ולא יהיה תלוי בממשלה". בהמשך עוגן ההסדר ברמה החוקתית, בסעיף 6 לחוק יסוד: מבקר המדינה.

קבלת הפרשנות שאיתור המסמכים ייעשה בידי הגוף המבוקר ללא מעורבות מבקר המדינה פוגעת בעקרון אי-התלות של מבקר המדינה ובעצמאותו, ומתנה את יכולת הביקורת

שלו במסמכים שימצא לו הגוף המבוקר. עמדתנו היא כי עמדה פרשנית זו מנוגדת לעקרון-העל של עצמאות ביקורת המדינה ואי-תלותה בגופים המבוקרים.

ניגוד עניינים של עובדי הגוף המבוקר

לעובד ציבור אסור להימצא במצב שקיימת בו אפשרות ממשית של ניגוד עניינים, ניגוד בין האינטרס הקשור במימוש סמכותו ובין אינטרס אחר כלשהו הקשור בו.¹⁴ גם כאשר עובד הגוף המבוקר מבין את חשיבותה של הביקורת בחשיפת ליקויים בהתנהלות הגוף המבוקר, השארת סמכות העברתם של מסמכים רלוונטיים בידי עוללה לעורר בו התלבטות לגבי העברתם (כולם או חלקם) ובשל כך להעמידו במצב של חשש לניגוד עניינים.¹⁵

הדברים נכונים ביתר שאת לאור העובדה שלעיתים הביקורת מעלה חשש לביצוע מעשה פלילי או לעבירה משמעתית מצד עובדים

administration by strengthening supreme audit institutions, 20 November 2014.

14 בג"ץ 531/79 "סיעת הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 569, 566 (1980).

15 השופט ברנזון הטיב לתאר את התנגשות זו של אינטרסים בבג"ץ 293/64 עלי חסין נ' אלוני, בתור רשות מוסמכת לפי חוק החכרת מקרקעין (הוראות שעה), תשי"ט-1959, פ"ד יט(1) 576, 572 (1965): "אולם אדם קרוב לעצמו, למשרדו, למחלקתו ולענייניהם, והוא עלול על נקלה להזדהות שלא בכוונה עימם מבלי שיחוש כלל שהוא נוקט עמדה לא בלתי משוחדת כלפי הגוף שבראשו הוא עומד ולעניינו הוא דואג. כידוע, במקרים כאלה יש למנוע לא רק את הסכנה של אי עשיית צדק, אלא גם את האפשרות שלא ייראה שהצדק נעשה. ואם חשוב כל כך שתיראה עשיית הצדק, הרי עוד יותר חשוב שאמנם הצדק ייעשה".

"לעובד ציבור אסור להימצא במצב שקיימת בו אפשרות ממשית של ניגוד עניינים, ניגוד בין האינטרס הקשור במימוש סמכותו ובין אינטרס אחר כלשהו הקשור בו. גם כאשר עובד הגוף המבוקר מבין את חשיבותה של הביקורת בחשיפת ליקויים בהתנהלות הגוף המבוקר, השארת סמכות העברתם של מסמכים רלוונטיים בידי עוללה לעורר בו התלבטות לגבי העברתם (כולם או חלקם) ובשל כך להעמידו במצב של חשש לניגוד עניינים"

בגוף המבוקר. במקרים אלו, נקבע בסעיף 14(ג) לחוק מבקר המדינה, יביא המבקר את העניין לידיעת היועץ המשפטי לממשלה.¹⁶ לכן, עובדי הגוף המבוקר הנדרשים להעביר מידע למבקר המדינה נמצאים בניגוד עניינים בשל האפשרות שהמידע הנדרש יחשוף אותם להעמדה לדין פלילי או משמעתי. גם מטעם זה לא ראוי להפקיד בידי עובדי הגוף המבוקר את

הביקורת בלי שיוכלו עובדי הביקורת לפקח ולוודא כי אכן הועברו כל המסמכים הרלוונטיים לנושא הביקורת.

השראה פרשנית מחוק הביקורת הפנימית

סעיף 9 לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, מקנה במפורש למבקר פנימי סמכות גישה ישירה למידע ממוחשב: "למבקר הפנימי תהיה גישה, לצורך ביצוע תפקידו, לכל מאגר רגיל או ממוחשב, לכל בסיס נתונים ולכל תכנית עבודה של עיבוד נתונים אוטומטי של הגוף שבו הוא משמש מבקר". האם הסדר זה מעיד על הסדר שלילי בחוק-יסוד: מבקר המדינה? לטעמנו, מן ההסדר בחוק הביקורת הפנימית יש ללמוד דווקא כי גם למבקר המדינה יש סמכות לקבל גישה למסמכים שבמחשבי הגוף המבוקר. לנוכח הדמיון הפונקציונלי הרב בין תפקידי מבקר המדינה ומבקר הפנים, יש להקיש מחוק הביקורת הפנימית על הסמכויות והכלים שניתנו למבקר המדינה לצורך מימוש תפקידו, ולהסיק כי הדברים שנאמרו על סמכותו הרחבה של מבקר פנימי לקבל מידע ממוחשב נכונים מקל וחומר גם למבקר המדינה. עבודת ביקורת המדינה ועבודת הביקורת הפנימית הן חוליות הפועלות זו לצד זו ומשלימות זו את זו.¹⁷

16 יורם רבין ותהלה יונגרד "העלתה הביקורת חשש למעשה פלילי: על סעיף 14(ג) לחוק מבקר המדינה והסדרים קשורים" עיונים בביקורת המדינה, גיליון 63, 75 (2018).

17 ע"מ 6013/04 משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית, פ"ד ס(4), פס' 16 לפסק דינו של השופט ריבלין (2006): "עולה מן האמור כי אין מקובלת עליי העמדה הגורפת העולה מדברי המערער, כי המבקר הפנימי הוא לא יותר מכלי עזר בידי הנהלת הגוף המבוקר - 'כלי ניהולי' גרדא - והציבור, מבחינתו, צריך 'להסתפק' בביקורת החיצונית של מבקר המדינה [...] מבקר המדינה הוא 'מבקר-על',

גם הם כחלק מהעולם הווירטואלי.¹⁹ למשל הביטוי "מודעה" לצורכי תעמולת בחירות פורש גם כפרסום וירטואלי באינטרנט וברשתות חברתיות.²⁰ מכאן שסמכות המבקר לקבל "מידע" מקיפה גם גישה לכל המידע הממוחשב של הגוף המבוקר. לסיכום, כסמכותו של מבקר פנימי, גם למבקר המדינה סמכות לקבל גישה ישירה למערכות ממוחשבות.

תקינה בין-לאומית

התקנים הבין-לאומיים שמוסדות ביקורת עליונים פועלים לפיהם מדגישים אף הם את החשיבות שבמתן גישה ישירה ובלתי אמצעית למידע של הגופים המבוקרים, על מנת לאפשר ביקורת מדינה מקצועית ואפקטיבית. עקרונות הפעולה הבסיסיים שארגוני ביקורת פועלים על פיהם, שנקבעו כאמור בידי הארגון הבינלאומי של מוסדות ביקורת מדינה עליונים (Intosai), עוגנו בהצהרת לימה, הקובעת את דרישות הסף שמוסד צריך לקיים כדי להימנות עם מסדר מוסדות הביקורת העליונים. במסגרת זו עוגנה החשיבות של מתן גישה למידע לצורך הביקורת.²¹ בהמשך, בהצהרת מקסיקו, שב Intosai ועמד על חשיבותה של ביקורת מדינה עצמאית הנהנית ממנדט פעולה רחב.²² בסעיף 4 של ההצהרה, שכותרתו "גישה בלתי מוגבלת למידע"

(Unrestricted access to information), נקבע בין השאר:

"SAIs should have adequate powers to obtain timely, unfettered, direct, and free access to all the necessary documents and information, for the proper discharge of their statutory responsibilities."

אכן, התקנים הבין-לאומיים משקפים את הגישה המקובלת בעולם: יש להקנות למבקר המדינה גישה ישירה ובלתי מסוגיות לכל המידע והמסמכים הנדרשים לצורך הביקורת.

גישה ישירה למידע כסמכות עזר לצורך ביצוע הביקורת

סוגיה זו ניתנת לבחינה גם מכיוונו של המשפט המינהלי, בלי להכריע בפרשנותו החוקתית של סעיף 3 לחוק-היסוד. סעיף 17(ב) לחוק

אמנם לשון חוק הביקורת הפנימית שונה מלשון חוק-יסוד: מבקר המדינה, וסמכותו של מבקר הפנים לקבלת מידע ממוחשב מנוסחת באופן מפורש יותר ומתייחסת לגישה למאגרי מידע ממוחשבים, אך אין מקום לפרש את סמכותו כרחבה מסמכותו של מבקר המדינה. השוני בין ניסוחי חוק הביקורת הפנימית וחוק היסוד נעוץ בהיותו של חוק הביקורת הפנימית מאוחר לחוק מבקר המדינה. בשנת 1992, בשל ההתפתחויות הטכנולוגיות, כבר ניתנה הדעת למידע ממוחשב ובחוק הביקורת הפנימית מאותה שנה הוענקה הסמכות לעיין בחומר זה במפורש. אין ללמוד מכך על העדר סמכות של מבקר המדינה לעיין בחומר ממוחשב ולקבלו לידיו. אדרבה, כוונת המחוקק הייתה לאפשר למבקר המדינה גישה מלאה למידע בכל צורה שהיא, והיעדר התייחסות מפורשת למידע ממוחשב לא באה לצמצם את סמכותו לקבל גישה ישירה למידע כזה. כך גם עולה מחוות דעת של מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים שניתנה ב-2005 לגבי פניית משרד מבקר המדינה לקבל מידע מתיקי מטופלים של קופת חולים לאומית: "אין צורך להכביר מילים על חשיבותה של ביקורת המדינה כאחת מאושיות הדמוקרטיה. ביקורתו של מבקר המדינה על מגוון פעולותיהם של גופי המינהל הציבורי מבטאת את העיקרון שעובדי ציבור הם נאמניו ומשרתיו של הציבור והיא מהווה מניע מרכזי להגברת הנשיאה באחריות של המינהל הציבורי ולשקיפות פעולותיו. על מנת להבטיח את קיומה האפקטיבי של הביקורת, יש וצריכה להיות למבקר גישה לחשבונותיהם של הגופים הכפופים לביקורתו, למסמכיהם ולמאגרי המידע שלהם" (ההדגשה אינה במקור).¹⁸

יתר על כן, המציאות המודרנית – התקדמות טכנולוגית מהירה וחקיקה שאינה מדביקה את קצבה – הולידה במקרים רבים פרשנות תכליתית ולפיה ביטויים שבעבר נחשבו כחלק מן העולם הפיזי מפורשים כיום

שביקורתו חובקת תחומים רבים אך מן הסתם אינה יכולה לכסות הכול-הכול-וכול. זוהי לרוב ביקורת המופנית לנושאים מערכתיים ורחבים בהיקפם. לעומת זאת מבקר הפנים הוא מבקר 'ספציפי'. הוא מכוון את כל חצי ביקורתו כלפי הארגון שבמסגרתו הוא פועל. חלק מתפקידו הוא להשלים, במישור הפרטני, את שמבקר המדינה אינו יכול, לנוכח מהות תפקידו ולאור היקף הנושאים הבלתי נדלה, לבצע. מבקר הפנים גם אחראי לבדוק כי ליקויים שעליהם הצביע מבקר המדינה – מטופלים – כך יוצא שהביקורת ה'חיצונית' והביקורת הפנימית, יותר משהן נבדלות זו מזו, הן משלימות זו את זו ופועלות זו בצד זו".

18 חוות דעת שנכתבה במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים מיום 1 בנובמבר 2005 (עותק שמור בלשכה המשפטית של משרד מבקר המדינה).

19 ראו לדוגמה, ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פ"ד סו(2) 159 (2013).

20 תב"כ 8/21 בן מאיר נ' מפלגת הליכוד (27.2.2019).

21 סעיף 10 להצהרת לימה, לעיל, ה"ש 3.

22 סעיף 4 להצהרת מקסיקו, לעיל, ה"ש 4.

שומרים במחשבי מקום עבודתם ובתיבות הדוא"ל שם, לעיתים בערבוביה, חומרים מקצועיים וחומרים אישיים-פרטיים, וצמצום הגישה של עובדי משרד המבקר למידע ממוחשב נחוץ כדי למנוע פגיעה בפרטיותם. אנו חולקים על גישה זו. סמכותו של מבקר המדינה לקבל מידע לצורכי ביקורת מעוגנת בנורמה חוקתית מפורשת הגוברת על חסיונות שבדין, ועדיפה אף על הזכות לפרטיות המעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

א. היחס בין הסמכות בסעיף 3 לחוק יסוד: מבקר המדינה ובין הזכות לפרטיות בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

שיטת משפט מבוססת על דרגות שונות של נורמות משפטיות. ביסודה של השיטה המשפטית מונחת "דוקטרינת המדרג הנורמטיבי של נורמות (פירמידת הנורמות' של הנס קלזן) לפיה נורמה חוקתית אינה יכולה לסתור נורמה גבוהה ממנה במדרג. בהתאם לכך, תקנה לא תסתור חוק, וחוק לא יסתור הוראה בחוקה, אלא ככל שהחוקה עצמה מתירה זאת ובמגבלות שהיא קובעת"²⁴.

אלא שסעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה וסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעגן את הזכות לפרטיות, מצויים שניהם במדרג נורמטיבי זהה – חוקי היסוד. אין עדיפות לחוק-יסוד אחד על פני אחר. כיצד פותרים התנגשות בין נורמות חוקתיות שוות מעמד? בספרו מידתיות במשפט עמד פרופ' ברק על אפשרויות פתרונה של בעיה זו. לשיטתו, לגבי כל נורמה חוקתית יש לברר אם היא מעוצבת כעקרון או מעוצבת ככלל. זכויות חוקתיות על פי רוב מעוצבות כעקרון. במילותיו של ברק: "זכות המעוצבת כעיקרון מורכבת מערכי יסוד המשקפים אידאלים השואפים למימוש מרבי. אפשר לממשן בדרגות שונות של אינטנסיביות"²⁵. לעומתה נורמה חוקתית המעוצבת ככלל היא הוראה פרטנית ומוגדרת, כגון הוראה סעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובעת כי "כל אזרח ישראל בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי לבחור לכנסת". זהו כלל פרטני ביחס לזכות לבחור.

מהו הדין בהתנגשות בין נורמות חוקתיות שוות מעמד? כשהתנגשות היא בין נורמות חוקתיות המעוצבות כעקרונות אזי אין עקרון אחד גובר על עקרון אחר ויש לאפשר לשני העקרונות להתקיים יחדיו, כגון על ידי מימושם בנורמות תת-חוקתיות או על ידי איזון פרשני ביניהן. ואולם

הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע כי: "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשיתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת". לפי עיקרון זה, לשם הפעלת הסמכויות העיקריות שניתנו לרשות במפורש, היא רשאית לעשות פעולות נלוות הדרושות לה גם ללא הסמכה פרטנית לגביהן.²³ לשיטתנו, מתן אפשרות לעובד הביקורת לעיין במסמכים, הפיזיים או הממוחשבים, טרם הבקשה לקבלת המסמכים, היא שלב ראשון במימוש הסמכות לקבלת מסמכים לפי סעיף 3 לחוק היסוד. הסינון והבחינה בידי עובד הביקורת מסייעים למימוש יעיל ומידתי של הסמכות הכללית לקבל כל מסמך ומידע מן הגוף המבוקר. למעשה, האלטרנטיבה היא שהמבקר ידרוש את כל תיקיות המסמכים בתחומים מסוימים ולאחר מכן יבצע את הסינון והחיפוש בעצמו בשרדי המבקר. לפיכך, האפשרות שתינתן לעובד הביקורת גישה חופשית לכל המידע בגוף המבוקר טרם הקביעה אילו מסמכים יילקחו לצורך הביקורת היא הלכה למעשה סמכות עזר למימוש הסמכות המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה. מבחינה תורתית עשויה להתערור שאלת תחולתן של הוראות חוק הפרשנות האמור על הוראה בחוק-יסוד, אך העיקרון הכללי בדבר סמכויות עזר חל על כל נורמה משפטית.

הממד החוקתי – סמכות מבקר המדינה לדרוש גישה למידע מול הזכות לפרטיות וחסיונות שבדין

טענה מרכזית נגד הגישה הישירה והחופשית של עובדי מבקר המדינה לחומר ממוחשב בכלל ולדוא"ל של עובדי הגוף המבוקר בפרט היא החשש מפני פגיעה בפרטיות. נטען כי עובדים בגופים המבוקרים

"טענה מרכזית נגד הגישה הישירה והחופשית של עובדי מבקר המדינה לחומר ממוחשב בכלל ולדוא"ל של עובדי הגוף המבוקר בפרט היא החשש מפני פגיעה בפרטיות. נטען כי עובדים בגופים המבוקרים שומרים במחשבי מקום עבודתם ובתיבות הדוא"ל שם, לעיתים בערבוביה, חומרים מקצועיים וחומרים אישיים-פרטיים, וצמצום הגישה של עובדי משרד המבקר למידע ממוחשב נחוץ כדי למנוע פגיעה בפרטיותם"

23 בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 358, 353 (1994): "הוראה זו בעצם מצהירה על עיקרון פרשני ידוע, ולפיו... הענקה סמכות לבצע פעולה משמעותה גם הענקה סמכות לבצע כל דבר שבלעדיו לא ניתן לבצע אותה פעולה".

24 אהרן ברק מידתיות במשפט 120 (2010).

25 בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 8 לפסק דינו של השופט מוזס (פורסם בנוב, 6.8.2017).

כי הזכות לפרטיות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נסוגה מפני סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה, איננה קובעת כי סמכות מבקר המדינה לקבלת מידע תיושם באופן שאינו סביר או שאינו מידתי כנדרש לפי כללי המשפט המינהלי.

ב. אי-תחולתה של הלכת איסקוב על סמכויות מבקר המדינה
בהלכת **איסקוב** הוגבלה זכותו של מעסיק להיכנס לתיבת דוא"ל של עובד ונקבע שיש לקבל את הסכמתו של העובד לכניסת המעסיק לתיבת דוא"ל שיש בה התכתבויות אישיות.²⁷ על בסיסה של הלכה זו ניסו גופים מבוקרים לבסס אנלוגיה בין הדין החל על מעסיק ובין הדין החל על מבקר המדינה: כשם שהגוף המבוקר (המעסיק) אינו רשאי להיכנס לתיבת דוא"ל ללא רשותו של העובד כך אינו רשאי גם מבקר המדינה.

איננו מקבלים השוואה זו. סמכותו של מבקר המדינה לדרוש כל חומר הדרוש לו לדעתו לצורכי הביקורת היא סמכות שהוקנתה לו בחוק-יסוד והיא גוברת על הזכות לפרטיות. אין יסוד להשוואה בין סמכות זו של מבקר המדינה ובין פעולותיו של מעסיק העוקב אחר עובדיו עקב יחסי העבודה השוררים ביניהם. אין מקום ללמוד מהדינים והפסיקה החלים על ניטור מידע בידי מעסיק במחשבי עובדיו על מערכת ביקורת המדינה, שזכתה למעמד חוקתי וסמכויותיה ותפקידיה מעוגנים בחוק-יסוד שכן, כאמור, ביקורת המדינה היא מערכת עצמאית שלשם הגשמת תפקידיה וייעודה כגוף ביקורת עליה לקבל מידע המצוי בגוף המבוקר.²⁸

ג. גישת המבקר למידע לעומת חסינות שבדין

לשיטתנו, הסמכות לקבל מסמכים לצורכי הביקורת גוברת על כל טענות החיסיון שבדין המעוגנות בנורמה תת-חוקתית. ההוראה החוקתית בסעיף 3 לחוק היסוד גוברת על כל נורמה אחרת המעוגנת בנורמה תת-חוקתית כגון חוק הגנת הפרטיות או כל חיסיון אחר המעוגן בדין

כשההתנגשות היא בין כלל חוקתי ובין עקרון חוקתי, אזי הכלל, שהוא נורמה פרטנית, גובר על העקרון הכללי. כפי שמציין פרופ' ברק: "מה הדין אם הזכות החוקתית המעוצבת ככלל תתפרש כנורמה שנועדה להשפיע על היקפה של הזכות החוקתית המעוצבת כעיקרון ולצמצמה? איזו מהזכויות החוקתיות גוברת? התשובה הינה כי בהתנגשות זו יחולו בדרך כלל הכללים הרגילים של ברירת הדין. בהתנגשות זו אין תחולה לפסקת ההגבלה ולמידתיות המעצבת אותה."

בפרשת **פלונית** נדון היחס בין הזכות לפרטיות ובין פומביות הדין המשפטי.²⁶ בג"ץ קבע כי פומביות הדין, המעוגנת בחוק-יסוד: השפיטה, גוברת על הזכות לפרטיות. הנשיא ברק חזר על עמדתו שפורטה לעיל בעניין ההתנגשות בין שני עקרונות חוקתיים. השופט דורנר הצטרפה בעניין זה לנשיא ברק, ולגבי היחס בין סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה ובין סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבעה כך:

"הזכות לפרטיות היא כאמור זכות חוקתית, המעוגנת בסעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי 'כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו'. אך גם עקרון פומביות הדין בבתי-משפט קבוע, כפי שצוין, בחוק יסוד – סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה. מעמדן הנורמטיבי אפוא של שתי ההוראות שווה, אך בעוד שחוק-יסוד: השפיטה המסדיר את הסוגיה של פומביות הדין בלבד – הפוגעת תמיד בפרטיות – ומהווה נורמה מיוחדת לעניין זה, הרי שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוסק בפרטיות במלוא היקפה, ועל-כן הוא נורמה כללית, הנסוגה מפני הנורמה המיוחדת (Lex specialis derogat generali)... לפיכך כפי שצינתי בפרשה אחרת, 'בהוראות הכלליות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בדבר הזכות לפרטיות אין כדי לשנות את ההסדר החוקתי המיוחד שנקבע בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה... המסדיר סוגיה מיוחדת'."

ומה הדין בעניינו? לשיטתנו, סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה הוא כלל פרטני הקובע את סמכות המבקר לקבלת מסמכים ואילו הוראת סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעוצבת כעקרון חוקתי כללי. בהתאם לעמדתם של ברק ודורנר בעניין **פלונית**, בהתנגשות כזו הכלל הפרטני בדבר סמכות המבקר לקבל מסמכים גובר על הכלל הכללי בדבר הזכות לפרטיות. זהו מקרה קלאסי של דין פרטני הגובר על דין כללי המצוי באותה רמה נורמטיבית. מכאן שאין מקום לצמצם את סמכות המבקר המפורטת בסעיף 3 לחוק היסוד. יודגש, עצם העובדה

27 ע"ע (ארצי) 8/90 **איסקוב נ' הממונה על חוק עבודת נשים** (פורסם בנבו, 8.2.2011).
28 על חשיבותה הכללית של פעולת הביקורת ככזו עמד בית משפט העליון בבג"ץ 5743/99 **דואק נ' ראש-עיריית קריית ביאליק**, פ"ד נד(3) 410, 415 (2000): "על חשיבותה ועל תפקידיה של הביקורת בכל גוף שלטוני דמוקרטי אין צורך להרחיב את הדיבור. הערובה לקיומו של משטר דמוקרטי תקין מצויה בחשיפתו לביקורת. כדי שמשטר דמוקרטי לא ינצל את כוחו לרעה עליו לפעול בגלוי, תוך חשיפת דרכי עבודתו בפני הציבור שהוא נזקק לאמונו. הביקורת על מוסדות השלטון מעוגנת בעקרונות היסוד של השיטה, והיא נשענת על חופש הביטוי ועל זכות הציבור לדעת".

26 בג"ץ 1435/03 **פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה**, פ"ד נח(1) 529 (2003).

עוגנה עתה כאמור בחוק-יסוד: מבקר המדינה, ובכך היא קיבלה יתר תוקף. מהאמור לעיל מתחייב כי בכל אשר לביקורת הנערכת על ידי מבקר המדינה אין חלות ההוראות המיוחדות של חוק הגנת הפרטיות בעניין מסירת מידע או ידיעות מגופים ציבוריים, אלא חלות ההוראות המיוחדות של חוק יסוד: מבקר המדינה וחוק מבקר המדינה.³⁰ מן האמור לנו למדים כי הסמכות החוקתית של מבקר המדינה ועובדיו לקבל גישה ישירה למידע גוברת על כל טענת חיסיון אחרת המעוגנת בנורמה תת-חוקתית.

פשרת שומרי הסף – נוהל העבודה המשותף שגיבשו היועץ המשפטי לממשלה ומבקר המדינה

בחמש עשרה השנים האחרונות הייתה שאלת סמכותו של מבקר המדינה לקבל גישה ישירה ובלתי אמצעית לכל מידע ממוחשב נושא של התנצחויות לא מעטות עם הגופים המבוקרים. עם היעלמותו ההדרגתית של "עולם הנייר" והמעבר לארכיונים ולמאגרי מידע ממוחשבים, עוד ועוד גופים מבוקרים סירבו בתוקף להעניק למבקר המדינה גישה ישירה כאמור וגברו קשייהם של עובדי משרד מבקר המדינה לקבל חומרי ביקורת. תרמה לכך העובדה שמאז תקופת כהונתו של מבקר המדינה מיכה לינדנשטראוס נעשתה ביקורת המדינה ל"נשכנית" יותר בתחומים שונים, בשל מדיניותו להטיל אחריות אישית בדוחותיו, לציין שמות של מבוקרים, להתמקד בנושאים של טוהר מידות, ולהגביר עריכתה של הביקורת בזמן אמת.³¹ בעקבות כך גברה המשפטיזציה של הביקורת, וגופים מבוקרים רבים אימצו גישה מתגוננת, שבאה לידי ביטוי גם בהערמת קשיים על מסירת מידע לגורמי הביקורת. בשנת 2018 הוחלט במשרד מבקר המדינה לקדם פתרון יסודי יותר של הבעיה ונשקלו כמה אפשרויות:

כגון חיסיון עו"ד-לקוח. חוות הדעת של היועצים המשפטיים לממשלה לדורותיהם במענה על פניות של גופים מבוקרים תמכו בגישה שלסעיף 3 מעמד חוקתי מיוחד הגובר על חסיונות שבדין ושסמכות המבקר לקבל מידע הדרוש לצורכי הביקורת היא רחבה מאוד ומקיפה גם מסמכים שיש בהם מידע שחשיפתו עלולה לפגוע בפרטיות או מסמכים שחלים עליהם חסיונות שונים. כך למשל, בשנת 1984, טרם נחקק חוק היסוד (והובת הגופים המבוקרים להמציא מידע הדרוש לצורכי הביקורת הייתה עדיין מעוגנת בסעיף 11(ה) לחוק מבקר המדינה), התעוררה שאלה על סמכותו של מבקר המדינה לעיין במרשם הפלילי.

היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר יצחק זמיר, קבע בעניין זה כך: "ביקורת מלאה ויעילה מחייבת שכל החומר המצוי אצל הגוף המבוקר יהיה גלוי בפני מבקר המדינה. לצורך זה אין הבדל בין חומר גלוי לחומר חסוי. אם חומר חסוי יישאר חסוי אף בפני ביקורת המדינה, לא יוכל מבקר המדינה למלא את תפקידו כנדרש וכראוי."²⁹ כעבור שנים ספורות, לאחר כניסתו לתוקף של חוק היסוד, הונחה לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר יוסף חריש, שאלת סמכות הביקורת לקבל מרשם משרד הדתות מידע על "טעוני בירור" לעניין נישואין (פסולי חיתון). וכך קבע

"אף שמשדד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה הם גופים מבוקרים, הוחלט לנסח נוהל משותף של היועץ המשפטי לממשלה ומבקר המדינה, שינחה בנושא זה באופן מחייב את הגופים המבוקרים (שיועציהם המשפטיים כפופים למרותו של היועץ המשפטי לממשלה). לאחר חודשים רבים של דיונים בין צוותי העבודה של היועץ המשפטי לממשלה ומבקר המדינה, נוסח 'נוהל עבודה בעניין איתור של מידע ומסמכים המצויים במערכות המידע של גופים מבוקרים ברשות המבצעת ואיסופם בידי מבקר המדינה ועובדיו בעת מילוי תפקידם על פי דין'"

מר חריש בחוות דעתו: "היטב ידע המחוקק, שעה שהכליל בחוק את ההוראה האמורה [הוראת סעיף 3 לחוק היסוד], כי יש בין הגופים העומדים לביקורתו של מבקר המדינה גם כאלה שבמסגרת תפקידם מוחזק בידם מידע או חומר חסוי. אף על פי כן הורה את אשר הורה. מכאן שצרכי הביקורת גוברים על החיסיון ובלבד שצורכי הביקורת ואך הם מחייבים גילוי החומר. מטרה זו יש להגשים הלכה למעשה ומטעם זה אין מבקר המדינה משול לגוף ציבורי אחר המבקש מידע הדרוש לו למילוי תפקידיו. מבקר המדינה מופקד על קיום הביקורת בגופים של המדינה, ודרישת מידע היא מאבני היסוד של פעילותו. דרישה זו

30 חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, מר יוסף חריש מיום 6 ביוני 1989.
31 מדיניות שנמשכה גם בתקופת כהונתו של מבקר המדינה השופט יוסף חיים שפירא.

29 חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, מר יצחק זמיר, מיום 10 באוגוסט 1984 (שמורה בארכיון הלשכה המשפטית של מבקר המדינה).

גובשו לאחר תום כהונתו של מבקר המדינה יוסף שפירא, והנוהל הסופי נחתם בידי מבקר המדינה מתניהו אנגלמן. במבוא לנוהל נקבע כי "בבואו למלא את תפקידו ולהפעיל את סמכויותיו לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה, יפעיל מבקר המדינה בהתאם לתכלית לשמן נועדו, ובמקרים שבהם מתעורר חשש לפגיעה בזכויות יסוד – בריסון, בסבירות ובמידתיות. תשומת לב מיוחדת ניתנת לזהירות מפני פגיעה שלא לצורך בזכות לפרטיות. לצורך כך מנחה מבקר המדינה את עובדיו לפעול באופן זה"³³.

בנוהל נקבע כי עיקרה של עבודת הביקורת ייעשה בדרך של איתור מסמכי הביקורת על פי שיקול הדעת של עובדי משרד מבקר המדינה והנחיותיהם, וכי איתור מסמכי הביקורת במערכות הממוחשבות של הגוף המבוקר ייעשה בעמדות העבודה של הגוף המבוקר ועובדיו. תהליך האיתור נועד לרכז את המסמכים הרלוונטיים לביקורת. הגישה הישירה למידע ולמחשב והקלדת החיפוש ייעשו בידי עובד הגוף המבוקר, שיאתר את המסמכים במערכות הממוחשבות בנוכחות עובד משרד מבקר המדינה ועל פי הנחיותיו. עובד משרד מבקר המדינה יוביל וינתב את תהליך האיתור הדרוש ולשם כך יהיה רשאי לצפות בעבודת האיתור במשך התהליך כולו, אלא אם כן בחר עובד הגוף המבוקר לאפשר לעובד משרד המבוקר לאתר בעצמו ולבדו את המסמכים הרלוונטיים לביקורת.³⁴

עוד נקבע בנוהל כי לא תיעשה פעולת איתור כאמור בתיקיות שתיוגו במחשב בידי עובדים כתיקיות המכילות מידע אישי בלבד, לרבות תיקיות ששמן כולל את המילים "אישי" או "פרטי"³⁵. לגבי איתור מידע בתיבות דוא"ל הנוהל קובע כי פעולת האיתור המסמכים תיעשה בידי עובד הגוף המבוקר שהתיבה הוקצתה לו, בהתאם לנוהל האיתור כמפורט לעיל, ורק לאחר אישור גורם ניהולי במשרד מבקר המדינה, שייקבע בידי מבקר המדינה.³⁶

האפשרות הראשונה: פנייה למחוקק בבקשה לתקן את סעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה ולהוסיף בו סמכות מפורשת לגשת לכל מאגר רגיל או ממוחשב, לכל בסיס נתונים ולכל תכנית עבודה של עיבוד נתונים אוטומטי של כל גוף מבוקר (כסמכות הקבועה כיום בחוק הביקורת הפנימית). אפשרות זו נזנחה לבסוף בגלל אווירה עוינת מצד גורמים פוליטיים בכנסת וחשש מן הצורך לבקש את שיתוף פעולתם של שרים העומדים בראשיהם של משרדי הממשלה הכפופים לביקורתו של מבקר המדינה.

האפשרות השנייה: הגשת עתירה עקרונית לבג"ץ נגד סירובו של אחד מהגופים המבוקרים למסור חומרי ביקורת, בתקווה שבג"ץ יפסוק לטובת מבקר המדינה, אגב אימוצה של פרשנות אוהדת ומרחיבה לסעיף 3 לחוק-יסוד: מבקר המדינה. חרף החשש שהגשת עתירה תסתיים בפשרה לא מיטבית או שבג"ץ יפנה את מבקר המדינה לבקש את תיקונו של סעיף 3 לחוק היסוד (כאמור לעיל) – הוחלט לנסח טיוטת עתירה עקרונית בעניין, אך זו לא הוגשה בסופו של דבר.

בסופו של דבר נבחרה **אפשרות שלישית**, המבטאת פשרה נדירה בין שני שומרי הסף המרכזיים בשיטת הממשל הישראלית. התכתבויות עם משרד המשפטים על אפשרות הגשתה של עתירה עקרונית בעניין (האפשרות השנייה) הולידה שיח מחודש עם משרד המשפטים על הקשיים שחווים עובדי משרד מבקר המדינה בקבלת חומרים בעידן הממוחשב. אך שמשרד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה הם גופים מבוקרים, הוחלט לנסח נוהל משותף של היועץ המשפטי לממשלה ומבקר המדינה, שינחה בנושא זה באופן מחייב את הגופים המבוקרים (שיועציהם המשפטיים כפופים למרותו של היועץ המשפטי לממשלה). לאחר חודשים רבים של דיונים בין צוותי העבודה של היועץ המשפטי לממשלה ומבקר המדינה, נוסח "נוהל עבודה בעניין איתור של מידע ומסמכים המצויים במערכות המידע של גופים מבוקרים ברשות המבצעת ואיסופם בידי מבקר המדינה ועובדיו בעת מילוי תפקידם על פי דין"³². ההסכמות הסופיות

33 שם, בעמ' 1.

34 שם, בסעיף ג1(ג) לנוהל.

35 שם, בסעיף ג2(א) לנוהל.

36 שם, בסעיף ה' לנוהל.

32 הנוהל, לעיל ה"ש 1. נוהל העבודה ארוך ומפורט והסקירה כאן אינה ממצה את האמור בו.

”בפועל, כפי שקורה בכל פשרה, יצאו שני הצדדים וחצי תאוותם בידם. מבקר המדינה ויתר על בלעדיות ‘הידיים על המקלדת’ והגישה הישירה למידע הממוחשב, אך הבטיח עין פוקחת של עובד הביקורת על תהליך החיפוש במסמכים הממוחשבים של הגופים המבוקרים. משרד המשפטים ויתר על עמדתו הפרשנית ולפיה עובדי הביקורת לא ישתתפו בתהליך חיפוש החומרים הממוחשבים. הפשרה שהתקבלה היא סבירה ומידתית, ובעיקר חסכה עימות מיותר בין שני שומרי סף מרכזיים בדמוקרטיה הישראלית.”

בפועל, כפי שקורה בכל פשרה, יצאו שני הצדדים וחצי תאוותם בידם. מבקר המדינה ויתר על בלעדיות “הידיים על המקלדת” והגישה הישירה למידע הממוחשב, אך הבטיח עין פוקחת של עובד הביקורת על תהליך החיפוש במסמכים הממוחשבים של הגופים המבוקרים. משרד המשפטים ויתר על עמדתו הפרשנית ולפיה עובדי הביקורת לא ישתתפו בתהליך חיפוש החומרים הממוחשבים. הפשרה שהתקבלה היא סבירה ומידתית, ובעיקר חסכה עימות מיותר בין שני שומרי סף מרכזיים בדמוקרטיה הישראלית. למיטב ידיעתנו מדובר בשיתוף פעולה ראשון מסוגו בין מבקר המדינה ליועץ המשפטי לממשלה. לסיכום, הנהוג להתקבל כפתרון לבעיה שהלכה והתעצמה הוא דוגמה לשיתוף פעולה מוצלח בין שני שומרי סף, היועץ המשפטי לממשלה ומבקר המדינה, לטובת קיומו וחזקתו של אינטרס ציבורי ראשון במעלה – קיומה של ביקורת מדינה חזקה, יעילה ומועילה.