

28 אוקטובר 2018

לכבוד
עו"ד נעמי אלדובי
יועצת משפטית
ארכיון המדינה
ירושלים

שלום רב,

הנדון: הערות לטיטת תקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך) (תיקון).

התשע"ט-2018

ביום 7 באוקטובר 2018 פורסמה טיוטה לתיקון תקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), התש"ע-2010 (להלן: "תקנות העיון"). הציבור הוזמן להביע את עמדתו בנוגע לכוונת משרד ראש הממשלה להאריך את תקופת ההגבלה על חומר ארכיוני של היחידות הביטחוניות מ-70 שנים ל-90 שנים. כל זאת, 8 שנים בלבד לאחר שתקופת ההגבלה האמורה כבר הוארכה מ-50 ל-70 שנים.

ההערות דלהלן מופנות בשם **התנועה לחופש המידע, האגודה לזכויות האזרח ועקבות: המכון לחקר הסכסוך הישראלי-פלסטיני**, ובעיקרן:

- א. ראשית, מעת שהזכות למידע הפכה לזכות יסוד חוקתית, הרי שלא ניתן לפגוע בה אלא במסגרת הסדר ראשוני;
- ב. שנית, התיקון המוצע אינו עומד במבחן הסבירות וזאת כיוון שהארכת תקופת ההגבלה היא גורפת ושרירותית, ובשל ההתעלמות המוחלטת מהאינטרס הציבורי הרב בחשיפת חומרי הארכיון;
- ג. שלישית, מחוקק המשנה לא עמד בקיום חובת היוועצות כדין עם מועצת הארכיונים;
- ד. רביעית, מחוקק המשנה לא ביצע כל שיתוף ציבור משמעותי.

אנו קוראים לאמץ את המלצת מועצת הארכיונים ולהאריך את תקופת ההגבלה בחמש שנים בלבד כדי לאפשר התארגנות לחשיפת המידע באופן יזום ומבוקר, אף כי נראה שגם תקופה קצרה יותר יכולה להספיק לשם כך. כל זאת במיוחד בשים לב לכך, שבניגוד למצוות התקנות לא נעשה דבר בכיוון זה עד כה, וכי התיקון המוצע כלל אינו מתייחס לאופן שבו תקודם החשיפה היזומה במהלך תקופת ההגבלה המוארכת.

והכול, כאמור להלן:

חוק הארכיונים והזכות למידע

1. סעיף 10 לחוק הארכיונים, התשט"ו-1955 קובע כנקודת מוצא את זכותו של כל אזרח לעיין בחומר המופקד בארכיון המדינה. זאת מתוך הכרה בזכותו של הציבור למידע ובזכות הציבור לעיין במסמכים היסטוריים. כך גם מעגן החוק את התפיסה שלפיה השלטון הוא נאמן הציבור, ומשכך הוא מחזיק במידע הציבורי ככזה.

2. זכות הציבור למידע הוכרה לא אחת בפסיקה. כך, למשל, עמד כבוד נשיא בית המשפט העליון, השופט מאיר שמגר, על חשיבות המידע לדמוקרטיה:

”שיטת הממשל הדמוקרטית ניזונה מכך – ואף תלויה בכך – שמן הציבור ואליו תהיה זרימה חופשית של מידע, אשר נסב על הנושאים המרכזיים, המשפיעים על חיי הכלל ועל חיי הפרט. על-כן יש הרואים בזרימה החופשית של המידע מעין מפתח לפעולתה של המערכת הדמוקרטית כולה”.

בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, פס" 9 לפסק הדין (1981).

3. 19 שנים קודם לכן, עמד כבוד השופט משה לנדוי על חשיבות המידע לדמוקרטיה באומרו כי שליטה על מחשבתו של אזרח מהווה פגיעה קשה ביותר בבסיסה:

”שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה”.

בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז(4) 2407, 2416 (1962).

4. הזכות למידע זכתה לחיזוק משמעותי בדמות חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 וכן עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק צירף את מדינת ישראל לרשימה ארוכה של מדינות שבהן עוגנה הזכות למידע, זכות שהוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מחופש הביטוי – ומשכך – אין לפגוע בה אלא בחוק ובהסדר מידתי שישקף מלאכת איזונים עדינה.

5. הזכות למידע הוכרה גם במשפט הבין-לאומי. כך, בסעיף 19 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) וכן בסעיף 19 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם (Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, U.N.) (Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948).

6. חוק חופש המידע הוביל, הלכה למעשה, למהפכת שקיפות של ממש. זו גם כוללת סייגים שונים שנקבעו בחוק ופורשו בפסיקה הנוגעים להגבלת הגישה למידע – מה שהציב, הלכה למעשה, את הגבולות החלים על שקיפות כיום.

7. מסגרת זו היא המסגרת הנורמטיבית המציבה את זכות הציבור לדעת כברירת מחדל, ואילו את הסירוב למסור מידע כחריג.

8. טיטות התקנות יוצרת רגרסיה בבחינת הזכות למידע – כאשר היא בוחרת להאריך, באופן שרירותי, את תקופת ההגבלה לזמן ממושך של עשרים שנים – והפגיעה בדור שלם שלא יוכל לצפות במידע בנקל – ברורה היא.

התיקון המוצע מהווה הסדר ראשוני

9. טיטות התקנות מבקשת להאריך, פעם נוספת, את תקופת ההגבלה ב-20 שנים נוספות. בכך, הלכה למעשה, החליט מחוקק המשנה לבטל את האפשרות המעשית של הציבור, כמעט לגמרי, להיחשף לחומרי ארכיון רבים שיש בהם כדי ללמד אותנו שיעור חשוב על עברנו כפרטים וכמדינה.

10. כאמור לעיל, הזכות למידע כבר הוכרה בפסיקה לא פעם כזכות חוקתית הנגזרת מחופש הביטוי, ואין להגבילה אלא בחוק. יתר על כן, סעיף 10 לחוק הארכיונים הסמיך את גנז המדינה להטיל הגבלות על חשיפה של חומר ארכיוני מטעמים של ביטחון המדינה, ומכאן שאין לראש הממשלה סמכות מקבילה להטיל הגבלות נוספות מאותם טעמים.
11. אך גם אם נניח שלמחוקק המשנה ניתנה הסמכות להגביל את זכות העיון בחומרי ארכיון, לא ניתן לשוות מצב שבו ההגבלה הזו הופכת מוחלטת והלכה למעשה מרוקנת מתוכן את הוראות חוק הארכיונים ואת זכות הציבור לדעת.
12. בשים לב לכך שזכות העיון הוגבלה תחילה בחמישים שנים ולאחר מכן בעשרים שנים נוספות, הוספה נוספת של עשרים שנים היא שרירותית, ולא ברור מהו האינטרס האמתי שעליו היא מבקשת להגן. כך גם התיקון, כאמור, לא מראה מדוע עוד עשרים שנה יכול ודבר ישתנה.
13. על כן, כשמדובר בתקופה של 90 שנים סך הכול שבחר מחוקק המשנה להגביל את זכות הציבור למידע ארכיוני – מדובר בפגיעה קשה בזכותו של אדם למידע. פגיעה שיש לאפשר רק במסגרתו של הסדר ראשוני שתחוקק הכנסת (וזאת מבלי להיכנס לשאלה אם אף חקיקה שכזו יכולה לעמוד נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).
14. במסגרת בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) קבע כבוד השופט אהרן ברק את התפיסה הבסיסית שלפיה פגיעה בזכות אדם לא יכולה לבוא בדרך של חקיקת משנה, אלא בחקיקה ראשית. זאת, באומרו כי:

"הנה-כי-כן, זכויות האדם מהוות את האדן המרכזי של הדמוקרטיה [...] רגישות זו לזכויות האדם מובילה למסקנה כי הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא לא מעבר למידה הדרושה – צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמאלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה. הנה-כי-כן, הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע, מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט".

15. מהאמור עולה כי הפגיעה שמבקש מחוקק המשנה לפגוע עם תיקון זה, עולה לכדי פגיעה בזכויות אדם שלא יכולה להיעשות אלא בחקיקה ראשית.

חוסר סבירות בהחלטה להאריך את המועד בעשרים שנים

16. מדברי ההסבר שנלווים לטיטות התקנות עולה שההארכה בעשרים שנים נוספות נעשתה מבלי להביא בחשבון את הפגיעה הקשה בערכי יסוד וזכויות חוקתיות, ובאינטרס הציבורי כבד המשקל שבחשיפת המידע.
17. לא זו אף זו – אין בדברי ההסבר משום מתן טעם להארכה בעשרים שנים ולא בתקופה קצרה יותר, ובמיוחד אין בהם דבר שיבטיח שינוי כלשהו בעתיד הנראה לעין.

18. אין בהסדר המוצע, גם לא בדברי ההסבר, דבר שיעיד על תהליך האיזון שהיה על מחוקק המשנה לערוך. תקנות הארכיונים מעמידים זכויות שונות בבסיס הזכות לעיין בארכיונים ועל חשיבות מתן האפשרות לעיין בארכיונים – כך, למשל, העניין ההיסטורי במידע, העניין המחקרי בו והעניין הציבורי בו.
19. דברי ההסבר מעמידים בראש סדר העדיפויות את האינטרס הביטחוני מבלי להראות כל איזון בינו לבין זכויות שונות לאינטרס הציבורי, באופן שאינו סביר או מידתי וכן באופן שחורג מהחובה המנהלית לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים בבוא הרשות לקבוע תקנות חדשות.
20. נדמה שהצעתה של מועצת הארכיונים לא נשקלה באופן ממשי, ועל כך בהמשך, אולם אין בדברי ההסבר כל טעם רציונלי העונה על השאלה שהמועצה העלתה, דהיינו מדוע שלא יחלו בתהליך החשיפה באופן מבוקר, כפי שתקנות העיון ציוו עוד בשנת 2010.
21. לגופים הביטחוניים מצויה האפשרות למחוק/להשחיר חלקים מהמידע, באופן שיאזן את הפגיעות האפשריות. כך נדמה שעלה גם מהצעת מועצת הארכיונים שהורכבה בהתאם לחוק הארכיונים, עליה יורחב בהמשך.
22. במסגרת הנימוקים המובאים בטיוטת התיקון מתואר כי "חלק מהחומר הארכיוני שבנדון כולל נתונים אודות מקורות מידע מודיעיניים אשר אין לחשוף את זהותם" וכן טעמים נוספים מדוע אין לפרסם **חלקים ספציפיים** מכלל החומר האמור. נקודה זו מוכיחה עד כמה שרירותית ההחלטה לחסות באופן גורף את המידע לעשרים שנים נוספות, ובמיוחד היפוך נקודה המוצא מחשיפה (שאפשר שתהא מבוקרת) לאי-חשיפה, או מחשיפה לחשיפה אך ורק בעקבות בקשה.
23. די בתקנה 8 לתקנות העיון כדי להבטיח שפרסום מידע ייעשה רק לאחר בדיקה ובהיוועצות, כך שאין סכנה לחשיפה של פרטי מידע רגישים, שעליהם מתיימרים להגן בתיקון המוצע. יכולים מפקיד המידע יחד עם הגנז לערוך איזון בין פרסום המידע להגנה על האינטרסים השונים, תוך מחיקת חלקים מן המידע ובתוך כך לקיים את מצוות החוק והתקנות הנוכחיות – מבלי לפגוע פגיעה קשה בזכות הציבור לדעת.
24. ההיפוך האמור, ממצב של חשיפה יזומה להארכה גורפת בתקופה לא סבירה של 20 שנים, מבלי לתת כל הסבר, מרוקנת את התקנות הקודמות מתוכן באופן מוחלט כמעט – כשברור לכל שלא לשווא נקבע בעבר שיש לבצע חשיפה יזומה, אף עם מבוקרת, בתום תקופת ההגבלה.

אי-עמידה בכללי ההיוועצות עם מועצת הארכיונים העליונה

25. מועצת הארכיונים העליונה (להלן: המועצה) הוקמה בהתאם לאמור בסעיף 3 לחוק הארכיונים. מועצה זו היא גוף מקצועי שלו ידע רב הנוגע לארכיונים ולחשיבותם הציבורית בחברה דמוקרטית.
26. המחוקק עיגן לצד הקמת המועצה את חובת ההיוועצות עמה בסעיף 18(ג) לחוק הארכיונים.
27. מטיוטת התקנות עולה כי אכן נערכה היוועצות שכזו, ואולם נדמה כי מחוקק המשנה לא עמד בחובותיו המנהליות בנוגע לקיום ההיוועצות ולתוצאותיה.
28. המועצה, כמתואר בדברי ההסבר, ביקשה לאזן בין האינטרס הביטחוני לזכות הציבור למידע וזאת תוך קיצור תקופת ההגבלה המוצעת לחמש שנים וכן ליצירת מנגנון חשיפה מבוקר בעתיד הנראה לעין שיאפשר "דיון ובקרה תקופתית במצב החשיפה בפועל של המוסדות המבקשים".



29. הצעת המועצה לא התקבלה, וזאת בלא כל נימוק שהוא מלבד אמירה כללית שלפיה "נושאים אלו ואחרים צפויים לבוא לקבל התייחסות בתזכיר חוק ארכיונים חדש המתגבש בימים אלו". עוד צוין כי החלופה הובאה בפני ראש הממשלה, שהכריע כאמור בטיוטה.
30. במסגרת בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496 (2000) עמד כבוד השופט מישאל חשין על מטרות ההיוועצות כאשר ישנה חובת היוועצות של רשות עם גוף מייצע. ראשית, האינטרס של הרשות לטכס עצה עם גוף מומחה. שנית, הליך ההיוועצות הוא קריטי לציבור והוא מהווה חיזוק להשתתפות אזרחית בהליך קבלת ההחלטות. כך גם הוזכר האינטרס לנותן העצה.
31. מעת שחלה חובה על הליך שכזה, הרי שעל מחוקק המשנה להגיע להיוועצות "בלב פתוח ובנפש חפצה" (פרשת פורום היוצרים הדוקומנטריים, לעיל). החלטת הרשות שלא לקבל את עמדת הגוף המייצע, מועצת הארכיונים, בצורה גורפת, מעלה סימני שאלה רבים בנוגע לשאלה אם אכן הגיע מחוקק המשנה להיוועצות זו "בלב פתוח ובנפש חפצה".
32. לא זו אף זו, שהרי כלל מנהלי הוא שיש מקום לנמק כל החלטה מנהלית באשר היא. במיוחד ישנה חשיבות לנמק מדוע החליטה רשות שלא לקבל את המלצותיו של גוף מייצע שנקבע בחוק כגוף מקצועי, כדוגמת מועצת הארכיונים העליונה.
33. על חובת ההנמקה האמורה נקבע בפרשת מכבי שירותי בריאות כי אף שפררוגטיבת ההחלטה נתונה לגוף המתיעץ, מצופה כי יבהיר הוא את הטעם שלא לקבל את המלצות:
- "רשאי הוא בעל-סמכות שלא לאמץ לו [...] יעוץ סטטוטורי שקיבל; הסמכות להחליט כך או אחרת בידיו של בעל-הסמכות ניתנה [...] ואולם אסור הוא בעל-הסמכות שלא להידרש כלל להמלצה ולייעוץ סטטוטורי שקיבל, או לדחותם בקש מעל פניו. גם אם מוסמך הוא בעל-סמכות שלא להיענות להמלצה ולייעוץ שקיבל – ואין חולקים כי מוסמך הוא לכך – נצפה לשמוע ממנו מה טעם החליט כפי שהחליט".
- בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, פס' 49 לפסק הדין (2000).
34. משכך, נראה כי לא עמד מחוקק המשנה בחובותיו המנהליות כשלא הראה הוא כיצד המלצות המועצה באו לידי ביטוי במסגרת הפעלת שיקול הדעת עם כתיבת טיוטת התקנות ומדוע בחר הוא שלא לקבלם. לכן, נראה כי נכון יהיה לקיים את הליך ההיוועצות בשנית או לכל הפחות להבטיח כי המלצות יובאו בחשבון במסגרת הפעלת שיקול הדעת המנהלי.

אי-קיום הליך שיתוף ציבור

35. בשנים האחרונות מקדם משרד ראש הממשלה הליכי שיתוף ציבור רבים, תוך אמונה כי יש בהליכים אלה כדי לקדם את הדמוקרטיה תוך שמיעת עמדות הציבור בקבלת החלטות שיש בהן כדי להשפיע על אזרחי המדינה באופן ישיר.
36. כך, באתר משרד ראש הממשלה קיים דף המכיל מידע רב על שיתוף הציבור ועל חשיבותו. במסגרת המידע המצורף בעמוד מופיעה החוברת "מדריך שיתוף ציבור בעבודת הממשלה – להחלטות טובות יותר!" משרד ראש הממשלה (כתבו תמר פלד אמיר וסיון ורדי, דצמבר 2017).
37. החוברת מרחיבה על חשיבות שיתוף הציבור, תוך פירוט העובדה כי יש בהליך זה כדי לזהות "בעיות וחסמים", "כיווני חשיבה מגוונים" ו"בקרה וביקורת על פעולות הממשלה".



התנועה לחופש המידע (ע"ר)
الحركة لحرية المعلومات
The Movement for Freedom of Information

38. במסגרת כתיבת טיוטת התקנות לא רק שלא ערך מחוקק המשנה הליך משמעותי של שיתוף ציבור, אלא כאמור להלן לא קיבל, מבלי לתת כל נימוק, את עמדת הגורם המייעץ היחיד – מועצת הארכיונים העליונה.

39. בחברה האזרחית מצויים גופים רבים הפועלים בתחום השקיפות בכלל והארכיונים בפרט. כך גם ישנם גופים נוספים, לרבות גופי מחקר, שהיו יכולים לתרום רבות לשיח זה תוך העלאת האינטרס הציבורי הרחב שבפרסום מידע ארכיוני בנושאים שונים ומגוונים ולמטרות שונות.

40. אף שקוימה היועצות עם המועצה, בשים לב להערות דלעיל, נדמה שנכון בעת הזו להרחיב את השיח עם גופי חברה אזרחית ועם הציבור בכלל, ולא רק בדרך של הערות לטיטת התקנות אלא תוך יצירת שיח והחלפת דעות משמעותיים שיש בהם כדי לתרום להבנה הנוגעת לשינויים הצפויים ולהשפעתם וכן כדי לצמצם את האפשרות לפגיעה בלתי-מידתית בזכות הציבור לדעת.

לסיכום, עמדת התנועה לחופש המידע, האגודה לזכויות האזרח ועקבות: המכון לחקר הסכסוך הישראלי פלסטיני היא כי יש לתקן את טיוטת התקנות מושא המסמך תוך איזון ראוי בין זכות הציבור למידע לאינטרס הביטחוני, בשים לב להצעתה של מועצת הארכיונים. את זאת ניתן להשיג על ידי הארכה מצומצמת של תקופת ההגבלה תוך עמידה על הקמת מנגנון ברור שיאפשר את התחלת תהליך החשיפה היזומה בזמן קצר, תוך פגיעה מינימלית בזכות הציבור למידע.

בברכה ובהערכה,
30/11
אור סדן, עו"ד
יועץ משפטי