

**העותרים:**

1. התנועה לחופש המידע, ע"ר 580425700  
ע"י ב"כ עוה"ד יערה וינקלר-שליט, מ.ר. 69711 ו/או רחלי אדרי מ.ר. 64835  
ו/או אור סדן, מ.ר. 75759  
רחוב סעדיה גאון 26, תל אביב-יפו 6713521  
טל': 0528-279-555; פקס: 03-9560359  
דוא"ל: [office@meida.org.il](mailto:office@meida.org.il)
2. נעה לנדאו – עיתונאית – עיתון 'הארץ', ת.ז. 036984854
3. הוצאת עיתון הארץ בע"מ, ח.פ. 510015449
4. תומר גנון – עיתונאי, ת.ז. 033432246
5. כלכליסט – ידיעות אחרונות בע"מ, ח.פ. 510103922
6. שאול אמסטרדמסקי – עיתונאי, ת.ז. 040171803
7. תאגיד השידור הישראלי, ח.פ. 500501952  
ע"י ב"כ עו"ד ט. ליבליך, מ.ר. 15396  
משרד ליבליך – מוזר – גליק עו"ד  
רח' נמל תל אביב 40, בית יואל, תל אביב-יפו 6350671  
טל' 03-5442370 פקס – 03-5442375  
דוא"ל: [tlieb@lm-adv.co.il](mailto:tlieb@lm-adv.co.il)
8. עו"ד שחר בן מאיר, ת.ז. 055983498, מ.ר. 14121
9. עו"ד יצחק אבירם, ת.ז. 023968639, מ.ר. 16689  
בעצמם  
מרח' אבא הלל 12, רמת גן 5250606  
טל': 03-6127878 פקס: 03-6127979  
דוא"ל: [shachar@benmeir.co.il](mailto:shachar@benmeir.co.il)
10. חן מענית – עיתונאי, ת.ז. 032103244
11. טל שניידר – עיתונאית, ת.ז. 028571826
12. גלובס פבלישר עתונות (1983) בע"מ, ח.פ. 510989940  
ע"י ב"כ עו"ד יורם מושקט, מ.ר. 6221 ו/או  
אוריין אשכולי, מ.ר. 23973  
מרח' יהודה הלוי 85 תל אביב-יפו 65796  
טל: 03-5609882 פקס: 03-5661404  
דוא"ל: [Orian@muszkat.co.il](mailto:Orian@muszkat.co.il)
13. שומרים – מרכז לתקשורת ודמוקרטיה (חל"צ), ח.פ. 51-611203-4  
ע"י ב"כ יערה וינקלר-שליט מ.ר. 69711  
רח' המנגו 7, תל מונד, טל': 0528-279-555  
[Winkler.yaara@gmail.com](mailto:Winkler.yaara@gmail.com)

- נ ג ד -

**המשיבים:**

1. משרד ראש הממשלה
  2. הממונה על חופש המידע במשרד ראש הממשלה
  3. היועץ המשפטי לממשלה
  4. מזכיר הממשלה
  5. ממשלת ישראל
- כולם ע"י פרקליטות המדינה  
רח' קריית המדע 5, בניין B3, הר חוצבים, ירושלים, ת.ד. 45217, מיקוד: 9777605  
טל': 073-3929611/2, פקס: 02-6468027  
[civil-dep@justice.gov.il](mailto:civil-dep@justice.gov.il)

## עיקרי טיעון מטעם העותרים

1. מוגשים בזאת עיקרי טיעון מטעם העותרים במסגרתם ינומקו טענות העותרים אודות מחדלי המשיבים, אשר מפרים את חוק יסוד: הממשלה ("חוק היסוד") ופוגעים בזכות הציבור לדעת ולפקח.

2. בפתח הדברים יודגש כי לאחר שניתן צו על תנאי בג"ץ עובר הנטל אל המשיבים לשכנע כי טיעוני העותרים שגויים. כדברי כב' השופטת פרופ' ברק-ארז: סדרי הדין של בג"ץ "מבחינים בין השלב המקדמי של הדיון, שבו עומדת לרשות חזקת התקינות, לבין השלב שבו מוצא צו-על-תנאי והרשות נדרשת להצדיק את פעולתה (לאחר שהפרט הצליח לסדוק את ההנחה שהכל נעשה כדיון)"<sup>1</sup> לדברים אלה משנה תוקף בעייננו, משום שמלכתחילה לא עמדה למשיבים חזקת תקינות שהרי אי מסירת המידע נשענה על פרשנות לשונית ותכליתית שגויה המעדיפה את תקנון הממשלה על פני חוק יסוד (תוך הפרת המדרג הנורמטיבי).

3. בפני בית המשפט הנכבד מונחת תשתית איתנה להפוך את הצו על תנאי שניתן ביום 10.10.2021 לצו מוחלט ולקבוע כי תקנון עבודת הממשלה אינו גובר על חוק יסוד: הממשלה. כפועל יוצא מקביעה זו תונח התשתית לקבלת עע"מ 452/21 ולקבוע שהתקנון הנ"ל לא מקיים את הוראות סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע ("החוק") ואינו מהווה איסור על פי דין, ולהורות למשיבים למסור לעותרים ו/או לפרסם לציבור את כל המידע המבוקש בנוגע למשבר האזרחי-בריאותי שהתקיים (ועודנו) בשלוש השנים האחרונות.

4. למען הסדר הטוב, זהו מהלך הטענות לעיקרי טיעון אלה:

**בפרק (1)** יפורט בקצרה הרקע לעתירה שבכותרת, לרבות תיאור תמציתי של ההליכים שנוהלו עד עתה והסוגיות שעומדות כעת להכרעתו של בית המשפט הנכבד.

**בפרק (2)** לעיקרי הטיעון ידון המדרג הנורמטיבי בין חוק היסוד לבין תקנון עבודת הממשלה ("התקנון") ומנומקים הטעמים מדוע פרשנות המשיבים וטענותיהם בעניין זה שגויות. פרק זה מחולק לשני תת פרקים העוסקים בפרשנות הלשונית (פרק 2.1) ובפרשנות התכליתית (פרק 2.2) הנכונה שיש ליתן להוראות חוק היסוד ולהוראות התקנון.

**פרק 3** לעיקרי טיעון עוסק בחמישה כשלים שנפלו בטענות המשיבים וזאת במסגרתם של חמישה תתי פרקים: **בפרק 3.1** מפורטים הנימוקים לדחיית טענות המשיבים ביחס לסעיף 31(ו) לחוק היסוד בעניין סדרי עבודת הממשלה; **בפרק 3.2** מפורטים הנימוקים לדחיית טענות המשיבים ביחס לסעיף 35(ב) לחוק היסוד בעניין סמכות מזכיר הממשלה; **בפרק 3.3** מפורטים הנימוקים לדחיית טענות המשיבים ביחס לסעיף 14 לתקנון בעניין פומביות הדיון להבדיל מאיסור גילוי או עיון; **בפרק 3.4** מוצגות הבעיות שעולות מפרשנות המשיבים לסעיף 71 לתקנון וזאת במסגרת שלושה תתי פרקים: **פרק 3.4.1** הטעמים מדוע אין בסעיף 71 לתקנון משום איסור מהותי למסור תמלילים אלא הוראה לעניין סיווג אבטחת מידע; **פרק 3.4.2** הפרשנות השגויה של המשיבים לסעיף 71 לתקנון סותרת את חוק היסוד; ולבסוף **פרק 3.4.3** עניינו במדיניות המשיבים ובפרשנותם לסעיף 71 לתקנון אשר נסמכות על הנחיה שגויה. **בפרק 3.5** מוצגות טענות העותרים ביחס לתיקון תקנון הממשלה ה-36, ולבסוף **בפרק 3.6** מוצגת תשובת העותרים לטענות המשיבים ביחס לתקנוני העבר.

**בפרק 4** מוצג האינטרס הציבורי בקבלת המידע והפגיעה שתיגרם אם תתקבלנה טענות המשיבים.

**בפרק 5** נדונה חריגת המשיבים מהצו על תנאי שהוציא בית המשפט הנכבד ומוצגת סקירה של שלל טענות שהעלו המשיבים בתשובתם לעתירה זו הגם שמקומן במענה לערעור שהגישו העותרים. פרק זה מבקש להסיר את "רעשי הרקע" שנוצרו מעירוב ההליכים והטענות שעשו המשיבים בכתב תשובתם.

**בפרק 6** סיכום טענות ופירוט הסעדים המבוקשים.

<sup>1</sup> דפנה ברק-ארז משפט מינהלי - כרך ד' (משפט מינהלי דיוני) 26 (2017).

## 1. הרקע בתמצית

5. **העותרים** הינם גופים הפועלים בדרכים שונות לקידום הזכות למידע וזכות הציבור לדעת. העותרת הראשונה התנועה לחופש המידע היא עמותה רשומה (משנת 2004) הפועלת ללא כוונת רווח לקידום זכות הציבור לדעת והזכות למידע באמצעות פניה לערכאות משפטיות, אליה הצטרפו מספר גופי תקשורת, עיתונאים, ועורכי דין אזרחי מדינת ישראל.
6. **המשיבים** הינם משרד ראש הממשלה, היועץ המשפטי לממשלה, מזכיר הממשלה, ממשלת ישראל והממונה על חופש המידע במשרד ראש הממשלה.
7. ביום 06.04.2020 הגישו העותרים את עתירתם הראשונה, בג"צ 2414/20 ("העתירה הקודמת"); הסעד האופרטיבי שנתבקש בעתירה הקודמת הוא מסירת תמלילי ישיבות הממשלה וישיבות ועדות השרים וכן חומרי הרקע שהוכנו כתשתית עובדתית עבור וואו לקראת ישיבות אלה, הכל בהתייחס אל משבר הקורונה – וזאת בשל סירוב או בשל אי מתן מענה מהמשיבים ("המידע המבוקש") (**נספח 1** לעתירה דנן). המשיבים לעתירה הקודמת הגישו תגובה מקדמית לעתירה (**נספח 2** לעתירה דנן).
8. ביום 11.06.2020 התקיים דיון בעתירה הקודמת ובהתאם להמלצת בית המשפט הנכבד משכו העותרים עתירתם ופנו להליך לפי חוק חופש המידע בבית המשפט המחוזי (פסק הדין צורף **נספח 3** לעתירה הקודמת). אלא שהמשיבים סירבו להסתמך על הבקשות הקיימות, כמו גם על המענה שמסרו בעתירה הקודמת ודרשו שיוחל ההליך מההתחלה (מכתב הדרישה צורף **נספח 4** לעתירה דנן).
9. לאחר הגשת בקשת חופש מידע מחודשת וכמעט זהה לזו שכבר הייתה בפני המשיבים, קיבלו העותרים סירוב לעניין התמלילים, וזאת בחריגה מהמועדים הקבועים בחוק, ואילו עניין חומרי הרקע לא נענה, רק בחלוף חצי שנה ורק בהתערבות בית המשפט המנהלי בירושלים (עת"מ 54264-10-20) נמסרו חומרי הרקע לראשונה.
10. **העתירה הראשונה** (עת"מ 47784-07-20) **נמחקה** לאחר שהמשיבים התחייבו שלא לטעון לשיהוי ביחס לסעדים הנותרים. **העתירה השנייה** (עת"מ 54264-10-20) **נדונה לגופה** בבית המשפט קמא (בפני כב' השופט אברבנאל) ("העתירה המנהלית") כשביסודה שני עיקרים: (1) **לעניין התמלילים** - סירוב המשיבים למסור את המבוקש נשען על סעיפים 9(א) ו-9(ב) לחוק חופש המידע, על תקנון הממשלה ועל חוק היסוד. (2) **לעניין חומרי הרקע** - המשיבים לא מסרו תשובה ומשום כך העתירה המנהלית בסוגיה זו הייתה עתירה בגין אי מתן מענה.
11. בעתירה המנהלית טענו העותרים, בין היתר, בדבר זכותם לקבל את תמלילי ישיבות הממשלה ואת חומרי הרקע שהונחו בבסיס ישיבות אלה בעניין משבר הקורונה, וזאת מכוח הוראות החוק. ביום 18.11.2020 המשיבים הגישו תגובה מקדמית (לעניין התמלילים) וביום 24.11.2020 המשיבים הגישו מסמך שכונה "כתב תשובה" (לעניין חומרי הרקע) הגם שמסמך זה לא עמד בדרישות הדין לעניין כתב תשובה (העתירה המנהלית, כתב התגובה וכתב התשובה צורפו **נספחים 5 - 7** לעתירה דנן).
12. ביום 26.11.2020 נתקיים דיון בפני כב' השופט אברבנאל וביום 07.12.2020 ניתן פסק דין בעתירה המנהלית. **תוצאתו האופרטיבית** הייתה כדלקמן: (1) טענות העותרים לגבי אי מתן מענה **ביחס לחומרי הרקע** נתקבלו ובתום ההליך מסרו המשיבים חומרי רקע רבים, הגם שהעותרים סבורים כי לא נמסרו כלל החומרים, עתירה זו והערעור אינם עוסקת בחומרי הרקע. (2) טענות העותרים **לגבי התמלילים** נדחו בנימוק שקיים איסור **בתקנון הממשלה** על מסירת תמלילים מישיבות הממשלה ומשכך סירוב המשיבים, הנשען על סעיף 9(א) לחוק התקבל, מבלי שנדונו טענות הצדדים ביחס לסעיף 9(ב) לחוק.

13. **טענות העותרים כי האיסור בתקנון אינו מהווה "דין אוסר" בשל סתירתו את הוראות חוק יסוד הממשלה לא נדונו לגופן. בפסק הדין, בהתייחס לטענות אלה קבע בית המשפט קמא כי הדבר אינו בסמכותו, ומכאן עתירה זו (פרוטוקול הדיון ופסק הדין צורפו כנספחים 8 ו-9 לעתירה דנן).**

14. העותרים חולקים על הנמקות בית המשפט המחוזי ועל כן הגישו ערעור לבית משפט נכבד זה (עע"מ 452/21) ברם נוכח האפשרות כי בית משפט נכבד זה **בשבתו כערכאת ערעורים** יקבל את גישת בית משפט קמא הנכבד, כי אין בסמכותו לדון בחוקיות תקנון עבודת הממשלה, או מי מטעמה, וכן ביחס למעמד תקנון או כוחו, הוגשה העתירה דנן לבית משפט נכבד זה **בשבתו כבית דין גבוה לצדק, שכן ללא הכרעה בעניין זה לא ניתן לדון בערעור.**

15. יצוין, למען הסר ספק כי העותרים פעלו ללא לאות ובתום לב למיצוי כל ההליכים בטרם פנו לבית המשפט הנכבד בעתירה דנן וההתכתבויות בין הצדדים בהקשר זה מפורטות **בפרק ד' לעתירה דנן ובנספחים 10 א-ו**. כמו כן, גם לאחר שנמסרו לעותרת 1 חומרי הרקע, היא נאלצה לשוב ולפנות לבית המשפט הנכבד לקבלם בשנית (עת"מ 40260-07-21) ולא נעשה פרסום יזום של חומרי הרקע על ידי מזכירות הממשלה.

16. בשעה שאזרחי ישראל נדרשו לציית להגבלות קיצוניות, החלטות שהשתנו בצורה תזזיתית, ולעתים קרובות לא מובנת ושרירותית גם בעיני המומחים, כאשר במהלך משבר הקורונה התקינה ממשלת ישראל למעלה מ-100 תקש"ח<sup>2</sup> - טענת המשיבים שחובת השקיפות של הממשלה ביחס להליכי קבלת ההחלטות הקיצוניות וחסרות התקדים שהתקבלו, מסתכמת בפרסום **סדרי יום והצעות החלטה**, היא בלתי סבירה והצגתם כאילו הם "נדבך מרכזי בחומרי הרקע שעמדו לפניו בעת קבלת החלטותיה" בעיתית בלשון המעטה.

17. מי שעייין בהם יודע שהחומרים שפורסמו **מגלים יותר משהם מסתירים** (קישורים מובאים בפס' 66 ואילך לעת"מ 54264-10-20 אשר צורף כנספח 2 לעע"מ 452/21 שהוגש יחד עם עתירה זו); ובתשובתם מודים המשיבים שאלו לא פורסמו בזמן אמת (פס' 14 לתשובה); וגם חומרים שפורסמו בדיעבד לא פורסמו במלואם.

18. לפני שנעבור לטיעונים המשפטיים, נבקש לציין כי ההליכים בין הצדדים בעניין דנן החלו לפני למעלה משנתיים, עת הייתה מדינת ישראל נתונה לסגרים שהוטלו ונאכפו על ידי ממשלת מעבר שפעלה מכוחן של תקנות חירום חריגות ביותר במספרן ובהגבלות שהוטלו וזאת ללא פיקוח פרלמנטרי ובמשך חודשים ארוכים. כבוד הנשיאה חיות התייחסה למצב הסבוך בו הייתה שרויה מדינת ישראל, ואף ציינה כי דרך המלך היא בחקיקה ראשית של הכנסת ככל שהדבר ניתן ולא בתקש"ח.<sup>3</sup> הסיבה לכך ברורה - השימוש בתקש"ח פוגע בהפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק המהותי. ומכאן גם נולד הצורך בעתירה זו.

## עיקרי הטיעון

### 2. בין חוק יסוד לתקנון – על המדרג הנורמטיבי

19. עיקרה של עתירה זו במדרג הנורמטיבי שבין חוק יסוד הממשלה לתקנון עבודת הממשלה, כאשר מושכלות יסוד הן שמעמדו של תקנון (כהוראת מינהל אחרת) נחות משל חקיקה ראשית ומקל וחומר נמוך מחוק היסוד.<sup>4</sup>

20. בעתירה זו באה סוגיית המדרג הנורמטיבי לידי ביטוי בכך שהמשיבים סירבו למסור את תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים בעניין משבר הקורונה בהסתמך על סעיף 9(א)(4) לחוק המתיר לרשות לסרב למסור מידע שאין למסרו לפי כל דין - והמשיבים טוענים כי סעיפים 14 ו-71 לתקנון מהווים "דין אוסר" לעניין זה. לשיטתם, סעיפים אלה קובעים סודיות גורפת מכוח הוראות סעיפים 31(ו) ו-35(א)(4) לחוק יסוד הממשלה, אולם עיון בסעיפים אלה מגלה כי **המשיבים שוגים** (סעיפי התקנון הרלוונטיים צורפו כנספח 11 לעתירה דנן).

<sup>2</sup> **פרדוקס חקיקת הקורונה**: ניר קוסיטי, אייל גרוס - לפי בדיקה שערכו מדובר בכמות שיא בהשוואה לכל שנה אחרת בהיסטוריה של מדינת ישראל שבכל שנותיה חוקקה כ-400 תקנות שעת חירום במצטבר.

<sup>3</sup> בג"ץ 20/2399 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה (פורסם ב-16.8.2020).

<sup>4</sup> בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש-הממשלה ואח', פ"ד נב(5) 206

21. דומה שאין ולא יכול להיות חולק על כך שתקנון הממשלה אינו יכול לגבור על חוק היסוד, ומשום כך נבחן עתה את הפרשנות הלשונית והתכליתית ביחס לסעיפים 31(ו) ו-35(א)(4) לחוק היסוד ונצביע על שגיאת המשיבים בפרשנותם הלשונית ועל כך שאין בכוחה לשמש בסיס לחסיון המבוקש.

## 2.1. הפרשנות הלשונית

22. זו לשון סעיפים 31(ו) ו-35(א)(4) לחוק היסוד

31(ו) הממשלה תקבע את סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה אם דרך קבע ואם לעניין מסוים.

35. (א) הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים בענינים אלה הם סודיים וגילויים ופרסומם אסור:

(1) ביטחון המדינה;

(2) יחסי חוץ של המדינה;

(3) סוג ענינים אחר שהממשלה ראתה את סודיותו כחיונית למדינה, והכריזה עליו בצו, לענין סעיף זה;

(4) ענין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד, ובלבד שגילוי ופרסומו של ענין כאמור אינו אסור אלא על מי שידע על ההחלטה.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על דברים שהממשלה או ראש הממשלה, או מי שהממשלה או ראש הממשלה הסמיכוהו לכך, התירו את פרסומם, או על דברים שפרסומם נדרש על פי דין.

23. **מלשון החוק** עולה במפורש שהממשלה אמנם יכולה לקבוע את סדרי עבודתה ואופן קבלת החלטותיה אולם בשום מקום לא הוענקה לממשלה סמכות לקבוע בתקנונה הוראות שיסתרו את חוק היסוד.

24. סעיף 35 לחוק היסוד נוקט לשון ברורה וחד משמעית: "הדיונים וההחלטות" כלומר ככל שפרסום החלטה מותר ואינו נכלל בחריגים לפרסום, אזי שיש לפרסם באותו אופן גם את פרוטוקול הדיון המלא, כלומר התמליל אשר הוביל לאותה החלטה.

25. **עוד מלשון החוק** עולה, כי לשם "הפעלת" הסמכות שבסעיף 31(ו) ובעיקר זו שבסעיף 35(א)(4) על הממשלה לקבל החלטה מסודרת ורשמית כי עניין מסוים יישמר בסוד – ואף ההחלטה ששמירת הסודיות תהא סודית בעצמה, על מנת שלא תיוודע. חובה זו גם מופיעה בדיוני הממשלה בעניין חוק היסוד בשנת 2001 שם הובהר שלשם החלטת סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד דרושה החלטה של הממשלה.<sup>5</sup> ואמנם הממשלה קיבלה בעבר החלטות לפי סעיף 35(א)(4), כפי שעולה מדברי ב"כ המשיבים בדיון המקדמי מיום 14.06.2021 אז שאל כבוד השופט עמית את ב"כ המשיבים האם היו מקרים שהממשלה פעלה לפי סעיפים 35(א)(3) או 35(א)(4) בעבר, ותשובת ב"כ המשיבים הייתה: "לא ידוע לגבי 3, ב-4 כן" (שורה 37 עמוד 14 עד שורה 1 בעמוד 35 לפרוטוקול).

26. העותרים בדקו ומצאו שאכן הממשלה הפעילה בעבר את סמכותה לפי סעיף 35(א)(3) לחוק היסוד והוציאה צווים בעניינים שרצתה לשמור בסודיות (למשל עניין מכליות הנפט, כפי שתואר בשורות 2 - 5 לעמוד 16 לפרוטוקול). ביחס לתמלילי הקורונה - לא הוצא צו כאמור, כך שאין המשיבים יכולים להסתמך על סעיף 35(א)(3) לחוק היסוד, וכמתואר לעיל גם לא על סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד.

27. החלטה כאמור בסעיף 35(א)(4) לא ניתנה, ולא יכולה הייתה להינתן, בעניין הקורונה – משום שמדובר בעניין גלוי שהעסיק את אזרחי ישראל והעולם כולו, ובוודאי שלא ניתן לקבל לגביו החלטה של סודיות עניינית.

28. ודוק. המשיבים סומכים חלק מסירובם על סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד אשר מתיר לממשלה להחליט **שעניין** מסוים יישמר בסוד. לפי פרשנותם השגויה של המשיבים עניין הוא 'תמליל'. בעוד סעיף זה נועד **להגביל** את כוחה הנרחב של הממשלה ולקבוע כי **עניין מסוים** יכול להישמר **בסוד**, באים המשיבים כעת וטוענים כי סוג המסמך, כלומר תמליל, הוא "עניין" ובכך מבקשים לשנות את ההיגיון המסדר של הוראות סעיף 35 לחוק היסוד המונה באילו מקרים פרסומם של דיונים יהיה אסור.

29. **בהקשר זה חשוב להדגיש שלשון החוק היא שהממשלה יכולה לקבוע עניין כסודי, אך אינה יכולה לקבוע סוג מסמכים כסודי. דהיינו, הסמכות הינה היכולת להחריג עניין מהותי, תוכן או נושא מסוים ולא סמכות לקבוע שכל מסמך מסוג פרוטוקול או תמליל יהיה סודי, ללא תלות בתוכן הכלול בו.**

30. הפרשנות המוצגת כעת על ידי המשיבים מרחיקת לכת וסותרת את תכלית החקיקה כפי שזו מוצגת בפרוטוקולים של ועדת המשנה של ועדת החוקה חוק ומשפט לחוקי יסוד, מיום 26.06.1968 (ר' סעיפים 69 - 71 בעתירה דנן ו**נספח 4** לראיות שצורפו על ידי העותרים לפי החלטה מיום 15.02.2022).

31. המשיבים גם אינם מבחינים, בשוגג או בכוונה, בין האיסורים הקבועים בסעיף 35(א)(3) לסעיף 35(א)(4); כאשר הראשון קובע שעניין מסוים יכול להישמר בסודיות בהינתן צו, ואילו השני קובע שבסמכות הממשלה לקבל החלטה שעניין מסוים סודי, לרבות הקביעה שרק מי ששותף להחלטה יידע עליה ועל העניין שנקבע כסודי.

## **2.2. הפרשנות התכליתית**

32. על כוונת המכוון של חוק יסוד הממשלה ודעתו לעניין סוגיית הסודיות ניתן ללמוד ממספר רב של מקורות, כפי שנפרט להלן. ראשית, בתקנון הממשלה לשנת 1966 (**נספח 4** לראיות שצורפו לפי החלטה מיום 15.2.2022) נקבע בסעיף 8 ששיבות הממשלה הן סגורות וסודיות ובסעיף 9 נקבע שסדר היום לדיוני הממשלה וועדותיה, תוכן הדיונים, ההחלטות וכן החומר המוגש בקשר לדיונים אלה (כולל תזכירים והצעות חוק) הם סודיים בהחלט ואסורים לפרסום. כלומר המצב החוקתי והנורמטיבי טרם חוק היסוד היה כי "**הכל סודי והכל אסור**".

33. בהצעת החוק הראשונה מטעם הממשלה לחוק יסוד הממשלה (ה"ח תשכ"ו מס' 702 בעמ' 160) התכוונה הממשלה לשמור על המצב לפיו "**הכל סודי**", אולם במהלך הליך החקיקה חל שינוי בעמדת "כותבי החוקה", ומדגים זאת היטב ח"כ חיים צדוק אשר עמד בראש ועדת המשנה של ועדת החוקה לעניין חקיקת חוקי היסוד: "**אני רוצה לאמץ לעצמי הצעה, שבסיבוב הקודם של הדיונים הציע אותה חבר-הכנסת ארזי, והיא: שבמקום הכלל שהכל אסור, מחוץ לדברים שהותרו במפורש, לקבוע שהאיסור יחול על עניינים הקשורים בבטחון, ביחסי החוץ של המדינה, ועל עניינים אחרים שההמשלה החליטה והודיעה על איסור פרסומם**".<sup>6</sup>

34. בנוסף, עיון בפרוטוקולים של הכנסת כרשות מכוננת עולה בבירור כוונת המחוקק ביחס לתתי הסעיפים של סעיף 35(א) לחוק היסוד וכך נאמר ביחס לס"ק (4) **תוטל סודיות רק בנושאים צרים ותחומים היטב**: ר' דברי יו"ר הוועדה ח"כ חיים צדוק, לימים שר המשפטים, בעמ' 8 לתיק האסמכתאות ("**עניין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד... מכוון לעניינים ספציפיים שהתעוררו, למשל, בישיבה מסוימת**").

35. ההצעה אמורה אכן התקבלה וביום 13.8.1968 במהלך קריאה שניה ושלישית נאמר כך: "**קבענו סעיף הנראה לנו כסעיף המאזן את הצורך בשמירת סודיות דיוני הממשלה בעניינים חיוניים, מצד אחד, ואת העקרון של חופש העתונות, מצד שני, והטלנו את האיסור רק על דברים מובחרים – לא את איסור ההדלפה, אלא את איסור הפירסום – והדברים המובחרים אלה הם: בטחון המדינה, יחסי חוץ של המדינה ועניינים אחרים שהממשלה חושבת שחיוני, מבחינת האינטרסים של המדינה, שהם יישארו בסוד. במלים אחרות: הפכנו את הסעיף על פיו. במקום ההצעה**

<sup>6</sup> ועדת המשנה של ועדת החוקה חוק ומשפט לחוקי יסוד, מיום 26.06.1968 בעמ' 4 – <https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteesAgenda.aspx?Tab=3&ItemID=2176323>

**המקורית אשר אמרה: הכל אסור לפירסום מלבד הדברים שהותרו במפורש, אמרנו: אסורים בפירסום דברים הנוגעים לבטחון המדינה, ליחסי-חוץ של המדינה ודברים שנאסרו במפורש. בגבולות מצומצמים אלה אנחנו חושבים שסעיף זה הוא חיוני כדי להבטיח עבודה תקינה של הממשלה, ואנחנו מבקשים לדחות את ההסתייגות"<sup>7</sup> [ההדגשה אינה במקור].**

36. **הנה כי כן, חוק היסוד שינה – משמעותית – את הנוהג הנוגע לסודיות דיוני והחלטות הממשלה, וקבע רק דברים מסוימים כאסורים בפרסום, וכל שלא נאסר מותר בפרסום. ויודגש, זו הייתה הקביעה ב"חוקת המדינה", ולא בהוראות נוהל כדוגמת תקנון הממשלה.**

37. **גם הממשלה הבינה היטב, לאחר חקיקת חוק יסוד הממשלה, כי עליה להתאים את הוראות התקנון לעבודת הממשלה להוראות חוק היסוד החדש, כך לפי מכתבו של מיכאל ארנון מזכיר הממשלה ביום 14.4.1969 אל ראש הממשלה (המכתב צורף **כנספת א2** לראיות שצורפו לפי החלטה מיום 15.2.2022).**

38. **ואכן התקנון "החדש" אשר נתקבל לאחר חקיקת חוק יסוד הממשלה, שינה מהותית את הכלל הקודם והכלל החדש (נכון גם כעת) מוגדר בהוראות סעיף 35 (א) לחוק היסוד, הקובע תחומים בהם ישנה סודיות בהגדרה – ביטחון המדינה ויחסי חוץ, נושאים נוספים שהממשלה הגדירה כסודיים בתנאי שהסודיות חיונית למדינה, ובמצב כזה יש להכריז על הסודיות בצו או בהחלטה.**

39. **אם תתקבל עמדת המשיבים כי לממשלה מוקנית סמכות להחליט שכל דיוניה סודיים - ללא כל הבחנה ביניהם, הרי שסעיפי משנה 35(א)(1) ו35(א)(2) מיותרים לחלוטין, וברור שלא לכך התכוון המחוקק-המכוון.**

40. **ברור כי חיסיון גורף של ישיבות ממשלה באשר הן הינו בניגוד להוראות חוק היסוד ולכוונת המחוקק המכוון. פועל יוצא הוא שהחלטה גורפת שמטילה חסיון מוחלט על כל התמלילים מדיוני הממשלה וועדות השרים, מראש וכברירת מחדל, אינה יכולה לעמוד ולא סביר שהציבור יזכה לעיין באותם תמלילים רק בעוד 30 שנה (נכון לנוסח התקנות הנוכחיות).**

41. **במילים אחרות, העותרים טוענים כי סעיף 71 לתקנון סותר את לשונו המפורשת של סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד ואת כוונת המחוקק- המכוון, ומשך דינו להתבטל או לכל הפחות להתפרש באופן כזה שמתיר למזכיר שיקול דעת לפרסם חלק מהתמלילים, כפי שקבוע בסעיף 71(ג) לתקנון ובסעיף 35(ב) לחוק היסוד, כפי שיפורט מיד.**

42. **העותרים טוענים כאמור כי סעיף 35 מונה רשימה סגורה של עניינים שהדיונים בהם סודיים ואין לפרסמם וזאת בהתאם לעקרונות המשטר הדמוקרטי: פומביות הדיון, זכות הציבור לדעת, חופש הביטוי וחופש המידע.**

43. **יודגש, שגם אם מדובר ברשימה פתוחה הרי שגם אז המשיבים לא פעלו בהתאם להוראות סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד משום שעד היום לא התקבלה כל החלטת ממשלה הקובעת את דיוניה בקשר לקורונה כסודיים (וכפי שפורט בסעיפים 77 - 78 לעתירה דנן, ספק אם היה בקרב הממשלה רוב להטלת חסיון על המידע המבוקש, כך שאם הייתה מועלית הצעת החלטה, תוצאתה הייתה בוודאי בעד פרסום).**

44. **השימוש שעושים המשיבים בהוראות סעיף 35(א)(4) לקבוע סודיות מוחלטת, הינו בלתי סביר, הנוגד חזיתית את לשון חוק היסוד ותכליתו, סותרים את כוונת המחוקק, והפרשנות הלשונית המוצעת אינה יכולה להתקבל.**

45. **עדות מחזקת לטענות העותרים בפרק זה עולה ממכתבו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 07.02.2021 שקבע במפורש: "כי הממשלה אינה רשאית, במסגרת התקנון לעבודת הממשלה או בכל החלטה אחרת, לקבוע הסדר המנוגד לחוק היסוד" (ראה נספח 1 להודעת העותרים מיום 14.02.2021).**

<sup>7</sup> בד"כ 52, 3308 (התשכ"ח) [https://fs.knesset.gov.il/6/Plenum/6\\_ptm\\_252560.pdf#page=49](https://fs.knesset.gov.il/6/Plenum/6_ptm_252560.pdf#page=49) - עמוד 18. <sup>7</sup> <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/he/il/il097he.pdf>

### **3. הכשלים בטענות המשיבים**

46. תשובת המשיבים לעתירה דן רצופה כשלים עובדתיים, לוגיים ומשפטיים, אשר כל אחד מהם לבדו – ומקל וחומר שממשקלם המצטבר – מצדיק את קבלת העתירה והפיכת הצו על תנאי למוחלט. למען הסדר הטוב, להלן תמצית טענות העותרים ביחס לטעויות של המשיבים והן תפורטנה בתתי פרקים מיד:
- 46.1. טענת המשיבים ביחס ל**סעיף 31(ו) לחוק היסוד** לפיה הממשלה רשאית לקבוע את סדרי עבודתה מהווה עיוות של לשון החוק ושל כוונתו.
- 46.2. ככל שהתמלילים סודיים, רק מעצם היותם תמלילים, כפי שטוענים המשיבים, אזי שנפל פגם בכך שמזכיר הממשלה לא הפעיל סמכותו לפי **סעיף 35(ב) לחוק היסוד** לקבוע כי המידע המבוקש מוחרג מהאיסור הכולל בשל אופיו האזרחי וחריגותו.
- 46.3. **סעיף 14 לתקנון לא קובע איסור גילוי** - אלא נקבע בו ששיבות הממשלה הן סגורות, אך אין חפיפה מלאה בין פומביות הדיון לפומביות העיון.
- 46.4. **ביחס ל**סעיף 71 לתקנון הממשלה ה-35 נפלו מספר פגמים בטענות המשיבים****:
- 46.4.1. סעיף 71 (ב) לתקנון אינו אוסר גלגול תמלילים אלא קובע סיווג שעניינו אבטחת מידע.
- 46.4.2. סעיף 71(ב) לתקנון סותר דין קיים.
- 46.4.3. סעיף 71 לתקנון נשען על הנחיה ישנה שאינה רלוונטית למצב המשפטי הנוכחי.
- 46.5. טענות המשיבים בקשר **לתקנון החדש של הממשלה ה-36** שסעיף 71(ג) בו תוקן דינן דחייה וממילא התיקון אינו מועיל לטענתם.
- 46.6. אין לקבל את **טענת השיהוי** שהעלו המשיבים ביחס לתקנוני עבר.

#### **3.1. סעיף 31(ו) לחוק יסוד**

47. כמפורט לעיל, טענתם העיקרית של המשיבים הינה כי בכוחו של התקנון לאסור את גילוי המידע המבוקש, לרבות ובעיקר את גילוי התמלילים. טענה זו שגויה כפי שפורט לעיל וכפי שעוד ינומק להלן, אלא שלא זו בלבד שהטענה שגויה לכשעצמה – גם התשתית המשפטית שבבסיסה אינה יכולה להתקבל.
48. ודוק. לטענת המשיבים הממשלה מחזיקה בסמכות לקבוע בתקנונה איסור גורף על פרסום תמלילים וזאת מכוח סעיף 31(ו) לחוק היסוד, וזו לשונו:
- "הממשלה תקבע את סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה אם דרך קבע ואם לענין מסוים".*
49. מלשון החוק המפורשת עולה בברור שעסקינן בסעיף **פרוצדורלי** המאפשר לממשלה לקבוע סדרי ישיבות ועבודה (כגון מועדים קבועים או מיוחדים) לקבוע את דרכי דיוניה (מפגשים פרונטליים או ממוחשבים ודיגיטליים) ואופן קבלת החלטותיה (שיטת הצבעה וכיוצ"ב). גם כותרת סעיף 31 מלמדת על היותו סעיף המאפשר קביעת דרכי התנהלות **טכניים**: "תפקוד הממשלה".
50. אולם המשיבים מבקשים מבית המשפט לצקת מהות מרחיקת לכת לסעיף זה. לשיטתם סדרי עבודה של הממשלה כוללים את הסמכות לקבוע עניינים **מהותיים**, כגון החלת חיסיון וסודיות על תמלילי ישיבות הממשלה, ללא תלות בתוכם.



51. כבוד השופט י. עמית מבצע בספרו אבחנה בין **חיסיון תוכני-כללי לחיסיון נושאי** (topical privileges)<sup>8</sup> וגורס כי הסיווג חשוב לכשעצמו ויכול שתהא השלכה לסיווג גם על פרשנות בית המשפט להיקפו של החיסיון, כאשר נקודת המוצא היא שחקיקת משנה צריכה להיבחן לגופה על פי הנורמה המסמיכה ותכלית החיסיון, וחיסיון שנקבע בחקיקת משנה אינו יכול להתפרש כחיסיון מוחלט (ובמקרה שלנו התקנון נמוך אף מחקיקת משנה).<sup>9</sup>
52. לא זו בלבד שמדובר במתיחת לשון וכוונת סעיף 31(ו) לחוק היסוד מעבר לכל פרשנות סבירה, אלא שטענה זו של המשיבים עומדת **בסתירה** עם לשון סעיף 35 לחוק היסוד אשר מבהירה את התנאים לקביעת סודיות של עניינים מסוימים הנדונים בממשלה. אם הסמכות המהותית הייתה מצויה בסעיף 31(ו) לחוק היסוד, לשם מה חוקק סעיף 35? ברור שלא לשווא הופרד הפך הפרוצדורלי (סעיף 31(ו)) מהפך המהותי (סעיף 35).
53. בנסיבות אלה דין טענת המשיבים ביחס לסעיף 31(ו) לחוק היסוד - **דחייה**.

### 3.2. סעיף 35 (ב) לחוק היסוד

54. טענת המשיבים לפיה התמלילים מהווים "עניין" לפי סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד ואין לגלותם רק מעצם היותם תמלילים דינה דחייה, כפי שמפורט בעתירה ובעיקרי טיעון אלה (סעיפים 27 - 30 לעיל). אלא שאף אם תתקבל טענה זו (והעותרים סבורים שאין לקבלה), הרי שהמשיבים לא השלימו טענתם ולא נימקו מדוע לא הפעיל מזכיר הממשלה סמכותו להחריג את תמלילי הקורונה מהאיסור הגורף בשל הנסיבות האזרחיות המיוחדות.
55. עוד יודגש, כי המשיבים טענו לראשונה בסעיף 12 במכתבם מיום 04.01.2021 כי מזכיר הממשלה לא יכול היה להפעיל את הסמכות שנתונה לו לפי סעיף 35(ב) לחוק היסוד או לפי סעיף 75 לתקנון הממשלה בלי אישור של הממשלה עצמה. טענה זו שגויה כיוון שהממשלה החליטה להסמיך את המזכיר להתיר פרסום של עניינים אשר פרסומם וגילויים אסורים<sup>10</sup> על בסיס סעיף 28(ב) לחוק יסוד: הממשלה (הישף) - ומוטב היה שטענה זו לא הייתה עולה על הכתב.

56. בהעדר החלטת מזכיר ובהעדר החלטת ממשלה ברור שיש מחדל מצד המשיבים וגם ברור שטענתם אודות הסודיות הגורפת אינה שלמה. כל אלה מצדיקים את התערבותו של בית המשפט הנכבד ודומה שראשית הוכחה למחדל זה התקבלה עקרונית עם מתן הצו על תנאי.

### 3.3. סעיף 14 לתקנון אינו קובע איסור עיון או גילוי

57. בסעיף 107 לתשובתם של המשיבים לעתירה זו, נטען כי אם תתקבל טענת העותרים באשר לפרשנות הנכונה של סעיף 35 לחוק היסוד, עדיין אין בכך כדי לגרוע מכוחו של סעיף 14 לתקנון הממשלה הקובע כי ישיבות הממשלה תהיינה סגורות.
58. המשיבים טוענים למעשה שפומביות הדיון והזכות לעיון חד הם - מדובר בטענה שגויה שסותרת הלכה מבוססת היטב של בית משפט נכבד זה.
59. ודוק בבג"ץ 5917/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים** (נבו 08.10.2009) נקבע כי לכל אחד מהאיסורים הללו, פומביות הדיון או זכות העיון, תכליות שונות. בהתאם לכך, סגירת דלתיים במהלך הדיון אינה סוגרת את הדלת בפני הציבור המבקש לעיין בחומרים שהונחו טרם הדיון ובתמלילי הדיון לאחר מכן.
60. מכל מקום, גם אם ישנה חפיפה מסוימת בין האיסורים אזי שניתן היה לפעול על פי אמות מידה מנהליות נדרשות של מידתיות וסבירות וניתן להשחיר את אותם חלקים סודיים לשיטת המשיבים.

<sup>8</sup> יצחק עמית, חסינות ואינטרסים מוגנים - הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי (2021), עמוד 385-386.  
<sup>9</sup> שם בעמוד 384 (שער שלישי: חסינות, ערכים ואינטרסים מוגנים).  
<sup>10</sup> <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/he/il/il097he.pdf>, עמוד 18, ראו גם י"פ התשכ"ט, עמ' 602.

### 3.4. סעיף 71 לתקנון

#### 3.4.1. אינו קובע איסור מהותי אלא מהווה סיווג של אבטחת מידע

61. סעיף 71(ב) לתקנון הממשלה ה-35 קובע כי תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים יסווגו כ"סודי ביותר".
62. המשיבים מבקשים ללמוד מסעיף זה איסור מהותי וגורף על מסירת כל תמלילי ישיבות הממשלה באשר הם, אולם הסיווג "סודי ביותר" אינו מלמד על זכות העיון בתמלילים, אלא עניינו בהיבטים של אבטחת מידע והשיקולים שעל המשיבים לבחון כאשר מוגשת בקשר לעיון (ר' לעניין זה את תשובת הממשלה לשאילתה משנת 2004 במסגרתה צוין שהסיווג מוגדר לפי קריטריונים של אבטחת מידע, כך בנספח 5 לקובץ האסמכתאות שהגישו העותרים במעמד הדין המקדמי ביום 14.6.2021). **בכל מקרה גם סעיף זה אינו יכול לגבור על הוראות חוק היסוד, שכן כל הוראות תקנון הממשלה חייבות להיות כפופות לנורמות החוקתיות של חוק היסוד.**
63. יש לדחות את טענת המשיבים לעניין סעיף 71(ב) לתקנון אשר נשענת על פרשנות שגויה של לשון סעיף זה.

#### 3.4.2. סעיף 71 סותר דין קיים

64. תקנה 71(א) לתקנון מחייבת את הממשלה לערוך תמלילים בכל אחת מישיבותיה<sup>11</sup> ומכיוון שהמשיבים לא חולקים על כך שהתמלילים הללו קיימים (וחלקם גם דלפו לא פעם), הרי שהדיון בעתירה זו עניינו במתח שבין סעיף 71(ב) לתקנון לסעיף 35 בחוק היסוד (כפי שכבר תואר לעיל) ובמחדל המשיבים, או מי מהם, בכך שלא הופעלה תקנה 71(ג) לתקנון.
65. למעשה תקנון הממשלה, שהוא הוראת מינהל או לכל היותר (ובספק רב) תקנה מנהלית, מתיימר לקבוע בסעיף 71(ב) נורמה שונה וחורגת מההוראה החוקתית בסעיף 35(א) שנקבעה בחוק היסוד.
66. אם תתקבל טענת המשיבים לעניין סעיף 71(ב) לתקנון כפי שהיא מפורט בפרק 3.4.1 לעיל, אזי מדובר באישור הסדר הסותר את הוראות חוק היסוד.
67. לא זו בלבד, אלא שקבלת טענה זו של המשיבים תרוקן מתוכן את חובת הממשלה הקבועה בסעיף 35(א) לחוק היסוד לקבוע בהחלטה מסודרת שעניין מסוים הוא סודי. ובמילים אחרות הפרשנות המרחיבה של המשיבים עלולה לשחרר את הממשלה מחובתה לקבל החלטה רשמית אותה ניתן יהיה, בעת הצורך, לתקוף באופן ישיר.
68. יתרה מכך, לעמדת העותרים, כלל הסודיות הגורף שהמשיבים מבקשים ללמוד מסעיף 71(ב) לתקנון אינו סביר בהתחשב באינטרסים שאותם נועדו לשרת, וגזירת הסודיות שהטילו המשיבים על כלל התמלילים אינה עומדת במבחן לשון החוק או במבחני הסבירות והמידתיות.<sup>12</sup>
69. למען שלמות התמונה יצוין, כי במכתב המשיבים מיום 04.01.2021 יש ניסיון לייצר נרטיב לפיו פרסום סדרי יום, הצעות החלטה וחומרי רקע חלקיים מלמד שאין חיסיון גורף. מדובר כמובן בטענה מיותרת ושגויה שהרי עתירה זו עניינה בתמלילים בלבד ולכן אין רלוונטיות לפרסום חלקי של מסמכים אחרים שאינם התמלילים – כך שהלכה למעשה אין יישום של דרישת המידתיות והסבירות הנדרשת מהמשיבים לעניין זה.
70. מכל המקובץ לעיל מתגבשת מסקנה ברורה לפיה הפרשנות שמבקשים המשיבים להעניק לסעיף 71(ב) לתקנון מעמידה אותו בהתנגשות חזיתית עם חוק היסוד, ובשיטתנו המשפטית אין חולק שחוק היסוד גובר.

<sup>11</sup> חובת הרשות לקיים פרוטוקולים נקבעה בפסיקה בע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, ס(4) 217, 254 (2006).  
<sup>12</sup> ר"ע 7759/01 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' נתניהו, פ"ד נח(5) 150, 160 (2004); ע"מ 7024/03 עו"ד אריה גבע נ' יעל גרמן, (נבו, 6.9.2006); וכן ע"מ 3300/11 משרד הביטחון נ' גישה (נבו, 5.9.2012).

### 3.4.3. סעיף 71 לתקנון נסמך על הנחיה שגויה

71. המשיבים ביקשו לסמוך את סירובם, בין היתר, על הנחיה מספר 3.1002 אשר כותרתה "מסירת מידע משיבות הממשלה - פניות מן הציבור". מדובר בהנחיה שניתנה בשנת 1997 (קרי לפני למעלה משני עשורים) ועודכנה בשנת 2003 ("ההנחיה" או "הנחיית היועץ") (ההנחיה צורפה כנספח 12 לעתירה דנן).
72. סעיף 5(ב) להנחיית היועץ עוסק בדרך שבה על מזכירות הממשלה לנהוג בבקשות לעיין בסטנוגרמות של ישיבות הממשלה או לצלמן, לרבות מכוח חוק חופש המידע. לפי סעיף זה על מנת לאפשר דיון פתוח בממשלה, ישנה הצדקה למדיניות הכללית שלא לגלות פרוטוקולים של דיוני הממשלה וועדות השרים, **אולם מודגש כי בידי מזכיר הממשלה ניתנה הסמכות להתיר עיון וואו צילום של סטנוגרמות, במקרים מתאימים ובודדים וכי עיון בכל ישיבות הקורונה (כפי שמבקשים העותרים), אינו בסמכות המזכיר אלא מצריך את אישור הממשלה.**
73. ראשית, כבר **מלשון** הנחיית היועץ עולה בבירור שלא הייתה כוונה להכשיר סירוב גורף ואוטומטי לבקשות מידע לקבלת תמלילים (סטנוגרמות). **בהנחיה נקבע במפורש שמזכיר הממשלה מחזיק בסמכות להתיר עיון או צילום של סטנוגרמות בהתקיים נסיבות מיוחדות, בהתאם לקבוע בתקנון הממשלה (כאז כן היום).**
74. לפיכך, היות שקשה לחשוב על "נסיבות מיוחדות" יותר מאירוע אזרחי-בריאותי שביסוד בקשת העותרים, ברי שהישענות המשיבים על הנחית היועץ אינה יכולה לעמוד והיא איננה סבירה בנסיבות העניין ויש בה קושי של ממש נוכח פרשנותם הרחבה למושג 'עניין' הוא לשיטתם סוג המסמך תמליל, המתייחס באופן רחב לכל מה שחוסה וקיים תחת תמלילי ישיבות הממשלה. ובעניין זה נשוב ונזכיר כי לפי כבוד השופט עמית בספרו, חקיקת משנה ובוודאי כל מה שנמוך מחקיקת משנה יש לבחון לגופו, על פי הנורמה המסמיכה ותכלית החיסיון, וחיסיון שנקבע בחקיקת משנה (או נמוך מכך) אינו יכול להתפרש כחיסיון מוחלט.<sup>13</sup>
75. **שנית**, בכל הכבוד, הנחיית היועץ המשפטי יוצאת מנקודת ההנחה כי סעיפי התקנון שאליהם התייחסנו לעיל, הם תקפים, ואולם בדיוק את תוקפם של הסעיפים הללו אנו תוקפים בעתירה זו, שכן הם חורגים מהמסגרת החוקתית שנקבעה בחוק היסוד, ולכן הסתמכות על הנחיה שמתבססת על התקנון, היא בגדר ניסיון להרים את עצמך תוך משיכת שערות ראשך.
76. **שנית**, נראה שהנחיית היועץ "התיישה" כבר בסמוך לאחר עדכונה האחרון במרץ 2003. שכן, שישה חודשים לאחר מכן ניתן פסק דין של בית המשפט העליון בעת"מ 924/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' המועצה להשכלה גבוהה, פס' 9-10 (נבו, 11.09.2003)<sup>14</sup>, שם נקבע שסירוב הרשות למסור פרוטוקולים היה שלא כדין וכי על הרשות לשקול את האינטרס הציבורי העומד בבסיס הבקשה:

**"העובדה שהמידע הוא פנימי איננה מובילה, באופן ישיר, לחיסויו... מגמת בית המשפט תהיה, בדרך כלל, לאפשר גלוי מידע רב ככל האפשר לציבור... אלא אם כן הוא ישתכנע כי גלוי כזה עלול לשבש את פעולתה או תפקודה התקין של הרשות הציבורית או יפגע בזכות הפרטיות של פרט זה או אחר... מסירת החלטות ללא הדיונים שקדמו להן איננה בבחינת מסירת מידע של ממש... מסירת ההחלטות, ללא הדיון, אינה מאפשרת מעקב אחר הלוך דעתם של מקבלי ההחלטות ומחבלת ביכולת להבין את התכלית שחברי המל"ג ביקשו לקדם."**

<sup>13</sup> ראו לעיל הערה 7, שם בעמוד 384 (שער שלישי: חסיונות, ערכים ואינטרסים מוגנים)  
<sup>14</sup> ויוער כי עתירה זו נדונה בבית המשפט העליון במסגרת ערעור שהגישה המועצה להשכלה גבוהה (עע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ (נבו 19.01.2006)) שם נדחה הערעור ונותרה הקביעה העקרונית דלעיל על כנה.

77. דומה שדברים אלה מהדהדים היטב את טענות העותרים לעיל בנוגע לסירובה הגורף של המדינה למסור כל תמליל רק בשל היותו כזה, ללא תלות בתוכנו.
78. במאמר מוסגר יוער שבכל הכבוד, העותרים סבורים כי ראוי היה שהיועץ המשפטי לממשלה (המשיב 3) יתקן את ההנחיה בשנים הרבות שחלפו מאז עדכונה האחרון, ויסיר את הסתירה בין המדיניות השרירותית והמיושנת שבהנחייתו לבין ההלכה הפסוקה התקפה כיום. מקל וחומר שתיקון זה דרוש בשים לב לכך שה"מדיניות" שאותה מכשירה הנחיית היועץ, עניינה בהוראות שנקבעו בתקנון הממשלה בניגוד מובהק לנורמה חוקתית וגוברת שעוגנה בסעיף 35 לחוק היסוד, כפי שכבר פורט לעיל.
79. מכל מקום, תקנון הממשלה והנחיית היועץ המשפטי אינם בעלי מעמד נורמטיבי הגובר על חוק היסוד.

### **3.5. תיקון סעיף 71 לתקנון הממשלה ה-36 אינו מועיל למשיבים**

80. ביום 20.06.2021 בסמוך לאחר כינונה של הממשלה ה-36, במסגרת ישיבה השנייה אישרה הממשלה את התקנון לעבודתה ("התקנון החדש") ושינתה את הוראת סעיף 71(ב)-(ג) ו-74 לתקנון. יובהר, כי גם תיקון זה נעשה בהיעדר הסמכה בחוק, ויש בהוראות התקנון החדש איסורים המתיימרים להרחיב את האיסורים הקבועים בסעיף 35 לחוק יסוד הממשלה. במובן האמור טענות העותרים שרירות וקיימות גם ביחס לתקנון החדש אשר גם בו מתקיים במובהק הפגם החוקתי של הפרת המדרג הנורמטיבי.
81. יצוין שלא די שהתקנון החדש מתיימר לאסור את מה שחוק היסוד מתיר, אלא שבסעיף 71(ב) לתקנון החדש נקבעה הוראה לפיה תמליל של ישיבות הממשלה ושל ועדות שרים בדיוניהן יסווג "סודי ביותר", וזאת בהיותו "עניין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד" בהתאם לסעיף 35(א)(4) לחוק-יסוד: הממשלה.
82. ובסעיף 71(ג) לתקנון החדש נקבעה ההוראה לפיה מזכיר הממשלה רשאי, על אף האמור בסעיף (ב) לעיל, לסווג תמליל או חלק ממנו בכל סיווג. אולם, תמליל של ישיבות הממשלה ושל ועדות השרים בדיוניהן בעניינים המפורטים בסעיף 35(א)(3-1) לחוק יסוד: הממשלה, יסווגו בכל מקרה בסיווג "סודי ביותר".
83. הנה כי כן נראה שהמשיבים עיינו בעתירה דן ובלית ברירה בחרו בדרך של "הבה נתחכמה לו" ונראה שהתיקון נעשה כתגובה לעתירה והוא "נתפר בתפרים גסים".
84. וממה נפשך? בחוק היסוד נקבע שהממשלה יכולה לקבוע עניין מסוים כסודי, אלא שהתיבה "עניין" לא יכולה להתפרש אחרת אלא "כנושא", דהיינו תוכן ומהות אשר הממשלה דנה בו והחליטה (מטעמים הקשורים בנושא עצמו) והחליטה לשומרו בסוד. לא ניתן לומר, לאור הוראות החוק המסמיך, כי תמלילי הממשלה כולם, ללא תלות בנושא הנדון, הם סודיים ופרסומם אסור.
85. אשר על כן, התקנון החדש אינו חורג רק מהוראות הסודיות של סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד אלא שהוא חורג מהסמכות שהוענקה לממשלה בסעיף 35(א)(3) לקבוע כסודיים נושאים מסוימים לפי שיקול דעת שגבולותיו הותוו בסעיף זה.
86. לאור זאת העותרים סבורים כי אין בקביעת התקנון לממשלה ה-36 כדי לשנות ולגרוע מטענותיהם בעתירה דן, וכי אימוץ התקנון החדש אינו מרפא כלל את הפגמים אשר היו ועודם קיימים בתקנון שנדון בעתירה.

### **3.6. תשובה לטענת המשיבים ביחס לתקנוני העבר**

87. המשיבים טענו במסגרת תחלופת המכתבים שלאחר פסק הדין בערכאה דלמטה כי טענות העותרים בעניין אי חוקתיות סעיפי התקנון וסתירתם את חוק היסוד עולות כעת בשיהוי ניכר משום שהוראות אלה הופיעו גם בתקנונים של ממשלות קודמות. ביחס לכך מבקשים העותרים להתייחס בהרחבה.

88. יודגש כי למיטב ידיעת העותרים, בקשתם לקבל את תמלילי ישיבות הממשלה בקשר למשבר הקורונה העלתה וחשפה לראשונה את הבעייתיות של סעיף 71 לתקנון, אשר עד למועד זה לא הובא לדיון בערכאות.
89. העותרים סבורים שהמשיבים מטעים את בית המשפט כשהם טוענים שהוראות התקנון הנוכחי "דומות במהותן" להוראות המקבילות בתקנוני עבר, ו"משקפות סדרי עבודה מושרשים לפיהם פועלת הממשלה לאורך שנים ארוכות מימים ימימה, בהתאם לתקנונים שאישרה". לצד אמירה זו מפנים המשיבים לעשרת תקנוני הממשלה האחרונים, החל משנת 1990 (פיסקה 25 והלאה לכתב התשובה) אשר משקפים מציאות שונה.
90. העותרים בדקו ומצאו שהתקנונים שאליהם הפנו המשיבים לא מסייעים להם כלל ואף מחזקים את טענות העותרים כי זהו "סיפוח זוחל", שכן בסמוך לחקיקת חוק חופש המידע תקנון עבודת הממשלה התיישב עם חוק היסוד, אך מתקנון לתקנון החלה הממשלה לחרוג מהוראות חוק היסוד.
91. כידוע, חוק חופש המידע נחקק במאי 1998. בתקנונים שאימצו הממשלות ה-24-26, בטרם נחקק החוק, אכן נקבעו הסדרים שמזכירים בלשונם את הפרשנות הגורפת של המשיבים, כאילו כל תמליל באשר הוא יסווג כסודי וייאסר לגילוי. אלא שהחל מתקנון הממשלה ה-27 מספטמבר 1998, המצב המשפטי השתנה (ר' עמ' 22 ואילך לתיק האסמכתאות).
92. בפועל, מחקיקת החוק ועד לתקנון הממשלה ה-32 משנת 2012, תקנוני הממשלה קבעו כך: תמלילים מדיוני הממשלה וועדותיה בענייני חוץ, ביטחון ושאר עניינים שנקבעו בצו כסודיים לפי ס' 35 לחוק היסוד, יסווגו כ"סודיים" או "סודי ביותר"; ולעומת זאת, תמלילי דיונים בכל עניין אחר יסווגו בסיווג "שמור". הפירוש לסיווג "שמור" נמצא בתשובת הממשלה מיום 04.08.2004 בעמ' 58 לתיק האסמכתאות: "מבחינת מזכירות הממשלה, הסייג 'שמור' שווה-ערך לקביעה 'בלתי מסווג', וכל מסמך הנושא סיווג זה ניתן לכל דורש ללא הגבלה." עוד מוסבר שם ש"סיווג" מתייחס לקריטריונים של אבטחת מידע, כלומר, לאופן שמירת המסמך.
93. בד בבד, בתקנוני הממשלה שאומצו לאחר חקיקת חוק חופש המידע, משתנה בהדרגה הסעיף העוסק ב"פניות מהציבור": תחילה הנוסח מתייחס רק לפניות מהציבור בעניין "החלטות" הממשלה, ובהמשך מדובר בו על פניות למידע בעניין "החלטות הממשלה וחומר אחר"; במקביל מתווספת ההוראה לטפל בפנייה "בהתאם להוראות חוק חופש המידע", ובהמשך גם "בהתאם להנחיות היועמ"ש". יש לשים לב שההפניה להנחיות היועץ מתווספת בסמוך לאחר שניתנה הנחיית יועמ"ש מס' 3.1002 בכותרת "מסירת מידע מישיבות הממשלה – פניות מן הציבור" – שמוקדשת כולה לפירוש סעיף "פניות הציבור" בתקנון הממשלה. עוד על כך בהמשך.
94. השינויים בתקנון עבודת הממשלה משקפים את ההלך הציבורי ביחס לשקיפות שהלך והשתכלל ולצד הציפייה הגוברת לשקיפות – גברה גם המודעות לחשיבות ההקפדה על אבטחת המידע. בהתאם, בתקנון הממשלה ה-32 מ-2012, השתנה הסעיף המקביל לסעיף 71 בתקנון הנוכחי, ונקבע בו הנוסח שקיים בסעיף עד היום: ההסדר שם קובע שתמלילים מדיוני הממשלה וועדותיה יסווגו בסיווג "סודי ביותר", וזו ברירת המחדל; בד בבד, מזכיר הממשלה רשאי לסווג תמליל או חלק ממנו בכל סיווג אחר, ובלבד שתמלילים מדיונים בנושאים סודיים לפי ס' 35 לחוק היסוד, יסווגו בסיווג "סודי ביותר".
95. העותרים סבורים כי נוסח זה לא נועד להשיב את הגלגל לאחור (ערב חקיקת החוק) ולהטיל על תמלילים סודיות מוחלטת, אלא להיטיב את השמירה על סודות מדינה שעשויים להתגלות באגביות מחשיפת תמלילים של דיון בנושא לא סודי (למשל, כלים של השב"כ שאולי נזכרו בדיוני הקורונה).
96. עמדת העותרים היא שמזכיר הממשלה מחזיק בסמכות לקבוע את אופן הסיווג הסודי והתקנון מייצר עבורו מנגנון מבוקר לטיפול בתמלילים במזכירות הממשלה, מבלי לחסום את הדרך שמתווה ס' 78 לתקנון למסירת תמלילי דיונים במענה לפניות מהציבור, במקרים המתאימים.

97. מכל מקום, **תשובת המשיבים כאילו תקנוני הממשלה הקודמים זהים במהותם לתקנון הנוכחי שגויה ומטעה** וגם לו הייתה נכונה אז לא היה מדובר בהצדקה ראויה או בעילה חוקית להסתיר מהציבור את תהליכי קבלת ההחלטות הממשלה במשבר הקורונה, על יסוד פרשנות שגויה להוראות התקנון.

98. ודוק. העובדה שהפגם חוזר על עצמו אינה יכולה להכשיר את התקנון לסתור חוק יסוד ובהתאם גם אינה יכולה לשמש בסיס לטענת שיהוי. משפטית אין בידי המשיבים לבסס טענת שיהוי, שכן כאשר מול שיהוי נטען עומדת **חריגה בוטה מהוראות החוק**, נסוגה טענת השיהוי מפני שלטון החוק. יפים לעניין זה דברי כב' השופט נתניהו בבג"צ 170/87 **דוד אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, זאב בויס פ"ד מב(1) 678**. הלכה זו ברורה ומושרשת היטב גם במספר פסקי דין מהעת האחרונה; למשל דברי בית המשפט הנכבד בשבתו כבג"צ בעניין 953/11 **עבד אלפתאח סאלחה נ' שר הביטחון** (נבו, 27.08.2020) וכן בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בשבתו כערכאת ערעורים מנהליים בעע"מ 5834/16 **לינוי הושק ו-54 אח' נ' עיריית גבעת שמואל** (נבו, 15.08.2016).

99. עוד יובהר, כי בשים לב לכך שלפי סעיף 31(ו) לחוק היסוד, ניתנת לכל ממשלה הסמכות לקבוע את תקנונה מחדש, כך שאין כל חשיבות לנוסחים של תקנונים קודמים.

#### 4. **האינטרס הציבורי**

100. האינטרס הציבורי המשמעותי שעומד בבסיס המידע המבוקש פורט בהרחבה בפרק ו' לעתירה דנן. במסגרת עיקרי טיעון אלה אנו מבקשים להדגיש לא רק את חשיבות מסירת המידע, אלא גם את ההשלכות השליליות שתהיינה לקבלת עמדת המשיבים באשר להטלת סודיות גורפת על כלל התמלילים.

101. כאמור בעתירה, שקיפות שלטונית ודיווחים מפורטים לציבור הינם מיסודותיה של דמוקרטיה, שעוגנו היטב בחקיקה ובפסיקה הענפה שהתגבשה בישראל. יישום מלא של עקרונות אלה יועיל לבריאות הציבור, ללכידותו, ולחוסנו בתקופה מאתגרת זו.<sup>15</sup> עקרונות אלה נכונים על אחת כמה וכמה במסגרת התמודדות לאומית עם אתגר אפידמי עולמי, שהשלכותיו הן, כמעט באופן בלעדי, **אזרחיות וכלכליות - ולא ביטחוניות או דיפלומטיות**. אין כל הצדקה לאי-חשיפת תהליכי קבלת ההחלטות בנוגע למשבר הקורונה. להפך: אם במלחמה חיוני לעתים להסתיר מידע כדי לנצח את האויב, הרי שבמאבק במחלה חיוני **למסור** מידע כדי לנצח את ה"אויב" – הנגיף.

102. בשל חשיבות הדברים יצוין כי מאז התפרצה המגפה בישראל, הפעילה הממשלה את סמכותה לפי סעיף 39 לחוק היסוד, ובהמשך לפי חוק סמכויות מיוחדות, והתקינה תקנות על גבי תקנות לשעת חירום, שברובן המכריע כרוכה פגיעה בזכויות הפרט, ביחסי אזרח ומדינה ובמרקם החיים הפרטי, הציבורי והכלכלי.<sup>16</sup>

103. בצו השעה עברו סמכויות רבות של הכנסת לידי הממשלה ולא זו בלבד שנפגעה מאד יכולת הפיקוח הפרלמנטרי על החלטות הזרוע המבצעת, אלא שהאחרונה לא טרחה להחיל על עצמה את הנורמות המתבקשות מרשות המתקינה תקנות, ובראשן נורמת השקיפות הכה נדרשת כאן.

104. טעם נוסף להקפדה על שקיפות בתקופה קריטית זו, נשען על ההבנה שפרסום מידע מלא לציבור חיוני לחיזוק ושימור האמון בממשלה. בעתירה הוזכר דו"ח של המועצה לביטחון לאומי מיום 02.04.2020, אשר סבר כי **חוסר ידע או קושי בגישה למידע, יוצר מצוקה בציבור**. בסקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה שפורסם ביום 15.07.2020, נטען כי חלה **קריסה באמון הציבור באישים ובגופים האמונים על הטיפול במשבר הקורונה**.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Francis Fukuyama, *The Thing That Determines a Country's Resistance to the Coronavirus*, THE ATLANTIC (30.03.2020) <https://bit.ly/2CgzxM1>.

<sup>16</sup> שחר אילן "הממשלה הזמנית שברה את שיאי תקנות החירום" **כלכליסט** (27.4.2020) <https://bit.ly/2WlZgZ3>

<sup>17</sup> פרופ' תמר הרמן וד"ר אור ענבי "סקר מיוחד: משבר האמון בממשלה" **אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה** (15.07.2020) <https://bit.ly/3eDWhCx>

105. פרסומים שונים הציגו חשש שחוסר שקיפות מהווה מצע לתיאוריות קונספירציה<sup>18</sup>. לצד אלה, טענו עיתונאים ומומחים<sup>19</sup>, כי בהיעדר שקיפות מצד הממשלה והירידה הנגזרת מכך באמון הציבור, גובר חוסר שיתוף הפעולה, משום שהציבור אינו מבין את ההחלטות, וגם שרי הממשלה הביעו חשש זה: **"הבעיה היא שהמידע לא נגיש לציבור. ההחלטות מתבססות על נתונים, אנחנו רואים איפה יש הדבקה ואיפה יש צורך לסגור. כשהציבור לא רואה את זה – הוא לא יודע אם אפשר לתת אמון בהחלטות הממשלה. בסוף זה מתפוצץ על השוטר"**.<sup>20</sup>
106. העותרים סבורים כי בכל מקרה, האפשרות למסור את התמלילים של ישיבות ממשלה בנוגע למשבר הקורונה, צריכה להיות מושפעת ממהותה וממאפייני המידע המבוקש כמו גם מכוחה של הרשות הנדונה. כאשר עסקינן במידע אזרחי המצוי בידי רשות המחזיקה בסמכויות חשובות ומהותיות, גובר האינטרס הציבורי בגילוי (לעניין זה ראו עע"ם 9135/03 **המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ**, וכן את סעיף 147 לעתירה).
107. גם **לזהות המבקשים** יש חשיבות שכן מדובר בעמותה הפועלת ללא כוונת רווח, ומיומה הראשון היא פועלת לטובת אינטרס ציבורי של שקיפות ובית משפט נכבד זה הכיר בה כזרועו הארוכה של הציבור, כמו כן בצבר רב של כלי תקשורת ועיתונאים המהווים גם הם את זרועו הארוכה של הציבור ונחיצותם הכרחית במשטר דמוקרטי תקין ומתפקד. לעניין זה ראו את פסקי הדין והציטטות המובאים בסעיפים 53 - 56 לעתירה דנן.
108. בתמלילי ישיבות הממשלה בקשר לקורונה ישנו מידע מהותי שלא רק שאין נימוק מדוע לא למסרו לציבור אלא ההיפך: יש חשיבות עצומה בגילוי, הן מבחינת מידע שיקבל הציבור (לא רק שורה תחתונה של ההחלטה), הן מבחינת אמון הציבור בממשלה והן מבחינת היכולת לקיים ביקורת ולפקח על החלטות הממשלה.
109. מצדו השני של המטבע, במהלך ניהול משבר הקורונה ובין ממשלות המעבר **דלפו** חלקים מתוך דיוני הממשלה באופן מגמתי. אימוץ עמדת המשיבים והטלת סודיות גורפת על התמלילים דווקא בעת ניהול משבר אזרחי היא בעלת השלכות שליליות לא מעטות, ביניהן פגיעה באמון הציבור במוסדות השלטון. אשר על כן יש לדחות את טענות המשיבים ולקבל את טענות העותרים כמפורט בעתירה ובעיקרי טיעון אלה.
110. ונזכיר ההחלטות שקיבלה ממשלת המעבר ועד לחקיקת חוק סמכויות הקורונה, לא היו "החלטות רגילות" אלא היו למעשה דבר חקיקה, ולא רק שהיו אלה מעשי חקיקה בידי ממשלת מעבר, אלא הם היו מעשי חקיקה שפגעו (משמעותית) בזכויות יסוד; חופש התנועה, חופש העיסוק, הזכות להפגין ועוד ועוד.
111. כלומר, כאשר יושבת הממשלה כמעין "רשות מחוקקת", ובגלל נסיבות חריגות של משבר חוקתי בנוסף לאירוע בריאות שאין דומה לו **מתעצם הצורך בשקיפות הליכי קבלת ההחלטות** ולעמדת העותרים ובנסיבות המתוארות טוב היה לו הממשלה הייתה עושה זאת בסמוך להליכי קבלת ההחלטות (ולא בדרך של הדלפות מגמתיות כפי שאירע בפועל) ונמנעת מכל אותם הליכים משפטיים כמתואר בראשית עיקרי הטיעון.
112. לפי מאמרם של גרוס וקוסטי, משבר הקורונה שחוותה ישראל לצד המשבר החוקתי שאירע, מדגים את קריסת ההבדל בין סמכות מחוקקת למבצעת ובין חקיקה ראשית למשנית. במובן זה, משבר הקורונה ומצב החירום הבריאותי הנציח ומעצים את עוצמת הממשלה, שפעלה במהירות ובגמישות מרחיקת לכת וזאת מבלי לקבוע מנגנוני פיקוח יעילים.<sup>21</sup> השקיפות הנדרשת בעתירה זו היא מנגנון שבכוחו לרפא פגמים אלה, גם אם בדיעבד.

<sup>18</sup> שני אשכנזי "מה עומד מאחורי הנתונים הסותרים על מספרי חולי הקורונה בישראל" **גלובס** (28.06.2020) <https://bit.ly/2WY3QoI>; ורי גם נועם דביר "מה מסתירים במשרד החינוך על הקורונה?" **ישראל היום** (06.09.2020) <https://bit.ly/3nJZhTz>; עמי רוחקס דומבה "משרד הביטחון ממשיך להתנהל בחוסר שקיפות ברכש ציוד לקורונה" **Israel Defense** (04.08.2020) <https://bit.ly/3126k0j>; חן ארצי סרור "אסטרטגיית הטיפול בקורונה: חוסר שקיפות" **Ynet** (07.09.2020) <https://bit.ly/2SRC3wB>.

<sup>19</sup> שני אשכנזי "אחרי זה מאשימים את הציבור בהתרופפות: התוצאות הבלתי צפויות של חוסר שקיפות" **גלובס** (09.06.2020) <https://bit.ly/2OEKppu>; אורי פסובסקי וגלי וינרב "שרשרת כשלים, היעדר שקיפות והנחיות סותרות: כל הדרך לכאוס של גל הקורונה השני" **גלובס** (03.07.2020) <https://bit.ly/370ZSKI>.

<sup>20</sup> השר לביטחון פנים לכאן רשת ב: המידע לא נגיש לציבור – ולכן הוא לא מאמין" **כאן** (16.06.2020) <https://bit.ly/2ZE3Kx5>.

<sup>21</sup> **פרדוקס חקיקת הקורונה**: ניר קוסטי, אייל גרוס, ראה עמוד 30

## 5. תשובת המשיבים לצו על תנאי נסמכת שלא כדין על טענות השמורות לערעור



113. לעניין הערעור שנכרך בבג"צ העותרים מבקשים להבהיר, כי בתשובתה הקפידה המדינה לערב בין טענות הבג"צ לבין טענות הערעור, העותרים נמנעו מכך בהתאם לצו על תנאי שהוציא בית משפט נכבד זה, בסעיף 3 לצו נכתב –"לאחר הגשת תצהיר תשובה וקיום הדיון, יוחלט על המשך הטיפול בעע"מ 452/21", אך מבקשים להעיר – הלכה פסוקה היא שכאשר הוראות סודיות כוללת חריגים שמתירים את גילוי המידע בנסיבות ובמקרים מסוימים (כפי שהראו העותרים ביחס להוראות התקנון וחוק יסוד הממשלה), **יש לבחון את מסירת המידע בהתאם לחריגים אלה; והיכן שנמצא שהחריגים מאפשרים את מסירת המידע – לא מדובר ב"מידע שאין לגלותו על פי כל דין", כך שהוראת ס' 9(א)(4) לחוק אינה חלה כלל** (עע"ם 5089/16 התנועה לאיכות השלטון נ' בנק ישראל; עע"ם 2416/18 בריגע).
114. הפסיקה שנתה וחזרה היכן שהוראת סודיות חקוקה מעניקה לרשות שיקול דעת בנוגע לגילוי המידע, שיקול דעת זה צריך שיהא מושפע מחוק חופש המידע ותכליותיו – המבכרות את גילוי המידע וצמצום גדרי הוראת הסודיות, בשים לב לאופייה החוקתי של הזכות למידע (עע"ם 5089/16 התנועה לאיכות השלטון נ' בנק ישראל; עע"ם 1704/05 האוני' העברית נ' העמותה למדע מוסרי; עע"ם 398/07 התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים).
115. על כן, ביחס לטענות המשיבים בעניין סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה ולנושא **האחריות המשותפת** – מקומן של טענות אלו שידונו בהליך ערעור, ועניינן אינו בבג"צ – שכן אלו קשורים באיזון הנדרש מבית המשפט הנכבד לאחר שייקבע כי הוראות התקנון אינן בבחינת איסור על פי דין ולאחר שנחצה את משוכת סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע, ולמען הסר כל ספק העותרים סבורים שממילא דינן דחייה.
116. הערת המשיבים בסעיף 126 לכתב התשובה, כי הממונה על חוק חופש המידע אינה יכולה להתיר פרסום התמלילים על דעת עצמה ואין זה מתפקידה לפנות לגורמים המוסמכים כדי שיעשו כן משוללת כל יסוד וטוב היה לו לא הייתה עולה על הכתב.
117. בכתב התשובה כותבים המשיבים (סעיף 11), כי אם הצו על תנאי יהפוך למוחלט עדיין תיזרש בחינה חוזרת מטעם הרשות בנוגע לכל תמליל ותמליל שמסירתו מתבקשת, שכן פסק דינו של בית משפט קמא לא קבע כל מסמרות ביחס להחלטת הממונה שלא למסור את המידע בהתאם להוראות סעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע. העותרים מתקשים לקבל טיעון זה נוכח כתב תשובתם המפורט של המשיבים המתמודד עם טענות סעיף 9(ב)(4) ובמידה והצו על תנאי יהפוך למוחלט יהיה זה לא יעיל וחסר כל הגיון להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי שכן שני הצדדים כבר התמודדו עם מכלול הטיעונים זה מכבר. על כן, יש לסור אל הערעור שהוגש, להורות למשיבים להגיש כתב תשובה נוסף ולדון בטענת הצדדים לעניין סעיף 9(ב)(4) לחוק שעיקרו מלאכת איזונים תוך שיקולים של יעילות הדיון, חופש הביטוי והזכות לפקח.
118. לפני סיום, לעניין התייחסות המשיבים ביחס למשפט המשווה המוצג בדלות בכתב התשובה (סעיפים 127-138), העותרים מבקשים להבהיר כי הסקירה המוצגת מציגה תמונה חלקית של דינים במדינות בודדות **עובר למשבר הקורונה העולמי** ומדינות רבות פעלו בשקיפות מעוררת השראה בזמן ניהול המשבר ואינה לוקחת בחשבון הסדרים ספציפיים וחדשים בכל הקשור לניהול משבר הקורונה באותן מדינות (ראו עתירת אוקטובר סעיפים 101 והלאה). לעניין זה מבקשים העותרים לשמור על זכותם להגיב בהרחבה במידה והצו על תנאי יהפוך למוחלט ובית המשפט הנכבד יידרש לדון בטענות הערעור.



119. עוד מבקשים העותרים לציין כי אף בימי שגרה וללא קשר לתקופת הקורונה החריגה, ההסדרים הנוהגים במדינות אחרות הינם הסדרים שונים שכוללים חשיפת מסמכים ציבוריים לאחר תקופת הגבלה מוגבלת ופחותה מחיסיון של 30 שנים (או 50 שנים) כברירת מחדל כפי שקיימת אצלנו; יתרה מכך במדינות מסוימות נקבעה תקופת "תקרה" לאחריה מתפרסמים המסמכים כולם, לרבות מסמכים ביטחוניים.<sup>22</sup>
120. לסיכום, עמדת העותרים היא שלבית משפט נכבד זה קיימת הסמכות לבחון את מסירת התמלילים בהעדר דין אוסר, ויודגש כי בית משפט נכבד זה טרם קבע הלכה והשאיר ב"צריך עיון" את שאלת סמכותו לדון מכוח סעיף 17(ד) לחוק חופש המידע במקום בו קיים דין אוסר, וכל הוראות סודיות יש לקרוא בהתאם לחוק בו היא נחקקה ולפרשן בהתאם להוראות הסודיות עצמה<sup>23</sup>, קרי סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה.

## 6. סיכום

121. בהתאם לכל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כי הצו על תנאי יהפוך למוחלט וכי המשיבים ימסרו לעותרים ו/או יפרסמו לציבור את כל המידע המבוקש, בדגש על תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים בעניין הקורונה.
122. ככל שבית המשפט הנכבד ידחה עתירה זו, מכל טעם שהוא, מבוקש שיקבעו מועדים לדיון בערעור המנהלי שהוגש בד בבד עם העתירה דנן, עע"מ 452/21 והכל בהתאם לאמור בצו על תנאי שהוציאה הנשיאה ביום 10.10.2021.
123. עוד מתבקש לקבוע בית המשפט הוצאות משפט ריאליות של העותרים, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדן, בגין ניהול הליך זה והליכים קודמים וכן לקבוע כי על המשיבים לשאת בכל סכום האגרה ששילמו העותרים.
124. יהיה זה מן הדין ומן הצדק להיעתר למבוקש.
125. בהתאם לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984, עיקרי טיעון אלה מוגשים בשלושה עותקים לבית המשפט הנכבד והעתק מלא נמסר במישרין גם לב"כ המשיבים.

				
בא אוריין אשכולי, עו"ד ב"כ העותרים 10-12	בא שחר בן מאיר, עו"ד ב"כ העותרים 8-9	בא טל ליבליך, עו"ד ב"כ העותרים 2-7	רחלי אדרי-חולתא, עו"ד ב"כ העותרת 1	יערה וינקלר-שליט, עו"ד ב"כ העותרים 1 ו-13

<sup>22</sup> ניו זילנד - <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2005/0040/latest/whole.html%23DLM345776>; ארה"ב - <https://www.archives.gov/legislative/research/rules-of-access.html>; הולנד - <https://www.nationaalarchief.nl/sites/default/files/field-file/Netherlands%20Public%20Records%20Act%201995.pdf>

<sup>23</sup> עע"מ 5089/16 התנועה לאיכות השלטון נ' בנק ישראל (פסק דינו של כבוד השופט עמית)