



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 452/21

בג"ץ 614/21

לפני:

כבוד הנשיאה אי חיות
כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

המערערים בעע"מ 452/21
והעותרים בבג"ץ 614/21:

1. התנועה לחופש המידע
2. נעה לנדאו - עיתונאית - עיתון הארץ
3. הוצאת עיתון הארץ בע"מ
4. תומר גנון - עיתונאי
5. כלכליסט - ידיעות אחרונות בע"מ
6. שאול אמסטרדמסקי - עיתונאי
7. תאגיד השידור הישראלי
8. עו"ד שחר בן מאיר
9. עו"ד יצחק אבירם
10. חן מענית - עיתונאי
11. שניידר טל - עיתונאית
12. גלובס פבלישר עתונות (1983) בע"מ
13. שומרים - מרכז לתקשורת ודמוקרטיה (חל"צ)

נ ג ד

המשיבים בעע"מ 452/21
ובבג"ץ 614/21:

1. משרד ראש הממשלה
2. הממונה על חופש המידע במשרד ראש הממשלה
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. מזכיר הממשלה
5. ממשלת ישראל

התנגדות למתן צו מוחלט וערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופט א' אברבנאל) בעת"מ 54265-10-20 מיום 7.12.2020

ד' בתמוז התשפ"א (14.6.21)
כ"ט באייר התשפ"ב (30.5.22)

תאריכי הישיבות:

עו"ד יערה וינקלר-שליט; עו"ד רחלי אדרי

בשם המערערת 1 בעע"מ
452/21 והעותרת 1 בבג"ץ
614/21

בשם המערערים 7-2 בע"מ
452/21 והעותרים 7-2 בבג"ץ
614/21 :
עו"ד טל ליבליך ; עו"ד רעות פרידנרייך

בשם המערערים 9-8 בע"מ
452/21 והעותרים 9-8 בבג"ץ
614/21 :
עו"ד שחר בן-מאיר

בשם המערערים 12-10
בע"מ 452/21 והעותרים 10-
12 בבג"ץ 614/21 :
עו"ד אוריין אשכולי

בשם המערערת 13 בע"מ
452/21 והעותרת 13 בבג"ץ
614/21 :
עו"ד יערה וינקלר-שליט

בשם המשיבים בע"מ
452/21 ובבג"ץ 614/21 :
עו"ד אבי מיליקובסקי ; עו"ד שי כהן

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. עניינם של ההליכים שבפנינו בבקשת העותרים בבג"ץ 614/21 והמערערים בעע"מ 452/21 (להלן: העותרים) לחשוף את תמלילי ישיבות הממשלה וישיבות ועדות השרים הנוגעים להתמודדות הממשלה עם מגפת הקורונה. על אף שהעתירה מצומצמת לישיבות הממשלה בנושא הקורונה, הרי שהגשתה הציפה שאלה עקרונית הנוגעת לתמלילי ישיבות הממשלה גם בנושאים אחרים.

טענת העותרים היא כי הוראת הסודיות ביחס לכלל תמלילי ישיבות הממשלה, כפי שנקבעה בתקנון לעבודת הממשלה (להלן: תקנון הממשלה או התקנון), חורגת מהוראת הסודיות הקבועה בסעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה (להלן גם: חוק היסוד) ואינה יכולה לעמוד. לכן לשיטתם, אין איסור בדין לגלות לציבור את תמלילי ישיבות הממשלה, ואין לשלול באופן גורף את חשיפתם מכוח הוראות חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק חופש המידע או החוק).

כפי שיפורט להלן, הגעתי לכלל מסקנה כי סודיותם של התמלילים כפי שנקבעה בסעיף 71 לתקנון הממשלה, שואבת את כוחה מסעיף 31(ו) לחוק יסוד: הממשלה המסמיך את הממשלה לקבוע את "סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה", ומהווה דין האוסר על גילוי המידע בהתאם לסייג הקבוע בסעיף 9(א)(4)

לחוק חופש המידע; וכי לא נפל פגם בקביעת ההסדר הנוגע לסודיות ישיבות הממשלה ובהחלטת המשיבים שלא למסור לעותרים את תמלילי ישיבות הממשלה שעסקו במשבר הקורונה, כך שדין העתירה והערעור להידחות.

כך בתמצית, ועתה בהרחבה.

רקע עובדתי ודיוני

2. בשלהי שנת 2019 פרצה לחיינו מגפת הקורונה. השלכותיה במגוון תחומים ובעיקר בתחום הבריאות והכלכלה, הורגשו היטב בישראל ובעולם כולו. בראשית חודש מרץ 2020 החל הנגיף להתפשט בישראל, והממשלה החלה לנקוט בשורת צעדים שנועדו להתמודד עם התפשטות הנגיף ולצמצם את נזקיו, בין היתר באמצעות התקנת תקנות שעת חירום. בהמשך נחקק חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 שנועד להעניק סמכויות ביצוע דינמיות להתמודדות עם הנגיף והתפשטותו.

סמוך לאחר התפרצות המגפה, פנו העותרים למזכיר הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה, וביקשו כי יימסר לידיהם תיעוד מישיבות הממשלה העוסקות במאבק בנגיף הקורונה וכן את חומרי הרקע שהוכנו עבור ישיבות אלה.

3. איני מוצא לפרט את כלל המגעים שנערכו בין הצדדים ואת ההליכים המשפטיים שהתנהלו ביניהם. החשוב לענייננו בשלב זה הוא, כי בעקבות בקשה שהגישו העותרים לפי חוק חופש המידע, ניתנה ביום 22.7.2020 החלטת הממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד ראש הממשלה (להלן: הממונה על יישום חוק חופש המידע או הממונה), הקובעת כי אין למסור לעותרים את התמלילים או את ההקלטות של ישיבות הממשלה וועדות השרים. הממונה נימקה את החלטתה בכך שהמסמכים מהווים "מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין" כאמור בסעיף 9(א)(4) לחוק; ואף בשל היותם מידע בדבר דיונים פנימיים והתייעצויות פנימיות כמשמעותם בסעיף 9(ב)(4) לחוק, בהפנייה להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1002 "מסירת מידע מישיבות הממשלה – פניות מן הציבור" (פורסמה ב-7.5.1997 ועודכנה במרץ 2003) (להלן: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה) (נספח 12 לעתירה). לידי העותרים נמסרו פרוטוקולים של אותן ישיבות (על ההבחנה בין "תמלילים" לבין "פרוטוקולים" ראו להלן); נמסר כי חלק מהמידע שהתבקש פורסם באופן יזום באתר המרשתת של משרד ראש הממשלה; וכי נבחנת אפשרות למסור חומרי

רקע נוספים שהוצגו לפני הממשלה בדיוניה, אך בחינה זו טרם הושלמה. על רקע זה הוגשה העתירה המנהלית בעת"מ 54264-10-20 העומדת במרכז ההליכים שבפנינו.

4. בפסק דין מיום 7.12.2020 קיבל בית המשפט לעניינים מינהליים (כב' השופט א' אברבנאל) את עמדת המשיבים, וקבע כי בשים לב לסעיפים 14 ו-71 לתקנון הזמני לעבודת הממשלה ה-35 הקובעים כי דיוני הממשלה וועדות השרים סגורים ותמלילי דיוניהם סודיים, יש לראות בתמלילים כ"עניין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד" כאמור בסעיף 35(א)(4) לחוק יסוד: הממשלה, וחלה עליהם הוראת הסודיות הקבועה ברישא לסעיף. משכך, התמלילים הינם "מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין", חל איסור על גילוי המידע לפי סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע, ואין לעשות שימוש בסמכות בית המשפט שבסעיף 17(ד) לחוק זה ולהורות על מסירתו. עוד נקבע כי טענות העותרים בעניין חוקיות החלטת הממשלה שעל פיה נקבע התקנון ובעניין הסמכות להתיר עיון בתמלילים מכוח סעיף 35(ב) לחוק היסוד, אינן בסמכותו של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. אי לכך, עתירת העותרים בכל הנוגע למסירת התמלילים – נדחתה.

[במאמר מוסגר: בית המשפט נדרש אף לבקשת העותרים להעמיד לעיונם חומרי רקע שהוכנו לצורך הדיונים ולא התקבל לגביהם מענה במועד הגשת העתירה, אך נושא זה וטענות הצדדים לגביו אינם עוד מעניינם של ההליכים דנן].

השתלשלות העניינים בהליכים שלפנינו

5. בעקבות פסק הדין הוגשו בחודש ינואר 2021 הערעור המנהלי והעתירה מושא ענייננו, בהם נתקפו בעיקרו של דבר הקביעות במישור של חוק חופש המידע (עע"מ 452/21); חוקיות סעיפים 14 ו-71 לתקנון לעבודת הממשלה; ואי הפעלת סמכות מזכיר הממשלה לשנות את סיווג התמלילים (בג"ץ 614/21).

6. דיון מאוחד בהליכים התקיים ביום 14.6.2021. ביום 10.10.2021 ניתן צו על תנאי (הנשיאה א' חיות והשופטים י' עמית ו-ג' קרא) המורה למשיבים "לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטלנה הוראות סעיפים 14 ו-71 לתקנון לעבודת הממשלה (להלן: התקנון) בעניין סיווג תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים, כך שתעלינה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: הממשלה, ומדוע לא יימסרו לעותרים תמלילים של ישיבות הממשלה וועדות השרים בקשר לניהול משבר הקורונה בישראל". כן נקבע כי "לאחר הגשת תצהיר תשובה וקיום הדיון, יוחלט על המשך הטיפול בעע"מ 452/21".

7. ביום 15.2.2022 התקבלה בקשת העותרים לצירוף אסמכתאות, ודיון בהתנגדות לצו על תנאי התקיים ביום 30.5.2022. כידוע, משהוצא צו על תנאי, ימשיך הדיון להתנהל בגבולות הצו שהוצא (בג"ץ 2335/19 עמותת הקנאביס הרפואי נ' משרד הבריאות שר הבריאות, פסקה 18 והאסמכתאות שם (16.11.2021) (להלן: עניין משרד הבריאות)). אציג להלן את עיקרי טענות הצדדים בנושאים שעל הפרק, כפי שהובאו בכתבי בית הדין ובטיעונים בעל פה.

תמצית טיעוני הצדדים

8. העותרים טענו כי הוראות התקנון לעבודת הממשלה סותרות את הוראות חוק יסוד: הממשלה, וכי לסירובם של המשיבים למסור את תמלילי ישיבות הממשלה אין על מה להישען.

סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה קובע כי "דיונים והחלטות" של הממשלה ושל ועדות השרים בעניינים המפורטים בסעיף זה הם סודיים וגילויים ופרסומם אסור. לשיטתם של העותרים, נובע מסעיף 35 לחוק היסוד כי מקום שבו הותר פרסומה של החלטה בעניין מסוים (מכיוון שהיא לא נכללת במקרים החריגים ובעניינים שלגביהם נאסר הפרסום), אזי יש לפרסם גם את הפרוטוקול המלא שהוביל לקבלת ההחלטה, כשהכוונה היא לתמליל הדיון. לפי סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד, הממשלה רשאית להחליט כי עניין מסוים ישמר בסוד, אך על הממשלה לקבל החלטה מסודרת ורשמית שאותו "עניין" ישמר בסוד ואף החלטה ששמירת הסודיות תהא סודית בעצמה, כלומר רק מי ששותף להחלטה ידע עליה ועל העניין שנקבע כסודי. לא כך נעשה בעניין הקרוונה, דבר שהוא בבחינת ידוע וגלוי לכל. לשיטתם של העותרים, סמכות הממשלה שבסעיף 35(א)(4) לחוק היסוד עניינה ביכולת לקבוע אי פרסום של עניין מהותי – תוכן או נושא מסוים – והתיבה "עניין" לא יכולה לכלול מסמך מסוג מסוים כמו "תמליל".

מכל האמור עולה, כך לטענת העותרים, כי הוראות התקנון וקביעת הסודיות של תמלילי ישיבות הממשלה חורגות מהוראת הסודיות הקבועה בחוק היסוד ולא יכולות לעמוד, ולכן לא קיים "דין אוסר" המתיר לרשות לסרב למסור את המידע המבוקש מכוח סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע. נטען כי למצער, יש לפרש את סעיף 71 לתקנון באופן המותיר למזכיר הממשלה שיקול דעת אם להתיר פרסומם של תמלילים, וזאת מכוח סעיף 71(ג) לתקנון וסעיף 35(ב) לחוק היסוד, ובמקרה דנן יש להתיר את פרסום התמלילים

של ישיבות הממשלה בנושא הקורונה בשל האינטרס הציבורי הרחב שבחשיפתם, בהתחשב בחריגות המשבר והשימוש שעשתה הממשלה בהקשר זה בתקנות שעת חירום.

9. המשיבים מנגד סבורים כי אין עילה להתערבות שיפוטית בהוראות התקנון לעבודת הממשלה או בהחלטת הגורמים המוסמכים שלא למסור לעותרים תמלילים של ישיבות הממשלה וועדות השרים שעניינן בניהול משבר הקורונה. סעיפים 14 ו-71 לתקנון משקפים מדיניות רבת שנים של הממשלה ולפיה ישיבות הממשלה הן סגורות ותמלילי ישיבותיה מסווגים בסיווג "סודי ביותר", כשמדיניות זו מבוססת על סמכותה הרחבה של הממשלה לקבוע את סדרי ישיבותיה ועבודתה מכוח סעיף 31(ו) לחוק היסוד ועולה בקנה אחד אף עם הוראות סעיף 35 לחוק היסוד. ההסדר לפיו ישיבות הממשלה הן סגורות ותמליליהן מסווגים כ"סודי ביותר" עולה בקנה אחד אף עם עקרון האחריות המשותפת של הממשלה, ומשקף אינטרס ציבורי חשוב לגבי סדרי עבודתה. לשיטת המשיבים, יישום ההסדר נעשה בסמכות ובסבירות, והאיזון שנערך בין זכות הציבור לדעת לבין הצורך להגן על דיון פתוח וענייני בישיבות הממשלה וועדות השרים אינו מגלה כל עילה להתערבות.

המשיבים הוסיפו וטענו כי גם אם יקבע כי הוראות סעיפים 14 ו-71 לתקנון אינן עולות בקנה אחד עם חוק היסוד ולכן לא מדובר במידע אשר אין לגלותו על פי כל דין כאמור בסעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע – אין משמעות הדבר כי יש למסור את התמלילים. במקרה כאמור ניצבות בפני העותרים משוכות נוספות – בחינת הבקשה בראי סעיף 9(ב)(4) לחוק שעניינו בדיונים פנימיים, וכן הבעייתיות שבמסירת תמלילי ישיבות ממשלה באופן רטרואקטיבי.

10. לתמיכה בטענותיהם הפנו הצדדים, בין היתר, ללשון חוק היסוד והתקנון; לתכלית ההסדר, כפי שעולה גם מההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד ותקנוני ממשלות קודמות; לאינטרסים השונים הקשורים בחשיפת המידע לאור חוק חופש המידע; ולפסיקה שעסקה במטרותיו ובאופן יישומו של החוק.

בהיאסף כלל החומר, בשלה העת להכריע בסוגיה שהובאה לפתחנו, ולכך אפנה

כעת.

11. בראשית הדברים יש להדגיש ולומר, כי על אף שהעתירה נסבה על חשיפת תמלילי ישיבות הממשלה שעסקו במשבר הקורונה, ההסדרים החלים בעניין נוגעים לכלל תמלילי ישיבות הממשלה, כפי שנקבעו גם בתקנוני ממשלות קודמות. אין עסקינן אפוא בהסדר מסוים שנקבע ביחס לישיבות ממשלה שדנו בנושא הקורונה. ענייננו בשאלה עקרונית, בעלת השלכות רוחב החורגות מעניינה של העתירה, שאלה הנוגעת למדיניות רבת שנים בדבר סודיותם של תמלילי ישיבות הממשלה ואפשרות חשיפתם לעיני הציבור. זאת, הן במבט צופה פני עבר והן במבט צופה פני עתיד.

12. כשלב ראשון, ובהתאם לצו על תנאי שהוצא, עלינו להכריע אם הוראות סעיפים 14 ו-71 לתקנון לעבודת הממשלה בעניין סיווג וסודיות תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים עולות בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: הממשלה (החוק המסמך). אפתח אפוא בהצגת עיקרי המסגרת הנורמטיבית וההוראות הרלוונטיות לענייננו.

חוק יסוד: הממשלה והתקנון לעבודת הממשלה

13. סעיף 31 לחוק יסוד: הממשלה קובע כלהלן:

תפקוד הממשלה

31. (א) הממשלה רשאית, באישור הכנסת, לשנות את חלוקת התפקידים בין השרים, למעט תפקיד ראש הממשלה.

(ב) הממשלה רשאית, באישור הכנסת, להעביר סמכות הנתונה על פי חוק לשר אחד, או חובה המוטלת עליו על פי חוק, כולה או מקצתה, לשר אחר.

(ג) הממשלה רשאית, באישור הכנסת, לאחד משרדים, לחלקם, לבטלם ולהקים משרדים חדשים.

(ד) הממשלה רשאית להעביר שטחי פעולה משרד למשרד.

(ה) הממשלה רשאית למנות ועדות שרים קבועות, זמניות או לענינים מסוימים; מונתה ועדה, רשאית הממשלה לפעול באמצעותה.

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

מכוח סעיף 31(ו) לחוק היסוד קובעות ממשלות ישראל את התקנון לעבודתן (וראו אצל אליקים רובינשטיין "חוק יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" משפט וממשל ג 571, 598-599 (התשנ"ו) (להלן: רובינשטיין – חוק יסוד:

הממשלה); שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה 550 (י' זמיר עורך, 2018). בטרם ארחיב את הדיון על אודות הוראות התקנון, אציג את הוראת סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה העומדת במרכז דיוננו:

סודיות

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 הסמיכהו לכך, התירו את פרסומם, או על דברים שפרסומם נדרש על פי דין.

סעיף 35 עניינו בהוראת סודיות, כשס"ק (א) שבו קובע כי "דיונים והחלטות" של הממשלה ושל ועדות השרים בענינים המפורטים בסעיף הם סודיים, וגילויים ופרסומם אסור. ס"ק א(1) ו-(2) מתייחסים לענינים ספציפיים והם ביטחון המדינה ויחסי החוץ של המדינה. ס"ק א(3) ענינו בסוג ענינים אחר שהממשלה ראתה את סודיותו כחיונית והכריזה עליו בצו, ואילו ס"ק א(4) מתייחס לענין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד. סעיף 35 (ב) מאפשר לסטות מההסדר הקבוע בסעיף 35 (א) הנ"ל, בקבעו כי הוראות ס"ק (א) לא יחולו על דברים שהממשלה, ראש הממשלה, או מי שהוסמך לכך על ידם התירו את פרסומם, או על דברים שפרסומם נדרש על פי דין.

14. ומכאן לתקנון לעבודת הממשלה. כאמור, ממשלות ישראל לדורותיהן קובעות ככלל בסמוך לאחר הקמתן, את התקנון שלאורו הן פועלות, וזאת מכוח סעיף 31(ו) לחוק יסוד: הממשלה. אף על פי שכל ממשלה נדרשת לאשר את תקנונה ומעת לעת נערכים בו שינויים, קיים דמיון רב (למצער בחלק מההוראות) בין סעיפי התקנונים שנערכו לאורך השנים, שמטבע הדברים "הועתקו" זה מזה.

עתירת העותרים נסבה על התקנון לעבודת הממשלה ה-35 (תקנון זמני) שאושר בהחלטת ממשלה מס' 11 מיום 24.5.2020, שבמסגרתה הממשלה אימצה, באופן זמני, את התקנון לתקופת כהונתה של הממשלה ה-34 (בסייג אחד שאינו נוגע לענייננו; הוראות הרלוונטיות מהתקנון לעבודת הממשלה ה-34 צורפו לעתירה כנספח 11). ביני לביני נערכו הבחירות לכנסת ה-24 והוקמה ממשלת ישראל ה-36, והתקנון לעבודת הממשלה הובא כהצעת החלטה שאושרה בישיבתה ביום 20.6.2021. להלן אתיחס

להוראות התקנון כפי שנקבעו בתקנון הנתקף בעתירה, וכל עוד לא יצוין אחרת, רשאי הקורא להניח כי הוראות התקנון לעבודת הממשלה ה-35 והוראות התקנון לעבודת הממשלה ה-36 זהות בהיבטים הצריכים לענייננו.

15. סעיף 14 לתקנון הממשלה מורה כלהלן:

השתתפות בישיבות הממשלה

- (א) ישיבות הממשלה הן סגורות.
 (ב) לא יינתן פרסום לסדר-היום של ישיבות הממשלה ולנספחים המצורפים לסדר-היום, אלא על-ידי מזכיר הממשלה ולפי שיקול דעתו; אין באמור כדי לגרוע מסמכותו של שר לפרסם נושאים שהם בתחום אחריותו.
 (ג) שר רשאי, באישור ראש-הממשלה או מזכיר הממשלה, להזמין לישיבה עובד של משרדו או מומחה, שיהיה נוכח בשעת הדיון בנושא מסוים או בנושאים מסוימים שעל סדר היום.
 (ד) ראש הממשלה רשאי להזמין לישיבה מוזמנים נוספים אם ראה שנוכחותם חיונית. במקרה זה ישמיעו המוזמנים את דבריהם, אך לא יהיו נוכחים בעת הדיון הפנימי בין השרים ובעת ההצבעה.

הוראות דומות לאלו שבסעיף 14 קבועות בסעיף 28 לתקנון לעניין השתתפות בוועדות השרים.

פרק ט' לתקנון עניינו ב"פרוטוקול החלטות ותמליל הדיונים של הממשלה וועדות השרים". ודוק: התקנון מבחין בין "תמליל של דיוני הממשלה וועדות השרים" שבו עוסק סעיף 71 לתקנון, לבין "פרוטוקול הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים" שבו עוסק סעיף 72 לתקנון. המונח "תמליל" (המכונה גם "סטנוגרמה") מתייחס לתיעוד מלא של כל הנאמר בישיבה. בשונה מהמונח "תמליל", וכעולה מסעיף 72 (ב) לתקנון, המונח "פרוטוקול" מתייחס למסמך שבו מתועד מידע חלקי ומסוים בלבד – "שמות הנוכחים בישיבה, שמות הנעדרים, סיכום הדיון, הנחיות ראש הממשלה, או יושב ראש הוועדה, ההחלטות - אם נתקבלו, ואם נערכה הצבעה לגבי החלטה באותה ישיבה - גם מניין הקולות בהצבעה". להלן נייחד את השימוש במונח "פרוטוקול" למסמך הכולל את המידע המפורט לעיל, להבדיל ממסמך מסוג "תמליל" (סטנוגרמה) הכולל כאמור תיעוד מילולי מלא של הנאמר בישיבה.

וזו לשון סעיף 71 כפי שנקבעה בתקנון לעבודת הממשלה ה-35:

תמליל של דיוני הממשלה וועדות השרים

71. (א) תמליל של דיוני הממשלה וכן של ועדות שרים יירשם כפי שיקבע מזכיר הממשלה (להלן – "תמליל"). ככלל יתועדו הדיונים גם בהקלטה.
- התמלילים יישמרו במזכירות הממשלה ולא יועברו לגורמים אחרים לרבות לשרים.
- מזכיר הממשלה אחראי להפקדת התמלילים בגנוז המדינה.
- (ב) תמליל של ישיבות הממשלה ושל ועדות שרים בדיוניהן יסווג "סודי ביותר".
- התמלילים הינם חומר סודי וחשאי לתקופה הקבועה בתקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנוז), התש"ע-2010.
- (ג) מזכיר הממשלה רשאי, על אף האמור בסעיף (ב) לעיל, לסווג תמליל או חלק ממנו בכל סיווג. אולם, תמליל של ישיבות הממשלה ושל ועדות שרים בדיוניהן בעניינים המפורטים בסעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה, יסווגו "סודי ביותר" ויחולו עליהם הוראות סעיף 72 לתקנון זה בשינויים המחויבים.
- לעניין פרוטוקול החלטות ותמליל של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, ראה סעיף 51 לתקנון.
- (ד)(1) העיון בתמלילים כמפורט לעיל אסור, למעט לחברי הממשלה.
- (2) על אף האמור בסעיף (1) לעיל, מזכיר הממשלה רשאי, בנסיבות מיוחדות, לאשר לעובד ציבור לעיין בתמליל של ישיבת ממשלה או ועדת שרים, וזאת לצורך עבודתו השוטפת ובתחום הנוגע לעיסוקו של עובד הציבור.
- (3) המבקש לעיין בתמליל יודיע על כך למזכיר הממשלה והוא יעמיד את התמליל לעיונו של המבקש במזכירות הממשלה.
- (4) מזכיר הממשלה יתיר למי שנשא דברים בישיבת ממשלה או בוועדת שרים לעיין בדבריו כפי שנרשמו בתמליל, וזאת במתכונת שיקבע מזכיר הממשלה.

סעיף 71 לתקנון קובע אפוא מקבץ של הוראות, שכולן נסבות על תמליל ישיבות הממשלה. הוראות אלה ממחישות את הרגישות המיוחדת המיוחסת לתמלילים, שבאה לידי ביטוי בהוראות הסודיות בסעיף זה, כפי שאומצו על ידי ממשלות ישראל לדורותיהן.

לשם שלמות התמונה, נביא במלואן גם את הוראות סעיף 72 לתקנון שעניינו כאמור בפרוטוקול הדיונים וההחלטות של הממשלה וועדות השרים:

פרוטוקול הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים

72. (א) מזכיר הממשלה, או מי שהוסמך על ידו, יערוך פרוטוקול של הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים.

(ב) בפרוטוקול יירשמו שמות הנוכחים בישיבה, שמות הנעדרים, סיכום הדיון, הנחיות ראש הממשלה, או יושב ראש הוועדה, ההחלטות – אם נתקבלו, ואם נערכה הצבעה לגבי החלטה באותה ישיבה – גם מניין הקולות בהצבעה.

(ג) על-פי החלטה של ראש הממשלה או של יושב-ראש ועדת שרים, לפי העניין, לא תיכלל בפרוטוקול החלטה סודית ונוסחה יישמר בנפרד אצל מזכיר הממשלה, ובפרוטוקול יצוין "ההחלטה שמורה במזכירות הממשלה".

(ד) העתקי הפרוטוקולים, למעט פרוטוקול של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, וועדות שרים מסוגות אחרות, יופצו לנשיא המדינה, לשרים, ליועץ המשפטי לממשלה הממשלה ולבעלי תפקידים אחרים, כפי שקבע מזכיר הממשלה.

(ה) מזכירות הממשלה תעביר החלטות של הממשלה ושל ועדות השרים לשר המופקד על ביצוען, ולגורמים אחרים הנוגעים לעניין.

עניינו הרואות כי הוראות התקנון מתוות מנגנון עיון וחיפיה שונה לתמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים לעומת זה שנקבע לפרוטוקול הדיונים וההחלטות, ואוסיף ואדרש לנושא זה בהמשך.

פרק י' לתקנון הממשלה עניינו ב"סודיות ומסירת ידיעות", ולא אצטט את כלל הוראותיו על מנת שלא להכביד על הקורא. בסעיף 73 לתקנון שכותרתו "סודיות", מובא סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה בלשונו כפי שצוטט לעיל; סעיף 74 שכותרתו "הודעה בדבר סודיות הישיבה", קובע כי בתחילת ישיבת ממשלה או ועדת שרים אשר נדונים בה עניינים סודיים כאמור, על מזכיר הממשלה להודיע, בתיאום עם יושב ראש הוועדה, כי חלות על הדיון ועל ההחלטות הוראות סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה בדבר סודיות; סעיף 75 עניינו בסמכות מזכיר הממשלה לפרסם עניינים שפרסומם נאסר כאמור בסעיף 73 לתקנון (קרי בסעיף 35 לחוק היסוד, ולאפשרות הממשלה להסמיך את מזכיר הממשלה לפעול בעניין זה אפנה להוראת סעיף 35(ב) לחוק היסוד); וסעיף 76 עניינו בסמכות מזכיר הממשלה להתיר פרסום ברבים של סדרי היום, הצעות להחלטה והחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים שקיבלו תוקף של החלטות ממשלה ושל ועדות השרים.

לצד ההוראות המסדירות את הפרסום לציבור על ידי מזכיר הממשלה, סעיף 77 לתקנון מגביל את אפשרות השרים לפרסם ולגלות בעצמם ידיעות על דיונים והחלטות של הממשלה או של ועדות השרים וכן חומר לסדר היום, וזאת גם אם פרסומם לא נאסר

כאמור בסעיף 35 לחוק היסוד, אלא אם ניתנה הסמכה לכך כמפורט בסעיף או ניתן לכך היתר אחר לפי סעיף 35(ב) לחוק היסוד. פרק זה של התקנון נחתם בהוראת סעיף 78 שכותרתה "פניות לציבור", והיא קובעת כי "פניות בכתב מהציבור בעניין החלטות ממשלה וחומר אחר יטופלו בהתאם לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 ולהנחיות היועץ המשפטי לממשלה".

16. נסכם את העיקר: הוראות חוק יסוד: הממשלה והתקנון לעבודת הממשלה מתייחסות להיבטים שונים של סודיות ישיבות הממשלה וועדות השרים ואופן חשיפתן לציבור.

סעיף 35(א) לחוק היסוד קובע את סודיותם של הדיונים וההחלטות של הממשלה וועדות השרים בעניינים מסוימים, וכן קובע לגביהם איסור גילוי ופרסום; סעיפים 14 ו-28 לתקנון קובעים כי ישיבות הממשלה וועדות השרים הן סגורות וכי פרסום סדר יומן ונספחיהן יעשה ככלל על ידי מזכיר הממשלה. סעיף 71 לתקנון קובע כי יירשם תמליל של דיוני הממשלה וועדות השרים כפי שיקבע מזכיר הממשלה, וכי התמלילים יסווגו בסיווג "סודי ביותר" (בכפוף לסמכות מזכיר הממשלה לשנות את הסיווג כאמור בסעיף 71(ג)); התמלילים ישמרו במזכירות הממשלה ולא יועברו לגורמים אחרים, לרבות לשרים, וכן יופקדו בגנזך המדינה על ידי המזכיר; התמלילים הם חומר סודי וחשאי לתקופה הקבועה בתקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), התש"ע-2010 (להלן: תקנות הארכיונים) (שלושים או חמישים שנים כמפורט בפרט 4 ו-5 לתוספת של תקנות אלה); והעיון בתמלילים הוא אסור למעט לחברי ממשלה, אך המזכיר רשאי לאשר לעובד ציבור לעיין בתמליל בנסיבות מיוחדות וכן להתיר למי שנשא דברים בישיבה לעיין בדבריו במתכונת שיקבע המזכיר. סעיף 72 לעומת זאת, עניינו בפרוטוקול הדיונים וההחלטות של הממשלה וועדות השרים, והוא קובע כי מזכיר הממשלה או מי שהוסמך על ידו יערוך פרוטוקול של הדיונים וההחלטות של הממשלה והוועדות; כי העתקי הפרוטוקולים (למעט פרוטוקולים מסוימים) יופצו לנשיא המדינה, לשרים, ליועץ המשפטי לממשלה, לממשלה ולבעלי תפקידים מסוימים כפי שיקבע מזכיר הממשלה; וכי החלטות הממשלה וועדות השרים יועברו על ידי מזכירות הממשלה לגורמים הרלוונטיים לעניין.

ודוק: יש להבחין בין ההיבטים השונים שנסקרו לעיל – ובכלל אלה פומביות דיוני הישיבות, סודיותם וסיווג מסמכים – גם אם אלה קשורים זה לזה. למשמעות הדברים עוד נשוב להלן.

17. לעמדת המשיבים, הוראות סעיפים 71-72 לתקנון דומות במהותן להוראות שנקבעו על ידי ממשלות ישראל במשך שנים ארוכות, והן משקפות סדרי עבודה מושרשים לאורם פועלת הממשלה מימים ימימה. זה המקום לציין כי במסגרת ההליכים שלפנינו ובעקבות הערות בית המשפט בדיון שהתקיים ביום 14.6.2021, הדברים נבחנו על ידי הגורמים הרלוונטיים במזכירות הממשלה, ובתקנון לעבודת הממשלה ה-36 הוכנסו שינויים נקודתיים בסעיפים 71 ו-74 לתקנון שנועדו, לדברי המשיבים, "להבהיר את מצב הדברים ביחס לסודיות תמלילי ישיבות הממשלה, באופן שעולה בקנה אחד עם עמדת המדינה כפי שהוצגה לבית המשפט הנכבד, ביחס לסודיות התמלילים" (סעיף 3 להודעת המשיבים מיום 28.6.2021, ההדגשה במקור).

וזו לשון הוראת סעיף 71 לתקנון כפי שנקבעה בתקנון לעבודת הממשלה ה-36:

תמליל של דיוני הממשלה וועדות השרים
 71. (א) תמליל של דיוני הממשלה וכן של ועדות שרים יירשם כפי שיקבע מזכיר הממשלה (להלן – "תמליל"). ככלל יתועדו הדיונים גם בהקלטה. התמלילים יישמרו במזכירות הממשלה ולא יועברו לגורמים אחרים לרבות לשרים.
 מזכיר הממשלה אחראי להפקדת התמלילים בגנזך המדינה.
 (ב) 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. התמלילים הינם חומר סודי וחשאי והעיון בהם מוגבל לתקופה הקבועה בתקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), התש"ע-2010.
 (ג) מזכיר הממשלה רשאי, על אף האמור בסעיף (ב) לעיל, לסווג תמליל או חלק ממנו בכל סיווג, אולם, תמליל של ישיבות הממשלה ושל ועדות שרים בדיוניהן בעניינים המפורטים בסעיף 35 (א)(1-3) לחוק-יסוד: הממשלה יסווגו בכל מקרה בסיווג "סודי ביותר" ויחולו עליהם הוראות סעיף 72 לתקנון בשינויים המחויבים. לעניין פרוטוקול החלטות ותמליל של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, ראה סעיף 51 לתקנון.
 (ד)(1) העיון בתמלילים כמפורט לעיל אסור, למעט לחברי הממשלה.
 (2) על אף האמור בסעיף (1) לעיל, מזכיר הממשלה רשאי, בנסיבות מיוחדות, לאשר לעובד ציבור לעיין בתמליל של ישיבת ממשלה או ועדת שרים, וזאת לצורך עבודתו השוטפת ובתחום הנוגע לעיסוקו של עובד הציבור.
 (3) המבקש לעיין בתמליל יודיע על כך למזכיר הממשלה והוא יעמיד את התמליל לעיונו של המבקש במזכירות הממשלה.

(4) מזכיר הממשלה יתיר למי שנשא דברים בישיבת ממשלה או בוועדת שרים לעיין בדבריו כפי שנרשמו בתמליל, וזאת במתכונת שיקבע מזכיר הממשלה.

ולסעיף 74 לתקנון נוספה הבהרה כי האמור בסעיף אינו גורע מההוראה בעניין סודיות התמלילים, כלהלן:

הודעה בדבר סודיות הישיבה
74. מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 71 לתקנון, בראשיתה של ישיבת ממשלה או ועדת שרים אשר בה נדונים עניינים סודיים כאמור, יודיע מזכיר הממשלה, בתיאום עם יושב ראש הוועדה, כי חלות על הדיון ועל ההחלטות הוראות סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה, בדבר סודיות.

תיקון זה של הוראת סעיף 71 לתקנון משקף את גישתם של המשיבים בעתירה שלפנינו. לפי גישה זו, בכוחה של הממשלה לקבוע בתקנון הוראות לעניין קיום ישיבות הממשלה כשייכות סגורות ולעניין סודיות תמלילי ישיבותיה. זאת, מכוח סמכותה שבסעיף 31(ו) לחוק היסוד ובאופן העולה בקנה אחד עם סעיף 35 לחוק היסוד, היות שתמלילי הדיונים במליאתה וכישיבות השרים הם בגדר "עניין" שהממשלה החליטה לשמרו בסוד כאמור בסעיף 35(א)(4) לחוק היסוד.

18. אקדים ואומר כי ככל שהמשיבים ביקשו להבהיר בתקנון הממשלה ה-36 את מצב הדברים על ידי תוספת המילים בסעיף 71(ב) "וזאת בהיותו עניין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד" בהתאם לסעיף 35(א)(4) לחוק-יסוד: הממשלה, הרי שהתיקון החטיא את מטרתו ואך סיבך שלא לצורך את הדברים. התיקון משקף את גישתם-פרשנותם של המשיבים הרואה ב"תמליל" כ"עניין" כמשמעותו בסעיף 35(א)(4) לחוק היסוד. פרשנות זו מוקשית בעיני, כפי שיוסבר להלן.

קריאה פשוטה של לשון החוק והתקנון אינה עולה בקנה אחד עם פרשנותם של המשיבים. ראשית, סעיף 35(א) לחוק היסוד מתחיל במילים "הדיונים וההחלטות", קרי, עצם קיומו של הדיון הוא סודי, ומכאן שכל חומר הנוגע לאותו דיון הוא סודי. שנית, בסעיף 35(א)(1) ו-(2) לחוק היסוד מדובר בעניינים-תוכניים שהם "נושאים" במהותם – יחסי חוץ וביטחון, שהכלל לגביהם הוא כי עצם קיום הדיון בנושאים אלה הוא תמיד סודי. ההרמוניה החקיקתית וסמיכות הסעיפים משמיעים לנו כי גם סעיפים 35(א)(3) ו-(4) לחוק היסוד מתייחסים ל"נושא" או ל"סוג נושאים", באופן כללי או ספציפי, שהמדינה החליטה בצו או בהחלטה לשמרו בסוד. ובקיצור, פשוטו של מקרא שהמחוקק-מכונן התכוון לתוכן הנושאים: ביטחון; חוץ; סוג מסוים של נושאים; נושא

מסוים. דומה כי כך הבין את הדברים גם היועץ המשפטי לממשלה, שבסעיף 4(א) להנחיה ציין כי דיונים והחלטות של הממשלה "בענייני בטחון המדינה, יחסי חוץ ועניינים חסויים אחרים – הם סודיים, וגילויים או פרסומם אסור...".

לשון התקנון לעבודת הממשלה בנוסחו במועד הגשת העתירה (קרי, התקנון לעבודת הממשלה ה-35), אף הוא אינו מתיישב עם הפרשנות המוצעת על ידי המשיבים. כך, כותרת סעיף 74 לתקנון, "הודעה בדבר סודיות הישיבה", מעידה אף היא כי מתקני התקנון הבינו את הוראת סעיף 35(א) לחוק היסוד כהוראת סודיות הנסבה על עצם קיומה של ישיבת ממשלה בנושאי חוץ וביטחון או בכל סוג נושאים או נושא אחר שעליו החליטה הממשלה.

כמו כן, כזכור, סעיף 71(ב) לתקנון קובע כי תמלילים יסווגו בסיווג "סודי ביותר", אך לפי סעיף 71(ג), מזכיר הממשלה רשאי על אף האמור בסעיף 71(ב) לסווג תמליל או חלק ממנו בסיווג אחר. ואילו לפי סיפא סעיף 71(ג), "תמליל של ישיבות הממשלה ושל ועדות שרים בדיוניהן בעניינים המפורטים בסעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה, יסווגו 'סודי ביותר'...". משמעות הדברים היא שתמלילי ישיבות בעניינים המנויים בסעיף 35(א) לחוק היסוד, על כלל סעיפי המשנה שבו, ממילא יסווגו בסיווג "סודי ביותר", מבלי שתהיה למזכיר הממשלה היכולת לשנות את סיווגם. אם כגישת המשיבים, תמליל נכלל בתיבה "עניין", וסודיות התמליל מקורה בסעיף 35(א)(4) לחוק היסוד, אזי סיפא סעיף 71(ג) המגבילה את יכולת המזכיר לשנות את סיווגם של התמלילים בעניינים המפורטים בסעיף 35 לחוק היסוד מיותרת לכאורה, שלא לומר חסרת היגיון, וחזקה כי מתקין התקנון לא שיחת מילותיו לריק.

חוסר הקוהרנטיות שיוצרת פרשנותם של המשיבים עולה גם בבחינת סעיף 74 לתקנון שאוזכר לעיל, המורה כי "בראשיתה של ישיבת ממשלה או ועדת שרים אשר בה נדונים עניינים סודיים כאמור, יודיע מזכיר הממשלה, בתיאום עם יושב ראש הוועדה, כי חלות על הדיון ועל ההחלטות הוראות סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה, בדבר סודיות". אם החליטה הממשלה כי כל "תמליל" הוא "עניין סודי" מכוח סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד, לא ברור מדוע נדרש מזכיר הממשלה להודיע בראשית הישיבה כי חלות על הדיון ועל ההחלטות הוראות סעיף 35 בדבר סודיות. עוד אפנה לסעיף 75 לתקנון, שבס"ק (א) שבו קובע את סמכותו של מזכיר הממשלה "לפרסם עניינים שפרסומם נאסר כאמור בסעיף 73 לתקנון [קרי סעיף 35 לחוק היסוד – י"ע]", כשס"ק (ב) ממשיך וקובע כי "בקביעת הנושאים הניתנים לפרסום, יפעל מזכיר הממשלה לפי הנחיות של ראש הממשלה... (ההדגשות הוספו)".

כאמור, במענה לקשיים שהוצפו במהלך הדיון בעתירה, הכניסו המשיבים שינויים בסעיפים 71 ו-74 לתקנון לעבודת הממשלה ה-36, שנועדו, לשיטתם, לפתור את הקושי הלשוני האמור. אני נכון לקבל את טענת המשיבים כי התיקונים ביקשו אך להבהיר את מצב הדברים הקיים, ברם, התיקון שנעשה משקף את הפרשנות המוקשית, לטעמי, של המשיבים את לשון סעיף 35(א) לחוק יסוד: הממשלה.

19. בהקשר זה, יש להזכיר את תקנות הארכיונים אליהן מפנה סעיף 71 לתקנון.

סעיף 10(א) לחוק הארכיונים, התשט"ו-1955 (להלן: חוק הארכיונים) קובע כי כל אדם רשאי לעיין בחומר הארכיוני המופקד בגנזך, אך אפשר להגביל זכות זו בתקנות. התוספת הראשונה לתקנות הארכיונים מפרטת סוגים של חומר ארכיוני שזכות העיון בו הוגבלה ואת מספר השנים ממועד היווצרות החומר או המסמך שבהן חשיפת אותו חומר תהיה מוגבלת. סעיפים 8(א) עד 9(ד) לחוק הארכיונים, מאפשרים קיצור של התקופות אם ביוזמת מפקיד החומר או כהיענות לבקשה (על ההסדר הקבוע בחוק הארכיונים ובתקנות ראו בג"ץ 15/19 חזקני נ' ראש שירות הביטחון הכללי, פסקאות 6-8 (6.4.2021); בג"ץ 5783/20 Taub Center for Israel Studies at New York University נ' ארכיון המדינה, פסקה 5 (10.2.2022); בג"ץ 9022/20 Taub Center for Israel Studies at New York University משרד המשפטים, פסקאות 2-3 (29.5.2022)).

לפי פרט 1 לתוספת, חשיפת חומר של מוסד ממוסדות המדינה או של רשות מקומית שאינו מנוי בפרטים האחרים בתוספת, תוגבל לתקופה של 15 שנים; לפי פרט 5 לתוספת, חשיפת "החלטות, פרוטוקולים וסטנוגרמות של ישיבות ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי המכונה 'הקבינט המדיני-ביטחוני', או בכינוייה הקודמים, ושל ישיבות הממשלה או ועדות שרים בנושאים שחל עליהם סעיף 35 לחוק-יסוד: הממשלה" תוגבל לתקופה של 50 שנים; ולפי פרט 4, חשיפת "סטנוגרמות של ישיבות הממשלה ושל ועדות השרים, על ספחיהן, שאינם מנויים בפרט 5" תוגבל לתקופה של 30 שנים. בהוראות אלה ישנה הבחנה ברורה בין תמלילי ישיבות ממשלה בעניינים-נושאים שעליהם חל סעיף 35(א) לחוק היסוד כגון יחסי חוץ ובטחון, לבין ישיבות ממשלה בנושאים אחרים, וגם מהן מסתברת יותר הקביעה כי "תמליל" אינו נכלל בתיבה "עניין" שבסעיף 35(א) לחוק היסוד (והשוו להסדר שנקבע בתקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), התשכ"ז-1966, ק"ת 468 (להלן: תקנות הארכיונים הקודמות), שם נקבע, בין היתר, כי סטנוגרמות של ישיבות ממשלת ישראל כשזו אינה יושבת כוועדה לענייני ביטחון יוגבלו

לתקופה של 40 שנה, וכי יוגבלו לתקופה של 30 שנה חומר ארכיוני של מוסד ממוסדות המדינה שאיננו כלול בפרט 1 לתוספת הנ"ל, לרבות פרוטוקול החלטות של ישיבת הממשלה ושל ועדת שרים על נספחיו, למעט החלטה ונספחיה המסווגת כסודית).

הנה כי כן, תקנות הארכיונים משקפות אף הן את הפרקטיקה לפיה תמלילים (סטנוגרמות) של ישיבות הממשלה ככלל אינם נחשפים לציבור אלא בחלוף עשרות שנים.

20. לאחר שעמדנו על לשון חוק היסוד והתקנון ועל הוראות תקנות הארכיונים, אעבור לבחינת תכליתם של חוק היסוד והתקנון. כפי שנראה להלן, גם בהיבט זה לא ניתן לקבל את פרשנות המשיבים לסעיף 35(א) לחוק יסוד: הממשלה, והעיגון לסודיות התמלילים כאמור בתקנון הממשלה מקורו בסעיף 31(ו) לחוק היסוד. אפתח בבחינת התכלית הסובייקטיבית, כפי שנלמדת בין היתר מההיסטוריה החקיקתית ומדברי המכונן בהליך חקיקת חוק יסוד: הממשלה המקורי בשנת 1968 (ס"ח התשכ"ח 226).

21. בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה) מיום 29.7.1968, הציג חבר הוועדה חיים יוסף צדוק את סעיף 35 (סעיף 28 לחוק היסוד בנוסחו אז), וכך ציין: "סעיף זה דן בסודיות בישיבות הממשלה. בהצעת הממשלה נאמר שכל הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים הם סודיים ופרסומם אסור, אלא אם הותרו לפרסום, ואנחנו שינינו זאת בוועדת המשנה ואמרנו שאסורים לפרסום עניינים הנוגעים לביטחון המדינה, ליחסי החוץ שלה של המדינה וכל עניין אחר שהממשלה קבעה אותו בבחינת אסור לפרסום. תוספת זו בדבר כל עניין אחר חילקנו לשניים: 'סוג עניינים שהממשלה הכריזה עליו בצו, לצורך סעיף זה' ו'ענין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד והודיעה על כך ברבים'. החלק השני מכוון לעניינים ספציפיים שהתעוררו, למשל בישיבה מסוימת" (פרוטוקול הישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, 5 (29.7.1968), הדגשה הוספה).

במהלך הדיון, חברי הוועדה חככו בדעתם אם יש למחוק את ס"ק א(3) (סוג עניינים שהממשלה הכריזה עליו בצו לצורך הסעיף) – ואת המילים "והודיעה על כך ברבים" מס"ק א(4). מדברי המשתתפים בדיון מתחדדת ההבחנה בין סעיפים א(3) ו-א(4) המוצעים: בעוד שס"ק א(3) עוסק בסוג עניינים שסודיותם נקבעת בצו שפורסם לציבור מראש, על מנת שידע הציבור את העניינים שנקבעה סודיותם, בדומה לענייני חוץ וביטחון (דברי חבר הוועדה צדוק, עמ' 8); ס"ק א(4) עניינו בהחלטות אד-הוק בדבר

סודיות ענין מסוים, אשר מתקבלות בסוף או במהלך ישיבות הממשלה (דברי חבר הוועדה צדוק בעמ' 9 ובעמ' 5).

ההסתייגות מהמילים "והודיעה על כך ברבים" שבס"ק (א)4 נבעה מכך שההודעה ברבים עשויה להפוך את ההחלטה לחסרת ערך (דברי שר המשפטים שפירא, עמ' 6), מכיוון שפרסום ברבים עשוי לגלות את הסוד (דברי חבר הוועדה קלינגהופר בעמ' 6; דברי חבר הוועדה ארזי בעמ' 7). מנגד, הפרסום ברבים נדרש על מנת לאכוף את האיסור הפלילי על הפרסום ובשל הצורך להוכיח כי מפרסם המידע ידע על ההחלטה לשמור את העניין בסוד (עמ' 6, עמ' 9). לסופו של יום, הוחלט להשמיט את המילים "והודיעה על כך ברבים", ולהבהיר כי מי שיישא באחריות פלילית על הפרת ס"ק (א)4 יהיה רק מי שידע על החלטת הממשלה (וראו ההצעות שהועלו לניסוח סעיף 35 בכללותו בעמ' 10 לתמליל הישיבה, ולמשל אחד מהנוסחים שהוצעו לס"ק (א)4 – "דברים שהממשלה החליטה לשמור בסוד – ובלבד שהמגלה או המפרסם ידע על האיסור". יוער כי חלק זה בתמליל ישיבת הוועדה נעדר מהמסמך שצורף על ידי העותרים כמע"1, ובכלל המסמך שצורף היה משובש וקטוע בתחתית העמודים).

על רקע זה ניתן להבין את נוסחו המסורבל קמעא של ס"ק (א)4 סיפא בנוסחו דהיום – "ענין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד, ובלבד שגילוי ופרסומו של ענין כאמור אינו אסור אלא על מי שידע על ההחלטה". כפי שהובהר בדיון במליאת הכנסת לקראת קריאה שנייה ושלישית ביום 6.8.1968, "אסורים בפרסום רק דברים הנוגעים לביטחון המדינה, דברים הנוגעים ליחסי החוץ של המדינה, סוגים אחרים של עניינים אשר הממשלה קבעה אותם בצו, ועניינים ספציפיים שהממשלה קבעה שמן הראוי כי יישמרו בסוד, אבל לגבי עניינים ספציפיים אלה יחול האיסור רק על מי שידע שהממשלה החליטה שהם אסורים בפרסום..." (ד"כ 6.8.1968, 3097, הדגשה הוספה).

לא פירטנו על אודות מהלך הדיון בוועדה אלא כדי להבהיר את נקודת המוצא של המכונן בחוקקו את סעיף 35 לחוק היסוד, ולפיה ס"ק (א)4 עוסק בנושאים מסוימים שהוחלט על סודיותם בהחלטה אד-הוק שהתקבלה במהלך ישיבת הממשלה, כשעצם הדיון וקבלת ההחלטה על הסודיות לא אמורים להיות ידועים לציבור הרחב. הדברים אך מדגישים כי אין לקבל את ההבחנה שביקשו המשיבים לעשות בין סעיפי המשנה שבסעיף 35 (א) לחוק היסוד. סמכותה של הממשלה מכוח ס"ק (א)4 היא להחליט על סודיות מוחלטת כולל על עצם קיומה של הישיבה, בדומה לס"ק (א)1 ו-2, באותם עניינים אשר תמצא לנכון. החלטה כאמור לא התקבלה לגבי מגפת הקורונה ולכן עצם קיומו של הדיון

בנושא הקורונה, כמו גם ההחלטות שהתקבלו בישיבות הממשלה שהתנהלו בנושא הקורונה, פורסמו לציבור.

בהקשר זה אחזור ואפנה לתקנות הארכיונים שנזכרו לעיל, כשלפי פרט 5 לתוספת הראשונה, לא רק תמלילים (סטנוגרמות) אלא גם החלטות ופרוטוקולים של ישיבות הממשלה או ועדות שרים בנושאים שחל עליהם סעיף 35 לחוק היסוד, מוחזקים כחומר ארכיוני שזכות העיון בו מוגבלת לתקופה של חמישים שנים. זאת, להבדיל מהחלטות ופרוטוקולים בישיבות ממשלה וועדות שרים שלא חל עליהם סעיף 35 לחוק היסוד, שאינם מוזכרים במפורש בתוספת לתקנות, שניתן לחשוף אותם בחלוף 15 שנים מכוח פרט 1 לתוספת (כעמדת המשיבים בסעיף 132 לתגובה המקדמית).

22. עוד ניתן להסיק מדברי המשתתפים בוועדה והדוגמאות לשימוש שיעשה בס"ק (א) (3) ו-(4), כי המדובר בנושאים מהותיים-תוכניים (ענייני עליה, צינור נפט בין אילת-אשקלון, עניינים בעלי אספקטים כלכליים), והדבר עולה גם מדברי המשנה ליועמ"ש דאז יהושע שופמן בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 5.3.2001, אז חוקק מחדש חוק היסוד: "זה סעיף שמאפשר לממשלה, כאשר יש דיון בממשלה בנושא ביטחוני, ומישהו מבקש את ההחלטות, ואם זה באחד הנושאים האלה, לא למסור" (עמ' 36, הדגשה הוספה).

רשימת עניינים שהוכרזו כסודיים מכוח סעיף 28 לחוק היסוד (הגם שהצווים הוצאו לפי סעיף 23(ד) לחוק לתיקון דיני העונשין (ביטחון המדינה), התשי"ז-1957), נכון למועד כתיבתה, אנו מוצאים במאמרו של רובינשטיין – חוק יסוד: הממשלה הנזכר לעיל, ואציין כי לפי המחבר, כלל הצווים המפורטים שם הוצאו לפני שנת 1970 (עמ' 617-618). כך, הוכרזו כעניינים סודיים ידיעות הנוגעות לצינור ומיכליות נפט, ענייני עליה והלוואות של גורמי חוץ לממשלה או למוסדות ישראליים אחרים. כמו כן, לפי האמור בספרם של רובינשטיין ומדינה, בחודש מרץ 1990 החליטה הממשלה לאסור פרסום מידע בדבר נתוני העליה מברית המועצות (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – רשויות השלטון ואזרחות, כרך ב' 856 והטקסט ליד ה"ש 118 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: המשפט החוקתי של מדינת ישראל)). מעניין לציין כי בשנת 1966 הוכרז על סודיותם של "דיונים, החלטות וקיום ישיבות של ועדת השרים לענייני בטחון" – קרי, לא רק "עניין" שהוא בבחינת נושא תוכני ("פ תשכ"ו 1874, וראו אצל רובינשטיין – חוק יסוד: הממשלה, עמ' 617; המשפט החוקתי של מדינת ישראל, עמ' 856, הטקסט ליד ה"ש 118). מכל מקום, מכיוון שכלל העניינים שהוכרזו כסודיים

היו בעלי תוכן רגיש, יש בכך כדי להחליש עוד יותר את פרשנותם של המשיבים כי ה"עניין" בס"ק (א)(4) הוא גם "תמליל".

23. בשל כל האמור, יש לדידי קושי לקבוע כי סודיות התמלילים יונקת את כוחה דווקא מסעיף 35(א)(4) לחוק יסוד: הממשלה.

במהלך הדיון שנערך לפנינו לאחר שהוצא צו על תנאי, הועלתה דרך פרשנית נוספת, שהמשיבים ביקשו לאמצה כפרשנות חלופית, ולדידי היא הפרשנות הראויה. מכוח פרשנות זו, ניתן לאמץ את טענת המשיבים כי הוראות התקנון בנוגע לסודיות התמלילים עולות בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: הממשלה בכללותן ויכולות לעמוד. אסביר.

הוראות התקנון מתיישבות עם הוראות חוק היסוד – בחינת הוראות חוק היסוד והתקנון לאורך השנים

24. סעיף 35 לחוק היסוד קובע כאמור הוראת סודיות הנוגעת ל"דיונים והחלטות" של הממשלה ושל ועדות השרים בעניינים הנוגעים ליחסי חוץ וביטחון או בעניין או בסוגי עניינים, שלגביהם נקבע על ידי הממשלה כי יוגדרו כסודיים. לגישת העותרים, על סוגיית הסודיות בישיבות הממשלה שולטת אפוא הוראת סעיף 35 לחוק היסוד, ומשכך, כל עוד לא נקבע על ידי הממשלה כי עניין הקורונה הוא סודי, הרי שניתן לפרסם את התמלילים ואת כל החומרים הקשורים לישיבת הממשלה בעניין זה – וכך גם לגבי כל עניין אחר שלגביו לא הוחלט כי הוא סודי. כל זאת, בכפוף להוראות חוק חופש המידע, כשלעניין זה לא מתקיים הסייג שבסעיף 9(א)(4) לחוק ואין איסור גילוי על פי דין. לשיטה זו, תקנון הממשלה הקובע את סודיות התמלילים, עומד בסתירה להוראת סעיף 35(א) לחוק היסוד.

גישתם של העותרים היא בגדר התקפת מצח על פרקטיקה ארוכת שנים של אי פרסום תמלילי ישיבות הממשלה. מכאן, שלעתירה שלפנינו, שעניינה בתמלילי ישיבות הממשלה בנושא הקורונה, השלכות רוחב על כל ישיבות הממשלה בעבר, בהווה ובעתיד, ככל שישיבות אלה אינן בענייני חוץ וביטחון; בסוג עניינים שהממשלה הכריזה עליו בצו; או בעניין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד.

פרשנות העותרים אינה מקובלת עלי. לדידי, הוראת סעיף 35(א) לחוק היסוד, עניינה בסודיות על עצם קיומם של ישיבות הממשלה, וממילא, כל חומר הקשור לאותן

ישיבות, אך אין להסיק מכך הסדר שלילי לגבי תמלילים (סטנוגרמות) של ישיבות ממשלה "רגילות", שאינן נכנסות בגדר העניינים שבסעיף 35(א) לחוק היסוד. התייחסות לנושא התמלילים אנו מוצאים בתקנון הממשלה, תקנון שנקבע מכוח הוראת סעיף 31(ו) לחוק יסוד: הממשלה, המקנה לממשלה סמכות לקבוע את "סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה אם דרך קבע ואם לענין מסוים". אחזור ואפנה למאמרו של רובינשטיין – חוק יסוד: הממשלה, שם אומר המחבר (בעמ' 598-599) כי תקנון הממשלה שואב את כוחו מאז חקיקתו של חוק יסוד: הממשלה מהחלטות הממשלה המבוססות על סעיף 26 [כיום סעיף 31 – י"ע].

25. הצדדים הקדישו חלק ניכר מטיעוניהם להיסטוריה החקיקתית של חוק יסוד: הממשלה ותקנוני הממשלה הקודמים, ואדרש לכך כעת ולמשמעויות הדברים לענייננו.

כאמור, חוק יסוד: הממשלה נחקק לראשונה בשנת 1968. כבר בתקנון לעבודת הממשלה משנת 1966 שקדם לחקיקת חוק היסוד, נקבע כי "ישיבות הממשלה הן סגורות וסודיות" ו"סדר היום לדיוני הממשלה וועדותיה, תוכן הדיונים, ההחלטות, וכן החומר המוגש בקשר לדיונים אלה (כולל תזכירים והצעות חוק) הם סודיים בהחלט ואסורים לפרסום" (סעיפים 8 ו-9 לתקנון, הדגשה הוספה). למעשה, הוראות בדבר סודיות ישיבות הממשלה ואיסור פרסום מתוכן נכללו כבר בתקנון הממשלה שהורכבה בכנסת הראשונה, במרץ 1949, וכלל עשרים סעיפים בלבד (רובינשטיין – חוק יסוד: הממשלה, בעמ' 599). אם כן, עוד טרם חקיקת חוק היסוד, הכלל שנקבע בתקנון ושיקף את המדיניות הנוהגת מימיה הראשונים של המדינה היה חובת סודיות נרחבת וגורפת, לרבות על תוכן ישיבות הממשלה, לרבות ההחלטות, התמלילים והחומר שהובא בפני חברי הממשלה.

בהצעת חוק יסוד: הממשלה המקורית משנת 1966 (ה"ח 160) הוצע לקבוע ברירת מחדל לפיה "הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל וועדות השרים הם סודיים ופרסומם אסור, זולת דברים שהממשלה או ראש הממשלה, או מי שהממשלה או ראש הממשלה הסמיכוהו לכך, התירו את פרסומם" (סעיף 24 להצעה). הנוסח שהתקבל לבסוף ועוגן בסעיף 28 לחוק יסוד: הממשלה, התשכ"ח-1968 כמעט זהה לנוסח הקיים בסעיף 35 לחוק היסוד דהיום. נוסח זה קבע למעשה ברירת מחדל הפוכה, כך שרק דיונים והחלטות בעניינים מסוימים יהיו סודיים ויאסר פרסומם. דברי ההסבר להצעת החוק לא שופכים אור על הסוגיה שלפנינו, אך על הלך רוחו של המכונן ניתן ללמוד מדבריהם של חברי הכנסת בדיוניהם בהליך חקיקת חוק היסוד: "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 [...] ועניינים

אחרים שהממשלה חושבת שחיוני, מבחינת האינטרסים של המדינה, שהם יישארו בסוד. במלים אחרות: הפכנו את הסעיף על פיו... " (ד"כ 13.8.1968, 3308).

26. אמרנו שתקנון הממשלה משנת 1966, טרם חקיקת חוק היסוד, קבע חובת סודיות גורפת בכל הקשור לישיבות הממשלה, אך חשוב לציין שכבר בתקנון זה נרשמה התייחסות מובחנת ומפורשת לתמלילי דיוני הממשלה, שכוננו שם "פרוטוקול מילולי" (סעיף 28 ו-29 לתקנון). בסעיפים אלה נקבע, בין היתר, כי מזכיר הממשלה יהיה אחראי לגניזתם של הפרוטוקול המילולי והעתקיו, ונקבע מנגנון לעיון שר בפרוטוקול המילולי הגנוז, לבקשתו, באמצעות הודעה למזכיר הממשלה, שיאפשר את העיון במזכירות הממשלה. אם כן, התפיסה עובר לחוק היסוד היתה כי תמלילי ישיבות הממשלה יהיו חומרים גנוזים, שאפילו לשר העיון בהם מתאפשר תחת מגבלות, כך שאין להניח שהתמלילים היו זמינים לעיון הציבור כולו. עוד באותו תקנון נכללה התייחסות ל"פרוטוקול החלטות" שכלל את שמות הנוכחים והנעדרים, החלטות שנתקבלו ומניין הקולות בכל החלטה (סעיף 21). פרוטוקול ההחלטות הופץ לשרים ולסגני השרים וליועץ המשפטי לממשלה (סעיף 25), ואם נדונה והתקבלה החלטה "סודית במיוחד", היא לא נכללה בפרוטוקול ההחלטות אלא נשמרה בנפרד (סעיף 22) [במאמר מוסגר: התקנון לעבודת הממשלה משנת 1963 כלל הוראות דומות במהותן לתקנון משנת 1966, וכלל אף סעיף סודיות ייעודי בדבר סודיותן של ועדות השרים]. רוצה לומר, שכבר עובר לחקיקת חוק היסוד נעשתה הבחנה הדומה להבחנה הקיימת בתקנון כיום בין "הפרוטוקול המילולי" של ישיבות הממשלה (התמלילים/סטנוגרמות) לבין "פרוטוקול החלטות" של ישיבותיה. ביחס לאפשרות השיפתו של פרוטוקול ההחלטות נקבעו הוראות שונות, להבדיל מהפרוטוקול המילולי (תמלילים/סטנוגרמות) שלא היה זמין לעיון הציבור הרחב.

27. הצגת התפיסה שקדמה לחקיקת חוק היסוד חשובה לענייננו, ועל רקע זה יש לבחון את כוונת המכונן בחוק את סעיף הסודיות שבחוק היסוד. במליאת הכנסת מיום 6.8.1968 שבה הועלה חוק היסוד לקריאה שנייה ושלישית, הציג יו"ר ועדת המשנה לחוקי היסוד, חבר הכנסת חיים יוסף צדוק, את סעיף 28 לחוק היסוד (סעיף 35 דהיום), ואמר כך:

"אני עובר לסעיף 28 שהוא סעיף הידוע כסעיף הסודיות של ישיבות הממשלה. חשבנו שקיים אינטרס ממלכתי שהדיונים וההחלטות בישיבות הממשלה לא יהיו נושא לפרסום משני טעמים: (א) מפני שבישיבות הממשלה, בדיוניה ובהחלטותיה, ישנם דברים שהאינטרס הציבורי מחייב שלא יפרסמו; (ב) מפני שיש אינטרס ציבורי שכל

חבר ממשלה יוכל, בשעת הדיונים בממשלה, להביע דעתו
 תוך חופש גמור, בלי שיהיה צפוי לחשש שמה שהוא אומר
 בישיבת הממשלה ביום א' יתפרסם בעתוני הערב למחרתו
 [...]

אנו קיבלנו את העקרון הזה, שמן הראוי להבטיח את סודיות
 דיוני הממשלה [...]

אינני יכול להגיד כי אין טעם בטענה האומרת שחובת
 הסודיות מוטל ראשית כל וקודם כל על המשתתפים
 בישיבות הממשלה [...] יחד עם זאת, לגבי דברים
 שפרסומם עלול להיות ממש תקלה לציבור, לא ראינו
 אפשרות שלא להיעזר גם באיסור הפרסום, ואת ההצעה,
 כפי שהביאה אותה הממשלה לפנינו, תיקננו בשני דברים:
 א) במקום ההצעה אשר אמרה: הכל אסור בפרסום מלבד
 הדברים שהותרו, אמרנו: אסורים בפרסום רק דברים
 הנוגעים לבטחון המדינה, דברים הנוגעים ליחסי החוץ של
 המדינה, סוגים אחרים של עניינים אשר הממשלה קבעה
 אותם בצו, ועניינים ספציפיים שהממשלה קבעה שמן הראוי
 כי יישמרו בסוד, אבל לגבי עניינים ספציפיים אלה יחול
 האיסור רק על מי שיודע שהממשלה החליטה שהם
 אסורים בפרסום [...]

הדבר השני, שהכנסנו בו שינוי, הוא שהבהרנו כי האיסור
 חל במידה שווה על המגלה ועל המפרסם" (עמ' 3097,
 הדגשות הוספו).

ובהמשך, בדיון במליאה מיום 13.8.1968, בתגובה להתנגדויות והצעות למחיקת
 הסעיף שיסודן בטענות לפגיעה בחופש העיתונות, השיב חבר הכנסת צדוק את הדברים
 הבאים:

"שואל חבר הכנסת אבנרי: האם הממשלה היא מוסד
 סודי? אני רוצה לענות על שאלה זו בהן מוחלט וחד-משמעי.
 אינני מכיר מדינה שבה דיוני הממשלה הם פתוחים וגלויים,
 יהי הנושא, שהממשלה דנה בו, אשר יהיה. עצם העובדה
 שהיה בממשלה דיון על נושא מסויים הופכת, לא את
 הנושא, אלא את הדיון ואת החלטות הממשלה באותו נושא
 לדבר סודי. אחרת אי-אפשר לנהל ממשלה, אי-אפשר
 לנהל מדינה.

חובת הסודיות צריכה לחול על כל הנדון ועל כל המוחלט
 בישיבות הממשלה ללא יוצא מן הכלל.

אורי אבנרי: איפה זה כתוב?

חיים יוסף צדוק: אני מסכים שהחובה הזו מוטלת, ראשית
 כל וקודם כל, על המשתתפים בישיבות הממשלה...

[...]

הסודיות צריכה לחול על כל הדברים הנדונים בישיבות הממשלה, אולם לא חשבנו שמוצדק להטיל סנקציה פלילית על המפרסם דברים שנודעו לו מישיבות הממשלה, אלא אם כן הנושא הנדון הוא נושא שקיים אינטרס ציבורי שלא יפורסם. במילים אחרות: בעוד שחובת הסודיות לגבי חברי הממשלה מוטלת ביחס לכל העניינים הנדונים בממשלה, לפי חוק הסודות הרשמיים ולפי תקנון הממשלה, הרי איסור הפרסום – הגבלנו אותו לעניינים מסוימים, מפני שלא חשבנו שיש הצדקה להטיל סנקציה פלילית על המפרסמים לגבי כל תחום הנושאים הנדונים בממשלה....

[...] קבענו סעיף הנראה לנו כסעיף המאזן את הצורך בשמירת סודיות דיוני הממשלה בעניינים חיוניים, מצד אחד, ואת העיקרון של חופש העתונות, מצד שני, והטלנו את האיסור רק על דברים מובחרים – לא את איסור ההדלפה, אלא את איסור הפרסום – והדברים המובחרים האלה הם [ס"ק א(1) עד (4) – י"ע]. בגבולות מצומצמים אלה אנחנו חושבים שסעיף זה הוא חיוני כדי להבטיח עבודה תקינה של הממשלה, ואנחנו מבקשים לדחות את ההסתייגויות" (עמ' 3307-3308, הדגשות הוספו).

דברים אלה מביאים לדידי למסקנה כי בחקיקת סעיף 28 לחוק יסוד: הממשלה בנוסחו המקורי (סעיף 35 לחוק היסוד דהיום), לא בא המכוון לגרוע ולהפחית מהסודיות הכללית על תמלילי ישיבות הממשלה, כפי שנקבע כבר אז בתקנון לעבודת הממשלה. חקיקת סעיף 28 לחוק היסוד לא נועדה ליצור פתח לגילוי תמלילי הישיבות, ונראה כי בהליך חקיקתו הושם הדגש בעיקר על איסור הפרסום ביחס לעניינים המסוימים המפורטים בסעיף זה.

28. ברוח זו יש לקרוא לדידי את המסמך שנחזה להיות טיוטת מכתב מטעם היועץ המשפטי לממשלה דאז, פרופ' אהרון ברק, לשר המשפטים, שצורף על ידי המשיבים כמ/ש/8. המסמך נכתב במענה לפניית השר מיום 10.1.1978 שבה התבקש היועץ "לבחון דרכים אפשריות לטיפול בתופעה של הוצאת מידע שלא כדין מישיבות הממשלה לכלי התקשורת". עניינה של הטיוטה בהיבטים פליליים והיבטי צנזורה במקרה של הוצאת מידע שלא כדין מישיבות ממשלה, והיא לא עוסקת ישירות בשאלות מושא דיונו. עם זאת, במסגרת סקירת ההוראות הרלוונטיות לסוגיה הזכיר היועץ המשפטי את סעיף 28 לחוק היסוד וציין " [...] הערות הבהרה באשר לתחום חלותו של סעיף 28 הנ"ל. ראשית, הוראת סעיף 28 אינה מתפרשת על כל דיוני ממשלה וועדות השרים אלא על סוגי דיונים מסוימים כמפורט בפיסקאות (1)-(4) לס"ק (א)..."

29. מדברי חבר הכנסת שהובאו לעיל עולה גם באופן מפורש התכלית שבקביעת הוראת הסודיות של תמלילי ישיבות הממשלה כפי שנקבעה בתקנון: הסודיות נדרשת לצורך ניהולה ותפקודה של הממשלה, ונועדה לאפשר לחברי הממשלה להתבטא בחופשיות בדיוניה מבלי שיהיה חשש שדבריהם יפורסמו לעיני כל למחרת היום. שיקולים אלו הוכרו שנים לאחר מכן בסעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע וכן בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה הקובעת שכלל אין לגלות או לפרסם תמלילים של דיוני הממשלה וועדות שרים, על מנת שלא לפגוע באפשרות של דיון ענייני ופתוח ובהתבטאות חופשית של המשתתפים. התכלית הסובייקטיבית של ההוראות הנוגעות לסודיות ישיבות הממשלה וסודיות התמלילים בפרט, חופפת ומשתלבת עם התכלית האובייקטיבית של הוראות אלה, והיא שמירה על שיח חופשי בדיוני הממשלה והבטחת איכות הליך קבלת ההחלטות בממשלה.

30. סודיותם של התמלילים באה לידי ביטוי גם בתקנוני הממשלה שאושרו לאחר חקיקת חוק היסוד, וגם בהינתן שהתחדדה ההבנה כי יש להתאים את הוראות התקנון להוראות חוק היסוד החדש (העותרים מפנים בהקשר זה למכתבו של מזכיר הממשלה לראש הממשלה מיום 14.4.1969, נספח 2 לקובץ שהוגש ביום 15.2.2022). ביום 8.6.1969 אישרה הממשלה תקנון חדש לעבודתה, וההוראות ביחס לפרוטוקולים המילוליים של דיוני הממשלה ולעניין גניזתם ודרכי העיון בהם – כפי שנקבעו בסעיפים 28 ו-29 לתקנון משנת 1966 – עוגנו בסעיף 39 לתקנון החדש שכותרתו הייתה "סטנוגרמה של דיוני הממשלה". גם ההבחנה בין הפרוטוקול המילולי (התמליל או הסטנוגרמה), לבין פרוטוקול ההחלטות של הממשלה וועדת השרים, נשמרה בסעיף 40 לתקנון משנת 1969, תחת הפרק שכונה "פרוטוקול של דיוני הממשלה ושל ועדות השרים" (פרק ו'). לתקנון התווסף פרק נפרד (פרק ח') שכותרתו "סודיות ומסירת ידיעות". בפרק זה נכללה ההוראה הקובעת כי ישיבות הממשלה והוועדות הן סגורות (סעיף 47(א)), ופרסום סדר היום של ישיבות הממשלה והוועדות יעשה רק על ידי מזכיר הממשלה; הובא במלואו נוסח סעיף 28 לחוק היסוד (סעיף 48, למעט שינוי נוסח קל בס"ק א(4)); ונקבע כי מזכיר הממשלה מוסמך להתיר פרסום עניינים שפרסומם נאסר לפי סעיף 28 לחוק יסוד: הממשלה (סעיף 49).

התקנון לעבודת הממשלה משנת 1969 שינה מהתקנון שנחקק לפני חקיקת חוק היסוד וקבע חובת סודיות גורפת ביחס לסדר היום של ישיבות הממשלה ולהחלטות עצמן. עם זאת, ההבחנה בין פרוטוקול ההחלטות לבין תמלילים וההוראות ביחס לגניזת והגבלת העיון בתמלילים נותרו בעינן. הפרקטיקה שהייתה נוהגת והוראות התקנון ביחס לתמלילים ושמירת סודיותם לא השתנו אפוא לאחר חקיקת חוק היסוד. תימוכין מסוימים

למסקנה זו מצויים גם במכתבו של מזכיר הממשלה אל שר המשפטים מיום 21.2.1969 (שלושה חודשים לפני שאושר התקנון), שבו צוין כי "אין התקנון בא להכניס כל שינויים מהותיים וענייניים יסודיים ולא מן הנמנע כי מן הראוי לייחד את הדיון גם על אלה..". (מ/ש/4).

31. לצד זאת, יש להזכיר את חקיקתו המחודשת של חוק יסוד: הממשלה בשנת 2001, ואת תפיסתם של למצער חלק מהשותפים להליך החקיקה, כפי שעולה מדיוני ועדת חוק החוקה, חוק ומשפט. מהתבטאויות המשתתפים עולה כי להתרשמותם, חובת הסודיות הקבועה בחוק היסוד (בסעיף 35 דהיום) היא מינימלית ומצומצמת מאוד בהשוואה למדינות אחרות, שבהן יש חובת סודיות כללית על דיוני הקבינט וחובת סודיות מוחלטת על חברי הממשלה (וראו דברי חה"כ ויו"ר הוועדה אמנון רובינשטיין בדיון מיום 5.3.2001 בעמ' 36, 40-41: "רבותי, חובת הסודיות בישראל היא מינימליסטית, אסור לפגוע בה. במדינות אחרות יש חובת סודיות מוחלטת על כל שר שיושב בקבינט [...] ברוב המדינות יש חובת סודיות מוחלטת על חברי ממשלה, זה סעיף מינימלי..."; ודברי חבר הכנסת שטייניץ בעמ' 40: "יכול להיות שמוטב שתהיה חובת סודיות טוטלית, על כל דיוני הקבינט לפחות, גם זה סביר בעיניי". מכל מקום, דומה כי לא הייתה כוונה לשנות את תפיסתו של חוק היסוד המקורי, ואכן לסופו של יום בנושא זה לא הוכנסו בו שינויים.

עוד אציין כי בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה שהוזכרה לעיל צוין כי "החלטות ודיונים של הממשלה ושל ועדות השרים בנושאים שאינם בגדר העניינים המנויים [בסעיף 35 לחוק היסוד – י"ע] אינם סודיים מטבע ברייתם, ואין איסור לפרסמם", וראו גם הדברים המובאים בספרם של רובינשטיין ומדינה בהתייחס לסעיף 35 לחוק היסוד: "בעניין זה כפופה הממשלה להוראות חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998: ככל שמדובר בעניינים שאינם מנויים בסעיף 35 לחוק-היסוד כעניינים סודיים, על הממשלה להצדיק אי-פרסום החלטות ממשלה ופרוטוקולים של הדיונים בהתבסס על אחת העילות, המנויות בסעיף 9 לחוק חופש המידע. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה קבע, בהתבסס על הוראות סעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע, כי יש לנקוט 'מדיניות לפיה ככלל אין לגלות או לפרסם פרוטוקולים של דיוני הממשלה ושל דיוני ועדות שרים, להבדיל מהחלטות [...]'. לעומת זאת אין הצדקה לסירוב גורף למסירת העתקים של החלטות ממשלה, פרט לעניינים סודיים. הסנקציה בגין הפרת איסור הפרסום קבועה בסעיפים 113 ו-113א לחוק העונשין, אם כי היקפו של האיסור הפלילי צר מזה של האיסור הקבוע בחוק-היסוד" (המשפט החוקתי של מדינת ישראל, עמ' 856).

גם אם יש בדברים אלה כדי להקהות את הדגש שהושם בהליך החקיקה המקורי על הסודיות הכללית של דיוני הממשלה, אין להסיק מההתבטאויות כוונה להפחית מהסודיות שיוחסה בהוראות התקנון כל אותה העת באופן מובחן לתמלילים.

32. העותרים חולקים על טענת המשיבים לפיה הוראות התקנון הנוכחי דומות במהותן להוראות המקבילות בתקנוני העבר ומשקפות סדרי עבודה מושרשים. העותרים הפנו לתקנוני הממשלה שאושרו לאחר חקיקת חוק חופש המידע בחודש מאי 1998, וטענו לשינוי המצב המשפטי ביחס לסודיות התמלילים. כך, בסעיף 62 לתקנון לעבודת הממשלה ה-27 (מעודכן לספטמבר 1998) נקבע כי סטנוגרמות מסוימות וביניהן סטנוגרמות של ישיבות ממשלה בדיוניה לפי סעיף 35 לחוק היסוד (שהיה באותה עת סעיף 44 לחוק יסוד: הממשלה) יסווגו בסיווג "סודי" או "סודי ביותר", ובכפוף לכך סטנוגרמות "רגילות" יסווגו בסיווג "שמור". הוראות דומות נקבעו בתקנונים הבאים שאושרו על ידי הממשלה (הממשלות ה-28 עד ה-31, כשבתקנון לעבודת הממשלה ה-31 נקבע כי מזכיר הממשלה רשאי לסווג סטנוגרמות "רגילות" או חלק מהן בסיווג "שמור", כלומר לא דובר אז כברירת מחדל). בתקנון לעבודת הממשלה ה-32 שונה הסעיף העוסק בתמלילים לנוסח זהה לנוסח המוכר לנו מסעיף 71 לתקנון לעבודת הממשלה ה-35 הנתקף בעתירה. לצד זאת, השתנה בהדרגה הסעיף שעוסק ב"פניות מהציבור", ונקבע בו כי פניות בכתב מהציבור בעניין החלטות ממשלה וחומר אחר יטופלו בהתאם לחוק חופש המידע ולהנחיות היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 78 לתקנון לעבודת הממשלה ה-32).

לטענת העותרים, השינויים בתקנון משקפים את הלך הרוח הציבורי ביחס לציפייה הגוברת לשקיפות בדיוני הממשלה, לצד המודעות לחשיבות ההקפדה על אבטחת מידע. סיווג התמלילים מתייחס, לשיטתם, לקריטריונים של אבטחת מידע, כלומר לאופן שמירת המסמך, ו"מבחינת מזכירות הממשלה, הסיווג 'שמור' שווה-ערך לקביעה 'בלתי מסווג', וכל מסמך הנושא סיווג זה ניתן לכל דורש ללא הגבלה". דברים אלה צוטטו מתוך פרוטוקול ישיבת הכנסת השש עשרה מיום 4.8.2004, שם נמסרה לפרוטוקול תשובה לשאלה שהפנה חבר כנסת לראש הממשלה בדבר משמעות סימון כל מסמכי החלטות ועדת השרים לענייני חקיקה במילה "שמור" (מע/5). העותרים סבורים כי בניגוד לטענת המשיבים, שינויים אלה בתקנון מעידים כי הוראות התקנון כיום בעניין התמלילים לא נקבעו "מימים ימימה" אלא השתנו ביסודם עם חלוף הזמן, ואין לגזור מהם חובת סודיות מוחלטת על התמלילים. לשיטתם של העותרים, הוראות התקנון אמנם קובעות כברירת מחדל את סיווג התמלילים כ"סודי ביותר", אך סיווגם של תמלילים שאינם בנושאים שעליהם חל סעיף 35 לחוק היסוד יכול שישתנה מכוח סמכותו של

מזכיר הממשלה, וניתן יהיה למסרם במענה לפניות הציבור, מכוח סעיף 78 לתקנון, במקרים המתאימים.

33. אכן, המגמה של חשיפת מידע לציבור על הנעשה בישיבות הממשלה צברה תאוצה עם השנים. במאמרו, מציין המשנה לנשיאה (בדימוס) השופט רובינשטיין (שכיהן בעברו כמזכיר הממשלה) כי ראייה לגישה ליברלית בנוגע לחשיפת דיוני הממשלה היא ההחלטה לאפשר חשיפתן של סטנוגרמות הממשלה, תחת מגבלות, בתום 40 שנה לעיון הציבור (וראו סעיף 2א לתוספת בתקנות הארכיונים הקודמות), כשהקריטריונים שנקבעו בנושא זה מאזנים "בין זכות הציבור לדעת ובין הצורך לשמור על האינטרסים הבטחוניים של המדינה ויחסי החוץ שלה ועל צנעת הפרט" (רובינשטיין – חוק יסוד: הממשלה, עמ' 620). הנה כי כן, הגישה הליברלית באה לידי ביטוי בעצם חשיפת התמלילים בחלוף עשרות שנים, מה שאינו תומך כלל בגישת העותרים. הדברים אך ממחישים כי מאז ומתמיד, התמלילים נחשבו כ"קודש הקודשים" בעבודת הממשלה.

איני מוצא להיתלות במה שכונה על ידי העותרים כתשובה לשאלתא משנת 2004 ואשר צוטטה בחלקה לעיל, ממנה לכאורה עולה כי הסיווג "שמור" שווה ערך למסמך שאינו מסווג וניתן למסרו לכל דורש ללא הגבלה. טיבו של מענה זה ותימוכין לגישה של מזכירות הממשלה דאז לא התבררו, ואף לשיטתו של הדובר שם, "הסיווג 'שמור' [...] מוגדר בקריטריונים של אבטחת מידע, כסיווג המורה על רגישות ביטחונית או מדינית". מכל מקום, החשוב לענייננו הוא שגם בתקנונים אליהם הפנו העותרים ובהם נקבע לסטנוגרמות "רגילות" הסיווג "שמור" כברירת מחדל, נקבע כי מזכיר הממשלה יהיה אחראי לגניזתן; כי הסטנוגרמה או חלקה לא תישלח לשרים והעיון בה יוגבל; וכי מדובר בחומר "סודי וחשאי" לתקופה של 40 שנה (וראו למשל בסעיף 62(ג)-(ה) לתקנון לעבודת הממשלה ה-27). דהיינו, למרות הסיווג "שמור", הוגדרו כלל התמלילים כחומר סודי והעיון בהם הוגבל.

עולה מהאמור כי אין בהוראות בעניין אופן סיווג התמלילים כדי להכריע בענייננו. עמדו על כך המשיבים, שציינו בכתב התשובה מטעמים כי סמכות המזכיר לשנות את סיווג התמלילים היא "... סמכות נקודתית לעניין הסיווג שינתן לתמלילים. אין היא מאיינת את איסור הפרסום הקבוע בסעיף 71(ד)(1) לתקנון, שאינו מותנה בסיווג התמלילים".

34. בהקשר אחר, הזדמן לי לעמוד על הבלבול בין סודיות לבין חיסיון. רבות הן ההוראות אשר מטילות חובת סודיות על בעל תפקיד או מקצוע, או קובעות כי חומר

מסוים הוא סודי ויש להבטיח שלא ייחשף לעיניים בלתי מורשות. חובת הסודיות חלה מחוץ לכותלי בית המשפט אולם נעצרת בפתחו ואינה מקימה מחסום בפני דרישה חוקית למסור עדות או מסמכים. בעוד שהחיסיון מעניק פטור מחשיפת ראייה בהליכי משפט וחקירה, חובת הסודיות חלה כלפי כולי עלמא, גם על מידע שאין כוונה לעשות בו שימוש כראיה (יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפיליאי 407-405 (2021) (להלן: עמית – חסיונות ואינטרסים); ע"מ 5089/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנק ישראל, פסקה 8 (30.5.2018) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון)). ביחס לחיסיון נהוג להבחין בין חיסיון מוחלט לחיסיון יחסי, אך לא כך באשר להוראת סודיות, שכפופה לגילוי בהליכי משפט על פי דין ומתירה בפני עצמה גילוי בנסיבות ובמקרים מסוימים (עמית – חסיונות ואינטרסים, עמ' 409). משכך, אין כל נפקות בענייננו לטענת העותרים (בהפנייה לעמ' 384 בספרי) ולפיה אין לפרש חיסיון שנקבע בחקיקת משנה כחיסיון מוחלט. לא בחיסיון עסקינן אלא בסודיות.

סודיות התמלילים אין משמעה בהכרח חיסיון של התמלילים בהליכים משפטיים. בהקשר זה אציין את התייחסותו של השופט רובינשטיין, שכאמור כיהן בעברו בתפקיד מזכיר הממשלה, לשאלת חשיפת סטנוגרמות של הממשלה וועדותיה בהליכים משפטיים, שאלה שלדידו לא נמצא לה פתרון מלא. במאמרו, מציין המחבר כי אין הוראה מפורשת האוסרת את החשיפה, אך ניתן לבנות קונסטרוקציה משפטית ליצירת החיסיון, שעליה מרחיב המחבר (רובינשטיין – חוק יסוד: הממשלה, עמ' 620). לא אסקור את הדרך המפותלת שנסקרת במאמר, באשר לדידי ניתן בפשטות לגזור חיסיון מתוך הוראת הסודיות בתקנון (השוו עמית – חסיונות ואינטרסים, בעמ' 410-413).

בדומה, אין לזהות בין איסור על פרסום התמלילים לבין פומביות הדיון. סעיף 14(א) לתקנון הממשלה קובע כי "ישיבות הממשלה הן סגורות". בפסיקה שעסקה בפומביות הדיון של הליכי משפט, נקבע כי קיומו של דיון בדלתיים סגורות אינו מנביע מיניה וביה איסור פרסום, אלא הדבר נתון לבחינת בית המשפט אם מתקיימת התכלית לאיסור פרסום מלא או חלקי. כך, ייתכן שבסוף הליך שהתנהל בדלתיים סגורות, יגיע בית המשפט שלפניו מתנהל ההליך למסקנה כי ניתן לפרסם חלקים כאלה ואחרים מתוך הפרוטוקול או מהראיות שהוצגו בפניו (וראו עמית – חסיונות ואינטרסים, בעמ' 419). ניהול הדיון בדלתיים פתוחות הוא אחד משני הפנים שיש לעקרון פומביות הדיון (בג"ץ 258/07 גלאון נ' וועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת ארועי המערכה בלבנון 2006, פ"ד סב(1) 648, פסקה 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2007) (להלן: עניין ועדת הבדיקה)). על חשיבותו של עקרון זה אין חולק, ולכך עוד אדרש להלן. מכל מקום ולענייננו,

מקובלת עלי עמדת המשיבים כי אין סתירה בין הוראת סעיף 14 לתקנון הקובעת כי ישיבות הממשלה יהיו סגורות לבין סעיף 35 לחוק היסוד שעניינו בהוראת הסודיות.

35. מעקרון פומביות הדיון נגזרת זכות העיון (עמית – חסיונות ואינטרסים, עמ' 422). זכות העיון היא אחת מהערובות למימוש עקרון פומביות הדיון, וזאת "גם אם במלוא היקפה אין זכות העיון חופפת בהכרח את עקרון פומביות הדיון [...] זכות העיון נגזרת אף מחובת הנאמנות שחבה רשות ציבורית לציבור, המהווה מקור עצמאי לחובת הגילוי של מסמכיה..." (בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים, פסקה 21 (8.10.2009)).

36. בענייננו, וכעולה מסעיף 71 לתקנון, אפשרות העיון בתמלילים היא מצומצמת וחלות עליה מגבלות חמורות. ראשית, לפי סעיף 71(ב), התמלילים הינם חומר סודי לתקופה הקבועה בתקנות הארכיונים, וחשיפתם מתאפשרת כחומר ארכיוני העומד לעיון הציבור בהתאם לתקנות אלו. כמו כן, לפי סעיף 71(א) לתקנון, התמלילים יישמרו במזכירות הממשלה ולא יועברו לגורמים אחרים, אף לא לעיונם של השרים; ולפי סעיף 71(ד)(1), העיון בתמלילים הוא אסור למעט לחברי הממשלה. לצד זאת, מזכיר הממשלה רשאי בנסיבות מיוחדות לאשר לעובד ציבור לעיין בתמליל של ישיבת ממשלה או ועדת שרים לצורך עבודתו השוטפת ובתחום הנוגע לעיסוקו של עובד הציבור, וכן רשאי הוא להתיר למי שנשא דברים בישיבת ממשלה או בוועדת שרים לעיין בדבריו כפי שנרשמו בתמליל, במתכונת שיקבע מזכיר הממשלה (ס"ק (ד)(2) ו-(4)). ס"ק (ד)(3) מציין במפורש כי המבקש לעיין בתמליל יודיע על כך למזכיר הממשלה והמזכיר יעמיד את התמליל לעיון המבקש במזכירות הממשלה.

אם כן, אין לפנינו רק הוראה בדבר סיווג התמלילים, והאיסור על העיון בתמלילים, בכפוף למגבלות המפורטות בסעיף 71(ד), מעיד גם הוא אפוא על סודיותם, וכך גם עולה מעמדתם של המשיבים עצמם (סעיף 119 לכתב התשובה).

37. לנוכח כל המפורט, איני סבור כי סעיף 71 לתקנון הקובע את סודיות התמלילים ואת הגבלת העיון בהם סותר את הוראת הסודיות שבסעיף 35 לחוק היסוד, הוראה המתייחסת לעצם קיומם של "דיונים והחלטות" של הממשלה וועדות השרים בעניינים שמנויים בו. לכן, הממשלה יכולה הייתה לקבוע את סודיות התמלילים ולהגביל את העיון בהם כפי שנקבע בסעיף 71 לתקנון, כפי שנעשה מימים ימימה, מכוח סעיף 31(ו) לחוק יסוד: הממשלה, אשר מסמיך את הממשלה לקבוע את "סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה אם דרך קבע ואם לענין מסוים". הצבענו על כך שלאורך

עשרות שנים, התמלילים של ישיבות הממשלה נחשבו כ"קודש הקודשים" של ישיבות הממשלה וכדברי רובינשטיין:

"הטיעון המהותי שמאחורי הגישה הזהירה שנוקטת מזכירות הממשלה בעניין זה, הוא הצורך לאפשר לשרים להתבטא באורח חופשי בממשלה, בלא חשש שהדברים יהפכו מיד לנחלת הכלל. יטען הטוען: הרי ממילא יש הדלפות. התשובה היא, כי לא הרי הדלפות כהרי פרסום פורמלי בעבר" (רובינשטיין – חוק יסוד: הממשלה, עמ' 620).

וראו דברים דומים שנאמרו על ידו הגם שבהקשר של חיסיון במסגרת הליכים

משפטיים:

"אודה ולא אבוש כי כמזכיר הממשלה נאבקתי על חיסוי דיוני הממשלה כדי לאפשר לשרים התבטאויות כנות ולא 'דיבור לפרוטוקול' מחשש הדלפות, וכדי שלא תהא ישיבת הממשלה שקולה למסיבת עיתונאים" (רע"א 7461/16 מדינת ישראל - אגף המכס ומע"מ נ' פן דור תעשיות בע"מ, פסקה יז (29.11.2016) (להלן: עניין פן דור)).

38. העותרים טענו כי סעיף 31(ו) הוא סעיף פרוצדורלי, המאפשר לממשלה לקבוע דרכי התנהלות טכניים בלבד כמו שיטת הצבעה, קיום מפגשים פרונטליים או דיגיטליים וכיוצ"ב, אך לא עניינים מהותיים כמו קביעת חיסיון וסודיות של תמלילי ישיבות הממשלה.

טענה דומה הועלתה בעבר, בהתייחס לסמכות הוועדה לבחירת שופטים לקבוע את סודיות דיוניה בכלל 15 לכללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד-1984 (להלן: כללי השפיטה), הקובע כיום כלהלן:

סודיות כללים

15. דיוניה של ועדת הבחירה ושל ועדותיה ותכנם של השאלונים שהובאו בפני חבריה לצורך הדיונים הם סודיים ולא יגלה משתתף לאיש פרטים עליהם זולת פרוטוקולים שאינם עוסקים במועמדים או בעניינים אישיים וזולת דבר המלצתה של הוועדה על מינויו של פלוני, אלא אם כן החליטה הוועדה אחרת, דרך כלל או לעניין מסוים.

בדומה לתקנון הממשלה, גם כלל זה הותקן מכוח ההסמכה הכללית שהוקנתה

לוועדה לבחירת שופטים בסעיף 7(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984

(להלן: חוק בתי המשפט) לקבוע את "סדרי דיוניה ועבודתה", וגם לגביו נטען כי ההסמכה הכללית שבחוק בתי המשפט נוגעת לעניינים פרוצדורליים בלבד, בעוד שהוראה בדבר סודיות איננה עניין דיוני אלא עניין שבמהות, וכי יש לפרש את הוראת ההסמכה לאור חוק חופש המידע שנחקק לאחר חוק בתי המשפט (בג"ץ 2283/07 פורום משפטי למען ארץ-ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים, פסקה 2 (5.5.2008) (להלן: עניין הוועדה לבחירת שופטים); בג"ץ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661 (1993) (להלן: עניין ציטרין)). טענות אלה, דומות לטענות העותרים לפנינו.

בעניין ציטרין, המתייחס לכלל 15 בנוסח קודם, נדחתה במפורש הטענה כי על סודיות הליכים המתקיימים לפני רשות סטטוטורית מוסמך להורות המחוקק הראשי בלבד, ונקבע כי "בגדר הסמכתה של וועדת הבחירה לקבוע את סדרי עבודתה בעצמה, הקנה המחוקק לוועדה גם סמכות לקבוע כלל המחיל על חבריה והמשתתפים בדיוניה חובת סודיות" (שם, בעמ' 669-670, הדגשה הוספה). בעניין הוועדה לבחירת שופטים, נקבע כי כלל 15 לכללי השפיטה בנוסחו המתוקן הוא כלל גמיש המתווה נוהלים וסדרי דין התואמים נורמות חוקיות וסטטוטוריות קיימות, ולנוכח תיקון נוסחו של הכלל לאחר פסק הדין בעניין ציטרין, לא נדרשה חברתי השופטת (כתוארה אז) חיות לשאלת ההסמכה הכללית מכוח סעיף 7(ד) לחוק בתי המשפט (שם, פסקה 9 לפסק דינה). ואילו השופט (כתוארו אז) רובינשטיין, קבע במפורש כי כלל 15 לכללי השפיטה אינו "חורג מהסמכתה של הוועדה לבחירת שופטים, והאמור בעניין ציטרין לדידי על מכונו עומד".

39. עניין ציטרין ועניין הוועדה לבחירת שופטים יפים לענייננו ואף בעוצמה גבוהה יותר. סעיף 7(ד) לחוק בתי המשפט, שהוא החוק המסמיך שמכוחו נחקק כלל 15 לכללי השפיטה, מסתפק במילים "הוועדה תקבע את שאר סדרי דיוניה ועבודתה", בעוד שסעיף 31(ו) לחוק היסוד, שהוא החוק המסמיך שמכוחו נחקק סעיף 71 לתקנון, רחב ומפורט יותר: "הממשלה תקבע את סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה אם דרך קבע ואם לענין מסוים".

40. ההוראות בתקנון לעבודת הממשלה הקובעות את סודיות התמלילים ומגבילות את העיון בהם, עולות אפוא בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: הממשלה, וכוחן נשאב מהוראת ההסמכה שבסעיף 31(ו) לחוק היסוד. הוראות סודיות התמלילים שנקבעו בסעיף 71 לתקנון משתלבות במארג החקיקתי הכולל, ותכליתן מבטאת את הרציונל שנקבע בסעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע בדבר אי חשיפת מידע מדיונים פנימיים. סייג זה עניינו בחשש מ"אפקט מצנן", והוא מבטא את הכרת המחוקק בכך שחשיפת תוכנו של דיון פנימי, עלולה להכביד על המשתתפים להתבטא בפתירות ובחופשיות, וכפועל יוצא,

לגרוע מאיכות החלטותיהן של רשויות הציבור (ראו ע"א 7759/01 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(5) 150 (2004); עע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217 (2006) (להלן: עניין המועצה להשכלה גבוהה); עע"מ 3300/11 מדינת ישראל - משרד הביטחון נ' גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע, פסקה 17 לפסק דיני (5.9.2012) (להלן: עניין גישה); עע"מ 414/18 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע בהנהלת בתי המשפט, פסקה 16 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (13.12.2018) (להלן: עניין התנועה למשילות ודמוקרטיה) (בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"מ 680/19 מיום 17.6.2019); עמית – חסיונות ואינטרסים, עמ' 781-787, 1113-1126). כאמור, סייג זה עניינו בהגנה על איכות ההחלטות המתקבלות על יסוד מסמכים ודיונים פנימיים ובשמירת האפקטיביות של הליך קבלתן, ולדידי, הרציונל שבסעיף חל גם מקום שבו הסתיים הדיון בסוגיה, והעניין לציבור מצוי בעיקרו "במידע הנוגע להחלטה או למדיניות שנוקטה בפועל, בתוצר הסופי, להבדיל מהצעות 'חצי-אפיות' שנגנזו לבסוף" (עניין גישה, פסקה 19). כך בדיונים פנימיים של רשויות ציבוריות, ועל דרך של קל וחומר בדיונים של הממשלה, ומכאן האיסור על העיון בתמלילי השיבות.

איננו צריכים להרחיק את עדותנו על חשיבות ההגנה על השיח הפנימי והדיון החופשי מלחצים, ונושא העתירה דנן אך יוכיח. דרכי ההתמודדות עם נגיף הקורונה וההתייחסות למגפה היו מושא למחלוקות גם בין אנשי המקצוע ועוררו רגשות עזים בקרב חלקים מהציבור. הגיעו הדברים לידי כך, שנבחרו ציבור ועובדי ציבור ספגו לחצים, איומים, השמצות ברשתות החברתיות, ואף נערכו הפגנות ליד בתיהם (עניין מוזר ובעייתי כשלעצמו, באשר הפסיקה הבהירה שוב ושוב כי יש להבחין בין מעון רשמי לבית פרטי – ראו פסק דינו של השופט נ' סולברג בבג"ץ 5318/21 עיריית רעננה נ' משרתת ישראל, פסקאות 35-40 (18.5.2022); בג"ץ 1983/17 נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.4.2017). נושא זה חורג מענייננו ולא אאריך). אינטרס הציבור הוא שיתאפשר לנבחרו הציבור ולעובדי הציבור לקיים דיונים חופשיים וכנים ולקיים דיאלוג פתוח ומקצועי, נקי מפופוליזם ומלחצים חיצוניים, ללא חשש שיהיו נתונים למתקפות כאלה ואחרות בשל דברים שייאמרו על ידם.

41. הוראות התקנון משתלבות במארג החקיקתי הכולל גם במובן זה שהן עולות בקנה אחד עם עקרון האחריות המשותפת של הממשלה כלפי הכנסת (סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה). מכוח עקרון זה כל אחד מחברי הממשלה שותף מלא להחלטותיה ולמחדליה של הממשלה כגוף קולגיאלי, בין אם תמכו בהחלטה ובין אם לאו (המשפט החוקתי של מדינת ישראל, עמ' 857; ברק מדינה ואוריה בארי "עמדת מיעוט ואחריות משותפת: על

חופש הביטוי של שרי הממשלה" מעשי משפט ח 81, 82 (2016) (להלן: מדינה ובארי)). עקרון האחריות המשותפת מחייב כי שר לא יחלוק באופן פומבי על החלטת הממשלה ויתמוך בעמדת הממשלה בכל דיון בכנסת ובוועדותיה (המשפט החוקתי של מדינת ישראל, עמ' 858), וכך נקבע בהוראות התקנון ובהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנושא (וראו סעיפים 87 ו-77(ג) לתקנון; מדינה ובארי, עמ' 83 והטקסט ליד ה"ש 11). לכן, ניתן לטעון כי מתן פומבי לחילוקי דעות שהובעו במסגרת ישיבות הממשלה באמצעות פרסום תמליליהן אינו עולה בקנה אחד עם עקרון זה (ראו רובינשטיין – חוק יסוד: הממשלה, עמ' 587. לעמדה שונה ראו במאמרם של מדינה ובארי).

42. כפי שנפסק בעבר, "ניתן להניח כי בבוא בית-המשפט לבחון שאלה הנוגעת לסדרי עבודתן של הממשלה וועדותיה ינהג הוא לפי כללים הדומים לאלה המופעלים לגבי הליכים פנים-פרלמנטריים של הכנסת [...] בהיות נושא זה עניין פנימי הנוגע לאופן פעולתה של הממשלה, ולאור המטען הפוליטי שעשוי להיות כרוך בו, יפעיל בית-המשפט בהקשר זה ביקורת שיפוטית זהירה" (בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 841 (2003)). גם במוכן זה, אין ההסדר הקבוע בתקנון מגלה עילה להתערבותו.

43. ויודגש, על חשיבותם של עקרונות פומביות הדיון והשקיפות ועל זכותו של הציבור לקבל מידע מרשויות ציבוריות ומידע על אופן פעולתן – אין ולא יכול להיות חולק (וראו עניין ועדת הבדיקה, פסקה 6; עע"מ 6013/04 מדינת ישראל - משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60, 72-75 (2006); עע"מ 2820/13 רוזנברג נ' רשות האכיפה והגבייה, פ"ד סז(1) 1, 9-10 (2014); עניין גישה, פסקה 6). "הזכות לקבלת מידע על פעילותן של רשויות ציבוריות היא מאבני היסוד של חברה חופשית. היא נוגעת לעצם קיומו של המשטר הדמוקרטי, היא מזינה את חירות הביטוי וניזונה ממנה, והיא משקפת את התפיסה המשפטית שלפיה הרשות כנאמן הציבור מחויבת לדאוג לציבור ולא לעצמה במילוי תפקידיה" (עניין המועצה להשכלה גבוהה, פסקה 8). נגישות מידע לציבור בנוגע לשלטון נדרשת על מנת שהפרט יוכל לקבל החלטות בנוגע לשלטון, על מנת להבטיח ביקורת ציבורית ועל מנת לאפשר לציבור להשתתף בפעילות השלטון (עע"מ 7744/10 המוסד לביטוח לאומי נ' מנגל, פ"ד סו(1) 116, 127-128 (2012)).

את זכות הציבור לדעת ועקרון השקיפות יש לבחון על רקע ההסדרים הנוגעים לחשיפת חומר משיבות הממשלה כמכלול, ובחינת הדברים בכללותם ממחישה כי לעקרונות אלה ניתן ביטוי ראוי בהוראות התקנון. סדרי יום של ישיבות הממשלה וועדותיה; הודעות מזכיר הממשלה בתום הישיבות; הצעות החלטה שהונחו לפני

הממשלה בישיבותיה הכוללות דברי הסבר וצרופות; פרוטוקולים של ישיבות הממשלה וועדותיה (במובחן מתמלילים); החלטות הממשלה וועדות השרים; ואף חומרי הרקע על בסיסם התקבלו ההחלטות – כל אלה ככלל אינם סודיים, וחלק מהם (ההחלטות וסדר היום הכולל את הצעות ההחלטה על צרופותיהן) מתפרסם באופן יזום באתר המרשתת של משרד ראש הממשלה. השקיפות ביחס לעבודת הממשלה התרחבה במהלך השנים, והסודיות אפוא בקשר לדיוניה אינה גורפת כלל וכלל (השוו לעניין הוועדה לבחירת שופטים, פסקה 8). בכך ניתן מענה הולם לאינטרס הציבורי בקבלת מידע בנוגע לנעשה בישיבות הממשלה, בהתחשב באינטרסים הנוגדים התומכים באי חשיפת תמלילי הישיבות כמפורט לעיל.

44. בנקודה זו ראוי לציין, כי ההסדר בישראל בכל הנוגע לחשיפת דיוני ישיבות הממשלה אינו חריג מבחינה השוואתית, וכעולה מהסקירה שהוצגה על ידי המשיבים, סודיות המידע הנוגע לישיבות הממשלה נשמרת גם במדינות אחרות שבהן קיים גוף ממשלתי דומה.

כך למשל, חוק חופש המידע הבריטי (The freedom of Information Act) 2000) קובע חריגים לחובת הממשלה למסור לציבור מידע שברשותה, וסעיף 35(1) שבו עוסק במידע המצוי בידי הממשלה (government department) ונוגע, בין היתר, להליך גיבוש מדיניות ממשלתית ו"תקשורת מיניסטריאלית" (מונח שבהגדרתו נכללים גם התקשרויות בין שרים והליכים המתנהלים בידי הקבינט או אחת מוועדותיו). לפי מסמך ה-Cabinet Manual הממשלתי, שהוא מדריך לחוקים ולכללים החלים על פעולת הממשלה הבריטית, סעיף 35(1) קובע פטור יחסי (qualified exemption) המאפשר את גילוי של המידע, אם האינטרס הציבורי בפרסום עולה על האינטרס שבשמירת המידע. עוד צוין שם, כי לנוכח חשיבות השמירה על עקרון האחריות הקולקטיבית ויכולת השרים להתדיין באופן חופשי, הנחת העבודה הממשלתית היא שמידע הנוגע להליכים בקבינט ובוועדותיו צריך להישמר בסודיות.

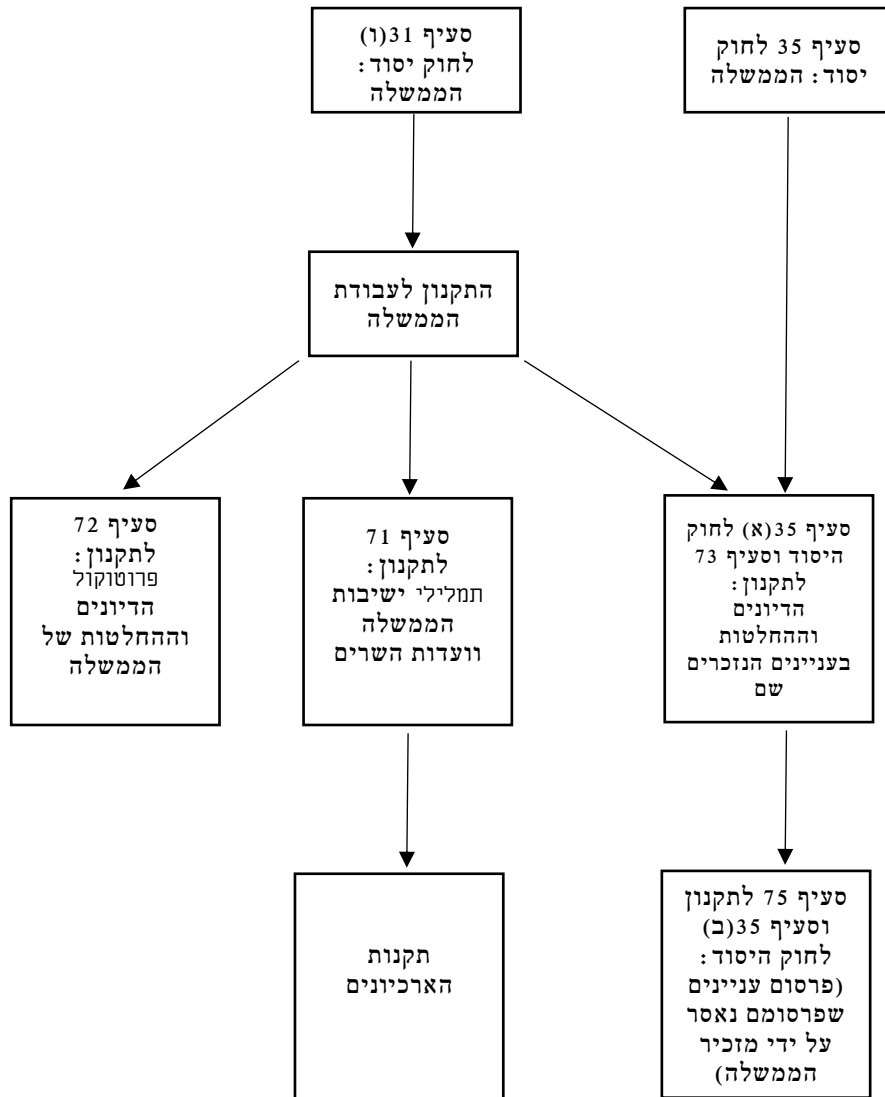
גם בקנדה דיוני הקבינט נחשבים לסודיים, וסעיף 69 לחוק חופש המידע הקנדי (Access to Information Act) מחריג מתוכו את חובת הפרסום של מסמכים מדיוני הקבינט, לרבות רישומים המתעדים את דיוניו והחלטותיו. הוראות דומות קיימות בסעיף 34 לחוק חופש המידע האוסטרלי (Freedom of Information Act 1982) הן במסמכי הקבינט, ובין יתר הדברים מחריג מחובת הפרסום מסמך הכולל תיעוד רשמי של הקבינט; במסמך ה-Cabinet Manual של ממשלת ניו-זילנד, שבסעיף 5.23 שבו קובע, בין היתר, כי הדיונים בישיבות הקבינט וועדותיה הם בלתי פורמליים וסודיים; וכן בחוקה האירית,

הקובעת בסעיף 28.4(3) את סודיות (confidentiality) הדיונים בישיבות הממשלה, שתשמר אלא אם הורה בית המשפט העליון במדינה על גילוי של עניין מסוים כמפורט שם (וראו גם הסקירה המובאת במסמך שהוכן על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת, תחום חקיקה ומחקר משפטי "סודיות דיוני הממשלה וגילוי פרוטוקולים של ישיבותיה – סקירה משווה" (4.4.2021)). זמין בקישור:

<https://main.knesset.gov.il/activity/info/research/pages/incident.asp>
[.\(x?ver=2&rid=6979&businessstype=1\)](https://main.knesset.gov.il/activity/info/research/pages/incident.asp?x?ver=2&rid=6979&businessstype=1)

העותרים טענו כי הסקירה שערכו המשיבים בנושא זה מציגה תמונה חלקית בלבד שהייתה תקפה עובר למשבר הקורונה, וכי אינה לוקחת בחשבון את השקיפות שבה פעלו מדינות רבות בזמן המשבר וההסדרים הספציפיים שנקבעו בעניין. עם זאת, כבר עמדנו על כך שההסדר הקבוע בתקנון בנוגע לחשיפת תמלילי ישיבות הממשלה הוא הסדר עקרוני החורג ממשבר הקורונה, ולהתנהלות המשיבים בקשר למשבר הקורונה עוד אדרש להלן. אציין כי לא נעלמה מעיני בקשת העותרים להרחיב בנושא זה במידה שהצו על תנאי יהפוך למוחלט ובית המשפט יידרש לדון בטענות בערעור, אך לא מצאתי להיעתר למבוקש בהינתן התוצאה אליה הגעתי.

45. לסיכום חלק זה של הדיון: הוראות סעיפים 14 ו-71 לתקנון וקביעת סודיותם של תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים עולות בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: הממשלה, והן שואבות את כוחן מהסמכת המכונן שבסעיף 31(ו) לחוק היסוד. נציג את עיקרי הדברים בתרשים שלהלן:



מכל הטעמים שהובאו לעיל, ההסדר שנקבע לעניין סודיות התמלילים מאזן בין האינטרסים הנוגדים, ואינו מגלה עילה להתערבות. מסקנות אלה מובילות לדחיית טענה מרכזית של העותרים בעתירתם שלגביה הוצא צו על תנאי כאמור לעיל.

חשיפת תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים בקשר לניהול משבר הקורונה

46. הגענו למסקנה כי סעיף 71 לתקנון קובע את סודיות תמלילי ישיבות הממשלה. אך לגישת העותרים, אין בכך כדי לייתר את בקשתם לקבל את תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים העוסקות בניהול משבר הקורונה.

במסגרת עתירתם ביקשו העותרים סעדים הנוגעים להפעלת סמכותו של מזכיר הממשלה: סיווג התמלילים של הישיבות הנוגעות לניהול משבר הקורונה בסיווג שאינו

”סודי ביותר”, בהתאם לסמכות המזכיר שבסעיף 71(ג) לתקנון; ולחלופין, הפעלת סמכות המזכיר לפי סעיף 35(ב) לחוק היסוד וסעיפים 73 ו-75 לתקנון לעבודת הממשלה והתרת פרסום התמלילים האמורים. ביחס לסעדים אלה לא הוצא צו על תנאי ומשמעות הדבר שהעתירה לגביהם נדחתה (עניין משרד הבריאות, פסקה 18). עם זאת, ולמען שלמות הדיון במישור הסמכות, מצאתי להוסיף בעניין זה מספר הערות.

47. סעיף 71 לתקנון צוטט לעיל, וסעיף 71(ד)(1) קובע את הכלל לפיו ”העיון בתמלילים כמפורט לעיל אסור, למעט לחברי הממשלה”. סעיף 71(ג) עניינו בסמכות המזכיר לשנות את טיווגו של תמליל או חלק ממנו, סמכות נקודתית שאינה מאיינת את האיסור הכללי הקבוע בסעיף 71(ד)(1) לתקנון. ודוק: כפי שנטען על ידי המשיבים, סעיף 71(ד)(1) לתקנון מסמיך את מזכיר הממשלה לתת היתר נקודתי לעובד ציבור לצורך עבודתו או למי שנשא דברים בישיבת הממשלה לעיין בתמליל. דווקא סמכות צרה ונקודתית זו, אינה מתיישבת עם הטענה שיש למזכיר הממשלה סמכות להורות על פרסום התמלילים לציבור כולו.

אציין כי לשיטת המשיבים מזכיר הממשלה מחזיק בסמכות להתיר פרסום של תמלילים בנסיבות מסוימות. גם בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה שעניינה ב”דרך שעל מזכירות הממשלה לנהוג בפניות מן הציבור לקבל העתקים של החלטות ממשלה או להתיר לעיין בפרוטוקולים של ישיבות ממשלה (סטנוגרמות) או לצלמם”, נקבע כי ככלל, אין לגלות או לפרסם תמלילים על מנת שלא לפגוע בקיום דיון ענייני ופתוח והתבטאות חופשית של המשתתפים, אך ”בידי מזכיר הממשלה קיימת הסמכות להתיר עיון או צילום סטנוגרמות בשל נסיבות מיוחדות, אם כי רצוי שהדבר יעשה במשורה”. לא ברור מה הן אותן נסיבות מיוחדות שבגינן ניתן להתיר עיון או צילום של התמלילים, ככל הנראה לאדם זה או אחר, להבדיל מפרסום תמלילים מלאים לציבור.

48. לא הוצג בפנינו תקדים לחשיפת תמלילי ישיבות הממשלה במלואן ופרסומן לציבור הרחב, ולא נטען לחשיפת תמליל כזה שלא במסגרת הדלפה ולא כחלק מחשיפת חומר ארכיוני לפי חוק הארכיונים ותקנותיו. כאמור, מכוח הוראות תקנון הממשלה, התמלילים מועברים לארכיון המדינה, ותקנות הארכיונים הן שקובעות את משך הזמן עד לחשיפתם. מובן כי מכוח תקנה 8 לתקנות הארכיונים, הממשלה רשאית להורות על קיצור התקופה במקרה כזה או אחר, אך מכאן ועד להתערבות בשיקול הדעת של הממשלה בנושא זה – המרחק רב.

המשיבים ציינו כי השימוש בסמכות לגלות מידע מתוך התמלילים שלא במסגרת חשיפתם כחומר ארכיוני נעשה לעיתים רחוקות ובצמצום, בהתייחס לציטוטים נקודתיים מתוך תמלילים, למשל לצורך חשיפת מקבץ ציטוטים מדבריו של ראש ממשלה שנפטר לרגל אזכרתו, או משלוח מקבץ ציטוטים שנאמרו לעובד ציבור שפרש במהלך הפרידה ממנו בישיבת ממשלה. זאת, להבדיל מפרסום גורף של התמלילים לציבור, אשר עומד בניגוד לאיסור הכללי הקבוע בסעיף 71 לתקנון הממשלה.

49. ומכאן לבקשת העותרים בענייננו. יש טעם בטענה כי התרת פרסום תמלילים באופן רוחבי בהתייחס לנושא מסוים כגון משבר הקורונה, חותרת תחת הכלל בדבר סודיות התמלילים. הדברים נכונים גם בעניין הבקשה לחשיפת תמלילי ישיבות שבהן עמדה הממשלה בנעלי המחוקק והתקינה תקנות לשעת חירום, ואיני מקל ראש באינטרס הציבורי שבהליכי קבלת החלטות בממשלה העוסקות בנושאים אלה (לעקרון השקיפות שבעבודת הכנסת לעומת זה שבעבודת הממשלה ראו בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177, 275-278 (2014) (דעת מיעוט של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן)).

ההחלטה שלא לפרסם את כלל תמלילי הישיבות הנוגעות למשבר הקורונה עומדת במבחן הסבירות, בהתחשב בכלל המורה על סודיותם ובהתחשב במכלול נסיבות העניין והמידע הנגיש לציבור בנושא זה. תמלילי ישיבות הממשלה אינם דרכו היחידה של הציבור ללמוד על התמודדות הממשלה עם נגיף הקורונה, וכבר עמדנו על כך שיש לבחון את ההסדרים הנוגעים לחשיפת חומר מישיבות הממשלה כמכלול. כאמור לעיל, סדרי היום של ישיבות הממשלה, פרוטוקול החלטות, הצעות החלטה, חומרי רקע וחומרים נוספים הקשורים לישיבות הממשלה – לרבות בנושא הקורונה – ככלל אינם סודיים, וחלקם מתפרסמים באתר המרשתת של משרד ראש הממשלה באופן יזום. המשיבים ערכו התאמות הנדרשות לרוח התקופה והמגפה, ונטען על ידם כי מזכירות הממשלה החלה לפרסם בנוסף הצעות החלטה דחופות הקשורות למגפת הקורונה שהתקבלו בדרך של משאל טלפוני, אם מראש אם בדיעבד, וזאת על רקע ריבוי ההחלטות שהתקבלו בדרך זו בנסיבות המיוחדות שאפיינו את התפרצות המגפה (ביחס להחלטות שמתקבלות בדרך של משאל טלפוני לא נרשם תמליל והפרוטוקול מתעד רק את עצם קבלת ההחלטה ומניין הקולות במידת הצורך). בנוסף, רוכזו באתרי ממשלה שונים מידע ונתונים בנושא הקורונה במגוון היבטים ותחומים, והדברים פורטו בהרחבה בכתב התשובה מטעם המשיבים. המידע הקיים בנושא זה, שחלק משמעותי ממנו מפורסם לציבור ואת חלקו ניתן לקבל בהגשת בקשה לפי חוק חופש המידע כפי שעשו העותרים עצמם ביחס לחומרי הרקע של ישיבות הממשלה, מאזנים באופן ראוי בנסיבות העניין בין האינטרסים השונים.

חשיפת תמלילי ישיבות הממשלה בנושא הקורונה בראי חוק חופש המידע

50. סעיף 78 לתקנון הממשלה קובע כלהלן:

פניות מהציבור
פניות בכתב מהציבור בעניין החלטות ממשלה וחומר אחר
יטופלו בהתאם לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998
ולהנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

כשלעצמי, איני סבור כי במילים "חומר אחר" התכוון מתקין התקנון לכלול גם תמלילי ישיבות הממשלה, לאור האיסור הספציפי הקבוע בסעיף 71 אשר מפנה אל תקנות הארכיונים שהוחרגו מחוק חופש המידע כפי שיפורט להלן. לכך יש להוסיף, כי סעיף 78 לתקנון נמצא בפרק י"א לתקנון, פרק שעניינו בהוראת הסודיות הכללית שבסעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה, והוא לא עוסק כלל בתמלילים, נושא המוסדר בתקנון מכוח הוראת סעיף 31(ו) לחוק היסוד. אך למקרה שטעיתי במסקנתי, ומאחר שגם המשיבים התייחסו לכך בתשובתם, אבחן להלן את ההשלכות שיש להוראה בדבר סודיות התמלילים שבסעיף 71 לתקנון על הוראות חוק חופש המידע ובקשת העותרים בענייננו.

51. כזכור, בסעיף 71(א) לתקנון נקבע כי מזכיר הממשלה אחראי להפקדת התמלילים בגנוזך המדינה וכי התמלילים הם חומר סודי וחשאי לתקופה הקבועה בתקנות הארכיונים. בתוספת הראשונה לתקנות הארכיונים נכללות "... סטנוגרמות של ישיבות ועדת השרים לענייני בטחון לאומי המכונה 'הקבינט המדיני-בטחוני או בכינויה הקודמים, ושל ישיבות הממשלה או ועדות שרים בנושאים שחל עליהם סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה" (פרט 5 לתוספת) וכן "סטנוגרמות של ישיבות הממשלה ושל ועדות השרים, על ספחיהן, שאינם מנויים בפרט 5 להלן" (פרט 4 לתוספת), כחומר ארכיוני שזכות העיון בו מוגבלת לתקופה של 50 ו-30 שנים (בהתאמה).

סעיף 14(ד) לחוק חופש המידע קובע כי "הוראות חוק זה לא יחולו על מידע שהעבירה הרשות הציבורית לגנוזך המדינה בהתאם לחוק הארכיונים, תשט"ו-1955", ומכאן שחוק חופש המידע כלל לא אמור לחול על בקשה לגלות תמלילים שהועברו לגנוזך. כפי שנאמר בדברי ההסבר לחוק חופש המידע: "הרשויות הציבוריות העבירו במשך השנים מידע רב לגנוזך המדינה. החוק המוצע לא יחול על מידע זה, שכן המידע שהועבר לגנוזך המדינה עומד לעיון הציבור, במגבלות הקבועות בחוק הארכיונים, התשט"ו-1955. אין זה ראוי ואין זה יעיל להעסיק את הרשות הציבורית בבקשות למידע

שאינו מצוי עוד בהחזקתה" (דברי ההסבר להצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז-1997, ה"ח 397, 407, והשוו לדברי ההסבר להצעת חוק חופש המידע, התשנ"ו-1996, ה"ח 608, 617).

דומה כי יש מקום ללבן ולהבהיר את היחס שבין מסלול העיון לפי חוק חופש המידע לבין המסלול הקבוע בתקנות הארכיונים בסוגיה של חשיפת תמלילי ישיבות הממשלה, בהתחשב בהגדרת התמלילים כחומר סודי ומוגבל המופקד בגנזך. מכל מקום, מכיוון שטענות הצדדים בנושא זה לא נשמעו, אבחן את בקשת העותרים בהנחה שחוק חופש המידע חל על המסמכים המבוקשים (הגם שהנחה זו עומדת בסתירה להחרגת חומר ארכיוני מחוק חופש המידע). בתוך כך אדרש אף לטענות העותרים שהועלו במסגרת הערעור המנהלי.

סעיף 9(א)(4) לחוק – "מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין"

52. חוק חופש המידע קובע מספר סייגים לחובת מסירת המידע מרשות ציבורית. ענייננו ביחס שבין הוראת הסודיות החלה על התמלילים מכוח סעיף 71 לתקנון הממשלה לבין הסייג שבסעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע הקובע כי "הרשות הציבורית לא תמסור מידע [...] אשר אין לגלותו על פי כל דין".

לשיטת המשיבים, שכאמור אינה מקובלת עלי, הוראת הסודיות החלה על התמלילים מכוח סעיף 71 לתקנון מעוגנת בסעיף 35(א)(4) לחוק היסוד. לחלופין, המשיבים היו נכונים לאמץ את הפרשנות המועדפת עלי ולפיה הוראה זו שואבת את כוחה מסעיף 31(ו) לחוק יסוד: הממשלה, המסמיך את הממשלה לקבוע את "סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה", ויש לראות בתקנון כחיקת משנה. זאת, בהיקש למעמדו של תקנון הכנסת, שהגם שהינו במעמד נמוך מזה של חקיקה (המשפט החוקתי של מדינת ישראל, עמ' 710), נאמר לגביו כי הוא במעמד של חקיקת משנה (בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת, פסקה 2 לפסק דיני והאסמכתאות שם (23.3.2020)). מכאן, שיש לראות בהוראת הסודיות שלפנינו כהוראה שנקבעה "בדין" (וראו בהקשר זה הדיון על מעמדם של כללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד-1984 כ"תקנה בת פועל תחיקתי", עניין ציטרין, עמ' 668-669, ועניין הוועדה לבחירת שופטים, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת חיות. בעניין התנועה למשילות ודמוקרטיה ציין חברי השופט פוגלמן, בהתייחס לאפשרות לראות בכלל 15 לכללי השפיטה "דין" לפיו אין לגלות מידע לפי סעיף 9(א)(4) לחוק, כי הדבר תלוי במעמדם של כללי השפיטה, שטרם הוכרע סופית בפסיקתו של בית

משפט זה, "הגם שהנטייה היתה לקבוע כי מדובר בדין" (שם, פסקה 17). זו גם הדעה שהביע השופט א' מצא בפסק הדין בעניין ציטרין).

53. העותרים טענו כי אין לפנינו הוראת סודיות מוחלטת כי אם הוראה שבשיקול דעת. לשיטתם, לא כל הוראת סודיות המגבילה מסירתו של מידע שוללת את סמכות הרשות למסור את המידע שהתבקש, וכשהוראת הסודיות כוללת חריגים שמתירים את גילוי המידע, מחובת הרשות לבחון את אפשרות מסירתו. לכן, אין מדובר באיסור פרסום או בסעיף סודיות מוחלט, ואין דין אוסר לצורך תחולת סעיף 9(א)(4) לחוק.

54. על הוראת סעיף 9(א) לחוק ומיקומה ב"תרשים הזרימה" של חוק חופש המידע עמדתי בעניין התנועה למען איכות השלטון, ואפנה את הקורא לאמור שם. כפי שהרחבתי שם, סעיף 9 לחוק חופש המידע מבחין בין מידע שרשות ציבורית לא תמסור (סעיף 9(א)), לבין מידע שהרשות הציבורית אינה חייבת למסור (סעיף 9(ב)).

סעיף 9(א) קובע סוגי מידע שהרשות מנועה מלמסור – מידע שבגילוי יש חשש לפגיעה בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה או שגילוי מהווה פגיעה בפרטיות (ס"ק (1) ו-(2) ו-(3) בהתאמה), וכן מידע "אשר אין לגלותו על פי כל דין" (ס"ק (4)).

סעיף 17(ד) לחוק חופש המידע קובע כי "על אף הוראות סעיף 9, רשאי בית המשפט להורות על מתן מידע מבוקש, כולו או חלקו ובתנאים שיקבע, אם לדעתו העניין הציבורי בגילוי המידע, עדיף וגובר על הטעם לדחיית הבקשה, ובלבד שגילוי המידע אינו אסור על פי דין".

בעניין התנועה למען איכות השלטון ציינתי כי השאלה אם סעיף 17(ד) מוחרג כשמדובר במידע עליו חלה ההוראה המנדטורית בסעיף 9(א)(4) לחוק, אינה נקייה מספקות (פסקה 12). עם זאת, ציינתי שם כי "קשה להלום, כי באמצעות חוק חופש המידע – אשר חל על רשות מקומית ועל 'רשות ציבורית' כהגדרתה הרחבה בסעיף 2 לחוק – ביקש המחוקק להכפיף, במחוי דבר חקיקה כללי, את כל הוראות הסודיות בחוקים ספציפיים ובתחומים ספציפיים למערכת של איזונים ושיקולים שמחוץ לגדרו של החוק הספציפי בו נכללה הוראת סודיות" (פסקה 13). בשורה התחתונה, ציינתי באותו עניין כי איני נדרש לקבוע כלל גורף בעניין זה, והתשובה לשאלה טמונה בהוראת הסודיות הסטוטורית גופה (שם, פסקה 15). כפי שקבעתי שם, יש לבחון את האיזון בין האינטרסים השונים העולה מהוראת הסודיות מושא הדיון, וכך אעשה אף במקרה שלפנינו.

55. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, התכלית המרכזית העומדת בבסיס הוראת הסודיות של תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים היא לאפשר דיון פנימי חופשי וענייני בישיבות הממשלה ולמנוע "אפקט מצנן". ישיבת ממשלה אינה צריכה להיות שקולה למסיבת עיתונאים (עניין פ-9 דור, פסקה יז). "יש תחומים בהם קשה שלא להבחין בהשפעתו של האפקט המצנן על ההתנהלות השוטפת" (עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 22), ועניינינו-שלנו נמנה על אותם תחומים (ראו והשוו גם לרע"פ 2783/19 קרא נ' מדינת ישראל (2.1.2020), שם נדונה ונדחתה בקשת עיתונאים להסיר צו איסור פרסום מעל חומרים מסוימים הקשורים ל"פרשת הרפז" תוך התמקדות בתמלול שיחות טלפון והקלטות מלשכת הרמטכ"ל).

אכן, הטענה לאפקט מצנן נדחתה בפסיקה פעמים רבות, לנוכח עוצמתו של האינטרס שבגילוי האמת בהליך משפטי מסוים בין שני צדדים (עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 22; לסקירת פסיקה בנושא ראו עמית – חסיונות ואינטרסים, עמ' 1120-1115; לסקירת פסיקה שבה הובעה גישה שונה ראו שם בעמ' 1121-1123). עם זאת, "עניינינו-שלנו בהוראת סודיות הקבועה בדין, הוראה שבבסיסה ובתכליתה גם חשש לאפקט מצנן, ואשר כנגדה לא עומד האינטרס העוצמתי של גילוי האמת בהליך משפטי". (עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 22). במסגרת בקשות לפי חוק חופש המידע ניתן משקל רב יותר לקיומו של אפקט מצנן (עמית – חסיונות ואינטרסים, עמ' 1123), על פי רוב במסגרת הסייג בדבר אי מסירת מידע מדיונים ומסמכים פנימיים שבסעיף 9(ב)(4) לחוק (ואזכיר גם את הוראת סעיף 9(ב)(7) לחוק, המאפשרת לרשות לא למסור מידע שהגיע לידיה "שאי-גילוי היה תנאי למסירתו, או שגילוי עלול לפגוע בהמשך קבלת המידע"). במקרה דנן, המשקל שיש ליתן לאפקט המצנן גדול יותר, באשר האיסור לפרסום התמלילים מעוגן בדין, בתקנון הממשלה.

56. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל וכעולה מהוראות התקנון, לנוכח הרגישות המיוחדת של תמלילי ישיבות הממשלה, הסודיות של התמלילים מופנית כלפי הציבור כולו, כשהעיון בהם נאסר למעט לגורמים מסוימים. כאמור, תכליתן של הוראות התקנון לגבי תמלילי ישיבות הממשלה היא לאפשר למשתתפים בישיבות שיח פתוח וענייני, נטול השפעות ולחצים, אשר נדרש לצורך תפקודה וניהולה התקין של הממשלה.

57. סמכותו של מזכיר הממשלה להתיר עיון לגורמים מסוימים אינה מוציאה את הוראת הסודיות הכללית ביחס לתמלילים מגדרי ההוראה המנדטורית שבסעיף 9(א)(4) לחוק, ובנקודה זו מקובלת עלי עמדתם של המשיבים.

העותרים הפנו לפסק הדין בעע"מ 2416/18 בריגע נ' המועצה המקומית ירוחם, (12.2.2019) (להלן: עניין בריגע), שם נקבע כי הוראת הסודיות אינה נופלת לגדרו של "מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין" כאמור בסעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע. כשלעצמי, אני סבור כי הוראת הסודיות שנדונה שם, בנוסח "לא יגלה אדם" נופלת בגדרו של סעיף 9(א)(4) (ראו פסק דיני בעניין התנועה למען איכות השלטון). ובכלל, הנוסח "לא יגלה אדם" מקובל בחקיקה בנוסח הקובע הוראת סודיות בדין (עמית – חסיונות ואינטרסים, בעמ' 405-406). מכל מקום, סעיף 71(ד)(1) לתקנון נוקט בנוסח אחר: "העיון בתמלילים כמפורט לעיל אסור למעט לחברי ממשלה", כך שניתן לאבחן את עניין בריגע מענייננו. זאת ועוד. התקנון מפנה לתקנות הארכיונים שכאמור הוחרגו מתחולתו של חוק חופש המידע.

פרשנות לפיה קיומה של סמכות לסטות מחובת הסודיות הופכת את סודיות התמלילים לכזו הנתונה לשיקול דעת הממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד ראש הממשלה, אינה פרשנות סבירה. הממונה על יישום חוק חופש המידע לא יכולה לעקוף הוראת סודיות, לפרשה בכל עניין ועניין ולהתיר את פרסום המידע שהתבקש על פי שיקול דעתה, מקום שבו מזכיר הממשלה לא התיר את הפרסומים. בהתנגשות שבין סעיף 31(ו) לחוק היסוד המסמיך את הקביעה בתקנון הממשלה, לבין חוק חופש המידע, ידו של חוק היסוד גוברת (למסקנה דומה בנוגע ליחס שבין סעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה וסעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע, ראו עת"מ (מחוזי י-ם) 12695-11-17 גישה מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' משרד ראש הממשלה פסקאות 38-39 (3.10.2018) (השופט א' דראל) (להלן: עת"מ 12695-11-17)).

יש לקבוע אפוא כי במקרה דנן, הוראת הסודיות לגבי תמלילי ישיבות הממשלה היא הוראה הקבועה בדין, חריגיה קבועים בדין, וחלה עליה הוראת סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע. לנוכח מסקנתו זו, אין להורות במסגרת ההליכים דנן על חשיפתם של התמלילים מכוח סמכותו של בית המשפט לפי סעיף 17(ד) לחוק (ראו והשוו לעניין התנועה למען איכות השלטון).

מכאן, שבאספקלריה של חוק חופש המידע, קיים איסור על פי דין לגלות את התמלילים, ואין באפשרותה של הממונה על יישום חוק חופש המידע לעשות כן.

58. האם רשאית הממונה על חוק חופש המידע, שבפניה מונחת בקשה לפרסם תמלילים שעל פי הכלל אסורים לגילוי, לפנות לגורמים המוסמכים להתיר את הגילוי (קרי למזכיר הממשלה), על מנת שייתן את דעתו בבקשה לחשיפת תמלילים קונקרטיים?

המשיבים השיבו על כך בשלילה (וראו סעיף 126 לכתב התשובה), באשר לשיטתם, רק למזכיר הממשלה הסמכות להתיר את פרסום התמלילים בהתאם להנחיה שקיבל, וכך גם עולה מהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, ולפיה היתר לעיון או צילום התמלילים יינתן במשורה ובצמצום. אציין כי הורתם של ההליכים שבפנינו, בפניית העותרים למזכיר הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה בבקשה כי אלה ימסרו את התמלילים. לאחר שהעותרים עתרו לבית משפט זה ונשמעו הערות חברי ההרכב בדיון, הוסכם כי בירור הסוגיה צריך להיעשות בגדרו של הליך לפי חוק חופש המידע (בג"ץ 2414/20 לנדאו נ' ממשלת ישראל (11.6.2020)). בעקבות מחיקת העתירה העותרים הופנו על ידי המשיבים להגיש בקשה לממונה על יישום חוק חופש המידע (וראו נספח 4 לעתירה). ייתכן כי הדברים לא התחדדו ב"סיבוב הראשון" בבית משפט זה, ולטעמי, דרך המלך היא אכן פניה למזכיר הממשלה, אשר מונחה על ידי הממשלה, ולא לממונה על יישום חוק חופש המידע (השוו לעניין העמותה למדע מוסרי, שם נדונה הוראת סודיות שהעניקה שיקול דעת לבעל תפקיד מסוים, ונאמר כי החלטת אותו גורם כמוה כהחלטה בבקשה לפי חוק חופש המידע, פסקה 19. לעמדה אחרת ראו: עת"מ 11-17-12695, פסקה 39).

ודוק: ברי שכל עוד לא הותר פרסומו של תמליל על ידי מזכיר הממשלה, הרי שמבחינת הממונה על יישום חוק חופש המידע קיים איסור על פי דין, וחל הסייג שבסעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע. זה המצב בענייננו בהתחשב בהליך שהתנהל ובעמדתם של המשיבים בעתירה, ולכן גילויים של התמלילים אסור על פי דין.

59. משהגעתי למסקנה כי המידע שהתבקש על ידי העותרים נופל בגדרי סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע, איני מוצא להרחיב בתחולת הסייג שבסעיף 9(ב)(4) לחוק, סייג שרוחו ותכליתו מורגשים היטב בהליך שבפנינו. מכל מקום, אף לשיטתם של העותרים, אילו טענתם כי קיימת סתירה בין הוראות התקנון לחוק היסוד הייתה מתקבלת, הרי שגם אז לא היה מקום להורות על פרסום התמלילים כפי שהם, והדבר היה מצריך בחינה של כל תמליל ותמליל באספקלריה של סעיף 9(ב)(4) לחוק, והעברת החלטתה של הממונה על יישום חוק חופש המידע תחת ביקורת שיפוטית של בית המשפט המחוזי. כאמור, הדברים אינם נדרשים לנוכח התוצאה אליה הגעתי ולפיה חל בענייננו סעיף 9(א)(4) לחוק.

60. נסכם את עיקרי הדברים :

(-) סעיף 35(א) לחוק יסוד: הממשלה קובע כי הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים בעניינים מסוימים הם סודיים וגילויים ופרסומם אסור. בנוסף לענייני חוץ וביטחון, הממשלה רשאית לקבוע סוג עניינים שיהיו סודיים ולהכריז עליו בצו (סעיף 35(א)(3)), או להחליט כי עניין מסוים ישמר בסוד (סעיף 35(א)(4)).

(-) גישתם של המשיבים הרואה ב"תמליל" כ"עניין" כמובנו בסעיף 35(א)(4) לחוק היסוד היא מוקשית. אין היא עולה מקריאה פשוטה של לשון חוק היסוד והתקנון, ואין היא קוהרנטית עם הוראות התקנון בכללותן ועם ההתייחסות לתמלילי ישיבות הממשלה בתוספת הראשונה לתקנות הארכיונים. פשוטו של מקרא הוא כי בחוקקו את סעיף 35(א) לחוק היסוד, התכוון המכונן לאפשר לממשלה לקבוע את סודיותם של עניינים-תוכניים שהם נושאים במהותם, כשעצם הדיון בנושאים אלה וההחלטות שהתקבלו בנושאים אלה הם סודיים.

(-) גם בחינה תכליתית של הוראות התקנון אינה תומכת בפרשנותם של המשיבים. מדברי המכונן בדיונים שקדמו לחקיקת חוק היסוד נלמד כי קביעת הסודיות מכוח סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד מכוונת לעניינים שהוחלט על סודיותם בהחלטה שהתקבלה במהלך ישיבת הממשלה, כשעצם הדיון וקבלת ההחלטה על הסודיות לא אמורים להיות ידועים לציבור הרחב. כל אלה מקשים על הקביעה כי סודיות התמלילים יכולה להישען דווקא על סעיף 35(א)(4) לחוק היסוד.

(-) עם זאת, הגעתי לכלל מסקנה כי הוראות התקנון בנוגע לסודיות התמלילים מעוגנות בהוראת סעיף 31(ו) לחוק היסוד המסמיכה את הממשלה לקבוע את סדרי ישיבותיה ועבודתה. ההתייחסות המובחנת לתמלילי ישיבות הממשלה וההגבלות על חשיפתם לעיני הציבור הרחב הם הפרקטיקה הנוהגת מאז קום המדינה, והוראות אלה נקבעו עוד בתקנון לעבודת הממשלה שקדם לחקיקת חוק יסוד: הממשלה. לצד המגמה של חשיפת מידע לציבור שהביאה עמה חקיקת חוק חופש המידע, סודיותם של התמלילים והגבלת העיון בהם נקבעו לאורך השנים בהוראות התקנון, ואין בהוראות בעניין סיווג התמלילים כדי להגיע למסקנה אחרת.

(-) הקביעה בדבר סודיות תמלילי ישיבות הממשלה נועדה לאפשר למשתתפים בהן להתבטא באופן חופשי ולהפחית השפעות חיצוניות, וזאת לשם שמירת האפקטיביות של הליך קבלת ההחלטות בממשלה ומניעת "אפקט מצנן". תכליתן של הוראות הסודיות שבתקנון משתלבות במארג החקיקתי הכולל ועולות בקנה אחד עם הרציונל שבבסיס הסייג שבסעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע שעניינו באי מסירת מידע מדיונים פנימיים.

(-) את זכות הציבור לדעת ועקרון השקיפות יש לבחון על רקע ההסדרים הנוגעים לחשיפת חומר משיבות הממשלה כמכלול, ובחינת הדברים בכללותם ממחישה כי ניתן לעקרונות אלה ביטוי ראוי בתקנון. הסודיות ביחס לדיוני הממשלה אינה גורפת כלל וכלל, וניתן מענה הולם לאינטרס הציבורי שבקבלת מידע על ישיבותיה. ההסדר בישראל בנושא זה אינו חריג ביחס למדינות אחרות בעולם, שמא אף ליברלי ו"שקוף" יותר.

(-) לא נפל פגם בהחלטת המשיבים שלא להיעתר לבקשת העותרים למסור לידם את תמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים העוסקות בניהול משבר הקורונה. לא הוצג ולו תקדים אחד לחשיפת תמלילי ישיבות הממשלה במלואם ופרסומם לציבור הרחב, ויש טעם בטענה כי התרת פרסום תמלילים באופן רוחבי בהתייחס לנושא מסוים כגון משבר הקורונה, חותרת תחת הכלל בדבר סודיות התמלילים. ההחלטה שלא לפרסם את כלל תמלילי הישיבות הנוגעות למשבר הקורונה עומדת במבחן הסבירות בהתחשב בסודיותם ובמכלול נסיבות העניין, ומנגד, לנוכח המידע הרב הנגיש לציבור בנושא זה לרבות החלטות הממשלה וחומרי רקע שהוצגו לממשלה בישיבותיה.

(-) סעיף 71 לתקנון הממשלה מורה על הפקדת תמלילי ישיבות הממשלה בגנזך המדינה כאשר העיון בהם מוגבל למשך התקופה הקבועה בתקנות הארכיונים. חוק חופש המידע מחריג מתחולתו מידע שהועבר לגנזך בהתאם לחוק הארכיונים. מכאן, שעל פני הדברים, אין מקום לדון בפרסום תמלילי ישיבות הממשלה בראי הוראות חוק חופש המידע.

מכל מקום, אפילו אם נבחן את הבקשה בראי חוק חופש המידע, אין בכך להביא למסקנה כי יש להורות על גילוי התמלילים. הוראת הסודיות של תמלילי ישיבות הממשלה הקבועה בתקנון לעבודת הממשלה מהווה הוראה שנקבעה בדין. לכן, חל הסייג שבסעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע והרשות מנועה מלמסור את התמלילים בהיותם "מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין". סמכותו הנקודתית והצרה של מזכיר הממשלה להתיר עיון בתמלילים לעובד ציבור לצורך עבודתו או למי שנשא דברים בישיבת הממשלה (סעיף 71(ד) לתקנון) אך מדגישה את סודיות התמלילים, בבחינת הסדר שלילי.

61. לנוכח המסקנה אליה הגעתי ולפיה אין למסור את המידע המבוקש, מתייחר הדיון בהיבטי רטרואקטיביות ואיני נדרש לטענות המשיבים בנושא. כמו כן, בהתחשב במתכונת הדיונית שבה נדונו הערעור והעתירה וקיום הדיון במאוחד, איני נדרש לסוגיות הקשורות בסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים לדון בכלל השאלות שהתעוררו במסגרת ההליכים שבפנינו. אציין כי לא נעלמה מעיני בקשת העותרים לקבוע מועד לדיון בערעור המנהלי ככל שלא יתקבלו טענותיהם בעתירה, אך לא מצאתי לעשות כן לנוכח הדיון שהתקיים ביום 14.6.2021 ומשניתנה לצדדים הזדמנות להשמיע את טענותיהם גם ביחס לערעור.

62. סוף דבר, שאציע לחברי להורות על ביטול הצו על תנאי שהוצא, ובהמשך לכך לקבוע כי דין העתירה והערעור – להידחות.

בהתחשב בסוגיות שהועלו בהליכים שבפנינו, ובהינתן שהעותרים הציפו לראשונה סוגיה עקרונית שטרם נדונה, לא יעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

הנשיאה 'א' חיות:

אני מסכימה לעיקר טעמיו של חברי השופט י' עמית ולמסקנתו לפיה דינם של העתירה והערעור להידחות, ואוסיף אך הערות אחדות.

1. ראשית, אני שותפה לקביעה כי סעיף 71 לתקנון עבודת הממשלה (להלן: תקנון הממשלה או התקנון) הקובע את סודיותם של תמלילי ישיבות הממשלה וישיבות ועדות השרים, אינו עומד בסתירה להוראות חוק יסוד: הממשלה (להלן: חוק היסוד). כעמדת חברי, אף אני סבורה שהוראת הסודיות המעוגנת בסעיף 71 לתקנון הממשלה נקבעה מכוח סעיף 31(ו) לחוק היסוד, אשר מסמיך את הממשלה לקבוע את "סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה". כמו כן מקובלת עליי הקביעה לפיה אין התנגשות בין הוראת הסודיות שבסעיף 71 לתקנון הממשלה ובין הוראת סעיף 35(א) לחוק היסוד, המתייחסת לנושאים מהותיים ספציפיים, שלגביהם חל איסור מוחלט על גילוי ופרסום עצם קיום הישיבה וכל חומר הנוגע לאותו דיון. כלומר, סעיף 35(א) לחוק היסוד כולל הסדר שבמובן אחד הוא רחב מסעיף 71 לתקנון הממשלה – שכן הוא מתייחס לכלל החומרים הנוגעים לישיבה ולעצם קיומה, ולא רק לתמליל הישיבה; ובמובן אחר

הוא צר ממנו, שכן הוא חל רק ביחס לנושאים מהותיים מסויימים המפורטים בחוק היסוד (סעיפים 35(א)(1)-(2)) או שנקבעו על ידי הממשלה (בהתאם לסמכותה לפי סעיפים 35(א)(3)-(4)), וזאת להבדיל מסעיף 71 לתקנון הממשלה שחל ביחס לכלל התמלילים של ישיבות הממשלה וישיבות ועדות השרים.

מקובלת עלי, אפוא, קביעת חברי השופט עמית כי בהיעדר כל התייחסות בחוק היסוד לתמלילי ישיבות הממשלה, אין להסיק מסעיף 35(א) לחוק היסוד "הסדר שלילי לגבי תמלילים (סטנוגרמות) של ישיבות ממשלה 'רגילות', שאינן נכנסות בגדר העניינים שבסעיף 35(א) לחוק היסוד" (פסקה 24 לחוות דעתו).

2. שנית, אף לגישתי לא נפל בסעיף 71 לתקנון הממשלה פגם במישור הסבירות. אכן, הוראת הסודיות שבסעיף זה מצריכה איזון בין שני שיקולים עיקריים: זכות הציבור לקבל מידע מרשויות ציבוריות מזה; והחשש מכך שחשיפת התמלילים לעיני הציבור תגרום ל"אפקט מצנן" שישפיע על אופן התנהלות ישיבות הממשלה וועדת השרים – מזה. חשוב להדגיש – המשקל נורמטיבי של כל אחד מן השיקולים הללו אינו זהה. זכות הציבור לדעת ניצבת "בדיוטה גבוהה ביותר במדרג הזכויות [...] [ו]מזינה את חירות הביטוי וניזונה ממנה" (ע"מ 3300/11 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע, פסקה 5 לחוות דעתי (5.9.2012)); בעוד שהחשש מפני יצירת "אפקט מצנן" כאמור, מגלם אינטרס ציבורי אשר הזכות לקבלת מידע תיסוג מפניו רק בהינתן ודאות קרובה לפגיעה ממשית באינטרס זה (ראו והשוו: ע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות המיסים, פסקה 53 (23.9.2008); אהרן ברק "חופש המידע ובית-המשפט" קרית המשפט ג 95, 101-102 (2003)).

במקרה דנן מקובלת עליי עמדת המשיבים לפיה קביעת ברירת מחדל הפוכה מזו שנקבעה בסעיף 71 לתקנון, כך שתמלילי ישיבות הממשלה וועדות השרים יהיו חשופים כולם לעיני הציבור, צפויה לשנות במידה ניכרת את אופן התנהלות הישיבות ועלולה להוביל במידה רבה של ודאות לפגיעה ממשית באיכות הדיונים שמקיימת הממשלה בעניינים הרי גורל ובאפשרות לקיים שיח פתוח ונקי מרעשי רקע ולחצים חיצוניים. משכך אינני סבורה כי ההכרעה בין השיקולים השונים כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף 71 לתקנון הממשלה, חורגת ממתחם הסבירות. טעם נוסף התומך במסקנה זו ניתן למצוא בהוראת סעיף 4 לחוק היסוד הקובע את עקרון האחריות המשותפת של הממשלה כלפי הכנסת. חשיפת המחלוקות בין חברי הממשלה בישיבותיה עשויה לפגוע באופן ניכר בעקרון זה. לכך יש להוסיף כי מסמכים רבים הנוגעים לישיבות הממשלה וישיבות השרים אינם סודיים (למשל, סדרי יום של הישיבות, הודעות מזכיר הממשלה בתום

הישיבות, הצעות החלטה, חומרי רקע, פרוטוקולים של הישיבות והחלטות שהתקבלו בתום הישיבות), וחלקם אף מתפרסמים באופן יזום (ראו בפסקה 41 לחוות דעתו של חברי השופט עמית). בשים לב לכל האמור, ובהינתן הביקורת השיפוטית הזוהרה שיש להפעיל ביחס לעניינים הנוגעים לסדרי עבודת הממשלה וועדותיה (בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 841 (2003)), אני סבורה כי אין מקום להתערב בהוראת סעיף 71 לתקנון הממשלה, אשר אף תואם במידה רבה את ההסדרים הקיימים במדינות אחרות בעלות מבנה משטרי הדומה שלנו (פסקה 44 לחוות דעתו של חברי השופט עמית).

3. שלישית, במישור הפרטני ובדומה לחברי השופט עמית, אף אני סבורה כי לא נפל פגם בהחלטה שלא למסור לעותרים בבג"ץ 614/21 והמערערים בעע"ם 452/21 (להלן: העותרים) את תמלילי כל ישיבות הממשלה וכל ישיבות ועדות השרים שעסקו במשבר הקורונה. דרישת העותרים לפיה מזכיר הממשלה יסיר ללא הבחנה את הסודיות החלה על כלל הדיונים שעסקו במשבר הקורונה, מכוח סמכותו לפי סעיף 71(ג) לתקנון הממשלה, שומטת במידה רבה את הקרקע תחת הכלל בדבר סודיות התמלילים. כמו כן, מקובלת עליי בהקשר זה עמדתו של השופט עמית, כי יש להבחין בין סמכות מזכיר הממשלה לשנות את סיווג התמלילים, ובין סמכותו להתיר עיון בהם (סעיף 71(ד) לתקנון הממשלה), שהינה רלוונטית ביחס לעובדי ציבור ולמי שנשאו דברים בישיבת ממשלה או בוועדת שרים בלבד.

4. העותרים העלו טענה נוספת הנוגעת לחשיפת התמלילים מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק חופש המידע). כפי שציין חברי השופט עמית, קיים ספק רב אם מסלול זה הוא המסלול הרלוונטי נוכח הוראות סעיפים 71(א)-(ב) לתקנון הממשלה הקובעות כי "מזכיר הממשלה אחראי להפקדת התמלילים בגנזך המדינה" וכי "התמלילים הינם סודי וחשאי לתקופה הקבועה בתקנות הארכיונים", וכן בהינתן הוראת סעיף 14(ד) לחוק חופש המידע הקובעת כי "הוראות חוק זה לא יחולו על מידע שהעבירה הרשות הציבורית לגנזך המדינה בהתאם לחוק הארכיונים, תשט"ו-1955". על כן, נראה כי לצד האפשרות לפנות למזכיר הממשלה לצורך הפעלת סמכותו לביטול סודיות תמלילים לפי סעיף 71(ג) לתקנון הממשלה, המסלול החלופי הרלוונטי אינו זה הקבוע בחוק חופש המידע כי אם הגשת בקשה מתאימה לחשיפת חומר מוגבל לפני תום תקופת ההגבלה לפי תקנה 9 לתקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), התש"ע-2010 (להלן: תקנות הארכיונים). בהקשר זה ראיתי להעיר כי נקודת המוצא היא אמנם שתמלילי דיוני ישיבות הממשלה וועדות השרים מסווגים בסיווג "סודי ביותר" (סעיף 71(ב) לתקנון הממשלה). אך סעיף 71(ג) לתקנון הממשלה מסמיך את מזכיר

הממשלה "לסווג תמליל או חלק ממנו בכל סיווג". על כן, ומבלי להרחיב יתר על המידה בסוגיה זו שלא נתלבנה בטיעונים שהובאו בפנינו, אציין כי ככל שמזכיר הממשלה יראה להפעיל את סמכותו זו – בין מיוזמתו ובין בעקבות בקשה שתופנה אליו ביחס לתמליל ספציפי – וככל שהמזכיר יקבע כי יש לסווג תמליל מסוים בסיווג הנמוך מ"סודי ביותר" או אף בלתי מסווג, יתכן כי יהיה בכך כדי להוות שיקול התומך בחשיפת התמליל לציבור על פי המנגנון הקבוע בתקנה 9 לתקנות הארכיונים, אף לפני תום תקופת ההגבלה (שאורכה הוא 30 שנים, בהתאם לפרט 4 לתוספת הראשונה לתקנות). זאת, בהינתן חשיבותה ומעמדה של זכות הציבור לקבל מידע מרשויות ציבוריות בשיטתנו (לעניין חשיבות חשיפת חומרים ארכיוניים שאין מניעה לגלותם, ראו גם: בג"ץ 15/19 חזקני נ' ראש שירות הביטחון הכללי, פסקה 14 (6.4.2021); בג"ץ 3345/19 קפלן נ' ארכיון המדינה, פסקה 14 (13.9.2021)).

5. מכל מקום, אף מבלי להידרש לסעיף 14(ד) לחוק חופש המידע, לא היה מקום בענייננו למסור לעותרים את התמלילים שהתבקשו על ידם, נוכח הוראת סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע הקובעת כי "הרשות הציבורית לא תמסור מידע [...] אשר אין לגלותו על פי כל דין". לגישתי, הוראת סעיף 71(ד) לתקנון הממשלה, הקובעת במפורש כי העיון בתמלילים אסור, מהווה בהקשר זה "דין" האוסר על גילוי התמלילים.

אסביר.

סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע כי "דין" הוא בין היתר "חיקוק", אשר מוגדר כ"חוק או תקנה". הגדרת "תקנה" בסעיף 3 לחוק הפרשנות היא "הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת-פעל תחיקתי". סעיף 71(ד) לתקנון הממשלה עומד לגישתי בשני התנאים הללו: הוא נקבע מכוח סעיף 31(ו) לחוק יסוד: הממשלה; וניתן לראות בו הוראה בת פועל תחיקתי, שכן מדובר בנורמה משפטית המופנית כלפי הציבור כולו, וזאת בהתחשב בכך שהוראת הסודיות משפיעה על היכולת של כל אדם לדרוש עיון בתמלילים (ראו והשוו לדבריו של השופט א' מצא באשר להוראת הסודיות שבכללי השפיטה (סדרי העבודה של הועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד-1984: בג"ץ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661, 669 (1994)).

לפיכך, כל עוד לא הותרה חשיפת התמלילים מתוקף תקנות הארכיונים, חל איסור על פי דין למסור את המידע בהתאם לסעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע.

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

6. במוקד ההליכים שלפנינו ניצבת השאלה אם קיים פגם בחוקיות הפרקטיקה הנוהגת משך עשרות שנים שלפיה תמלילי ישיבות הממשלה ("סטנוגרמות") אינם מפורסמים לעיון הציבור. אף אני, כחברי השופט י' עמית וכחברתי הנשיאה א' חיות סבור כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה וכי ניתן לראות בסעיף 31(ו) לחוק-יסוד: הממשלה עוגן להוראות תקנון עבודת הממשלה בנוגע לסודיותם של התמלילים ולהגבלות על חשיפתם ולאיסור חשיפתם (סעיף 71 לתקנון). עמדת המדינה שהובאה לפנינו, שביקשה לעגן פרקטיקה זו בסעיף 35(א)(4) לחוק-יסוד: הממשלה – שנוגע לסודיות דיונים והחלטות של הממשלה ב"ענין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד" – היא עמדה מוקשית וזאת מן הטעמים שפירט חברי בחוות דעתו (פסקאות 18-23 לחוות דעתו; ראו גם בחוות דעתה של הנשיאה בפסקה 1). משכך, אף לשיטתי קיים קושי ב"תיקון המבהיר" שנערך בתקנון עבודת הממשלה בהקשר זה (פסקה 18 לחוות דעתו של השופט עמית).

7. סעיף 71 לתקנון הממשלה קובע הוראות מדוקדקות ומפורטות ביחס לאופן הטיפול בתמלילי ישיבות הממשלה. בכלל זאת, קובע הסעיף כי התמלילים יישמרו במזכירות הממשלה ולא יועברו לגורמים אחרים, לרבות שרי הממשלה; כי מזכיר הממשלה יהא אמון על הפקדתם בגנוז המדינה; כי הם סודיים לתקופה שקבועה בתקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנוז), התש"ע-2010 (להלן: תקנות הארכיונים או התקנות); וכי העיון בהם אסור, למעט לחברי הממשלה (ולעובדי ציבור באישור מזכיר הממשלה בנסיבות מיוחדות). הסדר מפורט זה תכליתו ברורה – לאפשר לחברי הממשלה לקיים דיון מקיף וממצה, ולבטא עמדות כנות ומגוונות מבלי לחשוש כל העת כי דבריהם יחשפו לעיני כל. כלל זה נועד להגן על הליך קבלת ההחלטות בממשלה ולהבטיח בסופו של יום את איכותן של החלטות אלו (השור: ע"מ 414/18 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע בהנהלת בתי המשפט, פסקה 17 (13.12.2018); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין נדחתה, דנ"ם 680/19 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע בהנהלת בתי המשפט (17.6.2019); ע"מ 3300/11 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות (5.9.2012)). משכך, ובהינתן עיגון הסמכות לקבוע הסדר זה בחוק-יסוד: הממשלה מקובלת עליי מסקנתו גם של חברי כי אין להורות על גילויים של התמלילים בהיותם "מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין" (סעיף 9(א)(4) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק חופש המידע)); וכי אין להורות על גילויים אף מכוח סעיף 17(ד) לחוק חופש המידע (ואף לשיטתי, אין אנו נדרשים לקבוע כלל גורף שנוגע

ליחס שבין הוראת סעיף 9(א)(4) לבין סעיף 17(ד) לחוק חופש המידע; ראו פסקה 54 לחוות דעתו של חברי).

8. אגב בירורם של ההליכים שלפנינו התברר כי ייתכן שהמסלול שבו נקטו העותרים לחשיפת התמלילים, לפי חוק חופש המידע, אינו המסלול המתאים. תקנון הממשלה קובע כי מזכיר הממשלה "יהא אחראי על הפקדת התמלילים בגנוך המדינה" (סעיף 71(א)) וסעיף 14(ד) לחוק חופש המידע קובע שהוראות החוק לא חלות על מידע שהעבירה הרשות הציבורית לגנוך. שילובן של הוראות אלו מוליך לכאורה למסקנה כי לא ניתן להורות על חשיפת תמלילים מכוח הוראות חוק חופש המידע (ויוזכר כי במסגרת הליך קודם, הביעו משיבי המדינה את עמדתם כי מסלול חופש המידע הוא המתאים לבירור טענות העותרים; בג"ץ 2414/20 לנדאו נ' ממשלת ישראל (11.6.2020)). עם זאת, יוזכר כי מסלול לחשיפת תמלילי ישיבות ממשלה מצוי בחוק הארכיונים, התשט"ו-1955 (להלן: חוק הארכיונים) ובתקנות הארכיונים שהותקנו מכוחו. כעולה מתקנות הארכיונים, תמלילי ישיבות ממשלה לא יחשפו במשך 30 שנים מהפקדתם; ואולם, למפקיד החומר (שהוא על פני הדברים בענייננו מזכיר הממשלה) נתונה, בהתייעצות עם הגנז, הסמכות לחשוף "חומר מוגבל" עוד בטרם חלפה התקופה שקבועה בתוספת הראשונה לתקנות (תקנה 9).

9. אני סבור כי בכל הנוגע לצומת משולש זה – שבין הוראות תקנון הממשלה; הוראות חוק הארכיונים (ותקנות הארכיונים); והוראות חוק חופש המידע – לא הונחה לפנינו תשתית עובדתית ומשפטית מספקת (ראו גם דברי השופט עמית פסקה 51 לחוות דעתו). בראש ובראשונה, המדינה לא הבהירה האם, כהוראת תקנון הממשלה, פועל מזכיר הממשלה בצורה שיטתית להפקדת התמלילים בגנוך (בהקשר זה ראו והשוו למשל לטענות הצדדים בבג"ץ 9022/20 Taub Center for Israel Studies at New York University נ' משרד המשפטים (29.5.2022)). ככל שאכן אלה הם פני הדברים, דומה שחל בענייננו סעיף 14(ד) לחוק חופש המידע שהובא לעיל (ומשכך מסלול חופש המידע אינו המסלול הרלוונטי לחשיפת תמלילי ישיבות הממשלה). זאת ועוד, הוראת סעיף 14(ד) עשויה להימצא במתח עם האמור בסעיף 78 לתקנון הממשלה שלפיו פניות בכתב מהציבור בעניין "החלטות ממשלה וחומר אחר" (ההדגשה הוספה – ע' פ') יטופלו בהתאם לחוק חופש המידע (ראו גם את האמור בפסקה 50 לחוות דעתו של חברי). לכך יש להוסיף כי לא נפרסה לפנינו תשתית עובדתית ומשפטית מספקת בנוגע ליישומה של סמכות מזכיר הממשלה לסווג את תמלילי ישיבותיה (אילו שיקולים מנחים את המזכיר בהפעלת סמכותו לקבוע סיווג שונה מ"סודי ביותר"; ומהן ההצדקות לסיווג זה או אחר) ולזיקת סיווג זה להליך הפקדת החומר בגנוך המדינה. בהקשר זה אעיר כי התוספת

לתקנות הארכיונים שעניינה פרק הזמן שבו לא יחשפו תמלילי ישיבות ממשלה לא מבחינה (על פני הדברים) בין תמלילים על פי סיווגם (פרט 4 לתוספת הראשונה).

נוכח כל האמור לעיל, לא ראיתי לטעת מסמרות בשאלת הזיקה בין סמכות מזכיר הממשלה לקבוע את סיווגם של תמלילי ישיבות הממשלה לבין האפשרות לחשיפתם במסגרת בקשה שתוגש לפי סעיף 9 לתקנות הארכיונים (בקשת מבקש לחשוף חומר מוגבל "שטרם עברה עליו התקופה הנקובה בטור ב' לתוספת הראשונה"). משלפנינו לא ניצבת בקשה כאמור, דומני כי יש להותיר את ההכרעה במארג השיקולים המתאימים ובאיזון ביניהם לעת מצוא.

סוף דבר: מצטרף אני למסקנת חבריי כי יש להורות על ביטול הצו על תנאי ועל דחיית העתירה והערעור.

המשנה לנשיאה

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"א באלול התשפ"ב (7.9.2022).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה