

4 בספטמבר 2017

לכבוד  
ד"ר יעקב לזוביק  
גנז המדינה  
ארכיון המדינה  
ירושלים

שלום רב,

**הנדון: מדיניות החשיפה בארכיון המדינה**

אנו פונים אליך בשם **עקבות: המכון לחקר הסכסוך הישראלי-פלסטיני (ע"ר)** וביחד עם **התנועה לחופש המידע** על מנת שתנקוט בצעדים להבטחת חופש המידע והעיון בארכיון המדינה על שלוחותיו, ולביצוע כל הבדיקות הנדרשות על מנת שכל החומר הארכיוני ייחשף ויעמוד לעיון הקהל, אלא אם הוטל עליו חיסיון כדין.

בשלב ראשון ובמשנה דחיפות אנו מבקשים שצוות החשיפה של ארכיון המדינה ימשיך לפעול בהתאם לנוהג ולנוהל הקיימים ולבצע פעולות בדיקה וחשיפה מטעם המפקידים.

1. ארכיון ממלכתי נועד לרכז ולשמור על כל המידע שנוצר במוסדות השלטון ולהנגיש אותו על מנת שכל אדם יוכל לעיין בו וללמוד ממנו על עברנו כמדינה וכחברה. מהפכת השקיפות שהתחוללה בעשורים האחרונים בכל רחבי העולם הדמוקרטי נסמכת על ההכרה במעמדה של הרשות השלטונית כנאמן, המחזיקה במידע השלטוני בנאמנות עבור הציבור, והיא תנאי הכרחי לקיומן של חופש הביטוי, הזכות לדעת וערכי יסוד חוקתיים נוספים. כל אלה חלים ביתר שאת על מידע שלטוני שאצור בגנזך המדינה: בעוד שחשיפת מידע לציבור היא רק אחת מבין חובות והמשימות הרבות שמוטלות על רשויות השלטון, הרי שגנזך המדינה קיים במיוחד למטרה זו.

2. סוד גלוי הוא, שארכיון המדינה אינו מצליח למלא את ייעודו זה. כללי חיסיון, שתוקפם החוקי תלוי על בלימה, ביחד עם חסמים ביורוקרטיים מונעים גישה מהירה ויעילה לחומר הארכיוני והופכים את העיון והמחקר בגנזך לסיט מתמשך.

3. לפי נתונים עדכניים שבידינו, כ-99% מהחומר המופקד בארכיון אינו נגיש לעיון הציבור. מתוך שלושה מיליון תיקים שמופקדים בארכיון המדינה (לא כולל שלוחות) רק כ-250,000 נחשפו (ואפילו מבין אלה רבים עדיין לא עברו סריקה דיגיטלית ואינם עומדים לעיון מאז שהופסק העיון בתיקים הפיסיים).

בארכיון צה"ל ומערכת הביטחון, המהווה שלוחה של ארכיון המדינה, מופקדים כ-12 מיליון תיקים (כולל 4 מיליון תיקי פרט) שמהם נחשפו והועמדו לעיון הקהל רק כ-47,000 תיקים.

4. חשיפה של חומר ארכיוני לעיון נעשית רק לאחר שהוא נבדק במטרה לוודא שחשיפתו לא תסב פגיעה בלתי מידתית לאינטרסים כבדי משקל, ולעיתים - גם לזכויות אדם. את הבדיקה מבצע המפקיד - הרשות השלטונית שהפקידה אותו בארכיון - או מי שהוסמך לך מטעמו, וכפי שנראה מייד, היא מהווה חסם קשה וחמור במיוחד, המונע מארכיון המדינה למלא את ייעודו.

5. בארכיון המדינה (במובן הצר של המונח, לא כולל שלוחת "ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון" ושלוחות אחרות, שמהוות חלק בלתי נפרד מהארכיון - הגם שיותר להלכה ופחות למעשה) פועל צוות חשיפה קטן שמורכב מעובדי משרד ראה"מ ומשרד החוץ, שעסק מאז ומתמיד בבדיקה וחשיפה מטעמים של מרבית המפקידים. צוות החשיפה הוא קטן מאוד - קטן מכדי לבצע את המלאכה הנדרשת על מנת שהארכיון ימלא אחר ייעודו ויעמוד בדרישות הדין.

בשנים האחרונות הובלת תכנית לגיוס מתנדבי שירות לאומי שיתגברו את צוות החשיפה, דבר שצפוי היה להחיש במידת מה את קצב הבדיקה שתבוצע מטעם מרבית המפקידים. תכנית זו עברה את אישורם של היועצים המשפטיים ואף עוגנה בהחלטת ממשלה, אך למיטב ידיעתנו היא עדיין לא הוצאה לפועל.

6. בשל ממדיו הזעירים, צוות החשיפה מצליח לבדוק אך ורק חומר ארכיוני שהוגשה בקשה לעיין בו, ואינו חושף חומר ארכיוני מיוזמתו אלא במקרים נדירים. ככלל, אין חשיפה יזומה אפילו של חומר ארכיוני שעבר את "תקופת ההגבלה" - תקופה שאורכה נקבע בהתאם לסוגו של החומר הארכיוני ורגישותו, ושסופה יש לבצע חשיפה יזומה. כלומר, היקף החומר שאינו נחשף, למרות שחלפה תקופת ההגבלה הרלבנטית לגביו, שמהווה כ-90% מכל תכולת הגנזך, רק הולך וגדל ואיתו גם גדלה גם "יתרת החובה" של הארכיון. כפי שהיטבת לתאר זאת, לצורך סגירת הפער ידרשו "אלפי שנות עבודה".

7. מצב דברים זה מגביל באורח אנוש את האפשרות לנהל מחקר בארכיון. מחקר רציני מטבעו דורש עיון בכמויות אדירות של תעודות ומסמכים, שרובם נמצאים בסופו של דבר כלא רלבנטיים. החוקרת נדרשת לבור את הבר מן התבן, למצוא קצות חוט שירמזו על חומר ארכיוני נוסף שיש לבחון ולדוש בו, למצוא קצות חוט חדשים וחוזר חלילה.

8. קשה מאוד לבצע מחקר כאשר העיון בכל מסמך ותיק טעון בקשה והמתנה שעשויה לארוך ימים אחדים, אבל בדרך כלל - שבועות, חודשים ואף שנים. שהרי, בדיקה נעשית על מנת לוודא שאין בחומר הנבדק מידע, שחשיפתו תפגע באינטרסים ציבוריים או בזכויות. וכאשר קיים חשש לפגיעה כזו, רק אז מתחיל תהליך של בדיקה קפדנית, התלבטות והכרעה בדבר חיסוי או גילוי המידע. בהערת אגב נציין שמלאכה זו נעשית פעמים רבות שלא כדין, אך החשוב לענייננו דכאן, שהיא אורכת זמן רב ולעיתים אף חודשים ושנים.

9. כך, למשל, בסוף השנה שעברה ביקשו נציגי **עקבות** לעיין ב-94 תיקים של משרד החקלאות בני 30-35 שנה. צוות החשיפה של הארכיון בדק את החומר הארכיוני המבוקש במשך חודשים ארוכים וסיים את מלאכתו רק לאחרונה, דהיינו לאחר יותר מחצי שנה. החומר עדיין לא נמסר לעיון, ככל הנראה בשל ההנחייה החדשה, ואנו דורשים לעיין בו לאלתר.

10. חמור בהרבה הוא המצב ב"ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון" - שלוחת הארכיון המנוהלת על ידי מערכת הביטחון ("ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון מהווה חלק מגנזך המדינה. " חרף "העובדה שהחומר מופקד פיזי במקום אחר...". " - ר' הודעת המדינה מיום 2.4.2009 בתיק בג"ץ 4081/07 ידיעות אחרונות נ' גנזך המדינה). גם שם הולך וגדל היקף החומר שכבר עבר את תקופת ההגבלה אך עדיין

לא נחשף ואינו עומד לעיון הקהל, אלא שזמן בדיקה הממוצע שנדרש כדי לחשוף חומר לפי בקשה הוא ארוך יותר. המבקש לעיין בחומר ארכיוני, ואפילו חומר בן 50 ו-70 שנה, יאלץ להמתין שבועות וחודשים ארוכים. אבל בשונה מארכיון המדינה, בשלוחת ארכיון צה"ל אפילו לא מוטרדים ממצב דברים זה, ואין נחפזים לחשוף חומר שעבר את תקופת ההגבלה אפילו אם הוגשה בקשה לעיין בו.

בשנה האחרונה הגיש מכון עקבות בקשות לעיין בחומר ארכיוני שעבר זה מכבר את תקופת ההגבלה (1,875 תיקי ממשל צבאי נגב מהשנים 1948-1968 ו-172 תיקי ממשל צבאי יפו מהשנים 1948-1949), ובחומר נוסף שמצוי בתוך תקופת ההגבלה (תיקים מלשכת הרמטכ"ל, הצנזורה הצבאית, המנהל האזרחי ואחרים). סמוך להגשת הבקשות הודיעה מנהלת ארכיון צה"ל שמדובר בחומר רב, שאין ביכולתה ואין בכוננתה אפילו להתחיל ולבדוק (מכתב גב' אילנה אלון 0005-030417 מיום 21.11.2016); בהמשך היא הודיעה, שתוכל "לנסות לתת לכך מענה בפריסה רב שנתית, כלומר חשיפת בין 150-200 תיקים במינון של כ-30 - 40 תיקים לשנה", כאשר בכל אותן שנים לא ייחשף שום חומר ארכיוני אחר שהתבקש על ידי המכון (מכתב גב' אילנה אלון 000212-030417 מיום 3.4.2017).

11. ארכיון צה"ל הוא רק דוגמא בולטת לאופן שבו מפקידים ממלאים את חובתם לבדוק חומר ארכיוני ולחשוף אותו לעיון הקהל. דוגמא אחרת היא משטרת ישראל - בתחילת שנת 2014 הגיש עיתונאי בקשה לחשוף חומר ארכיוני הקשור בחקירות שנוהלו בראשית שנות החמישים של המאה הקודמת נגד חשודים בשיתוף פעולה עם הנאצים. לאחר דין והדברים סוכם במחצית 2014, שהמשטרה תבצע בדיקה ותחליט אם אפשר לחשוף לציבור את התיקים, תוך הסתרת פרטים מסוימים, כדי שלא לפגוע בצנעת הפרט של מי שנחשדו בסיוע לנאצים. מדו"ח מבקר המדינה שהתייחס לעניין זה עולה שעד לאמצע שנת 2015 נחשפו 400 מתוך 4,300 מסמכים (מבקר המדינה, דר"ח שנתי 166, 291 (מאי 2016)).

## הדין

12. ארכיון פתוח של תיעוד הממשל הוא מסממניו המובהקים של משטר דמוקרטי, וזו גם תכלית החקיקה של חוק הארכיונים, התשט"ו-1955. החוק נחשב פורץ דרך בעידן שבו מקובל היה לחשוב, שמידע שמוחזק בידי רשויות המדינה הוא נחלתן הבלעדית ואין לאזרח זכות קנויה לגשת אליו ולעיין בו. כפי שתיארה זאת מחלקת החקיקה במשרד המשפטים: "רובו ככולו של החומר הארכיוני שבמוסד ממוסדות המדינה... מוגבל כל עוד לא הופקד בגנזך. משהופקד בגנזך הוא יהפוך לחומר הניתן לעיון לכל אדם. זהו השינוי שחוק הארכיונים חולל בגישה אליו" (מכתב מחלקת החקיקה במשרד המשפטים אל היועץ המשפטי לממשלה 2.10.1957; ראו: ציונה רז, "הפתיחה לעיון הקהל של חומר ארכיוני" ארכיון 1 (תשמ"ז)(להלן: "ציונה רז") 41, 45 ה"ש 17).

13. בהתאם לזאת קבע החוק כנקודת מוצא את **זכותו של כל אדם לעיין בחומר ארכיוני**. לצד זאת נקבעו שני יוצאים מן הכלל - שני אפיקים להטלת מגבלות על זכות העיון.

13.1. אפיק אחד נקבע בסעיף 10(ג) לחוק, שבו הוסמך הגנז להטיל מגבלות על העיון בחומר ארכיוני מטעמים של הגנה על ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, צנעת הפרט או טעמים מהותיים אחרים. החלטתו זו של הגנז טעונה אישור וועדת שרים מיוחדת.

- 13.2. לצד זאת קבע המחוקק, כי ניתן יהיה להטיל בתקנות הגבלות נוספות על זכות העיון. בהתאם לזאת תוקנו לפני כחמישים שנה תקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), התשכ"ו-1966 (להלן: "התקנות הקודמות"), שקבעו תקופות הגבלה על העיון בסוגים שונים של חומר ארכיוני: מידע בענייני ביטחון ויחסי חוץ, תיקי פרט, פרוטוקולים של ישיבות ממשלה ועוד.
- התקנות קבעו עוד, כי "המפקיד" - כל מוסד ממוסדות המדינה שהפקידו חומר בארכיון - יהא רשאי להתיר לנציג מטעמו או לחוקר מורשה שיאושר על ידו לעיין בחומר ארכיוני גם בעיצומה של תקופת ההגבלה.
14. בשלהי שנות ה-80 נערכו במשרד הביטחון למלא אתר הוראת השר לקצר את תקופת ההגבלה על חומר ארכיוני בענייני ביטחון, כחלק מההיערכות זו נקבעה דרישה של "בדיקה" שלפיה חומר ארכיוני - בין שעבר את תקופת ההגבלה ובין אם לאו - חייב בבדיקה לפני חשיפתו (ק"ת תשנ"ד מס' 5619 מיום 23.8.1994 עמ' 1280; מיכל צור "חשיפת חומר בארכיון צה"ל ומערכת הביטחון" הארץ - גיליון מיוחד: עוצמת המידע מרץ 2008). בסופו של דבר הצליחו גורמים שונים לסכל את הוראתו של שר הביטחון ותקופת ההגבלה לא קוצרה, אך אנו נשארנו עם דרישת ה"בדיקה" שעומדת במוקד מכתבנו זה.
15. בשנת 2009 נוצר צורך לתקן את תקנות העיון בעיקר בשל הרצון להאריך את תקופת ההגבלה של חומר ארכיוני מסוגים מסוימים (בעקבות בג"ץ 4081/07 ידיעות אחרונות נ' ראש הממשלה). בשים לב לבסיס החוקי הרעוע של התקנות הקודמות ולהערות בית המשפט העליון בעניין (ר' בג"ץ 2467/05 גרשום גורנברג נ' הממונה על ארכיון צה"ל (13.1.2010), בעיקר פס' 8,9 ו-14), נעשה מאמץ לחסן את התקנות החדשות מבטלות ולהתאימן ל"סביבה המשפטית החדשה" שנוצרה במהלך השנים (בג"ץ 4157/98 צוות גמלאי שירות הקבע נ' שר האוצר, פ"ד תנח(2)769, 797 (4.2.2004)).
16. "תקנות העיון" שהחליפו את התקנות הקודמות (תקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), תש"ע-2010) הותירו על כנו את תקופת ההגבלה אך נתנו לה משמעות שונה לחלוטין, והכפיפו אותה למעשה לחובת בדיקה וחשיפה לפי בקשה: כל אדם יכול להגיש בקשה לעיין בחומר ארכיוני המצוי בתקופת ההגבלה. או אז על המפקיד לדון בבקשתו בתוך פרק זמן קצוב, ולהיענות לה אלא אם מתקיים לגבי המידע המבוקש אחד מתוך רשימה סגורה של **חריגים (או סייגים) "מהותיים"** דוגמת מניעת פגיעה בביטחון המדינה, הגנת הפרטיות וכיו"ב. חריגים אלה הועתקו מתוך רשימה רחבה יותר של חריגים המנויים בסעיף 9 לחוק חופש המידע.
- בתום תקופת ההגבלה יש לבדוק את החומר באופן יזום ולחשוף אותו לעיון אלא אם מתקיים לגביו חריג, שאז יש לפנות אל הגנז ולבקש ממנו שיפעיל את סמכותו לפי סעיף 10(ג) ויטיל הגבלות על העיון בחומר, בכפוף לאישור וועדת שרים מיוחדת (ר' תקנה 8(ד)).
17. חרף המאמץ שעשה מחוקק המשנה, כאמור, חוקיות ההגבלות שמטילות תקנות העיון מוטלת בספק רב. חלק ניכר מהטענות שהעלינו בשעתנו נגד חוקיות התקנות הקודמות - בעיקר בכל הנוגע ליחס בין לבין חוק המסמך - יפות גם היום לגבי תקנות העיון שהחליפו אותן, ולהשלמת התמונה אנו מפנים למכתבנו אל גנז המדינה מיום 29.11.09 בעניין טיוטת התקנות החדשות.
18. בקליפת אגוז, מעמדן החוקתי של השקיפות השלטונית והזכות לחופש מידע, ו"הסביבה המשפטית החדשה", שיצרו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ו**חוק חופש המידע**, משליכים גם על חוקים שקדמו להם ועל אופן פירושם. עקרון השקיפות, שהיה חדשני בעת חקיקתו של חוק הארכיונים, הפך זה מכבר לאחת מאבני היסוד בשיטתנו: "נקודת המוצא הכללית והעקרונית

הינה שחסינות, בכל תחום שהוא, אינם הכלל אלא החריג לכלל." (עננו 398/07 [התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים](#), פ"ד סג (1) 284, 310).

19. נקודת מוצא זו מחייבת אותנו בפירוש מצמצם להוראות סטטוטוריות הפוגעות בחופש המידע, ובכלל זה הוראת סעיף 10 לחוק, שמכוחה הותקנו תקנות העיון, ולא כל שכן - תקנות העיון עצמן.

20. טעם נוסף לנקוט בפרשנות מצמצמת בענייננו הוא, שהתקנות קובעות הסדרים ראשוניים - הגבלות מרחיקות לכת על זכויות וערכי יסוד - שמקומם בחקיקה ראשית ולא בתקנות. כפי שנקבע בפסיקה, בהיעדר הוראה מפורשת לסתור יש לנקוט בפרשנות מצמצמת של ההסמכה שקיבל מתקין התקנות בחוק הארכיונים.

21. בענייננו, בסעיף 10(ג) לחוק קבע המחוקק את הסמכות ואת הפרוצדורה שבהן ניתן לסייג את זכות העיון בשל חריגים מהותיים (חריג של פגיעה בביטחון המדינה, פרטיות וגוי). ממילא ברור שלא התכוון שמתקין התקנות יוכל להגביל את העיון מאותם טעמים, ולבטח שלא כיוון לכך שמחוקק המשנה ייטול את הסמכות שהוקנתה בחוק לגנו ולוועדת שרים ועביר (או יכפיף) אותה למפקיד. "אין די בהסמכה מפורשת בחקיקת משנה, שאינה מעוגנת בהסמכה כזו בהוראותיה של חקיקה ראשית" (דפנה ברק ארז, משפט מנהלי, (כרך א') 120 (2010); בג"ץ 5304/92 [פר"ח 1992 ע"ר נ' שר המשפטים](#), פ"ד מז (4) 715 (1993)).

22. כידוע, המפקידים - רשויות השלטון - אינם "בעלים" של החומר הארכיוני, אלא רק מחזיקים בו בנאמנות עבור הציבור. ומשעה שהם מעבירים את החומר לידי הנאמנות של גנו המדינה - ההעברה היא "לצמיתות" (סעיף 5 לחוק). אין בחוק דבר וחצי דבר שמעיד על כוונת המחוקק להסמיך את המפקיד להחליט בגורל החומר, וזאת אפילו במקרה שהגנו מחליט להשמיד אותו (סעיף 13 לחוק). הארכיון אינו מגנזה והגנו אינו משרתם של כל המפקידים ואינו אמור לכתת את רגליו ולחזר על פתחיהם.

23. **כוונת החקיקה הברורה, כפי שהיא עולה מחוק הארכיונים, היא לייחד את הסמכות והאחריות המרכזיות לגנוך בידי של גנו המדינה ולא בידיהם של המפקידים**, שמטבע הדברים פועלים יותר בהתאם ל"אינטרסים" ולתרבות הארגונית של הגוף המפקיד, ופחות בהתאם לעקרון חופש המידע והמחקר. שליחותם של אנשי הארכיון היא לקדם את המחקר והידע על דרך של הנגשת חומר ארכיוני לעיון הציבור. "המפקיד", לעומת זאת, הוא המנגנון הביורוקראטי, שאינו מחבב את השקיפות.

24. גם בהיבט הענייני - למפקידים אין כלים ייחודיים ואין ערך מוסף בתהליך הבדיקה והחשיפה של חומר ארכיוני. כאמור, החלטה שלא לאפשר עיון בחומר ארכיוני יכולה להסתמך על מספר מצומצם של סייגים - חריגים "מהותיים" שנבחרו מתוך רשימת חריגים גדולה יותר בסעיף 9 לחוק חופש המידע. החריגים שלא הועתקו מחוק חופש המידע הם "ביורוקרטיים" באופיים דוגמת "מידע אשר גילוי עלול לשבש את התפקוד התקין של הרשות" או "מידע הנוגע לניהול פנימי" - חריגים שרלבנטיים לפעילות המנהל בהווה. חריגים אלה מטבעם צריכים להיבדק על ידי ידי הרשות שייצרה או קיבלה את המידע במהלך השוטף של עבודתה.

25. לעומת זאת, בעילות החיסוי שנקבעו בתקנות העיון אין למפקיד יתרון או מומחיות שיאפשרו לו להגן על אינטרסים דוגמת ביטחון המדינה או הגנת הפרטיות ולאזן בינם לבין חופש הביטוי וחופש המידע. הזכות לפרטיות, גבולותיה והאיזון בינה לבין אינטרסים אחרים חייבים להיות

אחידים בקרב כל מוסדות המדינה. בדומה לזה, הקביעה שחשיפת חומר ארכיוני תפגע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה אינה יכולה להיעשות על ידי כל מפקיד כראות עיניו, אלא על ידי מומחים לדבר דוגמת יוצאי מערכות הביטחון שעובדים כיום בצוות החשיפה של הארכיון.

26. לאור האמור לעיל, לא ברור הכיצד ההין מחוקק המשנה לנצל את סמכות הביצוע שהוענקה לו כדי להפוך את ברירת המחדל של החוק על פיה: לקחת את נקודת המוצא של החוק, שלפיה "כל אדם רשאי לעיין בחומר הארכיוני המופקד בגנזך" (סעיף 10א) לחוק, ולקבוע בחקיקת משנה שכל החומר הארכיוני מוגבל לעיון הקהל אלא אם המפקיד אישר לחשוף אותו (תקנה 8א). על מקרים כגון דא נאמר כבר: "אי-החוקיות עולה במידה רבה מלשונו של החוק המסמך, ולא נזקקו לכלים פרשניים יצירתיים כדי להגיע למסקנה זו" (ע"א 4335/01 [עיריית צפת נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ](#), פ"ד נח(2)17 (24.12.2003)).

27. על רקע זה, ובשים לב למאמץ הפרשני שיש לעשות על מנת שלא להכריז על בטלותה של חקיקת משנה (יצחק זמיר הסמכות המנהלית (כרך א') 283 (2011)), ניתן לראות בהוראה בדבר בדיקת חומר ארכיוני קודם לחשיפתו, סמכות עזר שמוטלת על המפקיד על מנת לסייע לגנוז למלא את סמכותו ואת חובתו להעמיד את החומר המופקד בגנזך לעיון הקהל (סעיף 10א) לחוק, ולצידה את הסמכות "לציין חומר ארכיוני כסודי" או "כחשאי", "מטעמים של פגיעה בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה... צנעת הפרט" או "מטעמים אחרים" (סעיף 10ג). בכל מקרה - הסמכות נותרת בידי הגנוז.

28. בכל מקרה, גם אם נניח שמתקין התקנות לא חרג מסמכותו, ברי כי גם לשיטתו מחובתו של "המפקיד או מי שהוא הסמך לכך" לבצע בדיקה של חומר ארכיוני תוך פרקי זמן מוגדרים "כדי לאפשר את עיון הקהל בו" (הגדרת "בדיקה" בסעיף 1 לתקנות העיון).

28.1. באשר לחומר המצוי בתקופת ההגבלה - ככלל עליו למלא חובתו זו בתוך 45 ימים, ובמקרים יוצאים מן הכלל ניתן להאריך את המועד ב-90 ימים לכל היותר (תקנה 9ב).

28.2. לעומת זאת, חומר ארכיוני שעבר את תקופת ההגבלה צריך לעמוד לעיון הקהל לאלתר ולפיכך על המפקיד ליזום את בדיקתו בסמוך ולפני פקיעת תקופת ההגבלה. תקנה 8א) קובעת כי "חשיפת חומר מוגבל... בתום התקופה... או בתום תקופה קצרה יותר...", ובשום פנים ואופן לא לאחר מכן.

ככל שקיים ספק בעניין זה (ולמרבה התמיהה כבר נתקלנו במי שמטילה ספק כזה) החובה לדאוג שחומר שעבר את תקופת ההגבלה יהיה חשוף עולה גם מהוראות המעבר שנקבעו בתקנות (בתקנה 13). תקנות העיון קצרו את תקופת ההגבלה לגבי מרבית החומר שבעת התקנתן (2010) היה מופקד בגנזך. כיוון שברור היה שהארכיון לא יצליח לחשוף בבת אחת את כל החומר שתקופת ההגבלה שלו קוצרה, נקבעו הוראות מעבר, שלפיהן קוצרה תקופת ההגבלה בהדרגה (ראה דברי ההסבר לתקנה 10, טיוטת התקנות מיום 10.9.2009 סימוכין: 62379-18).

29. לאור הסקירה הקצרה שהבאנו בפרק הקודם ברור שאפילו הוראות אלו של התקנות מופרות באופן מתמשך. חומר ארכיוני אינו נחשף לעיון באופן יזום, ומרגע שמאן דהוא מבקש לעיין בו - פעמים רבות יהיה עליו להמתין פרקי זמן ארוכים, ארוכים בהרבה מפרקי הזמן שנקצבו לבדיקה וחשיפה של חומר ארכיוני שחלה עליו תקופת הגבלה.

30. ארכיון המדינה על שלוחותיו ("ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון" בפרט) אינו ממלא את ייעודו ואינו מעמיד חומר ארכיוני לעיון הקהל בניגוד לדין ובאופן שפוגע בזכויות יסוד וערכי יסוד חוקתיים. פגיעה מתמשכת זו חייבת לקבל מענה מכל הנוגעים בדבר, ובכלל זה היועצות והיועצים המשפטיים, שיכולים להעמיד את מקבלי החלטות על חומרת המצב וליזום הסדרים חדשים וצעדים ממשיים לתיקונו.

### הפסקת פעילותו של צוות החשיפה

31. על רקע מצב העניינים הרעוע של חופש המידע וחופש העיון בארכיון "נחתה" לאחרונה ההודעה על הפסקת פעולות הבדיקה והחשיפה המבוצעות בידי צוות החשיפה של הארכיון להוציא במקרה של חומר ארכיוני שהופקד על ידי משרד ראש הממשלה ומשרד החוץ.

32. המשמעות המיידית של ההנחיה החדשה היא עצירה מוחלטת של בדיקה של חומרי ארכיון, למעט חומרים שהופקדו על ידי מוסדות שלטון שהסמיכו במפורש את צוות החשיפה של הארכיון. לגבי המפקידים האחרים, ניסיון החיים מלמד שגם אם תפנה אליהם כדי שימנו בודקים מטעמם, ואפילו גם אם היועץ המשפטי לממשלה יורה להם לנהוג כך - יחלוף עוד זמן רב עד שהם יתחילו לבדוק ולחשוף חומרי ארכיון כנדרש. כל זאת, מעבר לכשלים והליקויים שצפויים בעבודתם של הבודקים החדשים.

33. על פי פרסומים, עמדת הייעוץ המשפטי היא ש"ארכיון המדינה פעל במשך שנים רבות בניגוד לחוק, שקובע כי חשיפת המסמכים השמורים בו תיעשה על ידי הגורם שהפקיד אותם ... ולא על ידי ארכיון המדינה עצמו." (עופר אדרת "היועמ"ש: גישת הציבור לארכיון המדינה תותנה באישור ממשלתי" הארץ 1.8.2017). עמדה זו נסמכת, כך נראה, על פרשנות הוראת התקנות, שלפיה בדיקה תעשה "בידי המפקיד או מי שהוא הסמיך לכך" (הגדרת "בדיקה", [סעי' 1 לתקנות העיון](#)).

34. גרסה מרוככת מעט יותר של ההנחיה החדשה מאפשרת לצוות החשיפה לחדש את מלאכת הבדיקה של חומרי ארכיון של כל מפקיד שייתן הסמכה מפורשת לכך. גנו המדינה נשלח לחזר על פתחיהם של עשרות מפקידים ולמיטב ידיעתנו בשלב זה עלה בידי לקושש הסמכה מחודשת מארבעה מפקידים בלבד (משרדי הדתות, האוצר, והבריאות ובית הנשיא).

35. בכל הכבוד, פרשנות זו אינה היחידה האפשרית וראוי היה להעדיף על פניה פרשנות סבירה יותר: תקנות העיון מעגנות את הנוהל והפרקטיקה שהיו נהוגות בעת התקנתן, דהיינו, מסמיכות את **צוות החשיפה של הארכיון לבדוק חומר ארכיוני מטעמם של כל המפקידים**, ולחלופין ולמצער - של כל המפקידים **למעט מפקיד שהביע התנגדות מפורשת לכך, דהיינו חזר בו מההסמכה שנתן בעבר לצוות החשיפה במפורש או במשתמע, ובמקביל העמיד צוות חשיפה משלו.**

36. מסקנה פרשנית זו מתחייבת, בראש וראשונה, מתכלית החוק ונקודת המוצא שלו, ומעקרונות היסוד החוקתיים שעליהם עמדנו לעיל. פרשנות אחרת, כזו שהופכת את היוצרות ומאפשרת למפקיד למנוע במחדל (אי ביצוע בדיקה מקצועית וזריזה) חשיפה של חומר ארכיוני, מטילה מום בחוקיות התקנות ומועידה אותן לבטלות.

37. מסקנה זו נכונה שבעתיים בכל הנוגע לחומר ארכיוני שעבר את תקופת ההגבלה. שהרי הקביעה, שלפיה צוות החשיפה של הארכיון פועל בניגוד לחוק, נסמכת, כאמור, על חקיקת משנה שהתימרה להפקיע מידי הגנו את הסמכות לחסות חומר ארכיוני, סמכות שהוענקה לו בחוק

במפורש, ולהעבירה לידיהם של עשרות מפקידים. אבל גם אם נענה למשובות ליבו של מחוקק המשנה, עדיין, אפילו לשיטתו, הגנז הוא שיכריע אם יש מקום להטיל חיסיון על חומר ארכיוני שעבר את תקופת ההגבלה (ר' תקנה 8(ד) ופסקה 16 לעיל).

38. כאמור לעיל, הנוהל שלפיו צוות החשיפה של הארכיון מבצע בדיקה מטעם הרוב המכריע של המפקידים, קיים מאז שנקבעה סמכות הבדיקה - לפני למעלה מעשרים שנה. נוהל זה עמד לנגד עיניו של מחוקק המנה בעת התקנות העיון בשנת 2010, ומחוקק המשנה אימץ אותו ועיגן אותו בתקנות. לו סבר מתקין התקנות, שחשיפה בידי צוות הארכיון אינה תואמת את התקנה שהוא מתקין, הוא היה מתייחס לפער זה - הפער שבין הפרקטיקה והנוהל הקיימים לבין ההוראות שהוא מתקין.

שהרי, כמו היום, גם בעת התקנת תקנות העיון היה ברור שהמפקידים אינם ערוכים לבצע בדיקה וחשיפה בעצמם, וכי הפסקת פעילותו של צוות החשיפה תביא לשיתוק, ולכל הפחות לפגיעה אנושה, בסדרי העיון בגנזך. לו היה מחוקק המשנה רוצה לבטל את הנוהל הקיים (חשיפה בידי צוות הארכיון) חזקה עליו שהיה עושה זאת במפורש, לא לפני שהיה קובע הסדרים שימנעו את הפגיעה הצפויה, ובין היתר, קובע הוראות מעבר, כפי שעשה למשל בנוגע לקיצור תקופות ההגבלה (בתקנה 13 - ר' פסקה 28.2 לעיל).

39. לא רק שמחוקק המשנה לא ביקש לבטל את הנוהל האמור, אלא שהוא אימץ אותו ועיגן אותו בתקנות העיון - שינה את הניסוח שהיה קיים בתקנות הקודמות, והוסיף להוראה הקובעת שהבדיקה תבוצע על בידי המפקיד את המילים **"או מי שהוא הסמיך לכך"** (השווה להגדרת "חשיפה" בתקנות הקודמות: "שחרור מהגבלה של חומר מוגבל לאחר עיון ובדיקה של המפקיד ... כדי לאפשר עיון בו ..." (תיקון תשנ"ד-1994, ק"ת 5619, 1280)).

40. בהתאם לחזקה הפרשנית בדבר החוקיות המנהלית "מפעיל סמכות מנהלית" - בעניינינו צוות החשיפה - "הוסמך כדין להפעילה". כמובן שחזקה זו ניתנת לסתירה, אך הנסיבות החד משמעויות בעניינינו דווקא מחזקות אותה: צוות החשיפה הפעיל את סמכות הבדיקה במשך שנים בידיעה ברורה של המפקידים "ולכן אפשר להסיק שהוא מפעיל אותה על פי" החלטתם (ר' יצחק זמיר הסמכות המנהלית (כרך ב') (2011)), (833).

41. הנוהל שלפיו צוות הארכיון מבצע את הבדיקה מטעמם של המפקידים השונים נבחן ואושר לא רק בעת גיבוש תקנות העיון אלא גם במקרים אחרים, ובין היתר, בעת ההכנה של החלטות שהועברו בממשלה לתגבור צוות החשיפה של הארכיון במתנדבי השירות הלאומי. אכן, הפרשנות שנותנים המנהל ויועציו המשפטיים להוראות הדין איננה סוף פסוק. בתי המשפט הם שקובעים את הדין. ועדיין, האופן שבו פירש המנהל הציבורי את הדין ויישם, מהווה שיקול פרשני רלבנטי (ר' אהרן ברק פרשנות במשפט (כרך שני 1993), (791)).

42. לבסוף וכאמור לעיל (בפס' 26), גם מבחינה מהותית אין למפקידים ערך מוסף בתהליך הבדיקה והחשיפה של חומר ארכיוני. והרי אין להניח שמתקין התקנות התכוון, למשל, שמשרד התיירות, משרד החקלאות ומשרד הביטחון, יחליטו - כל אחד בנפרד - אם חשיפתו של סיכום דיון, שהתקיים לפני שנים בין נציגי אותם משרדים, תפגע בביטחון המדינה. האם ניתן בכלל להעלות על הדעת שנציגי המשרדים השונים יטיבו לבצע מלאכה זו לעומת צוות חשיפה מקצועי שרכש במשך שנים ארוכות את המיומנות הנדרשת למטרה זו?

43. לא נעלמו מעינינו הידיעות והטענות על תקלות נקודתיות, שאירעו לכאורה בחשיפת חומר ארכיוני שהיה צריך להישאר חסוי. ברם הניסיון לקשור בין תקלות אלו לבין העובדה שהבדיקה



מבוצעת על ידי צוות חשיפה של הארכיון, נחזית על פניה כמופרכת מאותם טעמים שהעלנו לעיל בהקשר זה.

44. לסיכום, פרשנות חוקתית, תכליתית וסבירה של תקנות העיון מחייבת את המסקנה שהן אימצו ועיגנו את הנוהל שהיה קיים מאז ומתמיד, ואשר לפיו **צוות החשיפה של הארכיון הוסמך לבצע בדיקה מטעם המפקידים**. לחלופין ולמצער, מסקנה זו נכונה לגבי מפקידים שלא חזרו בהם במפורש מההסמכה שניתנה בשעתו לצוות החשיפה, ולא הודיעו לגנו במפורש כי הם עומדים על כך שהבדיקה תבוצע על ידם בלבד, ואף זאת אך ורק לגבי חומר ארכיוני שמצוי בתקופת ההגבלה.

45. מעבר לכך, אפילו אם מנוי וגמור עמכם, כי "ארכיון המדינה פעל במשך שנים רבות בניגוד לחוק" (ר פס' 33 לעיל) עדיין אין בכך כדי להצדיק את הביטול המידי של הנוהל הקיים ואת ההפסקה הפתאומית והנמהרת של עבודת צוות החשיפה.

46. אכן, רשות מוסמכת, ולעיתים אף חייבת, לבחון מחדש אם מדיניותה והתנהלותה עולות בקנה אחד עם הוראות הדין, וממילא גם רשאית לשנות את עמדותיה בעניין זה, שאז "השינוי בגישה ייבחן על פי אמות המידה הרגילות בהן נבחן מעשה מנהל, כגון מבחן הסבירות וההגיונות (ברק (ר' פס' 41 לעיל) ע' 792). אבל נפסדות הנוהל הקיים אינה גוזרת בהכרח את בטלותו המיידית. מן הראוי להשעות את הכרזת הבטלות, ולאפשר את המשך פעילותו של צוות החשיפה עד שיימצא לו תחליף משביע רצון. כל זאת בשים לב למכלול הנסיבות ובין היתר: היותה של הפרשנות החדשה שאימצתם שנויה במחלוקת; הבסיס החוקי המפוקפק שעליו נשענות תקנות העיון מלכתחילה; המינוריות היחסית של הפגם שדבק, לדעתכם, בפעולת צוות החשיפה; השיתוק הוודאי של מרבית פעולות החשיפה, ועקב כך - החמרת הפגיעה שקיימת ממילא בזכויות יסוד חוקתיות; ולבסוף, בשים לב לכך שעדיין מדובר באי חוקיות לכאורה ולא בקביעה סופית בפסק דין כי מדובר במעשה לא חוקי (יגאל מרזל, "השעית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט' 39, 85 (2006)).

47. לא למותר לציין בהקשר זה, כי כבר בדו"ח מבקר המדינה הועלתה העמדה, שלפיה התקנות אינן מתירות לצוות החשיפה של הארכיון לבדוק חומרי ארכיון של המשטרה, שהתנגדה לכך במפגיע (בשונה מעמדת מרבית המפקידים). בתגובה הודיעה משרד ראה"מ, כי הוא שוקד על "שינוי תקנות העיון, על-מנת למנוע את אי הבהירות בעתיד." (הערות ראש הממשלה לדוח מבקר המדינה 166, עמוד 106 (מאי 2016); והשוו: פסקה ה' למכתבו של המשנה ליועמ"ש למועצת הארכיונים מיום 10.8.2017: "הלשכה המשפטית של משרד ראש הממשלה פועלת בימים אלו לקיום תיקון התקנות").

## סוף דבר

48. כפי שהתבטאת אתה, "ארכיון המדינה וארכיון צה"ל אינם פתוחים לציבור במובן הפשוט של המלה". הם חוטאים ליעודם ומפריים את הוראות הדין החלות עליהם, והמעט שניתן לצפות הוא, שהמדינה תפעל לתיקון המעוות וליישום הדין לפחות באותה נחישות וזריזות, שבה פעלה להפסקת פעילותו של צוות החשיפה של הארכיון, חרף ההשלכות החמורות שיש לצעד זה.

49. לאור זאת אנו מבקשים ש"תפעל, כמקובל, באמצעות כל הכלים העומדים לרשותך למציאת פתרונות מול כל הגורמים הנוגעים בדבר", לרבות הסתייעות ביועצות והיועצים המשפטיים, כמפורט להן:

- 49.1. יבוצעו כל הבדיקות הנדרשות על מנת שכל החומר הארכיוני, ולמצער כל חומר ארכיוני שעבר את תקופת ההגבלה הקבועה לגביו בתקנות, ייחשף ויעמוד לעיון הקהל.
- 49.2. צוות החשיפה של ארכיון המדינה ימשיך לפעול מטעמים של המפקידים השונים, ולצורך כך, שההנחיה החדשה שעצרה את פעילותו תיבחן בדחיפות מחדש על ידי היועץ המשפטי של הארכיון, ובמידת הצורך גם על ידי היועץ המשפטי לממשלה (ר' פסקה ט' למכתב המשנה ליועמ"ש, מר רד נזרי, 803-99-2017-044289 מיום 19.6.2017) ותבוטל.
- לחלופין ולמצער ימשיך צוות החשיפה בפעולתו כבעבר עד למציאת הסדר חלופי ראוי, שיאפשר את המשך חשיפת חומרי הארכיון בקצב ראוי, ולכל הפחות - בקצב שהיה מקובל עד לחודש האחרון.
- 49.3. כל תיקי משרד החקלאות שנבדקו לבקשת מכון עקבות ונחשפו (ר' פס' 9 לעיל) יועברו לעיונו לאלתר.
- 49.4. ארכיון צה"ל יבדוק ויחשוף באופן מידי את כל תיקי הממשל הצבאי מהשנים 1948-1968 שבהם ביקש מכון עקבות לעיין (ר' פס' 10 לעיל).
50. למען הסדר הטוב נזכיר, כי אי עמידה במועדים הקבועים בתקנות אינו הליקוי היחיד, אפילו לא החמור ביותר, בחשיפת חומר ארכיוני לעיון הקהל. בעבר כבר הלנו על הפרות קשות נוספות, ובין היתר, אי העמדת קטלוגים שיאפשרו להגיש בקשה לחשוף חומר ארכיוני, העדרם של כללים ברורים ופומביים שמסדירים את שיקול הדעת של הבודקים, הודעות לאקוניות וללא הנמקה כדין על סירוב לחשוף חומר ארכיוני, החלטות חסרות סמכות על חיסיון ועוד.
- יהיה זה לטובת העניין אם אגב בחינתה של פנייתנו זו תתנו דעתכם גם על היבטים נוספים אלה, ובלבד שלא יהיה בכך כדי לעקב את תשובתכם.
51. נודה אפוא למענה מהיר על מנת שנוכל לשקול את המשך צעדנו המשפטיים.

בכבוד רב ובברכה,

אבנר פינצ'וק, עו"ד

העתקים :

מר רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי - חוקתי)  
 גבי שלומית ברנע פרגו, היועצת המשפטית, משרד ראש הממשלה  
 גבי נעמי אלדובי, היועצת המשפטית, גנזך המדינה  
 גבי אילנה אלון, מנהלת ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון