

גיא זומר

בעצמו

מרחוב שינקין 42, תל אביב

טלפון : 054-7650202 ; דוא"ל : zomerg@gmail.com

המערער

נ ג ד

1. הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים

2. היועץ המשפטי לממשלה

3. משרד המשפטים

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טלפון : 073-3925590 ; פקס : 02-6467011

המשיבים

סיכומי טענות מטעם המשיבים

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, מוגשים בזאת סיכומי טענות מטעם המשיבים.

בד בבד עם הגשת סיכומי הטענות ותיק המוצגים לבית המשפט הנכבד, הם מומצאים למערער.

ההדגשות במסמך הוספו, אלא אם צוין אחרת.

מוצגים מטעם המערער מסומנים מע ; מוצגים מטעם המשיבים מסומנים מש.

היום, ל' אב תשפ"א

08 אוגוסט 2021


סיון דגן

עוזרת ראשית במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



דניאל מארקס
ממונה על ענייני בג"צים
בפרקליטות המדינה

1. עניינו של הערעור בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופט א' רון) בעת"מ 64005-01-20 מיום 14.6.20 (מש/1). בפסק הדין, דחה בית משפט קמא את בקשת המערער למסור או לפרסם את כלל ההנחיות של ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים (להלן: **ייעוץ וחקיקה**).
2. עמדת המשיבים היא כי דין הערעור להידחות תוך חיוב המערער בהוצאות, בהיעדר עילה להתערבות בקביעתו האופרטיבית של בית משפט קמא, לפיה חוות הדעת של ייעוץ וחקיקה אינן הנחיות מינהליות במובנו של סעיף 6(א) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1988 (להלן: **החוק** או **חוק חופש המידע**), ועל כן אין הן חייבות בפרסום. בנוסף, דין הערעור להידחות בהיעדר עילה להתערבות בקביעת בית משפט קמא לפיה הטיפול בבקשת המערער מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה, כקבוע בסעיף 1(8) לחוק.
3. לצד זאת, נבקש כבר להדגיש, כי המשיבים חלוקים על הנמקת בית משפט קמא לפיה הנחיות ייעוץ וחקיקה הן הנחיות שאינן מחייבות את רשויות המדינה. כפי שיפורט בהרחבה להלן, חוות הדעת המשפטיות של ייעוץ וחקיקה משקפות את הדין עבור גורמי הממשלה השונים. כך, שבניגוד להנחיות מינהליות שהרשות קובעת לעצמה מראש בסוג מסוים של מקרים לצורך הבניית עבודתה ושיקול דעתה – המאופיינות בגמישות ובאפשרות לסטות מהן במקרים המתאימים – הדין עצמו אינו נתון לשיקול דעתה של הרשות, והיא אינה רשאית להתעלם או לסטות ממנו. על כן, חוות הדעת המשפטיות של ייעוץ וחקיקה, הפועלת מכוחו של היועץ המשפטי לממשלה, שכאמור מפרשות את הדין עבור הרשות המבצעת, אינן בגדר "הנחיה מינהלית" כמשמעה בסעיף 6(א) לחוק חופש המידע. כן יודגש, כי לעמדת המשיבים, חוות דעת אלה אינן בבחינת ייעוץ ש"ניתן לקבל, וניתן שלא לקבל", כדברי בית המשפט קמא (פס' 4.4 לפסק הדין), אלא מדובר בחוות דעת משפטיות אשר משרטטות את "גבולות הגזרה" של הדין עבור גורמי הממשלה השונים ומחייבות אותן, כל עוד לא נפסק אחרת על ידי בית המשפט המוסמך לעניין.
- ודוק, אין עניינו בשאלה טכנית גרידא של התקיימות תנאי כזה או אחר, אלא באפיון טיבם של המסמכים האמורים, שהם שונים באופן מהותי ומשמעותי זה מזה כפי שיפורט להלן. מחד גיסא, "הנחיות מינהליות", אשר מכוונות לאותם נהלים סדורים וכתובים המדריכים את התנהלות הרשות במסגרת ביצוע פעולותיה ואף משתנים באופן שוטף על פי שיקול דעתה המינהלי; ומאידך גיסא, "חוות דעת משפטיות", העוסקות בשאלות משפטיות הנוגעות לגדרי סמכויותיה של הרשות לפי דין ונטועות, ככלל, במערכת נסיבות קונקרטיות.
4. על כל פנים, הגם שעמדת המשיבים היא כי הוראת סעיף 6 לחוק חופש המידע אינה עוסקת בחוות דעת משפטיות, יבקשו המשיבים לעדכן, למען השלמת התמונה, כי לאחר שיח ועבודת מטה שנמשכה תקופה ארוכה – החליט היועץ המשפטי לממשלה כי יפעל לפרסם באופן יזום ווולונטרי חוות דעת משפטיות שיש בהן עניין לציבור, בכפוף ובהתאם לאמות מידה אשר גובשו ועוגנו במסמך מטעמו. זאת, לאור החשיבות שרואים המשיבים בקידום השקיפות וההנגשה של עבודת הייעוץ המשפטי לממשלה לציבור באופן סדור וזמין.

חוות דעת משפטית אל מול הנחיה מינהלית

5. כבר בפתח הדברים יבקשו המשיבים לעמוד על ההבחנה שבין חוות דעת משפטית לבין הנחיה מינהלית בהקשר הנדון.

6. **חוות דעת משפטית** כגון אלה הנכתבות על ידי ייעוץ וחקיקה, היא מסמך אשר משקף את הדין עבור גורמי הממשלה השונים בין אם על דרך כלל ובין אם ביחס ליישום פרטני, הכול בהתאם לנסיבות העניין. חוות דעת שכזו עוסקת ב"גבולות הגזרה" המשפטיים בתוכם יכולה הרשות לפעול ומהן היא אינה רשאית לסטות, ולא בקריטריונים גמישים המצויים בתוך מתחם שיקול הדעת של הרשות. זאת ועוד, חוות דעת משפטיות לרוב נטועות במערכת נסיבות קונקרטיות ומאפיינות מערכת יחסים ייעוצית, כאשר ביחס לאלה לעיתים עשויות להתקיים הוראות חסיון או סודיות שונות. מטבע הדברים, מדובר במסמך שעלול להכיל רגישויות רבות בין הגורם המייעץ לגורם המתייעץ, וכן מחלוקות פנים-ממשלתיות, עמדות שונות או נסיבות כאלה ואחרות שהוצגו על ידי הגורם המתייעץ. חלקים אלו של חוות הדעת עשויים לעלות כדי דיון פנימי, שהרשות אינה חייבת לגלותו בהתאם לסעיף 9(ב)(4) לחוק, וזאת כדי לאפשר שיג ושיח חופשי ללא אפקט מצנן. בנוסף, אין הכרח שחוות דעת משפטית תינתן על ידי הגורם הממונה בהיררכיה, והיא יכולה להינתן גם על ידי כפיף או גורם מקביל; תוקפה נובע מהדין, ולא דווקא מיחסי כפיפות. ויודגש, כי עניינה של חוות דעת משפטית הוא הדין, כפי שהוא חל במערכת נסיבות נתונה.

7. **הנחיה מינהלית**, לעומת זאת, קובעת כללים גמישים להפעלת שיקול הדעת ועל פי רוב אינה משקפת עמדות שונות ומחלוקות פנימיות. הנחיות מינהליות אופיינו על ידי בית המשפט הנכבד כ"כללים מנחים אשר המינהל הציבורי קובע לעצמו, ככיווני דרך להדריכו במילוי תפקידיו ובהפעלת סמכויותיו" (בג"ץ 10907/04 **סולודוך נ' עיריית רחובות** (פורסם באר"ש, 1.8.10)). עוד נקבע שם כי הנחיות מינהליות אינן מחייבות את הרשות, אלא מנחות אותה בהפעלת שיקול דעתה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, וכי הן נועדו להבטיח אחידות, שוויוניות, ענייניות וסבירות בהפעלת מדיניות הרשות המינהלית (ראו גם: יואב דותן, **הנחיות מינהליות**, עמ' 28 (1996); פרופ' דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי**, עמ' 228-230 (2010)). אף הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.0002, שכותרתה "הנחיות מינהליות", מבארת כי "הנחיות מינהליות הן כללים גמישים שרשות מינהלית קובעת לעצמה כדי שידריכו אותה בהפעלת סמכותה". כך, שהנחיה מינהלית מתאפיינת בגמישות ובאפשרות לסטות ממנה במקרים המתאימים, והיא ניתנת על ידי גורם ממונה בהיררכיה כלפי הכפופים לו (כגון מנהל). כמו כן, עניינה של הנחיה מינהלית עשוי להיות רחב מזה של חוות דעת משפטית, ולערב שיקולים מקצועיים, מינהלתיים, טכניים וכיו"ב.

8. המסמכים המבוקשים על ידי המערער בערעור דנן הם חוות דעת משפטיות שניתנו על ידי ייעוץ וחקיקה לגורמי הממשלה השונים, ולא הנחיות מנהליות כמשמעותן בסעיף 6(א) לחוק, ועל כן, כפי שיפורט להלן, אין הן חייבות בפרסום מכוח הסעיף האמור.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

9. ביום 23.5.19 פנה המערער אל ייעוץ וחקיקה, אל היחידה הממשלתית לחופש המידע ואל הממונה על העמדת מידע לציבור במשרד המשפטים (להלן: **הממונה**), וביקש, כי ייעוץ וחקיקה תפרסם "באופן מסודר ומרוכז את כל ההנחיות שיש להן נגיעה או חשיבות לציבור, שניתנו על ידי עובדי מחלקת יעוץ וחקיקה על שלוחותיה ונגזרותיה, ולכל הפחות כל ההנחיות שניתנו במהלך 3 השנים האחרונות ולא בוטלו או נפסלו" (**מע/א**); סעיף 4 לפניה). המערער הבהיר כי הכוונה היא לכלל ההנחיות שניתנו על ידי ייעוץ וחקיקה המחויבות לשיטתו בפרסום לפי סעיף 6 לחוק חופש המידע, וכן ציין כי הגיש תלונה ליחידה הממשלתית לחופש המידע בגין אי-פרסום הנחיות מינהליות. ודוק, נראה כי הלכה למעשה, לשיטתו של המערער כל מסמך אשר נודעת לו משמעות אופרטיבית-יישומית הוא לכאורה בגדר "הנחיה מינהלית".

10. ביום 13.11.19 דחתה הממונה את בקשת המערער (**מע/ב**). בהחלטה צוין, כי לאחר בחינת העמדות השונות בסוגיה, הכריע המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי), כי חוות דעת משפטיות של ייעוץ וחקיקה באשר למותר, לאסור ולפרשנות הדין אינן משום "הנחיה מינהלית" לפי סעיף 6(א) לחוק. זאת, משום שמטרתה של "הנחיה מינהלית" אליה מתייחס סעיף 6(א) לחוק היא להבנות את אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות בתוך גדרי סמכותה, במקרים דומים. אולם, חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה או מי מטעמו, הנעשות במסגרת תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת – מבהירות את הפרשנות המחייבת של הדין עבור הממשלה וקובעות את "גבולות הגזרה" של הדין. על כן, אין הן נכנסות בגדרי המונח "הנחיה מינהלית" כמשמעותו בחוק. לצד זאת הודגש, כי אין בכך כדי לומר שאין לפרסם חוות דעת משפטיות ספציפיות, בין אם באופן וולונטרי, שאינו מתחייב מסעיף 6(א) לחוק, ובין אם במענה לבקשה לפי חוק חופש המידע, וכי בכוונת המשיבים לגבש אמות מידה אשר יסייעו לקידום פרסום יזום של חוות דעת משפטיות מטעם היועץ המשפטי לממשלה מכאן ולהבא.

11. אשר לבקשת המערער לקבל את כלל חוות הדעת המשפטיות שנכתבו על ידי ייעוץ וחקיקה בשלוש השנים האחרונות, נמסר כי מדובר בבקשה כוללת ביותר, וכי לא ניתן לבצע איתור ובחינה כה רחבים לפי הוראות חוק חופש המידע. הובהר, כי ייעוץ וחקיקה מונה מאות עובדים, ומיפוי כלל עבודתם בשלוש השנים האחרונות ידרוש, בהכרח, הקצאת משאבים בלתי סבירה, כמשמעותה בסעיף 18(1) לחוק.

12. ביום 23.11.19 השיג המערער על החלטת הממונה, וביום 29.12.19 השיבה הממונה למערער כדלקמן (**מע/ד**):

"כאמור במענה שנמסר, המסמכים היוצאים תחת ידי מחלקת יעוץ וחקיקה ומופנים למשרדי הממשלה אינם מקיימים את המאפיינים של 'הנחיה מינהלית' כמשמעות המושג בסעיף 6 לחוק שעוסק ב'הנחיות מנהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת', גם אם לעיתים מתייחסים בחיי היום יום למסמכים כאלה כ'הנחיה', ואף אם יש לה תוקף מחייב.

אשר לטענה בדבר הקצאת משאבים ובהינתן הפרשנות שלעיל, בקשתך נותרה גורפת וכוללת והוסבר במענה בהרחבה הקושי והמשאבים הדרושים לאתר את המידע ביחס לכלל המסמכים הנכתבים במחלקת ייעוץ וחקיקה. אפשרויות הצמצום ברורות מאליהן ואכן בעקבות כך הגשת את בקשתך בסימוכין המתבררת בימים אלו..."

13. ביום 24.11.19 דחתה היחידה הממשלתית לחופש המידע את תלונתו של המערער (מע/ח). במענה נמסר כי על פי חוות הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי), המידע שלגביו הוגשה התלונה אינו בגדר "הנחיות מנהליות" כמשמעותן בחוק חופש המידע, ולכן "אין בידי היחידה סמכות לבדוק את תלונתך בכל הנוגע לאי פרסום הנחיות מנהליות".

14. כפי שצוין במענה להשגה, ביום 25.11.19 הגיש המערער בקשה חדשה לפי חוק חופש המידע, כדלקמן (מע/ו):

"בהמשך להחלטת הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים מיום 13/11/2019, מוגשת בזאת בקשה לפי חוק חופש המידע לקבל מידע על מסמכים שהועברו או הופצו לגורמים הרלוונטיים ומכוון או מגדיר להם כיצד לפעול, בהתאם לצמצום הבא:

1. ממחלקת ייעוץ וחקיקה או מהיחידה הממשלתית לחופש המידע
 2. אל לפחות 20 גורמים שונים מחוץ למשרד המשפטים
 3. בנושאי חופש מידע ועניינים משיקים לחופש המידע
 4. במהלך 24 החודשים האחרונים
- בנוסף על האמור, במידה ומדובר במסמך העונה לתיאור לעיל, של מחלקת ייעוץ וחקיקה שהועבר ליחידה הממשלתית לחופש המידע, ודרכה בוצעה ההפצה ליותר מ-20 גורמים שונים, אבקש גם את ההתכתבות שבין מחלקת ייעוץ וחקיקה לבין היחידה לחופש המידע לצורך הפצת אותו מסמך..."

15. ביום 20.1.20 נשלחה למערער תשובת הממונה לה צורפו המסמכים שנמצאו לפי החיפוש המבוקש, בהשמטת מידע שגילוי מהווה פגיעה בפרטיות, בהתאם לקבוע בסעיף 9(א)(3) לחוק חופש המידע (מש/2).

16. ביום 27.1.20 הגיש המערער עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים כנגד החלטת הממונה (מע/יח); ביום 21.5.20 הגישו המשיבים כתב תשובה לעתירה, במסגרתו טענו כי דינה להידחות, משום שחובת הפרסום על פי סעיף 6(א) לחוק אינה חלה על חוות דעת משפטיות של ייעוץ וחקיקה (מע/יט).

17. ביום 9.6.20 התקיים דיון במהלכו נשמעו הצדדים בהרחבה (מע/כא).

18. ביום 14.6.20 ניתן פסק דינו של בית המשפט קמא, אשר דחה את העתירה. בית המשפט המחוזי עמד על תפקידה של ייעוץ וחקיקה, ואחר זאת קבע כי דין בקשתו של המערער למידע להידחות בשל היותה כוללת, תוך שהבהיר כי המבחן לטיבו של כל מסמך הוא מבחן מהותי ולא צורני, כדלקמן:

"א. קודם שאפנה לטענות העיקריות העומדות להכרעה, נדרש לתת ביטוי לשאיפה הכוללת של העותר בעתירה זו, ואבהיר. עם כל הבעייתיות בעתירתו בהיבטים אליהם אתייחס בהמשך, ייתכן, שאילו היה הוא ממקד את עתירתו בהנחיות (לשיטתו, ובהנחה שיש כאלה) הנוגעות לנקודה מסוימת, ואילו היה בידו לשכנע שראוי שתהיינה הנחיות קונקרטיות וספציפיות אלה, נחלת הציבור, היה מקום לשקול את קבלת טענתו, בין אם במלא או בין, אם, לפחות, חלקית. ברם, כאמור, חותר העותר לפתוח לציבור את הנחיות יח"ק בכללותן, בהינתן הנחתו שיש אכן הנחיות כאלה. אין חולקין שיוצאים מתחת לידי אנשי יח"ק מסמכים שכותרתם – 'הנחיות'. ואולם במקביל, אין גם חולקין שהמבחן אשר לטיבו של כל מסמך נדון, הוא המבחן המהותי. לפיכך, הרי על יסוד כל שפורט, גם מסמכים אלה, לאו הנחיות הן במובנו של סעיף 6 לחוק.

ב. עוד עולה, שאף לשיטתו חפץ העותר במידע בהיקף החורג בהרבה ממתחם הסבירות, ויש מקום להחיל על בקשת העותר את סעיף 8(1) לחוק. ראה לעניין זה – ע"מ 7744/10 המל"ל נ' עו"ד מנגל (15.11.12)"

19. בהמשך, פסק בית המשפט קמא כי חוות הדעת של ייעוץ וחקיקה אינן הנחיות במובנו של סעיף 6 לחוק, משום שכלל לא מדובר ברשות "שפועלת", כלשון סעיף 6 לחוק: "מהותית, כאמור, חשיבותה של מחלקה זו למדינת ישראל, רבה עד מאוד. אך במובן הביצועי, קשה להגדירה כלל כרשות ש'פועלת'. מחווה מחלקת יח"ק את דעתה בסוגיות רבות המונחות לפתחה, מעניקה היא יעוץ משפטי (שלרוב, כשלעצמו, אינו כפוף כלל לדיני חופש

המידע), ושעיקרו פרשנות יישומית של הדין לסוגיה נתונה המובאת בפני מחלקה זו, וכיוצ"ב, אך מעבר לכך – היא כלל לא 'פועלת'. ואם כך, אין הוראת סעיף 6(א) חלה עליה".

20. בית המשפט קמא הוסיף וקבע כי חוות דעת של ייעוץ וחקיקה אינן מחייבות את רשויות המדינה, באומרו כי "את חוות דעתה של יח"ק, לא תמיד, הגוף הביצועי המתאים, חייב בכלל לקבל ומקבל" (פס' 5 ג לפסק הדין). יובהר כבר עתה כי טענה זו לא נטענה על ידי המדינה, אלא ההיפך הוא הנכון – משפטני ייעוץ וחקיקה פועלים כזרועו הארוכה של היועץ המשפטי לממשלה, וחוות דעתם המשפטיות משקפות את הדין עבור גורמי הממשלה השונים (כל עוד לא נפסק אחרת על ידי בית המשפט המוסמך לעניין); וכידוע, הדין עצמו אינו נתון לשיקול דעתה של הרשות, לקביעה או לסטייה ממנו.

21. לאור כלל האמור, דחה בית המשפט קמא את העתירה תוך חיוב המערער בהוצאות.

22. לשלמות התמונה יצוין כי ביום 26.1.21 הופץ "סיכום דיון בנושא פרסום הנחיות מינהליות" (להלן: **סיכום הדיון מטעם היועץ המשפטי לממשלה**), וזאת בהמשך לישיבה שהתקיימה בראשות היועץ המשפטי לממשלה (**מש/3**). כעולה מסיכום דיון זה, היועץ המשפטי לממשלה עמד על המאפיינים שיכולים לסייע במלאכת הזיהוי של הנחיה מינהלית, מבלי לקבעם כרשימה סגורה וממצה, ובהם: אופרטיביות; הסמכות של נותן ההנחיה (כדי להנחות בהנחיה מינהלית, נדרש כי נמעני ההנחיה יהיו כפופים לנותן ההנחיה); רוחביות; גמישות; ותכלית של ההנחיה (כאשר ההנחיה נועדה למנוע שרירותיות ולסייע בהפעלת שיקול דעת באופן שוויוני ואחיד, יהיה בכך כדי לסייע בסיווג ההנחיה כהנחיה מינהלית). היועץ המשפטי לממשלה קבע כי הנחיית היועץ בעניין "הנחיות מינהליות" תתקן על מנת לכלול בה אמות מידה אלה. בהמשך סיכום הדיון, עמד היועץ המשפטי לממשלה על הבחנה בין חוות דעת משפטיות לבין הנחיות מינהליות, תוך שהובהר כי חוות דעת משפטיות (תהא כותרת המסמך אשר תהא), שעניינה בשיקוף או פרשנות הדין בלבד, אינה נכנסת בגדר המונח "הנחיה מינהלית", גם אם היא טומנת בחובה השלכות רוחביות כאלה ואחרות; גם אם נעשה במסגרתה שימוש בלשון אופרטיבית; ואף אם מסקנתה מובילה לתוצאה יישומית מתחייבת. במבט צופה פני עתיד הוחלט, בין היתר, כי ביחס להנחיות אשר יימצא כי הן עונות על התנאים הנזכרים בסיכום הדיון ביחס להנחיה מינהלית החבה בפרסום, והן אינן מתאימות לעיגון במסגרת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה או הנחיות פרקליט המדינה – תיבחן האפשרות להקמת פלטפורמה מתאימה לפרסומן. עוד הוחלט, ביחס לאפשרות פרסומן של חוות דעת משפטיות מסוימות מטעם ייעוץ וחקיקה והיועץ המשפטי לממשלה, מעבר לנדרש על פי הוראות חוק חופש המידע, יגובשו אמות מידה מתאימות לפרסום יזום של חוות דעת כאמור.

23. בהמשך לעבודת המטה האמורה החליט היועץ המשפטי לממשלה לפעול לקידום פרסום יזום של חוות דעת ומסמכים משפטיים הניתנים מטעמו, ובכלל זה חוות דעת של ייעוץ וחקיקה, בהתאם לאמות המידה שגובשו ופורטו במכתבו מיום 5.8.21. אמות מידה אלה, יוכלו לשמש כדי לסייע בהערכת מידת העניין לציבור מחד גיסא, והערכת הפגיעה באינטרסים מוגנים מאידך גיסא. במסגרת אמות המידה האמורות, קבע היועץ המשפטי לממשלה שיש לתת את הדעת, **בין היתר**, לשאלה אם מדובר בנושא **עקרוני, חדשני או רוחבי**; לשאלה אם

מדובר בעמדה משפטית סופית; לנמעני המסמך; לאופי השיח במסגרתו הוכנה חוות הדעת, ועוד. היועץ המשפטי לממשלה הנחה כי כלל המסמכים שיפורסמו ירוכזו לנוחות הציבור במאגר מידע ייעודי בו ניתן יהיה לעיין באתר משרד המשפטים. כמו כן, מקום בו יימצא כי יש בחוות הדעת המפורסמת באתר כדי להשפיע על זכות מהותית של הציבור, יועבר קישור לגורמים האמונים על מיזם הנגשת הזכויות הממשלתית, על מנת שניתן יהיה להפנות אליו מתוך אתר "כל זכות". בנוסף, היועץ המשפטי לממשלה התווה את הדרך שבה יאותרו המסמכים המתאימים ויועברו לפרסום.

24. אמנם, שאלת פרסומן הוולונטרי של חוות דעת משפטיות חורגת מגדר הערעור. עם זאת, לשם שלמות התמונה העובדתית העדכנית, יבקשו המשיבים לצרף את מכתב היועץ מיום 5.8.21 לתיק המוצגים מטעמם. בקשה מתאימה מוגשת בנפרד מטעמם.

עמדת המשיבים

25. עמדת המשיבים היא כי דין הערעור להידחות תוך חיוב המערער בהוצאות, בהיעדר עילה להתערבות בקביעתו האופרטיבית של בית המשפט קמא, לפיה חוות הדעת של ייעוץ וחקיקה אינן הנחיות מינהליות כמובן בסעיף 6(א) לחוק חופש המידע, ועל כן אין הן חייבות בפרסום. בנוסף, דין הערעור להידחות בהיעדר עילה להתערבות בקביעת בית המשפט קמא לפיה הטיפול בבקשת המערער מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה, כקבוע בסעיף 8(1) לחוק.

26. סעיף 6 לחוק חופש המידע, שכותרתו "הנחיות מינהליות וחוקי עזר", קובע כך:

"6. (א) רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור."

27. כעולה מדברי ההסבר לסעיף 6(א) לחוק, כוונת המחוקק הייתה לחייב את הרשויות לפרסם את ההנחיות והנהלים הסדורים המתווים את דרכי עבודתן, ככל שיש להם נגיעה או חשיבות לציבור:

"הסעיף המוצע קובע כי על רשות ציבורית להביא לידיעת הציבור מידע על ההנחיות שלפיהן היא פועלת. כיום הנהלים הפנימיים, ההנחיות והחלטות בדבר מדיניות, הם במקרים רבים בגדר 'תורת הנסתר' מפני הציבור, חרף השפעתם הרבה על זכויותיו ועל האופן שבו פועלת הרשות. נהלים פנימיים והנחיות הם למעשה בבחינת דין המחייב את הרשות, ויש הצדקה רבה לכך שהרשות תפעל מיוזמתה לפרסומם ברבים, כפי שפסק גם בית המשפט העליון" (הצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז-1997, ה"ח 2630, 400).

28. בהתאם לפסיקה, הנחיות מינהליות יופיעו, בדרך כלל, מקום שבו מפעילה הרשות המנהלית שיקול דעת וכאשר בדבר החקיקה המהווה את מקור הסמכות לא נקבעו קריטריונים שינחו את הרשות המנהלית בפעולתה (ע"מ 9187/07 אורי לוזון נ' משרד הפנים (פורסם באר"ש, 24.7.08), פסקאות 37-38 לפסק הדין; להלן: עניין לוזון). באופן עקרוני, הרשות המינהלית יכולה להפעיל את שיקול דעתה באופן פרטני ביחס לכל מקרה ומקרה, ויכולה היא להפעיל את שיקול דעתה על פי מדיניות כללית שקבעה לעצמה. קביעת מדיניות כללית נעשית על ידי הרשות המינהלית פעמים רבות בדרך של קביעת "הנחיות מינהליות". ראו בהקשר זה את דברי פרופ' יצחק זמיר בספרו **הסמכות המינהלית**, כרך ב', בעמ' 778 (תשנ"ו):

"יצירת ההנחיות היא, מבחינה מהותית, הפעלת שיקול דעת. להבדיל מהפעלת שיקול הדעת לגבי מקרה מסוים, יצירת ההנחיות היא הפעלת שיקול הדעת לגבי סוג של מקרים. לכן אפשר לומר כי ההנחיות מבטאות שיקול דעת קיבוצי...."

29. הנה כי כן, הנחיה מינהלית היא הנחיה שהרשות קובעת לעצמה או לגורם אחר שהיא מוסמכת להנחות מבחינה מינהלית כדי להבנות מראש את שיקול דעתה בטיפול בסוג מסוים של מקרים ביעילות, בשוויוניות ובאחידות, תוך צמצום הצורך בניתוח חוזר ונשנה של אופן הפעלת הסמכות בכל מקרה ומקרה. ודוק, נוכח אופיין הפנימי והגמיש של הנחיות מינהליות, כנהלים שקובעת הרשות עבור עצמה, תכונה משמעותית המאפיינת את ההנחיות המינהליות היא הגמישות – בעוד שהדין הוא נוקשה, וחובה על הרשות לנהוג בדיוק כפי שנקבע בו ללא סטייה, ההנחיות גמישות וקיימת אפשרות, ולעתים אף חובה, לסטות מהן במקרים המתאימים.

30. בענייננו, עמדת המשיבים היא, כי חוות דעת משפטיות מהסוג שייעוץ וחקיקה מגבשת עבור הממשלה, על יחידותיה ועובדיה, אינן באות בגדר הנחייה מינהלית, תהא כותרת המסמך אשר תהא. זאת, כאמור בסיכום הדיון מטעם היועץ המשפטי לממשלה, גם אם חוות הדעת טומנת בחובה השלכות רוחביות כאלה ואחרות, אם נעשה במסגרתה שימוש בלשון אופרטיבית, או כאשר מסקנתה מובילה לתוצאה יישומית מתחייבת. בהקשר זה נזכיר כי גם בית המשפט קמא קבע כי המבחן לטיבו של כל מסמך הוא מבחן מהותי.

31. המשיבים יטענו כי בניגוד להנחיות מינהליות, חוות הדעת המשפטיות של ייעוץ וחקיקה נועדו לפרש את הדין, וזאת מכוח תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין ביחס לממשלה. כפי שפסק בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום 29.7.97), "היועץ המשפטי לממשלה הוא גם הפרשן המוסמך של הדין בעבור הרשות המבצעת, וחוות-דעתו היא המחייבת את רשויות המדינה ומשקפת בעבורן את המצב המשפטי" (כן ראו: בג"ץ 4287/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל (ניתן ביום 8.9.93), פסקה 42 לפסק הדין); בג"ץ 5124/19 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר (פורסם באר"ש, 4.3.19); בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 25.3.21); בג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (פורסם באר"ש, 31.1.21).

32. הדין הוא המסגרת בתוכה ומכוחה פועלת הרשות המינהלית. בהתאם לעיקרון חוקיות המינהל, "רשות מינהלית אין לה סמכות אלא אותה סמכות שהוענקה לה לפי חוק" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך א' (מהדורה שנייה 2010), עמ' 73).

33. כפי שצוין בפתח הדברים, הנחיות מינהליות מתוות את שיקול הדעת של הרשות המינהלית בעת הפעלת סמכותה. לעומת זאת, חוות דעת משפטיות של ייעוץ וחקיקה מפרשות את "גבולות הגזרה" של הדין – היינו, מתוות את מתחם הפעולה בתוכו רשאית הרשות לפעול, בין בהפעלת שיקול דעת במקרה נקודתי ובין בהפעלת "שיקול דעת קיבוצי", כלומר בקביעת הנחיות מינהליות. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' זמיר, כדלקמן:

"בשלב הראשון, הרשות המינהלית רשאית, ואף חייבת, לפרש את ההוראה המקנה סמכות, כדי שתדע אם הסמכות הוקנתה לה, אם ניתן להפעילה, וכיצד יש להפעילה במקרה זה או אחר. אכן, במקרים הפשוטים התשובה עולה בבירור מלשון החוק או מתבססת על מקרים קודמים. במקרים אלה הרשות פועלת מתוך שגרה. עד כדי כך שהיא אינה חשה צורך בפרשנות. אך במקרים רבים היא נזקקת לפרשנות... במקרים קשים או חשובים

עשויה הרשות המינהלית לבקש חוות דעת של יועץ משפטי. חוות דעת של היועץ המשפטי במשרד ממשלתי מחייבת את כל הרשויות באותו משרד, במובן זה שהיא משקפת, מבחינת הרשויות, את המצב המשפטי הקיים. חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת במובן זה את הממשלה על כל שלוחותיה: מבחינת הממשלה, הפרשנות של היועץ המשפטי לממשלה היא הפרשנות המוסמכת" (הסמכות המינהלית, כרך א', עמ' 222)

34. במילים אחרות, כל רשות מינהלית מחויבת לפעול על פי הדין – אלו "גבולות הגזרה" בתוכן היא פועלת. חוות דעת של יועץ וחקיקה משרטטות את "גבולות הגזרה" על ידי מתן פרשנות לדין, ובין היתר תוך יישום אמות מידה משפטיות, בין שנקבעו בחוק או בתקנות, ובין שנקבעו בפסיקת בתי המשפט. בתוך "גבולות הגזרה" של הדין, עשויה רשות מינהלית לקבוע כללים להפעלת שיקול דעתה במערכת נסיבות נתונה, המכונים "הנחיות מינהליות". בניגוד להנחיות מינהליות, המאופיינות בגמישות (שהרי ניתן לסטות מהן במקרים המתאימים), לא ניתן לסטות מחוות דעת משפטיות המשקפות את הדין, בהתאם לפרשנות שמעניק היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין כלפי הממשלה, כל עוד לא נפסק אחרת על ידי בית המשפט המוסמך לעניין.

35. ודוק, אף שלעיתים חוות הדעת של יועץ וחקיקה מנחות את הרשויות באופן אופרטיבי, תוך הכוונה פרטנית ומעשית באשר לדרך הפעולה הנדרשת מצד הגוף הממשלתי, זוהי הכוונה שמיישמת את אמות המידה המשפטיות ומסייעת לגוף לפעול בגדרי הדין. אין מדובר בהבניית שיקול הדעת שמפעילה הרשות כדי לייעל ולהבטיח אחידות בהחלטותיה המרובות, שהוא המאפיין המרכזי של הנחיה מנהלית, אלא מדובר בקביעת הגבולות של הפעלת שיקול הדעת, כך שהרשויות לא יסטו מהמתחייב בדין. ואכן, לעיתים במסגרת חוות הדעת מוצעים מנגנונים מינהליים נוספים או חלופיים, התואמים את הדין, הנתונים לשיקול דעתו ולבחירתו של בעל הסמכות ברשות המינהלית המופקד על ביצוע הפעולה המינהלית מושא חוות הדעת. ויובהר, כי חוות הדעת אינן מורות לבעל הסמכות כיצד לפעול, כל עוד פעולה זו נעשית בתוך מתחם האפשרויות המצוי בגבולות הדין. ראו בהקשר זה את שנפסק בבג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (פורסם באר"ש, 12.10.08):

"17. [...] חוות-הדעת האמורה ניתנה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בתפקידו כראש מערך הייעוץ המשפטי של רשויות המדינה, ובהיותו הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת. בהתחשב בכך, נושאת חוות-הדעת הנדונה אופי מעין-שיפוטי, בהיותה מפרשת את הדין החל על העניין ומיישמת אותו על נסיבות המקרה, תוך קביעת המסקנות הנורמטיביות המתחייבות מכך."

36. אם כן, כאמור, עניינה של חוות דעת משפטית הוא הדין, והדין עצמו אינו מושא המידע בו עוסק סעיף 6(א) לחוק. חוות דעת משפטית מטעם היועץ המשפטי לממשלה או מי מטעמו – אשר מנחה את הממשלה, משרדי הממשלה ועובדיה, באשר למותר ולאסור ובאשר לפרשנות הדין – אינה נכנסת בגדרי המושג "הנחיה מנהלית" כמשמעותו בסעיף 6(א) לחוק, ועל כן אינה חייבת בפרסום מכוחו.

37. בשולי הדברים, יוזכר כי בהתאם לסעיף 6(א) לחוק, רשות נדרשת לפרסם את ההנחיות המינהליות שעל פיהן "היא פועלת". אם כן, ממילא חוות הדעת שיועץ וחקיקה מעבירה למשרדי ממשלה אחרים – "נבלעות" בתוך הפעולות של הרשויות, אשר לעיתים משנות את נהליהן בהתאם, ואלה הן ההנחיות אשר חייבות בפרסום בקצה השרשרת.

38. למעלה מן הצורך נוסף, כי המשיבים אינם חולקים על כך שהאינטרס הציבורי יכול להצדיק פרסום חוות דעת משפטיות של יועץ וחקיקה. אולם פרסום שכזה, יכול שיעשה באופן וולונטרי ויזום או במענה לבקשה פרטנית,

ולא מכוח החובה לפי סעיף 6(א) לחוק. כפי שצוין לעיל, היועץ המשפטי לממשלה אף החליט לאחרונה על קידום פרסום יזום של חוות דעת משפטיות כאמור. בהקשר זה יוער, בהתייחס לטענת המערער בדבר האינטרס הציבורי בפרסום חוות הדעת של ייעוץ וחקיקה, כי האינטרס הציבורי בפרסום הוא רק אחד מהמבחנים לפרסום הקבועים בסעיף 6(א) לחוק, לצד הגדרת "הנחיות מינהליות", ואין בו כדי להקים חובה עצמאית לפרסום, במנותק מהקשרו בסעיף. עוד נוסף, כי המשיבים אינם חולקים על כך, שהנחיות מקצועיות, שאינן עוסקות בפרשנות משפטית, ושהוצאו לכלל ייעוץ וחקיקה או מערך היועצים המשפטיים, כדוגמת המדריך הפנימי לעבודת יעוץ וחקיקה, הן אכן בבחינת הנחיות מינהליות. לכן, מדריך זה אכן פורסם באתר משרד המשפטים.¹

39. כאן המקום להבהיר, נוכח טענות המערער בהקשר זה, כי אף הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מתפרסמות לציבור, ככלל, מפאת האינטרס הציבורי הטמון בפרסומן ולא משום שמדובר בהנחיות מינהליות החייבות בפרסום מכוח סעיף 6(א) לחוק.

40. לאור האמור, המשיבים יטענו, כי בדין נדחתה בקשתו של המערער לפרסום חוות הדעת של ייעוץ וחקיקה מכוח סעיף 6(א) לחוק חופש המידע.

41. לצד זאת, המשיבים סבורים כי בית המשפט קמא שגה בקבעו כי הרשות המינהלית אינה חייבת לקבל את חוות הדעת של ייעוץ וחקיקה. כפי שצוין לעיל, **טענה זו לא נטענה על ידי המדינה** (או המערער) – ההיפך הוא הנכון (ראו למשל סעיפים 29-30 לכתב התשובה שהוגש לבית המשפט המחוזי). משפטני ייעוץ וחקיקה פועלים כזרועו הארוכה של היועץ המשפטי לממשלה, וחוות דעתם המשפטיות משקפות את הדין עבור גורמי הממשלה השונים; וכידוע, הדין עצמו אינו נתון לשיקול דעתה של הרשות, לקביעה או לסטייה ממנו. לפיכך, יטענו המשיבים כי קביעה זו של בית המשפט קמא שגויה ויבקשו כי בית המשפט הנכבד יעמיד דברים על מכונם (ראו ההפניות שהובאו בסעיף 28 לעיל).

42. אשר לטענות המערער הנוגעות לדחיית בקשתו הפרטנית למידע משום שהיא מצריכה הקצאת משאבים בלתי סבירה, כקבוע בסעיף 8(1) לחוק חופש המידע – הפסיקה קבעה כי סף חוסר הסבירות, המצדיק דחיית בקשה על פי סעיף זה, קבוע בקיומה של **הכבדה ממשית** על הרשות במילוי משימתה העיקרית עקב הקצאת המשאבים. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט הנכבד בע"מ 7744/10 **המוסד לביטוח לאומי ואח' נ' עו"ד יפית מנגל** (פורסם באר"ש, 15.11.12; להלן: **עניין מנגל**):

"הרציונאל בסייג המצוי בסעיף 8(1) הוא כי חוק חופש המידע לא בא לעולם כדי לשק את פעילותן של הרשויות הציבוריות. הוא אף לא נועד כדי שהרשות תקציב זמן וכוח אדם באופן שאינו מידתי. אמנם, החוק קובע כי על הרשות לספק מידע, אך פשיטא כי אין זה תפקידה היחיד ואף לא העיקרי. כדי להצדיק חיסוי מידע לפי סעיף 8(1) לחוק על הרשות להוכיח כי הטיפול בבקשה אכן מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה. סף חוסר הסבירות נקבע בקיומה של הכבדה ממשית על הרשות במילוי משימתה העיקרית עקב הקצאת המשאבים. כפי שקבעה חברתי המשנה לנשיא בע"מ 2398/08 מדינת ישראל נ' אליצור סגל, פס' 29 לפסק הדין (19.06.11): 'הכבדה ממשית שהיא בעלת זיקה להקצאת המשאבים עשויה לבוא לידי ביטוי בשיבוש סדר העדיפויות של הרשות המינהלית באופן המחייב אותה להסיט משאב קיים ממשימתו העיקרית למשימה אחרת' [...]. ושוב

¹ <https://www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/Documents/LegislationGuide.pdf>

יוטעם כי החוק שם דגש על זכות האזרח לקבל מידע מרשויות ציבוריות, ויש להיזהר מדחיקת זכות זו לפניה מפני טענת הכבדה מפי רשות שכבר עמוסה לעיפה. הסבירות נבחנת, בין היתר, לאור האינטרס הציבורי בקבלת המידע לעומת הצורך לאפשר לרשות למלא את תפקידה ביעילות לטובת הכלל (הצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז-1997, ה"ח 2630, 402; (להלן: הצעת החוק)), וביחס למשאבים הקיימים של הרשות. לכן ניתן לקבוע כי מסירת המידע תביא להקצאה בלתי סבירה של משאבים בשני מצבים: האחד כאשר היקף הדרישה כה רחב עד כי הקצאת המשאבים היא בגדר 'הדבר מדבר בעדו'. האחר, כאשר הרשות מציגה נתונים עובדתיים לבסס את עמדתה...."

43. במקרה דנן, הבהירה הממונה בהחלטתה כי הבקשה לקבל את כלל חוות הדעת וההנחיות המשפטיות הספציפיות שניתנו על ידי ייעוץ וחקיקה בשלוש השנים האחרונות היא בקשה כוללת ביותר, שהטיפול בה בהכרח יצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה.

44. בהקשר זה יודגש, כי ייעוץ וחקיקה היא יחידה מרכזית במשרד המשפטים אשר מונה כ- 200 עובדים, הפועלים תחת שבעה משנים ליועץ המשפטי לממשלה בכל תחומי המשפט. כתיבת חוות דעת משפטיות היא מעיקרי עבודת היחידה, ועל כן מיפוי כלל עבודתם היוצאת בשלוש השנים האחרונות (תכתובות, חוות דעת, מסמכי עמדה וכיו"ב), תוך בחינת החומר שניתן לפרסם והחומר שיש מניעה לפרסמו, תכביד הכבדה ממשית על עבודת היחידה, באופן שיחייב הסטת משאבים מן העבודה השוטפת, העמוסה ממילא, לטובת הטיפול בבקשה.

45. בערעור נטען, כי הממונה לא נימקה כראוי את החלטתה לדחות את הבקשה בהתאם לסעיף 18(1) לחוק. בטענה זו אין ממש. כעולה מהפסיקה בעניין **מנגל**, ניתן לקבוע כי מסירת המידע תביא להקצאה בלתי סבירה של משאבים כאשר היקף הדרישה כה רחב, עד כי הקצאת המשאבים היא בגדר "הדבר מדבר בעדו". יוסבר, כי לייעוץ וחקיקה שני תפקידים מרכזיים: האחד, ייעוץ משפטי לממשלה, על יחידותיה השונות, ולרשויות ציבוריות נוספות; והשני, ליווי משפטי של הליך החקיקה – שני תפקידים אלה כרוכים כמובן בכתיבת מסמכים רבים וחיווי דעה משפטית בעניינים שונים. המערער מבקש, למעשה, לקבל את כלל תוצרי עבודתם של מאות משפטני היחידה בשני תפקידיהם, לתקופה של שלוש שנים. לעמדת המשיבים, אין ספק כי מדובר במקרה מובהק של "הדבר מדבר בעדו". יוזכר, כי בית המשפט קמא קיבל את עמדת המשיבים בעניין זה וקבע כי "ככל שעל הפרק מידע רלוונטי לחוק, מתאפיין הוא בהגדרה רחבה ובהיעדר כל קונקרטיזציות, והטיפול בו מצריך משאבים בהיקף בלתי סביר" (פס' 6 לפסק הדין).

46. לצד האמור יצוין, כי מידע בהיקף שניתן למסור ללא הקצאת משאבים בלתי סבירה כבר נמסר למערער, בהתאם לבקשתו מיום 25.11.19. היינו, על אף שמדובר היה בבקשה נפרדת, הרי שמבחינה מהותית הוראת סעיף 11 לחוק, שעניינה "מסירת מידע חלקי ומסירת מידע בתנאים", יושמה על בקשת המערער לקבלת חוות הדעת.

47. **סוף דבר**: לאור כלל האמור לעיל, עמדת המשיבים היא כי דין הערעור להידחות תוך חיוב המערער בהוצאות, בהיעדר עילה להתערבות בקביעתו האופרטיבית של בית המשפט קמא לפיה חוות הדעת של ייעוץ וחקיקה אינן הנחיות במובנו של סעיף 6(א) לחוק חופש המידע, ועל כן אין הן מחויבות בפרסום. בנוסף, דין הערעור להידחות בהיעדר עילה להתערבות בקביעת בית המשפט קמא לפיה הטיפול בבקשת המערער מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה, כקבוע בסעיף 18(1) לחוק.