

דיון נקבע ליום 3.11.2021

בית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט לערעורים מנהליים

9/9/2021

המבקש: גיא זומר, ת.ז. 038088811

שינקין 42, תל אביב

טלפון: 054-7650202

דוא"ל zomerg@gmail.com

נגד

המשיבים: 1. מיטל כץ, הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים

2. אביחי מנדלבלית, היועץ המשפטי לממשלה

3. משרד המשפטים

כולם ע"י פרקליטות המדינה

סיכומי תשובה מטעם המערער

בהתאם להחלטות בית משפט נכבד זה מיום 29/7/21, מוגשים סיכומי תשובה:

עיקר המחלוקת שבערעור היא עמדת המערער כי הנחיות מחלקת ייעוץ וחקיקה, ולמעשה גם הנחיות היועמ"ש, הן הנחיות מינהליות כהגדרתן בסעיף 6 לחוק חופש המידע, לפסיקה ולהנחיית היועץ המשפטי לממשלה (1.1002 "הנחיות מינהליות", להלן: "הנחיית היועמ"ש"). בית המשפט קמא דחה עמדה זו בטענתנו כי כשם המחלקה, כך תכניה, והיא מחלקת הייעוץ ובהתאם, אלה אינן הנחיות אלא עצות שניתן לקבל וניתן שלא. עמדת המשיבים בערעור נשנעת על הבחנה שבין חוות דעת משפטיות ובין הנחיות מינהליות וכאן טמון הפער המרכזי נכון להיום. מעל אלה, כמובן העמדה העקרונית שעמדה בבסיס חקיקת סעיף 6 לחוק חופש המידע ולפיה הדין המחייב והנוהג חייב להיות גלוי ונגיש לציבור ועל כן חובת פרסום הוטלה על מידע זה.

1. המערער יבקש להפנות את בית המשפט להודעת הערעור ולטענות העולות בה. בין אלה יש לעמוד על לשון החוק, כוונת המחוקק ותכלית החוק. לציין כי בהודעת הערעור הפנה המערער להבחנה מלאכותית בין הנחיות המחלקה לבין הנחיות היועמ"ש, כאשר עד כה היה ידוע לכל כי הנחיות היועמ"ש מתפרסמות, אלא שעתה, בסיכומי טענות המשיבים, האחרונים כופרים בעמדה זו וסבורים כי גם הנחיות היועמ"ש, אינן הנחיות ואין כל חובת פרסום לגביהן. טרם הגשת העתירה, טענתם המרכזית של המשיבים נסמכה על הביטוי "על פיו היא פועלת" אלא שנכון להיום, נסגו המשיבים מטענה זו. סוגיה נוספת שטען המערער נוגעת לדחיית הבקשה לקבלת ההנחיות בטענה של הקצאת משאבים, טענה שנטענה בעלמא, ומבלי להידרש למבחנים שנקבעו בפסיקה ועיקרם הסתת כח האדם ממשימתו העיקרית.
2. בסיכומי טענותיהם המשיבים למעשה שינו את החזית ועתה מבקשים להסתמך על הבחנה שבין חוות דעת משפטיות ובין הנחיות מינהלית, תוך שהם חוזרים על טענותיהם לעניין הקצאת המשאבים. לשיטת המשיבים אותן הנחיות, לרבות הנחיות היועמ"ש אינן הנחיות מינהליות כהגדרתן בחוק, בפסיקה ובהנחיית היועמ"ש אלא אך ורק חו"ד משפטיות. לצד זאת, במסגרת סיכום דיון מיום 5 לאוגוסט 2021, שנערך על רקע ההליך שבפנינו, ביקשו המשיבים לקדם מתווה חדש (להלן: "סיכום הדיון"). מצד אחד מדגישים המשיבים את חשיבות פרסום הנחיות המחלקה על בסיס אותם שיקולים שקבע המחוקק בחובת פרסום ההנחיות, ומצד שני מבקשים למסגר הנחיות אלה תחת המונח חו"ד משפטיות ובדרך זו להתנער מחובת הפרסום ולעבור לעבר עולם גמיש של פרסום יזום בהתאם לשיקולים שיקבעו לעצמם.
3. עמדה זו של המשיבים היא בבחינת שינוי חזית מטענותיהם בפני בית המשפט קמא, מתעלמת מטענות המערער בגוף הערעור, ובכלל זה בשאלת הפרשנות והיישום של הגדרת ההנחיה המינהלית, ובסופו של דבר, מבקשת לייצר מתווה שאינו עומד בהוראות החוק והרציונלים שנקבעו בו. נוסף על כך, עמדה זו מתעלמת משלל דוגמאות שהובאו בפני בית המשפט קמא ובהודעת הערעור, כמו גם הנחיות נוספות שנחשפו בהליך נוסף שמנהל המערער נגד המשיבים ובקשה לצירופם כראיות, הוגשה במסגרת ערעור זה וממתינה להכרעת בית המשפט. ככלל, חו"ד משפטית המתייחסת לדיון הכללי ולא ליישום קונקרטי ופרטני במקרה בודד, היא בחזקת הנחייה מינהלית. יובהר כי פעמים רבות הנחיה מינהלית, וודאי בתחום משפטי, כוללת התייחסות למסגרת הנורמטיבית, התייחסות שבהחלט יכולה לעלות לכדי חו"ד משפטית, אלא שבכך אין לגרוע מהיות המסמך, וההוראות שבו משום הנחייה מינהלית.
4. הנחיית היועמ"ש, לדוגמה, נפתחת בהגדרת ההנחיה, רכיב שבהחלט יכול לעלות לכדי חו"ד משפטית, ומסתיימת בהוראות האופרטיביות ובכלל זה פרסום ההנחיות. גם סיכום הדיון שצורף לערעור, נפתח תחילה במסגרת המשפטית, ולאחריה, בהוראות אופרטיביות כיצד לפעול במסגרת אמות המידה

לפרסום יזום. באופן דומה ניתן למצוא מבנה זה בשלל הנחיות היועמ"ש המתפרסמות באתר המשיבים, וכולן בבחינת הנחיות מינהליות, אף אם חלקן כולל גם רכיבים שניתן לראות בהם משום חו"ד. כך גם הנחיה דומה של משטרת ישראל המכונה פקודות משטרת ישראל ואופן פרסומן, הנפתחת גם היא בהצגת המסגרת המשפטית ולאחריה הוראות אופרטיביות כיצד לפעול וכך גם פקודות רבות של המשטרה.

5. גם באשר לשאלת הגורם המנחה שטענו המשיבים, יובהר כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם המוסמך להנחות את רשויות המדינה בעניינים משפטיים, ובחסות סמכות זו פועל הוא עצמו וכך גם יתר עובדי המחלקה המביאים דברים ופועלים בשמו ובכלל זה בעת כתיבת הנחיות.

6. המערער כופר בחלופה שמציגה המדינה לשיקול הדעת בדבר פרסום הנחיות מינהליות כאמור בסעיף 9 לסיכום הדיון. אמות המידה בפרסום הנחיות חייבות להתבסס על הוראות החוק, ובכלל זה האם הרשות פועלת על פי אותה הנחייה, האם יש לה נגיעה או חשיבות לציבור והאם יש עילה בדין אחרת שלא לחשוף את ההנחיה. שיקולים דוגמת עקרוניות או חדשות, נמעני המסמך או אופי השיח אינם יכולים להחליף את השיקולים המנויים בחוק. לצד זאת, מבקשים המשיבים באותו מתווה לתקן באופן חלקי את המצב רק במבט צופה פני עתיד ולא את העבר, המחייב תיקון גם הוא.

7. ושוב יובהר, כי מסמך יכול שיהיה חו"ד והנחיה, יכול שחלקו יהיה בבחינת חו"ד וחלקו הנחיה, אך מהות הערעור וטענות המערער כי לא ניתן להקל ראש ולאפשר שיקול דעת ביצירת מציאות שבה הדין נסתר. ככל שיש הנחיה והרשות פועלת על פיה, היא בבחינת הדין הקובע והנוהג, וככזו צריכה להתפרסם לעיני הציבור. עוד ראוי לציין כי בחלק מהמקרים, הנחיות המחלקה עוסקות בשאלות אופרטיביות וביצועיות בלבד, והן נעדרות כל התייחסות למצב המשפטי, ובאלה קל וחומר שאינן מהוות כל חו"ד אלא הנחיה מינהלית החייבת בפרסום. השאלה האם הנחיות מינהליות הן גם חו"ד אינן נדרשת להכרעה, אלא האם אותם מסמכים רבים היוצאים תחת ידי המחלקה והיועץ המשפטי לממשלה בעצמו, הם בבחינת הנחיה על פי הדין, ובהתאם נגזרת חובת הפרסום של מסמכים אלה.

8. לאור האמור לעיל סבור המערער כי יש לדחות את עמדת המשיבים ולקבל את הערעור כמו כן יש לדחות את המתווה המוצע בסיכום הדיון כחלופה לעמידה בהוראות החוק. בחינת המסמכים שהוצגו בפני בית המשפט ומסמכים נוספים מלמדת כי אלה הנחיות, והם ומסמכים דומים להם, במבחנים הרלוונטיים, הם בבחינת הנחיות החייבות בפרסום. בהתאם יש לחייב את המשיבים בפרסום המסמכים. לצד זאת יש גם לדחות את טענות המשיבים לעניין הקצאת המשאבים, והכל בהתאם לאמור בהודעת הערעור וסיכומי המערער.