

המערערת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

באמצעות עוה"ד לילה מרגלית ו/או דן יקיר
ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או
עאוני בנא ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל
גן-מור ו/או תמר פלדמן ו/או נסרין עליאן ו/או
קרן צפריר ו/או ראויה אבורביעה ו/או משכית
בנדל ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוציו ו/או
רגד ג'ראיסי ו/או יוסף כראם

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל: 03-5608185, 0546209622; פקס: 03-5608165

- נגד -

המשיב:

משרד ראש הממשלה

באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים בעת"מ 10591-09-13 מיום 14.5.14 (כב' השופט משה סובל) (פסק הדין הומצא למערערת ביום 21.5.14).

- העתק פסק הדין מצ"ב.

ואלה נימוקי הערעור:

מבוא

1. בפסק הדין נשוא ערעור זה דחה בית המשפט הנכבד קמא את עתירת המערערת לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן, "החוק"), להורות למשיב למסור לה את מספר ההיתרים, אשר ניתנו על ידי ראש הממשלה לביצוע האזנות סתר לפי סעיף 4(א) לחוק

האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן, "האזנות סתר ביטחוניות"), לרבות מספר האנשים לגביהם ניתן היתר כאמור, בכל אחת מחמש השנים האחרונות, בהתפלגות לפי תושבים ואזרחים מזה וכאלה שאינם אזרחים או תושבים מזה (להלן, "המידע").

2. השאלה המרכזית העומדת להכרעת בית המשפט הנכבד במסגרת ערעור זה, היא האם יכול ראש הממשלה לחמוק מתחולת החוק על מידע הנוגע להחלטות, אותן הוא עצמו קיבל - ועליהן הוא אף חייב דיווח תקופתי ליועץ המשפטי לממשלה ולכנסת - בטענה שכל המידע הנוגע להחלטותיו הועבר לידי השב"כ ומוחזק בידיהם. **כפי שיפורט להלן, בית המשפט הנכבד קמא שגה משקיבל את טענת המשיב, לפיה אין לראות במידע, אותו בוחר ראש הממשלה לאחסן אצל השב"כ כמידע המצוי ברשותו, ולפיה יש בשמירת המידע בידי השב"כ כדי להביא להחרגתו מתחולת חוק חופש המידע.**

3. בעתירתה ביקשה המערערת מידע בסיסי על היקף השימוש בסמכות הקיצונית, הניתנת לראש הממשלה (וכן לשר הביטחון) להתיר האזנת סתר "אם נתבקש לכך בכתב מאת ראש רשות ביטחון ואם שוכנע לאחר ששקל גם את מידת הפגיעה בפרטיות כי הדבר דרוש מטעמי ביטחון המדינה", על פי סעיף 4(א) לחוק האזנת סתר.

4. בניגוד להאזנות סתר "פליליות", המבוצעות על פי סעיף 6(א) לחוק (במסגרת פרק ג', העוסק ב"האזנת סתר למניעת עבירות וגילוי עבריינים"), האזנות ביטחוניות **אינן טעונות כל אישור שיפוטי**. מנגנוני הדיווח והבקרה על היתרי השרים הינם כלליים בלבד: על השר לדווח, מדי שנה, על מספר ההיתרים שנתן, לוועדה משותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט ושל ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, שתדון בעניין בדלתיים סגורות (סעיף 4(ה) לחוק); כמו כן, על השר לדווח מדי שלושה חודשים ליועץ המשפטי לממשלה על ההיתרים שניתנו לפי פרק ב' לחוק, העוסק ב"האזנת סתר למטרת ביטחון המדינה" (סעיף 4(ד) לחוק).

5. כך בניגוד להאזנות סתר פליליות – העומדות לדיון וביקורת ציבוריים – אין לציבור בישראל כל מידע אודות היקף השימוש בסמכות מרחיקת הלכת לבצע האזנת סתר ביטחונית ללא צו שיפוטי. הגורמים הרבים, אשר קיימו ביקורות פומביות של נושא האזנות הסתר לאורך השנים – לרבות מבקר המדינה וועדת החקירה הפרלמנטרית לחקר האזנות סתר – עסקו תמיד בהאזנות הפליליות בלבד. ההאזנות הביטחוניות, לעומת זאת, מתקיימות כל העת "מתחת לרדאר" – ללא ביקורת שיפוטית וללא ביקורת ציבורית. בשל החשאיות המוחלטת האופפת את הפעלת הסמכות, אין לציבור כל דרך לבחון את אופן השימוש בה או לאמוד את היקף התופעה.

6. דומה שאין צורך להרבות במלים על חשיבות קיומו של דיון ציבורי מושכל בנושאים מהותיים מעין אלה, הנוגעים ללב ליבן של ההכרעות החברתיות המתקבלות במדינה דמוקרטית. מצב בו מופעלת סמכות כה רגישה, מבלי שיש לציבור כלים מינימאליים לדון בשאלות העקרוניות הסובבות אותה, הוא בלתי נסבל. אמנם, מטבע הדברים ישנו מידע שלא ניתן לגלותו מטעמי ביטחון הכרחיים. אולם, באיזון שבין טעמי ביטחון אלה לבין זכות הציבור לדעת, יש לשאוף

לחשיפה מירבית של מידע, כדי לאפשר לעם – הריבון במדינה דמוקרטית – להחליט במודע על מידת הפרטיות, עליה הוא מוכן לוותר.

ההתפתחות שחלה בעמדת המשיב

7. כמפורט בעתירה, בתגובה לבקשת חופש המידע שהגישה המערערת – ולאחר שהנושא נבחן במשך חודשים רבים בידי הלשכה המשפטית של המשיב מול מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים – העלה המשיב טענות לאקונויות שונות לפי סעיף 9 לחוק – תוך שיצא מתוך נקודת הנחה, ולא בכדי, שמדובר במידע המצוי ברשות המשיב, ושחוק חופש המידע חל עליו. היה זה רק לאחר הגשת העתירה, ובתגובה לשאלות שעורר בית המשפט הנכבד קמא מיוזמתו, שהמשיב החל להעלות, טיפין טיפין, טענות מטענות שונות בדבר אי תחולת החוק על המידע.

8. כך, לאחר שבית המשפט הנכבד קמא הורה למשיב להגיש תגובה מקדמית בשאלה, "באיזו יחידה במשרד ראש הממשלה נוצר, נאסף או מוחזק המידע נשוא העתירה", תיאר המשיב את הליך הטיפול בבקשות השב"כ להיתרי האזנה, וניסה לבסס על כך, לראשונה, טענה רעועה בדבר אי תחולת החוק על הנתונים, שהתבקשו בעתירה:

"הליך מתן ההיתרים כולל הכנת בקשה מנומקת להיתר ע"י שירות הבטחון הכללי. בקשה זו מועברת אל המזכיר הצבאי של ראש הממשלה, אשר מביא את הבקשה בפני ראש הממשלה לצורך קבלת החלטה בה. לאחר קבלת ההחלטה, מוחזר החומר באמצעות המזכיר הצבאי אל שירות הבטחון הכללי. לא נשאר העתק מהחומר במשרד ראש הממשלה... עולה איפוא, כי ההיתרים עצמם נוצרים בהחלטתו של ראש הממשלה להיתר את ההאזנה; אולם המידע שבבסיסם נאסף ע"י שירות הבטחון הכללי. כמו כן, ההיתרים עצמם מוחזקים בידי שירות הבטחון הכללי, למעט באותם שלבים בהליך בהם מוחזקים ההיתרים באופן זמני בידי המזכירות הצבאית במשרד ראש הממשלה... סעיף 14(א)(2) לחוק מחריג מתחולת החוק את שירות הבטחון הכללי, וכן כל מידע שנוצר, שנאסף או שמחזק על ידו (מדובר בתנאים חלופיים ולא מצטברים). סעיף 14(א)(5) לחוק קובע כי ההחלטה תחול גם על "יחידות במשרד ראש הממשלה... שעיקר פעילותן בטחון המדינה או יחסי חוץ, שראש הממשלה או שר הבטחון, באישור הוועדה המשותפת, קבע אותן בצו... צו אמור נקבע – צו חופש המידע (יחידות במשרד ראש הממשלה אשר החוק לא יחול עליהן), תשנ"ט-1999. הצו כולל יחידות שונות במשרד ראש הממשלה ובכללן המזכירות הצבאית, המטה לבטחון לאומי והיועץ המדיני. בסעיף 1(2) מחריג הצו מתחולת החוק את המזכירות הצבאית במשרד ראש הממשלה וכל מידע שנוצר, שנאסף או שמחזק בידיה. יובהר, כי תפקידה של המזכירות הצבאית לרכז ולתכלל עבור ראש הממשלה חומרים בעלי אופי בטחוני, ובכלל זה חומר ש"נוצר" ע"י ראש הממשלה בהקשר אלו." (פסי 3-6 לתגובת המשיב מיום 1.12.13).

9. בשלב הבא, לאחר שבית המשפט הנכבד הורה למשיב להגיש כתב תשובה, ולהתייחס לכך ש"אכן העתירה אינה מבקשת את גילוי היתרי ההאזנות עצמם או את המידע שנאסף בידי השב"כ, אלא אך את מספר ההיתרים שניתנו בחמש השנים האחרונות... הנתונים המספריים אמורים להימצא במשרד ראש הממשלה, כנלמד מחובת הדיווח המוטלת על ראש הממשלה... עם זאת, שאלה היא, לצורכו של הצו הנזכר בסעיף 6 לתגובת המשיב, באיזו יחידה במשרד נשמרים הנתונים" – חזר המשיב על תיאור הטיפול בהיתרים וטען לראשונה, כי "לפיכך,

המידע המבוקש אינו מצוי בידי משרד ראש הממשלה (פיסקה 3 לכתב תשובתו מיום 23.4.14, ההדגשה הוספה). לאחר מכן, במהלך הדיון שהתקיים ביום 4.5.14 הוסיף המשיב וטען, כי הנתונים המספריים אודות ההיתרים אינם מצויים במשרד ראש הממשלה, שכן על אף חובת הדיווח המוטלת על ראש הממשלה, "הדיווחים על מספרי ההיתרים שניתנים נעשים על ידי השב"כ ולא על ידי ראש הממשלה". יצוין, כי בכתב התשובה לא התייחס המשיב כלל לטענותיו לפי סעיף 9 לחוק, ולכן ממילא גם לא הניח כל תשתית עובדתית לטענות אלה.

נקודת המוצא – פרשנות מצמצמת לחריגים של נורמה חוקתית

10. כמפורט בהרחבה בעתירה, סירוב המשיב למסור את המידע פוגע מעבר לנדרש בזכות הציבור לדעת ובזכות לחופש מידע – זכויות בעלות מעמד חוקתי. הוא נוגד את הוראות חוק חופש המידע, ומשקף איזון בלתי סביר בין הזכויות והאינטרסים העומדים על הפרק. נוסף על כך, קיום האזנות סתר ביטחוניות תחת מעטה כה כבד של חשאיות – המונע מהציבור אף לקבל מידע בסיסי אודות היקף התופעה – פוגע שלא כדין גם בזכויות החוקתיות לכבוד ולפרטיות.

11. נקודת המוצא לדיון הינה, כי יש לפרש את החריגים הקבועים בסעיף 14 לחוק בצמצום רב – וזאת, נוכח מעמדה החוקתי של הזכות לדעת והחשש, כי פרשנות מרחיבה של החריגים תסכל את תכלית החוק. משנה זהירות נדרש בהקשר זה על מנת "שהחריג לא יבלע את הכלל – השאיפה לשקיפות בהתנהלות השלטונית" (ע"מ 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (20.11.2013) (להלן, "עניין ג'ולאני"); כן ראו ה"פ (י-ם) 282/00 עציון נ' לוי (2000) (להלן, "עניין עציון"): "סעיף 14 לחוק הוא סעיף הפותח פתח שיכול לגרום לעקיפתו של החוק. כפי שמציין הפרופ' ברק בספרו פרשנות במשפט... גם עקיפה תמימה, שלא בכוונת זדון, יש למנוע, ושיש לפרש חוק באופן המקים חזקה שתכליתו היא למנוע עקיפתו" (פס' 50 לפסק הדין).

12. בהקשר זה שגה בית המשפט הנכבד משקבע, כי החרגת המידע מתחולת החוק במקרה דנן יש בה כדי להגשים את "תכליתו הביטחונית של סעיף 14" (פיסקה 9 לפסק הדין). בסעיפים 27-22 לעתירה עמדה המערערת בהרחבה על הטעמים החוקתיים, המחייבים פרשנות מצמצמת של החריגים הקבועים בסעיף 9 לחוק חופש המידע, והדברים האמורים שם יפים הם מקל וחומר לעניין סעיף 14. מגבלות על זכות הציבור לקבל מידע הן מגבלות על נורמה חוקתית, ועל כן עליהן לעמוד במבחני התכלית הראויה והמידתיות. פרשנות מצמצמת של סעיף 14 מתיישבת עם תכלית החוק להגשים את עקרון הפומביות, ולאפשר אי גילוי מידע לציבור רק בהתקיים טעמים הכרחיים וענייניים המחייבים זאת – ובהקשר שלנו, ודאות קרובה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה באינטרס הביטחוני (בהתאם לסעיף 9 לחוק).

מדובר במידע המצוי ברשות המשיב

13. הגורם אשר לו הסמכות להחליט על ביצוע האזנות סתר ביטחוניות על פי חוק האזנת סתר הינו ראש הממשלה. הוא ולא השב"כ, הוא ולא המזכירות הצבאית שלו. מדובר בהחלטה

עצמאית ומהותית של ראש הממשלה, אשר מושאיה נדונים לפגיעה מן המעלה הראשונה בזכויותיהם, בכלל זה בזכויות החוקתיות לכבוד ולפרטיות.

כן כאמור לעיל, על ראש הממשלה מוטלות חובות דיווח שונות ביחס להיתרים שנתן, **לרבות החובה לדווח מדי שנה לוועדה המשותפת בכנסת על מספר ההיתרים שנתן**. כמובהר בסעיף 14(א) לחוק האזנת סתר, סמכויות ראש הממשלה לפי חוק האזנת סתר **אינן ניתנות לאצילה**.

14. בתגובה לשאלה הפשוטה של המערערת – כמה היתרים ניתנו בידי ראש הממשלה בשנים האחרונות? – טוען המשיב, כי המידע חוסה תחת סעיף 14 לחוק, משום שראש הממשלה בוחר לאחסן את המידע בשב"כ. טענה זו היא טענה מופרכת, אשר מרוקנת את חוק חופש המידע מכל תוכן. **גם אם הכספת בה שומר ראש הממשלה את המידע מצויה פיזית בשב"כ, המפתח הנורמטיבי לכספת זו נמצא בידי הווא**.

15. שגה בית המשפט הנכבד משקבע, כי מידע בסיסי אודות החלטות ראש הממשלה עצמו חוסה תחת סעיף 14 לחוק חופש המידע, אך משום שהוא מוחזק בפועל בידי השב"כ.

16. שגה בית המשפט הנכבד משקבע, כי אין בידי הורות לראש הממשלה למסור את המידע, שכן "העתירה שלפנינו היא לפי חוק חופש המידע ולא לפי חוק האזנת סתר. בית המשפט לעניינים מינהליים אף אינו מוסמך להיזקק לעתירות לפי חוק האזנת סתר. מכאן שבמסגרת העתירה הזאת לא ניתן לקיים ביקורת שיפוטית (ישירה או עקיפה) על החלטת ראש הממשלה באשר למקום שמירתו של המידע הנדון (שב"כ ולא משרד ראש הממשלה)" (פיסקה 9 לפסק הדין). **במקרה דנן, בית המשפט הנכבד כלל לא התבקש להורות לראש הממשלה לאחסן את המידע במקום זה או אחר. כל אשר ביקשה המערערת הוא, כי בית המשפט יורה לראש הממשלה למסור לה מידע, המצוי נורמטיבית ברשותו ובשליטתו**.

זאת ועוד – בית משפט הדין בעתירת חופש מידע מוסמך גם מוסמך להורות לרשות ציבורית, הכפופה לחוק חופש המידע, לנקוט באמצעים סבירים כדי שמידע המצוי ברשותה יהיה זמין באופן המאפשר לה לקיים את חובותיה לפי החוק.

17. כן שגה בית המשפט הנכבד משקבע, כי "עתירה לפי חוק חופש המידע בוחנת את בקשת המידע באספקלריה של הרשות המחזיקה במידע בפועל" (פיסקה 9 לפסק הדין, ההדגשה הוספה), תוך שהפנה בין השאר לסעיף 8(3) לחוק, הקובע כי "רשות ציבורית רשאית לדחות בקשה לקבלת מידע באחד מאלה... לאחר שנקטה אמצעים סבירים, התברר לה שלא ניתן לאתר את המידע או שאינו מצוי ברשותה". כפי שבית משפט נכבד זה קבע בע"פ 1761/04 גלעד שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9, 17 (2004) בהקשר מעט אחר – "המונח 'ברשות' כשלעצמו מלמד על שליטה רחבה יותר בחפץ מאשר החזקתו הפיזית בלבד". גם אם רשות בוחרת לאחסן מידע בחזקתו הפיזית של גוף אחר, אין בכך כדי להביא למסקנה, שהמידע אינו מצוי ברשותה.

18. שגה בית המשפט הנכבד משקבע בהקשר זה, כי מקרה דנן הוא שונה "ממצב בו הרשות המשיבה לעתירה מחזיקה בפועל במידע (גם אם במצב צבירה גולמי) אך טוענת כי נדרש ממנה לעבדו או להקצות משאבים בלתי סבירים בטיפול בו. בנסיבות כאלה אכן עשויה להיות נודעת משמעות לקיומה של חובה המוטלת על הרשות לעבד את המידע, בין חובה הקבועה בדין ובין חובה הנחוצה לביצוע עבודתה התקינה של הרשות... לא כן שעה שהמידע אינו מוחזק כלל בידי הרשות, אפילו לא במתכונת גולמית ובלתי מעובדת (עע"מ 6930/12 טירס נ' משרד הביטחון, מיום 8.7.13). במצב כזה לא מתקיימת מלכתחילה הגדרת 'מידע' שבסעיף 2 לחוק, לאמור 'כל מידע המצוי ברשות ציבורית...' (ההדגשה הוספה), וזאת אף אם קיימת הוראת דין (חיצונית לחוק חופש המידע), המחייבת את הרשות בשמירת המידע" (פיסקה 9 לפסק הדין).

במקרה דנן אין מדובר במצב בו המידע אינו קיים בפועל, אלא במצב בו בוחר המשיב לאחסן את המידע, אותו הוא מחוייב לשמור ועליו הוא מחוייב להגיש דיווח שנתי, אצל השב"כ. עניין טירס, אליו הפנה בית המשפט הנכבד – במסגרתו נקבע כי חובת הרשות למסור מידע אינה כוללת החובה לייצר מידע חדש על ידי מילוי שאלון או מתן ייעוץ פרטני לפונה – כלל אינו רלוונטי לסוגיה העומדת בפנינו. הפרשנות שאימץ בית המשפט הנכבד קמא – לפיה יכולה רשות לחמוק מחובותיה לפי חוק חופש המידע בטענה, כי המידע אינו "מצוי" ברשותה, משום שהיא שומרת אותו פיזית אצל גורם אחר, מסכלת את תכלית החוק ואינה סבירה.

19. בהקשר זה אף שגה בית המשפט משביקש לאבחן את ענייננו מהאמור בעת"מ (י-ם) 900/07 קרן דולב לצדק רפואי נ' נציבת הקבילות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי (2.11.2008) ("כאשר התנהלות תקינה של הרשות הציבורית מחייבת את קיום המידע במתכונת המבוקשת, והמידע אמור באופן סביר ורגיל להימצא בידיה, לא ניתן לפטור את הרשות הציבורית מלהתיר את העיון במידע בטענה שהמידע איננו מצוי אצלה במתכונת המבוקשת או שהדבר מצריך משאבים בלתי סבירים"), וכן מעת"מ (ת"א) 1428/02 העמותה למען מדע מוסרי נ' הממונה על העמדת מידע לציבור במשרד הבריאות, חלק ה לפסק הדין (3.8.2003) (העוסק בחובתה של רשות למסור מידע, שהיא אמורה להחזיק בו כדי למלא אחר חובות שבדין). **אם רשות ציבורית מחוייבת להשקיע את המשאבים הדרושים לעבד או לאסוף מידע גולמי, כדי לספק מידע שאמור באופן סביר ורגיל להימצא בידיה – על אחת כמה וכמה אין היא רשאית לחמוק מחובותיה לפי החוק בטענה האבסורדית שהמידע אינו ברשותה, משום שהיא שומרת אותו פיזית במקום אחר.**

20. זאת ועוד. הקביעה, כי יש להחריג מתחולת החוק מידע שנוצר על ידי רשות שלטונית שהחוק חל עליה (ראש הממשלה), רק משום שהוא מועבר בפועל לידי גוף המנוי בסעיף 14 – הופכת את השב"כ, הלכה למעשה, ל"עיר מקלט", שדי בהעברת החלטות ראש הממשלה לידיו כדי "להגן" עליהן מתחולת החוק. בעניין עצינון נקבע, כי "סעיף 14 אינו מוציא מתחולתו של החוק עניינים הנוגעים באופן כללי לעבודת אחד הגופים החוסים בצלו, אלא רק מידע שנוצר, נאסף או מוחזק באופן בלעדי על ידי אחד הגופים הללו... כאשר מידע נוצר בידי גוף שאינו חסוי ומוחזק בידי שתי רשויות שלטוניות – האחת חסויה והשנייה אינה חסויה – לא ייחנה המידע

מחיסוי אוטומטי...” (פיסקה 51 לפסק הדין, ההדגשה אינה במקור). דברים אלה יפים לענייננו – הן משום שמדובר במידע המצוי, נורמטיבית, בידי ראש הממשלה; והן משום שמדובר במידע שנוצר על ידו.

הסתיעות בשב"כ במילוי חובת הדיווח המוטלת על ראש הממשלה

21. כאמור, בהתאם להוראות חוק האזנת סתר, על ראש הממשלה עצמו להגיש דיווח שנתי לכנסת על מספר ההיתרים שנתן, ודיווח תקופתי ליועץ המשפטי לממשלה. גם מסיבה זו ברי, כי מדובר במידע, המצוי ברשותו.

22. שגה בית המשפט הנכבד משקבע, כי בחירת ראש הממשלה להסתיע בגוף עזר – השב"כ - לשם ביצוע "פעולות טכניות הסובבות את היתרי ההאזנה וטפלות לעצם נתינתם" – ובכלל זה הגשת הדיווחים – יש בה כדי להביא להחרגת המידע מתחולת החוק. גם אם ראש הממשלה מסתייע בשב"כ במילוי חובת הדיווח המוטלת עליו – ובלי כל קשר לשאלה הבלתי רלוונטית לענייננו אם הסתייעות זו בדין היא - הדיווח לכנסת עדיין הינו דיווח של ראש הממשלה ומטעמו. אף לטענת המשיב, השב"כ פועל בעניין זה "כזרוע ארוכה של ראש הממשלה" (פיסקה 7 לפסק הדין).

23. כפי שביט משפט נכבד זה הבהיר בעבר, "גם כשהתפקיד שבו מדובר הוא בעל אופי טכני, הרי 'שבהעבירה את הביצוע של תפקיד כזה לגורם חיצוני אין הרשות מתפרקת מן האחריות לביצועו התקיין'" (בג"ץ 4884/00 תנו לחיות לחיות נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, 213 (2004)). ההסתיעות בפועל בגורם אחר אינה מעבירה את הסמכות לאותו גורם, ובמקרה זה - אינה שוללת מראש הממשלה את השליטה במידע, ואינה מבטלת את הימצאותו של המידע, נורמטיבית, ברשותו.

24. זאת ועוד – אין בהסתיעות ראש הממשלה בגוף עזר לשם הכנת הדיווח כדי לשחררו מהכללים החלים עליו ביחס אליו, בהם חובותיו לפי חוק חופש המידע. יפים לענייננו דבריו של פרופ' יצחק זמיר בהקשר מעט אחר: "אין להעלות על הדעת שהרשות המינהלית תוכל להשתחרר מן החובה המוטלת עליה לפעול על פי כללים אלה בדרך של הפעלת הסמכות (ולו רק חלק מן הסמכות) באמצעות אחרים. הכללים חלים על הפעלת הסמכות כדי להבטיח הפעלה ראויה שלה, יהיה מי שמפעיל את הסמכות אשר יהיה" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך שני 856 (מהדורה שנייה, 2011)).

פעולה שלטונית נפרדת מבקשת השב"כ

25. למותר לציין, כי החלטת ראש הממשלה אם להעניק היתר האזנה היא פעולה שלטונית עצמאית ונפרדת מהבקשה, ומהחומרים שהוכנו כדי לתמוך בה. זאת, בדומה להחלטות הפרקליטות בתיקי חקירה, לגביהן נפסק כי אין בהחרגת מערך החקירות של המשטרה כדי להביא לאי תחולת חוק חופש המידע עליהן. כפי שפסק בית המשפט העליון בעניין ג'ולאני,

פרשנות המחילה את סעיף 14 על תוצרי עבודת הפרקליטות נוגדת הן את תכלית חוק חופש המידע להגשים ככלל את הזכות לגילוי מידע והן את לשון החוק:

"ככלל, חשוב לחזור ולהזכיר כי כמו בהקשרים אחרים יש להיזהר מפרשנות מרחיבה לחריגים לתחולתו של חוק חופש המידע, שהרי גילוי המידע הוא הכלל ואילו החיסיון הוא החריג לו (ראו למשל: עניין פריד, בעמ' 137-140). אכן, חומר חקירה משטרתי נופל לגדרו של החריג הקבוע בסעיף 14(א)(9). אולם, לא כן כאשר מדובר בעיבוד של חומרים אלה על-ידי הפרקליטות או אף התביעה המשטרית... מסקנה זו נובעת מלשון החוק, אך יותר מכך, היא נובעת מתכליתו. כאמור, החריג המתייחס למערך המודיעין והחקירות של משטרת ישראל לא נחקק עקב כך שהמידע המוחזק בידי מערך זה אינו מידע שלציבור עניין בו, אלא במטרה להגן על מידע מסווג, על שיטות חקירה ועל פרטיותם של הנוגעים בדבר, וכן כדי להבטיח את נכונותם של אזרחים לשתף פעולה עם חקירות המשטרה. כאשר מדובר בתמצית 'מעוקרת' של עובדות תיק חקירה שנערכה בידי הפרקליטות ושאינה פוגעת בפרטיותם של המעורבים ואף לא חושפת מידע מסווג, הרי שהחלת החריג אינה מגשימה את תכלית החוק. ייתכן שבמקרים רבים לא יהיה מקום להעביר לנאשם גם תמצית עובדתית כאמור, אך זאת מטעמים הנוגעים ליעילות העבודה ולחשיבות הנובעת להטיל מגבלות על 'מסעות דיג' של סניגורים. אולם, אין לומר שתוצרים אלה נופלים – הגדרתית – לגדרו של סעיף 14(א)(9), ולכן ההכרעה בכל הנוגע לגילויים תיעשה בגדרו של חוק חופש המידע ועל-פי המבחנים שנקבעו בו לכך" (עניין ג'ולאני, פסקה 45 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; כן ראו: ע"מ 2398/08 מדינת ישראל נ' סגל (19.6.2011)).

דברים אלה יפים הם לענייננו, ואף ביתר שאת, שכן במסגרת העתירה נשואת ערעור זה לא נתבקש מידע מהותי אודות תוכן החלטות ראש הממשלה, ואף לא תמצית המידע עליהן הן נסמכות – אלא נתונים מספריים בלבד. **אין בעובדה, כי הבקשות נסמכות על חומר המוכן בידי השב"כ, או כי החומרים מועברים לראש הממשלה (ומוחזרים לשב"כ) באמצעות המזכירות הצבאית, כדי להחריג מידע בסיסי אודות החלטות ראש הממשלה עצמו מתחולת חוק חופש המידע.**

26. שגה בית המשפט הנכבד משקבע, כי אין ללמוד לענייננו מהלכת ג'ולאני, שכן לדבריו:

"אין מדובר במידע שנוצר בשב"כ ולאחר מכן עבר תהליך של עיבוד בידי גוף שחוק חופש המידע חל עליו, אלא במידע שכיום מוחזק כל כולו אך ורק בידי השב"כ (ובאופן זמני בעבר גם במזכירות הצבאית). לכן אין להקיש לענייננו מהמקרה שנדון בפרשת ג'ולאני. באותו מקרה, חומר חקירה משטרתי עבר תהליך של עיבוד על ידי הפרקליטות אשר הכינה תמצית "מעוקרת" של עובדות החקירה באופן שאינו פוגע בפרטיות המעורבים ואינו חושף מידע מסווג... לעומת זאת, במקרה הנוכחי החומר הנוגע להיתרי האזנות הסתר הביטחוניות נשמר מלכתחילה בשב"כ, שם (ולא במשרד ראש הממשלה) מתבצעת גם ספירת ההיתרים שניתנו" (פיסקה 10 לפסק הדין).

כיצד ניתן לומר על היתרי ראש הממשלה, כי מדובר בחומר שנשמר "מלכתחילה בשב"כ" ולא עבר עיבוד עצמאי בידי גוף שחוק חופש המידע חל עליו? אכן, אין מדובר במידע "שנוצר בשב"כ ולאחר מכן עבר תהליך של עיבוד בידי גוף שחוק חופש המידע חל עליו" – אלא יותר

מזה, במידע שנוצר כל כולו בידי גוף שחוק חופש המידע חל עליו (ראש הממשלה), בהתבסס על חומרים שנאספו בידי השב"כ. הקביעה בעניין ג'ולאני יפה לענייננו, מכוח קל וחומר.

כן שגה בית המשפט הנכבד משנתן משקל בהקשר זה – ולאורך פסק דינו – לעובדה שספירת ההיתרים מתבצעת בפועל בידי השב"כ. אם יש לראות בהיתרים עצמם מידע, המצוי נורמטיבית ברשות ראש הממשלה, אזי ממילא המידע אודות מספר ההיתרים – הנגזר ישירות מההיתרים עצמם – מצוי אף הוא בידי. ולא – שיתכבד ויספור אותם.

27. אכן, כפי שעולה אף מהדוגמא, המובאת על ידי בית המשפט הנכבד קמא להמחשת גישתו, פסיקתו מטשטשת את ההבחנה בין המידע שנאסף על ידי השב"כ ומוגש לראש הממשלה על מנת שיקבל את החלטתו אם להעניק היתר, לבין המידע על ההיתרים עצמם. לדברי בית המשפט, אפשר להקיש לענייננו מהחלטת ממשלה על פתיחה במלחמה, לפי סעיף 40(א) לחוק יסוד: הממשלה:

"נניח שהממשלה קיבלה החלטה על פתיחה במלחמה. לצורך ניהול המלחמה נדרש אגף המודיעין בצה"ל לאסוף מידע מסוים. מידע זה אינו נתון לגילוי מכוח חוק חופש המידע, כאמור בסעיף 14(א)(1) לחוק, למרות שאיסוף המידע נועד לאפשר את הוצאתה לפועל של החלטת הממשלה (שאינה נכללת בסייג שבסעיף 14) בדבר פתיחה במלחמה. הוא הדין מקום בו שירות הביטחון הכללי, הנכלל אף הוא בסייג שבסעיף 14, אוסף ומחזיק (באופן בלעדי) במידע הנדרש להפעלת סמכות ראש הממשלה לפי חוק האזנת סתר" (פיסקה 9 לפסק הדין).

דווקא דוגמא זו ממחישה היטב את ההבחנה המובהקת בין המידע שנאסף בידי השב"כ לביסוס בקשתו להיתר – מידע שאכן חוסה תחת סעיף 14 לחוק – לבין הנתונים הכלליים אודות החלטות ראש הממשלה, שהתבקשו במסגרת העתירה. האם ייתכן, שבתגובה לשאלה כמה פעמים החליטה לפתוח במלחמה, תענה הממשלה כי מדובר במידע החוסה תחת סעיף 14 לחוק, שכן ההחלטות התבססו על חומר מודיעיני של צה"ל?

לסיום

28. האזנת סתר היא "התערבות חריפה בזכותו של אדם להיות עם עצמו. היא מהווה חדירה קשה לפרטיותו של האדם. היא שוללת מהאדם את מנוחת נפשו, את בטחונו בחופש רצונו. היא הופכת את מבצרו לכלאו." ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995). הפגיעה בזכויות חוקתיות הכרוכה בה מחייבת גילוי מירבי של היקף השימוש בסמכות – וזאת מכל הטעמים שפורטו בהרחבה בעתירה. לא ניתן ליישב בין הזהירות הרבה, עליה אנו עומדים ביחס להאזנות סתר פליליות, לבין מצב בו מידע על ההאזנות הביטחוניות נותר עלום לחלוטין.

29. בית המשפט הנכבד קמא שגה, משקבע כי המידע מוחרג מתחולת חוק חופש המידע מכוח סעיף 14, ואינו מצוי ברשות המשיב. קביעה זו מרוקנת את חוק חופש המידע מתוכן ונוגדת את תכלית החוק – לאפשר אי גילוי מידע לציבור רק כאשר הדבר נדרש באופן הכרחי,

מטעמים ענייניים. כאמור לעיל, המשיב אף לא הניח תשתית עובדתית לטענותיו לפי סעיף 9,
ובית המשפט הנכבד קמא ממילא גם לא דן בטענות אלה.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור ולהורות למשיב למסור למערערת
את המידע המבוקש.

19.6.14

לילה מרגלית, עו"ד
ב"כ המערערת