

המבקשת:

**האגודה לזכויות האזרח בישראל**

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר פלדמן ו/או נסרין עליאן ו/או משכית בנדל ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רעות כהן ו/או סנא אבן ברי

**מהאגודה לזכויות האזרח בישראל**

רחוב נחלת בנימין 75, תל אביב 65154  
טלפון: 03-5608185, פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

המשיב:

**משרד ראש הממשלה**

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

**בקשה לדיון נוסף**

בכפוף להחלטה בבקשה המוסכמת להארכת מועד בחמישה ימים, מוגשת בזאת בקשה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון שניתן ביום 3.11.2015 בעע"מ 4349/14 (להלן: "פסק הדין").

בפסק הדין דחה בית המשפט הנכבד ערעור שהגישה המבקשת על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים (כב' השופט משה סובל) מיום 14.5.2014 בעת"מ 10591-09-13, אשר בו נדחתה עתירה מנהלית שהגישה המבקשת לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק") לגלות 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").

עותק מפסק הדין של בית המשפט העליון מיום 3.11.2015 מצורף בזה.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיום דיון נוסף בהלכה שנקבעה בפסק הדין, ושלפיה חוק חופש המידע חל רק על מידע המצוי בפועל בידי הרשות הציבורית, ועל כן, רשות שהעבירה מידע שלה לגורם הכפוף למרותה ושהוא מוחרג מתחולת חוק חופש המידע, רשאית לדחות בקשה לגלותו רק מטעם זה. זאת מפאת חשיבותה, קשיותה וחידושה של הלכה זו.

## ואלה נימוקי הבקשה:

### פסק הדין וההלכה מושא הבקשה

1. המבקשת הפנתה למשיב בקשה מכוח החוק וביקשה שימסור לה את מספר ההיתרים שנתן להאזנות סתר ביטחוניות בחמש השנים האחרונות. המשיב דחה את הבקשה בטענה, שבגילוי המידע יש חשש לביטחון המדינה, ולפיכך חל החריג, הקבוע בסעיף 9(א)(1) לחוק.
  2. לאחר שהמבקשת הגישה עתירה מנהלית, שינה המשיב מטעמו וטען, שהמידע המבוקש כפוף לסייג המוחלט, שקבוע בסעיף 14(א)(2) לחוק על מידע של השב"כ. ראשית, נטען, שההיתרים לביצוע האזנות סתר ביטחוניות, נסמכים על הבקשות ועל מידע של השב"כ, ולפיכך המידע חוסה בצל הסייג המוחלט, גם אם הוא מצוי אצל ראש הממשלה או ברשות ציבורית אחרת.  
בנוסף ולחלופין נטען, כי ממילא המידע אינו נמצא בידי ראש הממשלה, ו"מוחזק אך ורק בידי השב"כ". ראש הממשלה נעזר בשב"כ לצורך שמירה על כל החומר הקשור לבקשות לביצוע האזנות ביטחוניות ולהיתרים, וכפועל יוצא מכך השב"כ גם מנהל את המעקב אחר היקף ההיתרים שניתנו לו, וממלא את חובות הדיווח ליועץ המשפטי לממשלה ולכנסת בהתאם למצוות חוק האזנות סתר. "לנוכח האמור, טען המשיב כי דין העתירה להידחות על הסף; שכן, בהתאם לסעיף 14(א)(2) לחוק חופש המידע – השב"כ מוחרג מתחולת החוק".<sup>1</sup>
  3. בית המשפט לעניינים מנהליים דחה את עתירת המבקשת, וזו הגישה ערעור לבית משפט הנכבד. בערעור חזרה המבקשת והדגישה, שהבקשה לקבלת המידע הופנתה לראש הממשלה ולא לשב"כ, ועל כן אין לבחון את בקשת המידע שלה ואין לדחותה בהסתמך על הסייג שבסעיף 14(א)(2) לחוק. הבקשה הוגשה לראש הממשלה, וגם אם המידע אינו מצוי בחזקתו הפיסית, עדיין הוא נמצא ברשותו ובשליטתו:
- "אין זה משנה במי נעזר ראש הממשלה ואצל מי הוא מחזיק את המידע - בין שמדובר בפלוניית או אלמוני שהחוק כלל אינו חל עליהם, ובין שמדובר במזכיר הצבאי או השב"כ שמוחרגים מתחולתו. ככל שהמשיב אינו זוכר בעצמו את מספר ההיתרים שנתן, וככל שהשב"כ אינו מוכן לבצע עבורו את הספירה, על המשיב לבקש מהשב"כ שיחזיר לו את ההיתרים ולספור בעצמו".<sup>2</sup>
4. בית המשפט הנכבד דחה את הערעור, למרות שקיבל את טענת המבקשת, שלפיה, "על אף שמקורו של המידע העומד ביסוד ההיתרים להאזנות סתר ביטחוניות הוא בשב"כ – ההיתרים עצמם ניתנים על ידי ראש הממשלה; והמידע המבוקש נוגע להיקף ההיתרים שניתנו ולא למידע העומד בבסיסם".<sup>3</sup> בכך נשמטה למעשה הקרקע מתחת לטענת המשיב, שלפיה המידע המבוקש חוסה בצל הסייג המוחלט (לפי סעיף 14(א)(2)) בלא קשר לזהות הרשות שבה הוא מצוי.

<sup>1</sup> פסקאות 4 ו-5 לפסק הדין.

<sup>2</sup> סעיף 3 לסיכומי התשובה של המבקשת (12.7.2015).

<sup>3</sup> פסקה 8 לפסק הדין.

5. יחד עם זאת, נדחתה טענת המבקשת, שלפיה, לאור לשון החוק ותכליתו יש לפרש את הביטויים "מידע מצוי ברשות ציבורית" (הגדרת "מידע" שבסעיף 2 לחוק) ו"המידע אינו מצוי ברשותה" (שבסעיף 38) באופן שלפיו די בכך שלרשות (בענייננו – לראש הממשלה) יש שליטה או "החזקה נורמטיבית" במידע כדי שיהיה עליה למסור אותו (כמובן בכפוף לטעמים אחרים לחיסיון, ככל שישנם כאלה).

תחת זאת נקבע, ש"ככלל מיקומו של המידע לצורך תחולת חוק חופש המידע ייקבע בהתאם להיכן שבו מצוי המידע בפועל". לאור זאת, כיוון שבענייננו המידע אינו נמצא בידיו של ראש הממשלה, נקבע שהחוק כלל אינו חל על הבקשה נשוא התיק, וראש הממשלה אינו חייב למסור את המידע למבקשת.

ההדגשות בציטוט שלנעיל ובכלל הציטוטים שלהלן נוספו על ידי הח"מ

6. יחד עם זאת, בית המשפט הנכבד ציין כי לכלל שקבע ייתכנו יוצאים מן הכלל:

"במקרים חריגים, כגון המקרה שלפנינו, קרי: מקרה שבו המידע נוצר ברשות אחרת מזו שבה הוא מוחזק ושעה שלרשות שיצרה את המידע סמכויות ייחודיות בעניין שאינן ניתנות לאצילה – יש להוסיף ולבחון אם מהותו של המידע תואם לאופיו ולתכליתו של הגוף שבו הוא מצוי. יש להוסיף ולבחון אם מהותו של המידע תואם לאופיו ולתכליתו של הגוף שבו הוא מצוי. הדבר נובע מתכליות החוק... מעמדה וחשיבותה של הזכות למידע מחייבים את בית המשפט לבחון כי החזקת המידע בגוף פלוני ולא אלמוני, אינה נעשית משיקולים הנעוצים בחוק חופש המידע – ובענייננו, כנטען, על מנת 'לחמוק' מגדר חובת הגילוי שבחוק".<sup>4</sup>

7. לאור זאת בחן בית המשפט את מכלול הנסיבות שבפניו, ובפרט "שאינן מדובר במידע 'זר' לתחומי עיסוקו של השב"כ", והגיע לכלל מסקנה, כי "לא ניתן לומר, בלא שהונחה לכך תשתית עובדתית ולו לכאורה, כי שמירתו בשב"כ נעשית משיקולים הנוגעים לחוק חופש המידע" דהיינו, במטרה "לחמוק" מגילוי המידע המבוקש.<sup>5</sup>

8. מכאן עבר בית המשפט הנכבד לבחון את השאלה השנייה שהציב בפתח הדיון, דהיינו, "מה דינו של המידע המבוקש מצוי בידי השב"כ?". ייאמר מיד, כפי שכבר ציינו (בסעיף 3 לעיל), טענות המבקשת באשר לפרשנות המצמצמת שיש לנקוט לגבי סעיף 14(א)(2), המחריג את השב"כ מתחולת החוק, התייחסו לניסיונו של המשיב "למתוח" את החריג המוחלט האמור על המידע המבוקש, אפילו אם הוא מצוי ברשותו של ראש הממשלה. המבקשת לא עתרה נגד השב"כ ולא ביקשה לקבל מידיו את המידע. פשיטא שגם עתה אין היא מבקשת לקיים דיון נוסף בעניין זה.

<sup>4</sup> פסקה 14 לפסק הדין.

<sup>5</sup> פסקאות 14 סיפא ו-15 רישא לפסק הדין.

### חשיבותה, קשיותה וחידושה של ההלכה שנפסקה

9. לשם הבהרת ההלכה שנפסקה, ועל מנת שנוכל לעמוד על השלכותיה, נתעכב בקצרה על הוראות החוק שמתייחסות להחזקה של רשות ציבורית במידע.

10. סעיף 2 לחוק מגדיר "מידע" כ"כל מידע המצוי ברשות ציבורית...". כזכור, בית המשפט הנכבד דחה את טענת המבקשת, שלפיה די בכך שהמידע יהיה בשליטתה או בחזקתה הנורמטיבית של הרשות הציבורית, כדי שיענה על תנאי ההגדרה הנ"ל, וקבע ש"חוק חופש המידע מתייחס אך למידע המצוי בפועל אצל הרשות הציבורית, כהגדרת 'מידע' שבסעיף 2 לחוק".<sup>6</sup>

בהתאם לזאת, רשות ציבורית שיצרה מידע אך לאחר מכן הוציאה אותו מחזקתה הפיסית, רשאית לדחות בקשת חופש מידע לגילוי ורק בשל כך שהוא אינו נמצא בפועל בידיה. החוק על עיקריו וחריגיו אינו חל על הבקשה.

11. נושא ההחזקה במידע נזכר גם בסעיף 8(3), שקבוע חריג לחובת הגילוי:

"רשות ציבורית רשאית לדחות בקשה לקבלת מידע באחד מאלה... לאחר שנקטה אמצעים סבירים, התברר לה שלא ניתן לאתר את המידע או שאינו מצוי ברשותה"

12. בהתאם לדברי ההסבר שניתנו לו בהצעת החוק, סעיף 8 לחוק מגדיר "נסיבות מינהליות טכניות" לדחיית בקשה, להבדיל מ"נסיבות ענייניות הנוגעות למהות המידע המבוקש, קרי חיסיון" שבסעיף 9, שבהן עשוי עקרון השקיפות לסגת מפני "הצורך לאפשר לרשות למלא את תפקידה ביעילות לטובת הכלל".<sup>7</sup> כפי שכתב פרופ' סגל:

"סעיף 8 דן בנסיבות מינהליות טכניות... המחוקק נתן בסעיף זה משקל לאינטרס של מניעת הכבדה על המינהל הציבורי... מן הראוי לפרש את הסעיף כך, שיחול רק על נסיבות, אשר בהן מתגלה קושי ממשי ורציני, המונע את מילוי הבקשה לגילוי מידע. אחרת, ישמש סעיף זה 'עיר מקלט' לרשות כנגד חובתה לגלות מידע המצוי ברשותה. שיקולי יעילות אינם יכולים לגבור בנקל על האינטרס שבקיום הזכות לדעת".<sup>8</sup>

13. על פי לשון הסעיף, על מנת שהרשות תישמע בטענה שהמידע "אינו מצוי ברשותה", עליה לנקוט "באמצעים סבירים" בניסיון לאתר אותו. יתר על כן, כפי שקבעה כב' השופטת (כתוארה אז) נאור:

<sup>6</sup> פסקה 12 לפסק הדין, וראו גם פסקה 14: "מיקומו של המידע לצורך תחולת חוק חופש המידע ייקבע בהתאם להיכן שבו מצוי המידע בפועל".

<sup>7</sup> ה"ח תשנ"ו עמ' 609, 630: דברי הסבר לסעיף 8: "החוק המוצע מכיר בכך שיש נסיבות שבהן אין לחייב את הרשות הציבורית למסור מידע. יכול שיהיו אלה נסיבות מינהליות טכניות, ובהן עוסק סעיף 8 לחוק המוצע, או נסיבות ענייניות הנוגעות למהות המידע המבוקש, קרי חיסיון, ובהן עוסק סעיף 9 לחוק המוצע. סעיף זה מכיר בכך, שהאינטרס הציבורי מחייב לאזן בין הרצון לקבל מידע שיתכן שקיים בידי הרשות הציבורית, לבין הצורך לאפשר לרשות למלא את תפקידה ביעילות לטובת הכלל. לכן, כאשר לאחר בדיקה מתברר לרשות, שקיימים קשיים להיענות לבקשה, הרשות רשאית לסרב לה, מאחד הטעמים הקבועים בחוק. העילות לסירוב לבקשה למידע מטעמים מנהליים טכניים הן אלה..."

<sup>8</sup> זאב סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע 165 (2000).

"סעיף זה קובע כי הרשות 'רשאית' להשתמש בנימוק זה כדי לדחות את הבקשה. **רשאית – ולא חייבת**. שיקול דעתה של הרשות המינהלית ביישום סעיף 18(1) ... נתון לביקורת שיפוטית ... על-פי כללי המשפט המנהלי"<sup>9</sup>

ודוקו, הדברים נאמרו בהקשרו של סעיף 8(1) לחוק, ואולם הם מתייחסים לתיבה "רשאית" המופיעה ברישא של סעיף 8 לחוק, וממילא חלים גם על הוראת סעיף 8(3). מה גם שקושי לאתר את המידע, כאמור בסעיף 8(3), נחזה כמקרה פרטי של החריג שבסעיף 8(1), דהיינו של מקרה שבו הטיפול בבקשה (לרבות הצורך באיתור המידע המבוקש) "מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה".

14. נוסף על כך, החריג שבסעיף 8(3) לחוק מותנה בכך, שהרשות תנמק כיצד איזנה בין שיקולי היעילות לבין האינטרס הציבורי שבגילוי המידע. נימוקים אלה של הרשות וסבירותם יעמדו לביקורת שיפוטית, בהתאם לכללי המשפט המנהלי. כפי שקבעה כב' השופטת חיות:

"כדי שהחלטה לסרב למסירת מידע מכוח סעיפים 8 ו-9 תעמוד במבחן הסבירות, על הרשות לאתר ולבחון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין ולאזן ביניהם, בין היתר בהסתייעות בכלי העזר שהועמדו לרשותה לצורך כך בסעיפים 10 ו-11 לחוק. ...

חובה אחרת המוטלת על הרשות מכוח הדין המנהלי בכל הנוגע לטיפול בבקשה למסירת מידע לפי חוק חופש המידע, היא החובה לנמק את הסירוב למסירת המידע שנתבקש, כולו או חלקו, ככל שכך החליטה."<sup>10</sup>

15. מכל מקום, בהתאם לפסק הדין, שעה שברור מלכתחילה שהרשות אינה מחזיקה בפועל במידע, הרי שהחוק אינו חל על מידע זה, ובקשת המידע נעצרת כבר על מפתנו. משכך, אין הרשות צריכה לעמוד בחובות שפורטו לעיל, ושמהוות תנאי להתגבשות החריג שבסעיף 8(3) לחוק.

16. ממכלול הדברים שלעיל עולה שההלכה שנקבע בפסק הדין היא זו:

**הגדרת 'מידע' בחוק חופש המידע מגבילה את תחולתו של החוק למידע המצוי בפועל ברשות הציבורית. מרגע שהרשות הציבורית הוציאה מידע מחזקתה הפיסית, הוראות החוק אינן חלות על בקשה לגלותו. הרשות הציבורית רשאית לסרב למסור את המידע, גם אם הוא מוחזק בידי גורם שכפוף לה, או אם יש בכוחה לדרוש את המידע ולהשיבו לידיה. הרשות אינה חייבת אפילו להסביר מדוע הוציאה את המידע מחזקתה, ומדוע לא יוחזר לחזקתה. יתר על כן, כיוון שהחוק אינו חל על המידע, הרשות הציבורית אינה חייבת לשקול את האינטרס הציבורי שיש בגילוי המידע. כל זאת להוציא מקרים שבהם מבקש המידע יצליח להראות, שמהותו של המידע אינה תואמת לאופיו ולתכליתו של הגוף שבו הוא מצוי, או שהעברת המידע נעשתה על מנת לחמוק מחובת הגילוי שבחוק, או משיקולים דומים הנוגעים לחוק.**

<sup>9</sup> בג"ץ 2398/08 משרד המשפטים נ' סגל, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (19.6.2011).

<sup>10</sup> עע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הארץ, פסקאות 20, 21 ו-23 לפסק דינה של השופטת חיות (19.1.2006); ור' גם: עע"מ 10845/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פסקה 63 לפסק דינו של השופט דנציגר (11.11.2008); לעניין חובת ההנמקה ראו גם בפסקה 11 לפסק הדין מושא הבקשה דכאן.

**הלכה חדשה עם השלכות רחבות: אי תחולה של חוק במקרה שהמידע יצא מחזקתה של הרשות**

17. פסק הדין קבע הלכה חדשה, שלפיה, מרגע שרשות ציבורית העבירה לחזקתו הפיסית של גורם אחר מידע שלה - שוב אין הוראות החוק חלות על מידע זה, והרשות אינה מחויבת לגלותו.
18. הסייג שיצרה ההלכה החדשה לגבי מידע שהרשות העבירה לרשות הכפופה לה, ושבה היא מסתייעת "לצורך ביצוע פעולות טכניות", חל מקל וחומר על מידע של הרשות, שהועבר לגורם אחר (או שמלכתחילה הוחזק על ידו עבודה), שאינו כפוף לה, שאינו חייב בהכרח לסור למרותה, ובמיוחד אם הוא גורם פרטי, שאינו כפוף לכללי המשפט המנהלי.
19. הכלל שלפיו אין החוק חל על מידע, שנוצר בידי הרשות והועבר מחזקתה הפיסית, חל מקל וחומר על מידע של הרשות, שמעולם לא היה בחזקתה הפיסית, וזאת גם אם בכוחה לצוות על מי שיצר אותו להעבירו לידיה.
20. למיטב ידיעתה של המבקשת, הטענה הקרובה ביותר לזו שהעלה המשיב בענייננו, התייחסה למידע של רשות ציבורית, שנוצר למענה או בהוראתה על ידי גוף אחר שפעל מטעמה או בשירותה, ושנשאר בחזקתו של אותו גוף כיוון שהרשות לא דרשה לקבל אותו לידיה כפי שהייתה רשאית לעשות. כפי שנראה, ניסיון להשתמש בטענה מעין זו כעילה לפטור מחובת הגילוי נדחה מכול וכול.
21. כפי שמוזכר בפסק הדין, המבקשת "הדגישה את חששה מהשלכות הרוחב הטמונות לטעמה ... בפסק הדין".<sup>11</sup> בית המשפט הנכבד אף ציין, כי "אין בענייננו כדי להעיד על הכלל" וכי "כל מקרה ייבחן לפי נסיבותיו".<sup>12</sup> אלא שמטבעה של מלאכת השיפוט, בחינת הנסיבות של כל מקרה ומקרה תעשה בעתיד בהתאם לכלל אי התחולה ובהתאם ליוצאים מן הכלל, שנקבעו לו בפסק הדין. להלן נבקש להראות מדוע ההלכה החדשה וכלל אי התחולה שהיא יצרה יחולו על טווח גדול של מקרים ונסיבות, שרחוקים ושונים מאוד מנסיבות המקרה שלפנינו - בקשת מידע שנוגע לפיקוח על פעילותה של רשות ביטחוניית. לצורך זה נקדים ונציג מקרה שילווה אותנו בהמשך הסקירה של ההלכה החדשה והשלכותיה.

**ההלכה החדשה משנה את הדין לגבי מידע של רשות ציבורית הנמצא בידי אחרים**

22. לאחרונה פסק בית המשפט לעניינים מנהליים (כבי' השופט מודריק) בעניין סומך<sup>13</sup> – עתירת חופש מידע הנוגעת להסכם, שכרת משרד הביטחון עם זכייך לשם הפעלת מזנונים בבסיסי צה"ל. הסכם הזיכיון התיר לזכייך להעסיק קבלן משנה, בתנאי שיעשה זאת לאחר "תחרות הוגנת, מתועדת ונתונה לשקיפות". העותר דרש לקבל מידע הקשור להסכם הזיכיון, ובנוסף לכך גם מידע הקשור להסכם שבין הזכייך לבין קבלן המשנה. בית המשפט קבע, כי מידע שקשור בהסכם הזיכיון הוא מידע של משרד הביטחון גם אם אין הוא מחזיק בו באופן פיסית:

<sup>11</sup> פסקה 7 לפסק הדין.

<sup>12</sup> פסקה 18 לפסק הדין.

<sup>13</sup> עתי"מ (תי"א) 2926-09-11 סומך נ' משרד הביטחון (שי' עודד מודריק, 28.3.2015).

"ראוי להבחין בין **מידע שהוא 'של' הרשות הציבורית** והועבר בידה לגורם אחר המחזיק במידע עבור הרשות לבין מידע המצוי בידי גורם 'זר' אפילו אותו גורם בעל זיקת עקיפין אל הרשות הציבורית... ביחס שבין משהב"ט לבין המפעיל [הזכיון – א"פ] כל מידע הנוגע להתקשרות **בין זה המצוי בידי משרד הביטחון ובין זה המוחזק ברשות המפעיל כפוף לחובת הגילוי על פי כללי חופש המידע**... ואילו ביחס שבין המפעיל לקבלן המשנה, אין לומר שהאחרון מחזיק ברשותו מידע של הרשות הציבורית."

23. בהתאם לזאת נקבע, כי פרטי התקשרותו של הזכיון עם קבלן המשנה אינם מהווים "מידע 'של' הרשות הציבורית" ועל כן אין משרד הביטחון מחויב לדרוש מהמפעיל או מקבלן המשנה "להמציאו לידיו על מנת לגלותו לעותר". בית המשפט הוסיף ש"מן הקביעה שהמידע אינו 'של' הרשות הציבורית נגזרת גם מסקנה שהרשות לא 'הבריחה' מידע שלה אל גורם חיצוני על מנת להימנע מחובת חשיפה לפי חוק חופש המידע."

24. לעומת זאת, בהתייחס למידע על האופן שבו ממלא הזכיון את התחייבותו כלפי משרד הביטחון (קיומה של תחרות הוגנת בין קבלני משנה), נקבע, כי ככל שקיים מידע כזה, העותר זכאי לקבלו בין שהוא נמצא בידיו של משרד הביטחון ובין שהוא נמצא בידי הזכיון:

"אף על פי שבין חובות הדיווח [שנקבעו במפורש בהסכם הזכיון – א"פ] לא כלולה חובת המצאת התיעוד בדבר קיומה של תחרות הוגנת, ברור שמהב"ט רשאי לדרוש עיון בתיעוד כאמור או לבקש להשתכנע בדרכים אחרות שתחרות כזאת קוימה. אין זו רק רשות או זכות של משהב"ט; זה, בעיקרון, עניין (אינטרס) מענייני החשובים.

האם מצוי תיעוד של התחרות ההוגנת ברשות משהב"ט? זאת לא נדע, כיון שמהב"ט ושאר המשיבות נמנעו מלהתייחס לנקודה זו. עולות בדעתי שלוש אפשרויות: הראשונה, משהב"ט אוהז בתיעוד... השנייה, נתוני התחרות ההוגנת מוחזקים בידי המפעיל (ויכולים לעמוד לרשות משהב"ט); השלישית, אין תיעוד כזה כל עיקר. **בשתי האפשרויות הראשונות חלה חובת גילוי לפי חוק חופש המידע. החובה חלה במישרין על משהב"ט ובאמצעותו גם על המפעיל (כגורם המחזיק ברשותו מידע של משהב"ט). חובת הגילוי היא עקרונית. היא עשויה להיות כפופה לסייגי הגילוי הקבועים בהוראות שונות של חוק חופש המידע (כגון סייג גילוי של סודות מסחריים).**"

25. הנסיבות שנדונו בעניין סומך לא רק שאינן יוצאות מן הכלל, אלא שהן הולכות ונעשות נפוצות ויותר יותר בעידן שבו הרשויות נעזרות בגורמים פרטיים בביצוע סמכויותיהן וחובותיהן על פי דין. בכל הפרטה או מיקור חוץ חייבת הרשות להבטיח מראש ולוודא בדיעבד, שהמתקשר אכן מקיים את כל התחייבויותיו החוזיות, ולא כל שכן, שהוא פועל בכפוף לכללי המשפט החוקתי והמנהלי שחלים עליה. בין שהיא מתנה זאת במפורש ובין אם לאו, יש בכוחה של הרשות לדרוש ממנו כל פרט מידע הקשור בביצוע חובותיו אלו. זאת ועוד, פעמים רבות הגורמים שמתקשרים עם הרשות

צוברים מידע<sup>14</sup> במהלך או אגב ביצוע התחייבויותיהם. גם מידע זה הוא "של" הרשות הציבורית, ובכוחה לקבל אותו לחזקתה הממשית.

26. כפי שראינו בסעיפים 18 ו-19 לעיל, וכפי שנראה בהמשך, ההלכה שנקבעה בפסק הדין חלה מקל וחומר גם על מקרים מסוג המקרים שלעיל, ובהתאם לה, הרשות תוכל לסרב לגלות מידע רק בשל כך שהוא אינו מצוי בפועל בידיה. היוצא מן הכלל שקבע בית המשפט הנכבד לא יוכל לסייע.

27. החשיבות בהצגת הדברים נעוצה בכך, שההלכה החדשה וכלל אי התחולה שהיא יצרה יחולו על טווח גדול של מקרים ונסיבות, שרחוקים ושונים מאוד מנסיבות המקרה שלפנינו - בקשת מידע שנוגע לפיקוח על פעילותה של רשות ביטחונית.

### **כלל אי התחולה מנוגד לתכלית החקיקה**

28. **ההלכה שנקבעה בפסק הדין היא חדשה וקשה**, משום שהיא פוטרת רשות ציבורית מחובת הגילוי, גם במקום שהגוף שהמידע הועבר למשמורתו אינו כפוף להוראות החוק. כך, מידע שהיה חייב בגילוי לו היה נשאר בחזקתה הפיסית של הרשות, **הופך למעשה לחסוי רק בשל כך שהרשות העבירה אותו מחזקתה**.

29. בכך נוצר למעשה **סייג מוחלט** מתחולת החוק, בכפוף ל"מקרים חריגים", שבהם הצליח העותר להניח תשתית עובדתית, שמעלה את החשד שהרשות הוציאה את המידע מחזקתה הפיסית כדי לחמוק מחובת הגילוי על פי החוק. מעבר לזאת, אין בוחנים את סבירות החלטתה של הרשות להוציא את המידע מחזקתה. הרשות אינה צריכה לנמק את החלטתה, ולבטח מדוע אין היא דורשת לקבל את המידע חזרה לידיה – ולו רק לשם מילוי חובתה לפי החוק.

ודוק, כללי המשפט המנהלי חלים גם על החלטת הרשות להחזיק במידע באמצעות אחרים. לבטח שהם חלים על החלטת המשיב בענייננו – להוציא מרשותו מידע, שהוא הכרחי כדי לפקח על האזנות הסתר של השב"כ, ולהפקיד אותו בידי הגוף שעליו הוא מצווה לפקח. ואולם החלטות אלו אינן נבחנות באספקלריה של החוק, ובתי המשפט לעניינים מנהליים שהוסמכו לדון בעתירות חופש מידע לא הוסמכו לדון בהחלטות אחרות של המשיב. כפי שנאמר בפסק הדין:

"עתירה לפי חוק חופש המידע בוחנת את בקשת המידע באספקלריה של הרשות המחזיקה במידע בפועל. עניינה אינו בשאלה איזו רשות צריכה הייתה להחזיק במידע אך בפועל נמנעת מלעשות כן"<sup>15</sup>.

30. הסייג שנוצר בהלכה החדשה הוא מוחלט גם במובן זה, שהתגבשותו מותנית אך ורק בכך שהרשות אינה מחזיקה באופן פיסית במידע, והרשות אינה צריכה לעמוד בתנאים שמציב החוק להתגבשות חריג לחובת הגילוי. **הרשות רשאית לסרב לבקשת המידע מבלי שיהיה עליה לשקול את**

<sup>14</sup> לעיתים אפילו מדובר במידע אישי הכפוף לחוק הגנת הפרטיות. ר' למשל, טיוטת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה: "עקרונות לביצוע מיקור חוץ המחייב מתן מידע או מתן גישה למידע ממאגרי מידע של גופים ציבוריים".

<sup>15</sup> פסקה 13 לפסק הדין.



**האינטרס הציבורי שבגילוי המידע, וממילא גם מבלי שיהיה עליה לנמק ולהסביר כיצד איזנה בינו לבין הטעם לחיסוי.**

31. פרשנות היוצרת סייג גורף כל כך לחובת השקיפות, אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה ועם ההלכות הפסוקות, שלפיהן יש לפרש בהרחבה את כלל השקיפות, ולפרש בצמצום את סייגיו וחריגיו.

32. לבסוף **ההלכה החדשה שנפסקה היא קשה משום שהיא עלולה ליצור תמריץ** לרשויות ציבוריות, להעביר מידע שבחזקתן לגורמים אחרים, ובדרך זו "לחמוק" מגדר חובת הגילוי שבחוק, בבחינת מציאת "עיר מקלט".

33. ייאמר מייד, בניגוד לרושם שעלה מטענותיה בהקשר זה, לא היה בכוונת המבקשת לטעון שבעניין הנדון ראש הממשלה העביר את המידע לידי השב"כ מתוך כוונה למלטו מתחולת החוק. זאת בשונה מחשש, בדומה לחששות שהובעו בפסיקה ובספרות, כמו למשל, בדבריו של פרופ' סגל שלפיהם יש לפרש את סעיף 8 לחוק בצמצום, ש"אחרת ישמש סעיף זה 'עיר מקלט' לרשות כנגד חובתה לגלות מידע המצוי ברשותה".<sup>16</sup>

34. אכן, כפי שציין בית המשפט הנכבד, המבקשת לא הניחה יסוד לטענה בדבר מטרה או מניע שהנחו את המשיב להעביר את המידע לשב"כ. למעשה, למבקשת אין שמץ של מושג מדוע החליט ראש הממשלה בעת שהחליט להעביר את המידע לשב"כ.

וכיצד תדע? והרי המשיב לא הסביר ואפילו לא רימז על טיב השיקולים שהנחו אותו בהחלטתו זו, ממש כשם שנמנע מלהסביר ולנמק מדוע אין הוא מבקש מהשב"כ, הכפוף לו, להחזיר לו את המידע על מנת שיוכל להיענות לבקשת המבקשת.

35. גם בנקודה זו יש בפסק הדין **הלכה חדשה וקשה, כיוון שהוא מטיל דווקא על מבקש המידע את נטל השכנוע.** מטבע הדברים, למבקש מידע שנתקל בטענה דוגמת זו שהעלה המשיב בענייננו, אין כל אפשרות להתחקות אחר נבכי נפשה של הרשות ולנחש את מניעיה. הרשות היא גם זו שיודעת את כל הפרטים הרלבנטיים. זהו אחד הטעמים, הגם שלא החשוב שביניהם, להלכה הפסוקה שמטילה על הרשות, שמבקשת לחסות מידע, להוכיח את העובדות שמבססות את טענתה, ולשכנע שעובדות אלו מקיימות את המבחן המשפטי לקיומו של החריג:

"על הרשות מוטל הנטל להוכיח כי מתקיימת עילה לחיסוי המידע, ומקום בו מצביע העותר על כך שקיים אינטרס ציבורי לגילוי המידע, שב הנטל אל הרשות ועליה להראות כי הפעילה איזון ראוי בין השיקולים שלעניין".<sup>17</sup>

<sup>16</sup> זאב סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע 165 (2000).

<sup>17</sup> עע"מ 6013/04 משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ (2.1.2006). פסקה 21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין; ר' גם: סגל 244-245: "המדניניות הראויה בהקשר זה צריכה לשקף גישה, שתיתן משקל כבד לחופש המידע. כך שעל הרשות הציבורית, הטוענת לחיסוי מידע, לשכנע במידה גבוהה של וודאות, כי גילוי המידע המבוקש יגרום לפגיעה חמורה ורצינית באינטרס שעליו היא מבקשת להגן."

### קשיותה של ההלכה החדשה

36. על פניו, הסייג הגורף שנוצר בפסק הדין מגן על האינטרס של **מניעת הכבדה על המינהל הציבורי** – מסוג האינטרסים "הטכניים" ו"המנהליים", שקיבלו הגנה מסוימת בסעיף 8 לחוק. קיים קושי ליישב בין ההגנה המוחלטת כמעט, שפסק הדין העניק לאינטרס "טכני - מנהלתי" שכזה, בשים לב להגנות החלשות בהרבה, שניתנו לטעמים מהותיים לחיסיון - חשש לביטחון; פגיעה בפרטיות וגו'.

37. ההלכה החדשה יוצרת קושי מיוחד גם אם בוחנים את הסייג המוחלט שנוצר בה אל מול חריגים טכניים ומנהליים אחרים. שהרי מקרה שבו הרשות העבירה מידע שלה לאחרים מבלי להשאיר בידה העתק הוא חריג ונדיר. ברובם המכריע של המקרים גם אם המידע אינו ניתן לאיתור (כאמור בסעיף 8(3) לחוק) - הרשות אינה יודעת זאת מייד עם קבלת הבקשה לגילוי. במקרים אלה לא תוכל הרשות להסתמך על חריג מהחריגים שבסעיף 8 לחוק, אלא אם השקיעה מאמצים סבירים בחיפוש אחר המידע המבוקש. וככל שהאינטרס בגילוי המידע גדול יותר – כך יהיה עליה להוסיף ולחפש כדי לעמוד בדרישת הסבירות. מדוע אם כן פטר המחוקק לחלוטין את הרשות מכל מאמץ רק בשל כך שהמידע אינו מצוי בחזקתה הפיסית, ואפילו אם היא יכולה להחזירו לידיה בהבל פה וכהרף עין?

38. ההלכה, שלפיה החוק אינו חל על מידע שאינו מצוי בפועל בידי הרשות, נסמכת בראש ובראשונה על הגדרת "מידע" שבסעיף 2 לחוק – **"מידע המצוי ברשות ציבורית, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב"**. מלשון ההגדרה לבדה קשה ללמוד שכוונת החקיקה היתה החזקה בפועל בלבד. אדרבא, לאור הכללתו של מידע "ממוחשב" בהגדרה, ניתן לעמוד על הקושי שקיים בהתמקדות במימד הפיסי של ההחזקה במידע בעידן המחשב, שבו המידע נמצא "בפועל" בשרת מרכזי או אפילו ב"ענן", שאינו ממוקם בהכרח במשרדי הרשות.

39. גם דברי ההסבר של הצעת החוק אינם מלמדים בהכרח, ולמצער אינם מחייבים פרשנות, שלפיה מידע "המצוי ברשות הציבורית" הוא רק מידע המוחזק על ידה בפועל:

"הגדרה זו מתייחסת למידע קיים בלבד, כלומר למידע הנמצא בידי הרשות הציבורית בעת קבלת הבקשה למידע. החוק אינו מטיל חובה על הרשות הציבורית להכין מידע מיוחד עבור מבקש המידע, כגון סטטיסטיקות למיניהן שהרשות לא הכינה לצרכיה היא. מבקש המידע יוכל לקבל אותו חומר גולמי הקיים בידי הרשות ולעבדו כרצונו".<sup>18</sup>

40. ואמנם, עד כה התייחסה הפסיקה להגדרת "מידע" שבסעיף 2 כדי להדגיש, שחובתה של הרשות למסור מידע (בהתאם לסעיף 1 לחוק) אינה כוללת חובה לעבד את המידע המצוי ברשות:

<sup>18</sup> ה"ח תשנ"ו עמ' 609, 620;

"אכן, עיבוד מידע איננו אחד מתפקידיה העיקריים של הרשות שהרי 'חוק חופש המידע עוסק במסירת מידע קיים'... וראו גם הגדרת המונח 'מידע' בסעיף 2 לחוק, לפיו מידע הוא "כל מידע המצוי ברשות ציבורית"<sup>19</sup>

41. זאת ועוד, הגדרת "מידע" בסעיף 2 לחוק אינה מתנה את תחולת החוק בכך שהמידע המבוקש יהיה בידי הרשות הציבורית שממנה מבקשים את המידע: די בכך שהמידע "מצוי ברשות ציבורית" כלשהי על מנת שהרשות תהיה כפופה להוראות החוק. ככל שהמידע אינו מצוי ברשותה, תוכל הרשות לטעון לחריג שבסעיף 3(8) לחוק, ובלבד שתעמוד בכל התנאים שנקבעו לחריג האמור בסעיף זה וביתר הוראות החוק.

42. יתר על כן. סעיף 14(ד) לחוק קובע, כי הוראות החוק "לא יחולו על מידע שהעבירה הרשות הציבורית לגנוז המדינה בהתאם לחוק הארכיונים". אם כוונת החקיקה אכן הייתה להחריג את תחולת החוק בכל מקרה של העברת מידע מחזקתה של הרשות - לא היה המחוקק משחית מילים לריק בסעיף 14(ד). שהרי מידע שהועבר לגנוז אינו נמצא בחזקתה הפיסית של הרשות, ועל כן, ככל ש"חוק חופש המידע מתייחס אך למידע המצוי בפועל אצל הרשות הציבורית" כפי שנקבע בפסק הדין,<sup>20</sup> ממילא אין הוראות החוק חלות עליו, ולא היה צורך לקבוע זאת בהוראה נפרדת.

43. בדומה לחוק הישראלי, גם חוק חופש המידע האוסטרלי משנת 1982 הגדיר "מידע" כמידע המצוי ברשות (possession). בתי המשפט הפדראליים פסקו כי הגדרה זו כוללת "החזקה נורמטיבית", דהיינו, חלה גם במקרה שהרשות אינה מחזיקה במידע בפועל, אך יש לה כוח משפטי לקבל אותו.<sup>21</sup>

44. בפסק הדין נאמר עוד, שהכלל המגביל "מידע" למידע המצוי בפועל בידי הרשות, מוצא את ביטויו "אף במסגרת הוראות החוק עצמו... וסעיף 3(8) מורה כי רשות ציבורית רשאית לדחות בקשה לקבלת מידע אם 'לאחר שנקטה אמצעים סבירים, התברר לה שלא ניתן לאתר את המידע או שאינו מצוי ברשותה" (ההדגשה במקור – א"פ).<sup>22</sup> בית המשפט הנכבד קבע כי גם כאן הכוונה היא להחזקה בפועל.

45. אלא שבכל הכבוד, הוראות סעיף 8 בכלל, וסעיף 3(8) בפרט מקשים על קביעה זו. כפי שכבר ראינו לעיל,<sup>23</sup> החריג שבסעיף זה מותנה בכך שהרשות "נקטה באמצעים סבירים" בניסיון לאתר את המידע, וגם אז עדיין היא "רשאית אך לא חייבת" לדחות את הבקשה, עליה לשקול גם את האינטרס הציבורי שבגילוי המידע ולאזן באופן סביר בינו לבין ההכבדה שכרוכה בהמשך החיפוש. בכל הכבוד, הדעת נותנת שהמחוקק, שחייב את הרשות להשקיע משאבים ניכרים

<sup>19</sup> עע"מ 2398/08 משרד המשפטים נ' סגל, פסקה 30 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (19.6.2011); ר' גם את ההפנייה לעע"מ 1825/02 משרד הבריאות נ' איגוד בתי אבות, פ"ד נט(3) 726, 731 (2005).

<sup>20</sup> פסקה 12 (עמוד 13) לפסק הדין: "חוק חופש המידע מתייחס אך למידע המצוי בפועל אצל הרשות הציבורית, כהגדרת 'מידע' שבסעיף 2 לחוק."

<sup>21</sup> *Re Mildenhall and Department of Premier and Cabinet (No 2)* (1995) 8 VAR 478; *Beesley v Australian Federal Police* (2001) 111 FCR 1.

<sup>22</sup> פסקה 12 לפסק הדין.

<sup>23</sup> סעיפים 12 עד 14 ו-37 לעיל.

בניסיון לאתר מידע המצוי במקום לא ידוע בחצריה, לא התכוון לפטור אותה מן "המאמץ" לפנות לרשות שמחזיקה עבורה במידע ולבקש ממנה להעבירו לידיה.

46. הפרשנות שלפיה "מידע המצוי ברשותה" אינו מוגבל למידע המצוי בפועל בידי הרשות, וכולל גם מידע שנמצא בשליטתה הנורמטיבית עולה בקנה אחד גם עם הפרשנות המצמצמת שיש לתת לחריגים שבחוק.

#### יוצא מן הכלל – מקרה חריג של חוסר תום לב

47. אכן, בית המשפט הנכבד סייג את הפטור המוחלט שקבע, אך הסייג הוא צר מאוד: באחרית פסק הדין הודגש, כי "אין בענייננו כדי להעיד על הכלל". אך אמירה זו נסתרת לכאורה מיד לאחר מכן בקביעה שלפיה "ענייננו של חוק חופש המידע הוא ככלל במידע המצוי בפועל אצל הרשות."<sup>24</sup>

48. לעומת זאת היוצא מן הכלל, לפי תיאורו ("אין בכך כדי לומר שלא ייתכן מצב... " וגו') ולפי ההסברים שנלוו אליו, הוא צר ביותר ומסתכם למעשה במצב שבו הרשות העבירה את המידע (או נמנעת מלדרוש אותו בחזרה) בחוסר תום לב – במטרה למלט אותו מתחולתו של החוק, ובמיוחד במקום שבו אין קשר ענייני או הגיוני בין המידע לבין הגורם שמחזיק בו.

49. בתי משפט שיישמו בעתיד את ההלכה שנקבעה, יבקשו "לבחון אם מהותו של המידע תואם לאופיו ולתכליתו של הגוף שבו הוא מצוי".<sup>25</sup> בחינה זו תעשה באמצעות היקש מנסיבות המקרה שלפנינו. מקרה אשר בו ראש הממשלה מעביר לשב"כ את כל המידע הדרוש כדי לבצע את סמכויותיו הבלעדיות והבלתי ניתנות להאצלה: לבקר ולפקח על האזנות הסתר שמבצע השב"כ, ולהעביר דיווח לגורמי פיקוח נוספים (סעיפים 14 ו-4 לחוק האזנת סתר):

"המעקב על אודות היקף ההיתרים שניתנו מתבצע בשב"כ. כפועל יוצא מן האמור, אף הדיווחים ליועץ המשפטי לממשלה ולוועדה המשותפת בהתאם לחובות הדיווח – מועברים ישירות על ידי השב"כ".<sup>26</sup>

50. כפי שציין בעבר כב' השופט זילברטל, מנגנוני הפיקוח והבקרה על האזנות סתר נועדו לענות על "הרגישות הקיימת בציבור לביצוע האזנות סתר".<sup>27</sup> גם בית המשפט הנכבד עמד על חשיבותם הגדולה של מנגנוני הפיקוח. והנה מסתבר, שראש הממשלה מסתמך על השב"כ במילוי חובתו שלו (של רה"מ) לפקח על השב"כ. על פניו מדובר בפגם חמור ביותר, וככל הנראה גם בלתי חוקי, שכן לראש הממשלה אסור להאציל את הסמכויות שניתנו לו בחוק האזנות סתר, ובכלל זה – הסמכות לקיים מעקב אחר האזנות הסתר הביטחוניות והסמכות להעביר דיווחים לגורמים שמקיימים ביחד איתו פיקוח על השב"כ. ככל הנראה שלכך כיוון בית המשפט הנכבד, שעה שראה לנכון לציין

<sup>24</sup> פסקה 18 לפסק הדין, החוזר על הדברים שבפסקה 14: "ככלל מיקומו של המידע לצורך תחולת חוק חופש המידע ייקבע בהתאם להיכן שבו מצוי המידע בפועל – ובענייננו, המידע המבוקש אינו נמצא ברשות ראש הממשלה אלא ברשות שירות הביטחון הכללי בלבד."

<sup>25</sup> ראו בפסקה 14 לפסק הדין.

<sup>26</sup> פסקה 8 לפסק הדין.

<sup>27</sup> ב"ש (י-8) 4985/08 סיטבון נ' מדינת ישראל (ש' צבי זילברטל, 7.10.2008).

מיוזמתו, כי אין הוא מביע עמדה "באשר לחוקיות שאלת הסתייעותו של ראש הממשלה בשב"כ לצורך חובות הדיווח".<sup>28</sup>

51. בית המשפט הנכבד קבע, כי "האחסון של המידע כולו בידי השב"כ, במצב דברים זה, אינו נדמה כמהלך לא טבעי; וניתן לומר כי הוא אף מובנה ומתבקש". קביעה זו היא מוקשית לאור הבעייתיות הגדולה שנעוצה בהחזקת המידע המבוקש בידי השב"כ. אמנם, כאמור, בעתירה לפי החוק אין אפשרות לבקש סעד שיורה לראש הממשלה לנהל מעקב על האזנות הסתר, ולדווח לגורמים אחרים שמפקחים על השב"כ בעצמו ולא "בעזרת" השב"כ. ועדיין, גם אם בית המשפט "אינו מביע עמדה באשר לחוקיות הסתייעותו של ראש הממשלה בשב"כ" עדיין אין בכך כדי להפוך נוהג זה ל"מובנה ומתבקש".

52. ודוק, ברי כי האופן שבו יישם בית המשפט הנכבד את ההלכה, שקבע בפסק הדין, על עובדותיו אינו מהווה עילה לקיום דיון נוסף. אבל קביעתו של בית המשפט הנכבד על רקע נסיבותיה, מציבה רף נמוך ביותר ל"קשר ענייני או הגיוני בין מקום אחסון המידע לבין המידע גופו". זה המקרה שממנו בתי משפט יעשו היקש, בבואם ליישם את ההלכה שנפסקה בענייננו.<sup>29</sup>

כך, למשל, בנסיבות כמו אלו שנדונו בעניין סומך,<sup>30</sup> נקבע כי מחובתה של הרשות לדאוג לקבל לידיה מידע, שמתעד את האופן שבו מבצע הזכייין את חובותיו החוזיות כלפי הרשות. יישום ההלכה שנפסקה בענייננו היה מוביל מכוח קל וחומר לתוצאה הפוכה.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון נוסף בהלכה שנקבעה בפסק הדין ובמיוחד בשאלה העיקרית שהוגדרה בכותרת בקשה זו.

<sup>28</sup> פסקה 13 לפסק הדין.

<sup>29</sup> פסקה 18 לפסק הדין.

<sup>30</sup> ר' סעיף 23 לעיל.