

על פסק הדין בעע"מ 11014-12-16 מיום 16.5.2019

1. 'יש דין' - ארגון מתנדבים לזכויות אדם [ע"ר 580442622]

2. 'עמק שווה' – ארכיאולוגיה בצל הסכסוך [ח.ל.צ 514214295]

באמצעות ב"כ עו"ד ישי שנידור ואח'

רח' דוד חכמי 12, תל אביב 6777812

טל': 077-5472001 ; פקס : 077-5472003

**העותרות**

- נגד -

1. המינהל האזרחי איו"ש

2. קצין מטה ארכיאולוגיה במינהל האזרחי איו"ש

באמצעות פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

טל' : 02-6466671 ; פקס : 02-6467011

**המשיבים**

**עתירה לדין נוסף**

העותרות, המערערות בעע"מ 11014-12-16, יעתרו לדין נוסף בפסק-דין של בית המשפט מיום 16.5.2019 אשר ניתן בדעת רוב של כב' השופטים י' אלרון ונ' סולברג, כנגד דעת מיעוט של כב' השופטת ע' ברון (להלן 'פסק הדין'), אך בשתי בסוגיות הבאות מבין אלו שנדונו והוכרעו בפסק הדין :

א. האם "חשש מחשיפה לחרם" יכול להוות הצדקה לאי גילוי מידע לפי סעיף 9(ב)(6) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן : 'החוק') - "מידע הנוגע לעניינים מקצועיים של אדם, שגילוייו עלול לפגוע פגיעה ממשית באינטרס מקצועי או כלכלי שלו", כשבאופן עקרוני ולפי כל שיקול אחר עומדת לציבור זכות לקבלת המידע.

ב. תחולת חוק חופש המידע על רשויות המדינה הפועלות מחוץ לתחומה בכלל, ותחולת החוק על המשיבים בפרט (המינהל האזרחי באיו"ש על קציני המטה והגורמים האחרים הפועלים במסגרתו).

בהתאם להחלטת כב' הרשמת עבדיאן מיום 11.6.2019 ניתנה ארכה עד ליום 26.6.2019 להגשת עתירה זו.

פסק הדין מצורף כנספח לעתירה.

**ואלה נימוקי העתירה לדין נוסף**

הבקשה לקבלת שמות החוקרים מקבלי רישיונות החפירה בגדה המערבית וההליכים הקודמים - בתמצית

1. יסודו של התיק בבקשה לפי חוק חופש המידע, שהגישו העותרות למשיבים ביולי 2013, לקבלת מידע על ניהול המחקר הארכיאולוגי בגדה המערבית. בעקבות התעלמות המשיבים מהבקשה הוגשה ביולי 2014 עתירה לבית המשפט המחוזי בירושלים (בשיבתו כבית משפט לעניינים מנהליים), אשר נדונה לפני כב' השופט ד"ר י' מרזל (עת"מ 14-07-37527).
2. בעקבות הגשת העתירה נמסר חלק מהמידע, והיא צומצמה באמצעות הגשת עתירה מתוקנת למספר נושאים, לרבות שלושת הנושאים שנכללו בסופו של דבר בערעור שהוגש לבית המשפט הנכבד, והראשון שבהם, והנושא בו מתבקש עתה דיון נוסף: **שמות החוקרים (ארכיאולוגים) אשר קיבלו רישיון לביצוע חפירה ארכיאולוגית בגדה המערבית**. עתירה זו אינה עוסקת בפרטי המידע האחרים שהתבקשו בהליכים הקודמים<sup>1</sup>.
3. יצוין כי המסמכים הרלוונטיים בהם מוזכרים שמות החוקרים (מסמכים שהועברו לעותרות תוך השחרת פרטי החוקר) הם רישיונות החפירה עצמם, וכך הפרוטוקולים של 'המועצה המייעצת' של קמ"ט ארכיאולוגיה בהם נדונה הענקתם של אותם רישיונות חפירה.
4. בית המשפט קמא הורה למשיבים לפנות ל-34 החוקרים הרלוונטיים. לאחר שני סבבים של פניות היו עמדות החוקרים כדלקמן: 14 הסכימו לגילוי; 15 לא הגיבו; 5 התנגדו – רק שלושה מהם בשל חשש ל"חרם אקדמי" ופגיעה בעבודתם. בהמשך גם שמע בית המשפט קמא את המשיבים במעמד צד אחד. ביום 21.11.2016 ניתן פסק הדין בעתירה.
5. בעוד שבפסק הדין הורה בית המשפט קמא על גילוי חלק מהמידע שהתבקש על-ידי העותרות, הוא דחה את העתירה לגילוי המידע בשלושת הנושאים עליהם הוגש בסופו של דבר הערעור, לרבות שמות החוקרים – הנושא לגביו מוגשת העתירה הנוכחית.
6. בכל הנוגע לגילוי שמות החוקרים קיבל בית המשפט קמא כי באופן עקרוני מדובר במידע שיש לגלותו ושמגולה בפועל על-ידי רשות העתיקות בתחומי הקו הירוק (ובירושלים המזרחית), ודחה את טענת המשיבים כי אין למסור את המידע מחמת פגיעה בפרטיות. יחד עם זאת, בית המשפט קמא קיבל את עמדת המשיבים, כי קיים "חשש ברור ואמיתי" לפגיעה "ממשית" באינטרסים מקצועיים וכלכליים של החוקרים (ואף של המוסדות האקדמיים שאליהם הם משתייכים) כתוצאה מחרם אקדמי, ועל כן בנסיבות העניין מתקיים החריג הקבוע בסעיף 9(ב)(6) לחוק.

---

<sup>1</sup> . שני הנושאים הנוספים שנדונו בערעור: שיעור הממצאים הארכיאולוגיים מהגדה המערבית המוחזקים במחשני המשיבים לעומת שיעור הממצאים המוחזקים במחשני רשות העתיקות בתחום הקו הירוק, ורשימת ההשאלות של ממצאים ארכיאולוגיים מהגדה המערבית.

7. בית המשפט קמא קבע, כי לאור חשש זה מסנקציות עקב החרם אין לגלות אפילו את שמות החוקרים שלא התנגדו למסירת פרטיהם ("החוקרים האדישים"), וכי ניתן לגלות רק את שמות החוקרים שנתנו הסכמה פוזיטיבית לכך. בית המשפט גם דחה עתירה חלופית של המערערים כי המידע הכולל את שמות החוקרים יימסר מעתה ואילך (לאחר שמצב הדברים יובהר לחוקרים שיגישו בקשות חדשות).

#### טענות העותרות במסגרת הערעור לבית המשפט הנכבד

8. העותרות העלו בפני בית המשפט הנכבד שורה של טענות ביחס לפסק-דינו של בית המשפט קמא. בין היתר טענו העותרות, ביחס לנושא שמות החוקרים מקבלי רישיונות החפירה, כדלקמן:
- א. כי המדובר בפרטי מידע שככלל עומדת זכות מובהקת לקבלתו (ואמנם בתחומי הקו הירוק ובירושלים המזרחית הוא מפורסם באופן יזום על-ידי רשות העתיקות, מקבילתו של המשיב 2).
  - ב. כי אי מסירת מידע כזה תעמיק את הפער בין המצב המשפטי בתחומי הקו הירוק למצב המשפטי השורר בגדה המערבית, ולכן רק תצדיק, תחזק ותזין את תנועת החרם.
  - ג. כי אי מסירת המידע אשר מגולה לגבי חפירות בירושלים המזרחית, הרגישות פי כמה ואשר דינה מבחינת תנועת החרם כדין הגדה המערבית, מהווה תוצאה אבסורדית.
  - ד. כי, מכל מקום, לאור זאת נדרש להוכיח ברמת וודאות גבוהה פגיעה ממשית בחוקרים לשם הצדקת אי גילוי מידע כזה, וכי המשיבים לא הוכיחו ברמת הוודאות הנדרשת פגיעה כאמור.<sup>2</sup> ;
9. המשיבים, ככלל, הגנו על פסק דינו של בית המשפט קמא ועל קביעותיו במסגרתו (ור' פירוט עמדת המשיבים בסעיפים 14-16 לפסק הדין).

#### פסק הדין נשוא עתירה זו

10. הדיון בערעור התקיים ביום 11.11.2018, ופסק הדין ניתן ביום 16.5.2019. דעת הרוב נכתבה על-ידי כב' השופט י' אלרון, אליה הצטרף כב' השופט נ' סולברג, ואילו כב' השופטת ע' ברון היתה בדעת מיעוט לפיה דין הערעור להתקבל במלואו.

#### ביחס לשאלה המקדמית בדבר תחולת חוק חופש המידע על המשיבים

11. ביחס לשאלת תחולת החוק על המשיבים קבע כב' השופט אלרון כי 'לנוכח הסכמת הצדדים לסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים להכריע בעתירתם של המערערים בהתייחס להוראות חוק חופש

<sup>2</sup> . 75% מהחוקרים לא התנגדו למסירת המידע, רק שלושה מתוך 34 התנגדו בטענה של חשש מחרם, וכאשר המשיבים התבקשו במסגרת הליך פרטים נוספים לתת מידע על "מקרה כלשהו בו נפגע חופר באופן כלשהו בשל תנועת החרם עקב חפירה בגדה" היתה תשובתם: "התקבלה בעבר שמועה על פגיעה בקידום האקדמי של חוקר עקב חפירה בשטחי אי"ש. אמנותה לא הובהרה", כי לא הוצגו כל ראיות לפגיעה בחוקרים במזרח ירושלים, שכאמור מנהלים חקירות רגישות פי כמה ושתנועת החרם אינה מבדילה בינם לבין חופרי הגדה המערבית, או לפגיעה במחקר הארכיאולוגי במזרח ירושלים עקב זאת.

המידע כנקודת מוצא, ובהיעדר נפקות מהותית לסוגיה על ההכרעה בערעור שלפנינו – מצב דברים אשר דומה כי הוסכם גם הוא על-ידי הצדדים – לא מצאתי לנכון להידרש לדיון בהלכה זו."

12. **ואולם, לצד הערה זו הכריע כב' השופט אלרון פוזיטיבית בסוגיה :**

"חוק חופש המידע מהווה תוצר של איזון שביקש לערוך המחוקק הישראלי בין זכותו של הפרט לדעת וזכות הציבור לקבל מידע מרשות ציבורית לבין זכויות אדם ואינטרסים חברתיים המתקיימים בהקשר הנורמטיבי שבמסגרתו הוא פועל. זאת, בהתאם לעוצמתם ולמיקומם במדרג הערכי הקיים במשפט הישראלי ועל רקע מציאות החיים המאפיינת את המרחב הגיאוגרפי והחברתי שבו הוא חל. על כן, **בהיעדר הוראה מפורשת בדבר תחולתו האקס-טריטוריאלית של החוק, הוא אינו חל באופן ישיר במרחב זה"** [הגדה המערבית-י.ש].

13. יחד עם זאת קבע (שם), כי אין חולק כי "עקרונות חוק חופש המידע" חלים על הרשויות הישראליות גם בגדה המערבית, תוך הפנייה לפסיקת בית המשפט בעניין רגבים (בג"ץ 6870/14 רגבים נ' ראש המינהל האזרחי, פסקה 20 (3.1.2017)).

14. דעת המיעוט של כב' השופטת ברון קבעה בעניין זה כדלקמן (סעיף 6 לפסק דינה, עמ' 27 לפסה"ד) :

א. תוך שחולקת במפורש על פסיקתו של כב' השופט אלרון קבעה כי חוק חופש המידע חל גם על רשויות הציבור הישראליות הפועלות במרחב הגדה המערבית גם בהיעדר הוראה מפורשת הקובעת תחולה אקס-טריטוריאלית.

ב. תחולת החוק בעניין של העותרות נובעת מהיות המינהל האזרחי זרועו הארוכה של משרד הביטחון. "משרד הביטחון הוא רשות ציבורית" כלשונו של החוק, וככזה הוא כפוף להוראות חוק חופש המידע – ואין נפקא מינה אם פעילותו המינהלית מבוצעת בשטחה הריבוני של ישראל או מחוצה לו".

ג. זו גם היתה עמדת היועץ המשפטי לממשלה (בחוות דעת משנת 2006) שהוגשה במסגרת הדיון בבג"ץ 6870/14 שהוזכר לעיל.

ד. בעניין רגבים לא הוכרעה הסוגיה של תחולת חוק חופש המידע על המינהל האזרחי.

ה. חוק חופש המידע "פורש כנפיו" על הרשויות הציבוריות כולן. מתן פטור אוטומטי לרשות ציבורית שאינה מנויה על הרשימה הסגורה של הגופים הפטורים שבסעיף 14 לחוק מנוגדת לתכלית החוק. כב' השופטת ברון העירה, כי פרשנות כזו עלולה לעודד רשויות ציבוריות לטאטא פעילויות מסוימות ל"חצרות אחוריים", שם יהנו מ"חסינות" מחוק חופש המידע".

ו. גישתה של דעת הרוב אינה מתיישבת עם פסיקתו של בית משפט זה. למשל פרשת רשימת אורחי הארוחה בשגרירות הישראלית בארה"ב (עע"מ 2975/15 "הארץ" נ' משרד החוץ (6.6.2016)), שם לא היה חולק כי החוק חל על השגרירות בהיותה זרועו הארוכה של משרד החוץ.

15. המותב, כולל דעת הרוב של כב' השופט אלרון, קיבל את עמדת המוצא, שהיתה מקובלת גם על בית המשפט המינהלי, כי מדובר במידע בעל חשיבות (ואף "חשיבות יתרה"), וכי לאור השיקולים הרגילים קיימות הצדקות חזקות במיוחד לגילוי (תוך עמידה על כך, שמידע זה אמנם מגולה באופן שוטף, אף ללא צורך בבקשות לפי חוק חופש המידע, בתחומי הקו הירוק): **"קיים עניין ציבורי משמעותי התומך בגילוי המידע, שכן המידע שנתבקש על-ידי המערערים הוא בעל אופי ציבורי מובהק"**, שגילויו ייצר שקיפות ביחס לחלוקת הרישיונות, שבכך יקודמו תכליות החוק, לרבות "העצמת יכולתו של הציבור לבצע בקרה מושכלת ומבוססת-מידע על פעולותיהן של הרשויות; ואמון הציבור ברשויות השלטון". (סעיף 27 לפסק לפסק-דינו של כב' השופט אלרון).
16. כב' השופט אלרון אף קבע, כי **"למידע שבו עסקינן אף חשיבות יתירה, שהרי אין לכתחילה כי גורמים שהורשו לבצע חפירות ארכיאולוגיות בשטחי יהודה והשומרון, אזור אשר נושא מטען היסטורי, תרבותי, דתי, ופוליטי כבד-משקל ומצוי בליבו של דיון ציבורי ער ומתמשך, קיבלו לידיהם – ללא מכרז או תמורה ממשית – זכות שימוש במשאב ציבורי יקר המציאות, שעמה נלוות הזדמנות להרים תרומה ניכרת לעיצוב נרטיב היסטורי ולאומי ואפשרות להפיק מוניטין אקדמי"** (ההדגשות הוספו).
17. כב' השופטת ברון הוסיפה על כך, כי יש חשיבות בגילוי המידע גם לאור הסוגיות הנובעות מכללי המשפט הביני"ל הרלוונטיים, המטילים חובות ומגבלות מיוחדות על פעולות הריבון בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, לרבות ניהול המחקר הארכיאולוגי (אמנת האג להגנת נכסי תרבות בסכסוך מזוין משנת 1954, הקוראת להגן על נכסי תרבות ומוסדות תרבות בעת עימותים מזוינים; תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית), ולאור המחלוקות הקיימות הנובעות מכללי דין אלה ומשאלת הבעלות בממצאים ארכיאולוגיים בשטח המוחזק (ס' 3 לפסק דינה).
18. יוזכר, כי בית המשפט המינהלי עמד אף הוא, ובהרחבה, על השיקולים העקרוניים החזקים מאד המתקיימים בנסיבות לטובת גילוי המידע (סעיפים 29-26 לפסק דינו).
19. נפסק, כי לא נדרשה הסכמה פוזיטיבית למסירת המידע, וזאת משום שכזו נדרשה בפסיקה רק כאשר המידע שהתבקש פגע בפרטיות של הצד השלישי, וזאת לאור מאפייניו של סייג זה וההסדר הקבוע בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. מכיוון שבענייננו הפגיעה אינה מסוג זה, ולאור חשיבות המידע והשיקולים הכלליים, יש לגלות את זהות החופרים שלא התנגדו פוזיטיבית (ס' 31 לפסק-דינו).<sup>3</sup>

<sup>3</sup>. יצוין, שכב' השופט סולברג, שהצטרף גם לתוצאה זו, העיר שאין לקבוע מסמרות בעניין זה, וכי יש להסתפק בכך, שבנסיבותיו של תיק זה, לאור ניסוח החלטת בית המשפט המינהלי על קבלת עמדות החוקרים, יש לקבוע שלא נדרשה הסכמה פוזיטיבית לשם מסירת המידע (ס' 4 לפסק-דינו של כב' השופט סולברג).

20. יחד עם זאת, דעת הרוב קבעה כי אין לגלות את שמות החוקרים שהתנגדו לכך. עיקרי דעת הרוב

שנכתבה כאמור על-ידי כב' השופט אלרון היו כדלקמן:

א. "בנסיבות העניין לא קיימת הצדקה להתערב בקביעתו העובדתית של בית משפט קמא שלפיה קיים חשש ברור ואמיתי מכך שפרסום שמותיהם של חופרים שקיבלו רישיונות חפירה באזור יהודה והשומרון עלול לגרום לפגיעה ממשית באינטרסים מקצועיים וכלכליים שלהם ושל המוסדות שאליהם הם משתייכים" (ס' 25 לפסק דינו).

ב. כב' השופט אלרון קבע כי "שוכנע בצדקת קביעתו של בית המשפט" כי פרסום זהות החוקרים חושף אותם ל"חרם אקדמי" באופן שעלול לחבל באופנים שונים בעבודתם האקדמית.

ג. ביחס לחוקרים אשר התנגדו לחשיפת המידע בשל חשש לחרם אקדמי קבע, כי אלה גילו דעתם כי חשיפת זהותם עלולה לפגוע בהם, וחלקם גם נתנו דוגמאות לאופן בו עלולים להיות מושפעים מחשיפת זהותם.

ד. בקשר לטענות העותרות בדבר האבסורד שבאי גילוי מידע הנוגע למחקר אקדמי, המכוון לביצוע של פרסום אקדמי ובאופן כללי לשיג ושיח אקדמי, שכמובן מבוצעים בגלוי ולא בעילום שם, קבעה דעת הרוב, כי (ס' 33 לפסה"ד): ראשית, הדין מתיר לדחות את מועד ביצוע הפרסומים בהם חייב החוקר. שנית, העובדה שבסופו של דבר, אי פעם בעתיד, יבוצע פרסום, מקהה את הקושי. שלישית, גילוי זהות החוקר רק בפרסום הסופי לא יפגע במחקר בשונה מפרסום הציבורי הפגיעה בגילוי זהותו תוך כדי ביצוע המחקר. כן קיבלה דעת הרוב את עמדת המשיבים כי קיים הבדל בין פרסום עצמאי על-ידי החופרים עצמם לבין פרסום המידע מטעם גורמים רשמיים.

ה. דעת הרוב עמדה גם על כך, שהמשמעות של השתקת החוקרים היא גם השתקת המחקר, כמו גם פגיעה ביכולת ביצוען של חפירות הצלה, ולכן מדובר גם באינטרס הציבורי ולא רק האינטרס הפרטי (ס' 34).

ו. כב' השופט סולברג נתן בפסק דינו דגש לתוצאה ב"מכלול". לאור העובדה שבסופו של דבר הפרטים של רוב החופרים גולו, הרי שבאי מסירת פרטי מידע הנוגעים למספר חוקרים אין משום השתקה של הדיון הציבורי ואין "סכנה של ממש לערכי הדמוקרטיה שבה דוגלת מדינת ישראל", עליה התריעה דעת המיעוט.

21. דעת הרוב גם דחתה את העתירה החלופית לקביעה כי מעתה ואילך, לאחר שהדברים יובהרו למבקשי רישיונות חפירה חדשים, יגולו שמות מקבלי הרישיונות (ס' 36 לפסה"ד), וזאת בנימוק כי סעד זה "אינו נכלל בגדריה של עתירה מינהלית מן הסוג שלפנינו", שאמורה לעסוק "ביישום החוק על בקשה קונקרטית, ולא ב"קביעת נהלים" או "הסדרת נהלי עבודה".

22. דעת המיעוט היתה, שיש לקבל את הערעור במלואו (גם בשני הנושאים שאינם נכללים בעתירה זו לדיון נוסף), ובתוך כך לגלות את שמות כל מקבלי רישיונות החפירה, לרבות אלה שהתנגדו לכך. עיקרי דעת המיעוט לעניין פרט מידע זה היו כדלקמן :

א. **ניתן לצאת מנקודת ההנחה של דעת הרוב, כי לגילוי המידע עלולה להיות תוצאה של חרם על ביטוייו השונים כלפי החוקרים :** "חרם מסוג זה עלול בפוטנציה להגביל את יכולתם של החופרים לפרסם מחקרים מעל במות בינלאומיות, לשתף פעולה עם עמיתים מארצות זרות, לקבל מלגות ומענקי מחקר, או אף לפגוע ביכולתם למצות את החפירות הקונקרטיות שבהן הם עוסקים" (ס' 7), אך למרות זאת אין המדובר בטעם מספיק לאי גילוי המידע.

ב. נקודת המוצא היא כי "רישיונות החפירה הם משאב ציבורי יקר ערך, שלכתחילה ניתן לחופרים למטרות אקדמיות ולרווחת הציבור בכללותו. מחקר אקדמי, מעצם טיבו וטבעו, נועד לפרסום – ופרסום מסוג זה אינו מתיישב עם הטלת חיסיון על זהותם של החוקרים... **מחקר אקדמי המתנהל באנונימיות, מתוך חשש לחרם אקדמי, זהו תרתי דסתרי**" (ההדגשה הוספה).

ג. מוסכם כי חרם אקדמי הוא מסוכן והרסני, שכן תכליתו היא להשתיק את השיח. ואולם, חיסוי המידע משתיק בעצמו את השיח, ולכן הוא פועל בניגוד לתכלית הטלתו: "אי גילוי המידע המבוקש בהליך דנן, בשל חשש מחרם, הוא עצמו משתיק את השיח האקדמי-ארכיאולוגי לגבי החפירות ביהודה ושומרון; ונמצאו פוגעים במחקר ובחופש האקדמי, תחת להגן עליו".

ד. זאת בדומה לפסיקת כב' השופטת ברון בפרשת לארה אלקאסם בבר"מ Lara Alqasem 7216/18 נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה, פסקה 2 (18.10.2018), כי מניעת כניסת תלמידת המחקר לישראל היא שמשתיקה את השיח האקדמי, ומשיגה את תכלית החרם במקום להילחם בו.

ה. אי גילוי המידע יביא להשתקת הדיון הציבורי בסוגיות החשובות הנוגעות למידע.

ו. גם אם דיון ציבורי יעורר ביקורת על פעילות החוקרים, ואפילו "חרם", **ואולם "השתקת הדיון על ידי הסתרת מידע אין בה משום מרפא לחששות אלה"** :

**"אין לך דמוקרטיה בלא שוק חי וחופשי של רעיונות ודעות; ומניעה מראש של הדיון הציבורי בשל חשש מביקורת, ואפילו חרם, מהווה סכנה של ממש לערכי הדמוקרטיה שבה דוגלת מדינת ישראל. החשש מפני מדרון חלקלק בעניין זה אף הוא מקבל מימד מוחשי"**.

ז. החוקרים קיבלו רישיון המהווה משאב ציבורי, שלכתחילה ניתן להם לצורך פרסום מחקר אקדמי, ולאור זאת איזון האינטרסים "מוביל לטעמי למסקנה שלפיה העניין הציבורי בגילוי המידע עדיף וגובר", גם לגבי החופרים שהתנגדו למסירת שמם.

ח. ובפסקה המסכמת של פסק דינה: למדינת ישראל זכות להיאבק כדי למנוע חרמות נגדה, "בערוצים ובחזיתות שונות", לרבות בחקיקה. ואולם, "אי גילוי מידע בעל חשיבות ציבורית – רק בשל החשש שמידע זה אולי ישרת את הקוראים לחרם – אינו מתקבל על הדעת", כשאי גילוי המידע למעשה רק מזין את החרם ופוגע ביכולת של מדינת ישראל להתמודד עם הביקורת המופנית כלפיה:

"אין זה ראוי כי החפירות הארכיאולוגיות ביהודה ושומרון יתנהלו במחשכים; "הסתרה" אינה דרך להתמודד עם איום של חרם, ויש להביא בכלל חשבון כי דווקא הימנעות מגילוי המידע המבוקש על ידי המערערים היא שעלולה להסב נזק תדמייתי לישראל ולחוקרים – שכן מטבע הדברים עלול להיווצר רושם שלפיו יש מה להסתיר. השתקת הדיון הציבורי עשויה אולי למנוע חרם בטווח הקצר, ואולם בטווח הארוך השתקה מעין זו לבטח פוגעת ביכולת של ישראל להתמודד עם הביקורת שברצונה להפריך".

## הטיעון לקיום דיון נוסף בפסק הדין

### אמות המידה לאישור דיון נוסף

23. סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מעגן את הסמכות לאשר דיון נוסף "כאשר ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף". אמות המידה לבחינת עתירה לדיון נוסף ידועות, ונעמוד על עיקריהן, בהקשר של עתירה זו.

24. מרכז הכובד של ההחלטה על עריכת דיון נוסף אינו "חידוש ההלכה" (דנ"א 6709/16 קטן נ' נתיבי ישראל, סי' 9 (7.2.2017), שכן ממילא כל מותב ראשוני של בית המשפט הנכבד רשאי לקבוע הלכה חדשה ללא צורך בדיון נוסף לשם אישורה (דנ"פ 6519/05 ע"סא נ' מדינת ישראל, 2.9.2005; דנ"א 1032/18 אלדר נכסים נ' מנהל מיסוי מקרקעין (18.9.2018), אלא קשיותה של הפסיקה, משמעותה העקרונית והשלכותיה המעשיות.

25. קיימת הצדקה חלשה לעריכת דיון נוסף בעניין שצפוי להיות רלוונטי ל"מקרים משבריים נדירים יחסית", או בהלכה שנקבעה על רקע נסיבות קונקרטיות חריגות שלא צפויות להתעורר במקרים אחרים בעתיד (דנ"א 349/18 עופר מרכזים בע"מ נ' עזבון המנוח אהרונן (23.4.2018); דנ"פ 6022/18 פלוני נ' מ"י (14.4.2019)). לעומת זאת, קיימת הצדקה לעריכת דיון נוסף בהלכה בעניין שצפוי להתעורר במקרים



דומים בעתיד, ושלכן יש לה השלכות רחב (לדוגמא פרשת חוקי העזר בנושא השבת: דנג"צ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (12.7.2017)).

26. העובדה כי פסק דין ניתן שלא פה אחד מהווה טעם מחזק (להבדיל מעילה עצמאית) לאישור דיון נוסף בסוגיה, כשמאידך מתן פסק הדין פה אחד מהווה טעם נוסף לאי אישורו של דיון נוסף - דנ"א 349/18 שלעיל; דנג"ץ 1836/18 שושנה שמיר נ' מועצת מקרקעי ישראל (9.8.2018)).

27. **אין חולק, כי בהתרתו שבמשורה של דיון נוסף נתון לבית המשפט הנכבד שיקול דעת רחב ביותר.** קו הגבול בין "הלכה חדשה" לבין "פיתוחה של הלכה קיימת" הוא דק מדק. גם הקביעה האם הקושי שבפסיקה הוא "רגיל" או "חורג מהרגיל" היא עניין שלא יכולות להיות לגביו אמות מידה אובייקטיביות חד משמעיות. בסופו של דבר, גם אם מתקיימים כל התנאים "הפורמליים" נתון לבית המשפט שיקול הדעת אם המקרה ראוי לבירור במסגרת הנדירה של דיון נוסף (כפי כשגם כשלא מתקיימים התנאים הרגילים להתרת דיון נוסף, ניתן להצדיק עריכת דיון נוסף בשל טעמים מסויימים המתקיימים בעוצמה חזקה, לפי שיקול דעת בית המשפט הדין בעתירה (ודוגמא מובהקת לכך היא פרשת חוקי העזר בנושא השבת שהוזכרה לעיל - דנג"צ 3660/17).

28. בסופו של יום מדובר בעניין של מדיניות שיפוטית. בבחינה קונקרטיית, עניינית ומעשית (דנפ 7248/18 יואל יצחק נ' מ"י (8.1.2019)), ובזיהויים של אותם מקרים בהם ההשלכות העקרוניות והמעשיות של ההלכה שנפסקה מצדיקות דיון נוסף.

29. העותרות יטענו כי פסק הדין בשתי הסוגיות שנכללו בעתירה זו מצדיקות בהתאם לאמות המידה הנ"ל שגובשו בדין עריכתו של דיון נוסף, וזאת לאור החשיבות המופלגת של שתיהן וההשלכות העקרוניות והמעשיות העמוקות שיש בשתיהן.

### **טיעון העותרות ביחס לפסיקה בעניין אי גילוי שמות החוקרים מקבלי רישיונות החפירה בשל חשש**

#### **מחרם (פעולות הנובעות מתנועת החרם, שיפגעו בהם)**

30. **הלכה חדשה ו/או פסיקה הסותרת פסיקות קודמות:**

30.1. היחס בין "החשש מחרם" לבין חוק חופש המידע – **אי גילוי מידע שכלל עומדת לציבור זכות לקבלתו בשל חשש מניצולו לרעה על-ידי תנועת החרם**, טרם נדון בפסיקה, וממילא לא נדונה הסוגיה אם החשש מפגיעה בעניין אישי של אדם בשל פעולות שמקורן בתנועת החרם עקב גילוי המידע יכול להקים את הסייג הקבוע בסעיף 9(ב) לחוק.

30.2. בעשור האחרון התעצמה "תנועת החרם" על מדינת ישראל, תנועה המנהלת במסגרות פורמליות ובלתי פורמליות, מאורגנות ובלתי מאורגנות, קמפיין הקורא להטלת סנקציות מסוגים שונים לשם הפעלת

לחץ בינלאומי על מדינת ישראל לשנות את דרכיה במישורים שונים. לתיאור תנועת החרם ומאפייניה ר' עת"מ (י-ם) Human Rights Watch 36759-05-18 נ' שר הפנים (16.4.2019), בסעיף 32.

30.3. תפיסתה של מדינת ישראל את האיומים שמציבה תנועת החרם עליה הביאו את רשויות המדינה השונות לנקוט בפעולות שונות לשם התמודדות עמה. כידוע, במסגרת החלטת ממשלה משנת 2015 הוטלה האחריות על התמודדות עם התופעה על המשרד לנושאים אסטרטגיים, ומאז הוא מוביל את מהלכי הממשלה בנושא. לצד זאת אושרו מספר דברי חקיקה שנועדו לסייע בהתמודדות עם האיום שהחרם מציב על מדינת ישראל. בראש ובראשונה החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן 'חוק החרם'), וכן תיקון משנת 2017 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, בכללו הוספו סעיפים 2(ד) ו-2(ה) לחוק.

30.4. בעקבות מהלכי חקיקה אלה נדרשו ויידרשו גם בתי המשפט, ובראשם בית משפט נכבד זה, לתופעת החרם על מדינת ישראל, ונדרשו ויידרשו לתרום את חלקם לגיבושם של איזונים נאותים בין הצורך להתמודד עם תופעת החרם לבין החובה להגן על אופייה הדמוקרטי של המדינה ועל עקרונות היסוד של השיטה. הידרשות משמעותית ראשונה של בית משפט נכבד זה לנושא החרם נעשתה בבג"ץ חוק החרם (בג"ץ 5239/11 אורי אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015)), שם אישר ככלל בית המשפט את חוקתיות החוק אך התערב בהוראות פרק אחד שלו לשם מניעת פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית לחופש ביטוי. בית המשפט הנכבד נדרש פעם נוספת לנושא החרם בפרשת לארה אלקאסם (בר"מ 7216/18 Lara Alqasem נ' משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה (18.10.2018)).

30.5. בפרשה אחרונה זו קיבל בית המשפט הנכבד ערעור על פסק דין של בית המשפט המינהלי אשר אשרר החלטה של שר הפנים למנוע את כניסתה של סטודנטית אמריקאית לישראל בשל מעורבות נטענת שלה בפעולות תומכות חרם. נקבע כי ההחלטה לאסור על כניסת הסטודנטית לישראל מנוגדת לתכלית החקיקה – כלומר אינה מסייעת להתמודדות עם החרם אלא להיפך, מסייעת לו (ס' 18 לפסה"ד של כב' השופט הנדל, ס' 5 סייפא לפסק דינה של כב' השופטת ברוך), ואילו התרת כניסתה דווקא תתרום למאבק בתנועת החרם (ס' 17 לפסק-דינו של כב' השופט פוגלמן). כב' השופטת ברוך אף הזהירה מפני נקיטת צעדים לשם התמודדות עם החרם באופן "העלול להוביל להתמוררותם של עמודי התווך שעליהם בנויה הדמוקרטיה בישראל" (שם).

30.6. עתה הובא לפתחו של בית המשפט הנכבד, לראשונה, נושא תנועת החרם בהקשר של דיני חופש המידע, ובפרט הסוגיה של האיזונים הנדרשים בין הצורך להתמודד עם סכנת החרם לבין עיקרון חופש המידע, והשאלה אם "חשש מחרם", או חשש מפגיעה בעניינו של אדם במסגרת "תנועת החרם" עקב גילוי מידע שככלל עומדת חובה לפרסמו, יכולה להוות הצדקה לאי פרסום המידע האמור. דומה שמובן מאילו, ונרחיב על כך מייד, כי אין המדובר במקרה מיוחד וחד פעמי, אלא במקרה שמדגים דילמה

שרלוונטית להיקפי מידע אדירים המוחזקים בידי המדינה, שככלל עומדת לציבור זכות לקבלתם, אך "תנועת החרם" עלולה להשתמש בהם לצורך הטלת סנקציות בעניינם של אלה שהמידע עוסק בהם.

30.7. יודגש, כי המחלוקת בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט לא היתה עובדתית. כב' השופטת ברון פתחה את פסק דינה בהנחה כי אמנם גילוי המידע עלול להגדיל את הסיכוי של פגיעה בחוקרים עקב החרם. השאלה היא עקרונית, האם מצב כזה מאפשר לא לגלות את המידע לפי הוראות החוק.

31. הפסיקה סותרת הלכה פסוקה, מושרשת ועקבית, כמו גם הוראות דין מפורשות, כי יש לגלות את זהותו של מי שקיבל זכות / זיכיון מהמדינה - בוודאי ללא הליך תחרותי כלשהו.

31.1. הלכה פסוקה היא, כי המידע מי קיבל מהמדינה זכות או הטבה כלשהי, בוודאי ללא הליך תחרותי, מהווה מידע ציבורי מובהק, שקיימת חובה לגלותו, ואין אפשרות לחסותו, בלי קשר לשאלת ההשפעה שיש בגילוי מידע זה על בעל העניין. המדובר בעיקרון יסודי, שאין מהרהרים אחריו. ר' למשל, בהקשר של אי פרסום התקשרות בפטור ממכרז (כב' השופט מלצר בבר"ם 2349/10 שעשועים ספורט נ' עיריית בני ברק, ס' 14 (20.5.2010): "העיריית וועדות המכרזים [אינן] רשאיות לפעול במחשכים ובהסתר, ולהימנע מגילוי התקשרויותיהן עם גורמים שונים בפטור ממכרז. הפומביות המינהלית היא עקרון בסיסי במשטר דמוקרטי". כך גם לגבי הקצאת מקרקעין:

**"נדבך ראשון בהליך הקצאה תקין הוא הפרסום. חובת הפרסום היא פועל יוצא של השקיפות הנדרשת לצורך תקינותו של ההליך המינהלי ... חשיבות הפרסום מקבלת משנה תוקף שעה שמוקצים משאבי ציבור לגוף פרטי או לעמותות, בפטור ממכרז וללא תמורה ..**  
בפרסום כוונתה של מועצת העיר להקצות קרקע לגוף מסוים או לצורך מסוים ובפרסום הקריטריונים לכך, יש כדי לאפשר ביקורת ציבורית ושיפוטית על הנעשה בכספי הציבור ובמקרקעיו ולהבטיח הקצאה השומרת על האינטרס הציבורי יש בכך גם משום מתן אפשרות להתמודדות הוגנת על משאבי הציבור שבידי העירייה ועל הקצאת משאבים אלה לצרכיו האמיתיים של הציבור".

ודברים אלה יפים גם לענייננו (בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220 (2000), בסעיף 11 לפסה"ד – ההדגשות הוספו; ור' גם בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון (31.3.1992).

31.2. מיעוט העיסוק של הפסיקה בסוגיית גילוי שמו של מי שקיבל זכות מהמדינה היא משום שמדובר בעיקרון שאין מהרהרים אחריו, עניין שהוא בגדר מובן מאליו, ומשום כך אין הוא מאותגר כלל על-ידי בעלי העניין. הדיון שמתקיים לעיתים בפסיקה הוא לגבי חיסוי פרטים מסוימים מתנאי ההתקשרות / הזיכיון של הפרט עם הרשות הציבורית, אבל לא על גילוי עצם ההתקשרות או הענקת הזיכיון (למשל: ע"א 6576/01 החברה לייזום נ' אמיר לירן, פ"ד נו(5), 817; עת"מ 11-01-54978 שפיר

הנדסה נ' מ"י; עת"מ (ת"א) 2032/08 התנועה לחופש המידע נ' שירותי בריאות כללית; עת"מ (חי) 484/02 תוכנה לעניין נ' הממונה על חופש המידע).

31.3. ואמנם, עיקרון בסיסי זה עוגן בחקיקת המכרזים במסגרת הרפורמה בתקנות המכרזים משנת 2009 (תיקון מס' 3 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993). תקנה 1ג לתקנות קובעת, כי התקשרות בפטור ממכרז מחייבת פרסום יזום ומיידע על-ידי הרשות מעניקת הפטור. זהו ההסדר גם בדברי חקיקה אחרים המעגנים את סמכות המדינה להעניק רישיון. כך, למשל, הענקת רישיון לפי חוק הנפט, תשי"ב-1952, החייבת בפרסום גם ברשומות (ס' 65 שם). כאמור, כך פועלת גם רשות העתיקות, כשמפרסמת באופן יזום את שמות החוקרים אשר קיבלו רישיונות חפירה בתחום הקו הירוק ובירושלים המזרחית (ס' 32.2 להלן).

31.4. מצב בו לא תגלה המדינה מי האדם שקיבל ממנה, ללא תמורה, ללא מכרז, זיכיון להפקה בבלעדיות של טובת הנאה ממשאב ציבורי מוגבל שיש לגביו עניין רב הוא בלתי מתקבל על הדעת מבחינת הדין בכלל וההלכה הפסוקה בפרט. לפיכך, הפסיקה לפיה ניתן להסתיר את זהותו של מי שקיבל מהמדינה רישיון חפירה המעניק לו זיכיון לחפור אתר ארכיאולוגי ציבורי (ולקדם בכך גם את המוניטין האקדמי האישי שלו) עומדת בסתירה גמורה לדין ולהלכה הפסוקה.

31.5. ועוד חובה להעיר, למעשה מעבר לצורך, כי בענייננו עוד מתקיימות הצדקות מיוחדות לגילוי זהות מקבל הזיכיון, שבד"כ אינן מתקיימות במקרים של קבלת זכות מהמדינה, שהם בד"כ בהקשר של עסקה כלכלית גרידא. על הצדקות מיוחדות אלה עמדו הן בית המשפט המינהלי (אשר מנה בסעיפים 26-29 שורה של הצדקות מיוחדות המתקיימות בענייננו למסירת המידע המבוקש), והן כל שופטי הערעור, ולכן אין צורך להרחיב, אך מובן שהן מחזקות את המסקנה שאין לסטות מהעיקרון הרגיל שמדובר במידע שחובה לגלות (מחקר אקדמי, עניין ציבורי רב מאד, מידע חיוני לקיומו של דיון ציבורי בסוגיות מרכזיות, ויתר ההצדקות שהוזכרו בפסקי הדין בשתי הערכאות).

31.6. ויודגש, כי הפסיקה הענפה בעניינים אלה אמורה היתה להקים מניעות מפני העלאת כל טענה מצד כל חוקר כי אין לגלות את העובדה שקיבל רישיון חפירה, מכל סיבה שהיא, לא פרטיות ולא סיבה אחרת (כשכאמור, אמנם רק שלושה מבין שלושים וארבעה העלו את הטענה). גילוי זהות מקבל הזכות היא היבט בלתי נפרד של הענקתה, ואין שום רלוונטיות לשאלת ה"פגיעה" עקב כך, שכן לא ניתן ליטול דבש מסוג כזה (קבלת זיכיון מהמדינה) ולהותיר את עוקץ הגילוי (בגץ 570/80 תדיראן נ' הוועדה המקומית לתו"ב מרכז (23.3.1983), ס' 12). לכן, קבלן שאינו מעוניין בחשיפת שמו לא יכול להשתתף במכרז (בוודאי שלא להתקשר עם הרשות בפטור ממכרז) – גוף עסקי הבורח להתקשר עם הרשות רואים בו כיוודע ומסכים כי – בכפוף לסייגים הקבועים בחוק – המידע הכרוך בהתקשרותו פתוח לעיונו של הציבור " (עניין החברה לייזום, בסעיף 6 לפסה"ד), " כאשר גוף עסקי-פרטי מתקשר בחוזה עם

רשות ציבורית, הוא צריך לקחת בחשבון כי המידע והנתונים, ככל שהם נוגעים למשאב הציבורי, אמורים להיות גלויים לעיני הציבור מעצם היותם משאב ציבורי" (עת"מ 40013-10-14 חברת מחצבות ורד בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל).

31.7. באותו האופן, חוקר שלא מעוניין בפרסום שמו לא יכול לבקש ולקבל מהמדינה רישיון חפירה. הגילוי, בדיוק כמו ההתקשרות בפטור ממכרז, הוא חלק בלתי נפרד מקבלת הזכות. ויודגש, כי לחוקרים גם לא היתה יכולה להיות כל ציפייה לתוצאה אחרת. המדובר בחוקרים ישראלים. חזקה כי כל החוקרים יודעים שרשות העתיקות מפרסמת את קבלת רישיונות החפירה ברבים, לא היתה כל פסיקה או נוהל שפטרו את החפירות בגדה המערבית מכלל גילוי זה או שיכלו לבסס ציפייה כזו, ובאופן כללי נשמת אפו של המחקר האקדמי הוא גילוי ופומביות.

31.8. לפיכך, פסיקתה של דעת הרוב בענייננו סותרת הלכה פסוקה, עקבית וברורה, בדבר חובת גילוי זהותם של מי שקיבלו זיכיון מהמדינה, בוודאי שלא בהליך תחרותי.

32. הקושי העקרוני המשמעותי והטעות המשפטית בפסיקה זו:

32.1. כמפורט בפסקה הקודמת, נקודת המוצא היא כי המידע בדבר מקבלי רישיונות החפירה הוא מידע מהקטגוריה של פרטי מידע שזכות הציבור לקבל אותם היא החזקה ביותר: אין לך מקרה מובהק יותר בו עומדת לציבור זכות לקבלת מידע מאשר כזה הנוגע לזכות שנתנה המדינה (ללא תחרות).

32.2. ואמנם, כך ספציפית לגבי סוג המידע הספציפי הנדון כאן: כפי שהוזכר בפסיקת שתי הערכאות (ור' בסעיף 2 לפסק-דינה של כב' השופטת ברון<sup>4</sup>, ובסעיף 26 באמצע לפסק דינו של בית המשפט המינהלי), רשות העתיקות מפרסמת באופן יזום וגלוי את רישיונות החפירה בתחומי הקו הירוק ובירושלים המזרחית, לרבות שמות מקבלי הרישיונות (ופרטים על אתר החפירה ופרטים בסיסיים נוספים) באופן יזום, ללא כל צורך פנייה, בהתאם לאותם עקרונות יסוד של שקיפות בהקצאת משאבי ציבור.

32.3. הקושי המשמעותי שבפסיקה הוא אפוא פגיעתה העמוקה בעקרון שנדון בפסקה הקודמת לפיו הציבור זכאי לדעת מי קיבל טובת הנאה מהמדינה בהליך לא תחרותי.

32.4. מערכת עובדתית פשוטה זו, שמציגה מצב דברים בהיר וקיצוני זה - מחד מידע שמפורסם לכל דיכפין בתחומי הקו הירוק, ומאידך לא מגולה בגדה המערבית (אפילו למבקשים במיוחד) בשל "חשש מחרס" – מהווה "מערכת עובדות קונקרטיה, ברורה ושלמה", ואנו נוסף גם פשוטה ובהירה, "החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית" (בג"ץ לובל נ' ממשלת ישראל, ס' 4 18.1.2006).

<sup>4</sup> "ראוי לציין על רקע האמור, כי רשות העתיקות מעמידה לרשות הציבור מידע רלוונטי לגבי חפירות ארכיאולוגיות בישראל – ובכלל זה מיקום האתרים, זהותם של בעלי רישיונות החפירה, טיבם של הממצאים שנמצאו בחפירות, מקום הימצאם לאחר שנחפרו, וכיוצא באלה; וזאת בשונה מהמשיבים, שכלל אינם מוסרים מידע לגבי חפירות באזור יהודה ושומרון".

33. לכן, פסק הדין מעמיק את הפער בין המצב המשפטי השורר בתחומי הקו הירוק לבין המצב המשפטי השורר בגדה המערבית, ובכך רק מחזק את תנועת החרם. מכאן, שהפגיעה בזכות למידע ובעקרון היסוד כי הציבור זכאי לדעת למי נתנה המדינה זיכיון אינה משרתת את תכליתה.

33.1 **מכיוון שפסק הדין מתיר את אי גילוי של מידע הנוגע לגדה המערבית, שבתחומי הקו הירוק הוא מפורסם באופן יזום לכל דיכפין, הוא יוצר דין שמחמיר באופן עמוק את הפער שבין המצב המשפטי בגדה המערבית לבין המצב בתחומי הקו הירוק.** מעבר לכך. המדובר בפגיעה עמוקה בדמוקרטיה הישראלית עצמה. המשמעות היא שתופעת החרם "מנהלת" את הדמוקרטיה הישראלית, גוברת על עקרונות יסוד של שיטתנו ושוללת מאזרחיה (ומהנתונים לשליטתה) זכויות יסוד. כדבריה של השופטת ברון, מדובר בתוצאה שיעלולה להוביל להתפוררותם של עמודי התווך שעליהם בנויה הדמוקרטיה בישראל".

33.2 הפגיעה בזכות הציבור למידע בשל "חשש מחרם" היא בעלת משמעות חמורה במיוחד. חופש המידע הוא "מן היסודות שעליהם מושתת משטר דמוקרטי" (עע"מ 1704/15 האוניברסיטה העברית נ' העמותה למדע מוסר 18.7.2017, ס' 17), "מאבני היסוד של חברה חופשית" (עע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, 233 (2006), "מיסודותיה של התרבות הדמוקרטית" (עע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, ס' 15); "יבסיס עליו ניתן לבנות, במשטר דמוקרטי, תרבות של זכויות" (אהרן ברק "חופש המידע ובית המשפט" קרית המשפט ג 95, 97 (תשס"ג), "תנאי שאין בלתו להבטחת ביקורת ציבורית על השלטון וכדי לאפשר לציבור לקחת חלק בפעילות השלטונית" (עע"מ 7744/10 המוסד לביטוח לאומי נ' מנגל, ס' 5 (15.11.2012). "תנאי חשוב – ואולי אף הכרחי – לתפקודו התקין של המשטר הדמוקרטי" (עע"מ 3908/11 מדינת ישראל הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר עיתון הארץ, ס' 2 לפסה"ד של כב' השופט הנדל). משום כך הוכרה הזכות למידע כזכות בעלת אופי חוקתי, הגם שאין היא מעוגנת מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עע"מ 11120/08 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים, ס' 9 (17.11.2010).

33.3 לפיכך, פגיעה בזכותו של הציבור למידע בשל "חשש מחרם" היא פגיעה בעלת משמעות חמורה במיוחד, הרבה יותר, למשל, מאיסור כניסתה לארץ של פעילה בינ"ל בשל חשש כי הגעתה לארץ נועדה לשם מעורבות בפעילות החרם.

33.4 בכך פסק הדין אינו משרת את ההתמודדות עם תופעת החרם אלא להיפך - משרת את תנועת החרם, מזין אותה ומחזק אותה. תנועת החרם, בוודאי תנועת החרם הסלקטיבי המתמקדת בגדה המערבית, אך גם תנועת החרם הכללית (לאבחנה בין שני זרמים אלה שבתנועת החרם ר' בסעיף 34 להלן), תוקפת את ישראל, בראש ובראשונה, על המשטר שהיא מקיימת ועל פעולותיה בגדה המערבית.

טענתו הבסיסית של הזרם המרכזי בתנועת החרם היא, שבעוד מדינת ישראל מקיימת בשטחה הריבוני משטר דמוקרטי, הרי שבמרחב הגדה המערבית מקיימת משטר לא דמוקרטי.

33.5 לפיכך, הפסיקה בענייננו, המאשרת למדינה לא לגלות מידע לגבי ניהול החפירות בגדה המערבית, כאשר מדובר במידע שאין ספק שאמור להיות גלוי במדינה דמוקרטית, ואשר אמנם מגולה בפועל לכל דיכפין בתחומי הקו הירוק, רק מחזק את טיעוני תנועת החרם ומזין אותה בתחמושת כבדה. לפיכך, פסק הדין יוצר מצב משפטי בלתי נסבל, בו אותו מידע מפורסם לציבור כשהוא נוגע לפעילות בתוך הקו הירוק, ומוסתר מהציבור כשהוא נוגע לאותה פעילות מחוץ לקו הירוק. בכך הוא פוגע בדמוקרטיה הישראלית עצמה, ומשרת את טיעוני תנועת החרם ומחזק אותם.

33.6 מובן, שמכיוון שפעילות המדינה בגדה המערבית עומדת במוקד הדיון הציבורי במדינה ('עיצורים רבים מגדירים את השתייכותם הפוליטית, במידה רבה, דרך עמדתם במחלוקת זו. נראה כי לא תהא זאת הפרזה להעריך כי "סוגיית השטחים" היא אחת הסוגיות השנויות ביותר במחלוקת פוליטית בישראל" – בג"ץ חוק החרם, ס' 8 לפסה"ד של כב' השופט מלצר; סעיף 2 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן שם), הרי שקיימת חומרה מיוחדת בשלילת זכותו של הציבור לקבל את המידע הנוגע דווקא לגבי הפעילות שם.

33.7 לכן, התכלית לשמה פוגעים המשיבים בזכות הציבור לקבל את המידע (שכאמור, באופן רגיל הינה טריוויאלית) – התמודדות עם החשש מחרם, אינה מושגת, אלא נהפוך הוא. תכלית זו ממש מחייבת את מסירת המידע. משעה שהסתרת המידע אינה משרתת את התכלית לשמה הוסתר (ואפילו להיפך), אין להתירה. ולכל הפחות: מי שמסתיר את שמות החוקרים בגדה המערבית בשל חשש לחרם משיג, אולי, הישג קצר טווח ומצומצם מאד בהיקפו של הגנה על אותם חוקרים (ונוכחי שרק שלושה חוקרים התנגדו בשל חשש לחרם), אך באופן כללי מחזק מאד את תנועת החרם, ובכך גורם נזק או פוטנציאל גדול בהרבה מאשר אותו "הישג" מצומצם.

34. ההשלכות המעשיות:

34.1 פסק הדין כי "חשש מחרם" מצדיק אי גילוי מידע שככלל אין חולק שיש לפרסמו מציב אותנו כפי שקבעה דעת המיעוט, על מדרון חלקלק שאסור לעלות עליו. יש לפרט את היקף הדברים ומהותם כדי להכיר בעוצמת הסיכון.

34.2 משמעות הפסיקה היא, שהיקפי מידע אדירים לגבי פעילות שלטונית, שבהתאם לדין הישראלי אמורים להיות שקופים כלפי הציבור, ניתנים לחיסוי בשל "חשש מחרם". אם החשש מחרם מצדיק אי גילוי שמות חוקרים שקיבלו רישיונות חפירה – כאמור מידע מהסוג המובהק ביותר מבחינת זכות הציבור לקבלו, הרי שהוא מאפשר לחסות את פרטיו של כל מי שפועל בגדה המערבית – פעילות אקדמית, עסקית, תיירותית וכו'. כל פעילות מכל סוג. המדינה פועלת בגדה המערבית באופן

אינטנסיבי ומשקיעה באזור משאבים רבים. פסק הדין מאפשר לחסות את מקבלי הזיכיונות, מקבלי הפטורים ממכרז, מקבלי הרישיונות, ולדברים אין סוף.

34.3. יודגש, כי אין המדובר בעניין תיאורטי. כבר עתה מתנהל בבית המשפט לעניינים מקומיים במעלה אדומים הליך חופש מידע (עת"מ 160/15 שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים ואח' נ' המועצה האזורית מטה בנימין ואח') בו מתנגדים עסקים לגילוי העובדה כי התקשרו עם הרשויות המקומיות בחוזים לביצוע עבודות ומתן שירותים בשל אותו "חשש מחרם".

34.4. ואולם, המדרון החלקלק אינו נגמר בגדה המערבית, אלא ממשיך במלוא חריפותו לתוך מדינת ישראל גופה, שכן תנועת החרם הינה ביסודה תנועה הפועלת נגד מדינת ישראל באופן כללי, ולא רק נגד הגדה המערבית (גם אם עיקר הטענות מופנות לגבי פעילות המדינה והמשטר שמקיימת באזור): יסודה של תנועת החרם (או תנועת ה-BDS), בקריאה להפעלת לחץ על מדינת ישראל דרך הטלת סנקציות עליה באופן כללי, ולא רק על פרטים או גופים הפועלים בגדה המערבית.

34.5. ועידת דרבן המפורסמת משנת 2001, אשר רואים בה את ראשית תנועת החרם החדשה, קראה ל"הענשת" מדינת ישראל ככלל, ולא כיוונה את חיציה לפעילותה בגדה המערבית בלבד. אף פסקי הדין הסוקרים את תנועת החרם מציגים אותה כתנועה הפועלת נגד מדינת ישראל באופן כללי [למשל, פסקה ב' לפסק דינו של כב' השופט סגן הנשיאה רובינשטיין בבג"ץ חוק החרם: "מדינת ישראל, נרדפת בחרמות על ידי גורמים כמו BDS... שלא רק ההתישבות באיזור יהודה ושומרון לצנינים בעיניהם אלא קיומה של ישראל בכלל", וסעיף 1 לפסק דינו של כב' השופט עמית שם]. אכן, זרם מסוים בתנועת החרם מכוון את חיציו לפעילות בגדה המערבית בלבד, אך הזרם המרכזי בתנועה מכוון את חיציו למדינת ישראל כולה כמנוף להשפעה על מדיניותה בגדה המערבית. הפועלים לפי עקרונות תנועת החרם הכללי יפעלו באותו האופן כלפי פעילות בגדה המערבית וכלפי פעילות בתל-אביב. רוג'ר ווטרס פועל כידוע נגד הופעות אמנים מחו"ל בתל-אביב, לא (רק) באריאל.

34.6. לפיכך, מכיוון שתנועת החרם מבקשת, במסגרת ניסיונה להפעיל לחץ בינ"ל על ישראל, לבוא חשבון עם גורמים הפועלים בישראל גופה, ולא רק נגד אלה הפועלים בגדה המערבית, הרי שפסק הדין מעלה אותנו על מדרון מסוכן, בו מתאפשר לרשויות המדינה לא לגלות מידע דומה הנוגע גם לפעילות בישראל עצמה. בדוגמת ענייננו, לא לגלות גם שמות חוקרים המקבלים רישיונות חפירה בירושלים המזרחית ובישראל בכלל, שהרי תנועת החרם קוראת לפעול גם נגדם. בכל הנוגע למרחב ירושלים המזרחית, שהעניין הציבורי בפעולות המדינה לגביה ובמחקר הארכיאולוגי בה הוא רב מאד, ואשר כיום מפורסם בה המידע באופן יזום ולכל דיכפין, החשש הוא כבד במיוחד, שכן מבחינת תנועת החרם "הסלקטיבי", דין ירושלים המזרחית ירושלים כדין הגדה המערבית, שכן אין היא מכירה



בסיפוח שטחי ירושלים המזרחית ב-1967 (סעיף יא לפסק הדין של כב' השופט רובנישטיין בעניין חוק החרם).

34.7. לכן, מי שמקבל כי "חשש מחרם" מצדיק אי גילוי מידע לציבור, שככלל אין חולק שהוא זכאי לקבל, מוביל לפגיעה קשה בשיטתנו לא רק לגבי הזכות לקבל מידע על פעילות המדינה במרחב הגדה המערבית, אלא גם פותח פתח להסתיר מידע על פעילותה בתחומה הריבוני. על המדרון החלקלק הזה, כפי שציינה כב' השופטת ברון, אסור לעלות.

35. **חילוקי הדעות העמוקים שהתגלעו בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט ביחס לסוגיה העקרונית מהווים שיקול תומך משמעותי בהתרת דיון נוסף בסוגיה.**

**הטעמים לעתירה לדיון נוסף בסוגיה השניה - תחולת חוק חופש המידע על פעילות המשיבים בגדה המערבית (ובאופן כללי יותר על פעולותיה מחוץ לתחומה הריבוני)**

36. הגם שכב' השופט אלרון קבע בדעת הרוב כי ההכרעה בסוגיה זו אינה הכרחית בתיק זה, הוא נתן הכרעה עקרונית פוזיטיבית בסוגיה כדלקמן (ס' 18 לפסה"ד):

*"חוק חופש המידע מהווה תוצר של איזון שביקש לערוך המחוקק הישראלי בין זכותו של הפרט לדעת וזכות הציבור לקבל מידע מרשות ציבורית לבין זכויות אדם ואינטרסים חברתיים המתקיימים בהקשר הנורמטיבי שבמסגרתו הוא פועל. זאת, בהתאם לעוצמתם ולמיקומם במדרג הערכי הקיים במשפט הישראלי ועל רקע מציאות החיים המאפיינת את המרחב הגיאוגרפי והחברתי שבו הוא חל. על כן, בהיעדר הוראה מפורשת בדבר תחולתו האקס-טריטוריאלית של החוק, הוא אינו חל באופן ישיר במרחב זה".*

37. פסיקה עקרונית זו חלה אפוא הן על המשיבים – המינהל האזרחי באיו"ש על כל קציני המטה שלו ומסגרותיו, והן באופן כללי על כל רשות ציבורית הפועלת מחוץ לשטחה הריבוני של המדינה.

38. העותרות יטענו, כי למרות שבעניין הקונקרטי הוסכם ונקבע שאין להכרעה בעניין זה השפעה על התוצאה בתיק, הרי שחשיבותה הרבה של הסוגיה, העקרונית והמעשית, הקביעה הפוזיטיבית והכללית שניתנה על-ידי דעת הרוב בעניין זה, חילוקי הדעות העמוקים עם דעת המיעוט, הפסיקה הסותרת בעניין זה, הבלבול בנושא בתוך רשויות המדינה עצמן והעובדה כי מדובר בעניין הרלוונטי למקרים דומים המתעוררים באופן יום-יומי, מצדיקים הכרעה במחלוקת במסגרת של דיון נוסף.

39. קביעה פוזיטיבית מעין זו בסוגיה הנ"ל, **המתייחסת לא רק למשיבים אלא לכל רשויות המדינה הפועלות מחוץ לתחומה הריבוני**, טרם ניתנה בפסיקה, גם לא בעניין רגבים (בג"ץ 6870/14), שם ניתנה התייחסות באוביטר ביחס למינהל האזרחי בלבד, בנסיבות מסוימות, ור' את התייחסותה של כב' השופטת ברון לעניין זה בפסקה השנייה שבסעיף 6 לפסק דינה. מעבר לכך, פסיקה זו גם אינה עולה

בקנה אחד עם פסיקה אחרת של בית המשפט הנכבד, אשר עולה ממנה, ללא עיסוק ישיר בסוגיה, הנחה בדבר תחולת חוק חופש המידע גם בגדה המערבית (ר' בסעיף 40.18 להלן).

40. הקושי העקרוני המשמעותי והטעות המשפטית שיש בפסיקה זו :

40.1 סעיף 1 לחוק חופש המידע קובע כדלקמן: **"לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית, בהתאם להוראות חוק זה"**. סעיף 2 לחוק מונה את רשימת רשויות הציבור, ובכללן **"(1) הממשלה ומשרדי הממשלה, לרבות יחידותיהם ויחידות הסמך שלהם"**. סעיף 14 לחוק קובע רשימה סגורה של רשויות ציבוריות שהחוק לא יחול עליהן.

40.2 עיקרון יסוד זה של החוק המנוסח בסעיף 1 לחוק מתמקד בחלקו האחד בבעל הזכות – כל אזרח ישראלי או תושב (ר' למשל עמ' 2564/18 טראובמן נ' ראשת אגף הפיקוח על ייצוא ביטחוני, ס' 7 (4.3.2019), ובחלקו השני ברשות הציבורית הנדרשת לקיימה. **"המסלול של חוק חופש המידע מתמקד ברשות הציבורית"** (עמ' 5089/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנק ישראל, ס' 28 לפסה"ד). ונוסיף: ברשות הציבורית ולא במרחב הגיאוגרפי בו פועלת. רשות ציבורית אינה מפסיקה להיות כזו כאשר היא פועלת בחו"ל, ובודאי שהיא אינה מפסיקה להיות כזו כשהיא פועלת בשטח המצוי בשליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל, קרי הגדה המערבית. החוק קובע מבחן טכני-פורמלי, לפיו הבדיקה מתמצית בשאלה אם בעת בקשת המידע יש בידי הרשות הציבורית המידע המבוקש (עמ' 414/18 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע בהנהלת בתי המשפט, ס' 12 (13.12.2018)).

40.3 אכן, כדברי הנמקתו של כב' השופט אלרון, חוק חופש המידע הוא תוצר של איזון בין זכויות ואינטרסים. בין זכותו של האזרח הישראלי לקבל את המידע שמחזיקה הרשות הציבורית כנאמנה שלו לבין אינטרסים וערכים אחרים ועל רקע מציאות החיים הישראלית. איזון בין זכות האזרח למידע, המהווה כפי שעמדנו לעיל אבן ראשה במשטר דמוקרטי (סעיף 33.2 לעיל והאסמכתאות שם), לבין אינטרסים אחרים ומציאות החיים המחייבת קביעתם של סייגים וחריגים. **איזון זה נובע ממערכת היחסים שבין האזרח הישראלי לבין רשויות המדינה שלו**, ומכתיב את זכותו למידע מהרשות הציבורית ואת הסייגים לזכות זו. איזון זה מתקיים בכל מקום בו פועלת הרשות הציבורית, שכן **מערכת היחסים בין האזרח לבין רשויות השלטון הפועלות בשמו, מטעמו ובכספו אינה משתנה כאשר הן פועלות גם מחוץ לתחום המדינה הריבוני**. המאפיינים הייחודיים לפעולה 'אקס-טריטוריאלית' זו יכולים לקבל משקל בהפעלת הסייגים הקיימים בחוק, אשר מעניקים לרשות סמכות לסרב למסור מידע בשל טעמים שמאפיינים פעילות מסוג זה (בעיקר יחסי חוץ ושיקולים ביטחוניים – ס' 9(א)(1) לחוק).

40.4 ואמנם, תכליות החוק החשובות, כמו גם הרציונלים השונים העומדים בבסיסו, **שזכו להכרה ודיון רחבים בפסיקה, מצדיקים אף הם את התוצאה כי חוק חופש המידע יחול על כל רשות ציבורית בכל מקום בו פועלת, בודאי בגדה המערבית, ומחייבים מאמץ פרשני להימנע מהתוצאה ההפוכה**. כידוע, תכליותיו

העיקריות של החוק הן הבטחת יכולתו של האזרח לקיים בקרה על רשויות השלטון, לדעת כיצד בחרה הרשות להפעיל את סמכויותיה ולעשות שימוש במשאבים שהועמדו לרשותה, להבטיח כיבודם של ערכים דמוקרטיים וחברתיים, ולאפשר לציבור לקחת חלק בפעילות השלטונית. ככלל, ההצדקה הדמוקרטית לחוק חופש המידע, המקיפה את רשימת התכליות הנ"ל, רואה במתן גישה רחבה למידע תנאי להגשמתו של חופש הביטוי, ומשום כך ההכרה במעמדה המעין חוקתי של הזכות למידע (עע"מ 7678/16 רביב דרוקר נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד ראש הממשלה, (7.8.2017), ס' 24 והאסמכתאות הרבות שם; בדיון נוסף: דנ"מ 6602/17).

40.5. לצד ההצדקה הדמוקרטית הנ"ל קיים גם רציונל "הבעלות", שלפיו הזכות למידע ציבורי נגזרת מ"בעלותו" של הציבור במידע שבו מחזיקה הרשות מכוח תפקידה כנאמן שלו. לפי תפיסה זו, המידע אינו של הרשות אלא של האזרח, והוא זכאי לעיין בו (עעמ 414/18 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע בהנהלת בתי המשפט (13.12.2018); עע"ס 3300/11 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' גישה, ס' 6 לפסק הדין של השופט עמית והאסמכתאות שם (5.9.2012)).

40.6. באופן מובהק, הן ההצדקה הדמוקרטית והן הצדקת הבעלות, מתקיימות גם כאשר הרשות הציבורית פועלת מחוץ לתחום המדינה, ועניין זה מקבל ביטוי חזק במיוחד כשדנים במשיבים המסויימים בתיק זה, בשטח המצוי בשליטתה האפקטיבית של המדינה מזה שנות דור. מכיוון שתפיסת ישראל את השטחים באזור, אופן התנהלותה בו, המשאבים שמקדישה לפרויקט זה וכו' עומדים במוקד המחלוקת הציבורית והפוליטית בישראל (ס' 33.6 לעיל), זכותו של הציבור לבקר ולפקח על פעילות המדינה באזור מובנת מאליה באופן ברור, והמשמעות של שלילתה, או הפיכתה לתלויה בחסדי הרשות כיצד תפרש "עקרונות" להבדיל מיישום חוק ברור, קשה במיוחד.

40.7. המשמעות של פסיקה לפיה חוק חופש המידע אינו חל בגדה המערבית היא פתיחת פתח לחיסוי מידע, השתקת דיון ציבורי והגבלת או שלילת זכותו של הציבור לחופש ביטוי דווקא בנושא העומד במוקד השיג ושיח הציבורי. זו תוצאה בלתי נסבלת, שיש לעשות כל מאמץ פרשני להימנע ממנה.

40.8. זכותו של אזרח ישראלי לקבל מידע כיצד מנוהלת פעילות של המדינה בגדה המערבית, כיצד היא פועלת בשמו ומשתמשת בכספו, כדי שיוכל לגבש עמדה ולהשמיע אותה בדיון הציבורי, אינה תלויה בשאלה אם הפעילות מנוהלת ממשדד היושב פיזית בבית אל או בירושלים. כך, לשם הדוגמא בלבד, זכותו של האזרח הישראלי לקבל מידע על התנהלות הגורם הממשלתי המוסמך לטפל בנושא של השכלה גבוהה בגדה המערבית, אינה יכולה להיות תלויה בשאלה אם זה פועל ממשדד א' או משרד ב'. חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון מס' 20) (מוסדות להשכלה גבוהה באזור), התשע"ח-2018, ביטל את מ"יג יו"ש שבראשות המפקד הצבאי, והעביר את סמכויותיו למועצה להשכלה גבוהה הפועלת בישראל. מבחינה מהותית, עניינו של הציבור במידע הוא אותו עניין. התכליות הן אותן תכליות והרציונל הוא אותו רציונל. הרשות הציבורית

אמורה לגלות את המידע לאזרח ללא קשר לשאלה היכן היא יושבת, מבלי שניתן לתמרן את המידע לטריטוריות הפטרות מכך.

40.9. ואמנם, כפי שצוין לעיל, דעת המיעוט עמדה גם על החשש המובן, כי הגדרתו של מרחב הגדה המערבית (כמו כל שטח אקס טריטוריאלי) כשטח שחוק חופש המידע אינו חל עליו, עלול להביא להפיכתו ל"חצר אחורית", טריטוריה בה יכולות רשויות המדינה לפעול במחשכים או בשקיפות מופחתת, ללא צורך בפרסום מידע יזום, ללא חובה להשיב לציבור בלוחות זמנים רלוונטיים וכו'. יש למנוע את ה"פיתוי" שיש בעצם קיומה של אפשרות כזו.

40.10. בעניין רשימת אורחי השגרירות (עמ' 2975/15 הוצאת עיתון 'הארץ' נ' משרד החוץ, ס' 45 לפסה"ד (6.6.2016)), נאמר: "נציגיה של מדינת ישראל בחו"ל הם משרתי ציבור. פעילותם אמורה להיות כפופה לביקורת ציבורית ולדין ציבורי", ונפסק פה אחד כי החוק חל עליהם. דברים אלה לגבי "נציגי ישראל בחו"ל" יפים גם ל"נציגי ישראל באזור". לציבור הישראלי אין, בלשון מעטה, פחות עניין במידע לגבי האזור מאשר במידע לגבי שגרירות בחו"ל, ובעלותו בו וזכותו לגביו אינה פחותה.

40.11. ובהיבט הצדקת הבעלות: המינהל האזרחי, כמו כל רשות ציבורית ישראלית אחרת, פועלת כנאמן של הציבור הישראלי, כפי שהשגרירות הישראלית בניו יורק פועלת כנאמן שלו. המידע שהמינהל מחזיק בידיו שייך לציבור הישראלי באותו האופן בו שייך לו מידע של כל רשות ציבורית היושבת בישראל. רציונל הבעלות מתקיים באותו האופן והעוצמה.

40.12. יצוין, כי דעת הרוב פוגעת באופן ספציפי גם בכ-400,000 אלף ישראלים (לא כולל ירושלים המזרחית), המתגוררים (לדעת העותרות, בניגוד לכללי המשפט הביני"ל) בגדה המערבית. הגם שחייהם בתחום ההתנחלויות בגדה המערבית מנוהלים על-ידי רשויות מקומיות, הרי שלאור שליטת המינהל האזרחי על כל השטחים האחרים בגדה, לפעולותיו יש השפעה ישירה על חייו היום יום שלהם, בסביבת מגוריהם ובהזדקקותם לכל מערכות התשתית שבאחריותו. לקביעה כי חוק חופש המידע אינו חל על המשיבים יש לפיכך השפעה ישירה עליהם, ועל פגיעה בזכותם לקבל מידע מרשויות השלטון, העומדת לכל אזרח במדינה.

40.13. אין בעובדה שעקרונות חוק חופש המידע יחולו על המשיבים (ועל רשויות ציבור הפועלות 'אקס טריטוריאלי') כדי לתת מענה לקושי העקרוני והמעשי שבאי החלת החוק עליהם. "עקרונות חופש המידע" היו קיימים עוד לפני אישורו של חוק חופש המידע לפני כעשרים שנה (ר' בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל, ס' 6 לפסק הדין והאסמכתאות שם (30.7.2006); עע"מ 3908/11, בסעיף 20 לפסה"ד; בג"ץ 2283/07 פורום משפטי למען ארץ-ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים, פסקה 5 והאסמכתאות שם (5.5.2008)), ובכל זאת החוק התקבל ונחגג כבעל חשיבות שאין שנייה לה, והוכר כבעל חשיבות מכוננת, מעין חוקתית. אין המדובר בחשיבות "סמלית". החוק הרחיב את זכות העיון הפרטית לזכות עיון במידע ציבורי (ללא אינטרס פרטי של המבקש); החוק קבע הסדרים פרטניים ולוחות זמניים ברורים לטיפול בבקשות (כשלאופן היישום

של הזכות קיימת חשיבות רבה); החוק קבע את סמכות בית המשפט לבצע איזון אינטרסים מעיקרו, ולא הסתפק בעילות המינהליות הרגילות (ובכך הרחיב את מתחם ההתערבות של בית המשפט בהחלטות של הרשות מכוח הרשות לעומת החלטותיה הרגילות); החוק קבע מדרג ברור בין הסייגים השונים.

40.14. השאלה מה מבין הסדרים אלה שנקבעו בחוק הם בגדר "עקרונות" שיחולו גם על רשות שאין החוק חל עליה, ומהם הסדרים פרטניים שרשות כזו תהיה פטורה מהם, היא כמובן שאלה פתוחה, שתלויה גם ברצונה הטוב של הרשות. מעבר לכך. הפסיקה הענפה, שגיבשה במשך עשרים השנה האחרונות אמות מידה להכרעה בבקשות למידע המוגשות לרשויות, ניתנה בהקשר של רשויות הכפופות לחוק ובהליכים שנוהלו מכוח החוק. בפני כל רשות שייקבע שהחוק לא חל עליה פתוחה תהיה הדרך לאבחן את העניין שנדון לפני מעניינים דומים שכבר הוכרעו בפסיקה בכך שעליה החוק לא חל, ולכאורה בהכרח החובה המוטלת עליה הינה בעוצמה פחותה. מובן, שבפני רשות כזו גם תהיה פתוחה הדרך לגרור רגליים בטיפול בבקשות ולהתיש את המבקשים, שהרי בוודאי קשה מאד להגדיר לוחות זמנים ספציפיים כ"עקרונות".

40.15. עמימות וחוסר בהירות אלו הן קשות ומזיקות, ופוגעות בזכות למידע ובאפשרות המעשית לממש אותה. וכפי שנטען לעיל, הן עושות כן דווקא לגבי רשויות שהפיקוח הציבורי עליהן והדיון הציבורי בפעולותיהן עומד במוקד השיג ושיח במדינה. לפיכך, **דעת הרוב בענייננו מחזירה אותנו, בכל הכבוד, בכל הנוגע למשיבים (ולרשויות הפועלות אקס טריטוריאלי באופן כללי), לעידן משפטי פרה היסטורי, שעבר מעולמנו לפני כעשרים שנה, וכאמור דווקא בהקשר וביחס לרשות לגביה מתקיימות תכליות החוק באופן העמוק והמובהק ביותר.**

40.16. אי תחולת חוק חופש המידע על המשיבים גם יוצרת דיס-הרמוניה נורמטיבית צורמת. בשנים האחרונות קיימת מגמה עקבית של אישור "חקיקת סיפוח", המחילה חקיקה ישראלית על מרחב הגדה המערבית והאזרחים הישראלים המתגוררים בו (ואשר העותרות מתנגדות לה) – מחוק מכסות ביצים (חוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק) (תיקון מס' 17), התשע"ח-2018), דרך חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון מס' 20) (מוסדות להשכלה גבוהה באזור), התשע"ח-2018, חוק לעידוד השקעה באנרגיות מתחדשות (הטבות מס בשל הפקת חשמל מאנרגיה מתחדשת), התשע"ז-2016, ועד החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017. לצד החוקים שאושרו הונחו על שולחן הכנסת הצעות חוק רבות אחרות הפועלות באותה מגמה<sup>5</sup>. התוצאה שלצד מהלכים אלה, דווקא החקיקה המאפשרת לציבור הישראלי לפקח על רשויות המדינה בפועל באזור לא תחול באזור, הינה בלתי נסבלת.

40.17. ועוד יש להוסיף: **ככלל מעדיפים דיני חופש המידע כי הדיון על מסירת מידע או חיסויו יתנהל כדיון מהותי בהתאם לסייגים הקבועים בחוק, ולא על-ידי קביעה מראש כי החוק אינו חל.** כך נפסק בהקשר אחר הנוגע ליישום החוק (הגדרת המידע בו עוסק החוק): **"המבחן הטכני מביא לכך שבחינת האפשרות**

<sup>5</sup> ר'. 'מאגר חקיקת הסיפוח' – אתר יש דין <https://www.yesh-din.org/>

**למסור את המידע תתמקד בשלבים המהותיים של בחינת התקיימות החריגים והסייגים, ולא בשלב הראשוני של עצם תחולת החוק** (עעמ 414/18 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע בהנהלת בתי המשפט, ס' 13 (13.12.2018)). לפיכך, גם מטעם זה יש להימנע ככל שניתן מתוצאה פרשנית שחוסמת את האפשרות לגילוי המידע על הסף, ולחתור ככל שניתן לפרשנות שמאפשרת דיון, בחינה מהותית של הדברים והכרעה בהתאם לסייגים והחריגים הקיימים בחוק.

40.18. פסק הדין של דעת הרוב גם אינו עולה בקנה אחד עם פסיקה קודמת של בית המשפט הנכבד, אשר הניחה (ללא עיסוק ישיר בנושא), כי חוק חופש המידע חל על המשיבים, או למצער הוא יוצר דיס הרמוניה צורמת עם פסיקה קודמת.

כך, למשל, עסק בג"ץ 490/15 בעתירה של פלסטיני תושב האזור בהתרת כניסתו לישראל ובפרסום נהלי המשטרה בנושא (בג"ץ 490/15 טביה נ' משטרת ישראל (23.6.2015)). כבי' השופטת ברק-ארז ציינה כאחד מהנימוקים לדחיית העתירה, בסעיף 7 לפסק-דינה, את "האפשרות הפתוחה [בפני העותר] לפנות לרשויות בעניין לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (אשר כידוע חל גם על מי "שאינו אזרח ישראלי או תושב לגבי מידע בדבר זכויותיו בישראל" (סעיף 12 לחוק זה))." יתכן שבית המשפט התייחס למשטרת ישראל היושבת בתחום הקו הירוק בלבד, אך אם כך התוצאה היא שלתושב האזור קיימת זכות לפנות בעתירה לפי חוק חופש המידע לרשות ישראלית היושבת בתחום המדינה, אך לא לרשות הישראלית שמנהלת את ענייני באופן יום-יומי.

בדומה, בעע"מ 4014/11 כפאיייה אבו עיד נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין וההגירה ומעברי הגבול (1.1.2014), עמדה כבי' השופטת ברק-ארז על חובת הרשויות לפרסם את נהליה מכוח סעיף 6 לחוק חופש המידע, וזאת בעתירה של תושב האזור לגילוי מידע (סעיף 28 לפסה"ד).

דוגמא נוספת לדיס הרמוניה שיוצרת פסיקת דעת הרוב היא פרשת חוות-דעת המשנה ליועמ"ש בעניין החטיבה להתיישבות (נדונה בבגץ 3301/15 ח"כ זהבה גלאון נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-20, ס' ד' (29.6.2015)). בחוות הדעת מצוין החשש, "שהחטיבה משמשת את הממשלה לעקיפת ההגבלות החוקיות להן היא כפופה (דוגמת הוראות חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998, חלוקת תמיכות, בקרה כספית והתקשוריות)". החשש המובהר בחוות הדעת כי השימוש בחטיבה להתיישבות משמש לעקיפת חוק חופש המידע אינו עולה בקנה אחד עם קביעה, כי הגוף החשוב ביותר הפועל בגדה המערבית, ספציפית בנושא ההתיישבות, אינו כפוף כלל לחוק. אם הוא לא היה כפוף לחוק, לא היה צורך בעקיפת החוק.

41. מעבר לכך. בכל הקשור למשיבים, המינהל האזרחי באיו"ש, לא ניתן לראות בה רשות הפועלת ב'אקס טריטוריה' במנותק מרשויות המדינה היושבות בתחומה הריבוני.

41.1. מעבר לצורך לאור העמדה העקרונית בדבר תחולת החוק על כל רשות ציבורית בכל מקום בו פועלת. לא ניתן לקבל את התפיסה לפיה המינהל האזרחי באיו"ש מהווה "רשות נפרדת", הפועלת במשרדיה שבגדה המערבית באופן מנותק טריטוריאלי ומעשית מרשויות המדינה.

41.2. לאחר כיבוש הגדה המערבית ב-1967 הופקד הטיפול בנושאים אזרחיים בגדה בידי מתאם פעולות הממשלה בשטחים (מתפ"ש) – הכפוף ומדווח ישירות לשר הביטחון. ב-1981 הוקם המינהל האזרחי במסגרת יחידת המתפ"ש. ר' המינהל האזרחי כפוף מבחינה ארגונית ומקצועית למתפ"ש (ואת סמכויותיו הפיקודיות מקבל מאלוף פיקוד המרכז). בהליכים שונים הוגשו עתירות נגד שני גופים אלה במשולב, משום שלא ניתן באופן מעשי להפריד ביניהם. דוגמא טובה היא עת"מ (י-ם) 68189-12-14 גישה מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' המינהל האזרחי בגדה המערבית (3.5.2016). שם עתרה העותרת לפרסום נהלי המינהל האזרחי. המשיבים היו המינהל האזרחי והממונה על חופש המידע שם, אבל הסעד שהתבקש וקיים בסופו של דבר על-ידי המשיבים בחסות ההליך היה פרסום המידע באתר מתפ"ש.

41.3. לפיכך, המינהל האזרחי, כפי שציינה כב' השופרת ברון בדעת המיעוט, מהווה זרוע של משרד הביטחון, ולפיכך אין צורך במהלך פרשני מורכב כדי לקבוע שמדובר ברשות ציבורית ישראלית. ואמנם, לא רק דעת המיעוט סברה שהמינהל האזרחי הינו זרוע של משרד הביטחון ולכן החוק חל עליו ('תחולת החוק בעניינם של המערערים (שאין חולק כי הם ישראלים) נובעת אפוא מהיות המינהל האזרחי זרוע הארוכה של משרד הביטחון' – סי' 6 לפסק דינה), אלא, כפי שהיא מציינת שם, 'זו היתה אף עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שקיבלה ביטוי בחוות דעת משנת 2006 שהוגשה לעיונו של בית משפט זה במסגרת הדיון בבג"ץ 6870/14 רגבים נ' ראש המינהל האזרחי'.

41.4. ואין המדובר רק בכפיפות מקצועית וארגונית למתפ"ש ולמשרד הביטחון. המינהל האזרחי עובד באופן שוטף, הדוק ומשולב עם הרשויות הישראליות. קציני המטה של המינהל האזרחי מונחים מקצועית על-ידי הרשויות הישראליות שהם האחראים על תחום פעילותם בגדה, ולעיתים הם גם עובדים שלהם. לענייננו, המשיב 2, קמ"ט ארכיאולוגיה, מוצג באתר האינטרנט של רשות העתיקות כיחידה נוספת שלו, ונמסר שם כל המידע לגבי נושאי התפקידים והארכיאולוגים הפועלים שם. אין גם חולק שחלק מהממצאים הארכיאולוגיים מהגדה נשמרים בידי רשות העתיקות (הסירוב בתיק זה היה לגלות את שיעור הממצאים הנ"ל מכלל הממצאים). מצב דומה מתקיים לגבי קציני המטה האחרים (למשל: חיפוש פשוט במאגרי המידע המשפטיים מלמד כי המכרזים לבנייה למגורים מוצאים על-ידי קמ"ט מקרקעין ביחד עם משרד השיכון). בהחלטות חשובות מונחה המינהל האזרחי ספציפית על-ידי משרדי הממשלה (בדיון במעמד צד אחד בענייננו הופיעו וייצגו אותו נציגי משרד החוץ). המינהל האזרחי מיוצג כידוע בבתי המשפט על-ידי פרקליטות מחוז ירושלים. אין לדעת אם ההחלטות העקרוניות המתקבלות בנושאים שבתחום סמכויות המשיבים – למשל ההחלטה האם למסור את זהות מקבלי רישיונות החפירה, התקבלה בבית-אל, בהתייעצות בתל-אביב במשרדי הפצ"ר, בהתייעצות עם רשות העתיקות בבית שמש, במשרדי פרקליטות מחוז ירושלים בירושלים או במשרד החוץ בירושלים.

41.5. המינהל האזרחי הוא אפוא אורגן במערך הבירוקרטי-שלטוני ישראלי, ולא גוף מנותק מהותית וטריטוריאלית. המדובר במצב דברים מתחייב ומובן מאליו לאור הסמיכות הגיאוגרפית והתפקודית שבין הגדה המערבית ומדינת ישראל גופה, והעובדה שישראל מחזיקה בשטח ושולטת בו אפקטיבית כבר עשרות שנים. התשתיות קשורות, מתחברות ומשפיעות זו על זו. מאות אלפי ישראלים נעים באופן יום-יומי הלוך ושוב בין הגדה לתחום הקו הירוק. הידע המקצועי קיים בעיקר במנגנון הממשלתי הישראלי, אין להשוותו להיקף כוח האדם במינהל האזרחי, ומובן מאליו שהמינהל יסתמך עליו ולא ייצר שתי מערכות בירוקרטיות כפולות. משום כך יש לדחות את הנחת המוצא הפשטנית שהנחתה את דעת הרוב, כי מדובר ברשות הפועלת 'אקס טריטוריאלית'.

41.6. לפיכך, גם לשיטת דעת הרוב, משעה שהמינהל האזרחי מהווה את זרועו הארוכה של משרד הביטחון, ומכיוון שהוא מהווה אורגן במערך השלטוני-בירוקרטי הישראלי, יש לקבוע שהחוק חל עליו.

#### 42. השלכותיה המעשיות של הפסיקה:

42.1. בענייננו, תרגומה המעשי של חשיבותה העקרונית של הפסיקה כמעט מובן מאליו. פסק הדין אינו עוסק במקרה חריג או בנסיבות מיוחדות. השאלה של תחולת חוק חופש המידע על המשיבים, ובאופן כללי על רשויות המדינה הפועלות מחוץ לתחומה הטריטוריאל, אך במקום שבו יש להן שליטה אפקטיבית, היא בעלת השלכות מעשיות, כמעט יום-יומיות, לגבי קבלת מידע מרשויות אלה.

42.2. הן הפונים לבקש מידע מהמינהל האזרחי, והן הפונים לקבל מידע מכל רשות ציבורית הפועלת מחוץ לתחומה הריבוני של המדינה, הן תושבי הגדה המערבית, הן אזרחי המדינה, אלה המתגוררים בתחומי הקו הירוק ואלה המתגוררים בגדה המערבית ומושפעים מפעילות המינהל האזרחי באופן יום-יומי, זכאים לדעת בצורה ברורה האם הם זכאים לקבל את המידע בהתאם להוראות החוק ובלוחות הזמנים הקבועים בחוק. אין המדובר בסוגיה שניתן להותיר בה עמימות.

42.3. כן, לפי דעת הרוב, גם מחוז ש"י של משטרת ישראל, שהוא המחוז המשטרתי הפועל בגדה המערבית, ואשר מן הסתם לפחות חלק מהמידע שמצטבר אצלו אגב עבודתו נשאר בחזקתו בלבד, יכול לראות עצמו פטור מהוראות החוק, וזאת למרות שנכון להיום פועל בהתאם לו, ולמרות החשיבות הרבה שיש לציבור הישראלי בשאלת אכיפת החוק בגדה המערבית. כך גם רשויות המדינה הפועלות מחוץ למדינת ישראל, לגבי המידע המוחזק אצלן, וזאת, כאמור, בסתירה לפסק הדין בעניין אורחי השגרירות.

42.4. יצוין, שגם בקרב רשויות המדינה קיים בלבול לגבי תחולת החוק על המשיבים. גם הבקשה נשוא תיק זה טופלה על-ידי המשיבים ככזו שחוק חופש המידע חל עליה (אך עתה המינהל האזרחי מתחיל כל מענה לבקשת מידע בהבהרה שהחוק אינו חל עליו), וגם משרד המשפטים, היחידה ליישום חוק חופש המידע, ראה את הבקשה ככזו המתנהלת לפי החוק ולכן שיש לו הסמכות להעיר לגבי אופן (אם) הטיפול בבקשה. גם רשויות המדינה זקוקות לתשובה ברורה בנושא.



42.5. לפיכך, משעה שהמותב פסק בעניין זה תוך חילוקי דעות עמוקים בין דעת הרוב לדעת המיעוט, אין להותיר סוגיה זו "לעת מצוא". המדובר בעניין שמעבר לחשיבותו העקרונית יש לו חשיבות מעשית, פשוטה, יום-יומית.

43. סתירה לפסיקה קודמת: כפי שציננה דעת המיעוט, פסק הדין של דעת הרוב אינו עולה בקנה אחד עם פסק הדין שניתן על-ידי בית המשפט בעע"מ 2975/15 הוצאת עיתון "הארץ" נ' משרד החוץ (6.6.2016). שם נדון עניין רשימת אורחי השגרירות לסעודה רשמית תוך מוסכמה כי החוק חל גם על פועלה של הרשות הציבורית באקס טריטוריה רחוקה.

ביחס לפסה"ד בעניין רגבים (בג"ץ 6870/14) – שם ניתנה אמירה באוביטר מובהק, מבלי שהתעורר דיון בנושא, וכפי שציננה כב' השופטת ברון, בנסיבות אחרות, וללא קביעת הלכה בדבר תחולת חוק חופש המידע על המינהל האזרחי. יחד עם זאת, החשיבות בהעמדת ההלכה על מכונה קיימת גם לאור אמירת כב' השופט בדימ' רובינשטיין בפסק-דין זה.

44. לפיכך, קיימת חשיבות עקרונית מהותית, כמו גם חשיבות מעשית, להעמיד הלכה על מכונה על-פי דעת המיעוט, ולקבוע שחוק חופש המידע חל על כל הרשויות הציבוריות הישראליות (שלא הוחרגו בחוק) בכל מקום בו פועלות, ובכלל זה על המשיבים.

45. החשיבות הרבה שיש להכרעה בעניין זה כפי שהוצגה בעתירה זו, וחילוקי הדעות הקוטביים שבין דעת הרוב לדעת המיעוט מצדיקה דיון והכרעה גם אם זו אינה נדרשת להכרעה במחלוקת הספציפית בתיק זה. ויודגש: די בהכרעה הברורה והחד משמעית של דעת הרוב בעניין זה כפי שנכתבה על-ידי כב' השופט אלרון, כדי להוות למשיבים אסמכתא לראיית עצמם כמי שפטורים מהוראות החוק מעתה ואילך (אלא כפופים ל"עקרונותיו" בלבד – ור' הדיון בעניין זה לעיל), גם אם בנסיבות מתן פסק הדין ייקבע שאין מדובר ב"הלכה". מצב דברים זה מחייב העמדת הלכה על מכונה.

46. ור', לשם ההשוואה, בעניין דנ"מ 6602/17 ראש הממשלה נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע, בעניין דרוקר, שם אושר דיון נוסף למרות שהמבקש ציין בפתח בקשתו לדיון נוסף במפורש שהוא מתכוון למסור את המידע לפי פסק הדין, וכי הדיון הנוסף מתבקש רק בשל חשיבותו העקרונית והמעשית. **כלומר, הדיון הנוסף התקבל ואושר בשל החשיבות העקרונית ולמרות העדר הרלוונטיות לתוצאה המעשית בתיק המסוים.**

אשר על כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון נוסף בפסק הדין בשתי הסוגיות שנכללו בעתירה זו, ולקבוע כדעת המיעוט שבפסק הדין, כי "חשש מחרם" אינו יכול להוות טעם לאי גילוי מידע שכעיקרון חייב בגילוי לפי דיני חופש המידע, וכי חוק חופש המידע חל על המשיבים ועל כל רשות ציבורית ישראלית באשר היא בכל מקום בו היא פועלת.

---

ישי שנידור, עו"ד

ב"כ העותרות