

מדינת ישראל

משרד המשפטים

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, י"ג שבט תשפ"א

26 ינואר 2021

מס' מסמך: 004-99-2021-001075

אל: משתתפי הדיון

הנדון: סיכום דיון בנושא פרסום הנחיות מינהליות

ביום 11.1.2021 התקיימה ישיבה בנושא שבנדון בראשות היועץ המשפטי לממשלה, בהשתתפות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי), המשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים), המשנה לפרקליט המדינה (עניינים אזרחיים), מ"מ ראש היחידה הממשלתית לחופש המידע וגורמים נוספים ממשרד המשפטים.

עניינה של הישיבה היה בהבהרת הגדרתן של הנחיות מינהליות ובחובת פרסומן, מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק" או "חוק חופש המידע"), על רקע גיבוש עמדת המדינה בעתירות העוסקות בפרסום הנחיות מטעם ייעוץ וחקיקה ומטעם פרקליטות המדינה (עת"מ 64005-20-01 ו-ע"מ 6329/20; עת"מ 26946-04-20 בהתאמה).

1. רקע – עתירות בעניין פרסום הנחיות מינהליות

עיקר עניינן של העתירות שצוינו לעיל, בטענה כי הנחיות מינהליות, כמובן בסעיף 6(א) לחוק חופש המידע, מטעמן של מחלקת ייעוץ וחקיקה ופרקליטות המדינה, כביכול אינן מפורסמות כנדרש. זאת, לאור תפיסת העותרים המרחיבה הגורסת, הלכה למעשה, כי כל מסמך בעל משמעות אופרטיבית נתפס בגדרי "הנחיה מינהלית". העתירה שעניינה בהנחיות ייעוץ וחקיקה נדחתה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט אלכסנדר רון) ובמסגרתו נקבע, בין היתר, כי המסמכים המבוקשים על ידי העותר אינן בגדר הנחיות מינהליות המחייבות את גורמי הביצוע אלא חוות דעת משפטיות המפרשות את הדין. בהקשר זה, נכללה בפסק הדין הערה לפיה "חוות דעתה של יח"ק, לא תמיד, הגוף הביצועי המתאים, חייב בכלל לקבל ומקבל". יצוין כי טענה זו לא נטענה על ידי המדינה, ועמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי משפטי ייעוץ וחקיקה, כמו גם היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, פועלים כזרועו הארוכה של היועץ המשפטי לממשלה, ומשכך – חוות דעתם המשפטיות משקפות את הדין עבור גורמי הממשלה השונים. זאת, כמובן בכפוף לדרכי ההשגה והערעור המקובלות כפי שעוגנו במדריך הפנימי לעבודת ייעוץ וחקיקה וכן בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 9.1000 בעניין "היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה". על פסק דין זה הוגש לאחרונה ערעור התלוי ועומד בפני בית המשפט העליון (ע"מ 6329/20). כמו כן, עניינה של העתירה ביחס

להנחיות הפרקליטות (עת"מ 26946/04/20) גם הוא תלוי ועומד בפני בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט ר' וינוגרד).

2. מסגרת נורמטיבית – זיהוי ופרסום הנחיות מינהליות

א. זיהוי הנחיות מינהליות – בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.0002 הוגדרו הנחיות מינהליות כ"כללים גמישים שרשות מינהלית קובעת לעצמה כדי שידריכו אותה בהפעלת סמכותה" על בסיס הגדרות דומות מן הפסיקה והספרות (ר' למשל בג"ץ 10907/04 **ישראל סולודוך ו-70 אח' נ' עיריית רחובות** (פורסם בנבו, 1.8.2010)).

הנחיות פנימיות אלו יופיעו, בדרך כלל, כשלישיות המינהלית הוקנה שיקול דעת רחב בעניין מסוים הנוגע לתחום סמכותה, והיא קובעת מדיניות באשר לאופן יישומו. על כן, הרשות עושה שימוש בהנחיות אלו כדי להבנות את שיקול דעתה מראש, בסוג מסוים של מקרים, תוך שמירה על גמישות המאפשרת סטייה מן ההנחיות במקרים המתאימים לכך (ר' לעניין זה – יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 778 (תשנ"ו)).

ב. פרסום הנחיות מינהליות –

- 1) סעיף 6(א) לחוק חופש המידע קובע כי "רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור."
- 2) כפי שבואר בדברי ההסבר לסעיף 6(א) בהצעת חוק חופש המידע, תכליתו של סעיף זה הייתה בשינוי המצב בו "הנהלים הפנימיים, ההנחיות והחלטות בדבר מדיניות, הם במקרים רבים בגדר "תורת הנסתר" מפני הציבור, חרף השפעתם הרבה על זכויותיו ועל האופן שבו פועלת הרשות". אם כן, עולה מדברי ההסבר לחוק כי כוונת המחוקק הייתה לחייב את הרשויות בפרסום ההנחיות והנהלים הסדורים המתווים את דרכי עבודתה, ככל שיש להן נגיעה או חשיבות לציבור.
- 3) בהקשר זה יש לציין כי סעיף 6(ב) לחוק, מחיל על פרסום ההנחיות היזום גם את הוראות סעיף 9 לחוק, המפרטות סייגים בדבר מידע שאין למסרו או שאין חובה למסרו.

3. היועץ המשפטי לממשלה סיכם את הדיון כדלקמן:

א. תיקון הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין הנחיות מינהליות

- 1) **מאפייני הנחיה מינהלית** – יש לתקן את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.0002 בעניין "הנחיות מינהליות". זאת, באמצעות פירוט אמות מידה שיוכלו לסייע במלאכת הזיהוי של ההנחיה המינהלית, מבלי לקבען כרשימה סגורה וממצה. במסגרת זו יש להביא בחשבון את המאפיינים הבאים:

א) **אופרטיביות** – יש לבחון האם מדובר בהנחיה שהרשות קובעת לעצמה על מנת שתדריך אותה במסגרת פעולותיה.

(ב) **סמכות מתן ההנחיה** – על מנת להנחות בהנחיה מינהלית, נדרש כי נמעני ההנחיה יהיו כפופים למוציא ההנחיה, מקצועית או ניהולית. ודוק – גורם מטה מקצועי, מנחה את מי שאינו כפוף אליו מינהלית, רק לגבי התחום המקצועי שעליו הוא אמון.

(ג) **רוחביות** – הנחיה נדרשת לבטא הכללה נורמטיבית ועל כן בהכרח אמורה להתייחס לטווח של פעולות או למקרים חוזרים, להבדיל מהוראה הניתנת אד-הוק.

(ד) **גמישות** – מאפיין משמעותי של הנחיות מינהליות הוא באפשרות, ולעיתים אף חובה, של הרשות לסטות מהן במקרים המתאימים לכך לפי שיקול דעתה.

(ה) **תכלית ההנחיה** – כאשר ההנחיה נועדה למנוע שרירותיות ולסייע בהפעלת שיקול הדעת באופן שיווינוני ואחיד, יהיה בכך כדי לסייע בסיווג ההנחיה כהנחיה מינהלית.

(2) **הבחנה בין חוות דעת משפטית להנחיה מינהלית** – סיכום דיון זה אינו מתייחס, ככלל, לחוות דעת משפטיות הניתנות לרשויות המדינה השונות, בין במסגרת עבודתם השוטפת של הפרקליטים, בין במסגרת עבודת הייעוץ המשפטי לממשלה. מטבע הדברים, במסגרת עבודתה השוטפת של הרשות הציבורית נערכות מטעמה ובעבורה חוות דעת משפטיות. יובהר כי חוות דעת משפטיות הניתנות על ידי גורמי הייעוץ המשפטי, או פרקליטות המדינה, נוגעת מטבעה ל"גבולות גזרה" משפטיים המתווים את פעולת הרשות, ולא לקריטריונים גמישים המצויים בתוך מתחם שיקול הדעת של הרשות. נוסף על כך, חוות דעת משפטיות לרוב נטועות במערכת נסיבות קונקרטיות ומאפיינות מערכת יחסים ייעוצית. נעיר, כי ביחס לאלה אף קיימות, לא פעם, הוראות חסיון שונות. הנה כי כן, **חוות דעת משפטית (תהא כותרת המסמך אשר תהא) שעניינה בשיקוף או פרשנות הדין בלבד, אינה נכנסת בגדר המונח "הנחיה מינהלית" גם אם נכונו לה השלכות רוחביות כאלה ואחרות**. וזאת, אף אם נעשה במסגרתה שימוש בלשון אופרטיבית, או כאשר מסקנתה מובילה לתוצאה יישומית מתחייבת.

ב. פעולות מתחייבות מכוח סעיף 6(א) לחוק

(1) בבואו של גורם ממונה להתקין הנחיה רוחבית, אשר נועדה להדריך את שיקול דעתו העתידי או את שיקול הדעת של הכפופים לו, יש לבחון את התקיימותם של התנאים המצטברים הבאים:

(א) האם מדובר בהנחיה מינהלית, כפי שפורש בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.0002 (על תיקוניה).

(ב) האם מדובר בהנחיה בעלת נגיעה או חשיבות לציבור.

- (2) ככל שתנאים אלו מתקיימים, ולא חל בעניינה של ההנחיה סייג בגינו אין לפרסמה, מתוך הטעמים הקבועים בסעיף 9 לחוק, יש לפעול לפרסום ההנחיה המינהלית, בהתאם למשאבים העומדים לרשות ובשים לב לצורך לאשרר או לעבד את ההנחיה לכדי מסמך שניתן לפרסמו לציבור תוך פרק זמן סביר.
- (3) יובהר כי השאיפה היא שהנחיות המתאימות לכך יפורסמו באמצעות נהלים מסודרים או קובץ הנחיות כמקובל ולא כמסמכי סיכום דיון, חוות דעת וכיו"ב, אשר מלכתחילה נכתבים כמסמכים פנימיים ולתכליות שונות.
- (4) מנגנון לעיבוד או אשרור לשם פרסום ההנחיה יידרש בהתאם לסוג ההנחיה והגוף המנחה.
- (5) בעת בחינת ועיבוד ההנחיה לכדי מסמך בר-פרסום, ובהתאם לנסיבות העניין, יהיה ניתן לראות במקרים הרלוונטיים במסמך המקורי כחוסה תחת הסייג המאפשר להימנע מפרסום של מדיניות בשלבי עיצוב (סעיף 9(ב)(2) לחוק) או הסייג הנוגע למסמכים שנוצרו במסגרת דיונים פנימיים לצורך מתן החלטה (סעיף 9(ב)(4) לחוק).

ג. מתווה פעולה פרטני מכאן ואילך ביחס להנחיות ייעוץ וחקיקה והנחיות פרקליטות המדינה

- (1) יש להקפיד לפעול מעתה – במבט צופה פני עתיד – בהתאם למתווה המפורט לעיל ביחס לאופן הזיהוי ודרישת הפרסום של הנחיות מינהליות.
- (2) כך, מערך הייעוץ המשפטי לממשלה מקיים כל העת בחינה מתמשכת של תיקוף ועדכון הנחיות היועץ המשפטי לממשלה המבטאות, בין היתר, את עיקרי ההנחיות המינהליות על בסיסן הוא פועל. במקביל, פרקליטות המדינה מקיימת כל העת הליך סדור של בחינה ותיקוף של הנחיות פרקליט המדינה ומובן שזוהי המסגרת המרכזית להנחיותיה המנהליות. ככלל, במסגרת הנחיות אלה (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה והנחיות פרקליט המדינה), יבואו לידי ביטוי כלל ההנחיות המינהליות על פיהן פועלים כבר עתה פרקליטות המדינה וייעוץ וחקיקה. זאת, בין בדרך של המשך "הצפת" נושאים המצריכים עיגון בהנחיות אלה, ובין באמצעות העברת מסמכים הנחזים להיות הנחיות מינהליות בעלות נגיעה לציבור, העולים במסגרת שגרת העבודה, אל הגורמים האמונים על ריכוז עדכון ההנחיות (ואלה יפעלו בהתאם למתווה האמור בסעיף 33 לעיל). יודגש, כי ענייננו בפרסום הנחיות ונהלים בפורמט סדור, ולאחר בחינה ותיקוף מתאימים, ולא בפרסום מסמכי סיכום דיון, חוות דעת, הודעות דוא"ל וכיו"ב.
- (3) אשר לקיומן של הנחיות אשר ימצא כי הן עונות על התנאים הנזכרים לעיל ביחס להנחיה מינהלית החבה בפרסום, אלא שהן אינן מתאימות לעיגון במסגרת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה או הנחיות פרקליט המדינה – המשנה לפרקליט המדינה (עניינים אזרחיים) והמשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים), על דעת מ"מ פרקליט המדינה, והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניהול ותפקידים מיוחדים) יבחנו את אפשרות הקמתה של פלטפורמה מתאימה לפרסומן. בשים לב לעומס הנוצר בתקופה זו משילוב נסיבות מגיפת הקורונה ותקופת הבחירות, מסקנות בחינה זו יועברו לעיון היועץ המשפטי לממשלה עד יום 1.6.2021.

4) בהמשך לאמור בתגובת המדינה לעת"מ 64005-01-20 ביחס לאפשרות פרסומן של חוות דעת מסוימות מטעם ייעוץ וחקיקה והיועץ המשפטי לממשלה, מעבר לנדרש על פי הוראות חוק חופש המידע, יגבש המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניהול ותפקידים מיוחדים), אמות מידה מתאימות לפרסום יזום של חוות דעת כאמור. המלצה בדבר אמות מידה אלה תובא לדיון בפורום המשנים ליועץ המשפטי לממשלה עד יום **1.6.2021**.

בברכה,



עו"ד חיליק מרצ'ק
עוזר ליועץ המשפטי לממשלה