



תאריך: 24.5.2010

בתשובה נא לציין: 62027
58195
62814
50667

לכבוד
עו"ד אסנת מנדל
מנהלת מחלקת הבג"צים
פרקליטות המדינה

בפקס

שלום רב,

הנדון: טענת "חומר חסוי" בהעדר תעודת חיסיון

שלנו 62027, בג"ץ 8270/09, מיום 17.1.10
שלכם מיום 20.1.10
שלנו 62027, בג"ץ 8270/09, מיום 14.2.10
שלכם מיום 22.2.10
שלנו 62027, בג"ץ 8270/09, מיום 24.2.10
שלכם מיום 3.3.10

1. הריני לפנות אלייך בסוגיה המשליכה באופן ישיר על מספר עתירות שאנו צד להן ושתלויות ועומדות כיום בפני בית המשפט.
2. כפי שודאי ידוע לך, פעמים רבות נטען בתגובות לעתירות המוגשות על ידינו לקיומו של חומר "חסוי". כך נטען גם בתגובות לארבע עתירות אשר הוגשו על ידינו לאחרונה: בג"ץ 8270/09 **אבו סיפין נ' המפקד הצבאי**; בג"ץ 747/09 **אסעיד נ' המפקד הצבאי**; בג"ץ 1000/10 **אלאטרש נ' המפקד הצבאי**; בג"ץ 1003/10 **אלזעארי נ' המפקד הצבאי**.
3. בעניין **אבו סיפין** פנינו לעו"ד שויקה, המטפל בתיק מטעם פרקליטות המדינה, בבקשה לקבל את כלל חומר הראיות הגלוי אשר עומד בבסיס עמדת המדינה – דהיינו כל מסמך אשר לא הוצאה לגביו תעודת חיסיון רשמית. כידוע, כל בעל דין זכאי לעיין בכל המסמכים עליהם מבקש הצד השני להסתמך בפני בית המשפט.
4. אולם, מתשובותיו של עו"ד שויקה, התברר כי המדינה מסרבת להעביר לידינו את חומר הראיות הרלבנטי, באמירה סתמית כי הוא "חסוי" – וזאת על אף **שלא הוצאה כל תעודת חיסיון אשר תהווה בסיס חוקי לקיומו של חיסיון כאמור ותאפשר הסתמכות על טענת חיסיון**.
5. כידוע, במהלך השנים אכן השתרש נוהג, לפיו במקרים רבים המדינה אינה טורחת להוציא תעודת חיסיון כמתחייב על פי דיני הראיות, אלא מסתפקת באמירה גרידא לפיה החומר "חסוי". מובן, כי ככל שהצד השני מוכן להתייחס לראיה כ"חסויה" גם בלא הוצאתה של תעודת חיסיון (וכך הם אולי פני הדברים ברובם של המקרים), או מסכים שחומר ראיות כלשהו לא יועבר לעיונו מכל סיבה שלא תהיה, אין בכך שום בעיה. זאת מאחר שמטבע הדברים בעל דין אינו מחויב לעיין בכל ראיות הצד השני.

6. עם זאת, מובן שבעל דין זכאי לעיין בכל הראיות שבכוונת הצד השני להגיש לבית המשפט כתימוכין לטענותיו, אלא אם הן חסויות כדין. על כן, אם הצד השני מבקש למנוע עיון במסמך כלשהו ממסמכים אלה בשל טענת חיסיון, הרי שעליו לבסס זאת על פי דין.
7. ראייה אינה הופכת ל"חסויה" מכוח עצמה או מכוח אמירה גרידא. דיני הראיות מאפשרים להוציא תעודת חיסיון על ראייה, בהתאם לסעיפים 44-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. רק לאחר הוצאת תעודת חיסיון, ניתן לטעון באמת כי הראייה חסויה. רק בשלב זה, יכול העותר לבחון האם ליתן את הסכמתו לעיון בראייה החסויה במעמד צד אחד.
8. כך למשל ניתן להפנות לבג"ץ 322/81 **מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים**, פ"ד לז(1) 789 (1982); שם, לאחר הגשת העתירה למתן צו על תנאי, הוצאה תעודת חיסיון, או-אז התאפשר הדיון בעתירה ובאפשרות לגילוי הראיות שבבסיס החלטת המשיב. ובהקשר זה נפסק שם כי:

נוסיף ונעיר, שאם אכן יאמץ לעצמו הממונה דרך זו של הגשת תעודת חיסיון לשם קבלת עול הכרעתו של בית-משפט זה לענין גילוי הראיות על-פי האמור בסעיפים 44 ו-46 לפקודת הראיות [נוסח חדש]... הרי בכך ניטל עוקצה הקשה שבסמכות המוחלטת והבלעדית של הממונה... הפרגוד מוסט ומורם, וניתן להציץ, ואף לעיין, מאחוריו. בדרך זו עוברת החלטת הממונה, למעשה ולהלכה, ביקורת של בית-משפט זה, אם כי שלא בדרך המקובלת של דיון בין בעלי הדין בנימוקים ובחומר ראיות שלפניהם. **ובכך יימצא האיזון – שהוא בבחינת הכרח שלא יגונה – בין צורכי ביטחון המדינה מחד גיסא ושמירה על זכויות יסוד והליכי דיון נאותים מאידך גיסא.**

(שם, עמ' 794; ההדגשה הוספה)

9. על הלכה זו, לפיה על רשות מינהלית המעוניינת להסתמך על מידע "חסוי" להוציא לגביו תעודת חיסיון, חזר בית המשפט גם בפסקי דין נוספים. כך למשל נאמר:

במספר רב של פסקי-דין נפסק כי רשות מינהלית רשאית להסתמך גם על מידע חסוי, מתוך ידיעה שאם החלטת הרשות תותקף בבית-המשפט, **יהיה על הרשות להצטייד בתעודת חיסיון מאת ראש-הממשלה או מאת שר אחר**, לפי סעיף 44 או סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, ומתוך מודעות לאפשרות שבית-המשפט יחליט על גילוי המידע או יבקש לעיין במידע שלא בנוכחות העותר, אם העותר יסכים לכך.

(בג"ץ 1227/98 **מלבסקי נ' שר הפנים**, פ"ד נב(4) 690 (1998), עמ' 711; ההדגשה הוספה).

וכן:

ככלל, לא מוכרת במשפטנו האפשרות לטעון לחסיונו של חומר מבלי שתוצא לגביו תעודת חיסיון... כלומר, אם ברצון המשיבה להסתמך על חומר שהיא טוענת לגביו חסיון, בין אם חסיון לטובת המדינה ובין אם חסיון לטובת הציבור, עליה להצטייד בתעודת חיסיון ערוכה כדין, אחרת לא תוכל לטעון טענה זו.

[...] בהעדר הוראת חוק ספציפית, לא ניתן לטעון לחסיונו של חומר, הרלוונטי לדיון, שאחרת היתה חובה להציגו לצד שכנגד אם מעוניינים להסתמך עליו, אלא אם כן קיימת תעודת חיסיון לגבי אותו חומר.

המסקנה, לפיה כאשר המדינה טוענת לקיומו של חסיון חומר המצוי בידיה, ושיש לו רלוונטיות להליך משפטי, עליה להציג תעודת חיסיון, עולה גם מפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק. **כאשר מוגשת עתירה כנגד מעשה מינהלי כלשהו ובידי הרשות ראיות מינהליות, שעל יסודן היא פעלה באופן שהעותר מבקש לשנותו, ומדובר בראיות חסויות, יש להציג תעודת חיסיון.** (ההדגשה הוספה).

(ב"ש (מחוזי י-ם) 1682/08 **פדרמן נ' מדינת ישראל**, תק-מח 2002(3), 451, עמ' 457; ההדגשה הוספה).

10. נזכיר, כי בעבר אף נעשה ניסיון לטעון כי הלכה זו שונתה, וטענה זו נדחתה בבג"ץ (דנג"ץ 9614/02 סרי נ' לשכת העיתונות הממשלתית, תק-על 2003(1), 1526).

11. הלכה זו, הגיונה בצידה: בעל דין המעוניין להסתמך על ראיות כלשהן ולתמוך בהן את כתבי טענותיו, מחויב להציג את הראיות בפני הצד השני. זאת, בהיעדר חיסיון משפטי, מכוח החוק או הפסיקה. אין כל מקום לפטור בעל דין מחובה זו – של הצגת הראיות עליהן הוא נסמך בהעדר תעודת חיסיון – אך על בסיס אמירתו כי הוא מעוניין שתהיינה חסויות או סבור שכך ראוי שיהיה.

12. כאמור לעיל, משך השנים התפתח הנוהג לפיו מסתפקת המדינה באמירה כי הראיות "חסויות", והעותרים (שברובם של המקרים ממילא מסכימים לעיון בחומר במעמד צד אחד), מסכימים משיקוליהם הם – במפורש או בשתיקה – לקיים את הדיון כאילו הוצאה תעודת חיסיון.

13. אלא שנוהג זה אינו פוטר את המדינה מתחולתו של הדין הנוגע לראיות חסויות ומחובתה להסתמך על תעודת חיסיון כבסיס החוקי היחיד לטענת חיסיון מסוג זה. ואכן, כאשר בעל דין מבקש כי יוצגו בפניו ראיות המדינה, והמדינה מתנגדת ומבקשת להכריז על הראיות כחסויות, נהוג לדחות את הדיון עד להוצאת תעודת חיסיון ומתן אפשרות לעתור כנגדה.

14. ודוק: אין עסקינן בהליכים של השלמת פרטים או גילוי מסמכים, אלא אך באותם מסמכים אשר המדינה עצמה מבקשת מיוזמתה היא להסתמך עליהם בפני בית המשפט כבסיס לטענותיה.

15. לאור כל האמור, נבקש את התערבותך לשם העברתם לידינו של כלל המסמכים הגלויים בארבע העתירות הנזכרות לעיל (דהיינו, כל המסמכים אשר לא הוצאה לגביהן תעודת חיסיון). ככל שקיימים מסמכים אשר הוכרו כחסויים בהתאם לדין, נבקש לקבל העתקת מתעודות החיסיון שהוצאו.

16. אודה לקבלת תשובתכם בהקדם.

בכבוד רב,

אלעד כהנא, עו"ד

העתק:

עו"ד יצחק ברט, פרקליטות המדינה

עו"ד ערין ספדי, פרקליטות המדינה

עו"ד רועי שויקה, פרקליטות המדינה