

1. ארש

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר-ע"ר

באמצעות ב"כ עו"ד עידו בלום ואח'

טלפון: 02-6283555; פקס': 02-6276317

העותר

נ ג ד

המפקד הצבאי לאיזור יהודה ושומרון

באמצעות פרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין 29, ת"ד 49029

ירושלים

טלפון: 02-6466194; פקס': 02-6467011

המשיב

תגובה משלימה מטעם המדינה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 7.2.2011, מוגשת בזה תגובה משלימה מטעם המדינה.

1. עניינה של העתירה, בבקשת העותר 1 (להלן: העותר) להתיר את יציאתו לחו"ל.
2. כפי שנכתב בתגובת המשיב המקדמית, מיום 25.2.2010, המשיב סבור כי דין העתירה להידחות, שכן החלטתו שלא להתיר את יציאת העותר לחו"ל נסמכה על חומר מודיעיני סודי הקיים בעניינו, המלמד כי העותר הינו בכיר בארגון הג'יהאד האיסלאמי הפלשתינאי וכי יציאתו לחו"ל תסכן את בטחון האזור.
3. בבקשתם מיום 2.1.2011, עמדו העותרים על כך שתוצא תעודת חסיון על החומר המודיעיני הסודי. בתמצית, טענת העותרים הינה, כי מוטלת על המשיב חובה להציג בפני העותרים ובפני בית המשפט הנכבד את כל התשתית הרלוונטית להחלטה נשוא העתירה, ובכללה את החומר הסודי. לטענתם, רק אם יסכימו העותרים לראות את החומר כחסוי, או לחלופין תצא תעודת חסיון על החומר הסודי, יהיה המשיב רשאי להימנע מהצגת החומר הסודי בפני בית המשפט הנכבד ובפני העותרים, וזאת מכוח סעיפים 44-46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשלי"א-1971 (להלן: פקודת הראיות).
4. המדינה מתנגדת לבקשה זו, ומתכבדת להסביר בזאת את הרקע להתנגדותה. כיוון שבהליך זה לא יצא צו על-תנאי, נתייחס להלן בעיקר לשאלת הצורך בהוצאת תעודת חסיון בשלב דיוני ראשוני זה.

הנוהג המקובל בהליכי הדיון בפני בג"ץ

5. ראשית, מבקש המשיב להזכיר, כי העותרים מבקשים למעשה להשיג על תקפותו של נוהג ארוך שנים המקובל בדיונים בפני בית משפט נכבד זה. בהתאם לנוהג זה, כאשר מוגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק נגד החלטה שהתבססה על חומר סודי, בית המשפט בוחר את החומר הסודי - בהסכמת העותר - במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, ומחליט האם ההחלטה המינהלית הנשענת עליו היא החלטה חוקית וסבירה. באותה הזדמנות, בוחר בית המשפט הנכבד גם אם יש מקום להורות לרשות המינהלית לגלות לעותרים את החומר הסודי כולו, או את חלקו, או לתת פרפראזה לגביו, ואז רשאית הרשות להחליט אם ברצונה לגלות את החומר הסודי או את הפרפראזה, לפי העניין, או לחזור בה מההסתמכות עליו.

6. נוהג זה משמש כיום את בית המשפט הנכבד במאות רבות של עתירות בכל שנה. על נוהג זה אמר בית המשפט הנכבד בדנג"ץ 9614/02 סרי נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פדאור 03-1-417 (2003): "נוהג זה של עיון בראיות חסויות שלא בנוכחות העותר, בית-המשפט מחזיק בו שנים רבות... וזומני שכיום אין עוד לערער עליו." ההיגיון העומד ביסודו של הנוהג הוסבר היטב בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פד"י מ(2) 701 (1986):

"לא היה ספק ביד, כי עלינו להיענות לעותר, כאשר זה ביקש מאתנו, באמצעות בא-כוחו, שנעיין בחומר החסוי, אשר הוזכר בתשובתו של המשיב.

בקשתו זו של העותר הייתה נבונה, שכן לולא עיינו באותו חומר, כי אז בוודאי לא היה סיכוי לעתירה להתקבל. בהעדר ראיה כלשהי, שהמשיב פעל בעניין זה שלא בתום-לב ומתוך שיקולים זרים, ומשהצהיר המשיב שביסס את החלטתו בנדון על מידע חסוי, שאת טיבו לא היינו יודעים, הרי שלא יכולנו בשום אופן להגיע אל המסקנה, שהצו האמור ניתן שלא כדין. דעתנו על משקלו של החומר הגלוי לא הייתה משנה במקרה זה, שכן חיבים היינו להניח, בהעדר ראיה לסתור, כי החומר החסוי אכן היווה חשתית מספקת למתן הצו."

7. לטענת העותרים, נוהג זה מבוסס על כך שהעותרים מאז ומעולם הסכימו להגדרת החומר כ"חסוי", ובהיעדר הסכמתם אין החומר יכול להיחשב כסודי.

בהמשך יפורטו הסיבות לכך שהמשיב סבור שטעות בידם, אולם כבר כעת יבקש המשיב להסב את תשומת לבו של בית המשפט הנכבד לכך, שטענתם של העותרים עומדת בניגוד לאותו נוהג שהוזכר לעיל, עליו נאמר כאמור, כי "כיום אין עוד לערער עליו".

סודיותו של החומר העומד בבסיס ההחלטה המינהלית

8. כידוע, קיימת בזין הבחנה ברורה בין חסיון לבין סודיות. על הבחנה זו עמד בית המשפט הנכבד ברע"א 8943/06 גיא יוחנן נ' סלקום, פדאור 33-09-352 (2009), כדלהלן:

"חסיון - החיסיון משחק תפקיד בהליכי חקירה ומשפט. כאשר לבעל דין עומדת טענת חיסיון, הוא פטור מלגלות את הראיה למרות שהיא רלוונטית למשפט...
 סודיות - הוראות סודיות פוזרות לאורכה ולרוחבה של החקיקה. חובת הסודיות מוטלת על אדם מחוץ למסגרת החליק המשפטי ותכליתה למנוע חשיפתו של מידע סודי בפני הציבור או בפני צדדים שלישיים. הסודיות היא עד לנקודת הזמן שבה נדרשת הגשת ראיה על פי דין, כאשר הדין הכופה מבטל את הסודיות... מכאן שסודיות לחוד וחיסיון לחוד... [ההדגשות בציטוט זה, כמו גם בציטוטים שבהמשך, הוספו - ע.ג, ע.ס.]

9. המחלוקת בין העותרים לבין המשיב נוגעת לשאלת החסיון: האם חייב המשיב להוציא תעודת חסיון כאשר העותרים כופרים בסודיותו של חומר ששימש תשתית להחלטה מינהלית הנתקפת בפני בג"ץ. עמדת המשיבים היא, שאין כל מחלוקת בשאלת הסודיות. סודיותו של חומר מודיעיני, כדוגמת החומר העומד בבסיס ההחלטה המינהלית בעניינו של העותר, נשענת על הוראות חקיקה רבות המורות על סודיותו של חומר זה.

כך, למשל, סעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ), קובע כדלקמן:

19. סודיות ועונשין

(א) כללים, הוראות השירות, נוהלי השירות וזהות עובדי השירות והפועלים מטעמו, בעבר או בהווה, וכן פרטים אחרים בנוגע לשירות שייקבעו בתקנות, הם חסויים וגילויים או פרסומם אסור.

(ב) המגלה או המפרסם מידע חסוי לפי חוק זה בלא היתר, דינו - מאסר שלוש שנים; הביא אדם לגילוי או לפרסום כאמור ברשלנות, דינו - מאסר שנה.

(ג) אין בסעיף זה כדי לגרוע מסמכות שר לפי סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, או מסמכויות הצנזור לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, או מכל סמכות אחרת למניעת פרסום לפי כל דין.
 (2) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מתחולת הוראות פרק ז' בחלק ב' לחוק העונשין, התשל"ז-1977."

בהתאם לחוק השב"כ, הותקנה תקנה 2 לתקנות שירות הביטחון הכללי (פרטים אחרים בנוגע לשירות אשר הם חסויים והיתר לפרסום מידע האסור לפרסום), התשס"ד-2004, הקובעת כדלהלן:

"פרטים בנושאים המפורטים להלן הם חסויים וגילויים או פרסומם אסור, אלא אם כן ניתן היתר לגילוי או לפרסום בהתאם לחוק או לתקנות אלה:

- (3) פרטים שיש בהם כדי לחשוף משימות, יכולות, דרכי פעולה ותכניות פעולה חשאיות, כשירות מבצעית ואמצעים מסווגים של יחידות השירות;
- (4) מקורות מידע של השירות וכל פרט שעלול להביא לזיהויים;
- (5) מידע אחר שמקורו בשירות ואשר נקבע לגביו סיווג ביטחוני.

10. כך אף עולה מסעיף 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), בו הוגדר המונח "ידיעה סודית" כ"ידיעה אשר בטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד", וכן נקבע שם:

"ידיעה אשר תוכנה, צורתה, סדרי החזקתה, מקורה או נסיבות קבלתה, מעידים על חובה לשמרה בסוד, חזקה היא, כי ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד, אלא אם כן הוכח אחרת."

כיוון שהידיעות שבהן עסקינן נכנסות לגדר הוראות החוק שפורטו לעיל, ברי כי הידיעות העומדות בתשתית ההחלטה המינהלית בענייננו של העותר הינן סודיות. להלן נעמוד על השאלה שאותה מעוררים העותרים - קרי, האם לבקשת העותרים קמה על המדינה חובה לגלות ידיעות אלה במסגרת עתירה לבג"ץ, והאם נדרש המשיב להוציא תעודת חסיון בעניין הידיעות כדי להימנע מגילויין במסגרת הליך בבג"ץ.

על חסיון ותעודות חסיון בהליך הפלילי

11. נושא הראיות החסויות מעוגן בפרק השלישי של פקודת הראיות. בין סוגי הראיות החסויות המנויות באותו פרק (עדות עו"ד; עדות רופא; עדות פסיכולוג; עדות עו"ס; עדות כהן דת; חסיון מפני הפללה עצמית), עוסקים סעיפים 44-46 בחסיון לטובת המדינה ובחסיון לטובת הציבור. פקודת הראיות קובעת, כי חסיונות אלה נוצרים כאשר ראש הממשלה, שר הביטחון, שר החוץ או אחד השרים, לפי העניין, מביע דעתו - בתעודה חתומה - כי מסירת ראייה מסויימת עלולה לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בעניין ציבורי חשוב, לפי העניין.

12. כיוון שענייננו בעתירה זו בחסיון לטובת המדינה, נתמקד להלן בחסיון מסוג זה, בהתאם לסעיף 44 לפקודת הראיות.

13. לגבי ראיות החוסות תחת תעודת חסיון, קובעת פקודת הראיות הוראה כפולה: (1) "אין אדם חייב למסור" אותה; (2) "בית המשפט לא יקבל" אותה. ראייה זו הופכת אפוא לראייה בלתי-קבילה. בית המשפט לא יקבל אותה, וממילא גם אין חובה למוסרה לצד שכנגד.

14. הליך של עתירה לגילוי ראיה חסויה מטעמים של טובת המדינה מתקיים בפני דן יחיד בבית המשפט העליון. כפי שמורה פקודת הראיות, בית המשפט שדן בעתירה יורה על גילוי הראיה אם "הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה".

15. חשוב להזכיר, כי בניגוד לרושם העולה מבקשתם של העותרים, תעודת חסיון איננה משמשת בהליכים פליליים להצגת מסמכים לבית המשפט בלבד, מבלי להציגם לצד השני. הטלת חסיון על חומר מסוים במסגרת הליך פלילי - פירושו הפיכתו של החומר עצמו לבלתי-קביל, ופקודת הראיות קובעת כי משכך בית המשפט לא יקבל אותו.

16. ויודגש: בהקשר זה, הוצאת תעודת חסיון בהליך מינהלי שונה לחלוטין מהוצאת תעודת חסיון בהליך פלילי. בהליכים פליליים, לאחר שהוצאה תעודת חסיון לפי סעיף 44 לפקודת הראיות, דן בית המשפט בהליך על סמך הראיות הנותרות, ככל שניתן לעשות זאת. בית המשפט בהליך הפלילי אינו מסתמך על הראיות החסויות לפי סעיף 44 לפקודת הראיות, אינו מעיין בהן ואינו מרשיע את הנאשם על פיהן. לעומת זאת, בהליך מינהלי, עומדת לרשות חזקת תקינות המינהל, ומכוחה - אם לא יעיין בית המשפט הנכבד בחומר הסודי, ובהיעדר אינדיקציות לכך שהחלטת המשיב לא הייתה סבירה - ככל הנראה לא יהא מנוס מדחיית העתירה (ראו: בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542 (1989); להלן: עניין מטור).

ראיות סודיות בהליך המינהלי

17. יעל פי הכללים המושרשים במשפט המינהלי, רשות מינהלית רשאית להתבסס על מידע מודיעיני חסוי לצורך החלטתה" (בר"ם 5237/05 משרד הפנים נ' קרלסון, תק-על 2006(2) 792 (2006)). ברור לחלוטין, שכאשר הרשות המינהלית מקבלת החלטה הנשענת על חומר סודי בעניינו של אדם, היא אינה מחוייבת להעביר לאדם זה את החומר הסודי שעמד ביסוד החלטה. כלל זה נקבע בחוקים רבים, ביניהם סעיף 3 לחוק לתיקון סודי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 (להלן: חוק ההנמקות); סעיף 9 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק חופש המידע); וסעיף 19 לחוק השב"כ והתקנות לפיו.

18. למעשה, כפי שעולה מחלק מההוראות דלעיל, פקידי הרשות המינהלית לא רק שאינם חייבים להציג לאדם חומר סודי הנוגע אליו, אלא הם אף אינם רשאים לעשות כן אם לא הוסמכו לכך. איסור זה נקבע במפורש בחוק חופש המידע ובסעיף 19 לחוק השב"כ, שצוטט לעיל, כמו גם בסעיף 113א לחוק העונשין, הקובע: "מי שמסר ידיעה סודית

כשאינו מוסמך לכך, דינו - מאסר חמש עשרה שנים". לעניין זה, הגדרת ידיעה סודית - כהתאם לסעיף 113 לחוק העונשין, החלה אף על סעיף 113א - היא כדלהלן:

- (1) "ידיעה אשר בטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד, או ידיעה הנוגעת לסוג ענינים שהמשלה, באישור ועדת החוץ והבטחון של הכנסת, הכריזה, בצו שפורסם ברשומות, כי הם ענינים סודיים;
- (2) ידיעה אשר תוכנה, צורתה, סדרי החזקתה, מקורה או נסיבות קבלתה, מעידים על החובה לשמרה בסוד, חזקה היא, כי ביטחון המדינה מחייב לשמרה בסוד, אלא אם כן הוכח אחרת."

19. ראוי לציין, שחלף הצגת החומר הסודי, מציגות הרשויות המינהליות פרפראזות רחבות ככל שניתן ביחס לאותו חומר סודי, אותן ניתן לגלות לעותר מבלי לפגוע בסודיות. מתן הפרפראזה מהווה איזון ראוי בין זכותו של האדם להליך הוגן ולקבלת הנמקה לבין האינטרסים החשובים של שמירה על בטחון המדינה ועל שלום הציבור.

20. כאמור בתחילת דברינו, כאשר מוגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק נגד החלטה המתבססת על חומר סודי, קיים נוהג ארוך שנים לפיו בוחן בית המשפט את החומר הסודי במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, בהסכמת העותר, ומחליט האם ההחלטה המינהלית הנשענת עליו היא חוקית וסבירה, והאם יש להורות למשיב לגלות חלק ממנו לעותר כתנאי להסתמכות עליו. בדרך זו, יכול בית המשפט לבחון את התשתית העומדת ברקע ההחלטה המינהלית, ומתוך כך - לבחון את חוקיותה של אותה החלטה ואת סבירותה. אם העותר לא מסכים לכך, קמה למדינה חזקת תקינות ההליך המינהלי המקימה חזקה כי החומר הסודי מבסס כדבעי את החלטתה.

אין לחייב את המשיב להוציא תעודת חסיון

21. עמדת המשיב הינה כי אין מקום שבית משפט נכבד זה יחייב אותו להוציא תעודת חסיון בשלב דיוני זה של ההליך. להלן יפורטו הסיבות לכך.

אין חובה בהליך בבג"ץ להציג חומרים סודיים לעותר

22. בהליכים אזרחיים, כידוע, קיימות הוראות ספציפיות המסדירות את זכותו הדיונית של צד להליך המשפטי לדרוש מהצד השני גילוי מסמכים ונתונים המצויים בידיו (ראו: תקנות 112-118 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; להלן: תקנות סדר הדין האזרחי).

אף בהליך פלילי, קובע החוק במפורש את זכותו של הנאשם לעיין בחומר התקירה וברשימת החומרים הנוגעים לאישום, וממילא קיימת חובה מקבילה על המדינה לאפשר

לו לעיין בחומרים אלו (ראו: סעיפים 74-81 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982).

23. מובן, שאת סעיפי פקודת הראיות העוסקים בראיות חסויות, יש לקרוא על רקע הוראות קונקרטיות אלה, המחייבות לתת לצד השני להליך המשפטי אפשרות לעיין במסמכים ובראיות הנוגעים להליך. בשל קיומן של חובות גילוי דיוניות אלה על-פי דין, היה גם צורך בהסדרת אפשרות להוצאת תעודת חסיון על מידע סודי.

24. בהתאם לסדרי הדין בבג"ץ, אינו חובה על המשיב לאפשר לעותר עיון בכל המסמכים ששימשו בסיס להחלטתו, ואף אין הליך מקביל להליך גילוי המסמכים על-פי תקנות סדר הדין האזרחי. בוודאי שבשלב הדיוני של בקשה למתן צו על-תנאי, המשיב אינו חייב להעביר מידע כלשהו לעותר מעבר לאמור בתגובתו הכתובה לעתירה. עמד על כך בית המשפט הנכבד מספר פעמים - ראו לדוגמא:

1. החלטת כב' השופט מלצר בבג"ץ 7139/09 גילר נ' שר הביטחון, תק-על 2009(4) 8053 (2009);
2. החלטת כב' הרשם זולטי בבג"ץ 1970/00 בן שלום נ' משרד הביטחון, תק-על 2000(2) 1877 (2000);
3. החלטת כב' הרשמת אגמון בבג"ץ 7603/97 אבן-חן נ' השר לענייני דתות, תק-על 1999(3) 300 (1999);
4. החלטת כב' הרשם שחם בבג"ץ 10368/03 אלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(1) 2257 (2004);
5. החלטת כב' הרשמת ליבוביץ בבג"ץ 2908/05 אלסנע נ' מנהל מקרקעי ישראל, תק-על 2005(4) 128 (2005).

25. זאת ועוד; סדר הדין בעתירות מינהליות, הן בבית המשפט הגבוה לצדק הן בבתי המשפט לעניינים מינהליים, נקבע מלכתחילה כסדר דין שמאפשר קיום הליכים דיוניים פשוטים, במטרה לאפשר מתן סעד מהיר ויעיל, תוך ויתור על שלל הליכי הביניים הדיוניים הקיימים בסדר הדין האזרחי. ראו לעניין זה הוראת סעיף 13(2) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, הקובעת שסדר הדין בבתי המשפט לעניינים מינהליים יהיה דומה לסדר הדין בבג"ץ, כדלקמן:

"סדרי הדין בעתירה מינהלית, בערעור מינהלי ובתובענה מינהלית, לרבות לענין המועד להגשת עתירה, מועדים אחרים, צו ביניים וקביעת ערובה למתן צו ביניים; סדרי הדין בעתירה מינהלית יהיו במתכונת דומה לסדרי הדין הגהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים שיקבע שר המשפטים, באופן שיבטיחו סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום בירור עובדתי ככל שהדבר דרוש"

כידוע, תכלית ההבחנה בין סדר הדין האזרחי לסדר הדין בעתירות מינהליות בבית המשפט לעניינים מינהליים ובבית המשפט הגבוה לצדק, הוא הרצון ב"החשת הדין"

בהליכים המינהליים תוך ויתור על הליכי ביניים הנהוגים בסדר הדין האזרחי. לעניין זה, ראו בפסק דינו של כב' השופטת נאור בע"מ 9682/06 עיריית ראשון לציון נ' בנק הפועלים, תק-על 2008(3) 496 (2008):

"בבית המשפט הגבוה לצדק נקבעו סדרי דין מיוחדים "בשל אופיו המיוחד של ההליך והצורך לקיים את הדין במהירות יחסית ובמינימום של הליכי ביניים." (רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 251 (1991))."

וכן ראו החלטת כב' הרשם שחם בבש"מ 5417/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה "שרונים", תק-על 2002(1) 881 (2002); וכן ראו לעניין הדין המינהלי המהותי והדיוני המיוחד בבג"ץ ובבתי המשפט לעניינים מינהליים את פסק דינו של כב' הנשיא ברק בע"מ 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים, פ"ד נט(6) 411 (2004).

מכאן, שחיוב המשיב להוציא תעודות חסיון כבר בשלב הדיוני הראשון, בטרם שניתן צו על-תנאי, אינה עומדת בקנה אחד עם הרציונאל של מתן סעד יעיל ומהיר, שעומד בבסיס סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק.

26. במאמר מוסגר יצויין, כי בהתאם לתקנה 13 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים רשאי לעיין בחומר סודי במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות אף בלא שניתנה לכך הסכמת הצדדים. כיוון שכאמור לעיל, בהתאם לסעיף 13(2) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, סדר הדין בבתי המשפט לעניינים מינהליים אמור לשקף את סדר הדין בבג"ץ, עיגנה תקנה 13 את סדרי הדין הנהוגים לעניין זה בבית המשפט הנכבד.

27. נוכח הבחנה ברורה זו בין סדר הדין בהליכים אזרחיים ופליליים לבין סדר הדין בבג"ץ, ונוכח היעדר זכותו הדיונית של העותר לקבל מהמשיב מידע ומסמכים מעבר לאמור בתגובת המשיב לעתירה למתן צו על-תנאי, ברור שאין כל צורך בהוצאת תעודת חסיון על חומרים סודיים בשלב דיוני זה. כאמור, את הוראות פקודת הראיות יש לקרוא על רקע הזכות הדיונית הקיימת בהליכים אזרחיים ופליליים של צד לקבל מסמכים ומידע נוסף מהצד השני. בהליכים בבג"ץ, בהיעדר זכות על-פי דין, בשלב הדיוני הראשון, אין כל מקום להוצאת תעודת חסיון על החומר הסודי העומד בבסיס ההחלטה המינהלית שבגינה הוגשה העתירה - חומר שממילא אינו מצורף לתגובת המשיבים לעתירה. תעודת חסיון נועדה למנוע עיון במסמכים שקיימת חובה לאפשר עיון בהם; אולם בהיעדר זכות לעותר לבקש את המסמכים והמידע בשלב הדיוני הראשון, גם אין חובה למסור אותם לעותר, ומובן שאין גם צורך בתעודה שתמנע ביצועה של חובה שכזו.

28. מסיבה זו, סבורה המדינה, כי דין הבקשה להידחות.

29. אכן, לאחר הוצאת צו על-תנאי רשאי העותר לדרוש מהמשיב למסור לו "פרטים נוספים" (ראו: תקנה 11 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984; להלן: **תקנות סדר הדין בבג"ץ**). עם זאת, ספק אם במסגרת זו רשאי העותר לדרוש לקבל חומר סודי מעבר לפרפראזה שנמסרה לו (ראו: בשג"ץ 6101/94 מהדרין נ' שר האוצר, פדאור 54-3-94 (1994)). בכל מקרה, ברור שעצם צמצומו של הליך הפרטים הנוספים לשלב שלאחר הוצאת צו על-תנאי, רק מדגיש את העובדה שבשלב הדיוני הראשון, בטרם ניתן צו על-תנאי, לעותר אין זכות לקבל מידע ומסמכים מהמשיב מעבר לאלה שפורטו בתגובה לעתירה, ועל המשיב גם אין חובה דיונית להעביר מידע ומסמכים נוספים לעיונו של העותר, ובוודאי שלא מידע סודי.

30. מכל מקום, כיוון שבעבר הרחוק היו מקרים שבהם הוצאו תעודות חסיון לבקשת העותרים בשלב שלאחר הוצאת צו על-תנאי, יש כוונה להמשיך גם כיום להוציא תעודות חסיון לאחר הוצאת צו על-תנאי בנסיבות שכאלה. עם זאת, כאמור לעיל, בטרם שהוצא צו על-תנאי, בוודאי שאין כל יסוד משפטי לתביעת העותרים להוצאת תעודות חסיון כתנאי לאי-העברת החומר לידם, ועל כן - כאמור - סבור המשיב כי דין הבקשה להידחות.

31. יודגש, כי עצם העובדה שהמשיבים אינם מציגים את החומר החסוי עליו מתבססת ההחלטה המינהלית אינה מצדיקה הוצאת צו על-תנאי בעתירה, שכן על העותר לשכנע את בית המשפט תחילה שנפל פגם לכאורה בהחלטה המינהלית. ברוב-רובם של המקרים העותר אינו יכול להצביע על פגם שכזה על-פני הדברים, וזאת ללא שבית המשפט הנכבד נדרש קודם לכן לחומר החסוי, בהסכמת העותר. על כן, ראו: **עניין מטור**.

ראוי לקבוע כי קיים חסיון על החומרים הסודיים

32. אף לו הייתה על המשיב חובה דיונית להעביר מידע ומסמכים לעותרים כבר בשלב הדיוני הראשון, נראה כי ראוי היה לקבוע שהחומרים המודיעיניים הסודיים הינם חסויים בהליכים בבג"ץ, וכי אין לתייב את העברתם לעותרים.

33. כאמור לעיל, "סודיות לחוד וחסיון לחוד", וקיימת הבחנה ברורה בין חסיון לבין סודיות. עם זאת, בית המשפט הנכבד קבע פעמים מספר, כי כאשר קיימת בחוק הוראת סודיות מפורשת, ניתן לעיתים לפרשה כמשתרעת גם על חסיון, וזאת כאשר הרציונאלים העומדים בבסיס הסודיות מחייבים גם החלת חסיון בהליכים משפטיים (ראו לדוגמא: רע"א 6546/94 בנק איגוד נ' אזולאי, פד"י מט(4) 54 (1995); להלן: **עניין בנק איגוד**).

34. בענייננו, הוראות הסודיות הקבועות בחוק השב"כ ובחוק העונשין נועדו להגן על אינטרסים ציבוריים חיוניים ביותר - ביטחון המדינה ושלום הציבור. להערכת גורמי

- 10 -

הביטחון, גילוי פרטי המידע העומד בבסיס ההחלטה המינהלית בעניינו של העותר עלול לפגוע בביטחון המדינה ולפגוע באופן חמור בפעילות גורמי הביטחון. ברור שפגיעה דומה תיגרם בין אם מידע זה יתגלה שלא במסגרת הליך משפטי ובין אם הוא יתגלה במסגרת הליך משפטי.

מנגד, זכותם של העותרים להליך הוגן עשויה לבוא על סיפוקה באמצעות הנוהג המקובל בבג"ץ מזה שנים רבות, של עיון בחומר הסודי בהסכמת העותרים במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. כאמור לעיל, במסגרת זו יוכל בית המשפט לבחון את חוקיות ההחלטה המינהלית ואת סבירותה, וכן הוא יוכל להורות למשיב כי גילוי החומר הסודי או חלקו יהא תנאי להסתמכות עליו בהחלטה המינהלית.

35. במצב עניינים זה, סבור המשיב, כי באיזון שבין רצונם של העותרים לעיין בחומר לבין האינטרסים הציבוריים כבדי המשקל של בטחון המדינה ושלומו הציבורי, יד האחרונים על העליונה. דומה שאין ראויים מאינטרסים רמי-מעלה אלו לזכות בתואר "שיקול רם ונכבד יותר שבטובת הכלל", שהוא המצדיק החלת חסיון על ידי בית המשפט הנכבד במסגרת הליך של עתירה לבג"ץ על חומר שהוא "סודי" מעצם טיבו, והיווה בסיס להחלטה המינהלית (בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פדאור 79-16-08 (2008); להלן: עניין אוניברסיטת חיפה). מקרה זה הוא אחד מהמקרים המתאימים להחלת הלכת בנק איגוד. זאת במיוחד בהתחשב בנכונותם של המשיבים להציג את החומר הסודי בפני בית המשפט הנכבד במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות כדי לאפשר ביקורת שיפוטיות יעילה.

ממילא גם מדובר בחסיון יחסי, שכן בית המשפט הנכבד, גם ללא תעודת חסיון, יכול להורות על גילוי המידע הסודי לעותר, כולו או חלקו.

36. לכן, לטעמו של המשיב, יש לפרש את הוראות הסודיות החלות על פרטי המידע בעניינו של העותר כמורות בין היתר גם על חסיון בחליך משפטי בבג"ץ, וממילא אין להורות למשיב לגלות פרטי מידע אלה, או להורות לו להוציא תעודת חסיון כתנאי לאי-הצגת המידע בפני העותר.

אף אם יש חובה לגילוי מידע, היא איננה חלה על מידע סודי

37. אף לו הייתה זכות דיונית לעותר לדרוש מידע נוסף מעבר לזה שפורט בתגובה לעתירה למתן צו על-תנאי, זכות זו לא הייתה חלה על מידע סודי.

38. כאמור, אין הליך של גילוי מסמכים בהליכים בבג"ץ ובבית המשפט לעניינים מינהליים. אולם אף במקום שבו קיים הליך של גילוי מסמכים - בהליכים אזרחיים - אין אדם רשאי לתבוע גילוי של כל מסמך. כבר קבע בית המשפט הנכבד בעבר כי "שיטת המשפט הישראלית אינה דוגלת בכלל טוטאלי של חשיפת האמת ועשיית צדק בכל מחיר בבחינת *fiat justitia et pereat mundus*" (עניין אוניברסיטת חיפה). כדברי בית המשפט הנכבד בעניין בנק איגוד, "גילוי האמת הוא ערך מרכזי בכל שיטת משפט ובכל חברה. בלעדיו אין. עם זאת, אין הוא ערך בלעדי. לצדו קיימים ערכים אחרים, אשר גם עליהם צריכה החברה להגן. כבוד האדם, חירותו, פרטיותו וכיוצא בהן חירויות יסוד עלולות להיפגע על-ידי גילוי האמת, האינטרס הציבורי בביטחון ובשלום הציבור עלול להיפגע על-ידי גילוי האמת... יש צורך לאזן בין הערכים המתנגשים".

39. לאור זאת, קבע בית המשפט הנכבד כי יש לערוך איזון בין האינטרס של המבקש בגילוי המסמכים לבין אינטרסים שונים - כגון פרטיותם של צדדים שלישיים (ראו: רע"א 11942/05 עיריית מודיעין נ' צרפתי, פדאור 467-42-06 (2006)), הרצון שלא לגרום למשיב הכבדה יתרה (רע"א 6297/97 רכאח נ' חברת טבע, פדאור 3-1-98 (1998)) או אף פרטיותו של המשיב עצמו (רע"א 8019/06 ידיעות אחרונות נ' מירב לוין, פדאור 20-30-09 (2009)). בענייננו אפוא יש לאזן בין האינטרס של העותרים בגילוי המסמכים לבין האינטרסים של השמירה על בטחון המדינה ועל שלום הציבור. המשיב סבור, כי כף המאזניים באיזון זה נוטה לכיוון האינטרסים האחרונים, זאת בפרט כאשר ניתן להשיג איזון הולם בין הערכים המתנגשים באמצעות הנוהג שבו העותרים מתירים לבית המשפט הנכבד לעיין בחומר הסודי, במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, תוך שבית המשפט מוסמך לאחר מכן להורות למשיב לגלות את המידע, כולו או חלקו, או לתת פרפראזה לגביו.

לעניין זה, יוזכרו דבריו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8297/96 במות נ' מדינת ישראל, פדאור 423-1-98 (1998), בנוגע לגילוי מסמכים בהליך בפני בית המשפט הגבוה לצדק:

"לגוף הבקשה של העותרת לגילוי מסמכים יש לומר תחילה, את הידוע היטב, שתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, אינן כוללות הוראה בדבר גילוי מסמכים. אכן, באופן עקרוני אין בית המשפט הגבוה לצדק מנוע מלהורות על גילוי מסמכים, שכן תקנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק מסמיכה את בית המשפט, "לפי שיקול דעתו, אם ראה צורך בכך לעשיית צדק, לנהוג כדרך שנוהגים במשפט לפני בית משפט מחוזי", ובכלל זה גם להורות על גילוי מסמכים. אולם על אפשרות זאת אמר הנשיא זוסמן בבג"ץ 542/76 קונסורטיום אינטרנשיונל בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד התקשורת (לא פורסם) כך: "מקרים אלה יהיו נדירים ביותר, ועד כמה שידיעתי מגעת, אין מקום בו נהגנו כך".

40. אף בענייננו, סבור המשיב כי אין מקום להורות למשיב לגלות - בהיעדר תעודת חסיון - את התומר הסודי לעותרים.

הנטל הרב שחיוב להוציא תעודת חסיון בשלב הדיוני הראשון יטיל על ראש הממשלה, שר הביטחון, גורמי הביטחון ובית המשפט הנכבד

41. מעבר לסיבות שפורטו לעיל, שבגללן סבור המשיב שהוצאת תעודת חסיון בהליך הנוכחי היא בלתי-נצרכת, מבקש המשיב להסב את תשומת הלב לכך שהוצאת תעודות חסיון בשלב הדיוני הראשון, בטרם הגיע בית המשפט הנכבד למסקנה כי יש מקום ליתן צו על-תנאי בעתירה, תטיל נטל כבד - שאין בו כל צורך - על ראש הממשלה, שר הביטחון, גורמי הביטחון ובית המשפט הנכבד.
42. ראשית - יוזכר, כי בכל שנה מוגשות לבית משפט נכבד זה מאות עתירות התוקפות החלטות מינהליות המבוססות גם על חומר סודי. חלק ניכר מעתירות אלה נמחק בהסכמה עוד בטרם הדיון, וחלקן נידון בפני בית המשפט הנכבד ונדחה ללא הוצאת צו על-תנאי. הטלת חובה על המשיב להוציא תעודת חסיון, לבקשת העותר, אף בטרם הוצא צו על-תנאי, תגרום להכבדה גדולה מאוד על ראש הממשלה ושר הביטחון, שהם היחידים המוסמכים על פי סעיף 44 לפקודת הראיות להוציא תעודות חסיון מטעמים של בטחון המדינה, וכן על גורמי הביטחון שיצטרכו להכין בקשות להוצאת תעודות אלה. זאת ועוד; בכל הליך שתצא בו תעודת חסיון, יהיו העותרים רשאים להגיש עתירה להסרת החסיון, והדבר עלול להביא לגידול משמעותי של מספר ההליכים המתנהלים בפני בית המשפט הנכבד. כמובן, שהדבר יגרום גם להתמשכות כלל ההליכים המתנהלים בפני בית המשפט הנכבד ולהגדלת העומס המוטל ממילא על הרשויות המינהליות, על גורמי הביטחון, על שופטי בית המשפט הנכבד ועל פרקליטות המדינה.
43. טענה זו מקבלת משנה תוקף לאור העובדה שהוצאת תעודת חסיון לא תסייע לעותרים בדבר ולא תהא בה שום תועלת. גם מבלי שתצא תעודת חסיון יכול בית המשפט - בהסכמת העותרים - לעיין בחומר הסודי, לבחון את ההצדקה שבשמירת סודיותו ולבקר את החלטה המינהלית שהתקבלה על בסיסו, שכן המדינה מצדה מסכימה תמיד לעיין בית המשפט בחומר הסודי. יוזכר כי בית המשפט הנכבד קבע בעניין מטור כי "דווקא מבחינת האינטרס של העותר", נודעת חשיבות "למתן ההזדמנות לשופטי בית המשפט לעיין בחומר החסוי, אף שלא בנוכחות העותר או בא-כוחו".
44. במסגרת זו יכול בית המשפט לבחון גם את ההצדקה שבהגדרת סודיותו של החומר. אשר על כן, נראה שהוצאת תעודת חסיון לא תשרת את מטרת ההליך המינהלי, על פני ההליך השגור והשכיח של הסכמה לכך שבית המשפט הנכבד יעיין בחומר הסודי בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד.
45. לעניין היעדר התועלת שתהא לעותרים מהוצאת תעודת חסיון, יוזכרו דבריו של בית המשפט הנכבד - שנאמרו במקרה שבו המדינה בחרה להוציא תעודת חסיון - בבג"ץ 672/88 לבדי נ' מפקד כוחות צה"ל, פד"י מג(2) 227 (1989):

"בדרך כלל איננה נראית לנו הדרך הדיונית ההפכפכה אשר באה לידי ביטוי במקרה דנן: פקודת הראיות [נוסח חדש], אכן מתייחסת לעיון בחומר חסוי מטעמי ביטחון על-ידי שופט שאינו דן בתיק עצמו, ואין צורך לומר, שבעל דין רשאי לעמוד על זכותו על-פי דין שכך ייעשה. העיון על-ידי ההרכב ששומע את התיק, בין אם לצורך בחינת ההחלטה בדבר חיסוי הראיות ובין אם לצורך ההתרשמות מן החומר או לשתי המטרות גם יחד, יכול להיעשות רק בהסכמת בעלי הדין, כפי שאירע מספר פעמים בעבר בתיקים אחרים. משבחר בעל דין בדרך המותווית בפקודה, אין הוא יכול לשנות גישתו, לאחר שהנושא נדון על-ידי שופט זר יחיד, ולהביא לעיוני-כפל, אחרי שהעיון הראשון לא הביא לתוצאה אשר היה רוצה בה. הבחירה החופשית היא, מעיקרה, בידי בעל דין, ובכך צריך להסתיים, בדרך כלל, ההליך של העיון בראיות החסויות."

סוף דבר

46. לסיכום ולאור כל האמור לעיל, המשיב סבור כי יש לדחות את בקשת העותרים לפיה בית המשפט הנכבד יורה למשיב להוציא תעודת חסיון. החומר שעליו נשענת ההחלטה המינהלית בעניינו של העותר הינו חומר סודי, בהתאם לקביעת הגורמים המוסמכים ברשויות הביטחון ובהתאם להוראות חוק השב"כ וחוק העונשין.

התאם לתקנות סדר הדין בבג"ץ ולנוהג המקובל בבית משפט נכבד זה, ודאי בטרם הוצא צו על-תנאי, לעותרים אין זכות לבקש מהמשיב מידע נוסף מעבר לזה שפורט על-ידו בתגובתו המקדמית.

על העותרים לבחור אפוא האם הם מסכימים שבית המשפט הנכבד יעיין בחומר הסודי שבידי המשיבים במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, או שמא הם אינם מוכנים לכך. ברי כי המשיב מסכים, כמימים ימימה, להציג לעיונו של בית המשפט הנכבד בלבד את החומר הסודי שעליו מבוססת ההחלטה בעניינו של העותר, וזאת כדי שבית המשפט הנכבד יוכל לבחון את ההצדקה שבקביעת סודיותו של החומר המודיעיני, וכן את סבירותה של ההחלטה המינהלית שהתקבלה, וכן יוכל לקבוע אם ניתן לגלות לעותר חלק מן החומר, וזאת גם ללא צורך בהגשת עתירה לגילוי ראייה.

47. לטעמו של המשיב, כאמור לעיל, אין כל חובה בחוק המחייבת אותו להציג לעותרים את החומר בשלב הדיוני הנוכחי של ההליך, וממילא אין כל צורך בהוצאת תעודת חסיון שתסייג חובה זו. יתירה מזו, גם לו הייתה חובה שכזו, ראוי היה לקבוע שהחומר הסודי הינו חסוי בהליך של עתירה לבג"ץ מהסיבות שפורטו לעיל; או לכל הפחות שבמסגרת האיוון שצריך להיערך, מעין האיוון הנערך בבחינת בקשה לגילוי מסמכים, יש לקבוע שהאינטרסים שבאי-גילוי החומר גוברים על האינטרס של העותרים בגילוי.

48. זאת ועוד; חיוב המדינה להוציא תעודות חסיון בהליכים מעין הליך זה עלול להטיל על ראש הממשלה, על שר הביטחון, על גורמי הביטחון ועל בית משפט נכבד זה עומס כבד,

- 14 -

ובמקביל לא תהא בכך כל תועלת לעותרים על פני ההליך המקובל של הסכמה לכך שבית המשפט יעיין בחומר הסודי במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. זאת בנוסף, כמוכן, לעמדה המשפטית שפורטה לעיל, המלמדת על היעדר חובה להוצאת תעודת חסיון בשלב הדיוני הנוכחי, לבקשת העותרים.

49. מכל הסיבות דלעיל, סבור המשיב כי דין העתירה להידחות, וכי אף דינה של הבקשה שבפנינו להידחות, תוך חיוב העותרים בהוצאותיו של המשיב.

50. לסיום נבקש לעדכן, למען הסדר הטוב, כי בקשה דומה להוצאת תעודת חסיון הוגשה גם במסגרת העתירות בג"ץ 747/09 ו-1003/10. עמדת המדינה המפורטת בתגובה משלימה זו מוגשת, במקביל, גם במסגרת ההליכים בבג"ץ 747/09, ויש כוונה להודיע עליה בהמשך גם במסגרת ההליכים בבג"ץ 1003/10.

51. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 7.2.11 מתבקש אפוא בית המשפט לקבוע את העתירה להמשך הדיון בה בפני המותב הנכבד.

היום, י' באדר ב', תשע"א

16 במרץ, 2011

ערין ספדי, ע"ד
סגנית לפרקליט המדינה

ענר הלמן, ע"ד
ממונה על ענייני הבג"צים
בפרקליטות המדינה