

בג"ץ 1000/10

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בעניין: _____ אלאטרש ואח'

ע"י ב"כ אלעד כהנא ואח'
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
ע"י ב"כ ערין ספדי ואח'
מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466131; פקס: 02-6467011

המשיב

תגובת העותרים לתגובה המשלימה

בהתאם לבקשת העותרים להגשת תגובה, שהובאה במסגרת בקשת המשיב (ובהסכמתו) מיום 23.2.11, ובהתאם להחלטה שהתקבלה בה בידי כבוד הרשם מיום 27.2.11 ולהחלטה בדבר הארכת מועד מיום 23.3.11, מתכבדים העותרים להגיש את תגובתם המקדמית.

תוכן העניינים

3	מבוא
4	א. המסגרת הנורמטיבית
4	I. הגשת עתירה, חזקת תקינות המינהל ומתן צו על תנאי
7	II. תגובה מקדמית לעתירה וצמצום במתן צווים על תנאי
9	III. הצגת חומר לבית המשפט – במעמד שני הצדדים
9	1. זכות הדיון במעמד שני הצדדים
9	2. "גילוי מסמכים" אל מול "דיון במעמד שני הצדדים"
10	IV. טענת חיסיון
10	1. טענת סודיות וטענת חיסיון
11	2. חיסיון מטעמי ביטחון המדינה
13	3. הוצאת תעודות חיסיון – הלכה למעשה
14	4. חריג – טענת חיסיון בהסכמה
15	ב. משמעות הוצאת תעודת חיסיון
16	ג. עמדת המשיב – חיסיון דה-פקטו
17	ד. מן הכלל אל הפרט – וסיכום

מבוא

1. בראשי הדברים, יבקשו העותרים להצר על כך שעמדת המשיב הובאה במסגרת "תגובה משלימה" רק לאחר שהתקיים דיון בסוגיה, על אף שהעותרים פנו אליו בנושא כבר במאי 2010 והגישו את תגובתם בדצמבר 2010. המשיב בחר שלא להגיש דבר לקראת הדיון בפברואר 2011 ולהגיע לדיון ולטעון לגופו של עניין, ורק לאחר שמיעת הערות בית המשפט, ביקש להגיש את עמדתו בכתב. מדובר בבזבוז זמנם של העותרים ושל בית המשפט הנכבד.

2. נזכיר, כי במועד הדיון מתח בית המשפט ביקורת נוקבת על עמדת המשיב. בית המשפט הבהיר למשיב, כי אם עותר חולק על טענת חיסיון, לא ניתן לטעון לחיסיון בהעדר תעודה; ובהיעדר חיסיון – יינתן במקרה זה צו על תנאי.

חרף הערותיו הברורות של בית המשפט, בחר המשיב לשוב ולהתבצר בטענתו, ולשוב ולטעון כי אין הוא צריך לעשות דבר לאחר הגשת עתירה ואין הוא צריך לטעון ולהציג דבר – לא תעודת חיסיון ולא, לחילופין, לגופו של עניין – ובכל זאת, משום מה, הוא טוען כי אין ליתן צו על תנאי.

יש להצר על כך שהמשיב בחר להתעקש על עמדה זו, חרף הערות בית המשפט, ולהאריך את השלב המקדמי והטכני בו אנו עדיין נמצאים. על כל פנים, ועל אף הדברים הברורים שנאמרו על ידי בית המשפט במהלך הדיון, יבקשו העותרים להתייחס לעמדת המשיב, כפי שהובעה בדיון וכפי שמתוארת גם בתגובתו.

3. כבר כעת יבקשו העותרים להבהיר, כי אין הם "מבקשים שתוצא תעודת חיסיון", כטענת המשיב. העותרים מעוניינים במתן צו על תנאי ואין הם מעוניינים, מטבע הדברים, בחיסיון; ואולם, ככל שהמשיב הוא שמעוניין לטעון לחיסיון, העותרים מעוניינים, במקרה זה, בכלים שהמחוקק העניק להם על מנת להתמודד עם טענה זו (כמו הגשת עתירה לגילוי ראיה). בהיעדר תעודת חיסיון, אין העותרים נדרשים להתייחס לשאלת הסכמתם לעיון בחומר במעמד צד אחד כאילו היה חסוי, ועמדתם לעניין זה תינתן, ככל שיידרשו לכך, לאחר שימצא כי החומר אכן חסוי.

4. עוד יבקשו העותרים להדגיש, כי בתגובתו, נמנע המשיב מלהתייחס לטענות העותרים שפורטו בתגובתם מיום 14.12.10 ובהודעתם המשלימה מיום 1.2.11.

כך למשל, המשיב לא התייחס כלל להנחיית פרקליט המדינה (הנוגעת אמנם לעתירות אסיר, אך ניתן ללמוד ממנה גם לענייננו), בה נקבע שמקום בו עותר חולק על טענת החיסיון, חובה להוציא תעודת חיסיון. הנחייה זו צורפה לתגובת העותרים (ע/9). המשיב בחר להתעלם ממנה, ולא הסביר כיצד היא מתיישבת עם הנטען כעת בתגובתו. באופן דומה, נמנע המשיב מלהתייחס לחוות דעתה של נציבת תלונות הציבור של שופטים, שצורפה כנספח ע/10 לתגובת העותרים.

המשיב גם נמנע מלהתייחס לתעודות חיסיון שהוציא הוא עצמו במסגרת תגובות מקדמיות (דהיינו, לפני מתן צו על תנאי), שדוגמאות מהן צורפו להודעה המשלימה (ע/11-ע/13). אם

כן, המשיב גם לא טרח להסביר כיצד מתיישבת עמדתו הנטענת כיום, עם התנהלותו בפועל במהלך השנים.

התעלמות המשיב ממסמכיו שלו עצמו, אומרת דרשני. למסמכים אלו, נשוב בהמשך.

5. תחת זאת, הפליג המשיב בתגובתו בדבר עניינים לא רלוונטיים לענייננו: טענות בדבר "סודיות" שלא במסגרת הליך משפטי, השוואות למשפט פלילי, מנהגם של עותרים פרטניים אלו ואחרים, והליכים לקבלת פרטים נוספים.

6. זאת, שעה שטענת העותרים היא טענה פשוטה: לאחר שהצביעו העותרים על פגיעה בזכויותיהם, יש מקום ליתן צו על תנאי, אלא אם המשיב הגיש תגובה מקדמית מלאה ומנומקת ובה הראה לבית המשפט שפעל כדין ועל כן עומדת לו חזקת תקינות המינהל, חרף האמור בעתירה.

האינטרס להצגת הטענות המלאות הוא של המשיב, כשאינטרס זה כפוף לחובות שבדין בדבר זכות הדיון במעמד שני הצדדים. מובן שכל שהמשיב חושש שהצגת החומר בבית המשפט במעמד שני הצדדים עלולה לפגוע בביטחון המדינה, ועל מנת שלא לקבל צו על תנאי, הוא יכול להביא את החומר לבחינת שר הביטחון ולבקש כי השר יאשר את הוצאתה של תעודת חיסיון ויחתום עליה, או אז קמה לעותרים הזכות להגיש עתירה לגילוי ראייה. בהעדר תעודת חיסיון, ומאחר שהמשיב עצמו מצהיר שהוא מסתיר אצלו את הטענות והחומר המפרטים, מבססים ותומכים באמירה הכללית והלאקונית למדי שבתגובתו המקדמית, הרי שבפועל המשיב הגיש "תגובה מקדמית" שהיא חסרת תוכן ממשי ומשקל ואין בה כל ביסוס או תמיכה לעמדתו. בכך כרסם בעצמו בחזקת תקינות המינהל, ויש ליתן צו על תנאי.

א. המסגרת הנורמטיבית

1. הגשת עתירה, חזקת תקינות המינהל ומתן צו על תנאי

7. נהוג לתאר את ההליך בבג"ץ (או בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים) כהליך כפול: ראשית, שלב "מעין מקדמי", לפני מתן צו על תנאי, בו מבקש עותר מעין היתר מבית המשפט להגשת עתירה; ושלב שני, לאחר מתן צו על תנאי, שהוא הליך "מהותי".

8. מבחינה פרוצדוראלית, נקודת המעבר בין שני שלבים אלו היא מתן צו על תנאי. מבחינה מהותית, מדובר בחזקת תקינות המינהל – בשלב ה"מקדמי" על העותר לכרסם בחזקת תקינות המינהל העומדת לרשות (וכך לקבל צו על תנאי), ובשלב ה"מהותי", לא עומדת עוד לרשות חזקת תקינות המינהל והנטל עובר אליה. ניתן לומר, כדברי המלומד זמיר, כי בשלב הראשון לעתירה, מבקש העותר היתר מבית המשפט על מנת להחל בהליך לגופו.

וכדבריו של פרופ' זמיר:

עתירה המוגשת לבג"ץ, להבדיל מתביעה המוגשת לבית משפט אזרחי ... אינה נשלחת אל הרשות המינהלית, כדי לקבל את תשובתה, אלא היא נבדקת בידי בית המשפט כדי לברר אם, לכאורה, היא גוברת על חזקת החוקיות. על העותר מוטל הנטל לעורר, בגוף העתירה עצמה, ספק מהותי בחוקיות ההחלטה המינהלית ... רק אם העתירה מעוררת ספק כזה, יוציא בג"ץ צו-על-תנאי. צו-על-תנאי מרים כביכול,

את המחסום של חזקת החוקיות, ומעביר את נטל הבאת הראיות אל הרשות המינהלית. **למעשה אין הוא אלא היתר מטעם בית המשפט לקיים התדיינות לגוף העניין.**

(יצחק זמיר, "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק", משפט וממשל א' (תשנ"ג) 295, עמ' 299-300; ההדגשה הוספה – א.כ.).

9. אם כן, חזקת תקינות המינהל אינה יותר מחזקה הניתנת להפרכה, אם עורר העותר ספק מהותי בדבר ההחלטה המינהלית.

10. עוד יוזכר, שבשיטת המשפט הישראלית יש הליכים נוספים בהם יש לקבל רשות מבית המשפט על מנת לנהל את ההליך לגופו (למשל, בקשת רשות ערעור). גם בהליכים אלו, מערער יכול לעורר ספק בלב בית המשפט בדבר צדקת ההחלטה עליה הוא מערער, ואין מדובר במחסום בלתי עביר שבעל דין צריך לוותר על זכויותיו הדיוניות כדי לצלוח אותן.

11. חשוב להזכיר, שטעמה של חזקת תקינות המינהל הוא להגן על הרשות מפני טורדנים ועתירות סרק. חזקת תקינות המינהל אינה חזקה חלוטה, ודי כי עותר הצליח להצביע על חשש אמיתי לפגם בהחלטת הרשות, כדי להפריכה. וכדברי המלומד זמיר:

נראה כי אין טעם אחר אלא הרצון להגן על המינהל הציבורי מפני טורדנים. ידו הארוכה של המינהל הציבורי מגיעה אל כל אדם ואדם, לטוב או לרע. אם כל מי שיש לו טרוניה כלפי המינהל הציבורי יוכל לנהל משפט נגד הרשות המינהלית, **אפילו אם אין למשפט יסוד או סיכוי**, יוצף המינהל בתביעות ... לפיכך, הטירדה שבית המשפט העליון מקבל על עצמו כאשר הוא מסנן את העתירות, ומחליט כבר בשלב הראשון מי לשבט ומי לחסד, מיטיבה בסופו של דבר עם הציבור הרחב. (זמיר, שם, עמ' 301; ההדגשות הוספו – א.כ.).

12. הנה כי כן, חזקת תקינות המינהל אינה אלא מסננת שנועדה לברור בין עתירות "חסרות יסוד או סיכוי", כדברי פרופ' זמיר, לבין עתירות המגלות על פניהן עילה ממשית. אם גילתה העתירה עילה ממשית, יש ליתן צו על תנאי.

13. מהי עילה ממשית? שאלה זו היא פתוחה, מטבע הדברים. ואולם, הפסיקה כבר עמדה על כך, **שעתירה שעניינה פגיעה בזכויות אדם** – ובמיוחד אם הדבר נעשה תוך כדי פגיעה בזכויות דיוניות ובכללי הצדק הטבעי – היא עתירה המגלה עילה ממשית.

עמד על כך הנשיא ברק:

מי נושא בנטל השכנוע בעניין פיסקת ההגבלה בעתירות שלפנינו? לדעתנו, נטל זה מוטל על המדינה. מגיעים אנו למסקנה זו על בסיס גישתו של השופט י' זמיר בפרשת צמח (ראו פסקה 22 לעיל) ... נוסף, כי הנתונים העובדתיים על פיהם **נקבעת חוקתיות הפגיעה ("מבחן הביצוע") מצויים כולם בידי המשיבים.** המשקל המצטבר של כל אלה מטיל, לדעתנו, את נטל השכנוע, להוכחת מרכיביה של פיסקת ההגבלה, על המדינה.

(בג"ץ 6427/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, טרם פורסם, ס' 49 לפסק דינו של הנשיא ברק; ההדגשה הוספה – א.כ.).

ור' גם: אהרון ברק, **פרשנות חוקתית**, עמ' 477; בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם).

14. עמדה זו עוגנה בפסקי דין מאוחרים יותר. כך למשל נפסק לאחרונה:

נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון ביטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם מוטל על שכם המדינה ... על המדינה לשכנע כי ההסתברות לסכנה לשלום הציבור ניצבת ברמה גבוהה המגיעה, למצער, כדי הסתברות קרובה לוודאות, וכי ההגנה מפניה אינה אפשרית בלא פגיעה בזכות אדם.

כבר נאמר לא אחת, כי טענת "צורך ביטחוני" מפי המדינה אינה נוסחת קסם, שעצם העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא הרהור. אף שבית המשפט נוקט, דרך כלל, ריסון בבחינת שיקולי הביטחון של הרשות, מקום שמדיניות הביטחון פוגעת בזכויות אדם, יש לבחון לעומק את סבירות שיקוליה של הרשות, ואת מידתיות האמצעים שהיא מבקשת להפעיל ...

(בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, 22.2.10, פס' 16-17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, וראו גם ההפניות שם; ההדגשה הוספה – א.כ.).

15. לאחרונה עמד בית המשפט על הנטייה ליתן צו על תנאי במקרים בהם שוכנע כי העותר אכן נפגע ואינו מעלה טענות בעלמא:

...לפיכך יש לטעמי לקבל את הצעתו של פרופ' זמיר ולהנמיך במידה מסוימת את המחסום של חזקת החוקיות בשלב הראשון של ההתדיינות לצורך הוצאת צו על תנאי. וכך מציע פרופ' זמיר:

"באופן כללי יש להנמיך את המחסום של חזקת החוקיות בשלב הראשון של ההתדיינות, כלומר, לצורך מתן צו-על-תנאי המזמין את הרשות להציג את עמדתה בפני בית המשפט. במיוחד כך במקרה בו העותר מבקש לבקר את שיקול-הדעת המינהלי. במקרה כזה, העותר נמצא באופן בולט בעמדה של נחיתות, בה קשה להשיג אפילו ראיות לכאורה בדבר פגם בשיקול-הדעת. בדומה לכך גם במקרים אחרים בהם הראיות מצויות בשליטתה הבלעדית או בידיעתה המיוחדת של הרשות. במקרים מעין אלה, אם בית-המשפט יקל על העותר, יפתח בפניו את השער ויזמין את הרשות להציג את טעמי החלטתה, אפשר שהעותר יוכל, תוך כדי ההתדיינות, לחזק את הראיות שבידו או לבסס את החשש שבליבו..." (זמיר, בעמ' 307).

הנמכת המחסום תתאפשר בעיקר במקרים בהם התקיימו שני תנאים: ראשית, אין לוותר על דרישת הוכחה ראשונית מסוימת מהעותר ולא כל טענה בעלמא תצדיק מן הסתם הוצאת צו על תנאי. שנית, על העותר להצביע על כך כי בידי המשיבים עשויים להימצא נתונים או מידע היכולים לבסס את טענותיו בעתירה, ושלא היה ניתן להשיגם מבלי שיוצא צו על תנאי בעתירה.

(בג"ץ 9462/09 פלונית נ' צה"ל, 27.5.10, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ארבל).

16. אם כן, עותר שעמד בנטל הראשוני והצביע על פגיעה מהותית בזכויותיו, הרים את הנטל הראשוני המוטל עליו לשם קבלת צו על תנאי.

ודוק: "חזקת תקינות המינהל" אינה כשלעצמה תשובה לעתירה. היא חזקה המגנה על הרשות מפני עתירות טורדניות, חסרות בסיס או חסרות שחר. ואולם, היא לא נועדה לשמש תשובה לעתירה ואינה יכולה לשמש לבדה תשובה לעתירה, מקום בו הצביע עותר על פגיעה מהותית בזכויותיו.

17. בעבר, בעתירות מעין אלו **אכן ניתנו, בדרך הרגיל, צווים על תנאי**, לאחריהם השיב המשיב לעתירה. ואולם, בשלב מסוים החל בית המשפט לנקוט בשלב ביניים בטרם ניתן צו על תנאי, והוא התגובה המקדמית.

II. תגובה מקדמית לעתירה וצמצום במתן צווים על תנאי

18. כאמור, בשלב מסוים נכנס לתמונה שלב ביניים בהליך ה"מקדמי", טרם מתן צו על תנאי – תגובה מקדמית. דהיינו, אם סבר בית המשפט שהעתירה מגלה על פניה עילה, הוא רשאי – וכך אכן הוא נוהג – לבקש, ראשית כל, את עמדתה המקדמית של הרשות, ואז לבחון אם עדיין יש לתת צו על תנאי.

19. מובן, כי למשיב יש אינטרס בהגשת התגובה המקדמית. בתגובתו המקדמית היא יכול לסתור את טענות העותר בעתירתו; הוא יכול להציג מסמכים וטענות המאזנים את טענותיו; הוא יכול להעלות טענות סף נגד העתירה. בכך, יכול המשיב למנוע מתן צו על תנאי.

אכן, התגובה המקדמית שונה מתשובה שיש ליתן לאחר מתן צו על תנאי. עם זאת, תגובה מקדמית אינה יכולה להיות דף לבן וריק ואין לה משמעות אם כל שיש בה הוא אמירה כללית או כותרת לאקונית.

20. כאמור, הגשת תגובה מקדמית נועדה לסייע למשיב להביא את דברו בפני בית המשפט בטרם תתקבל החלטה בדבר מתן צו על תנאי. מדובר, אם כן, בלא יותר מאשר שינוי פרוצדוראלי, ומעבר מנוהג אחד (מתן צו על תנאי מיד לאחר שעמד העותר בנטל הראשוני להראות את קיומה של פגיעה בעניינו) לנוהג אחר (מתן צו על תנאי לאחר שעמד העותר בנטל הראשוני בעניינו, בהתאם לאמור בתגובה המקדמית מטעם המשיב).

21. על מעבר זה עמד כבוד השופט חשין:

בימים ההם – והימים אינם כה רחוקים מאיתנו – נדונה עתירה בשלב ראשון על-פי צד אחד בלבד (Ex Parta). **בסופו של אותו שלב בהליכים היה עותר זוכה בצו על-תנאי** – ובמקרה זה היתה העתירה עוברת לשלב ההליכים השני, או שעתירתו היתה נדחית – ובמקרה זה היה נסתם עליה הגולל ... כיום, גם בשלב הראשון של דיון בעתירה – קודם הוצאת צו על-תנאי – מוזמנים המשיבים להגיב על דבר העתירה, ובעצם: **מחוייבים הם להתייצב לפני בית המשפט ולהשמיע דברים על אמירות ועל טיעונים שבעתירה.**

(בג"ץ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, ס' 11 לפסק דינו של השופט חשין; ההדגשות הוספו – א.כ.).

22. יש לשים לב, כי הצמצום בפועל במתן צווים על תנאי קשור קשר הדוק לנטייה להורות על הגשת תגובות המשיב. המשיב לא יכול לבקש, מחד, להתחמק ממתן תגובה מקדמית מלאה, ומנגד, לטעון כי יש להימנע ממתן צו על תנאי אם עותר עמד בנטל הראשוני. לא ניתן להחזיק את החבל משתי קצותיו: מצד אחד לטעון לקיומו של רף גבוה למתן צו על תנאי, ומצד שני, לעשות זאת בלי להציג עמדה מלאה ומנומקת.

23. מובן אם כן, כי הגשת תגובה מקדמית אינה אך לשם "יציאה ידי חובה", ואינה בגדר "עשיית טובה" לעותרים. **הגשת התגובה המקדמית היא אינטרס ברור של המשיב עצמו.** רוצה המשיב, ישיב עניינית לעתירה, ויתכן שבכך יימנע מקבלת צו על תנאי; **לא רוצה, לא ישיב, ויקבל צו על תנאי**, אם עמד העותר בנטל הראשוני.

24. **יש להדגיש**, כי משיב הטוען "פעיל גיהאד" ומבקש להשלים את טענותיו, מודה כי לא הגיש תגובה מלאה. ברי, כי בפי המשיב טענות נוספות המיוחסות לעותר (טיב אותה פעילות,

התקופה בה נעשתה לכאורה, ועוד). ברור כי המשיב שומר אצלו פירוט מלא של אותה "פעילות" המיוחסת לעותר. אם לא הציג פירוט זה בפני בית המשפט, הרי שלמעשה לא הציג בפני בית המשפט תגובה מקדמית מלאה. עמד על כך כב' מ"מ הנשיא לנדוי (כתוארו אז), בדעת רוב, בפרשת אל-אסעד (בג"ץ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 505; ההדגשות הוספו – א.כ.):

משגילה הממונה את נימוקיו, פתח את השער הנעול בפני ביקורתו של בית-משפט זה. השאלה הנראית לי השאלה המרכזית בעתירה זו, היא אם הוא יכול להיעצר במחצית הדרך – לגלות טפח ולכסות טפחיים. כלומר לגלות את נימוקיו ולהסתיר את התשתית העובדתית לביסוס אותם נימוקים...

העולה מן האמור הוא שאם החליט הממונה לגלות את נימוקיו, ממילא מעמיד הוא נימוקים אלה לביקורתו של בית המשפט וביקורת כזאת לא תיתכן ללא בדיקת המידע העובדתי. כדי למנוע בדיקה כזו מטעמי ביטחון היה על הממונה להמציא תעודת חיסיון לפי ס' 44 של הפקודה...

ממה שאמרתי נובעת המסקנה הנוספת שהעותר לא היה חייב לבקש פרטים נוספים כדי לגרום לגילוי המידע שעליו התבסס הממונה, או להגשת תעודת חיסיון על המידע לפי ס' 44, כסברת חברי הנכבד. דעתי היא שללא גילוי המידע או הגשת התעודה לקוי הטיעון מטעם המשיב, המוגבל להרצאה נימוקיו, ללא תשתית עובדתית, מעיקרון של דבר, ואין די בו כדי לסתור את הכחשתו הטוטלית של העותר.

25. הלכה זו, והגיונה בצידה. אם מבקש בית המשפט תגובה מקדמית מאת הרשות, משמעות הדבר היא, שהוא מבקש את התייחסותה המפורטת לטענות העותר המצדיקות, על פניו, ובהיעדר טענות בדבר עילות סף, מתן צו על תנאי. כך למשל, נניח כי אדם עותר נגד הרשות על כך שהיא מפלה אותו בנושאים תקציביים, ומראה זאת במסמכים. הרשות טוענת בתגובה, כי טענה זו אינה נכונה, שכן היא מספקת לו מלגות והנחות שונות שאינן מוצאות ביטוי במסמכים אלו. ואולם, הרשות אינה מפרטת מהן אותם תמיכות ואינה מפנה אליהן. האם בכך יהיה כדי לסתום את הגולל על העתירה? עמדה על כך לאחרונה כב' הנשיא ביניש בבג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, בס' 48 לפסק דינה (ההדגשות הוספו – א.כ.):

בתשובותיה לעתירה טענה המדינה כי אין מקום לבחון את הפגיעה בשוויון בין קבוצות הלומדים השונות על בסיס הסעיף התקציבי בלבד, אלא יש לבחון את מכלול הסדרי התמיכה הרלוונטיים לכל קבוצה ... יחד עם זאת, אין המדינה יכולה, ככלל, להסתפק באמירה זו מבלי להציג לעיוננו נתונים ... עמדתי על כך בפרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי ... בפסק דיני ציינתי כי "המידע המלא לצורך בחינה מקיפה" מצוי בידי המדינה, ועל כן, מקום בו נשאו העותרים בנטל הראשוני להוכיח פגיעה, עובר נטל ההוכחה לקיומם של מכלול אמצעים והקצבות שיש בהם כדי להוכיח היעדר פגיעה למדינה, כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית (שם, בעמ' 491-492).

26. מהאמור עד כה ניתן לסכם ולומר, כי לאחר שהורם הנטל הראשוני על ידי העותר למתן צו על תנאי, מאחר שהוכיח כי זכויותיו נפגעו באופן קשה ואף ללא הליך הוגן, מבלי שפגיעה זו תחומה בזמן, יש ליתן צו על תנאי, אלא אם ניתנה לרשות הזדמנות – והיא בחרה לנצלה – להציג את מלוא טענותיה בפני בית המשפט. אם הרשות לא עשתה כן, יש ליתן צו על תנאי, אז יהיה על הרשות להשיב לעתירה בתמיכת תצהיר ולהחל בהליך לגילוי פרטים נוספים.

III. הצגת חומר לבית המשפט – במעמד שני הצדדים

1. זכות הדיון במעמד שני הצדדים

27. אם בחר המשיב להגיש תגובה מקדמית מלאה על מנת למנוע מתן צו על תנאי, מובן כי עליו לעשות זאת במעמד שני הצדדים. כלל בסיסי הוא, כי בעל דין (יהיה רשות מינהלית ויהיה אדם פרטי) המציג את מלוא טענותיו בפני בית המשפט, מחוייב לעשות זאת במעמד שני הצדדים. אף המשיב אינו חולק על כך שלא ניתן להציג טענות במעמד צד אחד בבג"ץ, אלא בהסכמת הצדדים, והדברים אף מעוגנים בפסיקת בית משפט נכבד זה (ר' בג"ץ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לז(1) 789; בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מג(3) 542; בג"ץ 672/88 לבדי נ' המפקד הצבאי, פ"ד מג(2) 227).

28. ישנם מקרים, שהם בגדר חריג, בהם מסכימים הצדדים להציג טיעונים במעמד צד אחד. כך במקרים בהם החומר חסוי, אז נושא העותר בסיכון שמא אחרת עתירתו תדחה. בהיעדר חיסיון, מאחר שהאינטרס בהצגת התגובה הוא של המשיב, המשיב הוא שנושא בסיכון שמא יינתן צו על תנאי, ועל כן אין הוא יכול להתנות את הצגת החומר בתנאים.

2. "גילוי מסמכים" אל מול "דיון במעמד שני הצדדים"

29. בטרם נעבור לדיון בנושא החיסיון, יש להבהיר, כי ענייננו אינו בבקשה לגילוי מסמכים או קבלת פרטים נוספים. גילוי מסמכים הוא הליך שנועד לאפשר לבעל דין "לפשפש" במסמכים המצויים אצל הצד שכנגד ואשר אותו צד לא הביאם לתוך ההליך. הוא נועד לאפשר לבעל דין לתמוך את טענותיו, או להפריך את טענות יריבו, באמצעות מסמכים אשר מצויים בחזקת הצד השני – אך הוא לא היה מעוניין או לא ראה לנכון להציגם לבית המשפט מיוזמתו.

30. לעומת זאת, ענייננו בדיון במעמד שני הצדדים. דהיינו, קבלת החומר שהוא כן חלק מההליך, מכיוון שהמשיב הגישו לבית המשפט (והוא אינו שוכב עוד במגירותיו). אם בחרה הרשות להציג את מסמכיה בפני בית המשפט, הפכו מסמכים אלו לחלק מההליך, ולצד שכנגד יש הזכות לקבלם כחלק מזכות הדיון במעמד שני הצדדים – ללא קשר לשאלה, אם יש לו הזכות לקבל פרטים נוספים או לגילוי מסמכים שהרשות הותירה אצלה.

על אבחנה זו עמד בית המשפט בפרשת אל אסעד, ור' דבריו של כבוד מ"מ הנשיא לנדוי, כפי שהובאו לעיל, לפיהם אין העותר זקוק ל"גילוי מסמכים" במקרה זה).

31. שימת לב בית המשפט מופנית לכך, שאף האמור בהחלטות המוזכרות בסעיף 24 לתגובת המשיב, נגעו לזכות לקבלת פרטים נוספים, ולא לשאלה, האם הרשות פטורה מהצגת טענות במעמד שני הצדדים.

רוצה לומר: אם בחר המשיב להציג את טענותיו והבסיס להן בפני בית המשפט, קמה לעותרים הזכות להיחשף לחומר שהוגש לבית המשפט.

32. ברי, כי אם יסרב המשיב להציג את החומר המפרט ומבסס את עמדתו, יינתן צו על תנאי, שהרי הגשת תגובה מקדמית מלאה היא אינטרס שלן; ואם יבחר להציגו במעמד שני הצדדים

– עשוי הוא, במקרים מסוימים, לסבור כי תהיה בכך פגיעה באינטרס ביטחוני כלשהו. אלא שלשם כך בדיוק הקנה לו המחוקק דרך שלישית – הוצאת תעודת חיסיון.

IV. טענת חיסיון

33. בראשי הדברים יבקשו העותרים להבהיר, כי הם לא ביקשו שתוצא תעודת חיסיון, אלא ביקשו מתן צו על תנאי, כל עוד המשיב מסרב להציג את החומר במעמד שני הצדדים ובהעדר תעודת חיסיון. עם זאת, ככל שהמשיב בוחר לטעון לחיסיון, ביקשו העותרים, במקרה זה, שהדבר יוכח בתעודת חיסיון על מנת שיוכלו לעתור נגדה.

34. עוד יובהר, שהמנגנון שקבע המחוקק בחקיקה ראשית – הוצאת תעודת החיסיון ולצידה עתירה לגילוי ראיה – מספק איזון הולם בין צרכי הביטחון לבין זכויות הפרט. מחד, הוא מאפשר למשיב להימנע מצו על תנאי מבלי להעביר לצד שכנגד מסמכים שיש בהם לדעתו סיכון לביטחון המדינה; מנגד, הוא מבטיח שיופעל שיקול דעת של גורם בכיר, והוא מאפשר לצד השני לנקוט בהליכים להסרת החיסיון כקבוע בסעיף 46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: **פקודת הראיות**).

35. יש להצר על כך שהמשיב הרחיב בתגובתו על החשש הביטחוני מפני קבלת טענות העותרים. לא ברור על מה טענה זו נסמכת, שהרי בדיוק לשם כך קבע המחוקק את ההסדר האמור. לרשות המשיב עומד הכלי שהקנה לו המחוקק להגן על ביטחון המדינה: **הוצאת תעודת חיסיון חתומה בידי שר הביטחון**. אם אכן קיים חשש ביטחוני, יתכבד ויעשה זאת. אם לא עשה כן, סימן שהגורם המוסמך – שר הביטחון – לא סבר שמדובר בחומר חסוי.

מכאן, שאין בפנינו כל שאלה של "ביטחון המדינה", שכן הוצאת תעודת חיסיון, כפי שקבע המחוקק, לא מסכנת בדבר את ביטחון המדינה (שאלה "ביטחונית" עשויה להתעורר אם וכאשר תוצא תעודת חיסיון ותוגש כנגדה עתירה לגילוי ראיה, במסגרתה יבחן בית המשפט האם הצדק שבהסרת החיסיון הספציפי גובר על שיקולי הביטחון).

36. השאלה שבפנינו היא, אם כן, כיצד יכול המשיב להחזיק בטענת החיסיון. שאלה זו נבחן כעת.

1. טענת סודיות וטענת חיסיון

37. ראשית, יש להבהיר, כי השאלה היחידה היא: חסוי, או לא חסוי. למונחים "מודיעיני" או "סודי" אין משמעות בשלב זה. סבר המשיב כי החומר מצדיק חיסיון, יתכבד ויביא את הדבר לבחינת הגורם המוסמך (שר הביטחון). לא עשה כן, משמע, החומר אינו חסוי, ואין מניעה להציגו.

38. אין ספק, כי שלא במסגרת הליך משפטי, הדין מכיר בקיומה של זכותן של הרשויות לשמירה על סודיות לגבי מסמכים שונים שאצלן.

39. ואולם, משמצויים אנו במסגרת הליך משפטי, משתנה עולם המושגים המשפטי, ואותם כללים החלים ביומיום בין הרשות לבין האזרח מקבלים לבוש וצורה של דיני ראיות וסדרי דין.

כאמור, על מנת להגן בשלב זה על אותם עניינים שחובת הסודיות ביקשה להגן עליהם לפני הגשת העתירה, הקנה המחוקק לרשות את האפשרות להוציא תעודת חיסיון מטעמי חשש לפגיעה בביטחון המדינה. על אבחנה זו, לגבי היחסים שבין האדם לרשות לעומת היחסים שבין הרשות לבית המשפט, עמד בית המשפט:

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 – א.כ.).

כיוון שאף המשיב אינו חולק על כך שיש צורך בהוצאת תעודת חיסיון בבית המשפט, ולו בהליכים אזרחיים ופליליים ולאחר הוצאת צו על תנאי בהליכים בבג"ץ, וזאת אף אם מדובר בחומר שחלה עליו חובת סודיות, די בכך כדי להבהיר, שאין לטענת הסודיות דבר עם ענייננו, וכי אין די בה על מנת להחסות ראייה.

40. ודוק: אף דברי החקיקה אליהם מפנה המשיב בתגובתו לעניין חובת הסודיות, חלים במסגרת היחסים שבין הרשות לאדם הפונה אליה ביומיום, ולא במסגרת היחסים שבין הרשות לבית המשפט ובעל הדין שכנגד במסגרת הליך משפטי. לא בכדי נקבע בפקודת הראיות הסדר מיוחד לגבי ראיות שיש להציגן בבית המשפט, וקיים חשש ביטחוני לגביהן: סעיף 44 לפקודת הראיות. היינו, **אף המחוקק סבר, שאין דין סודיות בנוגע ליחסים שבין אדם לרשות, כדין ראיות בפני בית המשפט.**

41. משכך, השאלה האם מידע הוא "סודי" היא חסרת נפקות משפטית, ביחס לשלב בו אנו עוסקים. השאלה היחידה היא, האם החומר חסוי או לא. סבר המשיב כי חומר הוא "סודי", יתכבד ויוציא תעודת חיסיון.

יש בפנינו שאלה אחת: "חסוי" או "לא חסוי". המעבר בין שתי אפשרויות אלו נתון לשליטתו המלאה של המשיב.

2. חיסיון מטעמי ביטחון המדינה

42. כפי שהעותרים פירטו בתגובתם באריכות, וחזרו וטענו בהודעתם המשלימה, השאלה כיצד מוכחת טענת חיסיון היא **שאלה פרוצדוראלית, שנקבעה בחקיקה ראשית ופורשה רבות בבית משפט נכבד זה.**

43. הפרוצדורה היחידה להוכחת טענת חיסיון מטעמי ביטחון המדינה, היא הוצאת תעודת חיסיון חתומה בידי שר הביטחון. דברים אלו מעוגנים מפורשות בסעיף 44 לפקודת הראיות.

44. כאמור בתגובת העותרים, בית משפט נכבד זה **זחה** את הטענה כי חל שינוי בהלכה לפיה אין **לטעון לקיומו של חיסיון מטעמי ביטחון בהיעדר תעודה.** כך פסק כבוד השופט חשין:

לא נמצא לנו כי בית-המשפט קבע הלכה באשר לחיסיון מידע בלא הוצאתה של תעודת חיסיון. גם אין בפסק-הדין איזכור טענה מפי בא-כוח העותר כי באין תעודת חיסיון אין לטעון לחיסיון. וכך, משלא נקבעה הלכה שוב אין מקום לדיון נוסף בהלכה שלא נקבעה.

(סעיף 9 לפסק הדין בדנג"ץ 9614/02 סרי נ' לשכת העיתונות הממשלתית, תק-על 1526, (1)2003; ההדגשה הוספה – א.כ.).

45. בית המשפט חזר והדגיש, כי המבקש לטעון לחיסיון, הוא שצריך להצביע על קיומו של חיסיון בהתאם לדיון, ולא ניתן ליצור חיסיון בהבל פה:

על מנת שבעל דין בהליך שיפוטי יהא רשאי שלא לחשוף ראייה רלוונטית המצויה באמתחתו עליו להוכיח כי קיים חיסיון המוכר בדיון מכוח חוק או מכוח ההלכה הפסוקה המאפשר לו לחסותה...

(בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, תק-על 2008(2), 1872, עמ' 1881; ההדגשה הוספה – א.כ.).

וכן:

הסדר המאפשר לבית המשפט לעיין בלא הסכמת העותר בראיה שלא בנוכחותו, טעון הוראה מפורשת בחוק, כפי שנעשה בהקשרים ספציפיים... מטעמים אלה אני נעתר לבקשה וקובע כי המשיב לא יהיה רשאי לחסות מהעותרים מידע בנוגע לעתירה זו אלא אם כן ימציא תוך 30 יום תעודת חיסיון.

(עת"מ 8017/08 מומנה נ' משרד הפנים, 6.6.08; ההדגשה הוספה – א.כ.).

ועוד:

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 מלבסקי, לעיל; ההדגשה הוספה – א.כ.).

וגם:

ככלל, לא מוכרת במשפטנו האפשרות לטעון לחיסיונו 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 כדיון, אחרת לא תוכל לטעון טענה זו.

[...] בהעדר הוראת חוק ספציפית, לא ניתן לטעון לחיסיונו 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).

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

יפים לעניין זה הדברים הבאים שנאמרו ממש לאחרונה:

עם כל הכבוד, העלאת טענת החיסיון ללא אישור בכתב כנדרש בסעיף 44 הנ"ל נעדרת כל בסיס ותוקף. חיסיון אינו קם בהבל פה, ואין די בהעלאת הטענה באופן סתמי על ידי ב"כ הנתבעת על מנת שיחול החיסיון. משטח המחוקק וקבע דרך להחלת חיסיון על ראיות, ואף קבע מנגנון להסרת אותו חיסיון על ידי הגשת עתירה לכך, שומה היה על ב"כ הנתבעת לילך בנתיב שקבע המחוקק. בהעדר תעודת חיסיון, ממילא לא ניתנה לתובעים ההזדמנות לעתור לגילוי הראיה החסויה. אפשר ועתירה כאמור היתה מובילה לגילוי חלקי של חומר הראיות או להבאת הראיה החסויה לעיונו של בית המשפט (ראו הפתרון בפרשת כיאט הנ"ל).

(ת"א (חיפה) 16528/07 שלבי נ' אל-על נציבי אויר לישראל בע"מ, 6.4.10; ההדגשה הוספה – א.כ.)

3. הוצאת תעודת חיסיון – הלכה למעשה

46. עד כה עמדנו על הדין בנוגע להעלאת טענת חיסיון. כעת נראה, כי גם בפועל, לא ניתן לטעון לקיומו של חיסיון בהיעדר תעודה. הדברים מעוגנים בהתנהלות המדינה עצמה ובהנחיותיה שלה. התנהלות והנחיות אלו מלמדות, כי טענת המשיב במסגרת עתירה זו היא טענה חדשה, שלא נשמעה מפיו מעולם, שכן מאז ומתמיד נהג על פי המתווה המתואר בתגובה זו.

47. העותרים הפנו בתגובתם מיום 14.12.10 להנחיית פרקליט המדינה הצגת מידע סודי לבית משפט הדין בעתירות אסיר (9/ע), המבהירה כי מקום בו עותר מתנגד לעצם טענת החיסיון, יש לפעול להוצאת תעודת החיסיון, ורק לאחר מכן לדרוש ממנו לבחור בין דחיית העתירה לבין הסכמתו לעיון בחומר במעמד צד אחד.

על הנחיה זו אמר בית המשפט הנכבד, כי –

היא מבטאת מוסכמת יסוד במשפט הישראלי, ובוודאי מחייבת היא את התביעה; זאת, שהרי ככלל בית המשפט אינו דן בעניינו של אדם על סמך חומר שלא הוצג לאותו אדם; אכן, החוק מאפשר במקרים מסוימים להוציא תעודת חיסיון בהתאם לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971 אך במקרים אלה גם בית המשפט מנוע מלעיין בחומר החסוי. ואילו עיון בחומר חסוי מותנה בהסכמת המבקש...

(רע"ב 1621/06 שבלי נ' שירות בתי הסוהר, 4.5.06; ההדגשה הוספה – א.כ.)

48. הדברים קיבלו ביטוי בהחלטת נציבות תלונות הציבור על שופטים, שצורפה אף היא לתגובה האמורה (10/ע).

49. שימת בית המשפט הנכבד מופנית לכך, שעל אף שדברים אלו הובאו בתגובת העותרים מיום 14.12.10, המשיב בחר להתעלם מהם כליל בתגובתו המשלימה.

50. ונמשיך. העותרים צירפו להודעתם המשלימה מיום 1.2.11 שלוש דוגמאות לתעודות חיסיון שהוצאו מיד לאחר הגשת עתירות, יחד עם התגובה המקדמית (היינו, לפני מתן צו על תנאי) (11-ע/13).

ברי אם כן, כי טענת המשיב היא טענה חדשה, שאינה מתיישבת עם אופן פעולתו שלו, שהרי, אם סבר שאין כל חובה להוציא תעודת חיסיון לפני מתן צו על תנאי, מדוע עשה כן?

51. שימת לב בית המשפט מופנית לכך, שגם מנספחים אלו התעלם המשיב. ברי, כי טענת המשיב בתגובתו היא חדשה, וסותרת הן את הדין והן את התנהלות המשיב עצמו במהלך השנים.

4. חריג – טענת חיסיון בהסכמה

52. עד כה הראו העותרים, כי הדרך היחידה להעלאת טענת חיסיון היא הוצאת תעודת חיסיון חתומה בידי שר הביטחון. מדובר בשאלה פרוצדוראלית הקבועה בחקיקה ראשית, ואין כל בסיס לטענה כי יש דרך אחרת לעשות זאת.

53. החריג היחיד לכך הוא החריג הרגיל שחל בדיני הראיות: הסכמת הצדדים. כידוע, בהסכמת הצדדים ניתן להכשיר כל טענה מתחום דיני הראיות.

54. אכן, במשך השנים, ניתנת הסכמת הצדדים לטענת החיסיון, במפורש או במשתמע. למעשה, מהלך הדברים הרגיל הוא, שהמשיב מעלה טענת חיסיון, ולאחריה, נוהגים עותרים שלא לחלוק עליה ומקבלים אותה על עצמם.

55. יודגש, כי מדובר בנוהג בלבד, שאין בכוחו לשלול את זכויותיו של בעל דין שסירב לנהוג בדרך האמורה ובחר לעמוד על זכויותיו הדינויות. טענת המשיב כאילו די בכך שקיים נוהג שכזה מצד עותרים אלו ואחרים, על מנת להצדיק את טענתו ולפגוע בזכויות העותר 1, דינה להידחות.

56. נוהג זה מבטא אינטרסים שונים של המשיב ושל העותרים, בכל מקרה לגופו. אכן, לרוב, יש לצדדים אינטרס משותף להסכים על טענת חיסיון. כפי שהובא בהודעת העותרים מיום 1.2.11, **דברים אלו הוסברו על ידי המדינה עצמה:**

במהלכן הרגיל של עתירות מסוגה של העתירה הראשית, המתנהלת בבית המשפט לעניינים מנהליים, מקובל כי הצדדים מסכימים ביניהם שהמשיבים יחשפו את החומר החסוי בפני בית המשפט הנכבד בלבד, במעמד צד אחד. **באופן זה חוסכים הצדדים הליכים – ובאופן ספציפי, את ההליכים המתנהלים בענייננו: נחסך הצורך בהוצאת תעודה בדבר ראיות חסויות, נחסך הצורך בתקיפתה של תעודה זו בעתירה לגילוי ראייה, ונחסכים הליכים נלווים, כגון בקשות לפסיקת הוצאות בעתירות לגילוי ראייה.**

ואלם, לא כך פעל ב"כ העותרים במקרה שלפנינו: הוא זה שסרב להצגת הראיות [בהעדר תעודת חיסיון; א.כ.].... ועמד על כל דקדוקי הדין, ובכלל זה על הוצאת תעודה בדבר ראיות חסויות על ידי המשיב 1 ועל ניצול האפשרות, הנתונה לו בפקודת הראיות, לתקוף תעודה זו בעתירה לגילוי ראייה.

(בשג"צ 7792/07 פלונית נ' שר הביטחון, תגובה מטעם המשיבים לבקשת העותרים לפסיקת הוצאות במסגרת העתירה לגילוי ראייה שהוגשה לאחר הוצאת תעודת חיסיון, מיום 21.11.07, סעיף 6 לתגובה; ההדגשה הוספה – א.כ.).

57. אכן, בפועל, ברוב המקרים מעוניינים עותרים לוותר על שלב הוצאת תעודת החיסיון ותקיפתה (מטבע הדברים, כרוך הדבר בשיקולים כלכליים, שיקולי זמן ודחיפות העתירה, ועוד). מטבע הדברים, שיקולים אלה הם שיקולים לגיטימיים ופרטניים לכל עותר ועותר.

מובן, כי עותר ששיקוליו הורו לו לעמוד על זכותו ולהגן על עצמו מפני טענות המשיב, אף במחיר התמשכות ההליך, זכאי לעשות זאת.

58. כך אירע בענייננו, ומשכך, חל בענייננו הכלל – על המשיב להציג תעודת חיסיון, אם רצונו לטעון לחיסיון (ובכך להימנע מהצגת החומר לבית המשפט והצד שכנגד, מבלי שהדבר יגרור מתן צו על תנאי).

ב. משמעות הוצאת תעודת חיסיון

59. עד כה עמדנו על המסגרת הנורמטיבית של הליך זה, הדרך שעבר עד כה, והשלב בו אנו נמצאים. כאמור, העותרים חולקים, במקרה זה, על טענת החיסיון; משכך, ובהיעדר תעודת חיסיון, לא הוכחה טענת החיסיון. לכן, המשיב צריך להציג את מלוא טענותיו בפני בית המשפט הנכבד (במעמד שני הצדדים), או להוציא תעודת חיסיון. אם לא יעשה כן, מאחר שהעותרים הרימו את הנטל הראשוני והמשיב מסתיר אצלו את טענותיו, **יש ליתן צו על תנאי**.

60. כדי להבין את חשיבות הליך הוצאת תעודת חיסיון, יבקשו העותרים להתייחס למשמעותו.

61. המשיב מנסה להציג את הרושם, שהעותרים הם ש"ביקשו שתוצא תעודת חיסיון", וכי הוא, באדיבותו, בחר שלא לעשות כן "למען זכויותיהם שלהם", שכן לשיטתו, הוצאת תעודת חיסיון תפגע בעותרים.

62. מובן כי מדובר בטענות מופרכות. העותרים ביקשו צו על תנאי, מאחר שהמשיב – שלו האינטרס בטענת החיסיון – נמנע מלעשות דבר. כמו כן, ברור שלא טובת העותרים עומדת מול עיניו של המשיב, אלא טובתו שלו.

63. המשיב מודע היטב לכך, שהוצאת תעודת חיסיון **טומנת בחובה שתי מסננות שעליו לצלוח**: האחת, המסננת המינהלית המוסמכת, דהיינו, בחינת הסוגיה אצל שר הביטחון; והשנייה, המסננת השיפוטית, דהיינו, בחינת החיסיון במסגרת עתירה לגילוי ראייה.

64. מובן כי המשיב מבקש לחסוך מעצמו את הצורך לצלוח שתי מסננות אלו (שנקבעו בחקיקה ראשית, ושנועדו להגן על זכויות העותרים ולאפשר להם להתמודד, אם בחרו לחלוק על טענת החיסיון, עם טענות המשיב).

65. הקפדה על הוצאת תעודת חיסיון לשם העלאת טענת חיסיון, אינה עניין "טכני" או "דקדוקי" מצד עותר. היא אינה אך עניין פורמאלי. היא עניין **מהותי**: לצד פגיעת החיסיון בזכות העותר להליך הוגן בו יוכל לסתור את הטענות נגדו, **התעודה מקנה לו הגנות** – היא מבטיחה כי העניין נבחן בידי הגורם המינהלי המוסמך ורם הדרג, ולא בידי פקיד זוטרי בלבד; והיא מאפשרת לו להגיש עתירה נגד החלטה מינהלית זו, לגילוי הראייה, ובמסגרתה לזכות לכך ששופט נפרד יבחן את שאלת הצדקת החיסיון. יש להניח, כי המשיב אינו טוען ששר הביטחון, או בית המשפט, הינם לא יותר מחותמת גומי, וכי הוא מסכים שבכל מקרה ומקרה נבדקת טענת החיסיון לגופו ובכובד ראש.

66. כך למשל, אם תוצא תעודת חיסיון בהליך זה (שוב, לשם הגנה על אינטרסים של המשיב) יאוזן הדבר בכך שהעותרים יוכלו להגיש עתירה לגילוי ראייה. כמו כל הליך משפטי, יתכן שעתירה זו תצלח, ולו באופן חלקי, ויתכן שלא. יתכן, למשל, שבסופה, יימסר לעותרים מידע

כלשהו, שהמשיב מסרב כרגע להעביר לידם, ואז יוכלו להגיע לדיון העיקרי בסוגיה עם מידע זה, לנהל דיון ענייני ולהגן על עצמם. על חשיבות של קיום דיון כזה, דומה שלא ניתן לחלוק.

67. מובן כי מסננות אלו נעדרות מהשיטה אותה מבקש המשיב ליצור: שיטה בה די בטענה "סודי" על ידי פקיד זוטר, יהיה אשר יהיה, כדי להקים חיסיון, שהעותר אינו יכול לפעול נגדו.

ג. עמדת המשיב – חיסיון דה-פקטו

68. כאמור, רוב תגובתו המשלימה של המשיב עוסק בעניינים שאינם קשורים לעניינינו: מנהגם של עותרים אחרים שלא לדרוש תעודת חיסיון (ס' 5-7 לתגובתו); סודיות ביחסים הרגילים שבין האדם לרשות (ס' 8-10 לתגובתו); הליכים פליליים (ס' 11-16 לתגובתו); שוב סודיות ביחסים בין האדם לרשות ונוהג בדבר הסכמה שבשתיקה לטענת חיסיון (ס' 17-20 לתגובתו); והליכים לקבלת פרטים נוספים (ס' 21-31 לתגובה, ושוב בסעיפים 37-40).

69. תשובתו היחידה של המשיב, הרלבנטית לעניינינו, היא כי לשיטתו יש לקבוע חיסיון גם בהיעדר תעודה (!), על דרך של "פרשנות שיפוטית", חרף הקבוע בחוק, וזאת "מטעמי ביטחון" (ס' 32-36 לתגובה) או מטעמי יעילות (ס' 41-45 לתגובה).

70. אשר להסבר ה"ביטחוני", אין בו דבר ולו חצי דבר. אין בפנינו עניין ביטחוני. שהרי, אם יש חשש ביטחוני – ניתן להוציא תעודת חיסיון. לשם כך בדיוק נועדה התעודה. חשש המשיב הוא בדיוק זה שהוביל את המחוקק לקבוע את המסלול שהמשיב מבקש כעת להתנער ממנו.

71. אשר להסבר השני, המשיב מנסה לטעון כי בעוד שהוצאת תעודת חיסיון תכביד עליו (כך ממש!), היא לא תועיל בדבר לעותרים. כפי שראינו לעיל, חיסיון אינו מועיל לעותרים, אולם אם המשיב בוחר מטעמיו הוא להעלות טענות חיסיון, המנגנונים שנועדו להגן על העותרים – הצורך בהוצאת תעודת חיסיון והאפשרות לעתור נגדה – בוודאי מועילים להם.

בהערת אגב יצוין, שדווקא טענת המשיב בדבר "עומס העבודה" היא שאינה נסמכת על דבר, שהרי הוא עצמו מעיד על כך שרוב העותרים אינם חולקים על טענת החיסיון.

72. למעשה, המשיב מבקש לכפות על בית המשפט והעותרים חיסיון דה-פקטו ולשלול מהעותרים את ההגנות שהמחוקק העניק להם. המשיב מבקש מבית המשפט הנכבד להתעלם מהסדר ראשי שקבע המחוקק, ומפסיקות מפורשות של בתי המשפט לאורך השנים בדבר הצורך בתעודת חיסיון לשם טענת חיסיון, על מנת לחסוך מעצמו את הצורך להתמודד עם מסננות שנועדו להגן על העותרים, וכל זאת, בנימוק הסתום "עומס"!

73. עמדה זו, יש לדחות מכל וכל, וזאת ממספר טעמים.

ראשית, מדובר בחריגה ברורה מסמכות, שהרי המשיב מבקש כי יותר לכל פקיד זוטר, שהמחוקק לא הסמיכו לכך, לטעון לקיומו של "חיסיון".

שנית, מדובר בריקון מתוכן של חקיקה ראשית, שכן אחרת מה הועילו חכמים בתקנתם בקובעם את ההסדר שבסעיפים 44 ו-46 לפקודה? יצוין, אגב, שהסדר זה חל גם לגבי הליכים המתנהלים בבית המשפט לעניינים מינהליים, ורי תקנה 13(ה) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000.

שלישית, עמדה זו מנוגדת להחלטת בית משפט זה בבקשה לקיום דיון נוסף בדנג"ץ **סרי** לעיל, החלטה בה הבהיר בית המשפט כי לא נפסק שישנו חיסיון בהיעדר תעודה (**טענה שכשלעצמה, כך נראה, הייתה מצדיקה דיון נוסף**).

רביעית, ואולי חשוב מכל, עמדה זו פוגעת באופן אנוש בזכויות אדם ובזכות להליך הוגן בפרט. עמדה זו מבקשת להציב את העותרים ב"לימבו משפטי" – מחד, העותרים לא יכולים לעיין בחומר, ומנגד, העותרים אינם יכולים להגיש עתירה לגילוי הראיה כנגד החלטה זו!

74. מכל האמור, יש לדחות את עמדת המשיב בדבר "חיסיון דה פקטו", החותרת תחת חקיקה ראשית ופסיקת בית המשפט, מבקשת להקנות למשיב סמכות יש מאין ולשלול מהעותרים את כל ההגנות שהעניק להם המחוקק – וכל זאת מן הטעם הסתום "עומס" (ואם כך, מדוע לעצור בתעודות חיסיון, ולא להמשיך ולפטור את הרשויות מחובות נוספות שהמחוקק קבע להן לשם הגנה על זכויות הפרט, כמו חובות שימוע, מילוי דו"ח מעצר, וכו'?).

ד. מן הכלל אל הפרט – וסיכום

75. כאמור, העתירה הוגשה עקב פגיעה קשה בזכותו של העותר לחופש התנועה ובזכותו לצאת לחו"ל. עקב כך, נפגעות גם זכותו לחופש העיסוק, זכותו לחופש הדת והפולחן וזכותו לחיי משפחה. פגיעה זו אך מחריפה בשים לב למשך הזמן בו היא עומדת בעינה ובהיעדר מגבלת זמן בצידה, ובהתחשב בכך שלא קדם לה שימוע ושהיא נעשתה ללא עמידה בחובת הנמקה מינימאלית. טענות אלו מעוגנות במסמכים שצורפו לעתירה, ולא ניתן לטעון כי הן "טענות קלושות".

76. העותר הרים את הנטל הראשוני למתן צו על תנאי, וכעת יש ליתן צו על תנאי, אלא אם ישיב המשיב בתגובה מקדמית, באופן מלא ומפורט, מה המידע המיוחס לעותר שמראה כי החלטתו מאוזנת. זאת, במעמד שני הצדדים, כפי שהדין מחייב.

77. ככל שהמשיב רוצה להימנע מכך, משום שלטעמו קיים בכך חשש לפגיעה בביטחון המדינה, יתכבד ויוציא תעודת חיסיון, ובכך יאפשר לעותרים לממש את זכותם ולהתמודד עם טענת החיסיון.

78. יש גבול למידת החופש שיש לתת למשיב, שבוחר שלא לעשות דבר: לא להשיב לעתירה באופן מלא (למרות שנתבקש לעשות זאת בהחלטת בית המשפט), לא להוציא תעודת חיסיון, ולהתעקש שאין ליתן צו על תנאי. לא קיימת דרך רביעית בה ניתן להלך, והדברים מעוגנים בחוק, בפסיקה, בשכל הישר וחוש הצדק שמבקשים לשמור על קיומם של הליכים תקינים והוגנים בבתי המשפט.

79. המשיב היה רוצה אולי שעצם המילה "חסוי" תהפוך למעין מילת קסם אשר מרגע שהיא נזרקת לחלל האוויר הכל נסוג בפניה – אבל יש דין וכללים ברורים שקבע המחוקק, ועם כל הכבוד, גם המשיב כפוף להם.

80. לסיום יזכירו העותרים, שההליך הנוגע לחומר **חסוי** הוא קשה עד מאד מלכתחילה, וכפי שצוין בפסיקה, התבססות על חומר חסוי מעמידה את העותר בהכרח בנחיתות עצומה ובקושי אדיר. במקרה הטוב, מדובר ברע הכרחי. ניסיון המשיב להצר עוד יותר את צעדיהם של

עותרים – להעתיק פרוצדורה קשה זו גם אל עולם הראיות הגלויות וכך לשלול מעותרים את הכלים המועטים שיש בידם בנסיבות כאלה – הוא בלתי ראוי.

קבלת טענת המשיב תוביל למצב, בו הזכויות הקשורות לניהול הליך הוגן, יהפכו, הלכה למעשה, לאות מתה, שכן די יהיה בטענה הסתמית "סודי" מצד פקיד זוטר כלשהו, על מנת להכריח עותרים לוותר על זכותם לדיון במעמד שני הצדדים – **מבלי שיש לכך כל צידוק**, ולמרות שבפני המשיב פתוחה הדרך להוציא תעודת חיסיון, כדין.

81. משכך, ובהתאם להערות בית המשפט הנכבד במועד הדיון, מתבקש בית המשפט ליתן צו על תנאי.

ככל שבית המשפט הנכבד מעוניין לקיים דיון נוסף בסוגיה – מבקשים העותרים כי דיון זה יקבע בדחיפות נוכח משך הזמן בו עתירה זו תלויה ועומדת, נוכח דרך הילוכו של המשיב שבחר להגיע לדיון הקודם רק כדי לבקש להגיש את עמדתו בכתב, ובשים לב לזכות המונחת על הכף, זכות היציאה מהארץ.

אלעד כהנא, עו"ד

ב"כ העותרים

30 במרץ, 2011

[ת.ש. 50667]