

הזכות לדיון לא הוגן: עלייתם של דיונים חסויים, נפילתן של עתירות לגילוי ראיה

אלעד כהנא*

מאמר זה עוסק בעתירות לגילוי ראיה במסגרת הליכים מינהליים. אף על פי שפקודת הראיות מאפשרת הגשת עתירות כאלו, הן כמעט לא מוגשות זה כמה עשורים, ותחת זאת בית המשפט מקיים דיונים חסויים במעמד צד אחד מבלי שנטענות טענות לגבי החיסיון עצמו בפני שופט נפרד מההרכב. במאמר יציג המחבר את היתרונות שבהגשת עתירות לגילוי ראיה, ויטען שפסיקת בית המשפט, שלפיה עתירה לגילוי ראיה מונעת את האפשרות לקיים את הדיון החסוי לגוף החומר, היא זו שהביאה לכך שעתירות לגילוי ראיה אינן מוגשות עוד ושהיא אינה ראויה או מוצדקת. המאמר יבחן את תוצאות ניסיונו של המחבר בהגשת עתירות לגילוי ראיה בשנים האחרונות, שלימד כי האיום שבהלכה האמורה אינו ממומש, אך גם לימד שהדרך שבה נידונות כיום עתירות לגילוי ראיה מביאה לדחייתן. המחבר יטען, כי כיום בית המשפט הזן בעתירה לגילוי ראיה בהליך מינהלי, מחפש אחר ראיה המסייעת לעותר, כפי שנעשה בהקשרים פליליים, תוך התעלמות מכך שבהליכים מינהליים הראיה החסויה פועלת תמיד לרעת העותר, אך גילויה הוא שיסייע לעותר להתמודד עם הטענות נגדו.

מבוא

כלל בסיסי בהליכים משפטיים הוא שראיות שני הצדדים מוצגות לבית המשפט באופן שמאפשר לכל צד להתמודד עם ראיות הצד שכנגד. אחד החריגים לכך הוא החיסיון מטעמי "אינטרס ציבורי" שמונע הצגת ראיה בבית המשפט, וכפועל יוצא גם את גילוייה בפני הצד שכנגד. במשפט המינהלי, מדובר בחיסיון שחל על החומר שמבסס את ההחלטה מושא העתירה (למשל מטעמי ביטחון) ובמצב זה הדין מאפשר למדינה שלא להגיש את הראיות העומדות בבסיס החלטתה. מכיוון שבדין המינהלי הרשות נהנית מחזקת תקינות המינהל, ומהיעדר נגישות מצד העותר לחומר הראיות,

* עורך דין ומנחה קליני בקליניקה לזכויות פלטיים באוניברסיטת תל אביב, לשעבר עורך דין במוקד להגנת הפרט. אבקש להודות לעו"ד נמרוד אביגאל, ד"ר יובל לבנת, ד"ר עמית פונדיק ופרופ' איסי רוזן-צבי, על שקראו את המאמר והעירו הערות חשובות על נוסחו הקודם, וכן לעו"ד עידו בלוס ועו"ד ענת בן-דור, שייצגו יחד עמי בהליכים הנזכרים במאמר והיו שותפים לבניית התיקים והטיעון.

הזכות לדין לא הוגן: עלייתם של דיונים חסויים, נפילתן של עתירות לגילוי ראיה | אלעד כהנא

יכולתו להתמודד עם טענת המדינה שלפיה החלטתה מבוססת כדין, היא מצומצמת מאוד וברוב המקרים משמעות הדבר תהיה רחיקת העתירה.

פקודת הראיות מאפשרת להגיש עתירה לגילוי ראיה, שעניינה הסרת החיסיון. אולם, חרף השפעותיו הקשות של החיסיון בהליכים מינהליים, מאז תחילת שנות התשעים עתירות לגילוי ראיה כמעט שלא מוגשות במסגרת הליכים אלו. לשם השוואה, בהליכים פליליים, שם החיסיון חל על חומר שהתביעה כלל לא מבקשת להסתמך עליו (אך במקביל אינו נגיש להגנה, חרף העובדה שיש בו כדי לסייע לה), עתירות לגילוי ראיה מוגשות באופן תדיר. בהליכים המינהליים, את מקומן של העתירות לגילוי ראיה תפסו דיונים חסויים לגופו של עניין – קרי, דיונים שבהם מציגה המדינה את ראיותיה לבית המשפט במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

באופן תיאורטי, הדיון החסוי אמור לאפשר לבית המשפט להפעיל ביקורת על החלטת הרשות ולשמש פה לעותר שאינו רשאי להשתתף בו. אך במעמד זה מוטלת על השופט משימה בלתי אפשרית – להגן על אינטרס העותר מבלי שמצויים בידיו הכלים המתאימים לעשות כן: לא כליו של עורך הדין המגן על לקוח בשיטה האדברסרית, ולא כליו של השופט בשיטה האינקוויזיטורית. בהיעדר אפשרות לקבל את גרסת העותר ביחס לראיות שעליהן חל החיסיון, היכולת של בית המשפט לחלוק על החומר המוצג בפניו כמעט שלא קיימת והתערבותו מוגבלת כמעט אך ורק לקביעת איזונים בין החומר החסוי לבין הזכות הנפגעת. יתרה מכך, הדיון החסוי מפר את עקרון השוויון, המהווה ערך יסודי של ההליך בשיטה האדברסרית, וכך מחזק עוד יותר את הצד החזק בהליך המינהלי, קרי הרשות המינהלית, ועלול לפגוע גם בערכים חשובים נוספים כגון גילוי האמת והרתעה יעילה של הרשות.

טענת המאמר היא שעתירה לגילוי ראיה ודיון חסוי במעמד צד אחד הם הליכים שאינם מוציאים זה את זה. הגשת עתירה לגילוי ראיה לפני שמתקיים הדיון החסוי יכולה לאזן במידת מה את יחסי הכוחות בין הצדדים, משום שהיא יכולה להציב בקדמת הבמה את השאלה הראייתית בנוגע להצדקה בהטלת החיסיון ובהיקפו ולעיתים אף להעביר לעותר עוד חומר, שיאפשר לו לכלכל את צעדיו לקראת הדיון החסוי. כיום, השאלה הראייתית נדחקת לשוליים במסגרת הדיון החסוי, כך שבפועל טענת החיסיון של המדינה מתקבלת מבלי שמתקיים לגביה דיון משמעותי. מטבע הדברים, עצם גילוי חומר לא מפרך את נכונותו ואת צדקת החלטת הרשות, ועל כן לא תמיד יביא לביטול ההחלטות המבוססות על החומר. עם זאת, במקרים לא מעטים גילוי החומר החסוי ולו מקצתו, אפילו מדובר בפרטים טריוויאליים לכאורה שלאדם מן השורה עשויים להיראות חסרי משמעות, עשוי לסייע לעותר להפריך את טענת הרשות.

במרכז המאמר תעמוד השאלה מדוע עורכי הדין ויתרו על השימוש בעתירה לגילוי ראיה בעתירות מינהליות, למרות היתרונות הטמונים בה. אטען כי לכך שתי סיבות הקשורות זו בזו. הראשונה היא פסיקת בתי המשפט שלפיה הגשת עתירה לגילוי ראיה מונעת את האפשרות שבית המשפט יבחן את החלטת הרשות לגופה במעמד צד אחד. במקום לשלב בין הכלי הראייתי לכלי המהותי, הפסיקה אילצה עותרים לבחור ביניהם וכך יצרה איום מפני הגשת עתירות אלו. הסיבה השנייה היא המבחנים שעיצבו בתי המשפט לגילוי הראיה בהליך המינהלי, כאשר כבר הובאו בפניו עתירות לגילוי ראיה, שהקטינו את סיכוייהן להתקבל. אטען כי כיום בתי המשפט שדנים בעתירות לגילוי ראיה מפעילים מבחנים הלקוחים מהדין הפלילי, גם כאשר העתירה מוגשת בהליך מינהלי, וכך קטן מאוד הסיכוי לגילוי חומר. אטען, כי זוהי תוצאה מתבקשת במציאות שבה הדין ביחס לעתירות לגילוי ראיה, מפותח כולו בהליכים פליליים.

מאמר זה הוא במידה רבה תולדה של התנסותי האישית בהליכים שמתקיימים בהם דיונים חסויים וכן בהגשת עתירות לגילוי ראיה. במסגרת עבודתי בייצוג פלסטינים תושבי השטחים הכבושים (בעמותת מוקד להגנת הפרט) ומבקשי מקלט (בקליניקה לזכויות פליטים באוניברסיטת תל אביב), ייצגתי עם עמיתי ולצד קולגות אחרים בעשרות הליכים שבהם הועלו טענות חיסיון מטעמי ביטחון או יחסי חוץ. במסגרת זו, הגשתי עם עמיתי שלוש עתירות לגילוי ראיה – בין הבודדות שהוגשו בעשורים האחרונים בהליכים מינהליים. כל העתירות נדחו במלואן, מבלי שנמסר לנו מידע כלשהו מהחומר החסוי. במאמר אשתמש בהליכים אלו כמקרה מבחן, הן ביחס לשיקולים שהניעו אותנו להגיש עתירות לגילוי ראיה, והן באשר לסיבות בשלהן נכשלנו. במובן זה, המאמר נכתב מתוך תקווה שחשיפת הקהילה המשפטית – עורכי דין, שופטים ואקדמאים – לעתירות לגילוי ראיה ולסיבות שבשלהן הן נעלמו מן ההליך המינהלי, תביא לשינוי מגמה ולפיתוח מבחנים לעתירה לגילוי ראיה המתאימים להליך המינהלי, שיבטאו את ההיגיון המונח בבסיס הליכים אלו ויאפשרו הגנה על העותרים שהם הצד החלש בהליך המינהלי.

הפרק הראשון יציג את המסגרת הפרוצדוראלית לטענת חיסיון במשפט המינהלי, ואת השלכותיה של טענה זו על העתירה המינהלית. בפרק השני אעמוד על הפרקטיקה שהתפתחה בבתי המשפט, בניסיון להתמודד עם השלכות אלו, של קיום דיונים חסויים במעמד צד אחד, על התועלת ועל הבעייתיות שבדבר. בפרק השלישי אעמוד על הסיבה שבגינה פסקו עותרים מלעתור לגילוי ראיות, חרף התועלת שיכולה לצמוח מהדבר, וזאת בשל פסיקת בית המשפט העליון, שלפיה הגשת עתירה כזו שוללת את האפשרות לבחון את החומר החסוי במעמד צד אחד. אטען, כי פסיקה זו אינה ראויה או מוצדקת וכי דיון רציני בשאלות הראייתיות שמעורר החיסיון, מחייב הגשת עתירה נפרדת לעניין. בפרק האחרון אתאר את ניסיוני בהגשת עתירות לגילוי ראיה, את החששות שליוו אותן ואת הסיבות שהביאו להן. אראה כי עתירות אלו נדחו במלואן, ואנסה לעמוד על הסיבות לכך, סיבות שלטעמי נובעות מיישום המבחנים שפותחו בשנים האחרונות בקשר להליכים פליליים, על הליכים מינהליים.

א. משמעות הוצאת תעודת חיסיון בהליכים מינהליים

הדיון בשיקולים השונים בפיתוח הדין ביחס לעתירות לגילוי ראיה, מצריך דיון מקדים בעצם החיסיון שנגדו מוגשת העתירה. הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בחיסיון המוטל בהליך מינהלי, ושיוצר דינמיקה שונה מזו המוכרת יותר, שנוצרת כתוצאה מחיסיון בהליך הפלילי.

המשפט המינהלי בנוי על ההנחה, שעובדות והחלטות נקבעות ומתקבלות על ידי רשויות השלטון, ולא על ידי בית המשפט. כתוצאה מכך, בשלב שבו הרשות מקבלת את החלטתה ובוחנת את התשתית העובדתית המונחת בפניה, הדבר לא נעשה במסגרת הליך אדברסרי שבו נחשפות ראיות הצדדים לצד שכנגד. לאדם שבעניינו ניתנת החלטה יש זכות לנקוט הליכים לפי חוק חופש המידע,¹ או לטעון טענות מכוח כללי הצדק הטבעי בדבר זכות העיון כחלק מזכות השימוע, אולם זכויות אלו כפופות לחריגים נרחבים יחסית שעומדים בשלב זה לרשות, בחוק ובפסיקה.

הדברים שונים לאחר שמתקבלת החלטה בידי הרשות, והיא מותקפת בהליך משפטי בבית המשפט. אז חלים דיני הראיות, ובכללם הכלל כי בעל דין צריך לתמוך את טענותיו בראיות, החשופות לעיון הצד שכנגד. בשלב זה חובה על הרשות להציג את ראיותיה על מנת שטענותיה תתקבלנה, וככל שלטענתה היא מנועה או פטורה מלעשות כן, עליה להראות כי קיים לכך צידוק שבדין.² רשימת הפטורים שעמדה לרשות בשלב המינהלי, מצטמצמת בשלב המשפטי לאלו הקבועים בדיני הראיות, ולרוב, סעיפים 44-45 לפקודת הראיות,³ המאפשרים לה שלא להציג ראיה שיש בה משום פגיעה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ של ישראל או באינטרס ציבורי חשוב אחר.⁴

הזכות לדין לא הוגן: עלייתם של דיונים חסויים, נפילתן של עתירות לגילוי ראייה | אלעד כהנא

סעיפים 44-45 לפקודת הראיות קובעים, כי על מנת לקבל פטור מהצגת ראייה במטרה להגן על האינטרסים האמורים, על הרשות להוציא תעודת חיסיון, אשר עליה יהיה חתום ראש הממשלה או אחד השרים הרלוונטיים לפי הסעיף.⁵ לצד זאת, מעניקה הפקודה לעותר את האפשרות לתקוף את תעודת החיסיון באמצעות הגשת עתירה לגילוי ראייה. הדיון בעתירה לפי סעיפים אלו נעשה במעמד צד אחד בפני שופט נפרד,⁶ ללא נוכחות העותר או בא כוחו, וזאת אך ורק על מנת לבחון את עצם ההצדקה לחיסיון. במסגרת הדיון נחשף בית המשפט לראייה, מקבל מנציגי המדינה הסברים על אודות החיוניות שבחיסיון ובוחן האם "הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה".⁷

טענת חיסיון מהווה חסם משמעותי עבור העותר בהליך המינהלי, שכן לעומת הנאשם בהליך הפלילי, נטל ההוכחה מוטל כולו על כתפי העותר, ולא זו בלבד שהוא אינו נהנה מחוקת החפות, אלא הוא נאלץ להתמודד עם "חוקת תקינות המינהל" שעומדת לרשותו.⁸ שילוב זה של כללים הביא את בג"ץ לפסוק, כי אם הוצאה תעודת חיסיון אין להגיש את החומר החסוי, ונדחתה הטענה שבמצב זה אי-הצגת התשתית הראייתית להחלטת הרשות פועלת לרעתה משום שהיא זו המבקשת להצדיק פגיעה בזכויות אדם.⁹ על פי הפסיקה, במקרה זה חוקת תקינות המינהל הופכת חלוטה – דהיינו, יש חוקה חלוטה שהחומר אכן מבסס את ההחלטה, ולכן ברגיל העתירה תדחה.¹⁰

חשוב לשים לב שהשפעת סעיפים 44-45 לפקודת הראיות בהליכים מינהליים שונה מאוד מהשפעתם בהליכים פליליים. בהליך הפלילי קביעת העובדות נעשית בידי בית המשפט, לאחר שמיעת ראיות הצדדים, ונטל השכנוע הנדרש לשם הרשעה מונח על כתפי התביעה. מדובר בנטל כבד, כתוצאה מחוקת החפות העומדת לנאשם והדרישה כי אשמתו תוכח מעבר לכל ספק סביר. לנאשם זכות להיחשף לחומר החקירה מרגע הגשת כתב האישום, והתביעה אינה רשאית להגיש לבית המשפט ראייה שהנאשם לא נחשף אליה.¹¹ עקב כך, במשפט הפלילי הראייה החסויה לא יכולה להפוך לחלק מחומר הראיות והתובע אינו יכול להסתמך עליה.¹² ככל שבחומר הראיות יש ראיות התומכות בכתב האישום, שחשיפתן תסכן את ביטחון המדינה או את יחסי החוץ שלה, התביעה יכולה שלא להגיש אותן, והיא תיאלץ לעמוד בנטל המוטל עליה מבלי להשתמש באותן ראיות. מכיוון שבכל זאת לנאשם זכות לעיין בחומר החקירה, הוא עדיין זכאי באופן עקרוני לקבל לידיו את החומרים משום שייתכן שיש בהם כדי לסייע בהגנתו. אם התביעה חוששת מהעברתם לידיו, היא יכולה להוציא תעודת חיסיון ובמקרה כזה, יעתור הסנגור לגילוי הראייה.

ניתן לראות כי אופי הראיות החסויות שונה בין ההליכים: בהליך הפלילי הראייה החסויה לעולם אינה חלק מההליך ולמעשה אינה ראייה, והנאשם הוא שמבקש להביאה להליך משום שהוא סבור שיש בה כדי להועיל לו; ובהליך המינהלי הראייה החסויה היא ה"ראייה המרשיעה" עצמה, שגם אם אינה מוצגת בבית המשפט, היא נוכחת מעצם חוקת תקינות המינהל ומהווה, ולו בעקיפין, ראייה בהליך. אם פגיעתה של תעודת החיסיון בהליך הפלילי היא קשה, פגיעתה בהליך המינהלי קשה שבטחיים. על רקע זה, אפשר היה לצפות כי בהליכים מינהליים ירבו העותרים להשתמש בכלי שהעניק להם המחוקק בסעיפים 44-45 לפקודת הראיות – הגשת עתירה לגילוי ראייה, ויגישו עתירות רבות נגד עצם הוצאת תעודת החיסיון. כפי שנראה בהמשך, זה אינו המצב בפועל. השאלה מדוע אלו הם פני הדברים, היא שאלה נכבדה, שתתברר בהמשך המאמר. אך תחילה אעמוד על הכלי החלופי שפיתח בג"ץ – הדיון החסוי.

ב. הפתרון הפסיקטי לבעיית החיסיון המינהלי – דיון חסוי במעמד צד אחד

בשנות השמונים החל בג"ץ לאפשר דיון חסוי במעמד צד אחד (הרשות), בניסיון להקל על הפגיעה הקשה בעותר הניצב מול תעודת חיסיון, המונעת ממנו הלכה למעשה את היכולת להפריך את חזקת תקינות המינהל. כפי שאראה בהמשך, במקביל לפרקטיקה זו, פסק כמעט לחלוטין השימוש בעתירות לגילוי ראיה, וכיום הדיון החסוי במעמד צד אחד הוא הדרך המקובלת – הכמעט בלעדית – להתמודד עם תעודות חיסיון. אף על פי שמאמר זה לא עוסק במישרין בדיון החסוי, לא ניתן להבין את הירידה הדרמטית במספר העתירות המוגשות לגילוי ראיה במנותק ממנו. על אף התועלת שעשויה לצמוח לעותר מקיום דיון חסוי, יש לדיון זה מגבלות וחסרונות משמעותיים שראוי לבחון על מנת להבין את הבסיס לטענה העומדת בלב מאמר זה, כי יש לשוּב ולהשתמש בעתירות לגילוי ראיה. הדבר נכון במיוחד בשים לב למרכזיות השימוש בכלי זה, ולפער הקיים בין האופן האידילי שבו הוא מתואר לעיתים בפסיקה, לבין הדרך שבה הוא מובן על ידי עורכי הדין המייצגים בהליכים מינהליים.¹³ עוד בשנות השישים ניסו הרשויות להציע לבית המשפט שחומר חסוי יוצג בפניו במעמד צד אחד. באותם ימים סירב לכך בית המשפט בטענה שהחוק אינו מאפשר זאת.¹⁴ בשנת 1979 התקבל בכנסת חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, שנועד לאפשר החזקת אדם במעצר מינהלי. סעיף 6 לחוק הסמיך את בית המשפט לסטות מדיני הראיות ולקבל ראיה סודית במעמד צד אחד. סמכות זו אינה מותנית בהסכמת העצור, אינה תלויה בהוצאת תעודת חיסיון, ועקב כך גם לא מאפשרת לעתור נגד החיסיון. אף שהסדר חל רק על מעצרים מינהליים, בג"ץ, שהתוודע לפרקטיקה זו, החל לייבאה, בהסכמת הצדדים, גם לתחומים אחרים. בפרשת מחול¹⁵ משנת 1981, במסגרת עתירה לבג"ץ שהוגשה בגין סירוב להוציא לאור עיתון, הציגה המדינה תעודת חיסיון שבעקבותיה הוגשה עתירה לגילוי ראיה נגד החיסיון. אלא שבמקום להעביר את העתירה לדיון נפרד, כנדרש בסעיף 44 לפקודת הראיות, ביקש ההרכב שדן בעתירה הראשית את הסכמת הצדדים לדון בעתירה לגילוי הראיה. כעולה מפסק הדין, לאחר שהתקבלה הסכמת הצדדים, ההרכב קיים דיון חסוי מאוחד – הן לגבי עצם הוצאת תעודת החיסיון, והן לגבי ההחלטה המינהלית עצמה.¹⁶ החלטת ההרכב להיחשף לחומר במעמד צד אחד מעוררת בעיות, שאליהן אתייחס בהמשך, והיא אף אינה מתיישבת עם הוראת סעיף 44 לפקודה, הקובע כי העניין יידון בפני שופט יחיד. חרף זאת, המהלך שננקט בפרשת מחול הלך והשתכלל: בעוד שבפרשת מחול העיון בחומר נעשה מכוח עתירה לגילוי ראיה, לימים, בהסכמת הצדדים,¹⁷ החל בית המשפט לעיין בחומר חסוי גם מבלי שהוגשה עתירה לגילוי ראיה. כיום, מרגע שמועלית טענה לקיומו של חומר חסוי, נדרש העותר לתת את הסכמתו לדיון במעמד צד אחד. באופן אבסורדי, תעודת החיסיון הפכה לכלי שמאפשר דיון בחומר, תוך ייבוא ההסדר מתחום המעצרים המינהליים,¹⁸ וכיום זוהי דרך המלך בכל הליך מינהלי. לימים, גם הצורך בהוצאת תעודת חיסיון הלך וננטש, מכיוון שהדיון החסוי מתקיים עוד בטרם ניתן צו על תנאי¹⁹ ולאף אחד מהצדדים אין אינטרס לעמוד על הוצאת תעודת חיסיון. ההבדל היחיד שנשמר מול דיני המעצר המינהלי, הוא הצורך בהסכמת הצדדים, אשר לאחרונה נראה כי גם בו חל כרוסום.²⁰ דיונים חסויים בהליכים מינהליים (להוציא מספר תחומים מצומצם) הם פרקטיקה שיפוטית הנובעת מהסכמת הצדדים, ללא הסדרה בחוק.²¹ פרקטיקה זו הפכה למקובלת גם על עותרים: הדיון החסוי מותיר לעותר שביב של תקווה שבית המשפט, לאחר שייחשף לחומר החסוי, יגן על האינטרסים שלו²² ויורה על ביטול ההחלטה. תקווה זו כמעט שאינה קיימת אם העותר יסרב לדיון החסוי, וכתוצאה מכך תחול חזקת תקינות המינהל. אלא כפי שציינתי בתחילת הפרק, לדיון החסוי יש מגבלות וחסרונות משמעותיים. הוא יוצר אי-סמטריה בין הצדדים המתדיינים ומקשה על חקר האמת בשיטה הנשענת על התדיינות אדברסרית שלא מעניקה לשופט סמכויות חקירה עצמאיות.²³ לבית המשפט אין את

הזכות לדין לא הוגן: עלייתם של דיונים חסויים, נפילתן של עתירות לגילוי ראיה | אלעד כהנא

הידע והכלים העומדים לרשות בעלי הדין. אין לו יכולת להשיג ראיות שמפריכות את החומר המוצג בפניו, להתחקות אחר מקור הראיות ולעמוד על טעויות שנפלו בהשגתן. בהיעדר תמונה עובדתית שלמה, בית המשפט מתקשה לבקר את המסקנות שמסיקה הרשות מן הראיות המוצגות לו, להעלות טיעונים משפטיים בשם העותר בנוגע לראיות אלו, לפקפק באמינות המקורות או במניעיהם, ועוד. לשם הדוגמה, חומר ביטחוני מכוסס פעמים רבות על הלשנות, למשל הלשנות של אסירים לרשויות הכלא, או הלשנות של פלסטינים תושבי השטחים לגורמי הביטחון. מטבע הדברים, מדובר במי שתלויים בבעלי סמכות ויש להם אינטרס לרצותם או לשתף עימם פעולה. יש לזכור שגורמי הביטחון אינם אמורים לבחון את אמינות המידע לשם חקר האמת והצדק, אלא לנתר סיכונים אפשריים. נסיבות אלו מחייבות להטיל ספק במניעיו של מוסר המידע, אולם גם במקורות המידע שלו עצמו, דיוקם ומהימנותם.

ניסיוני כעורך דין המייצג עותרים בהליכים מינהליים מלמד שכלל, על אף היתרון התיאורטי שבקיום דיון חסוי, ברוב המקרים של המקרים, דיונים חסויים מובילים לדחיית העתירה או להמלצת בית המשפט שהעותר ימחק אותה. החריגים לכך היו מקרים המאופיינים בנסיבות הומניטאריות קשות, שחייבו איזון קפדני בין הסכנה הנטענת על ידי הרשות לבין עניינו של העותר, כגון מחלה קשה או ביקור קרוב משפחה גוסס.²⁴ ואכן, ניתן לשער שבהיעדר יכולת להעביר ביקורת על העובדות המוצגות במעמד צד אחד, כל שנתר לבית המשפט הוא לאזן בין עובדות אלו (שעליו לקבלן כנכונות) לבין הזכות של העותר העומדת על הפרק, שברגיל, אינה חזקה דיה על מנת להביא להתערבות באיזון שערכה הרשות.

לצד חוסר היכולת להגיב לראיות, נבצר מהעותר ומעורך דינו גם להשתתף בדיון. העותר יכול לבקש לפני עזיבתו את האולם, שבית המשפט יפנה שאלות מסוימות לרשות; אולם מעבר לכך שיש קושי מובנה בהכנת רשימת שאלות מבלי להיחשף לחומר, בהיעדר יכולת להשתתף בדיון (בזמן אמת או בדעיכה במסגרת קריאת פסק הדין), אין לעותר אפשרות לוודא ששאלות אלו או שאלות חיוניות אחרות אכן נשאלו על ידי בית המשפט, ואין לו יכולת להגיב לתשובות שניתנו. נוסף על כך, דינמיקה נפוצה היא, שמרגע שניתנת הסכמת העותר לקיומו של דיון חסוי, בית המשפט מזרז את הצדדים לסיים את טיעוניהם הגלויים ולעבור לדיון החסוי, ואף מבחיר לעותר שההרכב מודע היטב לתפקידו ואין צורך להכביר בשאלות. לבסוף, בעוד שבדרך כלל בית המשפט מחויב לנמק את פסקי דינו על מנת שניתן יהיה להעמיד אותם לביקורת משפטית וציבורית, פסקי דין בהליכים חסויים אינם מנומקים ולעולם אינם ניתנים לאימות או לביקורת.

למעשה, עותר העומד מול טענת חיסיון נאלץ לבחור בין שתי חלופות רעות: הסכמה לדיון במעמד צד אחד, שפירושה ויתור על זכותו להליך הוגן; או סירוב להצגת החומר במעמד צד אחד, שפירושה הפיכת חזקת תקינות המינהל לחלוטה. לצד שיקולים אלו, קיימים גורמים נוספים – פסיכולוגיים, טקטיים ואף מתחום המדיניות – שעשויים להשפיע על מתן ההסכמה על ידי העותר. למשל, סירוב לדיון במעמד צד אחד עשוי לסכל מעשית את האפשרות להגיש ערעור על פסק הדין הסופי ולחשוף ערכאה גבוהה יותר לחומר החסוי. גם במקרים שבהם נראה שהחומר הגלוי שמציגה המדינה עשוי לאפשר לעותר להוכיח את טענתו, קיים חשש שסירוב מצד העותר לאפשר לבית המשפט לעיין בחומר החסוי ייתפס בצורה שלילית על ידי בית המשפט, בין כניסיון להסתיר דבר מה (בעוד המדינה נתפסת כנדיבה) ובין כביטוי לאי-אמון בבית המשפט.

גם הסכמה לעיין בחומר במעמד צד אחד, כרוכה בסיכונים. לצד הסיכוי הנמוך שבקבלת העתירה, הדיון החסוי עשוי להסתיים בפסק דין הדוחה את העתירה לצד קביעות שליליות ביחס לעותר, המבוססות על המידע החסוי. הדיון החסוי גם נותן גושפנקה שיפוטית להחלטת המדינה, בעוד

שסירוב לדיון החסוי היה יכול להותיר ספק (ולו ספק קל) בדבר הצידוק להחלטה, עובדה שעשויה להועיל לעותר בעתיד.²⁵ הדיון החסוי כרוך בחשש אינהרנטי, שהדיון חורג מגדר החומר החסוי והוא עשוי לשמש את הרשות לצורך הוספת טיעונים לגוף העתירה, להשחרת העותר, ועוד.

במובן הרחב יותר, לדיונים חסויים השפעות רוחביות על בית המשפט.²⁶ הוא יוצר קרבה בעייתית בין בית המשפט לבין הפרקליטות, המחזקת את חוסר השוויון שקיים ממילא בין המדינה לבין העותר. מציאות שבה שופטים יושבים כעניין שבשגרה עם נציגי המדינה ורואים עצמם בעלי הכלים לבחון עובדות שמתווכות להם בידי פרקליטי צד אחד בלבד, מעלה חשש שמא בית המשפט יחדל לשמש פורום אובייקטיבי וניטרלי לביורר מחלוקות. נוסף על כך, הדיון החסוי גם יוצר דינמיקה שבה בית המשפט לוקח על עצמו תפקיד אקטיבי באופן שמקים חשש לפגיעה בריסון השיפוט ולהקפדה על הגינות דיונית גם בהליכים אחרים. פרקטיקה נרחבת של שימוש בדיונים חסויים הופכת את בית המשפט למפקח על הרשות, הרואה עצמו כבעל הכלים לעשות כן (כמו בשיטה הקונטיננטלית), זאת אף שהלכה למעשה מדובר בגוף ריאקטיבי שאין לו כלי חקירה משל עצמו, ולכן תלוי לחלוטין במדינה ובחומרים שהיא מחליטה להציג בפניו.²⁷

דיונים חסויים עוררו קשיים גם במדינות אחרות, ובספרות הזרה נמתחה ביקורת על השימוש בחומר חסוי בהליכי הגירה ובהליכים ביטחוניים.²⁸ בריטניה אימצה מודל שבו העותר אינו רשאי להיות נוכח בדיון החסוי, אך ממונה עבורו "עורך דין מיוחד" (Special Advocate), שנחשף לראיות החסויות ומייצג אותו בהליך.²⁹ מנגנון "עורך הדין המיוחד" אומץ גם בקנדה³⁰ ובניו זילנד.³¹ גרמניה, ספרד ושוודיה מאפשרות הסתמכות עקיפה על חומר חסוי באמצעות קבלת עדות-שמיעה של גורם המצהיר על החומר החסוי מפי השמועה.³² צרפת ואיטליה כלל לא מאפשרות שימוש בראיות סודיות,³³ ומנגד, באוסטרליה ובהולנד ניתן לשמוע עדים במעמד צד אחד, לרבות במסגרת הליכים פליליים.³⁴ בשנת 2015 אישרו חברות האיחוד האירופי תיקון לפרוצדורת בית המשפט הכללי של האיחוד (General Court), המאפשר לבית המשפט להסתמך על חומר חסוי.³⁵ דיני ההגירה בארה"ב מאפשרים גם הם דיונים במעמד צד אחד, למשל במקרה שבו מתבקש גירוש של מי שנטען שעוסק בטרור.³⁶ קריאות לשינוי המצב החקיקתי עלו בספרות³⁷ ובפסיקה,³⁸ אך חרף ניסיונות חוזרים ונשנים של ארגוני זכויות אדם לא מצאו את דרכן לחקיקה.³⁹ השאלה מהו ההסדר החקיקתי הרצוי, שעשוי לעדן את פגיעת החיסיון המינהלי, חורגת מגדר מאמר זה, המתמקד בניסיון לתת פשר לאופן שבו פעל בג"ץ בהתאם להסדר החקיקתי הקיים.

ג. עתירה לגילוי ראיה

כאמור, הדיון החסוי הוא הדרך שיצרה הפסיקה כדי להתמודד עם טענת חיסיון במשפט המינהלי. הפתרון שיצר המחוקק היה שונה – הגשת עתירה לגילוי ראיה שתידון בפני שופט נפרד, במטרה להסיר את החיסיון או את חלקו, ולגלות לעותר את מרב החומר האפשרי לו. ואכן, בשנות השמונים הוגשו עתירות רבות לגילוי ראיה, שאף הניבו גילויי מידע חלקי.⁴⁰ השאלה האם מדובר במידע שיכול לסייע לעותר או לא, תלויה מקרה מטבע הדברים, אולם כאמרת בית המשפט העליון, "אין חקר לתבונת סנגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא בפניו".⁴¹ ואומנם, הניסיון מלמד כי היו מקרים שבהם מידע שנמסר לעותר (ללא צורך בהגשת עתירה לגילוי ראיה) סייע לו מאוד, הגם שעל פניו המידע נראה זניח. כך למשל, ציון כללי ולקוני של "פעילות חמאס"⁴² או "קשור לעמותה אסורה"⁴³ אפשר לעותרים להציג מסמכים שהצביעו על כך שמדובר במידע שגוי; במקרה אחר, אזכור מספר השנים שבהן לכאורה ישב העותר במאסר, בניגוד לגרסתו, הביא לגילוי טעות בזיהוי שהביא בתורו לביטול ההחלטה המינהלית.⁴⁴

ובכל זאת, זה למעלה משני עשורים, שעתירות לגילוי ראיה כמעט שאינן מוגשות בהליכים מינהליים. נראה כי הדבר קשור קשר הדוק לפסיקה, שלאחר שפיתחה את מנגנון הדיון החסוי, אילצה עותרים לבחור בינו לבין הגשת עתירה לגילוי ראיה: החל משנת 1985 נפסק, כי אם יבחר עותר להגיש עתירה לגילוי ראיה שתידון בפני שופט נפרד מההרכב הדן בעתירה העיקרית, לא יהיה ניתן עוד לקיים דיון חסוי לגוף העתירה. בית המשפט קבע שהניסיון לנקוט את שני הכלים הוא בגדר "ניסיון לאחוז בחבל בשני קצותיו" ו"סתירה פנימית"⁴⁵.

כך הפכה הפסיקה את הליך העתירה לגילוי ראיה למהלך חסר טעם שיש עימו סיכון משמעותי: אפילו יגולה חלק מהחומר החסוי במסגרת העתירה לגילוי ראיה, אם נשארה ולו ראיה חסויה אחת שעליה תבקש המדינה להסתמך בהליך העיקרי, לא ניתן יהיה לקיים דיון חסוי בה והעתירה תידחה על בסיס חזקת תקינות המינהל. זאת, במיוחד בשים לב לכך שחלק ניכר מהחומר אכן נשאר חסוי: מול הזכות להליך הוגן עומדים טעמים כבדי משקל, למשל ביטחוניים, וההנחה היא שבית המשפט לא יסכן את ביטחון המדינה ובאיוון בין השיקולים ייתן משקל גדול לטענות הביטחון. ואכן, בעוד שביחס להליכים פליליים נפסק שראיה חיונית להגנת הנאשם תגולה לו בכל מקרה,⁴⁶ לגבי הליכים מינהליים נפסק שתמיד יש לאזן בין זכויות העותר לבין ביטחון המדינה.⁴⁷

הנימוק לחיוב עותר לבחור בין ניסיון להשיג את מלוא הראיות, לבין הסכמה לעיון במעמד צד אחד בחומר שאכן לא ניתן לגלותו, תמוה. מטרתו של כל הליך היא שונה, ועותר זכאי למצות את זכותו הדינית להשיג את מלוא ראיותיו, לפני שיידרש לתת הסכמה אמיתית לקיום הדיון החסוי. הדבר משול לדרישה לויתור על הליך לגילוי מסמכים או לקבלת חומר חקירה לפני דיון ההוכחות (במעמד צד אחד).

ניתן כמובן לטעון, שהעותר לא נאלץ לבחור בין גילוי חומר לבין דיון בו במעמד צד אחד; אלא לוותר על פיצול ההליכים בפני הרכבים שונים, ותחת זאת להסכים ל"דיון מאוחד" בפני ההרכב העיקרי, שידון גם בשאלת החיסיון, כפי שנעשה בפרשת מחול. ואכן, במובן מסוים, עתירות לגילוי ראיה לא נעלמו, אלא "נבלעו" בדיון חסוי "מאוחד". אולם, אין מדובר בעניין טכני. ניהול נפרד של ההליכים נדרש הן לטובת ההליך בעתירה העיקרית, והן לטובת ההליך לגילוי ראיה. אין ספק, שדיון "מאוחד" מאפשר לבית המשפט לקדם הכרעות באופן מהיר יותר, וחוסך זמן שיפוטי. לא פעם, מהירות זו מסייעת גם לעותרים, הזקוקים להכרעה רחופה בעניינם. אולם ההחלטה בדבר איחוד הדיון או הפרדתו צריכה להיות נתונה לשיקול דעתו החופשי של העותר, ולא להיות תוצר של אילוץ חיצוני. ואכן, בחינה של פסקי הדין מלמדת כי עד לשנות התשעים רבים מן העותרים בחרו להגיש עתירות נפרדות לגילוי ראיה.

הסיבה לכך היא שהפרדת הדיון מאפשרת לבית המשפט להתמקד בשאלה הראייתית, אשר בדיון מאוחד עשויה "להיבלע" בדיון לגוף העתירה ולהידחק לשוליו. אומנם, ישנם מקרים שבהם בעקבות הדיון החסוי לגוף העתירה, בית המשפט גם מורה לרשות לחשוף ראיות,⁴⁸ אולם מניסיוני מדובר במקרים חריגים: לרוב, לאחר הדיון החסוי, בית המשפט כמעט שאינו מתייחס לשאלת גילוי הראיות החסויות, לא בפסק הדין ועל פניו, כנלמד מדברי השופטים בתום הדיונים החסויים, גם לא בדיון עצמו. מובן כי אין בכך כדי להעיד שהדבר לא נבחן על ידי בית המשפט, אולם בהיעדר אינדיקציה כלשהי לכך, קיים ספק רב שאכן מתקיימת בחינה רצינית ומעמיקה של הצורך בהטלת החיסיון. על האופן שבו בתי משפט עוסקים בשאלה הראייתית בדיון החסוי, ניתן ללמוד מכמה פסקי דין שניתנו בערכאות ערעור, ובהם נמתחה ביקורת על הערכאה הדינית שלא העבירה חומר חסוי לידי העותר.⁴⁹ אפשר כמובן לטעון כי עובדה זו מוכיחה שערכאת הערעור דווקא בחנה לעומק את השאלה הראייתית, אולם הדינמיקה בשלב הערעור, המאפשרת להתמקד בטעויות מסוימות בפסק

הדין של הערכאה הדיונית ובהן אופן ניהול החיסיון, אינה קיימת בערכאה הדיונית שבהיעדר עתירה ספציפית לגילוי ראיה תתמקד בהחלטה מושא העתירה. ערכאת ערעור אינה קיימת לגבי הליכים מינהליים המתנהלים בג"ץ, שמהווה "ערכאה דיונית", והחרך שנפתח בפסקי הדין האמורים לגבי האופן שבו נבחנות השאלות הראייתיות בערכאה הדיונית, מעלה חשש כבד שכך קורה גם בהליכים אלו, שאין עליהם ערכאת ערעור. כמו כן, בחינת טענות אלו בשלב הערעור נעשית מטבע הדברים בדיעבד, בחלוף זמן ואף לאחר שכבר ניתן פסק דין שכעת יש להופכו.

דחיקת הדיון בשאלה הראייתית לשולי הדיון החסוי בעתירה לגופה היא תוצאה מתבקשת בדינמיקה הקיימת. יכולתו של בית המשפט להקדיש דיון ארוך הן לגוף העניין והן לשאלה הראייתית, מוטלת בספק. העומס שגורם לשופטים להעדיף "דיון מאוחד", בוודאי משפיע עליהם גם כאשר יחל הדיון החסוי.⁵⁰ כאשר עומד על הפרק עניין מהותי (צו גירוש, העברה למשמורת), מטבע הדברים דוחק הזמנים ימקד את הדיון בשאלת המסוכנות ובאיזונה מול זכויות הפרט, תוך דחיקה לשוליים של הדיון הראייתי.

כמו כן, עתירות לגילוי ראיה מעוררות לא פעם שאלות משפטיות שמצריכות הגשת טיעונים לסוגיית החיסיון. מאחר שתעודת החיסיון מוצאת רק לאחר תקיפת ההחלטה המינהלית, העתירה הראשית כלל לא עוסקת בחיסיון, לכן בהיעדר עתירה נפרדת ובה טיעונים ממוקדים בסוגיה הראייתית, אין למעשה כל טיעון בעניין. גם בדיון בעל-פה, יעדיפו בעלי הדין לתקוף את ההחלטה העיקרית מושא העתירה או להגן עליה, ובזמן המוגבל שמוקצה להם גם הם ייטו להתמקד בהחלטה העיקרית. בהתאם, בהיעדר החלטות שיפוטיות בעתירות לגילוי ראיה, הדיון אינו מתפתח ויש קושי לטעון או לדון בנושא.

ניהול נפרד של הסוגיה הראייתית חשוב גם כדי להקפיד על ניהול נכון של העתירה הראשית: רק לאחר בירור השאלה הראייתית יכול העותר לתת הסכמה אמיתית לעיון בחומר החסוי, שכן ייתכן שבהתאם לתוצאות העתירה לגילוי ראיה יסבור שאינו מעוניין לחשוף את ההרכב העיקרי לחומר. הדברים נכונים במיוחד במקרים שבהם העתירה לגילוי ראיה עשויה להניב רק הצלחה מסוימת ואז העותר יכול לסבור שדי בחומר הגלוי על מנת להוכיח את עתירתו. קבלת החומר לידי אחר קיום הדיון, תפגע בתועלת שבקבלתו, מה גם שהחומר כבר הוצג לבית המשפט במעמד צד אחד וייתכן שרעת בית המשפט כבר הושפעה ממנו.⁵¹

עתירה לגילוי ראיה היא אם כן זכות דיונית של העותר, במיוחד בשים לב לנחיתות המובנית שבה הוא נמצא ביחס לרשות ובמיוחד בשים לב לאפשרויות הרעות לניהול עתירתו שמביניהן הוא נאלץ לבחור. ייתכנו מקרים שבהם דוחק הזמן יביא את העותר לוותר על זכותו להגיש אותה ולבקש מההרכב הדין בעתירה לעיין בחומר במעמד צד אחד. מובן, כי בעל דין זכאי למחול על זכויותיו הדיוניות. ואולם, דומה כי דווקא שיקולי היעילות המערכתיים הם שהביאו לכך שעתירות לגילוי ראיה כמעט לא מוגשות יותר בהליכים מינהליים.

נוכח האמור, ספק רב אם הפסיקה הכופה בפועל "דיון מאוחד", מוצדקת, בוודאי לאחר חקיקת חוקי-היסוד והפסיקה ביחס למעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן.⁵² הגם שיש ב"איחוד" הדיונים משום חיסכון בזמן שיפוטי, יש בו פגיעה קשה ביכולתו של הצד החלש להגן על עצמו בהליך המינהלי (ובמיוחד בזה שקיים בו חומר חסוי). חרף זאת, בית המשפט שב וחוזר על הלכה זו גם בעתירות מאוחרות יותר,⁵³ וגם לאחר חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵⁴ מדובר בהלכה פוגענית, שאינה מתחייבת כלל ועיקר מלשון החוק.

גם הבסיס המשפטי ששימש את בג"ץ – חוסר יכולתו של בית המשפט להיחשף לחומר חסוי מרגע שיש תעודת חיסיון – אינו מובן. הדיון החסוי הוא מלכתחילה תוצר של הסכמת הצדדים,

הזכות לדין לא הוגן: עלייתם של דיונים חסויים, נפילתן של עתירות לגילוי ראייה | אלעד כהנא

ולכן, אם הצדדים מסכימים לקיים דיון חסוי גם לאחר דחיית העתירה לגילוי ראייה, מדוע על בית המשפט מיוזמתו למנוע מה שהמחוקק לא מנע? וככל שהרשות תהיה זו שתסרב להצגת החומר במעמד צד אחד, האם אין מדובר במהלך לא־ראוי, המעלה חשדות בנוגע לחזקת תקינות המינהל?⁵⁵ לא מן הנמנע, שבית המשפט ראה תועלת מועטה בגילוי ראיות, בין משום שקיימת חזקה ש"העותר יודע מה הוא עשה", ובין משום שהניח שהראיות שתתגלנה תהיינה שוליות בלבד. ככל שזה המצב, מדובר בהנחות שגויות, שהרי בית המשפט אינו יכול לדעת האם הטענות העובדתיות שמעלה הרשות בפניו נכונות, האם אכן מדובר בעותר "אשם" או לא, והאם החומר שיגולה יועיל לו או לא.

כך או כך, הלכה זו שרירה וקיימת זה כשלושים שנים. מכיוון שעותרים מעוניינים בסופו של דבר בכיטול החלטת הרשות לגופה ולא בהשגת ראיות לשמה, אם ייאלצו לבחור בין האפשרות לבטל את החלטת הרשות לבין ניהול הליכים בדבר ראיות, רובם יעדיפו לקיים את הדיון החסוי, ולוותר על העתירה לגילוי הראייה. ואכן, מאז שנות התשעים, עתירות אלו נעלמו מהנוף המשפטי, ואת הבכורה תפס יציר הפסיקה, הדיון החסוי.

ד. פסיקת בג"ץ בעתירות לגילוי ראייה מהשנים האחרונות

לאחר שהתפתחה הפסיקה הנוכרת לעיל, חדלו עורכי דין מלהגיש עתירות לגילוי ראייה בהליכים מינהליים כמעט לחלוטין. לשווא יחפש הקורא פסיקה בנושא מן השנים האחרונות.⁵⁶ החשש שהגשת עתירה לגילוי ראייה תחסום את דרכו של העותר לבקש עיון בחומר במעמד צד אחד, היה בין החששות שליוו גם אותי ואת עמיתי במקום עבודתי הקודם, "המוקד להגנת הפרט", כאשר בחרנו להגיש בכל זאת עתירות לגילוי ראייה. כחלק מייצוג פלסטינים תושבי השטחים הכבושים שחופש התנועה שלהם הוגבל או נשלל בטענות ביטחוניות חסויות, בחרנו להגיש שתי עתירות לגילוי ראייה, לאחר שנטען בתגובות לעתירות הראשיות לקיומו של חומר חסוי (פרשות אסעיד ואלאטרש).⁵⁷ עתירה נוספת לגילוי ראייה, שהייתי מעורב בהגשתה במקום עבודתי הנוכחי, "הקליניקה לזכויות פליטים", הוגשה במסגרת הליך שעסק בהעברה למשמורת של אזרחי אריתריאה שסירבו לעזוב ל"מדינה שלישית" על בסיס הסכם סודי בין מדינת ישראל לבין אותה מדינה (פרשת צגטה).⁵⁸

בשלושת המקרים, ההחלטה להגיש עתירה לגילוי ראייה נבעה מן הקשיים העצומים שכרוכים בניהול דיון חסוי, שעליהם עמדתי לעיל. צעד זה לווה בלא מעט חששות, הן משום שמדובר באמצעי שלא השתמשו בו זה כמה עשורים ובמובן זה היה מדובר בהליך אשר הן עורכי הדין המייצגים והן השופטים היושבים בדין לא היו מורגלים בו; והן בשל החשש שהדבר ימנע את האפשרות לבקש מבית המשפט בהמשך לבחון את חומר הראיות במעמד צד אחד. הנחנו, שאם העתירות לגילוי ראייה תידחנה (כפי שאכן אירע, ועל כך בהמשך), יהיה צורך במאבק משפטי לשינוי ההלכה הנוהגת בעניין, ולפיה העתירה לגילוי ראייה והדיון החסוי מוציאים זה את זה.

חששות אלו התבררו לבסוף: במסגרת פרשת צגטה, המדינה אומנם ציינה בכתבי טענותיה שבחירתנו להגיש עתירה לגילוי ראייה תחסום את האפשרות לקיום דיון חסוי, אולם במועד הדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי לאחר דחיית העתירה לגילוי ראייה, הציעה המדינה לבית המשפט לעיין בחומר החסוי. בהסכמתנו, הסכים בית המשפט המחוזי לעיין בחומר החסוי במעמד צד אחד וכך היה. במסגרת פרשות אסעיד ואלאטרש, לאחר דחיית העתירות לגילוי ראייה, השאלה כלל לא התעוררה מכיוון שהצדדים הגיעו להסכמות לגוף העתירה הראשית אשר ייתרו את הצורך להכריע בעתירות אלו, והן נמחקו.

הסיבה שבגינה הפרקליטות ובית המשפט לא דחו את העתירות הראשיות על בסיס חזקת תקינות המינהל (אשר כאמור לעיל, לפי ההלכה הנוהגת הייתה אמורה להפוך לחלוטה עם דחיית העתירות לגילוי ראייה, בהיעדר יכולת לשוב לדין חסוי), אינה ידועה. ייתכן שמדובר בחוסר הנוחות שבסירוב להגיש או לבחון את החומר שעומד בבסיס ההחלטה. כך או כך, מקרים אלו מלמדים, שהאיום על עותרים הבוחרים להגיש עתירות לגילוי ראייה, הוא אכן לא מוצדק ולא ראוי. השאלה האם מדובר באיום בלבד, או שמא מדובר בהלכה שתיושם במקרים אחרים ורק במקרים פרטניים אלו הוחלט לחרוג ממנה, נותרה פתוחה.

עם זאת, בסופו של יום כל העתירות האמורות לגילוי ראייה נדחו. בניגוד למצב בשנות השמונים שבו, כפי שהראיתי לעיל, עתירות רבות לגילוי ראייה הניבו את גילוי של מידע חלקי לעותרים, בעתירות אלו לא גולה לעותרים דבר. ייתכן שתוצאה זו נבעה מהנסיבות הפרטניות של ההליכים, אם כי קשה להניח שבאף אחד מהם לא היה ניתן להוסיף דבר על הפרפרזות הכלליות והמופשטות שנמסרו לעותרים. לטעמי, ההנמקה שהובאה בידי בית המשפט בפרשות אלו, מלמדת כי ההחלטה לדחות את העתירות לא נבעה ממלאכת איזון קונקרטית, אלא מפרשנות שגויה של המבחנים החלים על העתירה לגילוי ראייה בהליך המינהלי.

בפרשות אסעיד ואלאטרש בית המשפט קבע שאין בראיות דבר שמסייע לעותרים⁵⁹ ובאופן דומה, בפרשת צגטה נקבע ש"לטענת העותרים, מטרתם בעתירה היא להוכיח בבית המשפט המחוזי כי המדינות השלישיות אינן בטוחות עבור מסתננים. הגם שיתכן כי יש בראיות החסויות על מנת לסייע לעותרים בכך, בוודאי שלא מדובר בראיות שבלעדיהן אין".⁶⁰ דומני, שבכל הפרשות הללו בית המשפט החיל באופן שגוי על הליך גילוי הראייה "המינהלי", מבחנים שפותחו בדין הפלילי: בית המשפט תר אחר ראיות "חיוניות" או "תורמות" כמשמעותן בהליכים פליליים – דהיינו, ראיות שמחזקות את גרסת ההגנה – ולא כמשמעותן בהליך המינהלי.

כפי שהוסבר לעיל, בהליך המינהלי, הראייה החסויה היא לעולם "ראייה מרשיעה", כלומר ראייה שהעותר אינו מבקש להסתמך עליה והפרקליטות היא זו שמבקשת לעשות כן. מדובר בראייה שלדעת המדינה מזיקה לעותר והוא מבקש להתמודד איתה. העותר אינו מבקש להביאה בפני השופט (שכן היא ממילא מובאת בפניו, במישרין או בעקיפין, בידי הפרקליטות) אלא להראות שהיא שגויה או שיש לה פרשנות שונה מזו שמייחסת לה המדינה. החשיבות שבגילוי לא נובעת אם כן מכך שהראייה מחזקת את טענות העותר, אלא מכך שגילוי הראייה עשוי לאפשר לו להתמודד עם הטענות המועלות נגדו בעתירה העיקרית.

משכך, ככל שביט המשפט הדין בעתירה לגילוי ראייה תר אחר ראייה מזכה, הוא לעולם לא ימצא אותה בהליך המינהלי, ודין העתירה לגילוי ראייה תמיד יהיה דחייה. בהליכים מינהליים, מידת הסיוע שבחומר להגנתו של העותר אינה רלוונטית, ויש לאזן בין החשיבות שבחשיפת כמה שיותר מידע על מנת לאפשר לעותר להתגונן כראוי מפני הטענות המועלות נגדו, לבין הצורך בשמירה על האינטרסים שבבסיס החיסיון. בהקשר זה יש לזכור שגם אם חלק מהמידע עשוי להיראות שולי למתבונן מן הצד, גילוי עדיין עשוי לסייע לעותר. לדוגמה, בית המשפט יכול להורות על גילוי מידע "צורני" ביחס לחומר (מספר המקורות שמבססים אותו, מידת עדכניותם, מידת מהימנותם ועוד), וכן להורות על מסירת תכנים שאינם בליבת החומר. ברי שככל שמתרחקים מליבת חומר הראיות לשוליו, הולך וקטן החשש שבגילוי, הן מבחינת ודאות התרחשותו והן מבחינת עוצמתו. במקביל, ככל שהחיסיון נפרש על יותר ויותר פרטי מידע, גוברת הפגיעה בזכותו של העותר להליך הוגן. משכך, במלאכת האיזון, על בית המשפט לתור אחר פרטי מידע שניתן למסור, אף אם הם נדמים כטריוויאליים, ולא אחר מידע התומך בגרסת העותר.

החיפוש אחר מידע "מזכה" מקורו בדין הפלילי. כאמור לעיל, בדין הפלילי עתירות לגילוי ראייה מוגשות כדי לאפשר גילוי ראייה שאינה חלק מן ההליך, משום שיתכן שהיא תסייע לגרסת ההגנה. הסיבה לכך שבית המשפט החיל מבחן זה על הליכים מינהליים קשורה לדעתי לפרקטיקה השוררת בבתי המשפט בעשורים האחרונים: ראשית, המציאות שבה דיני החסיונות פותחו במהלך עשרות שנים רק בהקשרים פליליים, יכולה לשמש הסבר סביר לכך שבית המשפט, המורגל להשתמש במבחנים שפותחו בהליכים אלו, מחיל אותם גם ביחס לעתירות להסרת חיסיון בהליכים מינהליים. שנית, בשיטה שהתרגלה לקיים דיונים במעמד צד אחד, יש קושי בזיהוי הפגיעה הקשה בהליך ההוגן, הטמונה בעצם חיסוי ראיות המדינה, ומשכך ניתן להבין את החיפוש אחר ראייה התורמת לעותר. שלישית, ייתכן שלנגד עיני בית המשפט עמדו גם שיקולי מדיניות, בדמות הרצון לתמרץ עותרים עתידיים שלא לעתור לגילוי ראיות חסויות לפני הדיון החסוי או במקומו. טעם זה עולה במובלע מן הפסיקה העקבית שהקשתה על עותרים שביקשו לממש את זכותם להגיש עתירה נפרדת לגילוי ראייה, ועמדה על הדרישה לדין מאוחד.

עם זאת, לא מן הנמנע שהפנייה לדין הפלילי הייתה תוצאה של הלך הטיעון של עורכי הדין של העותרים עצמם. בכל העתירות האמורות לגילוי ראייה, הייתה הטענה שיש להחיל דין שווה על עתירות לגילוי ראייה, בהליכים פליליים ומינהליים: כאמור, בשנות השמונים קבע בית המשפט העליון שבמסגרת הליכים מינהליים יש לנקוט את המבחן המקל יותר עם הרשות מאשר זה שננקט בהליכים פליליים; ושבעוד שבהליך פלילי יש להורות על גילוי ראייה שנמצאה כחיונית לנאשם, גם ללא עריכת איזונים עם צורכי הביטחון, בהליכים מינהליים לעולם יש לערוך איזון זה, בין היתר משום שבמובן מסוים גילוי ראייה לעולם יהיה חיוני בהליך מינהלי. בשלוש העתירות האמורות לגילוי ראייה, נטען שאין לקבל עוד את האבחנה האמורה ויש להורות על גילוי חומר חיוני לעותר.⁶¹ בכל שלוש העתירות, טענה זו התקבלה.⁶² עם זאת, הגם שבית המשפט נקט לכאורה בקו ליברלי יותר מבעבר, ייתכן כי דווקא בכך היה כדי להביא לדחיית העתירות.

הרהורים לסיכום

במאמר זה ביקשתי להעלות באוב כלי שכמעט לא השתמשו בו בהליכים מינהליים, כבר כמה עשורים. כפי שהראיתי, השימוש בו אינו פשוט ונתקל בהתנגדות מצד הפסיקה. ניסיתי לבקר התנגדות זו ולהצביע על הבעיות שבמנגנון הקיים כיום של קיום דיון חסוי במעמד צד אחד. זאת, מתוך תקווה שבמקרים המתאימים עורכי דין ישובו להשתמש בעתירות לגילוי ראייה ושכתי המשפט יאפשרו להם לעשות זאת מבלי "להענישם".

השאלה האם כוחה המוגבל של עתירה לגילוי ראייה מצדיק את המאמץ הכרוך בעיצוב הדין מחדש, היא שאלה ראויה. לדעתי, עבור מי שמצוי בנחיתות מובנית מול טענת חומר חסוי בהליך מינהלי, עתירה כזו יכולה רק לסייע תחת המבחן הנכון. מבחן זה צריך להיות רגיש לנחיתות המבנית של עותרים מול הרשות, בפרט במקרים שבהם מועלות נגדם טענות חסויות; ולהכיר בתועלת האפשרית שגלומה בראיות פריפריאליות וכחיוניות שבחשיפתן; ולהכיר בכך שגילוי הראייה לא מתבקש משום שהראייה תועיל לעותר, אלא משום שגילוייה יאפשר לו להתמודד איתה.

בטוחני שיש לא מעט עותרים, שכלי זה יסייע להם לשמור על זכותם להליך הוגן. נוסף על כך, לחזרה לשימוש בכלי זה עשויה להיות תרומה רוחבית ומערכתית, בשים לב לכך שכיום מדובר במערכת הפועלת ללא תעודת חיסיון ומדלגת לדיון במעמד צד אחד. הקפדה על הפרוצדורות התקינות ולו בחלק מההליכים, עשויה ליצור מנגנון בחינה קפדני ומנומק מצד כל השחקנים המעורבים.

ייתכן שלטווח הארוך, הגשות עתירות לגילוי ראיה תחדדנה את חסרונותיו של הדין החסוי, באופן שיגביר את הרגישות לזכויות העותר או יביא להתערבות המחוקק בהליכים אלו.

הערות

- 1 חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ס"ח 226.
- 2 בג"ץ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 27.9.1979).
- 3 פקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971.
- 4 בעע"מ 5417/13 דג'יטנו נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 11.9.2014), נדונה טענת המערערים שם שהחיסיון שהוטל על ראיות המדינה לא נועד להגן על האינטרסים המוגנים בס' 44 לפקודת הראיות (המגן על ביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה) ומשכך לא היה מקום להזדקק לו. בית המשפט פסק כי "אין מקום להגבלה מלכתחילה של הנושאים בהם תיתכן הצדקה לחיסיון המידע ששימש להחלטת הרשות אך ורק למישור הביטחוני או הפלילי. בהחלט קיימים מקרים נוספים בגדר ההליך המינהלי בהם הדבר עשוי להיות נחוץ, למשל מידע הנמסר לרשות לצורך החלטה בעניין קבלה לעבודה, קידום או פיטורין [...]". (פס' 30 לפסק הדין). בית המשפט נימק את קביעתו בהפניה לסמכויותיה של הרשות להימנע מהעברת חומר בשלב ההליך הפנימי בתוך הרשות, אולם בכך ערכב בין השלב המשפטי לשלב המינהלי ולטעמי התעלם מכך שמרגע שהוגשה עתירה, חל ס' 44 לפקודת הראיות, ואין מקום להחליף את דיני הראיות בדיני השימוע.
- 5 בפועל, רוב טענות החיסיון אינן נתמכות כיום בתעודות חיסיון, ולעותרים אין אינטרס מיוחד בהוצאתן מכיוון שממילא הם מסכימים, כפי שיפורט להלן, לדין חסוי בחומר, שמתקיים בהיעדרם. השאלה מה קורה כאשר עותר מסרב לראות בחומר "חומר חסוי" בהיעדר תעודת חיסיון, נדונה בבג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו, 15.2.2012), שם נפסק כי לאחר הוצאת צו על תנאי, המעביר את נטל ההוכחה בהליך הבג"צי מהעותר לרשות, הרשות חייבת להצטייד בתעודת חיסיון לשם טענה לקיומו (כפי שאכן נעשה), אולם לפני הוצאת צו על תנאי אין חובה כזו. עם זאת, נפסק בדעת רוב כי אם עותר מתנגד לטענת החיסיון בשלב זה, ומסרב לעיון בחומר החסוי במעמד צד אחד, יכול שיוצא צו על תנאי בעתירה, אם הראיות הגלויות של הרשות אינן מבססות את החלטתה. למצב החל בהליך אזרחי, השוו ת"א (שלום חי') 16528-07 שלבי נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פס' 19.4-19.5 (פורסם בנבו, 6.4.2010), נדונה תביעה אזרחית שהוגשה נגד אל-על בגין הליכי הבידוק שננקטו ביחס לתובעים. העד מטעם אל-על השיב ששיקוליו נשענים על נימוקי ביטחון אך לא הציג תעודת חיסיון. בית המשפט קבע לעניין זה כי "חיסיון אינו קם בהבל פה, ואין די בהעלאת הטענה באופן סתמי על ידי ב"כ הנתבעת על מנת שיחול החיסיון [...] משלא הוצגה תעודת חיסיון, ובהעדר כל הסבר שיש בו כדי להניח את הדעת לשאלה מדוע זכו התובעים ליחס שונה, שלא כמו יתר הנוסעים באותה טיסה, קמה החזקה הקבועה בסעיף 6 לחוק איסור אפליה [...]".
- 6 ס' 44 עוסק בחיסיון מטעמי ביטחון המדינה או יחסי החוץ. ס' 45 עוסק בחיסיון מטעם ציבורי חשוב אחר. עתירה לגילוי ראיה לפי ס' 44 מוגשת לבית המשפט העליון, בעוד שעתירה לפי ס' 45 מוגשת לבית המשפט הדין בהליך העיקרי, כשעד לאחרונה איפשר הסעיף להרכב היושב לדין להישפף לחומר החסוי לשם קבלת ההחלטה אם להסיר את החיסיון. במסגרת פקודת הראיות (נוסח חדש) (תיקון מס' 17), התשע"ו-2016, ס"ח 2571 (מיום 4.8.2016) (להלן: תיקון 17), נקבע כי ניתן יהיה להעביר את הדין לשופט אחר. מבחינת הפרוצדורה בעתירות אלו, ס' 46(ב) מאפשר לשר המשפטים להתקין תקנות בדבר ניהול הדין לפי ס' 44 ו-45. תקנות אלו הותקנו עוד בשנת 1969 מכוח ההסדר החקיקתי שעמד בעינו עקב התיקון משנת 1968 (ס' 5 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)), ונקראות תקנות סדר הדין

- הזכות לדין לא הוגן: עלייתם של דיונים חסויים, נפילתן של עתירות לגילוי ראייה | אלעד כהנא
- (עתירה לגילוי-ראייה), התשכ"ט-1969. עקב תיקון 17, ס' 46(א1) מאפשר לבית המשפט לקבל הסברים במעמד צד אחד גם מהעותר, ובלבד שלמשיב יש יכולת להגיב לכך.
- 7 בעקבות תיקון 17 הוסף לס' 44-45 לפקודה מבחן קונקרטי לגבי דיון בהסרת חיסיון בהליכים פליליים – "כי הראייה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומירת התועלת שבה להגנה עולה על העניין שיש לא לגלותה, או שהיא חיונית להגנת הנאשם". השאלה האם תיקון 17 התכוון לעסוק רק בעתירות לגילוי ראייה בהליכים פליליים, או שהתכוון ליצור הסדר שלילי ביחס למבחנים שיש להחיל במסגרת הליכים אזרחיים ומינהליים, טרם נדונה. על פניו נראה שהתיקון נעשה מתוך מטרה לעסוק בהליכים פליליים: תיקון 17 התקבל כתיקון עקיף לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) (תיקון מס' 75), התשע"ו-2016, ס"ח 2571 (מיום 4.8.2016) (להלן: תיקון 75), שמטרתו הייתה להקל על התביעה הנדרשת להעביר חומר חסוי לנאשם במסגרת העברת חומר החקירה. הטרמינולוגיה של סעיפים נוספים שהוספו לפקודה במסגרת התיקון, כמו ס' 46(א1) שעוסק ב"גרסת ההגנה" מול "התובע", מלמדת שלנגד המחוקק עמד רק ההליך הפלילי, והוא כלל לא היה מודע לקיומם של הליכים אחרים, שאכן כמעט לא מוגשים.
- 8 למשמעותה של חזקת התקינות המינהלית ראו למשל ע"מ 4072/11 עיריית בת ים נ' לוי (פורסם בנבו, 6.11.2012).
- 9 בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542 (1989).
- 10 חריג לכך ניתן למצוא בפסק דין שניתן לאחרונה בבג"ץ 708/17 ארגון עורכי הדין הערכים בנגב נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 23.1.2017), שם נטען לקיומו של חומר חסוי המבסס את החלטת המשטרה. דעת המיעוט קבעה, בהתאם להלכה הנוהגת, כי משסירבו העותרים לאפשר עיון בחומר החסוי במעמד צד אחד (אפשרות שעליה ארחיב בהמשך המאמר), קמה לרשות חזקת תקינות המינהל. דעת הרוב קיבלה את העתירה, מבלי להכריע בטענה זו.
- 11 ס' 74 ו-77 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982. הזכות לקבלת החומר מוגבלת למצבים הקבועים בס' 74, כגון סוגי העבירות, ואינה חלה על חומר מודיעיני לפי תיקון 75.
- 12 גם בהליך הפלילי מוסמך השופט לעיין בחומר חסוי במעמד צד אחד, אולם לא במשפט גופו. ס' 15 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, מסמיך את בית המשפט הדין בבקשת המשטרה להאריך מעצר ימים, להיחשף לחומר מודיעיני שאליו הנאשם ובא כוחו אינם זכאים להיחשף; ס' 35 מסמיך את בית המשפט לעשות כן בנוגע לערר של עצור בגין מניעת מפגש עם עורך דין. מטבע הדברים, משכו של מעצר ימים הוא לרוב קצר יחסית. ראו גם ס' 161, 273 ו-476 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955; ס' 86-87 לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009.
- 13 ראו למשל בעניין מוגרבי, לעיל ה"ש 5, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; והשוו למשל לציפי גיטר "התמודדות עם חומר חסוי בדיון בפני וועדות שחרורים" בדלתיים פתוחות 54, 44, 45 (2015); שלומי זכריה "משונה התמונה ומשונים אסיריך" – על היציאה ממערת הקסמים של החומר החסוי והחזרה אליה" המשפט ברשת – זכויות אדם: מבוקי הארות פסיקה 7, 4, 6 (2013).
- 14 ראו למשל בג"ץ 39/64 חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון, נצרת, פ"ד יח(2) 340 (1964).
- 15 בג"ץ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לז(1) 789 (1982).
- 16 להשלמת התמונה ייאמר כי בשנות ה-2000, לאחר שהמוסד של דיון במעמד צד אחד חדר לתחומים נוספים מכוח הפרקטיקה שפיתח בג"ץ, החיל המחוקק את ההסדר הקיים לגבי מעצרים מינהליים על חמישה הליכים נוספים: החזקת "לוחמים בלתי חוקיים" במעצר, הפרדת אסיר (בשני עניינים אלו ההליך המשפטי אינו נובע מהגשת עתירה אלא הוא נדרש לשם אישור ההחלטה המינהלית מלכתחילה), הליכים בפני ועדת שחרורים והליכים משפטיים נלווים על החלטותיה, וכן על דיונים בענייני הגירה בבית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל ובבית הדין לביקורת משמורת מכוח חוק הכניסה לישראל.
- 17 בהסכמת הצדדים ניתן למעשה להכשיר כל מהלך בתחום דיני הראיות (למעט אם נדרשת הסכמתו של צד שלישי להליך, למשל, במקרים שבהם המדינה מבקשת להטיל חיסיון על ראייה במסגרת הליך שהיא

- עצמה אינה צד לו). ראו למשל ע"א 61/84 ביזאי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988). באותה פרשה התקבלה כראיה תוצאת בדיקת פוליגרף, בהסכמת הצדדים; המחלוקת בין שופטי הרוב לשופטי המיעוט נגעה לשאלה, האם בית המשפט כבול להסכמתם לראות בראיה זו כמחייבת.
- 18 אין ככוונתי לטעון, כי הסדר זה מוצדק דווקא בדיני המעצרים המינהליים או בהליכים האחרים המנויים לעיל בה"ש 16, אך לא בדינים אחרים, וכי פגם פורמלי זה הוא שמצדיק שלא להחיל הסדר זה גם מחוץ לאותם תחומים. לטעמי, גם בהליכים אחרים יש לאפשר לעותר להביע את עמדתו, ולחייב הוצאת תעודת חיסון על ידי הרשות.
- 19 ראו עניין מוגרבי, לעיל ה"ש 5.
- 20 לפחות במקרה אחד עיין בית המשפט בחומר חסוי ללא הסכמת הצדדים: בעקבות חקיקת חוק, המאפשר הארכת מעצר של חשוד בעבירות ביטחון שלא בנוכחותו, הגישו ארגוני זכויות אדם עתירה חוקתית (בג"ץ 2028/08 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 9.9.2008)). העתירה אוחדה עם ערר פרטני של אדם שמעצרו הוארך כאמור (כש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010)), ושעם הזמן הפך לתיאורטי נוכח שחרור העורר הפרטני שם. בדיון המאוחד שהתקיים ביום 24.3.2009 ביקשה המדינה להציג חומר חסוי במעמד צד אחד, המצדיק לשיטתה את החוק. העותרים התנגדו לכך, בטענה שלא ניתן להצדיק קיומה של חקיקה בטעמים חסויים. ברעת רוב, וללא נימוקים, החליט בית המשפט לעיין בחומר החסוי כאמור.
- 21 בבשג"ץ 497/88 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(1) 529, 539 (1989), העיר בית המשפט בשולי פסק הדין כי "רצוי לקבוע בחקיקה מתאימה נהלים ביחס לביקורת שיפוטית על חומר חסוי בעתירות מהסוג הנדון, בנוסף לאמור בס' 44(א) ו-46(א) לפקודת הראיות. סעיפים אחרונים אלו דנים, כזכור, רק בשאלת גילוי החומר החסוי בפני כל הצדדים הנוגעים בדבר וכן בפני בית המשפט, ואין הם מתייחסים לבדיקת החומר הסודי לגופו של עניין, אם החיסון יעמוד בעינו". קריאה זו נותרה ללא מענה מהמחוקק.
- 22 על פי הפסיקה, על בית המשפט במקרה זה לשמש פה עובד העותר. ראו למשל בג"ץ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נט(2) 865 (2009). ראו גם Daphne Barak-Erez & Matthew Waxman, *Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions*, 48 COLUM. J. TRANSITIONAL LAW (2009) 3, 21-25 (להלן: Barak-Erez & Waxman). לטענות בדבר יתרונותיה של שיטת הדיון החסוי על פני חלופות אחרות הקיימות בעולם, ראו שם, בעמ' 39 ואילך.
- 23 ראו למשל אדי רטיג "העוקץ: ראיות חסויות, חובת ההנמקה וחופש הביטוי" משפטים יד 108 (התשמ"ד) (להלן: רטיג "העוקץ"). בין היתר, רטיג עומד על חוסר הטעם בקבלת ראיה שהצד שכנגד אינו יכול להגיב לה; על היעדר קבילותה לפי ס' 44 לפקודת הראיות; על חוסר ההגינות שבאישור שנתן בית המשפט ל"טעמי הביטחון" שעלו מהחומר החסוי כלפי העותר, שלא יכול להתגונן מפני טעמים אלו; על הפגיעה באמינות ההליך המשפטי; ועל הפגיעה שבכירור העתירה לגילוי הראיה בפני ההרכב הדין בעתירה.
- 24 גם במקרים אלו לרוב לא מוסרת המגבלה הביטחונית, אלא פגיעתה של הסנקציה מוקהית בהסכמת המדינה לאחר שמיעת הערות בית המשפט, לעיתים תוך הצבת תנאים לעותר שאין לו יכולת לחלוק עליהם.
- 25 השור רטיג "העוקץ", לעיל ה"ש 23, בעמ' 114-115.
- 26 כך למשל בפסיקה כבר נמצאו אמירות כי הדיון החסוי הוא זכות דיונית של המדינה. בע"א (מחוזי י-ם) 62946-03-15 מדינת ישראל נ' גליק, פס' 69 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.1.2016), נדחתה תביעתה אזרחית של אזרח שעלייתו להר הבית נאסרה. הוא לא עתר נגד ההחלטה אבל הגיש תביעה אזרחית נגדה. התביעה התקבלה בבית משפט השלום אך פסק הדין נהפך בערעור, בין היתר בטענה שהתובע לא הגיש עתירה מינהלית נגד ההחלטה. נפסק שבכך, "מנע המשיב מהמעוררת זכויות דיוניות נוספות שעומדות לה מעבר להכרעה מהירה וחד-משמעית בצדקת טענות המשיב. זכות דיונית אחת היא הזכות

הזכות לדין לא הוגן: עלייתם של דיונים חסויים, נפילתן של עתירות לגילוי ראיה | אלעד כהנא

להציג ראיות חסויות במסגרת ההליך, זכות שאינה קיימת בהליך האזרחי אך מוכרת בהליך המנהלי". מדובר בקביעה מוטעית, שכן הדיון החסוי, הכרוך בהסכמת הצד השני, אינו זכות דינונית של המדינה, בניגוד לחוקת תקינות המינהל; ואף אבסורדית, שהרי מלכתחילה הדיון החסוי נועד להיטיב עם העותר, שאחרת עתירתו הייתה נדחית.

27 כך למשל, בכג"ץ 8102/03 גלאון נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 20.1.2011), דחה בג"ץ עתירה נגד

הפעלת מתקן כליאה סורי, על סמך התחייבויות סודיות שניתנו לו במעמד צד אחד מצד הפרקליטות. הצדדים נחלקו בשאלה האם הסמכות שקבע המחוקק להחזיק אדם ב"מתקן כליאה מוכרוז" מחייבת רק להכריז שקיים מתקן כזה, כעמדת המדינה, או שיש למסור את מיקומו ולנהלו באופן גלוי. בית המשפט לא הכריע במחלוקת פרשנית זו והכשיר את ניהול המתקן כמידתי, נוכח התחייבויות שניתנו לו במעמד צד אחד, אף שלא ברור כיצד ניתן לאכוף התחייבויות אלו בהיעדר ידיעה ובהליך משפטי תלוי ועומד.

28 ראו למשל... ("Secret Evidence in the War on Terror, 118 Harv. L. Rev. 1962, 1962-1980 (2005)

The failure to disclose evidence to the accused creates 'an exceptionally high risk of erroneous deprivation.' Without any opportunity for confrontation, individuals subject to proceedings that use secret evidence are forced to prove their innocence in the face of the anonymous 'slurs of unseen and unsworn informers.' As one commentator has noted, 'the risk of error is greater, maybe even much greater, when a person is denied access to the full raw evidence against him, leaving him incapable of testing the integrity of that evidence by cross-examination and rebuttal.' In the words of Justice Frankfurter, 'fairness can rarely be obtained by secret, one-sided determination of facts decisive of rights.'"); Jay v. Boyd, 351 US 345 (1956) ("A hearing is not a hearing in the American sense if faceless informers or confidential information may be used to deprive a man of his liberty"); Janice Beiderbeck, *The Use of Secret Evidence in Immigration Proceedings: Violating the Fifth Amendment*, 21 IMMIGR & NAT'LITY L. REV. 701, 710-712 (2000) ("The first problem with the unfairness of secret evidence is the meaningless right to rebuttal [...] since [one] is usually not given any indication of the substance of the evidence even if [one] is given an unclassified summary [...] Another practical unfairness is stemming from the use of secret evidence is that [it] often consists of hearsay from unknown sources [...] The third practical unfairness of the use of secret evidence [...] is the inability of the government or the alien to (identify errors [...])"

29 בית הדין האירופי לזכויות אדם פסק בשנת 2009 פיצויים לטובת אזרחים זרים שנעצרו בבריטניה

במעצר מינהלי מטעמי ביטחון ללא אופק גירוש, בקובעו שמוסד "עורך הדין המיוחד" יכול לספק הגנה שתעמוד בדרישות הדין האירופי להליך הוגן, אולם לשם כך יש לאפשר לעותר לקבל מידע מסוים מעורך הדין המיוחד כדי שיוכל להנחות אותו בייצוגו, ראו *A. v. United Kingdom, Application no. 3455/05* (19 Feb., 2009) עמדה זו אומצה בידי בית הלורדים בפרשת *Secretary of State for the Home Department v. AF* [2009], UKHL 28, כשהורה להשיב הליכי מעצר לדיון בפני השופט לאור עקרונות ההליך ההוגן שהותוו בידי בית הדין האירופי. לחסרונותיה של שיטה זו, ביחס לזו הנהוגה בישראל, ראו Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 22.

30 בעקבות חקיקה שאפשרה מעצר וגירוש של תושבי קבע או אזרחים זרים על בסיס תעודת חיסיון, נפסק

בפרשת *Charkaoui v. Minister of Citizenship and Immigration* [2007], 1 SCR 350 (Can.), בין היתר, שעיון בחומר על ידי בית המשפט לעולם אינו תחליף להגנה שאדם יכול לספק לעצמו; שבשיטה האדברסרית יש לבית המשפט כלים מוגבלים לחקר האמת ואלו נתונים לצדדים; ושיכולתו של בית המשפט לפעול בשם העותר מוגבלת למה שמוצג בפניו, ללא יכולת להרחיב את התשתית העובדתית או לעמת אותה עם עובדות חיצוניות לתיק. החקיקה החדשה, שהגבילה את זכותו של העותר לעיון בחומר

- ככפוף לייצוגו בידי מוסד "עורך הדין המיוחד", על כל מגבלותיו, אושרה בפרשת *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat* [2014], SCC 37 (Can.).
- 31 John Ip, *The Adoption of the Special Advocate Procedure in New Zealand's Immigration Bill*, 2009 N. Z. L. Rev. 207.
- 32 עיינו למשל בדור"ח European Parliament, NATIONAL SECURITY AND SECRET EVIDENCE IN LEGISLATION AND BEFORE THE COURTS: EXPLORING THE CHALLENGES (2014). עם זאת יש לזכור שמדובר בשיטות משפט קונטיננטליות שבהן יש לשופט סמכויות משלו לאיסוף חומר ראיות, והוא מוסמך ומוכשר בחקירת עדים.
- 33 שם.
- 34 לדין באוסטרליה ראו Miiko Kumar, *Secret Witnesses, Secret Information and Secret Evidence: Australia's Response to Terrorism*, 80 Miss. L.J 1371 (2010); Greg Martin, *Oulaw Motorcycle Gangs and Secret Evidence: Reflections on the Use of Criminal Intelligence in the Control of Serious Organised Crime in Australia*, 36 Syd. L. Rev. 501 (2014); *The Use of Secret Evidence in Judicial Proceedings: A Comparative Survey* 27 (Research Paper prepared for the Joint Committee on Human Rights, 27 (2011) <https://goo.gl/LHRexA>). לדין בהולנד ראו לעיל ה"ש 32, בעמ' 25.
- 35 Rules of Procedure of the General Court, section 105 (2015).
- 36 ראו 8 U.S. Code § 1533.
- 37 יצחק זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט 17, 35-36 (התשמ"ט); נתנאל בנישו ומאיר ויגיסר "ראיות חסויות וסנגורים מיוחדים בהליכי מעצר מנהלי בבתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון" שערי משפט ט 61 (2016).
- 38 ראו למשל ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (פורסם בנבו, 11.8.2009).
- 39 ראו למשל לילה מרגלית ואדם שנער "נייר עמדה בעניין תזכיר חוק המאבק בטרור, התש"ע-2010" 13-12 (1.7.2010) www.acri.org.il/pdf/terror010710.pdf.
- 40 ראו למשל בג"ץ 5168/90 קריש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 25.2.1991); בג"ץ 6299/97 עלי יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 6.11.1997); בשג"ץ 3144/94 יוסף נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, (לא פורסם, 17.6.1994); בג"ץ 343/88 דאער נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 7.7.1988); בג"ץ 672/87 עתמאללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708 (1989); בג"ץ 1361/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מה(3) 444, 452-453 (1991); עמ"מ 1/88 אגבריה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 840 (1988); בג"ץ 19/86 אלשויעיבי נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 219 (1986); בשג"ץ 264/88 סולימאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 8.7.1988).
- 41 ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 429, 433 (1950).
- 42 בג"ץ 4819/09 ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 25.6.2009).
- 43 בג"ץ 8857/08 עצפור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 7.1.2009); בג"ץ 25/09 גאנם נ' המפקד הצבאי לגדה המערבית (פורסם בנבו, 10.5.2009).
- 44 בג"ץ 8678/10 קטש נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 2.6.2011).
- 45 בג"ץ 513/85 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 645, 658-659 (1985).
- 46 ראו למשל בש"פ 2849/15 אבו סאלח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2015); בש"פ 155/08 אבו סיר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.5.2008) וכן את נוסחו של ס' 44 לפקודת הראיות לאחר תיקון 17.
- 47 עניין שכשיר, לעיל ה"ש 21. על אי-החלת מבחן הראיה החיונית בהליכים מינהליים, ראו בהמשרד המאמר.

- 48 בעת"מ (י-ם) 870/07 (הנזכר בעניין **געאביץ**, לעיל ה"ש 38), לאחר הדיון החסוי הועבר לעותרים חומר בהסכמת המדינה. עם זאת, באותו מקרה הוגשה העתירה הראשית ביחס לפגיעה בזכות הטיעון בשלב המינהלי מול הרשות, ולכן העברת החומר הייתה במובן מסוים תוצאה של הסעד העיקרי שהתבקש, ולא דיון צדדי בחיסיון. ואכן, העתירה התקבלה מאחר שנפגעה זכות העיון שלהם. בבג"ץ 7993/11 **חמדאן נ' שופט צבאי משפטי** (פורסם בנבו, 6.12.2011), הוצא צו על תנאי ובו נדרשה המדינה להשיב בנוגע למעצרו המינהלי של העותר, ולצד זאת, מדוע לא תעביר חלק מהחומר החסוי לידי העותר. עם זאת, בבג"ץ 7993/11 **חמדאן נ' שופט צבאי משפטי** (פורסם בנבו, 18.1.2012) נדחתה העתירה.
- 49 ראו למשל עת"א (מחוזי חי') 29200-04-15 **ספורי נ' ועדת שחרורים שמקום מושבה בכלא כרמל** (פורסם בנבו, 31.5.2015); בבג"ץ 317/13 **ג'אבר ממרוח עברה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** (פורסם בנבו, 27.1.2013). ראו גם מאמריהם של גיטר ושל זכריה, הנזכרים לעיל בה"ש 13.
- 50 ראו למשל עת"מ (מחוזי ב"ש) 5126-07-15 א.ג.צ נ' **מדינת ישראל משרד הפנים** (פורסם בנבו, 8.11.2015). באותה פרשה נדונה החלטת רשות האוכלוסין וההגירה להעביר למשמורת אזרחי אריתריאה שסירבו לשוב לארצם נוכח החשש לשלומם, ונדרשו תחת זאת לעזוב ל"מדינה שלישית" שמעולם לא היו בה. במסגרת ההליך הציגה המדינה במעמד צד אחד את ההסכם עם אותה מדינה ואת תוצאות הבדיקות שערכה אחר יישומו, כולם תחת תעודת חיסיון לשם הגנה על יחסי החוץ של ישראל. מפסק הדין עולה שהוצגו בדיון החסוי ראיות נוספות שעל פניו כלל לא חסו תחת תעודת החיסיון, ורק נטען לגביהן כי גילויהן יפגע בפרטיות. העובדה שבית המשפט קיבל מידע זה במעמד צד אחד מלמדת על הקושי של הערכאה הדיונית, שאינה דנה רק בראיות עצמן, להתמקד בשאלות אלו.
- 51 בית המשפט העליון עצמו היה מודע לקושי שבחשיפת ההרכב העיקרי לחומר החסוי, מכוח נוסחו הישן של ס' 45 לפקודת הראיות. ראו ע"פ 65/95 **איחסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(1) 832 (1995), וכן נוסחו החדש של ס' 45(ג) לאחר תיקון 17 לפקודת הראיות, שתיקן עניין זה.
- 52 למעמדה של הזכות להליך הוגן לאחר המהפכה החוקתית ראו עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 20, בפס' 16.
- 53 בג"ץ 672/88 **לכדי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מג(2) 227 (1989); בבג"ץ 765/88 **שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מג(2) 242 (1989). באותן פרשות איפשר בית המשפט, "לפנים משורת הדין", עיון בפני ההרכב לאחר סיום הדיון בעתירה לגילוי הראיה בפני שופט נפרד, מאחר שב"כ העותרים שם למדו רק לאחר דחיית העתירה לגילוי ראיה, על כך שטיעון שניסו להשתמש בו נדחה במקביל בפסק דין אחר (עניין **מטור**, לעיל ה"ש 9).
- 54 ב"ש (מחוזי י-ם) 1682/02 **פדרמן נ' מדינת ישראל**, תשסב(1) 97 (2002); עע"ם 9807/09 **זרינה נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 1.8.2011); עניין **מוגרב**, לעיל ה"ש 5; בבג"ץ 4350/14 **אלדין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** (פורסם בנבו, 13.7.2014); עת"מ (מחוזי י-ם) 8017/08 **מומנה נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 14.11.2012).
- 55 לפחות ביחס לעתירות אסיר, "הצגת מידע סודי לבית משפט הדין בעתירות אסירים" הנחיות **פרקליט המדינה** 12.9, ס' 8 (2007), קובעת ההנחיה שאם נדחתה העתירה לגילוי הראיה ובית המשפט של העתירה גופה מבקש את עמדת המדינה לקיום דיון חסוי, אין המדינה חייבת להסכים. עם זאת, לפנים משורת הדין, בהיעדר נסיבות המצדיקות לסרב לבקשה, יש להסכים לבקשה שכזו אף בשלב זה.
- 56 החריג היחיד הידוע לי (נוסף על שלושת ההליכים המתוארים בהמשך המאמר) הוא עתירה ביחס לתעודת חיסיון שהוצאה לאחר הגשת כתב תשובה בבית המשפט המחוזי, בנוגע להליך איחוד משפחות (בש"פ 6403/08 **מומנה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.8.2008)). העתירה לגילוי הראיה נדחתה משום שנמצא שהסיכון מחשיפת החומר עולה בהרבה על התועלת שעשויה לצמוח לעותר מחשיפתו. ההליכים הראשיים הם בג"ץ 747/09 **אסעיד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, 9.4.2013); בבג"ץ 1000/10 **אלאטרש נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, 5.9.2011). לאחר הגשת העתירות לא הוצאו תעודות חיסיון, ופרקליטות המדינה טענה שאין צורך בתעודת חיסיון לשם העלאת טענת חיסיון בשלב שלפני הוצאת צו על תנאי. עקב כך הוצאו צווים על

- תנאי בשתי העתירות ביום 5.9.2011 (השוו גם ה"ש 5 לעיל). לאחר מכן הוצאו תעודות חיסיון, והוגשו עתירות לגילוי ראיה: בשג"ץ 721/12 **אסעיד נ' שר הבטחון** (פורסם בנבו, 21.2.2012); בשג"ץ 719/12 **אלאטרש נ' שר הבטחון** (פורסם בנבו, 19.3.2012).
- 58 עניין א.ג.צ., לעיל ה"ש 50. באותה פרשה כבר הוצאה תעודת חיסיון, על מנת להגן על יחסי החוץ של ישראל, במסגרת הליך אחר שבו כבר הוצא צו על תנאי, ושעסק בעניינים אחרים. על פי הנטען, החיסיון חל על ההסכם וגם על תוצאות בחינת יישומו בשטח, וזאת לבקשת המדינה השלישית. עקב כך הוגשה לבג"ץ עתירה לגילוי ראיה, בש"מ 5164/15 **צגטה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 8.9.2015). על ההליך העיקרי בבית המשפט המחוזי הוגש ערעור, לאחר דחיית העתירה העיקרית, שמספרו ע"מ 8101/15 **צגטה נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 28.8.2017). הערעור התקבל בחלקו ביום 28.8.2017 מבלי להכריע בטענות לעניין זה.
- 59 כך בבשג"ץ **אסעיד**, לעיל ה"ש 57, בפס' 4; ובבשג"ץ **אלאטרש**, לעיל ה"ש 57, בפס' 4: "התרשמתי כי אין בחומר החסוי דבר היכול לסייע למבקש 1 בקידום עתירתו המתבררת במסגרת ההליך העיקרי, שאיני מביע כל עמדה בנוגע לסיכוייה".
- 60 בש"מ **צגטה**, לעיל ה"ש 58, בפס' 13-14.
- 61 בעניין **צגטה**, לעיל ה"ש 58, למשל, סברנו שהגילוי חיוני במיוחד משום שלא ניתן לנהל הליך על אודות הסכם שמעורר שאלות משפטיות נכבדות, כשהעותרים אינם צד לו והוא חסוי מהם; ולא ניתן להשיב לטענה שמדינה, שהעותרים לא היו בה מעולם, היא בטוחה, כשכל הראיות לכך חסויות. לא מדובר בחומר שנוגע לעותרים באופן אישי, או יכולה הרשות לטעון שהעותר "יודע מה הוא עשה" ואין חולק שלעותרים שם לא יכול היה להיות מידע על אודות תוכן החומר. נוסף על כך, לא דובר בהחלטה פרטנית הנוגעת למקרה קונקרטי אלא במידע שנוגע באופן תיאורטי לאלפי בני אדם. הפנייה למבחן החיוניות בעניין **צגטה** נבעה גם מנקודת דמיון מסוימת להליך הפלילי: היכולת להורות על גילוי ראיה חיונית מתוך הנחה שהרשות יכולה לחזור בה מהחלטתה מושא ההליך, ובכך למנוע את גילוי המידע. יכולתה של התביעה לחזור בה מכתב האישום ובכך למנוע את גילוי הראיה היוותה שיקול משמעותי בפיתוח הדין לגבי הליכים פליליים (ע"פ 5114/97 **סלימאני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 721, 727 (2001)). ראו גם בש"פ 1924/93 **גרינברג נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(4) 766, 770-771 (1993)) ואף שימשה הצדקה להבחנה בין הליכים פליליים, לבין הליכים אזרחיים שהרשות אינה צד להם ולכן לא יכולה למנוע את הגילוי על ידי קבלת התביעה (בש"א 723/97 **בניזון נ' שר הבטחון**, פ"ד נא(1) 364 (1997)); ע"א 2629/98 **שר הבטחון נ' וולפא**, פ"ד נו(1) 786, פס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין (2001)). בפרשת **צגטה** טענו שבדומה לדין הפלילי, ניתן לחזור מהחלטה מושא העתירה, ומשום כך גילוי הראיה לא בהכרח יוביל לפגיעה ביחסי חוץ; ושכניגוד להחלטות שמטרתן להגן על ביטחון המדינה, או חזרה מהחלטה הראשית תוביל בעצמה לפגיעה באינטרס הביטחוני שס' 44 לפקודת הראיות ביקש להגן עליו, אינטרסים מתחום ההגירה אינם מוכרים כאינטרס המצדיק חיסיון לפי ס' 44 והפגיעה בהם לא רק שאינה נופלת בחומרתה מהפגיעה הנגרמת לאינטרס הציבורי מביטול כתבי אישום בהליכים פליליים, אלא שהיא גם מוצדקת באיוון מול הזכות להליך הוגן.
- 62 בשג"ץ **אסעיד**, לעיל ה"ש 57, בפס' 5; בשג"ץ **אלאטרש**, לעיל ה"ש 57, בפס' 5; בש"מ **צגטה**, לעיל ה"ש 58, בפס' 11. ראו גם פסק הדין בעניין **מומנה**, לעיל ה"ש 56.

