

בית המשפט העליון
בש"מ 5164/15
אלמסגד גריוסוס צגטה נ. מדינת ישראל
תאריך הגשה: 26/07/15

בית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרים:

1. אלמסגד גריוסוס צגטה (מס' תיק במשרד הפנים 08C12220)
2. גברגזיאבר בריהוט קלה (מס' תיק במשרד הפנים 4628/85941)
3. המוקד לפליטים ולמהגרים
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. ARDC – מרכז לקידום פליטים אפריקאים
6. דופאים לזכויות אדם – ישראל
7. קו לעובד
8. א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים

כולם ע"י עו"ד ענת בן-דור ו/או אלעד כהנא
מן התכנית לזכויות פליטים
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
טל': 03-6405246, פקס: 03-6407422

-נגד-

המשיבה:

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466950, פקס: 02-6467011

עתירה לגילוי ראיה

מוגשת בזאת עתירה לפי סעיף 44(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, בבקשה לגלות ראיות החוסות תחת תעודת חיסיון שנחתמה בידי ראש הממשלה ביום 30.3.14, בפני בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים במסגרת עת"מ 5126-07-15 אלמסגד נ' שר הפנים.

בית המשפט הנכבד מתבקש להסיר את החיסיון כולו או חלקו, כך שבפני בית המשפט המחוזי יוצגו ההסדרים שהושגו עם מדינות שלישיות לקליטת אזרחי אריתריאה וסודן השוהים בישראל; וכן ממצאי בדיקות שערכה המשיבה, לרבות אופן עריכתן, בדבר מצב היוצאים למדינות השלישיות, אשר לטענת המשיבה חוסים גם הם תחת תעודת החיסיון.

עתירה זו מוגשת מספר ימים לאחר הגשה בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בעת"מ 5126-07-15, מיום 17.7.15, במסגרתה נדחתה בקשה למתן צו ביניים, שימנע את השמת העותרים 1 ו-2 ואחרים במצבים במשמורת למשך הדיון בעתירה (בר"מ 5061/15, הוגשה ביום 20.7.15, נדונה בידי כב' השופט ע' פוגלמן. תגובת המדינה לבר"מ תוגש עד ליום 30.7.15). הדיון בעת"מ 5126-07-15 לגופו קבוע ליום 9.9.15. כתב תשובה יוגש עד ליום 2.9.15.

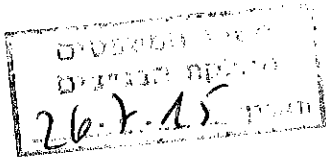
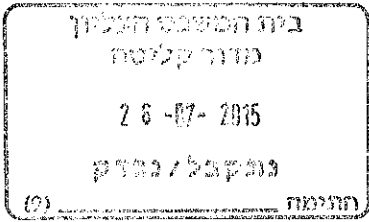
נוכח סד הזמנים, ישנה דחיפות בהגשת העתירה במשך הפגרה.

העתק תעודת החיסיון מיום 30.3.14 מצורף ומסומן ע/1.

העתק העתירה בעת"מ 5126-07-15 מצורף ומסומן ע/2.

העתק ההחלטה בבקשה למתן צו ביניים מיום 17.7.15 בעת"מ 5126-07-15 מצורף ומסומן ע/3.

העתק בקשת רשות הערעור 5061/15 מצורף ומסומן ע/4.



אק"ר 1107

מבוא

1. העותרים 1 ו-2 הם אזרחי אריתריאה, שלא ניתן להחזירם לארצם נוכח הסכנה הצפויה להם שם. לאחרונה הודיעה המשיבה, כי הם ואחרים שכמותם צריכים לעזוב ל"מדינה שלישית". המשיבה מסרה לעותרים במהלך שימוע שמדובר ברואנדה. נאמר להם, ששם הם יהיו בטוחים מגירוש ושבהתאם להסדרים שערכה המשיבה עם רואנדה הם יזכו שם לזכויות רבות ולמעמד. לעומת זאת, המשיבה הבהירה להם שאם הם יסרבו, הם יכלאו כמי שאינם משתפים פעולה עם הליך הגירוש בעניינם.
2. החסדרים שאמורים לכאורה להגן על זכויות העותרים ברואנדה לא הוצגו בפניהם כלל. העותרים אינם יודעים מהו המעמד שהתחייבה רואנדה להעניק להם, למשך כמה זמן, מהן הזכויות שיקבלו, האם קיים מנגנון פיקוח ובקרה למקרה שלא יקבלו את זכויותיהם, ועוד.
3. המידע היחיד שיש בידי העותרים, הוא המידע שנצבר אודות גורלם של אזרחי אריתריאה וסודן שהתפתנו להבטחות המשיבה ויצאו לרואנדה, במסגרת תכנית ה"עזיבה מרצון" של המשיבה. מדובר במידע שנאסף בידי נציבות האו"ם לפליטים, חוקרת אקדמיה בכירה וארגון בינלאומי הפועל במספר מדינות. הוא מגובה בתצהיר שנגבה מפי אחד היוצאים, והוא גם נמסר לחלק מן העותרים במישרין מפי חלק מהיוצאים. ממידע זה עולה, שבניגוד להבטחות המשיבה, למגיעים לרואנדה לא ניתן מעמד, הם נדרשים לעזוב אותה תוך מספר ימים, והם חשופים למעצר ולגירוש.
4. משום כך סירבו העותרים 1 ו-2, כמו גם אחרים במצבם, לעזוב לרואנדה. המשיבה מבקשת לשולחם למעצר שאינו מוגבל בזמן, מאחר שלדבריה הם "אינם משתפים פעולה" עם הליך הגירוש שלהם. הבסיס למעצר אינו החלטה שהתקבלה על בסיס אינדיבידואלי, בשל סכנה הנשקפת מהעותרים לביטחון המדינה, אלא החלטה גורפת המבוססת על הסדרים שמעולם לא הוצגו בפני העותרים, הציבור או גופים בינלאומיים.
5. נגד מהלך זה, שהוא מהלך כללי עליו הוחלט בסוף מרץ 2015, ערב חג החירות, הוגשה עתירה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, שקבועה לדיון ביום 9.9.15. במהלך הדיון שהתקיים בבקשת העותרים למתן צו ביניים, הציגה המשיבה תעודת חיסיון שנחתמה לפני למעלה משנה לצורך הליך אחר שהסתיים בינתיים, ושמונעת לפי לשונה את גילוי החסדרים ואת זכות מדינות היעד.
6. במהלך הדיון מסרה המשיבה, כי לשיטתה תעודה זו מונעת גם גילוי של מידע חדש שהצטבר אצלה ממש לאחרונה, אודות מצב היוצאים ל"מדינה השלישית" ואודות אופן איסופו.
7. בהסתמכה על תעודת החיסיון, המשיבה מבקשת למעשה לבטל את המידע הרב שהביאו העותרים להוכחת המצב ברואנדה; ולנהל הליך שלם, המעורר שאלות מורכבות הן מההיבט העובדתי והן מההיבט המשפטי, במעמד צד אחד, או לא לנהלו כלל, תחת מעטה של "חזקת תקינות המינהל".
8. נוכח הפגיעה הקשה בזכויות הבסיסיות ביותר של אנשים הזכאים להגנות בינלאומיות, שתגרם מניהול הליך שאינו הוגן, מוגשת עתירה זו, בבקשה להסיר את החיסיון מעל

ההסדרים וכן להציג את תוצאות הבדיקה שקיימה לאחרונה ואת אופן עריכתה, כך שאלו יוצגו בפני בית המשפט המחוזי הדן בעתירה (ככל שברצון המשיבה לבסס את החלטתה לעצור את העותרים).

א. הרקע העובדתי הנדרש לעתירה

א. הצדדים לעתירה

9. העותרים 1 ו-2 הם אזרחי אריתריאה שנכנסו לישראל שלא כדין בשנת 2008 ומאז שוהים בה כדין מכוח מדיניות "אי ההרחקה" של המשיבה, שחלה על אזרחי אריתריאה. מאז שנת 2014 מוחזקים העותרים ב"חולות" מכוח החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954. בקשות שהגישו למקלט מדיני נדחו וכך גם בקשותיהם לעיון מחדש.
10. באפריל 2015 נמסר לעותרים 1 ו-2, כמו גם לאזרחי אריתריאה נוספים השוהים ב"חולות" ושבקשותיהם למקלט נדחו, כי עליהם לצאת לרואנדה, שאינה מדינת אזרחותם. עוד נמסר להם, כי סירובם לעשות כן מהווה "חוסר שיתוף פעולה" עם הליך הגירוש. במהלך חודש יוני 2015 נערכו לעותרים 1 ו-2 ולאחרים במצבם שימועים במהלכם הוצאו להם צווי משמורת (בימים 22.6.15 ו-23.6.15, בהתאמה). צווי המשמורת הושחו בידי המשיבה למשך 14 ימים.
- ביום 2.7.15 הוגשה העתירה בעת"מ 5126-07-15 ויחד עמה הוגשה בקשת צו ביניים לעכב את החשמה במשמורת למשך הדיון בעתירה. צו ארעי ניתן ביום 5.7.15 ובוטל ביום 17.7.15 עם דחיית הבקשה למתן צו ביניים. ביום 20.7.15 הוגשה בקשת רשות ערעור על ההחלטה (בר"מ 5061/15). צו ארעי בעניינם של המבקשים 1 ו-2 ניתן בו ביום והורחב לגבי 12 אנשים נוספים ביום 22.7.15. תשובת המשיבה לבקשה צריכה להיות מוגשת עד ליום 30.7.15.
- העתק פרוטוקולי השימועים שנערכו לעותר 1 באפריל וביוני 2015 וצו המשמורת שהוצא לו מצורפים ומסומנים ע/5.
- העתק פרוטוקולי השימועים שנערכו לעותר 2 באפריל וביוני 2015 וצו המשמורת שהוצא לו מצורפים ומסומנים ע/6.
11. העותרים 3-8 הם ארגוני זכויות אדם ישראלים הפועלים בין היתר להגנה על זכויותיהם של מבקשי מקלט.
12. גורמי המשיבה – שר הפנים, רשות האוכלוסין וההגירה, היועץ המשפטי לממשלה ושר התוך – הם המשיבים בעת"מ 5126-07-15. גורמים אלו היו מעורבים בהשגת ההסדרים עם רואנדה (ואוגנדה) או באישורם; בקביעת מהלך כללי לכליאתם של מי שיסרבו לעבור אל המדינות הללו; ובמתן צוים פרטניים למשמורת או הרחקה בהתאם למהלך זה, לרבות לעותרים 1 ו-2.
13. ראש ממשלת ישראל חתם מטעם המשיבה על תעודת חיסיון המונעת מהמשיבה להציג בבית המשפט ראיות שחושפות את זהות המדינות השלישיות, את נכונותן לסייע למשיבה ואת ההסדרים שהושגו עמן. התעודה נחתמה לפני למעלה משנה לצורך הליך משפטי אחר, שהסתיים בינתיים (בג"ץ 8425/13 גבריסלאסי נ' הכנסת שאוחד עם בג"ץ 7385/13 איתן נ' הכנסת, ניתן ביום 22.9.14), ביום 30.3.14.

ב. ההליך העיקרי במסגרתו מתבקש גילוי הראיות (עת"מ 15-07-5126)

14. ביום 31.3.15 פורסמה בתקשורת הודעת המשיבה, כי בימים הקרובים יוזמנו למשרדי רשות האוכלוסין וההגירה אזרחי אריתריאה וסודן ששוחים ב"חולות" ושבקשותיהם למקלט נדחו. מטרת הזימונים היא עריכת שימועים, בהם יימסר למשומעים שהם נדרשים לעזוב למדינה שלישית, שעל פי הפרסום היא מדינה בטוחה בה יכובדו זכויותיהם. על פי הפרסום, על המשומעים יהיה להחליט תוך 30 ימים האם הם מסכימים לעזוב למדינה השלישית. אם יסרבו, כך פורסם, יהווה הדבר "חוסר שיתוף פעולה" לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, והם יועברו למשמורת ללא הגבלת זמן עד לקבלת הסכמתם.
15. למחלך זה קדמה תכנית אחרת של המשיבה, ל"עזיבה מרצון" (היינו, ללא איום במעצר במקרה של סירוב) לשתי "מדינות שלישיות". לדברי המשיבה בהליך העיקרי, במסגרת תכנית זו יצאו את ישראל לשתי המדינות יחד כ-2,000 אזרחי אריתריאה וסודן. תכנית זו הוצגה בידי המשיבה לראשונה, אורח-אגב, בפני בית משפט נכבד זה במסגרת דיון בעל פה שנערך במסגרת בג"ץ איתן, בו נדונה חוקתיותו של תיקון מס' 4 לחוק ההסתננות. במסגרת ההודעה בע"פ ציינה ב"כ המשיבה שהתכנית מבוססת על הסדרים שהושגו עם שתי "מדינות שלישיות" ושהוצאה תעודת חיסיון על ההסדרים ועל זהות המדינות. מכיוון שחוקיות ההסדרים לא נגעה להליך שהתנהל בבג"ץ איתן, בית המשפט והצדדים לא נדרשו להסדרים או לחיסיונם.
16. על פי מידע שנמסר לעותרים מפי אנשים שיצאו את ישראל במסגרת תכנית ה"עזיבה מרצון", המדינות האמורות הן אוגנדה ורואנדה. על פי פרסומים בתקשורת הזרה, אוגנדה מכחישה שקיימים הסדרים בינה לבין ישראל בנושא, על אף שפורסם שמבקשי מקלט אזרחי סודן נשלחו לאוגנדה מישראל. לעומת זאת, נשיא רואנדה אישר באופן כללי שארצו הגיעה להסדר עם ישראל לקליטת אזרחי אריתריאה וסודן.
- העתק כתבה אודות הכחשת אוגנדה לצד כתבות המאשרות כי נשלחים אליה מבקשי מקלט מישראל מצורף ומסומן ע/7.
- העתק כתבה אודות אישור נשיא רואנדה את התכנית מצורף ומסומן ע/8.
17. לפי מידע שנצבר אצל העותרים, בניגוד להבטחות שניתנו ליוצאים "מרצון", עם נחיתתם ברואנדה נלקחו מהם מסמכיהם המזהים והם נשלחו לשהות במבנה מגודר ממנו נאסר עליהם לצאת. הם לא קיבלו מעמד כלשהו ברואנדה, ותחת זאת נמסר להם כי עליהם יהיה לעזוב את המדינה תוך מספר ימים. רובם בחרו לשלם על מנת שיבריחו אותם באופן לא חוקי לאוגנדה, פן יגורשו לארצם. באוגנדה חלקם נעצרו, אחרים נותרו ללא מעמד וללא זכויות בחשש מתמיד ממעצר. רבים עזבו את אוגנדה מטעם זה. הבודדים שסירבו להבריח את עצמם לאוגנדה ונותרו ברואנדה ללא מעמד, נעצרים בידי הרשויות שוב ושוב והם משוחררים ממעצרם רק בזכות התערבויות נציבות האו"ם לפליטים. הם אינם מורשים לעבוד ולא זוכים להגנה בינלאומית.
- מידע זה מבוסס על מקורות גלויים, שמטעמי נוחות יפורטו בתמצית, ושמהווים את החומר הגלוי בתיק:

- מכתבה של נציבות האו"ם לפליטים בישראל מיום 12.7.15, המעיד שבתחילת חודש יולי 2015 הנציבות לא הצליחה לאתר יותר מ-4 אזרחי אריתריאה שנותרו ברואנדה. משיחות שקיימה הנציבות עם שלושה מהם, כמו גם בהתבסס על מידע שסיפק משרד הנציבות ברואנדה, עולה שהבודדים שנותרים ברואנדה לא זוכים להגנה בינלאומית והם נעצרים ומשותרים בעקבות התערבות הנציבות. אין להם נגישות לשוק העבודה והם נסמכים לשם קיומם על תמיכה זעומה שנותרת להם הנציבות.

- תצהירו של ט' (שמו המלא מופיע בתצהיר, חיסוי פרטיו מתבקש בשל הרגישות), אזרח אריתריאה שיצא את ישראל לרואנדה ביום 3.3.15. התצהיר נחתם בניירובי שבקניה ביום 27.4.15 והוא מתאר את קורותיו וקורות חבריו ברואנדה ואוגנדה. לדבריו, נמסר בישראל מסרה לו המשיבה שיעדו הסופי הוא אוגנדה אולם עליו להגיע אליה דרך רואנדה, משום שאוגנדה לא מקבלת אריתראים. עם נחיתתו ברואנדה נלקחו ממנו מסמכיו האישיים והוא נשלח יחד עם 3 אריתראים נוספים לשהות במבנה סגור, ממנו נאסר עליו לצאת. כעבור כיומיים שלושה מסר נציג רשויות רואנדה לט' ולחבריו (בשלב זה הצטרפו אליהם שישה אריתראים נוספים) שעליהם לעזוב את רואנדה. הוצע להם לשלם כמה מאות דולרים עבור הברחה לאוגנדה. ט' וחבריו הסכימו. באוגנדה הם נשדדו ונעצרו בידי המשטרה. לאחר הפקדת ערבות גבוהה, הם שוחררו ממעצר ביום 11.3.15, תוך שנאמר להם שעליהם לחזור ולהתייצב בתחנה ביום 16.3.15. ט' נמלט מהמדינה לקניה. לתצהירו מצורף גם טופס השחרור בערבות, עליו רשומים גם שמות תשעת חבריו שנעצרו עמו.

- חוות דעתה של פרופ' גליה צבר, מהחוג ללימודי אפריקה באוניברסיטת תל אביב, מיום 30.6.15. ממצאה מבוססים על מחקר שטח שביצעה בפברואר 2015 כשטסה לרואנדה ואוגנדה וקיימה ראיונות עומק בני שעה עד שלוש שעות עם 17 מראויינים. 6 מהם נשלחו ישירות לרואנדה, האחרים לאוגנדה. לדברי פרופ' צבר, כל הראיונות נערכו באוגנדה, משום שברואנדה גילתה שאריתראים אינם מורשים להישאר בה. הממצאים מבוססים הן על הראיונות והן על שיחות טלפוניות שערכה עמם לאחר חזרתה לארץ; כמו גם על שיחות עם מעסיקים אוגנדים, נציגי ממשל אוגנדים, משרד ארגון האי"ס באוגנדה ועם נציג רשויות רואנדה ש"אחראי" על המגיעים לרואנדה. לפי חוות דעתה, מי שהגיעו לרואנדה נאלצו לעזוב אותה תוך 3 ימים, במהלכם נאמר להם שעליהם לשהות במבנה סגור ולא לצאת ממנו. מסמכיהם נלקחו מהם והם לא קיבלו בה מעמד. הם הוברחו לאוגנדה תמורת תשלום שוחד, לאחר שנמסר להם שלא יוכלו להשאר ברואנדה. הנציג הרואנדי, המכונה "ג'והן", סירב למסור לה מי מעסיקיו וציין כי הוא חושש מאחר שהוא מודע לבעייתיות מעשיו. לפי חוות הדעת, כל המראויינים ציינו שהמגע שלהם עם הרשויות הישראליות נפסק עם עלייתם למטוס בישראל. באף שלב הם לא נתבקשו להשאיר פרטי קשר לצורך קיומו של מעקב על-ידי הרשויות בישראל אחר מה שיקרה להם במדינת היעד.

- ממצאיו של ארגון (International Refugee Rights Initiative) IRRRI מיום 10.7.15, ארגון לא ממשלתי ובינלאומי הפועל למען זכויות פליטים בארה"ב, בריטניה, אוגנדה

וסגל. עובדי הארגון באוגנדה קיימו בחודשים מאי ויוני 2015 ראיונות עם 19 אזרחי אריתריאה וסודן שעזבו את ישראל במסגרת תכנית ה"עזיבה מרצון" בין פברואר 2014 למאי 2015. 8 היו אזרחי אריתריאה שנשלחו מישראל ישירות לרואנדה והגיעו ממנה לאוגנדה. לפי ממצאי הארגון, העדויות העלו כולן תמונה דומה (ודומה לזו שמסרה פרופ' צבר ולזה שמסר ט' בתצהירו). המרואיינים סיפרו שבאשראי קיבלו מכתב שיאפשר את כניסתם לרואנדה למטרת "חופשה", שבו גם נאמר שנאסר עליהם לעבוד ברואנדה. עם הגעתם לרואנדה הובלו למלון והוזהרו לא לצאת ממנו וכל מסמכיהם נלקחו מהם. איש מהמרואיינים לא זכה למעמד חוקי ברואנדה. למרואיינים לא הייתה גישה להליכי מקלט והופעל עליהם לחץ לעזוב את רואנדה. כולם ציינו שהרוב המוחלט של האריתראים שנשלחו מישראל לרואנדה הוברחו לאוגנדה בתוך ימים מהגעתם בתמורה לתשלום שוחד. רבים הרגישו שהבטחות רשות ההגירה טרם צאתם אודות מעמד חוקי, רישיון עבודה ויכולת להקים עסק עצמאי וללמוד היו מנוגדות למציאות שבה מצאו את עצמם. רשויות ההגירה לא יצרו קשר עם מי מהמרואיינים (כולל אלו שעזבו במאי האחרון) ואיש מהם לא התבקש להשאיר פרטי קשר עם איש רשות כלשהו, בין אם בישראל ובין אם באוגנדה.

- שיחות ישירות וראיונות טלפוניים שקיימו העותרות 3 ו-8 עם 25 אזרחי אריתריאה וסודן שיצאו לרואנדה או לאוגנדה. הממצאים פורסמו בפברואר 2015 בדו"ח "באין רצון חופשי: הליך החזרה "מרצון" של מבקשי מקלט בישראל". ממצאיו עולים בקנה אחד עם המידע שנצבר לעיל, וניתן למצאו בקישור:

<http://hotline.org.il/wp-content/uploads/2015/03/Final-Report-9.3.15.pdf>

- שיחות שקיימו המוחזקים ב"חולות" עם חבריהם שיצאו את ישראל לרואנדה או לאוגנדה. כך למשל, במועד השימוע שנערך לעותר 1 באפריל 2015 (ע/5), ציין העותר במפורש, כי חבריו שיצאו לרואנדה נעצרו או בסכנת מעצר.

העתק מכתבה של נציבות האו"ם לפליטים בישראל מיום 12.7.15 בעברית ובאנגלית מצורף ומסומן ע/9.

העתק תצהירו של ט' ומסמכים המעידים על מעצרו מצורף ומסומן ע/10.

העתק חוות דעתה של פרופ' גליה צבר מיום 30.6.15 מצורף ומסומן ע/11.

העתק ממצאי ארגון IRRI מיום 10.7.15 מצורף ומסומן ע/12.

18. כאמור, ביום 31.3.15 הפך המהלך הוולונטרי להיות מהלך כפוי שבצדו שוט המעצר המינהלי, ללא מגבלת זמן, מכוח חוק הכניסה לישראל. מהפך זה ארע ללא דיון ציבורי מוקדם ולמיטב הידיעה גם מבלי שקדמו לו בדיקות כלשהן בידי המשיבה, אודות גורל היוצאים.

19. מכוח המהלך החדש נערכו במהלך חודש אפריל 2015 שימועים למספר מוחזקים ב"חולות", שעמדו בקריטריונים האמורים, ובהם העותרים 1 ו-2. לעותרים ולאחרים במצבם נמסר כי הוחלט שעליהם לעזוב לרואנדה ושבה יובטחו זכויותיהם מכוח הסדרים שלא הוצגו בפניהם. לעותרים נמסר כי בתום 30 ימים יועברו למשמורת, אם יסרבו. העותרים ואחרים סירבו

לצאת לרואנדה, בין היתר בשל הידיעות שקיבלו על גורלם של חבריהם שיצאו לרואנדה במסגרת תכנית המשיבה ל"עזיבת מרצון" ובשים לב למאפייניה של רואנדה כדיקטטורה בה בוצע רצח עם.

20. לעותרים נמסר דף מידע בטיגרניה ובו נכתב כי נמצאה עבורם מדינה בטוחה בה ינתנו אפשרויות עבודה ומגורים וכי אזרחי סודן ואריתריאה שיצאו לאותה מדינה אמרו שהם חיים טוב, לומדים אנגלית ויש להם עבודה טובה. עוד נכתב כי כמה מהם פתחו עסקים וחיים טוב. העתק המכתב שניתן בטיגרניה (עם תרגום חופשי לעברית) מצורף ומסומן ע/13.

21. ב"כ העותרים פנו לשר הפנים וליועץ המשפטי לממשלה והביעו את חששותיהם מפני המהלך. במסגרת ההתכתבות, שהתפרשה על פני מספר מכתבים מול עו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ), מסרה עו"ד זילבר כי היועץ המשפטי לממשלה הציב שישה תנאים לאישור ההסדרים, כדי להבטיח את בטחונם של היוצאים למדינות השלישיות. תנאים אלו כללו נגישות להליכי מקלט או הגנה זמנית; אופק שהייה ואפשרות עבודה; היעדר סכנת גירוש; ועוד.

העתק פנייתם הראשונה של ב"כ הצדדים מיום 1.4.15 מצורף ומסומן ע/14.

העתק מכתבה של עו"ד זילבר מיום 2.4.15 מצורף ומסומן ע/15.

22. ביום 30.4.15 הוגשה עתירה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע נגד יישום המהלך האמור (עת"מ 54836-04-15 האגוס נ' שר הפנים). יחד עם העתירה הוגשה בקשה למתן צו ביניים נגד כליאתם המיועדים לגירוש למשך הדין בעתירה.

23. ביום 29.4.15, לאחר חתימת העתירה האמורה לבית המשפט המחוזי, נמסר לב"כ העותרים מפי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, שטענות העותרים יועברו לבדיקה דחופה. עוד נכתב, שקיימת תעודת חיסיון על ההסדרים. בשלב זה לא היה ידוע לעותרים, האם מדובר בהסדרים חדשים או באותם הסדרים ישנים, והאם מדובר בתעודת חיסיון חדשה או ישנה. תעודת החיסיון עצמה לא צורפה למכתבה של עו"ד זילבר.

העתק מכתבה של עו"ד זילבר מיום 29.4.15 מצורף ומסומן ע/16.

24. ביום 12.5.15 הגישה המשיבה תגובה לבקשה לצו ביניים, בה לא נאמר דבר אודות חיסיון. התגובה התמקדה בהיות העתירה מוקדמת לטענת המשיבה, מאחר שטרם הוצאו צווי המשמורת עצמם. על טענה זו גם נסב הדיון בבקשה, ביום 13.5.15. העתירה נמתקה ביום 14.5.15, לאחר שנקבע שהיא מוקדמת מדי. בעקבות הערות בית המשפט בפסק דינו, הודיעה המשיבה כי לכשיוצאו צווי משמורת, הללו ייכנסו לתוקף בתום 14 ימים.

העתק התגובה לבקשת צו הביניים בעת"מ 54836-04-15 מצורף ומסומן ע/17.

העתק פרוטוקול הדיון ופסק הדין בעת"מ 54836-04-15 מצורף ומסומן ע/18.

25. משנמתקה העתירה, התייתר הצורך בדיון משפטי אודות ההסדרים ומכללא גם בגילוי ראיות לבית המשפט המחוזי. העותרים המתינו לתוצאות הבדיקה הדחופה עליה הורה היועץ המשפטי לממשלה (כאמור במכתבה של עו"ד זילבר מיום 29.4.15, נספח ע/16).

26. ביום 22.6.15 החלה המשיבה לזמן את העותרים ואחרים ב"חולות" לשימועים נוספים, בחלוף 30 הימים שניתנו להם בחודש אפריל. בשימועים מסרו העותרים כי הם עומדים על סירובם לצאת לרואנדה מהטעמים האמורים לעיל והמשיבה הוציאה בעניינם צווי משמורת שתוקפם הוקפא ל-14 ימים.
27. ביום 23.6.15 פנו ב"כ העותרים לעו"ד זילבר בבקשה לברר האם בוצעה בדיקה של טענותיהם, ואם כן, מה העלתה. תשובה לא נתקבלה. ביום 2.7.15 הוגשה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע עת"מ (ב"ש) 5126-07-15, הנדונה בפני כב' השופטת רחל ברקאי, ועמה בקשה לצו ביניים שימנע את השמת העותרים 1 ו-2 ואחרים במצבם במשמורת למשך הדיון.
- העתק פניית ב"כ העותרים לעו"ד זילבר מיום 23.6.15 מצורף ומסומן ע/19.
28. ביום 9.7.15 השיבה עו"ד זילבר ישירות לב"כ העותרים, כי בוצעה בדיקה של טענותיהם וזו העלתה, שהתנאים שהציב היועץ המשפטי לממשלה לצורך אישור ההסדרים (ע/15) מתקיימים. שוב נמסר כי קיימת תעודת חיסיון, ושוב זו לא צורפה למכתבה.
- העתק תשובתה של עו"ד זילבר מיום 9.7.15 מצורף ומסומן ע/20.
29. ביום 14.7.15 הוגשה תגובת המשיבה לבקשה למתן צו ביניים. בתגובה טענה המשיבה, בין היתר, שקיימת תעודת חיסיון על ההסדרים, אך זו לא צורפה לתגובה. עם זאת, מהאמור בתגובה למדו העותרים לראשונה, כי למעשה מדובר בתעודת חיסיון שנחתמה כבר ביום 30.3.14 (דהיינו, לפני למעלה משנה).
- העותרים למדו כי למעשה מדובר בתעודת החיסיון שנחתמה לצורך הדיון לאחר מתן צו על תנאי בבג"ץ איתן ועל פניו ההסדרים הרלוונטיים הם אותם הסדרים שנחתמו לפני למעלה משנה עם המדינות השלישיות. כאמור, במועד החתימה על התעודה, ביום 30.3.14, נועדו ההסדרים החסויים לאפשר את תכנית היעזיבה מרצון של המשיבה.
- בבג"ץ איתן, דבר קיומה של התעודה נמסר בעל פה מפי ב"כ המשיבה במהלך הדיון לאחר מתן צו על תנאי, ללא הצגת התעודה. מאחר שבג"ץ איתן לא נגע להליכי יציאה מישראל, לא דן בית המשפט הנכבד בעניין זה ואף העותרים שם לא סברו כי יש צורך בהצגת הראיות האמורות בפני בית המשפט הנכבד. ואכן, בסופו של יום התקבלה העתירה ביום 22.9.14 מבלי שבית המשפט הנכבד נדרש לחומר החסוי או לחיסיונו. דברים דומים נמסרו בעל-פה מפי ב"כ המשיבה בדיון במסגרת בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (עודו תלוי ועומד) שנוגע לתיקון חוק ההסתננות האחרון, וגם בו לא נדרשו בית המשפט הנכבד או העותרים לעניין. גם שם לא הוצגה התעודה האמורה.
- העתק תגובת המשיבה לבקשה למתן צו ביניים מצורף ומסומן ע/21.
30. הדיון בבקשה לצו ביניים בעת"מ 5126-07-15 התקיים למחרת, ביום 15.7.15. במהלך הדיון ולאחר שמיעת הערות בית המשפט, הציגה המשיבה את תעודת החיסיון בפני בית המשפט והעותרים. תעודת החיסיון נחתמה ביום כ"ח באדר ב' תשע"ד, 30.3.14, בידי ראש ממשלת ישראל, מר בנימין נתניהו, בהתאם לסעיף 44(א) לפקודת הראיות.

התעודה נחתמה על פי לשונה על מנת למנוע פגיעה ביחסי החוץ של מדינת ישראל. על פי תוכנה, מונעת התעודה מסירת שלושה סוגי פרטי מידע לבית המשפט:

א. זהות המדינות שעמן נחתמו הסדרים בנושא "מסתננים";

ב. נכונותן לסייע בעניין;

ג. ופרטי ההסדרים.

31. לדברי ב"כ המשיבה בדיון, התעודה מונעת ממנה לספק הן פרטים על ההסדרים וסעיפיהם והן פרטים על ממצאי הבדיקה שהמשיבה ערכה ממש לאחרונה אודות מצבם העדכני של מי שיצאו זה מכבר למדינות השלישיות; על אופן איסוף הממצאים ופעולות שונות שנקטו לצורך כך; ועוד. העותרים טענו, שהתעודה אינה מחסה לפי תוכנה ולפי מועד הוצאתה, פרטים הנוגעים לבדיקות שבוצעו ממש לאחרונה.

32. לאחר שמיעת הערות בית המשפט בעניין, הודיעה המשיבה כי היא יכולה לחשוף כמה פרטים אודות הבדיקה שביצעה לאחרונה. ב"כ המשיבה טענה בעל-פה כי המשיבה עוקבת אחר ביצוע ההסדרים באמצעות נציגו המיוחד של ראש הממשלה העומד בקשר עם גורמים ממשלתיים במדינות השלישיות; באמצעות מפגש שהתקיים בין שתי משלחות, שיצאו בחודש מאי 2015 לשתי המדינות השלישיות, לבין גורמים במדינות השלישיות ולבין מספר לא ידוע של אנשים שעזבו אליהן ושוהים בהן; ובאמצעות נוהל שהתקבל בחודש אפריל 2015 כדי לשמור על קשר עם המגורשים. מעבר לכך, ב"כ המשיבה הודיעה כי אינה יכולה לפרט מידע נוסף בשל תעודת החיסיון (עמ' 4-5 לפרוטוקול הדיון).

העתק פרוטוקול הדיון מיום 15.7.15 מצורף ומסומן ע/22.

33. ב"כ המשיבה הודיעה כי בכפוף להסכמת העותרים, המשיבה מוכנה להציג בפני בית המשפט את ההסדרים כמו גם פרטים הנוגעים להליך הבדיקה וממצאיו, במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

34. העותרים טענו כי מדובר במידע שהיקפו רב, השלכותיו על זכויות העותרים משמעותיות ביותר והוא מעורר שאלות מורכבות ורבות המצריכות דיון במעמד שני הצדדים. משום כך הודיעו העותרים כי אינם מסכימים להצגת ההסדרים במעמד צד אחד וכי בכוונתם להגיש בהקדם עתירה לגילוי התומר החסוי.

אשר לממצאי הבדיקות שערכה המשיבה, כמו גם האופן בו נערכו בדיקות אלו, חזרו העותרים וטענו כי אלו כלל אינם חסויים בשים לב ללשון התעודה ולמועד בו נחתמה.

כאמור לעיל, הבקשה לצו ביניים, שבה עסק הדיון ביום 15.7.15, נדחתה ביום 17.7.15. בקשת רשות ערעור הוגשה ביום 20.7.15 (בר"מ 5061/15, נדון בפני כב' השופט ע' פוגלמן). ביום 20.7.15 ניתן צו ארעי נגד השמת העותרים 1 ו-2 ו-12 במעצר והוחלט כי הבקשה מצריכה תשובה עד ליום 30.7.15. ביום 22.7.15 הורחב הצו לגבי 12 אנשים אחרים. דיון בעתירה עצמה בבית המשפט המחוזי נקבע ליום 9.9.15. המועד להגשת כתב התשובה נקבע ליום 2.9.15.

ב. חיוניות הראיות החסויות להגנה על זכויות העותרים

1. הזכות להליך הוגן – דיון במעמד שני הצדדים

35. הזכויות העומדות על הפרק בדיון בפני בית המשפט המחוזי הן זכויותיהם של העותרים 1 ו-2 ואחרים במצבם לחירות, לחיים ולשלמות הגוף. מדובר בזכויות הבסיסיות ביותר הנתונות לאדם. המהלך הנוכחי עליו הודיעה המשיבה, מחייב אותם לבחור בין מעצר אינסופי ללא משפט, לבין מעבר לרואנדה.
36. העותרים הציגו מספר ראיות מינהליות מבוססות, אמינות ועדכניות, המלמדות על כך שהתנאים שהציב היועץ המשפטי לממשלה להבטחת שלומם של המגורשים ברואנדה, לא מתקיימים בפועל. משכך, טוענים העותרים בבית המשפט המחוזי שהם נדרשים לבחור בין כליאה בישראל לבין סכנה במדינה השלישית (לרבות סכנת מעצר וגירוש למדינת מוצאם).
37. נגד ראיות אלה לא הציגה המשיבה ראיה-נגדית כלשהי אלא רק אמירות כלליות ומעורפלות שאינן נתמכות בדבר – פרט לתעודת חיסיון. תעודה זו מונעת מהעותרים להתמודד עם טענות המשיבה, להפריכן או להביא ראיות סותרות לה. משכך, לא ניתן לבחון את המצב לאשורו ולדון בטענות העובדתיות והמשפטיות המורכבות הנוגעות לתיק. במצב זה, מבקשת המשיבה להצדיק את עמדתה בלא יותר מאשר חוקת תקינות המינהל, ולפטור את עצמה מהצורך לנהל הליך תקין בו עליה להציג את ראיותיה ולהעמידן לביקורת.
38. בכך נפגעות הן יכולתם של העותרים לנהל את ההליך בעניינם והן זכותם המשפטית להליך הוגן. בית המשפט הנכבד הכיר בכך שהזכות להליך הוגן, ככל שהיא נועדה להגן על החירות ועל הכבוד, היא זכות חוקתית מוגנת. בית המשפט הנכבד אף פסל הוראת חוק שפגעה בזכויות עצורים בשל העובדה שמנעה ניהולו של הליך הוגן:
- בית המשפט העליון הכיר בזכות להליך הוגן, לפחות במרכיבים מסוימים שלה, כזכות חוקתית מוגנת ... זאת, מכוח סעיף 5 לחוק-היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם ... אכן, הזכות להליך הוגן, במרכיביה הגרעיניים, היא תנאי הכרחי להגנה על החירות. הזכות לחירות היא זכות חוקתית יסודית ... יתרה מזאת. הזכות להליך הוגן קשורה בקשר הדוק לזכות לכבוד, שכן פגיעה בהליך ההוגן "עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק היסודי" ... עולה מן האמור שהזכות להליך הוגן, במרכיביה הגרעיניים הקשורים להגנה על החירות ועל הכבוד, היא זכות חוקתית מוגנת.
- (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 11.2.10).
39. במהלך השנים התפתחה הפרקטיקה לפיה בית המשפט הדין בעתירה יכול לעיין בחומר לגביו הוצאה תעודת חיסיון, במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, בכפוף להסכמת העותרים (ר' למשל בג"ץ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד (1) 789). לפי פרקטיקה זו, חרף הוצאת תעודת החיסיון, אם המדינה מסכימה להצגת החומר שלא במעמד העותרים, והעותרים מסכימים לכך, יכול בית המשפט להיחשף לחומר ולשמש כפה ואוזניים לעותרים.
40. פרקטיקה זו אכן הפכה להיות מקובלת במהלך השנים, נוכח הקהייתה במידת מה של הפגיעה שגורמת תעודת החיסיון. עם זאת, גם פרקטיקה זו אינה מאיינת את הפגיעה בהליך ההוגן

בשיטת המשפט האדברסרית, בה לבית המשפט אין כלים שעומדים לרשות בעלי הדין (או לרשות שופטים בשיטות משפט אינקוויזיטוריות).

בשיטות משפט אדברסריות הזכות להליך הוגן כוללת, בין היתר, את הזכות לבחון את ראיות הצד שכנגד, לחקור אותן ולהשיב להן. כך למשל נכתב על זכות זו כי:

The right to a fair trial is the right without which all others are legally otiose... These include ... the unqualified minimum right to examine or have examined witnesses against [the defendant] and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses for him'.

(Sandell A. "Liberty, fairness and the UK Control Order cases: two steps forward, two steps back", **European Human Rights Law Review**, Vol 1, 2008. p. 127).

41. משום כך ניהול דיון במעמד צד אחד אינו מאיין את הפגיעה בזכות להליך הוגן. הוא אינו מאפשר לבית המשפט להשיג ראיות הסותרות את החומר שמוצג בפניו; להתחקות אחר מקור הראיות ולעמוד על טעויות שנפלו בהשגתן או בהסקת המסקנות מהן; להעלות טיעונים משפטיים בשם בעל דין הקשורים למידע המופיע בהן; ועוד. על דיון כזה נכתב בספרות כי:

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 (Jay v Boyd, 351 US 345 (1956) Douglas J. Dissenting)... 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...

(Beiderbeck J. "The Use of Secret Evidence in Immigration Proceedings: Violating the Fifth Amendment." **Immigration and Nationality Law Review**, Vol 21, 2000. pp 710-712).

ובמקום אחר נכתב כי:

...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".

("Note: Secret Evidence in the War on Terror", 118 *Harv. L. Rev* 1962, 1979-80 (2005)).

42. מסיבה זו בדיוק ביטל בית המשפט העליון בקנדה, בפרשת **Charkaoui Vs. Minister of Citizenship and Immigration** [2007] 1 SCR 350, סעיפי חוק שאפשרו לנקוט בהליכי גירוש מינהלי מבלי לאפשר למיועד לגירוש לעיין בראיות נגדו.

בית המשפט העליון הקנדי נימק ופירט, כי עיון בחומר על-ידי בית המשפט לעולם אינו תחליף להגנה שאדם יכול לספק לעצמו. בית המשפט עמד על כך, שבשיטה האדברסרית, לבית המשפט כלים מוגבלים מאד לחקר האמת, ואלו נתונים בידי הצדדים.

בית המשפט עמד על כך שיכולתו של בית המשפט לפעול בשם העותר מוגבלת למה שמוצג בפניו, ואין לו את היכולת להרחיב את התשתית העובדתית, לעמת אותה עם עובדות היצוניות לתיק, ועוד. וכלשונו של בית המשפט שם:

The judge's activity on behalf of the named person is confined to what is presented by the ministers. The judge is therefore not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring. Such scrutiny is the whole point of the principle that a person whose liberty is in jeopardy must know the case to meet. Here that principle has not merely been limited; it has been effectively gutted. How can one meet a case one does not know?

(שם, פסקה 64).

ועוד נפסק שם:

When reviewing the certificate, the judge sees all the material relied on by the government. But if the government claims confidentiality for certain material, the judge cannot share this material with the named person. The judge must make his or her decision without hearing any objections the named person might be able to make, were he or she granted access to the whole of the record. Part of the hearing may be held *in camera*, with only the judge and the government lawyers in the room. The named person is not there. His or her lawyer is not there. There is no one to speak for the person or to test the evidence put against him or her. These circumstances may give rise to a perception that the designated judge under the *IRPA* may not be entirely independent and impartial as between the state and the person named in the certificate....

(שם, פסקאות 35-37).

וכן:

The *IRPA* process at issue seeks to meet this requirement by placing material before the judge for evaluation. As a practical matter, most if not all of the material that the judge considers is produced by the government and can be vetted for reliability and sufficiency only by the judge. The normal standards used to ensure the reliability of evidence in court do not apply: s.78(j). The named person may be

shown little or none of the material relied on by the ministers and the judge, and may thus not be in a position to know or challenge the case against him or her. It follows that the judge's decision while based on the evidence before him or her, may not be based on all of the evidence available.

(שם, פיסקה 49).

וכן:

The designated judge under the *IRPA* does not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in the inquisitorial process. At the same time, the named person is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the designated judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged — perhaps unknowingly — to make the required decision based on only part of the relevant evidence. As Hugessen J. has noted, the adversarial system provides “the real warranty that the outcome of what we do is going to be fair and just” (p.384); without it, the judge may feel “a little bit like a fig leaf” (Proceedings of the March 2002 Conference, at p.385).

... The judge is not afforded the power to independently investigate all relevant facts that true inquisitorial judges enjoy. At the same time, since the named person is not given a full picture of the case to meet, the judge cannot rely on the parties to present missing evidence. The result is that, at the end of the day, one cannot be sure that the judge has been exposed to the whole factual picture.

Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the named person may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or to develop legal arguments based on the evidence. The named person is, to be sure, permitted to make legal representations. But without disclosure and full participation throughout the process, he or she may not be in a position to put forward a full legal argument.

(שם, פסקאות 50-52).

II. חינוניות הראיות בעניין הפרטני מושא העתירה

43. עד כה עמדנו על הזכות העקרונית לדין במעמד שני הצדדים ועל הפגיעה בזכות להליך הוגן נוכח תעודת החיסיון, פגיעה שלא נעלמת בשל האפשרות לקיים דיון במעמד צד אחד. כעת נבקש לעמוד על חינוניות החומר החסוי לעותרים ועל הצורך לנהל את הדיון לגביו במעמד שני הצדדים.

44. ראשית, נזכיר כי הזכויות שנדונות בבית המשפט המחוזי הן זכויותיהם של העותרים 1 ו-2 ואחרים במצבם לחירות, לחיים ולשלמות הגוף. מדובר בזכויות חוקתיות, הבסיסיות ביותר הנתונות לאדם. המשיבה מאלצת את העותרים לבחור בין השמה במעצר, לבין גירוש למדינה

שבה מקורות המידע הגלויים מלמדים על סכנה ועל הפרת התנאים שהציב היועץ המשפטי לממשלה. מדובר בפגיעה חמורה בזכויות האמורות. השמת העותרים במשמורת בשל סירובם לצאת לרואנדה אינה מוגבלת בזמן. היא אינה מותנית בניהול הליך שיפוטי בעניינם.

45. בהקשר זה נזכיר, כי מדובר במי שהמשיבה עצמה מצאה שהם זכאים להגנות בינלאומיות נוכח הסכנות הצפויות להם בארצם ומשכך אף המשיבה אינה מגרשת את העותרים 1 ו-2 לאריתריאה. מדובר במבקשי הגנה בינלאומית שנמצאו זכאים להגנה זו, שאינם חשודים בפלילים או במעורבות בטרור, ושחירותם תישלל מהם על בסיס החלטה גורפת שאינה נוגעת למאפייניהם הפרטניים.

46. כמו כן, מדובר בסוגיה החורגת מעניינם של העותרים 1 ו-2 ונוגעת למעשה לקבוצה של אנשים המוחזקים ב"חולות" והוצאו או יוצאו בעניינם צווי משמורת בשל סירובם לצאת לרואנדה. כל אלה עתידים להיפגע מהותרת החיסיון על כנו. אין מדובר בחיסיון המשליך על עניינו של אדם בודד, כי אם בסוגיה המבקשת לחרוץ את גורלם של עשרות אנשים, שלא פשעו ולא חטאו בדבר.

47. **שנית**, נזכיר כי העותרים אינם מבקשים את חשיפת המידע כך שתס. העותרים הציגו ראיות רבות הסותרות את טענות המשיבה בדבר המתרחש במדינות השלישיות. הגשת עתירה זו נובעת מחשש כן, אמיתי ומבוסס לגורל היוצאים, חשש שמשליך מטבע הדברים על הגורל הצפוי לעותרים 1 ו-2 ואחרים במצבם. חשש זה מבוסס על ראיות עדכניות ומהימנות של מספר מקורות אובייקטיביים ומקצועיים, שמסקנותיהם תומכות זו בזו. ראיות אלו מחייבות ניהול דיון עובדתי יסודי ומקיף במעמד שני הצדדים. כשם שלמשיבה נתונה היכולת להגיב לראיותיהם של העותרים, כך גם לעותרים הזכות להגיב לראיות המשיבה. נוכח התשתית העובדתית שהציגו העותרים, יש לאפשר להם לממש את זכותם להליך הוגן כדי להגן על חירותם ויש לאפשר להם לעיין בהסדרים הנוגעים לגורלם ובתוצאות הבדיקות שעל בסיסן מבקשת המשיבה לבטל את הראיות שהציגו העותרים.

48. **שלישית**, לא ניתן לנהל באופן אפקטיבי דיון כה מורכב במעמד צד אחד. החומר החסוי כולל מידע רב. הוא מורכב ממספר הסדרים, שכל אחד מהם מצריך בדיקה זהירה בפני עצמו, ובנוסף לכך לטענת המשיבה שהוא כולל גם מסקנות הליכי בדיקה שונים. אם לא די בכך, לטענת המשיבה הוא כולל את המתודולוגיה שבו נאספו הממצאים בהליכי הבדיקה האלה. כפי שעולה מן הפסיקה שהוצגה לעיל, ספק אם לבית המשפט, בכל הכבוד, הכלים לבקר חומר זה באופן יעיל ואפקטיבי כפי שיכולים העותרים.

49. המשיבה ודאי תציג בפני בית המשפט הנכבד תמונה ורודה של המתרחש במדינות השלישיות, תמונה התואמת את התוצאה המתבקשת על ידה בהליך האדברסרי. היא בוודאי תטען כי ההסדרים משקפים ערכים ראויים, וכי הבדיקה שביצעה מעלה שמצב היוצאים למדינות השלישיות הוא טוב. דווקא משום כך, חיוני שלעותרים תהיה יכולת לטעון טענות נגדיות. החומר מעורר שאלות מורכבות הן בעובדה והן במשפט, שדווקא משום האדברסריות של ההליך, אינן יכולת להתברר כולן במעמד צד אחד. הן מחייבות לאפשר לעותרים להיחשף אל החומר כדי לאפשר להם להציג הן טענות עובדתיות והן טענות משפטיות.

בין השאלות העובדתיות שמעלים החסדרים עם המדינות השלישיות, ניתן למנות כדוגמה את השאלות הבאות: האם קיימים סיכומים בכתב בין המדינות? מהו המעמד שמובטח לעותרים בכל אחת מהמדינות? מהן הזכויות שמעניק המעמד האמור בכל אחת מהמדינות? האם קיים שוני בין הזכויות במדינה האחת לבין השנייה? מהו אופק השהיה שמובטח בכל אחת מהמדינות? האם יש תנאי סף לשם קבלת המעמד שם? כיצד על היוצאים למדינות השלישיות לפעול, על מנת לקבל את המעמד והזכויות? האם נקבע מנגנון לטיפול במי שזכויותיו מופרות? האם יוכל מי שזכויותיו על-פי ההסדר הופרו, לפנות לבית משפט מקומי כדי לאכפף? כיצד יעשה כן בהעדר עותק מן ההסדר? האם נקבעו בהסדרים הליכי בקרה ופיקוח? האם קיימת סנקציה בה יכולה המשיבה לנקוט נגד המדינות השלישיות אם יפרו את התחייבויותיהן? וכיצד בכוונתה לרפא הפרת ההתחייבות ביחס לאדם שזכויותיו נפגעו?

שאלות עובדתיות נוספות מתעוררות ביחס לבדיקות שקיימה המשיבה, הן לתוצאותיהן והן לדרך ביצוען: עם כמה אנשים שותחה המשיבה בכל אחת מהמדינות? מה היה פרק הזמן הממוצע בו שהו אותם אנשים בכל אחת מהמדינות? האם מי מהם נעצר? האם הם רשאים לעבוד? מה המעמד שניתן להם בפועל? האם מי מהם ציין תלונות כלשהן על מצבו? כמה מהשיחות עם אותם אנשים התנהלו בטלפון וכמה במפגש פנים אל פנים? מה היה אופן עריכת הראיונות עם אותם אנשים? האם המשיבה ביקרה במקום המגורים של אותם אנשים? האם המשיבה שמרה עם האנשים על קשר לאורך זמן, ואם כן עם כמה מהם ולכמה זמן?

50. כל אלו – ושאלות רבות אחרות – הן שאלות שבשיטת משפט אדברסרית יש לנהל במעמד שני הצדדים. מדובר בתשתית עובדתית מורכבת, שיש לקבוע בזהירות ובדיוק רב, תוך מתן יכולת להשיג ולהציג ראיות נוספות, סותרות וחלופיות. בית המשפט אינו בעל דין. הוא נטול כלים שיש לצד להליך. הוא לא שוחח עם מי שיצאו למדינות השלישיות. הוא אינו יכול לשוחח איתם ולשמע סיפורים הפוכים. הוא אינו יכול להתחקות אחר גורלם, ובירור האמת על ידו מוגבל לאופן שבו תציג בפניו המשיבה את טענותיה. בהיעדר מידע הפוך, בית המשפט יתקשה לעמוד על טעויות שנפלו בהליך הבדיקה. הוא יתקשה להצביע על נקודות ש"יופוו" בידי מי שהוא צד להליך אדברסרי.

51. הדברים מקבלים משנה תוקף מקום בו השאלות העובדתיות מעוררות גם שאלות משפטיות מורכבות שיש לדון עליהן במעמד שני הצדדים. בין היתר ניתן למנות את השאלות הבאות: מהן הזכויות להן זכאים העותרים מכוח הדין הבינלאומי בעת העברתם למדינה אחרת? מהו הרף ההוכחתי הנדרש, ומהי רמת ההסתברות הנדרשת, לשם הוכחת סכנה באותה מדינה? מהם מנגנוני הבקרה שיש לקיים על אופן ביצועו של הסכם כזה? אילו בטוחות יש לכלול בהסכמים כאמור לשם מניעת הפרותיהם?

ואכן, ברחבי העולם אין תקדים לדיון משפטי ב"הסכם העברה למדינה שלישית" שנדון בבית המשפט במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. הסכמים מעין אלו, שחלקם אושרו וחלקם נפסלו, נדונו תמיד באופן גלוי:

באוסטרליה, בנוגע להסכם העברה למלויה (*Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship; Plaintiff M106 of 2011 v. Minister for Immigration and Citizenship* [2011] HCA 32 (August 2011)).

בקנדה, בנוגע הסכם העברה לארה"ב (*Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe v. R* [2007] F.C.J. No. 1583; 2007 FC 1262; *R v. Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe* [2008] F.C.J. No. 1002; 2008 FCA 229).

בריטניה, בנוגע להסכם העברה לאיטליה (*R (on the application of EM (Eritrea)) v. Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 12, 19.2.2014).
בבית הדין האירופי בשני הליכים שונים, האחד נוגע להחזרת מבקשי מקלט שעברו ביוון בדרכם לבלגיה, ליוון (*ECHR, Case of M.S.S. v. Belgium and Greece (Application no. 30696/09)* 21.1.2011); והשני להחזרת מבקשי מקלט בלב ים בידי איטליה ללוב (*ECHR, Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy (Application no. 27765/09)*,) 22.2.2012.

52. גם נציבות האו"ם לפליטים קבעה בהנחיותיה בנוגע להסכמים הנוגעים להעברת מבקשי מקלט למדינות שלישיות, שיש צורך בהסכם כתוב המפרש באופן ברור את חובות וזכויות הצדדים, כדלקמן:

An agreement between States for the transfer of asylum-seekers is best governed by a legally binding instrument, challengeable and enforceable in a court of law by the affected asylum-seeker. The arrangements would need to clearly stipulate the rights and obligations of each State and the rights and duties of asylum-seekers.

UNHCR, Guidance Note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers, May 2013.

53. מכל האמור עולה שגילוי הראיות לבית המשפט חיוני ביותר. בלעדיו, לא יוכלו העותרים להשיב לאמירות הכלליות שבאמצעותן המשיבה מבקשת לסתור את המידע הגלוי שהביאו העותרים. בלעדיו לא יוכל בית המשפט הנכבד להידרש לסוגיות המשפטיות המורכבות ולמצב העובדתי לאשורו. בכך תפגע יכולתם של העותרים להגן על עצמם מפני השמתם במשמורת. החיסיון מונע מהם לאסוף ראיות נגדיות, להצביע על טעויות במידע החסוי, לטעון טענות משפטיות הנובעות מהמידע החסוי, והכל כפי שמקובל בבתי המשפט ברחבי העולם.

ג. המבחן להסרת חיסיון

54. בהתאם לסעיף 44 לפקודת הראיות, המבחן לגילוי ראיה הוא האם "הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה".

55. שאלת האיזון במסגרת עתירה לגילוי ראייה מתעוררת ביחס להליכים פליליים, אזרחיים ומינהליים. בשנות ה-80 של המאה הקודמת נהוגה הייתה הבחנה בין אופן האיזון בהליכים פליליים לבין אופן האיזון בהליכים אזרחיים ומינהליים. לפי אבחנה זו, הקלה הפסיקה עם נאשם בפלילים ביחס לעותר בהליכים מינהליים: ביחס לנאשם נפסק שאם הראייה חיונית להגנתו, יש לגלותה אף אם תגרם פגיעה לביטחון המדינה או ביחסי החוץ. בהליכים אזרחיים ומינהליים, לעומת זאת, נפסק שיש לבצע איזון בין הפגיעה בתובע או בעותר, לבין הפגיעה בביטחון המדינה או ביחסי החוץ.

56. כפי שנראה להלן אבחנה זו אינה מקובלת עוד. עם זאת, לשם הזהירות, נדגיש שגם תחת אבחנה זו עמד בית המשפט הנכבד על החשיבות שבצמצום החיסיון בהליכים מינהליים ואזרחיים, כדי שבעלי דין יוכלו לנהל את ההליך בעניינם מבלי לפגוע בזכויותיהם. גם לגבי הליכים אלה, נפסק בעבר, כי בבוא בית המשפט לאזן בין עשיית הצדק לבין יחסי החוץ של המדינה, יש לוודא ש"לא יצא שכר החיסיון בהפסד זכותו היסודית של בעל דין לדיון הוגן בענייניו" וש"ככל שגילויי הראייה החסויה חיוני יותר להצגת ענייניו של בעל דין – כן יגדל הסיכוי לגילוייה; שהפתח שנפתח לשיקול דעת של בית המשפט בעניין זה – מכוון בעיקרו להבטחת הזכות לדיון הוגן" (י' קדמי, **על הראיות**, חלק שלישי (מהדורת תש"ע-2009), עמ' 1032 ו-1033). כך, למשל, נפסק כי יש –

להגביל את צווי חיסוי הראיות למינימום ההכרחי, ולחשוף לפני העותרים במידת האפשר את המידע הדרוש על מנת שיבינו מדוע הוצאו נגדם צווי הגירוש, וכדי לאפשר להם להכין את טיעוניהם הנגדיים כדבעי.

(בשג"ץ 19/86 אלשועייבי נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(3) 537, פסקה 5(ג) לפסק דינו של השופט בך).

ובמקרה אחר –

... אשר לראייה האחרת – השיחה שבה נטל חלק גם העותר – אני סבור שגילויי הראייה עלול אולי, בהסתברות מסוימת, להביא לחשיפתו של מקור מידע. אין ביטחון בכך, אך זו אפשרות... בהתמודדות זו, לדעתי, מן הצדק הוא שידו של העותר תהיה על העליונה, שכן הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף במקרה זה על הצורך שלא לגלותה.

(בג"ץ 3767/92 יוספיה נ' רבין, תק-על 392(3) 377, סעיפים 9-10).

ובמקרה אחר:

לאחר שעיינתי באותה ראייה וקיבלתי הסבר מהמוסמך למסור פרטים בטחוניים ושמעתי את באי-כוח הצדדים הגעתי למסקנה כי אכן גילוי אותה ראייה בכללותה עלול לגרום לפגיעה קשה בביטחון המדינה... אין בכך, כמובן, כדי לסתום את הגולל על העתירה. על בית המשפט לדון, כאמור לעיל, אם חרף הדברים האלה הצורך בגילוי הראייה "עדיף מן העניין שיש לא לגלותה", לשם "עשיית צדק". במקרה כזה, בסופו של יום, יסוג הצורך בשמירת ביטחון המדינה מפני עשיית הצדק.

(בשג"ץ 4807/98 ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון ובמשרד ראש הממשלה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.6.99)).

בית המשפט הנכבד עמד על כך, שגם בהליכים אזרחיים ומינהליים, מדובר בחיסיון "יחסי" בין זכויות בעל הדין לבין האינטרס המוגן תחת החיסיון, וכי יש לאזן ביניהם. בית המשפט

הנכבד עמד על כך, שבמסגרת האיזון יש להתחשב בין היתר בחיוניות הראיה למשפט ובקיומן של ראיות חלופיות:

חסיונות אלה ואחרים הם לרוב "יחסיים" ... בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ובגדריו של השיקול הקונקרטי מתחשבים, בין השאר, במידת חיוניותה של הראיה במשפט ובקיומן של ראיות חלופיות. אכן, הכלל הוא האמת והצורך בגילוייה, החיסיון הוא החריג...

(רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4), 54, סעיף 11; ור' גם י' קדמי, עמ' 888 לעיל).

57. כאמור, החלטות אלו ניתנו על רקע אבחנה שהייתה מקובלת בעבר, בין חיסיון החל על ראיה שהצגתה מתבקשת במשפט פלילי לבין חיסיון החל על ראיה שהצגתה מתבקשת במשפט מנהלי או אזרחי. אלא שבלמעלה משני העשורים שחלפו מאז, השתנתה הפסיקה בנושא. הכנסת בכובעה המכוון חוקקה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והממשלה חתמה ואשררה אמנות בינלאומיות בדבר זכויות האדם. פגיעתם של הליכים מינהליים מסוימים בזכויות יסוד הלכה והתקרבה לזו של הדין הפלילי. בהתאם, בית המשפט הנכבד קבע לאחרונה, כי האבחנה האמורה אינה מקובלת עוד:

איני מקבל את ההבחנה הדיכוטומית אותה מציעים המשיבים בין המבחנים אותם יחיל בית משפט זה על גילוי ראיות החוסות תחת תעודות חיסיון במסגרת הליכים פליליים לבין המבחנים שיחולו על ראיות אלה במסגרת הליכים מינהליים... על פי סעיף 44 לפקודת הראיות, יבחן בית המשפט האם ניתן לגלות מי מהראיות החוסות תחת תעודת החיסיון אם "הצורך לגלות לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה". האיזון בין צורכי הביטחון לבין זכויות הנפגעים מהחלטת הרשות, שלאורו תיבחן שאלת גילוי הראיות החסיות, יוכרע על פי נסיבותיו המיוחדות של כל עניין ועניין... במסגרת זאת יבחן בית המשפט, בין השאר, את חשיבותה של הזכות הנפגעת מהחלטת הרשות ואת עוצמתה של פגיעה זו. היות שהחלטות מנהליות המתקבלות על יסוד חומר חסוי עשויות לפגוע לעיתים באופן קשה בחירותו של אדם... לא ניתן לקבוע מראש כי בית המשפט יחיל מבחן מחמיר יותר על גילוי ראיות חסויות במסגרת הליכים מינהליים, בהשוואה לגילויין במסגרת הליכים פליליים.

(בשג"צ 719/12 אלאטרש נ' שר הביטחון, תק-על 2012(1), 5617 (19/03/2012); ר' גם בשג"צ 721/12 אסעיד נ' שר הביטחון, ניתן ביום 19.3.12, סעיף 5 להחלטה).

בהתאם, נפסק בנוגע לזכויותיו הדיוניות של מי שהוגדר כ"לוחם בלתי חוקי", כי יש לקרב במידה רבה בין זכויותיו שבהליך המינהלי לחשיפת מידע בין זכויותיו של נאשם בפלילים:

ברי כי יש לצמצם מגבלה זו למינימום הנדרש. "זכויות דיוניות אינן בחינת מותרות" (עניין גזאוי), ולפיכך יש לשאוף להשוות - "ככל הניתן וחרף העלות, הטרחה והמורכבות המודיעינית הכרוכה בעניין" (עניין רשק) - בין הזכויות בהליך הפלילי והזכויות בהליך המינהלי. מטעם זה, גם "יש מקום - במבט לעתיד - שהרשויות יפרשו ביתר הרחבה, בניסוח הצו, את הוראת המחוקק כי יצו כלואה יכלול את הטעמים לכלואה וזאת מבלי לפגוע בצורכי ביטחון המדינה" שבסעיף 3(א) ויינתן פירוט ככל הניתן, מעבר לאמירה הכללית כי המדובר בלוחם בלתי חוקי. זאת, כדי שהכלוא יידע מפי הרשות אל מול מה הוא מתמודד" (ע"פ 1221/06 הנוכח). לצערנו, אמירה זו (משנת 2006) לא באה דיה לידי ביטוי במקרה דנא, וחבל - כיון שהיא ממתנת את פגיעתה הקשה של חומת החיסיון הבעורה מולה עומד העצור המינהלי.

(עמ"מ 2595/09 סופי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.4.09), פסקה כ"א; והדגשות הוספו).

58. ביקורת על האבחנה בין פרוצדורה הנוגעת להליכים פליליים לבין זו שבהליכים אזרחיים הובעה גם בספרות. לעניין זה ראו גם את מאמרם של יששכר רוזן צבי וטליה פישר, "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר דין חדש לסדרי דין", משפטים לח 489 (2008), שם טוענים המחברים כי הדיכטומיה בין פרוצדורה אזרחית לפלילית אינה מוצדקת ומציעים שכללי הפרוצדורה ייקבעו כל סמך שקלול של שני שיקולים: יחסי הכוחות בין הצדדים וחומרת הסנקציה או הסעד.

59. נזכיר, כי בענייננו מבקשת המשיבה להחזיק בעותרים במשמורת ללא מגבלת זמן. מדובר בפגיעה קשה בחירות. זוהי פגיעה ודאית. זוהי פגיעה שאינה תחומה בזמן. פגיעתה נוגעת למספר אנשים, ולא לאדם בודד. בנסיבות אלה, פגיעת החיסיון בענייננו אינה נופלת מפגיעת החיסיון בהליכים פליליים ביחס לנאשם (אשר לו דווקא עומדות הגנות מכוח המשפט הפלילי, הוא אינו נושא בנטל ההוכחה ועוד). בהקשרים פליליים הדומים עד מאד לענייננו עמד בית המשפט הנכבד על כך ש"מקום שתראיה חיונית להגנה – נסוג החיסיון מפניה, יהא ה"נוק הבטחוני" כאשר יהיה" (קדמי, שם, עמ' 1027). וכלשון בית המשפט הנכבד:

נפסק כי על בית המשפט להורות על גילוי ראיה הדרושה להגנת נאשם, וזאת אף אם הפגיעה באינטרס הציבורי או בבטחון המדינה... הינה חמורה. בעניין זה ראיה העשויה לעורר ספק באשמת הנאשם, אם על ידי ביסוס טענות הגנה ואם על ידי כרסום משקלן של ראיות התביעה, הינה דרושה להגנת הנאשם.

(ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832, עמ' 838).

60. העקרונות שהותוו לעיל עולים בקנה אחד עם הפסיקה שהתפתחה מעבר לים בנוגע לחשיפת ראיות במסגרת הליך משפטי בפני מי שחירותם מוגבלת בהחלטה מינהלית.

כאמור לעיל, בית המשפט העליון הקנדי פסק כך בפרשת Charkaoui. מבחן דומה המחייב הגנה מינימאלית על הזכות להליך הוגן במסגרת הליך מינהלי, נקבע גם בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם. בפסק הדין **A. and Others v. United Kingdom**, Application no. 3455/05 (19.2.09), דן בית הדין האירופי בהיקף המידע שיש להעביר לידי עצור, המיוצג על ידי "עורך דין מיוחד" (שבניגוד לענייננו) רשאי להחשף לחומר אולם לא רשאי להעבירו לידי מרשו, וזאת בהינתן חשש ביטחוני מגילוי המידע.

בית הדין האירופי פסק, כי על מנת להתמודד עם טענות עובדתיות של הצד שכנגד, על בעל הדין לקבל לידי פרטים שיאפשרו לו לעשות כן. משכך, העברת חומר לבא כוחו של בעל דין, מבלי שהלה יכול להביאה בפני מרשו כדי שהלה יוכל להציג טענות עובדתיות סותרות, אינה נותנת מענה הולם:

The special advocate could not perform this function in any useful way unless the detainee was provided with sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions to the special advocate. While this question must be decided on a case-by-case basis, the Court observes generally that, where the evidence was to a large extent disclosed and the open material played the predominant role in the determination, it could not be said that the applicant was denied an opportunity effectively to challenge the reasonableness of the Secretary of State's belief and suspicions about

him. In other cases, even where all or most of the underlying evidence remained undisclosed, if the allegations contained in the open material were sufficiently specific, it should have been possible for the applicant to provide his representatives and the special advocate with information with which to refute them, if such information existed, without his having to know the detail or sources of the evidence which formed the basis of the allegations.

An example would be the allegation made against several of the applicants that they had attended a terrorist training camp at a stated location between stated dates; given the precise nature of the allegation, it would have been possible for the applicant to provide the special advocate with exonerating evidence, for example of an alibi or of an alternative explanation for his presence there, sufficient to permit the advocate effectively to challenge the allegation. Where, however, the open material consisted purely of general assertions and SIAC's decision to uphold the certification and maintain the detention was based solely or to a decisive degree on closed material, the procedural requirements of Article 5 § 4 would not be satisfied.

(פסי' 220 לפסק הדין).

61. הלכה זו אומצה על ידי בית הלורדים בבריטניה, שביוני 2009 החיל אותה על דיון בגילוי חומר חסוי במסגרת צווי הגבלה. בפסק הדין **Secretary of State for the Home Department v. AF and another**, [2009] UKHL 28 (10.6.09), הדגיש בית הלורדים, שגם כאשר מדובר בשלילה מוגבלת של חירות, לא ניתן לשלול את הזכות להליך הוגן, וכי טענות כלליות אינן עומדות בדרישת החליך ההוגן:

This establishes that the controlee must be given sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions in relation to those allegations. Provided that this requirement is satisfied there can be a fair trial notwithstanding that the controlee is not provided with the detail or the sources of the evidence forming the basis of the allegations. **Where, however, the open material consists purely of general assertions and the case against the controlee is based solely or to a decisive degree on closed materials the requirements of a fair trial will not be satisfied, however cogent the case based on the closed materials may be.**

(פיסקה 59 לפסק דינו של לורד פיליפס; ההדגשות הוספו – א.ב.).

ובהמשך נפסק:

The consequences of a successful terrorist attack are likely to be so appalling that there is an understandable wish to support the system that keeps those who are considered to be most dangerous out of circulation for as long as possible. But the slow creep of complacency must be resisted. **If the rule of law is to mean anything, it is in cases such as these that the court must stand by principle. It must insist that the person affected be told what is alleged against him.**

(פיסקה 84 לפסק דינו של הלורד הופ; ההדגשות הוספו – א.כ.)

ד. "פגיעה ביחסי החוץ"

62. עד כה עמדנו על חיוניות המידע החסוי לעותרים. הצבענו על הפגיעה הן ביכולתם והן בזכותם לנהל הליך הוגן בעניינם במעמד שני הצדדים. הצבענו על השלכותיה הקשות של פגיעה זו. הראינו מדוע נוכח הפגיעה האמורה, מדובר בראיות חיוניות.
63. כפי שראינו לעיל, די בכך שמדובר בראיה חיונית לעותרים כדי להביא לגילוייה. לשם הזהירות, וככל שבית המשפט הנכבד יבקש לאזן את הפגיעה הנגרמת לעותרים מול הפגיעה שתגרם לכאורה ליחסי החוץ של המדינה, יטענו העותרים שהאיוון נוטה במובהק לטובתם נוכח הנוק המועט שייגרם מגילוי הראיה בהשוואה לפגיעה האנושה בזכויותיהם.
64. ראשית, ככל שהדברים נוגעים לזחות המדינות וליישום ההסדרים עמן בפועל, מדובר במידע שידוע לציבור. אין מדובר בסוד מדינה. דבר ההסדרים פורסם, כאמור לעיל, ברואנדה, ואושר על ידי נשיאה (ע/8). הוא פורסם בחו"ל גם לגבי אוגנדה (ע/7). זחות המדינות פורסמה גם בתקשורת הישראלית. למספר כתבות בנושא שפרסמו את זחות המדינות בכלי התקשורת השונים ראו:
- גלי צה"ל, "רואנדה מאשרת: נחתם הסכם על קבלתם של מבקשי המקלט", 3.4.15. הכתבה מצורפת ומסומנת ע/23.
- גלי גינת, וואלה!, "באישור וינשטיין: החל גירוש מבקשי מקלט לרואנדה ולאוגנדה", 2.4.15. הכתבה מצורפת ומסומנת ע/24.
- חדשות 12, "רואנדה: נחתם הסכם על קבלת מבקשי מקלט מישראל", 3.4.15. הכתבה מצורפת ומסומנת ע/25.
- אילן ליאור, הארץ, "וינשטיין אישר לגרש מבקשי מקלט לרואנדה ואוגנדה; משרד החוץ: זכויותיהם יישמרו", 2.4.15. הכתבה מצורפת ומסומנת ע/26.
65. יתרה מכך: זחות המדינות נמסרה לעותרים 1 ו-2 ולכל אדם אחר שהתבקש לצאת למדינה השלישית, בטרם יציאתו. גם מצבם של המגיעים למדינות השלישיות ידוע: חלק מהאנשים שעוזבים למדינות השלישיות שומרים על קשר עם חבריהם ובני משפחותיהם שנותרו מאחר. הם משוחחים עם ארגונים מקומיים ובינלאומיים. הם מספרים להם על מקום הימצאם ועל קורותיהם. מצבם ידוע ומפורסם בדו"חות של ארגונים.
66. למעשה, מדובר במידע שהוא גלוי לכל – רק לא לבית המשפט בו נדונה חוקיות המהלך(!). מדובר במידע שחשיפתו לא תגרור לגילוי סודות, ועם זאת היא תאפשר דיון פתוח בטענות המשיבה בנושא.
67. בית המשפט הנכבד עמד בעבר על כך, שמקום שבו הסרת החיסיון מובילה להסגרת מידע שאינו עוד "סוד מוחלט", יהיה לדבר משקל בעת קבלת החלטתו לטובת גילוי הראיה:

... ככל שמדובר בשיחה הטלפונית, אין בגילוייה דבר העלול לסכן את ביטחון המדינה. גילוייה אינו מגלה מקור מידע ואילו ציטות לשיחות טלפון אינו מחדש את שאינו ידוע לגבי שיטות איסוף חומר על ידי שירותי הביטחון.

(בג"ץ 3767/92 יוספיה נ' רבין, תק-על 377 (3) 377, סעיף 9)

ובמקום אחר:

הפגיעה בשיטות הפעולה של שירות הביטחון מגילוי הראיה, אינה נראית לי חמורה דיה כדי למנוע את גילוי הראיה. במידה מסוימת, וכעולה מן הראיה עצמה, שיטות אלו אינן עוד בבחינת "סוד מוחלט בחלט"...

(בש"פ 697/96 עמיר נ' פרס, תק-על 649 (1) 96, סעיף 3)

68. **שנית**, המונח "פגיעה ביחסי חוץ" הוא מונח רחב מאד, הן מבחינת עוצמת הפגיעה ביחסי החוץ והן מבחינת ודאות הפגיעה. הגם שלא ספק פגיעה ביחסי חוץ היא פגיעה, במסגרת מערך האיזונים יש לבחון האם מדובר בפגיעה קשה ביחסי החוץ או בפגיעה קלת ערך; האם למשל מדובר בפגיעה שעלולה לגרום פגיעה בבטחון או החרבת יחסים דיפלומטיים עם ידידותיה הטובות של מדינת ישראל, או שמדובר בפגיעה שעלולה להביא אך לצינון יחסים עם מדינה פלוגית.

בהעדר מידע אודות הפגיעה הנטענת בענייננו, אין העותרים יכולים להתייחס למהותה. על פניו הפגיעה הנטענת אינה ביחסי החוץ אלא בעיקר בקידום המהלך הנתקף עצמו, דהיינו, קידום יציאתם של העותרים 1 ו-2 ואחרים במצבם למדינות השלישיות. ככל שהפגיעה העיקרית שתגרם מתשיפת המידע תהיה הכשלת המהלך, אזי, ראוי המהלך ככל שיהיה, אין מדובר בפגיעה ביחסי החוץ או בבטחון המדינה, שרק בגינן ניתן להצדיק חיסיון (או לכל הפחות, מדובר בפגיעה שולית ונלווית, שאינה מצדיקה את הותרת החיסיון על כנו).

כמו כן, ככל שמטרת החיסיון היא להגן על מדינת ישראל או על המדינות השלישיות מפני חשיפת מעשים המנוגדים לדין הבינלאומי או לחוקי המדינה עצמה, הרי שאין זה ראוי לכלול שיקול זה תחת המונח "יחסי חוץ". לעניין האופן בו מעצבים דיני זכויות האדם תחומי משפט אחרים, ר' למשל ע"א 11152/04 פרדו נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, ניתן ביום 16.10.06 (שם פסק השופט ריבלין שבשל תקנת הציבור ועקרונות המשפט הישראלי, לא ניתן לפסוק תשלום לשירותי ליווי כראש נזק) וכן ע"א 10064/02 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' רים אבו חנא, ניתן ביום 27.9.05 (שם נפסק כי לעקרון השוויון תחולה בדיני הנזיקין והוא משפיע על אופן חישוב הפסד השתכרות עתידי).

69. **שלישית**, ובהמשך לאמור לעיל, אם תתקבל העתירה לגילוי הראיה והמשיבה עדיין תסבור שתגרם פגיעה קשה מאד ביחסי החוץ של מדינת ישראל, עדיין תעמוד לה האפשרות שלא למסור את הראיות, הגם שבמחיר של קבלת העתירה נגדה בבית המשפט המחוזי.

ענייננו אינו הליך חופש מידע. הסעד המבוקש בעתירה אינו פרסום המידע החסוי בציבור, כי אם גילוי בפני בית המשפט המחוזי במסגרת הליך בו מבקשת המשיבה לבסס את טענותיה. ההסדרים החסויים עמדו בעינם זה למעלה משנה ולא התבקש בעניינם כל סעד. משהפכו להיות כפויים והוגשה עתירה בעניין, נכנסו ההסדרים לעולם הראיות. למשיבה שליטה מלאה

על ראיותיה, גלויות או חסויות, וגם אם תתקבל העתירה לגילוי הראיה, עדיין תוכל להימנע מגילוי ראיותיה ובכך להימנע מהפגיעה הנטענת ביחסי החוץ.

70. אמנם, יתכן שבכך יהיה כדי להביא לקבלת העתירה בבית המשפט המחוזי. אלא שכך בדיוק קורה כאשר נאלצת התביעה הפלילית לבטל כתב אישום עקב הסרת חסיון: אם מתברר כי מדובר בראיה חיונית (או לכל הפחות, אם מתברר כי הפגיעה בעותרים גדולה מהפגיעה ביחסי החוץ), אזי ראויה ככל שתהיה ההחלטה המינהלית, ביטולה לא יוביל לפגיעה בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה והחיסיון יסוג מפני הזכות להליך הוגן.

71. יכולתה של המשיבה לבחור לחזור בה מהחלטתה ובכך להימנע מפגיעה ביחסי החוץ או בבטחון המדינה, היוותה שיקול מרכזי בפסיקה ביחס להסרת חיסיון. כך למשל, הקלה הפסיקה יותר עם נאשם בקשר להליכים פליליים מאשר עם תובע בקשר להליכים אזרחיים שהמדינה אינה צד להם, בדיוק מאחר שבהליך אזרחי כזה אין למדינה יכולת לשלוט על ההליך ועל הראיות המוצגות בו:

אין חולק שגם במסגרתו של הליך כזה [הליך אזרחי] יש תחולה להוראות סעיפים 44 ו-45... אך קיים שוני בין עמדת המדינה המסתמכת על חיסיון במשפט פלילי לבין הסתמכותה עליו בהליך אזרחי. בהליך הראשון עומדת למדינה הברירה... תחזור בה מן האישום. כך תוכל להגן על האינטרס שבאי גילוי הראיה. במשפט אזרחי, בו אין המדינה צד, אין בידה בחירה כזו.

(בש"פ 723/97 בנזימן נ' שר הבטחון, פ"ד נא(1) 370, ס' 9 להחלטה).

72. בענייננו המשיבה היא צד להליך והיא יכולה לשלוט על גילוי הראיות באופן מלא. ההחלטה המינהלית עליה מבקשת המשיבה להגן נוגעת למדיניות ההגירה שלה והיא לא נועדה כשלעצמה להגן מפני פגיעה ביחסי החוץ או בבטחון המדינה. ענייננו שונה למשל ממקרה בו מוגבלת חירותו של אדם מטעמי בטחון, אז הסרת חיסיון תאלץ את המשיבה לבחור בין שתי חלופות שבהן ייפגע בטחון המדינה (האחת בשל גילוי הראיה בהליך, השנייה בשל חזרה בה מההחלטה המינהלית שנועדה להגן בעצמה על הביטחון).

לעומת זאת, בעניינים דומים לענייננו, נפסק כי:

כאשר בית-המשפט מעדיף את שיקול הצדק לנאשם על פני השיקול של ביטחון המדינה, הוא מודע לכך, ואף מייחס משקל לכך, שעדיין אין בכך כדי לגרום פגיעה בביטחון המדינה. שהרי, כאמור, עדיין התביעה רשאית לחזור בה מן האישום (או להסכים לקבלת הערעור, לפי העניין), ובדרך זאת להשאיר את הראיות חסויות, כפי שהן כיום, ולמנוע את הפגיעה הצפויה בביטחון המדינה.

(ע"פ 5114/97 סלימאני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 721, עמ' 727).

ובמקום אחר נפסק כי:

אין לנו כאן אך התנגשות בין אינטרס הציבור בביטחון לבין אינטרס הפרט שלא להיות מורשע. עניין לנו גם במתח פנימי באינטרס הציבורי עצמו, אשר מחד גיסא מבקש לשמור ולקיים ביטחון ומאידך גיסא מבקש לשמור ולקיים הליך פלילי הוגן. במתח פנימי זה הכרעת המחוקק ברורה: הגינות או ביטחון - הגינות עדיפה. על יסוד הכרעה זו עשויה התביעה הכללית לסגור את התיק, שכן לאישה של ביטחון או הגינות - ביטחון עדיף. התוצאה המתקבלת הינה ביטחון והגינות גם יחד.

(בש"פ 1924/93 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 766, 770-771).

73. כאמור, יתכן שהמשיבה סבורה שהחלטתה המינהלית בהקשר של מדיניות ההגירה שלה היא ראויה. יתכן כי המשיבה סבורה, שראוי להחזיק במשמורת עד אין קץ אנשים הזכאים להגנות בינלאומיות (והשווה בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, ניתן ביום 16.9.13; בג"ץ איתן). אולם, כפי שנעשה במקרה שבו התביעה הפלילית סבורה שכתב האישום שהגישה נגד פלוני הוא מוצדק, אם מדובר בראיה חיונית, זכותו של בעל דין להליך הוגן גוברת על אינטרסים אלו. כדי לקדם את מדיניותה תוכל המשיבה להמשיך ולתור אחר הסכמים עם מדינות שלישיות, שיהיו חשופים לבעלי הדין. ואולם, מדיניותה לא יכולה לגבור על זכותם של העותרים להליך הוגן כשעל הפרק עומדת זכותם לחירות.

ה. מן הכלל אל הפרט

74. נוכח כל האמור לעיל, יבקשו העותרים כי בית המשפט הנכבד יעיין בחומר ויורה על חשיפתו, כולו או חלקו, בהתאם לאמור להלן:

I. גילוי חומר שכלל אינו חוסה תחת תעודת החיסיון

75. ראשית, יבקשו העותרים להורות על גילוי כל ראיה שכלל אינה חוסה תחת התעודה, והדברים אמורים במיוחד לגבי תוצאות הבדיקות שקיימה המשיבה לאחרונה ואופן עריכתן.

76. נזכיר, כי התעודה נחתמה לפני למעלה משנה. חלק ניכר מהחומר שהמשיבה טוענת שחסוי תחתה, הצטבר זמן רב לאחר שזו נחתמה הוא כלל לא עמד לנגד עיני ראש הממשלה, שעה שהפעיל את סמכותו לפי סעיף 44 לפקודה. על פניו, המשיבה כלל לא הפעילה שיקול דעת מינהלי תקין, כפי שהיה עליה לעשות בטרם הודיעה לבית המשפט המחוזי כי מדובר בחומר חסוי (לעניין הפעלת שיקול דעתו של ראש הממשלה, ר' ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832, עמ' 839: "על שר, החותם על תעודת חיסיון, מוטלת חובה לבחון אם אמנם דרוש החיסיון למען שמירת האינטרס הציבורי או ביטחון המדינה").

77. יתרה מכך: לפי לשונה, התעודה חלה רק על חומר שיסגיר את זהות המדינות; את נכונותן לסייע; ואת ההסדרים עמן. הא ותו לא. היא אינה יכולה להסתיר מפני בית המשפט ראיות שלא מגלות דבר מאלו. לשם הדוגמה, ככל שקיים דו"ח אצל המשיבה ממנו עולה כי היא שוחחה עם חמישה אנשים, שניים מהם נעצרו ואחרים קיבלו מעמד המקנה להם זכויות לאורך זמן – כיצד מידע זה מסגיר משהו מן המידע החסוי?

נזכיר עוד, שהמשיבה יכולה להציג את תוצאות הבדיקות תוך הסתרת שמות המדינות (כפי שעשתה כשהגישה לבית המשפט המחוזי את פרטי השימוע שנערך לעותר 1, אז מתקה את שם המדינה שנמסרה לו כמדינת היעד – נספח ע/5). ככל שבחומר מצויים פרטי מידע שניתן להציג לבית המשפט (בין משום שאינם חסויים מלכתחילה, ובין משום שיש להורות על הסרת החיסיון – על כך ראו בהמשך), ניתן לגלות את הראיה תוך טשטוש החלקים החסויים.

78. העותרים יבקשו להדגיש בהקשר זה, שגם הצגה חלקית של החומר תתרום ליכולתם להתמודד עם טענות המשיבה ולהגן על זכויותיהם, ואכן במקרים רבים הורה בית המשפט הנכבד למשיבים לגלות חלקים מן המידע המבוקש (ר' למשל בג"ץ 672/87 עתמאללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708, סעיף 6; עמ"מ 1/88 אגבריה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 840,

בסעיף 3; בג"ץ 22/89 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(2) 221, סעיף 6; בג"ץ 1361/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה פ"ד מה(3) 444, בעמ' 452-453.

II. גילוי חומר לאחר איזון בין צרכי הביטחון לזכויות העותר

79. אשר לחומר החוסה תחת תעודת החיסיון, יש לבחון האם מדובר בחומר שיכול לסייע לעותרים. העותרים עמדו לעיל על חיוניות החומר לשם קביעת התשתית העובדתית המלאה בתיק, בשים לב לראיות שהביאו למתרחש במדינות השלישיות, וכן לצורך בטיעון טיעונים משפטיים הנובעים מהתשתית העובדתית. הם הראו כי הפגיעה בזכויותיהם, בהיעדר החומר, תהיה אנושה.

80. כפי שראינו לעיל, די בכך, כדי להצדיק את נסיגת החיסיון מפני זכויות העותרים. אולם לשם הזהירות, נזכיר כי הפגיעה הנטענת ביחסי החוץ תהיה קלה בהרבה. מדובר במידע שאינו מצוי בלעדית בידי המשיבה והוא אינו בגדר "סוד גלוי" – למרבה האירוניה, הוא נשאר בגדר סוד רק בין כתלי בית המשפט. על פניו, מטרת החיסיון אינה להבטיח את יחסי החוץ חתקנים של מדינת ישראל עם מדינות אחרות, כי אם לקדם את מדיניות ההגירה של המשיבה, שראויה ככל שתהיה, אינה שיקול של יחסי חוץ. ממילא, המשיבה יכולה, גם במקרה הקיצון, להימנע מהצגת הראיות בדיוק כפי שעושה התביעה הפלילית.

81. נוכח כל האמור לעיל, הרי שמן הצדק לגלות את הראיות, כולן או חלקן, בפני בית המשפט המחוזי במעמד שני הצדדים.

סיכום

82. במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי, הציגו העותרים 1 ו-2 ראיות מבוססות ועדכניות, המעידות על הצפוי להם ולאחרים במצבם במדינות השלישיות. הם תראו כי הם יהיו חשופים למעצרים, הם יהיו נטולי מעמד, לא תהיה להם גישה לשוק העבודה והם יהיו חשופים לגירוש. משום כך טוענים העותרים שסירובם לצאת למדינות השלישיות הוא מוצדק.

83. המשיבה מבקשת לבטל את טענותיהם ולטעון כי למעשה מדובר במהלך בטוח המקנה להם זכויות רבות, לרבות מעמד ועבודה, וכל זאת ללא ראייה כלשהי – לא לגבי המגיע להם מכוח ההסדרים ולא לגבי מה שקורה בפועל. את טענותיה מבקשת המשיבה לתמוך בדף אחד ויחיד, תעודת חיסיון בת יותר משנה, שהוצאה בכלל לצורך הליך אחר ואינה חלה על פי לשונה על מידע רב המצוי בידה.

84. מכוח תעודה זו, מבקשת המשיבה לטעון כי העותרים הם "סרבנים" ש"אינם משתפים פעולה" ודינם – מעצר ללא מגבלת זמן.

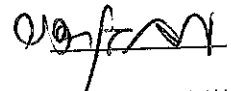
85. מדובר בפגיעה אנושה בזכותם של העותרים 1 ו-2, ואנשים אחרים במצבם, להליך הוגן, וכפועל יוצא, גם בפגיעה אנושה ללא הגבלת זמן בחירותם. המשיבה מבקשת להצדיק פגיעה זו במונח העמום "יחסי חוץ", אך נראה שבנסיבות העניין משתמשת המשיבה במונח זה כדי לכסות על אינטרס אחר – לא הגנה על יחסי החוץ של מדינת ישראל, אלא קידום המהלך של

רשות האוכלוסין וההגירה. המשיבה מבקשת לחתיר בסוד את מה שמחוץ לכותלי בית המשפט אינו סוד ולא יכול להיות סוד.

86. למעלה מכך: המשיבה מבקשת להטיל איפול גם לגבי תוצאות בדיקות שבוצעו ממש לאחרונה, שלא עמדו לעיני ראש הממשלה בעת חתימתו על התעודה, שלא הופעל לגביהם שיקול דעת האם יש להוציא חיסיון אם לאו ושממילא אינם נוגעים לנושאים עליהם חלה תעודת החיסיון לפי לשונה.

87. בשים לב למבחנים שנקבעו בבית משפט נכבד זה, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על הצגת כל חומר שאינו חסוי, בפני בית המשפט המחוזי במעמד העותרים; וכן על הסרת החיסיון, כולו או חלקו, מעל החומר החסוי, ככל שהוא נוגע לזכויות העותרים במדינות השלישיות.


אלעד כהנא, עו"ד


ענת בן דור, עו"ד