



מצד אחד ומצד אחד: בעקבות בג"ץ 5546/16 בית גאה בבאר שבע נ' מפקד המחוז הדרומי משטרת ישראל

רועי פלד*

“For injustice, it is plain, and cannot be denied, that we hear but the one part: whereas the rule ‘audi alteram partem,’ is not of the formality, but of the essence of justice” (Francis Bacon).¹

שופטים, כידוע, אינם טוענים טענות. הם קובעים קביעות (לפחות ככל שהדבר אמור בפסיקותיהם). יש משהו מאגי בקביעותיה של שופטת. הן מעין כוח עליון. העותר, הסניגור, העד – כל אלה יכולים לטעון שהשמש מאירה ביום ומוסתרת מיושבי הארץ בלילה. שופט יכול לקבוע שההיפך הוא הנכון. מבחינה משפטית-מעשית, קביעתו תעמוד לפחות עד שתשונה בערעור או במצוות המחוקק. “לא משום שלעולם איננו טועים ניתנה לנו זכות המלה האחרונה” קבע שופט בית המשפט העליון של ארצות-הברית רוברט ג'קסון (Jackson Robert H.), אלא ש“לעולם איננו טועים משום שניתנה לנו זכות המלה האחרונה.”²

אבל שופטים טועים. גם אם לעולם אינם טועים מבחינה משפטית, בעולם האמתי, זה המתנהל על פי חוקי הפיסיקה והביולוגיה, הם טועים. מן הידועות היא, לכל משפטן או אדם בר-דעת, לכל מי שחוה את מערכת המשפט או שבחשבו עליה מפעיל היגיון וניסיון חיים חברתי.

ההתמודדות עם טעויות של שופטים היא אחת הסיבות לקיומם של סדרי דין (יודגש שאנו עוסקים בטעויות תמימות הנובעות מחולשות אנוש מוכרות, ולא בטעויות במזיד, שהן נדירות במערכות משפט של מדינות מתוקנות). כפי שכותב דודי שוורץ, סדרי הדין

* מרצה למשפטים בבית-הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי – המכללה למנהל. חבר הנהלת התנועה לחופש המידע. המחבר מבקש להודות לעו"ד דן יקר, היועץ המשפטי של האגודה לזכויות האזרח, על הערותיו המועילות.

¹ THE WORKS OF FRANCIS BACON Vol. II: PARASCEVE AD HISTORIAM NATURALEM ET EXPERIMENTALEM; DE AUGMENTIS SCIENTARUM, 197 (Robert Leslie Ellis & Douglas Denon Heath eds., 1841)

² “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final” *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).



חבורת סוד: על מעמד צד אחד

נולדו "מטבע ברייתם [...] למנוע את שרירות ליבו [...] של השופט".³ הגמשה של עיקרים בסדרי הדין היא לעתים נחוצה, אבל מגדילה את האפשרות לעיוותים בתוצאת ההליך, ומצריכה אמון מוגבר ביושבים בדין. אחד העיקרים החשובים בסדרי הדין האלה, הוא הרעיון שלפיו אין מכריעים בדין מבלי שנשמעו שני הצדדים, העיקרון המוכר בלטינית כ'*Audi alteram partem*'.

אמון מוגבר שכזה תבעו לעצמם השופטים בעת הדיון בעתירת "בית גאה בבאר שבע", עמותה אשר קיבלה היתר מהמשטרה לקיים "מצעד גאוה" בעיר, אך מסלול המצעד שביקשה לקיים לא אושר על ידי המשטרה. עתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח בשמה נגד סירוב המשטרה לאפשר קיום מצעד במסלול המבוקש נדחתה על ידי בג"ץ, שהציע בעצמו מסלול חלופי.⁴ בית המשפט ביסס את החלטתו על טענות הצדדים, וכן על עיון בחומר מודיעיני חסוי שהוצג לו על ידי המשטרה במעמד צד אחד, שבעקבותיו הציגו השופטים שאלות לנציגי המשטרה.⁵

דיונים במעמד צד אחד בעתירות בעניינים ציבוריים אינם חיזיון נדיר במקומותינו. כל מי שהגיע לבית המשפט לדיונים בנושאים שיש בהם רגישות ביטחונית נתקל בסיטואציה. נציגי המדינה פונים לשופטים ומבקשים להציג חומרים במעמד צד אחד. השופטים מבקשים את הסכמת באי כוח העותרים, ואלה מצדם, ברוב הגדול של המקרים, מסכימים לכך.⁶ הם מסכימים לכך בין היתר כיוון שהתנגדות עלולה להיות מוחזקת נגדם כאשר יבואו השופטים להכריע בעתירה. הדברים נאמרו מפורשות על ידי בית המשפט העליון.⁷

מספר דברי חקיקה בישראל מסדירים את קיומם של דיונים במעמד צד אחד.⁸ מדובר בהסדרים ממוקדים שנועדו לענות על מקרים שבהם עשויה להיות דחיפות רבה לקיום

³ דודי שוורץ סדר דין אורחי – חידושים, תהליכים ומגמות 61–62 (2007).

⁴ בג"ץ 5546/16 בית גאה בבאר שבע נ' מפקד המחוז הדרומי משטרת ישראל (פורסם בנבו, 13.7.2016).

⁵ שם, בס' 5.

⁶ הדברים נכתבים על סמך התרשמות אישית מתוך מעקב אחר בקשות לקיום דיונים במעמד צד אחד בעתירות ציבוריות. למחבר ידוע על מקרה אחד מהשנים האחרונות, שבו עותר התנגד לבקשה שכזו מצד המדינה. לאחר שהשופטים החליטו ברוב קולות לעיין בחומר שנטען כחסוי, החליט העותר למשוך את עתירתו.

⁷ ראו, למשל, בהקשר של עתירת עצירים מנהליים נגד דיון במעמד צד אחד: "זכותו של העותר היא שלא לתת הסכמתו לפרוצדורה זו, אך במקרה כזה יקשה עליו להניע את בית המשפט לקבוע, כי החלטת המשיב ניתנה ללא תשתית ראייתית מספקת" בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542 (1989).

⁸ אלה כוללים בין היתר את ס' 13⁶⁹ לחוק ההוצאה לפועל התשכ"ז–1967; ס' 238א(ז) לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה–1965; ס' 6(5א) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב–2002, וס' 2(ג)2 ו-2א(ד) לחוק חסינות חברי הכנסת חובותיהם וזכויותיהם, התשי"א–1951.



הדיון (למשל: לצורך עיכוב ביצוע צו הריסה או הוצאת צו למניעת הטרדה מאיימת), עלולה להתקיים פגיעה בפרטיות (למשל: גילוי מידע מטעם המדינה על כספי חייב) או מטעמים של בטחון המדינה.

עתירתה של עמותת בית גאה בבאר שבע לא חסתה תחת אף אחת מהקטגוריות שלמענן יצר המחוקק הסדרים לקיום דיונים במעמד צד אחד, אלא שבתי המשפט אינם רואים בדברי החקיקה האמורים "הסדר שלילי". למרות שקיום דיון במעמד צד אחד חורג באופן קיצוני מאחד מסדרי הדין החשובים ביותר כנוצר לעיל, בית המשפט רואה בחריגה זו, ככל הנראה, חלק מסמכותו הטבועה בניהול הדיון, שאינה מצריכה הסדרה בחוק.

טענתי לעיל שקיום דיון במעמד צד אחד דורש מן הצד המוצא מהדיון לתלות את יבואו ואת אמונו בשופטים. השופטים תובעים אמון זה, כאמור מבלי שלצד המוצא מן הדיון יש אפשרות של ממש להתנגד לכך. לכאורה, השופטים מודעים לבעייתיות הדרישה ולנטל שהיא מטילה עליהם. הנשיאה בדימוס דורית ביניש קבעה כי בעת דיון בראיות חסויות במעמד צד אחד "מוטלת על בית-המשפט חובה לנהוג במשנה-זהירות ולבחון את החומר החסוי המוגש לו במשקפיו של העצור, שאינו נחשף לחומר ואינו יכול לטעון נגדו".⁹ השופטת אילה פרוקצ'יה פסקה כי על בית המשפט "להיות לעצור 'לפה' מקום שהוא אינו נחשף לחומר נגדו ואינו יכול להתגונן".¹⁰

המחשבה שהשופטים מסוגלים לעשות זאת דורשת אמון לא רק בכוונותיהם הטובות והכנות של השופטים, אמון שהם בדרך כלל ראוים לו, אלא גם ביכולות שהן על אנושיות. מאחר ששופטים הם בני אנוש, מדובר ביכולות שאין להם. אכן, שופטת מקצועית ומנוסה יכולה במהלך דיון במעמד צד אחד להקשות על נציגי המדינה ולהטיל ספק בדבריהם, אולם היא אינה יכולה להיות פה לצד אחר שמתדיין בפניה. היא אינה יכולה לבוא בנעליו של בא כוחו של צד שהוצא מן האולם, אשר (יש לקוות) מכיר את הטענות והטיעונים של לקוחותיו כפי שאף אחד מלבדו אינו מכיר, ושמצוי בחומר המקצועי ובמידע רלוונטי מעבר לזה שהוגש לבית המשפט, יותר מכל אחד אחר. השופט המתיימר לשמש פה לצד שאינו משתתף בדיון, נמצא לעתים קרובות בעמדת נחיתות מול נציגי המדינה. מבלי שעורכי הדין שהוצאו מן האולם ישמשו לידו, יציגו התנגדויות למידע המוצג בפניו או הצעות לראותו באור ובהקשר אחרים, יכולתו להתמודד עם טענות המדינה מוגבלת. יתרה מכך, מטבע הדברים השופטת היושבת בדין מגבשת עמדה במהלך הדיון בתיק. היא אינה מחויבת לעותרים כפי שבאי כוחם מחויבים

⁹ ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, פס' 43 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008).

¹⁰ שם.



חבורת סוד : על מעמד צד אחד

להם (או למדינה כפי שבאי כוחה מחויבים לה). אולם מטבע הדברים, היא מפתחת לאט ובהדרגתיות מחויבות לעמדתה שלה. במצב זה גם בחינת הראיות שיוצגו והעדויות שיישמעו במעמד צד אחד, נעשית מנקודת מבט מסוימת שאינה נקודת מבטו של הצד החסר בדיון. יודגש שוב, אין המדובר בהתמסרות מרצון לעמדת המדינה. מדובר בהטיות אנושיות בסיסיות ידועות, מוכרות ומוכחות. שופטים, יש להניח, יודעים להתמודד אתן טוב מרבים שמקצועם אינו שיפוט, אולם הם אינם חסינים מהן. שופט הוא אדם.¹¹

למיטב ידיעתי לא נערך עד כה מחקר של ממש על תוצאותיהם של דיונים במעמד צד אחד בישראל. יש צורך במחקר שכזה. התרשמתי הבלתי-אמצעית היא, כי רק לעתים רחוקות עומדים השופטים בקסם של היותם שותפי סוד ונותרים אדישים למידע שהוצג בפניהם. בחיפושם שערכתי, ללא ספק באופן שאינו מספק כדי להגיע למסקנה מדעית אלא לצורך התרשמות בלבד, לא הצלחתי למצוא בפסיקה הישראלית ולו מקרה אחד, שבו קבעו שופטים לאחר דיון במעמד צד אחד (שלא במסגרת דברי החקיקה הספציפיים המסדירים זאת) שלא הייתה הצדקה לבקשת המדינה לקיים דיון ללא נוכחות הצד שכנגד. קל וחומר שלא נתקלתי במקרה שבו לאחר דיון במעמד צד אחד, חייבו השופטים את המדינה להציג את אותו מידע שסברה שיש לראותו כחסוי לצד האחר. לעתים, נדירות יש לציין, בית המשפט מציג את עיקרי המידע החסוי בפרפראזה. ההנחה כאמור דורשת מחקר נוסף, אולם התרשמות ראשונית זו מעוררת חשש שהמדינה משיגה קרוב למאה אחוזי הסכמה מצד השופטים בנוגע לטענות החיסיון שלה. אם אכן כך הדבר, אחוזים אלה על פניהם, נראים למצער מטרידים.

הדיון במעמד צד אחד לא רק נעדר את השאלות הקשות שבאי כוח הצד שכנגד היו עשויים להציג במסגרתו. פרופ' ריצ'רד פוזנר עומד על כך שדיון כזה נעדר גם מרכיב חשוב לא פחות – מרכיב ההרתעה.¹² בדיון ללא נוכחות באי כוח הצד שמנגד, יכולים נציגי המדינה לחוש חופשיים מהמבוכה שעלולה להתעורר אם דברים לא מדויקים שיציגו לשופטים יועמדו על דיוקם. החשש שהם ייתקלו במבוכה עקב הצגת מידע חסר, נמוג. אם כן, איננו נדרשים רק לתת אמוננו בשופטים שיהיו לפה לצד שהוצא מן הדיון, אלא גם בנציגי המדינה. אלה צריכים להתעלות לרמת מלאכים, ולהטיל על עצמם את כל

¹¹ בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, פס" 24 לפסק דינו של השופט חשין (1995).

¹² "The significance of cross-examination is often misunderstood, and its social value consequently underappreciated, because of failure to consider the deterrent effect of the right of cross-examination". Richard Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 Stanford L. Rev. 1477, 1490 (1999)



אותן מגבלות חיצוניות שנובעות מנוכחות הצד שמנגד באולם. עורכי דין במשפט נתונים בקרב. למרות הביטויים הנעימים והחשובים שלפיהם הם "עומדים לרשותו של בית המשפט" ואין הם אלא משרתיו, הם בדרך כלל להוטים לנצח בקרב שהם נתונים בו. הציפייה שלא ינצלו את היתרונות הנובעים מהמסגרת האינטימית עם המותב היא למצער תמימה. שמטילים סדרי הדין הרגילים על צדדים מתדיינים, מתוך הכרה בחולשות האנוש של עורכי הדין הלהוטים לנצח בקרב שהם נתונים בו, גם אם יצהירו בכנות מלאה שאין הם נתונים בקרב ואין הם אלא עומדים לרשות בית המשפט כשרתיו. קיומם של דיונים במעמד צד אחד אינו תופעה ישראלית ייחודית. דמוקרטיה רבות מאפשרות דיונים כאלה, והדבר הפך נפוץ במיוחד מאז אירועי ה-9/11 ו"המלחמה הגלובלית בטרור". עם זאת, נדמה שהשילוב בין שכיחות התופעה להיעדר כל הסדרה חוקית שלה (במקרים שבהם מדובר בחיבור זה), היא ייחודית לישראל.

בית המשפט האירופי (General Court) בערכאתו הראשונה (זו הכפופה לבית המשפט האירופי לצדק – European Court of Justice) הוסיף לכלליו בשנת 2015 הסדר לקיום דיונים במעמד צד אחד. סעיף 105(8) לכללים מאפשר לצד המתדיין להציג בפני בית המשפט ראיות חסויות. ראשית, חשוב לציין שעד להוספת סעיף זה לכללים, האפשרות להציג ראיות במעמד צד אחד כלל לא הייתה קיימת בבית המשפט. כלומר, בררת המחדל המוסכמת הייתה, שבהיעדר הוראה חוקית בעניין, אין כל אפשרות להוציא צד להליך מדיון בעניינו. שנית, ההסדר קובע הליך מפורט שנועד להבטיח שימוש מוערי בכלי האמור, תוך ביקורת מרבית על השימוש בו. הסעיף מאפשר דיון בראיות במעמד צד אחד רק לאחר שתקציר לא חסוי של המידע החסוי יועבר לצד השני, לאחר שבית המשפט קבע שמדובר במידע שהוא אכן חיוני להליך; ולבסוף, בהכרעתו עליו להביא בחשבון את העובדה שלצד השני לא ניתנה הזדמנות להגיב למידע האמור.¹³ בישראל מתקיים למעשה רק הרכיב השלישי מבין אלה, מכוח ההלכה הפסוקה. אולי לא למותר לציין שגם תיקון זה עורר וממשיך לעורר ביקורת רבה באירופה.¹⁴

למרות שעיקר הדיון האקדמי סביב דיונים "במעמד צד אחד" מתקיים בנוגע להליכים פליליים נגד חשודים בפעילות טרור, הפתרונות המוצעים בו רלוונטיים גם לדיונו. פרופ' דפנה ברק-ארז ופרופ' מתי'ו ווקסמן (Mathew Waxman) מזהים

¹³ לדיון מפורט ראו LAUREANDA ISABELLA ODANI, THE TREATMENT OF CLASSIFIED INFORMATION BEFORE THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE 64–69 (2015).

¹⁴ שם, בעמ' 68. ראו גם Didier Bigo, Sergio Carrera, Nicholas Hernanz & Amandine Scherrer, National Security and Secret Evidence in Legislation and before the Courts: Exploring the Challenges, CEPS Papers in Liberty and Security (2015) http://aei.pitt.edu/59754/1/No_78_National_Security_and_Secret_Evidence.pdf



חבורת סוד : על מעמד צד אחד

שלושה מודלים בעולם שמבקשים להציע איזון בין האינטרסים הביטחוניים של המדינה, המבקשת שלא לחשוף ראיות (ועדים מסוימים) בבית המשפט, לבין הזכויות הדיוניות של הצדדים להליך.¹⁵ הראשון הוא גילוי עיקרי החומרים החסויים (המכונה במשפט הישראלי "פרפראזה"); השני, ייצוג של הצד המוצא מן הדיון באמצעות עורכי דין אחרים הנושאים את הסיווג הביטחוני המתאים ואינם באי כוחו בהליך, אולם יכולים לייצג את עמדתו בדיון ממנו הוצאו הוא ובאי כוחו; השלישי הוא הביקורת השיפוטית הרגילה, הנהוגה גם בישראל. כפי שניכר מסעיף 105 לכללי בית המשפט האירופי, גם ביקורת שיפוטית שכזו ניתן להפעיל באופן מובנה יותר מהנהוג בישראל, וזו, בתורה, עשויה להביא לביקורת אפקטיבית יותר על טענות החיסיון.

בחיבור קצר זה אין בכוונתי לחלוק על כך שלעתים עשוי להתעורר צורך בדיון במעמד צד אחד. איני חולק על כך. ארבע מטרות ביקשתי להשיג: הראשונה, להגביר את המודעות לבעייתיות שבתופעה ולהתחיל לנסח את נזקיה; השנייה, לעורר מודעות לצורך במחקר מעמיק יותר של התופעה, שחסרים נתונים הן באשר להיקפה, הן באשר לקלות (או לקושי) שבה היא מתפשטת והן באשר להשפעותיה על תוצאות ההליכים; השלישית, להצביע על שכיחותה המטרידה במשפט הישראלי ועל זליגתה (הבלתי-נמנעת) אל מעבר לתחום הביטחון הלאומי; ולבסוף, להצביע על הבעייתיות בהיעדר הסדרה חוקית של הליך בעייתי כשלעצמו. מציאות שבה המדינה, אשר ברצותה מכל סיבה שהיא, יכולה לפגוע באחד מסדרי הדין החשובים והמהותיים ביותר, ללא דיון של ממש וללא ביקורת אפקטיבית מצד בתי המשפט על בקשות אלה (שהן בפועל החלטות ולא בקשות), היא כתם על מערכת המשפט הישראלית.

Mathew C. Waxman & Daphne Barak-Erez, *Secret Evidence and the Due Process of* ¹⁵
Terrorist Detentions, 48 COLUM. J. TRANS. L. 3 (2009)