



5 בפברואר 2012

לכבוד

מר רז נזרי

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי)

משרד המשפטים

שלום רב,

### הנדון: תזכיר חוק חסיון חומר מודיעיני (תיקוני חקיקה), התשע"ב-2011

1. אנו מתכבדים להגיש את עיקר הערותינו לתזכיר החוק שבנדון. נדגיש, כי אנו מבקשים, בשלב זה, להתמקד בעיקר בהשלכות התיקון המוצע על ההליך הפלילי וזאת, בין היתר, לאור העובדה, כי יש כוונה להחריג את ההליכים המנהליים מתחולת התיקון, כפי שעולה מדברי ההסבר לתזכיר. עם זאת יודגש, כי חלק מהערותינו – ובכלל זה אלה הנוגעות לבעייתיות שביתור על החובה לבחון בכל מקרה פרטני את הצורך בחיסיון לשם הגנה על אינטרס ציבורי חשוב, ולבעייתיות שבהגדרה הרחבה של חומר מודיעיני – יפות אף להליכים אזרחיים.
2. תזכיר החוק יפגע באופן חמור ובלתי מידתי בזכויות יסוד חוקתיות ובמיוחד בזכותו של נאשם להליך פלילי הוגן – תוך יצירת סכנה מוגברת לעיוותי דין והרשעות שווא. טמונה בו קריסה של מנגנוני האיזונים והבלמים הקיימים כיום בפני השימוש בסמכות החיסיון הראייתי, והיא מבטלת הלכות מוצקות שנקבעו בפסיקה בעניין זה. תזכיר החוק מבטל כליל חלק ממנגנוני הביקורת שנועדו להבטיח את מידתיות הפגיעה הטמונה בחיסוי המידע. לאור זאת, התזכיר אינו עומד במבחן החוקתיות.
3. החלטה לסווג מידע, הרלוונטי להליך משפטי שמתנהל כחסוי, היא החלטה מרחיקת לכת, בעלת פוטנציאל אדיר לפגיעה בזכויות האדם. כדי להבטיח שימוש מידתי וראוי בסמכות זו, קיימים כיום מספר מנגנוני ריסון על הפעלת הסמכות, ובין היתר: החובה של רשויות החקירה והתביעה לבחון בכל מקרה ומקרה אם חשיפת הראיה עלולה לפגוע באינטרס הציבורי, ואת הצורך בשמירת החיסיון לעומת הרלוונטיות של הראיה לאישום; מנגנון תעודות החיסיון המחייב קבלת אישור השר לכל חומר שמבקשים להסתיר; הסיכון העומד בפני התביעה כי עתירה לגילוי ראיה תוביל את בית המשפט להורות על גילוייה ותעמיד את התביעה בפני הצורך לבחור בין גילוי הראיה לבין ביטול האישום. תזכיר החוק מכרסם במנגנונים אלה, ואף מבטל חלקם כליל.

4. אין עוררין על כך שהגנה על מערך המודיעין של המשטרה ועל יכולתו לפעול ביעילות הם אינטרסים לגיטימיים וראויים ביותר, אלא שאין בכך כדי להצדיק הטלתו של חיסיון גורף על "חומר מודיעיני" ככלל, המוגדר בתזכיר החוק באופן נרחב ביותר.

5. בנוסף, לתזכיר החוק מחיר חברתי קשה המתווסף על הפגיעה באינטרס הפרטני של הנאשם לנהל את הגנתו: "גילוי מידע לציבור, באין ודאות קרובה לפגיעה חמורה וממשית בביטחון המדינה, אמור להיות חלק ממטענו של המשפט הציבורי בישראל" (זאב סגל, הזכות לדעת באור חופש המידע, לשכת עורכי הדין, 2000, עמ' 241). תזכיר החוק אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של משטר דמוקרטי, "שאינו מכיר בזכות מוחלטת של השלטון למנוע כל גילוי על דרכי פעולתו" (שם). התפיסה המונחת ביסוד תזכיר החוק, לפיה יש להטיל חיסיון אוטומטי בדין על מערך המודיעין של המשטרה – ללא כל צורך לבחון באופן פרטני אם גילוי המידע הספציפי אכן עלול לפגוע באינטרס ציבורי ספציפי חיוני - משקפת כרסום מסוכן של עקרון הפומביות.

6. יש לזכור בהקשר זה, כי דווקא מערך המודיעין של המשטרה מושתת על השימוש בסמכויות רגישות, הטמונות במקרים רבים בפגיעה בזכויות אדם – כגון הזכות לפרטיות. השתרשות התפיסה, לפיה יש להטיל חיסיון אפריורי גורף על פעילות מודיעינית, עלולה להביא עם הזמן למניעת קיומה של בקרה ציבורית על התנהלות המשטרה – בקרה שהינה חיונית כדי למנוע שימוש בלתי מרוסן ובלתי מידתי באמצעים פוגעניים באכיפת החוק.

7. לא שוכנענו, כי קיים צורך חברתי לוחץ, המצדיק יצירת מנגנון פוגעני מהסוג המוצע בתזכיר החוק. לאור הפוטנציאל הגדול לפגיעה בזכויות האדם והמחיר החברתי הטמון בתזכיר החוק, נדרשים נימוקים כבדי משקל כדי להצדיק את המנגנון המוצע. צידוקים כאלה אינם בנמצא. בהקשר זה יודגש, כי ככל שקיים צורך כנטען בהצעה, לאפשר הטלת חיסיון במקרים, אשר אינם מכוסים על ידי החוק היום – אין להשיג מטרה זו על ידי החלת חיסיון גורף ואוטומטי.

בטרם נפרוס את הערותינו בהרחבה, להלן הפגמים העיקריים שמצאנו בתזכיר החוק:

8. **חיסיון מוחלט על "זהות מקור מידע או שיטות פעולה, אמצעים ואופן ביצוע פעולות איסוף מידע" וחסימת כל אפשרות להסרת החיסיון**, כשהמידע אינו "חיוני להגנת הנאשם", וזאת אף אם בית המשפט מוצא, כי מידת התועלת להגנת הנאשם עולה על האינטרס שלא לגלותה. משמעות קביעה חמורה זו היא שהתביעה תוכל להמשיך בהליכים פליליים נגד אדם, לאחר שבית המשפט מצא, כי המידע החסוי עשוי לסייע לו וכי הצורך בגילוי המידע עולה על הצורך בחיסיון. יש בכך משום פגיעה חמורה בזכותו של נאשם להליך פלילי הוגן, העלולה להביא לעיוותי דין ואף להרשעת חפים מפשע.

9. **העדר צורך לבחון, עוד טרם בחינת הצורך בגילוי המידע לשם עשיית צדק, אם החיסיון אכן נדרש כדי למנוע פגיעה באינטרס הציבורי הגלום בחשיפת החומר**. מעבר לעקרון היסוד הדמוקרטי, שצורך זה משקף – שהטלת חיסיון בידי הרשויות איננה אמורה להיות אוטומטית, אלא כפופה לקביעה פרטנית בדבר קיומם של טעמים חזקים המחייבים זאת – הרי שהוא גם מהווה נדבך חשוב בשמירת הזכות להליך הוגן במקרה הספציפי. זאת, משום שבמקרים רבים לא ניתן לדעת מראש

כיצד מידע זה או אחר יתרום או יועיל להגנת הנאשם. זכותו של נאשם לקבל את מלוא חומר החקירה – מלבד אותו מידע לגביו נקבע באופן ספציפי, שמניעת גילוי דרושה באופן הכרחי כדי למנוע פגיעה קשה באינטרס ציבורי חיוני (והעובר לאחר מכן גם את מבחן הצורך בגילוי) – מהווה ערובה חיונית להליך פלילי הוגן. יש לזכור בהקשר זה את פערי הכוחות העצומים הקיימים בין הצדדים להליך הפלילי – בו ניצבת המדינה, על רשויותיה ומשאביה, אל מול האזרח. הזכות הרחבה של הנאשם לקבל את מלוא חומר החקירה, העשוי להיות רלוונטי לאישום נגדו, נועדה לרכך חוסר שוויון מובנה זה ולהוות משקל נגד מגבלות מחמירות נוספות המוטלות עליו, כגון האיסור על יצירת קשר עם עדי התביעה.

10. הגדרה רחבה, מעורפלת ומעגלית של "חומר מודיעיני" כמפורט להלן.

להלן הערותינו לתזכיר החוק:

#### ביטול הצורך בבחינת הפגיעה ב"אינטרס ציבורי" – הסדר בלתי מידתי:

11. תזכיר החוק קובע, בפועל, חזקה חלוטה לפיה בכל "חומר מודיעיני" טמונה סכנה לאינטרס הציבורי, מבלי שנדרשת בדיקה פרטנית של כל פריט מידע כדי לקבוע האם אכן הוא משקף חשש כלשהו לפגיעה באינטרס הציבורי (סעיף 2ב). בכך, התזכיר פוגע באופן קשה במבחן המידתיות – שכן הוא מטיל חיסיון באופן גורף על מידע מודיעיני, מבלי שנבדק הצורך הספציפי בחיסיון והשאלה, אם ניתן להשיג את תכלית החיסיון בדרך שפגיעתה פחותה.

12. תזכיר החוק משנה לחלוטין את עקרון היסוד לפיו סטייה מעקרון גילוי המידע מחייב עמידה במבחן מחמיר של פגיעה חמורה/ממשית באינטרס הציבורי. שהרי לא בכל פיסה של "חומר מודיעיני" מתקיים "פוטנציאל ממשי לפגיעה בפעולתו של מערך המודיעין" (דברי ההסבר לתזכיר), וגם כאשר הוא מתקיים, עוצמתו והסתברות התרחשות הפגיעה משתנות בהתאם לנסיבות. כך, לדוגמה, בע"א 2629/98 השר לביטחון פנים נ' וולפא, פ"ד נו(1) 786 (2002) נקבע, כי חיסוי זהותם של מודיעים הוא אכן אינטרס ציבורי חשוב שנועד להגן על שלומו וביטחונו של מודיע וכן לעודד מסירת מידע לרשויות. אלא שאין לוותר מראש על הצורך להוכיח בכל מקרה ומקרה כי חשיפת המידע תפגע באינטרס הציבורי: "כדי שיהא ניתן לבחון את משקלם של האינטרסים הללו שומה על המדינה לנמק את ההחלטה שלא לחשוף את זהות המודיע. עליה להצביע על העובדות המלמדות כי האינטרס הציבורי עשוי להיפגע אם יימסרו פרטים לגבי זהות המודיע." (עמ' 795).

13. בפקודת מטא"ר 14.01.04 "תעודות חיסיון- הכללים וההנחיות להגשת בקשה" (להלן- "פקודת מטא"ר") נקבע, כי בקשה לתעודת חיסיון תוגש רק במקרים בהם קיים חשש ממשי לפגיעה בעניין ציבורי חשוב שהוא אחד מאלה: סיכון שלומו של אדם; פגיעה בפעילות של המשטרה בעתיד; פגיעה בהמשך שיתוף הפעולה בין המשטרה לבין אנשים מן הציבור או בין המשטרה לבין גופים ציבוריים אחרים בארץ ובעולם; פגיעה בעניין ציבורי חשוב אחר, שקבע שר. עניינו הרואות, כי כבר כיום המטרות שמבקש תזכיר החוק להשיג (פגיעה בתפקודו ובהשגת מטרותיו של מערך המודיעין

כתוצאה מצירוף פיסות מידע בתיקים שונים) יכולות להיות מושגות תוך בחינה פרטנית של פוטנציאל הפגיעה בתכלית זו.

14. הויתור על הצורך לבחון האם הראיה אכן פוגעת באינטרס ציבורי חל, על פי התזכיר, גם על שלב הביקורת השיפוטית על ההחלטה. כיום, נדרש בית המשפט לבחון בשלב הראשון האם החיסיון שהוטל על הראיה אכן משרת "אינטרס ציבורי חשוב", שאם לא כן, על בית המשפט להורות על הסרתו כבר בשלב מקדמי זה, ועוד בטרם יעבור לביצוע איזון האינטרסים (ע"פ 889/96 מאזריב נ' מדינת ישראל, נא (1) 433, 462 (1997) (להלן- "עניין מאזריב")).

15. ראוי להזכיר, כי אפילו כאשר מדובר בזכות עיון כללית בחומר חקירה (שאינה של הנאשם), נקבע מבחן מחמיר ופרטני למניעת העיון. כך, נקבע בהנחיית פרקליטת המדינה לרשויות אכיפת החוק, כי "ככלל, קיימת לאזרח זכות לעיין במסמכים המוחזקים בידי הרשויות אם יש לו עניין לגיטימי שבגיננו מתבקש העיון וכל עוד אין בכך פגיעה קשה באינטרס לגיטימי אחר." (הנחיית פרקליטת המדינה, דורית ביניש, "בקשות מצד גורמים שונים לעיין בחומר חקירה שבתיקי המשטרה" הנחיות פרקליט המדינה 15.11 (1994)).

16. מהפסיקה עולה, כי אפילו במקרים בהם הזיקה בין החומר לבין השאלות שבמחלוקת במשפט רופפת, יש לשקול את מידת הפגיעה בזכויותיהם של אחרים ובערכים שונים שבאינטרס ציבורי חיוני הצפויה מהצגתו לעיון (בש"פ 6022/96 מדינת ישראל נ' מזור, פ"ד נ(3) 686 (1996); בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' גד זאבי (15.9.2005) (להלן- "עניין גד זאבי")).

17. נוסף על הויתור על הצורך בבחינת הפגיעה באינטרס הציבורי, שהינו חיוני לעמידה במבחן המידתיות הצר, תזכיר החוק משחרר את רשויות האכיפה מהחובה לעמוד במבחן המידתיות האחרים. כיום, נדרשות הרשויות לבחון האם אין דרך אחרת, מלבד הוצאת החיסיון, למנוע את הפגיעה בעניין הציבורי החשוב (כגון דיון בדלתיים סגורות, העדת עד בתחפושת או מאחורי פרגוד וכו'). בנוסף, הן נדרשות לצמצם את החיסיון למינימום האפשרי (פקודת מטא"ר, עמ' 8). השלבים הללו הינם קריטיים להבטחת מידתיות הפגיעה בזכויות ולמניעת פגיעה בלתי חוקתית בזכויות הנאשם.

#### צמצום זכות העיון של הנאשם ב"חומר חקירה":

18. בפועל, ההסדר המוצע בתזכיר החוק מצמצם אפריורית את היקף החומר שיועבר לעיון הנאשם במסגרת "חומר החקירה". הפסיקה הגדירה באופן רחב מאד את תחומו של "חומר החקירה" והוא כולל כל חומר שהינו רלוונטי לאישום, ובכלל זה כל חומר מודיעיני שהנו רלוונטי (ע"פ 400/84 מדינת ישראל נ' אנגיל, פ"ד מ(3) 481, 486 (1986); בש"פ 1372/96 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 177, 181-182 (1996) (להלן- "עניין דרעי")). לעומת זאת, לפי המבחן הקבוע בתזכיר החוק (סעיף ג2), כאשר מדובר בחומר מודיעיני, רק במקרה בו מדובר ב"ראיה חיונית להגנת נאשם" יוסר החיסיון (לגבי האיזון הנערך במקרה שבו הראיה עשויה "להועיל להגנת נאשם" ראו בהמשך).

19. ההסדר המעוגן בתזכיר משנה לחלוטין את עקרון היסוד לפיו הנאשם זכאי לקבל מהתביעה כל מסמך שהוא בגדר "חומר חקירה" שהינו "כל חומר שקשור באופן ישיר או עקיף לאישום ונוגע ליריעה הנפרסת במהלך האישום הפלילי" (בש"פ 9322/99 מסראוויה נ' מדינת ישראל, פד"י נד(1) 376, 381 (2000)). **מבחן הרלוונטיות** מיושם בפסיקה בהרחבה על מנת לממש את התכלית הטמונה בזכות העיון- ניהול הגנת הנאשם תוך הכרת חומר החקירה כדי להבטיח משפט הוגן. לפיכך, נכללו בגדרו של המושג "חומר חקירה" גם ראיות השייכות "לפריפריה" של האישום (בג"צ 233/85 א'ל הווייל נ' משטרת ישראל, פד"י לט(4) 124, 129 (1985); בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל פד"י נד(3) 625, 632-3 (2000)).

20. בכלל זה נקבע, כי "הכתרת חומר שהושג במסגרתה של חקירה בכותרת "חומר מודיעיני" ... איננה מוציאה חומר זה מגדר "חומר חקירה" (עניין דרעי, עמ' 182).

21. לעומת זאת, תזכיר החוק הופך עקרון זה וקובע, כי לעניין "חומר מודיעיני", זכות העיון של הנאשם מוגבלת רק למקרים בהם החומר **חיוני להגנתו (או בכפוף לסייגים שונים, מועיל להגנתו)**.

22. על התפיסה השערורייתית של תזכיר החוק את היקף זכות העיון של הנאשם ניתן ללמוד מהדוגמה המובאת בדברי ההסבר לתזכיר החוק לפיה "באישום באונס, אם יריעת המחלוקת מתמקדת רק בשאלת ההסכמה, ככלל, חומר מודיעיני לפיו הנאשם נראה במקום אחר, לא ייחשב חיוני להגנת הנאשם, ואף לא יהי בו כדי להועיל להגנתו". **היעלה על הדעת לא לאפשר לנאשם לעיין בחומר חקירה אשר עשוי להוכיח את חפותו?** דוגמה זו צובעת את כל תזכיר החוק כולו בצבעים בלתי חוקתיים ומעידה על תפיסה צרה מנשוא של היקף ההגנה שיש להעניק לזכותו של נאשם לנהל את הגנתו.

23. בהקשר זה יש לזכור, כי הקפדה מדוקדקת על זכותו של נאשם לעיין בכל חומר החקירה, העשוי להיות רלוונטי לאישום, חשובה במיוחד נוכח המגבלות הייחודיות האחרות, המוטלות על נאשמים במסגרת החוק הישראלי – ובכלל זה האיסור הגורף על מגע עם עדי תביעה. במצב דברים זה, כאשר הנאשם תלוי באופן כמעט מוחלט במאמציה החקירתיים של המשטרה, צמצום זכותו לעיין בחומר שנאסף על ידה עלול לרוקן את יכולתו להתגונן באופן סביר.

#### **הגדרת "חומר מודיעיני" (סעיף 2א' לתזכיר):**

24. הגדרת "חומר מודיעיני" בתזכיר החוק הנה רחבה ביותר, מעורפלת ונותנת מרחב בלתי מוגבל לשיקול דעת בהחלטה על החומר שנכנס לתחולתו של ה"חומר המודיעיני". הליך סיווגו של החומר הינו שלב קריטי בעל השלכות כבדות משקל על זכויותיו של הנאשם להליך הוגן. למרות זאת, התזכיר מטיל על גורם בלתי ברור את הסמכות להכריע על פי שיקול דעתו מהן הראיות **שיש בהן כדי לגלות** (כך על פי ההגדרה בסעיף 2ב' לתזכיר) "מידע שנמסר על ידי מקור מידע, מידע בדבר זהותו של מקור מידע, מידע בדבר שיטות פעולה, אמצעים ואופן ביצוע פעולות איסוף מידע על ידי רשות מודיעין או מידע אחר שיש בו כדי לחשוף מידע כאמור". השילוב בין ההגדרה הרחבה ל"חומר מודיעיני" לבין צמצומו של המידע הנמסר ב"רשימת החומר", כפי שיוסבר להלן, ובנוסף הויתור על

מנגנוני הביקורת על הוצאת תעודת החיסיון, פותחים פתח רחב ובלתי מידתי לפגיעה בזכויות הנאשם לקבל לידי את חומר החקירה הרלוונטי.

25. להגדרה הרחבה של "חומר מודיעיני" מצטרפת ההגדרה הבעייתית ל"מקור מידע". השילוב בין שתי ההגדרות מביא לכך שחומר מודיעיני חל על כל מידע שאדם מסר לרשות מודיעין "והמידע לא נועד להיחשף". הגדרה זו הינה מעורפלת ומעגלית, והיא פותחת פתח עצום להרחבת יריעת החומר המסווג. כך, לא ברור מיהו הגורם הקובע שמידע מסוים "לא נועד להיחשף"? ומהם הקריטריונים להגדרת מידע ככזה? אין כל הצדקה להחליף את המבחן האובייקטיבי, המתמקד בשאלת הפגיעה באינטרס הציבורי קונקרטי שבחשיפת המידע, במבחן ערטילאי ועמום מסוג זה.

**חיסיון מוחלט על "זהות מקור מידע או שיטות פעולה, אמצעים ואופן ביצוע פעולות איסוף מידע" (סעיפים ד' ו' לתזכיר):**

26. תזכיר החוק קובע, כי אף אם התביעה או בית המשפט השתכנעו כי ראיה מסוימת, שאינה חיונית להגנת הנאשם, עשויה להועיל להגנתו במידה העולה על האינטרס שלא לגלותה, **לא יוסר החיסיון** אם "הגילוי עלול לחשוף זהותו של מקור מידע או לגלות שיטות פעולה, אמצעים ואופן ביצוע פעולות איסוף מידע על ידי רשות מודיעין".

27. מסעיף זה עולה, בעצם, כי **קיים חיסיון מוחלט על כל חומר מודיעיני שאינו חיוני להגנת הנאשם, למעט מידע שנמסר על ידי מקור מידע** (על כל יתר המרכיבים בהגדרת "חומר מודיעיני" חל חיסיון שאינו ניתן להסרה על פי סעיפים ד' ו'). התזכיר קובע, כי אפילו לבית המשפט אין סמכות להסיר את החיסיון בנסיבות אלה. קביעה זו משקפת פגיעה קשה ביותר ומהפכה של ממש בזכות העיון של הנאשם, כפי שהתבססה בפסיקה:

**כידוע, כלל הבסיס לעניין זה הוא כי במקום בו יש בחומר הראיות החסוי מידע אשר יכול לשמש לקידום הגנתו של הנאשם, יגברו שיקולי הצדק בעניינו של הנאשם על שיקולי הביטחון המצדיקים את הטלת החיסיון, ובמידה שהמאשימה מעדיפה שלא לחשוף את חומר הראיות יכולה היא למשוך את כתב האישום (בש"פ 8050/11 עידו בן נעים אנוכי נ' מדינת ישראל (8.12.2011) (ההדגשה הוספה)).**

28. כיום, נדרשים התביעה ובית המשפט לבצע איזון בין האינטרס הציבורי לבין התועלת של הראיה לנאשם, ולהכריע על פי העדיפות היחסית. כך, לדוגמה, נקבע בפקודת מטא"ר בעניין זה, כי בקשה לתעודת חיסיון, כאשר הראיה אינה חיונית להגנת הנאשם, תוגש אך ורק אם הנוק שייגרם מגילוי הראיה עולה על הצורך לגלותה לשם עשיית הצדק (סעיף 4 א. (1), בעמ' 8 לפקודה).

29. באיזון שבין האינטרס הציבורי לשיקולי הצדק נקבע, כי "החשיבות שהחוק מייחס לאינטרס הציבורי, ואינטרס הביטחון בכלל זה, הינה משנית לשיקולי הצדק במבט חברתי הכולל ובמבט ענייני של הפרט" (4857/05 פחימה נ' מדינת ישראל (15.7.2005)). לאור זאת, הפסיקה קבעה, כי

ראיה חיונית להגנת הנאשם תגבר בכל מקרה על האינטרס הציבורי וראיה שעשויה להועיל להגנת הנאשם במידה רבה יותר מהפגיעה באינטרס הציבורי, בהכרח תיחשף בפני הנאשם.

30. כך הגדיר בית המשפט העליון בעניין ליבני את תפקיד בית המשפט באיזון שבין האינטרס הציבורי או הביטחוני לבין זכויות הנאשם:

"לעתים הראיה אינה כה חיונית, אך היא עדיין בעלת משמעות מסוימת. לעתים עשויה הראיה להשתלב במערך הראיות הכללי, ובסופו של דבר עשוי שיהיה לה משקל מסוים בהרשעת הנאשם או בזיכוי. היא עשויה להשפיע בצורה מסוימת על מהימנות הנאשם או העדים. היא עשויה לשמש תמיכה לראיות אחרות ולשמש מנוף לקיומה של חקירה נגדית ראויה. היא עשויה להסיר ספק או ליצור ספק. אכן, המשפט הפלילי הוא מערכת מורכבת ורגישה של נתונים עובדתיים רבים, אשר לכל אחד מהם משקל מסוים בבניין כולו. במצב דברים זה יש לבחון את חשיבותה היחסית של אותה ראיה, תוך מתן משקל לראיה, בהתייחס לקשת האפשרויות שבין חשיבות אפסית לבין חיוניות מרובה. משנקבע משקל זה, יש להשוותו למשקלה הביטחוני של הראיה בחשיפתה. **אם הראשון עולה על השני, יש לצוות על גילוי.**" (ב"ש 838/84 מנחם ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 738 (1984) (להלן- "עניין ליבני")).

31. במידה ובית המשפט קובע, כי יש לגלות את הראיה, עומדת בפני התביעה האפשרות להמשיך בהליך הפלילי או לחזור בה מכתב האישום על מנת שלא לחשוף את הראיה החסויה. בכל מקרה, אין התביעה מוסמכת לנהל את המשפט מבלי להעביר את החומר (בש"פ 6642/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (2.12.2011)).

32. לעומת זאת, **תזכיר החוק משנה מן היסוד את המאזן הקיים בין זכויות הנאשם לאינטרסים ציבוריים.** תזכיר החוק מעמיד את האינטרס הציבורי שבמניעת חשיפת זהותו של מקור או שיטות פעולה מעל זכויותיו החוקתיות של הנאשם למשפט הוגן. **זאת, אף מבלי לחייב את הרשויות או בית המשפט לבחון, אם גילוי זהות המקור או שיטות החקירה במקרה הספציפי, אכן עלול לפגוע באינטרס ציבורי חשוב כלשהו!**

33. נדמה, שיש מקום להזכיר מושכלות יסוד בדבר מעמדה החוקתי של הזכות למשפט הוגן. זכותו הבסיסית של הנאשם לעיין בחומר החקירה הקשור לאישומים המיוחסים לו נגזרת מזכותו של הנאשם לחירות ולהגנה ראויה במשפטו (ע"פ 1152/91 אסמעיל סיקסיק נ' מדינת ישראל, פ"מ מו(5) 8, 21-22 (1992) (להלן- "עניין סיקסיק"); עניין גד זאבי, פסקה 10; עניין עלי מוחמד, פסקה 7). יפים לענייננו דבריה של השופטת דורנר בדנ"פ 2316/95 מדינת ישראל נ' גנימאת, מט (4) 589, 645 (1995): "לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי... במשטרנו הדמוקרטי, שבו מוכרת חירות הפרט כזכות יסוד, מוותרת החברה על מקצת מן ההגנה האפשרית על שלום הציבור".



**היתור על הבחינה המשולשת :**

34. בשל הפוטנציאל לפגיעה בזכויות הנאשם כתוצאה מחיסיון ראיות, נקבעה בחוק מסגרת פרוצדוראלית, הכוללת ביקורת משולשת על-ידי המוציא את תעודת החיסיון, התביעה ולאחריה בית-המשפט עצמו :

"כדי להבטיח שלא תיפגע זכותו של נאשם להתגונן במשפטו, קבע המחוקק "ביקורת משולשת", שנועדה להבטיח כי ראיה תישאר חסויה רק אם בפועל היא איננה תורמת באופן מהותי לעשיית צדק ולחשיפת האמת. הבדיקה הראשונה נעשית בידי הגורם המוסמך להוציא את תעודת החיסיון, המחויב לבחון אם החיסיון נדרש לצורך שמירת האינטרס הציבורי או ביטחון המדינה. הבדיקה השנייה נעשית בידי גורמי התביעה, המופקדים על בדיקת הצורך בחיסיון, והצורך בחומר להגנת הנאשם. בית המשפט הוא הגורם השלישי הבוחן סוגיה זו (יעקב קדמי, על הראיות, חלק שני 884 (2003); ע"פ 4765/98 אבו-סעדה נ' מדינת ישראל, פד"י נג(1) 832, 839 (1999))." (בש"פ 83/08 פלוני נ' מדינת ישראל (16.6.2008)).

35. תזכיר החוק מבקש לוותר לחלוטין על שלב האישור של השר, ומצמצם באופן ניכר את תפקידם של התביעה ובית המשפט בביקורת על החיסיון. כישלונה של מערכת הביקורת המשולשת על ראיות חסויות שהתגלתה בע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832 (1999) (להלן- "עניין אבו סעדה"), מבהיר את חשיבותה של ביקורת משולשת קפדנית אף יותר מזו הקיימת כיום.

36. **אישור השר :** אישור השר אינו מסתכם בעניין טכני או פורמאלי בלבד, אלא שלהוצאת תעודת חיסיון על ידי השר אמורה להיות משמעות מהותית. הליך זה אמור להבטיח שהחלטת התביעה לעניין הגדרתו של החומר כחסוי נבחנה בידי גורם מוסמך בכיר. לאור הפגיעה הקשה בזכות יסוד חוקתית, לא די באישור של גורם בתוך מערכת התביעה אלא נדרשת בקרה של גורם "חיצוני".

37. למרות החשש כי מעורבות השר בקביעת החיסיון אינה משמשת ערובה מספיקה בפועל למניעת חיסיון יתר - וזאת במיוחד נוכח הכמות הגדולה של תעודות החיסיון המוצאות מדי שנה, וודאי וודאי שאין בחשש זה כדי להצדיק ביטול כליל של גורם ביקורת זה. חשש זה אמור דווקא להצדיק הידוק הביקורת של השר על הוצאת תעודות החיסיון.

38. על פי תזכיר החוק לא זו בלבד שלא ברור מיהו הגורם הממייין את החומר בשלב הראשוני ומקבל את ההחלטות על סיווג החומר כ"חומר מודיעיני", אלא שיש וויתור מוחלט על הצורך בבדיקתו של גורם "חיצוני" לדיון, אשר אינו מושפע מאינטרסים הנוגעים לתיק הקונקרטי העומד בפניו. מבלי להטיל ספק במקצועיות החלטת התביעה לגבי קיומה של ראיה חיונית להגנת הנאשם, אין לוותר על מעורבותו של גורם בכיר וחיצוני בהליך הביקורת על החיסיון.



39. בפס"ד בעניין אבו סעדה הדגיש השופט קדמי את חשיבות המעורבות של גורם חיצוני לתביעה לאור העובדה **"שמעורבות בעניין העיקרי מקהה את החושים בקשר להערכת חשיבותו של מידע חסוי להגנה, וראיה לכך בעובדה, שבחינת המידע החסוי בעיניים "זרות" לדיון העיקרי – מצדו של פרקליט מהלשכה הראשית של פרקליטות המדינה – הביאה במקרה דנא לחשיפת התקלה."** (עמ' 842)(ההדגשה הוספה).

40. **ביקורת התביעה**: תפקיד התביעה כיום הוא לבדוק את הצורך בחיסיון אל מול חשיבות הראיות להגנת הנאשם ולבחון את שיקול הדעת של הרשות החוקרת במיון החומר. לעומת זאת, על פי תזכיר החוק, תפקיד התביעה מוגבל לבדיקת שאלת "חיוניות" הראיה להגנת הנאשם או "התועלת" שלה (סעיף ג' וד').

41. **בית המשפט**: תזכיר החוק מצמצם באופן ניכר גם את תפקידו של בית המשפט בהליך בחינת ההצדקה להטלת החיסיון ומגביל באופן בלתי סביר את שיקול דעתו.

42. בפסיקה נקבע, כי על בית המשפט לבחון את האפשרות של הסרת החסיון בשני שלבים: "בשלב הראשון, יש לבחון האם החסיון שהוטל על הראיה אכן משרת "אינטרס ציבורי חשוב", שאם לא כן, על בית המשפט להורות על הסרתו כבר בשלב מקדמי זה, ועוד בטרם יעבור לביצוע איזון האינטרסים" (עניין מאזריב, עמ' 462). על פי תזכיר החוק, כאמור, שלב זה בבחינת בית המשפט כלל לא יתקיים. תפקידו של בית המשפט, על פי התזכיר, מוגבל לבחינה של "חיוניות" הראיה להגנת הנאשם או של "התועלת" שהראיה עשויה להביא להגנת הנאשם (סעיפים ה' וו' להצ"ח). היותו על שלב זה חמור בין השאר משום שהוא מאפשר להסתיר מידע **רלוונטי** מהנאשם, אף מבלי שנקבע לגביו שגילוי עולל לפגוע באינטרס ציבורי חשוב.

43. בשלב השני, רק לאחר שהשתכנע בית המשפט, כי ביסוד הטלת החסיון עומד אינטרס ציבורי חשוב, בוחן בית המשפט את הראיות החסויות עצמן, ובדק האם יש בהן בכדי לסייע לנאשם להתגונן מפני האישומים נגדו. בשלב זה על בית המשפט לבצע את **האיזון בין האינטרסים המנוגדים**: הצורך בגילוי הראיה לשם עשיית צדק מול העניין הציבורי שיש שלא לגלותה. גם שלב זה צומצם בתזכיר באמצעות קביעת חיסיון מוחלט על רוב רובם של המרכיבים של "חומר מודיעיני".

#### **העדר פרוצדורה להסרת החיסיון** (סעיף 2 ג' וד'):

44. תוצאתו החמורה של ההסדר המוצע בתזכיר היא, כי במקום החובה הקיימת היום להליך סינון מדוקדק שנועד להבטיח כי חיסיון יוטל רק במקרים ההכרחיים, התזכיר קובע הליך סינון שנועד להבטיח, כי חיסיון יוסב רק כאשר הדבר חיוני. **אלא שבנוסף לחומרה הטמונה בהיפוך ברירת המחלל מגילוי לחיסוי, התזכיר אינו קובע פרוצדורה שתבטיח שבכל מקרה ומקרה ייבחן באופן הדוק הצורך בגילוי החומר**. כך, התזכיר קובע באופן מעורפל כי החיסיון יוסר "אם מצא" פרקליט מחוז או ראש יחידת תביעות כי הראיה החסויה היא חיונית להגנת הנאשם (בסעיף ג2). מנוסח התזכיר לא ברור האם פרקליט המחוז אמור לבחון כל תיק ותיק? האם הוא אמור לבחון את כל

החומר שבתיק לצורך החלטתו, ובכלל זה את כל החומר המודיעיני? וכיצד הוא אמור לגלות שראיה חסויה חיונית להגנת הנאשם?

45. לאור היפוך ברירת המחדל וקביעת חזקת החיסיון על כל חומר מודיעיני, חיוני לכל הפחות לקבוע הליך סינון מדוקדק בכל מקרה, ולהבהיר את חובת התביעה לבחון את כל החומר שבתיק – לרבות המידע המודיעיני – לצורך קבלת החלטה האם החומר דרוש להגנת הנאשם.

**הגדרת "ראיה חיונית להגנת נאשם"** (סעיף 2א' לתזכיר):

46. תזכיר החוק מצמצם את הגדרת מבחן "חיוניות הראיה להגנת הנאשם". הוא מגדיר ראיה חיונית להגנת הנאשם אך ורק כראיה "שיש בה לעורר ספק סביר" באשמתו של הנאשם. לעומת זאת, בפסיקה הוגדר מבחן זה באופן רחב ומגוון יותר.

47. כך, לדוגמה, קבעה השופטת דורנר בעניין מאזריב כי "ראיה העשויה לעורר ספק באשמת הנאשם, אם באופן ישיר, על-ידי ביסוס טענות הגנה, ואם בעקיפין, על-ידי כרסום משקלן של ראיות התביעה, היא חיונית להגנת הנאשם. (עניין מאזריב, עמ' 443) (ההדגשה הוספה).

48. בעניין ליבני הגדיר השופט ברק את מבחן החיוניות באופן נרחב: "אם הראיה החסויה מרכזית היא וחיונית ובעלת חשיבות מהותית לקביעת חפותו או אשמתו של הנאשם, מן הראוי הוא לגלותה." (עמ' 738).

49. כמו כן, נראה כי השימוש במושג "שיש בה" מגביל את מבחן חיוניות הראיה מעבר לפרשנות שמושג זה קיבל בפסיקה. כך, בעניין מאזריב נקבע כי שאלת חיוניות הראיה נבחנת על פי ציפייתו הסבירה של הנאשם. (וראו גם: ע"פ 621/01 מדינת ישראל נ' דרויש, פ"ד נה(2) 823, 827-828 (2001)). עוד בעניין מאזריב קבעה השופטת דורנר, כי המבחן לבחינת חיוניות הראיה יתבסס "על סמך ההנחה כי היא תניב את המידע שהוא מבקש להציג באמצעותה, ובלבד שקיים פוטנציאל ראייתי לנכונותה של הנחה זו ואין היא מופרכת". (עניין מאזריב, עמ' 443).

50. בנוסף לכך, נפסק כי שאלת חיוניות הראיה להגנת הנאשם לצורך גילוייה, חולשת על כל שלבי ההליך הפלילי ובכלל זה שלב הטיעונים לעונש, שהוא שלב הכרחי בהגנת הנאשם (ראו, לדוגמה, בש (נצ') 2841/07 מנסור בן מוסטפא סלימאן נ' מדינת ישראל (18.7.2007)).

**צמצום רשימת החומרים** (סעיף 1 לתזכיר):

51. סעיף 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 קובע, כי בנוסף לזכות העיון של הנאשם בחומר החקירה, הנאשם זכאי לעיין גם ברשימה של "כל חומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת". עקרון זה נועד לאפשר לנאשם לקבל רשימה של כל החומר הנוגע לאישום שנאסף או נרשם בידי הרשות החוקרת הלכה למעשה, ובמיוחד את חומר החקירה שלא נמסר לעיון הנאשם משום שאינו נכלל בהגדרת "חומר חקירה" או משום שהוצאה לגביו תעודת חיסיון (עניין גד זאבני). מטרת זכות עיון זו לאפשר לנאשם להפעיל אמצעי בקרה ביחס לסיווג שנעשה בידי רשויות האכיפה

ולאפשר לו לתקוף החלטה על הוצאת תעודת חיסיון. לאור זאת, מימוש זכותו של הנאשם לערער על החלטות רשויות החקירה בעניין סיווג חומר החקירה ובעניין הוצאת תעודת חיסיון תלוי בפירוט המידע הכלול ברשימת החומרים.

א. הגבלה ל"סוג החומר"

52. תזכיר החוק מבקש להגביל באופן בלתי סביר את הנתונים הכלולים ברשימת החומר ל"סוג החומר" החסוי בלבד. הגבלה זו עומדת בניגוד גמור להלכה שנקבעה שוב ושוב בפסיקה לפיה, יש לכלול ברשימת החומרים את מרבית הפרטים האפשריים ורק במקרים חריגים ניתן להגביל את הנתונים שיכללו ברשימה ל"סוג החומר", וזאת רק במידה ויש בחשיפת הנתונים כדי לגלות את תוכנו של החומר החסוי.

53. כך, לדוגמה, קבע בית המשפט העליון:

**"על רשימת החומר שמחויבת התביעה להעביר להגנה, גם בהתייחס לחומר החסוי, לשמש אם כן עששית שתאיר במידת מה, ככל הניתן, את האפלה בה שרויה ההגנה ותאפשר לה לעמוד במשימתה.... לפיכך, שומה על התביעה להעביר להגנה רשימה מפורטת ככל הניתן, בהתחשב במגבלות שמטילה תעודת החיסיון. כך, ראוי כי ככל שהדבר ניתן, תכלול הרשימה פרטים דוגמה: סוג הפעולה ותאריך ביצועה, רשימת זכ"דים תוך ציון על ידי מי נרשמו, רשימת הודעות או דו"חות חוקר תוך פירוט מינימאלי שיבהיר בה מדובר, וכיו"ב." (עניין עלי מוחמד, פסקה 11) (ההדגשה הוספה).**

54. הפסיקה קבעה מפורשות, כי אין להסתפק בציון "סוג החומר" שחל עליו חיסיון, אלא, ככלל, יש לכלול ברשימת החומר בנפרד מתעודת החיסיון פירוט הנתונים הבאים: "מי שערך את המסמך, מועד עריכתו ותוכנו של כל מסמך, תוך מסירת פרטים מירביים שאינם מנוגדים לתעודת החיסיון, בפירוט מירבי ככל שניתן בלי לפגוע בחיסיון." (בש (בי"ש) 22315/08 פּרְג' אלאמיטל נ' מדינת ישראל (21.6.2009)).

55. ראוי להזכיר גם את פסיקת בית המשפט העליון בעניין שיחות האזנת סתר, לגביהן נקבע שאף במקרים בהם החומר אינו רלבנטי לנאשם באופן שיש בו כדי להופכו ל"חומר חקירה" די בכך שהחומר קשור ונוגע לאישום כדי לכלול אותו ברשימת החומרים ולציין לגביו "פרטים כלליים אודות כל שיחה, תוך ציון מועדה, הדוברים בה, והנושא העיקרי שנדון בה." (עניין גד זאבי, בפסקה 24). מכך עולה, כי גם במקרים בהם החומר אינו רלבנטי להגנת הנאשם אלא יש בו רק נגיעה כלשהי לנושא החקירה, ומנגד ראוי להגן על אינטרס ציבורי כבד משקל (פרטיותם של צדדים שלישיים), יש לכלול פרטים רבים ככל האפשר ברשימת החומר. קביעה זו שנוגעת להאזנות סתר, יפה בוודאי גם לענייננו.

56. לסיכום, צמצום רשימת החומר מלכתחילה ל"סוג החומר" בלבד מעקרת מתוכן את זכות העיון של הנאשם ואת יכולתו להתמודד באפקטיביות עם החלטות הרשות החוקרת על סיווג החומר. יש

לקבוע, לכל הפחות, כי ככלל תכלול רשימת החומר בנוסף לסוג החומר גם את **מועד יצירתו, זהות היוצר ותמצית תוכנו**.

ב. היתר לאי מסירת כל מידע באשר לחיסיון

57. הסיפא לסעיף 1 לתזכיר, "**ובלבד** שאין בציון החומר ברשימה כדי לפגוע בחסיון על פי כל דין", מאפשרת לרשויות האכיפה להעלים כל זכר לקיומה של ראייה ולאייין לחלוטין את יכולתו של הנאשם לתקוף את החלטת רשויות החקירה והתביעה שלא להעביר לידי חומר מסוים במסגרת זכות העיון שלו. אין לסבול מצב שהסניגור והנאשם אינם יודעים אפילו על קיומו של חומר חקירה חסוי הקשור לתיק.

58. הפסיקה קבעה, כי הוצאת תעודת חיסיון אינה פוטרת את התביעה מלמסור תמצית או תיאור כללי של החומר החסוי שלגביו הוצאה התעודה: "תעודת החיסיון כשלעצמה עדיין אינה משחררת את התביעה מן החובה להביא לידיעת הסנגוריה, את דבר קיומו של חומר- עדות או ראייה אחרת- אשר הוחל עליו חיסיון ואת תוכנה של עדות הנתונה תחת החיסיון, ולו בקווים כלליים." (בש"פ 5221/08 עניין עלי מוחמד נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (1.9.2008) (להלן- "עניין עלי מוחמד")) (וכן ראו: עניין סיקסיק; בש"פ 677/94 פלוני נ' ראש הממשלה, מח (2) 169 (1994)). בכל מקרה, הפסיקה דוחה את האפשרות שלא יינתן כל מידע, אפילו מידע מינימאלי ביותר שלא יהיה בו כדי לפגוע בחיסיון, לגבי הראיות החסויות.

59. בהעדר איזכור של החומר, נותרת ההגנה "בעיניים קשורות" ואין באפשרותה לנהל את הגנתה ולשקול אם ברצונה לעתור לגילוי הראייה. איזכור החומר החסוי הוא שלב חיוני על מנת שיתאפשר להגנה לממש את זכותה לעתור לגילוי ראייה בהתאם לסעיפים 44-46 לפקודת הראיות, התשל"א-1971. כך, לדוגמה, בעניין עלי מוחמד פסק בית המשפט, כי חובה על התביעה למסור לסנגור את תיאור החומר החסוי גם אם בקווים כלליים "באופן שיכול לצייר בפני ההגנה תמונה כלשהי באשר לטיב חומר החקירה שהחיסיון פרוש עליו" ובין היתר פרטים כגון: "זכ"ד- תאריך עריכתו ושם עורך הזכ"ד, קיומם של הודעות ודוחות פעולה ותאריכיהם, פרפראזה של תוכנים, ככל שהדבר אפשרי, וכיו"ב" (פסקה 15).

60. חומרה מיוחדת נודעת לאי ציון עצם קיומו של חומר חסוי ברשימה, לאור העובדה שעל פי תזכיר החוק, כלל לא מוצאת תעודת חיסיון. במצב זה, אין כל זכר לראייה החסויה והנאשם וסנגורו מנועים, הלכה למעשה, מלהפעיל את זכותם לעתור נגד ההחלטה על הטלת החיסיון. אמנם במספר פסקי דין, אישר בית המשפט סעיף בתעודת חיסיון אשר קובע חיסיון גם על רשימת החומר ומתיר רק איזכור שמדובר במידע מודיעיני וחומר חקירה חסוי (בש"פ 120/10 פלוני נ' מדינת ישראל (24.2.2010); בש"פ 8037/09 סירווי ג'סאן נ' מדינת ישראל (18.10.2009)). אולם אין ללמוד מכך לענייננו, שכן החלטות אלה ניתנו במקרים בהם הוצאה תעודת חיסיון ונערכה בחינה פרטנית וזאת בניגוד לתזכיר החוק שלפיו כלל לא מוצאת תעודה והגבלת הפרטים ברשימה החומר היא הכלל. כמו כן, אף במקרים בהם הותר סעיף גורף בתעודת החיסיון, בכל מקרה נקבעה חובה למסור

פרטים מסוימים מוגבלים וזאת בניגוד להגדרת רשימת החומר בתזכיר המאפשרת שלא לאזכר כל פרט, ואפילו לא את "סוג החומר".

**הגדרת "בית משפט" (סעיף 2א' לתזכיר):**

61. על פי תזכיר החוק הדיון בבקשה להסרת חיסיון יתקיים בפני בית המשפט שדן בתיק, אולם "לבקשת אחד הצדדים או ביוזמתו רשאי בית המשפט שבפניו נטענה טענת חיסיון, להעביר את הדיון בטענה לשופט אחר, שידון בה בדן יחיד".

62. ראוי לקבוע כי בית המשפט מחויב להעביר את הדיון בטענת החיסיון לשופט אחר וזאת לאור החשש שהשופט הדן בתיק ייחשף לטענות ההגנה במהלך הדיון בטענת החיסיון, כפי שאף עולה מסעיף 1ט' לתזכיר החוק, והדבר ישפיע על שיקול דעתו בדיון העיקרי. מסקנה זו עולה אף מההסדר הקבוע בסעיף 74 (ג) לחוק סדר הדין הפלילי לעניין בקשה לעיון בחומר חקירה אשר, ככלל, יידון לפני שופט שאינו דן באישום "ורק במקום שישנן נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, ידון בה השופט- או ההרכב- הדן בעניין" (עניין דרעי, עמ' 181). לאור העובדה, כי התזכיר קובע שעל חומר מודיעיני יחול חיסיון מן הדין שאין בו צורך בהוצאת תעודת חיסיון, יש להחיל עליו את ההסדר הקבוע בסעיף 74 (ג) לחוק סדר הדין הפלילי, כפי שהדבר נעשה בעניין החסיונות המקצועיים.

**הסדר הדיון במעמד צד אחד (סעיף 2ט' לתזכיר):**

63. בדומה לפרקטיקה הנהוגה היום, התזכיר מאפשר לבית המשפט לקיים דיון במעמד הנאשם בלבד בטרם יקבל את החלטתו בעניין הסרת החיסיון. במהלך דיון זה רשאי בית המשפט "לדרוש מהנאשם כי ייתן הסברים לביסוס בקשתו, לרבות בהתייחס לגירסת ההגנה". אלא שהתנאי שקבוע בסיפא לסעיף ט' לפיו בית המשפט לא יתיר את גילוי הראיה החסויה "אלא לאחר שנמסרו לתובע ההסברים שניתנו שלא בנוכחותו, וניתנה לו האפשרות להתייחס אליהם", מעקר מתוכן את זכותו של הנאשם לשכנע את בית המשפט להסיר את החיסיון באמצעות חשיפת גירסתו. שהרי, אין זה סביר שנאשם יחשוף בפני בית המשפט את גירסתו בידיעה שהיא תועבר לידעת התביעה ובכך תיפגע הגנתו.

64. כמו כן, הסעיף קובע כי בית המשפט רשאי לדרוש מהנאשם להתייחס לקו ההגנה שלו כחלק מביסוס בקשתו להסרת החיסיון. לפי נוסח הסעיף, נראה, כי בית המשפט יכול להתנות את הדיון בבקשה להסרת החיסיון בחשיפת גרסת ההגנה, וזאת לעומת המצב כיום לפיו הנאשם רשאי למסור את גרסתו בפני בית המשפט שלא בנוכחות התובע (עניין מאזריב, עמ' 466). סמכותו של בית המשפט הדן בתיק העיקרי לחייב את הנאשם לחשוף את הגנתו פוגעת בזכותו של הנאשם להליך הוגן. ברי, כי חשיפת קו ההגנה של הנאשם בפני השופט מסייעת לו בקבלת החלטה בעניין תרומת הראיה החסויה לנאשם, אלא שהנאשם רשאי לשמור על זכותו שלא לחשוף את קו ההגנה שלו עד לפרשת ההגנה מבלי שהדבר ימנע ממנו לבקש את הסרת החיסיון. פגיעה זו בכללי המשחק – כללי משחק שנועדו לשמר מידה מינימאלית של שוויון דיוני בין הצדדים (כאשר מדובר באזרח, הניצב מול המדינה על רשויותיה, סמכויותיה ומשאביה) – הינה חמורה ביותר במיוחד נוכח החובה הקבועה

בסיפא של הסעיף לפיה בית המשפט מחויב למסור לתביעה את ההסברים שנתן הנאשם ולאפשר לתביעה להתייחס אליהם בטרם יסיר את החיסיון.

65. ראוי בהקשר זה לתת את הדעת לפער הקיים בין ההגבלות הדרקוניות המוטלות על הנאשם מלקבל חומר חקירה, הגבלות העלולות למנוע ממנו את האפשרות לבסס את טענותיו במשפט הפלילי, לעומת הקביעה לפיה בכל מקרה של גילוי פוטנציאלי, על התביעה לדעת מהו קו ההגנה כדי שתוכל לטעון נגד הגילוי. פער זה ממחיש את חוסר האיזון החמור שתזכיר החוק משקף בין זכויות הנאשם לבין האינטרס הציבורי הטמון, כביכול, בכל חומר מודיעיני.

66. להסדר המוצע חומרה מיוחדת נוכח החיסיון הגורף המוטל מלכתחילה, על פי התזכיר, על חומר מודיעיני. מכיוון שהדיון בעתירה לגילוי ראיה מוגבל לשאלה אם מידע הוא חיוני להגנת הנאשם או עשוי להועיל להגנתו (וכלל לא מתקיים דיון בצורך בחיסיון מלכתחילה), קיים חשש שיכולתו של נאשם לממש את זכותו לעיין בחומר חקירה תותנה בפועל בחשיפת גירסתו וקו הגנתו בפני התביעה במקרים רבים.

#### **תכלית תזכיר החוק :**

67. אין ספק, כי תזכיר החוק יצמצם את היקף חומר החקירה לו נחשף הנאשם ויש בו פגיעה בזכות הנאשם לנהל את הגנתו. לא זו בלבד שפגיעה זו, ללא עמידה מדוקדקת במבחני המידתיות, הינה בלתי חוקתית כשלעצמה, אלא שחוסר סבירותה מתחדד נוכח התכליות המוצהרות של תזכיר החוק. התכלית העיקרית שמבקש תזכיר החוק להשיג היא צמצום הפגיעה במערך המודיעיני הנגרמת כיום על ידי חשיפתו של חומר מודיעיני, כאשר לא ניתן להצביע על נזק קונקרטי שייגרם לפעולת מערך המודיעיני בשל חשיפת החומר אולם "ארגוני הפשיעה עלולים לצרף יחד מידע זה לפיסות מידע הנמסרות באופן דומה בתיקים אחרים, וכך לקבל תמונה של פעולת מערך המודיעיני, באופן שיפגע בתפקודו ובהשגת מטרותיו" (דברי ההסבר).

68. תכלית זו הינה ערטילאית ביותר וכוללנית. ברי, כי אין זה סביר להטיל חיסיון גורף על כל חומר מודיעיני לצורך השגת תכלית זו ושכדי לדון בה יש להציג תשתית עובדתית ברורה ומשכנעת, לעצם קיומה של בעיה הדורשת פתרון.

69. על פי התכלית השניה המופיעה בדברי ההסבר, תזכיר החוק מבקש, בעצם, לשנות את ההסדר המעוגן כיום בחוק לצורך מימוש זכויות הנאשם להליך הוגן, מן הטעם שההסדר מעמיס יתר על המידה על רשויות אכיפת החוק. כלום יש צורך להבהיר כי תכלית זו לא יכולה להצדיק פגיעה חמורה כל כך בזכויות יסוד?

70. ואכן, על פי הפרסומים, בשנים האחרונה חל גידול משמעותי בכמות תעודות החיסיון שהוציא השר לביטחון פנים. אלא שמציאות זו צריכה דווקא להביא להדלקת נורה אדומה באשר לקלות שבה מוצאות תעודות חיסיון והצורך שבהחמרת הקריטריונים. כמו כן, העומס המוטל על מערכת אכיפת החוק כתוצאה מהצורך לסנן באופן מדוקדק את החומרים, שתוצא לגביהם תעודת חיסיון, אינו

יכול להצדיק פגיעה קשה כל כך בזכות העיון של הנאשם, אלא הוא מחייב הוספת כח האדם הדרוש כדי לענות על דרישות החוק.

71. העומס המוטל על הרשויות במיין חומר החקירה והוצאת תעודות חיסיון מחייב היערכות מתאימה של גורמי החקירה והתביעה כדי לעמוד כראוי במטלה זו: "החובה לקיים במלואה את זכות העיון של הנאשם מחייבת להקפיד על מיין חומר בהאזנת סתר קיצרת טווח כעל חומר הנצבר בהאזנה ארוכת-טווח, ומתחייבת היערכות מתאימה של גורמי החקירה והתביעה לעמוד כראוי במטלה זו, גם ככל שהחקירות המשטרטיות הופכות קשות, מורכבות וממושכות יותר." (עניין גד זאב, פסקה 22)(ההדגשה הוספה).

72. בנוסף, קיימת סתירה בין שתי התכליות המופיעות בדברי ההסבר. מצד אחד, תזכיר החוק נועד לקבוע חסיון שבדין בנושאים שבהם, על פי דברי ההסבר, מוצאות כיום תעודות חסיון כעניין שבשגרה תוך יצירת עומס על מערכת אכיפת החוק. משמעות הדבר היא, כי רוב רובן של הראיות שתזכיר החוק נועד לחול עליהן הן כאלה שכיום מוצאות תעודות חיסיון לגביהן. מצד שני, תזכיר החוק מבקש לצמצם את הפגיעה שמתרחשת כיום במערך המודיעין כתוצאה מאותם מקרים בהם לא ניתן לבקש תעודת חסיון היות ולא ניתן להצביע על נזק קונקרטי.

אלה עיקר הערותינו לתזכיר החוק. לאור הפגיעות החמורות בזכויות אדם הטמונות בהסדר המוצע בתזכיר החוק, ראוי שלא לקדם אותו. נשמח לעמוד לרשותך בכל שאלה או הבהרה.

בכבוד רב ובברכה,

לילה מרגלית, עו"ד

אן סוציו, עו"ד

העתק: מר יואל הדר, היועץ המשפטי, המשרד לביטחון פנים  
גב' עינת גדעוני, מחלקת ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים