

7 ביולי 2014

נייר עמדה: הצעת חוק חיסיון חומר מודיעיני (תיקוני חקיקה), התשע"ד-2014

עוה"ד לילה מרגלית ואן סוצ'יו

הצעת חוק זו מבקשת לחולל **מהפכה של ממש** בנוגע להסדרים העוסקים בחיסיון ראיות ובגילוי חומר חקירה לנאשם. היא מטילה חיסיון **גורף ואוטומטי** על סוגים רבים של מידע, המוגדרים כ"מידע מודיעיני", ומצמצמת עד מאד את סמכות בית המשפט להורות על גילוי מידע, כאשר הדבר נדרש לעשיית צדק. מדובר בהצעה אשר **תפגע באופן חמור ובלתי מידתי בזכויות יסוד חוקתיות, ובמיוחד בזכותו של נאשם להליך פלילי הוגן – תוך יצירת סכנה מוגברת לעיוותי דין והרשעות שווא**. טמונה בה **קריסה** של מנגנוני האיזונים והבלמים הקיימים כיום בפני השימוש בסמכות החיסיון הראייתי, והיא מבטלת הלכות מוצקות שנקבעו בפסיקה בעניין זה. לאור זאת, הצעת החוק אינה עומדת במבחן החוקתיות.

ההחלטה לסווג כחסוי מידע, הרלוונטי להליך משפטי שמתנהל, היא החלטה קיצונית ומרחיקת לכת, בעלת פוטנציאל אדיר לפגיעה בזכויות האדם. אין עוררין על כך שהגנה על מערך המודיעין של המשטרה, ועל יכולתה לפעול ביעילות, היא אינטרס לגיטימי וראוי ביותר, אלא שאין בכך כדי להצדיק יצירתו של מנגנון גורף, הפוגע בצורה כה קשה בזכות הבסיסית להליך הוגן. ככל שקיים צורך כנטען בהצעה, לאפשר הטלת חיסיון במקרים, אשר אינם מכוסים על ידי החוק היום – יש לבחון בצורה מדוקדקת את הצורך הקונקרטי הנתען. אין לייצר הסדר גורף ופוגעני, אשר קושר בין השאר את ידיו של בית המשפט, באופן שעלול למנוע ממנו את היכולת הבסיסית להבטיח עשיית צדק.

חשוב להדגיש, כי הצעת החוק מתייחסת הן להליכים פליליים, והן להליכים **שאינם פליליים** – מלבד הליכי ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות, המוחרגים מתחולת ההסדר המוצע. בנייר עמדה זה נעמוד בעיקר על הפגיעה החמורה בזכותו של נאשם להליך פלילי הוגן, אך כפי שיפורט בהמשך, ההצעה מבקשת להחיל **חיסיון מוחלט** על סוגים שונים של חומר מודיעיני בהליכים שאינם פליליים – באופן שיפגע בצורה קשה ביכולתו של אדם לממש את זכויותיו בהליכים אלו.

להלן הערותינו בהרחבה.

א. חיסיון גורף - ביטול הצורך בבחינת הפגיעה ב"אינטרס ציבורי" (סעיף 47א(ב) המוצע):

1. הצעת החוק קובעת, בפועל, **חזקה חלוטה** לפיה בכל "חומר מודיעיני" טמונה סכנה לאינטרס הציבורי, מבלי שנדרשת בדיקה פרטנית של כל פריט מידע כדי לקבוע האם אכן קיים חשש כלשהו

כי גילוי יפגע באינטרס הציבורי. בכך, ההצעה מוותרת על הצורך לבדוק, בכל מקרה ומקרה, אם הפגיעה הקשה הטמונה בהטלת החיסיון משרתת תכלית ראויה. כן היא אינה עומדת במבחן המידתיות - שכן היא מטילה חיסיון באופן גורף על מידע מודיעיני, מבלי שנבדק **הצורך הספציפי** בחיסיון והשאלה, אם ניתן להשיג את תכלית החיסיון **בדרך שפגיעתה פחותה**.

2. הצעת 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 להצעת החוק), 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 (2001) (להלן, "עניין וולפא") נקבע, כי חיסוי זהותם של מודיעים הוא אכן אינטרס ציבורי חשוב שנועד להגן על שלומם וביטחונם של מודיעים 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).

3. 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 שלומם 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 שמבקשת הצעת 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.

4. הויתור על הצורך לבחון האם הראיה אכן פוגעת באינטרס ציבורי חל, על פי ההצעה, גם על שלב הביקורת השיפוטית על ההחלטה. כיום, נדרש בית המשפט לבחון בשלב הראשון האם החיסיון שהוטל על הראיה אכן משרת **"עניין 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").

5. ראוי להזכיר, כי אפילו כאשר מדובר בזכות עיון כללית בחומר חקירה (שאינה של הנאשם), נקבע במבחן 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 שבגינה 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)).

6. 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")).

ב. חיסיון גורף – העדר צורך לבחון אם ניתן להשיג את תכלית החיסיון בדרך שפגיעתה פחותה:

7. נוסף על הויתור על הצורך בבחינת הפגיעה באינטרס הציבורי, שהינו חיוני לעמידה במבחני התכלית הראויה והמידתיות, הצעת החוק משחררת את רשויות האכיפה מהחובה לעמוד במבחני המידתיות האחרים. כיום, נדרשות הרשויות לבחון האם אין דרך אחרת, מלבד שמירה על החיסיון, למנוע את הפגיעה בעניין הציבורי החשוב (כגון דיון בדלתיים סגורות, העדת עד בתחפושת או מאחורי פרגוד וכו') (ראו למשל: עניין מאזריב, עמ' 465). 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.

ג. צמצום זכות העיון של הנאשם ב"חומר חקירה":

8. בפועל, ההסדר המוצע בהצעת 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' אנג'ל, 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 בהצעת החוק (סעיף 47א(ג) המוצע), 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).

9. ההסדר המעוגן בהצעת החוק משנה לחלוטין, בפועל, 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 - הרצון לאפשר לנאשם למצוא ראיות לחפותו בחומר החקירה ולנהל את הגנתו 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 אל הוזייל 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)).

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

11. ההקפדה היתרה בפסיקה על כך שכל חומר החקירה יימסר לנאשם נובעת, בין היתר, מכך שלא ניתן לחזות בשלב הגשת כתב האישום והעברת חומר החקירה לנאשם כיצד מידע זה או אחר יתרום או

יועיל להגנת הנאשם, שכן "אין חקר לתבונת סנגור מוכשר, ואין לנחש כיצד יכול לנצל את החומר הנמצא בפניו" (ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד(1) 433, 429 (1950)).

12. לעומת זאת, הצעת החוק הופכת עקרון זה וקובעת, כי לעניין "חומר מודיעיני", זכות העיון של הנאשם מוגבלת רק למקרים בהם החומר חיוני להגנתו (או, במקרים מסויימים, מועיל להגנתו).

13. בהקשר זה יש לזכור, כי הקפדה מדוקדקת על זכותו של נאשם לעיון 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 לעיון בחומר שנאסף על ידה עלול לרוקן את יכולתו להתגונן באופן סביר.

כן יש לזכור 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 למגבלות מחמירות נוספות המוטלות עליו, כגון האיסור על יצירת קשר עם עדי התביעה.

ד. היותו על הבחינה המשולשת (סעיף 47א(ב) המוצע):

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

"כדי להבטיח שלא תיפגע זכותו של נאשם להתגונן במשפטו, קבע המחוקק "ביקורת משולשת", שנועדה להבטיח כי ראייה 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)).

15. כפי שבית המשפט הבהיר בבש"פ 4857/05 פחימה נ' מדינת ישראל (2.10.2005) (להלן, "עניין פחימה"): :

"לא במקרה נקבע בחוק הליך מורכב לבדיקת ערכה של הראייה החסויה המוסתרת מעינו של הנאשם. היא נבחנת בתהליך משולש על ידי הגורם המוסמך ליתן את תעודת החיסיון, על ידי גורמי התביעה המופקדים על ניהול המשפט ועל ידי בית המשפט" (פיסקה 5).

16. **הצעת החוק מבקשת לוותר לחלוטין על שלב החלטת השר, ומצמצמת באופן ניכר את תפקידי 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.

17. **ביקורת התביעה:** תפקיד התביעה כיום הוא לבדוק, לאור הנסיבות הספציפיות של התיק, את הצורך בחיסיון אל מול חשיבות החומר להגנת הנאשם. לעומת זאת, על פי הצעת החוק, תפקיד התביעה מוגבל לבדיקת שאלת "חיוניות" הראיה להגנת הנאשם, או "התועלת" שלה, לפי העניין (סעיף 47א(ג) ו-47א(ד)).

18. **החלטת השר:** החלטת השר אינה מסתכמת בעניין טכני או פורמאלי בלבד, אלא שלהוצאת תעודת חיסיון על ידי השר אמורה להיות משמעות מהותית. הליך זה אמור להבטיח שההחלטה 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".

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.

19. **בית המשפט:** הצעת החוק מצמצמת באופן ניכר גם את תפקידו של בית המשפט בהליך בחינת ההצדקה להטלת החיסיון והצורך בגילוי המידע לשם עשיית צדק. לא יהיה זה מוגזם לומר, כי ההצעה קושרת את ידיו של בית המשפט, באופן שעלול למנוע ממנו את היכולת להתערב גם כאשר הוא סבור שהדבר נדרש להבטחת הליך צודק.

כאמור, בפסיקה נקבע, כי על בית המשפט לבחון את שאלת החיסיון בשני שלבים: "בשלב ראשון בוחן בית-המשפט אם המדובר הוא, אמנם, בענין ציבורי חשוב, אם לאו. אם מגיע הוא לכלל מסקנה כי אין לדעתו 'ענין ציבורי חשוב', כי אז יורה על הסרת החיסיון, חד וחלק. ואילו אם מגיע הוא לכלל מסקנה כי יש, לדעתו, 'ענין ציבורי חשוב', כי-אז עובר הוא לשלב הבא, והוא, לבחינת השאלה האם תיפגע זכותו של הנאשם למשפט הוגן?" (עניין מאזריב, עמ' 462). על פי הצעת החוק, כאמור, השלב הראשון בבחינת בית המשפט כלל לא יתקיים, ובית המשפט כלל לא יהיה מוסמך להידרש לשאלת נחיצות החיסיון מלכתחילה. כפי שיפורט בהמשך - גם סמכות בית המשפט להידרש לאיזון האינטרסים תצומצם באופן ניכר, באופן המגביל את יכולות להורות על חשיפת מידע, הדרוש כדי להבטיח משפט הוגן.

ה. **הגדרת "חומר מודיעיני" וסיווגו** (סעיף 47א(א) המוצע):

20. הגדרת "חומר מודיעיני" בהצעת 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, הצעה מטילה על גורם בלתי ברור את הסמכות להכריע על פי שיקול דעתו מהן הראיות **שיש בהן כדי לגלות** (כך על פי ההגדרה בסעיף 47א(ב) המוצע) "חומר מודיעיני" הכולל "מידע שנמסר על ידי מקור מידע; מידע בדבר זהותו של מקור מידע; מידע בדבר שיטות פעולה, אמצעים, יכולות ואופן ביצוע של איסוף מידע על ידי רשות מודיעין למעט עצם השימוש בשיטת פעולה מסוימת", וכן כל מידע אחר **"שיש בו כדי לחשוף"** מידע כאמור. השילוב בין ההגדרה הרחבה ל"חומר מודיעיני" לבין היותו על מנגנוני הביקורת על הוצאת תעודת החיסיון, פותחים פתח רחב ובלתי מידתי לפגיעה בזכויות הנאשם לקבל לידי את חומר החקירה הרלוונטי.

21. 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. אין כל הצדקה להחליף את המבחן האובייקטיבי, המתמקד בשאלת הפגיעה באינטרס הציבורי קונקרטי שבחשיפת המידע, במבחן ערטילאי ועמום מסוג זה.

22. לעניין השב"כ, מערך המודיעין של צה"ל והמוסד, מוחלת הגדרה רחבה אף יותר של "חומר מודיעיני", הכולל מידע בדבר תפקידים, משימות וכינויים של יחידות ברשות המודיעין וכן שמם ופרטיהם המזהים של עובדי רשות המודיעין; נהלים והנחיות עבודה של רשות המודיעין; מידע שהתקבל ברשות מודיעין מרשות מודיעין זרה; ו"עצם השימוש בשיטת פעולה מסוימת של איסוף מידע על ידי רשות המודיעין". כל זאת – מבלי לבחון בכל מקרה ומקרה אם יש צורך ענייני כלשהו בשמירת החיסיון.

ו. **חיסיון מוחלט על מידע מודיעיני (למעט "מידע שנמסר ע"י מקור מידע")**, כשהמידע אינו "חיוני להגנת הנאשם" (סעיף 47א(ג) ו-47א(ה) המוצע):

23. על פי הצעת החוק, **קיים חיסיון מוחלט שאינו ניתן להסרה על כל חומר מודיעיני שאינו "חיוני להגנת הנאשם"**, למעט מידע שנמסר על ידי מקור מידע. ההצעה קובעת, כי גם אם ראיה מסוימת המוגדרת כ"חומר מודיעיני" עשויה להועיל להגנת הנאשם, לא ייערך כל איזון בעניינה לבחון האם ניתן להסיר את החיסיון, אלא אם מדובר במידע שנמסר על ידי מקור מידע.

24. משמעות הדבר, כי ראיה המוגדרת חומר מודיעיני (למעט מידע שנמסר על ידי מקור מידע) תישאר חסויה אף אם מידת התועלת שבה להגנת הנאשם עולה על האינטרס שלא לגלותה, ואפילו מבית המשפט נשללת הסמכות להסיר את החיסיון בנסיבות אלה. למעשה, לאור החיסיון **האוטומטי** המוטל על חומר מודיעיני, ראיה העשויה לתרום להגנת הנאשם עלולה להישאר חסויה, אף אם לא ניתן להצביע על עניין ציבורי **כלשהו** אשר יפגע כתוצאה מהגילוי.

25. 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 אנוני נ' מדינת ישראל (8.12.2011) (ההדגשה הוספה)).

26. 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 הנזק שייגרם מגילוי הראיה עולה על הצורך לגלות את השם עשיית הצדק (סעיף 4 א. (1), בעמ' 8 לפקודה).

27. באיזון שבין האינטרס הציבורי לשיקולי הצדק נקבע, כי "החשיבות שהחוק מייחס לאינטרס הציבורי, ואינטרס הביטחון בכלל זה, הינה משנית לשיקולי הצדק במבט החברתי הכולל ובמבט ענייני של הפרט" (עניין פחיתה, פסקה 7). 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.

28. על פי דברי ההסבר להצעת החוק, החיסיון המוחלט על מידע זה מבוסס על "האינטרס הציבורי שלא לחשוף חומר מודיעיני כדוגמת זהות מקור, שיטות פעולה, אמצעים, יכולות.... מתוך ההבנה שלפיה בנסיבות המקרה הנזק שבגילוי הראיה האמורה עולה על מידת התועלת להגנת הנאשם". אין לקבל הצדקה זו שכן "נסיבות המקרה" כלל לא נבדקות ומשכך וודאי שלא ניתן לקבוע א-פריורית ומבלי לבחון באופן פרטני, כי בכל גילוי של מידע מסוג זה מתקיימת פגיעה באינטרס ציבורי חשוב. בוודאי שלא ניתן לקבוע מראש, מבלי לבצע את האיזון לגבי כל פיסת מידע, כי בכל מקרה טמון נזק רב יותר בגילוי המידע מאשר התועלת להגנת הנאשם.

29. בב"ש 838/84 מנחם ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729 (1984) (להלן, "עניין ליבני"), בית המשפט העליון תיאר את האיזון העדין והמורכב שעל בית המשפט לערוך בכל מקרה ומקרה, בין האינטרס הציבורי או הביטחוני ובין 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 בזיכויו. 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." (שם, עמ' 738, ההדגשות הוספו).

30. בניגוד לנטען בדברי ההסבר להצעת החוק, ההסדר שאומץ במסגרתה מנוגד לחלוטין לקביעות בעניין ליבני הנ"ל, ואינו משקף אותן כלל וכלל. הצעת החוק משנה מן היסוד את המאזן הקיים בין

זכויות הנאשם לאינטרסים ציבוריים. ההצעה מעמידה 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!

31. הצעת החוק מביאה כתימוכין לצורך בחיסיון מוחלט על חומר מודיעיני (מלבד מידע שנמסר על ידי מקור מידע) כשהוא אינו חיוני להגנת הנאשם, את דברי בית המשפט העליון בע"פ 1335/91 אבן פאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 120, שהכיר בחשיבות הבטחת אלמוניותו של מקור מידע. אלא שבהמשך פסק הדין קבע בית המשפט, כי: **"אינטרס זה אינו עומד בפני עצמו ולא רק אותו יש לשקול. כנגדו עומדת, באותה מידת עוצמה, זכותו של הנאשם להגנה משפטית מלאה ומקיפה.** כאשר חומר הראיות חסוי הוא, נמנעת מנאשם היכולת להגיע למידע, המצוי באותה ראייה, והעשוי, אולי, לתמוך בגירסתו או **לסייע להגנתו**" (עמ' 128, ההדגשות הוספו). ובעניין וולפא בית המשפט העליון קבע, כי לא קיים אינטרס ציבורי "אוטומטי" וא-פרירי בהטלת חיסיון על מקור מידע, אלא שהמדינה נדרשת בכל מקרה ומקרה **"להצביע על העובדות המלמדות כי האינטרס הציבורי עשוי להיפגע אם יימסרו פרטים לגבי זהות המודיע"** (עמ' 795, ההדגשות הוספו).

32. ההגנה על מקורות מידע של המשטרה היא מטרה חשובה, אולם לא בכל חשיפה של מקור מידע קיים פוטנציאל לפגיעה חמורה במאמצי המשטרה. כך, לדוגמה, נפסק בעניינו של המודיע שאת זהותו ביקשו לחשוף בעניין וולפא הנ"ל, כי: "...אין הוא "מודיע" מן הסוג המקיים את הצורך להגן על זהותו. אשר לאינטרס הכללי שלא לפגוע בנכונותם של מודיעים למסור מידע מפליל לרשויות החקירה – גם טיעון זה ראוי לבחון לאור נסיבות העניין, ואף הוא עשוי כאמור לסגת מפני האינטרס בדבר הצורך בעשיית צדק במקרים מיוחדים" (עמ' 796, ההדגשה הוספה).

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 לעניינו 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".

ז. הגדרה מצמצמת ל"ראיה חיונית להגנת נאשם" (סעיף 47 המוצע):

33. הצעת החוק מצמצמת את הגדרת מבחן "חיוניות הראיה להגנת הנאשם". היא מגדירה ראיה חיונית להגנת הנאשם כראיה **"שיש בה לעורר ספק סביר"** באשמתו של הנאשם, "לרבות ראיה לעניין נסיבות ביצוע העבירה וראיה העשויה להביא להרשעה בעבירה פחותה בחומרתה מהעבירה שבכתב האישום". לעומת זאת, בפסיקה הוגדר מבחן זה באופן רחב ומגוון יותר.

34. 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).

35. 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).

36. כמו כן, בעניין מאזריב נקבע כי שאלת חיוניות הראיה נבחנת על פי ציפייתו הסבירה של הנאשם (ראו גם: ע"פ 621/01 מדינת ישראל נ' דרוויש, 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 ראיתי לנכונותה של הנחה זו ואין היא מופרכת". (עניין מאזריב, עמ' 443).

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 סלימאן נ' מדינת ישראל (18.7.2007)).

ח. צמצום רשימת חומר החקירה (סעיף 1 להצעת החוק):

37. סעיף 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 קובע, כי בנוסף לזכות העיון של הנאשם בחומר החקירה, הנאשם זכאי לעיון 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 זאבי). 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.

38. הצעת החוק אמנם הרחיבה את הנתונים הכלולים ברשימת החומר ביחס לנוסח תזכיר החוק, אולם גם הנוסח הנוכחי מגביל יתר על המידה את היקף הנתונים הכלולים ברשימת חומר. על פי נוסח ההצעה, מוגבל המידע שיימסר רק ל"סוג החומר, נושאו והמועד שבו נאסף או נרשם". הגבלה זו עומדת בניגוד להלכה שנקבעה שוב ושוב בפסיקה לפיה, יש לכלול ברשימת החומרים את מרבית הפרטים האפשריים.

39. הפסיקה קבעה מפורשות, כי, 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

(ב"ש) 22315/08 פרג' אלאמיטל נ' מדינת ישראל (21.6.2009) (ההדגשה הוספה). וראו גם: עניין עלי מוחמד, פסקה 11).

ט. בית המשפט המוסמך לדון בחיסיון (סעיף 47א(יד) המוצע):

40. על פי הצעת החוק, הדיון בבקשה להסרת חיסיון יתקיים בפני בית המשפט שדן בתיק, אולם "רשאי בית המשפט, ביוזמתו או לבקשת אחד הצדדים, להעביר את הדיון בטענת החיסיון לדן יחיד".

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 47א(ח) המוצע, 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 הצעת החוק קובעת שעל חומר מודיעיני יחול חיסיון מן הדין, שאין בו צורך אפילו בהוצאת תעודת חיסיון, יש להחיל עליו את ההסדר הקבוע בסעיף 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, כפי שהדבר נעשה בעניין החסיונות המקצועיים.

י. הסדר הדיון במעמד צד אחד (סעיף 47א(ח) המוצע):

41. הצעת החוק מאפשרת 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 ח' 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 לידיעת התביעה ובכך תיפגע הגנתו.

42. 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 עשויה לסייע 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 דינוי 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.

43. 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 שהצעת החוק משקפת בין זכויות הנאשם לבין האינטרס הציבורי הטמון, כביכול, בכל חומר מודיעיני.

להסדר המוצע חומרה מיוחדת נוכח החיסיון הגורף המוטל מלכתחילה, על פי ההצעה, על חומר מודיעיני. מכיוון שהדיון בעתירה לגילוי ראייה 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.

יא. חיסיון חומר מודיעיני בהליך שאינו פלילי (סעיף 47א(י) המוצע):

44. הצעת החוק מבקשת לשנות מן היסוד גם את כללי החיסיון החלים בהליך שאינו פלילי ולקבוע הסדר בלתי מידתי, הסוטה באופן קיצוני מהעקרונות המנחים כיום את גילוי של חומר מודיעיני בהליך אזרחי. כך, לפי ההצעה, בהליך אזרחי יחול **חיסיון מוחלט ובלתי ניתן להסרה** על כל מידע שמוגדר כ"חומר מודיעיני" - גם אם מדובר בראייה חיונית לעשיית צדק - למעט "מידע שנמסר על ידי מקור מידע". לפי ההצעה, הסרת החיסיון אפשרית רק לגבי מידע שנמסר על ידי מקור מידע, כאשר המידע מהווה ראייה חיונית לעשיית צדק והצורך בגילוי עולה על הפגיעה הצפויה באינטרס הציבורי.

45. גם בהליך אזרחי זכותו של אדם לפנות לערכאות ולזכות בהליך הוגן מחייבת להימנע מהטלת חיסיון גורף ובלתי ניתן להסרה, ולקיים בכל מקרה איזון בין ערך גילוי האמת לבין הערך שעליו מבקשים להגן באמצעות החיסיון. אמנם בעניין וולפא נקבע, כפי שמוזכר בדברי ההסבר, כי במשפט אזרחי "עשויה להתמעט הנכונות לחשוף ראייה אשר יש בה משום פגיעה בטובת הציבור", אולם דווקא בפסק דין זה הכריע בית המשפט שעל המשטרה לגלות את שמו של המודיע והסיר את החיסיון שהוטל על זהותו. מקרה זה ממחיש היטב, כי גם במשפט אזרחי האינטרס בחשיפת חומר מודיעיני, **ובכלל זה זהותו של מקור מידע**, עשוי לגבור על האינטרס שבחיסיון המידע. אין זה סביר לקבוע, כפי שנקבע בהצעת החוק, כי בשום מקרה לא יתאפשר גילוי של חומר מודיעיני (למעט מידע שנמסר על ידי מקור מידע):

"אף בהליך האזרחי, 'עשיית צדק' משמעה קיום דיון הוגן שבו מתאפשר לצדדים כולם לפרוש את מלוא ראיותיהם. ... האינטרס הציבורי אינו נתחם רק לצורך ההגנה על מידע ועל מקורותיו, אלא מתפרס, בד בבד, גם על עצם הצורך בעשיית צדק ובקיום הליך הוגן" (עניין וולפא, עמ' 793-794).

46. הסדר זה עלול לפגוע קשות ביכולתו של אדם למצות את זכויותיו בהליכים אזרחיים בכלל ובתביעות אזרחיות מול המדינה בפרט, אם כנתבע ואם כתובע. לא מדובר רק על פגיעה בבעל דין ספציפי אלא בפגיעה באינטרס הציבורי לאפשר קיומו של הליך משפטי הוגן, שבו מתאפשר לכל צד להביא את מלוא ראיותיו.

יב. תכליות הצעת החוק

47. אין ספק, כי הצעת החוק תצמצם את היקף חומר החקירה לו נחשף הנאשם ויש בה 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 הצעת החוק. התכלית העיקרית שמבקשת הצעת החוק להשיג היא צמצום הפגיעה במערך המודיעין הנגרמת כיום על ידי חשיפתו של חומר מודיעיני, כאשר לא ניתן להצביע על נזק קונקרטי שייגרם לפעולת מערך המודיעין בשל חשיפת החומר אולם "ארגוני הפשיעה עלולים לצרף יחד מידע זה לפיסות מידע הנמסרות באופן דומה בתיקים אחרים, וכך לקבל תמונה של פעולת מערך המודיעין, באופן שיפגע בתפקודו ובהשגת מטרותיו ואף יסכן חיי אדם." (דברי ההסבר).

48. תכלית זו הינה ערטילאית ביותר וכוללנית. אין זה סביר להטיל חיסיון גורף על כל חומר מודיעיני בכל הליך משפטי לצורך השגת תכלית זו, וכדי לדון בה יש להציג תשתית עובדתית ברורה ומשכנעת, לעניין מהות הבעיה הקונקרטית הדורשת פתרון.

49. על פי התכלית השניה המופיעה בדברי ההסבר, הצעת החוק מבקשת, 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?

50. ואכן, על פי הפרסומים, בשנים האחרונות 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.

51. העומס המוטל על הרשויות במיון חומר החקירה והוצאת תעודת החיסיון מחייב היערכות מתאימה של גורמי החקירה והתביעה כדי לעמוד כראוי במטלה זו: "החובה לקיים במלואה את זכות העיון של הנאשם מחייבת להקפיד על מיון 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 המשטריות הופכות קשות, מורכבות וממושכות יותר. " (עניין גד זאבי, פסקה 22)(ההדגשה הוספה).

יג. לסיום

52. לאור כל האמור לעיל, ולאור הפגיעות החמורות בזכויות אדם הטמונות בהסדר המוצע, ראוי שלא לקדם אותה. אנו קוראים לכם להתנגד להצעה זו ולפעול לסיכולה.