

עתירה להסרת חיסיון - באה עת שינוי

קובי סודרי, עו"ד

מבוא

אחת מן ההצהרות המבטיחות שליוו את הכרזתה של "המהפכה החוקתית", נגעה למהפכה הצפויה בתחום הפרוצדורה הפלילית: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שינה את מערך הזכויות הפלילי מיסודו... סדרי הדין הפליליים עלו כיתה... אם זכויות הנאשם במשפט הפלילי נגזרו עד היום מהוראות סדרי הדין, מעתה ייגזרו הוראות סדרי הדין הפלילי מזכויות האדם המוגנות בדבר הליך פלילי"¹

אלא, שחלוף העיתים מגלה יישום מצומצם של אותה הצהרה. דוגמא בולטת ל"קפיאה על השמרים" של החשיבה המשפטית הפלילית, מבטאת ההלכה בנוגע לפרוצדורת הדין בעתירות לגילוי חומר ראיות חסוי².

הסתרתו של חומר ראיות רלבנטי לאישום, בשל החשש לפגיעה באינטרס ציבורי או בטחוני, מהווה אחד מהחריגים לחובה המוטלת על התביעה לחשוף את כל חומר החקירה המצוי ברשותה³. הסתרה כזו נעשית באמצעות "תעודת חיסיון" הנחתמת על-ידי השר האחראי והמוסמך, בהתאם לאינטרס הגלום בחומר החסוי⁴. נאשם המבקש לעיין בחומר החסוי, נדרש לעתור כנגד תוקפה של התעודה. במקרה שבו החיסיון הוא מטעמים של "אינטרס הציבור" עתירה כזו נידונה בפני המותב הדין באישום נגדו⁵, ובפני שופט של בית המשפט העליון כשהחיסיון הוא מטעמים של "בטחון המדינה או יחסי החוץ שלה"⁶. הדיון בעתירה נערך במעמד התביעה בלבד. במהלך הדיון מוצגים בפני בית המשפט חומר הראיות החסוי, והנימוקים המצדיקים את חיסויו - באמצעות בא-כח התביעה, או באמצעות נציג המשרד הממשלתי הנוגע בדבר⁷. בית המשפט בוחן את הראיה החסרה על בסיס המבחן המהותי: האם "הצורך לגלות לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה"⁸, ובהתאם לכך מכריע באם להותיר את תעודת החיסיון על כנה. פרקטיקה דיונית זו, במתכונתה הנוכחית, אינה מגשימה לדעתי כראוי את הצורך בהגנה על זכויות הנאשם בפלילים, ובזדאי שאינה תואמת את הבכורה שהובטחה להן, ובמאמרי זה אבקש לסקור את הליקויים ולהציע דרכים לתקנם.

הדיון בעתירה להסרת חיסיון מטעמי "אינטרס ציבורי" צריך להעשות בפני מותב אחר מהמותב הדין בהליך העיקרי

כאמור, במקרים שבהם הוצאה תעודת החיסיון מכוח "אינטרס ציבורי" (סעיף 45 לפקודה), שהם המקרים השכיחים בבתי המשפט שלנו - נערך הדיון בעתירה להסרת חיסיון, בפני אותו המותב הדין גם באישום עצמו. הלכה זו נקבעה⁹, על סמך פרשנות האמור בסעיף 45 לפקודה: "... אלא אם מצא בית המשפט הדין בדבר, על פי עתירתו..."

מציאות זו, מקשה ופוגעת בהגנה, בשל החשש, כי המותב המכריע את הדין ייחשף לממצאים שליליים לנאשם, מבלי שיש לנאשם הזדמנות להתגונן נגדם¹⁰.

¹ ב. אוקון וע. שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטית" המשפט ג' 265,265; א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (ירושלים, 1994) 63;
² לפי סעיף 46 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א - 1971.
³ סעיפים 74 ו-78 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב - 1982.
⁴ סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א - 1971.
⁵ סעיף 45 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א - 1971.
⁶ סעיף 44 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א - 1971.
⁷ סעיף 6 לתקנות סדרי הדין (עתירה לגילוי ראיה), תשכ"ט - 1969.
⁸ סעיף 44(א) וסעיף 45 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א - 1971.
⁹ ע"פ 65/95 איחסן ואח' נ' מ"י, (להלן: עניין איחסן) פ"ד מט (1) 832, 835. עם זאת, שם המליץ בית המשפט למחוקק להשוות את ההסדר הדיני שבסעיף 45 לזה הנהוג בסעיף 44 - קרי העברת הדיון למותב אחר (עמ' 836).
¹⁰ יש לציין כי כאשר נאשם מגיש עתירה לגילוי ראיה הוא עושה זאת מתוך תקווה שבחומר הראיות החסוי יש מידע שעשוי לסייע להגנתו. עם זאת, מכיוון שהוא אינו יודע מה כלול בחומר החסוי אין זה כמובן מן הנמנע שחומר זה כולל מידע המפליל את הנאשם - והחשש הוא שמידע זה יגיע לידיעת השופט הדין בתיק העיקרי מבלי שהנאשם יוכל להתעמת איתו ולנסות להפריך אותו.

כנגד הלכה זו, עומדת שורה של נימוקים משפטיים ופרשניים:

- א. הניתוח הלשוני גרידא של סעיף 45 מגלה שיש בו אך הנחיה לבית המשפט לגבי המבחן המהותי לדיון בעתירה ואין בו שום התייחסות לזהות המותב הדין בעתירה. בסעיף 45 מתואר המותב שידון בעתירה, בנשימה אחת, במילים: "בית המשפט הדין בדבר על פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראיה". מאחר ולא ניתן לנתק את הדיבור "בית המשפט הדין בדבר" מהמשך "על פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראיה", הרי שהמסקנה הנובעת היא, ש"בית המשפט הדין בדבר" איננו "בית המשפט הדין באישום", אלא, אך "בית המשפט הדין בעתירה" וכזוה יכול לשמש כל מותב.
- ב. הניתוח לפי כלל ההרמוניה החקיקתית מחייב, כי פרשנותו של חוק תעשה בהרמוניה חקיקתית עם מערך החקיקה והסביבה החוקית הקרובה אליו¹². הפרשנות הקיימת של סעיף 45 סותרת שלושה דברי חקיקה "קרובים": סעיף 44 לפקודת הראיות, הקובע כאמור, שדיון בעתירה להסרת חיסיון מטעמי "בטחון" יעשה בפני שופט של בית המשפט העליון¹³ (שבפועל מהווה מותב אחר מזה הדין באישום) סעיף 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע שבקשה לגילוי חומר חקירה תידון, במידת האפשר, בפני שופט שאינו דן באישום; וסעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי, האוסר על חשיפת אופיו השלילי של נאשם¹⁴ בפני המותב הדין באישום (להבדיל למשל מן השופט הדין בבקשת הארכת המעצר). הניתוח לפי "חזקת הזהב" הפרשנית, מחייב כי פרשנותו של חוק תעשה תוך הגשמת תוצאה הגיונית שאין בה אבסורד¹⁵. הפרשנות הקיימת של סעיף 45 לפקודת הראיות, יוצרת אבסורד במובן זה שהיא סותרת את תכלית רעיון החיסיון, לפיה אסורה חשיפתו של בית המשפט הדין באישום – לחומר חסוי. הרישא לסעיף 45 קובעת: "אין אדם חייב למסור ובית המשפט לא יקבל, ראיה, אם שר הביע דעתו... כי מסירתה עלולה לפגוע בענין ציבורי חשוב". והנה, בפרקטיקה הקיימת, כאמור, בית המשפט הדין באישום כן נחשף לחומר החסוי ובכך מתרוקנת הוראת המחוקק מתוכן.
- המסקנה הנובעת מכל האמור הינה שככלל (אלא אם הסניגור מסכים לכך) אין זה ראוי שהדיון בעתירה יתקיים בפני המותב הדין בתיק העיקרי¹⁶.

הדיון בעתירה להסרת חיסיון צריך להתרחב אל מעבר לעיון בלבד בחומר החסוי

המחוקק לא קבע מסמרות באשר לאופן הבדיקה של החומר החסוי. כל שקבע הוא שהדיון יעשה בדלתיים סגורות, והנחה כי ביהמ"ש יכול לדרוש את הבאת הראיה או תכנה כן נקבע כי הדיון יכול להתקיים במעמד צד אחד. בפועל, הדיון נערך תמיד במעמד צד אחד, כשאליו מוזמנים נציגי המשרד הממשלתי שביקש את החיסיון (משטרה, שב"כ וכיו"ב), והאחרונים הם הסוקרים בפני בית המשפט את מהותו של החומר החסוי (בד"כ המדובר בידיעות מודיעיניות, במקומות תצפית ובשיטות פעולה ואמצעים מיוחדים שננקטו בחקירה הספציפית) ואת הנימוקים העומדים בבסיס בקשת החיסיון (בד"כ המדובר ברצון להגן על שלומם של מי ששיתפו פעולה עם הממסד, בהבטחת יכולת הממסד להמשיך ולגייס משתפי פעולה וברצון שלא לחשוף שיטות פעולה ייחודיות). מאחר והדיון נערך במעמד צד אחד, נדרש בית המשפט לשמש כ"סניגור לשעה", ולנסות ולברר באותו דיון, באם יש בו דבר היכול לסייע בהגנת הנאשם.

אלא שקיום הדיון במתכונת האמורה, בד' אמות לשכתו של השופט, מונע במקרים רבים מבית המשפט, מוכשר ככל שיהיה, מלמצות את מלוא האפשרויות בבחינת פוטנציאל הגנת הנאשם.

הכשל הדינוני העיקרי והמשמעותי מצוי במיוחד באותם מקרים שבהם החומר החסוי נוגע לידיעות מודיעיניות, שאז לא נגלות בפני בית המשפט מלוא הראיות החסויות. כל שנגלה בפניו, הינן אותן ידיעות מודיעיניות תמציתיות, שנכתבו על-ידי קצין מודיעין, מבלי שנגלית לבית המשפט מלוא היריעה באשר למניעיו של מקור המודיעין, הרקע למסירת הידיעה, הנסיבות הכלליות הנוגעות

¹¹ על היקף הכלל הלשוני ראה א' ברק פרשנות במשפט, כרך שני עמ' 84 וכן ע"פ 428/74 דבש נ' עיריית ירושלים, פ"ד כט (2) 23, 25.

¹² ראה בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה, פ"ד מז (1) 749.

¹³ לא יכולה להשמע כאן הטענה הפרשנית "מכלל ההן (של סעיף 44) אתה שומע את הלאו (של סעיף 45)" שכן טענה זו אינה מוחלטת והיא משתנית על פי נסיבותיו של כל מקרה.

¹⁴ ראה י' קדמי על סדר הדין בפלילים עמ' 882.

¹⁵ א' ברק פרשנות במשפט כרך שני עמ' 284.

¹⁶ זו למשל הפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט בבאר שבע.

¹⁷ סעיף 46 (א) לפקודת הראיות וסעיפים 6 ו-7 לתקנות סדרי הדין (עתירה לגילוי ראיה) תשכ"ט - 1969.

לאירוע נשוא הידיעה ואופן השגת הידיעה. כך למשל, לא יכול בית המשפט לברר לאשורה את האפשרות, שמקור מודיעין שמסר על המצאות סמים אצל פלוני – הוא זה שהטמין את הסם אצל אותו אדם. חמור מכך, נפתח כאן הפתח לביצוען של פעולות הדחה פסולות מצידן של הרשויות החוקרות, מבלי שהדבר ייחשף לביקורת שיפוטית.

התוצאה האבסורדית של כל אלה, היא, שלמעשה לא מוצגות בפני בית המשפט שום "ראיות" כהגדרתן המשפטית, אלא, לכל היותר עדויות שמיעה, המגיעות אליו מפי "צד מעוניין", מבלי שיש לבית המשפט יכולת אובייקטיבית לבחון את נכונותן של אותן ראיות ואת קיומן של ראיות נוספות היכולות לסייע להגנת הנאשם. זו אולי גם הסיבה לכך שלא פעם נשמעת בבתי המשפט הקביעה השגויה, כי "חומר מודיעיני" כלל אינו בגדר "חומר חקירה" הנוגע לאישום, מאחר והוא אינו מקיף ראיות, אלא רק ידיעות מודיעיניות¹⁸.

חששות אלה, מפני מוגבלותו של בית המשפט בבחינת חומר חסוי ומפני אי דבקותן של הרשויות החוקרות בחובת הגילוי המלאה לבית המשפט, אף קיבלו ביטוי ממשי במספר פרשות¹⁹ וקיומן של אלה, מעלה את החשש הכבד מפני האפשרות לקיומן של חריגות קשות נוספות במקרים אחרים.

שונה המצב, במידה מסוימת, בדיונים בעתירות המתייחסות לחשיפתו של מקום תצפית משטרתית. לגבי אלה, התפתחה בחלק מבתי המשפט פרקטיקה "מקומית" לפיה נוהג בית המשפט "לצאת לשטח" ולבחון בעצמו את מיקומה של התצפית. פרקטיקה מבורכת זו, לא רק שצריכה להיות נחלתם של כל בתי המשפט, אלא שיש לגזור ממנה מנהג דומה גם באשר לאופי הדיון בכל סוגי העתירות להסרת חיסיון.

סיכום

המסקנה המתבקשת מכל האמור, הינה שיש צורך אמיתי בהכנסת מספר תיקונים מהותיים לפרוצדורת הדיון בעתירה להסרת חיסיון ואלו הם:

- א. המותב הדן בעתירה להסרת חיסיון על-פי סעיף 45 לפקודת הראיות, יהיה, ככלל, מותב אחר מהמותב הדן באישום, אלא אם ביקש הנאשם אחרת.
 - ב. במהלך הדיון, יובאו וייבחנו בפני בית המשפט הראיות החסויות גופן. משמע, בדיונים הנוגעים לחיסיון מקומות תצפית, יצא בית המשפט תמיד אל מקום התצפית, ובדיונים הנוגעים לידיעות מודיעיניות, יחקרו על ידי בית המשפט, מקורות המודיעין עצמם, בנוגע לתוכן הידיעות המודיעיניות שמסרו²⁰.
 - ג. אין הצדקה למתכונת הגורפת של קיום הדיון במעמד צד אחד. ניתן ומומלץ לאפשר את נוכחותו של סניגור במהלך הדיון, כולו או חלקו, ובעיקר יש לאפשר לו לחקור בקשר לחומר החסוי, אם את נציג הרשות החוקרת או אף את מקור המודיעין עצמו, תוך הקצאת כל האמצעים להסרת זהותו של מקור המודיעין²¹.
- שינוי כאמור בפרוצדורת הדיון בעתירות לגילוי חומר חסוי, הוא עניין מובהק של האינטרס הציבורי ויהיה בו כדי לתקן עיוות ולשפר את הליך עשיית הצדק.

¹⁸ בקשר לכך ראה את קביעת בית המשפט העליון בבש"פ 1372:96 דרעי נ' מ"י, פ"ד נ (1) 177, לפיה הכרתו של חומר חקירה בכותרת חומר מודיעיני אין בה כדי להוציאו מגדר הגדרתו כ"חומר חקירה" לצורך סעיף 74.

¹⁹ ע"פ 1152:91 סיקסיק נ' מ"י פ"ד מו (5) 8; ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מ"י, פ"ד נג (1) 832, וראה במיוחד אזהרת כבוד השופט קדמי בסוף פסק הדין; ת.פ. שלום באר שבע 2210.00 מ"י נ' מימון.

²⁰ ראה בקשר לכך החלטת ביהמ"ש העליון בע"פ 621:01 מ"י נ' חמדאן דרויש, פ"ד נה (2) 823, שם הורה בית המשפט על זימונם של מקורות המודיעין למסירת עדות. החלטה זו נותרה על כנה גם בד"נ 1424:01 מ"י נ' דרויש.

²¹ העדתו מאחורי פרגוד, הסוואתו בתחפושת, עיוות קולו, חקירתו באמצעי וידיאו וכיו"ב.