

מדינת ישראל

משרד המשפטים

מחלקת יעוץ וחקיקה (פלילי)

ירושלים: ח' באדר ב' תשע"ד
10 במרס 2014
תיקנו: 803-10-2011-000164
סימוכין: 803-99-2014-020249

אל:

המשתתפים בדיון

שלום רב,

הנדון: הטלת חיסיון על תיעוד קולי וחזותי של עבירות בטחון

רקע

1. סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) התשס"ב-2002 (להלן: החוק) קובע הוראת שעה, לפיה חובת התיעוד החזותי או הקולי לפי סעיפים 7 ו-11 לחוק, לא תחול על חקירה בידי שוטר של חשוד בעבירת ביטחון. הוראת השעה הוארכה בעבר פעמיים. בפעם האחרונה, ביולי 2012, הוארכה הוראת השעה בשלוש שנים, עד ליום 4.7.2015, והממשלה התחייבה בכנסת לבצע עבודת מטה, ובכלל זה לקדם תיקון של ההגדרה של "עבירת בטחון" בסעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, אליו מפנה החוק; לבחון הסדרים חלופיים כגון הטלת חיסיון על התיעוד; ולבחון משפט משווה בתחום. לאחר הארכת הוראת השעה פורסם בחודש פברואר 2013 חלק ב' של דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31.5.10 (להלן: "דו"ח טירקלי"), אשר המליץ בין היתר, במספר שורות, מבלי להתייחס לעומק לסוגיה ולשיקולים השונים, כי יהיה תיעוד חזותי מלא של חקירות השב"כ, לפי כללים שיקבע היועץ המשפטי לממשלה. הטעם להמלצה זו הוא חיזוק "היסודיות והאפקטיביות של חקירת המבתי"ן". (עמ' 346 לדו"ח ועדת טירקל).

2. ביום 7.7.13 התקיים אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), מר רוז נזרי, דיון בנושא, ובו סוכם, בין היתר, כי חרף הקשיים בהחלת חובת תיעוד חזותי או קולי על חקירה של עבירות בטחון בידי שוטר, ועל חקירות שב"כ בפרט, קיימים שיקולים שונים, שעיקרם במישור הבינלאומי, אשר מחדדים את הצורך בתיעוד עבירות בטחון. החששות מפני תיעוד שהוצגו בדיון היו החשש שחשודים ימנעו מלמסור מידע מפחד שיתפשו כמשתפי פעולה עם הרשויות עקב התיעוד החזותי או הקולי; חשש שתיעוד חזותי של חקירות יסייע לגורמי טרור להכין עצמם לקראת חקירות בעבירות ביטחון; וחשש שהמגמה של בתי המשפט להפחית ממשקלן של ראיות שאינן מתועדות תגבר ככל שמדובר באותו תיק אשר החקירה בשב"כ בו לא תתועד, ואילו החקירה המשטרית תתועד. מנגד, העדר תיעוד, לאחר המלצות ועדת טירקל לתעד חקירות של עבירות בטחון, עלול להעמיד בסיכון חוקרי שב"כ במישור הבינלאומי בשל ניהול הליכים נגדם בחו"ל. עוד צוין כי העדר התיעוד עלול לפגוע בלגיטימציה הבינלאומית של מדינת ישראל

ובכך להשפיע בעקיפין על רמת הלגיטימציה המבצעית של המדינה והתמיכה המדינית בה.

יתר על כן, תיעוד חקירות עשוי לסייע בחקר האמת, לענות על הצורך בפיקוח ובבקרה על חקירות ולהתמודד בצורה אפקטיבית עם טענות מאוחרות בדבר התנהלות לא ראויה של חוקרים בחקירה.

3. לפיכך, בישיבה סוכם כי ייבחנו דרכים משפטיות לאזן בצורה ראויה בין האינטרסים השונים ולענות על החששות האמורים מפני התיעוד, ובפרט תיבחן האפשרות של חקיקת חיסיון רחב לחומר המתועד, אשר יהיה בו כדי להגביר את הביקורת על חקירות של עבירות בטחון, גם אם במסגרתו לא תתאפשר העברת החומר לנאשם ולציבור. עוד סוכם כי המחלקה לתפקידים מיוחדים (בין-לאומי) בפרקליטות ומחלקת ייעוץ וחקיקה (הסכמים בינלאומיים ותביעות בינלאומיות) יגבשו חוות דעת משותפת לעניין הלגיטימציה הבינלאומית אשר תינתן לסוגי החסיונות השונים, ויסייעו בבירור הדין החל במדינות שונות.

4. להלן נבחן את האפשרות להחיל את חובת התיעוד החזותי או הקולי על חקירות של עבירות בטחון, הן בשלב החקירה בשב"כ, והן בשלב החקירה במשטרה, ולצד זאת, לקבוע בחוק חיסיון רחב ביחס לתיעוד.

החסיון

5. ככלל, הגישה במשפט הישראלי היא כי חסיון הינו חריג שיינתן אך במקרים מיוחדים כאשר קיים אינטרס ציבורי המצדיק זאת, בשל מרכזיות הערך של הגעה לחקר האמת. בהקשר זה נכתב: "חייב לפיכך להימצא להצדקתו שיקול רם ונכבד יותר שבטובת הכלל. הדבר מצריך איזון והכרעה בין שיקולים שונים שבטובת הכלל, מצב המציג תמיד דילמה בין שתי רעות, הפרת אמון וסודיות מחד, ודיכוייה של האמת הדרושה למשפט צדק, מאידך". (ש' נתניהו, "על התפתחויות בסוגיית החסיונות המקצועיים" ספר זוסמן (תשמ"ד) 297, 298, צוטט ברע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54, 62.

6. חסיונות יכול שייקבעו בחוק, או מכח ההלכה הפסוקה. פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) קובעת בפרק ג' שורה של חסיונות, בעניינם מתקיים אותו שיקול "רם ונכבד שבטובת הכלל", המצדיק נסיגה מעקרון גילוי האמת. כך הוא בקביעת החסיונות של בעלי המקצוע (עדות עורך דין, רופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי וכהן דת), וכך הוא בקביעת חסיון לטובת המדינה וחסיון לטובת הציבור. למעט חסיון עורך-דין וחסיון כהן דת, כל החסיונות הקבועים בפקודת הראיות, וכן כל החסיונות אשר נקבעו מכח ההלכה הפסוקה, הם חסיונות יחסיים, אשר בית המשפט מוסמך להסירם ולהורות על גילוי הראיה החסויה, לאחר עריכת איזון בין האינטרסים המתנגשים, אם מצא כי "הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה". אפילו סעיף 44 לפקודת הראיות, הקובע חסיון לטובת המדינה, מכוחו נחסים לעתים סודות בטחוניים שמורים ביותר, קובע כי בית המשפט העליון מוסמך להורות על גילוי הראיה, בהתקיים מבחן האיזון האמור. להשלמת התמונה, נזכיר את הצעת חוק חסיון חומר מודיעיני (תיקוני חקיקה), התשע"ד-2014, אשר עברה קריאה ראשונה

בכנסת ביום 17.2.14, ובה מוצע לקבוע חסיון סטטוטורי על חומר מודיעיני. אף בהצעה זו נקבע כי חובה לגלות חומר מודיעיני שהוא חיוני להגנת נאשם (סעיף 47א(ג)(1) ו-(ה)(1) להצעת החוק).

7. האפשרות המוצעת בענייננו היא לקבוע חובת תיעוד חזותי או קולי של חקירות בעבירות בטחון ובצידה לקבוע בחוק חסיון מוחלט על התיעוד האמור, אשר לא ניתן יהיה להסירו, אף לא בשיקול דעת של בית משפט, זאת בשל החששות המוזכרים לעיל, העלולים להתממש כתוצאה מגילוי התיעוד של החקירות. יודגש, כי לענין זה יש להבחין בין תיעוד חזותי או קולי של החקירה בשב"כ, אשר אינו מוסדר כיום בחוק, עליו המליצה ועדת טירקל, לבין תיעוד חזותי או קולי של החקירה במשטרה, הקבוע בחוק חקירת חשודים, אולם קיים ביחס אליו פטור בהוראת השעה, כמפורט לעיל. נציין, כי אין הכרח לקבוע דין אחד לתיעוד החקירה בשב"כ ולתיעוד החקירה במשטרה.

גילוי ראיה חסויה במשפט פלילי

8. סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) קובע כי נאשם רשאי לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום, שבידי התובע ולהעתיקו. זכותו של נאשם לקבל לידיו את חומר החקירה הנוגע לאישום היא זכות יסוד, והיא נגזרת מזכות היסוד של הנאשם למשפט הוגן ומזכותו לנהל את הגנתו לאחר שהכיר את מלוא חומר החקירה הקיים בעניינו (ראו למשל בש"פ 9322/99 **מסראווה נ' משטרת ישראל**, פ"ד נד(1) 376; בש"פ 8555/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, דינים עליון, כרך פ, 117). וכך נפסק: "זכות העיון נגזרת מזכות היסוד של הנאשם לחירות אישית, ממנה נובעת זכותו לנהל את הגנתו תוך הכרת מלוא חומר החקירה הקיים בעניינו כדי להבטיח משפט הוגן. זכות הנאשם להתגונן כנגד אישום פלילי וזכות העיון הכרוכה בכך איננה רק זכותו של הפרט. היא משקפת אינטרס ציבורי כללי, אשר נועד להבטיח כי מערכת המשפט תכריע בגורלו של נאשם בגדרו של משפט הוגן, שבו ניתנה לו הזדמנות מלאה להציג את הגנתו" (בש"פ 2043/05 **מדינת ישראל נ' גד זאבי**, 15/09/2005 (להלן: בש"פ זאבי)). חשיפת חומר החקירה כולו לנאשם ולבית המשפט נחוצה לשם חשיפת האמת, במיוחד בשיטה האדברסרית. "על יסוד חומר זה כולו יוכל הנאשם להוכיח את חפותו, אם בדרך הצגת גירסה משלו ואם בדרך חקירת עדי התביעה, תוך ערעור גירסת התביעה. בדרך זו יובטחו אמינותה של מערכת המשפט הפלילי ואמון הציבור בה" (ב"ש 838/84 **לבני נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח (3) 729 (להלן: פרשת לבני)).

9. בפסיקה גובשו שלושה מאפיינים עיקריים למונח "חומר חקירה": "האחד – 'חומר חקירה' הוא חומר רלבנטי לאישום; השני – יש לנקוט גישה המיישמת את מבחן הרלבנטיות בהרחבה, בהינתן התכלית הטמונה בזכות העיון – לאפשר לנאשם לממש את זכותו למשפט הוגן בדרך שתיתן בידיו הזדמנות מלאה להתגונן בפני האישומים המיוחסים לו. לפיכך, נכללו בגדרו של המושג "חומר חקירה" גם ראיות השייכות ל'פרופריה' של האישום.. השלישית - בצד המבחן הרחב להגדרת 'חומר חקירה', הובהר לא אחת כי אין לכלול בגדרו ראיות שהרלבנטיות שלהן לאישום הפלילי אינה קיימת, או שהיא רחוקה ושולית... (בש"פ זאבי, פסקה 13).

10. אף אם חומר מסוים עונה על "מבחן הרלוונטיות" ונכנס לגדרו של "חומר חקירה", הוא לא יועמד לעיון הנאשם אם הוא חסוי, זאת לפי סעיף 74(ו) לחסד"פ, הקובע כי אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות, ולפי סעיף 78 לחוק סדר הדין הפלילי הקובע בין היתר כי הוראות סעיף 74 אינן חלות על חומר שגילוי אסור לפי כל דין. כאשר החומר חסוי, על הנאשם לנקוט בהליכים להסרת חיסיון על מנת שיוכל לעיין בו.

11. כאמור, מרבית החסיונות הם יחסיים, ועל כן אם ימצא בית המשפט כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה, הרי שעל התביעה יהיה לגלות את החומר, או לחזור בה מכתב האישום. יישום מבחן האיזון האמור במשפט הפלילי מורה כי אם החומר הוא חיוני להגנת הנאשם, יש להורות על גילוי, מבלי לבחון את מידת הפגיעה באינטרס המוגן על ידי החיסיון. וכך נפסק בפרשת **לבני**, אשר עסקה בעתירה לגילוי ראיה חסויה מטעמי בטחון המדינה:

"עשיית צדק" בהקשר זה משמעותה ניהול הליך פלילי הוגן, שיש בו כדי לחשוף את האמת ולא לגרום לעיוות דין לאותו נאשם ספציפי העומד לדין. על-כן, אם חומר החקירה, אשר לגביו חל החיסיון, חיוני הוא להגנת הנאשם, כי אז, בוודאי, הצדק דורש את גילוי, ושיקול זה עדיף על-פני כל שיקול ביטחוני אפשרי. שום נימוק ביטחוני, ויהא הוא הנכבד ביותר, אינו שוקל יותר, במשקלותיו היחסיות של הליך פלילי נתון, ממשקל הרשעתו של חף מפשע. עדיף זיכוי של נאשם, שאת אשמתו אין להוכיח בשל הצורך לגלות ראיה שיש אינטרס ביטחוני שלא לגלותה, על-פני הרשעתו של נאשם, שאת חפותו אין להוכיח בשל הצורך שלא לגלות ראיה חסויה... לעניין זה איני רואה חשיבות לסוג העבירה, בה מואשם הנאשם, ולעונש הצפוי לו. הרשעת חף מפשע היא פגיעה כה עמוקה ומכאיבה בסדריו של ההליך הפלילי, עד כי אין להרשותה בשום תנאי. על-כן, אם הראיה החסויה מרכזית היא וחיונית ובעלת חשיבות מהותית לקביעת חפותו או אשמתו של הנאשם, מן הראוי הוא לגלותה". (פס' 7 להחלטה, השופט א' ברק, כתוארו אז).

וכך נפסק בבש"פ **זאבי**:

"כללי החסיונות עוסקים בראיות רלבנטיות המהוות 'חומר חקירה', והם בוחנים את מידת חיוניותן של ראיות כאמור להגנת הנאשם, כנגד הפגיעה העלולה להיגרם לאינטרס ציבורי כללי בהצגתן. באיזון זה, לעולם תינתן עדיפות לערך עשיית משפט צדק לנאשם על פני כיבודם של ערכים אחרים, ובכלל זה ערכי מדיניות החוץ ובטחון המדינה; אולם מקום שאי הצגת הראייה אינה כרוכה בפגיעה כזו, ינתן משקל לערך העלול להיפגע באם הראיה תוצג במשפט" (פס' 13).

דין

12. קביעה לפיה תיעוד של חקירה פלילית יחסה תחת חיסיון מוחלט, ולא ניתן יהיה להסירו לעולם, גם לא בשיקול דעת בית משפט, אף אם ימצא כי התיעוד חיוני להגנת נאשם, היא בעייתית מאוד, וייתכן אף שתמצא מנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בגין הפגיעה האפשרית בהוגנות ההליך, בחקר האמת ובחירות הנאשם.

13. כאמור, חיסיון מוחלט הוא חריג מאוד במשפט הישראלי. רובם המכריע של החסיונות הם יחסיים, ובידי בית המשפט ניתן שיקול הדעת להורות על גילוי הראיה החסויה. בהקשר הפלילי, העדר סמכות לגלות חומר חקירה העשוי להיות חיוני להגנת הנאשם, הוא בעייתית עד מאוד. כך למשל, סעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1995 (להלן: החש"צ) קובע כי הדברים שהושמעו בתחקיר מבצעי, פרוטוקול התחקיר, כל

חומר אחר שהוכן במהלכו, וכן הסיכומים, הממצאים והמסקנות (כל אלה מוגדרים בחוק כ"חומר תחקיר"), יהיו חסויים, לא ימסרו לגוף חוקר ולא ישמשו ראיה בבית משפט. לכאורה, לשון הסעיף אינה מתירה מסירה של חומר התחקיר לנאשם, אף אם החומר חיוני להגנתו. תוצאה זו היא קשה, ועלולה להוביל לאי צדק ואף לעיוות דין. על כן, נקבע בפרקליטות המדינה נוהל ולפיו החסיון יפורש למעשה כחסיון יחסי, כך שאם יימצא כי ממצאי תחקיר חיוניים להגנת נאשם, וכי ממצאים אלה לא הגיעו להגנה כחלק מחומר החקירה שהומצא לעיונו, תתבקש העברת החומר לנאשם, זאת באמצעות פרשנות הוראת סעיף 539א(ב)(5), הקובעת כי הרמטכ"ל רשאי לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר "לאדם הנוגע בדבר". נוהל זה נסמך גם על צו הקובע כי בית המשפט הדן בבקשת נאשם העומד לדין בקשר לאירוע שנחקר בתחקיר להתיר לו לעיין בחומר התחקיר, מהטעם שהצורך בהתרת העיון לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש שלא להתיר את העיון, רשאי לעיין בחומר התחקיר. הצו פורש כמסמיך את בית המשפט להורות על גילוי החומר לנאשם. וכך נכתב בנוהל: "...מקובלת כיום התפיסה כי החסיון על התחקיר הצבאי אינו מוחלט, וכי יש מקום לאפשר ביקורת שיפוטית על חסיון זה, תוך שקילת האינטרס הגלום בחסיון אל מול החשש לפגיעה ממשית בהגנת הנאשם בתיק פלילי קונקרטי." יודגש, כי אף אם יימסר חומר התחקיר לנאשם על פי הנוהל, הוא לא יהיה קביל כראיה. מתווה דומה הוחל גם על תחקיר מבצעי הנערך במשטרה. (נוהל מיום 5.8.2008 בדבר "מעמדם של תחקירים משטריים וצבאיים בהליך פלילי" עליו חתום מר שוקי למברגר, המשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים), לשעבר).

14. נראה כי ההכרח בפרשנות החסיון שחל על חומר התחקיר מכח סעיף 539א לחש"צ כחסיון יחסי, המאפשר להעביר את ממצאי התחקיר לנאשם, ככל שהחומר חיוני להגנתו, יפה לעניינו, ואף "מקל וחומר". הטלת חסיון על תיעוד חקירה, כמוצע בענייננו, הוא מרחיק לכת בהשוואה לגילוי חומר של תחקיר מבצעי. בעוד שחומר תחקיר אמנם עוסק באותה פרשה בה עוסק המשפט הפלילי, ועשוי לכלול מידע חיוני להגנת נאשם, עניינו בהליך נפרד מהליך החקירה הפלילית, ונראה שאין זה שכיח שחומר התחקיר יהיה חיוני להגנת הנאשם. תכליתו של התחקיר המבצעי הן שונות מהחקירה הפלילית – הפקת לקחים, למידה ושיפור לעתיד לבוא - בעוד שתיעוד החקירה עוסק בחקירה עצמה ותכליתו בין היתר להוות את התיעוד המהימן ביותר לצורך שימוש ראייתי עתידי במשפט, לשמש כלי לפיקוח ובקרה על החקירה, ולהרתיע מפני שימוש באמצעים פסולים בחקירה. התיעוד החזותי או הקולי מצוי בלב האישום, והוא הראיה הטובה ביותר למגוון טענות שעשויות לעמוד בליבה של ריעת המחלוקת ולהכריע את המשפט – כגון טענות בדבר פסילת הודאות נאשם לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, טענות פסילה לפי הלכת הפסילה הפסיקתית שנפסקה בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, אי דיוק בתיעוד דבריו של הנאשם המוגשים כראיה, ועוד.

15. נראה, איפוא, כי החלת חובת התיעוד על חקירות בטחוניות ולצידה קביעה כי התיעוד יהיה חסוי באופן מוחלט, היא בעייתית, וכי יש לשקול אמצעים חלופיים לתיעוד לשם השגת מטרותיו. משקיים התיעוד של החקירה "בעולם", נראה כי מבחינה משפטית יהיה קשה בפועל למנוע לחלוטין את האפשרות לגלותו בנסיבות מסוימות, זאת מנימוקים של הגנת הנאשם והוגנות ההליך. יתר על כן, על הצדדים להליך הפלילי יקשה

לנהל את המשפט ביודעם שקיים תיעוד מדויק, מזמן אמת, של החקירה, ובכלל זה לתובע ולבית המשפט, בנוסף כמובן לסניגור. כאמור, מדובר בחומר חקירה שנגיעתו ללב האישום עשויה להיות רבה ביותר.

16. עולה, איפוא, כי קביעה של חסיון מוחלט היא בעייתית, ועשויה להיפסל בהיותה פוגעת באופן בלתי מידתי בזכותו של הנאשם להליך הוגן ובחירות, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. קביעה של חסיון יחסי אף היא בעייתית, שכן ביכולתה לספק הגנה חלקית בלבד לאינטרסים עליהם אנו מבקשים להגן. יודגש, כי כיוון שהתיעוד כאמור נוגע ללב האישום, והוא ב"ליבת חומר החקירה", יש להניח כי קביעה שיפוטית לפיה התיעוד חיוני להגנת הנאשם תהיה שכיחה. החלטה שיפוטית כי יש לגלות את החומר עלולה לאלץ את התביעה לחזור בה מאישומים, בליט ברירה.

17. נראה שאין זה ברור שהיתרונות בתיעוד עולים על הנזקים שעשויים להיגרם כתוצאה מקיומו, ועל כן אנו מציעים לשקול היטב האם אין זה עדיף שלא לייצר את הראיה, שכיום אינה קיימת, מאשר לייצרה ולשאת בנזקים כתוצאה מהקושי שבאי גילוייה, או מהנזקים שבגילוייה, ככל שיוחלט על קביעת חסיון יחסי.

18. על כן, מוצע כאמור לבחון דרכים חלופיות להשגת התכליות של התיעוד, ובראשן התכלית של הגברת הפיקוח והבקרה על חקירות של עבירות בטחון, וחקירות השב"כ בפרט, וכפועל יוצא חיזוק טענות ההגנה של המדינה בעת התמודדות עם הליכים נגד חוקרי שב"כ בטריבונלים בינלאומיים. הצעות שניתן לשקול הן בקרה מדגמית של החקירות, ללא הודעה מוקדמת, על ידי צוות המבט"ן או צפייה בשידור בזמן אמת של הנעשה בחדרי החקירות על ידי צוות המבט"ן, מבלי לשמור את התיעוד. הצעה נוספת, שהעלתה הסניגוריה הציבורית בוועדת החוקה בעת הדיון בהארכת הוראת השעה, היא תיעוד החקירה, אולם מתן אפשרות לסניגור לצפות בתיעוד, מבלי להעתיקו. כך, התיעוד אינו מופץ ברבים, אלא ניתן ללמוד עליו רק "מפה לאוזן", כלומר, הסניגור יכול לספר על מה שראה או שמע, בדומה לכך שנאשם יכול לספר על מה שנעשה בחקירתו לאחר סיומה.

נראה שתיעוד קולי ללא תיעוד חזותי לא יסייע, שכן החששות מפני תיעוד, ובהם הרתעה מפני מסירת מידע עקב פרסום התיעוד, ולימוד והכנה של גורמי הטרור לחקירות, מתקיימים אף לגביו.

בברכה


עינת גדעוני, עו"ד
 ייעוץ וחקיקה (פלילי)

העתק: המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), מר רז נזרי