



בש"פ 199/21 - רמי יוגב נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 199/21

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין

המבקש:

רמי יוגב

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

עתירה לגילוי ראייה חסויה

בשם המבקש:

עו"ד אבי כהן, עו"ד פרידה וול, עו"ד יפה זמיר,
עו"ד סיגל יער
עו"ד ארז בן ארויה, עו"ד גיא רוסו, עו"ד אריה פטר
עו"ד גיל שפירא

בשם המשיבה:

בשם הסניגוריה הציבורית
כ"ידידת בית המשפט":

החלטה

השופט י' עמית:

האם ניתן להוציא תעודת חיסיון על אמרות חוץ של נאשם במשפטו-שלו? זו השאלה נושא דיוננו.

1. עתירה לגילוי ראייה חסויה לפי סעיף 44(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות או הפקודה). העתירה דן מתייחדת בכך שהחומר שעליו הוטל חיסיון הוא דברי העותר-הנאשם עצמו בחקירותיו, ומכאן הטענה כי לא ניתן להוציא תעודת חיסיון על דברים שהנאשם עצמו אמר לחוקריו.

כתב האישום ורקע עובדתי



2. העובדות הצריכות לענין פורטו בהרחבה בהחלטתו של השופט א' הימן מיום 28.4.2019 במ"ת 14567-01-19 שבה הורה על מעצרו של העותר עד לתום ההליכים, ובהחלטה שדחתה את הערר על החלטה זו (החלטתו של השופט נ' הנדלמיום 27.5.2019 בבש"פ 3073/19). להלן יובאו בתמצית שבתמצית עיקרי כתב האישום והראיות שנזקפות לחובת העותר, על מנת להבהיר את בקעת המחלוקת.

העותר שימש בזמנים הרלוונטיים לכתב האישום בתפקיד של ראש מדור פיתוח אמצעים באגף הביטחון של חברת אל-על. במסגרת תפקידו, העותר עמד בקשר עם מאבטחי מטוסים ועם גורמי ביטחון שונים ונהנה מגישה חופשית לכל השטחים בנתב"ג. נגד העותר ועשרה נאשמים נוספים הוגש כתב אישום המייחס להם, בין היתר, עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, ייבוא סם מסוכן מסוג קוקאין וניסיון לייבוא סם מסוכן מסוג קוקאין בשבעה עשר אישומים שונים. מכתב האישום מצטייר תמונה לפיה העותר לקח חלק בקשר רחב, על מנת להבריש סמים לישראל דרך נמל התעופה בן גוריון. במרכז הפרשה עומד עד המדינה א.א. (להלן: עד המדינה) שאף הוא עבד באגף הביטחון של חברת אל-על עד שהוחלף בשנת 2010 על ידי העותר, ובין השניים שררו לאורך השנים קשרי חברות הדוקים. על מנת להבהיר לקורא את היקף הפרשה, נספר כי בכל אחד מ-15 המקרים שבהם צלחה הברחת הסם, היה מדובר בהברחת מזוודה המכילה כ-18 ק"ג של קוקאין (בשני מקרים היה מדובר בכ-9 ק"ג קוקאין), כאשר עד המדינה קיבל 800,000 ₪ עבור חלקו ביבוא הקוקאין בכל אחת מהפעמים שבהן הוברחה מזוודת קוקאין, והעותר קיבל 10,000 ₪ בכל פעם. על פי הנטען בכתב האישום, תפקידו של העותר היה תיאום תאריכי ייבוא הסם עם עד המדינה; קבלת המזוודה עם הסמים מהבלדר בפתח המטוס; והעברת המזוודה משטח נמל התעופה אל נהג שהמתין לו ונטל ממנו את המזוודה. הנאשמים בכתב האישום הם, בין היתר, הבלדרים והנהגים, שלאף אחד מהם אין היכרות קודמת עם העותר.

3. תמצית המארג הראייתי שעומדת לחובתו של העותר כוללת, בין היתר:

א. עדותו המפלילה של עד המדינה.

ב. האזנות לשיחות טלפון בין העותר לבין עד המדינה בתאריכים 24.11.2018 ו-25.11.2018, שבהן נשמעים השניים מתאמים דבר מה ליום המחרת, כאשר בשיחה שלאחר מכן נשמע העותר מוסר לעד המדינה בזמן אמת כי "הכל פה מוקף אנשי מכס, לדעתי יודעים עליו" ובתגובה מוסר לו עד המדינה לעזוב את המקום (כמתואר באישום שבעה עשר).

ג. תכתובות ווטסאפ בין העותר לבין עד המדינה המצביעות על תיאום תאריכי טיסות אפשריים לייבוא הסמים, ותיעוד של תקשורת ביניהם במועדים סמוכים לתאריכי הייבוא שנבחרו.

ד. העותר חיפש באמצעות מכשיר טלפון שלו את לוח הטיסות בתאריכים המוזכרים בכתב האישום כמועדים שבהם הועברה מזוודה עם סמים.



ה. איכונים של העותר באיירפורט סיטי, המקום שבו מסר את המזוודה לנהג על פי מספר אישומים (מקום מסירת המזוודה הוחלף בהמשך).

ו. כרטיס הכניסה של העותר לשדה התעופה במועדים שבהם חזר מאירפורט סיטי לאחר העברת המזוודה.

ז. סרטון מתאריך 4.11.2018, אליו מתייחס האישום החמישה-עשר, שבו נראה העותר יוצא משדה התעופה דרך שער "קרוסלה-שער צפון" כאשר הוא גורר אחריו מזוודה גדולה וחוזר לאחר מספר דקות בידיים ריקות.

ח. שקרים ושתיקות של העותר בחקירתו.

4. ומכאן לעניינו.

בשל תפקידו של העותר והיכרותו את מערך האבטחה בתעופה האזרחית ובשדה התעופה לפני ולפנים, הוציא ראש הממשלה ושר הביטחון תעודת חיסיון לפי סעיף 44(א) לפקודה כלהלן:

1. מקורות המידע של שירות הביטחון הכללי לרבות כל פרט ו/או תוכן המידע שיש בו כדי לחשפם.

2. שיטות ודרכי פעולה, פעילות מבצעית, נהלי עבודה, ודרכי השגת מידע של שירות הביטחון הכללי וכן של קהילת המודיעין הישראלית, ככל שהם מתייחסים לנוהלי ושיטות אבטחת התעופה הישראלית ושדות התעופה בישראל ובכלל זה פירוט השיטות ותורות העבודה על פיהן מתבצע הבדוק הבטחוני וכן שיטת האבטחה הפיסית של כלי הטיס, הנוסעים, המטען המסחרי והאיזורים המאובטחים בשדות התעופה בישראל.

3. החלטות ממשלה חסויות הנוגעות לתחום אבטחת התעופה ושדות התעופה בישראל, לרבות תוכן מידע העלול להביא לחשיפת תחומי אחריות, הנחיות מקצועיות, שיטות פעולה ונהלים אלה.

4. הימצאם של אמצעים טכנולוגיים לצרכי אבטחת התעופה הישראלית ושדות התעופה בישראל, לרבות היקפם, כמותם, מהותם ואופן הפעלתם.

5. אמצעים טכניים של שירות הביטחון הכללי וכן של קהילת המודיעין הישראלית להשגת חומר מודיעיני וחומר חקירה, לרבות החומר אשר נאסף באמצעים אלה.

6. תפקידים, משימות, שמות וחזותם של עובדי שירות הביטחון הכללי, וכן של קהילת המודיעין הישראלית, לרבות כל עמוד 3



פרט אחר שיש בו כדי לגלות או לחשוף בדרך כלשהי את זהותם או חזותם.

כאשר קיבלה ההגנה לידיה את חומרי החקירה, התברר כי מכוח תעודת החיסיון הושחרו מילים וקטעים מחקירותיו של העותר במשטרה. על כך נסבה העתירה שלפנינו.

תמצית טענות הצדדים

5. לטענת העותר, הוא נדרש לתשובותיו-שלו לשאלות שנשאל במסגרת חקירתו על מנת ליתן בבית המשפט הסבר מלא באשר לגרסתו, והוא רשאי להסתמך בעדותו בבית המשפט על גרסתו בחקירה כראיה לטובתו. עצם העובדה שרשויות החקירה החליטו לשאול אותו שאלות מסוימות במהלך חקירתו, מצביע על כך שתשובותיו רלוונטיות להוכחת או להפרכת אשמתו. העותר טען כי הטלת חיסיון על תשובותיו-שלו בחקירות, פוגעת בזכות הטיעון שלו ובזכותו החוקתית להליך הוגן. נטען כי קיימת חשיבות עליונה לכך שחקירותיו של העותר תוצגנה במלואן ובשלמותן לבית המשפט, כך שניתן יהיה להתרשם מהודעותיו במשטרה מהגיון הפנימי וסדר הדברים, ולא ניתן להגיע למובן האמיתי של הרעיון שביקש להעביר לחוקריו, אלא באמצעות האמרה בשלמותה על כל חלקיה.

במישור העקרוני נטען כי לא ניתן להחיל את הוראת סעיף 44 לפקודה אלא על ראיה ממקור חיצוני, להבדיל מראיה שמקורה בעדותו של הנאשם. לגישת העותר, נוצר מצב אבסורד שבו המידע ידוע לעותר, לבאי כוחו ולמשיבה, והפועל היוצא הוא שהמשיבה מבקשת לחסות מידע דווקא מעיני המותב שדן בתיק. נטען כי אי חשיפת המידע החסוי תגרום לעיוות דין וכי בפסיקה נקבע לא אחת כי שיקולי הצדק דוחים שיקולי ביטחון מקום שבו מדובר בחומר ראיות החיוני להגנתו של הנאשם.

6. הסניגוריה הציבורית, שהצטרפה לבקשה כידיד בית המשפט, הביעה עמדתה כי המדינה אינה רשאית להטיל חיסיון על אמרות נאשם או עדותו לגבי מידע שממילא נמצא ברשותו ובידיעתו, ואשר רלוונטי לניהול הגנתו. נטען כי אין בכוחה של המדינה להשתיק נאשם מלהעיד להגנתו מאחר שיש בכך כדי לפגוע בזכותו החוקתית להליך הוגן, וזכות הטיעון נכללת בזכות זו. נטען כי עדותו של נאשם בהליך הפלילי בעניינו היא חלק בלתי נפרד מהזכות להליך הוגן וזכות הטיעון, שהרי עדות הנאשם היא במרבית המקרים בריח התיכון בפרשת ההגנה. מכאן המעמד המיוחד שיש לייחס לעדות זו, כפי שבא לידי ביטוי, בין היתר, בהוראה כי עדות הנאשם תישמע, ככלל, עם תחילת פרשת ההגנה (סעיף 161(ג) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ)), ונאשם שבוחר שלא להעיד מסתכן בכך שאי-העדתו תשמש חיזוק לראיות התביעה נגדו (סעיף 162 לחסד"פ). עדותו של הנאשם אינה כעדותו של כל עד, ואין להחיל על עדותו של נאשם את מבחן הרלוונטיות, להבדיל מעד רגיל, וזאת על מנת לאפשר לנאשם לשטוח את טענותיו ולהציגן באופן המלא ביותר. לאור זאת, נטען שאין להחיל את הוראת סעיף 44 לפקודה על עדותו של הנאשם עצמו.

7. המשיבה טענה כי לצורך סעיפים 44-45 אין להבחין בין עדותו של נאשם לבין ראיות אחרות, וכי לא ניתן להשיג את תכלית הוראות החיסיון אם הוראות אלה אינן חלות על נאשם, שהוא עד ככל העדים ועדותו כפופה למבחני העדות הקבועים בסעיף 1 לפקודה.



דין והכרעה

8. עתירה לגילוי ראיה לפי סעיף 44 לפקודה, נדונה על פי סעיף 46 לפקודה על ידי שופט בית משפט עליון בדין יחיד. כפי שנראה להלן, השאלה אם ניתן להטיל חיסיון על חלקים בהודעותיו של הנאשם במשפטו-שלו, כמעט שלא נדונה בפסיקה. משכך, מצאנו לדון בעתירה דן בהרכב שלושה, על מנת להעמיד הלכה על מכונה.

9. עודנו באים לבחון טענה זו, נבהיר כי המקרה דן הוא אכן יוצא דופן. במצב הדברים הרגיל, החומר החסוי הוא כזה שאינו ידוע לנאשם, ומכאן הצורך בתעודת החיסיון (למשל, על מנת לחסות מפני הנאשם את המקור המודיעיני או את השיטות והאמצעים הטכנולוגיים שהביאו לתפיסתו). כאשר החומר ידוע לנאשם, לכאורה אין טעם בחיסיון, שהרי החיסיון במובנו הרגיל משמעו שהחומר הרלוונטי נמצא "במגירה" שלנאשם או לבעל הדין במשפט האזרחי אין גישה אליה. במצב הדברים הרגיל, ככל שקיים חשש שהנאשם יפטט עצמו לדעת בעדותו ויחשוף תוך כדי כך סודות מדינה, הרי שהפתרון לחשש לפגיעה בביטחון המדינה אינו נמצא "במשבצת" של דיני החיסיון, אלא "במשבצת" של פומביות הדיון, קרי, ניהול הדיון בדלתיים סגורות ותחת צו איסור פרסום. כך נעשה לעיתים במשפטים בעבירות שעניינן ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים (וראו ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פסקה 67 פ"ד נה(2) 150, 221 (2000), שם נאמר: "על עדות המערער עצמו לא הוטל חיסיון כלשהו. המערער היה רשאי להעיד על כל עניין בהקשר זה ולהמציא לבית-המשפט כל ראיה התומכת בטיעוניו"). אלא שפתרון זה אינו מסייע במקרה דנן, מאחר שמשפטו של העותר מתנהל בצוותא חדא עם נאשמים אחרים, ומכאן החשש של התביעה כי דבריו של הנאשם, ככל שיש בהם כדי לחשוף סודות מדינה, ייחשפו בפני הנאשמים האחרים ובאי כוחם.

גם העברת החומר החסוי לעיונו של בית המשפט בלבד, על מנת שבית המשפט יסתייע בחומר בבואו להכריע בשאלת אשמתו של הנאשם, אינה פתרון אפשרי, ו"ראוי להזכיר את המובן מאליו, כי בתי המשפט בישראל לעולם אינם מרשיעים על סמך ראיה חסויה אלא על סמך החומר הגלוי המועבר לרשות ההגנה" (בש"פ 120/10 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 21 (24.2.2010)).

10. בהיעדר פתרון מעשי של סגירת דלתיים ואיסור פרסום או הפרדת משפטו של העותר וניהול משפטו בדלתיים סגורות, אין לנו אלא להידרש לסוגיה שלפנינו. אך תחילה נציב לנגד עינינו את הוראת סעיף 44 לפקודה, בנוסחה לאחר תיקון מס' 17 התשע"ו:

חסיון לטובת המדינה

44. (א) אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה אם ראש הממשלה או שר הבטחון הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בבטחון המדינה, או אם ראש הממשלה או שר החוץ הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע ביחסי החוץ של המדינה, אלא אם מצא שופט של בית המשפט העליון, על-פי עתירת בעל-דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלות לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה, ובהליך פלילי – כי הראיה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על הענין שיש לא לגלותה, או שהיא חיונית להגנת הנאשם.

(ב) הוגשה לבית המשפט תעודה כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, על פי בקשת בעל הדין המבקש גילוי הראיה, להפסיק את המשפט לתקופה שיקבע כדי לאפשר הגשת העתירה לגילוי הראיה, ואם ראה לנכון – גם עד



להחלטה בעתירה.

בהיבט הלשוני, "אין אדם חייב..." , המילה אדם יכולה לכלול גם נאשם, וכפי שנאמר בסעיף 2 לפקודה, הכל כשרים להעיד "ואין אדם פסול להעיד מפני שהוא בעל דין בתובענה אזרחית, או מתלונן או נאשם במשפט פלילי..." . מכאן, שאין בלשון הסעיף כדי לשלול את האפשרות שתעודת חיסיון תוצא גם על דברי הנאשם עצמו בהודעותיו במשטרה. אך לשון הסעיף אינה סוף פסוק, ויש להידרש לטענות ולקשיים שהעלתה ההגנה ביישומה של הסעיף על עדותו והודעותיו של הנאשם במשטרה.

11. חלק נכבד מטענות העותר והסניגוריה הציבורית הן בבחינת התפרצות לדלת פתוחה. אין חולק על כך שנאשם הוא עד אך אינו ככל העדים; אין חולק שזכות הנאשם להעיד היא חלק מהזכות החוקתית להליך הוגן; ואין חולק כי על התביעה להעמיד לעיונו של הנאשם חומר רלוונטי להגנתו. ועיקרו של דבר. אין חולק כי מנגנוני האיזון הקבועים בסעיף 44 לפקודה בדבר ראיה חיונית להגנת הנאשם או ראיה העשויה להועיל להגנת הנאשם - חלים גם בענייננו.

הבחנה זו, בין שתי רמות איזון שונות, יסודה בפסק הדין בב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 739 (1984) (להלן: עניין ליבני). כאשר מדובר בראיה חיונית, מתייטר הצורך לאזן ולבחון את ערכו היחסי של האינטרס הנגדי, ועל בית המשפט להורות על גילוייה על אף הפגיעה באינטרס הציבורי המוגן בתעודת החיסיון (ראו, לדוגמה, ע"פ 459/95 אבו-רמזאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 775 (1996); בש"פ 6392/97 בלביס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 176 (1997)). ההלכה בנושא זה היא חד משמעית: "אם חסיון ראייה מטעמי בטחון עלול להביא להרשעת חף מפשע, כי אז יש להעדיף את עניינו של הנאשם על פני חסיונה של הראייה" (בש"פ 7480/05 פחימה נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 (2.10.2005)), שכן "שום נימוק ביטחוני, ויהא הוא הנכבד ביותר, אינו שוקל יותר, במשקלותיו היחסיות של הליך פלילי נתון, ממשקל הרשעתו של חף מפשע" (עניין ליבני בעמ' 739).

ומה לראיה חיונית ייחשב? ראיה חיונית היא ראיה ש"בכוחה להוכיח, באופן אפרמטיבי, יסוד עובדתי שעליו נשענת גירסת החפות, או להטיל ספק סביר בגירסה העובדתית של התביעה" (נינה זלצמן "חיסיון ראייתי במשפט פלילי: מניעת ראייה חיונית להגנת הנאשם" מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית, 371, 382 (אלי לדרמן עורך, 2001)). המבחן לחיוניותה של ראיה להגנתו של נאשם הוא מבחן ה"פוטנציאל המזכה". לפי מבחן זה, על בית המשפט לבחון אם הראיה החסויה היא בעלת פוטנציאל לעורר ספק סביר באשמתו של הנאשם, שאז יש להעדיף, ככלל, את גילוייה של הראיה על פני השיקול הביטחוני (ראו, מבין רבים, בש"פ 4535/19 עטייה נ' מדינת ישראל (6.8.2019); בש"פ 4745/17 יונס נ' מדינת ישראל (13.7.2017); בש"פ 3311/13 פלוני נ' מדינת ישראל (25.7.2013); וראו יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים-הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי שער שלישי פרק כ"ה: "מידע סודי וחיסיון לטובת המדינה ולטובת הציבור", עמ' 759-761 (עתיד להתפרסם, 2021) (להלן: עמית חסיונות ואינטרסים). די בכך שיש בראיה, בצירוף ראיות אחרות, כדי להקים ספק סביר באשמת הנאשם על מנת להורות על גילוייה.

לצד הראיה החיונית להגנתו של הנאשם, אנו מוצאים את הראיה שאיננה חיונית אמנם להגנתו של הנאשם, אך היא ראיה שיש בה כדי להועיל להגנתו. או-אז נכנסת מלאכת האיזונים לפעולה, ועל בית המשפט לאזן בין מידת התועלת להגנתו של הנאשם לבין עוצמת האינטרס הציבורי המוגן על ידי תעודת החיסיון, ואם השיקול הראשון גובר על השני יש להורות על גילוי הראיה (ראו, מבין רבים, בש"פ 6642/11 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 5 (2.12.2011);



ע"פ 351/14 מדינת ישראל נ' פקיה (16.02.2014); בש"פ 9066/17 מורתגה נ' מדינת ישראל (28.2.2018); בש"פ 966/18 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (1.3.2018).

12. מכאן, שטענות ההגנה בדבר החשש לפגיעה בהגנתו של הנאשם עקב תעודת החיסיון הן בבחינת התפרצות לדלת פתוחה. ככל שהחלק החסוי בהודעותיו של העותר הוא בגדר ראייה חיונית או ראייה מועילה להגנתו, פשיטא שיחולו ההלכות בנוגע לראייה חיונית או ראייה מועילה. בנקודה זו אנו חוזרים לשאלה בה פתחנו: האם בכלל ניתן להחיל את הוראת סעיף 44 לפקודה על נאשם?

שאלה זו נדונה בפסיקה בהחלטתו של השופט ג' בך בבש"פ 64/87 ואנונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 533 (1987) (להלן: עניין ואנונו):

"[...]תעודת החיסיון של שר הביטחון, נושא הדיון, הינה במקרה זה בעלת תחולה רחבה. אין היא מונעת רק הבאת ראייה פלונית לפני בית המשפט, בנושא שולי יחסית, שהינה בעלת משמעות ביטחונית, אלא מונעת היא על-פי נוסחה הגורף אפילו מהנאשם מלכלול בעדותו הוא עצמו התייחסות לעובדות ונושאים העשויים להיות רלוואנטיים למשפט. לדברי הסניגור, הרי זו הפעם הראשונה שמוטלת בדרך זאת הגבלה על עדות הנאשם עצמו, ואף בא-כוח המדינה לא יכול היה להצביע על תקדים דומה מהעבר.

הסניגור מציע, כי אפרש את הסעיף האמור כאילו נאמר בו, שניתן לאסור השמעת ראיות חסויות 'למעט עדותו של הנאשם עצמו'. לדעתו, נועד הסעיף בעיקר למנוע הבאת מידע חסוי וסודי לידיעת הנאשם, על-כן אין להחילו על עובדות, אשר הן ממילא כבר בידיעתו של הנאשם. זאת ועוד: סתימת פיו של הנאשם ומניעת השמעת עדותו בנקודות החשובות להגנתו הינן פגיעה כה חמורה בדרישות הצדק, עד שהיא עולה על כל נזק אפשרי, היכול להיגרם עקב השמעת העדות לביטחון המדינה.

טענה גורפת זאת אין באפשרותי לקבלה.

נוסח הסעיף 44(א) לפקודת הראיות הוא חד-משמעי, ונאמר בו, כי 'אין אדם חייבלמסור, ובית המשפט לא יקבל, ראייה... אם ... שר הביטחון הביע דעתו... כי מסירתה עלולה לפגוע בביטחון המדינה...'. אין ספק, כי 'אדם' בסעיף זה, אף הנאשם במשפט. גם מבחינה עניינית ניתן לתאר מצבים רבים, שבהם ידועים לנאשם פרטים סודיים, שגילויים עלול לפגוע בביטחון המדינה.

אולם יחד עם זאת אף דעתי היא, כי נודעת חומרה מיוחדת למניעת התבטאותו החופשית של נאשם בעת מתן עדותו, ועל-כן תהיה הצדקה להטלת הגבלה כזאת רק במקרים נדירים, שבהם צפויה סכנה רצינית במיוחד לביטחון המדינה עקב גילוי הפרטים המוזכרים בצו של השר.

עוד התחשבתי בכך, שהמשפט יתנהל, כפי הנראה, בדלתיים סגורות, וכי ישבעובדה זאת כדי להגביל במידה רבה את הסיכון הכרוך בפרסום הראיות, אשר תובאנה לפני בית המשפט. לא בכדי השתמשתי בהקשר זה בביטוי 'להגביל... את הסיכון' ולא 'למנעו לחלוטין', שכן מודע אני לכך, כי עם כל הרצון לשמור על החומר שבתיקי בית המשפט בצורה יעילה, אין לשלול סיכון כלשהו לדליפת המידע לגורמים בלתי מוסמכים, ובמיוחד כאשר המשפט ימשך זמן ניכר ועשוי להתנהל לפני יותר מערכאה אחת" (שם, עמ' 539-540, הדגשה הוספה - י"ע).



בהמשך החלטתו, בחן השופט בך את הדברים לגופם, והורה על חשיפת חלק מהחומר לאחר שמצא כי השיקולים שבבסיס החיסיון אינם "שקולים כנגד קיפוח ההגנה, העלול לנבוע מסתימת פיו של הנאשם". הנה כי כן, בית המשפט איזן בין האינטרסים הנוגדים, תוך מתן משקל לכך שמדובר בנאשם עצמו.

13. בעקבות עניין ואנונו, הלך השופט (כתוארו אז) ח' מלצר בבש"פ 6515/11 פלוני נ' מדינת ישראל (1.5.2013) (להלן: עניין פלוני). (ההחלטה לא פורסמה בשעתו, אך בעקבות הדיון בעתירה דנן, הסכימה המשיבה להסרת החיסיון מההחלטה, תוך השחרה של קטעים בהחלטה - י"ע). באותו מקרה, דחה השופט מלצר את מרבית חלקי העתירה בציינו:

"לא ניתן להתעלם מן המורכבות העולה כאן מהטלת חיסיון על מידע הידוע לעותר עצמו, אשר חלקים נרחבים ביותר מתייעוד חקירותיו [מילה הושמטה - י"ע] הושחרו באופן שאינו מאפשר אפילו לבית המשפט (שכן העותר עצמו מודע לנושאי חקירתו) לשלול או לאשר את טענות העותר לגבי טיב הנושאים בהם נחקר (ובפרט כאשר באי-כוח העותר מבקשים לבסס חלק מטענות ההגנה בסוגיה זו עצמה; השוו: עניין ואנונו) (שם בפסקה 11, הדגשות במקור - י"ע).

14. הנה כי כן, ברמת העיקרון, הפסיקה הייתה נכונה להכיר באפשרות הנדירה שדברי הנאשם יהיו חסויים, על אף ידיעתו-שלו את פרטי המידע. לדידי, אין סיבה לסטות מפסיקה זו, מה עוד, שהדיון בענייננו אינו נערך בדלתיים סגורות, להבדיל מעניין ואנונו ועניין פלוני. ככל שלא ניתן יהיה להגביל נאשם במסירת עדותו, נמצאנו נותנים כוח בידו ללחוץ על התביעה שלא להגיש כנגדו כתב אישום או להגיע להסדר טיעון נוח עמו, אחרת יעיד "לפי תומו" על דברים חסויים, שחשיפתם עלולה לפגוע בביטחון המדינה.

15. סוגיה דומה אנו מוצאים בדין האמריקאי ובפסיקה בארה"ב. בשנת 1980 חוקק בארה"ב ה-Classified Information Procedures Act (להלן: CIPA). חוק זה קובע הוראות לגבי הליכים פלייליים הכוללים מידע מסווג, שהגדרתו על פי החוק היא כל מידע שממשלת ארצות הברית קבעה כי יש למנוע חשיפה בלתי-מאושרת שלו, מטעמים של הגנה לאומית או יחסי החוץ של המדינה. החוק נותן מענה למצבים שבהם נאשם בהליך פלילי "מאיים" לגלות במסגרת ההליך מידע סודי אליו הוא חשף. "איום" זה של הנאשם מאלץ את המדינה לבחור ביניהול המשך ההליך וחשיפת המידע בפומבי או זניחת כתב האישום מחמת "המחיר" שיהיה לחשיפת המידע, בעיה המכונה "graymail" (עמית חסיונות ואינטרסים, עמ' 776-777; וראו בספרו של חברי השופט א' שטיין: Ronald J. Allen, Eleanor Swift, David S. Schwartz, Michael S. Pardo & Alex Stein, An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems, and Cases 1011-1010 (6th ed. 2016)).

החוק הוא פרוצדורלי במהותו, וקובע הליך של שימוע מקדמי שבמסגרתו בית המשפט יכול לקבוע אם וכיצד תיחשפנה ראיות מסווגות, ובכך נותן בידיהצדדים ובית המשפט כלים להימנע מחשיפה של מידע סודי. בין היתר, סעיף 5(a) לחוק קובע כי נאשם מחויב להודיע לתביעה ולבית המשפט על כוונתו לחשוף מידע סודי בדרך כלשהיא במהלך משפטו, ולפי סעיף 5(b) אי עמידה בחובה זו עלולה להביא את בית המשפט לאסור על גילוי המידע הסודי או לאסור על חקירת עדים על ידי הנאשם בנוגע לאותו מידע. סעיף 6 לחוק קובע כי התביעה רשאית לבקש לקיים דיון בדלתיים סגורות בקשר למידע הסודי, תוך יידוע הנאשם על פרטי המידע הסודי (ככל שזה נודע לו קודם) ועל מהותו של הדיון. ככל שבית המשפט מוצא להתיר את גילוי המידע, התביעה רשאית להציע דרכים חלופיות לגילוי המידע, כגון מסירת



פרפראזה או הסכמה לעובדה או לעובדות שהנאשם מבקש להוכיח באמצעות המידע הסודי. ברי כי התביעה גם רשאית לחזור בה מכתב האישום אם הוחלט על חשיפת המידע הסודי (עמית חסיונות ואינטרסים, עמ' 776-777). אף על פי ש-CIPA הוא דיוני במהותו, היו בתי משפט שפירשו את הוראותיו כמאפשרות מבחן של איזון אינטרסים לשם הכרעה בשאלה אם ראוי לחשוף מידע מסווג (ראו, למשל: *United States v. Sedaghaty*, 728 F.3d 885, 904 (9th Cir. 2013); וראו גם *Alexandra A. E. Shapiro & Nathan H. Seltzer, Litigating under the Classified Information Procedures Act*, 45 Crim. L. Bull. 917, 921-924 (2009); *Ellen Yaroshesky, Secret Evidence Is Slowly Eroding the Adversary System: CIPA and FISA in the Courts*, 34 Hofstra L. Rev. 1063, 1069 (2006)).

חוקתיות ה-CIPA נדונה בפסק הדין (2013) *United States V. Hitzelberger*, 991 F.Supp.2d 91. הנאשם שם, שהועמד לדין בגין נטילת חומר סודי והחזקתו שלא כדין, טען כי הוראות סעיפים 5 ו-6 לחוק פוגעות בזכויות החוקתיות להליך הוגן ולאי הפללה עצמית וכן בזכות השתיקה. בית המשפט הפדרלי דחה את הטענות, וקבע כי זכות הנאשם להעיד להגנתו עשויה להיות כפופה במקרים מסוימים לאינטרסים לגיטימיים אחרים בהליך הפלילי. נקבע כי סעיפים 5 ו-6 לחוק לא מפרים זכות זו, מן הטעם שהחוק לא מונע את עדות הנאשם אלא מכריע בעניין קבילותה, וכן מכיוון שהמנגנון הקבוע בחוק משרת אינטרס משמעותי של בטחון לאומי, אינטרס שבא לידי ביטוי הן במניעת חשיפה של מידע רגיש, הן בהבטחה כי מי שיש לו גישה למידע רגיש לא ימלט מאימת הדין:

"CIPA thus serves national security interests by 'providing a mechanism for protecting both the' unnecessary disclosure of sensitive information and by helping to ensure that those with significant access to such information will not escape the sanctions of the law applicable to others by use of the graymail route'. [...] Because security concerns are a legitimate state interest, and because the defendant is not foreclosed from taking the stand in his defense, this Court finds no "violation of Mr. Hitzelberger's Fifth and Sixth Amendment right to testify on his own behalf

כמו בענייננו, הטענה לפגיעה בזכויות הנאשם נדחתה גם בנסיבות שבהן המידע שאותו ביקשה המדינה לחסות כלל את אמירותיו של הנאשם עצמו (*United States v. Hausa*, 232 F. Supp. 3d 257 בעמ' 263).

16. העולה מן המקובץ, שהעובדה כי בהודעותיו של הנאשם עצמו עסקין, אינה שוללת א-פריורי את האפשרות להוציא תעודת חיסיון מכוח סעיף 44 לפקודה. במצב דברים זה, איזון האינטרסים צריך להיעשות בזהירות יתר, בהינתן המורכבות והסיטואציה החריגה שמביאה למצב שבו, כביכול, הנאשם נדרש לסכור את פיו. בחינת תעודת החיסיון נעשית, כידוע, בשני שלבים: בשלב הראשון נבחנת השאלה אם החומר החסוי אכן נכלל בגדר העניינים שהוגדרו כחסויים בתעודת החיסיון, ובשלב השני נבחנת השאלה אם החומר חיוני להגנת הנאשם או אם יש בו תועלת להגנה שעולה על הנזק שייגרם לאינטרס הציבורי מחשיפת המידע (ראו, מבין רבים, בש"פ 6097/16 ע' ג' נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (20.11.2016); בש"פ 3416/14 אלעמרני נ' מדינת ישראל (11.6.2014); בש"פ 7193/09 פלוני נ' מדינת ישראל (1.9.2010)). ככל שיש בחומר חשיבות כלשהי עבור ההגנה, יבחן בית המשפט אם ניתן לבדוד מן החומר החסוי מרכיבים מסוימים ולהורות על חשיפתם במישרין או בדרך של פרפרזה (בש"פ 3690/15 שראפי נ' שר הבטחון - מדינת ישראל (29.6.2015); בש"פ 1774/14 רומאנה נ' מדינת ישראל (9.4.2014)).



17. סעיף 46(א) לפקודה קובע כלהלן:

הדיון בעתירה לגילוי ראיה חסויה

46. (א) הדיון בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיפים 44 או 45 יהיה בדלתיים סגורות; לשם החלטה בעתירה רשאי השופט של בית המשפט העליון או בית המשפט, לפי הענין, לדרוש שהראיה או תכנה יובאו לידיעתו, ורשאי הוא לקבל הסברים מהיועץ המשפטי לממשלה או מנציגו ומנציג המשרד הממשלתי הנוגע בדבר, אף בהעדר יתר בעלי הדין.

על פי סמכותנו לפי סעיף 46 לפקודה, ניהלנו דיון במעמד צד אחד ולאחר מכן עיינו בחומר החסוי, קרי, בחלקים שהושחרו מחקירותיו של העותר. על אף שהדיון התקיים במעמד צד אחד, הבהרנו לבא כוח העותר את הסיבה להשחרור, ומדוע הלכה למעשה יכול העותר לפרוש את גרסתו בבית המשפט בניחותא, מבלי לנקוב בפרטים מסוימים שאין בהם כדי לקדם את עניינו, בעוד שחשיפתם בפני אחרים יש בה כדי לפגוע בנושא אבטחת נתב"ג והתעופה האזרחית. בשורה התחתונה, ולאחר שעיינתי בחומר, ניתן לומר כי התרשמתי שאין בחומר ראיה חיונית, אף לא מועילה, להגנתו של העותר וכי לא "הכצעקתה". אציין כי במחיקות הרבות יש דברים שחוזרים על עצמם פעמים רבות. בנוסף, אין צורך להידרש לאותם פרטים שנמחקו, באשר נקודת המוצא היא שלעותר, בתוקף תפקידו ובמסגרת תפקידו, יש ככלל עילה וסיבה לגשת אל סיפון מטוס לאחר נחיתתו ואל מקומות אחרים ברחבי שדה התעופה. נקודת המחלוקת היא, האם ניצל את עבודתו ותפקידו להברחת הסמים כמתואר בכתב האישום.

18. ככל שבמהלך עדותו של העותר תתעוררנה מחלוקות אם פרט מסוים בעדות נופל תחת החיסיון, ברי כי הפסקת חקירתו בכל התנגדות והפנייתו לבית המשפט העליון אינה פתרון מעשי. במקרה כאמור, המותב יהיה רשאי לעיין בחומר ואף לקבל הסברים במעמד צד אחד על מנת לדון ולהכריע בשאלה אם עובדה מסוימת חוסה תחת חיסיון. זאת, להבדיל מהסמכות להורות על גילוי חומר החוסה תחת תעודת החיסיון, סמכות הנתונה רק לבית המשפט העליון(בש"פ 8136/10 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (12.12.2010)).

19. סוף דבר, שאמליץ לחברי לדחות את העתירה.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט



הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתנה היום, י"חבאדרהתשפ"א (2.3.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט
