



בש"פ 6185/20 - בן ציו וגופשטיין נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 6185/20

לפני:

כבוד השופט א' שטיין

המבקש:

בן ציו וגופשטיין

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

עתירה לגילוי ראיה

בשם המבקש:

עו"ד איתמר בן גביר

בשם המשיבה:

עו"ד ארז בן ארויה

החלטה

נושא העתירה

1. לפני עתירה לגילוי ראיות חסויות שהוגשה בגדרו של סעיף 44(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). עתירה זו הוגשה בקשר לבירור אשמתו של העותר בעבירות שונות של הסתה לאלימות, לגזענות ולטרור - הליך אשר מתקיים בבית משפט השלום ירושלים בגדרי ת"פ 62177-11-19 (להלן: ההליך העיקרי). במסגרת עתירה זו, מבקש העותר כי אורה על גילויים של מקורות מידע ודרכי חשיפתו, וכן של שיטות פעולתו ושמות עובדיו של שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ) ככל שאלו קשורים להליך העיקרי (להלן: החומר החסוי או החומר). ביום 24.10.2019, הוציא ראש הממשלה ושר הביטחון, מר בנימין נתניהו, תעודת חיסיון המעידה על כך שמסירת החומר או כל חלק ממנו לעותר עלולה לפגוע בביטחון המדינה (להלן: תעודת החיסיון). העותר אינו חולק על כך שתעודת החיסיון הוצאה כדין, אך לטענתו, החומר, כולו או חלקו, דרוש לניהול הגנתו בהליך העיקרי. העותר מבקש אפוא שאפעיל את סמכותי לפי סעיף 44(א) סיפא לפקודת הראיות ואורה על גילוי החומר.



2. לטענת המדינה, מדובר בחומר שאינו יכול להועיל להגנת העותר בהליך העיקרי כהוא זה.

מהלך הדיון בעתירה

3. בא-כוח העותר הסכים לכך שאפעיל את סמכותי לפי סעיף 46(א) לפקודת הראיות ואקיים דיון במעמד צד אחד לשם בדיקת החומר החסוי ומידת נחיצותו למרשו בהשוואה לאינטרס הסודיות של המדינה; וכך עשיתי. במהלך הדיון במעמד צד אחד קיבלתי לידי את החומר החסוי ושמעתי הסברים אודותיו מפי בא-כוח המדינה ונציגי השב"כ. ההסברים שקיבלתי היו ברורים ומלאים.

4. בא-כוח העותר לא חזר במהלך הדיון על טענת השיהוי שהעלה בכתב העתירה, וטוב שכך: שיהוי כשלעצמו אינו מהווה עילה להסרת החיסיון שבו עסקינן.

5. במהלך הדיון, הפעלתי את סמכותי לפי סעיף 46(א1) לפקודת הראיות וקיבלתי לעיוני, בהסכמת בא-כוח המדינה, את גרסת העותר בדבר נחיצות החומר, כולו או מקצתו, לניהול הגנתו בהליך העיקרי. גרסה זו נמסרה באמצעות תצהיר. היא נסגרה במעטפה, אשר תוחזר לעותר עם מתן החלטתי זו.

6. בתום הדיון הפתוח, שבמהלכו כל צד פירט את עמדתו ואת טענותיו, התיק נדחה לעיון.

דיון והכרעה

7. סעיף 44(א) לפקודת הראיות קובע, בעניינו של הליך פלילי, כי חומר חסוי ייהפך לגלוי "אם מצא שופט של בית המשפט העליון [...] כי הראיה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על העניין שיש לא גלותה, או שהיא חיונית להגנת הנאשם." הוראה זו היא פועל יוצא של תיקון מס' 17 לפקודת הראיות, אשר נעשה בשנת התשע"ו-2016. תיקון זה תואם את גישתו של בית משפט זה בב"ש 838/84 לבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 739, 729 (1984) (להלן: עניין לבני), שבבסיסה נוסחת האיזון. לפי נוסחה זו, שופט הדן בעתירה לגילוי ראיה יהא חייב להסיר את החיסיון מכל ראיה שמצאה חיונית להגנת הנאשם בזכות היותה בעלת פוטנציאל מזכה (ראו עניין לבני וכן בש"פ 3921/19 ח'לפ"נ מדינת ישראל, פסקה 10 (4.7.2019)) - זאת, כדי למנוע הרשעה אפשרית של חף מפשע. בכל מקרה כזה, יחול על המדינה העיקרון "האשמת - גילית"; והמדינה תהא חייבת לבחור בין ביטול כתב האישום לבין הסרת החיסיון.

8. בנקודה זו, דומה דיננו לדיון האמריקני כפי שסוכם לפני כשמונים שנה על ידי השופט הדגול לרנדהנד (Learned Hand):

The government must choose; either it must leave the transactions in the obscurity from which a trial will draw them, or it must expose them fully." United States v. Andolschek, 142 F.2d 503, 506 (2d Cir. 1944).



9. מאחורי כלל זה עומדת הכרעתו הערכית של המחוקק שמעמידה את העיקרון בדבר מניעת הרשעות שווא מעל רצונה הכפול של המדינה למצות את הדין עם האשמים תוך שמירה על סודיותו של מידע ביטחוני. בהתנגשות בין שני רצונות אלה, אומר המחוקק למדינה כי עליה לבחור באחד מהם. אם ברצונה למצות את הדין עם הנאשם, שומה עליה לספק לו הליך הוגן והגנה מיטבית מפני הסיכון שיימצא אשם חרף היותו חף מפשע (ראו, Alex Stein, Foundations of Evidence Law 172-175 (2005)). בכל מקרה כזה, תידרש המדינה לוותר על הסודיות ויהא עליה, על כורחה, לסכן את ביטחון המדינה כדי להבטיח לנאשם הליך הוגן. אם ברצון המדינה לשמור על הסודיות כדי להגן על ביטחונה - רצונה יכובד, אולם אז יהא עליה, על כורחה, לבטל את כתב האישום.

10. הכלל השני שבנוסחת האיזון, שעניינו ראיות העשויות להועיל להגנה אף שאינן חיוניות, מניח קו הפרדה בין דינו לדין האמריקני. לפי הדין האמריקני, ראיה שעשויה להועיל להגנה כמוה כראיה חיונית: גם היא טעונה גילוי; והחסינות אשר מגנים על ביטחון המדינה ועל שלום הציבור לא יעמדו בדרכו של הנאשם אל הראיה. דינו נקט בגישה שונה. סעיף 44(א) סיפא לפקודת הראיות קובע בעניין של ראיות בלתי חיוניות, אשר יכול שתהיינה מועילות לנאשם באופן כזה או אחר, כי הנאשם יזכה לראותן ולקבלן לידי רק כאשר תרומתן הפוטנציאלית למניעתה של הרשעת שווא גוברת על האינטרס הביטחוני.

11. הבדל זה שבין שתי מערכות הדינים - שלנו והאמריקנית - הוא הבדל פרוצדורלי בעיקרו, ואין מדובר כאן בהבדל ערכי עמוק אשר משנה את תוצאותיה של נוסחת האיזון. ההליך הפלילי האמריקני, שבמרכזו משפט מושבעים, מחייב את השופט לאפשר לנאשם לקבל לידי את כל הראיות השייכות לעניין באבחה אחת לפני תחילת ההוכחות - זאת, כדי למנוע תקלות העלולות להביא לביטול ההליך, ואף לזיכויו הנאשם, בשל הפרת כללי ההליך ההוגן (ראו Wayne R. LaFare, et al., Criminal Procedure § 20.6(b) at 990-993 (5th ed. 2009)). הפרוצדורה הפלילית שבמחוזותינו נוהגת לפי אותו עיקרון, אך זאת בכפוף לחריג חשוב הקבוע בסעיף 46(א2) לפקודת הראיות, שעניינו בדיקת חיסיון דו-שלבית אשר באה לשרת משפט פלילי המוכרע על ידי שופט מקצועי, כמקובל בישראל, ואינו מתאים למשפטי מושבעים. סעיף זה קובע כדלקמן:

"החליט בית המשפט שלא להתיר גילוי של ראיה חסויה, רשאי הוא לשוב ולבחון את החלטתו עם התקדמות הדיון בהליך העיקרי."

הוראה זו מאפשרת לשופט שדן בעתירה לגילוי ראיה חסויה להקדים החלטה ממבט רחב להחלטה ממבט צר. ממבט כללי ורחב אל המשפט שטרם החל להתברר, ראיה בלתי חיונית, שאף אינה עשויה להועיל להגנה בשום תרחיש אפשרי, תישאר חסויה ולא תגולה לנאשם בשום שלב משלבי משפטו. בכפוף לזכות המדינה לחזור בה מכתב האישום, ראיה חיונית תגולה לנאשם לאלתר וללא סייגים; וכך ייעשה גם עם ראיה שאיננה חיונית אך מועילה להגנה בדרגת היתכנות גבוהה דיה כדי לגבור על אינטרס הסודיות של המדינה. ראיה שעשויה רק להועיל להגנה, אך התועלת שהנאשם צפוי להפיק ממנה קטנה מכדי לבטל את אינטרס הסודיות של המדינה, לא תגולה לנאשם. ואולם, קביעה כאמור עשויה להשתנות אחרי שהמשפט יחל להתברר וניתן יהיה להעריך את תועלתה של הראיה ממבט צר אשר יתמקד בה ובהשלכותיה על ראיות אחרות ברמת רזולוציה גבוהה יותר.

12. כדי להגיע לכלל החלטה נכונה בהתאם לכללים אשר נקבעו בסעיפים 44(א) סיפא ו-46(א1) לפקודת



הראיות, חייב השופט לבחון, בין השאר, את "גרסת ההגנה, אתהקשר שבין החומר החסוי לראיות הגלויות [...]. בתיק" וכן "אתקבילות החומר החסוי ומשקלו הצפוי אם יוגש כראיה במשפט" (ראו ע"פ 7984/18 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 2 (19.2.2019)).

13. במסגרת משפטית זו, בדקתי את החומר החסוי ואת מידת התועלת שבו, ככל שישנה, להגנת העותר.

14. מבלי להצר את צעדיו של העותר במשפטו, אציין כי הלה צפוי להעלות שתי טענות הגנה. לפי הטענה הראשונה – לאו דווקא לפי הסדר הכרונולוגי שבו היא תועלה – אמירות והתבטאויות המיוחסות לעותר בכתב האישום אינן מגיעות כדי הסתה בת עונשין, וזאת, בין היתר, בשל היותן חוסות בצלו של חופש הביטוי. לפי הטענה השנייה, העותר נפל קורבן לאכיפה מפלה ובררנית בידי המדינה ומטעם זה מן הדין יהיה לבטל את כתב האישום שהוגש נגדו ואולי אף לזכותו. בבסיסה של טענה זו טרוניית העותר כי השב"כ נעזר באנשים אשר חוזרים אל תוך ארגון להב"ה ("למניעת התבוללות בארץ הקודש"), שהעותר משתייך אליו, כדי לשלהב את הרוחות בדברי הסתה פרועה – בניגוד לדעתו – ואותם המדינה לא מעמידה לדין למרות שדברי ההסתה המופצים על ידיהם חמורים פי כמה מהמיוחס לו בכתב האישום.

15. ברי הוא, כי טענתו הראשונה של העותר היא טענה משפטית מובהקת. אשר על כן, העותר איננו זקוק לשום חומר עובדתי כדי לבססה כדבעי זולת האמירות שלו עצמו, הנסיבות שבהן הן נאמרו כפי שנאמרו, אם בכלל, וכוחן המסיתי, ככל שהיה להן. החומר שבו עסקינן איננו קשור לעובדות אלה כלל וכלל.

16. באשר לטענתו השנייה של העותר, במהלך הדיון במעמד צד אחד, שבמסגרתו גם עיינתי בחומר החסוי, בדקתי את הדברים עם בא-כוח המדינה ועם נציגי השב"כ. לאחר שקילת הדברים, הגעתי למסקנה כי החומר אינו יכול להועיל לעותר בביסוס טענת האכיפה הבררנית, ובתור שכזה ממילא איננו חיוני להגנתו.

אדגיש, כי מסקנתי זו נשענת לא רק על החומר גופו, אלא גם על ההבהרות שקיבלתי מאת נציגי השב"כ.

17. כמו כן אציין, כי ראיות במשפטו של העותר טרם החלו להישמע. ברצוני להעיר אפוא, מטעמי זהירות, כי לעותר שמורה הזכות לשוב ולעתור לגילוייה של ראיה חסויה כזאת או אחרת מכוח האמור בסעיף 46(א) לפקודת הראיות, ככל שימצא לנכון בעקבות ההתפתחויות שתחולנה במשפטו.

18. העתירה הנוכחית נדחית אפוא.

ניתנה היום, א' בחשוון התשפ"א (19.10.2020).

ש ו פ ט