

הנחיות פרקליט המדינה	הנחיית פרקליט המדינה מספר 7.12 – הגבלת זכות העיון בחומר מודיעיני הנוגע לחקירה
	ח' אב ה'תשע"ז, 31 יולי 2017

7.12 – הגבלת זכות העיון בחומר מודיעיני הנוגע לחקירה

מטרת הנחייה זו להתוות את מדיניות התביעה בנוגע לאופן יישום הגבלת זכות העיון בחומר מודיעיני הנוגע לחקירה (לאור תיקון מס' 75 לחוק סדר הדין הפלילי).

המסגרת החוקית:

1. במסגרת התיקון ה-75 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: **החוק**) שנכנס לתוקפו ביום 4.8.2016, תוקן סעיף 74 כמפורט להלן (התיקון מובא בהדגשה):

74. (א) (1) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו; **בסעיף זה, "רשימת כל החומר" – לרבות ציון קיומו של חומר שנאסף או שנרשם בתיק שאינו חומר חקירה ושל חומר שנאסף או שנרשם בתיק שהוא חסוי על פי כל דין, וכן פירוט של סוג החומר כאמור, נושאו והמועד שבו נאסף או נרשם, ובלבד שאין בפירוט האמור לגבי חומר חסוי כדי לפגוע בחיסיון לפי כל דין; היו בחומר כמה מסמכים מאותו סוג העוסקים באותו עניין, ניתן לפרטם יחד כקבוצה, תוך ציון מספר המסמכים הנכללים בקבוצה;**

(2) לעניין פסקה (1), חומר מודיעיני שיש זכות עיון בו כאמור באותה פסקה יהיה רק חומר שמתייחס לעובדות המתוארות בכתב האישום, לתוכן עדות שאמורה להישמע בשלב בירור האשמה, לראיה שאמורה להיות מוגשת כאמור או למהימנות של עד מרכזי, ואולם חומר מודיעיני שנאסף או שנרשם בתיק ייכלל ברשימת כל החומר כאמור בפסקה (1);
בסעיף זה –

"חומר מודיעין" – חומר חקירה שנאסף או שנרשם בידי רשות מודיעין;

"רשות מודיעין" – מערך המודיעין של כל אחד מאלה: משטרת ישראל, המחלקה לחקירת שוטרים במשרד המשפטים, צבא ההגנה לישראל, המשטרה הצבאית החוקרת, שירות בתי הסוהר, שירות הביטחון הכללי, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, רשות המסים בישראל, רשות ניירות ערך, רשות ההגבלים העסקיים.

(א1) תובע יקבל לעיונו מרשות חוקרת או מרשות מודיעין את כל החומר שנאסף או שנרשם כאמור בסעיף קטן (א), לרבות חומר מודיעין, ויוודא שחומר החקירה ורשימת כל החומר עומדים, בעת הגשת כתב האישום או בסמוך לכך, לרשות הנאשם וסניגורו או אדם אחר כאמור באותו סעיף קטן; היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה יקבע הנחיות לביצוע סעיף זה, לרבות לעניין פיקוח על הליך סיווג החומר.

(ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו.

(ג) בקשה לפי סעיף קטן (ב) תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום, ואולם בקשה לעיין בחומר מודיעין תידון לפני בית המשפט הדן באישום, שיהיה רשאי להעביר את הדיון בבקשה לשופט יחיד שאינו דן באישום, ואם היה בית המשפט הרכב – לשופט יחיד שהוא אחד משופטי ההרכב או שאינו דן באישום; נאסף או נרשם חומר המודיעין בידי רשות מודיעין שהיא מערך המודיעין של שירות הביטחון הכללי, של המוסד לתפקידים מיוחדים או של צבא ההגנה לישראל, תידון הבקשה בפני שופט של בית המשפט העליון.

(ד) בעת הדיון בבקשה יעמיד התובע את החומר שבמחלוקת לעיונו של בית המשפט בלבד.

(ד1) על דיון בבקשה לפי סעיף קטן (ב) לעניין חומר מודיעין יחולו הוראות סעיף 46(א) עד (א2) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, בשינויים המחויבים.

(ה) על החלטת בית משפט לפי סעיף זה ניתן לערור לפני בית המשפט שלערעור שידון בערר בשופט אחד; הערר יוגש בתוך 30 ימים מיום שניתנה החלטת בית המשפט, ואולם בית המשפט רשאי להאריך את המועד להגשת הערר מטעמים שיירשמו.

(ו) אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

חלק כללי:

2. זכות העיון מהווה עקרון יסוד של ההליך הפלילי ואבן יסוד בשיטת המשפט הישראלית. עמד על כך בית המשפט העליון בקובעו:

"הוראת סעיף 74 לחוק משמיעה כי לנאשם זכות לנהל את הגנתו כשהוא מכיר את מלוא חומר החקירה הנוגע לעניינו. זכותו זו נובעת מן הזכות לחירות אישית ומן הזכות להליך הוגן. מקורה ברצון לאפשר לנאשם למצוא ראיות לחפותו בחומרי החקירה ובשאיפה לנהל הליך פלילי בצורה הוגנת, מבלי שיופתע במהלך המשפט מראיות מפלילות נגדו. בצד זאת, העיון בחומרי החקירה מקדם את הערך של גילוי האמת ותורם לצמצום פערי הכוחות המובנים בין התביעה לבין ההגנה. במובן זה זכות העיון משקפת גם את האינטרס הציבורי הכללי להבטיח כי מערכת המשפט תכריע בגורלו של נאשם בגדרו של משפט הוגן שבו ניתנה לו הזדמנות מלאה להציג את הגנתו, וכן את האינטרס הציבורי לרדת לחקר האמת ולחייב בדין רק את מי שאשמתו הוכחה"¹.

3. זכות העיון מתפרשת על **חומר רלוונטי בלבד**. בהקשר של חומר שאספה או רשמה רשות מודיעין, הנוגע לחקירה, קבע המחוקק מבחן רלוונטיות מצומצם יחסית; כך עשה בשל שיקולים ואינטרסים ציבוריים כבדי משקל שעיקרם מניעת פגיעה בפעילות של מערכי המודיעין ושמירה על חסיונם, חייהם וביטחונם של מקורות.

על פי מבחן זה, חומר שנאסף או נרשם בידי רשות מודיעין, לא תהיה בו זכות עיון אלא אם הוא נכלל באחת מארבע הקטגוריות המפורטות בסעיף 74(א)(2) לחוק. הנחת המחוקק היא שתכליות העיון בחומר חקירה שהוזכרו לעיל יוגשמו במלואן, ללא חשש לפגיעה בהגנת נאשם, על פי מבחן זה.

4. ביסוד קביעת המבחן שבחוק, עומדת ההכרה בכך שישנם מקרים שבהם לא תהיה תועלת ממשית לנאשם ולהליך גילוי האמת מחשיפת חומר מודיעיני מסוים. יתר על כן, חשיפתו עשויה לפגוע באינטרסים ציבוריים מובהקים, כדוגמת הצורך להימנע מחשיפתם של מקורות, מידע מודיעיני, אמצעים טכנולוגיים, שיטות פעולה וכדומה. חשיפה זו עלולה לפגוע בפעולתם של מערכי מודיעין ולהביא ל"אפקט מצנן" בפעילותם (קרי, להרתיעם מביצוע פעילות מודיעינית נדרשת, אך בשל החשש מפני צורך עתידי לחשוף פעילות זו באופן שיפגע באינטרסים ציבוריים).

¹ בש"פ 7585/14 איתי שטרם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.11.2014).

5. ניסיון העבר מלמד כי במסגרת ההליך הפלילי לא פעם נמסרו לנאשמים חומרי מודיעין רבים, שלא היו נחוצים להגנתם, אך חשפו מידע רב שהיה קיים בידי הרשות אודות הנאשם, יעד או ארגון פשיעה. חשיפת החומרים הללו מאפשרת לנאשמים לדעת את היקף המידע הקיים ואת היקף המידע החסר, עד כדי הקמת מעין "דסק מודיעין" נגדי, במסגרתו נחשפת לעתים אף זהות המקורות.

6. עובר לתיקון 75 לחוק, לעתים לא ניתן היה להוציא תעודות חסיון על חומרי מודיעין מסוימים, בהעדר יכולת להצביע על נזק קונקרטי שייגרם מגילוי המידע ויבסס עילת חסיון, וזאת אף אם היה ברור שהמידע אינו מועיל להגנת הנאשם. כתוצאה מכך, מידע מודיעיני רב שהיה בעל פוטנציאל פגיעה באינטרסים ציבוריים, הגיע לידי נאשמים מבלי שהייתה הצדקה ממשית לכך מבחינת תרומתם של החומרים להליך. לעתים, מידע כאמור נאסף וצורף מתיקים שונים ושימש גורמים עברייניים בהתמודדות עם גופי אכיפת החוק ופעילותם. פיסות המידע שנאספו, אפשרו צירוף החלקים לכדי תמונת מודיעין שתוצאתה הקשה ביותר הייתה חשיפת שיטות פעולה, חשיפת זהות מקורות וסיכון חייהם, וקבלת "תמונת מצב" באשר למידע המצוי במטרה הנוגע לגורמי פשיעה ולפעילות עבריינית בנושאים שאינם קשורים לאישום. כתוצאה מכך, נגרם נזק מצטבר וקשה למערך המודיעין.

תכליתו המרכזית של תיקון 75 היא למנוע פגיעה בלתי נדרשת במערך המודיעין באמצעות צמצום החומר המודיעיני הנמסר לנאשמים ללא צורך, והכל מבלי שהדבר יפגע בהגנת הנאשם.

התיקון מאפשר לרשויות האכיפה להגביל עיון בחומר מודיעיני ללא היזקקות להליך של הוצאת תעודת חסיון ואישורו על ידי הגורם המוסמך, וזאת באמצעות קביעת **עקרונות וכללים קטגוריים**, שעל פיהם תוגבל זכות העיון בחומר שאספה או רשמה רשות מודיעין. כיוון שכך, הלכה למעשה, צמצם התיקון לחוק את היקף המידע שיועבר לעיון הנאשם, בהתאם לסעיף 74 לחוק.

7. יודגש, כי יש חובה לגלות לנאשם חומר מודיעין הנוגע ישירות לאישום ולהליך המשפטי הצפוי, הכלול באחת מארבע הקטגוריות המנויות בחוק, אלא אם הוצאה עליו תעודת חסיון. בהתאם לכך, החוק מגדיר ומצמצם את הגדרת המונח "חומר חקירה מודיעיני שיש בו זכות עיון" **אך ורק** לרשימת מקרים סגורה המופיעה בסעיף 74(א)(2) לחוק, הכוללת את הקטגוריות הבאות (להלן: "ארבע הקטגוריות"): :

א. חומר שמתייחס לעובדות המתוארות בכתב האישום ;

ב. חומר שמתייחס לתוכן עדות שאמורה להישמע בשלב בירור האשמה ;

ג. חומר שמתייחס לראיה שאמורה להיות מוגשת כאמור ;

ד. חומר שמתייחס למהימנות של עד מרכזי.

ככלל, "עד מרכזי" לעניין זה, הנו עד שתרומתו לסוגיות שבמחלוקת ולתוצאת ההליך היא ממשית. כך לדוגמה, עד המעיד על פרטים טכניים, שאין להם כל נגיעה ממשית לאישום, לא יחשב כ"עד מרכזי" לעניין זה. עוד יודגש, באשר למבחן זה, כי נוכח תכלית התיקון לחוק, החוק לא ביקש להרחיב את היקף חומר המודיעין הנמסר להגנה, אלא לצמצמו, וממילא אין לפרשו כמתן היתר לתובע או לסניגור לצאת ל"מסע דיג" באשר למהימנות עד.

8. על פי התיקון ובהתאם לאמור, חומר מודיעיני שנאסף או שנרשם בתיק, ושאינו נכלל תחת אחת הקטגוריות האמורות, לא יימסר לעיון ההגנה, ואין צורך להוציא לגביו תעודת חסיון. עם זאת, עדיין יש חובה לציין ולפרטו ב"רשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת הנוגע לאישום" (להלן: "רשימת כל החומר") – הכל, כפי שיפורט להלן.

"חומר מודיעיני", "רשות מודיעיני" ו"מערך המודיעיני":

9. כמפורט לעיל, החוק קובע כי "חומר מודיעיני" הנו חומר חקירה שנאסף או נרשם בידי "רשות מודיעיני".

10. "רשות מודיעיני" בהתאם ללשון החוק, הנה "מערך המודיעיני" של רשימה סגורה של גופים: משטרת ישראל, מח"ש, צה"ל, מצ"ח, שב"ס, שב"כ, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, רשות המיסים, רשות ניירות ערך והרשות להגבלים עסקיים.

11. ברשימת הגופים שיש להם "רשות מודיעיני", נכללו גופים שיש להם "מערך מודיעיני" שעיסוקו העיקרי הוא איסוף מידע שלא נועד להיחשף ואשר ככלל, זהות העוסקים בו באיסוף המודיעין והשיטות והאמצעים בהם הם נוקטים, הנם חסויים.

"רשויות המודיעיני":

12. "**רשויות המודיעיני**" הקבועות בחוק כוללות את מערכי המודיעין האנושי (היומינטי) והטכנולוגי (לרבות הסיגנט) של הרשויות המפורטות בחוק, ובכלל זאת: מערכי איסוף של יחידות העיקוב ויחידות מיוחדות במשטרה (לרבות יחידות העיקוב, יחידת הגדעונים, ימ"מ ויחידת המסתערבים של מחוז ירושלים ומחוז ש"י), ברשות המיסים, ובגופים האחרים המנויים בחוק.

התווית מדיניות התביעה:

13. התקבל אצל תובע חומר מודיעיני לגביו קבע הגוף החוקר כי הוא נאסף, או נרשם בידי "רשות מודיעין", וכי הוא "נוגע לאישום", יפעל התובע כדלהלן:

- א. יבחן כי המידע אכן נאסף או נרשם בידי "רשות מודיעין" הכלולה ברשימת רשויות המודיעין המפורטת בחוק.
- ב. יבדוק אם החומר נכלל באחת או יותר מארבע הקטגוריות המפורטות בחוק.

14. נמצא כי החומר המודיעיני **נכלל** באחת או יותר מארבע הקטגוריות, יימסר החומר לעיונו של הנאשם, אלא אם נמצאה הצדקה להוצאת תעודת חסיון לגביו או לגבי חלקים ממנו, כגון עת מדובר בזהות מקורות, שיטות ואמצעים וכדומה, שיש הצדקה לפי החוק לאי חשיפתם.

15. נמצא כי קמה הצדקה לכאורה להוצאת תעודת חסיון, ישקול התובע יחד עם "רשות המודיעין" הרלוונטית, את שאלת הצורך והאפשרות לחסות את החומר או חלקו בהתאם לעילות החיסיון הקבועות בפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: **פקודת הראיות**), ובכלל זה עילת החיסיון החדשה של מצרף הראיות ("עילת הפאזל"), הקבועה בסעיף 45א לפקודה.

16. נמצא כי החומר המודיעיני **אינו** נכלל באחת מארבע הקטגוריות, יראה בו התובע "חומר מודיעיני" **שאין** לגביו זכות עיון ואין למוסרו לנאשם. עם זאת, התובע יוודא כי החומר מופיע ב"רשימת כל החומר" בהתאם לפירוט הנדרש בסעיף 74(א)(1) לחוק כפי שיפורט להלן, אלא אם סבר כי החומר שהועבר לעיונו כלל אינו נוגע לאישום, שאז אין צורך להכלילו ב"רשימת כל החומר".

17. יודגש ויובהר לעניין זה כי הנחת המחוקק הייתה שכל ראייה **שיכולה לסייע** להגנת הנאשם נכללת בהכרח באחת מארבע הקטגוריות המפורטות בחוק, וככזו תוגדר כחומר מודיעין **שיש** בו זכות עיון, כל עוד לא הוצאה לגביה תעודת חיסיון בהתאם למבחנים הנוהגים לעניין זה בפסיקה.

אופן העברת חומר של "רשות מודיעין" וסיווגו

18. סעיף 74(א) קובע כי תובע יקבל לעיונו מרשות מודיעין או מרשות חוקרת את כל החומר שנאסף או שנרשם כאמור בסעיף קטן (א), לרבות "חומר מודיעין" ויוודא כי כל חומרי החקירה שיש בהם זכות עיון, וכן "רשימת כל חומר שנאסף או נרשם והנוגע לאישום" עומדים לרשות הנאשם וסנגורו בעת הגשת כתב האישום או בסמוך לכך.

19. חומר שמקורו ב"רשות מודיעין" יועבר לרשות התביעה באופן מרוכז ומופרד מחומר חקירה אחר, ויסומן כחומר שמקורו ברשות מודיעין באופן שיבטיח זיהוי של כל מסמך או ראייה ככאלה. החומר יסווג ויסומן על ידי רשות המודיעין באחד משלושת האופנים הבאים:

- א. חומר מודיעין שהרשות סבורה שיש לגביו זכות עיון ואין מניעה להעבירו לעיון הסניגור;
- ב. חומר מודיעין שהרשות סבורה שיש לגביו לכתחילה זכות עיון, אך סבורה שיש מקום להוציא בעניינו תעודת חסיון;
- ג. חומר מודיעיני שהרשות סבורה שאין לגביו זכות עיון.

למען הסר ספק, האחריות להעברת כלל חומרי החקירה, לרבות חומר מודיעיני, וכן להעברת "רשימת כל החומר שנאסף או נרשם והנוגע לאישום", הנה של היחידה החוקרת הרלוונטית לאותה חקירה, והיא זו שתוודא שרשות המודיעין שעסקה בחקירה תפעל בהתאם לאמור בסעיף זה.

20. ברשימת כל החומר שתועבר על ידי הרשות החוקרת לתביעה יפורטו גם החומרים שהופקו על ידי "רשות מודיעין", כאשר הם מסווגים בחלוקה כאמור בסעיף 19 לעיל.

21. התובע יבחן את הסיווג שנעשה על ידי רשות המודיעין, ואם ימצא כי הסיווג אינו תואם את החוק והאמור בהנחיה זו, ישנה אותו בהתאם, לאחר הידברות עם רשות המודיעין הרלוונטית. יובהר כי עמדת התובע לעניין זה היא הקובעת.

פיקוח:

22. פרקליט מדרגת ממונה ומעלה, או ראש שלוחה או ראש צוות או סגנו במשטרה, שייקבע על ידי פרקליט המחוז/ ראש היחידה המשטרתית (בהתאמה) כ"ממונה על ענייני החסיונות", יודא שחומר המודיעין שסווג על ידי רשות המודיעין ואושר על ידי התובע כחומר שאין להעמידו לעיון ההגנה, עומד בסיווגים ובקריטריונים שנקבעו בחוק ובהנחיה זו.

23. לצורך בחינת הדברים, יכול הממונה על ענייני החסיונות לקבל סקירה והסברים מהתובע ו/או מרשות המודיעין הרלוונטית, אודות סוגי החומרים, טיבם ומאפייניהם, כמו גם על השיקולים שהובילו אותם לסיווג החומרים ככאלה שאין להעמידם לעיון ההגנה. במידת הצורך יעיין הממונה על ענייני החסיונות באופן פרטני בחומרים עצמם, בהיקף שיראה לנכון, בהתאם למורכבות הדברים, היקף החומרים ושיקולים נוספים שישקול לפי העניין.

24. במקרים מורכבים ייועץ הממונה על החסיונות עם פרקליט המחוז או משנהו/ ראש יחידת תביעות או סגנו, באשר לסיווגו של החומר.

רשימת כל החומר הנוגע ל"חומר מודיעיני":

25. כמפורט לעיל, אף אם נמצא שאין זכות עיון בחומר מודיעיני בהתאם לתיקון 75 לחוק, יש לפרט את דבר קיומו של החומר ב"רשימת כל החומר" וכן את נושאו, סוגו והמועד שבו נאסף או נרשם החומר, כפי שמורה סעיף 74(א)(1) (ראה פירוט לעניין זה להלן).

26. תכלית הרישום כאמור, היא להביא בפני הנאשם ובא כוחו את דבר קיומו של חומר שהוא חומר מודיעיני שאין בו זכות עיון, וזאת בין היתר, כדי לאפשר לנאשם לבקר את סיווג החומר ככזה שאין בו זכות עיון, ולעתור לבית המשפט בבקשה לקבלו.

27. לצורך הגשמת תכליות הרשימה, תכלול זו, בין היתר, פירוט בנוגע לחומר מודיעיני שלא נמסר, אשר יאפשר לנאשם לעמוד על נושאו העיקרי² והמועד שבו נאסף או נרשם, והכל ברמת הפירוט האפשרית לפי נסיבות העניין ומבלי לפגוע בסודיותו. ואולם, במקרים שבהם יהיה בפירוט האמור כדי לסכל את התכלית והאינטרס הציבורי שלשם הוחרג בחוק החומר מזכות העיון, יצוינו פרטיו ברשימה **על דרך הכלל** בהתאם לנסיבות העניין וברמת ההפשטה האפשרית שלא יהא בא כדי לפגוע באינטרס הציבורי שבשלו צומצמה זכות העיון. כך ככלל. עם זאת, אין בהוראה זו כדי לשלול הוצאת תעודת חסיון על עצם קיומו של המידע, במקרים חריגים המצדיקים זאת.

מועד העמדת חומר החקירה ו"רשימת כל החומר" לעיון הנאשם וסניגורו

28. בהתאם להוראת סעיף 74(א)(2)(א)1 הקובע כי "תובע ... יוודא שחומר החקירה ורשימת כל החומר עומדים, בעת הגשת כתב האישום או בסמוך לכך, לרשות הנאשם וסניגורו או אדם אחר כאמור באותו סעיף קטן...", הרי שככלל, חומר החקירה ורשימת כל החומר יועמדו לעיון הנאשם או בא כוחו מיד לאחר הגשת כתב האישום. ככל שלא ניתן לעשות כן, בשל מורכבות התיק, היקפו, בחינת הצורך בהוצאת תעודת חסיון, או, בשל כל סיבה עניינית אחרת, יפעל התובע לעשות כן בהקדם האפשרי לאחר הגשת כתב האישום.

²בש"פ 5221/08 מוחמד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.9.2008); בש"פ 3119/04 מדינת ישראל נ' אבו עסא (פורסם בנבו, 8.4.2004).

בקשה לעיון בחומר מודיעין והמותב הדן בה

29. כמפורט בסעיף 74(ג) לחוק, בקשה לעיון בחומר מודיעין תידון בפני השופט שדן באישום, אשר יהיה רשאי להעביר את הדיון לשופט שאינו דן בתיק, ואם היה בית המשפט הרכב – לשופט יחיד שהוא אחד משופטי ההרכב או לשופט שאינו דן בתיק.

30. ככלל, ברירת המחדל היא לבקש לקיים את הדיון בבקשה לעיון בחומר בפני שופט הדן בתיק. זאת, נוכח יתרונו של שופט זה כמי שמצוי בפועל או בכוח בחומר הראיות ובתמונה הכוללת של ההליך, וכן נוכח העובדה שהחלטה בסוגיה זו עשויה להשתנות לעתים בהתאם להתקדמות ההליך ושינוי הנסיבות.

31. ככלל, ועל פי ההלכה הפסוקה, חזקה על שופט מקצועי שידע להבחין בין ראיות קבילות לבין כאלו שאינן קבילות, ולפסוק את הדין בהתאם. כיוון שכך, עצם העובדה ששופט צפוי להיחשף לחומר ראיות בלתי קביל במסגרת בקשה לעיון בחומר מודיעיני, אינה מהווה עילה, **בפני עצמה**, לבקש לקיים את הדיון בפני שופט אחר. יחד עם זאת, לעתים, עשויה להיווצר "מסה קריטית" של חומר בלתי קביל שאליו ייחשף השופט, באופן המצדיק שהתביעה תבקש לקיים את הדיון בבקשה בפני מותב אחר שאינו השופט הדן בתיק³.

32. סעיף 74(ד1) קובע שעל דיון בבקשות לעיון בחומר מודיעיני יחולו הוראות סעיף 46(א) עד 46(א2) לפקודת הראיות בשינויים המחויבים. מדובר בסעיפים שתוקנו או נוספו כתיקון עקיף לפקודת הראיות במסגרת תיקון 75 לחוק.

33. סעיף 46(א1) לפקודת הראיות מונה שיקולים שבית המשפט רשאי לשקול **בעתירה לגילוי ראיה חסויה**, שנועדו לסייע לבית המשפט להעריך את מידת התועלת של חומר החקירה להגנת הנאשם ולאזן בין שיקול זה ובין הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מגילוי הראיה⁴. ואולם, יודגש, כי ביחס **לבקשה לגילוי חומר מודיעיני**, אין מדובר לכתחילה בשאלת האיזון כאמור, אלא בשאלה – בשלב ראשון – אם החומר נכלל באחת מארבע הקטגוריות המופיעות בחוק.

³ ראה לעניין זה: ע"פ 1102/06 ולדרי נביטסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (פורסם בנבו, 19.02.2006).

⁴ סעיף 46(א1) לפקודת הראיות: בהחלטה כאמור בסעיף קטן (א) ישקול בית המשפט, בין השאר, את הקשר שבין החומר החסוי לגדר המחלוקת בין בעלי הדין, בשים לב לגרסת ההגנה, את הקשר שבין החומר החסוי לראיות הגלויות וחומר חסוי אחר בתיק, ואת קבילות החומר החסוי ומשקלו הצפוי אם יוגש כראיה במשפט, ורשאי הוא לקבל הסברים מהעותר אף בהעדר שאר בעלי הדין; לא יתיר בית משפט גילוי של ראיה חסויה, אלא לאחר שניתנה לתובע אפשרות להתייחס לטענות שנטענו שלא בפניו.

קביעה לפיה החומר לא נכלל באחת מארבע הקטגוריות - תוביל לדחיית הבקשה. מאידך גיסא, קביעה לפיה החומר נכלל באחת מארבע הקטגוריות, תחייב לכאורה את מסירתו, אולם עדיין תהיה קיימת אפשרות לשקול הוצאת תעודת חסיון (שאז ידרש בית המשפט לבחון את שאלת האיזון וחיוניות החומר כאמור).

הוראת המחוקק, לפיה ההוראות הללו מפקודת הראיות יוחלו על בקשה לגילוי חומר מודיעיני "בשינויים המחויבים", משמעותה כי על אף השונות בין ההליך של עתירה לגילוי ראיה לבין ההליך של בקשה לעיון בחומר מודיעיני, ניתן, על דרך ההיקש, לעשות שימוש בשיקולים המנויים בסעיף 46(א1) (שנועד להליך של עתירה לגילוי ראיה), גם בהליך של בקשה לעיון בחומר חקירה מודיעיני.

34. במקרה בו בית המשפט קובע, בניגוד לעמדת התביעה, כי מדובר בחומר מודיעיני שיש בו זכות עיון, ניתן לערור על ההחלטה. לחלופין, ניתן לשקול בשלב זה להוציא תעודת חיסיון על החומר המודיעיני המדובר, אם המבחנים הרלוונטיים להוצאת תעודת חסיון מצדיקים זאת. במקביל, יש לשקול האם יש מקום לבקש עיכוב ביצוע של ההחלטה לצורך הגשת ערר או לצורך שקילת הוצאת תעודת חיסיון.

ככלל, אם הוחלט להגיש ערר, אין מקום להוציא תעודת חסיון לפני קבלת החלטה בערר.

מובן שאם הערר ידחה, עדיין ניתן יהיה לפנות למסלול של הוצאת תעודת חיסיון, אם תמצא הצדקה לכך.

תיקונים בפקודת הראיות

35. יושם אל לב כי במסגרת תיקון 75 לחוק נחקק גם תיקון עקיף לפקודת הראיות, ובכלל זאת נוסף סעיף 45 המתיר הוצאת תעודת חיסיון במקרה שבו הפגיעה באינטרס הציבורי עלולה להיגרם כתוצאה מצירוף של ראיות ("עילת הפאזל"):

"...הפגיעה כאמור עלולה להיגרם בשל צירוף הראיה וראיות אחרות, נוכח סוג המידע הנכלל בראיה, תוכנו או היקפו וגם אם הראיות האחרות אינן קשורות לאותו הליך".