

# מדינת ישראל

משרד המשפטים

## לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, ר' חשוון תש"פ  
04 נובמבר 2019

מס' מסמך: 004-99-2019-022820  
(בתשובה נא לציין מספרנו)

לכבוד,

עו"ד יוסי אשכנזי

(באמצעות פקס: 03-6966464)

עו"ד עמית חדד

(באמצעות פקס: 03-5333314)

שלום רב,

### הנדון: בקשה לקיום חקירה פלילית בקשר להדלפות של חומרי חקירה מתיקי ראש הממשלה

סמך: פנייתכם מיום 1.5.2019 וכן פניותיו של עו"ד נבות תל-צור מיום 23.1.2019 ו-27.1.2019.

על דעת היועץ המשפטי לממשלה, הריני להשיב לפניותיכם השונות שנשלחו אלינו בנוגע להדלפות, לטענתכם, מחקירות ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו:

1. בפניות האמורות ביקשתם כי היועץ המשפטי לממשלה יורה לפתוח בבדיקה או בחקירה בנוגע לפרסומים בתקשורת של מידע הנוגע לחקירות בהן נחקר ראש הממשלה, לשם איתור המדליפים והעמדתם לדין, לרבות פרסומים של הודעות ותמלילים גולמיים מתוך החקירה.
2. אין חולק כי מסירת חומרי חקירה לגורם בלתי מוסמך, היא אסורה וכי יש לראות אותה בחומרה. יש בה כדי לפגוע בזכויות חשודים, בפרטיותם ובכבודם וכן לפגוע בתקינות ובטוהר ההליכים המשפטיים ובאמון הציבור במערכות האכיפה. זאת, אפילו מקור ההדלפה איננו ברשויות אכיפת החוק. לפיכך, במקרים המתאימים יש מקום לפעול למיצוי הדין עם מי שחשפו חומרי חקירה שלא כדין. חומרה מיוחדת יש בחשיפת חומרי חקירה גולמיים, כגון תמלילים והודעות מתוך חומרי החקירה, ובהקשר זה נזכיר כי הוכנה בעבר במחלקת ייעוץ וחקיקה טיוטת תזכיר חוק לקביעת איסור פרסום והעברה של חומר גולמי מתיק חקירה. טיוטת התזכיר נועדה להתמודד עם פרסום חומרי חקירה גולמיים, בין היתר בשל הקושי בקיום חקירות פליליות בסוגיות אלה, כפי שיוסבר להלן. ההצעה לא קודמה בסופו של יום בשל התנגדות של גורמים אחרים.
3. לצד האמור, וכפי שהוכר גם בפסיקת בית המשפט העליון, יש לתת את הדעת לאופיין המיוחד של חקירות הנוגעות למסירת מידע האסור בגילוי, הדורשות לאזן בין שיקולים כבדי משקל מתחומים שונים.

4. בראש ובראשונה, נבחנים בכל מקרה ומקרה מידת הפגיעה שיש בהדלפה הנטענת באינטרסים חיוניים, כגון שמירה על ביטחון המדינה, פגיעה בפרטיות, פגיעה במהלך ניהול חקירה וכד'. מובן כי ככל שההדלפה הנטענת הובילה לפגיעה באינטרס ציבורי משמעותי במיוחד וכבד משקל, תגבר הנטייה לפתוח בגינה בחקירה פלילית. בהיבט זה בולטים במיוחד מקרים שבהם עולות טענות להדלפות של מידע מסווג שפרסומו עלול להביא לפגיעה חמורה בביטחון המדינה.
5. לצד זאת, במסגרת בחינה האם לפתוח בחקירה בגין טענות להדלפת מידע האסור בגילוי, יש להביא בחשבון, בין היתר, שיקולים הנוגעים לשמירה על חופש העיתונות, חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, שהם מעקרונות הבסיס לקיומו של משטר דמוקרטי.
6. בנוסף לשיקולים שצוינו לעיל, בעת בחינת האפשרות לפתוח בחקירה בגין הדלפת מידע האסור בגילוי, נלקחים בחשבון גם אופיין המיוחד של חקירות מסוג זה ומורכבותן. זאת, בהתחשב בין היתר באפשרות קיומו של חיסיון עיתונאי במקרים שבהם המידע פורסם בידי עיתונאי וכן בשים לב להיקף האנשים שנחשפו למידע. משמעותה של פתיחה בחקירה בגין הדלפת מידע האסור בגילוי עשויה להיות "החשדת רבים", והפעלת כלי חקירה פוגעניים כלפיהם, כגון בדיקות פוליגרף ומחקרי תקשורת, וזאת אך משום שנחשפו למידע וללא כל חשד קונקרטי נגדם. בהקשר זה נבחנת במקרים המתאימים גם תוחלת החקירה.
7. על כן וכאמור לעיל, מדיניות התביעה בעניין פתיחה בחקירה והעמדה לדין בעבירות של פרסום מידע האסור בגילוי, במקרים בהם עולים אינטרסים מנוגדים, היא מדיניות זהירה ומצמצמת.
8. אמנם זכור ההליך הפלילי שנוהל נגד הפרקליטה ליאורה גלאט ברקוביץ' בגין הדלפה בעת חקירה, אולם במקרה זה דובר בחשיפת מסמך חיקור דין שהוגדר במפורש כ**מסמך סודי**, והנזק שבחשיפתו היה מרובה.<sup>1</sup> לעומת מקרה זה, שארע לפני כ- 16 שנה, במקרים רבים אחרים בשנים שחלפו מאז, של הדלפות בהם נפגעו אינטרסים חשובים אחרים, לרבות ביטחוניים, הוחלט שלא לפתוח בחקירה זאת בשים לב לשיקולים האמורים. עמדה זו המביאה בחשבון את האיזון העדין בין השיקולים האמורים הוצגה לבית המשפט העליון, וכך למשל נדחתה עתירה במקרה בו פורסמה מצגת סודית שהודלפה מישיבת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי ("הקבינט").<sup>2</sup>
9. המקרים שציינתם במכתביכם מעלים את המורכבות האמורה האופיינית למקרי הדלפות של חומרי חקירה לעיתונות. בהקשר זה נזכיר כי היועץ המשפטי לממשלה נענה לבקשת באי כוחו של ראש הממשלה להשהות את מסירת ליבת חומרי החקירה לבאי כוח החשודים עד לאחר מועד הבחירות לכנסת באפריל 2019, וזאת לאור טענה שהועלתה בדבר חשש להדלפתם של חומרים אלו לתקשורת על ידי הגורמים אליהם יועברו החומרים. החלטה זו נתקפה כידוע במסגרת עתירה לבית המשפט העליון, ואושרה ע"י בג"ץ,<sup>3</sup> על אף שהיה בה כדי לעכב את מועד

<sup>1</sup> ת"פ (ת"א) 10106/03 מדינת ישראל נ' ברקוביץ' (פורסם בנבו 7.6.2004).

<sup>2</sup> בג"ץ 6241/14 התנועה לאיכות השלטון וח"כ כב"ר נ' היועץ המשפטי לממשלה וועדת השרים לביטחון לאומי (פורסם בנבו 5.5.2006).

<sup>3</sup> בג"ץ 1943/19 עמותת "חוזה חדש" נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 21.03.2019).

עריכת השימוע לראש הממשלה. ואכן, חלק משמעותי מהפרסום של חומרים גולמיים אירע לאחר מסירת החומרים כאמור.

10. ככל שלא קיים חשד קונקרטי מספיק בנוגע למוסר המידע, איתור ה"מדליף" מחייב חקירת רבים שנחשפו לחומרי החקירה או הייתה להם אפשרות להיחשף לחומרי החקירה ותוחלת הצלחת החקירה יורדת. הדבר נכון ביתר שאת לפחות לגבי חלק מהפרסומים שצוינו במכתבכם האחרון ממאי, ושעניינם בפרסום חומרי חקירה גולמיים, היינו תמלילים והודעות מתוך החקירה, ושפורסמו במועד בו חומרי החקירה כבר היו בידי באי כוח החשודים בתיקים. אין בכך כדי להטיל חלילה דופי באיש, אך מטבע הדברים, לאחר שחומרי החקירה הועברו לסניגורים, בהחלט יתכן כי הם הועברו גם לגורמים אחרים, כגון החשודים ומקורביהם שנחשפים בעקבות כך למידע, דבר המקשה מאד על חשיפת האמת.

11. בהקשר הנדון נבקש להתייחס לקריאות לביצוע בדיקות פוליגרף לאיתור מדליפים שנשמעו בעת האחרונה. כידוע, מדובר באמצעי שהשימוש בו מעלה מורכבויות מסוגים שונים, ובכלל זאת בהקשר לפגיעה הכרוכה בו בזכויות יסוד ובהקשר למידת מהימנותו, והדברים מפורטים בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מספר 3.1102 שעניינה "שימוש בבדיקות פוליגרף על-ידי רשויות המדינה" (ההנחיה משנת 2003, והיא עודכנה לאחרונה בשנת 2009) –

"קיימת בעיה לא פשוטה ובלתי-פתורה של מהימנות בדיקות הפוליגרף. אף לגרסת מצדדי הפוליגרף, קיים שיעור לא מבוטל, עד כדי עשרות אחוזים, של תוצאות שגויות, הן במובן שדוברי אמת נקבעים בבדיקה כדוברי שקר (False Positive), והן במובן של דוברי שקר שבדיקות הפוליגרף קובעות שהם דוברי אמת (False Negative)... על יסוד חישוב הממוצע בין תוצאות המחקרים השונים שהוגשו לה, קבעה ועדת לוי, כי תקפות בדיקות הפוליגרף בשיטת 'שאלות הביקורת' באיתור אשמים במקרה ספציפי ('דוברי שקר') נעה סביב 90%, ואילו התקפות באבחון חפים כדוברי אמת נעה סביב 80% בלבד ... בעיית האמינות של בדיקות פוליגרף ידועה בכל המדינות בהן הנושא נבדק, וממנה – לצד הבעייתיות החוקתית שבעצם תהליך הבדיקה, עליה נעמוד בהמשך – נגזרה ההתייחסות המשפטית באשר ללגיטימיות השימוש בבדיקות פוליגרף בהליכים משפטיים, על-ידי רשויות השלטון, ולצרכים אזרחיים."

12. נוכח המורכבות שבשימוש בפוליגרף והבעייתיות שבאמצעי זה, השימוש בו נעשה בהתאם להסמכה מפורשת שניתנה בחוק, ומקום בו אין הסמכה כאמור – רק בסוגי המקרים המפורטים בהנחיה ובכל אחד מהם אך ורק בכפוף לקיומה של הסכמה מודעת ומרצון חופשי של הנבדק לביצוע הבדיקה.

13. כך, על פי ההנחיה, ניתן לעשות שימוש בפוליגרף בשלושה סוגי מקרים: האחד, פוליגרף נוהלי שיבוצע על-ידי רשויות המדינה רק על-פי הסמכה מפורשת בחוק או על-פיו; השני, בדיקות פוליגרף בהליכי חקירה פלילית או משמעתית או במסגרת הליך בדיקה אחר; והשלישי, בדיקות פוליגרף לשם הגנה על אינטרס ציבורי חיוני שלא במסגרת הליך חקירה סטטוטורי המותרות במקרים מיוחדים בלבד באישור היועץ המשפטי לממשלה.

14. לענין המקרה הראשון, כאמור, בדיקת פוליגרף נוהלית על ידי רשויות המדינה מחייבת הסמכה מפורשת בחוק. הסמכה כאמור קיימת כיום רק בחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, לצורך בדיקת התאמה ביטחונית למשרות ולתפקידים שסווגו בטחוני, וכן בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, לצורך בדיקת התאמה תעסוקתית לבעלי תפקידים שהוגדרו בפקודה. יודגש כי אין מדובר בבדיקת פוליגרף לצורך בחינת מקרה או חשד קונקרטי. המדובר בבדיקות הנערכות לצורך הליכי העסקה או מינוי/כהונה בתפקיד ומטרתן אינה בירור חשדות פליליים.

15. לענין המקרה השני, מובהר בהנחיה כי בדיקת פוליגרף במסגרת הליכי חקירה פלילית, משמעתית או במסגרת הליך בדיקה אחר, תעשה רק לשם הפרכה או אימות של חשד קונקרטי וממוקד, וזאת, כאמור, אם ניתנה הסכמה מודעת ומרצון חופשי של הנבדק ובנסיבות ובתנאים המפורטים בהנחיה. סעיף 2(ה) להנחיית היועץ קובע כי: "לא תתבצע בדיקת פוליגרף כללית נגד כל המעורבים הפוטנציאליים בעבירה (ירייה באפילה)", אלא רק בהתגבש חשד ממוקד נגד חשוד או חשודים קונקרטיים, על יסוד חקירה שנערכה".

16. לענין המקרה שלישי, מודגש בהנחיה בין היתר כי ככלל, בדיקה של הדלפה מגוף ציבורי לאיתור המדליף אינה, כשלעצמה, בגדר המקרים המיוחדים שבהם אינטרס ציבורי חיוני עשוי להצדיק את השימוש בכלי הפוליגרף. רק מקום שמטרת החקירה או הבדיקה כרוכה בהגנה על אינטרס חיוני אחר או במניעת פגיעה באינטרס כזה, עשוי המקרה להצדיק שימוש בבדיקת פוליגרף ואף זאת בכפוף לתנאים נוספים המפורטים בהנחיה ובהם הסכמת הנבדק, וכאמור באישור מראש מאת היועץ המשפטי לממשלה או ממי שהסמיך לעניין זה.

17. מכל האמור לעיל, נובע כי המקרה דנן אינו נופל בגדר אף אחד מהמקרים המצדיקים ביצוע בדיקת פוליגרף, לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, וזאת כיוון שהמקרים בהם מדובר אינם תואמים את התנאים הרלוונטיים לענין המקרה השני האמור לעיל, קרי - לצורך שימוש בפוליגרף במסגרת הליכי חקירה פלילית או משמעתית.

נוכח האמור לעיל, אין מקום לפתיחה בבדיקה או בחקירה של המקרים נושא פניותכם. מובן כי אין בדבר כדי להפחית מהחומרה שהיועץ המשפטי לממשלה רואה בהדלפת חומרי חקירה, דבר שכאמור יש בו כדי לפגוע בערכים החשובים שפורטו לעיל. עוד מובן כי אין בהחלטה זו כדי לשלול בכל מקרה פתיחה בחקירה בגין הדלפת חומרים, לרבות חומרי חקירה, בהתקיים הנסיבות המצדיקות זאת מהבחינה המשפטית. יש לבחון כל מקרה ומקרה על פי כלל האינטרסים הרלוונטיים ועל פי תוחלת החקירה ובהתאם לכך לקבל החלטה לגביו.

בברכה,

ד"ר גיל לימון, עו"ד  
עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה