

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10243/03

בפני: כבוד המשנה לנשיא א' מצא
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת מ' נאור

העותר: גלעד ארדן

נגד

המשיבים: 1. היועץ המשפטי לממשלה
2. ניצב משה מזרחי ראש אח"ק

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: כ"ד בשבט תשס"ד (16.2.04)

בשם העותר: עו"ד ד' אבי יצחק

בשם המשיב 1: עו"ד ש' ניצן

בשם המשיב 2: עו"ד ח' ברוכי, עו"ד א' פנסו ועו"ד ש' קופרמן

פסק-דין

המשנה לנשיא א' מצא:

העותר מבקש לצוות על המשיב 1 - היועץ המשפטי לממשלה (היועץ המשפטי) - כי יורה להעמיד לדין פלילי, וכן כי יורה (או ימליץ) להעמיד לדין משמעתי, את המשיב 2 - ראש אגף החקירות במשטרת ישראל, ניצב משה מזרחי - בשל אחריותו למה שנודע בציבור כפרשת האזנות הסתר ביחידה הארצית לחקירת פשיעה חמורה ובינלאומית (יאחב"ל). העתירה מופנית כנגד החלטת היועץ המשפטי (אליקים רובינשטיין) מיום 23.10.2003, שלא להעמיד את מזרחי לדין פלילי או לדין משמעתי, אלא להסתפק בהמלצה בדבר "הסקת מסקנות פיקודיות-מינהליות במישור האישי עד כדי סיום התפקיד, בכפוף לשימוע".

תמצית הרקע העובדתי

2. בתקופה הרלוואנטית, בהיותו בדרגת תת-ניצב, כיהן מזרחי כראש היאחב"ל. החלטת היועץ המשפטי מתייחסת בעיקר לשתי חקירות סמויות שמזרחי היה מופקד על ניהולן במסגרת תפקידו האמור. במסגרת החקירה האחת ניתנו על-ידי בית-המשפט, במשך מספר חודשים שבין השנים 1998 ו-1999 (שבחלקם התנהלה מערכת בחירות לכנסת ולראשות הממשלה), צווים שהתירו האזנת סתר לטלפונים בבתיים של שלוש דמויות ציבוריות ופוליטיות: מי שהיה בעבר מנכ"ל משרד ראש הממשלה (וכיום הוא חבר-הכנסת) אביגדור ליברמן; עוזרו דאז של ליברמן (וכיום חבר-הכנסת) מיכאל גורלובסקי; ואיש העסקים דוד אפל. בכל הצווים למעט אחד צוינה מגבלה ולפיה לא יתומללו שיחות אלא בנושאי החקירה. אין חולק כי בפועל תומללו או "תוקצרו" (כלומר הועלו על הכתב בקיצור, שלא בדרך של תמלול מלא) שיחות רבות שאינן רלוואנטיות לחקירה. הדבר נעשה על-פי הנחיית מזרחי למשקלטים - המאזינים לשיחות ומתמללים אותן - כי יעבירו לעיונו שיחות שלגביהן מתעורר אצלם ספק אם הן בנושאי החקירה אם לאו (השיחות המסופקות). הטעם להנחיה חריגה זו היה היקפה, מורכבותה ורגישותה של החקירה, שלא אפשרו לסמוך באופן בלעדי על שיקול-דעתם של המשקלטים במיון השיחות.

כעולה מהחלטת היועץ המשפטי, לא הוברר אם מזרחי ידע על אודות המגבלה שנכללה בצווים המסוימים האמורים. עם זאת, לדברי מזרחי, הייתה זו מגבלה שגרתית, שגם כשלא נכללה במפורש בצווי האזנות סתר נהג הוא לקבלה על עצמו מיוזמתו בחקירותיה של היחידה. התמלילים והתקצירים של אלו מביין השיחות המסופקות אשר לא נמצאו בסופו של דבר כמועילות לחקירה אוחסנו על-ידי מזרחי - לשם הזהירות - בכספת במשרדו, וככל הידוע לא נעשה בהם שימוש מחוץ ליחידה. חלק מן השיחות הללו עסקו בנושאים פוליטיים או אישיים רגישים, או שהיו כפופות לחסיונות מסוגים שונים. בין היתר היו בהן שיחות פוליטיות שבהן נטל חלק ראש הממשלה דאז בנימין נתניהו. חלק מהמשקלטים חששו שבהעלותם על הכתב שיחות שאינן נראות להם כעוסקות בנושאי החקירה, הם מפרים את החוק ואת צווי בית-המשפט. לא הוברר עד כמה חששות אלה - שבהם שותפו מפקדיהם הישירים של המשקלטים - הובאו בחודשי החקירה הראשונים גם לידיעתו של מזרחי. בשלב מסוים, מכל מקום, שוחחה על כך אחת המשקלטות במישרין עם מזרחי, וביקשה לקבל הנחיות בנושא מגורם משפטי בכיר. תגובתו של מזרחי הייתה: "יוזמתך ברוכה". ואכן, בעקבות זאת הוכן בפרקליטות מסמך הנחיות שקיבל את אישורה של פרקליטת המדינה (אם כי מסמך זה לא הובא בשעתו לידיעתו של היועץ המשפטי), ומאותו מועד נהגו ביאחב"ל לפיו. מסמך זה אימץ חלק מעקרונות שיטת העבודה שהנהיג מזרחי. יצוין כי עד לפניית

המשקלטת אליו לא הפנה מזרחי את תשומת-לב הממונים עליו, או את תשומת-לבה של הפרקליטות, לשיטה הייחודית שהנהיג לטיפול בשיחות המסופקות.

3. במסגרת החקירה השנייה נחקרו על-ידי היאחב"ל חשדות נגד אסיר פלוני. לשם קידום החקירה נעשה - בעיקר בתקופה של כחודשיים במהלך שנת 1998 - שימוש בצו האזנת סתר לטלפונים ציבוריים בכלא, שניתן על-ידי בית-המשפט למטרת חקירתם של שני אסירים אחרים. בנוסף לתמלול שיחותיהם של השניים האחרים, תוקצרו - ולעיתים גם תומללו - שיחותיו של פלוני באופן שוטף ויומיומי, וזאת לצורכי "מודיעין" (להבדיל מאשר לצרכים ראייתיים). בתום תקופה זו, משהוגשה לבית-המשפט בקשה לחדש את הצו לגבי שני האסירים האחרים, נתבקש וניתן היתר להאזין גם לפלוני. בין נימוקי הבקשה צוין כי יחידת משטרה אחרת האזינה לפלוני במסגרת צו שניתן כשנה קודם לכן; אך לא צוין כי בחודשים הסמוכים שקדמו להגשת הבקשה גם היאחב"ל האזינה לפלוני באופן רצוף, תוך שימוש בצו שהתייחס לשני האסירים האחרים. גם כאן לא הוברר אם מזרחי ידע, בשלביה הראשונים של החקירה, על אודות הגבלתו של הצו לשני האסירים האחרים בלבד. מכל מקום, לדבריו, עמדתו הייתה כי שימוש בצו לצורכי מודיעין בלבד הינו מותר בכל מקרה ללא קשר לקיומה של מגבלה כזו, מה גם שלדעתו האזנה לטלפון ציבורי בבית-כלא אינה טעונה צו כלל לפי החוק.

4. בשנת 2002, בעקבות פרסומים בתקשורת על הפרת צווי האזנת הסתר שניתנו בעניינו של ליברמן, נערכה חקירה במחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים (מח"ש). בתום החקירה הוגשו ממצאיה ליועץ המשפטי, בצירוף המלצה של מנהל מח"ש וסגנו להעמיד את מזרחי לדין משמעתי, אך לא פלילי. בהמשך הוגשו ליועץ המשפטי חוות-דעתן של פרקליטת המדינה דאז עדנה ארבל, המשנה לפרקליטת המדינה לעניינים פליליים נאוה בן-אור ופרקליטת מחוז הדרום יסכה ליבוביץ, אשר סברו כי דין התיק להיסגר, הן במישור הפלילי והן במישור המשמעתי, מחוסר ראיות להאשמתו של מזרחי.

מסקנות היועץ המשפטי לממשלה

5. ביום 23.10.2003 פירסם היועץ המשפטי את החלטתו, שכנגדה מופנית העתירה. בהחלטתו עמד היועץ המשפטי בהרחבה על התשתית העובדתית ביחס לשתי החקירות שנוהלו ביאחב"ל - שאת תמציתה הבאתי לעיל - וכן ביחס למספר ליקויים נוספים הקשורים בהתנהלות היחידה ובהתנהלותו האישית של מזרחי. להלן אביא את עיקרי מסקנותיו המשפטיות והמינהליות.

6. באשר לחקירה הראשונה בדק היועץ המשפטי, בהיבט הפלילי, אם עבר מזרחי על הוראת סעיף 287 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שעניינו "הפרת הוראה חוקית" אשר ניתנה על-ידי בית-המשפט. בהתייחסו ליסוד הנפשי הנדרש לגיבוש העבירה בהקשר עניינינו, ציין היועץ המשפטי כי נדרשת מודעות לקיומה של המגבלה בצווים, וכן מודעות לכך שמתבצעת חריגה מהמגבלה. משלא נמצאה, לדעתו, ראיה ברורה לכך שמזרחי היה מודע לקיום המגבלה, קבע כי יש לסגור את התיק במישור הפלילי מחוסר ראיות מספיקות להעמדה לדין. זאת, כדבריו, "אף שהתמונה הכוללת המצטיירת, קרי, שבסופו של יום תומללו שיחות שלא בהתאם לצו, כפי שתואר לעיל, היא קשה לגופה גם בהיעדר אחראי בפלילים".

בהיבט המשמעתי התייחס היועץ המשפטי לשתי עבירות משמעת המנויות בתוספת השניה לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971. העבירה האחת, לפי סעיף 4 לתוספת, היא שימוש לרעה בסמכות שניתנה מכוח תפקיד. לגביה ציין היועץ המשפטי כי "יפה כוחו של האמור לעיל בתחום הפלילי באשר להעדר הראיות לגבי מודעותו של תנ"צ מזרחי להגבלה בצווים". העבירה השנייה, לפי סעיף 2 לתוספת, היא התרשלות במילוי תפקיד. בהקשר זה מתח היועץ המשפטי ביקורת חריפה על אופן התנהלותו של מזרחי, תוך שציין כי שיקול-דעתו היה לקוי משמעותית. בין היתר כתב:

להאזנות למר ליברמן, מר אפל ומר גורולובסקי, מעבר לחדירה לפרטיות - שהיא תוצאה, במידה זו או אחרת, של כל צו האזנת סתר, תוצאה קשה במישור הציבורי, תוצאה שיש בה חשש לפגיעה באושיות המשטר הדמוקרטי: מהלך מספר חדשים, בעת תקופת מערכת בחירות, מקבל קצין בכיר במשטרת ישראל מידע שוטף על דעות, מגעים ומהלכים בקרב הצמרת הפוליטית, לרבות שיחות פוליטיות מובהקות של ראש ממשלה מכהן, מבלי שאיש, למעט פקודיו הנוטלים - בהוראתו - חלק בכך, יודע על כך שמידע רגיש מצוי בידיעתו, ומבלי שהוא מדווח על כך באופן ראוי לממונים עליו. זאת תוצאה קשה שאין הדעת סובלת, גם אם לא לכך כיוון קצין המשטרה, וגם אם לא עשה שימוש בחומר...

לעניין הדיווח לממונים הביא היועץ המשפטי גם מדברי מפקדו של מזרחי דאז, ראש אגף החקירות ניצב יוסף סדבון, לאמור, כי "באופן כללי ברמת ההתנהלות שלי מול יאחב"ל נוכחתי לדעת שחלק גדול מהפעולות שמתבצעות ביחידה ואינפורמציה חשובה מדווחת לפעמים באופן חלקי ולפעמים באיחור. הערתי על כך לתנ"צ מזרחי...". בהתייחס לספק שנותר בשאלה אם מזרחי היה מודע למגבלה שבצווי בית-

המשפט ציין היועץ המשפטי, כי "לאחר שתנ"צ מזרחי החליט כי הוא יהיה הגורם 'המסנן' בפרשיות אלה, ... היה מקום כי יבדוק מיזמתו בטרם מתן ההנחיות הייחודיות אותן נתן לגבי טיפול בתיקים אלה האם יש הגבלות בצווים, ואם כן - יפנה לבית המשפט, בעצמו או באמצעות פקודיו, ויבהיר את הקושי הכרוך בקיום צו בהגבלה לאור מורכבות הנושאים הנחקרים. ... הצו הוא התוחם את הסמכות, ולא די בידיעה שניתן צו". עם זאת, לדברי היועץ המשפטי:

לא נמצאה ראייה לכך שתנ"צ מזרחי פעל מתוך מניעים זרים, אלא לצורך קידום החקירה. את העובדה שבמשך כחצי שנה הנהיג בחקירה רגישה זו אופן פעולה ייחודי מבלי שהתייעץ, דיווח ועדכן את מפקדיו, לא היה ער לחששות פקודיו שסברו כי פועלים הם שלא במסגרת הצו, ולא פנה לקבל הנחיות מבית המשפט, ככל שהדבר נוגע לעבירת ההתרשלות - יש לבחון, על מנת שלא נחטא ב"חכמה שלאחר מעשה", שלא במנותק ממכלול פעילותו ...

הוא מציין, כי במקרה זה "מדובר בפעילות רבה, בחקירות שונות, כולן מורכבות ורגישות". לדידו, "במסגרת בחינת 'התרשלות' יש, ככלל, לבחון את מכלול האינטרסים החברתיים אותם מבקשת המדינה לקדם, תוך התחשבות גם באילוצים כגון: היקף המשימות המוטלות והיקף כח האדם לביצוע". ובנוסף כי ראוי להתחשב בעובדה שבסופו-של-דבר התבקשו והתקבלו הנחיות פרקליטות המדינה. לסיכום כתב היועץ המשפטי:

ראיית מכלול השיקולים, כפי שפרטתי לעיל, הובילה אותי למסקנה כי, על אף אי הנחת, בלשון המעטה, מאופן פעולתו של תנ"צ מזרחי בכל הנוגע לראיות סתר אלה, ועל אף שלדעתי אופן פעולתו מצביע על הפעלת שיקול-דעת באופן לקוי משמעותית, נוצר ספק האם במכלול הראיות יש כדי לבסס עבירה של התרשלות במילוי תפקיד ...

7. באשר לחקירה השנייה (פרשת פלוני) ציין היועץ המשפטי: "אומר בצער, כי במכלול הדברים שהתגלו בפרשה זו יש לדעתי כדי לחזק את הביקורת על גישתו של ניצב מזרחי באשר להאזנות סתר - פרשנות מרחיבה של חוק האזנות הסתר, בעיני לא פעם תוך צעידה בקרבת גבולותיו. ... גם לשיטתו של הסבור שאין צורך בצווי בית המשפט במקרים כאלה, אין ספק בעיני שכאשר מתבקש ומתקבל צו בית משפט יש לפעול על פיו ככתבו וכלשונו". לדבריו:

אמנם, המעקב אחר פלוני התבצע במסגרת אותה חקירה לגביה התבקש צו ההאזנה לשני האסירים האחרים, ויתרה מזאת: סביר להניח כי לוא היו מבקשים לקבל צו להאזין לשיחותיו של פלוני היה צו כזה ניתן, כפי שאכן נעשה בתום אותם חודשיים.

עם זאת, גם בשיקולים אלה אין כדי להפוך אופן פעולה זה לראוי ומידתי. אופן הפעולה היחיד הלגיטימי, לדידי, היה בקשת צו האזנה באופן ספציפי לפלוני.

ואולם, גם כאן קבע היועץ המשפטי, ביחס להיבט הפלילי, כי "בהעדר ראייה המצביעה על מודעותו של ניצב מזרחי להגבלה בצו, אין ראיות מספיקות להעמדה לדין". ואילו ביחס להיבט המשמעתי ציין, כי על עבירת משמעת בפרשה זו חלה התיישנות, ו"בנסיבות אלה סברתי כי אין מקום להמשיך בחקירה בנושא לצורך ביסוס עבירות משמעת בעניין זה".

8. בשולי החלטתו התייחס היועץ המשפטי לשלושה ליקויים נוספים בהתנהלותו האישית של מזרחי, שלגביהם הוער כי הם אינם הולמים את מעמדו. האחד עניינו במכתב שכתב מזרחי למפק"ל המשטרה בעקבות הפרסומים שהופיעו בתקשורת בנושא החקירה הראשונה, ואשר "הניח מקום לאי בהירות" באופן שהביא כנראה להכשלתו של השר לביטחון פנים במסירת דברים בלתי מדויקים בכנסת. היועץ המשפטי ציין, כי הגם שבמכתב זה לא דיווח מזרחי דבר שאינו אמת, הרי שבניגוד למצופה ממנו לא מסר את התמונה במלואה, וכי "לוא כך אירע, ספק אם היה צורך בחקירת מח"ש על מנת להגיע לחקר האמת, בנושא שכמעט כולו מצוי בידיעתו של [מזרחי]". הליקוי השני הוא האופן המזלזל והפוגע שבו התייחס מזרחי, במכתב שכתב ליועץ המשפטי במהלך חקירתו במח"ש, לשני החוקרים שחקרו אותו. הליקוי השלישי הוא סירובו של מזרחי להשיב על כמה משאלות חוקריו שלדעתו לא היה להן מקום, אף שהובהר לו כי הן נשאלות בהנחייתו של היועץ המשפטי; וכן סירובו להשיב על שאלות מסוימות אחרות, אף שלא טען כי התשובות עליהן עלולות להעמידו בסכנה של האשמה פלילית.

9. את חלקה האחרון של החלטתו הקדיש היועץ המשפטי למישור המינהלי-פיקודי. מחד, מתח ביקורת על אופן התנהלותו והפעלת שיקול-דעתו של מזרחי, הן בפרשות שנדונו בהחלטתו והן בעניינים קודמים - אשר גם הם הגיעו לדיון לפני בית-המשפט (בג"ץ 1689/02 יעקב נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים עליון סד 899 (בג"ץ נמרודי) ודנג"ץ 7516/03 יעקב נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על

2004(1) 1142 (דנג"ץ נמדודי)). בין היתר העיר, כי נדמה שלהתנהגות כמו זו של מזרחי "כוונה האזהרה בבג"צ 1689/02 הנ"ל בדבר חובתו של החוקר להישמר מ'להיטות יתר בביצוע התפקיד, העלולה להאפיל על שיקול-הדעת הראוי". מאידך הזכיר היועץ המשפטי שיקולים לקולא, ובהם העובדה ש"לניצב משה מזרחי זכויות, כשוטר וקצין משטרה ותיק ובעל הישגים, ששם לו למטרה להצליח באכיפת החוק כלפי עבריינים כפי שראה לנחוץ, מתוך חקירה מאומצת". כן ציין ש"ברי, כי קצין משטרה בכיר, האחראי לחקירתם של שועי הארץ, קונה לו אויבים רבים, בעלי כוח והשפעה. לא בלתי סביר הוא כי אויבים אלה מבקשים לפגוע בו, ועל דרך זו לפגוע, מעבר לפגיעה האישית בו, גם ביכולת האפקטיבית לביצוע חקירות רגישות אלה". לבסוף ציין היועץ המשפטי, כי אף שבמהלך חקירתו במח"ש הדגיש מזרחי לא אחת את אחריותו הכוללת לכל הנעשה ביחידתו, הרי ש"בהתייחסות לעניינים קונקרטיים-פרטניים, לא באה לצערי גישה זו לידי ביטוי, והאחריות לתקלות השונות יוחסה על-ידיו לפקודיו". על רקע כל זאת קבע:

נוכח הממצאים כאמור לעיל ... המעידים במצטבר על הפעלת שיקול-דעת מוטעה ועל התייחסות לקויה משמעותית לנושא המודיעיני, ונוכח מכלול הנושאים כפי שפורטו, הן באשר לאופן ההתנהלות ביחידה שבפיקודו של מר מזרחי, והן באשר להתנהלותו שלו - יש מקום לדעתי, מעבר למסקנות המערכתיות, להסקת מסקנות פיקודיות-מינהליות במישור האישי עד כדי סיום התפקיד, בכפוף לשימוע.

טענות הצדדים

10. העותר ביקר לפנינו, בשלל טענות ומענות, את החלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד את מזרחי לדין פלילי ומשמעתי. לטענתו, ממצאי החקירה והתנהגותו של מזרחי ערב החקירה ובמהלכה - כפי שנקבע בהחלטת היועץ המשפטי עצמה - מעלים בבירור כי מזרחי ביצע עבירות פליליות ומשמעיות חמורות, וכי החלטת היועץ המשפטי שלא להעמידו לדין "מושגתת על אדני שווא, לוקה בחוסר סבירות קיצוני, פוגעת אנושות באמון הציבור במערכת המשפט בכלל ובמשטרת ישראל ובהחלטות היועץ המשפטי לממשלה בפרט, נוגדת את עקרונות היסוד ואת העקרונות החוקתיים של שיטתנו המשפטית, פוגעת באושיות השלטון הדמוקרטי ובעקרון השוויון בפני החוק, יש בה כדי לעודד ביצוע עבירות על ידי שוטרים וחוקרים בכירים כזוטרים ולפגוע קשות בהגנה על פרטיותו וסוד שיחו של אדם, מחד, ובהקפדה על אי-התערבות המשטרה בנושאים פוליטיים, מאידך". באופן ספציפי טוען העותר כי מהחלטת היועץ המשפטי עולה כי מצויות ראיות בשפע, המאפשרות ומחייבות להעמיד לדין את מזרחי,

לא רק בגין העבירה הפלילית של הפרת הוראה חוקית והעבירות המשמעתיות של שימוש לרעה בסמכות שניתנה מכוח תפקיד ושל התרשלות במילוי תפקיד - שאותן בחן היועץ המשפטי בהחלטתו ביחס לפרשת החקירה הראשונה - כי אם גם בגין שורה של עבירות נוספות; ובהן עבירות פליליות לפי סעיף 2 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, שעניינו "האזנת סתר שלא כדין ושימוש שלא כדין בהאזנה", וכן עבירות משמעתיות של "התנהגות שאינה הולמת שוטר או שיש בה כדי לפגוע בתדמית המשטרה" לפי סעיף 3 לתוספת השניה לפקודת המשטרה, ושל נקיטת לשון מעליבה או מאיימת ואי-מתן תשובה בהליך חקירה, לפי סעיף 20(4)-(5) לתוספת. לבסוף טוען העותר, כי אף שלדבריו החלטת היועץ המשפטי לוקה בחוסר סבירות קיצוני, הרי שלטעמו די בחוסר סבירות רגיל כדי להצדיק את ההתערבות בה. לטענתו, "הגיעה העת להשלים את התפתחות ההלכה בדבר גבולות התערבותו של בית-משפט נכבד זה בהחלטות המשיב 1 ולקבוע - דבר שכבר נאמר בפסיקתו של בית-המשפט העליון להלכה, אך לא יושם למעשה - כי דין החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה כדין החלטתה של כל רשות מינהלית אחרת".

11. בא-כוח היועץ המשפטי טען בתגובתו לעתירה כי אין להתערב בהחלטה שכן "מדובר בהחלטה סבירה ביותר, שהתקבלה מטעמים ענייניים ומקצועיים, לאחר בחינה מעמיקה ויסודית של חומר הראיות שנאסף בחקירה", ו"בוודאי שלא נפל בהחלטה פגם של עיוות מהותי או חוסר סבירות קיצוני, שעל פי פסיקה רבה ומושרשת, רק הוא מצדיק התערבות בכגון דא". הוא חזר והבהיר את עיקרי הנימוקים שפורטו בהחלטת היועץ המשפטי לאי-העמדתו של מזרחי לדין פלילי או משמעתי, והוסיף והתייחס גם לעבירות הפליליות והמשמעתיות הנוספות שעליהן הצביע העותר ואשר לא נדונו בהחלטה. אשר לדיות הראיות בדבר מודעותו של מזרחי למגבלות שנקבעו בצווים - עניין המשליך על העבירות הפליליות וכן על חלק מהעבירות המשמעתיות הנטענות - ציין בא-כוח היועץ המשפטי, כי כל הגורמים שבחנו את התיק - ראשי מח"ש, ראשי הפרקליטות והיועץ המשפטי עצמו - הגיעו למסקנה זהה ולפיה אין בראיות הקיימות, ולוא גם במשקלן המצטבר, כדי להוכיח את יסוד המודעות. אשר למישור המשמעתי צוין, כי אף שהיועץ המשפטי התלבט בעניין זה, הרי שבסופו של דבר החליט לאמץ את עמדת הפרקליטות, שלא להעמיד את מזרחי לדין משמעתי; ותחת זאת החליט כי המסלול הנאות במקרה זה מבחינת האינטרס הציבורי הוא המסלול הפיקודי-מינהלי. לדבריו, "לא כל הפעלת שיקול-דעת לקוי, ואף לא כל הפעלת שיקול-דעת הלקוי באופן משמעותי, מהווה עבירה משמעתי". כן הודגש, כי מעבר לשיקולים הראייתיים שקל היועץ המשפטי - בהתאם להנחיות בית-המשפט העליון בבג"ץ נמרודי - גם שיקולים

כלליים של נסיבות הפעלת שיקול-הדעת, המניע שעמד מאחוריה, טיב ההחלטה שהתקבלה, הנזק שנגרם ומידת הפגיעה בתכלית עשיית הצדק בחקירה ובמשפט.

12. בתגובה מטעם מזרחי נטען, כי לא זו בלבד שאין יסוד להעמידו לדין פלילי או משמעתי, אלא שגם לביקורתו ולהמלצתו של היועץ המשפטי במישור המינהלי והפיקודי לא היה מקום, משלא נמצא יסוד לפקפק כי מזרחי הפעיל את שיקול-דעתו בתום לב ולפי מיטב שיקוליו המקצועיים. לחיזוק עמדתו של מזרחי צורפו לתגובה מטעמו שני מכתבים שכתבו פרקליטות בכירות למחרת פרסום החלטתו של היועץ המשפטי: האחד, מכתבה של פרקליטת מחוז הדרום, הופנה אל פרקליטת המדינה; והשני, מכתבן של פרקליטת המדינה והמשנה לפרקליטת המדינה לעניינים פליליים - אליו צורף גם מכתבה של פרקליטת מחוז הדרום - ואשר הופנה אל היועץ המשפטי, עם העתקים, בין היתר, לשר לביטחון פנים ולמפכ"ל המשטרה. במכתביהן הביעו ונימוק הפרקליטות את אי-הסכמתן לביקורת הקשה שמתח היועץ המשפטי על מזרחי. לגישתן, אף שבהתנהלותו של מזרחי ובהתנהלות יחידתו נפלו ליקויים מסוימים, הרי שבהתחשב בכלל נסיבות העניין - לרבות העובדה שלא נמצא בסיס להעמידו לדין משמעתי - אין מקום להסיק כנגדו מסקנות אישיות מרחיקות לכת עד כדי סיום תפקידו. במאמר מוסגר יוער, כי מהחלטת היועץ המשפטי ומהמכתבים עולה, כי עמדתן החולקת של הפרקליטות, בדבר צדקת הביקורת על מזרחי והמסקנות הנובעות מכך במישור המינהלי, הייתה ידועה ליועץ המשפטי והוא שקל אותה קודם לגיבוש החלטתו.

ד"ר

13. עיינתי במכלול החומר שהוגש לנו ובטענותיהם המפורטות של באי-כוח הצדדים בכתב ועל-פה. כן עיינתי בבקשות המנומקות להאזנת סתר שהוגשו על-ידי היאחב"ל לבית-המשפט בעניינו של ליברמן, ואשר הועברו על-ידי בא-כוח היועץ המשפטי לעיוננו במעמד צד אחד. הגעתי לכלל מסקנה כי אין עילה להתערב בהחלטה. חרף האמור במכתביהן של הפרקליטות - ומבלי שתשתמע מכך נקיטת עמדה בשאלת המשך כהונתו של מזרחי בתפקידו (החורגת מגדרה של העתירה) - לא מצאתי יסוד לחלוק על צדקת הביקורת שמתח היועץ המשפטי על דרך התנהלותו של מזרחי בפרשה נשוא העתירה ועל האופן בו הפעיל את שיקול-דעתו המינהלי. הטעם המרכזי לכך הוא שמזרחי לא נתן הסבר מניח את הדעת לאף אחת משתי השאלות הבאות: אם אכן כלל לא עיין בצווים שמכוחם פעל והורה לפקודיו לפעול, כיצד זה שלא נתן את דעתו לחומרת מחדלו, על רקע רגישותם המיוחדת של נושאי החקירה; ואם מניחים, לטובתו, כי עיין בצווים, מדוע חדל מלפנות לבית-המשפט בבקשה שמטרתה להאיר את עיניו ביחס לקשיים הפרקטיים שאופן ניסוחם של הצווים עורר. פנייתו לפרקליטות המדינה

בבקשה להנחיות - שבאה, כזכור, רק בעקבות פנייה אליו מצד אחת מפקודותיו - הייתה בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי.

14. ואולם, מישור שיקול-הדעת המינהלי לחוד והמישורים הפלילי והמשמעתי לחוד. אשר למישור הפלילי, מקובלת עליי עמדת בא-כוח היועץ המשפטי כי ההחלטה מצויה במתחם הסבירות ואין יסוד להתערב בה. המדובר בהחלטה שהתקבלה על דעת כל ראשי התביעה הכללית ומח"ש, ולפיה אין ראיות מספיקות להוכחת היסוד הנפשי הנדרש להרשעתו של מזרחי בעבירה פלילית (בין עבירה של הפרת הוראה חוקית, אשר נדונה בהחלטה, ובין העבירות מכוח חוק האזנת סתר שעליהן הצביע העותר). זה לא כבר עמדתי על הכללים המנחים אותנו בשאלת ההתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין פלילי בשל היעדר ראיות מספיקות:

ככלל, כידוע, אין בית-המשפט נוטה להתערב בהחלטות היועץ המשפטי בנושאי העמדה לדין. אף שגם החלטות אלו אינן חסינות מפני ביקורת שיפוטית, העמדה המקובלת היא כי אך במקרים נדירים, ורק אם נוכח שהחלטת היועץ המשפטי לוקה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי, עשוי יהיה בית-המשפט להתערב בה...

הבחנה נדרשת נוספת היא בין החלטת היועץ המשפטי, להימנע מהגשת כתב-אישום מן הטעם שאין בקיום המשפט "עניין לציבור" ..., לבין החלטתו להימנע מהגשת כתב-אישום בשל היעדר ראיות מספיקות. ככל שגם בהחלטות מן הסוג הראשון יימנע בית-המשפט מלהמיר את שיקול-דעתו של היועץ המשפטי בשיקול-דעתו שלו, ויראה להתערב רק במקרים בהם שוכנע כי החלטת היועץ המשפטי היא בלתי-סבירה בעליל, הרי שבביקורת קביעתו של היועץ המשפטי, כי הראיות המצויות אינן מספיקות להגשת כתב-אישום, ינהג בית-המשפט מידת ריסון כפולה ומכופלת (בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז; טרם פורסם).

דין זה יפה ביתר-שאת לענייננו, שבו לא זו בלבד שהחלטת היועץ המשפטי אינה "בלתי-סבירה בעליל", אלא שהיא מצויה בעליל במתחם הסבירות. משהגעתי למסקנה כי החלטת היועץ המשפטי סבירה, ממילא אין לי צורך לדון בטענת העותר כי ראוי לקבוע, שלשם התערבות בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה די באי-סבירותה ואין צורך להראות כי ההחלטה לוקה באי-סבירות "קיצונית" דווקא (לדיון בהבדל זה

ובשאלת יחסה של הפסיקה אליו ראו למשל: בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 728-729, 736, 742).

15. אשר למישור המשמעתי, ספק בעיניי, אמנם, אם אכן יהיה זה מדויק לומר כי אין די ראיות המאפשרות להעמיד את מזרחי לדין, לכל הפחות בעבירה של התרשלות במילוי תפקיד. ואולם מקובלים עליי הסבריו של היועץ המשפטי, כי בגיבוש החלטתו בהקשר זה התחשב גם בשיקולים כלליים שאינם שיקולים ראייתיים. בבג"ץ נמרודי עמד בית-משפט זה על שיקולים מעין אלה, הצריכים להילקח בחשבון בבוא היועץ המשפטי להחליט אם לפתוח בחקירה פלילית או משמעטית נגד איש משטרה:

בהעדר נוהלים ברורים לגבי שאלות שונות המתעוררות אגב חקירה, תתכנה טעויות או סטיות בהפעלת שיקול-הדעת של הגורם החוקר. לא כל טעות או סטייה בשיקול-דעת כאמור יוצרת עילה לחקירה פלילית או משמעטית. יש לבחון את נסיבות הפעלת שיקול-הדעת, את המניע שעמד מאחוריו ואת טיב ההחלטה שנתקבלה, האם נגרם בעטייה נזק לגורם הנחקר או לנאשם, והאם היה בה כדי לפגוע בתכלית עשיית הצדק בחקירה ובמשפט. המבחן העיקרי לפתיחה בחקירה פלילית או משמעטית כנגד איש חקירות טמון בשאלה האם היה שימוש לרעה בסמכות ובכח התפקיד בדרך הפעולה שננקטה, או האם שיקול-הדעת ביסוד הפעולה שנעשתה הופעל בתום לב ובהגינות (שם, בפיסקה 19).

כן צוין באותה פרשה (בפיסקה 20) כי ניהולה של חקירה פלילית או משמעטית נגד חוקר משטרה הוא צעד רב משמעות, שהשלכותיו על המערכת הציבורית ועל היחיד מחייבות זהירות רבה בהפעלת שיקול-הדעת של הגורם המוסמך להחליט על פתיחת החקירה. על כך הוספתי בדנג"ץ נמרודי, שבו נדחתה עתירה לדיון נוסף בפסק-הדין:

אכן, פסק-הדין מייחס חשיבות, לצורך ההחלטה בדבר פתיחתה של חקירה, לעובדה שהנילון הוא איש משטרה. זאת, משום שלעצם החקירה נגד איש משטרה - ובפרט אם הוא בעל תפקיד בכיר - יש השלכות מיוחדות, בין היתר על אופן הציבור במערכת אכיפת החוק ועל יכולתה של המערכת להמשיך ולתפקד באופן בלתי-תלוי תחת לחצים רבי עוצמה המופעלים עליה כל העת מכיוונים שונים. למותר לציין כי תפקידם של אנשי המשטרה אינו מחסן אותם מפני חקירה, אלא דווקא מציב בפניהם סטנדרטים גבוהים במיוחד של חובות אמון, הגינות והקפדה על קיום החוק; אולם הרגישות המיוחדת הכרוכה בחקירתם מחייבת גם זהירות מיוחדת

בעת קבלת ההחלטה על כך ---. כך נקבע בפסק-הדין, וקביעה זו אינה מעוררת כל קושי. היא אך מהווה ביטוי לכלל הידוע, שלפיו חייבת הרשות המינהלית להתחשב בכל השיקולים הנוגעים לעניין בעת גיבוש החלטתה.

שיקולים אלה, היפים לשלב ההחלטה אם לפתוח בחקירה, יפים מקל וחומר גם לשלב ההחלטה אם להעמיד לדין - פלילי או משמעתי. במישור הפלילי נשקלים שיקולים מעין אלה מכוח חובתו של היועץ המשפטי לבדוק אם קיים "עניין לציבור" בהעמדה לדין (ראו: סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 506 ואילך). במישור המשמעתי אין הוראת חוק מקבילה, אך על קיום שיקול-דעת רחב בהחלטה אם להעמיד לדין משמעתי ניתן ללמוד, בין היתר, גם מעצם היעדרה של הוראה חוקית הכופה לעשות כן כל אימת שנמצאו ראיות מספיקות לכך. יצוין כי בדין המשמעתי של שירות המדינה - להבדיל מדין המשמעת של המשטרה - אף נאמר במפורש כי אם "ראה התובע שיש בקובלנה ובחומר הראיות שלפניו כדי להעמיד את עובד המדינה לדין משמעת, רשאי הוא להגיש לבית הדין תובענה" (סעיף 33(א) רישא לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963. הסיפא של סעיף זה, שאינה רלוואנטית לענייננו, מורה כי התובע "חייב להגישו אם מי שהסמיך אותו להיות תובע, הורה לו לעשות כן").

בענייננו, השיקולים הלא-ראייתיים שפורטו בתגובה מטעם היועץ המשפטי - ואשר בעיקרם היו מקובלים גם על ראשי הפרקליטות - הם שיקולים ראויים, שיש בהם כדי להניח את הדעת שהחלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד את מזרחי לדין משמעתי, היא החלטה סבירה שהתקבלה במסגרת שיקול-דעתו הרחב; ובהחלטה זו אין מקום להתערב. חשיבות נודעת בהקשר זה, בין היתר, לעובדה כי ענייננו בעבירות משמעתי שישודן בהתשלוח. גם דין ראשה זה של העתירה, אפוא, להידחות.

16. בשולי הדברים, ולשם מניעת תקלות דומות בעתיד, מוצא אני מקום להעיר שמן הראוי כי גם בהנחיות פרקליטות המדינה למשטרה, בדבר אופן הטיפול ב"שיחות מסופקות" וכן בהפקת מידע מודיעיני מן החומר המואזן, תיכלל הוראה המחייבת את המשטרה (כל אימת שהדבר נדרש) לפנות לבית-המשפט שנתן את הצו בבקשת הבהרות נחוצות. בהתחשב בפוטנציאל הממשי לפגיעה בזכויות הפרט הגלום בצווים להאזנת סתר, הניתנים למשטרה במעמד צד אחד, אין מקום ל"פרשנות יצירתית" של הוראות הצווים על-ידי גורמי הביצוע - ולוא גם גורמי הביצוע המשפטיים - מחוץ לבית-

המשפט. חיוני להיצמד באופן דווקני וצר ללשון הצווים כדי לאפשר לבית-המשפט לקיים - ככל שהדבר ניתן במגבלות שבהן הוא פועל - פיקוח אפקטיווי על השימוש בצווים ועל מידת ההגנה המוענקת לזכויותיהם של המואזנים.

17. אשר על כן יש לדחות את העתירה.

המשנה לנשיא

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של המשנה לנשיא.

ניתן היום, י"ז בחשון תשס"ה (1.11.04).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיא