



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5023/16

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ד' מינץ

העותר: ח"כ מיקי רוזנטל

נגד

המשיבים: 1. היועץ המשפטי לממשלה
2. פרקליט המדינה

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותר: עו"ד יובל יועז; עו"ד אלעד מן; עו"ד אביגדור
פלדמן; עו"ד ימימה אברמוביץ

בשם המשיבים: עו"ד יונתן ברמן

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. במוקד העתירה הנוכחית ניצבת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, המעניקה עיגון כתוב למוסד הבדיקה המקדימה, ומתווה עקרונות מנחים להפעלתו ("בדיקה מקדימה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.2204 (31.12.2015); להלן: הנחיית היועץ). שורשיה של הנחייה זו בהחלטה שניתנה במסגרת עתירה קודמת שהגיש העותר, ובה נקבע כי –

"כיון שמוסד הבדיקה המקדימה קנה לו שביטה מסוימת, ובמיוחד כשמדובר באישי ציבור, ראוי לשקול מטעמי אחדות, שוויון, שקיפות ושכל ישר, כי יובנה ענין זה בהנחיה של היועץ המשפטי לממשלה; ראוי לשקול כי הנחיה כזו, ככל שתיתן, תתיחס לפרמטרים לפתיחה

בהליך הבדיקה המקדמית ולאופן ניהולו, לרבות באשר לאופן הפניה לנילונים" (בג"ץ 8192/14 רזנטל נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.5.2015); להלן: העתירה הקודמת).

בעקבות ההחלטה, גובשה הנחיית היועץ – והטיפול בעתירה הקודמת הסתיים, תוך שבית משפט זה מבהיר כי "ככל שלעותר השגות על תוכן ההנחיה, וכידוע אויבו של הטוב הוא הטוב ביותר, בידו להעלותן בפני המשיבים, אשר יעינו בהן כראוי" (בג"ץ 8192/14 רזנטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה ד (1.10.2016)).

לאחר מתן פסק הדין בעתירה הקודמת פנה, אפוא, העותר למשיב 1 (להלן: היועץ המשפטי לממשלה) בדרישה לבחון מחדש את הנחיית היועץ – המעגנת, לטעמו, "מציאות פגומה של העדפת בכירים ומיוחסים", וחותרת תחת עקרונות היסוד שעליהם היא מתיימרת להגן. פנייה זו נדחתה, ומכאן העתירה שלפנינו.

2. לשיטת העותר, גרסתה המקורית של הנחיית היועץ, בה הוגדרו "ההשלכות הציבוריות-התפקודיות" של פתיחה בחקירה פלילית כשיקול מרכזי בהחלטה לפנות למסלול הבדיקה המקדימה, עומדת בניגוד מובהק לעקרונות השוויון ושלטון החוק. השלכות כאלה קיימות, מטבע הדברים, רק כשמדובר בחקירת פוליטיקאים ואנשי ציבור, ומכאן שרק אותם "מיוחסים" יזכו לבדיקה מקדימה – שנתפסה בעיני העותר כמקלה וחסרת שיניים – בעוד חשודים מן השורה יאלצו להתייצב לחקירת משטרה מלאה.

מעבר לכך, העותר טוען כי ההתחשבות בהשלכות הציבוריות של חקירת אנשי ציבור עולה כדי חריגה מסמכות – ולמצער, אינה מבטאת איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים. לדידו, השיקול היחיד שניתן לשקול בשלב ההחלטה האם לפתוח בבדיקה הוא ראייתי: אם קיימת תשתית המבססת חשד סביר, אין מנוס מפתיחת חקירה פלילית – ללא תלות בהשלכותיה הציבוריות – ורק בהעדר תשתית כזו ניתן לשקול בדיקה מקדימה. זאת, בדיוק כפי שאין בהשלכות כאלה כדי למנוע העמדה לדין של איש ציבור בתום חקירה שבה התגבשה תשתית ראייתית מספקת כנגדו.

העותר הוסיף והשיג על העדר קריטריונים ברורים בהנחיה המקורית של היועץ, ועל התעלמותה מסוגיות מהותיות, דוגמת אופי הבדיקה המקדימה, היקפה ומשכה. לדעתו, מרחב שיקול הדעת שההנחיה הותירה לגורמי האכיפה, לרבות באשר לשאלה אימתי יש לפתוח בבדיקה מקדימה, מעודד הפעלה לא אחידה ולא שוויונית של ההנחיה, ואינו מאפשר הפעלת ביקורת שיפוטית ראויה על החלטות שיתקבלו מכוחה. זאת ועוד, מההנחיה עולה שהבדיקה נועדה לשמש כהליך מקדים לביצוע חקירה משטרתית. אולם,

לאור הכלים הדלים העומדים לרשות רשויות החקירה בשלב הבדיקה מדובר, בפועל, בצעד המסכל חקירה כזו.

מכל הטעמים הללו, ביקש העותר להורות על בטלות הנחיית היועץ – ולחייב את המשיבים לגבש הנחייה חדשה, ברורה ואפקטיבית, המבוססת על עקרון השוויון ועל עקרונות נוספים ששרטט.

3. בתגובה, טענו המשיבים כי ענייננו בעתירה מוקדמת שיש למחוק על הסף. לדבריהם, מעבר לעיגון כתוב של הסדרים קיימים, הנחיית היועץ "מבנה את שיקול הדעת בפירוט שלא היה קודם לכן" – ומכאן שאין להעמיד אותה לביקורת שיפוטית בטרם יצטבר ניסיון בהפעלתה. המשיבים הפנו בהקשר זה לדברים שנאמרו בבג"ץ 3249/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012), ביחס לדוקטרינת הבטלות, וטענו כי אין בשיקול הדעת הרחב יחסית שמותירה ההנחיה לגורמי החקירה כדי לשנות את התמונה.

לצד זאת, המשיבים סברו כי דין העתירה להידחות גם לגופה. לדידם, סמכות היועץ המשפטי לממשלה להורות על בדיקה מקדימה "נגזרת" מסמכותו להורות על פתיחה בחקירה, ומעקרונות היסוד של המשפט המינהלי. סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), מטיל על המשטרה לפתוח בחקירה כאשר "נודע" לה "על ביצוע עבירה" – והבדיקה המקדימה משמשת כ"אמצעי עזר", המסייע להעריך האם התשתית העובדתית הקיימת אכן מגלה חשד סביר לביצוע עבירה. נוכח אופייה ותפקידה, המשיבים סבורים שאין לקבוע קריטריונים נוקשים לביצוע הבדיקה המקדימה, וכי מוטב להותיר לגורמי החקירה שיקול דעת שיאפשר להם להכריע בעניין בכל מקרה לגופו.

על רקע הגדרה זו של הליך הבדיקה, המשיבים מבהירים כי חשיבות השוויון בפני החוק אינה שנויה במחלוקת – וכי החלטה על פתיחת חקירה פלילית נגד אדם, יהיה זה פוליטיקאי או אזרח מהשורה, תתקבל לפי סטנדרט מהותי זהה: קיום חשד סביר לביצוע עבירה. לגישתם, הבדיקה המקדימה מהווה, כאמור, אך אמצעי עזר לבחינת הראיות, ואין בה כדי לכרסם בסטנדרט המהותי האחיד שעל פיו נבחנת פתיחת חקירה. אכן, השיקול הציבורי המעוגן בהנחיית היועץ מבדיל בין אנשי ציבור לאזרחים מן השורה בנוגע לשימוש באמצעי הבדיקה המקדימה, אך אין לראות בכך העדפה גורפת של הראשונים. ראשית, החלטה על פתיחה בבדיקה מושפעת גם מטיב התשתית הראייתית הראשונית שהוצגה, ומכאן שלא בכל מקרה שבו מעורב איש ציבור תערך

בדיקה מקדימה. יתר על כן, נוכח מקבילית הכוחות שיוצרת הנחיית היועץ בין השיקול הציבורי לראייתו, הרי שיש בה כדי להחמיר, לעיתים, עם נבחרי ואנשי ציבור – ולהביא לניהול בדיקה בעניינם במצבים שבהם תלונה נגד אזרח מן השורה הייתה נגזרת בשל חולשת התשתית הראייתית הראשונה. בד בבד, נמסר כי גם בהתאם לפרקטיקה שהשתרשה בעניין עובר לגיבוש הנחיית היועץ, הבדיקה המקדימה אינה מוגבלת לאנשי ציבור.

חשוב מכך, עמדת המשיבים היא כי אין בבחינת ההשלכות הציבוריות-תפקודיות הכרוכות בפתחת חקירה משום פגיעה בעקרון השוויון – שכן מדובר בשיקול רלוונטי, שכבר נקבע בעבר כי הוא מצדיק נקיטת "זהירות תהליכית" בענייניו של "ממלא תפקיד ציבורי". להשקפתם, השימוש במוסד הבדיקה המקדימה כשלב נוסף באיסוף ובחינת התשתית הראייתית הרלוונטית, מבטא את הזהירות הנדרשת לגבי נושאי משרה אלה – ומשרת את האינטרס הציבורי במניעת הליכי סרק שיפגעו בציבור ובמוסדות השלטון.

בשולי תגובתם, עמדו המשיבים על כך שהסדרים שפורטו בהנחיית היועץ מאזנים כראוי בין הרצון למצות את הבדיקה מבלי לפגוע בזכויות הנבדק, ובין הצורך לצמצם את הפגיעה בחקירה פוטנציאלית; ציינו כי חלק מן העקרונות שהציע העותר הוטמעו בהנחיית היועץ – וכי לאחרים אין מקום; ודחו את טענות העותר כלפי הליך גיבוש ההנחיה. מטעמים אלה, ועל רקע היקף ההתערבות המצומצם בשיקול הדעת של רשויות אכיפת החוק והתביעה, סיכמו המשיבים כי דין העתירה להידחות גם לגופה.

בתשובה, טען העותר כי עילת הסף שמציגים המשיבים אינה אלא מסווה לטענה שמדובר בעתירה בלתי בשלה. ברם, ספק רב אם דוקטרינת הבשלות יפה במישור המינהלי – ובכל מקרה, אין בה כדי למנוע דיון בעתירה המצביעה על פגיעה בזכויות חוקתיות. זאת ועוד, הפגמים המהותיים שעליהם מצביעה העתירה לא יירפאו מאליהם, כך שאין טעם לעכב את בירורם – מה גם שפערי המידע המובנים בין הצדדים יקשו מאד על הפעלת ביקורת שיפוטית אפקטיבית בשלב יישום הנחיית היועץ.

לגופם של דברים, העותר רואה בהחלטות שניתנו בעתירה הקודמת קו פרשת מים, המגביל את שיקול הדעת הרחב שניתן עד אז לרשויות האכיפה – ומחייב אותן לקבוע קריטריונים ברורים לפתיחה בבדיקה מקדימה, ולהסדיר בפרוטרוט את מתכונתה. הוא דבק בטענתו בדבר פגיעת הנחיית היועץ בעקרון השוויון בפני החוק, ומסביר כי החלת עקרון "הזהירות התהליכית" על כלל הפוליטיקאים ואנשי הציבור מעוררת חשש מפני מדרון חלקלק שבקצהו הימנעות מפתחת חקירה נגדם גם בהתקיים חשד סביר

לביצוע עבירה. משום כך, הוא דורש להכפיף את מוסד הבדיקה המקדימה, שיש לו מקום בהליך הפלילי, לקריטריונים "שוויוניים, שקופים וברורים".

4. בעקבות הדיון הראשון בעתירה, הורה בית המשפט (המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, השופט נ' הנדל והשופטת ד' ברק-ארז) למשיבים להתייחס להיבטים שונים של הבדיקה המקדימה: מתכונת המעבר מבדיקה לחקירה; תחולתה בפועל של הנחיית היועץ על "אנשים מן השורה שאינם אנשי ציבור", ועל עבירות מין; מעמד זכות השתיקה במהלך הבדיקה המקדימה; והשפעת שיקול ההתיישנות על ההחלטה לפתוח בהליך זה (להלן: ההחלטה הראשונה).

בהודעת העדכון שהגישו, הפנו המשיבים לסעיף 4 להנחיית היועץ, אשר הבהיר כי "מקום בו על פי תוצאותיה של הבדיקה מתגבשת תשתית ראייתית לחשד סביר, המצדיקה חקירה פלילית, תיפתח חקירה". לדבריהם, התשתית הראייתית נבחנת "מעט לעת" – או, בבדיקות שאותן מלווים "ראשי מערכת אכיפת החוק", "במסגרת חיתוכי מצב עתיים" – וכאשר הגורם המוסמך מגיע למסקנה כי התגבש חשד סביר, תהפוך הבדיקה לחקירה לכל דבר. עם זאת, המשיבים גרסו שלאור השונות הרבה בין התיקים, אין טעם, או צורך, לקבוע סד זמנים מוגדר להשלמת הבדיקה.

אשר לתחולת הנחיית היועץ על אנשים מן היישוב – המשיבים מכירים בכך ש"אלמנטים מסוימים הקשורים לבדיקה המקדמית הם רלוונטיים יותר לאישי ציבור". עם זאת, הדוגמאות שהובאו בגוף ההנחיה – "למשל תלונה על אלימות שוטרים [...] או מקום שיש חשש על פני הדברים לניצול לרעה של הליכי תלונה" (סעיף 9 להנחיית היועץ בנוסחה דאז) – והפרקטיקה שהתגבשה בקרב גופי החקירה, מוכיחות, לדעתם, כי לא מדובר במוסד המשרת רק "מיוחסים". אדרבה, במקרים המתאימים ייעשה שימוש בכלי הבדיקה המקדימה גם בעניינם של אזרחים מן השורה.

בהתייחס לשאלת מעמד זכות השתיקה בהליך הבדיקה, המשיבים ציינו כי הנחיית היועץ מאפשרת לפנות "לקבלת גרסתו של נושא הבדיקה באמצעות גביית הודעה ממנו" – וכי, לפי סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), אותו אדם רשאי להימנע מלהשיב לשאלות אם יהיה בכך כדי להעמיד אותו בסכנת אשמה פלילית. נמסר כי המשמעות של גביית הגרסה בצורה זו "נלקחת בחשבון", וכי להנחיית היועץ יתווסף "חידוד" בדבר הצורך להזהיר נבדק שבמהלך גביית הודעתו התגבש נגדו חשד סביר. על פי ההודעה, החוקר הוא שיידרש בדרך כלל להזהיר את הנבדק לאלתר, ולהתייחס

לזכויותיו כחשוד – אך בחקירות המלוות על ידי ראשי מערכת אכיפת החוק, "הדבר ייעשה ככלל לאחר התייעצות" עם הגורמים המלווים.

המשיבים הוסיפו כי לשיטתם אין לקבוע הוראות ייחודיות לגבי בדיקת חשדות לעבירות מין, והדגישו כי מדובר, ככלל, בעבירות חמורות שקיים אינטרס ציבורי ממשי בכירורן גם כאשר התשתית הראייתית הראשונה "מאוד דלה". אשר לשיקול ההתיישנות, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שבדיקה מקדימה עוצרת את מרוץ ההתיישנות. עם זאת, שעה שטרם נקבעה הלכה בעניין, ההנחיה מורה כי "לשם הזהירות יש להביא בחשבון את תקופת ההתיישנות" בהחלטה על מסלול הבירור המתאים – וסעיף 9 לה מציג את "סייג" ההתיישנות כשיקול התומך בפתיחת בדיקה. המשיבים סבורים כי די בהתייחסות זו לסוגיות שהועלו בהחלטה הראשונה כדי לחרוץ את גורל העתירה לשבט.

מנגד, העותר טען שלא ניתן להסתפק במענה זה. לדעתו, הנחיית היועץ מותרת עמימות לגבי עיתוי המעבר מבדיקה לחקירה – והמשיבים לא הביאו נימוק ממשי לאי קביעת סד זמנים להליך הבדיקה, בדומה לצעד שנקט היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לחקירה. העותר הוסיף כי המשיבים נמנעו מלהציג נתונים לגבי היקף יישום הנחיית היועץ בעניינם של אזרחים מן השורה, וטען כי נוכח אופיו הסובייקטיבי של החשד הסביר יש צורך בהנחיות ברורות יותר לרשויות החקירה בנוגע למסלול הבירור המתאים של החשדות. זאת, על מנת למזער את החשש מפני העדפת מסלול הבדיקה בעניינם של אנשי ציבור גם במקרים שבהם כבר התגבש נגדם חשד סביר, תוך פגיעה ממשית בעקרונות השוויון בפני החוק. פגיעה זו מתעצמת, לשיטת העותר, בשל חוסר הבהירות בנוגע למעמד זכות השתיקה בהליך הבדיקה, ומשום שגביית גרסה בשלב זה, ללא אזהרה, עלולה להעניק "יתרון טקטי" לאדם שייחקר בהמשך כחשוד – ולהביא לפסילת הודעתו מטעמי הגנה מן הצדק. העותר מוסיף כי בהתייחסות המשיבים לסוגיית עבירות המין אין מענה לקושי הכרוך במתן הקלות לנבחרי ציבור שביצעו עבירות שאינן קשורות במילוי תפקידם, ומבקר גם את עמדתם בנוגע להשלכות ההתיישנות על מסלול הבירור הראוי.

העותר מסכם כי ענייננו בהנחיה כללית של היועץ המשפטי לממשלה, החשופה לביקורת שיפוטית "רגילה" – וקורא לבחון את מכלול הסוגיות שהעלה בעתירה, ולא רק את הנקודות שאליהן התייחסה ההחלטה הראשונה. על פי השקפתו, הרחבת "הזהירות התהליכית" באופן המפורט בהנחיית היועץ, מפילה את הגבולות בין פרוצדורה למהות, יוצרת "משפט פלילי נפרד ומיוחס לנשואי-פנים, ובראשם בכירי השלטון", ומשכך דינה להתבטל.

5. בנסיבות אלה, התבקשו המשיבים לעדכן "האם נכון היועץ המשפטי לממשלה להרחיב ולהבהיר את הנחייתו בנושאים שהועלו, ובמיוחד באשר לתחולתה של ההנחיה גם על 'אנשים מן היישוב', לעיתוי המעבר מבדיקה לחקירה, ולאמצעים שניתן לנקוט בשלב הבדיקה לעומת שלב של חקירה". המשיבים הביעו נכונות לעשות זאת, ובפתח הדיון השני בעתירה (השופט נ' הנדל, השופטת ד' ברק-ארז, והשופט ג' קרא) הגישו טיוטה עדכנית של הנחיית היועץ (להלן: הטיוטה העדכנית). במהלך הדיון, העיר בית המשפט הערות שונות לגבי תוכן הטיוטה, ולאור עיתוי הגשתה ניתנה לעותר הזדמנות להתייחס אליה בכתב.

בהודעתו, טען העותר כי המתח הבסיסי בין עקרון השוויון בפני החוק ואלמנט "הזהירות התהליכית" נותר בעינו, השיג על מה שהוא מגדיר כ"שינוי טרמינולוגיה ביחס לשאלת הרף הראייתי המשמש מבחן לפתיחה בחקירה", וטען כי הכלים המוגבלים שבידי הרשויות בשלב הבדיקה לא יאפשרו להן לגבש באמצעותה "תשתית ראייתית" לקיום חשד סביר – במיוחד בחקירות מורכבות.

בהרחיבו את היריעה, הוסיף העותר כי הנחיית היועץ באה "לברך את איש הציבור בחקירה מלטפת ורכה ונמצאה מקללת אותו", משום שהיא אינה מעגנת את זכות השתיקה שלו בשלב הבדיקה המקדימה; אינה מבהירה את משקלה ומעמדה של הודעה שנגבתה ללא אזהרה; ואינה מסדירה את השימוש בכלי האזנות הסתר – שלכאורה ניתן להשתמש בו אך ורק במסגרת חקירה פלילית. לטעמו, "על מנת להימנע מכשלים עתידיים בדיני הראיות", יש לעגן בבירור את השיקולים למעבר מבדיקה לחקירה, ואת האופן שבו ייעשה מעבר זה. כמו כן, התייחס העותר בקצרה לשוני בין עבירות שביצע איש הציבור במסגרת תפקידו לעבירות "חיצוניות"; עמד על העמימות ביחס להשלכות המעשיות של טענת התיישנות; וקרא לקבוע, לכל הפחות, אמות מידה באשר למשך קיום הבדיקה המקדימה. הוא מסכם כי גם הטיוטה העדכנית מנוסחת בצורה כללית ומעורפלת, ואינה מרפאת את הפגמים שעליהם הצביע בעתירתו.

6. ערב הדיון השלישי בעתירה (השופטים נ' הנדל, ג' קרא ו-ד' מיינץ), עדכנו המשיבים כי בתום "עבודת מטה אינטנסיבית", שבמהלכה נתנו את הדעת על ההערות שהושמעו בהליך – ועל לקחי הניסיון המצטבר בנוגע לניהול בדיקה מקדימה – בוצעו בהנחיית היועץ מספר תיקונים (להלן: ההנחיה המעודכנת). הובהר כי ההנחיה המעודכנת אינה מתימרת להנחות את רשויות אכיפת החוק בנוגע "לפעולות בדיקה ראשוניות" המתבצעות באופן שגרתי, משום שהסדרה כזו תביא "לסרבול מיותר ולבלבול", ולכן מוטב להותיר להן שיקול דעת רחב בעניין. בגרסתה הנוכחית, מתמקדת, אפוא, ההנחיה

במקרים החריגים שבהם נדרשות הרשויות לקבל "החלטה פוזיטיבית" בדבר עריכת בדיקה מקדימה (סעיף 6 להנחיה).

הנחת המוצא שמציג סעיף 7 להנחיה המעודכנת היא כי אין לקבוע "קריטריונים קשיחים" בנוגע לאותם מקרים. עם זאת, סעיף 8 מונה שני שיקולים "מרכזיים", העשויים להשליך על ההחלטה האם לפתוח בבדיקה: "עוצמת התשתית הראייתית ההתחלתית [...]" אל מול החשיבות הציבורית במיצוי הבירור העובדתי, וכן, "השלכות ציבוריות-תפקודיות הכרוכות בהחלטה על פתיחה בחקירה". בהתאם, ההנחיה מתייחסת לשתי קטגוריות עיקריות של מקרים שבהם עשויה להיפתח בדיקה מקדימה: ראשית, כאשר התשתית הראייתית הראשונית מותירה ספק לגבי העמידה במבחן החשד הסביר, או שישנה "אפשרות ממשית" לקיום סייג לאחריות הפלילית, יש לבחון האם האינטרס הציבורי במיצוי הבירור העובדתי מצדיק בדיקה חלף גניזה. לשם כך, יש לתת את הדעת על חומרת העבירות שעל הפרק ומורכבותן, כמו גם על זהות המבצע. במקרה שבו הוגשה תלונה נגד איש ציבור, יש חשיבות למיצוי הבירור – אם כדי לאפשר פתיחת חקירה, ואם כדי להסיר את העננה מעל ראשו, ולהגן על המערכת שבה הוא מכהן (סעיף 9 להנחיה המעודכנת). הקטגוריה השנייה, מתמקדת בבני אדם הממלאים תפקידים ציבוריים, כך שעצם הפתיחה בחקירה נגדם "מהווה צעד רב משמעות ורב השלכות" על הציבור ומוסדותיו (סעיף 10). במקרים אלה, ההגנה על האינטרס הציבורי עשויה להוביל לעריכת בדיקה מקדימה עובר לפתיחת חקירה. סעיף 12 להנחיה מציין כי שתי הקטגוריות עשויות להתלכד – למשל, כאשר מדובר בתלונה שהגיש יריב פוליטי נגד איש ציבור, או בתלונה על אלימות מצד אנשי ביטחון – ושב ומדגיש, בעקבות סעיף 4 להנחיה, שהזהירות הנדרשת בהערכת הראיות אינה מביאה ליישום סטנדרט ראייתי שונה.

באותה רוח, המשיבים הדגישו בהודעתם כי הסטנדרט המהותי לפתיחה בחקירה זהה לכל – קיום חשד סביר לביצוע עבירה – וכי "הזהירות התהליכית" שמבטא מוסד הבדיקה המקדימה מעוגנת בפסיקה, ואינה פוגעת בעקרון השוויון. הם מוסיפים כי פעולות השקולות לבדיקה מקדימה מתבצעות כדבר שבשגרה בעניינם של אזרחים מן השורה, וגורסים כי גם ההנחיה המעודכנת – המחמירה עם אנשי ציבור, וקובעת כי האינטרס הציבורי עשוי להצדיק בעניינם בדיקה חלף גניזה – עשויה לחול על אזרחים אלה. בהקשר זה, המשיבים מזכירים כי חומרת העבירה ומורכבותה מהוות פרמטר מרכזי להערכת האינטרס הציבורי בביצוע בדיקה לפי הקטגוריה הראשונה, וכי שיקול זה יפה לגבי כל אדם, פוליטיקאי כאזרח אנונימי.

המשיבים שבו על עמדתם לגבי היחס לעבירות מין והשלכות ההתיישנות על ההחלטה לפתוח בבדיקה – והבהירו כי המשמעות המעשית של סעיף 17 להנחיה המעודכנת "עשויה להיות החשת השלמת הבדיקה", על מנת שלא להסתכן בהתיישנות.

אשר להיקפה ואופייה של הבדיקה המקדימה, נמסר כי ההנחיה המעודכנת קובעת בצורה ברורה אלו פעולות חקירה ניתן יהיה לבצע בשלב הבדיקה המקדימה, ובאלו כלים ניתן להשתמש רק במסגרת חקירה פלילית. כך, למשל, נאמר כי רשויות החקירה יוכלו לבדוק ולקבל מידע מגופים ציבוריים שונים, דוגמת משטרת ישראל, הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור, נציבות שירות המדינה ורשות המיסים (סעיף 14(א) ו-14(ב) להנחיה המעודכנת); לגבות הודעות, לאסוף מסמכים ולתפוס חפצים מבני אדם שאינם נושא הבדיקה (סעיף 14(ג) ו-14(ד)); לבצע בדיקות פוליגרף לעדים (סעיף 14(ה)); לבצע "בדיקות כלכליות" (סעיף 14(ז)); ולקבל "נתוני תקשורת" (סעיף 14(ח)). מן הצד האחר, סעיף 15 להנחיה המעודכנת פוסל שימוש בכלים הפוגעים בחירותו של האדם נושא הבדיקה – ומבהיר כי פגיעה כזו תתאפשר רק אם נמצאה תשתית המגבשת "יסוד סביר לחשד לביצוע עבירה", כך "שמדובר יהיה כבר בחקירה ולא בבדיקה מקדימה". בהתאם, אין לעצור או לעכב את האדם נושא הבדיקה (סעיף 15(א)); להפעיל בעניינו סמכות חיפוש (סעיף 15(ב)); לחקור אותו באזרה (סעיף 15(ג)); לערוך עימות בינו ובין מעורבים אחרים (סעיף 15(ד)) – או להוציא כלפיו צו מכוח חוק האזנות סתר, התשל"ט-1979 (סעיף 15(ה)). סעיף 16 להנחיה יוצר קטגוריית ביניים: הוא קובע כי, ככלל, יש להימנע גם מגביית גרסתו של האדם נושא הבדיקה, ומהעמדתו למבחן הפוליגרף, אך מאפשר לעשות זאת "בנסיבות מיוחדות" – ובאישור היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה. על פי הודעת המשיבים, אישור כזה יינתן רק לאחר בחינת מכלול השיקולים הרלוונטיים, לרבות שמירה על זכויות הנבדק, טובת החקירה והאינטרס הציבורי בגביית גרסה. אכן, סעיף 19 להנחיה מורה לרשויות לתת את הדעת על פגיעתן האפשרית של פעולות בדיקה בחקירה פלילית עתידית, ומדגיש כי עליהן לנקוט פעולות כאלה "רק אם נמצא כי התועלת שבנקיטתן עולה על החשש לפגיעה".

מעבר לכך, הובהר בהודעת המשיבים כי הגם שלא ניתן לכך ביטוי מפורש בהנחיה המעודכנת, אם במהלך גביית הודעתו יתגבש חשד סביר נגד הנבדק, "אין להמשיך את גביית הגרסה ללא מסירת אזהרה כדין תוך התייחסות לזכויותיו כחשוד". המשיבים שבו על עמדתם ביחס לעיתוי המעבר מבדיקה לחקירה, וציינו כי סעיף 18 מנחה את הרשויות "לעשות כל מאמץ" על מנת לקיים את הבדיקה המקדימה בתוך פרק זמן קצר ככל האפשר, ומורה להן לבצע במהלכה "הערכה עתית" של התשתית הראייתית.

בנסיבות אלה, הם מסכמים כי דין העתירה להידחות בהעדר עילת התערבות בהנחיה המעודכנת.

7. לעומתם, העותר סבור שאין בתיקונים שנעשו כדי לפזר את העמימות ולהפיג את החשש מפני העדפה לא ראויה של "הזהירות התהליכית" על פני עקרון השוויון בפני החוק. כך, למשל, אין בהנחיה הגדרה ברורה של דרג אנשי הציבור שההשלכות הציבוריות של פתיחת חקירה בעניינם עשויות להצדיק פנייה למסלול הבדיקה המקדימה – ואף לא הוראות המאפשרות להפעיל ערוץ זה לגבי אזרחים מן השורה. יתר על כן, ההבחנה שערכו המשיבים בין "הבדיקה המקדימה", שבה עוסקת ההנחיה המעודכנת, לבין "פעולות בדיקה ראשוניות" המתבצעות בשגרה, מבליטה, לטעמו, את העובדה שלפנינו נוהל למיוחסים בלבד, על כל המשתמע מכך.

לשיטת העותר, ההבחנה בין הקטגוריות המוזכרות בהנחיה המעודכנת מלאכותית, שכן המשיבים טוענים כי הבדיקה המקדימה תערך רק אם טרם התגבש חשד סביר לביצוע עבירה, ומכאן שמדובר, בכל מקרה, בבדיקה חלף גניזה. חשוב מכך, ההנחיה אינה מספקת, לדעתו, מענה ברור לשאלה האם "השלכות ציבוריות-תפקודיות" של פתיחה בחקירה עשויות להצדיק פתיחת בדיקה גם כאשר התשתית הראייתית מגלה חשד סביר לביצוע עבירה – ושתיקה זו פותחת פתח לסטייה מן הסטנדרט המהותי האחיד שהמשיבים מנופפים בו.

במישור אחר, העותר מפתח את הטענה כי ההנחיה המעודכנת אינה מגנה כדבעי על זכויות הנבדקים – ובה בעת, מותירה עמימות לגבי הכלים העומדים לרשות רשויות האכיפה במהלך הבדיקה המקדימה, ומכרסמת באפקטיביות של הליך זה. כך, למשל, לא ברור האם עומדת לנבדק זכות השתיקה, או רק הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית (ראו רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748, החל בעמוד 756 (2003)); קיימים סימני שאלה לגבי עיתוי ומתכונת המעבר מבדיקה לחקירה במהלך גביית הודעה מן הנבדק; ואין כל התייחסות למעמד הראיות שנאספו במהלך הבדיקה המקדימה. למעשה, העותר מבקר את עצם האפשרות לגבות גרסה מן הנבדק במהלך הבדיקה – וטוען כי הדבר פוגע בזכויותיו, שהרי בשלב זה הוא אינו נהנה מזכויות יסוד הנתונות לחשודים, דוגמת זכות השתיקה והזכות להיוועץ בעורך דין.

בד בבד, ההגבלות הפורמליות והמעשיות המוטלות על הכלים העומדים לרשות רשויות אכיפת החוק בשלב הבדיקה, פוגעות, לגישת העותר, באפקטיביות הבדיקה ומקשות על חקר האמת. מצב זה מבליט קושי נוסף: מדברי המשיבים בהליך עולה שהם

אינם מסתפקים בקיום "חשד סביר לביצוע עבירה", וסבורים כי חקירה תיפתח רק אם קיימת "תשתית ראייתית" לקיום חשד כזה. ברם, העמידה על תשתית ראייתית עלולה "לדכא את האינטואיציות של רשויות החקירה", ולפגוע עוד יותר באפקטיביות של הליך הבדיקה המקדימה. לפיכך, מסכם העותר – החורג מן הקו שהציג תחילה, עת הדגיש כי "הוא אינו מבקש לבטל כליל את פרקטיקת הבדיקה המקדימה" (כאמור בתשובתו לתגובה המקדמית מטעם המשיבים) – כי "נאמר על בדיקה מקדימה, שטוב לה שלא נוצרה משנוצרה ואם נוצרה ראוי לה שתחזור לבוראה".

דיון והכרעה

8. בפתח הדיון אזכיר כי ההנחיה המעודכנת, שגורלה מונח כעת לפנינו, שונה מגלגוליה הקודמים של הנחיית היועץ – ובוודאי מזה שנגדו הוגשה העתירה המקורית – כך שעסקינן בהנחיה "מתפתחת". יתכן אף שהיא סובלת גם מפירוט יתר בנושאים מסוימים. להשתלשלות זו משמעות רבה, משום שהיא מלמדת כי הנוסח הנוכחי של הנחיית היועץ מצוי בשלבי הטמעה ראשוניים, וקשה להסיק מסקנות משמעותיות לגבי השפעתו הממשית על התנהלות גופי החקירה. במובן זה, לא מדובר בעילת חוסר הבשלות, כפי שהוכרה בפסיקה. למשל, תקיפת חוק מסוים שמוטב לדון בה תוך כדי יישום (ראו, למשל, בג"ץ 2311/11 סבב נ' הכנסת, פסקאות 11-23 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014)). שונה המצב בענייננו. יש בהתפתחות ההנחיה, כפי שיובהר, כדי להקרין על היקף ההתערבות השיפוטית בשלב זה של חיי ההנחיה המעודכנת. מכל מקום, אפרוש תחילה את התשתית הנורמטיבית הנוגעת לניהול הליכים פליליים נגד אנשי ציבור, ולהשתלבות מוסד הבדיקה המקדימה במארג זה.

פתיחה בחקירה והעמדה לדין – רקע כללי

9. שלושה שלבים עיקריים להליך הפלילי. תחילה, על הרשות החוקרת לחקור את החשד לעבירה, ולאסוף את הראיות הרלוונטיות. בשלב השני, על רשויות התביעה לבחון את התשתית הראייתית שהתגבשה, ולהכריע – בהתחשב גם באינטרס הציבורי הכולל – האם להעמיד את החשוד לדין. כאשר התשובה לכך חיובית, נפתח השלב השלישי של ההליך, הוא שלב המשפט, במסגרתו נדרש בית המשפט להכריע האם הוכחה אשמת הנאשם. כמובן, שלב המשפט מורכב משלבי משנה רבים, אך לא בכך עסקינן.

סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי מסדיר את השלב הראשון, העומד במוקד

העתירה הנוכחית, וקובע כי –

“נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שנסכיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או אם היתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה”.

הפרמטר המרכזי שעל רשויות החקירה לבחון בשלב זה הוא, אפוא, ראייתי: חקירה תיפתח רק כאשר “נודע למשטרה” על ביצוע עבירה. כלומר, יש לבחון תחילה האם לחשדות שהועלו “תשתית מספקת בעובדות המהותיות הנטענות בתלונה עצמה” (בג”ץ 11/89 פריד נ’ משטרת ישראל, פ”ד מג(2) 769, 772 (1989)), והאם התלונה מגובה ב”תשתית ראייתית ברמה המצדיקה פתיחה בחקירה” (דנג”ץ 7516/03 נמרודי נ’ היועץ המשפטי לממשלה (12.2.2004) (להלן: דנג”ץ נמרודי); בג”ץ 1113/07 צדוק נ’ ראש אה”מ – משטרת ישראל, פסקאות 23-26 (1.9.2008) (להלן: עניין צדוק)). בפסיקה מאוחרת יותר, נקבע כי על התשתית הראייתית הראשונית לבסס “חשד סביר לביצוע עבירה” (בג”ץ 9018/17 טביש נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 35 (26.11.2018) (להלן: עניין טביש); בג”ץ 6410/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ פרקליט המדינה, פסקה 6 לחוות דעתה של הנשיאה מ’ נאור (4.2.2015) (להלן: עניין פינטו)). אכן, נוכח ההשלכות המשמעותיות של פתיחת חקירה פלילית על החשוד וזכויותיו, “אין זה עולה על הדעת שבכל מקרה בו אדם שיפנה למשטרה בטענה כי מישהו ביצע פשע, על אף היות הטענה מופרכת אובייקטיבית על פניה, המשטרה תפתח בהליך חקירה של התלונה” (עניין צדוק, פסקה 24). בטרם תנקוט צעד כזה, על המשטרה להעריך את המידע הראשוני, ולבחון האם הוא עומד ברף המינימלי האמור.

בה בעת, סעיף 59 לחוק סדר הפלילי מלמד כי המבחן הראייתי הכרחי – אך אינו תמיד מספיק. המחוקק מעניק משקל לאינטרסים ושיקולים נוספים, אשר חסו בעבר תחת הכותרת “עניין לציבור” (ראו דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס’ 82) (החלפת המונח “עניין לציבור” בעילה לסגירת תיק), התשע”ח-2017, ה”ח הכנסת 748, 56), ומורה לרשויות החקירה להפעיל את שיקול דעתן “בשים לב לתועלת הציבורית הגלומה בקיומה של חקירה או בהעמדתו של אדם לדין, מחד, ולנזק שהן עשויות לשאת עימן לאינטרסים הציבוריים, מאידך” (בג”ץ 10154/03 ארד נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 (2.12.2003); להלן: עניין ארד). הנחת המוצא היא כי ישנו אינטרס ציבורי במיצוי הדין עם עבריינים, כדי להגן על הערכים שבהם פגעו – ולהרתיע מפני עבירות עתידיות (בג”ץ 935/89 גנור נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד מד(2) 485, 512 (1990) (להלן: עניין גנור)). עם זאת, אינטרסים ציבוריים רחבים יותר עשויים לשלול, לעיתים,

פתיחה בהליך פלילי. כך, למשל, נקבע כי על היועץ המשפטי לממשלה להתחשב בהחלטות מדיניות או ביטחוניות של ממשלת ישראל, ובאינטרס הציבורי הגלום בביצוען (עניין ארד, פסקה 5; בג"ץ 2644/94 פרצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 341, 343-344 (1994) (להלן: עניין פרצ'יק)); לבחון את הפגיעה הפוטנציאלית של פתיחת חקירה בערכי יסוד, כגון חופש הביטוי (בג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 425 (1996); בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 417, 414 (2000)), ולתת את הדעת על אינטרסים ציבוריים משמעותיים, דוגמת הצורך להימנע מהרתעת עדים (בג"ץ 6302/01 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 725, 734-735 (2002) (להלן: עניין דרעי)). השיקולים עדינים, ועשויים לפעול בעוצמה בשני הכיוונים, שכן, למשל, היבטים מדיניים או ביטחוניים עשויים לחזק את הצורך בחקירה, מקום שבו קיים חשד סביר לביצוע עבירה.

האינטרס הציבורי בפתיחת חקירה פלילית מושפע גם מחומרת העבירה, נסיבות ביצועה והפגיעה שנגרמה לקורבן – לצד נסיבותיו האישיות של החשוד והנזק שההליך הפלילי עלול לגרום לו. השיקולים האחרונים הוזכרו בפסיקה בהקשר של הערכת האינטרס הציבורי בהגשת כתב אישום (עניין גנור, בעמוד 512-513; השוו בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 732, 739-740 ו-77 (1989)), אך נראה כי הם יפים גם בשלב פתיחת החקירה – בהתאמות המתבקשות מן התשתית הראייתית הראשונית הקיימת באותה עת. היקש דומה יש לערוך גם בנוגע למעמד השיקולים המוסדיים, דוגמת הצורך לקבוע סדרי עדיפויות לאכיפה, נוכח המשאבים המוגבלים שבידי הרשויות המוסמכות (עניין גנור, עמוד 513).

הנה כי כן, חקירה תיפתח כאשר התשתית הראייתית הראשונית מבססת חשד סביר לביצוע עבירה – וכשהיא עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי הכולל.

10. עם זאת, הסמכות להימנע מפתיחת חקירה על בסיס האינטרס הציבורי הכולל ניתנה לקציני המשטרה רק ביחס לעבירה "שאינה פשע", קרי עבירות מסוג חטא או עוון. סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי אינו מעניק סמכות דומה ביחס לעבירה שהיא פשע, ומכאן שכל אימת שהראיות מגלות חשד סביר לביצוע עבירה מסוג זה, הרשות החוקרת חייבת לפתוח בחקירה (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים: הליכים שלפני משפט 767 (כרך ב, מהדורה מעודכנת, 2008)). ברם, מעניין פרצ'יק – בו נדחתה עתירה להורות על פתיחת חקירה פלילית כנגד יאסר ערפאת, בחשד שהוא "קשור בביצוע מעשים פליליים חמורים ביותר, ובהם רצח והרג של אזרחים" – עולה כי ההבחנה בין עבירות חטא, עוון ופשע

אינה כובלת את היועץ המשפטי לממשלה. אף שבאותו עניין התבקשה פתיחת חקירה בגין עבירות מסוג פשע, נקבע כי –

“הגשתו של אישום פלילי – וקיום חקירה פלילית המובילה אליו – הם עניין הנתון לשיקול-דעת (כעין-שיפוטי) של היועץ המשפטי לממשלה. שיקול-דעת זה מבוסס על הכרעה ערכית באשר לתועלת אשר תצמח לקיום המסגרת החברתית על-ידי העמדה לדין לעומת הנזק שייגרם למסגרת זו על-ידי העמדה לדין ולתועלת שתצמח לה באי-העמדה לדין’ [...] אכן, לעתים אין מנוס מאי-העמדה לדין – ובעקבותיה לאי חקירה – וזאת כאשר העמדה לדין תגרור אחריה פגיעה כה קשה באינטרסים ובערכים שהחברה מבקשת להגן עליהם, עד כי פגיעה כזו אינה שקולה כנגד היתרון שיצמח לאינטרסים ולערכים שהמשפט הפלילי בא להגשימם על-ידי העמדה לדין” (עניין פרצ'יק, עמודים 343-344; ההדגשות אינן במקור).

ניתן להסיק מכך כי אף שהרשות החוקרת אינה רשאית לשקול את האינטרס הציבורי בחקירת פשע, מצבן של רשויות התביעה שונה. סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי לצד הפרמטר הראייתי שעל התובע לשקול בשלב ההעמדה לדין (עניין גנור, עמוד 509; בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 10-12 (1997) (להלן: עניין יהב); בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 41-42 לחוות דעתו של השופט א' א' לוי, ופסקה 21 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (26.2.2008) (להלן: עניין קצב)), עליו לבחון האם האינטרס הציבורי הכולל תומך בהגשת כתב אישום (“זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין”). לפיכך, כאשר היועץ המשפטי לממשלה, העומד בראש מערכת התביעה, סבור שהאינטרס הציבורי שולל הגשת כתב אישום בגין עבירה מסוימת, בידי למנוע פתיחת חקירת סרק לגביה, גם כשמדובר בעבירת פשע. במילים אחרות – באותם מקרים חריגים שבהם האינטרס הציבורי המדובר כה מובהק, עד שברור שלא יהיה בראיות שעשויות להיחשף במהלך החקירה כדי לשנות את התמונה, ההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית באה בגדרי סמכות היועץ, ותיבחן בראי ההיקף המצומצם של הביקורת השיפוטית על שיקול דעתו (ראו והשוו, בג"ץ 560/03 ארגון נפגעי הטרור הערבי נ' ראש הממשלה (9.7.2003); בג"ץ 6352/18 המרכז לחקר תקשורת (מכון "מבט לתקשורת פלסטינית") נ' פרקליט איו"ש (30.5.2019) (להלן: עניין המרכז לחקר תקשורת); עניין דרעי, עמודים 734-735 [לגבי עבירה של מתן עדות שקר, לפי סעיף 237(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977]; ובג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 76 (2003) (להלן: בג"ץ נמרודי)).

אם לסכם, פתיחת חקירה מותנית בקיום תשתית ראייתית ראשונית, המגבשת חשד סביר לביצוע עבירה. עם זאת, כאשר מדובר בעבירות חטא ועוון, קצין משטרה רשאי להימנע מפתיחת חקירה אם האינטרס הציבורי שולל זאת – ובמקרים חריגים, יוכל היועץ המשפטי לממשלה לקבל החלטה דומה גם ביחס לעבירה מסוג פשע. לאור קריטריונים אלה, נידרש כעת לסוגיה של ניהול הליכים פליליים נגד נושאי משרה ציבורית.

ניהול הליכים פליליים נגד נושאי משרה ציבורית

11. עקרון השוויון, עקרון שלטון החוק ועקרון השוויון בפני החוק נמנים על עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית.

בליבת עקרון שלטון החוק ניצבת התפיסה כי "אין איש או גוף שהוא מעל למשפט" (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 682 (1995) (להלן: עניין פנחסי 1)). במישור הפלילי, עיקרון זה מלמד כי מעמדו הציבורי של אדם אינו מעניק לו חסינות, וכי "כל אדם, לרבות חבר-כנסת, אשר קיימות לגביו ראיות לכאורה לביצוע עבירה פלילית ואשר יש עניין ציבורי בהעמדתו לדין, יועמד לדין" (בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 364, 375 (1996) (להלן: עניין פנחסי 2)). תוצאה דומה נובעת גם מעקרון השוויון, הקשור קשר הדוק בעקרון שלטון החוק. אכיפה שוויונית והוגנת של החוק הכרחית, "שאחרת ייעשה החוק פלסטר, ייפגע אמון הציבור בשלטון ותישחק ההרתעה מפני אפשרות הפרתו" (בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 51 (9.6.2011)). טיפול בכפפות של משי בעברייני מפורסם, בעוד רעהו האלמוני חשוף למלוא עוצמתו של מכבש ההליך הפלילי, חותר תחת עקרון השוויון בפני החוק (עניין יהב, עמודים 13-14; עניין פנחסי 2, עמוד 375-375; עניין פנחסי 1, עמוד 683-684). אכן, כפי שציין הנשיא א' ברק בהתייחסו למוסד חסינות חברי הכנסת –

"הצורך להבטיח שוויון טבעי הוא לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. השוויון חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא מושתתת. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. הפליה הרסנית היא לחברה. תחושת חוסר השוויון הנגרמת בשל החסינות העניינית היא מהקשה בתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם ובכבודו כאדם" (שם, בעמוד 684).

לפיכך, הנחת המוצא היא שיש לאמץ "עיוורון מעמד" בניהול ההליך הפלילי, ולהתעלם ממקומו של החשוד במדרג החברתי-ציבורי. דין אחד לאזרח מן השורה ולנושא משרה ציבורית בכירה; אין להציב רף ראייתי גבוה יותר לנקיטת הליכים נגד האחרונים – ובאותה נשימה, אין להחמיר עמם בבחינת הראיות ולהסתפק בתשתית רעועה יותר (עניין יחב, עמוד 14). נעצים את הדברים. המפגש בין שלטון החוק לבין עקרון השוויון רגיש ביותר. אמון הציבור בצדקת החוק, ונכונותו לציית לו, תלויים בכך שכולם כפופים לו באופן שווה.

12. אף על פי כן, הרשות המכוננת והרשות המחוקקת ערכו התאמות שונות במתכונת ניהול ההליכים הפליליים כלפי נושאי משרות ציבוריות מסוימות.

בולט בהקשר זה מוסד חסינות חברי הכנסת, ששורשיו נטועים בסעיף 17 לחוק יסוד: הכנסת. סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן: חוק החסינות), מעניק למחוקקים חסינות עניינית מוחלטת בגין פעולות שביצעו במילוי תפקידם או למענו, וסעיף 4(א)(1) קובע כי כתב אישום בעבירות שאינן באות בגדרי חסינות זו יוגש רק "באישור היועץ המשפטי לממשלה". סעיפים 4(א)(3) ו-4(ג) לחוק החסינות אף מאפשרים לכנסת ישראל להעניק לחבריה חסינות דיונית ביחס לעבירות אלה, ולמנוע מן היועץ לאשר הגשת כתב אישום בגינן במהלך תקופת הכהונה של אותה כנסת (ראו ע"פ 6833/14 נפאע נ' מדינת ישראל, פסקאות מא-מו ו-נד-סא (31.8.2015); להלן: עניין נפאע). סטיות אלה מן המובן הפורמלי של עקרונות השוויון ושלטון החוק נובעות מן הפונקציה הציבורית שממלאים חברי הכנסת. הן נועדו לאפשר לרשות המחוקקת ולחבריה למלא כהלכה את תפקידם במרקם הדמוקרטי, ללא חשש מהתנכלות של הרשות המבצעת או גורמים אחרים (ראו דברי ההסבר להצעת חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 43) (קובלנות), התשע"ו-2015, ה"ח הכנסת 612, 30; עניין פנחסי 1, עמודים 681-682; מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 175 (2008) (להלן: טמיר)) – ולאזן בין האינטרס הציבורי בהעמדת חבר כנסת סורר לדין, ובין הפגיעה האפשרית במעמד הכנסת (עניין נפאע, פסקה ס). טעמים קרובים, של הגנה על מוסד הנשיאות וכבוד המשרה, ניצבים מאחורי החסינות המהותית והדיונית המוקנית לנשיא המדינה (סעיפים 13 ו-14 לחוק יסוד: נשיא המדינה; בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 28-30 ו-48-50 (1.4.2007) [שם נקבע, על בסיס ניתוח תכליות החסינות, כי היא אינה מונעת עריכת "פעולות מקדימות בהליך הפלילי" כנגד נשיא מכהן]).

לצד החסינות – המונעת, ולמצער מעכבת, הגשת כתבי אישום – נקבעו גם פרוצדורות ייחודיות בעניינם של נושאי תפקידים ציבוריים מסוימים. כאמור, סעיף 4(א)(1) לחוק החסינות מתנה הגשת כתב אישום נגד חבר כנסת באישור היועץ המשפטי לממשלה, מן הטעמים שהוזכרו לעיל. הסדרים אחרים מחייבים מעורבות של ראש התביעה הכללית כבר בשלב פתיחת החקירה, ומכילים הוראות ייחודיות גם לגבי השלב השלישי של ההליך הפלילי – הוא שלב המשפט. כך, סעיף 12(א) לחוק יסוד: השפיטה קובע כי "לא תיפתח חקירה פלילית נגד שופט אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה ולא יוגש כתב אישום נגד שופט אלא בידי היועץ המשפטי לממשלה". הוראה זו – יחד עם מקבילותיה בסעיף 25(א) לחוק הדיינים, התשט"ו-1955, סעיף 23 לחוק הקאדים, התשכ"א-1961, וסעיף 28(א) לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג-1962 – משקפת את הצורך בזהירות מיוחדת בפתיחת הליכים פליליים נגד היושבים על מדין, מחשש שהדבר יסב "פגיעה חמורה באמון הציבור ברשות השופטת" (טמיר, עמודים 175-176). ברוח דומה, סעיף 17 לחוק יסוד: הממשלה דורש את הסכמת היועץ המשפטי לממשלה לפתיחת חקירה פלילית נגד ראש ממשלת ישראל – ומכיל הוראות ייעודיות לגבי הפורום שאליו יוגש כתב אישום נגדו. כלומר, הרשות המכוננת סברה כי השלכות הרוחב של ניהול הליכים פליליים נגד ראש הממשלה מחייבות זהירות מיוחדת – והפקידה את ההחלטות לגביהם בידי היועץ המשפטי לממשלה, העומד בראש מערכת אכיפת החוק, "מתוך הנחה כי הוא ייטיב לפעול בעניין זה בעצמאות ובראיה כוללת וקפדנית של ההיבטים הציבוריים הצריכים לעניין" (בג"ץ 10665/05 שטנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 (16.7.2006) (להלן: עניין שטנגר); בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199, 235 (2004) (להלן: עניין שרון)). הנה כי כן, זהותו של החשוד – וליתר דיוק, הפונקציה הציבורית שהוא ממלא – עשויה להצדיק סטייה מסוימת מן השוויון הפורמלי בניהול ההליך הפלילי.

גישה דומה ניצבת מאחורי סעיף 1ט49(א) לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971, הקובע כי המחלקה לחקירות שוטרים שבמשרד המשפטים תחקור "עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בכיצועה במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו [...] אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה". התפיסה היא כי "רגישות הנושא" – קרי, החשש מפגיעה בעבודת שירות הביטחון הכללי, ומהגשת תלונות שווא – מצדיקה פרוצדורה ייעודית, המתנה פתיחת חקירה נגד עובדי השירות בהחלטה של ראשי מערכת אכיפת החוק (ראו סעיף 1ט49(ב) לפקודה) (בג"ץ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות יג, כא, ו-כה-כז לחוות דעתו של

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ופסקה 2 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (6.8.2012) (להלן: עניין הוועד נגד עינויים)).

13. על רקע הסדרים קונקרטיים אלה, נבטה הכרה רחבה יותר במשמעות שיש לייחס לתפקידו ומעמדו של חשוד – הן בשלב פתיחת החקירה, והן בשלב ההעמדה לדין. כך, למשל, הורחב מעגל המקרים שבהם נדרש אישור מוקדם של היועץ המשפטי להגשת כתב אישום ("אישור מוקדם להגשת כתב אישום" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1004 (התשמ"ב); בג"ץ 88/18 משגב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 4-5 (16.1.2018) (להלן: עניין משגב)). יתר על כן, נקבע כי ההשלכות המשמעותיות הנובעות מפתחת חקירה פלילית נגד ממלאי תפקיד ציבורי, ובייחוד הבכירים שבהם, מחייבות נקיטת "זהירות מיוחדת" בהערכת התשתית העובדתית הראשונית –

"פתיחתה של חקירה פלילית או משמעתית כנגד ממלא תפקיד ציבורי, וכנגד איש חקירות במשטרה בכלל זה, היא צעד רב משמעות ורב השלכות ביחס למערכת התפקודית שעליה הוא נמנה ולגביו באופן אישי. לחקירה כזו השלכה על מעמדה בציבור של המערכת המשטרית ועל דרכי תפקודה. כרוכה בכך פגיעה קשה בנילון הן במעמדו ובתפקידו הן בחייו ברשות הפרט. השלכות ניהולה של חקירה כאמור על המערכת הציבורית ועל היחיד מחייבות זהירות רבה בהפעלת שיקול-הדעת של הגורם המוסמך להחליט על פתיחת חקירה, מתי להורות על כך, ומתי להימנע מכך" (בג"ץ נמרודי, עמוד 74-75; דנג"ץ נמרודי; ראו גם עניין קצב, פסקה 38 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה).

ודוקו, ברי כי –

"המבחנים שאותם על היועץ המשפטי להפעיל לעניין פתיחה בחקירה והעמדה לדין של 'שועי ארץ' זהים מבחינה מהותית לאלה שעליו להפעיל לעניין העמדתו לדין של כל אדם" (עניין שטנגר, פסקה 5).

מתן יחס שונה לאנשי ציבור, בין לקולא ובין לחומרא, חותר תחת עקרונות השוויון ושלטון החוק, ואינו יכול לעמוד. אף על פי כן, נקבע שיש צורך בזהירות מיוחדת בהערכת התשתית הראייתית בעניינם של אנשי ציבור בכירים – לעיתים, גם בדמות זהות הגורם המטפל.

גישה דומה – המגנה על השוויון המהותי, אך מכירה בכך שהוא עצמו מחייב זהירות ביחס לאנשי ציבור – אומצה גם לגבי שלב ההעמדה לדין. הלכה היא כי יש לבחון

הגשת כתבי אישום נגד אנשי ציבור על פי הרף הראייתי האחיד – קרי, קיום ראיות מספיקות, המבססות סיכוי סביר להרשעה (בג"ץ 4379/09 "אומץ" אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' פרקליט המדינה, פסקאות 22 ו-29 (5.8.2010) (להלן: עניין אומץ); עניין יהב, עמודים 13-14; עניין קצב, פסקה 21 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש ופסקה 38 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה; בג"ץ 4291/14 גפסו נ' פרקליטות מחוז צפון, פסקאות 7-8 (28.10.2014) (להלן: עניין גפסו); עם זאת, יצוין כי יש הסבורים שהאינטרס הציבורי עשוי להצדיק העמדה לדין של איש ציבור במצבים שבהם התשתית הראייתית נתפסת כרעועה מדי ביחס לאדם אחר (פסקה 42 לחוות דעתו של השופט לוי בעניין קצב). מנגד, השופטת דורנר העלתה אפשרות שאינטרס זה יחייב לשקול "את חומר הראיות" נגד ראש ממשלה מכהן "על פי מבחן דווקני יותר מן המבחן המקובל" (עניין יהב, עמוד 38)). אולם, למרות ההקפדה על רף ראייתי זהה –

"היותו של הנחקר בעל מעמד ציבורי מיוחד וההשלכות הציבוריות הכרוכות בהעמדתו לדין, מצדיקים זהירות מוגברת – הן מבחינת בכירותם של גורמי התביעה שישקלו את שאלת ההעמדה לדין והן מבחינת קיומה של בדיקה מוקדמת מפורטת, המתאפיינת במידה מוגברת של זהירות והקפדה בטרם גיבוש מסקנה בנסיבות העניין" (עניין קצב, פסקה 21 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש, ופסקה 38 לחוות דעת השופטת א' פרוקצ'יה; עניין שטנגר, פסקה 5).

מעמדו הציבורי של אדם – לבטח כשמדובר בראש ממשלת ישראל או בנשיא המדינה, אך גם כשמדובר בקצין בכיר – משליך, אפוא, על פרוצדורת הבדיקה של התשתית הראייתית, ועל מידת הזהירות שעל הרשויות הרלוונטיות לנקוט.

בשולי הדברים, אציין כי את הקפדנות הנדרשת בהערכת התשתית הראייתית עובר לקידום הליכים פליליים נגד אנשי ציבור ניתן לתלות גם בנימוקים מסדר שני – דוגמת החשש שלפנינו תלונת שווא שנועדה לפגוע בנילון בשל מעמדו (בג"ץ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 6 (29.1.2002); להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון). שיקול זה הוזכר גם בסעיף 12 להנחיה המעודכנת מושא ההליך דנן.

14. מכל מקום, מעבר לקפדנות הנדרשת בהערכת התשתית הראייתית, ההשלכות הציבוריות הנובעות ממעמד הנילון מכוננות אינטרס ציבורי בעל משקל עצמאי – ומשפיעות, אפוא, על קיום המבחן השני לפתיחת חקירה (ראו לעיל, פסקאות 9-10). בהתאם, נקבע כי על רשויות החקירה לאזן, במקרים המתאימים, "בין הנזק הרב הצפוי

מחקירה כזו לציבור בכללו ולמערכת המשטרית, ככלל [...] ובין היעדר תועלת ממשית הצפויה מחקירה אשר תוצאותיה המסתברות אינן מנבאות הקמת תשתית מפלילה" (בג"ץ נמרודי, עמוד 76; ראו והשוו דנג"ץ נמרודי).

בה בעת, נאמר כי "מעמדו הציבורי המיוחד של הנחקר וההשפעות הציבוריות הנלוות להעמדתו לדין, הינם שיקולים רלוונטיים במסגרת בחינת האינטרס הציבורי שבהגשת כתב אישום" (עניין קצב, פסקה 21 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש; ראו גם פסקה 38 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה, פסקה 8 בעניין גפסו, ובג"ץ 10243/03 ארדן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 (1.11.2004)). משמע – כאשר בדיקה זהירה של חומר הראיות מפחיתה את החשש מפני ניהול הליך סרק, "קיים אינטרס ציבורי מובהק ורב-עוצמה במיוחד למצות את בירור אחריותם כחלק מערך השמירה על אמון הציבור בנבחרי, ומחובת ההגנה על שלטון החוק ומעמד מערכות אכיפת החוק" (עניין קצב, פסקה 38 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה; עניין אומץ, פסקה 29).

15. דעתי היא כי מבחן האינטרס הציבורי עלול להטעות. ראשית, תנאי מקדמי לפתיחת חקירה או להעמדה לדין הוא הרף הראייתי הנדרש – חשד סביר לביצוע עבירה וסיכוי סביר להרשעה, בהתאמה. בהעדר ראיות כאלה האינטרס הציבורי אינו מעלה או מוריד, ואין בו כדי להניע את גלגלי ההליך הפלילי. לעומת זאת, בהינתן קיומן של הראיות הנדרשות, ההנחה היא שהאינטרס הציבורי מחייב העמדה לדין. אין להעניק הנחות בעניין זה לאנשי ציבור או נבחרי. לא פעם ולא פעמיים, הכלל לפיו האינטרס הציבורי מחייב העמדה לדין דווקא מקבל משנה תוקף כאשר מדובר באנשי ציבור ובנבחרי. לצד זאת, יתכנו מצבים שונים בהם האינטרס הציבורי רלוונטי, בהתאם לדין. אך יש לזכור את הכלל, ולהבין כי השיקול של האינטרס הציבורי כדי להקל על נבחרי ציבור הינו בגדר חריג מאד, ותלוי במלוא הנסיבות. מצב חריג זה יתקיים רק כאשר קיים דבר מה נוסף ברור וממשי, ולא די בכך שמדובר בנבחר ציבור.

אוסף כי בסוגיה של העמדה לדין של נושאי משרה ציבורית בכירים לא די באזכור השיקולים הרלוונטיים לשוני, ויש צורך לקבוע סולם עדיפות ביניהם. מוכן אני להניח, למשל, כי טרם יוגש כתב אישום נגד נשיא המדינה, ראש הממשלה או שר בכיר, היועץ המשפטי לממשלה יהיה מעורב יותר בבחינת החומר. כך, לעיתים, מכוח חוק מפורש, וכך, במקרים אחרים, מכוח נוהל. עוד ניתן להניח כי תיק כזה ייבחן ביותר עיניים מכתב אישום מן המניין נגד אדם מן היישוב, אף אם מדובר בעבירה מסוג פשע. אגב, ניתן להניח באותה מידה שהבדיקה תהיה יותר מקיפה כאשר מדובר בחקירה בעבירת רצח, למשל, לעומת עבירת שימוש בסם לצריכה עצמית. ניתן אף להצדיק הבדלים כאלה.

מכל מקום, חשוב לשוב ולהדגיש כי אין לסטות מן הרף הראייתי האחיד, הן בפתחת חקירה, הן בהעמדה לדין, והן בהטלת אחריות פלילית בשלב המשפט. שינוי באיכות או בכמות הראייתית הנדרשת מהווה קו שאין לחצות אותו. יש לשמור על אחדות ביחס שבין המסגרת לחשוד או הנאשם הספציפי. כך במצבים ברורים, וכך במקרים גבוליים. בעיני, גישה זו חיונית כדי לשמור על עקרונות השוויון ושלטון החוק. כמוכן זה, הזהירות נדרשת בפרשנות המונח "בחינה זהירה יותר" ביחס לאנשי ציבור. מונח כזה עלול לשדר מסר שגוי לגבי הרף הראייתי שנדרש, וגישה כזו אין לקבל. כשלעצמי, מוטב המונח "בחינה קפדנית יותר". מקובלים עלי, אפוא, דברי הנשיאה ד' ביניש בעניין קצב, לפיהם –

"עקרון השוויון בפני החוק מחייב להישמר ולהקפיד כי בשלב ההעמדה לדין, הרף לאורו ייבחן חומר הראיות הלכאורי - מבחן 'האפשרות הסבירה להרשעה' - יהיה זהה לכלל הנחקרים, בלא קשר לזהותם ולאינטרס הציבורי שבהגשת כתב-אישום נגדם" (פסקה 21; ראו גם עניין אומץ, פסקה 29).

מוסד הבדיקה המקדימה

16. על רקע הזהירות המתחייבת בפתחת חקירה פלילית, התפתח במהלך השנים מוסד הבדיקה המקדימה – הנתפס כיום כחלק בלתי נפרד מתהליך קבלת החלטה על פתיחת חקירה (עניין הוועד נגד עינויים, פסקה ל; עניין פינטו, פסקה 102), ואף הוגדר כ"הליך ראוי" (בג"ץ 1685/18 נץ-צנגוט נ' מפכ"ל המשטרה, פסקה 7 (9.7.2018)); להלן: עניין נץ-צנגוט). בדיקה זו מתמקדת בהערכת התשתית הראייתית הקיימת, ומשמשת "כפעולה מקדימה לחקירה וכאמצעי עזר לצורך קבלת החלטה אם לפתוח בחקירה משטרתית" (בג"ץ נמרודי, עמוד 55; עניין הוועד נגד עינויים, פסקאות ל-לב; עניין טביש, פסקה 35).

אשר להיקף ומהות הבדיקה המקדימה, עמדתו העקבית של בית משפט זה – גם לאחר מתן פסק הדין בעתירה הקודמת – היא שלא ניתן לקבוע בעניין כללים נוקשים, ומוטב להותיר לרשויות אכיפת החוק שיקול דעת (בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 38 (12.12.2017)); התנועה למען איכות השלטון, פסקה 4; עניין פינטו, פסקה 102). עם זאת, הובהר שיש לערוך את הבדיקה "ביסודיות ובאחריות, תוך איסוף כל חומר רלוונטי והתייחסות אליו" (התנועה למען איכות השלטון, פסקה 4) – בין היתר, באמצעות "תישואל עדים", לרבות הנבדק עצמו (שם, פסקה 5; ראו גם עניין טביש, פסקה 32, שם נאמר כי הבדיקה המקדימה המתנהלת בעניינם של חוקרי שירות הביטחון

הכללי כוללת, לצד פגישה עם המתלונן ובחינת החומר הרלוונטי, גם את "תשאל גורמי השב"כ הרלוונטיים, כמו גם גורמים נוספים [...] הנוגעים לעניין".

בד בבד, נאמר כי ככל שהתלונה הרלוונטית עוסקת בעבירות חמורות ומורכבות יותר, וככל שהספקות לגבי התשתית הראייתית והמשפטית ממשיים יותר, תידרש בדיקה "מקפת ומעמיקה יותר" (עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 6). כך, למשל, הגנת הצורך המרחפת מעל עבירות המיוחסות לחוקרי שירות הביטחון הכללי, נתפסת כהצדקה הולמת להפניית תלונות המוגשות כלפי החוקרים למסלול של בדיקה מקדימה חלף פתיחת חקירה פלילית (עניין טביש, פסקה 61). לצד זאת, נקבע כי חובת הזהירות המוגברת המוטלת על רשויות אכיפת החוק בעניינם של אנשי ציבור, מחייבת עריכת "בדיקה יסודית ומקיפה" עובר לפתיחת חקירה נגדם (עניין פינטו, פסקה 104; ראו והשוו לעניין שרון, עמוד 227-228, שם דובר על הצורך לנקוט "מהלכי בדיקה מיוחדים ולמידות של זהירות והקפדה מוגברות" בגיבוש החלטה על העמדת ראש ממסלה לדין)).

אכן, "בהפעיל ראש התביעה הכללית שיקול-דעת אם לפתוח בחקירה או בבדיקה נעשית הערכה של טיב החשדות הפליליים כנגד הנילון על רקע נסיבותיו המיוחדות של העניין ואופי העבירות המיוחסות לו, ונבדקת על פני הדברים התשתית העובדתית הנטענת" (בג"ץ נמרודי, עמוד 56).

הנה כי כן, השימוש בבדיקה מקדימה בעניינם של אנשי ציבור עשוי לשרת את התכליות המהותיות עליהן עמדת לעיל – קרי, למלא אחר חובת הקפדנות, תוך שמירה על עקרונות השוויון ושלטון החוק. לא נותר, אפוא, אלא לבחון האם ההנחיה המעודכנת נותנת ביטוי הולם לתכליות אלה, מבלי לפגוע בזכויות היסוד של הנבדקים.

מן הכלל אל הנחיית היועץ המשפטי לממשלה

17. עברנו דרך. הצגנו את עמדתו העקרונית של בית משפט זה ביחס לבדיקה המקדימה, ואת הסיבות שהביאו מנגנון זה לעולם – חלקן משכנעות יותר וחלקן פחות. הוזכר קיומן של מהמורות בדרך. הוצגה ההתפתחות של המנגנון, שהבנייתו החלה בעתירה הקודמת, ונמשכה גם בהליך דנן, שעה שהעתירה והערות בית המשפט הביאו להבהרת, הרחבת ואף תיקון הנוסח המקורי של הנחיית היועץ.

סבורני כי המפגש בין המשפט הפלילי למשפט המינהלי מחייב שימת דגש על שלוש רגליים. האחת היא השוויון בפני החוק והשמירה על שלטון החוק; השנייה, הכרה במציאות של פתיחת חקירה פלילית נגד נושאי משרה ציבורית, גם בכירים ביותר. הכרה

זו כוללת את ההשלכות הייחודיות של פתיחת חקירה פלילית נגד גורם ציבורי כזה; והשלישית, שמירה על זכויות הנאשם והחשוד, לרבות זכותם לשוויון בהקשר זה.

שאלה היא האם ההנחיה המעודכנת עולה בקנה אחד עם שניים מהיסודות שהזכרתי – קרי, עקרונות השוויון ושלטון החוק, לצד שמירה על זכויות הנבדק. שאלה זו אינה פשוטה בעיני, אך, אם להידרש למילותיו הבוטות של המשנה לנשיא מ' חשין בעניין שרון –

”רק שוטה שבעולם לא יבין ולא ידע כי בעניינו של ראש-הממשלה חייב הוא בעל הסמכות – ובדין חייב הוא – להיזהר בִּיְתֵר. השלכות-הרוחב הנדרשות מאליהן עם העמדתו של ראש-הממשלה לדין עלולות להיות כה מרחיקות לכת, כה מסעירות, כה גורפות, שידו של בעל הסמכות תרעד עד שיחליט לחתום על כתב-אישום נגד ראש-ממשלה” (פסקה 3 לחוות דעתו).

שיקול נוסף המקריין על בחינת הנחיית היועץ הוא ההכרה שהעניק בית משפט זה בעבר, בהקשרים שונים, למוסד הבדיקה המקדימה. כפי שהזכרתי לעיל (פסקה 16), קיומו של ערוץ זה נתפס כלגיטימי, ואף כרצוי. כך בכלל (עניין נץ-צנגוט, פסקה 7); כך בעניינם של חוקרי שירות הביטחון הכללי (עניין הוועד נגד עינויים, פסקה ל; עניין טביש, פסקה 35); כך בעניינם של קצינים בכירים (עניין פינטו, פסקאות 104-102); וכך לגבי אנשי ציבור אחרים (עניין התנועה למען איכות השלטון; ההחלטה מיום 4.5.2015 בעתירה הקודמת; בג”ץ 8924/18 התנועה לטוהר המידות נ’ היועץ המשפטי לממשלה (28.2.2019)). לא ניתן להתעלם מההתייחסויות אלה – שחלקן לא שללו את השימוש בבדיקה מקדימה, ואחרות אף הגדירו אותו כהליך ראוי – ומן המציאות עליה הן מעידות.

לאור נתוני יסוד אלה, אבחן את הנחיית היועץ המעודכנת, כפי שהתגבשה במהלך הדיון בפנינו. דרך הילוכנו בפרק זה תכלול בחינה של העקרונות והשיקולים המרכזיים שמשרטטת ההנחיה. בהמשך, נתייחס לשתי סוגיות נקודתיות – בדיקה מקדמית של תלונות לאלימות מצד אנשי ביטחון, בנבדל מהמנעד הרחב יותר של עבירות של נבחרי ציבור. השנייה, האם דין אחד לכל אנשי ונבחרי הציבור, ולכל עבירה המיוחסת להם, או שמא יש מקום להבחין, למשל, בין שר הביטחון לבין היועץ המשפטי של המוסד לביטוח לאומי – ובין עבירה הקשורה במילוי תפקיד לעבירות אחרות. לצד זאת, אדרש בקצרה להוראות נוספות העשויות לעורר קשיים ושאלות, כפי שהיטיבו באי כוח העותר לטעון.

18. עיון בנוסח העדכני של הנחיית היועץ מלמד כי יש בה ביטוי מפורש לעקרונות הכלליים שהוצגו לעיל. בפתח ההנחיה נאמר כי מטרתה היא "להבהיר את מעמדו של הליך 'הבדיקה המקדימה' [...] להציג את מקורו הנורמטיבי ותכליתו, וכן לפרט את הכללים הבסיסיים לעריכתו". מחד גיסא, ההנחיה מבוססת על ההכרה בהשלכות רחבות ההיקף של פתיחת חקירה פלילית. היא מדגישה כי "לא פעם לחקירה פלילית יש גם השלכה ציבורית מעבר לעניין האישי של הנחקר עצמו. על רקע המשמעות האמורה הרי שמוכן כי מתחייבת זהירות ובחינה, טרם קבלת החלטה על פתיחה בחקירה", ומכאן הצורך "להורות על ביצוע בדיקה מקדימה" במקרים חריגים (סעיפים 1 ו-3). מאידך גיסא, היא מבהירה כי הבדיקה המקדימה מהווה אמצעי עזר "לצורך קבלת החלטה מושכלת אם לפתוח בחקירה או לסגור את התיק", אך אינה משפיעה על הרף הראייתי האחיד: גיבוש "תשתית ראייתית לחשד סביר" יביא לפתיחת חקירה פלילית – והעדר תשתית כזו יביא לגניזת התיק (סעיף 4; ראו גם סעיפים 12 ו-15).

לצד הגדרה זו של מוסד הבדיקה המקדימה, ההנחיה המעודכנת פורשת את הקריטריונים הכלליים המשליכים על ההחלטה האם לפתוח בבדיקה או בחקירה פלילית – "עוצמת התשתית הראייתית ההתחלתית [...] אל מול החשיבות הציבורית במיצוי הברור העובדתי", וכן, "השלכות ציבוריות-תפקודיות הכרוכות בהחלטה על פתיחה בחקירה". כפי שהזכרתי בפרוטרוט לעיל (פסקה 6), היא מתייחסת לשתי קטגוריות של מקרים שבהם עשויה להיפתח בדיקה מקדימה: האחת – כאשר התשתית הראייתית הראשונית מעוררת קושי, אך האינטרס הציבורי מצדיק את מיצוי הבדיקה, אם בשל חומרת העבירות ומורכבותן, ואם משום שהנילון "נושא תפקיד בכיר" (סעיף 9). השנייה – כאשר מדובר בתלונה כלפי ממלאי תפקיד ציבורי, ולכן ההשלכות הציבוריות של פתיחת חקירה מחייבות "נקיטת משנה זהירות בעת שקילת התשתית הראייתית הקיימת" (סעיף 11). סעיף 12 להנחיה המעודכנת מביא בשעריה גם "תלונות על אלימות שוטרים, סוהרים או חיילים [...] מקום שבו קיימת אפשרות ממשית שנעשה שימוש כדין בכוח וכאשר פתיחה בחקירה פלילית [...] עלולה לגרום להרתעת יתר".

קריטריונים אלה, כמו גם הוראת סעיף 17 בנוגע לשיקול ההתיישנות, יוצקים תוכן ממשי בהנחיה המעודכנת. הם אף מקהים את עוקץ הטענות בדבר מתן הקלות והטבות לאנשי ציבור, שכן עולה מהם כי כובעו הציבורי של אדם עשוי להביא, לעיתים, ליחס נוקשה יותר כלפיו, ולעריכת בדיקה במצבים שבהם תלונה נגד אדם מן השורה הייתה נגזרת.

מעבר לכך, ראוי לציין כי במהלך הדיון בעתירה שונתה הנחיית היועץ בכל הקשור לפעולות שניתן לנקוט בשלב הבדיקה, באופן שצמצם את הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות הנבדק. משמעותית במיוחד היא הקביעה לפיה אין לגבות את גרסת הנבדק או לערוך לו פוליגרף, אלא בנסיבות מיוחדות ובאישור היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה (סעיף 16). ונכון כי המונח נסיבות מיוחדות יוגדר בצמצום. זאת, כדי לא לטשטש את הגבול בין בדיקה לחקירה. כך, בהשוואה להסדר המקורי ששלל חקירה באזהרה של הנבדק, אך אפשר לגבות ממנו גרסה במידת הצורך (סעיפים 16 ג ו-17 להנחיה המקורית). כמו כן, ההנחיה המעודכנת שוללת כעת מפורשות שימוש בהאזנות סתר לנבדק עצמו (סעיף 15ה). סעיף 18 מנחה את הרשויות "לעשות כל מאמץ" על מנת לקיים את הבדיקה המקדימה בתוך פרק זמן קצר ככל האפשר, ומורה להן לבצע "הערכה עתית" של התשתית הראייתית לשם קבלת החלטה על המשך הדרך. סעיף 19 להנחיה חותם בהתייחסות לאיזון הרגיש בין מיצוי הבדיקה והחשש מפגיעה בחקירה עתידית, ומטיל על הרשויות להפעיל שיקול דעת, ולנקוט פעולות בדיקה שעלולות לפגוע בחקירה כזו "רק אם נמצא כי התועלת שבנקיטתן עולה על החשש לפגיעה".

תמונה זו – לצד דברי הסיכום של ההנחיה המעודכנת, בהם הודגש שהבדיקה המקדימה "אינה מתנגשת עם מטרות הדין הפלילי, שכן היא אינה מהווה תחליף לחקירה מקום שזו נדרשת" – מלמדת כי ההנחיה נועדה לעלות בקנה אחד עם התכליות והאיזונים עליהם עמדתי לעיל. ניכר שההנחיה מודעת לצעידתה בשדות המוקשים של השוויון והזכות להליך הוגן, ומבקשת למצוא את שביל הזהב המאפשר בחינה קפדנית של הראיות בעניינם של אנשי ציבור מבלי להיטיב עמם, ומבלי לפגוע בזכויותיהם כחשודים.

19. בנסיבות אלה, אינני סבור שניתן לקבוע בשלב זה כי עקרון השוויון מחייב הבנייה דווקנית ומפורטת יותר של שיקול הדעת שההנחיה המעודכנת מותירה בידי רשויות אכיפת החוק (ראו סעיפים 20-21 להנחיה).

אמנם, אין ספק כי הבניית שיקול הדעת המינהלי מהווה "פרקטיקה רצויה", שעל הרשויות לנקוט בה (ע"מ 109/12 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז נ' גבעת האירוסים גן האירוסים בע"מ; פסקה 26 (23.12.2012) (להלן: עניין גבעת האירוסים); בג"ץ 4540/00 אבו עפאש נ' שר הבריאות, פסקה 6(א) בפרק הדיון (14.5.2006); ע"מ 11538/05 נטיוטוב נ' שר הפנים, פסקה 5 (25.11.2007)). הנחיות שקופות ומפורטות תורמות ליצירת ודאות משפטית, לקידום אחידות ושוויון בהפעלת הסמכות המינהלית, ולשיפור האפקטיביות של הביקורת השיפוטית על החלטת הרשויות (עניין גבעת האירוסים, פסקה 26; ע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, פסקה 38 (24.7.2008) (להלן:

עניין לחון); בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79, 90 (2004). עם זאת, קיימת בפסיקה עמדה לפיה הרשות "אינה חייבת לקבוע הנחיות מנהליות וסמכות זו היא וולונטרית ביסודה" (עניין לחון, פסקה 39; יוער כי התמונה שונה בכל הקשור להסדרת החלוקה של משאבים ציבוריים, וראו בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705, 706 (1989); בג"ץ 4146/95 עזבון דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 791-790 (1998); ויצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 247-248 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010)).

מכל מקום, אף אם התחזקה בשנים האחרונות הנטייה לקבוע כללים בדמות הנחיות מינהליות (ראו, למשל, בג"ץ 647/11 כיוונים – מכון לפסיכודרמה וקבוצות בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פסקה 5 לחוות דעתי (22.8.2012), שם ציינתי כי "מכאן הזכות ואף החובה על רשות מנהלית לקבוע קריטריונים מנחים להוספת עובדים אל שורותיה"), יש להיזהר מפירוט יתר, שעשוי לפגוע, שלא במכוון, בשיקול הדעת של הגורם המינהלי המחליט (לדיון כללי בשאלת "דרגת הדיוק" בניסוח הנחיות מינהליות, ראו יואב דותן הנחיות מינהליות, החל בעמוד 444 (1996)). בהתחשב בהיקף הקריטריונים והדוגמאות המופיעים כעת בהנחיה המעודכנת, כפי שהוצגו לעיל (פסקאות 6 ו-18), דעתי היא כי אין במרחב שיקול הדעת שנותר לרשויות החקירה כדי לגלות עילת התערבות בשלב זה.

אוסף בהקשר זה, כי ההנחיה המעודכנת אף משקפת את המתח המובנה בין האינטרס הציבורי במיצוי הדין עם אנשי ציבור סוררים, ובין הקפדנות הנדרשת בפתירת הליכים פליליים בעניינם (ראו, למשל, עניין קצב, פסקה 37 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש, ופסקה 38 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה): היא קובעת כי חובת הקפדנות עשויה להצדיק בדיקה מקדימה של הראיות עובר לפתיחת חקירה – ובה בעת, מבהירה כי האינטרס הציבורי עשוי לתמוך במיצוי הבדיקה חלף גניזת התלונה לאלתר (זאת, לפי הקטגוריה הראשונה – אשר חלה גם על אזרחים מן השורה, בנסיבות המפורטות בסעיפים 9 ו-12 להנחיה). מתח זה ממחיש את המורכבות הכרוכה בהחלטה על ביצוע בדיקה מקדימה, ומלמד מדוע אין להתערב כעת בהיקף הבניית שיקול הדעת של רשויות החקירה בעניין.

ודוקו, רשויות אכיפת החוק נדרשות להכריע בכל מקרה לגופו על בסיס מכלול השיקולים הרלוונטיים. הן אינן רשאיות להתעלם מנתונים כאלה – דוגמת דרג איש הציבור שנגדו הוגשה התלונה, או אופי העבירה המיוחסת לו (ניצול לרעה של המעמד הציבורי, או עבירה "חיצונית") – גם אם לא ניתן להם ביטוי מפורש בהנחיה המעודכנת. אולם, שעה שהנחיה זו טרם נצרפה בכור המעשה, ואין לפנינו נתונים המצביעים על כשל

שיטתי בהפעלתה, לא ניתן לקבוע כי שיקול הדעת שהיא מותירה לרשויות החקירה פוגע בעקרונות השוויון ושלטון החוק, או חותר תחת חובת הזהירות כלפי אנשי ציבור.

20. אכן, טענות העותר אינן מתמצות במרחב שיקול הדעת שמוותירה ההנחיה המעודכנת, והוא סבור כי גם הוראותיה המעשיות באשר למתכונת ביצוע הבדיקה המקדימה מעוררות קושי.

לטענת העותר, הסדרים אלה – המרוכזים בעיקרם בסעיפים 13-19 להנחיה המעודכנת – שומטים את הקרקע מתחת לשלושת הרגליים עליהן נשען מוסד הבדיקה המקדימה, קרי, עקרונות השוויון ושלטון החוק; חובת הזהירות כלפי אנשי ציבור; ושמירה על זכויות היסוד של הנבדקים. ראשית, הם פוגעים בזכויות הנילון – אשר עלול למצוא את עצמו נחקר ללא אזהרה ומבלי שתינתן לו זכות להיוועץ בעו"ד. שתיקת ההנחיה המעודכנת באשר לזכות השתיקה ומעמד הראיות שנאספו במהלך הבדיקה, והעדר הוראה ברורה וחד משמעית לגבי אופן המעבר מגביית גרסתו של האדם נושא הבדיקה לפתיחת חקירה פלילית, מעצימים, לדעת העותר, את הפגיעה. זאת ועוד, העותר סבור כי האמצעים שמונה סעיף 14 פוגעים בפרטיות, ומכאן שכלל לא ניתן להפעיל אותם בשלב הבדיקה המקדימה, בטרם התגבש חשד סביר. נקודה זו תומכת בטענה נוספת, לפיה הסדרי ההנחיה המעודכנת אינם מציידים את הרשויות בכלי חקירה אפקטיביים בשלב הבדיקה המוקדמת, וכך תוקעים מקלות בגלגלי הליך העמדתם לדין של אנשי ציבור – ולמעשה, פוגעים בחקר האמת.

בנקודת הזמן הנוכחית יש לדחות גם טענות אלה. אזכיר כי ההנחיה המעודכנת אינה מותירה מקום לספק באשר לתחולת הרף הראייתי האחיד – הקובע כי חקירה תיפתח אם מתקיים חשד סביר לביצוע עבירה (בכפוף לאינטרס הציבורי בעניין) – על מקרים הבאים בשעריה. היא מבהירה כי הבדיקה נועדה לסייע בהערכת התשתית הראייתית, וכי אם מתגבש במהלכה חשד סביר, על רשויות אכיפת החוק לפתוח בחקירה פלילית נגד הנבדק (סעיפים 4, 12 ו-15א). סעיף 18 להנחיה מוסיף כי יש לקיים את הבדיקה המקדימה "בתוך פרק זמן קצר ככל הניתן", ועומד על ביצוע "הערכה עתית" של הצורך לעבור מבדיקה לחקירה. זאת ועוד, סעיפים 16 ו-19 להנחיה המעודכנת, מסייגים עד מאד את האפשרות לגבות גרסה מן הנבדק, ומבהירים כי היא תתבצע רק בנסיבות מיוחדות, באישור המשיבים, ומתוך מודעות לפגיעה האפשרית בניהול חקירה עתידית. בנסיבות אלה, אין בסימני השאלה שנותרו לגבי זכות השתיקה, או בהעדר התייחסות "ברחל בתך הקטנה" לאופן המעבר מבדיקה לחקירה תוך כדי גביית גרסה, כדי לשמוט את הקרקע מתחת למוסד הבדיקה המקדימה. מקומן של השגות אלה – הן בהקשר של

הפגיעה בזכויות הנילון, והן בהקשר של "חידוד" אופן המעבר מבדיקה לחקירה – בשלב היישום, אך שעה שההנחיה שוללת, כבברירת מחדל, גביית גרסה במהלך הבדיקה, אין בהן כדי להשליך על סבירותה. זאת, לפחות, כל עוד לא הוכחו בפנינו נתונים המעידים על כשל מובנה במודל שמרטטת ההנחיה המעודכנת. כמובן, הדלת פתוחה לבחינת יישום ההנחיה ביחס למקרה קונקרטי.

הוא הדין ביחס לטענות שמעלה העותר בנוגע לקושי הכרוך בשימוש בחלק מן האמצעים שסעיף 14 מעמיד לרשות רשויות הבדיקה – דוגמת קבלת מידע מרשויות שלטוניות שונות, לרבות המשטרה, רשות המיסים, הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור, ואיסוף מסמכים מגורמים שלישיים – נוכח פגיעתם בפרטיות. יושם אל לב כי האופי הציבורי של הגורמים שניתן לבדוק ולקבל מידע שברשותם מגביל את הפגיעה. בכל מקרה, לא ניתן להתעלם מכך שכתב העתירה כלל אינו מתייחס לסוגיית הפרטיות, ומכך שגם ההתייחסות שהופיעה בשלבים מאוחרים יותר התמקדה בסוגיית האזנות הסתר – אשר באה על פתרונה בהנחיה המעודכנת, השוללת שימוש באמצעי זה.

21. כאמור בפתיחת פרק ההכרעה, אתיחס כעת בנפרד לשני היבטים של ההנחיה המעודכנת. אשר לאנשי הציבור שעניינם עומד במוקד העתירה, אציין כי המונח "ממלא תפקיד ציבורי" שבסעיפים 10-11 להנחיה – להבדיל מן המונח "נבחר ציבור" שבו נעשה שימוש בסעיפים 9 ו-12 – עמום ורחב. על פניו, הוא מכיל, זה לצד זה, ראש עירייה ואחראי על חופש המידע ברשות ציבורית כלשהי, שר בממשלת ישראל ופקיד זוטור במשרדו, חבר כנסת ויועץ משפטי במוסד ממשלתי. ההנחיה אינה מבחינה בין גורמים אלה, הגם שהמחוקק הבחין בין ראש ממשלה, חברי כנסת או שופטים לבין ממלאי תפקידים ציבוריים אחרים, וקבע פרוצדורות ייעודיות רק ביחס לראשונים (ראו לעיל, פסקה 12). מכל מקום, העתירה שמה דגש על העדפת נבחר ציבור, וזה בוודאי נושא חשוב, למרות שגם הנושא המדובר עלה. היא מציבה במרכז את החשש ממתן הקלות והטבות לנבחרים, ועל פני הדברים חשש כזה הולך ופוחת ככל שענייננו בממלא תפקיד ציבורי בדרג נמוך יותר. ממילא, נראה כי מדובר בעניין של יישום, ונכון בשלב זה להשאיר את המקרים הפרטניים לבדיקה נקודתית בכוא העת.

לצד זאת, אעיר כי נדמה שיש מקום להבחין בין נבחר ציבור שהוגשה נגדם תלונה בגין עבירות של שחיתות שלטונית, כגון מרמה והפרת אמונים, לכאלה החשודים בעבירות "חיצוניות" של תקיפה, או תקיפה מינית. אף כאן, העניין מובא להכרעה ולפיתוח ההנחיה ולא כקביעה.

במישור אחר, ההנחיה המעודכנת קובעת כי בתנאים מסוימים יהיה צורך לקיים בדיקה מקדימה "בתלונות על אלימות שוטרים, סוהרים או חיילים וכיו"ב". לטעמי, אין להשוות בין כל אנשי הביטחון, ואין הכרח כי דין שוטר לעניין זה יהיה כדין חייל. יש לזכור כי קיים שוני בין אנשי ביטחון לאנשי ציבור, שעה שהבדיקה ביחס לקבוצה זו מתמקדת בעבירות אלימות שבוצעו, לכאורה, תוך כדי מילוי תפקידם, ולא בחריגה מובהקת ממנו כמו במקרה של נבחר ציבור שמקבל שוחד. אנשי הביטחון מקבלים הסמכה מהמדינה לעשות שימוש בכוח, כולל שימוש בנשק חם בעת מילוי תפקידם, ולכך משמעות. גם בקפדנות הבדיקה. הבחנה זו עשויה לבסס הבדלים מסוימים בין אלימות מצד חיילים בסיטואציה מלחמתית לשוטרים בסביבה אזרחית. לכן, אין בכוונתי להביע במסגרת עתירה זו עמדה בעניין, מה גם שהדיון בסוגיה עשוי לחייב צירוף גורמים נוספים, כגון השר לביטחון הפנים ושר הביטחון. ודוק, אינני קובע עמדה. יתכן שנדרשים נתונים נוספים בעניין, שכן היקף השימוש בכלי זה לגבי קבוצות אנשי הביטחון עשוי להיות רחב – התמודדות עם תלונות שונות, ולא בגדר מקרים בודדים. יוער עוד כי העובדות שעמדו ביסוד בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה (28.10.2019) מעוררות סימני שאלה. באותו עניין, טענה דווקא המדינה כי הגם שבדיקת מח"ש נשאה את הכותרת "בדיקה" היא התנהלה, בפועל, כחקירה (ראו פסקה 18 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג, ופסקאות 16-17 לחוות דעתו של השופט ג' קרא). נתון זה מעלה שאלות ומחשבות נוספות לגבי תחולת ההנחיה המעודכנת ביחס לקבוצת אנשי הביטחון. אפשר ויש נימוקים לקולא ולחומרא בנוגע לקבוצה זו, אך נדמה שהנושא רציני מדי מכדי לדון בו אגב אורחא.

סוף דבר

22. על שלוש רגליים עומדת הבדיקה המקדימה: על עקרונות השוויון ושלטון החוק, הקובעים כי דין אחד לאיש הציבור ולציבור עצמו; על הקפדנות הנדרשת בניהול הליכים פליליים נגד איש ציבור, נוכח ההשלכות הציבוריות והמוסדיות הנלוות לכך, ושיקולים מעשיים; ועל הצורך להגן על זכויות היסוד של הנבדק, אזרח כמנהיג, להליך הוגן על פי כללי המשפט הפלילי. סבורני כי השאלות והתהיות שהעלה העותר – שעתירתו הובילה לשינויים מקיפים בהנחיית היועץ, ולגיבוש ההנחיה המעודכנת – עודן מעוררות מחשבה. אף על פי כן, בהתחשב בכך שהנוסח העדכני, המגלם גם את הערות בית המשפט בדיונים שהתקיימו ובהחלטות שניתנו בעקבותיהם, טרם נצרף בכור המבחן, אין בתשתית העובדתית והנורמטיבית שנפרשה בעתירה כדי לגלות עילת התערבות מיידית בהנחיה המעודכנת. לפיכך, אציע לחברי לדחות את העתירה.

לא אסתיר כי בהגיעי להחלטה שלא להתערב בהנחיה המעודכנת מושפע אני מהפסיקה הרבה שהובאה לעיל, המשלימה עם מוסד הבדיקה המקדימה, ואף מכירה ביתרונותיו. למעשה, מן המתווה החלופי שהציע העותר בכתב העתירה, עולה כי אף הוא אינו תומך בביטול מוחלט של מנגנון זה. בנסיבות אלה, ובהינתן התיקונים שבוצעו בהנחיה המעודכנת – פרי הערות העותרים והמותבים שדנו בתיק – נראה כי אין הצדקה בשלב זה אלא לאפשר את המשך התפתחות המנגנון, תוך שמירת זכויות וטענות.

יפה לענייננו אמרתו המפורסמת של המלומד ושופט בית המשפט העליון של ארצות הברית, Oliver Wendell Holmes הבן, לפיה "The life of the law has not been logic; it has been experience" (O.J. HOLMES, THE COMMON LAW 1 (1881)). עמדה זו חשובה לענייננו. הנושא מורכב ועדין. בא כוח העותר טען לחוסר אפקטיביות של הבדיקה המקדימה במתכונתה הנוכחית. אולם, הערכות מלומדות אינן מהוות תחליף הולם לניסיון בשטח, ואין בהן כדי לשלול את חזקת התקינות המינהלית. אודה כי שאלה זו אף הטרידה אותי. ברם, בסופו של שיקול, כאמור, נראה שיש לאפשר לניסיון העתידי לומר את דברו. בהגיעי למסקנה זו, נתתי משמעות גם לנכונותו של היועץ המשפטי לממשלה לבחון את עמדתו המקורית, ולהכיר, יש לקוות, כי יש להמשיך בהתאמת ההנחיה לשלוש הרגליים שהוזכרו לעיל – עקרונות השוויון ושלטון החוק, הקפדנות ביחס להעמדת אנשי ציבור לדין, ושמירה על זכויות היסוד שלהם. ראוי יהיה כי בחלוף תקופה בת מספר שנים, אך לא מעבר לכך, היועץ המשפטי לממשלה ייתן את דעתו לניסיון ולכללים בשטח, ובכל מקרה כאמור, הזכויות והטענות שמורות כפי שהבהרתי לעיל.

23. אשר על כן, סבורני כי דין העתירה להידחות, תוך שמירה על טענות העותר בנוגע להיבטים היישומיים של ההנחיה המעודכנת – אליהן ניתן יהיה להידרש בכוא העת, אם יתעורר בכך הצורך, כמפורט לעיל. זאת, כמובן, לצד הביקורת השיפוטית הנקודתית על החלטות רשויות אכיפת החוק, שבמסגרתה יהיה מקום להתחשב גם בסימני השאלה העקרוניים לגבי יישום פרקטיקת הבדיקה המקדימה.

נוכח תרומת העתירה לגיבוש ההנחיה המעודכנת, ובהתחשב בשלב אליו הגיע ההליך, אציע לחברי לחייב את המשיבים בהוצאות העותר ובשכר טרחת באי כוחו בסך 20,000 ₪.

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

1. אני מסכים עם חברי השופט נ' הנדל בדבר חשיבותה של ההקפדה על רף ראייתי זהה ושוויוני בשלבי ההליך הפלילי השונים גם לנושאי משרה ציבורית בכירה וכי אין ליתן "הנחות" או הטבות בעניין זה לאנשי ציבור ולנבחרי ציבור (אלא אם קיימים הסדרים חקיקתיים ספציפיים כמו ההסדרים שחלים לגבי ראש ממשלה, חברי כנסת ושופטים). הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.2204 בעניין "בדיקה מקדימה" (פורסמה בשנת 2015) (להלן: הנחיית הבדיקה המקדימה) בוחנת את התשתית הראייתית. הנחיית הבדיקה המקדימה קובעת כי תוצאות הבדיקה משמשות כלי עזר בקבלת ההחלטה האם לפתוח בחקירה (בסעיף 4 להנחיית הבדיקה המקדימה) וכי הבדיקה המקדימה אינה מהווה תחליף לחקירה (בסעיף 22 להנחיית הבדיקה המקדימה). ההנחייה מדגישה את ההשלכות הציבוריות-תפקודיות הכרוכות בהחלטה על פתיחה בחקירה (סעיף 8 להנחיית הבדיקה המקדימה).

2. הנחיית הבדיקה המקדימה נועדה לאזן בין ההכרה בהשלכות רחבות ההיקף של פתיחה בחקירה פלילית לגבי אנשי ציבור לבין הצורך במזעור הפגיעה בזכויות של הנבדקים במסגרתה ובזכותם להליך הוגן. זאת, בין היתר, במקרים בהם נבדק (הכוונה ל"אדם נושא הבדיקה", בלשון ההנחייה) עשוי למצוא עצמו נחקר ללא אזהרה ומבלי שהתייעץ עם עורך דין או כאשר, למשל, רשויות האכיפה מוסמכות לקבל מידע על הנבדק מרשויות שלטוניות שונות, כמפורט בסעיף 14 להנחיית הבדיקה המקדימה, אשר מעורר סוגיות של פגיעה בפרטיות. יוער, כי הנחיית הבדיקה המקדימה קובעת הסדר החל בנוסף להסדר קיים הקבוע בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.2200 בעניין "חקירת אישי ציבור" ואשר פורסמה בשנת 2002. ההנחייה בעניין חקירת אישי ציבור נקבעה גם היא מתוך הכרה ברגישות חקירתם של אישי ציבור ובהשלכת חקירתם על מערכת השלטון, מעבר להשלכה על איש הציבור עצמו (סעיף 2 להנחייה האמורה).

3. הנחיית הבדיקה המקדימה היא הנחייה חדשה אשר הסדירה פרקטיקה קיימת ושעברה עדכונים בשנת 2018. אמנם, יישומו של מנגנון הבדיקה המקדימה כאמור בהנחייה בגרסתה המעודכנת – מצוי יחסית בראשיתו; אך העתירה מכוונת נגד הסדרים קונקרטיים שגובשו ושמנויים בהנחייה. מסיבות אלו, ובשים לב לחשיבותה הציבורית של העתירה ולסוגיות המשפטיות כבדות-המשקל שהיא מעלה, בין היתר, בעניין שמירה על זכויות בהליך הפלילי, אני סבור כי יש מקום לדון בה וכי מוצדק לקבל הכרעה שיפוטית עקרונית בעניינה. עצם העובדה שהנוסח העדכני טרם נצרף בכור המבחן – אינו מהווה טעם ממשי לדחיית בחינתו של ההסדר עצמו למועד מאוחר יותר (השוו: בפס' 22 לפסק דינו של חברי השופט הנדל).

4. אני סבור כי המנגנון הכללי הקבוע בהנחיית הבדיקה המקדימה אינו חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות. עם זאת, ראוי להתריע על קשיים שעלולים להיווצר ביישומה של הנחיית הבדיקה המקדימה בפרקטיקה.

ההנחייה קובעת כי היא מתווה את העקרונות המנחים ומותירה מרחב שיקול דעת לרשויות האכיפה (בסעיף 24 להנחיית הבדיקה המקדימה). כבר כיום, יש בידינו מקרים המלמדים כי יישומה של הנחיית הבדיקה המקדימה אינו חף מכשלים משפטיים מהותיים. בפועל, יישומה של ההנחייה "בשטח" העלה בעייתיות משמעותית בשימוש בכלי הבדיקה המקדימה בידי הרשויות, כפי שיפורט להלן.

5. סעיף 18 להנחיית הבדיקה המקדימה מנחה את הרשויות המיישמות אותה, כי יש צורך בביצוע "הערכה עתית של התשתית הראייתית לשם קבלת ההחלטה אם יש לפתוח בחקירה פלילית..." (ההדגשה הוספה). כלומר, ההנחייה מדגישה כי על הרשויות לאבחן את "קו הגבול" שבין בדיקה (מקדימה) לבין חקירה מכיוון שיש מקרים בהם מסקנת הבדיקה המקדימה תהיה כי על הרשויות לעבור לשלב החקירה. אכן, "נקודת המעבר" בין בדיקה לחקירה מהווה צומת דרכים חשובה אשר דורשת לאבחן ולהסיק ב"זמן אמת" מתי יש לעבור משלב הבדיקה לשלב החקירה. כמו כן, ההנחייה קובעת כי במסגרת הליך הבדיקה המקדימה יש ליתן את הדעת לחשש שיכול להתעורר שמא פעולות מסוימות שיינקטו, "עלולות לפגוע בניהול חקירה בהמשך ובסיכוי למיצויה, ככל שיוחלט לפתוח בחקירה כאמור בתום הליך הבדיקה. במקרים בהם עולה חשש כאמור יש לנהוג בזהירות יתר ולנקוט פעולות שכאלה רק אם נמצא כי התועלת שבנקיטתן עולה על החשש לפגיעה כאמור" (בסעיף 19 להנחיית הבדיקה המקדימה). משילוב שתי הוראות אלו עולה, כי על הרשויות הנוקטות בהליך הבדיקה המקדימה, ליתן את הדעת ולאבחן, בזמן אמת, מצבים הדורשים מעבר מבדיקה לחקירה. כאשר הרשויות אינן

עוברות מבדיקה לחקירה, או כאשר מעבר מבדיקה לחקירה מתבצע באיחור – הדבר עלול לפגוע בניהול החקירה עצמה ובמצאה.

6. סעיף 12 להנחיית הבדיקה המקדימה קובע כי בדיקה מקדימה תיערך גם כאשר מדובר בתלונות לאלימות מצד אנשי ביטחון:

”כאשר מדובר בתלונות על אלימות שוטרים, סוהרים או חיילים וכיו”ב, מקום שבו קיימת אפשרות ממשית שנעשה שימוש כדין בכוח וכאשר פתיחה בחקירה פלילית כנגד נילונים אלה עלולה לגרום להרתעת יתר של הנמנים עם אותו גוף אליהם הם משתייכים...” (ההדגשות הוספו).

מהוראה זו (שהוספה בעדכון האחרון להנחיית הבדיקה המקדימה משנת 2018) עולה, כי לעמדת מחברי ההנחייה, מוצדק להחיל הליך של בדיקה מקדימה לא רק כשמדובר בנושאי תפקיד ציבורי בכיר או באנשי ציבור, אלא גם במקרים נוספים בהם יש ”דבר מה נוסף” ובהתאם לסוג העבירה. מדובר במקרים בהם עולה חשש ל”אינטרס” של מגיש התלונה ושימוש בתלונה ככלי, כמפורט בסיפא סעיף 12 להנחייה לעניין תלונה נגד נבחר ציבור שמקורה ביריבים פוליטיים שלו או כאשר העבירה הנובעת בוצעה תוך שימוש כדין לכאורה בכוח מתוקף מהות התפקיד. אנשי ביטחון (כמו שוטרים) מוסמכים להשתמש בכוח כחלק מתפקידם. ככלל, על שוטרים להקפיד לשמור על מגבלות הכוח שהם מפעילים במסגרת פעילות משטרתית, כדי שלא יחרגו מסמכותם (ראו: סעיף 4 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל”א-1971, ובפרט סעיף 4א(א)(3)(ב) לפקודה זו)). יש להבחין בין מצב בו מדובר בהפעלת כוח לגיטימי כחלק מהסמכות ובמסגרת תפקידם כאנשי ביטחון, לבין מקרים בהם משתמשים שוטרים לרעה בכוח שניתן להם לצרכי ביצוע תפקידם ומפעילים אלימות שלא כדין ובחריגה מסמכות. על מקרים מהסוג האחרון – הנחיית הבדיקה המקדימה לא נועדה להגן. בבג”ץ 4845/17 חמדאן נ’ היועץ המשפטי לממשלה (28.10.2019) (להלן: עניין חמדאן), נדון עניינו של שוטר שהשתמש שלא כדין בכוח ממית (ראו גם: בפס’ 21 לחוות דעתו של השופט הנדל).

7. בעניין חמדאן, המנוח תקף ניידת משטרה בה שהו שוטרים כשבידו סכין. אחד השוטרים ירה במנוח וגרם למותו. השוטר היורה לא הועמד לדין. היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ”ש) החליט בערר שהוגש בגין אי ההעמדה לדין, שלא לשנות מהחלטת מנהל המחלקה לחקירות שוטרים (להלן: מח”ש) לגנוז את תיק החקירה נגד השוטרים הנילונים מחוסר אשמה. עמדת מח”ש הייתה כי על פניו, השימוש בכוח נעשה כדין ובמסגרת סמכותם של השוטרים, באופן שלא הקים חשד לביצוע עבירה פלילית,

ומכאן שלא נמצאה עילה לחקור את השוטרים באזהרה בשלב ראשוני זה, אלא נגבו מהם הודעות פתוחות לפי סעיף 16 להנחיית הבדיקה המקדימה. הערכה ראשונית זו לא השתנתה גם לאחר איסוף ראיות וניתוחן במסגרת הליך של בדיקה מקדימה שערכה מח"ש בהמשך ומשכך סברו הגורמים הרלוונטיים כי לא נמצא שיש צורך לחקור את השוטרים באזהרה. ההחלטה בערר הסתמכה על הסכנה לחיים אותה חש השוטר היורה, כך שביצוע הירי עמד לעמדתם בתנאי סייג ההגנה העצמית (ולפחות המדומה). חרף כך שעלו שאלות משפטיות ממשיות לעניין תחולת תנאי ההגנה העצמית, ההחלטה בערר לא ניתחה שאלות אלו ולא דנה בתחולת תנאי ההגנה המצטברים. היועמ"ש טען כי השוטרים לא נחקרו כחשודים (באזהרה) מכיוון שבשלבם ראשוניים של הבדיקה המקדימה "על פניו השימוש בכוח נעשה כדין ובמסגרת סמכותם של השוטרים, באופן שלא הקים חשד לביצוע עבירה פלילית". כן נטען כי בפועל בוצעו פעולות חקירה מקיפות כך שהבדיקה המקדימה שערכה מח"ש התנהלה כמו חקירה לכל דבר ועניין.

דעת הרוב בפסק הדין (מפי השופט ע' גרוסקופף והח"מ) קבעה כי יש להורות ליועמ"ש להעמיד לדין את השוטר היורה בגין הירי שגרם למותו של המנוח. זאת, בשל סטיית המשמעות של ההחלטה בערר ממתחם הסבירות והפגמים המהותיים שדבקו בה. בין יתר הנימוקים שפורטו בחוות דעתי לאי-סבירות המהותי של ההחלטה בערר, והרלוונטי לענייננו, הייתה העובדה שעל אף שהליך הבדיקה המקדימה חשף סתירות לכאורה שעלו מהגרסאות שמסרו השוטרים, גורמי האכיפה לא פתחו בחקירה פלילית. וכך ציינתי באותו עניין לגבי הנחיית הבדיקה המקדימה:

"גם בבג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועמ"ש (12.12.2017) (להלן: עניין אבו גוש), נקבע כי אין חובה כללית על התביעה להורות על פתיחה בחקירה פלילית וכי אין פגם בעריכת בדיקה מקדימה כאמצעי מסייע לתביעה להחליט האם יש לפתוח בחקירה (שם, בפס' 38). באותו עניין, נקבע כי בוצעו במסגרת הבדיקה המקדימה פעולות חקירה ענייניות ומקצועיות שהניבו תשתית ראייתית אמינה (בניגוד לתשתית שהניבה הבדיקה המקדימה בענייננו, כפי שיוסבר כעת)" (שם, בפס' 16 לחוות דעתי).

בהתאם לתוצאותיה של הבדיקה המקדימה מתקבלת החלטה האם לפתוח בחקירה פלילית. בעניין חמדאן, קבעתי לעניין זה, כדלקמן:

"בענייננו, עולה בחריפות השאלה האם לא נכון היה, בעקבות תוצאות הבדיקה המקדימה ועם התגלות הסתירות לכאורה שעלו מהגרסאות שמסרו השוטרים 'בהודעה פתוחה', להבדיל מחקירה באזהרה (כפי שיפורט

להלן בפסקאות 21-22), להורות על פתיחה בחקירה פלילית ולחקור את השוטרים באזהרה, תוך נקיטת פעולות חקירה אפשריות נוספות, כגון בדיקת פוליגרף, האזנות סתר, עימות עם עדים אחרים (השוו: סעיפים 16-15 להנחיית הבדיקה המקדימה, אשר קובעים אלו פעולות ניתן לבצע בהליך הבדיקה מקדימה ואלו פעולות ניתן לבצע בחקירה פלילית בלבד). אכן, תוצאות הבדיקה המקדימה הקימו לכאורה חשד לביצוע עבירה פלילית בשל הסתירות שעלו מהגרסאות שמסרו השוטר היורה והמשיב 5. במהלך הבדיקה המקדימה נתגלו לפני מח"ש הסתירות לכאורה בעניינים המרכזיים שיכולים לבסס את טענת ההגנה העצמית של השוטר היורה, כפי שעלו מהסרטון ומהקביעות העובדתיות שגופי התביעה אימצו על בסיסו ועל בסיס חוות הדעת שניתחו אותו. לכן, החלטת מח"ש שלא לפתוח בחקירה פלילית חרף התמיהות המשמעותיות העולות מממצאי הבדיקה המקדימה – נראית כהחלטה בלתי סבירה. הימנעותה של מח"ש מפתחה בחקירה מהווה מחדל מהותי. ההחלטה בערר סומכת עצמה על התשתית הראייתית כפי שנקבעה בהליך הבדיקה המקדימה, שהיא תשתית ראייתית חלקית וחסרה מפני שמח"ש הייתה צריכה לקבוע את התשתית הראייתית לאחר ביצוע חקירה, ולא להסתפק בבדיקה מקדימה [...]

הערכה עתית סבירה של התשתית הראייתית הייתה מגבשת מסקנה לפיה יש פעולות נוספות שניתן לנקוט בהן כדי לקבל תשתית ראייתית מלאה ומקיפה (בסעיף 18 להנחיית הבדיקה המקדימה) [...]

התשתית הראייתית שהתגבשה בענייננו היא חסרה לכאורה בעוד לו היה מתבצע המעבר לחקירה בזמן אמת, היא הייתה יכולה להיות אפקטיבית. לכן, אין די בעצם הטענה של המדינה, לפיה נעשו פעולות רבות. ההחלטה בערר שלא להעמיד לדין את השוטרים, התבססה על תשתית ראייתית חסרה וחלקית ומשכך נפל בהחלטה בערר פגם מהותי" (שם, בפס' 17; ההדגשות הוספו).

8. הנה כי כן, בפועל הגיע להכרעה שיפוטית מקרה בו הוכח מחדל של הרשויות בזיהוי של "נקודת המעבר" בין בדיקה (מקדימה) לחקירה. מחדל כזה עלול בסבירות גבוהה לגרום לכך שחקירה שתיפתח בהמשך – לא תהיה אפקטיבית מבחינת איסוף כלל התשתית הראייתית הנדרשת והדבר אף עלול להיות בעוכרי הנבדקים עצמם. ההנחייה מסמיכה את רשויות האכיפה לנקוט פעולות מסוימות במסגרת הבדיקה המקדימה (כמפורט בסעיף 14 להנחיית הבדיקה המקדימה). כך, למשל, רשויות האכיפה מוסמכות לגבות הודעות ממעורבים, אך הן אינן מוסמכות לבצע חקירה באזהרה של הנבדק, לבצע עימותים או האזנות סתר – כמפורט בסעיף 15 להנחיית הבדיקה המקדימה. ברגיל, עניינים אלו נמצאים בסמכות הרשויות כשמדובר בחקירה. גביית גרסה מהנבדק או ביצוע פוליגרף לנבדק אפשרית כחריג, "בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, באישור היועץ

המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה" (סעיף 16 להנחיית הבדיקה המקדימה). כלומר, הנחיית הבדיקה המקדימה – שנועדה מלכתחילה לעזור לנבדקים במסגרתה – עשויה לעיתים לפגוע בזכויות הנבדקים ולמעשה להרע את מצבם של הנבדקים, מעל ומעבר למצבם לו הייתה מתבצעת חקירה ולא בדיקה מקדימה (וכמפורט לעיל בפסקה 2 לחוות דעתי).

הנחיית הבדיקה המקדימה אינה מתווה בפירוט את "קו הגבול" שבין בדיקה מקדימה לבין חקירה ומותירה שיקול דעת נרחב לרשויות, אשר כפי שעניין חמאן הוכיח, יצר תקלה חמורה. הדוגמא המתוארת בעניין חמאן מלמדת כי על הרשויות הרלוונטיות להקפיד היטב על אופן הפעלת שיקול דעתן בעניין הסדר הבדיקה המקדימה ועל יישום תקין של הנחיית הבדיקה המקדימה. זאת, הן כדי להגיע לחקר האמת והן כדי לשמור על זכויותיהם של הנבדקים במסגרת הבדיקה המקדימה.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ט"ז באדר התש"ף (12.3.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט