

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 2534/97

בג"צ 2535/97

בג"צ 2541/97

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש. לויין
כבוד השופט א. גולדברג
כבוד השופט ת. אור
כבוד השופט י. זמיר
כבוד השופטת ד. דורנר

העותרים בבג"צ 2534/97: 1. ח"כ יונה יהב
2. ח"כ יוסף ביילין

העותרים בבג"צ 2535/97: 1. ח"כ יוסי שריד
2. ח"כ אמנון רובינשטיין
3. ח"כ רן כהן
4. ח"כ ענת מאור
5. ח"כ נעמי חזן

העותר בבג"צ 2541/97: ח"כ פינס אופיר

נ ג ד

המשיבים: 1. פרקליטת המדינה
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. ראש ממשלת ישראל
4. שר המשפטים

בקשה למתן צו על תנאי ולמתן הוראות

תאריך הישיבה: ז' באייר תשנ"ז (14.5.97)

בשם העותרים בבג"צ 2534/97: עו"ד ר. חן
בשם העותרים בבג"צ 2535/97: עו"ד ד. הולץ-לכנר ועו"ד א. פלדמן
בשם העותר בבג"צ 2541/97: עו"ד ע. עצמון

בשם המשיבים 1-2: עו"ד ע. פוגלמן ועו"ד ש. ניצן

פסק-דין

השופט א. גולדברג:

1. כתבה ששודרה במהדורת החדשות של הערוץ הראשון, העלתה חשדות למעשים פליליים הכרוכים במינויו של עורך-דין רוני בר-און (להלן: בר-און), ליועץ המשפטי לממשלה. כתבה זו הביאה לפתיחת חקירה משטרתית נגד כל המעורבים בפרשת המינוי.

ביום 18.4.97 החליט היועץ המשפטי לממשלה (מר אליקים רובינשטיין) לאמץ את עמדתה של פרקליטת המדינה (גב' עדנה ארבל), אשר היתה, בין היתר, לסגור תיקי החקירה שנפתחו נגד ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, ונגד שר המשפטים, מר צחי הנגבי, מחוסר ראיות מספיקות נגדם. זאת על אף המלצתה של המשטרה להגיש כתב אישום נגד ראש הממשלה (בכפוף לחקירתו פעם נוספת), וכן נגד שר המשפטים בעבירה של מרמה והפרת אמונים, לפי סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז 1977-. גם בין צוות הפרקליטים בפרקליטות המדינה נפלו חילוקי דעות, בכל הנוגע לעמדה שעל הפרקליטות לנקוט, כשלדעת חלקם (בדעת מיעוט) מצדיקות הראיות הגשת כתבי אישום נגד ראש הממשלה ושר המשפטים.

2. החלטת היועץ המשפטי לממשלה הביאה להגשת שלוש העתירות שלפנינו. המבוקש בבג"צ 2534/97 הוא כי היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה יראו טעם מדוע לא יועמדו ראש הממשלה ושר המשפטים לדין, בהתאם להמלצת המשטרה; זו גם בקשתם של העותרים בבג"צ 2535/97, אשר הוסיפו בקשה כי נצהיר כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה "לוקה באי סבירות קיצונית ולפיכך דינה להתבטל"; ואילו לעותר בבג"צ 2541/97 שלוש בקשות: האחת, מופנית אל היועץ המשפטי לממשלה ליתן טעם מדוע לא יגיש כתב אישום נגד ראש הממשלה. השניה, מופנית אל ראש הממשלה עצמו, ליתן טעם מדוע לא יתפטר מתפקידו כראש ממשלה. הבקשה השלישית, שהיא חלופית לקודמותיה, היא כי תיק החקירה יוחזר למשטרת ישראל להשלמת חקירתו של ראש הממשלה, או כי נצהיר שסגירת תיק החקירה נגד ראש הממשלה היתה שגויה.

שמענו את שלוש העתירות כאחת.

3. השאלות המתעוררות בעתירות הנדונות מתמקדות בדיות הראיות שאספה המשטרה בחקירתה. לפיכך, מן הראוי שתתלבן תחילה השאלה העקרונית מה הם שיקוליו של תובע טרם שהוא מחליט על העמדת פלוני לדין, כשהשיקול של ה"ענין לציבור" שבהעמדה לדין ברור ומוכן מאליו (כבעניינו).

סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב1982-, קובע:

"ראה התובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט ענין לציבור".

הכלל העולה מסעיף זה הוא שאם "הראיות מספיקות לאישום" - יגש כתב אישום. החריג להעמדה לדין יחול רק אם "אין במשפט ענין לציבור". אולם סתם המחוקק ולא פרש מהי אבן הבוחן ל"ראיות מספיקות לאישום", ומתי יש לאמר שהראיות אכן מספיקות לאישום.

בהנחיות ה-Director of Public Prosecution באנגליה מצויה כיום הדרישה ל"סיכוי מציאותי להרשעה" (**a realistic prospect of a conviction**). דרישה זו החליפה דרישה קודמת של "סיכוי סביר להרשעה". על התובע באנגליה לבחון את כל הנתונים שבתיק החקירה, לרבות טענות ההגנה של הנאשם, ואף לבחון את מהימנות הראיות שבכוונתו להגיש לבית המשפט (ר' גביזון, שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק (תשנ"א) 175).

נראה, כי התפישה השלטת בארה"ב לגבי רף הראיות הנדרש לצורך הגשת כתב אישום, דומה במהותה למבחן האנגלי, ובעיקרו מבוסס הרף על אפשרות או ציפיה סבירה של הרשעה בבית המשפט (גביזון, שם, עמ' 184-186).

4. מהו המבחן שראוי כי ינקוט בו התובע הישראלי?

היתרון העיקרי של שיטת "האפשרות הסבירה להרשעה" היא בהקטנת מספר אישומי השווא. ואף אם בעצם העמדה לדין לא נפגעות זכויות היסוד של הנאשם, שומה על רשויות התביעה לנקוט משנה זהירות, טרם שהן מחליטות על העמדה לדין. העמדת אדם לדין אינה דבר של מה בכך, והשלכותיה קשות, אף אם בסופו של דבר יוצא הוא זכאי בדינו. והדברים ידועים. גישת "האפשרות הסבירה להרשעה" גם עולה בקנה אחד

עם עקרונות היסוד של המשפט המינהלי, שהרלבנטי שבהם לענייננו הוא חובתה של הרשות המינהלית להעמיד לנגד עיניה, בעת גיבוש החלטתה, את כל השיקולים הנוגעים לעניין (בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421). דינו של תובע אינו שונה בנדון זה מחובתה של כל רשות מינהלית אחרת, ואין כל הצדקה לראות בו חריג לכלל. גישת "האפשרות הסבירה להרשעה" מעניקה לתובע שיקול דעת ראוי גם בחיזוי תוצאות המשפט, אם יוגש כתב אישום, שהוא אחד מן השיקולים הנוגעים לעניין. שכן, יש בו, כאמור, לצמצם את מספר אישומי השווא.

הגישה המצדדת ברלבנטיות של שקילת סיכויי ההרשעה אף עולה מן הפסיקה. כך מוצאים אנו

בבג"צ 3425/94 (גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, שטרם פורסם):

"חזקה על היועץ המשפטי לממשלה ועל אנשי הפרקליטות, כי החלטה מעין זו מתקבלת לאחר בדיקה מעמיקה ועניינית של כל חומר הראיות ואגב עימות בין הודעות העדים השונים, והערכת מהימנותן הלכאורית ומשקלן היחסי.

דוק: גם אם קיים חומר ראיות לכאורה להגשת כתב אישום, עדיין יכול היועץ המשפטי להחליט להימנע מהגשתו, אם סבור הוא שסיכויי ההרשעה על פי החומר שברשותו מועטים המה".

ובדנג"צ 4742/93 (פרייברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 359) אמר השופט אור:

"במסגרת שיקוליו היועץ המשפטי רשאי לשקול גם את סיכויי הרשתות של מי שנגדו יוגש כתב אישום. אם הסיכוי לכך קלוש, הוא רשאי לשקול ולהחליט שאין טעם בהפעלת מנגנון התביעה ובהגשת כתב אישום לבית המשפט" (בעמ' 367).

"כך, למשל, ויתכן מקרה שבחומר הראיות שבידי התביעה תימצא ראיה שיש בה לכאורה להפיל חשוד, אך כשבוחנים את מכלול הראיות כולו, ניתן בנקל להגיע למסקנה שהראיה היא מפוקפקת והסיכוי להרשעה הוא אפסי. במקרה כזה, רשאי היועץ המשפטי לשקול ולהחליט שהפעלת מנגנון התביעה והעסקת בית המשפט על ידי הגשת כתב אישום, אינם רצויים ואינם ראויים" (בעמ' 368).

עמדה דומה בוטאה גם בעבר היותר רחוק, מפי הנשיא י. כהן:

"כשדיבר המחוקק בסעיף 62 על "ראיות מספיקות לאישום אדם פלוני" המצויות בחומר החקירה, הוא התכוון בעליל לקיומו של חומר ראיות, אשר יכול להביא להרשתתו של אדם בעבירה מסוימת.

יתר-על-כן, אפילו אם העובדות שבחומר שלפני התובע מגלות עבירה, אין להעמיד אדם לדין, אם על-פי החומר ברור לתובע שהנאשם יזוכה, כגון, אם העבירה התיישנה או אם עומדת לנאשם ההגנה שזוכה כבר פעם מהעבירה" (בג"צ 650/82, ידידיה בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 216).

(כן ראה בג"צ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו(5) 423, 436).

5. בכך לא הגענו לסוף הדרך. ההכרה בכך שבקביעת רף הראיות, יש בידי התובע לבחון את סבירות ההרשעה, עדיין איננה אומרת מתי יש לקבוע שאפשרות ההרשעה היא "סבירה".

עצם בחינת הסתברות ההרשעה פירושה התחקות גם אחר אופן החלטתו של **בית המשפט** במשפט. היינו, הסתברות סבירה להרשעה אין פירושה רק הסתברות סבירה כי על פי חומר הראיות אכן ביצע הנאשם את העבירה המיוחסת לו, אלא הסתברות סבירה שבית המשפט יפסוק שאין כל ספק סביר שהנאשם אשם בביצוע העבירה.

כדי לתאר מצב בו למרות קיומן של ראיות לכאורה, מוצדקת החלטת היועץ המשפטי לממשלה להימנע מהגשת כתב אישום, נקטו פסקי הדין שהבאנו לעיל במלים: "סיכויי הרשעה מועטים", "סיכוי קלוש להרשעה", "סיכויי אפסי להרשעה", וכן ש"ברור לתובע שהנאשם יזוכה".

אולם איני סבור כי המנעות מהגשת כתב אישום מוצדקת רק באותם מקרים קיצוניים. ייתכנו אף מצבים פחות קיצוניים בהם אין לחייב תובע להגיש כתב אישום, **בניגוד** להערכתו כי הנאשם יזוכה. הגשת כתב אישום, על אף שהתובע עצמו מעריך כי רב הסיכוי שהנאשם יזוכה על הסיכוי שישורשע בדין, איננה מצב תקין ורצוי. תוצאותיו של ההליך הפלילי, גם אם אינו מסתיים בהרשעה, גורליות מכדי שיעשה "ניסוי" בהגשת כתב אישום.

6. סבורני, על כן, כי כתב אישום אמור להיות מוגש באותם מקרים בהם משוכנע התובע כי קיים סיכוי סביר להרשעה. בכך מתקיים איזון ראוי בין הערכים שביסוד מטרותיו של המשפט הפלילי, לבין הערך של מניעת פגיעה שאינה הכרחית בחשוד ובמשפחתו.

את המסקנה כי קיים סיכוי סביר להרשעה, בידי התובע לקבל על פי בחינה כפולה של חומר הראיות הגולמי והערכת סיכויי ההרשעה על פיו. כפי שציין הנשיא ברק בבש"פ 8087/95 (זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133):

"ראיה לכאורה' היא מטבעה ראיה גולמית. היא טרם עברה את כור ההיתוך של ההליך הפלילי. אין כל אפשרות להכריע על פיה את אשמתו או חפותו של נאשם... 'ראיה לכאורה' היא אפוא ראיה אשר טמון בה פוטנציאל ראייתי, אשר יוצא מהכוח אל הפועל בעתיד, בסיום ההליך השיפוטי" (בעמ' 146).

והדברים שנאמרו בהמשך לגבי שיקולו של השופט בדונו בבקשה למעצר עד תום ההליכים, יפים, בהתאמה גם לגבי תובע:

"בית המשפט בוחן את השאלה אם מתוך מכלול חומר החקירה ניתן יהיה לשלוף בסוף ההליך השיפוטי תשתית עובדתית מרשיעה... מכל אלה יוצר לעצמו בית המשפט תמונה כוללת באשר לפוטנציאל הראייתי הטמון בחומר החקירה, כלומר, אם קיים סיכוי סביר שמחומר חקירה זה תצמחנה בסוף המשפט ראיות אשר תבססנה את אשמת הנאשם" (עמ' 148-149).

7. כל שאמרנו יפה הן לשועי ארץ והן לפשוטי עם. נקודת המוצא העקרונית היא שכל האזרחים שווים בפני החוק. שוויון הכול בפני החוק הוא כלל בל יעבור בשיטתנו המשפטית. עקרון השוויון "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698).

לעניין זה התייחס השופט ברק בבג"צ 935/89 (גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 512):

"הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה, ועל אמונה כי הן מקבלות החלטותיהן מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו, קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש: ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי".

והנשיא שמגר הוסיף (בעמ' 530):

"הסמכות להחליט על היעדר עניין לציבור צריכה להיות מופעלת על-פי עקרונות פעולה, המביאים בחשבון את האינטרס הכללי, שתקוים מדיניות סבירה והוגנת בלי העדפות או הפליות לרעה. על המדיניות האמורה לנטוע בלבו של הציבור אמון בכך -

(א) שכולם שווים בפני החוק;

...

תחושה של היעדר שוויון בהפעלת החוק חותרת תחת האמון שהציבור רוחש לרשויות המשפט".

ודוק, אי-שוויון בפני החוק אין משמעו רק הפליה לטובה, והפליה לרעה אף היא במשמע, ומובן הוא כי

השוויון נפגע גם כשמופעל כנגד אישי ציבור קריטריון מחמיר יותר בבדיקת קיומן של ראיות מספיקות לאישום.

דבריו של פרופ' קרמניצר:

"ראוי לדעת שהציבור נוטה לחשוד שאין נוהגים בחשודים שהם בני-מעלה או בני-טובים כפי שנוהגים בסתם חשודים של 'עמך'. אמון הציבור במערכת אכיפת החוק הוא נכס חשוב שלה. עם זאת, אין להפלות לרעה בני-מעלה בשל השיקול של 'מה יגידו'. אך יש להקפיד הקפדה יתרה שאכן לא יופלו לטובה (לאו דווקא מתוך רצון להפלותם, אלא כתוצאה לא-מכוונת של הטיפול המערכתי) ושאמת-המידה השיטתית הנוהגת בפועל תוצג לעיני כל באורח ברור ומשכנע" (מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים 2 (תשנ"ז) 173, 186).

8. בבג"צ 3094/93 (התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5)

404) לא הסכים בית המשפט לקבל את הטענה כי יש בכוחו של האינטרס ליציבות הממשלה והקואליציה כדי להשפיע על אופן הפעלת סמכותו של ראש הממשלה לפטר שר. זאת בעיקר נוכח המשקל הנכבד אשר יש לתת לאמון הציבור בשלטון. הוא הדין בחשש בדבר חוסר יציבות פוליטית עקב הגשת כתב אישום נגד ראש הממשלה, ובאפשרות לעיוות רצונו של הבוחר אם יתקיימו בחירות כתוצאה מהעמדתו של ראש הממשלה לדין, כשהאישום יהיה נושא במערכת הבחירות, שאין בהם לדחות את דין המשפט.

לא למותר לציין כי העקרון שכולם שווים בפני החוק, היה נר לרגליהם של היועץ המשפטי לממשלה

ופרקליטת המדינה, כעולה מן הכתובים ומדבריו של עו"ד ניצן בא כוחם המלומד של המשיבים.

9. עמדנו למעלה על משמעות התיבות "ראיות מספיקות לאישום" שבסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי.

אולם עד שנבוא לבחינת הראיות שבתיק הנדון, כפי שהן עולות מחוות דעתה של פרקליטת המדינה והחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, מן הראוי שנעמוד על ייחוד הבחינה של דיות הראיות על ידי התביעה, שעה שתיק החקירה מבוסס על ראיות נסיבתיות. שכן, הראיות בענייננו הן רובן ככולן ראיות מסוג זה.

10. כוחן הראייתי של ראיות נסיבתיות אינו נופל מכוחן הראייתי של ראיות ישירות, ועל אלה כאלה ניתן להשתית הרשעה בפלילים. עם זאת הליך הסקת המסקנה המפלילה מראיות נסיבתיות מורכב יותר. המסקנה המרשיעה מושתתת אז על שלושה שלבים: ראשית, קביעה שכל ראיה בפני עצמה הוכחה, וניתן להשתית עליה ממצא עובדתי. בשלב השני מגיע בית המשפט להיסק לוגי, על פיו קמה הנחה כי מסכת הראיות מסבכת את הנאשם בביצוע העבירה המיוחסת לו. בשלב השלישי מועבר הנטל אל הנאשם להביא ראיה או לספק הסבר "תמים" השוללים את ההנחה. הצליח בכך הרי הוא מזוכה, ולא - הוא מורשע.

השלב הראשון - בדומה להרשעה על סמך ראיות ישירות - מחייב קביעה בדבר אמינות הראיות. לצורך קביעה זו הובנו בהליך השיפוטי מספר מנגנונים, בהם החקירה הראשית והנגדית של עדים, ובנוסף לכך יש בידי בית המשפט להתרשם ישירות מן העדים, ובכללם הנאשם.

השלב השני הוא הסקת מסקנה מפלילה על יסוד הממצאים שנקבעו. מסקנה זו היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות, המבוססת על ניסיון החיים ועל השכל הישר. בהקשר זה חשוב לציין כי "אין זאת אומרת שכל ראיה נסיבתית בפני עצמה חייבת להספיק להרשעת הנאשם... המסקנה הסופית יכולה להתקבל מתוך צירופן של כמה ראיות נסיבתיות, שכל אחת מהן אינה מספקת בפני עצמה להרשעת הנאשם" (ע"פ 524/77 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 682, 685).

אם יש בתשתית הראייתית כדי לסבך את הנאשם בביצוע העבירה המיוחסת לו, כי אז עובר לשכמו הנטל לספק הסבר אלטרנטיבי לעובדות שהוכחו. תמציתו של השלב השלישי הוא, אם כן, בבדיקה אם הסברו של הנאשם מכרסם בהנחה המפלילה שקמה בשלב השני. על מהלך זה עמד השופט טירקל בע"פ 493/82 (חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 645, 651):

"כפי שאמרתי למעלה יוצרת מסכת זאת של עובדות ראיה לכאורה, כי המערער הוא שעשה את המעשה, כמסקנה סבירה לפי פשוטם של דברים. ראיה לכאורה זאת מטילה על כתפיו את החובה להביא ראיה או להמציא הסבר מתקבל על הדעת, שיש בהם כדי לבטל את כוחה המרשיע או שיש בהם, למצער, כדי להתיש את כוחה על-ידי הטלת ספק סביר. וכידוע, בהעדר אמון בהסברו של הנאשם, או בהעדר היגיון בתיזה התיאורטית שהוא מעלה, נשמט הבסיס הדרוש ליצירתו של ספק כזה."

ההסבר הנדרש מן הנאשם כונה על ידי הנשיא שמגר "הציר סביבו סובבת המתודיקה של ההרשעה

באמצעות ראיות נסיבתיות". לדבריו:

"התביעה מבקשת להציג את התיזה לפיה החשוד ביצע את הרצח ומביאה ראיותיה לכך. החשוד מציג את האנטי-תיזה, ומביא ראיותיו לכך. בית המשפט מעמת את התיזה עם האנטי-תיזה, ובוחן על דרך האלימנציה, האם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל, מעבר לספק סביר, קבלת גירסתו של החשוד. בחינת הראיות הנסיבתיות נעשית כמכלול בהתאם לנסיגת החיים והשכל הישר, שכן תמיד תיתכן ראיה אשר כשהיא לעצמה אין בה מאומה, אך כאשר היא מצטרפת לפסיפס הראיות הכולל עולה תמונת האירוע ומצטיירת באופן אשר אינו משאיר מקום לספקות סבירים" (מתוך ע"פ 497/92 עמוס נחון נ' מדינת ישראל, שטרם פורסם).

(ולעניין זה ראה גם ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565).

בסופו של יום, ההכרעה בדבר אשמתו או חפותו של הנאשם יסודה בבחירה בין הפרשנות שמציגה התביעה לעובדות ובין הפרשנות שמציג הנאשם. כלל הברירה קבוע בסעיף 34 כב לחוק העונשין, אשר לפיו "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר". מסעיף זה עולה שהמסקנה המפלילה מן הראיות הנסיבתיות חייבת להיות חד משמעית, במובן זה שהיא ההגיונית היחידה. כלומר, הראיות צריכות להיות שלובות זו בזו "כמו אותה רשת דייגים, שהדג לא יכול להימלט ממנה, אם היא אמנם שלמה ואין בה פרץ" (ע"פ 401/72 ויטפילד נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 813, 823). קיומה של מסקנה נוספת, שאיננה רחוקה ודמיונית, די בה כדי להקים ספק סביר, המספיק לזיכוי הנאשם.

11. כאן אנו מגיעים לשאלה כיצד משפיעה - אם בכלל - האבחנה בין שלושת השלבים בדיון שבבית המשפט על שיקוליו של התובע אם להגיש כתב אישום המבוסס על ראיות נסיבתיות. פועל יוצא מן הפיצול לשלבים עליהם עמדנו, כי גם החלטתו של התובע בשאלת דיות הראיות תהא מפוצלת להחלטות משנה: האחת, אם הראיות מספיקות לאישום מבחינת מהימנותן; השנייה, אם יש בכוחן להוביל את בית המשפט למסקנה המפלילה. היה והחליט כי יש להשיב על שתי השאלות בחיוב, כי אז עליו להחליט החלטה שלישית, מהי הסבירות לקבלת הסברו של הנאשם (אם ניתנה בחקירה) על-ידי בית המשפט.

ככל שהדברים נוגעים לשלב הראשון, אין מבחינת התובע הנדרש להחליט אם להגיש כתב אישום, כל הבדל בין תיק בו הראיות ישירות לבין תיק בו הראיות הן נסיבתיות. בשני המקרים מצויה בידו ראיה "גולמית" הצריכה לעבור את כור ההיתוך השיפוטי כדי לקבוע את מידת מהימנותה. הערכתו של התובע כיצד יתרשם בית המשפט מהעדים הינה לרוב בתנאים של אי וודאות, ולא ניתן לאמץ אמת מידה נוקשה להערכה זו.

לכאורה, שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בשלב השני. כלי העזר המרכזי המצוי באמתחתו של בית המשפט, הלא הוא ניסיון החיים והשכל הישר, מצוי גם בידי התובע. בכך מצטמצם הפער בין ההליך השיפוטי לבין ההעמדה לדין, ופוחתים תנאי אי הוודאות בהם נדרש התובע להחליט אם להעמיד לדין. היה מקום לאמר כי עקב כך ראוי לצמצם את מרחב הטעות המוקנה לתובע, בדרך של העלאת הרף לדיות הראיות. ולא היא. מרכז הכובד בהרשעה על סמך ראיות נסיבתיות הוא בשלב השלישי. מכאן, שמבחינתו של התובע הסברו של הנאשם (אם נתן הסבר בחקירתו), אף הוא בגדר ראייה "גולמית", הצריכה לעבור את מבחנו של בית המשפט. אמת המידה **העקרונית** בתיק המורכב מראיות נסיבתיות אינה שונה, על כן, מזו שבתיק המבוסס על ראיות ישירות. יישומה **המעשי** של אמת מידה זו בתיק המורכב מראיות נסיבתיות הוא שלהערכת התובע סביר הוא שבית המשפט ידחה את הסבר הנאשם.

12. משפרשנו כללית את נושא הגשת כתב אישום על סמך ראיות נסיבתיות, יש מקום לבחון את מאפייניה המיוחדים של העבירה בה מדובר, הפרת האמונים, שבסעיף 284 לחוק העונשין.

תיק חקירה בעבירה של הפרת אמונים מורכב, דרך כלל (ולו בחלקו), מראיות נסיבתיות. קיים קושי מעשי לגלות עבירות אלה, ובוודאי שקיים קושי להוכיחן בראיות ישירות. קושי זה נובע מכך שלאינטרס המשותף של כל המעורבים בעבירה להסוות את המעשה הפלילי מצטרפת העובדה שה"קורבן" בעבירה זו הוא הציבור בכללותו, ולא פרט מסוים. לכך מצטרפת העובדה כי העבירה של הפרת אמונים היא עבירת מסגרת, אשר יסודותיה העובדתיים אינם מוגדרים דיים. כתוצאה מכך מהווה האשמה המוסרית אחד המנגנונים לוויסות היקף התפרשותה של העבירה. הואיל ומרכז הכובד של העבירה הוא באשמתו המוסרית של הנאשם, יש ולצורך התגבשותה נדרש בית המשפט להתחקות אחר מניעיו של הנאשם. בכך נבדלת עבירת הפרת אמונים, בה יש שמניעיו של הנאשם מהווים חלק מהגדרתה, מעבירות מחשבה פלילית רגילה, אשר בהן המניע אינו חלק מיסודותיהן (אלא רק שיקול בגזירת הדין). על היחס בין עמימות היסוד העובדתי למורכבות היסוד הנפשי בהקשר המיוחד של עבירת הפרת אמונים, עמד פרופ' קרמניצר באומר:

"האלטרנטיבה של 'הפרת אמונים' היא בלתי מוגדרת באורח ספציפי מבחינה אובייקטיבית, בניגוד למה שנדרש ככלל בתחום דיני העונשין. יש טעם אפוא בדרישת מודעותו של העושה את אופייה הפסול של התנהגותו כדי להצדיק הטלת אחריות פלילית, נוכח החסר או הפגם שביסוד האובייקטיבי של העבירה" (מ' קרמניצר "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית" משפטים יג (תשמ"ד) 275, 284).

הוכחת יסוד נפשי הינה משימה מורכבת, ולא בנקל ניתן לחדור לנבכי נשמתו של האדם ולעמוד על צפונות ליבו. אי לכך, כאשר הרכיב ההתנהגותי מוגדר בעבירה, יש ובית המשפט, הנדרש לקבוע קיומה של מחשבה פלילית, מסתפק בחזקות עובדתיות, ויש שהוא נסמך על ראיות נסיבתיות. כאשר הרכיב ההתנהגותי עמום ובית המשפט נדרש להתחקות אחר מניעיו של הנאשם, אזי גובר הצורך להסתייע בראיות נסיבתיות. אולם בוודאי שלא ניתן לאמר כי בהעדרן של ראיות ישירות לא ניתן לבסס הרשעה בעבירה של הפרת אמונים.

13. מכאן לענייננו, ותחילה הערה. משהחלטנו (בניגוד לדעתי אותה הבהרתי בהחלטה שניתנה בנפרד) לדחות את בקשותיהם של העותרים לגלות את הדו"ח המסכם של המשטרה ואת "דעת המיעוט" בפרקליטות כי דיות הראיות מספקת כדי להגיש כתב אישום נגד ראש המשלה, עלינו לצאת מנקודת המוצא כי בחוות דעתה של פרקליטת המדינה ובהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בא לידי מיצוי חומר החקירה כולו. אין לנו אלא את שעינינו קוראות במסמכים האמורים, ועל פי תשתית ראייתית זו עלינו לנתח את המסקנות שנקבעו בהם.

14. בחוות דעתה מציינת פרקליטת המדינה (בעמ' 15) כי:

"שני מוקדים לפרשה: האחד, הטענה בדבר ההבטחה שקיבל חבר הכנסת דרעי מעו"ד בר-און, בין באופן ישיר בין באופן עקיף, כי ייטיב עמו בענייניו הפליליים, אם יתמנה לתפקיד. האחר, הטענה בדבר ההבטחה שקיבל חבר הכנסת דרעי מראש הממשלה, כי עו"ד בר-און אכן ימונה לתפקיד, מתוך ידיעה ברורה כי דרישתו של דרעי מכוונת כל כולה לסיפוק ענייניו כנאשם בפלילים, והטענה בדבר הלחצים שהפעיל דרעי על ראש הממשלה כדי להבטיח את המינוי. בחינת מעורבותו של כל אחד מן החשודים צריכה להתייחס, איפוא, לשני מוקדים אלה."

בהמשך חוות הדעת (בעמ' 19) אומרת פרקליטת המדינה:

"בבואנו לבחון אם מחומר הראיות שנאסף עולים חשדות פליליים נגד ראש הממשלה בפרשת בר-און, עלינו לבחון שלושה היבטים עיקריים מבחינת חלקו של ראש הממשלה במינוי בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. לגבי כל אחד מהם בנפרד, ולגבי כולם ביחד, יש לבחון אם מבססים הם חשד להתנהגות פלילית מצד ראש הממשלה בפרשה. שלושה היבטים אלה הם כדלקמן:

א. האם החלטת ראש הממשלה למנות את בר-און לתפקיד נתקבלה על בסיס שיקולים פסולים או על בסיס שיקולים לגיטימיים. כבר עתה נציין, כי מובן מאליו שאין בכוננתנו לדון בשאלה אם המינוי היה המינוי הטוב ביותר האפשרי אם לאו, שכן לשאלה זו אין חשיבות לצורך בחינת פליליות ההתנהגות. לא נדון בכך אלא במידה שיש בכך כדי לסייע לברור היסוד הנפשי של ראש הממשלה, שהתלווה לתהליך מינויו של בר-און כיועץ משפטי לממשלה.

ב. האם הובא לידיעת ראש הממשלה מידע המלמד על פסול שנפל בבר-און ובמועמדותו ואם כך היה, האם צריך היה מידע זה לגרום לעצירת המינוי לחלוטין או לפחות לעיכובו עד לבירור נכונות המידע.

ג. האם הביא ראש הממשלה לידיעת הממשלה את כל שעליו היה להביא לידיעתה בנוגע למועמדות בר-און לתפקיד היועץ.

להלן נדון בהיבטים אלה על פי סדר האירועים הכרונולוגי. עם זאת נציין, כי ההיבט המרכזי המעלה חשד לפלילים הינו ההיבט השני...".

האבחנה בין שני ההיבטים הראשונים היא זו: בהיבט הראשון, נבחנה האפשרות שמלכתחילה קידם ראש הממשלה את מינויו של בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה על בסיס שיקולים פסולים. דהיינו, כי קידום המינוי מתוך שאיפה לספק את רצונו של חבר הכנסת דרעי תוך מודעות לטיב מניעיו של האחרון, הוא שמהווה הפרת אמונים. בלשונה של פרקליטת המדינה:

"הדעה הסבורה כי יש מקום להגיש כתב אישום נגד ראש הממשלה, מעלה את הטענה, כי חומר הראיות מלמד שראש הממשלה פעל לבחירתו של עו"ד בר-און לתפקיד היועץ, בשל דרישה שהפנה אליו חה"כ דרעי, שביקש זאת כדי לקדם את ענייניו כנאשם בפלילים" (עמ' 23).

בהיבט השני נבחנה האפשרות שגם אם המינוי נעשה מטעמים ענייניים, הרי שקידומו - חרף מודעותו של ראש הממשלה לאפשרות שנרקם קשר פסול בין דרעי ובר-און - הוא שמהווה עבירה. בלשונה של פרקליטת המדינה:

"לכאורה, הובא כאן מידע חמור אודות קשר פסול בין בר-און לדרעי לידיעת ראש הממשלה. על בסיס עדות זו של אבי יצחק, כנדבך מרכזי, הוצע להשתית כתב אישום נגד ראש הממשלה" (עמ' 30).

לצד אפשרויות אלה נבחנה כאמור, גם אפשרות שלישית, והיא להגיש נגד ראש הממשלה כתב אישום בגין המנעותו מלציין בפני מליאת הממשלה את כל המידע על ההסתייגויות ממינויו של בר-און. אפשרות זו נדחתה מהטעם שגם אם תוכח כדבעי, אין הדבר מהווה עבירה פלילית. אף אנו לא נתייחס להיבט זה.

15. טרם שנבחן את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, ראוי להקדיש כמה מילים לשאלה אם החשדות שיוחסו לראש הממשלה אכן נכנסים לגדר העבירה של הפרת אמונים.

השאלה מתי הפעלה של סמכות שלטונית שלטונית בשיקולים זרים מגעת כדי עבירה פלילית היא שאלה קשה. מקורו של הקושי בהבחנה בין פגם מבחינת המשפט המינהלי, כלומר הפרת חובת ההגיונות והסבירות בהפעלת הסמכות, ובין הפעלת סמכות ההחלטה מטעמים המגיעים לכדי "הפרת אמונים" מבחינת החוק הפלילי. הדבר תלוי בנסיבותיו של כל עניין ועניין. אולם בוודאי שלא ניתן לדחות את הטענה כי אם מינוי אדם למשרה רמה כשל יועץ משפטי לממשלה בא **עקב** לחציו של נאשם בפלילים, כשיוזם המינוי, הלא הוא ראש הממשלה, מודע (או לפחות עוצם עיניו) לכך שמקור הלחצים הוא בהליכים הפלילים המתנהלים נגד אותו נאשם, כי אז חורג המינוי מגבולות פגם על פי המשפט המינהלי ומגיע עד כדי "הפרת אמונים" בחוק הפלילי.

במילים אחרות, אם **המניע** למינוי מבחינת ראש הממשלה היה **סיפוק רצונו** של חבר הכנסת דרעי, די במודעותו (או עצימת עיניו) של ראש הממשלה לטיב מניעיו של חבר הכנסת דרעי כדי להוות בסיס להרשעה בפלילים. כלומר, שלצורך גיבוש יסודות העבירה אצל ראש הממשלה בהיבט זה, אין כלל הכרח להוכיח שנקשר קשר פסול בין חבר הכנסת דרעי ובין בר-און. מכאן גם ברור מדוע אין חשיבות - במסגרת ההיבט הראשון - לשאלה אם ראש הממשלה "הפנים" את אזהרתו של עורך הדין אבי-יצחק בדבר קיומו של קשר כזה. חשיבותה של שאלה זו היא רק בהיבט השני עליו עמדה פרקליטת המדינה. שכן, העבירה לפי ההיבט השני היתה קמה רק אם בעת שקידם ראש הממשלה את מינויו של בר-און, אפילו על יסוד שיקולים ענייניים, הוא היה מודע לקנוניה בין חבר הכנסת דרעי לבין בר-און. נחה דעתנו כי אין תשתית ראייתית מספקת לכך, כמפורט בחוות דעתה של פרקליטת המדינה והחלטתו של היועץ המשפטי, ולפיכך נתמקד בהיבט הראשון.

16. מדוע נדחתה, אם כן, האפשרות להגיש כתב אישום נגד ראש הממשלה על פי ההיבט הראשון? נביא בקצרה את נימוקיה של פרקליטת המדינה לכך.

נקודת המוצא של פרקליטת המדינה בחוות דעתה היא שאין **ראיה ישירה** המצביעה על כך שראש הממשלה קידם את מינויו של בר-און על-מנת לספק את רצונו של חבר הכנסת דרעי. אומנם מצויה, בתיק החקירה עדותו של עורך הדין אבי-יצחק, אשר לפיה התבטא דרעי באזניו כי ראש הממשלה הבטיח לו למנות את בר-און, אולם "עדות זו הינה עדות שמיעה, ככל שהיא נוגעת לראש הממשלה, וממילא אין היא קבילה נגדו" (עמ' 23 לחוות הדעת).

בהעדר ראיה ישירה, בחנה פרקליטת המדינה את הראיות הנסיבתיות המצביעות על כך שהמניע למינוי בר-און היה רצונו של חבר הכנסת דרעי. פרקליטת המדינה אינה מכנה אותן בשם "ראיות נסיבתיות",

ומבכרת את הביטויים "תמיהות", "חשדות" ו"אינדיקציות". אולם ברור הוא - והדבר הוסכם על בא כוח המדינה בעת הדיון בעתירה - כי בראיות נסיבתיות עסקינן.

17. לפי המודל עליו עמדנו לעיל בדבר הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות, היה על פרקליטת המדינה לבחון שתי שאלות. האחת, אם יש במסכת הראיות הנסיבתיות כדי לסבך את ראש הממשלה בתיזה מפלילה, אשר לפיה קידם את מינויו של בר-און על מנת לספק את רצונו של חבר הכנסת דרעי, תוך מודעות לכך שהאחרון מעוניין במינוי מטעמים פסולים. שאלה זו עיקרה הוא, כאמור, בהיסק לוגי. זאת, כמובן, מתוך הנחה שהראיות הנסיבתיות, כשלעצמן, ניתנות להוכחה. השאלה השנייה, נוגעת לסיכויים כי הסברו האלטרנטיבי של ראש הממשלה למינוי בר-און יתקבל על-ידי בית המשפט.

18. נקדים ונציין כי שאלת מודעותו של ראש הממשלה למניעיו של חבר הכנסת דרעי לא לובנה עד תום בחוות הדעת של פרקליטת המדינה ובהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה. דומה, כי גישה זו נבעה מן התפישה שהנחתה אותם כי יש להוכיח מודעות לקיומו של קשר פסול בין חבר הכנסת דרעי לבר-און. זאת על אף שדי היה במודעות (או עצימת עיניים) של ראש הממשלה לציפיתו של חבר הכנסת דרעי שהמינוי יסייע לו בהליך הפלילי המתנהל נגדו.

19. בנוגע לשאלה הראשונה של ניתוח הראיות הנסיבתיות, הייתה נכונה פרקליטת המדינה לצאת מן ההנחה ש"נראה לכאורה, כי היה מניע נסתר למינוי". סברה זו נסמכה על הראיות הנסיבתיות הבאות (עמ' 26):

"לסיכום, כל התמיהות הללו מעוררות חשד, שמא המניע העיקרי לרצונו של ראש הממשלה למנות את בר-און נעוץ היה בטעם נסתר שראש הממשלה לא גילה. למסקנה זו הגענו, מכיוון שקשה לקבל שראש הממשלה החליט למנות את בר-און רק על סמך התרשמותו והמלצת שר המשפטים, שעה שאל מול שני אלה עומדות חוות דעת שליליות על התאמת בר-און לתפקיד - שהגיעו מכל עבר; שעה שמדובר במי שהעדים המעורבים מעידים כי לא ראו בו מועמד מהשורה הראשונה של עורכי הדין; שעה שמדובר באדם השייך למחנה אחר בתוך הליכוד (שהעומדים בראשו, אגב, לא תמכו במינוי בישיבת הממשלה); ועוד.

לפיכך נראה לכאורה, כי היה מניע נסתר למינוי".

על רקע הנחת קיומו של מניע נסתר נדרשה פרקליטת המדינה המלומדת לשאלה "האם יש בראיות אינדיקציות לזהותו של אותו מניע נסתר, והאם כמות הראיות, היכולות להצביע על מהות המניע הנ"ל, מספיקה להוכחתו במשפט פלילי" (עמ' 26). התיזה שהמניע הנסתר היה הרצון לספק את רצונו של חבר הכנסת דרעי מתיישבת, לדעתה, עם מספר "תמיהות" (שאינן, כאמור, אלא ראיות נסיבתיות), והן:

"א. אם אמנם דרעי היה יוזם המינוי, כי אז מצויה בכך תשובה לשאלה מי היה האיש שהעלה לראשונה את שמו של בר-און בלשכת ראש הממשלה. יתרה מזאת, אם כך היה, ברור גם מדוע מעדיפים כל המעורבים להסתיר את זהות הממליץ, שכן ברור לכל, כי מעורבות דרעי במינוי היועץ המשפטי לממשלה מטילה לפחות פגם, אם לא פליליות, על המינוי. בדומה, על פי תיזה זו, נראה כי זו הסיבה שבעטייה הוזמן בר-און לראיון כה יחודי בקלות כה רבה, למרות היותו מזוהה עם מחנה אחר בליכוד. לכאורה, הסיבה לכך היא, שהדבר נעשה לבקשת דרעי. בכך יכולה להמצא גם תשובה לשאלה מדוע לא חיפש ראש הממשלה ברצינות מועמדים אחרים לתפקיד ומדוע סומן בר-און מההתחלה כמועמד מוביל.

ב. אם אמנם דרעי קיבל החלטה שבר-און יזכה במינוי, כי אז מצויה בכך התשובה לשאלה המטרידה מדוע היה ראש הממשלה כה נחוש בהחלטתו למנות את בר-און, למרות כל חוות הדעת השליליות שניתנו על מועמדותו וכל ההמלצות שקיבל להימנע מהמינוי. בדומה, עובדה זו יכולה להבהיר מדוע ראש הממשלה לא הגיב בדרך כלשהי על המידע שקיבל מעו"ד אבי-יצחק, לפיו דרעי מעוניין במינוי. כמו כן, יכולה להמצא גם תשובה אפשרית לשאלה מדוע התעלם ראש הממשלה מהמידע (או מהשמועה) שהובא לידיעתו אודות קשר לא נאות בין דרעי לבר-און" (בעמ' 27).

נראה, כי על תמיהות אלה שציינה פרקליטת המדינה אפשר להוסיף גם פרטים שציינה במקומות אחרים בחוות הדעת. כך, לדוגמה, ציינה שתמוהה בעיניה העובדה שראש הממשלה לא ברר את פשר נסיונו של חבר הכנסת דרעי להסוות את רצונו במינוי בר-און באמצעות הפצת ידיעה שמועמדה של תנועת ש"ס הוא השופט טל (עמ' 26). עוד עמדה, בראשית דבריה, על פעילותו האינטנסיבית של חבר הכנסת דרעי לטובת מינוי בר-און (עמ' 24).

עוד ציינה לגבי שקילת מועמדותו של עו"ד אבי-יצחק כיועץ משפטי לממשלה, כי "אין זה מופרך להניח שלראש הממשלה היה יסוד לסבור כי דרעי עשוי להסכים למינוי חליפי זה, אין סתירה בין פעילותו לקידום מינויו של אבי יצחק לבין ההנחה שהיתה לו מחוייבות לדרעי בענין מינוי בר-און" (עמ' 28).

בסופו של דבר הגיעה פרקליטת המדינה למסקנה כי "התמיהות שהועלו לעיל תומכות בהשערה, שהמניע האמיתי למינוי, היה רצונו של דרעי בכך והסכמת ראש הממשלה לבקשתו" (עמ' 27). למסקנה זו הגיע גם היועץ המשפטי לממשלה בהחלטתו, וכך אמר:

"התמיהות הללו מעלות חשש שאותם השיקולים שעליהם מסר ראש הממשלה, אינם בלעדיים, וכי היה מניע נוסף לרצון למנות את עו"ד בר-און דוקא. אכן, קיים חשש ממשי שהמניע הזה הוא מניע פסול, רצונו של ח"כ דרעי שהשפיע ולחץ על ראש הממשלה בעניין זה" (עמ' 13).

לשאלת סבירות הסבריו של ראש הממשלה, נתנה הפרקליטה המלומדת את דעתה כבר במסגרת השאלה הראשונה. שכן, נכונותה להניח שקיים מניע נסתר, נסמכה על הקושי בקבלת המניע המוצהר של ראש הממשלה (ולעניין זה ראה עמ' 24-26, ובמיוחד הסיכום בעמ' 26 המובא לעיל).

ועל אף הפירוט בהסבריו של ראש הממשלה כתבה פרקליטת המדינה בסיכום הדברים:

"אם נבחן עתה את הצטברות החשדות כלפי ראש הממשלה, שבהם עסקנו בשלושת ההיבטים, הרי שמסקנתנו היא, כי אמנם קיים חשד ממשי לכך, שראש הממשלה הציע לממשלה למנות את עו"ד בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, רק, או בין היתר, כדי לרצות את חבר הכנסת דרעי, מתוך מודעות או עצימת עיניים לאפשרות קיומו של קשר פסול בין דרעי לבר-און. למסקנה זו הגענו, על סמך מכלול הנסיבות שפורטו לעיל. עם זאת, על פי הראיות שנאספו, לא נראה כי ניתן להוכיח מעבר לכל ספק סביר, כי ראש הממשלה הביא את המינוי לאישור הממשלה רק, או בעיקר, עקב בקשת או דרישת דרעי, שרצה במינוי מטעמים פסולים ואישיים, מתוך מודעות או עצימת עיניים לכך".

היועץ המשפטי לממשלה, בהחלטתו המנומקת, אימץ את מסקנותיה של פרקליטת המדינה, וכתב:

"התוצאה היא כי ישנם חשדות בנושא דנן, הבאים לידי ביטוי בחומר החקירה, אך אין הם מגיעים לכלל ראיות מספיקות, בראש וראשונה במישור המודעות הנחוצה. קיבלתי את המלצתה של פרקליטת המדינה, על יסוד טעמיה והאמור לעיל, לסגור את תיק החקירה נגד ראש הממשלה".

21. כאן אנו באים לשאלת היקף התערבותו של בית משפט זה בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין מן הטעם הנעוץ בדיות הראיות.

דומני, כי פסיקת בית המשפט בנושא זה ברורה: "אין על בית משפט זה, דרך כלל, להעמיד במבחן הביקורת השיפוטית את החלטת המשיב (היועץ המשפטי לממשלה - א.ג.) בדבר דיות חומר הראיות" (בג"צ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, שלא פורסם). ההתערבות "תהא מצומצמת מאד" "נדירה", ובמקרים בהם מסקנותיו של היועץ המשפטי בדבר משקל הראיות בלתי סבירות בעליל (בג"צ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356, 368; בג"צ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, שטרם פורסם; בג"צ 806/90 הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(4) 797, 799). מכאן ברור, כי לא כל טעות בשקילת הראיות הינה בגדר חוסר סבירות באופן קיצוני, אלא רק טעות מהותית, ברורה ומשמעותית.

למעשה, אין בכלל האמור סטייה מהיקף התערבותו של בית משפט זה בהחלטה של כל רשות מינהלית אחרת. שהרי מסקנה בלתי סבירה באופן קיצוני של היועץ המשפטי לממשלה, כמוה כסטייה חמורה מסטנדרט הסבירות בהחלטה של כל רשות שלטונית, שיש בה להצדיק את התערבותו.

הוא שנאמר בבג"צ 6781/96 הנ"ל:

"בית משפט זה נדרש לא אחת לשאלת היקף הביקורת השיפוטית על החלטת היועץ המשפטי לממשלה **שלא** להעמיד אדם לדין. בעניין זה נאמר כי 'קיימת זהות בין העילות לחוסר תקיפותו של שיקול-דעת מינהלי בדרך כלל, לבין העילות לחוסר תקיפותו של שיקול-דעת היועץ המשפטי לממשלה. אכן לא סביר הוא ליצור מערכת דינים מיוחדת באשר לתוקף החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה' (מתוך בג"צ 935/89 הנ"ל בעמ' 528). ברוח זו נקבע, כי כשם שכל שיקול דעת מינהלי נפגם עקב חוסר סבירות קיצוני שמתגלה בו, כך גם שיקול דעת כזה של היועץ המשפטי לממשלה".

אך מובן הוא, כי הכלל האמור בדבר מידת ההתערבות, נובע מן העקרון כי בית המשפט אינו ממיר את שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשיקול דעתו שלו. שאם לא כן יסיג בית המשפט את גבולו של היועץ המשפטי לממשלה ויהפוך עצמו ל"יועץ משפטי על" ולמעין "שופט חוקר".

אכן, יש שההכרעה אם החלטת היועץ המשפטי לממשלה לוקה בחוסר סבירות קיצוני אינה קלה. שהרי "אין פתרון נכון אחד באשר למה שמצוי בתוך המיתחם ולמה שמצוי מחוצה לו. קיים תחום אפור נרחב בין המיתחם פנימה לבין המיתחם החוצה. המיתחם עצמו נע, איפוא, בין נקודות מספר" (א' ברק, שיקול דעת שיפוט, (תשמ"ז) בעמ' 179). אולם ברור הוא, כי כל עוד מצויה סבירות ההחלטה ב"תחום האפור" לא יתערב בית המשפט בהחלטה.

22. סבורני, כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה ועמדת פרקליטת המדינה בכל הנוגע לראש הממשלה, אכן מצויה ב"תחום האפור".

הצבענו לעיל על הדרך בה צריכה היתה להבחן שאלת דיות הראיות לעניין סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי, כאשר התיק מורכב מראיות נסיבתיות. השאלה הראשונה שיש לשאול היא אם הראיות הנסיבתיות מסבכות את הנאשם במעשה הפלילי. לאמור, אם הראיות הנסיבתיות מצביעות על כך שראש הממשלה מינה את בר-און על מנת לספק את האינטרס האישי של חבר הכנסת דרעי כנאשם במשפט פלילי. אם כן, כי אז באה

השאלה השנייה שיש לשאול, והיא אם סביר שהסבריו של ראש הממשלה למינוי בר-און (המלצת שר המשפטים והתרשמותו האישית) יתקבלו על דעת בית המשפט.

מה השיבה פרקליטת המדינה על השאלה הראשונה? לדבריה, קיימת "השערה" הגיונית, "מסקנה סבירה", ואפילו "חשד ממשי", אשר לפיהם "המניע האמיתי למינוי היה רצונו של דרעי במינוי זה" (עמ' 27-28). מדברים אלה ניתן, לכאורה, ללמוד על הכרה בכך שקיימת אפשרות כי התביעה תעבור בבית המשפט את משוכת המסכת המסוכנת, וכי הנטל להביא הסבר תמים לראיות ירבוץ לפתחו של ראש הממשלה.

אשר לשאלה השנייה, דומה כי עמדתם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה, היא כי הסבריו של ראש הממשלה לא הניחו את דעתם, וכי אף אם נקבלם יותר סרח עודף של ראיות נסיבתיות ללא הסבר. כך, לדוגמא, מצינו (בעמ' 25) אמירה לפיה התמיהה שהעלתה שיכחת זהותו של הממליץ על בר-און נותרה ללא מענה. פרקליטת המדינה הגדירה כ"מטרידה במיוחד" את השאלה כיצד רואיין בר-און על ידי ראש הממשלה בשלב מוקדם כל כך בהיותו חבר מחנה אחר בליכוד, זיהוי אשר "הפריע לו להתקבל אפילו לראיון אצל ליברמן, וזאת עת דובר להתמנות למשרה חשובה הרבה פחות". כיוון, שהסברי ראש הממשלה לא יכלו להסביר תמיהה זו, עלה אצל הפרקליטה החשד "כי היה נימוק אחר - שראש הממשלה לא מסרו לחוקרים - שהוביל להזמנת בר-און לאותו ראיון". במקום אחר מצינית היא שדבקו של ראש הממשלה במינוי בר-און למרות חוות הדעת השליליות שקיבל "מעוררת פליאה, המחזקת את החשד, כי מלבד שני המניעים הגלויים שעליהם הצהיר ראש הממשלה היה מניע נסתר נוסף שדחף למינוי".

הפיחות בסבירות המניע המוצהר, הוא שעמד ביסוד ההכרה בקיומו של מניע נסתר (עמ' 26). פרקליטת המדינה מצאה איפוא כרסום בהסברי ראש הממשלה. אולם מסקנתה היתה כי הראיות "אינן מספיקות להוכחת החשד הממשי הזה במשפט פלילי" (עמ' 28).

23. אכן, לדעת פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי לממשלה מביאות הראיות הנסיבתיות ל"מסקנה סבירה" ל"חשש ממשי", ואפילו ל"חשד ממשי" כי המניע האמיתי למינויו של בר-און היה פסול. אולם נראה כי לדעתם לא מספקת עוצמת כלל הראיות הנסיבתיות כדי להביא למסקנה חד משמעית, שהיא גם המסקנה ההגיונית היחידה, בדבר מניע פסול. נוכח דעה זו ולאור אמת-המידה שפותחה בפסיקה להרשעה על סמך ראיות נסיבתיות (כמוסבר לעיל) אין לראות את הערכתם את סיכויי ההרשעה כבלתי סבירה באופן קיצוני.

ניתן לחלוק על מסקנתם זו של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה, וניתן אף להגיע למסקנה אחרת, אולם לא ניתן לומר כי מסקנתם חורגת ממתחם הסבירות באופן קיצוני.

מטעם זה איני רואה מקום להתערבותנו בהחלטה שלא להעמיד לדין את ראש הממשלה. נוכח מסקנותיהם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה אין גם כל יסוד ליתר בקשותיהם של העותרים בעתירותיהם.

24. אשר לשר המשפטים. הקביעות שקבעה פרקליטת המדינה לגביו הן כי הוא "תמך מצידו במועמדותו של בר-און מטעמיו הוא, ויש ראיות לכך שנודע לו על העניין שיש לדרעי בבר-און רק קרוב למועד מינויו של בר-און" (עמ' 5). "אין חולק, ששמו של בר-און כמועמד לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה לא הועלה על ידיו של שר המשפטים לראשונה" (עמ' 8), והוא לא היה יוזם הרעיון למנות את בר-און לתפקיד (עמ' 36). "ישנה תמימות דעים כי לא היה זה שר המשפטים שהביא את שמו של בר-און לידיעת ראש הממשלה" (עמ' 19). "הן ראש הממשלה והן השר מאשרים כי שמו של בר-און הוצג על ידי ראש הממשלה (או מי מטעמו) בפני השר ולא ההיפך" (עמ' 20). בסיכום נקבע בחוות הדעת כי "התנהגותו של שר המשפטים אינה מגיעה כדי עבירה פלילית". כנגד מסקנה זו לא שמענו כל טענה מפי באי כוחם המלומדים של העותרים, ואף הייתי מוסיף כי למעשה הם זנחו את העתירות ככל שהן נוגעות לשר המשפטים.

אין האמור לעיל, מתייחס, כמובן, לדעתה של פרקליטת המדינה כי יש בהתנהגותו של שר המשפטים בישיבת הממשלה משום "חריגה מנורמות התנהגות תקינות" (עמ' 47).

מהטעמים האמורים הייתי דוחה את העתירות.

שׁוֹפֵט

השופט ת' אור:

1. אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט גולדברג, על פיו אין מקום להוצאת צו על תנאי בעתירות שבפנינו. לצורך הבהרת מסקנתי אני מבקש להוסיף מספר הערות.

2. א. הערה הראשונה היא בעלת אופי עקרוני, והיא נוגעת להיקף ההתערבות השיפוטית בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. הכל מסכימים, שהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה בענין

העמדה לדין פלילי אינן חסינות מפני ביקורת שיפוטית. עוד מוסכם, שאחת מן העילות לביקורת שיפוטית של החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה היא חוסר סבירות קיצוני של החלטתו (ראו בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, בפיסקאות 47-48 לפסק דינו של השופט ברק).

ב. שאלה אחרת היא, כיצד מופעלת עילת התערבות זו ביחס להחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. הלכה פסוקה היא, כי בגידרה של עילת הסבירות, חל העיקרון בדבר קיומו של "מיתחם סבירות" לפעולתה של הרשות המוסמכת. במיתחם זה, קיימות כמה החלטות אפשריות בענין פלוני, אשר כולן חוקיות. השופט ברק מציין לענין זה, כי:

"הבחירה בין אפשרויות אלה תעשה על ידי הרשות המוסמכת, ולא על ידי בית-משפט. זהו הביטוי לעיקרון הפרדת הרשויות ולסובייקטיביות של שיקול הדעת המינהלי... הרשות המוסמכת אינה רשאית לבחור בכל אופציה הנראית לה כראויה; היא אינה רשאית לקבוע כי בכל מקרה שנראה לה מתקיים המבחן שנקבע בחוק. הרשות המוסמכת מוגבלת על ידי מבחן שנקבע על ידי הרשות המחוקקת ופורש על ידי הרשות השופטת והיא מתוחמת על ידי מרכיבו של מבחן זה. אך במסגרתו של מבחן זה פנימה, ניתן לה לעתים חופש הבחירה, בין מספר אפשרויות, אשר מקיימות את דרישות המבחן. בעריכתה של בחירה זו בא לידי ביטוי שיקול הדעת הסובייקטיבי של הרשות המוסמכת. הבחירה היא שלה, ולא של זולתה. זה כוחה, וזו אחריותה".

(בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, בפיסקה 13; ראו גם בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 42-43).

מיתחם הסבירות מתווה את התחום בו החלטת הרשות תהיה סבירה, במובן זה שלא קמה עילה להתערב בהחלטה. אך תחום פרישתו של מיתחם זה אינו אחיד. הוא עשוי להשתנות בהתאם לנסיבותיו של מקרה נתון. הוא נגזר מטיב הענין העומד לדיון. הוא נגזר מטיב הערכים הפועלים בענין נתון. אומר על כך השופט ברק בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, בפיסקה 38 לפסק דינו, כי:

"גבולותיו של מיתחם הסבירות נקבעים על פי האיזון הראוי שבין האינטרסים והערכים השונים הנאבקים על הבכורה, ובעיקר האינטרס והערכים של הפרט מזה והאינטרס והערכים של הציבור מזה. האינטרסים והערכים הרלבנטיים נקבעים על פי המטריה הרלבנטית שבמסגרתה נבחנת הפעולה ועל רקע עקרונות היסוד של השיטה...".

בהתאם לגישה זו, הובאה בחשבון, בהתוויתו של מיתחם הסבירות, חשיבותה של הזכות אשר עמדה על הפרק. כך, לדוגמה, נפסק כי מתחם הסבירות, אשר בגידרו רשאית רשות השידור לקבל החלטות המגבילות את חופש הביטוי, הוא צר (בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, בפיסקה 19 לפסק דינה של השופטת דורנר).

על פי אותו קו מחשבה, ייחסה הפסיקה חשיבות, בקביעת היקפו של מיתחם הסבירות, לאופיו של הגוף העומד לביקורת שיפוטית, ולמעמדו החוקתי. קו מחשבה זה מעוגן בכך, שעילת הסבירות אינה עילה ערטילאית. אמנם, בהפעלתה אין בית המשפט עושה סובייקטיביזציה מוחלטת של הרשות המינהלית (בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, בפיסקה 7). אין הוא בוחן את סבירותו של שיקול הדעת על פי נתוניו וכישוריו של האדם המסויים, אשר הופקדה בידי סמכות פלונית. אך בהתוויתו של מיתחם הסבירות לפעולת הרשות נותן בית המשפט משקל וחשיבות למאפייניה המוסדיים של הרשות העומדת לביקורת. הוא מביא בחשבון את טיבה ומהותה של אותה רשות. הוא מביא בחשבון את תפקידה של רשות זו ואת מעמדה במערך המשטר הדמוקרטי. עומד על כך הנשיא שמגר בבבג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, בעמוד 557:

"בית המשפט בוחן אם נושא המשרה פעל כפי שנושא משרה שכמותו ראוי היה לו לפעול. בית המשפט אינו שם עצמו במקום הרשות כדי להחליט מה היה מחליט לו היה במקומה אלא מתערב רק כאשר הוא סובר כי אף רשות סבירה, במעמדה המוגדר, לא היתה יכולה להגיע למסקנה אשר אליה הגיעה. מתחם הסבירות אשר על החריגה מתוכו המדובר כאן הוא כאמור מתחם שמידותיו נקבעים בהתחשב עם מעמדה של הרשות השלטונית ואופי סמכויותיה. קרי, בהפעילו סמכותו פועל בית המשפט, גם תוך התייחסות לכך מהי הרשות החוקתית כלפיה מופעלת הבקורת השיפוטית. ממילא שלובה לתוך המסגרת הנורמטיבית של הבקורת של שיקול הדעת גם התייחסות לאופי ולמהות תפקידה של אותה הרשות מרשויות השלטון אשר ענינה נמצא אותה שעה בבדיקה בבית המשפט" (ההדגשה הוספה).

(וראו גם בדומה את דבריו של חברי, השופט זמיר, בבג"צ 2624/97 ואח' עו"ד רונאל ידיד נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), בפיסקה 8 של פסק הדין).

בהתאם לגישה זו נקבע, לדוגמה, כי בקביעת מיתחם הסבירות לפעולתה של רשות ניירות ערך, יש לייחס משקל לכך שמדובר ברשות מקצועית על פי דין (דברי הנשיא שמגר בע"א 5320/90 א' צ' ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, 837). באופן דומה, קבע בית המשפט, בהתייחסו לסמכותה של הכנסת להסיר חסינות של חבר הכנסת, כי "אפיו הפוליטי של הגוף עשוי להשפיע על היקף

השיקול שמותר לו לקחת בחשבון ועל האופציות העומדות לרשותו". (פסק דינו של השופט ברק בבג"צ רסלר הנ"ל, בעמוד 478; ראו גם בג"צ 1843/93 פ"ד נ' כנסת ישראל, דינים עליון לט 26, בפיסקה 36). ברוח זו ציינתי, בבג"צ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485, 497, כי בבחינת החוקיות של החלטת ממשלה, יש להתחשב באופיה, במהותה ובמעמדה הרם כרשות המבצעת של המדינה.

ג. כיצד באים דברים אלה לידי ביטוי בהתייחס להחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה? "מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כמי שעומד בראש התביעה הכללית, ובשל סמכויותיו הרחבות הנוספות, הוא מיוחד" (דברי בבג"צ 6009/94 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מח(5) 573, 584). היועץ המשפטי לממשלה הוא אדם הכשר להתמנות לשופט בית המשפט העליון (ראו הודעה על קביעת הדרכים והתנאים למינויו של יועץ משפטי לממשלה, ילקוט הפרסומים 772, ה' בתמוז תש"ך, בעמוד 1690). הוא נהנה מעצמאות רבה בהחלטותיו בענין העמדה לדין, בהיותו הרשות אשר המחוקק מסר בידיה את האחריות להגנה על האינטרס הציבורי בתחום זה (ראו דו"ח וועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, פורסם בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים, 1993), 421, 426). על רקע זה, תואר היועץ המשפטי לממשלה כ"אחד המוסדות המרכזיים המופקדים על שלטון החוק במדינה" (הערת פרופ' זמיר בספר קלינגהופר הנ"ל, בעמוד 419). על מעמדו וכישוריו המיוחדים של היועץ המשפטי לממשלה עומדה פרופ' גבזון בסיפורה שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (ירושלים, 1991), בעמוד 294, באמרה כי:

"היועץ המשפטי לממשלה הינו אדם שצריכים להיות לו הכישורים של שופט בית המשפט העליון. מבחינת תפישת התפקיד, הוא אדם שצריך להיות מסוגל לטפל בשאלות לא רק מתוך הראיה הצרה של ראש מערכת התביעה, אלא גם מתוך ראייה רחבה יותר של הסדר והעניין הציבורי. הוא אמור להיות מסוגל לשקלל את האינטרסים של אכיפת החוק עם פגיעות אפשריות בזכויות הנאשמים, ולראות זאת כתפקידו לשמור על שלטון החוק ועל שוויון בפני החוק ...

למרות היותו ממונה על ידי הממשלה, ולמרות שזו יכולה לפטרו באמצעות מינוי אדם אחר לתפקיד, נהנה היועץ המשפטי לממשלה מעצמאות רבה בתפקידו כאחראי על הפעלת המערכת של אכיפת החוק הפלילי. את הסמכויות המסורות לו הוא זכאי וחייב להפעיל באופן עצמאי ומקצועי, ואין הוא כפוף בהפעלתן להוראות הדרג המדיני.

היועץ המשפטי לממשלה הוא, אם כן, עובד מדינה מסוג מיוחד. חובתו להפעיל רק שיקולים מקצועיים מלווה ונתמכת בחוסר כפיפות מינהלית למישהו מן הדרג המבצע או מבין עובדי המדינה האחרים."

והיא מסכמת ענין זה במאמרה "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות"

פלילים ה' 27, 34, באמרה כ':

"מעמדו של היועץ המשפטי בשיטתנו הוא של איש מקצוע בכיר ביותר, שמקורות סמכותו - בכל תפקידיו - הם מקצועיותו, יושרו ועצמאותו. בשל כל אלה, אנו מפקידים בידיו סמכויות שלטוניות ותפקידים הקשורים בפירוש, יישום והפעלה של החוק".

דברים אלה יפים במיוחד כשמדובר בתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה כאחראי על התביעה הכללית של ישראל, וכמי שמופקד על החלטות בדבר העמדה לדין. יש לזכור, כי ההחלטה האם יש בענין פלוני די ראיות לצורך העמדה לדין - ההחלטה העומדת במוקד הדיון בענייננו - מצויה בגרעין הקשה של סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה. זו ההכרעה היסודית אשר עליו לעשות על פי החוק, בהחליטו אם לעשות שימוש בסמכותו להגיש כתב אישום (ראו סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב 1982-). בתוך כך, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהחליטו אם להגיש כתב אישום, להעריך את תוצאותיו הצפויות של משפט אם יערך, ואת הסיכויים להרשעה (ראו פסקה 10 לפסק הדין בבג"צ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם)). הוא רשאי להידרש גם למידת המהימנות שעשוי בית המשפט לייחס לראיות ולסיכוי, שעל אף קיומן של ראיות לכאורה, הנאשם יזכה בסיומו של ההליך (בג"צ 3846/91 עו"ד פינחס מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו(5) 423, 436; ראו גם בג"צ 653/94 יהודה נ' היועץ המשפטי לממשלה, תקדין עליון 94(2) 1235, בפסקה 2 לפסק הדין). אין טעם בהפעלת מנגנון התביעה ואין טעם בפגיעה בפרט הנגרמת על ידי עצם ההעמדה לדין, אם בסופו של ההליך אין סיכוי סביר שאותו פרט יורשע בדינו. המדובר הוא בשאלה מובהקת של הערכה - עובדתית ומשפטית. מעצם טיבה, ייתכנו לגבי החלטה מעין זו עמדות והערכות שונות. בהפעילו את שיקול דעתו בעניין זה, נשען היועץ המשפטי לממשלה על ידע, מקצועיות וניסיון, כלים המסייעים בידו להעריך את תוצאות ההליך המשפטי, אם יחליט על קיומו. בזכות כלים אלה העומדים לרשותו נמסרה בידו הסמכות, רבת החשיבות, להחליט על העמדה לדין. עולה מכך, כי שיקול הדעת המסור ליועץ המשפטי לממשלה לענין זה הוא רחב.

ד. לדעתי, ממכלול שיקולים אלה מתחייבת המסקנה, כי יש מקום להכיר בקיומו של מיתחם סבירות רחב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה בדבר דיות הראיות לצורך העמדה לדין. יש ליתן בהקשר זה את המשקל הראוי למעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה. יש ליתן ליועץ המשפטי לממשלה את האשראי הנובע ממעמדו וכשירותו המיוחדים, ולהניח כי "החלטה מעין זו מתקבלת לאחר בדיקה מעמיקה

ועניינית של כל חומר הראיות ואגב עימות בין הודעות העדים השונים, והערכת מהימנותן הלכאורית ומשקלן היחסי" (דברי השופט בך בבג"צ 3425/94 הנ"ל). יש להביא בחשבון, כי הסמכות להגיש כתב אישום היא, על פי החוק, ליועץ המשפטי לממשלה, וכי שיקול הדעת הנתון ליועץ המשפטי לממשלה בענין זה הוא נרחב.

כפועל יוצא מכך - נטייתו של בית המשפט להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה בנושא זה תהיה מצומצמת ביותר. במובן זה, יש לדעתי ייחוד בהיקף ההתערבות בפועל של בית המשפט בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, ביחס להיקף ההתערבות בהחלטות של רשויות לא מעטות אחרות. אני סבור כי הלכה למעשה, מיתחם ההתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי בעניינים אלה הוא צר.

אכן, בידי בית משפט המפקח על פעילותו של היועץ המשפטי, קיימים אותם כלים כמו ליועץ המשפטי לממשלה לבדיקת חומר ראיות, ולקביעה אם יש בו די כדי להצדיק העמדה לדין. אך כפי שנאמר לא אחת, בית המשפט אינו "יועץ משפטי על", ואל לו ליטול לעצמו את תפקידו של היועץ המשפטי ולהחליט מה היה עושה הוא במקום היועץ המשפטי. אם החלטתו של היועץ המשפטי הינה החלטה אפשרית מבחינת סבירותה, די בכך כדי שבית המשפט ימשוך ידו מהניסיון לקבוע מה היה הוא מחליט, לו ההחלטה בדבר העמדה לדין היתה בידו.

4. הערתי השניה מתייחסת למקרה המסויים שבפנינו. דומה, כי לא ימצא חולק כי המקרה שבפנינו הוא דוגמא מובהקת לקיומה של בדיקה "מעמיקה ועניינית" של חומר הראיות, אליה התייחס השופט בך בבג"צ 3425/94 הנ"ל. מן החומר עולה בבירור, כי בגיבוש המסקנות בענייננו נערכה עבודת הכנה מקיפה ויסודית, תוך שיתופו של צוות נרחב של פרקליטים בעזרה ובייעוץ. הושקעה עבודה רבה בניתוח ועיבוד חומר הראיות, ובהתוויה שיטתית של מערך השיקולים אשר הוביל להמלצותיה של פרקליטת המדינה, אשר נתקבלו על ידי היועץ המשפטי לממשלה. ניכרת בהנמקותיהם של פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי ירידה לפרטים וכן התלבטות והתחבטות, אשר מצאו ביטויים בהבהרת התשתית העובדתית כולה, ובהתייחסות להשלכה שיש לעובדות הצריכות לעניין על התוצאה הסופית. היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה אף טרחו וקיימו פגישה אישית עם עד התביעה המרכזי, עו"ד דן אבי יצחק, על מנת שיוכלו ללמוד ממקור ראשון על תוכנה ומשקלה של עדותו, ועל בסיס זה לקבל הכרעה שלמה ומושכלת לענין ההעמדה לדין. לתוצאות פגישה זו היה משקל בקביעת עמדתו הסופית של היועץ המשפטי לממשלה.

עיינתי היטב בנימוקיהם של פרקליטת המדינה ושל היועץ המשפטי לממשלה לאי הגשת כתב אישום נגד ראש הממשלה מר נתניהו. לא אחזור ואפרט את חומר הראיות שנאסף, כפי שהוא מפורט בנימוקיהם של פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, חומר ראיות בו דן חברי השופט גולדברג בפירוט. היועץ המשפטי

לממשלה ופרקליטת המדינה סברו כי מן הראיות הנסיבתיות שבחומר זה, יחד עם עדותו הישירה של עו"ד אבי יצחק לגבי דברים שאמר לראש הממשלה, לא עולות העובדות הנדרשות לצורך ביסוסו של כתב אישום נגד ראש הממשלה, וזאת להבדיל מהשערות, תמיהות וחשדות. על רקע זה מסקנתם היתה, כי "יקשה מאד להוכיח במידת הוודאות המספקת במשפט פלילי" את העובדות הנדרשות לצורך הרשעה.

יתכן ועל פי חומר ראיות זה ניתן היה להגיע גם לתוצאה אחרת, אשר היתה מצדיקה הגשת כתב אישום נגד ראש הממשלה. ההערכה של סיכויי ההרשעה על פי חומר זה אינה קלה ואינה חד משמעית. ההחלטה בעניין זה, כמו גם האחריות לה, היא של היועץ המשפטי לממשלה. משהגעתי למסקנה, כמו חברי השופט גולדברג, שהחלטתו היא אחת ההחלטות הנופלות במיתחם הסבירות, די בכך כדי שבית משפט זה יימנע מלהתערב בהחלטתו.

מטעמים אלה, והואיל ומקובלים עלי נימוקיו ומסקנתו של חברי השופט גולדברג בעניין ההחלטה הנוגעת לשר המשפטים מר הנגבי, מצטרף אני למסקנתו כי אין מקום להוציא צו על תנאי בעתירות שבפנינו.

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיא ש. לוי:

אני מסכים לדחיית העתירות כאמור בפסק דינו של חברי הנכבד השופט גולדברג וכן להערוותי הנוספות של חברי הנכבד השופט אור.

המשנה לנשיא

השופט י. זמיר:

אני מסכים לפסק הדין של חברי השופט גולדברג ולהערות של חברי השופט אור.

השופט ד' דורנר:

לדעתי, הניחו העותרים תשתית עובדתית ומשפטית לכאורית לעתירותיהם כנגד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב-אישום כנגד ראש הממשלה, בנימין נתניהו. לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מוציאים איפוא בעתירות, ככל שהן נוגעות לעניין זה, צו-על-תנאי.

להלן נימוקיי.

1. הגשת כתב-אישום - סמכות הנתונה לתובע על-פי סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב1982- (להלן: החוק) - מותנית בשלושה תנאים מצטברים: ראשית, כי המעשה המיוחס לחשוד מהווה עבירה. שנית, כי התובע אינו סבור כי לא קיים עניין לציבור בהעמדה לדין. ושלישית, כי קיימות ראיות לכאורה בעוצמה המספקת להרשעת הנאשם.

פשוט הוא כי החוק מעניק לתובע שיקול-דעת בהפעלת סמכותו לעניין התנאי השני (העדר עניין לציבור). ואולם, גם בתנאים שהם לכאורה פועל יוצא של הפעלת כללים משפטיים גרידא נכללים אלמנטים של שיקול-דעת - בתנאי הראשון כאשר מדובר בעבירה שהמעשים הכלולים בה אינם מוגדרים באופן ספציפי בלשון החוק, ובתנאי השלישי בהערכת משקל הראיות המספיק להרשעה.

2. בענייננו, קיימות למעשה המיוחס לראש הממשלה, בנימין נתניהו, שתי חלופות: מתן הבטחה לחבר הכנסת אריה דרעי (להלן: דרעי) למנות את עורך-הדין רוני בר-און (להלן: בר-און) למשרת היועץ המשפטי לממשלה בידיעה כי דרעי ביקש את המינוי בכוונה לקדם את האינטרס שלו במשפטו הפלילי, או העלאת מינויו של בר-און לכהונת היועץ המשפטי לממשלה תוך ידיעה בדבר הקשר הפסול בינו לבין דרעי, שבא לביטוי במתן הבטחה מצידו של בר-און לדרעי בדבר הטיפול בתיקו הפלילי של האחרון.

היועץ המשפטי לממשלה לא פקפק כי מעשה זה - על שתי חלופותיו - מהווה עבירה של מרמה והפרת אמונים על-פי סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז1977-, וכי קיים עניין לציבור בהעמדה לדין בשל כך.

אלא שדעתו הייתה כי התנאי השלישי לא התמלא, כלומר, שחומר הראיות אשר נאסף בעניינו של ראש הממשלה אינו בעל עוצמה מספקת להגשת כתב-אישום נגדו.

3. שאלת הבסיס הראייתי לעניין העמדה לדין היא שאלה חשובה ויסודית שהתשובה לה טרם הוכרעה בישראל. ראו רות גביון, **שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק** (תשנ"א) 148.

הכרעה בדבר דיות הראיות בהקשר זה כוללת שני פראמטרים. במסגרת הפראמטר האחד נבדק אם קיימות ראיות לכאורה, כמשמעותן בסעיף 158 לחוק, המספיקות להעביר את נטל הראיה על הנאשם. בדיקה זאת נעשית על-פי כללים משפטיים. נקבע, כי לעניין זה די בראיות דלות ובסיסיות, וכי הראיות אינן מאבדות מערכן הלכאורי גם אם בחומר החקירה מצויות ראיות המחלישות את הראיות המרשיעות או אף סותרות אותן. ראו ע"פ 26/49 **היועץ המשפטי לממשלה נ' חמדן**, פ"ע ב 418, 420; ע"פ 28/49 **זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ד 504, 523-527; ע"פ 732/76 **מדינת ישראל נ' כחלון ואח'**, פ"ד לב(1) 170, 179-180; ע"פ 405/80 **מדינת ישראל נ' שדמי**, פ"ד לה(2) 757, 760.

הפראמטר השני עניינו בהערכתם של סיכויי ההרשעה, והוא מצוי בתחום שיקול-הדעת של התביעה. שכן, הדין אינו מחייב הגשת כתב-אישום אם מצויות בידי התביעה ראיות לכאורה כמובן בסעיף 158, אלא משאיר הוא לשיקול-הדעת של התביעה את ההחלטה אם הראיות שבידיה הן בעוצמה המספקת להפעלת המנגנון השיפוטי. זאת, משום שהפעלת המנגנון כשלעצמה פוגעת בנאשם גם אם יזוכה בסופו של המשפט. ראו בג"צ 650/82 **בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**, פ"ד לז(4) 216, 222-223.

עם זאת, לקיום ראיות לכאורה כמשמעותן בסעיף 158 השלכה גם על סיכויי ההרשעה. ההעברה של נטל הראיה על הנאשם מציבה בפניו את הברירה למסור עדות ולהעמיד את גירסתו במבחן החקירה הנגדית או לבחור בזכות השתיקה שמשמעותה חיזוק ראיות התביעה או סיוע להן (סעיף 162 לחוק). העברת נטל הראיה על הנאשם עשויה איפוא, בנסיבות מסוימות, להגביר את סיכויי הרשעתו.

4. יקל עלינו לקבוע את הרף הראייתי הדרוש לשם הגשת כתב-אישום אם נשווה אותו ל"ראיות לכאורה להוכחת האשמה" כמשמעותן בסעיף 21(ב) לחוק סדר-הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, המספיקות למעצרו של נאשם עד תום ההליכים נגדו.

עוצמת הראיות הנדרשת לשם הגשת כתב-אישום היא בוודאי נמוכה מזו הנדרשת לצורך מעצר נאשם עד תום הליכי המשפט. זאת, בשל שני טעמים: ראשית, בעוד שבחומר ראיות העומד בסף המינימום הקבוע בסעיף 158 לחוק מצוי עדיין פוטנציאל ראייתי נוסף בשל העברת נטל הראיה על הנאשם, הרי שההכרעה בעוצמת הראיות לצורך מעצר מבוססת על חומר החקירה הגולמי בלבד; שנית - ובכך העיקר - הפגיעה שבמעצר עד תום ההליכים **חמורה** במידה רבה מן הפגיעה שבהגשת כתב-אישום גרידא. ממילא, מידת ההוכחה הנדרשת לצורך הגשת כתב-אישום, ללא מעצר, קטנה מזו הנדרשת למעצרו של הנאשם עד תום הליכי המשפט.

והנה, העמדה אותה הציגה התביעה הכללית בבקשותיה למעצר עד תום הליכי המשפט הייתה מאז ומתמיד כי מעצר עד תום ההליכים לא יישלל רק בשל **ספק סביר** העולה מסתירות בין העדויות השונות או מעדויות המשתמעות לשתי פנים או אף מכילות בתוכן סתירות פנימיות.

עמדה זו התקבלה בדעת רוב בבש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, (להלן: **בש"פ זאדה**). נפסק, כי העוצמה המוגברת של חומר הראיות, הנדרשת לצורך מעצר עד תום הליכי המשפט, באה לביטוי בדרישה לסיכוי סביר להרשעה. אך לעניין זה אין להתחשב בספק העולה מחומר הראיות. וכך כתב הנשיא ברק (שם, 151):

"השאלה אינה אם חומר הראיות המצוי בידי התביעה מוכיח 'לכאורה' את אשמת הנאשם מעבר לספק הסביר. המבחן הינו אם בחומר החקירה שבידי התביעה מצוי פוטנציאל ראייתי אשר בסיומו המשפט יהא בכוחו להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק הסביר. המבחן הינו אם בחומר החקירה שבידי התביעה מצוי פוטנציאל ראייתי אשר בסיומו המשפט יהא בכוחו להוכיח את אשמת הנאשם כנדרש במשפט פלילי. אכן, לעיתים קרובות חומר החקירה הקיים אינו כליל השלמות. גירסאות העדים, שעליהן סומך האישום, לעתים קרובות אינן תואמות זו לזו. אפשר אף שיש בו עדויות סותרות. לעתים העדויות ניתנות לפירושים שונים. לא פעם תתעוררנה שאלות שהעדויות אינן משיבות עליהן. אין בכל אלה בלבד כדי לשלול את ערכן כ'ראיות לכאורה להוכחת האשמה'. **אמת, בשל אותן סתירות ושאלות יתכן וקיים עתה ספק סביר באשמת הנאשם, אך קיומו של ספק סביר עכשווי באשמת הנאשם אינו שולל מהראיות את אופיין הלכאורי**".

[ההדגשות-הוספו.]

מן המקובץ עולה כי הרף הראייתי הגבוה ביותר האפשרי לשם החלטה בדבר הגשת כתב-אישום אינו יכול לעלות על הרף שנקבע בבש"פ **זאדה**, שבגדרו אין להתחשב בספק - ואפילו ספק סביר - הוא - העולה מחומר הראיות.

5. בדיון בפנינו הסביר בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, עורך-הדין ניצן, כי חומר הראיות בעניינו של ראש הממשלה נבחן על-יסוד אמת-המידה הרגילה המקובלת בכל תיק פלילי. כך גם עולה מן הדברים שנכתבו בהחלטתו של היועץ המשפטי. מהותה של אמת-מידה זו הובהרה היטב לעיל, אלא שמן הנימוקים לסגירת תיק החקירה נגד ראש הממשלה עולה כי היועץ המשפטי טעה בהחלט המבחן, וכי למעשה הרף שעל-פיו נבחן חומר הראיות היה גבוה יותר מן המבחן שאותו ביקש להחיל.

6. חומר הראיות שנאסף על-ידי המשטרה מורכב מעדות מרכזית, היא עדותו של עורך-הדין דן אבי-יצחק, ולצידה שורה של ראיות נסיבתיות התומכות בה. העדות המרכזית מבססת את המעשה המיוחס לראש הממשלה על שתי חלופותיו: מתן ההבטחה מושתת על ראייה נסיבתית, והיא שתיקתו של ראש הממשלה בתגובה לדברי אבי-יצחק כי דרעי טען בפניו שראש הממשלה הבטיח לו למנות את בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה; ואילו ידיעתו של ראש הממשלה בדבר הקשר הפסול בין דרעי לבר-און מבוססת על עדות ישירה - דברי אבי-יצחק לפיהם סיפר לראש הממשלה על הקשר הפסול והזהיר אותו מפני מינויו של בר-און. לעדות זאת משקל סגולי לכאורי רב. העד הוא עורך-דין בעל מעמד בקהיליה המשפטית, ובוודאי מודע הוא היטב לדיוק הנדרש במסירת מידע מסוג זה למשטרה. קירבתו האישית לראש הממשלה בתקופה הנדונה אף מגבירה את משקלה הסגולי של עדותו.

7. לדידי, די בעדותו של אבי-יצחק לבדה כדי להעביר את נטל הראייה על-פי סעיף 158 לחוק. לאחר מכן, ובגדר הרמת נטל זה, תוכל בהחלט לעלות גם הטענה כי המידע לא נמסר לראש הממשלה או לא נקלט על-ידיו. לאפשרות אחרונה זו גם תימוכין בדברי אבי-יצחק, אשר לא שלל את האפשרות כי ראש הממשלה לא קלט את דבריו. כנגד אפשרויות אלה יעמדו הראיות הנסיבתיות הנוגעות למינוי בר-און, שבלשון החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה מעוררות תמיהות, ובטרמינולוגיה המשפטית המקובלת אינן אלא מסקנות מרשיעות התומכות בעדות העיקרית. לאמור, שראש הממשלה קידם את מינויו של בר-און לתפקיד בשל רצונו של דרעי במינוי זה.

אכן, מכלול הראיות שנאסף איננו **שולל** את האפשרות כי ההסבר שלפיו ראש הממשלה לא קלט את דברי העד יתקבל בבית-המשפט. אך היועץ המשפטי לממשלה הגיע לכלל דעה כי מכלול זה איננו מספיק **מלכתחילה** להגשת כתב-אישום. וכך כתב בהחלטתו:

"מן הראיות לא ניתן היה להסיק כי ברי שראש הממשלה הפנים אותה אזהרה שהזהר, אף שהיה ראוי לכאורה כי יעשה כן על פי הרקע שתואר... תיתכן טענה כי ראש הממשלה, מטבע הדברים, ככל ראש ממשלה, עמוס לעייפה בעיסוק בענייני מדינה; וכי יתכן שלא כל פרט

שהובא לידיעתו, אכן נקלט בתודעתו; וכן כי אולי גם חוסר נסיון מסויים, בתחילת הדרך בתפקידו, היה בעוכריו".

היועץ המשפטי לממשלה הצביע איפוא על ספק לכאורי העולה מחומר הראיות, שיסודו, כאמור, בדברי אבי-יצחק ובהסברים היפותטיים. אלא שכאמור, על-פי אמת-המידה המקובלת, ספק המתגלה בחומר הראיות איננו שולל מעצרו של אדם עד תום הליכי המשפט, ומקל וחומר אף אין להתחשב בו לצורך החלטה בדבר הגשת כתב-אישום. זאת, למרות שאילו הוגש כתב-אישום אפשר שראש הממשלה היה יוצא זכאי בדינו בשל אותו ספק שעלה מחומר הראיות.

8. השאלה המתעוררת היא איפוא אם הערכת סיכויי ההרשעה על-יסוד אמת-מידה דווקנית יותר מאמת-המידה המקובלת - כפי שאכן נעשה בהחלטת היועץ המשפטי - עשויה להוות עילה להתערבותנו.

שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. מצד אחד, היועץ המשפטי לממשלה, ככל רשות מינהלית, מחויב להפעיל את שיקול-דעתו בשוויוניות ולהימנע מהפליה. וכידוע, סטייה מעקרון השוויון כשלעצמה מהווה עילה לפסילת ההחלטה. מצד שני, אפשר כי שיקולים שבטובת הציבור - להבדילים משיקולים הקשורים לענייני האישי של נתניהו - שיסודם בהשפעה החמורה על המפה הפוליטית שיש להעמדתו לדין בעת כהונתו של ראש ממשלה שנבחר בבחירה אישית, מחייבים לשקול את חומר הראיות נגדו על-פי מבחן דווקני יותר מן המבחן המקובל, ובמיוחד כאשר היועץ המשפטי לממשלה סובר כי בחומר הראיות גלום ספק העשוי להביא לזיכוי. לשיקולים אלה יש להוסיף את העובדה שהיועץ המשפטי לממשלה עצמו סובר כי המבחן הראייתי להעמדתו לדין של ראש הממשלה אינו שונה מזה החל בעניינו של כל אדם אחר. ואם ימצא כי גישה זו אינה בלתי-סבירה באופן קיצוני, תעלה הטענה כי טעותו של היועץ המשפטי ביישום המבחן עשויה כשלעצמה להוות עילה להתערבותנו.

לנוכח כל אלה אין ספק כי חשיבות העניין והבעיות שהוא מעלה רבה. וכידוע, בחשיבות העניין כשלעצמה, אף אם תשתיתן של העתירות הייתה מוצקה פחות, יש כדי להוות שיקול בזכות הוצאה של צו-על-תנאי. ראו יצחק זמיר, "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 295, 305.

אשר-על-כן הייתי מוציאה צו-על-תנאי בעתירות, ככל שהן מתייחסות להחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב-אישום נגד ראש הממשלה, בנימין נתניהו.

אני מסכימה, מטעמיו של חברי, השופט גולדברג, לדחיית העתירות ככל שהן נוגעות להגשת כתב-אישום נגד שר המשפטים, צחי הנגבי.

שׁוֹפֵט

הוחלט ברוב דעות, לדחות את העתירות בעניינו של ראש הממשלה.

הוחלט פה אחד לדחות את העתירות בעניינו של שר המשפטים.

ניתן היום, י' בסיון תשנ"ז (15.6.97).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיא

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
D06.97025340