בתי משפט

בית המשפט המחוזי ירושלים **ת"פ 67104-01-20**

לפני כבוד השופטים: רבקה פרידמן-פלדמן, משה בר-עם, עודד שחם **22 פברואר 2021**

מספר בקשה:151

בעניין: בנימין נתניהו

המבקש

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה

החלטה

1. מונחת לפנינו בקשת הנאשם 1 (להלן– הנאשם) לביטול כתב האישום בעניינו, מכח סעיפים 149(3) ו- 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב -1982 (להלן– חוק סדר הדין הפלילי), בשל היעדר אישורים כדין לפתיחה בחקירה פלילית נגד הנאשם, בהיותו ראש הממשלה, בניגוד לסעיף 17 לחוק יסוד הממשלה, התשס"א- 2001 (להלן– חוק היסוד).

2. בתמצית, על פי הנטען, עולה מחומר החקירה כי נפתחו החקירות הפליליות כנגד הנאשם, בגדר האישום הראשון והאישום השלישי, בפרשות הידועות בתיקים "1000" ו- "4000" (להלן– תיקים 1000 ו-4000, בהתאמה), ובוצעו בהן פעולות חקירה רבות ומגוונות - ללא קבלת אישור היועץ המשפטי לממשלה (להלן – היועץ). כפי שנטען, מעיון במסמכים שהועברו להגנה עולה כי פעולות חקירה בוצעו - בתיק 1000, החל מיום 11.4.2016 ועד ליום 15.12.2016 ובעניין תיק 4000, בחלקן כמפורט בבקשה, ועד ליום 5.2.2018, מועד בו אישר היועץ לגבות הודעה מהנאשם - מבלי שניתן אישור היועץ, מקצתן כך נטען אף ללא אישור היועץ בעל-פה, ובניגוד לסעיף 17 לחוק היסוד, ומשכך, בטלות ולא ניתן לסמוך עליהן.

הנאשם הדגיש כי סעיף 17 לחוק היסוד קובע כי על הסכמת היועץ לחקירה פלילית בעניינו של ראש הממשלה להינתן על דרך של אישור ברור, מפורט ומנומק, ומשלא נעשה כן, ולא נמצא עיגון לאישור במסמכים שהעבירה המאשימה לידיו, קמה עילה מבוררת לביטול האישום. הנאשם הוסיף וטען כי מדובר בדרישה מהותית שעניינה חריגה מסמכות, ולנוכח ההשלכות הקיימות לביצוע פעולות חקירה ללא קבלת אישור היועץ, כנדרש בדין, ניתן לברר את הטענה המקדמית לפני תחילת המשפט, שכן קבלתה משמעה – ביטול כתב האישום.

עוד נטען כי ככול שתדחה הטענה, המאשימה תהיה מנועה מלעשות שימוש בכל ראיה שהיא תוצר של פעולה חקירתית שנעשתה בעניינו, במועד שקדם לאישור היועץ.

3. לבקשה צורפו, בין היתר, העתקים מהמסמכים שהתקבלו מהמאשימה - פרוטוקולים (המושחרים בחלקם הגדול, בהתאם להחלטת בית המשפט, להלן- הפרוטוקולים), המתעדים ישיבות שנערכו לכאורה עם גורמי החקירה, בהשתתפות היועץ, במועדים הנטענים על ידי המאשימה לפתיחת החקירות בעניינו של הנאשם ועל פי הנטען ללא שתועד בגדרם אישור כדין.

4. בתגובה לבקשה, טענה המאשימה, כי בהתאם להחלטת בית המשפט, העבירה לנאשם את הסכמת היועץ כפי שתועדה בפרוטוקולים ובתרשומות פנימיות שערך היועץ בזמן אמת. (להלן– המסמכים). המאשימה הדגישה כי בתגובה מוקדמת לבקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, צורף מזכר בחתימת ידו של היועץ, מיום 5.1.2021 (להלן– המזכר), לפיו הצהיר היועץ כי נעשה מצידו הליך בקרה, לא רק לפתיחת החקירה, אלא אף ביחס לפעולות החקירה הקונקרטיות. בהקשר זה, הדגישה כי סעיף 17 לחוק היסוד איננו מחייב לשונית או תכליתית כי הסכמת היועץ לפתיחה בחקירה תועלה על הכתב. בהמשך, הטעימה כי כעולה מהמזכר, הסכמת היועץ ניתנה בזמן אמת וכי "ההסכמות הראשוניות" של היועץ שהחלו כהסכמה לבדיקה (ובהמשך, הבשילו לחקירה), ניתנו - בתיק 1000, ביום 26.6.16. ובתיק 4000, ביום 2.10.17 (בתיק 2000 שאינו דרוש לענייננו, ביום 3.3.16). על יסוד האמור, סיכמה כי אין יסוד לטענות הנאשם בעניין היעדר הסכמת היועץ ודין הבקשה להידחות. מכל מקום, הוסיפה, כי גם לו ניתן היה לקבוע שנפל פגם באופן התיעוד של הסכמת היועץ, חל עקרון הבטלות היחסית, בשים לב לאמור במזכר המתאר את הסכמת היועץ לפתיחה בבדיקות ובחקירות הנאשם ובהמשך, את העמדתו לדין בגין האישומים נושא כתב האישום.

5. בדיון מיום 8.2.2021, חזרו הצדדים על טענותיהם. בסיום הדיון הובאה הבקשה לפנינו למתן החלטה, כדלקמן.

6. לאחר עיון ובחינת טענות הצדדים הגענו לכלל מסקנה כי לא קמה עילה מבוררת לביטול כתב האישום בתיקים 1000 ו- 4000. זאת ועוד, לא שוכנענו, נוכח השלב המקדמי של הדיון, להידרש לבקשה לפסילת ראיות שהושגו, על פי הנטען, בשל פעולות חקירה שנעשו, על פי הנטען, בטרם ניתן אישור היועץ לביצועם, ודינה להידחות, מחמת היותה מוקדמת.

7. תחילה, לעניין דרכי מתן הסכמת היועץ לפתיחה בחקירות הנאשם.

8. **סעיף 17(א) לחוק-יסוד: קובע** "לא תיפתח חקירה פלילית נגד ראש הממשלה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה".

9. **היועץ הוא הגורם המוסמך והבלעדי להחליט על פתיחתה של חקירה נגד ראש-ממשלה.**

10. **הסכמת היועץ נדרשת אף לצורך בדיקה מקדימה לבחינת החלטתו לפתוח בחקירה פלילית נגד ראש-ממשלה. הליך "הבדיקה המקדימה" משמש כלי עזר לצורך קבלת החלטה האם לפתוח בחקירה פלילית או לסגור תיק בעניינו של כל אדם, ונתפס כיום כחלק בלתי נפרד מתהליך קבלת ההחלטה על פתיחה בחקירה (בג"ץ 4845/17 ראפת אמארה חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה (28.10.2019); בג"ץ 5023/16 ח"כ מיקי רוזנטל נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.03.2020); להלן- בג"צ רוזנטל); בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 76 (2003)). "סמכות היועץ המשפטי לממשלה להורות על בדיקה מקדימה "נגזרת" מסמכותו להורות על פתיחה בחקירה, ומעקרונות היסוד של המשפט המינהלי" (בג"ץ רוזנטל, עמוד 6). סמכות גורמי החקירה לבצע בדיקה מקדימה, עוגנה בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.2204, מיום 31.12.2015, בגדרה התוו עקרונות מנחים להפעלת הנוהל, ובכלל זה, בסעיף 20, נקבע כי הסמכות לבצע בדיקה מקדימה מוקנית לרשות המוסמכת לבצע חקירה פלילית. בעניינו של ראש-הממשלה הסמכות להורות על חקירה פלילית מוקנית ליועץ וממילא, כנגזרת, כאמור, הסמכות להורות על הליך של בדיקה מקדימה לצורך קבלת החלטה מושכלת על פתיחה בחקירה.**

11. **זאת ועוד,** "...היועץ המשפטי לממשלה ורשויות התביעה הפועלות תחתיו, כפופים, ככל רשות מינהלית אחרת, לביקורת שיפוטית על החלטותיהם" (רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רפי רותם (05.05.2020)). **החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה היא על-פי טיבה החלטה מנהלית, וככזו היא כפופה לביקורת שיפוטית על-פי כללי המשפט המנהלי וככל שהוגש כתב-אישום, בגדרו של ההליך הפלילי (שם).**

12. על דרך קבלת ההחלטה. "המשפט המינהלי ...בנוי בעיקר על פרוצדורה: תשעה קבין של הגנה על האזרח מפני פגיעה בזכויותיו על -ידי רשות מינהלית נובעים מן הפרוצדורה" (**יצחק**

זמיר, "השופט יואל זוסמן :עם פרישתו מבית המשפט העליון", משפטים י (1980)). בית- המשפט העליון התווה את תהליך קבלת ההחלטה המנהלית, על-ידי מי שהוקנתה לו הסמכות על-פי חוק, **כתלת-שלבי, בתמצית, כדלקמן: איסוף וסיכום נתונים, בדיקת משמעותם של הנתונים וסיכום ההחלטה המנומקת. בדרך זו, יש כדי להבטיח** "...כי כל השיקולים העניינים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית" (**בג"ץ** 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים, **לז**(3) 29 (1983)).

13. **בית-המשפט, בשורה של החלטות, ובאופן עקבי וסדור, קבע כי החלטת הרשות המנהלית, ובכלל זה של רשויות התביעה והיועץ, נדרשת להינתן בכתב תוך פירוט נימוקי ההחלטה.** "...דווקא בשל החשיבות הציבורית בהחלטות מן הסוג שבו עסקינן, החלטת רשויות התביעה צריכה הייתה להינתן בכתב, תוך פירוט נימוקי ההחלטה בצורה סדורה ובהירה, כמתחייב בראש ובראשונה מסדרי מינהל תקינים ומעקרונות השקיפות וההגינות שבהם חבה הרשות המינהלית" (**בג"ץ** 9443/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה (15.08.2017)). **בית-המשפט הוסיף והבהיר כי סדרי מנהל תקינים מחייבים כי החלטה מנהלית, במיוחד בעניין משמעותי, תינתן בכתב וראוי להטמיע הדבר בהליך קבלת ההחלטות בעתיד** (בג"ץ 6241/14 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (05.05.2016)).

14. לאור האמור לעיל, בנסיבות בהן ניתנה הסכמת היועץ, ככול שניתנה, על דרך של תיעוד האישור לפתיחה בחקירה בעניינו של הנאשם, עובר לפתיחתה, שלא בדרך של אישור בכתב, **נפל פגם בהתנהלות היועץ**. על נפקותו של הפגם, נעמוד להלן.

15. מיקומה הגיאומטרי של טענת הנאשם בעניין הפגם שנפל בדרכי קבלת ההחלטה לפתיחת החקירות, בעניינו, מצוי בין היתר בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי, ובטענה של 'הגנה מן הצדק מטעמים של פסול בכתב-האישום, וכן כי הגשתו וניהולו של ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. דוקטרינת ההגנה מן הצדק התפתחה והשתרשה בפסיקתו של בית-המשפט, תחילה נקבעה תחולתה במקרים של התנהגות בלתי נסבלת של הרשות (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996)) ובהמשך, הורחבה לקיומה של פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) ; להלן- פרשת בורוביץ)). לימים, ובשנת 2007, עוגנה דוקטרינת ההגנה מן הצדק בחוק, כאמור, תוך שנקבע בפסיקה

כי מבחני הדוקטרינה כפי שנקבעו מוסיפים לעמוד על מכונם בחוק (ע"פ 5672/05 טגר נ' מדינת ישראל (21.10.2007); (רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם (5.5.2020); ע"פ 5597/19 פלוני נ' מדינת ישראל (25.11.2020)).

16. **כלל ידוע, כי לא כל פגם אשר נפל בהליך הפלילי יורד לשורשו ומצדיק את ביטולו של כתב-האישום.** "...כך למשל אפשר שיימצא כי הפגמים פוגעים באופן כה חריף בתחושת הצדק וההגינות עד שיש בהם כדי לערער את ההצדקה החברתית שבעצם קיומו של ההליך. במקרים קיצוניים כאלה אפשר שמסקנה כזאת תצדיק את ביטול כתב-האישום מטעמי הגנה מן הצדק גם אם הפגמים לא גרעו מערכן ההוכחתי של הראיות המפלילות. לעומת זאת ייתכנו מקרים (ואלה בבירור יותר שכיחים) שבהם לא יהיה בפגמים כשלעצמם כדי להוביל למסקנה כי המשך קיומו של ההליך יפגע בשורת הצדק וההגינות, אך יהיה בהם כדי להקים יסוד לספק סביר בהוכחת העבירה ולהוביל לזיכוי או (מקום שביצוע העבירה הוכח) להצדיק הקלה בעונש" (**פרשת בורוביץ**)).

17. בהקשר זה, נקבע כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק כוחה במתן סעד במקרים בהם נפל פגם **בעצם ההעמדה לדין** וניהולו של ההליך הפלילי (ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.2018; להלן- עניין חייבטוב)).

18. **בענייננו, וכפי שקבענו, היה ראוי כי היועץ, כרשות מנהלית, יתן את הסכמתו לפתיחת החקירות (לרבות בדיקות מקדימות), בעניינו של הנאשם, על דרך של מתן אישור בכתב. זאת, הגם שניתן להסיק לכאורה מהמסמכים, על מעורבות וליווי היועץ בחקירות, במהלך ניהולן. אכן, הכללים שנקבעו בפסיקה באשר לדרכי קבלת החלטות של רשות מינהלית ככלל, ושל היועץ בעניין פתיחה בחקירה של ראש הממשלה, בפרט, מצדיקים, לאור מעמדו הנורמטיבי החוקתי של סעיף 17 לחוק היסוד ומטעמים של אמון הציבור והבטחת סדרי מינהל תקין, ליתן הסכמה לפתיחה בחקירה על דרך של מתן אישור מפורש ובכתב, ומשלא נעשה כן, יש להצר על כך ולקוות כי מקרים דומים לאלה, לא יישנו.**

19. **עם זאת, לא שוכנענו כי יש לבטל את האישומים, בשלב המקדמי של הדיון, בשים לב לגרסת היועץ במזכר ולתיעוד (המשתמע) העולה מהמסמכים, מאחר ומדובר בפגם פרוצדורלי שאיננו יורד לשורשו של עניין** ו.."בהתאם לתורת הבטלות היחסית שלפיה לא כל טעות ואפילו הפרה מהותית של הדין גוררות בטלות. שיקולים שונים, ביניהם שיקולים של צדק אישי ואינטרס

ציבורי, עשויים להשפיע על התוצאה ואף למנוע ביטול החלטה פגומה" (**רע"פ** 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, **פ"ד נה**(4) 673,684 (2001)). "ויודגש כי בטלות יחסית תיתכן גם כשהחלטת הרשות המינהלית נגועה בחוסר סמכות" (**בג"ץ** 2198/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל , פ"ד מז (5) 832 (1993)).

20. זאת ועוד, גם באשר לפסילת ראיות בשל ביצוע לכאורה של פעולות חקירה, בטרם מתן אישור לביצוען, לא שוכנענו כי יש להידרש לבקשה, לגופה, בשלב המקדמי של הדיון ולקבוע מימצאים בעניינה בטרם נשמעו הראיות ונפרשה לפנינו התשתית הראייתית לביסוס האישומים, במלואה. את טענת הנאשם בדבר ביצוע מקצת מפעולות חקירה ללא אישור היועץ, לרבות בעל-פה, והנפקות העולה ממנה, באשר לראיות שהושגו מפעולות אלה, נדרש לברר בכור ההיתוך של ההליך הפלילי ולאחר שמיעת הראיות.

21. ונבהיר. כלל הפסילה הפסיקתי ממוקד ומתייחס לפגם שנפל בהתנהגותן של רשויות החקירה והתביעה בשלב איסוף הראיות (**בג"צ** 2534/97 יהב נ' מדינת ישראל, **פ"ד נא**(3)1 (1997)), ומשכך, מהווה את המסגרת הדיונית הראויה לבחון את תוצאתו של הפגם הנטען ומהותו באיסוף ראיות, בביצוע פעולות חקירה, עובר למתן אישור כדין לפתיחה בחקירה פלילית ולמצער, הליך של בדיקה מקדמית, נגד ראש-ממשלה.

22. הורתו ולידתו של כלל הפסילה הפסיקתית בהלכת יששכרוב (**ע"פ** 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי, **פ"ד סא**(1) 461 (2006)), **בגדרה נקבע כי** " ...לבית המשפט מסור שיקול-דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פיסקת ההגבלה..." (**שם, פסקה 63; כמו כן, ראו, בש"פ** 1758/20 יונתן אוריך נ' מדינת ישראל (26.01.2021)).

23. בית-המשפט בהלכת יששכרוב התווה את הכללים המנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי בפסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין, כדלקמן: אופיה וחומרתה של אי-החוקיות בהגשתה של הראיה, כשהדעת נוטה לפסול ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכויות יסוד של הנאשם, ויש לבחון האם רשויות אכיפת החוק פעלו בזדון או בתום לב ולנסיבותיה של אי-החוקיות; מידת ההשפעה של השימוש באמצעי החקירה הפסול על מהימנותה של הראיה והיכולת להשיגה

באמצעי חקירה כשר; הנזק מול התועלת החברתית בפסילתה של הראיה, ובמסגרת זו יש לבחון בעיקר את חשיבות הראיה להוכחת האשמה (הלכת יששכרוב). בפסיקה מאוחרת נקבע כי חומרת העבירה לא תהווה שיקול בהכשרתה של ראיה שהושגה שלא כדין ודווקא בעבירות חמורות יש להקפיד על זכותו של הנאשם להליך הוגן (עניין חייבטוב).

24. **ככלות הכול**, "...נוסחת האיזון העקרונית בין מכלול האינטרסים והערכים האמורים היא זו שעליה עמדנו, ולפיה ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל רק אם נוכח בית המשפט לדעת כי קבלתה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית, שלא לתכלית ראויה ובמידה שעולה על הנדרש בזכות להליך פלילי הוגן. יישומה של נוסחת האיזון האמורה ייעשה על-פי שיקול דעתו של בית המשפט, בהתחשב בנסיבותיו הייחודיות של המקרה הבא לפניו" (**הלכת יששכרוב, עמוד 562**).

25. **בענייננו, על פי הנטען, השיגו גורמי החקירה ראיות מפלילות בעניינו של הנאשם, בטרם** ניתן אישור היועץ. נטען כי ראיות אלו הופקו תוך פגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם מכוח חוק-יסוד: הממשלה, אולם, בהינתן המזכר, ועל פי התיעוד במסמכים, מהם עולה כי היועץ ליווה את מהלך החקירה ונתן הסכמה לביצוע פעולות חקירה בעניינו של הנאשם, הגם שבעל-פה, ובהינתן חקירה "מתגלגלת" שהורתה בחקירה פלילית שהתנהלה נגד אחרים, נחה דעתנו כי במכלול השיקולים הנוגעים בעניין, אין הצדקה להידרש לעת הזו לפגמים הנטענים בקשר לפעולות החקירה. חשיבות הראיות, הפסולות לכאורה, אינה יכולה להתברר אלא בכור ההיתוך של ההליך הפלילי, שרק אז, ניתן יהיה לקבוע את משקלן, כל אחת בפני עצמה ובמארג הראיות הכולל לצורך בחינת אשמתו של הנאשם במידת ההוכחה הדרושה במשפט הפלילי ומעבר לספק סביר.

26. בהקשר זה, יש להקיש מפסיקתו של בית-המשפט העליון לאחרונה, בפרשה זו, בעניינו **של אוריך. שנאמר**, "במסגרת שלבי החקירה ואיסוף הראיות על-ידי הרשות החוקרת, קיים קושי של ממש לעמוד על מהות הפגם וחומרתו מן העבר האחד, ולרדת לחקר האמת ולהבטיח את האינטרס הציבורי מן העבר השני. בשלבים מקדמיים אלו, התמונה הראייתית הכוללת טרם התייצבה, עדיין לא התבהרה; גם לא נסיבות ביצוע העבירה, ולא חומרתה. זאת ועוד, הכלים העומדים לרשות השופט הדן בשלביו המקדמיים של ההליך, כגון בבקשות לצווי חיפוש ולצווי חדירה, או בבקשות להצגת חפץ בהתאם לסעיף 43 לפקודה–מצומצמים למדי". **הוא הדין בשלב המקדמי של ההליך הפלילי**

27. **<u>כללו של דבר</u>**, לאחר עיון במזכר היועץ מיום 5.1.2021, על נספחיו, כמו גם במסמכים הרלוונטיים להסכמה הנטענת, לא שוכנענו להיעתר לבקשה, בשל הפגם הפרוצדורלי שנפל אצל המאשימה נוכח היעדרו של אישור בכתב של היועץ לפתיחה בחקירות הנאשם, בטרם נשמעו הראיות, משלא נמצאה עילה מבוררת לביסוס הטענה לביטול כתב האישום, ולמצער, לפסילת ראיות, בשלב המקדמי של הדיון. עם זאת, בסיום ההליך, נשקול אם קיימת הצדקה בנסיבות המקרה לפסול, מחמת היעדר קבילות, ראיות בתיקים 1000 ו- 4000, ככול שייקבע כי פעולות חקירה בוצעו טרם מתן הסכמת היועץ, כפי שתועדה במסמכים או על פי חומרי חקירה אחרים, לאור דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, ועל פי המבחנים שנקבעו בפסיקה לעניין זה, בין היתר לאור חומרת ההפרה – משקלן הסגולי של הראיות הפסולות, היחס בינן לבין הראיות הכשרות, ועוד.

28. אשר על כן, הבקשה נדחית.

<u>המזכירות תשלח העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.</u>

ניתנה היום, י' אדר תשפ"א, 22 פברואר 2021, בהעדר הצדדים.

רבקה פרידמן-פלדמן, שופטת	**משה בר-עם, שופט**	**עודד שחם, שופט**