



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3823/22

לפני: כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ח' כבוב

העותר: בנימין נתניהו

נגד

המשיבה: היועצת המשפטית לממשלה

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריכי ישיבות: כ"ו בטבת התשפ"ג (19.01.2023)  
י"ז באייר התשפ"ג (08.05.2023)

בשם העותר: עו"ד עמית חדד; עו"ד נועה מילשטיין

בשם המשיבה: עו"ד שוש שמואלי; עו"ד מיטל בוכמן-שינדל

### פסק-דין

השופט ח' כבוב:

עתירה זו מכוונת נגד החלטת היועצת המשפטית לממשלה מיום 12.01.2023 שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית בחשד למסירת מידע שלא ברשות (להלן: היועצת; ו-החלטת היועצת או ההחלטה).

א. העובדות הדרושות לעניין

1. ביום 28.01.2020, לאחר מספר שנים של חקירות והליך שימוע, הוגש נגד העותר, ראש הממשלה מר בנימין נתניהו, כתב אישום בגדרו יוחסו לו עבירות בתחום טוהר המידות לרבות עבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים (ת"פ 67104-01-20 מדינת ישראל נ' נתניהו ואח'; להלן גם: ההליך העיקרי). אחד מן האישומים, המוכר גם כ"פרשת 1000", מייחס לעותר קבלת טובות הנאה מאנשי העסקים מר ארנון מילצ'ן ומר ג'יימס פאקר וביצוע פעולות שלטוניות לטובת מר מילצ'ן.

2. ביום 24.10.2021, לאחר שהחל שלב שמיעת ההוכחות בהליך העיקרי, מסרה אחת מעדות התביעה, הגב' הדס קליין (להלן: גב' קליין), לידי משטרת ישראל, מידע חדש שהיא סברה שעשוי להיות רלוונטי להליך העיקרי. בתוך כך, גב' קליין מסרה מידע על אודות תכשיטים שניתנו לרעייתו של העותר, הגב' שרה נתניהו, ובכללם צמיד זהב משובץ יהלומים, שנרכש ביום 28.02.2015 בחנות "בוצ'לטי" בעיר אספן שבמדינת קולרדו בארה"ב (להלן: הצמיד). מידע חדש זה נתמך, בין היתר, בחשבונית שהציגה גב' קליין לחוקרי משטרת ישראל (להלן: החשבונית) ביחס לרכישת הצמיד. לאור המידע החדש, הורה היועץ המשפטי לממשלה דאז על ביצוע פעולות חקירה בנדון. לפיכך, במהלך החודשים אוקטובר ונובמבר 2021, היחידה הארצית לחקירות הונאה גבתה הודעות בעניין מגורמים רלוונטיים בארץ ומחוצה לה, וכן תפסה מסמכים שונים. על פעולות חקירה אלה הוטל צו איסור פרסום.

3. לאחר בחינת החומר שנאסף על-ידי היחידה החוקרת, החליט היועץ המשפטי לממשלה דאז לגנוז את תיק החקירה ולהימנע מביצוע פעולות חקירה נוספות בעניין. כן הוחלט להעביר את חומרי החקירה לידי ההגנה בהליך העיקרי וצו איסור הפרסום הוסר מעל החקירה.

4. בהמשך לכך, הגישה המשנה לפרקליט המדינה, בשעות אחר הצהריים של יום 15.11.2021, הודעת עדכון לבית המשפט המחוזי בגדרי ההליך העיקרי, במסגרתה פורט על אודות השלמת החקירה שבוצעה. בהודעה צוין, כי איסור הפרסום נדרש מלכתחילה בשל חשש לסיכול החקירה או לשיבוש שלה; וכן, כי הכוונה היא להעביר את חומרי החקירה לעיון צוותי ההגנה בהליך העיקרי "בהקדם האפשרי".

5. בסמוך לאחר הגשת הודעת העדכון שוחחו בא-כוח העותר ונציגי התביעה. בא-כוח העותר ביקש לקבל פרטים נוספים בנוגע להשלמת החקירה שנערכה, אך נציגי התביעה השיבו כי הדברים יעלו בבירור מהחומרים שיימסרו לידי ההגנה בזמן הקרוב. ואולם, טרם הגיעו חומרי החקירה לידי סנגוריו של העותר, החלו להתפרסם באמצעי תקשורת שונים ידיעות על אודות הודעת העדכון שהגישה הפרקליטות, וכן על פעולות שנעשו לשם השלמת החקירה, שפירוטן לא נכלל בהודעת העדכון.

לקראת ערב יום 15.11.2021 שלחה התביעה לידי הסניגורים את חומרי החקירה, אך אלה סרבו, מטעמיהם, לקבלם בשלב זה. מעט לאחר מכן, אך עוד באותו הערב, פורסמו במהדורות החדשות דיווחים נוספים על פרטי החקירה, ואף הוצג מה שנחזה להיות העתק של החשבונית ב'חשיפה' של תכנית התחקירים "עובדה עם אילנה דיין" ששודרה במסגרת המהדורה המרכזית של חדשות קשת 12.

6. למחרת, ביום 16.11.2021, במסגרת דיון שנקבע מבעוד מועד בהליך העיקרי, הלין צוות ההגנה של העותר על הדלפת המידע האמור לגורמי התקשורת השונים. גם העומדת בראש צוות התביעה הביעה הסתייגותה ממסירת המידע, והבהירה כי הסמכות לבחון פתיחה בחקירה בנושא נתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה. בתום הדיון נתן בית המשפט המחוזי החלטה קצרה והעיר כי "לא ניתן לעבור על כך לסדר היום, מקום בו הודלפו חומרי חקירה ערב הדיון", תוך הבעת ציפייה שרשויות החקירה יפעלו לבירור העניין ויעשו כל שנדרש למנוע הדלפות בעתיד.

עוד באותו היום, פנה העותר ליועץ המשפטי לממשלה דאז, בבקשה כי זה יורה על פתיחה בחקירה לאיתור מקור ההדלפה לגורמי התקשורת.

7. כבר למחרת, ביום 17.11.2021, התקבל מענה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, לפיו הבקשה הועברה לטיפול בלשכת פרקליט המדינה. זאת ועוד, לפי האמור בכתב העתירה, משהתקבל ונלמד חומר החקירה מושא ענייננו, שב ופנה העותר ביום 21.11.2021 ליועץ המשפטי לממשלה ופירט את מסקנותיו, המחייבות לשיטתו פתיחה בחקירה פלילית. למחרת, ביום 22.11.2021, התקבל מענה לפיו גם פניה זו הועברה ללשכת פרקליט המדינה לטיפול. משנקפו הימים, והפכו לשבועות וחודשים, פנה העותר, בשלישית, כדי לברר על אודות סטטוס הטיפול בתלונתו, תוך שצוין כי מדובר בפניה אחרונה בטרם הגשת עתירה. יומיים לאחר מכן, ביום 24.04.2022, התקבל מענה מאת לשכת פרקליט המדינה, לפיו פניותיו של העותר "נבחנות על ידי כלל הגורמים הרלוונטיים".

ב. השתלשלות ההליכים בבית משפט זה

1.1. העתירה הראשונה והתגובה לה

8. ביום 07.06.2022 נפתח ההליך שבכותרת, עת הגיש העותר עתירה למתן שני צווים על-תנאי, נגד היועץ המשפטי לממשלה דאז, כדלהלן:

"א. מדוע לא יורה על פתיחה בחקירה פלילית בנוגע לתלונת העותר בדבר הדלפות פליליות של חומרי חקירה והעברתם שלא כדין לגורמים בכלי תקשורת שונים;  
 ב. מדוע לא ינקוט לאלתר בכל האמצעים החוקיים העומדים לרשותו למנוע הדלפות מידע והעברת מידע שלא כדין מכאן ולהבא."

בהמשך לכך נטען כי עניינה של העתירה במחדלו של היועץ המשפטי לממשלה מלהפעיל את הסמכויות המצויות בידו, ולהורות על פתיחה בחקירה לאיתור האחראים להדלפת חומרי החקירה כמתואר לעיל; הדלפה שהיא אך חוליה אחת בשרשרת של

הדלפות המלוות את ענייניו הפליליים של העותר מראשיתם. זאת ועוד נטען, כי חרף ראיות ברורות לכך שגורם כלשהו מתוך קבוצה מצומצמת של בעלי תפקידים ברשויות האכיפה הוא זה שאחראי להדלפה, וחרף החלטת בית המשפט המחוזי מיום 16.11.2022 – נכון למועד הגשת העתירה, קרי בחלוף למעלה מחצי שנה מאז פנייתו בראשונה של העותר בנדון, טרם נפתחה חקירה בנוגע להדלפות אלה ולא ננקטו צעדים כלשהם כדי לאתר את זהות הגורם המדליף.

9. בו ביום הורה השופט ע' גרוסקופף, כשופט תורן, על קבלת תגובה מקדמית לעתירה.

10. לאחר שהתבקשה בפעם הרביעית ארכה לשם הגשת תגובה מקדמית, נקבעה העתירה לדיון בפני הרכב; אך בכך לא סגי והוגשו עוד שלוש בקשות ארכה לשם הגשת תגובה, שהאחרונה שבהן הוגשה ביום 11.01.2023.

11. ביום 12.01.2023, שבוע אחד בלבד עובר למועד הדיון שנקבע ליום 19.01.2023, התקבלה החלטת היועצת. בו ביום הוגשה תגובה מקדמית תמציתית לעתירה מטעם היועצת.

בתגובה צוין, כפי שעולה מהחלטת היועצת שתפורט להלן, כי הטענות מושא העתירה נבחנו באופן מקצועי, בהליך סדור שכלל ישיבות בראשות היועצת ובהשתתפות גורמים בכירים, לרבות גורמים מאגף חקירות ומודיעין במשטרת ישראל. עוד הוסבר כי בסיומו של ההליך ובשים לב להנחיית היועץ, לפסיקת בית משפט זה, ולהמלצת פרקליט המדינה וראש אגף חקירות ומודיעין במשטרה – החליטה היועצת שאין מקום לפתוח בחקירה פלילית בנסיבות העניין. בצד זאת צוין דבר החלטת היועצת בקשר לעבודת מטה שהיא בחרה ליזום. לאור האמור, נטען כי התשתית העובדתית עליה התבססה העתירה השתנתה באופן מהותי, וכי עתה על העותר ללמוד את החלטת היועצת המשפטית לממשלה ולשקול "אם בדעתו לעמוד על העתירה", וככל שכך יסבור – יש מקום לתקנה על מנת שנימוקיה יתייחסו להחלטה העדכנית.

2.1. עיקרי החלטת היועצת

12. בפתח ההחלטה הדגישה היועצת שלוש נקודות. ראשית, כי לאחר בדיקה בהתאם לכללים המנחים – אין בנסיבות העניין הפרטני בסיס מספק לפתיחה בחקירה פלילית; שנית, כי החלטתה לא פורשת את מלוא התמונה העובדתית בשים לב לכך שההליך העיקרי עדיין מתנהל; שלישית, כי התופעה שעניינה מסירת מידע האסור בגילוי – מדאיגה; ובכוונתה לעשות כל שניתן כדי למנוע את הישנותה. אחר דברים אלה עמדה

היועצת על עיקרי העובדות הצריכות לעניין. או אז פנתה לתיאור הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.1114 "קווים מנחים למדיניות אכיפה בעבירות הנוגעות למסירת מידע האסור בגילוי" מיום 04.02.2020 (להלן: הנחיית היועץ), לפיה "החלטה אם לפתוח בחקירה פלילית נגד עובדי ציבור בנוגע לעבירה של מסירת מידע האסור בגילוי, טעונה איזון עדין ומורכב בין השיקולים והאינטרסים שעל הפרק" (סעיף 11 להחלטת היועצת). לפי האמור בהחלטה וכעולה מהנחיית היועץ, "במוקד השיקולים עומדים מהות האינטרסים המוגנים בנסיבות העניין ועוצמת הפגיעה בהם עקב מסירת המידע; תוחלת החקירה ומורכבותה, בזיקה לכך, הפגיעה העלולה להיגרם לנחקרים פוטנציאליים, ובפרט ככל שמספרם גבוה יותר; סוגיית חופש העיתונות והחיסיון העיתונאי" (שם). לאחר מכן, פנתה היועצת ליישום אמות המידה האמורות, השזורות בפסיקת בית משפט זה, על נסיבות העניין, כדלהלן.

13. ראשית הוטעם, כי בנדון דידן "אין מדובר בפרסום דבר המוגדר כידיעה סודית, או בפרסום מידע ביטחוני". בהקשר זה הובהר, כי "אין להקל ראש בפרסום מידע פעולה של רשויות האכיפה. [שכן] בנסיבות מסוימות, בהחלט קיים פוטנציאל שחשיפתו תפגע באינטרסים ציבוריים, בזכויות הפרט, או בתקינות פעילות המנהל, באופן המצדיק פתיחה בחקירה פלילית". ברם, בנסיבות העניין הייחודיות, לסברת היועצת "לא נגרמה פגיעה ואין פוטנציאל לפגיעה באינטרסים חיוניים כתוצאה מהגילוי הנטען, בעוצמה כזו אשר מצדיקה [את] בירור העניין בכלי אכיפה פלילי". זאת, מאחר שבמקרה זה מדובר בפעולות חקירה שכבר הוחלט להפסיקן עוד בטרם פרסומן לציבור, כאשר כבר התקבלה ההחלטה להפוך אותן לגלויות, ולאחר שהוסר צו איסור הפרסום. היועצת אף ציינה כי מסקנה זו מתחדדת לנוכח הספק אם אכן נעברה עבירה. שכן, ההנחה שלפיה כלל החשופים למידע שפורסם היו רק עובדי ציבור, שעליהם חלה העבירה הייחודית של "גילוי בהפרת חובה" לפי סעיף 117 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) – כלל לא הוכחה.

14. שנית, בכל הנוגע לתוחלת החקירה, הוסבר, תחילה, כי הפרסומים מושא ענייננו נחלקים לשני סוגים של מידע: הסוג הראשון שעניינו בדיווחים על אודות הפרטים שנבדקו, והסוג השני שעניינו פרסום "חפצי" של החשבונית. אחר דברים אלה נקבע, כי לא ניתן לשלול את האפשרות שלפיה נמסר לעיתונאי מידע מן הסוג הראשון וזה פעל באופן עצמאי להשגת החשבונית, ממקור שאינו עובד ציבור. עוד נקבע, כי הבדיקה שנערכה על-ידי גורמי המקצוע הבהירה, כי למידע שפורסם היו חשופים גם מי שאינם עובדי ציבור, כאשר בהקשר זה יש להבחין ולהבדיל בין הגורמים שהיו חשופים לכל אחד משני סוגי המידע האמורים. שכן, עשרות אנשים היו חשופים לכך שמתקיימות פעולות חקירה לבירור המידע (קרי, המידע מהסוג הראשון), בכללם עובדי ציבור ומי שאינם עובדי ציבור דוגמת מי שנגבתה מהם עדות במסגרת החקירה, עורכי דין שיש

מקום להניח כי הם מצויים בפרטי החקירה ומקורביהם שייתכן ונחשפו למידע במישורין או בעקיפין. בהמשך לכך נקבע, כי נגישות לחשבונית (דהיינו, המידע מהסוג שני) הייתה קיימת לשתי קבוצות האנשים, אך יש להתייחס לכל קבוצה באופן שונה. הקבוצה הראשונה עניינה במי שיכלו להישפף לחשבונית בטרם זו הועברה לידי המשטרה, וקיים קושי לאמוד את היקפה. הקבוצה השנייה מונה בעיקרה כ-35 עובדי ציבור שלהם הייתה גישה לחשבונית לאחר שזו נתפסה על-ידי המשטרה. בהקשר זה הוער, כי ממצאי הבדיקה העלו כי לא ניתן לזהות האם תצלום החשבונית שפורסם הוא מתוך תיק החקירה אם לאו.

15. זאת ועוד צוין בהחלטת היועצת, כי בעת בחינת תוחלת החקירה "התחדדו" נתונים עובדתיים המצביעים על התוחלת הנמוכה. הנתון הראשון הוא מספר האנשים הרב וריבוי המעגלים השונים שאנשים אלה מגיעים מהם, ואשר היו חשופים למידע; נתון זה, לדעת היועצת, עלול להביא להחשדת הרבים כאשר אין כל חשד קונקרטי ביחס למי מהם תוך פגיעה בזכותם החוקתית לפרטיות. הנתון השני הוא שבין האנשים שהיו חשופים למידע ואשר היו בעלי נגישות לחשבונית, נכללים גם מי שהאיסור הפלילי כלל לא חל עליהם, משום שהם לא עובדי ציבור. הנתון השלישי הוא הזמן שחלף בין מועד רכישת הצמיד, בחודש פברואר 2015, ועד למועד פרסום החשבונית, בחודש נובמבר 2021, והשלכותיו על תוחלת החקירה.

16. לאור ממצאים אלה – שנבחנו גם על-ידי פרקליט המדינה וראש אגף חקירות ומודיעין במשטרה שנתנו דעתם למכלול הזכויות והאינטרסים המתנגשים במקרה זה, לרבות חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת – החליטה היועצת לאמץ את העמדה המקצועית שהוצגה לה, וקבעה כי לא קמה הצדקה לחקירה פלילית בנדון.

17. בצד האמור וטרם חתימה הובהר, כי היועצת מצאה לנכון להידרש לסוגיה העקרונית שעניינה תופעת מסירת מידע האסור בגילוי, ומשכך היא החליטה לקיים עבודת מטה צופה פני עתיד בעניין, באמצעות גורם חיצוני מומחה שיבחן את הסוגיה ויגיש לה המלצות מעשיות לנקיטת מהלכים למניעת הישנות הדלפות של חומרי חקירה.

18. ביום 19.01.2023 התקיים דיון בעתירה (לפני הרכב השופטים נ' סולברג, ע' ברון ו-ח' כבוב), בסופו ניתנה החלטה לפיה בנסיבות העניין העותר רשאי להגיש עתירה מתוקנת בתוך 21 ימים, ותגובה לעתירה המתוקנת תוגש בתוך 21 יום לאחר מכן. עוד נקבע בהחלטה כי דיון לפני אותו ההרכב או רובו, ייקבע במועד קרוב לאחר מכן.

### ב.3. עיקרי העתירה המתוקנת

19. לאחר ארכה קצרה, הוגשה ביום 13.02.2023 העתירה המתוקנת, במסגרתה התבקש צו על-תנאי המורה ליועצת לבוא וליתן טעם "מדוע לא תורה על פתיחה בחקירה פלילית בנוגע להדלפות פליליות של חומרי חקירה והעברתם שלא כדין לגורמים בכלי תקשורת שונים".

20. בפתח העתירה המתוקנת נטען, כי החלטת היועצת מרוקנת מתוכן את הוראות סעיף 117 לחוק העונשין, סותרת את פסיקת בית משפט זה ומתעלמת מהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 16.11.2021. זאת נטען בהמשך לסברת העותר כי "המשקל המרכזי" בהחלטת היועצת ניתן דווקא לכך, שלשיטת היועצת, ההדלפה לא פגעה באינטרסים מוגנים באופן המצדיק פתיחה בחקירה פלילית. העותר אף הלין בהקשר זה, כי הדברים אינם מתיישבים עם העובדה שהודגשה בהחלטה החשיבות הנודעת לשמירה על זכויות חשודים ונאשמים, בכל הקשור להדלפה לתקשורת של מידע שהושג בחקירה פלילית.

21. עוד טען העותר, כי קביעותיה של היועצת בדבר תוחלת החקירה "לא יכולות לעמוד". לשיטתו, "אין מקרה ברור ומובהק יותר של הדלפת חומרי חקירה על ידי עובד ציבור שמצדיק פתיחה בחקירה פלילית מהמקרה שבו עוסקת העתירה שבכותרת". זאת, משום שלטענת העותר בנסיבות העניין "האפשרות הסבירה היחידה היא כי החשבונית הודלפה מתוך חומרי החקירה ושיש חשד מבוסס לביצוע עבירה פלילית". את עמדתו זו ביסס העותר על תזמון ההדלפה, שאירעה טרם קיבלה ההגנה לידיה את חומר החקירה; וכן על הכיתוב "Guest gift" שנכתב בכתב יד בראש החשבונית שמסרה הגב' קליין למשטרה, ואשר הופיע גם בהעתק של החשבונית שפורסם בתקשורת. בנוסף נטען, כי תזת העותר מקבלת משנה תוקף לאור העובדה שגב' קליין הבהירה, כי היא "שמרה את החשבונית במעטפה סגורה בתיק שהיה מונח אצלה בבית ללא שימוש במשך שש שנים", כעולה מתמלול חקירותיה במסגרת השלמת החקירה, מימים 24.10.2021 ו-15.11.2021, ומחקירתה הנגדית במסגרת ההליך העיקרי. זאת ועוד נטען, כי העתק החשבונית שפורסם נערך כך שנחתך ממנו החלק העליון שכלל את סימון המשטרה על-גבי החשבונית, וזאת כדי לא לחשוף את העובדה שמקורו מתיק החקירה.

בהינתן האמור ובצירוף ממצאי הבדיקה שערכה היועצת, כעולה מהחלטתה, טען העותר כי במקרה זה ישנה קבוצה מצומצמת וברורה של כ-35 עובדי ציבור, שהם ורק הם יכלו להדליף את החשבונית וברי כי חולש עליהם האיסור הפלילי הקבוע בסעיף 117 לחוק העונשין. בהקשר אחרון זה נטען, כי בנסיבות כגון דא, אין לאפשר לעובדי ציבור "להסתתר תחת טענה של חיסיון מקור עיתונאי". לא זו אף זו, הוער, כי חקירות בהיקפים

מסוג זה מבוצעות כעניין של יום ביומו; כי קביעה גורפת שלפיה לא ניתן לחקור הדלפות ביחס לקבוצה בהיקף זה, תסתום את הגולל על חקירות ביחס להדלפות של מידע שאסור בגילוי מתוך חדרי חקירות; וכי מדובר בסטייה מאמת המידה שנקבעה בכ"ג"ץ 3917/20 אלוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה ומ"מ פרקליט המדינה (05.11.2020) (לעיל ולהלן: עניין אלוביץ') – שם דובר על קבוצה של כ-150 עובדי ציבור 'ברשימה המצומצמת', וכ-260 עובדי ציבור 'ברשימה המורחבת'. עוד נטען, כי ישנן פעולות חקירה ראשוניות שיכולות לצמצם, "בקלות יחסית", את מעגל החשודים; וכי פתיחה בחקירה כאמור לא רק שלא תפגע בעובדי הציבור, כעמדת היועצת, אלא נהפוך הוא – היא "תנקה" את יתר עובדי הציבור אשר עננת ההדלפות דבקה בהם שלא באשמתם".

22. משתמו טיעוני העותר במישור תוחלת החקירה, שב ופנה, כבפתח עתירתו, למישור "הפגיעה או פוטנציאל הפגיעה" באינטרסים כתוצאה מגילוי של המידע האסור בגילוי. בהקשר זה נטען, כי עמדת היועצת "לא עולה בקנה אחד" עם פסיקת בית משפט זה לרבות בעניין אלוביץ' ובכ"ג"ץ 1736/10 ליברמן נ' מנהל המחלקה לחקירות שוטרים (02.10.2011) (להלן: עניין ליברמן); כי מוטלת על הרשויות חובה לחקור את ביצועה של עבירה פלילית לפי סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982, לבטח "משענה שהבהרנו כי הדלפת החשבונית יכולה הייתה להיעשות אך ורק על ידי עובד מדינה". זאת ועוד נטען, כי קיימת חומרה יתרה בכך שההדלפה בוצעה טרם מוצתה והסתיימה השלמת החקירה, שכן כעולה ממסמך שהגישה המדינה בתיק העיקרי, השלמת החקירה הסתיימה רק ביום 31.01.2022, בניגוד לטענת היועצת לסדר הדברים. על יסוד האמור נטען, כי "בהחלט יש בהדלפות אלה כדי להשפיע על עדים שטרם נשמעה עדותם ולפגוע בזכותו של העותר להליך הוגן".

23. אשר לעבודת המטה הוער, כי היועצת קיבלה, הלכה למעשה ולו באופן עקרוני וראשוני, את הסעד השני שהתבקש בעתירה הראשונה. אולם, אין די באמירה כללית כי ניתנה הוראה לביצוע עבודת מטה, ומצופה שיינקטו פעולות אקטיביות וברורות למניעת הדלפות של חומרי חקירה בעתיד. כך או אחרת, הוטעם, כי החלטת היועצת בהקשר זה "לא מקהה את החובה שלה לפתוח בחקירה פלילית בכל הקשור להדלפה של חומרי החקירה".

4.ב. עיקרי התגובה לעתירה המתוקנת

24. ביום 04.05.2023, לאחר מספר ארכות, הוגשה תגובה מטעם היועצת לעתירה המתוקנת, בגדרה נטען כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבות שיפוטית בהחלטתה. זאת, בתמצית, מכיוון שההחלטה התקבלה, כפי שכבר צוין בתגובה לעתירה



הראשונה, "בתום הליך סדור, מקצועי ומקיף", ולאחר שהמקרה נבחן על-ידי בכירי מערכת אכיפת החוק במדינה, והיא משקפת "יישום של הקווים המנחים והמדיניות שנקבעו ב[הנחיית היועץ] בענין", תוך שהודגש כי ההחלטה התקבלה "בהתחשב במכלול השיקולים והנסיבות בענין הקונקרטי". עוד נטען, כי מדובר ב"החלטה עניינית, המתבקשת מתוך הקווים המנחים שנקבעו לעבירה הייחודית הנטענת, והיא החלטה מנומקת וסבירה אשר אינה מקימה עילה להתערבותו של בית המשפט [...] בתוך כך יש גם לתת את הדעת לשיקול הדעת הרחב הנתון לרשויות התביעה, ובפרט לעומדת בראשן, בשאלות של פתיחה בחקירה פלילית". עוד הובהר בתגובה, כי "אין בנסיבות העניין בסיס מספק לשימוש בכלים של חקירה פלילית לבירור המקרה".

25. בתגובת היועצת שוב הוסבר, כי בנסיבות העניין הייחודיות מסירת המידע לא גרמה לפגיעה או לפוטנציאל לפגיעה באינטרסים חיוניים, בעוצמה המצדיקה את בירור מקור ההדלפה בחקירה פלילית. שכן, כאמור, מדובר בראיות גלויות שפרסומן נעשה לאחר ההחלטה להפסיק את החקירה בנדון, לאחר הסרת צו איסור הפרסום מעל המשך החקירה, ובד בבד עם הגשת החומרים לבית המשפט ושליחתם לצוותי ההגנה. בהקשר זה הוער, כי בניגוד לטענת העותר, ההחלטה על סיום פעולות החקירה בנדון התקבלה מוקדם יותר ובסמוך לחשיפת החומרים. היועצת תמכה טענותיה גם בפסיקת בית משפט זה, שלא מצא עילה להתערבות במקרים אחרים שבהם הוחלט כי אין פגיעה באינטרס חיוני בעוצמה ובמידה המצדיקה פתיחה בחקירה פלילית – לרבות במקרה של פרסום מצגת סודית מתוך ישיבת הקבינט המדיני-ביטחוני בימי פעילות מבצעית ברצועת עזה (בג"ץ 6241/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (05.05.2016)).

26. אשר לטענה בדבר הפגיעה בזכותו של העותר להליך הוגן הובהר, כי החומרים לא פורסמו בזמן גביית גרסאות או עדויות, באופן שעלול היה לזהם את השלמת החקירה. משכך נטען, כי בהתאם לפסיקה, לרבות בעניין אלוביץ', חזקה על בית המשפט שיכריע בהליך באופן מקצועי וענייני, והמקום לבירור טענות בדבר השלכות הפרסום הוא בהליך הפלילי גופו.

27. במישור תוחלת החקירה שבה היועצת בתגובתה על האמור בהחלטה, תוך שהיא מדגישה כי התוחלת נמוכה בנסיבות העניין. בהקשר זה הוער כי חרף טענת העותר, לא ניתן לדעת האם העתק החשבונית שפורסם על-ידי מערכת תכנית התחקירים 'עובדה', הוא מתוך תיק החקירה, אם לאו. אשר ל'מסקנתו החד משמעית' של העותר בדבר מסירת המידע על-ידי עובד ציבור, השיבה היועצת כי מסקנה זו "מתעלמת מכך שאין מדובר במסמך שיצרו רשויות האכיפה, וכי גורמים שאינם עובדי מדינה היו מעורבים ברכישת

התכשיט, והיו חשופים לקיום החקירה אודותיו ואפשר שאף העבירו את המידע למקורביהם". היועצת מפנה בהקשר זה להודעות שנגבו ממר מילצ'ן וממר פאקר ובפרט לעובדה שעוזרו של פאקר הוא זה אשר רכש את הצמיד בפועל; שהכיתוב "Guest gift" הוא בכתיב ידו של העוזר; וכי העוזר הוא מי שמסר את החשבונית לגב' קליין. משכך, נטען, כי הכיתוב שהופיע על העתק החשבונית שפורסם אמנם שולל את האפשרות כי מדובר בהעתק שהונפק ישירות בחנות ממנה נרכש הצמיד, אולם הוא אינו שולל, בצורה מוחלטת, את קבלתו מאחרים, שברי כי אינם עובדי ציבור. ביחס לטענה כי צילום החשבונית שפורסם נחתך, כדי לא לחשוף את הסימון שהתבצע על-ידי היחידה החוקרת, הוער, כי מדובר בהנחת המבוקש מאחר שצילום החשבונית נחתך גם באזורים אחרים, ולא ניתן להסיק מאופן עריכת התמונה ממצא חד משמעי.

28. בתגובה אף הודגשה העובדה כי הבדיקה שנערכה, לבקשת היועצת, העלתה כי עשרות עובדי ציבור היו חשופים לפעולות החקירה בכלל וכ-35 עובדי ציבור היו בעלי נגישות לחשבונית, וכי "אפשר שגורמים נוספים אשר עובדים בגופים הרלוונטיים היו נגישים לחומרים". זאת ועוד הודגש, כי האפשרות לבצע פעולות חקירה מקדימות ומצמצמות נבחנה, אך נמצא כי לדבר היתכנות נמוכה בנסיבות העניין. זאת מכיוון שיש אפשרויות העתקה רבות ומגוונות שיש קושי להתחקות אחריהן, ולא מן הנמנע כי העתק מן החשבונית נעשה, מלכתחילה, כדין. עוד הוסבר, כי ההיתכנות הנמוכה לפעולות חקירה מקדימות נובעת גם מכך שיש קושי לבצע הערכה מי הגורם ממנו נכון להתחיל את החקירה, כך שלא תתבצע החשדת רבים מקום בו אין נגד מי מעובדי הציבור חשד אישי מבוסס. בהמשך לכך, שבה היועצת והדגישה את ההסדר שנקבע בהנחיית היועץ בכל הנוגע ליחס בין עוצמת הנזק ותוחלת החקירה למול החשדת הרבים, תוך חשש לפגיעה בשמם הטוב; עת שהיא סומכת עמדתה בהקשר זה גם על פסיקת בית המשפט, בנוגע לאיזון העדין שיש לקיים בין האינטרס הציבורי של חקר האמת וזכותם החוקתית של נבדקים לפרטיות.

29. יתר על כן הוזכר, כי האפשרות לפתוח בחקירה ביחס לאנשי תקשורת, כפי שהציע העותר, מעוררת מורכבות בשל החיסיון העיתונאי העומד להם תוך שהוער כי טענת העותר בהקשר זה, כאילו החיסיון משמש להגנה על עובדי ציבור – שגויה, מאחר שהחיסיון נועד להגן גם על חופש הביטוי של העיתונאי וגם על זכות הציבור לדעת. עוד הוטעם, כאמור אף בהנחיית היועץ, כי בקשה להסיר חיסיון עיתונאי נעשית במקרים חריגים שבחריגים, וכי גם בקשה לצו עריכת מחקר תקשורת לעיתונאי היא חריגה ביותר. עניינו של העותר, כך הוסבר, לא בא בגדר מקרים חריגים אלה, בשים לב למידת הפגיעה הנמוכה באינטרסים חיוניים שנלוותה לפרסום החומרים.

30. אחר דברים אלה, שבה היועצת על הכללים בדבר התערבותו המצומצמת של בית משפט זה בהחלטות רשויות אכיפת החוק בכלל, והיועצת המשפטית לממשלה בפרט; בשים לב לשיקול הדעת הרחב המסור לה בהחליטה על פתיחה בחקירה פלילית, לבטח בשים לב למתווה שנקבע הנחיית היועץ. בתוך כך הודגש, כי במקרה זה העותר לא הראה עילה להתערבות בהתאם לעילות המוכרות במשפט המינהלי.

31. טרם סיכום התייחסה היועצת להחלטתה למנות גורם בכיר ובעל ניסיון בגופי הביטחון, לבחינת האפשרויות השונות להתמודדות עם התופעה של מסירת מידע שאסור בגילוי במבט צופה פני עתיד. זאת, לאור חשיבות הסוגיה בכלל, ובקשר עם אמון הציבור בפרט.

5.ב. השלמת טיעון בעל-פה

32. ביום 08.05.2023 התקיים דיון שני בהליך שבכותרת, זו הפעם ביחס לעתירה המתוקנת והתגובה לה. במסגרתו, שבו באי-כוח הצדדים על עיקר טענותיהם ואנו הערנו את שהערנו ודרשנו הבהרות משני הצדדים בנוגע לעמדותיהם.

משתמו טיעוני הצדדים בכתב ובעל-פה, הגיעה העת להכרעתנו.

ג. דיון והכרעה

33. כמפורט לעיל, העותר מבקש כי נתערב בהחלטת היועצת שלא לפתוח בחקירה פלילית במקרה דנן. טרם הכרעה, ראיתי להקדים מספר מילים על אודות היקף ההתערבות של בית משפט זה בהחלטות מסוג זה, והתפתחות הפסיקה בנדון.

ג.1. ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה בתחום הפלילי

34. כידוע, ליועץ המשפטי או ליועצת המשפטית לממשלה (להלן גם: היועמ"ש) סמכויות רבות בתחום הפלילי, שנוגעות בין היתר להחלטה האם לפתוח בהליכי חקירה אם לאו. כמו כן, מן המפורסמות כי ליועמ"ש שיקול דעת רחב בתחום סמכויות אלו, שכן בכובעו כראש התביעה הכללית, המופקד על אכיפת הדין הפלילי, הוא מפעיל סמכות מעין שיפוטית (בג"ץ 1983/17 נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 23 (27.04.2017)). שיקול הדעת הרחב המוקנה ליועמ"ש בתחום הפלילי נועד לשמור על עצמאותו, בין היתר לאור הניסיון והמקצועיות של רשויות התביעה שהוא עומד בראשן; וכן, מן הטעם שגורמי אכיפת החוק עוסקים בעיקרו של דבר בשאלות מקצועיות של הערכת ראיות, לצד הערכה נורמטיבית של אינטרסים ציבוריים שונים, תוך איזון עדין ביניהם (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פסקאות

17 ו-25 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (26.02.2008); בג"ץ 3921/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 70-71 (22.07.2021) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון)).

35. לאורך השנים קולמוסין רבים נשתברו על אודות שיקול הדעת הרחב המוקנה ליועמ"ש, ולא בכדי. שכן, שאלת היקף הביקורת השיפוטית הראויה על החלטות היועמ"ש בתחום הפלילי מעוררת לבטים רבים, מעצם טיבו וטבעו של תפקיד רם מעלה זה השלוב בתפקידיו וכובעיו הנוספים של היועמ"ש (ראו למשל: מיכאל בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה(2) 5 (1996) (להלן: בן יאיר); דוד קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה(2) 121 (1996) (להלן: קרצמר). כן ראו המפורט בדו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962), המוכר גם כדו"ח ועדת אגרנט; וכן האמור בדו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998), הידוע גם כדו"ח ועדת שמגר).

סקירה של פסיקת בית משפט זה מגלה כי התייחסותו לשאלה זו עברה, במובן מסוים, מספר תמורות לאורך השנים (ראו אצל בן יאיר ואצל קרצמר).

36. לשם כך, נחזור לרגע, לבראשית. בפסק הדין בבג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד יא 285 (1957) (להלן: עניין שור), נדונה ועוצבה לראשונה הגישה המסורתית של בית משפט זה בנוגע להתערבות בהחלטות היועמ"ש; זאת אגב דיון בעתירה שעניינה החלטה לעכב הליכי קובלנה פלילית פרטית. בפסק הדין, מפי השופט ש' אגרנט, נדון מעמד היועמ"ש בכלל ובהליכים פליליים בפרט. זאת נעשה, תוך סקירה והבחנה בין מעמדו בשיטתנו המשפטית, שהייתה חדשה באותה עת, למול מעמדו בשיטת המשפט הבריטית והאמריקנית. בעיקרו של דבר נקבע, בהסכמת היועמ"ש, כי החלטותיו כפופות לביקורת שיפוטית. בצד האמור נקבע, כי "מן ההכרח [שהביקורת השיפוטית – ח.כ.] תשתרע על שטח צר למדי", ואמת המידה להתערבות עוצבה כך שעל בית המשפט לבחון האם ההחלטה "יטודה ביושר ובתום לב; במניעים טהורים ולא נפטדים; במטרה הכרוכה באינטרס ציבורי ומכל מקום שאינה עומדת [...] בסתירה ברורה לאינטרס הזה" (שם, בעמודים 300-301).

ייאמר מיד, כי גם שנים לאחר מתן פסק הדין בעניין שור הוסיף בית המשפט לצעוד בתלם שנחרש באותה פרשה (ראו אצל קרצמר, בעמודים 126-128 וההפניות שם). עיון דקדקני בפסקי הדין שבאו בעקבות פסק הדין בעניין שור, מצביע, אמנם, על גישה שאיננה אחידה ביחס להלכה הנוהגת, אך לא ניתן למצוא באיזה מפסקי הדין משום

הרחבה ממשית של אמת המידה שנקבעה באותה פרשה (שם; וכן ראו את הסקירה שנערכה בפסק דינו של מ"מ הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לז(4) 326, 330-332 (1983), והשוו לגישת השופט א' ברק באותה פרשה, שיש מי שראו בה משום "הפניית הגב הראשונה לעמדה העקרונית שהתקבלה בעניין שור" (קרצמר, בעמוד 129)). אולם, עם השנים הורחבו הטעמים והעילות בעטיים ייטה בית משפט זה להתערב בהחלטות היועמ"ש בתחום הפלילי. כך, למשל, קבע מ"מ הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 248/81 ווליס נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין פ"ד לז(3) 533, 541-540 (1983):

"כאשר מוקנה לרשות פלונית שיקול הדעת, אם ליזום הליכים פליליים או משמעתיים, נוהג בית המשפט הזה להתערב בשיקוליה רק באותם מקרים, בהם יש יסוד לכאורי לסברה, כי החלטתה של הרשות העצמאית האמורה נבעה משיקולים פסולים ובלתי חוקיים כגון חוסר תום-לב או מניעים זרים [...]. לאור אופיו של העניין נוהג בית המשפט הזה בכל הנוגע לסמכויותיה המשמעטיות של הלשכה באותו אופן ולפי אותם כללים, אשר אותם הוא מיישם בכל הנוגע להתערבותו בשיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה [...]; וכפי שמקובל עלינו, כי בידי היועץ המשפטי לממשלה שיקול-דעת רחב בכל הנוגע לפעולתו בתחום התביעה הכללית, כך הדין גם לגבי הלשכה.

בהקשר זה ראוי רק להבהיר ולהדגיש, כי העילות להתערבות בשיקול הדעת שנמנו בפסיקתנו לא התיימרו להציג רשימה ממצה ובלעדית של עילות, ואין גם ללמוד זאת מנוסחם של הדברים, אלא רק הוסברה המגמה העקרונית תוך איזכור עילות מייצגות. כך ייתכן, לדוגמה, שבית-משפט זה יראה להתערב בשיקול הדעת של הקובל, גם אם יתגלה בהחלטתו חוסר סבירות קיצוני, היורד לשורשו של עניין, אף אם אין הוא מתלווה בסימנים של העדר תום-לב דווקא" (ההפניות הושמטו – ח.כ.).

ואכן, לאורך השנים שחלפו התגבשה הלכה שלפיה התערבות בהחלטות היועמ"ש בעניינים פליליים, עשויה להתבצע בשל שורה של פגמים, כגון:

"החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור; החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי; החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; או החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין; [...] החלטה החורגת בבירור ממתחם הסבירות כיוון שבאופן בולט לא ניתן בה משקל לשיקולים רלוונטיים; או שהמשקל שניתן לכל אחד מהשיקולים הינו מעוות עד כדי גיבוש מסקנה החורגת ממתחם שיקול הדעת המסור לראש התביעה הכללית, ומטעם זה עשויה

להצדיק התערבות בשיקול הדעת גם כאשר ההחלטה ניתנה בתום-לב" (בג"ץ 4190/05 נעים נ' פרקליט המדינה, פסקה 10 (12.09.2006); ראו גם פסק הדין הנודע בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990); ומהעת האחרונה ממש: בג"ץ 3090/22 חמדאן נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 41 (29.05.2023)).

שינוי איטי זה, מעילת חוסר תום-לב לעילת חוסר הסבירות הקיצוני נעשה חרף קולות מבין שופטי בית המשפט שתהו אם נכון לצעוד בדרך זו. כך, לדוגמה, כתב השופט ת' אור, בדעת מיעוט, באחד מפסקי הדין: "רואים אנו, שהמדובר בסמכות רחבה ביותר, כשהדגש בהפעלת סמכות זו הוא על כך, שעל היועץ המשפטי להפעיל את שיקול-דעתו שלו, והאחריות בפני הציבור – שלו היא" (בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מג(4) 356, 370 (1989)); זאת, בין היתר, בהסתמך על פסיקה קודמת שעניינה החלטת היועמ"ש לעכב חקירה עד לקבלת חוות דעת, שם הוטעם כי "זוהי הפרוגטיבה של היועץ המשפטי – וגם חובתו – להידרש לשאלות אלו ולהכריע בהן לפי מיטב הכרתו. המדיניות שהוא קובע לעצמו וההנחיות המנחות אותו, ענין הן שאין בית-המשפט מתערב בקביעתן" (מפי השופט א' ויתקון בבג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לד(2) 634, 639 (1980)).

37. כך או אחרת, דומה, כי לאמיתו של דבר, נכונותו של בית המשפט להתערב בשיקול הדעת המוקנה ליועמ"ש הוסיפה להשתרע על שטח צר למדי' (כלשון השופט אגרנט בעניין שור). זאת מכיוון שאת ההלכה הפסוקה בנדון מלווה הכלל הנקוט, לפיו, אל לו לבית המשפט להחליף את שיקול דעתו של היועמ"ש בשיקול דעתו שלו, "שאם לא כן יסיג בית-המשפט את גבולו של היועץ המשפטי לממשלה ויהפוך עצמו ליועץ משפטי על' ולמעין 'שופט חוקר'" (בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 25 (1997) (להלן: עניין יהב)); וכפי שציין השופט י' עמית בבג"ץ 8814/18 שלו נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז תל אביב, פסקה 8 (27.01.2019) (להלן: עניין שלו):

"עשרות, אם לא מאות פעמים, נאמר בפסיקתו של בית משפט זה, כי נקודת המוצא היא, שלתביעה מסור שיקול דעת מקצועי רחב בסוגיות שונות הנוגעות להליך הפלילי על כל שלביו, החל מהחקירה, דרך הגשת כתב האישום וכלה בשלב הערעור. התערבות בשיקול דעת הרשויות תיעשה במשורה ובמקרים חריגים ונדירים בלבד, כאשר ההחלטה הנדונה לוקה בחוסר סבירות קיצוני [...]"

38. ויובהר, כי כבר נפסק שהריסון השיפוטי מהתערבות מסוג זה, כוחו יפה לכל אורך ההליך הפלילי, וההלכות הנודעות יושמו גם במקרים שעניינם תקיפת החלטה שלא לפתוח בחקירה (עניין אלוביץ'; עניין ליברמן; עניין שלו; בג"ץ 1814/20 עד כאן-צעירים

למען ישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.10.2020); בג"ץ 3089/20 נץ-צנגוט נ' ממשלת ישראל (26.10.2020).

39. ודוק. כיבוד מוסד היועמ"ש והרצון להימנע מהסגת גבולו מבוסס על שני טעמים מרכזיים, הכרוכים זה בזה במידת מה. הטעם הראשון, הוא ההכרה בכך שעבודת מערכת אכיפת החוק היא עניין שבמומחיות, וזאת גם בכל הנוגע לפתיחה בחקירה. הטעם השני, קשור בפגיעה המוסדית הכרוכה בהתערבות שכזו. שכן, כאשר חקירה נפתחת בהוראת בית המשפט, בניגוד להחלטת רשויות אכיפת החוק להן נמסר תפקיד זה, מתערערים האיזון העדין וחלוקת העבודה בין הרשויות, באופן המקים חשש שבית המשפט יהפוך למעין 'יועץ משפטי-על', כאשר כבר הוקצה לו תפקיד בגדר ההליך הפלילי, והוא כמובן מלאכת השפיטה (בג"ץ 6087/17 אייבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 4-5 (24.09.2017)).

אשר על כן, זה מכבר נפסק, כי יש להקפיד הקפדה יתרה על הפרדת רשויות בהקשר זה, בבחינת אין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלוא הנימה, ולמצער אין היא צריכה לגעת; אלא במקרים חריגים שבחריגים. כפי שהיטיב חברי, השופט נ' סולברג, לנסח בעניין אחר:

"אי-התערבות בהחלטותיהן של הרשויות המנהליות נחוצה והכרחית, לא רק מחמת מומחיותה ועדיפותה של הרשות המנהלית, אלא גם לשם שמירה על הפרדה בין רשויות השלטון השונות, ובלשונו של השופט (כתוארו אז) א' ברק: "זהו הביטוי לעקרון הפרדת הרשויות ולסובייקטיביות של שיקול הדעת המנהלי" (בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 694 (1991)). כל רשות וגדרי תפקידה, כל פקיד (במכונותיו-הוא, "איש איש על עבודתו, ואֵל משאו" (במדבר ד, יט). אלמלא הפרדה זו, איש את רעהו – סמכותו בלעו" (בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 24 לחוות דעתו (בדעת מיעוט) (להלן: עניין חמדאן)). (28.10.2019)

הנה כי כן, כבר כמעט 70 שנה משננים שופטי בית משפט זה, בנוסח זה או אחר, כי בעניינים המצויים בליבת שיקול דעת של רשויות אכיפת החוק ולבטח כאשר מדובר בשיקול הדעת של העומדים בראשן של רשויות אלה, נכון כי התערבות שיפוטית "תעשה במשורה, במקרים חריגים בלבד, או כאשר נמצא כי יש בהחלטה שנתקבלה משום עיוות דין" (בג"ץ 3927/20 דמתי נ' משרד המשפטים – פרקליטות המדינה, פסקה 6 (10.11.2020); בג"ץ 502/22 פרנק נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 12 (06.04.2022) (להלן: עניין פרנק)).

40. עתה, אפנה לעניין שלפנינו.

2.ג. האם קמה עילה להתערבות בהחלטה מושא ענייננו?

41. אחר דברים אלה, נשאלת השאלה האם יש מקום להתערבות בהחלטת היועצת מיום 12.01.2023 על יסוד העתירה שהונחה לפנינו. תשובתי על כך היא בשלילה. לאחר ששקלתי בכובד ראש את טענות הצדדים – הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבותנו, וכך אציע לחברי וחברתי כי נורה. ואבאר.

42. כאמור לעיל, מדיניות האכיפה הזהירה והמצומצמת ביחס לשאלה אם לפתוח בחקירה בנוגע לעבירות של מסירת מידע האסור בגילוי על-ידי עובד ציבור, מוסדרת בהנחיית היועץ, מתוך מטרה להביא לאיזון עדין בין כלל האינטרסים הצריכים לעניין. בהינתן האמור, ההנחיה מונה שלושה שיקולים מרכזיים שיש לבחון ולאזן ביניהם בעת יישום מדיניות האכיפה: עוצמת הפגיעה באינטרסים חיוניים כתוצאה ממסירת המידע או פוטנציאל הפגיעה באינטרסים אלו; תוחלת החקירה ומורכבותה, ובפרט האפשרות להתחקות אחר זהות מוסר המידע (וזאת, ככל שזהותו אינה ידועה. וראו בהקשר זה בג"ץ 6871/21 לנגוצקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפרט בפסקה 23 (08.08.2022)); והעניין הציבורי שבחשיפת המידע, לאור חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת. עוד נקבע בהנחיית היועץ, כי אמנם מדובר בשלושה שיקולים מרכזיים – אך הם אינם השיקולים היחידים שיש לקחת בחשבון.

43. כפי שעולה מהמתואר לעיל, החלטת היועצת מושא ענייננו מבוססת, בעיקרו של דבר, על שני שיקולים מרכזיים – שיקול עוצמת הפגיעה או פוטנציאל הפגיעה באינטרסים חיוניים כתוצאה ממסירת המידע; ושיקול תוחלת החקירה ומורכבותה, ובפרט האפשרות להתחקות אחר זהות מוסר המידע. בהקשר זה יוזכר, כי לשיטת העותר "המשקל המרכזי" בהחלטה ניתן לשיקול הפגיעה או פוטנציאל הפגיעה באינטרסים מוגנים. מנגד, טוענת היועצת כי ההחלטה היא פרי איזון בין השיקולים השונים. כפי שיעלה מהמשך הדברים, לא בכדי ניטשה מחלוקת זו בין הצדדים לעתירה שלפנינו. אדון אפוא בשיקולים אלו כסדרם, תוך שנזכור ונזכיר כי בית משפט זה אינו בוחן את תבונת החלטת היועצת או את השאלה איזו החלטה הוא היה מקבל בנעליה; אלא האם נפלו בהחלטתה פגמים מהסוג המצדיק התערבות. הכול כפי שפורט לעיל.

2.ג.א. עוצמת הפגיעה באינטרסים חיוניים

44. כאמור, בהחלטת היועצת נטען, כי בענייננו אין בדליפת המידע כדי להצדיק שימוש בכלי הפלילי, וזאת "גם אם נניח לעניין שאלת הנזק שנגרם ממסירת המידע כי המצב



העובדתי היה כזה לפיו כלל החשופים למידע שפורסם היו רק עובדי מדינה". שכן, לשיטתה, "בנסיבות העניין הייחודיות לא נגרמה פגיעה ואין פוטנציאל פגיעה באינטרסים חיוניים כתוצאה מהגילוי הנטען, בעוצמה כזו אשר מצדיקה בירור העניין בכלי אכיפה פלילית". עמדה זו מוקשית בעיניי.

**לטעמי, בצדק טען העותר, כי בית משפט זה כבר השמיע עמדה ערכית ברורה**

**בדבר הפסול הכרוך בתופעת ההדלפות מחדרי החקירה בכל הנוגע לחקירותיהם של אישי**

**ציבור. ובלשון חברי, השופט סולברג, בעניין אלוביץ':**

"מחד גיסא, רואה היועץ המשפטי לממשלה "בחומרה רבה", כלשונו, מסירת מידע האסור בגילוי; אך מאידך גיסא, חקירה אין, אין מי שנותן את הדין, ורעה חולה זו של 'הדלפות' פושה במקומותינו. בנסיבות העניין שעל הפרק, דעתי כדעתו של חברי, השופט ג' קרא, על סמך נימוקיו, כי דינה של העתירה להידחות. חקירת אילן ישועה, שהוא אינו עובד מדינה, והוא, לדעת העותרים, 'החשוד המידי', לא תוכל כנראה לבסס אישום בפלילים. ברם, במבט צופה פני עתיד, שומה להתריע, שלא תהא אותה "חומרה רבה" שב"מסירת מידע האסור בגילוי", שהכל תמימי-דעים לגביה, מס-שפתיים בלבד: צריך לעשות מעשה."

**וכפי שציינה הנשיאה, א' חיות, באותה הפרשה:**

"לא אחת פסקנו כי התופעה של הדלפת חומרי חקירה על ידי עובדי ציבור היא רעה חולה וכי על "רשויות החקירה והתביעה לעשות מאמץ שהדלפות מסוג זה לא יישנו [...]"

45. היועצת טוענת כי בענייננו שורה של טעמים מוליכים למסקנה כי הדלפת חומרי החקירה, אפילו אם היא נעשתה על-ידי עובד ציבור, אינה מצדיקה שימוש בכלים פליליים. כך למשל, נטען כי הפרסום בוצע לאחר החלטת היועץ המשפטי לממשלה דאז להפסיק את החקירה, לאחר שהוסר צו איסור הפרסום, ולאחר שנמסרה על כך הודעה לבית המשפט ולסניגורים והוחלט להעביר את חומר החקירה לעיונם. לשיטת היועצת, מכלול האמור מוביל למסקנה כי לא נגרמה פגיעה "באינטרסים חיוניים" במידה המצדיקה שימוש בכלים פליליים.

**אולם, הנזק שנגרם כתוצאה מתופעת ההדלפות מחדרי החקירות אינו מסתכם**

**בנזק 'התוצאתי' שנגרם לחשוד או לנאשם במקרה הקונקרטי, כי אם בנזק שהדבר גורם**

**לאמון הציבור ברשויות האכיפה, ולתפיסה של האזרחים את הרשויות הללו, ככאלו**

**שפועלות על בסיס שיקולים ענייניים בלבד. כפי שקבע השופט א' רובינשטיין בעניין**

**ליברמן, פסקה כ"ג:**

”התופעה של הדלפה מחדרי החקירות, בעיקר בחקירות רגישות ומתוקשרות, היא רעה חולה. בכך יש לפגוע לא רק בזכות החשוד להליך הוגן, אלא גם באינטרס הציבורי בניהול חקירה תקינה שתניב תוצאות, וכן באמון הציבור ברשויות האכיפה והתביעה, שהחקירה היא אובייקטיבית ונטולת משוא פנים, וכי ההליך נקי וחותר לחקר האמת. המחיר של התנהלות כגון דא הוא כבד, והניזוק העיקרי הוא הציבור כולו. לאו מילתא זוטרתא היא. על רשויות החקירה והתביעה לעשות מאמץ שהדלפות מסוג זה לא יישנו, תוך שיהא נהיר למדליפים כי לא תהא פניה לסדר היום כאילו לא אירע דבר, וכי המדליף עלול לשלם מחיר אישי שכן 'תפקידם של אנשי המשטרה אינו מחסן אותם מפני חקירה, אלא דווקא מציב בפניהם סטנדרטים גבוהים במיוחד של חובות אמון, הגינות והקפדה על קיום החוק.'”

וכפי שהוסיפה השופטת א' חיות באותו עניין:

”הדלפת פרטים מתוך חדרי החקירות או ממשרדי הפרקליטות בעת הימצא החקירה בעיצומה, היא תופעה שפגיעתה רעה הן בהיבט של זכויות החשוד והן בהיבט הנוגע לאימון הציבור ברשות ובפעולותיה.”

46. הנה, הדלפה של מידע מתוך הליך פלילי, בפרט של איש ציבור, לא כל שכן של מי שכיחן ומכהן כראש הממשלה, כרוכה, מעצם טיבה וטבעה, בפגיעה שאין להתעלם ממנה בשורה של אינטרסים, אך בראש ובראשונה – באמון הציבור, שאין צורך להכביר במילים על אודות חשיבותו. לנזקים מסוג זה נתכוון בית המשפט בשורה של פסקי דין שבהם שב ושנה כי מדובר ברעה חולה ובנגע רע שאותו יש לבער. לא זו אף זו, אין לשכוח כי אף בהנחיית היועץ עצמה, נמנו שיקולים נוספים ובכללם ”הפגיעה באמון הציבור במערכת סדרי השלטון והמשפט”, מהות הפורום ממנו נמסר המידע, מיהות מוסר המידע ושיטתיות ההפרה (להרחבה, ראו סעיפים 2 ו-34 להנחיית היועץ).

47. ואכן, לא מן הנמנע כי אילו השיקול בדבר הפגיעה באינטרסים חיוניים היה ניצב לבדו בבסיס ההחלטה, היה מקום לשקול להתערב בה, תוך הבהרה כי הנזקים הנגרמים מהדלפות כבענייננו הם נזקים חמורים. זאת, גם אם תוצאת ההדלפה, ביחס לנאשם כזה או אחר, אינה חמורה, ולבטח שלא מדובר בנזקים שאינם מצדיקים בירור באמצעות כלים פליליים (וראו, למשל, את ההחלטה בבג”ץ 2511/08 ליברמן נ’ פרקליט המדינה (17.11.2008)).

48. בצד האמור, החלטת היועצת לא נטועה אך בשאלת הפגיעה באינטרסים חיוניים; בנסיבות העניין נבחנה לעומקה גם שאלת תוחלת החקירה והשפעותיה. לסוגיה זו אפנה כעת.

49. כאמור לעיל, החלטת היועצת התקבלה בסופו של הליך סדור, מקצועי ומקיף, לאחר שהמקרה נבחן על-ידי בכירי מערכת אכיפת החוק. בהחלטה זו צוין כי בהתחשב במכלול השיקולים ונסיבות העניין הנדון – לרבות חלוף הזמן ומספר האנשים שהיו חשופים לחומר החקירה, בארץ ובחו"ל, מקצתם אינם עובדי ציבור – תוחלת החקירה נמוכה מאוד. לנוכח האמור, עמדת היועצת היא כי חקירה פלילית אינה צפויה להוביל לגילוי מי שהדליף את המידע האסור בגילוי. את מסקנתה מבססת היועצת על סקירה של מכלול הפעולות שבהן ניתן לנקוט בשלב זה על מנת להביא לגילוי האמת, בציינה את הקשיים הצפויים להתעורר מביצוע כל פעולת חקירה. כך למשל, צוין כי טענות העותר מתעלמות מהאפשרויות הטכנולוגיות הקיימות כיום להעביר מידע באופן שיקשה על איתורו, ובוודאי שכך לנוכח חלוף הזמן מעת ביצוע ההדלפה.

50. כידוע וכפי שהוצג בהרחבה לעיל, הלכה פסוקה היא כי שיקול הדעת של רשויות אכיפת החוק בתחום הפלילי ובפרט שיקול הדעת של העומדת בראשן – הוא רחב מאוד; ובהתאם מידת ההתערבות השיפוטית בשיקול דעת זה מצומצמת מאוד. עוד הושרש בפסיקה הכלל, לפיו במקרים שבהם ההחלטה שלא לפתוח בחקירה התקבלה על-ידי הגורמים הבכירים ביותר במערכת אכיפת החוק, כבענייננו, יש לדבוק בכלל אי-ההתערבות, אלא במקרים חריגים שבחריגים (עניין אלוביץ' פסקה 10; עניין פרנק פסקה 12). לכללים אלה נודעת חשיבות יתרה בהחלטות המבוססות על מורכבות השאלות העובדתיות שעל הפרק, כגון ההחלטה שלא לפתוח בחקירה מאחר שתוחלתה נמוכה.

לכלל אי ההתערבות האמור יש היגיון רב. שכן, מלאכת הבחינה של מנעד הפעולות החקירתיות האפשריות ותוחלתן, נמסרה לרשויות אכיפת החוק – ולא בכדי. מדובר בעניין הדורש מומחיות במגוון תחומים, לרבות הבנה טכנולוגית של אמצעי החקירה הרלוונטיים, וכן הבנה מעמיקה בתחום המודיעיני והחקירתי. כך, למשל, גורמי אכיפת החוק נדרשים להחליט האם בגדר מגוון הפעולות החקירתיות, בנסיבות אותו עניין, ניתן ונכון לנקוט בצווי חיפוש סמויים וגלויים; צווי האזנת סתר; צווי לחיפוש בחומר מחשב; תשאול עדים; חקירה באזהרה ועוד. לאחר מכן, וכדי לעמוד על תוחלת החקירה והאפשרות להתחקות אחר זהות מוסר המידע, נדרשים גורמי אכיפת החוק להעריך את הסיכוי להגיע לחקר האמת, על-ידי שימוש באמצעי החקירה השונים. אין מדובר במלאכה קלה כלל ועיקר, שכן הערכה אפרוירית של מסקנות אמצעי החקירה, בנסיבות כל עניין, משתנה ומושפעת ממספר רב של נתונים לרבות חלוף הזמן, חידושים טכנולוגיים ומגבלות חוקיות צפויות, כגון, האפשרות שבית משפט לא ייעתר לבקשה למתן צו חיפוש (וראו האמור בהנחיית היועץ בהקשר זה).

דברים אלה לא שונים מההלכה ביחס להיקף הביקורת השיפוטית על החלטה שלא להגיש כתב אישום, כאשר ביסודה ניצבת הערכה של דיות הראיות, להבדיל מטעמים שעניינם בחוסר עניין לציבור (עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 70 וההפניות הרבות שם; בג"ץ 9443/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה, פסקה 20 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן והערת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז בחוות דעתה שם (15.08.2017)).

בנוסף לכך, בהקשר של תוחלת החקירה ביחס להדלפות של מידע האסור בגילוי, לא אחת מתעוררת גם שאלת החיסיון העיתונאי. אמנם מדובר בחיסיון יחסי, ולבית המשפט סמכות להסירו לאחר הפעלת שיקול דעת בנסיבות כל עניין ועניין. עם זאת, ברי כי על גורמי אכיפת החוק מוטלת חובה לנקוט במשנה זהירות בטרם הם פונים לבית המשפט בבקשה כאמור. דבר המהווה נדבך נוסף שבא במניין שיקולי גורמי אכיפת החוק במסגרת המלאכה המוטלת עליהם.

51. בהינתן האמור אין זה מפתיע, כי מרבית טענות העותר מכוונות לעבר תוחלת החקירה והאפשרות להתחקות אחר זהות מוסר המידע. למעשה, העותר מבקש להוליכנו במשעולי הראיות ולאמץ את המסקנות שהוא מסיק מהן, ולפיהן תוחלת החקירה בענייננו אינה נמוכה – הכול כמפורט בהרחבה לעיל. גם אם הדבר לא הובהר במפורש בכתב, דומה כי העותר מלין, בעיקרו של דבר, נגד מסקנתה של היועצת, שלפיה גם אם תיערך כיום חקירה בעניין, הסיכויים שיימצא הגורם שהדליף את חומר החקירה בענייננו – אינם גבוהים כלל.

52. יוער, כי במישור המשפטי, העותר לא ביסס טענותיו על עילה מוכרת להתערבות בית המשפט בהתאם לכללי המשפט המינהלי. כל שצוין בעתירה הוא כי קביעותיה של היועצת "לא יכולות לעמוד". שכן, לשיטתו, "מדובר במקרה ייחודי שבו ישנן ראיות ברורות לכך שגורם כלשהו מתוך קבוצה מצומצמת ומוגדרת של עובדי מדינה, הדליף למספר כלי תקשורת חומרים [...]". דומה כי העותר סבור שהעובדה שמדובר בקבוצה המונה כ-35 עובדי מדינה מבססת את מסקנתו באשר לתוחלת החקירה, והופכת את מסקנת היועצת לכזאת שאינה יכולה לעמוד.

53. ברם, גם אם אניח לטובת העותר כי ההדלפה של החשבונית מקורה בגורמי אכיפת החוק – טענה שיש בה היגיון רב, הן בשים לב לכתב היד שנמצא על גבי העתק החשבונית שפורסם באמצעי התקשורת, הן לנוכח התזמון שבו פורסמו הדברים, שעות ספורות לאחר שהתביעה הודיעה לבית המשפט על סיום החקירה – הניסיון להיאחז בנתון כמותני דוגמת מספר עובדי הציבור שניתן לחשוך בהם, אין בו כל ממש כשלעצמו.

שכן, היקף הקבוצה הרלוונטית הוא אך נתון אחד, שנבחן ומשוקלל יחד עם נתונים רבים אחרים, והוא לא מנותק מהקשרם של דברים. כפי שהסבירה היועצת בהחלטתה, קיימים מכשולים וחסמים רבים בדרך לאיתור המדליף האלמוני, והסיכוי לאתרו במסגרת חקירה פלילית, אינו נחזה להיות גבוה. כמו כן, אל לנו לשכוח, כי לפתיחה בחקירה פלילית יש השלכות משמעותיות על כל אדם (בג"ץ 1685/18 נץ-צנגוט נ' מפכ"ל המשטרה, פסקה 7 (09.07.2018)), וכי "חקירה פלילית אינה חכה שנזרקת למים מתוך תקווה שדג יעלה בקרט בבחינת 'קודם נחקור ואחר כך נראה מה יעלה בחכה'" (עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 69). לא למותר להזכיר, כי בנוסף לכך הבהירה היועצת שהחלטתה אינה פורשת את מלוא התמונה העובדתית, משום שההליך העיקרי עודנו מתנהל.

54. לדידי, לאור כל אלה, העותר לא עמד בנטל הכבד שהיה מונח לפתחו לבסס עילה מוצקה להתערבות שיפוטית בהחלטת היועצת כמבוקש על-ידו.

55. בצד האמור אבקש להעיר, דווקא בקשר עם תוחלת החקירה וסיכוייה – כי במישור הזמן, שהוא גורם משמעותי בשיקול זה, התנהלות מערכת אכיפת החוק בענייננו רחוקה מלהיות משביעת רצון. שכן, ההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית ניתנה רק בחלוף כשנה וחודשיים (!) מעת פנייתו הראשונה של העותר; ולא מן הנמנע כי פעולה מהירה, בזמן אמת, הייתה יכולה להקל על איתור הגורם שהדליף את המידע האסור בגילוי. חזקה על הנוגעים בדבר, ובפרט הגורם המקצועי שגויס לשם גיבוש המלצות לפתרון צופה פני עתיד, שיתנו דעתם לדברים אלו. כפי שהעירה השופטת א' חיות בעניין ליברמן: "בעניינים אלה מוטב 'להכות בברזל בעודו חם' ולמצות את אפשרויות הברור והבדיקה ככל הניתן מיד עם היוודע דבר ההדלפה".

56. היבט נוסף של חלוף הזמן כרוך בהשתלשלות העניינים בבית משפט זה. כך, העתירה הראשונה הוגשה בחודש יוני 2022, למעלה משישה חודשים לאחר שהעותר פנה לראשונה בבקשה לפתיחה בחקירה פלילית, במהלכם לא זכה להתייחסות לגופו של עניין. גם לאחר שהוגשה העתירה הראשונה, לא התקבלה החלטה לגופו של עניין ולא הוגשה תגובה מקדמית לעתירה במשך כשבעה חודשים, במהלכם הוגשו שבע בקשות למתן ארכה; לרבות לאחר שהעתירה הראשונה נקבעה לדיון בפני הרכב, תוך קביעת מועד להגשת התגובה. למעשה, ההחלטה התקבלה רק כשבוע עובר למועד הדיון שנקבע ורק אז הוגשה תגובה מקדמית תמציתית לעתירה הראשונה, ובשלב זה נדרשה עתירה מתוקנת, תגובה מקדמית נוספת וקיום ישיבה נוספת במעמד הצדדים לשם השלמת טיעון.

57. למען שלמות התמונה, מצאתי להתייחס גם לטענה שהעלה בא-כוח העותר בדיון שקיימנו בעתירה המתוקנת, בדבר "ניגוד עניינים מוסדי" המצדיק, כך לשיטתו, ביקורת שיפוטית הדוקה יותר על רשויות התביעה בכל הנוגע לחקירות של מסירת מידע האסור בגילוי. טענה זו נטענה בעלמא במהלך הדיון, ולא מצאתי כי העותר ביסס טענה כלשהי לניגוד עניינים מוסדי, כאשר לא נטען כי ההדלפה נעשתה מתוקף תפקידו של עובד ציבור כלשהו (ראו למשל: בג"ץ 1893/23 ארגון לביא נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 3 ((22.03.2023)). לעומת זאת, ככל שהכוונה הייתה כי קיים חשש לניגוד עניינים אישי – בוודאי שאין בנמצא, אף לא בדוחק, ממצא כלשהו שיהא בו כדי לבסס ראשית טענה בדבר חשש כזה (בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 79 (01.03.2016)); ובפרט, כאשר היועצת כלל לא הייתה בתפקידה בעת האירועים הרלוונטיים.

ד. סוף דבר

58. אודה ולא אכחד, כי תחילה תהיתי האם אין בדחיית העתירה דנן משום הודאה בכישלון הטיפול בתופעה של הדלפות מחדרי חקירות. כאמור, מדובר בתופעה נפסדת, אשר פוגעת לא רק בזכותו של חשוד או נאשם להליך הוגן, אלא גם באינטרס הציבורי שבניהול חקירה כהלכה, ובאמון הציבור ברשויות אכיפת החוק. המחירים הנלווים לתופעה – כבדים; והניזוקים הם הציבור בכללותו ואף מערכת אכיפת החוק עצמה.

59. ברם, בסופו של דבר, לאחר שהפכתי ושבתי והפכתי במכלול החומר שהונח לפנינו, כמו גם בפסיקת בית משפט זה – והעומד ביסודה – סבורני כי התוצאה אליה הגעתי מתבקשת במקרה דנן, ובדין יסודה. כפי שציין חברי השופט סולברג בעניין חמדאן: "חרף הפיתוי לרדת לשורשם של דברים, ולבחון את החלטת הרשות בתחום הנמצא בלב עיסוקנו המקצועי – עלינו להישמר מכך" (שם, בפסקה 24 לחוות דעתו). לטעמי, כניסה בנעלי גורמי אכיפת החוק, ובפרט בנעלי העומדת בראש מערכת אכיפת החוק, בהחלטה הכרוכה בהערכה מקצועית של הראיות הקיימות ואמצעי החקירה הרלוונטיים העומדים לרשות גורמי החקירה, היא בבחינת פתיחת שעריו של בית המשפט הגבוה לצדק ל'תיקון עולם' ששכרו יוצא בהפסדו. פתיחה בחקירה מקום שבו כל גורמי המקצוע סבורים כי תוחלתה נמוכה, לא תביא מזור.

60. זאת ועוד, היועצת הדגישה כי התופעה, כשלעצמה – מדאיגה; ומשכך, היא החלה בצעדים ממשיים כדי למנוע את הישנותה. בתוך כך היועצת הכירה, הלכה למעשה, הן בהחלטתה הן בתגובה לעתירה המתוקנת, בכך שישנה תופעה הדורשת טיפול מקצועי,

יסודי ומקיף, תוך שצוין כי תובנה זו "התחדדה במקרה זה ובמקרים נוספים". כפי שכבר פורט, היועצת מינתה לשם כך "גורם חיצוני, בכיר ומיומן בנושא הנדון, לקיים עבודת מטה ולהמליץ על צעדים מעשיים לשם מניעת מסירת מידע האסור בגילוי וסגירת פרצות, ככל שקיימות". אין להמעיט בערכו של מהלך זה, וניתן רק לקוות כי הוא יישא פרי, וישים סוף לתופעה הנפסדת של הדלפות מחדרי החקירות ותיקי חקירה. דומה כי זה המעשה היחיד שניתן לעשות בנסיבות העניין.

61. לצד זאת יוזכר, כי לא לעולם חוסן. אין זה מן הנמנע כי יגיע המקרה המתאים שבו תתקיים חקירה פלילית ויועמד עובד ציבור לדין בגין ביצוע עבירה של מסירת מידע האסור בגילוי. כפי שציינה היועצת בתגובתה, כבר היו דברים מעולם.

62. סיכומו של דבר – המקרה דנן, על אף אי הנוחות העולה ממנו, לא בא בקהלם של המקרים החריגים המצדיקים התערבות שיפוטית בהחלטה של היועצת בעניינים הנוגעים לאכיפת הדין הפלילי, לבטח כאשר זו קשורה בטבורה בשיקולים של הערכת תוחלת החקירה, ועל אחת כמה וכמה כאשר החלטה זו התקבלה בהתאם להמלצה של פרקליט המדינה וראש אגף חקירות ומודיעין במשטרה.

63. על יסוד כל האמור לעיל אציע לחברי ולחברתי כי נורה על דחיית העתירה. עם זאת, לאור העובדה שהעניין שלפנינו סייע בחידוד הצורך בפתרון מערכתי ומקצועי לסוגיה – אציע כי נעשה צו להוצאות לטובת העותר בסך של 10,000 ש"ח.

## ש ו פ ט

### השופט נ' סולברג:

1. אני מסכים עם דברי חברי, השופט ח' כבוב; דעתי כדעתו.
2. בד בבד, בהמשך לדברים שציטט חברי מפיה של הנשיאה א' חיות ומפי-שלי בפסקה 44 לחוות דעתו, אציין עוד זאת: כזכור, למחרת ההדלפה הנדונה, ביום 16.11.2021, התקיים דיון בבית המשפט המחוזי. ב"כ הצדדים, מן התביעה ומן ההגנה כאחד, הביעו "זעזוע" מן ההדלפה. בית המשפט המחוזי ציין את החומרה שבדבר, "לא ניתן לעבור על כך לסדר היום"; ב"כ התביעה אמרה שם בצד הבעת הזעזוע, "אני חושבת שצריך לפנות בדחיפות ליועץ המשפטי לממשלה"; ובית המשפט המחוזי אמר בהחלטתו "אנו מצפים מרשויות החקירה שיפעלו לברור העניין ושיעשו כל שנדרש כדי למנוע הדלפות בעתיד". כשלעצמי, אילו נדרשתי לְיָשֵׁם את אמות-המידה המעוגנות בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.1114 ("קווים מנחים למדיניות אכיפה בעבירות הנוגעות

למסירת מידע האסור בגילוי" על נסיבות העניין דנן, אינני משוכנע כי הייתי גם אני מחליט שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית. ברם, לא הותר לי לבוא בנעליה של היועצת המשפטית לממשלה, ולא אעשה כן.

3. טוב עשתה היועצת המשפטית במינוי גורם חיצוני בכיר ומיומן בנושא הנדון, לקיים עבודת מטה ולהמליץ על צעדים מעשיים לשם מניעת מסירת מידע וסגירת פרצות. בהקשרה של עבודת מטה זו, אציין, כלקח מן העניין שעל הפרק, ודומים לו בעבר, כי לעיתים "זריז עדיף מזהיר" (רש"י, בבלי, חולין קז, ב). אסביר: מילת המפתח בתגובה לעתירה, היא זהירות. התגובה משופעת באמירות על חשש מפני פגיעה חלילה בחפים מפשע, בעורכי-דין, בעדים, בעובדי מדינה, באינטרסים ציבוריים חשובים, בזכויות הפרט; חשש להחשדת הרבים, לפגיעה בפרטיות, לשימוש באמצעים פוגעניים; חשש מפני פגיעה בזכות הציבור לדעת, בחיסיון העיתונאי, בחופש העיסוק ועוד חששות לרוב. שוב ושוב מושם הדגש על הצורך במדיניות זהירה. לגבי דידי, 'הכל טוב'. **הזהירות אכן הכרחית וחשובה, אך מוטב שלא לנקוט בְּזִהוּי זהירות (זהירות יתרה). החמרה יתרה במידת הזהירות הנדרשת, צפויה להביא לסתימת הגולל על חקירה יעילה וטיפול הולם ברעה החולה של 'הדלפות'. הזהירות בפרשה הנדונה, הביאה לידי כך שכ-14 חודשים חלפו מיום הגשת התלונה ועד אשר ניתנה החלטה. יועץ משפטי לממשלה הלך, יועצת משפטית לממשלה באה, כוונותיהם רצויות, אך צוק העיתים בעוכרי העניין. חקירה אפקטיבית בכגון דא, קשה עד בלתי אפשרי לעשות בחלוף פרק זמן שכזה. יש לקוות שבעבודת המטה שעליה דובר, תינתן הדעת גם על הצורך בקיצור קבועי-הזמן. כאמור, ממקורותינו למדנו שלעיתים "זריז עדיף מזהיר", אותו זריז שיודע, ולו במידה מסויימת, לראות את הנולד, להתקין עצמו בפרוזדור, כדי שעד מהרה יכנס לטרקלין; "זהירות מביאה לידי זריזות" (בבלי, עבודה זרה כ, ב). יש לעמוד על המשמר, שאם לא כן "בַּעֲצָלְתֵימָם יָמָּה הַמְקַרְהָ וּבְשִׁפְלוֹת יָדֵים יִדְלַף הַבַּיִת" (קהלת י, יח). הזריזות נחוצה, לא פחות מן הזהירות, מחמת פגיעתה הרעה של ההדלפה. הַדְּלָף פוגע בבית כולו.**

4. הערת שוליים: אחר הדברים האלה, קראתי את דברי חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, אשר ראתה לנכון לפרוש, ולו בקצרה, את משנתה-שלה ביחס לעילת הסבירות. דעות והשקפות אחרות, היו כלא היו. מכל מקום, בשים לב לכך שבעתירה דנן כלל לא התחדדה שאלת טיבה והיקפה של עילת הסבירות – לא בעתירה ולא בתגובה – אינני סבור שזהו המקום וזוהי השעה לעשות כן; מוטב לנו שלא נעשה את העתירה כפקעה להתגדר בה. גם אין הצדקה להסיט את מרכז-הכובד של דיוננו מן ההדלפה, אל הסבירות. צדק בהקשר זה חברי, השופט ח' כבוב, לא רק במסקנתו, אלא גם בדרך-הילוכו. ובכל זאת, מתחייבת הערה קצרה. לדברי חברתי, "ללא עילת הסבירות הכללית כחלק בלתי נפרד מעילות הביקורת של המשפט המינהלי, לא הייתה תקומה לעתירה זו ולעתירות דומות לה". ביחס



לדברים הללו, כדאי לזכור ולהזכיר, כי הגם שעילת הסבירות הלכה והתפשטה, ולדברי הנשיא א' גרוניס, "בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר" (בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פסקה 9; 6.12.2007); עדיין, עילה זו – בעלת חשיבות, אך לוקה בבעייתיות – אינה חזות הכל; לבטח אינה תנאי בלעדיו-אין לתקומתן של עתירות מסוגה של העתירה שלפנינו. ביקורת שיפוטית על החלטת היועצת המשפטית לממשלה, בתחום אכיפת המשפט הפלילי ובכלל, איננה תחומה אך ורק לד' אמותיה של עילת הסבירות. לא בכדי, גם בעתירה שלפנינו נטען, בין היתר, על הימנעות משקילת שיקולים רלבנטיים (סעיף 103 לעתירה המתוקנת), על ניגוד עניינים (פסקה 57 לחוות דעתו של חברי, השופט ח' כבוב), וטענות נוספות. גם אלה אינן ממצות את ארסנל העילות המינהליות המסורתיות הנוהגות עימנו מימים ימימה, ובכולן ניתן לתקוע יתד נאמן.

## ש ו פ ט

### השופטת ד' ברק-ארז:

1. בפשטות, השאלה שהציבה עתירה זו היא: האם יש מקום להתערב בשיקול דעתה של היועצת המשפטית לממשלה במקרה שבפנינו על יסודה של עילת הסבירות? אני מצטרפת למסקנתם של חבריי השופטים ח' כבוב ו-נ' סולברג כי דין העתירה להידחות.
2. חברי השופט כבוב מיקד את דבריו בהתפתחויות שחלו לאורך השנים בביקורת על שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. מנקודת מבטי, הקשר הדיון הוא רחב אף יותר – הביקורת על שיקול הדעת המינהלי, תוך שימוש בעילת הסבירות. העתירה שבפנינו, כמו רבות לפניו מאז הימים הראשונים של מדינת ישראל, מבוססת על הטענה שהחלטה המינהלית שהתקבלה, במקרה זה החלטתה של היועצת המשפטית לממשלה, אינה סבירה באופן קיצוני. אכן, כפי שציין חברי, החלטה של עילת הסבירות על החלטות היועץ המשפטי לממשלה התפתחה בשלב מעט מאוחר יותר (בעיקר מאז בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990)), מתוך הכרה במקצועיות המיוחדת ובשיקול הדעת הרחב של מי שמכהן בתפקיד זה. אולם, בעיקרו של דבר, השימוש בעילת הסבירות אף ביחס להחלטות היועץ המשפטי לממשלה, מבלי להחריג אותן באופן קטגורי מתחולתה של עילה זו, היה צעד מתבקש, בהתחשב בכך שאין החלטה מינהלית הפטורה לחלוטין מאמת מידה בסיסית זו של חוסר סבירות קיצוני (להרחבה, ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 749-757 (2010) (להלן: ברק-ארז)). הדברים אמורים בענייננו הן בהתייחס להחלטות הייעוץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת המשפט הפלילי והן בהתייחס להחלטותיו בתחום הייעוצי הכללי (ראו: דפנה

ברק-ארז "בג"ץ כיועץ משפטי לממשלה" פלילים ה' 219 (1996)). למעשה, ללא התפתחות זו, דהיינו ללא עילת הסבירות הכללית כחלק בלתי נפרד מעילות הביקורת של המשפט המינהלי, לא הייתה תקומה לעתירה זו ולעתירות דומות לה.

3. הביקורת על-פי עילת הסבירות, שכיום משתרעת גם על החלטותיה של היועצת המשפטית לממשלה, אין משמעותה second-guessing של החלטותיה, בבחינת "עיון חוזר" בהן על-פי שיקול דעתו הסובייקטיבי של בית המשפט. עילה זו, אף שהיא משתמשת במונח השגור בחיי היומיום גם ב"לשון בני אדם", דהיינו "סבירות", היא בעלת משמעות משפטית מתוחמת ומוגדרת. החלטה שאינה סבירה במובנה המשפטי אינה החלטה שאינה נושאת חן בעיניו של מי שמחוה דעתו עליה או ממלא תפקיד ביקורת ביחס אליה, אלא החלטה שאינה עומדת באמות המידה של חוסר סבירות קיצוני, כפי שאלה הוגדרו בפסיקה לאורך השנים ובספרות המשפטית הענפה בתחום זה. על כן, במקרים רבים, וכך גם במקרה זה, אין די באי-נחת מהחלטה מינהלית שהתקבלה על מנת להצדיק את קבלת העתירה.

4. במלים אחרות, עילת הסבירות משקפת את החובה המוטלת על כל רשות מינהלית לקבל את החלטתה לאחר שבחנה את כלל השיקולים הרלוונטיים ונתנה להם משקל הולם. כידוע, אסור לרשות המינהלית לשקול שיקולים זרים, שיקולים שאינם ממין העניין. אולם, לצד החובה שלא לשקול שיקולים זרים, עומדת חובה, לא פחות חשובה, והיא החובה לבחון באופן סדור את כלל השיקולים הנוגעים בדבר ולתת להם ביטוי ראוי, בהתאם למאפייני העניין ולנסיבותיו. על דרך המשל וההשוואה, כאשר רופא נדרש לטפל בחולה, לא די בכך שיימנע מלתת לו תרופה שאינה מתאימה, כזו שמיועדת לטיפול במחלה אחרת (תרופה שאותה ניתן לדמות לשיקול זר). בנוסף, עליו לתת לחולה את כלל התרופות המתאימות לטיפול במחלה (וכך למשל, במקרה שבו שתי תרופות דרושות, מתן אחת בלבד עשויה להיות בעייתית, וכך גם הענקת התרופות הנדרשות במינונים לא מתאימים).

5. על כך יש להוסיף, כי לעתים עילת הסבירות משמשת כלי חשוב לביקורת גם על החלטות פגומות שבהן נפלו שיקולים זרים, באותם מקרים שבהם קיימים מחסומים ראייתיים שונים המטילים קושי על האפשרות להצביע על שיקולים אלו. כידוע, דברים שבלב הם קשים להוכחה, ואילו יתרונה של עילת הסבירות הוא בבחינת האיזון בין השיקולים שביסוד החלטה, מבלי להידרש לדברים שבלב ולכוונות נסתרות (להרחבה, ראו: ברק-ארז, בעמ' 749-751). על דרך ההשוואה ניתן להזכיר כי ההלכה המוקדמת בכל הנוגע לביקורת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהותוותה בעבר ונזכרה על-ידי חברי (בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285 (1957)), הייתה

מוגבלת להחלטות שהתקבלו בחוסר תום לב או ממניעים נפסדים, וכך קבעה במידה רבה רף בלתי עביר. ביקורת שיפוטית מאוזנת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה התאפשרה בעקבות הכפפתן לעילת הסבירות.

6. אני מצטרפת אפוא לקביעתם של חבריי כי דין העתירה להידחות. תוצאה זו היא מסקנה טבעית הנובעת מתורת הסבירות, כפי שהותוותה בהלכה הפסוקה. אכן, הגישה הזוהירה ביחס לביקורת על החלטותיה של היועצת המשפטית לממשלה מכוח עילת הסבירות, היא חלק מתפיסה כוללת של ביקורת שיפוטית. במלים אחרות: כיצד ניתן להבטיח שהשימוש באמת המידה של חוסר סבירות קיצוני לא יהפוך אמנם ל- second guessing של ההחלטה המינהלית? התשובה לכך נמצאת במידת החריגה מן השורה. רק התעלמות משיקול רלוונטי או כמעט התעלמות ממנו, דהיינו מתן משקל קל ערך לשיקול עיקרי ולהפך, יעלו כדי הפרה של חובת הסבירות המשפטית ויצדיקו ביקורת שיפוטית על בסיס חריגה קיצונית ממתחם הסבירות. זאת ועוד: יש אמנם רשויות ותחומי פעילות שביחס אליהם בית משפט זה נוקט זהירות מיוחדת בביקורת השיפוטית. אולם, הדברים נטועים תמיד בהקשר הרחב של הדיון. כך, כאשר מדובר בביקורת על החלטותיה של היועצת המשפטית לממשלה, מידת הזוהירות הרבה מבוססת על המקצועיות המובהקת המאפיינת את הנושאים בתפקיד זה, כמו גם על העובדה שהדין הפקיד בידי מי שאמון על אכיפת החוק סמכות רחבה לשקול היבטים ראייתיים, לצד שיקולים רחבים הנוגעים לאינטרס הציבורי. קל להיווכח כי התשובה לשאלה מהם ההקשרים שבהם יש לנקוט זהירות מיוחדת בהפעלתה של ביקורת שיפוטית בכלל, וביקורת שיפוטית על יסודה של עילת הסבירות בפרט, אינה אחידה. לעתים, יש מקום לזהירות כזו בשל כך שמדובר במי שמחזיק במקצועיות ייחודית. במקרים אחרים, הזוהירות יפה מאחר שמדובר בהחלטות מדיניות מובהקות. קשה ליצור קטגוריות מובהקות וקבועות מראש לכך. הדברים הם תלויי הקשר.

7. ומהכלל אל הפרט. חברי השופט כבוב מצביע בצדק כי בנסיבות העניין הקשיים שעליהם עמדה היועצת המשפטית לממשלה ביחס לתוחלת החקירה מכריעים את הכף כך או כך, אך הוסיף דברי ביקורת בכל הנוגע להערכתה כי במקרה זה "לא נגרמה פגיעה ואין פוטנציאל פגיעה באינטרסים חיוניים כתוצאה מהגילוי הנטען". הוא מטעים בהקשר זה כי "הדלפה של מידע מתוך הליך פלילי, בפרט של איש ציבור, לא כל שכן של מי שניהן ומכהן כראש הממשלה, כרוכה, מעצם טיבה וטבעה בפגיעה שאין להתעלם ממנה בשורה של אינטרסים, אך בראש ובראשונה – באמון הציבור, שאין צורך להכביר במילים על אודות חשיבותו" (פסקה 46 לחוות דעתו). הדברים נכונים, אך להבנתי חוות דעתה של היועצת המשפטית לממשלה אינה כופרת בכל אלה. חוות הדעת רק מאבחנת בין מקרה כמו זה שבפנינו, שבו הרעה טמונה בעיקרה בעצם קיומה של הדלפה, על

המשמעויות הציבוריות הכרוכות בה, לבין מצבים אחרים שבהם תוכן החומר שהודלף כרוך גם בפגיעה באינטרסים חיוניים נוספים (כפי שקורה לא אחת, למשל, כאשר ההדלפה נוגעת לחומר שביטחון המדינה מחייב הגנה עליו. השוו למשל: בג"ץ 6241/14 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (5.5.2016)).

8. עוד אוסיף, כי אינני שותפה לחשש כי אי-פתיחתה של חקירה פלילית במקרה של הדלפה מעבירה בהכרח מסר של היעדר התייחסות מתאימה לצורך להילחם בהדלפות פסולות. פתיחה בחקירה היא עניין המחייב הידרשות גם לשיקולים פרגמטיים, ודומה שאין מחלוקת על כך שאין מקום לפתוח בחקירה אך מטעמים של מסר, אם אין לכך תוחלת מעשית מבחינת היכולת להגיע לחקר האמת. עוד יש לזכור, והדבר מתיישב עם האמור בחוות דעתה של היועצת המשפטית לממשלה, כי המשפט הפלילי אינו תרופה לכל מכאוב. ההקפדה בנושא של הדלפות יכולה להיות מיושמת גם באמצעות שלל אמצעים אחרים ובכלל זה גם במישור המשמעתי. הסדרים קפדניים של ביטחון מידע (במקרים מתאימים) מלכתחילה ונקיטת הליכי משמעת בדיעבד, אף הם אמצעים חשובים, לצד המשפט הפלילי, ואין להקל בהם ראש.

9. לקראת סיום, ועל רקע הערתו של חברי השופט סולברג, אבהיר את מה שעבורי היה מובן מאליו: נדרשתי להיקפה של עילת הסבירות במקרה זה, משום שבסופו של יום זוהי העילה המהותית המרכזית שעליה הושתתה העתירה כדי להצדיק את ההתערבות המבוקשת בשיקול דעת היועצת המשפטית לממשלה. על כן, ושלא כמו חברי, אני סבורה כי היקפה ומאפיינה של עילה זו הם בוודאי בעלי חשיבות של ממש לצורך ההכרעה בה. העתירה שבפנינו העמידה במרכז טענות שעניינן השיקולים השונים שעליה התבססה חוות דעתה של היועצת המשפטית לממשלה, ובפרט המשקל שהיה נכון לייחס לכל אחד מהם. לא בכדי בחינתם של שיקולים אלה, אחד לאחד, עמדה במרכז חוות דעתו של חברי השופט כבוב, בבואו לנתח את הפעלת שיקול דעתה של היועצת המשפטית לממשלה. כפי שידוע, עניין של יום ביומו בבית משפט זה הוא שלצורך מתן ההכרעה השיפוטית מוצגת הנורמה המשפטית, ולאחר מכן נדונה החלטה בנסיבות העניין. במלים אחרות, בשונה מהתרשמותו של חברי השופט סולברג, כלל לא פרסתי את "משנתי", אלא הצגתי את ההלכה הפסוקה בעניינה של עילת הסבירות, מאחר שזוהי המסגרת הנורמטיבית המרכזית לדיון בעתירה שבפנינו. בחינת השיקולים שביסוד ההחלטה, על האיזונים ביניהם, היא בחינה משפטית הנשענת על עילת הסבירות, ככל שלא מדובר בשיקולים זרים, וכאלה לא היו כמובן בפנינו. עוד אוסיף כי חברי השופט סולברג הזכיר את העילות של התעלמות משיקולים רלוונטיים ושל ניגוד עניינים. למען הסר ספק, דעתי היא כדעתם של הגורסים כי התעלמות משיקולים רלוונטיים היא אך "מקרה קצה" של אי-סבירות. אדרבה, מי שרואה בהתעלמות משיקולים רלוונטיים עילה נפרדת, סבור בדרך-כלל כי

במקרה של התעלמות כזו על הביקורת השיפוטית להיות נרחבת יותר, ולא רק כאשר הרשות חרגה ממתחם הסבירות (ראו והשוו: דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195, 210 (1995)). בכל מקרה, כפי שמראה חברי השופט כבוב, לעילה של ניגוד עניינים לא הייתה כל אחיזה ממשית במקרה זה (כמוסבר בפסקה 57 לחוות דעתו). לעמדתי, חשוב להגדיר את הכלל המשפטי שבו בית המשפט עושה שימוש, מאחר שהדבר תורם לבהירות הדין. כמובן, כמו בסוגיות אחרות, גם ביחס לסבירות יש לעתים דעות שונות. אולם, התבססות על ההלכה הפסוקה היא כידוע ברגיל "דרך המלך". כך או כך, ואפילו הייתי מבקשת להחיל כאן עמדה מצמצמת יותר ביחס לעילת הסבירות, הרי שהמסקנה לפיה אין בפנינו מקרה של אי-סבירות קיצונית ולכן דין העתירה להידחות – הייתה מתחדדת ביתר שאת. הדברים הם בבחינת קל וחומר. לבסוף, אף אני מסכימה כי את החלטותיה של היועצת המשפטית יש לבחון לפי כלל עילות הביקורת של המשפט המינהלי. אולם, כאמור לעיל, הדיון בעתירה שבפנינו נסב, מבחינה מהותית, בעיקר על שאלת סבירות ההחלטה, וממילא מובן שבכך ראיתי להתמקד.

10. בסיכומי של דבר, אני מצטרפת לדחיית העתירה. קבלת עתירות מן הסוג דנן שמורה למקרים של אי-סבירות קיצונית, וכזו לא נמצאה במקרה שלפנינו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' כבוב.

ניתן היום, כ"ח בתמוז התשפ"ג (17.7.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט