



24 באפריל 2012

לכבוד
מר דן אלדד
מנהל תחום תפקידים מיוחדים
פרקליטות המדינה
משרד המשפטים
ירושלים

שלום רב,

הנדון: חקירת זמרים בשל ביצוע שיר בפסטיבל "קירוב הלבבות" בחיפה – בקשה לשינוי עילת הסגירה

מכתבנו מיום 22.11.11
מכתבך מיום 16.11.11
מכתבנו מיום 27.6.11

תודה על שבעקבות מכתבנו שבסימוכין העברת אלינו לפני זמן מה את חומר החקירה.

קיבלנו בסיפוק את החלטתך לסגור את תיק החקירה, אך אנו מסתייגים הן מההצדקה לפתיחה בחקירה, הן מהביקורת על מילות השיר והן מעילת הסגירה – חוסר ראיות.

ההחלטה לפתוח בחקירה

פתיחת החקירה התבססה על תלונתו של ח"כ אריה אלדד, שהסתמך על כתבה במקומון חיפאי (בני זרעאל "חיפה: פסטיבל קירוב הלבבות הפך למפגן הסתה" NRG מעריב 5.7.10). בניגוד לאמור במכתבך הכתבה גדושה בציטוטים ממרואיינים שלא זוהו בשמם, כך שממילא לא ניתן היה לזמן אותם לעדות (פרט לשניים מעובדי העירייה שהיו מעורבים בארגון הפסטיבל, אך לא יכלו לשפוך אור על תוכן השירים במופע). רק מרואיינת אחת שזוהתה בשם בדוי טענה, שאחד השירים כלל את השורה הבאה: "אני ערבי גאה, מחבל מתאבד, אני ארצח את אימא שלך ואחותך". שאר המרואיינים התייחסו בכעס לאמירה שנאמרה במהלך המופע, לפיה יש אלפי אסירים פלסטינים שאף אחד אינו מזכיר, וכאן בוכים על אסיר אחד. מהכתבה נראה, כי העיתונאי לא טרח לעשות ניסיון כלשהו כדי לקבל את תגובתם של האמנים שהופיעו או לברר מה היו מילות השיר כהווייתן.

במכתבך לח"כ אלדד מיום 5.1.11 הודעת לו, שהחלטתם שלא לפתוח בחקירה בין היתר בשל הספק אם בנסיבות האירוע מתקיים המבחן ההסתברותי של אפשרות ממשית שהפרסום יוביל לעשיית מעשה אלימות או טרור. בעקבות פנייה נוספת של ח"כ אלדד שינית מעמדתך והורית לפתוח בחקירה. במכתבך אליו מיום 7.2.11 קיבלת כעובדה כאילו הציטוט הנטען מהשיר אכן מדויק אך הבהרת (ואם יורשה לנו לציין – בצורה משכנעת ביותר) מדוע בנסיבות העניין סיכוי

להתממשות מבחן האפשרות הממשית לאלימות: "אין מדובר במנהיג ציבור אלא באדם חסר השפעה, אלמוני, שלא נאם נאום משעי, תוכניתני, אלא שר שיר, במסגרת תוכנית שהתימרה להיות חלק מהצגה, כשברור שהזמר אינו באמת מחבל מתאבד ומחבר השיר עושה שימוש בכלים "ספרותיים"... אזכיר עוד, כי ה"זמר" פנה לקהל שבא לפסטיבל "קרוב לבבות" – קהל כזה אמור לכעוס, יותר מקהל אחר, על מי שמשמיע שיר שכזה (וכך היה – על פי האמור בכתבה), אך מה הסיכוי שקהל כזה יונע, עקב דברי ההבל האלה (בשפה האנגלית), לפגוע ביהודים?"

מילים כדרבנות, שהיו צריכות להוביל למסקנה אחת ויחידה – אפילו אם יתברר, כי הדברים הנטענים אכן הושרו מעל הבמה, ברור מהנסיבות שלא היה בהן כדי לגבש חשד סביר לעבירה כלשהי.

ספק בעינינו אם היה ראוי להשקיע את משאבים המשטרתיים המצומצמים, אבל אם האמירה נחזתה בעיניכם לכה חמורה, ניתן היה לערוך בדיקה מקדימה, להשיג על נקלה את מילות השיר ולבחון לאורן מחדש את הצורך בחקירה. אך זאת לא נעשה.

החקירה במשטרה

מלבד שלושת החשודים שהשתתפו במופע וכן מי קיבל עבורם את התשלום עבור ההופעה והיה נוכח בה, נחקרו, כאמור, עוד שני עובדי עיריית חיפה, שהיו שותפים לארגון הפסטיבל אבל לא יכלו לשפוך אור על מילות השיר. שלושת המשתתפים נשאלו שוב ושוב על מילות השיר ועל כוונת המשורר והשיבו בפירוט. כולם הכחישו שהשיר כלל את המילים "אני מחבל מתאבד, אני ארצח את אימא שלך ואחותך". מחומר החקירה עולה, כי המשטרה קיבלה צו תפיסת מסמכים לצורך החקירה. הצו נוצל כדי לקבל מהעירייה מסמכים אדמיניסטרטיביים לגבי המופע, אך הוא לא נוצל כדי לקבל את הטקסט של השיר בו מדובר. למרות שכמה מן החשודים אמרו שוב ושוב שהם מוכנים להמציא את מילות השיר, וכי קיים תיעוד וידיאו של השיר ממופעים קודמים, וכן תיעוד וידיאו חלקי של המופע בו מדובר – לא היה לחוקרים כל עניין בכך.

ההחלטה על סגירת התיק בשל חוסר ראיות

בסיום החקירה פנינו אליך ביום 27.6.11 בתלונה על ההחלטה לפתוח בחקירה ובבקשה לסגור את תיק החקירה מחוסר אשמה. למען שלמות התמונה צירפנו למכתבנו את מילות השיר באנגלית. במכתבך מיום 16.11.11 הודעת לח"כ אלדד ולנו, כי החלטת לסגור את התיק מחוסר ראיות. ציטטת שני משפטים מתוך הטקסט, תוך שאתה מוציא אותם מהקשרם וטענת שהסברם של החשודים לטקסט הוא מיתמם, מתחכם ומאולץ. זאת בניגוד גמור ללשון הטקסט ולפרשנות הפשוטה, המסתברת ממילותיו:

I am a terrorist?
Yes I am,
But no explosive belt around my waist
No bomb under my arm
No RPG over my shoulder,
I'm just a 21st century terrorist
In the army of consciousness
I'm a soldier...

I'm of the 21st century ones,
Yah... I'm a terrorist
But no riffle on my back
No explosives in my bag
No TNT in my pants
I just need a one shot of chance,
With that one shot
I'll shoot you a bullet of poetry
Ill assassinate you with a monologue
Ill suicide bomb you with a freestyle movement dance
And ill torture you with the rhythm of my peace-drums
And demolish you're house with a song out of my folk,
Yeahhh am a terrorist
But I am of a different kind,
I am of the 21st century ones
Many of me you will find,
Hope I'm not terrorizing you
Ain't that my try,
Maybe you were shocked from the humanity between me and you
And realized you've been milking lie from heaven's sky,
Come,
Come and sip with my some of our Arabic coffee
Ain't that a kidnap attempt,
Come,
Chill with me under my humanity tent
Search me..

עניין לנו בביטויים, שהם במובהק מותרים וחוסים תחת מטרייתו הרחבה של חופש הביטוי, ודווקא העובדה שלא היו "נעימים לאוזן" כל מי שהיה בקהל יש בה כדי לחזק את ההגנה החוקתית עליהם ועל דובריהם. מהלכה של הפרשה – כמו גם של חקירות קודמות על ביטוי לגביהן פנינו בשנים האחרונות לראשי מערכת אכיפת החוק - הוא אפוא כשלעצמו מצער, מטריד ומדליק "נורה אדומה" ביחס למעמדה של חירות הביטוי בישראל.

האבחנה בין עילות סגירת תיקי חקירה

סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובע: "ראה התובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור...". בהמשך להוראות סעיף 62 הנ"ל הוציאה פרקליטות המדינה זה מכבר הנחיה המבהירה את אופן הפעלת שיקול הדעת לעניין סגירת תיק בשל חוסר ראיות מספיקות (הנחיה מס' 1.3 סגירת תיקים בעילת "חוסר ראיות" ובעילת "חוסר אשמה") (בהמשך שונו ההנחיות בעקבות פסיקת בג"צ, כפי שיפורט להלן). בין היתר יצרה ההנחיה עילה של "חוסר אשמה" לסגירת תיק חקירה.

על פי סעיף 6 להנחיה, בנוסח הקודם שהוצא ביום 2.1.1994 (ראה בג"ץ 4539/92 קבלרו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(3) 50, 54-55, להלן: "עניין קבלרו"):

6. כאשר השתכנע פרקליט לאחר עיונו בתיק החקירה, כי כלל לא בוצעה עבירה באותו עניין או כי אין שמץ ראיות לביצוע העבירה ע"י החשוד בתיק, יש לנמק את סגירת התיק ב'העדר אשמה', ולא בשל 'חוסר ראיות'."

סעיף 7 להנחיה הוסיף והסביר, כי:

7. סגירת התיק בעילה של 'חוסר אשמה' במקום בעילה של 'חוסר ראיות', במקרים המצוינים בסעיף 6 לעיל, באה למנוע מראית עין כאילו יש ספק בחפותו של האדם שנחשד באותו עניין, דבר העשוי לגרום לו עוול מיותר" (ההדגשה הוספה).

בית המשפט העליון אימץ בחום רציונאל זה. בעניין קבלרו נאמר, כי:

"שמו הטוב של אדם הוא נכס יקר. חשד פלילי שהועלה נגד אדם הוא כתם שהוטל בשם הטוב. וכי מי לא ירצה להסיר כתם זה? לעניין זה, יש הבדל בין סגירת תיק בשל חוסר ראיות לבין סגירת תיק בשל חוסר אשמה, גם אם לא ניתן לכך פרסום ברבים. אפשר להבין ללבו של אדם, המשוכנע שהוא חף מפשע, כאשר הוא דורש כי חשד שהועלה נגדו יימחק לחלוטין, ובתיק שנפתח נגדו יירשם כי התיק נסגר כיוון שהתברר כי אין הוא אשם... אכן, יש לברך על המגמה העולה מן ההנחיות להימנע מגרימת עוול הנובע מחשד בלתי מבוסס" (עניין קבלרו, בע' 55).

אך לא רק זכותו של אדם לשם טוב עומדת ביסוד האבחנה בין שתי העילות לסגירת תיק חקירה. חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 קובע, כי מידע בדבר החלטה שלא להעמיד לדין עלול להימסר לגורמים שונים בנסיבות המוגדרות בחוק. לפי הנחיות המשטרה, "תיקים שנסגרו בעילה של 'חוסר אשמה' אינם נרשמים כלל ברישומים האחריים של המשטרה, וממילא לא ניתן למוסרם לגורמים שמחוץ למשטרה" (ראה בג"צ 7256/95 פישלר נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד נ(5) 1, 10). לפיכך סגירת תיק חקירה בעילה של "חוסר אשמה" מבטיחה, כי לא יבוצע רישום, המטיל באדם כתם פלילי, וממילא לא יועבר מידע כלשהו לגורמים חיצוניים, מידע העלול להטיל בו סטיגמה ולפגוע בו.

הנה כי כן, מאחורי הטעמים, העומדים מאחורי ההנחיה לסגירת תיקי חקירה בהתקיים נסיבות מסוימות בעילה של חוסר אשמה, עומדים אינטרסים מוגנים וזכויות יסוד של החשודים בפרשה זו, ובראשן הזכות לכבוד ולשם טוב והזכות לפרטיות.

יוצא, אפוא, שסגירת התיקים האמורים בעילה של "חוסר ראיות" טומנת בחובה השלכות שליליות ופוגעניות כלפי הנחקרים, שהביעו את דעתם והשמיעו ביטוי שלא זכה לתשואות מצד כל מי ששמע אותו. אין כל הצדקה לכך שכתם ה"ספק הסביר" יידבק בהם, שעה שברור לכל בר-דעת, כי לא עברו כל עבירה. בנוסף לעוול הכרוך בעצם הרישום הפלילי השגוי, עולה רישום זה כדי פגיעה קשה בפרטיותם ובכבודם.

שיקול הדעת בהחלטה על עילת הסגירה

מהערכים המוגנים שבגינם נעשית האבחנה בין עילות הסגירה של תיקי חקירה, נגזר גם מתחם שיקול הדעת של התובע, שעה שהוא בוחר האם לסגור תיק חקירה מחמת "העדר ראיות מספיקות" או מחמת "חוסר אשמה".

בהתאם לזאת קבע בית המשפט בעניין קבלרן :

"... אכן, יש לברך על המגמה העולה מן ההנחיות להימנע מגרימת עוול הנובע מחשד בלתי מבוסס. לפיכך יש הצדקה לרשום בתיק שהוא נסגר 'מחוסר ראיות' (ולא 'מחוסר אשמה') רק אם הראיות הקיימות משאירות ספק סביר בחפותו של החשוד" (עניין קבלרן, בע' 54).

בכך "הרחיב בית המשפט את גדר המקרים שבהם, על-פי הנחיית פרקליטת המדינה ... ייסגר תיק מיחוסר אשמה" (עניין פינשלר בעמ' 10). לא די שיש "שמץ של ראייה" לכך שהתיק ייסגר בעילה של "חוסר ראיות מספיקות", אלא דרושות ראיות המשאירות ספק סביר בחפותו של החשוד. בהתאם לזאת, שונתה גם הנחיית פרקליטת המדינה, ובסעיף 9 (שהחליף את סעיף 6 לנוסח הקודם) נאמר :

"9. העיגון הראייתי להכרעה זו הינו מבחן הראייה המנהלית. היינו, כדי שעילת הסגירה תהיה 'חוסר בראיות מספיקות', הראיות שבתיק צריכות להיות כאלה שאדם סביר היה סומך עליהן כדי לקבוע שהחשד עדיין קיים ועומד. אם אין בתיק ראיות מסוג זה תהיה עילת הסגירה 'העדר אשמה'."

בהערת אגב, יצויין, כי אגב השינוי בהנחיה נעלמה, משום מה, האפשרות שהתובע, השוקל כיצד לסגור את תיק החקירה, יווכח לדעת, כי "כלל לא בוצעה עבירה באותו עניין" (סעיף 6 להנחיה בנוסח משנת 1994, כפי שהופיע בעניין קבלרן, והשווה – סעיף 9 לנוסח הקיים). אכן, אפשר שהמדובר בעניין סמנטי בלבד. ככלות הכול – אם יש לסגור תיק בעילה של "חוסר אשמה" אלא אם קיים ספק סביר בחפותו של חשוד, קל וחומר שזו תהיה עילת הסגירה שעה ש"כלל לא בוצעה עבירה". ויחד עם זאת, קשה שלא לתהות מה עמד לנגד עיניו של נסח ההנחיה החדשה – האם האפשרות ש"כלל לא בוצעה עבירה" נראתה בעיניו כה זניחה ובלתי מתקבלת על הדעת עד כי ראה לנכון להשמיטה? האם לשיטתו מרגע שנפתח תיק חקירה ברי, כי החשוד אינו חף מפשע, וכל שנתר להחליט הוא מה מידת הביסוס לקיומו של "סיכוי סביר להרשעה" (ראה סעיף 5 להנחיה)? אפשר שלא הייתי נדרש לעניין ניסוחי זה, אלמלא היה דינם של התיקים שבנדון להסגר בדיוק בשל כך ש"כלל לא בוצעה עבירה", כפי שאסביר להלן.

באין ביטוי אסור – אין אשמה

כאמור לעיל, בקשתנו המקורית לסגור את תיק החקירה שבנדון בעילה של "חוסר אשמה" נסמכו על כך שהביטויים, שבגינם נפתחה החקירה, אינם יכולים להוות רכיב עובדתי בעבירה כלשהי.

אך מעבר לחזרה על בקשתנו המקורית, נסמכת הבקשה דנן גם על חומר החקירה שבתיק. גם עתה לא ברור אלו עובדות וראיות נוספות נדרשו לצורך הגשת כתב אישום, אילו היה בפרסום האסור משום עבירה על החוק. אלא שכאמור הביטויים נשוא החקירה חוסים תחת כנפיו הרחבות של חופש הביטוי, וכלל אינם מתקרבים לחצות את הגבול האסור. ברור, אפוא, כי אין כל שמץ של ספק בחפותם של הנחקרים וכי "**כלל לא בוצעה עבירה**" (ראה לעיל את ההפניה לנוסח הקודם של סעיף 6 להנחיית פרקליטת המדינה).

מכל האמור לעיל נגזר, שזכותם של הנחקרים לכבוד, לחופש ביטוי ולשם טוב, כמו גם כללי המשפט המינהלי מחייבים את סגירת התיקים בעילה של "חוסר אשמה".

אינטרס ציבורי בסגירת התיקים בעילה של חוסר אשמה

שעה שהתייחסתי לעיל לאינטרסים ולזכויות, שחייבים לעמוד לנגד עיניו של התובע, השוקל כיצד לסגור תיק חקירה, התמקדתי בזכויות החשודים. ואולם לאור התופעה של שימוש בסמכויות החקירה והחיפוש לצורך הטלת מורא וענישה במקרים של ביטויים, שאינם נושאים חן בעיני אישי ציבור, פרקליטים ושוטרים, קיים גם אינטרס ציבורי, שתיקי חקירה בגין ביטוי ייסגרו בעילה של "חוסר אשמה", שעה שהביטוי שגרם לפתיחת החקירה חוסה בצלו של חופש הביטוי.

אנו רואים בדאגה את ריבוי התלונות והמקרים, שבהם נתקלנו בשנים האחרונות, ושבהם הוטרדו אזרחים תמימים במעצרים, בחקירות ובחיפושים משפילים, רק משום שמימשו את חופש הביטוי שלהם. לעניין זה אין לנו אלא להפנות לפניותינו הקודמות לראשי מערכת התביעה ואכיפת החוק, ושנותרו ללא מענה.

סוף דבר

הנחקרים לא ביצעו כל עבירה. סגירת תיק החקירה נגדם בעילה של "חוסר ראיות" כאילו נותנת הכשר להפרה הבוטה של זכויות האדם, שבוצעה עד כה, ומותירה על כנה את הפגיעה בחירות הביטוי ובכבודם של הדוברים.

לפיכך אבקשך לעיין מחדש בהחלטה בדבר עילת הסגירה בתיק החקירה, ולהורות על שינוי עילת הסגירה מ"חוסר ראיות" ל"חוסר אשמה".

בכבוד רב,

דן יקיר, עו"ד
היועץ המשפטי

העתקים: מר יהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה

מר משה לדור, פרקליט המדינה

מר אלי אברבנאל, המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים)