



בבית המשפט העליון

בג"ץ 5722/12

לפני:

כבוד השופט א' רובינשטיין

העותרים:

1. אסעד אבו גוש
2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

נגד

המשיבים:

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. פרקליט המדינה
3. חוקרי שירות הביטחון הכללי

בקשת העותרים לשינוי הרכב ותגובת המשיבים לבקשה

כשם העותרים:

עו"ד סמדר בן נתן

כשם המשיבים:

עו"ד מיטל בוכמן-שינדל

החלטה

א. העותרים מבקשים כי אמנע מדון בתיק זה, אליו שובצתי, כיון שחלק מן הדיון אמור לטענתם לעסוק בהנחיות שניתנו על-ידי ב-1999, בעת כהונתי כיועץ המשפטי לממשלה, בעקבות פסק הדין בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999). הנימוק הניתן הוא, כי העותרים חולקים, ביחס לחלקים מן ההנחיות, על עמידתן בקביעות פסק הדין, לעניין השימוש ב"הגנת הצורך" שבסעיף 34יא לחוק העונשין, תשל"ז-1977. אציין, כי פסק הדין בו מדובר (פסקה 38 בעמ' 844-845) קבע, כי אחריות פלילית של חוקר שב"כ שהשתמש באמצעים פסיים בחקירות תיבחן לפי סייג הצורך, ו"היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד בתחושה של 'צורך'". למסמך ההנחיות שנכתב על-ידי, ושכאמור בו בא בגדרי אותה "הדרכה עצמית" שבפסק הדין, ניתן – לשם שקיפות לכולי עלמא – פומבי כנספח למאמרי "הביטחון והמשפט: מגמות", הפרקליט מ"ד חוברת ג' (תש"ס-1999), וכן בספרי נתיבי ממחל ומשפט (תשס"ג-2003), עמ' 274. מסמך זה לא נתקף, ככל שידיעתי מגעת, מאז

ועד הנה. גם עתירה זו מבססת עצמה בעיקרה על כך שאף בהנחיות הללו נאמר, כי אין הגנת הצורך יכולה לחול במקרה של עינויים, אך נטען, כי "ההנחיות בחלקן עומדות בניגוד לקביעות פסק הדין בכל הנוגע להתקנת כללים מראש על בסיס הגנת הצורך, ואף בניגוד לאיסורים מוחלטים במשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי". לא פורט במה מנוגדות ההנחיות לפסק הדין. לשיטת המדינה בתשובתה לעתירה (פסקה 38) עמד המקרה דנא בהנחיות.

ב. המדינה הותירה את הבקשה הנוכחית לשיקול דעתו של בית המשפט.

ג. אמנם אין לי עניין מיוחד לשבת בתיק, אך עלי לציין במישור העקרוני, כי לטעמי אין התיק בא בגדרי עילות הפסלות שבסעיף 77א(ג) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984 לפיהן "כטרם התמנה לשופט היה השופט מעורב באותו עניין הנדון בהליך שלפניו בכא כוח, כבורר, כמגשר, ועד, כיועץ מקצועי, כמומחה, או בדרך דומה אחרת". גם בפסק דינה של הנשיאה ביניש בע"א 115/09 חן נ' מדינת ישראל – ועדת הזכאות לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות (2009) שהובא כאסמכתא על-ידי המבקשים לא נפסלה שופטת בעקבות מעורבות בתפקיד קודם בנושאים קרובים. אדרבה, הנשיא שמגר, בבג"ץ 785/87 עפו נ' האגודה לזכויות האזרח, פ"ד מב(2), 1 (1988), לא פסל עצמו בעקבות הבעת דעה משפטית שנים קודם בנושא העולה לדיון, וכדבריו שם (עמ' 3):

לו ננקטה בחיי המעשה אמת המידה שהוצעה לצורך הענין שבפנינו על ידי העותרת, לא יכול היה שופט לדון בכל ענין בו עולה בעיה עיונית אשר אליה התייחס בעבר, בין כעורך דין בהופעתו במשפט, בהרצאה שנשא בתחום האקדמי או בהבעת דעה כיועץ משפטי לממשלה או כפרקליט המדינה. במלים אחרות, אם היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה הביע דעתו, בעת שמילא את התפקיד האמור, כי מן הראוי לנקוט, למשל, עמדה פלונית לגבי עבירות סמים, הרי לפי התיזה המוצעת לא יוכל כבר לדון, לאחר מינויו כשופט, באף תיק בו מתעוררת שאלת הענישה בעבירות סמים. מאחר שבתפקידים שהוזכרו בדוגמה הנ"ל נדונים דרך קבע תוך תקופת הכהונה רוב תחומי המשפט החשובים, יש בהשקפה המוצעת כדי לפסול נושא תפקיד כאמור לעולם למינוי שיפוטי.

אף חלוף הזמן אינו יכול לרפא את הפגם הקיים, כביכול, לטענת העותרת, שהרי במקרה שבפנינו הובא בשנת 1988, כתנא דמסייע, מאמר משנת 1971.

משמעותה של תיזה זו היא כי ככל שמשפטן מנוסה יותר בתחומי המשפט השונים, כך גם תצטמצם כשירותו לשמש כשופט. גישה כזאת איננה משקפת את המשפט המצוי באף שיטת משפט ואף לא את המשפט הרצוי".

ד. בנידון דידן דומה כי השאלה המהותית שבמחלוקת היא יישום אותן הנחיות מ-1999, והיא מועלית במקרה דנא בתיק המתנהל כיום, כתום קרוב לחמש עשרה שנה מאז ניתנו ההנחיות. המדובר במקרה שאירע ב-2007, שנים לאחר שפרשתי מכהונתי כיועץ משפטי, ואוסיף – כפי שמציינים המבקשים – שגם דנתי מאז לא אחת בתיקים הכרוכים בחקירות שב"כ; ראו למשל בג"ץ 1265/11 הועד הציבורי נ' עינויים נ' היועץ המשפטי לממשלה (2012), ופסקה י"ז שם, בה הזכרתי את המסמך להדרכה עצמית נשוא הבקשה דנא, ונאמר מתוכו, כי היה בו משום חיפוש "האיזון בין צרכי הביטחון לבין זכויות האדם וכבוד האדם, תוך התחשבות ברגישות הציבורית וברגישות האנושית". נוכח כל אלה אין לטעמי מניעות של ממש.

ה. ואחר כל אלה, כיון שבאופן לכאורי נתקפות ישירות אותן הנחיות, וחרף האמור מעלה, אך מתוך מראית העין ונקיון הדעת – החלטתי להימנע משיבה בדין בתיק זה.

ניתנה היום, י"א באדר א' התשע"ד (11.2.2014).

שופט