

בעניין:

1. ת.ז. [REDACTED]
2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
באמצעות ב"כ עו"ד אפרת ברגמן-ספיר ו/או עו"ד חליל זאהר ו/או
עו"ד נועה לוי ואחרים מהוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
ת"ד 4634, ירושלים 9104601
טל': 03-7733134; פקס': 02-6432847

העותרים

- נ ג ד -

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. הממונה על המבח"ן
3. ראשת המבח"ן
4. חוקרי שירות הביטחון הכללי שאישרו והשתתפו בחקירתו של העותר 1
על-ידי פרקליטות המדינה
רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים 91010
טל': 02-6466591 פקס: 02-6466655

המשיבים

הודעה מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 26.9.2016 ולארכה שניתנה, מתכבדים העותרים להודיע כי הם עומדים על העתירה ועל שני הסעדים המבוקשים בה. בפתח הדברים יודגש, כי אין בהודעה המעדכנת מטעם המשיבים מיום 12.9.2016 מענה לאף אחד משני הסעדים המבוקשים בעתירה, ולפיכך מתנגדים העותרים למחיקתה.

א. הסעדים המבוקשים בעתירה וההתפתחויות לאחר הגשתה

1. ביום 12.11.2014 הגישו העותרים את העתירה שבכותרת. במסגרת העתירה התבקש סעד פרטני – פתיחה בחקירה פלילית כנגד חוקרי השב"כ שהיו מעורבים בחקירתו של העותר 1 (המשיבים 4). בנוסף, התבקש סעד מהותי והוא ביטול ההנחיות הפנימיות בשב"כ באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים במצב של צורך, וביטול חלקים ממסמך הנחיות היועמ"ש "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה משנת 1999 (להלן: "הנחיות רובינשטיין"). בעתירה נטען כי הסעדים שזורים זה בזה משום שבידי העותרים ראיות למכביר לפיהן העותר עונה וננקטו כלפיו "אמצעים מיוחדים" אשר ננקטים, לאור ניסיונה של העותרת 2, במצב של "צורך".

2. ביום 29.10.2015 הגישו המשיבים תגובה מקדמית לעתירה בה נטען כי העתירה מוקדמת משום שטרם הסתיימה הבדיקה המקדמית בעניינו של העותר. לגופם של דברים טענו המשיבים כי דין הסעד השני להידחות מפני שההנחות הפנימיות בשב"כ, הקובעות כיצד תבוצענה התייעצויות עם דרגים בכירים בארגון, עומדות במסגרת הדין ופסיקת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5100/94 (להלן: בג"ץ העינויים).
3. ביום 11.11.2015 התקיים דיון בעתירה ובמהלך החדשים הבאים עידכנו ב"כ המשיבים בסטטוס הבדיקה המקדמית. ביום 12.9.2016 התקבלה תשובת המשיבים לתלונת העותר לפיה הוחלט לסגור את תיק הבדיקה (להלן: "החלטת הסגירה"). באשר לשימוש באמצעי חקירה מיוחדים צוין כי "הפעלת אמצעי החקירה המיוחדים בנסיבות העניין חוסה תחת סייג הצורך" (פסקה 12 להחלטת הסגירה). במקביל נשלחה הודעה מעדכנת מטעם המשיבים לכי"מ הנכבד (להלן: "ההודעה המעדכנת") בה נטען כי "לאור השינוי המהותי בתשתית העובדתית עליה מבוססת העתירה, קרי, קבלת החלטתו הסופית של היועץ המשפטי לממשלה לפיה אין מקום לפתוח בחקירה נגד המשיבים 4 - העתירה במתכונתה הנוכחית מיצתה את עצמה" (פסקה 8 להודעה המעדכנת).
4. העותרים יבקשו לטעון כי ממצאי הבדיקה המקדמית אכן שופכים אור על המחלוקת בין הצדדים, אך השפעתם על טענות העותרים והסעדים המבוקשים בעתירה שולית. הטעם לכך הינו שההודעה המעדכנת והחלטת הסגירה מאששות את התשתית העובדתית והמשפטית העומדת בבסיס העתירה, אך אין בהן ליתר את העתירה או לשנות באופן משמעותי את טענות העותרים והסעדים המבוקשים, כפי שיפורט להלן.
5. ויוטעם, ההודעה המעדכנת מדגישה ביתר שאת את הצורך לדון בסעד הראשון שכן עתה ברור כי החליט המשיב 1 שלא לפתוח בחקירה פלילית כנגד המשיבים 4. בנוסף מתעלמת ההודעה המעדכנת לחלוטין מן הסעד השני המבוקש בעתירה מבלי להבהיר מדוע יש למחוק את העתירה באשר אליו.

ב. הימנעות מפתחה בחקירה פלילית כנגד המשיבים 4 – הסעד הראשון

6. טענות העותרים בקליפת האגוז הינן כי העותר 1 עונה ע"י המשיבים 4, ולפיכך על המשיב 1 להורות על פתיחה בחקירה פלילית כנגד המשיבים 4. הגנת הצורך, לשיטת העותרים, כלל אינה חלה בעניינו של העותר כיוון שעסקינן באמצעי חקירה מהווים עינויים. לחילופין, טוענים העותרים בעתירה, כי גם אם ייקבע כי הגנת הצורך יכולה לעמוד למשיבים 4, הרי שטענת הגנה כאמור יכולה להיבחן ע"י המשיב 1 רק לאחר קיום חקירה פלילית, כמבוקש בסעד הראשון לעתירה.
7. באשר לטענה הראשית, כי אמצעי החקירה שהופעלו כלפי העותר מהווים עינויים ולפיכך אין כל תחולה להגנת הצורך, ממלאים המשיבים פיהם מים. המשיבים טוענים כי "היקפם וטיבם של ה"אמצעים המיוחדים" רחוק באופן ניכר מהנטען בתלונה" (פסקה 9 להחלטת הסגירה), אולם אינם משיבים לטענה כי הם מהווים עינויים כהגדרתם לפי סעיף 1 באמנה נגד עינויים. נבהיר, באם האמצעים שנטקטו כלפי העותר מהווים עינויים הרי שלפי הדין הבינלאומי כמו גם לפי הדין הישראלי והנחיות רובינשטיין כלל אין תחולה להגנת הצורך (ראו סעיף ז(1) להנחיות רובינשטיין המצורפות לעתירה ומסומנות נספח ע/30, לפיו "האמור לא יחול על אמצעי חקירה שנקיטתו היא בגדר "עינויים" כמשמע באמנה נגד עינויים").

8. מטעם זה ממש עומדים העותרים על טענתם בכתב העתירה (ראו פסקאות 111-102) לפיה לסייג הצורך אין תחולה על מעשים המהווים עינויים, ומשכך יש לפתוח בחקירה פלילית כנגד המשיבים 4 בגין מעשיהם בחקירת העותר.
9. לחילופין, ככל שאמצעי החקירה אינם עולים לכדי עינויים, הרי שעמדת העותרים, הנשענת על המשפט הבינלאומי, הינה כי הגנת הצורך עדיין אינה יכולה לחול, אולם לאור בג"ץ העינויים והנחיות רובינשטיין קיימת תחולה להגנת הצורך. עמדת העותרים הינה כי גם לפי הדין הישראלי בחינת טענת הגנה מסוג צורך יכולה להתבצע רק לאחר קיום חקירה פלילית (כמפורט בהרחבה בפסקאות 121-112 לעתירה), ולא במסגרת בדיקה מקדמית כעולה מהחלטת הסגירה.
10. רוצה לומר, ההודעה המעדכנת והחלטת הסגירה לפיה "הפעלת אמצעי החקירה המיוחדים בנסיבות העניין חוסה תחת סייג הצורך" מחדדת את המחלוקת בין הצדדים באשר לסעדים 1-2 בעתירה. העותרים סבורים כי החלטת המשיב 1 שלא לפתוח בחקירה פלילית כנגד המשיבים 4 מהטעם שבין היתר עומדת לחוקרים הגנת הצורך התקבלה בחוסר סמכות והיא מנוגדת לקביעת ביהמ"ש הנכבד בבג"ץ העינויים, שם נקבע כי היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים (אשר פעלו במקרה בודד מתחושה של "צורך"). פרשנותם מרחיקת הלכת של המשיבים את האמור בפסק הדין (הבאה לידי ביטוי בהחלטת הסגירה), לפיה עוד בטרם פתיחה בחקירה פלילית יכול היועץ המשפטי לממשלה לקבוע כי עומדת לחוקרים טענת הגנת הצורך היא בבסיס הטענות בעתירה דנן. חשוב לציין כי סוגיות מהותיות דומות תלויות ועומדות בבג"ץ 5722/12 אסעד אבו גוש ואחרים נ' היועמ"ש, אף ששם לא התבקש הסעד המהותי המבוקש כאן, קרי ביטול ההנחיות.

ג. חוקיות ההנחיות הפנימיות בשב"כ הנוגעות לצורך ו"הנחיות רובינשטיין" – הסעד השני

11. בתשובתם המקדמית לעתירה מאשרים המשיבים כי קיימות הנחיות פנימיות בשב"כ המסדירות את האופן בו מתבצעות התייעצויות בין חוקרים לבין דרגים בכירים בארגון, באותם מקרים בהם נתקיימו לכאורה התנאים שבבסיס הגנת הצורך (ראו סעיפים 38-42 לתגובה המקדמית וכן עמדת המדינה בבקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט בבג"ץ 5100/94).
12. לעומת זאת, אין כל התייחסות בהחלטת הסגירה ובהודעה המעדכנת באשר לקיום התייעצויות כאמור עובר לקבלת החלטת החוקרים כי התקיים מצב של צורך בעניינו של העותר 1. ואולם, לאור חזקת "תקינות המנהל" יש להניח כי הפעלת האמצעים המיוחדים כלפי העותר (שאין מחלוקת כי הופעלו) במשך 3 ימים לפחות, התקבלה לאחר התייעצות החוקרים עם הממונים עליהם, כנדרש לפי ההנחיות הפנימיות בשב"כ. יתרה מכך, במהלך חקירתו של העותר אמרו לו חוקריו מפורשות כי הם ממתנינים לאישור הדרגים הגבוהים בטרם יועבר לחקירה צבאית (כינוי לשימוש באמצעים מיוחדים - א.ב.ס). (סעיף 14 לכתב העתירה).

13. יצויין כי עמדת העותרים המפורטת בעתירה הינה כי מערכת האישורים והתייעצויות בשב"כ ביחס להפעלת אמצעי חקירה מיוחדים מנוגדת לאיסור המוחלט במשפט הבינלאומי על עינויים והתעללות, וסותרת את האמור בבג"ץ העינויים. לשיטת העותרים מערכת התייעצויות מבוססת על מתווה משפטי מוטעה לפיו הגנת הצורך יכולה לבסס הרשאה מראש לנקיטה באמצעי חקירה חריגים. מתווה זה עומד לטעמנו בניגוד גמור לקביעות המפורשות של ביהמ"ש הנכבד בבג"ץ העינויים לפיו:

"כן אנו מצהירים, כי סייג "הצורך" שבחוק העונשין אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה אלה וכי אין בסיס לקיום הנחיות לחוקרי השב"כ, המאפשרות שימוש בשיטות חקירה מעין אלה." (בג"ץ העינויים)

14. ודוק, מקום שהתקיימו התייעצויות פנימיות בשב"כ אשר הובילו את המשיבים 4 למסקנה כי מתקיים מצב של צורך ולאור זאת הופעלו אמצעי החקירה המיוחדים (כאמור בסעיף 9 להחלטת הסגירה) הרי הגיעה העת לדון ולהכריע באשר לחוקיות וחוקתיות ההנחיות, קרי בסעד השני המבוקש בעתירה. חוקיות קיומן של הנחיות פנימיות אלה טרם נבחנה בידי בג"ץ.

15. לבסוף ובבחינת למעלה מן הצורך יטענו העותרים כי עיון בהחלטת הסגירה מלמד כי כלל לא התקיימו תנאי הגנת הצורך בעניינו של העותר 1. עמדת העותרים הינה כי תנאי המידיות ותנאי הוודאות והמסויימות המתייחסים לסכנה הצפויה לכאורה עפ"י סעיף 34יא לחוק העונשין, התשל"ז 1977 כלל לא מתקיימים בנסיבות חקירתו של העותר.

ד. בשלה העת לדון בסעדים המבוקשים בעתירה

16. טענת ב"כ המשיבים בתגובה המקדמית, כמו גם בדיון מיום 11.11.2015, הייתה כי העתירה מוקדמת ולא ניתן לדון בסעדים המבוקשים בטרם תתקבלנה מסקנות באשר לטענות העותר. כעת, משהתקבלה החלטת המשיב 1 לדחות את הסעד הראשון המבוקש בעתירה עולות וצפות מעלה המחלוקות בין הצדדים בנוגע לשני הראשים בעתירה.

17. באשר לסעד השני, יוזכר כי בפסק הדין של ביהמ"ש הנכבד במסגרת בקשה לפי פקודת בזיון בימ"ש (נספח ע/32 לכתב העתירה) בנוגע להנחיות הפנימיות בשב"כ נקבע כי:

"אם יש ממש בטענות ראויות הן לבירור אך לא בהליכי בזיון... העילות לתקיפה משפטית של נוהלים פסולים אם וככל שיש נוהלים כאלה, ידועות לב"כ העותרים, וכך גם הדרך המשפטית הראויה לבחינתם".

18. העתירה דנן משקפת, לדעת ב"כ העותרים, את הדרך המשפטית הראויה לבחינת חוקיות ההנחיות - הסעד השני בעתירה.

19. בפתחו של ביהמ"ש ניצב עותר שעובדי ציבור נקטו כלפיו באמצעים שגרמו לו כאב וסבל חמורים. לטענת העותרים, אמצעים אלה מהווים עינויים, האסורים באיסור מוחלט במשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי ומהווים פשע שלצידו סמכות שיפוט אוניברסאלית. אין אנו מחדשים כאן דבר לביהמ"ש, שהרי הדברים נאמרו ברורות כבר בבג"ץ העינויים:

"חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו." (בג"ץ העינויים, פסקה 23)

בדיון שהתקיים בעתירה הדגישו שופטי ההרכב הנכבדים את חשיבות הנושא אך ציינו כי לא ניתן לדון בסעדים בטרם הסתיימה הבדיקה המקדמית. משזו הסתיימה, בשלה העת לדון בסעדים גופם.

סיכום

20. טענת המשיבים כי העתירה במתכונתה הנוכחית מיצתה את עצמה רחוקה מהמציאות. טענות העותרים מפורטות בעתירה והן רלוונטיות לעניינו הפרטני של העותר. עמדת המשיבים באשר לחוקיות מערכות ההתייעצויות בשב"כ והנחיות רובינשטיין מפורטת גם היא בתגובה המקדמית (הגם שלשיטת המשיבים בבחינת למעלה מן הצורך). הודעה המעדכנת והחלטת הסגירה מחדדות את הנטען בעתירה משום שהן מאששת את הנחות העותרים לפיהן ננקטו כלפי העותר אמצעים מיוחדים במצב של צורך, ומהן עולה כי המתווה המשפטי לבחינת חוקיות התנהגות המשיבים 4 הינו מתווה הגנת הצורך אשר מהווה את לב העתירה דנן. הסעדים בעניינו של העותר 1 עודם עומדים, עניינו לא התייתר ויש לדון בהם.

21. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי ולאחר דיון להפכו למוחלט.

היום, 3.11.2016

אפרת ברגמן ספיר, עו"ד
ב"כ העותרים