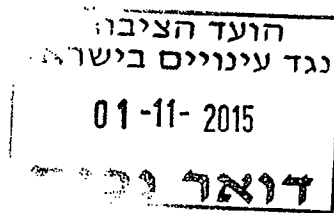


בג"צ 7646/14  
קבוע לדיון: 11.11.15

בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

העותרים



המשיבים

1. [REDACTED]
2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל  
ע"י ב"כ עוה"ד אפרת ברגמן-ספיר ואחי  
טל': 02-6429825; פקס': 02-6432847

נגד

1. היועץ המשפטי לממשלה
  2. הממונה על המבת"ן
  3. ראשת המבת"ן
- ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
טל': 02-6466701; פקס': 02-6467011

4. חוקרי שב"כ שהשתתפו בחקירתו של העותר 1

תגובה לעתירה למתן צו על תנאי מטעם המשיבים 1-3

בהתאם להחלטת כב' השופט ע' פוגלמן מיום 24.2.15, ולקראת הדיון הקבוע ליום 1.11.15, מתכבדים המשיבים 1-3 (להלן: 'המשיבים') להגיש תגובתם לעתירה זו, כדלקמן.

פתח דבר

1. העותרים מבקשים בעתירתם שני סעדים:
  - א. "מדוע לא יורה [המשיב 1] למחלקה לחקירות שוטרים לפתוח לאלתר בחקירה פלילית נגד חוקרי שירות הביטחון הכללי שאישרו והשתתפו בחקירתו של העותר מס' 1, [REDACTED] בחשד לשימוש בעינויים ובהתעללות בעת חקירתו, כמתחייב על פי סעיף 1ט49(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971."
  - ב. "מדוע לא יבוטלו ההנחיות הפנימיות בשב"כ באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה להפעלת אמצעי חקירה בנסיבות של "צורך" וכל אותם חלקים בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"צ) המכשירים את ההנחיות הפנימיות לעיל.

2. עמדת המשיבים הינה כי דין הסעד הראשון להידחות על הסף מכיוון שעסקינן בעתירה מוקדמת. בעת הנוכחית, טרם הסתיימה הבדיקה המקדמית במבת"ן בנוגע לתלונותיו של העותר 1 (להלן: 'העותר' או 'העותר 1') כלפי חוקריו. זאת בין היתר בשים לב לגורמים אשר עיכבו את הליך הבדיקה, כפי שיפורט להלן, ביניהם משפט זוטא שניהל העותר באשר לאותן טענות בגדרי ההליך הפלילי שנהל נגדו.

הבדיקה המקדימה נועדה לשמש מנגנון מסייע ליועץ המשפטי לממשלה בבואו להכריע האם יש מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית נגד חוקרי השב"כ, מנגנון שאושר אף בפסיקת בית משפט נכבד זה (ר' בג"ץ 1265/11 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2012(3), 5257 (2012); להלן: 'בג"ץ 1265/11'). משטרם הושלמה הבדיקה המקדימה, הרי שהסעד המבוקש של פתיחה בחקירה פלילית מוקדם הוא, ומשכך דינו להידחות על הסף.

3. אף באשר לסעד השני יטענו המשיבים כי דינו להידחות על הסף, כפי שיפורט להלן. למעלה מן הצורך, יטענו המשיבים כי דין טענות העותרים בעניין זה להידחות אף לגופן, כפי שיפורט להלן.

4. בנסיבות אלה, יטענו המשיבים כי דין העתירה להידחות תוך שמירת זכויות העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט הנכבד, ככל שיתברר שיש בידם עילה לכך.

והכל כפי שיפורט להלן.

### עיקרי העובדות הצריכות לעניין

#### חקירת העותר, תלונתו ובחינתה

5. העותר 1, יליד 1978, נעצר במעצר מינהלי ביום [REDACTED] בחשד לחברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת בארגון החמאס, ולסחר בציוד מלחמתי. מעצרו המינהלי של העותר הוארך מעת לעת, עד ליום [REDACTED].

6. בחודש ספטמבר 2012, בעוד העותר שוהה במעצר מינהלי, הועבר הלה לחקירת שב"כ שנמשכה בין התאריכים [REDACTED] טענות העותר מושא העתירה ממוקדות במעשים שלטענתו בוצעו בו במהלך חקירה זו.

7. טענות העותר בדבר אמצעי חקירה פסולים שנקטו לטענתו בחקירתו הועלו לראשונה במהלך דיון להארכת מעצרו בפני בית המשפט הצבאי יהודה ביום [REDACTED].

העתק פרוטוקול הדיון מיום [REDACTED] צורף כנספח ע/7 לעתירה.

8. בהמשך לחקירת העותר בשב"כ, הועבר העותר לחקירה משטרתית, שלאחריה הוגש נגדו כתב אישום בפני בית המשפט הצבאי יהודה. בכתב האישום יוחסו לעותר שבעה פרטי אישום, הכוללים עבירות של תברות בהתאחדות בלתי מותרת וסחר בציוד מלחמתי. במהלך ההליך הפלילי בעניינו העלה העותר טענות זוטא באשר לאמצעי חקירה שהופעלו לטענתו במהלך חקירתו בשב"כ. ביום 9.6.14 הגיעו הצדדים להסדר טיעון במסגרתו נמחקו חלק מהאישומים, והעותר הורשע על פי הודאתו בשני אישומים בעבירות של חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת ע"פ תקנה 85(1)(א) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945; וסחר בציוד מלחמתי לפי סעיפים 233(ב) וסעיף 201(א)(2) לצו בדבר הוראות בטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009. בהתאם להסדר, נגזרו על העותר בהסכמה 36 חודשי מאסר לריצוי בפועל מיום מעצרו המינהלי, 2.11.11 (בצירוף להטלת קנס ועונש מאסר מותנה), בנוסף ל-6 חודשי מאסר מתיק ביהמ"ש עדי"י 1257/07 שיופעלו במצטבר, כך שבסה"כ ירצה הנאשם 42 חודשי מאסר בפועל. בית המשפט הצבאי יהודה העיר בגזר דינו כי מדובר בהסדר המקל עם העותר 1, אולם בסופו של יום סבר בית המשפט כי אין בהסדר משום חריגה קיצונית ממתחם הסבירות, ואימץ את הענישה שהוסכמה בהסדר.

העתק כתב האישום המתוקן מצורף ומסומן מש/1.

העתק פרוטוקול דיון מיום 13.5.13 במסגרתו פרש ב"כ העותר את טענות הזוטא בעניינו מצורף ומסומן מש/2.

העתק הכרעת הדין, הטיעונים לעונש וגזר הדין מיום 9.6.14 מצורפים ומסומנים מש/3.

9. ביני וביני, ביום 2.4.13 שלח הוועד הציבורי נגד עינויים (להלן: "העותר 2") למשיב 1 תלונה בגין הפעלת אלימות מול העותר במהלך חקירתו. בתגובת המשיב 1 מיום 7.4.13 לפנייה זו, נמסר כי הפנייה הועברה לטיפול של לשכת פרקליט המדינה.

העתק התלונה מטעם העותר 2 מיום 2.4.13 צורף כנספח ע/9 לעתירה.

העתק תגובת המשיב 1 לפנייה מיום 7.4.13 צורף כנספח ע/10 לעתירה.

10. ביום 2.6.13 נשלחה למשיב 1 תזכורת מטעם העותר 2 ביחס לתלונה שהוגשה. בתגובה מטעם העוזר לפרקליט המדינה מיום 10.10.13 לפנייה זו, נמסר כי הפנייה מיום 2.4.13 הועברה ללשכת המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים).

העתק תזכורת מטעם העותר 2 מיום 2.6.13 צורף כנספח ע/11 לעתירה.

העתק תגובה מטעם העוזר לפרקליט המדינה מיום 10.10.13 צורף כנספח ע/12 לעתירה.

11. ביום 1.2.14 קיבלה ראשת המחלקה לבירור תלונות נחקרי שב"כ (להלן: 'המשיבה 3') את האחריות המלאה לבדיקת תלונות נגד חוקרי שב"כ והחלה במילוי תפקידה. בהמשך למינוי זה נערך מיפוי של כלל התלונות הפתוחות אשר הוגשו על ידי העותר 2, אשר הטיפול בהן טרם הסתיים.

12. ביום 1.4.14 שלח העותר 2 למשיבה 3 ריכוז תלונות הוועד הממתינות לטיפול המבתי"ן. בין היתר פורטה תלונתו של העותר 1 ברשימה זו, תוך דרישה לקיים חקירה פלילית מיידית בעניינו.
- העתק ריכוז התלונות מטעם העותר 2 מיום 1.4.14 צורף כנספח ע/19 לעתירה.
13. ביום 19.6.14 שלח העותר 2 למשיבה 3 פנייה כללית בנוגע לתלונותיהם של 4 כלואים אשר טרם תושאלו, וביניהם העותר 1. בתגובת המשיבה 3 לפנייה זו מיום 22.6.14 נמסר כי מועד תישאלו של העותר 1 יקבע: "עם השלמת הבירורים בדבר הסטאטוס המשפטי העדכני בעניינם ובהתאם לסטאטוס זה".
- העתק הפנייה מטעם העותר 2 מיום 19.6.14 צורף כנספח ע/20 לעתירה.  
העתק תגובת המשיבה 3 לפנייה מיום 22.6.14 צורף כנספח ע/21 לעתירה.
14. ביום 22.7.14 שלח העותר 2 למשיבה 3 בקשה לעדכון בנוגע למספר תלונות וביניהם תלונתו של העותר 1. בין היתר, ביקש העותר 2 לדעת האם נגבתה גרסתו של העותר בכלא. בתגובה לפנייה זו, ביום 18.8.14 נשלחה על ידי המשיבה 3 טבלה בה רוכזו פרטי התיקים השונים הנמצאים במעמד בירור, וביניהם עניינו של העותר 1. בטבלה זו פורט כי תישאלו של העותר 1 נקבע לשבוע הקרוב, תוך בקשה להעברת העתק מלא של חוות הדעת הפורנזית הנזכרת בתלונה.
- העתק בקשת העדכון מטעם העותר 2 מיום 22.7.14 צורף כנספח ע/22 לעתירה.  
העתק תגובת המשיבה 3 לבקשה מיום 18.8.14 צורף כנספח ע/23 לעתירה.
15. ביום 21.8.2014 פגשה המשיבה 3 בפעם הראשונה את העותר 1, בכלא עופר בנוגע לתלונתו.
16. ביום 24.8.14 שלחה המשיבה 3 לעותר 2 מכתב הנוגע לעניינו הספציפי של העותר 1. בנכתב זה נאמר כי במהלך גביית גרסתו של העותר 1 בכלא עופר, הבהיר העותר 1 מספר פעמים כי כל אשר זכר בהקשר לתלונה נאמר על ידו לעו"ד [REDACTED] (עו"ד מטעם העותר 2). בהתאם לכך ביקשה המשיבה 3 כי העותר 2 כי יעביר אליהם את גרסת העותר 1 כפי שזו נמסרה לעו"ד בדר בזמן אמת. בהמשך לפנייה זו, ביום 31.8.14 הועברה גרסתו של העותר 1, כפי שנמסרה לעו"ד [REDACTED] בנובמבר 2012, למשיבה 3.
- העתק מכתבה של המשיבה 3 מיום 24.8.14 צורף כנספח ע/24 לעתירה.
17. ביום 21.1.2015 פגשה המשיבה 3 את העותר 1 בשנית בנוגע לתלונתו, זאת בכלא קציעות.

18. ביום 31.3.2015, לאחר בחינת החומרים פנתה המשיבה 3 לעותר 2 בשאלה האם העותר 1 יהיה מוכן להיבדק בבדיקת פוליגרף. משבוששה תגובת העותרים לפניו זו לבוא, תזכרה המשיבה 3 את העותרים בעניין זה בחודשים יוני ואוגוסט 2015, על מנת שניתן יהיה להמשיך בטיפול בתלונה.

העתק פנייתה של המשיבה 3 מיום 31.3.2015 מצורף ומסומן מש/4.  
העתק תזכורת של המשיבה 3 מיום 11.8.15 מצורף ומסומן מש/5.

19. ביום 13.8.2015, לאחר שהעותרים בתנו את בקשתה של המשיבה 3 (כפי שפורט בהתכתבויות בדואר האלקטרוני בין השניים) נתקבלה מטעם העותרים תשובה שלילית ביחס לנכונותו של העותר 1 להיבדק בבדיקת פוליגרף, תוך ציון כי מכתב המפרט את נימוקי הסירוב יישלח בהמשך. ביום 7.10.2015 נתקבל מכתב רשמי מטעם העותר 2 המפרט את הנימוקים לסירוב לבדיקת הפוליגרף.

העתק מתשובתם של העותרים מיום 7.10.2015 מצורף ומסומן מש/6.

20. בעת הנוכחית בדיקת המבתי"ן ביחס לתלונתו של העותר 1 עודנה מתקיימת.

### עמדת המשיבים

21. המשיבים יטענו כי העתירה הינה מוקדמת דינה להידחות על הסף. העותר העלה את טענותיו באשר להפעלת כוח בחקירתו כטענות זוטא במסגרת ההליך הפלילי שהתנהל נגדו. כפי שיפורט להלן, על פי פסיקת בית משפט נכבד זה, טענות אלה אינן נבדקות במקביל על ידי ערכאה שיפוטית מוסמכת ועל ידי גוף נוסף (במקרה זה, המבתי"ן), ומשכך – בדיקת המבתי"ן בעניין תלונת העותר יכולה היתה להתנהל רק החל מחודש יוני 2014, לאחר שבירור טענות העותר בפני הערכאה הפלילית הסתיים בדרך של הסדר טיעון. בנסיבות אלה, העתירה דן\_הוגשה בפועל כ-5 חודשים בלבד לאחר שניתן היה לפתוח בבדיקת מבתי"ן בדבר טענות העותרים. מאז אותה עת, מתנהלת בדיקת המבתי"ן בעניין תלונתו של העותר, במהלכה פגשה המשיבה 3 את העותר פעמיים ונגקטו פעולות בדיקה נוספות. בדיקה זו התעכבה משך מספר חודשים בהמתנה להתייחסות העותרים לבקשת המבתי"ן כי העותר יעבור בבדיקת פוליגרף בנוגע לתלונתו.

### הליך הבדיקה המקדמית

22. תלונת העותר 1 בנוגע לשימוש באמצעי חקירה פסולים מצויה כעת בהליך בדיקה מקדמית, ועל כן אין להידרש לבקשת העותרים לפתוח בחקירה פלילית כעת.

23. סעיף 1ט49 (א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשלי"א-1971 וקובע הסדר מיוחד לבירור תלונות נגד עובדי שירות הביטחון הכללי:

1ט49. (א) עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בביצועה במסגרת מלוי תפקידו או בקשר לתפקידו, תחקור בה המחלקה, אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה; הוראות סעיף 49ב(ב) ו-1(ג) יחולו לענין זה, בשינויים המחויבים; בסעיף קטן זה, "עבירה" – כל עבירה למעט עבירת תעבורה כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת התעבורה, ועבירה שרשות אחרת, שאינה המשטרה או שירות הביטחון הכללי, מוסמכת לחקור בה על פי דין.

24. בהתאם להוראות סעיף זה, הקובע כי פתיחה בחקירה תהא כפופה לאישור היועץ המשפטי לממשלה, נקבע כי במקרה של חשד לביצוע עבירה בידי חוקרי ש"כ כחלק מביצוע תפקידם, תערך בדיקה מקדמית אשר המלצותיה תשמשנה את היועץ המשפטי לממשלה ככלי עזר בהכרעתו האם יש לפתוח בחקירה במקרה האמור.

25. חשיבותה של הבדיקה המקדמית קודם החלטה על פתיחה בחקירה פלילית נגד חוקרי ש"כ נדונה בבג"ץ 1265/11, וכך נקבע בעניינה:

"ואולם ישנם מאידך גיסא שיקולים כבדי משקל התומכים בעריכת הבדיקה המקדמית על ידי גורם ייעודי (כדוגמת המב"ת<sup>1</sup>), שעה שלא יהא איש שב"כ - בראש וראשונה האינטרס הציבורי בשמירה על שיטות החקירה של השב"כ. זאת, לא חלילה כדי לאפשר לחוקרי השירות לעבור על החוק, אלא כדי להבטיח להם כלי תקירה יעילים, המתבססים לא אחת על תחבולה ועמימות - בגדרי החוק - במיוחד לאחר בג"ץ הועד הציבורי נגד עינויים. שיטות החקירה של השב"כ - המבוססות כאמור, בין היחר, על תחבולות - מחייבות סודיות וחסויות על פי דין (ראו סעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי; בש"פ 8950/09 עטאר נ' מדינת ישראל (לא פורסם) [פורסם כנבו]; בש"פ 9718/09 כבהה נ' מדינת ישראל (לא פורסם) [פורסם כנבו]). במובן זה, ריכוז הטיפול בתלונות על ידי גורם אחד מוסמך מסייע בהגנה על החומר החסוי, וזאת מעבר להתמקצעות ולהיכרות הנדרשת עם מערכי החקירה של השב"כ המאפשרת כבר בבדיקה מקדמית החרשמות ישירה ממהימנות התלונה. כן תימנע גם פתיחה וסגירה של חקירות בעקבות תלונות סרק. דומני איפוא, כי האיזון בין האינטרסים מצדיק את המשך קיומו של מוסד המב"ת<sup>1</sup>, אך כאמור כעובד משרד המשפטים, בניחוק מוסדי מהשב"כ."

ובהמשך:

"בנסיבות אלה נראה לנו כי הפירוש התכליתי הנכון הוא שהסמכות לפתיחת חקירה ביסודה הועברה על-ידי המחוקק, נוכח רגישות הנושא, למשיב (ולמי שאצל לו את סמכותו); קשה איפוא להלום מצב שבו תעסוק בכך המשטרה."

26. בנסיבות אלה, נראה כי דרישת העותרים כי תיפתח חקירה פלילית עוד בטרם הושלמה הבדיקה המקדמית, ובהינתן לוחות הזמנים בהם מתנהלת הבדיקה כמפורט לעיל, אינה מתיישבת עם קביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1265/11 בעניין הסמכות לבצע בדיקה מקדימה טרם החלטה בדבר פתיחה בחקירה של חוקרי שב"כ.

#### משפט זוטא מעכב את בדיקת הטענות בערוצים אחרים

27. כפי שנקבע בבג"ץ 5413/03 עליוואת נ' ראש המחלקה לחקירות שוטרים- משרד המשפטים (תק-על 2003(3), 1508) (להלן: "עניין עליוואת"), העלאת טענות זוטא במשפט פלילי מחייבת להקפיא את הליך בירור הטענות במסגרות אחרות: בעניין עליוואת, נדון מקרה בו העותר טען כי במהלך חקירה משטרתית, נהגו בו חוקריו באלימות. העותר העלה טענות זוטא במסגרת משפטו, ובמקביל ביקש כי טענותיו תתבררנה במח"ש. בית המשפט הנכבד קיבל את עמדת המדינה לפיה טענות העותר תתבררנה במסגרת משפט הזוטא המתנהל בעניינו ולא בשני הערוצים במקביל. רק אם יעלו חשדות לביצוע עבירה פלילית בידי חוקריו, תפתח מח"ש בחקירה:

על דרך הכלל- וזו, כפי שהבנו, ההנחיה שפרקליטות המדינה פועלת על-פיה- אין זה ראוי כי חקירה באותו נושא עצמו... תידון בה בעת לפני שני גופי שלטון: לפני בית המשפט במשפט זוטא ולפני מח"ש. הטעמים לכלל זה מובנים מאליהם, ובתחום בתי-המשפט ידועים גם ככלל ה-*lis alibi pendens*. גקל להכין מה תוהו ובוהו עלול להשתרר בהליכי משפט פלילי מקום שמתנהל משפט זוטא בטענת נאשם כי הודאתו במשטרה הוצאה ממנו באלימות, ובה- בעת חוקרת מח"ש באותה טענה. ואילו אם נאמר כי חקירת מח"ש תבוא תחילה ומשפט הזוטא יבוא לאחריה, כמו ידינו בעכב הליכי משפטים פליליים בלא הצדק הראוי לדבר. אכן, לא נוציא מכלל אפשרות שיהיו חריגים לכלל, וחקירת מח"ש תקדם להליכי משפט הזוטא, ואולם כך יהיה אמנם במקרים חריגים.  
[ההדגשה הוספה, מ.ב.ש.]

28. כך אף בענייננו, מרגע שהועלו טענות הזוטא על ידי העותר 1 במשפטו הפלילי, בירור טענותיו במסלולים אחרים נדחה עד לסיום בירור טענות אלו. רק לאחר סיום הליך הזוטא (ובמקרה זה, סיום ההליך בכלל במסגרת הסדר טיעון) בתאריך 9.6.2014, ניתן

היה להחל בהליך הבדיקה בפני המבתי"ן, וכאמור, העותר 1 אכן זומן לתשאל כבר בתחילת אוגוסט. בהמשך נערכו בירורים ופעולות בדיקה נוספים, וכן נערך לעותר תשאל נוסף. כפי שפורט לעיל, במהלך התקופה שחלפה מאז החלה בדיקת המבתי"ן נגרם גם עיכוב בלתי מבוטל בשל המתנה לתשובת העותרים באשר לפניית המבתי"ן בבקשה שהעותר יסכים לעבור בדיקת פוליגרף, פניה שנעשתה עוד ביום 31.3.15, ונענתה רק ביום 13.8.15, כאשר נימוקי המענה ניתנו רק ביום 7.10.15. כאמור, בנסיבות העניין המשיבים סבורים כי לוח זמנים זה אינו מלמד על כל השתהות מיותרת בבדיקת המבתי"ן.

**בקשת העותרים לביטול ההנחיות הפנימיות בשב"כ בדבר התייעצויות באשר להתקיימן של נסיבות בהן יחול סייג הצורך**

29. הסעד השני המבוקש בעתירה, כזכור, הוא בקשת העותרים כי תבוטלה ההנחיות הפנימיות בשב"כ באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה להפעלת אמצעי חקירה בנסיבות של "צורך", וכן כל אותם חלקים בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה דאז שכותרתה "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"צ) (להלן: "הנחיית היועץ"), המכשירים את ההנחיות הפנימיות הללו. אף באשר לסעד זה, יטענו המשיבים כי דינו להידחות על הסף בנסיבות העניין, כפי שיפורט להלן.
30. העותר טוען כי במהלך חקירתו, נאמר לו על ידי חוקרו כי הם "ממתינים לאישור הדרגים הגבוהים" לצורך הפעלת אמצעים פיזיים בחקירתו. העותרים מוסיפים וטוענים כי מאחר שהעותר נפגע מכך באופן אישי וישיר, מובא עניינו בפני בית המשפט הנכבד "כפלטפורמה לדרישה לביטול ההנחיות הפנימיות אודות מערך ההתייעצויות בשב"כ" (סעיף 128 לעתירה).
- כאמור, תלונתו הפרטנית של העותר עודה נבדקת במבתי"ן, זאת מטעמים ענייניים. משכך, כל טענות העותר, לרבות לעניין פגיעתו האישית מנוהל ההיוועצויות, הן מוקדמות בעת הנוכחית.
31. לאחר שתושלם בדיקת המבתי"ן בעניינו של העותר ותינתן החלטה בעניינו, תהיה פתוחה דרכם של העותרים לשוב ולעתור לבית משפט נכבד זה ככל שישברו כי יש בידם עילה לעשות כן.
32. למעלה מן הצורך, יטענו המשיבים כי דין טענות העותרים בעניין זה להידחות אף לגופן, כפי שיפורט להלן.
33. כזכור, בגדרי בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999) (להלן: "בג"ץ 5100/94"), קבע בית המשפט הנכבד כי:



"סייג ה"צורך" שבחוק העונשין אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה אלה וכי אין בו בסיס לקיום הנחיות לחוקרי השב"כ, המאפשרות שימוש בשיטות חקירה מעין אלה. בה בעת, אין בהחלטתנו שלילת האפשרות כי סייג "הצורך" יעמוד לחוקר שב"כ, בין במסגרת שיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אם יחליט להעמיד לדין ובין אם יועמד לדין פלילי, במסגרת שיקול-דעתו של בית-המשפט."

פסקה 40 סיפא לפסק הדין.

עוד נקבע כי:

"לדעתנו, אין להסיק מהסייג של "צורך" סמכות כללית לקביעת הנחיות באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה על-ידי חוקרי השב"כ. הסייג של "צורך" אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט אמצעים פיזיים במהלך חקירה. הטעם לגישתנו זו נערץ באופיו של הסייג כעניין "צורך". סייג זה עוסק בהכרעה אינדיווידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה (ראו פלר, במאמרו הנ"ל [37], בעמ' 209).

אופי זה של הסייג אינו מאפשר לו להוות מקור של סמכות מינהלית כללית. זו מבוססת על קביעת אמות-מידה כלליות, הצופה פני העתיד."

ראו פסקה 36 לפסק הדין.

כן נקבע כי:

"כשם שקיומו של הסייג בדבר "צורך" אינו יוצר סמכות, כך היעדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה"צורך" או סייגים נוספים לאהריות פלילית.

היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של "צורך".

ראו פסקה 38 לפסק הדין.

34. כפי שפירטו המשיבים בהרחבה בתגובתם לבקשה שהגישו העותרים לפי פקודת ביזיון בית משפט בבג"ץ 5100/94 (תגובה אשר צורפה כנספח ע/33 לעתירה), מיד לאחר מתן

פסק הדין והצו המוחלט באותה פרשה, בוטל בשב"כ נוהל שהיה קיים עד אז, ואשר בו נקבע אילו אמצעים פיזיים יכול חוקר לנקוט במקרה מסוים, בו סבור החוקר כי יש הצדקה לעשיית שימוש בתקירה באמצעים אלה. במקביל, מיד לאחר מתן פסק הדין, ניתנה הוראה לכל חוקרי השב"כ להפסיק לעשות שימוש בשיטות החקירה שנאסרו על ידי בית המשפט הנכבד בגדרי פסק הדין שם, שעד אותה עת נעשה בהן שימוש בנסיבות שהצדיקו זאת. כן הובהר לחוקרי השב"כ, כי על פי החלטת בית המשפט העליון, הם אינם מוסמכים עוד לעשות שימוש באמצעי לחץ פיסיים, והפעלת אמצעי לחץ פיסי בחקירה עלולה לגרום להעמדתם לדין פלילי. עם זאת, הובהר להם, כי אם חוקר שב"כ יפעיל אמצעי חקירה פיסיים בנסיבות המצדיקות זאת לפי הדין, עשוי יהיה לעמוד להגנתו בנסיבות מתאימות הסייג של "צורך", שאזי לא ישא אותו חוקר באחריות פלילית למעשיו (ראו סעי' 34 לפסק הדין).

35. זמן קצר לאחר מתן פסק הדין, ביום 28.10.99, פרסם היועץ המשפטי לממשלה דאז, כבי המשנה לנשיאה דהיום, השופט אליקים רובינשטיין, את הנחיית היועץ בעניין זה, זאת בעקבות קביעת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5100/94 כי היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים אשר פעלו במקרה בודד מתחושה של "צורך".

היועץ המשפטי הדגיש במסמך זה את שהודגש בפסק הדין, כי סייג ה"צורך" אינו מהווה מקור סמכות מראש לחוקר השב"כ לעשות שימוש באמצעים פיסיים, אולם הוא הוסיף והדגיש, כי "בידי היועץ המשפטי להנחות עצמו מראש באשר לסוג המעשים שאותם עשוי הוא לראות בדיעבד כנופלים בגדר סייג ה"צורך". באמצעות מסמך ההנחיות ביקש היועץ להעניק מידה ראויה של וודאות משפטית לחוקרי שב"כ באמצעות התווית אמות מידה אשר ינחו את שיקול דעתו של היועץ המשפטי בבחינת מקרה ספציפי בו עליו להכריע האם חלה תחולת סייג ה"צורך".

בהקשר זה צוין בהנחייה כדלקמן:

"החלטת היועץ המשפטי תנתן בכל מקרה לגופו, תוך בדיקה פרטנית של כל המרכיבים האמורים לעיל, קרי, מידתיות הצורך ומיידיותו, חומרת הסכנה והפגיעה שנמנעו ומוחשיותו, החלופות למעשה ומידתיות האמצעים, לרבות תפיסת החוקר את המצב בעת החקירה, הדרגים שאישרו את המעשה, מעורבותם בהחלטה ושיקול דעתם בעת הביצוע, וכן תנאי בקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו."  
[ההדגשה הוספה, מ.ב.ש.]

36. היועץ המשפטי קבע כי ההנחיה מושתתת על שלוש קביעות. ראשית, על הקביעה, שמדינת ישראל עודנה נתונה במאבק בלתי פוסק על עצם קיומה ובטחונה מול ארגוני הטרור ששמו לעצמם למטרה את הרס המדינה. שנית, על הקביעה, שהרשות העיקרית הנושאת

במשימת המלחמה בפח"ע היא השב"כ; ושלישית, על הקביעה כי חוקרי השב"כ הם שליחיה של המדינה, ועל כן הם זכאים "למידה ראויה של ודאות משפטית" ואין להתעלם מנחיצותה של הגנה ראויה עבורם, בעשותם מלאכתם.

37. לקראת סוף המסמך, הוסיף וציין היועץ המשפטי לממשלה כדלקמן: "ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לעניין".

38. על בסיס מסמך הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה, הוכנו בשב"כ לאחר מכן הנחיות פנימיות, הקובעות כיצד תבוצענה התייעצויות עם דרגים בכירים בשב"כ, כאשר נסיבותיה של הקירה ספציפית נראות לגורמים העוסקים בחקירה כמקיימות את דרישת סייג הצורך. ההנחיות מפרטות, בין היתר, את בעלי התפקידים שיקחו חלק בהליך ההיוועצות, את האופן בו תתועד ההיוועצות וקבלת העמדה בעקבותיה, ואת האופן בו תתועד הפעלת האמצעים שהופעלו בנסיבות של צורך. כן כוללות ההנחיות מגבלות המצמצמות את שיקול הדעת שיכול להיות מופעל במצב של צורך.

מטבע הדברים, הנחיות אלה אינן קובעות נסיבות שבהן יהיה חוקר רשאי לפעול במסגרת סייג הצורך, וכמובן שאינן נותנות היתרים כלשהם להפעלת אמצעי לחץ פיסי, וזאת עקב פסיקת בית המשפט העליון, שהובאה לעיל, ושאסרה להוציא הנחיות כאמור. תחת זאת, ההנחיות מאפשרות לחוקר הסבור כי במצב הדברים בו הוא נתון מתקיים מצב של צורך, להתייעץ בזמן אמת עם גורמים בכירים יותר, שאינם יכולים להסמיכו לנקוט באמצעי הקירה חריגים, אולם הם יכולים לחוות דעתם כי במצב הנתון מתקיים סייג הצורך. כן יכולים אותם גורמים בכירים עימם מתייעץ החוקר בזמן אמת באשר למצב דברים נתון, להטיל מגבלות פיקודיות על פעולותיו של החוקר באותה סיטואציה שהובאה בפניהם.

ההנחיות האמורות הוצגו ליועץ המשפטי לממשלה, על מנת לוודא כי הן עומדות במסגרת הדין ופסיקת בית המשפט הנכבד. מאז הוצאת ההנחיות האמורות ועד עתה, פועל השב"כ לפי ההנחיות האמורות. יצוין, כי המקרים בהם סברו בשב"כ בשנים האחרונות כי מתקיים סייג הצורך ופעלו על פי הנחה זו, הם מקרים חריגים מאוד, ומהווים אחוז זעיר מכלל המקרים בהם נחקרו חשודים בחשד לפעילות בטרור.

39. מאחר שהיועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך היחיד של הדין עבור רשויות השלטון, מלבד בית המשפט העליון, הרי שפרשנותו הינה בעלת תוקף מחייב כלפי הרשות שאליה הופנתה ההנחייה בג"ץ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, פ"ד (נב) 222, 240-241 (1998); ובג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993).

40. יצוין, כי טענות העותרים למעשה מבקשות לפרש את קביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5100/94 כקובעות כי בסיטואציה בה חוקר סבור שהוא נקלע למצב של צורך, עליו לקבל לבדו את ההחלטה אם הסיטואציה היא אמנם כזו של צורך, ואם עליו להפעיל אמצעים פיסיים בחקירה. דא עקא, שתנאי שכזה לא נקבע בשום מקום בפסק הדין או בחוק, וגם אין בו הגיון. תנאי שכזה גם אינו הוגן כלפי החוקרים, אשר כפי שקבע היועץ המשפטי במסמך ההנחיות, הינם "שליחיה של המדינה", ועל כן הם זכאים "למידה ראויה של ודאות משפטית". לא בכדי קבע אפוא היועץ המשפטי לממשלה דאז במסמך ההנחיות כי ראוי שבמצב כזה החוקר לא יפעל על דעת עצמו, אלא יפנה לבכירים ממנו ויקבל את עמדתם בנושא.
41. ודוק. כפי שהובהר שוב ושוב לעיל, שום דרג בכיר בשב"כ, לרבות ראש השירות עצמו, ושום דרג משפטי בכיר, לרבות היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי לשב"כ, אינו יכול להסמיך את החוקר להפעיל אמצעי לחץ פיסי, גם בסיטואציה שלדעתו מקיימת את תנאי ה"צורך". בוודאי שאין הוא מוסמך ליתן הנחיות כלליות כאלה מראש במסגרת נוהל כללי. הדבר ברור וידוע והוא נובע במפורש מפסק הדין. אולם מכך לא נובע איסור על דרג מבצעי בכיר בשב"כ לקבוע עמדה בזמן אמת לגבי סיטואציה מבצעית ספציפית, כזו או אחרת; ולחוות דעתו לגבי דרך הפעולה הראויה באותו מקרה, תוך הבאה בחשבון כי היועץ המשפטי לממשלה יבחן בדיעבד את המקרה הקונקרטי ונסיבותיו תוך שישקול אם יש מקום להעמדה לדין פלילי במקרה זה אם לאו, על יסוד מסמך ההנחיות. אכן, כאמור, כתוצאה מהתייעצות זו, יתכן כי הדרג המבצעי הבכיר עמו התייעצו בנוגע לסיטואציה, יעמוד גם הוא בפני סיכון של העמדה לדין, אם ייקבע בדיעבד על ידי הגורם המוסמך כי לא היתה הצדקה להפעלת אמצעי לחץ פיסי במקרה דנן. אולם זהו סיכון שאותו דרג מבצעי בכיר לוקח על עצמו, ואין כל איסור בפסק הדין המונע ממנו לקחת סיכון זה על עצמו.
42. יוזכר, כפי שצוין לעיל, כי עמדתה זו של המדינה כבר נפרשה בהרחבה בפני בית משפט נכבד זה בגדרי תגובת המדינה לבקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט בבג"ץ 5100/94. באותו עניין, דחה בית המשפט הנכבד את הבקשה לבזיון בית המשפט, בקבעו כי בנסיבות העניין, הטענות שמעלים העותרים אינן מתאימות להליכי בזיון בית משפט.
43. בשולי הדברים, יוער באשר לחוות דעתם של פרופ' שני ופרופ' קרמניצר, אשר צורפה כנספח 31 לעתירה וצירופה נתבקש על ידי העותרים אף בגדרי בג"ץ 5722/12 אסעד אבו גוש נ' היועמ"ש (עתירה שעודנה תלויה ועומדת), כי מדובר בחוות דעת שעניינה בהוכחת הדין הישראלי. המשיבים יטענו כי בית משפט נכבד זה אינו נוהג להתיר צירופן של חוות דעת לעניין הדין הישראלי הפנימי ופרשנותו הראויה בנסיבות המקרה הספציפי, זאת באשר פרשנות הדין הישראלי היא עניין המסור לבית המשפט עצמו, ואינו טעון חוות דעת מומחים.

לסיכום

44. לאור כל האמור לעיל, המדינה תבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה, על-הסף ולחלופין בלבד לגופה.

היום, ט"ז חשון תשע"ו  
29 אוקטובר 2015

מינחל בוכמן-שינדל  
סגנית בכירה או (במקל) במדקליטות המדינה

