

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. פראס טביש

2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אפרת ברגמן-ספיר

רח' בית עובד 13, תל אביב

טל: 03-7733134; פקס: 02-6432847

בג"ץ 9018/17

קבוע לדיון: 26.7.18

העותרים

נגד

1. היועץ המשפטי לממשלה

2. הממונה על המבת"ן

3. שירות הביטחון הכללי

4. חוקרי שירות הביטחון הכללי שאישרו והשתתפו בחקירתו של העותר 1

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 91010

טל': 02-6466120; פקס: 02-6467011

המשיבים

תגובה מטעם המשיבים 3-1

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, ולקראת הדיון הקבוע ליום 26.7.18, מוגשת בזאת תגובה מטעם המשיבים 3-1 (להלן: "המשיבים" או "המדינה").

א. פתח דבר

1. עניינה של העתירה שבכותרת בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה למשיב 1 ליתן טעם "מדוע לא יורה על ביטול ההחלטה לסגור את תיק הבדיקה המקדמית בעניין תלונתו של העותר מס' 1, מר פראס טביש, ומדוע לא יורה על נקיטה בהליכים פליליים כנגד חוקרי שירות הביטחון הכללי, שאישרו והשתתפו בחקירתו של העותר מס' 1, בחשד לשימוש בעינויים ובהתעללות בעת חקירתו".

במישור הכללי, העותרים מבקשים כי "יבוטלו החלקים במסמך 'הנחיית היועץ המשפטי לממשלה' 'חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה' אשר מכשירים את קיומן של הנחיות פנימיות בשב"כ"; וכי "תבוטלנה ההנחיות הפנימיות במשיב מס' 3 אשר נערכו בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה" (ראו סעיפים 3-1 לעתירה).

2. כפי שיפורט להלן, עמדת המשיבים היא כי דין העתירה להידחות, בהעדר עילה להתערבות בהחלטת המשיבים לפיה אין מקום לנקיטת צעדים משפטיים, פליליים או אחרים כלפי מי מחוקרי השב"כ שהיו מעורבים בחקירתו של העותר 1 (להלן גם: **העותר**).
3. העותר נעצר במעצר מינהלי בחודש נובמבר 2011, ובחודש ספטמבר 2012 הוא הועבר לחקירה של שירות הביטחון הכללי (להלן גם: **השב"כ**) בחשד למעורבות בפעילות טרור צבאית של ארגון החמאס. בעקבות מידע מודיעיני מבוסס שהתווסף בעניינו של העותר בסמוך לפני כן, התגבש חשד ממש, כי העותר מודע למיקומו של מחסן שהיה שייך לתשתית טרור שבמסגרתה פעל; ואשר בו אמצעי לחימה בהיקף משמעותי של למעלה מעשרה כלי נשק, לרבות רובים. כמו כן, מהמידע המודיעיני התגבש חשד ממש לפיו ניתן לקשור את אמצעי הלחימה שהוחבאו באותו מחסן אל ביצוע מספר פיגועי טרור, שחלקם אף גבו קורבנות בנפש. בנוסף, עלה חשד, כי חברי תשתית הטרור אליה משתייך העותר ביקשו להוציא אל הפועל פיגוע שיתבצע תוך שימוש באמצעי לחימה אלה.
- מאחר שהחשד התבסס על מידע אמין ביותר; לנוכח החשד הממשי, כי יש בידי העותר מידע שיש בו כדי לאפשר סיכולה של סכנה ממשית לחיי אדם; ובשל חיוניות ההגעה למידע זה באורח מיידי כדי להציל חיי אדם – הופעלו אמצעי חקירה מיוחדים בחקירתו של העותר. במהלך חקירה זו, העותר מסר מידע שתרום להסגרת אמצעי לחימה רבים, אשר שימשו את התשתית הצבאית של ארגון החמאס בה היה פעיל.
- בעקבות מסירת המידע ואיסוף ראיות נוספות, הועמד העותר לדין והורשע במעשים שיוחסו לו במסגרת הסדר טיעון, ובכלל זה הורשע העותר בעבירות של חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת; וסחר בציוד מלחמתי.
4. לנוכח תלונת העותר בדבר שימוש נטען באמצעים פסולים בחקירתו, נערכה בדיקה מקדמית מקיפה ביותר על-ידי ראשת המחלקה לבירור תלונות נחקרי שב"כ (להלן: **המבתי"ן**). ממצאי בדיקת המבתי"ן, אשר נדרשה לכלל טענות העותר בתלונתו, הועברו אל הממונה על המבתי"ן בפרקליטות המדינה. לאחר עיון בממצאי הבדיקה, ובהמלצות של הממונה על המבתי"ן ופרקליט המדינה לסגור את תיק הבדיקה, הגיע היועץ המשפטי לממשלה למסקנה כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית נגד המשיבים 4 בגין תלונתו של העותר. בהמשך לכך, נמסר לעותר 2, במכתב מיום 12.9.16 (נספח 2/ע לעתירה), כי הממונה על המבתי"ן החליטה, על דעת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, לסגור את תיק הבדיקה שנפתח בעניינו של העותר.
5. עמדת המשיבים היא כי מדובר בהחלטה מקצועית, עניינית ושקולה, המצויה בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לפי סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה (ראו: חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 12), התשנ"ד-1994), ובלב שיקול הדעת התביעתי אם להורות על פתיחה בחקירה ועל העמדה לדין, אם לאו. בהחלטה זו של המשיבים לא נפל כל פגם, ועל כן אין כל עילה להתערב בה; בפרט בשים לב להלכה המושרשת בנוגע להיקף שיקול דעתו הרחב של היועץ המשפטי לממשלה באשר לפתיחה בחקירה פלילית, לרבות בעניין תלונתו שהוגשו לבדיקת המבתי"ן.

כפי שיפורט להלן, במסגרת הבדיקה שהתקיימה התברר כי היקפם וטיבם של אמצעי החקירה המיוחדים שהופעלו כלפי העותר רחוקים באופן ניכר מן הנטען על-ידי העותר בתלונתו. כמו כן, לאחר בחינה מדוקדקת של מסמכי תיק הבדיקה, הממונה על המבט"ן הגיעה למסקנה, על דעת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, כי לא נפל פגם בשיקול דעתם של החוקרים, וכי הפעלת אמצעי החקירה המיוחדים בנסיבות העניין חוסה תחת סייג הצורך. כמו כן, בהתחשב בחומרת האיום שנשקף מתשתית הטרור אליה השתייך העותר – מצאה הממונה על המבט"ן, כי אמצעי החקירה המיוחדים שהופעלו היו מידתיים, והלמו את חשיבות גילוי המידע שאותו הסתיר העותר.

6. המשיבים יוסיפו ויטענו, כי גם אין כל עילה להיענות לסעדים שביקשו העותרים במישור הכללי של עתירתם. בהקשר זה יצוין, כי אך לפני כחצי שנה בית המשפט הנכבד נדרש לטענות דומות שהעלו העותרים, במסגרת פסק-דינו בבג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 12.12.17; להלן: עניין אבו גוש). עיון בפסק הדין שניתן בעניין אבו גוש מלמד, כי אין ממש בטענות העותרים במישור הכללי, וכי אין הצדקה להתערבות שיפוטית בהתנהלות של המשיבים בעניין זה.

ב. עיקרי העובדות הצריכות לעניין

1.1. חקירת העותר

7. העותר, יליד 1978, נעצר במעצר מינהלי ביום 2.11.11 בחשד לחברות ולפעילות בהתאחדות בלתי מותרת בארגון החמאס, ולסחר בציוד מלחמתי. מעצרו המינהלי של העותר הוארך מעת לעת, עד ליום 1.11.12.

8. ביום 5.9.12, בעוד שהעותר שוהה במעצר מנהלי, הוא נעצר והועבר לחקירת שב"כ, לצורך ביצוע חקירה שתקדם חקירת פעילים נוספים בתשתית הטרור הצבאית בה פעל העותר, כמו-גם לצורך חקירתו בחשד למעורבות בפעילות טרור. העותר נחקר והכחיש חשדות שיוחסו לו, וביום 9.9.12 הוחזר למעצרו המינהלי.

ביום 12.9.12 העותר הועבר לחקירת שב"כ, לנוכח מידע שהתווסף בעניינו בסמוך לפני כן, לרבות בעקבות חקירה של פעילים בתשתית טרור צבאית אליה העותר היה שייך, אשר נערכה בסמוך לפני העברתו לחקירת שב"כ.

מידע עדכני זה העלה חשד למעורבות של העותר בפעילות טרור צבאית של ארגון החמאס, ולכך שהעותר עדיין מחזיק מידע חיוני שיאפשר להציל חיי אדם, אם העותר ימסור את המידע באופן מיידי. העותר נחקר והכחיש את החשדות שיוחסו לו.

9. בעקבות המידע המודיעיני המבוסס שנאסף על-ידי שירות הביטחון הכללי, התגבש חשד ממשי, כי העותר מודע למיקומו של מחסן שהיה שייך לתשתית טרור שבמסגרתה העותר

פעל; ואשר בו אמצעי לחימה בהיקף משמעותי של למעלה מעשרה כלי נשק, לרבות רובים. כמו כן, מהמידע המודיעיני התגבש חשד ממשי לפיו ניתן לקשור את אמצעי הלחימה שהוחבאו באותו מחסן אל ביצוע מספר פיגועי טרור, שחלקם אף גבו קורבנות בנפש. בנוסף, עלה חשד, כי חברי תשתית הטרור אליה משתייך העותר ביקשו להוציא אל הפועל פיגוע, שיתבצע תוך שימוש באמצעי לחימה אלה. כל אלה הצריכו חקירה מיידית ואינטנסיבית של העותר.

10. משכך, ובשל החשד כאמור של כלל הגורמים שהיו מעורבים בחקירה כי בידי העותר ישנו מידע שיש בו כדי לאפשר סיכולה של סכנה ממשית ומיידית לחיי אדם; ולאחר שמשך מספר ימים הכחיש העותר את החשדות שיוחסו לו; אזי בלית ברירה הופעלו ביום 18.9.12 אמצעי חקירה מיוחדים בחקירתו. סמוך לאחר מכן, העותר מסר בחקירתו מידע על אודות מעורבותו בהעברות של אמצעי לחימה, בהיקף של כ-11 או 12 כלי נשק מסוגים שונים, אשר הועברו לידיו של מחמד עווצ'.

כמו כן, העותר הודה כי קיבל לרשותו אמצעי לחימה רבים מאחמד רגיוב ומאיימן דראביע, על-פי הוראה שהתקבלה מבכיר החמאס רזק רגיוב; וכי הוא העביר את אמצעי הלחימה לנקודת מסתור, ממנה הוא תכנן להעבירם בהמשך. בנוסף, העותר הודה שהוא העביר אמצעי לחימה לפעילים מוכרים בארגון החמאס.

המידע שהעותר מסר תרם להסגרת אמצעי לחימה רבים, אשר שימשו את התשתית הצבאית של ארגון החמאס בה היה פעיל, ובהמשך חקירתו – עליה נעמוד מיד – העותר מסר מידע נוסף על אודות כלי נשק נוספים אותם קיבל והעביר לפעילים אחרים בחמאס, שאף הם היו עצורים באותה עת.

11. על סמך אינדיקציות שעלו בשלב זה מחקירת העותר, אשר כללו, בין היתר, בדיקת פוליגרף, התעורר חשד ברמת סבירות גבוהה שהעותר עדיין מסתיר מידע באשר להוצאה לפועל של פיגוע עתידי על-ידי חברי תשתית הטרור אליה משתייך העותר.

במצב דברים זה, על-מנת לסכל סכנה ממשית ומיידית לחיי אדם, הופעלו פעם נוספת אמצעים מיוחדים בחקירתו של העותר, ביום 21.9.12. סמוך לאחר מכן, מסר העותר לחוקריו מידע נוסף על אודות כלי נשק נוספים אותם הוא קיבל והעביר לפעילים אחרים בחמאס, שאף הם היו עצורים באותה עת.

12. בהמשך חקירתו, הרחיב העותר את הודאתו באופן משמעותי. הודאותיו של העותר סייעו להתקדמות בחקירת מעורבים נוספים, לרבות מוחמד אבו תורכי, פעיל תשתית נוסף שנחקר אף הוא במסגרת הפרשייה, אשר כעבור מספר ימים גם הסגיר אמצעי לחימה נוספים. בנוסף, חלה התקדמות בחקירת חבר התשתית נביל עואודה, אשר הודה כי התשתית החלה לתכנן פיגוע חטיפה, במקביל להנעת פעילות טרור נוספת.

במסגרת חקירת הפרשייה, הוכחה מעורבותו העמוקה והדומיננטית של העותר בכל הנוגע לאמצעי הלחימה של התשתית, אשר מטבע הדברים מהווים תנאי מרכזי ויסודי לפעילות הטרור הצבאית של התשתית.

צילומי זכרונות הדברים מחקירת העותר מצורפים ומסומנים מש/1.

13. מטעמים הנוגעים לבטחון המדינה לא ניתן לפרט בגלוי את האמצעים שהופעלו על-ידי החוקרים במהלך חקירת הצורך. ברם, המשיבים מבקשים להביא מידע זה, כמו-גם את יתר המידע החסוי הרלבנטי, לפני בית המשפט הנכבד בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד, בכפוף להסכמת העותרים.

בצד האמור, יוזכר כי במסגרת הבדיקה שהתקיימה התברר, כי היקפם וטיבם של אמצעי החקירה המיוחדים שהופעלו כלפי העותר רחוקים באופן ניכר מן הנטען על-ידי העותר בתלונתו.

2.ב. ההליכים הפליליים בעניינו של העותר

14. במסגרת חקירת העותר, הוא נחקר גם על-ידי חוקרי משטרת ישראל, ובסיום החקירה הוגש נגדו כתב אישום בבית המשפט הצבאי יהודה. בכתב האישום יוחסו לעותר שבעה פרטי אישום, הכוללים עבירות של חברות בהתאחדות בלתי מותרת וסחר בציוד מלחמתי.

15. ביום 13.9.12 וביום 24.9.12 הובא העותר לדיון בהארכת מעצר. במסגרת דיונים אלה לא העלה העותר טענות בדבר אמצעי חקירה פסולים שנקטו בחקירתו.

צילומי פרוטוקולים מימים 13.9.12 ו-24.9.12, בעת הארכת מעצרו של העותר, מצורפים ומסומנים מש/2.

16. ביום 4.10.12 במהלך דיון בהארכת מעצרו, העלה העותר לראשונה טענה בדבר אמצעי חקירה פסולים שנקטו בחקירתו:

"לשאלת ביהמ"ש אם היו דברים חריגים בחקירה אני משיב כי ביום 20.9.12 או ב-21.9.12 הודיעו לי שאני בא לחקירה צבאית. מהרגע הזה ביקשו ממני לשבת באופן שפוף ללא כיסא במשך שעה, שעה וחצי. אח"כ ביקשו ממני לשבת על הכיסא עם רגליים מצד אחד והראש בצד השני (מדגים), זה לקח הרבה זמן. בערך 8 שעות באופן מקוטע. אני לא זוכר תאריכים. זה היה במשך יומיים באופן מקוטע. במהלך החקירה 3 פעמים איבדתי הכרה והקאתי הרבה. החוקר נתן לי מכה עם הברך שלו ברגליים. חוקר בשם צחי נתן לי מכה בעין בזמן שהייתי עם כיסוי עיניים. זה מה שהיה בחקירה".

17. בהחלטתו מיום 4.10.12 קבע בית המשפט הצבאי, בין היתר, כי "לא ניתן לקבוע כי הפעלת האמצעים שהופעלו כנגד החשוד בוצע[ה] בניגוד לדין וכי לא היה יסוד סביר להפעלתם" [ההדגשה במקור].

יצוין, כי קיים פער משמעותי בין הטענות שהעלה העותר לפני בית המשפט הצבאי ביהודה כמתואר לעיל, לבין הטענות שנזכרו בתלונה שהוגשה מטעמו חצי שנה מאוחר יותר. אל נקודה זו, כמו-גם אל פערים נוספים הנוגעים להתפתחות גרסת העותר, עוד נשוב להלן.

צילום פרוטוקול הדיון מיום 4.10.12 צורף כנספח 14/ע לעתירה.

18. במסגרת ההליך הפלילי שהתקיים בעניינו העלה העותר טענות זוטא באשר לאמצעי חקירה שהופעלו לטענתו במהלך חקירתו בשב"כ.

צילום פרוטוקול הדיון מיום 13.5.13, בהליך הפלילי, מצורף ומסומן מ/ש/3.

19. 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 על-פי תקנה 185(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 שבסך הכל ירצה הנאשם 42 חודשי מאסר בפועל. בית המשפט הצבאי יהודה העיר בגזר-דינו כי מדובר בהסדר המקל עם העותר, אולם בסופו של יום סבר בית המשפט כי אין בהסדר משום חריגה קיצונית ממתחם הסבירות, ואימץ את הענישה שהוסכמה בהסדר. לנוכח הרשתתו של העותר בהתאם להסדר הטיעון, בית המשפט לא נדרש לטענות הזוטא שהעלה העותר ביום 13.5.13.

צילום כתב האישום המתוקן מצורף ומסומן מ/ש/4.

צילומי הכרעת הדין, הטיעונים לעונש וגזר הדין מיום 9.6.14 מצורפים ומסומנים מ/ש/5.

3.ב. תלונת העותר והעתירה הקודמת שהגיש לבית המשפט הנכבד

20. לפני מתן פסק הדין בעניינו של העותר, ביום 2.4.13 שלח העותר 2 למשיב 1 תלונה בגין הפעלת אלימות כלפי העותר במהלך חקירתו. בתגובת המשיב 1 מיום 7.4.13 לפנייה זו, נמסר כי הפנייה הועברה לטיפול של לשכת פרקליט המדינה.
- צילום התלונה מטעם העותר 2 מיום 2.4.13 צורף כנספח 1/ע לעתירה.
צילום תגובת המשיב 1 לפנייה מיום 7.4.13 צורף כנספח 18/ע לעתירה.
21. 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).
22. ביום 1.2.14 קיבלה ראשת המבתי"ן את האחריות לבדיקת תלונות נגד חוקרי שב"כ והחלה במילוי תפקידה. בהמשך למינוי זה נערך מיפוי של התלונות הפתוחות אשר הוגשו על-ידי העותר 2, שהטיפול בהן טרם הסתיים.
- לצורך עריכת בדיקת המבתי"ן, קיבל המבתי"ן את מלוא חומר החקירה שנאסף בשב"כ, וכל דיווח הנוגע לאופן עריכת חקירתם של המתלוננים, בהם העותר דן.
23. לאחר שהעותר חזר בו מטענות הזוטא שהעלה, נשפט ודינו נגזר, כנזכר מעלה, פגשה ראשת המבתי"ן בפעם הראשונה את העותר 1 ביום 21.8.14, בכלא עופר בנוגע לתלונתו (בעניין זה נפרט בהמשך).
24. ביום 24.8.14 שלחה ראשת המבתי"ן לעותר 2 מכתב הנוגע לעניינו הספציפי של העותר 1. במכתב זה נאמר כי במהלך גביית גרסתו של העותר 1 בכלא עופר, הבהיר העותר מספר פעמים כי כל אשר זכר בהקשר לתלונה נאמר על-ידו לעו"ד מגיד בדר (עו"ד מטעם העותר 2). בהתאם לכך ביקשה ראשת המבתי"ן, כי העותר 2 יעביר אליה את גרסת העותר 1 כפי שזו נמסרה לעו"ד בדר בזמן אמת. בהמשך לפנייה זו, ביום 31.8.14 הועברה למבתי"ן גרסתו של העותר 1, כפי שנמסרה לעו"ד בדר בחודש נובמבר 2012.
- צילום מכתבה של ראשת המבתי"ן מיום 24.8.14 צורף כנספח 19/ע לעתירה.
צילום גרסתו של העותר מחודש נובמבר 2012 צורף כנספח 16/ע לעתירה.
25. ביום 12.11.14 הוגשה לבית המשפט הנכבד עתירתם הקודמת של העותרים, במסגרתה התבקש בית המשפט הנכבד להורות "למחלקה לחקירות שוטרים לפתוח לאלתר בחקירה פלילית נגד חוקרי שירות הביטחון הכללי שאישרו והשתתפו בחקירתו של העותר"; וכן להורות על ביטול "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 [...] המכשירים את ההנחיות הפנימיות לעיל" (להלן: **העתירה הקודמת**).

צילום העתירה הקודמת צורף כנספח 21/ע לעתירה.

26. ביום 21.1.15 פגשה ראשת המבתי"ן את העותר בשנית בנוגע לתלונתו - בכלא קציעות.

במסגרת שתי הפגישות שערכה ראשת המבתי"ן עם העותר, הוא טען, כי הוא אינו זוכר במדויק את מהלך חקירתו, וביקש כי ראשת המבתי"ן תתייחס לדברים שמסר לעו"ד בדר (מטעם העותר 2) – כגרסתו לפני ראשת המבתי"ן. בפרט, השיב העותר, כי הוא אינו זוכר אלו פעולות ביצע כל אחד מהחוקרים, אינו זוכר את מהותם של הגידופים והאיומים שהופנו אליו (אך טען כי אלה הושמעו באופן עקבי), ואינו זוכר את השלב שבו הועבר ל"חקירה צבאית". בפגישה השנייה שערכה ראשת המבתי"ן עם העותר הוא טען, כי החוקרים אמרו לו, בין היתר, כי הוא לא יראה את בנו לעולם.

בנוסף, העותר טען, כי במהלך חקירותיו הוא נבדק פעם או פעמיים על-ידי רופא שהוזעק לתדר החקירות, לאחר שהעותר התעלף ולא יכול היה להזיז את גפיו. לטענת העותר, הרופא לא שוחח איתו אלא רק בדק אותו, ואז אמר לחוקרים שהם יכולים להמשיך ולחקור אותו. בפגישה השנייה של העותר עם ראשת המבתי"ן, הוא טען, כי הוא נבדק על-ידי רופא מספר פעמים; וכי במרבית הפעמים נכח חוקר בחדר, למרות שרמת העברית של העותר אפשרה לו לתקשר עם הרופא בכוחות עצמו.

27. ביום 31.3.15, לאחר בחינת החומרים, פנתה ראשת המבתי"ן לעותר 2 בשאלה האם העותר 1 יהיה מוכן להיבדק בבדיקת פוליגרף. משבוששה תגובת העותרים לפניה זו לבוא, תזכרה ראשת המבתי"ן את העותרים בעניין זה בחודשים יוני ואוגוסט 2015, על-מנת שניתן יהיה להמשיך בטיפול בתלונה.

צילום פנייתה של ראשת המבתי"ן מיום 31.3.15 צורף כנספח 22/ע לעתירה.

צילום מכתב התזכורת מיום 11.8.15 מצורף ומסומן מש/6.

28. רק ביום 13.8.15, לאחר שהעותרים בחנו את בקשתה של ראשת המבתי"ן (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 7.10.15 נתקבל מכתב רשמי מטעם העותר 2 המפרט את נימוקי העותר לסירוב לבדיקת הפוליגרף - "נימוקים" אשר לא נמצא שיש בהם ממש, אז כמו-גם היום; וחזקה

על העותרים, במיוחד בהינתן גרסאותיו המתפתחות של העותר, כי ידועה להם משמעות הסירוב של העותר לקיום הבדיקה.

צילום תשובת העותרים מיום 7.10.15 צורף לעתירה כנספח ע/23.

29. במקביל להליך בירור התלונה של העותר במבתי"ן, הוגשה ביום 29.10.15 תגובת המשיבים לעתירה הקודמת, במסגרתה נטען כי דין העתירה להידחות על הסף בהיותה מוקדמת, כיוון שבעת ההיא טרם הסתיימה הבדיקה המקדמית במבתי"ן בנוגע לתלונותיו של העותר כלפי חוקריו.

בהקשר זה הובהר, כי העותר העלה את טענותיו באשר להפעלת כוח בחקירתו כטענות זוטא במסגרת ההליך הפלילי שהתנהל נגדו; וכי בהתאם להלכה הפסוקה טענות אלו אינן נבדקות במקביל על-ידי ערכאה שיפוטית מוסמכת ועל-ידי גוף נוסף (במקרה זה, המבתי"ן) (ראו והשוו: בג"ץ 5413/03 עליוואת נ' ראש המחלקה לחקירות שוטרים - משרד המשפטים (פורסם באר"ש, 25.9.03).

בנסיבות אלו, עמדו המשיבים על כך שבדיקת המבתי"ן בעניין תלונת העותר יכולה הייתה להתנהל רק החל מחודש יוני 2014, לאחר שבירור טענות העותר לפני הערכאה הפלילית הסתיים בדרך של הסדר טיעון. עוד הובהר בתגובת המשיבים לעתירה הקודמת, כי מאז אותה עת, התנהלה בדיקת המבתי"ן בעניין תלונתו של העותר, במהלכה פגשה ראשת המבתי"ן את העותר פעמיים וננקטו פעולות בדיקה נוספות; וכי הבדיקה התעכבה משך מספר חודשים בהמתנה להתייחסות העותרים לבקשת המבתי"ן, כי העותר יעבור בדיקת פוליגרף בנוגע לתלונתו, כמתואר לעיל.

בנוגע לסעד השני, אשר התייחס כזכור ל"הנחיות הפנימיות שב"כ באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה להפעלת אמצעי חקירה בנסיבות של 'צורך'; וכן ל"חלקים בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 'חקירות שב"כ והגנת הצורך - מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה [...] המכשירים את ההנחיות הפנימיות לעיל"; נטען כי דין טענות העותרים להידחות אף לגופן.

בהקשר זה עמדו המשיבים על כך שבפסק הדין שניתן בבג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999) (להלן: 'בג"ץ 5100/94'), נקבע, בין היתר, כי "היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של 'צורך'; וכי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 28.10.99 ניתנה בעקבות פסק הדין בבג"ץ 5100/94 ועולה בקנה אחד עם האמור בו. באשר להנחיות הפנימיות שנקבעו בשירות הביטחון הכללי, צוין כי הן נקבעו בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 28.10.99; וכי הן קובעות כיצד תבוצענה התייעצויות עם דרגים בכירים בשב"כ בזמן אמת, כאשר

- נסיבותיה של חקירה ספציפית נראות לגורמים העוסקים בחקירה כמקיימות את דרישת סייג הצורך.
30. ביום 11.11.15 התקיים דיון בעתירה הקודמת לפני הרכב של בית המשפט הנכבד. בתום הדיון נקבע, כי המשיבים יגישו הודעה מעדכנת מטעמם תוך שלושה חודשים.
31. בתחילת שנת 2016 תשאלה ראשת המבתי"ן את חוקריו של העותר, ועימתה אותם עם טענותיו. החוקרים מסרו לראשת המבתי"ן כי במהלך החקירה, בליט ברירה, כדי להציל חיי אדם, הופעלו גם אמצעי חקירה מיוחדים, ואישרו את דבר הפעלת האמצעים. בצד האמור, ובניגוד לרושם העולה מן העתירה באשר לאמצעים שהופעלו כלפי העותר, יודגש כבר עתה כי מסקנתה של הבדיקה, לרבות על יסוד התשאולים שנערכו, היא שהיקפם וטיבם של האמצעים שהופעלו רחוק באופן ניכר מן הנטען על-ידי העותרים. בהקשר זה יובהר, כי חלק ניכר מטענות העותר הוכחשו על-ידי החוקרים; וכי אף התייעוד שנערך בזמן אמת על אודות מהלכי החקירה אינו תומך בגרסתו הנרחבת של העותר.
32. כמתואר לעיל, הבדיקה שנערכה במבתי"ן היתה יסודית ביותר, וכללה, בין היתר, עיון בכלל החומר הרלבנטי מחקירתו של העותר בשב"כ, לרבות החומרים החסויים (ובכלל זאת המידע המודיעיני שעמד בבסיס החשד של החוקרים, זכרונות דברים שנערכו במהלך חקירתו של העותר, מסמכים רפואיים בעניינו של העותר, התצהירים שהעותר מסר, פרוטוקולים ומסמכים נוספים מהליכים משפטיים שהתנהלו בעניינו של העותר).
- בנוסף, הבדיקה של ראשת המבתי"ן כללה שתי פגישות עם העותר; תשאול של החוקרים הרלבנטיים; שיחות עם סוהרים שהעותר הזכיר ועם חובש מטעם שירות בתי הסוהר, אותו פגש העותר במהלך מעצרו. לאחר כל זאת, נשלחה המלצתה המפורטת של ראשת המבתי"ן בנוגע לתלונת העותר לפרקליטות המדינה.
33. ביום 14.2.16 הודיעו המשיבים, כי ראשת המבתי"ן השלימה את הבדיקה של תלונות העותר; וכי המלצותיה יועברו לממונה על המבתי"ן בפרקליטות המדינה.
34. לאחר בדיקת הממצאים, החליטה הממונה על המבתי"ן בפרקליטות המדינה, על דעתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל פרקליט המדינה, לסגור את תיק הבדיקה, מן הטעם שאין בממצאי הבדיקה כדי לבסס נקיטת צעדים משפטיים, פליליים, משמעותיים או אחרים כלפי מי מחוקרי השב"כ.
- ביום 12.9.16, שלחה הממונה על המבתי"ן בפרקליטות המדינה מכתב לב"כ העותרים, הכולל התייחסות גלויה, רחבה ככל הניתן, של ההחלטה המנומקת בדבר סגירת תיק הבדיקה, במסגרתה נבחנו טענות העותר 1 כולן.
- צילום המכתב מיום 12.9.16 צורף כנספח 2/ע לעתירה.

35. כפי שעולה מהמכתב, הממונה על המבתי"ן, על דעת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, מצאה כי לא נפל פגם בשיקול דעתם של החוקרים, וכי הפעלת אמצעי החקירה המיוחדים בנסיבות העניין חוסה תחת סייג הצורך. כמו כן, ובהתחשב בחומרת האיום שנשקף מתשתית הטרור אליה השתייך העותר – מצאה הממונה על המבתי"ן, כי אמצעי החקירה המיוחדים שהופעלו היו מידתיים, והלמו את חשיבות גילוי המידע שאותו הסתיר העותר.

עוד הדגישה הממונה על המבתי"ן, כי לא נמצאו תימוכין למרבית תיאוריו של העותר לגבי האמצעים המיוחדים שהופעלו בחקירתו, לרבות לא ברשומות רפואיות, אף שניתן היה לצפות כי לו היה ממש בנטען, הרשומות הרפואיות ישקפו ממצאים אובייקטיביים. יצוין, כי הבדיקה שנערכה לא הסתכמה בעיון ברשומות הרפואיות בלבד, וכללה גם תשאול של חובש מטעם שירות בתי הסוהר (יוער כי לא ניתן היה לתשאל את הרופא, מכיוון שהוא נפטר). בתשאול האמור, מסר החובש לראשת המבתי"ן, כי הוא לא זוכר לא את שמו ולא את פניו של העותר. עוד מסר החובש כי לא יתכן שיתקבל דיווח (מצד נחקר או חוקר) בדבר אובדן הכרה של נחקר ועניין זה לא יתועד ברשומות הרפואיות, אפילו אם בעקבות הדיווח לא נמצאו ממצאים פיזיולוגיים כלשהם. החובש גם התייחס באופן ספציפי לרופא שבדק את העותר, וציין כי הוא היה רופא קפדן מאוד, שנהג לתעד כל פעולה רפואית עם כל נחקר, גם אם היה מדובר בפעולה שגרתית לחלוטין.

במישור הכללי, יצוין כי הטיפול הרפואי המוענק במסגרת שירות בתי הסוהר, הוא טיפול ראוי והולם בהתאם לחוק ולכללים המקובלים לטיפול באסירים ועצורים בשירות בתי הסוהר ובהקשר לכך יודגש, כי גורמי הרפואה אינם חלק מגופי החקירה ואינם נוטלים חלק בהליך החקירתי. עוד יודגש, כי הנחקרים נבדקים בקליטתם בשירות בתי הסוהר וכי ככל שעולה בעיה רפואית במהלך החקירה, מערך הרפואה של שב"ס זמין בכל עת למתן מענה הולם; ובנוסף – נחקרים יכולים להיבדק על-ידי גורם רפואי לבקשתם.

כפי שעולה מהחלטת מיום 12.9.16, הממונה על המבתי"ן אינה מקלה ראש בבעייתיות הנובעת מכך שרופא בודק נחקר שלא במרפאה; ובעקבות בירורים שנעשו בעניין זה, חודדו שוב הנהלים בעניין הצורך לקיים בדיקות רפואיות במרפאה, למעט במקרים חריגים.

36. עוד עולה מהחלטתה של הממונה על המבתי"ן, כי מרבית טענותיו של העותר הוכחו מכל וכל על-ידי חוקרי השב"כ. כמו כן, הממונה על המבתי"ן הבהירה כי האמצעים המיוחדים לא הופעלו ברציפות מיום 18.9.12 בשעה 2:50 ועד ליום 21.9.12 בשעה 7:51 (על אף הרושם שעלול להיווצר מהפרפרזה שצורפה כנספח ע/8 לעתירה). באשר למשך ההפעלה של אמצעי החקירה המיוחדים נבקש לפרט במעמד צד אחד.

37. באשר למצבו הרפואי של העותר, הממונה על המבתי"ן הבהירה בהחלטתה, כי עיון במסמכי תיק הבדיקה מעלה, כי לא נמצא כל דופי בהתייחסות חוקרי השב"כ למצבו

הרפואי של העותר, וכי חוקרי השב"כ לא מנעו מהעותר טיפול רפואי, ואף לא מנעו ממנו מלהיבדק על-ידי גורם רפואי, לרבות בנושא שיניו.

עוד נמצא, כי במהלך חקירתו של העותר התרחשה סיטואציה חד-פעמית שבה העותר הקיא בחדר החקירות, בלי שאיבד את הכרתו. בעקבות זאת נלקח העותר על-ידי סוהרים למקלחת, בגדיו הוחלפו, ולאחר מכן הוא נבדק על-ידי רופא.

בבדיקת המבת"ן, אשר כללה כאמור גם בירור עם הסוהרים הרלבנטיים, לא נמצאו תימוכין כלשהם לכך שהסוהרים "העירו" את העותר באמצעות שפיכת מים, או לכך שאמרו לו את המשפט הנזכר בתלונה. למעשה, הבדיקה לימדה כי תיאוריו של העותר, כאילו הסוהרים "העירו" אותו לאחר שהתעלף, באמצעות שפיכת מים, אינם עולים בקנה אחד עם ראיות אובייקטיביות. בבדיקת ראשת המבת"ן כללה שיחה עם שני הסוהרים, אליהם התייחס העותר בשמם הפרטי במסגרת תלונתו, ואשר אותו על-ידה. מן האמור בשיחה עמם, שנערכה עם כל אחד מהם בנפרד; כמו-גם מבדיקה שנערכה אל מול סידורי המשמרות בשירות בתי הסוהר בפרק הזמן הרלבנטי; עלה כי במועד הרלבנטי לחקירתו של העותר, כמתואר בתלונתו, נכח רק הסוהר בשם "שלום" ואילו הסוהר "חנן" כלל לא היה במשמרת באותה העת. בנוסף, הסוהרים מסרו כי האירוע המתואר על-ידי העותר, לפיו הסוהרים שפכו עליו מים, החליפו את בגדיו, נשאו אותו על כסא משרדי עם גלגלים והתזירו אותו לחדר החקירות (ראו סעיף 9 לתלונת העותר, אשר צורפה כנספח 1/ע לעתירה), אינו זכור להם, וכי אם היה קורה אירוע כזה – הם היו זוכרים אותו.

38. בנוסף, הממונה על המבת"ן הבהירה, כי אין במסמכי תיק הבדיקה, הכוללים רישומים רפואיים שנערכו לגבי העותר בשב"ס, כל תימוכין לכך שהוא איבד את הכרתו, או שנגרמה לעותר פגיעה פיזיולוגית או נפשית כלשהי כתוצאה ממעצרו או מחקירתו בשב"כ (והדבר גם לא נתמך בעדותו של החובש, איש שב"ס, שהתלווה לרופא שטיפל בעותר באותן פעמים).

39. הממונה על המבת"ן גם הבהירה כי לא נמצאו תימוכין לכך שהעותר עבר "מסע דילוגים", כנטען, בין מספר מתקני כליאה טרם תחילת חקירתו, שתכליתו "התשה" פיזית או נפשית. עוד הובהר, כי במהלך תקופת חקירתו של העותר, הוא אכן נחקר במשך שעות ארוכות; אלא, שלנוכח תומרת החשדות נגד העותר לא נמצא שנפל פגם בשיקול דעתם של החוקרים בעניין זה.

40. באשר לטענות הנוגעות לאיזוקו של העותר, הבהירה הממונה על המבת"ן כי על-פי נהלי החקירה השגרתית בשירות הביטחון הכללי, וכחלק משמירה על ביטחונם האישי של החוקרים, ככלל מוחזקים הנחקרים, במהלך שעות החקירה, כשהם אזוקים באזיקה רחבה, דהיינו כשידיהם אזוקות לצד הגוף, תוך הותרת מרווח תנועה. בעניינו של העותר, לא נמצאו אינדיקציות לכך שהוא נאזק באופן שאינו עולה בקנה אחד עם נהלים אלה, ואף קיים תיעוד לכך שהוא נאזק ביד אחת בלבד.

באשר לטענות העותר להשפלה, מצאה הממונה על המבת"ן כי לא נמצאה כל אינדיקציה לכך שחוקריו של העותר איימו עליו או גידפו אותו; כי לא נמצא כל בסיס לכך שחוקר כלשהו מרח ריבה על פניו של העותר; כי לא נמצאו תימוכין לכך שמכנסיו של העותר נפלו מגופו, או לכך שהחוקרים לעגו לו בעקבות זאת. גם לא נמצאה אינדיקציה לפיה העותר צולם במצב זה.

41. בצד האמור, הממונה על המבת"ן עמדה על כך שלנוכח ממצאי הבדיקות שנערכו ביחס לעניינו של העותר וביחס לעניינים אחרים, מתבצעת בחינה מחודשת של מספר סוגיות בנהלי שירות הביטחון הכללי; וכי בהתאם לממצאי הבדיקה יופקו הלקחים המערכתיים המתאימים. כך, לדוגמא, הממונה על המבת"ן מצאה, כי במהלך חקירתו של העותר הוא נבדק על-ידי רופא בחדר החקירות עצמו, בשלושה מקרים שונים (במהלך החקירות שהחלו בשעות הערב של התאריכים: 12.9.12, 15.9.12, 20.9.12), בלי שהיתה דחיפות מיוחדת בביצוע הבדיקה. הממונה על המבת"ן הבהירה במכתבה, כי היא אינה מקלה ראש בבעייתיות הנובעת מכך שרופא בודק נחקר שלא במרפאה; וכי בכוונתה לפנות לגורמים המתאימים בשב"כ ולהידרש לסוגיה זו.

42. בעקבות בדיקת העניין, ראש אגף החקירות בשב"כ רענן הנחיות וחיידד לגורמים הרלבנטיים בשב"כ הוראות שונות, בין היתר בדבר החשיבות לאפשר קיומו של מפגש של נחקר עם עובדים סוציאליים או גורמים רפואיים אחרים שלא בנוכחות חוקר ושלא בחדר החקירות (למעט במקרים חריגים). בנוסף, ממצאי הבדיקה, לצד ממצאי בדיקות בתיקים נוספים, הובילו לבחינה מחודשת ולביצוע התאמות ביחס למספר סוגיות, לרבות ביחס למשכי חקירה. מטעמים של ביטחון המדינה, לא ניתן לפרט במסגרת תגובה זו את תוכן הנהלים וההנחיות.

43. ביום 12.9.16 המשיבים עדכנו את בית המשפט הנכבד כי לאחר בחינת ממצאי הבדיקה ועמדות הגורמים הרלבנטיים כולם כאמור, החליט היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית נגד המשיבים 4 בגין תלונתו של העותר.

צילום ההודעה המעדכנת מיום 12.9.16 צורף כנספח ע/27 לעתירה.

44. ביום 26.9.16 הורה בית המשפט הנכבד, כי העותרים יעדכנו האם לנוכח האמור בהודעת המשיבים הם עומדים על עתירתם או שמא הם חוזרים ממנה; וביום 3.11.16 הודיעו העותרים כי הם עומדים על עתירתם.

45. בהמשך לכך, העתירה נקבעה לדיון לפני הרכב ליום 30.1.17 ובתום הדיון הורה בית המשפט הנכבד על דחיית העתירה, כדלקמן:

”שני ראשים לעתירה שבפנינו:

1. הראש הראשון הוא להורות למח”ש לפתוח בחקירה פלילית בכל הקשור לחקירתו של העותר מס’ 1 (להלן: העותר) על-ידי שירות הביטחון הכללי.

ראש זה של העתירה נתייטר, לאחר שהיועמ”ש בחן את עמדת המבט”ן ומצא כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית נגד המשיבים 4 בגין תלונתו של העותר 1. משכך, העתירה במתכונתה הנוכחית מיצתה את עצמה, וכל טענות העותרים שמורות להם לגבי החלטת החדשה (החלטת היועמ”ש).

2. הראש השני נוגע להנחיות הפנימיות של השב”כ לגבי מערכת ההתייעצויות והאישורים בשב”כ להפעלת אמצעי חקירה בנסיבות של “צורך”.

נושא זה הועלה בשעתו במסגרת בקשה לביזיון שהוגשה בבג”ץ 5100/94 הועד הציבורי נ’ עינויים בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נגד (4) 817 (1999). כפי שהובהר לעותרים עוד במהלך הדיון ביום 11.11.2015, איננו רואים להידרש לסעד כללי זה אלא במסגרת עתירה קונקרטית. כאמור, ככל שהעותרים חפצים בכך, הם רשאים להגיש עתירה חדשה בהתבסס על התשתית העובדתית העדכנית (השוו בג”ץ 2268/13 פלוני נ’ היועמ”ש (22.11.2016)). במסגרת זו, שמורות להם גם טענותיהם במישור הכללי ויצוין כי לטענת המדינה, הנושא נדון גם במסגרת בג”ץ 5722/12 אסעד אבו גוש נ’ היועץ המשפטי לממשלה אשר עדיין תלוי ועומד בבית משפט זה.

3. אשר על כן העתירה נדחית. אין צו להוצאות.”

46. ביום 5.3.17 פנו העותרים לממונה על המבט”ן בבקשה לעיין בחומרי החקירה בעניינו של העותר. ביום 6.3.17 נמסר לעותרים כי אין אפשרות לעיין בתשאולים שבהם מתייחסים החוקרים להגדרת העותר כ’נחקר תחת סייג הצורך’; וכי בחלק (קטן) מהתשאולים יש חלקים מצומצמים ומובחנים שאינם עוסקים בהגדרתו כאמור של העותר, אשר יתכן שניתן יהיה לאפשר לעיין בהם (לאחר התייעצות עם הגורמים הרלבנטיים). בנוסף, נמסר לעותרים כי על רקע המורכבות הרבה שיש בהליך בדיקת האפשרות להתיר את העיון באותו חלק קטן של התשאולים – עליהם להביא בחשבון שההליך עלול להמשך זמן רב. ביום 8.3.17 הודיעו העותרים כי הם עומדים על מיצוי האפשרות לעיין באותו חלק מתשאולי החוקרים.

צילומי התכתובות בנוגע לבקשה לעיין בחומרי החקירה צורפו כנספחים ע/32-34 לעתירה.

47. ביום 5.7.17 העותר 2 ביצע עיון בחומרי החקירה שהותרו לעיון.

48. ביום 19.11.17 הוגשה העתירה שבכותרת, במסגרתה העותרים מבקשים לתקוף את ההחלטה מיום 12.9.16. במישור הכללי, העותרים מבקשים כי יבוטלו חלקים "במסמך הנחית היועץ המשפטי לממשלה 'חקירות שב'כ' והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה"; וכי יבוטלו ההנחיות פנימיות בשירות הביטחון הכללי אשר נערכו בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה האמורה.

ג. מסגרת נורמטיבית

1.1. חקירות שב"כ וסייג הצורך – מסגרת שיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה

49. נקודת המוצא הנורמטיבית לענייננו מעוגנת בסעיף 34 לאי לחוק העונשין אשר מורה כך:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חיי, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו."

לכך מתווספת הוראת סעיף 34טז לחוק העונשין, הקובעת כי "הוראות סעיפים 34, 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה".

50. ביום 6.9.99 ניתן פסק הדין בבג"ץ 5100/94, בין היתר בנוגע לשימוש של חוקרי השב"כ באמצעי חקירה פיזיים כלפי נתקרים. בפסק הדין נקבע, כי "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 נעוץ באופיו של הסייג בעניין 'צורך'. סייג זה עוסק בהכרעה אינדוידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה" (ראו פסקה 36 לפסק הדין).

בצד זאת, הוסיף בית המשפט הנכבד וקבע, כי "כשם שקיומו של הסייג בדבר 'צורך' אינו יוצר סמכות, כך היעדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה'צורך' או סייגים נוספים לאחריות 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) [ההדגשה הוספה].

בסיפא של פסק הדין, בית המשפט הנכבד קבע 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 (ראו פסי' 40 לפסק הדין) [ההדגשה הוספה].

51. הנה כי כן, במסגרת פסק-דינו בבג"ץ 5100/94, הבהיר בית משפט נכבד זה באופן חד-משמעי, כי אין בפסק הדין משום שלילת האפשרות כי סייג הצורך יעמוד לחוקר שב"כ במקרה ספציפי, וכי אם נסיבות המקרה מקיימות את דרישות הסייג, עשוי החוקר לחסות תחת כנפיו. במקרה זה, לא יישא החוקר באחריות פלילית למעשיו.

52. מיד לאחר מתן פסק הדין והצו המוחלט באותה פרשה, בוטל בשב"כ נוהל שהיה קיים עד אז, ואשר בו נקבעו אלו אמצעים פיזיים יכול חוקר לנקוט במקרה מסוים, בו סבור החוקר כי יש הצדקה לעשיית שימוש בחקירה 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 פיזיים, והפעלת אמצעי לחץ פיזי בחקירה עלולה לגרום להעמדתם לדין פלילי.

עם זאת, הובהר להם, כי אם חוקר שב"כ יפעיל אמצעי חקירה פיזיים בנסיבות המצדיקות זאת לפי הדין, עשוי יהיה לעמוד להגנתו בנסיבות מתאימות הסייג של "צורך", שאזי לא יישא אותו חוקר באחריות פלילית למעשיו (ראו תגובת המשיבים לבקשת העותרים לפי פקודת ביזיון בית משפט בבג"ץ 5100/94; נספח ע/40 לעתירה).

53. ביום 28.10.99, פרסם היועץ המשפטי לממשלה דאז, כבי שופט בית המשפט העליון בדימוס, השופט אליקים רובינשטיין, מסמך מפורט שכותרתו "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"צ)" (להלן: **מסמך ההנחיות**). מסמך ההנחיות הועבר כמובן לידיעת השב"כ, ובנוסף, הוא פורסם ברבים, בסמוך למועד כתיבתו (ראו: **הפרקליט** מד 419 (1999)).

צילום מסמך ההנחיות צורף כנספח ע/37 לעתירה.

54. מסמך ההנחיות נכתב על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בעקבות קביעת בית המשפט הנכבד בפסי' 38 לפסק הדין, שצוטטה לעיל, לפיה "היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של 'צורך'".

במסמך ההנחיות ביקש היועץ המשפטי לממשלה "להתוות את אותה הדרכה עצמית של היועץ המשפטי לממשלה שאליה נדרש בית המשפט כאמור לעיל, וזאת תוך חיפוש

האיזון בין צרכי הביטחון לבין זכויות האדם וכבוד האדם, תוך התחשבות ברגישות הציבורית וברגישות האנושית".

היועץ המשפטי לממשלה הדגיש במסמך ההנחיות את שנקבע בפסק הדין, כי סייג ה'צורך' אינו מהווה מקור סמכות מראש לחוקר השב"כ לעשות שימוש באמצעים פיזיים; אולם הוא הוסיף והדגיש, כי "בידי היועץ המשפטי להנחות עצמו מראש באשר לסוג המעשים שאותם עשוי הוא לראות בדיעבד כנופלים בגדר הגנת ה'צורך'".

55. היועץ המשפטי לממשלה 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 בפעילות טרור עוינת היא השב"כ.

שלישית, על הקביעה כי חוקרי השב"כ הם שליחיה של המדינה, ועל כן הם זכאים "למידה ראויה של ודאות משפטית" ואין להתעלם מנתיצותה של הגנה ראויה עבורם, בעשותם מלאכתם.

56. אשר לנסיבות שבהן יחול סייג ה'צורך', ציין היועץ המשפטי לממשלה במסמך ההנחיות מספר אמות מידה שתנחינה את שיקול דעתו, בבואו להכריע באשר להתאמתו של מקרה שיבוא לפניו, לתחולת סייג הצורך:

"ז.ו(1) במקרים בהם נקט חוקר במהלך חקירה באמצעי חקירה הדרוש באופן מיידי להשגת מידע חיוני לשם מניעת סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בביטחון המדינה, בחיי אדם, בחרותו או בשלמות גופו, ואין דרך סבירה אחרת בנסיבות העניין להשגתו המיידית של המידע, ונקיטת אמצעי החקירה היתה סבירה בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה, ישקול היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט בנסיבות בהליכים פליליים. החלטת היועץ המשפטי תינתן 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 נקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו. האמור לא יחול על אמצעי חקירה שנקיטתו היא בגדר "עינויים" כמשמע באמנה נגד עינויים ונגד יחס משפיל ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים; ס' ו באמנה עניינו מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי. ראו גם ס' 277 לחוק העונשין שעניינו לחץ של עובד ציבור על הזולת על מנת לסחוט הודיה בעבירה או מידע בדבר עבירה.

(2)(א) פרשנות מיידיותו של הצורך כאמור, עניינה כי המדובר בצורך בפעולה דחופה ומיידית, גם אם הסכנה המוחשית איננה מיידית אלא צפויה לאחר זמן מה. מטבע הדברים, ככל שפער הזמנים בין המעשה לבין המועד הצפוי והאפשרי להתממשות הסכנה גדול יותר, נטל השכנוע שהמעשה היה "דרוש באופן מיידית", כלשון החוק, יהיה כבד יותר - ולהיפך.

(ב)(1) לעניין זה מציין בית המשפט בפסק הדין (ס' 34) כי "...מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר מספר ימים ואולי אף מספר שבועות, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת; כלומר שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ" (ההדגשות אינן במקור).

(2) עולה מכאן, לגבי מוחשיות הסכנה, כי פעולה שגרתית ונמשכת של איסוף מידע בדבר ארגוני טרור ופעילותם באופן כללי, אינה יכולה כשלעצמה להיתפס כפעולה המקדמת פניה של "סכנה מוחשית".

(3) לענייננו הסכנה לפגיעה בחיי אדם צריכה להיות ודאית ומסוימת באופיה ובטיבה. מטבע הדברים, ככל שהמידע ברור יותר ומתיחס קונקרטי לסיכון מסוים, עולה הוודאות שחש החוקר כי הסכנה תתממש. ועוד, גם נחקר שאין לגביו חשדות קונקרטיים אינו דומה לנחקר שיש לגביו מידע מסוים ומוצק באשר למעורבות בסיכון או ידיעה עליו" [ההדגשות הוספו].

57. להשלמת התמונה, יצוין כי המקרים בהם סברו בשב"כ בשנים האחרונות כי מתקיים סייג הצורך, ופעלו לפי הנחה זו, הם מקרים חריגים, המהווים אחוז זעיר מכלל המקרים בהם נחקרו חשודים בחשד לפעילות טרור.

2.ג. מנגנון המבת"ן

58. בשנת 1994 ראה המחוקק לנכון לקבוע הסדר מיוחד לחקירות בתלונות שמוגשות נגד עובדי השב"כ, שעוגן בסעיף 1ט49 לפקודת המשטרה. נוסחו המקורי של סעיף 1ט49 הנ"ל קבע כך:

"1ט49. חקירת עובדי שירות הביטחון הכללי

(א) עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בביצועה במהלך חקירה שעורך או בקשר אליה, או בקשר למי שהיה מעוכב או נתון במעצר לצרכי חקירה, תחקור בה המחלקה, אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה.

(ב) היועץ המשפטי לממשלה רשאי לאצול לפרקליט המדינה ולמשנה לפרקליט המדינה - דרך כלל, לסוגי ענינים או לענין מסויים - את סמכותו לפי סעיף קטן (א)."

59. בשנת 2004 הוחלף נוסח סעיף 1ט49(א) במסגרת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 18), התשס"ד-2004, ולהלן נוסחו העדכני:

"1ט49. חקירת עובדי שירות הבטחון הכללי

(א) עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בביצועה במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו, **תחקור בה המחלקה, אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה**; הוראות סעיף 1ט49(ב) ו- (ג) יחולו לענין זה, בשינויים המחוייבים; בסעיף קטן זה, **"עבירה" - כל עבירה למעט עבירת תעבורה כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת התעבורה 5, ועבירה שרשות אחרת, שאינה המשטרה או שירות הביטחון הכללי, מוסמכת לחקור בה על פי דין.**

(ב) היועץ המשפטי לממשלה **רשאי לאצול לפרקליט המדינה ולמשנה לפרקליט המדינה - דרך כלל, לסוגי ענינים או לענין מסויים - את סמכותו לפי סעיף קטן (א).**" [ההדגשות הוספו]

סעיף 1ט49 קובע אם כן, בנוסחו דהיום, כי חקירה פלילית בעבירה שעובד השב"כ חשוד בביצועה, במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו, תבוצע **רק** על-ידי המחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים (להלן: **מח"ש**), **ורק** אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה.

60. ביום 20.9.09 אצל היועץ המשפטי לממשלה לפרקליט המדינה ולמשנים לפרקליט המדינה את סמכותו לפי סעיף 1ט49(א) לפקודת המשטרה (ילקוט הפרסומים תשי"ע מס' 6013 מיום 29.10.09, בעמ' 264).

61. הנה כי כן, בהתאם לסעיף 1ט49 לפקודת המשטרה, המחוקק הסמיך את היועץ המשפטי לממשלה לקבוע האם יש מקום להורות למח"ש לפתוח בחקירה נגד עובד השירות בשל עבירה שהוא חשוד בביצועה במסגרת תפקידו או בקשר לתפקידו, וקבע שאין מקום לפתיחה בחקירה אוטומטית.

62. אם מוגשת תלונה נגד חוקר שב"כ בנוגע לעבירה שנטען, כי בוצעה על-ידו במסגרת מילוי תפקידו או בקשר אליו, הרי שלשם קבלת החלטה אם יש מקום לפתיחה בחקירת מח"ש מבוצעת בדיקה מקדימה על-ידי המבתי"ן.

הקמת המבתי"ן נעשתה בהמשך להמלצות ועדת החקירה הממלכתית בראשות כב' הנשיא לנדוי, מתוך הכרה כי יש צורך בגוף בדיקה וביקורת ייחודי, שיטפל בתלונות המופנות נגד

חוקרים של השב"כ. ההחלטה על הקמת המבתי"ן התקבלה על-ידי פרקליטת המדינה דאז, כב' הנשיאה בדימוס דורית ביניש, וראש השב"כ דאז.

63. בעבר, המבתי"ן היה עובד שב"כ, הכפוף מבחינה מקצועית ל"ממונה על המבתי"ן", שהוא פרקליט בכיר בפרקליטות המדינה. פרקליט זה כפוף ישירות לפרקליט המדינה וליועץ המשפטי לממשלה.

בתחילת שנת 2014, בהתאם להודעה שהוגשה מטעם המדינה לבית המשפט הנכבד (במסגרת בג"ץ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה; להלן: בג"ץ 1265/11), המבתי"ן הפך להיות עובד משרד המשפטים. בהתאם לכך, הליך הבדיקה והחקירה של כל התלונות שמוגשות נגד חוקרי השב"כ בנוגע לעבירה שנטען כי בוצעה על-ידם במסגרת מילוי תפקידם או בקשר אליו, מתבצע באחריות משרד המשפטים.

64. תלונות נגד חוקרי השב"כ מגיעות ככלל מהנחקר עצמו - באופן ישיר או באמצעות נציגים של ארגוני זכויות אדם. כל הגורמים בשב"כ מונחים, כי כאשר מגיעה לידיהם תלונה כלפי חוקר שב"כ, יש להעביר דיווח זה למבתי"ן. כך למשל, מועברות למבתי"ן תלונות שנחקרים מעלים לפני חוקריהם, תלונות שמעלים נחקרים בבית משפט במהלך דיוני המעצר, ועוד.

65. שעה שמוגשת תלונה של נחקר שב"כ, נערכת בדיקה לתלונה, במסגרתה מבוצעות, ככלל, הפעולות הבאות: פגישה עם הנחקר-המתלונן; בחינת מלוא החומר הנוגע לחקירתו של הנחקר-המתלונן המצוי בשב"כ; בחינת חומר רפואי; תשאול עדים רלבנטיים (גורמי רפואה, סוהרים וכו'); תשאול גורמי שב"כ רלבנטיים, ועוד.

66. בתום הבדיקה, מעביר המבתי"ן את תיק הבדיקה, הכולל את כל החומר שאסף בבדיקתו - בצירוף חוות דעת ובה סיכום ממצאיו, המלצותיו ומסקנותיו - לממונה על המבתי"ן בפרקליטות המדינה.

67. בשלב זה בוחן הממונה על המבתי"ן בפרקליטות המדינה את תיק הבדיקה, ומגבש עמדה באשר להמשך הטיפול בתלונה - האם יש מקום להעבירה לחקירה פלילית, להעבירה לטיפול משמעתי, להשלים הבדיקה או לגנוז את התלונה.

לעתים, מעבר לקבלת החלטה הנוגעת למקרה הפרטני, מתקבלת גם החלטה מערכתית, כגון החלטה להורות על שינוי נהלים בעקבות ממצאי בדיקת המבתי"ן

68. על החלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית או שלא להעמיד לדין חוקר שב"כ, ניתן להגיש ערר מכוח סעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), וזאת בכל החלטה שלא התקבלה על דעת היועץ המשפטי לממשלה. על החלטה בערר, וכן על כל החלטה של היועץ המשפטי לממשלה, ניתן לעתור לבית משפט נכבד זה.

69. נבקש להבהיר - כי ההחלטות בתיקים אלה מתקבלות בהתאם לאמות המידה הרגילות הכלליות, שקבועות בחוק סדר הדין הפלילי, קרי, האם יש די ראיות המצדיקות פתיחה בחקירה והאם מתקיים אחד הסייגים לאחריות פלילית הקבועים בחוק.

70. הנה כי כן, השוני הקיים בעניין מתן הוראה על פתיחה בחקירה נגד חוקר שב"כ או על סגירתה הוא בפרוצדורת קבלת ההחלטה בלבד, ואין כל שוני בדין המהותי שחל על שיקול הדעת האם יש לפתוח בחקירה, אם לאו.

71. ביום 6.8.12 ניתן פסק-דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1265/11 הנזכר לעיל. במסגרת פסק-דינו, קיבל בית המשפט הנכבד את עמדת המדינה, לפיה מנגנון הבדיקה המוקדמת על-ידי המבת"ן שקבע היועץ המשפטי לממשלה, כחלק מהליך בחינת האפשרות להפעלת הסמכות לפי סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה בתלונות שהוגשו נגד חוקרי שב"כ, עולה בקנה אחד עם תכליתו החקיקתית של סעיף זה, ומיישם אותו בצורה ראויה. כך, בין היתר, נקבע בפסק הדין:

"ל"ד. ואולם ישנם מאידך גיסא שיקולים כבדי משקל התומכים בעריכת הבדיקה המקדמית על ידי גורם ייעודי (כדוגמת המבת"ן), 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 חקירה 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 היתר, על תחבולות - מחייבות סודיות וחסויות על פי דין [...] 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 התרשמות ישירה ממהימנות התלונה. כך תימנע גם פתיחה וסגירה של חקירות בעקבות תלונות סרק. דומני איפוא, כי האיזון בין האינטרסים מצדיק את המשך קיומו של מוסד המבת"ן, אך כאמור כעובד משרד המשפטים, בניתוק מוסדי מהשב"כ".

בהמשך לכך נקבע בפסק הדין, כי "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".

ד. עמדת המדינה - דין העתירה להידחות

72. העתירה כוללת טענות בשני מישורים – במישור הכללי, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יתערב במסמך ההנחיות ובהנחיות פנימיות של שירות הביטחון הכללי אשר ניתנו בהתאם למסמך ההנחיות. במישור הפרטני, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יתערב בהחלטה שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית נגד המשיבים 4, אשר ניתנה כאמור בהתאם לחוות דעתה של הממונה על המבתי"ן.
73. כפי שיפורט להלן, עמדת המשיבים היא כי דין העתירה, ביחס לשני המישורים האמורים, להידחות.

ד.1. אין עילה להתערב במסמך ההנחיות ובהנחיות הפנימיות של השב"כ

74. כאמור לעיל, במישור הכללי מבקשים העותרים כי יבוטלו החלקים במסמך ההנחיות "אשר מכשירים את קיומן של הנחיות פנימיות בשב"כ"; וכי תבוטלה ההנחיות הפנימיות בשב"כ באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה להפעלת אמצעי חקירה בנסיבות של 'צורך'.
75. עמדת המשיבים היא כי אין כל עילה להיענות לדרישות אלו של העותרים, וכי דינן להידחות.
76. כזכור, וכפי שפורט לעיל, בית המשפט הנכבד קבע בפסק-דינו בבג"ץ 5100/94, כי "כשם שקיומו של הסייג בדבר "צורך" אינו יוצר סמכות, כך היעדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה"צורך" או סייגים נוספים לאחריות פלילית"; וכי "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).
77. בעקבות פסק הדין, פרסם היועץ המשפטי לממשלה דאז, את מסמך ההנחיות שתואר בהרחבה לעיל. היועץ המשפטי הדגיש במסמך זה, כי סייג ה"צורך" אינו מהווה מקור סמכות מראש לחוקר השב"כ לעשות שימוש באמצעים פיזיים, אולם הוא הוסיף והדגיש, כי "בידי היועץ המשפטי להנחות עצמו מראש באשר לסוג המעשים ואופיים שאותם עשוי הוא לראות בדיעבד כנופלים בגדר הגנת ה'צורך'".

היועץ המשפטי לממשלה גם ציין כי החלטתו תינתן 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 נקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו" [ההדגשה הוספה].

78. לקראת סוף המסמך, הוסיף וציין היועץ המשפטי לממשלה כי "ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לעניין".
79. על בסיס מסמך ההנחיות, הוכנו בשב"כ לאחר מכן הנחיות פנימיות, הקובעות כיצד תבוצענה התייעצויות עם דרגים בכירים בשב"כ בזמן אמת, כאשר נסיבותיה של חקירה ספציפית נראות לגורמים העוסקים בחקירה כמקיימות את דרישת סייג הצורך.
80. 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.
81. מטבע הדברים, הנחיות אלה אינן קובעות נסיבות שבהן יהיה חוקר רשאי לפעול במסגרת סייג הצורך, ומובן, שהן אינן נותנות היתרים כלשהם להפעלת אמצעי לחץ פיזי, וזאת בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, שהובאה לעיל, אשר אסרה להוציא הנחיות כאמור.
- תחת זאת, ההנחיות הפנימיות מאפשרות לגורם העוסק בחקירה להתייעץ בזמן אמת עם גורמים בכירים יותר, שאינם יכולים להסמיך את החוקר לנקוט באמצעי חקירה חריגים, אולם הם יכולים לחוות דעתם כי במצב הנתון הפעלת אמצעי חקירה מיוחדים דרושים באופן מידי להצלת חיי אדם. כן יכולים אותם גורמים בכירים הלוקחים חלק בהליך ההיוועצות בזמן אמת באשר למצב דברים נתון, להטיל מגבלות פיקודיות על פעולותיו של החוקר באותה סיטואציה שהובאה לפנייהם.
82. 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.
83. כידוע, היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין עבור רשויות השלטון, כל עוד לא קבע בית המשפט הנכבד אחרת. משכך, פרשנותו היא בעלת תוקף מחייב כלפי הרשות שאליה הופנתה ההנחייה (ראו, בין היתר: בג"ץ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, פ"ד נב(2) 222, 240-241 (1998); בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993); בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 48 לפסק-דינה של השופטת ע' ברון (פורסם באר"ש, 14.11.16)).

84. הלכה למעשה, נראה כי העותרים מציעים פרשנות שונה, לפיה בהתאם לקביעות של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5100/94, 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 פיזיים בחקירה. דא עקא, פרשנות זו נעדרת כל אחיזה בדין.

עיון בפסק-דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5100/94, ואף בפסיקה שבאה אחריו, ילמדנו, כי אין בשום מקום בפסיקה או בחוק, עיגון לפרשנותם של העותרים. עמדת המשיבים היא כי אין הצדקה להכיר בתנאי כאמור; והוא גם אינו הוגן כלפי החוקרים, אשר כפי שקבע היועץ המשפטי במסמך ההנחיות, הם "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.

85. ודוק: כפי שהובהר, שום דרג בכיר בשב"כ, לרבות ראש השירות עצמו, אינו יכול להסמיך את החוקר להפעיל אמצעי לחץ פיזי, 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 בבג"ץ 5100/94. אולם מכך לא נובע איסור על דרג מבצעי בכיר בשב"כ לקבוע עמדה מקצועית 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, כאשר ישקול אם יש מקום להעמדה לדין פלילי בגין מקרה 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 הייתה הצדקה להפעלת אמצעי חקירה מיוחדים במקרה הספציפי. אולם זהו סיכון שאותו דרג מבצעי בכיר לוקח על עצמו, **ואין כל איסור** בפסק הדין המונע ממנו לקחת סיכון זה על עצמו.

86. יוזכר, כי עמדתה זו של המדינה כבר נפרשה בהרחבה לפני 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.

87. לא זו אף זו, לאחר הגשת העתירה דנן ניתן פסק-דינו של בית המשפט הנכבד **בעניין אבו גוש**. באותה פרשה, העלו העותרים דשם – עמם נמנה גם העותר 2 שלפנינו – טענות דומות לאלו שנטענות בעתירה שבכותרת, וכך הובאו הדברים בפסק הדין:

"בהמשך, ועל יסוד פסק הדין בעניין הוועד הציבורי, משיגים העותרים אף על תחולתו של סייג הצורך לגופו. זאת, בטענה כי החלטת החוקרים על קיומן של "נסיבות צורך" התקבלה לאחר שהם הודיעו מראש לעותר על שינוי אופי החקירה, ובהמשך להתייעצויות החוקרים עם דרגים בכירים מהם, בהתאם להנחיות פנימיות של השב"כ. התנהלות זו, כך נטען, שוללת את צבינו המיוחד של הסייג, שלדברי בית המשפט בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי, מתבטא ב"בהכרעה אינדיווידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון [...] פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע [...] תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה".

אחר הבאת הדברים האמורים, מצא בית המשפט הנכבד שלא לקבל את עמדת העותרים והבהיר כדלקמן:

"ואולם, גם בהנחה שקיימות הנחיות פנימיות של השב"כ, המתייחסות לאפשרות, שיתעוררו במהלך חקירה ספציפית נסיבות הנחזות כמקיימות את דרישות סייג הצורך (וראו לעניין זה את האמור בסעיף ז(2)(ב)4) להנחיות היועמ"ש; וגם אם חוקריו של העותר פעלו לפיהן; הרי שלא נפל פגם באופן יישומו של הסייג בענייננו. בנסיבות הפרטניות, הנוגעות לחקירתו של העותר, הרי שגם אם חוקריו התייעצו עם בכירים מהם טרם הפעלת אמצעי החקירה החריגים, וזאת בהתאם להנחיות הפנימיות הרלוונטיות, אין בכך כדי לפגום באופיו ה"אד הוקי" של הסייג. כמו כן, אין באותן התייעצויות בסמוך לחקירה, ככל שהתקיימו, כדי לשלול את עמדת המשיב לפיה "המעשה" - היינו אמצעי החקירה החריגים שננקטו באותן נסיבות - היה דרוש "באופן מידי" להצלת חיי אדם. יש להזכיר, לעניין זה, כי העותר נעצר ביום 3.9.2007, והפעלת אמצעי החקירה החריגים בוצעה למחרת היום".

88. במצב דברים זה, המשיבים יטענו כי בצד עמדתם לפיה דין טענות העותרים להידחות לגופן, הרי שנראה כי דינן להידחות אף על הסף, לנוכח הכרעתו של בית המשפט הנכבד אך לפני כחצי שנה. כל זאת, הואיל והקביעות של בית המשפט הנכבד בעניין **אבו גוש** לגבי ההנחיות, הבהירו כי אין ממש בטענות אלו, וזאת בהקשר דומה עד מאוד וכאמור לפני כחצי שנה בלבד.

בית המשפט הנכבד עמד בעבר בהקשרים רבים על כך שאין מקום כי הוא ישוב וידרש לנושאים שהוכרעו. אף לאחרונה נקבע בהקשר זה כך: "בהיבט הביטחוני הכללי, לא חל איפוא שינוי משמעותי מאז שניתנו פסקי הדין בעניין עדאלה ובעניין גלאון. פסקי-דין אלה מהווים נקודת מוצא בעלת משקל בענייננו. **אין בשינוי הרכב שופטי בית המשפט העליון מאז נתינתם כדי לשנות מכך**" (בג"ץ 813/14 פלונים נ' שר הפנים (פורסם באר"ש; 18.10.17), פס' 20 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימוס) נאור) [ההדגשה הוספה].

נוסיף, כי כאמור, העותר 2 היה צד להליך בעניין **אבו גוש**, ומוכן שאין מקום לאפשר לו להעלות טענותיו פעם נוספת במסגרת העתירה הנוכחית.

89. בשולי הדברים, יוער באשר לחוות דעתם של פרופ' שני ופרופ' קרמניצר, אשר צורפה כנספח ע/38 לעתירה, ואשר צירופה התבקש גם בעניין אבו גוש, כי מדובר בחוות דעת שעניינה בהוכחת הדין הישראלי; וכי בית משפט נכבד זה אינו נוהג להתיר צירופן של חוות דעת לעניין הדין הישראלי הפנימי ופרשנותו הראויה בנסיבות המקרה הספציפי. כל זאת, מכיוון שפרשנות הדין הישראלי היא עניין המסור לבית המשפט עצמו, ואינו טעון חוות דעת מומחים.

בהתאם לכך, בעניין אבו גוש דחה בית המשפט הנכבד את בקשת העותרים להגיש את חוות הדעת האמורה, וקבע כי פרשנות הדין הישראלי אינה טעונה הגשת חוות דעת מומחים. יחד עם זאת, הותר לעותרים להגיש, במקום חוות הדעת האמורה, השלמת טיעון בסוגיה.

ד.2. אין עילה להתערב בהחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד המשיבים 4

90. במסגרת תת-פרק זה, יבקשו המשיבים לדחות את הטענה כי כלפי העותר "הופעלו עינויים". לאחר מכן, יעמדו המשיבים על כך שלא עלה בידי העותרים לבסס עילה להתערבות שיפוטית בהחלטה כי אמצעי החקירה שהופעלו כלפי העותר חוסים תחת סייג הצורך.

ד.2.1 יש לדחות את הטענה כי "הופעלו עינויים" כלפי העותר

91. בפתחו של פרק זה נבקש להבהיר כי לשיטת המדינה, אין לקבל את טענותיו של העותר לפיהן "הופעלו עינויים" כלפיו (ראו תת-פרק ה.2.1. לעתירה).

92. כפי שפורט לעיל, אכן הופעלו אמצעי חקירה מיוחדים במהלך חקירתו של העותר. עם זאת, יובהר ויודגש, כי לחלק ניכר מטענות העותר לא נמצאו תימוכין כלשהם, והדברים נכונים בפרט ביחס לטענת העותר, כי חווה עינויים בחקירתו.

93. בית המשפט הנכבד חזר ושנה בפסיקתו הענפה, כי עתירה המונחת לפתחו צריכה להתבסס על תשתית עובדתית קונקרטית ומבוססת. הספציפיות והקונקרטיות - הבהיר בית המשפט הנכבד - הן "עיקרים בצופן הגנטי של ההליך השיפוטי" (בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 183-184 (1998)). על כן, הבא בשערי בית המשפט נדרש "לבסס עתירתו על נתונים עובדתיים מוצקים" (בג"ץ 1404/07 בנימין נ' השופטת הנשיאה עדנה בקשטיין (פורסם באר"ש, 10.4.07)).

כזאת, לא עלה בידי העותרים להוכיח בכל הקשור לטענה, כי "הופעלו עינויים" כלפי העותר.

94. כמתואר לעיל, טענותיו של העותר בדבר אמצעי חקירה פסולים שננקטו, לטענתו, בחקירתו, הועלו לראשונה במהלך דיון להארכת מעצרו בבית המשפט הצבאי יהודה ביום 4.10.12 (אשר במהלכה הרים העותר את מכנסיו מעל הברך והראה כי מעל לברך שמאל ישנו כתם כהה מעט ומעל לכף הרגל יש שלוש שריטות שאינן חדשות). בהמשך, במהלך חודש נובמבר 2012 מסר העותר תצהירים לעורך דין מטעם העותר 2 (נספח ע/16 לעתירה); ולאורם של תצהירים אלה, הוגשה תלונתו המפורטת של העותר בחודש אפריל 2013 (נספח ע/1 לעתירה). יודגש, כי גרסתו המאוחרת של העותר רחבה הרבה יותר בהיקפה ובעוצמתה מהגרסה שמסר בבית המשפט הצבאי יהודה.

95. ביום 21.8.14 וביום 21.1.15 נפגשה ראשת המבתי"ן עם העותר, על-מנת לקבל את גרסתו. אולם, במסגרת הפגישות האמורות, העותר שב והדגיש, מספר פעמים, כי הוא אינו זוכר בפרוטרוט את אשר אירע במהלך החקירה טוב יותר משזכר את האירועים עת סיפר עליהם לעוה"ד מטעם העותר 2. העותר מסר שהוא לא זוכר מה עשה לו כל אחד מהחוקרים, כי הוא אינו זוכר מה היה טיבם של הגידופים והאיומים שהופנו אליו, והציע ללמוד על עניינים אלה מזיכרונות הדברים שנכתבו על-ידי החוקרים. במהלך פגישותיו של העותר עם ראשת המבתי"ן, הוא הציע, מיוזמתו, כי תוכן התצהירים שמסר לעוה"ד מטעם העותר 2 בשנת 2012 יוקראו לו, וכי הוא ישוב ויאשר את הדברים.

96. יצוין, כי קיימים פערים משמעותיים בין גרסת העותר לבין התרחיש העובדתי כפי שעולה מתיק החקירה; וכי ישנם הבדלים ניכרים בין דברי העותר במהלך הארכת מעצרו לבין הגרסה שהוא מסר לעוה"ד מטעם העותר 2 בשנת 2012; וכי הגרסאות שמסר העותר במסגרת פגישותיו עם ראשת המבתי"ן היו 'רזות' במיוחד, וכללו בעיקר הפנייה לגרסה שמסר לעוה"ד מטעם העותר 2 בשנת 2012 (באשר למשמעות הראייתית של "התפתחות בגרסאות", ראו והשוו פסי' 26 לפסק הדין שניתן בעניין אבו גוש).

בשל חסיון המידע, המשיבים יבקשו להפנות את בית המשפט הנכבד במעמד צד אחד להמלצתה המקיפה של ראשת המבתי"ן בהקשר זה של הדברים, אשר נדרשה למהימנות גרסתו המתפתחת של העותר, בין היתר אל מול ממצאים אובייקטיביים ובהשוואה לתיעוד של החקירה מזמן אמת, שהם חסויים.

כמו כן, לא ניתן להתעלם מהעובדה, שטענותיו של העותר לא רק שאינן מגובות בתיעוד אובייקטיבי, שיש בו כדי לבססן, אלא שחלקן נשללות גם על-ידי ראיות אובייקטיביות (גם בהקשר זה נבקש להפנות לפסי' 26 לפסק הדין שניתן בעניין אבו גוש וכן, במעמד צד אחד, להמלצתה של ראשת המבתי"ן, אשר נדרשה גם לסוגיה זו).

97. יוזכר, כי לנוכח הפערים האמורים, נשקלה עריכה של בדיקת פוליגרף לעותר, כדי שניתן יהיה לעמוד על מהימנות הגרסה שנמסרה על-ידו בשנת 2012. כמפורט לעיל, לאחר שנועץ

עם עורכי-דינו, השיב העותר ביום 13.8.15, כי הוא מסרב לבדיקת פוליגרף; וביום 7.10.15 נתקבלו "נימוקי" הסירוב - ולעניין זה נשוב ונפנה לאמור בסעיף 28 לעיל.

יודגש, כי הסבר אפשרי להתפתחות גרסתו של העותר והרחבתה, קשור לכך שהוא מסר לחוקריו כי עליהם להבין ש"פעיל בדרגתו אינו יכול להרשות לעצמו לספר את האמת אודות פעילותו ביום הראשון לחקירתו מאחר והוא לוקח בחשבון גם את המוניטין שיצא לו אם יעשה כן" (ראו זיכרון דברים מחקירת העותר מיום 18.9.12 בשעה 30:4; מש/1).

98. באשר לסיווג של אמצעי חקירה מיוחד כ"עינויים", נבקש להפנות לפסק הדין שניתן בעניין אבו גוש, במסגרתו נקבע כי "בחינת השאלה אם הפעלת אמצעי חקירה מסויימים עולה לכדי "עינויים" כהגדרתם באמנה, תלויה בנסיבות הפרטניות של אותו מקרה".

המדינה תטען, כי במקרה דנן האמצעים שהופעלו אינם עולים ואינם מתקרבים לכלל עינויים, כמשמעותם בדין.

2.2.ז. אין עילה להתערבות שיפוטית בהחלטה לפיה אמצעי החקירה שהופעלו כלפי העותר חוסים תחת סייג הצורך

99. כמפורט לעיל, חקירת העותר נערכה בעקבות מידע מודיעיני מבוסס שנאסף על-ידי שירות הביטחון הכללי, ממנו עלה חשד ממשי, כי העותר מודע למיקומו של מחסן שהיה שייך לתשתית טרור שבמסגרתה העותר פעל; ואשר בו אמצעי לחימה בהיקף משמעותי של למעלה מעשרה כלי נשק, לרבות רובים. כמו כן, מהמידע המודיעיני התגבש חשד ממשי לפיו ניתן לקשור את אמצעי הלחימה שהוחבאו באותו מחסן אל ביצוע מספר פיגועי טרור, שחלקם אף גבו קורבנות בנפש. בנוסף, עלה חשד, כי חברי תשתית הטרור אליה משתייך העותר ביקשו להוציא אל הפועל פיגוע שיתבצע תוך שימוש באמצעי לחימה אלה.

לפיכך, לא היה מנוס, לעמדת חוקרי השב"כ, מהפעלת אמצעי החקירה המיוחדים, אמצעים שהיו מידתיים וסבירים ביחס לסכנה שעלתה מן המידע המודיעיני שהיה ברשותם ואשר הוערכה באותה העת. המידע שמסר העותר בחקירתו אכן הוביל לתפיסה של אמצעי לחימה רבים, אשר שימשו תשתית צבאית של ארגון החמאס.

יוער, כי בניגוד לטענות העותרים, חקירתו של העותר לא הופסקה במהלך חגי ישראל. אדרבה – מזיכרונות הדברים הגלויים של חקירת העותר (אשר צורפו כנספח מש/1 לתגובה זו), עולה כי העותר נחקר גם במהלך ראש השנה ובמהלך שבתות (ראו למשל זיכרונות דברים מימים 16.9.12-18.9.12, בהם חל ראש השנה של שנת ה'תשע"ג).

100. בנסיבות המקרה דנן, סברו היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה, והממונה על המבט"ן, אשר יישמו את המבחנים שנקבעו בחוק ובמסמך ההנחיות, כי לחוקריו של

העותר עומד סייג הצורך, מאחר שבהתאם להערכת המצב המודיעינית, האמצעים שהופעלו היו דרושים בזמן אמת באופן מיידי לשם סיכול סכנה מוחשית לחיי אדם. כן נמצא, כי האמצעים שהופעלו היו סבירים ומידתיים בנסיבות העניין, בין היתר בשים לב לכך שהעותר נחקר על-ידי השב"כ במשך כשבוע, בטרם הופעלו אמצעי החקירה המיוחדים בחקירתו, והכחיש בחקירתו כל קשר לחשדות שיוחסו לו, וכן כל ידיעה בעניינים מסוג זה.

לנוכח הדחיפות שהייתה גלומה, בהתאם להערכת המצב המודיעינית בזמן אמת, בהשגת המידע שבידי העותר ובסיכול הסכנה לחיי אדם, לא נמצא כי יש מקום לנקיטת צעדים משפטיים, פליליים, משמעתיים או אחרים נגד החוקרים.

101. המשיבים יצינו, כי יכולתם להרחיב במסגרת תגובה גלויה זו היא מוגבלת מטבעה, והם יבקשו לעשות כן במסגרת דיון בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד.

102. לנוכח כל האמור לעיל, יטענו המשיבים, כי בצדק סברו היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה, והממונה על המבת"ן כי במקרה דנן עומדת לחוקריו של העותר הגנת הצורך. משכך, לא היה מקום לפתיחה בחקירה פלילית נגד החוקרים, לא כל שכן להעמדתם לדין. לפיכך, עמדת המשיבים היא כי מדובר בהחלטה סבירה, אשר אינה מצדיקה את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

ד.3.2. טרם חתימה – על היקף התערבותו של בית המשפט הנכבד בכגון דא

103. כאמור, לדעת המדינה, לא נפל כל פגם בהחלטה האמורה. יתר על כן, אפילו אם היינו מניחים, כי נפלה טעות בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה - ולדעת המשיבים לא נפלה כל טעות שכזו - הרי שעדיין אין די בכך כדי להקים עילת התערבות שיפוטית בהחלטתם.

כידוע, על-פי ההלכה הפסוקה, רק במקרים יוצאי דופן יתערב בית המשפט הנכבד בשיקול דעתם של גורמי התביעה הכללית בנוגע לניהול חקירה והעמדה לדין פלילי. לעניין זה, נבקש להפנות להלכה המושרשת, עליה חזר בית המשפט הנכבד גם בעניין **אבו גוש**, אשר עסק כזכור בתלונה שהוגשה נגד חוקרי שב"כ ובטענת העותרים דשם כי היה מקום לפתוח בחקירה פלילית נגד החוקרים:

"22. קולמוסין רבים נשתברו על אודות שיקול הדעת הרחב המוקנה לרשויות התביעה בכלל, ולעומד בראשן, בפרט, בכל הנוגע להחלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית, ובהמשך באשר להחלטתו בשאלת העמדה לדין [...]. היועמ"ש, בכובעו כראש התביעה הכללית, מופקד על אכיפת הדין הפלילי ועליו לפעול במסגרת תפקידו לקידום התכליות והערכים העומדים בבסיסו. שיקול הדעת הרחב המוקנה לו וליתר גורמי התביעה נועד לשמור על עצמאותם, תוך ניתוקם ממערכות השלטון האחרות. הוא מבוסס על נסיון

ומקצועיותן של רשויות התביעה, ונובע מטיב העניינים בהם עוסקות רשויות אלו, היינו הערכת ראיות ושקילה נורמטיבית של ערכים ציבוריים שונים [...].

התערבות בית המשפט בהחלטותיו של היועמ"ש בנושאי העמדה לדין ואף בשאלה הטרומית בדבר פתיחה בחקירה פלילית תעשה במקרים חריגים, ורק אם בית המשפט השתכנע כי נפל בהחלטה פגם מהותי בהפעלת שיקול דעתו. פגם זה, כפי ששינינו לא אחת, עלול להתבטא בחוסר תום לב או במשוא פנים; בקבלת החלטה מתוך מניעים נפסדים או בסתירה לאינטרס ציבורי; בטעות היורדת לשורשו של עניין או בהחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני.

[...]

עוד אזכיר, כי מאחר שהעותרים הם אלו המבקשים להראות כי החלטת המשיב היא בלתי סבירה באופן קיצוני, הרי שעליהם רובץ נטל השכנוע להוכיח את טיעוניהם."

104. לדעת המדינה, החלטתם של היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה והממונה על המבתי"ן במקרה דנן מצויה בטבורו של מתחם שיקול הדעת הרחב הקיים לרשויות התביעה בכגון דא. כן תטען המדינה, כי לא נפל בהחלטה פגם כלשהו מאותם הפגמים, שיכולים על-פי ההלכה הפסוקה להצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטות מסוג זה. בהקשר זה נבקש להפנות לפסק-דינו של כבוד השופט חשין (כתוארו אז) בבג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט (5) 859 (1995):

"אין אנו יושבים על כיסאם של המשיבים - משל ישבנו בערעור על פסק-דין של בית-משפט מחוזי - וממילא אין אנו אמורים להחליט כפי שהיינו מחליטים לו היינו אנו במעמדם של המשיבים. המשיבים הם בעלי הסמכות - בעלי הסמכות ובעלי האחריות - ואנו סמכותנו היא סמכות של ביקורת, לאמור, אמורים אנו לבדוק ולדרוש אם פעלו המשיבים כדין בהחליטם את שהחליטו [...]."

אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק ויביאו להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה - יועץ משפטי לממשלה או התביעה הצבאית - לעניין אי-פתיחתם של הליכים פליליים (או להחלטות בדומה להן): החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור (בג"צ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [10], בעמ' 301-300); החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין. שערים אחדים מוליכים אליו אל הטרקלין, וכל אחד ממפתחות אלה (החופפים בחלקם אלה את אלה) אמור לפתוח אחד מאותם שערים. ואולם רק המחזיק בידו אחד מאותם מפתחות זכאי להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק."

105. לשיטת המדינה, העותרים בעתירה דנן אינם מחזיקים בידיהם אחד מאותם המפתחות שהזכיר כבוד השופט חשין בפסק-דינו - ורחוק מכך.

106. סוף דבר: לנוכח כל האמור לעיל, המדינה תבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה לגופה, כמו-גם על הסף ביחס לעניינים שכבר הוכרעו בפסק הדין בעניין אבו גוש.

היום, ו' באב תשע"ח

18 ביולי 2018

שג כהן עו"ד
 עוזר במחלקת הבג"צים
 בפרקליטות המדינה

דן רוזנברג, עו"ד
 סגן בכיר במחלקת הבג"צים
 בפרקליטות המדינה