



בג"צ 5722/12 - אסעד אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה

מנהלי - הסמכות המינהלית - מידתיות וסבירות

מנהלי - הסמכות המינהלית - חריגה מסמכות

var MareMakom = "בגצ 5722/12 - אסעד אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2017(4), 9660(12/12/2017)";
{;p.IDHidden{display:none

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 5722/12

לפני:

כבוד הנשיאה (בדימ') מ' נאור

כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר

כבוד השופט א' שהם

1. אסעד אבו גוש

העותרים:

2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

נגד

1. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים:

2. פרקליט המדינה

3. חוקרי שירות הביטחון הכללי

עתירה למתן צו על תנאי

י"ג באלול התשע"ז (4.9.2017)

תאריך הישיבה:

עו"ד סמדר בן נתן

בשם העותרים:

עו"ד מיטל בוכמן שינדל

בשם המשיבים:

פסק-דין

עמוד 1



השופט א' שהם:

1. לפנינו עתירה במסגרתה התבקשנו ליתן צו על תנאי, המופנה כלפי המשיבים 1 ו-2, אשר יורה למחלקה לחקירות שוטרים (להלן: מח"ש) לפתוח לאלתר בחקירה פלילית נגד חוקרי שירות הבטחון הכללי (להלן: שב"כ), שהיו מעורבים בחקירתו של העותר 1 (להלן: העותר). זאת, בחשד לשימוש בעינויים ובהתעללות במהלך חקירתו של העותר, ועל פי המתחייב, לטענת העותרים, מסעיף 49טו1(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א - 1971 (להלן: פקודת המשטרה). עוד ביקשו העותרים להורות על העמדתם לדין של החוקרים על יסוד החומר המצוי בידי המשיבים 1 ו-2, או לאחר ניהול חקירה כמבוקש.

הרקע להגשת העתירה

2. כעולה מתגובתם המקדמית של המשיבים 1-3 (להלן: המשיבים), העותר, יליד 1975, נעצר ביום 3.9.2007 בידי כוחות הבטחון, בחשד שהוא משמש כמומחה החבלה של תשתית חמאס צבאית פעילה בעיר שכם. בנוסף, נחשד העותר כמי שברשותו מצוי מידע על מעבדת חבלה ומטענים של תשתית החמאס, וכן תוכניות לביצוע פיגועים. העותר נחקר והכחיש כל קשר לייצור אמל"ח ולמעבדת החבלה. ואולם, על יסוד מידע מודיעיני ועל סמך אינדיקציות שעלו בחקירתו עלה חשד, ברמת סבירות גבוהה מאוד, לפיו העותר מסתיר מידע בנוגע למיקום מעבדת החבלה ובאשר למקומות לייצור אמל"ח. בנוסף, התעורר החשד שהעותר מסתיר מידע בנוגע לפיגוע העומד להתרחש בטווח הזמן המיידי. לאור חשדות אלו; משום החשד כי העותר מחזיק בידו מידע העשוי לאפשר סיכולה של סכנה ממשית ומיידית לחיי אדם; ומשחקירת העותר באמצעים "רגילים" לא הביאה לגילוי המידע הנדרש, הופעלו במהלך חקירתו של העותר, מיום 4.9.2007, אמצעי לחץ. בעקבות הפעלת אמצעי הלחץ במסגרת החקירה, הודה העותר כי עסק בייצור אמל"ח עבור תשתית חמאס בשכם, וכי הקים מעבדת חבלה בחדר שעל גג ביתו במחנה הפליטים בלאטה. בהמשך, הסגיר העותר את מיקום מעבדת החבלה, בה נמצאו אמצעי ייצור רבים להכנת מטעני חבלה; גופי מטענים ועוד.

חקירתו של העותר נמשכה, וממנה עלה חשד, ברמת סבירות גבוהה מאוד, שהוא עודנו מסתיר מידע בנוגע למעבדת חבלה נוספת, ובאשר לזהותם של פעילים הקשורים לתכנון פיגוע, העתיד להתבצע בטווח הזמן המיידי. נוכח ההנחה שברשותו של העותר אצור מידע, העשוי לסכל סכנה ממשית ומיידית לחיי אדם, הופעלו פעם נוספת אמצעי לחץ בחקירתו מיום 5.9.2007. בחקירה זו מסר העותר מידע נוסף אודות מחסן חומרים כימיים בקסבה של שכם ועל מעבדת חבלה נוספת בשכם (להלן: המעבדה הנוספת). עוד מסר העותר שם של אדם, עימו העותר שיתף פעולה, ואשר לידי העביר העותר חגורת נפץ, יציר כפיו. בהמשך, יצא העותר לשטח עם חוקריו על מנת להסגיר את מיקום המעבדה הנוספת, אך טען כי אינו מאתר אותה.

האדם שאת שמו מסר העותר נחקר, וביום 21.9.2007 מסר בחקירתו את מיקום מעבדת



החבלה הנוספת. עוד מסר אותו אדם שם של אדם נוסף (להלן: פלוני), אליו העביר את חגורת הנפץ שייצר העותר. פלוני אותר ונחקר, ובחקירתו סיפר כי כבר הספיק להבריא את חגורת הנפץ לשטח ישראל, ולהסתיר אותה בתל אביב, במקום אליו אמור להגיע מחבל מתאבד, שבכוונתו לבצע פיגוע תופת. למחרת, בוקר יום כיפור, 22.9.2007, הוביל פלוני את חוקריו לחגורת הנפץ, שהוסתרה ברחוב נחלת בנימין בתל אביב, שם נתפסה.

3. ביום 22.1.2008, הוגש לבית המשפט הצבאי שומרון כתב אישום נגד העותר, ובמסגרת הסדר טיעון, תוקן כתב האישום. כתב האישום המתוקן מנה שלושה פרטי אישום- חבורות בהתאחדות בלתי מותרת, לפי תקנות 84-85 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945; ייצור חומר נפץ, לפי סעיף 53(א)(3) לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל- 1970 (להלן: צו בדבר הוראות בטחון); והחזקת כלי ירייה ללא היתר, לפי סעיף 53(א)(1) לצו בדבר הוראות בטחון. בהתאם להסדר הטיעון, הודה העותר בעובדות כתב האישום, ונגזרו עליו 60 חודשי מאסר בפועל, בנוסף להטלת קנס בשיעור של 2000 ₪ ועונש מאסר מותנה.

4. ביום 18.9.2007, נפגש העותר עם נציג "הוועד הבינלאומי של הצלב האדום" (להלן: הצלב האדום) בבית המעצר בו הוחזק, ולמחרת הגיש הצלב האדום, בשם העותר, תלונה לשב"כ בגין שימוש באלימות בחקירתו של העותר (להלן: התלונה הראשונה). בעקבות תלונה זו נפתחה, ביום 26.9.2007, בדיקה על ידי מבקר תלונות נחקרים בשב"כ (להלן: מבת"ן). ביום 27.11.2007, הגיש העותר 2, בשמו של העותר, תלונה למשיב 1 (להלן: המשיב או היועמ"ש) בטענה להפעלת אלימות בחקירתו של העותר. תלונה זו הועברה אף היא לבדיקת המבת"ן. לשם עריכת הבדיקה קיבל המבת"ן את מלוא חומר החקירה שנאסף על ידי השב"כ, לרבות כל הדיווחים הנוגעים לאופן חקירתו של העותר. במסגרת הבדיקה, נפגש המבת"ן עם העותר לשם שמיעת עיקרי תלונתו, ובהמשך, תשאל את חוקריו של העותר, ועימת אותם עם טענותיו. כמפורט בתגובת המשיבים, החוקרים אישרו, כי על מנת להציל חיי אדם ובלית ברירה הופעלו גם אמצעי לחץ מסויימים במהלך חקירתו של העותר, ופירטו אותם. ואולם, חלק מטענות העותר בנוגע להפעלת אמצעים אלימים, הוכחו על ידי החוקרים. לאחר בדיקה יסודית לא מצא המבת"ן עילה לנקיטה בצעדים משפטיים נגד החוקרים, שכן הוא סבר כי באותן נסיבות עמד לחוקרים סייג הצורך.

5. ממצאי בדיקת מבת"ן והמלצותיו הובאו בפני הממונה על המבת"ן בפרקליטות המדינה. לאחר בדיקת הממצאים מטעמה, המליצה הממונה, במכתב מיום 15.9.2011, על גניזת התלונה משום שלא נמצא יסוד לנקוט בצעדים משפטיים נגד החוקרים. יחד עם זאת, כך צויין במכתב, הבדיקות שנערכו על רקע התלונה "הניבו, בנקודות ספציפיות, הפקת לקחים לעתיד". הממונה ציינה עוד, כי המלצתה הובאה בפני המשיבים ואושרה על ידם. נוסף, בהקשר זה, כי בפתח המכתב הובהר כי הטיפול בתלונה הסתיים זמן רב קודם לשליחת המכתב, אך עקב תקלה משרדית לא נשלח אל העותרים מכתבה של הממונה במועד הנדרש.

בתגובה להחלטת הממונה על המבת"ן פנו העותרים אל היועמ"ש בשני מכתבים, מיום



31.10.2011 ומיום 27.2.2012, במסגרתם ביקשו לברר מהו הבסיס המשפטי להחלטת הממונה; אילו לקחים הופקו כתוצאה מהתלונה; ומהו הליך ההשגה על החלטת הממונה. כמו כן, ביקשו העותרים לקבל את חומר החקירה שברשות השב"כ הנוגע לחקירתו של העותר, משום שלשיטתם, מדובר בחומר חקירה שיש למוסרו, על דרך הכלל, לבא כוחו של נאשם בהליך הפלילי.

6. ביום 25.7.2012 הוגשה העתירה שלפנינו.

7. יש לציין, כי הממונה החדש על המבת"ן השיב לפניות האחרונות של העותרים ביום 7.8.2012, היינו לאחר הגשת עתירתם, וזאת עקב תקלה. במכתבו של הממונה על המבת"ן הובהר, כי לאחר עריכת הבדיקה המקדימה, כמתואר במכתב מיום 15.9.2011, לא נמצא בסיס מספיק לקיומו של חשד נגד החוקרים, המצדיק פתיחה בחקירה. עוד הודגש, כי פתיחה בחקירה פלילית בנסיבות אלו טעונה אישור מטעם המשיב, והחלטתו בסוגיה זו מבוססת על ממצאי הבדיקה המקדמית. ממצאים אלו, כך פורט במכתב, אינם כוללים רק את גרסת המתלונן כפי שנמסרה על ידי העותרים, כי אם גם את התיאור שנמסר ישירות מפיו לעורך הבדיקה, כמו גם את תגובתם של החוקרים כלפיהם התלונן. המידע שהתקבל נבחן אל מול התיעוד המקיף של מהלך החקירה; דברים שנאמרו בבית המשפט, במהלך החקירה ולאחריה; תיעוד רפואי, ועוד.

אשר ללקחים שהופקו מהבדיקה, ציין הממונה, כי המדובר בהפקת לקחים מתחום התיעוד והדיווח הפנימי בשב"כ, אשר הובילה את ראש אגף החקירות לרענן הנחיות ולחדד הוראות שונות לגורמים הרלוונטיים, שלא ניתן לפרט את תוכן מטעמי חשש לפגיעה בבטחון המדינה. לעניין אופן ההשגה על החלטת הממונה היוצאת, נמסר כי מאחר שהחלטתה אושרה על ידי המשיב, אין דרך להשיג עליה במסגרת משרד המשפטים. בתגובה לבקשת העותרים לקבלת חומר חקירה, דחה הממונה את ההשוואה בין הנסיבות בעניינו של העותר לבין זכותו של נאשם לעיין בחומר חקירה לצורך ניהול הגנתו, שיש לפרשה באופן נרחב. צוין, בהקשר זה, כי בבקשת העותר לא נומק הצורך בקבלת חומר החקירה מלבד היותו נחוץ "להמשך הטיפול בעניינו של המתלונן", והממונה לא מצא מקום להענות לבקשה.

8. למען שלמות התמונה העובדתית, יודגש, כי במקביל לתלונתו הראשונה הגיש העותר תלונה לפרקליט מחוז מרכז בגין התעללות מצד החיילים שהשתתפו במעצרו, וזאת ביום 27.11.2007. ביום 20.8.2008, הוגשה מטעמו של העותר תלונה נוספת לפרקליטות לעניינים מבצעיים בצה"ל, באותו עניין, בעקבותיה נפתחה חקירת מצ"ח. בחודש ספטמבר 2010, נמסר לעותר 2 כי תיק החקירה במצ"ח נסגר שנה קודם לכן. בהמשך, התברר, כי התלונה הנוגעת לרכז שב"כ, שהשתתף אף הוא בביצוע המעצר, הועברה לחקירת מח"ש. ואכן, העותר נחקר על ידי מח"ש בנוגע לתלונתו האמורה, וביום 4.8.2010, הודיעה מח"ש כי חקירת התלונה הסתיימה, והוחלט על סגירת תיק החקירה מחוסר עניין לציבור. ביום 30.11.2011, לאחר חליפת מכתבים, הגישו העותרים למשיב ערר על החלטת מח"ש, אשר נכון למועד הגשת העתירה טרם הובהרו תוצאותיו.



עוד יצוין, כי העותר הלין בפני המשיב על אופן החקירה שנערכה לו מטעם המבת"ן, בעקבות הגשת תלונתו הראשונה. ביום 18.12.2008, פנה העותר אל המשיב בכתב, וטען כי חקירת המבת"ן לקתה בחוסר סבירות קיצוני ובניגוד עניינים. העותר פירט במכתבו, כי חקירתו זו הייתה דומה לאופן בו התנהלה חקירתו בשב"כ, בגינה הוגשה תלונתו הראשונה; היא התבצעה באותו החדר בו נחקר על ידי השב"כ; וכאשר אחד מחוקרי השב"כ, אשר בעקבות התנהלותו הוגשה התלונה הראשונה, נכנס לחדר החקירות, בעיצומה של חקירת המבת"ן. הממונה השיב לאמור במכתבו של העותר, ביום 18.6.2009, בהבהירו כי התלונה נבדקה ולא נמצאו לה תימוכין. הוא אישר, כי המתלונן היה אזוק במהלך החקירה, אך זאת בהתאם לצרכים הבטחוניים ועל פי הנהלים. אשר לטענה בדבר קיומו של ניגוד עניינים בין השב"כ למבת"ן, צוין, כי המבת"ן נתון לפיקוח מקצועי של הפרקליטות בלבד, ואיש מעובדי השב"כ אינו רשאי להתערב בחקירותיו. לבסוף העיר הממונה, כי הערות העותר נלקחו בחשבון במסגרת דיונים שנערכו במטרה לייעל ולשפר את תפקוד המבת"ן.

טיעוני העותרים

9. לטענת העותרים, תשובתו של המבת"ן, המאשרת כי בעקבות תלונתו של העותר הופקו "לקחים לעתיד" ואינה מכחישה את טענותיו, מוכיחה כי אף לדעת המשיב והמשיב 2 נפל העותר קורבן לאלימות קשה מצד חוקריו, החורגת מהמקובל. לשיטת העותרים, התשתית העובדתית העומדת בבסיס התלונה, אשר, לדידם, אינה שנויה במחלוקת, מבססת את עבירת העינויים, בהתאם להגדרתה באמנת האו"ם נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (אושרה 1991) (להלן: האמנה), עליה חתומה ישראל. כמו כן, היא מגבשת תשתית להרשעה בעבירות פליליות בהתאם לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: חוק העונשין או החוק). בנסיבות אלה, ולצורך ההגנה על כבוד האדם והנחקר, כך נטען, מחוייב המשיב להורות למח"ש לפתוח בחקירה פלילית, וזאת על יסוד סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה, וסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). עוד נטען, כי החלטתו של המשיב בעניינו של העותר, הקובעת אחרת, לוקה בחוסר סבירות קיצוני, באופן המחייב את התערבותו של בית משפט זה.

העותרים הוסיפו וטענו, כי על אף שיקול הדעת הרחב, הנתון למשיב בשאלת הפתיחה בחקירה פלילית, עליו להורות על קיומה של חקירה פלילית, ושלא להסתפק בבדיקה מקדמית. זאת, קל וחומר, לנוכח "היסטוריית החסינות", כלשון העותרים, של חוקרי השב"כ המתבטאת בעובדה, שמעולם לא נפתחו נגד חוקרי השב"כ חקירות פליליות בעקבות תלונות נחקרים אודות עינויים והתעללות. העותרים הדגישו בנוסף, כי כללי המשפט הבינלאומי מחייבים ניהול חקירה יעילה, מקצועית ואובייקטיבית בעקבות תלונות נחקרים על עינויים והתעללות, וכי יש לפרש את דברי החקיקה הישראלית באופן שיהלום את האמור בכללים אלו.

בהמשך, ובהתייחס להגדרתם של פעולות החוקרים כמעשי עבירה, נטען על ידי העותרים, כי



המשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי, המחייב את ישראל, אוסר על שימוש בעינויים ורואה בהם עבירה פלילית. לעמדת העותרים, אמצעי החקירה הפסולים שהופעלו בחקירתו של העותר מגיעים לכדי עינויים כהגדרתם בסעיף 1 לאמנה, והמנעות מאכיפת האיסור על ביצועם, מהווה הפרה ברורה של התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל. לשיטת העותרים, העינויים שעבר העותר בחקירתו כללו: מכות; הטחות בקיר; הושבתו על קצות הבהונות; כיפוף בתנוחת "בננה"; כיפוף מכאיב של אצבעותיו; מניעת שינה, הפעלת לחץ נפשי קשה; ושימוש באיומים ובמצגי שווא ביחס לפיצוץ ביתו ובנוגע לאשר יעשה לבני משפחתו, אם לא ישתף פעולה בחקירה. בראי הדין הישראלי נטען, כי אף שישראל לא עיגנה את איסור העינויים כעבירה פלילית, הרי שפעולות חוקריו של העותר מהוות עבירות פליליות בהתאם לחוק העונשין. בין היתר, נטען, כי המעשים מגבשים את עבירת האיומים; תקיפה; תקיפה בנסיבות מחמירות; לחץ של עובד ציבור; סחיטה בכוח; והתעללות בחסר ישע. העותרים הוסיפו וטענו, כי בגין ביצוע עבירות אלו מוטלת על המשיב חובה לפתוח בחקירה פלילית, ולמצער, לא ניתן להמנע ממנה על יסוד טענה בדבר העדר עניין לציבור. עוד נטען, כי פסק הדין בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי), אשר מפורשות על חוקרי השב"כ להשתמש באמצעי החקירה שננקטו נגד העותר, כגון הושבת הנחקר על קצות בהונות רגליו; כריעה על קצות הבהונות בתנוחות שונות; מניעת שינה שלא בשל צרכי חקירה; ואיזוק מכאיב. לפיכך, ההחלטה מנוגדת גם לקביעותיו של בית משפט זה.

לשיטתם של העותרים, המשיבים אינם יכולים לסמוך את עמדתם, בדבר המנעות מחקירה פלילית, על סייג הצורך שבחוק העונשין. לטענתם, סייג הצורך אינו יכול לחול על בעלי סמכות שלטונית כחוקרי השב"כ, שבאפשרותם לטעון לסייג הצידוק, ומנוגדת מעיקרה לכללי המשפט הבינלאומי, אשר אינו מאפשר הגנה בנסיבות של עינויים. ואולם, גם אם סייג זה הינו רלוונטי, הרי שלפי פסק הדין בעניין הוועד הציבורי, הסייג יכול לחול רק בדיעבד, ולאחר שנערכה חקירה פלילית מקדימה, הבוחנת את הנסיבות הספציפיות בהן הופעלו האמצעים. עוד נטען, כי החלטת המשיבים, ככל שהיא נשענת על סייג הצורך, סותרת את הנחיות היועמ"ש דאז א' רובינשטיין, מיום 28.10.1999 (להלן: הנחיות היועמ"ש), הקובעות כי הסייג לא יחול על עינויים כמשמעם בסעיף 1 לאמנה. יתר על כן, כך נטען, סייג הצורך לגופו אינו יכול לחול בענייננו, וזאת, בין היתר, משום שהפעלת אמצעי החקירה הקשים הייתה מתוכננת מראש, ובוצעה בתיאום שהתקיים בין מספר חוקרים, ולאחר קבלת אישורים מדרגים בכירים בשב"כ. לאור זאת, נטען כי השימוש באמצעי החקירה החריגים נגד העותר אינו עונה על תנאי סעיף 34א לחוק העונשין, ובפרט על תנאי המידיות והמידתיות, הנדרשים לתחולת הסייג.

תגובת המשיבים

10. בתגובתם ביקשו המשיבים לדחות את העתירה. לטענתם, ההחלטה, מושא העתירה, היא החלטה מקצועית, עניינית ושקולה, המצויה בסמכות המשיב לפי סעיף 49ט1 לפקודת המשטרה, ולפיכך אין מקום להתערב בה. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים, נוכח ההלכה הפסוקה בדבר שיקול דעתו הרחב מאוד של המשיב בעניינים הנוגעים לפתיחה בחקירה פלילית ולהעמדה לדין. המשיבים הוסיפו עוד, כי אין מוטלת על המשיב חובה "אוטומטית" לפתוח בחקירה פלילית בעקבות תלונות של נחקרי שב"כ. המשיבים



הזכירו, לעניין זה, את פסק הדין שניתן מסגרת בג"ץ 1265/11 הועד הציבורי נגד עיניים בישראל ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (6.8.2012) (להלן: עניין הוועד הציבורי 2), אשר אישר את השימוש במנגנון הבדיקה המקדמית מטעם המבט"ן, טרם שיקבל המשיב את החלטתו, בסוגיית הפתיחה בחקירה פלילית.

המשיבים שבו וטענו, כי חקירת העותר התבססה על חשדות מוצקים, שהתבררו בהמשך כמוצדקים, ולפיהם יש בידי העותר מידע אודות פיגוע העומד להתרחש בטווח הזמן המידי ועל מיקומן של מעבדות חבלה. טרם שהופעלו אמצעי החקירה החריגים, הכחיש העותר את המיוחס לו, ולפיכך, כך נטען, לא היה מנוס מנקיטה באותם אמצעים שהיו סבירים ומידתיים ונדרשו, באופן מידי, לסיכול סכנה מוחשית לחיי אדם. בנסיבות אלו, לא נפל כל פגם במסקנתם של המשיב, המשיב 2 והממונה על המבט"ן, כי לחוקריו של העותר עומד סייג הצורך, לפי סעיף 34א לחוק, וכן בהחלטתם כי פעולות החוקרים היו סבירות בנסיבות העניין, כדרישת סעיף 34טז לחוק. החלטה זו אף מתיישבת עם האמור בהנחיות היועמ"ש. משחל סייג הצורך, כך הובהר בתגובה, אין החוקרים נושאים באחריות פלילית למעשיהם, ולפיכך הוחלט, כדין, שאין מקום לפתוח בחקירה פלילית נגדם.

המשיבים הוסיפו עוד, כי פסק הדין בעניין הוועד הציבורי אינו שולל את האפשרות כי סייג הצורך יעמוד להגנת חוקרי השב"כ בנסיבות ספציפיות, וכי ככלל, ההנחה בדבר קיומו של סייג הצורך שימשה את חוקרי השב"כ רק באחוז זעיר מהמקרים בהם נחקרו חשודים בחשד לפעילות טרור.

התפתחויות נוספות לאחר הגשת העתירה

11. לאחר הגשת העתירה, חל שינוי בשיוכו הארגוני של המבט"ן, ובהתאם לכך המבט"ן אינו עוד עובד השב"כ, כי אם עובד משרד המשפטים. זאת, על מנת להבטיח את עצמאותו של המבט"ן במסגרת בדיקתו את תלונות נחקרי השב"כ. בעקבות שינוי זה החלטנו, חרף התנגדות העותרים, לאפשר למבט"ן החדשה (להלן: ראשת המבט"ן) לשוב ולבחון את טענותיו של העותר (להלן: הבדיקה המחודשת). בהחלטה, מיום 25.5.2014, צוין כי "אנו מצפים שהבדיקה תהא עצמאית, יסודית ומקיפה ולא תבקש אך לאשש את ממצאי הבדיקה הקודמת".

ביום 4.2.2015 הודיעו המשיבים לבית המשפט כי ראשת המבט"ן החדשה ערכה בדיקה מחודשת בעניין תלונתו של העותר, וממצאי הבדיקה המחודשת הובאו בפני הממונה על המבט"ן. המלצות ראשת המבט"ן והממונה על המבט"ן הונחו בפני המשיב והמשיב 2, ואלו החליטו, פעם נוספת, ובשים לב לממצאי הבדיקה המחודשת, כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית בעניינו של העותר. זה המקום להעיר שתי הערות, ראשית, חוות הדעת מטעם העותרים, אליהן אדרש בהמשך, עמדו בפני הגורמים השונים שנדרשו לביצוע הבדיקה המחודשת. שנית, ולדברי המשיבים "היבט מסוים" הנוגע לעתירה כבר הובא בפני ראשת המבט"ן החדשה, לקראת הדיון הראשון בעתירה שנועד לחודש מרץ 2014, וזמן רב טרם עריכת הבדיקה המחודשת. במסגרת בחינה זו של החומר, ערכה ראשת המבט"ן תשאול נוסף לאחד החוקרים באשר לחלקו בחקירת העותר, וממצאיו הובאו בפני המשיב והמשיב 2, אשר



שבו וקבעו, למעשה בפעם השנייה, כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית בעניינו של העותר.

12. ביום 3.6.2015, הגיבו העותרים להודעת המשיבים, בדבר תוצאות הבדיקה הנוספת, וטענו כי אין בבדיקה זו כדי לייתר את הצורך בחקירה פלילית. כמו כן, הם ביקשו מהמשיבים להציג את כלל המסמכים והראיות שעמדו בבסיס בדיקת המבת"ן. המשיבים טענו, כי יש לדחות את הבקשה, בטענה כי מסרו לידי העותרים חומרים רבים מחומרי הבדיקה בתיק המבת"ן, אף שהם אינם מהווים חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. עוד נטען, כי לא ניתן לאפשר לעותרים לעיין בתשואול שנערך לחוקר על ידי ראשת המבת"ן החדשה, בשל חשש ממשי לפגיעה בבטחון המדינה ובאינטרסים ציבוריים נוספים.

13. ביום 13.7.2015, התקיים דיון בעתירה, ובסופו הוחלט כי המשיב או המשיב 2 יכינו נימוקים בכתב להחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית, ואלו, בצירוף תיק הבדיקה, יובאו לעיונו של בית המשפט. ביום 16.9.2015, ובהתאם להחלטתנו, הועברה לעותרים פְּכָפְכָה (תעקיף) של נימוקי המשיב להחלטתנו. זאת, לאחר שנטען כי לא ניתן לחשוף את תוכן ההחלטה המנומקת משיקולים של הגנה על בטחון המדינה. יצויין, כי גרעין נימוקיו של המשיב בפרפרזה כלל את הטעמים לתחולתו של סייג הצורך, בנסיבות חקירתו של העותר. בנוסף, ובמסגרת נימוקי החלטתו, דחה המשיב את טענות העותר לפיהן החקירה פגעה בבריאותו, וכן את הטענה, כי ספג איומים וקללות מצד חוקריו, בהעדר תימוכין לכך. המשיב אף לא קיבל את טענת העותר, לפיה הוא הושם ב"בידוד", שלא בצדק, במהלך מעצרו.

14. ביום 12.10.15, הגיבו העותרים לנימוקי המשיב וטענו, כי עמדתו לפיה פעולות החוקרים במהלך חקירת העותר חוסות תחת סייג הצורך, מוטעית. נטען, בהקשר זה, כי המשיב כלל לא בחן, כעולה מנימוקיו, האם אמצעי החקירה שננקטו נגד העותר הינם בגדר עינויים כהגדרתם באמנה, אשר בהתקיימם לא ניתן להחיל את הסייג. העותרים שבו וטענו, כי אמצעי החקירה הופעלו לאחר קבלת אישורים מדרגים בכירים ובהרשאה מראש, באופן שאינו מאפשר להחיל את סייג הצורך, גם לפי קביעותיו של פסק הדין בעניין הוועד הציבורי.

במסגרת תגובתם, ביקשו העותרים, בשנית, לאשר להם להגיש 3 חוות דעת מטעמם: דו"ח הערכה פורנזית, שנערך בהתאם למדריך בדבר חקירה אפקטיבית ותייעוד של עינויים וכל יחס ו/או עונש אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל אחר משנת 1999 (להלן: פרוטוקול איסטנבול; הדו"ח עצמו יכולה להלן "חוות הדעת הפורנזית"); חוות דעת של מומחים ישראליים בנוגע ל"שאלת התאמתם למשפט הבינלאומי והישראלי של המנגנונים המשפטיים המתייחסים לשימוש על ידי השב"כ באמצעי חקירה לא חוקיים החוסים כביכול תחת הגנת הצורך" (להלן: חוות דעת המומחים הישראליים); חוות דעת של מומחים עולמיים למשפט בינלאומי ולדיני זכויות אדם, העוסקת בשאלה האם חקירתו של העותר כללה עינויים לפי האמנה (להלן: חוות דעת המומחים הבינ"ל). לטענת העותרים, חוות דעת אלה תומכות בעמדתם, לפיה האמצעים שהופעלו נגד העותר הינם בגדר עינויים, וכי בנסיבות אלו לא עומד לחוקריו סייג הצורך.

חוות הדעת מטעם העותרים



15. ביום 30.11.15, וחרף התנגדות המשיבים, החלטנו להתיר לעותרים להגיש את חוות הדעת הפורנזית ואת חוות דעת המומחים הבינ"ל, ולאפשר למשיבים להגיב לאמור בחוות הדעת הללו. בהחלטה צויין, כי "ככל שחוות דעת אלה מסתמכות על גרסה עובדתית מאוחרת של העותר, ולא על תלונתו המקורית בפני הצלב האדום, ילקח הדבר בחשבון בעת בחינת משקלן הראייתי". עם זאת, דחינו את בקשת העותרים להגיש את חוות הדעת של המומחים הישראליים, מן הטעם שפרשנות הדין הישראלי אינה טעונה הגשת חוות דעת מומחים. יחד עם זאת, הותר לעותרים להגיש, במקום חוות הדעת האמורה, השלמת טיעון בסוגיה. ואכן, ביום 13.12.2015, הגישו העותרים לבית המשפט את השלמת טיעוניהם, תחת הכותרת "מעמדה המשפטי של הגנת הצורך לפי בג"ץ העינויים והמשפט הבינ"ל".

16. ביום 26.5.2016, הגיבו המשיבים לחוות הדעת שהוגשו על ידי העותרים, וטענו כי אין ליתן להן משקל ממשי. אשר לחוות הדעת הפורנזית, נטען, בין היתר, כי חוות דעת זו מבוססת על תלונותיו של העותר בפני עורכות חוות הדעת, וכי תלונות אלו היו חמורות באופן משמעותי מהדברים שמסר בתלונתו הראשונה בפני הצלב האדום, ואף מאלו שנמסרו באמצעות העותר 2, מאוחר יותר, שגם בהן ניכרה התפתחות בגרסתו. המשיבים סברו בנוסף, כי חוות הדעת אינה מבוססת על כל תיעוד רפואי אובייקטיבי, באופן הפוגם במשקלה.

לעניין חוות דעתם המומחים הבינ"ל, נטען כי חוות הדעת נסמכת על העובדות המתוארות בחוות הדעת הפורנזית, ומכאן חסרונה. בנוסף, התייחסו המשיבים לאמור בהחלטות הבינלאומיות, עליהן הסתמכו המומחים במסגרת חוות דעת, וטענו כי החלטות אלו מתארות נסיבות חמורות הרבה יותר מאלו העולות מגרסתו של העותר, אף בהשוואה לגרסתו המתפתחת, המאוחרת ביותר. לאור זאת, סברו המשיבים כי יש לדחות גם את מסקנות חוות דעת המומחים הבינ"ל.

המשיבים הוסיפו וטענו כי לעמדת המשיב, אמצעי החקירה שננקטו בחקירת העותר אינם עולים כדי עינויים, וכי בנסיבות דנן עומד לחוקרים סייג הצורך. המשיבים הדגישו עוד, כי הנחיות היועמ"ש מתוות את התשתית המשפטית להפעלת שיקול הדעת של המשיב בהחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית; כי הן נותנות את הדעת להוראות האמנה בדבר איסור על עינויים; וכי השאלה אם שיטות חקירה מסויימות ינין בגדר עינויים, נתונה לפרשנותו של המשיב. בנסיבות דנן סבר, כאמור, המשיב כי חקירתו של העותר לא כללה עינויים ונטען, כי עמדתו זו, עולה בקנה אחד עם הנחיות היועמ"ש ועם הוראות הדין הבינלאומי כאחד.

17. ביום 4.8.2016, השיבו העותרים לתגובת המשיבים. לטענתם, אין כל סיבה להפחית ממשקלה הראייתי של חוות הדעת הפורנזית, וזאת, בין היתר, משום שהשגות המשיבים עליה אינן מבוססות על חוות דעת של מומחה מטעמם; מאחר שחוות הדעת נערכה על ידי פסיכולוגית ושתי רופאות מנוסות, אשר עברו הכשרה מיוחדת לתיעוד ואבחון של נזקי עינויים, בהתאם לפרוטוקול איסטנבול; ומשום שלדידם של העותרים, חוות הדעת אינה מבוססת על גרסה עובדתית מתפתחת, שכן מרבית טענות העותר בפני עורכות חוות הדעת הועלו על ידו מלכתחילה, ובאופן עקבי. העותרים הוסיפו והבהירו, כי בניגוד למסקנת



המשיבים, חוות הדעת מצאה קשר סיבתי בין גרסת העותר על העינויים לבין מצבו הבריאותי, באופן שיש בו כדי לשמש ראיה לצורך בקבלת החלטה על פתיחה בחקירה פלילית.

אשר לחוות דעת המומחים הבינ"ל, נטען כי מאחר שלידם של העותרים אין פגמים בחוות הדעת הפורנזית, הרי שאין כל קושי בעובדה שגם חוות דעת המומחים הבינ"ל התבססה על ממצאיה. הודגש, בנוסף, כי חוות הדעת הפורנזית אינה היסוד הבלעדי לחוות דעת הבינ"ל, שכן זו נתמכת בחומר נוסף, ובין היתר, במסמכים מחקירת העותר, ובמסמכים הנוגעים לעתירה. עוד ביקשו העותרים לדחות את הטענה הנוגעת להחלטות עליהן נשענת חוות הדעת, בציינם, כי אין פער משמעותי בין ההחלטות שנזכרו במסגרת ניתוח המומחים את נסיבות חקירתו של העותר, לבין שיטות החקירה שהופעלו על העותר, הלכה למעשה, גם לפי תלונתו הראשונה.

העותרים הוסיפו וטענו, כי בניגוד לעמדת המשיבים, התשתית המשפטית על בסיסה תבחן תחולתו של סייג הצורך בנסיבות דנן איננה הנחיות היועמ"ש, כי אם הוראות האמנה בסוגיית העינויים. לפיכך, ההחלטה אילו אמצעי חקירה הינם בגדר עינויים אינה נתונה לשיקול דעתו של המשיב, ועליה להעשות בהתאם לפרשנות המקובלת על פי האמנה. הודגש, בנוסף, כי חלק משיטות החקירה שננקטו נגד העותר הוכרו במשפט הבינלאומי באופן מפורש כעינויים, ולפיכך, במצב דברים זה לא ניתן לקבל את עמדתו "הסובייקטיבית" של המשיב, אשר קובעת אחרת.

18. במסגרת הדיונים שנערכו בפנינו טענו העותרים, כי הסעד העיקרי המבוקש על ידם הוא לקבוע כי החלטת המשיב היא בלתי סבירה באופן קיצוני, באופן המחייב את התערבותו של בית משפט זה. לעמדתם, ונוכח הגדרתם של עינויים במשפט הבינלאומי המחייב את ישראל, אין קושי להגיע למסקנה האמורה. הובהר, לעניין זה, כי אמצעי החקירה שננקטו נגד העותר, וביניהם, תנוחת "הבננה"; האיזוק הגבוה של הידיים; וכיפוף אצבעותיו, עולים לכדי עינויים, כהגדרתם באמנה. העותרים הוסיפו וטענו, כי אמצעי החקירה שהופעלו נגד העותר מקיימים את כל רכיבי ההגדרה, ובפרט את הדרישה כי הללו יגרמו לכאב וסבל חמורים, כפי שעולה מחוות הדעת הפורנזית.

מנגד, במהלך הדיונים הבהירו המשיבים, כי הם אינם מאשרים את התשתית העובדתית המלאה שהוצגה בתלונתו הראשונה של העותר, והגם שלחלק מטענותיו יש תימוכין, טענות אלו אינן משקפות את רכיב הכאב והסבל, הדרוש להגדרתם של אמצעי החקירה כעינויים. המשיבים שבו וחזרו על הפגמים בחוות הדעת שהוגשו מטעם העותרים, ועל עמדתם כי אין להתערב בהחלטתו של המשיב, משום היותה סבירה ועניינית.

דיון והכרעה

19. עניינה של העתירה שלפנינו היא בהחלטת המשיב שלא לפתוח בחקירה פלילית (ומכאן שלא



להורות על העמדה (דין) נגד חוקרי שב"כ שהיו מעורבים בחקירתו של העותר, אשר נערכה בתחילת חודש ספטמבר 2007. לשיטתם של העותרים, אמצעי החקירה שהופעלו במסגרת החקירה עולים כדי עינויים, ולפיכך לא ניתן להחיל על החוקרים את סייג הצורך, ובכך להמנע מפתיחה בחקירה פלילית בעניינו של העותר. אף אם תדחה הטענה לעניין השימוש בעינויים במהלך החקירה, כך נטען, אין מקום להחיל את סייג הצורך בנסיבות דנן, והחלטתו של המשיב בעניין זה, מבלי שקדמה להחלטה זו חקירה פלילית, הינה בלתי סבירה באופן קיצוני.

המשיבים מאשרים, כי במהלך חקירתו של העותר, נעשה שימוש באמצעי חקירה חריגים, וזאת על מנת לקבל מידע, אשר סיכל, בסופו של יום, התרחשות סכנה מוחשית לחיי אדם. יחד עם זאת, אין הם שותפים למלוא התשתית העובדתית, כפי שזו הוצגה בתלונותיו של העותר בעניין חקירתו, וממילא הם דוחים את מסקנתם המשפטית של העותרים - הן לעניין הפעלת אמצעי חקירה שהינם בגדר עינויים והן לעניין הפגמים הנטענים בתחולת סייג הצורך. טרם שנדרש לסוגיות המרכזיות בעתירה, יובהרו בקצרה הכללים להתערבות בשיקול דעתו של היועמ"ש, אשר ינחו אותנו בהכרעה דנן.

א. רקע נורמטיבי- החלטת היועמ"ש על פתיחה בחקירה פלילית נגד חוקרי שב"כ

20. סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להורות על פתיחה בחקירה פלילית נגד חוקר שב"כ מעוגנת בסעיף 49ט1(א) לפקודת המשטרה. סעיף זה קובע, כי עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בביצועה במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו, תחקר על ידי מח"ש ורק אם החליט על כך היועמ"ש. סעיף 49ט1(ב) מתיר ליועמ"ש להאציל את סמכותו להורות על חקירה לפי סעיף זה לפרקליט המדינה או למשנה לפרקליט המדינה. ואכן, ביום 20.9.2009, אצל היועמ"ש את סמכותו לפי הסעיף לפרקליט המדינה ולמשנים לפרקליט המדינה (ילקוט הפרסומים תש"ע מס' 6013 מיום 29.10.2009, עמ' 264). מתגובתם המקדמית של המשיבים עולה, כי תלונות המוגשות נגד חוקרי השב"כ אינן מגיעות ישירות לפתחו של היועמ"ש, אלא מועברות לביצוע בדיקה מקדימה על ידי המבת"ן. כיום, ולאחר שנערך רה-ארגון בנושא, המבת"ן הוא עובד משרד המשפטים, הכפוף מבחינה מקצועית לממונה על המבת"ן, שהינו פרקליט בכיר בפרקליטות המדינה. בדיקתו של המבת"ן את התלונה שהגיעה לידיו היא בדיקה מקיפה הכוללת, בין היתר, פגישה עם הנחקר; בחינת החומר הנוגע לחקירה, מושא התלונה, והמצוי בשב"כ ובידי גורמים רפואיים; וכן תשאול גורמי השב"כ הרלוונטיים. בהמשך, מעביר המבת"ן את תיק הבדיקה וכל החומר שנאסף במהלכה, בצירוף חוות דעתו וסיכום ממצאיו, לממונה על המבת"ן.

הממונה בוחן את התיק ואת ההמלצה, ככל שקיימת המלצה כזו, ומחליט על המשך הטיפול, כאשר באפשרותו להורות על העברת הטיפול לגורם המוסמך לשם פתיחה בחקירה פלילית (אלא אם הממונה הוא משנה לפרקליט המדינה ובעל הסמכות להכריע בעניין בעצמו); להורות על פתיחה בהליכים משמעתיים או שינוי פנימי בנהלי העבודה; או להחליט על גניזת התיק והתלונה (ראו עניין הוועד הציבורי, 2). על החלטת המבת"ן שלא לפתוח בחקירה פלילית ניתן לערור, לפי סעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי, לפרקליט המדינה. כאמור, החלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית, נעשית על פי החלטתו של היועמ"ש,



ועליה ניתן להשיג באמצעות עתירה לבית משפט זה, כפי שפעלו העותרים בענייננו. יצוין, והדבר רלוונטי אף לנסיבות שלפנינו, כי בית משפט זה המליץ, שגם החלטתו של הממונה שלא לפתוח בחקירה תובא לפתחו של המשיב, כך שהחלטה על סגירת תלונה תהיה גם על דעת בעל הסמכות להורות על פתיחה בחקירה (עניין הוועד הציבורי 2, פסקה כה לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין). אין מחלוקת, כי גם בנדון דידן היועמ"ש הוא שאישר את ההמלצה שלא לפתוח בחקירה פלילית בעקבות תלונתו של העותר.

21. זה המקום להדגיש, כי על אף שלסמכות הפתיחה בחקירה נגד עובדי שב"כ יוחד סעיף פרטני בפקודת המשטרה, הרי שהשיקולים בעניין הפתיחה בחקירה זהים לאלו הנשקלים, דרך הכלל, על ידי היועמ"ש. אשר לטיבם של השיקולים הללו, ראוי להפנות לדברי השופט א' פרוקצ'יה בבג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 56 (2003) (להלן: עניין נמרודי):

"בהפעיל ראש התביעה הכללית שיקול-דעת אם לפתוח בחקירה או בבדיקה נעשית הערכה של טיב החשדות הפליליים כנגד הנילון על רקע נסיבותיו המיוחדות של העניין ואופי העבירות המיוחסות לו, ונבדקת על פני הדברים התשתית העובדתית הנטענת. שיקול-הדעת המעין-שיפוטי של היועץ בהחלטה אם לפתוח בהליך של חקירה מבוסס לא רק על בחינת הצורך בבירור עובדתי פרטני של הנטען בתלונה, אלא גם על הכרעה ערכית מורכבת המבוססת על שיקולי תועלת ונזק לאינטרס הציבורי, הכרוכים בביצוע חקירה או העמדה לדין [...]"

22. קולמוסין רבים נשתברו על אודות שיקול הדעת הרחב המוקנה לרשויות התביעה בכלל, ולעומד בראשו, בפרט, בכל הנוגע להחלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית, ובהמשך באשר להחלטתו בשאלת ההעמדה לדין (ראו, מבין רבים: בג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (18.7.2017); בג"ץ 6410/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה (4.2.2015) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון); בג"ץ 1879/13 עזריאל נ' מר יהודה ויינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה (14.5.2014). בג"ץ 1860/13 וקסמן נ' אל"מ אודי בן אליעזר (11.5.2014) (להלן: עניין וקסמן); בג"ץ 1901/08 דבאבסה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (15.7.2012); בג"ץ 8794/03 הס נ' הפרקליט הצבאי הראשי (23.12.2008)). 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 ומקצועיות של רשויות התביעה, ונובע מטיב העניינים בהם עוסקות רשויות אלו, היינו הערכת ראיות ושקילה נורמטיבית של ערכים ציבוריים שונים (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008) (להלן: עניין פלונית), ראו גם, מיכאל בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה(2) (1996)).



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 ששנינו 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 (עניין התנועה לאיכות השלטון; בג"ץ 6274/11 חברת הדלק בישראלית בע"מ נ' שר האוצר (26.11.2012); בג"ץ 10682/06 אטרש נ' הפרקליט הצבאי הראשי (18.6.2007); בג"ץ 8722/05 קיקיס נ' הרמטכ"ל (23.2.2006); בג"ץ 2702/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נג(4) 97, 107 (1999); בג"ץ 450/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859 (1995)).

העילה המרכזית העומדת במרכז הביקורת השיפוטית על רשויות התביעה, והיא אף המשענת עליה נשענים העותרים שלפנינו, היא עילת הסבירות. סבירות החלטה של רשויות התביעה מגלמת בחובה מתן משקל ראוי לכלל השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה, תוך המנעות משקילת שיקולים זרים (בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.7.2010) (להלן: עניין שוורץ); בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (1.7.2009); עניין פלונית; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990)). כאמור, רק חוסר סבירות קיצוני יצדיק התערבות בהחלטות רשויות התביעה (בג"ץ 4372/11 פלוני נ' מדינת ישראל (17.12.2015); בג"ץ 6486/11 רטהאוז נ' היועץ המשפטי לממשלה (31.1.2013); עניין שוורץ; בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (1989)). עמדתי על הלכה זו בעניין וקסמן:

"מאחר שמרחב שיקול דעתם של הפצ"ר והיועמ"ש הוא רחב, קיים מגוון רב של החלטות אשר הם מוסמכים לקבל. לפיכך נקבע כי 'מתחם הסבירות' של החלטות הפצ"ר והיועמ"ש הוא רחב, שכן הוא כולל בחובו מספר רב של החלטות אפשריות, שכולן ייחשבו לסבירות בעיני בית המשפט. בהתאמה, הטעם שבגינו נפסק כי 'מתחם ההתערבות' בהחלטות הפצ"ר והיועמ"ש הוא צר, נעוץ בכך שמתחם זה מתייחס רק למספר מצומצם של החלטות שהן כה בלתי סבירות, עד שלא ניתן לומר עליהן כי היה זה בסמכותם של הפצ"ר והיועמ"ש לקבלן" (שם, פסקה 36).

הדברים המפורטים לעיל מקבלים משנה תוקף, שעה שההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית נשענת על העדר תשתית ראייתית מספקת, ולא על העדרו של עניין לציבור. שתי העילות האמורות עשויות לשמש את רשויות התביעה בהחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית. ואולם, כאשר היועמ"ש מחליט כי אין לפתוח בחקירה פלילית מן הטעם שהתשתית הראייתית אינה מספקת, אזי מתחם ההתערבות בהחלטות, הצר ממילא, מצטמצם עוד יותר. הטעם לכך נעוץ בעובדה שהערכת דיותן של הראיות היא עניין המסור באופן מובהק לתחום מומחיותן של רשויות התביעה (עניין התנועה לאיכות השלטון; עניין וקסמן; עניין פלונית; בג"ץ 4736/98 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 659 (2000)).



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 (יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ד 2789-2786 (2017); עע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (28.8.2017); בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 433 (2000); צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999)).

23. אקדים את אחרית דבריי לראשיתם ואבהיר, כי עיינתי בקפידה בחומר הרב שהונח לפנינו, ובין היתר, בנימוקי החלטתו של המשיב, המאשרת את החלטת היועמ"ש שקדם לו, ואשר ניתנה לאחר בחינה מחודשת של טענות העותר; במכלול טענותיו של העותר, לרבות חוות הדעת, אשר לשיטתו, תומכות בהן; ובחומר הסודי שהוגש לנו בדבר התנהלות חקירתו של העותר. לאחר זאת, לא מצאתי כי החלטת היועמ"ש שלא להורות על חקירה פלילית נגד חוקרי השב"כ חורגת ממתחם הסבירות. על אחת כמה וכמה שלא מצאתי כי אותה החלטה היא בלתי סבירה באורח קיצוני. לפיכך, מסקנתי היא שאין מקום להתערב בהחלטת המשיב, ודינה של העתירה להדחות.

ב. בחינת טענות העותרים בדבר ניהול חקירה תוך שימוש ב"עינויים"

24. הטענה המרכזית שבפי העותרים היא כי היה על המשיב לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקרי השב"כ שהשתתפו בחקירתו של העותר, משום שאמצעי החקירה שהופעלו נגד העותר עולים לכדי עינויים כהגדרתם באמנה. הובהר, בהקשר זה, כי על פי המשפט הבינלאומי לא ניתן לעשות שימוש בסייג הצורך בנסיבות בהן שיטות החקירה עלו לכדי עינויים, ואם אין תחולה לסייג, הרי שיש לפתוח בחקירה פלילית כמבוקש על ידי העותרים. את עמדתם בסוגיה תמכו את העותרים באמצעות הגשת חוות הדעת הפורנזית וחוות הדעת של המומחים הבינ"ל.

במסגרת סעיף 1 לאמנה מוגדרים עינויים כ"מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצעו, או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי; או מכל סיבה ששורשיה בהפליה מכל סוג שהוא, מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה בשתיקה של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או בשידולו. אין הוא כולל כאב או סבל הנובעים מעיצומים על פי חוק, טבועים בהם או נלווים אליהם". על פי חוות הדעת של המומחים הבינ"ל הגדרה זו טומנת בחובה ארבעה רכיבים (כוונה; כאב או סבל חמור; מטרה; מעורבות גורם רשמי), ונראה, כי המשיבים אינם חולקים על כך. המחלוקת בין הצדדים שלפנינו נעוצה, בעיקר, באשר לקיומו של הרכיב שעניינו "כאב או סבל חמור". חוות דעתם של המומחים הבינ"ל התמקדה ברכיב זה, וקבעה, בעיקר על יסוד חוות הדעת הפורנזית, כי אמצעי החקירה שננקטו נגד העותר אכן גרמו לו כאב וסבל חמור, כנדרש בהגדרת העינויים. המשיבים טענו במהלך הדיון בעתירה, כי האמצעים שהופעלו נגד העותר אינם מקיימים את הרכיב האמור, ולפיכך אין מדובר בעינויים, ומכאן אין כל קושי בתחולתו של סייג הצורך.



1.ב. משקלן הראייתי של חוות הדעת מטעם העותרים

25. ראשית, אתייחס לחוות הדעת הפורנזית. חוות הדעת נערכה על ידי שתי רופאות (גניקולוגית וניירולוגית) ופסיכולוגית קלינית אשר ראינו את העותר ובדקו אותו במהלך שתי פגישות, שנערכו בימים 12.12.2012 ו- 13.1.2013. בסיכום חוות הדעת נקבע, כי "ממצאי ההערכה הפיזיולוגית והפסיכולוגית תומכים בדיווחים של הנבדק על עינויים שעבר במידה רבה".

אין מחלוקת, כי חוות הדעת מבוססת על דבריו של המתלונן באותה נקודת זמן, בסמוך למועד שחרורו מהכלא, ואף באת כוח העותרים הסכימה כי אין זהות בינה לבין התלונה הראשונה שהגיש העותר במהלך מעצרו, באמצעות הצלב האדום. למעשה, הגרסה המתוארת בחוות הדעת, מפי העותר, היא חמורה הרבה יותר מזו שמסר העותר בפני נציג הצלב האדום, ואין מדובר רק בפרטים שוליים כטענות העותרים. פער זה פוגם במידה רבה במשקלה של חוות הדעת. זאת, אף אם חלק מתלונות העותר בפני עורכות חוות הדעת נמסרו על ידו קודם לכן, ואף אם עורכות חוות הדעת היו מודעות לפער זה, ונתנו לו הסבר. יצוין, כי גרסת העותר בפני עורכות חוות הדעת גם אינה תואמת את הגרסה שמסר במסגרת תלונתו השנייה, שהוגשה באמצעות העותר 2, למעלה מחודשיים לאחר הגשת תלונתו הראשונה. העותרים טענו, בתגובה לפער האמור, כי מטרת חוות הדעת אינה לשמש תמיכה לגרסה הקודמת של העותר, אלא כדי לשקף את מצבו הבריאותי בעקבות הבדיקה שנערכה לו. ואולם, ככל שהגרסה העובדתית שמסר העותר לעורכות חוות הדעת אינה מהימנה, קיים קושי להצביע על קשר סיבתי בינה לבין הממצאים שנתגלו, על פי חוות הדעת, בגופו ובנפשו של העותר. נזכיר, כי הבהרנו מפורשות בהחלטתנו מיום 30.11.2015, כי ככל שחוות הדעת מסתמכות על גרסה מאוחרת יותר של העותר, ולא על תלונתו הראשונה, תנתן לכך משמעות בעת קביעת משקלן הראייתי.

26. טעם נוסף להפחית ממשקלה של חוות הדעת, נוגע לכך שתלונותיו של העותר, הן במישור הפיזי והן הנפשי, עליהן הסתמכו עורכות חוות הדעת, נעדרות תימוכין רפואיים. זאת, למעט יומן ממרפאת המעצר, ו"טופס בדיקה רפואית ראשונה לאסיר חדש", המעיד על בדיקתו של העותר, עם כניסתו לכלא בשלהי שנת 2007. אמנם, עורכות חוות הדעת בדקו את העותר בעצמן, ואולם הן קישרו בין הממצאים לתלונותיו של העותר מבלי שהיה תיעוד רפואי מספק לעניין זה. העותרים טענו, כי משום חוסר האמון בצוות הרפואי במתקן המעצר ובבית הסוהר, נמנע העותר מלבקש מהם טיפול רפואי. אף אם כך הוא הדבר, הרי שנוכח אופי והיקף הנזקים המדווחים בחוות הדעת (חלקם ליוו את העותר עוד בתקופת עריכת חוות הדעת, בשנת 2013) חסרונם של תיעוד רפואי גורע אף הוא ממסקנת עורכות חוות הדעת. כך למשל, העותר מדווח בהקשר לכאבי הגב המלווים אותו, כי "לפעמים לא יכול לקום מהמזרון למשך כחודש [...] צריך עזרה בקשירת שרוכי נעליים". העותר מתאר עוד כאבי ראש בלתי נסבלים "כאילו מקדחה חודרת לגוף. לפעמים מרגיש שהראיה מטושטשת". אשר לכאב בצוואר, נכתב "במהלך הבדיקה אמר שלא יכול להזיז את הצוואר". בנוסף, ציין העותר בפני עורכות חוות הדעת כי הוא סובל מנימול בכפות רגליו וידיו, אשר מופיע בעיקר בבוקר "מדי יום לוקח לו כ-15 דקות 'להעיר את הידיים' וכחצי שעה מנסה להעיר את שאר חלקי הגוף". עוד טען העותר לחולשה בכפות הידיים והרגליים וסיפר, כי "בשבועות שלאחר החקירה לא היה



מסוגל להשתמש בכפות הידיים כלל, גם לא לצורך אכילה. כמו כן, לא יכול היה לקום מהמזרון ללא עזרה. כיום נותרה חולשה של הידיים – לא יכול למשל להרים את בנותיו". כמו כן, מסר העותר דיווח, במסגרת בדיקתו, על קושי "בשליטה על היציאות" וכן "קושי בזכרון ובריכוז". אין לדברים האמורים כל תיעוד אובייקטיבי, ובכלל זה גם ביומן הבדיקות מתקופת המעצר, הנזכר בחוות הדעת.

ואכן, יומן הבדיקות מתקופת מעצרו של העותר מתאר את הבדיקות שנערכו לעותר, בין היתר, במהלך היומיים הסמוכים לחקירות, במסגרתן הופעלו אמצעי חקירה חריגים (4.9.2007 ו-5.9.2007). ביומן, הכתוב בכתב יד שאינו קריא לגמרי, נכתב כי ביום 5.9.2007, יממה לאחר החקירה המתוארת בתלונה, התלונן העותר על כאב גב תחתון וברך ימנית, ועוד צויין כי העותר נפל וקיים פצע באזור הברך, אשר נחבש. ביום 6.9.2007, התלונן העותר על כאבי גב תחתון ונמצאה "רגישות במישוש גב תחתון צד שמאל ימין". ברישומים מהימים האמורים, ככל שניתן להבין, אין זכר לתלונות הקשות של העותר בפני עורכות חוות הדעת. כמו כן, יש לקרוא את שנכתב ביומן, לצד אמירה נוספת בחוות הדעת, לפיה טרם מעצרו סבל העותר "מבעיה בברך, בכף הרגל ובגב שהתבטאה בכאבים שהופיעו לסירוגין". לכך יש להוסיף את העובדה שהעותר לא דיווח על המיחושים המתוארים בחוות הדעת, למעט בנושא כאבי הגב, גם כשנשאל למצב בריאותו על ידי בית המשפט, אשר דן בהארכת מעצרו (ראו פרוטוקול הדיון בבית המשפט הצבאי בפתח תקווה, מיום 5.9.2017, אשר צורף כנספח 4 לתגובתם המקדמית של המשיבים). אף בטופס בדיקתו של העותר בעת כניסתו לכלא לשם ריצוי עונשו, בסוף שנת 2007, צויין, לפי האמור בחוות הדעת, כי מצבו של העותר "משביע רצון".

27. זאת ועוד, טענות העותר בדבר נזקיו הבריאותיים, כפי שתועדו בחוות הדעת, אינן מתיישבות עם מסקנותיו של המשיב אשר נדרש לנושא במסגרת נימוקי החלטתו, מיום 16.9.2015. המשיב הבהיר, במסגרת הנימוקים שניתנו לאחר שעיון בחוות הדעת הפורנזית, כי אף שנושא הטיפול הרפואי בעציר מצוי באחריותו של שירות בתי הסוהר הרי שבמסגרת בדיקות המבת"ן, ובחינת תלונתו של העותר בפרט, נבדק גם הטיפול הרפואי שניתן לו. זאת, בדגש על תשומת הלב שניתנה על ידי החוקרים בנוגע למצבו הבריאותי. לאחר בחינה מעמיקה של המסמכים קבע המשיב, כי אין תימוכין לכך שבריאותו של העותר נפגעה בעקבות חקירתו, ובפרט עקב הפעלת אמצעי החקירה החריגים; או כי הוא סבל מפגיעה כלשהי בידיו. יחד עם זאת, הבהיר המשיב, כי במהלך חקירתו, התלונן העותר על כאבים בגבו, והדברים לא דווחו כנדרש לדרג הניהולי. בעקבות זאת, כך צויין, רועננו הנהלים, תוך הדגשת חשיבות העניין. עם זאת, הוטעם בהחלטת המשיב, כי אין כל אסמכתא רפואית לכך שנגרם לעותר נזק בריאותי כלשהו.

28. יש לגרוע ממשקלה הראייתי של חוות הדעת, גם נוכח חלוף הזמן מאז בוצעה חקירת העותר, מושא עתירה זו, ועד לבדיקתו בידי עורכות חוות הדעת. למעלה מחמש שנים חלפו ממועד החקירה ועד שנפגשו עורכות חוות הדעת עם העותר, ומדובר בפרק זמן משמעותי. הדברים אמורים ביתר שאת, בשים לב לחוסר בתיעוד רפואי בעניינו של העותר.



29. לבסוף, אין להתעלם ממסקנתה המרכזית של חוות הדעת. כוונתי לעובדה שעורכות חוות הדעת, אולי בשל מודעותן לחלוף הזמן ולגרסתו הבלתי עקבית של המתלונן, לא הצביעו על קשר הכרחי וישיר בין הממצאים שאיתרו אצל העותר, לבין חקירתו. לשיטתן של עורכות חוות הדעת, "העינויים" עליהם דיווח העותר "עשויים" להיות גורם לאבחנות הרפואיות שנמצאו, כאשר קיומו של קשר סיבתי בין השניים הינו "סביר במידה רבה". בהתייחס למסקנת זו, יש להדגיש, כי עורכות חוות הדעת אינן יכולות לקבוע, האם אמצעי החקירה שננקטו בחקירתו של העותר מהווים עינויים על פי האמנה, חרף הכשרתן בתחום תיעוד העינויים. המדובר במומחיות מתחום הרפואה, כאשר השאלה הנוגעת להגדרתם של "עינויים" על פי האמנה, נבחנה בנסיבות דנן על ידי מומחים מתחום המשפט הבינ"ל, מטעמים של העותרים.

30. נוכח הפגמים שמצאתי בחוות הדעת הפורנזית, כמפורט לעיל, לא ניתן לייחס לה משקל ממשי, ולקבוע, על יסודה, כי קיים קשר סיבתי בין הממצאים הרפואיים המפורטים בה לחקירתו של העותר, למעלה מחמש שנים קודם לכן. קל וחומר, שאין בכוחה של חוות הדעת לבסס את טענת העותרים, לפיה אמצעי החקירה שהופעלו במהלך החקירה גרמו לו לכאב וסבל "חמור", מאפיין הנדרש לצורך הגדרתם כ"עינויים". על כן, המסקנה הבלתי נמנעת, לטעמי, היא שאין בחוות הדעת כדי ללמד על אי סבירות החלטתו של המשיב, שלא לפתוח בחקירה פלילית בעקבות תלונתו של העותר.

31. כזכור, העותרים הגישו לבית המשפט גם חוות דעת של מומחים בינ"ל, באמצעותה ביקשו להראות כי אמצעי החקירה שננקטו בחקירת העותר גרמו לעותר "כאב וסבל חמור", ומכאן שהוא סבל מעינויים במהלכה. במסגרת חוות הדעת, נקבע, על יסוד מגוון החלטות של טריבונלים וגופים בינלאומיים, כי אמצעי החקירה שהופעלו נגד העותר, עליהם למדו המומחים מהמסמכים שסיפק להם העותר 2; בצירוף העובדה, שאינה שנויה במחלוקת, לפיה נמנע מהעותר כל קשר עם החוץ, למעלה מחודש ימים (למעט ביקור נציג הצלב האדום), גרמו לו לכאב וסבל חמור. מאחר שיתר רכיבי ההגדרה של "עינויים", לפי האמנה, מתקיימים, לשיטת המומחים, בנסיבות אלו, הסיקו המומחים כי העותר עונה במהלך חקירתו. בהמשך, התייחסו המומחים באופן פרטני לתנחות ה"בנה" וכריעת ה"צפרדע", שעל פי הנטען בעתירה ובחוות הדעת הפורנזית, הופעלו נגד העותר, וקבעו, כי גם משום כך הוא היה נתון לעינויים, כהגדרתם באמנה. המומחים הוסיפו וקבעו כי האיזוק המכאיב של העותר, אשר גם עליו למדו מחוות הדעת הפורנזית, גרם לעותר כאב או סבל חמור, ולפיכך מהווה הדבר חלק מהעינויים מהם סבל העותר.

32. לשיטתי, אין ליתן גם לחוות הדעת האמורה משקל של ממש, ולא ניתן, על יסודה, לקבוע כי העותר סבל מעינויים, וכי עקב כך היה על המשיב להורות על פתיחה בחקירה פלילית בעניינו של העותר. ראשית ועיקר, חוות דעת המומחים מסתמכת במידה רבה על חוות הדעת הפורנזית כמצע עובדתי למסקנותיה. אכן, בפני עורכי חוות הדעת נמצאו, כטענת העותרים, מסמכים נוספים, מלבד חוות הדעת הפורנזית. מסמכים אלו כללו את העתירה; פרוטוקול הדיון בהארכת מעצרו של העותר; צווים בדבר מניעת מפגש עם עורך דין; ותגובתם המקדמית של המשיבים. על בסיס מסמכים אלו, הצליחו המומחים לזקק מספר עובדות שאינן שנויות במחלוקת בנוגע למשך מעצרו של העותר; סוגיית פגישתו עם עורך דינו; ובאשר להפעלתם של "אמצעי לחץ" במהלך חקירתו, במטרה לקבל מהעותר מידע חיוני. ואולם בהקשר לשיטות החקירה שננקטו, על פי הנטען, נגד העותר, הסתמכו המומחים בעיקר על האמור בחוות



הדעת הפורנזית וכן על טענות העותר 2. המומחים מציינים מפורשות בחוות דעתם, כי בהעדר מידע מהמשיבים, לגבי האופן בו נהגו בעותר במהלך חקירתו, "תהיה עמדתנו מבוססת על תיאורים וחוות דעת פורנזית שסופקו לנו על ידי הוועד. זאת מבלי שאנו טוענים שתיאור כלשהו של העובדות אכן בהכרח נכון" (סעיף 4 לחוות הדעת). לדברים אלו משמעות רבה, אם משום שאמינותה של התשתית העובדתית המוצגת בחוות הדעת הפורנזית מוטלת בספק, כפי שפורט לעיל; אם משום שקבענו, כי היסוד לדין בעתירה יהא גרסתו הראשונה של העותר, שנמסרה בפני הצלב האדום; ואם משום שאף טרם החלטתנו האמורה, הסכימו העותרים עצמם כי המסד להכרעה בענייננו יהא תלונתו הראשונה של העותר, ולא גרסאותיו המאוחרות (לעמדה זו של העותרים, נפנה לפרוטוקול הדיון מיום 13.7.2015, עמ' 2, ש' 26-29; עמ' 5, ש' 2-5). במצב דברים זה, קיים קושי ליתן משקל של ממש למסקנות חוות הדעת של המומחים הבינ"ל.

33. טעם נוסף הגורע ממשקלה של חוות הדעת נוגע לתוכנה, והוא נעוץ בהשוואה בין הנסיבות שלפנינו לאלו המפורטות בהחלטות הגופים הבינלאומיים, אשר מתייחסות לשימוש בעינויים, ושעליהן הסתמכו המומחים בחוות הדעת. במסגרת החלק הכללי של חוות הדעת הפנו המומחים להחלטות של גופים וטריבונלים בינלאומיים על מנת לעמוד על הגדרת עבירת העינויים במשפט הבינלאומי. בנוסף, ובחלק המרכזי של חוות הדעת, הבוחן את השאלה אם חקירתו של העותר כללה עינויים, מפרטים המומחים נסיבות של שש החלטות מטעם גופים בינלאומיים. פירוט החלטות אלו, המכירות באמצעי חקירה מסויימים כעינויים, נועד לחזק את מסקנת המומחים, כי שיטות החקירה שהופעלו, לפי הנתען, בחקירתו של העותר, אף הן בגדר עינויים בראי המשפט הבינלאומי.

המשיבים טוענים, ואני מצטרף לעמדתם זו, כי ההחלטות המפורטות בחלק הכללי של חוות הדעת מתארות נסיבות קשות במיוחד, אשר אינן תואמות את אלו שהעותרים טוענים להן בעתירה שלפנינו. ואולם, נסיבות ההחלטות המפורטות בחלק המרכזי של חוות הדעת, להבדיל מחלקה הכללי, חשובות יותר לענייננו. לדעת המשיבים, גם הנסיבות המתוארות בהחלטות אלו חמורות בהרבה מאלו שלהן טען העותר, לרבות במסגרת תלונתו לצלב האדום. לטענת העותרים, הגם שלא כל שיטות החקירה המפורטות בהחלטות הללו יושמו בחקירתו של העותר, הרי שעיקרן בהחלט רלוונטי למהלך חקירתו, ואין פער משמעותי "בין הנסיבות (חלק) מההחלטות אליהן התייחסו המומחים [...] לבין הנסיבות בענייננו של העותר (וזאת גם על בסיס גרסתו הראשונית)". גם במחלוקת האמורה, כפי שיובהר להלן, דעתי כדעת המשיבים.

במסגרת הדוגמאות, שלשיטת המומחים הבינ"ל תומכות במסקנתם, כי בחקירתו של העותר הופעלו עינויים, נזכרת ההחלטה בעניין Acosta (Acosta v. Uruguay, Communication No. 163/1983 (31 Mar. 1983), U.N. Doc., (CCPR/C/34/D/162/1983 (1988)), העוסקת בנסיבות בהן ננקטו נגד המתלונן האמצעים הבאים: מכות, תלייה באוויר, חנק, מכות חשמל ועמידה כפויה בקור, ללא מזון או שתייה למשך תקופות ארוכות. כמו כן, מפנים עורכי חוות הדעת לעניין Sendic (Sendic v. Uruguay, Comm. No. 63/ 1979 (R.14/63), Hum. Rts. Comm. (28 October 1981)), המתייחס למתלונן שהוכרח לעמוד במשך שלושה חודשים, במהלך היום, בעמידה זקופה כשעיניו מכוסות; הותר לו לישון ולנוח רק לשעות ספורות; הוא הוכה, וסופקו לו כמויות בלתי מספקות של אוכל. עוד מפרטת חוות הדעת את נסיבות פסק הדין בעניין Selmouni (Selmouni v. France, Reports 1999-V, ECtHR), בעניין Selmouni (Selmouni v. France, Reports 1999-V, ECtHR).



(judgment of 28 July 1999), העוסק במתלונן שחוקריו היכו אותו באגרופים ובאמצעות חפצים (אלה ומחבט בייסבול), וכן בעטו בו. כמו כן, אותו מתלונן נגרר באמצעות שערות ראשו ואולץ לרוץ לאורך מסדרון כשקציני המשטרה הוצבו משני הצדדים בכדי להכשיל אותו. בנוסף, קצין משטרה אחד הראה למתלונן את איבר מינו, ואמר לו למצוץ אותו, תוך שהטיל עליו את מימיו. חוקרי המתלונן אף איימו עליו באמצעות מבער אותו קירבו לרגליו היחפות, וכן באמצעות מזרק. בהמשך, מתייחסת חוות הדעת לדיווח ועל אודות השיטות שננקטו בטורקיה בשנת 1999 (Report of visit of the special rapporteur on torture to turkey, UN Doc. E/CN.4/1999/61/Add.1, 27 January 1999), כשהיא מדברת על "שימוש בשפה מעליבה וגסה ובשיטות הפחדה, כמו איום על חייהם ושלומם הגופני או על חייהם ושלומם של משפחתם [...] ביחס לפושעים רגילים, לעיתים נעשה שימוש בהכאה, יותר כאמצעי ענישה מאשר כדרך להוצאת הודאה". יודגש, כי אמצעים אלו נמנו במסגרת יתר השיטות שננקטו בטורקיה וכללו שימוש בכיסוי עיניים; הפשטת העצורים, שטיפתם בזרם חזק של מים קרים, ואז חשיפתם למאוורר; ומעיכת אשכיהם. עוד מוזכרת בחוות הדעת החלטת הוועדה האפריקאית לזכויות האדם והעמים שהתייחסה לעינויים במאוריטניה (Malawi African Association and Others v. Mauritania, Communications 54/91, 61/91, 98/93, 164-196/97 and 210/98, 13th annual activity report: 1999-2000; (2000) AHRLR (ACHPR 2000) 149), אשר כללו מניעת שינה מהקורבנות, החזקת הקורבנות באופן קבוע בתאים קטנים, חשוכים או תת קרקעיים קרים, וכן שימוש ב"תנחת יגואר". עורכי חוות הדעת מפרשים, כי הכוונה לתנחה בה פרקי כף ידו של הקורבן נקשרים לכפות רגליו, הקורבן נתלה באויר ממוט, וכך הוא מוחזק מהופך עם הראש כלפי מטה, לעיתים מעל אש, תוך שמכים בכפות רגליו. אוסיף, כי על פי אותה החלטה כללו העינויים, גרימת כוויות; קבירת העצורים בחול עד שמתו מוות איטי; חשמול אברי המין של הקורבנות וקשירתם למשקולות; הכנסת ראש העצורים למים מזוהמים עד לגרימת חנק; מריחת פלפל על עיניהם; אונס (כלפי נשים) ותנאי כליאה קשים שכללו מניעת אוכל, כבילת העצורים בשרשרות, צפיפות, חוסר הגיינה, והעדר גישה לקבלת טיפול רפואי. לבסוף, מפנה חוות דעת המומחים הבינ"ל לשיטות שנקטה ארצות הברית במתקן גואנטנמו שבקובה, במסגרת המלחמה בטרור, וזאת על פי ראיונות שנערכו עם עצירים לשעבר (Situation of detainees at Guantanamo Bay, UN Doc E/CN.4/2006/120, 15 February 2006)) לגביהן נקבע כי "חלק מהשיטות, בייחוד השימוש בכלבים, חשיפה לטמפרטורות קיצוניות, מניעת שינה במשך מספר ימים רצופים ובידוד ממושך, נתפסו כגורמים לסבל חמור". עוד הודגש ש"סביר אף יותר כי שימוש בו זמני בשיטות הללו יגיע לכדי עינויים".

34. המעיין בהחלטות האמורות, לא יכול שלא לעמוד על הפער המהותי בין המתואר בהן לבין הנתען על ידי העותר שלפנינו, קל וחומר במסגרת תלונתו הראשונה. השימוש בהחלטות המפורטות לעיל, כדי להמחיש כיצד שיטות החקירה שננקטו, על פי הטענה, כלפי העותר, הן בגדר עינויים, בשילוב הנסיבות החמורות של ההחלטות המובאות בחלק הכללי של חוות הדעת, מעורר חשש ממשי, שמא המסד העובדתי שהוצג בפני המומחים לא היה זה שנפרש במסגרת תלונתו הראשונה של העותר. חשש זה מתכתב עם הסתמכותם המפורשת של המומחים על המתואר בחוות הדעת הפורנזית. ואולם, גם אם אניח כי הטעם להצגת האסמכתאות המשפטיות האמורות הוא אחר, הרי שעצם פירוט של אסמכתאות בלתי רלוונטיות לענייננו, בצירוף התשתית העובדתית הבלתי מבוססת שבחוות הדעת הפורנזית, עליה נשענו המומחים, מטילים ספק של ממש בתוקפן של מסקנות חוות הדעת. לפיכך, לא ראיתי מקום לסמוך את ידי על חוות הדעת, במסגרת בחינת סבירות החלטתו של המשיב, כבקשת העותרים.



35. נתתי את דעתי בהקשר האמור, לטענת העותרים, לפיה חוות דעתם של המומחים הבינ"ל עדיפה על פני פרשנותו "הסובייקטיבית" של המשיב להוראות האמנה, אך לא ראיתי לקבלה.

לאחר שעיינתי בחוות דעתם של המומחים הבינ"ל ובחומר הסודי שנמסר לעיונו של בית המשפט, לא מצאתי לקבל את טענת העותרים, לפיה פרשנותו של המשיב להגדרת העיניים נעשתה בחוסר "תום לב" או חרגה מ"המשמעות הרגילה שיש ליתן למונחי האמנה בהקשרם ולאור נושאה ומטרתה", וזאת בהתאם לסעיף 31(3) לאמנת וינה בדבר דיני אמנות (אמנת האמנות), 1969 (The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969). מסקנתי זו, הנוגעת לאופן פרשנותו של המשיב את המושג "עיניים", נכונה גם אם חקירתו של העותר כללה, כדבריו, שיטות חקירה ספציפיות, שלטענת העותרים הוכרו באופן מובהק כ"עיניים". זאת, משום שבחינת השאלה אם הפעלת אמצעי חקירה מסויימים עולה לכדי "עיניים" כהגדרתם באמנה, תלויה בנסיבות הפרטניות של אותו מקרה. יודגש, לעניין זה, כי אף לשיטת המומחים הבינ"ל מטעם העותרים, הגדרתן של שיטות חקירה ספציפיות כ"עיניים", היא תלוית נסיבות קונקרטיות, גם מקום שמדובר בשיטות חקירה שהוכרו במשפט הבינלאומי, באופן מפורש, כ"עיניים". לפיכך, לא מצאתי פסול בעמדתו הפרשנית של המשיב, המתייחסת לנסיבות הפרטניות שהוצגו בפניו, טרם החלטתו אם מדובר ב"עיניים", ולשיטתי יש להעדיף על פני חוות הדעת של המומחים הבינ"ל, שחסרונותיה פורטו לעיל. זה המקום להוסיף ולציין, כי בחינתו של המשיב את טענותיו של העותר נעשתה בהתאם להנחיות היועמ"ש, אשר כפי שיובהר להלן, נותנות את הדעת גם להגדרתם של "עיניים" במישור הבינלאומי.

2.ב. טענות העותרים בדבר "עיניים" - סיכום

36. לאור האמור לעיל, אינני סבור כי עלה בידי העותרים להראות כי עמדת המשיב, לפיה חקירתו בשב"כ לא כללה עיניים כהגדרתם באמנה, הינה בלתי סבירה, וודאי לא באורח קיצוני. יתר על כן, וכאמור לעיל, נדרשתי בקפידה לחומר הסודי שהגישו המשיבים לבית המשפט, המפרט את אופן התנהלות חקירתו של העותר ואת הפעולות השונות שביצעו המשיבים בהמשך, במטרה לבחון את תלונותיו. לאחר עיון מעמיק בחומר הסודי, הגעתי למסקנה כי עמדת המשיבים, לפיה התמונה הראייתית העולה מהחומר הרלוונטי אינה מגבשת את המסקנה כי מדובר בעיניים, היא החלטה סבירה ועניינית, אשר ניתנה ללא פניות, ותוך הפעלת שיקולים רלוונטיים בלבד. לאור זאת, לא מצאתי טעם מבורר להתערב בהחלטת המשיב שלא לפתוח בחקירה פלילית, בעקבות חקירתו של העותר, גם על רקע טענות העותרים במישור המשפט הבינלאומי, אשר נדונו לעיל.

ג. טענות העותרים לעניין החובה לפתוח בחקירה פלילית וסייג הצורך

37. כאמור, לדידם של העותרים, גרסתו של העותר אודות הנעשה בחקירתו, שחלקה מוסכם על המשיבים, מגבשת תשתית ראייתית ממשית, שבגינה מחוייב המשיב להורות על פתיחה בחקירה פלילית נגד חוקריו של העותר, אף אם אין מדובר בעיניים. נטען, בהקשר זה, כי המשיב לא היה רשאי לקבוע כי



לחוקרים עומד סייג הצורך על יסוד בדיקה מקדמית בלבד, וכי אופן יישומו של הסייג על הנסיבות דנן הינו מוטעה מיסודו. לאור זאת, סבורים העותרים כי החלטת המשיב שלא לפתוח בחקירה פלילית היא בגדר חריגה קיצונית ממתחם שיקול הדעת הסביר, באופן המחייב את התערבותנו. ייאמר כבר עתה, כי דעתי היא שונה.

1.ג. על הטענה בדבר "חובת" החקירה הפלילית ומעמדה של הבדיקה המקדמית

38. תחילה, אדרש לטענה בדבר חובתו של המשיב להורות על פתיחה בחקירה פלילית, תחת הסתפקות בבדיקה מקדמית של המבת"ן. כפי שפירטתי בהרחבה לעיל, ההחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית, אם לאו, נתונה לשיקול דעתו רחב ההיקף של המשיב. זאת, אף אם המחלוקת העובדתית בין הצדדים מצומצמת היא, וקל וחומר כאשר ההחלטה מבוססת על העדר תשתית ראייתית מספקת. שיקול דעת- יש. חובה- אין (עניין התנועה לאיכות השלטון; בג"ץ 1113/07 צדוק נ' ראש אח"מ - משטרת ישראל (1.9.2008); דנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.2.2004)). בענייננו, נערכה בדיקה מקדמית על ידי המבת"ן, שבסופה הוחלט כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקריו של העותר. בית משפט זה חזר ושנה, כי אין כל פגם בעריכת בדיקה מקדמית, כאמצעי המסייע לגורמי התביעה בקבלת החלטה מושכלת בדבר פתיחה בחקירה פלילית (עניין התנועה לאיכות השלטון; בג"ץ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (29.1.2002); עניין נמרודי). מנגנון הבדיקה המקדמית הוא חלק מ"ארגז הכלים" של גורמי התביעה והעומד בראשה, כאשר שאלת היקפה של הבדיקה המקדמית ואופיה ייגזרו מהנסיבות הפרטניות של העניין. אוסיף, כי ביום 31.12.15 ובעקבות המלצת בית משפט זה (בג"ץ 8192/14 רוזנטל נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.5.2015)), פורסמה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.2204 בנושא "בדיקה מקדימה", שמטרתה "להבהיר את מעמדו של הליך הבדיקה המקדימה" [...] להציג את מקורו הנורמטיבי ותכליתו, וכן לפרט את הכללים הבסיסיים לעריכתו, תוך התויית העקרונות המנחים לקיומו של הליך הבדיקה".

כמו כן, בית משפט זה נדרש מפורשות לבחינת מנגנון הבדיקה המקדמית של המבת"ן במסגרת פסק הדין בעניין הוועד הציבורי 2, שניתן לאחר הגשת העתירה. בפסק דין זה, פורט נוהל הבדיקה המקדמית במבת"ן ונשקלו יתרונותיו אל מול חסרונותיו. בסופו של יום, נקבע כי מדובר במנגנון ראוי, המאזן בין האינטרס הציבורי, לפיו גם תלויה בגין התנהלות חוקר שב"כ תחקר בדומה ליתר התלונות, באופן מקצועי, מקיף וממצה, לבין האינטרס הציבורי להגן על סודיות שיטות החקירה של השב"כ ועל שגרת עבודתו. זאת, כך נקבע, בכפוף להשלמת תהליך ניתוקו של המבת"ן מהשב"כ והכפפתו למשרד המשפטים, כפי שאכן נעשה לאחר הגשת העתירה דנן (ראו גם, בג"ץ 1266/11 סוויטי נ' היועץ המשפטי לממשלה (21.10.2012)).

39. לאור האמור, וכל עוד בוצעו, במסגרת הבדיקה המקדמית, פעולות חקירה ענייניות, מהימנות ומקצועיות, אשר הניבו תשתית ראייתית אמינה; וזו, אפשרה למשיב לקבל החלטה מנומקת, אין כל רבב בעריכת הבדיקה המקדמית. גם העובדה שבעקבות הבדיקה הופקו לקחים בנקודות מסויימות, כמצויין



במכתב המבת"ן מיום 15.09.2011, אינה מצביעה על כשל בבדיקה מקדמית, המצדיק פתיחה בחקירה פלילית. זאת ועוד, חוסר שביעות רצון מתוצאות הבדיקה המקדמית, ככל שקיים, אינו מהווה טעם לפסילתה של הבדיקה, ולפתיחה בחקירה פלילית.

2.ג. תחולתו של סייג הצורך במסגרת חקירות השב"כ

40. סוגיה נוספת אליה עליי להדרש, נוגעת להשגות העותרים בדבר תחולת סייג הצורך בנסיבות דנן. ואולם, טרם שאבחן את עיקרי הטענות בהקשר זה, אביא בקצרה את התשתית הנורמטיבית הרלוונטית לבחינתן.

תחילה, אפנה לפסק הדין בעניין הוועד הציבורי. בפסק דין זה נקבע, כי חקירה סבירה אינה יכולה לכלול עינויים, יחס אכזרי בלתי אנושי או משפיל, בהתאם לקבוע באמנה; כי במסגרת שיטות החקירה של השב"כ אין הוא מוסמך "לטלטל" אדם, להחזיקו בתנוחת "שבאח", להעמידו ב"כריעת צפרדע", ולמנוע ממנו שינה באופן שאינו מתחייב מצורכי החקירה; כי סייג הצורך שבחוק העונשין אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה אלה, ואין בו בסיס ליצירת הנחיות לחוקרי השב"כ, המאפשרות שימוש בשיטות חקירה מעין אלה; וכי ההחלטה דנן אינה שוללת "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" (עניין הוועד הציבורי, בעמ' 846). עוד נקבע, כי "היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של 'צורך' (שם, עמ' 845).

בעקבות פסק הדין האמור, פרסם היועץ "ש דאז א' רובינשטיין, מסמך שכותרתו "חקירות שב"כ והגנת הצורך - מסגרת לשיקול דעת" (א' רובינשטיין "הבטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מד(ג) 409, 418 (1999)). בסעיף ב(1) למסמך ההנחיות נאמר מפורשות, כי הללו נועדו להגדיר את אפשרות תחולת סייג הצורך לאחר שהתבצעה חקירה בשב"כ, ואין הן משמשות מקור סמכות לשימוש באמצעי חקירה פיזיים מראש:

"יודגש לענייננו: המדובר בנסיבות של בדיעבד- כאשר חוקרים פעלו, לפי הטענה, במקרה פלוני מתחושה של 'צורך'. אין בידי היועץ המשפטי לממשלה להנחות מראש את עצמו ואת החוקרים לחרוג מסמכותם ולנקוט אמצעים פיזיים במהלך חקירה. כאמור בפסק הדין -סעיפים 35-36, אין סייג ה'צורך' מהווה מקור סמכות מראש לחוקר השב"כ לשימוש באמצעים פיזיים. ואולם, ידי היועץ המשפטי להנחות עצמו מראש באשר לסוג מעשים ואופיים שאותם עשוי הוא לראות בדיעבד כנופלים בגדר הגנת ה'צורך'; מובן כי הנחיה זו אינה בגדר הסמכה לחוקר לנקוט אמצעי לחץ פיזי" (שם, בעמ' 420).

עמוד 22



בסעיף ז(1) להנחיות מפורטים השיקולים שעל היועץ המשפטי לשקול טרם שיחליט על פתיחה בחקירה פלילית נגד חוקר שב"כ, עקב אמצעי החקירה בהם השתמש:

"במקרים בהם נקט חוקר במהלך חקירה באמצעי חקירה הדרוש באופן מידי להשגת מידע חיוני לשם מניעת סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בבטחון 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 ומוחשיותן, 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' 1 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" (שם, בעמ' 421; ההדגשות שלי - א.ש.).

עוד מציינות ההנחיות, כי "ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לענין" (סעיף ז(2)(ב)(4)).

41. לבסוף, יש לבחון את התנאים הרלוונטיים לתחולתו של סייג הצורך, עליהם ניתן ללמוד מעיון בסעיף 34א לחוק העונשין, הקובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי להצלת חיו, 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".

תחולתו של סייג הצורך מותנית, בין היתר, בכך שהמעשה שנעשה, ושבנסיבות "רגילות" היה עשוי להטיל אחריות בפלילים, "דרוש" לצורך הצלת החיים, החירות, הגוף או הרכוש של העושה או של זולתו, "ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו". ביטויים אלו מכוונים להוכחת נחיצותו של המעשה, במובן זה שלא הייתה בפני עושהו חלופה טובה יותר ופוגענית פחות, מהמעשה בו נקט (יורם רבין ויניב ואקי דיני העונשין



כרך ב 769 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: רבין וואקי). עוד נדרש המבקש לחסות בסייג הצורך להראות, כי המעשה היה נחוץ "באופן מידי" כדי למנוע את הסכנה. המיידיות הנדרשת בסעיף האמור היא לגבי המעשה, ולא לגבי הסכנה. לפיכך, וכאשר עסקינן בחוקר שב"כ המפעיל אמצעי חקירה פיזיים בנסיבות בהן מוגדר הנחקר כ"פצצה מתקתקת" (היינו, נחקר המחזיק באופן בלעדי במידע שיאפשר לנטרל פצצה, העשויה להתפוצץ בקרוב), תתקיים המיידיות "גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר ימים מספר ואולי אף שבועות מספר, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת, כלומר: שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ" (עניין הוועד הציבורי, בעמ' 841). יחד עם זאת, וכמצויין בהנחיות היועמ"ש, "מטבע הדברים, ככל שפער הזמנים בין המעשה לבין המועד הצפוי והאפשרי להתממשות הסכנה גדול יותר, נטל השכנוע שהמעשה היה דרוש באופן מידי, כלשון החוק, יהיה כבד יותר - ולהיפך" (סעיף ז(2)(א)).

כמו כן, ולצורך תחולתו של הסייג, יש להוכיח כי מטרתו של המעשה שנעשה, במסגרת הסייג, הייתה להציל את הערכים המוגנים בסעיף מפני "סכנה מוחשית". במילים אחרות, הסייג יחול אם קיימת הסתברות להתממשות הסכנה, ללא קשר לעיתויה (רבין וואקי, בעמ' 775). לעניין תנאי זה מציינות הנחיות היועמ"ש, כי "פעולה שגרתית ונמשכת של איסוף מידע בדבר ארגוני טרור ופעילותם באופן כללי אינה יכולה כשלעצמה להתפרס כפעולה המקדמת פניה של 'סכנה מוחשית'" (סעיף ז(2)(ב)), וכי "הסכנה לפגיעה בחיי אדם צריכה להיות ודאית ומסוימת באופיה ובטיבה [...] גם נחקר שאין לגביו חשדות קונקרטיים אינו דומה לנחקר שיש לגביו מידע מסוים ומוצק באשר למעורבות בסיכון או ידיעה עליו" (סעיף ז(2)(ב)(3)). עוד יצויין, כי הסייג יחול רק כאשר הסכנה המוחשית היא מפני "פגיעה חמורה" בערכים המוגנים בסעיף. תנאי רלוונטי נוסף לתחולת הסייג, נובע מסעיף 34טז לחוק העונשין. סעיף זה קובע חריג לסייג, לפיו הסייג לא יחול אם המעשה "לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה". רוצה לומר, כי על מעשה ההצלה, בגינו יחול הסייג, להיות מידתי ביחס לפגיעה החמורה אותה ניסה העושה למנוע (רבין וואקי, בעמ' 781-782).

3.ג סייג הצורך - מן הכלל אל הפרט

42. טענות העותרים כנגד תחולת סייג הצורך בענייננו, נשענות על שלושה נימוקים מרכזיים: ראשית, נטען, כי ההחלטה לפיה לחוקרי השב"כ עומד סייג הצורך, טרם שנערכה חקירה פלילית, סותרת את האמור בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי; שנית, ולדידם של העותרים, יישום הסייג בנסיבות דנן אינו מתיישב עם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה; שלישית, הוסיפו וטענו העותרים, כי בנסיבות דנן לא מתקיימים התנאים הנדרשים לתחולתו של הסייג, בעיקר לעניין מיידיות הסכנה הצפויה ומידתיות "המעשה" שנעשה במטרה למנוע אותה. לאור האמור, הסיקו העותרים, כי המשיב טעה בהחילו את סייג הצורך על פעולות חוקריו של העותר, ולפיכך יש להתערב בהחלטתו ולהורות על פתיחה בחקירה פלילית נגד חוקרים אלו. איני שותף למסקנה זו.

43. אשוב ואזכיר כי בנסיבות שלפנינו, סבר המשיב כי לחוקרי העותר עומד סייג הצורך, אשר משמעו



כי אין להטיל עליהם אחריות פלילית, ומשום כך אין מקום לפתוח בחקירה פלילית נגדם. במסגרת נימוקי החלטתו, שנמסרו לעותרים בהוראתנו, הובהר כי במועד חקירתו הסתיר העותר "מידע קריטי אודות ייצור מטעני חבלה שאת חלקם מסר לפעילי טרור אחרים (לרבות חגורת הנפץ שנתגלתה בתל אביב) [...] הסתרת מידע זה אשר חשיפתו בטווח הזמן המידי, היתה נחוצה להצלת חיי חפים מפשע, הצדיקה את מסקנת החוקרים כי הם עומדים בפני 'מצב צורך', ואת הפעלת אמצעי הלחץ". עוד סבר המשיב, כי בהתחשב בחומרת האיום ובמיידיותו, אמצעי החקירה החריגים שהופעלו היו מידתיים, והלמו את חשיבות גילוי המידע שהסתיר העותר.

44. לטענת העותרים, המשיב טעה בהחילו את סייג הצורך בנסיבות דנן, משום שעל פי האמור בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי, תחולתו יכולה להשקל רק בשלב ההחלטה על העמדתם לדין של החוקרים, ובוודאי שלא בשלב בו בוחן המשיב את סוגית הפתיחה בחקירה פלילית נגדם. אין בידי לקבל טענה זו.

כאמור, בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי נקבע, מפורשות, כי אין לשלול את האפשרות, כי חוקר שב"כ, הנוקטים בשיטות חקירה חריגות, יחסו תחת סייג הצורך, אם במסגרת בחינת שאלת העמדתם לדין על ידי היועמ"ש ואם כטענה הגנה לחוקר פלוני, מקום שזה הועמד לדין ומבקש לטעון לחפותו. עוד נקבע בפסק הדין, כי היועמ"ש רשאי להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן יחול הסייג. אין בפסק דין זה כל אמירה, לפיה ההכרעה בשאלת תחולתו של הסייג תעשה רק לאחר קיומה של חקירה פלילית. העותרים מפרשים את קביעתו של בית המשפט, לפיה הסייג יכול להשקל במסגרת החלטת היועמ"ש אם להעמיד לדין, כמחייבת עריכת חקירה פלילית קודם לכן. עוד הם מניחים, כי על מנת שהיועמ"ש יוכל להתרשם אם החוקר פעל במקרה שלפניו "מתוך תחושה של צורך", עליו לבצע קודם כל חקירה פלילית. הלכה למעשה, העותרים מייחסים לפסק הדין קביעה קטגורית, לפיה כל אימת שמוגשת תלונה נגד חוקר שב"כ, בדבר שימוש בשיטות חקירה חריגות, חייב היועמ"ש להורות על פתיחה חקירה פלילית, ורק לאחריה, ובמסגרת שקילת העמדתו של החוקר לדין, רשאי היועמ"ש לתת את הדעת גם לתחולתו של סייג הצורך. התזה האמורה אינה משקפת, כלל ועיקר, את שנאמר בפסק הדין, ונוכח עריכתה של בדיקה מקדמית, ניתן בהחלט לעמוד על תחולתו של סייג הצורך, עוד טרם שתערך חקירה פלילית.

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 צביונו 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". 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 מיידי" להצלת חיי אדם. יש להזכיר, לעניין זה, כי העותר נעצר ביום 3.9.2007, והפעלת אמצעי החקירה החריגים בוצעה למחרת היום.

45. עוד רואה אני לדחות את טענת העותרים, לפיה החלטתו של המשיב בדבר תחולת סייג הצורך סותרת את הנחיות היועמ"ש. אמנם, ההנחיות אינן מאפשרות להחיל את סייג הצורך כאשר שיטות החקירה, שהופעלו על ידי חוקרי השב"כ, מגיעות לכדי עינויים, כהגדרתם באמנה (סעיף ז(1)). ואולם, מאחר שבענייננו החליט המשיב, כי חוקריו של העותר לא עשו שימוש בעינויים, וכאמור, לא מצאתי מקום להתערב בהחלטתו זו, הרי שאין סתירה בין הנחיות היועמ"ש לבין ההחלטה בענייננו.

46. לבסוף, יש להבהיר, כי לשיטתי, לא נפל פגם באופן יישומו של סייג הצורך על הנסיבות שלפנינו. העותרים טוענים, כי השימוש בשיטות החקירה החריגות כלפי העותר לא היה נחוץ באופן מיידי למניעת סכנה, משום שהמידע אודות הכנסת חגורת הנפץ לישראל לא היה ברשותו, כנטען במסגרת הטענות לעונש בהליך הפלילי שהתנהל בעניינו של העותר (נספח 3 לתגובת המשיבים לעתירה); וממילא, מידע זה הגיע לאוזני החוקרים לא מפי העותר, אלא מפי נחקרים אחרים, שהעותר לא היה מודע למידע שברשותם. לטעמי, אין באמור לעיל כדי לפגום בתנאי המיידיות, הנדרש לתחולתו של הסייג.

כזכור, העותר נעצר בעקבות המודיעין המשמעותי שהצטבר בשב"כ, לפיו הוא מעורב בהכנת מטעני חבלה ובהוצאתם של פיגועים אל הפועל, וכי הוא משתייך לתשתית החמאס בשכם, שתכננה לבצע פיגועים נוספים. כמו כן, בשב"כ התגבשה ההערכה, כי בידי העותר מידע קריטי על מטעני חבלה שכבר יוצרו, וכאלו שעתידיים להיות מיוצרים בטווח הזמן המיידי; כי איתור המטענים וסיכול הכנתם של מטענים נוספים עשוי למנוע פיגועים, העלולים להתרחש בטווח הזמן המיידי ולהציל חיי אדם; וכי לא הייתה דרך אחרת להשיג את המידע המבוקש, אלא על ידי חקירת העותר עצמו. סבורני, כי נסיבות אלו מקיימות את תנאי המיידיות בו מדבר סייג הצורך. יובהר, כי גם אם חוקריו של העותר לא היו משוכנעים, באותה עת, כי ברשות העותר מידע אודות חגורת הנפץ הספציפית, שהוברחה לתוך שטחי ישראל, הם היו רשאים להפעיל את אמצעי החקירה החריגים. זאת, מבלי לפגוע בתנאי המיידיות, כנדרש בסייג הצורך. בנוסף, אין נפקא מינא, אם העותר מסר בעצמו את המידע על חגורת הנפץ המסויימת, אותה ייצר בעצמו, או שהוא מסר שם של פלוני, אשר קיבל ממנו את חגורת הנפץ והעבירה לאדם שלישי, על מנת ש"המעשה", היינו שיטות החקירה החריגות, יהא דרוש "באופן מיידי" להצלת חיי הזולת. כאמור, אותו אדם שלישי, הבריא את חגורת הנפץ לתוך ישראל, והסתירה בתל אביב, במיקום אליו היה עתיד להגיע מחבל מתאבד, שהתכוון לבצע פיגוע תופת בתל אביב.

בנוסף, אין בידי לקבל את הטענה, לפיה תנאי המיידיות אינו מתקיים, משום שחגורת הנפץ לא אותרה בסמוך לאחר מעצרו של העותר, ואף הייתה חבויה, ולא מוכנה להפעלה. העובדה שחגורת הנפץ



נמצאה 17 ימים לאחר הפעלת אמצעי החקירה החריגים, וזאת במסגרת החקירה השנייה של העותר, אינה פוגמת בתנאי המיידיות, משום שבאותן נסיבות הייתה "מידת סיכון קונקרטי ואימנטי להתרחשות הפיצוץ" (עניין הוועד הציבורי, בעמ' 841). כאמור, הסכנה הנובעת מנסיבות הצורך אינה צריכה להיות מיידית, ודי ש"המעשה" שבוצע נדרש באופן מידי על מנת למנוע את התממשות הסכנה. עוד יש לזכור, כי יום קודם לתפיסת חגורת הנפץ התגלתה גם מעבדת החבלה הנוספת בשכם, וכי העותר מסר במסגרת חקירתו השנייה גם מידע על מחסן חומרים כימיים בקסבה של שכם. עוד יש להזכיר, כי הפעלת אמצעי החקירה החריגים, במסגרת חקירתו הראשונה של העותר, מיום 4.9.2007, הובילה, עוד באותו היום, לתפיסת מעבדת החבלה שהעותר הקים על גג ביתו במחנה הפליטים בלאטה. באותה מעבדת חבלה נמצאו אמצעי ייצור רבים להכנת מטעני חבלה; גופי מטענים; שרידי חומר נפץ מסוג ניטרוגליצרין; 1/2 ק"ג חומר נפץ בשם "אם אל עבד"; מערכת הפעלה אלקטרונית עם חיבור למכשיר טלפון נייד; כ- 80 ליטר חומרים כימיים, ועוד. ברי, כי חומרי החבלה שנמצאו במעבדות החבלה השונות נועדו לשמש להכנת מטענים נוספים, אלמלא נתפסו.

לאור האמור לעיל, לא ניתן לחלוק על עמדת המשיב, לפיה בענייננו התעורר הצורך להציל חיי אדם מפני סכנה "מוחשית". בנסיבות דנן, אין מדובר בפעולה שגרתית של השב"כ שמטרתה איסוף מידע מנחקרים, אלא בנחקר, שהוא מומחה חבלה של תשתית חמאס צבאית פעילה בשכם, שהמודיעין הנוגע אליו הצביע על כי בידיו מידע אודות מטעני חבלה שיוצרו, ואשר עשויים להוביל לפיגועים העלולים להתרחש בטווח הזמן המידי. כמו כן, אין ספק, שבעקבות השימוש באותם אמצעי חקירה חריגים, וסיכול הפעלת חגורת הנפץ, נמנעה "פגיעה חמורה" בחיי אדם.

47. בנוסף לאמור, יש לדחות את טענת העותרים בדבר העדר "מידתיות" ה"מעשה", היינו הפעלת אמצעי החקירה החריגים שננקטו בחקירת העותר. העותרים, אשר מסתמכים על חוות הדעת הפורנזית מטעמם, טענו כי אמצעי החקירה החריגים גרמו לעותר נזקים בריאותיים, שאינם מידתיים ביחס לסכנה, שאותם אמצעים ביקשו למנוע את מימושה. ואולם, מאחר שלא מצאתי כי יש ליתן משקל של ממש לחוות הדעת הפורנזית, פשיטא הוא כי לא אוכל לקבל אותה כאסמכתא להעדר המידתיות של אמצעי החקירה שננקטו, במהלך חקירת העותר.

48. סייג הצורך - סיכום

48. סיכומם של דברים, לא מצאתי פסול באופן בו פירש ויישם המשיב את סייג הצורך בנסיבות דנן, חרף טענות העותרים בסוגיה זו. משסייג זה עומד לחוקריו של העותר, הללו אינם נושאים באחריות פלילית בהקשר לחקירתו, ומשכך, החלטתו של המשיב, כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית בעקבות חקירתו של העותר, מצויה במתחם הסבירות.

סוף דבר



49. לאור המפורט לעיל, לא מצאתי כי יש בטענות העותרים, הן בסוגית העינויים והן באשר לתחולתו של סייג הצורך, משום טעם מבורר להתערב בהחלטתו של המשיב, לפיה אין מקום לפתוח בחקירה פלילית, בעקבות חקירתו של העותר על ידי השב"כ. בנסיבות דנן, לא השתכנעתי, כי החלטתו של המשיב לוקה בחוסר סבירות, קל וחומר בחוסר סבירות קיצוני, דבר העשוי להצדיק את התערבותנו. על אחת כמה וכמה, שיש לדחות אף את הסעד השני אשר התבקש בעתירה, בדבר העמדתם לדין של חוקרי העותר.

50. יודגש, כי בחינת תלונתו של העותר לא נעשתה על מנת לצאת ידי חובתו של המשיב, כפי שניתן להבין מטענות העותרים. יש להזכיר, בהקשר זה, את מספר הבדיקות שנערכו בעקבות הגשת התלונה, ולא פחות חשוב מכך, את העובדה שההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית בעניינו של העותר התקבלה פעם אחר פעם, על ידי מספר גורמים, ששימשו, בשלבים שונים של הטיפול בתלונה, בתפקידי פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה. כזכור, בשנת 2011 הוצגו ממצאי הבדיקה המקדמית מטעם המבט"ן (במסגרתה תשאל המבט"ן את העותר ומספר חוקרים שהיו מעורבים בחקירתו); החומר המודיעיני הרלוונטי; והמלצת הממונה על המבט"ן דאז, בפני המשיבים אשר הגיעו למסקנה, כי אין לפתוח בחקירה פלילית. בהמשך, ועוד טרם שנדונה העתירה, נדרשה ראשת המבט"ן הנוכחית לבחינה של חלק מסויים מתלונות העותר. במסגרת בחינה זו נערך תשאול נוסף לאחד החוקרים, באשר לחלקו בחקירה. ממצאי התשאול הנוסף, הובאו בפני המשיבים, היועמ"ש ופרקליט המדינה החדשים, שלא נדרשו לממצאי בדיקת המבט"ן הראשונה, בזמן אמת. המשיבים לא מצאו מקום, כמו קודמיהם בתפקיד, להורות על פתיחה בחקירה פלילית. בהמשך, ובעקבות השינוי הארגוני שחל במבט"ן הורינו על עריכת בדיקה מחודשת של טענות העותר. במסגרת הבדיקה המחודשת ערכה ראשת המבט"ן תשאול נוסף למתלונן; אספה חומרים ממח"ש ומהשב"כ; וערכה התייעצות עם מומחה פוליגרף כדי לבחון את האפשרות לביצוע פעולות נוספות. נוכח תשובות חוקר השב"כ בתשאול שנערך לו, ומשום חלופ הזמן מאז חקירתו של העותר, הגיעה ראשת המבט"ן למסקנה, כי אין מקום לערוך תשאולים נוספים ליתר החוקרים. ממצאי הבדיקה המחודשת הועברו למשיבים, ואלו החליטו, למעשה בפעם השלישית, כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית, בעקבות תלונתו של העותר. זאת ועוד, כעולה מכתבי הטענות של המשיבים, אף היועמ"ש הנוכחי (ד"ר אביחי מנדלבליט), נדרש למכלול החומר הרלוונטי, לרבות לחוות דעת המומחים הזרים, ולא מצא מקום לשנות מההחלטה שנתקבלה על ידי קודמו בתפקיד, בנוגע לתלונות העותר.

הפירוט שהובא על ידי, לא נעשה בכדי. הוא ממחיש כי תלונתו של העותר נבחנה בכובד ראש, פעם אחר פעם, ובהיבטים שונים שלה. גורמים רבי דרג נדרשו לטענותיו של העותר לפני ולפנים, חקרו, תשאלו, וביקשו לאתר ראיות על מנת לברר את הדברים עד תום. העיון בחומר הסודי מעלה אף הוא כי נערך בירור יסודי ומקיף של תלונות העותר. במצב דברים זה, גבולות מתחם ההתערבות של בית המשפט בהחלטתם של המשיבים, שהם ממילא צרי היקף, מצטמצמים עוד יותר (דנג"ץ 6626/17 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (16.10.2017); עניין התנועה לאיכות השלטון; בג"ץ 6547/11 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (28.8.2014); בג"ץ 143/12 ג'ילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.7.2014)).

51. לו תשמע דעתי, תדחה העתירה על שני ראשיה.

בנסיבות העניין, לא יהא צו להוצאות.

ש ו פ ט

הנשיאה (בדימ') מ' נאור:

אני מסכימה לחוות דעתו המקיפה של חברי השופט א' שהם על כל חלקיה.

אכן, בשיטתנו המשפטית קיים איסור מוחלט על השימוש בעינויים (ראו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 836 (1999)). אין לו חריגים, ואין בו איזונים. מובן, אפוא, כי טענות כמו אלו שהעלה העותר 1 יש לבחון בכובד ראש. אולם, כפי שהראה חברי השופט שהם, טענותיו של העותר נבחנו באופן יסודי שלוש פעמים שונות על ידי הגורמים הבכירים ביותר במערכת אכיפת החוק, המשיבים 1-2. אלה מצאו כי לא נעשה בחקירתו שימוש בעינויים וכי ביחס לשימוש החוקרים באמצעי חקירה חריגים עמד להם סייג צורך. לפיכך, החליט המשיב 1 כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית. תמימת דעים אני עם חברי כי אין עילה להתערבותנו בהחלטה זו.

הנשיאה (בדימ')

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. בנסיבות העניין – אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו היסודית והמפורטת של חברי, השופט א' שהם, וכן להערותיה של חברתי, הנשיאה (בדימ') מ' נאור.
2. המקרה שלפנינו נבדל ממה שהתעורר ב-בג"ץ 869/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (בגדרו הוצא צו-על-תנאי בתאריך 27.03.2016, שהפך בחלקו למוחלט בתאריך 28.02.2017), שכן פה היה מדובר במצב של ניסיון לניטרול "פצצה מתקתקת" (פעולת סיכול שהצליחה), והעותרים לא הצליחו לבסס עילה מבוררת להתערבות שיפוטית בהחלטות המשיבים 1-2, לגבי המצב האמור, שנתקפו בעתירה.
3. ההחלטה של היועץ המשפטי לממשלה (המשיב 1) שלא להעביר את תלונות העותרים לחקירת מח"ש (לאחר הבדיקות החוזרות והנשנות שנעשו במכלול) הינה בגדר סמכותו מכוח סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, ונוכח הממצאים שהובאו בפניו ובפנינו – אין למצוא בהחלטה הנ"ל חוסר סבירות, במיוחד בשים לב לכך שלכאורה קמה בנסיבות לחוקרי שב"כ הגנת הצורך שמכוח סעיף 34יא לחוק העונשין.



תשל"ז-1977 (מבלי שחל פה החריג שבסעיף 34טז לחוק האמור).

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, כ"ד בכסלו התשע"ח (12.12.2017).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

הנשיאה (בדימ')
