



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1265/11

בג"ץ 9061/11

לפני: כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ע' פוגלמן

- העותרים בבג"ץ 1265/11:
1. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח'
 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 3. יש דיין
 4. המוקד להגנת הפרט
 5. עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
 6. רופאים לזכויות אדם - ישראל
 7. נ. הלאל
 8. ע. עבד
 9. א. אלגיועבה
 10. פ. אלעיש
 11. ע. מביד
 12. א. ח'לף
 13. ע. חמד
 14. מ. מועמר
 15. א. אלח'אלדי
 16. ג'. חביש

- העותרים בבג"ץ 9061/11:
1. עמאד חותרי ו-11 אחרים
 2. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל

נגד

המשיב בבג"ץ 1265/11 ובבג"ץ 9061/11:
היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"א בטבת התשע"ב (16.1.12)
בשם העותרים בבג"ץ 1265/11: עו"ד סמדר בן נתן, עו"ד אירית בלאס
בשם העותרים בבג"ץ 9061/11: עו"ד נביל דכואר
בשם המשיב בבג"ץ 1265/11
ובבג"ץ 9061/11: עו"ד ענר הלמן

פסק-דין חלקי

השופט א' רובינשטיין:

א. העתירות שבפנינו עוסקות במדיניות המשיב לגבי פתיחת חקירה פלילית בעקבות תלונות נחקרים כלפי חוקריהם אנשי שירות הביטחון הכללי (השב"כ). הדיון בשתי העתירות אוחד לבקשת העותרים, שכן שתיהן עוסקות בסוגיה עקרונית אחת, ונבדלות אך במישור התלונות הקונקרטיות של העותרים השונים.

רקע כללי – על העותרים והתלונות

ב. העותרים בבג"ץ 1265/11 (15.2.11) ובבג"ץ 9061/11 (07.12.11) הם ארגוני זכויות אדם ובראשם הועד הציבורי נגד עינויים בישראל (העותרת מס' 1 בבג"ץ 1265/11 ומס' 13 בבג"ץ 9061/11, להלן העותרת 1) לצד עותרים אינדיבידואליים, רובם פלסטינים תושבי איו"ש (מלבד העותר 6 בבג"ץ 9061/11 המחזיק באזרחות ישראלית). הם הגישו באמצעות העותרת 1 תלונות למשיב בנוגע לעינויים או התעללות אשר, כנטען, עברו בחקירתם; תלונותיהם של העותרים נבדקו על ידי מבקר תלונות נחקרים בשב"כ (להלן המבת"ן), ובעקבות הבדיקה החליט הממונה על המבת"ן במשרד המשפטים – פרקליטה או פרקליט בכירים – שלא לפתוח בחקירה פלילית.

ג. נוכח האופן בו התנהל הדיון בעתירות, ובהתחשב בהכרעתנו שתוצג, לא נאריך בפירוט התלונות שהועלו בהן. עם זאת נציין, כי התלונות כוללת טענות בגין תנאי מעצר קשים במתקני כליאה שונים ברחבי הארץ ולאורך זמן ממושך, חקירה באמצעות איזוק בתנוחות מכאיבות, מניעת שינה והתעללות פיזית ונפשית – עניינים העולים בחלק מן המקרים, לטענת העותרים, לכדי "עינוי" הנחקר (כהגדרתו במשפט הבינלאומי והישראלי).

ד. כן, נטען, כי העותרים שקובצו בשתי העתירות הם בבחינת "קצה הקרחון" למאות תלונות שהועברו לידי המשיב; וכי אף באחת מכל התלונות הללו, לא החליטה הפרקליטות על פתיחה בחקירה פלילית. כאמור, נוכח המתווה הדיוני לא נידרש לתלונות הפרטניות אחת לאחת, ואולם די באמור כדי להבהיר את טיב הטענות שבפי העותרים.

רקע כללי - הליך בדיקת תלונות נגד עובדי שירות הבטחון הכללי

ה. לשם הבנת הוראות הדין והנוהל העומדים ביסוד העתירות נזכיר, כי בשנת 1994 נקבע לראשונה בחוק (סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971) הסדר מיוחד לבירור תלונות המוגשות נגד עובדי שב"כ, בהן מתעורר חשד לביצוע עבירה "במהלך חקירה או בקשר אליה, או בקשר למי שהיה מעוכב או נתון במעצר לצרכי חקירה..." (ראו סעיף 2 לחוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 12), התשנ"ד-1994, להלן תיקון 1994). ההסדר המיוחד, הוחל אך ורק על חוקרי שב"כ. סעיף זה תוקן בשנת 2004 (ראו חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 18), התשס"ד-2004, להלן התיקון או תיקון 2004) וההסדר הקבוע בו הוחל על כל מקרה בו מעורב עובד שב"כ במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו. וכך קובע הסעיף בנוסחו כיום:

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

סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה נאצלה לפרקליט המדינה ולמשנים לפרקליט המדינה לפי סעיף 1ט49(ב) (ילקוט הפרסומים תש"ע מס' 6013 מיום 29.10.2009, עמ' 264). לתגובתו (מיום 2.1.12) לא צירף המשיב נוהל כתוב לבירור התלונות האמורות, ואולם מן האמור בתגובה מסתבר, כי במקרה של תלונה או חשד הנוגעים לעובדי שב"כ שאינם חוקרים – מועבר החומר ליועץ המשפטי לממשלה והכפופים לו (באופן ספציפי לגורם לו הואצלה הסמכות על-ידי היועץ המשפטי), ואלה מחליטים אם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית. חקירה, על פי הדין, תיערך על-ידי המחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש). במקרים הנוגעים לחוקרי שב"כ נערכת - בטרם קבלת החלטה אם לפתוח בחקירה פלילית - בדיקה מקדמית על ידי המבט"ן, מבקר תלונות הנחקרים. בתקופה הרלבנטית ועד לדיון בפנינו היה המבט"ן עובד שב"כ הכפוף מקצועית לממונה על המבט"ן, שהוא כאמור פרקליט בכיר בפרקליטות המדינה. לשיטת המשיב:

"הסמכות הנתונה באופן בלעדי ליועץ המשפטי לממשלה (שאצלה גם לפרקליט המדינה ולמשנים לפרקליט המדינה) היא להורות על פתיחה בחקירה של מח"ש נגד עובד שב"כ. סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה אינו קובע כי החלטה שלא לפתוח בחקירה היא בסמכותו הבלעדית של היועץ המשפטי לממשלה, ולענין זה חל אפוא הדין הכללי, לפיו הפרקליטות מוסמכת להורות על סגירת תיק תלונה" (תגובת המשיב, פסקה 77).

כעולה מתגובת המשיב, לאחר קבלת ממצאי בדיקת המבט"ן בסמכות הממונה על המבט"ן להורות על סגירת התיק, או להעבירו לידי אחד הגורמים המוסמכים (מכוח האצילה הנזכרת של סמכות המשיב) לפתוח בחקירה. לשיטת המשיב, גם גורם שאינו מוסמך להורות על פתיחת חקירה – כמו הממונה – מוסמך להורות על סגירת התיק.

ו. לאחר קבלת התלונה או המידע (אם באופן ישיר מטעם המתלונן ואם באופן עקיף, למשל על ידי נציגי ארגוני זכויות) עורך המבט"ן בדיקה מקדמית. לטענת המשיב, בדיקה זו כוללת ככלל פגישה עם המתלונן, בחינת חומר החקירה ותשאול גורמי השב"כ המעורבים. בתום הבדיקה, על פי הנוהל הקיים, מעביר המבט"ן את תיק הבדיקה וכל החומר שנאסף במהלכה, בצירוף חוות דעתו וסיכום ממצאיו, לממונה. הממונה בוחן את התיק וההמלצה ומחליט על המשך הטיפול, והאפשרויות הן אלה: א. העברת הטיפול לגורם המוסמך לשם פתיחה בחקירה פלילית (אלא אם הממונה הוא משנה לפרקליט המדינה ובעל הסמכות להכריע בעניין בעצמו); ב. פתיחת הליכים משמעותיים או שינוי פנימי בנהלי העבודה; ג. גניזת התיק (והתלונה).

ז. הסדר משפטי זה פעל ביסודו מאז תחילת שנות התשעים למאה הקודמת. מקורו בעיסוק הציבורי שהלך וגבר בפיקוח על חקירות השב"כ (ראו בין היתר, בג"ץ 2150/96 חריזאת נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם)) והמלצות ועדת הנשיא (בדימוס) לנדוי משנת 1987 ("דו"ח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת"). בית משפט זה נתוודע במספר הזדמנויות בחלוף השנים לעבודת המבט"ן ולטענות הנוגעות לחקירות השב"כ והאמצעים הננקטים בגדרן, בתקופה שלאחר בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן עניין הועד הציבורי נגד עינויים), שבמסגרתו נדונה והובהרה סמכות חוקרי השב"כ ונפסקו פרקטיקות מסוימות שנהגו. עם זאת, ואף שעצם קיומו של מנגנון הבדיקה האמור נזכר במספר תיקים שנדונו בבית משפט זה (ראו למשל בג"ץ 11447/04 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם), להלן בג"ץ המוקד להגנת הפרט; בג"ץ 3533/08 סוויטי נ' שר הביטחון (לא פורסם); בג"ץ 6138/10 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם)), עד כה לא נתקף באופן ישיר ההסדר הקיים, כפי שנעשה במסגרת העתירות שלפנינו. טרם נעבור לטענות הצדדים יצוין, כי מטעם המשיב נמסר בתגובתו לעתירה בינואר 2012, כי:

"בשנת 2010, בעקבות מספר רב של דיונים בהם נבחנו היבטים שונים בפועלות המבט"ן, החליט היועץ המשפטי לממשלה - על דעתם של פרקליט המדינה, ראש השב"כ ומנכ"ל משרד המשפטים - כי המבט"ן לא יהיה עוד עובד השב"כ אלא יהיה עובד משרד המשפטים... עבודת המטה ליישום החלטת היועץ... מצויה בשלבים מתקדמים... הצפי הוא, כי מכרז לאיוש משרת המבט"ן במשרד המשפטים יתפרסם בשבועות הקרובים" (תגובת המשיב, פסקה 19).

טענות הצדדים בעתירות

ח. בשתי העתירות נתבקשו שני סעדים, האחד נקודתי – פתיחה בחקירה פלילית במקרים הפרטיים של העותרים המתלוננים; והאחר כללי – חיוב המשיב לפתוח חקירה פלילית בכל מקרה בו מוגשת תלונה שעניינה עינויים או התעללות בנחקרים על ידי עובדי שב"כ שאינה מופרכת על פניה. כאמור, את טענות העותרים ניתן לסווג לשני מישורים (אליהם נתייחס להלן): הראשון, המישור העקרוני המתייחס למנגנון בירור התלונות, ובו טענות כנגד עצם הסמכות, וכנגד אופן הפעלתה; השני, המישור הקונקרטי הנוגע לטיפול בתלונות העותרים. פסק דין זה יסיים את הטיפול בעתירות בכל הנוגע למישור הכללי-עקרוני. באשר למישור הפרטני תועלה הצעה מצדנו למשיב, כפי שיפורט.

ט. בכל הנוגע למישור הראשון ולשאלת הסמכות טענו העותרים, כי התיקון לפקודת המשטרה אינו גורע מחובתם העקרונית של המשיב והמשטרה (או גוף חקירה מוסמך אחר כגון מח"ש) לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה בו עולה חשד שאינו מופרך על פניו - קרי תלונות סרק מובהקות - לביצוע עבירות חמורות מסוג פשע, כפי שהיא קבועה בדין הכללי ללא קשר לזהות הנילונים ומהות התלונה. כלומר לשיטת העותרים, המנגנון שנקבע במסגרת התיקון לפקודת המשטרה מתווסף לכלל הרחב בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הקובע כך:

"נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שאין בדבר עניין לציבור או אם הייתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה".

לשיטת העותרים, סעיף 1ט49 אינו גורע מהחובה הכללית לפתוח בחקירה פלילית, וענייננו זהות הגורם אשר ינהל את החקירה: האם תהא זו המשטרה (כבכל תלונה רגילה) או שמא תהא זו מח"ש; לטענתם, בכל מקרה על אחד משני הגורמים לחקור את

התלונה. לשיטת העותרים, בהעדר החלטה פוזיטיבית מצד המשיב, תמשיך המשטרה לחקור את התלונה, כמו בכל מקרה אחר של תלונה בעבירה מסוג פשע. משכך, לשיטת העותרים, בבחירתו להעביר את כל התלונות לבדיקה מקדמית בידי המכת"ן, ובגניזת התיקים מבלי שנערכה חקירה - בין על ידי המשיב ובין על ידי המשטרה - פועל המשיב בחוסר סמכות ומפר את החובה האמורה לפתוח בחקירה. לטענת העותרים, פרשנות זו לתיקון נלמדת הן מן ההיסטוריה החקיקתית של התיקונים לפקודה והן מתכליתם (על הטענות לעניין פרשנות הסעיף ראו עוד להלן).

י. עוד נטען, כי בנסיבות של תלונות מהסוג בו עסקינן (תלונות עצורים הנחקרים "בחדרי חדרים") קשה מאוד - ללא חקירה של ממש באמצעות רשות חוקרת מקצועית - ליצור תשתית עובדתית מקדמית, אשר ממנה ניתן להגיע לכלל מסקנה כי אין מקום לפתיחת חקירה. כן נטען, כי מנגנון הטיפול בתלונות שנקבע הוא בגדר "הסדר ראשוני" הגורע מן החובה הכללית לחקור עבירות מסוג פשע (תהא זהות הגורם החוקר אשר תהא), ולפיכך גם מטעם זה אין למשיב סמכות לקבעו. לבסוף נטען, כי העברת הסמכות להורות שלא לחקור מאת המשיב לממונה על המכת"ן, שאינו בהכרח אחד מאלה שהסמכות לפי סעיף 1ט49 הואצלה לו, אינה מותרת במסגרת החוק, ולפיכך גם מטעם זה משוללת סמכות מלכתחילה (העותרים לא נדרשו להבדל בין שאלת הסמכות לפתוח בחקירה לבין הסמכות להורות על אי פתיחה בחקירה לה נדרש המשיב).

יא. ביחס להפעלת הסמכות נטען, כי למעשה יוצר המנגנון חסינות מלאה בפועל לחוקרי השב"כ. לטענת העותרים, ועל פי דו"ח שנערך על ידי העותרת 1 וצורף לעתירה, מתוך 598 תלונות שהוגשו למשיב בין השנים 2001-2008 על התעללות אנשי שב"כ בנחקרים, לא העבירה הפרקליטות גם לא מקרה אחד לחקירה פלילית (המשיב לא הביא נתונים סותרים לעניין זה, אם כי צוין שבמקרים מסוימים נפתחו הליכים משמעותיים ושונו נהלי עבודה). לטענת העותרים מדובר באכיפה ברונית ביחס לכל מצב אחר בו עולים חשדות דומים ביחס לחוקרי משטרה, ואף ביחס להסדרים ייחודיים אחרים הקבועים בחוק ויוצרים סמכות ייחודית למשיב להורות על פתיחה בחקירה (כגון סעיף 17 לחוק יסוד הממשלה; סעיף 12(א) לחוק יסוד השפיטה ואחרים); במקרים אלה - גם אם קיים מנגנון מסנן - אין נוצרת חסינות מלאה בפועל. כן נטען, כי מנגנון הבדיקה לוקה בחוסר סבירות קיצוני, שכן גם אם כל החלטה קונקרטיית בפני עצמה סבירה היא, צירופן הכולל מעיד על מציאות שאינה סבירה; וכי במצב הנוכחי נפגעת זכותם הבסיסית של הנפגעים להליך הוגן, ומרוקן מתוכן האיסור המוחלט על עינויים. יודגש, אין מדובר בטענה, כי בכל המקרים נמצא שאין מקום להגשת כתב אישום, אלא שבכל המקרים לא נמצא מקום לחקור את התלונה.

י"ב. בכל הנוגע למישור הקונקרטי נטען, כי תשובותיו של הממונה על המבת"ן מתאפיינות בהתמהמהות, הן לקוניות וחסרות פירוט נדרש (מעבר לכך שבכולן לא התאפשרה זכות עיון בממצאי הבדיקה). יתר על כן, פעמים רבות, כך נטען, לא העלתה תשובה עילה מספקת לסגירת התיק, ולא ברור מהי התשתית העובדתית להחלטת הסגירה וכיצד נאספה. נטען, כי הראיון שעורך המבת"ן (איש שב"כ בעצמו) לנחקר – המתלונן – אינו מאפשר לו לרחוש אמון במבת"ן, באופן המאפשר יציאה ממעגל החשוד והנחקר למעמד של קרבן המבקש סעד מאיש הרשות. בנוסף נטען, כי המנגנון המשפטי שנסקר סותר את החובה לחקור והאיסור על עינויים במשפט הבינלאומי.

י"ג. בתגובת המשיב לעתירות נטען, כי בנוגע למישור העקרוני התיקון האחרון לפקודה הסמיך את המשיב לקבוע אם יש מקום להורות למח"ש לפתוח בחקירה או לא, ובכל מקרה אין מקום לפתיחת חקירה אוטומטית. נטען, כי מבחינה מהותית כל החלטה – בין אם התקבלה על ידי הממונה על המבת"ן ובין אם על-ידי המשיב אישית או הגורם שאליו האציל את סמכותו – מתקבלת על פי אמות המידה והכללים הרגילים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי. קרי, סעיף 59 לחוק זה כפי שהתפרש בפסיקת בית המשפט (ראו לדוגמה בג"ץ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם)). עוד נטען, כי יש לדחות את הסעד השני (פתיחת חקירה בכל המקרים) מחמת היותו כוללני וסותר את לשונו ותכליתו של תיקון 2004 לפקודת המשטרה; נטען, כי פרשנותו הלשונית הנכונה של התיקון ("תחקור בה המחלקה, אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה", ההדגשה הוספה – א"ר) גם לפי תכליתו הסובייקטיבית והאובייקטיבית היא של "סמכות רשות" לגבי עצם הפתיחה בחקירה. הוסבר כי הסדר ייחודי נועד לאזן בין החשש לתלונת סרק ושיבוש עבודת השב"כ לבין הצורך בבדיקת התלונות והחשדות במקרים המצדיקים זאת. פתיחת חקירה אוטומטית בכל מקרה בו מועלה חשד, כך נטען, אינה עולה בקנה אחד עם האמור, עם פסיקת בית המשפט בנושאים הקשורים לסמכות הרחבה של המשיב, ועם שיקול הדעת המסור לו (ראו גם להלן).

י"ד. ביחס לזהות הגוף החוקר נטען, כי בהתאם לתיקון 2004, באותם מקרים בהם מחליט המשיב להורות על פתיחה בחקירה כנגד עובד שב"כ, רק למח"ש מסורה הסמכות לחקור; ולפיכך יש לדחות כל טענה לסמכות מקבילה ושיורית למשטרת ישראל. כן נטען, כאמור מעלה, כי יש להבחין בין הסמכות הקנויה למשיב להורות על פתיחת חקירה לבין סמכות הפרקליטות, ובמקרה זה הממונה על המבת"ן, להחליט על סגירת תיק תלונה ללא חקירה פלילית (ראו תגובת המשיב, פסקה 77); והוזכר, כי על

החלטת הממונה קיימת - כבכל מקרה אחר של סגירת תיק - זכות ערר (לפי סעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי). בנוגע לאופן הפעלת הסמכות נטען, כי מדובר בטענה כוללת, וככל שהעותרים סבורים שנפל פגם בהחלטה קונקרטית עליהם, לפעול על פי מסלול ההשגה הפתוח בפניהם. בכל הנוגע למישור הקונקרטי נטען, כי על העתירה להידחות על הסף מחמת אי-מיצוי הליכים, שכן לא הוגשו עררים פרטניים; וכן בגין צירוף עותרים שעניינם הפרטי שונה לעתירה אחת, ובגין אי-צירוף משיבים רלבנטיים, שהם חוקרי השב"כ המעורבים במקרים הקונקרטיים לפי תלונות העותרים.

ט"ו. ביחס לטענות האחרות שהועלו נטען, כי המנגנון הקבוע בפקודת המשטרה עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, שכן האחרון אינו אוסר לערוך בדיקה מקדמית בטרם קבלת החלטה על פתיחה בחקירה פלילית; וכי גם אם קיימת סתירה בין המנגנון האמור - ולא זה המצב לדעת המשיב - לבין כללי המשפט הבינלאומי, אין בסתירה זו כדי להצדיק התערבות מצד בית המשפט.

הדיון בפנינו

ט"ז. בדיון בפנינו (ביום 16.1.12) חזרו העותרים על עיקר טענותיהם. הודגש, כי המשיב לא קיים את חובתו ליידע את המתלוננים על זכותם להגיש ערר על החלטת הממונה על המבט"ן, וכי כיום, בחלוף המועד הקבוע בחוק - סעד זה אינו רלבנטי. לעניין זה ציינו כי במכתב עוזרו הבכיר של היועץ המשפטי לממשלה מ-20.1.11 נאמר, כי התיק אינו מגדיר הליך השגה על החלטות הממונה על המבט"ן, ועם זאת השגות "אלה נבחנות ככלל על-ידי פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, להם כפופה הממונה על המבט"ן". רק מאוחר יותר, בדצמבר 2011, נאמר במכתבי הממונה (החדש) כי ניתן להגיש ערר. עוד נטען, כי העתירה מבקשת לקבוע את הפרשנות הנכונה לפקודה, ולא להתערב במדינות המשיב בכל הנוגע להעמדה לדין; ומכל מקום, גם אם יחול שינוי במדיניות בעתיד, יש להידרש אף לעבר, מנגד חזר בא כוח המשיב על תגובתו, וטען כי בפועל ידעו העותרים על זכותם להגיש ערר, והדבר הובהר להם במספר הזדמנויות. עוד נטען, כי מדובר בעתירה מאוחרת, שכן ההחלטה על שינוי המנגנון המשפטי (בזיקה לשינוי מיקומו המוסדי של המבט"ן) כבר התקבלה ונמצאת בשלבי היישום האחרונים. נאמר, כי היתה תקופה בה לא היה מבט"ן; אך יש לקוות כי הדברים יתנהלו בהמשך אחרת, וכי המערכת עוברת תהליך של "התבגרות" בנושא זה על פי הניסיון הנצבר, וכן ישנם מקרי העמדה לדין משמעותי. אוסיף כאן, כי במכתבי הממונה על המבט"ן עו"ד דן אלדרד מ-25.12.11 ו-1.1.12 שצורפו על-ידי המשיב

(מש/5 – מש/7) לתגובה בבג"צ 9061/11 נאמר בכולם "על החלטה זו נשל סגירת התיק – א"ר] ניתן להגיש ערר ליועץ המשפטי לממשלה באמצעותי".

הכרעה

הקדמה- מגמות ושיקולים מנחים

י"ז. אפתח ואזכיר, אף כי הדברים ידועים ברבים, כי כיהנתי כיועץ משפטי לממשלה מאז פברואר 1997, לרבות בתקופה שבה ניתן פסק הדין בעניין הועד הציבורי נגד עינויים, ועד 31.12.03. התיקים הספציפיים בהם עסקינן כולם מתקופה מאוחרת יותר (התלונות שבעתירות הוגשו בין השנים 2005-2010); אמנם בשנים האחרונות לכהונתי כיועץ משפטי הוגשו - למיטב זכרוני - מספר תלונות בתחום דנא, אשר נבדקו על ידי המכת"ן דאז, וכן על ידי מי שהיתה מנהלת המחלקה לתפקידים מיוחדים בפרקליטות המדינה וממונה על המכת"ן, והגיעו גם לשולחני, ודומני שלא כולן נסגרו, אף כי אין בידי הנתונים. איני רואה בכך מניעה לדון בעתירות המתייחסות ביסודן - הן במישור הנורמטיבי (פרשנות תיקון 2004 לחוק) והן במישור הפרטני - לאירועים שהתרחשו לאחר תום כהונתי. אזכיר כאן, כי סמוך לאחר מתן פסק הדין בעניין הועד הציבורי נגד עינויים בספטמבר 1999 פירסמתי (באוקטובר 1999) מסמך שכותרתו "חקירות שב"כ והגנת הצורך - מסגרת לשיקול דעת", ובו מאמץ ל"הדרכה עצמית", כלשון בית המשפט, לעניין חקירות ונקיטת אמצעי חקירה דרושים במקרי סכנה לפגיעה בחיי אדם, בבחינה שבדיעבד. זאת - תוך חיפוש "האיזון בין צרכי הביטחון לבין זכויות האדם וכבוד האדם, תוך התחשבות ברגישות הציבורית וברגישות האנושית"; ראו המסמך בנספח למאמרי "הביטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מ"ד (חשון תש"ס - אוקטובר 1999) 409; פורסם גם בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003, 263, 274); במקורו נוסף למסמך כרקע, מסמך בעניין הגנת הצורך שהכינה גב' נאוה בן-אור, מנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות, כתארה אז (כיום - שופטת בבית המשפט המחוזי).

י"ח. ועתה לנושא לגופו. במבט רחב, לפנינו נושא בהתפתחות, ואולי יאה לו מינוח המשיב "התבגרות", כמו רבים מהנושאים הקשורים בביטחון ובמשפט, בשאלות בטחוניות מול עולם הזכויות, וספציפית בשירות הביטחון הכללי. כפי שכתב השופט (בדימוס) זמיר:

"לפני ארבעים שנה קמה מדינת ישראל. בהכרזה על הקמת המדינה נאמר, כי היא 'תבטיח שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע

ומיין'. באותה שעה נלחמה ישראל על חירותה. מלחמה זו טרם נסתיימה. הסכנה לבטחון המדינה עדיין קיימת מבית ומבחוץ. מזה ארבעים שנה, ללא הפוגה, מתנהל המאבק על הבטחון. מאבק זה תובע מחיר. בין היתר הוא תובע את מחירו בזכויות-האדם... מלחמה – אמר פעם שופט אנגלי – אין מנהלים לפי העקרונות של המגנה קרטה" (יצחק זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים י"ט (תשמ"ט) 17).

וכפי שנודמן לי לכתוב:

"היחס בין שאלות בנושאי זכויות האדם לבין האתגר הביטחוני והצורך הביטחוני עתיד להישאר לאורך ימים על סדר-יומם של החברה הישראלית ובתי המשפט בישראל... יימשך איפוא המתח הטבוע שבין הביטחון לנושאי זכויות האדם. בית המשפט יבקש את האיזון שבין הביטחון לזכויות, כך שלא יינשא שמו של הביטחון לשווא אך הביטחון גם לא יופקר" ("על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", עיוני משפט כ"א (תשנ"ח) 21, 22; וראו גם נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג) 226; בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקאות ה'-ח').

י"ט. ובכן - מאבק בלתי פוסק על ביטחון ועל זכויות, זכויות מסוגים שונים ומצדדים שונים, זכויות לביטחון, זכויות נחקרים, ועוד כיוצא באלה ובאלה. עד אמצע שנות השמונים למאה הקודמת היה שירות הביטחון הכללי כמעט "מתחת למסך המכ"מ" של המערכת השיפוטית, "באיזור דמדומים". אין לכחד כי התרבות הארגונית שנגלתה בפרשת קו 300 ובוועדת לנדוי לא היתה ראויה. מסוף שנות השמונים לאחר פרשת קו 300 ועם פרסום המלצות ועדת לנדוי (בשנת 1987), ובהדרגה באופן הולך וגובר בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסיקות בית משפט זה, כמו בג"צ הועד הציבורי נגד עינויים, ולימים בהקשרים אחרים בחקיקת חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002, נדרשה מערכת הביטחון לעמוד במשימותיה תחת אור השמש והביקורת השיפוטית, בעידן חדש של שקיפות. בתקופה שלאחר פסק הדין בעניין הועד הציבורי נגד עינויים - שבא בעקבות חריגות של שב"כ מכוונותיה של ועדת לנדוי - נאלץ השב"כ להסתגל למצב החדש. על כך כתבתי:

"לאחר פסק הדין נקלעה המערכת לדילמה: מחד גיסא, השב"כ סבר כי משמעות פסק-הדין היא פגיעה קשה באפקטיביות של חקירותיו בתקופה שבה ממילא, נוכח ההסכמים עם הפלשתינים והנסיגות בשטח, הצטמצם כושרו בחקירות; לפיכך סבר כי יש מקום לחקיקה מסדירה. עמדה זו ראויה לבחינה. רבים סברו אחרת, וכן כי אין סיכוי לחקיקה אפקטיבית שתעמוד בפיסקת

ההגבלה. אחת הדילמות שבפנינו היא גם ההגנה לחוקר העושה את מלאכתו ביושר, שהרי אין הגנת הצורך, לפי פסק-הדין, 'חרב' אלא 'מגן בדיעבד'. כשלעצמי רואה אני חשיבות רבה כי כל פתרון בנושא יתקבל בקונסנסוס רחב ככל האפשר, שכן לדעתי אין מאתנו מבחינה ערכית מי שחרדתו לביטחון גדולה משל אחרים, וגם לא מי שחרדתו לזכויות גדולה משל אחרים... השאלות קשות כשאל, והן בחינת ריבוע העיגול... לבסוף, אחר כל הדברים הללו פרצו אירועי תשרי תשס"א (אוקטובר 2000) והתהליך האלים שבעקבותיהם, שחידדו מאוד את כל השאלות הללו שבין ביטחון לזכויות ועוד רבות אחרות" ("הביטחון והממשל: מגמות", מובא בנתיבי ממשל ומשפט, 273-274).

בסופו של יום לא נבחרה דרך החקיקה (אמנם נחקק - כאמור - חוק שירות הבטחון הכללי, אך הוא לא כלל התייחסות ספציפית לסוגית כללי החקירה המותרים) ומערכת הביטחון מצאה אפיקים ושיטות חקירה שבגדרי הדין חרף החששות שהועלו בתחילה (ראו בג"ץ 466/07 ח"כ גלאון - מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם), פסקה מ"ט, שם נדרשתי לעניין זה). גם במקרה דנא סבורני, כי חרף החשש מפני פגיעה מסוימת בתפקוד השב"כ וחוקריו, ואין צורך להכביר מלים על החיוניות שבפעולת החקירות של השב"כ שהוא כסיסמתו "מגן ולא יראה" (כיום יראה יותר) למדינה ולכל אזרחיה תושביה, עקב תלונות סרק ותלונות שקריות - אין מנוס מהתקדמות במנגנון הביקורת המשפטית ברוח העידן.

כ. בשעתו כתב פרופ' מנחם הופנונג, בספרו ישראל - בטחון המדינה מול שלטון החוק (תשס"א):

"מסך החול שכיסה במשך קרוב לארבעה עשורים על פעולות השירותים החשאיים הורם באופן חלקי עקב פרשת השב"כ וספיחיה. פרשה זו, אשר העמידה את פעולות שירותי הביטחון תחת זרקורי הביקורת והדיון הציבוריים, הבליטה במלוא החרירות את השאלה הערכית של שיקולי בטחון המדינה מול שיקולי שלטון החוק..."

"עוד בטרם שכנו הדי 'פרשת השב"כ', התפרסם דבר השימוש בעינויים בחקירתו של קצין צה"ל עיזאת נאפסו שנחשד בריגול בעת שירותו בלבנון. שתי הפרשות שהסעירו את הציבור הישראלי בשנים 1986-1987 הובילו למינויה של ועדת לנדוי לבדיקת שיטות החקירה של השב"כ. הטיפול התקשורתי הנרחב בפרשות ודו"ח הועדה הביאו להידוק הפיקוח על שירותי הביטחון. ועדת לנדוי הביאה לידיעת הציבור, באורח מוסמן, מידע אודות השימוש בעינויים בחקירות השב"כ,

והשימוש בעדויות השקר של חוקרי השב"כ בכתב- המשפט. הועדה דיווחה בדין-וחשבון שהגישה על הפסקת עדויות השקר ועל מינוי מבקר לשב"כ בפברואר 1987. הועדה המליצה על הרחבת הביקורת של מבקר- המדינה לביקורת יחידת החקירה של השב"כ, ועל הגשת דו"חות לוועדת-משנה מיוחדת של הועדה לביקורת המדינה של הכנסת. אירועי פרשת השב"כ וספיחיה זיעזעו את המערכות הפוליטית והמשפטית במדינת ישראל ויצרו איום חמור לקיום שלטון החוק, בפרט בתחום הבטחון. הזעזוע לא פסח גם על השב"כ... הפיקוח האזרחי שנתרופף והפגיעה בסדרי הממשל שנגרמה בפרשת השב"כ, הושבו במידה מסוימת על כנם בעקבות מינוי ועדת לנדוי... הפיקוח האזרחי על זרועות הצבא והשירותים החשאיים הוא עדיין רופף ומצוי בעיקר בידיה של הרשות המבצעת; אך דומה כי אירועי השנים האחרונות תרמו להידוקו של פיקוח זה יוצר מבכל תקופה אחרת בעבר" (שם עמ' 270, 276).

תהליך זה התקדם לעניין השב"כ מאז חקיקתו של חוק שירות הביטחון הכללי הכולל - בין היתר - מנגנוני פיקוח ושקיפות סטטוטורית על עבודת השירות בכלל (ראו סעיפים 12 ו-13 לחוק, אשר ממסדים פיקוח על ידי ועדת שרים, ועדה פרלמנטרית ומבקר פנימי). עינינו הרואות, כי אור השמש חדר אט אט למתקני השב"כ, ומה שלא ניתן היה להעלות על הדעת לפני שנות דור, כיום הוא בבחינת לגיטימי ומוכר; ראו בג"ץ 8102/03 ח"כ גלאון נ' שר הביטחון (לא פורסם) בעניין מתקן מעצר שמיקומו הגיאוגרפי היה סודי.

כ"א. טרם אתיחס לטענות הצדדים אדגיש, כי השאלה שבמוקד בעיני היא הטיפול הנכון בתלונות בהן עסקינן במובן הפרוצדורלי ובמובן המהותי. על הדלת להיות פתוחה, באופן ראוי, לבדיקת תלונות בתשומת לב: השב"כ כמובן אינו מעל לחוק ואינו חסין מביקורת; אך ברי כי יש גם מקום לסינון רלבנטי, מתוך התחשבות במאפייני עבודת השב"כ, ומבלי להיתמם, גם בחשש לתלונות שווא על רקע ניגוח פוליטי ואידיאולוגי, במאטריה בה עסקינן. הדרך לבדיקתן הנכונה של התלונות מתחילה בתרשומת אנשי השב"כ בזמן אמיתי, ובתרבות ארגונית של תיעוד. לשם כך יש גם תועלת עקרונית ממשית בקיומו של המבט"ן, כגורם מקצועי בודק. והוא משתלב בהוראות הדין הנותנות שיקול דעת ליועץ המשפטי לממשלה; מחד גיסא המבט"ן הוא אדם בעל מומחיות המתאימה לבחינת התלונות, העשוי להבטיח בדיקה מקדמית מקיפה וממצה, לצד שמירה על הסודיות הנדרשת להגנה על עבודת השב"כ ומניעת השיבוש בעבודתו, אשר עלול להיווצר בפתיחה אוטומטית בחקירה על ידי גוף חוקר מחוץ לשירות בכל מקרה של הגשת תלונה; ומאידך גיסא המבט"ן אינו חזות הכל, כפי שנראה

בהמשך, וחיוני לא רק הפיקוח עליו, אלא שקיפות ככל הניתן של פיקוח זה, תוך מענה מפורט ככל האפשר למתלוננים. אומר כבר כאן, כי ההחלטה להעביר את המבת"ן למשרד המשפטים ראויה וחשובה הן במהות, שהרי גם שיתכן כי יהא זה עובד שב"כ לשעבר, יידע מהו משימתו והיכן הוא ממוקם; והן במראית העין, שהביקורת לא תיעשה על-ידי מי ש"חב נאמנות מוסדית" לשב"כ. כשלעצמי סבורני גם, כי ראוי לשקול לעגן את המבת"ן והפיקוח עליו בחוק השב"כ. מבת"ן - איפוא - כן; אך במיקום מוסדי חדש, ושקיפות רבה יותר. אוסיף, כי את "ניתוק" המבת"ן מן השב"כ, כפרי הבשלה ותובנה "מתבגרת", ניתן לראות ערכית בדומה - במידה מסוימת - להקמתה של המחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש) במשרד המשפטים במסגרת התיקון מתשנ"ב לפקודת המשטרה. זאת - מתוך ההנחה כי ראוי שגוף לא יחקור את עצמו בטענות בדבר עבירות פליליות.

על פרשנות סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה

כ"ב. נעבור לבחינת המסגרת הנורמטיבית, והמישור העקרוני של טענות הצדדים; ובפרט השאלה אם - כשיטת המשיב - מורה סעיף 1ט49 כי רק מח"ש מוסמכת לחקור אנשי שב"כ, ורק לאחר החלטה פוזיטיבית של המשיב, או שמא - כשיטת העותרים - על תלונה נגד אנשי השב"כ חל הדין הרגיל, וכל שקובע הסעיף היא סמכות המשיב להורות על העברת חקירה מהמשטרה למח"ש. לשון אחרת, הצדדים נחלקים בשאלה האם הסעיף נועד ליצור מסלול נפרד וייחודי לבירור תלונות על אנשי שב"כ, או שמא נועד ליצור פונקציה ממיינת ב"ניצוחו" של המשיב, היועץ המשפטי לממשלה. למען נוחות הדיון נזכיר, כי התיבה הלשונית עליה חולקים הצדדים היא:

"עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בביצועה
במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו, תחקור בה
המחלקה, אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה"
(סעיף 1ט49 לפקודה, הדגשה הוספה).

הסיפה "אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה" הופיעה, ללא שינוי, בשני התיקונים הנזכרים ב-1994 ו-2004. תחילה אציין, כי נראה שלשון החוק סובלת את שני הפירושים המוצעים, ועל בסיס הלשון בלבד לא ניתן לשלול באורח חד משמעי אף לא אחד מהם. מזה ניתן לומר, כי חקירה תתקיים משהוגשה תלונה - אלא שהיועץ המשפטי יוכל להחליט מי החוקר; ומזה - כי חקירה תהיה אם יחליט עליה היועץ המשפטי. שני הצדדים מבקשים לאחוז בהיסטוריה החקיקתית של התיקונים כדי ללמוד על פרשנותה הנכונה של הפקודה כיום. העותרים ציטטו מדבריו של יושב ראש ועדת

חוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן הועדה), ח"כ דדי צוקר, עת הובא תיקון 1994 לקריאה שנייה ושלישית:

"אני רוצה להבהיר כאן דבר אחד שהועדה התחייבה שלא לקבוע אותו בחוק, אלא להבהיר אותו באופן מפורש, צלול וברור כאן במלאה. מה קורה במקרה שבו הוגשה תלונה והיועץ המשפטי או פרקליט המדינה... שהיא איננה עוברת למח"ש?... אני מבקש להבהיר, החובה לחקור המוטלת על המשטרה מכוח סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי, תעמוד בעינה. החוק הזה איננו בא להעניק ליועץ המשפטי לממשלה... סמכות למנוע חקירה בתלונה המעלה חשד נגד עובד שב"כ, ואין מטרתו של התיקון להרע את המצב הקיים. כלומר לא יוצר מצב שבו יחליט היועץ המשפטי שאין להפנות את התלונה לפרקליטות ולכן לא תיחקר הפעולה. אם הוא החליט... שאין התלונה נחקרת על ידי היחידה לחקירת שוטרים, יחולו הוראות סדר הדין ותיערך חקירה משטרתית כמקובל" (דיון בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 12), דברי הכנסת ל"ט, עמ' 7249 (1.2.1994) ההדגשה הוספה – א"ר).

דברים אלה תומכים על פניהם בעמדת העותרים: כשם שהיתה המשטרה מוסמכת לחקור תלונות נגד חוקרי שב"כ לפני תיקון 1994, כך היא ממשיכה להיות מוסמכת לעשות כן אחריו, וככל שמחליט המשיב כי התלונה לא תיחקר על ידי מח"ש, היא תיחקר על ידי המשטרה. דברים אלה מצטרפים לדברי ההסבר להצעת החוק "היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה יורו על העברת המקרים המתאימים לחקירת המחלקה" (הצעת התיקון, הצעות חוק תשנ"ג 304; ההדגשה הוספה – א"ר). כלומר, מכאן עולה לכאורה כי הסמכות שמקנה הסעיף למשיב היא סמכות להעביר תיקים מידי המשטרה לידי מח"ש. מאידך גיסא ניתן למצוא גם ביטויים אחרים מבית המחוקקים, התומכים באפשרות השניה; ראו למשל דברי ח"כ אלי גולדשמידט בעת הדיון בהצעת החוק:

"הצעת החוק הזאת מבטאת שמירה על הקו, שלעתים הוא קו דק, בין הצרכים של שלטון החוק לבין מקרים גבוליים, שבהם יש צורך לפעול בצורה מסוימת, שעה שפועלים לצורך ביטחון. זו הסיבה האמיתית והנכונה, ששיקול הדעת מתי להחליט לחקור אירוע כזה או אחר חייב להינתן לרשות הבכירה ביותר, והיא היועץ המשפטי לממשלה..." (הדיון בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 12), דברי הכנסת ל"ט, עמ' 7249; (1.2.1994) ההדגשה הוספה – א"ר).

כ"ג. המשיב טען, כי הדברים האמורים רלבנטיים לתיקון 1994 בלבד, ועל כן הביא מדבריו של ח"כ מיכאל איתן, בדיון שהתקיים בעת הבאת תיקון 2004 לכנסת:

"מה שקורה בהצעת החוק הנוכחית הוא שיש תחושה, גם בקרב גורמים בממשלה, לא רק בקרב הציבור, שיש יחסים של שיתוף פעולה הדוק מאוד בין המשטרה לבין שירות הביטחון הכללי בעבודתם היומיומית. על מנת שהחקירות יהיו עוד יותר אובייקטיביות, אנחנו אומרים: בואו נפעיל זאת על עובדי השב"כ, שלא יחקרו על-ידי המשטרה אלא יחקרו על-ידי אותה מח"ש. גם היום זה קיים, אלא שהיום זה קיים רק לגבי עבירות שעובדי שב"כ ביצעו תוך כדי חקירה או כלפי מי שנתון במעצר... המטרה של הצעת החוק שלנו היא להרחיב ולהביא תלונות... בכל מקרה שהחשוד, שהוא עובד שב"כ, ביצע את העבירה במסגרת מילוי תפקידו..." (דיון בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 18) תשס"ד-2004, ד"כ, ב', עמ' 5486 ; 28.6.04).

כשלעצמי איני מזהה בדברים אלה שינוי מהותי מן הגישה שנקטה בתיקון 1994. כל שעושה התיקון מ-2004 - גם לפי דבריו של ח"כ איתן - הוא הרחבת ההסדר שנקבע בתיקון 1994 כך שיחול על כל עובדי השב"כ, ולא רק לגבי חשד לעבירות שנעברו על ידי עובדי השב"כ תוך כדי חקירה. כאמור, הסיפה של סעיף 1ט49 - שפרשנותה היא העומדת ביסוד הליך זה - לא שונתה ("אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה").

כ"ד. ועם זאת אציין, כי תמיכה מסוימת לעמדת המשיב ניתן אולי למצוא בדברי ההסבר לתיקון 2004:

"בשל יחסי שיתוף הפעולה ההדוקים בין עובדי המשטרה לעובדי השב"כ... התעורר הצורך להעביר מהמשטרה לגוף אחר את הסמכות לחקור עבירות שעובדי שב"כ החשודים בביצוע... אף אם לא בוצעו במהלך חקירה... לפיכך מוצע לתקן את הסעיף... ולהרחיב את סמכותו של מח"ש לחקור כל עבירה שעובד השב"כ חשוד בביצוע... יובהר כי התיקונים המוצעים אינם מונעים מהמשטרה לחקור בעבירה לפני שנודע לה כי עובד שב"כ מעורב בביצועה" (דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 18) (חקירת עובדי שירות הביטחון הכללי בידי המחלקה לחקירת שוטרים), התשס"ד-2003, הצעות חוק, תשס"ד, 42 (הדגשה הוספה - א"ר).

ראשית, כאן, בניגוד לדברי ההסבר לתיקון 1994 שהוזכרו, מדובר ב"העברת סמכות להבדיל מ"העברת תיקים". שנית, מסיפת הדברים ("לפני שנודע לה כי עובד שב"כ מעורב"), ניתן אולי להסיק כי מן הרגע שנודע למשטרה שמדובר בתלונה נגד עובד שב"כ, עליה למשוך ידה ולהעביר את הטיפול בחקירה למח"ש; ובנושא תלונות נחקרים כמובן ידוע הדבר מעיקרא. ואולם, אף אם ניתן למצוא אינדיקציה פרשנית

לגישת המשיב בשתי נקודות אלה בדברי ההסבר לתיקון 2004, יש לזכור, כי לשון החוק עצמה משנת 1994 לא שונתה. ב-2004, ותכלית התיקון ב-1994 היתה ברורה.

כ"ה. נראה איפוא כי ככל שמדובר בהיסטוריה החקיקתית אין דברי העותרים מופרכים, גם אם יש "שכנגד". עם זאת ההיסטוריה החקיקתית אינה הכלי היחיד בארגז הכלים הפרשני. היא כלי עזר חשוב במלאכת הפרשנות, ונמנה אני על חסידיה המובהקים; אך כדברי השופט (כתארו אז) ברק בבג"ץ לאו"ד:

"בין המקורות אשר מותר לפנות אליהם לשם חיפוש ומציאת תכלית החקיקה נמנית גם ההיסטוריה החקיקתית בכלל וההיסטוריה הפרלמנטרית בפרט. עם זאת, אין לראות חזות הכול בהיסטוריה החקיקתית... המידע המתקבל ממנה על תכלית החקיקה צריך להשתלב במידע בדבר תכלית החקיקה הבאה מלשון החקיקה וממקורות אמינים אחרים, כגון מבנה החוק, מערך החקיקה והחזקות השונות בדבר תכלית החוק והגיונם של דברים" (בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 544).

מול האינדיקציה של ההיסטוריה החקיקתית עומדת תכלית ההסדר הנלמדת - בין היתר - מהאמור מעלה ומדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון 2004. התכלית העיקרית שביסוד שני התיקונים הייתה ונשארה שמירה על טוהר הליך החקירה. במצב אידיאלי אין סיבה, כי חקירה נגד עובדי שב"כ תיערך על ידי אנשי משטרה שאתם הם מצויים בקשרי עבודה; פרשנות המשיב, במובן זה, מגשימה לכאורה באופן מיטבי את תכלית ההסדר, מונעת מצב אפשרי של ניגוד עניינים, מראית העין ולזות שפתיים העלולה להתעורר מחקירת אנשי שב"כ על ידי אנשי המשטרה. כידוע, חקירות שעורך שב"כ ההופכות לתיק פלילי נגד הנחקרים מועברות למשטרה להמשך ולהשלמה, והגם שהמשטרה היא ארגון גדול ורב חוקרים, וניתן להעמיד בכל עת חוקרים שאינם קשורים לשב"כ, הקשיים האפשריים קיימים, כעולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק מתשס"ד-2003 (הצעות חוק תשס"ד, 42), המדברים על "יחסי שיתוף הפעולה ההדוקים בין המשטרה לעובדי השב"כ בעבודתם היומיומית". בנוסף, גם למראית העין חשיבות רבה, לשם יצירת האמון הנחוץ בציבורים שונים. אוסיף, כי בהשוואה להסדרים אחרים בהן הוטלה האחריות לפתח המשיב (ראו - כאמור - סעיף 17 לחוק יסוד: הממשלה וסעיף 12(א) לחוק יסוד השפיטה), ניתן אולי גם להסיק מעצם בחירת המחוקק לערב את המשיב - היועץ המשפטי - עצמו בהחלטה הנוגעת לתלונות כנגד עובדי שב"כ, כי מעורבותו בהחלטות מסוג זה כוללת שיקול דעת מהותי, וספק רב אם יש מקום לפרש את סמכותו כפונקציה ממיינת בלבד. 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.

כ"ו. ונוסיף מעבר לצורך, כי לטעמנו המחלוקת הפרשנית היא עיונית גרידא, ללא משמעות מעשית של ממש. גישה זו נובעת מנקודת המוצא לדיון הפרשני: ראשית, מבחינת הדין המהותי לעניין ההחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית במקרים של תלונה כנגד עובד שב"כ, חלים סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי והפסיקה לגביו (וראו פסקאות ט' וי"ג מעלה), גם אילו הנחנו שקיימת סמכות חקירה לשני הגופים, כטענת העותרים - כלומר ממילא בכל הנוגע לדין המהותי, העילה לפתיחה בחקירה, לסגירת התיק וכדומה, תהא זהות הגורם המחליט אשר תהא, מדובר באותו דין ובאותן הלכות; שנית, אין מחלוקת שגם לשיטת העותרים מוסמכת הפרקליטות לקבל החלטה לסגור תיק חקירה, וכן מוסמך היועץ המשפטי להעביר תיקים לחקירת מח"ש; במצב הנוכחי, ההחלטה האם לפתוח בחקירה מתקבלת על ידי גורם בכיר בפרקליטות המדינה לו הואצלה הסמכות, על פי אמות המידה הרגילות. אם מגיע הממונה על המבט"ן למסקנה, כי אין מקום לפתוח בחקירה, אין חשיבות לזהות הגוף החוקר. מנגד, אם מסקנת הממונה היא, כי יש מקום לפתוח בחקירה פלילית, וכך יחליט בעל הסמכות (כל עוד אין הממונה בעל סמכות), הנה לפי עמדת המשיב - כל המקרים יועברו לחקירת מח"ש. קשה להלום מקרה, בו יוחלט כי יש מקום לפתוח בחקירה פלילית, אולם המשיב לא יפעיל סמכותו ולא יורה למח"ש לפתוח בחקירה; ועל כן אין צורך אמיתי להיזקק לכגון דא. באותה אמת מידה יש לפרש, כי גם כאשר יוחלט על-ידי בעל הסמכות שלא לפתוח בחקירה פלילית, אין מקום ליצירת "מסלול עוקף" על-ידי פניה למשטרה.

כ"ז. אמור מעתה: הסמכות המהותית והאופרטיבית בנידון דידן בכל מקרה היא של המשיב. היה עלינו לומר דברים אלה, שהרי קשה לחלוק שהניסוח שיצא מלפני המחוקק אינו בהיר דיו והצריך פרשנות שיפוטית.

כ"ח. ועדיין עומדת השאלה, האם די בהחלטת הממונה על המבט"ן כדי לסגור תיק, בעוד שכדי לפתוח בחקירה יש צורך בהחלטת גורם אשר לו הואצלה סמכות היועץ המשפטי? כשלעצמי סבורני, כי כדי ליתן ביטוי מיטבי לכוונת המחוקק, תובא סגירת כל תלונה שיש לגביה המלצת סגירה על-ידי הממונה לפתחו של המשיב או מי מטעמו שנאצלה לו הסמכות לפתוח בחקירה, כך שהחלטת הסגירה תהא על דעת בעל הסמכות

לפתוח בה. אפשר גם לקבוע, ולטעמי כך ראוי, שהממונה על המכת"ן (הגורם המורה שלא לפתוח בחקירה פלילית) יוסמך גם להורות על פתיחה בחקירה (סמכות שהואצלה, כאמור, על-ידי המשיב, לפרקליט המדינה ומשניו). בנושא רגיש עסקינן, וראוי יותר, לאפשר לממונה על המכת"ן עצמו להורות על פתיחה בחקירה. כך, כאמור, נוכח רגישות הנושא ומתוך רצון להבטיח - ולוא רק משיקולי מראית העין - כי בכואו לבחון את התלונה ואת ממצאי המכת"ן מוסמך הממונה לקבל את כל קשת ההחלטות העשויות להיות רלבנטיות (סגירת התיק, פתיחה בחקירה, בדיקה משלימה ודומה). מצב בו הממונה על המכת"ן אינו מוסמך להורות על פתיחה בחקירה מציב משוכה שסבורני כי ראוי להימנע ממנה (שכן במקרה שבו הוא מוצא עילה לפתיחה בחקירה, נדרשת בדיקה נוספת על ידי הגורם המוסמך). לא בשמים היא, אף כי ערים לכך שהדבר טעון תיקון סעיף 149ט(ב) כדי להוסיף את הממונה לנאצלים; דבר זה טוב לדעתנו שייעשה בהקדם. באשר לזכות הערר, ככל שהחלטת סגירה - עד לתיקון חקיקה - תתקבל על דעת גורם המוסמך לפתוח בחקירה, יהא הערר כמובן לדרג שמעליו.

הלגיטימיות שבעריכת בדיקה מקדמית באמצעות המכת"ן

כ"ט. בית משפט זה נדרש בעבר לשאלות העקרוניות הכלליות הנוגעות לעצם הלגיטימיות שבבסיס מנגנון כגון המכת"ן; כלומר לשאלה אם לפרקליטות סמכות לערוך בדיקה מקדמית ואם, חרף לשונו הברורה לכאורה של סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי, לה שיקול דעת להורות מתי לא תיפתח חקירה פלילית. בית משפט זה הכריע בחיוב בשתי השאלות, כפי שיפורט.

ל. הזכרנו כבר, כי הסמכות לערוך בדיקה מקדמית לצורך החלטה אם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית היא חלק מתהליך קבלת ההחלטה בפרקליטות וכי אין פגם בעריכתה של בדיקה מקדמית. כפי שהטעימה השופטת (כתארה אז) שטרסברג-כהן:

"בין שאר תחומי פעולתו של היועץ המשפטי לממשלה, מופקד הוא על אכיפת החוק הפלילי ומוסמך להורות למשטרה על פתיחת חקירה פלילית... משבאה פנייה ליועץ המשפטי לממשלה או לפרקליטת המדינה, בה מועלים נגד מאן שהוא חשדות בדבר ביצוע עבירה פלילית, עומדות בפניהם מספר דרכי פעולה, שאחת מהן הנוגעת לענייננו, היא עריכת בדיקה, על מנת להחליט אם להורות על פתיחת חקירה משטרתית אם לאו. מתן הוראה כזו, בדומה למתן הוראה על הגשת כתב אישום, הוא עניין שבשיקול דעת... שיקול הדעת הוא רחב ביותר וההתערבות השיפוטית בו היא מצומצמת ונעשית במקרים נדירים... בדיקה כזו היא חלק מתהליך קבלת ההחלטה אותה מוסמכת הפרקליטות לקבל...

הפרקליטות מעורבת בחקירות משטרתיות פליליות ולעיתים היא מלווה אותן והאחריות להחליט אם קיים חשד לביצוע עבירה ועל מי נופל חשד זה ולהורות על פתיחת חקירה בהתאם, רובצת עליה. כאמור, לא ניתן לקבוע קריטריונים לעניין היקף, אופי וטיב הבדיקה ויש להשאיר עניין זה לשיקול דעת הפרקליטות, כשכל מקרה נדון לגופו על-פי נסיבותיו" (בג"ץ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (הנזכר, פסקאות 3-4) (הדגשות הוספו - א"ר).

פסיקה זו לא חידשה, כעולה מן ההחלטה בבקשה לדיון נוסף שהוגשה בעקבותיה (ראו דנג"ץ 1396/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם)), פסקה 6 להחלטתו של השופט מצא), מעבר למצב שהיה קיים גם קודם לכן.

ל"א. כך גם בעניין הסמכות להורות כי לא תיפתח חקירה פלילית נקבע, שאין לחייב את הרשויות בפתיחת חקירה "אוטומטית" בעקבות תלונה המעלה חשדות למעשי פשע (ראו בג"ץ 1113/07 צדוק נ' ראש א"ח"מ (לא פורסם), פסקאות 24-25 לפסק דינו של השופט ג'ובראן והאסמכתאות שם; בג"צ 3292/07 עדאלה נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם), פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). כפי שהטעים השופט (כתארו אז) מצא בדנג"ץ 7516/03 בעניין אי-פתיחת חקירה כנגד קצין משטרה בכיר:

"סעיף 59 רישא מצווה, כי אם נודע למשטרה [ולענייננו - לפרקליטות] על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה. ואולם, השאלה העיקרית לעניין זה היא אם אכן נודע למשטרה על ביצוע עבירה. תשובה חיובית על שאלה זו מחייבת קיומה של תשתית ראייתית ברמה המצדיקה פתיחה בחקירה... משמעות החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בענייננו, אפוא, איננה כי החקירה לא תיפתח חרף ידיעתה של הפרקליטות על ביצוע עבירות, אלא כי התשתית הראייתית הקיימת אינה מקימה ידיעה כזו, וממילא אין תחולה לסעיף 59" (דנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם), ההדגשות במקור - א"ר).

כלומר, החובה לפתוח בחקירה מותנית בקיומה של תשתית ראייתית המצדיקה זאת "ופשיטא כי טענות המתלונן, אם אינן מגובות בתשתית כזו, עשויות שלא להספיק לשם כך" (שם, ההדגשה הוספה - א"ר). נמצא, כי החובה להורות על פתיחה בחקירה אכן אינה אוטומטית, וקיימת סמכות לעריכת בדיקה מקדמית. על רקע תשתית חוקית זו נבחן את המנגנון שהופעל בנידון דידן.

ל"ב. ובכל זאת, את מנגנון הבדיקה המקדמית באמצעות המכת"ן יש לבחון הן לגופו והן במבחן התוצאה - כיון שמעולם לא הביא לפתיחה בחקירה פלילית. בית משפט זה נדרש בעבר למנגנון האמור, ובחן את תוקפה המינהלי של הבדיקה המקדמית באמצעות המכת"ן, אם כי לא התייחס קונקרטי למוסד המכת"ן, אלא קבע שהבדיקה המקדמית שנערכה (באותו מקרה על ידי המכת"ן) איננה בלתי סבירה בנסיבות העניין (בתלונות דומות למקרה בו עסקינן). כפי שהטעים הנשיא (כתארו אז) ברק בעניין המוקד להגנת הפרט שנזכר מעלה:

"אכן, המשיבים אינם יכולים להתעלם כליל מתלונותיהם של העותרים. על המשיבים לבחון התלונה המגיעה אליהם, ולנמק את החלטתם בעניין לאחר שהפעילו את שיקול דעתם (השוו: ע"א 1678/01 מדינת ישראל ואח' נ' וויס (טרם פורסם), פסקה 13 לפסק הדין). את החלטתם חייבים המשיבים לקבל לפי עקרונות המשפט המינהלי ולפעול בתום-לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות (בג"ץ 935/89 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 508-507). עם זאת, שיקול הדעת המוקנה למשיבים בעניין פתיחת חקירה פלילית – רחב הוא... בענייננו, לא מצאנו מקום להתערב בשיקול דעתם זה של המשיבים. הליך קבלת ההחלטה אצל המשיבים, שלא לפתוח בחקירה פלילית, היה תקין... החלטתם התקבלה לאחר הבדיקה שערכו בנושא, שעיקר ממצאיה פורטו לעיל. ההחלטה מעוגנת בתשתית העובדתית שנאספה... בנסיבות העניין החלטתם של המשיבים אינה בלתי סבירה; העותרים תוקפים גם את היקף הבדיקה המקדמית שעשו המשיבים כדי לבסס את החלטתם. אכן, קשה לקבוע קריטריונים להיקף וטיב הבדיקה. יסודיות הבדיקה תיגזר משיקולים שונים המשתנים בנסיבותיו של כל מקרה... מובן, כי אמינות התלונה היא שיקול רלוואנטי לעניין זה" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 9-10).

העותרים טענו, כי החלטה זו שבמסגרתה אושרה למעשה בדיקה מקדמית על ידי המכת"ן אינה מייתרת את העתירות דנן, שכן לעת ההיא לא עמדו בפני בית המשפט הנתונים שהוצגו מעלה, ולא נדונו השאלות המשפטיות והעקרוניות כבודות המשקל העולות במסגרת הדיון הנוכחי. סבורני, כפי שנאמר ביתר פירוט למעלה, כי גם אם יש טעם בדברים אלה, הם אינם פוגמים בקיומה העקרוני של הסמכות לערוך בדיקה מקדמית כדי להחליט אם לפתוח בחקירה פלילית ובלגיטימיות שלה. עוד אזכיר בהקשר זה, כי בבג"ץ 6138/10 (הנזכר מעלה ובו לקחה חלק העותרת 4 בבג"ץ 1265/11) ציין השופט פוגלמן, כי יש להמתין להשלמת השינויים במבנה המכת"ן בטרם ניתן יהיה לעתור כנגד הנהלים הקיימים או לבקש סעד לקביעת נוהל כללי חדש (שם, פסקה 5).

השיקולים בבסיס בדיקת המבת"ן

ל"ג. נוכח הסמכות העקרונית לערוך בדיקה מקדמית, ונוכח הצורך בתשתית ראייתית מתאימה כדי להצדיק פתיחה בחקירה פלילית, דומני בסיכומי של יום, כי במישור העקרוני מנגנון המבת"ן והממונה עליו (וכבר ציינתי כי ראוי שיהיה זה דרג המוסמך לפעול מכוח סעיף 1ט49, ולכן כי ראוי להאציל לו גם סמכות לפתוח בחקירה) מהוה איזון ראוי בין האינטרסים הרלבנטיים; הכל, כמובן, בכפוף להשלמת התהליך של ניתוק המבת"ן משב"כ והפיכתו לאיש משרד המשפטים (מעמדו ככזה יובהר גם מול מתלוננים), ומטבע הדברים שערי הביקורת השיפוטית לא יינעלו גם בעתיד. יטען הטוען, מחד גיסא, מדוע לא תתברר תלונת נחקר שב"כ בדבר עינויים באותו אופן בו מתבררת תלונתו של כל מתלונן אחר על אלימות שהופעלה כנגדו על ידי הזולת, אם גם בבדיקה על-ידי איש מח"ש, והוא הדין לעריכת בדיקה מקדמית בתלונות אלה על-ידי אנשי הפרקליטות הפלילית? והרי בדיקה לכאורה זו שלא תחת "אור השמש המחטא", על ידי אדם (המבת"ן) שזהותו עלומה לציבור ובמצב הקיים אף חסויה לפי חוק השב"כ, בהיותו חלק ממנו, שממצאי בירורו סודיים?

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 (ראו סעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי; בש"פ 8950/09 עטאר נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בש"פ 9718/09 כבהה נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). 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.

ל"ה. באופן כללי נראה, כפי שגם עלה בדיון בפנינו, כי המדינה ערה לצורך הקיים בבחינת מנגנוני הביקורת במקרה וזה ובמקרים אחרים, כך שגלגלי השינוי ואותה "התבגרות" נעים (ראו, למשל, החלטת הממשלה על הקמת ועדת השופט טירקל

לבדיקת אירוע המשט מיום 31.5.10, סעיף 5: "כמו כן תבחן הועדה את השאלה האם מנגנון הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני המלחמה, הנוהג בישראל באופן כללי, וכפי שמיושם ביחס לאירוע הנוכחי, תואם את חובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי". נזדמן לי לומר לאחרונה בעתירה בעניין התאמת חקיקת החירום במדינה לעת הנוכחית:

"ישראל היא מדינה נורמלית שאינה נורמלית; היא נורמלית, כי היא דמוקרטיה פעילה שזכויות היסוד בה, ובהן בחירות חופשיות, חופש ביטוי, עצמאות בתי משפט וגם הייעוץ המשפטי - נשמרות. היא ממלאת ביסודם את יעודיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. היא אינה נורמלית, כי טרם הוסרו איומים מעל קיומה, מדינה דמוקרטית יחידה המצויה תחת איום כזה, וגם טרם הוסדרו כראוי יחסיה עם שכניה, חרף הסכמי שלום עם מצרים וירדן והסכמים מסוימים עם הפלסטינאים, והמאבק בטרור נמשך, וכנראה יימשך בעתיד הנראה לעין. עדיין איננו יושבים איש תחת גפנו ואיש תחת תאנתו..."

האתגר הוא עיצוב מערכת חוק, גם בנושא זה, המתמודדת עם הפן הנורמלי והפן הלא נורמלי כאחת. יעד זה הוא בר השגה; לא בשמים היא" (בג"צ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (לא פורסם), פסקה י"ח).

בנסיבות אלה, ועם השינוי המבני בזהותו המוסדית של המבט"ן, סבורני כי מנגנון בדיקת תלונות הנחקרים בשב"כ פועל בגדרי הדין, וסביר לגופו של עניין. עם זאת ובאותה נשימה, נזכיר, כי על החלטות הממונה על המבט"ן ניתן לערור למשיב - זכות שמקבל ההחלטה על סגירת התיק חייב ליידע עליה באופן פורמלי וברור, דבר שלא אירע עד לשלהי 2011, והיה כנראה שרוי באי בהירות אצל הגורמים הממסדיים. ההחלטות נתונות לביקורת שיפוטית המאפשרת לבית משפט זה, במקרים שיובאו בפניו, להתרשם ישירות ממנגנון הבדיקה כפי שיתפתח. הנתונים העובדתיים שעלו אומרים מטבעם דרשני, והשלב ה"אבולוציוני" הנוכחי משמיע יתר שקיפות. דומני שניתן לצאת מן הנחה, כי השב"כ הפיק את לקחי התרבות הארגונית הלא ראויה שנהגה בתקופה קודמת; ואולם אין שום גוף חסין ממשגים וממעידות. ישנו גם חשש המדרון החלקלק; ראו בגדרי המשפט העברי רשימתי "על סכנת המדרון החלקלק" פרשת השבוע (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה - עורכים), שמות 282, 286-288; נתיבי ממשל ומשפט, 160. על המשיב - הבוחן, בין היתר, את העררים המוגשים על ההחלטות שלא לפתוח בחקירה פלילית בגין תלונות אלה - לרדת לעומקם של הדברים ולמנוע כל פירצה, במיוחד בסוגיה רגישה זו, ולשם השקיפות יש מקום לשקול לעגן את המבט"ן

בדין. וכמובן, על כל אלה מתוספת הביקורת השיפוטית, האמורה לפקוח עין כמקובל דרך קבע בעתירות עצורים מינהליים, למשל, ובהקשר אחר - גדר הביטחון.

ל"ו. בהרצאה זה לא כבר על "ישראל - הביטחון והמשפט: מבט אישי" (אוניברסיטת בר אילן, ט' בכסליו תשע"ב-5.12.11) נודמן לי לומר לעניין עתירות עצורים מינהליים:

"עצורים מינהליים עותרים תדיר לבג"צ, לאחר שעברו שתי ערכאות של בתי משפט צבאיים; העתירות נשמעות בתוך ימים או שבועות בפני שלושה שופטים. אין לכך אח ורע בתבל, דומני; ואנו בודקים במעמד צד אחד את החומר המודיעיני, כולל עיון בחומר גולמי לפי הצורך, ומנהלים שיג ושיח עם גורמי הביטחון. אכן, במרבית המקרים הללו איננו מתערבים ולא נכתבים פסקי דין מלומדים, אך לא מעטים המקרים שבהם עמדנו בדיון החסוי מובאת בפני גורמי הביטחון לשם הקלה, ויש לה תוצאות בהמשך... דווקא במדינה שבה תקנות ההגנה המנדטוריות מ-1945 טרם בוטלו בצוק העתים, חרף מקורן הלא טהור, במיוחד בימי מאבקנו לעצמאות, מוצדקת מעורבות שיפוטית בכגון אלה".

ראו לאחרונה גם בג"ץ 3267/12 חלאחלה נ' המפקד הצבאי לאיו"ש (לא פורסם) והאסמכתאות שם. סבורני, כי לדברים אלה קרבה לסוגיה בה עסקינן. השמירה על שלטון החוק היא משימה משותפת - ומלאכה משותפת - לכל רשויות המדינה, גם בהקשר האיזון העדין שבין ביטחון וזכויות. עלינו כמדינה, כרשויות אכיפה ותביעה וכרשות שופטת לבדוק ללא הרף את מעשינו ואת מחויבותנו להגן על ערכי היסוד הדמוקרטיים בביקורת עצמית מפוכחת ופוקחת.

ל"ז. הסיכום הוא איפוא, כי אין פסול בקיומו של מנגנון המבט"ן - במשרד המשפטים; כי ראוי שהממונה על המבט"ן יבדוק כל תלונה ויוסמך בחוק לא רק לסגור את התיק אלא גם לפתוח בחקירה (באצילת סמכות). החלטת הסגירה תהא על דעת בעל הסמכות; הודעה על זכות ערר כדין תימסר בכל תיק; וכמובן לא ננעלו שערי ביקורת שיפוטית.

מישור התלונות הקונקרטי

ל"ח. ואשר בנוגע לטענותיהם של העותרים לעניין החקירות הספציפיות, סבורני, הן בהתחשב בטענת המשיב לאי-מיצוי הליכים (שכן לא הוגשו עררים), והן בהתחשב

בכירור העובדתי והפרטני הנדרש, ובטענות העותרים לגבי אי-העמדתם על זכותם לערוך בצורה פורמלית וברורה, כי פתרון ראוי הוא הארכת המועד להגשת עררים.

ל"ט. על פי סעיף 65 לחוק סדר הדין הפלילי, ערר יוגש "תוך שלושים ימים לאחר שנמסרה למתלונן ההודעה לפי סעיף 63, אולם רשאי בעל הסמכות להחליט בערר כאמור בסעיף 64 להאריך את המועד להגשת הערר". משכך פני הדברים יודיע המשיב בתוך 30 יום (ימי פגרה במניין) אם נכון הוא לאפשר ערר על החלטות הממונה, וזאת לגבי - החלטות הממונה על המבת"ן בעניינם של העותרים, ככל שלא כללו הודעה על הזכות לערוך. במסגרת תשובתו יידרש המשיב גם לעדכון באשר להעברת המבת"ן למשרד המשפטים; נציין, כי הסדרת נושא זה חיונית בעינינו, ועשויה להצדיק כשלעצמה עתירה ככל שטרם הסתיימה או לא תסתיים במועד קרוב. ככל שייענה המשיב למוצע, ויוגשו עררים על-ידי העותרים, חזקה כי בחינת העררים תיעשה ברוח המפורט מעלה.

סיכומם של דברים

מ. בפסק דין חלקי זה תם טיפולנו בראש העקרוני של העתירה. הנושא הפרטני יטופל במתווה האמור בפסקאות ל"ח-ל"ט.

ש ו פ ט

הנשיא א' גרוניס:

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופט ע' פוגלמן:

1. מקובלות עלי מסקנותיו של חברי השופט א' רובינשטיין בפסק דינו החלקי, ואני מסכים למתווה המוצע בו לבחינת טענותיהם הפרטניות של העותרים. מצטרף אני גם להערותיו המוסדיות של חברי, ביחס לצורך לעגן בחקיקה ראשית את סמכויות המבת"ן והממונה על המבת"ן, ובדבר חשיבות העברת המבת"ן למשרד המשפטים. אדגיש כי לשינוי מוסדי זה משקל מכריע מבחינתי. ככל שיתברר כי השינוי לא יוצא מהכח אל הפועל, תהיה זו עילה לחידוש הדיון, כפי שמציין גם חברי.

2. מבקש אני להתייחס בתמצית למחלוקת בין העותרים לבין המשיב ביחס לפרשנות סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה), ובפרט – לשאלה אם הסמכות המסורה למחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש) לפתוח בחקירה ביחס לעבירה שעובד שירות הביטחון חשוד בביצועה במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו, היא סמכות ייחודית (שהפעלתה מותנית באישור היועץ המשפטי לממשלה), המוציאה את סמכות החובה של המשטרה לחקור כאשר נודע לה על ביצוע עבירה לפי סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החט"ד9). להשקפתי יש לפרש את הסעיף באופן שמקנה למח"ש סמכות ייחודית לחקור עבירה שבה חשוד עובד שירות הביטחון הכללי. מסקנה זו נתמכת במבנה החקיקתי של פרק ד'2 לפקודת המשטרה שעניינו "חקירת עבירות שוטרים ועובדי שירות הבטחון הכללי". סעיף 49ט לפקודת המשטרה – שכותרת השוליים שלו היא "סמכות חקירה" – קובע כי למח"ש סמכות ייחודית לחקור עבירות (המנויות בתוספת) שבביצוען חשוד שוטר. את סעיף 49ט1, שהינו בבחינת הוראה פרטנית המתייחסת – כלשון כותרת השוליים שלו – ל"חקירת עובדי שירות הבטחון הכללי" ומחיל חלק מהוראותיו של סעיף 49ט, בשינויים המחויבים, גם על ההסדר הנוגע לעובדי שירות הביטחון הכללי, יש לפרש באותו מתווה. אכן, אמירות מסוימות במסגרת ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף תומכות בפרשנות העותרים (ראו פסקה כ"ב לפסק-דינו של חברי). דא עקא, שזהו רכיב אחד בלבד בתהליך הפרשני. בבואנו לגבש את התכלית הסופית של דבר החקיקה (כמפורט בפסקה כ"ה לפסק-דינו של חברי), מתחייבת קביעה פוזיטיבית שלפיה הסמכות הייחודית לחקור "עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בביצועה במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו" נתונה למחלקה לחקירות שוטרים, ומותנית בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה (או מי שהואצלה לו סמכות כדין). יודגש, כפי שציין גם חברי, כי אמות המידה המהותיות שלפיהן תתקבל ההחלטה על פתיחה בחקירה לפי סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה, זהות לאמות המידה שעל בסיסן מתקבלת במשטרה החלטה אם לפתוח בחקירה לפי סעיף 59 לחסד"פ (ראו דנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 12.2.2004); בג"ץ 1113/07 צדוק נ' ראש אה"מ – משטרת ישראל, פסקאות 24-26 (לא פורסם, 1.9.2008)). ההבדל היחידי הוא בזהות המוסדית של הגורם החוקר (המחלקה לחקירות שוטרים) ושל מקבל ההחלטה בדבר פתיחת חקירה (היועץ המשפטי). בעניין אחרון זה, מצטרף אני להערתו של חברי כי ראוי שגם ההחלטה שלא לפתוח בחקירה תהיה על דעת בעל הסמכות לפתוח בה (פסקה כ"ז לפסק-דינו). בכפוף להערותינו, ובכפוף להשלמת תהליך העברת המבת"ן למשרד המשפטים, מצאתי כי המנגנון שקבע היועץ המשפטי

לממשלה לבחינת הפעלת הסמכות לפי סעיף 49ט'1 לפקודת המשטרה אינו חורג מהוראות הדין.

3. בצד האמור אוסיף כי לא נעלמה מעיניי טענתם הכללית של העותרים – שלא נסתרה – כי ככלל מנגנון הבחינה המקדמית באמצעות המבת"ן לא מביא בפועל לפתיחה בחקירה פלילית, על אף מספר רב של תלונות שהוגשו במסגרתו. נתון זה מצדיק בחינת הליך קבלת ההחלטות לגופו. בחינה כזו ראוי שתיערך על רקע תשתית עובדתית קונקרטית, לאחר מיצוי הליכים במתווה שאותו הציע חברי בפסקאות ל"ח-ל"ט לפסק-דינו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ח באב התשע"ב (6.8.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א