

1. "המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה
זלצברגר", ע.ר.

2. ארגון "יש דין – מתנדבים למען זכויות אדם", ע.ר.
58-0442622

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או
אבישר לב ו/או אמילי שפר ו/או עידו תמרי ו/או כרמל
פומרנץ, כולם מרח' יהודה הלוי 45, 65157; טל: 03-
6206947/8/9, פקס: 03-6206950

-- נגד --

1. מפקד המשטרה הצבאית החוקרת

2. הפרקליט הצבאי הראשי

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם,
באם יחפצו:

א) מדוע לא ייקבע כי הגשת תביעה נגד המדינה אינה יוצרת מחסום מפני עיון בחומר חקירה
שנאסף במשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח), וכפועל יוצא:

1. מדוע לא יבוטלו סעיפים 10 (ד) ו-1 (ה) לנוהל "טיפול בבקשת גורם חיצוני לעיון
בחומר חקירה שנאסף ע"י מצ"ח" (להלן: "הנוהל"), למעט לגבי הליך משפטי
פלילי המתנהל בנוגע לאירוע אשר נחקר ואשר העיון לגביו מתבקש;
2. מדוע לא יורו על שינוי ס' 11 ו-12 לנוהל בדרך שתוחרג מהם הפרקליטות
האזרחית;
3. מדוע לא תוחרג הפרקליטות האזרחית מרשימת הגורמים המעורבים בבחינת
בקשה לעיון בחומרי חקירה, המוזכרת בסעיף 31 לנוהל;

ב) מדוע לא ישונו לוחות הזמנים הקבועים בסעיפים 29-32 בנוהל, ללוחות זמנים אשר מאפשרים לנפגעי עבירות לממש את זכויותיהם באופן אפקטיבי, וזאת על-ידי קביעה כי יש לאפשר עיון בחומר חקירת מצ"ח בתוך 30 ימים מיום הגשת הבקשה לעיון ;

ג) ומדוע לא ייקבע בנוהל כי הגורם המוסמך להחליט בערר על החלטת מצ"ח בנוגע להעברת חומר החקירה לפי הנוהל, הינו הפרקליט הצבאי הראשי, או גורם אחר בפרקליטות הצבאית אשר יוסמך על ידו, שאינו חלק מהתביעה הצבאית.

I. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו הוא נוהל חדש שהתקבל בצה"ל הפוגע באופן חמור בזכותם של קורבנות עבירה אשר הגישו תלונה למשטרה הצבאית החוקרת (להלן: מצ"ח) לעיין בתיקי החקירה לאחר שאלה נסגרו. עיון כאמור נדרש בראש ובראשונה על מנת לשקול באופן מושכל אפשרות להגשת ערר על ההחלטה לסגור את התיק שנפתח בעקבות תלונתם, וכן בכדי לעמוד על תקינות הליכי החקירה שנוהלו בעניינם.

2. הנוהל חדש המסדיר את אפשרות העיון בתיקי חקירה של המשטרה הצבאית החוקרת, הוא "נוהל טיפול בבקשת גורם חיצוני לעיין בחומר חקירה שנאסף על ידי מצ"ח" (להלן: "הנוהל"), הותקן לאור התחייבות המשיבים בבג"צ 4194/08 אלורדיאן ואח' נ' מפקד המשטרה הצבאית החוקרת ואח' (להלן: בג"צ אלורדיאן). בנוהל נקבעו הסדרים שונים לגבי היענות או סירוב לבקשת עיון בתיקי החקירה. בעתירה זו יטען כי ההסדרים הקבועים בנוהל החדש מגבילים באופן בלתי סביר את זכות העיון של נפגעי העבירה, וכי חלק מהוראות הנוהל הינן בלתי סבירות באורח קיצוני עד כדי ריקון זכות העיון מתוכן.

II. רקע עובדתי

א. הצדדים לעתירה

3. העותר מס' 1, המוקד להגנת הפרט (להלן: המוקד), הוא ארגון זכויות אדם ישראלי הפועל לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים. בין היתר מייצג המוקד תושבים פלסטינים שנפלו קורבן למעשי אלימות מצד כוחות הביטחון. המוקד מלווה בשם ועבור לקוחותיו את החקירות של מצ"ח בתלונות שהוגשו על-ידו ונעזר בזכות העיון כדי לבחון הגשת עררים. במקרים המתאימים עורכי-דין מטעם המוקד מגישים תביעות נזיקיות בשם הקרבנות הפלסטיניים בבתי המשפט בישראל.

4. העותרת מס' 2, עמותת "יש דין" – מתנדבים לזכויות אדם, ע.ר. (להלן: "יש דין") הינה המסגרת המשפטית לפעילותו של ארגון זכויות האדם הישראלי אשר הוקם במטרה לחזק, לבצר ולהגן על זכויות האדם של תושבים מוגנים בשטחים שנכבשו ע"י מדינת ישראל, וזאת בין היתר באמצעות קידום והעצמה של הליכי אכיפת החוק המתנהלים בגדה המערבית בנוגע לעבירות המבוצעות לכאורה נגד תושבים פלסטינים ע"י ישראלים – אזרחים ואנשי כוחות הביטחון כאחד. במסגרת עבודתו עוקב "יש דין" אחרי מאות תלונות המוגשות במצ"ח, בתחנות ומרחבי המשטרה במחוז ש"י ובמח"ש, ומלווה את הקורבנות בכל שלבי ההליך הפלילי שנפתח בעקבות תלונותיהם.

5. הצוות המשפטי של "יש דין", המייצג את קורבנות העבירות שאת חקירתן מלווה הארגון, בוחן דרך קבע את תיקי החקירה שנסגרו ללא הגשת כתב אישום. במקרים בהם מוצא הצוות המשפטי כי תיקי חקירה נסגרו בטרם מוצתה החקירה, או נסגרו ללא הגשת כתב אישום על אף שבתיק החקירה מצויות, להבנתו, ראיות מספיקות להעמדת חשודים לדין, מגיש "יש דין" בשם המתלוננים ערר על החלטות הסגירה.

6. נכון לחודש מאי השנה, ביקשו קורבנות העבירה אותם מלווה הארגון, באמצעות הצוות המשפטי של "יש דין", לעיין בכ-60 תיקי חקירה של מצ"ח שנסגרו ללא הגשת כתב אישום. בעקבות העיון בתיקים אלה, הגיש הארגון 5 עררים לפרקליטות הצבאית. אחד מהעררים נדחה, והיתר עודם תלויים ועומדים.

7. המשיב מס' 1 הוא מפקד מצ"ח, המופקד על חקירת ארועים המעוררים חשד לעבירות פליליות שבוצעו לכאורה על ידי חיילי צה"ל.

8. המשיב מס' 2 הוא הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר), הוא העומד בראש מערכת התביעה הצבאית, ובמסגרת זו הוא אמון על קביעת הנהלים לפיהם עובדת מצ"ח, ולמיטב ידיעתנו גם על הוצאת הנוהל נשוא עתירה זו.

ב. הפרקטיקה שקדמה להתקנת הנוהל

9. רבות נכתב ונאמר על מדיניות החקירות של צה"ל לגבי תלונות על עבירות לכאורה שבוצעו על-ידי חיילים בשטחים הכבושים. הנושא הינו סוגייה שעומדת במרכזו של פולמוס ציבורי נרחב, במוקד דוחות של ארגוני זכויות אדם, ואף במנדט של ועדה ציבורית שמונתה ע"י ממשלת ישראל (ועדת טירקל לחקר המשט הוסמכה לחקור ולהמליץ בסוגייה). כמו-כן, הליכים רבים בבתי המשפט, לרבות בית המשפט הנכבד, עוסקים אף הם בסוגיות הנוגעות למדיניות החקירות של צה"ל.

10. כך למשל, מחקרה של העותרת מס' 2 מצא כשלים בכל שלבי הטיפול של מערכות אכיפת החוק הצה"ליות בתלונותיהם של מתלוננים פלסטינים על פגיעה לכאורה בזכויותיהם מצד חיילי צה"ל. המחקר אף גילה קיומם של מכשולים שונים המסכלים טיפול נאות בתלונתו של מתלונן - החל מקשיים בהגשת התלונה עצמה, במסירת הודעה למצ"ח ובפתיחה בחקירת מצ"ח, ועד למיעוט כתבי האישום ולרמת הענישה הנמוכה. ראו בעניין זה דוחות העותרת מס' 2 :

א. חקירת עברות פליליות של חיילי צה"ל בשטחים הכבושים, נתוני השנים 2007 - 2000, דף נתונים שפרסם "יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם" בתאריך 18.12.2007.

ב. "חריגים - העמדה לדין של חיילי צה"ל באינתיפאדה השנייה ולאחריה 2007 - 2000", דו"ח מקיף שפרסם "יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם", בתאריך 25.12.2008.

ג. "חקירת עבירות פליליות של חיילי צה"ל נגד פלסטינים ורכושם: מדד היחידות 2006-2007", דף נתונים שפרסם "יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם" בחודש אפריל, 2008.

ד. "חקירת עבירות פליליות של חיילי צה"ל בשטחים הכבושים: הגשת כתבי אישום 2000-2007", דף נתונים שפרסם "יש דין" ארגון מתנדבים לזכויות אדם" ביולי 2008.

ה. "חקירת עברות פליליות של חיילי צה"ל נגד פלסטינים ורכושם - נתונים בדבר פעילות הפרקליטות לעניינים מבצעיים", דף נתונים שפרסם "יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם" באוקטובר 2009.

ו. "חקירת עברות פליליות של חיילי צה"ל נגד פלסטינים ורכושם - נתוני השנים 2009-2000", דף נתונים שפרסם "יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם" בתאריך 4.2.2010.

11. עתירה זו עוסקת אך ורק בנושא אחד וממוקד משלל הכשלים הנוגעים לזכויות נפגעי עבירה הנידונים בדוחות המוזכרים לעיל, והוא זכותם של נפגעי עבירה לעיין בתיקי החקירה שנפתחו עקב תלונותיהם למצ"ח, ונסגרו ללא הגשת כתב אישום.

12. עם-זאת יודגש, כי העיון בתיקי החקירה הוא שמאפשר התחקות אחר כשלים אחרים, עמידה על הליקויים ותיקונם.

13. בעבר, העיון בתיקי חקירה שנסגרו התאפשר לקורבנות עבירה ללא נוהל כתוב המסדיר זאת, בכפוף לבדיקה של מחלקת בטחון מידע (מחב"מ) שצינזרה פרטים אשר סברה כי הם פרטים סודיים שביטחון המדינה מונע מגילויים. תהליך האישור לעיון בתיק היה ארוך ומסורבל ולעיתים נגרר חודשים ארוכים. היו מקרים בהם סרב המשיב לאפשר עיון ללא הנמקה.

14. מתוך כ-70 תיקים בהם טיפלה העותרת מס' 2 בשלוש השנים האחרונות, אשר לאחר סגירתם, עיונם נתבקש ממצ"ח על מנת לבחון את האפשרות לערוך על החלטת הסגירה, העיון נתאפשר עד היום ב- 45 תיקים, כאשר באחד המקרים הזמן שלקח עד קבלת האישור לעיין הוא 544 ימים (שנה וחצי!), וזמן ההמתנה הממוצע למענה על בקשת עיון הוא כ- 150 ימים! (חמישה חודשים).

15. שיהיו עצום זה במימוש זכות העיון של המתלוננים פוגע פגיעה חמורה באפשרות למימוש אפקטיבי של זכות המתלוננים לערוך על סגירת תיק החקירה שנפתח בעקבות תלונתם. ברור, שחלוף שנה וחצי מקטין את הסיכוי לבצע פעולת חקירה נדרשת שלא נעשתה, ומנמיך את האפשרות להגיע לממצאים ולראיין עדים שזכרונם לא כהה.

16. אפשרות העיון בתיק החקירה נועדה לאפשר למתלונן לדעת מה נעשה בתלונתו, פעמים ללמוד מממצאי החקירה על פרטי הפרת זכויותיו או על חפות הנלווים, ופעמים אחרות לגלות כי החקירה נסגרה ללא ביצוע פעולות חקירה אלמנטאריות, כמו זימון עדי ראיה אליהם הפנה המתלונן או עד אחר בעדותו. במקרים אלה, הערר שיוגש בשם המתלונן יהיה בגדר דרישה לפתוח מחדש את תיק החקירה ולהשלים את פעולות החקירה החסרות. דרישה כזו להשלמת פעולות חקירה חסרות, מעצם טבעה, הופכת פחות ופחות רלוונטית ככל שחולף זמן רב יותר ממועד הארוע.

17. גם ערר שבמסגרתו מתבקשת הגשת כתב אישום בטענה שיש ראיות מספיקות, נפגע קשות ממשך הזמן עד לעיון וזאת מכיוון שזכרונם של עדים נפגע והיכולת לנהל תיק פלילי זמן רב לאחר האירוע היא מטבע הדברים פחותה.

18. נוסף על בעיית השיהוי במימוש זכות העיון של נפגעי העבירה, הפרקטיקה הקודמת אף מנעה לחלוטין עיון בתיקי חקירה במקרים שונים בנימוק בטחוני או בנימוק של טעמים פנימיים להליך. בנוסף, העובדה כי נוהלו הליכים אזרחיים במקביל לחקירה הפלילית, הייתה טעם שניתן לאי מתן זכות עיון במקרים שונים.

19. דוגמאות למקרים כאלה ניתן למצוא בתיקים שהיו נשוא ההליך בבג"ץ אלורדיאן הנזכר לעיל, שהתלונות שהביאו לפתיחתם הוגשו על ידי העותרים 6-7 ו- 9-10 דשם. בתיקים אלה בקשת נפגעי העבירה לעיון בתיקי החקירה נדחתה בשל ההליך האזרחי המתקיים במקביל להליך הפלילי בגין אותם הארועים.

20. על רקע השיהוי הממושך במתן אפשרות העיון לנפגעי העבירה בתיקי חקירה שנסגרו, ועל רקע מניעת עיון זה לחלוטין מנפגעי עבירה שהגישו או הודיעו כי הם שוקלים להגיש תביעה אזרחית בעקבות הפגיעה הנטענת בהם מצד חיילי צה"ל הוגשה העתירה בבג"ץ אלורדיאן הנזכר לעיל.

ג. בג"ץ אלורדיאן

21. העתירה בבג"ץ 4194/08 אלורדיאן ואח' נ' מפקד המשטרה הצבאית החוקרת ואח' (להלן: "בג"ץ אלורדיאן") הוגשה בשם של מתלוננים פלסטינים תושבי האזור, שהגישו בליווי העותרת מס' 1 תלונות למצ"ח בעקבות עבירות לכאורה שבצעו בהם חיילי צה"ל, ואשר לאחר סגירת תיקי החקירה שנפתחו בעקבות תלונותיהם בידי המשטרה הצבאית

החוקרת ביקשו לעיין בחומרי החקירה שנאספו בעניין הארועים נשואי תלונותיהם, ובקשותיהם סורבו או לא נענו במשך תקופות ארוכות מאוד.

22. בעתירה התבקש בית המשפט ליתן סעד שיאפשר מימוש זכותם של העותרים לעיין בתיקי החקירה שנפתחו בעקבות תלונותיהם, ויביא לביטול המדיניות לפיה הגשת תביעה אזרחית מהווה נימוק לאיסור על העברת חומרי חקירות מצ"ח לנפגעי עבירה כל עוד תביעות אזרחיות תלויות ועומדות או מתוכננות בגין הארוע נשוא החקירה. בנוסף ביקשו העותרים כי יגובש נוהל למסירת חומרי חקירות מצ"ח למתלוננים ולקורבנות עבירה אשר החקירה בעניינם נסתיימה, תוך זמן סביר מיום סיום החקירה, ללא קשר לקיומו של הליך אזרחי או כוונה לפנייה להליך אזרחי בעתיד.

23. בפסק הדין שניתן בבג"ץ אלורדיאן ביום 10.12.09 ניתן לעותרים הסעד האחרון שדרשו, הנוגע לחיוב הצבא לגבש נוהל כתוב אשר יגדיר את התנאים השונים למתן חומר חקירה כאמור, יגדיר מסגרת זמן רלוונטית לצורך זה, ויתייחס לתנאים למסירת חומר חקירה בהקשר להגשת תובענה אזרחית (הסעד הנוגע לזכויותיהם הפרטניות של העותרים לעיין בחומרי החקירה נתקבל בהסכמת המדינה).

עותק פסק-הדין בבג"צ אלורדיאן מצ"ב ומסומן נספח 1.

24. בעקבות פסק דין זה, נדרשו המשיבים לגבש נוהל להעברת חומרי חקירה של מצ"ח בתוך 3 חודשים. הנוהל שנתגבש בעקבות המתואר לעיל, הוא הנוהל נשוא עתירה זו.

ד. נוהל טיפול בבקשת גורם חיצוני לעיין בחומר חקירה שנאסף על ידי מצ"ח ("הנוהל")

25. הנוהל שכותרתו להלן נשלח לידי ב"כ העותרת מס' 1 היא העותרת מס' 11 בבג"ץ אלורדיאן הנזכר לעיל, בחודש מאי 2010.

נוהל טיפול בבקשת גורם חיצוני לעיין בחומר חקירה שנאסף על ידי מצ"ח מצ"ב ומסומן נספח 2.

26. כאמור, הפרקטיקה שקדמה לקיומו אפשרה מימוש של זכות עיון למתלוננים שתיקי החקירה שנפתחו בעקבות תלונותיהם נסגרו בלא הגשת כתב אישום, כל עוד אלה לא הגישו ולא שקלו להגיש תובענה אזרחית נגד כוחות הבטחון בגין הארוע נשוא התלונה,

וגם זאת אך לאחר חלוף פרקי זמן ממושכים ביותר מרגע הגשת בקשת הצילום, שפעמים רבות מנעו דה פקטו את אפשרות הערר על סגירת התיק בשל הצורך בהשלמת חקירה. מציאות זו היא שהביאה לעתירה בבג"ץ אלורדיאן ולהחלטה על חיוב המדינה בגיבוש נוהל שיסדיר נושאים אלה באופן סביר, מקובל ונתון לביקורת שיפוטית.

27. אלא שבשני עניינים אלו ממש, לא זאת בלבד שהנוהל החדש שגובש מעגן את המצב הפסול שעמד ביסוד עתירת אלורדיאן על חוליו, אלא שהמשיבים אף קבעו בנוהל הוראות גורפות אשר מחמירות את המצב פי כמה. אלה מונעות למעשה מנפגעי עבירה פלסטינים את האפשרות לממש את זכותם לעיון בחומרי החקירה בסמוך לאחר סיומה.

1. דחייה על הסף של בקשות למסירת חומרי חקירה:

28. בהתייחס לתנאים למסירת חומרי חקירה לנפגעי עבירה אשר שלחו למשרד הביטחון הודעה על נזק, או הגישו לביהמ"ש תביעה אזרחית נגד כוחות הבטחון, קובע הנוהל החדש כי בקשתם לעיון בחומרי חקירה בסמוך לאחר סיומה, תדחה על הסף (לא פחות!) כאמור:

"דחייה על סף של בקשה לעיון בחומר חקירה

10. מפקד חמ"ד יבדוק בטרם יבחן את הבקשה גופה:

...

ד. האם מתנהל הליך משפטי פלילי או אזרחי בערכאה אזרחית.

ה. האם בגין הארוע המוזכר בבקשה, מתנהל הליך אזרחי כנגד משרד הבטחון או גורם צבאי אחר או הודעת נזק (הבדיקה תעשה מול ענף תביעות וביטוח במשרד הביטחון).

11. היה והתיק מצוי בהליך משפטי כלשהו (הקשור לפרקליטות הצבאית או לפרקליטות המדינה) תוצא התייחסות המעדכנת אותו על כך ועל כך שלא ניתן להעביר כל פרט רלוונטי מן התיק למעט באמצעות פנייה לפרקליטות הרלוונטית (בפנייה לפרקליט, בהליך של גילוי מסמך או על ידי פניה לערכאות משפטיות). לאחר מכן, יופסק הטיפול בבקשה.

...

31. ההליכים הדרושים לטיפול בבקשה מערבים לא מעט גורמים בצה"ל: בסיס המצ"ח הרלוונטי, ארכיון צה"ל, מפקדת מצ"ח, מחב"ם, וייתכן שיעורבו גם פרקליטויות אזרחיות ומשרד הבטחון.

29. כלומר, הוראות הנוהל קובעות כי זכותו של נפגע עבירה לעיין בתיק החקירה נדחית על הסף בהתקיים שני אלה: כאשר מתנהלת בעניינו תביעה אזרחית בבית המשפט, או אם גילה דעתו שהוא שוקל לעשות זאת וכאשר מילא חובה מנהלית שנכפתה עליו ונתן למשרד הביטחון הודעה על נזק. לצורך כך, נקבעה גם מעורבות של הפרקליטות האזרחית בהליכי אישור העיון, ובדחייתו על הסף.

30. יוזכר בהקשר זה כי סעיף 5א(2) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, תיקון מס' 4 תשס"ב-2002 מגביל את זכותם של תושבי האזור לתבוע את נזיקיהם בעקבות פגיעה בהם על-ידי כוחות הבטחון. מכוחו של סעיף זה מוטלת חובה על הנפגע או מי מטעמו למסור הודעה בכתב ("הודעה על נזק") בתוך 60 יום מקרות הארוע. במקביל, בהיעדר טעמים מיוחדים, מנוע ביהמ"ש, מלדון בתובענה שכזו נגד כוחות הביטחון ככל שהתובע לא מסר את הודעה בהתאם להוראות שנקבעו בתקנות הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הודעה בכתב על נזק) תשס"ג 2003. לפיכך, משנת 2003, בהתאם לחוק ולתקנות שהוזכרו לעיל, מוטלת חובה על הנפגע למסור למשרד הביטחון את מלוא הפרטים על נזקיו בשלב מוקדם מאוד ועוד לפני בירור התלונה הפלילית שהגיש, וזאת על מנת לשמר את זכותו שתביעתו תידון בפני בית המשפט, ככל שיחליט להגישה בתוך שנתיים מיום האירוע.

31. יודגש: הוראות אלה מנוגדות לעמדת המשיבים בבג"ץ אלורדיאן. ראשית, בהינתן קיומה של תביעה המתנהלת בבית משפט אזרחי: בתגובתם המקדמית, מתאריך 23.7.08, מסרו באופן מפורש (סעיף 7), שגם לדידם מתקיים הכלל ולפיו הגשת תביעה לבית המשפט "אינה יוצרת מחסום מפני קבלת חומר החקירה לצורך השגה על סגירת תיק החקירה." לצד זה הבהירו כי "הצורך בבירור התביעה האזרחית יכול לטעמנו להשפיע, לעיתים, על עיתוי מסירת המידע ועל הפרוצדורה לקבלתו. אולם מדובר בבחינת כל תביעה לגופה" דהיינו: גם לעמדת המשיבים מוסכם הכלל לפיו ימסרו חומרי חקירה בסמוך לסיומה. לצד זה כדי להפעיל את החריג – דחיית מועד מסירת המידע ושינוי הפרוצדורה – נדרשת החלטה שיפוטית לגופו של עניין. על כן הוראת נוהל המסמיכה את המשיבים לדחות בקשה על הסף בהליך מנהלי אינה סבירה ועולה כדי חריגה מסמכות.

תגובה מקדמית מטעם המשיבים מיום 23.7.08 מצ"ב ומסומן נספח 3.

32. ויודגש: כבר בבג"ץ אלורדיאן נסבה המחלוקת על זכותו של נפגע עבירה פלסטיני לקבל לעיונו את חומרי החקירה ממצ"ח בסמוך לאחר סיומה. קרי: לפני הגשת התביעה לבית המשפט. קיצור תקופת ההתיישנות לשנתיים מכוח תיקון מס' 4 לחוק,¹ יחד עם התקופה הארוכה מאד, בה נמנעו הגורמים בצבא, מלמסור את חומרי החקירה, תוך דחיית המתלוננים בקש, כמפורט בעתירת אלורדיאן, הם אלה שהפרו את "מערך האיזונים בין האינטרסים העומדים על הכף" (כטענת המשיבה שם: שם). המשיבים נטלו חירות לעצמם, תוך התעלמות בוטה מתקופת ההתיישנות המקוצרת, שנקבעה בחוק לדרישת המשיבים ולצורכיהם (ראו: להלן), לשלול מקורבנות העבירה הפלסטינים את זכויותיהם הבסיסיות ודחקו אותם לעמדה נחותה בעליל. מעבר לפגיעה המהותית בזכויות העותרים, הגשת תביעה לבית המשפט בטרם עיון בחומרי החקירה ובטרם מצוי זכות הערר, וההכרח להילחם על זכות העיון במסגרת ניהול התביעה בבית המשפט, מובילה בהכרח לפגיעה בשיטת המשפט, לבזבוז זמן שיפוטי ולפגיעה בקורבנות העברה לצד סיכול הביקורת על הליכי החקירה.

33. והנה, מה שהוצג בפני בג"ץ, כחריג לכלל, שיחול רק לעיתים, כנסיבה לגופו של עניין המצריכה החלטה שיפוטית בעניין מסירת חומרי חקירה לעיון התובע, נקבע בנוהל ככלל גורף המנכס לרשויות הצבא את הסמכות לדחות על הסף כל בקשה.

34. שנית, בהתייחס ל"הודעה על נזק": בבג"ץ אלורדיאן נמנעו המשיבים, באופן ראוי, מלהעלות טיעונים (בכתב או בעל פה) להודעה על נזק למשרד הביטחון, ולא טענו כי מתקיים בה חריג לכלל מכוחו ניתן לעכב, או למנוע, עיון במסמכי חקירה בסמוך לסיומה. לעומת זאת, בגיבוש הנוהל הסמיכו עצמם המשיבים לקבוע כי מסירת הודעה על נזק תהווה פתיחת הליך משפטי נגד המדינה, ודינה כדין תביעה שהוגשה לבית המשפט (לא פחות!). הגדילו וקבעו בנוהל תנאי סף גורף בדבר דחיית כל בקשה לעיון בחומרי חקירה, ככל שהמבקש מסר למשרד הביטחון הודעה על נזק בגין האירוע עליו הלך בפני מצ"ח.

35. באופן חד משמעי, מתן ההודעה על נזק למשרד הביטחון אינה, ולא התכוונה להיות, פתיחה של הליך משפטי נגד המדינה. "תכליתה לאפשר לכוחות הביטחון לברר במועד קרוב לאירוע את נסיבות האירוע והפגיעה הנטענת ולמנוע אפשרות של העלאת טענות על פגיעה על-ידי כוחות הביטחון זמן רב לאחר האירוע, כאשר בדרך כלל בשלב זה אין אפשרות לברר את נסיבות האירוע הנטען."² ולכן, משאימץ המחוקק את התכלית המוצהרת והחוק תוקן, אף הוטב מצבם הראיתי של כוחות הביטחון עם צמצום האפשרות של הנפגע להעלות טענות שקריות שאין לגורמי הביטחון אפשרות לבררן.

¹ סעיף 5.א.(3) לחוק.

² ה"ח תשנ"ז מס' 2645 עמ' 497, דברי הסבר לסעיף 6, עמ' 502-501.

36. בעקבות תיקון 4, כאמור, בית המשפט לא יידון בתובענה בגינה לא נמסרה הודעה על נזק בתוך 60 ימים מקרות האירוע, ומכאן שמבחינת הנפגע, אי-מתן ההודעה במועד הקצוב, כמוה כויתור מראש על עצם הזכות המוקנית לו בדיון לנהל בעתיד הליך אזרחי נגד כוחות הביטחון, אם לאחר שבחן את מצב באופן מושכל יחליט לעשות זאת. התוצאה היא שבאמצעות הנוהל שוללים הגורמים בצבא מכל תושבי האזור הפלסטינים את זכות העיון בחומרי חקירה בסמוך לאחר סיומה. באמצעות הוראת נוהל תמימה, כביכול, מפרים המשיבים זכויות מהותיות ומוקנות של העותרים, ובין היתר, את האיזון המתחייב בין ניזוק למזיק - תובע לנתבע, שוללים זכותם של קורבנות עבירה למצות את מלוא זכויותיהם ומונעים פיקוח חיוני ביותר על החקירה.

37. וכל אלה במצב דברים בו מחוללי הנזק הם שגיבשו את הנוהל.

II. לוח הזמנים למתן עיון

38. בנוגע למסגרת הזמנים להעברת חומרי חקירה לנפגעי עבירה לאחר סגירת תיק החקירה שנפתח בעקבות תלונתם ללא הגשת כתב אישום, קובע הנוהל כדלהלן:

"סד זמנים

30. במידת האפשר, יש לפעול לכך שהשלמת ההליכים לבחינת הבקשה וההחלטה באשר להעברת חומר החקירה והעברתו בפועל, לאחר התייחסותם של כלל הגורמים הרלוונטיים, לא יעלה על 75 ימים. סד זמנים זה, רלוונטי עבור תיק מצ"ח ממוצע המונה כ- 100 עמודים.

39. סד הזמנים שנקבע, אם כן, הוא 75 ימים משליחת הבקשה ועד להחלטה האם להעביר את חומרי החקירה לתיק ממוצע בן 100 עמודים.

40. סד זמנים נדיב זה, אינו הולם את הנורמות המקובלות בתחומי המשפט האנאלוגיים לסוגייה שבה עסקינן, והוא אינו מחייב ("במידת האפשר"). הוא אינו קובע מהו לוח הזמנים במקרה של תיק המונה 200 עמודים (האם היחס הוא חד-חד ערכי, קרי עבור תיק של 200 עמודים יש להמתין 150 ימים להחלטה אם ניתנת זכות עיון?). אך זה לא הסוף. הנוהל קובע גם כיצד לטפל במצב בו נוצרת חריגה מטווח זמנים נדיב זה:

32. למרות האמור לעיל, אם 75 ימים לאחר קבלת הבקשה, לא סיימו הגורמים המטפלים את מלאכתם, רמ"ד פיקוח חקירות יערוך בירור באשר למצב הטיפול

בבקשה. אם בחלוף 90 ימים מקבלת הבקשה, הגורמים המטפלים עדיין לא סיימו את מלאכתם, רמ"ד פיקוח חקירות, יעדכן את הפונה בסיבת העיכוב."

41. יודגש ויובהר: במקרה של חריגה מסד הזמנים שקובע הנוהל, נדרש בירור של רמ"ד פיקוח חקירות, אולם רק בחלוף 15 ימים מפקיעת משך הזמן המצויין בסעיף הקובע את סד הזמנים נדרש רמ"ד החקירות להודיע על האיחור לפונים!

42. ויתר על כן, מקץ 90 ימים מהגשת בקשת העיון בחומרי החקירה, משהודיע רמ"ד פיקוח חקירות לפונים על העיכוב בהעברת חומרי החקירה, נפרץ "סד הזמנים" לחלוטין, ולאחר הודעה זו לא קיימת יותר חובה כלשהי כלפי הגורם הצבאי המוסמך לעמוד בזמנים ו/או ליידע את הפונה.

III. ערר על ההחלטה שלא למסור חומרי חקירה

43. נושא נוסף שנקבע בנוהל הוא האופן בו יתאפשר למבקש לערור על ההחלטה שלא לאפשר לו / לה עיון בחומרי החקירה:

" 19. פונה המעוניין לערור על החלטת מצ"ח להעברת חומר חקירה, רשאי לפנות לרמ"ד פיקוח חקירות במצ"ח בכתב, תוך שהוא מפרט את הטעמים לכך וכיצד האינטרס שלו גובר על האינטרס שהוחלט להגן עליו. מדור פיקוח חקירות ישיב להשגה באופן שאין בו כדי לפגוע באינטרס ציבורי כלשהו.

20. במקרה בו לא הועבר חומר חקירה בשל אי-אישור מחב"ם, על מגיש הבקשה לפנות למחב"ם בהשגה על החלטתה או לערכות השיפוטיות המתאימות. אין לטפל בפנייה כזו ויש להפנות את הפונה למחב"ם."

44. סעיפים 19 ו-20 לנוהל המצוטטים לעיל קובעים למעשה כי הערר על החלטה מנהלית על אי מסירת חומרי חקירה לפונה יוגש לידי הגורם שהחליט את ההחלטה המנהלית נשואת הערר(!). כללי מנהל תקין מחייבים ניתוק בין הגורם על החלטתו מוגש ערר לבין הגורם האמון על בחינתו.

ה. מיצוי הליכים

45. כאמור לעיל, פסק הדין בבג"ץ אלורדיאן ניתן ביום 10.12.09, וקבע כי תוך 3 חודשים תגבש המדינה נוהל שיגדיר את התנאים למסירת חומרי חקירה, את סד הזמנים לכך ואת התנאים למסירת חומר החקירה בהקשר להגשת תובענה אזרחית.

46. ביום 11.5.10, חודשיים לאחר המועד האחרון שקבע ביהמ"ש, פנה עו"ד עידו בלוס, בשם העותרת 1 (העותרת 11 דשם) למפקד מצ"ח, לתובעת הצבאית הראשית, לרמ"ד חוץ במחב"ם וליועמ"ש חמ"ן במקמנ"ר בדרישה לקבל לידי את הנוהל.

העתק פניית העותרת מס' 1 מיום 11.5.10 מצ"ב ומסומן נספח 4.

47. ביום 18.5.10 התקבלה אצל העותרת מס' 1 תשובתו של סרן גיא קונפורטי, היועץ המשפטי למצ"ח, אליה צורף הנוהל נשוא עתירה זו.

העתק תשובתו של יועמ"ש מצ"ח מיום 18.5.10 מצ"ב ומסומן נספח 5. (הנוהל עצמו צורף כנספח 2)

48. ביום 9.8.10 שיגרה עו"ד חוה מטרס-עירון, בשם העותרת מס' 1, מסמך מפורט לסגן גיא קונפורטי, היועץ המשפטי למצ"ח, ובה תגובתה המלאה של העותרת 1 להסדרים שנקבעו בנוהל ושלראיית העותרת 1 אינם עולים בקנה אחד עם עמדת המשיבים בבג"ץ אלורדיאן כפי שהוצגה לביהמ"ש, וכן אינם נותנים פתרון הולם לסוגיות שהעלו העותרים בעתירתם. בין היתר קבלה העותרת 1 על האפשרות לדחות עיון בשל מילוי חובת ההודעה על נזק, קיומו של הליך אזרחי תלוי או עתידי, על לוחות הזמנים הבלתי סבירים למימוש זכות העיון ועל קביעת רמ"ד פיקוח חקירות כגורם שאמון על בחינת עררים על החלטותיו שלו.

49. כמו כן במכתבה דרשה לקבל חומרים נוספים שזכרו בסעיף 16 לנוהל, הם הנחיית התצ"ר מיום 1.5.02 והנחיות מחב"ם.

העתק פנייתה של עו"ד מטרס עירון מיום 9.8.10 מצ"ב ומסומן נספח 6.

50. ביום 16.9.10 שלחה גילת פישר, רכזת התלונות אצל העותרת מס' 1 פנייה נוספת לסגן גיא קונפורטי, היועץ המשפטי למצ"ח. בפנייתה זו ביקשה לתזכר את הנמען על כי לא

ניתנה כל התייחסות לתגובת העותרת מס' 1 לנוהל החדש, וכמו כן לא נשלחו החומרים החסרים שהתבקשו במכתב מיום 9.8.10 (נספח 6 להלן).

העתק פנייתה של גלית פישר מיום 16.9.10 מצ"ב ומסומן כנספח 7.

51. ביום 7.10.10 שלח סגן גיא קונפורטי, היועץ המשפטי למצ"ח, תשובה לגילת פישר, רכזת התלונות של העותרת מס' 1. בתשובתו אישר קבלת פניותיה הקודמות של העותרת מס' 1 והודיע כי הנושאים שהועלו בתגובתה נמצאים בבחינה, וכי תגובה מסודרת תוצא בהמשך. כמו כן צרף סגן קונפורטי למכתבו את הנחיית התצ"ר מיום 1.5.02, והודיע כי לא יוכל לשלוח את הוראות מחב"ם, מכיוון שהן מסווגות ואינן ברשותו.

העתק תשובתו של יועמ"ש מצ"ח מיום 7.10.10 מצ"ב ומסומן כנספח 8.

52. ביום 15.12.10 שלחה עו"ד חוה מטרס-עירון בשם העותרת מס' 1 פנייה נוספת לסגן גיא קונפורטי, היועץ המשפטי למצ"ח, ובה חזרה וביקשה לקבל התייחסות עניינית לפגמים בנוהל החדש עליהם הצביעה בתגובתה המפורטת מיום 9.8.10 (נספח 6 לעיל).

העתק פנייתה של עו"ד מטרס עירון מיום 15.12.10 מצ"ב ומסומן כנספח 9.

53. עד לרגע כתיבת שורות אלה, ואף שעברו חודשים רבים מאז הפנייה בה קבלה העותרת 1 על ההסדרים שבנוהל, ובעיקר על מניעת העיון בשל הליך אזרחי תלוי או מתוכנן, לוח-הזמנים שנקבע בנוהל וסוגיית הגורם אליו יש להגיש ערר על החלטה שלא לאפשר עיון, לא נתקבלה תשובת המשיבים.

54. מכאן עתירה זו.

III. הטיעון המשפטי

א. הטיעון בקצרה

55. טענת העותרות בקצרה היא כי ההסדרים המוצעים בנוהל החדש בשלושה עניינים, דינם להיפסל מחמת היותם בלתי סבירים באורח קיצוני, נגועים בשיקולים זרים ופוגעים יתר על המידה בזכות יסוד. כוונתנו לשלושה עניינים אלה:

א. האפשרות לסרב לבקשת עיון בשל קיומו של הליך אזרחי (תלוי ועומד או פוטנציאלי), ובכלל זאת מעורבות הפרקליטות האזרחית בהחלטות לגבי מסירת חומרי עיון;

ב. סד הזמנים המרווח והבלתי מחייב להחלטה על מתן זכות עיון;

ג. היות הגורם אליו יש להגיש ערר בעקבות החלטה על אי מתן זכות עיון, הגורם שהחליט.

56. להלן נטען כי ההסדר בס' 10, 11 ו- 31 לנוהל שנזכרו לעיל בחלק העובדתי, הקובעים כי הגשת תביעה אזרחית והגשת הודעת נזק יהיו עילת סף לדחיית בקשת עיון בחומרי חקירה, וכי הפרקליטות האזרחית תהיה אחד הגופים האפשריים בשרשרת בדיקת בקשת עיון בחומרי חקירה, דינו להיפסל הן בשל הצמצום הבלתי סביר של זכות העיון, והן בשל היות ההסדר האמור נגוע בשיקול זר ופסול (הרצון למנוע מהמתלונן מסמכים שעשויים לסייע לו בהליך האזרחי).

57. להלן נטען כי סד הזמנים הקבוע בס' 30 לנוהל דינו להיבטל בשל חוסר סבירות קיצוני.

58. ולהלן נטען כי הסדר הערר על החלטה שלא למסור חומרי חקירה לעיון המבקש הקבוע בס' 19 ו- 20 לנוהל הוא בלתי חוקי בשל אי עמידה בכללי המנהל התקין, ובשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכות הטיעון של המערער.

ב. זכות העיון: מקורה והיקפה

59. הנוהל עוסק במסירת חומרי חקירה לעיון נפגעי עבירה וגורמים נוספים. זכות העיון של נפגע עבירה היא נגזרת של כללי הצדק הטבעיים, המהווים בסיס לקיומו של הליך הוגן עבור הפרט שהתלונן כי ביצעו כלפיו עבירה.

60. חובתה של הרשות המנהלית להבטיח הגינות בהליך – ראשיתה כאמור בכללי הצדק הטבעיים, הם **זכות הטיעון והאיסור על משוא פנים**. כללים אלה מבטאים את דרישות הסף של ההגינות הפרוצדוראלית שבלעדיהם קשה לדבר על הליך שיש בו התכונות המבטיחות תוצאה ראויה שאין עימה עוול מובנה.

61. כללי הצדק הטבעיים, אם כן, מחייבים שהחלטה אשר לה השלכות על הפרט תתקבל רק לאחר שניתנה לאותו פרט האפשרות לטעון כנגדה בפני הגורם המחליט. הפסיקה הרחיבה וקבעה כי על מנת שזכות הטיעון תהיה ממשית ואפקטיבית (ולא תיאורטית וטקסית או סמלית), היא חייבת להשען על חשיפה מספיקה של מידע המהווה הבסיס להחלטה המינהלית המתגבשת. ללא חשיפה כאמור הפרט אינו יודע מהן הסיבות להחלטה שכנגדה הוא מבקש לטעון ואז זכות הטיעון שלו הופכת לזכות ריקה מתוכן.

62. החשיפה למידע שעומד בבסיס ההחלטה המתגבשת היא **זכות העיון** וכאמור היא חלק בלתי נפרד של **זכות הטיעון**.

63. בענייננו, **ההחלטה המתגבשת** היא לסגור תיק חקירה מבלי להגיש כתבי אישום ומבלי לבצע פעולות חקירה נוספות. **זכות הטיעון** היא זכותו של הפרט המושפע מההחלטה (לענייננו: המתלונן/ת) להגיש ערר שבו יטען את טענותיו כנגד ההחלטה המתגבשת, **וזכות העיון** היא הזכות לעיין בתיק החקירה בכדי להבין מה הבסיס שעליו שעונה ההחלטה המתגבשת.

64. לפיכך, בענייננו, אי-מתן זכות עיון מהווה פגיעה באפשרות להגיש ערר אפקטיבי ורציני (כלומר: פגיעה בזכות הטיעון), והדבר גורר פגיעה **בהוגנות ההליך** שבו נתקבלה ההחלטה לסגור את תיק החקירה.

65. כאמור, זכות הטיעון נבחנת בראש ובראשונה במבחן אפקטיביות הטיעון. טיעון שבאופן מובנה אינו יכול להיות אפקטיבי אינו ממלא את דרישת זכות הטיעון. על מנת שהטיעון יוכל להיות אפקטיבי נגזרה ממנה **זכות העיון**. התפיסה העומדת בבסיס גזירה זו היא כי לא יתכן טיעון אפקטיבי כאשר הטעון (או נציגו) אינו יודע מהו הבסיס העובדתי והמשפטי להחלטה המתגבשת, שעומד עליו להתמודד. על כן כדי שזכות הטיעון תהיה אפקטיבית ותתמלא, הפרט רשאי וזכאי לראות את מלוא המידע שעמד לנגד עיני הרשות כאשר גיבשה עמדתה בעניינו. זכות זו היא זכות פרסונלית של הנפגע מהחלטת הרשות, השונה מזכות העיון הכללית שנקבעה בחוק חופש המידע.

66. החשיבות – וההיגיון – במתן זכות עיון בחומר שעל בסיסו התקבלה ההחלטה, הינם ברורים מאליהם. כפי שקבע כב' הנשיא (כתוארו דאז) ברק, בהקשר אחר, ברע"א 291/99 ד.נ.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221, בעמ' 232 (ההדגשות שלנו):

"במצב כזה [כאשר הנוגע בדבר מבקש לערער על החלטת המינהל בעניינו] זכותו של הפרט לדעת את הבסיס לאותה החלטה. רק

ידיעה כזו תבטיח שהשגתו על החלטת הרשות תהא עניינית וממוקדת. רק השגה שנעשית מתוך מידע מלא תהיה השגה אפקטיבית, הממצה את זכותו של המשיג לטעון את טענותיו ולתקוף באופן ישיר את המידע ששימש נגדו. משום כך נהוג לראות בזכות העיון היבט של זכות הטיעון"

67. ההלכה שיצאה תחת ידו של בית המשפט הגבוה לצדק הינה כי ככלל, לאדם המעורב בהחלטה שהתקבלה ע"י הרשות המנהלית עומדת הזכות לעיין במסמכים שאספה הרשות לצורך קבלתה (ר' למשל ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת חשמל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 796), שם קבע כב' השופט חשין :

"הנה היא הדוקטרינה : מסמכי רשות הציבור פתוחים הם, כעקרון, לפני הנוגע בדבר ; וסירוב כי יישמע מפי רשות, לאפשר לאותו נוגע בדבר לעיין במסמכים- הן על דרך הכלל הן על דרך הפרט - הנטל הוא על הרשות לייסד סירובה".

68. הנה כי-כן, מקום בו קמה זכות טיעון לפרט כנגד החלטה מנהלית הנוגעת לו, רשאי הוא, על דרך כלל, לעיין בחומר שהיווה תשתית לקבלת ההחלטה. ר' פסק-דינו המנחה של בית המשפט הנכבד - בג"ץ 10271/02 אברהם פריד נ' משטרת ישראל מחוז י-ם ואח' (פדאור (לא פורסם) 06 (17) 374) (להלן – "עניין פריד"), העוסק ספציפית במתן זכות עיון בחומרי חקירה בתיק שלא הוביל להגשת כתב אישום, שם קבע כב' השופט עדיאל כי :

"זכות העיון קשורה קשר אמיץ לזכות הטיעון ולנוכח חשיבותה למיציא הזכויות הדיוניות האחרות של הפרט, ההקפדה על קיומה מתחייבת מכללי ההגיונות הבסיסיים הנוהגים ביחסים שבין אדם לרשות (השוו : בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עירית ירושלים, פ"ד נ(4) 577)" (שם, בסעיף 6).

(כל ההדגשות הוספו אם לא צוין אחרת – מ.ס.)

69. וכל זאת עוד בטרם הזכרנו את מהפכת חופש המידע שהנהיג חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, אשר הרחיב את הכלל המקנה זכות לעיין במסמכי הרשות גם למי שאין לו עניין אישי במידע שאספה הרשות המנהלית, ושהעניק לחופש המידע מעמד של זכות יסוד. יפים לעניין זה דברי ההסבר להצעת חוק חופש המידע אשר הכריזו :

"הזכות לקבל מידע מרשויות ציבוריות היא אחת מזכויות היסוד במשטר דמוקרטי ותנאי בסיסי להגשמתו של חופש הביטוי ולמימוש זכויותיו הפוליטיות והאחרות של האדם בכל תחומי החיים. נגישות רבה יותר למידע תסייע לקידום של ערכים חברתיים ובהם שוויון, שלטון החוק וכיבוד זכויות האדם, ותאפשר גם בקרה טובה יותר של הציבור על מעשי השלטון"

(דברי ההסבר להצעת [חוק חופש המידע](#), התשנ"ו-1996, ה"ח 2523, בעמ' 608 ; דברי ההסבר להצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז-1997, ה"ח הממשלה 2630, בעמ' 397).

70. אם כן, משהראינו כי זכות העיון זכתה למעמד עצמאי, כאחד מאבני היסוד של ההליך ההוגן, ברי הדבר כי אף שאינה זכות מוחלטת, הרי שיש לייחס לפגיעה בה משקל כבד בכל הסדר בנושא. והנה כי כן, במקרה העומד בפנינו, שלושת ההסדרים נשואי העתירה מהווים צמצום מהותי ובלתי סביר של זכות זו בדיוק.

71. ההחלטה המנהלית להפסקת החקירה ללא הגשת כתב אישום היא החלטה שלא ניתן לטעון כנגדה ללא עיון בבסיס להחלטה, הוא חומר החקירה שבתיק שעומד להיסגר. אפשרות המימוש של זכות הטיעון של נפגע העבירה נגד ההחלטה על הפסקת החקירה, בדרך של הגשת ערר, מבלי לדעת דבר וחצי דבר על הפעולות שנעשו במסגרת החקירה ותוצאותיהן, כמוה כירייה באפלה, ובוודאי אינה עומדת במבחן אפקטיביות הטיעון.

72. זכותו של נפגע העבירה לעיין בחומרי החקירה שנאספו בעקבות תלונתו לאחר שהוחלט שלא להגיש בעקבותיה כתב אישום היא דוגמא קלאסית לזכות עיון שבלעדיה מתרוקנת כליל מתוכן זכות הטיעון הנתונה לו.

73. לטענתנו, בקביעת הסדרי מסירת חומרי החקירה לנפגע העבירה במסגרת גבוש הנוהל נשוא העתירה, לא נשקלה כהלכה הפגיעה בזכות הטיעון ובזכות העיון של נפגע העבירה. איזון בין הפגיעה בזכות הטיעון ובזכות העיון לבין אינטרסים אחרים, במסגרתו מתרוקנת הזכות מכל תוכן, אינו יכול להחשב כאיזון סביר ומידתי.

ג. לסעד א' – ההליך האזרחי המתנהל או העתידי - שיקול זר ופסול

74. הסעד הראשון המבוקש בעתירה זו, עניינו סעיפים 10 (ד) ו- (ה), 11, 12 ו- 31 לנוהל נשוא העתירה, הקובעים את זכותו של נפגע עבירה לעיין בחומרי החקירה כאשר הוגשה או נשקלת הגשת תביעה אזרחית נגד כוחות הבטחון בגין הארוע נשוא תלונתו. **ודוק: אין צורך בכך שמגיש התביעה או המתכנן להגיש את התביעה יהיה המתלונן המבקש לעיין בחומר החקירה. די בכך שמתנהל או עשוי להתנהל הליך אזרחי כדי שהשיקול האמור יסכל את העיון.**

75. הנוהל קובע כי זכות העיון של נפגע העבירה, שהיא התנאי היחידי, כאמור, לזכות טיעון אפקטיבית כנגד ההחלטה על הפסקת החקירה ללא תוצאות, **תדחה על הסף** במקרה שמאן דהוא שוקל להגיש תביעה אזרחית נגד כוחות הבטחון בגין נזקיו בארוע נשוא התלונה, ובוודאי אם תביעה כזו כבר הוגשה בעת שמתבקש העיון.

76. נוסח הנוהל הוא ברור וחד משמעי ולכאורה אינו מותיר מקום לשיקול דעת: **"היה והתיק מצוי בהליך משפטי כלשהו (הקשור לפרקליטות הצבאית או לפרקליטות המדינה) תוצא התייחסות המערכת אותו על כך ועל כך שלא ניתן להעביר כל פרט רלוונטי מן התיק..."** (וראו גם ס' 10 הקובע דחייה על הסף אם קיימת תביעה אזרחית או הודעת נזק לפי חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)).

77. **עמדת העותרים הינה כי השיקול בדבר קיומו של הליך אזרחי והאינטרס של המדינה כבעל דין במשפט אזרחי הינו שיקול זר ופסול ככל שהדבר נוגע לשאלת מתן האפשרות לנפגע עבירה לעיין בתיק החקירה.** העותרים יטענו כי המדינה מנצלת כאן את כוחותיה מתחום המשפט הציבורי כדי להשיג יתרונות במגרש שבו היא מתפקדת כבעל דין אזרחי.

78. אכן, במנותק מהפרת כללי הצדק הטבעיים, טמון בנוהל פגם של שירבוב שיקולים זרים להחלטה המנהלית. המשפט המנהלי דורש כי הרשות תפעיל את הסמכות המוקנית לה בחוק רק לשם הגשמת המטרות שלשמן הוענקה לה אותה סמכות. הגבלה זו היא אחת התולדות של עקרון שלטון החוק, המחייב את הכפפתה של הרשות המנהלית למטרות לשמן הוקמה.

79. בענייננו, הסמכות שניתנה לרשות היא הסמכות לשקול האם יש לאפשר לנפגע עבירה לעיין בחומרי החקירה במסגרת תיק מצ"ח שנפתח בעקבות תלונתו. תכלית הסמכות נובעת מסמכות המשטרה הצבאית, האחראית על אכיפת חוקי מערכת הדין הצבאי בקרב חיילי ומפקדי צה"ל.

80. גם בבואה לבחון בקשת עיון בתיק חקירה, טווח השיקולים שמוסמכת מצ"ח לשקול מכסה את שיקולי עשיית הדין, השלטת הסדר והחוק, ההגנה על הסדר הציבורי ובטחון

המדינה. בנוסף כמובן היא מוסמכת לשקול שיקולים הנובעים מתכליותיה הכלליות של שיטתנו המשפטית, כגון הזכות לפרטיות.

81. ואילו הנוהל החדש קובע שיקול חדש שיש לשקול במסגרת בחינת בקשת העיון של נפגעי עבירה, והוא השיקול בדבר הנזק הכספי שיגרם למדינה כגוף אזרחי בתביעה אזרחית בגין הארוע נשוא התלונה.

82. יאמר הדבר בברור: **כאשר נפגע עבירה מבקש עיון בחומרי החקירה לצורך בחינת האפשרות להגיש ערר על סגירת תיק החקירה ללא הגשת כתב אישום, השיקולים הנוגעים להחלטות האזרחית בגין אותו ארוע מהווים שיקול זר ופסול.**

83. הנוהל של הגשת עררים על סגירת תיקי חקירה של מצ"ח, בדומה לנעשה במערכת האכיפה המקבילה של משטרת ישראל, מתקיים באופן סדיר זה שנים. זכות נפגע העבירה להגיש ערר על סגירת תיק החקירה ללא הגשת כתבי אישום אף מוזכרת כאינטרס מועדף להענקת זכות עיון בהחלטות התביעה הצבאית הראשית מיום 1.5.02, אליה מפנה הנוהל נשוא עתירה זו לשם קביעת אמות המידה לבחינת העברת חומר החקירה (סעיף 16 לנוהל, ס' 3 להנחיות התצ"ר 1.5.02).

סעיף 3 להנחיות התצ"ר מיום 1.5.02 מצ"ב ומסומן כנספח 10.

84. מכוח ההיקש, ניתן ללמוד מסעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, העוסק בזכות הערר על החלטות משטרת ישראל ופרקליטות המדינה כי:

(א) על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין, משום שאין בחקירה או במשפט ענין לציבור, שלא נמצאו ראיות מספיקות או שנקבע שאין אשמה, רשאי המתלונן לערור כלהלן:

...

בפירוט המובא בהמשך הסעיף נמנים הגופים על החלטותיהם ניתן לערור והגופים אליהם יש להגיש את הערר, בהתייחס לגופים שעל החלטתם הוא מוגש.

85. המדינה בתפקידה כריבון מפעילה רשויות אכיפה, מסמיכה גופי חקירה, ומנהלת מערכת משפט. אולם בתפקידה כבעל דין בתביעה אזרחית, המדינה הינה כגוף פרטי לכל דבר, וכל ערוב בין האינטרסים של המדינה כגוף פרטי לבין סמכויותיה כריבון הוא הפרה חמורה של האיסור על הפעלת שיקולים זרים.

86. ודוק: גם לפי ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, "לענין הליך דין המדינה כדין כל אדם". ככל אדם, לא מתקבל על הדעת שיתאפשר לה לעשות שימוש בכוחותיה המיוחדים כמפעילה של מנגנון החקירה והאכיפה, בכדי להגן על האינטרסים שלה כבעל דין אזרחי, במקרה זה ע"י מניעת עיון ממי שזכאי לכך מתוקף זכויותיו במסגרת ההליך הפלילי, או ע"י הפעלת לחץ על נפגעי עבירה לבל יגישו תביעות אזרחיות בנוסף על תלונותיהם הפליליות כנגד כוחות הבטחון.

87. למה הדבר דומה: להחלטה של המדינה להפעיל את המשטרה כדי לחקור שאלה שמצויה במוקד תביעה אזרחית נגדה או נגד מוסד ממוסדותיה. למשל: בתביעה נגד המוסד לביטוח לאומי נטען ע"י התובע כי הוא מוגבל תיפקודית. האם ישמע שתחת פניה לחוקר פרטי כדי שיבדוק האם אכן התובע דובר אמת (ותשלום עבור שירותיו של החוקר) יפנה המוסד לביטוח לאומי למשטרה ותבקש ממנה לנצל את סמכויותיה המיוחדות לצורך חקירה כאמור? ברור שהדבר אינו מתקבל על הדעת. כך גם בעניינו. השימוש בשיקול הדעת המסור למצ"ח לעניין מתן עיון בחומרי חקירה, אינו יכול להיות מושפע בשום פנים ואופן משיקולים של יתרון דיוני כזה או אחר שיצמח למדינה כבעל דין אזרחי. זהו שימוש לרעה בכוחות ציבוריים הנתונים למדינה, המהווה שיקול ואינטרס זר ופסול ההופך את ההחלטה לנגועה ופסולה.

88. וכאילו לא די בכך, וכפי שצינו לעיל, מגדיל הנוהל ודוחה על הסף לא רק בקשה לעיון כאשר מתנהלת תביעה אזרחית בגין האירוע שנחקר אלא אף כאשר מאן זהו (לא בהכרח המתלונן בתיק הפלילי) מסר למשרד הביטחון הודעת נזק לפי סעיף 5א(2) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, תיקון מס' 4 תשס"ב-2002.

89. בכך מגיע האבסורד לשיאו: נמנעת מהמתלונן/ת זכות העיון ועימה זכות הערר האפקטיבי, בשל חשש שהוא או מישהו אחר יתבעו אזרחית בעתיד (ואולי לא) את המדינה בגין האירוע נשוא החקירה. זהו מקרה בוטה ובולט של חוסר סבירות ושירבוב שיקול זר למערכת קבלת ההחלטות של הרשות.

סתירת ההסדר שבנוהל עם עמדת המדינה בבג"ץ אלורדיאן

90. סעיפים 10 (ד) ו- (ה), 11, 12 ו- 31 לנוהל נשוא העתירה, הקובעים כי הגשת תביעה כנגד המדינה או הודעת נזק יהוו חסם בפני קבלת חומרי חקירה, מנוגדים לעמדת המדינה בבג"ץ אלורדיאן.

91. כזכור, בבג"ץ אלורדיאן עתרו העותרת מס' 1 ועותרים נוספים נגד הפרקטיקה הנוהגת עובר לקיומו של הנוהל, ובפסק הדין קבע בג"ץ כי יוטל על המשיבים לגבש נוהל עיון בחומרי חקירה.

92. והנה, עמדת המדינה בבג"ץ אלורדיאן בנושא מנוגדת לחלוטין להסדר שנקבע בנוהל:

"עמדת המשיבים היא כי הגשת תביעה נגד המדינה אינה יוצרת מחסום מפני קבלת חומר החקירה לצורך השגה על סגירת תיק החקירה"
(ראה נספח 3 (סי' 32) לעיל)

93. מכאן עולה כי המשיבים, שגיבשו את הנוהל בעקבות הוראת בג"ץ והפרקטיקה הקודמת, השתמשו בהזדמנות שנקרתה לידם על מנת לצמצם את זכויות העיון ולהקל על מלאכת המדינה בהליכים האזרחיים, וזאת בניגוד גמור ומוחלט למטרה לשמה נשלחו לגבש את הנוהל מלכתחילה, ובניגוד לעמדת המדינה לגבי זכות העיון הראויה בתיקי חקירה במצ"ח.

הנוהל המקביל של פרקליט המדינה לעניין עיון בחומר חקירה משטירתי

94. הנחיה מס' 14.8 להנחיות פרקליטות המדינה שכותרתה "בקשה מצד גורמים שונים לעיין במידע המצוי בתיק חקירה", היא ההנחיה המקבילה לנוהל נושא העתירה, החולשת על סוגיית עיון בחומרי חקירה משטירתיים.

95. הנוהל קובע במפורש כי האינטרס של נפגע העבירה בחומר החקירה לצורך תביעה אזרחית בגין הארוע נושא החקירה הינו אינטרס לגיטימי ומרכזי ואינו מונה במסגרת השיקולים הרלבנטיים לשאלת העיון את השאלה אם בגין האירוע מתנהל הליך אזרחי נגד המדינה אם לאו.

96. הנחיה 14.8 עברה לאחרונה שינויים שהם נושא לעתירה אחרת שהוגשה ע"י העותרת 1 (בג"צ 5090/11 "יש דין – מתנדבים לזכויות אדם" ואח' נ' פרקליט המדינה), אולם בענייננו הן הנוהל בנוסחו הנוכחי והן נוסחיו הקודמים (והליברליים יותר) לא כוללים כל התייחסות לקיומו של הליך אזרחי נגד המדינה כשיקול למניעת עיון.

עותק של הנחיה 14.8 מצ"ב ומסומן נספח 11

97. לא זו אף זו: בנוסח הקודם של הנחית פרקליט המדינה הקודמת של פרקליטות המדינה בנושא מתן זכות עיון לנפגעי עבירה בתיקי חקירה משטירתיים שנסגרו, משנת 2002, הובעה אף העמדה כי עיון לשם הגשת תביעה אזרחית הינו לגיטימי ומהווה שיקול למתן זכות עיון:

"כך הדבר במקרה שבו מחליטה המשטרה לגנוז תיק חקירה, והמתלונן מבקש לערור על כך, או לעתור לבג"צ בגין החלטת הסגירה, ולשם כך מבקש הוא לעיין בחומר. במקרה שכזה יש לאפשר את העיון אלא אם קיים אינטרס ממשי, מן הסוג שיפורט להלן, המונע את העיון. לעומת זאת, אם המתלונן מבקש לעיין בחומר לצורך הגשת תביעה אזרחית נגד החשוד, אכן יש לו אינטרס לגיטימי בעיון, אולם משקלו של אינטרס זה קטן יותר מאשר במקרה הקודם".

(ההדגשות במקור – מ.ס.)

98. נאמר ונדגיש: אין עתירה זו מדברת בזכותם של נפגעי עבירה לעיין בחומרי חקירה לצורך שימוש בהם במסגרת הליך אזרחי. העותרות מייצגות מתלוננים המבקשים למצות את הדין הפלילי בעקבות עבירות שנעברו כלפיהם.

99. אולם בהוראות הפרקליטות המפורטות לעיל, ניתן לראות כי לא זו בלבד שקיומה של תביעה אזרחית מקבילה אינו בגדר שיקול לטובת איסור מסירת חומרי חקירה, אלא שבמקרים מסוימים הוא אף מהווה אינטרס מספק למסירת החומרים כשלעצמה.

ה"פתרון" המוצע ע"י המשיבים: פניה במסגרת הליכי הגילוי בתיק האזרחי

100. הפתרון החלופי שמציע הנוהל לפגיעה בזכות העיון של נפגע עבירה המגיש תובענה אזרחית או הודעת נזק, הוא הפניית המתלונן להליך של גילוי מסמכים למול הפרקליטות האזרחית במהלך התנהלות התיק האזרחי בבית המשפט.

101. פתרון זה לטעמנו אינו עונה על הבעיה של דחיית בקשת העיון למצ"ח על הסף; ראשית, מעשית, משום שהשיהוי הבלתי מידתי במימוש זכות העיון, וכתוצאה מכך, של זכות הטיעון, מרוקן בפועל את זכות העיון ואת זכות הטיעון מכל תוכן; שנית, מהותית, שהרי מהות זכות העיון המנהלית נבדלת מהזכות הדיונית במשפט אזרחי ולא נכון לערב ביניהן; שלישית, לא תמיד המתלונן המבקש עיון הוא התובע בהליך האזרחי, ולמרות זאת תמנע ממנו זכות העיון ע"פ הנוהל נשוא עתירה זו.

102. וביתר פירוט: משך הזמן החולף מיום הגשת תובענה אזרחית ועד למימוש הזכות הדיונית לחשיפת מסמכים הוא פעמים רבות ארוך מאוד. הסיבה לכך נעוצה באיזון בין האינטרסים של הצדדים במסגרת ההליך האזרחי. רבות מהתביעות האזרחיות מסתיימות בהסדר עוד קודם לגילוי המסמכים, וגילוי המסמכים עצמו לוקח פעמים רבות זמן רב. במצב דברים זה הפתרון המוצע בנוהל – הפניית המתלונן להליכי הגילוי

האזרחיים - יסכל לרוב את האפשרות לעיין בחומרי החקירה במסגרת זמנים שתאפשר להגיש ערר אפקטיבי ולדרוש בו פתיחה מחדש בחקירה או הגשת כתבי האישום במקרה הצורך.

103. נוסף על העיכוב הממושך שיגרם לבקשות העיון של המתדיינים בערכאות האזרחיות, **כזכור, חלק מהמתלוננים שבקשותיהם נדחות על הסף לא הגישו תובענות אזרחיות כלל, אלא רק הודעת נזק שנועדה לשמר את זכותם להגיש תובענה אזרחית בעתיד. השהיית אפשרות הטיעון של אלה עד להגשת תביעה אזרחית עתידית, שגם במסגרתה, כפי שנאמר, הליך גילוי המסמכים עשוי להתרחש לאחר זמן רב אם בכלל, משמעותה איון האפשרות לטעון כנגד הפסקת החקירה. לא ניתן כלל לצפות תוך כמה זמן ניתן יהיה מבחינת הנפגעים להגיש את התביעה האזרחית, וכמה זמן ימתין התיק עד שייקבע לדיון, ומה יהיה משך הדיון בטענות הסף, וכן הלאה.**

104. וכאמור, סוג שלישי של מתלוננים שתימנע מהם זכות העיון לפי הנוהל הם כאלה שכלל לא הגישו ולא מתכוונים להגיש תביעה אזרחית אולם שנמנע מהם העיון בשל העובדה ש**גורם אחר** הגיש או מתעתד להגיש תביעה בקשר לאירוע נשוא תלונתם.

105. לאור האמור לעיל, ברור כי השהיית זכות העיון וזכות הטיעון כנגד סגירת החקירה ללא תוצאות עד לאחר סגירתם של כל ההליכים האזרחיים, הקיימים או הפוטנציאליים, מהווה איון בפועל של זכות העיון, וכתוצאה מכך גם של זכות הטיעון של נפגע העבירה.

106. לסיכום הנקודה: זכות עיון בתיק לצורך בחינת הגשת ערר היא זכות מהותית של נפגע עבירה השייכת למסגרת ההליך הפלילי. תכליתה, היקפה ומסגרת הזמנים שלה נובעים מההליך הפלילי ומיועדים להשבחתו. גילוי מסמכים כמשמעו בהליך האזרחי הוא זכות דיונית בלבד, הנובעת מההליך האזרחי וממנו נגזרים היקפה, מסגרת הזמנים שלה ומגבלותיה. יהא זה שיבוש משפטי של ממש אם יפנה הנוהל העוסק בחקירות פליליות את נפגעי העבירה למימוש זכותם בדרך עקיפה ומסורבלת שלא לשם כך נוצרה.

107. כפי שטענו, תכליות סמכות המשיבים להתיר או לאסור מסירת חומרי חקירה לנפגעי עבירה לאחר שתיק החקירה שנפתח בעקבות תלונתם נסגר ללא הגשת כתב אישום אינן כוללות את האינטרס של המדינה בהשגת יתרון על פני תובעיה בהליכים האזרחיים. הראינו כי החלופה של מימוש זכות עיון באמצעות הליך גילוי המסמכים בהליך האזרחי אינה חלופה סבירה לא מבינה מהותית ולא מבחינה מעשית.

108. חובתה של רשות מנהלית להפעיל שקול דעת סביר בכל החלטה שלפניה דורשת כי שיקולים מסויימים ילקחו בחשבון, ואחרים ישארו הרחק מחוץ לטווח שקול הדעת. לראיתנו, הגשת תביעה אזרחית או הודעת נזק נגד כוחות הבטחון בגין הארוע נשוא התלונה, מהווה שיקול זר למגוון השיקולים הרלוונטים האמורים להשתקלל המסגרת שיקול הדעת המסור בידי רשויות החקירה בכל הנוגע למתן זכות העיון בתיקי חקירה, שהרי מדובר למעשה בניסיון להגן על האינטרסים של המדינה כצד בהליך האזרחי על ידי פגיעה בזכויותיו של נפגע העבירה במסגרת ההליך הפלילי.

ד. לסעד ב' – לוח הזמנים שנקבע בנוהל להחלטה בבקשת עיון בלתי סבירה באורח קיצוני

109. סד הזמנים שנקבע בנוהל החדש, כפי שהוזכר בפסקאות 27-31 לעתירה זו, מאפשר למעשה עיכוב בלתי מוגבל של המענה לבקשת העיון בחומרי החקירה.

110. הנוהל אמנם מציב סד זמנים רצוי של 75 ימים למתן מענה לבקשת העיון בחומרי החקירה, אלא שגם מועד זה, החורג מהמקובל במערכת האזרחית (להלן), אינו קשיח והנוהל מאפשר חריגה ממנו.

111. העותרים יטענו כי 75 ימים להכרעה אם לאפשר עיון אם לאו, הינו מועד ארוך באופן בלתי סביר. העותרים סבורים כי מועד ראשוני זה יסכל במקרים רבים את האפשרות כי הערר שיוגש יהיה אפקטיבי.

112. לשם השוואה מפנים העותרים לסעיף 65 לחוק הסדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, הקובע את זכות הערר על סגירת תיק חקירה בידי המשטרה או הפרקליטות. סעיף זה קוצב סד זמנים של 30 ימים להגשת הערר, קרי הוא מחייב מתן זכות עיון בתוך ימים ספורים כדי שלא לסכל את זכות הערר.

113. יגענו ולא מצאנו כל טעם לפער שבין המועד שקצב המחוקק להגשת ערר (וכפועל יוצא להליכים לעיון בחומרי חקירה) במערכת האזרחית, והמועד הארוך והגמיש שקצב מתקין הנוהל למערכת הצבאית. נעיר כי סוגיית חומרים סודיים אינה ייחודית לחקירות בצבא, ומדובר בעניין שכיח שחקירות משטרתיות כוללות מידע או מסמכים חסויים אותם המשטרה או הפרקליטות מסרבות להעמיד לעיון. זאת ועוד: לא כל תיקי מצ"ח הם תיקים הכוללים חומרים או מידע סודיים, והנוהל אינו מבחין בין תיקים שיש בהם חומר סודי לכאלה שאין בהם.

114. העותרים יטענו כי האפשרות להאריך את המועד למתן החלטה אם לאפשר עיון אינה סבירה באורח קיצוני ובפועל תביא למניעת זכות טיעון אפקטיבית.

115. הנוהל קובע, כאמור, כי במקרה של חריגה מטווח רחב זה של 75 ימים, יבדק האיחור במשך 15 ימים תמימים על ידי רמ"ד פיקוח חקירות, ורק לאחריו ישלח הסבר בכתב למבקש באשר לסיבת העיכוב. מלבד החובה להודיע על ולנמק את השיהוי במענה לבקשת העיון, משחולפים 90 ימים מיום הבקשה, אין כל חובה או הגבלה נוספת על משך הזמן עד לתשובה עניינית לבקשת העיון. למעשה, אין בנוהל כל הגבלה על ההארכה הנוספת שניתנת מאותו רגע והלאה לבדיקת בקשת העיון, כך שלמעשה, לפי לשון הנוהל, השיהוי יכול להמשך ללא סוף.

116. ומה בין סד זמנים למניעת זכות העיון? העיון נדרש, כפי שהוזכר כבר, על מנת לאפשר טיעון אפקטיבי. ואילו במקרה בו העיון בתיקי החקירה נדחה במשך חודשים ואף שנים, ואין כל הגבלה אפקטיבית על משך הזמן לטיפול בבקשת עיון, גוברת הסבירות כי גם משיתאפשר סוף כל סוף לנפגע העבירה לעיין בתיק הסגור שנפתח בעקבות תלונתו – לא יהיה עוד טעם לדרוש את השלמת החקירה, בשל חלוף הזמן הממושך מהארוע נשוא התלונה (או לא יוערמו קשיי זמן על האפשרות לנהל משפט כנגד החשודים).

117. במצב המתואר בו זכות הטיעון - דהיינו בענייננו, הזכות לערור על ההחלטה להפסיק בחקירה ללא הגשת כתב אישום – נדחת בשל קציבת טווח זמנים שבהחלט יכול לארוך חודשים רבים, הסכנה שסד הזמנים ירוקן מתוכן את זכות העיון ואיתה את זכות הטיעון, ויפר בכך את כללי הצדק הטבעיים – היא ממשית.

118. האפשרות לעכב עיון חודשים ארוכים, כאמור בנוהל, בעייתית במיוחד על רקע המסלול הארוך והמפרך שעוברים חלק גדול מתיקי מצ"ח עד הגעתם לסגירה. המדובר באותם תיקים שלפי מדיניות החקירות הנוהגת בצה"ל ממתנינים טרם פתיחה בחקירה לתוצאותיו של תחקיר מבצעי ממושך, (שיכול להמשך אף שנה ויותר). רק לאחריו מוגשות ההמלצות לידי הפרקליט הצבאי הראשי, שבוחן את מסקנות התחקיר המבצעי, ומחליט אם להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח אם לאו.

119. להלן מספר נתונים לגבי תיקים אלה שבהם נדרש הליך "בירור" בטרם החלטה על חקירת מצ"ח: נכון ליום 30.1.2011 היו מצויים במעקב העותר מס' 1, ארגון יש דין, 15 תיקים בהליך של "בירור" בהם טרם התקבלה החלטת הפרקליטות הצבאית **האם לפתוח בחקירה פלילית**. בין מועד מסירת ההודעה בדבר האירועים נשוא התיקים לבין יום 30.1.2011 חלפו בממוצע 566 יום, שהם **קרוב לשנה ושבעה חודשים**. שמונה מהתיקים הללו המתנינו להחלטה מעל שנה וחצי. בשלושה מקרים חלפו בין שנה לשנה וחצי מאז נמסרה ההודעה ועד ההחלטה. בשלוש הודעות נוספות מתעכבת פרק זמן קצר יותר משנה אחת.

120. על רקע שיהוי ארוך כל כך בבירור הקודם לפתיחה בחקירה פלילית, ברור כי דחייה נוספת, ובלתי מוגבלת, של העיון שהתבקש על-ידי נפגע העבירה תקטין עו יותר את הסיכוי לערר אפקטיבי.

121. על כן יטענו העותרים כי סד הזמנים שנקבע בנוהל נשוא העתירה לוקה באי סבירות קיצונית, וכי לפיכך דינו להיפסל. המשקל המוחלט שניתן לאינטרס של המערכת לבדוק בנחת את בקשת העיון של נפגע העבירה על ידי כל אחד ואחד מהגורמים המפורטים בסעיף 31 לנוהל (בסיס המצ"ח הרלוונטי, ארכיון צה"ל, מפקדת מצ"ח, מחב"ס, וייתכן שיעורבו גם פרקליטויות אזרחיות ומשרד הבטחון) מחד, והמשקל האפסי שניתן לזכות העיון ולזכות הטיעון בהקשר זה, מבטא איזון בלתי ראוי וחסר כל פרופורציה בין האינטרסים הרלוונטים.

122. העותרים יטענו כי מתקין הנוהל לא נתן משקל ראוי לאינטרסים השונים המתחרים על הבכורה וכפי שקבע כב' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980): "עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטה". מכאן כי יש לפסול את ההוראות הנוגעות לסד הזמנים שבו יש לאפשר עיון.

123. להבנתנו, מתקין הנוהל נתן משקל אפסי (או כמעט אפסי) לזכות העיון ולזכות הטיעון, ניתן אף לטעון כי **בפועל זכו שיקולים אלה להתעלמות מוחלטת ולפיכך דינן של ההוראות הנוגעות ללוח הזמנים לעיון הינו פסלות**. ראו לעניין זה את בג"ץ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19 (1989), בג"ץ 5445/93 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד נ(1) 397 (1994), דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

ה. לסעד ג' – הפניית עררים לגורם שעל החלטתו עוררים יוצר משוא פנים וניגוד עניינים

124. הנוהל נשוא העתירה קבע בסעיפים 19 ו-20 כי ערר על החלטה שלא לאפשר עיון בחומרי חקירה יוגש לראש מדור פיקוח וחקירות במצ"ח – הוא הגורם שהחליט שלא לאפשר עיון ושעל החלטתו עוררים!

125. הנוהל מוסיף וקובע כי במידה והעילה למניעת העיון נעוצה בהתנגדות המחב"ם, יש להפנות את הערר למחב"ם ושם ידונו בו. כלומר גם במקרה זה הגורם שהחליט הוא שידון בערר.

126. נזכיר מושכלות יסוד, כי כללי המנהל התקין דורשים כמובן שבקרה על החלטות מינהל תיעשה ע"י גורם שונה, ורצוי בכיר, מהגורם שעל החלטתו משיגים. הבסיס לדרישה זו נעוץ באיסור על משוא פנים ועל המצאות במצב של ניגוד עניינים.

127. הגורם המינהלי שהחליט החלטה מסויימת הפעיל זה מכבר את שיקול דעתו בעניינה, וגיבש עמדה. לא מפתיע אם כך שהפניית ההשגות אל הגורם שעליו משיגים יוצרת תחושה של "שיפוט מוקדם" ושל "משחק מכור". שהרי לא ניתן לצפות שגורם מחליט יזנח את החלטתו ולא יגן עליה, למעט במקרים נדירים.

128. דרישה בסיסית זו שגורם עצמאי יבחן את הערר מחוייבת על ידי כללי הצדק הטבעיים: כאשר הגורם המחליט הוא הגורם הבוחן ומפקח על החלטותיו הוא, בדיקתו נגועה בחשש ממשי למשוא פנים, שהרי קיומה של דיעה מוקדמת היא נתון.

129. על כן, יטענו העותרים כי המינימום הנדרש לקיומו של הליך מנהלי תקין הוא כי יפסלו סעיפים 19 ו-20 בנוהל, הקובעים כי הערר על ההחלטה שלא למסור חומרי חקירה יוגש לידי מצ"ח או המחב"ם, הכל לפי זהות הגורם המחליט על הסירוב; וכי יקבע גורם נפרד ועצמאי, שיבחן את עררם של מבקשי העיון על ההחלטה המסרבת להעביר לידיהם את חומרי החקירה.

IV סיכום

130. לאור כל הנימוקים לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה על דרך של הוצאת צו על תנאי בנוסח שהתבקש בראשית העתירה ואחרי דיון עשייתו למוחלט.

131. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות המשפט של העותרים ובשכר טרחת עורכי-דינם, בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

עו"ד	מיכאל ספרד,
העותרים	בא כוח