

בעניין:

1. אסעד אבו גוש ת.ז. 953601846

2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד סמדר בן-נתן ו/או רותי הוסטובסקי
ו/או מיכל פומרנץ ו/או גלית לובצקי
רח' הוברמן 10 תל אביב 64075
טלפון: 03-5619666, פקס: 03-6868596

ו/או ע"י ב"כ עוה"ד באנה שגרי-בדארנה ו/או
אחרים מהוועד הציבורי נגד עינויים
ת"ד 4634, ירושלים 91046
טל: 02-6429825, פקס: 02-6432847

- נ ג ד -

1. היועץ המשפטי לממשלה

2. פרקליט המדינה

3. חוקרי שירות הביטחון הכללי שהשתתפו בחקירת העותר מס'

1, לרבות מי שאישרו את חקירתו, ובכללם המכונים "יואל",
"סגל", "ערד", "עמוס", "הרצל", "דורון", "מופז"

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים 91010
טל': 02-6466591, פקס: 02-6466655

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי, המופנה אל המשיבים 1 ו-2 והמורה להם להתייצב וליתן טעם, כדלקמן:

א. מדוע לא יורו למחלקה לחקירות שוטרים לפתוח לאלתר בחקירה פלילית נגד חוקרי שירות הביטחון הכללי, שהיו מעורבים בחקירתו של העותר מס' 1, אסעד אבו גוש, בחשד לשימוש בעינויים ובהתעללות בעת חקירתו, כמתחייב ע"פ סעיף 1049.1ט(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971.

ב. מדוע לא יורו על העמדתם לדין של החוקרים על בסיס החומר המצוי בידיהם או לאחר חקירה כאמור.

מבוא

1. עתירה זו עניינה בהחלטת המשיבים 1-2, על סמך המלצת הממונה על המבת"ן, שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקרי שירות הביטחון הכללי שחקרו את העותר מס' 1 (להלן: "העותר") בשנת 2007. תלונתו של העותר נבדקה על ידי הממונה על בדיקת תלונות נחקרים בשירות הביטחון הכללי (להלן: המבת"ן), ובסיומה השיבה לעותרים הממונה על המבת"ן בפרקליטות המדינה, עו"ד רחל מטר, על דעת המשיבים 1-2, כי לא רק שהבדיקה לא הפריכה את העובדות שנטענו על ידי העותר, אלא:

"הבדיקות שנערכו על רקע תלונה זו הניבו, בנקודות ספציפיות, הפקת לקחים לעתיד".

יחד עם זאת, המלצתה הסופית, אשר אושרה על ידי המשיבים 1-2, היתה כי:

"לא נמצא יסוד לנקוט בצעדים משפטיים כנגד החוקרים".

מכתבה של הממונה על המבת"ן מיום 15.9.11 מצורף ומסומן נספח א'.

2. על העותר הופעלו אמצעי חקירה פסולים, המגיעים לכדי עינויים כהגדרתם באמנת האו"ם נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (אושררה 1991): אלימות פיזית קשה שכללה מכות, הטחות בקיר, הושבתו על קצות הבהונות, כיפוף בתנוחת "בננה", כיפוף מכאיב של אצבעותיו, מניעת שינה, לחץ נפשי קשה, איומים ומצגי שווא ביחס לפיצוץ ביתו ולמה שיעשה בבני משפחתו באם לא ישתף פעולה בחקירתו ולא ימסור את ההודאה המבוקשת על ידי חוקריו. כנגד העותר נעשה שימוש, בין היתר, באמצעי הסחיטה האולטימטיבי – איום כי אמו ואחותו ייעצרו. כמו כן פוצצו כוחות הביטחון את אחד מחדרי ביתו, כאשר העותר הובא לביתו קודם לכן והושאר בקרבת מקום על מנת שישמע את קול הפיצוץ ויראה את ענן העשן והאבק המיתמר מעל ביתו.

3. פסק הדין בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, נג(4), 817 (1999), בעמ' 836-840 (להלן: "בג"ץ העינויים") קובע כי השימוש בעינויים או ביחס אכזרי ולא אנושי כלפי הנחקר אסור במהלך חקירה, וכי ניתן לקיים חקירה יעילה גם בלא אלימות. כן הוא קובע כי פעולות, כגון טלטול הנחקר, הושבתו בתנוחה מכאיבה, כיסוי ראשו בשק ומניעת שינה לזמן ארוך, אינן מתחייבות מצורכי החקירה והן פוגעות בכבוד האדם של הנחקר, ועל כן, אלו פעולות שאסור לבצען במהלך חקירה.

פסק הדין אסר במפורש על שימוש באמצעי חקירה שננקטו כנגד העותר: הושבת הנחקר על קצות בהונות רגליו, כריעה על קצות הבהונות בתנוחות שונות, מניעת שינה שלא בשל צרכי חקירה ואיזוק מכאיב (פסקאות 25, 26, 31 לבג"צ העינויים):

25. נטען בפנינו כי אחד מאמצעי החקירה הוא זה, בו הנחקר כורע על קצות אצבעות, רגליו למשך חמש דקות בכל פעם. המדינה לא הכחישה את השימוש באמצעי זה. זהו אמצעי חקירה פסול. אין הוא משרת כל מטרה שהיא אינהרנטית לחקירתו של אדם. יש בו השפלה ופגיעה בכבוד האדם.

26. [.....] כן אין הצדקה חקירתית באיזוק ידיו של הנחקר דווקא באזיקים קטנים, מקום בו נעשה הדבר. 'איזוק מכאיב הוא מעשה אסור' (ראו פרשת מובארק הנ"ל).
[.....]

31. [.....] אם נמנעת שינה מן הנחקר במכוון, לאורך זמן וזאת אך בשל מטרה להתישו ולשבור את רוחו-אין הדבר מצוי בגדריה של חקירה הוגנת וסבירה. יש באמצעי זה פגיעה מעבר לנדרש בזכויותיו וכבודו של הנחקר.
(ההדגשה לא במקור)

4. החלטת המשיבים שלא לפתוח בחקירה פלילית כנגד חוקרי העותר הינה בלתי סבירה בעליל, מנוגדת לדין ועומדת בסתירה ברורה לאינטרס הציבורי מאחר והעובדות העולות מתלונתו של העותר ואשר אינן שנויות במחלוקת לאחר שנבדקו על ידי המשיבים 1-2, באמצעות המבט"ן, מהוות עבירות חמורות על הוראות חוק העונשין, אשר בוצעו על אדם עצור, כבול וחסר ישע, מבודד מהעולם החיצון ונתון לחלוטין בידי חוקריו. המעשים מהווים עבירות על חוק העונשין תשל"ז – 1977, כדלקמן: סעיף 192 (איומים), סעיף 368ב, 368ג (תקיפת קטין או חסר ישע והתעללות בקטין או בחסר ישע), סעיף 277 לחוק (לחץ של עובד ציבור), סעיף 379 (תקיפה), סעיף 380 (תקיפה הגורמת חבלה של ממש), סעיף 382 (תקיפה בנסיבות מחמירות), סעיף 427 (סחיטה בכוח) וכן סעיף 1280(1) (שימוש לרעה בכוח המשרה). העותר יטען כי מאחר והתלונה מבוססת עובדתית, ואין כל נימוק סביר שיצדיק אי פתיחה בחקירה, החלטת המשיבים לוקה בחוסר סבירות קיצוני, מנוגדת לדין ולאינטרס הציבורי, ומן הדין ומן הצדק כי תיהפך על פניה.

5. הואיל והחקירה כללה אלימות קשה כלפי העותר, עובדה אשר אינה שנויה במחלוקת, פגעה בזכויותיו הבסיסיות של העותר לשלמות גופנית ונפשית, באופן הסותר בעליל את האיסורים המעוגנים בדין, שגו המשיבים 1-2 בהחלטתם שלא להפעיל את סמכותם כמתחייב עפ"י סעיף 1ט49. (א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א – 1971, ולהורות על פתיחת חקירה של המחלקה לחקירת שוטרים נגד החוקרים החשודים במעורבות בעינויו של העותר 1.

6. בית-המשפט הנכבד לא קבע מעולם כי על בסיס פסיקתו ניתן יהיה לחסום באופן גורף, ולמעשה מוחלט, כל חקירה פלילית של תלונה על עינויים או התעללות בידי חוקרי השב"כ. אולם בכ-13 השנים שחלפו מאז פסיקת בית-המשפט זאת הייתה מדיניות המשיבים בפועל.

רקע עובדתי

7. אסעד אבו גוש, כיום בן 37, תושב מחנה הפליטים בלאטה בשכם ואב לארבע בנות, נעצר בליל 3.9.07 בידי כוחות הביטחון והועבר לחקירת שב"כ במתקן המעצר בפתח תקווה. מיום

מעצרו ובמשך **שלושים ושבעה ימי חקירה לא הורשה עורך דינו או כל אדם אחר מטעמו לבקרו.**

8. ביום הראשון למעצרו, לאחר שהועבר למתקן המעצר בפתח-תקווה, הוא הוכנס לחדר חקירה בו הושב על כסא מקובע לרצפה, וחוקריו אזקו את ידיו מאחורי גבו. חוקר המכונה "יואל" וחוקר המכונה "מייג'ור סגל" חקרו את העותר. במהלך החקירה היכה החוקר "מייג'ור סגל" את העותר באגרופ על חזהו וסטר לו על פניו. לאחר מכן יצאו שני החוקרים מהחדר והותירו את העותר לבדו בחדר החקירה עד שעות הערב המאוחרות.

9. בסוף היום נכנס החוקר "יואל" עם החוקר "ערד". "יואל" מסר לעותר כי החוקר "ערד" יטפל בו במשך הלילה ויצא מהחדר. בסביבות השעה שלוש לפנות בוקר הוחזר העותר לתא מעצרו, ובשעות הבוקר הוחזר לחדר החקירה והושב באותה תנוחה - אזוק ידיים לכסא מאחורי גבו. בד בבד, החלו החוקרים המכונים "עמוס", "יואל", "מייג'ור סגל", "הרצל" ו"דורון", לחקור את העותר ומסרו לו כי **כעת עוברים לחקור אותו בחקירה צבאית.**

10. החוקרים העמידו את העותר עם הגב לקיר, את ידיו אזקו לאחור, ובתנוחה זו החלו להפעיל אלימות קשה כלפיו. תחילה החוקר "מייג'ור סגל" סטר לעותר על פניו וחוקרים נוספים החלו להכותו בכל חלקי גופו. "מייג'ור סגל" תפס את העותר בחולצתו והטיח אותו בקיר. לאחר מכן החל אותו חוקר להדוף את העותר לידי חוקר אחר ומשם נהדף חזרה העותר לחוקר "סגל". לאחר מכן, החוקרים הושיבו את העותר על כסא בתנוחת "בננה": את משענת הכסא הניחו חוקריו מצדו השמאלי של העותר, את ידיו אזקו מאחורי גבו ואת רגליו הכניסו מתחת לרגליות הכסא והחוקר "יואל" דרך עליהן. בתנוחה זו החוקרים הטו את גבו של העותר לאחור והורו לו להחזיק את גוו באוויר. כל תזוזה של העותר גררה מכות קשות. בסופו של דבר העותר לא החזיק מעמד ובתגובה קיבל מכות על צווארו ועל גבו. חוקריו של העותר לא הסתפקו באמור ומשכו את ידיו האזוקות של העותר לאחור בכוח ולאחר מכן הטיחו אותו בכסא דבר שגרם לו לכאב קשה בשתי ידיו.

11. חוקריו של העותר העמידו אותו בסמוך לקיר בכריעה על בהונות רגליו והורו לו לעמוד בתנוחה זו ללא תזוזה. על כל תזוזה שלו הגיבו החוקרים במכות קשות על ברכיו ובטנו. שיטה זו חזרה ונשנתה מספר פעמים.

12. לאחר מכן, שוב הושב העותר על הכסא כשהמשענת לצידי החוקרים חזרו על אותו עינוי בתנוחת "בננה" שתוארה לעיל. בשלב מסוים החוקר "יואל" מסר לעותר כי "רק התחלנו ומצבך הבריאותי לא מאפשר להמשיך לכן נפסיק וננסה להסתדר". **יומן מרפאת בית המעצר מיום 5.9.07 מורה כי אכן העותר התלונן באותו יום על כאבי גב וכי היה פצוע בברכו הימנית והפצע נחבש.**

יומן מרפאת בית המעצר מצורף ומסומן נספח ב'.

13. מאוחר יותר התירו החוקרים את האזיקים מידי של העותר והוציאו אותו ממתקן החקירה לכיוון מתקן חווארה. משם הועבר העותר לביתו במחנה בלאטה בשכם. עם הגיעם למקום הוכנס העותר לבית ופגש את בנות משפחתו. לאחר מכן הוצא העותר מהבית ונאמר לו כי עומדים לפוצץ את ביתו. העותר הושאר בקרבת מקום ולאחר זמן קצר שמע קול פיצוץ וראה את עשן הפיצוץ מעל ביתו. החוקר "יואל" אישר כי אכן זה היה זה פיצוץ בביתו. המפגש עם בני המשפחה ופיצוץ הבית בסמוך לכך, הותיר את העותר בחרדה קשה לשלום משפחתו ובמצוקה שקשה לתארה.
14. משם הוחזר העותר לחדר החקירה במתקן המעצר בפתח-תקווה, שם ידיו נאזקו שוב מאחורי משענת הכסא. בשלב זה החוקרים מסרו לעותר כי אם לא ידבר יש להם אישור לחקור אותו בחקירה צבאית יותר קשה ולהוציא אותו משותק. החוקרים איימו לעצור את אמו של העותר ואת אשתו (אשר העותר כאמור פגש בהן זמן קצר לפני כן) ויצאו מחדר החקירה בהותירם אותו לבד בחדר. כאשר חזרו החוקרים "יואל", "סגל", "דורון" "הרצל" ו"עמוס" לחדר החקירה, שוב השתמשו החוקרים באותן שיטות עינוי פיזיות המתוארות לעיל של הטית גב בתנוחת "בננה", כריעה על בהונות הרגליים ומכות בכל חלקי גופו של העותר.
15. עינויים אכזריים אלה נמשכו עד לשעות הערב המאוחרות. בשעה אחת לפנות בוקר לערך התחילו החוקרים לייסר את העותר בשיטות אחרות. החוקרים "הרצל" ו"דורון" אזקו לחוד כל אחת מידי של העותר מתחת למרפק וכל חוקר לחץ בכוח על אחת מידי. ההידוק והלחץ נמשך כעשר דקות בכל פעם. שיטה זו של "איזוק גבוה" חזרה על עצמה מספר פעמים והעינוי נמשך עד שעה ארבע לפנות בוקר. כתוצאה מהעינוי האמור ידיו של העותר התנפחו וצבען נעשה כחול. בשלב זה הגיע "קולונל מופז" לחדר החקירה. הוא אזק את זרועותיו של העותר כל אחת לחוד באופן הדוק ובתנוחה זו החל למשוך ולעקם את אצבעותיו. תנוחה זו גרמה לעותר כאבים עזים בידי ואף גרמה לו חרדה איומה שאצבעותיו יישברו. העותר צרח מכאבים והתחנן נואשות לחוקריו שיפסיקו את העינויים.
16. בשעות הבוקר הוחזר העותר לתא מעצרו. בשעות הצהריים הועבר לחדר החקירה, ומשם לבדיקות פוליגרף. העותר הוחזק בבידוד במשך 12 ימים, שאחריהם איימו החוקרים על העותר שוב לחזור ולחקור אותו בחקירה צבאית קשה יותר.
17. בעקבות העינויים המתוארים לעיל, התלונן העותר בפגישתו ביום 18.10.07 עם עו"ד תגריד שביטה, מטעם הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (העותר 2), על תחושת נימול וחולשה קשה בפלג גופו הימני. העותר לא היה מסוגל להחזיק חפצים בידו הימנית או לעמוד על שתי רגליו ללא עזרת אדם נוסף. הוא גם התלונן על כאבים קשים באזור גבו התחתון ותחושה שגבו עומד להישבר. העותר סיפר כי ביקש להיבדק ע"י רופא, אולם זה הסתפק במתן משככי כאבים בלבד ללא טיפול ענייני בבעיות הרפואיות. בעקבות תלונתו של העותר בפני

עוה"ד שביטה הגיש הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (העותר מס' 2), תלונה בתאריך 27.11.07 למשיב מס' 1.

תלונת העותר מיום 27.11.07 נגד חוקרי השב"כ שעינו אותו מצורפת ומסומנת נספח ג'

18. באותו יום, 27.11.07, הוגשה בשם העותר גם תלונה לפרקליט מחוז המרכז בגין התעללות של החיילים שהשתפו במעצר העותר. ביום 20.8.08 הוגשה תלונה נוספת לפרקליטות לעניינים מבצעים בצה"ל. בעקבות התלונה נפתחה חקירת מצ"ח. רק בחודש ספטמבר 2010 מסרה הפרקליטות לעניינים מבצעים לעותר 2, כי תיק החקירה במצ"ח נסגר, **שנה קודם לכן. העובדה שהמידע אודות סגירת תיק החקירה במצ"ח נמסר לעותרים לראשונה שנה שלמה לאחר מועד הסגירה וקרוב לשלוש שנים ממועד התלונה הגבילה את יכולתם לפעול כנגד החלטה זו.** בדיעבד הסתבר, כפי שיפורט להלן, כי התלונה לפרקליטות הצבאית, ככל שהיא נוגעת לרכז שב"כ שהשתתף במעצר העותר, הועברה לחקירת מח"ש ונפתחה חקירת מח"ש בעניין, ואילו התלונה במצ"ח נחקרה ונסגרה.

19. לאחר שהוגשה תלונתו של העותר בגין העינויים שעבר על ידי חוקריו, ולאחר סיום חקירתו, הגיע אל העותר אדם אשר לא מסר את שמו המלא ולא הגדיר את תפקידו, אלא רק הציג את עצמו כ"אורי" ממשד המשפטים, ככל הנראה המבת"ן, **וחקר אותו על אודות תלונתו.** לאורך כל התשאול על ידי המבת"ן ידי העותר היו אזוקות מאחורי גבו, כאשר הוא יושב על כסא המקובע לרצפה, באותה תנוחה כמו בחקירתו. אותו "אורי" שאל את העותר שאלות על אופן התנהלות החקירה בעניינו, רשם והקליט את שנאמר לו. במהלך אותו תשאול, נכנס "סגל", שהיה אחד מחוקריו של העותר לחדר ואז הצביע עליו העותר ואמר לאותו אורי כי זה "סגל", אחד החוקרים שהכו אותו. החוקר יצא במהרה מהחדר ואחריו אותו "אורי". "אורי" חזר אחרי כמה רגעים ואמר לעותר "אבל אתה חמאס". העותר שאל: האם זה אומר שמותר לכם לעשות מה שעשיתם? "אורי" התנצל והמשיך בתשאול. **כנגד התנהלות חמורה, זו של המבת"ן, אשר חקר את העותר כחשוד בעבירה ולא כמתלונן שהוא קרבן עבירה, הגיש הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל/העותר מס' 2 תלונה נוספת כפי שיפורט להלן.**

20. בתאריך 14.2.10 נחקר העותר על ידי חוקר מח"ש אלי לוי, במסגרת חקירת מח"ש כנגד רכז השב"כ שהשתתף במעצרו. העותר גולל בפני חוקר מח"ש חלקים ממסכת העינויים שעבר בחקירת השב"כ, בין היתר סיפר העותר:

"במשך היום הזה היה דורן מרביץ לי וכשהיה מתעייף הרצל היה מרביץ לי, והיו דופקים אותי על הקיר והיד שלו בגרון שלי. זה דורן היה עושה והרצל היה נותן לי מכות עם הברך שלו על הבטן שלי. היו פותחים את המזגן קר ושמו אותי מתחתיו. שמו אותי בלי לזוז וזה היה קשה ואם הייתי זז הם היו מרביצים לי. זה היה דורן, הרצל, שהם היו החוקרים שלי בהתחלה.

אחרי כמה ימים בהם לא אמרתי כלום הביאו חוקר שקוראים לו מופז הוא מופז דורן והרצל עשו לי אותו דבר ואז מופז שם לי אזיקים חזק על הידיים והיה מעקם לי את האצבעות בידיים חזק אחורה. שמו לי אזיקי רגליים על המרפקים והיה לי שני אזיקים על הידיים והיה מעקם לי את האצבעות."

"היה לי הרבה כאבים בידיים שלא היו זזות טוב. בבוקר כשהייתי קם מהשינה היה לי תחושה של משהו כמו חוסר תחושה בידיים באנגלית numb והייתי עושה תרגילים רבע שעה שיחזור להם התחושה"

חקירת העותר במח"ש מיום 14.2.10 מצורפת ומסומנת **נספח ד'**

21. לצורך שלמות התמונה, נוסיף כי בסיום חקירתו הועמד העותר מסי' 2 לדין בבית המשפט הצבאי שומרון, בתיק מס' 4535/07. העותר הורשע ביום 21.4.09 במסגרת הסדר טיעון בעבירות של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, ייצור חומר נפץ והחזקת אמל"ח, ונדון במסגרת אותו הסדר לחמש שנות מאסר החל מיום מעצרו, העתידות להסתיים בקרוב.

פניות העותרים ומיצוי הליכים

22. כאמור ביום 27.11.07 התלונו העותרים על העינויים, האלימות הפיזית וההתעללות הנפשית שעבר העותר (**נספח ג'**) וביקשו כי תיפתח חקירה כנגד המשיבים 3 (להלן: "חוקרי השב"כ"). המשיבים אישרו את קבלת התלונה ומסרו כי העניין בבדיקת המבת"ן.

מכתבי התשובה של המשיבים מצורפים ומסומנים **נספח ה'**

23. מאחר שלא התקבל כל מענה, נשלחו שלושה מכתבי תזכורת ביום 15.1.08, 6.4.08 וביום 20.8.08.

מכתבי התזכורת מצורפים ומסומנים **נספח ו'**

24. ביום 18.12.08 נשלח מכתב תלונה בנוגע לאופן חקירת תלונתו של העותר על ידי נציג המבת"ן (כפי שתואר בסעיף 19 לעיל), וכן בנוגע להיותו של המבת"ן נגוע בניגוד עניינים.

מכתב התלונה מיום 19.12.08 מצורף ומסומן **נספח ז'**

25. ביום 20.7.09 נתקבלה אצל העותר מסי' 2 תשובת הממונה על המבת"ן מיום 18.6.09 בקשר לאופן ניהול החקירה על ידי המבת"ן (**נספח ז'**), ר' סעיף 24 לעיל). בתשובה נכתב כי לא נמצאו תימוכין לתלונת המתלונן, למרות שאושר כי המתלונן אכן היה אזוק במהלך גביית עדותו. עוד נאמר, כי המבת"ן אינו מצוי בניגוד עניינים כאשר הוא בודק תלונות כנגד חוקרי שב"כ, וכן כי לאחרונה נערכים דיונים אשר עניינם ייעול ושיפור תפקוד המבת"ן ואופן עריכת בדיקותיו. יצויין כי ביום 17.11.10 הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי המבת"ן יעבור להיות איש משרד המשפטים ולא איש שב"כ, אולם הצהרה זו טרם מומשה בפועל.

מכתב התשובה של המשיבים בתלונה נגד התנהלות המבת"ן מצורף ומסומן **נספח ח'**

26. עוד התברר כי התלונה ככל שהיא נוגעת לרכז השב"כ אשר השתתף במעצר העותר, הועברה לחקירת מח"ש ונחקרה שם, ולא נחקרה על ידי המבת"ן: ביום 4.8.2010 נשלח אל העותרים מכתב מאת המחלקה לחקירות שוטרים בה נמסר לעותרים כי חקירת התלונה על ידי מח"ש

נסתיימה והוחלט לסגור את התיק מחוסר עניין לציבור. במכתב נוסף מיום 19.9.2011 לאחר שהעותרים הגישו ערר כנגד סגירת התיק במח"ש, הובהר כי "החלטת מח"ש לסגור את התיק התייחסה אך ורק לתלונה שהופנתה נגד רכז שב"כ באשר לאלימות שנטען כי הפעיל כלפי מרשך בעת מעצרו בשטח, ולא לתלונה נגד חוקרי שב"כ ונגד המבתי"ן". ממכתבי סגנית למנהל המחלקה לחקירות שוטרים, עו"ד מיכל פרייסמן, עולה כי "תלונות כנגד חוקרי שב"כ במהלך חקירה נחקרות על ידי המבתי"ן". לעומת זאת, תלונה כלפי איש שב"כ שאינו חוקר, נחקרת על ידי מח"ש ובעניין זה התקיימה חקירה שבמסגרתה נגבתה עדות העותר שצורפה כנספח ד'. ביום 30.11.11 הגישו העותרים ערר ליועץ המשפטי לממשלה כנגד סגירת תיק זה, וטרם ניתן מענה לערר.

מכתבי מח"ש מהתאריכים 4.8.10, 19.9.2011, 16.11.11, מצורפים ומסומנים נספח ט'.

27. ביום 6.10.11, כארבע שנים לאחר הגשת תלונתו של העותר, התקבלה אצל העותר מס' 2 תשובת הממונה על המבתי"ן מיום 15.9.11 (נספח א') ביחס לתלונה כנגד חוקרי השב"כ שעינו אותה. במכתבה מציינת הממונה על המבתי"ן כי:

"המתלונן נעצר ביום 3.9.07 בחשד שהינו מומחה החבלה של תשתית חמאס בשכם, ובידו מידע על מעבדת החבלה שלה, וכן תוכניות לביצוע פיגועים."

את החלטתה, שלדבריה אושרה אישית על ידי המשיבים 1 ו-2, שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקריו של העותר, נימקה הממונה על המבתי"ן כך:

"גרסתו של המתלונן בפני המבתי"ן והתלונות אשר פורטו במכתבכם נבדקו ביסודיות על ידי המבתי"ן, ולא נמצא יסוד לנקוט בצעדים משפטיים כנגד החוקרים. עם זאת, יש לציין כי הבדיקות שנערכו על רקע תלונה זו הניבו, בנקודות ספציפיות, הפקת לקחים לעתיד.

ממצאי המבתי"ן הובאו בפני ולאחר בדיקה הבאתי המלצתי בפני היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה לפיה אין בממצאי הבדיקה כדי לבסס נקיטת צעדים משפטיים, משמעותיים או אחרים כלפי מי מחוקרי השב"כ. ההמלצה אושרה על ידם."

28. במענה לתשובה זו נשלח ביום 31.10.11, מכתב מטעם העותרים בו נתבקשו המשיבים להסביר מדוע לא הועברה התלונה כנגד חוקרי השב"כ לחקירת מח"ש. עוד נטען כי תשובת המשיבים הינה לקונית ואינה מתייחסת כלל לעובדות שתוארו בתלונה. המשיבים נתבקשו לפרט אילו לקחים הופקו כתוצאה מהגשת התלונה, וכן לפרט את הבסיס המשפטי להחלטה שלא לנקוט בצעדים משפטיים כנגד חוקרי השב"כ. עוד ביקשו העותרים לדעת מהו הליך ההשגה על החלטה שלא לפתוח בחקירה ומהם סדרי הדין הרלוונטיים. למכתב זה לא התקבל כל מענה מטעם המשיבים.

מכתב העותרים מיום 31.10.11 מצורף ומסומן נספח י'.

29. משלא התקבל מענה למכתב התשובה מטעם העותרים שב העותר 2 ופנה ביום 27.2.12 במכתב נוסף ובו נתבקשו המשיבים להגיב על הפניה הקודמת. כמו כן נתבקשו המשיבים 1-2 למסור לעותרים את כל חומר החקירה של השב"כ מחקירת העותר, וכל חומר אחר מבדיקת המבתי"ן שניתן למסרו לעיון העותרים. גם למכתב זה לא נתקבל כל מענה.

אנו מוצאים לנכון לציין כי כדרך שגרה המשיב מס' 1 אינו נוהג להשיב משך חודשים ארוכים על פניות מטעם העותר מס' 2, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, ומקרה זה הינו אחד מני רבים. נראה כי אין זו התנהלות ראויה של העומד בראש מערכת אכיפת החוק. זאת בעיקר כאשר מדובר בתלונות חמורות המעלות חשד לעינויים והתעללות, וכאשר השיהוי הנקט על ידי המשיבים עלול לסכל תוצאותיה של חקירה עתידית.

הטיעונים המשפטיים

30. המסכת העובדתית בעניינו של העותר מביאה למסקנה כי חוקרי השב"כ ביצעו פשעים חמורים נגד העותר שהיה נתון לחלוטין לשליטתם, פשעים העולים כדי עינויים, באשר הם גרמו לעותר לכאב וסבל פיזי ונפשי חמורים, חלקם נמשכים עד עצם היום הזה.

31. תשובת הממונה על המבת"ן, בשם המשיבים 1-2, הינה מקוממת, בלתי חוקית ובלתי סבירה, מנוגדת לפסיקה בבג"צ העינויים ולהוראות היועץ המשפטי לממשלה באשר לביצועה, ומעמיקה את תרבות החסינות של חוקרי שב"כ בפני כל הליכים פליליים, חסינות שימיה כאורך ימיו של שירות הביטחון הכללי. **המשיבים הם האחראים על השלטת שלטון החוק גם על גורמי אכיפת החוק ובהחלטה שלא לפתוח בחקירה הם מועלים בתפקידם ומנציחים חסינות מוחלטת הלכה למעשה לחוקרי השב"כ.**

32. **המשיבים אינם מכחישים את התלונה המפורטת של העותר ואף מציינים כי בדיקות התלונה הניבו "הפקת לקחים לעתיד".** מתשובה זו ניתן ללמוד כי המשיבים אינם מכחישים שננקטה כלפי העותר אלימות קשה. ניתן להסיק גם כי המשיבים סברו שהתנהלות חוקרי השב"כ חרגה מהרגיל ודרשה הפקת לקחים. **לא יכול להיות חולק כי חוקרי השב"כ אשר חקרו את העותר עברו עבירה, על ידי שימוש באלימות ולחץ נפשי כאמצעי חקירה פסול.**

33. כל שנאמר בתשובת המשיבים כנימוק להחלטתם הוא כי "לא נמצא יסוד לנקוט בהליכים משפטיים כנגד החוקרים". ההחלטה אינה מנומקת כדין, מכיוון שאינה נוקבת כלל בטעם העומד מאחורי המסקנה שאין יסוד לנקיטה בהליכים משפטיים, ולכן אינה עונה על דרישת הנימוק בסעיף 2א לחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות) תשי"ט-1958, ואף לא על הדרישות הקונקרטיות של חוק סדר הדין הפלילי.

34. לפי סעיף 63 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב – 1982, "על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין תימסר למתלונן הודעה בכתב **בציון טעם ההחלטה**". הודעת

המשיבים אינה מציינת את טעם ההחלטה שלא לחקור ו/או שלא להעמיד לדין, אלא מודיעה עליה בלבד, וזאת בניגוד לחוק. על המשיבים היה לנמק מאיזו סיבה לא נמצא יסוד לנקוט בהליכים משפטיים כנגד החוקרים. מאחר שהמשיבים לא עמדו בחובת ההנמקה, עובר אליהם נטל ההוכחה כי ההחלטה התקבלה כדין, והם צריכים להוכיח כי פעלו כדין בהחלטתם (וראו לעניין זה את ס' 6 לחוק לתיקון סדרי המנהל; וכן יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית**, נבו הוצאה לאור, עמ' 919-920).

35. מכל מקום, אף אחד מהטעמים שיכולים לבסס אי פתיחה בחקירה אינם מתקיימים בעניינו של העותר, המשיבים אף לא טענו לכך, ולכן החובה לפתוח בחקירה לא קוימה על ידי המשיבים למרות שנתקיימו כל התנאים לכך.

החובה לערוך חקירה פלילית בחשד לעינויים

36. טוהר החקירה וקיומו של משפט צדק הינם מהערכים הבסיסיים שעליהם מושתת המשפט הפלילי ועל כן השמירה עליהם מהווה אינטרס ציבורי מובהק. גבית עדויות והודאות בחקירה תחת לחץ ועל ידי שימוש באמצעים פסולים, מקל וחומר כאשר נעשה שימוש בעינויים, מהווה ניצול לרעה של הכוח הנתון בידי מערכת אכיפת החוק ויביא בהכרח לפגיעה קשה באמון הציבור במערכת זו.

37. לציבור יש אינטרס כי רשויות אכיפת החוק יחקרו ויעמידו לדין עבריינים, במיוחד אם מדובר בעבריינים מקרב עובדי ציבור המופקדים על אכיפת החוק, וביתר שאת כאשר אלה חשודים בהפעלת עינויים. על החקירה להיות ראויה ושקופה ללא מעשים שיש בהם לערער את אמון הציבור (ראו בג"צ 5817/08 **עראמין ואח' נ' היועמ"ש ואח' תק-על 319 (3) (2011)**, פסקה 15). לכן, בעקבות חשד לשימוש באמצעי חקירה אסורים העולים כדי עינויים ומהווים עבירה, קמה חובה של רשויות החקירה לפתוח בחקירה כנגד חוקרי השב"כ, שעשו שימוש באמצעים אלו. היסוד לפתיחה בחקירה הוא ממצאים עובדתיים המעוררים חשד סביר לכך שבוצעה עבירה על החוק. שני יסודות אלו מתקיימים בענייננו, כפי שנראה להלן.

38. המשיב אחראי על פי חוק על מניעת עבירות וגילויין, תפיסת עבריינים והעמדתם לדין, ואילו המחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים היא האחראית לחקור עבירות שבביצוען חשודים עובדי שב"כ ושוטרים. סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוסד"פ"), מטיל חובה על המשטרה לחקור כל חשד לביצוע פשע:

"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 סביר שאין בדבר עניין לציבור או אם הייתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה."

פקודת המשטרה, התשל"א – 1971, קובעת בסעיף 3 כי :

"משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילוי, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש".

39. כמתחייב מהוראת סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי לעיל, בעבירות מסוג פשע, מוטלת על המשטרה חובה לפתוח בחקירה פלילית. **בעבירות אחרות קיים שיקול זעת שלא לפתוח בחקירה, באם אין עניין לציבור או שרשות אחרת מוסמכת לחקור בדבר.** בין העבירות שיש לחקור את ביצוען על ידי חוקרי השב"כ (כמפורט בסעיף 4 לעיל), העבירות של תקיפה בנסיבות מחמירות ושל סחיטה בכוח הינן עבירות פשע ויתר העבירות הינן עבירות עוון. ואולם, מאחר ומדובר בעבירות המגלמות למעשה את האיסור המוחלט על עינויים, לא ניתן לקבוע במקרה זה כי אין עניין לציבור בחקירתן.

40. עקב דיון ציבורי שהתפתח לאורך שנים בשאלת היעדרם של מנגנוני ביקורת ראויים על פעילות השב"כ, נחקקו בשנים 1994 ו-2004 בהתאמה, תיקון מס' 12 ותיקון מס' 18 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: **"הפקודה"**). בתיקון הראשון הוסמך המשיב 1 להעביר לחקירת מח"ש תלונות על עבירות שעובדי שב"כ חשודים בביצוען במהלך חקירות שערכו או בקשר אליהן, או בקשר למי שהיה מעוכב או נתון במעצר לצורכי חקירה. התיקון השני הרחיב את סמכויות החקירה של מח"ש גם לכלל העבירות שעובדי שב"כ נחשדו בביצוען במסגרת מילוי תפקידם או בקשר אליו, ולא דווקא במהלך חקירה או בקשר אליה. זוהי לשון סעיף 1ט49 (א) לפקודה, לאחר שני התיקונים :

"עבירה שעובד שרות הביטחון הכללי חשוד בביצועה במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו, תחקור בה המחלקה, אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה".

41. החובה המוטלת על המשיב להעביר לחקירה פלילית תלונות של נחקרי שב"כ בדבר חשדות לכאורה לביצוע עבירה תוך שימוש בעינויים ו/או בהתעללות, עמדה בבסיס התיקון להוספתו של סעיף 1ט49 לפקודה. מהות חובה זו הובהרה במפורש על ידי יו"ר ועדת חוקה דאז, ח"כ דדי צוקר, בדיון בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 12), התשנ"ד-1994 (קריאה שניה וקריאה שלישית) :

"אני רוצה להבהיר דבר אחד שהוועדה 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 או מי שהוסמך מטעמם החליטו שהיא איננה עוברת ליח"ש- ליחידה לחקירת שוטרים? [...] 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 או לפרקליט המדינה סמכות למנוע חקירה בתלונה המעלה חשד נגד עובד השב"כ, ואין מטרתו של התיקון להרע את המצב הקיים.

כלומר, לא ייוצר מצב שבו יחליט היועץ המשפטי שאין להפנות את התלונה לפרקליטות ולכן לא תיחקר הפעולה. אם הוא החליט- היועץ המשפטי או הפרקליט- שאין התלונה נחקרת על ידי היחידה לחקירות שוטרים, יחולו הוראות סדר הדין ותיערך חקירה משטרתית כמקובל.

צריך גם להבהיר, שהמשטרה איננה יכולה להסיק מן התיקון המוצע, כי אם רשות אחרת עוסקת או מוסמכת לחקור, אין עליה חובה לחקור במקרה שהרשות החוקרת או הפרקליטות תחליט שלא לחקור. הבהרה זו נחוצה כדי לדעת שאין התיקון הבא להרע את המצב הקיים". (ההדגשה לא במקור) דברי הכנסת, מושב שני, חוב' ל"ט, 7249.

42. התכלית החקיקתית שעמדה מאחורי תיקון הפקודה כאמור לעיל, לאפשר חקירה עצמאית על ידי גורם חיצוני, הובהרה היטב בדבריו של חה"כ צוקר:

"מוטב שכאשר מתעורר חשד לא יחקור הארגון את עצמו. אין שום ארגון היכול לחקור במהימנות מלאה את עצמו, והכלל תקף ונכון גם לגבי שירות הביטחון הכללי. חוקר מיומן, מוסמך, האמון מצד אחד על כללי החשאיות, אבל מצד שני גם על כללי החקירה, הוא יבצע את החקירה הזאת". דברי הכנסת, מושב שני, חוב' ל"ט, 7249.

43. הן מתכליתו של החוק והן מלשונו עולה בבירור, כי המחוקק התכוון להוסיף על סמכויות החקירה של מח"ש, כיחידת חקירה עצמאית וחיצונית של עבירות לכאורה של שוטרים, גם סמכויות חקירה של עבירות לכאורה שמבצעים עובדי שב"כ במהלך חקירה שערכו או בקשר אליה, על מנת שחקירות כאלו אכן יתבצעו בפועל, על ידי גורם עצמאי וחיצוני, ולא יסוכלו על ידי המשטרה.

היסטוריה של חסינות

44. מעל 750 תלונות בגין עינויים והתעללות בידי חוקרי השב"כ הוגשו למשיבים מאז שנת 2001 ולמרות זאת לא נפתחה ולו חקירה פלילית אחת. ראה על כך בפירוט בדו"ח שפורסם על ידי הוועד נגד עינויים, בחודש דצמבר 2009: "מתחת לכל ביקורת: העדר חקירה וענישה של עינויים והתעללות בחקירות שב"כ", הדו"ח מצוי באתר הוועד נגד עינויים בקישור: http://stoptorture.org.il/files/Report_web_HEB.pdf, וכן בדו"ח נוסף מינואר 2012: "עדיין מתחת לכל ביקורת: עדכון תקופתי ינואר 2012", מצוי באתר הוועד: http://www.stoptorture.org.il/files/PCATI_heb_0.pdf

45. החלטת המשיבים לא ניתנה אם כן בחלל ריק, ולהקשר ההיסטורי והמוסדי שלה יש קשר הדוק לשאלת סבירותה. שירות הביטחון הכללי עטוף במעטפת הגנה אשר מונעת פתיחה בחקירות ובהליכים פליליים כלפי חוקרים המפרים את החוק, שהחלטה זו של המשיבים היא חלק ממנה. החלטה זו ממשיכה מסורת של חסינות מוחלטת הלכה למעשה הניתנת לחוקרי שב"כ על עבירות המבוצעות במסגרת תפקידם. בחינת עניינו של העותר מעלה כי החלטת המשיבים לא זו בלבד שממשיכה את מסורת החסינות אלא אף מחמירה אותה, באשר המשיבים נמנעו מלפתוח בחקירה למרות שלא חלקו על שאירע.

46. מסורת החסינות לחוקרי השב"כ קיבלה ביטוי בולט ראשון בפרשה הידועה כ"פרשת קו 300" בה ניתנה חנינה עוד בטרם העמדה לדין לחוקרי השב"כ שהיו מעורבים בהריגתם של שני מחבלים שביצעו פיגוע באוטובוס, הוצאו מן האוטובוס בעודם בחיים, ונהרגו על ידי אנשי שב"כ ובראשם הסוכן דאז אהוד יתום שהודה מאוחר יותר במעשה. בית המשפט העליון אישר את החנינה המוקדמת וחסרת התקדים לכל אנשי השב"כ שהיו מעורבים בהריגה בבג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, מ(3) 505 (1986), כנגד דעתו החולקת של השופט דאז, אהרן ברק.

47. מסורת זו המשיכה והתפתחה. ב-1987 ועדת לנדוי שמונתה לחקור את אמצעי החקירה של שירות הביטחון הכללי הגיעה למסקנה, כי במשך שנים ארוכות שיקרו נציגי השב"כ באופן עקבי לבית המשפט והכחישו שימוש בכוח פיזי לקבלת הודאות מנחקרים. למרות זאת, הוועדה המליצה כי לא יינקטו הליכים פליליים כנגד עובדי השב"כ (ר' דו"ח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת (תשמ"ח) פורסם בספר לנדוי, פסקה 4.22). דו"ח מבקר המדינה לשנים 1988-1992 קבע כי הפעלת שיטות חקירה אסורות ומסירת עדויות שקר היתה בגדר מדיניות בשב"כ, גם לאחר פרסום דו"ח ועדת לנדוי. (תמצית מדו"ח הביקורת בנושא מערך החקירות בשירות הביטחון הכללי לשנים 1988-1992, ירושלים, התש"ס-2000, עמ' 3, 6). יוצא דופן אחד ויחיד במסורת החסינות היא העמדתם לדין של שני חוקרי שב"כ בגין גרימת מותו של ח'אלד שיח' עלי

בשנת 1989, אשר במסגרת עסקת טיעון הורשעו בעבירה של גרימת מוות ברשלנות ונגזרו עליהם שישה חודשי מאסר.

48. בפרשה חמורה נוספת בה מצא הנחקר עבד אל-צמד חריזאת את מותו כתוצאה מטלטולים שעבר בחקירת השב"כ, החליט המשיב מס' 1 **לאחר שנערכה חקירה של מח"ש בנושא**, שלא להעמיד את החוקרים האחראים לדין אלא להעמיד את אחד החוקרים לדין משמעתי בלבד בשל חריגה מנהלים. בית המשפט העליון אישר את ההחלטה במסגרת בג"צ 2150/96 **חריזאת ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם, 26.3.02). פסק הדין התייחס לממצאי חקירת מח"ש שנערכה בנושא (ר' בעמ' 8, פסקה 7 לפסק הדין). בהמשך בחן בית המשפט לעומק את שיקולי היועץ המשפטי לממשלה, את הראיות הקיימות להעמדה לדין ואת התקיימותם של יסודות העבירות הנטענות. מבלי להסכים לתוכנו של פסק הדין, חלק נכבד בהחלטה מבוסס על אימוץ הטענה כי החוקרים לא יכלו לצפות את גרימת התוצאה הקטלנית מאחר והיה זה **אמצעי חקירה נפוץ** בשירות הביטחון שלא גרם לתוצאות דומות לנחקרים בעבר, ומדובר היה ב"צירוף נסיבות נדיר". היועץ המשפטי אף סבר באותו מקרה כי לחוקרים עומדת הגנת ה"צורך". **בענייננו – המעשים הפליליים בוצעו לאחר שכבר ברור לכל שאסור לנקוט באמצעי חקירה אלה ואסור להפעיל עינויים על נחקרים. כמו-כן, בענייננו לא התקיימה כלל חקירת מח"ש והתלונה נסגרה עוד קודם לכן. הדרישה המרכזית בעתירה זו הינה אם כן לפתוח בחקירה פלילית בתלונתו של העותר 1, החלטה הדורשת סף נמוך הרבה יותר מהעמדה לדין. מכל מקום, גם בענייננו לא מדובר בעבירה תוצאתית, לא ב"צירוף נסיבות נדיר", ולא נטען כי מדובר בשיטת חקירה נפוצה. זאת ועוד, היועץ המשפטי לממשלה לא מצא לנכון לומר גלויות כי לשיטתו עומדת לחוקרים הגנת הצורך, וגם אילו היה אומר כך, הרי שכפי שיפורט להלן, טענה זו אינה יכולה לעמוד.**

פסק הדין בעניין חריזאת מצורף ומסומן נספח יב'.

49. הנה כי כן, הסקירה ההיסטורית הקצרה מראה כי מדיניות המשיבים ביחס לחקירה והעמדה לדין של חוקרי שב"כ אינה מתקדמת עם השנים כי אם מצויה בנסיגה מסוכנת.

50. אילו ניתן היה לטעון בתקופות מוקדמות יותר כי מדובר באמצעי חקירה שהיו מקובלים ובגדר מדיניות כללית בשירות הביטחון למרות אי חוקיותם, הרי שכיום אין עוד לטיעונים אלו כל מקום. אנו מצויים כיום 13 שנים לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין איסור העינויים. **למרות שכיום הדין כבר ברור, עדיין אין דיין, ואפילו חוקר אין.**

51. המשיבים בתשובתם ציינו כי הבדיקות שנערכו על רקע התלונה, בנקודות ספציפיות, הניבו הפקת לקחים לעתיד. ובמה מסייעת הפקת לקחים זו? ככל הנראה שאינה מסייעת. אותה תרבות של חסינות היא זו המאפשרת לחוקרים, היוצאים פטורים מכל אחריות ונעדרי כל

הבנה כנראה לפסול שבמעשיהם, להמשיך ולעשות שימוש חוזר נשנה באותן שיטות ממש, שוב ושוב.

החלטת המשיבים שלא לחקור מנוגדת לדין

52. כאמור, סעיף 59 לחסד"פ מטיל על המשטרה את החובה לפתוח בחקירה פלילית בעקבות תלונה, ומסמך קצין משטרה להחליט שלא לחקור רק בעבירה שאיננה פשע, אם אין בכך עניין לציבור או שהיתה רשות אחרת מוסמכת לחקור בעבירה. בענייננו, הרשות המוסמכת לחקור בעבירה היא מח"ש, אולם התנאים המהותיים לעניין חובת החקירה חלים גם על מח"ש. גם ביחס לחוקרי שב"כ וכל איש מרות שפעל בניגוד לדין ונקט באמצעי חקירה פסולים, מוטלת על המשיבים החובה לפתוח בחקירה מיד עם קבלת מידע המעלה חשש לביצוע עבירות חמורות מהסוג שעלה בתלונתו של העותר.

53. למרות שהדין אינו קובע כך, קבעה הפסיקה כי קיים למשטרה וליועץ המשפטי לממשלה שיקול דעת בהחלטה אם לפתוח בחקירה אם לאו. ר' בג"ץ 1689/02 **יעקב נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נז(6) 49 (2003)), להלן: **בג"ץ נמרודי עמ' 55** :

"מכוח תפקידו כאחראי למערכת אכיפת החוק הפלילי, כשמוגשת תלונה בדבר ביצוע עבירה פלילית עומדות בפניו כמה דרכי פעולה: להורות על פתיחת חקירה פלילית בתלונה; להורות על ביצוע בדיקה כפעולה מקדימה לחקירה וכאמצעי עזר לצורך קבלת החלטה אם לפתוח בחקירה משטרתית (**בג"ץ 3993/01** התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה [1]), בפיסקה 4; או לקבוע כי אין מקום לעריכת בדיקה או חקירה ולגנוז את התלונה. דרכי פעולה אפשריות אלה הן בשיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, ונתון לו לגביהן שיקול-דעת רחב (**בג"ץ 2644/94** פרצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה [2]), בעמ' 343).

"בהפעלת שיקול דעת ראש התביעה הכללית אם לפתוח בחקירה או בבדיקה נעשית הערכה של טיב החשדות הפליליים כנגד הנילון על רקע נסיבותיו המיוחדות של העניין ואופי העבירות המיוחסות לו, ונבדקת על פני הדברים התשתית העובדתית הנטענת. שיקול-הדעת המעין-שיפוטי של היועץ בהחלטה אם לפתוח בהליך של חקירה מבוסס לא רק על בחינת הצורך בבירור עובדתי פרטני של הנתען בתלונה, אלא גם על הכרעה ערכית מורכבת המבוססת על שיקולי תועלת ונזק לאינטרס הציבורי, הכרוכים בביצוע חקירה או העמדה לדין (**בג"ץ 935/89** גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה [14]), בעמ' 509).

54. לא יכול להיות ספק כי החובה לפתוח בחקירה פלילית מתקיימת כאשר:

א. המעשים הנטענים מהווים עבירה

ב. התלונה מגלה ביסוס עובדתי ראשוני

ההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית חייבת להתבסס על - ולהיות מנומקת - בהתייחס לאחד משני טעמים אלו, שרק אם אחד מהם אינו מתקיים, יש מקום להחלטה שלא לפתוח בחקירה. במידה ושני אלו מתקיימים מוסמך היועץ המשפטי לשקול גם שיקולים רחבים

יותר בדבר האינטרס הציבורי שבחקירה. בשל החומרה של מעשי עינויים ועוצמת החובה המשפטית והמוסרית לחקור, האינטרס הציבורי מחייב לפתוח בחקירה בכל עת שהתלונה אינה מופרכת על פניה.

תנאי ראשון: המעשים מהווים עבירה

55. כאמור, בג"ץ העינויים אסר במפורש על שימוש באמצעי חקירה שנקטו כנגד העותר 1 (ראו סעיף 3 לעיל), וקבע כי יחס בלתי אנושי או משפיל אינו כדין:

"עם זאת, כמה עקרונות כלליים ראויים לציין: ראשית, חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש "באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים" במהלך החקירה (ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, בעמ' 446)... איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים. אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה."

56. שימוש בעינויים אסור על פי המשפט הישראלי, ומהווה עבירה פלילית על פי המשפט הבינלאומי ההסכמי והמינהגי. אמנת האו"ם נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (להלן: **האמנה נגד עינויים**), עליה חתמה מדינת ישראל ב-1986 ואותה אישררה ב-1991 (כ"א 31, 249), מחייבת את המדינות שהצטרפו אליה לאסור עינויים, הכוללים עינויים נפשיים, בחוק הפלילי שלהן. בסעיף 4 לאמנה נקבע כי "מדינה חברה תבטיח כי עינויים מהווים עבירות על פי הדינים הפליליים". בסעיף 16 נקבע כי "מדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוטה מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, או עונשים שאינם בחזקת עינויים כמוגדר בסעיף 1, מקום שמעשים כאמור בוצעו על ידי או בעידודו או בהסכמתו של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או השלמתם בשתיקה."

57. סעיף 7 באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, עליה חתמה מדינת ישראל ב-1986 ואותה אישררה ב-1991, אוסר אף הוא על שימוש עינויים וביחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים. על-פי סעיף 4 של האמנה, סעיף 7 הוא לאו בר-גריעה (non-derogable) אף "בשעת חירום המאיימת על חיי האומה". כמו-כן, במשפט הבינלאומי המנהגי ישנה הסכמה גורפת כי האיסור על עינויים מוגדר "כלל ללא עוררין" (ובלטינית jus cogens), כלומר כלל שאף מדינה איננה רשאית לסייג או להגביל.

58. במשפט ההומניטארי הבינלאומי אמנת ז'נבה הרביעית, החלה על שטח כבוש ובכלל זה על שטחי הגדה המערבית שהעותר הוא תושב מוגן בו ושרבים מסעיפיה נחשבים כמשקפים דין מינהגי, קובעת את איסור העינויים ויחס בלתי-אנושי (inhuman treatment) כחלק

מהאיסורים ביחס לאוכלוסיה המוגנת. יותר מכך, על פי סעיפים 146-147 האמנה מטילה אחריות פלילית אישית הן על המבצע והן על נותן הפקודה של הפרות חמורות (Grave breaches) של האמנה ובכללן הפרת האיסור על עינויים ועל יחס בלתי אנושי, והופכת אותן לעבירות שפיטות על פי סמכות שיפוט אוניברסאלית. מדינת ישראל מחויבת להפוך מעשים אלו לעבירות פליליות, לחקור את החשודים בביצוען ולהעמידם לדין:

146. בעלי האמנה מתחייבים לחוקק כל חוק שיהא צורך בו, כדי לקבוע עונשים יעילים לאנשים המבצעים, או מצווים לבצע את אחת ההפרות החמורות של האמנה הזאת המוגדרות בסעיף הבא. כל אחד מבעלי האמנה יהא מחוייב לחפש את האנשים שלפי הטענה ביצעו, או ציוו לבצע, את ההפרות החמורות האלה, ויעמיד אנשים כאלה לדין בפני בתי המשפט שלו ללא התחשבות באזרחותם. כן רשאי הוא, אם יבחר לעשות כן, למסור אנשים כאלה, בהתאם להוראות החוקים שלו, למשפטו של בעל אמנה אחר הנוגע בדבר, בתנאי שבעל האמנה הזה הגיש נגד אנשים כאלה האשמות מספיקות....

147. ההפרות החמורות, שאליהן מתייחס הסעיף הקודם, הן אלה הגוררות מעשה מהמעשים שלהלן, כשמבצעים אותם כלפי בני אדם או נכסים המוגנים לפי האמנה הזאת....עינויו או יחס בלתי אנושי אליו.... גרימת זדון של סבל רב . . .

סעיף זה מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי ומחייב כיום בכל העולם הן בסכסוכים (armed conflicts) פנימיים והן במלחמות, והוא חל על מי שביצע הפרות כלפי העותר שהינו תושב מוגן בשטח כבוש.

59. איסור העינויים והפליליות של מעשי עינויים מהווה מזה זמן רב חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, המחייב את כל המדינות באשר הן ללא קשר להתחייבויותיהן ההסכמיות, ראו:

Henckaerts, Jean-Marie and Louise Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law – Volume I: Rules** (CUP 2005), p. 315; Nigel Rodley, **The Treatment of Prisoners Under International Law** (2d ed. 1999) 65 – 74; Burgers, J.H. and Danelius, H. **The United Nations Convention Against Torture: A Handbook** (1988) 12; A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (HL) (2004) UKHL 56, pars. 30 – 34 (Lord Bingham); Rome Statute of the International Criminal Court, 2002, art. 7.

60. מעשי עינויים והתעללות נכללו כעבירות פליליות בכל האמנות של הטריבונלים הפליליים הבינלאומיים, החל ממשפטי נירנברג וטוקיו בתום מלחמת העולם השנייה, עבור בטריבונלים הבינלאומיים ליוגוסלביה לשעבר, לרואנדה ולסיירה לאון, ועד לאמנת רומא שייסדה והגדירה את העבירות בפני בית המשפט הפלילי הבינלאומי הקבוע בהאג.

61. נציין כי לאורך למעלה מששים השנים שבהם פעלו טריבונלים כאלה, ככל הידוע לנו, אף לא אחד מהם נמנע אי פעם מלהעמיד לדין או מלהרשיע אדם שנחשד בשימוש בעינויים או התעללות בנימוק שעמדה לו "הגנת הצורך", ואף לא בטיעון של כורח (duress).

62. יתרה מכך, בית הדין הבינלאומי המיוחד לבחינת הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר קבע כי האיסורים מכוח אמנות ז'נבה **מהווים חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי ומטילים אחריות פלילית אינדיבידואלית** מכוח משפט זה, ראו:

Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, A.Ch. 2.10.1995, para. 134

63. מדינת ישראל מחויבת אם כן על ידי המשפט הבינלאומי ההסכמי (האמנה נגד עינויים, האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות ואמנות ג'נבה) והן על פי המשפט הבינלאומי המנהגי להפוך את איסור העינויים לעבירה פלילית ולאכוף דין זה. ואכן המעשים מהווים עבירה על הדין הפלילי של מדינת ישראל, אם כי לא במידה המחויבת במשפט הבינלאומי. **העדר אכיפה במקרים של שימוש בשיטות החקירה המתוארות בעתירה זו מהווה הפרה ברורה של ההתחייבויות הבינלאומיות ההסכמיות שמדינת ישראל מחויבת בהן ושל המשפט הבינלאומי המנהגי המחייב אף הוא את המדינה.**

64. למרות שהדין הישראלי לא עיגן, כמתחייב מהתחייבויות מדינת ישראל במשפט הבינלאומי, את איסור העינויים – כשלעצמו – כעבירה פלילית, המעשים שביצעו חוקריו של העותר מהווים עבירות פליליות על פי הדין הישראלי. בין היתר, האלימות שהופנתה כנגד העותר עומדת בניגוד לסעיפים 378-382 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין"), העוסקים בתקיפה ותקיפה בנסיבות מחמירות:

378. המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית - הרי זו תקיפה; ולענין זה, הפעלת כוח - לרבות הפעלת חוס, אור, חשמל, גאז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות.

379. התוקף שלא כדין את חברו, דינו - מאסר שנתיים, והוא אם לא נקבע בחוק זה עונש אחר לעבירה זו מחמת נסיבותיה.

380. התוקף חברו וגורם לו בכך חבלה של ממש, דינו - מאסר שלוש שנים.

...

382. (א) נעברה עבירה לפי סעיפים 379 או 380 כשהיו נוכחים שניים או יותר שחברו יחד לביצוע המעשה בידי אחד או אחדים מהם, דינו של כל אחד מהם - כפל העונש הקבוע לעבירה.

65. איומים מהסוג שהופנה כלפי העותר עומדים בניגוד לאיסורים מפורשים בחוק העונשין לרבות, סעיף 277 – "לחץ של עובד ציבור":

"עובד הציבור העושה אחד מאלה, דינו – מאסר שלוש שנים:

(2) מאיים על אדם, או מורה שיאיימו עליו, בפגיעה בגופו או בנכסיו, שלו או של אחר שהאדם יש לו עניין בו, כדי לסחוט מן האדם הודיה בעבירה או מידע בדבר עבירה.

סעיף 1280(1) - "שימוש לרעה בכוח המשרה":

"עובד הציבור העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שלוש שנים:

(1) תוך שימוש לרעה בסמכותו הוא עושה או מורה לעשות מעשה שרירותי הפוגע בזכותו של אחר".

כמו כן עשוי הדבר להוות עבירה על סעיף 192 - "איומים", סעיף 322 - "אחריות לחסר ישע", סעיף 337 "הפרת חובה של הורה או אחראי" וסעיף 368(ג) "התעללות בקטין או בחסר ישע".

תנאי שני: התלונה מבוססת עובדתית

66. על מנת לבסס החלטה באם לפתוח בחקירה פלילית או לאו יש צורך בממצאים עובדתיים (ראו בג"צ 7074/93 סויסא נ' היועמ"ש, פ"ד מח (2) 749 (1994), עמ' 805). ככלל, די בעדות מתלונן אמינה על פניה ואפילו במידע מודיעיני על מנת להצדיק פתיחה בחקירה. ואולם בענייננו, קיימים גם ממצאים עובדתיים מבוססים וחד משמעיים, והמשיבים לא טענו אחרת. העותר מסר עדות אמינה המתארת את האופן והנסיבות בהם השתמשו חוקרי השב"כ בעינויים פיזיים ונפשיים מובהקים באמצעות הפעלת שיטות חקירה פסולות. החוקרים היכו את העותר בבעיטות וסטירות, מנעו ממנו שינה לתקופות של ימים, השתמשו באיזוק מכאיב ובהפעלת כוח על פרקי ידיו, הושיבו אותו בתנחות מכאיבות וכפו עליו עמידה כפופה ומכאיבה בצמוד לקיר. בנוסף איימו על העותר במעצר בנות משפחתו והביאו אותו לחזות בפיצוץ בביתו.

67. העותר מסר הודעה בפני חוקרי מח"ש ובה תיאר לפרטים את מסכת העינויים שעבר, ויש להניח כי גם בפני המבת"ן מסר עדות. בנוסף הרישום ממרפאת בית המעצר אף הוא תומך בתלונתו (ראה נספחים ב' ו-ד').

68. ואכן, המשיבים אינם מכחישים את המסכת העובדתית שתוארה בתלונה, ואף מוסיפים שמהתלונה הופקו לקחים לעתיד. אם כך הדבר, כיצד יכולים אם כן המשיבים להצדיק את עמדתם שלא לנקוט בצעדים כנגד החוקרים מפרי החוק ושלא לפתוח כלל בחקירה?

האינטרס הציבורי מחייב לפתוח בחקירה כתגובה סבירה יחידה למעשים הנטענים

69. כאמור, המשיבים נימקו את ההחלטה שלא לפתוח בחקירה כך :

"גרסתו של המתלונן בפני המבת"ן והתלונות אשר פורטו במכתבכם נבדקו ביסודיות על ידי המבת"ן, ולא נמצא יסוד לנקוט בצעדים משפטיים כנגד החוקרים. עם זאת, יש לציין כי הבדיקות שנערכו על רקע תלונה זו הניבו בנקודות ספציפיות, הפקת לקחים לעתיד. ממצאי המבת"ן הובאו בפני ולאחר בדיקה הבאתי המלצתי בפני היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה לפיה אין בממצאי הבדיקה כדי לבסס נקיטת צעדים משפטיים, משמעותיים או אחרים כלפי מי מחוקרי השב"כ. ההמלצה אושרה על ידם".

70. המשיבים נמנעו מלקבוע כי לא היה בקיום חקירה עניין לציבור, ואכן הנימוק של העדר עניין לציבור רלוונטי לעבירות מסוג עוון בלבד, שכן סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 מאפשר שלא לפתוח בחקירה בשל חוסר עניין לציבור רק בעבירות שאינן מסוג פשע. מכל מקום, חוסר עניין לציבור אינו יכול להתקיים כאשר עולה חשד לעינויים או יחס בלתי אנושי ומשפיל (ראה בג"צ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם, 1.7.09) (להלן: בג"ץ אבו רחמה), בג"ץ 935/89 גנור נגד היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מד(2) 485 (1990).

71. בענייננו, המשיבים לא העלו בתשובתם כל טענה בנוגע להיעדר עניין לציבור. ואכן, לא יכול להיות חולק כי פתיחה בחקירה פלילית נגד עובדי ציבור אשר פעלו בניגוד לדיון, בכך שעשו שימוש באמצעים פסולים ופוגעניים, העולים כדי עינויים, נגד עותר שהיה עצור המצוי בחזקתם ובאחריותם הינה אינטרס ציבורי מובהק.

72. האינטרס הציבורי מתחדד לנוכח היסטוריית החסינות של חוקרי השב"כ, כפי שפירטנו לעיל. כאמור ההחלטה הינה חוליה בשרשרת של החלטות המביאות לתוצאה הבלתי מתקבלת על הדעת מבחינה ציבורית כי מאז בג"צ העינויים לא נפתחה ולו חקירה פלילית אחד בחשד לעינויים. עובדה זו כשלעצמה מעידה על חוסר הסבירות המשווע במדיניות המשיבים.

73. אל מול ההתנהגות האלימה והברוטלית של החוקרים הנותרת במערומיה, אין על המשיבים 1 ו-2 אלא להגיב להתנהגות כזו בצורה הסבירה והראויה במערכת משפטית המקדשת את כבוד האדם והנחקר וזכותו לכבוד ולשלמות גופו ונפשו. סגירת התיק והענקת חסינות בפועל לחוקרים המענים אינה יכולה להיחשב כתגובה ראויה. שיקולי המשיבים צריכים לכלול את חומרת המעשים שלכאורה בוצעו על ידי עובד ציבור כשיקול עיקרי, ראו בבג"ץ נמרודי, עמ' 52, פסקה 3 :

"בהפעלת שיקול דעת ראש התביעה הכללית אם לפתוח בחקירה או בבדיקה נעשית הערכה של טיב החשדות הפליליים כנגד הנילון על רקע נסיבותיו

המיוחדות של העניין ואופי העבירות המיוחדות לו, ונבדקת על פני הדברים
התשתית העובדתית הנטענת"

74. גם על פי המבחנים המחמירים שנקבעו בפסיקה להתערבות בהחלטות בדבר אי פתיחה
בחקירה או בהליכים פליליים אחרים, מחייבת החלטת המשיבים את התערבות בית המשפט
הנכבד, מאחר ומדובר בנסיבות קיצוניות, המגלות עיוות מהותי, היורד לשורשו של עניין,
בשיקול הדעת של המשיבים 1-2. ר' לעניין זה בג"צ 1901/08 **זבאבסה ואח' נ' הפרקליט**
הצבאי הראשי (טרם פורסם, ניתן ביום 15.7.12):

כידוע, ההתערבות בשיקול דעתם של גורמים אלו מוגבלת למקרים
חריגים במיוחד, "בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור, שנפל משגה
היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את
תיקונו" (דברי השופט ד' לויין בג"צ 425/89 **צופאן נ' הפרקליט הצבאי**
הראשי, פ"ד מג(4), 718, 742 (1989)). ויפים לעניין זה גם דבריו של
השופט מ' חשין:

"אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק ויביאו
להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה – יועץ משפטי לממשלה או
התביעה הצבאית – לעניין אי-פתיחתם של הליכים פליליים (או להחלטות
בדומה להן): החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-לב; החלטה
שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה
ברורה לאינטרס הציבור...; החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או
מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה
שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין"
(בג"צ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 871-872
(1995)).

75. לאור האופי החמור של התנהגות חוקרי השב"כ, אשר עשו שימוש בשיטות חקירה פסולות
המהוות עינויים ונפשיים בעותר, אך ורק חקירה מיידיית והעמדה לדין תהווה תגובה
ראויה וסבירה. **בג"צ אבו רחמה** קבע בית משפט נכבד זה כי שגה הפרקליט הצבאי הראשי
כאשר בחר להעמיד מג"ד וחייל אשר ירו מקרוב לעבר רגלו של אדם כפות, אך ורק בגין
התנהגות בלתי הולמת וביטל את ההחלטה. בית המשפט קבע כי גם אם מדובר אך ורק
בניסיון להפחיד אדם כפות, ההחלטה להסתפק בהעמדה לדין בגין התנהגות בלתי הולמת
לוקה בחוסר סבירות קיצונית והחזיר את העניין לפרקליט הראשי כדי שתתקבל החלטה
חדשה. בין היתר, הדגיש בית המשפט את הצורך לשמור על מתאם מהותי בין חומרת
המעשים לסעיפי העבירות בכתב האישום, וכך נקבע:

"משקלו של האינטרס הציבורי בשירוש תופעות קשות החותרות תחת אושיות
החברה, מחייב לשמור על מיתאם מהותי בין חומרת המעשים לבין סעיפי העבירות
בכתב האישום, תוך הותרת שיקולי הענישה - הרתעה, גמול, וגורמים אחרים לקולא
– לשלב גזירת הדין (ע"פ 234/77 ידלין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 31, 38 (1977);
בג"צ 6009/94 שפרן נ' התצ"ר, פ"ד מח(5) 573, 589 (1994), דעת המיעוט של השופט
מצא).

בענייננו, קיים חוסר מיתאם מהותי בין "פרטי העבירה" המתייחסים לתשתית
העובדתית של המקרה, כמתואר בכתב האישום, לבין סעיף האשמה המייחס למג"ד
ולחייל התנהגות שאינה הולמת כעבירה יחידה. חוסר מיתאם זה משתקף, בעיקרו,
בחומרה הרבה המתלווה לנסיבות הארוע, מצד אחד, אל מול קלותו ומתינותו של
סעיף העבירה שנבחר לצורך אכיפת הנורמה הפלילית על המעורבים, על פי עובדות
המקרה כפרטיהן בכתב האישום."

76. בעניינו של העותר המסכת העובדתית, שכאמור לא הוכחה בידי המשיבים 1-2, לא מותרת מקום לספק שחוקריו של העותר חטאו במסכת קשה של עינויים פסיים ונפשיים, שהתחוללה במשך ימים רבים על ידי מספר רב של חוקרים. עינויים אלה בוצעו בעותר ככל הנראה בגיבוי מערכת התייעצויות של החוקרים עם בכירים מהם. לאור העובדה כי המשיבים לא הכישו את מעשיהם של חוקרי השב"כ, שמירה על מתאם מהותי ופרופורציה בין האמצעים החמורים שננקטו על ידי החוקרים לדרך הפעולה של המשיבים האמונים על שמירת שלטון החוק, מחייבת, לכל הפחות, פתיחה בחקירת מח"ש כנגד חוקרי שב"כ אלו והאחרים עליהם, והעמדתם לדין בעקבות ממצאיה.

77. בבג"ץ אבו רחמה מדגיש בית משפט נכבד זה את החשיבות לנקוט באמצעים מידתיים במהלך מעצר וחקירה של אדם כבול חסר ישע, ומקל וחומר בעניינו של העותר 1:

"ניהול חקירות, קיום מעצרים מינהליים, הגשת אישומים פליליים ונקיטת אמצעים אחרים על ידי מערכות המדינה כנגד עצורים פלשתיניים כפופים לעולם לעקרונות חוקתיים המכתיבים את המסגרת המותרת של שלילת החופש, ואת אופיים וטיבם של האמצעים שאותם ניתן לנקוט מבחינת התכלית הראויה והמידתיות, שאינה אמורה לעלות על הנדרש.

...

פגיעה באדם עצור, כבול וחסר ישע נחשבה מאז ומתמיד מעשה עבירה חמור ואכזרי, המחייב תגובה עונשית הולמת. כדבריו של הנשיא שמגר בבג"צ 253/88 'סג'דיה נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 801, 823 (1988):

"אם ארעה תופעה פסולה ואסורה כנטען, הרי היא פוגעת לא רק בעציר, והיא משפילה לא רק אותו, אלא גם את מי שנוהג כלפיו באלימות או בשררה;

פגיעה באדם כבול וחסר ישע היא מעשה מביש ואכזרי, והיא מחייבת תגובה ההולמת את חומרת המעשה".

תפיסה זו, השוללת מכל וכל פגיעה באדם כבול וחסר-ישע, משתלבת בגישתו הכללית של המשפט בישראל בדבר חובת ההגנה על זכויות יסוד של אנשים המצויים במשמורת גם כאשר הם נחשדים במעשים חמורים ובסיכון חיי אדם. כך מובטחת הגנה על זכויות נחקרים והוגבל הכח להשתמש כלפיהם באמצעי חקירה החורגים מהמידתיות (בג"צ הועד הציבורי, בעמ' 836); במסגרת חקירה נאסר על הפעלת אמצעי עינויים, נאסר על יחס אכזרי ומשפיל כלפי עצור, והשמירה על כבוד האדם היא קו מנחה בהתנהלות חקירה מכל סוג שהוא. האיסור על מעשי אלימות פסיים או נפשיים הוא מוחלט: "אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה. שימוש באלימות בחקירה עשוי להטיל על החוקר אחריות פלילית ומשמעתית" (בג"צ הועד הציבורי, עמ' 836, פסק דינו של הנשיא ברק). בודאי כך הדבר כאשר מופעלת על עצור אלימות נפשית בלא כל קשר לצרכי חקירה".

השיקול הנסתר - הגנת "צורך"?

78. בחירת המשיבים לציין ראשית כי העותר נעצר בחשד שיש בידו מידע על מעבדת חבלה ועל תכניות לביצוע פיגועים, ובהמשך לגנוז את התלונה בנימוק המשפטי של "לא נמצא יסוד לנקוט בצעדים משפטיים כנגד החוקרים" מלמד, ככל הנראה, כי השימוש של חוקרי שב"כ בעינויים היה, לשיטת המשיב, מוצדק בנסיבות העניין ולכן לא היה יסוד להעמידם לדין,

וההנחה הסבירה היא כי החלטת המשיבים לסגירת התלונה נשענת על טיעון של "הגנת הצורך".

79. פסק הדין בבג"ץ העינויים קבע בפירוש כי סייג "הגנת הצורך" אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה כאלה מראש או לקביעת הנחיות לחוקרי השב"כ לשימוש באמצעי חקירה חריגים:

"הוחלט על כן, להפוך את הצו על תנאי להחלטי במוכן זה, שאנו מצהירים כי אין לשב"כ סמכות "לטלטל" אדם, להחזיקו בתנוחת "שבאח" (הכוללת את שילוב האמצעים כאמור בפסקה 30), לחייבו ב"כריעת צפרדע" ולמנוע ממנו שינה באופן שאינו מתחייב מצורכי החקירה. כן אנו מצהירים, כי סייג "הצורך" שבחוק העונשין אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה אלה וכי אין בסיס לקיום הנחיות לחוקרי השב"כ, המאפשרות שימוש בשיטות חקירה מעין אלה." (שם, עמ' 846)

80. יודגש כי על פי המשפט הבינלאומי ההסכמי והמינהגי איסור העינויים הינו מוחלט וכה שלא ניתן להתנות עליו או לחסות בצל הגנות כלשהן מפני אחריות פלילית בקשר אליו. מומחי המשפט הבינלאומיים הממונים מטעם האו"ם על אכיפת האיסור על עינויים והתעללויות דחו באופן מתמיד ועקבי את טענת מדינת ישראל כי ניתן להחיל את הגנת הצורך על חוקרים שהפעילו כוח או איומים בחקירה. כבר ב-1994 קבעה ועדת האו"ם נגד עינויים כי:

It is a matter of deep concern that Israeli laws pertaining to the defences of 'superior orders' and 'necessity' are in clear breach of that country's obligations under article 2 of the Convention Against Torture

ראו:

UN Doc A/49/44 (1994), para 167.

81. על קביעה זו חזרה הוועדה מספר פעמים, לאחרונה ב-2009:

...the Committee is concerned that ISA interrogators who use physical pressure in "ticking bomb" cases may not be criminally responsible if they resort to the necessity defense argument... The Committee reiterates its previous recommendation that the State party completely remove necessity as a possible justification for the crime of torture.

ראו:

UN Doc. CAT/C/ISR/CO/4, 23 June 2009, para. 14.

82. בעקבות החלטת בית-המשפט הנכבד בבג"צ העינויים קבע הדווח המיוחד של האו"ם לענייני עינויים (בהתייחס להגנת הצורך):

... there is no such defence against torture or similar ill-treatment under international law.

UN Doc E/CN.4/2000/9 (2000), para 675.

83. בדומה לכך קבעה ועדת זכויות האדם (Human Rights Committee) ב-2003, וחזרה וקבעה ב-2010 :

The Committee further expresses its concern at information that all complaints of torture are either denied factually, or justified under the "defence of necessity" as "ticking time bomb" cases. The Committee observes that the prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment in article 7 is absolute and according to article 4, paragraph 2 no derogations thereof are allowed, even in times of public emergency (arts. 4 and 7.)

The State party should incorporate into its legislation the crime of torture, as defined in article 1 of the Convention against Torture and in conformity with article 7, of the Covenant. It further reiterates its previous recommendation (CCPR/CO/78/ISR, para. 18), that the State party should completely remove "necessity" as a possible justification for the crime of torture.

ראו לעניין זה :

UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 29 July 2010, para. 11.

84. לעומת זאת, ותוך סטייה מעמדת המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי, פסק הדין בבג"ץ העינויים יצא מתוך הנחה, מבלי לקבוע מסמרות בשאלה זו, כי הגנת הצורך יכולה לעמוד לחוקרי שב"כ כאשר נפסק :

"מוכנים אנו לצאת מתוך ההנחה – אף שעניין זה שנוי במחלוקת... כי סייג ה"צורך" עומד לכל אדם, לרבות לחוקר מטעם השלטון, הפועל במסגרות הארגוניות של השלטון, המקובלות לחקירות שכאלה. כן מוכנים אנו להניח – אף שגם עניין זה שנוי במחלוקת... כי סייג זה עשוי להתקיים במצבים של "פצצה מתקתקת", וכי דרישת המיידיות ("דרוש באופן מיידית" להצלת חיים) מתייחסת למיידיות המעשה ולא למיידיות הסכנה. על-כן, מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר ימים מספר ואולי אף שבועות מספר, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת, כלומר: שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ... על-כן, מוכנים אנו להניח, כפי שנקבע בדוח ועדת החקירה [46], כי אם חוקר שב"כ – שהפעיל אמצעי חקירה פיזיים להצלת חיי אדם – מובא לדין פלילי, עשוי לעמוד להגנתו בנסיבות מתאימות הסייג של "צורך" (ראו ע"פ 532/91 פלוניס נ' מדינת ישראל [23]). אכן, ניתן להעלות שורה ארוכה של טיעונים מתחום האתיקה וממדע המדינה בעד ונגד הסייג של "צורך"... אך בעניין זה נפלה ההכרעה במשפטנו, וחוק העונשין מכיר בסייג של "צורך". פסקה 34 לבג"צ העינויים), ההדגשות אינן במקור).

85. ונדגיש, בית המשפט קבע כי הגנת הצורך יכולה לעמוד לחוקרי שב"כ אך ורק בדיעבד וזאת לפי אחד משני מסלולים, ששניהם יכולים להיבחן אך ורק לאור ממצאיה של חקירה פלילית: האחד, החוקר יעמוד לדין ויטען להגנתו כי עומדת לו הגנת צורך, וההחלטה

תתקבל בידי שופטיו; השני, היועץ המשפטי לממשלה יפעיל את שיקול דעתו ויורה שלא להעמיד את החוקר לדין אם פעל במקרה בודד מתחושה של "צורך". (פסקה 38, 40 לבג"ץ העינויים).

86. בפסיקתו בבג"ץ העינויים צופה בית-משפט נכבד זה שתי אפשרויות לגבי תגובת הרשויות במקרה שבו חוקר נקט ב"אמצעי חקירה פיזיים" במקרה של "פצצת זמן מתקתקת" (פסקה 34) ובנסיבות שבהן ייתכן כי תעמוד לו, על פי הפסיקה, "הגנת הצורך";; השנייה כי (פסקה 40).

87. לעמדת העותרים, הגנת הצורך נועדה להגנתו של אדם פרטי ולא יכולה לחול כלל על חוקר או בעל סמכות שלטונית אחרת, היכולים לטעון להגנת את הגנת ה"הצידוק". ואולם, ולמען הזהירות בלבד, כל מי שעניו בראשו רואה שהימנעות מפתחה בחקירה פלילית בשל טענה של תחולת הגנת הצורך עומדת בסתירה חזיתית, לא רק להוראות המשפט הבינלאומי המנהגי, אלא גם לפסיקת בג"ץ העינויים אשר קבעה שהגנה זו תחול, אם תחול, רק בשלב שבו על המשיבים להחליט על העמדה לדין ולא על פתיחה בחקירה. שהרי, לפני שמתנהלת חקירה מקיפה ויסודית כדין, לא ניתן לקבוע כלל אם התקיימו הנסיבות המקיימות הגנה כזו או אחרת. רק לאחר פתיחה בחקירה פלילית וממצאי חקירה זו ניתן לשקול אם חוקר פלוני פעל מתוך "תחושה של צורך" ולאור זאת לשקול אם להעמידו לדין אם לאו. על-כן, החלטת המשיבים 1 ו-2 להימנע מראש מלהורות למח"ש לפתוח בחקירה פלילית בתלונתו של העותר 1 מנוגדת לדין ועומדת בסתירה חזיתית לאינטרס הציבורי ודינה בטלות.

88. החלטת המשיבים 1 ו-2 שלא לפתוח בחקירה פלילית בתלונתו של העותר 1 מנוגדת אף להנחיות היועץ המשפטי לממשלה לשעבר (וכיום שופט בבית משפט נכבד זה), אליקים רובינשטיין, בעניין "חקירות שב"כ והגנת הצורך, מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה" מס' 99-04-1258, מיום 28/10/99, שפורסמו בעקבות בג"ץ העינויים (להלן: "ההנחיות"). לעמדת העותרים כאמור הגנת הצורך אינה יכולה לחול במקרה של עינויים וצורות אחרות של יחס בלתי-אנושי, אכזרי או משפיל, וההנחיות בחלקן עומדות בניגוד לקביעות פסק הדין, בכל הנוגע להתקנת כללים מראש על בסיס הגנת הצורך, ואף בניגוד לאיסורים מוחלטים במשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי. ואולם מכל מקום, בסעיף ז (1) להנחיות לעיל נקבע במפורש כי טיעון הגנת הצורך אינו יכול לחול במקרה של עינויים:

".... לא יחול על אמצעי חקירה שנקיטתם היא בגדר 'עינויים' כמשמע באמנה נגד עינויים ונגד יחס משפיל ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים; ס' 1 באמנה עניינו מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי."

הנחיות היועמ"ש מצורפות ומסומנות נספח יג'.

89. ונדגיש, אין לתאר את ההתנהגות האלימה הישירה והבוטה ואת הגרימה המכוונת של סבל נפשי כלפי העותר מצד החוקרים כפי שתוארו בפרוטרוט בפרק העובדתי לעיל, **אלא כעינויים**. מדובר במעשים שללא ספק גרמו סבל, ייסורים, השפלה וכאב לעותר כנחקר, על מנת לשבור את רוחו ואת גופו ולשכנעו כי אין דרך להיפטר מן הייסורים אלא בהודאה במיוחס לו או במסירת המידע בו מעוניינים חוקריו. משכך, אמצעים אלה מהווים "עינויים" כהגדרת המונח בסעיף 1 לאמנה הבינלאומית נגד עינויים, יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים. סעיף 1 לאמנה נגד עינויים מגדיר "עינויים" כ:

"מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להעניש על מעשה שביצעו, או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה בשתיקה של עובד שכאב או סבל הממלא תפקיד רשמי, או בשידולו. אין הוא כולל כאב או סבל הנובעים מעיצומים על פי חוק, טבועים בהם או נלווים אליהם."

90. הגדרת "עינויים" באמנה נגד עינויים מתבססת על ארבעה יסודות מצטברים: ראשית, יסוד **הכוונה**: המעשה (גרימת סבל וכאב לקורבן) היה מכוון; שנית, יסוד **הכאב והסבל**: המעשה גרם לקורבן כאב או סבל חמור, בין פיזי ובין נפשי; שלישית, יסוד **המטרה**: המעשה נעשה לשם השגת מטרה, ובכלל זה: השגת מידע או הודאה מהקורבן, ענישה, הפחדה או מסיבה ששורשיה בהפליה; ולבסוף, יסוד **המעורבות הרשמית**: המעשה נעשה בידי אנשי רשות, ולמצער בהסכמת השלטונות או תוך העלמת עין מצדם.

91. אין חולק על כך כי המעשים המתוארים נעשו בכוונת מכוון. מתיאורם המפורט בפרק העובדתי לעיל ברור כשמש כי הם גרמו לעותר סבל וכאב חמורים, הן פיזיים והן נפשיים. חקירת השב"כ מעצם טבעה מיועדת להשגת מידע או הודאה, וחוקרי השב"כ הם במובהק אנשי רשות. מכאן שנתקיימו במקרה של חקירת העותר כל יסודות הגדרת העינויים על-פי האמנה.

92. יוצא, איפוא, כי למרות העובדה שחוקרי שב"כ נקטו כנגד העותר באמצעי חקירה שהם בגדר "עינויים", החליטו המשיבים 1 ו-2 שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקרי השב"כ, כל זאת בניגוד מובהק להנחיה בסעיף ז (1) להנחיות לעיל.

93. ונדגיש, למען הזהירות: בנסיבות מקרה זה הגנת הצורך כלל אינה יכולה לחול גם לגופה. בג"צ קבע כי סייג הצורך, ככל שהוא חל על חוקרי שב"כ, הרי שהוא "עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע;

היא תוצאה של "אימפרוביזציה" נוכח התרחשות בלתי צפויה" (פיסקה 36 לבג"ץ העינויים). תחולתה של ההגנה הינה ככל תחולה של הגנה פלילית (פיסקה 35):

"35. הנה כי כן, מוכנים אנו להניח, כי בנסיבות מתאימות, יעמוד הסייג של "צורך" להגנת חוקר שב"כ שיעמוד לדין. אך זו אינה הבעיה הניצבת לפנינו. אין אנו עוסקים באחריות פלילית (או משמעתית) שעשה שימוש באמצעי חקירה פיזיים בנסיבות של "צורך".

94. סעיף 34 י"א לחוק העונשין קובע: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".

בענייננו לא יכול להיות כל ספק כי הגנת הצורך אינה יכולה לחול, מכל בחינה שהיא.

95. כאמור לעותר נמסר, כיממה לאחר תחילת חקירתו, כי הוא עומד להיחקר "בחקירה צבאית", ומאותה עת החלו מספר רב של חוקרים להשתמש כלפיו באופן רצוף בשיטות עינויים פיזיים. על פי העובדה כי החוקרים מסרו לעותר מראש על שינוי אופי החקירה, שמספר גדול של חוקרים השתמשו בשיטות דומות שכולן כוללות הפעלת אלימות פיזית, ומהשימוש הממושך והרצוף בשיטות אלו, ניתן ללמוד כי לא מדובר היה ב"אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה" של חוקר יחיד, אלא בהחלטה מערכתית ומשותפת למספר גורמים, מראש ולא בדיעבד.

96. ואכן, מניסיונו של העותר 2, הוועד נגד עינויים, עולה, כי העינויים שהופעלו על העותר 1 לא מהווים אימפרוביזציה מקרית ובלתי מתוכננת, שכן שיטות חקירה דומות ואף זהות לכך נעשה בהם שימוש לצורך הפעלת עינויים על מתלוננים נוספים שתלונותיהן נסגרו בטענה דומה של "לא נמצא יסוד לנקוט בצעדים משפטיים כנגד החוקרים" ולא בטענה שלא נמצאו תימוכין לעובדות נשוא התלונות (ראו עמ' 44-42 בדוח מתחת לכל ביקורת, סעיף 44 לעיל). קיומו של נוהל "חקירת צורך" עלה בפני בתי משפט שונים שדנו בעניינם של נחקרים אשר נחקרו בנסיבות כאלו, וקיומו של הנוהל לא הוכחש על ידי המדינה בתשובתה לבקשת בזיון בית המשפט שהגיש העותר 2 ביחס לבג"צ העינויים, בו נטען כי קיומו של נוהל חקירת צורך מפר את פסק הדין. כך השיבה המדינה, תוך שהיא עומדת על כך שאין בכך משום הפרת פסק הדין:

"על בסיס הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה, הוכנו בשב"כ לאחר מכן הנחיות פנימיות, הקובעות כיצד תבוצענה התייעצויות עם דרגים בכירים בשב"כ, כאשר נסיבותיה של חקירה ספציפית נראות לגורמים העוסקים בחקירה כמקיימות את דרישת סייג הצורך. ההנחיות מפרטות, בין היתר, את בעלי התפקידים שייקחו חלק בהליך, את האופן בו תתועד ההיוועצות וקבלת

העמדה בעקבותיה, ואת האופן בו תתועד הפעלת האמצעים שהופעלו בנסיבות של צורך".
תגובת המדינה לבקשת בזיון בית משפט בבג"צ 5100/94 מצורפת ומסומנת נספח יד'.

97. **עינינו קוראות ואינן מאמינות.** הכיצד למרות אמירתו הברורה של פסק הדין, נוצרה בשב"כ מערכת התייעצויות קבועה מראש הקובעת, שוב, מראש, כי חקירה ספציפית מקיימת את סייג הצורך, ולאור כך מופעלים "אמצעים בנסיבות של צורך"; כיצד ניתן לומר דבר ולעשות את היפוכו: מחד גיסא לטעון כי סייג הצורך אינו יכול לשמש בסיס להנחיות לנקוט באמצעים חריגים וכי ניתן לקבוע את תחולתה של ההגנה רק באופן אינדיבידואלי ובדיעבד, ומאידך גיסא ליצור נוהל בו מחליטים מראש כי חקירה היא כזו המקיימת את דרישת סייג הצורך ו"מפעילים אמצעים" בהתאם, לשון מכובסת לעינויים, בהיתר מראש, המשמש גם על מנת לפטור את החוקרים לאחר מכן מאחריות פלילית.
מה שהיה הוא שיהיה, עולם כמנהגו נוהג ואין חדש תחת השמש.

98. להשלמת התמונה ייאמר כי בית משפט זה קבע בהחלטתו ביחס לבקשה לביזיון המשפט כי הטענות המועלות בה אינן מתאימות להתברר במסגרת של בקשה על פי פקודת בזיון בית המשפט והפנה את העותר מסי' 2 לנקוט בהליכים אחרים בעניין זה, ככל שייראה לנכון, ובגדר כך מוגשת גם עתירה זו.

החלטת בית המשפט בבקשה לביזיון בית המשפט מצורפת ומסומנת נספח טו'.

99. מכל מקום, ולמרות שעמדת העותרים שוללת מכל וכל כל הגנה ו/או צידוק לעינויים, ורואה בכך הפרה בוטה של התחייבויות מדינת ישראל בדין הבינלאומי ההסכמי והמנהגי הרי החלטת המשיבים 1-2 כאן שלא לפתוח בחקירה על פי תלונתו של העותר, אם הינה מבוססת אכן על הגנת הצורך, עומדת בסתירה חזיתית אף לדרישות הדין הפלילי בישראל, שכן לא מדובר במעשה ספונטאני של חוקר בודד, אלא מעשים שנעשו בכוונת מכוון בידי מספר חוקרים במהלך מספר ימים על בסיס מערכת ההתייעצויות הקלוקלת והמעוותת המתעדת ברישומים קפדניים של בעלי תפקידים שהחליטו, לא בלהט הרגע ולא אל מול סכנה ממשית העומדת להתממש לנגד עיניהם, אלא בהליך בירוקרטי מובנה ומותווה מראש, כי מתקיימת הגנה של צורך.

100. נזכיר שוב, הגנת הצורך עוסקת ב"בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של "אימפרוביזציה" נוכח התרחשות בלתי צפויה" (בג"ץ העינויים). הגנת הצורך דומה בכל להגנת ההגנה העצמית, אלא שהנוקט בה אינו מגן על חייו הוא, אלא על חייו של אדם אחר. כל יתר המבחנים הקשורים להגנה העצמית, המיידיות, העדר אפשרות פעולה אחרת והמידיות, חלים אף על הגנת הצורך.

101. פעולת חוקריו של העותר לא היתה הכרעה אינדיבידואלית, אלא מערכתית, לא היתה פעולה אד-הוק אלא פעולה מתמשכת ומתוכננת שהתמשכה מספר ימים, לא היתה זו אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה אלא החלטה קרה ומחושבת לנוכח מעצרו וחקירתו של העותר שלא היו בגדר התרחשות בלתי צפויה. בנוסף לא עונה פעולת החוקרים על תנאי המיידיות שבהגנת הצורך ("שהיה נחוץ באופן מיידית"), המהווה חלק מהמרכיבים הבסיסיים של ההגנה. דווקא מערכת ההיוועצויות בבעלי התפקידים למיניהם בארגון היא היא המוכיחה כי הפעולה לא היתה נחוצה באופן מיידית, אלא הותירה זמן להתייעצויות, הנחיות, תיעוד וכד', ולכן ההגנה אינה יכולה לחול.

102. החלטת המשיבים 1 ו-2 לגנוז את התלונה נשוא העתירה אינה יכולה אם כן להיות מבוססת על תחולה של הגנת הצורך ואם על כך היא מבוססת, כפי שסבורים העותרים, אזי הינה שגויה ומוטעית מיסודה והינה בלתי סבירה בעליל ודינה אחד והוא בטלות.

החובה לחקור על פי המשפט הבינלאומי

103. החובה לחקור חשד לביצוע מעשה עינוי ו/או התעללות כלפי נחקר מתבקשת גם בשל התחייבותה הבינלאומית של מדינת ישראל באמנה נגד עינויים. האמנה נגד עינויים מחייבת לחקור חשד לעינויים ו/או התעללות באופן מיידית, יעיל, עצמאי, מקצועי, פומבי וללא משוא פנים.

104. סעיף 12 לאמנה קובע:

"כל מדינה חברה תבטיח כי רשויותיה המוסמכות יערכו חקירה ללא דיחוי וללא משוא פנים, כל אימת שיש בסיס סביר להאמין כי בוצע מעשה עינוי בשטח שבסמכותה השיפוטית".

105. סעיף 13 לאמנה קובע:

"מדינה חברה תבטיח כי אדם הטוען כי הוא הועמד בפני עינויים בשטח כלשהו שבסמכותה השיפוטית, זכותו להתלונן אצל רשויותיה המוסמכות, ולגרום לכך כי מקרהו ייבדק על ידן ללא דיחוי וללא משוא פנים. יינקטו צעדים להבטיח כי המתלונן והעדים יהיו מוגנים מפני עינויים, או הפחדה כתוצאה מתלוננת או ממסירת מידע".

106. אמנם, לאמנה נגד עינויים לא ניתן תוקף בחוק מפורש, אך בעניין זה חלה חזקת ההתאמה לדין הבינלאומי, הקובעת כי יש לפרש את חוקי המדינה, ובענייננו את פקודת המשטרה, חוק סדר הדין הפלילי וחוק העונשין בהתאם לחוק הבינלאומי המנהגי וההסכמי, לו מחויבת המדינה (ראו בג"צ 4542/02 עמותת "קו לעובד" ואח' נגד ממשלת ישראל ואח'.

(פורסם בנבו), 30.3.06, בג"ץ 2587/04 בוכריס נגד פקיד שומה חדרה (פורסם בנבו),
23.6.05).

107. בעניין חקירת חשדות לעינויים קבעה ועדת האו"ם נגד עינויים (CAT) כי לגורמי אכיפת החוק לא יכול להיות שיקול דעת לגבי החובה לחקור, שכן זה יעמוד בסתירה חזיתית לשונו ולרוחו של סעיף 12 לאמנה. כך לדוגמה קבעה הוועדה לגבי מערכת התביעה בבורונדי:

"על המדינה החברה לשקול יצירת חריג לשיטה הנוכחית, שעל פיה יש שיקול דעת לגבי העמדה לדין, כך שיעלה בקנה אחד עם לשונו ורוחו של סעיף 12 לאמנה, ולהסיר ספק בנוגע לחובת הרשויות המוסמכות ליזום חקירות בלתי תלויות, באופן שיטתי וביוזמתן, בכל המקרים שבהם יש יסוד מוצק להאמין שמקרה של עינויים אכן התרחש".

ראו:

**Conclusions and recommendation of the committee against Torture:
Burundi UN Doc. CAT/C/BDI/CO/1 20,(2006)**

108. כך קבעה גם הוועדה נגד עינויים לגבי ניו זילנד, ראו:

**Concluding observation of the committee against Torture: New
Zeland UN Doc. CAT/C/NZL/CO/5,(2009)**

109. החובה לחקור עוגנה גם בהמלצותיו של הדווח המיוחד מטעם האו"ם לענייני עינויים, שעל פיהן יש לחקור כל טענה והאשמה הנוגעת לעינויים, ואף להשעות את החשודים בביצוע העבירה, אלא אם החשד כנגדם נראה בלתי מבוסס באופן ברור, ראו:

Economic and Social Council Report of the Special Rapporteur on the Question of Torture, Mission to Uzbekistan, UN Doc. E/CN.4/2003/68/Add.2,3 February 2003, para.70(f)

110. הסטנדרטים המיוחדים הנדרשים בחקירת עבירות עינויים ו/או יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפילי סוכמו ונקבעו על ידי האו"ם בפרוטוקול איסטנבול (אשר הוגש לנציבות זכויות האדם של האו"ם ביום 9.8.99) והן אוגדו לכדי מדרוך מקיף שגובש לאחר שלוש שנות מחקר ע"י 75 מומחים ידועי שם מתחום המשפט, הרפואה וזכויות האדם לרבות מומחים מישראל:

**Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture
and Other Cruel Inhuman of Degrading Treatment or Punishment**

111. המדריך אינו מתיימר לקבוע את הסטנדרטים המקסימאליים אלא את הסטנדרטים המינימאליים שחובה לקיים בחקירה ותיעוד של עינויים ו/או יחס אכזרי ו/או יחס משפיל ו/או בלתי אנושי. על פי מדריך זה מוטלות החובות הבאות:

- על המדינה להבטיח כי תלונות על עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל ייחקרו בצורה מיידית, מדויקת ואפקטיבית, גם בהעדר תלונה רשמית.
- על החוקרים להיות עצמאיים, מקצועיים וחסרי פניות.
- על המדינה להבטיח את חופש הפעולה שלהם במהלך החקירה וגישה מלאה לכל מקורות המידע.
- על החקירה לעמוד בסטנדרטים המקצועיים ביותר וחובה לפרסם את ממצאיה בציבור.
- על המדינה להקצות לחוקרים את כל המשאבים והאמצעים הטכניים הנדרשים לעריכת חקירה אפקטיבית.
- על המדינה להעביר מתפקידם את החשודים, ככל שיש בידם כוח או שליטה, ישירה או עקיפה, על המתלוננים ובני המשפחה.
- על החוקרים ליידע את המתלוננים ובאי כוחם בכל התפתחות בחקירה או שימוע שיערך בסוגיה.

112. בהתייחס לישראל, בדו"ח האחרון של ועדת האו"ם נגד עינויים, אשר פורסם במאי 2009 התייחסה הוועדה להפרות ישראל לאמנה, ובהם בין היתר, היעדרו של מנגנון חקירה עצמאי ואפקטיבי וקבעה כי על מדינת ישראל:

"לוודא כי כל התלונות על עינויים או התעללות תיחקרנה ביעילות וללא דיחוי, כי האשמים יובאו לדין, וכי במידת הצורך יוטלו עונשים הולמים".
ראו פסקה 19 ב:

Concluding observations of the Committee against Torture: Israel, UN Doc. CAT/C/ISR/CO/4, 15/5/2009, para 19.

113. בסעיף 21 להמלצותיה הנ"ל קבעה הוועדה:

"על המדינה החברה לחקור ללא משוא פנים את כל ההאשמות בעינויים או בהתעללויות, ולצורך כי עליה ליצור מנגנון חקירה בלתי תלוי ונטול פניות, שיהיה חיצוני לשב"כ".

לסיכום

114. העותר תיאר תיאורים קשים ומזעזעים של התעללות ממושכת ומתוכננת מצד חוקריו, הכוללת מכות, תנחות מכאיבות, ואמצעי הכאבה אחרים ומגוונים שהביאו לאבדן התחושה

באצבעות ידיו. אל אלה נוספו אמצעים שגרמו סבל נפשי רב לא פחות. האמצעים לא הוכחו על ידי המשיבים. לא ניתן להבין, ובוודאי לא להצדיק את הקביעה כי לא נמצא יסוד לנקוט בצעדים משפטיים כנגד החוקרים, אלא אם סבורים המשיבים כי אמצעים אלו הינם ראויים ועולים בקנה אחד עם החוק במדינה דמוקרטית שהאמונה על קידוש כבוד האדם ושלמות גופו ואסרה על עינויים. אמצעי החקירה בהם נעשה שימוש כלפי העותר הינם אמצעי חקירה פיזיים ונפשיים אכזריים אשר לא יכול להיות ספק כי הם עולים כדי עינויים.

115. עינויים והתעללות הינם אסורים בתכלית האיסור, בכל הנסיבות וללא יוצאים מן הכלל,

לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי שישראל צד לו; פסיקת בית משפט נכבד זה אסרה על שימוש בעינויים בחקירות. הימנעותם של המשיב 1 ו-2 מלהורות למח"ש לפתוח בחקירה פלילית בגין חשד לשימוש בעינויים בעת חקירתו של העותר מפרה באופן בוטה את נורמת היסוד לזכויות האדם בישראל ובראשן חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

116. תשובתם של המשיבים 1-2 אינה מנמקת באחת הסיבות המנויות בדין מדוע הוחלט שאין יסוד לנקיטת צעדים כלשהם כנגד החוקרים, ובכלל זה אף לא לפתוח בחקירה פלילית בתלונתו של העותר 1. המשיבים לא נימקו את החלטתם כדין, ומכל מקום אין בנימוקי המשיבים כל סיבה המצדיקה פטור מכל אחריות שהעניקו המשיבים לחוקרי השב"כ.

117. ההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית בתלונתו של העותר 1, על אף העובדה שהמעשים נשוא תלונתו, אשר ללא ספק מהווים עבירה, לא הוכחו על ידם, הינה החלטה בלתי סבירה בעליל והעומדת בסתירה לאינטרס הציבורי. זוהי החלטה מקוממת שאינה נתמכת בכל הסבר סביר. חקירה היתה צריכה להיות תוצאה ישירה של הקביעה לפיה ביצעו החוקרים מעשה האסור על פי הדין.

118. על פי קביעתו הברורה של בימ"ש נכבד זה בבג"צ העינויים, הגנת הצורך אינה יכולה לשמש בסיס למערכת של התרת עינויים, כפי שנוהג שירות הביטחון הכללי, ואינה יכולה לפטור את החוקרים מחקירה פלילית של מעשיהם. נסיבות בהן ניתן היתר ל"שיטות חקירה מיוחדות"; כמו גם נסיבות שבהן חוקרים פועלים באופן מתואם על פי הסכמה מראש לחקור נחקר בעינויים, נסיבות שבהן מופעלת על נחקר אלימות מתמשכת ושיטתית שלא אל נוכח התרחשות בלתי צפויה שיש למנעה באופן מייד, כולן נסיבות השוללות מניה וביה את תחולתה של הגנת הצורך.

119. ההחלטה עומדת בניגוד להנחיות היועץ המשפטי לממשלה לפי הגנת הצורך לא תחול על מעשים המהווים עינויים.

120. החלטת המשיבים ממשיכה ואף מחמירה את מדיניותו העקבית של המשיב להימנע מחקירת תלונות של נחקרי שב"כ ולהעניק בכך חסינות למעשה לחוקרי השב"כ על מעשיהם במסגרת חקירות, חמורים ככל שיהיו. בכך פוגעת מדיניות המשיב פגיעה עמוקה בתפקיד רשויות החוק להגן על הנתונים למרותם באשר הם, ופוגעת פגיעה של ממש בעקרון שלטון החוק והשוויון בפני החוק. החסינות בפועל הניתנת לחוקרי השב"כ מאפשרת ומעודדת הישנות מקרים כאלו.

121. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהורות לאלתר למשיבים 1-2 לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקריו של העותר. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות עתירה זו ושכ"ט עו"ד.

באנה שגרי-בדארנה, עו"ד
ב"כ העותרים

סמדר בן-נתן, עו"ד
ב"כ העותרים