

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 עו"ד מיכל פומרנץ
ו/או עו"ד גלית לובצקי ו/או עו"ד אנו לוסקי
ו/או עו"ד רחלי חפץ
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

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

3. חוקרי שירות הביטחון הכללי שהשתתפו בחקירת העותר
מס' 1, לרבות מי שאישרו את חקירתו, ובכללם המכונים
"יואל", "סגל", "ערד", "עמוס", "הרצל", "דורון", "מופז"
החוקר המכונה "מופז" ע"י ב"כ עוה"ד איתן פלג
טל': 02-6231155, פקס: 02-62362232

תגובה מטעם העותרים

בהמשך להחלטות בית המשפט מהימים 13.7.15, 30.8.15, 20.9.15 מתכבדים העותרים להגיב לחלק מנימוקי היועץ המשפטי לממשלה שהועברו לעיונם בהודעת המשיבים מיום 17.9.15, ובמסגרת זו להתייחס אף לחומרי הבדיקה המצויים ברשות המשיבים ואשר ככל הנראה הועברו גם לידי בית המשפט הנכבד:

1. שתי השאלות העיקריות העולות בתיק זה הינן, האם מדובר באמצעי חקירה העולים כדי עינויים, והשנייה (חלופית בלבד), האם יש תחולה להגנת הצורך. זאת, מאחר ועל פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (נספח מש/7 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים), העולה בקנה אחד בעניין זה עם האמנה נגד עינויים: "האמור לא יחול על אמצעי חקירה שנקיטתו היא בגדר "עינויים" כמשמע באמנה נגד עינויים ונגד יחס משפיל ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים; ס' 1 באמנה עניינו מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי."

2. לפיכך, השאלה הראשונה אליה היתה צריכה להתייחס החלטת היועמ"ש היא האם האמצעים הינם בגדר עינויים. נימוקי החלטת היועץ המשפטי לממשלה אינם מתייחסים כלל לשאלה האם המעשים שנעשו לעותר מהווים עינויים כמשמעותם באמנה ובהנחיית היועמ"ש

שצוטטה לעיל. בהעדר התייחסות לשאלה זו, לא יכול כלל היועץ המשפטי לממשלה להגיע למסקנה כי חלה הגנת הצורך, כיוון שהנחיית היועמ"ש כולה מתייחסת אך ורק למעשים שאינם בגדר עינויים, והחלטת היועמ"ש הנוכחית חורגת אם כן ממסגרת שיקול הדעת שנקבעה על ידי היועמ"ש דאז.

3. כמתואר בעתירה, וכפי שלהערכת העותרים עולה גם מהחומר החסוי שנמסר לבית המשפט, האמצעים המיוחדים שהופעלו כנגד העותר (העולים כדי עינויים) הופעלו לאחר קבלת אישורים מדרגים בכירים יותר בשב"כ, ועל כן הם מבוססים על תפיסה משפטית מוטעית לפיה הגנת הצורך יכולה לבסס הרשאה מראש לנקיטה באמצעי חקירה חריגים, בניגוד גמור לקביעות המפורשות בבג"צ 5100/94 ("בג"צ העינויים") לפיו:

"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)

4. טענות העותרים הינן שהאמצעים האמורים הינם בגדר עינויים; כי מערכת האישורים והתייעצויות בשב"כ ביחס להפעלת אמצעי חקירה חריגים עומדת בניגוד לקביעה האמורה בבג"צ העינויים; וכי להגנת הצורך אין תחולה משני הטעמים האמורים, וכן מהטעם הנוסף לפיו נסיבות המקרה אינן עומדות בתנאי המיידיות והמידתיות של הגנת הצורך.

5. ונדגיש, מכל מקום הגנת הצורך יכולה לעמוד אך ורק בדיעבד וזאת לפי אחד משני מסלולים, ששניהם יכולים להיבחן אך ורק במסגרת הליך פלילי, לאור ממצאיה של חקירה פלילית: האחד, החוקר יעמוד לדין ויטען להגנתו כי עומדת לו הגנת צורך, וההחלטה שתקבל בידי שופטיו; השני, היועץ המשפטי לממשלה יפעיל את שיקול דעתו ויורה שלא להעמיד את החוקר לדין אם פעל במקרה בודד מתחושה של "צורך". (ודברים אלו קיבלו ביטוי בפסקה 38, 40 לבג"צ העינויים). כפי שצוין בחוות דעת המומחים המקומיים, "רק חקירה העומדת באמות מידה אלו [עצמאית, נעדרת פניות, יעילה ויסודית, מהירה ושקופה – ס.ב.ג.] יכולה לייצר את התשתית העובדתית הנחוצה שתאפשר ליועמ"ש לבדוק אם אכן התקיימו התנאים לתחולת ההגנה" (ראו סעיפים 23-24 לחוות הדעת).

6. **הגשת חומרים נוספים מטעם העותרים:** ביחס לטענות האמורות ביקשו העותרים ביום 16.2.14 להגיש שלוש חוות דעת נוספות. חוות דעת אלו חיוניות לצורך ההכרעה בנושאים העומדים במרכז עתירה זו. חוות דעת המומחים הפורנזיים כוללת הערכה רפואית ופסיכולוגית של העותר, *****; חוות דעת המומחים הבינלאומיים בחנה האם חקירתו של העותר כללה עינויים כהגדרתם באמנה נגד עינויים, וחוות דעת המומחים המקומיים בחנה את התאמתם של המנגנונים הישראליים החוסים תחת הגנת הצורך לדין הבינלאומי. המשיבים התנגדו להגשתן בעיקר בשל העובדה שאלו לא עמדו בפני הגורמים שהחליטו על גניזת תלונתו של העותר. אולם מאז נערכה בהוראת בית המשפט הנכבד מיום 25.5.14 בדיקה מחודשת של התלונה, בעת שהחומרים עמדו לרשות הגורמים המחליטים. נימוקי היועמ"ש אף מתייחסים לחוות הדעת הפורנזית שהגישו העותרים (ר' 2

סעיף 18 להודעה מיום 17.9.15, וכן מסמך הפרקליטות אשר משווה בין גרסאות העותר וכולל התייחסות לגרסתו בחוות הדעת הפורנזית).

7. יתרה מכך, מאז הוגשה העתירה ניתנו למשיבים אפשרויות נרחבות להשלים בדיקות ונימוקים מטעמים: לאחר העתירה נערך תישאול נוסף לאחד החוקרים (ר' סעיף 7 להודעה); בית המשפט הורה על עריכת בדיקה מחודשת על-ידי המבת"ן הנוכחית; במסגרת אותה בדיקה נערך תשאול נוסף לעותר; נערכה חוות דעת חדשה של המבת"ן הנוכחית; ונערכה החלטה מנומקת של היועץ המשפטי לממשלה. החומרים החדשים הוגשו כולם לעיונו של בית המשפט הנכבד.

8. לאור המרחב הניכר שניתן למשיבים לגבות ראיות נוספות, לבסס ולשפר את ההחלטה המקורית כנגדה הוגשה העתירה במהלך הדיונים בתיק, מן הראוי לאפשר אף לעותרים להביא בפני בית המשפט את תוצאותיהן של בדיקות נוספות שעלה בידי העותרים לערוך לאחר הגשת העתירה (ושחרור העותר ממאסרו), והנמקה נוספת לטענותיהם הכלולה בחוות הדעת המשפטיות, המתבססות (שתיהן) על המשפט הבינלאומי שהינו נושא למומחיות מיוחדת. גם לאור העובדה שהחומרים הנוספים מטעם העותרים עמדו לנגד עיני המחליטים וקיבלו התייחסות בהחלטה, מן הדין ומן הצדק לאפשר לעותרים להגיש את חוות הדעת האמורות מטעמים, ולמעשה החלטה בתיק שתתקבל כיום ללא התייחסות לחוות דעת אלו, תהיה פגומה.

9. להלן יתייחסו העותרים לאינדיקציות העולות מחומר הראיות העומד לרשותם, האמור בא להוסיף ואינו מחליף התייחסויות כאמור הנכללות בחוות הדעת מטעם העותרים.

ביחס לשאלת העינויים:

10. **תלונות על כאבי גב כאינדיקציות לשימוש ב"תנוחת בננה":** במסגרת תיקו הרפואי של העותר תועדו תלונות חוזרות ונשנות שלו על כאבי גב, החל מיום מעצרו ובאופן אינטנסיבי בימים הסמוכים לכך. כך במסמכים שסומנו בתיק הרפואי ב'1 – ב'4: מסמך של צה"ל מיום 3.9.07, ומסמכים של מרפאת בית המעצר פתח-תקווה תאריכים 3.9.07, 5.9.07, ומסמך נוסף עם תאריך לא ברור (ב'4). תלונת העותר מיום 5.9.07 תועדה גם ביומן התרפאה שעותק ממנו סומן כנספח ב' לעתירה. כאבי גב תועדו גם בדו"ח הבדיקה הפורנזית שביקשו העותרים להגיש (סעיף ד' בעמ' 13) וקיומו של קשר סיבתי בין אמצעי החקירה לתלונות הוגדר "סביר במידה רבה". התלונה על השימוש בתנוחת הבננה מצויה בתלונת העותר באמצעות הצלב האדום החל מיום החקירה הראשון כמתואר בפיסקה השלישית בעמוד הראשון לתלונה, ובפיסקה השניה בעמוד השני.

11. **ממצאים ותלונות הנוגעים לכאבים בזרועות ובכפות הידיים כאינדיקציות לשימוש באיזוק גבוה וכיפוף האצבעות:** בדו"ח ההערכה הפורנזית שביקשו העותרים להגיש מתואר תיעוד של פגיעה נוירולוגית בשרירים (בעמ' 7-10) ולסיכום נקבע כי מדובר במהלך טיפוס של פגיעה עצבית כתוצאה מלחץ, והממצאים אומתו בשתי בדיקות נוירולוגיות עצמאיות על ידי שתי בודקות בהפרש של מס' שבועות. נקבע כי קיים קשר ברור בין החולשה בשרירים על רקע הפגיעה העצבית מאמצעי החקירה שתוארו (עמ' 13 סעיף ב'). בניגוד לאמור בנימוקי

היועמ"ש, תלונה על הפגיעה בידיו של העותר נכללה בתלונת הצלב האדום בעמוד השני בפיסקאות 3-4, כולל תלונה כי:

"They allegedly put two sets of shackles on the upper parts of his forearms and tighten them strongly. As a result, Mr. ABU-GHOSH's hands swelled and became numb. In spite of that, one interrogator allegedly pressed his fingers upwards, which caused severe pain especially in the inner part of the forearms. Mr. ABU-GHOSH reported having cried out because of that pain
ובהמשך: **"severe pain in his wrists and hands"**.

תלונה על הימשכות הכאבים וחוסר תחושה באצבעות מתוארת בתלונה שנמסרה למח"ש נספח ד' לעתירה (עותק קריא מודפס הוגש לבית המשפט) בעמ' 4:

לא נפצעתי בחקירה אבל היה לי כאבים, 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."
וכן בתלונה שנמסרה באמצעות הוועד נגד עינויים (נספח ג' לעתירה).

12. המשיבים מייחסים משקל מופרז לסתירות לכאורה שעלו במהלך תלונותיו והתחקורים שנערכו לעותר, וזאת בעיקר לנוכח העובדה שחקירתו הראשונה של העותר נערכה בפני מבתי"ן שהיה איש שב"כ (תרשומת התשאול נמסרה לבית המשפט הנכבד בדיון ביום 14.3.13), בהליך שאף המשיבים הכירו בכך שהיה בלתי תקין (וראו פסק הדין בבג"צ 1265/11) והיווה לכן עילה לבדיקה נוספת. **בכל התלונות** שמסר העותר עולים אמצעי החקירה הבאים שכולם מהווים עינויים: הטחה בקיר, מכות, תנוחת בנה, איזוק גבוה והדוק, כיפוף אצבעות וכריעה. בחוות דעת המומחים הבינלאומיים, אשר בחנו את האמצעים הללו, נקבע מפורשות כי שילוב אמצעים אלו עונה להגדרת עינויים במשפט הבינלאומי.

ביחס לתחולת הגנת הצורך:

13. ראשית יודגש, כי על פי המשפט הבינלאומי, כמפורט בחוות דעת המומחים הבינלאומיים הזרים מטעם העותרים, הגנת הצורך לא יכולה בשום מצב לשמש הצדקה לעינויים, וכי על פי חזקת ההתאמה בין המשפט הפנימי להתחייבויות הבינלאומיות של מדינת ישראל, יש לפרש את הדין הפנימי בהתאם לדין הבינלאומי, ככל שאין ביניהם סתירה ברורה. לטענת העותרים, פסק הדין שניתן בבג"צ העינויים כולל רק הכרה בהגנת הצורך כהגנה לאחר מעשה מאחריות פלילית במסגרת הליכים פליליים, ולא כהיתר מראש או כהגנה מפני חקירה פלילית כשלעצמה, כעמדת היועמ"ש, ועל כן פרשנות היועמ"ש לשימוש בהגנת הצורך הינו שגוי מכל וכל ומהווה מיסוד של שיטות חקירה העולות כדי עינויים, בניגוד מוחלט לאיסור החמור על עינויים.

14. באשר לתחולת הגנת הצורך במקרה הספציפי של העותר, אז כמצוין לעיל, קבלת החלטה בעניין זה יכולה להתקבל רק לאחר קיום חקירה פלילית. מכל מקום, גם עיון בתשתית

העובדתית הקיימת בעניינו של העותר, מבלי שנפתחה חקירה פלילית מעלה כי כלל לא מתקיימים כאן תנאי הגנת הצורך.

15. במסגרת הטיועונים לעונש בבית המשפט הצבאי בעניינו של העותר (תיק מס' 4535/07, פרוטוקול מיום 21.4.09), טען ב"כ התביעה הצבאית: "יש להדגיש כי הנאשם שלפנינו לא ידע על עצם הכנסת חגורת הנפץ לתוך מדינת ישראל... השיקול המרכזי להקלה בעניינו של הנאשם נעוץ בכך שלפי ראיות התביעה לא ידע הנאשם על הכנסת חגורת הנפץ לתוך מדינת ישראל." כך גם בזמן החקירה לא היו אינדיקציות בפני החוקרים על כך שהנאשם מודע לחגורת נפץ כלשהי.

16. כמתואר בתגובת המדינה, לעתירה, חגורת נפץ נמצאה לא בעקבות מידע ישיר שמסר העותר אלא בעקבות מידע משני נחקרים אחרים, **שלא היה ידוע לעותר**. החגורה נמצאה **שלושה שבועות** לאחר מעצר העותר וגם בעת מציאתה **היתה חבויה ולא היתה מוכנה להפעלה**.

17. זכרונות הדברים של חוקרי השב"כ מחקירת העותר אינם מתעדים כלל הפעלת אמצעים חריגים, ואם כך הדבר מעיד שהתיעוד על כך נעשה ב"תיעוד כפול" שאינו גלוי. **זכרונות הדברים אינם מתעדים דחיפות בהשגת האינפורמציה בעקבות מידע קונקרטי**.

18. הרחבה של הגנת הצורך, שהיתר מראש להפעלת אלימות על נחקר, וכאשר האיום אינו מיידי על פי המידע העומד בפני החוקרים, אינה עומדת בתנאי הגנת הצורך כפי שהובנו עד היום בפסיקת בית המשפט, כתגובה ספונטנית לסכנה העומדת להתרחש מיידי, ותנאי הוודאות והמסויימות המתייחסים לסכנה הצפויה לכאורה, אינם מתקיימים. הכאב החמור ונזק הבריאותי התמשך שנגרם לעותר מלמדים על חוסר מידתיות. ראו לעניין זה הפירוט המובא בעתירה ובחוות הדעת הטעם העותרים.

19. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי בעתירה; ולאחר דיון להפכו למוחלט.

היום, 11.10.15

סמדר בן-נתן, עו"ד

ב"כ העותרים