תשובת העותרים 4.8.16

בבית המשפט העליון **בג"צ 5722/12**
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

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
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: 02-6236232

משרד המשפטים
מחלקת בג"צים
04-08-2016
חתימה

<u>תגובה מטעם העותרים</u>

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, מתכבדים העותרים להגיש תגובתם לתגובת המשיבים 1-2 (להלן: "המשיבים") מיום 26.5.16, וזאת כדלקמן:

1. ראשית, לנוכח ההשתלשלויות הרבות בעתירה דנן, ולמען יעילות הדיון, תבקש הח"מ לסכם בקצרה את ההתפתחויות העיקריות בעתירה ואת מצב הדברים הנוכחי.

2. כזכור, עניינה של עתירה זו, שהוגשה בחודש יולי 2012, הוא בדרישה לפתוח בחקירה פלילית נגד המשיבים 3, חוקרי שב"כ שחקרו את העותר 1 (להלן: "העותר") בשנת 2007, בחשד לשימוש בעינויים ובהתעללות בעותר במהלך חקירתו, לאחר שתלונתו של העותר נדחתה בזמנו על ידי הממונה על המבת"ן ללא פתיחה בחקירה. לאחר הגשת העתירה, ובטרם התקיים דיון, הגישו העותרים בקשה להגיש שלוש חוות דעת מומחים מטעמם, והמשיבים התנגדו לבקשה. לאחר מינוי ראשת מבת"ן חדשה שאינה עובדת שב"כ (בעקבות הליכים משפטיים בעניין), ובעקבות דיון בעתירה בפני בית המשפט הנכבד ביום 3.3.14, הועבר עניינו של העותר לבחינה על ידי ראשת המבת"ן

החדשה (ובכלל זאת, הונחו בפניה גם חוות הדעת מטעם העותרים). ביום 3.2.15 התקבלה הודעת המשיבים כי בעקבות בדיקת המבת"ן, שבו והחליטו המשיבים שאין מקום לפתוח בחקירה פלילית. ביום 1.6.15 הגישו העותרים תגובתם, והבהירו מדוע אין בבדיקת המבת"ן לייתר את הצורך בחקירה פלילית. ביום 13.7.15 התקיים דיון בפני בית המשפט הנכבד, שלאחריו קבע בית המשפט הנכבד כי על המשיבים להגיש החלטה מנומקת ואת תיק הבדיקה. ביום 26.8.15 העבירו המשיבים את המסמכים לבית המשפט, כפי שנתבקשו, ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 27.8.15, ביום 16.9.15 העבירו המשיבים לידי העותרים חלק מנימוקי היועץ המשפטי לממשלה אותם סברו כי ניתן לפרט במסמך גלוי. ביום 11.10.15 הגישו העותרים תגובתם לנימוקים אלו, וביקשו כי בית המשפט הנכבד יאשר הגשת חוות דעת המומחים מטעמם, וכי יוציא צו על תנאי בעתירה. ביום 30.11.15 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד כי הותרה הגשת חוות הדעת הפורנזית וחוות דעת המומחים הבינלאומיים מטעם העותרים, והותר למשיבים להגיש תגובתם לחוות הדעת. כן נקבע כי לא תותר הגשת חוות הדעת המומחים הישראליים מטעם העותרים, אך כי יותר לעותרים להגיש השלמת טיעון במקום זאת, והשלמת טיעון זו הוגשה ביום 13.12.15.

3. ביום 26.5.16 הוגשה תגובת המשיבים לחוות הדעת, ובה נטען:

(א) כי אין לייחס משקל ראייתי כלשהו לחוות הדעת הפורנזית בשל הבסיס העובדתי שעל בסיסה נערכה ההערכה;

(ב) כי אין לייחס משקל לחוות דעת המומחים, לנוכח כך שהיא מבוססת על הגרסה העובדתית בהערכה הפורנזית ועל פסיקה שלשיטת המשיבים ניתנה בנסיבות חמורות ביותר שאינן רלוונטיות לענייננו;

(ג) הקביעה אלו מעשים מהווים עינויים נתונה לפרשנותו ושיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה וזה קבע כי המעשים שננקטו כלפי העותר אינם מהווים עינויים;

(ד) החלטת המשיבים תואמת את המסגרת המשפטית שנקבעה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה לשעבר (וכיום שופט בבית משפט נכבד זה), אליקים רובינשטיין, בעניין **"חקירות שב"כ והגנת הצורך, מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה"** (בהתאם למינוח של המשיבים, להלן: מסמך מסגרת שיקול דעת היועץ).

4. מכאן תגובה זו.

5. בפתח הדברים יצוין, כי המשיבים בתגובתם מתעלמים מהתמונה העובדתית העיקרית, כי נגד העותר הופעלו אמצעי חקירה אשר נקבע על פי המשפט הבינלאומי שהם מהווים עינויים. המשיבים מתעלמים מהממצאים הברורים בנוגע לעותר המעידים על הסבל הרב שנגרם לו, וכי ממצאים ברורים אלו נותרו בגופו ונפשו של העותר 5 שנים לאחר החקירה – דבר המחזק את טענותיו, ולא להפך כפי שמנסים המשיבים להציג.

חוות הדעת הפורנזית

6. המשיבים, שאינם מומחים מתחום הרפואה או מתחום בריאות הנפש, טוענים כי נפלו פגמים בחוות הדעת, וזאת ללא חוות דעת מומחה מטעמם לביסוס הטענות. עם כל הכבוד, אין כל מקום להפחית ממשקלה הראייתי של חוות דעת מקצועית זו על בסיס טענות בעלמא של מי שאינם מומחים בתחום. חוות הדעת הפורנזית מבוססת על "פרוטוקול איסטנבול" והיא נערכה על ידי פסיכולוגית ושתי רופאות מנוסות, לאחר שעברו הכשרה מיוחדת לתיעוד ואבחון רפואי-נפשי של פגיעות עינויים לפי הפרוטוקול. "פרוטוקול איסטנבול" מהווה מדריך בדבר תיעוד וחקירה אפקטיביים של עינויים ושל צורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי-אנושית ומשפילה. פרוטוקול זה נערך על ידי 75 מומחים מתחומים שונים מרחבי העולם, לאחר עבודת מחקר מאומצת, ואומץ על-ידי האו"ם ב-1999. הפרוטוקול נחשב כיום לכלי בינלאומי מוכר לצורך תיעוד וחקירת עינויים, והוועדה נגד עינויים של האו"ם אף בוחנת האם מדינות עושות בו שימוש במסגרת דו"חות הביקורת התקופתיים (ראו ביקורת על העדר שימוש מספק בפרוטוקול על ידי מדינת ישראל בסעיף 50 להערות המסכמות של הוועדה בנוגע לישראל מחודש מאי 2016, אשר תורגם לעברית על ידי משרד המשפטים, ואף מדינת ישראל בדו"ח מטעמה לוועדה התייחסה לפרוטוקול ולבחינתו על ידה, דבר המעיד על הכרה במעמדו ובחשיבותו, ראו בעמ' 47 לדו"ח. תרגום ההערות המסכמות זמין בלינק http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Reports/ReportsUnCommittees/Conclusionsheb2016.pdf, והדו"ח מטעם מדינת ישראל לוועדה זמין בלינק http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Reports/ReportsUnCommittees/CAT%20-%205th%20Periodic%20report-%2012.11.14.pdf).

7. ביקורת ברוח דומה הובעה על ידי בית המשפט בבריטניה:

> **"It is not appropriate for a civil servant without medical expertise to reach a conclusion contrary to that reached by a psychiatrist simply by drawing on his own native wit.** (R v SSHD, ex parte Kharia [1998] INLR 731)" (Best Practice Guide to Asylum and Human Rights Appeals by Mark Henderson & Alison Pickup, Chapter 26, available at https://www.ein.org.uk/bpg/chapter/26)

8. לגופן של טענות: המשיבים טוענים כי ההערכה הפורנזית נסמכת על גרסה עובדתית מתפתחת ולכן אין ליחס לה משקל כלשהו. בבחינת הגרסאות בחרו המשיבים להיצמד לפרטים שוליים ומנסים להציג סתירות בנוגע אליהם, ואולם מרבית תלונותיו של העותר, ובכלל זה הטחה בקיר, מכות, תנוחת בננה, איזוק גבוה והדוק, כיפוף אצבעות וכריעה הועלו מההתחלה, באופן עקבי, וחזרו והועלו שוב בפני עורכות חוות הדעת הפורנזית. במצב דברים זה, בו **חוות הדעת נשענת על ליבת הטענות שהועלו מהתחלה**, אין להפחית ממשקלה ויש להעניק לה את מלוא כוחה הראיתי.

9. הטענה הכי בעייתית המועלית על ידי המשיב בנוגע לחוות הדעת הינה הטענה כי חוות הדעת מבוססת רק מהתרשמות המומחיות מגרסת העותר ועל מסמכים רפואיים בעניינו משנת 2007. טענה זו תמוהה. חוות הדעת הפורנזית עניינה במסקנותיהן של שתי רופאות ופסיכולוגית **שערכו לעותר בדיקה פיזית ומצאו בעצמן ממצאים פיזיולוגיים ופסיכולוגיים שנותרו בגוף העותר ובנפשו מתקופת חקירתו, ואשר פורטו בחוות הדעת. כלומר, חוות הדעת – היא היא התימוכין שנפגעה בריאותו.** חוות דעת פורנזית בהתאם לפרוטוקול איסטנבול היא דרך המלך לבחינת טענת עינויים, ואילו המשיבים כלל לא מתייחסים לממצאיה, מלבד ניסיון כללי להכפיש את מהימנותה.

10. מעבר לכך, בפני עורכות חוות הדעת היתה תלונתו המוקדמות של העותר, ולכן היו מודעות לכך שהגרסה בפניהם הינה "**גרסה מתפתחת ומאוחרת**" – [redacted]. חוות הדעת אינה מוגשת על מנת להביא גרסה נוספת של העותר או כדי לחזק את הדברים שנמסרו מפיו, הדברים הינם חלק מחוות דעת המוגשת לצורך הבאת מסקנותיהן המקצועיות של המומחיות, ונערכה באופן מקצועי [redacted]. אם העותר כלל בדבריו תלונה על מחסור באוכל שלא הופיעה קודם לכן, אין בכך כדי להשפיע או לשלול את מסקנות חוות הדעת, מה גם, כפי שכבר הוזכר שוב ושוב, עיקר הדברים שהועלו על ידו בפני עורכות חוות-הדעת הועלו גם בתלונות הקודמות, בוודאי שאין בכך טעם שלא לקבלה כראייה.

11. ויוער, כי אף אם למשפטנים נדמה כי "גרסה מתפתחת" מעידה על חוסר מהימנות העדות, הכתיבה והמחקר בתחום הטיפול והטראומה דווקא מכירים היטב את התופעה הזו מצד קורבנות טראומה, ואינם רואים בכך עדות להפחתה מאמינות הגרסה, ואף להפך. לכן, אף אם בית המשפט הנכבד סבור שלצורך הכרעתו בעתירה יש להתייחס רק לגרסתו הראשונה של העותר, עדיין אין בכך להצדיק ייחוס משקל נמוך לחוות הדעת.

12. כך, בסעיפים 142-143 לפרוטוקול איסטנבול:

> "142. אנשים ששורדים עינויים עשויים להתקשות לתאר את הפרטים של מעשי עינויים מכמה סיבות חשובות וביניהן:
>
> א. גורמים במהלך העינוי עצמו כגון כיסוי עיניים, סימום, אובדן הכרה וכד';
>
> ב. חשש של הנשאל מלהציב את עצמו או אחרים בסכנה ;
>
> ג. אי אמון באיש רפואה החוקר או המתורגמן;
>
> ד. ההלם הפסיכולוגי של עינויים וטראומה, כגון עוררות רגשית גבוהה וזיכרון פגום, תופעת לוואי של מחלות נפש הקשורות לטראומה כגון דיכאון והפרעת דחק פוסט-טראומטית (PTSD);
>
> ה. פגיעה נוירו-פסיכיאטרית בזיכרון כתוצאה מחבטות בראש, חנק, כמעט טביעה או הרעבה ;
>
> ו. מנגנוני התמודדות הגנתיים כגון הדחקה או הימנעות ;

ז. סנקציות המקובעות בתרבות המאפשרים לחוויות טראומטיות להתגלות רק בתנאי סודיות מרביים.

143. חוסר עקביות בסיפורו של אדם עשוי לנבוע מכל אחד מהגורמים הללו. במידה האפשר, על החוקר לשאול שאלות להבהרה נוספת. כאשר הדבר אינו מתאפשר, על החוקר לחפש ראיות נוספות שיתמכו או יסתרו את הסיפור. רשת של פרטים תומכים בעקביות עשויה לאמת ולהבהיר את סיפורו של הנשאל. אף על פי שהנשאל עשוי שלא להיות מסוגל למסור את הפרטים המבוקשים על ידי החוקר כגון תאריכים, זמנים, תדירות וזהות מדויקת של המענים, מסגרת כללית של האירועים הטראומטיים והעינויים יצופו ויעלו עם הזמן."

13. גם הפסיכיאטרית והמומחית ג'ודית הרמן כותבת בהרחבה על נושא זה בספרה, *טראומה והחלמה* (*Trauma & Recovery*), מהדורה 8, 2000:

> **"משקיפים מן הצד, שלא ידעו מימיהם אימה מתמשכת ואין להם כל הבנה בטיבן של שיטות כפייה, משערים שבנסיבות דומות היו מגלים יתר אומץ-לב והתנגדות. מכאן הנטייה הרווחת לתלות את התנהגות הקורבן בפגמים באישיותו..."**
>
> **"בני אדם שנעשו בהם מעשי זוועה מספרים פעמים רבות את סיפוריהם בדרך רגשית מאד, סותרת ומקוטעת, החותרת תחת אמינותם ומשרתת ככה שני צווים: סיפור האמת ושמירת הסודיות"**
>
> (וראו גם פואה, נקש, האמברי ורוטנבאום, *טיפול בהפרעה פוסט-טראומטית באמצעות חשיפה ממושכת (PE)*, 2014)

14. ויוזכר, כי בעניינו הגרסאות הראשוניות נגבו מהעותר בזמן שעוד היה כלוא בכלא, במקום בו נגרמה לו הטראומה, במסגרת שיחה עם עו"ד, עם מחיצת זכוכית, ובלחץ זמן, וכי הוא נאסר למשך 5 שנים מיום מעצרו, כך שעל אחת כמה וכמה שאין לתמוהה על כך שבחלוף הזמן, וכאשר נגבתה גרסתו במקום בטוח מחוץ לכלא, סיפר העותר פרטים נוספים. זאת בפרט כאשר ברור שעדות בפני אנשי רפואה ובריאות הנפש מאפשרת פירוט רב יותר מעצם טיבה.

15. למעשה, גם בתי המשפט בישראל הכירו זה מכבר בתופעה זו, בכל הקשור לעדויותיהם של נפגעי עבירות מין ונפגעי הטרדה מינית, ועל רקע זה אימצו גישה שהוגדרה ע"י בית המשפט הנכבד כ"מובלעת ראייתית" (ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (20.10.2010)):

> **"יודגש כי "המובלעת הראייתית" המיוחדת לעבירות מין אינה "הנחה" שבית המשפט עושה לנפגעי עבירות מין, ואין מדובר בריכוך או בהנמכה של הרף הראייתי "מעבר לכל ספק סביר" כנדרש להרשעה בפלילים. הדברים נובעים מהבנה והכרה של בתי המשפט באופי המיוחד של העבירה, בין היתר, בעקבות ידע מקצועי וניסיון נצבר של שנים רבות של העוסקים והמטפלים בנפגעי עבירות מין...**
>
> **[...] "נפגעים אלו סובלים פעמים רבות מטראומות נפשיות מכבידות השולחות גרורותיהן גם על הודעותיהם במשטרה ועל עדויותיהם בבית המשפט [...] כתוצאה מעימות זה קורה פעמים רבות שקורבנות עבירות מין מספרים את סיפורם באופן מקוטע וסותר המשרת את שני הצדדים לדיאלקטיקה, ויוצר**

בלבול אצל השומע מהצד [...] הקושי לעבד את החוויה הטראומתית ולהמשיג את אשר ארע, מקשה על תהליך ההיזכרות בחוויה בנקודת זמן מאוחרת [...] במרוצת השנים, החל גם בית המשפט לגלות נכונות להכיר במאפייניהן המיוחדים של עדויות מפי נפגעי ונפגעות עבירות מין, ולא לזקוף לחובתם באופן אוטומטי סתירות או היעדר קוהרנטיות שנתגלו בעדויות [...] שכחה או הדחקה של טראומות מן הסוג הזה הן דבר שכיח בקרב מתלוננות בעבירות מין, בפרט כשמדובר בעבירות מין שבוצעו במי שהייתה רכה בשנים על ידי אדם קרוב..." (פסקאות 12-13)

16. אותה גישה יש להחיל גם בנוגע לקורבנות עינויים, כפי שנקבע על ידי המומחים ועוגן ב"פרוטוקול איסטנבול", לנוכח עוצמת החוויה הטראומטית, הפחדים המלווים אותה, הבושה, ועוד.

17. כך, בפסק הדין של הטריבונל הבינלאומי בעניין יוגוסלביה, *Prosecutor v Anto Furundžija,* Case No. IT-95-17/1-T, ICTY Trial Chamber II, Judgment of 10 Dec 1998 (אשר הוזכר בחוות דעת המומחים הזרים ובתגובת המשיבים), הדן בעדות של קורבן עינויים, נקבע:

> "The Trial Chamber finds that, despite her inconsistencies on the finer details which the Defence has validly pointed out, Witness A is a reliable witness. [...]. The Trial Chamber is of the view that survivors of such traumatic experiences cannot reasonably be expected to recall the precise minutiae of events, such as exact dates or times. Neither can they reasonably be expected to recall every single element of a complicated and traumatic sequence of events. In fact, inconsistencies may, in certain circumstances, indicate truthfulness and the absence of interference with witnesses. The Trial Chamber therefore attaches no particular significance to the inconsistencies in the order in which Witnesses A and D say they entered the pantry" (para 113).

18. באשר לעובדה שחוות הדעת נערכה בשנת 2013 – הרי גם עורכות חוות הדעת ידעו כי הן גובות את גרסתו של העותר כ-5 שנים לאחר האירועים, [redacted]. ויוער, כי "פרוטוקול איסטנבול" קובע כי "**יש לערוך בדיקה רפואית ללא קשר למשך הזמן שעבר מאז העינויים...** " (בסעיף 104), דבר המעיד כי אין בחלוף הזמן כשלעצמו לשלול משקלה של הערכה פורנזית בנוגע לעינויים. וכאמור לעיל, דווקא העובדה שישנם ממצאים אחרי תקופה כה ארוכה מחזקת את הטענה בדבר עינויים, ולא להפך. חוויה טראומטית כמו עינויים מותירה בגוף ונפש האדם ממצאים גם אחרי שנים ארוכות, [redacted], וכפי שאף מצוין בפרוטוקול, ישנם ממצאים ותסמינים שמתפתחים כתוצאה מהטראומה דווקא לאחר זמן ולא באופן מיידי.

19. באשר לתמיהת המשיב מדוע לא הומצאו מסמכים רפואיים בנוגע לתלונות וטיפול רפואי שקיבל העותר ממעצרו ועד למועד עריכת חוות הדעת – יוזכר כי העותר נאסר למשך 5 שנים, וברור כי לא נתן כל אמון באותם סוהרים ורופאים בשב"ס שמבחינתו לקחו חלק בעינויים שעבר. לאחר שחרורו

מהכלא, ובעקבות המפגש עם עורכות חוות הדעת, החל העותר לקבל טיפול במרפאה פיזיותרפיסטית ולאחר מכן דרך מרכז TRC - Treatment and Rehabilitation Center for Victims of Torture ברמאללה.

20. באשר לסיכום חוות הדעת, השורה התחתונה של המומחיות הינה כי "[redacted] . בניגוד לעמדת המשיבים קביעה זו מעידה על קשר סיבתי חזק ומשמעותי, בוודאי שביחס לשלב בו אנו מצויים – דרישה לפתיחה בחקירה פלילית- המדובר בראייה משמעותית ומספקת לצורך זה.

21. יתרה מכך, בנוגע לחלק מהממצאים הרפואיים יש אף קביעות נחרצות יותר. כך, בעמ' 13, [redacted] [...] [redacted] (הדגשים הוספו).

22. לסיכום, הפגמים לכאורה שמצאו המשיבים בחוות הדעת הפורנזית, אינם פגמים כלל ועיקר, אלה תופעות מוכרות מתחום הטראומה והטיפול. המדובר בחוות דעת מקצועית שהתבצעה לפי הסטנדרטים הבינלאומיים המוכרים כ-Best Practice, [redacted] ויש לתת לה משקל מלא.

<u>חוות דעת המומחים הבינלאומיים</u>

23. המשיבים טוענים שיש לייחס משקל נמוך לחוות הדעת בשל התבססותה הבלעדית על חוות הדעת הפורנזית, על הפגמים הנטענים בה.

24. מקום שכאמור לעיל אין כל פגם מהותי בחוות הדעת הפורנזית, גם אין כל פגם בחוות דעת המומחים הזרים המתבססת עליה. כמו כן, בניגוד לאמור בתגובת המשיבים, חוות הדעת אינה נשענת על חוות הדעת הפורנזית (בלבד) אלא על מספר מסמכים, וביניהם מסמכים שונים מחקירת העותר, ומסמכים הקשורים לעתירה (המציגים, בין היתר, את "גרסתו המתפתחת"). המומחים מתייחסים למספר עניינים מרכזיים שאינם קשורים כלל לחוות הדעת הפורנזית כמו למניעת הפגישה הממושכת של העותר עם עו"ד והחזקתו בחקירה ללא כל קשר עם החוץ. לכן התנגדות המשיבים מבוססת על טענה עובדתית שגויה. כן יוער, כי בפני עורכי חוות הדעת אף היתה מצויה תגובתם המקדמית של המשיבים, ובהתייחסם לתשתית העובדתית המוסכמת הם מתייחסים גם לכתוב בעמדת המשיבים ולתלונה שהגיש הצלב האדום. בנוסף, כמצוין לעיל, העותר העלה בכל תלונותיו, לרבות בתלונות הראשונות, טענות בדבר מכלול אמצעים אלימים שננקטו כנגדו, שעל בסיסן קבעו המומחים כי מדובר בעינויים.

25. כן טוענים המשיבים שיש לייחס משקל נמוך לחוות הדעת בטענה שהיא נסמכת על פסקי דין עם נסיבות חמורות יותר.

26. ראשית, עם כל הכבוד למקצועיות המשיבים ובאי כוחם, העותרים סבורים שמומחיותם של כותבי חוות הדעת בתחום העינויים - פרופסורים בעלי שם ובעלי ניסיון מקצועי רב, שחלקם כיהנו ומכהנים בגופים המרכזיים האחראים לאכיפת האמנה נגד עינויים, שלושה מהם כיהנו כדווחים מיוחדים (special rapporteur) של האו"ם לעינויים, בנוסף על עבודתם האקדמית הבולטת בנושא - מדברת בעד עצמה, והניסיון לערער על משקל חוות הדעת, כפי שהדבר נעשה בתגובת המשיבים, הינה תמוהה, ואין בכוחה לפסול, אף בצורה מינימלית, את קביעותיהם המבוססות של המומחים.

27. שנית, האופן בו בחנו המשיבים את פסקי הדין אליהם הפנו המומחים והאופן בו הוצגו הינו מגמתי ומטעה. המשיבים מחלקים את התייחסותם לפסקי הדין המוזכרים בחלק הכללי של חוות הדעת ואלו המוזכרים בחלק הפרטני.

28. המשיבים מכירים בכך שההפניות לפסיקה בחלק הכללי נועדו רק על מנת לבסס את הניתוח העקרוני של עבירת עינויים (סעיף 13), אך בכל זאת טרחו ופירטו את נסיבות פסקי הדין. אך אין כל רלוונטיות האם ההתעללויות הקונקרטיות שנדונו בפסקי דין אלו חמורות יותר או פחות מאשר בעניינו של העותר. העובדה שיש עינויים חמורים ומחרידים יותר מאלו שבוצעו בעותר – ונדמה כי רק לצורך כך פירטו המשיבים את העובדות בפסקי הדין - אינה מפחיתה מחומרת העינויים שהופעלו כלפי העותר, כאשר המדובר בניתוח כללי של יסודות העבירה. כפי שניתוח של יסודות עבירת האונס, שוד או הריגה יכולים להתבסס על פסק דין בו נסיבות המקרה הפרטני חמורים יותר.

29. ודוק, מרבית פסקי הדין (13 מתוך 16) אותם פירטו המשיבים בתגובתם נוגעים לניתוח הכללי של עבירת העינויים.

30. כך, פסקי הדין בעניין *Prosecutor v Zejnil Delalic* ו-*Prosecutor v Anto Furundžij*, אליהן יש הפנייה בהערת שוליים 17 לחוות הדעת; ההחלטות בעניין *Dimitrijevic v Serbia and Montenegro*, ו-*Dimitrov v Serbia and Montenegro* , אליהן יש הפנייה בהערת שוליים 20; ההחלטות ב-*Salman v Turkey* ו-*Cantoral Benavides*, אליהן יש הפנייה בהערת שוליים 21, הובעו כולם לצורך תיאור של יסודות העינויים.

31. פסק הדין *Zejnil Delalic* מוזכר שוב בהערת שוליים 24 בהקשר לקביעה שיש מעשים מסוימים המוכרים כעינויים כשלעצמם, והוא מוזכר בהקשר לדוגמא של אונס. כך גם פסיקת הטריבונל הצבאי הבינלאומי למזרח הרחוק (*Judgment of the International Military Tribunal for the Far East)* מוזכרת בהקשר זה בהערת שוליים 25, בנוגע לדוגמא של הדמיית טביעה. מנגד, מדובר בהקדמה הכללית לחוות הדעת, במסגרת ניתוח כללי של עבירת העינויים, שכן מוסכם שלא היה אונס או הדמיית טביעה בעניינו הקונקרטי של העותר ואין טענה כזו בחוות הדעת.

32. ההחלטה בעניין *Aksoy v Turkey*, המוזכרת בהערת שוליים 26 בנוגע להעמדת קורבנות בתנוחות הגורמות לכאבים מייסרים, דווקא מתארת מסכת עינויים הדומה מאוד לזו שעבר העותר, ולכן כלל לא ברורה טענת המשיבים בהקשר זה. העותר אמנם לא הופשט, אך ידיו נאזקו וכופפו בתנוחה שגרמה לו לפגיעות נוירולוגיות קשות בידיו. ההחלטה בעניין *Aaktaş v Turkey* המוזכרת גם היא בהקשר זה אמנם מתארת תנוחת עינויים אחרת (אשר אף מצוינת מפורשות בהערת השוליים), אך כאמור, המדובר בחלק המבואי של חוות הדעת. העובדה שהקורבן שם נהרג כתוצאה מהעינויים אינה מעלה או מורידה לעניין הגדרת העינויים, כפי שטלטול חזק הגורם לנחקר אחד לנזק חמור, ובמקרה אחר גורם למוות של נחקר אחר, עדיין מהווה עינויים בשני המקרים.

33. ההחלטות בעניין *Ann Maria Garcia Lanza de Netto v Uruguay*, *Aydin v Turkey* ו-*Urrutia v Guatemala*, אשר הוזכרו בהערת שוליים 27, הובאו כולן כדוגמאות לקביעה ש"לרוב עינויים נגרמים לרוב באמצעות שילוב בין מעשים או שיטות, אשר כל אחת מהן לא בהכרח גורמת באופן מיידי או בפני עצמה לכאב או לסבל חמור", והנסיבות הפרטניות של מצבור ההתעללויות שנדונו בכל החלטה פורטו בהערת השוליים עצמה. על כן, שוב, כאשר מדובר בתיאור כללי של יסודות העבירה, הנסיבות הספציפיות וחומרתן אינן מעלות או מורידות.

34. בחלק הפרטני של חוות הדעת, של ההערכה הקונקרטית בנוגע לעותר, יש התייחסויות ל-6 החלטות/פסקי דין, מתוכם המשיבים בחרו להתייחס רק ל-3 (*Berterretche*, *Selmouni*, וההחלטות בנוגע למאוריטניה). פסקי דין/החלטות אלו צויינו על ידי עורכי חוות הדעת כדוגמאות למקרים בהם נעשו שימוש ב"שיטות החקירה" שנעשה בהן שימוש בנוגע לעותר, ואשר גופי זכויות אדם מצאו שהופעלו עינויים. זאת, על מנת להדגים שרשימת "שיטות החקירה" שהופעלו כלפי העותר כוללת מעט מאד שיטות, אם בכלל, שהמומחים לא נתקלו בהן במהלך עבודתם, וכי כולן שיטות מוכרות ונפוצות של עינויים, בין אם בפני עצמן ובין בשילוב עם שיטות אחרות. כל ההחלטות המוזכרות בחלק זה כוללות מצבור התעללויות שונות, ואין טענה שכל צורות התעללות אלו הופעלו כלפי העותר, אך גרעין שיטות ההתעללות בהחלטות אלו – מכות, איזוק ממושך ביותר מאחורי הגב, תנוחות מצוקה כפויות, קללות, השפלה ואיומים כנגד משפחתו, מניעת שינה למשך ימים רצופים, ומצג מטעה ומעורר מצוקה קשה – אכן בוצעו גם כלפי העותר.

35. מכאן, שבניגוד לטענת המשיבים, אין פער משמעותי בין הנסיבות ב(חלק) מההחלטות אליהם התייחסו המומחים בחלק הפרטני לבין הנסיבות בעניינו של העותר (וזאת גם על בסיס גרסתו הראשונית). הליך הסקת מסקנות משפטיות בין מקרים שונים אינו מחייב זהות מוחלטת בנסיבות, וניתן לבסס קביעות משפטיות גם על מקרים דומים ולא זהים.

36. ויוער, כי בסעיף 30 להערות המסכמות של הוועדה בנוגע לישראל המוזכרות לעיל יש תמיכה בטענה שאמצעים אלו שנעשה בהם שימוש בנוגע לעותר מנוגדים לאמנת האו"ם נגד עינויים:

"בנוסף, הוועדה נותרה מודאגת מהטענות כי חוקרי שב"כ ממשיכים לנקוט באמצעי חקירה המנוגדים לאמנה, כגון הגבלת תנועה על ידי הצבה בעמדות לחץ (stress positions) ומניעת שינה, והיא מצירה על חוסר הבהירות לגבי השימוש באמצעי כבילה במהלך חקירות." (מתוך התרגום המוזכר לעיל)

37. ודוק, אין זה מפתיע שהמשיבים מנסים למזער את חומרת המעשים שבוצעו בעותר, אך המציאות היא אחרת – המדובר במעשים חמורים מאוד, אשר על פי קביעת המומחים הבינלאומיים המובילים בתחום זה – הן על בסיס פסיקה והן על בסיס מומחיותם וניסיונם הרב - מהווים עינויים.

38. מכאן, שלא רק שאין הצדקה לדחות את חוות דעת המומחים, אלה ברור שיש להעדיף את קביעותיהם המקצועיות והמומחיות על פני אלו של המשיבים.

<u>שיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה</u>

39. בתגובתם, טוענים המשיבים כי "מסמך שיקול דעת היועץ" מתווה את התשתית המשפטית הרלוונטית למסגרת הפעלת שיקול דעת הרשויות (סעיף 21 לתגובה), וכי האיסור על נקיטת אמצעי חקירה שהם בגדר "עינויים" לפי האמנה נגד עינויים הינה בכפוף לפרשנותו המשפטית של היועץ המשפטי באשר לאלו מעשים עולים כדי עינויים (סעיף 22 לתגובה).

40. עם כל הכבוד, עמדה זו הינה פשוט שגויה משפטית. עניינו ביישום הוראות האמנה נגד עינויים, אמנה אותה אישררה מדינת ישראל ושאין מחלוקת שהוראותיה משקפות משפט מנהגי. מכאן, שהתשתית המשפטית לפעולת המשיבים אינן הנחיות היועץ המשפטי (שאף אינן מהוות חוק הגובר על דין בינלאומי מחייב), אלא הוראות האמנה.

41. כך גם הטענה שהקביעה מהו עינויים נתונה לשיקול דעת היועץ המשפטי עומדת בסתירה חזיתית לסעיף 31(1) לאמנת וינה בדבר דיני אמנות (משנת 1969), לפיה **"אמנה תפורש בתום לב, לפי המשמעות הרגילה שיש ליתן למונחי האמנה בהקשרם ולאור נושאה ומטרתה"** (על כך שמדובר במשפט מנהגי בהקשר לפרשנות אמנות, ראו Territorial Dispute (Lybia v. Chad), 1994 ICJ 4, 16 (Feb. 3); Golder v. United Kingdom, 18 Eur. Ct. Hum. Rts. (ser A) No. 18 (1975), ומאמרו של ד"ר לבנת להלן).

42. ברור כי הותרת פרשנות המונח "עינויים" לשיקול דעת של כל מדינה ומדינה היה מרוקן מתוכן את האמנה. בעוד שקיימים אלמנטים באמנה אשר ניתן (אולי) לומר לגביהם שיישומם הפרוצדורלי נתון לכל מדינה ומדינה לעצבה, השאלה המקדמית מהם עינויים (וכיוצא בכך, קביעות בדבר תחולת האמנה) בוודאי לא יכולות להיות נתונה לפרשנות מדינתית.

43. כך, בדומה, בפסק הדין של בית הלורדים הבריטי, *R v. Home Sec, Ex p Adan* [2001] 2 AC, נקבע כי למונחי יסוד באמנה אחרת (שם נדונה אמנת הפליטים) יש פרשנות יחידה אליה יש לשאוף (הדגשים הוספו):

"[A]s in the case of other multilateral treaties, the Refugee Convention must be given an independent meaning derivable from the sources mentioned in articles 31 and 32 [of the VCLT – Y.L.] and without taking colour from distinctive features of the legal system of any individual contracting state. **In principle therefore there can only be one true interpretation of a treaty"**

44. בסוגיה זו התפרסם לאחרונה מאמר של ד"ר יובל לבנת, מומחה במשפט בינלאומי, אשר ניתח את שאלת פרשנות אמנת הפליטים על ידי מדינת ישראל, ועמד על השגיאה החמורה בתפיסה כי מדינת ישאל רשאית לפרש אמנות בינלאומיות על פי שיקול דעת. קביעותיו העקרוניות רלוונטיות גם לעניינו:

> **""Can States "freely interpret" treaties?**
> **There seems to be no scholastic dispute, that Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) (hereinafter "VCLT") is the inscription of customary international law regarding treaty interpretation. [...] VCLT is, therefore, the necessary first step in any acceptable legal quest for the correct interpretation of a treaty provision. Once one acknowledges the binding character of VCLT's Articles 31-32, it is a short way to the conclusion that a treaty provision has (at least in most cases) a single correct interpretation rather than a "legitimate range" of possible interpretations. [...] The Israeli Tribunal, unfortunately, never took this necessary first step, and its decision is therefore unsubstantiated quite from the beginning. It did not recognize that rules of international law – rather than each contracting state's own rules of interpretation – govern treaty interpretation, and that such international rules (i.e. Articles 31-32 of the VCLT) should be enforced by each contracting state's local courts (such as the Tribunal itself)"**

Y. Livnat, "Can Israel Freely Interpret the Refugee Convention (When it Comes to Palestinian Asylum Seekers)?" פורסם באתר http://www.reflaw.org/can-israel-freely-interpret-the-refugee-convention-when-it-comes-to-palestinian-asylum-seekers/. *מצ"ב המאמר לנוחות בית המשפט הנכבד.*

45. מכאן, שלחוות דעת המומחים הזרים, המתבססת על החלטות של טריבונלים בינלאומיים וגופי זכויות אדם, יש לתת אף משקל רב יותר בעת ניתוח עבירת העינויים, במסגרת השאיפה לפרשנות המקובלת על פי האמנה, ולא כפי שטוענים המשיבים – חתירה לפרשנות פרטנית של מדינת ישראל.

46. יתרה מכך, כאשר עסקינן בשיטות חקירה ספציפיות אשר כבר הוכרו במשפט הבינלאומי כשיטות המהוות סוג של עינוי (ראו למשל סעיף 145(א-ב) ל"פרוטוקול איסטנבול"), כפי הדבר בנוגע לחלק מהשיטות שהופעלו כלפי העותר, אזי ברור מכל וכל שלא ניתן לקבל את קביעת היועץ המשפטי כי

שיטות אלו אינן עולות לכדי עינויים. עמדה לפיה שיטות חקירה מסוימות נחשבות כעינויים בכל העולם, אך לא יחשבו לעינויים בישראל, הינה בוודאי עמדה שבית המשפט הנכבד לא יכול לאשר.

47. ויוער, כי כמפורט בהרחבה בהשלמת הטיעון מטעם העותרים מיום 13.12.15, "מסמך שיקול דעת היועץ", אשר מסדיר מתן הנחיות מראש על יסוד הגנת הצורך, ואשר ייצר הלכה למעשה מערכת אישורים והתייעצויות בשב"כ ביחס להפעלת אמצעי חקירה חריגים, עומד לא רק בניגוד למשפט הבינלאומי, אלא גם בניגוד לקביעה המהותית **בבג"צ העינויים** (בג"ץ 5100/94).

<u>סיכום</u>

48. המחלוקת בין הצדדים הינה בשני מישורים: **הראשונה**, האם המעשים שנעשו בעותר מהווים עינויים; **השנייה**, האם החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לפתוח בחקירה בהתבסס על טענת החוקרים להגנת הצורך הינה כדין וסבירה.

49. באשר לשאלה הראשונה, האם מדובר בעינויים או ביחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל שאינו עומד בהגדת "עינויים" בהתאם לאמנה, אזי כמפורט לעיל, עמדת העותרים כי מדובר בעינויים נתמכת בחוות דעת פורנזית [redacted] וחוות דעת מומחים בנוגע להסקת המסקנות המשפטיות. מלבד ניסיון (כושל) לערער על תוקפן של חוות דעת אלו, המשיבים לא מצביעים על כל אסמכתא התומכת בעמדתם, ולמעשה מודים כי פרשנותם מבוססת על פרשנות "פרטנית" של מדינת ישראל ולא על פרשנות "אוניברסלית" כנדרש.

50. מכאן, שברור שדי במחלוקת זו להצדיק פתיחה בחקירה פלילית לצורך חקירה רצינית ומעמיקה של החוקרים ושל ראיות אחרות המצויות בידי גורמי הביטחון.

51. ויוזכר, כי מקום שיקבע כי מדובר בעינויים, הרי שאף לשיטת המשיבים הגנת הצורך לא תוכל לעמוד לחוקרים, ולכן וודאי שיש להורות על פתיחה בחקירה פלילית.

52. באשר לשאלה השנייה, אזי אף אם יקבע שאין מדובר ביחס העולה כדי עינויים, אזי כמפורט בעתירה ובהשלמת הטיעון מטעם העותרים מיום 13.12.15, האיסור על עינויים ועל הפעלת יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל הינו **איסור מוחלט, וכלל אין תחולה להגנת הצורך לגביו.**

53. אך לכל הפחות, בנסיבות אלה **הגנת הצורך בוודאי לא יכולה להוות פטור <u>מעצם</u> פתיחה חקירה הפלילית.** הגנת הצורך לא יכולה להוות אישור מראש, כפי שמפרשים זאת המשיבים, אלא רק בדיעבד ובאופן קונקרטי פר כל מקרה (וראו פירוט בהשלמת הטיעון). חקירה פלילית היא המסגרת היחידה בה ניתן לבחון טענות הגנה, לרבות תחולת הגנת הצורך, הכוללת רכיבים עובדתיים שונים בהקשר לתנאי המיידיות והמידתיות אשר כלל לא נבחנו כראוי (וראו פירוט בתגובת העותרים מיום 11.10.15). בעקבות ממצאיה של חקירה פלילית, קיימות שתי אפשרויות –האחת, 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" (ודברים אלו קיבלו ביטוי בפסקה 38, 40 לבג"ץ העינויים). **רק חקירה עצמאית, נעדרת פניות, יעילה ויסודית, מהירה ושקופה יכולה לייצר את התשתית העובדתית הנחוצה שתאפשר ליועמ"ש לבדוק אם אכן התקיימו התנאים לתחולת ההגנה.**

54. ויודגש שוב, לא מתבקש במסגרת העתירה דנן להכריע אם יש להרשיע את החוקרים בפלילים. עניינו בשלב מקדמי ביותר, **האם יש מקום כלל לפתוח בחקירה פלילית.** בהקשר זה, העותרים ישובו על הכתוב בתגובותיהם מיום 30.3.14 ומיום 1.6.15, כי מטרתה של בדיקה מקדמית בתלונה המעלה חשד להפעלת עינויים או יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל בידי חוקרי שב"כ, מוגבלת לשאלה אחת: **האם על פניו מדובר בתלונה בלתי מבוססת בעליל.** אם אין הדבר כך, אזי כמפורט בעתירה, הדין הישראלי והמחויבות המשפטית הבינלאומיות של ישראל מחייבים פתיחה בחקירה פלילית.

55. כבר קודם לבדיקה החוזרת על ידי ראשת המבת"ן החדשה, אך בוודאי שלאחר מכן ולאור האמור בתגובת המשיבים ובתגובה זו, **ברור שאין מדובר בתלונה מופרכת וכי קיימת חובה לפתוח בחקירה פלילית,** וכי החלטת המשיבים שלא לפתוח בחקירה פלילית למעשה מבוססת על פרשנות שגויה של הדין. חיזוק לדברים אלו ניתן למצוא בהערות המסכמות של וועדת האו"ם, אשר הביעה דאגה מהעדר accountability בישראל בהקשר לעינויים (פיסקה 30), והעובדה שנכון למועד זה לא נפתחה אף חקירה פלילית אחת, ובוודאי שלא הועמדו לדין חוקרים, בעקבות תלונה על עינויים.

56. **על כן, לאור כל האמור לעיל, לנוכח השאלות כבדות המשקל המתעוררות כאן ואשר לא זכו למענה מספק מצד המשיבים, ולנוכח השלב המתקדם בו מצויה העתירה, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי בעתירה.**

היום, 4.8.16

מיכל פומרנץ, עו"ד

ב"כ העותרים