

בעניין:

1. פראס טביש ת.ז. 905134706

2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל  
באמצעות ב"כ עוה"ד אפרת ברגמן-ספיר  
ו/או חליל זאהר ו/או נועה לוי ואח'  
מהוועד הציבורי נגד עינויים  
רח' בית עובד 13, תל אביב  
טל': 03-7733134 ; פקס: 02-6432847

העותרים

- נ ג ד -

1. היועץ המשפטי לממשלה
  2. הממונה על המבת"ן
  3. שירות הביטחון הכללי
  4. חוקרי שירות הביטחון הכללי שאישרו והשתתפו בחקירתו של העותר 1, המכונים אלישע, דניס, דייגו, מירון, מיגל, עזרי, אחיה, אמנון, גורדון, רוסו, שי, אנדי, ארצי, בנג'י, אבי, שמעון, ואדי-אבו ואדי, אדיר, סרגיו, מיכה, הרצל, אוסקר, אלן, סולי, אברי, צחי, דותן, תאמר, גיל, יואב ונרי.
- על-ידי פרקליטות המדינה  
רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים 91010  
טל': 02-6466590, פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב מס' 1 המורה לו להתייצב וליתן טעם, כדלקמן:

1. מדוע לא יורה על ביטול ההחלטה לסגור את תיק הבדיקה המקדמית בעניין תלונתו של העותר מס' 1, מר פראס טביש, ומדוע לא יורה על נקיטה בהליכים פליליים כנגד חוקרי שירות הביטחון הכללי, שאישרו והשתתפו בחקירתו של העותר מס' 1, בחשד לשימוש בעינויים ובהתעללות בעת חקירתו, ובפרט-
  - 1.1. ינמק מדוע האמצעים שננקטו כנגד העותר מס' 1, כל אחד בנפרד וביתר שאת כולם ביחד, אינם עולים כדי עינויים;
  - 1.2. ינמק מדוע לא ינקוט בהליכים פליליים לנוכח הודאה בדבר 'אמצעי חקירה מיוחדים' בנסיבות של 'צורך';
  - 1.3. ינמק מדוע התקיימו נסיבות של צורך בעת חקירת העותר מס' 1.

2. מדוע לא יבוטלו החלקים במסמך "הנחיית היועץ המשפטי לממשלה" "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה" אשר מכשירים את קיומן של הנחיות פנימיות בשב"כ ובכלל זה: מדוע לא תבוטלנה המילים 'הדרגים שאישרו את המעשה', 'מעורבותם בהחלטה ושיקול דעתם בעת הביצוע', 'הפיקוח עליו' בסעיף ז(1), וכן סעיף ז(4) שזו לשונו – "ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לענין".
3. מדוע לא תבוטלנה ההנחיות הפנימיות במשיב מס' 3 אשר נערכו בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה לעיל.

## ואלה נימוקי העתירה:

### **פתח דבר**

עניינה של עתירה זו הוא בהחלטת המשיב 1 מ-12.9.16 לסגור את תיק הבדיקה המקדמית בעניין תלונתו של העותר מס' 1, מר פראס טביש, בגין עינויים שעבר ע"י חוקרי שב"כ מ-2.4.13, היינו לאחר למעלה משלוש שנים ממועד הגשת התלונה ולאחר שנאלץ להגיש עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.

העתק התלונה מ-2.4.13 מצ"ב ומסומן כנספח 1/ע

העתק החלטת הסגירה מ-12.9.16 מצ"ב ומסומן כנספח 2/ע

המקרה של העותר מס' 1 מגולל – ולא בפעם הראשונה – את השימוש שעושה המשיב מס' 3 במונחים משפטיים מעורפלים על-מנת לענות עצורים בזמן חקירה כדי לקבל מידע, ולהתחמק מנשיאה באחריות פלילית, תוך הישענות על ההבחנה בין עינויים לבין דרכי התעללות אחרות, על התקיימותן של נסיבות של 'צורך', ועל מערך ההיוועצות הקיים במשיב מס' 3, שמכשיר פעולות אלו בזמן אמת מבחינה מבצעית, ואותו הכשר משמש את המשיבים מס' 1-2 בהחלטתם הקבועה שלא לנקוט בהליכים פליליים. יוצא אפוא, כי מדובר במסלול מעגלי, שעד היום הוכיח כי תוצאה אחת לו – פטור מאחריות פלילית בגין הפעלת עינויים ונפשיים בזמן חקירה.

על רקע זה, הסעד הראשון המבוקש במסגרת עתירה זו הוא לנקוט בהליכים פליליים כנגד חוקרי השב"כ אשר אישרו והשתתפו בחקירתו של העותר מס' 1 בגין **עבירת העינויים**, אשר טרם עוגנה בחוק העונשין, אולם מוצאת ביטוי חלקי בעבירות המנויות בחוק העונשין: **'איומים'** המעוגנת בסעיף 192 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **"חוק העונשין"**); **'לחץ בידי עובד ציבור'** המעוגנת בסעיף 277 לחוק העונשין; **'תקיפה'** המעוגנת בסעיף 379 לחוק העונשין; **'תקיפה הגורמת לחבלה ממשית'** המעוגנת בסעיף 380 לחוק העונשין; **'תקיפה בנסיבות מחמירות'** המעוגנת בסעיף 382 לחוק העונשין; **'סחיטה בכוח'** המעוגנת בסעיף 427 לחוק העונשין.

בנוסף, מבוקש הסעד העקרוני של ביטול מערך ההיוועצות בטרם קבלת החלטה לנקוט באלימות כלפי נחקר, אשר מרוקן מתוכן את האיסור על עינויים ועל דרכי התעללות אחרות, ועומד בסתירה לפרשנות בית המשפט העליון לסייג הצורך' בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4), 817 (1999) (להלן: "בג"ץ העינויים"), אשר עמד על טיבו האד-הוקי של סייג זה כך-

"סייג זה עוסק בהכרעה אינדיווידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה..."

עתירה זו מבקשת, אם כן, להעמיד למבחן את האיזון בין הזכות לכבוד והזכות לשלמות הגוף לבין התפקיד שממלאים חוקרי השב"כ מטעם מדינת ישראל והציבור כולו, ובכך למלא בתוכן את עקרונות היסוד עליהם עומד כל משטר דמוקרטי, ובכללם, זכויות היסוד ועקרון שלטון החוק.

בעתירה זו, כל ההדגשות לא היו במקור, אלא אם צוין אחרת.

## א. הצדדים

1. **העותר מס' 1**, פארס טביש, הינו יליד 1978 מכפר חדב אלפואר שבנפת חברון, נשוי ואב לשלושה ילדים (להלן: "העותר" או "העותר מס' 1"). העותר מס' 1 נחקר על-ידי שירות הביטחון הכללי בבית הכלא "שקמה" בין התאריכים 12.09.12 ועד 09.10.12 תוך שימוש באמצעי חקירה אשר כל אחד לחוד וביתר שאת כולם יחד מהווים עינויים לפי הגדרת האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, כ"א 1039, שאושרה על ידי ישראל בשנת 1991 (להלן: "האמנה נגד עינויים").

2. **העותר מס' 2**, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, עמותה אשר עוסקת במאבק ציבורי ומשפטי נגד עינויים ו/או יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל. עותר מס' 2 שם לעצמו מטרה להגן על זכויותיהם של עצורים, של נחקרים ושל מפגינים, ולהיאבק באמצעי חקירה הגורמים כאב ו/או סבל ו/או השפלה לנחקרים.

3. **המשיב מס' 1**, הינו היועץ המשפטי לממשלה, אשר עומד בראש מערכת התביעה בישראל, ומי שהחלטה לסגור את תיק הבדיקה בעניין תלונתו של העותר מס' 1 התקבלה על דעתו.

4. **המשיבה מס' 2**, הינה הממונה על המבת"ן בפרקליטות המדינה, אשר מוסמכת להורות על גניזת תלונות נגד חוקרי שב"כ, לאחר קבלת ממצאי הבדיקה המקדמית מהמחלקה לבירור תלונות נחקרי שב"כ (המבת"ן).

5. **המשיב מס' 3**, הינו שירות הביטחון הכללי, אשר פועל מכוח חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ואשר היה אמון על חקירתו של העותר מס' 1, שאת הנחיותיו הפנימיות לעניין מערך ההיוועצות, עתירה זו מבקשת לבטל.

6. **יתר המשיבים** הינם חוקרי שב"כ אשר אישרו והשתתפו בחקירתו של העותר מס' 1.

## ב. רקע עובדתי

7. חקירתו של העותר מס' 1 החלה ב-12.09.12, אולם מסכת העינויים כפי שתואר להלן החלה מספר ימים קודם לכן, כאשר העותר מס' 1 הועבר מבית סוהר לבית סוהר, במסגרת נסיעות ממושכות, בתנאים פיזיים קשים, ברכב לניוד אסירים של שירות בתי הסוהר המכונה פוסטה (להלן: "פוסטה").

8. לחקירתו קדם מעצר מנהלי, שהחל ב-2.11.11, במסגרתו הוא הוחזק בבית סוהר קציעות (להלן: "קציעות"), מה-2.11.11 ועד ל-4.9.12.

9. ב-5.9.12, לאחר שהייתה בת כעשרה חודשים ב"קציעות", הועבר העותר מס' 1 לבית סוהר שקמה אשר באשקלון (להלן: "שקמה") שם נמסרו לו על-ידי חוקר משטרה מהם החשדות כנגדו, והוא התבקש למסור עדות מפורטת, לאחר לילה ללא שינה. עם הגעתו של העותר מס' 1 ל"שקמה", הוא נבדק על-ידי רופא.

העתק רשומה רפואית מבית סוהר שקמה מ-5.9.12 מצ"ב ומסומן כנספח ע/3

10. ב-10.9.12 הועבר העותר מס' 1 מ"שקמה" ל"קציעות" באמצעות "פוסטה". העותר מס' 1 בילה ב"פוסטה" שעות ארוכות בעודו עובר בבתי סוהר רבים בדרום הארץ, ללא גישה לשירותים או למים.

11. מיד עם הגעתו ל"קציעות" נמסר לעותר מס' 1 שהוא מועבר לבית סוהר מגידו אשר במגידו שבצפון (להלן: "מגידו"). הוא הועלה ל"פוסטה", ועבר בין בתי כלא שונים, כאשר הוא מוחזק בתנאים קשים, בעודו אזוק באזיקוני פלסטיק מהידיים ומהרגליים. הנסיעה ל"מגידו" נמשכה יומיים.

12. ב"מגידו" נבדק העותר מס' 1 על-ידי רופא אשר סיכם את מצבו כך – "מצב כללי טוב מקבל טיפול תרופתי".

העתק רשומה רפואית מבית סוהר מגידו מ-11.9.12 מצ"ב ומסומן כנספח ע/4

13. ב-12.9.12, למחרת הגעתו ל"מגידו", הועבר העותר מס' 1 שוב ל"שקמה". עם הגעתו בחזרה ל"שקמה", נבדק העותר מס' 1 על-ידי רופא, וזה תועד ברשומותיו הרפואיות. הנה כי כן, מ-5.9.12 ועד 12.9.12 משך שבעה ימים עבר העותר בין מתקני כליאה שונים מכלא "קציעות" שבדרום ועד "מגידו" שבצפון מבלי שהחלה חקירתו.

העתק רשומה רפואית מבית סוהר שקמה מ-12.9.12 מצ"ב ומסומן כנספח ע/5

14. עם הגעתו של העותר מס' 1 ל"שקמה", הוא הועבר לחקירת שב"כ אינטנסיבית ללא מתן אפשרות לישון ו/או לנוח, כשהוא ישוב על כיסא המקובע לרצפה, כשידיו כבולות לרוב מאחורי גבו, כשחוקרי השב"כ מאיימים עליו שיהרגו אותו, מגדפים אותו ואת בני משפחתו,

וכשהוא מנוע מפגש עם עו"ד מהיום הראשון לחקירתו ועד ל-2.10.12, היינו במשך כמעט שלושה שבועות.

15. לפי זיכרונות הדברים מחקירת השב"כ (להלן: "זכ"דים"), החקירה החלה ב-12.09.12 בשעה 13:25, נמשכה עד ל-15.09.12 בשעה 03:25, למעט מספר הפסקות קצרצרות לא רציפות, התחדשה באותו יום בשעה 08:30, ונמשכה שוב באופן רציף עד ל-16.09.12 בשעה 14:30, למעט מספר הפסקות קצרות.

העתק עמוד ראשון ועמוד אחרון של זכ"דים מתאריכים 12.09.12-16.09.12 מצ"ב ומסומן **כנספח 6/ע**

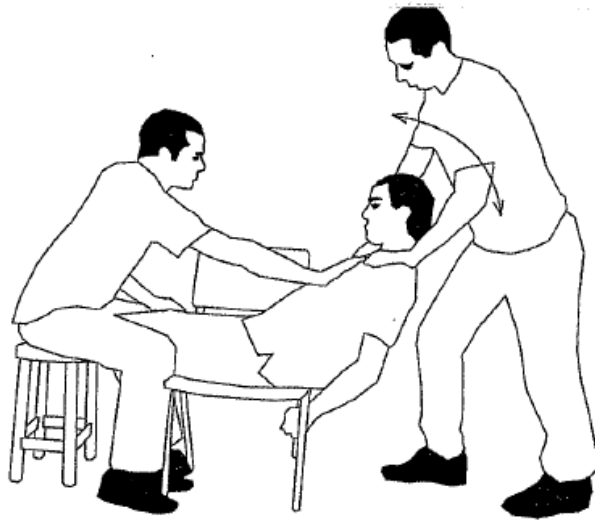
16. בשלב מסוים, שני חוקרים שכינוייהם "הרצל", אשר הציג עצמו כ"מייג'ור החקירה", ו"אוסקר", אשר הציג עצמו כ"רכז החקירות", נכנסו לחדר החקירות ואיימו על העותר מס' 1 שאם לא יודה במיוחס לו, יועבר ל"חקירה צבאית", **ואמרו שהם רק ממתנינים לאישור הדרגים הגבוהים.**

17. בסמוך לאחר מכן, נכנס לחדר החקירה אדם אשר הציג עצמו כסגן ראש השב"כ והוא איים על העותר מס' 1 שמוטב לו לדבר שכן כל המידע כבר מצוי בידי השב"כ וכן ש"עדיף לו שידבר מהפה לפני שנגרום לו להתחיל לדבר מהתחת". אדם זה אף איים לפגוע במשפחתו של העותר ולהרוס את בית המשפחה. אדם זה סיים את השיחה באומרו כי הוא חותם על הריגתו. מייד לאחר מכן נכנס החוקר "אלישע", והזהיר את העותר מס' 1 שאם לא יודה, שערי הגיהנום ייפתחו עליו. החוקר שכינויו "אלישע" הבהיר שמי שהיה אצל העותר מס' 1 אינו צוחק, ושהוא ייתן החלטה להרוג אותו.

18. לאחר השיחה עם החוקר שכינויו "אלישע", הועבר העותר לחדר חקירות סמוך, שם חיכו לו חמישה חוקרי שב"כ, שהזדהו בכינויים: "צחיי", "רוסוי", "הרצל", "אוסקר" ו"אלישע".

19. החוקר שכינויו "צחיי" שאל את העותר מס' 1 אם הוא רוצה "לספר את הסיפור" וכשנענה בשלילה הנחית אגרוף על עינו הימנית.

20. מיד לאחר האגרוף לעינו הימנית של העותר מס' 1, החלו החוקרים לענות אותו בתנוחה המכונה "בננה" בה הוחזק על כסא, כאשר גבו על מושב הכסא, ראשו מצדו האחד ורגליו מצדו השני (להלן: "תנוחת הבננה"), תנוחה אשר נראית כך-



חוקר אחד החזיק את רגליו ואילו חוקר שני הוריד את ראשו לכיוון הרצפה. בשלב מסוים החל החוקר, שהחזיק את רגליו של העותר מס' 1 לנער אותו, נייעורים שגרמו לעותר מס' 1 כאבי תופת בשרירי הבטן והרגליים, ותחושה כאילו היה גבו נשבר. במקביל, החוקר אשר החזיק את ראשו של העותר מס' 1 סטר לו. כך, במשך מספר סבבים, כאשר כל סבב ארך כשתי דקות ובין כל סבב, היו החוקרים מושיבים את העותר מס' 1 על כיסא החקירה, ושואלים אותו אם הוא רוצה לדבר.

21. לאחר מספר סבבים, של החזקה בתנוחת בנה, בצירוף עם נייעור הרגליים וסטירות לפניו, החל העותר מס' 1 לאבד את הכרתו ולהקיא. כאשר העותר מס' 1 שב להכרתו, הוא מצא עצמו מוטל בשירותים, ספוג מים, כאשר סוהרים שופכים עליו מים. הסוהרים החליפו את בגדיו של העותר מס' 1, והחזירו אותו לחדר החקירות כשהוא ישוב על כיסא משרדי עם גלגלים, מאחר שהעותר היה תשוש ולא יכול היה לעמוד על רגליו.

22. עם השבתו של העותר מס' 1 לחדר החקירות, הוא נשאל על-ידי החוקר שכיניו "צחי" אם הוא רוצה לספר את הסיפור שלו, ואז הוא כיסה את עיניו באמצעות כיסוי עיניים והחל להכות אותו באזור העיניים בסטירות ובאגרופים.

23. העותר מס' 1 נפגע בעיקר בעינו השמאלית, והרגיש שאור חזק נכנס לו לתוך העין. לאחר כשבוע, במהלכו הרגיש העותר מס' 1 שהוא רואה אור חזק בעיניים וסבל מכאב ראש חזק, הפך האור החזק לנקודה שחורה.

24. בנוסף להחזקתו של העותר מס' 1 בתנוחת בננה, ובנוסף להכאתו, הוחזק העותר מס' 1 בתנוחה שבה הוא עומד עם גבו לקיר, כששני חוקרים מחזיקים אותו משני צדיו באזור הכתף, תוך יצירת מצב שכל כובד גופו על הרגליים.

25. בשלב מסוים אפסו כוחותיו של העותר מס' 1 והוא נותר תלוי על ידיהם של החוקרים. לאחר מכן, הושב העותר מס' 1 על כיסא, והוחזק בתנוחת בננה. אחד החוקרים אמר לחוקר אחר בחדר שהוא מרגיש שהעותר מס' 1 נחנק וזה ענה "שימות". בשלב מסוים, העותר מס' 1 הקיא באופן בלתי רצוני על החוקר שהחזיק את רגליו בתנוחת הבננה, וזה בתגובה נתן לו אגרוף. אז, העותר מס' 1 איבד את ההכרה והתעורר שוב בשירותים, כשהוא ספוג במים. הסוהרים שוב החליפו סוהרים את בגדיו והוא הוחזר לחדר החקירות.

26. בשלב מסוים התחלף צוות החקירה. בצוות החקירה החדש היו, בין היתר, חוקר שכיניו "גיל", שהזדהה כ"חוטף נשמות", חוקר שכינה את עצמו "הצ'צני", ו"הרצל" שהיה מוכר לעותר מס' 1 מקודם. לאחר חקירה קצרה הועמד העותר מס' 1 על הרגליים והוחזק באזור הכתפיים משני צדי גופו, על ידי שני חוקרים, כאשר פניהם של החוקרים מול פניו. אחד החוקרים היה שואל שאלה, וכאשר לא קיבל את מבוקשו היה מכה את העותר מס' 1 על שריר הרגל באמצעות הברך. בשלב מסוים אמרו החוקרים שייתנו לו מנוחה אך שבו והחזיקו אותו בתנוחת הבננה במהלכה שוב איבד העותר מס' 1 את הכרתו.

27. שיטת עינויים פיזיים נוספת שהופעלה כנגד העותר מס' 1 הייתה הושבתו בתנוחת "כריעת צפרדע". העותר מס' 1 לא היה מסוגל לעשות כן בכוחות עצמו ולכן הוחזק בתנוחה זו בכוח, כאשר מצדיו ישבו שני חוקרים על כיסא והחזיקו אותו מהכתף. כאשר העותר מס' 1 איבד שליטה ונפל, הוא הועבר למצב עמידה והוחזק עם גבו לקיר. בשלב מסוים אמר אחד החוקרים, שאם יחזיקו אותו מהצוואר הוא יפסיק להקיא ואכן אחד החוקרים חנק את העותר מס' 1 מהצוואר.

28. בשלב זה הוזמן לחדר החקירות חובש, שבדק את העותר מס' 1, וקבע שיש צורך בבדיקת רופא. הרופא שהגיע לחדר החקירות קילל את העותר מס' 1 ברוסית, וקבע שמדובר בהצגות. עם צאת הרופא, החוקרים הטיחו בעותר מס' 1 שהוא עושה הצגות, ולאחר זמן מה החזיקו אותו שוב בתנוחת הבננה במהלכה איבד את הכרתו.

29. כשהעותר מס' 1 שב להכרתו, הוא ראה שיש צוות חקירה חדש, כאשר ראש צוות החקירה הוא חוקר שכיניו "אוסקר". החוקר שכיניו "אוסקר" אמר שהם לא יוותרו לו, או שימות או שיספר להם את הסיפור שלו. העותר מס' 1 השיב שאין לו מה לספר, או אז ענה לו החוקר שכיניו "אוסקר" – "מברוק, הבן שלך יהפוך להיות יתום" ויצא מהחדר.

30. לאחר צאתו מהחדר, החוקרים חידשו את העינויים הפיזיים, והחזיקו את העותר מס' 1 בתנוחת בננה, בתנוחת ההעמדה לקיר, והיכו אותו נמרצות. בתוך כך, אחד מהחוקרים סטר לעותר מס' 1, וגרם לכך שאחת משיניו בצד ימין למעלה נשברה ונפלה.

31. בשלב זה, העותר מס' 1 סבל מהאור הבוהק בעין שמאל, ואיבד לחלוטין את התחושה ברגליים. גופו היה כל כך חלש שהוא נזקק לליווי ולתמיכה של סוהרים על-מנת ללכת לשירותים.

32. כתוצאה מהעינויים ועל-מנת לשים קץ לייסורים, העותר מס' 1 הודה בחלק מהמיוחס לו. לאחר מכן, חוקרי השב"כ דרשו מהעותר מס' 1 לעבור בדיקת פוליגרף.

33. משסירב, מצא את עצמו שוב נתון לעינויים פיזיים על-ידי צוות חוקרים שכלל, בין היתר, את "אלישע", "הרצל". אלה החלו מיד לענותו בתנוחת הבננה והחלו לדבר ביניהם למשמע אוזניו המתלונן על פרטים שנאמרו בחקירה.

34. לאחר מספר סבבים של תנוחת בננה ועל-מנת להפסיק את העינויים, הסכים העותר מס' 1 להיבדק בפוליגרף. לפי הזכ"דים, בדיקת הפוליגרף נערכה ב-20.9.12 ובסיומה נאמר לעותר מס' 1 שהוא נמצא דובר שקר.

#### העתק זכ"ד בדיקת פוליגרף מצ"ב ומסומן כנספח ע/7

35. לאחר מכן, הוחזר העותר מס' 1 לחדר החקירות, שם נאמר לו כי כיוון ששיקר בפוליגרף, הוא יוחזר ל"חקירה צבאית" אם לא יספר את כל אשר ידוע לו. איומים אלו נמשכו במשך יום חקירה אחד, לאחריו, חזרו החוקרים לעשות שימוש בעינויים פיזיים אשר כללו תנוחת בננה, העמדה כנגד הקיר וכריעת צפרדע.

36. לאחר זמן מה תחת העינויים הפיזיים, העותר מס' 1 הרגיש בחוסר שליטה מוחלט על גופו, לא הצליח לפקוח את עיניו ולא היה לו כוח לדבר. למרות זאת, החוקרים התעקשו להעמיד את העותר מס' 1 על רגליו. באחת הפעמים בהן הועמד העותר מס' 1 נפלו מכנסיו וחוקריו השפילו אותו, בין היתר על ידי שימוש בביטויים בעלי אופי מיני, ואחד החוקרים אף צילם אותו. כמו כן, נבדק העותר מס' 1 על-ידי רופא.

37. ב-23.9.12, לאחר כיומיים של עינויים פיזיים, הודה העותר מס' 1 בכל אשר יוחס לו. לאחר מתן ההודאה, הופסקו העינויים הפיזיים, אך חקירתו נמשכה לכל המוקדם עד ל-18.10.12. הוא תאריך הזכ"ד האחרון.

38. השתלשלות החקירה המתוארת לעיל נתמכת במסמכים רבים של שב"ס ושב"כ כפי שיפורט להלן. לפי פרפרזה החתומה על-ידי ראש צוות החוקרים שכינויו "הרצל", "בחקירת פראס טביש נעשה שימוש באמצעים מיוחדים מיום 18.9.12 שעה 02:50 ועד ליום 21.9.12 שעה 07:51".

#### העתק פרפרזה שב"כ מצ"ב ומסומן כנספח ע/8



39. בתוך כך, לפי הזכ"דים, ב-20.09.12 התחדשה החקירה האינטנסיבית של העותר מס' 1 במסגרתה לא ניתן לו זמן לנוח ו/או לישון. כך, חקירה שהחלה ב-20.09.12 בשעה 09:40 נמשכה באופן רציף עד לתאריך 22.09.12 בשעה 10:02, למעט הפסקות קצרצרות.

העתק עמוד ראשון ואחרון של זכ"דים מתאריכים 20.09.12-22.09.12 מצ"ב לעתירה **כנספח 9/ע**

40. לפי הרשומות הרפואיות של שב"ס מ-21.9.12, במהלך התקופה אשר אושרה על-ידי ראש צוות החוקרים, "הרצל", העותר מס' 1 **נבדק ונמצא חבול** על-ידי רופאי שב"ס **ארבע פעמים** :

41. ב-19.9.12, נבדק העותר מס' 1 על-ידי רופא, אשר מצא נפיחות באזור השן הטוחנת העליונה בצד ימין, כך-  
"סיבת הפנייה: כאבים ונפיחות באזור טוחנת עליונה צד ימין".

העתק רשומה רפואית מ-19.9.12 מצ"ב ומסומן **כנספח 10/ע**

42. ב-21.9.12 בשעה 05:37, נבדק העותר מס' 1 על-ידי רופא, אשר רשם שהעותר מס' 1 משלשל וחיזור, כך-

"סיבת הפנייה לדברי האסיר/ הרופא/ החובש: על שילשול/לדבריו של החוקר הנ"ל כמה פעמים הלך לשירותים/. בבדיקה-מצבו כללי סביר. עור חיזור. לשון לחה עם שיכבה קלה לבנה. .." (טעויות במקור).

העתק רשומה רפואית מ-21.9.12 בשעה 05:37 מצ"ב ומסומן **כנספח 11/ע**

43. באותו יום, בשעה 06:03, נבדק העותר מס' 1 על-ידי רופא בפעם השנייה לאותו יום, ונרשם על-ידו כך-

"סיבת הפנייה לדברי האסיר/ הרופא/ החובש: הפעם הנ"ל מתלונן על כאבים בברקיו. בבדיקה-נראת נרגש. עיניים אדומות/לא ישן הלילה- חקירה/ לשון לחה ללא שכבה." (טעויות במקור)

העתק רשומה רפואית מ-21.9.12 בשעה 06:03 מצ"ב ומסומן **כנספח 12/ע**

44. באותו יום, בשעה 18:42, נבדק העותר מס' 1 בפעם השלישית, ובפעם ההיא נמצאו ברכיים נפיחות והגבלה בתנועה, כך-

"סיבת הפנייה לדברי האסיר/ הרופא/ החובש: "על כאבים בברך שמאלית. ..**ברכיים מוגדלים זו צדדי**. מצד שמאלי-**נפיחות+כאבים תוך פלפציה**. **הגבלות בתנותיו**." (טעויות במקור, הדגשות אינן).

העתק רשומה רפואית מ-21.9.12 בשעה 18:42 מצ"ב ומסומן **כנספח 13/ע**

45. **ודוק, קיימת הלימה בין הפרפרזה שערך ראש צוות החקירה לבין הרשומות הרפואיות בשב"ס מימים 18-21.9.12 לפיה בימים בהם אשר לפי עדות ראש צוות החקירה ננקטו כלפי העותר 1 "אמצעים מיוחדים" מצאו רופאי שב"ס כי העותר 1 מוגבל בתנועותיו, כי הוא סובל מנפיחות וכאבים בברכיו וכי לא ישן בלילה. כל זאת- כאשר בבדיקה רפואית שנערכה לעותר מס' 1 בטרם החלה חקירתו, ב-11.9.12, הוא נמצא במצב כללי טוב.**

46. ----

47. ----

48. ----

49. ----

50. ב-5.11.12, כשבועיים לאחר שהחקירה הסתיימה, העותר מס' 1 עדיין סבל מנקודה שחורה בעינו השמאלית ממנה התחיל לסבול לאחר המכות בעינו, והדבר תועד ברשומות הרפואיות של שב"ס, כך-

"מתלונן על הרגשה של רדימות באזור רגל ימין. לדבריו לפני כ- 3 חודשים קיבל מכה באזור ירך. **מרגיש נקודה שחורה בעין שמאל מזה כחודשיים**, כאבי בטן עליונה מדי פעם ולאחר אוכל... עין שמאל ללא ממצא פטולוגית, רגל שמאל ללא ממצא פטולוגית, בטן – ב.מ.פ..."  
(הדגשות אינן במקור)

העתק רשומה רפואית מ- 05.11.12 מצ"ב ומסומן כנספח ע/15

51. במהלך חודש נובמבר 2012, היינו בסמוך לסוף חקירתו, העותר מס' 1 נפגש עם עורך דין מטעם העותר מס' 2, ומסר לו את עובדות האירוע שתואר לעיל במהלך שלושה מפגשים, ועדותו תועדה בתצהירים עליהם חתם לאחר שהוזהר כדין.

העתק תצהיריו של העותר מס' 1 מצ"ב ומסומן כנספח ע/16

52. ----

53. הנה כי כן, כתוצאה מהעינויים שננקטו כנגד העותר מס' 1, הוא החל לסבול מנקודה שחורה בעינו השמאלית, וכן מנימול, מהם סבל גם בחלוף ארבעה חודשים מסוף החקירה, ומהם הוא סובל עד היום.

**ג. מיצוי הליכים והעתירה הקודמת בעניינו של העותר מס' 1 (בג"ץ 7646/14)**

54. בעקבות מסירת העדות לעורך דין מטעם העותר מס' 2, ב-13.4.2 הוגשה למשיב מס' 1 תלונה כנגד חוקרי השב"כ שעינו את העותר מס' 1 במהלך החקירה (ר' נספח ע/1).

55. במכתב מ-7.4.13 הודיעה ראשת לשכת המשיב מס' 1 כי התלונה התקבלה במשרדו, והועברה לטיפול לשכת פרקליט המדינה.

**העתק הודעה על קבלת תלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/18**

56. בין חודש יוני 2013 לחודש אוגוסט 2014 נשלחו למשיב מס' 1 תזכורות בנוגע לתלונה וכן התקיימו תכתובות עם ראשת המבת"ן הנכנסת בנוגע לטיפול בתלונה.

57. עדותו של העותר מס' 1 נגבתה על-ידי ראשת המבת"ן רק במהלך חודש אוגוסט 2014, וב-24.8.14, לאחר המפגש עם העותר מס' 1, ביקשה ראשת המבת"ן לקבל העתק מהעדות שמסר בפני עורך הדין מטעם העותר מס' 2 במהלך חודש נובמבר 2012, כיוון שהעותר מס' 1 הפנה אליה במהלך המפגש. התצהירים בהם תועדה עדותו של העותר מס' 1, אשר צורפו כנספח ע/16 לעתירה זו, נשלחו לראשת המבת"ן ב-31.8.14.

**העתק פניית ראשת המבת"ן מ-24.8.14 מצ"ב ומסומן כנספח ע/19**

**העתק תשובה מ-31.8.14 מצ"ב ומסומן כנספח ע/20**

58. משלא ניתן כל מענה בתלונה של העותר מס' 1, בחלוף 18 חודשים ממועד הגשת התלונה, נאלץ העותר מס' 1 להגיש עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (להלן: "העתירה הראשונה"), בצירוף בקשה לאיסור פרסום פרטיו של העותר מס' 1, חוות הדעת לפי פרוטוקול איסטנבול ופרוטוקול דיון בימ"ש צבאי. העתירה הראשונה הוגשה ב-12.11.14.

בעתירה הראשונה התבקשו שני סעדים הכרוכים זה בזה – פתיחה בחקירה פלילית כנגד חוקרי השב"כ שהיו מעורבים בחקירתו של העותר מס' 1, וביטול ההנחיות הפנימיות בשב"כ באשר למערכת ההיועצות במקרים של 'צורך', וביטול החלקים ממסמך הנחיות היועמ"ש "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה משנת 1999" – מערך אשר העותק מס' 1 נפגע ממנו באופן אישי וישיר.

**העתק עתירה בבג"ץ 7646/14 (ללא הנספחים) מ-12.11.14 מצ"ב ומסומן כנספח ע/21**

59. ראשת המבת"ן פגשה את העותר מס' 1 פעם נוספת ב-12.1.15. במסגרת פגישה זו נשאל העותר מס' 1 אם הוא מוכן לעבור בדיקת פוליגרף, וענה כי הוא מותיר את המענה לשיקול דעתם של עורכי הדין שלו, אצל העותר מס' 2.

60. במכתב מ-31.3.15, ביקשה ראשת המבת"ן לקבל את עמדת עורכי הדין של העותר מס' 1, מטעם העותר מס' 2.

**העתק מכתב ראשת המבתי"ן מ-31.3.15 מצ"ב ומסומן כנספח ע/22**

61. ב-13.8.15 הודיעה באת כוח העותר מס' 1 לראשת המבתי"ן כי העותר מסרב לבדיקת פוליוגרף וב-7.10.15 נשלחו נימוקי הסירוב וביניהם כמות ואיכות הראיות בעניין תלונתו של העותר מס' 1, אי התאמת בדיקת הפוליוגרף לשלב הבדיקה המקדמית, הפגיעה בזכויות יסוד הכרוכה בבדיקת פוליוגרף, וכן החשש שמא בדיקת פוליוגרף תעורר זיכרונות קשים, בייחוד לאור זאת שהעותר מס' 1 נבדק בבדיקת פוליוגרף במהלך החקירה בשב"כ.

**העתק תשובת ב"כ העותר מס' 1 לעניין בדיקת הפוליוגרף מצ"ב ומסומן כנספח ע/23**

62. ב-29.10.15 הגישו המשיבים תגובה מקדמית מטעמם. באשר לדרישה לפתוח בחקירה פלילית, נטען כי מדובר בעתירה מוקדמת כיוון שבעת הנוכחית טרם הסתיימה הבדיקה המקדמית בעניינו של העותר. באשר לסעד השני של ביטול מערך ההיוועצות נטען כי גם הוא הוגש בטרם עת, שעה שטרם הושלמה בדיקת המבתי"ן. בנוסף ובבחינת למעלה מן הצורך נטען, כי ההנחיות הפנימיות מאפשרות לחוקר הסבור כי במצב הדברים בו הוא נתון מתקיים מצב של צורך, להתייעץ בזמן אמת עם גורמים בכירים יותר, שאינם יכולים להסמיכו לנקוט באמצעי חקירה חריגים, אולם הם יכולים לחוות דעתם כי במצב הנתון מתקיים סייג הצורך. כן יכולים אותם גורמים בכירים להטיל מגבלות פיקודיות על פעולותיו של החוקר באותה סיטואציה שהובאה בפניהם.

**העתק התגובה המקדמית מ-29.10.15 מצ"ב ומסומן כנספח ע/24**

63. ב-11.11.15 התקיים דיון בעתירה הראשונה. בדיון זה, הודגש על-ידי כבוד השופטים הנדל וג'ובראן כי הסעד שעניינו ביטול מערך ההיוועצות הינו סעד מאוד רציני ועקרוני ושיש להמתין עד לקבלת מענה על-מנת לדון בו-

"כבוד השופט נ' הנדל:

יכול להיות אבל לא בשלב הזה. לא אמרתי שזה לא מקרה מובהק. זה משהו מאוד רציני ועקרוני.

...

כבוד השופט ס' ג'ובראן: הנושא האחר, שהנושא דרוש בדיקה, השאלה באם לא מקום להמתין לתוצאות החקיקה ולפי זה להגיש עתירה ספציפית, כי בינתיים אין לנו משהו מוחשי. זכותו לטעון, אין לנו בעיה, השאלה זה העיתוי הזמן. להמתין לתוצאות הבדיקה ואז לתקוף, אולי תקיפה אחרת את הנוהל.

עו"ד ברגמן-ספיר:

... גם לגבי העיתוי, הבדיקה המקדמית בודקת באם היה צורך או שלא, וזה לא קוים. התייעצות היתה, המדינה אמרה שהיו התייעצויות.

כבוד השופט נ' הנדל:

כן, אבל המדינה לא אומרת שלא הייתה התייעצות כזו.

עו"ד בוכמן-שינדל:

אין לנו עדיין מסקנות לגבי טענות העותר. אין דוח מסכם עדיין."

**העתק פרוטוקול דיון מ-11.11.15 מצ"ב ומסומן כנספח ע/25**

64. עוד בדיון חזרה ב"כ המשיבים על כך ש"הבדיקה מתנהלת בקצב שלטעמנו מניח את הדעת הבדיקה במקרה הזה היא בדיקה מורכבת, יש פה שאלות לא פשוטות. הוועדה עושה ימים כלילות כאשר בודקת פרטים לא פשוטים. הבדיקה כעת מתקיימת ומשיחה הבוקר עם ראשת הוועדה היא מניחה שהבדיקה תיערך בעוד מספר חודשים." (שורות 35-37 בעמ' 3 לפרוטוקול, שורות 2-3 בעמ' 4 לפרוטוקול).

65. בתום הדיון התקבלה החלטה כי המשיבים יגישו הודעה מעדכנת מטעמם תוך 3 חודשים ממועד הדיון.

**העתק החלטה מ-11.11.15 מצ"ב ומסומן כנספח ע/26**

66. ב-12.9.16, לאחר מספר רב של בקשות להארכת מועד, ולאחר שהעותרים הגישו תגובה, הודיעו המשיבים כי הבדיקה המקדמית הושלמה, כי הוחלט על גניזת תלונתו של העותר מס' 1, וכי יש לדחות את עתירתו.

**העתק הודעה מעדכנת מטעם המשיבים מ-12.9.16 מצ"ב ומסומן כנספח ע/27**

67. ב-15.9.16 נעשתה פנייה ע"י ב"כ העותר ליחידת הממונה על המבתי"ן, בבקשה לעיין בחומרי הבדיקה המקדמית.

**העתק פנייה מ-15.9.16 מצ"ב ומסומן כנספח ע/28**

68. ב-26.9.16 הוחלט על-ידי בית המשפט העליון שהעותרים יגישו תגובתם להודעה המעדכנת. העותרים הגישו את תגובתם ב-3.11.16, ועמדו על הסעדים המבוקשים על ידם בעתירה.

**העתק תגובת העותרים מ-3.11.16 מצ"ב ומסומן כנספח ע/29**

69. ב-10.11.16 נקבע דיון בעתירה ל-30.1.17. בדיון שהתקיים ב-30.1.17 הוחלט ליתן פסק דין בעתירה, וזה ניתן בו ביום. לפי פסק הדין, "העתירה במתכונתה הנוכחית מיצתה את עצמה, וכל טענות העותרים שמורות להם לגבי ההחלטה החדשה (החלטת היועמ"ש)". באשר לסעד השני נכתב – "איננו רואים להידרש לסעד כללי זה אלא במסגרת עתירה קונקרטית. כאמור, ככל שהעותרים חפצים בכך, הם רשאים להגיש עתירה חדשה בהתבסס על התשתית העובדתית העדכנית".

**העתק פרוטוקול דיון מ-30.1.17 מצ"ב ומסומן כנספח ע/30**

**העתק פסק הדין מ-30.1.17 מצ"ב ומסומן כנספח ע/31**

70. ב-5.3.17 נעשתה פנייה נוספת בעניין העיון בחומרי הבדיקה.

**העתק הפנייה מ-5.3.17 מצ"ב ומסומן כנספח ע/32**

71. ב-6.3.17 התקבל מענה מיחידת הממונה על המבת"ן, וזו הייתה לשונה-  
" ... לא נוכל לאפשר עיון בתשאולים שבהם מתייחסים החוקרים  
להגדרת המתלונן כ-"נחקר תחת סייג הצורך" אף לא בעקיפין.  
בחלק (קטן) מהתישאולים ישנם חלקים מצומצמים שאינם עוסקים  
בהגדרתו כאמור של המתלונן, אשר יתכן – לאחר שנתייעץ בכך עם  
הגורמים הרלבנטיים – שנוכל לאפשר לכם לעיין בהם. ..."

העתק תשובה מ-6.3.17 מצ"ב ומסומן **כנספח ע/33**

72. ב-8.3.17 הודיעה ב"כ העותר מס' 1 בעותר מס' 2 כי הם עומדים על בדיקת האפשרות לעיין  
בתשאולי החוקרים. בתשובה לכך, הודיעה יחידת הממונה על המבת"ן כי ייבדק נושא העיון  
בתשאולי חוקרי השב"כ.

העתק הודעת ב"כ העותר ותשובת יחידת הממונה על המבת"ן מ-8.3.17 מצ"ב ומסומן **כנספח  
ע/34**

73. ב-5.7.2017 התבצע עיון על-ידי העותר מס' 2 באותם חלקים בחומר הבדיקה שהותרו לעיון.

#### **ד. בדיקת התלונה**

74. ראשת המבת"ן נפגשה עם עשרה חוקרי שב"כ שהיו מעורבים בחקירתו של העותר מס' 1  
במספר תאריכים בין ה-28.1.16 לבין 7.2.16. ויוער כי לא ניתן לב"כ העותר לצלם את  
תשאולי החוקרים אלא רק לעיין בחלקם ולפיכך תשאולי החוקרים אינם מצורפים לעתירה  
דנן.

75. החלטת המשיבים מס' 1-2 בעניינו של העותר מס' 1 קבעה כי למרות שננטו כנגד העותר מס'  
1 'אמצעי חקירה מיוחדים', השונים בהיקפם מאלו שתוארו על-ידי העותר מס' 1, הרי שהם  
נעשו בנסיבות של 'צורך', כך שלא נפל כל פגם בשיקול דעתם של החוקרים בזמן אמת.

76. בצד זאת, לעניין העברתו של העותר מס' 1 מבית סוהר לבית סוהר במשך שבעה ימים בטרם  
החלה חקירתו ועל-מנת לשבור את רוחו נכתב, כי "לא נמצאו תימוכין לכך שהמתלונן עבר  
"מסע דילוגים" כנטען, בין מספר מתקני כליאה טרם תחילת חקירתו, שתכליתו "התשה"  
פיזית או נפשית".

77. וזאת, שעה שאף לא אחד מחוקרי השב"כ שתושאלו נשאל אודות כך, ולמרות שבתשובת  
המשיבים מס' 1-2 לא נמצא הסבר כלשהו, וממילא הסבר כלשהו המניח את הדעת, באשר  
לסיבת ההעברה של העותר מס' 1 מבית סוהר לבית סוהר במשך שבעה ימים רצופים.

78. לעניין מניעת השינה, נכתב על-ידי המשיבים מס' 1-2, כי "במהלך תקופת חקירתו, אכן נחקר  
המתלונן במשך שעות ארוכות, אלא, שלאור חומרת החשדות נגד המתלונן, ..., לא מצאתי  
שנפל פגם בשיקול דעתם של החוקרים שראו לנכון לחקור כך את המתלונן".

79. וזאת, למרות שתשובה כאמור אינה מתיישבת עם כך שהעותר מס' 1 הועבר מבית סוהר לבית סוהר במשך שבוע ימים בטרם החלה חקירתו ועם הפוגות בחקירה בחגים היהודים.
80. לעניין קבלת אישור הדרגים הגבוהים – הרי שתשובת המשיבים מס' 1-2 אינה כוללת כל התייחסות לעניין זה, וזאת למרות שהחוקר שכינויו "רוסו" הודה בתשאלו בפני ראשת המבתי"ן שהוא יוצא מחדר החקירה לשם התייעצויות.
81. גם תשאליהם של החוקרים שכינויהם "הרצל" ו"אוסקר" שהועברו לעותרים – לאחר צנזורה – אינם כוללים שאלות לעניין יידוע העותר מס' 1 בדבר ההמתנה לאישור הדרגים הגבוהים. החוקר היחיד שנשאל אודות כך היה החוקר שכינויו "צחי", אשר השיב גם זה לא עולה בקנה אחד עם מה שאני מכיר'.
82. במסגרת התלונה בדבר מערך ההיוועצות, אין בתשובת המשיבים מס' 1-2 כל התייחסות לעניין השתתפותו וחלקו של סגן ראש השב"כ בחקירה. וזאת, למרות שהחוקר שכינויו "אלישע", הודה שהיו מנהלים במסדרונות במהלך החקירה של העותר מס' 1, ולמרות תשובתו של החוקר שכינויו "רוסו", שהשיב כי הוא לא רואה סיבה למה אחד מהם היה מציג עצמו בתור ס' ראש השב"כ. וכי ההצגה, להערכתו, נעשית בהתאם למה שמותר להם להגיד ובהתאם לזהות הנחקר היושב בחדר ומידת הבנתו.
83. זאת ועוד, בסעיף 13 לתשובת המשיבים מס' 1-2 נכתב כי מרבית טענותיו של העותר מס' 1 הוכחו על-ידי חוקרי השב"כ שתושאלו, אלא שעיון בתשאלים מלמד כי מרבית הטענות לא הוכחו לגופן, אלא נדחו בטענה כי הם אינם זוכרים דבר שכזה.
84. החוקר שכינויו "צחי", אשר הנחית אגרוף על עינו הימנית של העותר מס' 1, כלל לא נשאל אודות כך. החוקר שכינויו "אנדי" אישר שהתובע מס' 1 הקיא במהלך החקירה – "לקיחתו למקלחת נועדה כנראה לאפשר לו להתנקות כי אולי הקיא על עצמו", ואילו המשיבים מס' 1-2 הסתמכו על תשובה זו על-מנת לקבוע כי "במהלך חקירתו של המתלונן התרחשה סיטואציה חד-פעמית שבה הוא הקיא בחדר החקירות, מבלי שאיבד את הכרתו. בעקבות זאת נלקח המתלונן על ידי סוהרים למקלחת, בגדיו הוחלפו ולאחר מכן הוא נבדק על-ידי רופא".
85. אלא שתשובה כאמור אינה מתיישבת עם תשובתו של החוקר שכינויו "אנדי" אשר לא הגביל את תשובתו להקאה חד-פעמית, וממילא אינה מתיישבת עם השכל הישר, לפיו אדם בהכרח יכול להתקלח והחליף בגדים בעצמו.
86. בנוסף, לפי תשובת המשיבים מס' 1-2, בדיקת המבתי"ן כללה גם בירור עם הסוהרים הרלבנטיים, במסגרתו "לא נמצאו תימוכין כלשהם לכך שהסוהרים "העירו" את המתלונן באמצעות שפיכת מים...", אלא שתשאלו הסוהרים הרלבנטיים לא הועברו לעיון ב"כ עותרים.

87. באשר לתלונה אודות האיזוק המכאיב נכתב, כי "לא נמצאו אינדיקציות לכך שהמתלונן נאזק באופן שאיננו עולה בקנה אחד עם נהלים אלה, ואף קיים תיעוד לכך שהוא נאזק ביד אחת בלבד".

88. באשר לגידופים נכתב כי, "לא נמצאה אינדיקציה לכך שחוקריו של המתלונן התלוננו עליו או גדפו אותו. כמו כן, לא נמצאו כל תימוכין לכך שהדברים שנאמרו לכאורה על ידי חוקריו של המתלונן, כמצוטט בתלונתכם שבסמך, אכן נאמרו".

89. באשר לתלונה אודות נפילת מכנסי העותר מס' 1 וצילומו במצב זה נכתב, כי "לא נמצאו תימוכין לכך שמכנסיו של המתלונן נפלו מגופו, או לכך שהחוקרים לעגו לו בעקבות זאת. אף לא נמצאה אינדיקציה שהמתלונן צולם במצב זה".

## ה. הטיעון המשפטי

בחלק זה יובאו הכשלים המנהליים שנפלו בהחלטת המשיב מס' 1, ובטרם זאת, נעמוד על המצב המשפטי ביחס לאיסור על עינויים ועל יחס בלתי אנושי, מצד אחד, וביחס לחובה לחקור ולהעמיד לדין את מי שחשוד בביצוע עינויים, מצד שני, הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי.

### ה.1.1. רקע נורמטיבי - האיסור על עינויים ועל יחס בלתי אנושי והחובה לחקור ולהעמיד לדין במשפט הבינלאומי

#### (1) האיסור המוחלט על עינויים ועל דרכי התעללות אחרות

90. עינויים ודרכי התעללות אחרות אסורים באופן מוחלט במשפט זכויות האדם ובמשפט ההומניטרי הבינלאומי, הן ההסכמי והן המנהגי.

91. כך, עינויים ויחס בלתי אנושי ו/או משפיל ו/או אכזרי אסורים על-פי סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, אשר אושררה על-ידי מדינת ישראל ב-1991-

"סעיף 7

לא יועמד אדם בפני עינויים, או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים: בפרט לא יועמד אדם בלא הסכמתו החופשית, בפני ניסוי רפואי או מדעי."

92. כך, עינויים ודרכי התעללות אחרות אסורים על-פי האמנה נגד עינויים, אשר אושררה על-ידי מדינת ישראל ב-1991-

"סעיף 1

"1. לעניין אמנה זו, המונח "עינויים", הוראתו 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, להענישו על מעשה שביצעו, או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי; או מכל סיבה ששורשיה בהפליה מכל סוג שהוא, מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה בשתיקה של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי,



או בשידולו. אין הוא כולל כאב וסבל הנובעים מעיצומים על-פי חוק, טבועים בהם או נלווים אליהם.

...

סעיף 2

1. אין להיאחזו בנסיבות חריגות, בין אם מצב מלחמה או איום במלחמה, אי-יציבות פוליטית פנימית או מצב חירום אחר, כצידוק לעינויים.

2. אין להיאחזו בפקודה של ממונה או רשות ציבורית כצידוק לעינויים.

...

סעיף 16

1. מדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוט 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."

93. כך, עינויים ודרכי התעללות אחרות אסורים גם לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ההסכמי והמנהגי. סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה משנת 1949 קובע, בין היתר, כי מעשה אלימות בגופו ובנפשו של אדם יחס אכזרי ועינויים וכן מעשי התעללות בכבודו של אדם ובפרט יחס השפלה וזלזול אסורים בכל עת ובכל מקום.

כן קובע סעיף 32 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949, החלה על שטח כבוש, ובכלל זה על שטחי הגדה המערבית שהעותר מס' 1 הוא תושב מוגן בו-

"בעלי האמנה מסכימים מפורש שכל אחד ואחד מהם אסור לו לנקוט שום אמצעי שיש בו כדי לגרום לסבלם הגופני או להשמדתם של המוגנים אשר בידם. איסור זה חל לא רק על רצח, עינויים, עונשי גוף, השחתת גוף וניסיונות רפואיים או מדעיים שאין הטיפול הרפואי במוגן מצריכם, אלא גם על שאר מעשי אכזריות, אם בידי סוכנים אזרחיים ואם בידי סוכנים צבאיים."

94. כך, לפי כלל 90 למחקר הצלב האדום בדבר המשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי, האיסור על עינויים ועל דרכי התעללות אחרות הינו איסור מנהגי. מחקר הצלב האדום הבינלאומי באשר לכללי המשפט המנהגי מצוי בקישור:

<https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-law-study-irrc-857-hebrew.pdf>

95. כך, עינויים או התנהגות בלתי אנושית, כחלק ממדיניות כללית, או תכנית מוגדרת או פעילות רחבת היקף המתבצעות ביחס למוגנים במהלך או תוצאה של סכסוך מזוין, עשוי להיחשב כפשע מלחמה לפי סעיפים 8(2)(a)(ii), 8(2)(c)(i) לחוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי משנת 1998 ועינויים בהיקף רחב או באופן שיטתי כנגד אוכלוסייה אזרחית מהווים פשע נגד האנושות לפי סעיף 7 לאמנה.

## **(2) החובה לנקוט בהליכים פליליים כנגד מי שחשודים בעינויים**

96. בד בבד עם האיסור המוחלט על עינויים ועל דרכי התעללות אחרות, וכחלק בלתי נפרד מחובתן של מדינות למנוע קיומם של עינויים ושל דרכי התעללות אחרות בשטחן, קמה

החובה להעמיד לדין עובדי ציבור אשר נוקטים בעינויים או ביחס בלתי אנושי ו/או משפיל ו/או אכזרי:

97. כך, בהתאם לסעיף 2(3)(א) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות-

"סעיף 2

...

3. מדינה שהיא צד באמנה זו מתחייבת:

א. נפגעו זכויותיו וחירויותיו של אדם, כפי שהוכרו בזה, תעמוד לו תרופה יעילה, אף-על-פי שאותה פגיעה בוצעה בידי אישים הפועלים בסמכות רשמית;"

98. כך, קובע סעיף 4 לאמנה נגד עינויים כי עינויים יהוו עבירות על-פי הדין הפלילי ובהתאם לכך נקבע בסעיף 7 לאמנה שיובא להלך בשפה האנגלית בשל טעות שנפלה בתרגום העברי, מדינה שבשטחה מצוי מי שחשוד בעינויים, מחויבת להעמידו לדין או להסגירו -

"Article 7

1. The Stat Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution."

ואילו בתרגום העברי:

"סעיף 7

1. מדינה שבשטח הנתון לסמכותה מצוי אדם החשוד בעבירה מאוזכרת בסעיף 4, תעביר את עניינו, במקרים המפורטים בסעיף 5, לרשויות המוסמכות, מקום שהיא מסגירה אותו, לשם העמדתו לדין."

99. כך, החובה להעמיד לדין את מי מבצעי העינויים או דרכי ההתעללות האחרות מעוגנת בסעיפים 146-147 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 -

"סעיף 146

בעלי האמנה מתחייבים לחוקק כל חוק שיהא צורך בו, כדי לקבוע ענשים 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. כל אחד מבעלי האמנה ינקוט את האמצעים הדרושים להדברת כל הפעולות שבניגוד להוראות האמנה הזאת, להבדיל מההפרות החמורות המוגדרות בסעיף הבא. בכל הנסיבות, ייהנו הנאשמים מהערבויות לשפיטה וסניגוריה הוגנות שיהיו נוחות לא פחות מאלה שנקבעו בסעיף 105 ובסעיפים שלאחריו של אמנת ג'ניבה מ- 12 באוגוסט 1949 בדבר הטיפול בשבויי מלחמה."

...

"סעיף 147

ההפרות החמורות, שאליהן מתייחס הסעיף הקודם, הן אלה הגוררות מעשה מהמעשים שלהלן, כשמבצעים אותם כלפי בני אדם או נכסים המוגנים לפי האמנה הזאת; הריגת מוגן במזיד, עינויו או יחס בלתי אנושי אליו, לרבות נסיונות ביולוגיים, גרימת-זדון של סבל רב או חבלה חמורה בגופו או בבריאותו, גירושו או העברתו שלא בהיתר או כליאת מוגן שלא בהיתר, כפיית מוגן לשרת בכוחות מעצמה אויבת, או שלילת-זדון של זכויותיו של מוגן לשפיטה הוגנת וסדירה, שנקבעה באמנה הזאת, לקיחת בני ערובה והריסתו והחרמתו של רכוש בקנה מידה רחב, שאין הכרח צבאי מצדיקן ואשר בוצעו שלא בהיתר ומתוך הפקרות.

100. ודוק, החובה לנקוט בהליכים פליליים הינה צדו השני של האיסור על עינויים ועל דרכי התעללות אחרות, וכך נקבע בהערה כללית מספר 31 של וועדת זכויות האדם, שעניינה אופייה של החובה המשפטית הכללית המוטלת על מדינות שהן צד לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, ואשר מהווה פרשנות מחייבת של סעיפי האמנה-

“There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties’ permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities. States are reminded of the interrelationship between the positive obligations imposed under article 2 and the need to provide effective remedies in the event of breach under article 2, paragraph 3.”

### **(3) שיטות עינויים אסורות**

101. בשל מורכבות העינויים, על השלכותיהם, ועל אופן הטיפול בתלונות אודות עינויים, גובש מדריך אשר אומץ על-ידי האו"ם ב-1999, שמעגן את הכללי המינימליים לתיעוד ולחקירה אפקטיביים של עינויים. [תרגום של "פרוטוקול איסטנבול" לעברית ניתן למצוא ב:

<http://stoptorture.org.il/wp-content/uploads/2015/10/%D7%90%D7%A1%D7%98%D7%A0%D7%91%D7%95%D7%9C-%D7%90%D7%97%D7%A8%D7%99-%D7%94%D7%92%D7%94%D7%94.pdf>

102. במדריך זה מנויות שיטות עינויים בהן נעשה שימוש בעולם, לרבות בישראל. כך, סעיף 145 לפרוטוקול איסטנבול מונה רשימה בלתי ממצה של שיטות עינויים:

“...הרשימה הבאה של שיטות עינויים נתונה על-מנת להציג כמה מהסיווגים של התעללות אפשרית. ... גישת רשימת השיטות עשויה להניב תוצאות הפוכות מהמצופה מכיוון שהתמונה הרפואית שנוצרת על-ידי עינויים היא הרבה יותר מסך הפציעות שנוצרות על-ידי השיטות שברשימה. אמנם, הניסיון מראה שכאשר ניצבים מול גישת "עסקת חבילה" לעינויים, המענים בדרך-כלל מתמקדים על אחת מהשיטות ונכנסים לדיון אם שיטה מסוימת זו היא סוג של עינויים. שיטות עינויים נחשבות ככוללות אך לא מוגבלות לבאות:

טראומה כתוצאה מחבטה כדוגמת מכת אגרוף, בעיטה, סטירה, הצלפה, הכאה עם תילים או אלה או נפילה; עינוי מיקומי המשתמש בתליה, **מתיחת איברים זה מזה, הגבלת תנועה ממושכת, תנוחת יציבה כפויה**;

...

חנק כגון בשיטות יבשות..

...

**אלימות מינית**

...

תנאי החזקה כגון **תא קטן או צפוף**, בידוד..

...

...**בידוד**, ...התעללות בצרכים הפסיכולוגיים, **מניעת שינה**, ...בידוד במסגרת בית כלא, **אובדן קשר עם העולם החיצון** השפלה כגון **התעללות מילולית**, ביצוע פעולות משפילות **איומים במוות**, בפגיעה במשפחה, ..

...

שיטות פסיכולוגיות לשבור את אישיותו של היחיד כולל בגידה כפויה, **הגברת תחושת חוסר אוניס**, חשיפה למצבים מעורפלים או הודעות סותרות.

**הפרת כללי טאבו.**

"...

העתק "סקירה של שיטות עינויים" מפרוטוקול איסטנבול מצ"ב ומסומן **כנספח ע/35**

103. סעיפים 210-211 לפרוטוקול איסטנבול מתארים באופן ספציפי את העינויים באמצעות תנוחות:

"210. ישנן צורות רבות של עינויים באמצעות תנוחות, אשר כולם מבצעים קשירה או ריסון של הקורבן בתנוחות מעוותות, באמצעות משיכת יתר או תנוחות לא טבעיות אחרות, אשר עלולות לגרום לכאב חמור ולפגיעות לרצועות, גידים, עצבים וכלי הדם. ...

211. **כל העינויים באמצעות תנוחות מכוונים לגידים, למפרקים ולשרירים.** ישנן שיטות שונות: "תלית תוכי", "עמדת הבננה" או "קשירת הבננה" **הקלאסית על כיסא**, על הרצפה או על אופנוע, עמידה מאולצת, עמידה מאולצת על רגל אחת, עמידה ממושכת כאשר הזרועות והידיים מתוחות גבוה על הקיר, גחינה ממושכת מאולצת ואי תנועה מאולצת בכלוב קטן. **בהתאם למאפיינים של תנוחות אלה, התלונות האופייניות הן כאב באזור של הגוף, מגבלה בתנועת המפרקים, כאב גב, כאב בידים או בחלקים הצוואריים של הגוף ונפיחות של הרגליים התחתונות.** ..."

העתק "בדיקה והערכה בהמשך לצורות ספציפיות של עינויים" מפרוטוקול איסטנבול מצ"ב ומסומן **כנספח ע/36**

ה.1.2. רקע נורמטיבי - האיסור על עינויים ועל יחס בלתי אנושי והחובה ולהעמיד לדין  
במשפט הישראלי – תמונת ראי מעוותת

(1) האיסור המוחלט על עינויים והמנגנון לשימור דרכי התעללות אחרות במהלך חקירות  
במשיב מס' 2

104. בבג"ץ העינויים אושר על-ידי בית המשפט העליון שיש איסור מוחלט הן על עינויים והן על דרכי התעללות אחרות-

"חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. ... מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב"יחס אכזרי ולא אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment). ... איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים."

105. בד בבד, נקבע כי סייג הצורך עשוי לעמוד להגנתו של מי שמועמד לדין פלילי, וכי היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים שפעלו מתוך תחושה של צורך-

"על-כן, מוכנים אנו להניח, כפי שנקבע בדוח ועדת החקירה, 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 פלוני נ' מדינת ישראל [23]).

ובהמשך:

"היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של "צורך"."

106. בעקבות פסק הדין פרסם היועץ המשפטי דאז שהיה לימים שופט בית המשפט העליון, אליקים רובינשטיין, מסמך הנחיות בשם "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"צ) (להלן: "הנחיית רובינשטיין") אשר מהוות את הבסיס הנורמטיבי העיקרי להחלטות בדבר נקיטה בהליכים משמעותיים ו/או פליליים נגד חוקרי המשיב מס' 3.

107. גם לפי הנחיית רובינשטיין האיסור על עינויים הוא מוחלט -

"ז. (1) במקרים בהם נקט חוקר במהלך החקירה באמצעי חקירה הדרוש באופן מידי להשגת מידע חיוני לשם מניעת בכנה מוחשית של פגיעה חמורה בבטחון המדינה, בחיי אדם, בחרותו או בשלמות גופו, ואין דרך סבירה אחרת בנסיבות העניין להשגתו המיידית של המידע, ונקיטת אמצעי החקירה הייתה סבירה בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה, ישקול היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט בנסיבות בהליכים פליליים. .... האמור 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."

108. בנוסף, ובניגוד לפסק הדין בבג"ץ העינויים, נקבע בהנחיית רובינשטיין כי חוקרי המשיב מס' 2 יכולים לערוך היוועצות באשר לנסיבות האמורות, ואף הורה להם לערוך הנחיות פנימיות לעניין זה-

י"ז. (1) ... החלטת היועץ המשפטי לממשלה תינתן בכל מקרה לגופו, תוך בדיקה פרטנית של כל המרכיבים האמורים לעיל, קרי, מידתיות הצורך ומיידיותו, חומרת הסכנה והפגיעה שנמנעו ומוחשיותו, החלופות למעשה ומידתיות האמצעים, לרבות תפיסת החוקר את המצב בעת החקירה, הדרגים שאישרו את המעשה, מעורבותם בהחלטה ושיקול דעתם בעת הביצוע, וכן תנאי נקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו. ... (4) ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לעניין."

## (2) החובה לנקוט בהליכים פליליים – הדין הישראלי

109. הסמכות והחובה לנקוט בהליכים פליליים מעוגנות בסעיפים 59 ו-62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי"), כך-

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

...

62. (א) ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט ענין לציבור; ..."

110. סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "פקודת המשטרה") מעגן הסדר מיוחד לחקירת המשיב מס' 3, כך-

"עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בביצועה במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו, תחקור בה המחלקה, אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה<sup>1</sup>; ... בסעיף קטן זה, "עבירה" – כל עבירה למעט עבירת תעבורה כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת התעבורה, ועבירה שרשות אחרת, שאינה המשטרה או שירות הביטחון הכללי, מוסמכת לחקור בה על פי דין."

116. אמות המידה לפתיחה בחקירה פלילית זהות בשני ההסדרים – וכך נקבע בבג"ץ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' היועמ"ש (פורסם בנבו, 6.8.2012), בסעיף כ"ו לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין, ובסעיף 2 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן -

"מבחינת הדין המהותי לעניין ההחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית במקרים של תלונה כנגד עובד שב"כ, חלים סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי והפסיקה לגביו ..."

וכן:

<sup>1</sup> סמכותו הואצלה לפרקליט המדינה ולמשנים לפרקליט המדינה בי"פ תש"ע מס' 6013 מיום 29.10.2009 עמ' 264.

"אמות המידה המהותיות שלפיהן תתקבל החלטה על פתיחה בחקירה לפי סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה, זהות לאמות המידה שעל בסיסן מתקבלת במשטרה החלטה אם לפתוח בחקירה לפי סעיף 59 לחסד"פ) ראו דנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 12.2.2004) [פורסם בנבו]; [בג"ץ 1113/07 צדוק נ' ראש אח"מ – משטרת ישראל, פסקאות 24-26 (לא פורסם, 1.9.2008)] פורסם בנבו. [ההבדל היחיד הוא בזהות המוסדית של הגורם החוקר (המחלקה לחקירות שוטרים) ושל מקבל החלטה בדבר פתיחת חקירה (היועץ המשפטי)]."

117. בהתאם לכך, הרי ששיקול דעתו של המשיב 1 מוגבל למקרים בהם התשתית הראייתית אינה מקימה ידיעה כי נעברה עבירה מסוג פשע, וזאת כפי שנפסק על-ידי בית המשפט הנכבד בדנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו):

"סעיף 59 רישא מצווה, כי אם "נודע למשטרה [ולענייננו - לפרקליטות] על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה". **ואולם, השאלה העיקרית לעניין זה היא אם אכן נודע למשטרה על ביצוע עבירה. תשובה חיובית על שאלה זו מחייבת קיומה של תשתית ראייתית ברמה המצדיקה פתיחה בחקירה, ופשיטא כי טענות המתלונן, אם אינן מגובות בתשתית כזו, עשויות שלא להספיק לשם כך.** משמעות החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בענייננו, אפוא, איננה כי החקירה לא תיפתח חרף ידיעתה של הפרקליטות על ביצוע עבירות, אלא כי התשתית הראייתית הקיימת אינה מקימה ידיעה כזו, וממילא אין תחולה לסעיף 59."

118. היסוד הראשון להעמדה לדין הינו היסוד הראייתי ובמסגרתו יש לבחון קיומן של "ראיות מספיקות" לצורך העמדה לדין. ודוק, אין הכרח בקיומן של ראיות לכאורה שיש בהן כדי להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר, אלא המבחן הוא קיומן של ראיות לכאורה קבילות ובעלות משקל, המקימות לדעת התובע "סיכוי סביר להרשעה". בשלב זה, על התובע לשקול את סיכויי ההרשעה הלכאוריים אל מול סיכויי הזיכוי של מי שיוגש נגדו כתב-אישום, וזאת בהתאם למכלול חומר הראיות לכאורה שבתיק ובהתאם להערכת התובע את אמינותן הלכאורית (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, סב (3) 550, פסקה 21 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש).

119. היסוד השני להעמדה לדין – קיומו של עניין ציבורי בהגשת כתב-אישום – הוא היסוד הערכי. יסוד זה מתקיים כאשר העניין הציבורי שבהעמדה לדין עולה על בעניין הציבורי שבאי-העמדה לדין, כאשר נקודת המוצא העקרונית היא משקבע המחוקק כי התנהגות פלונית פלילית היא, הרי שיש אינטרס ציבורי כי החשוד בעבירה יועמד לדין, וזאת כדי להגן על הערכים והעקרונות שהמדינה רוצה בהגנתם ושהחשוד פגע בהם, וכן למנוע פגיעה בהם בעתיד (רי' לעניין זה בג"ץ 935/89 גנור נ' היועמ"ש, מד(2) 485, פסקה 27 לפסק דינו של כב' השופט ברק).

120. לפי ההלכה הפסוקה, שעה שאנשים החשודים בביצוע עבירות משתייכים למערך אכיפת

החוק, מתקיים עניין ציבור בהעמדתם לדין, כך-

"אכן, פסק-הדין מייחס חשיבות, לצורך ההחלטה בדבר פתיחתה של חקירה, לעובדה שהנילון הוא איש משטרה. זאת, משום **שלעצם החקירה נגד איש משטרה** - ובפרט אם הוא בעל תפקיד בכיר - יש **השלכות מיוחדות, בין היתר על אמון הציבור במערכת אכיפת החוק ועל יכולתה של המערכת להמשיך ולתפקד באופן בלתי-תלוי תחת לחצים רבי עוצמה המופעלים עליה כל העת מכיוונים שונים**. למותר לציין כי תפקידם של אנשי המשטרה אינו מחסן אותם מפני חקירה, אלא דווקא מציב בפניהם סטנדרטים גבוהים במיוחד של חובות אמון, הגינות והקפדה על קיום החוק" בדנג"ץ 7516/03 **יעקב נמרודי נ' היועמ"ש ואח'** (לא פורסם, 12.02.04), בעמוד 4 לפסק דינו של כב' השופט מצא).

### **(3) שיטות חקירה אסורות**

121. בהתאם להנחה כי מדינת ישראל מחויבת לנהל חקירות בלא עינויים ובלא יחס משפיל,

נבחנו בבג"ץ העינויים מספר שיטות חקירה תוך התייחסות לרכיב הכאב והסבל בעבירת העינויים – טלטול, כריעה על קצות האצבעות, איזוק מכאיב, השמעת מוזיקה חזקה, כיסוי ראשו של הנחקר בשק אטום שגורם בין היתר למחנק, הושבה על כיסא נמוך ומשופע, מניעת שינה ללא צורך חקירה, וכך נקבע -

"פשיטא שטלטול הוא אמצעי חקירה פסול. הוא פוגע בגופו של הנחקר. הוא מפר את כבודו. זהו אמצעי אלים שאינו מהווה חלק מחקירה כדין. הוא מעל ומעבר למידה הדרושה. ...

נטען בפנינו כי אחד מאמצעי החקירה הוא זה, שבו 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.

שיטת השבאח" מבוססת על כמה מרכיבים מצטברים: איזוק הנחקר, הושבתו על כיסא נמוך, כיסוי ראשו בשק אטום והשמעת מוזיקה חזקה במקום. ... "איזוק מכאיב הוא מעשה אסור". זאת ועוד: קיימות דרכים אחרות למנוע בריחה ממשמורת חוקית או להגנה על החוקרים, שאינן כרוכות בגרימת כאב וסבל לנחקר.

הוא הדין לגבי השיטה של הושבת הנחקר הנתון בתנוחת "שבאח". ... ודאי שאין סמכות החקירה הכללית כוללת גם הושבת נחקר על כיסא משופע קדימה, באופן המפעיל לחץ וכאב על גבו של הנחקר, כשבנוסף לכך הוא כבול בידיו מאחורי הכיסא, באופן ובצורה שעליהם עמדנו. ..

מן האמור בתצהירים שבפנינו, ראשו של הנחקר מכוסה בשק אטום כל זמן שהוא מצוי ב"המתנה" בתנוחת ה"שבאח". .... כל אלה אינם אמצעים אינהרנטיים לחקירתו של אדם. אין הם ממלאים אחרי עמדתה של המדינה, שלפיה כל השימוש בהם הינו מניעת קשר עין עם נחקרים אחרים. ... השימוש באמצעי זה אינו קשור למטרה של מניעת קשר ועל-כן הוא אסור.



מוסיקה בעוצמה חזקה לאורך זמן ממושך גורמת סבל לנחקר. ... השימוש באמצעי זה הינו פסול.

על כל אלה יש להוסיף, כי תנוחת ה"שבאח" כוללת את כל האמצעים הללו יחד ובו-זמנית. השילוב ביניהם יוצר, כשלעצמו, סבל וכאב מיוחד. ... זהו אמצעי פסול.

חקירתו של אדם עשויה להימשך זמן רב, אם בשל אי-שיתוף פעולה על-ידי נחקר, אם בשל מורכבות המידע ואם בשל ההכרח בהשגת מידע באופן דחוף ומיידי. ... אם נמנעת שינה מן הנחקר במכוון, לאורך זמן, וזאת אך בשל מטרה להתישו ולשבור את רוחו – אין הדבר מצוי בגדריה של חקירה הוגנת וסבירה.

122. בהינתן ניתוח כמפורט, הרי שיש לבחון כל שיטת חקירה בהתאם למידת הכאב והסבל שנגרמים כתוצאה מהשיטה, כל שיטה בנפרד וכל השיטות יחד, וכן בהתאם למידה שבה שיטת חקירה מסוימת משרתת את החקירה ואת מטרותיה, או הופכת למטרה בפני עצמה שנועדה לשבור את רוחו של הנחקר.

### ה.1.3. סיכום ביניים

123. כשם שניתן לראות מהסקירה שהובאה לעיל, עינויים אסורים באופן מוחלט הן לפי המשפט הבינלאומי והן לפי פסיקת בית המשפט העליון והנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

124. יחד עם זאת, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה עומדות בסתירה למשפט הבינלאומי, בעניין האיסור על יחס בלתי אנושי ו/או משפיל ו/או אכזרי. בעוד שלפי המשפט הבינלאומי, ואף לפי קביעת בית המשפט העליון בבג"ץ העינויים, במשפט הבינלאומי חל איסור מוחלט גם על יחס בלתי אנושי ו/או משפיל ו/או אכזרי, הרי לפי פסק הדין בבג"ץ העינויים ולפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה שנוסחו לאחר מכן, הגנת הצורך עשויה לעמוד לחוקר אשר נקט ב'אמצעי חקירה' שאינם עולים כדי עינויים.

125. יודגש כי מדובר בפרשנות אשר אינה עולה בקנה אחד עם ההתחייבות של מדינת ישראל במישור הבינלאומי. על רקע זה, הקביעה בבג"ץ העינויים גונתה ונדחתה על-ידי וועדת האו"ם האמונה על אכיפת האמנה נגד עינויים בשורה של החלטות, בטרם מתן פסק הדין בבג"ץ העינויים, וביתר שאת, לאחריו.

כך, בהערות המסכמות של וועדת האו"ם ביחס לישראל משנת 1994-

"It is a matter of deep concern that Israeli laws pertaining to the defenses of 'superior orders' and 'necessity' are in clear breach of that country's obligations under article 2 of the Convention against Torture" (UN Doc A/49/44 (1994), para 167).

126. כך, בהערות המסכמות של וועדת האו"ם משנת 2002-

1. The Committee expresses concern about the following matters:

(a) While acknowledging the importance of the September 1999 Supreme Court decision, the Committee regrets certain of its consequences:

- (i) The ruling does not contain a definite prohibition of torture;
- (ii) The Court prohibits the use of sleep deprivation for the purpose of breaking the detainee, but stated that if it was merely incidental to interrogation, it was not unlawful. In practice, in cases of prolonged interrogation it is impossible to distinguish between the two conditions;
- (iii) The Court indicated that ISA interrogators who use physical pressure in extreme circumstances (“ticking bomb cases”) might not be criminally liable as they may be able to rely on the “defence of necessity”; (Un Doc A/57/44 (2002), para 52).

127. כך, בהערות המסכמות של הוועדה משנת 2009-

#### **“Defense of ‘Necessity’**

14. Notwithstanding the State party’s assurances that following the Supreme Court’s decision in H.C.J. 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel* determined that the prohibition on the use of ‘brutal or inhuman means’ is absolute, and its affirmation that ‘necessity defense’ is not a source of authority for an interrogator’s use of physical means, the Committee remains concerned that the ‘necessity defense’ exception may still arise in cases of ‘ticking bombs,’ i.e., interrogation of terrorist suspects or persons otherwise holding information about potential terrorist attacks. The Committee further notes with concern that, under Section 18 of the Israel Security Agency (ISA) Law 5762-2002, “an ISA employee (...) shall not bear criminal or civil responsibility for any act or omission performed in good faith and reasonably by him within the scope and in performance of his function”. Although the State party reported that Section 18 has not been applied to a single case, 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. According to official data published in July 2002, 90 Palestinian detainees had been interrogated under the “ticking bomb” exception since September 1999.” (UN Doc. CAT/C/ISR/CO/4 (2009), para. 14)

128. כך, בהערות המסכמות של וועדת האו"ם האמונה על האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות

בשנת 2014-

“Furthermore, the Committee reiterates its concern that the “defence of necessity” continues to be legal and is used as a possible justification for torture. It also notes with concern that the Supreme Court implicitly allows the use of so-called “moderate physical pressure” in cases of “necessity”.

...

The Committee recalls that the prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment in article 7 is absolute, and according to article 4, paragraph 2, no derogations therefrom are permitted, even in time of public emergency” (arts. 4 and 7) UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/4, ( 2014), para. 14)

129. כך, בהערות המסכמות של וועדת האו"ם בשנת 2016-

**“Necessity defence**

14. The Committee regrets that the State party has not provided the information requested by the Committee on use of the necessity defence in the context of interrogations. The Committee recalls that article 2 (2) of the Convention provides that the prohibition of torture is absolute and non-derogable and that no exceptional circumstances whatsoever may be invoked by a State party to justify acts of torture. In this respect, the Committee is concerned that the necessity defence, which is contained in section 34 (11) of the Penal Law as a defence afforded to any defendant in criminal cases, has not been explicitly excluded for cases involving torture. Thus it could still be invoked *post factum* as a possible justification for torture in the context of interrogations carried out in situations involving impending threats to human lives and as a result lead to a lack of proper accountability (art. 2).

**15. The Committee recommends that the State party incorporate into domestic law the principle of the absolute prohibition of torture in conformity with article 2 (2) of the Convention and, recalling its previous recommendations (A/57/44, para. 53 (i) and CAT/C/ISR/CO/4, para. 14), that it completely remove necessity as a possible justification for torture.”**

130. בנוסף לכך שפסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ העינויים והנחיית רובינשטיין עומדות בסתירה למשפט הבינלאומי, הרי חלקה של הנחיית רובינשטיין אשר עוסק במערך האישורים בשב"כ בטרם נקיטה באמצעים מיוחדים במקרים של צורך אף עומד בסתירה לקביעת בית המשפט העליון בבג"ץ העינויים, ומכאן הדרישה בעתירה דן לבטל אותה ואת ההנחיות הפנימיות במשיב מס' 3.

131. חשוב מכול – במבחן התוצאה, הרי שהבחנה בין עינויים לבין יחס בלתי אנושי ו/או אכזרי ו/או משפיל לבין עינויים לעניין מוחלטות האיסור, בשילוב עם מערך ההיועצות בשב"כ בטרם נקיטה באמצעי חקירה מיוחדים, יצרה מצב של חסינות מוחלטת לחוקרי השב"כ, ללא כל אפשרות להגן על נחקרים מפני עינויים. כך, במקרים של תלונות של נחקרים שיש הודאה כי הופעלו כנגדם אמצעי חקירה מיוחדים בנסיבות של צורך – התלונות נסגרות בטענה כי לא היו אלה עינויים וכי היה צורך, לאחר קבלת אישור הדרגים הגבוהים בשב"כ.

132. מכאן, הצורך בהתערבותו של בית המשפט הנכבד.

## ה.2. אי סבירות החלטת המשיבים מס' 1-2 לגנוז את תלונתו של העותר מס' 1

### ה.2.1. החלטת המשיבים מס' 1-2 הינה בלתי סבירה באופן קיצוני כיוון שכנגד העותר מס' 1

#### הופעלו עינויים

133. בהתאם לאמנה נגד עינויים, הגדרת העינויים מורכבת מארבעה יסודות מצטברים: האחד, יסוד הכוונה: המעשה (גרימת סבל וכאב לנפגע) היה מכוון; השני, יסוד הכאב והסבל: המעשה גרם לנפגע כאב או סבל חמור, בין אם פיזי בין אם נפשי; השלישי, יסוד המטרה: המעשה נעשה לשם השגת מטרה, ובכלל זה השגת מידע או הודאה מהנפגע, ענישה, הפחדה או מסיבה ששורשיה בהפליה. הרביעי, יסוד המעורבות הרשמית: המעשה נעשה בידי אנשי רשות, ולמצער בהסכמת השלטונות או תוך העלמת עין מצידם.

134. תשובת המשיבים מס' 1-2 מהווה הודאה בשלושה מתוך ארבעת רכיבי עבירת העינויים.

כך, המשיבים מס' 1-2 מודים כי חוקרי שב"כ – אשר מהווים גורם רשמי של מדינת ישראל - הפעילו כנגד העותר מס' 1 אלימות באופן מכוון, ולאחר קבלת החלטה מושכלת בעניין, וזאת למטרת השגת מידע. למעשה, הרכיב היחיד שאין לגביו הודאה בתשובת המשיבים מס' 1-2 הוא רכיב הכאב והסבל החמורים. היעדר ההתייחסות לרכיב הכאב והסבל מקבל משנה תוקף לאור זאת שראשת המבט"ן אשר אמונה על קיומה של הבדיקה המקדמית בוחנת את טענות העינויים בהתאם להגדרה זו - כך לפי הצהרתה. למרות זאת, החלטת המשיבים 1-2 אינה מתייחסת כאמור לרכיב הכאב והסבל, אשר מבחין בין עינויים לבין דרכי התעללות אחרות, ובכך יש משום התעלמות מחובתה של רשות מנהלית לנמק את החלטותיה.

135. ואולם, בחינת האלימות שננקטה כנגד העותר מס' 1 מובילה למסקנה כי כתוצאה מהאלימות נגרמו לעותר מס' 1 כאב וסבל חמורים.

136. כך, חקירתו של העותר מס' 1 החלה במסע העברות מבית סוהר לבית סוהר במשך שבעה ימים על-מנת להתישו ולשבור את רוחו עוד בטרם תחילת החקירה, כשם שאכן קרה. ודוק, מרגע שהמשיבים מס' 1-2 לא הציגו כל טעם להעברות חוזרות ונשנות כאמור, קמה החזקה כי ההעברות לא נועדו אלא לשבור את רוחו של העותר מס' 1. כך, חקירתו של העותר מס' 1 הייתה אינטנסיבית וכללה שעות שינה מעטות בלבד. בבג"ץ העינויים נקבע כי אם מניעת השינה נעשית מתוך מטרה להתיש את הנחקר, ולא מהווה צורך של החקירה מעבר לאלמנט ההתשה, הרי שמדובר באקט מנהלי פסול בענייננו, תשובת המשיבים מס' 1-2 כי האינטנסיביות של החקירה נדרשה מכורח החקירה איננה מתיישבת עם העובדה שהעותר מס' 1 הועבר מבית סוהר לבית סוהר במשך שבעה ימים עובר לחקירתו, והמשיב מס' 1 אינו מיישב את הסתירה האמורה, כך שקמה החזקה כי מניעת השינה נועדה לשבור את רוחו של העותר מס' 1, הא ותו לא.

137. העותר מס' 1 הוחזק בתנוחת בננה, בתנוחת כריעה והועמד כנגד הקיר – ובתשובת המשיב מס' 1 אין הכחשה של השימוש באמצעים אלו. במקום, יש אמירה כללית כי האמצעים שנקטו שונים בהיקפם מאלו שתוארו על-ידי העותר מס' 1.

138. ודוק, תנוחת הבננה, הכריעה וההעמדה כנגד קיר מוכרות ומוגדרות כשיטות עינויים בין היתר בפרוטוקול איסטנבול, וזאת בשל הסבל והכאב החמורים שנגרמים כתוצאה מהחזקה בהן בשל היותן מכוונת לפגיעה ברצועות, בעצבים, בגידים ובכלי דם. ואכן העותר מס' 1 סבל מכאב וסבל חמור עליהם התריע בפני מספר גורמים כמפורט בחלק העובדתי. יתרה מכך, תנוחת ה"צפרדע" נפסלה כשיטת חקירה בבג"ץ העינויים, ואילו תנוחת ה"בננה" וה"העמדה כנגד קיר" מהוות שיטות הדומות במהותן לתנוחת ה"צפרדע" שנקבע בבג"ץ העינויים כי היא משפילה, ולא יכולה לשרת כל מטרה אינהרנטית לחקירה.

139. ויודגש, המסקנה כי החזקה במספר סבבים בתנוחת "בננה", "כריעת צפרדע" ו"העמדה כנגד קיר", כשלכך נלוות מכות נמרצות, איומים, מניעת מפגש עם העולם החיצון בדרך של מניעת מפגש עם עורך דין, ומניעת שינה, כל אחד מאלו בנפרד, וביתר שאת כולם ביחד אינם גורמים לכאב ולסבל חמורים, עולה בקנה אחד עם הקביעות בבג"ץ העינויים. כשם שנקבע בבג"ץ העינויים כי תנוחת 'שבאח' אשר כוללת שילוב בין הושבה על כיסא מוטה, כיסוי הראש בשק, השמעה של מוזיקה חזקה, ואיזוק מכאיב, גורמת לכאב ולסבל מיוחד, ביחוד לאור השילוב ביניהם, כך השילוב בין כל האמצעים שנקטו כנגד העותר מס' 1 גורמים לכאב ולסבל מיוחד.

140. כל קביעה אחרת אינה מתיישבת עם השכל הישר, וממילא אינה מתיישבת עם הראיות האובייקטיביות של הכאב והסבל מזמן אמת.

141. כך, ישנה הודאה כי העותר מס' 1 הקיא במהלך החקירה, וכי סוהרים של שירות בתי הסוהר קילחו אותו, החליפו לו בגדים במהלך החקירה (ר' סעיף 84 לעתירה).

142. כך, יש תיעוד רפואי מזמן אמת אשר מלמד כי שיטות החקירה שנקטו כנגד העותר מס' 1 גרמו לנפיחות באזור השן הטוחנת בצד ימין למעלה שעולה בקנה אחד עם המכות שקיבל העותר מס' 1 על פניו, ולנפיחות בברך שעולה בקנה אחד עם המכות שקיבל העותר מס' 1 על ברכיו (ר' סעיפים 41,44 לעתירה).

143. כך, יש תיעוד של בית משפט צבאי בדבר חבלה מעל ברך שמאל (ר' סעיף 47 לעתירה).

144. ודוק, העובדה שישנו תיעוד רפואי כאמור אינו מלמד כי לא היו ממצאים פיזיים נוספים אשר לא תועדו. בהקשר זה, מן הראוי הוא לציין כי בניגוד לכתוב בהחלטת המשיב 1, כי סביר להניח כי אילו היו ממצאים פיזיים נוספים, הם היו מתועדים ברשומות הרפואיות, הרי שלפי מחקר של העותר מס' 2 – "להקדים תרופה למכה" – נמצא כי אנשי רפואה אשר באים בממשק עם חוקרי שב"כ, אינם מתעדים את מלוא הפגיעות, וממילא אינם מדווחים על מה שהם נחשפים לו כשהם פוגשים את הנחקרים. (ראו את הדו"ח בקישור:

<http://stoptorture.org.il/wpcontent/uploads/2015/09/%D7%9C%D7%94%D7%A7%D7%93%D7%99%D7%9D%D7%AA%D7%A8%D7%95%D7%A4%D7%94%D7%9C%D7%9E%D7%9B%D7%94%D7%90%D7%95%D7%A7%D7%98%D7%95%D7%91%D7%A8-2011.pdf>

145. כך, ישנו תיעוד שהעותר מס' 1 המשיך לסבול מנקודה שחורה בעין גם בחלוף כשבועיים וכארבעה חודשים לאחר שהחקירה הסתיימה, וזאת, לפי התיעוד הרפואי של שירות בתי הסוהר (ר' סעיף 50 לעתירה), וכן לפי בדיקה שנערכה לצורך עריכת חוות דעת רפואית לפי פרוטוקול איסטנבול (ר' סעיף 52 לעתירה).

146. כל האמור מקבל משנה תוקף לאור זאת שהעותר מס' 1 נבדק בטרם תחילת החקירה, ומצבו הרפואי נמצא תקין, כך שחזקה שהוא הקיא, שהייתה לו נפיחות בברך, שהייתה לו פגיעה בעין ובשן, כתוצאה מהחקירה, באופן שגרם לו כאב וסבל חמורים.

147. לכך יש להוסיף כי העותר מס' 1 חזר על תלונתו באופן עקבי במספר הזדמנויות שניתנו לו, וגם בתשובת המשיבים מס' 1-2 אין משום כפירה במהימנותו של העותר מס' 1, מעבר לאמירה הכללית בסעיף 11 - "עוד אציין כי קיים פער משמעותי בין הטענות שהעלה המתלונן בהליך הנ"ל, ובזמן אמת, לבין הטענות שנוכרו בפנייתכם שבסמך".

148. כך, למרות שהעותר מס' 1 היה מנוע מפגש עם עורך במשך כמעט שלושה שבועות, הרי שהוא ניסה להיחלץ מהאלימות שננקטה כלפיו ולספר אודותיה כבר בהזדמנות הראשונה שהייתה לו – בדיון בהארכת מעצרו בבית המשפט הצבאי. בדיון זה, ועל אף הקשיים האינהרנטיים שנלווים למעמד זה, ובכלל זה הימצאותו בחקירה והיותו נתון לרחמיהם של חוקריו, חוסר הוודאות לגבי השפעת דבריו על המשך החקירה, הקושי להעביר מידע מורכב בזמן קצר וכיוב', הוא סיפר על אישור הדרגים, על תנוחת הבננה, על כריעת הצפרדע, על כך שמרביצים לו ברגליים, ועל כך שחוקר שכיננו "צחי" היכה אותו בעינו הימנית כעיניו מכוסות.

149. מאוחר יותר, כשפגש עורך דין הוא הצהיר על מהלך החקירה באופן ארוך ומפורט, במשך שלושה מפגשים, ועל בסיס זה נשלחה תלונתו על-ידי ב"כ בעותר מס' 2.

150. ודוק, בין מה שאמר העותר מס' 1 בדיון בהארכת מעצרו לבין מה שסיפר מאוחר בפירוט אין סתירה, אלא הרחבה בלבד. וזאת, מכורח נסיבות מסירת המידע בלבד.

## ה.2.2. החלטת המשיב 1 לוקה בחוסר סבירות קיצוני כיוון שיש הודאה כי ננקטו 'אמצעי חקירה מיוחדים' בנסיבות של 'צורך'

151. בהחלטת המשיב 1 יש הודאה כי כנגד העותר מס' 1 ננקטו 'אמצעי חקירה מיוחדים'. בד בבד, גורסת ההחלטה כי אין לפתוח כנגד חוקרי השב"כ בהליך פלילי מאחר שהוא התרשם כי 'אמצעי החקירה המיוחדים' ננקטו בנסיבות של צורך לפי סעיף 34 לא לחוק העונשין.

152. מסקנה זו לוקה בחוסר סבירות קיצוני כיוון שהודאה בנקיטת 'אמצעי חקירה מיוחדים' משמעותה הפעלת אלימות וביצוע התעללות כנגד חסר ישע אשר מהווה עבירה פלילית בחוק העונשין, מצד אחד, ואילו סייג הצורך הינו סייג לאחריות פלילית, מצד שני. בהינתן זאת, הרי שהמקום לבחון את היקפה של העבירה הפלילית ואת הסייג לאחריות פלילי הוא בהליך פלילי.

153. ודוק, בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ העינויים, "סייג הצורך" מסווג כ"פטור" (excuse), המשחרר את העבריין מעונש אך מותיר על כנו את אי חוקיות הפעולה, ולא כ"צידוק" (justification) המכשיר את חוקיות הפעולה. (ר' לעניין זה סעיפים 6-7 לחוות דעתם של פרופ' מרדכי קרמניצר ושל פרופ' יובל שני בשאלת 'סייג הצורך' בחקירות שב"כ שהוכנה לצורך בג"ץ 5572/12 **אסעד אבו גוש ואח' נ' היועמ"ש**).

העתק חוות דעתם של פרופ' מרדכי קרמניצר ושל פרופ' יובל שני מצ"ב ומסומן **כנספח ע/38**

154. מסקנה זו מתחייבת מסעיפים 38 ו-40 לפסק הדין בבג"ץ העינויים שם נקבע כי "סייג הצורך" יוכל לעמוד לחוקר שב"כ, בין במסגרת שיקול דעת היועמ"ש אם להעמידו לדין, ובין במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט, אם יועמד לדין, כך-

"לחוקר שב"כ אינדיווידואלי – כמו לכל שוטר – אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים אלה הפוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך-כלל ובאופן אינהרנטי ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה. אם חוקר עומד לנקוט אמצעים אלה, או נוקט אותם הלכה למעשה, הוא חורג מסמכותו. אחריותו לכך תיבחן על-פי הדין הכללי. אחריותו הפלילית תיבחן במסגרת סייג ה"צורך", ועל-פי הנחתנו (ראו פסקה 35 לעיל), אם נסיבות המקרה מקיימות את דרישות הסייג, עשוי החוקר לחסות תחת כנפיו. כשם שקיומו של הסייג בדבר "צורך" אינו יוצר סמכות, כך היעדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה"צורך" או סייגים נוספים לאחריות פלילית. היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של "צורך".

...

כן אנו מצהירים, כי סייג ה"צורך" שבחוק העונשין אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה אלה וכי אין בו בסיס לקיום הנחיות לחוקרי השב"כ, המאפשרות שימוש בשיטות חקירה מעין אלה. בה בעת, אין בהחלטתנו שלילת האפשרות כי סייג ה"צורך" יעמוד לחוקר שב"כ, בין במסגרת שיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אם יחליט להעמיד לדין ובין אם יועמד לדין פלילי, במסגרת שיקול-דעתו של בית-המשפט."

155. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם נייר העמדה "אמנת רומא והדין הפלילי הישראלי – יניב ואקי ונעם וינר" (2011) (עמ' 93), מטעם מכון קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל:

"...קבע בית המשפט העליון כי סייג ה'צורך' עשוי לשמש הגנה לחוקר, הן כאשר הוא מועמד לדין פלילי בגין השימוש בשיטות חקירה בלתי

חוקיות, והן כשיקול המובא בחשבון במסגרת שיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה בבואו להחליט האם להעמיד את החוקר לדין".

156. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם זאת שבע"פ 532/91 פלוניס נ' מדינת ישראל, טיעון הגנת הצורך נלקח בחשבון רק במסגרת הטיעונים לעונש.

157. יתרה מכך, החובה לבחון את היקף האמצעים שננקטו את התקיימות נסיבות של 'צורך' נובעת מטיבו של ההליך הפלילי לעומת זה המשמעתי, וזאת מן הטעמים הבאים-

158. ראשית, כיוון שהשאלה הראשונה והמרכזית בעניינו של העותר מס' 1 היא האם 'אמצעי החקירה המיוחדים' שננקטו כנגדו מהווים עינויים לפי ההגדרה באמנה נגד עינויים, ומאחר שתשובה חיובית לשאלה זו, תחייב העמדה לדין, הרי שלא די בקיומה של בדיקה מקדמית שהעדויות שנגבו בה יכולות לשמש רק בהליכים משמעתיים ויש צורך בחקירה פלילית. ובמילים אחרות, כיוון שהיסוד הראשון בסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי הוא דיות הראיות, ברי כי בירור משמעתי אינו יכול לבסס תשתית לצורך העמדה לדין- כך לפי ההקדמה בכל אחת מן העדויות שגבתה ראשת המבט"ן שזו לשונה -

"במועד הנ"ל ראיתי את הנ"ל והודעתי שאני גובה ממנו עדות במסגרת הבירור הנערך במבט"ן בעניינו של טביש, והעדויות שתיגבה לא תוכל לשמש כראייה נגדו בבימ"ש בהליך פלילי, אולם תוכל לשמש כראייה במסגרת הליכים משמעתיים, ככל שיהיו כאלה, ואין הוא חייב לומר דבר אם אין רצונו בכך".

159. שנית, בירור עובדתי בהיעדר אזהרה בטרם התשאול אינה מספקת ערובה לכך שחוקרי השב"כ שתושאלו אמרו אמת בבירור. קשה להפריז בחשיבות מעמד החקירה תחת אזהרה. רק חקירה תחת אזהרה יש בכוחה ליצור את אווירת הלחץ הנדרשת לצורך קיומה של חקירה אפקטיבית וניסיון להגיע לחקר האמת. זאת, כיוון שרק בחקירה תחת אזהרה, נאמר לחשודים בביצוע עבירה במה הם חשודים, ושכל דבר שיאמרו יוכל לשמש נגדם בבית משפט. לבסוף, רק הודעה שמוסר חשוד במסגרת חקירתו עשויה לשמש ראיה קבילה לחובתו.

160. לפיכך, ההתייחסות של המשיב מס' 1 לכך שחוקרי השב"כ הכחישו את תלונתו של העותר מס' 1 אינה מעלה ואינה מורידה. יותר מכך, בעוד שעדותו של העותר מס' 1 נמסרה בסמוך למועד החקירה, והוא חתם עליה לאחר אזהרה, בדרך של תצהיר מאומת כדן, הרי שעדותם של חוקרי השב"כ נמסרה שנים לאחר החקירה, ומבלי שקדמה לעדותם אזהרה כלשהי.

161. בהקשר זה ראוי לציין את חוות דעתם של פרופ' מרדכי קרמניצר ושל פרופ' יובל שני (ר' נספח ע/38 לעתירה), אשר סבורים כי שעה שיש הודאה בדבר נקיטה באמצעי חקירה מיוחדים בנסיבות של צורך, יש צורך בחקירה פלילית, כך-

"23. אנו סבורים כי באותם מקרים בהם השב"כ עצמו מודה כי הופעלו אמצעי חקירה לא חוקיים, קיימת תשתית ראייתית לכאורית המעלה חשד ממשי כי עבירות פליליות בוצעו. במקרים שכאלה, נדרשת חקירה עצמאית, נעדרת פניות, יעילה ויסודית, מהירה ושקופה (ככל האפשר) של העובדות והנסיבות העומדות בבסיס טענת הגנת הצורך. רק חקירה העומדת באמות מידה אלו יכולה לייצר את התשתית העובדתית



הנחוצה שתאפשר ליועמ"ש לבדוק אם אכן התקיימו התנאים לתחולת ההגנה – קרי, שהאמצעים שהופעלו היו סבירים בנסיבות העניין, כי הם היו דרושים באופן מידי שלם סיכול סכנה מוחשית לחיי אדם (כמפורט בסעיף ז' למסמך המסגרת) וכי נשמר העיקרון שנקבע במסמך המסגרת לפיו טענת הצורך אינה חלה כאשר האמצעים שנקטו עולים כדי עינויים כהגדרתם באמנה נגד עינויים.

24. ככל שחקירת המבת"ן נופלת ביעילותה מחקירת מח"ש, בשל הפערים בסמכויות החוקיות העומדות לרשותו (או לרשותה), ספק רב בעינינו אם במקרים בהם נטענת הגנת הצורך, די בחקירת המבת"ן כדי לקיים את חובת החקירה היעילה המוטלת על המדינה. אשר על כן, עד אשר יושוו סמכויות המבת"ן לסמכויות חוקרי מח"ש, אנו בדעה כי על היועמ"ש להורות על חקירת מח"ש בכל מקרה בו נעשה שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים ולגביו הועלתה טענת צורך על-ידי גורמי החקירה."

### ה.3. החלטת המשיב 1 לוקה בחוסר סבירות קיצוני כיוון שלא התקיימו נסיבות של צורך

162. בתשובת המשיבים 1-2 ביחס לעותר מס' 1 נכתב באשר לנסיבות הצורך ולסבירות האמצעים

שנקטו כנגדו בנסיבות אלו, בסעיפים 8-10 ו-12 לתשובה, כך-

"8. בעקבות מידע מודיעיני מוצק שנאסף על ידי שירות הביטחון הכללי, התגבש חשד ממשי כי המתלונן מודע למיקומו של מחסן ובו אמצעי לחימה בהיקף משמעותי של למעלה מעשרה כלי נשק, לרבות רובים, ואשר ניתן לקשור את אמצעי הלחימה שהוחבאו באותו מחסן אל ביצוע מספר פיגועי טרור, שחלקם אף גבו קורבנות בנפש. עוד התגלה, כי חברי תשתית הטרור אליה משתייך המתלונן ביקשו להוציא את הפועל פיגוע שיתבצע תוך שימוש באמצעי לחימה אלה.

9. לפיכך, סברו חוקריו של המתלונן כי מתקיים מצב של "צורך", .... נוכח מסקנתם האמורה, החליטו חוקריו של המתלונן להפעיל כלפיו – בליט ברירה – גם אמצעי חקירה מיוחדים, וזאת על מנת למנוע סיכון חמור לביטחון הציבור, האזור והמדינה....

10. בעקבות הפעלת אמצעי החקירה המיוחדים, מסר המתלונן מידע שתתם להסגרת אמצעי לחימה רבים, אשר שימשו תשתית צבאית פעילה של ארגון החמאס (לימים אף הודה המתלונן, והורשע בהתאם להודאתו, בחברות ובפעילות בהתאחדות בלתי מותרת, ובסחר בצידו מלחמתי)....

12. לאחר בחינה מדוקדקת של מסמכי תיק הבדיקה, מצאתי כי לא נפל פגם בשיקול דעתם של החוקרים, וכי הפעלת אמצעי החקירה המיוחדים בנסיבות העניין חוסה תחת סייג הצורך. כמו כן, ובהתחשב בחומרת האיום שנשקף מתשתית הטרור אליה השתייך המתלונן – מצאתי כי אמצעי החקירה המיוחדים שהופעלו היו מידתיים, והלמו את חשיבות גילוי המידע שאותו הסתיר המתלונן."

163. ואולם, תשובת המשיבים מס' 1-2 לעניין זה מנוגדת לפסק הדין בבג"ץ העינויים וכן להנחיית

רובינשטיין, כפי שיפורט להלן.

164. לפי חוק העונשין, התשל"ז -1973-

34" 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 בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.

...

34. הוראות סעיפים 34, ו-34 לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה."

165. בבג"ץ העינויים נקבע בסעיף 34 לפסק הדין כי סייג הצורך עשוי לעמוד לחוקר שב"כ במצבים של "פצצה מתקתקת", וזאת על אף היות הקביעה שנויה במחלוקת, בלשון המעטה - כך-

"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 מיידי" 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 ...".

166. למען שלמות התמונה יובהר כי לשיטת המדינה בבג"ץ העינויים, טענת ה"פצצה המתקתקת" הולכת כך-

"פלוני נעצר על-ידי השב"כ. הוא מחזיק בידיו מידע על מיקומה של פצצה שהוטמנה ותתפוצץ בקרוב. ללא מידע זה לא ניתן בשום דרך לנטרל את הפצצה. גם אין כל דרך אחרת להשיג את המידע. אם יושג המידע, תנוטרל הפצצה. אם לא תנוטרל, ייפגעו וייהרגו רבים."

167. על רקע הוראות חוק העונשין ובג"ץ העינויים, נכתב בהנחיות רובינשטיין כך-

"ז. (1) במקרים בהם נקט חוקר במהלך חקירה באמצעי חקירה הדרוש באופן מיידי להשגת מידע חיוני לשם מניעת סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בבטחון המדינה, בחיי אדם, בחירותו או בשלמות גופו, ואין דרך סבירה אחרת בנסיבות העניין להשגתו המיידית של המידע, ונקיטת אמצעי החקירה היתה סבירה בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה, ישקול היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט בנסיבות בהליכים פליליים. ...

(2) (א) פרשנות מיידיותו של הצורך כאמור, עניינה כי המדובר בצורך בפעולה דחופה ומיידית, גם אם הסכנה המוחשית איננה מיידית אלא צפויה לאחר זמן מה. מטבע הדברים, ככל שפער הזמנים בין המעשה לבין המועד הצפוי והאפשרי להתממשות הסכנה גדול יותר, נטל השכנוע שהמעשה היה "דרוש באופן מיידי", כלשון החוק, יהיה כבד יותר – ולהיפך.

(ב) (1) לעניין זה מציין בי המשפט בפסק הדין (ס' 34) כי... "מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר מספר ימים ואולי אף מספר שבועות, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת; כלומר **שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ**" (ההדגשות אינן במקור).

(2) עולה מכאן, לגבי מוחשיות הסכנה, כי פעולה שגרתית ונמשכת של איסוף מידע בדבר ארגוני טרור ופעילותם באופן כללי אינה יכולה כשלעצמה להיתפס כפעולה המקדמת פניה של "סכנה מוחשית".

(3) לענייננו הסכנה לפגיעה בחיי אדם צריכה להיות וודאית ומסוימת באופייה ובטיבה. מטבע הדברים, ככל שהמידע ברור יותר ומתייחס קונקרטי לסיכון מסוים, עולה הוודאות שחש החוקר כי הסכנה תתממש. ועוד, גם נחקר שאין לגביו חשדות קונקרטיים אינו דומה לנחקר שיש לגביו מידע מסוים ומוצק באשר למעורבות בסיכון או ידיעה עליו.

"...

168. בהתאם לכך, כשבאים לבחון את התקיימותן נסיבות של צורך יש לקחת בחשבון את הקריטריונים הבאים: (1) התקיימה סכנה וודאית ומסוימת לפגיעה בחיי אדם, ולעניין זה, עד כמה המידע היה ברור, והתייחס באופן קונקרטי לסיכון מסוים, ולא דובר בפעולה שגרתית של איסוף מידע; (2) פער הזמנים בין ביצוע פעולת החקירה לבין המועד הצפוי להתממשות הסכנה.

169. בניגוד לכך, תשובת המשיב מס' 1 אינה מתייחסת לשאלת קיומה של סכנה וודאית ומסוימת לפגיעה בחיי אדם, ולשאלת פער הזמנים בין ביצוע פעולת החקירה לבין התממשות הסכנה-

170. אדרבא, נכתב כי החשד הממשי שהתגבש היה לעניין היכרותו של העותר מס' 1 עם מקום הימצאותו של מחסן כלי נשק, לרבות רובים, ששימשו לביצוע פיגועי טרור בעבר, ולא לעניין התכנון להוציא אל הפועל פיגוע שיתבצע תוך שימוש באמצעי לחימה אלו. בהקשר האחרון נכתב רק "עוד התגלה".

171. כן, תשובת המשיב מס' 1 אינה מתייחסת לפער הזמנים שבין פעולת החקירה לבין המועד הצפוי של התממשות הסכנה. בהקשר זה כל שנכתב הוא "עוד התגלה, כי חברי תשתית הטרור אליה משתייך המתלונן ביקשו להוציא אל הפועל פיגוע שיתבצע תוך שימוש באמצעי לחימה אלה", ובהמשך "בהתחשב בחומרת האיום שנשקף מתשתית הטרור אליה השתייך המתלונן". ודוק, רק קיומה של סכנה וודאית ומסוימת שצפויה הייתה להתרחש בפרק זמן סביר ממועד החקירה יכולה לעמוד בנסיבות סייג הצורך.

172. כך, תשובת המשיב 1 קובעת כי חוקריו של המתלונן החליטו להפעיל כלפיו אמצעי חקירה מיוחדים על-מנת למנוע סיכון חמור לביטחון הציבור, האזור והמדינה. ודוק, אין עניינו של סעיף 34 יא סיכון לביטחון הציבור, האזור והמדינה אלא לפגיעה בחיי אדם, כך גם בהנחיות רובינשטיין, לפיהן יש צורך בסכנה וודאית ומסוימת לפגיעה בחיי אדם.

173. כך, תשובת המשיב 1 מתייחסת לתוצאות של הנקיטה באמצעי החקירה המיוחדים, ומציינת אך 'הסגרת אמצעי לחימה רבים'. ודוק, מדובר בתוצאה מופשטת שאינה מתייחסת למניעת פגיעה בחיי אדם. בהקשר זה, יש להביא בחשבון שגם העבירה בה הורשע בסופו של דבר העותר מס' 1 הייתה חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת, ובסחר בציוד מלחמתי – עבירות די שכיחות ב'אזור'.

174. בהינתן כל האמור, כמו גם לאור העובדה כי החלטת המשיבים מס' 1-2 אינה משתמשת במונח 'פצצה מתקתקת', הרי כי המשיבים לא סברו, לא בזמן אמת, ולא בדעבד כי העותר מס' 1 היה 'פצצה מתקתקת'.

175. היעדר הדחיפות בחקירתו של העותר מס' 1 מקבל משנה תוקף לאור זאת שהעותר מס' 1 הועבר מבית סוהר לבית סוהר במשך שבעה ימים בטרם החלה חקירתו, וזאת ללא טעם כלשהו, כשם שעולה מהחלטת המשיב מס' 1 עצמה. היעדר הדחיפות בחקירת העותר עולה גם מההפוגות בחקירה במהלך חגי תשרי.

## ו. מערך האישורים בשב"כ במקרים של "צורך" – פרשנות שגויה של בג"ץ העינויים

176. לעותר מס' 1 נאמר כי ממתניים לאישור "הדרגים הגבוהים" לצורך הפעלת אמצעים פיזיים כנגדו, ----.

177. בבג"ץ העינויים, לנוכח האיסור על עינויים ועל התעללות, ועל רקע השימוש שנעשה על-ידי חוקרי השב"כ בסייג הצורך על-מנת לנקוט כנגד נחקרים בשיטות בלתי מתקבלות על הדעת כדוגמת כיסוי ראש באמצעות שק אטום, נקבע על-ידי בית המשפט העליון כי לחוקרי שב"כ אין **סמכות מראש** לנקוט בעינויים מכוח סייג הצורך בחוק העונשין, וכי ייתכן שסייג זה יעמוד לחוקר שב"כ שיפעל מתוך הכרעה אינדיבידואלית, אד-הוקית, כתגובה להתרחשות בלתי צפויה:

"הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין "צורך". סייג זה עוסק בהכרעה אינדיווידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה. אופיו זה של הסייג אינו מאפשר לו להוות מקור של סמכות מינהלית כללית. זו מבוססת על קביעת אמות-מידה כלליות, הצופה פני העתיד." (סעיף 36 לפסק הדין).

178. לאחר מתן פסק הדין, נכתבה הנחיית רובינשטיין אשר לצד עיגון של קביעות בית המשפט העליון, הכשירה את מערך ההתייעצויות במשיב מס' 3 לעניין 'נקיטה באמצעי חקירה מיוחדים' בנסיבות של 'צורך', מערך אשר מרוקן מתוכן את קביעת בית המשפט העליון בדבר היעדר סמכות מראש כמו גם את אופי האד הוקי של סייג הצורך, **וחמור מכך הוא משמר מנגנון, הוא משמר שיטה-**

"ז. (1) ... החלטת היועץ המשפטי לממשלה תינתן בכל מקרה לגופו, תוך בדיקה פרטנית של כל המרכיבים האמורים לעיל, קרי, מידתיות

הצורך ומיידיתו, חומרת הסכנה והפגיעה שנמנעו ומוחשיותו, החלופות למעשה ומידתיות האמצעים, לרבות תפיסת החוקר את המצב בעת החקירה, הדרגים שאישרו את המעשה, מעורבותם בהחלטה ושיקול דעתם בעת הביצוע, וכן תנאי נקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו. .. (4) ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לעניין.

179. ודוק, נוהל המסדיר את אופן קבלת ההחלטות על שימוש באמצעי חקירה פיזיים, הופך את ההחלטה למערכתית בניגוד לאינדיבידואלית, לכזו שנותנת היתר מראש בניגוד לבחינה בדיעבד. למעשה, קיומו של מערך ההיועצויות כמתואר לעיל חותר תחת קביעת בית המשפט העליון בדבר היעדר סמכות, כך שמה שכונה לפני בג"ץ העינויים 'בסמכות', נקרא לאחר בג"ץ העינויים והנחיית רובינשטיין 'באישור מבצעי', כאשר הבדל ממשי אין בין השניים. כך או כך חוקרי השב"כ יודעים כי הם מוגנים היטב מפני נקיטה בהליכים פליליים. לפיכך מדובר בביזיון של פסק הדין בבג"ץ העינויים במלוא מובן המילה.

180. לעניין זה יפים דבריהם של פרופ' יובל שני ופרופ' מרדכי קרמיצר בחוות דעתם, אשר צורפה כנספח ע/38 לעתירה-

"נוהל שכזה, המסדיר את אופן קבלת ההחלטות בנוגע להפעלת הגנת הצורך, עומד לדעתנו בסתירה לעמדה שאומצה בבג"ץ העינויים באשר לאופי ה"אד-הוקיי" של הגנת הצורך ולאיסור המוחלט על עינויים ועל יחס אזכרי, וזאת מן הטעמים המפורטים בפסקאות 31-35 להלן" (פסקה 16 לחוות הדעת)

...

"...העדר ההסדרה מראש של חריג הצורך מוביל לכך שהשימוש באמצעי חקירה לא חוקי מלווה בנטילת אחריות וסיכון אישיים על-ידי החוקר. מצב דברים זה יוצר מציאות בה האיסור נגד יחס אכזרי יישמר, זולת במקרים קיצוניים בהם החוקר משוכנע כי אין דרך אחרת. לעומת זאת, כאשר השימוש באמצעים לא חוקיים נעשה ב"רשות ובסמכות", על בסיס מנגנון מסודר של היועצות, הוא מתפקד הלכה למעשה כצידוק משפטי ואינו יוצר אפשרות ממשית של קיום הליך משפטי נגד המעורבים בשימוש באמצעי הלא חוקי. מכאן, שהסדרה מפורטת וא-פרוירית של התנאים בהם ייהנו חוקרי שב"כ מהגנת הצורך – בין אם היא מגובה נוהל כתוב ובין אם היא יציר הפרקטיקה – תפחית מאוד את יעילותו של האיסור נגד יחס אכזרי, ותפר את חובתה של המדינה לנקוט אמצעי מניעה אפקטיביים נגד השימוש באמצעי חקירה הנופלים בגדרו" (פסקה 33 לחוות הדעת).

181. הטענה כי מדובר במנגנון אישורים אשר מנוגד לבג"ץ העינויים הועלתה לראשונה בבקשת ביזיון שהוגשה על-די העותר מס' 2 בשנת 2008. בבקשת הביזיון נטען כי על אף פסיקת בית המשפט העליון, קיים בשב"כ נוהל המתיר מראש נקיטה באמצעים פיזיים. המדינה איששה את קיומו של הנוהל, אך טענה כי נוהל שכזה אינו מהווה הפרה של פסק הדין. בית המשפט העליון פסק כי, "בנסיבות העניין הטענות שמעלים העותרים אינן מתאימות להליכי ביזיון בית משפט" וכי "אם אכן יש ממש בטענות, ראויות הן לבירור אך לא בהליכי ביזיון".

העתק פסק דין בבקשת הביזיון מצ"ב ומסומן כנספח ע/39

העתק תגובת המשיבים לבקשה שהוגשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט בבג"ץ 5100/94 מצ"ב ומסומן כנספח ע/40

182. מאוחר יותר, בעתירה נוספת שהוגשה על-ידי העותר מס' 2 – בבג"ץ 5572/12 אסעד אבו גוש נ' היועמ"ש – הצורך בתקיפה ישירה של הנחיית רובינשטיין התבטא במלוא עוצמתו בדיון שהתקיים בעתירה ב- 03.03.14. במקרה של אסעד אבו גוש, נכתב אמנם בגוף העתירה כי קיומן של הנחיות פנימיות באשר למערך ההתייעצויות בשב"כ עומד בסתירה לבג"ץ העינויים, אולם ביטולן לא נדרש באופן מפורש.

183. בדיון שהתקיים בעתירה, בית משפט נכבד זה עמד על כך שלא ניתן לקיים דיון אודות חוקיותן של הנחיות פנימיות בשב"כ ושל הנחיית רובינשטיין בהיעדר ביאור הקשר לנסיבות המקרה ובהיעדר בקשה מפורשת לעשות כן.

העתק פרוטוקול הדיון בתאריך 03.03.14 בבג"ץ 5572/12 מצ"ב ומסומן כנספח ע/41

184. על רקע כל האמור, ומאחר שהעותר מס' 1 נפגע מן ההנחיות לעיל באופן אישי, התבקש במסגרת העתירה הראשונה בעניין העותר מס' 1, ביטול של מערך ההיוועצות בנסיבות של 'צורך'. בתגובה לכך, חזרה המדינה על הטענה כי מערך ההיוועצות הקיים במשיב מס' 3, וההנחיות הפנימיות על פיהן פועלים חוקרי השב"כ אינם עומדים בסתירה לבג"ץ העינויים, שכן מדובר בהתייעצות מבצעית, שאינה מקימה סמכות לנקוט ב'אמצעי חקירה מיוחדים', כד-

38. על בסיס מסמך 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 שיקחו חלק בהליך ההיוועצות, את האופן בו תתועד ההיוועצות וקבלת העמדה בעקבותיה, ואת האופן בו תתועד הפעלת האמצעים שהופעלו בנסיבות של צורך. ...

...ההנחיות מאפשרות לחוקר הסבור כי במצב הדברים בו הוא נתון מתקיים מצב של צורך, להתייעץ בזמן אמת עם גורמים בכירים יותר...".

185. בעקבות טענה זו, וכמפורט ברקע הדיוני, שופטי בית המשפט העליון אשר דנו בעתירתנו הראשונה של העותר מס' 1 סימנו את מערך ההיוועצויות כנושא מהותי ועקרוני, אשר בטרם קבלת החלטת המשיב 1, לא בשלה העת להידרש לסוגיה זו. בהקשר זה, הדגיש בית המשפט העליון כי המדינה טרם השיבה אם אכן היו היוועצויות כאמור.

186. מפאת חשיבות הדברים, יובא להלן בשנית הציטוט מהדיון שהתקיים בעתירה הראשונה של העותר מס' 1-

"כבוד השופט נ' הנדל:

יכול להיות אבל לא בשלב הזה. לא אמרתי שזה לא מקרה מובהק. זה משהו מאוד רציני ועקרוני.

...

כבוד השופט ס' גיבראן: הנושא האחר, שהנושא דרוש בדיקה, השאלה באם לא מקום להמתין לתוצאות החקיקה ולפי זה להגיש עתירה ספציפית, כי בינתיים אין לנו משהו מוחשי. זכותנו לטעון, אין לנו בעיה, השאלה זה העיתוי הזמן. להמתין לתוצאות הבדיקה ואז לתקוף, אולי תקיפה אחרת את הנוהל.

עו"ד ברגמן-ספיר:

... גם לגבי העיתוי, הבדיקה המקדמית בודקת באם היה צורך או שלא, וזה לא קוים. התייעצות היתה, המדינה אמרה שהיו התייעצויות.

כבוד השופט נ' הנדל:

כן, אבל המדינה לא אומרת שלא הייתה התייעצות כזו.

עו"ד בוכמן-שינדל:

אין לנו עדיין מסקנות לגבי טענות העותר. אין דוח מסכם עדיין."

187. גם בדיון השני שנערך בעתירה הראשונה, חזרו השופטים והדגישו כי העותרים יכולים לבקש את ביטול מערך ההיוועצות בעתירה חדשה.

188. אף על פי כן, ולמרות שהחוקר שכינוי "רוסו" הודה בהתייעצות כנטען, תשובת המשיבים מס' 1-2 אינה כוללת כל התייחסות לעניין זה. לא זאת אף זאת, בהחלטת המשיב 1 צוין כי "חוקריו של המתלונן החליטו", תוך יצירת הרושם כי חוקרי השב"כ קיבלו את ההחלטה על דעתם בלבד.

בהינתן זאת כי הנחיית רובינשטיין קובעת במפורש כי אחד מהשיקולים שיילקחו בחשבון לפני נקיטה בהליכים פליליים כנגד חוקרי שב"כ שהפעילו אלימות כלפי נחקרים הוא מנגנון ההיוועצות אשר קבוע בהנחיות הפנימיות של השב"כ, ובהינתן זאת המדינה בתגובתה לעתירה הראשונה הבהירה כי במשיב מס' 2 אכן קיימות הנחיות פנימיות באשר להיוועצויות אשר נעשה בהן שימוש כחלק מהנהלים, ובהינתן חזקת תקינות המנהל, אין אלא להניח כי התקיימה היוועצות גם במקרה דנן.

189. המצב דברים זה, היעדר התייחסות לסוגיה מהותית זו בתשובת המשיב 1 לתלונה לוקה בחוסר תום לב, ומהווה ניסיון להסתיר את המצב העובדתי במתכוון.

190. על רקע כל האמור, ברי כי במשיב מס' 3 קיימת שיטה של חקירות במסגרתן מתקיימות חקירות בנסיבות של 'צורך', כאשר כנגד נחקרים ננקטים אמצעי אלימות, וזאת לאחר קיום התייעצויות, שלאחר מכן מהוות שיקול בהחלטה אם לנקוט כנגדם בהליכים פליליים. למעשה, וכפי שנכתב במבוא לעתירה, הרי שמדובר בטיעון מעגלי, שמביא למצב קבוע של פטור מאחריות פלילית, מה שמחזיר את משטר ה'אישורים' למשטר ה'סמכות', שנפסל באופן מפורש בבג"ץ העינויים.

191. לפיכך, מדובר בעיוות ובסילוף היסטוריים של בג"ץ העינויים, ומכאן הנחיצות של התערבות בית המשפט הנכבד, שיתן את הדעת לשאלה אם מערך היוועצות כמתואר עולה בקנה אחד עם בג"ץ העינויים, אם לאו.

## ז. סיכום

192. כפי שנטען בעתירה, החלטת המשיבים מס' 1-2 לוקה בחוסר סבירות קיצוני כיוון שכנגד העותר מס' 1 ננקטו עינויים האסורים בישראל על-פי פסיקת בית המשפט העליון ועל פי הנחיית רובינשטיין, כיוון שטענות פליליות כמו היקף האמצעים המיוחדים והתקיימות סייג הצורך מקומן להתברר בהליכים פליליים ומאחר שבמקרה של העותר מס' 1 לא התקיימו נסיבות של 'צורך'.

193. בנוסף לכך, מערך ההיוועצות – אשר הלכה למעשה עומד בבסיס הפטור מאחריות פלילית שנוקטים חוקרי שב"כ תחת הסייג של צורך' ואשר ביטולו נדרש בעתירה – נוצר עקב פסיקת בית המשפט העליון, אולם בסתירה לה, ורק בית המשפט יכול לקבוע למה התכוון בבג"ץ העינויים.

194. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש ברישא, ולאחר קבלת תשובת המשיבים ליתן צו מוחלט.

195. כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות משפט של העותרים ובשכר טרחת עורכי דינם.

היום, 15.11.2017

---

אפרת ברגמן-ספיר, עו"ד  
ב"כ העותרים

---

אלונה קורמן, עו"ד  
ב"כ העותרים