

בעניין:

1. מ.ס, ת.ז.

2. מ.ס, ת.ז.

3. ע.ס, ת.ז.

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

ע"י ב"כ עוה"ד סמדר בן-נתן ו/או עו"ד רותי הוסטובסקי

ו/או עו"ד אמאני ח'אטר

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 עו"ד נביל דכואר ו/או

סמאח אלח'טיב איוב ו/או מייסא ארשיד ו/או אחרים מהוועד

הציבורי נגד עינויים

רח' בלומנפלד 31, 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

### עתירה למתן צו על תנאי

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

מדוע לא יורו למחלקה לחקירות שוטרים (להלן: "מח"ש") לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקרי שירות הביטחון הכללי, שהיו מעורבים בחקירתו של העותר מס' 1, מ.ס בדבר שימוש בעינויים ובהתעללות בעת חקירתו, בין היתר באמצעות מצג שווא, איום ופגיעה בבני משפחתו, העותרים 2 ו-3, כמתחייב ע"פ סעיף 1ט49.א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971.

ואלו נימוקי העתירה:

## מבוא

1. עתירה זו עניינה בהחלטתו של המשנה לפרקליט המדינה שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקרי שירות הביטחון הכללי שחקרו את העותר מס' 1 (להלן: "העותר" או "ס") בשנת 2007, וזאת על אף עמדת היועץ המשפטי לממשלה כמו גם החלטת בית המשפט העליון כי פעולת החוקרים בעניינם של העותרים 1-3 היתה בניגוד לדין הקיים.
2. על העותר הופעלו אמצעי חקירה פסולים, המגיעים לכדי עינויים, כאשר הופעל עליו לחץ נפשי קשה מנשוא ביחס למה שיעשה בבני משפחתו באם לא ישתף פעולה בחקירתו ולא ימסור את ההודאה המבוקשת על ידי חוקריו. כמו כן, הוצגו לעותר במהלך חקירתו, אביו ואשתו, העותרים מס' 2-3, כאשר הם נחזים כעצורים.
3. מדובר באמצעי פסול של יצירת מצג שווא ואיומים, אשר בשל השימוש במטענים הרגשיים והחברתיים הקשורים לבני משפחה, יוצרים לחץ נפשי המגיע כדי עינויים. בשל השימוש באמצעי חקירה זה, העותר ניסה לשים קץ לחייו לאחר שלא הצליח להתמודד עם הקושי הנפשי הבלתי נסבל בו נתונים מי שכלפיהם נעשה שימוש באמצעי הסחיטה האולטימטיבי – בני משפחתם – קושי העולה כדי עינויים כהגדרתם **באמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים**, כ"א 31, 249 (אושררה 1991).
4. החלטת המשיב 2 שלא לפתוח בחקירה פלילית, אינה עולה בקנה אחד עם עמדתו של המשיב 1, עליה הצהירו במכתבו של עו"ד רוז נזרי, עוזר ליועץ המשפטי לממשלה מיום 11.7.07 וחזרו עליה בבג"ץ 3533/08 מיסון סוויטי ואח' נגד שירות הביטחון הכללי, כי אמצעי החקירה בהם נעשה שימוש בעניינו של העותר אסורים על פי הדין, וכי לא היה מקום לנקוט בהליך שכתוצאה ממנו נוצר המצג כאילו העותר 3 עצור. החלטת המשיב שלא לנקוט בהליכים נגד החוקרים אשר עשו שימוש באמצעי חקירה פסול, מרוקנת מתוכן את הצהרתו על פסלות אמצעי חקירה אלו.

## רקע עובדתי ומצבו הנפשי של העותר מספר 1

5. מ.ס, בן 35, תושב שבנפת חברון ואב לארבעה ילדים קטנים, נעצר בליל 1.2.07 ע"י כוחות הביטחון והועבר לחקירה בידי חוקרי השב"כ בבית הכלא "שקמה" שבאשקלון. מיום מעצרו ובמשך **כארבעים ואחד ימי חקירה לא הורשה איש לבקרו, אף לא עורך דינו, עו"ד לביב חביב**.
6. בליל ה- 19.2.07 ובעודו עצור לחקירה, זומנו אשתו ואביו הזקן של ס, העותרים 2 ו-3 ע"י כוחות צה"ל, להגיע לבקרו במתקן הכליאה "עציון" וזאת באמתלה, כי הוא מצוי במצב קשה כתוצאה ממעצרו ועל מנת להביא לו בגדים נקיים להחלפה. בהתאם להוראות חיילי צה"ל ובבוקר שלמחרת, ביום 20.2.07, התייצבו השניים במתקן הכליאה "עציון", מצוידים בבגדים להחלפה במטרה להיפגש עם יקירם.
7. האב והאשה הגיעו למתקן הכליאה "עציון" בשעה 8:45 בבוקר ורק לאחר המתנה ארוכה, בשעה 12:00 בצהריים, הועברו לאחד החדרים בבניין לבדיקה ולחיפוש גופני מדוקדק, שלאחריהם התקיים תשאול

קצר לכל אחד מהם בנפרד. בחקירתה של האשה לא נחסכו ממנה דברי הפחדה והשפלה ביחס לבעלה. כך לדבריה, שאל אותה חוקר לבוש בגדים אזרחיים: האם היא רוצה לראות את בעלה הנמצא במתקן הכליאה, ולאחר שהשיבה בחיוב החוקר התנה את המפגש בכך שתמסור לו מידע לגבי זהות האנשים שבאו לביתם והקשורים לחשדות כנגד בעלה. משהשיבה לו שאף אדם שכזה לא מגיע אל ביתם וכי בעלה אינו פעיל צבאי הוא השיבה שנוכח תשובתה היא לא תראה את בעלה והוא יישפט וידון למאסר עולם. החוקר הורה לה להסתלק ממתקן הכליאה והודיעה, כי היא תראה את בעלה רק מאחורי הסורגים. בדרכה החוצה, כשהיא מלווה בחיילת ואדם נוסף, היא הובלה אל חצר מתקן הכליאה ושם פגשה את אבי בעלה. או אז, לשניהם הוברר מהי המטרה האמיתית שלשמה זומנו אל מתקן הכליאה.

8. מראשו של האב הוסר כיסוי הראש הדתי והוא הולבש במעיל עצורים חום של השב"ס. האב והאשה נלקחו לחצר מתקן הכליאה ונתבקשו לעמוד במרכזו. שניהם נתבקשו להסתכל אל עבר אחד החלונות בקומה השנייה, שם עמד העותר העצור והתבונן בהם. אשת העותר ראתה את בעלה והוא בידיו האזוקות נופף לה ומיד נדחף על ידי חוקריו חזרה אל החדר. האב, שראיתו לקויה, לא הצליח להבחין בבנו. מספר דקות לאחר מכן, שניהם נתבקשו לשוב לביתם ובתוך כל זה, הבגדים שהובאו להחלפה, לא הועברו לעותר.

9. מקץ מספר ימים, ביום 24.2.07 נתבקש העותר מס' 3 טלפונית לסור בשנית אל מתקן הכליאה "עציון". ביום 25.2.07 הוא התייצב במקום בשעה 8:30 בבוקר. בשעה 12:00 בצהריים ולאחר חיפוש גופני הוא נלקח לצילום כעצור: הוא הועמד ליד לוח שעליו נרשמו בין השאר - שמו, מספר תעודת זהותו וגובהו וכך צולם כשכל נתוניו האישיים מופיעים ליד פניו, כצילומו של פושע שנכלא למעצר. לאחר מכן, הוא נחקר במשך למעלה משעתיים בנוגע לשמות בני משפחתו, עיסוקו ועיסוקם ובתוך כך נמסר לו, כי בנו העצור עושה לחוקריו בעיות בחקירה.

10. כתוצאה מהשימוש בעינויים הנפשיים שהופעלו על העותר והלחץ הנפשי בו היה שרוי ניסה ס לשלוח יד בנפשו פעמיים במהלך חודש מרץ 2007 על ידי נסיון לתלות את עצמו ובהמשך על ידי נטילת כדורים, שבת רעב והטיח ראשו בקיר ובכיסא. ההשפעות הנפשיות על העותר, שלא סבל מבעיות נפשיות טרם מעצרו, הינן מרחיקות לכת. העותר מצוי במצוקה נפשית קשה מתמדת, ואובחן כסובל מתגובה דיכאונית והפרעה נפשית הסתגלותית, הכוללת נטיות אובדניות. הוא נמצא במעקב פסיכיאטרי בשב"ס ומטופל בתרופות פסיכיאטריות באופן שוטף.

11. וכך קבע בעניינו הפסיכיאטר, ד"ר יעקוב אליש מהמרכז הרפואי לבריאות הנפש בבאר יעקוב, בחוות דעתו מיום 8.3.07:

**“... מוסר שנמאס לו מהחיים, מגלה מחשבות על מוות, אובדנות, אך שולל תוכניות קונקרטיות. מדובר בעצור ביטחוני, ללא עבר פסיכיאטרי, אשר עקב מצוקה למעצר פיתח תגובה דיכאונית עם נטיות לפגיעות עצמיות.”**

חרף הצהרת ב"כ המדינה בפני שופטי בג"צ, בדיון שהתקיים ביום 7.3.07, ולפיה הודע לס, כי אביו אינו עצור ולא היה מעולם עצור, הרי שמחוות הדעת הפסיכיאטרית עולה לכאורה, כי הוא עדיין טועה לחשוב שאשתו ואביו עדיין מצויים בחקירות ועצורים:

**"מוסר שאביו ואשתו גם נמצאים בחקירות, אך כאשר נמסר לו שאשתו לא נעצרה, נרגע במקצת ומוסר שרוצה להאמין בכך".**

העתק מחוות הדעת הפסיכיאטרית של ד"ר אליש אשר ניתנה בעקבות החלטת ביהמ"ש בבג"צ 1933/07, מצורף ומסומן נספח א'.

12. העותר היה אם כן עדיין תחת השפעת הלחץ הפסיכולוגי לפיו קרובי משפחתו עצורים ונחקרים. אפילו בדברי ההרגעה של הפסיכיאטר לא היה כדי לנטרל את הלחץ הנפשי בו היה מצוי העותר, משום שהעצור לא נתן אמון מלא בדברים שנמסרו לו לאחר המצוקה הנפשית הקשה שנגרמה לו, ולא היה בהם כדי לבטל באופן מלא את השפעת תרגיל החקירה.

13. בנוסף על כך, מפרוטוקול הארכת מעצרו בפני בית המשפט הצבאי יהודה ביום 12.3.07, עולה כי אף באותו מועד, ארבעה ימים לאחר הבדיקה הפסיכיאטרית ולאחר הצהרת ב"כ המדינה כי נמסר לו שקרובי משפחתו אינם עצורים, ס עדיין סבור שאשתו ואביו נעצרו, ולדבריו לא נמסר לו היפוכו של דבר:

**"לשאלת ביהמ"ש: אמרו לך שאביך ואשתך לא נעצרו?**

**ת: כן אמרו לי, אך אמרו לי שהם שחררו אותם.**

**לשאלת ביהמ"ש: האם אמרו לך שאישתך לא נעצרה מעולם וגם לא עצורה היום?**

**ת: לא אמרו לי.**

**ביהמ"ש מסביר לחשוד שאשתו לא עצורה כיום ולא נעצרה מעולם."**

מצ"ב העתק מפרוטוקול בית המשפט הצבאי מיום 12.3.07 מצורף ומסומן נספח ב'.

14. יתרה מזאת, ביום 13.3.07 עם הסרת צו מניעת המפגש עם עו"ד, נפגש עמו לראשונה מאז מעצרו עוה"ד לביב חביב. העצור נראה תשוש ומטושטש והתלונן על כאבים בראשו ובגופו והרגשה לא טובה. העצור מסר כי כשראה את אשתו ואביו עצורים הדבר פגע בו קשות וגרם לו להרגיש לחץ נפשי קשה ורצון למות. בעקבות כך, הוא ניסה לחנוק את עצמו באמצעות בגדיו, התעלף וגופו התכווץ. הוא אף התלונן על הזיות וסיוטים מהם הוא סובל בלילות. לשאלת עו"ד חביב, מתי נחשף בפניו, כי מדובר בתרגיל חקירה והאם הוא יודע כי אביו ואשתו מעולם לא נעצרו, הוא מסר, כי אינו זוכר שנמסר לו מידע זה, וכי פעם ראשונה ששמע על כך היה בהארכת המעצר, שהתקיימה ביום 12.3.07. כמו כן באותה פגישה היה העצור חשדן וסירב לחתום על כל מסמך.

מצ"ב העתק מתצהירו של עו"ד חביב בדבר הפגישה עם ס מיום 14.3.07, וכן תצהיריהם של אשתו של ס ואביו – העותרים 1 ו-2 – אודות השימוש שנעשה בהם בחקירה, מצורפים ומסומנים נספח ג'.

15. בהודעתו של העותר מספר 1 אשר נגבתה ממנו ביום 11.4.07 נרשם על ידי החוקר כך: "אין לי קשר למה שאתה מאשים אותי אתם עשיתם אותי משוגע. כואב לי הראש ואני לא יודע מה אתם רוצים ממני.

...

אני לא יודע מה שמות האחים של אשתי ואני לא יודע מה שם האבא של אשתי אני מרגיש לא טוב כואב לי הראש.

...

אתם שיגעתם אותי אתם שיגעתם אותי (החשוד מכה את עצמו, הסוהר שנמצא איתי בחדר תופס את ידיו על מנת שלא ירביץ לעצמו) תן לי כדור נגד כאבי ראש אני עצבני וכואב לי הראש"

צילום ההודעה מיום 11.4.07 מצורף ומסומן נספח ד'.

16. לאחר סיום חקירתו של העותר ערך ד"ר גוזיף פרח, מומחה לפסיכיאטריה, חוות דעת מומחה אודות מצבו הנפשי של העותר לאחר בדיקות שנערכו לו בחודשים יוני ונובמבר 2008. בחוות הדעת מיום 2.2.09 מסכם ד"ר גוזיף:

"מר ס סובל מהפרעה הסתגלותית מסוג Adjustment Disorder with Mixed Anxiety and Depressed Mood, שהיא הפרעה תגובתית לא פסיכוטית. הסימפטומים הדומיננטיים להפרעה הסתגלותית זו הם סימפטומים של חרדה המתבטאים בעצבנות, דפיקות לב, תחושת חרדה ואי שקט מלווים עם מצב רוח ירוד ותחושת ייאוש עד כדי פגיעה עצמית ע"י נסיונות אובדניים שחוזרים על עצמם.

...

חשוב לציין שהשימוש בבני משפחתו של מר ס בהיותו המעצר היווה מצב לא רגיל של דחק נפשי, שהפרעותיו מתבטאות התחום האפקטיבי הרגשי, בתחום התודעה, או בתחום ההתנהגות הפסיכו מוטורית ולפעמים בכל התחומים גם יחד.

...

חשוב לציין שהפרעה טראומטית זו אם לא תטופל כראוי עלולה להפוך להפרעה כרונית מאוד קשה לטיפול כפי שקרה עם מר ס. לכן במצבו הנוכחי של מר מוחמד ס אני ממליץ על המשך טיפול תרופתי אנטי דיכאוני במקביל לטיפול פסיכותראפויטי, לאור הפוטנציאל האובדני החוזר על עצמו הטיפול מומלץ במסגרת אישפוזית."

חוות הדעת של ד"ר גוזיף מצורפת ומסומנת נספח ה'.

17. גם בביקורים שערכו הח"מ ועו"ד באנה שגרי-בדארנה אצל העותר מספר 1 בתאריכים 14 בדצמבר 2010, 5 בינואר 2011 היה מצבו הנפשי של העותר קשה מאוד, לרבות מהשאלות שנשאל השיב כי אינו זוכר

דבר ומתקשה בזכרון ובריכוז. הוא חזר וביקש סיוע נפשי למרות שהוא מטופל תרופתית. העותר אף סיפר כי הוא מקבל "דרישות שלום" מעצורים שנחקרו על ידי חוקריו, המכונים "מיגל" ו"אבו נאדי" אשר לדברי העצורים איימו עליהם שיהפכו אותם למשוגעים, כפי שעשו למ. ס. העותר הפך אם כן למשל ולשנינה בפיהם של חוקרי השב"כ, שלא רק שלא נעשו על מעשיהם, אלא שהם ממשיכים להתפאר בכך ולאיים על נחקרים נוספים שיוציאו אותם מדעתם.

*תצהירו של העותר מספר 1 מיום 5.1.11 מצורף ומסומן נספח ו'.*

### הליכים קודמים, פניות העותרים ומיצוי הליכים

18. ביחס להשפעת אמצעי החקירה על מצבו הנפשי של ס וכן לגבי מניעת מפגשו עם עו"ד ננקטו מספר צעדים משפטיים. ביום 25.2.07, הוגשה ע"י עו"ד לביב חביב עתירה לבג"צ כנגד מניעת מפגש של העותר עם עו"ד (בג"צ 1759/07) וביום 26.2.07 התקיים הדיון בעניינה והיא נדחתה. במהלך הדיון בעתירה זו, אישר עו"ד אבי ליכט מפרקליטות המדינה בפני ביהמ"ש כי נעשה שימוש בתרגיל חקירתי, אשר בו הוצג לעצור מצג לפיו אביו ואשתו עצורים ונחקרים ע"י שירות הביטחון הכללי. כמו כן, אושרה על ידו העובדה, כי ס ניסה לשלוח יד בנפשו.

*מצ"ב העתק מהעתירה, פרוטוקול הדיון ופסק הדין בבג"צ 1759/07, מצורפים ומסומנים נספח ז'.*

19. ביום 28.2.07 הוגשה ע"י עו"ד לביב חביב ועו"ד רחלה אראל מהוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (העותר מס' 4), עתירה נוספת לבג"צ בעניינו של ס (בג"צ 1933/07) והפעם בדרישה להפסיק את השימוש באמצעי החקירה של הפעלת לחץ נפשי (הצגת מצג שקר בפניו לפיו אביו ואשתו מוחזקים במעצר) וכמו כן בדרישה, כי ייבדק ע"י פסיכיאטר אשר יעריך את מצבו וייתן לו טיפול רפואי מתאים.

20. בדיון בעתירה, אשר התקיים ביום 7.3.07, הודיע עו"ד דני חורין מפרקליטות המדינה, כי זה מכבר הודע לס כי אביו אינו עצור וכי לא נעצר מעולם. בהתבסס על כך, ביהמ"ש פסק, כי גורמי הביטחון יודיעו לעצור באופן מיידי כי אשתו לא נעצרה מעולם ואיננה עצורה גם כיום, וכי העותר יועמד לבדיקת פסיכיאטר וחוות דעתו הרפואית תישלח לבאי כוחו. בהתאם לכך, בכפוף לפסיקתו, בית המשפט קבע כי העתירה התייתרה ולכן נדחתה. לעניין השימוש באמצעי החקירה פסק ביהמ"ש כדלקמן:

**"לעניין אמצעי החקירה שננקט בדרך של הלבשת אבי העותר במעיל שב"ס לצורך הצגתו בעיני העותר כמי שנעצר, אף כי במציאות לא היה עצור – באי כוח העותר יוכלו לפנות לרשות המוסמכת כדי שתבחן את מידת הלגיטימיות של השימוש באמצעי זה. בעקבות החלטתה של הרשות בעניין זה, תהא פתוחה בפני העותר הדרך ליזום הפעלת ביקורת שיפוטית בעניין זה, והכל על פי הצורך".**

*מצ"ב העתק מהעתירה ומפסה"ד בבג"צ 1933/07 מיום 7.3.07 מצורפים ומסומנים נספח ח'.*

21. לאחר מתן פסק הדין בבג"צ 1933/07 פנו העותרים אל המשיב, כפי שהומלץ על ידי בית המשפט וגוללו את האמצעים החריגים שננקטו כלפי העותר ואת השפעתם הקיצונית עליו.

מצ"ב מכתב העותרים מיום 11.4.07 מצורף ומסומן נספח ט'.

22. במענה למכתב זה השיב לעותרים עו"ד רוז נזרי, עוזר ליועץ המשפטי לממשלה, כי שירות הביטחון הכללי שב ובדק לאחרונה את הסוגיות האמורות, ו"במסגרת בדיקה זו חודדו והודגשו העקרונות הבאים:

- א. מעצר בן משפחה של נחקר מותר, כאשר מדובר באותה מסכת עבריינית, וקיימת עילת מעצר חוקית כנגד בן המשפחה. בנסיבות אלה, שב"כ אינו רואה כל מניעה כי בן המשפחה האחד יהיה מודע למעצרו של האחר, לרבות הפגשתם.
- ב. ככלל, במצב דברים בו בן משפחתו של העצור אינו במעצר, ואין עילת מעצר חוקית כנגדו, אין מקום ליצור כלפי הנחקר מצג לפיו בן המשפחה עצור."

23. כמו כן כתב עו"ד נזרי כי "מוסכם על השב"כ, וכמובן גם על היועץ המשפטי לממשלה, כי לא היה מקום לנקוט במהלך שכתוצאה ממנו נוצר המצג כאילו אביו של ס עצור".

מצ"ב מכתבו של עו"ד נזרי מיום 11.7.07 מצורף ומסומן נספח י'.

24. העותרים סברו כי האמור במכתבו של מר נזרי אינו נהיר כל צרכו, וכי אין הוא תוחם באופן הראוי והברור הנדרש, את השימוש הנעשה בבני משפחה כאמצעי חקירה. על כן, יחד עם ארגונים נוספים פנו בשנית ליועץ המשפטי לממשלה, ובהעדר מענה מספק עתרו לבית משפט זה בבג"ץ 3533/08 מיסון ס ואח' נ' שירות הבטחון הכללי בבקשה כי המשיב יאסרו באופן מוחלט ובכל הנסיבות את השימוש בבני משפחתם של עצורים ככלי לחץ חקירתי בידי מי מרשויות החקירה במדינת ישראל.

25. בית המשפט הנכבד דחה את העתירה תוך חזרה על העמדה שהובעה במכתבו של עו"ד נזרי ותוך שהוא מצייך:

**"הנה כי כן, ברמה של מדיניות כללית הודיע היועץ המשפטי לממשלה לעותרים ולשירות הביטחון כללי, כי הפרקטיקה החקירתית שהם מלינים עליה אכן אסורה – למעט מעצרים כשיש עילה חוקית ומדובר באותה מסכת עבריינית."**

בנוסף הצהיר ב"כ היועמ"ש כי:

**"ההנחייה בעניין זה חודשה והחוקרים הועמדו על האיסור המפורש לעשות שימוש באיומים כי יבולע לקרובי המשפחה של העצורים כאמצעי הפחדה ולחץ במצגים חקירתיים גם בהיעדר מעצר של הקרוב בעילה חקירתית מוצדקת."**

מצ"ב פסק דינו של בית המשפט הנכבד מיום 9.9.09 מצורף ומסומן נספח יא'.

26. בעקבות הדיון בבג"ץ 3533/08 שלחו העותרים מכתב למשיב בו הם דורשים נקיטת צעדים כנגד החוקרים האחראים לחקירתו של העותר, כמבוקש בעתירה זו. העותרים ציינו כי מעשי החוקרים מהווים עבירות פליליות של לחץ של עובד ציבור (סעיף 277(2) לחוק העונשין); שימוש לרעה בכוח המשרה (סעיף 280(1) לחוק העונשין); איומים (סעיף 192 לחוק העונשין); אחריות לחסר ישע (סעיף 322 לחוק העונשין); הפרת חובה של הורה או אחראי (סעיף 337 לחוק העונשין); התעללות בקטין או בחסר ישע (סעיף 368ג). העותרים הדגישו כי:

**"מקרה זה הינו מקרה מיוחד באשר מסקנות בדיקתכם הפנימית היתה כי אמצעי החקירה היה שלא כדין . . . לאור האמור לעיל לא ברור מדוע נמנעתם עד כה מנקיטת הליכים חקירתיים, משמעותיים ופליליים נגד חוקרי השב"כ שביצעו את המעשים הפסולים, ומן הראוי לתקן במהרה את המעוות . . ."**  
**"בהתחשב בכך שבמסגרת ההליכים השונים שפורטו לעיל כבר נערכה בדיקה מקדימה של הנושא, אשר תוצאתה מצדיקה פתיחה בחקירה, אבקשך להעביר את חקירת העניין למח"ש ובהמשך להורות על הגשת כתב אישום בעבירות שפורטו לעיל".**

**מכתב העותרים מיום 23.3.10 מצורף ומסומן נספח יב.**

27. ביום 7.4.10, התקבל מכתב מהמשיב המאשר את קבלת המכתב ואת העברת הפנייה לטיפול של עו"ד רחל מטר, הממונה על המבתי"ן בפרקליטות המדינה. ביום 13.5.10, נשלח מכתב נוסף מטעם העותרים בו התבקש המשיב להעביר את הפנייה לפרקליט המדינה ולמשנה לו ולא לממונה על המבתי"ן, זאת כיוון שהסמכות להורות למח"ש לחקור בעניין שמורה למשיב מס' 1 והואצלה למשיב 2, ולכן הטיפול יכול להיעשות על ידם בלבד. ביום 16.5.10 אושרה קבלת המכתב ופניית העותרים הועברה לטיפול לשכת פרקליט המדינה, המשיב מס' 2. לאחר תזכורת נוספת ביום 28.9.10, התקבלה ביום 3.10.10 תשובת המשיב בסיום בדיקתו, על פיה לאור העובדה כי מכתב העותרים נשלח כחצי שנה לאחר שניתן פסק הדין בבג"ץ 3533/08 וכן לאור העובדה כי רק בעקבות עניינו של העותר חודדו והודגשו העקרונות בנושא, הוחלט שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקריו של העותר. מכאן העתירה.

**מכתב המשיב מיום 3.10.10 מצורף ומסומן נספח יג.**

### **תשובת המשיב לפניית העותרים**

28. את החלטתו שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקריו של העותר, נימק המשנה לפרקליט המדינה, מר יהושע למברגר, בשני נימוקים עיקריים: חלוף הזמן, שהמשיב מייחס אותו להשתהותם של העותרים, והעובדה כי פסלות אמצעים אלו חודדו והודגשו לגורמי שב"כ רק בעקבות עניינו של העותר.



29. תשובת המשיב מס' 2 הינה מקוממת ומעמיקה את תרבות החסינות של חוקרי שב"כ בפני כל הליכים פליליים, חסינות שימיה כאורך ימיו של שירות הביטחון הכללי.

30. החובה לפתוח בחקירה פלילית ולנקוט באמצעים כנגד כל מי שהפר את הוראות חוק העונשין, ובכלל זה חוקרי שב"כ וכל איש מרות שפעל בניגוד לדין ונקט באמצעי חקירה פסולים, מוטלת על המשיבים ללא כל תלות וקשר להגשת תלונה או פניה מטעם העותרים או מטעם כל גורם אחר. חובת המשיבים הינה להורות למח"ש לפתוח בחקירה פלילית מיד עם קבלת מידע המעלה חשש לביצוע עבירות חמורות מהסוג שעלה בפנייתם הראשונה של העותרים וקיבל אישור בהליכים המשפטיים שהתנהלו בעניינו של העותר. החובה לפתוח בחקירה פלילית גם ללא הגשת תלונה מטעם העותר או מי מטעמו חלה לכל המאוחר מייד לאחר קבלת ממצאי הבדיקה שנערכה, אשר כתוצאה ממנה הודיע המשיב מספר 1 לעותרים שהגיע למסקנה כי מדובר היה באמצעי פסול המנוגד לדין. המשיבים הם האחראים על השלטת שלטון החוק גם על גורמי אכיפת החוק ובהחלטה שלא לפתוח בחקירה הם מועלים בתפקידם ומנציחים חסינות הלכה למעשה לחוקרי שב"כ.

31. לגבי טענתו השנייה של המשיב מספר 2, הרי שהעובדה כי האיסור חודד והודגש לאחר חקירתו של העותר, אין בה כדי להעיד כי האיסור בשימוש אמצעי החקירה ופסולותו לא היו קיימים טרם חקירתו של העותר. ככל שיש לברך על הדגשת האיסור בפני חוקרי שב"כ, אין פעולה זו יכולה להחליף נקיטה בצעדים לגבי הפרת הדין שבוצעה. הרי המשיב עצמו הודיע לעותרים כי מדובר באמצעי שהיה פסול על פי הדין. הווה אומר, אין מדובר בדין חדש, אלא בדין קיים אשר חוקריו של העותר בחרו להתעלם ממנו, בין השאר כנראה, מכיוון שאיש לא דאג לאכוף את האיסור על שימוש באמצעי חקירה מסוג זה. המשיב ממשיך בהחלטתו הנוכחית מדיניות זו. החלטת המשיב גם בהיבט זה, משמעותה המשך מדיניות אי אכיפת האיסור והעלמת עין משימוש באמצעי חקירה פסולים.

32. הגורמים שמנה המשיב יכולים להילקח בחשבון בכל הקשור לשיקולי ענישה, ואולם אין הם מהווים שיקול לגיטימי שיוביל להחלטה שלא לפתוח כלל בחקירה פלילית ושלא להעמיד לדין חוקרים החשודים בהפעלת עינויים.

33. המסכת העובדתית שפורטה בעניינם של העותרים 1-3 וכן עמדת המשיב עצמו בבג"ץ 3533/08 כי אמצעי החקירה בהם נעשה שימוש בעניינם של העותרים אסורים, מביאה למסקנה כי חוקרי שב"כ ביצעו פשע חמור נגד העותר שהיה נתון לחלוטין לשליטתם, פשע שגרם לעותר לחץ ונזק נפשי כה משמעותיים עד שניסה לשים קץ לחייו, וכן כנגד העותרים 2 ו-3 אשר הובאו באמתלות שווא לשמש כניצבים במופע שהגו חוקרי שב"כ על מנת להתל בנפשו של העותר ולפרק כל מנגנון הגנה שנתר בו.

## הטיעונים המשפטיים

### החובה לעריכת חקירה פלילית בחשד לעינויים

34. טוהר החקירה וקיומו של משפט צדק הינם מהערכים הבסיסיים שעליהם מושתת המשפט הפלילי ועל כן השמירה עליהם מהווה אינטרס ציבורי מובהק. גבית עדויות והודאות בחקירה תחת לחץ ועל ידי שימוש באמצעים פסולים או עינויים מהווה ניצול לרעה של הכוח הנתון בידי מערכת אכיפת החוק ויביא בהכרח לפגישה קשה באמון הציבור במערכת זו.

35. לציבור יש אינטרס כי רשויות אכיפת החוק יחקרו ויעמידו לדין עבריינים, במיוחד אם מדובר בעבריינים מקרב עובדי ציבור המופקדים על אכיפת החוק. על החקירה להיות ראויה ושקופה ללא מעשים שיש בהם לערער את אמון הציבור ( ר' בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נגד ממשלת ישראל, נג(4), 817 (1999) (להלן: "בג"ץ העינויים").

36. העובדה המייחדת מקרה זה וההופכת את החלטת המשיבים לבלתי סבירה בעליל היא כי **מדובר במקרה שנבדק כבר לפני שלוש וחצי שנים על ידי המשיבים ותוצאת הבדיקה היתה כי החוקרים נהגו שלא כדין, כלומר, שבוצעה עבירה. למרות זאת, לא זו בלבד שהמשיב 1 לא הורה מיוזמתו למח"ש, וכמתחייב על פי הדין, לפתוח בחקירה פלילית, אלא שלאחר פניות חוזרות ונשנות של העותר מס' 4 החליטו המשיבים לאחרונה לגנוז את התלונה מבלי להורות ולו על פתיחה בחקירה. מובן שללא פתיחה בחקירה פלילית לא תיתכן העמדה לדין של החוקרים שפשעו ואף לא מיצוי הדין עם אנשי אכיפת החוק שרמסו ברגל גסה את הדין ופגעו בעותר פגיעה קשה ובלתי הפיכה.**

37. כבר במכתב המשיבים מיום 11.7.07 (ראו **נספח י'**), שנכתב לאחר שנעשתה בדיקה בעקבות פניית העותרים מיום 11.4.07, נאמר, כי לא היה מקום לנקוט במהלך ממנו נוצר מצג השווה כי העותר 3 עצור. במכתב המשיבים מיום 3.10.10 (ראו **נספח יג'**), נאמר במפורש כי עמדת המשיבים מיום 11.7.07 נשענה על הדין שהיה קיים טרם חקירתו של העותר. הווה אומר, כי המשיבים בדקו את העניין והגיעו למסקנה כי אכן נעשה שימוש באמצעי החקירה לו טענו העותרים וכי אמצעי חקירה זה היה ונשאר אמצעי פסול. הצהרת המשיבים כי לא היה מקום לנקוט באמצעי זה פירושה גם כי גם לדעת המשיבים לא עומדת לחוקרים הגנה כלשהי מפני אחריות פלילית.

38. היסוד לפתיחה בחקירה הוא ממצאים עובדתיים המעוררים חשד סביר, לכך שבוצעה עבירה על החוק. שני יסודות אלו מתקיימים בענייננו ואף עלו מגדר חשד בלבד אלא הם מגובים במסקנות המשיב 1 עצמו כי חוקרי השב"כ המעורבים עברו על החוק. כיצד יכולים אם כן המשיבים להצדיק את עמדתם שלא לנקוט בצעדים כנגד החוקרים מפרי החוק ושלא לפתוח כלל בחקירה?

39. בעקבות שימוש באמצעי חקירה אסורים המהווים עבירה, קמה חובה של רשויות החקירה לפתוח בחקירת חוקרי השב"כ שעשו שימוש באמצעים אלו. המשיב אחראי על פי חוק על מניעת עבירות וגילויין, תפיסת עבריינים והעמדתם לדין, ואילו המחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים היא האחראית לחקור עבירות שבביצוען חשודים עובדי שב"כ ושוטרים. סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, מטיל חובה על המשטרה לחקור כל חשד לביצוע פשע:

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

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

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

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

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

41. כמתחייב מהוראת סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי לעיל, בעברות מסוג פשע, מוטלת על המשטרה חובה לפתוח בחקירה פלילית ללא כל שיקול דעת. בעבירות אחרות קיים שיקול דעת שלא לפתוח בחקירה, באם אין עניין לציבור או שרשות אחרת מוסמכת לחקור בדבר. בין העבירות שיש לחקור את ביצוען על ידי חוקרי השב"כ (כמפורט בסעיף 23 לעיל), העבירה של התעללות בקטין או בחסר ישע הינה עבירת פשע ויתר העבירות הינן עבירות עוון. מכל מקום, **ברור כי קיים עניין מובהק לציבור בחקירת עבירות המבוצעות על ידי נושאי משרה רשמית כנגד עצור המצוי במשמורתם. מכאן כי מתחייב שהמשיב יורה למח"ש לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקרי שב"כ החשודים בביצוע פשע ואף עבירות הפחותות מפשע, כלפי עציר הנתון למשמורתם.**

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

**"אני רוצה להבהיר דבר אחד שהוועדה התחייבה שלא לקבוע אותו בחוק, אלא להבהיר אותו באופן מפורש, צלול וברור כאן במלאה. מה קורה במקרה שבו הוגשה תלונה והיועץ המשפטי או פרקליט המדינה או מי שהוסמך מטעמם החליטו שהיא איננה עוברת ליח"ש- ליחידה לחקירת שוטרים? [...]. אני מבקש להבהיר, החובה לחקור, המוטלת על המשטרה מכוח סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי, תעמוד בעינה. החוק הזה איננו בא להעניק ליועץ המשפטי לממשלה או לפרקליט המדינה סמכות למנוע חקירה בתלונה המעלה חשד נגד עובד השב"כ, ואין מטרתו של התיקון להרע את המצב הקיים.**

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

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

43. התכלית החקיקתית שעמדה מאחורי תיקון הפקודה כאמור לעיל, לאפשר חקירה עצמאית על ידי גורם חיצוני, הובהרה היטב בדבריו של ח"כ לשעבר דדי צוקר בזמן הדיון בכנסת, כלהלן:

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

44. הן מתכליתו של החוק והן מלשונו עולה בבירור, כי המחוקק התכוון להוסיף על סמכויות החקירה של מח"ש, כיחידת חקירה עצמאית וחיצונית של שוטרים, גם סמכויות חקירה של עבירות לכאורה שמבצעים עובדי שבי"כ במהלך חקירה שערכו או בקשר אליה.

45. הסמכות והחובה לחקור אינה מותנית בהגשת תלונה בפועל על ידי הנפגע או משפחתו, או על ידי כל אדם אחר. על פי פקודה 14.01.01 לפקודות המטה הארצי – 'הטיפול בתלונה ובתיק חקירה', 'תלונה' מוגדרת: "ידיעה על עבירה שבוצעה, שנתקבלה בכל דרך שהיא, למעט ידיעה מודיעינית". עוד מגדירה הפקודה:

"חקירה – בהתאם לסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982, חייבת משטרת ישראל, ככלל, לפתוח בחקירה, משנודע לה על ביצוע עבירה, אם על סמך תלונה ואם בכל דרך אחרת".

46. החובה לפתוח בחקירה לא קויימה על ידי המשיב למרות שנתקיימו כל התנאים לכך. בעניינו ידוע בוודאות כי חוקרי השב"כ אשר חקרו את העותר עברו עבירה, על ידי שימוש באמצעי חקירה פסול. לפיכך, המשיב היה צריך להורות לפתוח בחקירה ברגע שהגיע לידיעתו השימוש באמצעי חקירה זה, אף אם פנייתו הראשונה של העותר מס' 4 התמקדה במיגור השימוש שטית חקירה פסולה זו ולא בדרישה להעמיד לדין את החוקרים שהפעילו אותה.

47. על מנת לבסס החלטת באם לפתוח בחקירה פלילית או לאו יש צורך בממצאים עובדתיים (ר' בג"צ 7074/93 סויסא נ' היועמ"ש, פ"ד מח (2) 749). בעניינו, ולפי בדיקה שבוצעה ביוזמת המשיב 1 הממצאים העובדתיים קיימים והם חד משמעיים. העותרים יטענו כי ממצאים אלה מחייבים את המשיבים לפתוח בחקירה פלילית, שכן קיימות ראיות ראשוניות לביצוע עבירה וכי אמצעי החקירה בהם עשו שימוש עולים כדי דבר עבירה, והדבר מוסכם אף על ידי המשיבים.

48. משקיימת תשתית ראייתית המבססת חשד של ממש לביצוע עבירה, השיקול היחיד, על פיו יכולים המשיבים להחליט כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית, הוא היעדר עניין לציבור. יש להדגיש כי שיקול זה רלוונטי לעבירות מסוג עוון בלבד, שכן סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-

1982 מחייב לפתוח בחקירה כאשר ישנו חשד לעבירות מסוג פשע. בבג"ץ 935/89 גנור נגד היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מד(2) 485, קבע כב' הנשיא שמגר לעניין התקיימותו של עניין לציבור:

**"שיטת המשפט שלנו יוצרת זיקה ישירה בין ההליך הפלילי לבין העניין לציבור המונח ביסודו. במה דברים אמורים.**

אמנם, לא אימצנו את עקרון החוקיות של המשפט הקונטיננטלי, המחייב, לפחות באופן פורמלי, כי יינקט הליך משפטי פלילי, כל אימת שמתגלית עבירה. אולם, אין פירושו של דבר שיש שיקול-דעת רחב וכללי של סינון, לפיו בוחרים מתוך מכלול תיקי החקירה, שיש בהם ראיות לכאורה, את אלה, בהם יינקטו הליכים הלכה למעשה. לפי שיטתנו, יש כלל ויש יוצאים מן הכלל. הכלל הוא כי נוקטים בהליכים משפטיים (או, במקרים הפחות חמורים, בהליכי ברירת קנס, ברירת משפט או קנס מינהלי) בעקבות ביצועה של עבירה שיש לגביה ראיות לכאורה, אלא אם כן משתכנע היועץ המשפטי לממשלה או המוסמכים לכך לפי סדרי הדין הפליליים, כי במקרה פלוני אין עניין לציבור בנקיטת ההליכים. משמע, הסינון אינו בתוך המקרים השונים, שבהם יש עניין לציבור, אלא בין אלה שבהם יש עניין לציבור לבין אלה שבהם אין עניין לציבור בנקיטת ההליכים, יהיה זה מבחינת התוצאות, שינבעו מן ההליכים, או יהיה זה לאור הנסיבות האישיות של העברין".

49. בענייננו, המשיבים לא העלו במכתבם כל טענה בנוגע להיעדר עניין לציבור. ואכן, לא יכול להיות חולק כי פתיחה בחקירה פלילית נגד עובדי ציבור אשר פעלו בניגוד לדין, בכך שעשו שימוש באמצעים פסולים ופוגעניים, העולים כדי עינויים, נגד עצור שהיה בחזקתם ובאחריותם וכן ניצלו את מצוקתם ודאגתם של בני משפחתו, אזרחים תמימים, הינה אינטרס ציבורי מובהק. השילוב של הימנעות המשיבים מלהורות מיוזמתם על פתיחה בחקירה פלילית לאחר שקיבלו מידע המבסס חשד כבד לביצוע עינויים, והחלטת המשיבים שלא לפתוח בהליכים נגדם, תוך הסתפקות ב"חידוד נהלים" היא הפוגעת באמון הציבור במשיבים ובמערכת אכיפת החוק כולה. לעניין התערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה ראו בג"צ 329/81, מירה נוף נגד היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לז(4) 326:

**"לעניין היקף התערבותו של בית-משפט זה, אין כל הבדל בין היועץ המשפטי לממשלה לבין כל נושא תפקיד ציבורי. זה כזה חייבים להפעיל את שיקול הדעת בהגינות, ביושר, בסבירות, ללא שרירות והפליה, תוך שקילת שיקולים רלוואנטיים בלבד. זה כזה נתונים לביקורת שיפוטית, וכשם שאין דין מיוחד ליועץ המשפטי לממשלה לעניין סמכותו של בית המשפט, כך אין כל דין מיוחד ליועץ המשפטי לממשלה לעניין היקף הביקורת של בית המשפט."**

50. שיקולי המשיבים צריכים לכלול את חומרת המעשים כשיקול עיקרי. חובת המשיבים להורות על פתיחת חקירה פלילית מקבלת משנה תוקף, לאור האופי החמור של התנהגות חוקרי השב"כ אשר עשו שימוש בטכניקות העולות כדי עינויים והתעללות נפשית בעצור חסר ישע, וכן עשו שימוש בעותרים שלא היו עצורים תוך ניצול לרעה של סמכותם ותוך שימוש ציני ואכזרי בדאגתם האנושית של העותרים לעותר. יפים לעניין זה דברי של כב' השופטת פרוקצ'יה, בבג"ץ 1689/02 יעקב נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה נז(6) 49, עמ' 52, פסקה 3:

**”בהפעלת שיקול דעת ראש התביעה הכללית אם לפתוח בחקירה או בבדיקה נעשית הערכה של טיב החשדות הפליליים כנגד הנילון על רקע נסיבותיו המיוחדות של העניין ואופי העבירות המיוחסות לו, ונבדקת על פני הדברים התשתית העובדתית הנתענת”**

**כל השיקולים מורים אם כן כי החלטת המשיבים שלא לפתוח בחקירה הינה בלתי סבירה בעליל.**

במאמר מוסגר יצויין כי השינויים עליהם הודיעה המדינה לאחרונה, בתגובה לעתירות אחרות של העותר מס' 4, ביחס לנהלי הבדיקה הפנימית אינם רלוונטיים לעתירה זו בה כבר נערכה בדירה פנימית ונמצא שהחקירה נוהלה שלא כדין.

### היסטוריה של חסינות

51. החלטת המשיבים לא ניתנה בחלל ריק, ולהקשר ההיסטורי והמוסדי שלה יש קשר הדוק לשאלת סבירותה. שירות הביטחון הכללי עטוף במעטפת הגנה אשר מונעת פתיחה בחקירות ובהליכים פליליים כלפי חוקרים המפרים את החוק, שהחלטה זו של המשיבים היא חלק ממנה. החלטה זו ממשיכה מסורת של חסינות הלכה למעשה הניתנת לחוקרי שב"כ על עבירות המבוצעות במסגרת תפקידם, וראה על כך בפירוט בדו"ח שפורסם על ידי העותר מס' 4, הועד נגד עינויים, בחודש דצמבר 2009: "מתחת לכל ביקורת: העדר חקירה וענישה של עינויים והתעללות בחקירות שב"כ", הדו"ח זמין באתר העותר מס' 4 בקישור: [http://stoptorture.org.il/files/Report\\_web\\_HEB.pdf](http://stoptorture.org.il/files/Report_web_HEB.pdf).

52. בחינת עניינו של העותר מעלה כי החלטת המשיבים לא זו בלבד שממשיכה את מסורת החסינות אלא אף מחמירה אותה, באשר המשיבים נמנעו מלפתוח בחקירה למרות שבדיקתם העלתה כי ננקטו אמצעי חקירה פסולים העולים כדי עינויים בניגוד לדין הקיים.

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

54. מסורת זו המשיכה והתפתחה כאשר ועדת לנדוי שמונתה לחקור את אמצעי החקירה של שירות הביטחון הכללי הגיעה למסקנה כי במשך שנים ארוכות שיקרו נציגי השב"כ באופן עקבי לבית המשפט והכחישו שימוש בכוח פיזי לקבלת הודאות מנחקרים. למרות זאת, הועדה המליצה כי לא יינקטו הליכים פליליים כנגד עובדי השב"כ (ר' דו"ח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (תשמ"ח) פורסם בספר לנדוי, פסקה 4.22). דו"ח מבקר המדינה לשנים 1988-1992 קבע כי הפעלת שיטות חקירה אסורות ומסירת עדויות שקר היתה בגדר מדיניות בשב"כ, גם לאחר פרסום דו"ח ועדת לנדוי. (תמצית מדו"ח הביקורת בנושא מערך החקירות בשירות הביטחון הכללי לשנים 1988-1992, ירושלים, התש"ס – 2000, עמ' 3, 6). יוצא דופן אחד במסורת החסינות היא העמדתם לדין של שני חוקרי שב"כ בגין גרימת מותו של חי'אלד שיח' עלי בשנת 1989, אשר במסגרת עסקת טיעון הורשעו בעבירה של גרימת מוות ברשלנות.

55. בפרשה חמורה נוספת בה מצא הנחקר עבד אל צאמד חריזאת את מותו כתוצאה מטלטולים שעבר בחקירת השב"כ, החליט המשיב לאחר שנערכה חקירה של מח"ש בנושא, שלא להעמיד את החוקרים האחראים לדין אלא להעמיד את אחד החוקרים לדין משמעתי בלבד בשל חריגה מנהלים. בית המשפט העליון אישר את ההחלטה במסגרת בג"צ 2150/96 חריזאת ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם). פסק הדין התייחס לממצאי חקירת מח"ש שנערכה בנושא (ר' בעמ' 8, פסקה 7 לפסק הדין). בהמשך בחן בית המשפט לעומק את שיקולי היועץ המשפטי לממשלה, את הראיות הקיימות להעמדה לדין ואת התקיימותם של יסודות העבירות הנטענות. חלק נכבד בהחלטה מוצאת העובדה שבית המשפט אימץ את הטענה כי החוקרים לא יכלו לצפות את גרימת התוצאה הקטלנית מאחר והיה זה אמצעי חקירה נפוץ בשירות הביטחון שלא גרם לתוצאות דומות לנחקרים בעבר, ומדובר היה ב"צירוף נסיבות נדיר". היועץ המשפטי אף סבר באותו מקרה כי לחוקרים עומדת הגנת ה"צורך". **כל אלו אינם מתקיימים בענייננו – לא מדובר בעבירה תוצאתית, לא ב"צירוף נסיבות נדיר", לא נטען כי עומדת לחוקרים הגנת ה"צורך", ולא נטען כי מדובר בשיט חקירה נפוצה, אלא היפוכו של דבר.**

*פסק הדין בעניין חריזאת מצורף ומסומן נספח יד'.*

56. הנה כי כן, הסקירה ההיסטורית הקצרה מראה כי מדיניות המשיבים ביחס לחקירה והעמדה לדין של חוקרי שב"כ אינה מתקדמת עם השנים כי אם מצויה בנסיגה מסוכנת. בעוד שענייניו של חריזאת לפני כ-15 שנה נחקר על ידי מח"ש, הרי שענייניו של העותר אשר ניסה לשים קץ לחייו ונגרם לו נזק נפשי בלתי הפיך בעקבות העינויים הנפשיים שעבר, כלל לא הגיע לחקירת מח"ש.

57. אילו ניתן היה לטעון בתקופות מוקדמות יותר כי מדובר באמצעי חקירה שהיו מקובלים ובגדר מדיניות כללית בשירות הביטחון למרות אי חוקיותם, הרי שכיום אין עוד לטיעונים אלו כל מקום. אנו מצויים כיום 11 שנים לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין איסור העינויים. איומים כשיטת חקירה היו אסורים מאז ומעולם. אין אם כן כל עילה סבירה שלא לפתוח בחקירה. למרות שכיום הדין כבר ברור, עדיין אין דיין, ואפילו חוקר אין.

58. המשנה למשיב מס' 2 ניסה להאחז בטענה דומה, למרות שכבר אבד הכלח על טענות מסוג זה. במכתבו נטען כי: **"אכן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה במענה מיום 11.7.08 נשענה על הדין שהיה קיים עוד קודם לכן. אולם, כאמור במכתבו זה רק בעקבות בחינת ענייניו של הנדון, חודדו והודגשו העקרונות בנושא".** עד מתי ימשיכו המשיבים ויאחזו במשענת הקנה הרצוף האומרת כי בעקבות המקרה חודדו והודגשו האיסורים? האם חידוד והדגשה כאמור פוטרים מאחריות פלילית את מי שהפר את האיסור? והאם יש בהם כדי להרתיע ולסייע, כאשר הכל רואים כי לא ננקטים כל הליכים כנגד מפרי החוק? מדיניות החסינות שמה ללעג את שומרי החוק בתיתה לעבריינים לחמוק מעונש.

59. ובמה מסייעים כל אותם חידודים והדגשות? ככל הנראה שאינם מסייעים. אותה תרבות של חסינות היא זו המאפשרת לחוקרים, היוצאים פטורים מכל אחריות ונעדרי כל הבנה כנראה לפסול שבמעשיהם, להמשיך ולנופף במעלליהם ולאיים על נחקרים שיהפכו אותם למשוגעים כפי שעשו למוחמד ס.

60. בימים האחרונים ממש פורסם מחקר על ידי הארגונים "בצלם" ו"המוקד להגנת הפרט", בו נגבו עדויות מעצורים שנחקרו בשנת 2009, במתקן החקירות של השב"כ בפתח תקווה. חקירות אלו התקיימו **שנתיים לאחר חקירתו של העותר, ולאחר חידוד והדגשה כביכול של האיסור על איומים הקשורים בבני משפחה.** למרות זאת ממצאי המחקר הם כי 43 נחקרים מתוך 121 נחקרים שרואיינו, מסרו כי

חוקריהם לחצו עליהם באמצעות שימוש באיומי פגיעה או בדאגתם לבני משפחתם. הדו"ח מביא מקרה נוסף דומה לעניינו של העותר בו נעצרה והובאה לחקירה במתקן המעצר אמם של שני אחים שהיו עצורים במתקן, ראבעה סעיד. החוקרים גרמו לכך שהאחים ישמעו את קולה של האם והפגישו אותה עם בנה עלי סעיד במהלך החקירה על מנת להפעיל עליו לחץ. האם שוחררה לאחר פחות מיומיים ללא כל הליכים נוספים. נציין כי על פי דיני המעצר שבתחיקת הביטחון החזקה במעצר לתקופה כזו אינה מחייבת ביקורת שיפוטית ועל כן לא נבדקה על ידי כל רשות עצמאית קיומה של עילת מעצר כלפי האם. לקריאת הדו"ח ראו: <http://hamoked.org.il/files/2010/113160.pdf>, בעמ' 15-16.

61. **לא נפריז אם נאמר כי פתיחה בחקירה והעמדה לדין של חוקריו של העותר בגין השימוש בבני משפחתו, לו נעשתה, היתה אפקטיבית יותר מעשרות חידודים, הנחיות והדגשות שלא ברור מה טיבם אך ברור למדי כי אין הם מועילים.**

### קיומה של תשתית ראייתית מספקת לפתיחה בחקירה

62. בעניינו של העותר אין מחלוקת בעניין התשתית העובדתית הנטענת לעבירות, המבוססת על עדויות בני המשפחה והעותר עצמו ואושרו בממצאי המשיבים. המשיב מס' 1 בדק את העניין ואף הצהיר בבית המשפט נכבד זה, כי היה פסול באמצעים שננקטו בחקירתו של העותר. לא זו אף זו, אלא שאמצעים אלו הביאו את העותר ללחץ נפשי כה גדול עד כדי ניסיונו לשים קץ לחייו. טענות אלו נתמכות הן בחוות דעת פסיכיאטריות והן בתצהירו של עו"ד לביב חביב (נספחים א', ג' ו-ה'). בדיקת המשיבים מן הסתם העלתה ראיות נוספות אשר אינן ידועות לעותרים, ושעל בסיסם הגיעו למסקנות אליהן הגיעו.

63. כאמור, אין מדובר אך ורק בפגיעה בעצור בזמן חקירתו, אלא בפגיעה באנשים חפים מפשע, שאינם עצורים ואף אינם חשודים בביצוע עבירה. את העותר 3 הכריחו החוקרים ללבוש ביגוד שונה ולהסיר את כיסוי ראשו ומאוחר יותר אף קראו לו לחקירה וצילמוהו כאילו היה עצור, על אף שידעו כי הוא אינו עצור ועל אף שלא היתה להם כל כוונה לעצרו. העותרים מס' 2 ו-3 מסרו עדויות בעניין זה לעותר מס' 4. חוקרי השב"כ לקחו לעצמם את החירות לנהוג בתושבים תמימים כרצונם. **לא יכול להיות ספק כי במקום שאין מחלוקת לגבי העובדות, המבססות כי נעברו עבירות חמורות ביותר בידי אנשי מרות החובה לפתוח בחקירה פלילית שתוביל להעמדה לדין של החשודים בביצוע פשעים אלה מקבלת משנה תוקף. חובה זו מוטלת על המשיב ועליו לבצע ללא דיחוי מרגע שנודע לו שקיים יסוד סביר שנעברה עבירה.**

### המעשים מהווים עבירה על פי הדין הפנימי והבינלאומי

64. כאמור המשיב הודה כי במכתבו של מר נזרי מיום 11.7.07 כי "במצב דברים בו בן משפחתו של העצור אינו במעצר, ואין עילת מעצר חוקית נגדו, אין מקום ליצור כלפי הנחקר מצג כאילו בן המשפחה עצור. עקרונות אלו מקובלים על היועץ המשפטי לממשלה ומשקפים לטעמנו את הדין הקיים".

65. אף בפני בית המשפט העליון (בג"צ 3533/08) חזר נציג המשיב על עמדה זו, כמשתקף מפסק דינו של בית המשפט הנכבד: "ברמה של מדיניות כללית הודיע היועץ המשפטי לממשלה לעותרים ולשירות ביטחון כללי כי הפרקטיקה החקירתית שהם מלינים עליה אכן אסורה".



66. בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ר"מ ישראל, פ"ד נח(2) 746, 836 (1999) קובע הנשיא ברק כי יחס בלתי אנושי או משפיל אינו כדין:

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

67. שימוש בעינויים מהווה עבירה פלילית על פי המשפט הבינלאומי ההסכמי והמינהגי. האמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (להלן: האמנה נגד עינויים), עליה חתמה מדינת ישראל ב-1986 ואשררה אותה ב-1991 (כ"א 31, 249), מחייבת את המדינות שהצטרפו אליה לאסור עינויים, הכוללים עינויים נפשיים, בחוק הפלילי שלהן. בסעיף 4 לאמנה נקבע כי "מדינה חברה תבטיח כי עינויים מהווים עבירות על פי הדינים הפליליים". בסעיף 16 נקבע כי "מדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות 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."

68. הוראות אמנת ז'נבה הרביעית, החלות על שטח כבוש ובכלל זה על שטחי הגדה המערבית שהעותרים הם תושבים מוגנים בו ונחשבת כאמנה המשקפת דין מינהגי, קובעת את איסור העינויים כחלק מהאיסורים ביחס לאוכלוסיה המוגנת. יותר מכך, על פי סעיפים 146-147 האמנה מטילה אחריות פלילית אישית הן על המבצע והן על נותן הפקודה של הפרות חמורות (Grave breaches) של האמנה, והופכת אותן לעבירות שפיטות על פי סמכות שיפוט אוניברסאלית. מדינת ישראל מחויבת להפוך מעשים אלו לעבירות פליליות, לחקור את החשודים בביצוען ולהעמידם לדין:

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

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

סעיף זה מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי ומחייב כיום בכל העולם הן בסכסוכים פנימיים והן במלחמות, והוא חל על העותרים שהינם תושבים מוגנים בשטח כבוש.

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

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

70. מעשי עינויים והתעללות נכללו כעבירות פליליות בכל האמנות של הטריבונלים הפליליים הבינלאומיים, החל ממשפטי נירנברג וטוקיו בתום מלחמת העולם השנייה, עבור בטריבונלים הבינלאומיים ליוגוסלביה לשעבר, לרואנדה ולסיירה לאון, ועד לאמנת רומא שייסדה והגדירה את העבירות בפני בית המשפט הפלילי הבינלאומי הקבוע בהאג. בית הדין הבינלאומי המיוחד לבחינת הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר קבע כי האיסורים מכוח אמנות ז'נבה מהווים חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי ומטילים אחריות פלילית אינדיבידואלית מכוח משפט זה, ראו :

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

71. החלטת ה-ICTY בפרשת Furundzija קובעת אף היא כי הפרשנות הנכונה להגדרת עינויים באמנה נגד עינויים כוללת הן סבל פיזי והן נפשי וכי ההגדרה משקפת משפט בינלאומי מינהגי. כך בס' 111 לפסק הדין :

**111. The Appeals Chamber supports the conclusion of the Trial Chamber that "there is now general acceptance of the main elements contained in the definition set out in Article 1 of the Torture Convention", and takes the view that the definition given in Article 1 reflects customary international law.**

...

**Under this definition, in order to constitute torture, the accused's act or omission must give rise to "severe pain or suffering, whether physical or mental."**

72. הטריבונלים הפליליים הבינלאומיים קבעו כי הסבל הנגרם לקרבן עבירת העינויים עשוי להיות מוחרף או מועצם על ידי גורמים חברתיים או תרבותיים וכי יש לקחת בחשבון את הרקע החברתי, התרבותי והדתני הספציפי של הקורבנות בהערכת חומרת המעשים המיוחסים. כך בפסק הדין של ה-ICTY כנגד סלובודן מילושביץ' ואחרים משנת 2005, בפסקה 237 לפסק הדין :

**"In certain circumstances the suffering can be exacerbated by social and cultural conditions and it should take into account the specific social, cultural and religious background of the victims when assessing the severity of the alleged conduct."**

Prosecuter v. Limaj et al. Case No. IT-03-66, Judgment, 30.11.05.

73. מדינת ישראל מחוייבת אם כן על ידי המשפט הבינלאומי ההסכמי (האמנה נגד עינויים והאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות) והן על פי המשפט הבינלאומי המינהגי להפוך את איסור העינויים לעבירה פלילית ולאכופ דין זה. העדר אכיפה במקרים של שימוש בשיטת החקירה המתוארת בעתירה זו מהווה אם כן הפרה של ההתחייבויות הבינלאומיות שמדינת ישראל מחוייבת בהן ושל המשפט הבינלאומי המינהגי.

74. למרות שהדין הישראלי לא עיגן כמתחייב מהאמנה נגד עינויים את איסור העינויים כשלעצמו כעבירה פלילית חמורה, המעשים שביצעו חוקריו של העותר מהווים עבירות פליליות על פי הדין הישראלי. איומים מהסוג שהופנה כלפי העותר עומדים בניגוד לאיסורים מפורשים בחוק העונשין, התשל"ז - 1977 לרבות, סעיף 277 – "לחץ של עובד ציבור":

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

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

סעיף 280(1) - "שימוש לרעה בכוח המשרה":

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

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

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

#### החובה לחקור על פי המשפט הבינלאומי

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

סעיף 12 לאמנה קובע:

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

סעיף 13 לאמנה קובע:

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

76. בהקשר זה קבעה הוועדה נגד עינויים כי לגורמי אכיפת החוק לא יכול להיות שיקול דעת לגבי החובה לחקור, שכן זה יעמוד בסתירה חזיתית ללשונו ולרוחו של סעיף 12 לאמנה. כך לדוגמה קבעה הוועדה לגבי מערכת התביעה בבורונדי:

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

ראו:

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

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

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

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

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

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

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

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

- א. על המדינה להבטיח כי תלונות על עינויים ו/או יחס אכזרי ו/או יחס משפיל ו/או בלתי אנושי ייחקרו בצורה מיידית, מדויקת ואפקטיבית, גם בהעדר תלונה רשמית.
- ב. על החוקרים להיות עצמאיים, מקצועיים וחסרי פניות.

- ג. על המדינה להבטיח את חופש הפעולה שלהם במהלך החקירה וגישה מלאה לכל מקורות המידע.
- ד. על החקירה לעמוד בסטנדרטים המקצועיים ביותר וחובה לפרסם את ממצאיה בציבור.
- ה. על המדינה להקצות לחוקרים את כל המשאבים האמצעיים הטכניים הנדרשים לעריכת חקירה אפקטיבית.
- ו. על המדינה להעביר מתפקידם את החשודים, ככל שיש בידם כוח או שליטה, ישירה או עקיפה, על המתלוננים ובני המשפחה.
- ז. על החוקרים ליידע את המתלוננים ובאי כוחם בכל התפתחות בחקירה או שימוע שיערך בסוגיה.

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

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

ראו פסקה 19ב:

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

80. בסעיף 21 להמלצותיה הנ"ל קבעה הוועדה:

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

81. ישראל אישרה את האמנה ביום 4.8.91 והיא נכנסה לתוקף ביום 2.11.91. אמנם, לא ניתן לה תוקף בחוק מפורש, אך בעניין זה חלה חזקה כי יש לפרש את חוקי המדינה, ובענייננו את פקודת המשטרה וחוק סדר הדין הפלילי בהתאם לחוק הבינלאומי המנהגי, לו התחייבה המדינה. וכך נקבע בבג"ץ 2587/04 בוכריס נגד פקיד שומה חדרה, פורסם בנבו ביום 23.6.05:

אכן, "שום אמנה בינלאומית אין לה תוקף חקיקתי, כל עוד לא ניתן לה תוקף כזה בחוק מפורש מידי הכנסת" (ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 97. ראו עוד: ע"א 580/82 אינשורס קורפוריישן אופ אירלנד נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 309, 334; בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 626). יחד עם זאת, אין משמעות הדבר כי אין לאמנה זו כל השלכה בדין הישראלי. לאמנה זו יש השלכה פרשנית. חזקה היא כי תכליתו של כל חוק לעלות בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה. אכן, "מן הדין לפרש את החוק החרות, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי" (השופט אגרונט בע"פ

336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033, 2041). עמדתי על כך

במקום אחר באומרי:

"חזקה היא כי תכליתו של כל חוק הינה להגשים את המשפט הבינלאומי ולא לנגוד אותו. מבין שני פירושים אפשריים לדבר חקיקה, יש לבחור באותו פירוש, העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי הפומבי" (א' ברק, פרשנות במשפט 576 (כרך שני, 1994)).

### השימוש בעותרים 2,3

82. לכך יש להוסיף את השימוש האכזרי והבלתי חוקי שנעשה בעותרים 2,3 והעומד בניגוד לאיסור במשפט הבינלאומי על שימוש באוכלוסיית שטח כבוש על מנת לסייע למאמץ הצבאי של הכובש. סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי: "אין להשתמש כלפי מוגנים בכל כפייה גופנית או מוסרית, ובפרט לשם השגת ידיעות מהם או מאדם שלישי".

83. ניהול החקירות של האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הכבושים על ידי שירות הביטחון הכללי הוא בגדר חלק מן המאמץ הצבאי הכולל של כוחות הצבא הישראלי בשטח זה. ר' גם בעניין זה בג"צ 3799/02 עדאלה – המרכז לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלון פיקוד מרכז בצה"ל, (טרם פורסם, 6.10.2005), (להלן: בג"צ מגן אנושי) שם קובע מפורשות הנשיא (כתוארו דאז) ברק בפסקה 24 לפסק דינו הדן ב"נוהל אזהרה מוקדמת":

"ראשית, עקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסייה האזרחית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס (ראו פלק, עמ' 218). אין "לנדב" אותם לשיתוף פעולה עם הצבא (ראו סעיף 23(b) לתקנות האג וסעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית; ראו גם פיקטה, עמ' 292). מעקרון כללי זה נגזר האיסור הספציפי של שימוש בתושבים מקומיים כ"מגן אנושי". כן נגזר מעקרון זה איסור השימוש בכפייה (גופנית או מוסרית) כלפי אנשים מוגנים לשם השגת ידיעות (סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית; פיקטה, עמ' 219).

84. עובדות המקרה, הנוגעות לעותרים 2 ו-3 מדגימות את היקף הפגיעה הגלום בתרגיל כגון זה: הובלתם בתחבולה אל מתקן הכליאה "עציון", מתוך תקווה לראות ולסייע ליקירם; ההמתנה הארוכה; החיפוש על גופם; חקירתם בלא שהאשמו בעבירה כלשהי; התניית המפגש עם העצור במסירת מידע; הסרת כיסוי הראש מהאב והלבשתו בבגד של אסיר; ושליחתם כלעומת שבאו – כל אלה, פוגעים בזכויותיהם החוקתיות לכבוד, לפרטיות ולחירות ומבטאים יחס משפיל, מתנשא ובלתי אנושי כלפיהם.

### לסיכום

85. אמצעי החקירה בו נעשה שימוש כלפי העותר והשימוש בבני משפחתו, העותרים 2 ו-3, כאמצעי לחץ בחקירתו, הינו אמצעי חקירה אכזרי היוצר סבל ולחץ נפשי העולים כדי עינויים, ובעניינו של העותר אף גבה מחיר נפשי כבד, ועלול היה לעלות בחייו.

86. מדובר באמצעי המהווה עינוי אסור, ומנוגד הן להוראות המשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי שישראל צד לו והן להוראות המשפט הישראלי, ובראשן נורמת היסוד לזכויות האדם בישראל – חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ופסיקת בית המשפט העליון אשר אסרה על שימוש בעינויים בחקירות. הברירה בין חירות לבין שלומם של בני משפחה, בין הודאה בעבירה שהיתה או לא היתה, לבין שלומם של בני משפחה, היא ברירה שאין להעמיד בה אף נחקר ואף אדם, ברירה המובילה לבחירות אכזריות, קשות ובלתי אנושיות.
87. אף המשיב עצמו סבור כי זהו אמצעי פסול אשר השימוש בו אסור על פי הדין. על כך הצהיר הן במכתבו לעותרים מיום 11.7.07 והן בפני בית משפט נכבד זה ואף הוסיף כי לא היה מקום לנקוט באמצעים אלה בחקירתו של העותר. אף על פי כן, המשיב לא פתח בחקירה פלילית נגד חוקריו של עותר. החלטתו זו של המשיב מרוקנת מתוכן את הצהרותיו בדבר פסלות השימוש בבני משפחה כאמצעי לחץ בחקירה, שכן ללא אכיפת האיסור, אין לו כל משמעות.
88. נימוקיו של המשיב במכתבו לעותרים מיום 3.10.10, אינם מספקים הסבר ראוי להחלטתו שלא לפתוח בחקירה. ההחלטה לפתוח בחקירה היתה צריכה להיות תוצאה ישירה של הקביעה לפיה ביצעו החוקרים מעשה האסור על פי הדין. אין בנימוקי המשיב כל סיבה המצדיקה פטור מכל אחריות שהעניק המשיב לחוקרי השב"כ.
89. החלטתו זו של המשיב ממשיכה ואף מחמירה את מדיניותו העקבית של המשיב להימנע מחקירת תלונות של נחקרי שב"כ ולהעניק בכך חסינות למעשה לחוקרי השב"כ על מעשיהם במסגרת חקירות, חמורים ככל שיהיו. בכך פוגעת מדיניות המשיב פגיעה עמוקה בתפקיד רשויות החוק להגן על הנתונים למרותם באשר הם, ופוגעת פגיעה של ממש בעקרון שלטון החוק והשוויון בפני החוק. החסינות בפועל הניתנת לחוקרי השב"כ מאפשרת ומעודדת הישנות מקרים כאלו, כפי שמודגם בעליל מ"דרישות השלום" שמקבל העותר מחוקריו שלא נתנו את הדין על מעשיהם.
90. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהורות למשיב לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקריו של העותר לאלתר. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות עתירה זו ושכ"ט עו"ד.

---

סמדר בן-נתן, עו"ד  
ב"כ העותרים