

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 6647/11

בעניין:

1. ח.א.ע, ת.ז.

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

ע"י ב"כ עוה"ד באנה שגרי-בדארנה ו/או
נביל דכואר ו/או תחריר עתאמלה-מהנא
ו/או מאיסא אבו-סאלח אבו-עכר ו/או
מייסא ארשיד ו/או אירית בלאס.
ת.ד. 4634 ירושלים 91046
טל: 02-6429825 פקס: 02-6432847

העותרים

- נגד -

היועץ המשפטי לממשלה

רח' צלאח א-דין 29,
ירושלים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לאיחוד דיון

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו להתייצב וליתן טעם, כדלקמן:

מדוע לא יפעיל את סמכותו, כמתחייב עפ"י סעיף 1ט49.1 (א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, ויורה למחלקה לחקירת שוטרים (להלן: "מח"ש") לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקרי שירות הביטחון הכללי (להלן: "שב"כ"), שהיו מעורבים בחקירתו של ח.א.ע (להלן: "העותרי"), בדבר חשדות כבדים לשימוש בעינויים ו/או ביחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל כלפיו.

בקשה לאיחוד דיון

בית משפט נכבד זה מתבקש בזאת לאחד את הדיון בעתירה זו עם הדיון בבג"צ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' היועמ"ש, אשר הוגש ביום 15.2.11, והקבוע לדיון בפני דן יחיד ביום 16.1.12 וזאת כפי שיפורט להלן:

1. שתי העתירות מעוררות שאלות משפטיות דומות ואף זהות. בג"צ 1265/11, הוגש בידי העותר מס' 2 יחד עם ארגוני זכויות אדם ישראלים ו- 10 קורבנות עינויים ו/או התעללות בידי חוקרי שב"כ. בעתירה זו, כמו בבג"צ 1265/11 עומדת לדיון שאלת חובת המשיב לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה בו מוגשת ללשכתו תלונה על שימוש בעינויים ו/או בהתעללות בנחקרים בידי אנשי שב"כ. על כן, מקרה זה מהווה למעשה מקרה נוסף למקרים של העותרים הפרטניים בבג"צ 1265/11. משמעות הדבר היא כי יש באיחוד העתירות משום ייעול הדיון וחסכון באמצעים ובזמן השיפוטי והימנעות מסרבול דיוני מיותר.

2. הרציונל המשפטי התומך בבקשתנו מעוגן בתקנה 7 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ובפרט בתקנת משנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבג"צ. תכליתה של תקנה זו הינה, בין היתר, לייעל את הדיון ולמנוע הכרעות סותרות, תוך שמירה על האינטרסים של כלל הצדדים השונים להליך.

3. חשוב לציין כי, הגם שעתירתנו זומבוססות על תשתיות עובדתית שונה מהתשתית העובדתית של יתר העותרים הפרטניים בבג"צ 1265/11, דרישת האיחוד מתבקשת בשל הזהות המוחלטת בשאלות המשפטיות הדורשות הכרעה והמצדיקות איחוד העתירות (בש"א 1949/04 הפניקס הישראלי בע"מ ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם)).

4. בנסיבות אלה, אין זה רצוי כי שתי העתירות הללו תידונה בפני הרכבים שונים. שאיפתנו היא לחשוף בפני בימ"ש נכבד זה מגוון רחב יותר של טיעונים וראיות המאפשר להכריע בסוגיה המשותפת לכלל העתירות על בסיס היבטים מגוונים יותר ובכך להגיע להחלטה שיפוטית הוגנת וצודקת.

מבוא לעתירה

1. עניינה של העתירה הוא במדיניות המשיב אשר חוסמת, באופן גורף, חקירה פלילית בתלונות של נחקרי שב"כ, המבססות חשד סביר לשימוש בעינויים ו/או ביחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל שביצעו חוקרי/אנשי שב"כ כלפיהם בתקופת מעצרים, ותלונת העותר בכללם.

2. מעבר לאלימות הקשה בחקירות, האיומים, ההשפלה שעבר העותר ותנאי הכליאה התת-אנושיים שבהם הוחזק, חוקרי שב"כ המעורבים בחקירתו החזיקו

אותו בתנחות מכאיבות כשהוא כבול באזיקים לפרקי זמן ארוכים, ובהיותו כפות הגבילו/מנעו את גישתו לשירותים ולאוכל.

3. לאור המעשים המתוארים לעיל הגיש העותר תלונה למשיב באמצעות העותר 2 בדרישה להורות על פתיחה בחקירה פלילית נגד החשודים במעורבות בעינויו. כעבור קרוב לשנתיים מיום הגשת התלונה נגזרה תלונת העותר, לאור המלצות בדיקה פנימית של המבתי"ן, שהינו עובד שב"כ. בדיקה זו לא יכולה להוות תחליף לחקירה עצמאית של גורם חיצוני שתבוצע ללא משוא פנים. העובדה שכל מאות התלונות, שהוגשו למשיב בעשור האחרון נגזרו באופן דומה, ולא נפתחה ולו באחת מהן חקירה פלילית עצמאית, הובילה להגשת בג"צ 1265/11. מטרת עתירה זו לשכנע את בית המשפט הנכבד להורות למשיב להפעיל את סמכותו ולהורות, לאלתר, על פתיחת חקירה פלילית כנגד חוקרי השב"כ המעורבים בתקיפת העותר, ואחרים במצבו, על אף ממצאי הבדיקה המקדמית.

הטיעון העובדתי

הצדדים לעתירה:

4. העותר 1, ח.א.ע (להלן: "העותר"), פלסטיני תושב עזה יליד 1985, אשר נעצר ב-3.01.2009 במהלך מבצע "עופרת יצוקה" והובא לישראל לצרכי חקירה. העותר, המיוצג בהליך הפלילי בידי עוה"ד לאה צמל, טרם הורשע ומוחזק כיום בכלא נפחא.

5. העותר 2, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, הינו עמותה ציבורית רשומה בישראל שעיקר עיסוקה במאבק משפטי וציבורי נגד עינויים ובהגנה על זכויותיהם של עצורים ונחקרים, דוגמת העותר 1.

6. המשיב הינו הגורם האחראי במערכת אכיפת החוק הפלילי, ובין היתר, מוסמך, לפי סעיף 1049.1ט(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, להורות למחלקה לחקירת שוטרים (להלן: "מח"ש) לפתוח בחקירה פלילית כנגד חוקרי שב"כ, החשודים בביצוע עבירה במסגרת מילוי תפקידם, ובכלל זה החשודים במעורבות בעינויים ו/או ביחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל.

התשתית העובדתית שביסוד העתירה

7. העותר נעצר ביום 3.1.09 מבית גיסו פ.ע סמוך לשעה שלוש לפנות בוקר, כאשר באותה העת שהו בתוך הבית 15 נפשות. חיילים עצרו את העותר ועימו 10 אנשים נוספים ואילצו את העצורים ללכת ברגל מספר שעות, שבמהלכן חיילים קיללו והיכו את העותר, והובילו

אותו לתוך מחפורת. העותר הוחזק במשך שלושה ימים במחפורת זו, ושם עבר מסכת התעללות קשה שכללה החזקתו אזוק ידיים ומכוסה עיניים, גם בקור העז שאפיין את הלילות בתחילת ינואר. במהלך שלושת הימים לא סיפקו לו החיילים אוכל, שתייה או שמיכה להתכסות מהקור, ואת מימו הוא נאלץ להטיל על עפר. בשל כך סבל מקושי נפשי ופיזי רב. ביום הרביעי למעצרו הובל העותר במשאית צפופה עצורים, שלהערכתו מספרם לא נופל מ-70, לעבר גבול ישראל. שם הוחזק עם האחרים באותו סוג מחפורת וגם שם לא סיפקו להם שמיכות.

8. למחרת היום הובל העותר במשאית, למחנה הצבאי "זיקים", שם נדחף בידי חיילים והוחזק בעודו אזוק ומכוסה עיניים על חצץ עד ליום המחרת, למרות שירד גשם בלילה. ביום המחרת נחקר בידי שני חוקרים, שלפי הבנתו של העותר היו חוקרי שב"כ. אחד מהם, שהזדהה בכינוי "מוכתאר", אמר לעותר: אני נמצא כאן כדי לתת מכות. העותר נחקר תחילה בעמידה, אולם במהלכה הוא נצטווה לכרוע על ברכיו ולהביט ברצפה ובתנוחה זו נשאל אם הוא יודע דבר אודות מקום הימצאותו של החייל גלעד שליט.

9. כעבור כשעה וחצי הוצא העותר החוצה, "מוכתאר" יחד עם חמשה חיילים, החלו לירוק לעבר העותר ואף הכו אותו בסטירות ובאגרופים ובעטו בו בכל חלקי גופו. לאחר מכן הועבר העותר לבור קטן, שם איימו לירות בו ואמרו לו: אנחנו רוצים שאמא שלך תסבול בגללך. לאחר מכן שמע צעקות וחשב שאלה צעקות של אדם שמענים אותו. כעבור זמן קצר הוכנסו לבור שני עצורים נוספים, נ.פ.ע.ו.ס.ע.

10. כעבור כשעה הועבר העותר ע"י חיילים למחנה הצבאי, שהעותר הצליח לזהות. שם נערך עליו חיפוש בעירום והולבש מדים כחולים דקים שגרמו לו לסבול מקור עז. לאחר מכן הועבר העותר לחדר החקירות, שם נחקר באופן אינטנסיבי בידי חוקר שלא הזדהה, כשהוא יושב על כסא וידיו אזוקות מאחורי משענת הכסא ונחקר בתנוחה זו עד הבוקר. החוקר סירב להפחית את הקור בחדר החקירות, למרות שהעותר ביקש זאת ואמר שהקור מסב לו כאב בשל ניתוח שעבר באשכים.

11. ביום המחרת הועבר העותר באמצעות אוטובוס לכלא שקמה, שבאשקלון, שם הוחזק במשך כחמישה ימים בתא בידוד. ביום השני להחזקתו ב"שקמה" הוא נחקר בידי המכונה "אורי", כשידיו כבולות מאחורי גב הכסא וללא כיסוי עיניים למשך כשעתיים-שלוש ביום. העותר הובא בפני שופט להארכת מעצרו ביום הרביעי להחזקתו ב"שקמה". לאחר חמישה ימים ב"שקמה" הוא הועבר לכלא באר שבע, שם הוחזק במשך כשישה ימים, בתנאים שונים מתנאי הכליאה ב"שקמה" ורק לאחר שהוחזר ל"שקמה" הבין שהוא הוחזק בתא מדובבים.

12. תנאי כליאתו של העותר בכלא שקמה בזמן חקירתו היו מחפירים. הוא הוחזק בתא בידוד, שקירותיו היו בצבע כהה ודלקו בו כל הזמן אורות אדומים. הוא ישן על מזרן

בעובי של כ- 5 ס"מ, וריח רע נידף מהמזרן ומהשמיכות. בשל תנאי החזקה המחפירים בתא הבידוד נמנע ממנו לבצע את מצוות "אל-וודוא", שמחייבת רחצת חלקי גוף שונים במים טהורים חמש פעמים ביום לפני התפילה ולא הצליח לזהות את מועדי התפילות. בשקמה ניתן לו סט אחד של בגדי שב"ס ללא הלבשה תחתונה, והוא הורשה להתקלח לראשונה כעבור 10 ימים ממצרו, בזמן שהוחזק בתא המדובבים בכלא באר שבע. "המדובבים" מסרו לו בגדים להחלפה ואלה נלקחו ממנו בחזרה כאשר הוחזר לכלא "שקמה". חשוב לציין כי תנאים אלה השתנו מיד עם סיום חקירתו והעברתו מתאים שבהם מוחזקים נחקרי שב"כ. אז ניתנו לראשונה מוצרים היגיינים, ובכללם מברשת שיניים, משחת שיניים ומגבת.

13. חשוב לציין כי העותר היה מנוע מפגש עם עו"ד לאורך כל תקופת חקירתו. כמו-כן, הוא לא הורשה לשוחח עם מי מבני משפחתו למרות שנעצר בזמן הלחימה, על כל המשתמע מכך.

14. לסיכום; החל מיום מעצרו מרצועת עזה ועד לסיום חקירתו, עבר העותר מסכת התעללויות שכללה, בין היתר: החזקה בתנאים מחפירים, אלימות שהפעילו כלפיו חיילים וחוקרים, החזקה בתנחות מכאיבות במשך ימים רבים, איומים, יריקות, בעיטות, סטירות ומכות בידי חיילים וחוקרים. עו"ד מטעם העותר 2 תיעד בשני תצהירים את המסכת העובדתית שתוארה לעיל.

• העתק עדותו של העותר מיום 23.2.2009 ומיום 19.3.2009, שגבו בתצהיר על ידי עו"ד מגיד בדר, מצורפים ומסומנים נספח ע/1 ו- ע/2 בהתאמה.

פניות העותרים ומיצוי הליכים

15. העותר, שלא יכל היה לזהות בכל שלב ושלב את זהותם ו/א ואת תפקידיהם של מי שפגעו בו, פנה לפני קרוב לשנתיים באמצעות העותר 2, בתלונה, שפירטה את עיקר האלימות שהופעלה כלפיו, ואשר הופנתה בו זמנית אל היועץ המשפטי לממשלה – המשיב - ואל הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר), ביום 21.4.2009. בתלונה זו, נדרשו המשיב והפצ"ר להפעיל את סמכותם ולהורות על פתיחת חקירה פלילית כנגד כל המעורבים במסכת התעללות הנפשית והפיזית שבוצעה בעותר החל מיום מעצרו, ואשר גרמה לו לכאבים נפשיים ופיזיים חמורים. יש להדגיש כי, עתירה זו מתמקדת בסירובו של המשיב להורות על פתיחה בחקירה פלילית נגד המעורבים במסכת ההתעללות בעותר 1, שאינם חיילים.

• העתק מתלונתו של העותר מיום 21.4.2009, שהוגשה על ידי העותר 2 מצורף ומסומן כנספח ע/3

16. משלא התקבל מענה ענייני לתלונה ובהמשך למספר שיחות טלפוניות בין העותר 2 למנהלת לשכה המשיב, גבי ניקה שטיינהוף, התקבל ביום 6.12.09 מכתב תשובה לקוני,

שיצא ביום 12.8.09 מלשכת המשיב ללשכת הפצ"ר, ואשר במסגרתו מעביר המשיב אל הפצ"ר את הטיפול בפניות שעניינן "תנאי החזקתם של העצורים מעזה" במהלך עופרת יצוקה, ואשר העתקו היה אמור להישלח כבר אז לעותר 2. כיוון שמכתב זה היה כללי, ולא התייחס מפורשות לעניינו של העותר מחד, ומנגד לא נתן כל מענה לתלונה נגד החוקרים, שפגעו בעותר ולא היו לבושים במדים, שבנו ופנינו ביום 9.12.09 למשיב וביקשנו שיעשה שימוש בסמכות המוקנית לו בדיון, ויורה למח"ש לפתוח בחקירה פלילית בתלונת העותר נגד החוקרים. ביום 16.12.09 התקבל במשרד העותר 2 מכתב מנהלת לשכת המשיב ולפיו פנייתנו האחרונה הועברה לטיפול לשכת פרקליט המדינה.

- העתק פניית לשכת המשיב ללשכת הפצ"ר מאוגוסט 2009 מצורף ומסומן ע/4.
- העתק מכתבנו למנהלת לשכת המשיב מיום 9.12.09 מצורף ומסומן כנספח ע/5
- העתק מתשובת המשיב למשרדי העותר 2 מיום 10.12.09 מצורף ומסומן כנספח ע/6.

17. לאחר מספר תזכורות בכתב ובע"פ, התקבלה ביום 8.3.11 במשרד העותר 2 תשובה עניינית של הגב' רחל מטר, הממונה על המבת"ן, מיום 7.2.2011. בתשובה זו, מסרה הגב' רחל מטר, הממונה על המבת"ן, כי בניגוד לאמור במכתב לשכת המשיב שבנספח 6 לעיל, בפועל הטיפול בתלונה הועבר למבת"ן, "אשר העלה בבדיקתו כי העותר נחקר לראשונה בידי חוקרי שב"כ "רק משהגיע למחנה הצבאי". על כן, בדיקתו של המבת"ן התייחסה אך ורק לפסקאות 15 והלאה מתלונת העותרים (נספח 3 המצורף). כמו-כן, המשיכה וקבעה כי: "מבדיקת המבת"ן נלמד כי אין כל תימוכין לטענות המתלונן לפיו הופעל מיזוג בחדר החקירות, או כי החוקר התעלם מתלונות המתלונן בעניין זה. ראוי לציין כי חקירתו של המתלונן נערכה במתקן חקירות מאולתר באמצע חודש ינואר ועל כן ייתכן כי תנאי החקירה לא היו אופטימאליים. מכל מקום אין בסיס לטענת המתלונן לפיה נעשה שימוש באמצעי חקירה פסול במהלך חקירה זו." לאור זאת החליטה הממונה על המבת"ן (ולא המשיב או פרקליט המדינה) לגנוז את התלונה, אך ורק על סמך הבדיקה המקדמית של המבת"ן ובלי לפתוח בחקירה פלילית.

- העתק מתשובת גב' מטר מיום 7.2.11 שהקבל במשרד העותר 2 ביום 8.3.11 מצורף ומסומן כנספח ע/7.

18. ביום 13.3.11 ולאחר קבלת תשובת הממונה על המבת"ן (נספח 7 לעיל) שב העותר 2 ופנה למשיב בבקשה לדעת מדוע לא הועברה התלונה לחקירת מח"ש, ומהו הליך ההשגה על החלטת המבת"ן שבנדון ומהם סדרי הדין הרלוונטיים? חשוב לציין שמכתב השגה זה לא זכה למענה עד היום, למרות שכבר ביום 28.4.11 התקבלה במשרד העותר 2 תשובת מנהלת לשכת המשיב לפיה: "עיינו בפנייתך והיא הועברה להתייחסות הגורמים הרלוונטיים במשרדנו."

- העתק מפניית העותר 2 למשיב מיום 13.3.11 מצורף ומסומן כנספח ע/8
- העתק מתשובת מנהלת לשכת המשיב מיום 11.4.11 שהתקבל במשרד העותר 2 ביום 28.4.11 מצורף ומסומן כנספח ע/9.

19. **לסיכום**: לא זו בלבד שהמשיב נמנע ממתן מענה ענייני לתלונת העותר כנגד חוקריו, אלא שהמשיב, ככל שידוע לעותרים, לא הורה על נקיטת צעדי חקירה (להבדיל מבדיקה פנימית) כלשהן בתלונתו במשך **קרוב לשנתיים וחצי מהגשת התלונה, ובכך פגע וממשיך לפגוע פגיעה ממשית ביכולתו של העותר למצות את הדין עם מי שפגעו בו.**

מדיניות המשיב בטיפול בתלונת העותר ותלונות דומות של נחקרי שב"כ - הימנעות מחקירה:

20. התנהלות המשיב בעניינו של העותר זהה להתנהלותו בכל אותן מאות התלונות שהוגשו אליו בעשור האחרון ודרשו כי יורה למחלקה לחקירת שוטרים לפתוח בחקירה פלילית כל אימת שעולה חשד למעורבותם של חוקרי שב"כ בעיניינים ו/או בהתעללות בנחקריהם, שרובם ככולם פלסטינים תושבי האזור ו/או רצועת עזה. מדיניות גורפת זו נחשפה בדו"ח שפרסם העותר 2, ביום 27.12.09 וכותרתו "**מתחת לכל ביקורת - העדר חקירה וענישה של עיניינים והתעללות בחקירת שב"כ**" (להלן: "הדו"ח") ביום 27/12/09. הדו"ח חושף מציאות בלתי-נסבלת לפיה, למעלה מ-600 תלונות שהוגשו מאז 2001 ועד ספטמבר 2009 נגד חוקרי שב"כ בחשד שעינו נחקרים, נגנזו בלי שנפתחה בהם חקירה פלילית. במקום חקירה פלילית, המשיב העביר את כל התלונות אל הממונה על המבט"ן בפרקליטות המדינה, אשר נהגה להפנות את התלונות ל"בדיקה" פנימית של מבקר תלונות נחקרים בשירות הביטחון הכללי שאינו אלא **עובד שב"כ** (להלן: "המבט"ן"). כן עולה מהדו"ח, כי בדיקותיו, דוחותיו, המלצותיו ותמיכת הממונים ב"בדיקותיו" של המבט"ן הביאו לכך שהמחלקה לחקירות שוטרים לא פתחה ולו בחקירה פלילית אחת, וכל התלונות נגנזו.

21. העותר 2 התריע בדו"ח, כי בהעדר חקירה וענישה של עיניינים והתעללות בחקירת שב"כ, אין בישראל מנגנון חקירה של תלונות על עיניינים ודאי לא מנגנון עצמאי ואפקטיבי. עובדה זו יוצרת בפועל חסינות מוחלטת לחוקרי שב"כ המבצעים עבירות פליליות חמורות. הדבר מהווה, הלכה למעשה, הסכמה, ואף עידוד, של מערכת אכיפת החוק לעיניינים ו/או התעללות המתרחשים בחדרי החקירות של שב"כ.

• עותק מהדו"ח הנ"ל מצ"ב לעתירה ומסומן כנספח ע/10, וקיים גם בקישור

http://www.stoptorture.org.il/files/Report_web_HEB.pd

22. ביום 17.11.10 התפרסמה באמצעי התקשורת ידיעה ולפיה יועבר המבט"ן למשרד המשפטים, ובכך, כנטען, תוגבר עצמאותו. על אף שנושא זה היה מהמרכזיים בפניות העותרים, לא טרחו המשיבים לעדכן את העותרים בשינוי זה. על כן ביום 21.12.10 שלחו העותר 2 למשיב מכתב נוסף, המבקש לעמוד על טיבו של השינוי. עד לכתובת שורות אלה לא התקבל מענה ענייני לפניה, למרות בקשת חופש מידע שהוגשה באפריל 2011, ומשלא נענתה הבקשה הוגשה ביום 6.9.11 עתירה מנהלית בנושא. (עת"מ 9289-09-11 הוועד

הציבורי נגד עינויים בישראל נ' הממונה על חופש המידע, משרד המשפטים (הליך תלוי ועומד).

23. יתרה מכך, ובהמשך לדו"ח שפרסם העותר 2 (נספח ע/10) פנה העותר 2 ביום 10.3.10 למשיב בעניין החובה לנהל חקירה פלילית בתלונות המעלות חשד לעינויים או התעללות בידי חוקרי שב"כ. משלא התקבל מענה ענייני לפנייה זו, הוגשה ביום 15.2.2011 ע"י העותר 2, 10 עותרים פרטניים וארגוני זכויות אדם ישראלים עתירה לבג"צ הדורשת שינוי מדיניות זו (בג"צ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' היועמ"ש, קבוע לדיון ליום 16.1.2012), ואשר הוצגו בבקשתנו לאיחוד דיון המצורפת לעתירה זו.

- העתק מפניית העותר 2 מיום 10.3.10, מצ"ב לעתירה ומסומן כנספח ע/11

הטיעונים המשפטיים

א. מקור החובה לפתיחה בחקירה פלילית:

24. 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."

ב. חובת המשיב להורות על חקירה פלילית בתלונות המוגשות נגד חוקרי שב"כ:

25. המסכת העובדתית כפי שפורטה לעיל מקימה חשד כבד לביצוע פשעים חמורים נגד חסר ישע, המיוחסים לאנשי אכיפת חוק - חוקרי שב"כ ואחרים מטעמם. עקב דיון ציבורי שהתפתח לאורך שנים בשאלת העדרם 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, ולאז דווקא במהלך חקירה או בקשר אליה. זוהי לשון סעיף 1049.1(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."

26. לא למותר לציין כי בשנת 2005, האציל המשיב את סמכותו להורות על פתיחת חקירה פלילית בידי מח"ש, על-פי סעיף 1ט49(א) לפקודה, אל פרקליט המדינה וזאת מכוח רשות שהוקנתה לו בחוק. בשנת 2009, הרחיב המשיב את אצילת סמכותו גם למשנים לפרקליט. אצילת סמכויות זו פורסמה ביי"פ מס' 6013 מיום 29/10/09, עמ' 264. העותרים יקדימו ויטענו, כי עצם אצילת הסמכות מהמשיב אל פרקליט המדינה ולמשנים לו, אינה משחררת את המשיב מסמכותו זו וכי רשאי הוא להשתמש בה בכל עת ולהנחות את הפרקליט והמשנים כיצד להפעילה ואף לבטל האצלה זו. למעלה מן הצורך, יטענו העותרים כי הפרקטיקה של העברת כל התלוונות נגד חוקרי שב"כ לטיפולו של הממונה על המבט"ן בפרקליטות המדינה פסולה. זאת, כיוון שמוטלת בספק סמכותו של הממונה על המבט"ן, שאינו נמנה עם בעלי תפקידים אלו, להכריע את גורלן של התלוונות.

ראו:

רענן הר זהב, המשפט המנהלי הישראלי (תל אביב: שנהב, תשנ"ז), עמ' 71
יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (ירושלים: תשנ"ו), כרך ב', עמ' 551

ג. מהות החובה המוטלת על המשיב להורות על חקירת חוקרי שב"ב:

27. כמתחייב מהוראות סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי לעיל, בעבירות מסוג פשע, מוטלת על המשטרה חובה לפתוח בחקירה פלילית ללא כל שיקול דעת. מקל וחומר, חובתו של המשיב להורות למח"ש לפתוח בחקירה פלילית נגד חוקרי שב"כ החשודים בביצוע פשע כלפי עציר הנתון למשמורתם, במיוחד כאשר מדובר בחשד לעינויים ו/או יחס משפיל ו/או בהתעללות כלפי עצור, חסר ישע.

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

"אני רוצה להבהיר כאן דבר אחד שהוועדה התחייבה שלא לקבוע אותו בחוק, אלא להבהיר אותו באופן מפורש, צלול וברור כאן במלאה. מה קורה במקרה שבו הוגש 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 ייווצר 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 לחקירת שוטרים, יחולו הוראות סדר הדין ותיערך חקירה משטרתית כמקובל. צריך גם להבהיר, שהמשרה 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

ד. תכלית החוק מחייבת עריכת חקירה עצמאית וחיצונית:

29. גם התכלית החקיקתית שעמדה מאחורי תיקון הפקודה מס' 12, כאמור לעיל, 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 גל לגבי שרות 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, עמ' 7249

30. 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 שב"כ במהלך חקירה שערכו או בקשר אליה.

ה. תלונות העותר מבססות חשדות כבדים ותשתית ראייתית מספקת לפתיחה בחקירה:

31. מהתלונה שהגיש העותר למשיב, כפי שפורט לעיל, עולים תיאורים למעשים רבים
המבססים חשדות כבדים, ממשיים וסבירים לביצוען של עבירות פליליות על ידי חוקרי
השב"כ. התלונות נסמכות על עדות אמינה, "טרייה" ונתמכת בתצהיריו של העותר
המתארים בעקביות את האופן והנסיבות בהם השתמשו חוקרי השב"כ בשיטות חקירה
פסולות כלפיו.

32. החשדות הכבדים והתשתית הראייתית הלכאורית, כפי שבאה לידי ביטוי בתלונתו של
העותר, מקימים חובה לחקור בגין ביצוען של מספר עבירות לכאורה על חוק העונשין-
1977, (להלן: "חוק העונשין") בוודאי ובוודאי עבירות משמעותיות, כדלקמן:

א. מהתלונה עולה, כי העותר הוחזק בתנאי כליאה מחפירים, שלא מתאימים
להחזקת בני אנוש, הן בתוך המחפורות ברצועת עזה והן לאחר מכן **במחנה צבאי
ובכלא שקמה**, כשהוא מבודד כמעט כליל מהעולם החיצון, ותלוי לחלוטין
בחוקריו. כמו כן, יש לציין שהחוקרים איימו לפגוע באמו של העותר. האפקט
המצטבר של החזקתו בחקירה בנסיבות אלה מבסס עוד יותר את החשד הכבד
לביצוע עבירות פליליות על ידי חוקרי השב"כ.

ב. התנהגות חוקרי השב"כ, כמתואר בחלק העובדתי לעתירה זו, מבססת קיומו של
חשד סביר וממשי לביצוע עבירות פליליות, כלהלן: עבירה על סעיף 277 לחוק
(**לחץ על ידי עובד ציבור**); עבירה על סעיף 382 לחוק (**תקיפה בנסיבות
מחמירות**); עבירה על סעיף 322 לחוק (**אחריות לחסר ישע**); עבירה על סעיף 427
לחוק (**סחיטה בכוח**); עבירה על סעיף 1280(1) לחוק (**שימוש לרעה בכוח**

המשרה); עבירות על סעיפים 284-285 לחוק **(הפרת אימונים והפרת חובה חקוקה)**. נציין כי רשימה זו אינה רשימה זו איננה רשימה סגורה או ממצה.

ג. התלונה מבססת חשד כבר למעשים אלימים כלפי גופו ונפשו של העותר דבר שנפסל בפסק דין שניתן פה אחד על ידי בית משפט נכבד זה בבג"צ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח'**, (נג4), עמ' 817 (1999) (להלן: "בג"צ העינויים"). שם נקבע, כי אסור להשתמש באלימות במהלך החקירה וכי זה גורר אחריות פלילית ומשמעתית. מעשים אלה מנוגדים הן למשפט החוקתי של מדינת ישראל והן לעקרונות היסוד שמדינת ישראל מחויבת להם מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם, ובכלל זה אמנת ג'נבה הרביעית, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה נגד עינויים.

ד. תלונת העותר באשר לתנאי החזקתו ולהתנהלות חוקרי השב"כ במהלך חקירתו נתמכת אף בהתנהלות השיטתית כלפי נחקרי שב"כ דוגמתו, הן בכלל והן ספציפית מקרב אלה שנעצרו במהלך "עופרת יצוקה", (ראו למשל עניינו של העותר 13 בבג"צ 1265/11). עדותו של העותר נתמכת בעדויות החוזרות והנשנות של נחקרים שונים המתארים שימוש שיטתי באיזוק מכאיב, החזקתם בתאים מצחינים ותנאים מחפירים מיום המעצר ועד לסיום החקירה, חקירה תוך מניעת שינה, הפעלת אלימות נפשית ולעיתים פיזית, איומים וקללות, הימנעות מאספקת מזון הולם, הגבלת גישה לשירותים ו/או למקלחת, ועוד...

ז. הימנעות מחקירה גוררת פגיעה בשוויון בפני החוק:

33. השמירה על שלטון החוק ועל העיקרון שכל אדם ישא באחריות על מעשים פליליים שביצע, הינו אינטרס ציבורי מובהק. לציבור יש עניין רב לא רק באכיפת החוק והעמדת עבריינים לדין אלא גם באכיפה שוויונית, כי אחרת ייפגע האמון בינו לבין מערכת אכיפת החוק.

34. ברי, כי בהתאם לתיקון בפקודת המשטרה, על אף המטרה החיובית להביא לקידומה של חקירה משמעותית ורצינית בעבירות שחוקרי שב"כ חשודים בביצוען בפועל נוצר הסדר נפרד ושונה לחוקרי השב"כ. הסדר שונה זה הוא הסדר מפלה ביחס לשוטרים שיצר מסננת נוספת במקרה של חשד שחוקר שב"כ ביצע פשע. בעוד תלונה על עבירה ששוטר חשוד בביצועה מוגשת ישירות למח"ש, תלונה על עבירה שחוקר שב"כ חשוד בביצועה מוגשת למשיב, ורק אם יחליט תועבר לחקירת מח"ש

35. לא זו בלבד שעובדת היותם של החשודים בביצוע העבירות, אנשי מרות ומי שאחראים על אכיפת חוק, אין בה כדי למנוע פתיחת חקירה פלילית נגדם, אלא שההפך הוא הנכון, לאור החומרה במעשים המיוחסים להם ולאור מעמדם החובה לחקור מקבלת משנה תוקף. על היחס בין חומרת העבירה לבין מעמדו של האדם המיוחס לו חשד לביצוע עבירה פלילית, עמד כב' השופט שמגר בע"פ 234/77 **אשר ידלין נ' מדינת ישראל**, לב(1) 31, עמ' 38.

36. נהפוך הוא, בחקירתם של ממלאי תפקיד ציבורי בכלל, וחוקרי משטרה בפרט, מוטלת אחריות להימנע מגניזת תלונות שעשוי להיות בהן ממש. **בפרשת נימרודי**, עמדה על כך כב' השופטת א. פרוקצ'יה בפסקה 20:

"פתיחה של חקירה פלילית או משמעתית כנגד ממלא תפקיד ציבורי וכנגד איש חקירות במשטרה בכלל זה, היא צעד רב משמעות ורב השלכות ביחס למערכת התפקודית עליה הוא נמנה וגביו באופן אישי. לחקירה כזו השלכה על מימדו בתפקיד והן בחייו ברשות הפרט. השלכות ניהולה של חקירה כאמור על המערכת הציבורית ועל היחיד מחייבות זהירות רבה [...] בצד הזהירות המתחייבת בהחלטה על פתיחת חקירה, **מוטלת אחריות להימנע מגניזת תלונות שעשוי להיות בהם ממש, מקום שהן משקפות סטייה של איש משטרה מנורמות התנהגות המתחייבות במסגרת מילוי תפקידו.**"

ח. בדיקת המבת"ן לא מהווה חקירה פלילית ותוצאתה לא מייצרת את העתירה:

37. הבדיקה שנעשתה על ידי המבת"ן, שעל בסיסה גנזה הממונה עליו את תלונות העותר, לא מהווה חקירה פלילית ואינה מספקת את הסעד שנדרש בעתירה. המבת"ן הינו עובד שב"כ, בדיקותיו לוטות בערפל וחוסות באפלה. אין לעותר גישה אל חומר החקירה, ובכלל זה אף לא לתיעוד העדות שלכאורה נגבתה מפיו, מקל וחומר שאין לו גישה לעדויות של החשודים, ככל שאלה נחקרו. משכך, אף אין לעותר דרך אפקטיבית לערוך נגד ממצאי הבדיקה הפנימית. הימנעות המשיב מהפעלת סמכותו להורות על פתיחה בחקירה פלילית עצמאית והוגנת בתלונות העותר היא שעמדה בבסיס עתירה זו מיום הגשתה. על כן, אין בעצם קבלת התשובה הצפויה מראש של הממונה על המבת"ן הגוננת את התלונה כדי לתת מענה כלשהו לעתירה. רק חקירה פלילית עצמאית, בלתי תלויה, הוגנת ומיידית תיתן מענה ראוי לעתירה.

38. לכך יש להוסיף כי החלטת הממונה על המבת"ן לגנוז את תלונתו של העותר ולא לפתוח בחקירה פלילית בהתבסס על בדיקה פנימית וחסויה של עובד שב"כ, שלכאורה גילתה סתירות בגרסאות המתלונן, הינה החלטה לא מוצדקת; בלתי סבירה; נתקבלה על סמך הליך לא תקין; על בסיס בדיקה שטחית ולא מעמיקה; שלא נערכה בידי גוף חוקר ועצמאי אלא על ידי מבקר פנימי שאסף נתונים מתוך החקירה ותו לא.

ט. הימנעות מחקירה פוגעת בזכות הבסיסית לחופש מפני עינויים ו/או התעללות:

39. חובת המשיב להורות על פתיחת חקירה פלילית מקבלת משנה תוקף, לאור האופי החמור של התנהגות חוקרי השב"כ, המעלה חשד כבד לשימוש בעינויים ו/או בהתעללות כלפי עצור חסר ישע ולאור הנסיבות המיוחדות האופפות התנהגות זו. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה, בבג"צ 1689/02 **יעקב נימרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה נז** (49(6) 2003), עמ' 52, פסקה 3 (להלן: "פרשת נימרודי"):

”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, אופי העבירה המיוחסת לו,
ובדיקת על פני הדברים התשתית העובדתית הנטענת.”

40. לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הלכה מושרשת היא, כי הזכות לכבוד
אינה נשללת מאדם כאשר חירותו נלקחת ממנו, וכי חומות הכלא אינן מפרידות בין
העצור לבין כבוד האדם, שכן אף אם החופש נשלל מהעצור, צלם האדם לא נלקח ממנו”
(ראו: בג”צ 355/79 קטלן נ’ שרות בתי הסוהר פד”י לד(3) 284 (1980), בג”צ העינויים
(עמ’ 1836-עמ’ 840).

41. פגיעה גופנית ונפשית בנחקרים עומדת בניגוד מוחלט להוראות סעיף 2 לחוק יסוד כבוד
האדם וחירותו:

”אין פוגעים בחייו, גופו או כבודו של אדם באשר הוא אדם.”

42. על חומרת השימוש בעינויים ו/או ביחס אכזרי ובלתי אנושי בחקירה, ניתן ללמוד
מפסיקתו התקדימית של בית משפט נכבד זה בבג”צ העינויים, בו הובהר, חד משמעית
ובפה אחד, כי עינויים ו/או התעללות ו/או יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי כלפי עצורים
אסורים באיסור מוחלט משפטית ואינם מקובלים חברתית. כן נקבע בנוסף, כי שימוש
באלימות בחקירה עשוי להטיל על החוקר אחריות פלילית ומשמעית (שם, עמ’ 836).

43. לפני שנתיים, שב בית המשפט הנכבד והדגיש את מוחלטות האיסור על עינויים ו/או יחס
אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל כלפי עצור ובמיוחד את החובה המוחלטת לשמור על
כבוד העצור בחקירה, בבג”צ 7195/08 אשרף אבו רחמה נ’ תא”ל אביחי מנדלבליט,
הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם) שניתן ביום 1/7/09 (להלן: “פרשת אבו רחמה”)
מפי כבוד כב’ השופטת פרוקצ’יה:

”... במסגרת חקירה נאסר על הפעלת עינויים, נאסר על יחס
אכזרי ומשפיל כלפי עצור, והשמירה על כבוד האדם היא קו
מנחה בהתנהלות חקירה מכל סוג שהוא. האיסור על מעשי
אלימות פיסיים או נפשיים הוא מוחלט.”

44. האיסור נגד עינויים ונגד יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל הינו אחד מאותם עקרונות
משפטיים נדירים, אשר זכו למעמד של משפט מנהגי, המחייב כל מדינה בעולם. איסור
העינויים והיחס הבלתי-אנושי או המשפיל נכלל בגרעין הקשה של זכויות האדם מהן לא
ניתן לגרוע בנסיבות כלשהן; זאת למשל לצד איסור העבדות, כדברי המלומד J. Oraa,
Human Rights in States of Emergency in International Law (Oxford:
Clarendon) (בעמ’ 95) (1992):

“These rights are so fundamental that they are considered to
be not only customary international law but also norms of *ius
cogens*.”

לעניין מעמדם המנהגי של איסורים אלה ראו גם :

- Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, U.N. G.A. Res. 62/148, prmb. (18 Dec. 2007), U.N. Doc. A/RES/62/148 (4 Mar. 2008).
- Nowak Manfred & McArthur Elizabeth, **The United Nations Convention Against Torture - A Commentary**, Oxford University Press, pp. 117-118 (2008).
- Garcia Michael J., "U.N. Convention Against Torture (CAT): Overview and Application to Interrogation Techniques" **Congressional Research Service**, p. 1 (2009).

45. האיסור נגד עינויים ונגד יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל מעוגן באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, שנכנסה לתוקף בשנת 1976 ואושרה בידי ישראל בשנת 1991, מעגנת את האיסור המנהגי המוחלט להעמיד אדם בפני עינויים או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים. האמנה קובעת כי לא ניתן לגרוע מאיסור זה, אף לא בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה (שילוב של סעיפים 7 ו-4 (2) לאמנה). סעיף 10 לאמנה הנ"ל מדגיש ביתר שאת את חובת המשיב לנהוג בנחקרים ברוח אנושית ותוך התחשבות בכבודם בשל שלילת חירותם.

46. כעשור מאוחר יותר, בשנת 1987, נכנסה לתוקף האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (להלן: "האמנה נגד עינויים"), אשר במסגרתה הסכימו אומות העולם, וישראל בכללן, לעגן בכללים את מימוש האיסור המוחלט והמנהגי נגד עינויים ונגד כל יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל. האמנה נגד עינויים באה לחזק את ההגנות הקיימות במשפט הבינלאומי המנהגי.

47. סעיף 1 לאמנה נגד עינויים מגדיר עינויים כ:

"מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטאלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להעניש על מעשה שביצעו, או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם 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 הממלא תפקיד רשמי, או בשידולו. אין הוא כולל כאב או סבל הנובעים מעיצומים על פי לך, טבועים בהם או נלווים אליהם."

48. שימוש חוקרי השב"כ באלימות כלפי העותר, כמתואר בתלונה, גרם בוודאות לעותר לכאב וסבל, נפשי ופיזי, חמורים. כאב זה נגרם בידי, בהנחיית או בהסכמת עובד ציבור, לרבות הסכמה בשתיקה במטרה להשיג הודאה ו/או מידע. האלימות בה נהגו חוקרי השב"כ כלפי הנחקר מהווה עינויים ולכל הפחות יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל כלפיו. יחס מעין זה אסור באופן מוחלט ומהווה עבירה ברת עונשין במשפט הבינלאומי

המנהגי וההסכמי, בין אם מדובר במשפט הבינלאומי ההומניטארי או במשפט זכויות האדם שמדינת ישראל מחויבת בהם, ומשקף נורמות מוסר רצויות.

49. יוצא, אפוא, כי מדיניות המשיב החוסמת הלכה למעשה פתיחה בחקירה פלילית נגד חוקרי שב"כ החשודים במעורבות בעינויים ו/או ביחס בלתי אנושי ו/או משפיל כלפי נחקרי שב"כ ככלל, והעותר בפרט, גוררת פגיעה קשה בזכותו הבסיסית של העותר להגנה מפני עינויים ו/או התעללות ובזכותו החוקתית לשלמות גופנית, נפשית ולכבוד וכן, הפרה בוטה של החובה לחקור בשל התרחשותה של פגיעה כזו.

י. הפרת החובה לחקור במשפט הבינלאומי:

50. החובה לחקור כל אימת שעולה חשד לביצוע מעשה עינוי ו/או התעללות כלפי נחקר מתבקשת בשל התחייבותה הבינלאומית של מדינת ישראל באמנה נגד עינויים. סעיף 4 לאמנה קובע:

"מדינה חברה תבטיח כי עינויים מהווים עבירות על פי הדינים הפליליים".

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

52. 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 בבורונדו:

"על המדינה החברה לשקול יצירת חריג לשיטה הנוכחית, שעל פיה יש שיקול לדעת לגבי העמדה לדין, כך שיעלה בקנה אחד עם לשונו ורוחו של סעיף 12 לאמנה, ולהסיר כך 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)

53. 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 19 ב:

- Concluding observations of the Committee against Torture: Israel, UN Doc. CAT/C/ISR/CO/4, 15.5.2009, para, 19.

54. 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."

55. הימנעות מפתיחה בחקירה פלילית וכמדיניות גורפת של המשיב, וספציפית במקריהם של עותרים מספר 7-16, מהווה הפרה של החובה לחקור כמתחייב מהוראות **האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות**. ועדת זכויות האדם, הגוף המוסמך לפקח על ביצוע האמנה, הפצירה באופן עקבי במדינות החברות לנקוט בחקירה **פלילית** במקרים של הפרות חמורות של זכויות אדם לרבות הבאת המעורבים לדין.

- *Umetaliev et al. v. Kyrgyzstan*, communication No.1275/2004, views of 30 October 2008, para. 9.2
- *Amirov v. Russian Federation*, communication No. 1447/2006, views of 2 April 2009, paras. 11.2–11.4.

56. הוועדה קבעה, כי הימנעות מניהול חקירות בגין הפרות זכויות אדם ואי-העמדה לדין של חשודים בהפרות כאלה, במיוחד כשהמדובר בהפרות כגון עינויים והתעללות, מהוות כשלעצמן הפרות של הוראות האמנה.

- ICCPR, General Comment No. 31 (2004) on the nature of the legal obligation on States parties to the Covenant, para. 15, 18.

57. ועדת זכויות האדם הדגישה, כי החובה היא לפתוח בחקירה פלילית דווקא, וביקרה את השימוש בחקירות אחרות שאינן נושאות אופי פלילי. קביעה זו באה בהתייחסות הוועדה להימנעות רשויות התביעה השוודיות מעריכת חקירה פלילית ביחס לחשדות ברורים של עינויים/ התעללות כלפי מבקש מקלט מצרי בעקבות מסירתו ללא הליכים מסודרים לידי גורמים אמריקאיים שהעבירוהו למצרים. חשדות אלה שאוששו בחקירה מצומצמת, בעלת אופי מינהלי גרידא, שנערכה של ידי האומבודסמן הפרלמנטארי. חקירה זו סיכלה אפשרות קיומה של חקירה פלילית כדין:

"While the thoroughness of the investigation for that purpose is not in doubt, the systemic effect was to seriously prejudice the likelihood of undertaking

effective criminal investigations at both command and operational levels of the Security Police. In the Committee's view, the State party is under an obligation **to ensure that its investigative apparatus is organized in a manner which preserves the capacity to investigate, as far as possible, the criminal responsibility of all relevant officials, domestic and foreign, for conduct in breach of article 7 committed within its jurisdiction and to bring the appropriate charges in consequence.** The State party's **failure** to so ensure in this case **amounts** to a **violation** of the State party's obligations under **article 7**, read in conjunction with **article 2** of the Covenant"

(ההדגשה אינה במקור, ס.ס.א.ו.א.ב.)

- Human Rights Committee *Mohammed Alzery v. Sweden*, UN Doc. CCPR/C/88/D/1416/2005, (HRC), Views of 10 November 2006, para 11.7

58. כללי המשפט הבין-לאומי ההומניטארי, שהם הדין הבין-לאומי המסדיר את היחס לפלסטינים הנתונים תחת כיבוש, ובכללם לעצורים ונחקרים, מעגנים את ההגנה מפני עינויים ומפני כל יחס של השפלה והתעללות. תחולת המשפט הבינלאומי ההומניטארי בשטחים הכבושים הוכרה זה מכבר בפסיקות חוזרות ונשנות של בית משפט נכבד זה

ראו:

- בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'** פ"ד נט(2), 481, עמ' 559 (2005).
- בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון**, פ"ד נז(2), 349, עמ' 365-366 (2003).
- בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד לז(4), 785, עמ' 792-794 (1983).

59. לא זו בלבד שעינויים ו/או יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל אסורים באיסור מוחלט בסעיפים 27, 31, 32 לאמנת ג'ניבה הרביעית, אלא הפעלת עינויים או יחס בלתי אנושי מסווגת כאחת ההפרות החמורות של אמנה זו, ומוגדרות בסעיפים 146-149 לאמנה כפשעי מלחמה. הוראות האמנה מטילות אחריות פלילית אישית הן על המבצע והן על נותן הפקודה, ומביאות בסופו של יום להטלת סמכות שיפוט אוניברסאלית. גם ערכאת הערעור של בית הדין הבינלאומי המיוחד לבחינת הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר קבעה כי האיסורים הכלולים בסעיף 3 המשותף, והחלים גם בעימות מזוין, הם דין מחייב ומהווים חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. כן קבע בית הדין כי איסורים אלה מטילים אחריות פלילית אינדיבידואלית מכוח משפט העמים המנהגי.

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

60. מדינת ישראל, מחויבת גם על פי הסעיפים 146-147 לאמנה ג'ניבה הרביעית, לחפש את האנשים שביצעו את ההפרות ולהעמידם לדין.

סיכום

61. על המשיב מוטלת החובה להפעיל את סמכותו לפי סעיף 1ט49.א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 ולהורות למחלקה לחקירת שוטרים לקיים, לאלתר, חקירה פלילית נגד חוקרי השב"כ, וכל חוקר אחר שאיננו חייל, המעורבים בחקירתו של העותר, בדבר חשדות כבדים לשימוש בעינויים ו/או בהתעללות ו/או יחס אכזרי ו/או משפיל כלפיו, לרבות עבירות לכאורה על חוק העונשין, תשל"ז-1977.

62. כן מחויב המשיב להורות על קיום חקירה פלילית בין בידי מח"ש ובין בידי המשטרה בכל מקרה, שבו הובא לידיעתו דבר שימוש בעינויים ו/או ביחס אכזרי ולא אנושי כלפי נחקר על ידי חוקרי השב"כ וזאת בתוך פרק זמן סביר מיום הגשת התלונה.

63. כך עולה ומתחייב ממהות הסמכות שהוקנתה למשיב כדין; ממשמעות ומהיקף החובה המוטלת על המשיב לאכיפת החוק; מחומרת העבירות לכאורה המיוחסות לחוקרי השב"כ; מעניינו הרב של הציבור להגיע לחקר האמת, ליישום עקרון שלטון החוק וטוהר החקירה; מהפגיעה החמורה בזכות החוקתית לשלמות גופנית, לכבוד ובזכות להגנה מפני עינויים ו/או התעללות ו/או יחס אכזרי ו/או משפיל כלפי נחקרים, הן על-פי המשפט הישראלי והן על-פי המשפט הבינלאומי.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תשובה המשיבים להפכו למוחלט.

14.9.11

באנה שגרי-בדארנה, עו"ד
ב"כ העותרים