

בעניין:

1. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
3. יש דין
4. המוקד להגנת הפרט
5. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
6. רופאים לזכויות אדם – ישראל
7. -----
8. -----
9. -----
10. -----
11. -----
12. -----
13. -----
14. -----
15. -----
16. -----

ע"י ב"כ עוה"ד סמאח אלחיטיב-איוב ו/או
אירית בלאס ו/או באנה שגרי-בדארנה
ו/או נביל דכואר ו/או תחריר עתאמלה-
מהנא ו/או מייסא אירשיד
מהוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
ת"ד 4634, ירושלים 91046
טל': 02 6429825 ; פקס': 02 6432847

העותרים

נ ג ד

היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות פרקליטות המדינה
מר' סלאח א-דין 29, ירושלים
טל: 02 6466590, פקס: 02 6466655

המשיב

עתירה למתן צו-על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי, המכוון אל המשיב, והמורה לו לבוא וליתן טעם כדלקמן:

- א. מדוע לא יורה המשיב על פתיחה בחקירה פלילית ביחס לתלונותיהם של העותרים מס' 16-7.
- ב. מדוע לא יורה המשיב על פתיחה בחקירה פלילית בכל מקרה בו מוגשת ללשכתו תלונה על שימוש בעינויים ו/או בהתעללות בנחקרים על ידי אנשי שירות הביטחון הכללי, וזאת בין ע"י הפעלת סמכותו מכוח סעיף 1049.1(א) לפקודת המשטרה (נוסח חדש), תשל"א-1971 ובין אם

ע"י העברת התלונה למשטרת ישראל, בכפוף לאמות המידה הקבועות בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

מבוא

1. עתירה זו עוסקת **בהימנעות המוחלטת** של היועץ המשפטי לממשלה מלהורות על פתיחה בחקירות פליליות נגד חוקרי שב"כ, החשודים בעינויים ו/או יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל (להלן: "**התעללות**") של נחקרים. מנגנון בדיקת התלונות אותו יזם המשיב, ועליו הוא מופקד, הביא לסגירתן הגורפת של **מאות תלונות**, ללא חקירה פלילית, כתב אישום או העמדה לדין. התנהלותו של המשיב ואופן בירורו את התלונות, והחסינות המוחלטת שהוא מעניק לחוקרי השב"כ מחקירה פלילית ומהעמדה לדין, הם המאפשרים, יחד עם שורה של אמצעים משפטיים נוספים, את העדר הפיקוח המוחלט על הנעשה בחדרי החקירות של השב"כ, ומייצרים הגנה משפטית ללא כל סיג לחוקרי שב"כ.
2. למעלה מ- 650 תלונות על עינויים או התעללות הגיעו למשיב בעשור האחרון, ואף **אחת מהן לא הובילה לחקירה פלילית**. מרביתן המוחלטת של התלונות נדחו על-ידי המשיב מבלי שנקטו צעדים חקירתיים או פליליים כלשהם. נתון זה מצביע יותר מכל על מחדליו של מנגנון בירור התלונות שמקיים המשיב, והוא מתיישב היטב עם העובדה המצערת, שתלונות אלו, כולן כאחת, מועברות באופן אוטומטי וגורף לבדיקה של **המבט"ן**, (ממונה על בדיקת תלונות נחקרים בשב"כ) גורם שזהותו לוטה בערפל ועצמאותו נתונה בספק, ואשר המלצתו היא אחת ואין בלתה: סגירת התלונה ללא פתיחה בחקירה, והיא מאומצת על ידי הממונה עליו במשרד המשפטים ללא עוררין.
3. העותרים יטענו כי ההסדר הקיים, המביא לסגירתן הגורפת של מאות תלונות, מנוגד ללשון החוק ולהוראות הדין, הינו פגום מיסודו, ויש בו כדי לערער תפיסות צדק בסיסיות. ההסדר הקיים נעשה בהעדר סמכות; פוגע בזכויות יסוד; מביא לחוסר סבירות קיצוני ואף מנוגד לדין הבינלאומי ולהתחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל. יש להורות על ביטול הסדר זה, ולקבוע כי תלונות על עינויים והתעללות ייחקרו במסגרת חקירה פלילית עצמאית, נטולת פניות, אפקטיבית ויסודית.
4. כן יטענו העותרים כי אין בשינוי שעליו נמסר באמצעי התקשורת בסוף השנה שעברה, ובתשובת המדינה לעתירת עותר מספר 4 (ראו תשובת המדינה בבג"צ 6138/10 **המוקד להגנת הפרט נגד היועץ המשפטי לממשלה**, סעיף 10), ואשר לפיו נותק הקשר המוסדי בין המבט"ן והשב"כ, כדי לגרוע מחיוניותה ונחיצותה של עתירה זו, שכן אין השינוי דלעיל נותן מענה לסעד המבוקש בעתירה, עריכתה של חקירה פלילית בידי גוף חוקר.

ואלה נימוקי העתירה:

הצדדים לעתירה:

5. העותרת מס' 1, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, הינה עמותה העוסקת, בעיקר במאבק ציבורי ומשפטי נגד עינויים והתעללות ובהגנה על זכויותיהם של עצורים ונחקרים. עותרת זו שמה לעצמה למטרה להיאבק בשימוש באמצעי חקירה הגורמים כאב, סבל ואו השפלה לנחקרים.
6. העותרת מס' 2, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא עמותה הפועלת להגנת זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים.
7. העותר מס' 3, ארגון "יש דין", הינו ארגון זכויות אדם בישראל, אשר פועל למען חיזוק וביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית ומעניק סיוע משפטי לאזרחים מוגנים שנפגעו בין היתר מעבירות של אנשי כוחות הביטחון הישראליים כלפיהם.
8. העותר מס' 4, המוקד להגנת הפרט, הוא ארגון זכויות אדם בישראל. בין שאר פעולותיו, הוא מייצג מספר רב של אסירים ואסירים לשעבר, המתלוננים על היחס אותו קיבלו מרשויות הביטחון של ישראל לרבות מחוקרי שב"כ, כאשר היו במשמורתם.
9. העותר מס' 5, עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, הנו מרכז משפטי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל וזכויות המיעוט הערבי בישראל בפרט.
10. העותרת מס' 6, רופאים לזכויות אדם- ישראל, הינה עמותה הפועלת למען זכויות אדם בכלל והזכות לבריאות בפרט, בישראל ובשטחים הכבושים.
11. העותרים 7-16 כולם פלסטינים תושבי השטחים הכבושים, הגישו באמצעות עותרת מספר 1 תלונות למשיב בנוגע לעינויים או התעללות שעברו בחקירתם, ותלונתם נגזה בידי הממונה על המבת"ן במשרד המשיב.
12. המשיב הינו אחראי על מערכת אכיפת החוק הפלילי. בין היתר מוסמך המשיב, לפי סעיף 1049.1(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש] תשל"א 1971, להורות כי מח"ש תבוא תחת משטרת ישראל, בכל הנוגע לפתיחה בחקירה פלילית כנגד חוקרי השב"כ בדבר חשד לביצוע עבירה במסגרת מילוי תפקידם.

המסכת העובדתית

חובת המשיב להעביר את התלונות לטיפול מח"ש או המשטרה

13. בחלק זה נתאר את ההסדר החוקי הקיים. העותרים יטענו כי בהתאם להוראות הדין הקיים, מוטלת חובה על מערכת אכיפת החוק לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה בו נודע לה על עבירת עינויים או התעללות מצד אנשי מרות במהלך חקירה וכי המשיב אינו אינו רשאי להורות על גניזה גורפת של תלונות על עינויים והתעללות המגיעות לפתחו, ללא קיומה של חקירה פלילית כדין.

14. ככלל, כאשר אדם מבקש להלין על עבירה פלילית שבוצעה כלפיו, עליו להגיש תלונה למשטרת ישראל. הוגשה תלונה על חשד לביצוע פשע, חייבת המשטרה לפתוח בחקירה. הסדר זה מעוגן בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הקובע:

"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 אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה."
[ההדגשות שלנו, ס.א.א.ו.ב.]

15. מבלי לגרוע מהחובה לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה בו נודע למשטרה על ביצוע פשע, כשמדובר בתלונה על עבירה שהחשודים בביצועה הם חוקרי שב"כ, קבע המחוקק הסדר ספציפי, על-פיו ההכרעה ביחס **למיהות הגוף החוקר את העבירה**, מסורה למשיב. הסדר זה מעוגן בסעיף 1049 לפקודת המשטרה, הקובע כדלהלן:

"(א) עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בביצועה במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו, תחקור בה המחלקה [לחקירות שוטרים – **הוספה שלנו, ס.א.א.ו.ב.**], אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה"

16. משמעות סעיף זה, כפי שיפורט להלן, הינה כי על המשיב להכריע האם תלונה על עינויים והתעללות תיחקר על-ידי **המשטרה** או שמא על-ידי **המחלקה לחקירות שוטרים** שבמשרד המשפטים. הסעיף הוא תוצר של שני תיקונים, תיקון מס' 12 ותיקון מס' 18 לפקודת המשטרה, שנחקקו בשנים 1994 ו-2004 בהתאמה. התיקונים עניינם הוספה על סמכויות מח"ש גם סמכויות לחקור עבירות שביצעו עובדי שב"כ. בתיקון הראשון קיבלה מח"ש את הסמכות לחקור עבירות שעובדי שב"כ חשודים בביצוען במהלך חקירה שערכו או בקשר אליה, או בקשר למי שהיה מעוכב או נתון במעצר לצרכי 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.

17. מאחורי תיקונים אלו עומד רצונו של המחוקק להגדיל את הפיקוח על פעולות השב"כ, ומכאן התיקון הראשון העוסק בהרחבת סמכויות מח"ש כגוף חיצוני, והתיקון השני המרחיב את סוג העבירות אותן מוסמכת מח"ש לחקור.

18. ודוק – הסעיף הנ"ל אינו גורע מהחובה לפתוח בחקירה פלילית כל אימת שנודע על ביצוע פשע. כל מהלכו של הסעיף הינו לאפשר למשיב להורות כי החקירה הפלילית תבוצע על-ידי מח"ש, חלף ביצועה על-ידי משטרת ישראל.

19. **פרשנות ההולמת את לשון החוק ותכליתו, הינה, אם כן, העברת כלל התלונות על ידי המשיב לחקירה פלילית במח"ש או במשטרה.** כל פרשנות אחרת מרעה את המצב שהיה קיים קודם לכן, טרם התיקונים, בו ניתנה אפשרות למתלונן לפנות למשטרה על מנת שזו תפתח בחקירה פלילית.

20. על תכלית זו ניתן ללמוד, בין היתר, ממטרת המחוקק כפי שהיא משתקפת גם בדיונים שליוו את חקיקת החוק. חובתו של היועץ המשפטי לממשלה להורות על פתיחה בחקירה פלילית בידי גוף כלשהו, יהא זה מח"ש או המשטרה בהתאם להחלטתו, הובהרה במפורש על ידי יו"ר ועדת חוקה דאז, ח"כ לשעבר דדי צוקר, בדיון בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 12), התשנ"ד-1994 (קריאה שנייה 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 למח"ש-ליחידה לחקירת שוטרים? [...] אני מבקש להבהיר, החובה לחקור, המוטלת על המשטרה מכוח סעיף 59 לחוק סדר בדין 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, 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 הוספה, ס.א.א. וא.ב.) "דברי הכנסת", מושב שני, חוב' ל"ט, 7249

21. ברי אם כן, הן מלשונו של החוק, הן מתכליתו והן מההיסטוריה החקיקתית, כי **הסעיף האמור אינו מבקש לגרוע מן החובה להורות על פתיחה בחקירה פלילית, אלא מותר בידי המשיב את הבחירה ביחס ליחידה החוקרת – מח"ש או משטרת ישראל.** מכאן, כי בסמכות המשיב להעביר את התלונות המוגשות אליו למח"ש, ואם בחר שלא לעשות זאת, חייב הוא להורות למשטרת ישראל לפתוח בחקירה פלילית, בהתאם להוראות הדין.

22. ואולם, בחינת התנהלות המשיב מעלה, כי בפועל הוא נוהג באופן שונה לחלוטין, העומד בסתירה מוחלטת להוראות החוק ומטרותיו. תלונות על עינויים והתעללות בחקירות

שב"כ מוגשות ללשכת המשיב, על ידי עותרת מס' 1 ועל ידי אחרים. כדבר שבשגרה התלונות מוגשות ללשכת היועץ המשפטי לממשלה, וכדבר שבשגרה הן נגזרות, בניגוד להוראות החוק, וללא שהתקיימה כל חקירה פלילית בעניינן.

23. כ"תחליף" לחקירה פלילית עצמאית, מקיפה ויסודית בחר המשיב להעביר את כל התלונות על עינויים והתעללות המוגשות אליו, באמצעות הממונה על המבתי"ן, לבדיקה של המבתי"ן: איש שב"כ.

24. ודוק – גם במקרה בו הוגשה התלונה במישרין למשטרת ישראל, ולא ללשכת המשיב, זו העבירה התלונה ללשכת המשיב, והלה נהג בה כבכל יתר התלונות.

- העתק מתשובת המשטרה מיום 31.4.09 לתלונה שהגישה עותרת מספר 1, מצ"ב ומסומן כנספח ע/1.

25. בהערת אגב נציין, כי ביום 17.11.10 התפרסמה בעיתונות הידיעה, על פיה יועבר המבתי"ן להיות מועסק במשרד המשפטים, וכך, כנטען, תוגבר עצמאותו. (ראו גם סעיף 10 לתשובת המדינה בבג"צ 6138/10 המוקד להגנת הפרט נגד היועץ המשפטי לממשלה) ביום 21.12.10 פנו העותרים אל המשיב בבקשה להבין את מהות השינוי, אולם עד היום לא זכתה פנייתם למענה ענייני. ככל שהבנתנו משגת, השינוי המוצע טרם בוצע. לאור הפרסומים על השינויים הצפויים לחול במנגנון המבתי"ן, בין שהם מהותיים ובין שהם למראית עין בלבד, עתירה זו אינה מכוונת נגד הליקויים בתפקוד המבתי"ן או העדר עצמאותו, אלא כנגד העברתן הגורפת של התלונות אליו, תחת פתיחה בחקירה פלילית.

- העתק מפניית העותרים מצ"ב ומסומן כנספח ע/2.

26. התוצאה הלא מפתיעה של התנהלות המשיב היא סגירתן של מאות תלונות על עינויים והתעללות, ללא שנמצא ולו מקרה אחד בו סבר המשיב כי יש מקום להורות על קיומה של חקירה פלילית, לא כל שכן על העמדה לדין פלילי. ונדגיש, בכל מאות התלונות שהוגשו מאז שנת 2001 ועד בכלל, לא זו בלבד שלא נמצא כי יש מקום להורות על העמדה לדין פלילי, אלא שאף לא התעורר בליבו של המשיב ספק ביחס לבדיקת המבתי"ן, או ביחס להתנהגות החוקרים, שהצדיק פתיחה בחקירה פלילית, שתאפשר לרדת לחקר האמת. אף לא במקרה אחד.

הפניות למשיב של העותרים 7-16

27. את מדיניותו הפסולה שתוארה לעיל, הפעיל המשיב לגבי כל אחד מהעותרים 7-16, כפי שנתאר להלן. נציין, כי עותרים אלה הם בבחינת קצה הקרחון לכל מאות התלונות שנגזרו בידי המשיב.

28. עותר מס' 7, -----, תושב מחנה הפליטים נור שמש בטולכרם, נעצר ביום 8.5.07, נחקר בבית המעצר קישון ("גילמה") והגיש תלונה ביום 3.1.08 בגין העינויים ו/או ההתעללות שעבר במהלך חקירתו בידי השב"כ בקישון. הוא מתאר בתלונתו שנחקר באופן ממושך כשידיו כבולות מאחורי כיסא החקירה בתנוחה מכאיבה למשך 35 שעות חקירה רצופות מלבד שעתיים מנוחה. תלונתו אוששה בהסתמך על זכ"דים של אותן חקירות. הלכה למעשה נשללה השינה מהעותר כ- 60 שעות מעת מעצרו ועד סיום חקירתו. חקירתו של העותר כללה קללות של אשתו ושל הוריו, אימים בהכאתו והחזקתו בצינוק לזמן ממושך. חוקרו התבטא בגסות: "אתה תפליץ ותאכל את החרא שלך עד אשר תדבר". כן הוחזק בבידוד למשך כ- 35 ימים.

• העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/3.

29. ביום 18.9.08, למעלה משמונה חודשים לאחר הגשת התלונה, התקבלה תשובתה של הממונה על המבת"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה בנימוק כי "מבדיקת המבת"ן נלמד כי אין כל בסיס או תימוכין לטענותיו של המתלונן ... בנסיבות האמורות החלטתי לסגור את תיק הבדיקה".

• העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/4.

30. עותר מס' 8, -----, תושב קלקיליה, נעצר ביום 28.3.07, נחקר בבית המעצר קישון "גילמה" והגיש תלונה באמצעות עותרת מס' 1 ביום 26.11.07 בגין עינויים ו/או התעללות במהלך חקירתו בידי השב"כ בקישון. הוא מתאר בתלונתו שבמשך 75 ימים הוא הוחזק במעצר ב"גילמה", כשחקירתו עצמה נמשכה באינטנסיביות במשך שלושה שבועות. למשך שבוע הוא הועבר ל"מדובבים" בכלא באר שבע. בתלונתו הוא מגולל מסכת קשה של הפעלת אמצעי לחץ פיזיים ונפשיים במהלך חקירתו בידי חוקרי השב"כ, בכלל זה מניעת שינה; אלימות; טלטולים; איזוק מכאיב ושימוש באמו כאמצעי לחץ נפשי בחקירה.

• העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/5.

31. ביום 18.9.08, כמעט 10 חודשים לאחר הגשת התלונה, התקבלה תשובתה של הממונה על המבת"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה בנימוק כי "התלונה המפורטת במכתבכם, וכן גרסתו של המתלונן בפני המבת"ן, נבדקו ע"י המבת"ן ולא נמצאו לגרסאות השונות תימוכין".

• העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/6.

32. עותר מס' 9, -----, תושב חברון, שנעצר ביום 30.9.03, נחקר בבית המעצר "מגרש הרוסים" בירושלים והגיש תלונה ביום 31.3.05 בגין העינויים ו/או ההתעללות שעבר במהלך חקירתו. הוא מתאר בתלונתו שנחקר במשך יומיים שבמהלכם לא ניתן לו כלל זמן לישון, ובהם הושב כשידיו ורגליו כבולות לאחור, בתנוחה מכאיבה. חוקריו של מר אלגיועבה איימו עליו שיהרסו את ביתו ויחקרו את בני משפחתו ב"חקירה צבאית" אם לא יודה. לאחר מכן, הוחזק העותר בצינוק למשך שלושה ימים. הוא סבל מאסטמה

וביקש להיבדק ע"י רופא אך לא הופנה למרפאה. המתלונן אף תיאר תנאי מעצר קשים החל מקללות מצד השוטרים וכלה במזון מועט ובאיכות ירודה ותנאים סניטריים ירודים. בתא היו מקקים ויתושים, ריח מצחין ולחות וטמפרטורה גבוהות.

• העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/7.

33. ביום 18.9.08, **שלוש וחצי שנים לאחר הגשת התלונה**, התקבלה תשובתה של הממונה על המבת"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה בנימוק כי "תלונותיו של המתלונן נבדקו ע"י המבת"ן ולא נמצא להן כל תימוכין".

• העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/8.

34. עותרת מס' 10, -----, תושבת מחנה פליטים עסכר אלקדים בשכם, נעצרה ביום 21.7.06, ונחקרה בבית המעצר "שומרון" בפתח-תקווה. היא הגישה תלונה באמצעות עותרת מספר 1 ביום 13.11.06 בגין התעללות מינית ועינויים שעברה במהלך חקירתה בידי השב"כ בפתח-תקווה. היא מתארת תקיפה מינית, סטירות ומכות, "תלייה לקיר": איזוק ידיה למעלה לבליטות בקיר משני הכיוונים. את רגליה של העצורה פיסקו לשני הצדדים כשהיא הייתה בעמידה בתנוחת "X" למשך שני לילות רצופים בבידוד ללא גישה לשירותים, ללא אוכל ושתייה. היא נאלצה גם לעשות את צרכיה בתנוחה זו. שיטה נוספת שהופעלה כלפיה הייתה סחיטה באיומי אונס. המתלוננת שטחה את תלונתה גם בפני השופט סא"ל ארז חסון בישיבת הארכת מעצרה בביהמ"ש הצבאי בשומרון ביום 24.8.06.

• העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/9.

35. ביום 26.10.08, כשנתיים לאחר הגשת התלונה, התקבלה תשובתה של הממונה על המבת"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה בנימוק כי "מבדיקת המבת"ן נלמד כי אין כל יסוד לתלונותיה השונות של המתלוננת .. בנסיבות האמורות החלטתי לסגור את תיק הבדיקה".

• העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/10.

36. עותר מס' 11, -----, תושב טולכרם, שנעצר ביום 26.6.08, נחקר בבית המעצר "גילמה" בקישון והגיש באמצעות עותרת 1 תלונה ביום 28.10.08 בגין העינויים ו/או התעללות שעבר במהלך חקירתו בידי השב"כ בבית המעצר קישון "גילמה". הוא מתאר בתלונתו שהושב על כיסא מקובע לרצפה תוך איזוק ידיו מאחורי גבו באזיקי ברזל שחוברו למשענת הכיסא מאחור במהלך חקירתו. חקירתו של מר מביד נוהלה באופן יומי למעט ימי שישי ושבת שבמהלכם הוא הוחזק בתנוחה המכאיבה המתוארת. מר מביד ציין כי חוקרו הסיר מעליו את האזיקים כאשר שיתף פעולה ואף הגיש לו קפה וסיגריה במהלך החקירה. לעיתים חוקרו השאיר אותו לבדו בחדר כשהיה אזוק. כתוצאה מהאיזוק המכאיב המתלונן סבל מכאבים פיזיים בגופו נכון ליום הפגישה עם עו"ד תלחמי מטעם העותרת מס' 1 ביום 20.7.08 כחודש ימים לאחר תום חקירתו.

• העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/11.

37. ביום 14.1.09 התקבלה תשובתה של הממונה על המבת"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה. לדבריה, "מבדיקת המבת"ן נלמד כי אין בסיס או תימוכין לתלונותיו השונות של המתלונן... גרסאותיו השונות של המתלונן, הודעת המתלונן על כוונה להציג את תלונות סרק נגד חוקריו וכן מסמכי הבדיקה מלמדות כי תלונותיו השונות של המתלונן אינן מהימנות". נציין, כי בשיחת ברור טלפונית שנערכה עם העותר מיום 9.2.11, הוא מכחיש כי אי פעם התכוון, או אמר שהתכוון, להציג תלונת סרק נגד חוקריו.

• העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/12.

38. עותר מס' 12, -----, תושב ברקין שבנפת ג'נין, שנעצר ביום 1.7.04, נחקר בבית המעצר "ג'למה" בקישון ביום 7.4.05 הגיש באמצעות עותרת 1 תלונה בגין העינויים ו/או התעללות שעבר במהלך חקירתו. הוא מתאר בתלונתו שנחקר במשך 13 ימים רצופים, 13 שעות בכל יום כשהוא כבול ברגליו, ידי כבולות לגב הכיסא ועינוו מכוסות למשך מספר שעות. חוקריו של מר ח'לף טלטלו אותו ואיימו עליו ב"חקירה צבאית" (כינוי להחמרת תנאי החקירה). ביום השלישי לחקירה הפשיטו אותו חוקריו מבגדיו והלבישו אותו בבגדים המיוחדים, לדבריהם, ל"חקירה צבאית". חקירה זו נמשכה יומיים ובמהלכה צעקו עליו רבות. הוא תיאר שחוקריו טלטלו אותו בהיותו כבול לכיסא כשידיו מאחורי גבו. תנאי המעצר בהם הוחזק מר ח'לף היו חמורים ולא ניתנו לו בגדים להחלפה. במשך ימים ארוכים קיבל מזון מקולקל ומועט. לאחר מכן הועבר למדובבים. הוא התלונן שסבל מכאבי ראש ושיניים וכי בקשותיו לקבלת טיפול רפואי ומשככי כאבים לא זכו להתייחסות כלשהי. כמו כן סבל מכאבים עזים ברגל שמאל וחשש שהוא זקוק לניתוח.

• העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/13.

39. ביום 25.3.09, **כארבע שנים לאחר הגשת התלונה**, התקבלה תשובתה של הממונה על המבת"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה בנימוק כי "תלונותיו השונות של המתלונן נגד חוקרי שירות הביטחון הכללי נבדקו ע"י המבת"ן ולא נמצא להן כל תימוכין".

• העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/14.

40. עותר מס' 13, -----, תושב בית חנון בעזה, נעצר ביום 5.1.09, במסגרת מבצע "עופרת יצוקה". הוא נחקר בבית מעצר "שקמה" באשקלון ועותרת מספר 1 הגישה בשמו תלונה ביום 23.4.09 בגין העינויים ו/או ההתעללות שעבר במהלך חקירתו בידי השב"כ באשקלון. הוא מתאר בתלונתו שהוחזק כשידיו כבולות מאחורי הכיסא ורגליו אזוקות לכיסא. חקירתו של מר חמד בתנוחה זו נמשכה כשמונה ימים, כאשר בחמשת הימים הראשונים חקירתו התנהלה יום ולילה, כשהחוקרים היו מתחלפים ביניהם. מר חמד הורשה לנוח ולאכול כעבור 18 שעות חקירה, למשך שעה וחצי בלבד. חוקריו של מר חמד איימו עליו להשאירו כבול לכיסא עד להיווצרות טחורים, הם קיללו אותו וצעקו לו

באזון ובפנים. במהלך תקופות מעצרו, הועבר מר חמד לשלושה צינוקות שבתוכם היה אור בצבע צהוב חלש שגרמו לו כאבים בעיניים. בתוך הצינוק היו שירותי כריעה ומקלחת שלרוב לא היו בה מים חמים למרות הקור העז של חודש ינואר.

• העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/15.

41. ביום **20.7.09** התקבלה תשובתה של הממונה על המבתי"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה בנימוק כי "תלונותיו של המתלונן נבדקו ע"י המבתי"ן ולא נמצא להם יסוד או תימוכין".

• העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/16.

42. עותר מס' 14, -----, תושב אזור אלשווקה ברפיח, נעצר ביום 22.6.06, ונחקר בשני מקומות: בקרוואן בבסיס צבאי ובבית המעצר "שקמה" באשקלון. הוא הגיש תלונה ביום **31.8.06** בגין עינויים ו/או התעללות שעבר במהלך חקירתו. בנוגע לחקירה שהתנהלה בבסיס הצבאי - ציין המתלונן את איזוק ידו ורגליו אחורנית באופן מכאיב, ראשו ופניו כוסו בחתיכת בד והוא ספג סטירות חזקות בפניו. בשלב מסוים חוקריו אילצו אותו להדק את שתי רגליו לשתי רגליות הכיסא כשמשענת הכיסא היתה מימינו והם דחפו את גבו אחורה והורו לו להישאר עם הגב לאחור משך שעה (תנוחת בננה). בכל פעם שניסה להתרומם, היכו אותו. כתוצאה מכך סבל המתלונן מכאבים עזים בשרירי הבטן. חוקריו אף השתמשו בשיטת האיזוק הגבוה - הם משכו את ידיו לאחור והרכיבו האזיקים על זרועותיו ולא במפרקי ידיו, תוך כדי הפעלת לחץ על האזיקים, דבר שגרם לנפיחות בשתי ידיו ומניעת זרימת הדם בעורקיו עד כדי כך שהחוקרים התקשו להסיר מאוחר יותר את האזיקים מזרועותיו. חקירתו כללה מכות וסטירות. לאחר מכן הועבר לבית מעצר "שקמה" באשקלון שם עבר את אותן שיטות חקירה שעבר בבסיס הצבאי. הוא תיאר כי התנפלו עליו שלושה חוקרים והכו אותו קשות בתא מעצרו. הוא התלונן גם על קללות, איומים בהריסת ביתו ושימוש בבני משפחתו כאמצעי עינויים כאשר הודיעו לו כי עצרו את אחיו וכי הוא נתון לעינויים. חוקריו אף השתמשו בשיטת "הקמבז" (כריעה) שגרמה לו לכאבים קשים בשרירי הרגליים. חקירה זו נמשכה למשך שבוע ימים ובמהלכה התעלף ואיבד כל קשר למציאות. או אז הפסיקו חוקריו את החקירה ושפכו עליו מים, והוא הוחזר שוב לחקירה.

• העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/17.

43. ביום **10.12.07** שנה וארבעה חודשים לאחר הגשת התלונה, התקבלה תשובתה של הממונה על המבתי"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה לאחר שלדבריה העותר סירב למסור את גרסתו בפני המבתי"ן וביקש להתייעץ קודם עם עורכת דינו. צוין בתשובה כי "המבתי"ן הסביר למתלונן כי הוא חופשי לעשות כן, והבהיר לו כי עליו להודיע לפרקליטות המדינה באמצעות עורך דינו, אם הוא מעוניין בהמשך בדיקת התלונה. לא נתקבלה כל הודעה כאמור מטעם המתלונן או בא כוחו" על כן הוחלט לגנוז את התלונה.

• העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/18.

44. ביום 23.12.08 פנה העותר בדרישה חוזרת למשיב להפעיל את סמכותו כמתחייב מהדין, ולהפסיק את העברת התלונות למבתי"ן לבדיקה מקדמית. העיכוב בשליחת פניה זו נבע מקשיים שהערימו הרשויות על ביקור העותר ע"י עורכי הדין של עותרת מס' 1.

• העתק מהפנייה מצ"ב ומסומן כנספח ע/19.

45. ביום 19.8.09 התקבלה תשובתה של הממונה על המבתי"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת גם דרישה חוזרת זו, בנימוק "תלונתו זו של המתלונן נבדקה ולא נמצאו לה יסוד או תימוכין .. אשר לטענה כי המבתי"ן מצוי בניגוד עניינים אינהרנטי, אבקש להודיעך כי המבתי"ן נתון לפיקוח מקצועי של הפרקליטות ואיש מעובדי השב"כ אינו רשאי להורות לו כיצד לבדוק תלונות או להתערב בנושא זה. הנחיות אלה נועדו למנוע כל ניגוד עניינים מצידו. עם זאת, ראוי לציין כי לאחרונה נערכים דיונים אשר עניינים ייעול ושיפור תפקוד המבתי"ן ואופן עריכת בדיקותיו. במסגרת דיונים אלה הועלו טענותיכם אשר עניין חוסר המקצועיות וחוסר האובייקטיביות של המבתי"ן וכן עניין טענתכם בדבר ניגוד העניינים בו הוא מצוי עקב השתייכותו ל"מערכת לא עצמאית". הדיון בנושא עדיין מתנהלים .. נוכח המפורט לעיל, איני רואה לנכון לקיים בדיקה נוספת של העניין".

• העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/20.

46. עותר מס' 15, -----, תושב ביתוניא ברמאללה, שנעצר ביום 18.2.09, נחקר בבית המעצר "מגרש הרוסים" בירושלים והגיש תלונה באמצעות העותרת 1 ביום 29.6.09 בגין עינויים ו/או התעללות שעבר במהלך חקירתו בידי השב"כ. הוא מתאר בתלונתו שהושב על כיסא ברזל מקובע לרצפה כשידיו אזוקות מאחורי גבו וקשורות לכיסא ורגליו אזוקות בשרשראות ברזל הקשורות לכיסא. הוא התלונן על החזקתו בתא בידוד למשך חמישה ימים ללא ניהול חקירה כלשהי. התא כלל בתוכו חור ששימש שירותים (ג'ורה), שהופרד מהתא באמצעות בלוקים. בתא היו שתי מנורות צהובות שדלקו ללא הפסקה, גרמו למתלונן כאבי עיניים ומנעו ממנו לישון. בתא הבידוד היה מזגן הנתון לשליטת הסוהרים שהחליטו שרירותית מתי להפעילו ובאיזו טמפרטורה. לאחר מכן הועבר לחקירה ושוב נאזק באופן מכאיב. העותר הוחזק כבול מאחורי גבו באמצעות שרשראות ברזל ואף נאלץ לישון כאשר הוא אזוק בצורה זו. הוא הוחזק בצורה זו למשך שלושה ימים ללא הפסקה למעט הזמן בו התקלח.

• העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/21.

47. ביום 21.10.10, **כשנה וארבעה חודשים לאחר הגשת התלונה**, התקבלה תשובתה של הממונה על המבתי"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה בנימוק "משלא נמצא כל בסיס לתלונות המתלונן באשר להתנהגות פסולה מטעם חוקרי שירות הביטחון הכללי". ביום 7.11.10 נשלח מכתב תגובה מטעם העותרת 1 למשיב המאשר קבלת החלטת הגניזה הנ"ל ומבקש לקבל הסבר אודות הימנעותו מהעברת התלונה לחקירה פלילית בידי מח"ש. כן התבקש במכתב מידע על הליך ההשגה על החלטת הגניזה הנ"ל ומהם סדרי הדין הרלוונטיים. עד כתיבת שורות אלה טרם התקבל מענה ענייני לפנייה.

- העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/22.
- העתק ממכתב התגובה מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/23.

48. עותר מס' 16, -----, תושב דיר אבו משעל ברמאללה, נעצר ביום 26.10.08, ונחקר בבית המעצר "מגרש הרוסים" בירושלים. ביום 20.8.09 הגיש באמצעות עותרת 1 תלונה בגין עינויים ו/או ההתעללות שעבר בחקירתו. בתלונתו תיאר העותר שהושב על כיסא מקובע לרצפה וידיו נאזקו אחורנית, חוקרו בעט בו ברגליו, וסטר לו על פניו. הוא הוחזק בבידוד מוחלט בתא קטן מאוד למשך חודשיים. במהלך תקופה זו נפגש רק עם חוקריו, שצעקו עליו, קיללו ואיימו עליו.

- העתק מהתלונה מצ"ב ומסומן כנספח ע/24.

49. ביום 21.10.10, יותר משנה אחרי הגשת התלונה, התקבלה תשובתה של הממונה על המבת"ן, עו"ד רחל מטר, הגונזת את התלונה. בתשובת עו"ד מטר נמנו בקצרה הנימוקים לסגירה: לדבריה בדיקת המבת"ן העלתה כי החקירה היתה קצרה יותר מהנטען; כי חלק ניכר מתקופת החקירה שהה העותר עם עצירים נוספים ולא בבידוד; כי נחקר ע"י חוקר אחד ולא שלושה כפי שנטען בתלונה; כי שיתף פעולה עם חוקריו למן הרגע הראשון ולכן אין זה סביר שהופעלה נגדו אלימות (!); כי העותר לא העלה טענותיו בפני שופט בעת הארכת מעצרו; וכי בפגישתו עם המבת"ן תלונתו על אלימות החוקרים היתה "לא משכנעת". ביום 7.11.10 נשלח מכתב תגובה למשיב המבקש הסבר אודות הימנעותו מהעברת התלונה לחקירה פלילית בידי מח"ש. כן התבקש מידע לגבי הליך ההשגה על החלטת הגניזה הנ"ל וסדרי הדין הרלוונטים. עד כתיבת שורות אלה טרם התקבל מענה לפנייה.

- העתק ממכתב התגובה מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/25.
- העתק מהתשובה מצ"ב ומסומן כנספח ע/26.

50. מהדברים האמורים לעיל, אנו למדים על רבים מהכשלים והמחדלים המאפיינים את מנגנון בדיקת התלונות: פעמים רבות התשובות מתמהמהות, מה שמהווה פגיעה משמעותית בזכויות העותרים לעשיית צדק; רבות מתשובות הממונה על המבת"ן קצרות ולקוניות, והן מבטלות באחת את פרטי התלונה; הן אינן מפרטות על אילו נתונים מסתמך המבת"ן בבדיקתו; העילות לסגירת התלונה פעמים רבות מופרכות ותמוהות, ולא מתאפשרת זכות עיון בממצאי הבדיקה.

51. נוסף עוד, כי מרבית העותרים תיארו בפני עורכי דינם את ביקור המבת"ן, שבא בעקבות התלונה, לגבות עדותם. מהתיאורים עולה בברור, כי ממצאיו של ביקור כזה לא יכולים בשום אופן להוות תשתית ראייתית מספקת לסגירת התלונה. הביקורים נערכים ללא התראה מראש וללא ליווי של עורך דינו של המתלונן, גם כאשר הוא מבקש זאת מפורשות. ארכם נע בין רבע שעה לשעה וחצי. הם נערכים בבית הכלא, תכופות כאשר המתלונן אזוק. נסיבות אלה לא מאפשרות למתלוננים לרכוש אמון במנגנון הבודק את

תלונתם, ובמידה רבה הן משחזרות את חקירת המתלוננים בשב"כ. "ראיון" זה שעורך המבתי"ן משקף אם כן את מדיניות המשיב, על פיה המתלוננים, קורבנות עבירה, נותרים בגדר חשודים, ואין כל רצון כן לברר תלונתם לאשורה, או להעניש את מי שפגע בהם.

פניות העותרים 6-1 אל המשיב

52. ההתנהלות הפגומה של המשיב בבירור תלונות קורבנות העינויים והתעללות בידי חוקרי השב"כ, תוארה בהרחבה בדוח שפרסם העותר מס' 1 בדצמבר 2009 וכותרתו "דוח תקופתי: דצמבר 2009 – מתחת לכל ביקורת".

- העתק מ"דוח תקופתי: דצמבר 2009 – מתחת לכל ביקורת", שפרסמה העותרת מס' 1 בדצמבר 2009 מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/27.

53. **עובר לפרסומו של הדו"ח**, ביום 1.12.09 פנתה העותרת מס' 1 למשיב בבקשה לקבל התייחסות לטיוטת הדו"ח והטענות הנכללות בו, על מנת לפרסמה. המשיב לא הגיב לפנייה זו.

- העתק מפנייתה של עותרת מס' 1 מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/28.

54. ביום 30.12.09, לאחר פרסומו של הדו"ח, שבה ופנתה העותרת מס' 1 למשיב, והפעם בבקשה לקבל התייחסותו לדו"ח הרשמי, ולטענות הנכללות בו. גם לפנייה זו לא הגיב המשיב.

- העתק מפנייתו של ד"ר ישי מנוחין, מנכ"ל העותרת 1, מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/29.

55. ביום 9.3.10 פנתה העותרת מספר 1, בשמה ובשם עותרים 6-2, למשיב במכתב נוסף, בעניין מדיניותו בנוגע לטיפול בתלונות נחקרים בגין עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל בידי חוקרי השב"כ. במסגרת הפנייה התבקש המשיב להורות כי **כל חשד לשימוש בעינויים או התעללות בחקירות שב"כ יועבר לחקירה פלילית**, לחלופין, המשיב התבקש לקבוע קריטריונים גלויים למקרים החריגים והבודדים בהם **תועבר התלונה לבדיקה מקדמית** טרם העברתה לחקירה פלילית; במסגרת זו התבקש להורות כי על הבדיקה להיערך על-ידי גורם מקצועי ועצמאי שאינו נמנה על שורות השב"כ, ולאסור על העברת התלונות לבדיקת המבתי"ן. שנית, המשיב התבקש להעביר את כלל התלונות שהגיש הוועד נגד עינויים מאז שנת 2003 לחקירה פלילית. לחלופין, המשיב התבקש להורות על בדיקה של כל תלונה ותלונה בהתאם לקריטריונים הברורים והגלויים שיקבעו. לפנייה צורפה רשימת התלונות מפורטת שכללה כ- 170 תלונות, שהוגשו בין מרץ 2003 – דצמבר 2009, ותלונותיהם של עותרים 16-7 ביניהם. במסגרת הבחינה המחודשת התבקש המשיב לאפשר לקורבנות העינויים והתעללות זכות ערר אפקטיבית על מסקנות הבדיקה, שתכלול גם זכות לעיין בממצאיה, על פי אותם הקריטריונים הנהוגים בחקירות מח"ש.

- העתק מפנייתו של עו"ד סמאח אלח'טיב איוב ועו"ד אירית בלאס מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/30.

56. ביום 11.3.10 אישרה מנהלת לשכת המשיב את קבלת מכתב העותרת ומסרה את התשובה הסטנדרטית המתקבלת לאחר כל תלונה פרטנית על עינויים או התעללות של חוקרי שב"כ, כי "לאחר עיון בפנייתך היא הועברה לטיפול של עו"ד רחל מטר, הממונה על המבתי"ן, בפרקליטות המדינה".

- העתק מתשובת מנהלת לשכת המשיב מצורף לעתירה ומסומן **כנספח ע/31**.

57. ביום 11.4.10 פנו העותרים למשיב והלינו על העברת פנייתם העקרונית לטיפול של הממונה על המבתי"ן, כמי שמעורבת בהליך עליו הם מלינים. משכך, התבקש המשיב לשוב ולבחון בעצמו את פנייתן ולהשיבן בהקדם.

- העתק מפניית העותרים מיום 11.4.10 מצורף לעתירה ומסומן **כנספח ע/32**.

58. משלא התקבל מענה ענייני מהמשיב לפנייתם העקרונית של העותרים, נשלחה למשיב תזכורת ביום 30.5.2010.

- העתק מהתזכורת מצורף לעתירה ומסומן **כנספח ע/33**.

59. ביום 6.7.10 התקבלה תשובתו של עו"ד רן נזרי, עוזר בכיר למשיב, מיום 9.6.10 בה צוין כי "פנייתכם בנושא שבנדון מיום 9.3.10, הועברה, בין השאר, אל גב' רחל מטר, הממונה על המבתי"ן בפרקליטות המדינה, על מנת שתתייחס לטענות העקרוניות, כמקובל. לאחר קבלת ההתייחסויות שנתבקשו, ובדיקת מכלול נסיבות העניין מול כלל הגורמים הרלבנטיים, תינתן תשובה לפנייתכם מטעם היועץ המשפטי לממשלה".

- העתק מתשובתו של עו"ד רן נזרי, עוזר בכיר למשיב מצורף לעתירה ומסומן **כנספח ע/34**.

60. ביום 27.7.10 שלחו באות כוח העותרים למשיב תזכורת נוספת לפנייתם העקרונית בה דרשו קבלת תשובה מהותית מידי המשיב בהקדם.

- העתק מפניית העותרים מצורף לעתירה ומסומן **כנספח ע/35**.

61. משלא התקבל מענה ענייני לתזכורת הנ"ל שבו ושלחו באות כוח העותרים, למשיב תזכורת נוספת ביום 21.9.10 בה הדגישו כי "חלפו למעלה משה חודשים מאז פנייתנו הראשונה, וכמעט שנה תמימה מאז פנינו אליך עם הדו"ח שעסק בנושא, לקבלת תגובתך. אנו רואים את אי המענה מצדך בחומרה רבה, ושוקלים פניה לערכאות באם לא תימסר לנו תגובתך העניינית בהקדם".

- העתק מפניית העותר מצורף לעתירה ומסומן **כנספח ע/36**.

62. למרות זאת, עד כה לא התקבלה תגובה עניינית מטעם המשיב לפנייה העקרונית של העותרים. זאת, על אף שחלפה למעלה משנה ושלושה חודשים ממועד שליחת טיוטת הדו"ח לתגובתו, ועל אף שחלפה כמעט שנה ממועד הפנייה הנוספת מיום 9.3.2010. משלא התקבל מענה ענייני לפניות העותרים, ונוכח העובדה שהמשיב והממונה על

המבתי"ן ממשיכים לגנוז את התלונות ללא מתן הוראה לפתיחת חקירה פלילית נגד חוקרי השב"כ המעורבים בידי מח"ש מוגשת עתירה זו. **למותר לציין, כי אי מתן מענה כלשהו מצד המשיב במשך תקופה כה ממושכת, הוא מחדל חמור לכשעצמו.**

63. כאמור, ביום 17.11.10 התפרסמה בעיתונות הידיעה, על פיה יועבר המבתי"ן להיות מועסק במשרד המשפטים, וכך, 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 העותרים למשיב מכתב נוסף, המבקש לעמוד על טיבו של השינוי. עד לכתובת שורות אלה לא התקבל מענה ענייני לפניה.

הטיעון המשפטי

64. טענתם הבסיסית והיסודית של העותרים הינה כי בהתאם להוראות הדין הקיים מוטלת חובה לפתוח בחקירה פלילית כשמוגשת תלונה בגין עבירה של עינויים והתעללות, וזאת בהתאם לאמות המידה הקבועות בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי. העותרים יטענו כי מדיניות המשיב נשוא עתירה זו עומדת בסתירה לחובתו האמורה על-פי הדין ועל-כן יש לבטלה.

חלק א – החובה לחקור בדין הישראלי

1. על החובה לפתוח בחקירה פלילית

65. "הכל כפופים לחוק, האזרח ורשויות השלטון כולן: מבצעים, מחוקקים ושופטים, ואף רשות אינה מעל לחוק" (אליעד שרגא ורועי שחר, המשפט המנהלי: עקרונות יסוד, עמ' 123). עקרון חוקיות המינהל קובע, כי לרשות מנהלית הסמכות לפעול בהתאם למה שהוסמכה בחוק.

66. כפי שפורט לעיל, מדיניות המשיב להורות על העברה גורפת של כלל התלונות לבדיקה מקדמית עומדת בסתירה להוראות הדין הקיים. כאשר מוגשת למשיב תלונה בעניין התעללות ו/או עינויים, שאיננה על פניה תלונת סרק, **הברירה היחידה העומדת לרשותו של המשיב הינה להחליט האם החקירה הפלילית תתבצע על-ידי מח"ש או משטרת ישראל. הא ותו לא.** בבחירתו להעביר כל התלונות לבדיקה מקדמית בידי המבתי"ן, באמצעות הממונה על המבתי"ן, ללא קיומה של חקירה פלילית, פועל המשיב בחוסר סמכות, שכן פעולותיו נעשות בניגוד להוראות הדין. בנסיבות אלו, יש להורות על ביטולה של מדיניות המשיב.

67. יטען המשיב כי יש לפרש סמכותו בצורה רחבה ו/או כי הוא מוסמך מכוח הסמכות השיורית להורות על קיומה של בדיקה מקדמית. דין טענות אלו להידחות מכל וכל. המחוקק קבע באופן ברור וחד-משמעי כי יש לפתוח בחקירה פלילית במקרים מעין אלו.

ככל שהמשיב החליט שלא להורות למח"ש לפתוח בחקירה פלילית, מוטלת חובה על המשיב להורות למשטרת ישראל לפתוח בחקירה פלילית בנוגע לתלונות נחקרי שב"כ וזאת בהתאם לאמות המידה הקבועות בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב 1982.

68. בהתאם להלכה הפסוקה, המושרשת היטב בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, לא ניתן להקנות סמכות לבעל תפקיד מכוח עיקרון הסמכות השיוויונית, בנסיבות בהן המדובר בפגיעה בזכויות אדם. (ראו: בג"צ 3267/97 **אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון** פ"ד נב(5) 481, עמ' 515 (1998); בג"צ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל**, פ"ד נג(4) 817, עמ' 833 (1999); בג"צ 8600/04 **אבנר שמעוני נ' ראש הממשלה** פ"ד נט(5) 673, עמ' 687 (2005); בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (לא פורסם, 27.2.06 פסקה 20)). כפי שנפרט בהמשך הדברים, מדיניותו של המשיב להורות על גניזה גורפת של תלונות הנחקרים ללא חקירה פלילית מביאה לפגיעה קשה ויסודית בזכויותיהם, ועל כן יש לפרש בצמצום את סמכותו של המשיב ואין להסתמך בהקשר דנא על עיקרון הסמכות השיוויונית.

69. בנוסף, מדיניות המשיב, להעביר באופן סיטונאי כל תלונה על עינויים או התעללות בחקירה לבדיקה מקדמית של המבת"ן, הינה בגדר הסדר ראשוני, שהמשיב אינו מוסמך לקובעו. משכך מדיניות המשיב פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות ומייצרת בדלת האחורית גוף בודק יש מאין שאינו מוסדר בדין וממילא, נעדר הסמכה חוקית כדין. בעניין זה נפסק, כי אין בידי הממשלה סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים שכן זהו תפקידה של הרשות המחוקקת. הכרעה בשאלה מהו הסדר ראשוני תיעשה אד הוק "בהתייחס לטיבו ולמהותו של הנושא שבדיון, לרקע עיקרי היסוד ששיטת המשפט בנויה עליהם, ותוך הפעלת השכל הישר וחוש ההיגיון. מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט כל אלה ישפיעו על ההכרעה אם המדובר הוא בהסדר ראשוני או בהסדר מישני. כמו-כן, יש לבחון את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל [...] יש לבחון גם את תכלית הפעולה ואת מידת ההסכמה הציבורית שלה היא זוכה; את עלותה; את מידת מעורבותו והשפעתו של המחוקק עליה; את השלב בו הובא העניין לפני בית-המשפט; את דחיפותה של הפעולה; את הסתמכות הציבור על הבטחת הממשלה ועוד. רשימת השיקולים אינה רשימה סגורה" (בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, (לא פורסם, 27.2.06)).

70. בית משפט נכבד זה קבע כי בנסיבות מסויימות ניתן לערוך בדיקה מקדמית טרם פתיחה בחקירה (דנג"צ 1396/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועמ"ש ואח'** (לא פורסם, 24.4.03), פסקה 6). באופן דומה, בית המשפט קבע כי תלונה המוגשת בגין עבירה מסוג פשע צריכה לבסס "ידיעה" אצל המשטרה לביצועו של פשע, על מנת שזו תניע חקירה (בג"צ 1113/07 **ניסים צדוק נ' ראש אח"מ ואח'** (לא פורסם, 1.9.08), פסקאות 24-26). העותרים יטענו כי אין בפסיקה זו כדי לגרוע מהחובה לפתוח בחקירה פלילית, בנסיבות בהן הוגשה תלונה על עינויים או התעללות בחקירה על-ידי אנשי מרות.

71. הרציונל הניצב ביסוד פסיקתו האמורה של בית המשפט הנכבד הינה שלא לחייב את המשטרה לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה ומקרה בו הוגשה תלונה, כאשר מדובר למשל בתלונת סרק או בתלונה שעל פניה הנה חסרת בסיס. על רקע זה, נאמר על-ידי השופט ג'ובראן בפרשת צדוק, כי:

”טענה אותה מעלה העותר לפיה כל תלונה שמוגשת בגין עבירה מסוג פשע חובה על המשטרה לחקור היא טענה בעייתית בלשון המעטה. מצב כזה הוא לא ראוי שכן ישנן רבבות של תלונות סרק אשר מוגשות על בסיס קבוע למשטרה, ואין זה עולה על הדעת שבכל מקרה בו אדם שיפנה למשטרה בטענה כי מישהו ביצע פשע, על אף היות הטענה מופרכת אובייקטיבית על פניה המשטרה תפתח בהליך חקירה של התלונה.” (בג”ץ 1113/07 **ניסים צדוק נ’ ראש אח”מ ואח’** (לא פורסם, 1.9.08, פסקה 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן)

72. ואכן, העותרים אינם חולקים על כך שכשמדובר בתלונה שהינה ”מופרכת אובייקטיבית על-פניה”, בבחינת ”תלונת סרק”, אין המשטרה חייבת להורות על פתיחה בחקירה פלילית. דא עקא שמדיניות המשיב, העומדת בבסיס עתירה זו, איננה מכוונת כלפי תלונות, הנחזות להיות תלונות סרק, או כאלה שלגביהן נדרשת בדיקה נוספת על מנת לבחון, אם הם עומדים באמות המידה של סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי.

73. ראשית, מדובר בתלונות מפורטות על עינויים והתעללות, שאינן טומנות בחובן סתירות אינהרנטיות חמורות. בוודאי ובוודאי שלא ניתן לטעון, כי כל מאות התלונות, אשר נסגרו בידי המשיב ללא כל חקירה, היו בבחינת ”תלונות סרק” אשר אינן דורשות חקירה פלילית. בנוסף, מדובר בתלונות העוסקות בקודש הקודשים – זכותו של אדם לשלמות גופו ונפשו ולחופש מפני פגיעה גופנית ונפשית בו, בפרט כשמדובר בפגיעה בידי אנשי מרות. בתלונות מעין-אלו, ידו של המשיב צריכה לרעוד, טרם שהוא חותם על החלטת גניזה על תלונה, מבלי שנערכה כלל חקירה פלילית רצינית ואפקטיבית.

74. בפועל, כפי שתואר לעיל, לא זו בלבד שידו של המשיב אינה רועדת, אלא שהוא מפעיל הסדר ייחודי, שעניינו הימנעות מ**מוחלטת** מחקירה פלילית, והעברה גורפת של התלונות לבדיקה מקדמית המובילה – תמיד – לסגירתן של התלונות. כך, בנסיבות העניין, הופכת התנהלות המשיב לחריגה משמעותית מהוראות הדין, ויש בה כדי לפגוע בצורה קשה בזכויותיהם של נחקרים, כמו גם באפשרות להרתיע את אנשי השב”כ מפני פגיעה עתידית בשלמות גופם ונפשם של הנחקרים על-ידם.

75. החובה לפעול בזהירות מיוחדת כדי להבטיח כי תיפתח חקירה פלילית בכל תלונה שאיננה על פניה תלונת סרק, מקבלת משנה תוקף עת מדובר בתלונות על עינויים ו/או התעללות בעצורים.

76. **ראשית**, האינטרס הציבורי בפתיחת חקירה גובר בתלונות המעידות לכאורה על **עבירות חמורות** כהתעללות ועינויים, המהוות **פגיעה חמורה של הרשות בזכויות האדם של הקורבנות**.

77. **שנית**, האינטרס הציבורי בפתיחת חקירה גובר גם נוכח החשש לביצוע עבירה בידי **איש מרות**. בחקירתם של ממלאי תפקיד ציבורי בכלל, ואלה האמונים על אכיפת החוק ויישומו בפרט, מוטלת חובה להימנע מגניזת תלונות שעשוי להיות בהן ממש. עמד על כך בית משפט זה בדנג"ץ 7516/03 **יעקב נמרודי נ' היועמ"ש ואח'** (לא פורסם, 12.2.04) בקובעו:

"אכן, פסק-הדין מייחס חשיבות, לצורך ההחלטה בדבר פתיחתה של חקירה, לעובדה שהנלווה 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**".

78. צדו השני של אותה המטבע, הצורך בבדיקה מקדמית שתמנע חקירות שווא שיפריעו לפעולת איש הרשות, מקבל משמעות שונה כאשר עסקינן בתלונות על עינויים והתעללות בחקירה, המתבצעות **תמיד** בידי איש רשות. קביעה גורפת לפיה היותו של חשוד איש רשות עשויה להצדיק בבדיקה מקדמית, מובילה למדיניות גורפת של העברה לבדיקה מקדמית תחת חקירה פלילית, וזאת ללא כל הצדקה עניינית, בניגוד להוראות הדין ותוך הפרת התחייבויות ישראל במישור הבינלאומי.

79. **שלישית**, קורבן עבירה שהוא עצור הנתון במשמורת, המבקש להלין על עבירה שעבר בו איש רשות, נתקל בקשיים מערכתיים מרובים. בעבור קורבן עבירה פלסטיני, תושב השטחים הכבושים, המסווג כעצור החשוד בעבירות ביטחון, הדברים יפים שבעתיים. ראשית, בעת הגשת התלונה הוא עדיין נתון למרות אותה המערכת שלטענתו ביצעה בו את העבירה, ולא קשה לשער כי הוא חושש מהתנכלות. שנית, הוא אינו דובר את שפתה של המערכת ובמובנים רבים היא נתפסת בעיניו כעוינת. על כך יש להוסיף את המשאבים הדלים העומדים לרשותם של עצורים פלסטינים רבים החשודים בעבירות ביטחון, המקשים גם הם על הגשת תלונות.

80. **רביעית**, וכאן העיקר: בפני המתלוננים עומדת שורה של חסמים משפטיים ונסיבתיים, המונעים מהם להניח תשתית ראייתית שתספק את אותם "התימוכין" בהעדרם מסרב המשיב לפתוח בחקירה פלילית. בין החסמים ניתן למנות את חזקת תקינות המנהל העומדת לרשות; היותם עצורים ונתונים למרות החוקרים במהלך ביצוע העבירה לכאורה; בידודם מהעולם החיצון, ובכלל זאת מניעת מפגש עם עורך דין המונע מהם לתאר את שאירע להם בזמן אמת לעדים פוטנציאליים ולקבל יעוץ

משפטי; סיווגם כחשודים בעבירות ביטחון הפוטר את הרשות מתיעוד חזותי וקולי של חקירתם לפי חוק סדר דין פלילי (חקירת חשודים) תשס"ב 2002; קיומו של תיעוד רפואי לקוי מתקופת החקירה, וכן שיטת הכינויים הנהוגה בקרב חוקרי השב"כ המונעת מהמתלוננים לזהות את תוקפיהם.

81. **בנסיבות הקיימות, תלונתו של העצור החשוד בעבירות ביטחון לעולם תסתמך על גרסת המתלונן כראיה בודדת, ולעיתים רחוקות מאוד תתווסף ראייה מפלילה אחרת כגון ניירת רפואית, סימני חבלה, פצעים, עדים נוספים וכו'. משכך, יטענו העותרים, כי התניית פתיחה בחקירה פלילית בגין תלונה על התעללות ועינויים בידי חוקרי שב"כ בקיומם של "תימוכין נוספים" יוצרת אבסורד משפטי בו קורבן עינויים או התעללות יתקשה עד מאד להרים את הנטל הראייתי, ולעולם תימנע ממנו חקירה פלילית של תוקפיו. כל מטרתה של חקירה פלילית היא לאפשר בדיקה יסודית ומעמיקה של התלונה, כדי להחליט אם היא מוצדקת אם לא; כאשר התלונה איננה על פניה תלונת סרק, עצם העובדה שאין בנמצא ראיות נוספות איננה יכולה בשום פנים ואופן להוות נימוק לגניזתה טרם חקירה.**

82. עוד נציין, כי חלק מחובת המשיב לחקור טומנת בחובה גם את חובתו לייצר תשתית ראייתית מינימאלית שתוביל בסופו של יום לחשיפת האמת ולנקיטת הליכים משפטיים פלילים נגד החשודים המעורבים. עמד על כך בית המשפט בצינו בע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 466, עמ' 474-475 (1981) כי:

"מטרת החקירה המשטרית אינה מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו."

83. כאמור, הדברים יפים שבעתיים כאשר מדובר בעבירות עינויים והתעללות בחקירה, המעמידים קושי ראייתי מיוחד למתלונן. לא זו אף זו, חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) 2002, המחייב הקלטה בודאוו של חקירות בגין עבירות שעונשן 10 שנות מאסר או יותר, אינו חל על שב"כ. פטור זה מגביר אף יותר את הצורך בפתיחה בחקירה פלילית בגין תלונות אלה, שכן למתלונן לא עומדת אף לא הזכות המינימאלית של תיעוד חקירתו באופן המאפשר עמידה בדיעבד על חוקיות שיטות החקירה ובדיקת תלונתו. בהקשר זה, העדר טיפול ראוי בתלונות נחקרים מהווה אמצעי נוסף, המצטרף לשורה של אמצעים המונעים כל ביקורת אפקטיבית על נעשה בחדרי החקירות של השב"כ.

84. העותרים מוסיפים וטוענים כי הימנעות המשיב מלהורות למח"ש לפתוח בחקירה נגד חוקרי השב"כ יש בה כדי לשלול מהמתלוננים ראיות בעלות פוטנציאל לביסוס **תביעה אזרחית** בגין הנזקים שנגרמו להם. הלכה פסוקה קובעת, כי התנהגות מעין זו של הרשות החוקרת מהווה, לכשעצמה, נזק ראייתי המעביר, בהליך אזרחי, את

נטל השכנוע הראייתי על המדינה (ע"א 361/00 עאזם ד'אהר נ' מדינת ישראל נט(4) 310, פסקה 19 (2005)).

85. זאת ועוד. חובת המשיב לחקור מתגברת גם כאשר מדובר בעבירות שבוצעו לכאורה בידי חוקרי שב"כ, וזאת לאור ההיסטוריה הארגונית של השב"כ, הרצופה פרשות קשות הכרוכות בשקרים והסתרות, ואף בהסתרת מידע ממערכת המשפט. השב"כ, הנהנה במובנים רבים מפטור כמעט מלא מחובת שקיפות ודיווח לציבור, חייב לפעול תחת עינם הפקוחה של אנשי מערכת אכיפת החוק. גם במובן זה, ההלכות שיצאו מפניו של בית משפט זה, אינן חלות בענייננו.

86. העותרים מודעים גם לפסיקת בית משפט נכבד זה בבג"צ 11447/04 המוקד להגנת הפרט נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 21.4.05), פסקה 9 (2005), שם החליט בית המשפט שלא להתערב בהחלטת המשיב לערוך בדיקה מקדמית בנוגע לתלונות על עינויים והתעללות. לטעמינו, אין בפסיקה זו כדי לייתר עתירה זו, שכן בפני בית המשפט לא עמדו חומרתם והיקפם של מעשי המשיב, ולא נדונו השאלות המשפטיות והעקרוניות כבדות המשקל העולות במסגרת עתירה זו.

2. התנהלות המשיב יוצרת חסינות מלאה לאנשי שב"כ

87. העותרים יטענו, כי האופן בו המשיב מפעיל את סמכותו על פי סעיף 1ט49 לפקודה, יצר מצב בו קיימת אכיפה בררנית, במובן זה שאנשי שב"כ לא יועמדו לדין בגין אותן עבירות שעמיתיהם במשטרה ובגופי חקירה אחרים, ככל שהם חשודים בביצוען, יתנו עליהן את הדין. תוצאתה של אותה אכיפה בררנית היא חסינות מוחלטת לחוקרי שב"כ בעניין עינויים והתעללות בחקירות.

88. חסימת דרכה של תלונת נחקר נגד חוקריו בדבר חשדות לביצוע עבירות כלפיו במהלך חקירתו, רק בשל השוני באופי החקירה או בשל אופי תפקידו של החוקר, מהווה, כשלעצמה, שימוש מפלה בהפעלת ההליך הפלילי ועלול לפגוע באימון הציבור ברשויות התביעה:

"הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה, כי הם מקבלים החלטותיהם מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו, קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש: ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגע בכוח המרתיע של המשפט הפלילי. [הדגשה אינה במקור] ראו: בג"צ 935/89 עו"ד אורי גנור נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מד (2) 485 (1990), עמ' 511-512.

89. העותרים מדגישים, כי אין להיבנות מכך שהמחוקק ייחד הסדר מיוחד בנוגע לתלונות נגד חוקרי שב"כ. קיימים הסדרים דומים בנוגע לפתיחה בחקירה פלילית נגד ראש ממשלה (סעיף 17 לחוק יסוד הממשלה) שופטים (סעיף 12(א) לחוק יסוד: השפיטה), קאדים (סעיף 23 לחוק הקאדים, סעיף 28 לחוק בתי הדין הדרוזיים) שעוגנו גם בהנחיית היועמ"ש מס' 4.2200 (90.004) בעניין "חקירת אישי ציבור", אך הדבר לא פורש כך שיהווה מחסום מפני חקירתם בחקירה פלילית. (ראו לדוגמא – תפח (ת"א) 1015/09 **מדינת ישראל נ' משה קצב** (לא פורסם, 30.12.10); תפ (ת"א) 40138/08 **מדינת ישראל נ' אברהם הירשזון** (לא פורסם, 8.6.09); תפ (י-ם) 2062/06 **מדינת ישראל נ' שלמה בניזרי** (לא פורסם, 1.4.08); תפ (ים) 305/93 **מדינת ישראל נ' אריה דרעי ואח'** (לא פורסם, 19.3.99)).

90. ראוי להזכיר, כי עיון במדיניות הנהוגה בקרב גופי חקירה אחרים (חרף הביקורת השמורה בפי העותרים על אופן ניהול חקירותיהם) דוגמת המשטרה, מח"ש ומצ"ח מלמד, כי ישנה דרישה לפתוח בחקירה פלילית מיידית כל אימת שעולה חשד לביצוע עבירה פלילית בעניין ללא עריכת בדיקה מקדמית.

- פקודת מטא"ר 4.04.03 "קצינים בודקים וועדות בודקות", סעיף 6.
- פקודת מטא"ר 09.04.01 קצינים בודקים וועדות בודקות", סעיף 14.
- סעיף 62א(16) לפ"מ 33.0304 בבדיקה וחקירת מצ"ח.
- דו"ח העדכון של הפרקליטות ביחס למסקנות וועדת גולדסטון מינואר 2010, פסקה 50. (http://www.mag.idf.il/SIP_STORAGE/files/3/713.pdf)
- חקירות מבצע 'עופרת יצוקה' ברצועת עזה: עדכון שני יולי 2010, סעיף 6, עמ' 2; סעיף 37 עמ' 9. (http://www.mag.idf.il/SIP_STORAGE/files/4/884.pdf)

91. על כן, מן הראוי הוא, כי דינם של אנשי שב"כ לא יהיה שונה, וכי יהיו כפופים גם הם, לא פחות מחבריהם, למרותו של החוק. מדיניותו של המשיב, הגוררת סגירה גורפת של כל התלונות, עומדת בסתירה לדרישה זו, וגם מטעם זה דינה להיפסל.

3. פגיעה חוקתית בזכויות יסוד

א. פגיעה בזכות שלא להיות נתון לעינויים

92. הזכות שלא להיות נתון לעינויים הוכרה זה מכבר כחלק מהזכות לכבוד, וככזו היא מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הכרה זו הקנתה לה מעמד מיוחד בקרב זכויות האדם המוגנות במשפט הישראלי. לא אחת קבעו שופטי בית המשפט העליון כי הזכות לכבוד אינה נשללת מאדם גם 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".

- בג"צ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר** פד"י (3) עמ' 284 (1980).

93. ואולם, זכות זו מתרוקנת מתוכן, כאשר הפרתה לא גוררת עמה שום סנקציה, ואפילו לא חקירה פלילית שתהווה תשתית ראשונית למיצוי הדין עם מפירי הזכות.

במובן זה, הימנעות המשיב מלהורות על חקירה פלילית בעניין תלונותיהם של העותרים מס' 7-16 ו-650 תלונות בכלל מהווה פגיעה קשה בזכותו של אדם לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

ב. פגיעה בזכות להליך הוגן

94. העותרים יטענו, כי העדר חקירה פלילית פוגע בזכותם להליך הוגן בכלל, ובפרט ביכולתם לנהל משפט זוטא אפקטיבי במהלך משפטם הפלילי, בשל העדר ראיות שעל הרשות לספק באמצעות חקירה פלילית של תלונתם.

95. הזכות להליך הוגן הוכרה זה מכבר בפסיקה כחלק מהזכות לכבוד. ככזו, היא מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בהקשר דנן יפים דבריה של כבוד השופטת דורנר:

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד), שנתקבל בשנת 1992, הקנה מעמד של זכות יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן, בעיקר מכוח סעיף 5 לחוק היסוד הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד הקובעים זכות לכבוד האדם. חוק היסוד מחייב בסעיף 11 את רשויות השלטון כולן – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת – לכבד את הזכויות הקבועות בו."
(מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 375(2002)).

96. בעבור עצור החשוד בעבירות ביטחון, ניהול משפט זוטא בנוגע לאופן בו נגבו הראיות ממנו, הוא דרך מרכזית למימוש זכותו להליך הוגן. יחד-עם-זאת, מנגנון בירור תלונות על התעללות ועינויים במתכונתו הקיימת, שאינו מוביל כלל לחקירה פלילית - מרוקן מתוכן את זכותו של העצור החשוד בעבירות ביטחון לנהל משפט זוטא ככל שהתלונות נגנזות בתחילת דרכן ולא מניבות חקירה פלילית.

97. בנסיבות האלה, זכותו של העצור החשוד בעבירות ביטחון לנהל משפט זוטא הופכת לאות מתה ובכך נפגעת אנושות זכותו היסודית והחוקתית של העצור להליך הוגן. מנגנון בירור התלונות הקיים חוסם את הוכחת טענת זוטא לפסילת ראייה, ככל שהתלונות נגנזות כדבר שבשגרה עוד לפני בירורן בחקירות פליליות.

98. לעניין בחינת פסקת ההגבלה, העותרים טוענים, כי מאחר והאיסור על עינויים ועל יחס בלתי אנושי או משפיל הינו מוחלט ולא ניתן לגריעה אף במצבי החירום הקיצוניים ביותר, והיות ומוחלטות האיסור מהווה חלק בלתי נפרד של המשפט הבינלאומי המנהגי שקליטתו במשפט הישראלי ישירה, (ראו בג"צ 7195/08 אשרף אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבליט, פסקה 42 (2009)). אין מקום לבחון אם הימנעות המשיב מלהורות על חקירה פלילית עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. על כך נוסף, כי זכותו של אדם שלא להיות נתון לעינויים ו/או להתעללות הינה לעולם

פגיעה מנוגדת לדין שאיננה לתכלית ראויה ושאיןנה עמדת ביתר המבחנים של פיסקת ההגבלה.

לעניין מעמדם של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי במשפט הישראלי ראו:

- Eyal Benvenisti, "Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future" 28 *Israel Law Review* 136, 138 (1994).

4. מנגנון בדיקת התלוונות לוקה בחוסר סבירות קיצוני

99. העותרים יטענו, כי התנהלות המשיב לוקה בחוסר סבירות קיצוני. זאת, הן בנוגע לסגירת תלוונתם של עותרים מספר 16-7 והן בנוגע למדיניותו הכוללת, שהובילה לגניזת כל מאות התלוונות ללא כל חקירה פלילית.

100. העותרים יטענו, כי העברה גורפת של כל התלוונות לבדיקה מקדמית וסגירתן ללא חקירה פלילית, נגועות בחוסר סבירות קיצוני. ודוק: גם אם החלטה לסגור תלוונת יחידה סבירה היא, הרי שמאות תלוונות שנסגרו, ואף לא אחת שהובילה לחקירה פלילית, מעידות יותר מכל על חוסר הסבירות הקיצוני שבהתנהלות המשיב. ברי, כי סגירה גורפת זו מעידה על כך שלא נשקלו מלוא השיקולים הרלבנטיים ולא נערך איזון ראוי ביניהם, באופן "היורד לשורשו של עניין". (בג"צ 935/89 עו"ד אורי גנור נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מד (2) 485 (1990)).

101. מהם אותם שיקולים שעל המשיב לשקול, בבואו לעצב מדיניות ראויה לבחינת תלוונות על עינויים או התעללות שחוקרי שב"כ חשודים בביצוען? על אלה ניתן ללמוד הן מתכלית החוק ומההיסטוריה החקיקתית של ההוראה המסמכה את המשיב, והן מ"ערכיה ועקרונותיה של שיטת המשפט כולה", (אליעד שרגא ורועי שחר, **המשפט המנהלי: עילות ההתערבות**, כרך 3 תל אביב 2008, עמ' 229) הכוללים בענייננו את הגברת הפיקוח הציבורי על פעולות שב"כ, מיצוי הדין עם חוקרים המפעילים אלימות בחקירות, והגברת אמון הציבור במערכת אכיפת החוק.

102. ברי, כי תוצאתם של דברים, היא שהמשיב השמיט משיקוליו חלק מהשיקולים שמנינו, או שנתן להם משקל פעוט מדי. שאם לא כן, התוצאה הבלתי סבירה בעליל, על פיה לא העביר המשיב אף לא תלוונת אחת לחקירה פלילית, היתה נמנעת.

103. אמנם, הלכה פסוקה היא כי בית המשפט לא יתערב בהחלטה כאשר היא במתחם הסבירות. (בג"צ 6406/00 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נגד שר התקשורת, פ"ד נח(1) 433, בעמ' 434 (2001)) ואולם, חוסר הסבירות בסגירת תלוונת אחת מבין המאות שנסגרו חובר לחוסר סבירות בסגירת רעותה, ואלה יחד עולים כדי חוסר סבירות קיצוני המצדיק התערבותו של בית משפט נכבד זה.

5. מנגנון בדיקת התלונות לוקה בחוסר סמכות

104. כאמור, הסמכות על-פי סעיף 1ט49(א) לפקודה ניתנה למשיב. העותרים יטענו, כי ככל שהחלטה מתקבלת בידי הממונה על המבת"ן, כפי שנעשה בעניינם של עותרים 7-16, ולא בידי היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה או משניו אליהם הואצלה סמכותו, הרי שהיא נעשית בחוסר סמכות ועל כן בטלה.

105. בשנת 2005, האציל המשיב את סמכותו להורות על פתיחת חקירה פלילית בידי מח"ש, אל פרקליט המדינה וזאת מכוח רשות שהוקנתה לו בחוק (ב"פ תשס"ה מס' 5441 מיום 27.9.2005 עמ' 4288). בשנת 2009, הרחיב המשיב את אצילת סמכותו גם למשנים לפרקליט (פורסמה ב"פ מס' 6013 מיום 29/10/09, עמ' 264).

106. העותרים יקדימו ויטענו, כי עצם אצילת הסמכות לפרקליט 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. **ואולם, העברת כל התלונות נגד חוקרי שב"כ לטיפולו של הממונה על המבת"ן בפרקליטות המדינה איננה במסגרת המותר על פי החוק, ואין בסמכותו של הממונה על המבת"ן, שאינו נמנה עם בעלי תפקידים אלו, להכריע את גורלן של התלונות.**

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

107. מכאן, שמנגנון בירור התלונות הקיים היום, בו ההחלטה גופה נעשית על ידי הממונה על המבת"ן המאמץ באופן מלא וללא סייגים את המלצות המבת"ן, אינו בעל סמכות, ומשום כך ההחלטות שנתקבלו באמצעותו דינן להתבטל. (בג"צ 2918/93 עיריית קרית גת נ' **מדינת ישראל**, מז(5) 832, עמ' 845 (1993).

6. בדיקה מקדמית במקרה של תלונות סרק

108. כמפורט לעיל, בהתאם לסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי שצוטט לעיל, העותרים מכירים בכך כי על מנת לסנן תלונות סרק, ולקיים את יסודות המונח "נודע למשטרה" שבסעיף, ניתן לערוך, בנסיבות מסויימות, בדיקה מקדמית לבחינת תלונות, שעל פניהן הן מופרכות.

109. באותם מקרים חריגים ומיוחדים, בהם תועבר התלונה, הנחזית כתלונת סרק, לבדיקה מקדמית, הרי שעל הבדיקה להיערך בידי גורם חסר פניות, עצמאי, מקצועי ובעל יכולות חקירה. על כן, התלונות שנבדקו טרם השינוי במדיניות עליו הרחבנו בסעיפים 4 ו-25 לעתירה זו, וביניהן תלונות העותרים 7-16, נסגרו בחוסר סמכות ועל ההחלטה בעניינן להתבטל ולהיבחן מחדש. שכן לאור הטענות שהועלו בעתירה

זו ברור, כי עובר לשינוי לא ניתן היה לטעון כי מנגנון המבתי"ן הוא מנגנון עצמאי, הן מבחינת מיקומו הארגוני והן מבחינה תוצאתית- מסקנותיו הגורפות לסגירת התלונות.

110. בהקשר זה יוער, כי כיוון שלשון ההודעה לעיתונות של המשיב מעלה ספקות בדבר אופיו המהותי של השינוי במנגנון בדיקת התלונות, וכיוון שטרם התקבל מענה מהמשיבים לגבי טיב השינוי המוצע במנגנון - ומכאן שגם עצמאותו של מנגנון הבדיקה החדש לוט בערפל - שומרים לעצמם העותרים את הזכות לשוב ולעתור לבית משפט נכבד זה בנושא עצמאות המנגנון, ככל שיהיה בכך צורך, לאחר שיתבהרו הדברים.

חלק ב – החובה לחקור בדין הבינלאומי

111. העותרים יטענו כי סגירתן הגורפת של כל התלונות על עינויים או התעללות המגיעות לפתחו של המשיב, כמו גם סגירתן של תלונות העותרים 16-7 דינן להתבטל, באשר הן סותרות הוראות חוק מפורשות בדין הבינלאומי, אליהם מחוייבת מדינת ישראל, המחייבות העברתן של כל התלונות לחקירה פלילית, להוציא תלונות מופרכות בעליל או הלוקות בחוסר סבירות קיצוני.

1. האיסור על עינויים והתעללות

112. הזכות להיות חופשי מעינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזריים, בלתי אנושיים ו/או משפילים היא מזכויות היסוד המרכזיות במשפט העמים, ואחד מאותם עקרונות משפטיים נדירים, אשר זכו למעמד של משפט מנהגי, המחייב כל מדינה בעולם. לעניין מעמדו המנהגי של האיסור 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).

113. 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, על כללים שיסייעו במימוש האיסור המוחלט והמנהגי נגד עינויים ונגד כל יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל. האמנה נגד עינויים באה, אם כן, לחזק את ההגנות הקיימות במשפט הבינלאומי. סעיף 2 לאמנה מחייב כל מדינה חברה לנקוט ב"אמצעים יעילים, תחקייתיים מנהליים, משפטיים או אחרים למניעת מעשי התעללות בכל שטח שבסמכותה השיפוטית". הסעיף אף מדגיש את מוחלטות האיסור בקובעו, כי אין להיאחז בנסיבות חריגות, בין אם מצב

מלחמה או איום במלחמה, אי-יציבות פוליטית פנימית או מצב חירום אחר, כצידוק לעינויים.

114. האיסור נגד עינויים ונגד יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל מעוגן אף באמנה **בדבר זכויות אזרחיות** ופוליטיות, שנכנסה לתוקף כבר בשנת 1976, ואושררה בידי ישראל בשנת 1991. 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 המשיבים לנהוג בנחקרים ברוח אנושית ותוך התחשבות בכבודם בשל שלילת חירותם.

115. כללי המשפט הבין-לאומי ההומניטארי, שהם הדין הבין-לאומי המסדיר את היחס לפלסטינים הנתונים תחת הכיבוש הישראלי (לצד משפט זכויות האדם), ובכללם לעצורים ונחקרים, גם הם מעגנים את ההגנה מפני עינויים ומפני כל יחס של השפלה והתעללות. סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה (1949) מעגן את האיסור נגד עינויים ונגד כל יחס אכזרי והתעללות. סעיף זה חל מפורשות על אנשים המוחזקים במעצר. אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949, קובעת איסור מוחלט על שימוש בעינויים וכל יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ו/או משפיל נגד אזרחים מוגנים, ובענייננו, עצורים תושבי השטחים הכבושים. סעיף 27 לאמנה מעגן את זכותם של אזרחים מוגנים להגנה על גופם וכבודם, זכותם לטיפול אנושי וכן את זכותם להיות מוגנים מפני כל מעשי אלימות או איומים באלימות. בנוסף, סעיף 31 לאמנה אוסר על כל כפייה פיזית או נפשית במטרה לחלץ מידע. סעיף 32 גם קובע איסור רחב על עינויים ועל כל אמצעי ברוטאלי. לבסוף, תקנה 46 לתקנות האג גם היא מעגנת את האיסור הכללי על פגיעה פיזית בתושבי שטח כבוש.

116. האיסור על עינויים והתעללות נקבע גם כעבירה במשפט הבינלאומי הפלילי. עינויים והתעללות הוכרו גם כפשעים בפני עצמם, ובנסיבות מסוימות כפשעי מלחמה ואף פשעים נגד האנושות. (ראו ארנה בן נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, תל אביב 2006, בעמ' 260) כך למשל, סעיף 17(1) לחוקת רומא מונה בסעיף קטן 6 את פשע העינויים, במסגרת פשעים נגד האנושות. למעשה, טריבונלים שונים קבעו זה מכבר, כי די במעשה עינויים אחד וכשלעצמו כדי להקים אחריות פלילית בינלאומית. (יובל שני וארנה בן נפתלי, עמ' 283).

2. החובה לחקור את הפרת האיסור על עינויים והתעללות

117. לצד האיסור המוחלט על עינויים, מציב המשפט הבינלאומי גם את החובה לחקור את הפרתו. המשפט הבינלאומי מרבה להדגיש כי מימוש התחייבותן של

מדינות כרוך בהפעלת מנגנוני ענישה מצידן, כנגד מי שהפר את אותן ההתחייבויות, כפי שנראה להלן.

א.משפט זכויות אדם

118. משפט זכויות האדם לא מסתפק רק באיסור על עינויים, והוא מסדיר גם מנגנוני חקירה וענישה הולמים. מעיון באמנות בינלאומיות ובמסמכים מכוונים של הוועדה נגד עינויים של האו"ם, של וועדת זכויות האדם של האו"ם, האמונה על יישום האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, ובפסקי דין של טריבונלים בינלאומיים מרכזיים ניתן ללמוד על הדרישה למערכת טיפול, חקירה וענישה בתלונות על עינויים והתעללות, אשר תהיה יעילה, עצמאית לחלוטין, אפקטיבית ואמינה. סמכויותיה ויכולותיה של מערכת זו צריכות להניע חקירה **בכל פעם** שמתקבלת תלונה או שמתעורר חשד לקיומם של עינויים.

האמנה נגד עינויים

119. האמנה נגד עינויים מתייחסת לחובה לחקור בשני סעיפים :

"12. כל מדינה חברה תבטיח כי רשויותיה המוסמכות יערכו חקירה ללא דיחוי וללא משוא פנים, (impartial) כל אימת שיש בסיס סביר להאמין כי בוצע מעשה עינוי בשטח שבסמכותה השיפוטית."
"13. 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 ומשוא פנים. יינקטו צעדים להבטיח כי המתלונן והעדים יהיו מוגנים מפני עינויים, או הפחדה כתוצאה מתלוננתו או ממסירת עדות."

כן קובע סעיף 16 לאמנה :

"א. 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 שמעשיה כאמור בוצעו על-ידי או בעידודו או בהסמכתו של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או השלמתם בשתיקה. במיוחד, חובות המפורטות בסעיפים 10, 11, 12 ו-13 יחולו אגב החלפת איזכורים בדבר עינויים באיזכורים של צורות עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים. (ההדגשה אינה במקור, ס.א.א.ו.א.ב.)

120. סעיפים אלה פורשו על ידי הוועדה נגד עינויים כמקימים חובה לחקור **חקירה אפקטיבית**. בהקשר זה קבעה הוועדה כי לגורמי אכיפת החוק לא יכול להיות מסור שיקול דעת לגבי החובה לחקור ואף להעמיד לדין, וששיקול דעת כזה יעמוד בסתירה חזיתית ללשונו ולרוחו של סעיף 12 לאמנה. כך למשל קבעה הוועדה, בעוסקה, בשלושה דו"חות שונים, במערכת התביעה בבורונדי, בצרפת ובארה"ב בהתאמה :

"The state party should take effective legislative, administrative and judicial measures to ensure that **all allegations** of torture and cruel, inhuman or degrading treatment will be the subject of prompt investigation, **followed as appropriate by prosecution and punishment**...The State party should consider introducing an exception to the current system of assessing the appropriateness of prosecution in order to conform with the letter and spirit of article 12 of the Convention and to remove all doubt regarding the obligation of the competent authorities to institute, systematically and on their own initiative, impartial inquiries in all cases where there are substantial grounds for believing that an act of torture has been committed".

- *Conclusions and recommendations of the committee against torture: Burundi*; UN Doc, CAT/C/BDI/CO/1 (2007), paras. 21- 22

"The Committee recommends that the State party should take the necessary measures to ensure that every public official, or any other person acting in an official capacity or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official, who is guilty of acts of torture should be **prosecuted and receive a penalty** commensurate with the seriousness of the acts committed".

- *Committee against torture, Considerations of reports submitted by state parties under article 19 of the convention, France, (2006)* UN Doc, CAT/C/FRA/CO/3: para. 21

"The State party should also ensure that perpetrators of acts of torture are prosecuted and punished appropriately...

The State party should promptly, thoroughly, and impartially investigate any responsibility of senior military and civilian officials authorizing, acquiescing or consenting, in any way, to acts of torture committed by their subordinates".

- *Conclusions and recommendations of the committee against torture: United States of America*; UN Doc, CAT/C/USA/CO/2 (2006) art 19

(ההדגשות אינן במקור, ס.א.א.ו.א.ב.)

121. בדו"ח האחרון לגבי ישראל של ועדת האו"ם נגד עינויים אשר פורסם במאי 2009, **התייחסה הוועדה להפרות ישראל את האמנה**, ובהם בין היתר, היעדרו של מנגנון חקירה עצמאי ואפקטיבי וקבעה, כי :

"...The state party should also ensure that **all allegations of torture and ill treatment are promptly and effectively investigated and perpetrators prosecuted** and, if applicable, appropriate penalties are imposed."

(ההדגשה אינה במקור, ס.א.א.ו.א.ב.)

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

122. הוועדה אף הביעה דאגה נוכח העובדה כי אף אחת מבין 600 התלונות על עינויים והתעללות מצד חוקרי שבי"כ, שהתקבלו אצל המשיבים בין 2001 ל 2008 לא הובילה לחקירה פלילית, וקבעה כי :

"The state party should duly **investigate** all allegations of torture and ill-treatment by creating a **fully independent and impartial mechanism outside the ISA.**"

(ההדגשה אינה במקור, ס.א.א.ו.א.ב.)

- *Concluding observations of the Committee against Torture: Israel*, para 21.

123. העותרים יטענו, אם כן, כי המשפט הבינלאומי מקים חובה לחקור תלונות על עינויים באופן אפקטיבי ומעמיק, ובמקרים המתאימים אף להעמיד לדין. במערכת המשפט הישראלית, בה הגופים שהוסמכו בחוק לחקירה פלילית הם מח"ש והמשטרה, הרי רק חקירה פלילית **שנעשית על ידם** יכולה להתחיל ולעמוד בדרישות האפקטיביות שמציב המשפט הבינלאומי, ורק באמצעותה יכולה מערכת האכיפה למצות את הדין עם מפירי האמנה. **הבדיקה המקדמית**, שאין מחלוקת שאיננה חקירה, אליה מפנה המשיב את התלונות, בין באופן שהיא נעשית היום ובין אם תעשה בעתיד בידי אדם הכפוף למשרד המשפטים, אינה ממלאת את דרישות העצמאות, היסודיות והאפקטיביות שדורש המשפט הבינלאומי, כתנאי לקיום האמנה.

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות

124. 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.

1. *Umetaliev et al. v. Kyrgyzstan*, communication No.1275/2004, views of 30 October 2008, para. 9.2

2. *Amirov v. Russian Federation*, communication No. 1447/2006, views of 2 April 2009, paras. 11.2–11.4.

125. 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.

126. בפסיקת הוועדה ביחס למקרים פרטניים, הבהירה הוועדה באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי חקירות פליליות והעמדה לדין של מבצעי הפרות זכויות אדם חמורות (כגון עינויים והתעללות), הם סעדים הכרחיים (necessary) וזאת בלשונה:

"6.4 the Committee recalls its constant jurisprudence that **criminal investigation and consequential prosecution are necessary remedies for violations of human rights such as those protected by articles 6 and 7 of the Covenant...** In the absence of any explanation by the State party and in view of the detailed evidence placed before it, the Committee must conclude that the Attorney-General's decision not to initiate criminal proceedings in favour of **disciplinary proceedings** was clearly **arbitrary and amounted to a denial of justice**. The State party must accordingly be held to be in breach of its obligations under articles 6 and 7 to **properly investigate** the death and torture of the victim and take appropriate action against those found guilty. For the same reasons, the State party is in breach of its obligation under article 2, paragraph 3, to provide an **effective remedy** to the authors.

(ההדגשות אינן במקור – ס.א.א.ו.ב.)

- Communication No.1436/2005, *Sathasivam v. Sri Lanka*, Views adopted on 8 July 2008, paragraph 6.4

127. 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 שאושו בחקירה מצומצמת, בעלת אופי מינהלי גרידא, שנערכה של ידי האומבודסמן הפרלמנטרי. 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 organised 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.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

128. בסעיף 12 למסקנותיה בדבר הדו"ח התקופתי השלישי שהגישה ישראל, שפורסמו ב-29/7/10, קבעה הוועדה בין היתר, כי על ישראל לחקור תלונות על עינויים ו/או התעללות:

"The State party should ensure that **all alleged cases of torture, cruel, inhuman or degrading treatment and disproportionate use of force by law enforcement officials**, including police, personnel of the security service and the armed forces, **are thoroughly and promptly investigated by an authority independent of any of these organs, that those found guilty are punished with sentences that are commensurate with the gravity of the offence...**"

(ההדגשות אינן במקור, ס.ס.א.א.ב.)

3. Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by states parties under article 40 of the convenient: Israel*, UN doc, CCPR/c/isr/co/3, para 12.

ב.משפט בינלאומי הומניטארי

129. המשפט הבינלאומי ההומניטארי אף הוא מעגן את החובה לחקור חשדות לביצוע עינויים והתעללות.

130. סעיפים 146-147 לאמנת ג'נבה הרביעית קובעים בין היתר כך:

"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..."

"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..."

131. כך קובע כלל 158 למחקר הצלב האדום למיפוי כללי המשפט הבין-לאומי ההומניטארי המנהגי בנושא:

"States must **investigate** war crimes allegedly committed by their nationals or armed forces, or on their territory and, if appropriate, prosecute the suspects. They must also **investigate** other war crimes over which they could have jurisdiction and, if appropriate, prosecute the suspects."

(ההדגשות אינן במקור, ס.א.א.ו.ב.)

- Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, **1 Customary International Humanitarian Law** 607-11 (2005).

132. עוד נקבע, כי הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ושל דיני זכויות האדם יכולה גם להטיל חבות אישית, המשלימה את החבות המדינתית. בענייננו, הפרת החובה לחקור על ידי רשויות אכיפת החוק, כלומר המשיב, יכולה להוביל למיצוי הדין עם המעורלים בערכאות בינלאומיות ובבתי משפט מדינתיים, שיפעילו שיפוט אוניברסאלי. נציין, כי בכל חוקות בתי הדין הבינלאומיים, מופיעה לצד אחריות ישירה למעשה, גם אחריותו של מי ששידל, תכנן, נתן הוראה, או סייע לביצוע העבירה. כן עשויה להיות מוטלת אחריות שילוחית על מנהיגים צבאיים או אזרחיים. (ארנה בן נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום**, עמ' 292).

3. אמות מידה של החקירה

133. המשפט הבינלאומי לא מסתפק רק בהטלת החובה לחקור, אלא הוא פורט רשימה ארוכה של אמות מידה שעל החקירה לקיים. עיון במאפיינים אלה, שרק את חלקם הבאנו כאן, מעלה כי הבדיקה המקדמית שעורך המשיב לא יכולה בשום אופן למלאם, וכי רק חקירה פלילית תביא לקיום חובות ישראל לפי המשפט הבינלאומי.

134. לעניין זה רלבנטיים הסטנדרטים המיוחדים הנדרשים בחקירת עבירות עינויים ו/או יחס אכזרי ו/או משפיל ו/או בלתי אנושי. סטנדרטים אלה סוכמו ונקבעו בפרוטוקול איסטנבול (אשר הוגש לנציבות זכויות האדם של האו"ם ביום 9/8/99) והם אוגדו לכדי מדריך מקיף שגובש לאחר שלוש שנות מחקר ע"י 75 מומחים ידועי שם מתחום המשפט, הרפואה וזכויות האדם, לרבות מומחים מישראל:

- **Istanbul Protocol: Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.**(1999).

135. המדריך אינו מתיימר לקבוע את הסטנדרטים המקסימאליים אלא את הסטנדרטים המינימאליים שחובה לקיים בחקירה ותיעוד של עינויים. על פי מדריך זה מוטלות החובות הבאות: על המדינה להבטיח כי תלונות על עינויים ו/או יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל ייחקרו בצורה מיידית, מדויקת, ואפקטיבית, הגם בהעדר תלונה רשמית (סעיפים 14, 17); על החוקרים להיות עצמאיים, מקצועיים וחסרי פניות (סעיפים 14, 17); על המדינה להבטיח את חופש הפעולה שלהם במהלך החקירה וגישה מלאה לכל מקורות המידע (סעיף 78); על החקירה לעמוד בסטנדרטים המקצועיים ביותר ויש לפרסם את ממצאיה בציבור (סעיף 79); על המדינה להקצות לחוקרים את כל המשאבים האמצעיים והטכניים הנדרשים לעריכת חקירה אפקטיבית (סעיף 74); ועל החוקרים ליידע את המתלוננים ובאי כוחם בכל התפתחות בחקירה או שימוע שייערך בסוגייה (סעיף 80).

136. בנוסף, מסמכים בינלאומיים שונים העוסקים בחובה לחקור מדגישים שעל חקירה לקיים את היסודות הבאים:

- **עצמאית וללא משוא פנים** - הדרישה מתייחסת לשני מישורים של עצמאות: האחד - יוזמה עצמאית של הגוף לחקור; השני - עצמאות מוסדית ופרסונאלית, קרי, שיקול דעת החוקרים יופעל באופן שבו יש ניתוק מוסדי מהחשודים המעורבים בפועל בהפרות. הדרישה לחקירה ללא משוא פנים מתייחסת לחקירה ללא דעה מוקדמת על הקרבן, על שהתרחש או על התוצאות הצפויות.
- Manfred Nowak, **U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, 2nd rev. ed. (N.P.Engel, 2005), pp. 320–321.
- **The Right to Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations – a practitioners' guide**, International Commission of Jurists, Geneva, December 2006, pp. 69.
- **יסודיות ויעילות** - דרישה זו מתייחסת לשלמות החקירה ולקוהרנטיות בה היא נעשית. חקירה יסודית ויעילה צריכה לכלול בחינה של הניירת הרפואית, איסוף

ורישום כלל הראיות הרלבנטיות, ניהול ביקורים מקומיים כשנדרש, וגביית עדויות מהקורבן ומכל העדים הרלוונטים, תשאול העדים באופן קוהרנטי על מנת שהחקירה תוכל לבסס את נסיבות ההפרה הנטענת והאחראים על ביצועה, וסיפוק מסקנות המבוססות על ניתוח קוהרנטי של כלל היסודות הרלוונטים.

- Human Rights Committee, *Stephens v. Jamaica*, Communication No. 373/1989, UN Doc. CCPR/C/55/D/373/1989 (1995), Views of 18 October 1995, para. 9.2.
- Human Rights Committee, *Arhuacos v. Colombia*, CCPR/C/60/D/612/1995, Views of 19 August 1997, para. 8.8 ,
- European Court of Human Rights, *Nachova and Others v. Bulgaria*, application Nos. 43577/98 and 43579/98, Judgment, 6 July 2005, Reports 2005-VII, para. 113.

דרישת היעילות משמעה כי הסעד אינו תיאורטי בלבד, אלא מספק לקורבנות צדק באופן מעשי ואמיתי.

- **The Right to Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations – a practitioners' guide**, International Commission of Jurists, Geneva, December 2006, pp. 46.
- European Court of Human Rights, : *Case of Airey v Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Series A No 32, para 2.

• **נעשית באמצעות כלים המסורים לרשות חוקרת** – על גופי החקירה להחזיק בסמכויות מתאימות למלא את חובתם, לרבות איסוף וניתוח ראיות, קבלת תיקים רפואיים, זימון והגנה על עדים לרבות קורבנות ובני משפחות וכן הקצאת משאבים תקציביים וטכניים והקמת ועדות חקירה.

- *Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (Economic and Social Council resolution 1989/65, annex, principles 9–17)*;
- **Istanbul Protocol: Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment** (General Assembly resolution 55/89, annex).
- **The Right to Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations – a practitioners' guide**, International Commission of Jurists, Geneva, December 2006, pp. 70

• **השעיית המעורבים בהתעללות ועינויים במהלך ניהול החקירה** – ועדת זכויות האדם, ועדת האו"ם נגד עינויים והדווח המיוחד בנושא עינויים קבעו במספר רב של מסמכים, כי יש להשעות את המעורבים מתפקידם עד תום החקירה.

- **The Right to Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations – a practitioners' guide**, International Commission of Jurists, Geneva, December 2006, pp. 77.
- Human Rights Committee, *Concluding Observations on Serbia and Montenegro*, UN Doc. CCPR/CO/81/SEMO, 12 August 2004, para 9;

- Human Rights Committee, Concluding Observations on Brazil, UN Doc. CCPR/C/79/Add.66, para 20; Concluding Observations on Colombia, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 76, 5 May 1997, para. 32
- Recommendations of the Special Rapporteur on torture, UN Doc. E/CN.4/2003/68, 17 December 2002, Recommendation 26 (k).

137. בנוסף, נקבע כי הטלת נטל ההוכחה על קרבן ההתעללות והעינויים להוכיח את תלונתו כאשר הוא נעדר אמצעים לייצר ראיות תומכות לתלונות - כגון ראיות פורנזיות, ראיות רפואיות חיוניות וראיות נוספות אחרות הנדרשות לביסוס הסף הגבוה לצורך נקיטה בהליכים פליליים נגד החשודים המעורבים - מסכלת חקירה אפקטיבית.

4. Manfred Nowak, (2010) Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in the world, including an assessment of conditions of detention, pp.36.

138. הימנעות המשיב מלהורות על פתיחה בחקירה פלילית של גוף חוקר (מח"ש או המשטרה) בגין חשדות לביצוע התעללות ועינויים בידי חוקרי השב"כ היא, אם כן, הפרה ברורה של חובותיה של מדינת ישראל לפי הדין הבינלאומי, שכן היא איננה ממלאת את החובה לחקור תלונות על עינויים, שהיא חלק מחובת המדינה לפעול ככל שביכולתה כדי למנוע מקרי עינויים. התנהלות המשיב מעניקה, הלכה למעשה, חנינה מוחלטת מראש לחשודים המעורבים, ומשמשת כר נוח להנצחת הפרות בוטות של מחויבויות ישראל על פי האמנות להן היא מחוייבת.

סיכום

139. נוכח חומרת העבירות בהן עסקינן, והואיל וההליך שנוקט המשיב לבירור התלונות אינו עומד בדרישות הדין הבינלאומי והישראלי, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על פתיחתן מחדש של תלונות העותרים 7-16; על פתיחה בחקירה פלילית כמפורט בהרחבה לעיל, על פי אמות המידה הקבועות בסעיף 59.

140. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו-על-תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט, ולחייב את המשיבים בהוצאות עתירה זו ובשכ"ט עו"ד.

14 בפברואר, 2011.

אירית בלאס, עו"ד

סמאח אלחטיב איוב, עו"ד

ב"כ העותרים