

בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בשג"ץ /
בג"ץ 5100/94
בג"ץ 4054/95
בג"ץ 5188/96

- המבקשות:**
1. הוועד הציבורי נגד עינניים בישראל – העותרת בבג"ץ 5100/94
 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל – העותרת בבג"ץ 4054/95
 3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – העותרת בבג"ץ 5188/96

על ידי ב"כ עו"ד אביגדור פלדמן ואח'
מרח' הוברמן 10, תל-אביב
טל' 03-6852220 פקס' 03-6869775

- נגד -

- המשיבים:**
1. ראש ממשלת ישראל, מר אהוד אולמרט
 2. ראש שירות הביטחון הכללי, מר יובל דיסקין
 3. שירות הביטחון הכללי
 4. ממשלת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה
מרח' צלאח-א-דין, ירושלים

בקשה לפי פקודת בזיון בית משפט

זוהי בקשה לפי סעיף 6 לפקודת בזיון בית משפט בה מתבקש בית המשפט הנכבד לאכוף מאסר על ראש ממשלת ישראל וראש שירות הביטחון הכללי, המשיבים 1-2, ולאכוף בקנס את המשיבים 3-4, בשל הפרת הצו המוחלט שניתן על ידי בית משפט נכבד זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בפסק הדין בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינניים בישראל נגד ממשלת ישראל ושירות הביטחון הכללי, פ"ד נג(4), 817 (1999), מיום 6.9.1999 (להלן: "פסק הדין"). כזכור הצו שניתן אסר על מתן היתרים או קיום נהלים לנקיטת שיטות חקירה שהוגדרו כבלתי חוקיות ונעדרות סמכות וכן הכריז על שיטות החקירה עצמן כבלתי-חוקיות.

א. פתח דבר

1. זוהי בקשת ביזיון בית משפט נוכח הפרת המשיבים את פסק הדין באמצעות המשך קיומו של משטר היתרים, נהלים ואישורים הניתנים מראש, להפעלת עינויים תחת הכינוי "חקירות צורך", משטר אשר נפסל בפסק הדין והוכרז כבלתי חוקי.
2. למעלה מתשע שנים לאחר שניתן פסק הדין מוגשת בקשה זו, וזאת לאחר שהצטברו בידי המבקשות והח"מ ראיות כי המשיבים אינם מקיימים את פסק הדין. מהעדויות שנאספו עולה, כי ביחס לשימור שיטת הנהלים וההיתרים לעינוי נחקרים המשיב 3 נוהג בחקירותיו כמנהגו עובר לפסק הדין, וזאת מאז מתן הצו המוחלט ועד היום.
3. זמן ניכר חלף מאז נתגלה למבקשות ולח"מ לראשונה על הפרת הצו שניתן, אכן שיהוי ממושך, נודה כי מקורו בספק באשר להיתכנות הדברים. ואולם הצטברות העדויות וזאת עד לאחרונה היוו מסה קריטית של אינדיקציות חד משמעיות לכך שמשטר ההיתרים מעולם לא הסתלק ממקומותינו.
4. בכל הזמן הזה עדות אחר עדות נשמעו אצל המבקשות. נחקר ראשון שוטח בבושה את קורותיו בנפתולי "חקירה צבאית", ועוד זה הולך וזה בא, עציר נוסף וסיפור מחריד בפיו, והנה עוד נחקר, סיפורו חקוק בגופו המצולק, והנה אחר שנפשו נותרה מדממת.
5. ומן הצד האחר, כבר לא בחצר האחורית אלא בטרקלין ממש, באולמי המשפט, בדלתיים סגורות בפני עין הציבור. פרגוד ומאחוריו דוכן, עליו שעון החוקר "בנצי" או "מוטי", מספר על פעולה באישור מוסמך, לפי "נוהל צורך", ואחריו חברו לצוות, בכינוי אחר, מעיד על התעללות בהיתר הממונים במסגרת "חקירת צורך".
6. וכולם פוזלים אל היועץ המשפטי הנוכח באולם, וזה מחזיר מצידו קריצה לעד – האם וכיצד לענות. גם אלה בין היתר, המשפטנים המכשירים את שרץ העינוי, בועטים לכל הרוחות בפסק הדין והופכים על פיו את אשר נקבע בו, מאיסור מוחלט למליצה ריקה.
7. ומהו אותו איסור אם לא כלל הומאניטארי אוניברסאלי, שעוגן בצו מוחלט שניתן מידי בית משפט נכבד זה. כלל שאינו אלא ציווי קטגורי האוסר על התאכזרות לאחר, על השפלתו, כלל שהפרתו מהווה, בנסיבות מסוימות, פשע נגד האנושות. כלל זה אינו סובל דבר, לא סבירות ולא מידתיות ולא איזון גיאומטרי כזה או אחר.

8. וודאי שאיסור זה אינו נסוג מפני הסייג לאחריות פלילית המוקנה בחוק שירות הביטחון הכללי, הפוטר מאחריות פלילית מעשה או מחדל שעשה חוקר בתום לב ובאופן סביר במסגרת תפקידו. עינויים לעולם אינם ניתנים לניסוח כמעשה סביר ובתום לב.
9. כך גם לא ניתן לכלוא את העינוי בגדרי פסקת ההגבלה ולהותירו ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית. האיסור על עינויים הינו אבסולוטי משום העובדה הפשוטה, החותכת, ששורשיו נטועים בנימי הדבר הזה, שנקרא להיות אנושי.
10. ומוחלטותו של האיסור מדוע. משום שלא דין התאכזרות מערכת מוסדית מוסדרת של בעלי מרות כלפי כלואים ואזוקים שבידיהם, כדינה של התפרצות של אלימות ספונטאנית בין יחידים או כמקרה של הפעלת כוח מאורגנת של כוחות צבא ומשטרה.
11. העינוי בהגדרתו הוא יחס שבין כלוא ובין שובהו. כזו היא חקירת שבי"כ והיא מעמידה את יחסי המרות הקיצוניים ביותר שניתן לדמיין. הנחקרים חסרי אונים תלויים ברצונו הטוב או הפחות טוב של חוקר.
12. אם ילך "הנדון" להתפנות, אם יותר לו לישון או יוחזק בחקירה ממושכת, אם יוקפא במערכת המיזוג "האוטומטית" או יקבל שמיכה, אם יקבל מים, מפגש עם עורך-דין, וכמובן אם ינקטו נגדו שיטות התעללות ועינויים. שיטות אלה, אשר בחלקן נפסלו בפסק הדין, מפורטות גם בדו"חות שפרסמו הוועד נגד עינויים, ארגון בצלם והמוקד להגנת הפרט.
- דו"ח "פצצות מתקתקות" (2007) ו-"טיפול משפחתי" (2008) מאת הוועד הציבורי נגד עינויים, וכן דו"ח "בתכלית האיסור" מאת המוקד להגנת הפרט ובצלם – מצורפים לבקשה זו ומסומנים בהתאמה "א", "ב", "ג"
13. מתוקף היחסים המיוחדים והפערים המתוארים בין הצדדים האיסור נגד עינויים וכל יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי הינו גורף, ולעולם לא ניתן להתנות עליו או לפטור את מבצעיו מאחריות פלילית. זאת להבדיל מצורות אחרות של הפעלת כוח ואפילו אלימות קטלנית כגון הריגה, עליהן כידוע ניתן להחיל איזונים וסייגים שונים אל מול אינטרסים וזכויות מתנגשים וכיוצא בזה.
14. כך לא זו בלבד שהרשות מבזה את ערכאת השיפוט העליונה במדינת ישראל – אלא שמדובר בביזיון חמור, רצוף, משך תשע שנים רעות. זהו ביזיון מצטבר, עקבי ושיטתי, מאורגן ומעוגן בהנחיות ונהלים, הן מצד היועץ המשפטי לממשלה ומשרד המשפטים (לאחר ביצוע העינוי), והן – **ובכך עוסקת בקשה זו** – מצד השב"כ (לפני הפעלת העינוי).

ב. התשתית העובדתית

15. "נוהל חקירת צורך" ו-"אישור" ל"חקירת צורך" מתיימרים להחיל מראש על החוקר את הגנת הצורך לגבי אמצעי החקירה שהוא נוקט בו. זאת, בעוד שפסק הדין כלל לא הכריע בשאלה אם סייג הצורך "עומד לכל אדם, לרבות לחוקר מטעם השלטון, הפועל במסגרות הארגוניות של השלטון" - ואף לו הוא היה חל, הגנות מאחריות פלילית ובכלל זה סייג הצורך נבחנות תמיד בדיעבד למעשה, ותמיד על ידי ערכאה שיפוטית.
16. לו הגנת הצורך היתה חלה על חוקרי שב"כ, היועץ המשפטי לממשלה יכול היה להחליט שלא להעמיד לדין חוקר ספציפי, החלטה שאף היא נתונה לביקורת שיפוטית. בכל מקרה לא הממונים בשב"כ וגם לא ראש השירות מוסמכים לאשר אמצעי חקירה שנקבע לגביהם בפסק הדין כי הם פסולים ובלתי חוקיים.
17. מגוון מקורות מצביעים על שימור שיטת הנהלים וההיתרים בשב"כ לעינוי נחקרים בניגוד לאמור בפסק הדין, לדין הפלילי המקומי ולעקרונות המשפט הבינלאומי. המסכת העובדתית מתפרשת מהתבטאויות חוקרים-מענים בעדויות שמסרו בתיקים ביטחוניים בבתי המשפט המחוזיים ועד לעדויות הנחקרים-המעונים, ולצידן מאשרים את הדברים משרד המשפטים, היועץ המשפטי, וחשוב מכל – השב"כ ומשרד ראש הממשלה.
18. להלן נציג ראיות ישירות המצביעות על המשך השימוש בפרקטיקות התעללות ועינויים באמצעות הפעלת אותן "חקירות צורך" מכוח אישור שניתן מראש על ידי ראש השירות, או ראש ענף חקירות, או נושאי משרה אחרים בשב"כ. כך למשל, במסגרת אישור כזה, שוטרים ביצעו לכאורה תלישת זקנים ומעשי סדום. לרגל פרסום המעשים, טרח השב"כ לצרף, כפי שנראה בהמשך, הודעת הרגעה: *היתר להפעלת כוח ניתן באישור ראש השב"כ בלבד*.
19. מכלול הראיות שיוצגו להלן מצביעות על מתן אישור לחוקר, לפגוע בנחקר, תוך תיעוד נפרד של מעשיו, וזאת כשהאישור ניתן על ידי הממונה על החוקר, מראש, לפי נוהל קבוע, המוכר לחוקרים, לתובעים ולשופטים בשם הכללי "נוהל חקירת צורך".

(1) ההנחיות החדשות – היועץ המשפטי לממשלה

20. לא יבש הדיו מפסק הדין, חודש בלבד ממתן פסק הדין, נערכה הרשות, ביעילותה כי רבה, להצלת מפעל העינויים המעוגן ומתאפשר ברשת ההיתרים הבירוקרטית. ביום 28.10.1999 הוציא היועץ המשפטי לממשלה דאז, השופט אליקים רובינשטיין, הנחיה

המופנית אליו עצמו, שעיקרה פירוט הנסיבות בהן ישקול שלא להעמיד חוקר לדין מן הטעם שפעל בנסיבות של הגנת הצורך, וזאת בעקבות התבטאות דומה בפסק הדין.

21. אלא שהיועץ טורח להעלות את הנחיותיו לעצמו על הכתב כדי לתת להן פומבי, וכדי לקנות לחוקרי השב"כ והממונים עליהם, כפי שהוא כותב בעצמו באותן הנחיות, מעין וודאות משפטית, לה הם זכאים "על פי דין" (סעיף ד להנחיות).

22. בשים לב לפסק הדין שעודו היה טרי כחודש לאחר פרסומו, ניתן להקשות מדוע סבר היועץ המשפטי כי חוקר השב"כ זקוק לוודאות משפטית גדולה מזו של חוקר משטרה או משטרה צבאית, אם לפי פסק הדין סמכויות החקירה זהות (סעיף 20 לפסק הדין). התשובה לדעת המבקשות והח"מ היא, כי היועץ הנכבד סבר, שחוקר השב"כ זקוק לגושפנקא משפטית, וזאת כדי שירשה לעצמו להפעיל בדיוק את אמצעי החקירה הפסולים ללא חשש מפני העמדה לדין.

23. הממשיך לעיין באותן הנחיות יגלה עוד, כי בכל הכבוד מדובר במסמך משונה למדי. כך למשל אומר היועץ המשפטי כי על החוקרים:

"ליתן את דעתם תדיר לקיום החוק ולזכויות הנחקרים לפיו; אך בפעלם במסגרת הדין, אין להתעלם מנחיצותה של הגנה ראויה בעשותם מלאכתם." (שם)

ומיד צפה שאלה: מדוע פעולה שנעשית במסגרת הדין כלל זקוקה להגנה?

24. עוד אומר היועץ המשפטי (סעיף ז(1)):

"החלטת היועץ המשפטי תינתן בכל מקרה לגופו, תוך בדיקה פרטנית של כל המרכיבים האמורים לעיל..."

ומיד צפה שאלה נוספת: אם אמנם הבחינה היא קונקרטי, כל גוף מעונה לגופו, מדוע זקוק היועץ המשפטי להנחיות כלליות ופומביות, ועוד כאלו הניתנות, כביכול, לעצמו?

25. התשובה מצויה בין רשימת הקריטריונים להחלטת היועץ על העמדה לדין, וברשימה זו נחשף מנגנון האישור והפיקוח של הממונים על החלטת החוקר שאמורה להיות עצמונית, בזמן-אמת, תלוית-אירוע, נקודתית [כל ההדגשות, מכאן ואילך, שלי – א.פ.]:

"...החלטת היועץ המשפטי תינתן בכל מקרה לגופו, תוך בדיקה פרטנית של כל המרכיבים האמורים לעיל, קרי, מידתיות הצורך ומיידיותו, ... הדרגים שאישרו את המעשה, מעורבותם בהחלטה ושיקול דעתם בעת הביצוע, וכן נקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו."

26. בעייתיות גלויה טמונה בהנחיה זו, הקובעת מראש באילו נסיבות עתידיות וכלליות, יבכר יועץ משפטי להימנע מלהעמיד לדין פלוני שפעל בנסיבות קונקרטיים של צורך – תחת הותרת סייג הצורך כמקובל להליך הפלילי לאחר בירור קיומה של אחריות פלילית, הכיצד ניתן להגדיר כללים מנחים לאירועים קונקרטיים.

27. אך מעבר לבעייתיות זו, הקושי העיקרי בהנחיית היועץ לעצמו, הוא שבאותה הנחיה כלולה המלצה הנוגעת למערכת ההיתרים הפנימית להפעלת מעשי עינוי בשב"כ. כך בסעיף ז(2)(ב)(4):

"ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר באשר **למערכת ההתייעצויות והאישורים** בתוך הארגון הנחוצה לעניין."

העתק הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מצורפות ומסומנות "ד"

(2) "תחת הגנת הצורך" – דוגמא למזכר שב"כ פנימי בנוגע להפעלת אמצעים מיוחדים

"הנדון: בהג'ת יאמן.

דחיפות בקבלת מידע לצורך סיכול פיגוע. נחקר בין 20.5.04 15:21 ועד ליום 22.5.04 שעה 02:40 **תחת הגנת הצורך** והופעלו לסירוגין אמצעים בחקירה".

מסמך זה נמסר לעיון הסנגוריה והועתק על ידי הסניגור, עו"ד חביב, אשר הצהיר על כך. על המסמך חתם המכונה רני, רצ [ראש צוות] חוקרים, שומרון דרום. סא"ל נתנאל בנישו, משנה לנשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, אף קבע מאוחר יותר כי "דבר שימושם של גורמי החקירה באמצעים מיוחדים לא הוסתר מן הסנגוריה. בידיה מסמך אשר יוכל לשמש הוכחה לשימוש שנעשה בשיטות אלה." (מתוך: ב"ש איו"ש 3029/05 **בהג'ת פתחי יוסף יאמן נ' התובע הצבאי** - עתירה להורות על הסרת החיסיון על מידע הקשור לחקירת העותר ולחקירת העד המרכזי נגדו. העתירה נדחתה)

העתק המסמך ותצהירו של עו"ד חביב מתאריך 31.8.04 מצורף ומסומן בהתאמה "ה", "ו"

(3) פסק דין בית המשפט המחוזי בתל-אביב, תפ"ח 1147/02, מדינת ישראל נ' אל סייד
(פס"ד מתאריך 22.9.05, לא פורסם – להלן: עניין אל-סייד)
פסק דין בית המשפט המחוזי בירושלים, תפ"ח 775/04 מדינת ישראל נ' עמרו אל עזיז
(פס"ד מתאריך 29.10.05, לא פורסם – להלן: עניין עמרו)

כך קובע כב' השופט סגל בהכרעת הדין בעניין עמרו (עמ' 59 לפסה"ד):

"לאור הראיות שהיו בידי חוקריו על מעורבותו הפעילה בביצוע פיגועי טרור, ננקט בעניינו של אחמד נוהל חקירה, שאמור לחסות תחת כנפי הגנת הצורך לפי סעיף 34 לא לחוק העונשין, התשל"ז-1977, המכונה על ידי חוקרי השב"כ כנוהל "חקירת צורך". בבית המשפט פירט אחמד את אמצעי החקירה שננקטו נגדו, ובכללם לחץ פיזי ואיומים (עמ' 113, 114 ו-135), ואף החוקרים הבהירו בחקירה הראשית ובחקירה הנגדית את מהות האמצעים שננקטו ובכללם לחץ פיזי (עדות המכונה "דותן" בעמ' 142, 143, ו-157)".

וכך כב' השופט נועם (שם, עמ' 71-72):

"ראשית לכל, הפללתו של אחמד, הן את עצמו והן את הנאשם, באה בעקבות אמצעי חקירה קשים, חריגים ובלתי מקובלים, שהופעלו כלפיו נוכח הנסיבות שבהן אצר בקרבו מידע חיוני על פיגועי טרור מתוכננים, והצורך להגיע במהרה לכל חברי חולייתו לשם סיכול הפיגועים. כאמור, החוקרים ראו את האמצעים שנקטו בהם, שכוננו על-ידם "חקירת צורך", כחוסים תחת כנפי הגנת הצורך לפי סעיף 34 לחוק העונשין. אחמד התייחס בעדותו לאיומים וללחץ פיזי (עמ' 113-114 ו-135), והחוקרים הבהירו בחקירה הראשית ובחקירה הנגדית את מהות האמצעים שננקטו, לרבות לחץ פיזי (עדות המכונה "דותן" בעמ' 142, 143 ו-157). אין צורך לפרט את האמצעים ולהכריע בין הגרסאות, שכן מוסכם על הכל, כי מדובר באמצעים חריגים, שהחוקרים ראו אותם כחיוניים בנסיבות העניין לסיכול מיידי של פיגועי טרור, בבחינת נטרולה של 'פצצה מתקתקת'."

וכך בעניין אלסייד:

"יוצא מן האמור, שהיתה הצדקה לקיום חקירה במשך שעות רבות ואף בשעות הלילה מבחינת החשיבות והדחיפות בעניין. במהלך החקירה לא נמנעה שינה מן הנאשם באופן מכוון, לאורך זמן, כמטרה בפני עצמה,

וכאשר הסתיימה 'חקירת הצורך' ניתן לנאשם זמן למנוחה, במטרה שלא להתישו.

קטעים מצוטטים מפרוטוקול תפ"ח 1147/02 מצורף לבקשה ומסומן "ז"
קטעים מצוטטים מפרוטוקול תפ"ח 775/04 מצורף לבקשה ומסומן "ח"

28. כיוון שמשפטיהם של אלסייד ושל עמרו נשמעו בדלתיים סגורות והדברים אסורים בפרסום, הקדשנו נספחים נפרדים לחלקי הפרוטוקול של שני התיקים. בחרנו להביא כאן דוגמאות מפסקי הדין, אך אין בדוגמאות אלה ולא כלום בהשוואה לדברים המובאים בנספחים.

29. **אנו מפנים את בית המשפט לנספחים אלה, המהווים חלק עיקרי מהתשתית העובדתית לבקשה.** בית המשפט אסר את פרסום הפרוטוקול בשל שמיעת עדויות חוקרי השב"כ בדלתיים סגורות. בהמשך תוצג עמדת המשיבים 1-2, ראש הממשלה וראש השב"כ, אך בנספחים אלה נפרשת בבירור הפרקטיקה הנוהגת מצד המשיב 3, המבזה את פסק הדין.

30. בנספחים אלה מובאים קטעי פרוטוקול מהדיונים במשפטם של עמרו ובייחוד של אלסייד. כאן המקום לגלוי נאות כי בשני התיקים הח"מ מייצג את הנאשמים בהליכי ערעור התלויים בפני בית המשפט העליון.

31. מהמעט שמוכן השב"כ לחשוף בנספחים עולה, כי חוקרי השב"כ עצמם בעדותם, במסגרת משפטי זוטא או במסגרת סעיף 10א, מקפידים להסביר כי הנקיטה בשיטות מענות אינה גחמה פרטית שלהם כי אם מערכת נהלים מוסדרת של גורמים מאשרים.

32. כמובן שעמדה זו בדיוק היא הפרת פסק הדין, שכן מעשים הזקוקים להגנה מאחריות פלילית צריכים להיות אך ורק גחמה פרטית אינדיבידואלית של אותו אדם, ואין אפשרות להסתתר בצילם של אחרים בכירים וארגונים במסגרתם הוא פועל.

33. זאת ועוד; מהציטוט מפסקי הדין לעיל ניתן להתרשם כי הצירוף "חקירות הצורך" מוזכר בצירוף כבול, בהא הידועה, כמושג מוכר לשופטים הכותבים את הכרעות הדין והשגור בפי חוקרי השב"כ המופיעים כעדי תביעה בתיקים ביטחוניים.

34. גם בעניין עמרו וגם בעניין אל-סייד השופטים מאמצים את המינוח "חקירת צורך" מדברי העדים, חוקרי השב"כ, כמינוח המסמן את הנוהל לאורו הם פועלים, מכוחו מוקנה כביכול הפטור מאחריות פלילית המיוחס למעשיהם.

35. כך "חקירת הצורך" אינה מושג בעלמא, כי אם נוהל חקירה המופעל מראש ומהווה היתר לנקוט אמצעי חקירה פיסיים חריגים ובלתי-חוקיים; שיטות שנפסלו בעבר בפסק הדין ושיטות חדשות שישומן פסול באותה מידה.
36. בדו"חות המצורפים לבקשה זו (נספחים א-ג), מצויות עדויות מפורטות של עצירים מעוניים המאששות את דברי החוקרים בבתי המשפט. על פי הנחקרים, החוקרים מצידם לעתים מכנים את הנוהל בפני הנחקרים במונח "חקירה צבאית"; מונח המהלך אימים על הנחקרים שיודעים כי הנה ינקטו כלפיהם אלימות ועינויים.
37. על אף שהבקשה דן עוסקת בבירוקרטיה של העינוי ולא בעינוי לגופו, במערך הסטרילי המאפשר אותו ולא במערך הכוח עצמו, עין אנוש אינה יכולה להתעלם מהתיאורים הפלסטיים המפורטים על פני אלפי עמודי פרוטוקול, משיטות ישנות שנפסלו לשימוש על ידי בית משפט נכבד זה, ושיטות חדשות ומשודרגות של השיטות הישנות.
38. רק מתוקף העובדה כי החוקרים השונים בתיקים שונים מדברים על "שיטות", שיטות כלליות, גנריות, בעלות מאפיינים כלליים ושמות מוכרים, משום שחוקרים כה רבים מספקים בעדותם תיאורים זהים לגמרי של שיטות העינוי עד לפרטי זווית הגב של הנחקר, עד למספר השניות או השעות במהלכן הנחקר מוחזק בתנוחה מענה – מכל אלה עולה כי מדובר בשיטות נלמדות אצל החוקרים הפועלים מכוח נוהל מוגדר.
39. על כן מאליו מובן, כי גם אם המשיבים שוגים לחשוב שהגנת הצורך חלה, הרי שבפועל אין המדובר במעשה אלימות ועינוי המתבצע אד-הוק, בספונטאניות ובאופן אינדיבידואלי ומשתנה בין חוקר למשנהו, באופן מייד, הכרחי, שעשוי היה להיכנס בגדרה של אותה הגנת צורך בדיני העונשין.
40. כך בין השאר מתוארים לכאורה מניעת שינה, מניעת שתיית מים, מתן מים שנאמר לנחקר כי הם מורעלים, טלטולים, הטיית גב בזווית חדה ללא משענת, בנה, חקירה בעמידה עם רגלים מקופלות בזווית חדה, חקירה בכריעה, שאבת, איומים למעצר בני משפחה, מעצרים או הודעות פיקטיביות על מעצרים, איומים לגירוש בני משפחה, איומים להריסת בתים, איומים בשלילת תעודות זהות לבני משפחה, מניעת טיפול רפואי, סטירות לפנים, הלבשת נאשם במדים חומים כמדי "עינויים", איום בחקירה "צבאית", ניעור של הגוף, תלישת זקנים, איזוק ממושך ולוחץ בידיים וברגלים, לחץ רגלי על האשכים, לחץ במפשעה, מכות בקיבה, הטחת עלבונות במשפחה, בנשים, בדת האסלאם, השמעת קולות בעוצמה מחרידה לזמן ממושך.

41. הנה מתברר כי מאז 1994, עת הוגשו העתירות הראשונות כנגד שיטות החקירה הפסולות של השב"כ, השאבח וכריעת הצפרדע והאיזוק המוגזם והממושך ומניעת השינה כולן נותרו עמנו עד היום ואליהן הצטרפו עוד שיטות שטרם נודעו לבית משפט נכבד זה.

42. מהעדויות המפורטות בנספחים ז-ח עולה, כי חוקרי שב"כ רבים מתארים שיטות חקירה ובירוקרטיית היתרים אחידה וזהה. ניתן לקבץ את הדברים העולים מן העדויות שבנספחים ז-ח למספר קטגוריות המהוות כל קטגוריה כשלעצמה ביזיון של פסק הדין:

1. **קיומה של הגדרת "צורך", ודרישה להשגת אישור או היתר מגורם בעל סמכות** (כביכול), בכיר מהגורם המבצע את העינוי, גורם שאינו (בהכרח) נוכח בעת הפעלת האמצעים. לעתים מנוסח ההיתר גם כהוראה או הנחיה. בעל הסמכות המאשר, כמו בעל הסמכות לבצע, סבור בניגוד מוחלט לאמור בפסק הדין, כי סמכותו רחבה יותר מסמכות השוטר, שהפעלת אמצעים פסיים שאינם נובעים "מעצם מושג החקירה" כאמור בפסק הדין, היא בסמכותו והיא חוקית.

2. **קיומו של נוהל בירוקרטי, אשר לשיטת המשיבים הינו "נוהל פנימי", מערכת מנהלית של קבלת החלטות היררכית ומוסדרת עובר להשגתו של אישור כזה, כאשר רוב החוקרים גורסים כי נוהל כזה חוסה תחת חיסיון. יתכן ונוהל זה הוא העומד ביסוד תשובת ראש הממשלה על נהלים באשר "למערכת התייעצויות" בשב"כ, ועל כך יפורט להלן.**

3. **קיומה של שיטת חקירה מוגדרת, הכוללת מספר אמצעי חקירה בעלי מאפיינים גנריים וידועים לחוקרים, אשר לשיטת השב"כ מרגע שחקירה כזו אושרה בידי הגורמים הממונים הפעלת אותם אמצעים הינה חוקית. לשיטת השב"כ דווקא העובדה כי מדובר בנוהל עבודה מוסדר, שאף (באופן חלקי) מתועד, דווקא משום שאין מדובר בהחלטה פרסונאלית, אד-הוק, של החוקר המבצע, דווקא משום כל אלה הפעלת עינויים בכותרת של "חקירת צורך" היא חוקית ומוצדקת, וזאת כאמור בניגוד גמור לפסק הדין שהינו חד משמעי באשר להיעדר הסמכות להתיר מנהלית שימוש באמצעים כאלה, והיעדר החוקיות של הפעלה אפריורית של אמצעים כאלה בתואנה של סייג הצורך.**

4. **הפעלת עינויים מותנית במתן אישור בנסיבות, שלדעת השב"כ מקימות סייג לאחריות פלילית מסוג הגנת צורך, כאשר חלק מהחוקרים טוענים, כי הדברים מעוגנים בחוק ו/או בפסק הדין ובכל מקרה חוסים תחת "הגנת הצורך". הגם שהמשפט הבינלאומי אינו מכיר בנסיבות, המצדיקות חריגה מהאיסור המוחלט נגד עינויים, ועמדת המבקשות היא שאף המשפט הישראלי אינו מכיר בסייג**

כלשהו אפילו בנסיבות של פצצה מתקתקת, נראה שהשב"כ נותן פרשנות מרחיבה ולמעשה בלתי-מוגבלת להגדרת "פצצה מתקתקת". על פי השב"כ, כל נחקר באשר הוא עשוי להוביל למידע ממנו יתגלו דברים שאין הם יודעים. משכך אין המדובר בפצצה קונקרטיה אלא בפצצה ערטילאית, פוטנציאלית, בלתי נודעת, כך שכדי לברר האם אדם הוא פצצה מתקתקת נדרש להפעיל עליו את שיטות החקירה שלכאורה מותרות רק אם אותו אדם הוא אכן פצצה מתקתקת. מכאן שהאמצעים קודם כל מופעלים ורק אחר כך מתברר האם הפעלתם מותרת, ומכאן גם שתמיד תעמוד לחוקר, לשיטת השב"כ, הגנת הצורך. בסופו של יום, כפי שמודים חוקרי השב"כ בפה מלא, האמצעים מופעלים על כל מי שהוא "חמאס" וכיוצא בזה ללא קשר למידע שהוא אוצר ואם מידע זה יש בו כדי להציל חיים.

5. **תיעוד חלקי, נפרד, לקוי ומוגבל של "חקירות הצורך"** – היעדר תיעוד כנדרש בחקירות בעלות נפקות ראייתית, היינו תיעוד בוידאו או לכל הפחות באודיו, היעדר תמלול החקירה והסתפקות בזיכרון דברים (זכ"ד) המתמצת במשפטים בודדים חקירות שלעתים נמשכות על פני יום שלם.

גם תיעוד לקוי ומוגבל זה מתועד **בנפרד** מהתיעוד הכללי של מהלך החקירה, ללא אפשרות לסנכרן בין זמני אירועים המתרחשים בכל אחד מהעולמות, עולם החקירה "הרגיל", והעולם "המעונה" – היינו להצליב האם הודאה היא תולדה של סטירה או של הצגת תמונה וכיוצא בזה.

הפרדה כזו, בין תיעוד המהלך הכללי של החקירה בזיכרון דברים אחד וגלוי, ופירוט מעשי העיניים בזיכרון דברים נפרד וסמוי, אינו מוסבר זולת ההסבר השרירותי של "**נהלי עבודה**". מסתבר, כי השב"כ כלל אינו מעביר את התיעוד של חקירות הצורך לידי המשטרה, הגוף שבניגוד לאופי המודיעיני-סיכולי של השב"כ, הינו הגוף המוסמך והמוכשר לערוך חקירה פלילית לשם גביית ראיות על פי הדין הפלילי. התיעוד על הפעלת עיניים מגיע, לעתים, במישרין לרשות התביעה, אשר על פי שיקול דעתה מחליטה האם להעבירו לסניגוריה. כך יוצא שהן השוטר החוקר, ויתכן גם הסניגור ובית המשפט, סוברים שבידם עדות ובפרט הודאה רצונית, עצמונית וחופשית, בעוד שמדובר בראיה פסולה, שיתכן ואינה קבילה, שנגבתה בנסיבות של לחץ, איומים, עינויים והשפלה.

יתר על כן, הגורם המתעד כפי שעולה מהתיקים המובאים כאן, כלל אינו רושם את הדברים בזמן אמת, **וכלל אינו נוכח בחדר החקירות בזמן ביצוע העינויים**. לפחות באחד המקרים המובאים כאן, הגורם המתעד את אמצעי "הצורך"

מעודכן טלפונית באשר למתרחש ואינו נוכח בעצמו באשר למתרחש כך שרישומיו נסמכים על דברי פקודיו או עמיתיו. הגורם המתעד, הוא לעיתים גם הגורם המאשר, והוא כך נראה, הגורם הבכיר.

ולבסוף, למרות שהאחריות הפלילית היא אישית, ולמרות שמדובר במעשים אשר יזקקו לשיטת השב"כ להגנת הצורך, אין תיעוד שמי ואינדיבידואלי באשר לזהות מבצעי העינויים בשיטות מסוימות, ובכלל זה שיטות כגון שיטת השאבח (הטיית גב) המצריכה השתתפות מספר חוקרים לשם יישומה.

וכל הדברים האלה מתבררים בבתי המשפט המחוזיים והצבאיים ואין להם כל ביטוי או זכר בפסקי הדין, ואין כל הוראה בפסקי הדין לחקור פלילית ומשמעתית או למצער לבדוק מנהלית הכיצד מספרים עובדי הרשות המנהלית על פשעים נגד האנושות בסמכות ובאישור על פי נוהל מוגדר.

אין אדם פוצה פה והכל נדמה כמתוקן וכשורה וכידוע בתי משפט העוסקים בצדק בעצם הדיון מקנים לגיטימציה למעשים המתוארים והנשמעים באולמות המשפט כך היה בכל המשטרים הנאורים והנאורים פחות וכך עתה במשטרנו.

(4) "איך הדברים [באמת] עובדים" – המשנה לפרקליט המדינה לעניינים מיוחדים

43. ביום 20.3.2006 הופיע בפני ועדת החוקה חוק ומשפט עו"ד שי ניצן. הנה קטע קצר מהדיאלוג בינו ובין יו"ר הועדה חה"כ מיכאל איתן:

"היו"ר מיכאל איתן:

היועץ המשפטי לא שם ובית המשפט לא שם, אלא רק אדם הגון שמפרש את התפקיד שלו לפי הבנתו. הוא יאמר שאם זו פגיעה בחיי אדם הוא ינקוט בצעד הזה.

שי ניצן:

אתם כנראה לא יודעים איך הדברים עובדים. החוקר מקבל את ההנחיות שלו מראש האגף שמתיעץ עם היועצים המשפטיים.

היו"ר מיכאל איתן:

הוא לא יתייעץ על כל 96 שעות.

שי ניצן:

אף אחד לא מוכן לקחת על עצמו את האחריות, ובצדק, לפרש את החוק. יש ייעוץ משפטי ומי שצריך להחליט ישאל אותם בדיוק את השאלה הזאת. הם ישאלו את היועצים אם מקרה כפי שצינת נכנס לתחום שאפשר למנוע מהנחקר לבוא בפני שופט, כי זה מסכן פגיעה בחיי אדם."

העתק עמ' 11 מפרוטוקול ועדת החוקה חוק ומשפט מיום 20.3.2006 מצורף ומסומן "ט"

44. חשוב להדגיש, כי הדברים לעיל נאמרו ביחס להצעת חוק סדר הדין הפלילי.... בעניין הבאת עציר בפני שופט תוך 96 שעות, ולא ביחס למתן היתר לנקיטת אמצעי חקירה פיסיים. אך המכניזם, כפי שנראה בהמשך, אותו מכניזם, ועל כן בחרנו להביא ולהקיש מהדברים המצוטטים.

45. וזהו המכניזם: אומר המחוקק (ח"כ איתן) למשפטן של הרשות (עו"ד ניצן), בהתאם לפסק הדין: על החוקר המוחזק כאדם הגון לפרש את תפקידו כהבנתו, ואם חש שהוא פועל בנסיבות צורך, עליו לנקוט באמצעים מתאימים, במניעת מפגש עם עו"ד, בהבאה בפני שופט לאחר מעצר – ובהתאמה לענייננו, בהפעלת אמצעי חקירה שהם על פניהם בלתי-חוקיים.

46. משיב הפרקליט, כי אכן הדברים נכונים בתיאוריה, וודאי יפים הם לטיעון בבג"ץ, אך במציאות החצר האחורית של המשיבים הדברים עובדים אחרת. אם טעו וסברו המחוקקים בוועדה כי הם עוסקים בחוק חוקה ומשפט, אזי הם "כנראה לא יודעים איך הדברים עובדים".

47. אז נשמע איך הדברים עובדים באמת. המשנה לפרקליט המדינה מגלה לוועדה את שידוע למבקשות, את שנפסל בפסק הדין:
"החוקר מקבל את ההנחיות שלו מראש האגף שמתיעץ עם היועצים המשפטיים".

48. גם אם כך "הדברים עובדים באמת", עדיין דברים אלה נדחו בפסק הדין בשתי ידיים. בית המשפט הגבוה לצדק סרב בדיוק לזאת, משמע לטענה האומרת כי מכיוון שאף חוקר לא ייקח על עצמו את האחריות לפרש בעצמו את החוק, ניתן להסמך ולהתיר ולאשר את מעשיו מראש מכוח הגנת הצורך.

49. וכפי שנראה להלן, גם בעניין חקירת צורך פונה החוקר ומקבל מראש - הנחיות מממונים ואישורים מיועצים משפטיים, האם נסיבות החקירה הקונקרטית יוכרו בעתיד ככאלה שהתירו שימוש באמצעים פיסיים חריגים, ממש כפי שהדבר במניעת הבאה בפני שופט.

50. דברי המשנה לפרקליט המדינה מוסיפים ומשרטטים את טיבה ואופייה של אותה מערכת התייעצויות ואישורים, שעוגנו במערכת נהלים פנימיים בשב"כ כמצוות הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, אותה מערכת הנזכרת במכתב תשובת ראש הממשלה.

(5) הסמכות לתלוש זקנים – "הבהרה" מטעם שירות הביטחון הכללי

51. ביום 8.11.2006 פרסם עיתון "הארץ" כתבה שכותרתה "תלונות: חוקרי שב"כ תולשים זקנים לנחקרים ומבצעים בהם מעשי סדום". בכתבה מסופר על חזרת השב"כ לשיטות הישנות שנפסלו בפסק הדין כגון תנוחת הצפרדע והשאבת, ועל הפעלת שיטות עינוי חדשות כגון תלישת זקנים והחדרת חפצים לפי הטבעת.

52. בכתבה מסופר על מוסטפא אבו-מעמר, אשר נחקר בחשד לקשר לחטיפת החייל גלעד שליט, וספג עינויים מצד החוקרים שהחלו לפני החטיפה עצמה ונמשכו גם לאחר שהתברר שאין לנחקר מושג היכן נמצא החייל החטוף כך שלא היה בין עינויו ובין נסיבות צורך דבר וחצי דבר.

העתק הכתבה מעיתון הארץ מיום 8.11.2006 מצורף ומסומן "י"

53. מאותה כתבה עלה כביכול עוד, כי למרות שכאמור לא נפתחה אף חקירה פלילית נגד חוקר שב"כ בגין תלונה על עינויים, הרי שלפי תגובת השב"כ בחלק מהמקרים

"ננקטו צעדים משמעותיים כלפי כמה חוקרים".

במקום אחר בכתבה נמסר בתגובה מלשכת היועץ המשפטי לממשלה, כי

"יש מקרים בהם הבדיקות מביאות לידי תיקון נהלים או שינויים. במקרים בודדים, בהם נמצא כי אכן היתה חריגה מנהלים, מתקבלת החלטה על פתיחה בהליך משמעותי או פלילי."

54. יצוין, כי למבקשות לא ידוע על כל הליך פלילי, שנפתח נגד חוקרים, וכפי שעולה מנספחים כ"ב וכ"ג לבקשה, בין השנים 2005-2007 נפתחו שני הליכים משמעותיים בלבד נגד חוקרי שב"כ. אך התייחסות למחדלי המשיבים בחקירת תלונות על עינויים ומיצוי הדין עם המענים תובא בתמצית בהמשך. שכן כאמור בפתח הדברים בקשה זו עוסקת ומגבילה עצמה לביזיון פסק הדין בשל משטר ההיתרים והנהלים המתירים עינויים, ואינה מתמקדת בעינוי והשלכותיו.

55. אך ניכר כבר כאן כי יש בדברים שלעיל כדי להצביע על אותן תפלצות, שנולדות עת מתפורר אמצעי המניעה של האיסור הפלילי המוחלט וסייג הצורך הופך בבחינת מטבע עובר לחוקר, בדיוק כפי שהיה הדבר בשנות התשעים בה נדונו העתירות השונות שהוגשו כנגד שיטות החקירה וכנגד הנהלים המנהליים המתירים אותן.

56. אך מצאנו לצרף כתבה זו לבקשה דנן משום תגובת השב"כ המצויה בה, ובה נאמר כך:

"האישור להפעלת כוח בחקירות ניתן לפחות בדרג של ראש צוות לחקירה, ולעתים אף מגיע מראש השירות עצמו."

57. על איזה **אישור להפעלת כוח** בחקירות מדבר השב"כ, שעה שנקבע בפסק הדין באופן ברור כשמש בחודש אוגוסט כי סמכות החוקר כסמכות השוטר, כי כל הפעלת כוח כזו אסורה, וכי אף לו הגנת הצורך היתה חלה, החלטה על הפעלת כוח היתה צריכה להיות החלטה אד-הוק, עצמאית, של החוקר בינו לבינו, אשר על דעתו יחוש אנוס לעבור על החוק בנסיבות קיצוניות ויעשה זאת בהיעדר כל גיבוי משפטי, מתוך אמונה שיחול סייג הצורך עת יתברר עניינו במסגרת ההליך הפלילי.

58. כנטען בעתירות המקוריות ובחלק המשפטי להלן, הגם שלגישת המבקשות הגנת הצורך אינו עומדת לחוקרי שב"כ, גם לא בנסיבות שיוגדרו על ידם כ"פצצה מתקתקת", הרי שבכל מקרה הגנת הצורך היא מסוג ההגנות הקרויות "הצדק". גם אם לשיטתם של המשיבים ניתן לפטור חוקר שב"כ מאחריות פלילית לעיניוים מתוקף הגנת הצורך הרי שהגנה זו היא לעולם אפוסטריוורית לפעולות שהחליט מפר החוק – במקרה זה החוקר – לנקוט בהן, ולא אפריוורית באמצעות ממונים ראשי צוותים או יועצים כאלו ואחרים המאשרים ומכשירים מראש פעולה בלתי חוקית.

59. אלא שלא די בכך. בעקבות הכתבה המשיבים 3-4 אף הגדילו לעשות. ביום 10.11.2006, יומיים לאחר פרסום הכתבה, פורסמה ב-"הארץ" הבהרה:

"יובהר כי את האישור להפעלת אמצעים מיוחדים בחקירות יכול לתת ראש השב"כ בלבד."

העתק הבהרת תגובת השב"כ לכתבה מצ"ב ומסומן "יא"

60. והנה הודאה ישירה ופומבית מצד השב"כ להפעלת אמצעים פסיים כנגד נחקרים בשיטת ההיתרים הישנה והמוכרת שנפסלה בפסק הדין.

61. השב"כ אם כן בעצמו מתעקש כי ניתנים אישורים מראש אך רק מצד גורמים בכירים ביותר להפעלת כוח, וכי אישורים אלה ניתנים גם ניתנים מממונה בכיר בדרגת ראש צוות לפחות, אם לא מהמשיב 2 עצמו, היינו ראש השירות.
62. המשיבים מדמים לעצמם, בטעות כמובן, כי יש בבכירות דרגת נותן האישור כדי להסמיך את החוקר ולהכשיר את פעולותיו.
63. ומובן כי המצב הפוך לגמרי. ככל שהאישור ניתן יותר "מראש", גם בזמן אך גם בדרגה ובמידת בכירותו של עובד-הציבור, ככל שהמתיר מרוחק יותר ויותר מהמעשה "המותר", כך בלתי-חוקיותו מובהקת יותר. אישורים והיתרים אלה בדיוק הם העומדים במרכזה של "ההתייעצויות עם דרגים בכירים" המעוגנות בהנחיות הפנימיות הנזכרות.
64. האם אין זו בדיוק אותה מערכת היתרים בירוקרטית שהכשירה את פרקטיקות העינויים שנפסלה באופן חד-משמעי בבית המשפט הגבוה לצדק והוכרזה כבלתי-חוקית?

(6) תיק 2063/06, תובע צבאי נ' עליו, משפט זוטא בבית משפט צבאי שומרון

65. תוך כדי חקירה ראשית בתיק זה שאל התובע, רס"ן ראד שנאן, את ראש צוות חוקרים במשטרה, אם שוטריו הפעילו כוח או איומים ואם הוא קיבל אישורים להפעיל אמצעי חקירה חריגים (עמ' 4 לפרוטוקול מיום 19.3.07):
- "תובע: כשיטות חקירה שאתם עושים, האם אתם נוהגים לאיים, להשפיל, להכות, לתת סטירות, לכסות נחקרים?
- עד: שום דבר מכל אלה שהזכרת. החקירה מתבצעת על פי כל הכללים ...
- תובע: **ידוע לנו** כי במקרים מסוימים ובחקירות מסוימות מותר, **באישורים מבעלי סמכות**, להשתמש ולהפעיל אמצעים מסוימים כנגד נחקרים כאשר מדובר ב'פצצה מתקתקת'. האם ייתכן שבחקירות שלכם יקרו דברים כאלו, האם קרו בעבר?
- עד: לא זכור לי אפילו מקרה אחד של שימוש באמצעי זה, מה גם שהמקרה של הנאשם אינו בגדר 'פצצה מתקתקת'."

66. התובע רס"ן שנאן, ממונה על התביעה בשומרון, ואחראי מתוקף תפקידו על הגשת כתבי אישום בתיקי חקירת פעילות חבלנית עוינת (פח"ע) בגדה המערבית. בדבריו הנ"ל הוא מבחין בין חקירה משטרתית ("בחקירות שלכם"), בה אין אישורים להפעיל אמצעי חקירה אלימים, ובין חקירות השב"כ ("חקירות מסוימות"), בה יש אישורים להפעלת אמצעים כאלה – וזאת למרות שבפסק הדין נקבע כי סמכות חוקר השב"כ כסמכות השוטר (ס' 20 לפסק הדין).

67. עוד נשים לב כי האמור על ידי התובע לא מוכחש על ידי העד. כל שאומר העד הוא, כי במקרה דנן לא היה שימוש ולא היה כל צורך בשימוש באמצעים כאלה. שימוש באמצעים אלה מוכר לשוטר כשם שהוא מוכר לתובע, ושניהם יודעים היטב על מה הם מדברים, או כלשון המשנה לפרקליט המדינה, כיצד הדברים עובדים "באמת": "ידוע" לתובע כי ניתנים "אישורים מבעלי סמכות" להשתמש "באמצעים מסוימים כנגד נחקרים" בחקירות השב"כ, להבדיל מחקירות משטרה, וכי אכן מפעילים חוקרי השב"כ אמצעי כפייה בחקירה מכוח האישורים מבעלי הסמכות.

(7) האישור לשיתוק כפות ידיו של עימאד חותרי

68. שפר מזלו של "הנדון" עימאד חותרי, והוא זכה לסיקור תקשורתי אודות מעללי השב"כ בו. בידי המבקשת 1 תיעוד רפואי על הנזק שנגרם בחקירת הצורך לכפות ידיו, חקירה שאף היא כונתה "חקירה צבאית", נמשכה כיממה תוך מניעת שינה, במהלכה נכבל הנחקר באזיקים קצרים מברזל, ובשלב מסוים נאזקו אמותיו באופן הדוק מאוד כשכל חוקר בתורו מהדק את האזיקים על ידיו, רגליו קובעו בכיסא ללא משענת, הורו לו לכופף את גבו לאחור, תוך שאחד החוקרים סוטר על פניו. החוקרים המשיכו לסטור על פני הנחקר גם כשהורו לו לעבור לתנוחת הכריעה הידועה לשמצה, שלאחריה כבר לא יכל לעמוד על רגליו. בערך באותו שלב, כבר נגרם נזק עצבי לכפות ידיו.

העתק תצהיר נאמן למקור, שמסר מר חותרי לעו"ד מאהר תלחמי, מטעם המשיבה 1, ביום 12.11.07 מצורף ומסומן "יג"

69. בדומה לסעיף 24 לתצהירו גם בכתבה, שפורסמה בעיתון "הארץ" תחת הכותרת "שניים אחרי פסיקת בג"ץ", סיפר חותרי, בין היתר, כך:

”פרנקו אמר לי שאספר את כל מה שאני יודע, כי אחרת יש להם אישור להמשיך ולענות אותי ימים ושבועות...”

70. כך מתברר כי אף בפני הנחקרים מודים החוקרים על קיומו של אישור מראש לענות נחקרים ב-”חקירות צורך”. ואף כאן בתגובת השב”כ לכתבה נאמר כך: ”חקירתו התנהלה על-פי החוק, הכללים וההנחיות, תחת בקרה צמודה.”

העתק כתבת ”הארץ” מיום 10.1.2008 מצורך ומסומן ”יד”

(8) בין התייעצות לאישור – עמדת ראש הממשלה והנחיות השב”כ

71. ולאן נביא טרונייתנו אם לא אל המשיב 1, נצביע על שיטות החקירה הפסולות ועל משטר האישורים הבזוי ששב ועולה מן האוב. אך ראש הממשלה מצידו מושך בכתפיו ובקלות הבלתי-נסבלת של הינף הקולמוס מאשר במסמך רשמי, אכן כן, כך הם פני הדברים, ונו אז מה, יש גם יש מערכת הנחיות פנימיות בשב”כ, מערכת אשר מחד מתירה מראש את הרסן האסור, ומנגד פורשת על המענים והמתעללים חסינות מנשיאה באחריות פלילית.

72. ביום 11.7.2007 פנה הח”מ בשם המבקשת מס’ 1 למשיב מס’ 1 והודיעו, כי הצטברו בידי עדויות על הפרת פסק הדין כאמור בבקשה שכאן, וביקש את התערבותו.

העתק מכתב ב”כ המבקשת 1 למשיב 1 מיום 11.7.2007 מצ”ב ומסומן ”טו”

73. ביום 17.10.2007 השיב המשיב 1 לח”מ. מתשובתו עולה, כי אמנם אימץ השב”כ את המלצת היועץ המשפטי לממשלה מאז פסק הדין והתקין לעצמו תקנות ונהלים באשר

”למערכת ההתייעצויות ואישורים בתוך הארגון הנחוצה לעניין”.

74. וכך המשיב 1 במכתבו (סעיף 5):

”על בסיס קביעה זו של היועץ המשפטי לממשלה הוכנו בשב”כ הנחיות פנימיות הקובעות כיצד יבוצעו ההתייעצויות עם דרגים בכירים בשב”כ כאשר נסיבותיה של חקירה ספציפית מקיימות את דרישות סייג הצורך הקבוע בסעיף 34 לא לחוק העונשין...”

75. לעיל הובאו אינדיקציות הרבה מהן עולה כי המשיבים אינם מקיימים את פסק הדין. אך נדמה שלאחר קריאת תשובת המשיב 1 אין עוד כל צורך בהן. שכן בתשובת המשיב 1 מודה המדינה, הלכה למעשה, כי היא עושה גם עושה שימוש באותה מערכת ישנה ומוכרת של הנחיות פנימיות אצל המשיב 3, מערכת הקובעת את המנגנון הבירוקראטי באמצעותו מתקבל אישור ("כיצד יבוצעו ההתייעצויות") מראש ("הוכנו בשב"כ הנחיות"), להפעלת אמצעי חקירה שהם בגדר עינויים בלתי-חוקיים לכל דבר ועניין ("כאשר נסיבותיה של חקירה ספציפית מקיימות את דרישות סייג הצורך").

76. ונטופף עקב בצד אגודל: בסעיף 1 לתשובה מצטט המשיב 1 את האמור בפסק הדין לפיו "אין סמכות לממשלה או לראשי שירותי הביטחון הכללי לקבוע הנחיות באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים... מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה."

77. ואין הקורא מספיק להחליף את האוויר בריאותיו והוא מגיע לסעיף 5 ובה נאמר כי –

"...הוכנו בשב"כ הנחיות פנימיות הקובעות כיצד יבוצעו התייעצויות עם דרגים בכירים בשב"כ כאשר נסיבותיה של חקירה ספציפית מקיימות את דרישות סייג הצורך הקבוע בסעיף 34 לא לחוק העונשין, התשל"ז – 1977, הנחיות הוצגו ליועץ המשפטי לממשלה.

78. הציטוט שמצטט המשיב 1 עצמו מפסק הדין ("אין סמכות לממשלה או לשב"כ לקבוע הנחיות", סעיף 1) עומד בסתירה חזיתית מביכה לאמור בהמשך אותו מכתב ("הוכנו בשב"כ הנחיות פנימיות..."), סעיף 5) והכיצד לא הבחין המשיב 1 כי באותו מכתב עצמו הוא מוסר דבר והיפוכו.

79. כמובן המשיבים יטענו כי כלל לא מדובר בהנחיות למתן היתר או באישור מראש או בכל נוהל מן הסוג שנפסל כבלתי-חוקי. המשיבים בוודאי יטענו שההנחיות עוסקות בהתייעצויות אקדמיות אודות טיבה האתי של חקירת צורך או בהדרכה רוחנית לחוקרים כיצד לנהוג בחקירה היפותטית שכזו, המשיבים יציגו הנחיות המרוחקות מספיק משיטת ההיתרים שנפסלה, וכיוצא באלה הסברים מפותלים ועמומים.

80. אך לא לנו הסברים אלה, שעתרנו כבר ב-1994 נגד אותם הסברים לאותן פרקטיקות ממש. יודעות המבקשות את כוחן של אותן הנחיות פנימיות ואת טיבן המבזה את פסק

הדין, הנחיות שכפי שיפורט בהמשך לא בלי סיבה מסרב המשיב 3 למסור לעיון, ואף טוען לחיסיון הנחיות אלה בפני בתי המשפט המחוזיים היושבים כערכאות דיוניות.

81. סופו של דבר, בעקבות תשובת ראש הממשלה פנה הח"מ למשיב 1 בשנית וביקש לעיין באותן הנחיות שהוצאו בשב"כ כדי לעמוד על טיבן של אותן "התייעצויות עם דרגים בכירים", היינו להתרשם כי אין המדובר בהיתר מראש בנסיבות מוגדרות מראש לפעולות חקירה שהינן עינוי הנחקר. על מה מתייעצים הזוטרים עם הבכירים אם לא על היתר גורף מראש לשיטות חקירה אסורות ועל מתן גיבוי לנקיטת פעולות שכאלה.

העתק מכתב ב"כ המבקשת מס' 1 מיום 1.11.2007 מצורף ומסומן "יז"

82. ביום 4.5.2008 השיב המשיב 1. "מטבע הדברים", נכתב, אין באפשרות המשיב 1 להעביר לידי הח"מ את ההנחיות עצמן, שכן אלה חסיונות. באשר לבקשת הח"מ לעיין בתוצאות הבדיקה המדגמית בנושא תלונות נחקרים, גם זו נדחתה בשל היות הבדיקה פנימית. יחד עם זאת צוין, כי המסקנה מאותה בדיקה היא, כמה מפתיע, כי אף לא באחד מהתיקים נמצא מקום לשנות את ההחלטה הסופית שהתקבלה מלכתחילה בתיק.

83. גם בתשובתו השנייה, הצפויה יש לומר, של המשיב 1, וגם ללא עיון בהנחיות עצמן, מונחת הודאה גלויה ומפורשת בקיומו של מערך ההנחיות וההיתרים הניתנים מראש עובר לנקיטת אמצעי חקירה המכונית כ-"חקירת צורך".

84. ראשית, עצם קיומן של ההנחיות מאושר בשנית, הגם שאין אפשרות להעבירן לעיון; שנית, מצוין בפרוטרוט (סעיף 1, הדגשה הוספה) כי

"...הנחיות אלה מפרטות, בין היתר, את בעלי התפקידים הלוקחים חלק בהליך ההיוועצות, את האופן בו תתועד ההיוועצות וכיוצ"ב – דברים שבמהותם הינם בגדר הנחיות פנימיות."

תשובת המשיב 1 מיום 4.5.2008 מצורף ומסומן "יח"

(9) דו"ח שליח מיוחד של האו"ם לחקיקה נגד טרור וזכויות אדם, שביקר בישראל:

פרופ' שינין נשלח מטעם האו"ם ובמסגרת המנדט שניתן לו נפגש במסגרת תפקידו עם בעלי תפקידים ישראלים רשמיים. להלן פסקה אחת אודות התרשמותו:

He was troubled by the process by which individual interrogators would seek approval from the Director of the ISA for the application of special

interrogation techniques, potentially rendering this as policy rather than case-by-case, ex post facto, defence in respect of wrongful conduct. He was furthermore concerned by the lack of truly independent and impartial investigation mechanisms following the application of such methods."

דו"ח השליח המיוחד לקידום ושמירת זכויות האדם והחירויות הבסיסיות בזמן לחימה בטרור מצורף ומסומן "יט"

ג. המסגרת המשפטית

85. בפתח הדברים יודגש, כי עמדת המבקשות ביחס לאיסור על עינויים נותרה כפי שהייתה במועד הגשת העתירות. לשיטת המבקשות, וכפי שנקבע זה מכבר במשפט הבינלאומי המינהגי וההסכמי, האיסור על עינויים והתעללות הינו מוחלט, חד משמעי, גורף ולא ניתן להתנות עליו. לא יכול להיות צידוק מוסרי או משפטי למי שביצע עינויים, ואין לאפשר למענים סייג מפני אחריות פלילית. על-כן לשיטת המבקשות, אין לעשות שימוש בעינויים גם במקרים המכונים בציבור "פצצות מתקתקות" והגנת הצורך לעולם לא תחול על איש רשות, המבצע את תפקידו על פי דין.

86. יחד עם זאת בית המשפט הנכבד לא ראה צורך להכריע בשאלה אם הגנת הצורך עשויה לחול במקרים כבענייננו (פיסקה 35 לפסה"ד). אף לצורך הדיון בבקשה זו אין צורך להכריע בדבר. מובן כי **בקשה זו, המוגשת מכוח פקודת ביזיון בית משפט**, נעה מתוקף מגבלות ההליך בגדרי פסק הדין והפרתו, וכל זאת כאמור **נוכח קיומו של מערך בירוקראטי, המתיר את מעשה העינוי מראש**, בין אם בנסיבות צורך ובין אם לאו, **מעריך שאף נפסל בפירוש בפסק הדין – ואליו בלבד נתייחס להלן**.

87. ידוע וזכור ברבים כי פסק דינו של בית משפט נכבד זה, שניתן ב-1999, הכריז על אמצעי חקירה פיזיים כבלתי חוקיים. עוד נאמר בפסק הדין הנ"ל, כי הפרקטיקות הללו נהוגות בידי הרשות בלא שיהיה להן כל עוגן של סמכות חוקית.

88. זכור אולי פחות, כי הדיון בשאלת הסמכות העלה, מטבע הדברים, גם את נושא שגרת ההיתרים מגורמים שונים, היינו מהו דינו של עצם מתן ההיתר. והרי האפשרות או אי האפשרות ליתן היתר והנחיות, היא זו המבדילה בין איסור מוחלט, אמיתי ובר תוקף, לבין איסור שדרכים עוקפות לו מימין ומאגפות לו משמאל.

89. לפיכך, אין להתפלא על כך שכבוד הנשיא לשעבר ברק בחר לפתוח את פסק דינו באלו המילים:

"שירות הביטחון הכללי חוקר חשודים בביצוע עבירות כנגד ביטחון המדינה.

המוסמך הוא לערוך חקירות אלה? הוא עושה כן על פי הנחיות הקובעות את שיטות החקירה. ההנחיות מתירות לחוקרים גם שימוש באמצעים פיזיים כנגד הנחקרים (כגון 'טלטולים' ותנחות 'שבאח') הבסיס להיתרים הוא, שהדבר דרוש באופן מידי להצלת חיי אדם. האם היתרים אלה הם כדין? - אלה הן השאלות העיקריות שהעתירות הציגו בפנינו."

90. אכן, העתירות שהוגשו ונתקבלו וניתן בהן צו מוחלט, הופנו לא רק כלפי פרקטיקות החקירה עצמן, שמהוות לכאורה עבירות פליליות, אלא גם נגד קיום מערך בירוקראטי של נהלים ושל מתן הרשאות והנחיות המסדיר את קיומן של אותן פרקטיקות. לפיכך, כשם שקבע בית משפט נכבד זה בצו המוחלט אשר הוציא, כי חלקן הגדול של פרקטיקות החקירה שנדונו בפניו הינן בלתי חוקיות, קבע הוא גם כי אין לאיש סמכות לאשרן וכי נאסר על כל גורם שהוא ליתן היתר, הנחיה או להניח כלל משפטי כזה או אחר שיתיר את הפרקטיקות האסורות מראש, כאמור משום שסייג הצורך איננו מקור לסמכות כזו ומשום שסמכות זו לא נמסרה לרשות המנהלית בשום מקום אחר בחוק (פסקאות 35-37):

"השאלה שלפנינו הינה אם מהסייג בדבר 'צורך' ניתן להסיק סמכות לקביעת נוהל קבוע מראש באשר לאמצעי החקירה הפיזיים שאותם מותר לחוקר לנקוט במצב של 'צורך', ואם סייג ה'צורך' מהווה מקור של סמכות לחוקר השב"כ במסגרת מילוי תפקידו. לדעת המדינה, מסייג ה'צורך' – שיעמוד (בדיעבד) לחוקר המובא לדין פלילי - ניתן לגזור הרשאה חוקית - שתסמך את החוקר (מראש) לעשות שימוש באמצעי חקירה פיזיים. האם עמדה זו נכונה היא?"

36. לדעתנו, אין להסיק מהסייג של 'צורך' סמכות כללית לקביעת הנחיות באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה על ידי חוקרי השב"כ. הסייג של 'צורך' אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט באמצעים פיזיים במהלך חקירה. הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין 'צורך'. סייג זה עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה (ראו פלר, במאמרו הני"ל, עמ' 209). אופי זה של הסייג אינו מאפשר לו להוות מקור של סמכות מנהלית כללית. זו מבוססת על קביעת אמות מידה כלליות, הצופה פני העתיד. [...]

37. לשון אחר: הנחיות כלליות לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה חייבות לשאוב את כוחן מהסמכה המעוגנת במשפט ולא מסייגים לאחריהן פלילית. עקרון ה'צורך' אינו יכול לשמש בסיס לסמכות."

91. בית המשפט חזר וסימן את היחס והגבול הקבועים בין הכלל (איסור פלילי) לחריג לו (סייגים לאחריות הפלילית כגון "הגנת הצורך") ופסל מכל וכל את סמכותה של הרשות המנהלית לפעול מכוח החריג. הגנת הצורך כחריג הקבוע בחוק, חלה רק בדיעבד ובתנאים מצטברים. החריג אינו בגדר מסגרת משפטית, אינו מקור לסמכות מנהלית, הוא חל למפרע אם ימצא צידוק לכך ולכן אין לעשות בו שום שימוש הצופה פני עתיד.

92. הדברים ברורים ומדברים בעד עצמם: סוגיית מתן ההיתרים וההנחיות היוותה חלק מעתירותיהן של העותרות בבג"ץ. בית המשפט קבע בעניין זה הלכה ברורה וחד-משמעית משהוציא תחת ידיו צו מוחלט האוסר על כל אלו. הגנת ה"צורך", הובהר, הינה עניין אינדיבידואלי, פרי אלתור אד-הוק, ולא מקור ליצירת הוראות, פתח לכינון הנחיות פנימיות וכללים משפטיים או פסבדו משפטיים המתירים מראש מעשה שהוא ברגיל פשע פלילי חמור, פשע מלחמה ובנסיבות מסוימות פשע נגד האנושות.

93. לפיכך מתן ההיתרים ממפקד לפקודו, או מהמשיב 2 עצמו עד לאחרון החוקרים הפועלים תחתיו, לאור תגובתו הכנה, יש לומר, של המשיב 1 למכתב ב"כ המבקשת 1 – כל אלו עומדים בסתירה מוחלטת להוראות הצו והינם בזיון בית המשפט.

94. ביזוי זה של הרשות השופטת נוכח הפרת פסק הדין שיעורו עולה עשרות מונים מן הביזיון הרגיל, שעה שאין המדובר בפסק דין שניתן כמעשה של יום יום, אף לא בעניינו של אדם שנפגע מפעולת הרשות. פסק הדין אינו פסק דין ככל פסקי הדין, וביזיונו עוקר מן השורש את שלטון החוק, כדברי השופטת פרוקצ'ה "פ 517/06 **בועז מואר נ' KPMG Inc.** (טרם פורסם, 24.7.07):

"האפקטיביות של שלטון החוק נבחנת, בין היתר, ביכולתו של השלטון לאכוף החלטות וצווים שיפטיים. באין אכיפה של צווים שיפטיים, שוררת אנרכיה חברתית, ונפגע מעמדן של נורמות ההתנהגות וההחלטות השיפוטיות שנועדו ליישמן. אי-ציות לצווי בית משפט מהווה הפרה של מהלך עשיית הצדק, הפוגע ביסודות הדמוקרטיים עליהם בנויה החברה, ולצורך התמודדות עם אפשרות הפרה כזו, ניתן כוח שיפוטי לפעול באמצעים שונים שנועדו לכפות על מבזה צו שיפוטי לקיימו בראייה רחבה, החובה לאכוף צווים שיפטיים הינה מסימני ההיכר של משטר חופשי ודמוקרטי."

95. פסק הדין פסל את משטר ההיתרים וקבע שחלק משיטות החקירה הינן שיטות פסולות. מכאן עולה כי מעשי השב"כ, כלפי אוכלוסייה נרחבת של חשודים ונחקרים, במשך תקופה ממושכת בעבר וכפי שמסתבר גם בהווה של תשע השנים האחרונות, נגועים

בבלתי חוקיות ומבצעייהם חשופים לחקירה והעמדה לדין פלילי בגין פשעים קיצוניים, במדינת ישראל או מחוצה לה, על פי הדין הישראלי ומכוח המשפט הבינלאומי.

96. אחר פסק הדין אפשר וצריך היה להעמיד לדין את כל אלה שפעלו במחשכים בניגוד לדין משך שנים, שכן פסק הדין לא קבע כל הלכה חדשה בעניין חוקיות העינוי. פסק הדין רק חזר על המצב החוקתי והחוקי הקיים, לפיו אין לרשות המנהלית כל סמכות לנקוט אמצעי חקירה חריגים ללא הסמכה בחקיקה, שצריכה מצידה לעמוד בנורמות חוקתיות.

97. המחליט על דעתו בכל זאת לנקוט פעולות שהן התעללות או עינוי חשוף להעמדה לדין, ופסק הדין מניח, מבלי להכריע בנושא, שבמסגרת ההליך הפלילי תוכל להישמע טענתו לפטור מאחריות פלילית.

98. זהו המצב הקיים, מצב של איסור גורף שלאורו השב"כ היה אמור לפעול בדרך שגרה, ובוודאי שמיום מתן הצו המוחלט היה עליו לחדול ממעשים אלו לאלתר. אלא שתחת זאת ביכרו המשיבים לבזות את בית המשפט, ובכבוד הראוי, גם את הדמות המוסרית של המשטר והחברה בישראל.

99. האומנם זו דרכנו בין משפחת העמים, ברשימה השחורה של המדינות המענות, שאינן שועות לקריאות המעונים ואינן מציינות לחוק הבינלאומי, לכלל המנהגי הגזור איסור מוחלט על עינויים, שמוסדותיה מאשרים ומאשררים מעשים שכאלו, האסורים באיסור החמור מכל, וקובעים להם מסגרות וכסויות פסבדו משפטיות.

100. המשיבים 2-3, כידוע, פועלים במחשכים ורק חלק זעיר מפעולותיהם פומבי, עת מגיעים חוקרי השב"כ לבתי המשפט כעדי תביעה בתיקים ביטחוניים, וגם זאת באיסור פרסום ובדלתיים סגורות ובשאלות הסגוריה המופרחות בחלל ונותרות ללא מענה.

101. זהו הקושי הראיתי במסגרתו פועלות המבקשות, כשהדברים החשובים, כלשון הנסיך הקטן, נותרים סמויים מן העין. כך, על אף שבתשתית העובדתית שהונחה לעיל יש למעלה מן הדרוש לשם הצגת ביזיון בית המשפט, עדיין היא בבחינת קצה הקרחון הנגלה, כשרוב פעולות החקירה ורוב רובו של משטר ההיתרים הפנימיים נותרים בלתי-נודעים ואינם חשופים לביקורת שיפוטית.

102. ואולם כבר מתשתית זו עולה כי המשיבים פועלים כפי שפעלו עובר לפסק הדין, וכל שהשתנה הוא הכסות הברוקרטית הטרמינולוגית לאותן פרקטיקות עינויים. כל אלו הם בגדר פשעים חמורים, בלתי-אנושיים, ובהקשרים מסוימים מהווים פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות.

103. קצה הקרחון נגלה כאשר עולים כסדרם לדוכן העדים חוקרי השב"כ המענים והנחקרים המעונים, ומבעד לערפילים הטרמינולוגיים כגון "חקירות צורך", "אמצעי צורך", "נוהל צורך", וכיוצא באלה כותרות המעידות על עצמן כי הן פטורות מאחריות פלילית, עולה בבירור כי שירות הביטחון הכללי ממשיך במנהגו לענות נחקרים בשיטות שונות כפי שנהג עובר לפסק הדין ובשיטות חדשות שטיבן גרוע לא פחות.
104. כל זאת באמצעות מערך משולב של ידע וכוח, דיסקורס משפטי ושיטות חקירה "ביטחוניות", מערך המקנה לגיטימציה פסבדו-חוקית לפשעי העינויים בניגוד גמור לאמור בפסק הדין.
105. הבקשה שכאן, כפי שצוין לעיל, מתמקדת במערך בירוקרטית העינויים, המאשרת, המתירה, המנחה, המקדימה את העינוי – וזאת להבדיל ממערך הכוח המענה. מערך הידע כולל את היועצים המשפטיים, ראשי הצוותים והממונים על החוקר, אשר מנחים את החוקר באשר לאמצעי החקירה, באמצעות ההיתר, בהתוויית הנוהל, במתן האישור. כך מורחק החוקר-המענה מקורבן העינוי, המציאות המענה מקבלת הכשר אפריורי, פסבדו משפטי, להפעלת אמצעים אלה.
106. מערכת בירוקרטית זו המאפשרת את פרקטיקות העינוי אינה מורכבת ממכונות מתכת ואנשי-פח. הבירוקרטיה של העינויים שמפעילה מדינת ישראל מורכבת מאנשים בשר ודם, המתנסחים ברהיטות ומצדיקים לעצמם ולאחרים את מעשיהם.
107. על ידי אותם מאשרים, מתקיני הנהלים והמתירים-מראש את פרקטיקות העינוי, מתנער החוקר-המענה מהסיכון הפלילי אשר אמור לרבוץ לפתחו ולשמש בתור סנקציה מאיימת, מגבילה, שוללת. אותה התחבטות כבדה מנשוא, אותו נטל שאמור להעיק על ליבו של חוקר עת הוא מחליט להפר חוק, מתפזר בינו לבין מפעילו, מתפורר בין מפקדו והממונה וראש הצוות והיועץ המשפטי עד שלא נותר בו כל משקל והוא מתפוגג כאבק.
108. ביום בו ידע החוקר כי החלטתו ושיקול דעתו לגבי אמצעי החקירה צריכים להתקבל על ידו כתגובה אד-הוק למצב נתון, וכי הוא לבדו ישא באחריות לחריגה, באותו יום ייתכן שייפסקו באחת פרקטיקות העינוי וההתעללות הבלתי-חוקיות.
109. האיסור המוחלט והסיכון הפלילי שבצידו הם לב ליבו של הצו המוחלט של בית המשפט העליון ובלעדיו כל פסק הדין החגיגי שניתן לפני למעלה מתשע שנים כמוהו כגוף מפואר בלא נשמה, כמילים ריקות מכל השלכה אופרטיבית.

110. נכרת ליבו של פסק הדין והמציאות במקומותינו כפי שהייתה לפניו. שופטים מחוזיים יושבים שומעים גרסאות חוקרים ועדויות נאשמים ומחרישים אוזנם; תובעים וסנגורים מתוודעים במסגרת ההליכים למעשי עינויים אך אינם נוקפים אצבע; והחוקרים המענים בשלהם, מגובים בשולחיהם וביועציהם המשפטיים.

111. מי שטועה לחשוב, כי אינטרס מידי וחשוב לאין שיעור מזה המוגן בדין הפלילי מחייבו לפעול בניגוד לחוק, ייעשה זאת על דעתו בלבד ותוך שהוא יודע כי הוא מעמיד עצמו בסכנת הרשעה פלילית. היה ותמצא ערכאה דיונית בדיעבד הצדקה למעשיו בסיטואציה הנתונה, ימצא עצמו פטור מהרשעה. את כל הרציונלים הללו הפרו המשיבים במעשיהם והפרו את פסה"ד, שאסר לקבוע בנוהל פרקטיקות של עינויים.

ג. גרורותיו של הביזיון

112. הפרת פסק הדין שתוארה לעיל בהרחבה, מהווה כשלעצמה ביזיון בית משפט. יחד עם זאת בחרנו להרחיב את היריעה לשלושה היבטים חמורים, שניים מנת חלקו של ביזיון זה והינם מעשה של יום יום בבתי המשפט המחוזיים והצבאיים; בעוד שהשלישי תוצא ישיר של הפרת פסק הדין והמשכו על ידי הימנעות מחקירה פלילית והעמדה לדין.

1. התיעוד הנפרד

113. המשיבים פועלים במחשכים ומטבע הדברים קם למבקשות קושי ראיתי מסוים. עם זאת חלקי הראיות שהובאו לעיל נמזגים לפאזל שלם המצייר את שיטת ההיתרים להפעלת "חקירת צורך", שיטה שהינה אותה שיטה בלתי חוקית שנפסלה בפסק הדין. במסגרת חשיפת נוהל "חקירת צורך" התגלה נוהל נוסף הכלול בראשון, שיטה שלא נודעה למבקשות, והיא השיטה לתיעוד חקירתי נפרד של מעשי העינויים, בנפרד מהזכ"ד "הכללי" המתעד את החקירה.

114. מתברר, כי לצד היוותרות המערך הבירוקראטי המענה, מאז פסק הדין נוקטים המשיבים זהירות יתרה, למרות שכביכול אין דבר להסתיר, וכך קיומם של העינויים נסתר מגופים כגון המשטרה והסנגוריה, ומכאן גם בית המשפט. כעולה מעניין אל-סייד (נספח ז), העינויים בחקירה מתועדים בנפרד מהתיעוד, החלקי ממילא, של מהלך החקירה הכללי. כך מסכת העינויים מופרדת מהחקירה ומדברי הנחקר, וכך נשללת מבית המשפט האפשרות להתחקות אחר הנסיבות שהובילו לדבריו, בין אם דבריו הם הודאה ובין אם דבריו הפללת אחרים.

115. שני יקומי ראיות מקבילים מתקיימים בתיקים הביטחוניים, האחד בו נדמה שהכל על מי מנוחות ו-"הנדון" לפתע זונח את הכחשתו בעקבות "שיחת שכנוע קצרה" או "דין ודברים", והיקום האחר שהוא חור שחור בלי מרחב ומשקל וזמן, מקום בו נבלע הכול. מעשים אסורים שתיעודם נסתר נבלעים לבלי שוב.

116. וכך, למרות שהשוטר נמצא במתקן השב"כ, בחדר סמוך, ולעיתים באותו החדר ממשי – בעת שהוא משכתב לנחקר את הודאתו, לעתים הוא כלל אינו יודע כי הודאת הנחקר בפני חוקר השב"כ ניתנה תוך שימוש באמצעים פסולים מובהקים. כאמור מתברר, כי התיעוד הנפרד האמור כלל אינו מגיע לידי המשטרה והוא מוסתר ביד מכוון מעיניה.

117. ברור, כי אפילו תיעוד נפרד זה היה גלוי לעין, עדיין לא היה בו כדי לסייע להטלת אחריות פלילית על החוקר. שכן חלק משיטות החקירה הן בגדר עינוי קבוצתי, נדרשת פעולה משולבת של מספר חוקרים כדי ליישם. יחד עם זאת אין התיעוד הרגיל מונה את המשתתפים בעינוי, אלא רק את הנוכחים, ולא ניתן לדעת באופן אינדיבידואלי מי נושא באיזו אחריות, מי המבצע העיקרי, מיהם שותפיו, מי המסייע, ומי עוצם העין.

118. כך הרשות הסיכולית מונעת מהרשות החקירתית (כאמור באופן המוגבל ממילא שזו מתפקדת כרשות עצמאית) ראיות קריטיות לשם ניהול חקירה פלילית מינימאלית. השב"כ מציג מצג-שווא בפני השוטרים-המריונטות המצויים במתקני השב"כ על תקן של "מלביני ראיות", וניתן להראות זאת לא רק בהקשר לחקירות צורך ועינויים.

119. כך למשל בעניין אלסייד נחקר שוטר על מסדר תמונות שביצע ונשאל על ידי בית המשפט מדוע לא ביצע מסדר זיהוי חי. עונה השוטר תשובה מגומגמת ולאחר התחקות אחר התחמקותו מתברר כי לא הוא החליט על ביצוע מסדר הזיהוי. את הדברים יזמו חוקרי השב"כ, הנכנסים ויוצאים מחדר החקירות המשטרתי, לוקחים את הנחקר באמצע החקירה ומחזירים אותו כל אימת שהוא סוטה ממסלול ההודאה וההפללה שאמצעי הצורך התוו לו, ומזהמים כליל את ההליך הפלילי.

120. וכך בתיקו של חוסאם בדראן, ממנו עולה אינדיקציה נוספת לתיעוד הנפרד המוקדש לחקירות הצורך, שכנראה לא מגיע לידי ההגנה. באותו תיק הגיע לידי הסנגוריה מזכר אחר, ללא תאריך, המפרט את השימוש באמצעי כפייה פיסיים, ורק אותם.

תצהירה של עו"ד לאה צמל הנוגע לתיעוד הנפרד מצ"ב ומסומן "כ"
העתק הזכ"ד הנ"ל מצורף ומסומן "כא"

2. השלכת הפרת פסק הדין על ההליך הפלילי

121. לשימוש בעינויים ובהתעללות השלכות החורגות מאי החוקיות הטבועה במעשה עצמו. תכלית פרקטיקות אלה להביא לשבירת הנחקר ולהודאתו במיוחס לו, ורק שבירת הנחקר והודאתו מבחינה פלילית יביאו להפסקת העינויים. כמו כן, העינויים מופנים לא רק לשם סחיטת הודאת נאשם אלא גם כדי ללחוץ על עדים שיפלילו אחרים.

122. בעניין עמרו הורשע הנאשם בדעת רוב ונשלח למאסרי עולם מצטברים. האמצעים הקשים שננקטו בחקירת עמרו, אדם עיוור, לא שברו את רוחו ומעולם לא הודה בדבר. הרשעתו של עמרו נסמכה כולה על הפללתו של עד, שנחקר בשב"כ תחת "חקירת צורך", היינו תוך שימוש בעינויים. בבית המשפט, עת היה אותו עד חופשי מסד העינויים, ולאחר שהוא עצמו כבר הודה והורשע במיוחס לו, חזר בו אותו עד מההפלה של עמרו.

123. זאת ועוד. כל זאת מתרחש, כשכפי שראינו לעיל אין כל דרך לבחון את השפעת האמצעי הפסול על חופשיות ההפלה, שכן אין כל תיעוד או זכר לחקירת הצורך בזכ"דים המתעדים את החקירה. כפי העולה מהנספחים החסויים, אמצעי הצורך מתועדים בתיעוד נפרד שאינו נמסר להגנה ואין כל דרך לדעת את נפקותו הראייתית.

124. הרשעות המבוססות על הודאות והודעות מפלילות של עדים שהושגו במסגרת חקירות הצורך הופכות את בית המשפט המרשיע שותף להליכים בלתי-חוקיים, ומטעם זה, בין השאר, במדינות אחרות, ולאחרונה אף במקומותינו (פס"ד יששכרוב), נפסלות ראיות אם אופן השגתן מכתים את ההליך ונוצרת סכנה ברורה לעיוות דין.

125. יש לתת את הדעת להתעלמות בתי המשפט המחוזיים והצבאיים מההשלכות הראייתיות של חקירות צורך. בתי המשפט מכשירים ראייתית הודעות אשר נגבו באמצעים הפסולים של אותן חקירות "צורך", אינם מודעים או מתעלמים כליל ממשמעות פסק הדין מבחינת היעדר הסמכות של החוקר להפעיל את אותם אמצעים.

126. בכך בתי המשפט מאפשרים למעשה העינוי עצמו, כשלעצמו פשע חמור, לבסס הרשעות באישומים חמורים שעונשים כבדים בצידם. אין דרך לקיים הליך הוגן כשממרתפי השב"כ עולים הדי זעקות מעונים. אין דרך לזקק ממעשה עינוי נפשע ראיה כשרה להרשעה. בתי המשפט מאפשרים לפשע העינויים להתפרץ אל הדין הפלילי, לזהמו ולהפכו להליך ריק לריטואל טקסי, ובסופו של יום להוביל לעיוותי דין והודאות-שווא. הרשעות שווא?

127. ומכאן חומרתן הכפולה של חקירות הצורך שהן כשלעצמן בלתי-חוקיות ובגדר פשעים חמורים על פי המשפט הבינלאומי הפלילי מצד המענים, וכן שהן בעצמן הופכות

את ההליך הפלילי כנגד המעונים לבלתי חוקי בעצמו. מכניזם זה קנה שביתה בבתי המשפט בישראל וכך נשלחים נאשמים למאסרי עולם על סמך הודאות פסולות, מבלי שהדבר מתועד, מבלי שהמשטרה יודעת על הפעלת אותם אמצעים, בזכותם הושגה ההודאה, שבעצמה אינה אלא זכ"די השב"כ המשוכתבים להודאות החשודים.

3. על המבת"ן ואי-הצורך לחקור ולהעמיד לדין

128. והיה והוגשה חלילה תלונה מטעם איזה "נדון" סורר בעל אומץ לב מטופש – אל חשש. המערך המשפטי-ביטחוני חוצה רשויות, מערכת הגיבוי נפרשת גם על המבת"ן והיועץ המשפטי לממשלה, אשר עד היום לא פתח בחקירה פלילית ולא העמיד ולו חוקר אחד לדין בעקבות תלונה על עינויים.

129. למיטב ידיעת המבקשות יותר מ-500 תלונות הונחו לפתחו של היועץ הנכבד (ר' פסקה 19 בנספח י"ט) – ואפס החלטות על העמדה לדין. כל אלה הם תוצאתה הברורה של הפיכת האיסור הגורף שבדין ובפסק הדין לעניין הנתון לאותם איזונים ורטיקאליים, בידי מומחי משפט ואנשי הרשות המבצעת, כטוב בעיניהם.

130. בתשובה לבקשות לפי חוק חופש המידע שהגישה המבקשת מס' 1 התקבלו תשובות הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים, ולפיהן 178 תלונות הוגשו בשנים 2005-2007 אך אף לא אחת מהן הצדיקה נקיטת צעדים פליליים נגד חוקרי שב"כ, ורק בשתיים מהן נפתחו הליכים משמעתיים.

העתק תשובת יעל קוטיק, הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים מיום 8.3.07 מצורף ומסומן "כב"
העתק תשובת עו"ד מיכל טנא, הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים מיום 2.9.08 מצורף ומסומן "כ"ג"

131. אך לכל זאת ועוד תוקדש עתירה נפרדת. הבקשה שכאן עניינה עצם מתן ההיתר לענות, לאור אישור, בהתאם לנוהל או הנחיה – וללא דיון בשאלה האם אכן התברר, כי נעשו בנסיבות, שעל פי עמדת המשיבים הן נסיבות של צורך. ממילא היעדר חקירה של מעשי העינויים מאיין כל אפשרות לקבוע כל ממצא בכגון דא.

132. בקשת הביזיון תוקפת את משטר הנהלים המתירים מראש עינוי והתעללות, משום שההיתרים וההנחיות, כביכול בהסירם מהחוקרים את הסיכון הפלילי שמעשיהם

מציבים אותם בו, הם שמאפשרים ומכשירים את פעולות ההתעללות והעינוי – ומבחינה משפטית בדיוק משטר היתרים ונהלים ואישורים אפריוריים כזה נפסל בפסק הדין.

ד. סוף דבר

133. אכן לא בכל יום מוטל ראש ממשלה וראש שירות בטחון לבית האסורים. ואולם גם לא בכל יום מפרה הרשות המנהלית, ובפרט ראשיה, באופן כה גס ובוטה את החוק ואת הביקורת השיפוטית החלה עליה.

134. המשיבים ביזו את הערכאה העליונה של הרשות השופטת, בשבתה כבית משפט גבוה לצדק, בהרכב תשעה שופטים, משך תשע שנים, ובעניין הומאניטארי מדרגה ראשונה המצוי בלב ליבו של משפט זכויות האדם והמשפט ההומאניטארי, הניצב ביסוד אושיות המשטר הדמוקרטי.

135. בכבוד הראוי לבית המשפט הנכבד, ביזוי זה של ראשי הרשות המבצעת הוא גם ביזוי החברה בישראל, ביזוי דמותה המוסרית, ופגיעה אנושה בלגיטימיות שלה כעם במשפחת העמים בני-התרבות.

136. אחד הרציונלים ביסוד פסק הדין אוסר את פיזור הסיכון הפלילי בין גורמים בירוקרטים, פיזור שכאמור נועד לעקר משיטות החקירה הנפסדות את אי חוקיותן ולאיין אפשרות להעמיד לדין כל גורם בודד באותה מערכת.

137. אך לא לעולם חוסן. רשת ההגנה שפורשים המשפטנים המלומדים על החוקרים-המענים מוגבלת, וגבולותיה מסומנים בתחומה הטריטוריאלי של מדינת ישראל. החוקרים ובעיקר שולחיהם החפצים לצאת מעבר לים כבר למדו על בשרם כי ביציאתם לניכר הם חשופים לסיכון הפלילי ממנו ניסו להימלט עת תפסו מחסה בצל רשת ההיתרים.

138. העמדה לדין של אחראים לעינויים בטריבונאלים הזרים מכוח סמכותם האוניברסאלית היא תוצאה של הפרת פסק הדין, של ביזיון בית המשפט, והיא נובעת מהיעדר ביקורת אפקטיבית על מבצעי העינויים, כמשמעם באמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (CAT), עליה חתמה (1986) ואותה אשררה (1991) ישראל.

139. על כן לאור כל האמור מתבקש בית המשפט להיענות לבקשת הביזיון לאסור את המשיבים 1-2 בגין ביזיון בית משפט נכבד זה, ולהטיל קנס על המשיבים 3-4, והכול בעוון אי-קיום פסק הדין.

140. ומכאן, מכל אלה, ביזיון בית המשפט.

2 בנובמבר, 2008

אביגדור פלדמן, עו"ד
ב"כ המבקשות