

- בעניין: 1. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.
2. ס.א.
ת.ז. _____, תושב שכם

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור (מ.ר. 37962) ו/או יוסי וולפסון
(מ.ר. 26174) ו/או מנאל חזאן (מ.ר. 28878) ו/או עדי
לנדאו (מ.ר. 29189) ו/או לינה אבו-מוך זועבי (מ.ר. 33775)
ו/או שירין בטשון (מ.ר. 32737) ו/או חוה מטרס-עירון
(מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 6283555-02; פקס: 6276317-02

העותרים

- נ ג ד -

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. הפרקליט הצבאי הראשי

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

למשיב 1 – מדוע לא תיערך חקירה פלילית יסודית ומקיפה בדבר תלונתו של העותר 2, כי עונה והושפל שלא כדין בחקירתו ע"י חוקרי השב"כ שחקרו אותו בתחילת שנת 2003 במתקן הסודי, שמיקומו אינו ידוע והמכונה **מתקן 1391** (להלן – **המתקן הסודי**); מדוע לא יפרסם את תוצאות החקירה במקרה שהסתיימה ואת הכרעתו, לרבות החלטותיו על העמדה לדין פלילי ו/או משמעתית או על סגירת התיק והעילה לסגירתו.

למשיבים 1 ו-2 – מדוע לא תיערך חקירה פלילית יסודית ומקיפה בדבר תלונתו של העותר 2, כי הוחזק במעצר בתנאים משפילים ובלתי אנושיים בניגוד לדין, וכי הושפל וזכה ליחס בלתי נאות מסוהרי המתקן, אשר הנם חיילי צה"ל, בניגוד לדין, בעת שהותו בתחילת שנת 2003 במתקן הסודי, אשר נמצא בתוך בסיס צבאי אי-שם; מדוע לא יחקרו האם ידעו חוקרי השב"כ על תנאי הכליאה והתנהגות הסוהרים והאם היו מעורבים בקבלת החלטות על מעצרו בתנאים אלו; מדוע לא יפרסמו את תוצאות החקירה במקרה שהסתיימה ואת הכרעתם, לרבות החלטותיהם על העמדה לדין פלילי ו/או משמעתית או על סגירת התיק והעילה לסגירתו.

בקשה לדיון דחוף

עניינה של עתירה זו במחדל המסתמן של המשיבים לחקור חקירה של אמת, אחראית, חסרת פניות ומקיפה את התלונות הקשות על עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי להם נחשף העותר 2 בעת מעצרו לצרכי חקירה במתקן הסודי. בין היתר טוען העותר 2 בתצהיר שהוגש למשיבים (להלן – **המצהיר**) כי בעת שהוחזק במתקן הסודי נחקר בשיטות חקירה אסורות כגון תנוחת שבאח, ולחץ שהופעל על מפשעתו. המצהיר הושאר במתקן זמן ממושך מבלי שנאמר לו היכן הוא נמצא, בבידוד מוחלט, רוב הזמן בחשיכה. המצהיר העיד על תנאי מעצר משפילים ובלתי אנושיים. הוא הופשט ברבים, הושם בתא קטן וחשוך שכונה "הקבר". בתא היה פח שחור במקום שירותים ולא היו מים זורמים. כתוצאה מכך נאלץ לחיות בסירחון וללא תנאים סניטאריים מינימאליים. החיילים ששימשו כסוהרים מנעו ממנו שינה דרך קבע והתייחסו אליו באופן משפיל.

העתק התצהיר מצורף ומסומן ע/1.

הימנעות מעריכת חקירה כזו (התובעת הצבאית כבר הודיעה כי לא מצאה מקום לפתוח בחקירה), או עריכת חקירת טיוח המיועדת לצאת ידי חובה, מהוות הפרה של החובה המוטלת על המשיבים על פי דין והן פוגעות פגיעה קשה בזכויות המצהיר. חמור מכך, אי החקירה פוגע באינטרס הציבורי, בדרישתו של הציבור להגיע לחקר האמת ולהרחיק מהחברה מי שמעורב בעינויים ויחס משפיל כלפי עצירים, קל וחומר להרחיקו מתפקידו למען לא יישנו עבירות מסוג זה. אי החקירה פוגע פגיעה קשה באמון הציבור במערכת אכיפת החוק, ומטיל צל כבד על דמותה של המדינה כמדינה דמוקרטית.

מטבע הדברים, ככל שעובר הזמן, היכולת של רשויות החקירה לערוך חקירה ראויה ומקיפה, להגיע לכלל החשודים והעדים, למצוא ממצאים ולהגיע למסקנות, הולכת ופוחתת.

המעשים הפליליים העולים מתלונת המצהיר נעשו בראשית שנת 2003. בספטמבר 2003 הוצגה התלונה המפורטת של המצהיר בפני המשיבים בתצהירו. למרות זאת, עד יום הגשת עתירה זו טרם נעשה דבר, ככל הידוע לעותרת, לחקירת התלונה, וזאת כשנתיים לאחר התרחשות העבירות לכאורה.

לאור זאת מתבקש בית המשפט לקבוע דיון דחוף בעתירה ולמצער, לקבוע לוח זמנים צפוף בעתירה, על מנת שלא ליתן בידי המשיבים הזדמנות לטעון מאוחר יותר כי חלוף הזמן סיכל את יכולתם לחקור את התלונה.

4.....	התשתית העובדתית
4.....	הרקע להגשת העתירה
7.....	הצדדים בעתירה
7.....	תלונת המצהיר כעולה מתצהירו
9.....	העבירות לכאורה שבוצעו נגד המתלונן
12.....	עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי כעבירה במשפט הבינלאומי
13.....	פניית העותרת למשיבים בדרישה לחקור את תלונת המצהיר
14.....	התכתבות המוקד עם המבת"ן
15.....	התכתבות המוקד עם הפצ"ר
18.....	הטיעון המשפטי
18.....	מבוא
18.....	החובה לפתוח בחקירה פלילית בישראל
18.....	הבסיס הנורמטיבי
19.....	משמעות החובה לפתוח בחקירה
20.....	שיקול הדעת בחקירת תלונה
21.....	המשיבים הפרו את חובתם לפתוח בחקירה
22.....	המשיבים הפרו את חובתם לחקור חקירה סבירה
23.....	הסטנדרטים לחקירה סבירה של עבירות עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי
23.....	הסטנדרטים על פי האו"ם
25.....	הסטנדרטים לחקירה במקרים של "היעלמויות" כפויות
26.....	הסטנדרטים על פי משפט זכויות האדם האירופאי
29.....	הסטנדרטים על פי משפט זכויות האדם הבינ-אמריקאי
31.....	ההימנעות מלחקור אינה מתיישבת עם חומרת העבירה
32.....	ההימנעות מלחקור פוגעת באינטרס הציבור
33.....	ההימנעות מלחקור פוגעת בזכויות אדם
35.....	הזכות לכבוד האדם
35.....	הזכות להגנה מפני עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי
36.....	הזכות לקבלת סעד
38.....	סיכום

התשתית העובדתית

הרקע להגשת העתירה

1. בשנת 2003 הזדעזעו הציבור בישראל מהגילוי כי מדינת ישראל מחזיקה מזה שנים מתקן כליאה וחקירה סודי הממוקם במחנה צבאי סודי אי שם במרכז הארץ. העדויות שמסרו נחקרים אשר שהו במתקן זה היו מדאיגות ביותר – עינויים, מכות, תנאי מעצר בלתי אנושיים ומשפילים ביותר והכל – בחדרי חדרים, רחוק מעיני הציבור וללא פיקוח ובקרה.
 2. תחילתה של פרשה זו בשתי עתירות "הביאס קורפוס" לאיתורם של שלושה עצורים, פלסטינים תושבי השטחים, אשר עקבותיהם נעלמו כלא היו, ומאמצי בני משפחותיהם לאתרם עלו בתוהו.
 3. הפנייה בעניינם לבית המשפט התחייבה לאחר שבני משפחותיהם כשלו במאמציהם להיוודע מה עלה בגורלם, ואף העותרת לא הצליחה במשימתה לאתרם, ומרכז השליטה שבמפקדת קצין משטרה צבאית ראשי הודיע, כי לא מצא מקום החזקתם. אגב התנהלותן של העתירות התגלה תחילה, כי קיים מתקן כליאה שאין הפרקליטות יכולה לנקוב בשמו (אלא רק בשמו של איש קשר בעניינו). לאחר מכן, טפח אחר טפח, נחשפו פרטים נוספים אודות המתקן המכונה **1391**.
 4. בתאריך 30.3.03 הגישה הפרקליטות הודעה משותפת בשתי העתירות. בהודעה זו שחרר המשיב בעתירה עוד כמה פתיתי מידע בנוגע למתקן הסודי. "המתקן בו הוחזקו העותרים", מסר המשיב, "נמצא במחנה צבאי והוא שימש את שירות הביטחון הכללי באורח זמני בלבד, זאת בשל מצוקת מקומות מעצר. לצורך כך, נעשו פעולות שונות להתאמת המתקן להחזקת עצורי שירות הביטחון הכללי... בעת ששימש המתקן את שירות הביטחון הכללי, נערכו בו ביקורות שוטפות, על מנת לוודא כי בית המעצר והתנאים בהם מוחזקים העצורים עומדים בסטנדרטים הנדרשים".
העתק הודעת הפרקליטות מיום 30.3.03 מצורף ומסומן ע/2.
 5. בדיון שהתקיים בשתי העתירות בתאריך 2.4.03, מסרה נציגת הפרקליטות, כי המתקן הוכרז כבית-סוהר צבאי שנה קודם לכן, ב-16.4.02, ההכרזה לא פורסמה, ויש לו כינוי קוד: "מתקן 1391".
- הנתונים החדשים הללו עוררו דאגה רבה, משום שחשפו שני נתונים: המתקן היה תקופה ארוכה בשימוש גופים לא ידועים ללא מסגרת חוקית; עצם קיומו והנעשה בו נשמרו בסוד לאורך זמן.
- העתק צו ההכרזה מצורף ומסומן ע/3.

6. בתאריך 3.9.03 הגישו העותרים לבית-המשפט סדרה של תצהירים וחוות-דעת פסיכיאטרית בנוגע לתנאים הנוהגים במתקן הכליאה 1391. **תצהירו של המצהיר, נשוא עתירה זו, היה אחד מאותם תצהירים (ע/1).** תאריך זה חשוב: לאחריו ברור כי לא יכולים המשיבים לטעון כי לא ידעו על קיומן של עבירות פליליות שבוצעו לכאורה במתקן הסודי ואשר מחייבות חקירה נמרצת. ויודגש – התצהירים כללו התייחסות לא רק לעבירות לכאורה בביצוע החקירה, אלא גם עבירות לכאורה בתנאי הכליאה ויחס הסוהרים.

7. ביום 30.10.03 הגישה העותרת 1 (להלן – **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) עתירה (בג"צ 9733/03, להלן – **עתירת המתקן הסודי**). המוקד הגיש עתירה זו כעותר ציבורי, על פי המלצת בית המשפט הנכבד. המוקד טען בעתירה זו, כי הפעלת מתקן סודי היא בלתי חוקית. המוקד ביסס את טענתו על שני אדנים: ראשית, כי הסודיות אינה חוקית בפני עצמה. שנית, כי הסודיות מהווה כר פורה להפרה של זכויות העצירים, עינויים וכליאתם בתנאים משפילים ובלתי אנושיים. לראיה צירף המוקד את התצהירים שהוגשו לבית המשפט ביום 3.9.03, לרבות תצהירו של המצהיר.

העתירה מצורפת ומסומנת ע/4. נספחיה הרבים אינם מצורפים, למעט אלו שצורפו בנפרד. ככל שיידרשו מסמכים שצורפו לעתירה לבירור עתירה זו, הם יימסרו.

8. ביום 28.11.03 הוגשה הודעה מטעם פרקליטות המדינה בעתירת המתקן הסודי. בהודעה התנגדה המדינה להוצאת הצו על תנאי המבוקש. בהודעה מסרה המדינה כי המתקן הסודי "מצוי בתוך בסיס צבאי סודי". נטען כי סודיות המיקום של המתקן נובעת מצרכים ביטחוניים.

לגבי תנאי הכליאה במתקן וזכויותיהם המהותיות של העצירים, נמסר בהודעה כי אין בהם כל פגם, כי תנאי הכליאה הולמים וכי זכויות העצירים נשמרות בכפוף לשמירה על סודיות המתקן. כך, למשל, נטען כי לעצירים זכות להיפגש עם עורכי דינם, בני משפחתם ונציגי הצלב האדום ובלבד שהמפגש יערך מחוץ לכותלי המתקן.

המדינה ניסתה בהודעה לעורר ספקות בנוגע למהימנות התצהירים, אך לא כפרה בחובה להתייחס לתוכנם ברצינות ובקפדנות:

דברי פתיחה אלה אינם גורעים כמובן מהצורך להתייחס לתצהירים ברצינות ובקפדנות. אולם ברור כי יש לבחון את אמינות התצהירים, גם על רקע העובדות שפורטו לעיל, המלמדות על "כבישת" רוב התלונות משך זמן רב (סעיף 24 להודעה).

9. עם זאת, הודעת המדינה מלמדת כי כבר באותה עת לא גילו הרשויות כל רצון לחקור את הטענות שהעלה המצהיר והעלו חבריו בתצהיריהם:

לא ניתן לברר כיום את זהותם של בעלי תפקידים מסוימים שהיו נוכחים במועד זה או אחר במתקן, שעליהם מוסבת תלונה זו או אחרת. אכן, אנו נוכל כמובן להתייחס בהקשר זה להוראות המחייבות את החוקרים והסוהרים, וכן נוכל להתייחס גם לטענות פרטניות שונות שיפורטו בהמשך, אולם ברור כי לא נוכל להתייחס לכל טענה וטענה אודות התנהגותו של סוהר זה או אחר (סעיף 25 להודעה).

ואכן, חלק נכבד מההודעה מתייחס באופן כללי לנהלים ותנאי המעצר אשר מחייבים במתקן הסודי, נהלים אשר רובם אכן נשמעים ראויים. מובן גם, כי לאור דבריו לעיל, מיעט ב"כ המדינה להתייחס לשאלה הקרדינאלית – האם משהו מהנהלים ה"נאורים" הללו אכן התקיים בפועל.

10. חרף הטענה כי חלוף הזמן הופך את חקירת הטענות הפרטניות לבלתי אפשרית, מציג ב"כ המדינה בהודעה מספר מקרים בהם, לטענתו, נבדקה טענה מהתצהירים ונמצאה כבלתי אמינה או בלתי נכונה. ב"כ המדינה נתלה במספר פרטים אלו על מנת להוכיח את טענתו כי כל התצהירים אינם אמינים כלל.

כך, למשל, לגבי המצהיר טוען ב"כ המדינה, כי טענתו בדבר הארוחות הבלתי הולמות בוודאי שקרית משום שהתפריט של העצירים והסוהרים הוא זהה. לגבי טענתו כי תנאי התאורה בתא כה גרועים עד כי לא ניתן לזהות את המזון, דבר שגרם לו להימנע מאכילה ימים רבים, טוען ב"כ המדינה כי הטענה "תמוהה, שכן כל אדם יכול לזהות המזון וטיבו במקום המואר בתאורה הנ"ל, וקשה לקבל שעקב כך העצור לא אכל ימים רבים" (סעיף 38 להודעה).

העתק הודעת המדינה מיום 28.11.03 מצורף ומסומן ע/5.

11. ביום 1.12.03 נערך דיון בעתירה. בסיומו החליט בית המשפט להוציא צו על תנאי לעניין סודיות מיקומו הפיזי של המתקן הסודי. בנוסף פסק בית המשפט כדלקמן:

העותרת טוענת בעתירתה כי המיתקן עצמו אינו מיתקן ראוי להחזיק בו עצירים; כי תנאי החזקתם של עצירים במיתקן אינם תנאים ראויים; וכי ננקטות במיתקן שיטות חקירה בלתי ראויות ופסולות. לעניין כל אלה פנתה העותרת אלינו בטרם מיצתה הליך של פניה אל הרשויות בתלונות ספציפיות וממוקדות שניתן להגיב עליהן בפרוטרוט. העותרת רשאית אפוא לפנות אל הרשויות המוסמכות בתלונות ספציפיות וממוקדות באחד מן הנושאים שמנינו לעיל, וחזקה על הרשויות כי תבחנה כהלכה את התלונות ותשיבנה לעותרת תשובות ספציפיות וענייניות. עו"ד שי ניצן, בא-כוח המדינה, הודיענו כי ככל שהתלונות תיסובנה על תלונות שעניינן חקירת השב"כ, תועברנה התלונות למחלקה לביור תלונות נחקרים בשב"כ (מבת"ן) הפועלת בכפיפות למנהל המחלקה לתפקידים מיוחדים

בפרקליטות המדינה. ככל שהמדובר בתלונות אחרות, תועברנה תלונות אלו לפרקליט הצבאי הראשי אשר יחליט כיצד תטופלנה ומי יטפל בהן. זכויות העותרת שמורות לה לשוב ולפנות לבית-המשפט לאחר קבלת תשובת הרשויות.

העתק הצו על תנאי מצורף ומסומן ע/6.

הצדדים בעתירה

12. המוקד להגנת הפרט הוא ארגון זכויות אדם, שמושבו בירושלים. המוקד מטפל, בין היתר, באיתור עצירים, זכויות עצירים פלסטינים במתקני חקירה וכליאה בישראל ומניעת עינויים ותנאי מעצר משפילים ובלתי אנושיים. המוקד הגיש את עתירת המתקן הסודי כעותר ציבורי, בהמלצת בית המשפט. המוקד מייצג את אינטרס הציבור כי חשדות חמורים של עינויים ויחס משפיל ותנאי כליאה משפילים ובלתי אנושיים ייחקרו עד תום וביסודיות, כפי שהורה בית המשפט הנכבד, וכי הציבור ידע את תוצאות החקירה והאם בוצעו עבירות פליליות או משמעתיות, אם לאו.

13. המצהיר הוא פלסטיני, בן 24. הוא נחקר במתקן הסודי בראשית שנת 2003. בסיום חקירתו נשפט בשל סיוע למבוקש וריצה שנה וחצי במאסר. כיום המצהיר הוא אדם חופשי.

14. המשיב 1 (להלן – **היועמ"ש**), הוא העומד בראש מערכת אכיפת החוק בישראל, לרבות המערכת הפלילית והמשמעתית. מתוקף תפקידו מוסמך היועמ"ש להורות על חקירתם של עובדי מדינה, לרבות חוקרי שב"כ, ועל העמדתם לדין פלילי ואו משמעת. הוא הממונה על המחלקה לתפקידים מיוחדים בפרקליטות המדינה, אשר במסגרתה פועל מבקר תלונות נחקרי שב"כ (להלן – **מבט"ן**), אשר אחראי לחקירת תלונות על עינויים ויחס משפיל בחקירות השב"כ.

15. המשיב 2 (להלן – **הפצ"ר**), הוא העומד בראש המערכת הפלילית והמשמעתית בצה"ל. מתוקף תפקידו מוסמך הפצ"ר להורות על חקירתם של חיילי צה"ל ועל העמדתם לדין פלילי או משמעת. הוא הממונה על המשטרה הצבאית החוקרת (להלן – **מצ"ח**), אשר אחראית לחקירת תלונות על כליאה בתנאים משפילים ובלתי אנושיים ועל אלימות ויחס משפיל מצד חיילים-סוהרים.

תלונת המצהיר כעולה מתצהירו

16. תלונת המצהיר מפורטת בתצהירו שהועבר, כאמור, לידי המשיבים ביום 3.9.03 ופעם נוספת ביום 24.12.03, במצורף לתלונה שהגיש המוקד בשמו.

17. המצהיר נעצר ביום 21.1.03 בביתו, משם הועבר לחווארה למשך 4 ימים, לסאלם למשך יממה לפחות ומשם לג'אלמה. לאחר מכן נלקח למתקן הסודי.

18. המצהיר מתאר את אשר קרה לו במתקן בפרוטרוט. כפי שעולה מתצהירו, הוא הובל על רצפת גיפ צבאי כאשר עיניו מכוסות בבד שחור, מעליו משקפיים כהות ומעל זה שק מבד. **הוא הובל למתקן מבלי שנאמר לו לאן הוא מובל.** כיסוי העיניים הוסר ממנו רק לאחר שהגיע למתקן והוכנס לאחד החדרים. **הוא הופשט כליל לעיני עשרה חיילים האוחזים באלות שהתבוננו בהפשטתו.**

19. עוד עולה מתצהירו כי **ניתנו לו מכנסיים וחולצה שאינם מתאימים למידתו, ולא ניתן לו ללבוש בגדים תחתונים.** כתוצאה מכך הוא סבל מקור כל זמן מעצרו.

20. על פי התצהיר, הועבר המצהיר בין החדרים כשעיניו מכוסות בשק. הוא הוכנס לתא שאורכו "כאורך מזרון", קירותיו ודלתו צבועים שחור ואור חלש מאוד המפריע לראייה. בתא לא היו חלונות או פתחים. **לא היו שירותים בתא** אלא פח מפלסטיק בו נדרש לעשות את צרכיו. הריח שהפיץ הפח היה בלתי נסבל ונשאר באוויר הדחוס שבתא. תא זה כונה ע"י החוקרים "**הקבר**". המתלונן שהה ב"קבר" כל זמן שהותו במתקן, כחודש ימים.

21. על פי התצהיר, **חוקרי השב"כ ידעו בדיוק היכן הוא מוחזק ובאילו תנאים**, והובטח לו כי אם ישתף פעולה בחקירה יועבר לתא נוח יותר.

22. עדות המצהיר על התא בו הוחזק דומה דמיון מדהים לעדויות של נחקרים אחרים שהוחזקו במתקן. כך, למשל, מר ר.ב., אשר הוחזק אף הוא במתקן בחודש ינואר 2003, מתאר כך את תאו: "גודל הצינוק הוא רוחב של 120 ס"מ (רוחב של מזרון ועוד קצת)... בחדר יש פח זבל מפלסטיק שחור גדול... היה עלי לעשות את כל צרכי לתוכו... החדר שחור כולו... אי אפשר לראות כמעט דבר בחדר... אין כמובן חלונות... חשתי כי אין לי די חמצן... הסרחון בחדר הפך בלתי נסבל...".

העתק תצהירו של מר ר.ב. מצורף ומסומן ע/7.

גם הנחקר ח.ר., שאף הוא הוחזק במתקן בערך באותו זמן, העיד בתצהירו כי נשלח לתא בידוד "שם היה מונח פח שחור מפלסטיק, שהיה אמור לשמש לעשיית צרכים. הריח של התא היה מגעיל, יחד עם ריח העובש ותכולת הפח השחור".

העתק תצהירו של מר ר. מצורף ומסומן ע/8.

בתצהיר של הנחקר ג.ש., אשר נחקר במתקן בראשית שנת 2002, סיפר הנחקר דברים דומים על ההפשטה הפומבית ועל הביגוד הלא מתאים: "בחדר זה אילצו אותי להתפשט. סירבתי להתפשט לגמרי, והם החלו להתלוצץ על מערומי. אז הביאו לי מכנסיים מאוד רחבים פעמיים ממידתי, וחולצה קטנה ממידותיי. היה שם קר מאוד".

העתק תצהירו של מר ש. מצורף ומסומן ע/9.

23. על פי התצהיר, המצהיר נחקר בתחילה שלושה ימים בהם **מנעו ממנו לישון**. חקרו אותו ארבעה חוקרים שבראשם החוקר "קפטן אלדד". הוא **נקשר לכסא בתנוחת "שבאח"**. הוא נחקר כאשר הוא יושב על ספסל עץ ואינו יכול להשעין את גבו. הוא **קיבל מכות משפילות מחוקריו, רגליהם של החוקרים לחצו על מבושיו**, בשל הלבוש הבלתי הולם שניתן לו הוא **סבל מקור כל זמן החקירה**.

24. בכל זמן מעצרו לא ראה המצהיר איש מלבד חוקריו. הם אמרו לו כי הוא במקום סודי וכי איש לא יודע היכן הוא ועל כן יש באפשרותם להשאירו במעצר כמה זמן שירצו.

25. על פי התצהיר, **הסוהרים, כולם חיילים, התייחסו אליו בצורה משפילה**, והיו **מעירים אותו בלילות בצעקות ודפיקות**. היו שואלים אותו אם הוא צריך ללכת לשירותים וללא קשר לתשובה שהשיב היו עונים לו "לך לישון, אין שירותים".

גם בעניין זה דומה עדותו של המצהיר לעדויות של נחקרים אחרים שהוחזקו במתקן. למשל, בתצהיר של מר ג'.א., אשר נחקר בערך באותו זמן, הוא טוען כי: "היה לחיילים מנהג להעיר אותי בלילה בדפיקות על הדלת ולהקים אותי. משקמתי היו מצווים עלי לחזור לישון. פעם סירבתי לקום ושלושה חיילים נכנסו לתא והרביצו לי באלות".

העתק תצהירו של מר א. מצורף ומסומן ע/10.

גם הנחקר מ.א. תיאר את תנאי התא ואת דפיקות החיילים: "התא החדש היה גרוע יותר מהתא הראשון בכך שלא היה בו זרם מים, אפילו חלש, היו המון חרקים, היה בו דלי, פח פלסטיק לעשיית צרכים. הריח הנורא שנדף מהפח מילא את חלל החדר. בנוסף לתנאים ההיגייניים הגרועים, החיילים דפקו בדלת כל שעות היום והלילה".

העתק תצהירו של מר א. מצורף ומסומן ע/11.

באותו אופן הצהיר מר ר., שחלק מתצהירו הובא לעיל, כי "במשך הלילה היו דופקים בדלת, ומעירים אותי ושואלים אם הכל בסדר" (ע/8).

26. על פי התצהיר, **למצהיר לא ניתנה אפשרות להתקלח. בתא לא היו מים זורמים**. כעבור עשרה ימים הוא נשלח להתקלח ללא סבון משום שריחו הפריע לחוקריו.

גם עדויות בדבר העדר תנאים היגייניים מינימאליים חוזרות כחוט השני בתצהירים של נחקרים שונים. למשל, בתצהיר של הנחקר ר.ב. (ע/7), הוא מצהיר כי: "אני עצמי לא התרחצתי כלל כל הימים האלה, ואיש לא הציע לי להתרחץ. מובן כי לא צחצחתי שיניים או שטפתי פנים".

העבירות לכאורה שבוצעו נגד המתלונן

27. המעשים המתוארים בתצהיר, אם יוכחו, מהווים שורה ארוכה של עבירות פליליות, קל וחומר עבירות משמעותיות. לו יוכח שמץ מהראיות, יהווה הדבר אף עילה לחקירת עצם יכולתו של המתקן להמשיך ולהתקיים במתכונתו הסודית.

28. על מנת לסבר את האוזן, יפורט להלן מספר עבירות הקבועות בדין הפלילי הרגיל ובדין הפלילי הצבאי אשר לכאורה בוצעו בעניינו של המצהיר. אין זו רשימה ממצה.

א. עבירות תקיפה ואלימות נגד הגוף – מהתלונה עולה כי נגד המצהיר הופעלו שיטות חקירה פסולות. המצהיר הוכה באגרופים ומבושיו נלחצו תחת נעלי חוקריו. כמו כן ננקטו נגדו אמצעים כמו מניעת שינה (הן ע"י חוקרים והן ע"י סוהרים) וחקירתו בתנוחת שבאח. שיטות אלו נפסלו בפסק הדין הידוע בעניין שיטות החקירה של השב"כ (בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4), 817, להלן – בג"צ העינויים). חוקר או סוהר הנוקט או משתף פעולה עם נקיטתן של שיטות אלו עובר לכאורה עבירה פלילית.

בבג"צ העינויים נקבע כי אין לחוקרים סמכות לחקור בתנוחת שבאח ואין להם סמכות למנוע שינה מהנחקר במטרה להתישו:

הוא הדין לגבי השיטה של הושבת הנחקר הנתון בתנוחת "שבאח". מקובל עלינו, כי חקירתו של אדם בהיותו יושב, הינה חלק אינהרנטי מחקירה. לא כן כאשר הכיסא עליו יושב הנחקר הוא כסא נמוך מאד המוטה קדימה כלפי מטה, והישיבה עליו היא במשך שעות ארוכות. ישיבה מעין זו אינה כלולה בסמכויות כלליות של חקירה. גם אם נניח כי הושבת נחקר על כיסא נמוך מזה של החוקר יכולה לשמש מטרה חקירתית לגיטימית (כגון: קביעת "כללי משחק" בהתמודדות המוחות בין הצדדים; הדגשת עליונותו של החוקר על הנחקר), אין צורך חקירתי אינהרנטי בהושבת נחקר על כיסא כה נמוך ומוטה כלפי מטה, עד שישביה עליו גורמת לכאב וסבל ממשיים לנחקר. ודאי שאין סמכות החקירה הכללית כוללת גם הושבת נחקר על כיסא משופע קדימה, באופן המפעיל לחץ וכאב על גבו של הנחקר, כשבנוסף לכך הוא כבול בידי מאחורי הכיסא, באופן ובצורה עליהם עמדנו. כל אלה אינם כלולים במסגרת חקירה "הוגנת". אין הם סבירים. הם פוגעים בכבודו של הנחקר, בשלמות גופו ובזכויות היסוד שלו מעבר לנדרש. אין לראות אותם ככלולים במסגרת סמכויות חקירה כלליות (בג"צ העינויים, עמ' 837).

...

אם נמנעת שינה מן הנחקר במכוון, לאורך זמן, וזאת אך בשל מטרה להתישו ולשבור את רוחו - אין הדבר מצוי בגדריה של חקירה הוגנת וסבירה. יש באמצעי זה פגיעה מעבר לנדרש בזכויותיו וכבודו של הנחקר (שם, עמ' 840).

ב. **עבירות ע"י עובד ציבור ואחראי על חסר ישע** – העדות מעלה חשד לביצוע עבירה תוך ניצול העובדה כי המתלונן היה נתון במעצר ותלוי לגמרי בחוקריו ובסוהריו.

שימוש באלימות בחקירה עשוי להטיל על החוקר אחריות פלילית ומשמעתית (ראו למשל סעיף 277 לחוק העונשין: "לחץ של עובד הציבור")
(בג"צ העינויים, עמ' 836).

סעיף 277 קובע:

עובד הציבור העושה אחת מאלה, דינו - מאסר שלוש שנים:

(1) משתמש, או מורה להשתמש, בכוח או באלימות נגד אדם כדי לסחוט ממנו, או מאחר שהאדם יש לו ענין בו, הודיה בעבירה או מידע בדבר עבירה;

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

סעיפים 65 ו-129 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, קובעים:

65. התעללות

(א) חייל שהכה חייל הנמוך ממנו בדרגה או שהכה אדם הנמצא במשמורת שהחייל מופקד עליה, או שהתעלל בהם אחרת, דינו - מאסר שלוש שנים.

(ב) ...

(ג) נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דין המתעלל - מאסר שבע שנים.

129. התנהגות מבישה

חייל שהתנהג התנהגות מבישה, דינו - מאסר שנה.

ג. **הפרת חובה חקוקה או אי קיום הוראות המחייבות בצבא** (סעי' 133 לחש"צ) – הדין הישראלי, לרבות הדין הצבאי, מסדיר בחוקים ובנהלים את התנאים המינימאליים הראויים שיש להעניק לכל עציר בכל מתקן מעצר. למעשה מודים המשיבים כי קיימים נהלים מסודרים לגבי הזכויות המגיעות לעצירים אף במתקן 1391 באופן ספציפי. הפרתן של הוראות אלו עשויה להוות עבירה פלילית, קל וחומר עבירה משמעתית.

כך, למשל, סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, לעניין **תנאי המעצר**, קובע:

(א) עצור יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו.

(ב) עצור יהיה זכאי, בין היתר, לכל אלה:

- (1) לתנאי תברואה הולמים, לתנאים שיאפשרו לו לשמור על נקיונו האישי, לטיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו ולתנאי השגחה מתאימים על פי דרישת רופא;
- (2) למיטה, מזרן ושמיכות לשימוש האישי, ולהחזקת חפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות;
- (3) למזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו;
- (4) לתנאי תאורה ואוורור סבירים בתא;
- (5) להליכה יומית באוויר הפתוח, אם תנאי המקום מאפשרים זאת, בתנאים ובמועדים שייקבעו בתקנות; זכות זו ניתנת להגבלה מטעמים של טובת החקירה או שמירה על שלומו של העצור;
- ...

תקנות השיפוט הצבאי (בתי סוהר צבאיים), התשמ"ז-1987, קובעים שורה של חובות לגבי החזקת בית סוהר צבאי ולגבי שמירת תנאי הכלואים.

29. כאמור, אלו רק דוגמאות לעבירות הפליליות שחובה לחקור בגינן. **אין זו רשימה ממצה וישנם חשדות לעבירות נוספות או עבירות נוספות הנובעות מאותם חשדות.**

עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי כעבירה במשפט הבינלאומי

30. האיסור על עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי הוא עבירה בפני עצמה מעצם האיסור החמור והמוחלט עליהם במשפט זכויות האדם הבינלאומי, המשפט הפלילי הבינלאומי והמשפט ההומניטארי הבינלאומי.

31. משפט זכויות האדם הבינלאומי, ובעיקר האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, 1984, קובעים באופן חד משמעי כי כל פרקטיקה הנופלת להגדרה של עינויים או יחס משפיל ובלתי אנושי תהווה עבירה פלילית ברת עונשין. סעיף 4 לאמנה קובע:

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

32. זאת ועוד, האמנה אף מדגישה את **האופי הבינלאומי של העבירה** ומתירה למדינות חברות לנקוט בצעדים פליליים גם נגד זרים המצויים בשטחה ואשר חשודים בעבירות עינויים (סעיפים 5-9 לאמנה).

33. הדין הפלילי הבינלאומי אף הוא קובע כי **עבירות מסוג זה הן עבירות פליליות המוגדרות פשע נגד האנושות**, ואשר לביה"ד הפלילי הבינלאומי (ICC) יש סמכות לדון בהן.

ר' סעיף 7 לחוקת ביה"ד הפלילי הבינלאומי (אמנת רומא).

34. המשפט ההומניטארי הבינלאומי, ובמיוחד כפי שבא לידי ביטוי באמנת ג'נבה הרביעית (להלן – **אמנת ג'נבה**) הינו בעל חשיבות רבה לענייננו שכן המצהיר הינו תושב מוגן, אשר נעצר על ידי כוח של המעצמה הכובשת, ותלונתו מתייחסת למעצרו במתקן כליאה של המעצמה הכובשת ובתחומה (ככל הנראה). אמנת ג'נבה מקדישה פרקים נרחבים לזכויות העצירים במתקני מעצר וקבעת הגנות רבות נגד פגיעה בעצירים ובזכויותיהם, נגד יחס משפיל או תנאי כליאה משפילים ובלתי אנושיים. חשוב לציין כי בית המשפט העליון התייחס להוראות האמורות כהוראות מחייבות.

ר': בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא פ"ד נו(1) 385; בג"צ 253/88 סג'דיה נ' שר הבטחון פ"ד מב(3) 801.

35. **הפרת החובות על פי האמנה, ובמיוחד הפרה חמורה כעינויים ויחס בלתי אנושי, גוררת ענישה פלילית, בין ע"י המדינה עצמה ובין ע"י מדינה אחרת מבעלות האמנה :**

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

147. ההפרות החמורות, שאליהן מתייחס הסעיף הקודם, הן אלה הגוררות מעשה מהמעשים שלהלן, כשמבצעים אותם כלפי בני אדם או נכסים המוגנים לפי האמנה הזאת... עינויו או יחס בלתי אנושי אליו... חבלה חמורה בגופו או בבריאותו...

פניית העותרת למשיבים בדרישה לחקור את תלונת המצהיר

36. ביום 24.12.03 פנה ב"כ המוקד להגנת הפרט **לפצ"ר**. במכתבו דרש ב"כ המוקד מהפצ"ר לחקור, כפי שהורה בית המשפט, כל אחד ואחד מהחשדות העולים מעתירת המתקן הסודי על נספחיה, לרבות התצהירים המצורפים (העתירה על נספחיה צורפה למכתב). ב"כ המוקד הדגיש כי מן החומר שנאסף עולה חשד לביצוען של עבירות חמורות ע"י חיילי צה"ל, לרבות תנאי החזקה פסולים ולא אנושיים, שימוש בכוח פיסי שלא כדין, מעשי השפלה שלא כדין, שיתוף פעולה של סגל המתקן והסגל הרפואי עם מעשים שלא ייעשו (אף שלא בוצעו ע"י חיילים), העברת מידע כוזב בנוגע למקום המעצר והפעלת סמכות חקירה שלא כדין (שלא ע"י חוקרי שב"כ או משטרה).

כמו כן ביקש ב"כ המוקד מהפצ"ר לנקוט בכל הצעדים הנדרשים על מנת למנוע הישנותן של הפרות החוק המתוארות.

העתק המכתב מצורף ומסומן ע/12.

37. באותו יום, 24.12.03, פנה ב"כ המוקד להגנת הפרט גם למבת"ן, באמצעות מנהלת המחלקה לתפקידים מיוחדים בפרקליטות המדינה דאז, עו"ד טליה ששון. ב"כ המוקד דרש מהמבת"ן לחקור, כפי שהורה בית המשפט, את החשדות הקשים שעולים מהעתירה ונספחיה, לרבות התצהירים, לעבירות פליליות ו/או משמעתיות לכאורה שבוצעו ע"י חוקרי שב"כ במתקן, לרבות שימוש בשיטות חקירה אסורות, השפלה ואיומים, שיתוף פעולה עם החזקת עצירים בתנאים משפילים ובלתי אנושיים ואף מתן הוראות להחזקתם בתנאים אלו כאמצעי לשבירת רוחם בחקירה.

העתק המכתב מצורף ומסומן ע/13.

התכתבות המוקד עם המבת"ן

38. ביום 28.12.03 אישרה עו"ד ששון את קבלת מכתבו של ב"כ המוקד וכתבה:

בדעתי להנחות את המבת"ן לפתוח בבדיקה של כל תלונה קונקרטיית. עם סיום הבדיקה, גיבוש ממצאיה ומתן החלטה אודיעך דבר.

העתק המכתב מצורף ומסומן ע/14.

39. ביום 29.1.04 עדכנה עו"ד ששון את המוקד במכתב, לגבי בחינת המבת"ן כדלקמן:

המבת"ן הודיעני כי בדק מי מהמתלוננים נחקר בידי שב"כ. לגבי 5 מתלוננים – תבוצע בדיקת מבת"ן. ואולם ישנם מתלוננים נוספים הנזכרים בתלונה, שלא נחקרו בידי שב"כ ואין לי כל סמכות לבצע בדיקה ביחס אליהם ואלו הם: מ.א., מוסטפא דיראני, ח.א..

העתק המכתב מיום 29.1.04 מצורף ומסומן ע/15.

40. מהאמור עולה כי עניינו של המצהיר, נשוא עתירה זו, הוא אחד מחמשת המצהירים אשר את תלונתם הורתה עו"ד ששון למבת"ן לחקור.

41. ביום 9.3.04 השיב ב"כ המוקד למכתבה של עו"ד ששון במכתב למחליפה כמנהל המחלקה לתפקידים מיוחדים בפרקליטות, עו"ד בלאס. במכתבו השיב ב"כ המוקד לעניינים שעלו ממכתבה של עו"ד ששון. לעניין הפתיחה בחקירה של 5 התלונות כתב ב"כ המוקד:

התפלאנו לגלות שנכון ליום כתיבת המכתב, טרם נפתחה חקירה בעבירות החמורות המתוארות בתצהירים, שהוגשו לבג"צ עוד בראשית ספטמבר

2003, והועברו אליכם שנית בחודש דצמבר. אני מקווה, שלמרות מחדל זה, יתנהלו חקירות יסודיות כצו בג"צ, ושהממצאים יועברו לידינו בהקדם.

העתק המכתב מיום 9.3.04 מצורף ומסומן ע/16.

42. ביום 13.4.04 השיב עו"ד בלאס בשם המבת"ן למכתבו של ב"כ המוקד. לגבי חקירת התלונות, לרבות חקירת תלונתו של המצהיר, טען עו"ד בלאס כי:

בסוף דצמבר 2003 החלה בדיקת המבת"ן והיא נמצאת בעיצומה. לכשתסתיים – נודיעכם תוצאותיה.

העתק המכתב מיום 13.4.04 מצורף ומסומן ע/17.

43. ביום 1.6.04 כתב ב"כ המוקד לעו"ד בלאס כי עודו ממתין לחקירת תלונות ארבעת המצהירים הנוספים, ביניהם, כאמור, המתלונן נשוא עתירה זו.

העתק המכתב מיום 1.6.04 מצורף ומסומן ע/18.

44. ביום 5.7.04 נשלח מכתב תזכורת נוסף לעו"ד בלאס.

העתק המכתב מיום 5.7.04 מצורף ומסומן ע/19.

45. ביום 2.11.04 נשלח מכתב תזכורת נוסף לעו"ד בלאס.

העתק המכתב מיום 2.11.04 מצורף ומסומן ע/20.

התכתבות המוקד עם הפצ"ר

46. ביום 4.3.04 טרם התקבלה כל הודעה בדבר פתיחה בחקירה או עדכון לגביה מהפצ"ר. לאור זאת שבפנה ב"כ המוקד לפצ"ר במכתב תזכורת.

העתק המכתב מיום 4.3.04 מצורף ומסומן ע/21.

47. ביום 25.3.04 הודיעה התובעת הצבאית הראשית, אל"מ עינת רון, כי פניית המוקד להגנת הפרט לפצ"ר נמצאת בטיפול.

העתק המכתב מיום 25.3.04 מצורף ומסומן ע/22.

48. ביום 6.5.04 שלח ב"כ המוקד לתובעת הצבאית הראשית מכתב תזכורת לגבי פתיחת חקירת מצ"ח על התלונות, לרבות תלונתו של המצהיר, נשוא עתירה זו.

העתק המכתב מיום 6.5.04 מצורף ומסומן ע/23.

49. ביום 6.7.04 נשלח מכתב תזכורת נוסף לתובעת הצבאית הראשית.

העתק המכתב מיום 6.7.04 מצורף ומסומן ע/24.

50. ביום 2.11.04 נשלח מכתב תזכורת נוסף לתובעת הצבאית הראשית.

העתק המכתב מיום 2.11.04 מצורף ומסומן ע/25.

51. ביום 7.12.04 התקבל במוקד מכתבה של התובעת הצבאית הראשית מיום 18.11.04. במכתב זה גורסת אל"מ רון כי "לא מצאנו במכתבך, על נספחיו, עילה לפתיחת חקירה פלילית".

52. אל"מ רון מנמקת את החלטתה במספר נימוקים; ראשית היא טוענת כי הפניה באמצעות הפניה אל העתירה ואל התצהירים המפורטים אינן תלויות "ספציפיות וממוקדות" ועל כן לא ניתן לערוך חקירה בעניין. טענה זו מועלית כשנה לאחר הגשת התלונה בדרך בה הוגשה. אל"מ רון לא הסבירה מדוע השתתה התביעה הצבאית כשנה בטרם העלתה טענה מקדמית מסוג זה. אל"מ רון אף לא הסבירה מדוע תצהירו המפורט של המצהיר, אשר מפורטות בו בהרחבה תלויותיו לגבי התנהגות הסוהרים, תנאי הכליאה ותנאי החקירה, ואשר נתמך בחומרים עובדתיים נוספים בשפע, אינו מהווה תלונה "ספציפית" או "ממוקדת".

שנית, טוענת אל"מ רון כי אין אפשרות לערוך חקירה ובמילותיה:

עתירתך פורשת ערב רב של טענות, שנצברו, לכאורה, במשך למעלה מעשור, כנגד עשרות בעלי תפקידים, שאת מרביתם המוחלט ספק רב אם ניתן יהיה לזהות על פי התיאור המוגבל שבנספחים לעתירה.

אל"מ רון אינה מסבירה מדוע לא נחקרה כל תלונה בנפרד, כנדרש. מה מקור ההנחה כי לא ניתן לדעת מיהם הסוהרים והחיילים שהיו מעורבים ואחראים למעצרו ותנאי כליאתו של המצהיר. על רקע העובדה כי בבסיסי צה"ל נוהגים לערוך רישומים מדויקים של כלל המשמרות ונושאי התפקיד, טענה זו אינה מובנת כלל. ברור, למשל, כי אין כל קושי לדעת מיהו מפקד המתקן, מיהם הסוהרים, מיהם החובשים ומיהם הרופאים שהיו אותה עת במתקן. אדרבא, אל"מ רון מציינת כי נבדק התיעוד הרפואי וכי על בסיס התיעוד הרפואי נמצא כי אין מקום לפתוח בחקירה נגד מי מהחובשים או הרופאים במתקן. מכאן עולה, כי קיים תיעוד אשר יכול להוות בסיס לחקירה מעמיקה יותר, לרבות תחקור החיילים אשר שמותיהם מתועדים באותם רישומים שוטפים.

שלישית, טוענת אל"מ רון, כי חלק מהנחקרים נמצאים כעת בחו"ל ועל כן לא ניתן לערוך חקירה. טענה זו ודאי אינה רלוונטית לתלונתו של המצהיר, נשוא עתירה זו.

53. בנוסף לטיעונים הכלליים אשר תומכים לדעתה בהחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית, מוסיפה אל"מ רון מספר דברים נוספים:

לגבי הטענות נגד תנאי הכליאה טוענת אל"מ רון כי "לא מצאנו כי נפל בהם פסול". עם זאת, היא מוסיפה מייד כי :

לעניין התאים הבודדים בהם מוחזקים שירותים כימיים לעשיית צרכים, הוחלט לאחרונה כי אף שלא נמצא כי נעשה שימוש שלא כדין בתאים אלה, תוטלנה הגבלות על השימוש בהם.

אל"מ רון לא פירטה מהן ההגבלות אשר הוטלו על השימוש בתאים אלו, ומדוע הוטלו הגבלות אם לכאורה לא נעשה בתאים אלו שימוש פסול. אל"מ רון אף לא הסבירה מדוע לדעתה לא היה בשימוש בתאים אלו כל פסול ומדוע כליאת המצהיר בתא מסוג זה, אשר כונה ע"י החוקרים והסוהרים "הקבר", למשך תקופה ארוכה, אינו עינוי או יחס בלתי אנושי.

עוד טוענת אל"מ רון כי בניגוד לתלונתו הכללית כביכול של המתלונן ושל שאר המתלוננים :

כל אימת שהועלו טענות קונקרטיות וספציפיות על ידי מוחזק במתקן הן נבחנו לגופן ואף נחקרו לעומק. במידה שנמצא כי אירעו חריגות מן הנהלים מוצה הדין עם האחראים והנהלים במתקן עודכנו, לשם מניעת הישנות מקרים דומים.

אל"מ רון מודה למעשה כי היו בעבר מקרים של חריגה מן הנוהל וכי בעקבות המקרים הללו נעשו אנשים בדרך זו או אחרת והנהלים עודכנו. טענה זו מבססת את הצורך לחקור גם את תלונת המצהיר, שהרי מובן מאליו הוא, כי הישנותם של מקרים מבססת את החשדות, וכי ביצוען בעבר של עבירות דומות מחייב ביתר שאת לחקור חשדות דומים.

העתק מכתבה של אל"מ רון מיום 18.11.04 מצורף ומסומן ע/26.

הטיעון המשפטי

מבוא

54. מתקן סודי בבסיס סודי משמש את רשויות הביטחון לחקירת חשודים. באה העותרת ואמרה – אין הדעת סובלת קיומם של מרתפי חקירות סודיים בבסיסים סודיים במדינה דמוקרטית, השומרת על זכויות אדם ועל זכויות עצירים ונחקרים, ואשר הבסיס לקיומה הוא השקיפות והפיקוח הציבורי על מעשי השלטונות.

55. באה העותרת וטענה – במרתפי החקירות הסודיים הללו מתבצעים מעשים קשים ובלתי נסבלים. נחקרים המועלמים מעין הציבור, ממשפחתם, מעורכי דינם ומנציגי ארגוני הסעד נחקרים בשיטות חקירה בלתי חוקיות ובתנאי כליאה בלתי אנושיים. העותרת לא הסתפקה בספקולציות, היא שטחה בפני הרשויות תלונות קונקרטיות ומפורטות המגובות בתצהיר. הדמיון בתיאור התנאים במתקן, העולה מעדויותיהם של נחקרים הזרים זה לזה, אף הגביר את החשש בדבר ההתנהלות במתקן זה.

56. באה המדינה ואמרה – הכל הבל הבלים. הסודיות אינה מהווה בשום אופן כר למעשים בלתי חוקיים. תנאי המעצר נאותים, שיטות החקירה חוקיות, אין כל פסול בסודיות מקום המעצר ובהסתרתו מעין הציבור – הכל מפוקח, הכל תקין. **המדינה מבקשת מבית המשפט להאמין לה. המדינה מבקשת כי יסמכו עליה "בעיניים עצומות", תרתי משמע. בעשותה כן היא מבקשת לקבל לא רק את אמון בית המשפט כי אם את אמון הציבור כולו.**

57. והנה – משעומדת המדינה במבחן הרציני הראשון שלה לקבלת אמון הציבור – עריכת חקירה יסודית ומקיפה של החשדות בדבר עבירות קשות מאוד שבוצעו לכאורה באותו מתקן (שבו הכל תקין, הכל מפוקח והכל חוקי) – נכשלת המדינה במשימה כשלון חרוץ.

58. חקירה ראויה לא נפתחה, תיקים נסגרו במהירות, צעדים משמעותיים לא ננקטו, קל וחומר העמדה לדין. החשודים בביצוע אותן עבירות נותרו, ככל הנראה, בתפקידיהם, ממשיכים במעשיהם, ומבקשים מבית המשפט כי יאפשר להם להמשיך במלאכתם הסודית מתוך אמון, "בעיניים עצומות".

החובה לפתוח בחקירה פלילית בישראל

הבסיס הנורמטיבי

59. סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, קובע:

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.

60. החוק מטיל חובה על המשטרה לחקור כל חשד לעבירת פשע. בענייננו קיימות ראיות לעבירות חמורות שחלקן, ללא ספק, עבירות מסוג פשע ועל כן חובה היה על המשטרה (ובמקרה בו החשוד הוא איש אכיפת חוק – על היועמ"ש, מח"ש או המבת"ן) לחקור את החשדות הללו.

61. חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, קובע:

178. סמכויות הפרקליט הצבאי הראשי
הפרקליט הצבאי הראשי -

...

(4) רשאי לצוות על עריכת חקירה מוקדמת בכל מקרה שלדעתו נעברה
עבירה שבית דין צבאי מוסמך לדון בה ;

...

62. בהתאם לסעיף זה ולסעיפים 280, 281, 282 ו-282א, מוסמך הפצ"ר להורות על פתיחה בחקירה והעמדה לדין של חיילים, בין אם הוגשה תלונה ובין מיוזמתו. במידה וקיבל לידי תלונה נגד חייל הוא מוסמך להורות על עריכת חקירה, ואם כבר נערכה בדיקה, יכול להורות על השלמתה, ויכול הוא להורות על העמדה לדין.

63. לגבי המשמעות של בדיקה לעומת חקירה, נפסק ש"בעיקרו של דבר הבדיקה דומה לחקירה שנערכת על-ידי המשטרה בעבירות שנדונות בפניו בת-משפט רגילים" (ד"נ 13/75 מפקד משטרה צבאית חוקרת נ' פלוני פ"ד (3) 617, 621).

משמעות החובה לפתוח בחקירה

64. בפסיקה הישראלית נקבע זה כבר כי החובה לחקור כוללת לכל הפחות את חובתם של גורמי אכיפת החוק לטפל בתלונה, כאשר אופן הטיפול נתון למומחיותה של המשטרה או הגוף החוקר. עם זאת, בהחליטו על אופן הטיפול, חייב הגוף החוקר לפעול בצורה סבירה. הגשת התלונה יוצרת חובת זהירות קונקרטיית של הגוף החוקר למתלונן:

המשטרה חייבת לטפל בתלונות שאדם מגיש על מעשי עבירה שנעשו בו בעבר, שנעשים בו בהווה, או שהוא חושש שייעשו בו בעתיד. בעצם הגשת התלונה "מתקרבים" המתלוננים אל המשטרה והופכים את חובתה הכללית לחובה קונקרטית כלפיהם. אומנם, למשטרה נתון שיקול-דעת רחב בדבר אופן הטיפול. בידי המשטרה המומחיות הנדרשת להחליט על קו הפעולה המתאים. אלא שאין הדין מותר למשטרה שיקול-דעת בדבר עצם הטיפול בתלונה. המשטרה אינה רשאית להתעלם כליל מתלונה, וכאמור, החלטתה שלא לחקור צריכה להתקבל מתוך שיקול-דעת ולהיות מנומקת (ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פס"ד מיום 2.6.04, פסקה 13).

שיקול הדעת בחקירת תלונה

65. כאמור, השאלה אילו אמצעי חקירה ישמשו את הגוף החוקר, במסגרת חובתו לחקור, היא שאלה של שיקול דעת. ככל החלטה מינהלית היא נתונה לביקורת שיפוטית, עליה להיות במתחם הסבירות, עליה להיות מיידית, עליה להיות מבוססת על תשתית עובדתית ועל שיקולים ענייניים, עליה להיות מנומקת.

66. בית המשפט התייחס במספר פסקי דין לשיקולים שעל המשטרה לבחון עת היא בוחנת באילו אמצעים לנקוט לחקירת תלונה. אחד השיקולים המשמעותיים אליהם התייחס הוא **חומרת העבירה לכאורה**:

אין דומה נזק הנגרם לרכוש באירוע בודד, שמניעתו מחייבת פעולה מיידית של המשטרה בתגובה לתלונה, לנזק הנגרם במהלך תקופה ממושכת, שבמהלכה מוגשות תלונות רבות וקונקרטיות, הפותחות בפני המשטרה מתחם רחב של קווי פעולה. כן תלונות ספוראדיות על עבירות קלות אינן דומות לתלונות תדירות ועקביות על עבירות רבות היוצרות סיכון ממשי לגופם ולרכושם של הזכאים להגנה (פרשת וייס, פסקה 15).

67. עוד נפסק כי בהחלטה על חקירת חשדות יש משקל רב גם **לאינטרס הציבורי**, לשיקולי תועלת ונזק לציבור ולשמירה על הערכים הבסיסיים בחברה:

שיקול הדעת המעין שיפוטי של היועץ בהחלטה אם לפתוח בהליך של חקירה מבוסס לא רק על בחינת הצורך בבירור עובדתי פרטני של הנטען בתלונה אלא גם על הכרעה ערכית מורכבת המבוססת על שיקולי תועלת ונזק לאינטרס הציבורי, הכרוכים בביצוע חקירה או העמדה לדין (בג"צ 1689/02 נימרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נו(6) 49, 56).

הפעלתו של שיקול הדעת כאמור, צריכה להיעשות בשים לב לתועלת הציבורית הגלומה בקיומה של חקירה או בהעמדתו של אדם לדין, מחד, ולנזק שהן עשויות לשאת עימן לאינטרסים הציבוריים, מאידך (בג"צ 10154/03 ארד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס"ד מיום 2.12.03, פסקה 5).

68. חקירת איש מרות, כך נפסק, מחייבת זהירות מיוחדת (אף נדרשת תשתית עובדתית התחלתית), הן בשל השפעתה על רשויות אכיפת החוק אולם גם בשל החשש כי אנשי מרות ינצלו את כוחם למעשים בלתי כשרים:

בהחלטה על פתיחת חקירה, מוטלת אחריות להימנע מגניזת תלונות שעשוי להיות בהן ממש, מקום שהן משקפות סטייה של איש משטרה מנורמות התנהגות המתחייבות במסגרת מילוי תפקידו" (פרשת נימרודי, בעמ' 74).

המשיבים הפרו את חובתם לפתוח בחקירה

69. למעלה משנה חלפה מאז נחשפו המשיבים לתלונה ומנקר החשש העמוק כי המשיבים לא עשו דבר על מנת לוודא כי חקירה ראויה, מקיפה ועניינית תיערך. התובעת הצבאית כבר הודיעה באופן רשמי כי לא מצאה מקום לחקור את התלונה. שוב ושוב מתחמקים המשיבים מעריכת חקירה בטענות שונות; פעם בטענה שהמתלונן כבש את תלונתו, פעם בטענה כי מראש אין לייחס משקל לתצהיר, פעם בטענה כי לא ניתן לבדוק את הטענות, פעם בטענה כי הנהלים אוסרים על ההתנהגות המתוארת בתצהיר.

70. טענות אלו, בלשון המעטה, מהוות התחמקות. במיוחד מגוחכת הטענה כי לא ניתן לחקור את תנאי הכליאה שהיו באותה תקופה וכי המידע היחיד הקיים הוא אותם נהלים. העובדה כי קיימים נהלים אינה רלוונטית, שכן החשד הוא כי הנהלים הללו לא בוצעו בפועל ע"י הסוהרים וחקרי השב"כ. אדרבא, קיומם של הנהלים מהווה נסיבה מחמירה לעבירות לכאורה שבוצעו, אם ימצא כי בוצעו, שכן אותם סוהרים וחקרים לא יוכלו להתגונן בטענה כי לא ידעו מהם הכללים המחייבים.

71. הטענה כי לא ניתן לחקור את תנאי הכליאה גם היא אינה מקובלת. האמצעים העומדים למתב"ן ולמצ"ח לחקר האמת הם אמצעים רבים ובעלי עוצמה: אפשרות לחקור חשודים ועדים חקירה גלויה וסמויה, עסקאות טיעון, הקלטות סתר, תחבולות, בחינת יומני המבצעים של המתקן, בחינת יומני החובשים, אימות גרסאות במכונת אמת ועוד ועוד.

72. לחיילים ששירתו במתקן יש בוודאי ידיעה אישית בדבר ההתרחשויות בו. לבטח לא יקשה על גורמי החקירה לאתרם. חקירת כל אותם חיילים יכולה לשפוך אור על ההתרחשויות, הן לגבי תנאי המעצר והן לעניין שיטות החקירה. הסתפקות בגביית גרסתו של חוקר השב"כ עצמו על מעשיו היא בבחינת לעג לרש.

73. אף הטענה כי חלופי הזמן מקשה על החקירה היא טענה שאין לקבלה. העבירות שבוצעו לכאורה במצהיר בוצעו בסך הכל בתחילת 2003, מספר חודשים לפני שנמסר התצהיר המפורט. חוקרי מצ"ח ומשטרת ישראל ודאי יעידו כי לא אחת הם חוקרים פשעים שבוצעו לכאורה בעבר רחוק יותר מאשר במקרהו של המצהיר. ודאי שקושי חקירתי אינו מהווה עילה לאי חקירה.

74. מול הטענות הכלליות שהעלו המשיבים בתמיכה לאי עריכת חקירה, דומה כי לא לקחו בחשבון כלל שיקולים רבי משקל המחייבים אותם לא רק לפתוח בחקירה, אלא להקצות לחקירה זו את כל המשאבים הדרושים ולקדמה על מנת להגיע לחקר האמת.

75. כך, למשל, לא לקחו המשיבים בחשבון את חומרת העבירות שבוצעו לכאורה במתקן הסודי. אין זה דבר שבשגרה במדינת ישראל, שמוגשות תלונות על עינויים וכליאה בתנאים בלתי אנושיים. אין צורך להכביר מילים על החומרה שבעבירות אלו.

76. המשיבים מתעלמים מהפגיעה באינטרס הציבורי ובזכויות האדם, עניינים שיפורטו בהמשך בהרחבה, אולם קודם לכן, יש מקום להרחיב על משמעות החובה לערוך חקירה ועל השאלה מתי יוצאות רשויות אכיפת החוק ידי חובתן. יהיה בכך גם הסבר לדרישה בסעד שבראש עתירה זו לעריכת "חקירה פלילית יסודית ומקיפה".

המשיבים הפרו את חובתם לחקור חקירה סבירה

77. חובת החקירה אינה תמה בבדיקה סתמית של התלונה או בניהול בדיקה מקדמית קצרה. על מנת שהגוף החוקר יעמוד בחובת החקירה עליו לפעול כפי שגוף חוקר סביר צריך לפעול. סבירות החקירה נמדדת גם ביחס לחומרת העבירה. אין חקירת חשד לעיניניים ויחס משפיל כחקירת גניבת חולצה מחנות. ככל שהעבירה הנחקרת קשה חמורה יותר, כך יידרש הגוף החוקר לסטנדרט גבוה יותר על מנת לעמוד בחובתו לחקור.

78. הפסיקה הישראלית אינה משופעת בהלכות בדבר הסטנדרטים הנדרשים מגוף חוקר עת שהוא מבצע חקירה פלילית, קל וחומר, לגבי הסטנדרטים הנדרשים בחקירת עבירת עינויים. להלן נסקור בקצרה את הדין הישראלי ולאחריו בהרחבה את הדין הזר.

79. כחוט השני עוברת בפסיקה הגישה כי מטרת החקירה היא להגיע לחקר האמת, וכי לצורך זה על הגוף החוקר להיות פעלתן ויוזם (proactive), למצות כיווני חקירה ולבצע איסוף מקיף של הראיות הרלוונטיות:

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 (ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל פ"ד לה(2) 466, 472).

באותו עניין נקבע כי אי חקירת טענת אליבי שהעלה החשוד היא בלתי סבירה:

טענת אליבי, אשר חשוד מעלה, הינה חרב פיפיות. אם הטענה תימצא נכונה, יש בה כדי לשכנע את החוקרים להניח לחקירה, להימנע מלהגיש כתב אישום, ובכך לחסוך עינוי לחשוד. אם הטענה תימצא כוזבת, יש בה כדי לסייע לטענות התביעה. מכאן, כאשר חשוד מעלה טענת אליבי, על המשטרה לבדוק במהירות ראוייה (שם).

80. במקרה אחר נקבע, כי לכל הפחות על הגוף החוקר לאסוף את כל הנתונים הרלוונטיים:

ככלל, בהעדר נסיבות יוצאות דופן, על הגורם החוקר לחקור גם את החשוד בביצוע העבירה. חובה זו מקורה בחובתו של כל גורם חוקר, לנהל חקירה באופן סביר ולאסוף את כל החומר הרלוונטי לצורך הפעלת שיקול הדעת של הגורם המחליט באשר להמשך הטיפול בתיק החקירה. חובה זו זהה לחובתה

של כל רשות מינהלית האמורה להפעיל את שיקול דעתה (ע"פ (חיפה) 3730/03 מ"י נ' אגבאריה, פס"ד מיום 11.3.04).

81. במקרים שונים דנו שופטים בבתי המשפט בישראל במחויבות הגוף החוקר לערוך חקירה סבירה כאמצעי למימוש זכותו של נאשם למשפט הוגן :

הימנעות מביצוע פעולות חקירה, ובמיוחד חקירת מעורבים ובדיקת גרסאותיהם מול ראיות אחרות, מערערת את אמינות גרסת המאשימה (ת"פ (חיפה) 156/02 מ"י נ' אלואני, פס"ד מיום 29.4.03).

נראה לנו כי ראוי להקפיד על חקירות מלאות ומסודרות בכל מקרה, ובוודאי במקרים שבהם מדובר בחשדות לביצוע עבירות חמורות. **חקירה משטרתית חייבת לכלול את כל הפעולות הנדרשות לגילוי האמת** ולא רק לשם איתור עבריינים, הבאתם לדין והרשעתם. חקירה ראויה הינה חלק מזכות האזרח למשפט הוגן ותקין (תפ"ח (ירושלים) 3043/00 מ"י נ' פלונג, פס"ד מיום 17.5.01, פסקה 21).

82. במקרים אחרים נקבע כי **רשלנות בחקירה מצד המשטרה עשויה להקנות לה חבות בנזיקין כלפי קורבן העבירה**. כך, למשל, במקרה אחד נקבע, כי אף כשנעשו פעולות חקירה שלא היה בהן ממש, היווה הדבר חריגה מסטנדרט חקירה סביר :

אכן נעשתה פעולת חקירה, אכן בוצעו בה 38 פעולות, אלא מאי, כולן היו טחינת חול, במקום לבצע מספר פעולות בסיסיות שב הקצין החוקר וביצע אותן פעולות חסרות תוחלת (ת.א. (ירושלים) 7808/96 בוטמה נ' מ"י (מיום 1.7.98)).

ר' גם ת.א. (ירושלים) 5122/99 עאצירה נ' משטרת ישראל (מיום 9.12.02).

פסה"ד בעניין עאצירה, ובו הציטוטים מפסה"ד בעניין בוטמה, מצורף ומסומן ע/27.

הסטנדרטים לחקירה סבירה של עבירות עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי

83. כאמור, על כל חקירה להיות חקירה סבירה, החותרת לחקר האמת. על מנת לעמוד על הסטנדרטים המיוחדים הנדרשים בחקירת עבירות עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי, יש צורך לפנות אל מקורות בינ"ל שונים, אשר רכשו ניסיון רב בנושא – האו"ם, בית הדין האירופאי לזכויות אדם ובית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם.

הסטנדרטים על פי האו"ם

84. הסטנדרטים לחקירה אפקטיבית של עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי (Ill Treatment) נבדקו וסוכמו בפרוטוקול איסטנבול (אשר הוגש לנציבות זכויות האדם של האו"ם ביום 9.8.99). הסטנדרטים אוגדו לכדי מדריך מקיף :

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

מדריך זה גובש לאחר שלוש שנות מחקר ע"י 75 מומחים ידועי שם בתחום המשפט, הרפואה וזכויות האדם, לרבות מומחים מישראל.

85. המדריך אינו מתיימר לקבוע את הסטנדרטים המקסימאליים אלא את הסטנדרטים המינימאליים שחובה לקיים בחקירה ותיעוד של עינויים. **נספח 1** לפרוטוקול נושא את הכותרת :

Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

86. על פי מדריך זה מוטלת על המדינות חובה להבטיח כי תלונות על עינויים או יחס משפיל ובלתי אנושי ייחקרו **בצורה מיידית, מדויקת ואפקטיבית, גם בהיעדר תלונה רשמית** :

States shall ensure that complaints and reports of torture or ill-treatment shall be promptly and effectively investigated.

87. על פי המדריך, **על החוקרים להיות עצמאיים, מקצועיים וחסרי פניות. על המדינה להבטיח את חופש הפעולה שלהם במהלך החקירה וגישה מלאה לכל מקורות המידע** :

The investigators, who shall be independent of the suspected perpetrators and the agency they serve, shall be competent and impartial.

88. **על החקירה לעמוד בסטנדרטים המקצועיים הגבוהים ביותר וחובה לפרסם את הממצאים בציבור** :

The methods used to carry out such investigations shall meet the highest professional standards, and the finding shall be made public.

89. **על המדינה להקצות לחוקרים את כל המשאבים והאמצעים הטכניים הנדרשים לעריכת חקירה אפקטיבית** :

Those persons conducting the investigation shall have at their disposal all the necessary budgetary and technical resources for effective investigation.

90. על המדינה להגן על המתלוננים ובני משפחתם מפני איום או פגיעה בידי החשודים. על המדינה להעביר מתפקידם את החשודים, ככל שיש בידם כוח או שליטה, ישירה או עקיפה, על המתלוננים, העדים ובני המשפחה.

Those potentially implicated in torture or ill-treatment shall be removed from any position of control or power, whether direct or indirect, over complainants, witnesses and their families, as well as those conducting the investigation.

91. על החוקרים ליידע את המתלוננים ובאי כוחם בכל התפתחות בחקירה או שימוע שייערך במסגרתה:

Alleged victims of torture or ill-treatment and their legal representatives shall be informed of, and have access to, any hearing as well as to all information relevant to the investigation...

הנספח המצוין מצורף ומסומן ע/28. פרוטוקול איסטנבול במלואו פורסם באתר האינטרנט של נציבות זכויות האדם של האו"ם:

<http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/8istprot.pdf>

הסטנדרטים לחקירה במקרים של "היעלמויות" כפויות

92. הקשר בין עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי לבין "היעלמויות" כפויות ומעצרים בבתי מעצר סודיים, *incommunicado*, הוכר ע"י האו"ם בהחלטת העצרת הכללית מיום 18.12.92 (החלטה 47/133) שכותרתה:

Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.

93. אף שקיים ספק האם כליאתו של המתלונן מהווה היעלמות כפויה, ברור כי עצם מעצרו במתקן סודי, מעורר את אותו חשד, המוכר בהכרזה הנ"ל, מפני עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי שמתבצעים בחסות החשאיות והסודיות. ההכרזה קובעת מיני ביטחונות והגנות על מנת למנוע אפשרות של "היעלמויות" כפויות. כך, למשל, נקבע כי ניתן לעצור אדם רק במתקן מעצר מוכרז וכי מידע מהימן לגבי מקום מעצרו יינתן מייד לכל הפחות לעציר, לבני משפחתו ולפרקליטו.

94. מאחר שההכרזה אוסרת כל סוג של העלמה כפויה של אדם, נקבע כי על המדינה חובה מיוחדת לחקור חשדות למקרים מסוג זה. החקירה צריכה להיות אפקטיבית

ומשמעותית. ניתן ללמוד מכך גם לענייננו. ההכרזה מפרטת בפירוט רב את הדרישות המופנות למדינה ודומה כי הדברים מדברים בעד עצמם :

Each State shall ensure that any person having knowledge or a legitimate interest who alleges that a person has been subjected to enforced disappearance has the right to complain to a competent and independent State authority and to have that complaint **promptly, thoroughly and impartially investigated** by that authority. Whenever there are reasonable grounds to believe that an enforced disappearance has been committed, the State shall promptly refer the matter to that authority for such an investigation, even if there has been no formal complaint. **No measure shall be taken to curtail or impede the investigation...** Each State shall ensure that the competent authority shall have **the necessary powers and resources to conduct the investigation effectively**, including powers to compel attendance of witnesses and production of relevant documents and to make immediate on-site visits... Steps shall be taken to ensure that all involved in the investigation, including the complainant, counsel, witnesses and those conducting the investigation, are protected against ill-treatment, intimidation or reprisal... The findings of such an investigation shall be made available upon request to all persons concerned, unless doing so would jeopardize an ongoing criminal investigation...

העתק ההכרזה מצורף ומסומן ע/29.

הסטנדרטים על פי משפט זכויות האדם האירופאי

95. בית הדין האירופאי לזכויות אדם עסק במספר לא מועט של פסקי דין במחדליהן של רשויות אכיפת החוק במדינות החתומות על האמנה האירופאית לזכויות אדם, לחקור אירועים של עינויים ותנאי מעצר משפילים ובלתי אנושיים. פס"ד Ozkan v. Turkey (מיום 6.4.04) הינו אחד מפסקי הדין המקיפים שנכתבו השנה בנושא, ומתמצת את ההלכה רבת השנים בנושא.

96. באותו עניין דובר על מספר אירועים שאירעו בכפר קטן, אשר הצבא הטורקי סבר כי מצויים בו חברי PKK. על פי ממצאי בית הדין פשט הצבא על הכפר, כל התושבים כונסו בכיכר הכפר ללא לבוש הולם או נעליים. חלק מהגברים הובל ברגל מרחק רב ונעצר

במתקן כליאה אשר היה בהליכי בנייה, לא היו בו חלונות. העצירים היו נתונים לתנאי כליאה קשים, **עיניהם היו מכוסות כל הדרך למתקן ובמהלך החזקתם בו**, במטרה למנוע מהם להבין היכן הם נמצאים :

The Court considers it sufficiently likely that the Ormaniçi villagers in fact remained blindfolded during their period of detention in Güçlükonak in order to prevent them from becoming acquainted with their surroundings and to facilitate guarding them. In reaching this finding, the Court has taken into account the fact that they formed a relatively large group of persons who were detained in rooms not designed or equipped for this purpose (p. 53, 216).

97. העצירים סבלו ממכות קור כתוצאה מהתנאים הקשים. נמנעה מהם יציאה סדירה לשירותים. הם נאלצו לשבת בצפיפות על הרצפה הקרה והרטובה, לא ניתנו להם מיטות, לא נתאפשר להם לערוך פעילות כלשהי. העצירים לא קיבלו ביגוד ואכלו שאריות מהאוכל של הסוהרים. ישנן עדויות על בעיטות ומכות ושיטות חקירה הנחשבות עינויים.

98. **בית הדין מצא כי המדינה כשלה בעמידה בחובתה לחקור עד תום את החשדות ולהעמיד לדין את האשמים**, אם יימצאו כאלו. בית הדין **תיאר מהו הסטנדרט הראוי לחקירה**. ראשית לכל קבע בית הדין כי **החובה לפתוח בחקירה מוטלת על רשויות אכיפת החוק גם כאשר לא הוגשה תלונה רשמית**, די בדיעה על האירועים החשודים :

... Whatever mode is employed, **the authorities must act of their own motion**, once the matter has come to their attention. They cannot leave it to the initiative of the next of kin either to lodge a formal complaint or to take responsibility for the conduct of any investigative procedures (p.76, 309).

99. בית הדין קבע עוד, כי החובה המוטלת על הרשויות היא לנקוט בכל אמצעי החקירה הנדרשים על מנת לברר את האחריות והאשמה של המעורבים. **החובה אינה לתוצאה זו או אחרת אלא לנקיטה באמצעים סבירים והגיוניים**. אמצעים אלו כוללים, בין היתר, גביית עדויות ואיסוף ממצאים פורנזיים :

This is not an obligation of result, but of means. The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure

the evidence concerning the incident, including, *inter alia*, eyewitness testimony, forensic evidence and, where appropriate, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury and an objective analysis of clinical findings, including the cause of death... Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of death or the person or persons responsible will risk falling foul of this standard (p. 77, 312).

100. ביה"ד קבע, כי חיוני שהחקירה תיערך מהר ככל הניתן, אחרת ייפגע אמון הציבור במערכת ויווצר רושם של יחס סלחני לפעילות הנחקרת:

A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context. While there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating the use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts (p. 77, 314).

101. ביה"ד קבע, כי חובה לשמור על מידה מספקת של שקיפות ופיקוח ציבורי על החקירה, על מנת לשמור על אמון הציבור בחקירה. בכל מקרה חובה ליידע את קרובי הקורבן בהליך החקירה:

There must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory. The degree of public scrutiny required may well vary from case to case. In all cases, however, the next of kin of the victim must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate (p. 77, 314).

102. בית הדין קבע, כי העובדה שהאירועים החשודים קרו בעת פעילות של כוחות הביטחון אינה מהווה עילה לאי עריכת חקירה אפקטיבית ועצמאית:

Neither the prevalence of violent armed clashes nor the high incidence of fatalities can displace the obligation under Article 2 to ensure that an effective, independent investigation is conducted

into the deaths arising out of clashes involving the security forces, the more so in cases such as the present where the circumstances are in many respects unclear (p. 78, 319).

פסק הדין, שמספרו 21689/93, נמצא באתר בית דין האירופאי לזכויות אדם:
<http://www.echr.coe.int>

הסטנדרטים על פי משפט זכויות האדם הבין-אמריקאי

103. בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם דן אף הוא במספר מקרים בהן מדינות החברות באמנה הבין-אמריקאית לזכויות אדם לא חקרו כראוי עבירות עינויים. אחד מפסקי הדין החדשים בעניין הוא פס"ד Maritza Urrutia v. Guatemala (מיום 27.11.03).

104. בית הדין עסק במקרה בו חטפו רשויות המדינה אישה, אשר היא ובעלה היו חשודים כחברים במחתרת הגרילה EGP. האישה נחטפה לאור היום בעוד בנה בבית הספר. היא הובלה מכוסת עיניים למקום **סודי**, לא נאמר לה היכן היא, נתנו לה להודיע למשפחתה כי היא לא תשוב אך אסרו עליה לומר דבר על מעצרה. עוצריה לא הזדהו כאנשי ביטחון. היא הייתה נתונה לחקירה ועינויים ויחס משפיל. היא אולצה להיות רוב הזמן בכיסוי עיניים וכפותה למיטתה. החוקרים מנעו ממנה שינה באמצעות מוזיקה שהושמעה בתאה בקול רם. איימו עליה באמצעות איום לפגוע בבני משפחתה ובמיוחד בבנה הקטן. היא הוכרחה להקליט על גבי קלטת וידאו הודאה והתנערות מחברותה בארגון ולבקש חנינה כתנאי לשחרורה. בני משפחתה הגישו בקשה לצו הביאס קורפוס. למרות זאת, היעלמותה והעינויים להם נחשפה לא נחקרו באופן רציני והעבריינים לא נתפסו ולא הועמדו לדין.

105. בית הדין התייחס באופן נרחב לסטנדרט החקירה הדרוש במקרים כאלו. הוא פסק כי **לא די בהפעלה מכאנית של הליכי חקירה, על החקירה להיות אפקטיבית, מיידית, ממצה, אמיתית וחסרת פניות** :

The result of the investigation should not be the product of the mechanical execution of certain procedural formalities, but the State must seek the truth effectively and, to this end, must demonstrate that it has conducted an immediate, exhaustive, genuine and impartial investigation (p. 38, 104).

106. עוד קבע בית הדין כי החקירה אינה יכולה להיות תלויה בבקשת הנפגע, או במידת הסבילות של הקורבן. החקירה אינה יכולה להיות תלויה ברמת ההוכחות שהקורבן יכול לספק. החקירה חייבת להיות עצמאית, במיוחד שהמדינה היא בעלת הגישה למידע הנדרש :

The obligation to investigate cannot depend on the decision of the victim (p. 39, 104).

...

Article 8 of the Inter-American Convention against Torture establishes expressly the State's obligation to proceed, de officio, and immediately in cases such as this, regardless of the inactivity of the victim. In this respect, the Court has stated that "in proceedings on human rights violation, the State's defense cannot rest on the impossibility of the plaintiff to produce evidence that, in many cases, cannot be obtained without the cooperation of the State (p. 45, 128).

פסק הדין נמצא באתר בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם:

http://www.corteidh.or.cr/seriec_ing/index.html

107. פסק הדין *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (מיום 26.6.87) הוא פס"ד חשוב נוסף. במקרה זה דן בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם בהיעלמותו של אזרח הונדורס, אשר ככל הנראה נחטף ע"י אלמונים. בית הדין פסק כי המדינה אחראית משום שלא פעלה באמצעים העומדים לרשותה לחקור את היעלמותו ולהעניש את האחראים ובכך הפרה את זכותו לחירות, לחיים ולכבוד ואת זכותו שלא להיות נתון לעינויים או ליחס משפיל.

108. בית הדין קבע, כי על החקירה להיות רצינית. על המדינה לראות את החקירה כחובתה שלה ולא כצעד הננקט רק בעקבות פניות של הקורבן או בני משפחתו:

In certain circumstances, it may be difficult to investigate acts that violate an individual's rights. The duty to investigate, like the duty to prevent, is not breached merely because the investigation does not produce a satisfactory result. Nevertheless, it must be undertaken in a serious manner and not as a mere formality preordained to be ineffective. An investigation must have an objective and be assumed by the State as its own legal duty, not as a step taken by private interests that depends upon the initiative of the victim or his family or upon their offer of proof, without an effective search for the truth by the government (p. 31, 177).

פסק הדין נמצא באתר בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם:

109. הנה כי כן, הצצה אל פסקי הדין החשובים הללו מלמדת משהו על הסטנדרטים הנדרשים, עת עורכות רשויות אכיפת החוק חקירה על עבירות קשות של עינויים ויחס משפיל ומעצר בתנאים בלתי אנושיים ומשפילים. **על החקירה להיות:**

- מיידית
- שקופה
- אפקטיבית
- יסודית
- יזומה
- עצמאית
- חסרת פניות
- אמיתית
- מקיפה

ההימנעות מלחקור אינה מתיישבת עם חומרת העבירה

110. כאמור, בהחלטתם של המשיבים שלא לחקור את התלונה של המצהיר, ולחלופין, לחקור חקירה הנופלת מהסטנדרטים הנדרשים, התעלמו מחומרת העבירות שבוצעו לכאורה במתקן.

111. לעניין זה חשוב לציין את התחייבותה הבינלאומית של מדינת ישראל באמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזרים, בלתי אנושיים ומשפילים משנת 1984. ישראל חתמה ואשררה אמנה זו והיא תקפה לגבי ישראל מיום 2.11.91. **סעיף 12** לאמנה קובע:

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

112. ההימנעות מלחקור אף אינה מתיישבת עם רוח פסיקתו התקדימית של בית המשפט הנכבד בבג"צ העינויים, אשר הבהיר מעל לכל ספק כי עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי אינם מקובלים בחברה הישראלית וכי אין מקום לנקוט בסלחנות או בסובלנות כלפיהם.

113. במיוחד חמורים החשדות כאשר מספר נחקרים, אשר אין ביניהם קשר, העידו, כל אחד בנפרד, על מעשים דומים ועל תנאי כליאה דומים. כך, למשל, בולטים התיאורים הקשים על התא הקטן והמצחין, על הפח השחור אשר לא מרוקן ומסריח את התא בריח

צואה ושתן, על החשיכה התמידית, על ההשפלות, על מניעת השינה, על הזוהמה. לכאורה יש בעדויות אלו כדי לחזק זו את האחרת ואת התלונה בכללותה.

114. **חומרה מיוחדת לנוכח העבירות הללו נובעת מכך שייתכן שאותם חוקרים או סוהרים אשר מיוחסת להם לכאורה אחריות פלילית (ולו "רק" משמעתית) עודם אוהזים במשרותיהם. פתיחה בחקירה במקרה כזה דרושה לא רק על מנת לחקור אירועי עבר, אלא גם להסיר את עננת החשד התלויה עתה על כשרותם של חוקרים וחיילים במתקן להמשיך בתפקידם.**

115. בפסק הדין בעניין Maritza Urrutia, שהוזכר לעיל, פסק בית הדין כי כאשר קיים **חשד לעינויים** מוטלת על המדינה **חובה מיוחדת** לחקור את העבירה, אפילו עברו שנים רבות מעת ביצוע העבירות:

With regard to torture, the State acquired a series of **special obligations** when the Inter-American Convention against Torture entered into force; among the most important are the obligation to investigate and punish torture, pursuant to Articles 1, 6 and 8 of the Convention (p. 40, 104).

ההימנעות מלחקור פוגעת באינטרס הציבור

116. אי החקירה פוגע באינטרס הציבורי לחשוף עוולות שלטוניות, להגיע לחקר האמת, לשמירה על האמון בין מערכת אכיפת החוק לציבור ולשמירת שלטון החוק.

117. **טוהר החקירה** הינו אחד הערכים הבסיסיים שעליהם מושתת המשפט הפלילי כולו. על הציבור להאמין כי הכוח העצום שהוא נותן בידי מערכת אכיפת החוק אינו מנוצל לרעה. אמון הציבור כי עדויות והודאות הנגבות בחקירה ניתנו מרצון חופשי ולא כתוצאה מלחץ פסול או עינויים או החזקה בתנאים בלתי אנושיים, הוא הבסיס לקיומו של משפט צדק.

118. אכן, לציבור יש אינטרס מובהק כי רשויות אכיפת החוק יחקרו ויעמידו לדין עבריינים אולם:

חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על מנת לחשוף את האמת. "דרכי החקירה המשטרית הנהוגה במשטר פלונני" - ציין השופט לנדוי - "הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו" (ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 225, 232). לעתים מחיר האמת הוא כה גבוה שחברה דמוקרטית אינה מוכנה לשלמו (ראו ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", משפטים כ"ז 11, 13 (תשנ"ו)) (בג"צ העינויים, עמ' 835).

119. ללא אמון הציבור במערכת אכיפת החוק תיפגע יכולתה של מערכת זו לפעול. על כן זהו אינטרס ראשון במעלה של כלל הציבור, כי מערכת זו תהא נתונה לחקירה ראויה ושקופה אימת שמתגלים בה מעשים אשר יש בהם לערער את אמון הציבור:

המפתח לקיומו של שירות ציבורי ראוי לשמו, הוא אמון הציבור בטוהר השירות הציבורי... אמון הציבור הוא המשענת של רשויות הציבור והוא המאפשר להן למלא את תפקידן (בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה פ"ד נו(6) 817, 843; בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 262).

ההימנעות מלחקור פוגעת בזכויות אדם

120. **אי עריכת חקירה מקיפה ויסודית פוגע בזכויות אדם.** הפגיעה היא בראש ובראשונה בזכויותיו של המצהיר אולם לא רק בו. אי החקירה פוגע בזכויותיהם של רבים אחרים, בזכויותיהם של מי שממשיך ונחקר ע"י מי שחשוד בביצוע אותן עבירות לכאורה, במי שצפוי להיחקר בעתיד, במי שעצור או ייעצר במתקן הסודי, על תנאי הכליאה הבלתי חוקיים שבו. גילוי סלחנות וסובלנות לעינויים או ליחס משפיל ובלתי אנושי ישליכו על התנהגות רשויות האכיפה בעתיד כלפי נחקרים, ביטחוניים או פליליים, בין במתקנים סודיים ובין בחדרי חקירות מוכרים.

121. **הקשר בין עריכת חקירה יסודית לבין שמירה על זכויות אדם הוא קשר טבעי וברור.** קיומן של זכויות אדם אינו הצהרתי או תיאורטי. חברה אשר רשויותיה אינן נוקטות בצעדים לשמירה עליהן היא חברה אשר רומסת זכויות אדם. זכויות האדם אינן עומדות לבדן – מולן מוטלת חובת כיבודן ואכיפתן על ידי רשויות המדינה – אחת החובות הבסיסיות היא עריכת חקירה יסודית עת עולה חשד להפרתן:

תלונותיהם של גורמים פרטיים מהוות אחד ממקורות המידע העיקריים של המשטרה במלחמתה בפשיעה. התלונות מבטאות את שיתוף הפעולה בין הפרט הבודד לבין המשטרה, ובמקביל, במקרים רבים, גם את דרישתם הלגיטימית של המתלוננים להגנה מפני הפגיעה בזכויותיהם. הזכות של כל אדם להגנה על חייו, גופו וכבודו, נקבעה במפורש בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואילו בסעיף 11 לחוק-היסוד נקבע, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". המשטרה, כחלק מן הרשות המבצעת, הינה אחד הגופים העיקריים האמונים על קיום חובה זאת (פרשת וייס, פסקה 13).

122. בפרשת Ozkan, המוזכרת לעיל, קבע בית הדין האירופאי לזכויות אדם כי אי חקירת עינויים ויחס משפיל מעקר את איסור העינויים שבאמנה:

The Court has previously held that where an individual makes a credible assertion that he has suffered treatment infringing Article 3 at the hands of the police or other similar agents of the State, that provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention”, requires by implication that there should be an effective official investigation. As with an investigation under Article 2, such an investigation should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible. **Otherwise, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment would, despite its fundamental importance, be ineffective in practice** and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity (p. 88, 358).

123. בפרשת Maritza Urrutia, המוזכרת לעיל, פסק בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם כי אי חקירת עינויים מהווה תמריץ לחזרתן של הפרות זכויות האדם הללו:

In this respect, the Court has understood that impunity is the overall lack of investigation, tracing, capture, prosecution and conviction of those responsible for violations of the rights protected by the American Convention, and that the State is obliged to combat this situation by all available legal means. **Impunity promotes the chronic repetition of the human rights violations** and the total defenselessness of the victims and their next of kin (p. 45, 126).

...

The fact that the State did not investigate the acts of torture effectively and allowed them to remain unpunished, means that it has omitted to take effective measures to avoid acts of this nature being repeated within its jurisdiction, disregarding the provisions of Article 6 of the Inter-American Convention against Torture (p. 45, 129).

הזכות לכבוד האדם

124. הזכות לכבוד האדם היא זכות חוקתית על-חוקית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

125. ההגנה על כבוד האדם נתונה גם לעציר ולנחקר:

חירותם של העצורים המינהליים נשללה מהם כדין. צלם האדם שבהם לא נשלל מהם (בג"ץ 5591/02 יאסין נ' בן דוד פ"ד נז(1) 403, 411).

ביטוי לכך ניתן בסעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 ... ישראל היא צד לאמנה. על פי ההשקפה המקובלת הוראות סעיף 10 לאמנה משקפות משפט בינלאומי מנהגי... וזו לשון ההוראה:

"All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person"...

(בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נז(1) 385, 397).

126. ההימנעות מלחקור פוגעת בכבודו של אדם, שכן הוא מרגיש כי זכויותיו נרמסות פעמיים, בפעם הראשונה על ידי הפושע אשר ביצע בו את העבירה, פעם שנייה על ידי הגוף החוקר, אשר מאפשר לעבריין לצאת ללא עונש ואף להמשיך ולבצע את מעשיו.

הזכות להגנה מפני עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי

127. הזכות להגנה מפני עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי היא זכות בסיסית במשפט הישראלי והבינלאומי. קודם לכל יש להזכיר את פסיקת בית המשפט הנכבד בבג"צ העינויים המפורסם:

חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש "באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים" במהלך החקירה (ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 446). **כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה** (השוו בג"ץ 355/59 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 293, 298; ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136; מסקנה זו עולה

בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי - אשר ישראל צד לו - האוסר על שימוש בעינויים (torture) ב"יחס אכזרי ולא אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment) ... איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים. אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה (בג"צ העינויים, עמ' 836).

128. ישראל חתומה על האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים. סעיפים 2 ו-4 לאמנה קובעים:

1. כל מדינה חברה תנקוט באמצעים יעילים, תחיקתיים, מנהליים, משפטיים או אחרים למניעת מעשי התעללות בכל שטח שבסמכותה השיפוטית.
2. אין להיאחז בנסיבות חריגות, בין אם מצב מלחמה או איום במלחמה, אי יציבות פוליטית ופנימית או מצב חירום אחר, כצידוק לעינויים.
3. אין להיאחז בפקודה של ממונה או רשות ציבורית כצידוק לעינויים.

...

1. מדינה חברה תבטיח כי עינויים מהווים עבירות על פי דיניה הפליליים. הוא הדין לגבי ניסיון לבצע עינויים ומעשה כלשהו של אדם המהווה מעורבות או השתתפות בהם.
2. מדינה חברה תעשה שעבירות אלה יענשו בעונשים מתאימים, תוך התייחסות לאופיין החמור.

129. ישראל גם חתומה על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966. סעיף 7 לאמנה קובע:

לא יועמד אדם בפני עינויים, או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.

130. ההימנעות מלחקור מהווה הפרה ברורה של הזכות הזו, שכן היא מאפשרת לאותם חוקרים וסוהרים להמשיך ולנקוט בשיטות החקירה הנלוזות, מאפשרת להם להמשיך ולהחזיק עצירים בתנאים הבלתי אנושיים, מותירה רושם של סלחנות כלפי מעשים דומים ותחושת חסינות ומעודדת אווירה, שבה עינויים או יחס משפיל ובלתי אנושיים בחקירות נתפסים כנורמות מקובלות או כנורמות, שלכל הפחות, אינן חמורות במיוחד.

הזכות לקבלת סעד

131. הזכות לקבלת סעד היא הזכות של אדם לקבל סעד על הפרת זכויותיו. זכות זו כוללת גם את היכולת לפנות לערכאות השיפוטיות. הזכות לקבלת סעד היא זכות חשובה במיוחד

בחברה דמוקרטית שומרת חוק. היכולת של אדם להיפרע על פגיעה בזכויותיו היא הגורם אשר מונע ממנו לקחת את החוק לידי וולעשות דין לעצמו. זכות זו נחשבת זכות חוקתית:

נקודת המוצא העקרונית הינה כי פגיעה פיזית בזכות חוקתית צריכה לגרור אחריה תרופה מתאימה. הסעד הוא פונקציה של הזכות. העיקרון הינו כי מקום שבו קיימת זכות קיימת גם תרופה. מקום שם הזכות – שם הסעד (ubi ius ibi remedium). עיקרון זה חל לעניין כל הפגיעות החוקתיות, בין נורמטיביות ובין פיזיות. אם זכותו החוקתית של האדם – לכבוד, לחירות, לפרטיות, לתנועה או לקניין – נפגעת פיזית, הוא זכאי לתרופה מתאימה (א' ברק, פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית), עמ' 779).

132. במקרים רבים תלוי אדם ברשויות אכיפת החוק על מנת לקבל סעד מתאים. כך, למשל, אדם אשר פלשו לקניינו זקוק למשטרה על מנת להשיב לעצמו את חזקתו בקניין. במקרים רבים תלוי אדם לחלוטין בגוף החוקר. כך הוא בעיקר, כשהיכולת לחקור את הפגיעה בזכויותיו נתונה לאותו גוף חוקר באופן בלעדי, **מונופוליסטי**. כך הדבר בחקירת פשעים, שכן החוק אינו מתיר לאדם פרטי לבצע פעולות חקירה. במקרים אלו אי עריכת חקירה או עריכת חקירה בלתי סבירה מהווים מכה אנושה ליכולתו לקבל את הסעד הרצוי לו.

133. הזכות לקבלת סעד היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. סעיף 2 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובע:

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

134. בפסק דין שניתן ע"י ביה"ד האירופאי לזכויות אדם בעניין Aydin v. Turkey (מיום 25.9.97), דן ביה"ד במקרה בו טענה אישה מהמיעוט הכורדי בטורקיה, כי היא עונתה ונאנסה בזמן חקירתה ומעצרה בבית מעצר טורקי. בפסק הדין נקבע, כי **אי עריכת חקירה ראויה פגע בזכותה של התובעת לפיצוי עקב הפרת זכותה שלא להיות נתונה לעינויים או יחס משפיל.**

The overall and serious inadequacy of the criminal investigation resulted in the applicant being denied effective access to a court or tribunal to have a determination of her civil right to compensation, in breach of Article 6 of the Convention (p. 27, 98).

פסק הדין, שמספרו 57/1996/676/866, נמצא באתר בית הדין האירופאי לזכויות אדם.

135. במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי נפוצה היום **דוקטרינת הנזק הראייתי**. על פי דוקטרינה זו, מחדלו של גוף חוקר לחקור על פי חובתו כדין עשוי להעביר את נטל ההוכחה לידי המדינה, להוכיח כי הטענה בדבר עינויים ויחס משפיל ובלתי אנושי אינם נכונים.

136. כך, למשל, נקבע בפסק הדין של ביה"ד האירופאי לזכויות אדם בעניין Salman v. Turkey (מיום 27.6.00). פסק דין זה של בית הדין האירופאי לזכויות אדם עסק אף הוא באחריות המדינה עקב אי חקירה. דובר בו על אדם, שהיה חשוד בעיני השלטונות הטורקיים בחברות ב-PKK. אותו אדם מת מהתקף לב לאחר מספר ימי חקירה. בת זוגתו טענה כי הוא היה נתון לעינויים. המדינה טענה כי למותו לא היה קשר לחקירה. בית המשפט קבע כי המדינה נכשלה לעמוד בחובתה לערוך חקירה ראויה ורצינית בדבר מותו של העציר. משום כך קבע בית הדין כי המדינה הפרה את זכותו של המנוח לחיים ולזכותו שלא להיות נתון לעינויים או יחס משפיל. עוד נקבע כי **אי עריכת חקירה ראויה עשוי להעביר את נטל ההוכחה למדינה – להוכיח כי לא בוצעו עינויים** :

In assessing evidence, the Court has generally applied the standard of proof "beyond reasonable doubt" ... However, such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. **Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during such detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation** (p. 28, 100).

פסק הדין, שמספרו 21986/93, נמצא באתר בית הדין האירופאי לזכויות אדם.

סיכום

137. מבחנה האמיתי של חברה הוא ביכולתה לחקור את עצמה, לשאוף להגיע לחקר האמת, להתמודד עם הגרועים שבחששותיה באומץ. חברה אשר מטייחת את החקירה וחותרת לטשטוש האמת, גם אם הדבר נעשה בשם ערך הביטחון, היא חברה חולה אשר אין לה עתיד.

138. החברה הישראלית נמצאת עתה באחד מרגעי המבחן שלה. ביום 24.11.04 נאמרו הדברים הבאים במליאת הכנסת :

לא יום חג הוא שעה שצריכים להעביר מתפקיד קצין מקצועי לאחר שנות שירות כה רבות, בהן תרם למערכת ונלחם בפשיעה במסירות. על כך יש לברכו. מאידך גיסא, לא ניתן לעבור על הדברים לסדר-היום, ולו הייתי בוחר לעשות כן הייתי מועל בתפקידי להעביר את המסר החשוב כי דווקא אלו המובילים את המלחמה בפשיעה ועומדים על משמר אכיפת החוק, חייבים לדקדק בציציותיהם ולפעול אך ורק ובצמידות לגבולות הסמכות שהוענקה להם (הפרוטוקול פורסם באתר האינטרנט של הכנסת).

139. את הדברים הללו אמר השר לביטחון הפנים, **מר גדעון עזרא**, בנמקו את החלטתו להדיח מתפקידו את ניצב משה מזרחי, ראש אגף החקירות, אשר עשה שימוש יתר באמצעי חקירה רגיש כהאזנת סתר.

140. ניצב מזרחי לא עינה, לא השפיל ולא רמס את כבוד האדם של נחקריו. ניצב מזרחי אף לא הועמד לדין פלילי משהחליט היועץ, לאחר חקירה ממושכת, כי אין די ראיות לכך כי מעשיו עולים כדי עבירה פלילית (ר' פסק הדין בבג"צ 10243/03 ח"כ ארזן נ' היועמ"ש, מיום 1.11.04). ולמרות זאת – ניצב מזרחי הודח מתפקידו.

141. אין מנוס מלהשוות בין המקרה של המצהיר למקרה של ניצב מזרחי. בשני המקרים דובר על אנשי רשויות אכיפת החוק אשר נחשדו בשימוש בלתי חוקי באמצעי חקירה. עד כאן השווה ביניהם. מכאן והלאה יש רק הבדלים תהומיים: בפרשת מזרחי נחשד החוקר בהאזנות סתר בלתי חוקיות לפוליטיקאים, בעניינו של המצהיר נחשד החוקרים והסוהרים בעינויים, השפלות, יחס בלתי אנושי לנחקרים ערבים וכליאתם בתנאים בלתי אנושיים; בפרשת מזרחי נפתחה מייד חקירת מח"ש אינטנסיבית אשר תוצאותיה הובאו בפני היועמ"ש, בעניינו של המצהיר לא נפתחה חקירה ובמקרה הטוב נפתחה חקירת טיוח; בפרשת מזרחי הוחלט בתחילה להסתפק בנזיפה לחוקר ומייד היה מי שמייהר והגיש עתירה בבקשה להעמידו לדין, בעניינו של המצהיר אף שר לא מיהר, אף איש ציבור לא מתח ואף ח"כ לא עתר.

142. נאמר את הדברים כפשוטם – לו היה ניצב מזרחי עושה בדיוק אותו שימוש מוגזם באמצעי החקירה נגד המצהיר, הוא היה היום עדיין ראש אגף החקירות. אוי לחברה ואוי למדינה שיוצאת נגד חוקרים עבריינים רק כשהנפגעים הם הפוליטיקאים שלה.

143. הדיכטומיה הזו שבין פרשת מזרחי ובין עניינו של המצהיר אינה הדיכטומיה היחידה. **דיכטומיה נוספת היא אותה דיכטומיה בין חקירתו של המצהיר וחקירתם של חוקריו וסוהריו.** חקירתו של המצהיר הייתה אובססיבית, אינטנסיבית ומקיפה. על מנת להגיע לחקר האמת (היינו – מעורבותו לכאורה בטרור) לא חסכו החוקרים לכאורה כל מאמץ חקירתי, חוקי או בלתי חוקי – הם העלימו אותו בכלא סודי, עינו אותו, השפילו אותו, השליכו אותו לתא שנקרא "הקבר", איימו עליו - עד שייפול כפרי בשל לידיהם. לבסוף הורשע על סיוע למבוקש וריצה כשנה וחצי במאסר – עונש קל בסטנדרטים של בתי המשפט הצבאיים.

144. והנה, משנדרשת מערכת אכיפת החוק לחקור את תלונתו של המצהיר, וכשהחקירה מופנית לכיוונם של חוקרי השב"כ וסוהרי המתקן, חיילי צה"ל – לפתע נתקלים גופי החקירה בקשיים רבים – עבר זמן, לא ניתן לברר מה היה במתקן, לא ניתן לדעת מה קרה למתלונן – ממש חוסר אונים.

145. אכן, החיים באזורנו אינם פשוטים בשנים האחרונות. חוקרי השב"כ וחיילי צה"ל עושים יומם ולילה בשמירה על ביטחון תושבי המדינה. אין בכך כדי להתיר התנהגות ויחס לנחקרים אשר אינם נסבלים בחברה בת תרבות, ואשר מזכירים יותר את המעשים שנעשו במרתפי חקירות סודיים במדינות שמדינת ישראל אינה רוצה להידמות להן.

146. ב"כ המשיבים ודאי יצטוו כמנהגם את הפתיח של פסק הדין בעניין עגורני אשר מדבר על הצורך להילחם בטרור (בג"צ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נו(6) 352). עם זאת, **זומה כי ב"כ המדינה מתעלמים מסופו של אותו פסק דין, ועל כן נביאו במלואו:**

מדינת ישראל היא דמוקרטיה שוחרת חרות. היא דמוקרטיה מתגוננת הפועלת במסגרת זכותה להגנה עצמית - זכות המוכרת על ידי מגילת האומות המאוחדות. המדינה מבקשת לפעול במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי המשפט הבינלאומי החל עליה ועל פי משפט הפנימי שלה. כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי. אכן, מאבק קשה מנהלת מדינת ישראל כנגד הטרור. זהו מאבק הנעשה במשפט ובכלים שהמשפט מעמיד לרשותה. ידועה האימרה כי בעת מלחמה מחרישים החוקים... אימרה זו אינה משקפת את הדין המצוי והרצוי... אכן, גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה... הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כן תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם בפרט והגשמתם... היטיב להביע זאת חברי, השופט מ' חשין, בצינו: "לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו"...

אכן, קשה הוא מצבה של מדינת ישראל. גם תפקידנו שלנו כשופטים אינו קל. עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין ביטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה. ואשר לנו כשופטים, קשה מלאכתנו. מקושי זה לא נוכל ולא נרצה להימנע (שם, עמ' 382).

147. יש מקום גם לצטט את דברי בית המשפט הנכבד בפסק הדין העקרוני בעניין גדר ההפרדה:

אשר למאבקה של המדינה בטרור הקם עליה, משוכנעים אנו, כי בסופו של יום מאבקה על פי הדין ותוך מילוי הוראותיו, מחזק את כוחה ואת רוחה. אין ביטחון ללא משפט. קיום הוראות המשפט הוא מרכיב בביטחון הלאומי (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פס"ד מיום 30.6.04, פסקה 86).

148. ולסיום נחזור אל אותו פסק דין מפורסם בבג"צ העינויים. שם נאמר:

מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל על ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה... ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו באשר לדין (שם, עמ' 845).

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים להפכו למוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרים, לרבות שכ"ט עו"ד.

15 בדצמבר, 2004

גיל גן-מור, עו"ד
בא כוח העותרים