

© משפט ועסקים כה, תשע"ט (צפוי להתפרסם ב-2019)
לקראת הוצאת הכרך לאור יעבור המאמר עימוד וסידור סופיים, לרבות התאמת
מספרי העמודים לעותק המודפס

האיסור המוחלט של עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל: ההיית או חלמתי חלום? – עמדתו של המשפט הישראלי בסוגיית שיטות החקירה המיוחדות

מרדכי קרמניצר, * יובל שני**

המאמר סוקר את מדיניות החקירות של השב"כ ואת הפיקוח המוחל עליה על ידי המערכת המשפטית, ודן בהתאמתה של המדיניות להתחייבויותיה הבינ-לאומיות של מדינת ישראל, ובמיוחד לאופיים המוחלט של האיסורים החלים על עינויים ועל יחס בלתי חוקי אחר במשפט הבינ-לאומי. אנו מראים במאמר כי לבעיות הקשורות לפן הנורמטיבי של הקונסטרוקציה המשפטית שנוצרה בנושא זה בדין הישראלי – אשר מאפשרת הישענות על הגנת הצורך במקרים שאינם עולים כדי עינויים לפי סעיף 1 לאמנה נגד עינויים – מתלוות גם בעיות קשות בשלב הפיקוח החיצוני על חקירות השב"כ. חשיבות מיוחדת נודעת בעינינו בהקשר זה להמלצתה של ועדת טירקל, אשר טרם יושמה במלואה, בדבר תיעוד חזותי וקולי, שכן הדבר עשוי לסייע למנגנון בירור התלונות לפקח באופן יעיל על יישומו של איסור העינויים באותם מקרים שבהם נטענת טענת הצורך או כאשר קיים חשש שנגקטו אמצעים בלתי חוקיים. יתר על כן, אנו סבורים כי בכל מקרה שבו חוקרי שב"כ מעלים טענה בדבר הגנת הצורך בקשר להפעלת אמצעי חקירה בלתי חוקיים יש לפתוח בחקירה עצמאית. ההצטברות של מכלול תנאים בעייתיים – לרבות חקירה בתנאי בידוד מן העולם החיצון, העדר פיקוח חיצוני יעיל על הנעשה בחדרי החקירות, ואמון בלתי מסויג של מערכת אכיפת החוק בחוקרים – מעלה את השאלה אם האיסור המוחלט שהוטל על עינויים ויחס בלתי חוקי אכן מתקיים הלכה למעשה גם בחדרי החקירות שלנו.

* פרופסור, עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור אמריטוס באוניברסיטה העברית בירושלים.

** פרופסור, סגן נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה ומחזיק הקתדרה למשפט בינלאומי ע"ש הרש לאוטרפכט באוניברסיטה העברית בירושלים.

החלק הראשון של המאמר עוסק במוחלטות האיסור החל על עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל במשפט הבין-לאומי ובמשפט הישראלי, ובשאלות ההגדרתיות הנלוות לכך. החלק השני עוסק בניסיון של בג"ץ ושל היועץ המשפטי לממשלה "לרבע את המעגל" ולהחיל סייג פלילי מצומצם לצד האיסור, והחלק השלישי סוקר את היקפו של הסייג שנוצר הלכה למעשה, ואת הקשיים שהוא מעלה בכל הקשור להתאמת המשטר המשפטי הקיים בישראל לדין הבין-לאומי. החלק הרביעי של המאמר מציג את תוכנותינו באשר לנקודות התורפה של המצב הנורמטיבי הנוהג בישראל בנוגע לאיסור העינויים.

מבוא

- פרק א: מוחלטות האיסור החל על עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל
 פרק ב: הגנת הצורך כסייג לאיסור המוחלט?
 פרק ג: הסייג לעניין אחריות פלילית הלכה למעשה
 פרק ד: נקודות תורפה בדין הנוהג בישראל והצעות לשינוי
1. חולשתם של מנגנוני הבדיקה הנוהגים בישראל
 2. היקפה של הגנת הצורך
- (א) היחס בין איסור, פטור מאחריות פלילית וערובות משפטיות
 (ב) חשיבות אופייה ה"אד-הוקי" של הגנת הצורך

סיכום

מבוא

המשפט הבין-לאומי והמשפט הישראלי אוסרים שימוש באמצעי חקירה אשר פוגעים או עלולים לפגוע בשלומו הגופני או הנפשי של הנחקר. אמצעי חקירה הגורם במכוון לנחקר כאב או סבל חמורים, גופניים או נפשיים, עשוי ליפול בגדר הגדרת המונח "עינויים" שבסעיף 1 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984 (שישראל הצטרפה אליה בשנת 1991) (להלן: האמנה נגד עינויים).¹ אמצעי חקירה חמור פחות העלול בכל זאת לגרום לנחקר כאב או סבל

1 ס' 1(1) לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991): "לעניין אמנה זו, המונח 'עינויים', הוראתו מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצעו, או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי; או מכל סיבה ששורשיה

משפט ועסקים כה, תשע"ט עמדת המשפט הישראלי בסוגיית שיטות החקירה המיוחדות

ממשיים, גופניים או נפשיים, עשוי ליפול בגדר האיסור החל על יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, הקבוע בסעיף 16 לאמנה נגד עינויים.² סעיפים 2 ו-16 לאמנה נגד עינויים אוסרים מפורשות עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל.³ איסורים מקבילים מצויים בסעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (שישראל הצטרפה אליה בשנת 1991) (להלן: האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות),⁴ בסעיפים 3, 32 ו-147 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה משנת 1949 (שישראל הצטרפה אליה בשנת 1951)⁵ וכן במשפט הבין-לאומי המנהגי.⁶

המשפט הישראלי אימץ זה כבר את העמדה כי הגבלות העינויים שהתפתחו במשפט הבין-לאומי חלות גם במשפט הישראלי. בפסק דינו המנחה של בג"ץ בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (משנת 1999) קבע הנשיא ברק כי "חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו".⁷ על בסיס עמדה זו קבע בג"ץ כי אין לחוקר שב"כ סמכות חוקית להפעיל שיטות חקירה מיוחדות (מעבר לאלה שחוקר משטרה רשאי להפעיל).⁸ אשר על כן, עיקר הדיון במשפט הישראלי בנושא הדין המסדיר שיטות חקירה מיוחדות המנוגדות לאיסור החל על עינויים או יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל אינו סב סביב חוקיותן – הן אינן חוקיות לפי הדין הישראלי – אלא סביב השאלה אם כאשר הן ננקטות יש חובה להעניש על כך או שמא בנסיבות מסוימות של נקיטתן עשוי לחול פטור מפני אחריות פלילית. מישור נוסף של הדיון, הקשור להיקף הפטור, עוסק

2 בהפליה מכל סוג שהוא, מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה בשתיקה של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או בשידולו. אין הוא כולל כאב או סבל הנובעים מעיצומים על-פי חוק, טבועים בהם או נלווים אליהם.

3 שם, ס' 16(1): "מדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוט מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל, או עונשים שאינם בחזקת עינויים כמוגדר בסעיף 1, מקום שמעשים כאמור בוצעו על-ידי או בעידודו או בהסכמתו של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או השלמתם בשתיקה. במיוחד, חובות המפורטות בסעיפים 10, 11, 12 ו-13 יחולו אגב החלפת איזכורים בדבר עינויים באיזכורים של צורות עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים."

4 שם, ס' 16(1): "כל מדינה חברה תנקוט באמצעים יעילים, תחקייתיים, מנהליים, משפטיים או אחרים למניעת מעשי התעללות בכל שטח שבסמכותה השיפוטית"; שם, ס' 16(1).

5 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991).

6 אמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (אושרה ב-1951).

7 ראו, למשל, Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, ¶ 147 (Dec. 10, 1998).

8 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999).

9 שם, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא ברק.

בשאלות טיפולוגיות, קרי, על אילו אמצעי חקירה הפטור האמור חל, ואילו אמצעי חקירה מחייבים הטלת אחריות פלילית בכל מקרה והפטור אינו חל עליהם. אף ששאלת החוקיות ושאלת הענישה הן שאלות נפרדות, יש ביניהן קשר שאסור להתעלם ממנו. איסור אשר דה פקטו אין ענישה על הפרתו מאבד את אופיו כאיסור ואת ערכו המזהיר והמרתיע.

מאמר זה, הנכתב לזכרו של פרופ' נתן לרנר ולכבוד תרומתו החשובה לקידום ההגנה על זכויות האדם בישראל ובעולם, יתחלק לחלקים הבאים: בחלק הראשון נעסוק במחלשות האיסור החל על עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל במשפט הבין-לאומי ובמשפט הישראלי, ובשאלות ההגדרתיות הנלוות לכך. בחלק השני נעסוק בניסיון של בג"ץ ושל היועץ המשפטי לממשלה "לרבע את המעגל" ולהחיל סייג פלילי מצומצם לצד האיסור, ובחלק השלישי נסקור את היקפו של הסייג שנוצר הלכה למעשה, ואת הקשיים שהוא מעלה בכל הקשור להתאמת המשטר המשפטי הקיים בישראל לדין הבין-לאומי. בחלק הרביעי של המאמר נציע את תובנותינו באשר לנקודות התורפה של המצב הנורמטיבי הנוהג בישראל בנוגע לאיסור האמור, ולאחר מכן נסכם את המאמר.

פרק א: מוחלטות האיסור החל על עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל

נקודת המוצא לדיון במעמדו של האיסור החל על עינויים במשפט הבין-לאומי היא שמדובר באיסור מוחלט, אשר אי-אפשר לסטות ממנו בשום מצב.⁹ אכן, סעיף 2(2) לאמנה נגד עינויים קובע מפורשות כי –

"אין להיאחז בנסיבות חריגות, בין אם מצב מלחמה או איום במלחמה, אי-יציבות פוליטית פנימית או מצב חירום אחר, כצידוק לעינויים."¹⁰

האמנה נגד עינויים אינה כוללת הוראה מפורשת דומה ביחס לאיסור המוטל על יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, המופיע בסעיף 16(1) לאמנה,¹¹ כך שלכאורה האמנה אינה אוסרת באופן מוחלט שיטות חקירה אשר נופלות בגדר איסור זה ואינן עולות כדי

9 עניין *Furundžija*, לעיל ה"ש 6, פס' 144: "It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency" ראו גם OREN GROSS & FIONNUALA NÍ AOLÁIN, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE 381 (2006).

10 ס' 2(2) לאמנה נגד עינויים, לעיל ה"ש 1.

11 לנוסח הסעיף ראו לעיל ה"ש 2.

משפט ועסקים כה, תשע"ט עמדת המשפט הישראלי בסוגיית שיטות החקירה המיוחדות

עינויים לכל דבר ועניין, כהגדרתם באמנה (ראו להלן). עם זאת, הוועדה נגד עינויים, המופקדת מטעם המדינות החברות באמנה על פרשנותה, הביעה את דעתה כי יש לקרוא גם את סעיף 16(1) כמטיל איסור מוחלט מכוח האמנה, שכן קו הגבול העקרוני והמעשי בין עינויים לבין יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל "סתם" אינו ברור כלל ועיקר:

"The obligations to prevent torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (hereinafter 'ill-treatment') under article 16, paragraph 1, are indivisible, interdependent and interrelated. The obligation to prevent ill-treatment in practice overlaps with and is largely congruent with the obligation to prevent torture... In practice, the definitional threshold between ill-treatment and torture is often not clear. Experience demonstrates that the conditions that give rise to ill-treatment frequently facilitate torture and therefore the measures required to prevent torture must be applied to prevent ill-treatment. Accordingly, the Committee has considered the prohibition of ill-treatment to be likewise non-derogable under the Convention and its prevention to be an effective and non-derogable measure."¹²

חשוב לציין בהקשר זה כי האמנה הבין-לאומית החשובה האחרת שמחייבת את ישראל ואשר אוסרת עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל – האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות – אינה מבדילה כלל בין שני האיסורים,¹³ ואינה כוללת כל חריג להם.¹⁴ יתר על כן, סעיף 7 לאמנה, האוסר עינויים ויחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, נמנה בכללותו עם רשימת הסעיפים שאי-אפשר לחרוג מהם, לפי האמנה, אפילו בשעת חירום.¹⁵ המסקנה כי אי-אפשר לחרוג בשום מצב גם מאיסור העינויים וגם

Comm. Against Torture, General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties, ¶ 3, U.N. Doc. CAT/C/GC/2 (2008) 12

ראו לעניין זה את עמדתה של הוועדה לזכויות האדם, הממונה על יישום האמנה: Hum. Rts. Comm., General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), ¶ 4, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I) (1992): "The Covenant does not contain any definition of the concepts covered by article 7, nor does the Committee consider it necessary to draw up a list of prohibited acts or to establish sharp distinctions between the different kinds of punishment or treatment" 13

"The text of article 7 allows of no limitation. The Committee also reaffirms that, שם, פס' 3: even in situations of public emergency such as those referred to in article 4 of the Covenant, no derogation from the provision of article 7 is allowed and its provisions must remain in force. The Committee likewise observes that no justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse a violation of article 7 for any reasons, including those based on an order from a superior officer or public authority" 14

ס' 4(2) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 4. 15

מהאיסור החל על יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל נתמכת אף בהוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית (שמיועדת לחול, כל כולה, במצבי מלחמה, ואשר אינה מאפשרת כל חריגה מהאיסורים הקבועים בה) וכן בדין הבינ-לאומי המנהגי.¹⁶ גם בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל מאמץ לכאורה את העמדה הרואה באיסור כולו – הן של עינויים והן של יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל – איסור מוחלט. בפסקה 23 לפסק דינו כותב הנשיא ברק:

"חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו... 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."¹⁷

עם זאת, התפתחויות משפטיות שאירעו לאחר פסק הדין מצביעות על נסיגה מסוימת מן הרף הנורמטיבי שהציב הנשיא ברק, או לכל הפחות על ניסיון ליישב, באמצעות פרשנות מצמצמת של עקרון המוחלטות, את המתח הקיים בפסק הדין משנת 1999 בין הקביעה כי האיסורים החלים על עינויים ועל יחס אסור אחר הם איסורים מוחלטים לבין ההחלטה להשאיר על כנה את הגנת הצורך כבסיס אפשרי לפטור מאחריות פלילית. ראשית, מסמך המסגרת שחיבר היועץ המשפטי לממשלה רובינשטיין בעקבות פסק הדין, ואשר הגדיר את התנאים שבהם תאפשר התביעה הסתמכות על הגנת הצורך (ראו

16 ראו, למשל, A (FC) and Others v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 71, 1 (HL) ¶ 24 (Lord Bingham of Cornhill) ("One such right, guaranteed by article 3, is not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment. This absolute, non-derogable prohibition has been said... to enshrine 'one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe'"); Gäfgen v. Germany, 2010-IV Eur. Ct. H.R. 247, ¶ 107 ("Torture, inhuman or degrading treatment cannot be inflicted even in circumstances where the life of an individual is at risk. No derogation is allowed even in the event of a public emergency threatening the life of the nation. Article 3, which has been framed in unambiguous terms, recognises that every human being has an absolute, inalienable right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment under any circumstances, even the most difficult. The philosophical basis underpinning the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions or justifying factors or balancing of interests, irrespective of the conduct of the person concerned and the nature of the offence at issue"); David Weissbrodt & Cheryl Heilman, *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, 29 LAW & INEQ. 343, 348 (2011).

17 ראו לעיל ה"ש 7.

דיון במסמך להלן), קבע מפורשות כי ההגנה לא תעמוד לחוקרים במקרים המהווים עינויים, כהגדרתם בסעיף 1 לאמנה נגד עינויים.¹⁸ אך מכלל הן שומעים לאו, קרי, היועץ לא שלל מפורשות את האפשרות שהגנת הצורך תפטור מאחריות פלילית במקרים שבהם תינקט שיטת חקירה בלתי חוקית שאינה עולה כדי עינוי (אלא מהווה "לכל היותר" יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל).

שנית, בפסק הדין בפרשת **אבו גוש** (ראו דיון להלן) חזרה הנשיאה בדימוס נאור על הקביעה כי "בשיטתנו המשפטית קיים איסור מוחלט על השימוש בעינויים... אין לו חריגים, ואין בו איזונים".¹⁹ אלא שלנוכח העיסוק הרב באותה פרשה בשאלה אם היחס שאליו נחשף העותר אכן עולה כדי עינוי אסור, נראה שגם בית המשפט העליון סבור כי באותם מקרים שבהם נעשה שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים שאינם עולים כדי עינויים הגנת הצורך עשויה לחול, שכן ברור שאם האמצעים הננקטים הם חוקיים אין כל צורך להיזקק להגנת הצורך ביחס אליהם.

שלישית, חוק השב"כ משנת 2002 פוטר עובדי שב"כ מאחריות פלילית ואזרחית (אך לא משמעית) בגין מעשים או מחדלים שבוצעו "כתום לב ובאופן סביר" במסגרת התפקיד ולשם מילוי.²⁰ הגנה זו חלה, ככל הנראה, מעבר להגנות הכלליות הקבועות בחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר עומדות לרשות חוקרי השב"כ, לרבות הגנת הצורך שנוכחה בבג"ץ **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל**, והיא עשויה לאפשר במקרים מסוימים לחוקרי השב"כ ליהנות מפטור מאחריות פלילית ואזרחית גם בגין הפעלת אמצעי חקירה שאינם נופלים בגדר התנאים הקבועים להפעלת הגנת הצורך אך אינם עולים כדי עינויים אסורים.

הקונסטרוקציה המסתמנת בדין הישראלי – איסור מוחלט של עינויים, כהגדרתם במשפט הבין-לאומי, אשר גורר תמיד ענישה, ולצידו איסור של יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, אשר כפוף לסייג הצורך ולסייגים פוטרים אחרים – מחייבת אותנו לערוך דיון קצר בהבדלים בין שתי דרגות האיסור במשפט הבין-לאומי. נקודת ציון מרכזית בבסיסה של ההבחנה בין שתי דרגות האיסור היא החלטת בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת **אירלנד נ' בריטניה**, שבה קבע בית הדין כי למונח "עינויים" נלווה תיוג שלילי מיוחד, שכן הוא משקף יחס או עונש שמיועדים להיות בלתי אנושיים ואשר

18 אליקים רובינשטיין "הביטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מד 409, 421 (נספח א – "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"צ"), פס' ז(1) (1999) (להלן: מסמך המסגרת של היועצ"מ"ש).

19 בג"ץ 5722/12 **אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור (פורסם בנבו, 12.12.2017). ביום 26.11.2018 התפרסם פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ **טביש**, שבו כתב השופט מינץ כי "עינויים הינם אסורים, וזאת למעט במקרים חריגים ביותר". ראו בג"ץ 9018/17 **טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 3 לפסק דינו של השופט מינץ (פורסם בנבו, 26.11.2018). לא ברור אם השופט התכוון לסטות מפסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור או שמא הוא ביקש להתייחס למכלול אמצעי החקירה המיוחדים.

20 ס' 18 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

גורמים סבל חמור ואכזרי במיוחד.²¹ על בסיס זה החליט בית הדין כי שיטות החקירה המיוחדות שהפעילו הכוחות הבריטיים בצפון אירלנד נגד חשודים בטרור אומנם הפרו את האיסור החל על יחס בלתי אנושי ומשפיל הקבוע באמנה האירופית לזכויות אדם אך לא עלו כדי "עינויים". גישה דומה אומצה, הלכה למעשה, באמנה נגד עינויים, המבחינה בין עינויים – המוגדרים בסעיף 1 לאמנה כמעשה מכוון שנעשה על ידי בעל סמכות או בהסכמתו ואשר גורם כאב או סבל חמורים, גופניים או נפשיים²² – לבין יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים אחרים שאינם עולים כדי עינויים (סעיף 16(1) לאמנה). האמנה אינה מגדירה מפורשות מה ייחשב יחס או עונש כאלה, אך ניתן לקבוע, על דרך השלילה, כי צריך שיעדר ממנו לפחות אחד מיסודותיו של איסור העינויים – למשל, שהכאב והסבל שחוה מושא היחס לא היו חמורים במיוחד או שהם נגרמו לו באופן בלתי מכוון.²³

יש לציין בהקשר זה כי לפי פסיקתו של בית הדין האירופי, הסיווג לאחת משתי דרגות האיסור תלוי בנסיבות, לרבות במשך הפעלת האמצעי, בתוצאותיו הגופניות והנפשיות, ובחלק מהמקרים גם בנסיבותיו של מושא האמצעי – למשל, מינו, גילו ומצב בריאותו. הפסיקה האירופית מתייחסת גם למידת נחיצותו של האמצעי (לנוכח מטרותיו המוצהרות) ולמידת הכוונה לגרום סבל וכאב.²⁴ עוד יש לציין כי האמנה האירופית לזכויות אדם הינה "מסמך חיי" לשיטת בית הדין, וכי אמצעים שנחשבו בעבר כמפריים רק את האיסור החל על יחס בלתי אנושי ומשפיל עשויים להיחשב בעתיד כעינויים לכל דבר ועניין.²⁵ לבסוף, יש לציין כי הגדרתו של אמצעי כנופל בדרגה השנייה של האיסור – קרי, יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל – תלויה אף היא בחציית רף מינימלי של חומרה בנסיבות העניין.²⁶ לפי פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם, גם כאן יש חשיבות למשך הפעלת האמצעי, לנזקו ולכוונה לגרום כאב או סבל.²⁷ יש גם נפקות לשאלה אם האמצעי עורר במושאו רגשות של פחד, חרדה ונחיתות,²⁸ למידה שבה הסבל או ההשפלה שנגרמו חרגו מאלה הכרוכים באופן בלתי נמנע בהפעלת אמצעי

21 Ireland v. United Kingdom, 25 Eur. Ct. H.R. (ser. A), ¶ 167 (1978).

22 ראו ס' 1 לאמנה נגד עינויים, לעיל ה"ש 1.

23 שם, ס' 16(1).

24 Cestaro v. Italy, App. No. 6884/11, Eur. Ct. H.R., ¶¶ 171–176 (2015).

25 ראו Weissbrodt & Heilman, לעיל ה"ש 16, בעמ' 376.

26 ראו עניין Ireland v. United Kingdom, לעיל ה"ש 21, פס' 162: "[I]ll-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3... The assessment of this minimum is... relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim"

27 Kudła v. Poland, 2000-XI Eur. Ct. H.R. 197, ¶ 91.

28 ראו עניין Ireland v. United Kingdom, לעיל ה"ש 21, פס' 167.

משפט ועסקים כה, תשע"ט עמדת המשפט הישראלי בסוגיית שיטות חקירה המיוחדות

לגיטימי (כגון חקירה או מעצר)²⁹ ולדבר קיומה של חלופה פוגענית פחות.³⁰ נראה כי בבסיס גישתו של בית הדין לסוגיה מצויה העמדה כי האיסור החל על עינויים ועל יחס בלתי אנושי ומשפיל שולל, על שני חלקיו, יחס המהווה פגיעה חמורה בכבוד האדם.³¹

פרק ב: הגנת הצורך כסייג לאיסור המוחלט?

למרות הקביעה של בג"ץ בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל כי האיסור המוטל במשפט הביין-לאומי על עינויים ועל יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל הינו מוחלט, וכי אין במשפט הישראלי סמכות חוקית להפעיל שיטות חקירה העולות כדי עינויים או יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, לא שלל הנשיא ברק בפסק דינו את האפשרות שהגנות מפני נשיאה באחריות פלילית הקבועות בחוק העונשין, וביניהן הגנת הצורך,³² יחולו גם על העברות הפליליות הקשורות לשיטות חקירה בלתי חוקיות.³³ מכאן שגם אם קיים איסור מוחלט להפעיל שיטות חקירה מסוימות על פי המשפט הישראלי המנהלי והחוקתי (כמו גם על פי המשפט הביין-לאומי), אי-אפשר לגזור בהכרח מאי-החוקיות של האמצעי את המסקנה כי כל הפרה של האיסור תוביל להטלת אחריות אישית בפלילים.

משמעות הדברים היא שהמשפט הישראלי מקבל את עמדת המשפט הביין-לאומי במונח הבא: הוא קובע כי האיסור מסדר ראשון של עינויים ושל יחס בלתי חוקי אחר הינו איסור מוחלט. עם זאת, הוא אינו מחיל אותה עמדה על החובה מן הסדר השני (החובה להעניש חוקרים המפרים את האיסור מן הסדר הראשון). שם המשפט הפלילי

29 Kalashnikov v. Russia, 2002-VI Eur. Ct. H.R. 93, ¶ 95.

30 Soering v. United Kingdom, 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A), ¶ 111 (1989).

31 Peers v. Greece, 2001-III Eur. Ct. H.R. 275, ¶ 75.

32 ס' 34 יג לחוק העונשין, התשל"ז-1977: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה: (1) הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו; (2) עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין; (3) במעשה הטעון לפי דין הסכמה, כאשר המעשה היה דרוש באופן מיידי לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו, או למניעת נזק חמור לבריאותו, ואם בנסיבות הענין לא היה בידו להשיג את ההסכמה; (4) עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו או טובת הזולת; (5) עשהו תוך פעילות ספורטיבית או משחק ספורטיבי, שאינם אסורים לפי דין ואינם נוגדים את תקנת הציבור, ובהתאם לכללים הנהוגים בהם."

33 כידוע, החוק הפלילי אינו אוסר עינויים באופן מפורש. עם זאת, עינויים או יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל עשויים ליפול בגדר כמה עברות פליליות, לרבות תקיפה, תקיפה הגורמת חבלה חמורה, פגיעה ופגיעה או תקיפה בנסיבות מחמירות (ס' 333-335, 380-379 ו-382 לחוק העונשין).

הישראלי מכיר בחריגים לאחריות פלילית החלים גם ביחס לעברות פליליות אחרות.³⁴ המבנה המשפטי החל על יחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל תואם את הכתיבה התיאורטית על חריגים לאחריות פלילית, המסווגת אותם כ"פטור" (excuse), אשר משחרר את העבריין מעונש אך מותר על כנו את אי-חוקיותה של הפעולה, ולא כ"צידוק" (justification), המכשיר את חוקיות הפעולה.³⁵

אומנם, פסק הדין משנת 1999 אינו מבחין מפורשות, לעניין תחולתה של הגנת הצורך, בין עינויים לבין יחס בלתי חוקי שאינו עולה כדי עינויים, אך ניתן לטעון כי יש לפרשו לאור האמנה נגד עינויים, שישראל הינה צד לה, ואשר מטפלת, בניגוד לאמנות זכויות אדם אחרות, בשאלת האחריות הפלילית של מבצעי עינויים. הואיל והאמנה שוללת מפורשות, בסעיף 2(2) הנזכר לעיל,³⁶ את האפשרות להסתמך על נסיבות מיוחדות על מנת להצדיק עינויים, ואינה כוללת כל חריג לחובה להעמיד לדין מבצעי עינויים,³⁷ ניתן להבין אותה כמטילה איסור מוחלט על חריגה מאיסור העינויים גם במישור האחריות הפלילית. אכן, גם מסמך המסגרת של היועץ המשפטי לממשלה³⁸ וגם

34 על ההבחנה בין כללים מסדר ראשון לכללים מסדר שני ראו H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 79, 91–99 (3rd ed. 2012).

35 ראו, למשל, GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 759–774 (Oxford University Press 2000) (1978). יש לציין כי עמדה שונה הוצגה בחוות דעתה של עורכת הדין נאוה בן-אור (מנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה דאז), שצורפה כנספח למסמך המסגרת של היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 18: "נסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרי שב"כ, אשר פעלו בתחושה של 'צורך' (חוות דעת של מנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה, 21.9.1999). (צורך גם כנספח לדוח של הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל "מתחת לכל ביקורת – העדר חקירה וענישה של עינויים והתעללות בחקירות שב"כ" (2009) <http://stoptorture.org.il/wp-content/uploads/2015/09/A8-2009.pdf>). עמדתה של עורכת הדין בן-אור – שלפיה בהתקיים התנאים של הגנת הצורך ניתן לחוקרים הצדק, ולא פטור – נראית לנו בלתי מתחייבת מלשון פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל**, לעיל ה"ש 7 (אשר דחה את האפשרות להעניק לחוקרי שב"כ הגנת צידוק), ואף בלתי רצויה מנקודת ראותו של המשפט הבין-לאומי, מכיוון שקבלתה תעמיד את פסק הדין בהתנגשות חזיתית וחריפה עם ס' 2 לאמנה נגד עינויים, לעיל ה"ש 1. יש לציין, עם זאת, כי השופט אלרון אימץ בבג"ץ **טביש** עמדה דומה לזו של עורכת הדין בן-אור. ראו בג"ץ **טביש**, לעיל ה"ש 19, פס' 61 לפסק דינו של השופט אלרון.

36 ראו לעיל ליד ה"ש 10.

37 ראו בהקשר זה את פרשת *Gäfgen v. Germany*, לעיל ה"ש 16, פס' 124, שבה נקבע כי אלימות נגד נחקר אינה יכולה להיות מוצדקת גם כאשר מדובר בנסיבות יוצאות דופן (צורך דחוף לחלץ מידע על אודות מיקומו של קטין אשר נחטף ונקלע לסכנת מוות). אומנם גרמניה העמידה לדין פלילי את החוקרים באותה פרשה, והם הורשעו בדין, אך העונש הקל שהושת עליהם לא עלה בקנה אחד, לשיטת בית הדין האירופי לזכויות אדם, עם חשיבות הזכות שהופרה.

38 ראו מסמך המסגרת של היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 18.

משפט ועסקים כה, תשע"ט עמדת המשפט הישראלי בסוגיית שיטות חקירה המיוחדות

פסק דינה של הנשיאה בדימוס נאור בפרשת **אבו גוש**³⁹ נוקטים את העמדה כי הגנת הצורך יכולה לחול רק לגבי שיטות חקירה שאינן נופלות בגדר עינויים לפי סעיף 1 לאמנה נגד עינויים. משמע שהסייג יכול לחול לשיטתם רק ביחס לשיטות חקירה המהוות יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל כמובנו בסעיף 16 לאמנה נגד עינויים (כאמור, האמנה אינה מתייחסת לשאלת תחולתם של חריגים לאחריות פלילית ביחס להפרות של סעיף 16).

כזכור, יסוד חשוב בהחלטת בג"ץ בפרשת **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל** הוא כי "הגנת הצורך" הקבועה בחוק העונשין אינה יכולה לשמש מקור משפטי לביסוס סמכותם של חוקרי השב"כ להפעיל אמצעי חקירה בלתי חוקיים, וזאת בשל אופייה ה"אד-הוקי" של ההגנה:

"הסייג של 'צורך' אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט אמצעים פיזיים במהלך חקירה. הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין 'צורך'. סייג זה עוסק בהכרעה אינדיווידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוקי כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה... אופי זה של הסייג אינו מאפשר לו להיות מקור של סמכות מינהלית כללית. זו מבוססת על קביעת אמות-מידה כלליות, הצופה פני העתיד."⁴⁰

אכן, בג"ץ קבע כי רק הוראת חוק חדשה אשר תסמיך את חוקרי השב"כ להפעיל אמצעי חקירה פיזיים יכולה לשמש בסיס להעלאה של טענת צידוק (סעיף 34) לגי לחוק העונשין) על ידי חוקרים שהפעילו אמצעים כאלה. הוראת חוק כזו – שלא נחקקה עד היום – צריכה לעמוד כמובן באמות המידה שנקבעו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴¹

פרק ג: הסייג לעניין אחריות פלילית הלכה למעשה

ניתן לטעון כי הקונסטרוקציה המשפטית שנקבעה בפרשת **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל** הותירה במידה רבה את המצב המשפטי על כנו, כמובן זה שהפרת האיסור החל על עינויים ועל יחס בלתי חוקי אחר במקרים הנופלים בגדר הגנת הצורך פטרה את החוקרים מאחריות פלילית לפני פסק הדין וגם אחריו. עם זאת, לפסק הדין יש נפקות חשובה בעניינו בארבעה מישורים שונים: (א) לפי הפרשנות שניתנה לפסק הדין, במקרה של שימוש בעינויים לא תעמוד הגנת הצורך לחוקר שנקט את העינויים ולמי שהשתתפו במעשה; (ב) הנטל להוכיח את קיומו של סייג צורך, ברמה של העלאת ספק סביר, עובר

39 ראו לעיל ה"ש 19.

40 בג"ץ **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל**, לעיל ה"ש 7, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק.

41 שם, פס' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק.

להיות מוטל על כתפי החוקר במסגרת בירור אחריותו הפלילית בגין הפרת הדין, והיפוך זה של הנטל יוצר "אפקט מצנן", שהיה צפוי להניע את החוקרים להימנע במקרי גבול משימוש בשיטות חקירה בלתי חוקיות או להבטיח כי אמצעי החקירה יתועדו היטב על מנת להגן על עצמם מפני תלונות שווא; (ג) פסיקת בית המשפט מונעת מצב שבו שיטות חקירה בלתי חוקיות יופעלו כדבר שבשגרה, ברשות ובסמכות, על פי היתר מראש שיתנו דרגי פיקוד בכירים – דבר העלול לגרום לבנליזציה של אמצעי החקירה הפסולים; (ד) לקביעה כי שיטות החקירה המיוחדות של שב"כ אינן חוקיות יש נפקות בכל הקשור לזכותו של הנחקר לתבוע פיצויים מהמדינה, כמו גם לזכותו למנוע שימוש בממצאי החקירה בהליכים פליליים עתידיים נגדו.

התפתחויות מספר שאירעו לאחר 1999 כרסמו בתוצאת פסק הדין, והובילו לכך שחלק משמעותי מהשפעתו על המציאות אבדה. ראשית, מתוך רצון להפחית את אי-הוודאות המשפטית שחוקרי השב"כ ניצבים בפניה, נענה היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין להצעה המופיעה בפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל,⁴² ופרסם ב-28 באוקטובר 1999 מסמך מסגרת שבו הודרך את עצמו לגבי יישומה של הגנת הצורך במקרים שבהם יוגשו תלונות פליליות נגד חוקרי שב"כ. לפי פסקה ז(1) של מסמך המסגרת:

"במקרים בהם נקט חוקר במהלך חקירה באמצעי חקירה הדרוש באופן מיידי להשגת מידע חיוני לשם מניעת סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בבטחון המדינה, בחיי אדם, בחרותו או בשלמות גופו, ואין דרך סבירה אחרת בנסיבות העניין להשגתו המיידית של המידע, ונקיטת אמצעי החקירה היתה סבירה בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה, ישקול היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט בנסיבות בהליכים פליליים."⁴³

בין השיקולים המנויים במסמך המסגרת ניתן למצוא את דבר קיומם של אישור מראש לשימוש באמצעי החקירה הבלתי-חוקיים ופיקוח על השימוש בהם:

"[יידבקן] הדרגים שאישרו את המעשה, מעורבותם בהחלטה ושיקול דעתם בעת הביצוע, וכן תנאי נקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו."⁴⁴

ההפניה במסמך המסגרת למשקל שיינתן לפרקטיקות של אישור ופיקוח עולה בקנה אחד עם אחת המטרות של מסמך המסגרת – הצורך ביצירת ודאות משפטית עבור חוקרי

42 שם, פס' 38 לפסק דינו של הנשיא ברק: "היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של 'צורך'."

43 ראו מסמך המסגרת של היועמ"ש, לעיל ה"ש 18.

44 שם, פס' ז(1).

השב"כ ובמתן הגנה ראויה להם.⁴⁵ מסמך המסגרת גם מדגיש כי אין לראות בו הסמכה מראש להפעיל אמצעי חקירה מיוחדים,⁴⁶ וכי החלטת היועץ תינתן בכל מקרה לגופו, תוך "בדיקה פרטנית" של מרכיבי הגנת הצורך.⁴⁷ עם זאת, קיום פרקטיקות של אישור ופיקוח, המתכתבות עם אמות המידה המשפטיות להפעלת הגנת הצורך שזיהה היועץ המשפטי לממשלה במסמך המסגרת (בהתאם לפסק דינו של בג"ץ), אינן מתיישבות לגמרי, כפי שנדגים להלן, עם אופייה החריג וה"אד-הוקי" של ההישענות על הגנת הצורך, והן מפחיתות את "האפקט המצנן" של החלטת בג"ץ על החוקרים.

שנית, עם או בלי קשר למסמך המסגרת, קיימות אינדיקציות רבות להתפתחות נוהל של "חקירת צורך" בשב"כ, שבמסגרתו חוקר השב"כ נועץ, עובר להפעלת אמצעי חקירה מיוחדים, עם דרגים משפטיים ו/או דרגים בכירים בשירות. בבקשה שהגיש הוועד הציבורי נגד עינויים לבית המשפט העליון ב-2 בנובמבר 2008, במסגרת הליכי בזיון בית המשפט (שהתייחסו ליישום פסק הדין משנת 1999), פורטו מספר רב של אינדיקציות לקיומו של נוהל כזה, לרבות התייחסויות של בתי משפט במרוצת השנים לנוהל "חקירת צורך", דיונים בכנסת על אודותיו, דוח של הוועד המיוחד של האו"ם לקידומן ולשמירתן של זכויות אדם וחירויות יסוד במהלך המאבק בטרור, וקיומן של תלונות רבות על דפוסי חקירה קבועים הכוללים הפעלת לחץ פיזי ונפשי על הנחקרים.⁴⁸ המדינה הכחישה לפני בית המשפט את דבר קיומו של נוהל בירוקרטי של "חקירת צורך", אם כי היא הודתה בקיום הנחיות פנימיות המסדירות את האופן שבו נערכות התייעצויות בין חוקרים לבין דרגים בכירים בשב"כ באותם מקרים שבהם מתקיימים לכאורה התנאים שבבסיס הגנת הצורך.⁴⁹ בפסק דינו קבע בג"ץ כי לא הוכח דבר קיומו של נוהל מקיף כנטען על ידי העותרים, וכי מכל מקום ההליך לפי פקודת בזיון בית משפט אינו מסגרת מתאימה לבירור העניין.⁵⁰ לטעמנו, אם אכן קיימת פרקטיקה

45 שם, פס' ד.

46 שם, פס' ב(2).

47 שם, פס' ז(1).

48 ראו בקשה לפי פקודת בזיון בית משפט בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (2.11.2008) www.acri.org.il/pdf/petitions/hit5100biz.pdf. ראו גם דיון אצל Itamar Mann & Omer Shatz, *The Necessity Procedure: Laws of Torture in Israel and Beyond, 1987–2009*, 6 UNBOUND: HARV. J. LEGAL LEFT 59 (2010).

49 ס' 6 לתגובת המשיבים על הבקשה שהוגשה לפי פקודת בזיון בית משפט בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (6.4.2009) www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2011/03/hit4054biz-tguva.pdf: "על בסיס הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה, הוכנו בשב"כ לאחר מכן הנחיות פנימיות, הקובעות כיצד תבוצענה התייעצויות עם דרגים בכירים בשב"כ, כאשר נסיבותיה של חקירה ספציפית נראות לגורמים העוסקים בחקירה כמקיימות את דרישת סייג הצורך".

50 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 6.7.2009). בבג"ץ טביש, לעיל ה"ש 19, שבו נדון מעמדו של מסמך המסגרת, נקבע כי ההנחיות אינן מסירות מהחלטה על נקיטת אמצעים מיוחדים את אופייה האד-הוקי.

בירוקרטית המיועדת לאשר מראש בפועל שיטות חקירה בלתי חוקיות, כי אז ספק רב אם יש נפקות מעשית רבה למעבר שניסה הנשיא ברק ליצור, בבג"ץ **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל**, ממשטר של היתרים מראש למתכונת של בחינת האחריות כדיעבד. **שלישית**, גם לאחר 1999, מנגנון הבדיקה של תלונות הנחקרים לא הוביל בפועל ליצירת אחריותיות (accountability) בקרב חוקרי השב"כ במישור הפלילי. מנגנון בירור התלונות מעוגן בסעיף 1ט49 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, המסדיר את הטיפול בתלונות אשר מוגשות נגד אנשי שב"כ ומעוררות חשד לביצוע עברה.⁵¹ לפי הסעיף האמור, תלונה נגד עובד שב"כ תוגש ליועץ המשפטי לממשלה, וזה מוסמך להחליט אם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית באמצעות המחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש). סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה הואצלה לפרקליט המדינה ולמשנים לפרקליט המדינה מכוח סעיף 1ט49(ב). עם זאת, במקרים הנוגעים בחוקרי שב"כ נערכת בדיקה מקדמית לפני קבלת ההחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית. בדיקה מקדמית זו נערכת על ידי המבט"ן (מבקר תלונות נחקרים בשב"כ),⁵² הכפוף לממונה על המבט"ן, שהוא פרקליט בכיר בפרקליטות המדינה.⁵³ המבט"ן מעביר את הממצאים וההמלצות

51 הסעיף תוקן בשנת 2004 באופן שהחיל את ההסדר על כל עובד שב"כ, ולא רק על חוקרי שב"כ, כפי שהיה בנוסח המקורי. ראו חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 18), התשס"ד-2004, ס"ח 430.

52 הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 **דו"ח שני – ועדת טירקל** 279 (2013) (להלן: **דוח ועדת טירקל**). הבדיקה המקדמית של המבט"ן כוללת בדרך כלל פגישה עם המתלונן, אשר מתנהלת בערבית ומוקלטת. בהנחיית הפרקליטות, הפגישה נערכת ללא נוכחות עורך דין מטעמו של המתלונן, ללא בחינת חומר החקירה הנוגע בחקירתו של המתלונן בשב"כ וללא תשאול של גורמי השב"כ המעורבים. המבט"ן בוחן את התנהלות החקירה כפי שהיא מתועדת במאגר הנתונים הפנימי של השב"כ, שאליו יש לו גישה. ראו עדות המבט"ן לפני ועדת טירקל שם, בעמ' 297–298. כן ראו Connie M. Varela Pedersen & Irit Ballas, *Accountability Still Denied – Periodic Update: January 2012*, 1, 3 (2012), stoptorture.org.il/wp-content/uploads/2015/10/accountability-still-denied-2012.pdf. גביית התלונה נעשית בביקורים קצרים ולא קבועים מראש בבית המעצר, לא פעם באותו חדר שבו התקיימה חקירתו של החשוד, ובחלק מהמקרים כאשר הנחקרים אזוקים. החומר שנאסף על ידי המבט"ן מוגדר מסווג, והמתלונן ועורך דינו אינם יכולים לעיין בו באופן מלא. בעקבות ההליכים בבג"ץ 4994/12 **פרי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 24.10.2012) הודיעה פרקליטות המדינה על שינוי במדיניות ועל מתן אפשרות לעורך הדין המייצג מתלונן לעיין בחומרי הבדיקה לצורך הגשת ערר (למעט חומר מסווג). יש לציין גם כי עד שנת 2013 היה המבט"ן איש שב"כ (שעמד על סף פרישה מהארגון). בעקבות ביקורת ציבורית שונתה הפרקטיקה, והמבט"ן הנוכחית היא אשת מקצוע בעלת תקן במשרד המשפטים אשר לא עבדה קודם לכן בשב"כ.

53 בג"ץ 1265/11 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' ה ו' לג-לו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.8.2012). בית המשפט קבע כי הבדיקה המקדמית של התלונה על ידי המבט"ן הינה מוצדקת, וזאת בשל "האינטרס הציבורי בשמירה על שיטות החקירה של השב"כ" (שם, פס' לד לפסק דינו של השופט רובינשטיין). בג"ץ גם המליץ כי החוק יתוקן באופן שיסמיך את הפרקליט הממונה לפתוח בעצמו בהליכים פליליים נגד חוקרי שב"כ (שם, פס' לו לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

העולות מהבדיקה המקדמית לממונה על המבט"ן, אשר בוחן את התיק ומגבש את המלצתו. ממצאי המבט"ן והמלצת הממונה על המבט"ן מועברים במקרים המתאימים ליועץ המשפטי לממשלה (או למי שהיועץ האציל לו את סמכותו), והלה מחליט אם יש לפתוח בחקירה פלילית. אם הוחלט לפתוח בחקירה פלילית, התיק מועבר לחקירת מח"ש.

בפועל הופנו למבט"ן למן שנת 1999 כאלף תלונות נחקרים על שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים, אולם פרט למקרה אחד, מן העת האחרונה,⁵⁴ בכל המקרים שהובאו לפניו המליץ המבט"ן לפני הפרקליט הממונה עליו לא לפתוח בחקירה פלילית נגד החוקרים, ובכל המקרים הללו התקבלה ההמלצה.⁵⁵ יתור על כן, שום ערר שהוגש על החלטת הממונה על המבט"ן לא לפתוח בחקירה לא הוביל לשינוי ההחלטה. אומנם ברור לנו כי חקירת תלונות נגד חוקרי שב"כ בקשר לחקירות הנערכות בחדרי חדרים אינה משימה קלה כלל ועיקר, וכי אין לשלול את האפשרות שחלק מהתלונות המוגשות הינן תלונות שווא (המיועדות, למשל, לאפשר לנחקר להסביר לסביבתו את שיתוף הפעולה שלו עם החקירה) ושחלק נוסף מהן כוללות, בצד גרעין של אמת, תיאור מוגזם של האמצעים שננקטו והשפעתם. עם זאת, הפער העצום בין מספר התלונות הגדול לבין העדרם של הליכים פליליים כלשהם מעלה חשש לגבי איכות הניטור של חקירות השב"כ, כמו גם לאפשרות של יחס סלחני מצד גופי החקירה כלפי הפרות דין במהלך החקירה. מכל מקום, העדרם של הליכים פליליים תורם אף הוא לשחיקת ההרתעה שנוצרה עקב פסק הדין בבג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, אשר ביקש לבטל את משטר האיטורים מראש ולקיים במקום זאת בחינת אחריות בדיעבד. אם הבחינה בדיעבד מובילה תמיד לתוצאה זהה לזו המתקבלת על ידי אישור מראש, אזי מה נפקותו של השינוי בקונסטרוקציה המשפטית? יש לציין גם כי מנגנון ניטור חלש של אמצעי החקירה משליך על יכולתו של הנחקר להישען על סעדים פוטנציאליים אחרים העומדים לרשותו במישור האזרחי (תביעת פיצויים)⁵⁶ או במישור הראייתי (פסלות ראיות שהושגו אגב שיטות חקירה פסולות).

התחושה הלא־נוחה המתעוררת ביחס לאיכות של חקירת התלונות נגד חוקרי השב"כ מתעצמת לאחר קריאת ממצאיה של ועדת טירקל, אשר בחנה, בין היתר, את התאמתם למשפט הבין־לאומי של מנגנוני חקירה מדינתיים שונים, ובכלל זה של המנגנונים הבוחנים תלונות נגד חוקרי שב"כ.⁵⁷ הוועדה סברה שקיימים ספקות חמורים בדבר יעילותן ועצמאותן של חקירות המבט"ן, והמליצה להעביר את תפקיד המבט"ן

54 יותם ברגר "אחרי גניזת אלף תלונות, משרד המשפטים פתח בחקירה פלילית נגד חוקר שב"כ" **הארץ** 25.1.2018. www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.5764625

55 יותם ברגר "מאות נחקרים התלוננו, אך משרד המשפטים לא פתח באף חקירה נגד איש שב"כ" **הארץ** 7.12.2016. www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.3145349

56 ת"א (מחוזי י-ם) 1569/98 **ג'נימאת נ' המכונה "עמי" עובד שירות הביטחון הכללי** (פורסם כנבו, 27.11.2005). מדובר במקרה חריג שבו נקבעו 625,000 ש"ח פיצויים לעציר שנחשף לאמצעי חקירה מיוחדים בחקירת שב"כ, במנותק מסוגיית האחריות (אשר טרם נקבעה).

57 ראו **דוח ועדת טירקל**, לעיל ה"ש 52.

למח"ש.⁵⁸ היא אף המליצה לקיים תיעוד חזותי וקולי של החקירות, על מנת לחזק את האפקטיביות של הבדיקה ביחס אליהן.⁵⁹ המלצות אלה של ועדת טירקל, שהתפרסמו בחודש פברואר 2013, טרם יושמו, וספק רב אם הן ייושמו בעתיד הקרוב, שכן ועדת צ'חנובר, שמונתה להמליץ על דרך יישומן של המלצות ועדת טירקל, הציעה להשאיר את המבט"ן תחת פיקוחו של הממונה על המבט"ן ולהחליף את ההמלצה בדבר התיעוד החזותי והקולי בהמלצה בדבר שידור החקירה לחדר בקרה, שבו יהיה אפשר לערוך ביקורות פתע.⁶⁰ הגם שיש באמצעי אחרון זה כדי לחזק במידה מסוימת את שקיפותן של חקירות השב"כ, אין בו כדי לפתור את בעיית האפקטיביות של הבדיקות בדיעבד של המבט"ן בכל אותם מקרים שבהם לא נערכה ביקורת פתע.

פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **אבו גוש**, מחודש דצמבר 2017, ממחיש בצורה חדה את הקושי הרב של נחקרים לבסס טענה כי יש מקום להעמיד לדין פלילי חוקרי שב"כ.⁶¹ אף שהמדינה הודתה כי הופעלו נגד הנחקר אמצעים מיוחדים, שהובאו לידיעת בית המשפט (תוכן ההודיה לא נחשף לעותר ולבא כוחו),⁶² ואף שהעותר הציג תעודה רפואית שהצביעה על נזקים גופניים שנגרמו לו, המתיישבים עם טענותיו כי עבר עינויים, קבע בית המשפט כי העותר לא עמד בנטל השכנוע שההחלטה לא לפתוח בחקירה הייתה בלתי סבירה באופן קיצוני.⁶³ זאת, משום שהעותר, לפי בית המשפט, לא הוכיח כי הנזקים נגרמו לו עקב החקירה, וכי האמצעים שהופעלו נגדו גרמו לו כאב וסבל חמורים (קרי, על העותר להוכיח כי האמצעי שבו נחקר אכן גרם לו בפועל כאב וסבל חמורים, וכאשר המדינה מכחישה את התקיימותו של רכיב זה, הכחשתה מועדפת על גרסת העותר).⁶⁴ עוד קבע בית המשפט כי אי־אפשר לקבוע שבוצע עינוי אסור אך ורק בהתבסס על אמצעי החקירה שנעשה בו שימוש, מבלי לבחון את הנסיבות הספציפיות של המקרה. בית המשפט לא היה מוכן אפילו לקבוע כי שיטות חקירה מסוימות, כגון קשירת בננה או הצעדת צפרדע, מקימות חזקה שמדובר בעינויים. לבסוף, פסק הדין מציב רף נורמטיבי גבוה בכל הקשור לקביעה אילו אמצעי חקירה ייחשבו

58 שם, בעמ' 345–346.

59 שם, בעמ' 346.

60 צוות לבחינה וליישום הדוח השני של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31.05.10 בנושא הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על-פי המשפט הבין-לאומי **דוח צוות היישום** 31–32 (2015).

61 בג"ץ **אבו גוש**, לעיל ה"ש 19. הפרשה עסקה בתלונה שהגיש פעיל חמאס, ששימש מומחה חבלה, ובה טען כי עבר עינויים קשים בחקירת השב"כ שעבר בשנת 2007, אשר גרמו לו נזק גופני קבוע. המדינה לא הכחישה כי הופעלו נגד אבו גוש שיטות חקירה מיוחדות, והסבירה כי המידע שהוא מסר בחקירה הוביל לאיתור מעבדת חבלה ולזיהוי פעילים אחרים, שמסרו מידע על אודות חגורת נפץ שהוטמנה בלב תל אביב לקראת ביצוע פיגוע טרור.

62 יש לציין כי בתיק הפלילי שהתקיים נגד אבו גוש נחתם הסדר טיעון. ייתכן שהדבר נבע מרצון של התביעה לא להביא לידי הכרעה שיפוטית את שאלת הרצון החופשי בעת מסירת ההודאות.

63 בג"ץ **אבו גוש**, לעיל ה"ש 19, פס' 22–23 לפסק דינו של השופט שהם.

64 שם, פס' 35 לפסק דינו של השופט שהם.

עינוי אסור, כמשמעותו בסעיף 1 לאמנה נגד עינויים (שלגביו לא חלה הגנת הצורך),⁶⁵ ורף נורמטיבי נמוך בקשר לקביעה מהם מצבי החירום שבהם ניתן להתבסס על הגנת הצורך.⁶⁶ השילוב של נטל ראייתי כבד המוטל על העותר ביחס לחקירה המתקיימת בלא תיעוד חזותי וקולי עם עמדה נורמטיבית המרחיבה את היקף הפטור מאחריות פלילית גם למקרים שבהם הלחץ המופעל על העותר מתקרב במאפייניו לעינוי אסור, או עם מקרים שבהם ספק רב אם מוצו הדרכים החלופיות לחילוף מידע מהנחקר,⁶⁷ מצמצם מאוד את קשת המקרים שבהם האיסור צפוי להיאכף הלכה למעשה.

נראה כי בית המשפט דן בטענות העותר בפרשת **אבו גוש** ובתשובת החוקרים במתכונת המוכרת לנו מן התקופה שלפני דוח לנדוי⁶⁸ – כמו המבת"ן, הוא נתן אמון מוחלט בגרסת החוקרים ורחש חוסר אמון מלא כלפי גרסת העותר ככל שהחוקרים הכחישו אותה, כאילו לא נפל דבר מעולם: כאילו לא התגלה מה שהתגלה לפני ועדת לנדוי ואחריה; ואף שטענות העותר על איומים שהושמעו כלפיו שיפגעו בבני משפחתו, על איזוק מכאיב ועל כך שהוא נדרש לעמוד עמידת צפרדע ונקשר בתנוחת בננה נשמעות מוכרות היטב ונתמכות בתעודות רפואיות. בית המשפט גם דן ברותחין את העותר בשל ההבדלים שנמצאו בין גרסתו השונות על מה שעבר עליו בחקירה, אף שהעדויות המומחות נתנו הסבר לפערים אלה, ואף שאי אפשר לצפות שאדם העובר חקירה באמצעים מיוחדים – שתכליתה לשבור את רוחו, בין היתר על ידי גרימת חוסר התמצאות (disorientation) – ישכיל לתאר את מה שעבר עליו לאחר כשבועיים, ולמסור אותו תיאור בדיוק לאחר חלוף זמן, כאילו ניהל יומן חקירה והוא קורא מתוכו. גם העובדה שהעדויות המומחות שבדקו את העותר נמנעו מלקבוע קביעות נחרצות לעניין הקשר בין החקירה שעבר אבו גוש לבין מצבו הרפואי "משחקת" מבחינת בית המשפט נגד ממצאיה של חוות הדעת, ולא לטובת אמינותן של המומחות שערכו אותה. בית המשפט אף גרע ממשקלה של חוות דעת זו משום שחלפו חמש שנים בין החקירה לבין הבדיקה, וזאת אף שהעותר זכה בתשובה מהמבת"ן רק ארבע שנים אחרי שהתלונן. לפני בית המשפט התגלתה תמונה של סחבת של חודשים רבים ואף שנים בטיפול בתלונותיו של העותר – למבת"ן, ליועץ המשפטי לממשלה, למצ"ח ולמח"ש, לרבות ערר שהוגש בשנת 2011 ואשר תוצאתו לא הובהרה עד למועד הגשת העתירה. בית המשפט ציין את הנתונים הללו, אך לא מצא לנכון לבקר את הרשויות על בסיסם, כאילו מדובר

65 שם, פס' 33–35 לפסק דינו של השופט שהם. ראו גם בג"ץ **טביש**, לעיל ה"ש 19, פס' 48–57 לפסק דינו של השופט אלרון.

66 שם, פס' 58–61 לפסק דינו של השופט אלרון; בג"ץ **אבו גוש**, לעיל ה"ש 19, פס' 46 לפסק דינו של השופט שהם.

67 במקרה של אבו גוש, המעבר לשימוש באמצעי חקירה מיוחדים התרחש כבר למחרת היום שבו החלה חקירתו (שם, פס' 44 לפסק דינו של השופט שהם). קשה להניח, בתנאים כאלה, שמוצו כל אמצעי החקירה החוקיים שהיו יכולים להניעו לשתף פעולה עם חוקריו.

68 ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת דין-**וחשבון** חלק ראשון (1987).

בהתנהלות סבירה של רשויות חקירה. קשה לא להתרשם שהמשיבים והעותר אינם נמדדים לפי אותה אמת מידה בכל הקשור להשלכת חלוף הזמן על אמינות מסקנותיהם.

פרק ד: נקודות תורפה בדין הנוהג בישראל והצעות לשינוי

1. חולשתם של מנגנוני הבדיקה הנוהגים בישראל

מן האמור לעיל עולה כי ברמת ההצהרה הדין הישראלי אוסר באופן מוחלט שימוש בעינויים, כהגדרתם בסעיף 1 לאמנה נגד עינויים, וכי מדיניותו של היועץ המשפטי לממשלה, הבאה לידי ביטוי במסמך מסגרת שגיבש,⁶⁹ היא לשלול באופן גמור את האפשרות לטעון להגנת הצורך במקרים של חקירות פליליות המערבים שימוש באמצעי חקירה העולים כדי עינויים. עמדה משפטית זו עולה בקנה אחד עם עמדת בג"ץ בפרשת **אבו גוש**⁷⁰ ועם התחייבויותיה של מדינת ישראל לפי האמנה נגד עינויים.

עם זאת, זכותו של הנחקר לסעד אפקטיבי במקרה של הפרה (שהיא זכות מסדר שני הצומחת במקרה שבו נטען כי הופרה זכות מסדר ראשון), המעוגנת בסעיף 2(3) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובסעיפים 12–14 לאמנה נגד עינויים, מחייבת קיומו של מנגנון בדיקה עצמאי, נטול פניות ואמין, שיוכל לבחון בצורה יעילה ושקופה ככל האפשר תלונות על אמצעי חקירה העולים כדי עינויים.⁷¹ העובדה שרק אחת ממאות התלונות שהוגשו למכת"ן נגד חוקרי שב"כ הובילה במרוצת השנים לפתיחה בחקירה פלילית – וזאת אף שהתלונות כללו טענות על אודות אמצעי חקירה העולים לכאורה כדי עינויים, ביניהם תלישת זקנים, מכות נמרצות, טלטולים, איזוק בתנחות גוף מכאיבות ועוד – מעמידה בספק את דבר קיום התחייבותה של ישראל להעניק סעד אפקטיבי בגין הפרות לכאורה של איסור העינויים הקבוע באמנה נגד עינויים. בהעדר סעד אפקטיבי כזה ניתן לתהות אם האיסור עלי ספר משקף גם איסור במציאות הנוהגת.

שינוי הפרופיל המקצועי של המכת"ן מעובד שב"כ לעובד משרד המשפטים, המלצות ועדת טירקל להעביר את המכת"ן ואת הממונה עליו למח"ש, והמלצת בית המשפט להסמיך בחוק את הממונה על המכת"ן להורות על פתיחה בחקירה נגד חוקרי שב"כ,⁷² הינם צעדים בכיוון הנכון של חיזוק עצמאותו של מנגנון הבדיקה ושיפור יעילותו. עם זאת, כל עוד חקירת המכת"ן נופלת ביעילותה מחקירת מח"ש, בשל הפערים בין שני הגופים מבחינת הסמכויות החוקיות העומדות לרשותם, ספק בעינינו

69 מסמך המסגרת של היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 18.

70 בג"ץ **אבו גוש**, לעיל ה"ש 19.

71 ראו **דוח ועדת טירקל**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 121–124.

72 בג"ץ **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל**, לעיל ה"ש 53, פס' כח לפסק דינו של השופט רובינשטיין. זאת בדומה לה"ש 73 שמפנה לה"ש 7 (עניין אחר של הועד הציבורי נגד עינויים).

אם במקרים שבהם נטענת הגנת הצורך די בחקירת המבט"ן לקיים את חובת החקירה היעילה המוטלת על המדינה. לכן, עד אשר יושוו סמכויות המבט"ן לסמכויותיהם של חוקרי מח"ש, אנו בדעה כי על היועץ המשפטי לממשלה להורות על חקירת מח"ש בכל מקרה שבו נעשה שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים והועלתה לגבי אותו שימוש טענת צורך על ידי גורמי החקירה – טענה שיש בה הודאה מצד המדינה באי-החוקיות הלכאורית של אמצעי החקירה שהופעלו. הודאה כזו צריכה להעביר למעשה אל כתפי המדינה את נטל ההוכחה כי האמצעי היה נחוץ ומידתי (ולא עלה כדי עינוי אסור), ומחייבת מאמץ רב יותר לבירור האמת מצד רשויות החקירה. חקירה זו מתבקשת לנוכח העובדה שבמקרים הללו אין מחלוקת בדבר אי-חוקיותם של האמצעים שננקטו, והדיון מתמקד בשאלה הקשה של קיום פטור מאחריות פלילית – שאלה שההכרעה בה היא תלוית ניואנסים. ללא חקירה כזו לא נשאר הרבה מן ההבחנה של בית המשפט בבג"ץ **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל**⁷³ בין הסמכה מראש לבין פטור מאחריות פלילית בדיעבד. אכן, למקרא פסק דינו של בית המשפט בעניין **אבו גוש** מתקבל הרושם שבית המשפט מתייחס למעשיהם הבלתי-חוקיים של החוקרים כאל מעשים מוצדקים כבר בשעת עשייתם. במקרה כזה, אם לא מתקיימת חקירה משטרתית, המשמעות היא חסינות בפועל של החוקרים גם במקרים שבהם מוסכם כי ננקטו אמצעים בלתי חוקיים. חסינות כזו נוטלת מן האיסור החל על עינויים ועל יחס בלתי אנושי, אכזרי או משפיל את נשמתו. ספק בעינינו אם המדינה מסוגלת לעמוד באופן מלא בהתחייבותה הבינ-לאומית לקיים חקירה עצמאית ויעילה של טענות בדבר שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים, בלא אימוץ של מכלול הצעדים האמורים.

בצד החובה להעניק סעד אפקטיבי במקרים של הפרת האמנה נגד עינויים, שומה על המדינה גם לקיים את **החובה למנוע עינויים**, הקבועה בסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובסעיף 2(1) לאמנה נגד עינויים. מתוקף חובה זו, על המדינה לאמץ אמצעי מניעה יעילים. אנו סבורים כי תיעוד חזותי וקולי של כל חקירות השב"כ, כנדרש ביחס לחקירות משטרה לפי סעיף 7 לחוק סדר הדין הפלילי (תיעוד חשודים), התשס"ב-2002, הינו אמצעי יעיל במיוחד בהקשר הישראלי (שבו מתאפשרת מניעת פגישה בין הנחקר לבין עורך דינו בימים הראשונים של החקירה). צדקה אפוא ועדת טירקל כאשר המליצה על החלת החובה לערוך תיעוד חזותי וקולי גם על חקירות השב"כ,⁷⁴ והמלצתה

73 בג"ץ **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל**, לעיל ה"ש 7.

74 ראו גם Comm. Against Torture, Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Israel, ¶ 19, U.N. Doc. CAT/C/ISR/CO/5 (2016) ("The State party should adopt the legislative and other measures necessary to ensure the compulsory audio-visual recording of all criminal suspects' interrogations, including those of persons accused of security-related offences. Audio-visual footage should be monitored by an independent body and kept for a period sufficient for it to be used as evidence in courts"); Hum. Rts. Comm., Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Israel, ¶ 14, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/CO/4 (2014) ("[Israel should] provide audio or visual documentation of interrogations in cases of persons detained for security offences").

של ועדת צ'חנובר בנושא זה⁷⁵ אינה מהווה תחליף ראוי לדרישת התייעוד המלא. העובדה שלשני הצדדים, לנחקר ולחוקרים, עשוי להיות אינטרס לא למסור גרסת אמת, הקושי של המערכת המשפטית להתייחס באופן שווה לנחקר ולחוקרים, והמורכבות של הוכחת האמת על המתרחש בחקירות בהסתמך אך ורק על עדויות הנחקר והחוקרים (כפי שהוכח עוד לפני ועדת לנדוי) – כל אלה מלמדים על חיוניותו של תיעוד מלא של החקירות. בלעדי תיעוד כזה אין המדינה יוצאת ידי חובתה לעשות לשם מניעת עינויים. זאת ועוד, בהעדר תיעוד לא יהיה אפשר למנוע הרשעות על יסוד הודאות שווא שנגבו באמצעים בלתי חוקיים.

ודוק, דווקא קיומה של האפשרות להפעיל אמצעי חקירה מיוחדים, הפוגעים בזכויות יסוד של הנחקר, מחייב לשיטתנו פיקוח הדוק יותר מזה המקובל בחקירות שגרתיות, אשר יחול הן על ההצדקה להפעיל שיטות חקירה מיוחדות והן על האמצעים המופעלים. האיסור המוחלט החל על עינויים במשפט הבין-לאומי מבוסס במידה רבה על ההערכה כי גופי ביטחון שמטרתם היא מניעת טרור צפויים לייצר "התראות שווא" בדבר סיכון (false positives) יותר מאשר הערכות חסר של הסכנה הצפויה (false negatives). האיסור המוחלט נועד, בין היתר, להתמודד עם הטיה זו, על ידי הגבלה חמורה של שיקול דעתם של החוקרים ויצירת "אפקט מצנן" נגד הפעלת אמצעים מיוחדים במקרי גבול.⁷⁶ שיקול דומה חל ביחס לסוגיה של תיעוד מקרים שבהם עשויים להיות מופעלים אמצעים מיוחדים: הסבירות הגבוהה של "התראות שווא" מצדיקה תיעוד חזותי וקולי גם אם יהיה לו "אפקט מצנן", שכן בלעדיו יש סיכוי גבוה לסטייה מהכללים לכיוון פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות הנחקר. מטעמים דומים אנו סבורים כי יש מקום לבטל את הפטור שניתן למשטרה לגבי תיעוד חזותי וקולי של חקירות בטחוניות.⁷⁷

2. היקפה של הגנת הצורך

גם אם נקבל את העמדה הנורמטיבית המשתמעת ממסמך המסגרת של היועמ"ש⁷⁸ ומפסק הדין בפרשת אבו גוש,⁷⁹ כי ניתן להסתמך על הגנת הצורך במקרים של שימוש באמצעי חקירה פסולים שאינם עולים כדי עינויים אסורים כהגדרתם בסעיף 1 לאמנה נגד עינויים (קרי, אמצעים המהווים "לכל היותר" יחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל),⁸⁰

75 ראו לעיל ליד ה"ש 60.

76 ראו Yuval Shany, *The Prohibition Against Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment and Punishment: Can the Absolute Be Relativized Under Existing International Law?*, 56 CATH. U. L. REV. 837, 844–845 (2007).

77 חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 8), התשע"ז-2016, ס"ח 44.

78 ראו לעיל ה"ש 18.

79 ראו לעיל ה"ש 19.

80 ראו לעניין זה את עמדתו השונה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת *Gäfgen v. Germany*, לעיל ה"ש 16, פס' 119: "In cases of willful ill-treatment the breach of Article 3 cannot be remedied only by an award of compensation to the victim. This is so because, if the

עדיין קמה למדינה במקרים אלה חובה לפצות את הנחקר במקרים אלה בגין הפגיעה בזכויותיו.⁸¹ גם חובה זו לא תוכל להתממש ללא חקירה משטרתית במקרים שבהם מופעל אמצעי בלתי חוקי וללא תיעוד מלא של החקירות. יתר על כן, ברור כי גם לשיטת בית המשפט בכג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל וגם לפי הוראות המשפט הבינ-לאומי,⁸² טענה מסוג של הגנת הצורך יכולה להיטען במקרים נדירים בלבד, המערבים נסיבות מיוחדות שבעטיין אין זה צודק להטיל דופי פלילי בחוקר. אי-אפשר ליצור הלכה למעשה – באמצעות הנחיה מנהלית פורמלית או באמצעות נהלים בירוקרטיים לא פורמליים – נורמה מסדר ראשון, מסוג של "צידוק", המתירה מראש שימוש באמצעי חקירה העולים כדי יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל.

זאת ועוד, ספק בעינינו אם ניתן בכלל להכיר בהגנת הצורך ככל שזו מתייחסת להפעלה של סמכות שלטונית על ידי עובד מדינה במהלך הרגיל של הפעלת הסמכות על ידיו וכחלק מביצוע תפקידו (באופן המייחד אותו מאדם אחר המוצא את עצמו באותן נסיבות). במצב דברים זה, להבדיל ממצבים יוצאי דופן ובלתי צפויים החורגים מתפקידו הרגיל של עובד המדינה (למשל, כאשר הוא מותקף תקיפה בלתי חוקית), יש לראות בהחלטה של המחוקק הראשי לא להעניק לעובד סמכות חוקית להפעיל אמצעים חריגים הכרעה נורמטיבית בין האינטרסים המתחרים, השוללת את האפשרות לקבוע הסדרים אחרים במסגרת הדיון בהגנת הצורך.⁸³

העמדה שלפיה אין להסדיר מראש את השימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים נובעת לא רק ממהותה של הגנת הצורך ומעקרונות יסוד של שלטון החוק (המחייבים שהמחוקק הראשי ייצור הסדרים ראשוניים בנושאים חשובים המערבים זכויות יסוד), אלא גם מהחובה להבטיח את כיבודה של הנורמה מן הסדר הראשון. נוהל המתיר שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים (המנוגדים לאיסור המוטל במשפט הבינ-לאומי על יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל), שהם פוגעניים כשלעצמם, עלול להוביל – כתוצאה מיישום שגוי או מהסלמה – לשימוש באמצעים בלתי חוקיים פוגעניים עוד יותר

authorities could confine their reaction to incidents of willful ill-treatment by State agents to the mere payment of compensation, while not doing enough to prosecute and punish those responsible, it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity, and the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice"

81 ראו Shany, לעיל ה"ש 76, בעמ' 864.

82 השו" הורו, Rome Statute of the International Criminal Court, arts. 31(1)(c)–(d), July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90; Prosecutor v. Kordić, Case No. IT-95-14/2-T, judgment, ¶ 452 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, Feb. 26, 2001).

83 לדין ראו Mordechai Kremnitzer & Re'em Segev, *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?*, 34 ISR. L. REV. 509, 541 (2000).

(המנוגדים גם לאיסור העינויים) ולשימוש באמצעים בלתי חוקיים גם במקרים שאינם מתאימים להגדרה של "צורך".

(א) היחס בין איסור, פטור מאחריות פלילית וערובות משפטיות

כאמור, קיים הבדל של ממש בין גישתו של בית המשפט בבג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל לבין חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה והתפתחות הדברים בחיי המעשה. עניין אחד הוא קיומו של איסור פלילי בנוגע לשימוש בעינויים ולהפגנת יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, שאליו מתלווה חריג צר ו"אד-הוקי" לעניין האחריות הפלילית, במתכונת של סייג לאחריות מסוג של פטור, שיסודו במצוקה הקשה ביותר, הטרגית, שאליה נקלע החוקר. אופיו ה"אד-הוקי" של החריג – אשר מותר את אי-חוקיות המעשה בעינה ופותר רק פתח לאי-הטלת אחריות פלילית בדיעבד – מייצר "אפקט מצנן", ויש בו כדי להרתיע חוקרים מפני שימוש באמצעים בלתי חוקיים. אפיון החריג ככזה נועד להבטיח כי השימוש באמצעים כאלה, ככל שאין מדובר בעינויים, ייעשה, אם בכלל, רק באותם מקרים נדירים שבהם כלו כל הקיצים וברור לגמרי כי אי-אפשר להציל חיי אדם בלי הפרה של הדין. ה"אד-הוקיות" היא ההפך המובהק מבירוקרטיזציה ומרוטיניזציה של שימוש באמצעים בלתי חוקיים, והיא נועדה למנוע אותן. עניין אחר ושונה הוא מצב דברים שבו השימוש באמצעים בלתי חוקיים נעשה "ברשות ובסמכות", על בסיס מנגנון מסודר של היועצות בירוקרטית. מנגנון כזה מתפקד הלכה למעשה כצידוק משפטי, ואינו יוצר אפשרות ממשית של קיום הליך משפטי נגד המעורבים בשימוש באמצעי הבלתי-חוקי. מכאן שההסדרה המפורטת והא-פריורית של התנאים שבהם ייהנו חוקרי שב"כ מהגנת הצורך – בין שהיא מגובה בנוהל כתוב ובין שהיא יציר הפרקטיקה – מפחיתה מאוד את יעילותו של איסור השימוש באמצעים בלתי חוקיים, ואינה מתיישבת עם חובתה של המדינה לנקוט אמצעים אפקטיביים למניעת השימוש באמצעי חקירה פסולים.⁸⁴

רדוק, ככל שהפיקוח החיצוני על אמצעי החקירה שנעשה בהם שימוש בחקירות שב"כ הינו רופף יותר, גובר הסיכון לשימוש בלתי ראוי באמצעים בלתי חוקיים. מכאן

84 השוו Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625, 640 (1984): "There are two ways in which the vagueness of standards such as those defining the defenses of necessity and duress can serve as a vehicle of selective transmission. First, the indeterminacy of the standards makes it less likely that ordinary citizens will be able to rely on them with any degree of confidence. Second, even if the standards were to attain a more definite meaning by spawning a body of decisional law, this law, because of its sheer volume and complexity, would probably elude the legally untutored citizen. As long as the standard for a particular defense is sufficiently vague, and the body of decisions interpreting the standard sufficiently broad and varied, the danger that the defense will seriously modify individual behavior governed by the various conduct rules of the criminal law is reduced".

שהעדר ערובות נגד יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, כגון תיעוד חזותי וקולי של החקירה וכן חקירה עצמאית ויעילה של כל שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקי, מדגיש עוד יותר את הצורך למנוע את השב"כ מלפתח נהלים המתפקדים הלכה למעשה כצידוק. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח המסגרת המשפטית הקיימת בישראל, המאפשרת בידוד כמעט מוחלט של החשוד הנחקר מן העולם החיצון (במקרה של אבו גוש למשך 31 ימים, להוציא חריג אחד – ביום השישה-עשר ביקר אותו נציג של הצלב האדום). זאת, הן מבחינת מה שהמסגרת האמורה מאפשרת, הן מבחינת מה שהיא מאותתת לחוקרים ולנחקר, והן מבחינת השפעתה בפועל על מי שנמצא בבידוד כזה, כשלעצמה וכשהיא מצטרפת לאמצעים נוספים שנוקטים כלפי הנחקר. על מסגרת כזו כתב ה'רווח המיוחד של האו"ם לנושא העינויים, סר נייג'ל רודלי, כי היא מהווה כשלעצמה יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל,⁸⁵ ואותה עמדה נקט רודלי יחד עם המומחים למשפט בין-לאומי ה'דקן פיטר תומס ברנס והפרופסורים מלקולם ד' אוונס ומנפרד נוואק בתצהיר שהוגש לבית המשפט מטעם העותרים בפרשת אבו גוש.⁸⁶ אשר על כן אנו בדעה כי השיקולים שציין היועץ המשפטי לממשלה במסמך המסגרת שחיבר, ובראשם הגברת הוודאות המשפטית ומתן הגנה משפטית לחוקרי השב"כ,⁸⁷ אינם מצדיקים השלמה עם קיומו בפועל של "נוהל צורך".

(ב) חשיבות אופיייה ה"אד-הוקיי" של הגנת הצורך

מסמך המסגרת של היועץ המשפטי לממשלה לוקה, לדעתנו, בכך שהוא מדגיש פרמטרים של פיקוח ושליטה במסגרת השיקולים החולשים על החלטתו של היועץ אם להעמיד לדין חוקר שהפעיל אמצעים פסולים. כזכור, המסמך מפנה בפסקה ז(1) לדרגים שאישרו את המעשה, לשיקול דעתם, לפיקוח ולתיעוד כשיקולים לקולא (וזאת כחלק מהרצון לספק הגנה וודאות משפטית לחוקרים). דא עקא, פרמטרים אלה אינם מתיישבים עם הכלל החל במשפט הבין-לאומי שלפיו הוראה של ממונה להפר נורמה פלילית בין-לאומית אינה פוטרת את הפקוד מאחריות פלילית, אם זה ידע שהפקודה בלתי חוקית או אם דובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.⁸⁸ מכאן שגם במקרים של פעולה

85 Hum. Rts. Comm., Civil and Political Rights Including the Questions of Torture and Detention: Report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, Submitted Pursuant to Commission on Human Rights Resolution 2000/43, ¶ 665, U.N. Doc. E/CN.4/2001/66 (2001).

86 ראו נייג'ל רודלי, פיטר ברנס, מלקולם אוונס ומנפרד נוואק "חוות דעת מומחה על חקירתו של מר אסעד אבו גוש" (חוות דעת שהוגשה על ידי העותרים בבג"ץ אבו גוש, לעיל ה"ש 19, ב-16.2.2014) stoptorture.org.il/wp-content/uploads/2016/08/%D7%97%D7%95%D7%95%D7%AA-%D7%93%D7%A2%D7%AA-%D7%9E%D7%95%D7%9E%D7%97%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%99%D7%A0%D7%9C%D7%90%D7%95%D7%9E%D7%99%D7%99%D7%9D1.pdf.

87 ראו מסמך המסגרת של היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 18, פס' ד.

88 ראו Rome Statute of the International Criminal Court, לעיל ה"ש 82, ס' 33. יש לציין כי הפרת

הנחזית כפעולה "ברשות ובסמכות" שומה על היועץ המשפטי לממשלה לבחון את אחריותם הפלילית של החוקר ושל הממונים עליו בגין השימוש באמצעי חקירה פסולים, ואין לראות באישורם של אמצעי החקירה גורם השולל – תמיד או ברגיל – את פלילות השימוש בו. עידוד עירובם של דרגים נוספים בתהליך קבלת ההחלטות הפנימי בשב"כ עלול גם להקשות מאוד הטלת אחריות משפטית בגין הפעלת אמצעי חקירה בלתי חוקיים. הסיבה לכך היא שריבוי המשתתפים בפעולה וחשיפת חלקים שונים של התמונה העובדתית והמשפטית לפנייהם יקשו את ביסוס אחריותו של מי מהם להפעלתם של אמצעי החקירה הבלתי חוקיים בנסיבות המקרה.⁸⁹ תודעת האחריות האישית הינה מחסום חיוני בפני הצדקה עצמית של אמצעים בלתי חוקיים בחקירה,⁹⁰ והיא שעמדה לדעתנו לנגד עיניו של בית המשפט בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל כאשר פסל את שיטת ההיתרים שהייתה נהוגה קודם לכן. החלשת יסוד האחריות האישית, העלולה להיגרם מיישום אותו חלק במסמך המסגרת העוסק בתוצאתם המשפטית של מנגנוני אישור ופיקוח, אינה מתיישבת אפוא, לדעתנו, עם רוחו של פסק הדין משנת 1999.

סיכום

מכל האמור לעיל עולה, לטעמנו, כי מדיניות החקירות של השב"כ והפיקוח המוחל עליה על ידי המערכת המשפטית אינם מתיישבים באופן מלא עם התחייבויותיה הבין-לאומיות של מדינת ישראל, ובמיוחד עם אופיים המוחלט של האיסורים החלים על עינויים ועל יחס בלתי חוקי אחר במשפט הבין-לאומי. לבעיות הקשורות לפן הנורמטיבי של הקונסטרוקציה המשפטית שנוצרה בנושא זה בדין הישראלי – אשר מאפשרת

האיסור החל על עינויים או על יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל עולה במקרים רבים כדי פשע בין-לאומי. שם, ס' 8(2)(a) ו-8(2)(c)(1).

⁸⁹ השווה להחלטה של משרד המשפטים האמריקני לא להטיל אחריות מקצועית על עורכי הדין שניסחו מזכר המפרש בצמצום יתר את איסור העינויים בהקשר של הדין האמריקני, לא להעמיד לדין (מטעמים משפטיים) את סוכני ה-CIA שפעלו לפי אותה חוות דעת, ולא להעמיד לדין (בשל מחסור בראיות) את אלה שחרגו מחוות הדעת: David Margolis, Assoc. Deputy Att'y Gen., *Memorandum for the Attorney General*, DEP'T OF JUST. 67-69 (Jan. 5, 2010), www.aclu.org/files/pdfs/natsec/opr20100219/20100105_DAG_Margolis_Memo.pdf; *Statement of Attorney General Eric Holder on Closure of Investigation into the Interrogation of Certain Detainees*, DEP'T OF JUST. (Aug. 30, 2012), www.justice.gov/opa/pr/2012/August/12-ag-1067.html.

⁹⁰ ראו, למשל, Derek B. Cornish & Ronald V. Clarke, *Opportunities, Precipitators and Criminal Decisions: A Reply to Wortley's Critique of Situational Crime Prevention*, 16 *CRIME PREVENTION STUD.* 41, 67 (2003).

הישענות על הגנת הצורך במקרים שאינם עולים כדי עינויים לפי סעיף 1 לאמנה נגד עינויים – מתלוות גם בעיות קשות בשלב הפיקוח החיצוני על חקירות השב"כ. הן בית המשפט העליון והן ועדת טירקל הצביעו בעבר על פגמים בעצמאותו וביעילותו של מנגנון בירור התלונות על חוקרי השב"כ, אך פגמים אלה לא תוקנו באופן מלא. חשיבות מיוחדת נודעת בעינינו להמלצתה של ועדת טירקל בדבר תיעוד חזותי וקולי (המלצה הנתמכת בעקיפין גם על ידי מסמך המסגרת של היועץ המשפטי לממשלה, המעודד את תיעוד החקירות), שכן הדבר עשוי לסייע למנגנון בירור התלונות לפקח באופן יעיל על יישום האיסור החל על עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל באותם מקרים שבהם נטענת טענת הצורך או כאשר קיים חשש שננקטו אמצעים בלתי חוקיים.

אנו סבורים כי בכל מקרה שבו חוקרי שב"כ מעלים טענה בדבר הגנת הצורך בקשר להפעלת אמצעי חקירה בלתי חוקיים יש לפתוח בחקירת מח"ש (או בחקירה של גורם משפטי אחר המחזיק בכל הסמכויות הנתונות בידי חוקרי מח"ש). על גורמי החקירה לבחון במקרים אלה, בצורה עצמאית ויעילה, אם הנסיבות היו כאלה שיכלו לבסס טענת צורך, ואם האמצעים שננקטו נפלו בגבולותיה של ההגנה, וזאת ביחס לכל אחד מהמעורבים בהפעלת האמצעי הבלתי-חוקי. חובת חקירה זו, החלה ביחס לכל חשד של ממש להפרת הדין הישראלי או הבין-לאומי, צריכה להיות מוחלטת באופן מוגבר מקום שאין פיקוח יעיל על יישום האיסור החל על עינויים ויחס בלתי חוקי אחר.

לא למותר לציין כי קיימים אמצעים נוספים – אשר אינם מטופלים במאמר זה – שיש לבחון וליישם במידת הצורך על מנת לחזק את ההגנה על איסור העינויים. אמצעים אלה כוללים שיפור של נוהלי הבדיקות הרפואיות של עצירים הטוענים כי עברו עינויים והתאמתם לסטנדרט הבין-לאומי (פרוטוקול איסטנבול),⁹¹ חקיקת חוק ישראלי שיגדיר את איסור העינויים וירחיב את הכללים בנוגע לאי-קבילותן של ראיות שהושגו ב"חקירות צורך",⁹² וחיזוק הפיקוח המנהלי על שיטות החקירה ואמצעי החקירה.

בסופו של יום ניכרת הצטברות של מכלול תנאים בעייתיים בהקשר של חקירות השב"כ: חקירה בתנאי בידוד מן העולם החיצון, מנגנון של התייעצות ואישורים לפני שימוש באמצעי בלתי חוקי, העדר פיקוח יעיל על הנעשה בחדרי החקירות, הימנעות מחקירה משטרתית גם כאשר יש הודאה בשימוש באמצעים בלתי חוקיים, התמריץ האנושי הקיים להשיג כמעט בכל מחיר מידע אשר חיוני או נחוץ לשם הצלת חיים (במיוחד ממי שהוא אויב או נתפס ככזה), אמון בלתי מסויג של מערכת אכיפת החוק

91 U.N. High Commissioner for Hum. Rts., Istanbul Protocol: Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, U.N. Doc. HR/P/PT/8/Rev.1 (2004)

92 ראו אמג'ד עיראקי "משרד המשפטים מקדם הגדרת עינויים כעבירה פלילית. על מי זה ישפיע?" [שיחה מקומית](http://mekomit.co.il/%D7%97%D7%95%D7%A7-%D7%A0%D7%95%D7%99%D7%99%D7%99%D7%92%D7%93-%D7%A2%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%99%D7%99%D7%9D/) 9.5.2016

מרדכי קרמניצר, יובל שני

משפט ועסקים כה, תשע"ט

בחוקרים ואי-אמון בגרסת הנחקרים. על רקע זה עולה השאלה אם האיסור המוחלט שהוטל בשיטת המשפט בישראל על עינויים ויחס בלתי חוקי אכן מתקיים הלכה למעשה גם בחדרי החקירות שלנו.