

חוות דעת מומחים: בג"צ 5722/12 אבו גוש נ' היועמ"ש

שמות המומחים:

פרופ' מרדכי קרמניצר, סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופ' אמריטוס
פקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.
פרופ' יובל שני, הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי ע"ש הרש לאוטרפכט, דיקן הפקולטה
למשפטים, האוניברסיטה העברית, המכון הישראלי לדמוקרטיה.

אנו נותנים חוות דעת זו במקום עדות בבית המשפט ואנו מצהירים בזאת כי ידוע לנו היטב,
שלענין הוראות החוק הפלילי בדבר עדות שקר בשבועה בבית המשפט, דין חוות דעתנו זו
כשהיא חתומה על ידנו כדין עדות בשבועה בבית משפט.

היום, יום חמישי, 6.2.14.

פרטי השכלתנו:

פרופ' מרדכי קרמניצר

1966 תואר ראשון במשפטים, האוניברסיטה העברית

1981 דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית

פרופ' יובל שני

1995 תואר ראשון במשפטים (בהצטיינות), האוניברסיטה העברית

1997 תואר שני במשפט בינלאומי, New York University School of Law

2001 דוקטור למשפטים, University of London, School of Oriental and African

Studies, Department of Law

פירוט עיקרי הכשרתנו והניסיון המקצועי הרלוונטיים:

פרופ' מרדכי קרמניצר

1970-1977 תובע בחיל הים, סגן תובע ראשי, שופט צבאי (צה"ל)
1977-2005 שופט צבאי במילואים, בעיקר בתיקים של עבירות המתה
1980-1983 מרצה למשפט פלילי ומשפט מסחרי, האוניברסיטה העברית
1982-1983 חבר בוועדת מחקר (יחד עם פרופ' פלר) שמונתה על ידי משרד המשפטים
לניסוח תיקון לחוק העונשין
1983-1984, 1988-1989 חוקר במכון מקס פלאנק, פרייבורג, גרמניה בעניין עבירות
כנגד אינטרסים ציבוריים ועבירות ספציפיות
1990-1993 דיקן הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית
1993-1994 יו"ר הוועדה לבחינת "הטיפול המערכתי באלימות שוטרים"
2001-2005 חבר בצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה להכנת טיוטת חוקה למדינת ישראל
2002-2004 מנהל אקדמי, מרכז מיגרבה לזכויות אדם, האוניברסיטה העברית

2002-2004	נשיא מועצת העיתונות בישראל
2007-2011	יו"ר וועדה במינוי משרד המשפטים לתיקון החוק בנוגע לעבירות המתה
2005-2008	חוקר ראשי שותף, קרן ישראל-גרמניה (GIF), פרויקט מחקר על כבוד האדם ומשפט פלילי, האוניברסיטה העברית
2008-	סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה
2012	חבר בוועדה במינוי הממשלה להצעת מדיניות ענישה לישראל
2013	חוקר ראשי במחקר על מידתיות במדיניות ציבורית, במחקר הממומן על ידי הוועדה האירופאית למחקר (ERC)

פרופ' יובל שני

1998-	חוקר עמית (1998-2007) ובוועד המנהלים (2007-היום) ב- Project on International Courts and Tribunals (PICT)
2005-	הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי ע"ש הרש לאוטרפכט, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית
2005-	חבר ומנהל בפועל (2011-2012) בפורום למשפט בינלאומי באוניברסיטה העברית
2006-	מנהל אקדמי (2006-2009) ויו"ר הוועדה האקדמית (2011-היום) במרכז מינרבה לזכויות האדם, האוניברסיטה העברית
2008-	ראש פרויקט טרור ודמוקרטיה במכון הישראלי לדמוקרטיה
2012-2015	דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית
2013-2016	חבר וועדת זכויות האדם באו"ם

פרסומים נבחרים:

פרופ' מרדכי קרמניצר

ספרים

1. מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור, 2000. **חוק יסודי: הצבא, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר.**
2. מרדכי קרמניצר, רות גביון ויואב דותן, 2000. **אקטיביזם שיפוטי - בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית, ירושלים: הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית.**
3. מרדכי קרמניצר, 2009, **המרמה הפלילית (הוצאת נבו).**
4. חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור, 2005. **לשון הרע: הדין המצוי והרצוי, המכון הישראלי לדמוקרטיה והמכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר.**
5. מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר, 2011. **כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני - האם גם בישראל? המכון הישראלי לדמוקרטיה**

מאמרים

6. מרדכי קרמניצר ושגב ראם, 1998. **הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון - הרע במיעוט? משפט וממשל 4, עמ' 669-728**
7. מרדכי קרמניצר, 1983. **"על העברה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין" משפטים כרך יג': 275-294.**
8. מרדכי קרמניצר, 1990. **"המבצע בדיני העונשין - קווים לדמותו", פלילים א' 65**
9. מרדכי קרמניצר, 1996. **"תפקידו של התובע בהליך פלילי", פלילים ה' 173**

10. M. Kremnitzer, 2011. **Coercive Interrogation in Israel – The process of shaping the norms**, in *Gerechtigkeit und Gesellschaft*, M. Mahlmann (ed.), (Nomos, Baden-Baden, 2011), pp.164-188.
11. M. Kremnitzer and Tatjana Hörnle, 2011. **"Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law"** 44(1-2) *Israel Law Review*, pp.143-167.
12. M. Kremnitzer and Tatjana Hörnle, 2011. **"Human Dignity and the Principle of Culpability"** 44(1-2) *Israel Law Review*, pp.115-141.
13. M. Kremnitzer and L. Levanon, 2010. **"A Comment on Preventative Means in General and on Torture in Particular"** 42(2) *Israel Law Review*, p. 248
14. M. Kremnitzer and M. Cohn, 2005, **"Prosecution of International Crimes - Israel"**, National Prosecution of International Crimes, Vol. 5 (Berlin, A. Eser, U. Sieber, H. Kreicker, eds., Duncker & Humblot), pp. 317-410.
15. M. Kremnitzer, 2005. **'The Duty to Denounce or the Duty to Report - on the Omission to Prevent a Crime'**, *Hamishpat* 25 : 26-37.
16. M. Kremnitzer, 2005. **'New Humanistic Trends in Israeli Criminal Law'**, in: Muenchen, Arnold and others, Verlag C. H. Beck (eds)., *Menschengerechtes strafrecht - Festschrift fuer Albin Eser zum 70 Geburtstag*: 513-534.
17. M. Kremnitzer, 2005. **'Israel - a Jewish and Democratic State of all its Citizens'**, in: Yitzhak Reiter (ed.), *Dilemmas in Arab-Jewish Relations in Israel*, Jerusalem: Schocken Publishing House: 230-241.
18. M. Kremnitzer, 2004. **'Disqualification of Lists and Parties: The Israeli Case'**, in: Utrecht, Andra's Sajo, (ed.), *Militant Democracy: Eleven - International Publishing*: 157-170.
19. M. Kremnitzer and S. Reem, 2000. **The Legality of Interrogational Torture: A question of proper authorization or a substantive moral issue?** 34 *Israel Law Review*, pp. 509-559
20. M. Kremnitzer , 1989 **"The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the 'Needs' of the Security Service?"** 23 *Israel Law Review*

פרופ' יובל שני

ספרים

21. המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (יחד עם אורנה בן נפתלי), 2006, הוצאת רמות – אוניברסיטת תל אביב

1. **"Regulating Jurisdictional Interactions between National and International Courts"**, 2007, 216 pp., Oxford University Press, Oxford
2. **"Manual on International Court and Tribunals"** (co-written with Ruth Mackenzie and Cesare Romano) (2010), 500 pp., Oxford University Press, Oxford
3. **"Assessing the Effectiveness of International Courts"** (with participation of 6 co-authors)(forthcoming in 2013), est. 350 pp., Oxford University Press, Oxford)
4. **"Jurisdiction and Admissibility of International Courts"** (forthcoming in 2014), est. 200 pp., Cambridge University Press, Cambridge)

5. **"Israeli Counter-Terrorism Measures: Are They 'Kosher' under International Law?"**, 22 pp. in Michael N. Schmitt (ed.), "Terrorism and International Law: Challenges and Responses", 2003, International Institute of Humanitarian Law, San Remo
6. **"Human Rights and Humanitarian Law as Competing Legal Paradigms for Fighting Terror"**, 25 pp., in Orna Ben Naftali (ed), Collected Courses of the Academy of European Law: Human Rights and International Humanitarian Law, Vol. XIX/1 (2010) 1
7. **"Two Sides of the Same Coin? Judging Milošević and Serbia before the ICTY and ICJ"**, est. 30 pp, in Timothy Waters (ed.), *Milosevic - An Autopsy* (Forthcoming in 2012)
8. **"Should the Implementation of International Rules in Domestic Courts be Bolstered?"**, est. 10 pp. in Antonio Cassese (ed), *Realistic Utopia* (Forthcoming in 2011)
9. **"Guarding the Guards in the war against terrorism"**, 32pp, in Amichai Cohen and Christopher Ford (eds.), *Rethinking the Law of Armed Conflict in the Age of Terrorism* (2012) 99

מאמרים

10. **"ישראלים על ספסל הנאשמים? - השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל"** המשפט ט', 51 (2004)
11. **"Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories"** (co-written with Orna Ben Naftali), 37 *Israel Law Review* (2004) 17, 101 pp.
12. **"The Prohibition against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment: Can the Absolute be Relativized under Existing International Law?"** 56 *Catholic University Law Review* (2007) 837, 30 pp.
13. **"A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the *Targeted Killings Case*"** (co-written with Amichai Cohen) 5 *Journal of International Criminal Justice* (2007) 310, 11 pp.
14. **"A Pragmatic Objection to Moral Distinctions: A Comment on 'The Morality and Law of War'"** 40 *Israel Law Review* (forthcoming on 2007), est. 15 pp.
15. **"In Defence of Functional Interpretation of the Rome Statute: A Response to Yaël Ronen's "ICC Jurisdiction over acts Committed in the Gaza Strip"**, 8 *J.I.C.J.* (2010) 329, 15 pp.
16. **"Beyond the Grave Breaches Regime: The Duty to Investigate Alleged Violations of International Law Governing Armed Conflicts"**, est. 45 pp.(co-written with Amichai Cohen), 14 *IHL Yearbook* (2011) 37-84
17. **"Seeking Domestic Help: The Role of Domestic Criminal Law in Legitimizing the Work of International Criminal Tribunals"**, 11 *Journal of International Criminal Justice* 5 (2013)(22 pp.)

חוות דעת

הח"מ נתבקשו ע"י עו"ד סמדר בן נתן ועו"ד באנה שגרי בדארנה להוות דעתם המקצועית בשאלת התאמתם למשפט הבינלאומי והישראלי של המנגנונים המשפטיים המתאימים לשימוש על-ידי השב"כ באמצעי חקירה לא חוקיים החוסים כביכול תחת הגנת הצורך.

חוות הדעת נמסרת במסגרת ההליכים בבג"צ 5722/12 אבו גוש נ' היועמ"ש.

רקע משפטי

1. המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי אוסרים על שימוש באמצעי חקירה הגורמים או העשויים לגרום לפגיעה בשלומו הגופני או הנפשי של הנחקר. אמצעי חקירה הגורם במכוון לנחקר כאב או סבל חמור, פיזי או מנטלי, עשוי ליפול בגדר הגדרת המונח עינויים בסעיף 1 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס או עונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים משנת 1984 (ישראל הצטרפה לאמנה בשנת 1991) (להלן: "אמנת העינויים"). אמצעי חקירה חמורים פחות העשויים בכל זאת לגרום לנחקר כאב או סבל, פיזי או מנטלי, עלולים ליפול בגדר האיסור על יחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, הקבוע בסעיף 16 לאמנת העינויים (להלן: "האיסור על יחס אכזרי"). ס' 2 ו-16 לאמנת העינויים אוסרים מפורשות על עינויים ועל יחס אכזרי; איסורים מקבילים מצויים בסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (ישראל הצטרפה לאמנה בשנת 1991), בסעיפים 3, 32 ו-147 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה משנת 1949 (ישראל הצטרפה לאמנה בשנת 1951) ובמשפט הבינלאומי המנהגי.

2. בבג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (להלן: "בג"צ העינויים"), קבע בית המשפט העליון כי המשפט הישראלי אוסר על עינויים ועל יחס אכזרי. בפסקה 23 של פסק דינו של הנשיא ברק נקבע כי:

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

בפסקה 32 לאותו פסק הדין נקבע כי אין לחוקר שב"כ סמכות מעבר לסמכות לבצע חקירה סבירה הנתונה גם לחוקר המשטרה.

3. יש להדגיש כי האיסור נגד עינויים במשפט הבינלאומי הנו איסור מוחלט. סעיף 2(2) לאמנת העינויים קובע כי:

No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture (אין להיאחז בנסיבות חריגות, בין אם מצב מלחמה או איום במלחמה, אי-יציבות פוליטית פנימית או מצב חירום אחר, כצידוק לעינויים)

ביטוי נוסף לאופיו המוחלט של האיסור מצוי בכך שהאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות אינה כוללת כל חריג לאיסור נגד עינויים ויחס אכזרי הקבוע בס' 7. יתר על כן, סעיף 7 נמנה על רשימת הסעיפים מהם לא ניתן לחרוג אפילו בשעת חירום (ראו: ס' 4(2) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות). הקביעה לפיה לא ניתן לחרוג מהאיסור נגד עינויים ומהאיסור נגד יחס אכזרי נתמכת גם בנוסחה של אמנת ג'נבה הרביעית (שאינה מאפשרת חריגה מהאיסור), ובדין הבינלאומי המנהגי.

ראו למשל:

A (FC) and others v Secretary of State for the Home Department, [2005] UKHL 71, at para. 24 (per Bingham, LJ)
Prosecutor v Furundzija, ICTY Trial Chamber judgment of 10 December 1998, at para. 144
Gafgen v Germany, European Court of Human Rights judgment of 1 June 2006, at para. 107.
Oren Gross and Fionnuala Ni-Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (2006) 386

4. הקביעה לפיה המשפט הבינלאומי אוסר באופן מוחלט על עינויים ועל יחס אכזרי אומצה גם בפסקה 23 של פסק דינו של הנשיא ברק בבג"צ העימויים:

"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 אלו הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם

איזונים. אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה.

מעמדה המשפטי של הגנת הצורך לפי בג"צ העיניים

5. עמדת בית המשפט העליון באשר לאופיו המוחלט של האיסור נגד עינויים על פי המשפט הפלילי הישראלי מורכבת יותר מעמדתו לגבי אופיו המוחלט של האיסור על פי המשפט הישראלי המנהלי והחוקתי ועל פי המשפט הבינלאומי. לשיטת הנשיא ברק, מחבר פסק הדין המרכזי בבג"צ העינויים, כל שימוש באמצעי חקירה העולה כדי עינויים או יחס אכזרי עשוי להשית על החוקר המשתמש באמצעי זה אחריות משמעותית או פלילית (פסקה 23). עם זאת, לגישתו, ההגנות מפני נשיאה באחריות פלילית הקבועות בחוק העונשין, ובהן הגנת הצורך (ס' 34א לחוק העונשין, תשל"ז--1977), עשויות לחול בעיקרון על כלל העברות הפליליות. מכאן שהפרה של האיסור האמור מהווה תמיד הפרה של הדין הישראלי והבינלאומי, אך אינה מצמיחה תמיד אחריות פלילית אישית.

6. ודוק, גם לפי עמדה זו, אין להשליך מדבר קיומה של הגנה מאחריות פלילית על חוקיות הפעולה עצמה או על קיומה של סמכות משפטית לנקוט בה. כזכור, בית המשפט העליון דחה בבג"צ העינויים את עמדת המדינה לפיה "הגנת הצורך" הקבועה בחוק העונשין יכולה לשמש מקור משפטי לביסוס סמכותם של חוקרי שבי"כ להפעיל אמצעי חקירה לא חוקיים. בפסקה 36 של פסק דינו, מתאר הנשיא ברק את המגבלות של ההסתמכות על הגנת הצורך במילים הבאות:

"הסייג של "צורך" אינו מקור של סמכות לחוקרי השבי"כ לנקוט באמצעים פיזיים במהלך חקירה. הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין "צורך". סייג זה עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה (ראו פלר שם עמ' 209). אופי זה של הסייג אינו מאפשר לו להוות מקור של סמכות מנהלית כללית. זו מבוססת על קביעת אמות מידה כלליות, הצופה פני העתיד".

7. משמעות הדברים הנה כי המשפט הישראלי עולה בקנה אחד עם עמדת המשפט הבינלאומי לפיה האיסור מסדר ראשון נגד עינויים ונגד יחס אכזרי (החובה שלא לענות ושלא להתייחס לפרטים באופן אכזרי) הנו איסור מוחלט. אך ביחס לחובה

מסדר שני (החובה להעניש חוקרים המפרים את האיסור מן הסדר הראשון), המשפט הפלילי הישראלי מכיר באותם חריגים לאחריית פלילית החלים גם ביחס לעבירות פליליות אחרות. מבנה משפטי זה תואם את הכתיבה התיאורטית על חריגים לאחריית פלילית המסווגת אותם כ"פטור" (excuse), המשחרר את העבריין מעונש אך מותיר על כנו את אי חוקיותה של הפעולה, ולא כ"צידוק" (justification) המכשיר את חוקיות הפעולה. ואכן, פסק הדין בבג"צ העינויים קבע כי רק הוראת חוק חדשה אשר תסמיך את חוקרי השב"כ להפעיל אמצעי חקירה פיזיים יכולה לשמש כבסיס להעלאת של טענת צידוק (ס' 34 לג' לחוק העונשין) מצד חוקרים שהפעילו אמצעים שכאלה.¹

8. יש לציין, כי ככל שעסקינן באמצעי חקירה המהווים עינויים כהגדרתם כס' 1 לאמנה נגד עינויים, ראוי לפרש את פסק הדין של בג"צ באופן המתיישב עם אמנת העינויים. האמנה, המתמקדת בסוגיית האחריית הפלילית של מבצעי עינויים, שוללת מפורשות בס' 2(2) הנזכר לעיל את האפשרות להסתמך על נסיבות מיוחדות על מנת להצדיק עינויים, ואינה כוללת כל חריג לחובה להעמיד לדין מבצעי עינויים.² אין בדברי ההכנה של האמנה כל תמיכה לכוונת המנסחים לאפשר פטור מאחריית פלילית בקשר לאיסור נגד עינויים.

9. פסקה 38 של פסק דינו של הנשיא ברק, מתייחסת מפורשות לתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה באכיפת האיסור נגד עינויים ויחס אכזרי. אמנם, על הבחינה להיעשות לפיו נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, אך נקבע כי:

"היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של צורך".

¹ יש לציין, כי עמדה שונה הוצגה בחוות דעתה של עוה"ד נאווה בן אור שצורפה כנספח למסמך המסגרת הנזכר בפסקה 9. עמדתה של עוה"ד בן אור נראית לנו כבלתי מתחייבת מלשון פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"צ העינויים (שדחה את האפשרות להעניק לחוקרי שב"כ הגנת צידוק), ואף כבלתי רצויה, מנקודת ראותו של המשפט הבינלאומי, מכיוון שקבלתה הייתה מעמידה את פסק הדין בהתנגשות חזיתית וחריפה עם ס' 2 לאמנה נגד עינויים.

² ראו בהקשר זה את פרשת *Gafgen v Germany* (פסק דין של בית הדין האירופי לזכויות אדם מיום 1 ליוני 2010), בה נקבע כי אלימות נגד נחקר אינה יכולה להיות מוצדקת גם כאשר מדובר בנסיבות יוצאות דופן (צורך דחוף לחלץ מידע אודות מיקומו של קטין שנחטף ושנקלע לסכנת מוות). אמנם גרמניה העמידה לדין פלילי את החוקרים באותה הפרשה, והם הורשעו בדין, אך העונש הקל שהושת עליהם לא עלה בקנה אחד, לשיטת בית הדין האירופי לזכויות אדם, עם חשיבות הזכות שהופרה.

יש להניח כי כוונתו של בית המשפט הייתה כי היועץ המשפטי יבחן במסגרת הפעלת שקול דעתו, בכל מקרה ספציפי, לא רק את עצם האפשרות להעלות טענת צורך בנסיבות העניין, אלא גם את התקיימות כל יסודות ההגנה, לרבות הסבירות של האמצעים בהם נעשה שימוש (כפי שנקבע בסעיף 34 לחוק העונשין, דרישת הסבירות חולשת על סייג הצורך). בנוסף, היועץ המשפטי מצופה גם להפעיל את ההוראות הרלוונטיות של חוק העונשין באופן המתאים עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל (ראו: בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' היועמ"ש, פ"ד 1945).

הנחיות היועמ"ש

10. ב – 28 לאוקטובר 1999, פרסם היועמ"ש דאז, אליקים רובינשטיין, מסמך מסגרת המהווה מסמך הדרכה עצמית בהתאם לפסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק בבג"צ העינויים (להלן: "מסמך המסגרת"). לפי פסקה ד' של מסמך המסגרת:

"במקרים בהם נקט חוקר במהלך חקירה באמצעי חקירה הדרוש באופן מייד לשיש מניעת סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בבטחון המדינה, בחיי אדם, בחירותו או בשלמות גופו, ואין דרך סבירה אחרת בנסיבות העניין להשגתו המיידית של המידע, ונקיטת אמצעי החקירה היתה סבירה בנסיבות העניין לשיש מניעת הפגיעה, ישקול היועץ המשפטי לממשלה שלא לגקוט בנסיבות בהליכים פליליים".

מסמך המסגרת מדגיש כי ההחלטה תינתן בכל מקרה לגופו, תוך "בדיקה פרטנית" של מרכיבי הגנת הצורך.

11. בין השיקולים שמונה מסמך המסגרת ניתן למצוא את דבר קיומם של אישור מראש ופיקוח על השימוש באמצעי החקירה הבלתי חוקיים:

"הדרגים שאישרו את המעשה, מעורבותם בהחלטה ושיקול דעתם בעת הביצוע וכן תנאי נקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו." (פסקה ד' של מסמך המסגרת).

12. ההפניה במסמך המסגרת למשקל שיינתן לפרקטיקות של אישור ופיקוח עולה בקנה אחד עם אחת המטרות של מסמך המסגרת – הצורך ביצירת ודאות משפטית עבור חוקרי השב"כ ומתן הגנה ראויה להם (פסקה ד' של מסמך המסגרת). דא עקא, כפי

שיפורט להלן, התפתחותה של מערכת בירוקרטית של אישורים על השימוש באמצעי חקירה לא חוקיים, בעקבות מסמך המסגרת שוחקת באופן משמעותי את אופיים החריג וה"אד-הוקי" של אמצעי החקירה הללו ועומדת לדעתנו בסתירה להחלטת בית המשפט בבג"צ העינזיים.

13. חשוב לציין, כי מסמך המסגרת קובע מפורשות בפסקה ד' כי הגנת הצורך לא תעמוד לחוקר כאשר מדובר בעינזיים, כהגדרתם בסעיף 1 לאמנת העינזיים. בכך, העניק היועמ"ש פרשנות לדין הישראלי העולה בקנה אחד עם התחייבותה של ישראל לפי ס' 2(2) לאמנה שאינו מתיר חריג כלשהו לאיסור נגד עינזיים.

נוהל "חקירת צורך"

14. ארגוני זכויות אדם הצביעו בעבר על כך כי בשב"כ התגבש נוהל "חקירת צורך", במסגרתו נועץ חוקר השב"כ בדרגים משפטיים ו/או דרגים בכירים בשירות, בטרם ינקוט באחד מאמצעי החקירה הלא חוקיים שהשירות אינו מוסמך להפעיל נגד נחקרים.

15. בבקשת הוועד הציבורי נגד עינזיים שהוגשה לבית המשפט העליון ב-2 בנובמבר 2008 במסגרת הליכי ביזיון בית המשפט (שהתייחסו לפסק הדין בבג"צ העינזיים משנת 1999), פורטו מספר רב של אינדיקציות לקיומו של נוהל שכזה, לרבות התייחסויות בתי משפט לנוהל "חקירת צורך", דיונים בכנסת על אודותיו, דו"ח של הדווח המיוחד של האו"ם לקידום ושמירה על זכויות אדם וחירויות יסוד במהלך המאבק הטרור, וקיומן של תלונות רבות על דפוסי חקירה קבועים הכוללים הפעלת לחץ פיסי ונפשי על הנחקרים.³ באותו הליך, המדינה הכחישה בפני בית המשפט את דבר קיומו של נוהל בירוקרטי של "חקירות צורך", ובית המשפט קבע כי לא הוכח קיומו של נוהל מקיף שכזה, וכי, מכל מקום, הליכי ביזיון בית המשפט אינם מסגרת מתאימה לברור הטענות הרלוונטיות (בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינזיים נ' ראש הממשלה, פסק דין מיום 6.7.09).

16. יש לציין עם זאת, כי בהודעתה במסגרת הליכי ביזיון בית המשפט המדינה אישרה כי קיימות הנחיות פנימיות המסדירות את האופן בו מתבצעות התייעצויות בין חוקרים

³ ראו דין בו: Itamar Mann and Omer Shatz, The Necessity Procedure: Laws of Torture in Israel and Beyond, 1987 – 2009, 6 *Unbound: Harvard Journal of the Legal Left* (2010) p. 59.

לבין דרגים בכירים בשב"כ באותם מקרים בהם נתקיימו לכאורה התנאים שבבסיס הגנת הצורך (ראו סעיף 6 לתגובת ב"כ המשיבה בבג"צ 5100/94 מיום 6.4.09).⁴ נוהל שכזה, המסדיר את אופן קבלת ההחלטות בנוגע להפעלת הגנת הצורך, עומד לדעתנו בסתירה לעמדה שאומצה בבג"צ העיוניים באשר לאופי ה"אד-הוקי" של הגנת הצורך ולאיסור המוחלט במשפט הבינלאומי על עינויים ועל יחס אכזרי, וזאת מן הטעמים המפורטים בפסקאות 31-35 להלן. יתר על כן, ככל שנוהל כזה מכשיר, הלכה למעשה, אמצעי חקירה העולים כדי עינוי אסור לפי ס' 1 לאמנת העינויים, הוא אף מנוגד למסמך המסגרת של היועמ"ש.

תהליך בדיקת תלונות על אודות שימוש באמצעי חקירה לא חוקיים

17. סעיף 1ט49 לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971 מסדיר את הטיפול בתלונות המוגשות כנגד אנשי שב"כ המעוררות חשד לביצוע עבירה.⁵ לפי הסעיף האמור, תלונה כנגד עובד שב"כ תוגש ליועמ"ש שמוסמך להחליט אם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית במח"ש. סמכותו של היועמ"ש נאצלה לפרקליט המדינה ולמשנים לפרקליט המדינה מכוח סעיף 1ט49(ב).

18. במקרים הנוגעים לחוקרי שב"כ נערכת בטרם קבלת ההחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית בדיקה מקדמית ע"י המבת"ן (מבקר תלונות נחקרים בשב"כ)⁶ – עד לא מכבר, עובד שב"כ, הכפוף לממונה על המבת"ן, שהוא פרקליט בכיר בפרקליטות המדינה. בבג"צ 1265/11 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ני היועמ"ש קבע

⁴ על בסיס הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה הוכנו בשב"כ לאחר מכן הנחיות פנימיות, הקובעות כיצד תבוצענה התיעוצויות עם דרגים בכירים בשב"כ כאשר נסיבותיה של חקירה ספציפית נראות לגורמים העוסקים בחקירה כמקיימות את דרישת סייג הצורך.

⁵ הסעיף תוקן ב-2004 וההסדר הוחל על כל עובד שב"כ ולא רק על חוקרי שב"כ כפי שהיה בנוסח המקורי.

⁶ הבדיקה המקדמית של המבת"ן כוללת בדרך כלל פגישה עם המתלונן ללא נוכחות עורך דין מטעמו של מתלונן, בחינת חומר החקירה הנוגע לחקירתו של המתלונן בשב"כ ותשאול גורמי שב"כ מעורבים. המבת"ן בוחן את התנהלות החקירה כפי שהיא מתועדת במאגר הנתונים הפנימי של השב"כ, שאליו יש לו גישה. ראו עדות המבת"ן בפני ועדת טירקל. דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (ועדת טירקל) (חלק ב'), בעמ' 297. גביית התלונה נעשית בביקורים קצרים ולא קבועים מראש בבית המעצר, לא פעם, באותו חדר בו התקיימה חקירתו של החשוד, ובחלק מהמקרים כאשר הנחקרים אזוקים. ראו Public Committee against Torture in Israel, Accountability Still Denied (January 2012), בעמ' 2. התומר שנאסף ע"י המבת"ן מסוג והמתלונן ועורך דינו אינם יכולים לעיין בו באופן מלא. בעקבות ההליכים בבג"צ 1492/12 פלונית נ' היועמ"ש, הודיעה פרקליטות המדינה על שינוי במדיניות ועל מתן האפשרות לעו"ד המייצג מתלונן לעיין בחומרי הבדיקה לצורך הגשת ערר (למעט חומר מסווג).

בית המשפט כי הבדיקה מקדמית של התלונה ע"י המבת"ן הנה מוצדקת, וזאת בשל האינטרס הציבורי בשמירה על חשאיות שיטות החקירה של השב"כ (פסקה ל"ג, ל"ד לפסק הדין). את הממצאים וההמלצות העולות מהבדיקה המקדמית המבת"ן מעביר לממונה על המבת"ן, הבוחן את התיק ומגבש את המלצתו. ממצאי המבת"ן והמלצת הממונה על המבת"ן מועברים במקרים מתאימים ליועץ המשפטי לממשלה (או למי שהיועץ האציל לו את סמכותו), המחליט אם יש לפתוח בחקירה פלילית. אם הוחלט לפתוח בחקירה פלילית, מועבר התיק לחקירת מח"ש.

19. מאות רבות של תלונות נחקרים על שימוש באמצעי חקירה לא חוקיים הופנו במרוצת השנים למבת"ן; בכל המקרים שהובאו בפניו המליץ המבת"ן בפני הפרקליט הממונה עליו שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד החוקרים, ובכל המקרים ההמלצה נתקבלה. בית המשפט העליון המליץ בבג"צ 1265/11, כי החוק יתוקן באופן שיסמיך את הפרקליט הממונה לפתוח בהליכים פליליים נגד חוקרי השב"כ, אך הדבר טרם בוצע (כיום הסמכות לפתוח בהליכים מצויה אך ורק בידי היועמ"ש עצמו ובידי פרקליט המדינה ומשניו). בית המשפט אף רשם בפניו באותה פרשה את הודעת המדינה בדבר הכוונה למנות מבת"ן שאינו עובד שב"כ (המבת"ן החדשה, אל"מ (מיל) ז'אנה מודזגברישוילי מונתה לתפקיד לפני כחצי שנה, אך טרם החלה בפעילותה נכון למועד כתיבת שורות אלו).

20. ניתן לציין עוד, כי על-פי המצב המשפטי הנוהג כיום, המתלונן רשאי להגיש ערר על החלטת הממונה על המבת"ן, והערר צפוי להיבחן על-ידי אחד הגורמים המוסמכים לפתוח בחקירה פלילית. אף ערר שהוגש על החלטת הממונה על המבת"ן שלא לפתוח בחקירה לא הוביל עד כה לשינוי ההחלטה.

21. ברור לכל כי חקירת תלונות כנגד חוקרי שב"כ, בקשר עם חקירות המתבצעות בחדרי חדרים אינה משימה קלה כלל ועיקר. יחד עם זאת, כמו כל חקירה פלילית או בדיקה מקדמית אחרת העשויה להוביל בסופו של דבר להטלת אחריות פלילית, על החקירה או הבדיקה לעמוד בדרישות העצמאות, העדר הפניות, היעילות והיסודיות, המהירות והשקיפות הקיימות במשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי. ראו: דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (ועדת טירקל) (חלק ב'), בעמ' 105.

22. כזכור, ועדת טירקל סברה כי קיימים ספקות חמורים אודות יעילות ועצמאות חקירות המבת"ן, והמליצה להעביר את תפקיד המבת"ן למח"ש (שם בעמ' 345-46). ועדת

טירקל אף המליצה לקיים תיעוד אודיו-ויזואלי של החקירות על מנת לחזק את האפקטיביות של הבדיקה ביחס אליהן (שם בעמ' 346). המלצות אלו של ועדת טירקל, שהתפרסמו בחודש פברואר 2013, טרם ייושמו. יתר על כן, למיטב ידיעתנו, סמכויות המבט"ן והממונה על המבט"ן נותרו מוגבלות בהיקפן, ואינן כוללות סמכות לגבות ראיות שימשו בהליכים פליליים (להבדיל מהליכי משמעת).

23. אנו סבורים כי באותם מקרים בהם השב"כ עצמו מודה כי הופעלו אמצעי חקירה לא חוקיים, קיימת תשתית ראייתית לכאורית המעלה חשד ממשי כי עבירות פליליות בוצעו. במקרים שכאלה, נדרשת חקירה עצמאית, נעדרת פניות, יעילה ויסודית, מהירה ושקופה (ככל האפשר) של העובדות והנסיבות העומדות בבסיס טענת הגנת הצורך. רק חקירה העומדת באמות מידה אלו יכולה לייצר את התשתית העובדתית הנחוצה שתאפשר ליועמ"ש לבדוק אם אכן התקיימו התנאים לתחולת ההגנה – קרי, שהאמצעים שהופעלו היו סבירים בנסיבות העניין, כי הם היו דרושים באופן מידי לשם סיכול סכנה מוחשית לחיי אדם (כמפורט בפסקה ז' למסמך המסגרת) וכי נשמר העיקרון שנקבע במסמך המסגרת לפיו טענת הצורך אינה חלה כאשר האמצעים שנקטו עולים כדי עינויים כהגדרתם באמנה נגד עינויים.

24. ככל שחקירת המבט"ן נופלת ביעילותה מחקירת מח"ש, בשל הפערים בסמכויות החוקיות העומדות לרשותו (או לרשותה), ספק רב בעינינו אם במקרים בהם נטענת הגנת הצורך, די בחקירת המבט"ן כדי לקיים את חובת החקירה היעילה המוטלת על המדינה. אשר על כן, עד אשר יושו סמכויות המבט"ן לסמכויות חוקרי מח"ש, אנו בדעה כי על היועמ"ש להורות על חקירת מח"ש בכל מקרה בו נעשה שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים ולגביו הועלתה טענת צורך על-ידי גורמי החקירה.

ניתוח משפטי

האיסור נגד עינויים

25. מן האמור לעיל, עולה כי הדין הישראלי אוסר באופן מוחלט על שימוש בעינויים, וכי מדיניות היועמ"ש, הבאה לידי ביטוי במסמך המסגרת, הנה לשלול באופן גמור את האפשרות לטעון להגנת הצורך באותם מקרים של שימוש באמצעי חקירה העולים כדי עינויים. עמדה משפטית זו עולה בקנה אחד עם התחייבויותיה של מדינת ישראל לפי אמנת העינויים, ועם המשפט הבינלאומי המנהגי שהוא חלק משיטתו המשפטית.

26. הזכות לסעד אפקטיבי, המעוגנת בס' 2(3) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובס' 14-12 לאמנת העינויים, מחייבת קיומו של מנגנון בדיקה עצמאי, נטול פניות, ואמין שיוכל לבחון בצורה יעילה ושקופה ככל האפשר תלונות על אמצעי חקירה העולים כדי עינויים. העובדה כי אף לא אחת ממאות התלונות שהוגשו למבת"ן מאז שנת 2001 נגד חוקרי שבי"כ הובילה לפתיחה בחקירה פלילית - וזאת למרות שהתלונות כללו טענות אודות אמצעי חקירה העולים לכאורה כדי עינויים, ובהם 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 האיסור נגד עינויים, הקבוע באמנה נגד עינויים.

27. שינוי הפרופיל המקצועי של המבת"ן מעובד שבי"כ לעובד משרד המשפטים, המלצות ועדת טירקל להעביר את המבת"ן ואת הממונה עליו למח"ש, והמלצת בית משפט בבג"צ 1265/11 להסמיך בחוק את הממונה על המבת"ן להורות על פתיחה בחקירה נגד חוקרי שבי"כ, הגם צעדים בכיוון הנכון של חיזוק עצמאות מנגנון הבדיקה, ושיפור יעילותו. הם מהווים, אפוא, יישום מלא יותר של התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה. ספק בעינינו אם המדינה מסוגלת לעמוד בהתחייבויותיה הבינלאומיות לקיים חקירה עצמאית ויעילה של טענות לעינויים בלא אימוץ מכלול צעדים אלו.

28. בצד החובה להעניק סעד אפקטיבי במקרים של הפרה של האמנה נגד העינויים, שומה של המדינה גם לקיים את החובה למנוע עינויים הקבועה בס' 2(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובס' 2(1) לאמנה נגד עינויים. מתוקף חובה זו, על המדינה לאמץ אמצעי מניעה יעילים. אין לנו ספק, כי תיעוד אודיו ויזואלי של כל חקירות השבי"כ, כנדרש ביחס לחקירות משטרה לפי ס' 7 לחוק סדר הדין הפלילי (תיעוד חשודים), התשס"ב-2002, הינו אמצעי יעיל במיוחד בהקשר הישראלי (בו מתאפשרת גם מניעת פגישה בין הנחקר לבין עורך דינו בימים הראשונים של החקירה). אנו סבורים, אפוא, כי צדקה ועדת טירקל כאשר המליצה על החלת החובה לערוך תיעוד אודיו ויזואלי גם על חקירות השב"כ.⁷

⁷ במקביל, אנו סבורים כי יש לבטל את הפטור שניתן למשטרה לגבי תיעוד חזותי של חקירות ביטחוניות שנקבע בהוראת השעה הקבועה בס' 17 לחוק משנת 2002 (הוראת השעה הוארכה מספר פעמים מאז, לאחרונה בשנת 2012). חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 6) (חקירת חשוד בעבירת ביטחון), התשע"ב-2012.

האיסור על יחס אכזרי

29. כזכור, מסמך המסגרת משנת 1999, מבחין הלכה למעשה בין אמצעי חקירה העולים כדי עינויים אסורים כהגדרתם בס' 1 לאמנת העינויים לבין אמצעי חקירה פסול אחר (המהווה "רק" יחס אכזרי). לגבי האמצעי הראשון לא ניתן כלל להעלות טענה של הגנת צורך, בעוד לגבי אמצעי חקירה פסול אחר ניתן לכאורה להעלות טענה שכזו.

30. אין אנו מוצאים מקום לנקוט עמדה בשאלה הסבוכה אם המשפט הבינלאומי מאפשר את ההבחנה בין פטור מאחריות פלילית לעינויים לבין פטור מאחריות פלילית ליחס אכזרי. אחד משנינו סבר בעבר כי הגנה פלילית מסוג פטור עשויה לעמוד במקרים קיצוניים לזכות חוקרים המפעילים יחס אכזרי, אך כי קמה למדינה חובה לפצות את הנחקר במקרים אלה בגין הפגיעה בזכויותיו.⁸ עם זאת, בית הדין האירופי קבע לאחרונה בפרשת Gafgen כי גם במקרים של צורך קיצוני על המדינה להעמיד לדין חוקרים שהפעילו אמצעי חקירה לא חוקיים העולים כדי יחס אכזרי, אפילו אם אין מדובר בעינויים.⁹

31. על כל פנים, ברור כי גם לשיטת בית המשפט בבג"צ העינויים וגם לפי הוראות המשפט הבינלאומי,¹⁰ טענה מסוג של הגנת הצורך יכולה להיטען במקרים נדירים בלבד, בהן נסיבות מיוחדות דחפו להפרה של הדין מצד החוקרים. לא ניתן בדרך של חקיקת משנה או באמצעות הנחיה מנהלית פורמלית או בלתי פורמלית ליצור נורמה מסדר ראשון מסוג של "צידוק", המתירה מראש שימוש באמצעי חקירה העולים כדי יחס אכזרי. למעשה, ספק רב בעינינו, אם ניתן להכיר בהגנת הצורך ככל שזו מתייחסת להפעלה של סמכות שלטונית על-ידי עובד מדינה, במהלך הרגיל של הפעלת הסמכות על ידו וכחלק מביצוע תפקידו (באופן המייחד אותו מאדם אחר המוצא עצמו באותן הנסיבות). במצב דברים זה, להבדיל ממצבים יוצאי דופן ובלתי צפויים החורגים מתפקידו הרגיל של עובד המדינה (למשל, כאשר הוא מותקף

⁸ Yuval Shany, *The Prohibition Against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment: Can the Absolute be Relativized under Existing International Law?* (2007) 56 *Catholic University Law Review* 837.
⁹ *Supra* note 2, at para. 107-108.

¹⁰ השוואה: Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, art. 30(1)(c); Prosecutor v Kordić and Cerkez, ICTY Trial Chamber judgment of 26 Feb. 2001, at para 452 ("It is therefore clear that any argument raising self-defence must be assessed on its own facts and in the specific circumstances relating to each charge.").

תקיפה בלתי חוקית), יש לראות בהחלטה של המחוקק הראשי שלא להעניק לעובד סמכות חוקית להפעיל אמצעים חריגים הכרעה נורמטיבית בין האינטרסים המתחרים, השוללת את האפשרות לקבוע הסדרים אחרים במסגרת הדיון בהגנת הצורך.

32. העמדה לפיה אין להסדיר מראש את השימוש באמצעי חקירה לא חוקיים נובעת לא רק ממהותה של הגנת הצורך ומעקרונות יסוד של שלטון החוק (המחייבים כי המחוקק הראשי יצור הסדרים ראשוניים בנושאים חשובים), אלא גם מהחובה להבטיח את כיבודה של הנורמה האוסרת על יחס אכזרי בחקירה. נוהל המתיר שימוש באמצעים לא חוקיים (המנוגדים לאיסור במשפט הבינלאומי נגד יחס אכזרי), עלול להוביל כתוצאה מיישום שגוי לשימוש באמצעים לא חוקיים פוגעניים עוד יותר (המנוגדים גם לאיסור נגד עינויים) ולשימוש באמצעים לא חוקיים במקרים שאינם מתאימים להגדרה של צורך. לעומת זאת, קיומו של איסור פלילי גורף על שימוש בעינויים ועל יחס אכזרי, לו מתלווה חריג אפשרי, "אד-הוקי", המתייחס לשימוש באמצעים לא חוקיים מסוימים, מייצר "אפקט מצנן", המרתיע חוקרים מפני שימוש באמצעים לא חוקיים. חריג "אד הוקי" שכזה מבטיח כי השימוש באמצעים כאלה יתבצע, אם בכלל, רק באותם מקרים נדירים בהם כלו כל הקיצין ואין מנוס מהפרת הדין.

33. העדר ההסדרה מראש של חריג הצורך מוביל לכך שהשימוש באמצעי חקירה לא חוקי מלווה בנטילת אחריות וסיכון אישיים על ידי החוקר. מצב דברים זה יוצר מציאות בה האיסור נגד יחס אכזרי יישמר, זולת במקרים קיצוניים בהם החוקר משוכנע כי אין ברירה אחרת. לעומת זאת, כאשר השימוש באמצעים לא חוקיים נעשה ב"רשות ובסמכות", על בסיס מנגנון מסודר של היועצות, הוא מתפקד הלכה למעשה כצידוק משפטי ואינו יוצר אפשרות ממשית של קיום הליך משפטי נגד המעורבים בשימוש באמצעי הלא חוקי. מכאן, שהסדרה מפורטת וא-פריורית של התנאים בהם ייהנו חוקרי שבי"כ מהגנת הצורך – בין אם היא מגובה בנוהל כתוב ובין אם היא יציר הפרקטיקה - תפחית מאד את יעילותו של האיסור נגד יחס אכזרי, ותפר את חובתה של המדינה לנקוט אמצעי מניעה אפקטיביים נגד השימוש באמצעים חקירה הנופלים בגדרו.¹¹

¹¹ Cf. Meir Dan-Cohen, 'Decision Rules and Conduct Rules: on Acoustic Separation in Criminal Law', 97 Harv. L. Rev. (1984) 625, 640 ("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

34. ודוק, ככל שהפיקוח החיצוני על אמצעי החקירה בהם נעשה שימוש בחקירות שב"כ הנו רופף יותר, כך גובר הסיכון לשימוש בלתי ראוי בנוהל המתיר, במקרים חריגים, שימוש באמצעים לא חוקיים. וככל שהסיכון לטעות או לניצול לרעה של הנוהל גדול יותר, כך מתחזקים שיקולי המדיניות התומכים בהימנעות מקביעה מראש של נוהל למתן היתרים. מכאן, שהעדר ערובות נגד יחס אכזרי, כגון תיעוד אודיו-ויזואלי של החקירה וחקירה עצמאית ויעילה של כל שימוש באמצעי חקירה לא חוקי, מדגיש עוד יותר את הצורך למנוע מהשב"כ לפתח נהלים המתפקדים הלכה למעשה כצידוק.

35. אשר על כן, אנו בדעה כי השיקולים של הגברת הודאות המשפטית ושל מתן הגנה משפטית לחוקרי שב"כ, המופיעים בפסקה ד' של מסמך המסגרת משנת 1999, אינם מצדיקים השלמה עם קיומו של "נוהל צורך", לרבות עם הנחיות הנוגעות לאישורים שיש לקבל בטרם שימוש באמצעים בלתי חוקיים. קיומו של נוהל שכזה אינו מתיישב עם התחייבותה הבינלאומית של ישראל להגן באופן אפקטיבי על הזכות שלא להיות חשוף ליחס אכזרי.

36. באופן ספציפי, מסמך המסגרת לוקה לדעתנו בכך שהוא מדגיש פרמטרים של פיקוח ושליטה במסגרת השיקולים החולשים על ההחלטה של היועמ"ש אם להעמיד לדין חוקר שהפעיל אמצעים פסולים. כזכור, המסמך מפנה בסעיף ז(1) לדרגים שאישרו את המעשה, לשיקול דעתם, לפיקוח ולתיעוד כשיקולים לקולא (וזאת כחלק מהרצון לספק הגנה וודאות משפטית לחוקרים). דא עקא, פרמטרים אלו אינם מתיישבים עם הכלל החל במשפט הבינלאומי לפיו הוראה של ממונה להפר נורמה פלילית בינלאומית אינה פוטרת מאחריות פלילית את הפקוד, אם זה ידע שהפקודה בלתי חוקית או אם מדובר היה בפקודה בלתי חוקית בעליל¹² (יש לציין, כי הפרת האיסור על עינויים או על יחס אכזרי עולה במקרים רבים כדי פשע בינלאומי).¹³ מכאן

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")

¹² ICC Statute, art. 33.

¹³ ICC Statute, art. 8(2)(a)(2), 8(2)(c)(1).

ששומה על היועמ"ש לבחון גם במקרים של פעולה הנחזית להיות "ברשות ובסמכות" את אחריותם הפלילית של החוקר ושל הממונים עליו בגין השימוש באמצעי חקירה פסולים, ואין לראות באישור אמצעי החקירה כגורם השולל תמיד את פלילות השימוש בו.

37. מעבר לכך, אנו חוששים כי מסמך המסגרת וההפניה בו להליכי אישור ופיקוח יצר תמריץ לשב"כ לקבוע הסדרים בלתי ראויים לגבי אישורי הפעלת אמצעי חקירה חריגים, דבר הפוגע כאמור באופייה ה"אד-הוקי" של הגנת הצורך.¹⁴ קיומו של נוהל המסדיר היבטים מסוימים של "חקירות צורך" עלול אף להעניק לגיטימציה פנים-ארגונית לאמצעי חקירה לא חוקיים, באופן המפחית את האפקט המצנן שנלווה לקביעת בית המשפט העליון בבג"צ העינויים. לבסוף, עידוד עירובם של דרגים נוספים בתהליך קבלת ההחלטות הפנימי בשב"כ עלול להקשות מאד על הטלת אחריות משפטית בגין הפעלת אמצעי חקירה לא חוקיים. הסיבה לכך הנה כי ריבוי המשתתפים בפעולה וחשיפת חלקים שונים של התמונה העובדתית והמשפטית בפניהם, מקשה לבסס את אחריותו של מי מהם להפעלה של אמצעי חקירה לא חוקיים בניסבות המקרה.¹⁵

38. תודעת האחריות האישית הינה מהסום חיוני בפני נקיטת אמצעים בלתי חוקיים בחקירה, והיא שעמדה לדעתנו לנגד עיני בית המשפט בבג"צ העינויים עת פסל את שיטת ההיתרים שהייתה נהוגה קודם לכן. החלשת יסוד האחריות האישית העשוי להיגרם מיישום אותו חלק במסמך המסגרת העוסק בתוצאתם המשפטית של מנגנוני

¹⁴ מעניין לציין, כי בכל הקשור לדרישת תיעוד הקבועה במסמך המסגרת כשיקול במסגרת ההחלטה אם להעמיד לדין חוקרים הנחשדים בהפעלת אמצעי חקירה פסולים, הרי שהדבר לא יצר עד כה תמריץ לקיים תיעוד אודיו-ויזואלי של החקירות (אלא רק תיעוד בכתב). יתר על כן, העדר תיעוד שכזה לא הוביל עד היום לפתיחה בחקירה פלילית נגד החוקרים.¹⁵ השוו את ההחלטה של משרד המשפטים האמריקאי שלא להטיל אחריות מקצועית על עורכי הדין שניסחו מזכר המפרש בצמצום יתר את האיסור נגד עינויים בהקשר של הדין האמריקאי, לא להעמיד לדין את סוכני ה-CIA שפעלו לפי אותה חוות דעת מטעמים משפטיים, ולא להעמיד את אלו שחרגו מחוות הדעת בשל מחסור בראיות:

David Margolis, Associate Deputy Attorney General, Memorandum of Decision Regarding the Objections to the Findings of Professional Misconduct in the Office of Professional Responsibility's Report of Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of "Enhanced Interrogation Techniques" on Suspected Terrorists, 5 January 2010, pp. 67-69. Statement of Attorney General Eric Holder on Closure of Investigation into the Interrogation of Certain Detainees, 30.8.12 <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/August/12-ag-1067.html>

אישור ופיקוח אינו מתיישב אפוא עם עמדת בית המשפט העליון בבג"צ העינויים, ועלול לגרום לתוצאות קשות.

39. השילוב בין נכונות מצד היועמ"ש להכיר בפעולות פיקוח ושליטה כמצדיקות הכרה בטענת הצורך, לבין קיומם של הסדרים – מקיפים יותר או פחות – המספקים אישור והכוונה לחוקרים ברוח מסמך המסגרת, עלול ליצור הלכה למעשה הסדר ראשוני המהווה חריג לאיסור נגד יחס אכזרי. הסדר כזה מנוגד למשפט הבינלאומי המנהגי, להתחייבות מדינת ישראל לכבד ולהבטיח את זכותם של הנחקרים שלא להיות חשופים ליחס שכזה והוא מנוגד ללשונו ולרוחו של בג"צ העינויים.

40. הנסיגה מהעיקרון לפיו אין להכשיר מראש אמצעי חקירה פסולים מובילה לתוצאות חמורות במיוחד, לאור הפגמים בפעולתם של המנגנונים המשפטיים המופקדים על בדיקת טענות אודות שימוש לא חוקי באמצעי חקירה פסולים, המפורטות בפסקאות 19-22 לעיל. האפשרות של אישור מראש, והחשש מפני העדר בדיקה יעילה בדיעבד, יוצרים תנאים בהם הפעלת החריג של הגנת הצורך עלולה להתבצע כדבר שבשגרה, בלי פיקוח משפטי של ממש. העובדה שסייג הצורך, כפי שפורש במסמך המסגרת, לא מאופיין בדרישה של סכנה מיידית מגבירה את החשש הזה.

סיכום

41. מכל האמור לעיל, עולה כי מדיניות החקירות של השב"כ והפיקוח המוחל עליה על-ידי המערכת המשפטית אינם מתיישבים באופן מלא עם התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, אמנם בג"צ העינויים אסר על עינויים ועל יחס אכזרי, אך הותיר על כנו את האפשרות להכיר בחריג של הגנת הצורך בקשר להליכים פליליים ספציפיים. מסמך המסגרת של היועמ"ש אמנם שלל כליל את השימוש בטענת הגנת הצורך במקרים של עינויים, אך הוא לא שלל את האפשרות לעשות כן במקרים אחרים (העולים "רק" כדי יחס אכזרי), ואף הזמין, בעקיפין, את ארגון השב"כ ליצור מנגנונים מסוימים של אישור, פיקוח ותיעוד של אמצעי חקירה חריגים. השילוב בין מסמך המסגרת לבין ההסדרים שנוצרו להלכה או למעשה בארגון, אינו מתיישב לדעתנו עם הכלל שנזכר בבג"צ העינויים, לפיו אין סמכות לשב"כ ו/או ליועמ"ש לקבוע הסדרים ראשוניים המתירים יחס אכזרי בנסיבות מסוימות. מצב דברים זה אינו מתיישב עם אופיו המוחלט של האיסור על עינויים ושל האיסור על יחס אכזרי במשפט הבינלאומי ועל חוסר האפשרות להצדיק הפרה שלהם.

42. לבעיות הקשורות לפן הנורמטיבי של מסמך המסגרת מתלוות גם בעיות קשות בשלב

הפיקוח החיצוני על חקירות השב"כ – פיקוח המתחייב מן החובה במשפט הבינלאומי לספק סעד אפקטיבי לקורבנות הפרות זכויות אדם. הן בית המשפט העליון והן ועדת טירקל כבר הצביעו על פגמים בעצמאות וביעילות מנגנון בירור התלונות על חוקרי השב"כ. חשיבות מיוחדת נועדה בעינינו להמלצת ועדת טירקל בדבר תיעוד אודיו-ויזואלי (המלצה הנתמכת בעקיפין גם על-ידי מסמך המסגרת), שכן הדבר עשוי לסייע למנגנון בירור התלונות לפקח באופן יעיל על יישום האיסור נגד עינויים ויחס אכזרי באותם מקרים בהם נטענת טענת הצורך ו/או קיים חשש לחריגה ממתחם הסבירות בכל הקשור לאמצעים הפסולים בהם נעשה שימוש.

43. אנו סבורים כי בכל מקרה בו מועלית טענת הגנת הצורך מצד חוקרי שב"כ בקשר עם

הפעלת אמצעי חקירה לא 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 אלו בצורה עצמאית ויעילה אם הנסיבות היו כאלה שיכלו לבסס טענת צורך ואם האמצעים שנקטו נפלו בגבולותיה של ההגנה. זאת, ביחס לכל אחד מהמעורבים בהפעלת האמצעי הבלתי חוקי. חובת חקירה זו, החלה ביחס לכל חשד של ממש להפרת הדין הישראלי או הבינלאומי, חלה באופן מוגבר מקום בו לא קיים פיקוח משפטי יעיל על קיום האיסור נגד עינויים ויחס אכזרי.

פרופ' מרדכי קרמיצר ופרופ' יובל שני

