

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
3. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
4. רופאים לזכויות אדם - ישראל
5. אלמיזאן לזכויות האדם
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
7. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם

באמצעות עו"ד נדים שחאדה ו/או פאדי חורי ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או אראם מחאמיד ו/או מייסאנה מוראני ו/או מונא חדאד ו/או מוחמד מחאגינה
מעדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל. ת"ד 94, חיפה; טל: 04-9501610; סלולארי: 052-3973030; דוא"ל: Nadeem@adalah.org.

העותרים

-נגד-

1. השר לביטחון פנים
 2. שרות הביטחון הכללי
 3. הכנסת
- ע"י פרקליטות המדינה, רח' סלאח אל-דין 27, ירושלים
ע"י היועץ המשפטי, הכנסת, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, הפוטר את רשויות החקירה מתיעוד חזותי וקולי של חקירת חשודים בעבירות ביטחון.

רקע עובדתי

מבוא

1. ביום 29.6.2015 התקבל בכנסת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 7), התשע"ה-2015, שבמסגרתו הוארך תוקפה של הוראת השעה (להלן: **הוראת השעה**), המעוגנת

- בסעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 (להלן: **חוק חקירת חשודים או החוק**), והמחריגה חקירת חשודים בעבירות ביטחון מתחולת חובות התייעוד החזותי והקולי שבסעיפים 7 ו-11 לחוק, וזאת עד ליום 4.1.2017.
2. במועד קבלת החוק הוגבל תוקפה של הוראת השעה לתקופה של חמש שנים מיום תחולתו, דהיינו עד לשנת 2008. ביום 17.6.2008 הוארך תוקפה של הוראת השעה בארבע שנים נוספות עד לשנת 2012, שבמהלכה הוארך תוקפה בשנית וזאת עד לשנת 2015. עתה, וכאמור לעיל, האריך המחוקק את הוראת השעה בפעם השלישית למשך שנה וחצי נוספות שתסתיימנה ביום 4.1.2017.
3. נגד הוראת השעה הנ"ל הוגשה עתירה לבג"ץ ביום 20.12.2010 על ידי העותרים, וזאת לאחר ההארכה הראשונה, בה נטען כי הפטור שניתן לרשויות החקירה מתייעוד חקירות חשודים בעבירות ביטחון הינו מפלה ובלתי חוקתי. במהלך הדיון בעתירה הוארך תוקפה של הוראת השעה בפעם השנייה, וזאת ביום 4.7.2012, כאמור לעיל, לתקופה של שלוש שנים. במסגרת הדיון שנערך עובר לאותה הארכה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ניתנה התחייבות של נציגת משרד המשפטים כי תיערך בדיקה לגבי הסדרים חלופיים ולגבי ההגדרה של "עבירת ביטחון".
4. ביום 6.2.2013 הורה בית המשפט הנכבד על מחיקת העתירה תוך שמירת טענות העותרים, בקובעו שבנסיבות המתוארות, כאשר ההסדר שבחוק נתון לבחינה, יש להמתין עד שיתוקן, וזאת לאחר הבדיקה והבחינה שאליהן התחייבה נציגת משרד המשפטים, תוך הנחה שבדיקה כזאת אכן תתקיים (ראו: בג"ץ 9416/10 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לביטחון פנים** (פס"ד מיום 6.2.2013)), ובניתיים הוארך תוקפה של הוראת השעה במתכונתה המקורית, וזאת מבלי לנקוט בצעדים להם התחייבה נציגת משרד המשפטים בפני הוועדה. יצוין בהקשר זה, כי על אף התחייבות זו, עובר להארכתו האחרונה של תוקף הוראת השעה, עמד על הפרק תזכיר חוק שביקש להפוך את הפטור שבהוראת השעה להוראת קבע. אומנם הצעה זו לא קודמה בשלב זה, אך יש בה כדי ללמד על מידת רצינותם של ההליכים למציאת חלופות להסדר "הזמני" המעוגן בסעיף 17 לחוק.
5. בנוסף לכך, הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31.5.10 (להלן: "**ועדת טירקלי**") פירסמה את הדו"ח השני שלה ביום 6.2.2013 (הוא יום מתן פסה"ד בעתירה), והמליצה בו לגבי הגוף שיחקור תלונות נגד חוקרי השב"כ, כי יהיה תיעוד חזותי מלא של החקירות, לפי כללים שיקבע היועץ המשפטי לממשלה בתיאום עם ראש השב"כ. ראו: הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31.5.10 **דו"ח שני – ועדת טירקל: מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי 346** (2013).
6. עם היוודע דבר כוונת המחוקק להאריך את תוקפה של הוראת השעה בפעם השלישית ללא כל ניסיון לתקן את הפגמים שהועלו במסגרת הדיונים בכנסת והובאו בפני בית המשפט הנכבד, פנה העותר מס' 1 למשרד לביטחון פנים, ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליט המדינה בבקשה כי יתנגדו למהלך כאמור, בין היתר, לאור השתלשלות העניינים לרבות ההליך והעמדה של המדינה שהוצגה בפני בג"ץ. עד למועד כתיבת עתירה זו, וזאת אף לאחר קבלת התיקון לחוק, לא נתקבלה תגובה מטעם אף אחד מן הגורמים הממוענים.

== העתק מהפנייה מיום 25.5.2015 מצורף ומסומן כנספח ע/1.

7. בנוסף לכך, לקראת הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת להצעת החוק לקריאות השנייה והשלישית, פנתה העותרת מס' 2 ליו"ר הוועדה, ח"כ ניסן סלומינסקי, בבקשה לבטל את הפטור הקבוע בסעיף 17 לחוק וכן להחיל את הוראות החוק גם על השב"כ.

== העתק מהפנייה מיום 21.6.2015 מצורף ומסומן כנספח ע/2

8. הוראת השעה הינה בלתי חוקתית ודינה על כן בטלות. זאת על יסוד מספר טעמים: ראשית, הוראת השעה פוגעת בזכויות החוקתיות של החשודים בעבירות ביטחון, לרבות הזכות לחירות, לכבוד, להליך הוגן ולשוויון [ראו ההערה לפני סע' 46]; שנית, התכליות שביסוד הוראת השעה, הגנה על הנחקר ושמירת שיטות החקירה בסוד, אינן תכליות ראויות בחברה דמוקרטית, שכן אין הן נותנות משקל לעקרונות בסיסיים במשפט פלילי כגון חשיפת האמת, הגינות החקירות ופיקוח עליהן, הקפדה על מניעת עינויים, אי הרשעת חפים מפשע, וכן הן מתעלמות מהפגיעה בזכויות החשודים, פוגעות בעקרון הפרדת רשויות, לרבות בתפקידו של בית המשפט כגורם מפקח על רשויות החקירה, ואינן עולות בקנה אחד עם חובותיה של המדינה על פי המשפט הבינלאומי, לרבות המלצותיהן ומסקנותיהן של ועדת האו"ם לזכויות אדם והוועדה נגד עינויים. בנוסף, הוראת השעה אינה עומדת במבחני המידתיות.

9. יצוין כאן, והדבר יוסבר בפירוט בהמשך, כי לזמניותה של הוראת השעה והעובדה שתוקפה נקבע עד ליום 4.1.2017, אין ולא אמורה להיות כל השלכה על הבחינה החוקתית, וזאת גם בשל הזמן הרב בו נמצאת הוראת השעה בתוקף, וגם לנוכח טיב הפגיעה הנגרמת לזכויות הנחקרים בעקבותיה, שמתאפיינת בקביעות ובהיעדר כל אפשרות תיקון או ריפוי לאחר מעשה ולאחר פקיעת תוקפה, עד כי הפגיעה בנחקרים הקונקרטיים שעליהם היא מוחלת הינה פגיעה מוחלטת. כלומר, הפגיעה ה-"זמנית" בזכויות הנאשמים אינה זמנית בפועל בהקשר הזה אלא הינה כזו שיכולות להיות בצידה השלכות גורליות על מערך זכויותיו של הנחקר, ולפיכך ייטען כי על הוראת השעה להיבחן כאילו הייתה הוראת חוק קבועה.

העותרים

10. העותר מס' 1, הרשום כעמותה, הינו מרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל והמיעוט הערבי בישראל בפרט. העותרת מס' 2 הינה עמותה, הפועלת להגנה על זכויות האדם ולקידומן. העותר מס' 3 הינו עמותה, העוסקת בין היתר במאבק ציבורי ומשפטי נגד עינויים והתעללות ובהגנה על זכויותיהם של עצורים ונחקרים. עותר זה שם לעצמו מטרה להיאבק בשימוש באמצעי חקירה הגורמים כאב, סבל ו/או השפלה לנחקרים. העותרת מס' 4 הינה עמותה, המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם. עותרת זו שמה לה למטרה, בין היתר, לשפר את הנגישות לבריאות ותנאי החזקת עצירים ואסירים במתקני הכליאה השונים בישראל. העותרת מס' 5 הינה עמותה, הפועלת למען קידום זכויותיהם של הפלסטינים תושבי רצועת עזה בכלל והעצירים והאסירים שביניהם בפרט. העותר מס' 6 הינו עמותה, המסייעת לפלסטינים תושבי השטחים הכבושים שזכויותיהם הופרו על-ידי ישראל. העותר מס' 7 הינו עמותה, הפועלת להגנה על זכויות האדם של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית הנמצאת תחת כיבוש ישראלי.

חוק חקירת חשודים

א. חובת התיעוד החזותי והקולי בדין הישראלי

11. בשנת 2002 חוקק חוק חקירת חשודים. מטרתו של החוק הייתה הסדרת דרכי חקירתם של חשודים בתחנות המשטרה ומחוץ להן. כתוצאה מהחקיקה הנ"ל עוגנה זכותו של החשוד לנהל את החקירה בשפתו או בכל שפה אחרת אותה הוא מבין ודובר. בנוסף, קבע החוק שורה של הוראות הנוגעות לחובת תיעוד חקירות מסוימות בתיעוד חזותי ו/או קולי.

12. זה המקום לציין, כי לידתו של חוק חקירת חשודים הייתה, בין השאר, בעקבות מסקנותיהן של שתי ועדות בדיקה ציבוריות שהוקמו בשנים 1993-1994 ואשר עסקו בשאלת תפקוד המשטרה בכלל ובהליכי החקירה בפרט. הוועדה הראשונה, שעמד בראשה פרופ' מרדכי קרמניצר, הוקמה בשנת 1993 כדי להציע דרכים להתמודדות עם תופעת אלימות השוטרים, שזכתה באותה עת לביקורת. בשנת 1994 פירסמה "ועדת קרמניצר" את המלצותיה, בהן הציעה דרכים להתמודדות עם אלימות השוטרים הן בתחום המניעתי והן בתחום ההרתעתי. צילומי חקירות ופעילות מבצעית של שוטרים הופיעו בין המלצותיה של הוועדה (ראו: **דין וחשבון הוועדה בנושא הטיפול המערכתי באלימות שוטרים** (יוני, 1994). ראו גם: **דין וחשבון של הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר** (דצמבר, 1994)).

13. סעיף 1 לחוק חקירת חשודים מגדיר תיעוד חזותי כ"תיעוד בהקלטת תמונה וקול בשילוב". תיעוד קולי על-פי אותו סעיף של החוק הנ"ל הינו "תיעוד בהקלטת קול".

14. החוק מונה מקרים שבהם חלה חובת תיעוד חזותי, ומקרים אחרים שבהם הרשות החוקרת רשאית לתעד באחת משלוש דרכים: תיעוד חזותי, תיעוד קולי או תיעוד בכתב.

15. חובת התיעוד החזותי חלה על-פי החוק במקרים שלהלן:

- א. סעיף 7 לחוק קובע חובת תיעוד חזותי של חקירת חשוד בעבירות שהעונש שנקבע להן הוא מאסר עשר שנים או יותר;
- ב. סעיף 8(2) לחוק קובע חובת תיעוד חזותי או קולי כאשר חקירה לא תועדה בשפה שבה היא התנהלה וחובת תיעוד חזותי לחקירה שהתנהלה בשפת סימנים;
- ג. סעיף 8(3) קובע חובת תיעוד חזותי או קולי כאשר החשוד הינו בעל לקות או מוגבלות המקשה עליו לאשר נכונות הודעותיו שתועדו בכתב;
- ד. סעיף 9 קובע חובת תיעוד חזותי לשחזור עבירה בידי החשוד;
- ה. סעיף 11(א)(3) קובע חובת תיעוד חזותי או קולי להליך הצגת תיעוד חקירה בפני חשוד, שנחקר מחוץ לתחנה בעבירות שעונשן מעל ל-10 שנות מאסר, לצורך אישורו.

ב. הפטור מתיעוד חקירת חשודים בעבירות ביטחון

16. כאמור לעיל, הוראת השעה שבסעיף 17 לחוק חקירת חשודים הוארכה שלוש פעמים, והיא תישאר בתוקף, לכל הפחות, עד ליום 4.1.2017. הוראה זו קובעת במפורש, כי עד לאותו מועד לא תחול החובה לערוך תיעוד חזותי שבסעיף 7 ו-11 על חשוד בעבירות ביטחון. עם זאת, המחוקק דחה את ההצעה להפוך את הוראת הפטור להוראה קבועה. להלן, לשון ההוראה:

"בתקופה שמיום התחילה ועד תום תשע שנים מיום התחילה, לא תחול החובה לתעד חקירת חשוד בתיעוד חזותי או בתיעוד קולי לפי סעיפים 7 ו-11 על חשוד בעברת ביטחון."

17. במילים אחרות, סעיף 17 קובע למעשה, כי חובת תיעוד חזותי של עבירות שעונשן מעל לעשר שנות מאסר לא תחול על עבירות ביטחון, יהא העונש הקבוע בצידן אשר יהא. כמו כן נקבע, כי אין חובה לתעד בתיעוד חזותי את ההליך שבו חשוד בעבירות ביטחון שנחקר מחוץ לתחנה, מאשר את תיעוד חקירתו, כאמור בסעיף 11.

ג. תכלית החוק וחשיבות התיעוד החזותי והקולי

18. חוק חקירות חשודים הוצג בכנסת, ובצדק, כחוק תקדימי הבא לשנות באופן עקרוני את אופן התנהלות החקירות בישראל ואת ניהול ההתדיינות בבית המשפט ברמה הראייתית. החוק נועד לא רק למטרה של הגנה על זכויותיהם של החשודים אלא, ואולי בעיקר, גם למען בירור האמת, כדברי ח"כ אופיר פינס יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט (דאז):

"חברי חברי הכנסת, החשיבות הגדולה בהצעת החוק המובאת לפניכם לקריאה שנייה ולקריאה שלישית היא הקביעה, שחקירה משטרתית צריכה להיות מתועדת, ובעבירות חמורות מתועדת גם בווידיאו. התיעוד בווידיאו יתרום רבות לזכויות הנאשם וגם ליעילות של ניהול משפטים בבית המשפט, שכן טענות רבות המושמעות היום בהעדר תיעוד, לא תוכלנה להישמע עוד... התיקון המוצע יאפשר לבית המשפט להתרשם, בדרך הקרובה ביותר באופן הבלתי אמצעי, מאופן ונסיבות מסירת הודאת הנאשם, ובכך תתאפשר הן הגנה טובה יותר על זכויותיו של הנאשם מחד גיסא, והן יעילות רבה יותר בבחינת ההוכחות המובאות לבית המשפט, שמשמעותה שיפור ביכולתו של בית המשפט להגיע לחקר האמת, ואף, בסופו של דבר, חיסכון בזמן ובמשאבים אחרים... ההצעה מוסיפה עוד הוראות חשובות לשמירה על זכויות חשודים בחקירה. בשל האמור לעיל אנו סבורים כי התיקון המוצע מהווה שיפור בהגנה על זכויותיו של הנאשם ומונע, או מפחית לפחות, אפשרות לטעויות, אי הבנות או הטעויות, וכן כי הוא יתרום ליעילות ניהול המשפטים וליכולתו של בית המשפט להגיע לחקר האמת."

מתוך פרוטוקול דיון מליאת הכנסת מיום 26.06.02 בעניין חוק חקירת חשודים. ראו גם דבריה של יועמ"ש וועדת חוקה, חוק ומשפט, עו"ד אפרת רוזן, בדיון בוועדה מיום 22.05.08.

== העתק מפרוטוקול הדיון מצורף ומסומן כנספח ע/3; העתק מפרוטוקול ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 22.5.2008 מצורף ומסומן כנספח ע/4.

19. תכלית אחרת שעמד עליה המחוקק הינה הרתעת השוטרים שמא יחרגו מסמכויותיהם במהלך החקירה. לא אחת סייע התיעוד החזותי של חקירת החשודים במטרה לחשיפת האופן הבלתי חוקי שבו נהגו גורמי החקירה עם החשוד. חשיפת האופן שבו נגבו הודאותיהם של חשודים והודעותיהם של עדים, היה בה כדי להביא לזיכויו של נאשם. כך למשל, לאחר צפייה בקלטות תיעוד החקירה זיכה בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו את יוסף זוהר מאשמת רצח אביו לאחר שהשתכנע כי הראיות שאמורות היו להפלילו נגבו שלא כדון, כשצוות החקירה נוקט בשיטות חקירה פסולות. כך מתאר השופט קרא את התמונה שהתחווה לו לאחר צפייה בקלטות המתעדות החקירה ושיחזור העבירה:

"התמונה שעולה מתוך השתלשלות חקירתו של טוקילה, כפי שפורט בהרחבה ואולי אף בהרחבה יתירה, היא תמונה של חקירה קשה ודורסנית במהלכה 'לשו' החוקרים את טוקילה בהבטחות, איומים, צעקות ופיתויים עד כי זה הפך בידם כחומר ביד היוצר, שהיה נכון לאשר עבורם כל עובדה שהציגו לו אותה כ'אמת', או כזו שיכולה לעזור לו בהפחתת האשמה המוטחת בו... רצונו לרצות את חוקריו היה כה עז עד כי היה נכון לאשר להם כל גרסה/הצעה שהציגו בפניו, כל עוד התעקשו הם על כך כי זוהי ה'אמת' מבחינתם – 'האמת' שתוכל לעזור לו".

תפ"ח (ת"א) 1051/03 **מדינת ישראל נ' זוהר** 104 (לא פורסם, 15.11.2007). ראו גם: ע"פ 10596/03 **בשירוב נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 4.06.06).

20. ודוקו; חשיפת דרכי פועלה של המשטרה ושל כל רשות חוקרת אחרת איננה משרתת רק את האינטרס של החשוד, אלא גם **אינטרסים שלציבור** עניין רב בהם, לרבות האינטרס בדבר הפיקוח על דרכי פועלם של גופי החקירה ובדבר השמירה על הגינות החקירה. בית המשפט עמד על הצורך בחשיפת דרכי החקירה של המשטרה, מתוך רצון להביא לחשיפת התנהלויות בלתי חוקיות ולקיום דיון ציבורי אודותיהן. כך למשל בעניין **תורג'מן** נדונה שאלת פרסום קלטות שתיעדו את חקירת אחד הנאשמים, לפני שהסתיימו ההליכים המשפטיים בעניינו. בית המשפט קבע, כי יש להתיר את פרסום הקלטות. השופט רובינשטיין עמד באותו עניין על חשיבות פרסום קלטות התיעוד החזותי של החקירה, במיוחד זו שהתנהלה באופן הראוי לביקורת ולגינוי, לנוכח העניין שיש לציבור באופן ניהול החקירות, ובלשונו:

"אך סבורני כי גם בלא ללקות באסטניסיות יתירה, ומובן כי בחקירת פשע עסקינן ולא באירוע בבית מרקחת או להבדיל בבית הכנסת, **דרך זו אינה מתקבלת כל עיקר על הדעת**, וראויה לביקורת הכוללת גם את הפרהסייה הציבורית, לרבות פרסום בתקשורת. עסקינן במונחים בסיסיים של כבוד האדם, גם אם הוא חשוד בעבירה קשה, ומצבור ניבול הפה (שהסניגוריה גם טרחה למסור לנו אסופה נבחרת ממנו) הדהים אותי, אף שנער הייתי וגם זקנתי למדי ורבות ראיתי.

אודה כי ביני לביני הירהרתי, בהיבט חינוכי-מוסרי, באשר לתוצאה הסופית של פרסום, שהרי משמעותה תהא כי כל צופי הטלוויזיה ישמעו את הדברים הללו וייראו את הקולות, וביטויים כגון אלו שנשמעו בחקירה ישוּבו וישמעו בראש חוצות; אך באתי לכלל מסקנה שאין מנוס מאותו 'אור השמש המטרה', ואולי יהא בפרסום כדי לסייע שלא להגיע לכגון דא בחקירות עתיד. כאמור, גם חברתי רואה במקרה דנא 'עניין ציבורי ממש' בהבאת אופן ניהולה של החקירה המשטרית לידיעת הציבור"

ע"פ 10994/08 **מדינת ישראל נ' תורג'מן** ([טרם פורסם] 14.05.09), פסקאות ד' ו-ה' להחלטתו של השופט רובינשטיין.

ראו גם: ע"פ 9613/04 **בן סימון נ' מדינת ישראל**, פסקה ל"א להחלטת השופט רובינשטיין (לא פורסם, 4.09.06); **דו"ח הוועדה לבחינת ההסדרים בעניין פרסומים מחקירות המשטרה וגופי חקירה סטטוטוריים אחרים** (מרץ 2000).

21. אינטרסים אלה מקבלים משנה חשיבות בענייננו, כפי שיבואר להלן.

תיעוד חזותי ו/או קולי בחקירות חשודים בעבירות ביטחון

22. חשודים בעבירות ביטחון, להבדיל מקבוצות חשודים אחרות, נתונים להגבלות חמורות ביותר בהליך החקירה והמעצר. הגבלות אלה לובשות צורות שונות, החל ממניעת מפגש עם עורך דין, עבור בהשהיית הביקורת השיפוטית על הארכת מעצר ובמקרים מסוימים אף הארכתו שלא בנוכחותם, וכלה בתנאי כליאתם הקשים, בידודם המוחלט מהעולם החיצוני והעדר הביקורת הציבורית על מתקני כליאתם. כל אלה, מרחיקים אותם מהעולם החיצון, דוחים כל אפשרות לבירור אמיתי של פגמים שעלולים ליפול בהליכי חקירתם ומעצרים ומעלים את הסתברות הפגיעה בזכויותיהם. האפשרות לתעד חקירותיהם הופכת לבעלת משמעות מיוחדת דווקא עבור אותם חשודים שיעלו, בדיעבד, טענות נגד אופן ניהול חקירותיהם ונגד האמצעים שהשתמשו בהם, ולא למותר יהיה להדגיש כי במקרים כגון אלה התיעוד הינו חשוב אף עבור המערכת המשפטית שמצופה להכריע בטענות אלו, ועל כן תיעוד חקירות באמצעים חזותיים וקוליים משרת אינטרסים ציבוריים כלליים.

23. בנוסף, מתן פטור מתיעוד החקירה דווקא בעבירות אלו חוטא לתכלית חוק חקירת חשודים. זאת כיוון שתכלית החוק, כדברי המחוקק, הינה **לחייב תיעוד חזותי של חקירות דווקא כאשר העבירה המיוחסת הינה חמורה**, וכידוע היחס כלפי עבירות אלה לפי אותו חוק הינו לחומרה.

24. חשודים בעבירות ביטחון חשופים יותר מכל קבוצת חשודים אחרת לפגיעה בזכויותיהם ולשימוש באמצעי חקירה פסולים נגדם. אכן, מרבית התלונות בגין שימוש בעינויים ובאמצעי חקירה פסולים מועלות ומוגשות על ידי חשודים בעבירות ביטחון, שרובם ככולם פלסטינים. תלונות נגד השימוש באמצעי חקירה פסולים מתקבלות תדיר במשרדי העותרת מס' 3, העוסקת בעיקר בנושא זה ובפיקוח אחר הנעשה בחדרי החקירות. רק בשנה האחרונה הגיעו לעותרת מס' 3 מעל 150 תלונות המעלות חשדות כבדים לשימוש באמצעי חקירה פסולים נגד נחקרים, המנוגדים לאיסור המוחלט על עינויים ועל יחס בלתי אנושי, אכזרי או משפיל במשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי ולפסיקת בית המשפט בעניין זה משנת 1999 (ראו בהמשך). דברים אלה מוצאים ביטוי גם בדו"חות ארגוני זכויות אדם שתיעדו מפי עצורים פלסטינים את הפרות החוק הרבות שליוו את מהלך חקירתם ומעצרים.

לעניין זה ראו דו"ח **שיטות חשוכות: ההתנהלות כלפי עצורים פלסטינים במתקן החקירות של שב"כ בפתח תקווה** (בצלם, המוקד להגנת הפרט, 2010); ניתן לעיין בדו"ח בקישור:

http://www.btselem.org/Hebrew/Publications/Summaries/201010_Kept_in_the_Dark.asp;

דו"ח **בתכלית האיסור: עינוי עצירים פלסטינים והתעללות בהם על ידי כוחות הביטחון של ישראל** (בצלם, המוקד להגנת הפרט, 2007). ניתן לעיין בדו"ח בקישור:

http://www.btselem.org/Download/200705_Utterly_Forbidden_heb.pdf;

דו"ח **פצצות מתקתקות: עדויות של קורבנות עינויים בישראל** (הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, 2007). את הדו"ח ניתן להוריד בקישור הבא:

<http://www.stoptorture.org.il/heb/images/uploaded/publications/139.doc>;

דו"ח **טיפול משפחתי** (הוועד הציבורי נגד עינויים, 2008). ניתן להוריד בקישור:

<http://www.stoptorture.org.il/files/tipul%20mishpahti.pdf>;

דו"ח כבילה כהתעללות ועינוי (הוועד הציבורי נגד עינויים, 2009). ניתן להוריד בקישור:

http://www.stoptorture.org.il/files/Report_WEB_HEB.pdf.

דו"ח מתחת לכל ביקורת: העדר חקירה וענישה של עינויים והתעללות בחקירות שב"כ (הוועד הציבורי נגד עינויים, 2009). ניתן להוריד בקישור:

http://stoptorture.org.il/files/Report_web_HEB.pdf

וכן דו"ח עדיין מתחת לכל ביקורת: עדכון תקופתי ינואר 2012 (הוועד הציבורי נגד עינויים, 2012). ניתן להוריד בקישור:

http://www.stoptorture.org.il/files/PCATI_heb_0.pdf

25. בקצרה יצוין, כי משנת 2001 ועד היום נאספו נתונים המלמדים על כך שמדובר בכ-950 תלונות על עינויים והתעללות, מכאן שחשיבות התיעוד החזותי והקולי של חקירות מקבלת משנה חשיבות כאשר עסקינן בחקירות המסווגות כביטחוניות.

אי תיעוד חקירות מפר התחייבויות על פי המשפט הבינלאומי

26. הוראת השעה שבסעיף 17 לחוק חקירת חשודים מנוגדת לעקרונות המעוגנים במספר אמנות בינלאומית שהמדינה הינה צד להן. החוק האמור הינו בבחינת מנגנון שמאפשר פיקוח אפקטיבי יותר על פעולת רשויות החקירה, באופן שמקדם בצורה מיטבית את עקרונות המשפט הבינלאומי האוסרים על שימוש בפרקטיקות העולות כדי עינויים או כל יחס פסול אחר, ואשר עוגנו הן באמנה הבינלאומית נגד עינויים ויחס או ענישה אכזריים, בלתי-אנושיים, או משפילים והן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

27. כמו כן, הוראת השעה פוגעת בעקרונות האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית (ICERD - International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) משנת 1965. ועדת האו"ם פירשה את ההפליה הגזעית באופן האוסר כל צורה של אפליה עקיפה נגד קבוצת חשודים בעבירות טרור (ראו: General Recommendation 31 on the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the Criminal Justice System, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, sixty-seventh session, 2-19 August 2005.); General Recommendation No. 30: Discrimination against Non- Citizens, 1.10.2004).

על החובה לנהוג בשוויון בהליכים הפליליים כלפי כלל החשודים ללא אפליה ראו: סעיפים 12(1), 14(3) ו-2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

28. בהקשר זה ראוי לציין, כי הן הוועדה לזכויות האדם שהוקמה מכוח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) והן הוועדה נגד עינויים שהוקמה מכוח האמנה הבינלאומית נגד עינויים ויחס או ענישה אכזריים, בלתי-אנושיים, או משפילים, התייחסו במישרין לסוגיה זו ומתחו ביקורת על המצב הקיים בישראל במסגרת מסקנותיהן הסופיות

(concluding observations). כך למשל, הצביעה הוועדה נגד עינויים בשנת 2009 במסגרת מסקנותיה הסופיות ביחס לישראל על הבעייתיות שבהחרגת החשודים בעבירות ביטחון מחובות התיעוד הויזואלי והקולי, וזאת לאחר הארכת תוקף הוראת השעה בפעם הראשונה, בזו הלשון:

“... [T]he committee notes with concern that the 2008 amendment to this law exempts interrogations of detainees accused of security offences from this requirement. The State party has justified this on budgetary limitations and stated that the exemption of security related suspects will only apply until December 2010.”

29. על יסוד האמור, המליצה הוועדה כדלקמן:

"Video recording of interrogations is an important advance in protection of both the detainee and, for that matter, law enforcement personnel. Therefore, the State party should, as a matter of priority, extend the legal requirement of video recording of interviews of detainees accused of security offenses as a further means to prevent torture and ill-treatment."

30. בפני הוועדה נגד עינויים עלה אף נושא אמצעי החקירה הפסולים, ריבוי הטענות מטעם חשודים בעבירות ביטחון לגבי השימוש בהם וטיב המנגנונים העומדים לרשות המדינה לצורך בירורן. המסמכים שהיו בפני הוועדה באותה עת מראים, כי בין השנים 2002 ל-2007 רק ארבע מתוך 550 התלונות על שימוש באמצעי חקירה פסולים הבשילו לכדי הליכים משמעותיים, ואף אחת מן התלונות לא הולידה נקיטה בהליכים פליליים, וההסבר שהובא לכך היה, בין היתר, היעדר תשתית ראייתית מספקת (ראו סעיף 21 למסקנות הסופיות, 2009). יוצא, אפוא, שמחד גיסא המדינה תחת כובעה כרשות המחוקקת יצרה תשתית נורמטיבית המחריגה תיעוד חזותי וקולי של חקירות חשודים בעבירות ביטחון ובכך יצרה איפול על המתרחש בהן באופן המונע בירורן האפקטיבי של טענות בדבר הפעלת אמצעי לחץ פסולים על נחקרים, ומאידך גיסא טוענת היא, תחת כובעה כרשות המבצעת, כי בירור תלונות בנושא זה אינו מתאפשר עקב היעדר קיומן של ראיות מספקות.

== **העתק ממסקנות הוועדה נגד עינויים מיוני 2009 מצורף ומסומן כנספח ע/5.**

31. ברור, אפוא, כי תיעוד חזותי וקולי למהלך החקירות המתבצעות על ידי שב"כ לחוד או על ידי השב"כ והמשטרה באופן משולב הינו הדרך האופטימאלית ואולי היחידה שיכולה להתגבר על המכשול הראייתי בחקירת תלונותיהם של חשודים בעבירות ביטחון שהופעלו נגדם אמצעי חקירה פסולים. התיעוד יסייע בידי חשודים הן במהלך בירור אשמתם בהליכים הפליליים נגדם והן במהלך בירור תלונותיהם נגד גורמי חקירה שחרגו מסמכויותיהם באופן העולה כדי ביצוע עבירות פליליות.

32. בשנת 2012 פירסמה הוועדה נגד עינויים את רשימת הנושאים, אליהם נדרשה ישראל להתייחס, לרבות בעניין הצעדים שנקטו לגבי החלת חובות התיעוד החזותי והקולי על חקירת חשודים בעבירות ביטחון, וזאת לקראת הדיון הבא בוועדה נגד עינויים שעתיד

להתקיים ביחס אליה באפריל 2016. ביום 16.2.2015 שיגרה ישראל את התייחסותה לוועדה, והצהירה, בין היתר, כי

The Ministry of Justice and other relevant Ministries are in the process of analyzing whether the temporary provision related to an exemption for video recording should remain in effect for security related investigations, in particular by analyzing similar procedures used in other countries connected with security-related and terrorist offences. This follows the Ministerial Legislation Committee's examination in July 2012 of the temporary provision, when the Committee ultimately decided that the temporary provision should remain in effect for at least three additional years, given the importance and sensitivity of the security issues the provision is intended to protect. Together with the comparative research of this sensitive area, the Government is also analyzing other possible alternatives to the temporary provision, including the possibility of making the information gathered in such security investigations protected by a confidentiality privilege, and narrowing the current term "security offence" to mean that the action was carried out in circumstances in which there is a fear of harm to State security or was carried out in connection to an act of terrorism.

33. ועדת הזכויות האדם התייחסה אף היא במסקנותיה הסופיות ביחס לישראל מיום 21.11.2014 לסוגיה במסגרת הביקורת שנערכה על העמידה של המדינה בסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. הוועדה הביעה דאגה מהיעדר התחולה של חובת התייעוד החזותי והקולי על חקירות של חשודים בעבירות ביטחון:

"... The Committee is also concerned about the exemption from the obligation to provide audio or visual documentation of interrogations in cases of person detained for security offenses. The committee recalls that the prohibition of torture, cruel, inhumane or degrading treatment in article 7 is absolute, and according to article 4, paragraph 2, no derogations therefrom are permitted, even in time of public emergency (arts. 4 and 7)." (para. 14)

== העתק ממסקנות ועדת זכויות האדם מנובמבר 2014 מצורף ומסומן כנספח ע/6.

34. לאחר דברים אלה קבעה הוועדה, כי על ישראל לפעול להחלת החובה לתייעוד חזותי או קולי גם על חקירות של עצורים בעבירות ביטחון.

דין אחד הוא לחוקר שב"כ וחוקר משטרה

35. העותרים ידגישו, כי כל האמור בעתירתם זו לגבי חובת המשטרה לתעד חקירות של חשודים בעבירות ביטחון תקף שבעתיים לגבי שרות הביטחון הכללי בכובעו כגוף החוקר עבירות ביטחון. סעיף 8(ב) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 קובע כי לבעלי תפקידים מבין עובדי השב"כ יהיו סמכויות הזהות לסמכויותיו של שוטר והקבועות בשורה של חיקוקים.

36. משעה שחוקרי השב"כ הוסמכו לבצע חקירות וניתנו להם סמכויות המוענקות לשוטרים אזי דינם כדין כל חוקר משטרה באשר לחובות שעליהם למלא במהלך החקירה. הנשיא ברק עמד על הזהות בין הסמכויות הנתונות לחוקרי המשטרה לבין אלה הנתונות לחוקרי השב"כ, כדלקמן:

"מכוחה של הוראה זו הסמיך שר המשפטים באופן פרטני חוקרים של השב"כ, ששמותיהם מפורטים בכתב ההסמכה, לערוך חקירות על ביצוע עבירות בתחום הפעילות החבלנית העוינת. נמסר לנו, כי בכתבי ההסמכה הסמיך שר המשפטים את חוקרי השב"כ ששמותיהם מפורטים בכתובים, לערוך חקירות בחשד לביצוע עבירות על חוק העונשין; פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948; תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945; חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954 ועבירות שהסמכות לחקירתן הינה לפי תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967. נראה לנו – ולא נטען בפנינו אחרת – כי בכך באה שאלת סמכות החקירה על פתרונה. **מכוח סמכות זאת, דין חוקרי השב"כ, לצורך ניהול חקירה, כדין שוטרים**"

בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 834 (1999).

37. משמעות הדבר היא, כי אלמלא הוראת השעה הפוטרת את רשויות החקירה מחובות התייעוד החזותי והקולי, חובות אלה שחוק חקירות חשודים מטיל היו חלות בהיקף שווה הן על המשטרה במהלך חקירותיה והן על השב"כ בכובעו כגוף חוקר.

הטיעון המשפטי

38. סעיף 17 לחוק חקירות חשודים פוגע בזכויותיהם החוקתיות של החשודים בעבירות ביטחון, לרבות הזכות להליך הוגן, לכבוד ולשוויון. פגיעה זו הינה בלתי חוקתית שכן אין היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

פגיעה בזכויות חוקתיות:

הזכות לחירות אישית, להליך הוגן ולכבוד

39. הוראת השעה פוגעת בזכות החוקתית לחירות. שלילת חירותו האישית של חשוד משמעה שלילת היותו בן חורין והפיכתו לנשלט בידי רשות החקירה. שלילת החירות מהווה פגיעה בזכות לחירות אישית המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (על מעמדה וחשיבותה של הזכות החוקתית לחירות אישית ראו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.02.10) (להלן: "עניין פלוני"); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.10); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5), 241, 261 (1999) (להלן: עניין צמח); בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3), 346, 350 (1998); דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5), 589 (1995); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 373 (2003)).

40. הוראת השעה פוגעת בזכות החוקתית להליך הוגן הנגזרת על פי ההלכה מהזכות לכבוד. הליך הוגן הינו הערובה לחשיפת האמת בהליכים משפטיים בכלל, ובהליכים פליליים בפרט. בירור האמת הוא תנאי להגשמת הדין המהותי ולאכיפת הנורמות הקבועות בו. זכות זו כוללת את זכותו של נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם, זכותו להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, זכותו להיות נוכח בהליכים המשפטיים המתנהלים נגדו וזכותו למשפט פומבי תוך מתן אפשרות הוגנת להתגונן ולהציג ראיות רלבנטיות.

41. אי תיעוד חקירות חשודים מביא לפגיעה בזכותו של נאשם להליך הוגן עקב חסימת הדרך בפניו להוכיח טענות בדבר השימוש באמצעי חקירה פסולים נגדו, ככל שיעלה טענות כאמור, ולהביא לפסילת ראיות הנגבות בדרך זו. פגיעה בזכות להליך הוגן כשלעצמה ראויה לתיקון, אך בענייננו היא אף מולידה פגיעה בתכלית בירור האמת, המהווה אחת ממטרות היסוד של הדין הפלילי. כדברי השופטת (כתוארה אז) ביניש:

”סדרי הדין נועדו להבטיח כי הצורך החברתי לברר את האמת במסגרת ההליך הפלילי לא יבוא על סיפוקו תוך קיפוח זכותו של נאשם להתגונן. הליך המתברר תוך פגיעה בזכותו של הנאשם להתגונן פוגע לא רק בזכות היסוד של הנאשם להליך הוגן, אלא סופו שהוא מכשיל גם את התכלית של בירור האמת.”

דנ”פ 4603/97 משולם נ’ מדינת ישראל, פ”ד נא(3), 160, 197 (1998). ראו גם: ע”פ 5121/98 יששכרוב נ’ התובע הצבאי, פ”ד סא(1) 461, פסקה 65 (2006) (להלן: “עניין יששכרוב”); ע”פ 1301/06 אלזם ז”ל נ’ מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.06.09); ע”פ 9956/05 שי נ’ מדינת ישראל, פסקאות 18-19 (טרם פורסם, 4.11.09). על מעמדה החוקתית של הזכות להליך פלילי הוגן ראו: בש”פ פלוני, פסקה 16-17 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין; דברי השופטת דורנר במ”ח 3032/99 ברנס נ’ מדינת ישראל, פ”ד נו(3) 354, 375 (2002); דברי הנשיא ברק במ”ח 8483/00 דרעי נ’ מדינת ישראל, פ”ד נו(4) 253, 263 (2003); דברי השופט טירקל בע”פ 1741/99 יוסף נ’ מדינת ישראל, פ”ד נג(4) 750, 767 (1999).

42. פטור מתיעוד חקירותיו של חשוד בעבירות חמורות מכרסם באופן משמעותי באפשרויות העומדות בפני החשוד להתגונן כראוי ולהוכיח טענותיו כדבעי, הן במהלך המעצר והן בהליכים הפליליים שלאחר מכן. תיעוד חזותי יכול להבטיח, כי מה שלא ניתן היה להראות ולטעון בהליכי המעצר לפחות ניתן יהיה להוכיח בהליך העיקרי של בירור האמת, אפילו אם בדיעבד.

הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון בפני החוק

43. עצור החשוד בעבירות ביטחון זכאי לכלל ההגנות החוקתיות החלות על חשודים בתור שכאלה. מעמדו כחשוד הוא הרלבנטי לצורך מערך זכויותיו, ולא אופי העבירות המיוחסות לו. היטיב לתאר זאת המשנה לנשיא ריבלין בעניין פלוני, כדלקמן:

”עם זאת, יש להדגיש את המגבלות שתכלית זו נתונה בהן. ענייננו הוא בחקירות של חשודים בפלילים. המסגרת שבה מתבקש מעצרו של החשוד – גם אם הוא חשוד בעבירות ביטחון – היא מסגרת פלילית. אמנם מדובר במטריה מיוחדת המציבה אתגרים מיוחדים אולם אין בכך כדי לשמוט את

העובדה שהחשוד נחקר לגבי מעורבותו-שלו בעבירות ביטחון. במסגרת החקירה הוא עשוי להישאל שאלות הצופות פני פעילות טרור עתידית אך אין משמעות הדבר כי מדובר ב"מעצר סיכולי" בלבד שכן החקירה והמעצר נשענים על עילות הנוגעות למעורבותו בעבירות ביטחון. לעניין זה העצור הוא בגדר חשוד. יש לפיכך לשמור על זכויותיו כחשוד בפלילים"

עניין פלוני, בפיסקה 256.

44. הבחנה גורפת בין חשודים על בסיס העבירות המיוחסות להם פוגעת בעקרון "שוויון הכל בפני החוק", המהווה את לב לבו של ההליך הפלילי. סיווגה של העבירה לעניין זה אין בו כדי להצדיק יצירתה של קבוצת שוויון שונה. כאמור, תכלית החקיקה המחייבת תיעוד חזותי וקולי הינה, בין היתר, לספק הגנות במיוחד לחשודים בעבירות חמורות. עבירות ביטחון הינן עבירות חמורות בהגדרתן. פגיעה זו בזכות לשוויון מקבלת משנה חומרה כאשר במבחן התוצאה היא מכוונת לפגוע בקבוצת חשודים בעלת מאפיינים לאומיים – היינו הפלסטינים. אמנם על-פניו הפטור לפי הוראת השעה אינו מבחין בין החשודים על-פי מוצאם, אולם בפועל תחולת אותו פטור מיושמת בעיקר נגד ערבים פלסטינים. הלכה פסוקה היא כי מבחן קיומה של אפליה הינו המבחן התוצאתי המתמקד בתוצאת מימוש הנורמה העומדת לביקורת שיפוטית (ראו: בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם), 27.2.2006), פסקה 18 לפסק דינו של השופט ברק; בג"ץ 332/87 **בן שלמה נ' שר הפנים**, פ"ד מג(3) 353, 356 (1989)).

45. שונותם הלאומית של החשודים הפלסטינים ואי שליטתם בשפה העברית בנוסף לאופי החשדות המיוחסים להם הופכים את מעמדם כחשודים לנחות מזה של קבוצות חשודים אחרות ומגבירים את החשש לפגיעה בזכויותיהם. לפיכך, מידת ההגנה המתבקשת לגבי קבוצת חשודים זו אמורה להיות מוגברת.

פסקת ההגבלה

א. תכלית הפטור איננה ראויה

46. הן התכלית הסובייקטיבית והן התכלית האובייקטיבית העומדות מאחורי הפטור הנדון אינן ראויות.

47. חוק ייחשב כמקדם תכלית ראויה "אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל [...]. המבחן יתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. 'ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה' [...]. יש אם כן, לשים לב כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה והדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד" (בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, פסקה 83 לפסק דינה של השופטת ארבל (טרם פורסם, 16.9.2013). קביעה זו אוששה אף בפסק דינו של השופט פוגלמן בבג"ץ 7385/13 **איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 22.9.2014). עוד ראו לעניין זה אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 305-300 (2010) (להלן: "א' ברק **מידתיות במשפט**").

48. מטרתה של נורמה משפטית הפוגעת בזכות חוקתית הינה ראויה לא רק אם תכנה הוא ראוי אלא אם הצורך בה הוא **חיוני, נחוץ וראוי**. ככל שהזכויות הנפגעות נמצאות ברמה גבוהה

יותר במדרג הזכויות החוקתיות הרי שאמת המידה לבחינת הצורך להגשמת התכלית אמורה להיות צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי.

ראו: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 549 (2005).
ראו גם: בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 5578/02 **מנור ואח' נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004).

49. על יסוד אמות מידה אלה, וכפי שיפורט להלן, הפטור לא נועד לשרת תכלית ראויה. הואיל ועוצמת הפגיעה בזכויות החוקתיות של החשודים הינה כה גדולה הרי שעל מנת שתיחשב תכלית הנורמה שבאה לפגוע בהם כראויה, עליה להגשים מטרה חברתית מהותית. המשיבים לא הצביעו בשלבי החקיקה ולא במהלך הדיון בבג"ץ בעתירה הראשונה על אינטרס מהותי או צורך דחוף שיכול להכשיר את תכליתו של הפטור. נהפוך הוא, המניעים שמנו המשיבים לא נוגעים לצורך בהצלת חיי אדם, לא לסיכול עבירה חמורה שהתיעוד עלול לטרפד ואף לא לשיבוש מידי של מהלך החקירה. יתרה מכך, נראה כי הרשויות השונות האמונות על החוק מכירות בבעייתיותו, והתחייבות נציגת משרד המשפטים שניתנה בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט להמשיך ולבחון את הסוגיה, התחייבות שהביאה בסופו של יום למחיקת העתירה הקודמת שהוגשה בעניין, הינה ראייה לכך. זו אף העמדה הרשמית של המדינה המובעת תדיר מול הוועדות השונות של האו"ם בעניין.

50. **האינטרסים שביקשו המשיבים להגן עליהם לא נועדו אלא להגשים מטרה אחת ויחידה: להרחיק את חדרי החקירה מביקורתה של הרשות השופטת ומכל מנגנון בקרה חיוני אחר.** לפיכך נוצר מצב אבסורדי לפיו הרשות שעליה בית המשפט נדרש להפעיל ביקורת ולבחון את פועלה כבלה את ידיו והתוותה לו אימתי הוא יוכל לברר טענותיו של נאשם עד תום ואימתי לא. שיטות החקירה צריכות להיות כפופות לדין וחשבון ושומה על המפעיל אותן להיות נכון לחשוף אותן לכשידרש.

51. לטענת המשיבים, אי תיעוד חקירותיהם של החשודים נועד להגן על שלומם, על אינטרס החקירה ועל האינטרס למנוע חשיפת שיטות חקירה בפומבי. וזאת כיוון שהמשטרה מודה כי חקירתם של חשודים בעבירות ביטחון שונה מזו של יתר החשודים בכך שהיא מתנהלת ביחד ובמשולב עם השב"כ שתכליות חקירותיו אמורות להיות סיכוליות. המשטרה אינה רק מבקשת להנציח את קיומן של החקירות המשולבות, שכשלעצמן אינן ראויות, אלא מבקשת ליצור נורמות חדשות שיחולו עליה עקב אותן חקירות אשר עיקרן מכרסם בחובותיה כלפי החשודים. גם אם במקרה הקיצוני נרצה להכשיר את פרקטיקות החקירות המשולבות, הרי שהתנאי הבסיסי צריך להיות, כי הדבר לא יתבצע תוך הפקעת זכויותיהם הבסיסיות של החשודים.

52. הרצון להסתיר עניין הכפוף לביקורת שיפוטית באופן שימנע את אותה בקרה הינו פסול לפי כל אמות המידה. מכאן גם אם נניח לצורך העניין, כי תכליתו האובייקטיבית של החוק הנה אי חשיפת שיטות חקירה, הרי גם אז תכלית זו איננה יכולה להיות ראויה בנסיבות העניין ולנוכח היקף הפגיעה בזכויות הנחקרים.

התכלית בדבר הפרדת הרשויות ויכולת בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית :

53. הוראת השעה פוגעת בתכליות כלליות שלציבור עניין בהן, ופגיעותיה אינן מצטמצמות רק בזכויות ובאינטרסים פרטיים של החשוד בעבירות ביטחון.

54. תפקידו של בית המשפט אינו מצטמצם רק לגילוי האמת אלא נוגע אף לפיקוח על רשות החקירה והאופן שבו היא מנהלת את חקירותיה שנועדו אף הן לגילוי האמת. ביקורת שיפוטית הינה אמצעי הכרחי להגנה מפני מעצר שרירותי, ותנאי הכרחי לשמירה על הזכות לחירות מפני פגיעה בלתי מוצדקת בה לרבות על דרך מאסר ממושך המבוסס על הרשעות שווא וראיות שדין פסלות.

על חשיבותה של הביקורת השיפוטית לשמירה על זכות האדם לחירות אישית ראו: בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג (5), 241, 262 (1999); עמ"מ 10/94 **פלוניס נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(1) 97, 105 (1997); בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נד(2) 349, 368 (2003); רע"פ 2060/97 **וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי-תל אביב**, פ"ד נב(1) 697, 715 (1998); בג"ץ 2320/98 **אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נב(3) 346, 350, 355 (1998); בג"ץ 253/88 **סג'דיה נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(3) 801, 819 (1988).

55. החובה לתיעוד חקירות חשודים בדרך חזותית או קולית נועדה, בין היתר, לאפשר לבית-המשפט להתחקות אחר הנעשה בחדר החקירות ולפקח על אופן ניהול החקירה. זאת כדי שיתאפשר לו להתרשם בצורה כמעט ישירה מהתנהגות החשוד וחקריו ובכך גם מאמינותן של הודעות הנחקרים המוצגות בפני בית המשפט. דרך זו הינה הדרך האולטימטיבית לסייע בידי בית המשפט בקביעת קבילותן ומשקלן של הראיות המוצגות בפניו. חשיבות תיעוד מהלך החקירה הוזכרה בפסיקת ביהמ"ש העליון שנים רבות טרם חקיקת חוק חקירת חשודים, כדבריו של השופט גולדברג מלפני למעלה משלושה עשורים:

"ההקלטה אינה רק משמרת בדייקנות את הצד המילולי שבאמרה אלא גם את הסממנים הנלווים לה (נעימת האמירה, היסוס, כעס וכדומה) וכן את דברי בן שיחו של נותן האמרה, ובאופן זה היא "מדברת בעד עצמה". כך ניתנים לבית המשפט כלים נוספים לעמוד מקרוב על מהימנות העד, על משמעותם הנכונה של דבריו ועל אמיתותם".

ע"פ 323/84 **שריקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(3) 505, 517 (1984).

56. בעניין **יששכרוב** התייחסה השופטת ביניש לחובת תיעוד חקירות חשודים בתיעוד חזותי או קולי ולתרומת תיעוד החקירות לעשייה השיפוטית כדלקמן:

"החובה הסטטוטורית לתיעוד חקירות חשודים בדרך חזותית או קולית נועדה לאפשר לבית-המשפט להתרשם בדרך הקרובה ביותר להתרשמות בלתי אמצעית, מאופן ניהול החקירה ומנסיבות מסירת ההודאה במהלכה. זאת, על-מנת לסייע בידיו בקביעת קבילותן ומשקלן של הודאות שנמסרו בחקירה, וכדי לאפשר הגנה טובה יותר לזכויותיהם של נחקרים"

עניין **יששכרוב**, פסקה 23.

57. ועוד, העיר השופט לוי במקום אחר, כי:

"... ככל שהחקירה הופכת 'שקופה' יותר, כך ניתן להתרשם בצורה טובה יותר מנסיבות גבייתה של ההודאה, וממילא הולכת ופוחתת ההצדקה לערוך

הבחנה בין הודאה שנמסרה במהלך החקירה לבין הודאה הניתנת במהלך המשפט, ואשר – כזכור – די בה לבדה כדי להרשיע את הנאשם. על רקע טענה זו נשמעו קריאות בדבר הצורך לתעד את חקירותיהם של חשודים בתיעוד חזותי או קולי, ולא להסתפק בתיעוד מילולי, במטרה ליצור "חרכי הצצה" אשר באמצעותם יוכלו הערכאות לעמוד על הנעשה בחדרי החקירות"

רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, ניתן ביום 4.12.06), פסקה 25 לפס"ד של השופט לוי.

ראו גם: ע"פ 8332/05 איסקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 19 לפס"ד של השופט לוי (טרם פורסם, 26.07.2007); דנ"פ 4342/97 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 736, 839-836 פורסם, 1998); ע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 169, 185-186 (1983). ע"פ 270/65 קייסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 561, 565 (1965); ע"פ 242/62 קרייטי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 498 (1963).

58. חשוד יכול להודות במה שלא חטא, גם אם לא הופעלו עליו לחצים ואמצעי חקירה פסולים. שכן, "חקירה מעצם טבעה, מעמידה את הנחקר במצב קשה... במצבים מביכים, מכבידה עליו, מחטטת בצפונותיו, חודרת לפני ולפנים של ציפור נפשו ויוצרת אצלו לחצים נפשיים חמורים" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 834-835 (1999)). מכאן, חשיבות התיעוד החזותי אינה מצטמצמת רק למקרים שבהם מועלית הטענה של מתן הודאה לא באופן חופשי ומרצון, אלא בכל מקרה שבו ניתנת הודאה במהלך חקירה בעבירות חמורות, שכן ייתכן מאד כי "...גם שימוש בדרכי חקירה שהן מותרות עלול להביא לכך שנחקר יודה במה שלא חטא" (ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 448 (1991)). במקרים אלה, העדרו של תיעוד חזותי יקשה מאד על בית המשפט לברר טענות אלה, וככל שהן נכונות להיווכח אם אכן הופעלו אמצעים פסולים.

התכלית בדבר השקיפות וחובת הפיקוח המוטלת על המדינה ככלל ורשויות החקירה בפרט

59. רשויות החקירה, ככל רשות אחרת, ואולי אף ביתר שאת, מחויבות לפעול בשקיפות תוך מתן האפשרות להעמיד את מעשיהם לביקורת הציבור ולפיקוחו. האפשרות לחשוף דרכי התנהגותה של הרשות החוקרת יכולה לחזק את התחושה, כי הרשות פועלת בנאמנות עבור הציבור ללא אפליה ומשוא פנים וכי היא ממלאת את שליחותה כנדרש. ידיעתו של חוקר כי דבריו ומעשיו מצולמים וכי יכולים הם לעמוד לביקורת שיפוטית, תביא ללא ספק לריסון מחושב בהתנהגותו והקפדה על המותר והאסור במהלך החקירה.

60. בעניין בן סימון נ' מדינת ישראל ולאחר צפייה בקלטות שתיעדו חקירותיו של חשוד, התריע השופט רובינשטיין על האופן שבו מתנהלת המשטרה בחקירת חשודים. השופט רובינשטיין אף העיר, כי ניתן להניח, כי בחקירות שאינן מתועדות עלולה התרת הרסן להיות חמורה יותר, כדבריו:

"הרושם המצטבר מצפיה בחקירות מסוימות, לאחרונה בפרשת בשירוב ובתיק זה, מעלה, כי יש צורך ביתר הדרכה במשטרה לחוקרים באשר לדרכי התנהגותם; כאן עסקינן בחקירה מוקלטת, והדעת נותנת כי בחקירות שאינן מתועדות עלולה להיות התרת רצועה גדולה עוד יותר שיש להתריע כנגדה. דברים אלה מחייבים מאמץ הדרכה מתמיד; ... אך על משטרתה של מדינת

ישראל לפעול בכפיפות לערכי מדינת ישראל, לכבוד האדם של הנחקר ולזכויות הדיוניות"

ע"פ 9613/04 **בן סימון נ' מדינת ישראל**, פסקה ל"א 5 להחלטתו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 4.09.2006).

61. בקרת הציבור על מה שמתרחש בחדרי חקירות הינה חיונית ביותר לשימור אימון הציבור ברשויות אכיפת החוק. חשיפתה של כל קלטת חקירה גוררת חששות מסוימים לפגיעה בצדדים שלישיים או השפעה על עדים, ואולם אין די בשיקולים אלה כדי להוביל למניעה אוטומטית של חשיפת קלטות המתעדות חקירת חשודים (ע"פ 10994/08 **מדינת ישראל נ' תורג'מן**, פסקה ו' (טרם פורסם, 14.05.09)).

62. האמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי-אנושיים או משפילים מחייבת כל מדינה לנקוט באמצעים שיפוטיים יעילים למניעת עינויים (סעיף 2(א) לאמנה). חובת המדינה לאסור על עינויים ועל טיפול אכזרי בעצורים ולפעול למניעתם כוללת את החובה לקיים מנגנוני ביקורת יעילים ונאותים, אשר יכולים למנוע תופעות מעין אלו. פטור מתיעוד חקירות החשודים דווקא בעבירות חמורות אלו מהווה הפרה בוטה של חובתה של המדינה-על-פי סעיף 11 לאמנה. סעיף 11 מחייב את כל המדינות החתומות על האמנה לפקח בעקביות על המעצר ואמצעי החקירה מתוך מטרה למנוע כל צורה של עינוי והשפלה (ראו גם סעיף 15 לאמנה הנ"ל וסעיפים סעיפים 7 ו-10 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות).

63. משכך, אפוא, הפטור הנדון אינו רק משרת תכליות בלתי ראויות ופוגע בזכויות יסוד של חשודים, אלא אף פוגע בתכליות כלליות אחרות שלציבור עניין רב בהן, לרבות תכליות מערכת המשפט הפלילית החל מהאינטרס בדבר בירור האמת וכלה בתפקודה האפקטיבי ומניעת עיוות דין.

ב. הפגיעה בזכויות החוקתיות הינה בלתי מידתית

64. הפטור אינו עומד בתנאי מבחן המידתיות ויובהר כי אין בזמניותה של הוראת השעה כדי לרפא את היעדר מידתיותה.

מבחני המידתיות

היעדר קשר רציונאלי בין האמצעי לתכלית

65. גם בהנחה, כי תכלית מתן הפטור הינה ראויה, בכך שהיא נועדה להגן על שלומם של החשודים ועל אינטרס החקירה וכן מניעת חשיפת שיטות חקירה בפומבי, וכאמור לעיל, לא כך הוא, הרי גם אז אין לראות באי תיעוד אותן חקירות כמקיים קשר רציונאלי להגשמתה של אותה תכלית. הסתרת דרכי חקירה באופן אבסולוטי ומעניי כל גוף מפקח מביאה לכל הדעות לפגיעה בשלומם של החשודים ולפגיעה באינטרס החקירה. יש לזכור, כי אינטרס החקירה אינו העמדה לדין בכוח ובכל מחיר, אלא גביית ראיות על מנת להחליט בדבר ההעמדה לדין. אינטרס החקירה מחייב כי גביית הראיות תיעשה בצורה כשרה על מנת שהליך בירור האמת בפני בית המשפט יבטיח הליך ראוי והוגן.

66. טוענת המדינה כי אחד האינטרסים שלה הוא ההגנה על שלומם של החשודים בעבירות ביטחון עצמם, ולשם השגת תכלית זו, מחריגים את חקירותיהם מחובת התייעוד החזותי והקולי. ההחרגה במקרה זה הינה שרירותית.

67. ודוקו, קיומו של קשר רציונאלי בין אמצעי לתכלית אינו נבחן לפי זיקה סיבתית טכנית יבשה אלא גם לפי מבחני הוגנות והגינות והעדד שרירות. בעניין מוראד נמנעה כניסתם של פלסטינים לאדמותיהם בטענה כי הדבר נועד להגן על חייהם מפני פגיעה על ידי מתנחלים. למרות שהמטרה המוצהרת היתה הגנה על חייהם של התושבים וכביכול מניעת כניסתם לאדמותיהם יכולה הייתה בהחלט להגן על חייהם שנתונים לסכנה, קבעה הנשיאה ביניש, כי אין די בכך ולא כל קשר סיבתי בין אמצעי למטרה משמעו קשר רציונאלי. מניעת כניסתם של תושבים לאדמותיהם הינו אמצעי שאיננו הולם ופוגע בתחושת הצדק:

"מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון... מדיניות המונעת מפני תושבים פלסטינים להגיע לאדמות השייכות להם, לשם השגת תכלית של הגנה עליהם מפני התקפות המכוונות נגדם, הינה כמדיניות המצווה על אדם שלא להיכנס לביתו על מנת להגן עליו מפני שודד האורב לו שם על מנת לתקפו. בנסיבות הענין שלפנינו, מדיניות כזו כפתרון יחיד למצב בשטח אינה רציונלית שכן היא פוגעת בזכויותיהם של החקלאים הפלסטינים לחופש תנועה ולקנין באופן שאינו פרופורציוני..."

בג"ץ 9593/04 מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2006). ראו גם: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 279 (2002); וכן דברי השופטת ארבל בעניין אבו מדיגס נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, פסקה 37 (טרם פורסם, 15.04.2007).

68. **מבחן המשנה השני – מבחן הפגיעה הפחותה:** הדיון במבחן זה יחולק לשלושה ראשים: הראשון נוגע להצטברות הפגיעות; השני יעסוק בזמניותו של ההסדר; והשלישי יתמקד בגורפותו, כמפורט להלן.

69. **ראש ראשון – הצטברות הפגיעות:** הפגיעה בזכויות החשודים בעבירות ביטחון, הנגרמת מכוח הפטור המעוגן בהוראת השעה, מצטרפת לפגיעות נוספות היוצרות יחדיו סיטואציה ייחודית, בה עלול החשוד למצוא את עצמו נתון לחסדיהן של רשויות החקירה ללא כל מגע עם העולם החיצון. בין היתר, רשויות החקירה מוסמכות למנוע פגישה מעצור החשוד בעבירת ביטחון עם עורך דינו למשך תקופה של 21 ימים (ראו סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996), וכן להאריך את מעצרו ללא נוכחותו הפיסית בהליכי ההארכה (ראו חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006). אכן, כפי שנקבע בעניין פלוני, "לא ניתן לבחון את ההוראה שבסעיף 5 לחוק מבלי להביא בחשבון גם את המסגרת הנורמטיבית הכוללת שעניינה חקירה ומעצר של חשודים בעבירות ביטחון" (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין

(טרם פורסם, 11.2.2010). כך הם פני הדברים אף בענייננו: לא ניתן לבחון את הוראת השעה שבסעיף 17 לחוק מבלי להציב אותה על רקע המערך הנורמטיבי השלם החל בענייננו של החשוד בעבירות ביטחון.

70. כאמור לעיל, חשודים בעבירות ביטחון נתונים בתקופת מעצרים להגבלות דרקוניות רבות הפוגעות בחירותם האישית ובכבודם. מניעת הפגישה עם עורכי דינם, מניעת המפגש עם הוריהם ובני משפחותיהם, איפול והיעדר ביקורת ציבורית על תנאי כליאתם וכן דחיית הביקורת השיפוטית על מעצרים ותנאי כליאתם. היעדר האפשרות לתעד את חקירותיהם מוסיף למעשה רובד נוסף של פגיעות, שכן הוא מונע מאותם חשודים גם את האפשרות שיוכלו לפחות להוכיח, ובדיעבד, כי הליכי החקירה שחו לא היו כדין והראיות שהושגו במהלכה אינן קבילות.

71. חוק המעצרים מחמיר עם חשודים בעבירות ביטחון. סעיף 35 לחוק הנ"ל מתיר הגבלת המפגש של אותם חשודים עם עורכי דינם לתקופות ארוכות וממושכות המגיעות ל-21 ימים. חשוד שנעצר מכוח חקיקה צבאית, יכול למצוא עצמו משולל הזכות להיפגש עם עו"ד לתקופה ממושכת של עד 90 ימים. די בכך, כדי להעמיד את החשוד במצב של חשש רציני לפגיעה בזכויותיו כחשוד ובזכותו להליך הוגן.

72. הוראות חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 מאפשרות לעצור אדם לתקופה של עד 96 שעות ללא ביקורת שיפוטית. המצב לפי התחיקה הצבאית חמור בהרבה. סעיף 32 לצו 1651 בדבר הוראות ביטחון קובע כי בסמכותו של קצין משטרה לעצור אדם עד שמונה ימים ללא צו שיפוטי. דחיית הביקורת השיפוטית במיוחד בימי החקירה הראשוניים מגבירה את הצורך בתיעוד אותן חקירות שנעשו הרחק מעיני כל וללא כל בקרה. ראו גם: תקנה 22 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי אחזקה במעצר), התשנ"ז-1997 המבחינה בין עצורים פליליים לביטחוניים גם בהקשר לתנאי כליאתם.

73. בעניין פלוני שבו פסל בית משפט נכבד זה פה אחד הוראת חוק שאיפשרה קיום דיון מעצר בענייננו של חשוד בעבירות ביטחון בהעדר נוכחות מטעם החשוד, הדגיש המשנה לנשיאה ריבלין את תפקידו האינטגרלי של בית המשפט בהליכי החקירה והמעצר תוך דחיית ההשקפה כאילו יש בכך כדי להפריע להליכי החקירה, ועמד על העובדה כי החשש מפגיעה בזכויותיהם של החשודים ובמלאכת בית המשפט בעשיית צדק מועצם במידה רבה בגלל שמדובר בחשודים בעבירות ביטחון, אשר יכולתם להתגונן בהליכי המעצר מוגבלת מכוח אמצעים אחרים שניתן להפעיל כלפיהם, כדלקמן:

"השילוב בין ההוראות בעניין מניעת מפגש עם עורך-דין לבין ההוראות נשוא הבחינה החוקתית היום עלול לאיין במידה רבה את עצם האפשרות של העצור להציג עמדת-נגד בעניין מעצרו, ובאותו מטבע, את עצם היכולת של בית המשפט לקיים ביקורת אפקטיבית על החקירה ועל המעצר לצורך החקירה"

עניין פלוני, פסקה 28 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

74. ראש שני – זמניות הפטור כהוראת שעה: אין בזמניותה של הוראת השעה, בנסיבות המקרה, כדי להפחית כהוא זה מן הפגיעה בזכויות החשודים בעבירות ביטחון ולהפוך פגיעה זו לפחותה בחומריתה. עיקר הטיעון בהקשר זה יתמקד בעובדה שהפגיעה בזכויות יסוד הנגרמת,

אומנם, על ידי דבר חקיקה זמני, אינה זמנית באופיה אלא עולה כדי פגיעה מוחלטת שאינה ניתנת לריפוי לאחר פקיעת תוקף הוראת השעה. זכויות הנחקר שהפטור חל לגביו ייפגעו ללא אפשרות לתיקון, ולכן עצם זמניותה של הוראת שעה כלשעצמה אינה יכולה להוביל למסקנה כי הינה מידתית. נדגיש כאן שני פנים ביחס לזמניות ההסדר: הראשון, ייקרא להלן זמניות מתמשכת; והשני, היחס שבין זמניות זו לסופיות הפגיעה, כפי שיפורט להלן.

75. יצוין כי אומנם היקף הביקורת השיפוטית על דברי חקיקה זמניים עשוי להיות פחות מהיקפה כאשר עסקינן בחקיקה קבועה, ואולם, כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד, "חקיקה זמנית איננה חסינה מהתערבות שיפוטית, אף שמתחם התערבות בה עשוי להיות צר מן הרגיל; אלא שלצורך התערבות כזו נדרשת רמה גבוהה של שכנוע כי חוק הוראת השעה פוגע פגיעה חוקתית מהותית ועמוקה בזכויות אדם, פגיעה שאין להכשירה, בין דרך קבע, ובין לתקופה המוגבלת בזמן" (בג"ץ 1548/07 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פסקה 20 לפסק הדין (טרם פורסם, 14.7.2008)). בעניין **רסלר** בית המשפט אומנם מאשר כי במקרים מסוימים ייתכן ולזמניות תהיה השלכה על הבחינה החוקתית, אך לדבריו, ברור כי אף פגיעה זמנית, בדרך כלל, שאינה עומדת בסטנדרטים החוקתיים אינה פגיעה מותרת, ובלשונו:

"אינני אומר כי בעצם הגבלת תוקפו של מעשה חקיקה כלשהו - או בהגדרתו כ"הוראת שעה" - יש כדי לחסן את מעשה החקיקה מפני ביקורת חוקתית. אף פגיעה "זמנית" בזכות חוקתית שאינה לתכלית ראויה או שמידתה עולה על הנדרש, אינה פגיעה מותרת, וחוק הפוגע פגיעה כזאת עלול להיפסל. אך ייתכנו מקרים שבהם יחליט בית-המשפט, על יסוד שיקולים של מדיניות שיפוטית, להתחשב ב"זמניותו" של חוק "זמני" כנימוק למידתיותו, ועל יסוד זה להניח - בלי לפסוק - כי החוק עומד ביתר מבחינה של הביקורת החוקתית"

בג"ץ 24/01 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד נו(2) 699, 713 (2002).

76. בענייננו, זמניותו של ההסדר אין בה כדי להצדיק חריגה מהמבחנים החוקתיים הרגילים ואין בה כדי להשפיע על שאלת מידתיותה של הפגיעה, הכול כפי שיבואר להלן.

77. זמניותו המתמשכת של ההסדר: הפטור הקבוע בהוראת השעה נמצא בתוקף כבר מעל לשתיים-עשרה שנה, וימשיך להיות בתוקף לפחות עוד שנה וחצי. משכך, ובנסיבות האמורות, מתרוקן מוסד הוראת השעה מתוכן. עם כל תיקון המאריך את תוקפה של הוראת השעה, מיטשטשת ייחודיותה של הוראת השעה כזמנית, והיא הופכת למעשה ככל הוראת חוק קבועה אחרת.

78. כפי שתואר בפרק העובדתי, הוראת השעה בענייננו עוגנה בחוק חקירת חשודים מיד עם חקיקתו בשנת 2002 ומאז הוארך תוקפה שלוש פעמים. הגורמים הרלבנטיים הן בכנסת והן במשרדי הממשלה הכירו בבעייתיותה והודיעו הן לבית המשפט והן בפני גופים בינלאומיים כי הם עמלים על גיבוש הסדר חלופי, ואולם התיקון האחרון מעיד על כך כי לא נעשה מאומה כדי לקדם ולפתח הסדרים חלופיים שעומדים באמות המידה החוקתיות ובעקרונות המשפט הבינלאומי.

79. הזמניות לא מאיינת את מהותה של הפגיעה בפרט הנחקר כפגיעה מוחלטת: הפגיעות מוחלטות במובן זה שאינן ניתנות לריפוי בדיעבד. מסגרת הזמן הרלבנטית לענייננו הינה מתחילת החקירה ועד סופה. במהלך התקופה האמורה, ומאז חקיקת הוראת השעה, ועל אף

זמניותה, היא משפיעה על זכויות החשודים ממעמד מסוים באופן מוחלט, ולזמניותה של ההוראה אין נפקות בהקשר זה. אף אם תבוטל הוראת השעה בעתיד הנראה לעין, הפגיעות הנגרמות מכוחה הינן סופיות, מוחלטות ואינן ניתנות לריפוי.

80. בהקשר זה יש מקום להבחין בין הוראת חוק זמנית, שמשהה זכויות מסוימות לפרקי זמן מוגדרים, לבין הוראת שעה, שתוצאתה המעשית הינה הפקעה סופית של זכויות. בעוד שבמקרה הראשון הפגיעה בזכויות הינה בת תיקון במידה שהוראת השעה מתבטלת; במקרה השני, למימד הזמניות אין כל השפעה, שהרי גם אם תבוטל הוראת השעה, הרי שלא יהיה בכך כדי להביא לתיקון הפגיעות שנגרמו מכוחה.

81. על כן, ולנוכח טיב הפגיעה בזכויות הנחקרים במקרה זה, אין בזמניותה של הוראת השעה כדי ללמד על זמניות הפגיעות הנגרמות מכוחה או להשליך על שאלת מידתיותן. הפגיעות במקרה דנן הן מוחלטות ואינן ניתנות לריפוי בדיעבד.

82. ראש שלישי – גורפות והעדר בדיקה אינדיבידואלית: המשיבים בחרו באמצעי שרירותי השולל כל אפשרות לתיעוד חקירות חשודים וללא הבחנה. מימוש התכליות אליהן שואפים המשיבים יכול להתבצע בדרכים אחרות שבצידן פגיעה פחותה בזכויות הנחקרים (ראו: בג"ץ 3969/06 **ראש מועצת דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל**, (טרם פורסם, 22.10.09); בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5), 807 (2004)).

83. לא ניתן היה להסתפק בהגדרה של עבירת ביטחון שכן חלה חובה להפעיל שיקול דעת פרטני ואינדיבידואלי לגבי כל חשוד בנפרד, מאפייניו האישיים, טיבה של העבירה, נסיבות ביצועה, מטרות החקירה וכיוצא באלה. שכן, לא הרי חקירה שתכליתה מניעת פגיעה מיידיית בחיי אדם כחקירה שנועדה לבחון פגיעה או הפרה שהתרחשה בעבר. בדג"ץ **צלאח** התייחסה הנשיאה נאור לשאלת הגורפות כדלקמן:

"יש בעייתיות בקביעה חד-משמעית, שלפיה סיווגו של אדם כאסיר ביטחוני וסוג העבירות שביצע, מצדיקים לשלול ממנו פריבילגיות, מבלי שתהיה פתוחה בפניו כל אפשרות לשוב ולדרוש את הטובה. זאת, גם אם ההנמקה לשלילת הפריבילגיה אינה חלה עליו. ככלל, 'כל הסדר גורף 'נחשד' בכך שאין הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשל האפשרות לבחון באופן אינדיבידואלי את הפרטים הנכללים בקבוצה הרלבנטית'..."

דג"ץ 204/13 **צלאח נ' שירות בתי הסוהר**, פיסקה 26 לפסק דינה של הנשיאה נאור (טרם פורסם, 14.4.2015). עוד ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פסקה 69 לפס"ד של הנשיא ברק (2006). בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006); בג"ץ 5627/02 **סיף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח(5) 70, 77-87 (2004); בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 357 (2004); בג"ץ 3477/95 **בן-עטיה נ' שר החינוך**, פ"ד מט(5) 1, 15 (1996).

84. בהקשר זה יודגש, כי תיעוד חקירותיהם של חשודים איננו אמור להוביל בהכרח לחשיפת אותן חקירות בפומבי וללא בקרה. בדומה להסדרים הקיימים בחוקים אחרים, ניתן יהיה לאמץ הסדר שיתיר חשיפת החקירות בפני בית המשפט והצדדים בלבד ובדלתיים סגורות **במקרים מסוימים** כשישנה הצדקה לכך, ובפני כלל הציבור ביתר המקרים. ניתן אף להגביל את הזכות לעשות שימוש בחקירות אלה, ולצמצם אותה לצפייה של הנאשם ובי"כ בלבד מבלי

להעתיקה. ראו, למשל, ההסדר החל לגבי קלטות המתעדות חקירות ילדים בסעיף 5א לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התש"ט-1955.

85. הנה כי כן, אם גורפתו של הסדר נחשדת בכך שהוא אינו עומד במבחן המשנה השני של עיקרון המידתיות, כפי שנקבע בעניין **צלאח** שדן במה שכינה בית המשפט כפריבילגיות, על אחת כמה וכמה נחשדת היא כשמדובר בהסדר הפוגע בזכויות יסוד כבענייננו.

86. **מבחן המידתיות במובן הצר – הנזק מאי תיעוד החקירות עולה על התועלת הצומחת ממנו:**

מבחן המשנה השלישי של עקרון המידתיות הוא מבחן המידתיות במובן הצר. האמצעי הנבחר צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות האדם החוקתית והנזק שהוא גורם. מבחן זה הינו ערכי במהותו, במסגרתו נבחן היתרון החברתי והתועלת הציבורית הצומחים מן הפגיעה בזכות החוקתית לעומת הפגיעה בזכויות האדם. ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא (2) 202, פסקה 91-92 ו-107 לחוות דעתו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, סג (2) 545, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 550 (2005); בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד ז(1) 235, 279-280 (2002); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא (1) 619, פסקאות 57-61 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006);

87. העותרים יטענו, כי עריכת איזון בין החשיבות החברתית היחסית העומדת בבסיס תכליתו של הפטור הגורף, ככל שאכן ישנה כזו, לבין היקף הפגיעה הקשה בזכויות האדם החוקתיות ובערכים דמוקרטיים אחרים מביאה ללא ספק לתוצאה חד משמעית, לפיה הנזק מאותו פטור עולה על כל תועלת שתצמח הימנו. למעשה, קשה לעמוד על התועלת החברתית הצומחת מהוראת השעה כאשר המטרה בסופו של יום הינה פסולה. אולם גם אם נניח – וכך מורנו מבחן זה – כי תכליתו הינה ראויה ויתר מבחני המשנה מתקיימים הרי גם אז קשה להתעלם מהעדרה של כל תועלת חברתית שתצמח ממתן הפטור. התועלת החברתית שתצמח ממתן פטור גורף בתיעוד חקירות חשודים הינה אפסית לעומת הנזק שיגרם הן עקב הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של החשודים – עליה הרחבנו לעיל – והן נוכח הפגיעה בעיקרון שלטון החוק, בהפרדת הרשויות ובמלאכת בית המשפט כפי שהובא בדיון בעניין התכלית לעיל.

88. בהקשר זה יצוין, כי גם אם תימצא תועלת כלשהי בהוראת השעה, הרי שתחת מבחן זה יש לשקול את תוספת התועלת (התועלת השולית) הצומחת מהאיסור הגורף אל מול תוספת הנזק הנגרם לזכויות החשוד בעבירות ביטחון לנוכח השימוש באמצעי הגורף, וזאת ביחס לאמצעים חלופיים המגשימים בהיקף מצומצם יותר את התכלית המבוקשת. פרופ' א' ברק עמד על אופן שקילת החלופות אפשריות תחת מבחן המשנה השלישי של המידתיות, כדלקמן:

"בחינה מקרוב של השוואת התוספת השולית לתועלת החברתית לתוספת השולית של הנזק לזכות מלמדת כי במרבית המקרים היקף ההשוואה מצומצם עוד יותר. עד כה הנחנו כי ההשוואה היא התוספת לתועלת שהחוק מביא לבין התוספת לנזק שהוא גורם, ולפיכך השוונו את מצב הדברים לפני חקיקת החוק הפוגע לבין מצב הדברים לאחר חקיקתו. אולם, יש לזכור כי במזכרת מבחן הצורך נבחנו חלופות. במסגרתן, נדונות לעיתים חלופות שבהן שינוי בחוק מאפשר להשיג את עיקרי התועלת החברתית תוך גרימת נזק קטן יותר לזכות החוקתית. חלופות אלה נדחות, שכן אין בהן כדי לקיים את מבחן הצורך. חלופות אלה עשויות לחזור אל הדיון החוקתי במסגרת מבחן המשנה

השלישי (מידתיות במובן הצר), שכן אחת מאותן חלופות, אם תעוגן בחוק, עשויה לקיים את מבחן המידתיות במובן הצר. על רקע זה, נקודת המוצא לעריכת ההשוואה שוב אינה מצב הדברים לפני חקיקת החוק אלא מצב הדברים שיתקיים אם ההסדר שבחלופה יאומץ בדבר חקיקה. על "כף הגשמת המטרה" תונח תוספת התועלת הנגרמת מדחיית החלופה ומאימוץ הסדריו של החוק הפוגע. על "כף הפגיעה בזכות" תונח תוספת הנזק הנגרמת לזכות החוקתית מדחיית החלופה ומאימוץ הסדריו של החוק. השאלות שייבחנו יהיו אם במצב דברים זה כפות המאזניים מעוינות, ואם היחס בין תוספת התועלת (לעומת החלופה) לבין תוספת הנזק הנגרם בשל כך לזכות החוקתית (לעומת החלופה) הוא ראוי"

א' ברק **מידתיות במשפט**, בעמ' 434-435.

89. גם בהנחה שניתן היה להצביע על תכלית ראויה כלשהי, ישנן בנמצא חלופות שייתכן כי לא יגשימו את התכלית בהיקף המלא המבוקש על ידי המחוקק, ואולם הבחירה בהן תניב את עיקר התועלת המבוקשת תוך פגיעה פחותה באופן משמעותי בזכויות הנחקר. משכך, הוראת השעה אינה עומדת גם במבחן המשנה השלישי של המידתיות.

90. למען השלמות התמונה, ובשולי הדברים, ייטען כי לשיקולים התקציביים אין ולא אמורה להיות השלכה במסגרת בחינה זו. כאמור לעיל, כפי שהדברים צוטטו במסקנות הסופיות (ראו פס' 28), המדינה טענה בפני הוועדה נגד עינויים כי אחת ההצדקות לפטור מתייעוד חקירות חשודים בעבירות ביטחון נוגעת למגבלות תקציביות. בהקשר זה ייאמר, ולו על מנת לצאת ידי חובת ההתייחסות לכלל האספקטים שמתעוררים בענייננו, כי השיקולים התקציביים בנסיבות העניין אינם יכולים לגבור על זכויות היסוד של הנחקרים. דבריו של השופט מצא בעניין **צמח** יפים אף בעניין שלפנינו:

"המשיבים פירטו בפני בית-המשפט את המשאבים שיידרשו לצורך קיצור תקופת המעצר. ראו לעיל פסקה 36. משאבים אלה, אף כי אינם מבוטלים, אינם בסדר גודל שמחוץ ליכולת הצבא. יש להעמיד את סדר הגודל של המשאבים הנדרשים (אפילו אם לא ניתן לצמצם אותם) כנגד סדר הגודל של הפגיעה בחירות האישיות של החיילים: כ-10,000 חיילים הנעצרים מדי שנה (ברוב גדול של המקרים – בגין עבירה של עריקה) על-ידי שוטרים צבאיים. מה מכריע את הכף? התשובה תלויה בעיקר במשקל היחסי של החירות כנגד המשאבים. אם כן, מהו המשקל היחסי? שאלה זאת מציבה מבחן לחברה בישראל: החברה נבחנת, בין היתר, על-פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציב. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר בעבור הגנה על זכויות האדם. כדברי השופט דורנר בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל** [16], בעמ' 645: 'לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי... השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה'."

עניין **צמח**, בעמ' 281.

91. כל הוצאה כספית הכרוכה ביישום חובות התייעוד גם על חקירותיהם של חשודים בעבירות ביטחון הינה הוצאה סבירה ונדרשת לשם שמירה על זכויות יסוד חוקתיות של נחקרים. אכן, וכדבריו של השופט מצא, המדובר הוא במחיר סביר שהחברה צריכה להיות מוכנה לשלם למען שמירה על זכויות אדם.

92. סיכומם של דברים – הוראת השעה אינה מפרה את דרישת התכלית הראויה בלבד, אלא, ועל אף זמניותה, הינה בלתי מידתית לנוכח כישלונה לעמוד בשלושת מבחני המשנה של עיקרון המידתיות שבפסקת ההגבלה. על כן, דינה בטלות.

על יסוד האמור לעיל בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית עתירה זו, ולאחר קבלת עמדת המשיבים להופכו למוחלט.

חיפה, 19.7.2015

פאדי חורי, עו"ד

נדים שחאדה, עו"ד

ב"כ העותרים