

בשבתו כבית דין גבוה לצדק

1. עדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל
3. עמותת רופאים לזכויות אדם
4. עמותת אלמיזאן לזכויות האדם

באמצעות עו"ד עביר בָּכָר ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעגיו ו/או חנין נעאמנה **מעדאלה**: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל. ת.ד 94, חיפה; טל: 04-9501610; נייד (למקרה חירום): 050-3025502; פקס: 04-9503140; דואר אלקטרוני [abeer.baker@gmail.com](mailto:abeer.baker@gmail.com)

העותרים

-נגד-

1. המשרד לבטחון פנים
  2. שרות הביטחון הכללי
- ע"י פרקליטות המדינה, רח' סלאח אל-דין 27, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא לבטל את סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002 הפוטר את המשטרה מתיעוד חזותי וקולי לחקירת חשודים בעברות ביטחון; בהיותו מפלה ובלתי חוקתי.

ב. מדוע לא לחייב את המשיב מס' 2 לתעד חקירותיו בתיעוד חזותי לחשודים בעברות בטחון ולחשודים בעברות שחלה חובת תיעוד חזותי לגביהם, לפי חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002 ;

### ואלו הם נימוקי העתירה:

#### **מבוא והעתירה בתמצית:**

1. עניינה של עתירה זו הנו דרישת העותרים לבטל את הפטור הגורף הניתן לרשויות החקירה במדינה, המשטרה והשב"כ, מחובת תיעוד חזותי וקולי לחקירות של חשודים בעברות ביטחון. המשטרה פטורה מחובת התיעוד הקולי והחזותי מכח סעי' 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002 שבית המשפט מתבקש להכריז על בטלותו. השב"כ, שבמציאות פועל כרשות חוקרת רואה עצמו פטור מחובת התיעוד הקולי והחזותי באופן מוחלט מכחה של מדיניות שהתווה לעצמו.

2. חוק חקירת חשודים קובע, כי תיעוד חזותי וקולי הנם **חובה**, במקרים מסוימים שניכרת בהם חשיבות מיוחדת לשיקוף מהלך החקירה נאמנה על מנת למנוע הפרות חוק ועיוות דין. כך הוא, למשל, באשר לחובת התיעוד לגבי חקירה שלא תועדה בכתב בשפה שבה היא התנהלה, כך הוא לגבי חקירתו של חשוד בעל לקות מסוימת או אחר שחקירתו התנהלה בשפת סימנים, וכך הוא באשר לחשוד בעברות חמורות שעונשן מעל 10- שנים. החשיבות שגילה המחוקק כלפי תיעוד חקירות חשודים בעבירות חמורות פסחה על חקירותיהם של חשודים בעברות בטחון, על אף שאלה נתפסות בד"כ כחמורות ביותר. חקירתו של חשוד בעבירה שהעונש הקבוע בצידה עולה על-10 שנים לא תתועד רק כי המשיבים החליטו לסווגה כביטחונית.

3. ועדת האו"ם כנגד עינויים הביעה במאי 2009 ביקורת חריפה נגד ישראל בגין הפטור הגורף שמעניק חוק חקירת חשודים בתיעוד חזותי וקולי של חקירות חשודים בעבירות ביטחון. הועדה אף המליצה למדינה לשים את עניין הרחבת חובת התיעוד החזותי בראש סדר עדיפויותיה עקב חשיבותו במניעת עינויים וכן באכיפת החוק כנגד גורמי החקירה השונים, כדלקמן:

"Video recording of interrogations, too, is an important advance in protection of both the detainee and, for that matter, for law enforcement personnel. The Committee recommends that, as a matter of priority, the State Party 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".<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ראו: סעיף 16 לנספח ע'5.

4. בחלק העובדתי של עתירה יעמדו העותרים על ההיסטוריה החקיקתית של חוק חקירות חשודים ויציגו את כוונתו של המחוקק כאשר החליט לחייב תיעוד חזותי וקולי של חקירות במקרים מסוימים. המחוקק הדגיש, כי התיעוד החזותי והקולי לא נועד רק למטרה של הגנה על זכויותיהם של החשודים אלא גם למען בירור האמת לאמיתה. התיעוד מהוה אף מנגנון פיקוח יעיל למניעה מראש של כל ניסיון של החוקרים לחרוג מסמכויותיהם המוקנות להם על-פי דין ובמיוחד הפעלת אמצעי חקירה פסולים. הדוגמאות שיובאו בעתירה נועדו להמחיש עד כמה חיוני הוא התיעוד החזותי לצמצום האפשרות להרשעות שווא המבוססות על ראיות שהושגו באופן בלתי חוקי וכן לריסון התנהגותם של החוקרים ונציגי רשויות אכיפת החוק.
5. בחלק המשפטי של עתירה זו, העותרים טוענים, כי מתן פטור גורף למשטרה ולשרות הביטחון הכללי מתיעוד חקירותיהם של חשודים בעברות ביטחון פוגע בזכויותיהם החוקתיות של החשודים לחירות אישית; להליך הוגן, לשוויון ולכבוד וזאת בניגוד לתנאי פסקת ההגבלה.
6. הפטור מתיעוד חקירות חשודים אינו יכול לעמוד בדרישת החוקיות ("לפי חוק") של פסקת ההגבלה. סעיף 17 לחוק חקירת חשודים קובע, כי אין לתעד חקירות חשודים בעברות ביטחון אך איננו מפרט מהן אותן עברות בדיוק ואימתי תיחשב עבירה לביטחונית ואימתי לא. מדובר אפוא בהסדר ראשוני פוגעני המנוסח בצורה עמומה שאין בו כל פירוט אודות תוכנו ואין בו קווים מנחים, אמות מידה וקריטריונים ברורים לגבי הפעלת ההסדר שהוא בא לעגן. חקיקה שכזו איננה חוקתית, לכל הדעות, ואיננה עומדת בדרישת פסקת ההגבלה המחייבת כי הפגיעה בזכות חוקתית תהיה "לפי חוק". כתוצאה מעמימות זו רוכשים המשיבים סמכויות שלא ניתנו להם והם מתווים למעשה לבית המשפט את גבולות הכלים שבהם יכול להיעזר בבואו לבצע את מלאכתו.
7. כמו כן יטענו העותרים, כי הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של החשודים נעשית לתכלית שאיננה ראויה הן לפי מבחן סובייקטיבי והן לפי מבחן אובייקטיבי. המשיבים טוענים, כי חקירותיהם של חשודים בעברות בטחון נעשות במשולב על ידיהם וכלולות בהן שימוש בשיטות חקירה מיוחדות שאינם יכולים לחשוף למען שלומו של העצור ולמען אינטרס החקירה. גם אם נניח כי מבחינה אובייקטיבית מטרת הפטור הנה אי חשיפת שיטות חקירה, יטענו העותרים, כי פגיעה בזכויותיהם החוקתיות של החשודים במטרה לחפות על שיטות חקירה, כהוא זה, הנה מטרה בלתי ראויה. שיטות חקירה כפופות לנורמות שקיפות ובקרה ויש לתת גם עליהן את הדין. שומה על המפעיל אותן להיות נכון לחשוף אותן במידת הצורך ולכשיידרש, ולא לפעול להסתרתן באופן גורף ובצורה שתחסום כל אפשרות לעמוד על חוקיותן.
8. בנוסף טוענים העותרים בעתירה זו, כי גם אם תכלית מתן פטור מתיעוד חקירות חשודים תיחשב כתכלית ראויה, יש להורות על ביטולו עקב פגיעתו בזכויותיהם החוקתיות של החשודים מעל לנדרש. העותרים מדגישים בעתירתם, כי פטור מתיעוד

חקירות חשודים בעברות ביטחון אינו עומד באף מבחן ממבחני המשנה של עקרון המידתיות כפי שנקבע בפסיקת בית משפט נכבד זה.

9. באשר למבחן המשנה הראשון (מבחן ההתאמה) יטענו העותרים, כי פטור מתיעוד החקירות נעדר כל קשר רציונאלי להגשמת התכלית אליה חותרים המשיבים. ראשית, האמצעי שנבחר למימוש התכלית הנו שרירותי ובלתי הוגן ודי בכך כדי להשמיט את הזיקה הרציונאלית שלו למטרה, הגם אם הוא יכול תיאורטית להגשימה. שנית, פטור מתיעוד חקירות יכול להעלות ההסתברות לפגיעה בשלומם של החשודים והוא רחוק מלשרת אינטרס של החקירה כאשר גם לחקירה יש אינטרס להיות הוגנת ותחת בקרה.

10. כך גם באשר למבחן המשנה השני: מבחן הגורפות. העותרים טוענים בעתירה זו, כי הפטור מתיעוד חקירות חשודים הנו גורף למדי; הוא חל על קטינים ובגירים כאחד ועל כל חשד המוגדר כביטחוני מבלי לטרוח לפרט מה הן אותם חשדות ולפי אלו עברות. העדר בדיקה אינדיבידואלית לגבי תחולתו של הפטור מהווה אף היא ראייה הגורפת.

11. ועוד; שרירות הפטור מתיעוד חקירות חשודים מתבטאת אף בהשלכותיו על החשודים בעברות ביטחון הנתונים ממילא להגבלות חמורות במהלך החקירה. חקירות חשודים בעברות ביטחון מתאפיינות בנוקשותן וביכולת המועטה לקיים בזמן אמת ביקורת שיפוטית שקופה ומלאה. מהחשוד נמנע בד"כ המפגש עם עורכי דינו לתקופות ארוכות, החקירות בטבען ארוכות מייגעות ומתישות; הדיון בהארכת המעצר נעשה בדלתיים סגורות, צווי איסור פרסום מוצאים כעניין שבשגרה כמעט בכל חקירה ומעצרים של החשודים מוארך כשעודם מנועי מפגש ומבודדים באופן מוחלט מכל גורם אנושי אחר מלבד חוקריהם. תנאי החקירה הפיזיים שבהם נמצאים החשודים הנם קשים ביותר. תנאים אלה מנטרלים כל מנגנוני הביקורת החיוניים להבטחתו של הליך ההגון ומגבירים החשש לפגיעה בזכויותיו של החשוד. תיעוד חזותי למהלך החקירה הנו הערובה היחידה שנותרה בידי החשוד להוכיח דבריו בדבר שימוש באמצעי חקירה פסולים.

12. באשר למבחן המשנה השלישי (המבחן הצר) העותרים טוענים, כי אף מבחן זה איננו מתקיים בעניין עסקינן. פטור מתיעוד חקירות חשודים איננו מקים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין הנזק שיגרם כתוצאה מהפגיעה בזכות. שכן, הפגיעה בזכויותיו החוקתיות של החשוד איננה פוגעת רק בו אלא גם בערכים דמוקרטיים בסיסיים המוגנים במשטר דמוקרטי כגון עקרון הפרדת הרשויות, שלטון החוק, הגינות ההליכים הפליליים ואמון הציבור במלאכת עשיית הצדק. פטור מתיעוד חקירות חשודים מטרפד אפריורי כל אפשרות לביקורת שיפוטית ופיקוח על הליך החקירה ועל כשרות הראיות המובאות בפני בית המשפט בשלב בירור האשמה. למעשה, פטור גורף מתיעוד חקירות חשודים מטיל אפריורי ספקות לגבי כל תוצאה אליה מגיעה המערכת המשפטית.

13. תיעוד חקירותיהם של חשודים בעברות ביטחון מתקיים גם במדינות הנודעות בהפרת זכויות אותם חשודים בשם המאבק בטרור. כך למשל חרף תנאי מעצרים וכליאתם

המחפירים של עצורים בכלא גוואנטנמו בארה"ב ישנן הנחיות רבות שהוצאו בהקשר תיעוד חקירות אלה וראיות שונות המצביעות, כי חקירות אותם חשודים בעברות ביטחון מתועדות בתיעוד חזותי. התפתחות אחרונה ניכרת בעניין זה הן הנחיות משרד ההגנה האמריקאי מחודש מאי, 2010. הנחיות אלו מחייבות באופן מפורש שכל חקירותיהם של החשודים הנמצאים במשמורת משרד הביטחון והצבא יתועדו חזותית וקולית. הנחיות אלו נועדו בעיקר לטפל בחקירות המתבצעות בחשאי ומהרחק מעיני הציבור. המטרה מאותן הנחיות הנה לא אחרת מאשר לספק ראיות חותכות במהלך המשפט במקרים של סתירות בעדויות או טענות להודאת שווא, כדלקמן:

"It's is a DoD policy that.... An audio-video recording shall be made of each strategic intelligence interrogation of any person who is in the custody or under the effective control of the Department of Defense or under detention in a DoD facility, conducted at a theater-level detention facility".

רצ"ב הנחיות משרד הביטחון האמריקאי כנספח שסימנו ע/1.

14. באופן דומה גם אוסטרליה עיגנה החובה לתעד חקירות חשודים בעברות ביטחון. חובה זו מעוגנת לצורך מציאת איזון בין זכויות האדם מצד והביטחון הלאומי מאידך.<sup>2</sup>

15. העותרים יטענו אפוא, כי הפטור הגורף מתיעוד חזותי וקולי של מהלך חקירותיהם של חשודים בעברות ביטחון פוגע בזכויותיו של העצור ובצלמו כאדם בצורה בלתי הפיכה. מלאכת עשיית הצדק נפגמת, מראית פני הצדק נפגעת ואימון הציבור ברשויות ובמערכת השפיטה נפגע אף הוא לאין ערוך. גם אם לא ניתן יהיה לרפא הפגיעה בכבודו של העצור במהלך חקירתו, יש לפחות לאפשר מתן כלים לחשיפת האופן הפרות שבוצעו כנגדו במהלך החקירה. הפגיעה בזכויותיו החוקתיות של החשוד בעברות בטחון נעשית להגשמתה של תכלית שאיננה ראויה ופוגעת באותן זכויות במידה רבה העולה על הנדרש.

## החלק העובדתי

### העותרים:

16. העותר מס' 1 הנו ארגון לזכויות אדם, רשום כעמותה בישראל, נוסד בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל והמיעוט הערבי בישראל בפרט. העותר מס' 2 הינו עמותה רשומה בישראל העוסקת בין היתר במאבק ציבורי ומשפטי נגד עינויים ובהגנה על זכויותיהם של עצורים ונחקרים. עותר זה שם לעצמו

---

<sup>2</sup> Wayne T. Westling, Vicki Waye. "Videotaping Police Interrogations: Lessons from Australia." *American Journal of Criminal Law*. Summer, 1998. 25 AmJCL 493

מטרה להיאבק בשימוש באמצעי חקירה הגורמים כאב, סבל ו/או השפלה לנחקרים. העותרת מס' 3, הנה עמותה רשומה 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' 4 הנה עמותת זכויות אדם הפועלת למען קידום זכויותיהם של הפלסטינים תושבי רצועת עזה בכלל והעצירים והאסירים שביניהם בפרט.

### **חובת התייעוד החזותי והקולי בדין הישראלי והפטור מתייעוד חקירות חשודים בעברות בטחון:**

17. בשנת 2002 חוקק חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב – 2002. מטרתו של החוק הנ"ל היתה הסדרת דרכי חקירתם של חשודים בתחנות המשטרה ומחוץ להן. כתוצאה מהחקיקה הנ"ל עוגנה זכותו של החשוד לנהל החקירה בשפתו או בכל שפה אחרת שהנו מבין ודובר. בנוסף, קבע החוק שורה של הוראות הנוגעות לחובת תיעוד חקירות מסוימות בתייעוד חזותי ו/או קולי.

18. זה המקום לציין, כי לידתו של חוק חקירת חשודים היתה, בין השאר, בעקבות מסקנותיהן של שתי ועדות בדיקה ציבוריות שהוקמו בשנים 93-94 ואשר עסקו בשאלת תפקוד המשטרה ככלל ובהליכי החקירה בפרט. הועדה 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, שבהן הציעה דרכים להתמודדות עם אלימות השוטרים הן בתחום המניעתי והן בתחום ההרתעתי. צילומי חקירות ופעילות מבצעית של שוטרים הופיעו בין המלצותיה של הועדה.

ראו: **דין וחשבון הועדה בנושא הטיפול המערכתי באלימות שוטרים** (יוני, 1994)

ראו גם: **דין וחשבון של הועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר** (דצמבר 1994)

19. עתירה זו מתמקדת בחובת התייעוד החזותי והקולי של חקירות החשודים. סעיף 1 לחוק חקירת חשודים מגדיר תיעוד חזותי כ"תיעוד בהקלטת תמונה וקול בשילוב". תיעוד קולי על-פי אותו סעיף של החוק הנ"ל הנו: "תיעוד בהקלטת קול".

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

21. חובת התייעוד החזותי, על-פי החוק חלה במקרים, שלהלן:

א. **חובת תיעוד חזותי של חקירת חשוד בעבירות שהעונש שנקבע להן הוא מאסר עשר שנים או יותר. (סעי' 7);**

- ב. חובת תיעוד חזותי או קולי כאשר חקירה לא תועדה בשפה שבה היא התנהלה: סע' 28(2);
- ג. חובת תיעוד חזותי לחקירה שהתנהלה בשפת סימנים: סע' 28(2);
- ד. חובת תיעוד חזותי או קולי כאשר החשוד בעל לקות או מוגבלות המקשה עליו לאשר נכונות הודעותיו שתועדו בכתב: סע' 38(3);
- ה. חובת תיעוד חזותי לשחזור עבירה בידי החשוד: סע' 9;
- ו. חובת תיעוד חזותי או קולי להליך הצגת תיעוד חקירה בפני חשוד, שנחקר מחוץ לתחנה בעבירות שעונשן מעל ל-10 שנות מאסר, לצורך אישורו: סי' 11 (א) (3).

#### הפטור מתיעוד חקירת חשודים בעברות ביטחון:

22. בחודש יוני, 2008 האריך המחוקק את תוקף הוראת השעה המעוגנת בסעיף 17 לחוק חקירת חשודים. הוראה זו קבעה באופן מפורש, כי עד יולי 2012 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."

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

24. ניתוח הוראות חוק חקירת חשודים מוביל למסקנה, כי המחוקק היה ער לחשיבות תיעוד חקירות חשודים דווקא בעבירות חמורות, שעונשן הנו למעלה מ-10 שנות מאסר וכן בשורה של מקרים אחרים. חשיבות זו שגילה המחוקק כלפי אותן עבירות פסחה על חשודים בעברות בטחון, על אף שאלה נתפסות בד"כ כחמורות ביותר.

#### תכלית החוק וחשיבות התיעוד החזותי והקולי בהגנה על זכויות חשודים בכלל:

25. 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 לאמיתה, 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, חיטון 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. הפרוטוקול מצורף כנספח שסימנו ע/2. ראו גם: דבריה של עו"ד אפרת רוזן בדיון ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 22.05.08. פרוטוקול הדיון מצורף כנספח שסימנו ע/3.

26. תכלית אחרת שעמד עליה המחוקק בדברי ההסבר שלו ואשר לטעמו עומדת מאחורי חקיקת החוק הנה הרתעת השוטרים שמא יחרגו מסמכויותיהם במהלך החקירה. לא אחת סייע התיעוד החזותי של חקירת החשודים במשטרה לחשיפת האופן הבלתי חוקי שבו נהגו גורמי החקירה עם החשוד. חשיפת האופן שבו נגבו הודאותיהם של חשודים והודעותיהם של עדים, היה בה כדי להביא לזיכוי של נאשם. כך למשל ולאחר צפייה בקלטות תיעוד חקירה זיכה בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו את יוסף זוהר מאשמת רצח אביו לאחר שהשתכנע כי הראיות שאמורות היו להפיל על זוהר נגבו שלא כדין ותוך הפעלת שיטות חקירה פסולות על ידי צוות החקירה. כך מתאר כבי' 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."

תפח (ת"א) 1051/03 מדינת ישראל נ' יוסף בן משה זוהר, (פורסם באתר נבו), עמ' 104 (2007)

ראו גם: ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.06.06).

27. ודוק; חשיפת דרכי פועלה של המשטרה ושל כל רשות חוקרת אחרת איננה משרתת רק את האינטרס של החשוד, אלא גם את האינטרס של הציבור להיחשף לדרכי פועלם של גופי החקירה ולקיים דיון ציבורי אודותיהן. גם במקרים שצפייה בתיעוד חקירת החשודים לא הביאה לזיכוי החשוד או פסילת הודאתו, עמד בית המשפט על הצורך בחשיפת דרכי החקירה של המשטרה, מתוך רצון לתת פרהסיה להתנהלות בלתי חוקית זו ולקיים דיון ציבורי אודותיה. 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. כבוד השופט רובינשטיין עמד באותו עניין על חשיבות פרסום קלטות התייעוד החזותי של החקירה, במיוחד זו שהתנהלה באופן הראוי לכל ביקורת וגינוי, על מנת לתת לדבר פרהסיה ציבורית, כדבריו:

"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 הפרהסיה הציבורית, לרבות פרסום בתקשורת. עסקינן במונחים בסיסיים של כבוד האדם, גם אם הוא חשוד בעבירה קשה, ומצבור ניבול הפה (שהסיגוריה גם טרחה למסור לנו אסופה נבחרת ממנו) הדהים אותי, אף שנער הייתי וגם זקנתי למדי ורבות ראיתי.

אודה כי בני בני היררהרתי, בהיבט חינוכי-מוסרי, באשר לתוצאה הסופית של פרסום, שהרי משמעותה תהא כי כל צופי הטלוויזיה ישמעו את הדברים הללו ו"יראו את הקולות", וביטויים כגון אלו שנשמעו בחקירה ישוּבו ויישמעו בראש חוצות; אך באתי לכלל מסקנה שאין מנוס מאותו "אור השמש המטהר", 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' רון תורג'מן** (פורסם בנבו [14.05.09]), פסקאות ד' ו-ה' להחלטתו של כב' השופט רובינשטיין.<sup>3</sup>

### **דין השב"כ כדין המשטרה:**

28. העותרים כבר ידגישו, כי כל האמור בעתירתם זו לגבי חובת המשטרה לתעד חקירותיה לחשודים בעברות ביטחון תקף שבעתיים לגבי שרות הביטחון הכללי בכובעו כגוף החוקר עברות בטחון.

29. סעיף 8(א)(3) לחוק שרות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002 מסמיך את עובדי שרות הביטחון הכללי לחקור חשודים בקשר לביצוע עברות שמטרתן לפגוע בביטחון המדינה ובסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו. לשם מילוי תפקידו זה, קבע המחוקק בסעיף 8(ב) לאותו חוק כי לבעלי תפקידים מבין עובדי השב"כ יהיו סמכויות הזהות לסמכויותיו של שוטר הקבועים בשורה של חיקוקים.

30. העותרים יטענו אפוא, כי ברגע שהוסכמו חוקרי השב"כ לבצע חקירות וניתנו להם סמכויות המוענקות לשוטרים אזי דינם הם כדין כל חוקר משטרה באשר לחובות שעליהם למלא במהלך החקירה. השופט ברק עמד על הזהות בין הסמכויות הנתונות לחוקרי המשטרה והשב"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,

<sup>3</sup> ראו גם: ע"פ 9613/04 **בן סימון נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 4.09.06), פסקה ל"א להחלטת כבוד השופט רובינשטיין; דו"ח הועדה לבחינת ההסדרים בעניין פרסומים מחקירות המשטרה וגופי חקירה סטטוטוריים אחרים, מרץ 2000.

לערוך חקירות בחשד לביצוע עבירות על חוק העונשין; פקודת מניעת טרור, תשי"ח-1948; תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945; חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954 ועבירות שהסמכות לחקירתן הינה לפי תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון 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 (1999), עמ' 834 (להלן: בג"ץ העינויים).

31. חקירות חשודים בעברות ביטחון מתבצעות באופן משולב בין השב"כ והמשטרה בו זמנית באופן שקשה להפריד ביניהן. משנשאל ראש אגף החקירות של השב"כ, הכיצד ניתן לאפשר לשתי רשויות חקירה שתפקידן וסמכויותיהן שונים לבצע בו זמנית אותה חקירה, הוא השיב, כי הדבר נעשה מקדמת דנא בטענה כי לשרות הביטחון הכללי יש סמכות לחקור מכח חוק, וכי חקירות משולבות עם המשטרה ידועות לכלל והן נעשות מדי יום ביומו.

ראו: פרוטוקול הדיון ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 10.06.08, עמ' 52-50 לפי סימון ידני, שמצורף כנספח שסימנו ע/4.

32. העותרים ידגישו, כי ביצוע חקירות שלובות בין השב"כ והמשטרה הנו בעייתי וחמור כשלעצמו. יחד עם זאת, וכל עוד לא בוטלו שיטות חקירה אלו, אין הן אמורות לגרוע מאף זכות המוקנית לחשוד במהלך החקירה. ברגע שגלגלי החקירה נעים הרי מדובר בחקירת חשודים לכל הדעות, המחייבת החלת כל נורמות החקירות על-פי דין. מעמדו של האדם במהלך החקירה כחשוד, הוא זה שקובע את הנורמות שיש להחיל על חוקריו ולא ההפך. מכאן, ביצוע החקירות על ידי השב"כ והמשטרה במשולב מחייב מטבעו שמירה על כל זכויותיו החוקתיות של החשוד ואין כל מקום לעשות הבחנה בין האדם והגוף החוקר והקף סמכויותיו כאשר הדבר נעשה על ידי שתי הרשויות יחדיו.

33. אי הכפפת השב"כ והמשטרה בחקירותיהם לאותן נורמות משמעה סלילת דרך קלה ונוחה לשב"כ לחילוץ הודאות מחשודים שלא הוזהרו כדין, ורק לאחר מכן הפיכת אותן ראיות לכשרות על-ידי הפיכתן לראיות משטריות שגבייתן נעשתה כביכול לאחר מתן אזהרה לחשוד.

34. מכאן, יבקשו העותרים לטעון, כי דין השב"כ לעניין תיעוד חקירות חשודים בעברות בטחון ושאר זכויותיו של החשוד, כדין המשטרה, בין שהחקירה נעשית באופן עצמאי ובין שהיא נעשית באופן במשולב. חובה זו הנה מוגברת נוכח העובדה, כי הטענות בדבר הפעלת אמצעים פסולים במהלך החקירה עולות יותר בהקשרן של חקירות השב"כ. אי תיעוד החקירה מאפשר למעשה הפעלת אמצעי פסול על הנחקר ע"י השב"כ, גביית הודאת שווא המנו ורק לאחר מכן הכשרתה על ידי המשטרה וכאילו נגבתה מרצונו החופשי של החשוד.

## החשיבות המיוחדת של עריכת תיעוד חזותי ו/או קולי דווקא בחקירות חשודים בעברות בטחון:

### א. עברות ביטחון מוגדרות עברות חמורות:

35. סעיף 17 כאמור לחוק חקירת חשודים איננו מונה את העברות הספציפיות שלגביהן מתבקש הפטור מתיעוד חזותי וקולי ודי בכך כדי להופכו לגורף ובלתי חוקתי. יחד עם זאת, גם אם נקרא את הסעיף כמתייחס לעברות הביטחון אותן מונה סעיף 35 (ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים") הרי ברור, כי מתן פטור מתיעוד החקירה דווקא בעברות אלו חוטא את תכלית חוק חקירת חשודים. זאת כיוון שתכלית החוק, כדברי המחוקק, הינה לחייב תיעוד חזותי של חקירות דווקא כאשר העבירה המיוחסת הנה חמורה, וכידוע היחס כלפי עבירות אלה לפי אותו חוק הנו לחומרה. מכאן, לא ברור מדוע מבחן חומרת העברה והחשש מעיוות דין דווקא בעברות חמורות פסח על עברות המוגדרות כביטחוניות.

### ב. זהות אוכלוסיית החשודים בעברות ביטחון מגבירה החשש לפגיעה בזכויותיהם כחשודים:

36. אין זה סוד, כי רובם הכמעט מוחלט של החשודים בעברות בטחון הנם פלסטינים, שברובם הנם תושבי הגדה המערבית או עזה שבד"כ אינם דוברי השפה העברית על בוריה. שונותם הלאומית ואי שליטתם בשפה העברית בנוסף לאופי החשדות המיוחסים להם מנחיתים את מעמדם כחשודים ומגבירים החשש לפגיעה בזכויותיהם. לפי כך, מידת ההגנה המתבקשת לגבי קבוצת חשודים זו אמור להיות מוגברת.

### ג. החשד לעינויים ולהפעלת אמצעי חקירה פסולים גובר כאשר מדובר בחשודים בעברות בטחון:

37. חשודים בעברות ביטחון חשופים יותר לפגיעה בזכויותיהם ולשימוש באמצעי חקירה פסולים נגדם. אין זה סוד, כי עיקר התלונות בגין שימוש בעינויים ובאמצעי חקירה פסולים מגיעות מחשודים בעברות ביטחון, שרובם ככולם פלסטינים. תלונות כנגד שימוש באמצעי חקירה פסולים לא מפסיקות להגיע למשרדי העותרת מס' 2, העוסקת בעיקר בנושא זה ובפיקוח אחר הנעשה בחדרי החקירות. רק בשנה האחרונה הגיעו לעותרת מס' 2 מעל 150 תלונות בגין חשדות כבדים לשימוש באמצעי חקירה פסולים כנגד נחקרים, המנוגדים לאיסור המוחלט נגד עינויים במשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי לאמנה ולפסיקת בית המשפט בעניין זה משנת 1999. דברים אלה מוצאים ביטוי גם בדו"חות ארגוני זכויות אדם שתיעדו מפי עצורים פלסטינים את הפרות החוק הרבות שליוו את מהלך חקירתם ומעצרים.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999); (להלן: "בג"ץ העינויים"). ראו גם: דו"ח שיטות חשוכות: ההתנהלות כלפי עצורים פלסטינים במתקן החקירות של שב"כ בפתח תקווה (בצלם, המוקד להגנת הפרט) אוקטובר, 2010; ניתן לעיין בדו"ח בקיפושור: [http://www.btselem.org/Hebrew/Publications/Summaries/201010\\_Kept\\_in\\_the\\_Dark.asp](http://www.btselem.org/Hebrew/Publications/Summaries/201010_Kept_in_the_Dark.asp)

38. תיקי חקירה שנפתחים כדי לבחון טענותיו של החשוד בדבר שימוש באמצעי חקירה פסולים נסגרים לעיתים, אך בשל העדר היכולת להוכיח את טענתו של החשוד. **מדינת ישראל טענה בפני ועדת האו"ם כנגד עינויים, כי אחת הסיבות לאי מיצוי בירור תלונותיהם של חשודים כנגד שימוש באמצעי חקירה פסולים, הנו הקושי ברמה הראייתית להוכיח טענת החשודים.** דברים אלה עולים, מהמלצות ועדת האו"ם נגד עינויים מחודש מאי 2009, בהן הביעה הועדה את דאגתה מהנתונים שהוצגו בפניה בנוגע לפער העצום בין התלונות שהוגשו כנגד אנשי שב"כ, ואפס החקירות הפליליות וההרשעות שצמחו מזה. מהנתונים שהביאה הועדה במסקנותיה הסופיות, עולה כי בין השנים 2001-2008 הוגשו כ-600 תלונות כנגד אנשי השב"כ בגין יחס אכזרי ובלתי אנושי לעצורים תלונות כאשר באף אחת מהן נפתחה חקירה פלילית.

ראו: סעיף 20-21 להמלצות ועדת האו"ם נגד עינויים, מאי, 2009. ההמלצות מצורפות כנספח שסימנו ע/5.

39. ברור איפוא, כי תיעוד חזותי וקולי למהלך החקירות המתבצעות על ידי שב"כ לחוד או על ידי השב"כ והמשטרה באופן משולב הנו 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 כנגד גורמי חקירה שחרגו מסמכויותיהם באופן העולה כדי ביצוע עברות פליליות.

### **ב. אי תיעוד החקירה מתווסף להגבלות רבות אחרות המוטלות על חשודים בעברות בטחון בהליך החקירה והמעצר:**

40. חשודים בעברות בטחון, להבדיל מכלל החשודים האחרים, נתונים, להגבלות חמורות ביותר בהליך החקירה והמעצר. הגבלות אלה לובשות צורות שונות, החל ממניעת מפגש עם סניגוריהם, עובר בדחיית הביקורת השיפוטית על הארכת מעצרים 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 להליכי חקירתם ומעצרים ומעלים את ההסתברות לפגיעה בזכויותיהם. האפשרות לתעד חקירותיהם הופכת לבעלת משמעות מיוחדת דווקא עבור אותם חשודים שיוכלו לפחות להוכיח, ובדיעבד, כי הליכי המעצר שחו לא היו כדין והראיות שהושגו במהלכו אינן קבילות.

---

דו"ח בתכלית האיסור: עינוי עצירים פלסטיניים והתעללות בהם על ידי כוחות הבטחון של ישראל (בצלם, המוקד להגנת הפרט) (מאי, 2007). ניתן לעיין בדו"ח בקישור: [http://www.btselem.org/Download/200705\\_Utterly\\_Forbidden\\_heb.pdf](http://www.btselem.org/Download/200705_Utterly_Forbidden_heb.pdf)  
דו"ח פצצות מתקתקות: עדויות של קורבנות עינויים בישראל (הועד הציבורי נגד עינויים בישראל) מאי, 2007. את הדו"ח ניתן להוריד בקישור הבא: <http://www.stoptorture.org.il/heb/images/uploaded/publications/139.doc>  
דו"ח טיפול משפחתי (הועד הציבורי נגד עינויים) מרץ, 2008. ניתן להוריד בקישור: <http://www.stoptorture.org.il/files/tipul%20mishpahti.pdf>  
דו"ח כבילה כהתעללות ועינוי (הועד הציבורי נגד עינויים) יוני, 2009. ניתן להוריד בקישור: [http://www.stoptorture.org.il/files/Report\\_WEB\\_HEB.pdf](http://www.stoptorture.org.il/files/Report_WEB_HEB.pdf)

## מיצוי הליכים:

41. במהלך השנים 2004-2008 ניהלו העותרים התכתבות ענפה עם המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה בנוגע לחובת התיעוד החזותי בכלל והחובה החלה על השב"כ בפרט. פניות העותרים החלו עם פרסום הידיעה בכלי התקשורת בדבר שחרורם של שלושת הנאשמים ברצח החייל אולג שייחט וזאת עקב הטעות שהתגלתה במעצרים והעמדתם לדין. מקורה של הטעות היתה הודאת שווא של אחד הנאשמים ברצח שהובילה כביכול למעצרים ואישום של האחרים, ושלא כדן. העותרים המשיכו לבקש תיעוד חקירות חשודים בעברות ביטחון עד אשר הוארכה הוראת השעה ביום 17/06/08. העותרים יסתפקו בהבאת עיקר ההתכתבויות בלבד.

רצ"ב: פניותיו של העותר מס' 1 מיום 12.05.04 ליועמ"ש כנספח שסימנו ע/6; ותשובתו של נציג היועמ"ש לח"מ מיום 17.01.06, כנספח שסימנו ע/7.

42. ביום 5.11.08 קיבל העותר מס' 1 את עמדתו הרשמית של היועמ"ש לפנייתו מחודש מאי, 2004. בתשובתו לח"מ הודיע היועמ"ש, כי אין מקום לחייב את גורמי השב"כ לתעד תיעוד חזותי את חקירותיהם, זאת כי חוק חקירות חשודים איננו חל על חקירות השב"כ שהן מטבען "סיכוליות". היועמ"ש, באמצעות עוזרו, הדגיש כי תיעוד חזותי של חקירות השב"כ טומן בחובו סיכונים מהותיים שבכללן חשיפת שיטות הפעולה של השב"כ, חשיפת מקורות מידע, פגיעה ביכולות מודיעיניות וסיכון חיי החוקרים והנחקרים.

רצ"ב: תשובתו של היועמ"ש מיום 5.11.08 כנספח שסימנו ע/8.

43. בעקבות הפצת הצעת חוק הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון) – חקירת חשוד בעבירת ביטחון), התשס"ח-2008 שביקשה להפוך את הוראת השעה הפוטרת את המשטרה מהחובה לתעד, בתיעוד חזותי וקולי, חקירות חשודים בעבירות בטחון, להוראה קבועה, פנו העותרים אל היועץ המשפטי לממשלה ושר הפנים בדרישה להתנגד לאמור בהצעת החוק מפאת העדר חוקתיותה ופגיעתה הקשה בזכויות חשודים. פניות זהות שיגרו העותרים אל יו"ר וחברי ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, סמוך למועד הדיון בועדה על הצעת החוק הנ"ל.

רצ"ב: פניות העותרים אל היועץ המשפטי לממשלה מיום, 23.03.08 ומיום 5.06.08, כנספח שסימנו ע/9.

## הטיעון המשפטי

44. העותרים יטענו, כי מתן פטור גורף למשטרה ולשרות הבטחון הכללי מתיעוד חקירותיהם של חשודים בעברות ביטחון פוגע בזכויותיהם החוקתיות של החשודים לחירות אישית; להליך הוגן, לשוויון ולכבוד וזאת בניגוד לתנאי פסקת ההגבלה. פטור מעין זה מטרפד אפריורי כל אפשרות לביקורת שיפוטית ופיקוח על הליך החקירה ועל

כשרות הראיות המובאות בפני בית המשפט בשלב בירור האשמה. העדר הפיקוח על עבודת הרשויות החוקרות הנו מתכון בטוח לריבוי הודאות השווא הנגבות מחשודים וריבוי הפעלת אמצעי חקירה פסולים; וכל זאת תוך ניטרול יכולתו של ביהמ"ש לפקח על הליכי החקירה בין בזמן אמת ובין בדיעבד.

### **הפגיעה בזכויות החשודים החוקתיות לחירות אישית, להליך הוגן ולכבוד:**

45. שלילת חירותו האישית של חשוד משמעה שלילת היותו בן חורין והפיכתו לנשלט בידי רשות החקירה. שלילת החירות כהוא זה מהווה פגיעה בזכות לחירות אישית המעוגנת בסעי' 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>5</sup>

46. קיומו של הליך הוגן במהלך החקירה, המעצר והמשפט הנו אחת הערובות לכך, כי שלילת החירות תעשה באופן מידתי. הליך הוגן הנו הערובה לחשיפת ובירור האמת העובדתית והמשפטית בהליכים פליליים ומנהליים כאחת. 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 במשפט וזכותו למשפט פומבי תוך מתן אפשרות הוגנת להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות.

47. אי תיעוד חקירות חשודים מביא לפגיעה בזכותו של נאשם להליך הוגן עקב כך כי יכולתו להוכיח פסלות ראיותיו וצדקת טענותיו תיפגע לאין ערוך. פגיעה בזכות להליך הוגן מביאה לפגיעה בתכלית בירור האמת העומדת ביסוד מטרת הדין הפלילי. כדברי השופטת 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).<sup>6</sup>

48. העותרים יטענו אפוא, כי פטור מתיעוד חקירותיו של חשוד בעברות חמורות מכרסם באופן משמעותי מהאפשרויות 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.

<sup>5</sup> על מעמדה וחשיבותה של הזכות החוקתית לחירות אישית ראו: בש"פ 8223/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.02.10 (להלן: "עניין פלוני"); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19/11/10); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון ואח", פ"ד נג (5), 241, 261 (1999); בג"ץ 2320/98 אל-עמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ואח", פ"ד נב (3), 346, 350 (1998); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (5), 589 (1995); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נז(2) 373, 349 (2003).

<sup>6</sup> ראו גם ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי (טרם פורסם, 4/05/06), פסקה 65. (להלן: "עניין יששכרוב"). ע"פ 1301/06 אלום ז"ל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.06.09); ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.11.09), פסי 18-19. על מעמדה החוקתי של הזכות להליך פלילי הוגן ראו: בש"פ פלוני, פסקה 16-17 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה אי 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 נז(4) 263, 253 (2003); דברי השופט טירקל בע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, 767 (1999);

## הפגיעה בזכות החשודים החוקתית לשוויון:

49. עצור החשוד בעברות ביטחון זכאי לכלל ההגנות החוקתיות החלות על חשודים בתור שכאלה. מעמדו כחשוד הוא הרלוונטי לצורך מערך זכויותיו, ולא אופי העברות המיוחסות לו. היטיב לתאר זאת המשנה לנשיא ריבלין בעניין פלוני (פסקה 256), 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.”

50. הבחנה גורפת בין חשודים על בסיס העברות המיוחסות להם, הנה לכל הדעות פגיעה בעקרון ”שיוויון הכל בפני החוק” המהווה את לב לבו של ההליך הפלילי. קבוצת השוויון לעניין זה הנה קבוצת החשודים בעברות חמורות ללא זיקה לסיווגם של אותן עברות. כאמור, תכלית החקיקה המחייבת תיעוד חזותי וקולי הנה בין היתר לספק הגנות במיוחד לחשודים בעברות חמורות. עברות ביטחון הן עבירות חמורות בהגדרתן. פגיעה זו בעקרון השוויון מקבלת משנה חומרה כאשר במבחן התוצאה היא מכוונת לפגוע בקבוצת חשודים בעלת מאפיינים לאומיים – היינו הפלסטינים. על-פניו הפטור של המשטרה, מכח החוק, והפטור של השב”כ, מכח המדיניות, אינם מבחינים בין החשודים על-פי מוצאם, אולם בפועל תחולת אותו פטור מיושמת בעיקר כנגד פלסטינים תושבי ישראל, ירושלים, הגדה המערבית ורצועת עזה. הלכה פסוקה היא כי מבחן קיומה של אפליה הנו המבחן התוצאתי המתמקד בתוצאת מימוש הנורמה העומדת לביקורת שיפוטית.<sup>7</sup>

51. מדינת ישראל הינה צד לאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית (ICERD - International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) משנת 1965. על פי סעיף 5 לאמנה זו, על המדינות שהנן צד לאמנה למנוע ולבער אפליה גזעית ולהבטיח את זכותו של כל אחד לשוויון בפני החוק, ללא זיקה לגזעו, לאומו או למוצאו האתני ובתוך כך מוטלת עליהן החובה לבער כל צורה של חקיקה המכשירה אפליה במערכת אכיפת החוק לרבות חקיקת ביטחון

<sup>7</sup> בג”ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נגד ממשלת ישראל (נפורסם בנבו), 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).

ולהבטיח הגנה שוויונית של החקיקה הפנימית של המדינות. ועדת האו"ם פירשה סעיף זה באופן האוסר כל צורה של אפליה עקיפה כנגד קבוצת חשודים בעברות טרור.<sup>8</sup>

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

### **הפגיעה בזכויות החוקתיות הנה בניגוד לתנאי פסקת ההגבלה:**

#### **1. פגיעה שלא על פי חוק:**

52. העותרים יטענו, כי הפגיעה בזכויותיהם של החשודים איננה נעשית לפי חוק ודינה בטלות. הפטור מתיעוד החקירות מעוגן בחוק באופן עמום ואיננו מקיים את דרישת החוקיות. השב"כ שמתנהג כרשות חקירה פוטר עצמו מתיעוד החקירה ללא כל חקיקה המסמיכה אותו לעשות זאת. באשר למשטרה סעיף 17 לחוק חקירות חשודים איננו מקיים אף הוא את דרישת החוקיות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כפי שיובהר להלן.

53. סעיף 17 לחוק חקירות חשודים מנוסח בצורה עמומה המעניקה פטור מתיעוד חקירות חשודים בעברות בטחון, וזאת מבלי לטרוח להגדיר מהן אותן עברות ומי מוסמך לסווגן. הסעיף לא מפנה לאף חיקוק המגדיר מהי עבירה ביטחונית ואין בו כל הסמכה מפורשת לגורם כלשהו שאמור לסווג עברות לפי מבחנים ברורים. להלן לשונו של סעיף החוק:

"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."

54. והתוצאה הנה כי העמימות שבחוק נותנת הלכה למעשה וללא הסמכה מפורשת כח אדיר לרשות החוקרת להחליט אימתי בעיניה ראוי לתעד חקירתה ואימתי לא; שכן הרשות החוקרת היא זו שתקבע מתי החשוד יסווג בעיניה כביטחוני ואימתי לא. די לפיכך בהגדרת העברה על ידי הרשות החוקרת כביטחונית, ללא כל מבחן וקריטריון ברור, על מנת שהרשות תפטור את עצמה מחובת תיעוד חקירותיה ותצדיק זאת בטענה כי היא עומדת לעשות שימוש "בשיטות חקירה מיוחדות".

55. אי ההבחנה בין סוגי העברות והסתפקות בסמכות הרשות החוקרת לסווג עברה מסוימת כביטחונית יוצרת מצב אבסורדי כי שני בני אדם החשודים בביצוע עברות זהות ונלחמים על חפותם יזכו לשני סוגי משפט על ידי אותו מותב של שופטים. נער החשוד בידוי אבנים לעבר אוטובוסים של אוהדי כדורגל שטוען, כי הוא חף מפשע וכי החוקרים גבו ממנו הודאת שווא, יוכל בנקל להוכיח טענותיו באמצעות הצגת קלטות

---

<sup>8</sup> 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.) see also: General Recommendation No. 30: Discrimination against Non- Citizens, 1.10.2004. s



חקירותיו. לעומתו נער שחשוד ביידוי אבנים לעבר כלי רכב של כוחות הביטחון ונלחם אף הוא על חפותו ימצא עצמו משולל יכולת להוכיח טענותיו רק בשל העובדה כי הרשות החוקרת סיווגה החשד נגדו כביטחוני. אותו מותב שופטים שיידרש לברר את טענותיהם הזהות של שני בני הנוער ימצאו עצמם פוסקים בדין ונדרשים לעשיית הצדק לפי שתי אמות מידה השונות זו מזו לחלוטין. נוצר מצב אבסורדי כי הרשות שעליה בית המשפט נדרש להפעיל ביקורת ולבחון את פועלה כבלה את ידיו של בית המשפט והתוותה לו אימתי הוא יוכל לברר טענותיו של בעל דין עד תום ואימתי לא!

56. דרישה החוקיות לפי פסקת ההגבלה דורשת, כי ההסדרים הראשוניים שבאים להגביל זכויות אדם חוקתיות צריכים להיקבע בחוק עצמו ולא בכל נורמה אחרת. הפטור מתיעוד חקירות חשודים קבוע בצורה עמומה הנעדרת פירוט לגבי תוכן ההגבלה עצמה. מדובר בחוק שאיננו מקיים לפי זה את תנאי פסקת ההגבלה, כדבריו של פרופ' אהרון ברק בספרו האחרון מדתיות במשפטי, כדלקמן:

”חוק האוצל למחוקק המשנה או למבצע הוראות מינהל סמכות או שיקול דעת להגביל זכות אדם חוקתית – ולעניין זה לא צריכה להיות חשיבות למהותה של הזכות, לחשיבותה ולמידת הפגיעה בה – בלא לקבוע את ההסדרים הראשוניים באשר לתוכן ההגבלה, אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.”<sup>9</sup>

57. ודוק; הגדרתה של עברה ביטחונית אמורה להיות על ידי המחוקק ותו לא. בעניין ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל כבוד השופט (בדימוס) חשין על מהותו של ההסדר הראשוני המקיים את עקרון שלטון החוק, כדלקמן:

”יישומו הדקדקני והדווקני של שלטון החוק מחייב כי הסדרים ראשוניים ייקבעו אך בחקיקה ראשית. המחוקק אסור הוא בוותור על סמכויות לטובת הרשות המבצעת והמינהל.”

בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 30 להחלטתו כב' השופט חשין, ([פורסם בנבו] 27.02.2006)<sup>10</sup>.

## 2. תכלית הפטור איננה ראויה:

58. העותרים יטענו, כי הן התכלית הסובייקטיבית והן התכלית האובייקטיבית העומדות מאחורי הפטור לתעד חקירות חשודים בעברות ביטחון אינן ראויות. משכך יש להורות על ביטול הפטור מסיבה זו בלבד.

59. לטענת המשיבים, אי תיעוד חקירותיהם של החשודים נועד להגן על שלומם של החשודים, על אינטרס החקירה ועל האינטרס למנוע חשיפת שיטות חקירה בפומבי. וכל זאת מדוע? כיוון שהמשטרה מודה כי חקירתם של חשודים בעברות ביטחון שונה

<sup>9</sup> אהרון ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (נבו הוצאה לאור), 2010, עמ' 148-149.

<sup>10</sup> ראו גם: בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל ([פורסם בנבו] 27.9.2004).

מזו של יתר החשודים בכך שהיא מתנהלת ביחד ובמשולב עם השב"כ שתכליות חקירותיו אמורות להיות סיכוליות. המשטרה לא רק שהיא מבקשת להנציח את קיומן של החקירות המשולבות, שכשלעצמן הן בלתי ראויות, אלא מבקשת ליצור נורמות חדשות שיחולו עליה עקב אותן חקירות אשר עיקרן מכרסם בחובותיה כלפי החשודים. וכל זאת מדוע? למען הגנה על אינטרס השב"כ – הגורם הטפיל בחקירותיה.

60. כלל גדול וידוע הוא כי מעילה בת עוולה לא תצמח תרופה. העוולה הגדולה הנה בכך ששני גופים השונים במהותם מבצעים חקירות משולבות תוך יצירת ערבוביה אחת שלמה בסמכויות. מעורבות השב"כ הנה פסולה כשלעצמה ולא יכולה להצמיח עילות המאפשרות פגיעה בזכויות אדם חוקתיות. משכך, אין לראות באף דרישה הנובעת מביצוע חקירות כגון אלה כדרישה לגיטימית כיוון שהיא צמחה מפרקטיקה בלתי חוקית ובלתי לגיטימית. גם אם במקרה הקיצוני נרצה להכשיר את פרקטיקות החקירות המשולבות, הרי התנאי הבסיסי צריך להיות, כי הדבר לא יבוא על חשבונם של החשודים ובמחיר של הפקעת זכויות בסיסיות שהחוק העניק להם.

61. המשטרה מבקשת למעשה כרסום רבתי בחובותיה כלפי חשודים וזאת לא מפאת צרכי החקירה שהיא מנהלת או אופייה אלא עקב מעורבותו של השב"כ שאינו נוהג לתעד חקירותיו – דבר שהנו פסול מעיקרו. לפי ההיגיון שמוליך את המשטרה הרי שמעורבותו של גוף חקירה אחר בחקירות המשטרה מנטרלת את המשטרה מחובותיה המשפטיות ואף הערכיות כלפי החשודים ומכפיפה אותה לדפוסי החקירה של הגוף החוקר "הטפיל". לפי הגיון זה, מה טעם אפוא כי יוזהר החשוד טרם חקירתו על ידי המשטרה? ומה טעם כי יתועדו דבריו בשפתו ומה טעם להעניק לו הגנות בסיסיות בחקירה שכן לשב"כ אין חובה להעניקם לחשוד.

62. לדעת פרופ' ברק, בחינת תכליתו של החוק אמורה להשיב על השאלה "אם בחברה חוקתית דמוקרטית יש צידוק לפגיעה בזכות חוקתית להגשמתה של אותה מטרה". בחינת תכליתה של נורמה משפטית בוחנת בעיקר שני מרכיבים: זכויות חוקתיות מזה וטובת הכלל מזה. שכן, "בדמוקרטיה חוקתית לא כל דבר הכלול בטובת הכלל מהווה מטרה ראויה לפגיעה בזכות חוקתית".

א' ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכויות החוקתיות והגבלותיה** (הוצאת נבו), 300, 302, 305 (2010).

63. למעלה מן הנדרש, יטענו העותרים, כי מטרתה של נורמה משפטית הפוגעת בזכות חוקתית הנה ראויה לא רק אם תכנה הוא ראוי אלא אם הצורך בה הוא **חיוני**, נחוץ וראוי. שכן, תוכנה של התכלית איננו האלמנט היחידי שיש לבחון בבדיקתנו לתכלית. בחינה חשובה לא פחות הנה שאלת חיוניות ונחיצות. וככל שהזכויות הנפגעות נמצאות ברמה גבוהה יותר של מדרג הזכויות החוקתיות הרי אמת המידה לבחינת הצורך להגשמת התכלית אמורה להיות צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי. כך למשל, בפרשת **חוף עזה** נקבע בפסק הדין של הרוב:

"בשל הפגיעה הקשה בזכות לכבוד ולקניין יש לנקוט באמת מידה מחמירה לעניין חשיבותה של התכלית. אמת מידה זו דורשת כי הפגיעה בכבוד ובקניין במקרה לפנינו היא 'לתכלית ראויה' אם היא מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית".<sup>11</sup>

בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 549 (2005).

64. אי לכך יטענו העותרים, כי הואיל ועוצמת הפגיעה בזכויות החוקתיות של החשודים הנה כה גדולה הרי על מנת שתיחשב תכלית הנורמה שבאה לפגוע בהם כראויה, עליה להגשים מטרה חברתית מהותית. המשיבים לא הצביעו כלל על אינטרס מהותי או צורך דחוף שיכול להכשיר את תכליתו של הפטור. נהפוך הוא, המניעים שמנו המשיבים לא נוגעים לצורך הצלת חיי אדם, לא לסיכול עברה חמורה שהתיעוד עלול לטרפד ואף לא לשיבוש מידי של מהלך החקירה. האינטרסים שביקשו המשיבים להגן עליהם לא נועדו אלא להגשים מטרה אחת ויחידה: להרחיק את חדרי החקירה מעיני השופטים ומכל מנגנון בקרה חיוני אחר. שיטות חקירה כפופות לדין וחשבון ושומה על המפעיל אותן להיות נכון ולחשוף אותן לכשיידרש.

65. הרצון להסתיר עניין שהנו שפיט וכפוף לביקורת שיפוטית באופן שימנע את אותה בקרה הנו 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.

### **3. הפגיעה בזכויות החוקתיות הנה בלתי מידתית:**

66. העותרים יטענו, כי אי תיעוד חקירות חשודים בעברות ביטחון על ידי המשיבים פוגע בזכויותיהם החוקתיות לחירות, להליך הוגן, לכבוד ולשוויון במידה שהנה עולה על הנדרש כמבואר, להלן:

#### **א. אין קשר רציונאלי בין האמצעי לתכלית**

67. מבחן המשנה הראשון שנקבע בפסיקה לבחינת מדתיותו של חוק, הנו מבחן ההתאמה או הקשר הרציונאלי. אמצעי חקיקתי או פרקטיקה כלשהי הפוגעים בזכויות אדם חוקתיות הנם ראויים רק אם הם מתאימים להשגת המטרה. משמע, כי האמצעי החקיקתי צריך להוביל, באופן רציונאלי, להגשמתה של המטרה החקיקתית.

68. גם בהנחה, כי תכלית מתן הפטור מתיעוד חקירות חשודים הנה ראויה כטענת המשיבים בכך שהיא נועדה להגן על שלומם של החשודים ועל אינטרס החקירה וכן מניעת חשיפת שיטות חקירה בפומבי, הרי גם אז אין לראות באי תיעוד אותן חקירות כמקיים הקשר הרציונאלי להגשמתה של אותה תכלית. הסתרת דרכי חקירה באופן

<sup>11</sup> 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 ואח'**, פד"י נט(1) 729 (2004); ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 435.

אבסולוטי ומעיני כל גוף חיצוני מבקר מביאה לכל הדעות לפגיעה בשלומם של החשודים ופגיעה באינטרס החקירה. יש לזכור, כי אינטרס חקירה איננו העמדה לדין בכח, אלא גביית ראיות על מנת להחליט בדבר ההעמדה לדין. אינטרס החקירה מחייב כי גביית הראיות תעשה בצורה חוקית על מנת שהליך בירור האמת בפני בית המשפט יבטיח הליך ראוי והוגן.

69. ודוק; בחינת קשר רציונאלי בין אמצעי לתכלית איננה נבחנת לפי זיקה סיבתית טכנית יבשה אלא גם לפי מבחני הוגנות והגינות והעדר 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 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 הנו אמצעי שאיננו הולם ופוגע בתחושת הצדק, כדבריה הנשיאה:

"מבחן הקשר הרציונאלי 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 רציונאלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונאלי הוא על היותו של הקשר רציונאלי. 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 רציונאלית שכן היא פוגעת בזכויותיהם של החקלאים הפלסטינים לחופש תנועה ולקנין באופן שאינו פרופורציוני.."

בג"ץ 9593/04 ראשד מוראד נגד מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 26.6.2006).<sup>12</sup>

**ב. ניתן להשיג את מטרות החוק בדרכים פוגעניות פחות – מבחן הגורפות והעדר בדיקה אינדיבידואלית:**

70. מבחן המשנה השני שנקבע בפסיקה לבחינת עמידתו של דבר חקיקה בעקרון המדתיים הנו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אמצעי חקיקתי הפוגע בזכות חוקתית יקבע כראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר. העותרים ידגישו, כי המשיבים בחרו באמצעי שרירותי השולל אפריורי כל אפשרות לתיעוד חקירות חשודים וללא הבחנה. מימוש התכליות אליהן שואפים המשיבים יכול להתבצע בדרכים אחרות הפוגעניות פחות.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> ראו גם: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 279 וכן דברי השופטת ארבל בעניין 2887/04 אבו מדיגס נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' 37 (פורסם בנבו, 15.04.2007).

<sup>13</sup> ראו: בג"ץ 3969/06 ראש מועצת דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל, (פורסם בנבו), 22.10.09; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית שוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807; בג"ץ 8276/05 עדאלה נגד שר הביטחון (פורסם בנבו), 12.12.06.

71. כאמור, סעיף 17 לחוק מעניק פטור מתיעוד חקירות חשודים בעבירות ביטחון באופן גורף מבלי לקבוע מהן אותן עבירות. העותרים יטענו, כי גם אם הסעיף היה מגדיר את עבירות הביטחון הרי גם אז לא ניתן היה להסתפק בהגדרה זו שכן חלה חובה להפעיל שיקול דעת פרטני ואינדיבידואלי לגביהו של כל חשוד, מאפייניו האישיים, טיבה של העבירה, נסיבות ביצועה וכד'. שכן, לא הרי חשוד בעבירה של תמיכה בארגון טרור על ידי הנפת דגל או סמל של אותו ארגון כהרי חשוד בביצוע מעשה חבלני אקטיבי בצורה מאורגנת במטרה לפגוע בביטחון המדינה. בפס"ד **עדאלה נ' שר הפנים** שבו נדונה שאלת תוקפה של חקיקה שהגבילה זכויותיהם של אזרחי המדינה הערבים לאיחוד משפחות עם פלסטינים תושבי השטחים, נקבע בדעת רוב, כי אין להסתפק בהשתייכותו של אדם ל"קבוצת סיכון" מסוימת על מנת לבסס פגיעה בזכויות יסוד שלו, וכי הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. היטיב לתאר זאת הנשיא (בדימוס) ברק:

"הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה."

בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פסקה 69 לפס"ד של השופט ברק (פורסם בנבו) 14(14.05.06)

72. ועוד; שרירות הפטור הגורף מתבטאת אף בהשלכותיו על החשודים בעברות ביטחון, שממילא נתונים להגבלות חמורות אחרות במהלך ההליך הפלילי. כאמור לעיל חשודים בעברות ביטחון נתונים בתקופת מעצרו להגבלות דרקוניות רבות הפוגעות בחירותם האישית ובכבודם. מניעת הפגישה עם עורכי דינם, מניעת המפגש עם הוריהם בני משפחתם, העדר ביקורת ציבורית על תנאי כליאתם ודחיית הביקורת השיפוטית על מעצרו ותנאי כליאתם. העדר האפשרות לתעד חקירותיהם מוסיף למעשה חטא על פשע ומונע מאותם חשודים גם את האפשרות שיוכלו לפחות להוכיח, ובדיעבד, כי הליכי המעצר שחו לא היו כדין והראיות שהושגו במהלכו אינן קבילות.

73. חוק המעצרים מחמיר עם חשודים בעברות בטחון. סעי' 35 לחוק הני"ל מתיר הגבלת המפגש של אותם חשודים עם עורכי דינם לתקופות ארוכות וממושכות המגיעות ל-21 ימים. חשוד שנעצר מכח 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.

74. 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

<sup>14</sup> ראו גם: סעי' 11, 12 ו-13 לפסק דינה של השופטת ביניש; סעיפים 1, 15, 19, 20, 21 ו-22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; סעיף 23 לפסק דינו של השופט גיבוראן; וסעיפים 4 ו-5 לפסק דינה של השופטת חיות; בג"ץ 5627/02 **אחמד סוף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, נח(5) 70, 77-87 (2004); בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, נח(2) 357 (2004); בג"ץ 3477/95 **בן-עטיה נ' שר החינוך**, פ"ד מט(5) 1, 15 (1996).

התחיקה הצבאית חמור בהרבה. סעיף 78(ד) לצו 378 בדבר הוראות ביטחון קובע כי בסמכותו של קצין משטרה לעצור אדם עד שמונה ימים ללא צו שיפוטי. דחיית הביקורת השיפוטית במיוחד בימי החקירה הראשונים מגבירה את הצורך בתיעוד אותן חקירות שנעשו הרחק מעיני כל וללא כל בקרה.

ראו גם: תקנה 22 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרי) (תנאי אחזקה במעצר), התשנ"ז – 1997 המבחינה בין עצורים פליליים לביטחוניים גם בהקשר בתנאי כליאתם.

75. בעניין פלוני שבו פסל בית משפט נכבד זה פה אחד הוראת חוק שבאה לאפשר קיום דיוני מעצר בעניינו של חשוד בעברות ביטחון בהעדר נוכחות מטעם החשוד, עמד כבוד השופט ריבלין על העובדה כי החשש מפגיעה בזכויותיהם של החשודים ובמלאכת בית המשפט בעשיית צדק הנו מועצם במידה רבה בגלל שמדובר בחשודים בעבירות ביטחון, אשר יכולתם להתגונן בהליכי המעצר מוגבלת מכוח אמצעים אחרים שניתן להפעיל כלפיהם, כדלקמן: (פסקה 28)

"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."

76. ודוק; 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 מסויימים, ובפני כלל הציבור במקרים אחרים. ניתן אף להגביל הזכות לעשות שימוש בחקירות אלה, ולצמצם אותה לצפייה של הנאשם ובי"כ בלבד מבלי להעתיקה.

ראו למשל ההסדר החל לגבי קלטות המתעדות חקירות ילדים בחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשי"ט – 1955, סעי' 5א. ראו גם ע'1.

## ג. הנזק מאי תיעוד החקירות עולה התועלת שבו

77. מבחן המשנה השלישי של עקרון המדתינות, הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). האמצעי הנבחר צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות האדם החוקתית. מבחן זה הנו ערכי במהותו הבוחן את היתרון החברתי והתועלת הציבורית הצומחים מן הפגיעה בזכות החוקתית לעומת הפגיעה בזכויות האדם.<sup>15</sup>

78. העותרים יטענו, כי עריכת איזון בין החשיבות החברתית היחסית העומדת בבסיס תכליתו של הפטור הגורף לבין הקף הפגיעה הקשה בזכויות האדם החוקתיות ובערכים דמוקרטיים אחרים מביאה ללא ספק לתוצאה חד משמעית, כי הנזק מאותו פטור עולה על כל תועלת שתצמח. למעשה, קשה לעמוד על התועלת החברתית הצומחת מדבר החקיקה עסקינן כאשר המטרה בסופו של יום הנה פסולה. אולם גם אם נניח – וכך מורנו מבחן זה – זה התכלית הנה ראויה ויתר מבחני המשנה אינם מתקיימים הרי גם אז קשה להתעלם מהעדרה של כל תועלת חברתית שתצמח ממתן הפטור. התועלת החברתית שתצמח ממתן פטור גורף בתיעוד חקירות חשודים הנה אפסית לעומת הנזק שיגרם הן עקב הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של החשודים – עליה הרחבנו לעיל והן נוכח הפגיעה בעקרונות הדמוקרטיים של עקרון שלטון החוק, הפרדת הרשויות ובמלאכת בית המשפט להגיע לחקר האמת כמבואר, להלן:

### ג. (1) הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות וביכולת בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית:

79. הפעלת ביקורת שיפוטית על הליך החקירה והמעצר, הנה עקרון-על, המונח ביסוד דיני המעצרים, המושפעים מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גילוי האמת הנו המשימה הראשונה במעלה של בית המשפט. תפקידו של בית המשפט הנו לא רק גילוי האמת אלא פיקוח אחר רשות החקירה והאופן שבו היא פעלה בחקירותיה שנועדו אף הן לגילוי האמת. ביקורת שיפוטית הנה 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.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פסקה 91-92 ו-107 לחוות דעתו של השופט ברק (פורסם בנבו), 14.05.06; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; (פורסם בנבו), 19/11/09; 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, 280-279 (2002); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פסקאות 57-61 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו), 11.05.06;

<sup>16</sup> על חשיבותה של הביקורת השיפוטית לשמירה על זכות האדם לחירות אישית ראו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נג(5), 241, 262 (1999); עמ"מ 10/94 פלונים 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).

80. 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 מאמינות הודעות הנחקרים המוצגות בפני ביהמ"ש כראייה. דרך זו הנה 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 משני 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).

81. בעניין **יששכרוב** התייחסה כבוד השופטת ביניש לחובת תיעוד חקירות חשודים בתיעוד חזותי או קולי ולתרומת תיעוד החקירות לעשייה השיפוטית ולמתן אפשרות לקיומו של דיון אמיתי בשאלת קבילותן ומשקלן של הודאות שנמסרו במהלך החקירה, 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.

82. תיעוד חזותי וקולי יאפשרו לבית המשפט לתהות על קנקנו של החשוד המודה ולהעריך אם הודאתו נגבתה באופן חופשי, מרצון וללא הפעלת עינויים ואמצעי חקירה פסולים. בכך מצטמצמת האפשרות לעיוות דין ולהרשעה על סמך הודאות שווא. על חשיבות תיעוד חזותי לגביית הודאות חשודים, העיר השופט לוי, 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 06.12.04), פסקה 25 לפס"ד של השופט לוי.<sup>17</sup>

83. חובה עלינו להזכיר, כי 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, עמ' 835-834 (1999)]. מכאן, חשיבות התייעוד החזותי איננה 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" [דברי הנשיא שמגר בד"נ: 3081/91 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 448 (1991)] במקרים אלה, העדרו של תיעוד חזותי יקשה מאד על ביהמ"ש להיווכח כי אכן הופעלו אמצעים כגון אלה.

### ג. הפרת חובת השקיפות והפיקוח המוטלת על המדינה ככלל ורשויות החקירה בפרט:

84. 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 ודבקות לגבולות המותר והאסור במהלך החקירה.

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

<sup>17</sup> ראו גם: ע"פ 8332/05 איסקוב נ' מ"י (פורסם בנבו) 26.07.07, פסקה 19 לפס"ד של השופט לוי; דני"פ 4342/97 אל עבד נ' מ"י, פ"ד נא(1) 736, 839-836 (1998); ע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(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 קרייתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 498 (1963).

משטרתה של מדינת ישראל לפעול בכפיפות לערכי מדינת ישראל, לכבוד האדם של הנחקר ולזכויות הדיוניות.”

ע"פ 9613/04 **בן סימון נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 4.09.06), פסקה ל"א 5 להחלטתו של השופט רובינשטיין.

86. בקרת הציבור על מה שמתרחש בחדרי חקירות הנה חיונית ביותר לשימור אימון הציבור ברשויות אכיפת החוק. חשיפתה של כל קלטת חקירה גוררת חששות כבדים מפגיעה בצדדים שלישיים או השפעה על עדים, אולם אין די בשיקולים אלה כדי להוביל למניעה אוטומטית של חשיפת קלטות המתעדות חקירת חשודים.<sup>18</sup>

87. האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי-אנושיים או משפילים מחייבת כל מדינה לנקוט באמצעים שיפוטיים יעילים למניעת עינויים (סעיף 2(א)). 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 בעברות חמורות אלו מהווה הפרה בוטה לחובתה של מדינת ישראל על-פי סעיף 11 לאמנה נגד עינויים. סעיף 11 מחייב 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 ומדיניות – ICCPR.

88. הנה כי כן, פטור מתיעוד חקירותיהם של חשודים בעברות ביטחון פוגע מעל לנדרש הן בזכויותיהם החוקתיות של החשודים והן בעקרונות דימקורטים אחרים. משקלם של ערך עשיית משפט צדק וקיום הליך פלילי הוגן ללא אפליה בין החשודים הנו רב, עד כי הוא גובר על כל אינטרס אחר הכרוך בחקירה כלשהי.

89. מטרת ההליך הפלילי הנה בירור וחשיפת האמת לשם עשיית הצדק והוצאתו לאור. בהעדר חשיפה ותיעוד לכל הליכי החקירה, הצדק לעולם לא ישמע ובוודאי לא יראה. ניהול חקירות באמצעות הפיכת החשודים לאמצעי תוך כדי מתן אפשרות לחוקרים לנהוג בהם כבשלהם ללא בקרה ופיקוח יוצרת אנארכיה משפטית ושלטון שבו לית דין ולית דיין. את מכונת עשיית הצדק יש לשמן בהקפדה והגנה מרבית על זכויותיו החוקתיות של הנחקר לכבוד ולחירות אישית. אי תיעוד חזותי של חקירות המשטרה והשב"כ במלואן וכלשונן עלול להביא לקביעת גורל חייהם של אנשים חפים מפשע ולשלוחם למאסרים ממושכים, על לא עוול בכפם. והיו דברים מעולם. גם אם לא נדון בהקפן של הזכויות המועלות על הפרק הרי די בצידוק להגנה עליהן ולמנוע שימוש

<sup>18</sup> ע"פ 10994/08 **מדינת ישראל נ' רון תורג'מן** (טרם פורסם, 14.05.09), פסקה ו'.

לרעה בשליטה הטוטאלית שיש למשיבים על החשודים הנתונים בידיהם כדי להורות על ביטול הפטור מתיעוד חקירות חשודים בעברות בטחון.

על יסוד כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית עתירה זו ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפוך אותו למוחלט.

---

עביר בָּקָר, עורכת דין

ב"כ העותרים

20.12.10