

נספח א'

ירושלים, י"ח בחשוון, חש"ס
28 באוקטובר, 1999

חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"צ)

יורשת וחקרת ושאלת היטב" (דברים
י"ג, 15); "אני חי חוקר לב טחן כליות,
ולתת לאיש כדרכי כפרי מעללי"
(ירמיהו י"ז, 10).

א. כפסק-דינו כבג"צ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים בישראל ואח' נגד ממשלת ישראל ואח', קבע בית-המשפט העליון, בין השאר, כלהלן (סעיף 38):
"מסקנתנו הינה איפוא זו: על פי המצב המשפטי הקיים, אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הבטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים במעילות חבלנית עוינת, הפוגעים בחירותם של אלה, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה. ברומח, לחוקר שב"כ אינדיבידואלי – כמו לכל שוטר – אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים כאלה הפוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך כלל ובאופן אינהרנטי ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה. אם חוקר עומד לנקוט אמצעים אלה, או נוקט בהם הלכה למעשה, הוא חורג מסמכותו. אחריותו לכך תיבחן על פי חרין הכללי. אחריותו הפלילית תיבחן במסגרת סייג ה'צורך', ועל פי הנחתנו (ראו פסקה 35 לעיל¹). אם נטיבות המקרה מקיימות את דרישות הסייג, עשוי החוקר לחסות תחת כנפיו. כשם שקיומו של הסייג כרבר 'צורך' אינו יוצר סמכות, כך העדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה'צורך' או סייגים נוספים לאחריות פלילית. היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנטיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בדרך מתחוושה של 'צורך'. כמוכן, כדי להביא לידי כך שהממשלה תהא מוטמכת להורות על שימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה מעבר למותר על פי דיני החקירה הוגילים – וכדי לגרום לכך שלחוקר השב"כ האינדיבידואלי תהא סמכות לנקוט באמצעים אלה – יש צורך בהוראה חוק כדין המעניקה סמכות זו. הסייג כרבר 'צורך' אינו יכול לשמש עוגן לסמכויות אלה."

ב. * (1) מטרת מסמך זה להוות אותה "הדרכה עצמית" של היועץ המשפטי לממשלה שאליה נדרש בית המשפט כאמור לעיל, וזאת תוך חיפוש האיזון

1. פסקה 35 לפסק-הדין נאמר: "...מוכנים אנו להניח כי בנסיבות מתאימות, יעמוד הסייג של 'צורך' להגנת חוקר שב"כ שיעמד לדין פלילי."

* הערה: כאן בא קטע שכבר צוטט ברשימה לעיל, ולכן הושמט במקום זה, וענינו מובאה מרשימת כתב השורות בעיוני משפט כא 21.

בין צרכי בטחון לבין זכויות האדם וכבוד האדם, תוך התחשבות ברגישות הציבורית וברגישות האנושית.

(2) יודגש לענייננו: המדובר בנסיבות של כדבער — כאשר חוקרים פעלו, לפי הטענה, במקרה פלוני מתחושה של "צורך". אין בידי היועץ המשפטי לממשלה להנחות מראש את עצמו ואת החוקרים לחרוג מסמכותם ולנקוט אמצעים פיזיים במהלך חקירה. כאמור בפסק הדין — סעיפים 35-36, אין סייג ה"צורך" מהוה מקור סמכות מראש לחוקר השכ"ב לשימוש באמצעים פיזיים. ואולם, בידי היועץ המשפטי להנחות עצמו מראש כאשר לסוג המעשים ואופיים שאוחם עשוי הוא לראות כדבער כנופלים בגדר הגנת ה"צורך"; מוכן כי הנחיה זו אינה בגדר הסמכה לחוקר לנקוט אמצעי לחץ פיזי.

ג. (1) זו לשון סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנוכעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".

(2) ועור, סעיף 34 קובע כי ההוראות הנוכרות, בין השאר, "לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה".

(3) זוהי איפוא התשתית הנורמטיבית ביסודה, להגנת חוקר כדבער.

ד. הנחיה זו מושתתת על ההנחה, כי מדינת ישראל עורנה נחונה "במאבק בלתי פוסק על עצם קיומה ובטחונה. ארגוני חבלה העמידו לנגד עיניהם כמטרה את הרס המדינה. מעשי טרור ושיבוש החיים הסדירים הם האמצעים בהם הם נוקטים. אין הם מבחינים בין יעדים צבאיים ליעדים אזרחיים. הם מבצעים פיגועי טרור של רצח המונים...". ראה סעיף 1 לפסה"ד וכן דו"ח ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שב"כ בנושאי פח"ע (ועדה לנר"י). עור מושתתת ההנחיה על הקביעה, שהרשות העיקרית הנושאת במשימת המלחמה כפח"ע היא השב"כ (פסה"ד, שם). הנחה נוספת היא, כי חוקרי השירות הם שליחיה של מדינת ישראל, וככל שהם פועלים מטעמה על פי דין הם זכאים למירה ראויה של ודאות משפטית. אין הם פועלים במקום אחר; הם רשות כשאר רשויות המדינה, לטוב ולמוטב, בחובות ובזכויות. בעבודתם המיוחדת באיסוף מודיעין לסיכול פיגועי טרור, עליהם ליתן רעחם חריר לקיום החוק ולזכויות הנחקרים לפיו; אך בפעלם במסגרת הדין, אין להתעלם מנחיצותה של הגנה ראויה בעשותם מלאכתם.

ה. כאמור, נקבע בפסה"ד, שסייג הצורך אינו יכול להוות מקור לסמכות לקביעת הנחיות כאשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה, שהריהו "עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון... אופי זה של סייג אינו מאפשר לו להיות מקור של סמכות מינהלית כללית" (סעיף 36 לפסה"ד); גורלה של דמוקרטיה הוא "שלא כל האמצעים כשרים בעיניה" (סעיף 39 לפסה"ד). אך — קבע בית-המשפט — אם התקבל "עמדה הגורסת שהקשיים הבטחוניים הם רבים מדי, וכי נדרשת הסמכה לנקיטת באמצעים

פיוזים במהלך החקירה... כי אז ההכרעה בשאלה... צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם". היועץ המשפטי לממשלה אינו יכול לשים עצמו במקום הרשות המחוקקת. לכן ההנחיה לעצמו יכולה להיות רק בגדרי החוק ופרשנות בית המשפט כפסק הדין.

ו. כל עוד המצב המשפטי הנוכחי – בעקבות פסיקת בג"צ – בעינו, הסמכויות שבידי ש"כ וחוקריו הן כסמכויות שוטרים (מעין 20 לפסה"ד). אין ביריהם סמכויות והרשאות בדיון מעבר לסמכויות שרשאי שוטר לנקוט במהלך חקירה משטרתית רגילה. זהו הבסיס המשפטי לחקירות, ועל ש"כ ללמוד את חורת החקירות המשטרתית ולהנחילה לחוקרים, ולשלבה במסגרת החורה המקצועית חש"כית, וזאת אף שמטרתן העיקרית של החקירות על פי תפיסת חש"כ היא סיכולית, קרי, אין זהות "תכליתית" גמורה בינה לבין חקירה משטרתית. הסמכויות, כאמור, הן כסמכויות שוטרים.

ז. (1) במקרים בהם נקט חוקר במהלך חקירה באמצעי חקירה הדרוש באופן מירי להשגת מידע חיוני לשם מניעת סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בבטחון המדינה, כחיי אדם, בחדותו או בשלמות גופו, ואין דרך סבירה אחרת בנסיבות העניין להשגתו המיידית של המידע, ונקיטת אמצעי החקירה היחה סבירה בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה, ישקול היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט בנסיבות כהליכים פליליים. החלטת היועץ המשפטי תינתן בכל מקרה לגופו, חוץ בריקה פרטנית של כל המרכיבים האמורים לעיל, קרי, מידתיות הצורך ומיידיותו, חומרת הסכנה והפגיעה שנמנעו ומוחשיותן, החלופות למעשה ומידתיות האמצעים, לרבות תפיסת החוקר את המצב בעת החקירה, הדרגים שאישרו את המעשה, מעורבותם בהחלטה ושיקול דעתם בעת הכיצוע, וכן תנאי נקיטת המעשה, הפיקוח עליו ותיעודו. האמור לא יחול על אמצעי חקירה שנקיטתו היא בגדר "עניינים" כמשמע באמנה נגר עיוניים ונגד יחס משפיל ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים; ס' 1 באמנה עניינו מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי. ראו גם ס' 277 לחוק העונשין שעניינו לחץ של עובד ציבור על הולח על מנת לסחוט הודיה בעבירה או מידע בדבר עבירה.

(2) (א) פרשנות מיידיותו של הצורך כאמור, עניינה כי המדובר בצורך בפעולה רחופה ומיידית, גם אם הסכנה המוחשית איננה מיידית אלא צפויה לאחר זמן מה. מטבע הדברים, ככל שפער הזמנים בין המעשה לבין המועד הצפוי והאפשרי להתמשות הסכנה גדול יותר, נטל השכנוע שהמעשה היה "דרוש באופן מיידית", כלשון החוק, יהיה כבר יותר – ולהיפך.

(ב) (1) לעניין זה מציין בית המשפט כפסק הדין (ס' 34) כי "...מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר מספר ימים ואולי אף מספר שבועות, ובלבד שקיימת ודאות של התמשות הסכנה והיעדר אפשרות למונע את התמשותה בדרך אחרת; כלומר שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימנטי להחרשות הפיצוץ" (ההרגשות אינן במקור).

- (2) עולה מכאן, לגבי מוחשיות הסכנה, כי פעולה שגרתית ונמשכת של איסוף מידע ברבר ארגוני טרור ופעילותם באופן כללי, אינה יכולה כשלעצמה להיחפס כפעולה המקדמת פניה של "סכנה מוחשית".
- (3) לענייננו הסכנה לפגיעה בחיי אדם צריכה להיות וראית ומסוימת באופיה ובטיבה. מטבע הדברים, ככל שהמידע ברור יותר ומחייב קונקרטי לסיכון מסוים, עולה הוודאות שחש החוקר כי הסכנה תתממש. ועוד, גם נחקר שאין לגביו חשדות קונקרטיים אינו דומה לנחקר שיש לגביו מידע מסוים ומוצק כאשר למעורבות בסיכון או יריעה עליו.
- (4) ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לענין.
- (5) הגנת הצורך נועדה אפוא לחול במצבים חריגים מאוד, ואינה יכולה להיכלל בשיגרת עבודת החקירות. בשל ההריגות, אין ההגיון העומד בבסיסה מאפשר גיטות מראש של כללי התנהגות מדויקים לגבי מצבים ספציפיים. ואולם, מצבים כאלה ייתכנו בנסיבות הבטחוניות של מדינת ישראל, והם יישקלו כריעבר לסי האמור בס"ק(1) לעיל.
- (3) חוכנס של ס"ק (1) וכן ס"ק (2) לעיל אמור אפוא להוות מסגרת לשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה במקרים שבהם תתעורר שאלה של הגנת הצורך בעקבות חקירה שנערכה. מוכן, כי בפני היועץ המשפטי לממשלה יונח כל המכלול, והנסיבות השונות והמיוחדות יילקחו כחשבון.²

אליקים רובינשטיין

2. למסמך דון נוסף כדקס מסמך בענין הגנת הצורך, שהכניה גבי נאחה בן-אור, מנהלת המתלקה המלילית בפרקליטות המדינה.