

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור על פי המשפט הבינלאומי

יובל שני*

מבוא

- 1 **רקע: דיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי**
- 2 **המגמה בדיני זכויות האדם הבינלאומיים להטיל חובות פוזיטיביות על מדינות**
 - א. ההוראות הקיימות באמנות זכויות האדם השונות
 - ב. התנגדויות והצדקות להחלת דיני זכויות אדם ביחסים בין פרטים
 - ג. הקונסטרוקציה המשפטית המאפשרת את החלת דיני זכויות האדם ביחסים בין פרטים
- 3 **האיסור נגד עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל במשפט הבינלאומי**
 - א. איזו פגיעה מהווה עינוי אסור?
 - ב. האם עינויים "פרטיים" מהווים עינויים אסורים על פי המשפט הבינלאומי?
 - ג. שאלת המניע – "היסוד הנפשי" של עברת העינויים
- 4 **יישום הפרשנות המוצעת**
 - א. פירוט האמצעים הכלולים בחובה הפוזיטיבית להיאבק באלימות במשפחה
 - ב. אכיפה במישור הבינלאומי
 - ג. השלכות הדוקטרינה בדין הישראלי

סיכום

* דוקטור למשפטים, מרצה וחבר הסגל הקבוע בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. המאמר מבוסס על הרצאה שנתן המחבר ביום עיון שיום הסניף הישראלי של Amnesty International בנושא אלימות נגד נשים ושהתקיים בחודש מארס 2001 באוניברסיטה העברית בירושלים. המחבר מבקש להודות מקרב לב לעו"ד קרן מיכאלי על העזרה הרבה בהכנת המאמר, וכן להודות למד ליאור אוגיניץ ממערכת כתב העת המשפט על סיועו בהכנת המאמר לפרסום.

מבוא

תופעת אלימות במשפחה¹ הנה אחד מהנגעים החברתיים הקשים ביותר עמם נאלצת להתמודד החברה המודרנית. בישראל, כמו גם במקומות רבים אחרים בעולם, מתרחשים מדי שנה אלפי מקרים של אלימות פיסית, נפשית ומינית במסגרת התא המשפחתית². ברוב המכריע של המקרים מכוונת האלימות מצד גברים נגד נשים³, אך ישנם גם מקרים רבים של אלימות נגד ילדים, כמו גם נגד גברים. על פי מחקרים שונים, אלימות במשפחה אינה תופעה האופיינית דווקא למגזר מסוים או לשכבה מסוימת באוכלוסייה, והיא קיימת בקרב משפחות מכל השכבות הסוציו-אקונומיות⁴.

הקושי שבהתמודדות מערכת המשפט עם תופעת האלימות במשפחה אינו גובע רק מהיקפה הנרחב של התופעה ומהנתח הנכבד שהיא תופסת מכלל מקרי האלימות המתרחשים בחברה⁵. ניתן להצביע לפחות על שני גורמים נוספים המקשים על המאבק המשפטי בתופעה. ראשית,

- 1 לצורך מאמר זה, אשתמש בהגדרה לאלימות במשפחה בה משתמשת הדיווחת המיוחדת של האו"ם (Special Rapporteur) בנושא האלימות נגד נשים: Domestic violence is violence that occurs within the private sphere, generally between individuals who are related through intimacy, blood or law". *Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences*, Commission on Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1996/53 (1996), at para. 23 (להלן: Report of the Special Rapporteur (Prepared by R. Coomaraswamy) 1996 Report of the Special Rapporteur). לצורך הגדרת התנהגות הנחשבת כאלימה, ניתן להיעזר בפירוט העברות המופיע בסעיף 3 לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991 (להלן: החוק למניעת אלימות במשפחה); אלימות, עברות מין, כליאה שלא כרין, סכנה לפגיעה גופנית או לעברת מין, התעללות נפשית מתמשכת או התנהגות באופן שאינו מאפשר לקרבן ניהול סביר ותקין של חייו.
- 2 למשל בשנת 2000, נפתחו במשטרת ישראל 21,448 תיקים פליליים בגין אלימות או איום לאלימות במשפחה. 15 מתוך התיקים האמורים ערבו מקרי רצח נשים בידי בני זוגם. המידע לקוח מאתר האינטרנט של משטרת ישראל: [http://www.police.gov.il/default.asp?pagename=040201bd.html] (last visited on 20/10/2001) מהנשים הישראליות הנן נשים מוכות. 1996 Report of the Special Rapporteur, *Ibid*, at para. 62(f).
- 3 R. Copelon "Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture" *25 Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (1994) 291, 303.
- 4 M.B. Varela "Protection of Domestic Violence Victims under the New York City Human Rights Law's Provisions Prohibiting Discrimination on the Basis of Disability" *27 Fordham Urb. L.J.* (2000) 1231, 1232-1233; C. Shu-Bin Woo "Familial Violence and the American Criminal Justice System" *20 Haw. L. Rev.* (1998) 375, 379 עם זאת, יש מחקרים המצביעים על זיקה בין פערים כלכליים בין גברים לנשים לבין שכוחות אלימות נגד נשים. *Report submitted by the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences*, Commission on Human Rights U.N. Doc. E/CN.4/1995/42 (1994), at para. 53 (להלן: 1994 Report of the Special Rapporteur (Prepared by R. Coomaraswamy)).
- 5 לפי נתוני משטרת ישראל, נפתחו בשנת 2000 בסך הכול 35,185 תיקים פליליים בגין עברות אלימות. ראו אתר משטרת ישראל, **לעיל** הערה 2. עולה מכך, כי מקרי אלימות במשפחה היוו כמעט שני שלישים מסך מקרי האלימות שדווחו למשטרה.

במקרים רבים קיים "קשר שתיקה" סביב מקרי אלימות במשפחה.⁶ הדבר נובע מכמה סיבות אפשריות: קרבן האלימות עשוי לחשוש כי דיווח על מעשה האלימות יחשוף אותו לתגובה אלימה עוד יותר מצד בן המשפחה האלים;⁷ לעתים הקרבן מעריך כי המחיר הכרוך בפגיעה בשלמות התא המשפחתי, כתוצאה מעירוב רשויות שלטוניות בסכסוך המשפחתי, והבושה שיחוש כתוצאה מהחשיפה הפומבית של מקרי האלימות,⁸ עולים על התועלת שבמיצוי הסיכוי (אשר אינו בהכרח גבוה) כי התערבות הרשויות תוביל להפסקת מעשי האלימות; ויש מקרים בהם הקרבן עצמו רואה באלימות במשפחה (בעיקר כאשר זו מתקיימת לאורך זמן), מעין "גורת גורל" שיש להשלים עמה – ראייה הנובעת לעתים תכופות מתפיסה מעוותת באשר למודל היחסים הראוי בין חברי התא המשפחתי.⁹ כאשר מדובר באלימות בתוך המשפחה המכוונת נגד קטינים, מתווספים שיקולים מיוחדים המקשים על דיווח מצד הקרבנות, כדוגמת קשיי התבטאות, חוסר מודעות לאפשרות לדווח ואי-הבנת הפסול שבמעשה ההתעללות.¹⁰ בעיה שנייה, קונספטואלית באופייה, קשורה לתפיסה של תפקיד המשפט במסגרת החברה הכללית ובמסגרת התא המשפחתי. על פי התפיסה הדומיננטית בעבר, התא המשפחתי והאינטראקציה בין חבריו שייכים ל"עולם הפרטי" של בני האדם, בעוד שמערכת היחסים בין הפרט לפרטים אחרים שאינם חלק מהתא המשפחתי ולחברה בכללותה שייכים ל"עולם הציבורי" של בני האדם.¹¹ המשפט – מערכת הכללים ומנגנוני האכיפה המסדירה, באמצעות פרמטרים קבועים, את האינטראקציה בין הפרט לבין סביבתו החברתית – נתפס כבעל תחולה עיקרית ב"עולם הציבורי", בעוד שנושאים הקשורים לאופן תפקודו של התא המשפחתי צריכים, לפי גישה זו, להיות מוסדרים על פי אמות מידה אחרות, גמישות יותר (כגון: מוסר, מסורת, דת, הסכמה בין חברי התא המשפחתי וכדומה). אשר על כן, יש הסבורים כי רצוי לחשוף במידה מועטה ככל האפשר את התא המשפחתי האוטונומי ה"רגיש" להתערבות ה"גסה" של מערכת המשפט. אכן המשפט ממעט בדרך כלל להתערב בשאלות כגון חלוקת התפקידים בין בני משפחה, חלוקת כספים בתוך המשפחה, שיטות חינוך ילדים, קביעת גודל המשפחה ודרך ההצטרפות אליה (למשל, שידוך הילדים לבני זוג נבחרים). זאת אף כי שאלות מקבילות המתעוררות ביחסים בין בני אדם מחוץ למסגרת התא המשפחתי מוסדרות

6 דו"ח הוועדה בראשות י' קרפ "אלימות בין בני-זוג: היבט משפטי" מעמד האשה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) 280, 282 (להלן: דו"ח ועדת קרפ); מבקר משרד המשטרה דו"ח ביקורת בנושא הטיפול המשטרתי באלימות בין בני זוג (1993) 11-14 (עותק שמור במערכת).

7 Copelon, *supra* note 3, at p. 318; דו"ח ועדת קרפ, שם, בע' 297. השוו' ל' שלף "בין הריגה פלילית לבין הגנה משפטית" פלילים 1 (תשנ"ח) 89, 94.

8 Copelon, *Ibid*, at p. 316; דו"ח ועדת קרפ, שם, שם. השוו' ל' בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים 1 (תשנ"ח) 5, 33.

9 ראו למשל: U.M. Becker "Patriarchy and Inequality: Towards a Substantive Feminism" *Chi*. (1999) 21, 26-29 *Legal F.*; דו"ח ועדת קרפ, שם, בע' 284.

10 ראו נ' קליין מסמך רקע לדיון בנושא: ילדים קורבנות עברני מין (הוגש על ידי המרכז למחקר ומידע של הכנסת לוועדת הכנסת לקידום מעמד הילד) (תשס"א) (עותק שמור במערכת).

11 לדיון בהבחנה המסורתית בין המישור הפרטי לציבורי, ראו בילסקי, לעיל הערה 8, בע' 48.

על פי רוב באמצעות כללים משפטיים (למשל: יחסי עבודה בין עובד למעביד, חלוקת כספים בין משקיע ליוזם עסקי, דרכי חינוך בבית הספר וכללי התאזרחות במדינה). הגישה הדיכוטומית המתוארת מובילה לתפיסת התא המשפחתי כ'טריטוריה' אשר הנה ברובה אקסטרה משפטית ולהתייחסות חברתית סלחנית כלפי התנהגות לא נורמטיבית המתבצעת במסגרת התא המשפחתי. כך, בעוד שאלומות בין פרטים (כמו טרור, בריונות או קטטות במקומות ציבוריים) נתפסת כנגע חברתי שיש להילחם בו ככל האמצעים המשפטיים, הרי שאלומות במשפחה נתפסת על ידי רבים כתופעה מורכבת יותר, המצריכה, במקרים רבים, טיפול עדין יותר מזה המוצע על ידי המערכת המשפטית.¹²

מטרתה של רשימה זו הנה לקעקע את הטענה כי יש להתייחס לאלומות במשפחה באופן סלחני בגין היותה תופעה המתרחשת ב"עולמם הפרטי" של הקרבן ושל התוקף האלים. בשונה מהכתיבה הפמיניסטית שתוזכר להלן, המבקרת את הדיכוטומיה בין המישור הפרטי לציבורי בעיקר על רקע ההטיה המגדרית המצויה בבסיסה¹³, הרי שהעמדה המוצגת כאן תבוסס בעיקר על מגמה כללית הקיימת בדיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי של הגדרה מחדש של היקף אחריות המדינה להפרות זכויות האדם בשטחה, שתוצאתה, בין היתר, הנה זניחת הדיכוטומיה המסורתית בין הפרות זכויות אדם על ידי רשויות ציבוריות (להלן: הפרות ציבוריות) לבין הפרות על ידי פרטים (להלן: הפרות פרטיות). הואיל ודיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי מייצגים סטנדרט אוניברסלי, שעל המדינות השונות להתאים את דיניהן לפיו, הרי שלדיון במישור הבינלאומי השלכה ברורה גם על המצב בתוך ישראל פנימה. למעשה, יש לראות במאמר זה משום קריאה למערכת המשפטית בישראל לאמץ מתודה פרשנית של זכויות אדם דומה לזו הקיימת במשפט הבינלאומי.¹⁴

החלק הראשון של הרשימה יסקור בקצרה את דיני זכויות האדם הבינלאומיים על מנת להכשיר את הקרקע לדיון שיבוא בהמשך. החלק השני של הרשימה יבחן את המגמה המתגברת בעשרים השנים האחרונות של התלת דיני זכויות האדם הבינלאומיים ביחסים בין פרטים. חלק זה יתאר את המגמה האמורה וידון בהשלכותיה וברציונלים לקיומה, אשר עומדים בהנגדה ברורה לדיכוטומיה המסורתית בין המישור הציבורי לפרטי. בחלקה השלישי של הרשימה תוצג הקונסטרוקציה המשפטית, לפיה מקרים קשים של אלימות במשפחה מנוגדים לאיסור על עינויים ויחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל הקיים במשפט הבינלאומי,

12 ראו למשל: 1994 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 4, at para. 123 (במקומות שונים בעולם קיים ויכוח האם המשפט הפלילי הנו כלי ראוי לטיפול באלומות בין בני זוג); דו"ח ועדת קרפ, **לפיל הערה 6, בע' 284.**

13 ראו למשל: H. Charlesworth & C. Chinkin & S. Wright "Feminist Approaches to International Law" 85 *Am. J. Intl. L.* (1991) 613; H. Charlesworth & C. Chinkin "The Gender of Jus Cogens" 15 *Hum. Rts. Q.* (1993) 63; C.A. MacKinnon "Crimes of War, Crimes of Peace" *On Human Rights* (New-York, S. Shute & S. Harley eds., 1993) 83, 91-94

14 לקריאה דומה ביחס למשפט האמריקאי, ראו: T. Schriver "Establishing an Affirmative Governmental Duty to Protect Children's Rights: The European Court of Human Rights as a Model for the United States" 34 *U.S.F. L. Rev.* (2000) 379

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

וזאת למרות חוסר היכולת לייחס לרשויות החוק אחריות ישירה למעשים אלה. נדמה כי הגדרת אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור עשויה, בראש ובראשונה, לחזק את הסטיגמה השלילית הצמודה למעשי אלימות שכאלה ולהגביר את המודעות לצורך להוקיע את התופעה ולהיאבק בה. לבסוף, בחלק הרביעי של הרשימה, תבצע בדיקה קצרה של אפשרויות היישום של הדוקטרינה הנדונה הן במישור הבינלאומי והן במסגרת הדין בישראל פנימה.

1. רקע: דיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי

דיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי הנם מערכת של כללים המחייבים, בהיקף זה או אחר, את כל מדינות העולם, ובכלל זה את ישראל. הכללים האמורים מצויים בעיקר בשש אמנות מרכזיות, אשר ישראל הנה צד להן: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות¹⁵ (להלן: ICCPR) והאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות משנת 1966¹⁶; האמנה לביעור האפליה הגזעית משנת 1965¹⁷, האמנה לביעור האפליה נגד נשים משנת 1979¹⁸ (להלן: CEDAW), האמנה נגד עינויים משנת 1984¹⁹ והאמנה לזכויות הילד משנת 1989²⁰. בנוסף, קיימות מספר אמנות זכויות אדם אזוריות (שישראל אינה חברה בהן), כגון: האמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950²¹, האמנה הבינ-אמריקאית לזכויות אדם משנת 1969²² ומגילת זכויות האדם והעמים האפריקאית משנת 1981²³, המיועדות לקדם את זכויות האדם באזור גאוגרפי מסוים.

חשוב לציין כי בעוד שהאמנות מחייבות בראש ובראשונה את המדינות שהצטרפו אליהן, כללי הליבה של האמנות, שניתן למצוא הכרה בינלאומית בתקפותם כבר בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם שאימצה העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1948²⁴, מוגדרים כיום

- 15 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, ע' 269 (מיום 16 דצמבר 1966, 148 מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991) (להלן: ICCPR).
- 16 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, ע' 205 (מיום 16 דצמבר 1966, 145 מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991) (להלן: ICESCR).
- 17 האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, ע' 547 (מיום 21 דצמבר 1965, 162 מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1979) (להלן: CERD).
- 18 אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורתיה, כ"א 31, ע' 179 (מיום 18 דצמבר 1979, 168 מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991) (להלן: CEDAW).
- 19 אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, ע' 249 (מיום 10 דצמבר 1984, 128 מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991) (להלן: האמנה נגד עינויים).
- 20 האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, ע' 221 (מיום 20 נובמבר 1989, 191 מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991) (להלן: אמנת הילד).
- 21 European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Oct. 1950, 213 U.N.T.S. 222 (להלן: האמנה האירופית).
- 22 American Convention on Human Rights, 22 Nov. 1969, 1144 U.N.T.S. 123 (להלן: האמנה האמריקאית).
- 23 African Charter on Human and Peoples' Rights, 27 Jun. 1981, 21 I.L.M. (1982) 58 (להלן: המגילה האפריקאית).

כ"מנהג בינלאומי"²⁵. המשמעות המשפטית של הגדרה זו הנה כפולה: א) הואיל והמנהג מטיל חובה משפטית אוניברסלית, גם מדינות אשר לא הצטרפו לאמנות מחויבות להגן על זכויות האדם הבסיסיות המשקפות נורמות מנהגיות; 2) על פי הדין הנוהג בארץ (ובמספר מדינות אחרות ששיטת המשפט שלהן צמחה אף היא מהמשפט המקובל), דין בינלאומי מנהגי נקלט באופן אוטומטי לדין הפנימי (בכפוף לחקיקה סותרת)²⁶, בעוד שלא ניתן להסתמך במישרין על דין הסכמי בבית משפט מקומי ללא חקיקה מפורשת הקולטת אותו²⁷. בכל מקרה, הואיל וישראל הצטרפה לכל האמנות הבינלאומיות המרכזיות בתחום זכויות האדם, הרי ששאלת מחויבותה במישור הבינלאומי לסטנדרטים האמורים אינה מוטלת בספק. יש לציין, כי האמנות המגנות על זכויות האדם לא הסתפקו רק ביצירת נורמות, אלא גם הקימו מנגנוני אכיפה שנועדו להבטיח את יישום הכללים על ידי המדינות החברות. בעוד שבמישור האזורי קיימים מנגנוני אכיפה חזקים למדי, ובראשם בית הדין האירופי לזכויות אדם שנהנה מסמכות שיפוט שבחובה ביחס ל-43 מדינות אירופיות, והנו מוסמך לשבת, למעשה, כערכאת ערעור על בתי הדין העליונים של המדינות הכפופות לסמכותו ולדון בעתירתו של כל פרט הטוען כי זכויות האדם שלו הופרו על ידי אותן מדינות, במישור האוניברסלי, שבו משתתפת ישראל, למנגנוני האכיפה יש פחות "שיניים". ישראל, כמו גם מדינות אחרות החברות באמנות זכויות האדם של האו"ם, מחויבת בדיווח אחת למספר שנים על מצב זכויות האדם בשטחה לוועדות מומחים הממונות על יישום האמנות השונות, והיא חשופה לביקורת המופנית כלפיה מצד אותם מומחים וגורמים בינלאומיים נוספים (כמו למשל, נציבות האו"ם לזכויות אדם). אמנם, חלק מוועדות המומחים מוסמכות לקבל תלונות מפרטים אשר זכויות האדם שלהם הופרו, אך זאת רק אם המדינה נגדה הופנתה התלונה הכירה בסמכות מעין-שיפוטית זו של הוועדה. כך למשל, הוועדה לזכויות האדם של האו"ם (The Human Rights Committee), הממונה על יישום ה-ICCPR, מוסמכת לדון בתלונות כנגד 103 מתוך 148 המדינות שהן צד לאמנה (אך ישראל אינה בין המדינות שקיבלו סמכות זו של הוועדה)²⁸. חשיבות מנגנוני האכיפה הנה כפולה: הם מקדמים אכיפה טובה יותר של

24 Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 at p. 71 (1948)

25 מנהג בינלאומי (international custom) הנו כלל התנהגות מחייב אשר ניתן להלץ מפרקטיקה עקבית וממושכת של מספר גדול של המדינות, וזאת כאשר הפרקטיקה מלווה ב"יסוד נפשי" של תחושת מחויבות לפעול בהתאם לכלל האמור (opinio juris sive necessitatis).

S.S. "Lotus" (France v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A), No. 10, at p. 18

26 ע"פ 174/54 שטמפפר נ' הי"מ, פ"ד י' 5, 15; ע"פ 336/61 אייכמן נ' הי"מ, פ"ד טז 2033, 2044.

27 ע"א 25/55 האוטורופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י' 1825, 1831.

28 מנגנוני תלונות נוספים העומדים לרשות פרטים קיימים גם במסגרת CERD (38 מדינות קיבלו סמכות זו), האמנה נגד עינויים (45 מדינות קיבלו סמכות זו) ומראשית שנת 2001, גם במסגרת CEDAW (32 מדינות קיבלו סמכות זו). אולם ישראל לא הצטרפה לאף לא אחד מהמנגנונים האמורים. כצד המנגנונים לתלונות פרטים, מציעות הוועדות הפועלות במסגרת ה-ICCPR, CERD והאמנה נגד עינויים גם מנגנונים לתלונות בין-מדיניות. אך עד כה, מנגנונים אלה מעולם לא נוצלו (ישראל הנה צד רק למנגנון התלונות הבין-מדינתי של ה-CERD).

זכויות האדם, ובה בעת, פעולתם תורמת להבנה טובה יותר של הכללים ושל הפרשנות שיש לתת להם.

2. המגמה בדיני זכויות האדם הבינלאומיים להטיל חובות פוזיטיביות על מדינות

א. ההוראות הקיימות באמנות זכויות האדם השונות

במרבית אמנות זכויות האדם הרלוונטיות אין התייחסות ישירה לשאלת תחולת הזכויות הקבוצתיות בהן במקרים בהם הפגיעה בזכויות נגרמת על ידי אנשים פרטיים שאינם מפעילים סמכות שלטונית (למשל, האם הזכות לחיים חלה גם ביחס למעשי רצח שמבצעים אנשים פרטיים). לפחות במקרה בולט אחד, שיידון בהרחבה בהמשך (האמנה נגד עינויים), נראה כי מנסחי האמנה התכוונו, באופן מודע, שלא להחילה על מערכות יחסים שבין פרטים²⁹. אמנם במספר אמנות קיימים הסדרים מיוחדים, המטילים על המדינה חובות "עשה" ספציפיות ומפורשות בנוגע להפרות זכויות על ידי פרטים³⁰, אך מדובר בהסדרים ספורדיים וצרים מבחינת היקף תחולתם. מכל מקום, נראה כי לא ניתן לגזור מהם חובה כללית על המדינה למנוע הפרות זכויות אדם על ידי פרטים, בכלל, ובמקרים של אלימות במשפחה, בפרט. ההוראה היחידה המצויה באמנות זכויות האדם הנוגעת במישרין לנושא אחריות המדינה להפרת זכויות אדם מצד פרטים בהקשר של אלימות במשפחה, מצויה בסעיף 19(1) לאמנת הילד, שם נקבע כי:

"המדינות החברות ינקטו אמצעים תחקייתיים, מנהליים, חברתיים וחינוכיים מתאימים, על מנת להגן על הילד מפני אלימות גופנית או נפשית לסוגיהן, ומפני חבלה פציעה או שימוש לרעה, הזנחה או טיפול רשלני, ניצול או התעללות, ניצול, לרבות מיני, שעה שהוא נתון בטיפול הורים, אפוסטרופסים חוקיים או אדם אחר המופקד על הטיפול" (ההדגשות שלי - י.ש.).

ברי כי אין בהוראה זו די. ראשית, ההוראה מכסה רק סוג מסוים של גילוי אלימות במשפחה (אלימות נגד ילדים) ואינה מכסה גילויי אלימות נוספים. שנית, נדמה כי ההוראה מטילה חובה ערטילאית למדי של קביעת סטנדרטים ונהלים כלליים לטיפול בתופעת האלימות נגד

29 ראו דיון בנושא הלקן, בפרק 3ב' - "האם עינויים 'פרטיים' מהווים עינויים אסורים על פי המשפט הבינלאומי".

30 ראו, למשל, סעיף 2(ב) ו-2(ד) ל-CERD (חובה להיאבק באפליה גזעית בידי פרטים); סעיף 5(ב) ל-CERD (זכות לביטחון מפני כל גילויי אלימות על רקע גזעי); סעיף 1(ו) ל-CERD (זכות גישה למקומות ושירותים המיועדים לציבור הרחב); סעיף 2(ה) ל-CEDAW (חובה להיאבק באפליה מינית בידי פרטים); סעיף 2(2) לאמנת הילד (חובה על הורים לספק תנאי מחיה נאותים לילדיהם). ניתן גם להסיק על קיומן של חובות פוזיטיביות מסעיף 20 ל-ICCPR (איסור על הסתה); סעיף 7 ל-ICESCR (זכות לתנאי עבודה ראויים); סעיף 6 ל-CEDAW (מאבק בסחר נשים); סעיף 11 ל-CEDAW (מאבק באפליית נשים בשוק התעסוקה); סעיף 11 ו-35 לאמנת הילד (מאבק בחטיפת ילדים); סעיף 32 לאמנת הילד (מאבק בניצול כלכלי של ילדים); סעיף 33 לאמנת הילד (הגנה על ילדים מפני שימוש בסמים); סעיף 34 לאמנת הילד (הגנה על הילד מפני ניצול מיני); וסעיף 35 לאמנת הילד (איסור כללי על ניצול ילדים).

ילדים, ולא ברור אם היא מטילה אחריות משפטית על המדינה במקרים של פגיעה בילדים למרות קיומם של הסטנדרטים המתאימים. כפי שיפורט בהמשך, המדינה צריכה, במקרים מתאימים, לנקוט אמצעים הבאים בתגובה להפרות על ידי פרטים (ולא רק לנקוט את האמצעים המפורטים בסעיף 19(ח) לאמנת הילד, שמטרתם מניעת ההפרות). לבסוף, מנגנוני האכיפה של אמנת הילד חלשים למדי ואינם כוללים כלל מנגנון תלונות נגד מדינות המפרות את הוראות האמנה. אשר על כן, נראה כי יש צורך לבסות ולעגן גם את החובה למנוע אלימות נגד ילדים בהוראות המצויות באמנות אחרות, שהגן בעלות פוטנציאל אכיפה רב יותר.

מקור אחר להטלת חובת "עשה" על המדינה, בקשר למקרי אלימות במשפחה, מצוי בהכרזת העצרת הכללית של האו"ם בדבר ביעור אלימות נגד נשים משנת 1993. הכרזה זו קובעת כי על המדינות לנקוט צעדים מתאימים על מנת להיאבק באלימות נגד נשים, גם כאשר זו ננקטת על ידי גורמים פרטיים³¹. ואולם מדובר בהכרזה נטולת מעמד משפטי מחייב, הנוקטת לשון המלצה ("States should pursue all appropriate means" ולא "States shall pursue all appropriate means", כמקובל במסמכים מחייבים). אמנם, בעיית המעמד הבלתי מחייב באה על פתרונה, באופן חלקי, באמנה הבין-אמריקאית למניעת אלימות נגד נשים, המחייבת מדינות לנקוט שורה ארוכה יחסית של אמצעים פוזיטיביים במסגרת המאבק בתופעה³², אך זו אמנה הפונה רק למספר מצומצם יחסית של מדינות (30 מדינות מאמריקה הלטינית הנן צד לאמנה) והנה, על כן, בעלת יכולת השפעה מוגבלת. מכל מקום, הן ההכרזה והן האמנה הבין-אמריקאית אינן מספקות פתרון כולל לבעיית האלימות במשפחה, שכן הן אינן מכסות גילויי אלימות במשפחה נגד גברים או ילדים ממין זכר.

לבסוף, ניתן לציין כי ייתכן שניתן לגזור את חובת המדינה להיאבק באמצעים פוזיטיביים בתופעת האלימות במשפחה – לפחות ככל שמדובר באלימות נגד נשים (שהיא הגילוי השכיח ביותר של התופעה) – מאיסור האפליה נגד נשים המעוגן בכל אמנות זכויות האדם המרכזיות³³, ואשר אמנת CEDAW קוראת להיאבק בה, בין היתר באמצעים פוזיטיביים³⁴. הטענה היא כי אלימות נגד נשים מהווה ביטוי של אפליה אסורה, שכן היא נובעת במידה רבה מתפיסות עולם הדוגלות בנחיתותן של נשים לעומת גברים, ומיועדת להנציח את הפער ביחסי הכוחות בין המינים³⁵. מכאן, ניתן לטעון כי אמנת CEDAW מטילה על המדינות

31 Declaration on the Elimination of Violence against Women, U.N. G.A. Res. 48/104, 20 Dec. 1993, art. 4, U.N. Doc. A/RES/48/104 (1993) (להלן: ההכרזה בדבר ביעור אלימות נגד נשים).

32 Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women, 9 June 1994, art. 7-8, 33 I.L.M. (1994) 1534 (להלן: האמנה הבין-אמריקאית למניעת אלימות נגד נשים).

33 סעיפים (1) 3-1 ל-ICCPR; סעיפים (2) 2-3 ל-ICESCR; סעיף 2 ל-CEDAW; סעיף 14 לאמנה האירופית; סעיף 1 לאמנה האמריקאית; סעיף 2 למגילה האפריקאית.

34 סעיפים (ב) 2-3 (ג) וסעיפים (ה) 1-2 ל-CEDAW.

35 1996 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 1, at para. 27; Copelon, *supra* note 3, at pp. 305-306, 330, 339; A. Byrnes "The Convention against Torture" *Women and International Human Rights Law* (Ardsley, K.D. Askin & D.M. Koenig eds., vol. II, 2000) 183, 196; A.P.

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

אשר הנן צד לאמנה חובה להיאבק באמצעים פוּזיטיביים באלימות במשפחה, ככל שהיא נובעת ממניעים מפלים. במיוחד מעניין לציין כי סעיף 5(א) לאמנת CEDAW מחייב את המדינות לפעול גם על מנת לשנות את "דפוסי ההתנהגות החברתית והתרבותית של גברים ונשים, במגמה להשיג את ביעורן של דעות קדומות ומנהגים מקובלים ואחרים המבוססים על רעיון נחיתותו או עליונותו של אחד המינים, או על תפקידים סטראוטיפיים לגברים ונשים". על כן ניתן גם לטעון, כי על המדינות החברות ב-CEDAW מוטלת חובה לפעול כדי לשנות את המציאות החברתית והתרבותית בה תופעת האלימות נגד נשים הנה "מנהג מקובל".

דא עקא, גם כאן, ההגנה שמעניקים סעיפי איסור האפליה לקרבנות אלימות במשפחה הנה חלקית ביותר. כאמור לעיל, אין בהם משום הגנה על קרבנות אלימות במשפחה שאינם נופלים בגדר הקבוצה המוגנת (ילדים, גברים). חשוב יותר, הערך המוגן על ידי איסור האפליה חופף חפיפה חלקית בלבד לערך המוגן על ידי האיסור על אלימות, וייתכנו מצבים שבהם תהיה הצדקה להגן על נשים מפני אלימות במשפחה, גם כאשר לא ניתן למקם את האלימות בהקשר מפלה מובהק (למשל, הכאת הורים על ידי ילדיהם). לבסוף, החובה המוטלת בסעיף 5(א) הנה כללית מדי וספק רב אם ניתן לגזור מהחובה להוביל לשינוי חברתי ותרבותי, חובת הגנה קונקרטיית על קרבנות אלימות.

אם כך, בהיעדרן של הוראות ספציפיות מתאימות יש מקום לבחון האם ניתן להחיל הוראות כלליות, המצויות באמנות ומגנות על בני אדם מפני מעשי אלימות והתעללות, על מקרי אלימות במשפחה. במילים אחרות, יש לבדוק האם ניתן לפרש את דיני זכויות האדם הכלליים, אשר נועדו במקור להטיל חובות "אל תעשה" על המדינות, כך שיטילו אחריות על מדינות בגין הפרות זכויות אדם בידי פרטים. באופן ספציפי, הרשימה תתמקד בשאלה האם האיסור נגד עינויים ויחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל המצוי בסעיף 7 לאמנת ה-ICCPR יכול לכסות גם מקרים של הפרות שבוצעו על ידי פרטים אחרים – בני משפחת הקרבן. עם זאת, המסקנות שיוצגו להלן הנן בעלות פוטנציאל תחולה רחב יותר, ועשויות לכסות הפרות של זכויות אדם אחרות, הקשורות ליחסים בתוך התא המשפחתי, כגון הזכות לחיים (סעיף 6 ל-ICCPR), עקרון השוויון (סעיף 12) וסעיף 3 ל-ICCPR והזכות לפרטיות (סעיף 17 ל-ICCPR).

ב. התנגדויות והצדקות להחלת דיני זכויות אדם ביחסים בין פרטים

שאלת האחריות הבינלאומית של המדינה להפרות שבוצעו על ידי פרטים אינה שאלה טריוויאלית. במקורן, זכויות האדם ה"קלאסיות" (המכונות בספרות "זכויות מן הדור

Ewing "Establishing State Responsibility for Private Acts of Violence against Women under the American Convention on Human Rights" 26 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (1995) 751, 754
Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, General: ראו גם: Recommendation No. 19, U.N. Doc. A/47/38 (11th Sess., 1991), at para. 11. המלצה מט' 19 או Recommendation No. 19; פסקה 5 למבוא להכרזה בדבר ביעור אלימות נגד נשים, לעיל הערה 31.

הראשון³⁶, כמו למשל, חופש הביטוי או הזכות לפרטיות, נועדו להגן על הפרט מפני השלטון והטילו הגבלות על פעולת המדינה³⁷. אשר על כן, הן התאפיינו בהטלת חובות נגטיביות – חובות “אל תעשה” – על רשויות השלטון. חובות מסוג “עשה”, כמו למשל, הזכות לבריאות או הזכות לחינוך (הכלולות בקבוצת הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות המוגדרות בספרות כ”זכויות מן הדור השני”³⁸), מטילות נטל כבד בהרבה על השלטון ומחייבות אותו להקצות משאבים חומריים על מנת לממש את החובה. על כן, אין זה מפליא כי ממשלות אינן ששות ליטול על עצמן חובות בעלות אופי פוזיטיבי, ומקום שבו הן מסכימות לכך, הן מתנות את התחייבויותיהן בשורה של תנאים. כך למשל, האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, המטילה על השלטון שורה ארוכה של חובות פוזיטיביות, קובעת כי הדרישה ליישום הזכויות הקבוצות באמנה הנה פרוגרסיבית ויחסית – היינו, תלויה בכמות המשאבים העומדים לרשות המדינות התברות באמנה³⁹.

אחריות המדינה בגין הפרות של פרטים דומה מבחינה רעיונית לחובה מן הסוג השני הפוזיטיבי. על מנת לקיים את החובה – למנוע את ההפרה מצד הפרט, לאתר את הפרט המפר, להענישו ולפצות במידת האפשר את קרבן ההפרה – על המדינה לנקוט אמצעים פוזיטיביים, הכוללים, בין היתר, הקצאת משאבים ניכרת. למשל, במקרים של אלימות במשפחה, הטלת חובה כאמור עשויה לחייב את המדינה, בין היתר, לתגבר את כוח האדם של המשטרה ואת שירותי הרווחה המטפלים בתלונות על מקרי אלימות, לנהל הליכים משפטיים יעילים נגד בני משפחה אלימים, לנקוט פעולות טיפוליות ושיקומיות כלפי כל בני המשפחה ולדאוג לפיצוי כספי לקרבנות האלימות (שיוטל על בן המשפחה האלים או על הקופה הציבורית). גם אם מוסכם על הכול כי הקצאת משאבים כזו הנה דבר חשוב, קיימים צרכים חברתיים מתחרים חשובים לא פחות (למשל: ביטחון, חינוך וכדומה). אין זה מעשי, ואף נבון, לדרוש מהמדינה, שהמשאבים העומדים לרשותה הנם תמיד מוגבלים, להקצות מיד את כל המשאבים שיוכלו להיעלמות תופעת האלימות במשפחה (ספק גם אם יעד זה הנו בכלל בר השגה, תהא ההשקעה הכספית אשר תהא), ומכאן שמדובר לכל היותר בחובה יחסית בלבד.

בעיה נוספת נעוצה ב”מחיר” החברתי של הטלת חובה פוזיטיבית על המדינה להגן על פרטים, מפני הפרות שמבצעים פרטים אחרים, במיוחד כאשר הפרטים הנוגעים בדבר הנם בני אותה משפחה. הטלת חובה כאמור, תחייב התערבות משפטית בנעשה בתא המשפחתי,

36 M. Craven *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Perspective on its Development* (Oxford, 1998) 8

37 S. McInerney “The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Evolution of Fundamental Rights in the Private Domain” *Renegotiating Westphalia: Essays and Commentary on the European and Conceptual Foundations of Modern International Law* (Boston, C. Harding & C.L. Lim eds., 1999) 277, 280; D.Q. Thomas & M.E. Beasley “Domestic Violence as a Human Rights Issue” *15 Hum. Rts. Q.* (1993) 36, 38

38 Craven, *supra* note 36, at p. 8

39 סעיף 1(12) ל-ICESCR.

התערבות העלולה, במקרים מסוימים, אף להוביל לפירוקו (למשל, במקרה בו בן משפחה אלים מושם במאסר). כאמור, קיימת תפיסה לפיה על המדינה להימנע מלהתערב, ככל האפשר, בנעשה במסגרת חייו הפרטיים של האדם, בכלל, ובחיי התא המשפחתי, בפרט. מניעה זו בוססה בעבר הן על הצורך להגן על הזכות לפרטיות של האדם ושל המשפחה⁴⁰ והן על הצדקות תרבותיות, דתיות וחברתיות, לקיומן של מסורות שונות ארוכות יומין (כגון: מילת נשים, נישואי קטינים, ענישה "חינוכית" כלפי ילדים, ריבוי נשים וכדומה). הצדקות מסוג זה, קשה, ואף לא רצוי, יש הסבורים, לשנות באמצעות התערבות של גורמות משפטיות "חינוכיות"⁴¹. על כן, במשך שנים רבות רווחה ההשקפה כי שומה על המשפט, להדיר רגליו מהסדרת יחסים בעלי גוון פרטי מובהק, ובכללם מרבית ההיבטים של היחסים בין בני המשפחה⁴². במיוחד תקפים הדברים, לפי עמדה זו, בכל הקשור להתערבות מצד דיני זכויות האדם הבינלאומיים ביחסים שבתוך התא המשפחתי. דינים בינלאומיים אלו מתיימרים לקבוע נוסחת איוון אחידה, בעלת תקפות אוניברסלית, ליחסים שבין אדם לסביבתו החברתית. מכאן שמדובר במכשיר משפטי בעל רגישות פחותה עוד יותר מהדין הלאומי לנסיבות החברתיות הספציפיות של המסגרת המשפחתית בה מבקשים להתערב.

הסתייגויות אלו, המכוונות נגד החלת דיני זכויות האדם על היחסים בין פרטים, מסבירות את האוריינטציה הציבורית המובהקת של דיני זכויות האדם: את ריבוי ההוראות העוסקות בהפרות "ציבוריות" לעומת מיעוט ההוראות העוסקות בהפרות "פרטיות"⁴³, ואת ההבדלים שבצמח ההגנה הניתנת לזכויות בעלות אופי "ציבורי" לעומת זכויות בעלות אופי "פרטי"⁴⁴.

40 63-65 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 4, at para. 286. השוו: K. Engle "After the Collapse of the Public/Private Distinction: Strategizing Women's Rights" *Reconceiving Reality: Women and International Law* (Washington D.C., D. Dallmeyer ed., 1993) 143, 149-150 של זכויות נשים לאי-מעורבות ממשלתית במישור החיים הפרטיים).

41 ראו: R.J. Cook "State Responsibility for Violations of Women's Human Rights" 7 *Harv. Hum. Rts. J.* (1994) 125, 128; 1994 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 4, at para. 63-65 השוו א' סטרשנוב **ילדים ונוער בראי המשפט** (תש"ס) 279-272 (האיסור על ענישה גופנית מתונה, הנו גורד שהציבור אינו יכול לעמוד בה).

42 C. Chinkin "Reservations and Objections to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out - Reservations and Objections to Human Rights Conventions* (London, J.P. Gardner ed., 1997) 64, 74; M.H. Weiner "Domestic Violence and the Per Se Standard of Outrage" 54 *Md. L.Rev.* (1995) 183, 208

43 על רקע זה נמתחה ביקורת על דיני זכויות האדם מכיוונים פמיניסטיים. ראו למשל: Charlesworth & Chinkin & Wright, *supra* note 13, at p. 626 (דיני זכויות האדם מתמקדים בזכויות "גבריות" המסדירות את האינטראקציה בין הפרט לשלטון ולא בזכויות "נשיות" השייכות לעולם "הפרטי" של משק הבית).

44 למשל, ההוראות הפוזיטיביות שבאמנת הילד אינן ניתנות לאכיפה כלל באמצעות מנגנוני תלונות, בעוד שלדשות קרבות של "עינויים רשמיים" על פי האמנה נגד עינויים עומדים מספר מנגנוני אכיפה אלטרנטיביים (תלונות פרטים, ועדת חקירה, תלונות מדינות).

אין זה מפתיע על כן כי אין הוראה גורפת ומפורשת באמנות זכויות האדם המחילה אותן גם לגבי היחסים בין פרטים.

עם זאת, בעשרים השנים האחרונות מורגשת מגמה הולכת וגוברת, בקרב גופים בינלאומיים הפועלים בתחום זכויות האדם, של פרשנות מחדש של דיני זכויות האדם באופן אשר נועד להחיל אותם גם בסיטואציות "פרטיות". ניתן להסביר מגמה זו בהכרה במלאכותיות ובהוסר הרציונליות של ההבחנה בין חובות נגטיביות לפוזיטיביות ובין התחום הציבורי לפרטי, בעליית חשיבותם של היחסים בין הפרטים, בין היתר לאור מגמות הפרטת השירותים הציבוריים, ובשינויים בתפיסות העולם שבבסיסם ערעור על מוסכמות חברתיות מסורתיות המשקפות יחסי כוחות בלתי הוגנים בין פרטים וקריאה לשינוי חברתי, בין היתר באמצעות כלים וכללים משפטיים.

ראשית, ניתן להטיל ספק בתקפותה של ההבחנה המסורתית בין זכויות אדם המטילות חובות "עשה" לבין זכויות אדם המטילות חובות "אל תעשה". כיום ברור, כי לא ניתן לשמור על מינימום בסיסי של זכויות אדם מבלי לצפות מן המדינה להשקיע משאבים ניכרים ומבלי לנקוט פעולות אקטיביות. כך למשל, לא ניתן להבטיח את הזכות ה"קלאסית" להליך משפטי הוגן, מבלי שהמדינה תקים ותפעיל מערכת משפט מסודרת; ולא ניתן להבטיח את חופש ההתאגדות מבלי לקיים מערכת אדמיניסטרטיבית והוקית מתאימה, אשר תיתן תוקף משפטי ומעשי לאקט ההתאגדות. דוגמא בולטת נוספת הנה הזכות לשוויון. על מנת ליישם זכות זו נדרשת המדינה במקרים רבים להשקיע משאבים כספיים ניכרים, כדי לסגור פערים קיימים⁴⁵. אשר על כן, מקובל כיום לטעון כי במרבית זכויות האדם שלובים רכיבים נגטיביים ורכיבים פוזיטיביים. כך למשל, קבעה הוועדה לזכויות האדם הפועלת מכוח ה-ICCPR, כי הזכות לחיים שבסעיף 6 לאמנה כוללת לא רק חובה על מדינה להימנע מלפגוע בחיי תושביה, אלא גם חובה לפעול באופן אקטיבי על מנת להגן על החיים – לפעול להפחתת תמותת תינוקות ולהארכת תוחלת החיים של התושבים⁴⁶. באופן דומה, קבעה הוועדה בנוגע לזכות לפרטיות כי היא כוללת גם את החובה להסדיר באופן אקטיבי את פעולתם של מאגרי מידע פרטיים⁴⁷.

הדברים מקבלים משנה תוקף משני טעמים נוספים. הטעם הראשון הנו עלייתה של מדינת הרווחה המודרנית, שביסודה מצויה ההנחה כי על המדינה מוטלת חובה פוזיטיבית לספק שירותים לאזרחיה – ביטחון, חינוך, רווחה, איכות סביבה, תנאים לפעילות כלכלית ועוד. ממדינה מודרנית כזו מצפים כי תפעל, באופן אקטיבי, על מנת לקדם את רווחת תושביה, ובכלל זה תגן על זכויות האדם שלהם, גם אם נפגעו על ידי גורמים לא שלטוניים, כגון "כוחות השוק", מעבידים ופרטים אחרים⁴⁸. אכן, ניתן לזהות קשר ברור בין הופעתן בזירה

45 ראו למשל בג"צ 205/94 נוף ג' מ"י, פ"ד (5) 449, 463; בג"צ 4541/94 מילר ג' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 113.

46 Human Rights Committee, General Comment 6, Article 6 (16th Sess., 1982) U.N. Doc. 46.HRI/GEN/1/Rev.1 at p. 6, para. 5 (1994).

47 Human Rights Committee, General Comment 16, Article 17 (23rd Sess., 1988) U.N. Doc. 47.HRI/GEN/1/Rev.1 at p. 21, para. 10 (1994).

48 McInerney, *supra* note 37, at pp. 302-303

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

של זכויות האדם הכלכליות, החברתיות והתרבותיות, אשר הנן בעלות מאפיינים פוזיטיביים בולטים, לבין זניחת התפיסה הכלכלית-חברתית של ה-*laissez faire* שאפיינה את עולם הערכים בו שלטו באופן בלעדי הזכויות מן הדור הראשון.

הטעם השני, נעוץ בתהליכי ההפרטה הנרחבים שהתרחשו במקומות רבים בעולם (ובמידה מסוימת, גם בישראל). תהליכים אלה הובילו, בין השאר, להגברת תלותם של פרטים בפרטים אחרים המספקים להם שירותים חיוניים, הנוגעים לזכויות אדם בסיסיות, שבעבר סופקו על ידי הממשלה (למשל, אספקת מים, חשמל, שירותי ביטחון, חינוך, רווחה וכדומה)⁴⁹. התוצאה של שני התהליכים ההיסטוריים הנזכרים לעיל – נטילת אחריות מצד הממשלה על תחומים חשובים לחיי הפרט והעברת חלק מהאחריות בשלב מאוחר יותר לגורמים פרטיים, הייתה התעוררות הצורך במציאת מנגנון שיכפיף את פעולות הפרטים, שנכנסו לבעליה של הממשלה, לסטנדרטים מקבילים של התנהגות, וזאת על מנת להגן על זכויות האדם של התושבים, מקבלי השירותים⁵⁰. במילים אחרות, אין הצדקה כי תהליך ההפרטה יאפשר למדינה להתנער ממחויבותה לזכויות האדם, ודרושה קונסטרוקציה משפטית חלופית שתשמר את אחריות המדינה למצב זכויות האדם בשטחה. יחד עם זאת, כפי שיוצג בהמשך, הבסיס העיוני לקונסטרוקציה כזו נהו רחב דיו, כך שיכסה גם הפרות זכויות אדם על ידי פרטים שאינן קשורות לתהליך ההפרטה (כגון מקרי אלימות במשפחה).

הסבר נוסף להכרה הגוברת באחריות המדינה למעשי פרטים נעוץ בשינוי בתפיסות החברתיות הנוהגות. ניתן להצביע על שינוי אידאולוגי בעשורים האחרונים, המוביל לחיזוק ההגנה המשפטית הניתנת לפרט, על חשבון התרופפות מסוימת של ההגנה שניתנה בעבר ליחידות החברתיות הקולקטיביות, כגון משפחה, קהילה, קבוצה דתית וכדומה. ההכרה הגוברת בערכו של הפרט מחזקת את הנטייה לבחון את זכויות האדם מנקודת המבט האינדיבידואלית של הפרט עצמו. מנקודת מבט זו, במקרים רבים, אין נפקא מינא באם ההפרה התרחשה על ידי הרשות או שמא על ידי פרט אחר⁵¹. כך למשל, עצמת הפגיעה הגלומה בהתעללות פיסית

49 כך למשל, באוסטרליה, בבריטניה ובארצות-הברית הופרטו מספר בתי כלא; D.J. DelFiandra "The Growth of Prison Privatization and the Threat Posed by 42 U.S.C. §1983" 38 *Duq. L. Rev.* (2000) 591, 594-596.

50 השוו: D. Barak-Erez "A State Action Doctrine for an Age of Privatization" 45 *Syracuse L. Rev.* (1995) 1169, 1188-1191; A. Clapham *Human Rights in the Private Sphere* (Oxford, 1993) 137.

51 א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 163, 171, 175, 193. לפי עמדה זו, זכויות האדם נועדו להעניק לפרט "מרחב של פעולה" והגנה מפני כוח חיצוני – יהא זה כוח שלטוני או פרטי. שם, בע' 182-183. ראו גם: McInerney, *supra* note 37, at pp. 292, 301. אך יש מקרים בהם יש נפקות להבחנה בין הפרה ציבורית לפרטית. זה למשל המצב כאשר יש צורך לאזן בין זכויותיו של המפר לבין אלו של קרבן ההפרה. בעוד שבמקרים של הפרות ציבוריות יש להתחשב באינטרס הציבורי הרחב, במקרים של הפרות פרטיות, יש להביא בחשבון גם את זכויות האדם של המפר הספציפי. לדוגמא: נראה כי אין דינה של הגבלה על חופש הביטוי מצד השלטון כדינה של הגבלה דומה שמטיל בעל עיתון פרטי, בעיתונו שלו. ראו ברק, שם, בע' 198-199; ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 531 (להלן: פרשת קסטנבאום). פרופ' פרנסיס רדאי טוענת כי הבדל חשוב בין הפרות ציבוריות ופרטיות טמון בפוטנציאל לניצול לרעה

אינה נופלת בהכרח במקרים שבהם הגורם המתעלל הנו גורם פרטי ממקרים שבהם הוא גורם רשמי. להפך, ניתן לטעון כי עצמת הפגיעה הנפשית המתרחשת במקרים בהם ההתעללות נגרמת על ידי בן משפחה קרוב, בביתו של הקרבן, בו הוא אמור לחוש מוגן, חזקה יותר⁵². מכאן, שהאינטרסים המצדיקים הגנה על הערכים שביסוד זכויות האדם תומכים בהחלת הדינים האמורים גם ביחס להפרות "פרטיות". במילים אחרות, קיימת נכונות רבה יותר לפרוץ את הדיכוטומיה בין המישור הפרטי לציבורי, ולהגן על הפרט, בכל מצב.

במקביל, הובילה התערערות במעמדן של קבוצות חברתיות מסורתיות, כגון המשפחה, להפחתת הרתיעה מהתערבות משפטית בנעשה בהן, ולנכונות גוברת והולכת לבחון מחדש את האיוון "המסורתי" בין חברי התא המשפחתי, איוון הנתפס כיום במידה רבה כשיקוף של מערכת יחסי כוחות בלתי צודקת ומעוותת⁵³. כך למשל, הכתיבה הפמיניסטית בנושא זכויות האדם במשפט הבינלאומי מציגה באופן משכנע את הטענה כי עצם ההפרדה המסורתית בין המישור הציבורי לפרטי נגועה בהטיה פסולה על רקע מגדרי (המשפט הבינלאומי מתמקד במישור הציבורי – המטפל בבעיות של גברים, ומתעלם מהמישור הפרטי בו מרוכזות מרבית בעיותיהן של הנשים)⁵⁴. מכאן, ששיקולי צדק חברתי, תומכים אף הם בהרחבת ההגנה שמעניקים דיני זכויות האדם ליחסים בין פרטים (בעיקר בניסיונות שבהן הפער שביחסי הכוחות בין הפרט הפוגע לפרט הנפגע הוא גדול ומבני⁵⁵), ולצמצום או אף לביטול ההבחנה בין המישור הפרטי לציבורי. אכן ניתן לזהות זיקה בין הנכונות של המשפט הבינלאומי להיאבק בפגיעות של פרטים בפרטים אחרים לבין ההכרה ההולכת וגוברת בזכויות נשים (אשר הנן, כאמור, לעתים תכופות קרבות של הפרות פרטיות)⁵⁶. עם זאת, הקונסטרקציה שתוצג לעיל אינה מגנה רק על אינטרסים וזכויות של נשים, אלא על כל פרט שזכויות האדם שלו הופרו על ידי פרט אחר.

- של פערי הכוחות בין הצדדים הנוגעים בדבר, אשר מהווה רכיב אינהרנטי בהפרות ציבוריות, אך קיים רק בחלק מן ההפרות הפרטיות: F. Raday "Privatising Human Rights and the Abuse of Power" 13 *Can. J.L. & Juris.* (2000) 103, 108-110.
- 52 Copelon, *supra* note 3, at p. 349.
- 53 השוו: Charlesworth & Chinkin & Wright, *supra* note 13, at p. 636. לסקירת המגמה בדון R.B. Siegal "The 'Rule of Love': Wife Beating as Prerogative and Privacy" 105 *Yale L.J.* (1996) 2117
- 54 *Ibid.*, at pp. 625-630. ראו גם: 1996 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 1, at para. 26; Thomas & Beasley, *supra* note 37, at p. 39.
- 55 51-47. ראו: Raday, *supra* note 51, at pp. 118-119.
- 56 ראו למשל: Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights, 25 June 1993, Part II, para. 36-44, U.N. Doc. A/CONF.157/23, 32 I.L.M. 1661 (1993); U.N. Commission on Human Rights Resolution 1994/45 on the Question of Integrating the Rights of Women into the Human Rights Mechanisms of the United Nations and the Elimination of Violence against Women, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1994/45 (1994), available at [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/2848af408d01ec0ac1256609004e770b/34a30d007de68b3d8025672e005b0410?OpenDocument#45] (last visited on 20/10/2001) (מיניו דווחית מיוחדת לבהינת האלימות נגד נשים על ידי נציבות זכויות האדם של האו"ם).

לסיכום, השינויים החברתיים והאידיאולוגיים של העשורים האחרונים, ובעיקר התפיסה המודרנית של תפקיד המדינה בחברה, עוררו צורך 'למתוח' את זכויות האדם המסורתיות כך שיכסו גם אינטראקציה בין פרטים⁵⁷. עתה יש לבחון את הקונסטרוקציה המשפטית שבמסגרתה התבצעה בפועל הרחבת תחולתם של דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי.

ג. הקונסטרוקציה המשפטית המאפשרת את החלת דיני זכויות האדם ביחסים בין פרטים
הקונסטרוקציה המשפטית שבאמצעותה בחרו הגופים הבינלאומיים העיקריים הפועלים בתחום זכויות האדם להחיל את הדינים על יחסים בין פרטים הנה פשוטה למדי ומושתתת על פרשנות מרחיבה של סעיפי המסגרת של אמנות זכויות האדם המגדירים את היקף החובות המוטלות על המדינות החברות. באמנות המרכזיות נקבע כי המדינות החברות חייבות "לכבד ולהבטיח" או "להגן על" ("to respect and to ensure" או "to secure") זכויות האדם הקבועות באמנה⁵⁸. הביטוי "לכבד ולהבטיח" התפרש על ידי הגופים המרכזיים הפועלים בתחום הזכויות ככולל חובה נגטיבית שלא לפגוע בזכויות אדם ('לכבד') וחובה פוזיטיבית למנוע פגיעה כזו ולהגיב נגדה באופן מתאים ('להבטיח')⁵⁹. פסק הדין המנחה בסוגיה הנו פסק הדין של בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם בפרשת Velásquez Rodríguez, בו נדונה אחריות המדינה הנתבעת (הונדורס) להיעלמותו של התובע⁶⁰. בית הדין קבע שם כי גם אם הונדורס אינה אחראית במישרין להיעלמותו של רודריגו, הרי שמן החובה 'להבטיח' את הזכויות הקבועות באמנה נגזרת חובה על המדינה לנקוט בצעדים פוזיטיביים סבירים על מנת להיאבק בהפרות זכויות אדם שביצעו, כנטען על ידה, גורמים פרטיים שאינם קשורים אליה. על כן, קובע בית הדין כי:

"The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, impose the appropriate punishment and ensure the victim adequate compensation"⁶¹ (ש.י. - ההרגשות שלי).

McInerney, *supra* note 37, at p. 289 57

סעיף (1)2 ל-ICCPR וסעיף (1)1 לאמנה הבין-אמריקאית משתמשים בביטוי "to respect and to ensure"; סעיף 1 לאמנה האירופית משתמש בביטוי 'to secure'. ניסוחים מעט שונים מצויים במגילה האפריקאית וב-CEDAW. סעיף 1 למגילה האפריקאית מחייב את המדינות החברות... "[to] recognize... and [to] adopt legislative or other measures to give effect to" ואלו סעיף 2 לאמנת CEDAW קובע כי המדינות: "agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination"

Cook, *supra* note 41, at p. 159 59

Velásquez Rodríguez case, 28 I.L.M. (1989) 294 60

Ibid., at p. 326 61

מכאן, שהמדינה אחראית גם בגין הפרות זכויות אדם שביצעו בני אדם פרטיים, אם לא נקטה אמצעים סבירים למנוע את המעשה או להגיב עליו כנדרש. פסק הדין מוזה ארבע תגובות אפשריות – חקירת המקרה, איתור העברייני, הענשתו ופיצוי הקרבן. יש להדגיש כי בניגוד לחובות נגטיביות, שהן כעיקרון חובות מוחלטות (בכפוף לחריגים המוכרים בדין, כגון הגבלת היקף הזכויות בשעת חירום), החובה הפוזיטיבית שהטיל בית הדין הבין-אמריקאי הנה חובה בעלת אופי יחסי – יש לנקוט אמצעים סבירים ומאמץ סביר בלבד⁶². עוד עולה מכך שיש למדינה מתחם רחב של שיקול דעת באשר לדרך יישום החובה הפוזיטיבית⁶³.
בנסיבות המקרה, קבע בית הדין שהונדורס הפרה, בין היתר, את חובתה הפוזיטיבית לנקוט אמצעים סבירים על מנת לחקור את היעלמותו של רודריגו, להעניש את האחראים להיעלמות ולפצות את קרובי משפחתו של הקרבן, וחייב אותה לשלם פיצוי כספי לקרובי משפחתו של הקרבן. משמע, אחריות המדינה להפרה הפרטית, עשויה להוביל לסנקציה ישירה נגד המדינה.

קונסטרוקציה משפטית דומה ניתן למצוא בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, אשר הטיל על המדינות החברות באמנה האירופית חובות פוזיטיביות בגין הפרות על ידי פרטים, מכוח סעיף המסגרת לאמנה (המחייב להגן על – “to secure”, הזכויות הקבועות באמנה). כך, למשל, קבע בית הדין בעבר כי הזכות לפרטיות מטילה על המדינה חובה להעמיד לדין פרט שביצע מעשה אונס⁶⁴, כי הזכות להפגין מטילה על המדינה חובה למנוע התנכלות לקבוצת מפגינים על ידי קבוצת מפגינים יריבה⁶⁵ וכי מזכות הגישה למערכת המשפט ניתן לחלץ, במקרים מתאימים, חובה על המדינה להעניק סיוע משפטי⁶⁶.
דוגמא בולטת נוספת למגמה זו מצויה בפסק דין משנת 1998 של בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת *Osman*⁶⁷, בו נדונה אחריות משטרת בריטניה למעשה רצח שאירע בתחום המדינה. באותו מקרה נטען כי אף שהנרצח ובני משפחתו דיווחו למשטרה על מסכת הטרדות ממושכת מצד הרוצח, המשטרה לא נקטה אמצעים מספיקים על מנת למנוע את המעשה. בית הדין האירופי קיבל את העתירה באופן חלקי וקבע כי הגם שאין מניעה

62 *Ibid*, at p. 325 אחד הביטויים בו משתמש בהקשר זה בית הדין הנו המונח של “חריצות ראויה” (due diligence), המתאר חובה יחסית המוטלת על המדינה למנוע מעשים מסוימים. ראו: *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S.A. v. Iran)*, 1980 I.C.J. 3, 29-35.

63 *McInerney*, *supra* note 37, at p. 295.

64 *X. v. Netherlands*, 91 Eur. Ct. H.R. (ser. A)(1985) at p. 11 (להלן: פרשת *X. v. Netherlands* או *X. v. Netherlands*).

65 *Plattform ‘Arzte für Das Leben’ v Austria*, 139 Eur. Ct. H.R.(ser. A)(1988), at p. 12.

66 *Young & James & Webster v. U.K.*, 44 Eur. Ct. H.R. (ser. A)(1979), at p. 14 (ראו גם: *Airey v. Ireland*, 32 Eur. Ct. H.R. (ser. A)(1979), at p. 14).

67 *Osman v. U.K.*, 44 Eur. Ct. H.R. (ser. A)(1981), at p. 20 (חופש ההתאגדות מחייב את המדינה לאסור על המדרי עבודה בין פרטים הכופים חברות באיגוד מקצועי מסוים כתנאי להעסקה).

67 *Osman v. U.K.*, 1998-VIII Eur. Ct. H.R. at p. 3125 (להלן: פרשת *Osman* או *Osman case*).

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

עקרונית לפסוק כן, הרי שבנסיבות המקרה אין די ראיות להוכיח כי המשטרה פעלה באופן בלתי סביר (שכן היא עשתה מאמצים מסוימים לעצור את הרוצח מבעוד מועד)⁶⁸. מאידך קבע בית הדין, כי יש לראות בהחלטת בית המשפט לערעורים בבריטניה (עליו הוגש "ערעור" לבית הדין האירופי) שלא לבחון כלל את תביעת הנוזיקין שהוגשה על ידי בני משפחת הקרבן נגד המשטרה (לפי בית המשפט, לא קיימת חובת זהירות מושגית במקרה זה), משום הפרה מצד בריטניה של חובתה להעניק לעותרים זכות גישה לערכאות לצורך בירור זכויותיהם⁶⁹. חשיבותו של פסק הדין כפולה. ראשית, הוא ממחיש שוב את היכולת לתבוע פיצויים ממדינה בגין אי-ימילוי חובתה הפוזיטיבית למנוע הפרות של זכויות אדם (אף שבנסיבות המקרה לא נמצאה הפרה של החובה)⁷⁰. שנית, הוא מדגיש את החובה המוטלת על המדינה לספק סעד שיפוטי פנים-מדינתי למקרים של הפרות על ידי פרטים. במילים אחרות – המדינות החברות באמנה האירופית לא רק שנושאות באחריות בגין הפרות על ידי פרטים, אלא הן חייבות לאמץ בדין הפנימי מנגנון משפטי מתאים אשר ייתן ביטוי לקונסטרוקציה האמורה. נראה כי מסקנה אחרונה זו יכולה להתקבל גם מפרשנות של ה-ICCPR, המטילה אף היא על המדינות החברות חובה לאפשר גישה לסעד משפטי מתאים⁷¹.

העמדה כי מדינות אחראיות להפרות זכויות אדם על ידי פרטים, בוטאה במפורש, במספר הזדמנויות גם על ידי הגוף המרכזי השלישי הפועל בתחום זכויות האדם במשפט הבינלאומי – ועדת זכויות האדם של ה-ICCPR. כך למשל, הוועדה, שהמלצותיה אמורות להנחות את כל המדינות החברות (לרבות ישראל), הביעה עמדתה כי האיסור נגד אפליה כולל גם איסור על אפליה בין פרטים⁷² וביקרה מדינות ספציפיות אשר נכשלו בהגנה על פרטים מפני הפרת זכויותיהם על ידי פרטים אחרים⁷³.

לסיכום, העובדה כי כל הגופים המרכזיים הפועלים בתחום זכויות האדם במשפט הבינלאומי אימצו פרשנות כמעט זהה בכל הנוגע להיקף החובה המוטלת על המדינה, והעובדה כי

Ibid., at p. 3162 68

Ibid., at p. 3169 69

אך ראו: Judgment of 28 March 2000 (European Court of Human Rights), at para. 85-120, available through [http://hudoc.echr.coe.int] (last visited on 20/10/2001) (*Kaya v. Turkey*) (טורקיה) נמצאה אחראית למוותו של רופא שנהג לספל במורדים כורדים וליחס בלתי אנושי ומשפיל שעבר לפני רציחתו, בגין הפרת חובתה הפוזיטיבית לנקוט באמצעים מתאימים להגנה על הרופא, לרבות הבטחת פעולה תקינה של המערכת המשפטית באזור דרום-מערב המדינה, ובגין הפרת חובתה לחקור באופן יעיל את הפגיעה ברופא.

71 סעיפים (3) 14-1 (1) ICCPR. ראו גם סעיף 25 לאמנה האמריקאית.

72 Human Rights Committee, General Comment 18 (37th Sess., 1989), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at p. 26 (1994) at para. 9 ("the Committee wishes to know if there remain any problems of discrimination in fact, which may be practised either by public authorities, by the community, or by private persons or bodies" (להדגשה שלי - י.ש.)).

73 Concluding observations of the Human Rights Committee: Mexico, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.109 (1999), at para. 16; Concluding observations of the Human Rights Committee: Chile, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999), at para. 23.

קיימת תמיכה לחובה בהיקף דומה גם במסמכים בינלאומיים אחרים, כגון ההכרזה בדבר ביצוע אלימות נגד נשים⁷⁴ והאמנה הבין-אמריקאית למניעת אלימות נגד נשים⁷⁵, ובספרות⁷⁶, מאפשרות לקבוע כי קיימת תשתית מספקת לטענה כי המשפט הבינלאומי המנהגי מכיר כיום בכך שזכויות האדם מטילות על המדינות חובה מעורבת – פוזיטיבית ונגטיבית⁷⁷. על המדינות להימנע מלהפר את זכויות האדם, אך גם לנקוט צעדים מתאימים על מנת למנוע הפרות שביצעו אחרים, ולהגיב להפרות שכאלו בהתאם. תוצאה זו משקפת תפיסה ערכית לפיה המדינה צריכה להיות אחראית לא רק להפרות זכויות אדם בהן היא הייתה מעורבת באופן פעיל, אלא גם להפרות בהן היא בחרה שלא להתערב (כפי שניתן ללמוד, למשל, מהיעדר טיפול בתלונות על הפרות, מהיעדר תשתית חוקית מתאימה ומקיומה של מערכת חינוכית בלתי נאותה)⁷⁸. אכן, ניתן לטעון כי ההחלטה שלא להתמודד עם הפרות הקורות באופן נרחב ושיטתי מהווה הסכמה שבשתיקה להתרחשותן, ו"אימוץ" ההפרות על ידי המדינה⁷⁹, דבר המצדיק הטלת אחריות משפטית עליה.

חשוב לציין כי המסקנה שעל המדינה לפעול באופן אפקטיבי על מנת למנוע הפרת זכויות אדם מצד גורם אחר, עולה בקנה אחד עם החובה המוטלת עליה באמנות השונות להציע סעד אפקטיבי לפגיעות בזכויות אדם (סעד אשר צריך לכלול, במקרים מתאימים, אמצעים פוזיטיביים)⁸⁰, ועם גישת הפסיקה הבינלאומית כי המדינה נדרשת לפעול, במקרים מסוימים, על מנת למנוע הפרות זכויות על ידי מדינות אחרות (למשל, במקרים של גירוש או הסגרת אדם למקום בו הוא חשוף להפרות זכויות אדם)⁸¹. היא גם עולה בקנה אחד עם מגמות

- 74 סעיף 4 להכרזה בדבר ביצוע אלימות נגד נשים. ראו גם את עמדתה של הוועיית המיוחדת בנושא אלימות נגד נשים: 1994 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 4, at para 100.
- 75 סעיפים 7-8 לאמנה הבין-אמריקאית למניעת אלימות נגד נשים.
- 76 Thomas & Beasley, *supra* note 41, at p. 151; Byrnes, *supra* note 35, at p. 192.
- 77 *supra* note 37, at p. 42 (חובה פוזיטיבית קיימת רק אם המניע לאי-התערבות המדינה ביחסים בין פרטים מהווה אפליה פסולה).
- 78 1994 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 4, at para. 103-104.
- 79 K. Roth "Domestic Violence as an International Human Rights Issue" *Human Rights and Women: National and International Perspectives* (Philadelphia, R. Cook ed., 1994) 326, 330.
- 80 סעיף 3(3) (א) ל-ICCPR; סעיף 13 לאמנה האירופית; סעיף 25 לאמנה האמריקאית.
- 81 ראו למשל: *The Soering case*, 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A)(1989) (להלן: פרשת *Soering* או *Soering case*) (הסגרה לארצות-הברית של חשוד ברצח מהווה הפרה על האיסור על עינויים, לאור המתח הנפשי הרב והממושך ממנו סובלים נידונים למוות בארצות-הברית); *D. v. U.K.*, 1997-III Eur. Ct. H.R. 777 (גירוש חולה אידיס למדינה בה אין שירותי רפואה סבירים מהווה, בנסיבות העניין, עינוי אסור); *Jabari v. Turkey*, Judgment of 11 July 2000 (European Court of Human Rights), available through [http://hudoc.echr.coe.int] (last visited on 20/10/2001) (גירוש אישה לאירן, שם היא צפויה לסקילה באבנים בגין בגידה, מהווה הפרה של זכותה שלא להיות חשופה לעינויים או לענישה בלתי אנושית או משפילה). ראו גם: *Ng v. Canada*, U.N. Doc. A/49/ Comm. 469/1991, *Ng v. Canada*, U.N. Doc. A/49/40 (1994), at vol. II, p. 189 (views of the HRC) (הסגרה של חשוד ברצח לארצות-הברית מהווה הפרה של האיסור נגד עינויים, לאור הסבל הכרוך בהוצאה להורג באמצעות גז רעיל, לה הוא צפוי).

המתחילות להסתמן בדין הפנימי של מספר מדינות, לרבות ישראל, להחיל זכויות אדם ביחסים בין פרטים⁸² (דוגמא בולטת לכך הנה גרמניה, בה מקובלת דוקטרינת ה־Drittwirkung, לפיה, זכויות האדם המוגנות על ידי החוקה חלות, בעיקר באופן עקיף, גם ביחסים בין פרטים⁸³) ועם שיקולי המדיניות שפורטו לעיל. עם זאת, יש לציין, כי קיימות עדיין מדינות חשובות (כדוגמת קנדה⁸⁴ וארצות-הברית⁸⁵), המסתייגות מהמגמה האמורה.

3. האיסור נגד עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל במשפט הבינלאומי

השאלה הספציפית שלפנינו הנה כיצד להחיל את העקרונות שפורטו עד כה ביחס לזכות האדם שהנה, לכאורה, הרלוונטית ביותר למקרים של אלימות במשפחה – זכותו של כל אדם שלא להיות חשוף לעינויים ולצורות אחרות של התעללות⁸⁶. לשם כך, תתבצע, ראשית,

82 בישראל, יש ניסיונות לפרש חקיקה, ובעיקר מונחי סתתום כגון תקנת הציבור, תום לב ורשלנות, כך שישקפו את זכויות האדם של הפרטים המעורבים. ברק, *לעיל* הערה 51, בע' 195-196; ס' שטרסברג-כהן "עקרונות כללים במשפט הפרטי" *המשפט* ז (תשס"ב) 523. קיימת גם חקיקה ספציפית המחילה חובות חוקתיות מטוימות, כגון איסור אפליה, ביחסים בין פרטים. ראו, למשל חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשמ"ח-1988; חוק איסור הפליה במצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000. לבסוף, קיימים רמזים בפסיקה ובספרות כי ניתן לגזור מתוקי-היסוד הוראות חדשות החלות ביחסים בין פרטים. פרשת *קסטנבאום*, *לעיל* הערה 51, בע' 537; ברק, *שם*, בע' 197.

83 ראו למשל ברק, *שם*, בע' 182-183. ראו גם: M. Andries "On the German Constitution's 50th Anniversary: Jacques Maritain and the 1949 Basic Law (Grundgesetz)" 13 *Emory Int'l L. Rev.* (1999) 1, 37; McNerney, *supra* note 37, at pp. 308-310; Raday, *supra* note 51, at pp. 115-117.

84 בית המשפט העליון של קנדה קבע באופן חד-משמעי כי החוקה אינה חלה ביחסים בין פרטים: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

85 חובות פוזיטיביות על הרשות הציבורית ומחילים כללים חוקתיים רק במקרים בהם יש מעורבות אקטיבית של ממש של הרשויות בהפרה לה נטען; *Schriver*, *supra* note 14, at pp. 386-388. ראו למשל: *Flagg Bros., Inc. v. Brooks*, 436 U.S. 149 (1978) (לא ניתן לבקר בכלים חוקתיים פעולה פרטית גם אם היא מתבססת על חוק מדינתי, אף אם ניתן לטעון כי המדינה הסכימה הסכמה שבשתיקה לפעולה האמורה); *DeShaney v. Winnebago County Dep't of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989) (לא ניתן לייחס לרשויות הרווחה אי-אחריות בגין נזק גופני שנגרם לילד עקב התעללות הורה, למרות שדווח על חשד ממשי למעשי התעללות עובר לפגיעה).

86 בסיס אלטרנטיבי אחד לאיסור על אלימות נגד נשים הנו הזכות לשוויון. J. Fitzpatrick "The Use of International Human Rights Norms to Combat Violence against Women" *Human Rights and Women*, *supra* note 79, at pp. 532, 538. מקרי האלימות במשפחה (באופן מובהק, היא אינה מכסה אלימות נגד גברים או ילדים), וכן בכך שהיא דורשת הוכחת קשר סיבתי בין כל מקרה של אלימות במשפחה לבין התבנית הכללית של אפליית נשים בחברה. מאידך, היא מספקת סטנדרט נוח לבחינת החובה הפוזיטיבית ומייתרת במידה רבה את הדיון באחריות המדינה לגבי הפרות "פרטיות". מכאן, מדינה אשר מקדישה מאמץ רב יותר לטיפול באלימות מחוץ למשפחה לעומת אלימות בתוך המשפחה, מפרה, לכאורה, את עקרון השוויון. Roth, *supra* note 79, at p. 334.

בחינה קצרה של מעמדו של האיסור נגד עינויים במשפט הבינלאומי ולאחר מכן ייערך דיון בשאלה האם ניתן לפרש את האיסור כך שיכסה גם מקרים של אלימות במשפחה – בעיקר מקרים של התעללות קשה וממושכת בנשים. כאמור לעיל, ניתן להיעזר במסקנות הדיון האמור גם לצורך בחינת תחולתן של זכויות אדם אחרות במקרים של אלימות במשפחה.

אין ספק כי האיסור נגד עינויים נמצא ב"גרעין הקשה" של זכויות האדם. הוא מצוי בסעיף 5 להכרזה האוניברסלית של 1948, בסעיף 7 ל-ICCPR וכן בסעיף 2 לאמנה נגד עינויים. באופן דומה, ניתן למצוא את האיסור נגד עינויים גם בכל אמנות זכויות האדם האזוריות⁸⁷. ההכרה באיסור במסמכים המרכזיים בתחום זכויות האדם, כמו גם בהחלטות של ארגונים בינלאומיים⁸⁸, והעובדה כי אין בנמצא מדינה אשר טוענת נגד קיומו של איסור נגד עינויים במשפט הבינלאומי, מאפשרות לראות בזכות זכות מנהגית. אכן כך קבע מפורשות בית המשפט לערעורים האמריקאי בפרשת *Filartiga*⁸⁹. לפי בית המשפט שם, העובדה כי קיימות הפרות רבות של הכלל נגד עינויים⁹⁰, אינה משמיטה את הקרקע תחת קיומו המנהגי של הכלל. נהפוך הוא, העובדה כי המדינות המואשמות בביצוע עינויים מכחישות בכל תוקף כי הפרו את הכלל (או טוענות לחריג לכלל, כפי שעשתה בשעתו ישראל), מחזקת את ההכרה בתוקפו המשפטי של הכלל.

יתר על כן, לא רק שמדובר בכלל מנהגי, יש רגליים לטענה כי מדובר בכלל קוגנטי, דהיינו, כלל שלא ניתן לסטות ממנו בכל מצב, חמור ככל שיהיה. תימוכין להשקפה זו ניתן למצוא בסעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות הקובע כי גם בשעת חירום לא ניתן להשהות את האיסור נגד עינויים (כמו גם כמה זכויות אדם בסיסיות אחרות), בסעיף (2)2 לאמנה נגד עינויים ובהוראות אמנות ג'נבה האוסרות באופן מוחלט על עינויים גם במצב של מלחמה⁹¹. דברים מפורשים ברוח זו נקבעו לאחרונה על ידי בית הדין לפשעי מלחמה

87 סעיף 3 לאמנה האירופית, סעיף (2)5 לאמנה הבין-אמריקאית וסעיף 5 למגילה האפריקאית. ראו גם: European Convention for the Prevention of Torture and Degrading Treatment, 26 Nov. 1987, E.T.S. 126 (להלן: האמנה האירופית נגד עינויים); Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 9 Dec. 1985, O.A.S. T.S. 67, OAS Doc. OEA/ser.A/42 (להלן: האמנה הבין-אמריקאית נגד עינויים).

88 ראו: Declaration on the Protection of All Person from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment, .G.A. Res. 3452 (XXX), annex, 30 U.N. GAOR Supp. (No. 34), U.N. Doc. A/10034, at p. 91 (1975) (להלן: ההכרזה נגד עינויים).

89 *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980) (להלן: פרשת *Filartiga* או *Filartiga* Case).

90 למרות שעברו למעלה מעשרים שנה מאז שניתן פסק הדין בפרשת *Filartiga* עדיין קיימים דיווחים על עינויים בעשרות מדינות ברחבי העולם. ראו למשל: W.P. Nagan & L. Atkins "The International Law of Torture: from Universal Proscription to Effective Application and Enforcement" 14 *Harv. Hum. Rts. J.* (2001) 87, 88-89.

91 ראו למשל סעיפים 3 ו-130 לאמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 1, בע' 559 (מיום 12 אוגוסט 1949, 189 מדינות חברות; ישראל הצטרפה בשנת 1951); סעיפים 3, 147 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, בע' 453 (מיום 12 אוגוסט 1949, 189 מדינות חברות; ישראל הצטרפה בשנת 1951). ראו גם: Code of Conduct for Law Enforcement Officials, G.A. Res. 34/169, U.N. GOAR, 34th Sess., 106th mtg. at art. 5 (1979).

בית אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

ביוגוסלביה בפרשת *Furundzija*⁹² ועל ידי בית הלורדים הבריטי בפרשת **פינושה**⁹³. לבסוף, האמנה נגד עינויים, ש-128 מדינות הנן צד לה, קובעת כי הפרת האיסור נגד עינויים מצמיחה אחריות פלילית אינדיבידואלית למפר, וכי כל המדינות החברות באמנה מחויבות להעמיד לדין או להסגיר למדינות אחרות את העבריינים (ללא קשר למקום ביצוע העברה, או לאזרחות המעורבים במעשה)⁹⁴. יתר על כן, בנסיבות בהן עינויים מבוצעים באופן שיטתי או נרחב נגד אוכלוסייה אזרחית, הרי שעל פי המשפט הבינלאומי המנהגי מדובר בפשע נגד האנושות⁹⁵ לגביו קיימת סמכות שיפוט אוניברסלית לכל מדינות העולם ולבית הדין הפלילי הקבוע⁹⁶.

השאלה אינה, אפוא, האם קיימת נורמה מחייבת בדבר איסור על עינויים, אלא האם ניתן לפרש אותה כך שתחול על מקרים של אלימות במשפחה. בהקשר זה עולות שתי בעיות פרשניות עיקריות: האחת, מהי עצמת הפגיעה או עצמת הכאב והסבל הנגרמים עקב הפגיעה אשר די בהן על מנת להגדיר התנהגות מסוימת כעינוי אסור? והשנייה, מהן הנסיבות שאותן מכסה האיסור, והאם הן כוללות פגיעות של פרט אחד בפרט אחר, במקום "פרטי" – בביתו?

א. איזו פגיעה מהווה עינוי אסור?

השאלה הפרשנית הראשונה עוסקת בחומרת הפגיעה הנחוצה על מנת ליפול בגדר האיסור נגד עינויים. המקור המרכזי להגדרת המונח "עינוי" מצוי בסעיף 1 לאמנה נגד עינויים המגדיר את היסוד הפיסי של הפעולה האסורה כ"מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיסי ובין אם מנטלי". בה בעת, הסעיף מוציא מתחולת האיסור כאב וסבל אשר נלווים, באופן בלתי נמנע, לסנקציה חוקית, כגון מאסר. חשוב להדגיש כי

92 *Prosecutor v. Furundzija*, 38 I.L.M. (1999) 317, 349 (Judgment of 10 Dec. 1998, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) ("Because of the importance of the values it protects, this principle [i.e., the prohibition against torture] has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even 'ordinary' customary rules") (case).

93 *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte*, [1999] 2 All E.R. 97, 109 (Opinion of Lord Browne-Wilkinson) (להלן: פרשת **פינושה** או *Pinochet case*).

94 סעיפים 5-7 לאמנה נגד עינויים. מכוח סעיפים אלו, קבע בית הלורדים בבנגליה כי ניתן להסגיר את פינושה לספרד, שכן קיימת סמכות שיפוט אוניברסלית בנוגע לעברת העינויים. *Pinochet case*, *Ibid.* לאחרונה, הופיעו דיווחים בעיתונות הישראלית כי קיים חשש כי בכירים במערכת הביטחון, ובראשם ראש השב"כ לשעבר, כרמי גילון, צפויים לסכנת העמדה לדין, על בסיס האמנה נגד עינויים, במדינות אירופיות כדוגמת דנמרק (ואליה נשלח כרמי גילון כשטריר), בגין מעורבותם בעינויים בחקירות עצירים פלשתינים. ראו למשל "נעצור את כרמי גילון" **מעריב** 25/07/2001 (מהדורת האינטרנט).

95 Nagan & Atkins, *supra* note 90, at p. 93

96 .Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, art. 7 (f), 37 I.L.M. (1998) 999

האמנה זנחה את התפיסה המסורתית, לפיה עינויים כוללים בהכרח אלמנט פיסי, והיא משקפת גישה מודרנית יותר המדגישה את הסבל הנגרם לקרבן על ידי העינויים, על חשבון ה"טכניקה" בה משתמשים המענים (אלימות פיסית או נפשית)⁹⁷.

בצד האיסור הקיים על עינוי, האמנה אוסרת גם על פעולה המהווה יחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל⁹⁸ דא עקא, האמנה לא מגדירה מה ייחשב כיהס או כעונש כזה. הסבר אפשרי ללאקונה זו מצוי בכך שמנגנוני האכיפה המיוחדים של האמנה נגד עינויים (חובה להעמיד לדין מבצעי עינויים, חקירה מיוחדת נגד מדינות שבשטחן התבצעו עינויים ועוד), חלים רק בנוגע לעינויים, כהגדרתם בסעיף 1, ואינם חלים בנוגע לצורות אחרות של התעללות אסורה. על כן, רק הגדרת "עינויים" הנה הכרחית לפעולת מנגנוני האכיפה של האמנה.

יש לציין, כי איסורים על עינויים ועל יחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, מצויים גם באמנת ה-ICCPR ובאמנות האזוריות⁹⁹, אך מסמכים אלו אינם כוללים כל הגדרה של גדר האיסור (למעט האמנה הבין-אמריקאית נגד עינויים המגדירה באופן דומה לאמנה נגד עינויים את המונח "עינוי" בלבד)¹⁰⁰. צריך, אפוא, לפנות לפסיקה הבינלאומית ולמסמכים אחרים על מנת למצוא הגדרה מתאימה של מה ייחשב כיהס או כעונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל ועל מנת לעמוד על ההבדל, אם קיים כזה, בין היחס או העונש האמור לבין עינויים.

פסק הדין המנחה בנושא זה ניתן בשנת 1978 על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם בנושא חוקיות טכניקות חקירת עצורי המחתרת האירית (ה-IRA) על ידי שירותי הביטחון הבריטיים בצפון אירלנד. בית הדין קבע כי ניתן לזהות בסעיף האמנה הרלוונטי (סעיף 3) שתי רמות של חומרה - (1) עינויים ו-2) יחס או עונש בלתי אנושי או משפיל אחר¹⁰¹. לשיטתו של בית הדין, רק יחס בלתי אנושי או משפיל מכוון הגורם לסבל חמור ואכזרי במיוחד ייחשב כעינוי¹⁰². עמדה זו וזה למעשה לגישה שאומצה על ידי העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1975, בהכרזה נגד עינויים¹⁰³. בנסיבות המקרה שבפני בית הדין נקבע כי

97 Copelon, *supra* note 3, at pp. 309-310, 319-320

98 סעיף 16(1) לאמנה נגד עינויים.

99 כך למשל קובע סעיף 7 ל-ICCPR כי "לא יועמד אדם בפני עינויים, או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים; בפרט לא יועמד אדם בלא הסכמתו החופשית, בפני ניסוי רפואי או מדעי". הוראות דומות מצויות גם בסעיף 3 לאמנה האירופית; סעיף 2(5) לאמנה הבין-אמריקאית; סעיף 5 למגילה האפריקאית; סעיף 1 לאמנה האירופית נגד עינויים; וסעיף 6 לאמנה הבין-אמריקאית נגד עינויים.

100 סעיף 2 לאמנה הבין-אמריקאית נגד עינויים.

101 יש לציין, כי נוסח הסעיף באמנה האירופית אינו כולל את הביטוי "אכזרי" המצוי באמנת ה-ICCPR, באמנה נגד עינויים ובאמנות האמריקאיות והאפריקאיות.

102 *Ireland v. U.K.*, 25 Eur. Ct. H.R. (ser. A)(1978) at p. 66. (להלן: פרשת *Ireland v. U.K.*).

103 סעיף 1(2) להכרזה נגד עינויים ("Torture constitutes an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman and degrading treatment or punishment" (שהדגשות שלי - י.ש.)).

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

אמצעי חקירה שכללו העמדה בתנוחה מכאיבה, מניעת מזון ושינה, השמעת מוזיקה רועשת וכיסוי ראש הנם בגדר יחס בלתי אנושי ובמקרים מסוימים גם משפיל, אך אינם עולים כדי עינוי¹⁰⁴. לעומת זאת, בפסק דין מן העת האחרונה קבע בית הדין כי חקירת עצירה שכללה מעשה אונס, הפשטתה לעיני החוקרים והתזת מים בעצמה חזקה לעבר גופה נופלת בבידור בגדר הגדרת עינוי אסור¹⁰⁵.

לאור הדברים האלה, יש צורך לבחון אילו פגיעות ייחשבו כנופלות במסגרת האיסור על יחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל. בפרשת *Ireland v. U.K.*, נקבע כי גם על מנת להיכנס בגדר הקטגוריה השנייה בחומרתה, על היחס או העונש להיות מאופיינים בדרגת חומרה מינימלית, שתיקבע לפי כל הנסיבות הרלוונטיות (כגון משך הפגיעה, השפעתה ונסיבותיו האישיות של הקרבן)¹⁰⁶. באשר לרכיבים השונים הקיימים תחת הקטגוריה "יחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל", קיימת פסיקה אירופית המנסה להגדיר תתי-קטגוריות נפרדות של חוסר אנושיות או השפלה. כך למשל, קבעה נציבות זכויות האדם האירופית כי יחס בלתי אנושי הנו יחס הגורם במתכוון לסבל נפשי או פיסי רב, בלא כל הצדקה, וכי יחס משפיל הנו מצב בו נגרמת לקרבן השפלה קשה בעיני עצמו או סביבתו או אם נכפה עליו לפעול בניגוד לרצונו או לצו מצפונו¹⁰⁷. לא קיימת עדיין הגדרה רשמית של מה מהווה יחס או עונש אכזרי (יש לציין כי בניגוד ל-ICCPR האמנה האירופית אינה כוללת מונח זה).

יש להדגיש כי להבחנה בין עינויים, להם צמודה לפי בית הדין "סטיגמה" שלילית מיוחדת, לבין יחס בלתי חוקי אחר, חשיבות מוגבלת, שכן שתי הקטגוריות אסורות בתכלית האיסור על ידי האמנה האירופית (כמו גם על פי האמנות הרלוונטיות האחרות). ייתכן שכוננת בית הדין הייתה ליצור הרתעה מיוחדת נגד ביצוע עינויים קשים במיוחד או להקל את קביעת

Ireland v. U.K., *supra* note 102, at p. 66 104

Aydin v. Turkey, 1997-VI Eur. Ct. H.R. (ser. A) at p. 1866 105
עינויים לפחות בעוד שני מקרים נוספים שנדונו בפניו בשנים האחרונות ועסקו בהם לעצירים:

Aksoy v. Turkey, 1996-VI Eur. Ct. H.R. 2260 (1996); *Selmouni v. France*, 38 I.L.M. 1491

(1999). ראו גם את פסיקתה של נציבות זכויות האדם האמריקאית, לפיה אונס עצירה מהווה עינוי

אסור: *Mejia v. Peru*, Report of the Inter-American Commission on Human Rights of 1 Mar. 1996, available at [http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/peru5-

Rights of 1 Mar. 1996, available at [http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/peru5-
96.htm] (last visited on 30/07/2001)

האמנה נגד עינויים: *Kisoki v. Sweden*, U.N. Doc. CAT/C/16/D/41/1996

(Report of the Committee Against Torture, 1996), available at [http://www.unhchr.ch/tbs/
doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc311ef9675566b8644ad8025670e0042a063?

.Open Document&Highlight=0,41%2F1996] (last visited on 20/10/2001)

Ireland v. U.K., *supra* note 102, at p. 65 106

"חינוכית" אינו מספיק על מנת ליפול בגדר האיסור שבסעיף 3 לאמנה האירופית. *Campbell &*

Cosans v. U.K., 48 Eur. Ct. H.R. (ser. A)(1982) at p. 13

The Greek case, XII Yearbook of the European Convention on Human Rights - the Greek 107

.Case (1969) 186

הסעד (למשל, חישוב גובה הפיצויים), אך יש מקום לדעה כי נזקה של ההבחנה רב מתועלתה, שכן היא מאפשרת למדינות מפרות להתייחס להפרות שאינן עולות כדי עינויים כאל הפרות מדרגת חשיבות משנית¹⁰⁸. ביקורת זאת מקבלת משנה תוקף לאור עמימות הקריטריונים שהציע בית הדין להבחנה בין שתי הקטגוריות, הפותחת פתח לפרשנות סובייקטיבית של האיסור (לראיה, ארבעה משבעה עשר השופטים בפרשת *Ireland v. U.K.* סברו כי מדובר בעינויים, ושופט אחד חשב כי לא מדובר אפילו ביחס בלתי אנושי או משפיל). גם ההבחנה בין סוגי היחס או העונש הבלתי חוקיים, שאינם עולים כדי עינויים, בעייתית, ונדמה כי התעקשות יתר על הבחנה חדה בין תתי-הקטגוריות השונות של האיסור (אכזריות, חוסר אנושיות או השפלה) אינה מחויבת המציאות, וספק אם היא אפשרית בכלל (למשל, יש הסבורים כי כל יחס בלתי אנושי הוא בהכרח גם משפיל¹⁰⁹).

אכן, נדמה כי הגופים השונים האוכפים את האיסור נגד עינויים ויחס או עונש בלתי חוקי אחר אינם מקפידים בפועל על כל ההבחנות המתוארות לעיל. כך למשל, בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם, נוהג להבחין רק בין שתי הקטגוריות העיקריות (על בסיס אבחנה דומה לזו שאימץ בית הדין האירופי), ואינו מבחין כלל בין תתי-הקטגוריות השונות של יחס או עונש בלתי חוקי¹¹⁰, ועדת זכויות האדם של האו"ם אינה משתמשת כלל בהבחנות אלו, ואף רמזה כי אין הצדקה לקיומן¹¹¹. ניתן לציין, כי גם בית המשפט העליון הישראלי נמנע בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים מלסווג את טכניקות החקירה שנפסלו שם לאחת משתי הקטגוריות האסורות, והסתפק בקביעה כי הן אינן חוקיות¹¹². לבסוף, אפילו בית הדין

108 כך למשל, בדיווח בפני הוועדה נגד עינויים, הדגישו נציגי ישראל כי הפעלת לחץ פסי מתון בחקירות שב"כ אינו מהווה עינוי אסור על פי האמנה, לאור ההלכה בפרשת *Ireland v. U.K.* דא עקא, מעמדה זו לא נובע כי לחץ פסי מתון אינו מהווה יחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל, האסור אף הוא על פי האמנה נגד עינויים וה-ICCPR. טענה ברוח זו אמנם נטענה על ידי נציגי ישראל לגבי אמצעי חקירה ספציפיים, ובאופן משתמע, לגבי כלל אמצעי החקירה, אך ניכר כי מרכז הכובד של הטיעון היה כי אין מדובר בעינויים, כהגדרתם בסעיף 1 לאמנה. Summary Record of the First Part (Public) of the 296th Meeting of the Committee Against Torture: Israel, 15 May 1997, para. 12, U.N. Doc. CAT/C/SR.296 (18th Sess., Summary Record) בהכנתה האמורה, ראו: *J. Lantrip "Torture and Cruel, Inhumane and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights" 5 ILSA J. Int'l & Comp. L. (1999) 551, 559-560*

109 G. Van Bueren "Opening Pandora's Box – Protecting Children Against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment" *Childhood Abused* (Aldershot, G. Van Bueren ed., 1998) 57, 66

110 Lantrip, *supra* note 108, at pp. 561-563

111 Human Rights Committee, General Comment 20, Article 7 (44th Sess., 1992) U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at p. 30, para. 4 (1994)

112 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' מ"י, פ"ד (נג) 817, 835-836 (להלן: פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים).

האירופי לא הקפיד תמיד להבחין בין דרגות החומרה של האיסור ובין תתי-הקטגוריות הקיימות בדרגה השנייה של האיסור¹¹³.

מכל מקום, הפסיקה של מנגנון זכויות האדם האירופי מצביעה על נכונות גוברת והולכת לאמץ פרשנות רחבה של האיסור נגד עינויים ויחס או עונש בלתי חוקי אחר ולכלול בתוכו קשת רחבה של פגיעות אשר המשותף להם הנו חומרת הסבל או ההשפלה או משכמם. כך למשל, קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם בשנת 1989 כי סבלם הנפשי של נידונים למוות בארצות-הברית הנאלצים להמתין להוצאתם להורג בתנאי אי-ודאות קשים ובמשך זמן ממושך מנוגד לאיסור נגד עינויים ויחס או עונש בלתי אנושי ומשפיל (ועל כן, אסר על בריטניה להסגיר עברייני נמלט לארצות-הברית ולחשוף אותו באופן זה להפרת זכויות האדם שלו)¹¹⁴. בפרשה אחרת, מוקדמת יותר, קבע בית הדין האירופי כי עונש מלקות לנערים המבוצע כתחנת משטרה אינו חוקי, שכן הוא גורר השפלה קשה¹¹⁵ (אם כי בית הדין טרם פסל באופן גורף את השימוש בענישה פיסית במערכת החינוך¹¹⁶). באפריל 2001 קבע בית הדין, כי תנאי מעצר ירודים, ללא אוורור וללא כל הגנה על פרטיותו של העציר כאשר הוא עושה את צרכיו, מנוגדים לאיסור על יחס או על עונש משפיל¹¹⁷.

לפחות בשתי הזדמנויות עלו בפני בית הדין האירופי סוגיות הקשורות להתעללות במסגרת התא המשפחתי. במקרה אחד קבע בית הדין כי הכאת ילד בן 9 על ידי אביו החורג מספר פעמים במקל מהווה עינוי או עונש בלתי חוקי אחר (פרשת *A. v. U.K.*)¹¹⁸. במקרה אחר, מן העת האחרונה (מאי 2001), נקבע כי הונחה ממושכת של ילדים, שכללה, בין היתר, כליאתם בחדריהם למשך שעות רבות, הזנה בלתי הולמת, תנאי היגיינה ירודים ויחס אלים, מהווה הפרה של האיסור על יחס בלתי אנושי או משפיל (פרשת *Z. v. U.K.*)¹¹⁹.

לאור המגמה לפרש באופן מרחיב את איסור העינויים במשפט הבינלאומי ולכלול בתוכו מגוון רחב של פגיעות הגורמות כאב וסבל לקרבן – הכאות, התעללות מינית, התעללות נפשית, מעשי אונס והשפלה – נדמה כי אין קושי לקבוע כי מקרים חמורים או ממושכים של אלימות במשפחה, כגון הכאת נשים, אונס, השלטת אימה והשפלת נשים בעיני סביבתן או אף בעיני עצמן, גופלים מבחינת חומרתם בגדר האיסור על עינויים או על יחס או עונש

113 ראו למשל: 81, at p. 44. *Soering case, supra*

114 *Ibid*, *ibid*

115 *Tyrer v. U.K.*, 26 Eur. Ct. H.R. (ser. A)(1978) at p. 17

116 *Costello-Roberts v. U.K.*, 247 Eur. Ct. H.R. (ser. A)(1993). ספק אם עמדת בית הדין האירופי בפרשה זו עולה בקנה אחד עם הביקורת שמתחה הוועדה הפועלת מכוח אמנת הילד נגד ענישה חינוכית.

לדין ראו: 61-62, at pp. 109, *Van Bueren, supra*

117 *Peers v. Greece*, Judgment of 19 Apr. 2001, at para. 75, available through [http://hudoc.echr.coe.int] (last visited on 1/07/2001)

118 *A. v. U.K.*, 1998-IV Eur. Ct. H.R. (ser. A) 2962 (להלן: פרשת *A. v. U.K.* או *A. v. U.K.*)

119 *Z. v. U.K.*, Judgment of 10 May 2001, at para. 74 (European Court of Human Rights), available through [http://hudoc.echr.coe.int] (last visited on 1/07/2001)

(להלן: פרשת *Z. v. U.K.* או *Z. v. U.K.*)

אכזרי, בלתי אנושי או משפיל¹²⁰. למעשה, מאמר שהתפרסם לאחרונה מוצא כי ניתן למצוא קווים מקבילים, בעלי דמיון מפתיע, בין העובדות שבבסיס פסקי דין שבהם נקבע כי הופר האיסור על עינויים או יחס או עונש בלתי נאות אחר, לבין מקרי אלימות במשפחה נגד נשים¹²¹. כאמור לעיל, ניתן אף לטעון כי במקרים של אלימות במשפחה, היחסים הרגשיים הטעונים בין המענה לקרבן והעובדה כי הפגיעה מתרחשת במרחב המוגן של הבית מהווים נסיבה מחמירה, הגורמת לפגיעה נפשית קשה במיוחד לקרבן האלימות¹²². כאשר מדובר באלימות נגד ילדים, נדמה כי יש להחיל פרשנות מרחיבה עוד יותר של האיסור על עינויים ויחס בלתי חוקי אחר. עמדה זו נובעת מן ההשלכות ארוכות הטווח שיש לכאב ולסבל הפיסי או הנפשי על התפתחותו התקינה של הילד, ומ"ספ הכאב" הנמוך יותר שלו¹²³. היא אף מעוגנת בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם הקובעת כי יש להתחשב בגילו של הקרבן, כאשר מחליטים האם האיסור נגד עינויים ויחס בלתי הולם אחר חל במקרה ספציפי¹²⁴.

ג. האם עינויים "פרטיים" מהווים עינויים אסורים על פי המשפט הבינלאומי?

שאלה פרשנית קשה יותר קשורה לנסיבות העומדות בבסיס האיסור על עינויים: האם האיסור חל במקרים בהם הפוגע הנו אורח פרטי ולא נציג ממשלתי – במילים אחרות, במקרים של "עינויים פרטיים". לאור הדיון שהוצג לעיל לגבי האופי המעורב – הנגטיבי והפוזיטיבי, של זכויות האדם, נראה כי על המדינה מוטלת חובה לא רק להימנע מלבצע עינויים בעצמה, אלא גם למנוע עינויים שמבצעים גורמים אחרים, לרבות עינויים על ידי גורמים פרטיים. על אף זאת, האמנה נגד עינויים בחרה להגדיר את היקף האיסור הקבוע בה באופן מצמצם. סעיף 1 לאמנה מגדיר עינוי כ"מעשה... [אשר נגרם] בידי או באישור או בהסכמה שבשתיקה של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי או בשידולו". משמע, האמנה עוסקת באיסור על עינויים "רשמיים" ואינה מיועדת לחול במקרים של עינויים אשר בוצעו על ידי פרטים. תוצאה זו נובעת מן ההשקפה כי האמנה נועדה למקד מאמץ בינלאומי מיוחד לטפל בעינויים המבוצעים מטעם המדינה עצמה, בהם המנגנונים המשפטיים הפנימיים נרתעים מלטפל, במקרים רבים¹²⁵. לכאורה לא קיים רציונל דומה

120 1996 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 1, at para. 46

121 E. Grdnic "Application of the Elements of Torture and Other Forms of ill - Treatment, as Defined by the European Court and Commission of Human Rights, to the Incidents of Domestic Violence" 23 *Hastings Intl & Comp. L. Rev.* (2000) 217 note 3, at pp. 311-319

122 דו"ח ועדת קרפ, לעיל הערה 6, בע' 293.

123 Van Bueren, *supra* note 109, at pp. 59-60. ראו גם קליין, לעיל הערה 10 (לילדים יש תגובות פסיכולוגיות קשות במיוחד למקרי התעללות בהם, והם אינם נוטים להתלונן על ההתעללות במקרים רבים).

124 *Ireland v. U.K.* *supra* note 102, at p. 65; *A. v. U.K.* *supra* note 118, at p. 2969; *Soering .case.* *supra* note 82, at p. 39

125 J.H. Burgers & H. Danelius *The United Nations Convention against Torture* (Dordrecht, 1988) 119-120

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

במקרים אחרים של אלימות, כגון אלימות במשפחה, שם בתי המשפט המקומיים מסוגלים להתערב, ואף עושים כן באופן תדיר¹²⁶.

העמדה כי אמנת העינויים אינה חלה במקרים של אלימות במשפחה אינה נקייה מספקות. ניתן לטעון כי אי-מניעת אלימות במשפחה על ידי הגורמים הרשמיים – משטרה, פרקליטות וכדומה, מהווה מעין "הסכמה שבשתיקה" לפרקטיקה זו¹²⁷. ניתן גם לטעון כי מדינות רבות נכשלו בטיפול בבעיית האלימות במשפחה, וכי הדבר מצדיק התערבות בינלאומית בהיקף דומה לזה שהאמנה ייעדה לעינויים "רשמיים"¹²⁸. מסיבות אלו, יש הסבורים, כי מן הראוי שהאמנה נגד עינויים תחול לגבי מקרים של אלימות במשפחה¹²⁹. אך זו טענה דחוקה למדי, שמעולם לא נתקבלה בשום פורום שיפוטי או מעין שיפוטי (לרבות הוועדה הפועלת מכוח האמנה נגד עינויים)¹³⁰. היא אף אינה מקובלת על מרבית המדינות החתומות על האמנה¹³¹ ועל רוב המומחים העוסקים בתחום¹³².

יועד כי מסקנה זו אינה מפתיעה לאור אמצעי האכיפה יוצאי הדופן בעצמתם המצויים באמנה נגד מבצעי עינויים. אכן, אין זה סביר למשל כי סעיפי האמנה ההופכים את העינויים לפשע בינלאומי ומטילים על כל המדינות חובה גורפת להעמיד לדין או להסגיר מבצעי עינויים, ללא קשר למקום ביצוע העברות או לאזרחותם של המעורבים בעברה (סנקציה הקיימת במשפט הבינלאומי כיחס למספר מצומצם ביותר של עברות, כגון פיראטיות או פשעי מלחמה, הנתפסות כאיום על הקהילה הבינלאומית בכללותה)¹³³, נועדו לחול על מבצעי עברות של אלימות במשפחה. פרשנות אחרת, המטילה חובה אוניברסלית להעמיד לדין בני משפחה אלימים, בעוד שפושעים "פרטיים" אחרים כמו רוצחים ואנסים, ואפילו בעלי תפקיד רשמי המתייחסים לקרבנותיהם באופן שנחשב "רק" כיחס או כעונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, אינם כפופים למשטר משפטי דומה, נראית בלתי סבירה. נראה,

Commission on Human Rights, Report of the 35th Sess., U.N. ESCOR, 36th Sess., Supp. No. 126 6, U.N. Doc. E/CN.4/1347 at p. 37 (1979); A. Boulesbaa *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement* (The Hague, 1999) 23; Copelon, *supra* note 3, at p. 343 Copelon, *Ibid*, at pp. 355-356; B.C. Alexander "Convention Against Torture: A Viable Alternative Legal Remedy for Domestic Violence Victims" 15 *Am. U. Int'l L. Rev.* (2000) 895, 920; Grdinic, *supra* note 121, at p. 242

Copelon, *supra* note 3, at p. 344 128

1996 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 1, at para. 48-49; Copelon, *Ibid*, at p. 355 129

Byrnes, *supra* note 35, at p. 192 130

Ibid, *ibid* 131 עמדתה הרשמית של ארצות-הברית בנושא מרחיקת לכת עוד יותר ומפרשת את האמנה כחלה רק במצבים בהם מדובר בעינויים "רשמיים" נגד אנשים המצויים בחוקת הרשויות. Boulesbaa, Burgers & Danelius, *supra* note 125, at pp. 25-26 *supra* note 126, זו גם עמדתם של: 120-121

Boulesbaa, *ibid*, at p. 24; Burgers & Danelius, *supra* note 125, at pp. 119-120; Byrnes, *supra* 132 note 35, at p. 189; Nagan & Atkins, *supra* note 90, at p. 93; Van Bueren, *supra* note 109, at p. 62

133 סעיפים 5-7 לאמנה נגד עינויים.

אפוא, שיש לכבד את כוונת מנסחי האמנה נגד עינויים, שלא להחילה במקרים של עינויים "פרטיים", כפי שעולה מהלשון הרגילה של סעיף 1 לאמנה (אשר לא היה מוסיף את הדרשה למעורבות גורם רשמי לו נתכוון לחול בנוגע לעינויים "פרטיים"), וכפי שרומזות עבודות ההכנה של האמנה (אף שהן אינן ברורות לחלוטין בנקודה זו)¹³⁴.

מהו, אם כן, היחס בין האיסור על עינויים "רשמיים" שבאמנה נגד עינויים לבין איסורים המצויים באמנות אחרות, כגון ה-ICCPR? האם ניתן לטעון כי ההסדר המצוי באמנה נגד עינויים יוצר הסדר שלילי וממזה, הגובר, בהיותו הסדר מאוחר וספציפי, על זה המצוי באמנות זכויות האדם הכלליות, כדוגמת ה-ICCPR? תשובה מפורשת לשאלה זו מצויה בסעיפים 21 ו-16(2) לאמנה נגד עינויים, הקובעים כי האמנה אינה מתיימרת לגרוע מהוראותיהן של אמנות אחרות האוסרות על עינויים. לפיכך, קרבן של עינויים רשמי להסתמך על המסמך הנוח ביותר לעינויו, הכולל את ההגדרה המרחיבה ביותר של האיסור¹³⁵, ואין מניעה לטעון כי עינויים "פרטיים" מכוסים על ידי הסעיפים ב-ICCPR ובאמנות האזוריות, שאינם כוללים את ההגבלה המפורשת לעינויים "רשמיים" המצויה באמנה נגד עינויים.

קיימות מספר אסמכתאות ישירות התומכות בעמדה לפיה ה-ICCPR והאמנות האזוריות אכן מטילות על המדינה חובה פוזיטיבית להיאבק בעינויים על ידי פרטים, בכלל, ובני משפחה בפרט. למעשה, הדבר נקבע על ידי בית הדין האירופי בשתי פרשות שהובאו בפניו בשנים האחרונות. בפרשת *A. v. U.K.*, עסק בית הדין בהכאתו של ילד בן 9 על ידי אביו החורג. האב החורג היכה את הבן במשך זמן ממושך מכות נמרצות, בחלק מהמקרים באמצעות מקל. למרות זאת, בית משפט אנגלי קבע כי אין להרשיע את האב בפלילים, לאור ההגנה הקיימת במשפט המקובל להורים המענישים את ילדיהם "ענישה חינוכית" סבירה. בית הדין האירופי דחה עמדה זו מכול וכול וקבע כי הכאת A אינה יכולה להיחשב סבירה, שכן היא מנוגדת לאיסור על עינויים או יחס או עונש בלתי אנושי או משפיל שבאמנה האירופית, ובהימנעה מהרשעת האב, הפרה בריטניה את חובתה הפוזיטיבית להגן על קרבות של עינויים ויחס או עונש בלתי חוקי אחר¹³⁶. בפרשה אחרת, משנה שעברה (פרשת *Z. v. U.K.*), קבע בית המשפט כי התרשלות רשויות הרווחה הבריטיות בהוצאת ילדים מחזקת הוריהם, על אף מידע שנמסר להן אודות הונחה ממושכת של הילדים מצד ההורים, מהווה הפרה מצד בריטניה של האיסור נגד יחס בלתי אנושי או משפיל¹³⁷.

הקונסטרוקציה המשפטית בשני המקרים זהה לזו שהוצגה בפרשת *Osman*. המדינה נחשבת כאחראית להפרה שביצע פרט אחד נגד פרט אחר, אם לא נקטה אמצעים סבירים למנוע את

134 מעבודות ההכנה עולה כי נוסחו של סעיף 1 מהווה פשרה בין הנציגים שביקשו לייחד את האמנה לעינויים "רשמיים" לבין אלו שביקשו להרחיבה לעינויים פרטיים. 1979 Commission on Human Rights, *supra* note 126, at p. 38. למרות זאת, נראה כי מרבית הנציגים שהשתתפו בדיון הבינו את הנוסח שאומץ כשולל את תחולת האמנה במקרים "פרטיים" מובהקים, *Boulesbaa, supra* note 126, at p. 24.

135 *Burgers & Danelius, supra* note 125, at p. 122.

136 *A. v. U.K., supra* note 118, at pp. 2969-2970.

137 *Z. v. U.K., supra* note 120, at para. 73-74.

ההפרה או להגיב עליה כנדרש. אם המדינה מפרה את חובתה הפוזיטיבית האמורה, הרי שקרבן ההפרה יכול לתבוע אותה במישורין, ולתבוע נזק ממנה, לרבות פיצויים כספיים. יש להדגיש כי הפרשנות האמורה אינה ייחודית לבית הדין האירופי. גם ועדת זכויות האדם הפועלת תחת ה-ICCPR קבעה בפרשנות הרשמית שפרסמה בנוגע לאיסור העינויים שבסעיף 7 כי האיסור נגד עינויים מחייב את המדינות להיאבק גם בעינויים "רשמיים" וגם בעינויים "פרטיים"¹³⁸. זו גם העמדה שאימצו הוועדה הפועלת מכוח אמנת CEDAW¹³⁹ והדווחית המיוחדת בנושא אלימות נגד נשים¹⁴⁰. למעשה ניתן לראות גם בהחלטות הגופים הפוליטיים של האו"ם להיאבק באלימות נגד נשים, במישור הציבורי והפרטי¹⁴¹, משום קבלה של העיקרון האמור. משמעות הדברים הנה כי אין קושי דוקטרינלי לראות באלימות במשפחה סוג של עינוי אסור המצמיח אחריות למדינה, אם לא נקטה אמצעים מתאימים למנוע את התופעה או להגיב לה באופן נאות¹⁴².

נדמה כי מדובר בפרשנות ראויה של היקף האיסור. ראשית, כפי שכבר צוין קודם לכן, ספק אם יש מנקודת ראותו של הקרבן נפקות להבחנה בין עינויים "רשמיים" ל"פרטיים". התעללות היא התעללות היא התעללות. יחסי הקרבה המשפחתיים בין המענה לקרבנו אינם מפחיתים מעצמת הפגיעה אלא נהפוך הוא - עשויים במקרים רבים להעצימה¹⁴³. באשר לשאלת ההצדקה להתערבות ממשלתית בנעשה בתא המשפחתי, הרי שנראה כי תא משפחתי בו מתרחשים מאורעות אלימים מסוג זה, אינו תא שראוי להגן עליו. למעשה, נראה שכל שיטות המשפט המתקדמות מאפשרות התערבות פלילית במקרי אלימות קשים בתוך התא המשפחתי, ואין הצדקה לשלול דווקא את התערבותם של דיני זכויות האדם במצב זה. גם לא נראה כי יש ממש בטענה כי אין זה ראוי להחיל את הסטנדרט האוניברסלי על מקרי אלימות במשפחה, שכן הוא אינו רגיש מספיק לנסיבות הפרטיקולריות בכל חברה וחברה. הואיל

138 1994 Human Rights Committee, *supra* note 111, at para. 2 ("it is also the duty of public authorities to ensure protection by the law against such treatment even when committed by persons acting outside or without any official authority")
בהערה פרשנית חדשה בנושא שוויון בין גברים לנשים: Human Rights Committee, General Comment 28, Article 3, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000), at para. 11

139 Recommendation No. 19, *supra* note 35, at para. 9

140 1994 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 4, at para. 81
בעיניה המדינה המתרשלת בהגנה על נשים מוכות אשמה כמו העבריין האלים: "A state that does not act against crimes of violence against women is as guilty as the perpetrators"
Vienna Declaration and Programme of Action, at para. 11

141 סעיף 1 להכרזה בדבר ביטול אלימות נגד נשים;
38, supra note 56, at Part II, para. 38, הכרות וינה, שאומצה פה אחד על ידי נציגי 171 מדינות, קראה למדינות, בין היתר, לפעול לביטול אלימות נגד נשים במישור הפרטי.

142 אך ראו: *Tel Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 791-795 (D.C. Cir. 1984) (האיסור במשפט המנהגי נגד עינויים מכסה רק עינויים "רשמיים" המבוצעים בשם מדינה ואינם כוללים עינויים המבוצעים על ידי ארגון טרור).

143 השוו: Copelon, *supra* note 3, at p. 316.

ודיני זכויות האדם בכלל, והנורמות המטילות חובות פוזיטיביות בפרט, מאפשרים "מרווח תמרון" רחב ביותר למדינות, על מנת להגיע לתוצאה הנדרשת (הפחתת מקרי האלימות במשפחה), הרי שבידי המדינות נותרה האפשרות לבחור באמצעים המשפטיים והלכרי-משפטיים המתאימים ביותר לנסיבות החברתיות השוררות בהן.

לבסוף, מתעוררת שאלת הנטל שהכלל המוצג כאן מטיל על המדינה. הואיל ומדובר בחובה יחסית – ולא בחובה מוחלטת – הרי שהיקף החובה ישתנה בהתאם למשאבים העומדים לרשות המדינה, ובחירת האמצעים הספציפיים אותם יש לנקוט תיקבע בראש ובראשונה על ידי המדינה עצמה, לאור הרגישויות החברתיות והאחרות הקיימות בה¹⁴⁴. משמע, לא עצם קביעת החובה הנה בעייתית, אלא היקפה המדויק, שייקבע, כאמור, על בסיס בדיקה של כל מקרה לגופו, תוך הותרת מתחם רחב של שיקול דעת למדינה הרלוונטית. עם זאת, אין מדובר במתחם נטול גבולות. ברור, למשל, כי המדינה לא תוכל להתחמק מאימוץ אמצעים אשר עלותם נמוכה (כגון אימוץ חקיקה המבטלת הגנות משפטיות המוענקות לבן זוג אליים), על בסיס הטענה כי מדובר בנורמה יחסית; ברור גם כי לא תוכל, לאורך זמן, להסתפק באמצעים 'זולים' בלבד, כגון חקיקה, והיא תידרש לנקוט צעדים של ממש (כגון אכיפה, חינוך וכדומה). כמו כן, אל לה למדינה להיתלות ברגישויות כאלו או אחרות (דת, מסורת וכדומה), על מנת לאיין את החובה המוטלת עליה. ניתן גם לטעון כי המדינה חייבת לספק הגנה מיוחדת לקבוצות של קרבנות פגיעים במיוחד, כגון נשים וילדים, החשופות במידה בלתי פרופורציונלית לתופעת האלימות במשפחה. לסיכום, לאור חשיבות הערך המוגן ולאור שלל התפקידים המוטלים על מדינת הרווחה המודרנית, נראה כי אין פסול עקרוני בהטלת חובה פוזיטיבית על המדינה להגן על קרבנות אלימות במשפחה.

ג. שאלת המניע – "היסוד הנפשי" של עברת העינויים

השאלה האחרונה שיש לבחון בקצרה הנה שאלת המניע. האם האיסור נגד עינויים במשפט הבינלאומי מצריך הוכחת יסוד נפשי כלשהו על מנת שניתן יהיה לזהות הפרה של האיסור? אכן, סעיף 1 לאמנה נגד עינויים כולל בהגדרת "עינויים" את הדרישה כי המעשה האסור יהיה מעשה מכוון ויהיה מיועד להשגת מטרה כגון חילוף מידע או הודאה, הענשה על מעשה, הפחדה או אפליה¹⁴⁵. נדמה כי גם בית הדין האירופי ייחס בהחלטתו בפרשת *Ireland v. U.K.* חשיבות לעובדה כי טכניקות החקירה יושמו מתוך כוונה תחילה וכי מטרתן הייתה לחלץ מידע¹⁴⁶. עם זאת, ספק רב אם יש מקום לייחס לעמדתו המעורפלת של בית הדין האירופי בפרשה זו משקל יתר, כאילו התכוון לצמצם את היקף הזכות המוגנת על ידי האמנה. נראה

144 Cook, *supra* note 41, at pp. 161-162

145 הרשימה האמורה אינה רשימה ממצה. Byrnes, *supra* note 35, at p. 195. יחד עם זאת, יש הסבורים כי מניעים אחרים צריכים להיות דומים במהותם לאלו המצויים ברשימה. *Burgers & Danelius, supra* note 125, at p. 118. לא ברור אם זה כולל, למשל, את המניע הנוסף הכלול בסעיף 2 לאמנה הבין-אמריקאית נגד עינויים – כוונה להכחיד את אישיותו של הקרבן או לגרום לפגיעה בכשירותו הפיזית או הנפשית.

146 *Ireland v. U.K., supra* note 102, at p. 66; Grđinic, *supra* note 121, at p. 241

בית אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

יותר, כי בית המשפט ראה ביסוד הנפשי נסיבה מחמירה, אשר עשויה, במקרים מסוימים, להצדיק מעבר מקטגוריית העברה החמורה פחות (יחס או עונש בלתי אנושי או משפיל) לקטגוריה החמורה יותר (עינויים). הואיל ואין בסיס בלשון סעיף 7 ל-ICCPR או בסעיפים המקבילים באמנות האזוריות לדרישת יסוד נפשי כלשהו, הרי שכפי שכבר נטען, ההגדרה הצרה של האמנה נגד עינויים צריכה לסגת, במקרים מתאימים, מפני הלשון הרחבה יותר של האמנות האחרות המגנות על אותה הזכות.

אכן, מנקודת מבטו של הקרבן יש להגן עליו מפני כל התקפה שהיא נגד חייו, גופו, כבודו וערכים מוגנים אחרים, ללא קשר למניע של התוקף (סדיזם, שנאה לאומנית או גורם אחר)¹⁴⁷. אמנם יש הסבורים כי צריך תמיד להוכיח כי המענה התכוון למעשיו, על מנת להבחין בין עינויים לבין תאונות או מחלות הגורמות כאב וסבל¹⁴⁸, אך נדמה כי אין לקבוע מסמרות בנושא, וייתכנו מקרים מסוימים שבהם יחס או עונש בלתי חוקי, שאינו עולה כדי עינוי (אשר הוגדר, כזכור, כגילוי מכוון וחמור של יחס או עונש בלתי חוקי) ייגרמו ללא כוונת זדון, אלא מתוך קלות דעת או רשלנות (כך היה המצב למשל בפרשת *Z. v. U.K.*, שבה ברור היה כי ההורים הוניחו את ילדיהם בשל חוסר מסוגלות הורית, ולא עקב כוונת זדון)¹⁴⁹.

מכל מקום, נראה כי מקרים של אלימות במשפחה נופלים גם בגדר הדרשה המחמירה להוכחת מניע המצויה באמנה נגד עינויים¹⁵⁰. אלימות נגד נשים הנה בדרך כלל מכוונת¹⁵¹, והיא מיועדת, פעמים רבות, "להענישן" בגין מעשים אמיתיים או דמיוניים שהגבר המכה מייחס לבת זוגו¹⁵²; במקרים אחרים – הכוונה היא להפחיד את האישה ולהכריח אותה לנהוג בדרך בה חפץ הגבר המכה¹⁵³; ניתן אף לטעון כי שורשיה של אלימות נגד נשים מצויים בהשקפת עולם מעוותת בדבר מערכות יחסים בין גברים לנשים, המהווה אפליה מינית אסורה, והיא מכוונת על מנת להנציח אפליה זו¹⁵⁴.

אשר על כן, נדמה כי התשובה לשאלה המתקרתית שהוצגה בראשית הדברים הנה כי יש תשתית מספקת במשפט הבינלאומי על מנת לראות במקרים חמורים של אלימות במשפחה סוג של עינוי או יחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, האסור על פי דיני זכויות האדם¹⁵⁵. מסקנה זו מדגישה את החומרה שבה יש להתייחס לתופעת האלימות במשפחה.

¹⁴⁷ Van Bueren, *supra* note 109, at p. 65

¹⁴⁸ Copelon, *supra* note 3, at p. 325

¹⁴⁹ במקרים מסוג זה, הבסיס להבחנה בין עינוי אסור לבין פרקטיקה לגיטימית של גרימת סבל, כגון טיפול רפואי, הנו קיומה של הסכמה מפורשת או משתמעת של ה"קרבן" לפרקטיקה האמורה.

¹⁵⁰ 1996 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 1, at para. 47

¹⁵¹ Grdinic, *supra* note 121, at pp. 228-231

¹⁵² Copelon, *supra* note 3, at p. 335; *Ibid.*, at p. 252

¹⁵³ Copelon, *Ibid.*, at p. 338

¹⁵⁴ לדיון בנושא אלימות נגד נשים הנובעת מהפליה נגד נשים, ראו לעיל הערה 35.

¹⁵⁵ נראה אף שניתן לטעון כי כפי שהאסור נגד עינויים "רשמיים" מהווה דין קוגנטי, כך גם צריך להיות המצב בנוגע לעינויים "פרטיים", אך ספק אם, בשלב זה, קיימת הסכמה רחבה מספיק בעניין זה בקרב חברי הקהילה הבינלאומית. Copelon, *supra* note 3, at p. 366

בטווח הארוך, היא אף עשויה לסייע בחיזוק ההוקעה החברתית של התופעה ובשיפור המודעות החברתית, בכלל, ושל גורמי השלטון, בפרט, לצורך להיאבק בה. ניתן גם לומר כי קיימת תשתית משפטית בלתי מבוטלת המאפשרת לטעון כי התפתח כלל ספציפי המחייב מדינות להיאבק במקרים של אלימות במשפחה (במיוחד, אלימות נגד נשים וילדים¹⁵⁶). כלל כזה, שתמוכין לו ניתן למצוא בשורה של החלטות ודו"חות של גופים בינלאומיים¹⁵⁷, כמו גם בפרקטיקה המוצהרת של מרבית מדינות העולם האוסרות בחקיקה הפנימית שלהן על אלימות במשפחה, יכול שיוכר אף הוא כבעל מעמד מנהגי, ומכאן יהיה מחייב מבחינה משפטית.

4. יישום הפרשנות המוצעת

א. פירוט האמצעים הכלולים בחובה הפוזיטיבית להיאבק באלימות במשפחה
 מה הנפקות המעשית של המסקנה כי המשפט הבינלאומי מטיל חובה על מדינות לנקוט אמצעים סבירים על מנת למנוע מקרים חמורים של אלימות במשפחה או להגיב בהתאם למקרים שכבר קרו? כאמור, על כל מדינה בעולם לנקוט אמצעים מתאימים להיאבק באלימות במשפחה (בכפוף לכמות המשאבים העומדים לרשות המדינה), ובכלל זה את האמצעים הבאים:

1) אמצעים תחיקתיים¹⁵⁸

א) איסור בחוק הפלילי על עברות של אלימות במשפחה וביטול או צמצום הגנות משפטיות נגד הרשעה בפלילים בגין עברות אלו, אשר אינן עולות בקנה אחד עם דיני זכויות האדם. למשל, יש לבטל או לצמצם מאוד את האפשרות להעלות הגנות כגון ענישה חינוכית, במקרי הכאת ילדים¹⁵⁹; קיום הסכמה, במקרי אונס נשים על ידי בעליהן (מתוך תפיסת קשר הנישואין ככולל הסכמה מכללא לקיום יחסי מין); או "כבוד המשפחה", במקרי רצח או תקיפה וכיוצא בזה.

ב) קביעת רף ענישה חמור למקרים של אלימות במשפחה וצמצום האפשרות לטעון טענות להקלה בעונש, אשר אינן עולות בקנה אחד עם החובה להיאבק בתופעת האלימות במשפחה, כגון קטטור על ידי הקרבן, הצדקות תרבותיות וכדומה¹⁶⁰.

156 אך ראו את ביקורתו של רות' נגד אימוץ כלל מיוחד האוסר על אלימות נגד נשים דווקא: Roth, *supra*, note 79, at pp. 332-333.

157 ההכרזה בדבר ביעור אלימות נגד נשים; האמנה הבין-אמריקאית למניעת אלימות נגד נשים; 1996 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 1, at para. 51.

158 ראו סעיף 4(d) להכרזה בדבר ביעור אלימות נגד נשים; סעיף 7 לאמנה הבין-אמריקאית למניעת אלימות נגד נשים; Recommendation No. 19, *supra* note 35, at para. 24(b), (i), (r) & (t).

159 צעד חשוב בכיוון זה נעשה בע"פ 4596/98 פלונית נ' מ"י, פ"ד (1) 145, 185, בו נקבע כי "ענישה חינוכית", במסגרתה מכים הורים את ילדיהם או מבנים ומשפילים אותם, אינה חוקית עוד על פי הדין הישראלי. אך ראו סטרשנוב, לעיל הערה 41, בע' 272-279.

160 דוגמאות מן העת האחרונה לניסיונות להחמיר את רף הענישה לעברות אלימות במשפחה המבוצעות

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

ג) יצירת מנגנוני פיצוי וסעד אזרחיים מתאימים לקרבנות אלימות במשפחה (לרבות, אפשרות להרחיק מהבית בן משפחה אלים והכרה באלימות כעילה לגירושין). יש להדגיש כי, ככלל, הסעדים האזרחיים צריכים להיות פס כסעדים משלימים לסעדים הפליליים ולא כחלופיים להם¹⁶¹.

ד) אימוץ סטנדרטים משפטיים שמטרתם הפחתת הסבל הנוסף העלול להיגרם לקרבן העברה במסגרת ההליכים המשפטיים והמנהליים בהם הוא עשוי להיות מעורב¹⁶² (כדוגמת האמצעים הננקטים בישראל להגנה על עדויות של קטינים וקרבתות תקיפה מינית¹⁶³).

2) אמצעים מנהליים¹⁶⁴

א) טיפול משטרי נמרץ בתלונות נגד אלימות במשפחה, הכולל, בין היתר, חקירה אפקטיבית של תלונות, מדיניות של מעצר חשודים בעברות אלימות הממשיכים לסכן את סביבתם ואכיפת צווי הרחקה¹⁶⁵.

ב) גיבוש מדיניות תביעה תקיפה במקרי אלימות במשפחה. יש לציין, בהקשר זה, כי קיימות בארצות-הברית מדינות בהן אין לרשויות התביעה שיקול דעת בכל הנוגע להעמדה לדין של חשודים בעברות אלימות במשפחה והן חייבות לעשות כן, גם אם המתלונן חוזר בו מתלונתו. אף שמודל זה שנוי במחלוקת¹⁶⁶, נראה כי המצב ההפוך, בו ביטול התלונה על ידי בן המשפחה מוביל באופן אוטומטי לסגירת ההליכים הפליליים, אינו עולה בקנה אחד עם החובה להיאבק בתופעת האלימות במשפחה¹⁶⁷.

בישראל מצויות בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 55) (החלת עונש מזערי בחבלה בכוונה מחמירה של בן משפחה), תש"ס-2000; בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 56) (החלת עונש מזערי על עבירות אלימות נגד נשים וילדים), תש"ס-2000; ובצעת חוק העונשין (תיקון מס' 64) (תבלה ופציעה בנסיבות מחמירות של בן משפחה), תשס"א-2001.

161 Ewing, *supra* note 35, at p. 773. השוו: *X. v. Netherlands, supra* note 64 (סעד אזרחי לנפגעת תקיפה מינית אינו תחליף נאות לסעד פלילי נגד התוקף).

162 למשל, הדרוה המיוחדת של נציבות זכויות האדם של האו"ם לעניין עינויים קורא לאמץ חקיקה מתאימה שתאסור על ביצוע בדיקות רפואיות בקרום הבתולין של נשים, לרבות קטינות, המתלוננות על אונס, לצורך אימות גרסתן, שכן בדיקות אלו כרוכות בסבל פיסי ונפשי רב: Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the Question of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Interim Report*, U.N. Doc. A/55/290 (2000), at para. 26.

163 ראו למשל סעיפים 2א-2ב לחוק לתיקון סדר הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957; חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955.

164 ראו סעיפים 14(c) ו-14(g) (הכרזה בדבר ביעור אלימות נגד נשים; סעיפים 7-8 לאמנה הבין-אמריקאית למניעת אלימות נגד נשים; Recommendation No. 19, *supra* note 35, at para. 24(b), (k), (r) & (t)).

165 לעניין ליקויים בתפקוד משטרת ישראל בנושא האלימות במשפחה, ראו דו"ח ועדת קרפ, לעיל הערה 6, בע' 290-292.

166 ראו למשל: *UCLA 7 "Domestic Violence: The Case for Aggressive Prosecution" Women's L.J.* (1997) 173; *L.G. Mills "Intuition and Insight: a New Job Description for the Battered Woman's Prosecutor and Other More Modest Proposals" UCLA Women's L.J.* (1997) 183.

ג) מתן שירותים סוציאליים לקרבנות אלימות במשפחה, הכוללים, בין היתר, אפשרות דיור זמני חלופי (במקומות כמו מקלטי נשים מוכות) וטיפול נפשי לבני המשפחה (לרבות בן המשפחה האלים)¹⁶⁸.

3) אמצעים חינוכיים¹⁶⁹

א) נקיטת פעולות חינוכיות הנועדות לשרש את תופעת האלימות במשפחה ולהוביל לשינוי חברתי בתפיסת היחסים בתא המשפחתי, לרבות הכנת תכניות לימוד ו"קמפיינים" ציבוריים מתאימים. נראה כי להגדרת האלימות במשפחה כפעולה המהווה הפרת זכויות אדם בסיסיות וכסוג של עינוי אסור, חשיבות מיוחדת במישור זה.

ב) עידוד קרבנות אלימות וסביבתם להתלונן ולא להשלים עם התופעה¹⁷⁰.

ג) הכשרה מתאימה של כל הגורמים המטפלים בהשלכות של אלימות במשפחה (שוטרים, שופטים, עובדי מערכות הבריאות ורווחה וכדומה)¹⁷¹.

ד) איסוף מידע, ועריכת מחקרים בנוגע להיקף תופעת האלימות במשפחה, השלכותיה ודרכי ההתמודדות עמה.

את האמצעים האמורים יש לנקוט, ככל שהדבר ניתן, באופן משולב, על מנת להוביל לשיפור בהגנה על קרבנות אלימות במשפחה הן בטווח הקצר, והן בטווח הארוך¹⁷².

167 ראו דו"ח ועדת קרפ, לעיל הערה 6, בע' 298. לפי הדיווח שמסרה לאחרונה מדינת ישראל לוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות של האו"ם, הרי שלמטרה יש פרדוגטיבה במקרי אלימות נגד נשים לפתוח בהליכים פליליים גם ללא שיתוף פעולה מצדה של האישה המוכה.

Additional information submitted by Israel following the consideration of its initial report by the committee on Economic, Social and Cultural Rights, (2001), at para. 151, E/1989/5/Add. 14 U.N. Doc. Available at [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/9b84f5c42b1-6b10dc1256aa4003417e6?Opendocument] (last visited on 1/11/2001) ICESCR, (2001)

168 דוגמא מהעת האחרונה לניסיון לקבוע בישראל שירות סיוע נפשי מצויה בהצעת החוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון מס' 5) (טיפול בקרבן), תשס"א-2000.

169 ראו סעיפים 4(j), (k) להכרזה בדבר ביעור אלימות נגד נשים; סעיף 8 לאמנה הבין-אמריקאית למניעת אלימות נגד נשים; (j), (f) & (t), para. 24(b), Recommendation No. 19, *supra* note 35, at para. 24(b), (f) & (t).

170 ראו למשל, דו"ח ועדת קרפ, לעיל הערה 6, בע' 288. כמו כן, בישראל נעשה לאחרונה ניסיון לחייב בחקיקה דיווח של שורה של ממלאי תפקידים חברתיים (רופאים, שוטרים, פסיכולוגים, עובדי חינוך, עובדים סוציאליים, אנשי דת ואחרים) על מקרי אלימות במשפחה בהם הם נתקלים במסגרת עבודתם. הצעת חוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון מס' 6) (חובת דיווח על אלימות כלפי בן זוג), תשס"א-2001. לסקירת משפט אמריקאי משווה בנושא, ראו ר' ורצברגר (מרכז מחקר ומידע) **גייר רקע בנושא חובת דווח על אלימות בין בני זוג** (הוגש על ידי המרכז למחקר ומידע של הכנסת לוועדת הכנסת לקידום מעמד האישה) (תשס"א) (עותק שמור במערכת).

171 דו"ח ועדת קרפ, לעיל הערה 6, בע' 288. לעניין הכשרת שוטרים להתמודד עם בעיית האלימות במשפחה ראו דו"ח ישראל ל-ICESCR, 2001, לעיל הערה 167, בפסקה 150.

172 1994 Report of the Special Rapporteur, *supra* note 4, at para. 141-142; דו"ח ועדת קרפ, שם, 1998; דו"ח מבקר משרד המשטרה, לעיל הערה 6, בע' 29. צעד בכיוון זה נעשה בישראל בשנת 1998

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

ניתן לציין, כי אפשר לחלץ חובה לנקוט אמצעים פוזיטיביים דומים גם מהאמנה נגד עינויים¹⁷³. אמנם, כאמור לעיל, האמנה לא חלה בנוגע לעינויים "פרטיים", אך אין מניעה להיעזר בהיקף החובה הקיימת להיאבק בעינויים "רשמיים" בעת קביעת היקף החובה להיאבק בעינויים "פרטיים".

ב. אכיפה במישור הבינלאומי

את החובה לנקוט את האמצעים המפורטים לעיל ניתן לאכוף נגד מדינות במישור הבינלאומי ובמישור הפנים מדינתי. באשר למישור הבינלאומי, נראה כי קיימים מספר מנגנוני אכיפה בהם ניתן להשתמש. ראשית, פרט אשר זכויות האדם שלו הופרו על ידי פרט אחר (למשל, אישה שהוכתה על ידי בן זוגה) רשאי להתלונן נגד המדינה בה אירעה ההפרה, אם זו לא מילאה חובתה למנוע את ההפרה או להגיב אליה כראוי. תלונה זו ניתן להגיש בפני הגופים הפועלים ליישם את אמנות זכויות האדם ברמה האזורית (למשל, בית הדין האירופי לזכויות אדם) או ברמה האוניברסלית (למשל, לוועדת האו"ם לזכויות אדם). במקרים המערבים פליטים הנמלטים ממולדתם, בה הם חשופים לאלימות מצד בני משפחתם, יוכלו הפליטים לדרוש מהמדינה בה מצאו מקלט שלא להחזירם לארץ מוצאם¹⁷⁴ ולהתלונן נגד מדינת המקלט אם תסרב לעשות כן. דא עקא, כי בהקשר הישראלי, אופציית התלונות אינה בעלת משמעות רבה, שכן ישראל בחרה שלא להכפיף עצמה למנגנונים המרכזיים המטפלים בתלונות פרטים (אך היא עדיין חשופה, כמו יתר החברות באו"ם למנגנון התלונות של תת־נציבות האו"ם לקידום והגנה על זכויות אדם, הדנה בתלונות מכל מקור שהוא המצביעות על הפרות חמורות ושיטתיות של זכויות אדם)¹⁷⁵.

עם זאת, גם בהיעדר אפשרות תביעה משפטית או מעין־משפטית, הדוקטרינה המוצגת לעיל תצדיק הפעלת לחץ בינלאומי על מדינות בעלות רקורד עגום של טיפול בבעיות של אלימות במשפחה. למשל, ישראל, כמו גם מדינות אחרות אשר חברות באמנות זכויות האדם

בהקמת הוועדה הבין־משרדית למאבק באלימות נגד נשים. ראו דו"ח ישראל ל-ICESCR, 2001, לעיל הערה 167, בפסקה 158.

173 סעיף 2 לאמנה נגד עינויים מטיל חובה כללית למנוע עינויים. חובת ספציפיות יותר יש למשל בסעיף 3 (איסור גירוש או הסגרה של קרבנות פוטנציאליים), סעיף 4 (קביעת איסור פלילי מתאים), סעיפים 5-7 (חובה לחקור ולהעמיד לדין או להסגיר מבצעי עינויים), סעיף 10 (נקיטה באמצעי הכשרה מתאימים לכל המעורבים במעצר בני אדם), סעיף 11 (בחירת נהלים מתאימים נגד עינויים), סעיף 14 (חובה לפצות את הקרבן ולשקמו). הוראות דומות, בחלקן, קיימות גם בהכרזה נגד עינויים משנת 1975 (ראו סעיפים 4-11).

174 ראו למשל: Alexander, *supra* note 127, at pp. 934-935. השוו מדינת ישראל, **יישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (תש"ס) 96** (להלן: דו"ח יישום ה-ICCPR).

175 ECOSOC Resolution 1503 (XLVIII), 48 U.N. ESCOR (No. 1A) at 8, U.N. Doc. E/4832/Add.1 (1970). אופציה פרוצדורלית נוספת העומדת בפני קרבנות אלימות במשפחה הנה פנייה לדווח המיוחד בנושא עינויים, הפועל מטעם נציבות זכויות האדם של האו"ם מאז שנת 1985. הדווח מחבר מעת לעת דו"חות פומביים על האופן בו מבוצע האיסור נגד עינויים על ידי חברות האו"ם השונות. ארגוני זכויות אדם אף יכולים לפנות לדווחות המיוחדת בנושא אלימות נגד נשים הפועלת מאז 1994.

של האו"ם, כפופה לביקורת המושמעת נגדה במהלך בחינת הדו"חות התקופתיים המוגשים על פי האמנות, אשר כללה כבר בעבר התייחסות ספציפית לנושאי הטיפול (או היעדר הטיפול) באלימות במשפחה¹⁷⁶. מקור אחר לביקורת יכול להיות גופים פוליטיים בינלאומיים (כגון נציבות זכויות האדם של האו"ם) וארגוני זכויות אדם (כגון Amnesty International). אין לזלזל בחשיבות מנגנון אכיפה זה. ביקורת בינלאומית עשויה להוביל לפגיעה כואבת במוניטין המדינה (תהליך המכונה בספרות "ביוש פומבי"¹⁷⁷) ויכולה להוביל, בסופו של יום, אף לסנקציות כלכליות ואחרות נגד המדינה¹⁷⁸. הסטיגמה החמורה במיוחד שמקובל לייחס להפרת האיסור נגד עינויים עשויה לסייע לאפקטיביות של הלחץ הציבורי על המדינות המפרות ולהעמידן על החומרה בה הקהילה הבינלאומית רואה את התופעה. אכן יש הסבורים כי לחץ בינלאומי שהופעל בעבר על מדינה כמו ברזיל, אשר בה לפי דו"חות ארגוני זכויות אדם היה טיפול ממסדי באחוז זעום של תלונות שהוגשו לרשויות על מקרים של אלימות במשפחה ויחס סלחני של הרשות השופטת לתופעות קשות של אלימות (כגון רצח נשים בידי בעליהן על רקע כבוד המשפחה)¹⁷⁹, זירו תהליכים של הפנמת החובה הבינלאומית ואף הביא לשיפור מסוים של המצב¹⁸⁰.

ג. השלכות הדוקטרינה בדין הישראלי

אופציה מעניינת של שימוש בקונסטרוקציה המשפטית המוצגת כאן מצויה באינטראקציה בינה לבין הדין הפנימי בישראל. אמנם סעיפי האמנות האוסרות על עינויים ויחס או עונש בלתי חוקי אחר, טרם נקלטו מפורשות בחקיקה הישראלית, אך אין משמעות הדברים כי אין להם תחולה בדין הפנימי הישראלי. על פי שיטת המשפט הישראלית, המשפט הבינלאומי

Concluding observations of the Human Rights Committee: Mexico, *supra* note 176 73; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Mauritius, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.60 (1996), at para. 15; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Costa Rica, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.107 (1999), at para. 12; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Korea, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.114 (1999), at para. 11; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Uzbekistan, U.N. Doc. CCPR/CO/71/UZB (2000), at para. 19; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Kyrgyzstan, U.N. Doc. CCPR/CO/69/KGZ (2000), at para. 14

177 M. Wa Mutua "Looking Past the Human Rights Committee: An Argument for De-Marginalizing Enforcement" 4 *Buff. Hum. Rts. L. Rev.* (1998) 211, 242; Thomas & Beasley, *supra* note 37, at p. 56

178 כך למשל, נתפרסם לאחרונה דו"ח מטעם מחלקת המדינה של ארצות הברית המאיים להטיל סנקציות החל משנת 2003, נגד 23 מדינות (לרבות ישראל) אשר אינן נאבקות באופן נמרץ דיו בתופעת הסחר בנשים. USA Department of State *Trafficking in Persons Report* (July 2001), available at <https://www.state.gov/inl/rls/tiprpt/2001/> (last visited on 1/12/2001).

179 Cook, *supra* note 41, at pp. 145-146
D.Q. Thomas & M.E. Beasley "Critical Issues: Domestic Violence as a Human Rights Issue" 58 *Alb. L. Rev.* (1995) 1119, 1146

המנהגי מהווה חלק מהדין הפנימי (וחל בכפוף לחקיקה סותרת)¹⁸¹. מעבר לכך, על פי "חוקת ההתאמה" הנהוגה במקומותינו, על בתי המשפט לבסות ולפרש את הדין הפנימי, במידת האפשר, כעולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל (המצויות באמנות בהן היא חברה ובמנהג הבינלאומי)¹⁸².

אין חולק כי ישראל מחויבת לאיסור נגד עינויים ויחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל (הן כאיסור מנהגי והן כאיסור הסכמי). נראה גם כי יש מקום לטענה שהיא מחויבת לגורמה בהיקף אשר המשפט הבינלאומי העכשווי מגדירה. במילים אחרות, היא מחויבת לפרשנות שנותנים לאיסור הגופים המרכזיים האחראים על יישומו. מקור החובה ליישם פרשנות זו מצוי הן בדין ההסכמי – הפרשנות המקובלת של האמנה נתפסת כחלק מהתחייבות הצדדים לאמנה, והן בדין המנהגי – המקובלות הנרחבת של הפרשנות המרחיבה את היקף החובה המוטל על המדינה מעידה על מעמדה המנהגי. מכאן, כי בהיעדר חקיקה סותרת, ניתן לגזור במישרין חובה פוזיטיבית על רשויות המדינה לנקוט באמצעים סבירים על מנת למגר את תופעת האלימות במשפחה ולהגיב אליה בהתאם באמצעי חקירה, ענישה ופיצוי הקרבנות. מעבר לכך, יש לפרש חקיקה קיימת, לרבות נורמות חוקתיות, באופן שייתן תוקף לחובה האמורה. מכאן, שיש מקום לקרוא אל תוך זכויות האדם המוגנות על ידי שיטת המשפט הישראלית (למשל, הזכות לחיים ושלמות גוף) גם רכיב פוזיטיבי של חובה להיאבק בפגיעה בערכים המוגנים על ידי פרטים. מדובר, אפוא, במודל ייחודי של קליטת דיני זכויות האדם, השונה מארבעת המודלים שהציג פרופ' ברק בשעתו לגבי השפעת זכויות האדם על היהסים בין פרטים (תחולה ישירה, היעדר תחולה, תחולה עקיפה ותחולה על הרשות השיפוטית)¹⁸³. בעוד שהמודל המוצע אינו מחיל זכויות וחובות במישרין בין הפרטים, הוא מטיל חובה על המדינה לנקוט אמצעים משפטיים שיקנו זכויות ויטילו חובות כאמור¹⁸⁴. עולה מכך, שהמשפט הבינלאומי מציע דרך חדשה לפיתוח השיח החוקתי במדינת ישראל אשר עשויה להוביל לשיפור ניכר בהגנה המוענקת לזכויות האדם בישראל, ויש לקוות כי כוח השכנוע הגלום בדוקטרינה עצמה, כמו גם תחושת המחויבות ליישם אותה בגין היותה חלק מהמשפט הבינלאומי המחייב את מדינת ישראל, יוביל לאימוצה על ידי מערכת המשפט שלנו.

מה המשמעות של ההכרה המשפטית בחובה הפוזיטיבית המוטלת על המדינה? נראה כי במדינת ישראל קיימת כיום תשתית משפטית בסיסית המאפשרת לרשויות לנקוט צעדים של ממש נגד בני משפחה אלימים (בראש ובראשונה, החוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991)¹⁸⁵, ומכאן כי רכיב מרכזי בחובה הפוזיטיבית – קביעת איסור פלילי מפורש

181 ע"פ 174/54, לעיל הערה 26; ע"פ 336/61, לעיל הערה 26.

182 דני"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721, בע' 742-743.

183 ברק, לעיל הערה 51, בע' 168-169.

184 McInerney, *supra* note 37, at pp. 312-313.

185 לדיון בחוק ובסעדים הכלולים בו, ראו ר' מקיים "החוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991", **מעמד האשה בתורה ובמשפט**, לעיל הערה 6 בע' 307. ראו גם סעיפים 329, 333, 336, 368, 378-382 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, הכוללים איסורים על אלימות, התעללות ותקיפה אשר חלים גם לגבי מקרי אלימות במשפחה. סקירה של הדין הישראלי הרלוונטי לעניין האיסור על עינויים מצוי בדו"ח יישום ICCPR, לעיל הערה 174, בע' 74-76.

ויצירת סעדים משפטיים אפקטיביים, כבר התממש. קיימות גם מספר הצעות חוק המצויות בשלבי חקיקה שונים, אשר תחמנה, אם תתקבלנה, את הענישה של מבצעי עברות אלימות במשפחה, תעודדנה דיווח על עברות כאלו ויהיה בהן כדי להעמיד לרשות הקרבן אמצעי טיפול מתאימים¹⁸⁶. נראה, אפוא, כי קיימת נכונות הולכת וגוברת של המערכת המשפטית בישראל להתמודד בכלים משפטיים תקיפים יותר עם תופעת האלימות במשפחה. עם זאת, גם אם הצעות החוק האמורות תתקבלנה, הרי שעל מנת שהמאבק בתופעת האלימות במשפחה יוכתר בהצלחה, מתחייבים צעדים משפטיים משלימים, הן בתחום המשפט הפלילי והן בתחומי משפט אחרים, וניתן להצביע על מספר דרכים נוספות בהם יישום החובה הפוזיטיבית המוטלת על המדינה תוכל לחזק את ההגנה המשפטית המוענקת לקרבנות של מעשי אלימות במשפחה. ראשית, כאמור לעיל, יש לפרש נורמות משפטיות קיימות לאור חובה זו¹⁸⁷. כך למשל, ניתן לטעון, כי בעת גזרת עונשם של גברים מכים, על בתי המשפט לבחור ברף ענישה מחמיר, על מנת לתת ביטוי להתחייבויות הבינלאומיות של המדינה להגן באופן פוזיטיבי על זכויות האדם של הקרבן¹⁸⁸. באופן דומה, יש לפרש בצמצום הגנות משפטיות כגון קנטור או אשם תורם¹⁸⁹, כך שיובילו למיצוי הדין עם בן המשפחה האלים. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מפרשים מונחי ססתום גמישים, כגון רשלנות, תקנת הציבור, סבירות וכדומה, המהווים 'צינור' דרכו מוריימים בתי המשפט את דיני זכויות האדם ליחסים בין פרטים¹⁹⁰. כפי שיוסבר מיד, מושגים אלו עשויים להיות רלוונטיים במיוחד במקרי אלימות במשפחה במסגרת תביעות נזיקיות נגד הרשות שלא נקטה פעולות מתאימות למנוע את האלימות ובמסגרת עתירות מנהליות שנועדו לחייב את הרשות לפעול על מנת להגן על קרבנות אלימות.

נראה גם כי קיימת חשיבות מיוחדת לפרשנות חוקי-היסוד ברוח זו. כך למשל, יש לפרש באופן מרחיב את החובה הפוזיטיבית המפורשת הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שתכסה קשת רחבה ככל האפשר של זכויות אדם אשר ישראל התחייבה לכבד במישור הבינלאומי¹⁹¹. משמעות הדבר הנה כי, על חקיקה חדשה לעמוד במבחן החוקתי של הגנה נאותה על חייו, גופו, כבודו וקניינו של בן משפחה, אשר הגו קרבן של אלימות (ערכים שיש לדאותם ככוללים הגנה מפני עינויים ויחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל). חקיקה המעניקה הגנה בלתי נאותה לקרבנות אלימות במשפחה (למשל, קובעת

186 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 55), לעיל הערה 160; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 56), לעיל הערה 160; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 64), לעיל הערה 160; הצעת החוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון מס' 5), לעיל הערה 168; הצעת חוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון מס' 6), לעיל הערה 170. 187 השוו ברק, לעיל הערה 51, בע' 196 (יכל דבר חקיקה של משפט פרטי - כמו גם כל דבר חקיקה של משפט ציבורי - צריך להתפרש על רקע זכויות האדם הבסיסיות)."

188 ברק, שם, בע' 175.

189 השוו א' קמיר "איך הרגה הסבירות את האישה" פלילים 1 (תשנ"ח) 137, 173-175.

190 ברק, לעיל הערה 51, בע' 177; שטרסברג-כהן, לעיל הערה 82, בע'.

191 לפי הדוקטרינה המוצגת במאמר זה, ניתן להגיע לתוצאה דומה גם על ידי פרשנות של סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השוו ג' ישובי זכויות האדם בישראל - תמונת מצב (1996) 91.

ענישה קלה מדי למעשי אלימות במשפחה או מקשה יתר על המידה בהשגת צווי הרחקה נגד בני משפחה אלימים), עלולה להיפסל כבלתי חוקתית, כולה או מקצתה, על ידי בית המשפט. **שנית**, בתחום המשפט המנהלי, ניתן לראות פעולה מנהלית העומדת בניגוד לחובה להגן על זכויות האדם של הפרטים כפעולה בלתי סבירה. כך למשל, ניתן לתקוף החלטה של רשויות התביעה שלא להעמיד לדין בן משפחה אלים כבלתי סבירה¹⁹², או אפילו לתקוף פעולות מנהליות "רוחביות" או "סמליות" אשר אינן מתיישבות עם הצורך בנקיטת אמצעים להגנה על נשים מוכות ולביעור התופעה (למשל, קיצוץ בתקציבי מעונות לנשים מוכות¹⁹³ או מינוי גבר מכה למשרה ציבורית).

שלישית, ייתכן שהדוקטרינה המוצעת, תשמש בסיס לתביעת פיצויים נגד המדינה על פי דיני הנזיקין¹⁹⁴, בגין הפרת חובה להגן על זכויות האדם של הנזוק (על בסיס עוולת הרשלנות או הפרת חובה חקוקה¹⁹⁵), או כסעד חוקתי עצמאי (מכות העיקרון ubi ius ibi remedium - הולך הסעד אחרי הזכות)¹⁹⁶. עוולה חוקתית שכזו, טרם הוכרה במשפט הישראלי, אם כי לא ברור באם יש מניעה עקרונית להכיר בה¹⁹⁷. מכל מקום, נראה כי יהיה מקום לחייב את המדינה בנזיקין רק אם יוכח כשל שיטתי ומתמשך בטיפול באלימות במשפחה (לדוגמא: מדיניות של אי-בקשת עונשי מאסר בפועל בתיקים המהווים תלונות ראשונות נגד בני משפחה אלימים) או במקרים ספציפיים בהם הועמד לרשות המדינה מידע ספציפי אשר חייב פעולה אקטיבית (כגון תלונות חוזרות ונשנות למשטרה). **לבסוף**, קיימת אפשרות, קלושה אמנם, כי בית המשפט יוכל, בהסתמך על החובה הפוזיטיבית, להורות על אימוץ חקיקה מתאימה על מנת להיאבק בתופעת האלימות במשפחה,

192 השוו בג"צ 302/72 חילו נ' **ממשלת ישראל**, פ"ד (2) 169, 177.

193 ראו למשל ישיבת הוועדה לקידום מעמד האשה **פרוטוקול מס' 119** (9 מאי 2001) (דין בהשלכות אי-העברת 25 מיליון ש"ח שהובטחו למעונות לנשים מוכות ולשירותים חברתיים אחרים לנשים מוכות). במאמר מוסגר ניתן לתהות באם שנים-עשר המקלטים לנשים מוכות הפועלים כיום בישראל מספקים מענה נאות מצד המדינה לבעיה, העולה בקנה אחד עם חובתה להגן על זכויות האדם של קרבנות אלימות במשפחה.

194 לדיון בבסיס המשפטי להטלת אחריות נזיקית על הרשות הציבורית בישראל, ראו ד' ברק-ארו **עוולות חוקתיות** (תשנ"ד) 184-202.

195 במקרה של שימוש בעוולת הפרת חוקה חקוקה, חוקי-היסוד יכולים לשמש כתובה החקוקה שהפרתה נועדה להטיל אחריות בנזיקין. **שם**, בע' 190-191; ברק, **לעיל** הערה 51, בע' 196. אבל ראו את עמדתו המסויגת בנושא זה של פרופ' ישראל גלעד, הסבור כי האינטרס הציבורי אינו מצדיק הרחבה מהותית של אחריות המדינה בנזיקין, על בסיס עוולת הרשלנות וכי חוקי-היסוד אינם מתאימים לשמש כבסיס מתאים לעוולת הפרת חובה חקוקה. י' גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" **משפט וממשל ג** (תשנ"ה) 55, 82-84.

196 ברק-ארו, **לעיל** הערה 194, בע' 179-184.

197 ראו ברק, **לעיל** הערה 51, בע' 197 ("פיתוח [המשפט באמצעות חקיקה ראשית או שיפוטית] עשוי להתחייב בעיקר בתחום הסעדים בגין הפגיעה בזכויות האדם החוקתיות וזאת עד כמה שהמשפט הפרטי הקיים אינו מכיל סעדים מספקים"). אך ראו ע"א 915/91 מ"י נ' לוי, פ"ד (3) 735 (הפעלת שיקול דעת של הרשויות השלטוניות אינה מצמיחה אחריות נזיקית).

כמו הוראה על החמרת עונשים למבצעי עברות בנסיבות אלו¹⁹⁸. בעוד שיש תקדים לצעד כזה בכל הקשור לחקיקת משנה¹⁹⁹, הדבר מעולם לא בוצע בנוגע לחקיקה ראשית²⁰⁰. למרות זאת, עמדת פרופ' ברק הנה כי הדבר אפשרי, ואולי גם מתבקש, על מנת למלא את החובה הקבועה בסעיף 4 לחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו²⁰¹. ייתכן שניתן לגזור מכך גזרה שווה כי סמכות דומה קיימת לבית המשפט על מנת למלא את החובות הפוזיטיביות המוטלות על המדינה מכוח המשפט הבינלאומי. נראה גם כי החובה הפוזיטיבית עשויה לאפשר לבית המשפט, במקרים מתאימים, לחוקק חקיקה שיפוטית וליצור הסדרים משפטיים הנותנים תוקף לחובה, כגון הטלת חובת זהירות על רשויות ציבוריות האמורות לטפל באלימות במשפחה²⁰².

סיכום

האלימות בכלל, והאלימות במשפחה בפרט, מהווים נגע חברתי קשה ונרחב שיש לפעול על מנת למגר. העובדה כי אדם אינו יכול לחוש מוגן בביתו שלו הנה פגיעה חמורה ביותר בזכויות האדם שלו, ועל כן אין זה מפליא כי תנועת זכויות האדם הבינלאומית שמה לעצמה כיעד חשוב להיאבק בתופעת האלימות במשפחה²⁰³. כלי חשוב במאבק זה הנו הכלי המשפטי - היינו, ביסוס החובה המשפטית הרובצת על מדינות (שהן עדיין הגורם המרכזי הנושא בחובות בינלאומיות) להיאבק בתופעת האלימות במשפחה.

כפי שתואר לעיל, הדוקטרינה המשפטית שבאמצעותה בוססה החובה האמורה, הנה הדוקטרינה המקובלת על ידי כל גופי האדם המרכזיים, המצביעה על האופי המעורב - הנגטיבי והפוזיטיבי של זכויות האדם, ודורשת מהמדינה לא רק "לכבד" את זכויות האדם, אלא גם "להבטיח" את כיבודן על ידי גורמים אחרים, לרבות גורמים פרטיים. יישום הדוקטרינה במקרים חמורים של אלימות במשפחה, מוביל למסקנה כי האיסור הקיים ב-ICCPR ובאמנות

198 דוגמה לחקיקה מן העת האחרונה הקובעת הוראה מיוחדת לעברות של אלימות במשפחה מצויה בתיקון מס' 55 לחוק העונשין, הקובע עונש מינימום של חמישית מהעונש הקבוע בחוק למבצעי עברה לפי סעיף 329 לחוק העונשין (חבלה בכוונה מחמירה), אם העברה בוצעה כנגד בן משפחה. ניתן לטעון כי יש לאמץ חקיקה דומה גם ביחס לעברות אלימות אחרות המבוצעות בתוך המשפחה.

199 ראו למשל בג"צ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309.

200 בקנדה, למשל, הושאר הדבר בצריך עיון: 1 S.C.R. 493, 533 534 [1998] *Vriend v. Alberta*.

201 א' ברק פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 365-366.

202 השוו ברק, לעיל הערה 51, בע' 178 ("הוראת החוקה בדבר זכות האדם מכוונת גם כלפי הרשות השופטת, והיא מחייבת אותה לפתח הלכות משפט מקובל או לפרש דברי חקיקה או ליתן סעדים ספציפיים, אשר יתנו ביטוי לזכות האדם החוקתית, ולא יעמדו בסתירה אליה"). ראו גם שם, בע' 197.

203 ראו למשל: *Amnesty International Broken Bodies, Shattered Minds Torture and Ill - Treatment*.

of Women (AI Index: MDE: ACT 40/001/2001, 2001). ראו באתר האינטרנט של Amnesty:

[<http://web.amnesty.org/ai.nsf/Index/ACT400012001?OpenDocument&of=>

.THEMES\WOMEN] (last visited on 6/11/2001)

ביתי אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור

זכויות האדם האזוריות נגד עינויים ויחס או עונש בלתי אנושיים, אכזריים או משפיליים, מטיל על המדינה חובה לנקוט אמצעים מתאימים על מנת למנוע מקרים של אלימות, לחקור תלונות, להעניש את בני המשפחה האלימים ולדאוג לפיצוי קרבנות האלימות.

כאמור, יש יסוד להחיל את הדוקטרינה האמורה גם בדין הישראלי ולבסס מכוחה חובה פוזיטיבית שתוטל על הרשויות השלטוניות להיאבק בגילויי אלימות במשפחה, תוך נקיטת אמצעים סבירים. במקרים מתאימים, יש, לעניות דעתי, בתאוריה המוצגת כדי לבסס גם קיומה של חובת פיצוי נגד המדינה, על פי מודל האחריות הקיים בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם.

יחד עם זאת, נדמה כי עיקר החשיבות של הגדרת האלימות במשפחה כסוג של עינויים אינה במישור המשפטי, אלא במישור החינוכי ובהגברת המודעות לבעיה. לשימוש בזכויות אדם בכלל, ובזכויות הבסיסיות ביותר, בפרט, משקל רטורי רב. הם מהווים "קלף מנצח" הגובר במקרי איוון אינטרסים על ערכים אחרים שהשיח הציבורי מוקיר. מכאן שהגדרת אלימות במשפחה כבעלת פוטנציאל להיחשב כ"עינוי" אסור מבליטה את החומרה המיוחדת של עברות אלו ואת הצורך החברתי למגר אותן ועשויה להוות צעד צנוע בדרך לשינוי התודעה החברתית בנושא זה²⁰⁴.

²⁰⁴ Copelon, *supra* note 3, at pp. 297-298.