

זכויות אדם בזמן

חירום:

חקירות השב"כ על רקע המלחמה
בטרור

מנחה: פרופ' ברוך ברכה



מגיש: יוחאי שלף

זכויות אדם בזמן חירום

חקירות השב"כ על רקע המלחמה בטרור

"לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור"

תוכן עניינים

חלק א'

- 1הקדמה
- 2טיבה וטבעה של השאלה בדבר חקירות בכוח
- 6מבוא : ביטחון לאומי וזכויות האדם
- 8מאזן האינטרסים
- 10 "מצב חירום מנטלי" - פרשת נפסו
- 11 "מצב החירום המנטלי" ו"עבריינות אידיאולוגית" - על יסודות המדינה הליברלית
- 13 כמה מילים על העקרונות הפילוסופיים של מדינה הליברלית

חלק ב'

- 14 וסמכות מנלן?
- מסגרתו החוקית של השירות (1987-1999) נקבעה רשמית בדו"ח לנדוי והתקיימה עד מבחן בג"צ
- 15
- 16הסמכות לחקור עצורים בענייני פח"ע
- 16אמצעי הביקורת על פעולות השב"כ
- 17הנוהל שהתגבש בפועל
- ביקורת
- 18 ביקורת - עקרון חוקיות המנהל
- 19 הצעת חוק השב"כ - סמכות מנהלית?
- 21 ביקורת - הגנת הצורך כהכשר גורף לחקירות בכוח
- 24 ביקורת - אמצעי הביקורת

חלק ג'

מהו עינוי?

- 27רקע הסטורי-כללי
- החוק הבינ"ל : מהו עינוי מבחינה משפטית?
- 28הבעיה האירית - "עינויים" או "יחס בלתי אנושי ומשפיל"?
- 28רקע היסטורי
- 29דו"ח קומפטון
- 30ועדת פרקר
- 33דו"ח דיפלוק ודו"ח בנט
- 33מה בין דו"חות פרקר/דיפלוק/בנט לדו"ח לנדוי?
- 33פרשת צפון-אירלנד בראי החוק הבינ"ל
- 37ישראל לאור החוק הבינ"ל

חלק ד'

ניתוח המושג "עינויים" מנקודת מבט מוסרית בקונטקסט הישראלי - האם מוסרית מותר

40 "לענות"?

חלק ה'

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחקירות השב"כ

44 פגיעה בזכויות - היבטים פוזיטיביים.

46 היקף התופעה.

47 מה מבין האמצעים הופעל לפי מקורות רשמיים?

החקירות במבחן חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו

47 האם קיימת פגיעה בזכות חוקתית?

חלק ו'

פסיקת בית הדין הגבוה לצדק בענייני חקירות השב"כ

52 פסק-הדין בעניין סלחאת.

..... ההחלטות בעניין בילביסי וחמדאן

53

54 ההחלטה בעניין מובראכ.

55 פסק-הדין בעניין הועד הציבורי נגד עינויים

56 הסמכות לחקור.

56 האם קיימת הוראה מיוחדת המסמיכה לחקור? אם כן, מה היקפה של הסמכות?

57 זכויות האדם בזמן חירום.

..... אמצעי חקירה פסיים סייג ה"צורך" ושלטון החוק.

58

58 מסקנות בית המשפט : מה מכאן ואילך?

59 האם תיאורטית, לשיטת בית המשפט, ייתכן חוק המתיר חקירות אלימות?

60 פסק דין "אידיאלי" או "אידיאלי לכאורה"?

חלק ז'

63 סופו של מסע? ערעורים והרהורים

65 האם אופציית החקיקה אפשרית?

68 המשפט הבינלאומי

69 השלכות או ספקולציות?

70 רשימת מקורות

חלק א'

הקדמה

1. עד 1987 לא הועלתה בעיית חוקיות השב"כ וחקירותיו לסדר היום הציבורי בישראל. עד שנה זו (שנת כתיבת העבודה 1999), לא היה בסיס רשמי, למעט עדויות נחקרים שנתקבלו בחשדנות ובפקפוק, על קיומה של פעילות מסוג אלים בשעת החקירה. בין 1984 ל-1987 שני אירועים שנתפרסמו בהרחבה הפנו כלפי שרות הביטחון הכללי את אור הזרקור הציבורי הישראלי: "פרשת קו 300" אשר החלה ביום הפיגוע באוטובוס, 13 באפריל 1984, והגיעה לשיאה במאי 1986 עם החלטתו של היועץ המשפטי דאז, יצחק זמיר, להעמיד את הממונים על חיסול המחבלים, בהם ראש השב"כ, אברהם שלום לדין פלילי; ו"פרשת נפסו" אשר נחשפה עם זיכוי 24- במאי 1987 תוך הטחת ביקורת מטעם שופטי בית המשפט העליון בשב"כ. המאורע האחרון, הביא לסערה ציבורית. הכנסת דרשה מראש הממשלה ד"אז, יצחק שמיר, לערוך בדק-בית יסודי בשב"כ, שעדיין לא התאושש מחשיפת פרשת אוטובוס קו 300 וכבר התגלגלה לפתחו פרשה חדשה. ממשלת ישראל קבעה ביום 31 במאי 1987 כי נושא פרשת נפסו הוא בעל חשיבות ציבורית חיונית וטעון בירור באמצעות ועדת חקירה. ועדת לנדוי התמנתה כשבראשה כיהן משה לנדוי וכחברים לצדו מונו יעקב מלץ ויצחק חופי¹.

2. ועדת לנדוי נתבקשה לדון בשתי סוגיות: שיטות ונהלי החקירה של השב"כ בנושאי פח"ע ומתן העדויות בבתי המשפט בנוגע לחקירות אלה. נתגלה נוהל שיטתי שנמשך לפחות עד שנת 1986 לפיו נהגו אנשי השירות לערוך חקירות אלימות ולהעיד עדויות שקר בבתי המשפט לגבי דרכי הגבייה של העדויות מן העצירים. כן, נמצאו מסמכי שב"כ רשמיים שהוכיחו קיומו של נוהל מתן עדויות שקר. ועדת לנדוי לא ראתה לנכון להמליץ על הליכים פליליים נגד החוקרים, שכן היה בכך, לשיטתה, כדי לפגום בפעילות השירות וטובת הציבור ולגרום לתוצאה לא רצויה - שיתוק פעולת הארגון. אחת ממטרות הדו"ח הייתה מציאת דרך לשיקומו של הארגון וקביעת שיטות חקירה אשר לא ידרשו עדויות שקר ומעשי הונאה. על פניו, דו"ח לנדוי אמנם ביסס "חוקית" את פעולותיו של השב"כ וקבע להן סייגים, אבל יחד עם זאת, כלל לא נראה שהתשתית "החוקית" שהניחה הועדה לקיום החקירות מספקת מבחינה עיונית משפטית, אלא מהווה מעין "תירוץ". הלכה למעשה, הדו"ח נתן לגיטימציה לחקירות הכוחניות ומיסד את דרכי הפעולה "המיוחדות" של שירות הביטחון הכללי בהקשר זה.

¹ ראו: ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת דין וחשבון (משה לנדוי יו"ר, חלק ראשון, תשמ"ח).

3. 6- בספטמבר 1999 ניתן פסק דין בעל השלכות כבדות משקל על המשך תפקודו של שירות הביטחון הכללי. שבע עתירות שנדונו בהרכב מיוחד של תשעה שופטי בימ"ש עליון, בעניין סוגיית מעמדן החוקתי של חקירות השב"כ נתקבלו². בג"צ פסק בניגוד להמלצות ד"וח לנדוי ועשה אותן פלסטר. זאת, למרות שניסה להציג את פסיקתו, תאורטית לפחות, כעולה בקנה אחד עם המלצות הדו"ח. אירוע זה, עורר ויכוח ציבורי בעל תהודה רבה בישראל והעלה את נושא החקירות למרכז השיח הפוליטי-חברתי, לאחר שנים של העלמת-עין ודחיית פתרון הסוגיה בזירה הפוליטית.

4. עבודה זו תוקדש בעיקר לבדיקה משפטית של פעילות השב"כ באופן ביקורתי (הן במישור הפנים ישראלי והן במישור הבינלאומי), תוך ניסיון לענות, או לפחות לתהות, על חלק מן השאלות המוסריות שמעלה נושא סבוך זה. בנוסף, אנסה לעמוד על ההתפתחויות המשפטיות האפשריות בעתיד לגבי דרכי פעילותו של הארגון, הן בתחום המעשי והן בתחום המשפטי.

טיבה וטבעה של השאלה בדבר חקירות בכוח

"והוא יודע את גזר-הדין שלו!" "לא", ענה הקצין... "הוא איננו יודע את גזר-הדין שנגזר עליו?"

"לא", חזר ואמר הקצין, היסס לרגע... ולבסוף אמר: "מה טעם להודיע לו את גזר-הדין? הרי

ילמד אותו על בשרו!"³

5. סוגיית חקירות השב"כ מעמתת באופן חזיתי טעון את שני המושגים אשר בדרך כלל אינם דרים יחדיו בשלום - "זכויות אדם" ו"ביטחון לאומי". שאלת חקירות השב"כ היא אחת מן הבעייתיות ביותר, לדעתי, אשר נושא "זכויות אדם בשעת חירום" יכול להעלות. מחד, השב"כ פועל למען אינטרס עליון של "קדושת החיים", ומאידך, כדי להגן על אינטרס זה, פועל השב"כ באופן אשר מהווה פגיעה שהיא, לדעתי, אחת מן החמורות ביותר בזכויות האדם - שלמות הגוף. זכות זו אינה דבר המוחצן לאדם - כמו, לדוגמא, זכות הקניין וחופש העיסוק - אלא פגיעה בדבר המוחשי, ואולי המוחשי ביותר שיש לאדם - גופו. הפגיעה בזכות "נצרבת" על בשר האדם ולא רק באופן מילולי.

² בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם).
³ פרנץ קפקא "במושב-העונשין" סיפורים ופרוזה קטנה (תשנ"ג) 151, בע' 156.

6. אירוני הוא הדבר כי דווקא בשל היותה של זכות זו כה משמעותית וקרובה לפרט, זוהי הזכות אשר מעוררת את הבעייתיות הרבה ביותר בהמחשתה. הכאב הוא דבר אשר קשה לתארו במילים וכאשר הוא מופעל בעוצמה חזקה עובר האדם חוויה שהיא ייחודית אך לו. מהלך חוויה זו אין האדם יכול לפרש במילים את הרגשתו ולחלוק אותה עם חבריו - הכאב הורס את המשמעות המילולית ולכן גם את עולמו של נפגע, שכן האדם מעניק משמעות למציאותו ע"י המילים. הכאב איננו נותן למשמעות להתקיים ומוריד את האדם לדרגה של חיה, שכל אשר ביכולתה לעשות כדי להביע את תחושתה הוא לצרות. גם אם לאחר האירוע ינסה הנפגע לספר לחברו אודות החוויה, ויבחר במילים הקרובות ביותר שניתן לתאר את אשר עבר, הרי שלא יצליח להעביר את התחושה הקשה - יותר פשוט לספר לאדם על חוויות משותפות שהוא חווה גם כן, כמו: אהבה, שנאה, אובדן רכוש וכו'. עם זאת, הרבה יותר קשה להמחיש לאדם מהו גוף הסובל כאב תופת. השומע יאזין, יאמין כי קיים סבל שכזה, אך לא יוכל להזדהות, לא לפחות באופן שיהווה קצה קצה של החוויה שעבר הנפגע משום שלא סביר שזהו דבר המוכר לו ממציאותו היומיומית⁴.

7. בעיה נוספת בהמחשתה של הפגיעה בזכות והוכחתה היא שהחקירות הן עניין חסוי ועד שנת 1987 כלל לא הייתה הודאה רשמית של המדינה כי היא נוקטת בשיטות אלימות כלפי חשודים במעורבות בפעילות נגד ביטחון המדינה. אז ואולי פחות כיום עם התגברות המודעות הציבורית לנושא, עדותו של הנפגע מתקבלת בהסתייגות, שכן מעמדו של השב"כ בעיני רוב הציבור הישראלי הוא רם. השב"כ נתפס כמציל חיים ופועל באופן מקצועני אשר ראוי להערכה יתרה. לשב"כ, כמו גם ליתר העושים בסיכול הטרור, תדמית רמה מאד בקרב הציבור הישראלי ("ברומטר" לתחושות הציבור ביחס לחשיבות שבביטחון פנים, ניתן היה למצוא בתשדירי התעמולה לבחירות שחלק ניכר מהם כוון רק למלחמה בטרור). ישנה הסכמה שבשתיקה שיש להעניק לגוף שכזה את מירב משאבי המדינה ופעילות חופשית יותר ולו גם במחיר של חריגה "מביורוקרטיה עיקשת". זאת, כמו גם, שסוברים מרבית האזרחים כי הנחקר הוא ודאי אינו "אדם הראוי לבוא בקהל ישרים" ויש במעשיו כדי לפגוע אנושות בביטחון המדינה. ישנם אף אלה המצדדים בחקירות כאמצעי ענישה, שכן גם אם לנחקר אין כל מידע ממשי אודות ביצוע פח"ע והוא חבר בארגון סירוב מסוים, יש לנקוט נגדו ונגד חבריו בצעדים מרתיעים. מיותר

⁴ להרחבה בעניין זה ראו מחקרה של אליין סקארי: Elaine Scarry *The Body In Pain: The Making and Unmaking of the World*, pp. 3-11.

לענייננו מעניינת הדגמתה, שם, בעי 9: "When, for example, one receives a letter from Amnesty in mail, the words of that letter must somehow convey to the reader the aversiveness being experienced inside the

- יהיה לציין כי דעה זו עומדת בסתירה לכל העיקרון היסודי של שלטון החוק, לפיו אין עונשין אם לא מזהירים תחילה, וגם אם עונשין אין עושים זאת בחבלות גופניות.⁵
8. לא בכדי, מכנה הסוציולוג ברוך קימרלינג את ישראל כחברה בעלת גון של "מיליטריזם אזרחי". תמציתו של מיליטריזם זה הוא ששיקולים צבאיים ושיקולים המוגדרים "בטחון-לאומי", יהיו כמעט תמיד עדיפים ומקומם בסולם הקדימויות יהיה גבוה מזה של שיקולים פוליטיים, כלכליים, או אידיאולוגיים, והם יהוו חלק מן העקרונות המארגנים של הקולקטיב. קימרלינג מוצא עקב כך גם הנחה סמויה בבתי המשפט המשתלבת בחשיבה "הגמונית-ביטחוניסטית" בארצנו והיא, שכל פגיעה נקודתית בביטחון מהווה פגיעה כוללת בקיום - "הבטחת הקיום" הוא תנאי להבטחת כל יתר הזכויות. לכן, נוהגים השופטים, גם בביהמ"ש העליון לקבל את הטענות המנומקים בשם "בטחון המדינה", בד"כ תוך הסתמכות על נציגי מדינה או מומחים צבאיים וביטחוניים.⁶
9. תפישות חברתיות אלה הן הדבר העיקרי אשר יכול להסביר כיצד ארגון השב"כ אשר פועל ב"ואקום חקיקתי", לכאורה ללא דין וללא דיין (זאת נבדוק בהמשך), מקבל את אישורו של רוב הציבור הישראלי על כל שלוש רשויותיו, במדינה דמוקרטית. כל זאת, למרות: פגיעתו הקשה והחמורה בזכויות האדם ללא בקרה (לעתים פגיעה העולה לכדי מוות⁷); והמחדלים והנורמות הפסולים שנתגלו בו, שיש בהם כדי להשאיר כל אזרח, המצדד בקיומה של מדינה דמוקרטית-ליברלית, פעור פה. הכוונה בין השאר, למקרים בולטים כגון פרשת קו 300 ופרשת נפסו, שחשפו את תרבות השקר ובידוי הראיות הפנימית של השב"כ עד שנת 87, כמו גם את השימוש הבלתי מבוקר בכוח פיסי.
10. מכאן, אציג את הקונפליקט שבין "זכויות האדם" ל"ביטחון הלאומי" בקונטקסט של חקירות השב"כ. כן, אנסה להתחקות אחר המסגרת החוקית בה פועל הארגון ואבדוק אם היא ראויה. אעלה שאלות כגון: מהו עינוי? האם מופעלים עינויים בישראל? האם ראוי כי זכויות הפרט

body of someone whose country may be far away, whose name can barely be pronounced, and whose ordinary life has ceased to exist"⁵

⁵ ראו בעניין זה מחקר מקיף שנעשה בנושא העינויים: מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון הכללי - הרע במיעוטו: "משפט וממשל ד' (תשנ"ח) 667, בע' 680-682. קרמניצר וראם מעלים סיבות דומות לאלה שצינתי. לשיטתם, האמון במערכת הביטחונית החשאית נובע בעיקר מהעדפת האזרחים "שלא לדעת" פרטים בדבר המלחמה הברוטלית בטרור וכן, הידיעה בקרב האזרחים כי שיטות החקירה "המיוחדות" לא יופעלו כלפי הציבור היהודי. אמנם אין בידי מחקר ספציפי שנעשה בעניין יחס הציבור לחקירות השב"כ כיום, בשלהי 1999, אבל נראה שאלה הן עדיין הדיעות המושלות בכיפה. בשנה האחרונה, מאז התחלתי לעבוד על סמינר זה, לא הפסקתי לשוח ולחטריד כמעט כל אדם אשר נקרא בדרכי (החל מקרובי משפחה, דרך אנשי עירי בקו 600 מנתניה לת"א ות"א לנתניה וכלה בעמיתי למילואים), בנושאים מעיקים אלה. התמונה שגיבשתי לעיל תואמת את היחס שמצאתי בקרב רבים החווים את ההווה הישראלית כעניין שבשגרה.

⁶ ראו: ברוך קימרלינג "מיליטריזם בחברה הישראלית" **תיאוריה וביקורת** 4 (1993) 123, 129-130.

⁷ ראו: העתירה בעניין שיטת הטלוליים הקטלנית בפרטנציה: בג"צ 4054/95 **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח'** נ' **ראש ממשלת ישראל ואח'**. על פי דו"ח שנתי (1992) של הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל מתוך רק במהלך שנת 1992 חמישה נחקרים.

ייסוגו בפני אינטרסים אחרים ואם כן, אילו? ננסה ללמוד מניסיונה של דמוקרטיה אחרת שהייתה בדילמה דומה, תוך ניתוח הסיטואציה מבחינת החוק הבינלאומי. נבחן גם, דרך ההתייחסות הייחודית של הרשות השופטת למצב הנוכחי במשך השנים. לבסוף, נבחן את פסק דינו החדש של בג"צ בנושא זה ונעריך השלכותיו מבחינת המשך הדרך.

מבוא

ביטחון לאומי וזכויות האדם

1. ישראל היא מדינה אשר חיה על חרבה למן יום תקומתה. למעלה מחמישים שנה מתנהל מאבק עקוב מדם על בטחון המדינה, החל ממלחמת העצמאות וכלה במבצע של"ג אשר מתמשך בהיבט שונה אף כיום - מלחמת "גרילה" בלתי פוסקת בלבנון. בתוך כך, פיגועי החמא"ס, הגייהאד האסלאמי וארגוני טרור נוספים אשר מעוניינים בהסבת נזק כבד, בין לצבא ובין לאזרחים. עפ"י נתונים מטעם המדינה⁸ נהרגו בפעולות טרור בין ינואר 1996 למאי 1998 מאה עשרים ואחד בני-אדם ושבע מאות נפצעו. זאת, כאשר חלק ניכר מן ההרוגים והפצועים נפגעו עקב פיגועי התאבדות במרכז הארץ. אמצעי חבלה נוספים הם: ניסיונות להחדרת מכוניות תופת, חטיפות חיילים ואזרחים, ניסיונות חטיפה של אוטובוסים, מעשי רצח, הנחת מטענים ועוד. עקב קיומו של מצב זה והתחושה המתמדת של האיום הביטחוני מיוחסת בישראל חשיבות עצומה לכוחות הביטחון המהווים תנאי הכרחי לקיום במדינה. ללא ביטחון אין קיום לשאר האינטרסים כמו בריאות, קניין, עיסוק, כבוד-האדם וכדומה.
2. בניגוד למושג "המשפט" הטומן בחובו רעיונות מופשטים כמו: שלטון החוק, הליך דמוקרטי ראוי ו"אין עונשין אם לא מזהירים תחילה", הרי שעיקרון הביטחון הוא מושג וערך מוחשי הרבה יותר. "הפצצה והדם מדברים בקול רם, ברור ומשכנע יותר מן המלים והכללים" מציין יצחק זמיר⁹. בנוסף לכך, שאינטרס הביטחון מיצג אף הוא ערכים מוסריים, שכן בא להגן על קדושת החיים. על כן, זוכה אינטרס הביטחון בישראל למעמד עדיף בדרך כלל. זאת, כמובן, תוך עימות ואיזון עם זכויות אחרות למען צמצום הפגיעה בזכויות האדם. גם לאינטרס הביטחון ישנם גבולות. איזון זה הוא קו עדין במציאות הישראלית. במציאות של אירועים ביטחוניים אינטנסיביים ומתישים ישנה נטייה לתת לאינטרס הביטחון עדיפות רבה יחסית לאינטרסים אחרים וזאת, תוך הקלת ראש בצורך לאזן באופן הולם בין הערכים המתנגשים.
3. הרשות השופטת, בבואה לפסוק במקרים ביטחוניים מסובכים בהם ניצבים ערכי "הביטחון הלאומי" ו"זכות האדם", בזמן חירום, בעמדות מנוגדות, נוטה אף היא, כמובן, לייחס לביטחון ערך רב לעתים תוך תחושת חוסר אונים ברורה. יפים הם דברי השופט משאל חשין בפסק דין סביח¹⁰. הוא מציין: "...מי הוא זה ואיזה הוא שיכפור בקביעה כי החיים ושמירתם - קיומם של החיים, משמעם כפשוטם - נעלים הם על זכויות אחרות? כי זכויות הקניין חייבות להסיג עצמן

⁸ לעיל הערה 2, סעיף 1 לפסק דינו של הנשיא, אהרן ברק.

⁹ יצחק זמיר "זכויות האדם וביטחון המדינה" משפטים יט' (תשמ"ט) 17, 18.

¹⁰ בג"צ 1730/96 עאדל סאלם ערבו סביח נ' האלוף אילן בירן, פ"ד (1) 353.

מפני הזכות לחיים? ואם סובר המפקד הצבאי כי הריסת ביתו של מחבל אפשר - אפשר, ולו בסיכוי זעיר - תרתיע את פלוני העלול אף-הוא להיות מחבל-רוצח כתבריו לארגון החמאס (או הג'יהאד האסלאמי), כיצד יאמר לו בית המשפט מה יעשה ומה לא יעשה? אכן, בית-המשפט לא יורה למפקד גדוד כי ראוי לו שישלח פלוגה פלונית מימין לגבעה ולא משמאל לה...¹¹.

4. חשין מבהיר כי הן מעשה מדינה והן מעשה מדינה במלחמה נתונים לביקורתו של בית המשפט, אך "אופי המעשים, על פי טבע הדברים, טובע את חותמו בדרכי ההתערבות"¹², שכן קשה יותר למדינה להתערב בפעולותיו של מפקד צבאי, לעומת מעשה רשות מנהלית "רגילה", שאינו כרוך בביטחון. הוא מסיים את פסק דינו בנימה של "חוסר אונים": "...אכן, לא ניחלש במאמציו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו, אך נודה על האמת: באותם מחוזות קולו כקול הפיקולו, זך וטהור אך נבלע בהמולה..."¹³.

5. חולשתן של הזכויות האחרות לעומת ערך הביטחון בולט גם, מן הסתם, בגישתם, תחושותיהם ופעולותיהם היומיומיות של אנשי השירות הביטחוני עצמם. לענייננו, המחיש זאת יפה, בהופעה פומבית ראשונה ויוצאת דופן, ראש השב"כ, עמי איילון, שהעביר את "האני מאמין שלו"¹⁴. בין דבריו, הוא הדגיש כי: "כשלונו בעבר במקרים בהם פעלנו ללא קוד מוסרי ברור, במקרים בהם לא יצרנו איזון בין הביטחון מצד אחד, לערכים דמוקרטיים מצד שני. טעינו כאשר ראינו את הביטחון כחזות הכל."¹⁵.

6. יחד עם זאת, במבחן אמת, כאשר ניצב בג"צ מול מצב נורמטיבי חד-משמעי לפיו חקירות השב"כ אינן נעשות בסמכות ונוגדות את עקרון חוקיות המנהל ומנגד, עמד איתן עקרון "ביטחון המדינה", הכריע זה, לטובת "שלטון החוק". הנשיא, אהרן ברק וחבריו להרכב אימצו עמדה "אקטיביסטית" יותר. אלה דבריו של ברק: "פתחנו את פסק דינו בתאור המציאות הבטחונית הקשה בה מצויה ישראל. בחזרה למציאות זו נסיים את פסק דינו. מודעים אנו לכך כי פסק דינו זה אינו מקל על ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורות לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה,

¹¹ שם, סעיף 9 לפסק-דינו של השופט חשין.

¹² שם, סעיף 10 לפסק-דינו של השופט חשין.

¹³ שם, שם.

¹⁴ דברי עמי איילון, מתוך כנס בינלאומי בנושא אתיקה בשירות הציבורי: "הדיון בשאלות של ערכי השב"כ צריך

להיות פתוח" ידיעות אחרונות מוסף 24 שעות (27 יוני 1999), בע' 1-3.

¹⁵ שם, בע' 3.

שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה וכוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה"¹⁶.

מאזן האינטרסים

7. זמיר מציג במאמרו את התפישה כי עמדה המבטלת זכויות אדם מול לביטחון לאומי, העמדה שעל כפות המאזניים מונחים אינטרס אישי ואינטרס קולקטיבי, היא מוטעית מיסודה. זכויות האדם אף הן, לשיתנו, אנטרס לאומי חשוב - מה שנשלל כיום מאדם יחיד יישלל מחר מן הכלל או חלק מן הציבור כולו. המצב הראוי הוא, כאמור, איזון הולם בין שני "האינטרסים הלאומיים" המתחרים¹⁷.

8. יתר על כן, בהתחשב במצב המתמשך של "זמן החירום הישראלי" בהקשר הפח"עי ראוי גם להקדיש מחשבה לכוח הרב הנתון בידי רשויות המדינה בכלל ורשויות הביטחון בפרט. השב"כ מהווה ארגון מאד מסוכן מבחינה זו. את השב"כ עוטה מעטפת של סודיות ביטחונית. זהו צירוף של כוח מיליטאריסטי וסודיות שמקבלים גושפנקא ציבורית - הן מן הרשות המחוקקת, הן מן המבצעת והן מן השופטת. אין חולקים כי כוח ללא חוק וביקורת מגבילה ומאזנת הוא משחית ואף גורר הפקרות, אם בתום לב ואם בזדון. דוגמא לכך, ניתן למצוא בחקירת פרשת נפסו וקו 300 שחשפו נורמות מעוגנות של שקר בערכאות שיפוטיות ובידוי ראיות, בשם ביטחון המדינה. דוגמא חיה עוד יותר, ניתן למצוא בדבריו של ראש השב"כ הנוכחי, עמי איילון: "שלושה דברים אנחנו אומרים לכל עובד חדש בשב"כ: **שהכוח משחית ושכוח מוחלט משחית באופן מוחלט**, שייעודו של השב"כ הוא להגן על מדינת ישראל, מוסדותיה ועל משטרה הדמוקרטית מפני טרור, ריגול, חתרנות וחשיפת סודות מדינה, ושנחנו כפופים לממשלה, אבל פועלים בצורה ממלכתית"¹⁸.

9. אם כן, עמדתי לעיל על שני קשיים עיקריים בסיטואציות של "זכויות אדם בזמן חירום": מתן משקל יתר לשיקולים ביטחוניים ללא עריכת איזון ראוי עקב היותו של האינטרס מוחשי יותר וחזק יותר כאשר "התותחים רועמים"¹⁹; ופעילותם של מנגנונים מדינתיים חשאיים ללא פיקוח הולם. יצוין כי חוסר הפיקוח על מנגנונים אלה נובע בעיקר מהסתמכות עיוורת שנוצרת, לעתים, על מנגנוני הביטחון ובמיוחד שהמדובר בנושאי פח"ע, שהציבור כולו סולד מהם סלידה

¹⁶ לעיל הערה 2, סעיף 29 לפסק דינו של ברק.

¹⁷ לעיל, הערה 9, בע' 21.

¹⁸ לעיל הערה 14, בע' 2.

עזה וישנה הסכמה שבשתיקה, לראייתי, להעניק כמה שיותר סמכויות לעוסקים בסיכול איום זה²⁰. תבנית התנהגות זו נשמרת, לדעתי, גם בבית המחוקקים.

10. סכנה שכזו, הנובעת משילוב של "מצב חירום" ואמצעי בקרה גמישים מדי, אינה עניין שבהשערה, אלא מציאות אשר התרחשה, בין היתר בארה"ב בעניין מעצרים ההמוני של האזרחים היפנים בעת מלחמת העולם השנייה²¹ וכן הפחד מ"האדומים" (בעיקר ממוצא לא אמריקני); באנגליה, בעניין מאסרם של חפים מפשע משך שנים רבות בעוון מעשים שכלל לא ביצעו בתקופת הטרור האירי של שנות השבעים ותחילת השמונים (הידועים שבהם: "השבעה מברמינגהם" ו"הארבעה מגילדפורד"); ובארצנו בעניין פרשת נפסו²². אלה הן דוגמאות, מני רבות, אשר ציינתי כאן לשם המחשת הפוטנציאל ההרסני לזכויות האדם כאשר קיים מצב חירום וביקורת רופפת על רשות מנהלית.

11. ניתוח יפה לסוגיה זו עורך בנימין נויברגר²³. נויברגר מבחין בין "מצב חירום חוקי" ל"מצב חירום מנטלי". מצב חירום חוקי הוא מצב בו קיימת חקיקה מסודרת אשר מגדירה מחדש את גבולות המותר והאסור בשעת חירום. מדינת ישראל שואפת לקיים שלטון חוק או את המובן "מצב חירום חוקי". עם זאת, לא ניתן להתעלם מ"מצב החירום המנטלי" הרווח לעתים. "מצב החירום המנטלי" משפיע על תפישותיהם ורגשותיהם של הציבור, ומנגנוני המדינה הממוסדים. קרי, שוטרים, חוקרים, שופטים, ושאר רשויות המדינה. ליאון שלף מגדיר זאת כ: "אווירה כללית המושפעת מחרדות ביטחוניות שעלולה לתת אותותיה על הליכי אכיפת החוק גם בנושאים שאינם קשורים למצב הביטחוני"²⁴.

12. כאמור, מצב חירום מנטלי גרם לשופטי הממלכה הבריטית לראות כמעט בכל אירי כחשוד במעשי טרור ואיפשר לחוקרים לנהוג בשיטות חקירה פסולות לגביית הודאות²⁵. בסוף שרשרת ההליכים הרשיעו השופטים את החשודים. השופטים, גם הם היו בעלי דעות קדומות בעניין אירים העומדים לדין. אל לנו להרחיק לכת עד לאירופה כדי למצוא סיטואציות חמורות אלה

¹⁹ ראו: לעיל הערה 9, בע' 22: "הממונים על הביטחון, שהסודיות מחייבת אותנו לסמוך על התבונה וההגינות שלהם, נוטים למצות את סמכויותיהם כדי לשרת את הביטחון במידה המירבית, בלי שיראו את עצמם חייבים לאזן בין הביטחון הלאומי לבין זכויות-האדם או אינטרסים אחרים."; ברוך קימרלינג, לעיל הערה 6.

²⁰ ראו: קרמניצר ושגב, לעיל הערה 5.
²¹ ראו בעניין זה פסק הדין השנוי במחלוקת של בית המשפט העליון בארה"ב שאישר הגליית רבבות אמריקנים ממוצא יפני, למחנות מעצר והפקעת רכושם: *Korematsu v. U.S.* 323 U.S. 214 (1944). יוזכר, כי אנגליה נהגה באותה עת באופן דומה באזרחיה הגרמניים, בהם פליטים מן המשטר הנאצי: *Liversidge v. Anderson* (1942) A.C. 206.

²² ראו: ע"פ 124/87 סגן עיזאת נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631; וגם: דו"ח ועדת לנדוי, לעיל הערה 1, בע' 9-5.

²³ בנימין נויברגר "ביטחון לאומי לדמוקרטיה - מתחים ודילמות" דמוקרטיה וביטחון לאומי בישראל (בנימין נויברגר ואילן בן-עמי עורכים, תשמ"ו) 7.

²⁴ ליאון שלף "אילווצים ביטחוניים והמערכת המשפטית" פסיפס 3 (תשנ"ו) 23, 34.

של "מצב חירום מנטלי". סממנים אלה של חשדנות יתרה, נורמות אכיפה, חקירה והעמדה לדין פסולות ניתן לגלות, כאמור, בפרשת נפסו.

"מצב חירום מנטלי" - פרשת נפסו²⁶

13. עיזאת נפסו, קצין צה"ל צ'רקסי, נידון בשנת 82' לשמונה עשרה שנות מסר בעוון בגידה וריגול. במשפט זוטא שהתנהל תוך כדי משפטו עמד על כך כי הוא חף מפשע וכי הודאתו נגבתה ממנו בכוח בעת חקירות השב"כ. זאת, תוך שלטענתו, משכו בשערותיו, טלטלוהו והפילוהו ארצה, בעטו וסטרו בו, עלבו בו, איימו עליו, השאירו אותו לעמוד משך זמן רב, שמו אותו עירום במקלחות קרות ומנעו ממנו שינה משך שעות ארוכות. קציני השב"כ הכחישו זאת, הן במשפט הצבאי המקורי והן בבית הדין הצבאי לערעורים, כשהם תחת שבועה. בין המכחישים היו ראש יחידת החוקרים בשירות וכן ראש צוות החוקרים של נפסו. בית הדין הצבאי העדיף את הכחשות החוקרים וראה בהודאות נפסו, הודאות אמת אשר נמסרו כדין - כך הורשע בכל סעיפי האישום כולל החדרת אמצעי לחימה עבור ארגוני מחבלים בדרום לבנון.

14. בינתיים, נתגלה הקשר הפלילי של בידוי הראיות ושיבוש ההליכים בצמרת השב"כ על רקע ועדות החקירה בעניין אוטובוס קו 300. ראש השירות החדש הורה מיוזמתו לפתוח חקירה פנימית לבירור עניין נפסו. במהלך חקירה זו הודו החוקרים בנכונות מרבית טענותיו של נפסו בדבר אמצעי הכוח והלחץ הפיסי אשר הופעלו נגדו. (הכל פרט למכות וסטירות)²⁷. הוגש ערעור לעליון בעקבות חקיקת סעיף 440ט' לחש"צ ובעסקת טיעון בוטלו פסקי הדין של שתי הערכאות הראשונות והמערער הודה בעבירה קלה עליה הושת לו עונש של 24 חודשי מאסר בלבד ע"י בימ"ש עליון. יודגש, כי בחקירה הפנימית אשר נערכה בקרב השירות טענו החוקרים כי לא חרגו ממה שהותר להם לפי ההנחיות הפנימיות של הארגון בזמן ההוא. הן לגבי אופן ניהול החקירה והן לגבי מתן עדויות השקר בבתי המשפט²⁸.

15. אם כן, ניתן לראות בפרשת נפסו סיפור הממחיש את סכנתו של "מצב החירום המנטלי" הן בארגון סגור וסודי והן בקרב הזרוע השיפוטית שנוטה להאמין ולבטוח בדברי הממסד הביטחוני כגוף מקצועי, במקרי חירום. ניתן ללמוד כי במקום בו אין מערכת של איזונים ובקרה על הרשות השלטונית, עלולה זו לחרוג מן האיזון העדין שבין אינטרס הביטחון לבין

²⁵ בעניין גביית הודאות בדרכים פסולות ראו פסק הדין הידוע של בית הדין האירופי לזכויות אדם: *Ireland v.*

United Kingdom, 18 January 1978 (No.25), 2 E.H.R.R. 25

²⁶ ע"פ 124/87 בעניין **נאפסו, לעיל** הערה 22.

²⁷ על כך ראו: דו"ח לנדוי, **לעיל** הערה 1, בע' 6.

²⁸ **שם**, בע' 7.

אינטרס כבוד האדם. אין זה נעשה דווקא מתוך כוונה להזיק לפרט, אלא מתוך אווירה פנימית של לחץ ואמונה (לעתים תוך שכנוע עצמי קיצוני, שמאד מאפיין "מערכות-עבודה" סגורות) כי יש בנורמות פסולות אלה כדי להציל ערכים חשובים יותר. בנוסף, הזרוע השיפוטית תיטה להיות מושפעת מאווירת החירום, שכן השופט לא יירצה לקחת על כתפיו אחריות בגין התוצאות שייגרמו מאי-אמון כלפי רשויות הביטחון שנתפשות כבנות-הסמכא בתחומן²⁹.

"מצב החירום המנטלי" ו"עבריינות אידיאולוגית" - על יסודות המדינה הליברלית

16. "מצב חירום מנטלי" הוא מצב המקביל ל"עבריינות אידיאולוגית". מדינה הנוטה לראות בצרכי ביטחון דבר המצוי למעלה מן החוק כמו אומרת כי "החוק הוא המלצה בלבד" - לשון אחר, אין כל בסיס מוסרי לציות לחוק כאשר יש ערכים שהם "מעל החוק". טענות של "ביטחון המדינה" כהצדקה להפרתו של חוק הן פסולות ומסוכנות, שכן יש בהן כדי לפרק את השיטה הדמוקרטית כולה ואת שלטון החוק המקפל בתוכו את ערך השוויון בפני החוק. כינה זאת פרופ' יצחק זמיר בעת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה: "נשיאת שם הביטחון לשווא". אמחיש קונפליקט זה שבין ביטחון לשלטון החוק להלן.

17. בפסק הדין בעניין ברזילי³⁰, נדון תוקף החנינה אשר העניק נשיא המדינה בשנת '86 לראשי השב"כ ושלושה מאנשיו אשר היו מעורבים בפרשת קו 300 ובבידוי הראיות שנעשה משך חקירת האירוע. לענייננו, אתמקד בויכוח בין ערכי "שלטון החוק" ו"ביטחון המדינה". המשנה לנשיא דאז (מאיר שמגר), מרים בן-פורת, סברה כי אפשר היה להוציא את החנינה בטרם נקיתם של הליכים פליליים (חקירה והעמדה לדין) נגד אנשי השירות. ראויים לתשומת לב יתרה דבריה אלה: **"אין לחדד, שלפני בעלי תפקיד ביטחוני מובהק ניצב קושי מיוחד לפעול תמיד על פי החוק**. מידת הסטייה אמנם שונה בארצות שונות, אבל היא קיימת, כולל במדינות שמשטרן הדמוקרטי האמון על שמירת זכויות האזרח אינו מוטל בספק... אכן, ככל שהסטייה מהנורמה החוקית קלה יותר, כן ייטב, ורצוי היה להגיע למצב האופטימלי, בו החוק והשמירה על הביטחון ידורו בכפיפה אחת. אך אל לנו כשופטים, שבתוך עמנו אנו יושבים, לשגות באשליות, והמקרה הנוכחי יוכיח! **מצב כזה מביך ובלתי רצוי הוא יש, מן הסתם, מקרים, בהם קברניטי המדינה, הנושאים באחריות לקיומה ולביטחונה, רואים בסטיות מסוימות מהחוק לשם שמירה על ביטחון המדינה הכרח-בל-יגונה... במקרה שלפנינו, חזקה על הנשיא ששקל**

²⁹ ראו גם דברי השופט חשין כדוגמא, לעיל הערה 9.

³⁰ בג"צ 428/86 יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד (מ) 305.

כדבעי את כל ההיבטים... נחה דעתו, שטובת ביטחון המדינה במקרה זה על העליונה"³¹
(הדגשה שלי).

18. עם גישה זו התעמת השופט ברק, כתוארו דאז, באותו פסק דין. השופט ברק, בדעת המיעוט, סבר כי יש לחקור את אנשי השירות ולהעמידם לדין ורק אם יורשעו להעניק להם חנינה. לדידו: **"אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי... אם שיקולי ביטחון יכריעו את הכף, לא יהא האמון של הציבור, ולא יהא אמון של בתי המשפט בשירות הביטחון ובחוקיות חקירותיו. בלא אמון לא יכולות מערכות השלטון לתפקד... כאשר חוקרים אחד ולא את השווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר נותנים חנינה לאחד ולא לשווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר מעניקים לאחד את מלוא האפשרות להגן על עצמו ולמסור את גרסתו ושוללים זאת מהאחר השווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק"**³².

19. נוטה אנוכי להזדהות יותר עם דבריו של ברק בפסק דין זה. גם אם אין קברניטי המדינה מתנהגים כחוק בשעת חירום, אין זו סיבה טובה להקל ראש בכך ו"להמשיך בסדר היום כרגיל". לדעתי, אמרתה זו של השופטת בן-פורת, גם אם לא תמימה היא כשל ברק, יש בה מן החתירה תחת אשיות הדמוקרטיה הליברלית כפי שאנו מכירים אותה כיום.

20. דעה נחרצת זו של נשיא בית המשפט העליון, אשר איננה יודעת פשרה בהתנגשות בין "ביטחון-המדינה" לבין "שלטון-החוק", ניתן למצוא ביתר שאת, בהקשר שונה, בפסק הדין החדש בנושא חקירות השב"כ, שם הוא מציין כי: "ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דינו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו באשר לדין"³³.

³¹ שם, סעיף 5 לפסק דינה של מרים בן-פורת.
³² שם, סעיפים 45-46 לפסק דינו של ברק.
³³ לעיל הערה 2, סעיף 40 לפסק דינו של ברק.

כמה מילים על העקרונות הפילוסופיים של המדינה הליברלית³⁴

21. במשנתו המדינית של תומאס הובס, "לויתן"³⁵ הוא מציג ארגומנט פוליטי לגיטימציה של השלטון האבסולוטי. טיעונו הוא שמניעי הפעולה של האדם הם הרצון להימנע מפגיעות ולשאוף למכסימום של הנאות או עשיית הכל כדי להימנע ממות אלים בטרם עת. על כן מפקיד הפרט את כל זכויותיו - "הזכות לעשות הכל"/"האגואיזם-הבלתי-מרוסן" - בידי המדינה. המדינה תהיה כוח אפקטיבי אשר מסוגל להשליט ביטחון. זוהי התנהגות חברתית אשר מבטיחה באופן הדדי אי-פגיעה הדדית. זאת, כאמור, על ידי הפקדת הזכות לפגוע בזולת בידי כוח חיצוני. כך מובטחים שלום ומנוחה מפני הפחד מן המוות האלים. אולם משעה שהוקמה המדינה, אליבא דהובס, שום פרט או שום קבוצה, אינם רשאים לטעון כלפי השלטון כי הוא משתמש לרעה בסמכות שבידו, ממש כשם שאין אדם רשאי לטעון טענה זו כלפי פרקליטו שבידו הפקיד את מכלול זכויותיו. המדינה היא קנה-המידה העצמי לבחינת השימוש בכוחה של המדינה, ואין בנמצא שום קנה-מידה בו ייבדק הריבון. הרציונל של הובס הוא ש"כל שלטון עדיף על אנרכיה"! כך גם משתמע מנימוקי נשיא המדינה והתנהגות הצמרת המדינית בפרשת קו 300 - בכך גם צידדה, לדעתי, מרים בן-פורת.

22. בניגוד לתומאס הובס, ג'ון לוק (גם הוא בן המאה ה-17!) התווה את גבולות הדמוקרטיה הליברלית כפי שהמערב מאמץ כיום³⁶. לראייתו, בני-האדם אינם מוסרים לשלטון את זכויותיהם, אלא מפקידים בידיו את הזכות לשמור על זכויות אלה. זאת, לעומת הובס, שלשיטתו, מוסרים בני-האנוש לרשות המדינית את מכלול-רצונם. ג'ון לוק, רואה בשלטון גוף אשר מתמנה לשמירת הזכויות שנשארות בחזקת האזרחים. ברור, כי כאן כבר קיים קריטריון שלפיו ניתן לבחון את השלטון, אם אמנם ממלא הוא את תפקידיו כראוי. השלטון של לוק אינו זוכה בכוח אבסולוטי, כי אם בסמכויות מוגבלות, לפי חוק שקבע הריבון, העם. על כן, לשיטתו של לוק, כל אחת מן הרשויות צריכה לפעול לפי החוק. אין סטייה מעיקרון זה. זוהי גם השיטה שרצה לאמץ השופט ברק בפסק-הדין בעניין ברזילי ואימץ בפועל בפסק הדין החדש בעניין חקירות השב"כ. כידוע, עקרונותיו של ג'ון לוק הם אבן הפינה והמסד לכינון של הדמוקרטיה בנות זמננו.

³⁴ על עקרונות ה"חווה החברתי" והשקפתם של ההוגים הנדונים בפרק זה, ראו: שלמה אבינרי **רשות הרבים: שיחות על מחשבה מדינית** (תשמ"א), בע' 96-111.

³⁵ תומאס הובס **לויתן** (מאגנס).

³⁶ ג'ון לוק **על הממשל המדיני** (מאגנס).

חלק ב'³⁷

וסמכות מנלן?

“עקרון חוקיות המינהל הוא האל”ף-בי”ת של המשפט המינהלי. רשות מינהלית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח דין... התיימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו של זה מעשיה כמוהם ולא היו. והרי לך, בקליפת אגוז, עיקרו של המשפט המינהלי”³⁸

ככל ארגון ממלכתי עולה גם לגבי השב”כ השאלה, שנובעת מעקרון שלטון החוק, מכוח איזה סמכות הוא פועל. שכן, משמעותו של שלטון החוק היא שכל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים, בין התאגדויות ואדרבא, זרועות המדינה, חייבים לפעול לפי חוק. פעולה בניגוד לחוק חייבת להיתקל בסנקציה מאורגנת של החברה³⁹. בניגוד לפרט אשר יכול לעשות ככל העולה על רוחו כל עוד אין איסור בחוק, על הרשות המנהלית חל עקרון “חוקיות המנהל” לפיו היא רשאית ומוסמכת לעשות רק את אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן. במקרה והמדובר בפגיעה באחת מזכויות האדם אף יידרש חוק ברור ומפורש המרשה לרשות לקיים פגיעה מעין זו⁴⁰. אולם נוכל בענייננו להיזקק לא רק לעקרונות פסיקטיים בדבר “חוקיות המנהל”, אלא גם לסעיף 6 לחוק יסוד הצבא שנחקק בשנת 76, ואשר מורה מפורשות כי: “אין להקים או לקיים כוח מזויין מחוץ לצבא-הגנה-לישראל אלא על פי חוק”. יודגש, כי הסעיף נוקט הן לשון עתיד - “לקיים” - והן לשון “עבר עד הווה” - “לקיים” - קרי, גם אם קיים כוח מזויין מחוץ לצה”ל, אין לקיימו ללא חוק. בנוסף על כך, ובאופן יותר ספציפי, סעיף 277 לחוק העונשין אוסר מפורשות על עובדי מדינה להפעיל לחץ פיסי ונפשי כלפי נחקרים. בחלק זה, נבחן את המקורות הנורמטיביים לפעילותו של השב”כ בכלל וסמכותו לחקור בכוח בפרט.

³⁷ חלקים ב' ג' ד' וה' יעסקו בהיבטים משפטיים תיאורטיים גרידא. על הביטוי שקיבלה התיאוריה בפרקטיקה ראו חלקים ו' וז' לעבודה.

³⁸ פרופ' ברוך ברכה משפט מינהלי (כרך א', תשמ"ז), 35.

³⁹ ראו: בג"צ 428/86 בעניין ברזילי, לעיל הערה 30.

⁴⁰ בג"צ 355/79 קטלן נ' שב"ס, פ"ד לד(3) 294.

מסגרתו החוקית של השירות (1987-1999)

נקבעה רשמית בדו"ח לנדוי⁴¹ והתקיימה עד מבחן בג"צ⁴²

1. מעמדו של השב"כ איננו מעוגן בחקיקה מפורשת שיוחדה לנושא זה, אלא מתבסס על יסודות הסמכות השיורית של הממשלה, לפי נוהג חוקתי שנתגבש בישראל. סעיף 40 לחוק יסוד הממשלה מסמיכה "לעשות בשם המדינה וכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". הפעולות אותן הסמכות השיורית מקנה הן, כמובן, בין היתר, הלוחמה בטרור כאשר, באופן כללי, צה"ל אמון על תפקיד זה מחוץ לגבולות המדינה והשב"כ בפנים הארץ. סעיף 41(א) לחוק היסוד, מאפשר אצילת סמכויות של הממשלה לשרים ומשנקבעה בשנת '63 כפיפות השירות לראש הממשלה, נושא האחרון, באחריות ישירה לפעולות השירות במסגרת אחריותה המשותפת של הממשלה בפני הכנסת (לשעבר, סעיף 4 לחוק יסוד הממשלה הישן). באשר לפעילות השב"כ ב"שטחים", שם מוקנות סמכויות הממשל למפקד הצבאי, הוצא מכוחו צו בדבר אנשי השירות הפועלים בגדה המערבית (מס'121, תשכ"ז - 1967). לפי צו זה הוקנו לשב"כ סמכויות כפי שיש לחיילים ובתיקון אף הורחבה הסמכות ונקבע כי הממונים על איש השב"כ יהיו "רשות בת סמך שחובה עליו להישמע להם". פעילות השירות בשטחים מתואמת עם הפיקודים המרחביים של צה"ל, מפקדות, ראשי המנהל האזרחי ומתאם הפעולות בשטחים. בדרג המדיני קיים תיאום בין שר הביטחון (אחראי על צה"ל) לבין ראש הממשלה (הממונה על השב"כ).

2. פרט לכך, מאוזכר השב"כ במספר חוקים כעובדה משפטית טבעית וקיימת, וכגוף ממלכתי בעל סמכויות - חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א - 1981, המעניק פטור מאחריות לאנשי השב"כ (סעיף 19(ג)(3)); חוק האזנות הסתר (פרק ב') בו קיימות הוראות המתירות, בין היתר לשב"כ להאזין תחת תנאים פרוצדורליים מסוימים; תקנות סדר הדין הפלילי, המאפשרות לשב"כ לדחות פגישות בין עציר לעו"ד כעשרה ימים (תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (דחיית פגישת עצור בעבירות ביטחון עם עורך דין), התשנ"ז - 1997); ופקודת מס הכנסה הכוללת הנחות במס לאנשי השירות (סעיף 9א).

⁴¹ דו"ח לנדוי, לעיל הערה 1, בע' 41-58. יודגש, כי מאז קיומה של הועדה נערכו שינויים מספר בחוק יסוד: הממשלה וכן, בחוק העונשין. כמו גם, בג"צ 5100/94 בעניין הועד הציבורי נגד עינויים, לעיל הערה 2, שהפך את "הקערה הנורמטיבית" על פיה. פרק זה, נכתב בהתאם לשינויים המחויבים מחוק יסוד: הממשלה. אם כי השינויים שבג"צ הכניס במסגרת הנורמטיבית של דו"ח לנדוי יידונו בהרחבה בהמשך בחלק ו'.
⁴² על בג"צ 5100/94 בעניין הועד הציבורי נגד עינויים ראו בהמשך, כאמור. חלק זה, יידון במסגרת "החוקית" עד מבחן האמת בבג"צ.

הסמכות לחקור עצורים בענייני פח"ע

3. בשירות יחידה אשר מופקדת על חקירת ענייני פח"ע. לחלק מאנשי היחידה מנפיק שר המשפטים כתב מינוי של חוקר, כפי שניתן לחוקר משטרתי, מכוח סעיף 2(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית. מכיוון שסמכות זו קובעת רק את חובת הנחקר לענות תשובות נכונות על שאלות חוקר מוסמך (ראה סעיף 2(2)), קיים מקור סמכות נוסף שהוא סעיף 17 לחוק הפרשנות אשר מרשה לבעל הסמכות לקבוע נהלי עבודה וסמכויות עזר הדרושות למילוי תפקידו.

4. הבעיה הייתה עניין הסמכות לחקור בכוח. התשובה שנתנה ועדת לנדוי היא **שהגנת הצורך מחוק העונשין היא זו אשר בעצם משקפת את בסיס סמכות החקירה שבנות**. האיזונים שבה אמורים, בהתאם לכל מצב עובדתי, לקבוע מהם אמצעי החקירה המותרים, **תוך שיקוף עקרון הרע במיעוטו**⁴³. ככל שה"חירום" גדול יותר כך גם ההיתר להשתמש בכוח. שכן, כיום, לפי נוסחו החדש של הסעיף: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו"⁴⁴. הווי אומר, מידת האמצעים כמידת הרעה⁴⁵. זאת, תוך שהאמצעים המותרים בחקירה יוגבלו מראש, בדרך מתן הנחיות מחייבות תוך פיקוח קפדני על קיומן. אי-עמידה בתנאים אלה תוביל לענישה משמעתית ואולי אף לפלילית.

5. בדו"ח הועדה נקבע כי: "אמצעי הלחץ צריכים להתרכז בעיקר בלחץ פסיכולוגי לא-אליים של חקירה נמרצת וממושכת ובשימוש בתחבולות, כולל מעשי הטעיה". כשאלה לא משיגים את המטרה נקבע כי "אין להימנע מהפעלת מידה מתונה של לחץ פיסי"⁴⁶. פרטים מדויקים באשר ללחץ המותר פורטו בחלק חסוי של הדו"ח אשר מובא לעיונה של ועדת שרים מיוחדת, שהוקמה לאחר מתן דו"ח ועדת לנדוי (ראו להלן).

אמצעי הביקורת על פעולות השב"כ⁴⁷

6. אמצעי הביקורת המופעלים על תהליך החקירות הם: (א) ביי"ד משמעת פנימי; (ב) השירות הוא מוסד מדינה לפי סעיף 9(2) לחוק מבקר המדינה ועומד לביקורתו - הביקורת היא לא על תלונות נחקרים, אלא על "תקינות מוסדית", קרי מילוי המלצות "ועדת לנדוי" וזאת, תוך מתן

⁴³ ראו גם דו"ח לנדוי, לעיל הערה 1, בע' 52, 74.

⁴⁴ סעיף 34 לא לחוק העונשין - "צורך".

⁴⁵ לפי פרשנות דו"ח לנדוי, לעיל הערה 1, בע' 54-52, בסעיף 3.16 לדו"ח. כאמור, בזמן הועדה היה זה סעיף אחר - סעיף 22 לחוק העונשין, אבל עדיין המדינה בטיעוניה בנושא זה המשיכה לדבוק בפרשנות זהה לסעיף.

⁴⁶ שם, בע' 71-72, בסעיף 4.7 לדו"ח.

אפשרות גישה חופשית לכל מתקני החקירות; (ג) ראש הממשלה אשר אחראי על תפקוד השירות כמו גם (ד) ועדת השרים המיוחדת; (ה) ועדת משנה לשירותים של ועדת חוץ וביטחון של הכנסת אשר מטילה פיקוח פרלמנטרי על ועדת השרים כמו גם על דו"ח שנתי אשר מוגש לה מטעם יחידת החוקרים של שב"כ. בדיקת תלונות בדבר התנהגות בלתי נאותה של חוקרי שב"כ הועברה מהשב"כ לגורם בלתי תלוי במשרד המשפטים - מח"ש (המחלקה לחקירת שוטרים) - שמטרתו היא חקירת מקרים פרטיקולריים המעלים חשש להגשת כתבי אישום פליליים נגד החוקרים.

7. את סמכות החקירה חייב החוקר להפעיל בכפוף למגבלות לפי דין. לפי הדין המנהלי חייב החוקר שלא לחרוג מסמכותו ולמלא אחר ההנחיות המנהליות שנקבעו לתפקידו. זאת, כמובן בתום לב ובאופן הנקי משיקולים זרים ורק לתכלית לשמה הוקנתה לו סמכותו. בשנת 79' הותקנו תקנות להקמת בי"ד משמעתי מיוחד לעובדי השירות מכוחן הוקם בפועל. לגבי פגיעה בגופו של הנחקר, הרי שעקרונית יכול להעלות הנפגע טענות מסוג תקיפה/גרם-חבלה/גרם-מוות מתחום דיני העונשין ודיני הנזיקין. כנגד אישום בפלילים יכול כל חוקר להעלות את הגנת הצורך (ראו לעיל).

הנוהל שהתגבש בפועל

8. הלכה למעשה שירות הביטחון הכללי פעל עפ"י הכשרים שניתנו מראש ע"י ועדת השרים המיוחדת ובפיקוח ועדת המשנה לשירותים של ועדת חוץ וביטחון. והכל לפי "השולחן הערוך" של החלק החסוי בדו"ח לנדוי. הגנת "הצורך" נהפכה, בהשראת דו"ח הועדה, למקור הסמכות למתן ההיתרים הממשלתיים לחקור בכוח עצורים.

ביקורת

ביקורת - עקרון חוקיות המנהל

"החברה, בצניעותה האלוהית, נמנעת מכל פרסום. סוכניה, מטבע הדברים, חשאיים; הצווים שהיא מוציאה ברציפות (כמעט ללא הפסק) אינם נבדלים מאלה שמכבירים הרמאים... דרך פעולה שקטה זו, הדומה לדרכו של אלוהים, מעוררת השערות מכל מין..."⁴⁸

1. כאמור, מקור הסמכות של מוסד השב"כ הוא סעיף 40 לחוק יסוד הממשלה. ההסדרים המהותיים לפעילותו של הארגון בכלל ולעריכת חקירות בפרט הושתתו מכוחם של סעיף 17 לפקודת הפרשנות ודו"ח ועדת לנדוי אשר ממקם את פעילות החקירה של הארגון בתחום הגנת הצורך. ב"ג"צ רסלר II" (רובנישטיין)⁴⁹, בעניין שירותם של בחורי הישיבה, כתב הנשיא ברק פסק דין מפורט בנושא עיגון הסדרים ראשוניים בחוק. לפי דברי הנשיא: "כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מנהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל"⁵⁰.
2. הכלל הוא שהסדרים של מדיניות כללית ועקרונות מנחים צריכים להיות מחוקקים ע"י הכנסת. זאת, בקצרה, מהטעמים של: עקרון הפרדת הרשויות, שלטון החוק ושמירה על ההליך הדמוקרטי התקין⁵¹. העם חפץ כי נציגיו הם אלה שייקבעו את ההכרעות המהותיות לחייו ולא אנשי הרשות המבצעת. אם לא יחוקק הפרלמנט את קווי המדיניות המנחים ויתיר זאת לרשות המבצעת הרי שאין זו מה שמכונה "דמוקרטיה-מהותית" אלא "דמוקרטיה-פורמלית" גרידא. שכן, אין זה ראוי ורצוי שהמחוקק יעביר את ההכרעות הגורליות והקשות לרשות המבצעת בלא להנחותה. אמנם הרשות המבצעת נבחרת גם היא לפי רצון העם, וכראיה לכך בחירתו הישירה של ראש הממשלה, אבל היא נהנית מפחות לגיטימציה יחסית לכנסת, הגם ששמה - "מבצעת" - אמור להעיד על תפקודה הייעודי.
3. יודגש, כי הפרדת הרשויות נועדה למנוע ריכוז של כוח בידי גורם שלטוני באופן שעשוי לפגוע בחירויות הפרט. מציין ברק מפורשות בפסק דין זה: "זכויות אדם אינן מוחלטות. דמוקרטיה (מהותית) רשאית לפגוע בזכויות אדם כדי להגשים את מטרותיה, ובלבד שהפגיעה היא בחוק (או על פיו), היא מקדמת את ערכיה של המדינה, היא לתכלית ראויה ולא מעבר למידה

⁴⁸ חורחה לואיס בורחס "ההגרלה בארץ בבל" **בדינויות** (תשנ"ח) 57, 62.

⁴⁹ בג"צ 715/98 **רסלר נ' שר הבטחון** (טרם פורסם).

⁵⁰ **שם**, בסעיף 19 לפסק דינו של ברק.

הדרושה... רגישות זו לזכויות האדם מובילה למסקנה כי הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה - צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה... **אמת, במשטר דמוקרטי יש לא פעם צורך - למען הגשמת אינטרס הכלל - בפגיעה בזכויות הפרט. עם זאת, דרישה היא כי פגיעה זו, אפילו מוצדקת היא, תיקבע בחקיקה הראשית, ולא תימסר לידיה של הרשות המבצעת עצמה**"⁵².

4. בענייננו, ברור כי אין ולו שמץ של דבר "חקיקה ראשית" המגדיר את ההסדרים לפיהם פועל השב"כ בכלל, והאופן בו הוא חוקר בפרט. שכן, סעיף 40 לחוק יסוד הממשלה אינו אומר, כמובן, מלה וחצי מלה אודות ארגון שלם של ביטחון פנים והחקירות אשר יתנהלו בו.

הצעת חוק השב"כ - סמכות מנהלית?

5. הצעת חוק שירות הבטחון הכללי, התשנ"ח-1998 אינה מסדירה את עניין החקירות, אלא בלשון כללית. סעיף 8(א)(3) מעניק לשירות את הסמכות לחקור חשדות בקשר לביצוע עבירות ביטחוניות ומניעתן. כאשר, סעיף 21(2) מסמיך את ראש הממשלה באישור ועדת השרים וועדת הכנסת לענייני השירות, להתקין "כללים בכתב" בענייני "חקירות שהשירות מופקד עליהן"⁵³. הוראות אלה הן בעצם אישוש של המצב הקיים, למעט העלאתו על הכתב. אין התמודדות עם שאלות כגון: האם ישנה סמכות לחקור באמצעים אלימים? אם כן, מהם האמצעים האלימים המותרים? ומה הם התנאים לפתיחה בחקירה אלימה? האם מותר לחקור לשם איסוף שוטף של מודיעין או רק כאשר יש "פצצה מתקתקת"? (יוזכר, כי היו שהעלו ואף מעלים כיום, כפי

⁵¹ על כך בהרחבה, ראו: שם, בסעיף 22-20 לפסק דינו של ברק.

⁵² שם, בסעיף 23 לפסק דינו של ברק.

⁵³ ראו **הצעת חוק שירות הבטחון הכללי**, תשנ"ח - 1998, ה"ח 2689. להלן הסעיפים מתוך ההצעה אשר נוגעים לענייננו:

סעיף 7(א): "השירות מופקד על שמירת בטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו מפני איומי טרור, ריגול, חשיפת סודות ופעילות אחרת כיוצא באלה, וכן מופקד השירות על שמירה וקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין."

סעיף 7(ב): "לענין סעיף קטן (א) ימלא השירות תפקידים אלה:

סעיף 7(ב)(1): "סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בבטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו או באינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים, כאמור בסעיף קטן (א)";

סעיף 7(ב)(6): "פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לענייני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים של המדינה";

סעיף 8(א): "לצורך מילוי תפקידיו השירות מוסמך, באמצעות עובדיו -

סעיף 8(א)(3): "לחקור חשדות בקשר לביצוע עבירות או לערוך חקירות לשם מניעת עבירות בתחומים המפורטים

בסעיף 7(ב)(1), וכן בתחומים שקבעה הממשלה לפי **סעיף 7(ב)(6)**."

סעיף 21: "ראש הממשלה רשאי להתקין כללים בכתב, באישור ועדת השרים וועדת הכנסת לענייני השירות, בעניינים אלה:

סעיף 21(2): "חקירות שהשירות מופקד על ביצוען";

שאראה בפרק הסיכום של העבודה, בחלק ז', את האפשרות לעגן הסדרים שיתמודדו עם שאלות אלה בפקודה למניעת טרור).

6. אדרבא, לדעתי, לשון החוק "הרחבה" תמיד תאפשר גם פרשנות מרחיקת לכת ופעילות חופשית לשירות הבטחון הכללי, והפעם בגושפנקא חוקית. לדוגמא: סעיף 8(א)(3) להצעת החוק המסמיך את השירות: "לחקור חשדות בקשר לביצוע עבירות או לערוך חקירות...". חשדות, כשמן כן הן, לא מחויבות להיות מוצקות וחקוקות בסלע. נשאלת השאלה, כאמור, אילו חקירות? המילה "חקירות" יכולה להיות שם נרדף לכל אמצעי, כיד הדמיון הטובה על כל קורא.

7. תישאל השאלה האם לא די בהסדר כללי, כפי שהוצע, בלבד? לדעתי, הסדר שכזה אשר אינו מציין מפורשות אפשרות של חקירה בכוח איננו מספק לפי הלכת קטלן. שם מהמלה "חיפוש" לא ניתן היה, לשיטת ביהמ"ש, להסיק עריכת חוקן למציאת סמים בגוף האסירים ע"י שב"ס⁵⁴. זאת, עוד טרם היותה של הזכות לשלמות הגוף כחלק מ"כבוד האדם", "זכות חוקתית" הכתובה עלי ספר, אלא אך חלק מ"מגילת הזכויות השיפוטיות". כן נקבע בבג"צ רסלר החדש ע"י השופט ברק כי "רמת ההפשטה של ההסדר הראשוני משתנה מעניין לעניין. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כן אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה ראשית הקובע, ולו באופן כללי, את מהות הפגיעה או היקף הפגיעה בחירות... [מקום ש]הסדר חקיקתי פוגע בחירותו של הפרט, נדרש בדרך כלל כי הסמכתו של המינהל בחקיקה ראשית תהא ברורה, מפורשת וחד-משמעית.... גישתנו הינה, כי יש עניינים, מיוחדים במינם, בהם לא קנתה הרשות המבצעת סמכות לקבל הכרעות עקרוניות בשאלות יסוד המפלגות את החברה הישראלית"⁵⁵. זאת, על אחת כמה וכמה עם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים מ-92 (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק) אשר לשיטתו של אהרון ברק, בפסק דין זה, משפיעים על "מעמדו" המשפטי של הכלל, לפיו הסדרים ראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית.

8. ואכן, שר המשפטים הנוכחי, יוסי ביילין, החליט איפוא להקפיא את המשך חקיקתו של חוק השב"כ עקב היות הצעת החוק עמומה מדי⁵⁶. אם כי לא בגלל ניסוחן של סמכויות החקירה, אלא עקב הגדרת תפקידו העמומה של ארגון השב"כ בכללותו. עפ"י סעיף 7(א) להצעת חוק

⁵⁴ ראו בג"צ 355/79 בעניין קטלן, לעיל הערה 40.

⁵⁵ ראו בג"צ 715/98 בעניין רסלר, לעיל הערה 49, בסעיף 30 לפסק דינו של הנשיא, אהרון ברק.

⁵⁶ "ביילין מקפיא את חוק השב"כ" ידיעות אחרונות (15.8.99).

השב"כ הקובע את ייעודו של הארגון ותפקידיו⁵⁷. ביילין שותף לביקורתם של יו"ר ועדת חוץ וביטחון, דן מרידור, הח"כ לשעבר בני בגין ו"המכון הישראלי לדמוקרטיה" לפיה, בין היתר, בהצעת החוק מתחמק המחוקק מהתמודדות עם הסוגיה הקשה של הגדרת תפקיד השירות. הגדרה זו היא חשובה, לראייתם, כדי לתחום את פעולות השירות ולמנוע ביצוע משימות חריגות עקב לחץ פוליטי.

ביקורת - הגנת הצורך כהכשר גורף לחקירות בכוח

"...והפעם שלף הערבי את סכיניו, בלי לקום, והציג אותו לפני בשמש. האור הצליף על הפלדה ונדמה היה שלהב נוצץ ארוך הוא שפוגע במצחי... חרב צורבת זאת חרכה את ריסי וחיטטה בעיני הכואבות... נדמה היה לי שהשמים נפערים מקצה ועד קצה כדי להוריד גשם של אש. כל ישותי נדרכה וקפצתי את כף-ידי על האקדח. ההדק נכנע... ניערתי מעלי את הזיעה ואת השמש. וידעתי שערערתי את שיווי-המשקל של היום, הפרתי את דומייתו המיוחדת במינה של חוף שהייתי מאושר בו."⁵⁸

9. הגנת הצורך היוותה את המסד הנורמטיבי לפי דו"ח ועדת לנדוי, לעריכת חקירות כוחניות. שופטי בג"צ ראו עד לאחרונה אף הם בדו"ח לנדוי את הבסיס המשפטי לעריכת החקירות בפסיקתם (דיון מפורט בפסיקה יערך בתלק נ). כמו כן, מהצעת חוק השב"כ הושמט סעיף אשר נועד להסדיר את נושא "סמכויות החקירה המיוחדות למניעת טרור", בהנחה סמויה שהייתה כי הוראות ועדת לנדוי ימשיכו לחול גם לאחר כניסת החוק לתוקף!⁵⁹

10. סעיף 22 לחוק העונשין, נכון לשנת 1987:

"ניתן לפטור אדם מאחריות למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנוע בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה תמורה או פגיעה בגופו, בכבודו או ברכושו או בגופם או בכבודם של אחרים שהגנתם עליו או ברכוש שהופקד בידו, ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה בלתי-שקולה כנגד הרעה שמנע".

סעיף 34 לחוק העונשין הנוכחי, שנחקק בשנת 1994 קובע כי:

⁵⁷ לפירוט דברי הסעיף, ראו: לעיל הערה 53.

⁵⁸ אלבר קאמי הזר (תשמ"ה), בע' 59.

⁵⁹ ראו: גדעון אלון "הסעיף החדן ביסמכויות חקירה מיוחדות" הושמט מהצעת חוק השב"כ" הארץ (12.3.97), א7. יוזכר, כאמור, כי היו כוונות שלא קיבלו ביטוי מעשי לעגן את רוח המלצות הדו"ח בפקודה למניעת טרור.

"לא יישא אדם באחריות למעשה שהיה דרוש באופן מידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה, הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו" - תנאי נוסף בסעיף 34טז קובע כי המעשה היה צריך להיות סביר בנסיבות העניין.

11. פרופ' מרדכי קרמניצר סובר כי הן בנוסחה של הגנת הצורך, נכון לחוק העונשין בשנת 1987, והן כיום, לאחר תיקון 39, ההגנה דורשת סבירות ושקילות, אבל **אין דרישה מפורשת של פער בין פגיעה נמנעת לפגיעה נגרמת**⁶⁰. ההגנה מתחשבת באשמת העושה ולא במאזן האינטרסים - ישנה הכרה בחולשות האדם בנסיבות קיצוניות. **אין שקלול של אינטרסים בנקודת מבט תועלתנית.** הווי אומר, ההגנה היא סובייקטיבית ומותאמת לחולשותיו של פלוני ולא נמדדת לפי ממדיו של ארגון חזק, כמעט "כל יכול" בתחום הביטחון, העומד ברשות המדינה ובידיו אמצעים רבים ומגוונים להלחם בטרור ומנגד, צורך לשמור על ריסונים עקב פעולתו במשטר דמוקרטי.

12. כראייה לכך, כותב יעקב קדמי כי הפטור, לפי סעיף 22 (הישן) יחול אם יראה הנאשם כי היה לו יסוד סביר להאמין והאמין למעשה כי מה שעשה היה דרוש לביטחון חייו⁶¹. המבחן הוא אובייקטיבי - "יסוד סביר להאמין" - משולב עם סובייקטיבי - "האמין למעשה". אם כן, לא אובייקטיבי לחלוטין משום **שתמיד תעלה השאלה אם לנאשם הספציפי יסוד סביר להאמין.** לכן, כאמור, אין כאן הגנה אשר משקללת ומשערכת את האינטרסים המתנגשים מנקודת המבט המערכתית-מדינית-ממסדית, כפי שראוי במקרים אלה, אלא מבחינת השקפתו של הפרט-האינדיבידואל אשר נקלע לסיטואציה קיצונית⁶².

13. יודגש, כי בשונה מסעיף הצורך שחל עם מתן דו"ח הועדה, עקב התיקון נוספה דרישה חשובה להחלתו: **"המיידיות"**. המיידיות מבטאת כיום תנאי מרכזי של הסייג. ורק במקום שנדרשת תגובה מיידית להצלת ערך החיים הנקוב בהגנה, יש הצדקה להחלתה. **כאשר ישנה שהות להתארגנות אחרת להצלה, יישמט הבסיס מתחת לצידוק ביישום הסייג**⁶³. ככלל, עקרון זה עומד בסתירה עם מהות ארגון השב"כ כמערכת המתמודדת עם בעיות סיסטמיות של ביטחון לטווח ארוך. בפרט, הגנת הצורך כפי שהיא מנוסחת כיום, עומדת בסתירה לטענה חשובה המודגשת בדו"ח ועדת לנדוי לפיה אין הצדקה לדרישת המיידיות במסגרת הגנת הצורך,

⁶⁰ ראו: קרמניצר ושגב, לעיל הערה 5, בע' 693.

⁶¹ יעקב קדמי על הדין בפלילים (חלק א', תשנ"ד), בע' 227.

⁶² לעיון מורחב ההגנת הצורך, ראו שם, בע' 239-224. וכמו כן: יעקב קדמי על הדין בפלילים: עדכון והשלמה (חלק א', תשנ"ו), בע' 117-125. יודגש, כי כל המקרים והדוגמאות אשר מביא קדמי מן הפסיקה עוסקים כמובן בסיטואציות מיידיות של הגנה עצמית, בעקבות קטטה אלימה.

מהנימוק ש"כאשר כבר מתקתק שעון ההפעלה המחובר למטען חבלה, מה נשתנתה, מבחינת הצורך לפעול, הפעלת המטען בוודאות בעוד חמש דקות מהפעלתו בוודאות בעוד חמישה ימים?"⁶⁴.

14. דו"ח לנדוי הסמיך את חוקרי השב"כ עצמם לשקול את שתי הרעות באופן ערכי טרם

החקירה: "הכל תלוי בשקילת שתי הרעות זו כנגד זו... המבחן [הוא] מה האמונה ולא מה היה המצב למעשה. המבחן איננו אם הנזק שנמנע היה למעשה גדול מן הנזק שנגרם, אלא אם הנאשם האמין באופן סביר שכן הוא"⁶⁵, ואף מעלה את החשש כי "...חייבים להקפיד מאד, פן תביא פריצת המסגרת של איסורי החוק הפלילי לידי התרת הרצועה, כאשר כל חוקר עושה דין לעצמו על-ידי שימוש בלתי-מרוסן, לפי שרירות לבו, באמצעי כפיה נגד הנחקר... מידת השימוש באמצעים... חייבת להיות שקולה כנגד מידת הסכנה הצפויה, על-פי המידע שבידי החוקר... את אמצעי הלחץ... יש להגדיר ולהגביל מראש, בדרך מתן הנחיות מחייבות."⁶⁶.

15. פרופ' אלן דרשוביץ⁶⁷ ביקר את הגנת הצורך כבסיס החוקי לפעילות חוקרי השב"כ. הוא שאל: אם מוטלת על החוקר - שעבודתו היחידה היא להלחם בטרור ולא לשמור על זכויות הנחקר - האחריות של "שקילת שתי הרעות", אזי "מי ישמור על השומרים?"⁶⁸. לשון אחר, "מי ישמור על החוקרים?"

16. דרשוביץ מביע את הדעה, כי הגנת הצורך הנה מטבעה הגנה של **זמן חירום** ולא מתאימה לסיטואציות אשר מתמשכות על פני תקופות של זמן רב. ודאי שלא כאשר התובעת לחסות בצל ההגנה היא המדינה או אחת מרשויותיה (או חברי הרשות). רשות מדינית אשר נתקלת בבעיות שיטתיות, משך תקופות ארוכות, היא ברת דרכי פעולה אחרות, **חוץ מאי-ציות אזרחי** - החלטה מכוונת של הפרת חוק באופן חוזר ונשנה⁶⁹. דרשוביץ מלמד כי הגנת הצורך משקפת את אחת הדוקטרינות המשפטיות שהיא "חסרת-חוק" (Lawless להגדרתו). שכן, מאחר ובמצב בו אדם נתקל במצב בו "החברה הפרה כלפיו את החוזה החברתי" אין הוא חייב לקיימו מצדו ועל כן, רשאי לא לציית לחוק. לכן נאמר כי "צורך אינו יודע חוק" - "Necessity knows no law"⁷⁰.

⁶³ ראו: יעקב קדמי **על הדין בפלילים: עדכון והשלמה** (חלק א', תשנ"ו), בע' 119.

⁶⁴ ראו: דו"ח לנדוי, **לעיל** הערה 1, בע' 52.

⁶⁵ **שם**, בע' 52-53.

⁶⁶ **שם**, בע' 53.

⁶⁷ ראו במאמרו מתוך סימפוזיון שנערך מיד לאחר פרסום דו"ח ועדת לנדוי: Alan M. Dershowitz "Is It Necessary To Apply 'Physical Pressure' To Terrorists - And to Lie About It?" 23 *Isr. L. Rev.* 192.

⁶⁸ *Ibid.*, at p.197.

⁶⁹ *Ibid.* ראו גם דיון ב"הסדרים ראשוניים" לעיל בחלק זה.

⁷⁰ *Ibid.*, at p. 196.

17. אם כן, לסיכום נושא זה, הגנת הצורך, איננה מספקת, גם לדעתי, תשובה ל"ריק החקיקתי" עליו עמדתי לעיל. רשות מנהלית, בנבדל מאדם פרטי, איננה רשאית לפעול ללא הסמכה מפורשת בחוק. תחולה כללית הצופה פני עתיד של הגנת הצורך על פעולות מסוימות של השב"כ - אמצעי החקירה - היא מסוכנת. זאת, משום שבשליטת אחריות פלילית זו ישנו אלמנט של "אנרכיזם" - אין דין ואין דיין, כאשר הפרט "לוקח את החוק לידיים". מדינה דמוקרטית מתוקנת צריכה לשאוף לכך שמקרי החלת פטור זה יהיו חריגים. מקרים בהם הסדר הביטחוני אינו מספק והפרט נאלץ לפעול למען שמירת חייו הוא.

18. במקרנו, אין זה אדם יחיד שפועל בשם החוק, תוך נטילת סיכון להימצא חייב בדין פלילי, אלא אחת מרשויות שבמדינה - אשר איננה בעלת תוקף נורמטיבי ראוי - שחסתה תחת הגנת הצורך, כהכשר גורף מראש, להפעלת שיטות חקירה אלימות. ב-13 בינואר 1999, בעת דיון שנערך לגבי חוקיותן של חקירות השב"כ, הטעים השופט משאל חשין, בלשונו הקולעת, כי הגנת הצורך היא "צרה כקוף המחט". ודי לחכימא ברמיזא. רמיזה זו, כידוע, נתגבשה לפסק דין מצווה והחלטי בו אדון בחלק ו' ובחלק ז'.

ביקורת - אמצעי הביקורת

19. כאמור, תלוונות כנגד פעילות השב"כ אמורה לבדוק המחלקה לחקירת שוטרים (מח"ש) שלפי המלצתה מחליטה הפרקליטות אם להגיש כתב אישום או לאו. מבדיקה אמפירית של מקרים בהם הגישו תלוונות למח"ש עולה כי על אף היות המחלקה, לכאורה, גורם בלתי תלוי, היא מגנה על חוקרי השב"כ הגנה בלתי-בררנית, תוך חקירה שטחית ונטייה לקבל את טענות השב"כ על-פניהן⁷¹. ראייה לכך, ניתן למצוא, בין היתר, במקרה חריזאת, עציר אשר עונה למוות באמצעי הטלטול. מח"ש החליטה שלא להעמיד לדין פלילי איש מן האחראים למעשה. לשיטתה, אמצעי החקירה "חוקיים"⁷². כמו כן, במקרה הספציפי של חריזאת דו"ח החקירה של מח"ש קבע כי "החוקר שטלטל את המנוח לא יכול היה לדעת ולא צריך היה לצפות לתוצאה קטלנית ממעשיו או לנזק בלתי הפיך למוח, זאת כאמור בשל נדירותו של מוות ממעשים אלה עד כי הינו מוכר רק לרופאים ומדענים המתמחים במחלות וחבלות מוח"⁷³.

20. לדעתי, לא רק שחוות דעת זו סותרת את הפסיקה בנושא קשר סיבתי לפיה הנאשם "מקבל את קורבנו כפי שהוא" (וזאת, מבלי לעסוק בפרטיה של סוגיה משפטית זו כאן), היא גם מסלפת

⁷¹ ראו: דו"ח בצלם עינויים כשיגרה: שיטות החקירה של השב"כ (1998), בע' 59.

⁷² ראו: העתירה בעניין מותו של חריזאת: בג"צ 5380/95 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועמ"ש.

⁷³ שם, בסעיף 5 לעתירה.

ראייה טבעית של המציאות בה ברור שתוצאה מסתברת של אלימות מכוונת עלולה להוביל למוות באופן טבעי - מחמת מום או שלא מחמת מום נסתר. בנוסף, מח"ש לא ציינו שחריזאת היה נמוך קומה ויוצא דופן בממדיו הפיסיים, דבר אשר בד"כ מעיד על רגישות רפואית של אנשים אלה.

21. בעקבות ד"וח מח"ש בחרה פרקליטות המדינה לאמצו במלואו והורתה לא לנקוט הליכים משפטיים כנגד חוקר השב"כ האחראי למוות. החוקר הועמד לדין משמעתי בעקבות המלצת הפרקליטות לעשות כן. עקב כך, נתכנס בית הדין למשמעת של עובדי שירות הביטחון הכללי, בפני השופט עודד מודריק כאב בית הדין ושני חברים נוספים (המכונים: ע.ד. ור.ס.). שם ניתן פסק הדין: מדינת ישראל נגד "מ"י"⁷⁴.

22. בפסק הדין מיוחסים ל"מ"י שש חריגות מנהלי החקירה המותרים. "מ"י קיבל התראה בלבד והוחזר חזרה לתפקידו לאחר שנה של העברה. עבירתו של "מ"י מתוארת כ"כשל טכני בלבד"⁷⁵. מעבר לכך, פסק הדין מנוסח באופן ספרותי מתלהם אשר אינו מאפיין ערכאה שיפוטית אובייקטיבית. להלן דוגמא: "ביום 22.4.95 היה שעון פצצת התופת מתקתק [יום מותו של חריזאת - הערה שלי] איש - להוציא חבורת הרוצחים הוריה ומיילדיה של הפצצה - לא ידע היכן היא מצויה... תקתוק השעון כבר החל. אולם קולו כמעט לא נשמע. הבריות לרבבותיהם לא נתנו אליו את הדעת. יום שבת היה והציבור ביקש נפשו לנוח, איש איש בדרכו. שעון הפצצה היה מתקתק גם בלשכת ראש השב"כ ומשרדי הממונים לדרגותיהם. שם היה התקתוק קול עבות והוא הזהד עד מתקן החקירות בירושלים והיה להלמות תופים באוזניהם של _____ "מ"י _____ וחבריהם. עבורם השבת כבר לא הייתה ואת מקום מנוחת הנפש תפסה סערת הרוח. מי ימות ומי יחיה. האם אפשר לעלות על קצה החוט של פצצת התופת ולנטרל אותה בעוד מועד? או שמא נחרץ גורלם של עוברי אורח תמימים להיות קורבנות חיים של שנאה פונדמנטליסטית? פלח מהותי מן התשובה - אם לא מלואה - היה מצוי בידי חריזאת."⁷⁶.

23. יודגש, כי פלסטינים מעטים מגישים תלונות רשמיות על החקירות. קשה לדעת למי לפנות - הצבא והמשטרה מסרבים לקחת אחריות על פעילות השב"כ. אין תהליך מסודר לבדיקת התלונות ואין כתובת אחת ויחידה להגשתן. העצירים שעברו חקירות ותנאי מעצר קשים מהססים להתלונן מחשש לחקירה חוזרת מצד אנשי השב"כ. חלקם אף מוזהרים מפורשות ע"י אנשי השירות שלא להתלונן. רוב העצירים אינם מאמינים בתועלת שתצמח מהגשת התלונות.

⁷⁴ ראו: בית הדין למשמעת של עובדי שירות הביטחון הכללי והמוסד לתפקידים מיוחדים **מדינת ישראל נ' "מ"י** (לא פורסם).
⁷⁵ שם, שם.

פניות "בצלם" והאגודה לזכויות האזרח בד"כ אינן נענות⁷⁷. דוגמא לתשובות הפרקליטות לתביעות נזיקיות כלפי השב"כ ניתן למצוא במקרה של עומר רנימאת, נהג אוטו גלידה, שלאחר חקירתו הממושכת, נאשם באחזקת רובה ונידון בעסקת טיעון לשלושה חדשי מאסר. תשובת הפרקליטות לתביעתו הנזיקית "לא אחרה להגיע" לאחר שנתיים וחצי ונכתב בה כי מעשי החוקרים: "היו דרושים באופן מידי להצלת חייהם, גופם או רכושם של אנשים מסכנה של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשים ולא הייתה דרך אחרת, אלא לנהוג באותו אופן"⁷⁸.

⁷⁶ שם, שם.

⁷⁷ ראו: דו"ח בצלם חקירת פלסטינים בתקופת האינתיפאדה: התעללות, "לחץ פיסי מתון", או עינויים? (1991), בע' 86. אמנם מחקר זה נערך רק ב-1991, אבל ממידע שמפורסם לעתים בעיתונים ובעיקר אצל גדעון לוי במדורו הידוע "איזור הדמדומים" במוסף סוף השבוע של הארץ, ניתן לדעת, ביתר ודאות, כי תמונת מצב זו נכונה גם כיום. לפירוט מקרה ידוע מהתקופה האחרונה ראו: גדעון לוי "מעצרו ועינויו של סוכן הגלידה" מוסף הארץ (16.7.99). שם, כמו כן, מעלה עו"ד אלגרה פצ'קו את האפשרות כי השב"כ עוצר "מעונים לשעבר" עם הגשתם תלונות נזיקיות כלפי המדינה.⁷⁸ גדעון לוי, לעיל הערה 77, בע' 15.

חלק ג'

מהו עינוי?

רקע הסטורי-כללי⁷⁹

1. בימי-קדם כללו העינויים הלקאות, מניעת מאכל ומשקה, שריפת אברים או קטיעתם, הטלת מומים ופשיטת עור. ברומי השתמשו במבני-עץ שונים למתיחת גופו של המעונה. באירופה הנוצרית של ימי הביניים, הגיעו מכשירי העינויים לשיא תפוצתם ותחכומם. אלה כללו: סולמות ומסגרות עץ למתיחת המעונים עד פירוק אבריהם; גלגלות ועצים לתלייתם כשמשקולות קשורות בגופם, זאת, תוך שהם מולקים במגלבים; תבניות מתכת בתוכן הושבו הנחקרים ומתחתן הודלקו מדורות; גלגלים אליהם נקשרו המעונים לסיבוב איטי על האש; חביות ממוסמרות בתוכן גולגלו הנחקרים; קיסמי עץ שהוחדרו מתחת לציפורני האצבעות; כלי ברזל מלובנים לגרימת כוויות; ומכשירים שונים ללחיצת הראש ואצבעות הידיים והרגליים.
2. מכשירים אלה הופעלו כנגד גברים ונשים כאחד, ללא התחשבות בגיל. זאת, לעתים משך חודשים רבים. הכל לפי נהלים קבועים, כגון "הוראות טורקמדה" (משנת 1484 בימי תקופת האינקוויזיציה). העינויים במאה ה-16-17 היו מאולתרים והוטלו ע"י חיילים. אלה כללו: צליבה; סירוס; צליית אנשים חיים; עקירת מעיים; כריתת שדיים; השקאת קורבנות כפותים במי שפכין; ואונס סיטוני. עינויים אלה גרמו בד"כ למות מהיר.
3. שיטות העינויים במאה שלנו "מצטיינות" בגיוון, תחכום ושימוש בידע אנטומי ופסיכולוגי: מכות במקלות גומי; הלם חשמלי בחלקי גוף רגישים; קדיחה בשיניים; השקאה בשמן קיק; תליה ברגליים כשראש המעונה טובל במיכל נוזלים; ו"ניסויים-רפואיים" אשר רווחו במחנות הנאצים. זאת כמו גם עינויים פסייים בעלי גון פסיכולוגי הכוללים: כליאה בתאים שאינם מאפשרים ישיבה, שכיבה או עמידה; סינוור באור תמידי חזק; מניעת שינה; כליאה בחדר אטום לרעש; חקירות בלתי-פוסקות ע"י חוקרים מתחלפים; שימוש באביזרים אקוסטיים או ויזואליים; הזרקת תכשירים משני-אופי; ואיומים על בני-משפחה.

⁷⁹ מתוך הערך: "ענוי, ענויים" האנציקלופדיה העברית כז' 29. הסקירה בפרק משנה זה היא בעלת אופי כללי בלבד ואינה מתייחסת לחקירות השב"כ בפרט.

החוק הבינ"ל

מהו עינוי מבחינה משפטית?

הבעיה הארית - "עינויים" או "יחס בלתי אנושי ומשפיל"?

1. מעמדן של חקירות השב"כ, אם עומדות הן בגדר עינוי או לאו, לא נדון מעולם. למעשה, גם פסק הדין החדש בעניין חקירות השב"כ לא נכנס לסוגייה זו. אם כי שיטות חקירה דומות כמעט לחלוטין נדונו ע"י בית הדין האירופי לזכויות האדם (European Court Of Human Rights). זאת, בעניין חקירות הממלכה הבריטית חשודים המשתייכים לארגון הטרור האירי - IRA. בימ"ש העליון אף קיבל את ההגדרה ל"יחס בלתי אנושי" לפי פסק דין אירופי זה⁸⁰. נבחן את חקירות השב"כ לאור זאת.

רקע היסטורי⁸¹

2. בתשיעי באוגוסט 1971 ראש ממשלת צפון אירלנד, בריאן פולקנר, הכריז כי הוא מפעיל את סמכותו המיוחדת (לפי ה-1922 Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)) למעצר, עיכוב והחזקה בהסגר של חשודים המעורבים בפעילות טרוריסטית. ההצדקה לכך הייתה המצב הביטחוני המעורער באזור וכן התגברות של מקרי הרג וחבלה (הן ע"י פצצות והן ע"י שימוש בנשק חם). מספר רב של מעצרים נערכו וזמן לא רב לאחר מכן, נשמעו תלונות בגין יחס-לוקה כלפי עצירים ומעשים העולים לכדי עינויים. תלונות אלה, גררו חקירה מקומית ובינלאומית.

3. ששת המחוזות של צפון אירלנד נשארו חלק מהממלכה הבריטית לאחר חלוקתה של אירלנד וכינונה של "המדינה הארית החופשית" (Irish Free State - Irish Republic), עוד בשנת 1922. הסדר זה, תוכנן לפייס את הרוב הפרוטסטנטי בצפון אירלנד, שבאופן מסורתי התנגד ל"אירלנד מאוחדת" עצמאית מבריטניה. עם זאת, הסדר זה עורר מחאה עצומה בקרב האוכלוסייה הקתולית. מחאה אשר לא שכחה עם עבור השנים. פעילות מפלגתית פוליטית בצפון-אירלנד נטתה להרע וללבות את הקיטוב שהשתקף ברוב פרלמנטרי קבוע ל"איחוד הפרוטסטנטי" (Protestant Unionist). זאת, עד לכפיית שלטון בריטי ישיר מלונדון, עם התמוטטות הסדר והחוק בצפון-אירלנד בשנת 1972.

⁸⁰ לעיל הערה 2, בסעיף 30 לפסק דינו של ברק.

⁸¹ לעיון מעמיק ורחב ברקע הסטורי זה ראו מחקרם המקיף של מורגן ואונס בנושא עינויים במישור הבינ"ל ובמיוחד באירופה: Malcolm D. Evans & Rod Morgan *Preventing Torture: A Study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1998), at pp. 32-41.

4. בשנת 1963 הקהילה הקתולית, שהרגישה עצמה מופלה לרעה בתחום החברתי והכלכלי, החלה במסע תעמולה לזכויות האזרח. מסע זה לווה באלימות מצד מיליציות פרוטסטנטיות מקומיות (פארא-צבאיות). התנגשויות אלימות אלה החלו להחריף רק בשנת 8-1967. התגברות פעילות מיליטריסטית פרוטסטנטית זו (מיליציות מחוץ לצבא, כאמור), הובילה להקמתו של צבא הרפובליקה האירי - IRA - Irish Republican Army - קבוצה בלתי חוקית, המוכרזת כמסוכנת, אשר מקורותיה קדמו להסכם החלוקה של אירלנד בשנת 1922. זו החלה במסע הטרור ופיגועי המטענים המתפוצצים בשנת 1970.

5. המיליציות הצבאיות, משני צדי המתרס היו אחראיות לפיצוצים רבים שהתרחשו בשנים 1970-1. מוסכם כי רובם בוצעו על ידי ה-IRA. זוהי גם תגובת השרשרת שהובילה להפעלת חוק הסמכויות המיוחדות - Special Powers Act (ראה לעיל). **ראש הממשלה פולקנר סבר כי החוק הרגיל לא היה יכול להתמודד באופן מקיף ומהיר דיו עם כזו אכזריות/רשעות חסרת רחמים וברוטלית.** כאמור, בוצע גל מעצרים נרחב של מאות חשודים. האשמות בגין אלימות פיסית קיבלו מהרה ביטוי פומבי. מזכיר המדינה מינה ועדה, בראשה עמד סיר אדמונד קומפטון, לחקור את ההאשמות.

דו"ח קומפטון⁸²

6. דו"ח ועדת קומפטון, היה תוצר של חקירה לא נאותה עקב כך שאף אחד מן הנעצרים לא שיתף פעולה עם הוועדה החוקרת (למעט תצהירים של כמה מתלוננים אשר נשלחו ע"י העיתונות לועדה). רוב אלה שנעצרו, העידו כי יש להם תלונות, אך הם אינם מעוניינים לשתף פעולה עם הוועדה ולהעיד בפניה. לועדה לא הייתה ברירה, אלא לערוך שימוע של עדויות שמיעה מפי אסירים. זאת, כנגד עדויות ממקורות ציבוריים רשמיים. על כן, הוועדה לא הגיעה למסקנות משמעותיות.

7. ועדת קומפטון חשפה כי חלק מן העצורים עברו מה שתואר כ"חקירה לעומק". נושאי המשרות הציבוריות אשר תוחקרו בוועדה הודו כי חקירות אלה כללו שימוש בארבע טכניקות:

(1) "עמידת קיר" (Wall Standing) - העצירים הוחזקו כזרועותיהם צמודות לקיר, לכאורה "לא בתנוחה לוחצת".

(2) "כיסוי ראש" (Hooding) - כיסוי ראש שחור, דמוי ציפיית כרית, הושם על ראש העציר.

(3) "חשיפה לרעש" (Noise) - העצורים נחשפו לרעש מעצבן ומתמשך.

(4) דיאטת לחם ומים" (A Bread and Water Diet) - כשמה כן היא.

הבכירים אמרו כי מטרת האמצעים הייתה להגביר את המשמעת ותחושת הדיס-אוריינטציה והבידוד של הנאשם, כדי להשיג ממנו מידע רב יותר. הטכניקות, לשיטתם של הבכירים הועילו הן לביטחון החוקר והן לביטחון הנחקר. "עמידת הקיר" הפחיתה את הצורך במגע פיסי עם עצורים אחרים וכיסוי הראש הפחית את הסבירות שהחשוד יזוהה על ידי חבריו העצורים. הממשלה הבריטית עמדה על כך שהועדה תציין בדו"ח כי טכניקות אלה יושמו במקרים רבים וקודמים של בעיות ביטחון פנים בממלכה הבריטית מאז מלחמת העולם השנייה.

8. ההאשמות הכתובות והבלתי רשמיות כלפי חקירות הממלכה תאמו כמעט במדויק את עדויות הבכירים. זאת, למעט כמה עניינים. ראשית נטען כי קיימת טכניקת חקירה חמישית - מניעת שינה משך יומיים-שלושה. שנית, העמידה הקשורה לקיר לוותה בלחץ פיסי - הנחקרים אולצו לעמוד בתנוחה מסוימת, תוך קבלת מכות באמצעות אלה או אגרוף בכל פעם שניסו לעמוד בתנוחה נוחה יותר, עד להתמוטטותם (תהליך זה נמשך משך כארבעה ימים). שלישית, לדבריהם הם קיבלו פחות מדיאטת לחם ומים - הם כלל לא אכלו דבר משך שניים-שלושה הימים הראשונים למעצרם. הועדה בהמשך חקירתה מצאה אמת בעדויות אלה וכל חמש הטכניקות המתוארות בהן. עם זאת, הועדה לא מצאה בטכניקות אלה "ברוטאליות פיזית" (Physical Brutality). זאת משום ש"ברוטאליות" היוותה לשיטתה: "צורה של אכזריות בלתי-אנושית או ברברית. ואכזריות מרמזת הסבת סבל, מלווה באדישות או הנאה נוכח כאבו של הקורבן"⁸³. דבר זה, לשיטת הועדה לא התרחש שם. הועדה לא הסיקה כל מסקנה לגבי האשמות אינדיבידואליות של הכאות. שום המלצה לא נולדה לגבי המשך השימוש בחמש הטכניקות.

ועדת פרקר⁸⁴

9. מספר ימים לאחר שהתפרסם ד"וח ועדת קומפטון מינה ראש ממשלת בריטניה את ועדת פרקר כדי לבדוק אם פרוצדורות החקירה הנוכחיות המאושרות, של חקירת חשודים בטרור, בעת מעצרם, זקוקות לתיקון. הועדה התמקדה יותר בהיבט של סמכויות החקירה הראויות ופחות בהיבט הפוזיטיבי, דהיינו השיטות שנקטו בפועל. הועדה לא הגיעה למסקנה פה אחד. עם זאת, הדו"ח הבהיר כמה נקודות חשובות. ראשית, נחשף רשמית, לראשונה, כי אכן הופעלו חמש

⁸² Compton Report (1971) *Report of the enquiry into allegations against the security*; *Ibid*, at p. 33-35
forces of physical brutality in Northern Ireland arising out of events on the 9th August, 1971,
 (Chairman, Sir Edward Compton), Cmnd 4823

⁸³ See Compton Report, *Supra* note 82, para 105

⁸⁴ Parker Report (1972) *Report of the Committee of Privy Counsellors*; *Supra*, note 81, at pp. 35-39
appointed to consider authorised procedures for the interrogation of persons suspected of terrorism,
 (Chairman, Lord Parker), Cmnd 4981

הטכניקות הנטענות בועדת קומפטון. הן הופעלו, עוד טרם לאירלנד, בכמה מושבות ואזורים בהם קנתה לה הממלכה הבריטית שליטה, ובניהן "פלשתנה"! שנית, הטכניקות התפתחו לאור "הנחיה משולבת לחקירות צבאיות בענייני ביטחון פנים בחו"ל" (Joint Directive on Military Interrogation in Internal Security Operations Overseas)⁸⁵.

10. בהנחיה נקבעו רק הוראות כלליות לגבי השימוש בחקירות בכוח. לא ננקבה שום טכניקה ספציפית בהנחיה, אלא הכפפת השיטות לתנאי "אמנת ג'נבה", כאשר מספר פעולות - אלימות, הטלת מומים, התאכזרות ועינויים הן כלפי הגוף והן כלפי כבוד האדם - הן אסורות. למרות שהטכניקות נלמדו במרכזי הביון הבריטי, לא היו הוראות מפורטות לגביהן, אלא הן היו בגדר תורה שבעל-פה. על כן, הועדה הכירה בכך שבפועל השימוש בפרקטיקות החקירה יהיה שונה ממה שנלמד קודם באימונים. הועדה קבעה כי בהיעדר קיום מנחים ישנו סיכון כי הטכניקות ייושמו באופן חמור יותר מן המוצדק מוסרית או כפי שנדרש בהנחיה לחקירות⁸⁶.

11. יחד עם זאת, הועדה קבעה כי אין ספק שטכניקות החקירה הפיקו תוצאות בעלות ערך רב, במיוחד לגבי המלחמה בטרור בצפון-אירלנד, שם היו פערי מודיעין גדולים ובעייתיים⁸⁷. הועדה לא דנה באלטרנטיבות האפשריות, אלא סברה כי שימוש במלשינים וציתות לקבוצות של אסירים לא יעלה מידע בעל ערך באופן מהיר⁸⁸. למרות שחברי הועדה מסכימים כי המטרה איננה מצדיקה במקרי חירום את כל האמצעים, הרי שמה שמקובל מוסרית תלוי בתנאים והנסיבות השוררים. **על כן, מה שנחשב כ"יחס לא אנושי ומשפיל" צריך להיבדק לאור הנסיבות הקונקרטיות**⁸⁹.

12. המסקנה, בהקשר זה, הייתה כי כאשר ישנה מלחמת גרילה בשטח עירוני וחיי חפים מפשע מצויים בסיכון וכאשר יש מידה של זמן חירום וישנם שיקולי ביטחון, זהו מצב אשר יכול להיות גרוע יותר ממלחמה. זהו מצב, שלשיטת הועדה, בו אויב וידיד אינם ניתנים לזיהוי, המורדים מבצעים מעשים חסרי רחמים וללא אבחנה ולזמן יש חשיבות. **הועדה סברה כי החוק צריך לאפשר מידה של הגנה עצמית**⁹⁰. **זאת, כפי שמתחשבים באדם שעבר עבירה אם היה נתון במידה של מתח מנטלי (Mental Anxiety)**⁹¹. על כן, סיכמה הועדה, כי התשובה לשאלה המוסרית תלויה במידת הפעלת הלחץ על הנחקר לאור נסיבות המקרה ואם חמשת

⁸⁵ See: Parker Report, *Supra* note 84, para 10

⁸⁶ *Ibid*, para 13

⁸⁷ *Ibid*, paras 19-21

⁸⁸ *Ibid*, paras 25-26

⁸⁹ *Ibid*, para 27

⁹⁰ *Ibid*, para 32

הטכניקות ייושמו באופן מבוקר ובהתאם להנחיה המיוחדת, אין סיבה מוסרית לפסול אותן. זאת, כי ישנה אפשרות לתפקד כך, בהתאם לסטנדרטים החברתיים הגבוהים ביותר⁹².

13. **חוות דעת זו נסתרה בדעת המיעוט של הלורד גרדינר**⁹³. לשיטתו, אישור השיטות יהווה הפרדות מן הסטנדרטים העולמיים של הקהילה הבינ"ל וייפגע קשות בעולם כולו המנסה לשפר את תחום זכויות האדם. גרדינר הטעים כי אם יפעילו שיטות חקירה אשר אינן חוקיות כיום נגד אדם אשר המשטרה חושדת כי ייתכן שיש, אך גם יתכן שאין בידיו מידע, אזי אין כל דרך הגיונית/מוסרית למצוא גבול לדרגת הטיפול הלקוי המותר אשר יהפוך לחוקי. לראייתו, הגבול ההגיוני לרמת הטיפול הלקוי אשר יאושר כחוקי, יהא כל שיטת חקירה אשר תיראה כהכרחית כדי להוציא את המידע המבוקש מן הנחקר - קרי, לעתים, עינוי קיצוני⁹⁴.

14. מכל מקום, גרדינר ראה ביישום דו"ח הוועדה והמלצותיה בעייתיות רבה. זאת, כי ישנן רק שתי אפשרויות ליישום הדו"ח. האחת - הפרלמנט יעביר חוק סמכויות חירום אשר מאפשר לשר להגדיר את גבולות שיטות החקירה בלחץ בשעת חירום, כאשר דרכי החקירה יישארו סודיות. השנייה - השר יתקין הנחיות סודיות ללא אישור הפרלמנט, באופן בלתי חוקי. ביקורתו של גרדינר נגד שתי אופציות אלה היא שהאפשרות הראשונה תסמך את השר לחוקק חוקים סודיים ואילו השנייה תהיה בגדר שבירתו המוחלטת של עקרון שלטון החוק ועקרונות הדמוקרטיה⁹⁵. גרדינר ראה בשיטות החקירה יצירי השלטון הקולוניאלי. הוא גם הדגיש שאלה שיטות בלתי-מוסריות וזרות למסורת הדמוקרטית הבריטית המפוארת⁹⁶.

15. **השימוש בחמש טכניקות החקירה נאסר רשמית ע"י ממשלת אנגליה מנובמבר 1971 וניתנו ערבויות בלתי-רשמיות כי לעולם לא ישתמשו בשיטות חקירה אלה שוב בעתיד**⁹⁷. יודגש, כי **דעת המיעוט של הלורד גרדינר היא זו אשר גברה!** כמו כן, משנת 1972 לא נרשמו תלונות כלפי הרשויות הבריטיות בעניין חקירה בכוח⁹⁸.

⁹¹ *Ibid*, paras 33-34

⁹² *Ibid*, paras 30 and 34

⁹³ Parker Report (1972), II. *The Minority Report*

⁹⁴ *Ibid*, para 20

⁹⁵ *Ibid*, para 20(4)

⁹⁶ *Ibid*, para 21

⁹⁷ *Ireland v. U.K.*, *Supra* note 25, at para 152 ; *Supra* note 81, at p. 39

⁹⁸ *Supra* note 81, at pp. 39-40

דו"ח דיפלוק ודו"ח בנט⁹⁹

16. בשנת 1972 מונתה ועדה בראשות הלורד דיפלוק "לעיין בפרוצדורות משפטיות לטיפול בפעילות טרוריסטית בצפון-אירלנד. הועדה קבעה כי הצהרות בחקירה יהיו קבילות במשפט, אלא אם יוכח במאזן-הסתברות כי הן נגבו ע"י עינויים או יחס בלתי אנושי. בשנת 1979 מונתה ועדה חשובה נוספת - ועדת בנט - אשר המליצה על הנהגת "קודקס של התנהגות" לחוקרים. בין הכללים המומלצים, נכלל איסור על מעשים של התעללות פיזית משפילה.

מה בין דו"חות פרקר/דיפלוק/בנט לדו"ח לנדוי?

17. בדו"ח ועדת לנדוי מוזכרת עמדתו של גרדינר כבלתי מציאותית ומגוחכת¹⁰⁰, ללא התיחסות הולמת לדעותיו באשר לשלטון החוק ותפקודו בעתות חירום. כמו כן, לא מוזכרת העובדה כי הממשלה הבריטית אמצה את דעתו לעניין הפסקת חמש טכניקות החקירה עליהן הלינו החשודים בביצוע מעשי טרור. דו"ח דיפלוק ודו"ח בנט מובאים כאסמכתאות ותימוכין למסקנותיה של ועדת לנדוי, בזמן שכאמור, אופרטיבית החליטה הממשלה הבריטית להפסיק את שיטות החקירה האלימות באמצעות השימוש בחמש הטכניקות.

פרשת צפון-אירלנד בראי החוק הבינ"ל

18. סעיף 5 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם¹⁰¹ מציין:

"No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman degrading treatment or punishment" ההכרזה אינה, כשלעצמה, מקור חוקי של איסור, אך נוסח זה הוכנס גם לתוך סעיף 7 לאמנת האו"ם הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות¹⁰², שאושרה ע"י 140 מדינות, ב 31 בדצמבר 1997 לרבות ישראל. אותו נוסח מופיע גם בסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות האדם¹⁰³. איסור בנוסח שונה (עליו אעמוד בהמשך) מצוין באמנת האו"ם נגד עינויים. אמנה דומה אומצה בארצות יבשת אמריקה¹⁰⁴. מכל מקום, מקובל כיום כי האיסור על עינויים הוא בגדר "יוס

⁹⁹ ראו גם: דו"ח לנדוי, לעיל הערה 1, בע' 65-68; Diplock Report (1972) Report of Comission to consider legal procedures to deal with terrorist activities in Northern Ireland (Chairman, Lord Diplock), Cmnd Bennet Report (1979) Report of the Committee of Inquiry into Police Interrogation Procedures, 5185 In Northern Ireland, Cmnd 749

¹⁰⁰ שם, בע' 65.

¹⁰¹ Universal Declaration of Human Rights

¹⁰² UN International Covenant on Civil and Political Rights

¹⁰³ European Convention on Human Rights

¹⁰⁴ Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture

קוגנס" Jus Cogens ולכן, מחייב כל מדינה ומדינה ללא קשר להיותה חברה באמנה מסוימת או לא¹⁰⁵.

19. באשר למשמעות המינוחים המופיעים באמנות לפי ההכרזה האוניברסלית לזכויות האדם, הרי שאלה עוררו מחלוקות רבות באשר לדרך פרשנותם. בסעיף 3 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם ישנם, כאמור, שלושה מונחים - "עינויים", "יחס-בלתי-אנושי" ו"יחס-משפיל" ("Torture", "Inhuman-treatment", "Degrading-treatment")¹⁰⁶. בפסק דין Ireland v. UK¹⁰⁷ בעניין החקירות של בריטניה בצפון אירלנד, נדונו מונחים אלה על רקע האמנה האירופית. נתקבלה החלטת רוב לפיה גם בנסיבות הקשות ביותר של טרור ופשע, האמנה אוסרת על כל השלושה, לרבות **במצב חירום לאומי**¹⁰⁸. עם זאת, כדי שמעשה ייפול לתוך סעיף 3, נפסק כי יש צורך "בדרגה מינימלית של חומרה"¹⁰⁹. הערכת מינימום זה, תיעשה בהתאם לנסיבות: אורך החקירה, השפעתה הפיסית והמנטלית, גיל, מין ומצב בריאות הנחקר וכו'¹¹⁰.

20. אם כן, הרעיון כי האמנה האירופית לזכויות האדם אוסרת באופן מוחלט עינויים, יחס-בלתי-אנושי והשפלה, איננו מדויק. ה"צידוק" למעשים אלה עדיין יכול להיות מוסק מתוך הפרשנות שניתנה לאיסור. זאת, כל עוד נלקחות בחשבון הנסיבות ביחס לפגיעה המסוימת בזכות האדם. על כן, יהיו נסיבות שיחשבו תמיד בגדר "עינויים" ואין נפקא מינה לנסיבות ההתרחשות, כמו כן, יהיו נסיבות כאלה אשר לא משנה מהן התוצאות הרעות שייגרמו, הן עדיין לא ייפלו לגדר הגדרות סעיף 3.

21. יתרה מכך, לגבי הנוסח הזהה המופיע בסעיף 7 לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות¹¹¹ (עליה חתומה ישראל), ועדת האו"ם לזכויות האדם הכירה בכך שיש הבדל בין "עינויי", "יחס-בלתי-אנושי" ו"השפלה" במובן של עוצמת וחומרת המעשים. אולם, הועדה הדגישה, כי האמנה איננה נוקבת במעשים ספציפיים האסורים לפי האמנה ולכן, גם לשיטת

¹⁰⁵ ראו: פניה דומה "יוס קוגנס במשפט הבינלאומי" עיוני משפט ד' (תשל"ח) 169; פסק הדין של בית הלורדים בעניין הרוזן הצ'יליאני, אוגוסטו פינשה: Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet. שם הלורד בראון ויקינסון (Browne Wilkinson) פוסק: "The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed". זאת, תוך שהוא מפנה לפסקי דין נוספים שהתקבלו ברחבי העולם בנושא זה. פסק הדין טרם פורסם ולקריאתו, ראו אתר האינטרנט של בית הלורדים: www.parliament.the-stationary-office.co.uk

¹⁰⁶ כאמור: "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman degrading treatment or punishment"

¹⁰⁷ *Supra*, note 25. אמנם ההליך משנת 1978 אבל מעשי העינויים הנדונים בוצעו ב-1971.

¹⁰⁸ *Ibid*, para 163

¹⁰⁹ *Ibid*: "...ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3"

¹¹⁰ *Ibid*

¹¹¹ *Supra* note 102

הועדה, אין צורך לקבוע "רשימה" קבועה מראש של אמצעים פסולים אשר יתאימו למונחים המופיעים בסעיף¹¹².

22. לגבי שיטות החקירה אשר ננקטו ע"י הממלכה הבריטית בצפון-אירלנד, הרי שועדת האו"ם לזכויות האדם פסקה כי בריטניה הפעילה "עינויים". זאת בעיקר לאור נסיבות המקרה הנתון של חקירות שיטתיות אלימות להוצאת מידע מן הנחקרים¹¹³. עם זאת, בית המשפט האירופי לזכויות האדם בחר לפתוח סוגייה זו לדיון מחודש וקבע כי בריטניה לא נקטה בשיטות המגיעות לכדי "עינויים", אלא רק לכדי "יחס-בלתי-אנושי ומשפיל". האבחנה בין המונחים שבסעיף 3 נעשתה, לפי דעת הרוב, על סמך האינטנסיביות של הסבל שנגרם לנחקר. להלן קטע קצר וחשוב מפסק-הדין¹¹⁴:

"The court considers in fact that, whilst there exist on the one hand violence which is to be condemned both on moral grounds and... under the domestic law of the Contracting States... it appears on the other hand that it was the intention of that Convention, with its distinction between 'torture' and 'inhuman or degrading treatment', should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering...

Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the peculiar intensity and cruelty implied by the word torture...".

23. בספרם של המלומדים, מורגן ואוונס, הם מצביעים על כך כי לא ברור מפסק הדין האם בית המשפט ראה בחקירה מתוכננת מראש ובעלת מטרה מסוימת - כמו, הוצאת מידע להצלת חיי אדם אחר - יסוד, אם כי בלתי מספיק ונוזקק לעוד יסודות, לכינון דרגת סבל של "עינויים"¹¹⁵. או שמא, אין הנסיבות של הסבת סבל למען מטרה כהצלת חיי-אדם כלל משוקללות ב"מדד הסבל" המכונן "עינויים"¹¹⁶. מכל מקום, לראייתם, ברור כי ביהמ"ש לא מצא ראייה לאמצעי חקירה חמורים מדי (Severe) לכדי כינון "עינויים", למרות "דרגות הכאב והסבל" הברורות שנגרמו לקורבנות המקרה. כמו כן, ניכר כי עצם ההבחנה שערך ביהמ"ש בין דרגות שונות של

¹¹² General Comment No 20/44 (3 Apr 1992)

¹¹³ *Ireland v. UK*, Comm Rep, 25 Jan 197, Ser B, No 23-1, 410: "the systematic application of the techniques... shows a clear resemblance to those methods of systematic torture which have been known over ages"

¹¹⁴ *Supra* note 25, at para 167

¹¹⁵ *Supra* note 81, at p. 82

¹¹⁶ *Ibid*

חומרת אמצעי החקירה, מיחסת למונחים שבסעיף דרגות של קושי המובחנות זו מזו. זאת, מן הקל אל הכבד: "יחס-משפיל", "יחס-בלתי-אנושי" ו"עינויים"¹¹⁷.

24. מורגן ואוונס מראים כי מכך עולה, גם אינטואיטיבית, כי "עינויים" צריכים להיות מלווים בשיטות חמורות עד מאד של חקירה וכן, כי כדי לקבוע מהי הדרגה לפי סעיף האמנה, "במשוואת הנסיבות" יושם דגש רב יותר על סבלו של הנחקר, מאשר על השאלה באם הסבל נגרם למען מטרות או ערכים כלשהם¹¹⁸. יש לכך חשיבות רבה משום שנראה כי ניתוח זה איננו מייחס חשיבות למטרת הפעלת הלחץ הפיסי, כאשר משקללים את נסיבות המקרה, לקביעת דרגת הלחץ שהופעל לפי הסעיף. הכל כמובן לפי המבחן שהוצע ע"י השופטים בפסק הדין בעניין אירלנד.

1. אמנת האו"ם נגד עינויים, עליה חתומה מדינת ישראל, מגדירה עינוי כגרימה מכוונת של "סבל או כאב חמור, בין אם נפשי ובין אם פיסי", בין היתר לשם "השגת מידע ממנו או מאדם שלישי"¹¹⁹. האמנה אינה מאפשרת שימוש ב"עינוי" (Torture), בשום מצב של חירום!¹²⁰. מכוח סעיף 17¹²¹ לאמנה הוקמה הועדה נגד עינויים (Committee Against Torture - CAT). זו מורכבת מעשרה מומחים בעלי רקע עשיר בתחום זכויות האדם שנבחרים ע"י החברות באמנה. מכוח סעיף 19¹²² הועדה מקיימת פרוצדורה של בחינת דו"חות המדינות החברות באשר לצעדים שנקטו ליישומה של האמנה. הדו"חות אמורים להתקבל כל רבע שנה, ומעבר לכך, לועדה הסמכות לדרוש דו"חות מיוחדים לפי בקשתה. הועדה מקבלת מידע רשמי רק מהמדינות החברות, אולם, למעשה, היא בוחנת אותו גם לאור דיווחים של ארגונים לא ממשלתיים ושל ועדת האו"ם לזכויות האדם. הועדה נגד עינויים, מגיבה במסמכים מסוג "הערות כלליות" (General Comments) עליהם יכולה להגיב בחזרה המדינה הנדונה. מתן ביטוי פומבי לדו"ח השנתי של הועדה נתון לשיקול דעתה.

2. בדיון השבעה-עשר שנערך בנובמבר 1996, יזמה הועדה בקשה לקבלת "דו"ח מיוחד" בעניין העינויים בישראל. זאת, בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון בדבר חוקיות "הפעלת הלחץ הפיסי" של השב"כ כלפי עצירים פלשתינים (לאחר בג"צ חמדאן, ראו להלן בחלק ג). הועדה

¹¹⁸ Ibid, at pp. 82-83

¹¹⁹ סעיף 1(1) לאמנה מורה: "For purposes of this Convention, the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions"

¹²⁰ סעיף 2(2) מורה: "No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war, internal political in stability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture"

¹²¹ סעיף 17 מורה: "There shall be established a Committee against Torture (hereinafter referred to as the Committee) which shall carry out the functions hereinafter provided. The Committee shall consist of ten experts of high moral standing and recognized competence in the field of human rights, who shall serve in their personal capacity. The experts shall be elected by the States Parties

¹²² סעיף 19 מורה: "1. The States Parties shall submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, reports on the measures they have taken to give effect to their undertakings under this Convention, within one year after the entry into force of the Convention for the State Party concerned. Thereafter the States Parties shall submit supplementary reports every four years on any new measures taken and such other reports as the Committee may request.
2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit the reports to all States Parties.
3. Each report shall be considered by the Committee which may make such general comments on the report as it may consider appropriate and shall forward these to the State Party concerned. That State Party may respond with any observations it chooses to the Committee.
4. The Committee may, at its discretion, decide to include any comments made by it in accordance with paragraph 3 of this article, together with the observations thereon received from the State Party concerned, in its annual report made in accordance with article 24. If so requested by the State Party

- בחנה את דו"ח מדינת ישראל במאי 1997 וסיכמה כי מעשיה של מדינת ישראל אסורים לפי האמנה למניעת עינויים¹²³.
3. מדינת ישראל טענה, בדו"חות האחרונים שהגישה לוועדת האו"ם לענייני עינויים, כי היא מיישמת את האמנה¹²⁴. כראיה לכך, הציגה ישראל בפני הוועדה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כמסד הנורמטיבי עליו נשענות כל פעולות המדינה אשר השימוש ב"עינויים" במהלכם הנו אסור¹²⁵. **לשיטתה של ישראל בדו"ח אחר¹²⁶, היא אכן השתמשה בשיטות חקירה המערבות שימוש ב: כיסוי-ראש, כבילה באזיקים בתנוחות כואבות, מניעת שינה וטלטולים¹²⁷.** לראייתה של מדינת ישראל אלה אינן שיטות אשר מגיעות לכדי "חומרה" ("severe") כפי שנדרש למנוען באמנה¹²⁸. מכל מקום, הוועדה סברה כי ישראל מפרה את סעיפים 1, 2 ו-16 לאמנה נגד עינויים¹²⁹.
4. יצוין, כי מן הלאו, יכולים אנו ללמוד את ההן. קרי, השיטות הגיעו לכדי "יחס-בלתי-אנושי" או "יחס-משפיל", לפחות. ניתן ללמוד זאת אף מפסק הדין בעניין אירלנד שדן בשיטות חקירה דומות. סעיף 16 באמנת האו"ם נגד עינויים, אוסר מתן "יחס-משפיל" או "יחס-בלתי-אנושי", אבל אינו מורה במפורש, כפי שמורה הסעיף הנפרד לעינויים באמנה, כי בשעת חירום אין להשתמש בשיטות אלה. זהו "פתח" שכנראה ניסתה מדינת ישראל לנצל כדי להראות כי היא פועלת בהתאם לאמנה¹³⁰.
5. "פתח" זה, "נסגר" באמנה הבינ"ל לזכויות אזרחיות ופוליטיות, עליה, כאמור, חתומה גם ישראל. סעיף 7 לאמנה מורה: "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or

concerned, the Committee may also include a copy of the report submitted under paragraph I of this article.

A/52/44, para.258: "The committee acknowledges the terrible dilemma that Israel confronts in dealing¹²³ with terrorists threats to its security, but as a State Party to the Convention Israel is precluded from raising... exceptional circumstances as justification for acts prohibited by Article 1 of the Convention. This is plainly expressed in Article 2 of the Convention"

Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *State*¹²⁴ Party Report, CAT/C/33/Add.3, 6 March 1998

Ibid, para. 5: "These Provisions in the Basic Law, then, may be deemed to constitute a general¹²⁵ prohibition of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, including torture, and are binding both public and private entities"

E/CN.4/1998/38¹²⁶

.CAT/C/ISR, 18 May 1998, para. 11(b); *Ibid*, para 121¹²⁷

*Ibid*¹²⁸

129 CAT/C/ISR, 18 May 1998, para. 11(c). סעיף 16 לאמנה מחייב את המדינה למנוע מעשים אשר אינם מגיעים לכדי עינויים. משמע, החיוב למנוע מעשים אלה באמנה זו, הוא חלש יותר.

130 סעיף 16(1) מורה: "Each state party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article I, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity"

degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent
to medical or scientific experimentation”

סעיף 4 (סעיפים קטנים 1 ו-2) לאמנה אוסר מפורשות גם בעת חירום לפגוע בזכויות האדם באופן המתואר בסעיף 7!¹³¹ דהיינו, לפי החוק הבינ"ל, כפי שישראל מכירה בו, גם "יחס-משפיל" או "יחס-בלתי-אנושי" אשר אינו מגיע לכדי "עינויים" מבחינת חומרתו, הוא אסור בזמן חירום.

6. בדו"ח מסכם של ועדת האו"ם לענייני עינויים שפורסם במאי 1998 ממליצה זו¹³²:

(1) להפסיק לאלתר שיטות חקירה אשר עולות לכדי דרגת עינויים. זאת, ללא התייחסות קונקרטיה לשיטה מסוימת.

(2) לאמץ את האמנה לחוק ישראלי ובמיוחד את ההגדרה לעינוי לפי סעיף 1(1) לאמנה.

(3) לפרסם את שיטות החקירה המותרות, לשעבר, לפי דו"ח לנדוי.

7. סביר כי המלצות אלה יקבלו אופי שונה לאור החלטת בג"צ האחרונה. הכל כמובן, בהתאם

להמשך הטיפול בעניין בזירה הפוליטית הישראלית. על כן, אדון בהרחבה בתלק ז'.

¹³¹ "1. In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

2. No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs I and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision."

¹³² *Supra* note 129, para. 12

חלק ד'

ניתוח המושג "עינויים" מנקודת מבט מוסרית בקונטקסט הישראלי -

האם מוסרית מותר "לענות"?

"...חשבתי בלבי שהייתי רוצה לראות כיצד הכלא נראה מבפנים; שטן קרא את מחשבתי וכהרף עין היינו בכלא. "אנחנו בחדר עינויים", אמר שטן. היו שם סד ושאר מכשירי עינויים... היו שם אסירים - ותליינים... אדם צעיר שכב כבול, ושטן אמר שהוא נחשד בכפירה, והתליינים עמדו לחקור אותו. הם תבעו מהאיש להודות באשמה, והוא אמר שהוא לא יכול, מפני שהיא לא נכונה. ואז הם תחבו קיסם אחר קיסם מתחת לציפורניו והוא צרח מרוב כאב... הייתי תשוש וקרוב לעילפון... אמרתי שזה היה מחזה חייתי.

[שטן השיב]: "לא, זה היה מחזה אנושי. אינך צריך להעליב את החיות על-ידי שימוש לרעה במלה; זה לא מגיע להן."... "זה דווקא מתאים לגזע הבזוי שלכם... שום חיה לא עושה מעשה אכזרי - זהו המנופול של בעלי החוש המוסרי. כאשר בעל חיים גורם לכאב, הוא עושה זאת בתום-לב, לא מתוך רוע, לגביו אין רוע. והוא לא גורם לכאב למען ההנאה שבגרימת כאב - רק אדם עושה זאת, בהשראת החוש המוסרי הנחות שלו! חוש שתפקידו לבחור בין טוב לרע, מתוך חרות לבחור באחד מן השניים. איזה יתרון יכול לצמוח לו מכך? הוא בוחר כל הזמן, ובתשעה מתוך עשרה מקרים הוא מעדיף את הרע... האדם הוא יצור חסר בינה כזה, שהוא אינו מסוגל לתפוס, שהחוש המוסרי מוריד אותו לשלב התחתון בסולם בעלי החיים ושזהו קניין

מביש...¹³³

1. שלא כפי שהתמקדתי קודם בפן המשפטי של המושג "עינויים" ומשמעותו המשפטית, החמקמקה לעתים, אעמוד עתה על משמעותו של המושג, כפי שנתפש "בלשון בני אדם", כדי לעמוד גם על ההשלכות המוסריות הנובעות מהשימוש בכוח כלפי נחקר. פרופ' דניאל סטטמן, מרצה לפילוסופיה באוניברסיטת בר-אילן, מתייחס לסיטואציה של "העינוי החקירתית" אשר מפעיל השב"כ¹³⁴. הוא מגדירה, לפי המטרות שמנסה להשיג השב"כ (וכן זה ידוע לכולי עלמא), ככזו שנועדה לגרום לנחקר כאב פיסי חזק במכוון, בניסיון להתישו, להשפילו, לשבור את רוחו, ולגרום לו לומר דברים שלדעת המענים הוא מסתיר¹³⁵. לכך, לדבריו, אין ספק שיש לקרוא "עינויים", גם אם יש צדק בהפעלת שיטות אלה ע"י השב"כ.

¹³³ מארק טווין **הזר המסתורי** (תשנ"ו), בע' 52-53.

¹³⁴ ראו: פרופ' דניאל סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" **משפט וממשל ד'** (תשנ"ז) 161.

¹³⁵ **שם**, בע' 163.

2. מכאן, גם מעלה סטטמן את הקונפליקט שבמושג "עינויים". למושג זה, קונוטציות שליליות מובנות. עצם סיווג המעשה כ"עינויי" טומן בחובו עמדה מוסרית שלילית וקביעה שהוא אסור¹³⁶. משמעות "עינויים", ככלות הכל, היא גרימת כאב אסורה. תעלה השאלה, האם גרימת "עינויים" למטרה מוצדקת לא תיחשב מעתה "עינויים" וכפועל יוצא לא יהיה איסור על הפעלתם? הרי, לדוגמא כאב השיניים שמסב רופא השיניים אינו נחשב "עינויי"¹³⁷! לכן, גם לפי נוסח האמנות הבינ"ל, נקבע ה"עינויי" כהסבת כאב למען תכליות מסוימות - השגת מידע, וידוי, ענישה והפחדה¹³⁸. אם כן, האם "עינויי חקירתי" תמיד יהיה אסור מוסרית? או שמא לעתים יכול שיהיה "עינויי חקירתי" מוצדק מוסרית?¹³⁹

3. "פצצה מתקתקת" - קבוצת טרוריסטים מטמינה פצצה במרכז תל-אביב שעתידה להתפוצץ תוך כמה שעות אם לא תנוטרל (או שולחת מחבל מתאבד לחלופין). בידינו אחד הטרוריסטים ואם נענה אותו נוכל לקבל מידע חשוב אודות מיקום המטען וזמן הפעולה העוינת המתוכננת. אם לא נענה אותו האירוע יסתיים בעשרות של הרוגים ופצועים. ברור כי במקרה שכזה, כמעט ואין חולקים על כך, כי עינויים היא שיטה מותרת ואף רצויה¹⁴⁰.

4. יודגש, כי הביטוי "פצצה מתקתקת" מביע את המשמעות שפרק הזמן בין תפיסת המעונה העתידי וחקירתו (או שמא כלל לא צריך לתפוס אותו והוא יושב זה מכבר במעצר) לבין זמן הפיגוע הוא קצר מאוד, שכן "הפצצה מתקתקת". אם התקתוק הוא ארוך ניתן לנסות שיטות אחרות למציאת הפצצה - כלבי גישוש, מודיעים, חיפושים, ציתותים ואמצעים מודיעיניים אחרים וכיוב' - הכל מלבד עינויים¹⁴¹. לשיטתו של סטטמן וכך גם סובר אנוכי, הנחת המוצא המוסרית והאתית צריכה להיות שהעינויים מותרים רק אם אין דרך אחרת למנוע את הרע, ובד"כ זהו מצב שבו פתיל ההשהיה הוא קצר ופעולות מודיעיניות שונות לא יעילות במשך הזמן הזה¹⁴².

5. מן העובדה שייתכנו באופן עקרוני נסיבות של "פצצה מתקתקת" והצדקה מוסרית לענות¹⁴³ לא נובע בהכרח, שבמציאות ישנן נסיבות שכאלה. אמרה ידועה בעולם המשפט אומרת "hard cases make bad law" ובעולם המוסר "artificial cases make bad ethics"¹⁴⁴.

¹³⁶ שם, שם.

¹³⁷ שם, בע' 163-164.

¹³⁸ ראו: סעיף (1)1 לאמנת האו"ם נגד עינויים, לעיל הערה 119.

¹³⁹ לעיל הערה 134, בע' 164.

¹⁴⁰ שם, בע' 171. סטטמן מביא דוגמא השונה מזו שהבאתי רק בכך, שאצלו המדובר על פצצה גרעינית במרכז פריז.

¹⁴¹ שם, שם.

¹⁴² שם, שם.

¹⁴³ בעלי תפישות דאונטולוגיות יעצרו בניחוח זה כאן, שכן, לשיטתם עצם אקט העינויי הוא פסול ואין נפקא מינא

לשם איזו מטרה הוא נעשה.

¹⁴⁴ ראו: לעיל הערה 134, בע' 171; 141, 124, *Henry Shue "Torture" 7 Philosophy and Public Affairs (1978)*

נבחן עתה אם באמת סבירה התמודדות נפוצה עם "פצצה מתקתקת" ביום-יום. בנסיבותיה של זו, כאמור, מותר לענות.

6. סטטמן ממשיך ומלמד כי הואיל ועינוי הוא אחד מן המעשים המזעזעים ביותר מבחינה מוסרית, מונח נטל ראייה כבד על המבקש להצדיקו¹⁴⁵. עליו לדעת בודאות כי: א. קיימת פצצה אף על פי שרק המחבלים יודעים על קיומה; ב. היא תפוצץ אם לא תנוטרל; ג. האדם שבידו יודע היכן הפצצה כשנלקח בחשבון שאולי מידרו אותו, או שמא שינו את דרך הפעולה כששמעו שהוא נתפס; ד. אם נענה אותו נקבל מידע, כשיש לשער כי הוא עלול למות קודם, או שימסור מידע שקרי או שישתוק; ה. אם ימסור מידע נוכל לנטרל את הפצצה ולא יהיה מאוחר מדי; ו. אין דרך אחרת לגלות את הפצצה וכו'...

7. לבסוף מראה סטטמן כי רק לעתים רחוקות סביר כי כל הנקודות הנ"ל, או מקצתן, תהיינה ידועות. כן, לעתים עולה כי תוצאות החקירה אינן מניבות פרי ומראות כי החשש ל"פצצה מתקתקת" איננו מבוסס¹⁴⁶. **מרגע שהמועמד לעינויים נבחר והתרחשה טעות, אין לו כל דרך להוכיח כי אין לו מידע חיוני, כך שהחוקרים יהיו סבורים כי אם משקר או מכחיש יש להכותו חזק יותר! משום שהרי הוא המקור היחידי!**¹⁴⁷ כאן הזוועה המוסרית, שבעינוי היא רבה ועצומה.

8. כמו כן, סביר כי במציאות הזיקה בין המחבל הנחקר לפצצה היא עקיפה ולא ישירה (הוא בד"כ לא יוכל להעניק מידע שיוביל במישרין לפצצה ויוביל לטרפוד החבלה), שכן ידוע כי במציאות רוב החקירות נערכות לשם בניית תמונת מצב מודיעינית רחבה באמצעותה ניתן יהיה למנוע פיגועים בעתיד (אחרת לא ניתן להסביר למעלה מ-1,000 נחקרים בשנה). לא רק שאלה אינם מקרים של "פצצה מתקתקת", אלה גם מקרים שהסבירות לטעות היא גבוה מאד!

9. "פצצה מתקתקת", היוותה הכשר המוני לעינויים של אלפי בני-אדם, כפי שקיימים נתונים שכך באמת מתקיים. עקרון "הפצצה המתקתקת" קיבל פרשנות מרחיבה. מרחיבה יותר מכפי שראוי להעניק לביטוי לפי ניתוחנו דלעיל. כראייה לכך, בדו"ח לנדוי נכתב כי: "...מטרתה הישירה של החקירה על-ידי השירות היא, להגן על קיום החברה והמדינה מפני מעשי חבלה המכוונים נגד אזרחיה, לאסוף מידע על מחבלים ודרכי התארגנותם ולסכל ולמנוע ביצוע מעשי

¹⁴⁵ שם, בע' 173.

¹⁴⁶ שם, שם. כן, ראו דיון בחלק ו' לעבודה בעניין פסיקת בימ"ש עליון בענייני החקירות.

¹⁴⁷ שם, בע' 173-174: "אם יצעק האדם עד לב השמיים שאין לו המידע המבוקש, תהיה זו לחוקרים רק הוכחה שצריך להרביץ חזק יותר".

חבלה בעודם באינם...¹⁴⁸ כן נכתב, כאמור, כי ניתן לפתוח בחקירה נגד אדם "אם קיים מידע הנותן יסוד סביר לחשד שהוא מעורב בדרך כלשהי בפעילות חבלנית עויינת..."¹⁴⁹. קשה להצדיק עינויים בקנה מידה כה רחב.

10. מכאן, נובעת גם הבעיה לשמור על העינויים בגבולות המוסר כאשר בו-זמנית מרחיבים את ההיתר שלהם. ישנו קושי הנובע מהפסיכולוגיה של חברי ארגונים. אלה, נוטים להצדיק בעיני עצמם ובעיני זולתם, את קיום הארגון והנחיצות בו. אסביר. כאשר מכשירים מערכת/שיטה שלמה שמיועדת לחקירות אלימות - בונים מתקנים מיוחדים וממנים אנשים רבים לארגון סודי אשר מקיים מערכת חברתית סגורה בפני עצמה - קיימת סכנה ש"הגולם יקום על יוצרו" ויפעל במרץ מרובה, הרבה יותר מן הצורך האמיתי. מערכת כגון זו, תתקשה להודות בעובדה כי שירותיה אינם מושלמים ותשכנע את הממונים (כפי שגם נעשה בבתי המשפט) כי החקירה האלימה נחוצה כמעט תמיד¹⁵⁰.

11. ראייה לפסיכולוגיה זו, מהווים השקרים של אנשי השב"כ במשך 15 שנים בבתי המשפט באשר לגביית העדויות באלימות. נוהג זה נבע מהעיקרון שהיה שגור בקרב אנשי השירות כי "אין אפשר אחרת", הואיל והמדובר במלחמה חסרת פשרות בטרור. זוהי הצדקת של שקר, בעיני עצמם ובעיני זולתם, גם לפני וגם אחרי התגלית המזעזעת. לראיית אנשי השירות, אם לא היו משקרים בבתי המשפט הייתה נפגעת המלחמה בטרור. עם הפסקת מדיניות שקר זו, קרוב לוודאי שלא נפגעה המלחמה בטרור בכה-זה! עם זאת, המשך מדיניות שקר זו ודאי הייתה עולה במחיר של עוד מספר "נפסויים".

אנו למדים מפרק זה, כי הואיל ואנו עוסקים בסוג פעילות שהוא חמור ביותר מבחינה מוסרית, עלינו לדעת טרם עריכת החקירה כי באמת המדובר במקרה של "פצצה מתקתקת". מירב הסיכויים הם, שבמציאות העכשווית, עקרון זה, אינו נבחן כראוי, תוך שקילת כל המשתנים במשוואה. זאת, אנו למדים מהנתונים הסטטיסטיים כפי שהם מצטיירים כיום. סביר כי ישנם עצירים רבים המעונים לשווא, תוך גרימת נזקים פיסיים ונפשיים בלתי-הפיכים. אלה יכולים

למצוא אף את מותם כתוצאה מעינויים אלה¹⁵¹.

¹⁴⁸ לעיל הערה 1, בע' 14-15.

¹⁴⁹ שם, בע' 72.

¹⁵⁰ ראו גם: לעיל הערה 134, בע' 178.

¹⁵¹ כאן המקום להזכיר, כי דניאל סטטמן במאמרו מגיע למסקנה המוחלטת, כי אין לענות לעולם, שכן המחיר החברתי-מוסרי הוא גבוה מדי. לראיתו, מצבים בהם יודעים שקיים מקרה של "פצצה מתקתקת" הם נדירים ועל החברה לשאת ב"עלותם". מכיוון שהשקפת חיי המוסרית איננה יכולה לשאת ב"מחיר" ולו של ברייה אחת, אין אני מקבל מסקנתו זו, ועל כך ארחיב בחלק הבא של עבודתי. ראו על כך, סיכום מאמרו: דניאל סטטמן, לעיל הערה 134, בע' 194-197.

חלק ה'

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחקירות השב"כ

פגיעה בזכויות - היבטים פוזיטיביים

"...כל מעייניו היו נתונים לאלה שביד השומר. זו עלולה לנחות בכל מקום: על הפדחת, על תנוך האוזן, על הכתף, על המרפק - על המרפק! הוא נפל על ברכיו, משותק כמעט... הכל התפוצץ לכדור צהוב... השומר צחק למראה נפתוליו. שאלה אחת, מכל מקום, נמצאה לה תשובה. לעולם, ותהא הסיבה מה שתהיה, לעולם לא יבקש אדם להגביר את כאבו. לגבי כאב יכול אדם לרצות רק דבר אחד: שיחדל. אין בעולם דבר גרוע מכאב גופני. נוכח הכאב אין גיבורים, אין גיבורים, הירחר שוב ושוב..."¹⁵²

1. כדי שנוכל לעמוד על טיב הפגיעה בזכות, אתאר טרם לכך, את האמצעים שהופעלו על הנחקרים מפי עדויות¹⁵³:

א. תנאי כליאה ומעצר - ניתן להחזיק עצירים פלשתינים בבידוד לתקופה של עד 11 ימים, בטרם יובאו להארכת מעצרים בפני שופט צבאי ולמנוע מהם פגישה עם עורך-דין עד 90 ימים מיום המעצר¹⁵⁴. בעתירה 13/96 אל-נתשה נ' שב"ס, מתארת השופטת רות אור, מבית המשפט המחוזי בירושלים, את תאי אגף החקירות של השב"כ כ: "...תאי המעצר הקטנים, צפופים וחסרי תנאי מחייה מינימליים - העומדים לרשות השב"כ". בנוסף, אין מתירים לנחקר להחליף בגדיו (גם לא תחתונים), משך כל תקופת החקירה - גם אם היא נמשכת חודשיים עד שלושה. מקלחת ניתנת אחת לשבוע ללא החלפת בגדים, באמצעות צינור הממוקם בתוך תא שירותים והנשלט ע"י שומר. האוכל (בד"כ ביצה לחם זיתים ומים) ניתן בתוך תא שירותים מזוהם, תוך הפצרה לסיימו מהר (הארוחה אורכת כחמש דקות), ללא תנאים סניטריים מינימליים וללא סכו"ם. החקירה, יכולה להמשך מספר חודשים. ממוצע אורך החקירות לפרט הוא כחודשיים.

ב. "שאבח" - זהו שילוב של אמצעי בידוד חושי, המסב כאב ומונע שינה, שמופעל משך תקופה ארוכה. "שאבח רגיל" - כבילה באזיקים את הידיים והרגליים הדוקות לכיסא קטן ("כיסא-בית-ספר") ששתי רגליו הקדמיות מנוסרות באורך שונה, ומקנות לו "יציבה" אלכסונית. ישיבתו של הנחקר איננה יציבה והוא נוטה קדימה. ראשו מכוסה שק מזוהם (השב"כ הודיע

¹⁵² ג'ורג' אורול **אלף תשע מאות שמונים וארבע** (תשל"א), בע' 192.

¹⁵³ ראו: דו"ח בצלם, **לעיל** הערה 71, בע' 33-13.

¹⁵⁴ ראו: סעיף 78-ד לצו הוראות הביטחון, לפיו, הממונה על החקירה רשאי הנמקה בכתב למנוע את הפגישה ב-15 ימים, קצין משטרה שהוא סגן ניצב ומעלה רשאי להאריך זאת ב-15 ימים נוספים. שופט-משפטי רשאי להאריך זאת בתקופה של עוד 30 ימים ונשאי בית משפט או נשיא צורן רשאי להאריך בעוד 30 ימים.

כי יחליפו בכיסוי נקי ואוורירי יותר). מוסיקה רועשת מושמעת באמצעות רמקולים. לנחקר לא מתירים לישון, כאשר הסוהרים מנערים כל מי שנדמה לנמנם. האמצעי ננקט בד"כ בחדר ההמתנה לחקירה. "שאבח" + "מקרר" - בנוסף להנ"ל נחשף הנחקר ישירות למזגן, בד"כ בחדר החקירה עצמו. "שאבח" + "עמידה" - הנחקר עומד כאשר ידיו כבולות לצינור המחובר לקיר מאחוריו. "שאבח" + "עמידה" + "משיכת זרועות" - כמו שאבח בעמידה, אך בתוספת כבילת הזרועות לחפץ עליון יותר כך שהן מתוחות כלפי מעלה מאחורי הגו והגוף נוטה קדימה. משך ה"שאבח" - מספר יממות בהפסקות קצרות מאד. לעתים במחזורים של 48 שעות. עד חמש שעות שינה הפסקה של שינה בתא או בחדר החקירה.

ג. איומים וקללות - אמצעי הננקט במהלך החקירות. האיומים כוללים איומים ברצח, תוך אזכור שמם של נחקרים שאכן מתו במהלך חקירותיהם או מעצרים. כן, איומים על בני משפחת הנחקר כשחלקם בעלי גון מיני.

ד. "קסעת א-טאולה" - מהלך החקירה החוקר כופה על הנחקר לכרוע או לשבת (על הרצפה או כיסא ה"שאבח") לפני שולחן, כשגבו אל השולחן. החוקר מניח את זרועות הנחקר כבולות ומתוחות לאחור תוך שהוא יושב על השולחן, דורך על כתפיו של הנחקר ודוחף אותו קדימה. הזרועות נמתחות עוד יותר. החוקר משיג אפקט דומה כאשר מושך את רגלי הנחקר.

ה. "קמבז"/"כריעת צפרדע" - במהלך החקירה הנחקר כורע על בהונות רגליו כשידיו כבולות מאחורי גבו. אם הוא נופל מכריחים אותו לשוב לתנוחה, לעתים תוך מכות ובעיטות. זהו אמצעי אשר נוקטים בו משך שעות לסירוגין.

ו. טלטולים - טלטול הנחקר בישיבה או עמידה תוך הכאתם של האגרופים, האוחזים בדשי החולצה, בחזה הנחקר. ראשו של הנחקר מוטח בחוזקה קדימה ואחורה. נערך משך שניות ועלול לגרום למקרי מוות (חריזאת).

ז. סטירות, מכות, בעיטות, הכאבה באמצעות אזיקים - אלה ננקטים בזמן החקירה עצמה, וגם כלפי אברים רגישים.

ח. כליאה בנידוד: ארון ופרג'יזר - באגפי החקירות נכלאים החשודים בשלוש דרכים: צינוק בסגנון בתי הכלא הרגילים וארון קטן בגודל כמטר על מטר חשוך וסגור כמעט לחלוטין עם חוץ צר לאור. העציר מוחזק שעות בארון, לעתים כשהוא מחוסה וקשור בשק. ישנם ארונות עם מדרגה לישיבה. ישנם כאלה המוחזקים בקירור של מזגן.

ט. בננה - כבילת ידיו של העצור, בעת שהן מאחורי גבו, לרגליו.

י. מקלחות קרות - כשמן כן הן. כמו גם, הושבת העציר מתחת לברז מים פתוח וקשירתו לכיסא כשרגליו טבולות במים, לעתים מול מאוורר.

יא. איזוק לוחץ - גורם לפצעים היקפיים בידי ורגליו של הנחקר.

יב. מוות (תוצאה שיכולה להיות מסתברת מטלטול) - עד כה, ידועים עפ"י דיווחי הועד הציבורי נגד עינויים ובצלם על שמונה מקרי מוות עקב חקירה. שבעה מהם אירעו בשנים 1988-90. האחרון שבהם נגרם עקב הפעלת שיטת הטלטולים. במקרה מדובר על עבד אל-צאמד חריזאת שנעצר ע"י השב"כ באפריל 95' ובמהלך חקירתו הופעלה כלפיו שיטת הטלטול. מהלך החקירה, ביום המעצר, איבד חריזאת את הכרתו והובהל לבית החולים הדסה עין-כרם. הכרתו מעולם לא שבה אליו וכעבור שלושה ימים הוא נפטר. ממצאי נתיחת הגופה במכון הפתולוגי העידו כי מותו הינו תוצאה של דימום בראשו שנגרם מהטלטול¹⁵⁵.

היקף התופעה¹⁵⁶

2. ארגון "בצלם" מעריך, בהסתמך על ארגוני זכויות אדם ועורכי-דין, כי מדי שנה נחקרים בידי השב"כ בין 1,000 עד 1,500 פלשתינים. כלפי כשמונים וחמישה אחוזים מהם, המהווים לפחות 850 אנשים בשנה, ננקטות שיטות חקירה אלימות. המעשים מתרחשים באגפי החקירות של מתקני שב"ס ומתקני מעצר של המשטרה. הידועים שבהם של המשטרה הם: מגרש הרוסים בירושלים, בית המעצר בפתח-תקוה ובית-מעצר קישון (ג'אלמה) בחיפה. הידוע בהם של השב"ס הוא כלא "שקמה", שבאשקלון.

3. מדו"חות "בצלם" והאגודה לזכויות האזרח, עולה כי הפעלת לחץ פיסי ונפשי בחקירות השב"כ היא תופעה נרחבת, הנמשכת שנים (מאז 1967), כנוהל מקובל לפעילות איסוף מודיעינית¹⁵⁷. ועדת לנדוי אף נתנה מעין תוקף חוקי להיקף זה, שכן היא מציינת מפורשות כי ניתן לפתוח בחקירה נגד כל אדם שישנו יסוד סביר לחשוד כי הוא "מעורב בדרך כלשהי בפעילות חבלנית עויינת, או בחתרנות מדינית האסורה על-פי הדין בישראל או בשטחים. זה הכלל הנקוט בידי השירות מאז ומתמיד ואין לסטות ממנו"¹⁵⁸ (הדגשה שלי). ההגדרה מאד רחבה ובעצם מעניקה לשב"כ מרחב תמרון עצום.

¹⁵⁵ ראו העתירה בעניין חריזאת: בג"צ 5380/95 בעניין הועד הציבורי נגד עינויים בישראל, לעיל הערה 72, בע' 5. נכון לאוגוסט 1999 מבירורים שערכתי עם מוקד "בצלם". על היקפה הנרחב של התופעה ניתן ללמוד גם ממחקרם של קרמניצר ושגב, לעיל הערה 5, בע' 671-670.

¹⁵⁷ שם, שם.

¹⁵⁸ דו"ח לנדוי, לעיל הערה 1, בע' 72.

מה מבין האמצעים הופעל לפי מקורות רשמיים?

4. בבג"צ בעניין הועד הציבורי נגד עינויים¹⁵⁹ אמנם המידע בדבר שיטות החקירה בא מפי העותרים, אבל המדינה לא הכחישה כל שימוש בו ואף הגדילה במתן הסברים לשימוש באמצעי חקירה זה או אחר. כך נתקבלה תמונה כללית של האמצעים בהם נוקט השב"כ תכופות. בין האמצעים הננקטים בודאות: טלטולים, המתנה בתנחות "שבאח", "כריעת צפרדע", הידוק יתר של אזיקים ומניעת שינה (שני האמצעים האחרונים הם אמצעים אינהרנטיים לשיטות החקירה).

החקירות במבחן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

האם קיימת פגיעה בזכות חוקתית?

1. אין ולו ספק קל שבקלים כי קיימת זכות ממשית לשלום הגוף, שהיא חלק מהותי והעיקרי מהזכות שנכתבה עלי ספר, הזכות ל"כבוד האדם וחירותו" לפי חוק היסוד. לפי סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם", ולפי סעיף 4 לחוק זה: "כל אדם זכאי להגנה על חייו גופו ועל כבודו". הזכות מוזכרת מפורשות בחוק ואין צורך בפרשנות כדי לדלות אותה, כפי שמאמץ הנשיא, אהרון ברק, את מה שהוא מכנה כ"מודל הביניים", כדי להראות כי החוק מקפל בתוכו גם את חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, חופש האסיפה וההתאגדות, השוויון, האוטונומיה של הרצון הפרטי ומכאן גם חופש החוזים¹⁶⁰. הזכות לשלמות הגוף והזכות לחיים מצויה, אפוא, ב"מודל המצומם"¹⁶¹ ועל כן, אמור החוק, להגן עליה, ללא כל ספק, ללא תעלולי אקרוטיקה פרשנית.

2. ברור גם כי המונח "כבוד האדם וחירותו" כולל את ההגנה על אנושיותו של האדם, וההכרה כי האדם נברא בצלמו של האל. לשיטתה של יהודית קרפ, זהו הגרעין של המושג כבוד האדם "המדבר בכבוד האנושי במובנו הטבעי המיידית"¹⁶². בעת הדיון בחוק בקריאה ראשונה בכנסת ציין מחבר ההצעה כי: "זוהי הצעת פשרה, והיא נוגעת אך ורק לזכות אחת מכל זכויות האדם... **אולי הזכות החשובה ביותר: זכותו של אדם לחייו, לחירותו, לכבודו - הזכות שבלעדיה אין חברת תרבות; הזכות שבלעדיה אין דמוקרטיה; הזכות שבעצם היהדות נתנה לעולם, שאדם נברא בצלם ואין הוא רכוש, ואין הוא קניין, ואין משעבדים אותו, ואין הוא עבד.**

¹⁵⁹ לעיל הערה 2, סעיף 13-8 לפסק דינו של ברק.

¹⁶⁰ ראו: אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: היקף והגבלות" משפט וממשל א' (תשנ"ג) 253, 261.

¹⁶¹ אהרן ברק פרשנות במשפט בעי' 414-413.

¹⁶² יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כח' (תשנ"ה) 129, 137.

כל אדם מכוח עצמו יש לו זכויות שעמן הוא נולד¹⁶³ (הדגשה שלי). אם כן, הזכות מגינה על האדם מפני "החילול, הביזיון, הבושה והמבוכה, הפוגעים בצלם האדם"¹⁶⁴ ובהם איסור על ענישה אכזרית וזכותו של אדם לקיום בסיסי בכבוד.

3. מעשי ארגון השב"כ מהווים פגיעה חמורה בזכות יסוד החקוקה עלי ספר ואשר על כל רשות מרשויות השלטון לכבדה ולנהוג בהתאם. כדי לפגוע בזכות שכזו יש לחוקק חוק. מעבר לצורך בחקיקת חוק, עליו עמדנו לעיל, יש לחוקקו גם לפי דרישתו של סעיף 8 לחוק היסוד: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". כאמור, חוק איין.

4. מעניינת השאלה ההיפותטית, באם היה חוק שכזה, האם בכל זאת היה עומד בתנאי פסקת

ההגבלה (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)?

א. ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית - לפי סעיף 1 לחוק היסוד, "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך חיי האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכולדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". כידוע, במגילת העצמאות מצוין כי: "מדינת ישראל... תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל...". בסעיף 2 לחוק היסוד מצוין, כי מטרת החוק להגן על כבוד האדם לפי ערכיה של המדינה היהודית והדמוקרטית.

בעת העתיקה נראה כי עינויים הופעלו בכל החברות. אם כי, ככל הנראה, החברה היהודית היוותה חריג! לפי המסורת היהודית העינוי נתפש כמנוגד לדת היהודית. עמדה זו של המשפט העברי אומצה ע"י הכנסייה הנוצרית הצעירה¹⁶⁵. יחד עם זאת, סביר כי הן היהדות והן החברה הדמוקרטית המודרנית יצדיקו פגיעה בזכות למען ערך חשוב יותר - קדושת החיים.

פרופ' ליאון שלף מביע דעה כי יש לערוך הבחנה בין עינויים למטרות שונות: (1) חקירה; (2) הפחדה; (3) ענישה; ו(4) מניעה¹⁶⁶. הבחנה אשר ועדת לנדוי לא עשתה, ולדעתו של שלף דבר זה פגע בדיונה המהותי בסוגיה. באשר להפחדה וענישה אין חולקים כי שימוש בכוח לצורך אלה מנוגד לעקרונות מדינה דמוקרטית נאורה. לאלה ניחוח של משטר דיקטטורי חשוך "ימי-

¹⁶³ ד"כ, תשנ"ב 1235.

¹⁶⁴ יהודית קרפ, לעיל הערה 162, בע' 136.

¹⁶⁵ Supra note 81, at p.1

בינמי". באשר לחקירה, הרי שלמדינה בעלת הכוח הצבאי השיטורי, להבדיל מן האזרח הבודד, יש את הכוח לפעול בדרכים אחרות טרם התממשותה של סכנה ברורה ומיידית¹⁶⁷. אם כי ועדת לנדוי, כאמור התירה להשתמש ב"לחץ פסי מתון" לצורך מטרה זו (זוהי החלטה בעייתית שבקרתי לעיל). לא רק ועדת לנדוי לא הפרידה בין המטרות השונות, אלא גם המשפט הביני"ל. כל המצבים מוזכרים בנשימה אחת באמנת האו"ם נגד עינויים, ועליהם מוטל איסור מוחלט¹⁶⁸. שלף מביא את הדוגמא הקלאסית של "הפצצה המתקתקת" ורואה במצב בו (1) **סכנה מיידית**; (2) **בקנה מידה גדול**; (3) **וכאשר הנזק בלתי הפיך - מצב המתיר, מוסרית, עריכת חקירה כוחנית**. לדבריו, רק בהתקיים שלושת תנאים אלה והעינויים מופעלים למען המטרה המניעתית בלבד, הרי שישנה הצדקה מוסרית לעריכתם¹⁶⁹. גישה של איסור מוחלט נראית לו: "מחד גיסא, כניתוק מוחלט מן המציאות החברתית המרה, ומאידך גיסא, מנוגדת לעקרון הפשוט והברור של הגנת הצורך במשפט הפלילי"¹⁷⁰. מעבר לכך, להשקפתו: "נושא המאבק נגד הטרור הינו סבוך וכאוב, וכמוהו נושא העינויים. רצוי שנבחן סוגיות אלה במידה מירבית של יושר אינטלקטואלי וכנות אנושית, ולא ננסה (הן כחברה כולה והן כנציגיה) לחפש ניסוחים מלבבים ואקדמיים שאין מאחוריהם ולא כלום"¹⁷¹. עיקר טרוניותיו כלפי העיון והדיון בסוגיית העינויים כמו גם בסוגיית המתת-החسد הן עקב החלקיות של אלה. בסוגיית העינויים קיימת, לרוב, בדיון האקדמי, התעלמות מקדושת החיים והתרכזות בכבוד-האדם; ובסוגיית המתת החסד, קיימת, לרוב, בדיון הרפואי-משפטי, התעלמות מכבוד-האדם, תוך התרכזות בקדושת החיים¹⁷².

לדעתי, ניתן לאמץ ניתוח זה של שלף כמייצג את ערכיה של חברתנו. התרת העינויים למטרות חקירה כלליות-איסופיות-שוטפות תהווה בעיה, הן מבחינה חברתית וההשלכות על דרכי פעולת שירות הביטחון הכללי (ראו דיון בנושא מוסר ומדינה לעיל) והן מבחינת דרישת המידתיות (ראו להלן).

¹⁶⁶ ליאון שלף "הרע במיעוטו - על דו"ח ועדת לנדוי" פלילים א' (תש"ן) 185, 199-200.

¹⁶⁷ שם, שם.

¹⁶⁸ ראו סעיף 111) לאמנה, לעיל הערה 119.

¹⁶⁹ ליאון שלף, לעיל הערה 166, בע' 197: "immense, immediate and immutable".

¹⁷⁰ שם, בע' 207.

¹⁷¹ שם, שם.

¹⁷² שם, בע' 216: "דעתי היא, שלא יתכן פתרון אמיתי ואנושי אף לא לאחת משתי הסוגיות העדינות והכאובות של המתת חסד ועינויים, כל עוד לא כורכים יחדיו, באופן ישיר, את שני הערכים העומדים ביסוד כל אחת מהן - קדושת החיים וכבוד האדם. רק בחינה יסודית של שניהם ובחירה כאובה ביניהם, בחירה של הרע במיעוטו, או אולי הטוב במירבו, תאפשרנה תוצאות סבירות, הגיוניות והגונות".

יודגש, כי דעתו של ליאון שלף איננה סוף פסוק וישנם רבים אשר יחלקו וחולקים עליה. רבים גם ייראו בשיטתו השארת המצב כפי שהוא, שכן תמיד יציג השירות את הסיטואציה כ: מיידית, בקנה מידה גדול ובלתי הפיכה.

ב. שנועד לתכלית ראויה - כאמור, אין ספק כי התכלית הראויה היחידה שתצדיק שימוש בכוח תהא השגת מידע למען הצלת חיי חפים מפשע. השגת מידע אבסטרקטי שאין לו נגיעה לאירוע קונקרטי שיש בו כדי לפגוע בחיים אינו מהווה תכלית ראויה בהתחשב בגודל הפגיעה בזכות. זאת, כמו גם מטרות של הפחדה וענישה (ראו לעיל).

ג. ובמידה שאינה עולה על הנדרש - בבג"ץ בעניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל¹⁷³, קבע הנשיא ברק כי מבחן המידתיות יהא מורכב משלושה מבחני משנה¹⁷⁴. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן ההתאמה, או הקשר הרציונלי. אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם חוקתית - ובענייננו, הפוגע בכבוד האדם - הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. **האמצעי החקיקתי צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה החקיקתית**; מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. **האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית - ולענייננו הפוגע בכבוד האדם - הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר**; מבחן המשנה השלישי, הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). האמצעי הנבחר - אפילו מתאים הוא (רציונלית) להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי מתון ממנו - צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית. **זהו מבחן הבוחן את התוצאה של החקיקה, והאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית**. אם השימוש באמצעי החקיקתי גורם לפגיעה חמורה בזכות האדם בעוד התועלת הצפויה ממנו לציבור הינה מזערית, יתכן כי החקיקה חורגת מהמידה הדרושה (במובנה הצר).

מבחן המידתיות בעצם אינו מאפשר במקרנו, אפשרות אחרת חוץ מהפעלת עינויים אך ורק במקרים בהם הסכנה מיידית והנוזק הצפוי הוא גדול ובלתי הפיך. שכן, המבחן דורש לא רק קשר רציונלי בין האמצעי למטרה ובמידה שתהווה את הרע במיעוטו, אלא גם בחינת האפקט שיהיה לחקיקה מנקודת מבט פרוספקטיבית. עינויים לצרכי חקירה שבשיגרה אינם עונים על דרישה זו של מידתיות, שכן הם לא תמיד מהווים את האמצעי החמור פחות שניתן לנקוט וכמו כן, הם מובילים להסתמכות יתרה אולי על שיטה אלימה, תוך הזנחת אמצעים אחרים. זאת, לעתים תוך השחתת המידות בשירות הציבורי.

¹⁷³ בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (טרם פורסם).

5. שאלה נפרדת וחשובה לא פחות היא האם פקרטית ניתן לחוקק חוק כזה וכיצד ינוסח? זאת, במיוחד לאור הנורמות הנחרצות של המשפט הבינ"ל והסכנה של מיסוד העינויים על ידי חוק שכזה, כך שלבסוף עלולים אנו לשאול "מה הואילו חכמים בתקנתם?". על כך בפרק הסיכום, שבחלק ז'.

חלק ו'

פסיקת בית הדין הגבוה לצדק בענייני חקירות השב"כ

"וכי-יגור אתך גר בארצכם לא תונו אתו; כאזרח מכם יהיה לכם הגר הגר אתכם ואהבת לו כמוך

כי-גרים הייתם בארץ מצרים אני יהוה אלהיכם; לא-תעשו עול במשפט במדה במשקל

ובמשורה; מאזני צדק אבני-צדק איפת צדק והין צדק יהיה לכם אני יהוה אלהיכם אשר-

הוצאתי אתכם מארץ מצרים; ושמרתם כל חקתי ואת-כל-משפטי ועשיתם אתם אני יהוה"¹⁷⁵

"תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר אתכם"¹⁷⁶

פסק-הדין בעניין סלחאת¹⁷⁷

1. ההחלטה הראשונה והיסודית ביותר אשר ניתנה בפסיקה טרם פסק הדין החדש בעניין (יסודית יחסית, אם כי מתעלמת מנקודות חשובות רבות), כאישור להמלצות דו"ח ועדת לנדוי ואימוצן כחלק מן המשפט הישראלי, הייתה בעניין מוראד עדנאן סלחאת והועד הציבורי נגד עינויים נגד ממשלת ישראל, ראש ממשלת ישראל וראש השב"כ. הבג"צ הוגש כנגד המלצות דו"ח לנדוי. העתירה כוונה למען: הפסקת הלחץ הפסיכולוגי והלחץ המתון; הפסקת הלחץ כפי שמאושר ב"קובץ הנחיות לחוקר השירות" ע"י ועדת השרים; ופרסום ציבורי של קובץ זה שהוא גם החלק החסוי של הדו"ח. זאת, עקב השימוש הבלתי נכון חוקית שנעשה בהגנת הצורך; סתירה של המשפט הביני"ל; וסתירת הוראות חוק יסוד כ"א וחירותו. העתירה נדחתה נדחה מחמת היעדר מקרה קונקרטי וקיומם של גופים מבקרים אחרים כגון מח"ש, מבקר המדינה, ועדת המשנה לשירותים של ועדת חוץ וביטחון של הכנסת. לראייתו של שלמה לויך הנושא יכול להתעורר בהליכים קונקרטיים ואין סיבה להתייחסות מופשטת. עמדה נורמטיבית, לראייתו, יש שתינקט בכל מקרה לגופו. שכן, השב"כ, גם אם העתירה תתקבל וייפסלו הנחיותיו הפנימיות של השירות או המלצות דו"ח לנדוי, יוכל להמשיך בפעולותיו על סמך הגנת הצורך בלבד!¹⁷⁸ ועניין זה ייבדק עפ"י נסיבות קונקרטיות של כל מקרה ומקרה. לויך קובע כי מעמד ההנחיות המיוחדות אשר הוצאו ע"י ועדת לנדוי הוא של הנחיות פנימיות. בחינתן של אלה והמלצות דו"ח לנדוי, לאור חוק היסוד, הדורש פגיעה בזכות רק ע"י חוק מפורש, תיעשה,

¹⁷⁵ ויקרא יט', לגי-לזי.

¹⁷⁶ במדבר טו', טז.

¹⁷⁷ בג"צ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל פ"ד מז(4) 837.

¹⁷⁸ שם, בסעיף 6 לפסק דינו של השופט שלמה לויך.

לראייתו, כאשר ייבדק מקרה קונקרטי¹⁷⁹. לסיום כותב לוי: "כל מה שאוכל לומר בענין זה הוא שאיני רואה את עצמי קשור לתיזה כלשהי בדבר חוקיותן של פעולות חוקרי השב"כ"¹⁸⁰.

2. מפליא לקרוא משפט מסכם זה של לוי באשר לאי-ההתחייבות לעמוד מאחורי כל תיזה משפטית, בזמן ששתי פסקאות קודם לכן הוא כותב כי הגנת הצורך יכולה לעמוד לחוקרי השירות בדיעבד. יודגש, כי משמעות פסיקה זו היא בעצם שאין כלל צורך בהנחיות המיוחדות שניתנו ע"י הועדה לחוקר. החוקר יכול להפליא מכותיו בעציר ללא גבולות, שכן תעמוד לו הגנת הצורך במקרים מסוימים. כאמור, בחנתי את הבעייתיות שבהגנת הצורך ושימושה ע"י שירותי המדינה השונים. מיותר יהיה לציין, כי השופט שלמה לוי לא "שכח" להתמודד עם סוגיות כגון: חוקיות המנהל, חוקי היסוד, כשהוא מנער חוצנו מן העניין ומסרב לקשור עצמו לשום תיזה משפטית בנושא. הוא פשוט השאיר זאת לדיון ב"הליך קונקרטי".

ההחלטות בעניין בילביסי¹⁸¹ וחמדאן¹⁸²

3. עם המשך התגלגלות האירועים הגיעו לבג"צ שני "מקרים קונקרטיים" במהלכם ביקשו עותרים עצירים להפסיק את אמצעי החקירה נגדם: **בילביסי נ' השב"כ**; **וחמדאן נ' השב"כ** (ההחלטה הראשונה מינואר 96' והשנייה מנובמבר 96', בהתאמה). בעניין בילביסי אף ביקש בא-כוח העותר כי הוא מוכן לקבל את טענות השב"כ בדבר הצורך הדחוף בחקירה אם כי מבקש הוא להגביל את צו-הביניים להימנעות מהפעלת שיטת הטלטולים הקטלנית בפוטנציה. בשני המקרים, פסק ביהמ"ש לביטולו של צו הביניים אשר הפסיק זמנית את החקירות נגד העצירים ללא דיון עקרוני בעניין הגנת הצורך ומקום תחולתה על רשות מנהלית. בבג"צ חמדאן, מציין הנשיא ברק כי: **"...בביטולו של צו הביניים אין משום היתר לנקוט במהלך החקירה של העותר צעדים שאינם כדון, והעומדים בניגוד לחוק. לעניין זה לא נמסר לנו כל מידע באשר לדרכי החקירה בהם מבקש המשיב לנקוט, ואיננו מביעים כל עמדה ביחס אליהם. זאת ועוד: החלטתנו מכוונת לצו הביניים בלבד ואין בה משום נקיטת עמדה סופית ביחס לשאלות העקרוניות שהועלו בפנינו והקשורות לתחולתה של הגנת הצורך והיקפה"**¹⁸³.

השופטים חשין ומצא הצטרפו לפסק דין זה של ברק. בעניין בילביסי, נתקבלה החלטה דומה ונושא חוקיות שיטת הטלטולים הושאר לדיון בעתיד.

¹⁷⁹ ש"ס, סעיף 8 לפסק דינו של השופט שלמה לוי.

¹⁸⁰ ש"ס, ש"ס.

¹⁸¹ בשג"צ 336/96 בילביסי נ' השב"כ (לא פורסם).

¹⁸² בג"צ 8049/96 חמדאן נ' השב"כ (לא פורסם).

¹⁸³ ש"ס, סעיף 6 לפסק דינו של ברק.

4. הנשיא, ברק השאיר בפסק-דין חמדאן פתח לביקורת שיפוטית על שיטות החקירה של השב"כ ומעמדן החוקתי. מתמיה מדוע לא דן כבר במקרה זה (או בהחלטה בעניין בילביסי) בשאלה זו, שכן בפס"ד סלחאת ציין שלמה לוי מפורשות כי כשיגיע מקרה קונקרטי לבית המשפט תידון השאלה. בפסקי הדין, אין כלל התייחסות בפסיקה הקונקרטית לחוק הבינ"ל האוסר עינויים וחל על תושבי השטחים שהם הנדונים במקרים הנ"ל. כמו גם, שאין כל מלה המזכירה את כבוד האדם המופנה לכל רשויות המדינה, ע"י החוק, ישירות ומפורשות. הדבר הכי מוזר בהחלטות אלה הוא דבריו של אהרון ברק באשר לכך שאל לשב"כ לפעול כלפי העותר בניגוד לחוק! וכי התחוור זה מכבר מהו החוק בעניין זה?

184 ההחלטה בעניין מובארכ

5. בבג"צ מובארכ, עתר נחקר שב"כ על ארבע שיטות חקירה שהופעלו נגדו (ההחלטה מיום 17 בנובמבר 96). לטענתו ננקטו כלפיו ארבע טכניקות: (1) ידיים אזוקות ומתוחות לאחור, דרך כסא נמוך עליו ישב; (2) כיסוי ראש בשק המגיע עד כתפיו; (3) מוסיקה רועשת בהמתנה לחקירה; (4) מניעת שינה משך שעות רבות בהיותו בהמתנה לחקירה. בא כוח השב"כ הסביר כי: (1) אזיקה לאחור נעשית למען שמירה על ביטחון מתקן החקירות והחוקרים, כדי למנוע תקיפתם, ולא לצרכי חקירה, כמו גם, שאין נמתחות ידי הנחקר לאחור, שכן דבר זה אסור גם לשיטת השב"כ; (2) אין באמצעי השק בבחינת עינוי וכל מטרתו הוא מניעת זיהויים של נחקרים אחרים בעת ההמתנה; (3) השמעת המוסיקה נעשית כדי למנוע תקשורת בין הנחקרים בשעת המתנה לחקירה; (4) מניעת השינה אינה אקטיבית, אלא בשעת המתנה לחקירה, כמו גם שצרכי הביטחון הדוחקים הצדיקו חקירה אינטנסיבית.

6. מהטעמים הנ"ל נדחה ערעורו של מובארכ ללא כל דיון בהשלכות החקירה על זכויות האדם, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וודאי שלא החוק הבינ"ל. בנוסף, נטה ביהמ"ש להתעלם מטענתו העיקרית של מובארכ, שהתייחסה לסבל שנגרם לו עקב שילוב האמצעים שהופעלו כנגדו. בג"צ פרט את האמצעים וקיבל על כל אחד מהם מענה שמצאהו הולם לפי טענות השב"כ. בעתירה עצמה לא נטען בשום מקום שאמצעי כלשהו, בנפרד מן השאר, מהווה עינוי. כאן המקום גם להזכיר את הפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בדבר אירלנד נגד הממלכה המאוחדת (ראה לעיל), שם התייחס בית הדין לשיטות במשולב ולא בנפרד וקבע כי הן עולות לכדי: "יחס בלתי אנושי ומשפיל". בהחלטה בעניין מובארכ נהפכו אמצעי החקירה

¹⁸⁴ בג"צ 3124/96 מובארכ נ' השב"כ (לא פורסם).

עצמם, לאמצעים נלווים אשר הם כורח נסיבות וקשיים מנהליים! דבר זה סותר את הדיון המשפטי הקודם בסוגייה אשר ראה בשיטות אלה את אמצעי הלחץ של החקירה עצמה!

7. מעניין גלות כי מנתונים רשמיים שהגיש השב"כ לבית המשפט, בעניין זה, עולה כי נמנעה שינה של מקסימום 48 שעות ברציפות ובממוצע ישן שעה וארבעים וחמש דקות ביממה, משך יותר מארבע יממות¹⁸⁵. תקופות מנוחה של יותר מיממה התרחשו תמיד בשבת¹⁸⁶. עולה השאלה מה קורה לצורך הביטחוני הדוחק לסכל פח"ע במהלך סוף השבוע? כמו כן, עד הדיון בעתירה נחקר מובארכ משך שלושה שבועות. עניין זה אך ממחיש את הרעיון כי חקירות לא נעשות תמיד לצורך סיכול מידי של פיגועים, אלא כאמצעי שוטף ושגרתי לאיסוף מודיעין.

פסק-הדין בעניין הועד הציבורי נגד עינויים¹⁸⁷

1. עם השנים (1994-1999) הצטברו שבע עתירות של ארגוני זכויות האדם בישראל ועותרים פרטיים נגד שיטות החקירה של השב"כ. בג"צ החליט לקבצן ולדון בס במשותף. שתי עתירות היו בעלות אופי ציבורי, מטעם הועד הציבורי נגד עינויים והאגודה לזכויות האזרח, וערערו על סמכות השב"כ לערוך חקירות בכוח בכלל ובשיטת הטלטולים בפרט. שאר חמש העותרים הלינו בגין שיטות חקירה שנקטו כלפיהם, בהן: טלטולים, "שבאח", "כריעת צפרדע", הידוק יתר של אזיקים ומניעת שינה.

2. העותרים טענו כי: (א) השב"כ איננו מוסמך כלל לערוך חקירות; (ב) האמצעים הפיסיים בהם נוקט השב"כ פוגעים בכבוד האדם של הנחקר ומהווים עבירות פליליות; (ג) האמצעים נוגדים את המשפט הבינלאומי; (ד) סייג ה"צורך" איננו חל אלא בדיעבד ואיננו מהווה מקור סמכות צופה פני עתיד.

3. נגדם טענה המדינה כי:

(א) לשב"כ סמכות לחקור חשודים בביצוע עבירות נגד ביטחון המדינה. זאת מכוח סמכותה הכללית והשיורית של הממשלה לפי סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה. יחד עם זאת, הסמכות נתונה לכל חוקר מכוח סעיף 12(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) וסמכויות העזר שבצידה.

¹⁸⁵ נספח לבג"צ 3124/96 מובארכ נ' השב"כ, הודעה מטעם פרקליטות המדינה, 17.11.96, עמודים 5-2; ניתן גם למצוא נספח זה בדו"ח בצלם לגיטימציה לעינויים: החלטות בג"צ בעניין בילביסי, חמדאן ומובארכ - מקורות והערות, בע' 18-20.

¹⁸⁶ שם, שם.

¹⁸⁷ לעיל הערה 2.

(ב) באמצעים הפיסיים אין הפרה של המשפט הבינלאומי, שכן הם אינם מכוננים "עינויים", "יחס אכזרי ולא אנושי" או "יחס משפיל" ואף לא גרימת כאב וסבל חמורים.

(ג) האמצעים הם כדין לפי סייג ה"צורך" מחוק העונשין וכאשר מתקיימים יסודותיו של הסייג יכול החוקר להפעיל "לחץ פיסי מתון", כגון טלטול. אם מעשה מסוים בנסיבות מסוימות איננו מהווה עבירה לא ניתן לאסור מראש את ביצועו על כל אדם, אדרבא על חוקר שב"כ, שתפקידו הוא להגן על שלום הציבור.

4. בית המשפט הודה כי בעבר נהג לדחות את ההכרעה בסוגיה. זאת, עקב כך, שלדעתו, לעולם לא שמע את הטיעונים הנורמטיביים באופן כה מקיף כפי זכה לו כעת. השופט ברק מציין כי למרות שחלק מן העתירות היה כללי וחלקן האחר איננו אקטואלי, שכן האמצעים האלימים הופסקו כנגד המלינים, החליט בית המשפט לדון בסוגיה, שכן "מן ההכרח הוא לקבוע את הדין בסוגיה סבוכה זו"¹⁸⁸.

בית המשפט דחה את טענות המדינה אחת אחת וקיבל את טענות העותרים. להלן מסקנותיו.

189 הסמכות לחקור

5. רשות מנהלית המבקשת לחקור אדם חייבת להצביע על הוראת חוק המסמיכה אותה כדין לכך. זאת, עפ"י עקרון שלטון החוק. סמכותה השירותית של הממשלה לפי סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה איננה מנביעה סמכות חקירה שכזו, שכן סמכות זו באה במקום בו קיים "חלל מנהלי". "חלל" שכזה איננו קיים במקרה זה, שכן הוא "מולא" בעקרון הכללי של "חירות הפרט" - חירותו של הפרט שלא להיות אובייקט לחקירה. כדי לפגוע בחירות זו יש לחוקק חוק. זאת, כפי שנעשה, לדוגמא, בחוק האזנות הסתר.

האם קיימת הוראה מיוחדת המסמיכה לחקור? אם כן, מה היקפה של הסמכות?¹⁹⁰

6. כאמור, מקור הסמכות הוא סעיף 2(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות). לפיכך, הסמכות היא זהה לחלוטין לזו של שוטר ממשטרת ישראל. דין חוקר השב"כ, לצורך ניהול חקירה, כדין שוטר. מכאן, קובע בית המשפט, עפ"י פסיקה קודמת בענייני חקירות של המשטרה, כי חל איסור על שימוש "באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים" במהלך החקירה. שכן, כבוד האדם הוא גם

¹⁸⁸ לעיל, הערה 2, בסעיף 17 לפסק דינו של ברק.

¹⁸⁹ שם, בסעיף 19.

¹⁹⁰ שם, בסעיף 20-32.

כבודו של אדם הנתון בחקירה ומסקנה זו עולה יפה עם המשפט הבינלאומי ההסכמי והאמנה נגד עינויים שישראל היא צד לה.

זכויות האדם בזמן חירום

7. מעימות שני האינטרסים - בין הרצון להגן על כבוד האדם של הנחקר וחירותו לבין הרצון לחשוף את האמת ובכך להגשים את האינטרס הציבורי שבחשיפת עבירות ומניעתן - עולה כי חקירה יש שתהא "סבירה". "חקירה סבירה" היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר וללא יחס משפיל כלפיו. אם כי, "חקירה סבירה" עלולה לגרום חוסר נוחות, חוסר שינה מספקת ויכול כי תתקיים בתנאים "בלתי נעימים". לראיית בית המשפט, ניתן לקיים חקירה יעילה ללא אלימות באמצעות תחבולות. הכל, לפי תכלית ראויה ומדתיות. לכן, מניעת שינה, ללא שצרכי חקירה מחייבים זאת, היא שימוש באמצעי חקירה מעבר למידה הדרושה.

8. מכאן, בוחן בית המשפט את שיטות החקירה הנדונות לגופן ומגיעה למסקנות הבאות:

(א) טלטול - אמצעי חקירה פסול הפוגע סגוף הנחקר ומפר את כבודו. האמצעי איננו מדתי.
 (ב) "כריעת צפדע" - אין באמצעי זה כל תכלית חקירתית, אלא השפלתו של אדם ולכן הוא פסול.
 (ג) "שבאח" - מורכב מאיזוק באופן מעוות לכיסא תוך כיסוי ראשו של הנחקר בשק והשמעת מוסיקה רועמת. כל אלה אינם הכרחיים למניעת בריחה הגנה על חוקרים או מניעה מן הנחקר ליצור קשר עם נחקרים אחרים, לפי הסברי המדינה, שכן קיימות שיטות שאינן כרוכות בגרימת כאב וסבל לנחקר. האמצעי איננו מדתי ופוגע בכבודו של הנחקר מעבר לנדרש. כאן, מביא בית המשפט את האסמכתא של פסק הדין בעניין אירלנד נגד הממלכה המאוחדת, שם נדונה שיטת חקירה דומה ונקבע כי היא מגיעה לכדי "יחס לא אנושי ומשפיל". על כן, לשיטתו, ובמיוחד על שום הכאב והסבל הנגרמים מהשילוב בין כל אמצעי ה"שבאח" (מוסיקה, כפיתה בלתי טבעית וכו'), אין אמצעי זה כלול במסגרת החקירה הכללית.

(ד) מניעת שינה - כאמור, ישנן סיטואציות בהן אמצעי זה הוא מדתי והוא נלווה לחקירה. אם נמנעת שינה במכוון מן הנחקר לאורך זמן במטרה לשבור את רוחו אין הדבר מצוי בגדרי חקירה הוגנת וסבירה.

לסיכום קטע זה, לחוקר השב"כ סמכות חקירה של חוק המשטרה. אין לחוקר השב"כ סמכויות

חקירה מיוחדות. חוקר השב"כ כפוף לסייגים החלים על חקירת משטרה.

אמצעי חקירה פיסיים סייג ה"צורך" ושלטון החוק¹⁹¹

9. לשיטתו של בית המשפט אין להסיק מסייג ה"צורך" סמכות כללית לחוקרי השב"כ לנקוט באמצעים פיסיים מהלך חקירה. זאת, על שום האופי של הסייג, עליו עמדתי גם לעיל - הסייג עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של אדם המגיב למצב עובדתי נתון. זוהי, מה שמכנה בית המשפט, פעולה אד-הוק כתגובה לארוע ואימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה. לעומת זאת, סמכות מנהלית כללית מבוססת על קביעת אמות מדה כלליות הצופות פני עתיד.

10. בית המשפט מדגיש, כי עקרון שלטון החוק הפורמלי והמהותי מחייב שפגיעה בזכויות אדם תיעשה בחוק. שלילת אחריות פלילית עפ"י סייג מחוק העונשין איננה תחליף לחוק שכזה. יפים דבריו של הנשיא ברק לעניין זה:

"סייג ה"צורך" אינו יכול לשמש מקור לקביעת כללים באשר לצרכי החקירה. הוא אינו יכול לשמש מקור להסמכת החוקר האינדיבידואלי להפעיל אמצעים פיזיים בחקירה שהוא מנהל. סמכות להתקנת כללים ולפעולה על פיהם מחייבת הסמכה בדבר חקיקה שעניינו סמכות החקירה. בגדריה של חקיקה זו, אם המחוקק ירצה בה, יתן המחוקק דעתו לבעיות חברתיות, המוסריות והפוליטיות הקשורות במתן הסמכה להפעלת אמצעים פיזיים בחקירה. שיקולים אלה לא עמדו, מטבע הדברים, בפני המחוקק שעה שנקבע סייג ה"צורך"... ואין סייג ה"צורך" המקום הנכון לעריכתם של שיקולים אלה...

מתן סמכות לחוקרי השב"כ להפעיל כוח פיזי במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת הפוגעת בכבוד האדם ובחירותם של אלה, מעוררת שאלות יסוד של משפט וחברה, של מוסר ומדיניות, של שלטון חוק ובטחון. שאלות אלה והתשובות להן צריכות להיקבע על ידי הרשות המחוקקת. כך מתבקש מעקרון הפרדת הרשויות ומעקרון שלטון החוק. כך מתבקש מתפיסת הדמוקרטיה עצמה¹⁹².

מסקנות בית המשפט: מה מכאן ואילך?¹⁹³

11. על פי המצב המשפטי הקיים, אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הביטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, הפוגעים בחירותם של אלה, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג

¹⁹¹ שם, בסעיף 33-38 לפסק דינו של ברק.

¹⁹² שם, בסעיף 37 לפסק דינו של ברק.

¹⁹³ שם, בסעיף 38 לפסק דינו של ברק.

"החקירה הסבירה". בדומה, לחוקר שב"כ אינדיבידואלי - כמו לכל שוטר - אין סמכות לנקוט באמצעים פיזיים הפוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק באמצעים המתבקשים בדרך כלל ובאופן אינהרנטי ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה. אם חוקר עומד לנקוט באמצעים אלימים, או נוקט בהם הלכה למעשה, הוא חורג מסמכותו. אחריותו לכך תיבחן על פי הדין הכללי. אחריותו הפלילית תיבחן במסגרת סייג ה"צורך", ועל פי הנחת בית המשפט, אם נסיבות המקרה מקיימות את דרישות הסייג, עשוי החוקר לחסות תחת כנפיו. כשם שקיומו של הסייג בדבר "צורך" איננו יוצר סמכות, כך העדר סמכות איננו שולל, כשלעצמו, את סייג ה"צורך" או סייגים נוספים לאחריות פלילית.

12. היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של "צורך". כמובן, כדי להביא לידי כך שהממשלה תהא מוסמכת להורות על שימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה מעבר למותר על פי דיני החקירה הרגילים - וכדי לגרום לכך שלחוקר השב"כ האינדיבידואלי תהא סמכות לנקוט באמצעים אלה - יש צורך בהוראת חוק כדין המעניקה סמכות זו. הסייג בדבר "צורך" אינו יכול לשמש עוגן לסמכויות אלה.

האם תיאורטית, לשיטת בית המשפט, ייתכן חוק המתיר חקירות אלימות?

13. לראיית בית המשפט: "תיתכן עמדה הגורסת שהקשיים הבטחוניים הם רבים מדי, וכי נדרשת הסמכה לנקיטה באמצעים פיזיים במהלך החקירה. אם אמנם כך יוחלט - ואך טבעי הוא שבעניין זה איננו נוקטים בשלב זה כל עמדה - כי אז ההכרעה בשאלה אם ראוי לה לישראל - בשל קשייה הבטחוניים - לאפשר אמצעים פיזיים בחקירותיה, ובשאלת היקפם של אותם אמצעים - החורגים מכללי החקירה "הרגילה" - היא שאלה שההכרעה בה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם. כאן צריכים להישקל השיקולים השונים. כאן צריך להתנהל הדיון הנוקב. כאן יכולה להתקבל החקיקה הנדרשת, ובלבד, כמובן, שחוק הפוגע בחירותו של הנחקר יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)¹⁹⁴.

14. כאן גם מזכיר בית המשפט את ההחלטה המפורסמת של ועדת לנדוי לדחות את העמדה לפיה פעילותם של שירותי הביטחון תתקיים ב"אזור הדמדומים" שמחוץ לחוק כמו גם את "דרכם של הצבועים, המכריזים על דבקות בשלטון החוק, תוך העלמת עין מן הנעשה מתחת לפני

¹⁹⁴ שם, בסעיף 39 לפסק דינו של ברק. פרקטית, אדון בנושא בחלק ז' לעבודה.

השטח" ולאמץ את "דרך האמת של שלטון החוק". אם כי, לדעתי, הפעם החלטה זו קיבלה משמעות שונה וראויה.

15. דעת היחיד של השופט קדמי לא הייתה כה רחוקה מזו של הנשיא ברק. קדמי קיבל את כל מסקנות פסק הדין והנמקתו. זאת, למעט העובדה שלשיטתו, יש שמשך שנה אחת מיום קבלת פסק הדין עם התרחשות סיטואציה של "פצצה מתקתקת" יוכלו אנשי השב"כ לקבל **אישור מראש** (היתר) מהיועץ המשפטי לממשלה, להפעיל אמצעים פיסיים על נחקרים.

פסק דין "אידיאלי" או "אידיאלי לכאורה"?

16. בית המשפט אכן יישם את הביקורות עליהם עמדתי בחלקים ב' וגי' וה' לעיל בעניין הסמכות המנהלית, הגנת הצורך, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והדין הבינלאומי. לשוחרי שלטון החוק אכן פסק דין זה הוא פנינה אמיתית. אם כי מצאתי בו, בפסק הדין, סממנים של ניסיונות טשטוש דרכה של ועדת לנדוי והשלכות קביעותיה וגם ניסיון לעמעם את הזמן הרב שחלף עד הגיע בית המשפט להכרעה זו.

17. ברק כותב בעניין הגנת ה"צורך" כי: "שלילת אחריות פלילית אינה משמשת הסמכה לפגיעה בזכויות אדם. יצויין, כי ועדת החקירה [ועדת לנדוי] לא קבעה כי הגנת ה"צורך" היא מקור סמכות לשימוש באמצעים פיזיים בתהליך חקירתם של חוקרי השב"כ. כל שנקבע על ידי ועדת החקירה הוא, כי אם חוקר יעמוד בסיטואציה של "צורך" ויהא עליו להחליט אם לבחור ב"רע במיעוטו" - פגיעה בנחקר כדי להציל חיי אדם - יעמוד לחוקר סייג ה"צורך". אכן ועדת החקירה ציינה, כי "החוק עצמו חייב להבטיח מסגרת ראויה לפעילותו של השירות בנושא של חקירות פח"ע, על הבעיות והדילמות המיוחדות המתלוות אליה"¹⁹⁵.

18. אמנם בעמוד 71 לדו"ח ועדת לנדוי כתוב כי החוק צריך להבטיח מסגרת ראויה לפעילות החקירה של השירות, אבל דברים אלה הוצאו מהקשרם! ההקשר המקורי של דברים אלה היה ההצדקה שנתנה הועדה לפעילות השב"כ כפי שנהגה עד פסק הדין, **כמו אומרת "החוק צריך להבטיח מסגרת ראויה והוא גם עושה זאת לפי פרשנותו בסייגים מסוימים!"**. על כן, בהמשך אותו העמוד מדו"ח לנדוי, ממנו ציטט ברק מופיעים הדברים הבאים: **"חקירה יעילה של חשודים בפח"ע לא תתכן בלי שימוש באמצעי לחץ... חקירה כזאת מותרת על-פי הדין, כפי שפרשנוהו לעיל...".** הדברים שציטט ברק מן הדו"ח אינם אומרים כי על הכנסת לחוק חוק

¹⁹⁵ שם, בסעיף 36 לפסק דינו של ברק.

ולכאורה, לשיטתו, דבר זה ידוע מימים ימימה! אין בכל הדו"ח מלה ולא חצי מלה המפנה את המחוקק לפתור את הסוגיה. הדו"ח הצדיק מצב קיים ואך נתן לו מיסוד!

19. נהפוכהו, דו"ח לנדוי כלל לא רצה להיכנס לנושאי החקיקה וזוהי הפסקה שצרנד היה ברק לצטט: "הוגש לנו בשם השירות מסמך שכותרתו "בעיות משפטיות - מבט לעתיד" ובה הצעה מפורטת לחקיקה על-ידי הכנסת בנושאים הקשורים לחקירות פח"ע... בהצעות אלה הושקעה מחשבה רבה והן ראויות לעיון מעמיק, לבירור השאלה העקרונית המקדמית, אם יש מקום לקבוע בחוק הכנסת דינים מיוחדים לחקירות פח"ע, וכן לבירור עניני של ההצעה לפרטיה. אין בדעתנו להיכנס מצדנו לברורים אלה."¹⁹⁶. מיותר יהיה לציין מה עלה ביוזמות החקיקה האלה משנת 1987. כמו גם, שברור העניין שלא היו הן בראש מעיניה של ועדת לנדוי.

20. ידוע לכל כי העתירות בנושאי העינויים בבג"צ זה נדונות משנת 1994 ובית המשפט אף מציין, כפי שהראיתי לעיל, כי רוב העתירות כבר אינן אקטואליות. מדוע לוקח חמש שנים להגיע למסקנה כה פשוטה כי החקירות אינן נעשות בסמכות? כל סטודנט למשפטים לומד בשנה א' בשיעור הראשון של קורס "המשפט המנהלי" את עקרון "חוקיות המנהל" הקלאסי ויכול להגיע למסקנה דומה לזו שהגיע אליה ביהמ"ש! מדוע ביהמ"ש לא פסק בהתאם כאשר החלו לעתור ראשוני המעונים? איפה היה ביהמ"ש כשעתרו סלחאת, חמדאן, בילביסי, מובארכ ואחרים שאינם מוזכרים בעבודה זו? ישנם המעידים כי לאחר פסקי הדין הפחות מתמיאים שסקרתי לעיל קיבל נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, קטונות של בקורת בכנסים בינלאומיים¹⁹⁷. ישנם הנוטים לקשר את ההכרעה למצב הפוליטי (על כך אדון בהרחבה בחלק ז).

21. לדעתי, ההכרעה היא שילוב של מצב פוליטי והתמודדות בית המשפט עם מצב נורמטיבי ברור כשמש. תוצאה שונה הייתה מעוררת ביקורת נוקבת ומוצדקת כלפי בית המשפט, הן בתוך ישראל והן מחוץ לה. זאת, במיוחד לאחר בג"צ "בחורי הישיבות" שהתקבל לפי עקרונות משפטיים דומים וצבירת התאוצה של נושא זכויות הפרט האינדיבידואלי בזירה הבינלאומית (ארועי קוסובו, לדוגמא). כאמור, תהליך השלום גם הוא הופנס יותר בתקופה זו.

22. באשר לדעת היחיד של יעקב קדמי, זו היוותה לדעתי פתרון לא רע לסוגייה, לפחות באופן זמני. דעת הרוב השמיטה מתחת לחוקרים הרגילים לעבוד במתכונת מסוימת את כל הקרקע. קדמי יצר "תחליף" אשר יוכל להדריך אותם ולמנוע בלבול וזעזוע. אחרי הכל עלינו לזכור שהמדובר בשירות המדינה העושה ימים ולילות לשמירת הביטחון. אין המדובר ב"ניסיון מדעי" שברצוננו לחקור תוך שימוש בכללי הניסוי והתעייה. קדמי החליט להעניק בידי היועץ המשפטי סמכות

¹⁹⁶ דו"ח לנדוי, לעיל הערה 1, בע' 73.

"מעין שיפוטית" שתקבע קודם לחקירה אם מותרת היא אם לאו. דבר זה יש בו כדי להוריד מכתפי החוקרים את נטל הפעלת שיקול הדעת וההסתכנות בהעמדה לדין. אם כי, סביר שהיועץ המשפטי הנחה מראש את החוקרים (כפי גם שאראה להלן מהתבטאויותיו לאחרונה) על התנאים שבהתקיימם מותר לפתוח בחקירה.

23. סיבה נוספת לצורך בפיקוח מראש היא הדילמה שיעמוד בה היועץ המשפטי כאשר חוקר שב"כ יעמוד בפניו ל"בחינה" לאחר חקירה בכוח. הנטייה תהיה, מן הסתם, לקולא! היועץ המשפטי איננו דמות "אדישה" לממסד הביטחוני. על כן, לדעתי דרוש כאן פיקוח הדוק יותר על פתיחת החקירות, שיעשה מראש! לשון אחר, ה"שסתום" שמראש יהיה צר יותר מן ה"שסתום" שבדיעבד. זאת, בין שאת ה"שסתום" יגלם היועץ המשפטי ובין שתגלם אותו ערכאה מיוחדת. בעניין פתרונות אפשריים אדון גם בחלק הבא.

¹⁹⁷ משיחה בעל-פה שערכתי עם ליאון שלף בנוגע לסוגיית העינויים.

חלק ז'סופו של מסע? ערעורים והרהורים

"ונבון תחבולות יקנה"¹⁹⁸

"כי בתחבולות תעשה לך מלחמה"¹⁹⁹

1. עמדנו הן על ההתנגשויות התיאורטיות בין ביטחון-המדינה לזכויות-אדם והן, על העימותים הפרקטיים שבין האיסורים החוקיים המוניציפליים והבינלאומיים, לבין המעשים שנקטים בפועל ע"י השב"כ בגיבוי המדינה עד לאחרונה. ראינו כיצד בפסק דין אמיץ שינה בית המשפט העליון בפסיקתו את מסלול החברה הישראלית לכיוון מפואר בהוספת נדבך חשוב לבניין שלטון החוק והדמוקרטיה הליברלית.
2. אין ספק שסוגיית העינויים קשורה בטבורה גם לפוליטיקה וככזו יש לשפוט אותה גם על פי אמות מידה מדיניות-חברתיות. הפסקת שיטות החקירה בכוח לאלתר גם במקרים של "פצצה מתקתקת" נראית לי אופציה בלתי-מציאותית בהווי הישראלי הנוכחי. שום ממשלה בימים אלה לא תסכים לקבל על עצמה כיום את הפסקתן של שיטות החקירה בכוח. מצב בטחוני שליו יותר היה יכול לשנות מסקנה זו. כדי להבין היכן המצב עומד כיום ובפני מה אנו מתייצבים, אסקור כעת את התגובות לאחר מתן פסק הדין בעניין החקירות.
3. מיד עם קבלת פסק הדין האחרון בעניין הועד הציבורי נגד עינויים השמיעו מקטרגים משירות המדינה והפוליטיקה קולם. בכירים בשב"כ טענו כי "בג"ץ קשר לנו את הידיים"²⁰⁰ או כי "החקירות יהיו כמו קייטנה"²⁰¹ אם כי ראש השב"כ, עמי איילון, הבהיר כי השב"כ יישם את פסק הדין באופן מיד²⁰². סגן שר הביטחון אפרים סנה הביע נרגנותו על רקע הפגוע בטבריה בדברים אלה: "מה עלול היה לקרות, אילו אחד מהמחבלים שהתפוצצו אתמול בטבריה ובחיפה, היה נותר בחיים, והיה צורך לתחקר אותו. איך היינו מוציאים ממנו מידע? באספרסו? בקפוצ'ינו? בשטרודל עם חמאה חמה?"²⁰³. חבר הכנסת חנן פורת התריס: "הגענו למצב שבו עדיף לפרק את השב"כ ולהפקיד את ביטחון אזרחי מדינת ישראל בידי שופטי הבג"ץ בעצמם. שינסו הם להילחם בטרור עם ידיים כבולות בפסקיו של בג"ץ"²⁰⁴.

¹⁹⁸ משלי א', ה'.

¹⁹⁹ משלי כד', ו'.

²⁰⁰ "תדהמה בשב"כ: בג"ץ 'קשר לנו את הידיים' מעריב (7.9.99).

²⁰¹ שם, שם.

²⁰² שם, שם.

²⁰³ שם, שם. אציין, כי החקירה בעניין הפיגועים בטבריה התפתחה על ידי המשטרה באופן מרשים, בין היתר, על ידי

חקירה "רגילה" של אחד מחברי החוליה שנשאר בחיים.

²⁰⁴ שם, שם.

4. מנגד גם קמו המסנגרים, בראשם שר המשפטים, יוסי ביילין, שהתגאה בהחלטת שופטי העליון. השר לביטחון פנים, שלמה בן עמי, גם הוא כינה את הפסיקה כ"גאוה לדמוקרטיה הישראלית", למרות הקשיים שזו מערימה על עבודת השב"כ²⁰⁵. ראש הממשלה, אהוד ברק, אמר כי הוא מכבד את פסיקת בג"צ אולם "יש למצוא דרך שבה ניתן יהיה לחקור בנסיבות של פצצה מתקתקת כדי להציל חיי אדם... אנו לא חיים בהולנד"²⁰⁶.

5. דומני כי רוב התגובות שהבאתי לעיל, יום לאחר מתן פסק הדין, סובלות מחוסר הבנה בסיסי של הנושא עקב אי-קריאתו של פסק הדין ומגודש יתר של קלישאות פופוליסטיות. הדוברים לא הבינו כי חקירה עדיין יכול שתהא אגרסיבית או "בלתי נעימה" כפי שנוהגים במשטרה ובנוסף, במקרה של "פצצה מתקתקת" ניתן לחקור בכוח.

6. היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין קיים ויכוח עם שר המשפטים, יוסי ביילין, וטען כי פסק הדין יוצר מצב קשה לחוקרי השב"כ וכי יש לעגן בחקיקה סמכויות חקירה²⁰⁷. זאת, כאשר רובינשטיין אמר כי בדעתו להוציא הנחיות פנימיות חדשות שייקבעו כללים שינחו את חוקרי השב"כ לפעול בהתאם לסייג הצורך. אם כן, באשר לחקיקה אליה כיוון רובינשטיין, זו "...לא תהיה אימוץ של מה שהיה עד עכשיו... מפני שבג"צ הביע דעתו בצורה ברורה על כך שחלק מאמצעי החקירה שבהם נעשה שימוש עד עכשיו, הוא בלתי-חוקי"²⁰⁸.

7. בדיון שנערך ב-15 בספטמבר, בהשתתפותם של חברי ועדת השרים לענייני השב"כ, בלשכת ראש הממשלה נבחנו דרכים להסדרת הפעילות בשב"כ²⁰⁹. בין אלה:

(א) הנחיות כלליות וגיבוי בדיעבד - לא יחוקק חוק, אך היועץ המשפטי ינחה את החוקרים לגבי אמצעים מותרים. "פצצה מתקתקת" תיבחן ע"י היועץ המשפטי בדיעבד ותגובה אם לא נעשו פעילות חריגות או בלתי-סבירות.

באפשרות זו תומכים שר המשפטים, יוסי ביילין, ופרקליטת המדינה, עדנה ארבל.

(ב) חוק שב"כ - יסמיך באופן כללי את חוקרי השב"כ להפעיל כוח בחקירות וינחה חוקרים באמצעות היתרים חדשים וסודיים שיעמדו לביקורת שיפוטית.

(ג) הוראת שעה - סעיף חקירות יוכנס לפקודה למניעת טרור כהוראת שעה שתוארך מדי שנה.

באפשרויות (ב) ו(ג) תומכים ראש הממשלה, השב"כ והיועץ המשפטי.

²⁰⁵ ש.ם, ש.ם.

²⁰⁶ ש.ם, ש.ם.

²⁰⁷ "מחלוקת רובינשטיין-ביילין על התגובה לבג"צ העינויים" הארץ (7.9.99).

²⁰⁸ "רובינשטיין תומך בחקיקה שתעקוף את בג"צ השב"כ" ידיעות אחרונות (8.9.99).

²⁰⁹ "השב"כ דורש: להוציא מיד הנחיות על אמצעים מותרים" ידיעות אחרונות (14.9.99); "ראש הממשלה ידון בהתאמת חקירות השב"כ לפסיקת בג"צ" הארץ (15.9.99).

8. באותו הדיון, ועדת השרים המיוחדת וראש הממשלה מינו ועדה מקצועית שתמצא פתרון חוקי להפעלת כוח בחקירת חשודים בטרור. בוועדה יהיו חברים נציגי משרד המשפטים, השב"כ ומשרד הביטחון. בראש הוועדה תעמוד המשנה לפרקליטת המדינה, רחל סוכר. הוועדה נתבקשה להגיש המלצותיה תוך חודש²¹⁰. טרם הדיון, הגישה המשנה ליועץ המשפטי, יהודית קרפ, דו"ח מיוחד לראש הממשלה, בו היא מעריכה כי חוק שיתיר עינויים בשב"כ יפסל ע"י בג"צ²¹¹. בדו"ח ציינה קרפ גם את סיבות התנגדותה למהלך של חקיקה ביניהן סיבות ערכיות, מוסריות ומשפטיות וכן, הבעיה בתדמיתה הבינלאומית של ישראל²¹².

האם אופציית החקיקה אפשרית?

9. עקרון חוקיות המנהל, כאמור, מחייב העלאת כללים הפוגעים בזכויות הפרט בחוק. מכאן נובעת בעיה נוספת - מה ראוי שיחוקק בחוק? הרי כיום, עפ"י המשפט הבינ"ל האיסור לענות הוא מוחלט גם בשעת חירום. כמו גם, שאף מדינה לא תרצה להפוך עצמה ל"מדינת אינקוויזיציה מודרנית" כפי שכונה עו"ד אביגדור פלדמן את תוצאת פרסום דו"ח לנדוי²¹³. מגרעה עיקרית בדו"ח לנדוי הייתה מתן גושפנקא חוקית ולגיטימציה לכלל רשויות המדינה, לאשר ב"יד קלה" עינויים של מאות פלשתינים כל שנה. זאת, באמצעות ביורוקרטיזציה ומיסוד של ההליך הפסול²¹⁴.

10. חקיקת חוק המפרט את דרגות העינויים המותרות ובאילו תנאים ומכשירים יענו את פלוני הנה מעשה שאינו רק בלתי רצוי וצורם מוסרית, אלא גם בלתי-אפשרי ב"ריאל-פוליטיקה" הישראלית והבינלאומית. אולם, חקיקת חוק כללי המגדיר את סמכויותיו הכלליות של השב"כ, חוק אשר מכוחו יוכל לפקח בימ"ש באופן פורמלי ועקבי על פעולות השירות הוא חשוב ורצוי. זאת, בדיוק כפי שנעשה בחוק יסוד הצבא. עם חקיקתו של זה, סביר כי הביקורת השיפוטית תועבר על השירות מכוח חוק זה. או אז מכשירי: הסבירות, המידתיות, תום-הלב, השוויון,

²¹⁰ "ועדה תגבש פתרון חוקי שיאפשר שימוש בעינויים" הארץ (16.9.99).

²¹¹ "המשנה ליועץ המשפטי: אין לחוקק חוק שיתיר לשב"כ לענות עצורים" ידיעות אחרונות (14.9.99).

²¹² שם, שם.

²¹³ Avigdor Feldman "The Modern Inquisition State" *Torture: Human Rights, Medical Ethics and the Case of Israel* (Neve Gordon & Ruchama Marton eds., New-Jersey, 1995) 85

²¹⁴ *Ibid*, at p. 89: "The successful operation of an inquisition state requires the total cooperation of numerous authorities which formerly existed outside of the circle of torture in denying regime. In the inquisition regime, legal counsel, the State Comptroller, the Knesset, the government and the courts are all drawn knowingly and willingly into the torture circle as collaborators. The bureaucratization of torture, which is based on forms, ministry jargon, hierarchy and norms, conceals the personal responsibility for acts of torture. The inquisitorial regime is much more than a denying regime, which is aware of the immorality of torture and devotes efforts to conceal the shameful secret which is hidden in the covert internal space."

נקיון הכפיים ועקרונות נוספים מן המשפט הציבורי בכלל וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו בפרט, יוכלו להיכנס ביתר שאת לתוך הביקורת השיפוטית כלפי השב"כ. זאת, כמו גם עליות התערבות פורמליות שלא ניתן להפעילן כיום, כמו חריגה מסמכות דל"ת אמותיו של החוק. כפי שהסברתי כבר בשלב מוקדם בעבודה, פעילותו של שירות חשאי ביטחוני ללא חוק הוא מסוכן.

11. חוק ספציפי שיורה כיצד לחקור אדם יפגע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפי פסק הדין בעניין הועד הציבורי נגד עינויים, ולכן, יצטרך להיות בהתאם לפסקת ההגבלה. גם אם כפי שהסברתי בחלק ה' כי אפשר שחקירה בתנאי "פצצה מתקתקת", תהיה בהתאם לפסקת ההגבלה, הרי שאין הדבר עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי והמציאות לפיה שום מדינה (אולי, למעט איראן) לא תכניס לספר חוקיה כללים נוסח "חוקי חמורבי" (כוונתי לאופיים הברוטלי של כללים אלה). האופציה של היתרים סודיים גם היא איננה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק הדורש הסמכה חוקית גלויה עת פוגעים בזכויות האזרח. צווים סודיים היו מנת חלקם של משטרים אפלים שהרהור במעלה ניחוח זוועות.

12. מבחינה מוסרית ומשפטית, כאמור, לדעתי, יש מקום להשאיר את האופציה לחקור בכוח, באמצעים מוגבלים מראש, תוך פיקוח שיפוטי הולם והדוק בהתאם להגנת ה"צורך" ללא חקיקה נוספת (עמדת ביילין וארבל). אם כן, כאמור, לדעתי, המצב בו נבחנת הגנת ה"צורך" לאחר מעשה, ללא הבאת השיקולים טרם החקירה לערכאה או סמכות "מעין שיפוטית" אחרת מהווה בעיה שלא ניתן להתעלם ממנה. הסברתי לעיל, בפרקי המבוא, עד כמה חשוב הפיקוח על זרוע ביטחונית כמו השב"כ. השארת שיקול הדעת המוחלט בעניין פתיחה בחקירה לשב"כ תוך חיוב לתת את הדין, באופן תיאורטי, מאוחר יותר, עלולה ליצור מצב חוזר של תרבות שקר וחוסר אמון בין השירות לבין הרשות השופטת או היועץ המשפטי²¹⁵. זאת, יחד עם תחושת "נטישה" או ניכור בקרב אנשי השב"כ, כאילו נאמר להם ע"י המדינה: "שברו ראשכם לבדכם".

13. כפי שליאון שלף סובר, לדעתי, הכלל שצריך לחול הוא **איסור מוחלט על עינויים, בחריג של מצב אמיתי של "פצצה מתקתקת"**. יחד עם זאת, חובה לדווח שתוטל על אנשי השירות להביא שיקוליהם והחלטתם ומעשיהם בפני גורם מוסמך ועצמאי (בימ"ש או היועץ המשפטי לממשלה), "תהווה שוט של ממש על אותם אנשי שירות הביטחון, הנוטים לסטות ולסרוח"²¹⁶. סביר, לשיטתו, ונוטה אני להסכים עמה, כי אלו יהיו מקרים בודדים בלבד אם המערכת תפנים את העקרון שלא מענים לצרכי איסוף מודיעין שוטף.

²¹⁵ נימוקים נוספים נגד שיטת ה"ביקורת בדיעבד", ראו: סעיפים 22-23, בחלק ו' לעבודה.

²¹⁶ לעיל הערה 166, בע' 217.

14. שאלה קשה היא האם אופציית זו היא אפשרית בפועל? האם יכולה זרוע מבקרת כלשהי, בין אם היועץ המשפטי ובין אם ערכאה מיוחדת, לקחת על עצמה אחריות ולסתור חוות דעת של הגורמים הממונים על הביטחון? נדמה לי שהתשובה לכך היא כן. כידוע, קיים ויכוח ענף במשפט החוקתי והמנהלי אודות האפשרות להפסיק את הביקורת השיפוטית של בג"צ בשטחים. מלומדים רבים סוברים כי עדיף פיקוח כלשהו מאשר אי-פיקוח מוחלט והתרת הרסן מהרשויות²¹⁷. כפי שביטא זאת ראש השב"כ עצמו, "כוח מוחלט משחית באופן מוחלט". כמו כן, עצם הטלת חובת דיווח על אנשי השב"כ, יכולה לצמצם באופן ניכר את השימוש בפרקטיקה הפסולה ואולי אף להנחיל באנשי השב"כ מרוח האיזון ההולם בין "זכויות אדם" וביטחון המדינה".

15. הבעיה היא כיצד להנחיל הסדר שכזה באופן משפטי? לדעתי, ניתן לעשות זאת ע"י חקיקת חריג לסייג ה"צורך", לפיו, לרשות מנהלית לא תעמוד הגנה זו, אלא בפיקוח של אותו הגוף שייבחרו להעניק לו סמכות מבקרת שכזו. הסדר זה וחוק שב"כ (או שיהיה הסדר שכזה בחוק השב"כ עצמו), יוכלו להוות רסן של ממש על פעילותו של הארגון. הם יוכלו לשמש כאיזון הנכון בין זכויות האדם לבין ביטחון המדינה.

16. דומני, כי כיום הקרקע מוכשרת יותר מבעבר לשינוי של ממש בתפישה הרווחת בישראל באשר לחקירות הנערכות באופן סיסטמתי כלפי האוכלוסייה הפלשתינית (הן ברשויות המדינה והן בציבור כולו). שכן, מצויים אנו בעידן בו חל שינוי בגישת רוב הציבור הישראלי כלפי הפלשתינים בכלל ואש"ף בפרט. שחרור של אסירים "עם דם על הידיים" איננו עוד נושא קונצנזואלי לשלילה, אלא עניין המעורר פולמוס שמרכזו בהמשך היחסים עם הפלשתינים תוך הסתכלות לעתיד. דו"ח לנדוי ביטא עמדה רווחת ודטרמיניסטית של שנות השמונים לפיה כל הארגונים הפלסטינים מטרתם: "הרס המדינה והרג אזרחיה"²¹⁸. עמדה זו ביססה את התשתית האידיאולוגית של הדו"ח להצדקתם של העינויים²¹⁹. כיום, בעידן בו מנסים לבסס אמון בין הצדדים, פועמת האווירה הציבורית הדרושה לכרסום בתפישה הביטחונית לפיה "לא ניתן אחרת...". אוירה זו כנראה היוותה גורם חשוב לבג"צ בהכרעתו. אולי אוירה זו היא התשובה לזמן הרב שלקח לבג"צ להכריע בעניין. עד כה, היה מצוי בין פטיש המציאות הבטחונית לבין סדן "שלטון החוק". עתה נדמה כי הפטיש התרכך קמעא נוכח המו"מ לשלום.

²¹⁷ כך עלה גם מדיונים רבים שערכנו בפגישות הסמינר.

²¹⁸ לעיל הערה 1, בע' 10.

²¹⁹ על כך ועוד ראו: לעיל הערה 134, בע' 195.

המשפט הבינלאומי

17. באשר לחוק הבינלאומי, אי אפשר לאכול את העוגה ולהשאירה שלמה. ישראל כנראה תצטרך להמשיך ולתרוץ עוד שנים רבות את מעשיה בתחום החקירות, שכן ויתור על חקירה בזמן "פצצה מתקתקת" לא נראה קרוב. אולם, יש להבין כי הנורמות במשפט הבינ"ל אינן דבר נוקשה ומחייב באופן חד-משמעי. המשפט הבינ"ל, גם הוא, משחק פוליטי, בו משתתפים הרבה שחקנים שנוקטים בשיטות חקירה, לעתים חמורות יותר מאשר בישראל. המטרה היא לקדם את השמירה על זכויות האדם בזירה הבינ"ל בתהליך ארוך ונמשך של דיאלוג "בונה". מעשית, הנורמות הבינלאומיות אינן כה נחרצות כל עוד לא מדובר בפשעים קשים נגד האנושות.

18. בפסק הדין של בית הלורדים בעניין פינושה²²⁰ ראו רוב השופטים את העינוי (כהגדרתו לפי האמנה נגד עינויים) כאיסור שהוא יוס-קוגנס. אם כי ניתן להסיק באופן גס כי רוב השופטים סבר כי רק לאחר החתימה על האמנה ע"י 116 מדינות בשנת 1987 **חל שיפוט אוניברסלי בגין מעשים שהם עינוי חמור ושיטתי נגד אוכלוסייה אזרחית**. קרי, לפי פסק הדין והלך הרוח המשתקף מדעות רוב השופטים, שיפוט אוניברסלי יחול על ראשי-מדינה (הן בפועל והן לשעבר) וגורמים רשמיים-מדיניים אחרים, בגין עינויים חמורים אשר מהווים פגיעה קשה וסיסטמית בזכויות האדם נגד אוכלוסייה מסוימת.

19. יחד עם זאת, בדמיוני, קשה לי לתאר את שמעון פרס או בנימין נתניהו, שכראשי ממשלה היו אחראים על עינויים של מאות פלשתינים, נעצרים בחו"ל, כמו אוגוסטו פינושה, בעוון עינויים ועבירה על החוק הבינ"ל. לגבי העתיד, יש מקום להתפתחות רבה במישור הבינ"ל של זכויות האדם, במיוחד לאור הרעיון, שטרם צלח, להקים טריבונל בינלאומי-פלילי (ביולי '98 נחתמה אמנת רומא להרמת בי"ד בינ"ל פלילי - 120 מדינת בעד; 7 נגד, בהן ארה"ב וישראל; 21 נמנעות). בינתיים, המשפט הבינ"ל הוא יותר כלי לקיום שיח וקידום איטי של שיפור בהתנהגות המדינות בעניין העינויים.

20. אולם, כאמור, כאשר המקרים הנדונים קיצוניים, כך גם יהיו הסנקציות שיינקטו כלפי המדינה הרומסת את זכויות-האדם ברגל גסה. לדוגמא: משפטי נירנברג וטוקיו (1946), יוגוסלביה ורואנדה (1993-1994). כמו גם, ההתערבות האחרונה בנעשה בתוך יוגוסלביה. כידוע, עדיין השיטה הבינ"ל הפלילית לוקה בהרבה בעיות, שהעיקרית שבהן היא: הסלקטיביות הרבה שיש בהקמת טריבונלים בינ"ל וארעיותם. גם השיפוט האוניברסלי בעניין עינויים סיסטמתיים כלפי אוכלוסייה מסוימת איננו כלל מוצק דיו שניתן ליישום סדיר, אלא תלוי קונטקסט פוליטי.

21. חקיקת חוק המתיר לענות לא תתקבל בעין יפה בקרב מדינות העולם. דבר זה יהווה עבירה ברורה ובוטה על "כללי המשחק" הנוהגים. אמנם לא סביר כי מטוסייה של נאט"ו יחוגו מעל לישראל עם קבלתו של חוק שכזה כמו גם הסגרתו של אהוד ברק או שפיטתו בחו"ל, אולם, לדעתי, הדבר יכול לגרום לקרע חמור בין ישראל לבין העולם המערבי בו היא תלויה. על סוג הקרע והיקפו קשה לנבא.

השלכות או ספקולציות?

22. לגבי השלכותיו הביטחוניות של המצב לפיו אין לחקור בכוח אלא במצבי "פצצה מתקתקת", אין לדעתי אף אדם אשר יכול לתת תשובה אמיתית שתנבא את המצב בעתיד. אם כי נוטה אני לקבל את העמדה כי שירות שמשיג את רוב החומר המודיעיני שלו באמצעים אלימים אמור לעורר דאגה ביטחונית עזה בקרב הציבור עליו הוא מגן, עקב טיבו המפוקפק של מידע זה. לדעתי, שירות מודיעין מהימן נסמך על ידיעות מגוונות ואמינות ולא בעיקר על מידע שהושג באלימות. אוי לה לחברתנו אם כל המידע אודות ביטחון הפנים מושג רק מחקירות כוחניות. יתכן והפסקת "הלחץ הפיסי המתון" כעניין שבשגרה תביא אך לשיפור תפקודו של השב"כ ולהפעלתה של חשיבה יצירתית באפיקים שונים ומגוונים להשגת מודיעין. זאת, כמו גם, קיומן של חקירות שתי וערב מתישות ומתוחכמות הנהוגות כיום במשטרה אשר איננה "קורסת". לפני העינוי אפשר לצותת. לפני העינוי ניתן לעקוב. לפני העינוי ניתן לשחד. יוזכר, כי ישנם עדים ישראלים אשר בתקופת המנדט עברו עינויים במרתפים של השירות הבריטי, אסירי ציון שעונו ע"י המשטר הסובייטי ושבויים בכלא הסורי והמצרי, שמספרים כי לא נשברו ולא הסגירו סודות כמוסים²²¹. במאמר שקראתי במוסף שבת של עיתון "מעריב" מעלה הכותב, שלום רוזנפלד, חשש כבד שמא הדיון שיערך כעת בפוליטיקה הישראלית בעניין השב"כ לא יהיה מגובה בידיעה ועובדות. רוזנפלד מעלה את השאלה הנוקבת: "האם בכלל ייתכן דיון גלוי ואמיתי בפורום רחב כזה?"²²². נוטה אני לקבל ביקורת זו ומקווה אנוכי כי הועדה המיוחדת שנתמנתה לעניין תטפל בו במסירות הראויה באופן נקי משיקול פוליטי זה או אחר.

²²⁰ Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex)

Parte Pinochet, Supra note 105

²²¹ ראו: שלום רוזנפלד "חקירה נקיה ופצצה מתקתקת" מוסף שבת מעריב (17.9.99).

²²² שם, שם.

רשימת מקורות

פסקי דין ישראליים

1. בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם).
2. בג"צ 1730/96 עאדל סאלם ערבו סביח נ' האלוף אילן בירן, פ"ד נ(1) 353.
3. ע"פ 124/87 סגן עיזאת נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631.
4. בג"צ 428/86 יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505.
5. בג"צ 355/79 קטלן נ' שב"ס, פ"ד לד(3) 294.
6. בג"צ 715/98 רסלר נ' שר הבטחון (טרם פורסם).
7. בג"צ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 837.
8. בשג"צ 336/96 בילביסי נ' השב"כ (לא פורסם).
9. בג"צ 8049/96 חמדאן נ' השב"כ (לא פורסם).
10. בג"צ 3124/96 מובארכ נ' השב"כ (לא פורסם).

פסקי דין זרים

1. *Korematsu v. U.S.* 323 U.S. 214 (1944).
2. *Liversidge v. Anderson* (1942) A.C. 206.
3. *Ireland v. United Kingdom*, 18 January 1978 (No.25), 2 E.H.R.R. 25.
4. *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* www.parliament.the-stationary-office.co.uk.

ספרות עברית

1. פרופ' מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון הכללי - הרע במיעוטו?" **משפט וממשל ד'** (תשנ"ח) 667.
2. ברוך קימרלינג "מיליטריזם בחברה הישראלית" **תיאוריה וביקורת** 4 (1993) 123.
3. יצחק זמיר "זכויות האדם וביטחון המדינה" **משפטים יט'** (תשמ"ט) 17.
4. בנימין נויברגר "ביטחון לאומי לדמוקרטיה - מתחים ודילמות" **דמוקרטיה וביטחון לאומי בישראל** (בנימין נויברגר ואילן בן-עמי עורכים, תשמ"ו) 7.
5. פרופ' ליאון שלף "אילוצים ביטחוניים והמערכת המשפטית" **פסיפס** 3 (תשנ"ו) 23.

6. פרופ' ליאון שלף "הרע במיעוטו - על דו"ח ועדת לנדוי" **פלילים א'** (תש"ן) 185.
7. שלמה אבינרי **רשות הרבים: שיחות על מחשבה מדינית** (תשמ"א).
8. תומאס הובס **לויטן** (מאגנס).
9. ג'ון לוק **על הממשל המדיני** (מאגנס).
10. פרופ' ברוך ברכה **משפט מינהלי** (כרך א', תשמ"ז).
11. יעקב קדמי **על הדין בפלילים** (חלק א', תשנ"ד).
12. יעקב קדמי **על הדין בפלילים: עדכון והשלמה** (חלק א', תשנ"ו).
13. דו"ח בצלם **עינויים כשיגרה: שיטות החקירה של השב"כ** (1998).
14. דו"ח בצלם **חקירת פלסטינים בתקופת האינתיפאדה: התעללות, "לחץ פיסי מתון", או עינויים?** (1991).
15. דו"ח בצלם **לגיטימציה לעינויים: החלטות בג"צ בעניין בילביסי, חמדאן ומובארכ - מקורות והערות** (1997).
16. פניה דומב "יוס קוגנס במשפט הבינלאומי" **עיוני משפט ד'** (תשל"ח) 169.
17. פרופ' דניאל סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" **משפט וממשל ד'** (תשנ"ז) 161.
18. אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: היקף והגבלות" **משפט וממשל א'** (תשנ"ג) 253.
19. אהרן ברק **פרשנות במשפט**.
20. יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **משפטים כח'** (תשנ"ה) 129.

ספרות זרה

1. Elaine Scarry *The Body In Pain: The Making and Unmaking of the World* (New York, 1985).
2. Aalan M. Dershowitz "Is It Necessary To Apply 'Physical Pressure' To Terrorists - And to Lie About It?" 23 *Isr. L. Rev.* 192.
3. Malcolm D. Evans & Rod Morgan *Preventing Torture: A Study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (New York, 1998).

4. Henry Shue "Torture" 7 *Philosophy and Public Affairs* (1978) 124.
5. Avigdor Feldman "The Modern Inquisition State" *Torture: Human Rights, Medical Ethics and the Case of Israel* (Neve Gordon & Ruchama Marton eds., New-Jersey, 1995) 85.

דו"חות ישראלים של ועדות חקירה

ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת
דין וחשבון (משה לנדוי יו"ר, חלק ראשון, תשמ"ח).

דו"חות זרים של ועדות חקירה

1. Compton Report (1971) *Report of the enquiry into allegations against the security forces of physical brutality in Northern Ireland arising out of events on the 9th August, 1971*, (Chairman, Sir Edward Compton), Cmnd 4823.
2. Parker Report (1972) *Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to consider authorised procedures for the interrogation of persons suspected of terrorism*, (Chairman, Lord Parker), Cmnd 4981.
3. Diplock Report (1972) *Report of Commission to consider legal procedures to deal with terrorist activities in Northern Ireland* (Chairman, Lord Diplock), Cmnd 5185.
4. Bennet Report (1979) *Report of the Committee of Inquiry into Police Interrogation Procedures In Northern Ireland*, Cmnd 749.

אמנות

1. Universal Declaration of Human Rights
2. UN International Covenant on Civil and Political Rights.
3. European Convention on Human Rights

4. Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture

הצעות חוק

הצעת חוק שירות הבטחון הכללי, תשנ"ח - 1998, ה"ח 2689.

דו"חות של ועדות האו"ם

1. Convention against Torture and other Cruel , Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *State Party Report*, CAT/C/33/Add.3, 6 March 1998.
2. E/CN.4/1998/38.
3. CAT/C/ISR, 18 May 1998.