

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5100/94
בג"ץ 4054/95
בג"ץ 6536/95
בג"ץ 5188/96
בג"ץ 7563/97
בג"ץ 7628/97
בג"ץ 1043/99

בפני : כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוין
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' קדמי
כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר

העותר בבג"ץ 5100/94 : הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

העותרת בבג"ץ 4054/95 : האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותר בבג"ץ 6536/95 : חאתם אבו-זאידה

העותרים בבג"ץ 1 : 5188/96. ואיל אלכעכה
2. אברהים עבדאללה אבראהים ג'נימאת
3. המוקד להגנת הפרט

העותרים בבג"ץ 1 : 7563/97. עבד אלרחמאן אסמאעיל ג'נימאת
2. הוועד הציבורי הישראלי נגד עינויים

העותרים בבג"ץ 1 : 7628/97. פואד עוואד קורען
2. הוועד הציבורי הישראלי נגד עינויים

העותרים בבג"ץ 1 : 1043/99. עיסא עלי בטאט
2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

נגד

המשיבים בבג"ץ 1 : 5100/94. ממשלת ישראל
2. שירות הביטחון הכללי

המשיבים בבג"ץ 1 : 4045/95 : 1. ראש ממשלת ישראל
2. שר המשפטים
3. שר המשטרה
4. השר לאיכות הסביבה
5. ראש שירות הביטחון הכללי

המשיב בבג"ץ 6536/95
ובבג"ץ 1043/99 : שירות הביטחון הכללי

המשיבים בבג"ץ 1: 5188/96. שירות הביטחון הכללי
2. מפקד בית מעצר ירושלים

המשיבים בבג"ץ 7563/97
ובבג"ץ 1: 7628/97. שר הביטחון
2. שירות הביטחון הכללי

דיון בצו על תנאי

תאריכי הישיבות : כ"ד באייר התשנ"ח (20.5.98)
כ"ה בטבת התשנ"ט (13.1.99)
י"א בסיוון התשנ"ט (26.5.99)

בשם העותר בבג"ץ 5100/94 : עו"ד אביגדור פלדמן ; עו"ד רונית רובינסון

בשם העותרת בבג"ץ 4054/95: עו"ד דן יקיר

בשם העותרים בבג"ץ, 6536/95,
בג"ץ 5188/96
ובבג"ץ 1043/99 : עו"ד אנדרה רוזנטל

בשם העותרת מסי 3
בבג"ץ 5188/96 : עו"ד אליהו אברם

בשם העותרים בבג"ץ 7563/97
ובבג"ץ 7628/97 : עו"ד לאה צמל ; עו"ד אלגרה פצ'קו

בשם המשיבים בכל העתירות : עו"ד שי ניצן ; עו"ד יהודה שפר

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

שירות הביטחון הכללי חוקר חשודים בביצוע עבירות כנגד ביטחון המדינה. המוסמך הוא לערוך חקירות אלה? הוא עושה כן על פי הנחיות הקובעות את שיטות החקירה. ההנחיות מתירות לחוקרים גם שימוש באמצעים פיזיים כנגד הנחקרים (כגון "טלטולים" ותנוחת "שבאחי"). הבסיס להיתרים הוא, שהדבר דרוש באופן מיידי להצלת חיי אדם. האם היתרים אלה הם כדין? - אלה הן השאלות העיקריות שהעתירות הציגו בפנינו.

רקע

1. מיום היווסדה נתונה ישראל במאבק בלתי פוסק על עצם קיומה וביטחונה. ארגוני חבלה העמידו לנגד עיניהם כמטרה את הרס המדינה. מעשי טרור ושיבוש החיים הסדירים הם האמצעים בהם הם נוקטים. אין הם מבחינים בין יעדים צבאיים ליעדים אזרחיים. הם מבצעים

פיגועי טרור של רצח המונים במקומות ציבוריים, בתחבורה הציבורית, בכיכרות וברחובות, בבתי קולנוע ובבתי קפה. הם אינם מבחינים בין גברים, נשים וטף. הם פועלים מתוך אכזריות וללא רחם (לתיאור התופעה, ראו דו"ח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת בראשותו של השופט (בדימוס) מ' לנדוי, משנת התשמ"ח-1987 (להלן - דו"ח ועדת החקירה) אשר פורסם בספר לנדוי 269, 276 (כרך א', התשנ"ה)). על פי נתונים שהוצגו בפנינו, נהרגו בפעולות טרור בין ה-1.1.96 לבין 14.5.98 מאה עשרים ואחד בני אדם. שבע מאות ושבעה נפצעו. חלק ניכר מההרוגים והפצועים היו בפיגועי התאבדות קשים במרכזי הערים בישראל. פיגועים רבים - ובהם פיגועי התאבדות, נסיונות להחדרת מכוניות תופת, חטיפות של חיילים ואזרחים, נסיונות לחטיפת אוטובוסים, מעשי רצח, הנחת מטעני חבלה וכיוצא באלה פיגועים - נמנעו בשל פעולותיהן של רשויות המדינה שמתפקידן להילחם יום יום בפעילות חבלנית עויינת זו. הרשות העיקרית הנושאת במשימה זו היא שירות הביטחון הכללי (להלן - שב"כ). להגשמת משימותיו הוא גם עורך חקירות נגד חשודים בפעילות חבלנית עויינת. מטרתה של החקירה הינה, בין השאר, לאסוף מידע על מחבלים ודרכי התארגנותם במטרה לסכל ולמנוע ביצוע מעשי חבלה בעודם באיבם. במסגרת החקירה נעשה שימוש גם באמצעים פיזיים. חוקיות השימוש באמצעים אלו עומד לבחינתנו בעתירות שלפנינו.

העתירות שלפנינו

2. העתירות שלפנינו עוסקות כולן בדרכי החקירה של השב"כ. הן מפרטות בפנינו שורה של אמצעי חקירה. שתי עתירות הן בעלות אופי ציבורי. באחת מהן (בג"ץ 5100/94) מעלה הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל את הטענה כי לחוקרי השב"כ אין כלל סמכות לבצע חקירות של חשודים בפעילות חבלנית עויינת. כן טוען הוא כי השב"כ אינו רשאי להפעיל אמצעי לחץ שהפעלתם הותרה בדו"ח ועדת החקירה ("הפעלת לחץ פסיכולוגי לא אלים" והפעלת "מידה מתונה של לחץ פיזי"). בעתירה השניה (בג"ץ 4054/95) מבקשת האגודה לזכויות האזרח בישראל כי נורה לשב"כ להימנע מטלטול נחקרים בשעת חקירתם. חמש העתירות האחרות עוסקות בעותרים ספציפיים אשר פנו במישרין לבית המשפט העליון. הם ביקשו כי נקבע, שאמצעי החקירה שהופעלו לגביהם אינם חוקיים. מי הם עותרים אלה?

3. העותרים בבג"ץ 5188/96 (ואאל אל כעכה ואברהים עבדללה ג'נימאת) נעצרו בתחילת יולי 1996. הם נחקרו על ידי חוקרי השב"כ. הם עתרו אלינו (ב-21.7.96) באמצעות המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר. בא כוחם ביקש, כי נוציא צו ביניים האוסר על שימוש בכוח פיזי בחקירתם. נעתרנו לבקשה. טרם הדיון בעניינם הם שוחררו ממעצרם. לבקשת בא כוחם של העותרים החלטנו להמשיך ולדון בעניינם, בשל השאלה העקרונית שהם מעלים בפנינו.

4. העותר בבג"ץ 6536/96 (חאתם אבו-זיידה) נעצר (ביום 21.9.95) ונחקר על ידי חוקרי השב"כ. הוא פנה לבית משפט זה (ביום 22.10.95) באמצעות המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר. בא כוחו הלין על שיטות החקירה נגדו (מניעת שינה, טלטולים, מכות, תנוחת "שבאח"). הורינו מיד על שמיעת העתירה. נמסר לנו כי חקירתו נסתיימה (כבר ביום 19.10.95). מהודעה משלימה שנמסרה לנו עולה, כי העותר הורשע בפעילות בזרוע הצבאית של ארגון החמאס. נגזרו עליו שבעים וארבעה חודשי מאסר. בפסק הדין נקבע, כי העותר גייס והקים תשתית לארגון החמאס במטרה לחטוף חיילים ישראלים ולבצע פיגועים נגד כוחות הביטחון. נטען בפנינו, כי המידע שנתקבל ממנו הוביל לסיכול תוכנית ממשית לביצוע פיגועים חמורים, ובהם חטיפת חיילים.

5. העותר בבג"ץ 7563/97 (עבד אלרחמן אסמעיל ג'נימאת) נעצר (ביום 13.11.97) ונחקר על ידי השב"כ. הוא עתר אלינו (ביום 24.12.97) באמצעות הוועד הציבורי הישראלי נגד עינויים. הוא טען כי עונה על ידי חוקריו (תנוחת "שבאח", הידוק יתר של אזיקים, מניעת שינה). מחקירתו עלה, כי היה מעורב במספר רב של פעולות טרור, בהן נרצחו מספר אזרחים ישראלים. הוא היה שותף בחטיפתו וברציחתו של חייל צה"ל (שרון אדרי ז"ל). הוא היה מעורב בפיגוע ההמוני בקפה "אפרופו" בתל-אביב, בו נהרגו שלוש נשים ונפצעו שלושים מתושבי תל-אביב. בגין כל אלה הוגש נגדו כתב אישום. הוא הורשע בדינו. נגזרו עליו חמישה מאסרי עולם מצטברים ועוד עשרים שנות מאסר. בעקבות חשיפת החוליה אליה השתייך העותר וחקירתה, נמצא בכפרו (צוריף) מטען חבלה רב-עוצמה, שהיה זהה בהרכבו למטען החבלה שבאמצעותו פוצץ קפה "אפרופו" בתל אביב.

חשיפת המטען סיכלה פיגוע דומה. לדעת חוקרי השב"כ אצר העותר בתוכו מידע נוסף אותו טרם חשף. השגתו המיידית של מידע זה היתה חיונית לשמירה על ביטחון המדינה והאיזור ולמניעת סכנה לחיי אדם.

6. העותר בבג"ץ 7628/97 (פואד עווד קורען) נעצר (ביום 10.12.97) ונחקר. הוא פנה לבית משפט זה (ביום 25.12.97) באמצעות הועד הציבורי נגד עינויים בישראל. הוא טען בפניו כי מונעים ממנו שינה; כי הוא הושב ב"תנוחת שבאח". הוצאנו צו-על-תנאי וקבענו דיון מיידי בעתירה. בדיון בעתירה נמסר לנו כי "בשלב זה של החקירה לא ננקטים כנגד העותר מצד המשיבים האמצעים המפורטים בעתירה". מכיוון שכך, לא הוצאנו צו ביניים.

7. העותר בבג"ץ 1043/99 (עיסה עלי בטאט) נעצר (ביום 22.2.99) ונחקר על ידי חוקרי השב"כ. בעתירה (מיום 24.2.99), שהוגשה באמצעות הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, נטען כי במהלך החקירה הופעל נגד העותר כוח פיזי. הוצאנו צו-על-תנאי. בעת שמיעת העתירה נמסר לנו כי חקירת העותר נסתיימה; כי הוא עצור עד תום ההליכים נגדו; כי כתב האישום מייחס לו מעורבות בפעילות ביטחונית עוינת, שמטרתה פגיעה בביטחון האזור ובשלום הציבור.

האמצעים הפיזיים

8. האמצעים הפיזיים בהם נוקטים חוקרי השב"כ לא הוצגו בפניו על ידי חוקרי השב"כ. בא כוח המדינה היה מוכן להציג בפניו בדלתיים סגורות. לכך התנגדו באי כוח העותרים. המידע שבפניו בא, איפוא, מפי העותרים, בלא שנבחן על ידנו באופן פרטני בכל עתירה ועתירה. עם זאת, לאור עמדת המדינה בפניו, שלא הכחישה את השימוש באמצעי החקירה, ואף נתנה לנו הסברים אלו ואחרים באשר לטעם לשימוש באמצעי חקירה זה או אחר, נתקבלה תמונה באשר לדרכי חקירה מסויימות בהן נוקטים חוקרי השב"כ. ההחלטה על האמצעים הפיזיים הננקטים במקרה מסויים נעשית על פי נוהל, המחייב אישור דרגים שונים של השב"כ. הנוהל עצמו אושר על ידי ועדת שרים מיוחדת לעניין חקירות בשב"כ. ועדה זו קבעה, בין השאר, מגבלות באשר לדרג הרשאי לאשר אמצעי חקירה. בנוהל עצמו לא עיינו. כלפי נחקרים שונים ננקטות שיטות חקירה שונות, על פי הצורך ובהתאם לאישור. אין נוקטים בכל שיטות החקירה כולן כלפי כל נחקר ונחקר.

טלטולים

9. מספר עותרים (בג"ץ 5100/94; בג"ץ 4054/95; בג"ץ 6536/95) הלינו בפניו כי נקטה כלפיהם שיטת הטלטולים. מבין שיטות החקירה שנקבעו בנוהל החקירות של שב"כ, שיטת הטלטולים היא החמורה ביותר. שיטה זו הוגדרה כניעור בחוזקה של פלג הגוף העליון של הנחקר קדימה ואחורה, פעמים אחדות, בצורה הגורמת לצוואר ולראש להיטלטל ולהתנדנד במהירות. על פי חוות דעת מומחה שהוגשה לנו באחת העתירות (בשג"ץ 5584/95 בבג"ץ 5100/94) עלול הטלטול לגרום לנזק מוחי חמור, פגיעה בעמוד השדרה הצווארי, איבוד הכרה, הקאות, השתנה ללא שליטה וכאבי ראש חמורים. המדינה הגישה מספר חוות דעת נוגדות. היא מודה כי חוקרי השב"כ משתמשים באמצעי זה. לטענתה אין סיכון אינהרנטי לחיי הנחקר בטלטול; כי הסיכון הנובע לחיי אדם כתוצאה מטלטול הינו נדיר; כי אין הוכחה שטלטול עלול לגרום לנזק קטלני; כי בספרות הרפואית לא תואר עד כה מקרה מוות כתוצאה מטלטול בלבד. על כל פנים, רופאים מצויים בכל מתקני החקירות, ובכל מקרה בו קיימת סכנה לנזק רפואי, נבדק הדבר ונחקר. הכל מודים כי במקרה אחד (המובא בבג"ץ 4054/95) נפטר הנחקר בעקבות הטלטולים. לטענת המדינה, זהו מקרה יוצא דופן. המוות נגרם רק כתוצאה מהתרחשות סיבוך נדיר ביותר של בצקת ראות נזירוגנית. עוד מציינת המדינה בתשובתה כי השימוש באמצעי הטלטול נעשה רק בנסיבות מיוחדות וכאמצעי אחרון. נהלי החקירה מגדירים את הנסיבות האמורות ואת הדרג המאשר. הובהר לחוקרים כי בכל מקרה ומקרה בו נשקל השימוש באמצעי זה, יש לבחון מהי מידת הסכנה שאותה מנסים למנוע באמצעות החקירה; מהי דחיפות גילוי המידע מפי הנחקר; והאם קיימות דרכים אחרות למניעת הסכנה. כן הובהר בנוהל החקירות, כי במקרים בהם ננקטת פעולה זו, חייב החוקר ליתן דעתו על מצב בריאותו של הנחקר ולדאוג כי לא ייגרם כל נזק לבריאותו. לדעת המדינה, הטלטול הוא אמצעי חיוני ביותר למאבק בטרור ובסיכולו. לא ניתן לוותר עליו מבלי לפגוע באופן משמעותי ביכולתו של השב"כ לסכל פיגועים. השימוש בו בעבר הוביל לסיכולם של פיגועים רצחניים.

המתנה בתנוחת "שבאח"

10. אמצעי חקירה זה עלה במספר עתירות (בג"ץ 6536/95, בג"ץ 5188/96, בג"ץ 7628/97). לטענת העותרים, נחקר המוחזק בתנוחת "שבאח" כבול בידי מאחורי גבו. הוא יושב על כיסא קטן ונמוך. מושב הכסא משופע קדימה כלפי מטה. ידו האחת של הנחקר כבולה לאחור מתחת למסעד הכיסא. ידו האחרת כבולה מעליו. על ראש הנחקר מולבש שק אטום, המגיע עד לכתפיו. בחדר מושמעת מוסיקה חזקה. על פי התצהירים שהוגשו לנו, נחקרים מוחזקים בתנוחה זו זמן רב, בהיותם בהמתנה בין חקירה אחת לאחרת. על פי האמור בתצהירים, גורמת הישיבה הממושכת לכאבים חזקים בשרירי הידיים, העורף והראש. המדינה לא הכחישה שימוש באמצעי זה בפנינו. לטענתה, כבילתו של הנחקר מתחייבת מצורכי ביטחון והגנה על החוקרים בעת החקירה; כיסוי הראש של הנחקר בא למנוע קשר בינו לבין נחקרים אחרים. זו גם מטרתה של המוסיקה הרועשת.

"כריעת צפרדע"

11. אמצעי חקירה זה עלה באחת העתירות (בג"ץ 5188/96). על פי האמור בעתירה ובתצהיר שצורף לה, הנחקר היה מצוי במצב של "כריעת צפרדע". זו כריעה על קצות אצבעות הרגליים, מפעם לפעם, לפרקי זמן של חמש דקות בכל פעם. המדינה לא הכחישה שימוש באמצעי זה, בעתירה בה עלה אמצעי זה ניתן על ידי בית המשפט צו ביניים, ובטרם נדונה העתירה, פסקו אמצעי החקירה.

הידוק יתר של אזיקים

12. במספר עתירות (בג"ץ 5188/96; בג"ץ 7563/97) הלינו העותרים על איזוק ידיו ורגליו של נחקר בלחץ רב. הדבר גורם - עקב התמשכות החקירה - לפצעים היקפיים בידי וברגליו של הנחקר. כן מלינים העותרים על שימוש באזיקים קטנים במיוחד, שאינם תואמים את מידותיו של הנחקר. המדינה מכחישה שימוש באזיקים קטנים במיוחד. לטענתה, האזיקים בהם נעשה שימוש הם אזיקים תקינים המושמים בצורה רגילה לגמרי. היא מוכנה להכיר בכך שאיזוק ממושך לאורך חקירה עלול לגרום לפצעים בידי וברגליו של נחקר. לטענתה, נזק מעין זה הוא אינהרנטי לכל חקירה ממושכת.

מניעת שינה

13. במספר עתירות (בג"ץ 6536/96; בג"ץ 7563/97; בג"ץ 7628/97) התלוננו העותרים כי על ידי כבילתם בתנוחת "שבאח", תוך השמעת מוסיקה רועשת, או בשל קיום חקירות אינטנסיביות ללא הפסקה מספקת למנוחה, נמנעת מהם במכוון שינה. מטרת האמצעי היא להתישם. המדינה מסכימה כי לעתים נמנעת שינה מהנחקרים. הדבר נעשה, לטענתה, לא כאמצעי חקירה להתשת הנחקר, אלא כתוצאה מהתמשכות החקירה לפי צורכי החקירה.

טענות העותרים

14. לפנינו מספר עתירות. עותרים שונים העלו טענות שונות. עקרונית ניתן לומר, כי העתירות כולן מעלות שתי טענות עיקריות: ראשית, כי השב"כ אינו מוסמך כלל לערוך חקירות; שנית, כי האמצעים הפיזיים בהם נוקטים חוקרי השב"כ פוגעים בכבוד האדם של הנחקר והם מהווים עבירות פליליות; הם נוגדים את המשפט הבינלאומי בהיותם "עינויים" האסורים על פי המשפט הבינלאומי. אין לחוקרי השב"כ סמכות לערוך חקירות אלה. סייג ה"צורך" - אשר לטענת המדינה עומד לחוקרים - אינו חל כלל בנסיבות העניין. על כל פנים, מהווה הוא לכל היותר סייג אותו ניתן להעלות (בדיעבד) במסגרת משפט פלילי כנגד החוקרים. הוא אינו מהווה הסמכה (מראש) לפעולות החוקרים. בהעדר הסמכה מפורשת מאת המחוקק - הסמכה שכשלעצמה צריכה לעמוד בתנאים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - אין חוקרי השב"כ רשאים לנקוט באמצעים הפיזיים בהם נוקטים; אין לקיים מערך בירוקרטי של נהלים והרשאות, כפי שנקבע הדבר - לטענת העותרים - בדו"ח ועדת החקירה, המכוונים לעינויים של בני אדם. שאלנו את כוח העותרים, אם אין להצדיק את השימוש באמצעים פיזיים במקרים הקיצוניים של "פצצה מתקתקת", למשל, במקרה בו ידוע כי פצצה הונחה במקום ציבורי, ויש לגלותה במהירות, לפני שתפוצץ ותגרום אסון כבד. קיבלנו על כך תשובות שונות. יש שאמרו לנו, כי בשום מקרה אין לנקוט באמצעים

פיזיים. האיסור הוא מוחלט, תהיינה התוצאות אשר תהיינה. יש שאמרו לנו, כי גם אם ניתן לנקוט באמצעים אלה במקרים חריגים של "פצצה מתקתקת", למעשה ננקטים האמצעים הפיזיים גם במקרים שאין בהם "פצצה מתקתקת". באלה האחרונים, השימוש בהם אינו כדון. יש בו כדי לערער את הבסיס לשימוש בהם גם במקרים המעטים בהם הדבר ראוי. על כל פנים, כל הטוענים ביקשו להבחין בין סייג בדיעבד בפני אחריות פלילית, לבין הרשאה מראש לשימוש באמצעים פיזיים של חקירה.

טענות המדינה

15. עמדתה של המדינה הינה, כי לחוקרי השב"כ הסמכות לחקור חשודים בביצוע עבירות כנגד ביטחון המדינה. סמכות זו נובעת מכוח סמכותה הכללית והשירותית של הממשלה (סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה). כמו כן נתונה סמכות זו לכל חוקר וחוקר בסעיף 1(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) וסמכויות העזר שבצידה. אשר לאמצעים הפיזיים בהם נוקטים חוקרי השב"כ, אין בהם הפרה של המשפט הבינלאומי. אין הם בבחינת "עינויים", "יחס אכזרי ולא אנושי" או "יחס משפיל", האסורים לפי המשפט הבינלאומי. האמצעים הננקטים על ידי חוקרי השב"כ אינם בבחינת גרימת סבל וכאב חמורים. אשר למשפט הפנימי של ישראל, האמצעים הפיזיים בהם נוקטים חוקרי השב"כ הם כדון. הטעם לכך מונח בסייג של "צורך" הקבוע בסעיף 34א' בחוק העונשין, התשל"ז - 1977. כאשר מתקיימים יסודותיו של סייג זה, רשאים חוקרי השב"כ, כדי למנוע פגיעה ממשית בחיי אדם או בשלמו, להפעיל באותו מקרה, בהעדר ברירה אחרת, גם אמצעי שיש בו "לחץ פיזי מתון", כגון טלטול, וזאת מכיוון שהסייג של "צורך" קובע כי בנסיבות מסוימות הפעלת אמצעים כאלה הינה חוקית ואינה מהווה כלל עבירה פלילית. ממילא, אם מעשה מסויים אינו מהווה עבירה פלילית, אין כל מניעה לנקוט בו גם במהלך חקירה. לטענת המדינה, אם מעשה מסויים, בנסיבות מסוימות, אינו מהווה עבירה פלילית, לא ניתן לאסור מראש את ביצועו על כל אדם, ובוודאי לא על חוקר שב"כ, שתפקידו הוא להגן על שלום הציבור. המדינה הדגישה בפנינו, כי המקרים בהם נעשה שימוש באמצעי חקירה פיזיים הם חריג שבחריג. חריגים אלה כפופים לביקורת ופיקוח נוקשים, בתנאים ובסייגים שנקבעו לעניין זה בדו"ח ועדת החקירה. אולם, עת מתקיימות הנסיבות להפעלת חריגים אלה, מחייבת השמירה על ביטחון המדינה והצלת חיי אדם, את השימוש באותן שיטות חקירה.

דו"ח ועדת החקירה

16. סמכותו של השב"כ בנקיטת שיטות חקירה מסוימות, והדין בסוגייה זו, עמדו לבחינה בפני ועדת החקירה (אשר הדין וחשבון שלה פורסם, כאמור, בספר לנדוי (כרך א' תשנ"ה) 269). ועדה זאת, שמונתה על ידי הממשלה כוועדת חקירה לפי חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, דנה, בין היתר, במעמדו החוקי של השב"כ. מסקנתה היתה, כי הגם שאין חוק מפורש המסדיר את פעולותיו, הרי שנוכח סמכויות שהוקנו לו בשורה של דברי חקיקה ספציפיים ונוכח הסמכות השירותית הכללית של הממשלה, שבחוק יסוד: הממשלה (סעיף 29 לחוק הישן, סעיף 40 לחוק החדש), מוסמך השב"כ לחקור חשודים בפעילות עויינת. גם הסמכת חוקרי השב"כ על ידי שר המשפטים, כאמור בסעיף 1(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), היא מקור סמכות לעניין זה (שם, בעמ' 301 ואילך). חלק אחר בדו"ח ועדת החקירה, עסק ב"טענות הגנה לחוקר". מסקנת הוועדה היתה, כי מקום בו יש הכרח בהשגת מידע לשם הגנה על חיי אדם, יוכל החוקר להפעיל לחץ פסיכולוגי ו"מידה מתונה של לחץ פיזי" (שם, בעמ' 328). הפעלת מידה זו של לחץ פיזי, שאין בה התעללות או עינוי של הנחקר והיא מידתית לסכנה, תקים לחוקר סייג מפני אחריות פלילית, הוא סייג ה"צורך". הוועדה סברה, כי מסקנה זו אינה עומדת בסתירה למשפט הבינלאומי וכי היא משקפת גישה התואמת את שלטון החוק ואת הצורך בשמירה על ביטחון המדינה ואזרחיה. הוועדה הכפיפה היתר זה של שימוש ב"מידה מתונה של לחץ פיזי", בין היתר, להנחיות שנקבעו בחלקו השני (והחסוי) של הדו"ח ולפיקוח גורמים שונים בשב"כ ומחוץ לו. המלצות הוועדה אושרו על ידי הממשלה.

העיתרות

17. מספר עתירות הוגשו לבית משפט זה במשך השנים, שעניינן הפעלת כוח פיזי בחקירות השב"כ (ראו, למשל, בג"ץ 7964/95 בלביסי נ' השב"כ (לא פורסם); בג"ץ 8049/96 חמדאן נ' השב"כ (לא פורסם); בג"ץ 3123/94 ע-טון נ' ראש השב"כ (לא פורסם); בג"ץ 3029/95 ערקאן נ' השב"כ (לא פורסם); בג"ץ 5578/95 חגי'אזי נ' השב"כ (לא פורסם)). בכל העתירות הללו קבענו דיון מיידי במרביתן נמסר לנו ולעותרים, כי אין נוקטים כלפי העותרים באמצעים פיזיים. על רקע זה ביקשו העותרים את מחיקתן של העתירות. לבקשות אלו נענינו, תוך שהפנינו את העותרים לאפשרות של תלונה, אם אמנם ננקטו כלפיהם אמצעים פיזיים בחקירה (ראו בג"ץ 3029/95). במיעוט קטן ביותר של העתירות לא נמסרה לנו הודעה זו. בחלקן הוצאנו צו ביניים. בחלקן האחר לא ראינו מקום ליתן צו ביניים. לעתים ציינו, כי "לא נמסר לנו כל מידע באשר לדרכי החקירה בהם מבקש המשיב לנקוט ואיננו מביעים כל עמדה ביחס אליהם" (בג"ץ 8049/96 חמדאן נ' שירות הביטחון הכללי (לא פורסם)). בפרשה אחרת צויין, כי "ביטולו של צו הביניים אין בו משום היתר לנקוט במהלך החקירה של העותר צעדים שאינם מתיישבים עם החוק ועם הנהלים המחייבים לעניין זה" (בשג"ץ 336/96 בבג"ץ 7954/95 בלביסי נ' שירות הביטחון הכללי). לא הכרענו, איפוא, עד כה, בשאלה אם השב"כ רשאי לנקוט באמצעי חקירה פיזיים בנסיבות של "צורך". עשינו זאת, בין השאר, משום שלא נתאפשר לנו לשמוע טיעונים מקיפים שיציגו בפנינו את התמונה הנורמטיבית בכל היקפה. עתה מונחות בפנינו מספר עתירות בהן שמענו (בכתב ובעל-פה) טיעונים מלאים של באי כוח הצדדים. על כך אנו מודים להם. אף שחלקן של העתירות הוא כללי וחלקן האחר לא אקטואלי, החלטנו לדון בהן, שכן מן ההכרח הוא לקבוע את הדין בסוגיה סבוכה זו. זאת אנו עושים לראשונה בעתירות אלה. נפתח בבחינת השאלה, אם חוקרי השב"כ מוסמכים בדרך כלל לנהל חקירות. לאחר מכן נעבור לבחינת השאלה אם סמכות החקירה הכללית משתרעת גם על אמצעים פיזיים - ואלה כוללים בחובם גם סבל נפשי - בהם נוקט השב"כ. לבסוף, נבחן אם נסיבות מיוחדות של "צורך" - בהן האמצעי דרוש באופן מיידי להצלת חיי אדם מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה - יש בהן כדי להסמיך את חוקרי השב"כ לנקוט באמצעים פיזיים בחקירתם.

הסמכות לחקור

18. לביטוי "חקירה" משמעויות שונות בהקשרים שונים. בעתירות שלפנינו, עניין לנו בהצגת שאלות המחייבות את הנשאל ליתן תשובות אמת (כפוף לחסיון מפני הפללה עצמית: ראו סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)). החקירה נעשית לרוב במקום שהנחקר עצור בו. חקירה זו - אפילו אם אין היא נעשית תוך כדי שימוש באמצעים פיזיים - פוגעת בחירותו של הנחקר. היא פוגעת לעיתים בכבודו ובצנעת הפרט שלו. במדינת חוק אין סמכות לבצע חקירה כזו בלא הסמכה בחקיקה ראשית, או בחקיקת משנה מכוח הסמכה מפורשת לכך בחקיקה ראשית. ביטוי לעיקרון זה נתן המחוקק בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, בקבעו:

"אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 1(א)).

החוק וחקיקת המשנה צריכים לקיים את הדרישות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו סעיף 8 לחוק היסוד). הוא הדין בחקירה. רשות מינהלית המבקשת לחקור אדם - חקירה המחייבת מתן תשובות אמת ולא הצגת שאלה אגב שיחה חופשית - חייבת להצביע על הוראת חוק המסמיכה אותה כדין לכך. כך דורש עקרון שלטון החוק (הפורמלי והמהותי). כך נדרש על פי עקרון חוקיות המנהל. "אם הרשות אינה יכולה להצביע על חוק ממנו נובעת הסמכות לעשות אותו מעשה, המעשה אינו בתחום הסמכות ולכן הוא בלתי-חוקי" (י. זמיר, הסמכות המנהלית 50 (תשנ"ו); ראו גם ב. ברכה, משפט מנהלי 25 (כרך א', תשמ"ז)).

19. הקיימת הוראת חוק המסמיכה את חוקרי השב"כ לבצע חקירות במובן עליו עמדנו? הוראה מיוחדת, העוסקת בחקירה על ידי אנשי השב"כ בתור שכאלה, אינה בנמצא. "מעמדו של השירות, תפקידו וסמכויותיו אינם מעוגנים במעשה חקיקה חרות (סטטוטורי) שיוחד לנושא זה" (עדת החקירה, שם, בעמ' 302). שירות הביטחון מהווה חלק מהרשות המבצעת. שיוך זה, כשלעצמו, אינו מעניק לו סמכויות חקירה. אמת, לממשלה "סמכות שירותית". זו הסמכות "לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" (סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה). אין להסיק מהוראה זו סמכות לחקירה במובן בו אנו עוסקים בעתירות אלה. סמכות החקירה פוגעת בחירותו של הפרט. סמכותה ה"שירותית" של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה"שירותית" של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול

במקום שקיים "חלל מנהלי" (ראו בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 832 (843)). "חלל מנהלי" כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא "מולא" בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת. עמד על כך הנשיא שמגר, בצינו: 5)

"יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר שהפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו. כך הדבר לגבי זכויות יסוד שהן חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, בין שהוכללו בחוק יסוד ובין שטרם נעשה כן. כך, לא תהיה, לדוגמה, בידי הממשלה סמכות לסגור עתון על יסוד החלטת ביצוע מנהלית, אם לא תהיה הוראת חוק מפורשת המסדירה נושא כגון דא, ואף אם טרם הוחק חוק יסוד המגדיר את חופש הדיבור; מעשה כאמור ינגוד תפיסות היסוד שלנו בדבר חירויות האדם הטבועות במשטרנו, ואשר ניתן להגבילן רק בחוק חרות... משמע, זכות היסוד של חופש הדיבור, שהיא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, יוצרת סייג הכובל את ידיה של הרשות המבצעת ואינו מתיר לה לחרוג, ללא הסמכה שבדין, מן האיסור לפגוע בחירות המוקנית על פיו" (בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647 (5) 652).

וברוח דומה ציין פרופ' זמיר:

"מקום שהסעיף [כלומר, סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה הקודם, וסעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה העכשווי] מסמיך את הממשלה לפעול, הוא מחייב אותה לפעול בכפוף לכל דין. ברור שסייג זה אוסר על הממשלה לפעול בניגוד להוראות שבחוק. מעבר לכך הוא אוסר על הממשלה לפגוע בזכות מזכויות היסוד של האדם. פשיטא שכך הדבר לגבי זכויות המעוגנות בחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם דומה שכך הדבר גם לגבי זכויות אדם שאינן מעוגנות בחוק. לדוגמה, אין הממשלה מוסמכת, לפי סעיף זה, להגביל את חופש הביטוי של האדם. ...סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה מעניק לממשלה רק סמכויות ממשל כלליות שאין בהן כדי לפגוע באופן ישיר בזכויות אדם. מסקנה זאת עולה גם, באופן נפרד, מן ההלכה הקובעת כי סמכות שהחוק הקנה לרשות מנהלית אינה מתפרשת כסמכות לפגוע בזכויות האדם, אלא אם הדבר נאמר במפורש או משתמע בבירור מן החוק" (זמיר, הסמכות המנהלית 337 (כרך א' (1996)).

הוא הדין בענייננו. חירותו של הפרט, לא להיות אובייקט לחקירה, היא חירות יסוד במשטרנו החוקתי. אין לפגוע בחירות זו אלא בהוראת חוק המקיימת את הדרישות החוקתיות. סמכות מנהל כללית של הממשלה, אין בכוחה לקיים דרישה זו. אכן, כאשר ביקש המחוקק להעניק לשירות הביטחון הכללי סמכות הפוגעת בזכות אדם, הוא קבע לעניין זה הוראה מיוחדת. כך, למשל, נקבע כי ראש שרות ביטחון רשאי, בתנאים מסוימים, להתיר האזנת סתר (ראו סעיף 5 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979. השו"ג סעיף 19(ג)(ד) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981). האם קיימת הוראה מיוחדת המעניקה לחוקרי השב"כ סמכות לחקירה?

20. הוראה מיוחדת המעניקה לחוקרי השב"כ סמכות חקירה אינה קיימת. אמת, בעקבות דו"ח ועדת החקירה נקבעו הוראות בעניין חקירות. הוראות אלה אף אושרו על ידי ועדת שרים שהוקמה לעניין זה. עם זאת, אין בהוראות אלה כדי לקיים את הדרישה כי ההסמכה תהא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו. ההוראות שנקבעו בעקבות דו"ח ועדת החקירה, הן הנחיות פנימיות. בהתייחסו להנחיות אלה, ציין חברי, השופט ש' לוי:

"אך ברור הוא שאין לראותן כשוות ערך לחוקי' במשמעות דיבור זה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודין להתבטל אם הן נוגדות את החוק" (בג"ץ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 837, 845) 4)

מהיכן, איפוא, שואבים חוקרי השב"כ את סמכות החקירה? התשובה מעוגנת בסעיף 2(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) הקובעת (בנוסחה לאחר התיקון בשנת 1944)

any other officer or class of An officer of police of or above the rank of inspector, or" writing by the Chief Secretary to the officers generally or specially authorised in

commission of offences, may examine orally Government, to hold enquiries into the with the facts and circumstances of any offence any person supposed to be acquainted of police or other authorised officer as aforesaid is in respect whereof such officer into writing any statement by a person so examined." enquiring, and may reduce

מכוחה של הוראה זו הסמיך שר המשפטים באופן פרטני, חוקרים של השב"כ, ששמותיהם מפורטים בכתב ההסמכה, לערוך חקירות על ביצוע עבירות בתחום הפעילות החבלנית העוינת. נמסר לנו, כי בכתבי ההסמכה הסמיך שר המשפטים את חוקרי השב"כ ששמותיהם מפורטים בכתובים, לערוך חקירות בחשד לביצוע עבירות על חוק העונשין, התשל"ז-1977; הפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948; תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945; החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, ועבירות שהסמכות לחקירתן הינה לפי תקנות שעת חרום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ח-1967. נראה לנו - ולא נטען בפנינו אחרת - כי בכך באה שאלת סמכות החקירה על פתרונה. מכוח סמכות זאת, דין חוקרי השב"כ, לצורך ניהול חקירה, כדין שוטרים. אם פיתרון זה רצוי הוא, והאם אין מקום להסדיר בחוק את סמכויות החקירה של חוקרי השב"כ, היא שאלה בה לא נביע כל עמדה.

האמצעים שניתן להיזקק להם בחקירה

21. ראינו, כי לחוקרי השב"כ הוענקה סמכות חקירה (ראו פסקה 20 לעיל). מהו היקפה של סמכות זו, והאם היא משתרעת גם על שימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה ולשם קידומה? האם ניתן לעשות שימוש באמצעים הפיזיים הננקטים על ידי חוקרי השב"כ (כגון טלטולים, תנוחת "שבאח", מניעת שינה) מכוח סמכות החקירה הנתונה לחוקרי השב"כ? יצויין, כי המדינה לא טענה בפנינו כי כל אמצעי החקירה הננקטים על ידי חוקרי השב"כ מותרים מכוח דיני החקירה עצמם. כך, למשל, לא נטען בפנינו כי טלטול מותר, בהיותו אמצעי "רגיל" של חוקר בישראל. עם זאת נטען בפנינו, כי חלק מהאמצעים הפיזיים הננקטים על ידי חוקרי השב"כ מותרים הם על פי דיני החקירה עצמם. כך הדבר, למשל, לעניין חלק מהאמצעים הפיזיים הננקטים במסגרת ההמתנה בתנוחת ה"שבאח", כגון הלבשת השק (למניעת קשר עין בין נחקרים), השמעת מוסיקה רועשת (למניעת העברת מידע בין נחקרים), כבילת הנחקר לכסא (להגנת החוקרים) ומניעת שינה (כנגזרת מצרכי החקירה). האם מאפשרים "דיני החקירה" שימוש באמצעים פיזיים אלה בחקירות השב"כ?

22. חקירה מעצם טיבעה, מעמידה את הנחקר במצב קשה. "חקירתו של פושע" - כתב השופט ויתקון לפני למעלה מעשרים שנה - "אינה משא ומתן בין שני סוחרים גלויים והוגנים המנהלים את עסקיהם על בסיס אמון הדדי מירבי" (ע"פ 216/74 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד כטן, 340 (1) 352). חקירה היא "תחרות של מוחות", בה מנסה החוקר לחזור למחשבתו של הנחקר ולקבל ממנו מידע הנחוץ לו. בצדק צויין, כי:

"כל חקירה, ותהא זו ההוגנת והסבירה מכולן, מעמידה את הנחקר במצבים מביכים, מכבידה עליו, מחטטת בצפונותיו, חודרת לפני ולפנים של ציפור נפשו ויוצרת אצלו לחצים נפשיים חמורים" (י' קדמי, על הראיות 25 חלק א, תשנ"א).

אכן, סמכות החקירה, ככל סמכות מנהלית, מעוצבת על ידי התכלית הספציפית המונחת ביסודה ועל ידי עקרונות היסוד של השיטה. בגיבוש כללי החקירה, מתנגשים שני ערכים או אינטרסים. מחד גיסא, הרצון לחשוף את האמת, ובכך להגשים את אינטרס הציבור בגילוי עבירות ובמניעתן. מאידך גיסא, הרצון להגן על כבוד האדם של הנחקר ועל חירותו. אכן, אינטרסים וערכים אלה אינם מוחלטים. חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על מנת לחשוף את האמת. "דרכי החקירה המשטרית הנהוגה במשטר פלוני" - ציין השופט לנדוי - "הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו" (ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(225) 1) 232). לעתים מחיר האמת הוא כה גבוה שחברה דמוקרטית אינה מוכנה לשלמו (ראו ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", משפטים כ"ז 13, 11 (תשנ"ו)). אך באותה מידה חברה דמוקרטית שוחרת חופש מבקשת להילחם בפשיעה ומוכנה שחקירה תפגע בכבוד האדם ובחירותו

של הנחקר ובלבד שהפגיעה היא לתכלית ראויה והפגיעה אינה מעבר לנדרש. על התנגשות זו בין ערכים, בכל הנוגע לקבילות ראיות שנתקבלו בחקירה משטרתית אלימה, עמד השופט ח' כהן, בציינו:

"מחד גיסא, חובתנו היא להגן על כבוד האדם שלא ייפגע בידי המתעללים בו, ולעשות כל אשר לאל ידינו לרסן את חוקרי המשטרה מלהשיג מטרת חקירתם באמצעים פסולים ונפשעים; מאידך גיסא, חובתנו היא להילחם בפשיעה ההולכת וגוברת והורסת כל חלקה טובה במדינה זו ולמנוע הפקרת שלום הציבור לתעלוליהם של פושעים אלימים אך באשר הוכו בידי חוקרי המשטרה" (ע"פ 183/78 אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לדן. 533, 546) 4)

עניין לנו, איפוא, בהתנגשות בין ערכים, ובאיזון בין הערכים המתנגשים. כתוצאה מאיזון זה עולים כללי החקירה הסבירה (ראו ביין, "כללי החקירה המשטרתית - היש מקום לקודיפיקציה של 'חוקי הצייד'", עיוני משפט יב 129 (1987)). כללים אלה מבוססים מחד גיסא, על שמירת צלם האדם של הנחקר (ראו ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל פ"ד לח(222-224, 197 (1) ועל שמירת "טוהר נשק החקירה" (ע"פ 183/78 הנ"ל, שם). מאידך גיסא, מתחשבים כללים אלה בצורך להילחם באופן אפקטיבי בתופעה העבריינית בכלל, ובפיגועים חבלניים בפרט. כללים אלה משקפים "אמות מידה של סבירות, שכל ישר והגינות" (קדמי, שם, בעמ' 25) כללים אלה של החקירה חשובים הם למדינה הדמוקטית. משקפים הם את אופייה. חקירה שלא כדין פוגעת בכבוד האדם של הנחקר. היא פוגעת גם בדמותה של החברה.

23. אין לנו צורך, בגדרן של העתירות שלפנינו, לבחון בהרחבה את דיני החקירה. אלה משתנים מעניין לעניין. לא הרי דיני החקירה לצורכי קבילות הראיה כהרי דיני החקירה לצורכי אחריות הפלילית או המשמעתית של החוקר. אנו עוסקים כאן בדיני החקירה כסמכות המופעלת על ידי רשות מינהלית (להבחנות אלה, ראו ביין, שם). דינים אלה, מטבע הדברים, קשורים קשר הדוק לנסיבותיו של כל מקרה. עם זאת, מספר עקרונות כלליים ראויים לציון: ראשית, חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש "באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים" במהלך החקירה (ד"ר 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(446, 441) 4). כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה (השוו בג"ץ 355/59 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לדן(298, 293) 3) ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(136) 4); מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי - אשר ישראל צד לו - האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב"יחס אכזרי ולא אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment). (ראו M. Evans and R. Preventing Torture Morgan, The Treatment of Prisoners under N.S. Rodley, (1998) 61); Law International (1987) 63). איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים. אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה. שימוש באלימות בחקירה עשוי להטיל על החוקר אחריות פלילית ומשמעתית (ראו למשל סעיף 277 לחוק העונשין: "לחץ של עובד הציבור"); ביין, שם, עמ' 130, 134; ע"פ 64/86 אשש נ' מדינת ישראל (לא פורסם); שנית, חקירה סבירה עלולה לגרום לחוסר נוחות; תוצאתה עלולה להיות חוסר שינה מספיקה; תנאי עריכתה עשויים להיות בלתי נעימים. אכן, ניתן לקיים חקירה יעילה גם בלא אלימות; מותר להזקק, במסגרת הדין, לתחבולות מסויימות ולפעולות מתוחכמות, המשמשות כבר כיום את החוקרים (במשטרה ובשב"כ); חקירות כאלה - המותרות במתקנות שבאומות - יכולות להיות יעילות ולהשיג את מטרתן. בסופו של דבר, חוקיות החקירה נגזרת מתכליתה הראויה ומאמצעיה המידתיים. כך, למשל, מניעת שינה לתקופה ארוכה, או מניעת שינה בלילה בלא שצורכי החקירה יחייבו זאת, הוא שימוש באמצעי חקירה מעבר למידה הדרושה.

מן הכלל אל הפרט

24. נפנה עתה מהכלל אל הפרט. פשיטא שטלטול הוא אמצעי חקירה פסול. הוא פוגע בגופו של הנחקר. הוא מפר את כבודו. זהו אמצעי אלים שאינו מהווה חלק מחקירה כדין. הוא מעל ומעבר למידה הדרושה. גם המדינה אינה טוענת שטלטול הוא אמצעי חקירה "רגיל" שכל חוקר (בשב"כ או במשטרה) רשאי לעשות בו שימוש. הטענה בפנינו היתה, כי הצידוק לטלטול הוא בדיני ה"צורך". על כך נעמוד בהמשך. על כל פנים, בוודאי שמחוץ לדין ה"צורך" וכחלק מחקירה "רגילה", אין להיזקק לאמצעי הטלטול.

25. נטען בפנינו כי אחד מאמצעי החקירה הוא זה, בו הנחקר כורע על קצות אצבעות רגליו למשך חמש דקות בכל פעם. המדינה לא הכחישה את השימוש באמצעי זה. זהו אמצעי חקירה פסול. אין הוא משרת כל מטרה שהיא אינהרנטית לחקירתו של אדם. יש בו השפלה ופגיעה בכבוד האדם.

26. "שיטת השבאח" מבוססת על מספר מרכיבים מצטברים: איזוק הנחקר, הושבתו על כיסא נמוך, כיסוי ראשו בשק אטום והשמעת מוסיקה חזקה במקום. כלום פעולות מעין אלה כלולות בסמכויות חקירה כלליות? נקודת המוצא היא, כי ישנן פעילויות המתחייבות באופן אינהרנטי מן הסמכות לחקור אדם הנתון במעצר (השוו ע"א 4463/94 הנ"ל, שם). על כן, מקובל עלינו כי איזוקו של נחקר, לשם השמירה על בטחון החוקרים, הינה פעולה הנכללת בגדר סמכויות חקירה כלליות (השוו בג"ץ 8124/96 מובארק נ' שירות הבטחון הכללי (לא פורסם)). ככל שאיזוקו של נחקר נעשה למטרה זו, הרי שהוא נעשה בסמכות. עמדת המדינה היא, כי האיזוק אכן נעשה לשם שמירה על בטחון החוקרים, או בכדי למנוע הימלטות ממשמורת חוקית. אף העותרים מסכימים, כי איזוקו של נחקר בנסיבות אלה מותר ומהווה חלק אינהרנטי של חקירה. אולם, האיזוק בתנוחת ה"שבאח" אינו מהווה איזוק רגיל של אדם. האיזוק נעשה כשידיו של הנחקר כבולות דווקא לאחור. יד אחת מתחת למסעד הכיסא, ויד אחת מעליו. זו תנוחה מעוותת ובלתי טבעית. בכך אין צורך לשם הבטחת בטחון החוקרים. כן אין הצדקה חקירתית באיזוק ידיו של הנחקר דווקא באזיקים קטנים, מקום בו נעשה הדבר. נקיטה באמצעים אלה היא פסולה. "איזוק מכאיב הוא מעשה אסור" (ראו פרשת מובראק הנ"ל). זאת ועוד: קיימות דרכים אחרות למנוע בריחה ממשמורת חוקית או הגנה על החוקרים, שאינן כרוכות בגרימת כאב וסבל לנחקר.

27. הוא הדין לגבי השיטה של הושבת הנחקר הנתון בתנוחת "שבאח". מקובל עלינו, כי חקירתו של אדם בהיותו יושב, הינה חלק אינהרנטי מחקירה. לא כן כאשר הכיסא עליו יושב הנחקר הוא כסא נמוך מאד המוטה קדימה כלפי מטה, והישיבה עליו היא במשך שעות ארוכות. ישיבה מעין זו אינה כלולה בסמכויות כלליות של חקירה. גם אם נניח כי הושבת נחקר על כיסא נמוך מזה של החוקר יכולה לשמש מטרה חקירתית לגיטימית (כגון: קביעת "כללי משחק" בהתמודדות המוחות בין הצדדים; הדגשת עליונותו של החוקר על הנחקר), אין צורך חקירתי אינהרנטי בהושבת נחקר על כיסא כה נמוך ומוטה כלפי מטה, עד שישיבה עליו גורמת לכאב וסבל ממשיים לנחקר. ודאי שאין סמכות החקירה הכללית כוללת גם הושבת נחקר על כיסא משופע קדימה, באופן המפעיל לחץ וכאב על גבו של הנחקר, כשבנוסף לכך הוא כבול בידיו מאחורי הכיסא, באופן ובצורה עליהם עמדנו. כל אלה אינם כלולים במסגרת חקירה "הוגנת". אין הם סבירים. הם פוגעים בכבודו של הנחקר, בשלמות גופו ובזכויות היסוד שלו מעבר לנדרש. אין לראות אותם ככלולים במסגרת סמכויות חקירה כלליות.

28. מקובל עלינו, כי יש וטעמי חקירה שעניינם הצורך במניעת קשר בין הנחקר לנחקרים אחרים, ואולי אף בין הנחקר לחוקריו, מחייבים נקיטת אמצעים שימנעו קשר כאמור. צורך כזה יכול לנבוע, למשל, מן הצורך להגן על בטחונם של חוקרים, נחקרים ועדים, או כחלק מ"משחק מוחות" שעניינו הידע המצוי בידי הנחקר לעומת זה המצוי בידי חוקריו. על כן כוללת סמכות החקירה - באופן עקרוני ועל פי נסיבות כל מקרה ומקרה לגופו - מניעת קשר עין עם אדם או מקום זה או אחר. במקרה שבפנינו, זהו ההסבר הניתן על ידי המדינה לשם כיסוי ראשו של הנחקר, המצוי בתנוחת ה"שבאח", בשק אטום. מן האמור בתצהירים שבפנינו, ראשו של הנחקר מכוסה בשק אטום כל זמן שהוא מצוי ב"המתנה" בתנוחת ה"שבאח". הוצהר בפנינו כי השק הינו אטום לגמרי, באופן הגורם מחנק לנחקר. שולי השק ארוכים כך שהוא מגיע עד לכתפי הנחקר. כל אלה אינם אמצעים אינהרנטיים לחקירתו של אדם. אין הם ממלאים אחרי עמדתה של המדינה, לפיה כל השימוש בהם הינו מניעת קשר עין עם נחקרים אחרים. אכן, גם אם יש למנוע קשר כזה, מה טעם בגרימת מחנק לעציר? השימוש באמצעי זה אינו קשור למטרה של מניעת קשר ועל כן הוא אסור. זאת ועוד: מן התצהירים שבפנינו ברור, כי כיסוי הראש נעשה למשך שעות ארוכות, כל עוד העציר ממתין. בעניין זה יש לנקוט אמצעים שפגיעתם קטנה יותר, כגון שההמתנה תהיה בתא מעצר, דבר שיאפשר להימנע מכל צורך לכסות את עיניו של הנחקר. לחלופין, אפשר לכסות את עיניו של הנחקר באופן שלא יגרום לו סבל גופני. הנה כי כן, כיסוי ראשו של נחקר - בייחוד כיסוי כל ראשו, להבדיל מכיסוי עיניו - במשך זמן ממושך בשק אטום וללא קשר הכרחי למטרה של שמירה על הנחקר או החוקרים, או מניעת קשר בין נחקרים, אינו חלק מחקירה הוגנת. הוא פוגע בנחקר ובצלמו. הוא משפיל אותו. הוא מביא לאבדן תחושת זמן ומקום. הוא גורם מחנק. כל אלה אינם חלק מסמכויות חקירה כלליות. המדינה הצהירה בתיקים שבפנינו, כי יעשה מאמץ למצוא שק "מאורר" יותר. אין בכך די. כיסוי הראש בנסיבות עליהן עמדנו, להבדיל מכיסוי העיניים, אינו בסמכות והוא פסול.

29. מניעת מגע של נחקר עם הסובב אותו יכולה לכלול גם מניעת שמיעה של הנעשה סביבו. מוכנים אנו להניח, כי הסמכות לחקור אדם כוללת גם בידודו משמיעת נחקרים אחרים או קולות וצלילים שיש בידיעתם על ידי הנחקר בכדי לפגום בהצלחת החקירה. בה בעת, יש לבחון אם האמצעי הננקט מצוי בגדרי חקירה הוגנת וסבירה. במקרה שבפנינו, עציר המצוי בתנוחת "שבאח" נתון להשמעה רצופה של מוסיקה רועשת. כלום אמצעי זה הוא בגדר סמכות החקירה הכללית? גם כאן, תשובתנו היא בשלילה. מוסיקה בעוצמה חזקה לאורך זמן ממושך גורמת סבל לנחקר. כך, ביחוד עת הוא כבול למקומו בתנוחה לא נוחה, וראשו מכוסה. השימוש באמצעי זה הינו פסול. אין הוא עומד בגדרי סמכותה של חקירה הוגנת ויעילה. מוסיקה בעוצמה חזקה היא אמצעי האסור בשימוש במתכונת שהוצגה בפנינו.

30. על כל אלה יש להוסיף, כי תנוחת ה"שבאח" כוללת את כל האמצעים הללו יחד ובו זמנית. השילוב ביניהם יוצר, כשלעצמו, סבל וכאב מיוחד. זהו אמצעי פוגע, ביחוד כאשר הוא ננקט לאורך זמן רב. לכן אין אמצעי זה כלול במסגרת סמכויות החקירה של נחקר. זהו אמצעי פסול. "במסגרת החובה לשמור על כבודו של העציר נכללת גם זכותו לבל יושפל ולבל יהיה נתון לתנאי מעצר תת-אנושיים אשר עלולים לפגוע בבריאותו ויש בהם לפגוע בכבודו" (בש"פ 7223/95 מדינת ישראל נ' רוטשטיין (טרם פורסם)). שילוב דומה - אם כי לא זהה - של אמצעי חקירה נדון בפרשת Kingdom Ireland V. United (1978) ECHR 25. כאן נבחנו חמש טכניקות חקירה בהן נקטה אנגליה בחקירתם של חשודים בפעילות טרוריסטית בצפון אירלנד. טכניקות אלה היו: עמידה ממושכת על קצה האצבעות בסמוך לקיר; כיסוי ראשו של הנחקר כל הזמן (למעט בחקירתו); חשיפה ממושכת של הנחקר לרעש חזק; מניעת שינה, מזון ושתיה. נקבע, כי טכניקות אלה אין בהן "עינויים", אך יש בהן יחס "לא אנושי ומשפיל", ועל כן הן אסורות.

31. חקירתו של אדם עשויה להימשך זמן רב, אם בשל אי שיתוף פעולה על ידי נחקר, בשל מורכבות המידע או בשל ההכרח בהשגת מידע באופן דחוף ומיידי (ראו למשל: פרשת מובארק הנ"ל; בג"ץ 5318/95 חגאזי נ' שירות הבטחון הכללי (לא פורסם)). אכן, אדם שמצוי בחקירה אינו יכול לישון כאדם שאינו מצוי בחקירה. עייפות של הנחקר והיותו נתון לשאלות חוקרים במשך זמן ממושך, הינם לעתים תוצאה בלתי נמנעת מחקירה או תוצאה נלווית לחקירה. זהו חלק מ"אי הנוחות" הטבוע בחקירה. על כן, עצם העובדה כי נמנעת מנחקר היכולת לישון כלולה, לדעתנו, בסמכות הכללית של החוקר (השוו: בג"ץ 3429/94 שבאנה נ' שירות הבטחון הכללי (לא פורסם)). עמד על כך השופט שמגר, בעניין דומה בציינו:

"חקירתו של פשע וביחוד... רצח או פשע חמור אחר - איננה יכולה להיעשות בגבולותיהן של שעות העבודה של עובדי המדינה... חקירתו של פשע היא בעיקר התמודדות שכלית... על כן לובשת החקירה לעתים לבוש של חזרה אל הנחקר... וכיוצא ב עילות המביאות להתמשכותה... ומחייבות שקידה על תנופתה ורציפותה" (ע"פ 485/76 בן-לולו נ' מדינת ישראל, (לא פורסם)).

שונה הדבר מקום בו מניעת השינה הופכת מתוצאת לוואי של צרכים חקירתיים אינהרנטיים, למטרה בפני עצמה. אם נמנעת שינה מן הנחקר במכוון, לאורך זמן, וזאת אך בשל מטרה להתישו ולשבור את רוחו - אין הדבר מצוי בגדריה של חקירה הוגנת וסבירה. יש באמצעי זה פגיעה מעבר לנדרש בזכויותיו וכבודו של הנחקר.

32. כל האמור לגבי הסייגים לחקירה, הנובעים מן הדרישה כי החקירה תהיה הוגנת וסבירה, מקובלים הלכה למעשה לגבי חקירה משטרתית רגילה. סמכות החקירה המוקנית על פי חוק לחוקר שב"כ היא אותה סמכות חקירה המוקנית על פי חוק לחוקר משטרה. יוצא כי הסייגים החלים על חקירת משטרה חלים גם על חקירת שב"כ. אין הוראת חוק המקנה לחוקר שב"כ סמכות חקירה מיוחדת, שונה וחמורה מזו המוקנית לחוקר משטרה. המסקנה היא כי חוקר שב"כ, שחובתו לנהל את החקירה על פי החוק, כפוף לסייגים החלים על חקירת משטרה.

אמצעי חקירה פיזיים וסייג ה"צורך"

33. הגענו לכלל מסקנה כי אנשי השב"כ שקיבלו הרשאה לכך (על פי פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)) מוסמכים לבצע חקירות. סמכות זו - כמו סמכות החקירה של שוטר - אינה כוללת בחובה את רוב רובם של אמצעי החקירה הפיזיים, נשוא העתירה שלפנינו. האם ניתן לבסס את הסמכות להפעיל אמצעי חקירה אלה על מקור משפטי שמעבר לעצם סמכות החקירה? על שאלה זו השיבו באי כוח המדינה בחיוב. כאמור, אין מצויה בחקיקה שלנו הרשאה מפורשת לחוקר שב"כ לנקוט

באמצעי חקירה פיזיים. אך הרשאה כזו ניתן לדעתם להסיק במקרים מסויימים, מהסייג לאחריות הפלילית הקבוע בהוראת ה"צורך" שבחוק העונשין. וזו לשון ההוראה (סעיף 34 יא):

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

עמדת המדינה הינה, כי מכוחו של "סייג" זה לאחריות פלילית, רשאים חוקרי השב"כ, כדי למנוע פגיעה חמורה בחיי אדם או בגופו, להפעיל במקרה המתאים, בהיעדר ברירה אחרת, גם אמצעים פיזיים, כגון טלטול. מעשה הנעשה בתנאים של "צורך" אינו עבירה פלילית, כי אם מעשה שראוי לעשותו על מנת למנוע פגיעה חמורה בחיי אדם או בגופו. מדובר, איפוא, במעשה שלחברה יש אינטרס לעודד את עשייתו, שכן ראוי הוא. זוהי בחירה ברע במיעוטו. לא רק שמותר ולגיטימי הוא לנקוט בפעולות לסיכול הטרור, אלא שחובה מוסרית היא לנקוט באותן פעולות. חובה זו מוטלת במיוחד על רשויות השלטון - ובענייננו, על חוקרי השב"כ - שעליהן מוטל הנטל לשמור על שלום הציבור. מכיון שכך, אין כל מניעה שתמנע ממפקדיו של החוקר להדריכו ולהנחותו ביחס לשאלה מתי מתקיימים יסודות הסייג ומהם גבולות פעולתו בנסיבות אלה. מכאן חוקיות ההנחיות בעניין השימוש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ. במסגרת טיעונם, הניחו לפתחנו באי כוח המדינה את טענת "הפצצה המתקתקת": פלוני נעצר על ידי השב"כ. הוא מחזיק בידיו מידע אודות מיקומה של פצצה שהוטמנה ותתפוצץ בקרוב. ללא מידע זה לא ניתן בשום דרך לנטרל את הפצצה. אין גם כל דרך אחרת להשיג את המידע. אם יושג המידע, תנטרל הפצצה. אם לא תנטרל, ייפגעו וייהרגו רבים. כלום רשאי, במצב זה, חוקר השב"כ להפעיל אמצעים פיזיים כדי להשיג מידע על אודות מיקום הפצצה? תשובתם של באי כוח המדינה היא בחיוב. השימוש באמצעים הפיזיים לא יהווה עבירה, וההיתר לשימוש בהם מעוגן, לטענתם, בסייג בדבר "צורך".

34. מוכנים אנו לצאת מתוך ההנחה - אף שעניין זה שנוי במחלוקת (ראו Dershowitz, "Is it Isr. And to Lie , About it?", 23 Necessary to Apply 'Physical Pressure' to Terrorists - Self-Defence and Necessity in German Penal Bernsmann, "Private ; (1989) 193 - L. Rev 208-210, 171 Isr. L. Rev. Some Remarks", 30 Law and in the Penal Law Proposal - (1998)) - כי סייג ה"צורך" עומד לכל אדם, לרבות לחוקר מטעם השלטון, הפועל במסגרות האירגוניות של השלטון, המקובלות לחקירות שכאלה. כן מוכנים אנו להניח - אף שגם עניין זה שנוי במחלוקת (ראו Krennitzer "The Landau Commission Report - Was the Security Subordinated to the Law or the Law to the Needs of the Security Service", 23 Service, 216 Isr. L. Rev. 244-247, (1989)) - כי סייג זה עשוי להתקיים במצבים של "פצצה מתקתקת", וכי דרישת המיידיות ("דרוש באופן מיידי" להצלת חיים) מתייחסת למיידיות המעשה ולא למיידיות הסכנה. על כן, מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר מספר ימים ואולי אף מספר שבועות, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת; כלומר, שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ (ראו קרמניצר ושגב, "הפעלת כוח בחקירות שירות הבטחון הכללי - הרע במיעוטו?", משפט וממשל ד' (תשנ"ח) 667, בעמ' 707 וכן Feller, "Not Actual 'Necessity' but Possible 'Justification'; Not 'Moderate' Pressure, but Either 'Unlimited' or 'None at All'", 23 Isr. L.R 207, 201, (1989)). על כן מוכנים אנו להניח, כפי שקבעה ועדת החקירה, כי אם חוקר שב"כ - שהפעיל אמצעי חקירה פיזיים להצלת חיי אדם - מובא לדין פלילי, עשוי לעמוד להגנתו בנסיבות מתאימות הסייג של "צורך" (ראו ע"פ 532/91 פלונים נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). אכן, ניתן להעלות שורה ארוכה של טיעונים מתחום האתיקה ומדע המדינה בעד ונגד הסייג של "צורך". (ראו קרמניצר ושגב ה"ל, בעמ' 696; M. S. Moor, "Torture and the Balance of", 23 Is. L. R Evils", 280 (1989); ל' שלף, "הרע במיעוטו והטוב במיטבו - על דו"ח ועדת לנדוי, טרור ועינויים", פלילים א' (תש"ן) W. L. : 24 & 185; P.E Twining, "Bentham on Torture", 305 (1973) Ireland Legal Q North the Judicial 161, 175; A. A. Zuckerman, "Coercion and Ascertainment of Truth", 23 Is. L. R (1989) 357). אך בעניין זה נפלה ההכרעה במשפטנו, וחוק העונשין מכיר בסייג של "צורך".

35. הנה כי כן, מוכנים אנו להניח, כי בנסיבות מתאימות, יעמוד הסייג של "צורך" להגנת חוקר שב"כ שיעמוד לדין פלילי. אך זו אינה הבעיה הניצבת לפנינו. אין אנו עוסקים באחריות הפלילית (או המשמעית) של חוקר שב"כ שעשה שימוש באמצעי חקירה פיזיים בנסיבות של "צורך", כשם שאיננו עוסקים בשאלת תוקפה של הודאה שניתנה בפני חוקרי שב"כ שהפעילו אמצעים פיזיים כלפי נחקר. אנו עוסקים בשאלה שונה. השאלה שלפנינו הינה אם מהסייג בדבר "צורך" ניתן להסיק סמכות לקביעת נוהל קבוע מראש באשר לאמצעי החקירה הפיזיים בהם מותר לחוקר לנקוט במצב של "צורך", והאם סייג ה"צורך" מהווה מקור של סמכות לחוקר השב"כ במסגרת מילוי תפקידו. לדעת המדינה, מסייג ה"צורך" - שיעמוד (בדיעבד) לחוקר המובא לדין פלילי - ניתן לגזור הרשאה חוקית - שתסמך את החוקר (מראש) לעשות שימוש באמצעי חקירה פיזיים. האם עמדה זו נכונה היא?

36. לדעתנו, אין להסיק מהסייג של "צורך" סמכות כללית לקביעת הנחיות באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה על ידי חוקרי השב"כ. הסייג של "צורך" אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט באמצעים פיזיים במהלך חקירה. הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין "צורך". סייג זה עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה (ראו פלר, שם עמ' 209). אופי זה של הסייג אינו מאפשר לו להיות מקור של סמכות מנהלית כללית. זו מבוססת על קביעת אמות מידה כלליות, הצופה פני העתיד. עמד על כך פרופ' אנקר, בצינו:

of considerations in Necessity is an after-the-fact judgment based on a narrow set" far-reaching and long- which we are concerned with immediate consequences, not order of priorities of both range consequences, on the basis of a clearly established Necessity does not define a code of means and ultimate values... The defense of certainly not a basis for establishing a primary normative behaviour. Necessity is as how one should go about conducting broad detailed code of behaviour such matters, when one may or may not use force, intelligence interrogations in security like (Enker, "The Use of Physical Force in how much force may be used and the Rights Israel and International Human Defense", in Interrogations and the Necessity ((1995) 61,62 Torture Law: The Issue of

וברוח דומה ציינו קרמניצר ושגב:

"הרציונל הבסיסי להגנת הצורך הוא היעדר האפשרות לנסח מראש כללי התנהגות מדויקים למצבי-חירום קונקרטיים, שנסיבותיהם מגוונות ובלתי-ניתנות לצפייה. נובע מכך, כי הגנת הצורך אינה מתאימה להסדרת מצב כללי אשר נסיבותיו ידועות וחוזרות, שבו אין סיבה שלא לקבוע את כללי ההתנהגות מראש, כך שתוכנם ייקבע לפי שיקול ותכנון מראש והם יוחלו באופן שוויוני לגבי הכל" (שם, עמ' 705).

אך מעבר לכך: הסייג של "צורך" גורם לכך שהפועל בנסיבות של "צורך" אינו נושא באחריות פלילית. אין לסייג של "צורך" - גם אם חוק העונשין בא לעודד את השימוש בו, דבר השנוי במחלוקת - כוח נורמטיבי נוסף, ואין בו גם הסמכה למנהל להפעיל אמצעים פיזיים להגשמת הפעולות המקיימות את הסייג של "צורך". עצם העובדה שפעולה מסוימת אינה מהווה עבירה פלילית (בשל הסייג של "צורך"), אין בה, כשלעצמה, כדי להסמך את המנהל לבצע אותה פעולה ובכך לפגוע בזכויות האדם. עקרון שלטון החוק (הפורמלי והמהותי גם יחד) מחייב שפגיעה בזכויות אדם תעוגן בהוראת חוק המסמיכה את המינהל לכך. שלילת אחריות פלילית אינה משמשת הסמכה לפגיעה בזכויות אדם. יצוין, כי ועדת החקירה 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 בירע 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" (שם, בעמ' 328).

37. לשון אחר: הנחיות כלליות לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה חייבות לשאוב את כוחן מהסמכה המעוגנת במשפט ולא מסייגים לאחריות פלילית. עקרון ה"צורך" אינו יכול לשמש בסיס לסמכות (ראו קרמניצר, שם, עמ' 236). אם המדינה מבקשת להבטיח כי חוקרי שירות הבטחון הכללי יוכלו להשתמש באמצעים פיזיים בחקירות, עליה לקבוע לעניין זה הסמכה בחוק. הסמכה זו גם תשחרר את החוקר המפעיל אמצעים פיזיים מאחריות פלילית. שחרור זה יבוא, לא מסייג ה"צורך", אלא בשל סייג ה"צידוק" הקובע (סעיף 34ג' לחוק העונשין):

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה:
(1) הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו";

הסייג לאחריות פלילית מכוח ה"צידוק", מקורו בדין שהוא מחוץ לחוק הפלילי, המשמש מקור לסמכות של הפועל. דין "חיצוני" זה משמש סייג לאחריות הפלילית. אין לבנות סייג זה על ה"צורך" שהוא "פנימי" לחוק העונשין עצמו. כך, למשל, כאשר מתעוררת השאלה מתי רשאי איש רשות להפעיל כוח קטלני במהלך מעצר או מניעת בריחות ממעצר, מקור הסמכות להפעלת הכוח הוא בהוראה שמחוץ לחוק העונשין, המעוגנת בדיני המעצר. אם תוך כדי שימוש בכוח נהרג אדם, עשוי הדבר להוות סייג לאחריות מכוח דין ה"צידוק" (ראו ע"פ 486/88 אַנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מדן. 353 (2) 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" (ראו קרמניצר, שם, עמ' 239-240), ואין סייג ה"צורך" המקום הנכון לעריכתם של שיקולים אלה (ראו אנקר, שם, עמ' 72). 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 עצמה (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון (טרם פורסם)).

38. מסקנתנו הינה איפוא זו: על פי המצב המשפטי הקיים, אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הבטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, הפוגעים בחירותם של אלה, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה. בדומה, לחוקר שב"כ אינדיבידואלי - כמו לכל שוטר - אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים אלה הפוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך כלל ובאופן אינהרנטי ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה. אם חוקר עומד לנקוט אמצעים אלה, או נוקט בהם הלכה למעשה, הוא חורג מסמכותו. אחריותו לכך תיבחן על פי הדין הכללי. אחריותו הפלילית תיבחן במסגרת סייג ה"צורך", ועל פי הנחתנו (ראו פסקה 35 לעיל), אם נסיבות המקרה מקיימות את דרישות הסייג, עשוי החוקר לחסות תחת כנפיו. כשם שקיומו של הסייג בדבר "צורך" אינו יוצר סמכות, כך העדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה"צורך" או סייגים נוספים לאחריות פלילית. היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר 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.

סוף דבר

39. פתחנו את פסק דיננו בתאור המציאות הבטחונית הקשה בה מצויה ישראל. בחזרה למציאות זו נסיים את פסק דיננו. מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל על ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפנייה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת,

ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה. עם זאת 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).

40. 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. יפים לענינו דבריו של מ"מ הנשיא, השופט לנדוי:

"יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין, לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה. אבל עדיין רב החשש שבי-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל עניין המובא לפני בית-המשפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (בג"ץ 390/79 דווקא נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 4).

ועדת החקירה הצביעה על "הדילמה הקשה בין הצורך החיוני לשמור על עצם קיומה של המדינה ועל חיי אזרחיה, לבין שמירת אפיה כמדינת חוק המחזיקה בערכים מוסריים בסיסיים" (שם, בעמ' 326). הוועדה דחתה את הגישה, לפיה פעילותם של שירותי הביטחון במלחמתם בטרור תתקיים "באזור הדמדומים" שמחוץ לחוק. הוועדה דחתה גם את "דרכם של הצבועים, המכריזים על דבקות בשלטון החוק, תוך העלמת עין מן הנעשה מתחת לפני השטח" (שם, בעמ' 327). הוועדה בחרה ללכת בדרך השלישית, "היא דרך האמת של שלטון החוק" (שם, בעמ' 328). בכך העמידה ועדת החקירה את הדילמה שלנו, כשהיא שקופה לעין כל, לבחינתה של החברה הישראלית.

הוחלט, על כן, להפוך הצו על תנאי החלטי במובן זה, שאנו מצהירים כי אין לשב"כ סמכות "לטלטל" אדם, להחזיקו בתנוחת "שבאח" (הכוללת את שילוב האמצעים, כאמור בפסקה 30), לחייבו ב"כריעת צפרדע" ולמנוע ממנו שינה באופן שאינו מתחייב מצרכי החקירה. כן אנו מצהירים, כי סייג ה"צורך" שבחוק העונשין אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה אלה וכי אין בו בסיס לקיום הנחיות לחוקרי השב"כ, המאפשרות שימוש בשיטות חקירה מעין אלה. בה בעת, אין בהחלטתנו שלילת האפשרות כי סייג "הצורך" יעמוד לחוקר שב"כ, בין במסגרת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אם יחליט להעמיד לדין ובין, אם יועמד לדין פלילי, במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ש' לוין:

אני מסכים.

משנה לנשיא

השופט ת' אור:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' זמיר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ט' שטרסברג-כהן:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט י' קדמי:

מקובלת עלי המסקנה אליה הגיע חברי הנשיא, לפיה השימוש באמצעי חקירה חריגים עפ"י הנחיותיה של ועדת השרים - מכח מקבץ הוראות החוק שהציע ב"כ המשיבים - "אינו בסמכות ולכן אינו כדין"; וכמוהו, גם אנכי בדעה, שהגיעה העת שסוגיה זו תוסדר בחקיקה ראשית מפורשת, בהירה וחד משמעית.

יחד עם זאת, מתקשה אנכי לקבל מצב דברים שבו, בשל העדרה של הוראה חקוקה מפורשת כאמור, תעמוד המדינה חסרת אונים מן ההיבט המשפטי, באותם מקרי חירום נדירים שזכו לכינוי "פצצה מתקתקת"; ולא תהיה "מוסמכת" להורות על נקיטה באמצעי חקירה חריגים בנסיבות כאלה. לגבי דידי, מתחייבת סמכות כזו בנסיבות האמורות, מחובתה הבסיסית של המדינה - ככל מדינה בעולם - להגן על קיומה, שלומה ושלום אזרחיה; כאשר הדעת נותנת, שתעמוד לה בנסיבות כאלה - לרבות לעושי דברה - זכותה הטבעית ל"הגנה עצמית", במובן הרחב של המושג, מפני ארגוני המחבלים, המבקשים את נפשה ואת נפש תושביה והמבצעים פיגועי טרור מזעזעים לקידום מטרותם.

על רקע זה ומתוך רצון למנוע מצב, שבו "תתקתק פצצה" לנגד עינינו ויד המדינה תקצר מלהושיע, הנני מציע להשעות את כניסת פסק הדין לתוקף למשך שנה אחת; כאשר במהלכה, יוכלו חוקרי השב"כ לנקוט אמצעי חקירה חריגים במקרים נדירים של "פצצה מתקתקת", בתנאי שתיתן לכך הסכמה מפורשת של היועץ המשפטי לממשלה.

ההשעיה בתנאים האמורים, אינה פוגעת בקביעתו של פסק-הדין, שהשימוש באמצעי חקירה חריגים - מכוח הנחיית ועדת השרים כאמור - אינו כדין. זאת, משום שלנוכח התנאים המוצעים, אין ההשעיה שקולה כנגד מתן היתר להמשיך ולנהוג על פי החלטת ועדת השרים; ואילו הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה, אינה מכשירה עשיית מעשה אסור על פי פסק הדין, אלא מדברת באי העמדה לדין בשל נקיטה באמצעי חקירה חריגים בנסיבות חירום של "פצצה מתקתקת".

במהלך תקופת ההשעיה, תהיה לכנסת הזדמנות לומר את דברה באשר לנקיטה באמצעי חקירה חריגים בחקירות בטחוניות, הן בדרך כלל והן בעיתות חירום. ואילו לשב"כ תינתן האפשרות להתמודד עם מקרי חירום עד שהכנסת תאמר את דברה; ובד בבד להיערך - לאחר תקופה ממושכת בה שלטו בכיפה הנחיות ועדת השרים - למצב הדברים החדש, הנותן ביטוי להתפתחות שחלה אצלנו בכל הקשור למעמדן ולמשקלן של זכויות האדם.

הנני מצטרף, איפוא, לפסק דינו של הנשיא, בכפוף להצעתי בדבר השעית כניסת פסק הדין לתוקפו למשך שנה אחת, כמפורט לעיל.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא.
ניתן היום, כ"ה באלול התשנ"ט (06.09.99).

ה נ ש י א המשנה לנשיא ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
/12/94051000.A09