

בעניין:

הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
עמותת הרשומה בישראל
ע"י בא כוחה עו"ד אביגדור פלדמן מרחוב הנביאים 26 תל-אביב

נגד

1. ממשלת ישראל, באמצעות מזכיר הממשלה
2. ראש שירות הביטחון הכללי, משרד ראש הממשלה

עתירה לצו על תנאי

זו עתירה לצו על תנאי הפונה אל המשיבים ליתן טעמים כדלקמן:

אל כל המשיבים:

א. מדוע לא יימנעו חוקרי שירות הביטחון הכללי (להלן: "השב"כ") בעצמם ו/או על ידי אחרים, בישראל ובשטחים המוחזקים, מלבצע חקירות של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, ומדוע לא יימנעו מלהפעיל סמכויות עזר לחקירה כמעצרים וחיפושים, כל עוד לא הוסמכו במפורש, על פי דין, לבצע פעולות כאלה.

ב. מדוע לא יימנעו חוקרי השב"כ מלפעול על פי המלצות ועדת החקירה לעניין "שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת", (להלן "דו"ח לנדוי") כפי שנמסרו לממשלה ביום 30.10.87, בכל הקשור להפעלת אמצעי לחץ בחקירה כמפורט בדו"ח לנדוי, דהיינו "הפעלת לחץ פסיכולוגי לא אליים", והפעלת "מידה מתונה של לחץ פיזי".

ג. מדוע לא יימנעו חוקרי השב"כ מלהפעיל בחקירה אמצעי לחץ המפורטים ב"קובץ הנחיות לחוקר השירות", כפי שנוסחו על ידי דו"ח לנדוי ומובאים מדי שנה לעיון מחדש של ועדת שרים מצומצמת.

ד. מדוע לא יבוטל כל היתר, רשות או חריג המאפשרים לחוקרי השב"כ להפעיל על נחקר "לחץ פסיכולוגי לא אליים" ו"מידה מתונה של לחץ פיזי".

ה. מדוע לא ימולאו הנחיות דו"ח לנדוי כלשונן: "יש להרחיב את מתקני החקירה, ליצור בהם תנאי תאורה סבירים, אוורור נרות בתאים, ואם ניתן הדבר - חדרית אור יום אליהם. תאורת חשמל בתאי המעצר בשעות הלילה לא תהיה בעוצמה העולה על הדרוש לשם צפייה מבחוץ על הנעשה בתוך התא. כן יש לשקוד על תנאי סניטציה ושירותים תקינים".

אל המשיבה 1:

מהות העתירה

1. א. שירות הביטחון הכללי (השב"כ) פועל בתחומי מדינת ישראל ובשטחים המוחזקים בלי שכוונן על פי חוק או דין כלשהו ובלי שהוענקו לו סמכויות כלליות בדבר חיפוש, מעצר וחקירה.

ב. כך פועל השב"כ מן היום הראשון שהוכרזה עצמאות מדינת ישראל, ונסבל כישות חוץ משפטית על ידי כלל הרשויות במדינת ישראל, לרבות בתי המשפט, המקבלים כמובנות מאליהן את סמכויות החקירה של השב"כ המניבות ראיות בדמות הודאות, עדויות וזכרונות דברים המובאים לבית המשפט ומתקבלים כראיות קבילות.

ג. ההצדקה המשפטית לפעולות השב"כ נמצאת לכאורה בסמכויות השיוריות הכלליות של ממשלת ישראל, אשר השב"כ פועל כידה הביצועית להגנה על בטחון המדינה.

ד. עתירה זו מבקשת להעמיד במבחן את סמכויותיו של השב"כ כגוף הפועל מחוץ לרחם המערכת המשפטית, ללא הסמכה מפורשת לעסוק בפעולות חקירה ולהפעיל בעצמו או על ידי אחרים סמכויות נלוות וחיוניות לחקירה כמעצר, החזקת אנשים במעצר וחיפושים.

ה. העתירה תדגיש את הא-נורמליות של פעולות השב"כ, בשים לב לסמכויות המיוחדות והחריגות שניתנו לחוקרי השב"כ תחת הכותרת של הסמכות להפעיל בחקירות חשודים "לחץ פסיכולוגי לא אליים" ו"מידה מתונה של לחץ פיזי". אלה מטבעות לשון שטבעה ועדת לנדוי ואומצו על ידי ממשלת ישראל כהנחיות חקירה לחוקרי השב"כ, ותחתן מסתתרים אמצעים של עינויי הגוף והנפש והשפלת נחקרים, והכל כדי להציל מפייהם הודאות בעבירות.

ו. אנו מעמידים בראש הסולם המשפטי את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונאמר ללא כחל ושרק כי לאחר שנחקק חוק זה שוב אין השב"כ יכול להסתתר מתחת למטריה הקטנה של הסמכויות השיוריות של ממשלת ישראל.

סמכויות השב"כ והסמכויות השיוריות של ממשלת ישראל

2.א. באופן מסורתי כפוף השב"כ לממשלת ישראל ולראש הממשלה, בחזקת היותו זרוע ביצועית הממשת את הסמכויות השיוריות של ממשלת ישראל להגנה על בטחון המדינה כאמור בחוק יסוד הממשלה בסעיף 29:

"הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

ב. כמפורש בחוק זה שני תנאים להפעלת סמכויות שיוריות על ידי הממשלה: (1) בכפוף לכל דין (2) פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.

ג. הסמכויות השיוריות אינן נמצאות מעל הדין, אלא היפוכו של דבר, הן כפופות לדין, לעניינו בראש ובראשונה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הוא נדבך מרכזי בתשתית המשפטית של מערכת המשפט והוא חלק מחוקתה הפנימית של מדינת ישראל. הרשות המבצעת חייבת לציית לעקרונות היסוד, כי כל קיומם של עקרונות יסוד לא נועד אלא כדי להגביל את פעולות הרשות המבצעת ולהגדיר באופן חד משמעי את כוחותיה לפגוע בזכויות יסוד.

ד. העובדה כי על אף קיומם של עקרונות היסוד מסמיכה הממשלה את חוקרי השב"כ לפגוע בכבודם ובגופם של אנשים היא שערוריה חוקתית החותרת תחת שלמותה של מערכת המשפט ומערערת על זכות קיומה.

ה. הרשות המבצעת היא היעד העיקרי של עקרונות היסוד. הממשלה מחויבת להפנים את עקרונות היסוד ולפעול במסגרתם.

ו. הממשלה באמצעות השב"כ אינה רשאית להפעיל סמכויות חקירה, גם משום שסמכויות אלה נמסרו על פי חקוקים שונים לרשויות אחרות.

ז. אמור מעתה, הסמכויות השיוריות של ממשלת ישראל אינן מתירות לשב"כ לבצע פעולות מעצר, חקירה וחיפוש שנמסרו בחוק לגופים אחרים, קרי משטרת ישראל, צה"ל, שירות בתי הסוהר ואחרים שנזכרו במפורש בחוק.

3.א. עקרון יסוד של מערכת המשפט הישראלית קובע כי סמכויות של חקירה והכוחות הנלווים להן נמסרו בחוק ובתקנות במפורש לרשויות מוגדרות, והפעלתן כפופה לפיקוח שיפוטי, באופן המוגדר בחוק המעניק סמכויות אלה.

ב. חקירה מעצם טבעה מחייבת כניסה אל פרטיות אדם, פגיעה בחירותו, פגיעה בכבודו, הגבלת האוטונומיה האישית ושימוש באמצעים פולשניים אחרים כמעצר, חיפוש וכיו"ב. על כן מקפיד

המחוקק בקלה כבחמורה כי סמכויות אלה יימסרו כדת וכדין לרשויות מסומנות ומסוימות, והדברים נעשים במגוון רב ביותר של חוקים המבקשים להקנות לגופים שונים סמכויות של חקירה, כניסה לתחום הפרט וכיו"ב.

ג. הקורא בחוקים העוסקים בסמכויות חקירה משתכנע על נקלה כי דרכו של המחוקק הישראלי היא להעניק סמכויות חקירה בדרך מפורשת ומדוקדקת ולא בדרך שיוויונית, כללית וסיטונאית.

ד. וראה ביטוי מפורש לכך בחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) 1982, שהוא החוק הראשי, אם כי לא היחיד, המסדיר במפורש סמכויות פולשניות לחקירה.

(1) חוק האזנת סתר 1979, תחת ההגדרה של "רשות ביטחון" מגניב החוק אל בין הגופים הרשאים לבקש האזנת סתר מראש הממשלה או משר הביטחון או לבצע האזנת סתר במקרה דחוף גם את שירות הביטחון הכללי.

(2) חוק הגנת הפרטיות 1981 כולל גם הוא את שירות הביטחון הכללי תחת הכותרת "רשות ביטחון", ומשחרר את אנשיה מאחריות לפי חוק זה בגין פגיעה בפרטיות שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילוי.

(3) תקנות סדר הדין הפלילי (פגישת עצור עם עורך דין) שעל פיהן רשאי ראש צוות חוקרים שהוסמך לכך על ידי ראש שירות הביטחון הכללי ביחס לפגיעה בזכויות הפרט.

ה. הכרה מקוטעת של החוק בשב"כ במספר חוקים והענקה לשב"כ סמכויות עזר של פגיעה בפרטיות, האזנת סתר ומניעת פגישה עם פרקליט, בלי שכוונן השב"כ על פי חוק ובלי שנמסרה לו בחוק סמכות חקירה מפורשת היא מוטציה משפטית היוצרת מפלצת, כעין דמות מצוירי הגיהנום של הירונימוס בוש, בעלת אוזן ענקית המאזינה לשיחות הפרט ועין פקוחה לרווחה הבולשת ופוגעת בפרטיות, אך היא חסרה גוף וראש ובעיקר חסרה תבונה, שהיא בדימוי שנטלנו, הסמכה חוקית ופיקוח משפטי.

פעולות החקירה והמעצר של השב"כ בחיי המעשה

4. א. בצד פעולות השב"כ להגנה על בטחון המדינה כגון איסוף מידע, הפעלת מודיעים וניתוח מידע, עוסק השב"כ זה שנים רבות באופן מעשי וכחלק מרכזי ממושמותו במלאכת אכיפת החוק, דהיינו חקירת חשודים בפעילות חבלנית עוינת (פח"ע), גביית עדויות והודאות של חשודים ועדים, על מנת שישמשו כראיות קבילות בכת משפט.

ב. במלאכת אכיפת החוק פועל השב"כ בקו אחד עם רשויות חקירה ומשפט אחרות, כגון משטרת ישראל, חיל המשטרה הצבאית של צה"ל, התביעה הכללית ובתי המשפט.

ג. בפעולות אלה השב"כ הוא חלק אינטגרלי של המכלול החקירתי, התביעתי והשיפוטי הכרוך בהעמדה לדין של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, ועל כן אין כל עילה משפטית המקנה לשב"כ בממד זה של פעולותיו כוחות וסמכויות של חקירה שלא נמסרו לו במפורש על ידי חוק.

5. א. בעולם המעשה, על אף שלא נמסרו לשב"כ סמכויות חקירה, מעצר וחיפוש, ובחוקי מדינת ישראל שמורות סמכויות אלה למשטרת ישראל או לשירות בתי הסוהר, פועל השב"כ לביצוע מעצרים, חיפושים וחקירות, ומחזיק במתקני חקירה שבהם מוחזקים אנשים במעצר.

ב. מתקני החקירה של השב"כ נמצאים בדרך כלל בתחומי בתי מעצר, בתי סוהר או תחנות משטרה. במתקנים אלה אגף החקירות של השב"כ הוא אוטונומי, נשלט על ידי השב"כ, ואילו רשויות המתקן שבגבולותיו נמצא מתקן חקירות זה משמשים לשב"כ כעין קבלני משנה להספקת חדרי מעצר, ארוחות לחוקרים ולעצירים, שירותי שמירה של העצורים, וכל מה שנדרש לניהול בית מעצר ומתקן חקירות.

ג. לרשויות המתקן, שבתוכו מתנהל אגף חקירות של השב"כ כאי לעצמו, אין סמכות להתערב בחיים הפנימיים של מתקן החקירות או אפשרות כלשהי לפקח על המתרחש בו.

ד. על דרך השיגרה מבצע השב"כ חיפוש, מעצרים ותשאולים אינטנסיביים של חשודים בעבירות פח"ע. בהיעדר סמכויות עצמאיות של חיפוש ומעצר, מבצע השב"כ פעולות אלה באמצעות שוטרים של משטרת ישראל או שוטרים צבאיים, שהחוק מסר להם סמכות לבצע חיפוש ומעצרים.

ה. גם במקרה זה פועלים השוטרים כעין קבלני משנה של השב"כ למעצר ולחיפוש, בלי שהשוטרים יפעילו שיקול דעת עצמאי.

6. א. השב"כ מקיים על כן יחסים טפיליים עם רשויות מוסמכות כמשטרה או שירות בתי הסוהר. השב"כ מתמקם בקרביים של גוף מוסמך, נסתר מכל ביקורת שיפוטית וציבורית, וממקום מחבואו הוא מפעיל את הרשות, יונק ממנה כוחות ואמצעים פולשניים, אך מונע מרשויות אלה הפעלת שיקול דעת עצמאי.

ב. אנשי השב"כ מבצעים חקירות של אנשים במעצר, אנשי גובים אימרות מעדים ומחשודים, הנרשמים בדרך של זכרונות דברים, כל זאת בלי שיש לשב"כ ולאנשיו סמכות מפורשת בחוק לבצע תשאולים של אנשים ולדרוש מהם להשיב תשובות לשאלות.

ג. החוק אינו מתיר לאנשי השב"כ כל גישה לאנשים הנמצאים במעצר ואינם חופשיים להפסיק את החקירה כרצונם או לשלוט בסביבתם.

ד. תשאולים של עצורים מבצע השב"כ אף ללא "קבלני משנה". אלה נכנסים לתמונה בשלב מאוחר יותר של החקירה, כאשר מובא לעצור שוטר על מנת שיגבה ממנו אימרה תחת אזהרה, המוגשת לבית המשפט כהודאה או כעדות.

ה. ברוב המקרים אין השוטר בקיא כלל בחקירה ובמהות העבירות המיוחסות לעצור, והוא מקבל מאנשי השב"כ תמצית של הנושאים שבהם הודה העצור במהלך חקירתו על ידי אנשי השב"כ, והשוטר מתבקש להציל מן העצור הודאה דומה.

7. א. שיטת משפט תקינה אינה יכולה לשאת על גבה גוף דוגמת השב"כ, הממלא תפקיד אינטנסיבי ואפשר לומר חיוני במלאכת הבאתם לדין ושיפוטם של חשודים בעבירות פח"ע, בלי שכוחותיו וסמכויותיו יוסדרו על פי דין וכשהוא אנוס לשאוב כוחות אלה מגופים אחרים בדרך של יחסים טפיליים שאין להם מקום במערכת משפט הנאמנה לעיקרון של שקיפות רשויותיה והגבלת פעולותיהן על פי חוק.

ב. לא זו בלבד שאין השב"כ מוסמך לבצע חקירות כלשהן, הרי שזה כשבע שנים לא נמסרו לשב"כ סמכויות מיוחדות להפעיל במהלך חקירה לחץ פסיכולוגי לא אלים ומידה מתונה של לחץ פיזי, הכל כפי שיפורט בהמשך עתירה זו.

דו"ח לנדוי

8. א. ביום 31.5.87 כוננה המשיבה 1 ממשלת ישראל ועדת חקירה בהתאם לסעיף 1 לחוק ועדות חקירה 1968, לגבי שיטות ונוהלי חקירה של השב"כ בנושא פח"ע. יו"ר הוועדה היה שופט בית המשפט העליון משה לנדוי, ונתמנו עמו אלוף (מיל') יצחק חופי ומבקר המדינה אז, יעקב מלץ.

ב. בכתב הכינון התבקשה הוועדה, בין היתר, להמליץ ולהצביע "ככל שתמצא לנכון, גם לגבי השיטות והנהלים המתאימים בנושא חקירות אלה בעתיד, תוך הבאה בחשבון של הצרכים הייחודיים של המאבק בפח"ע".

ג. עוד החליטה המשיבה 1 להחיל על הוועדה את סעיף 23 לחוק ועדות חקירה וקבוע שהוועדה היא שתחליט בעניין פרסום הדו"ח שלה, כאמור בסעיף 20 לחוק ועדות חקירה.

ד. ביום 30.10.87 הגישה ועדת החקירה דו"ח לממשלה. בין היתר המליצה הוועדה על שיטות חקירה של חשודים בפח"ע בלשון זו:

"חקירה יעילה של חשודים בפח"ע לא תיתכן בלי שימוש באמצעי לחץ כדי לגבור על רצון עיקש שלא לגלות מידע ועל פחדו של הנחקר שיבולע לו מאנשי ארגונו אם יגלה מידע...

"אמצעי הלחץ צריכים להתרכז בעיקר בלחץ פסיכולוגי לא אלים של חקירה נמרצת וממושכת ובשימוש בתחבולות, כולל מעשי הטעיה. אולם כאשר אלה אינם משיגים את המטרה, אין להימנע מהפעלת מידה מתונה של לחץ פיזי. מן הצורך להדריך את חוקרי השירות בקביעת סייגים ברורים בנידון זה, כדי למנוע הפעלת לחץ פיזי מופרז...

"בפרק של דו"ח זה, שמטעמים מובנים ייכלל בחלק השני, החסוי, ניסחנו אפוא קובץ הנחיות לחוקר השירות, המגדיר על פי נסיון העבר בדיוק ככל האפשר את גבולות המותר לחוקר ובעיקר את האסור לו. אנו משוכנעים שאם יישמרו סייגים אלה ככתבם וכרוחם תובטח יעילות החקירה ועם זאת היא תהיה רחוקה מהפעלת עינויי הגוף או הנפש, מהתעללות בנחקר או מהשפלת כבוד האדם שלו.

"קובץ ההנחיות המפורטות שעליו אנו ממליצים בחלק החסוי של הדו"ח יובא מדי שנה לעיון מחדש בפני ועדת שרים מצומצמת שעל הקמתה כבר הומלץ בדו"ח אחר. ועדה זו תוכל לעשות בו שינויים שייראו לה דרושים, על פי הנסיבות המשתנות מדי פעם. לאחר מכן יועבר הקובץ לידיעתה של ועדת המשנה לשירותים של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת."

כמו כן המליצה הוועדה על:

"טיפול מידי בשיפור התנאים במתקני החקירה שעדיין לא שופרו. יש להרחיב את מתקני החקירה, ליצור בהם תנאי תאורה סבירים, אוורור נאות בתאים, ואם ניתן הדבר - חדירת אור יום אליהם. תאורת חשמל בתאי המעצר בשעות הלילה לא תהיה בעוצמה העולה על הדרוש לשם צפייה מבחוץ על הנעשה בתוך התא. כן יש לשקוד על תנאי סניטציה ושירותים תקינים."

ו. הממשלה החליטה לקבל את כל המלצות הוועדה וליישם אותן, לרבות המלצות הוועדה ביחס לשיטות חקירה כמפורט לעיל. כמו כן לא החליטה הממשלה לפרסם חלקים מן הדוח שהוועדה החליטה על אי פרסומם.

ז. מאז החליטה הממשלה לאמץ את הנחיות דו"ח לנדוי תוקנו הנחיות החקירה לחוקר השב"כ על ידי ועדת השרים המצומצמת המוזכרת בדו"ח לנדוי, אך עיקרו של דבר: האמצעים שחוקר שב"כ רשאי להפעיל היום הם מן הסוג האסור על כל רשות חקירה אחרת, ולמעשה אסורים על כל רשות כלשהי במדינת ישראל. אלה אמצעים שנועדו לפגוע במכוון ובאופן תכליתי בגופו של אדם ובכבודו של אדם.

פעולות השב"כ וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

9. א. פעולות השב"כ כמפורט לעיל, דהיינו חיפושים, מעצרים וחקירות, לרבות הפעלת רשויות מוסמכות קבלני משנה לפעולות אלה והפעלת אמצעים מתונים של לחץ פיזי ולחץ פסיכולוגי לא אלים סותרים באופן חד משמעי את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ב. על פי סעיף 2 של החוק:

"אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם."

סעיף 4 של החוק קובע כי:

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

סעיף 8 של החוק אוסר כלשונו:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".
על פי סעיף 11 של החוק:
"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק זה".

ג. כלל האמצעים שהשב"כ נוקט ללא הסמכה חוקית מפורשת, וכל אחד מאמצעים אלה פוגעים בגופו ובכבודו של אדם באשר הוא אדם.

ד. נכון הדבר לגבי חקירה לא אלימה ושאינה עושה שימוש בלחץ פסיכולוגי לא אלים, המתבצעת כאשר הנחקר בתנאי מעצר, אין הוא שולט על סביבתו והוא אינו חופשי להפסיק את החקירה כרצונו, והוא למעשה נתון לחסדי החוקר.

ה. על אחת כמה וכמה לגבי אמצעי החקירה שעליהם המליצה ועדת לנדוי ונמסרו לחוקרי השב"כ על ידי ועדת שרים מצומצמת, הכוללים לחץ פסיכולוגי לא אלים ו"הפעלת מידה מתונה של לחץ פיזי".

ו. רק למחוקק ניתנה הרשות להעניק כוחות וסמכויות לעשות בגופו של אדם, בכבודו ובנפשו מעשים כגון אלה שעליהם המליצה ועדת לנדוי, וגם אמצעים אלה מוגבלים על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לתכלית ראויה במידה שאינה עולה על הנדרש ואינה סותרת את ערכיה היסודיים של מדינת ישראל.

לחץ פסיכולוגי ולחץ פיזי אסורים גם על פי הדינים הכלליים

10. א. מעשים כגון אלה שהתירה ממשלת ישראל בעקבות דו"ח לנדוי נאסרו גם על פי הדינים הכלליים של מדינת ישראל, כפי שהיו לפני חקיקת חוק היסוד וכפי שהם ממשיכים להתקיים אחריו.

ב. ראו בעניין זה פרשת קטלן נגד שירות בתי הסוהר בג"ץ 355/79, פ"ד לד (3) 294. באותו עניין עמדה על הפרק חוקיות הנחיה מינהלית של שירות בתי הסוהר, שהתירה ביצוע חוקן באסיר לשם גילוי ומניעה של הברחת סמים לתחומי בית הסוהר. תקנה זו נפסלה על ידי כל השופטים שדנו בעתירה זו בהיותה פוגעת בכבודו של אדם ובגופו, ועל כן כלשון השופט לנדוי (דווקא הוא שעמד בראש ועדת החקירה):
"כללו של דבר, גם לי נראה שאת הנושא הזה אין להסדיר, מפאת הפגיעה בזכות לפרטיות גופו של אדם, לא בדרך הנחיות מנהליות ואף לא בדרך של חקיקת משנה, אלא רק בדרך של חקיקה ראשית".

ג. וראה דברי כבוד השופט ברק באותו עניין:

"כל אדם מישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם. זכויות אלה כלולות במגילת הזכויות השיפוטיות... הזכות לשלמות גופנית ולכבוד האדם הן אף זכותו של העצור והאסיר. חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור ובין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות שהאדם החופשי נהנה מהן, אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה מפני פגיעה בכבוד האדם. החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו... על כן כדי ששלטונות בית הסוהר יוכלו לבצע חוקן ללא הסכמתו של העצור, ובכך להצדיק מעשה פלילי ועוולה אזרחית של תקיפה, עליהם להצביע על הוראה חקוקה המאפשרת להם לעשות כן (עמ' 298, אנחנו הדגשנו).

ועדת לנדוי הסתמכה על הגנת הצורך

11. א. ועדת לנדוי סמכה את המלצותיה על הגנת הצורך, המצדיקה לדעתה שימוש באמצעים שהם פסולים כשלעצמם כדי למנוע רעה שאינה ניתנת למניעה בדרך אחרת.

ב. בהחלת הגנת הצורך, הוועדה אינה מבחינה בין עינויי הגוף והנפש שמטרתם השגת הודאה של נחקר או ראיות אחרות לבית המשפט, ובין השימוש באמצעים אלה כדי למנוע סכנה קרובה אמיתית ומוחשית שאינה ניתנת למניעה בדרך אחרת.

ג. המלצות הוועדה גורפות, חסרות אבחנות משפטיות נאותות, מתעלמות מקטגוריות משפטיות הרלוונטיות לעניינים שבהם עסקה הוועדה, ומבוססות על הבנה מוטעית של הוראות החוק הפלילי בדבר הגנת הצורך.

ד. בהמלצות הוועדה יש היתר לאלימות במהלך חקירה; אלימות נפשית ואלימות פיזית. סיווג האלימות המותרת לדעת הוועדה כ"לחץ פיזי מתון" אינה מצילה את ההמלצה מגורל של אי חוקיות ופגיעה קשה בעקרונות יסוד של שמירה על כבוד האדם והגנה על גופו, בעיקר מפני חוקרים ואנשי שלטון אחרים.

ה. סברת הוועדה כי לחץ פיזי נמרץ ולחץ פיזי ולחץ פיזי מתון אינם עינויי הגוף או הנפש, התעללות בנחקר והשפלת כבוד האדם שלו, מתבססת על הנחה מרחיקת לכת בדבר המותר והאסור בפגיעה בגוף ובנפש של נחקרים, הנחה שנדחתה באורח נמרץ במשפטנו כמו במשפטן שלמדינות בנות תרבות אחרות.

הניסיון מלמד מקצתן של הוראות דו"ח לנדוי

12. א. הניסיון המצטבר של נחקרים ושל סגורים במשפטים שבהם נחקרו עצורים על ידי השב"כ מלמד כי הפעלת לחץ פסיכולוגי לא אלים והפעלה של מידה מתונה של לחץ פיזי היא נורמה בחקירה, והיא מתבצעת כמעט בכל חקירה של חשוד בפח"ע, ואין היא מיוחדת דווקא למקרים שבהם בולטת הגנת הצורך, או "הצורך" מקבל ביטוי כלשהו.

ב. הניסיון של עצורים ושל עורכי דין מלמד גם כי שלל האמצעים הכלולים בהגדרה של לחץ פסיכולוגי ומידה מתונה של לחץ פיזי כוללים מניעת שינה לתקופות העולות על 24 שעות, כבילה מכאיבה בתנוחות שונות ומשונות, הושבה על כסאות נמוכים (20 ס"מ מעל הרצפה) הגורמת לאי נוחות נמשכת המגיעה עד לכלל עינויי הגוף. הושבה על כסא בן שלוש רגליים המחייב את הנחקר לתקופה ממושכת של דריכות גופנית, שגם היא הופכת לאחר מספר שעות לעינויי הגוף והנפש. אמצעי אחר הוא שימוש בשק אפל ולעתים מסריח היורד על ראש הנחקר לשעות ארוכות, פוגע בתחושת הזמן של הנחקר והופך גם הוא לעינויי הגוף והנפש.

ג. כמו כן נוהגים חוקרי השב"כ להשפיל את הנחקר, להעליבו, לפגוע בכבודו, בכבוד בני משפחתו ובערכים הקרובים ללבו, בין אם מבחינת דתו ובין אם מבחינת אמונתו האידאולוגית.

ד. ככלל נוקטים חוקרי השב"כ, על פי הרישיון שנתנה להם ממשלת ישראל, פעולות בזוויות של עינויי הגוף ונפש והשפלה שלא הותר לשום גוף במדינת ישראל לשלוח ידו בהם, ובוודאי שאין להתירם לשב"כ שלא על פי חוק.

ה. העותרת כמובן אינה יודעת מה תוכנן המלא של הנחיות החקירה החסויות המתירות לחץ פסיכולוגי ולחץ פיזי מתון, אך הדעת נותנת שאלה אמצעים שיש בהם שימוש בכוח פיזי כלפי גופו של הנחקר, שנועד לשבור את התנגדותו ולגבות ממנו הודאה, והוא הדין לגבי האמצעים ה"פסיכולוגיים". העותרת מניחה כי אלה אמצעים הפוגעים בנפשו של הנחקר, וכי יש בהם אלמנטים משפילים ומעליבים היוצרים אצל הנחקר מצוקה נפשית עד אשר נשבר כוח רצונו.

ו. כאמור, הניסיון שהצטבר מאז הוגשו המלצות הדו"ח מלמד כי יישומם של אמצעי החקירה כרוך בפגיעה קשה בכבוד האדם ובגופו. האמצעים פסולים מכוח עצמם ופסולים מחמת שבסביבה המבודדת של החקירה הממושכת - מקום שבו החוקר מתמודד עם הנחקר ללא עדים - היתר לשימוש בלחץ פיזי מתון עלול להידרדר ללחץ קשה עד כדי סכנה של גרימת מותו של הנחקר, וכבר היו דברים מעולם וקיים חשש כי המקרים הללו התרבו לאחר דו"ח לנדוי.

ז. האיסור המוחלט על פגיעה פיזית הוא הערובה היחידה להגנה על נחקר, שבעת החקירה הוא חשוף ופגיע לחוקר ואין לו בזמן הזה מושיע זולת האיסור המוחלט - הטאבו המשפטי והחברתי נגד פגיעה בגופו ובנפשו.

ח. הוועדה מסרה היתר מוסרי לשימוש באלימות על ידי חוקרי שב"כ, הפוגע בכבוד האדם ובגופו ויוצר תנאים ונסיבות לשימוש מוגזם ומסוכן באלימות בעת חקירה.

ט. יישום המלצות המתירות לחוקר לפגוע בגופו של הנחקר או בנפשו עומדים בסתירה לעקרונות שלטון החוק וההגנה על הפרט כנגד הרשות, והוא למעשה הפקרת נחקרים לשרירות של חקירה אלימה.

י. יש בהמלצות הוועדה משום מיסוד של אמצעי חקירה פסולים ומתן לגיטימציה לאמצעים כאלה שאין בצידה אבחנות משפטיות ועל כן הסכנה שביישום המלצות אלה לשלטון החוק חמורה ומיידית.

הביקורת שנמתחה על אמצעי החקירה שנמסרו לשב"כ

13. א. מאז פורסם הדו"ח לציבור נמתחה עליו ביקורת קשה ביותר של קהילת המשפטנים, שהצביעו על יסודות מובהקים של אי חוקיות בהמלצה להפעיל לחץ פיזי מתון. אי חוקיות בשלושה ממדים: ממד החוק הפלילי, ממד נורמות כלליות וממד נורמות הנוגעות לקבילות ראייתית של הודאות חשודים.

ב. ראו בעיקר:

Symposium on the Report of the Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity, 23 Israel Law Review (1989).

ג. לעניין שגגת הוועדה בתיאור הגנת הצורך והחלתה באורח גורף על טיפוסים מגוונים של חקירות, חשודים וחשדות ראו מאמרו של פרופ' פלר: "Not Actual 'Necessity' but Possible 'Justification'; Not Moderate Pressure, but either 'None at all'". בעמ' 212.

ד. וראו מאמרו של פרופ' קרמניצר: "The Landau Commission Report: Was the Security Service 'Needs of Security' 'Subordinate to the Law, or the Law to the Service'". בעמ' 216.

כלשון המחבר (תרגום שלנו):

"על פי הגנת הצורך, סכנה אמיתית (לא דמיונית) קונקרטיה מאיימת על אינטרס מוגן של אדם (החיים, הגוף, החירות, הכבוד, הרכוש), שניתן להצלה אך ורק באמצעות פגיעה באינטרס לגיטימי של אדם אחר. ספק אם מצב זה מתקיים במהלך חקירת חשוד בפח"ע בכוונה לקבל ממנו מידע על אודות ארגון טרור. חקירת חשוד בפח"ע אינה מאבק ממוקד עם סכנה קונקרטיה הנובעת מאירוע מסוים או מנסיבות מוגדרות. זהו מאבק עם תופעה כללית היוצרת סכנה כללית. כאשר לא ניתן לדחוס בנוחיות חקירה למסגרת של צורך, נוצר פיתוי להתאים את הגנת הצורך למדיה של תופעה זו".

המלצות הוועדה הן היתר לעינויים וסותרות את המשפט הבינלאומי המנהגי

14. א. איסור העינויים הוא אוניברסלי, הוא נכלל בצורה כזו או אחרת בכל האמנות המבקשות להגן על זכויות האדם ונזכיר את המסמכים העיקריים בלבד שאין חולק על תוקפם ועל מעמדם כמשפט בינלאומי מנהגי או ככללים נורמטיביים שמדינת ישראל מחויבת לנהוג על פיהם.

ב. ההגדרה המוסמכת והמחייבת לפרקטיקת חקירה הידטעה כ"עינויים" נאמרה בהצהרת האו"ם נגד עינויים משנת 1975 הקובעת כי למטרות ההכרזה עינויים משמעותם "כל מעשה הגורם לכאב עז או לסבל, גופני או נפשי, הנעשה לאדם באופן מכוון על ידי בעל תפקיד רשמי כדי

להשיג ממנו או מאדם שלישי מידע או התוודות, או כדי להעניש אותו על מעשה שעשה או כדי להפחיד אותו או להפחיד אחרים...".

ג. העותרת מצביעה על ההגדרה ככוללת סבל נפשי וסבל גופני, ולטענת העותרת לחץ פיזי מתון הגורם לסבל גופני ונועד לגבות הודאה מחשוד נופל בגדר הגדרת עינויים, או לחלופין יש בו כדי לקדם ולעודד שימוש באמצעי עינויים מובהקים.

ד. איסור על פגיעה פיזית לא אנושית או משפילה נחקק גם בסעיף 5 להצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם שנתקבלה על ידי האספה הכללית של האו"ם ביום 10 בדצמבר 1948 הקובע כי שום אדם לא יהיה נתון ליחס או לענישה אכזריים, לא אנושיים או משפילים.

ה. סעיף 3 של אמנת ז'נבה משנת 1949 אוסר על הפעלת אמצעים הגורמים לסבל של אדם כדי להשיג ממנו או מאדם אחר התוודות או מידע.

ו. הצהרת האו"ם נגד עינויים שהתקבלה פה אחד בעצרת הכללית של האו"ם ביום 9 בדצמבר 1975 אוסרת על כל מדינה להתיר או להסכים לעינויים (על פי ההגדרה האמורה לעיל) או לכל יחס משפיל ובלתי אנושי אחר. נסיבות יוצאות מן הכלל כמצב מלחמה, איום של מלחמה, אי יציבות פוליטית פנימית או כל מצב חירום ציבורי אחר לא ישמשו כהצדקה לעינויים או לכל יחס או ענישה אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.

ז. העותרת מבקשת להדגיש כי איסור העינויים הוא מוחלט, וכי לא מותרת סטייה אף במצב של שעת חירום וסכנה מוחשית לקיום המדינה. ועדת החקירה מצאה לנכון להצדיק שימוש באמצעי החקירה האמורים מטעמים ערטילאיים של צורך.

ח. איסור העינויים מקובל על כל עמי התרבות והוא על כן כיום כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי, בין היתר מכוח הכללתו המצוטטת לעיל בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, וראו בעניין זה פרופ' דינשטיין (המשפט הבינלאומי העל מדינתי) בעמ' 123:

"אין ספק כי ההכרזה לא היתה דקלרטיבית באופיה במועד קבלתה, היינו היא אינה משקפת כללי משפט בינלאומי מנהגי שהיו קיימים בשנת 1948. חשיבותה הרבה של ההכרזה מתבטאת בזאת שבמקרים רבים (לא מעט עקב נוסחה הקצר והקולע) היא מילאה בהצלחה את התפקיד שנועד לה לכוון את המדינות בהתנהגותן. במשך השנים הפכה הפרקטיקה של המדינות לא מעט מסעיפיה של ההכרזה לדקלרטיביים, כך שהיום היא משקפת ברובה כללי משפט מחייבים (שהתגבשו מאז ועד היום).
"ההכרזה האוניברסלית... היא בגדר החלטה גרידא של העצרת הכללית של האומות המאוחדות, אלא שהחלטה זו - אם כי אינה מחייבת בתור שכזאת - מקובלת היום כמשקפת ברובה את המשפט הבינלאומי המנהגי".

ט. וראו הספר: Nigel Rodley : The Treatment of Prisoners under International Law, בעמ' 63 (תרגום שלנו):

"רוב הכותבים על נושא זכויות האדם במשפט הבינלאומי טוענים כי הסטנדרטים שנקבעו בהכרזה האוניברסלית, על אף שאולי לא היה להם תוקף משפטי מחייב בעת קבלתם, הפכו חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי כתוצאה מהתנהגותן של המדינות בפועל. נוהג המדינות המוזכר הוא קבלתן של מספר רב ביותר של החלטות בעיקר על ידי מועצת האו"ם, הקוראות למדינות מסוימות או לכלל המדינות החברות באו"ם לנהוג על פי ההכרזה. משכנעת במיוחד היא הצהרת טהרן, שבה הכריזה הוועידה הבינלאומית הראשונה לזכויות האדם באורח חגיגי שההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם מבטאת את ההבנה הכללית של בני האדם בעולם לעניין איסור הפגיעה וההפרה של זכויות כל החברים במשפחה האנושית, והיא יוצרת מחויבות לכל החברות בקהילה הבינלאומית".
י. ספק אם יש מי שיחלוק על כל שהאיסור על עינויים הוא כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי. ראו בעניין זה פרשת Filatriga V pena Irala 630 F 2d 876. בעמ' 882 קובע בית המשפט במפורש:

For although there is no universal agreement as to the precise extent of "human rights and fundamental freedoms" guaranteed to all by the (U.N) charter, there is at present no dissent from the view that the guarantees include as a bare minimum the right to be free from torture. This prohibition has become part of customary international law, as evidenced and refined by the Universal Declaration of Human Rights".

המלצות הוועדה סותרות את המשפט הפלילי הישראלי

15. א. סעיף 227 לחוק העונשין קובע:
"עובד הציבור העושה אחת מאלה, דינו - מאסר שלוש שנים:
(1) משתמש או מורה להשתמש בכוח או באלימות נגד אדם כדי לסחוט ממנו, או מאחר שהאדם יש לו עניין בו, הודאה בעבירה או מידע בדבר עבירה".
- ב. המלצות הוועדה כפי שהתקבלו על ידי המשיבה ונכללים בקובץ החסוי של הנחיות לחוקר מהווים היתר לעבור עבירה על סעיף 277 לחוק העונשין הנ"ל. כוח או אלימות על פי הגדרתם בחוק והמובן שבתו המשפט נתנו לנ טומנת בחובה גם לחץ פיזי מתון.
- ג. פסקה 2 של סעיף 277 הנ"ל אוסרת על עובד הציבור לאיים על אדם בפגיעה בגופו או בנכסיו או של אחר כדי לסחוט מן האדם הודאה בעבירה בעבירה או מידע בדבר עבירה.
- ד. בלי להכיר את נוסח החלק החסוי, העותרת חוששת כי הלחץ הנפשי המותר שם כולל גם התנהגות מאיימת מן הטיפוס שנאסר בסעיף 277 (2) הנ"ל.
- ה. המלצות הוועדה נוגדות גם את הכללים המשפטיים בדבר קבילות הודאות בבית המשפט. הכלל האמור בסעיף 11 לפקודת הראיות הוא כי הודאה שלא ניתנה מרצון טוב וחופשי אינה קבילה כראיה כנגד נותן ההודאה. לא ידוע לעותרת ולו מקרה אחד שבו התקבלה הודאה שהופקה באמצעות לחץ פיזי בין אם מתון ובין שאינו מתון שהופעל על הנחקר למטרה המפורשת של קבלת הודאה ממנו. ספק אם קבילה הודאה שניתנה כתוצאה מהפעלת לחץ פסיכולוגי בחקירה נמרצת וממושכת.
- ו. ניתוח הוועדה את פסיקת בית המשפט העליון וההלכה המשפטית ביחס לקבילות הודאות אינה מביאה למסקנה אחרת, דהיינו כי בית המשפט יקבל ראיות שהן התודויות שניתנו לאחר שימוש באמצעים שהוועדה המליצה עליהם. היפוכו של דבר הוא הנכון.
- ז. המלצת הוועדה על שימוש בלחץ פסיכולוגי ובלחץ פיזי מתון מתבססת על טעות חמורה בחוק ובהלכה המשפטית ביחס לקבילות הודאות. המלצת הוועדה אינה סבירה על כן. המטרה שהוועדה ביקשה להשיג - הנחיית החוקרים באמצעי חקירה שיש יגו הודאות שתהיינה קבילות כראיות במשפטים פליליים - אינה מושגת, ואמצעי החקירה מופעלים לשווא.

פרסום קובץ הנחיות לחוקר השירות

16. א. ועדת החקירה החליטה כי פרק הדו"ח הכולל קובץ הנחיות לחוקר השירות יהיה חסוי ולא יפורסם לציבור. על פי סעיף 26 (ב) לחוק ועדות חקירה "הממשלה רשאית, בצו, באישור ועדה של הכנסת שהממשלה פנתה אליה, להתיר עיון בדין וחשבון של ועדת חקירה... אשר לא פורסמו, או את פרסומם".
- ב. קובץ הנחיות לחוקר הוא הוראות נורמטיביות המופנות לחוקר אך נוגעות לציבור בכללותו; הציבור שעלול להיות נחקר על פי קובץ הנחיות אלה, ציבור עורכי הדין והציבור האחר שהוא בעל עניין כי חוקרי השב"כ ינהגו על פי דין.
- ג. כמפורט בכתב עתירה זו לעיל, קובץ הנחיות לחוקר מהווה סטייה של ממש מכללי המשפט הנהוגים במדינת ישראל. אין מדובר ביישום של הוראות קיימות אלא ביצירה של מערכת נורמטיבית חדשה. על כן אין לקובץ הנחיות לחוקר מעמד של הנחיות פנימיות בלבד

(שייתכן שאינו מחייב פרסום) אלא הוא מקור נורמטיבי ראשי או לפחות בדרגה של חקיקת משנה, וככזה אינו יכול להישאר בסוד כי כלל הוא שאין במשפטנו חקיקה נסתרת.

ד. היתר לשימוש באלימות מסויגת בחקירה מחייב ביקורת ופיקוח ציבוריים מעבר למה שהוועדה קבעה, דהיינו ועדת שרים וועדת משנה של הכנסת.

לא יושמו המלצות הוועדה בדבר שיפור התנאים במתקני חקירה

17. ועדת החקירה המליצה על שיפור התנאים במתקני חקירה, ליצור בהם אוורור נאות בתאים, ואם ניתן הדבר - חדירת אור יום אליהם, הפעלת תאורת חשמל בשעות הלילה בעוצמה שלא עולה על הדרוש לשם צפייה מבחוץ על הנעשה בתוך התא, וכן שיפור תנאי הסניטציה והשירותים, למיטב ידיעת העותרת, כפי שמתלוננים מי שנעצרו במתקני חקירות של השב"כ. המלצות אלה לא יושמו והתנאים במתקני החקירה בנושאים שהוועדה המליצה עליהם.

העותרת

18. א. העותרת היא עמותה שהוקמה כדי לפעול למנוע עינויים בישראל, להתריע נגד שימוש בעינויים, להיות כתובת לאנשים שנחשפו לעינויים, לקיים פעולות חינוכיות ופעולות הסברה למניעת עינויים.

ב. העותרת פועלת בעיקר באמצעות מתנדבים. במסגרת פעולותיה מראיינים אנשי העותרת אנשים שהיו בחקירות שב"כ ועורכי דין אשר ייצגו אנשים אלה, וכך נאסף אצל העותרת חומר רב לעניין שיטות החקירה הנהוגות על ידי השב"כ והשפעתן על נחקרים.

ג. לא אחת שמעו מתנדבי העותרת ממי שנחקרו על ידי השב"כ טענות בדבר אמצעי חקירה של השב"כ העולים לכדי מידה מתונה של לחץ פיזי ואמצעי לחץ פסיכולוגיים, ולעתים אף התלוננו עצורים על אמצעי חקירה העולים לכדי עינויים קשים ביותר, שאין להגדירם כהפעלה מתונה של לחץ פיזי.

ד. גם במקרים שבהם היו האמצעים מתונים יחסית, רישומה על האנשים שנחשפו לשיטות אלה היה קשה ביותר, הם יצרו תחושה של חוסר אונים, תסכול עמוק, זעם כלפי החוקרים וכלפי ממשלת ישראל וטראומה נפשית שלא נמחקה במהרה.

ה. מתנדבי העותרת התרשמו כי שיטות חקירה אלימות בדרגה מתונה הופעלו בכל חקירת פח"ע, באופן שיגרת.

ו. מתנדבי העותרת התרשמו כי במקרים רבים שהופעלו בהם שיטות חקירה אלה לא הועמדו אנשים לדין.

ז. מעמדה של העותרת בעתירה זו הוא כמעמד עותר ציבורי הפונה לבית משפט נכבד זה ומצביע על התנהגות לא חוקית של רשות מרשויות המדינה ומבקש לתקן קלקלה זו של אי חוקיות בריש גלי, הפוגעת ברבים ומפרה עקרון יסוד של כבוד האדם ושלמות גופו.

תולדות עתירה זו

19. א. עתירה דומה בנוסחה לעתירה זו, בכל הקשור להמלצות דו"ח לנדוי, הוגשה לבית משפט נכבד זה בשנת '91 (בג"ץ 2581/91), על ידי העותרת ואדם אחר, באמצעות עורך הדין החתום מטה. ביום 12.8.93 נדחתה העתירה על ידי הרכב השופטים מ. אלון, ש. לוי, ד. לוי. העתק מהחלטת בית המשפט נספח לעתירה וסימונו נספח א'.

ב. נפסק כי דין העתירה להידחות לא לגוף העניין אלא מחמת היעדר סכסוך קונקרטי המצדיק התערבות בית משפט נכבד זה.

ג. ביום 18.8.93 הוגשה לבית משפט נכבד זה עתירה לדיון נוסף (דנג"צ 4487/93) ובו נכללה הטענה כי החלטת בית משפט נכבד זה בבג"ץ 2581/91 עומדת בניגוד מוחלט לזרם המרכזי של הפסיקה, הגורסת כי בג"ץ יתערב גם בהיעדר סכסוך קונקרטי, במקום שבו מצביע העותר על אי חוקיות הפעולות של רשות מרשויות המדינה, הפוגעת בכלל ואשר לא ניתן למנוע אותה אלא באמצעות עתירה ציבורית לבג"ץ.

ד. בית המשפט התבקש לדון בעתירה זו יחד עם עתירה אחרת (דנג"צ 4110/92), יואב הס נגד שר הביטחון, שעניינה היה פסק דין אחר של בית משפט נכבד זה שדחה עתירה שהעמידה במבחן את חוקיות הוראות הפתיחה באש הניתנות לחיילי צה"ל בשטחים המוחזקים.

ה. גם עתירה זו נדחתה מחמת היעדר סכסוך קונקרטי והנשיא של בית משפט נכבד זה נעתר לקבוע דיון נוסף בהלכה זו.

ו. ביום 2.12.03 פסק הנשיא שמגר כי ייתן את החלטתו בדנג"צ 4478/93 לאחר מתן החלטה בדיון הנוסף בנושא הוראות הפתיחה באש (דנג"צ 4110/92).

ז. ביום 11.4.94 החליט בית המשפט הנכבד בהרכב של חמישה שופטים וברוב דעות לקבל את הבקשה לדיון נוסף, לבטל את החלטת בית המשפט שפסקה כי אין לדון בחוקיות הוראות הפתיחה באש מחמת היעדר סכסוך קונקרטי, והדיון הוחזר להרכב תלתא על מנת שידון בחוקיות הוראות הפתיחה באש לגופן.

ח. העתק מפסק דין זה נספת לעתירה דנן וסימונו נספח ב'.
בין היתר קבע כבוד הנשיא ב דנג"צ 4110/92 (טרם פורסם):
"הסוגיה המועלית בפנינו אינה שאלה פוליטית המבקשת ללבוש אצטלה מלאכותית של שאלה משפטית... ניצבות בפנינו הוראות פרטניות בקשר להתנהגות נושא נשק בנסיבות אפשריות, ובהן עשויה להידרש ממנו תגובה על אתר ללא אפשרות להיזקק מראש לעצה בדבר אופן היישום של ההוראות לנסיבות הקונקרטיות שהתהוו. סוגיה כזו ראויה הן מן הבחינה הנורמטיבית, הן מן הבחינה המוסדית והן כמקשה אחת לבחינה משפטית, ותמים דעים אני בעניין זה עם חברי הנכבד השופט גולדברג כי אין להתנות כתנאי לדיון בעניין שיתהוו נסיבות קונקרטיות של גרם מוות או הפרת הוראה כדי להטות אוזן לקושיה המועלית בפנינו".

ט. הנה כי כן עמדת כבוד הנשיא בעניין חוקיות הוראות הפתיחה באש היא כי אין להתנות את הדיון בחוקיותם בקיומו של סכסוך קונקרטי דווקא, וכי ניתן לעסוק בהוראות אלה במישור הנורמטיבי הצופה ומקדים את התרחשותן של נסיבות קונקרטיות. בית המשפט קיבל על כן את טענת העותר שם (שהיה מיוצג גם הוא על ידי הח"מ) כי יש להרחיב את מהות הסכסוך "ממובנו המסורתי הצר למובן רחב של שאלות קיום החוק ועקרונות שלטון החוק".

י. ביום 12.4.94 קבע כבוד הנשיא בדנג"צ 4478/93 כי לאור ההחלטה שנפלה בדנג"צ 4410/92, אין טעם בכפל דיון ודחה את הבקשה לדיון נוסף.
העתק החלטה זו נספח לעתירה דנן וסימונו נספח ג'.

יא. הקורא היטב למד לדעת כי משמעות החלטת הנשיא כי ההלכה שנקבעה בדיון נוסף בשאלת חוקיות הוראות הפתיחה באש, מן הראוי שתחול גם על דחיית העתירה בדבר חוקיות ההנחיות לחוקרי השב"כ, מחמת "היעדר סכסוך קונקרטי", רוצה לומר כי לא היה מקום לדחות עתירה זו על הסף.

יב. על כן השתנות המצב המשפטי, שעל פיה שוב אין לפסוק הלכה על יסוד בג"ץ 873/91 (הוראות הפתיחה באש), המוזכר כבסיס להלכה שנפסקה בבג"ץ 2581/91 (חוקיות הנחיות לחוקרי השב"כ), ועל יסוד חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנחקק לאחר לאחר שהוגשה העתירה בבג"ץ 2581/91, הרי שאין דחיית העתירה הראשונה בעניין הנחיות לחוקרי השב"כ חוסמת מפני העותר הגשת העתירה דנן.

כמו כן עתירה זו רחבה מן העתירה בבג"ץ 2581/91, באשר עתה, ולאחר שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובהסתמך עליו, מתבקש בית המשפט לאסור על השב"כ וחוקריו לעצור, לחפש, לחקור, לתשאל ולהחזיק במתקני חקירה ומעצר ללא הסמכה מפורשת בחוק.

עיתוי העתירה וטענת שיהוי אפשרית

20. א. אכן המלצות דו"ח לנדוי הוגשו לממשלה בשלהי שנת '87 ואושרו על ידה זמן קצר לאחר מכן, ומאז כך, יש להניח, מפעילים חוקרי השירות את ההנחיות הכלולות בחלק החסוי של הדו"ח. הפעלה של הוראות אלה היא יומיומית, והפגיעה בגופם ובכבודם של נחקרים נמשכת.

ב. מאז הוגש הדו"ח לא ירד העניין מסדר הים הציבורי, והביקורת מכל חוגי הציבור ומהעולם האקדמי היא כמעט בלתי פוסקת. הכל מדגישים את צדדיו הבלתי חוקיים של ההיתר להפעיל לחץ פיזי ופסיכולוגי ואת היותו מנוגד לעקרונות יסוד של משטר דמוקרטי.

ג. היה מקום להגיש עתירה כזו בעת שהמלצות אלה אושרו על ידי הוועדה, אך הלכה היא ששיהוי בהגשת עתירה אינו מחסום משפטי נגד תקיפת פרקטיקה בלתי חוקית הנמשכת והולכת גם בעת שמוגשת העתירה ותימשך בעתיד אם לא תבוא התערבות בית משפט נכבד זה.

ד. המשיבים לא שינו את מצבם לרעה עקב השיהוי בהגשת העתירה. אם נכונות טענות העותרת כי הפעלת האמצעים הכלולים בדו"ח אינה חוקית, אזי אין למשיבים כל זכות שתימשך הפעלת האמצעים הפסולים ללא כל הפרעה שיפוטית הולמת.

אביגדור פלדמן, עו"ד
ב"כ העותרת