

האגודה לזכויות האזרח בישראל

על ידי עוה"ד דנה בריקסמן ו/או אליהו אברם ו/או נטע זיו ו/או
דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או יהודה בן דור ו/או ישראל
דורון ו/או הדס תגרי ו/או משה כהן ו/או בקי כהן קשת
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל, רח' קרן היסוד 29ב'
ירושלים 91082, ת.ד. 8273, פקס: 02-248910, טלפון 02-
העותרים 243984.

נ ג ד

1. ראש ממשלת ישראל, הקריה, ירושלים.
2. שר המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים.
3. שר המשטרה, שכונת שייח' ג'ראח, ירושלים.
4. השר לאיכות הסביבה, הקריה, ירושלים.
כולם חברי ועדת השרים לענייני השב"כ.
5. ראש שירות הביטחון הכללי, משרד ראש הממשלה, הקריה,
ירושלים.
על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם מדוע לא יורו לחוקרי שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ) להימנע מטלטול נחקרים ומניעורם בעת חקירתם.

בקשה לצו ביניים

כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו ביניים המורה למשיבים לאסור לאלתר על חוקרי השב"כ את השחמוש בטלטולי גוף של נחקרים וניעורם במהלך חקירתם, עד לסיום הדיון בעתירה זו.

ואלה נימוקי העתירה:

פתח דבר

1. עתירה זו עוסקת בזכותו של אדם לכבוד, לשלמות גופנית ולחיים. על הפרק עומדת שיטת חקירה הפוגעת באופן בוטה בכל אחת מזכויות אלה. זוהי שיטה שכיחה בחקירות השב"כ הכרוכה בהפעלת לחץ פיזי על הנחקר: ניעור בחוזקה של פלג הגוף העליון של הנחקר

קדימה ואחורה, בצורה הגורמת לצוואר ולראש להיטלטל ולהתנדנד במהירות (להלן: שיטת הטלטולים).

בתאריך 26 באפריל '95 נפטר מר עבד אל צאמד חריזאת כתוצאה מכך שביום 22 באפריל טולטל קדימה ואחורה מספר פעמים על ידי חוקרי השב"כ בעת שהוחזק במגרש הרוסים בירושלים. מותו של עבד אל צאמד חריזאת וחוות דעת שניתנו בעקבותיו הוכיחו כי אמצעי הטלטולים עלול לגרום לפגיעה מוחית בלתי הפיכה בנחקרים ואף לגרום למותם. אף על פי כן נמנעו המשיבים עד כה, למיטב ידיעת העותרת, מלאסור את השימוש בשיטת הטלטולים המסוכנת והקטלנית בחקירות השב"כ.

2. בפעם הראשונה מעמידה עתירה זו בפני בית המשפט הנכבד את שאלת החוקיות של שיטת חקירה מוגדרת וספציפית, אשר לגביה הודו למעשה רשויות המדינה בשתיים אלה: שהיא מותרת לחוקרי השב"כ על פי נהלים פנימיים; ושהיא גרמה ישירות למותו של אדם בעת חקירתו.

עמדת העותרת היא כי אין להפעיל אלימות כלפי גופו של אדם בחקירה ואין לענותו. יחד עם זאת עתירה זו מצומצמת לשאלת חוקיותו של אמצעי חקירה אחד שטמונה בו סכנת חיים ממשית.

3. שיטת הטלטולים מנוגדת לאיסורים הפליליים על פגיעה בגוף וסיכון החיים שבחוק העונשין. שיטת חקירה זו אף פוגעת בכבוד האדם ובגופו ומסכנת את חייו, בלי שמוקנית לחוקרי השב"כ סמכות שבחוק לבצע פגיעה זו בנחקרים ובלי שהוכח כי שיטות חקירה אחרות - המותרות בדין והפוגעות פחות בזכויות יסוד של נחקרים - אינן מסוגלות להשיג את תכלית החקירה. על כן הטלטולים כשיטת חקירה עומדים בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וההיתר המנהלי שניתן על ידי המשיבים לנקוט שיטה זו הוא בלתי חוקתי.

העובדות

העותרת

4. העותרת היא עמותה הפועלת לשמירה על זכויות האזרח והאדם במדינת ישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה. בין היתר עוסקת העותרת בזכויותיהם של עצירים ונחקרים.

המשיבים

5. המשיב 1 הוא הממונה מטעם ממשלת ישראל על פעולות השב"כ. הוא מינה את המשיב 5 לעמוד בראש השב"כ ולפקד על חוקריו.

6. המשיבים 1 עד 4 הם חברי ועדת השרים לענייני השב"כ. ועדת השרים כוננה בהתאם להמלצות ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת, מיום 30 באוקטובר '87 (להלן: ועדת לנדוי). בסעיף 4.19(ד) להמלצותיה המליצה ועדת לנדוי שראש הממשלה יקים ועדת שרים בהיקף מצומצם שתדון בנושאים חריגים מיוחדים בנוגע לשב"כ וכן "תמלא תפקיד של עיון מחדש בקובץ של אמצעי הלחץ המותרים בחקירות פח"ע של השירות". ממשלת ישראל אימצה את המלצותיה של ועדת לנדוי, וראש הממשלה הקים בהתאם להמלצותיה את ועדת השרים האמורה.

7. למיטב ידיעתה של העותרת, מתכנסת ועדת השרים לענייני השב"כ מפעם לפעם על מנת לבחון מחדש ולאשר את אמצעי החקירה המותרים לחוקרי השב"כ ואת נוהל ההיתרים החריגים בחקירה המופץ לחוקרי השירות.

השתלשלות האירועים

8. בתאריך 2 במאי 95', בעקבות פרסום הממצאים הפתולוגיים הראשונים בעניין סיבת גרימת מותו של עבד אל צאמד חריזאת, פנתה העותרת במכתב למשיב 1. במכתב זה דרשה העותרת מוועדת השרים לענייני השב"כ, שבראשה עומד המשיב 1, לפסול לחלוטין את שיטת הטלטולים בחקירות השב"כ. עותקים ממכתב זה נשלחו גם למשיבים 2, 3 ו-4. עותק ממכתבה הנ"ל של העותרת מיום 2.5.95 מצורף לעתירה ומסומן ע1/1.

9. המשיב 1 לא השיב למכתבה (ע1/1) של העותרת. יחד עם זאת, במכתב מיום 14.5.95 השיב המשיב 2 (שר המשפטים, שהיה בין המכותבים של ע1/1) כי הוא שוקל את דברי העותרת "באחריות וברצינות", אך הוא ממתין לתוצאות החקירה בעניין נסיבות מותו של חריזאת. עותק ממכתבו של המשיב 2 מצורף לעתירה ומסומן ע2/2.

10. העותרת חזרה ודרשה מוועדת השרים לענייני השב"כ לפסול את שיטת הטלטולים בחקירה בעקבות סיום חקירתה של המחלקה לחקירות שוטרים (להלן: מח"ש) שבפרקליטות המדינה בעניין נסיבות מותו של חריזאת. במכתבה מיום 11 ביוני 95' למשיב 2, אשר עותקים ממנו נשלחו גם למשיבים 1, 3 ו-4, ציינה העותרת כי תוצאות החקירה מאשרות כי מותו של חריזאת נגרם מניעור ראשו בעת חקירתו.

עותק ממכתבה הנ"ל של העותרת מיום 11.6.95 מצורף לעתירה ומסומן ע3/3.

11. למכתבה (ע/3) של העותרת למשיב 2 צורפה חוות דעת רפואית של הפתולוג המרכזי ד"ר רוברט קירשנר. ד"ר קירשנר מחווה את דעתו כמומחה כדלקמן:

"It is my opinion with a reasonable degree of medical and scientific certainty that interrogation by shaking poses a grave risk of severe and permanent cerebral injury, including death, to those subjected to such trauma".

חוות דעתו של ד"ר קירשנר מתאריך 9.6.95 מצורפת לעתירה ומסומנת ע4/4.

12. למכתבה (ע3/3) של העותרת למשיב 2 אף צורפו אימרות של שלושה נחקרים אשר טולטלו באופן שיטתי על ידי חוקרי השב"כ בעת חקירותיהם בחודשים האחרונים. כל אחד מהם שוחרר בסיום חקירתו בלי שהועמד לדין. אימרותיהם נגבו על ידי מר יובל גינבר, המשמש תחקירן של ארגון "בצלם". באימרות אלה יש כדי להצביע על שכיחות השיטה ועל האלימות הקשה הכרוכה בה. כך למשל העיד עבד א-נאסר אל קיסי: "הוא עשה זאת בכוח רב. חזי כאב, והצוואר שלי היטלטל קדימה ואחורה כמו מטוטלת, בעוצמה רבה... האחד התעייף, השני התחיל. התעלפתי. הם הביאו מים, התיזו עלי, הביאו את החובש".

האימרה שנגבתה ממר עבד א-נאסר אל-קיסי מצורפת לעתירה ומסומנת ע6/6.

האימרה שנגבתה ממר מוסא משארקה מצורפת לעתירה ומסומנת ע7/7.

האימרה שנגבתה ממר ח'אלד פראג' מצורפת לעתירה ומסומנת ע8/8.

תצהירו של מר יובל גינבר בדבר גבייתן שלוש האימרות הנ"ל מצורף לעתירה ומסומן ע9/9.

13. העותרת טרם קיבלה תשובה למכתבה (ע3/3) הנ"ל על מצורפיו (ע4-8).

14. העותרת הגישה בעבר תלונות רבות ליועץ המשפטי לממשלה בשמם של עצורים שנחקרו בידי השב"כ בשל שיטות חקירה אלימות או משפילות. עם תלונות אלו נמנו גם תלונות בגין טלטול אלים של הנחקר. תלונה אחרונה מסוג זה היא זו של מר האני סלאח מוזהיר, אשר הגישה העותרת במכתבה ליועץ המשפטי לממשלה מיום 23.10.94. בסעיף 4(ד) למכתב התלונה ציינה העותרת בשם הנחקר:

"כשמרשנו קשור בידינו לכסא נמוך וככול גם ברגליו, הניעו החוקרים כהן, ג'וזף ואבו כרים בעוצמה רבה את פלג גופו העליון. משיכות ודחיפות אלו גרמו לכאבים חזקים בעורף ובכתפיים. מרשנו המשיך לסבול מכאבים אלה גם לאחר סיום החקירה בעת גביית תצהירו".

מכתבה הנ"ל של העותרת מיום 23.10.94 מצורף לעתירה ומסומן ע10/1.
תצהירו של המתלונן מיום 8.9.94, שצורף למכתב, מצורף לעתירה ומסומן ע11/א (במקור) ו- ע11/ב (בתדפיס).

15. העותרת לא קיבלה עד היום תשובה לתלונתה (ע10/1) הנ"ל.

ממצאי חקירת נסיבות מותו של עבד אל צאמד חריזאת

16. המח"ש חקרה את נסיבות מותו של עבד אל צאמד חריזאת (להלן: המנוח). על פי בקשתה של מח"ש ציווה בית המשפט השלום בירושלים ביום 26.4.95 על נתיחת גופת המנוח. הנתיחה בוצעה בתאריך 27.4.95. עו"ד ע. שנדר, מנהל מח"ש, סיכם את ממצאי החקירה בדו"ח מיום 7 ביוני '95. לדו"ח המסכם, אשר הוגש לבית משפט נכבד זה במסגרת עתירה לקבל מסמכים בקשר לנתיחת הגופה (בג"ץ 2934/95), צורפו חוות הדעת של ד"ר ב. לוי וד"ר ח. קוגל מהמכון לרפואה משפטית ע"ש ל. גרינברג, בעניין תוצאות נתיחת הגופה, וכן חוות דעתו של ד"ר י. היס, מנהל אותו מכון, בעניין הסיבות לגרימת מותו של המנוח.

הדו"ח המסכם של עו"ד שנדר מתאריך 7.6.95 מצורף לעתירה ומסומן ע12/1.
חוות הדעת של ד"ר ב. לוי וד"ר ח. קוגל מתאריך 28.5.95 מצורפת לעתירה ומסומנת ע13/1.

חוות הדעת של ד"ר י. היס מתאריך 28.5.95 מצורפת לעתירה ומסומנת ע14/1.

17. מתיאור העובדות בדו"ח המסכם של עו"ד שנדר (ע12/1) ומהמלצותיו ניתן להסיק כי טלטול גופו של נחקר הוא אמצעי חקירה המותר לחוקרי השב"כ על פי הנהלים. הפעולה מתבצעת על ידי תפיסת בגדיו של הנחקר בחלק הקדמי של גופו וטלטולו בחוזקה קדימה ואחורה. מותר לחוקרים לחזור על פעולת הטלטול פעם אחר פעם. יחד עם זאת, טלטול הנחקר על ידי אחיזת כתפיו או על ידי אחיזת החולצה באזור הכתפיים חורג מאופן ביצוע הפעולה המותר בהנחיות או בנהלים. רק בהנחת קיומו של היתר להפעיל את אמצעי הטלטולים, שחוקר אחד סטה ממנו סטייה קלה כשטלטל את המנוח בכתפיו, ניתן להסביר את המלצתו של עו"ד שנדר להסתפק בהעמדתו של חוקר אחרון זה לדין משמעת.

18. על פי ממצאי החקירה, מותו של חריזאת נגרם מבצקת ממושטת ודימום בראשו ומנזק לסיבי העצבים שאירעו כתוצאה מהאצה סיבובית של הראש ללא חבלה בראש. טלטול המנוח בחקירתו גרם למנגנון של האצה סיבובית של הראש אשר הביא למותו. כדברי ד"ר י. היס בחוות דעתו (ע14/1):

1. בתאריך 22 באפריל '95 נחקר המנוח משעות הבוקר ועד הצהריים. תוך כדי חקירתו טולטל מספר פעמים על ידי אחיזה בצווארון חולצתו ו/או בדש בגדו בתנועה קדימה-אחורה. אחרי הפסקה של כשעה בצהריים חודשה החקירה ואז

טולטל המנוח פעמים בודדות על ידי אחיזה בחולצתו באזור הכתפיים ו/או אחיזה בכתפיו בתנועה קדימה-אחורה".

14. סביר להניח שהנזק הקטלני למוח נגרם בעקבות טולטול המנוח על ידי אחיזתו בכתפיו ו/או בכגד המכסה את כתפיו, אם כי לא ניתן לשלול את האפשרות שהנזק למוחו היה מצטבר ונגרם, לפחות בחלקו, במשך טולטולו של המנוח על ידי אחיזה בצווארון חולצתו ו/או בדש בגדו, ועבר לאירוע הטולטול בכתפיים" (ההדגשה שלנו - א.א, ד.ב.).

19. עוד עולה מחוות הדעת של ד"ר י. היס (ע/ 14 בסעיף 11) כי המנגנון של ההאצה הזוויתית של הראש, שגורם לנזק חבלתי חמור ובלתי הפיך למוח, הוא מנגנון המוכר לרופאים ולמדענים העוסקים במחלות וחבלות מוח וברפואה משפטית. על כן המנגנון שהביא למותו של חריזאת כתוצאה מטולטולו על ידי חוקרי השב"כ אינו בגדר אירוע בלתי ידוע, אלא תופעה המוכרת לרופאים העוסקים בתחום הרלוונטי. תופעה מוכרת היא תופעה העלולה לחזור על עצמה.

20. גם לפי חוות דעתו של ד"ר ר. קירשנר (ע/4), שהינו מומחה לרפואה פורנזית ולרפואת ילדים, המנגנון המביא לנזק מוחי, לנזק לסיבי עצב ולדימום בקרומי המוח כתוצאה מטולטולים הוא תופעה המוכרת היטב, וקיימת ספרות ענפה עליה בקשר לפגיעות בילדים ולפגיעות צליפה בתאונות דרכים. על פי חוות דעתו, הסיכונים לנזק קבוע וחמור גבוהים הן בילדים והן במבוגרים.

21. אם ד"ר י. היס מחווה את דעתו (ע/14 בסעיף 12), ולפיה טולטול הראש והגו על ידי אחיזה בדש צווארון חולצה או בכגד של המטולטל עם הידוקן לעורפו "מעניק יציבות יחסית לראש", הרי במסקנותיו קובע ד"ר היס שטולטול חריזאת גם באחיזה האמורה תרם למותו. לפיכך ברור כי צורת האחיזה בנחקר בעת טולטולו אינה יכולה לבטל את הסיכונים לגרימת נזק מוחי בלתי הפיך מעצם הטולטול. כמו כן ברור שחולצתו של אדם אינה יכולה להעניק תמיכה יציבה לעורף בכל מקרה, אלא מידת התמיכה תלויה בהכרח בחולצה עצמה, בצורתה ובחוזקה, וכן בתנועות הבלתי נשלטות של הגוף בעת טולטולו.

22. ממצאי חקירת נסיבות מותו של חריזאת וחוות הדעת הרפואיות הנ"ל מצביעות אפוא על מסקנה חמורה: המשיבים התירו לחוקרי השב"כ להשתמש באמצעי חקירה היוצר סיכון ניכר לגרימת פגיעה מוחית חבלנית חריפה ובלתי הפיכה ואף למות הנחקר.

23. משהובהר הסיכון החמור הטמון באמצעי הטולטולים, בעקבות מותו של חריזאת, חייבים היו המשיבים לאסור לאלתר את השימוש בשיטה זו בידי חוקרי השב"כ.

מקרים קודמים של טולטולים

24. מקרה מותו של חריזאת אינו המקרה הראשון שבו טולטולי הנחקר הביאו לתוצאות המצביעות על הסיכונים הטמונים בשיטה.

25. באסם תמימי אושפז בתאריך 10.11.93 כשהוא סובל מדימום במוח לאחר איבוד הכרתו בעת חקירתו בידי חוקרי השב"כ. לפי אימרתו שנמסרה לג'ים רון, תחקירן של הארגון Human Rights Watch, הוא איבד את הכרתו במהלך טולטולו האלים בידי חוקר השב"כ.

אימרתו של באסם תמימי, כפי שפורסם במחקר של הארגון הנ"ל, Israel's Interrogation of Palestinians from the Occupied Territories, June 1994 בעמ' 19-21, מצורפת לעתירה ומסומנת ע'15.

26. אימרה נוספת של נחקר (המכונה ש.ז.), המתאר את איבוד הכרתו בעת טלטולו בידי חוקר השב"כ שאחזו בדש חולצתו, מובאת בעמ' 188 לספר הנ"ל. באותו עמוד מובאת אימרתו של נחקר אחר (המכונה ס.ר.), המתאר איבוד שליטה על ראשו ואיבוד תחושות כתוצאה מטלטולו על ידי אחיזה בדש הבגד.
אימרות אלה מצורפות לעתירה ומסומנות ע16/.

27. גם עבד א-נאסר אל-קסי מתאר באימרתו (ע6/) את איבוד הכרתו כתוצאה מטלטולו בידי חוקרי השב"כ.

28. איבוד הכרה הינו תופעה המעידה על סיכונים לפגיעה מוחית. הצטברותם של מקרים כגון אלה, שבהם הביאו טלטולי הנחקר לתוצאות המצביעות על הסיכונים הטמונים בשיטה, היו צריכים להביא את המשיבים לבטל כבר בעבר את הייתר שנתנו לטלטל את נחקרי השב"כ.

הטיעון המשפטי

כללי

29. שיטת הטלטולים אינה עולה בקנה אחד עם הדין הישראלי ועם המשפט הבינלאומי. השיטה עומדת בניגוד למספר סעיפים בחוק העונשין, בניגוד להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובניגוד לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, שאושרו על ידי ממשלת ישראל.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

הפגיעה בזכות

30. סעיף 2 לחוק היסוד קובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". שיטת הטלטולים פוגעת בכל אחד מהרכיבים של סעיף 2: בחייו, בגופו ובכבודו של אדם. לית מאן דפליג ששיטת הטלטולים כפי שתוארה לעיל, ניעור בחזקה של פלג גופו העליון של הנחקר קדימה ואחורה בצורה הגורמת לצוואר ולראש להיטלטל ולהתנדנד במהירות, פוגעת בגוף האדם.
פגיעות גופניות ונפשיות והשפלה הן פגיעות המצויות ב"גרעין ההגנה על כבוד האדם ועל חירותו" (א. ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי, פרשנות חוקתית (1994) בעמ' 413).

"מ'כבודו' של האדם ו'חירותו' ניתן להסיק זכויות שונות הקשורות להליך החקירה, המשפט והענישה. אין לאפשר דרכי חקירה שבה הופך האדם לאמצעי לסיפוק מידע, אין לאפשר חקירה השוללת מהאדם את זהותו כאדם, ואין לאפשר ענישה הפוגעת באנושיותו של הפרט" (שם, בעמ' 422). "על כן תהא זו פגיעה בכבוד האדם לקבוע בחוק עונשים אכזריים כגון עונש מוות, סירוס, עינויים" (שם, בעמ' 432).
גם השופט חיים כהן התייחס למשמעותה של הזכות לכבוד, וקבע:

"No affront to human dignity is of such turpitude as physical or mental torture. ... It is human dignity, pure and simple, which lies at the root of the prohibition of torture".

Haim H. Cohen, "On the Meaning of Human Dignity" 13 *Isr. Y. B. Hum. Rts.* (1983) 226, 229.

מותו של עבד אל צאמד חריזאת כתוצאה משיטת הטלטולים וחווה הדעת שניתנו בעקבות המוות מוכיחים כי שיטה זו פוגעת לא רק בגופו ובכבודו של אדם, אלא עלולה לפגוע ואף פגעה גם בחייו.

פיסקת ההגבלה

31. הפגיעה בזכויות היסוד הנובעת משיטת הטלטולים אינה עומדת בהוראות פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. סעיף זה קובע: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק זה אלא בחוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור או מכוח הסמכה מפורשת בו.

אין כל חוק המקנה למשיבים סמכות להורות או להתיר לחקור בשיטת הטלטולים, ולפגוע על ידי כך בגופם, בכבודם ובחיייהם של הנחקרים. דו"ח ועדת לנדוי, המהווה ככל הנראה בסיס לפעילותם של המשיבים, איננו מקור הסמכה חוקי, ואין בו כדי לעמוד בדרישות סעיף 8 לחוק היסוד. דו"ח ועדת לנדוי אמנם ראה בנסיבות המולידות את הגנת הצורך משום הצדקה לנקיטת "לחץ פיזי מתון". ואולם חוק העונשין בכלל והגנת הצורך בפרט אינם יכולים להיות מקור סמכות לרשות מנהלית. מכל מקום שיטת הטלטולים חורגת מגדר המונח "לחץ פיזי מתון" בהיותה אמצעי שעלול לגרום למוות, ולא מתקיימים רכיבי הגנת הצורך כהגדרתם בסעיף 22א ובסעיף 22ב (החל מיום 23.8.95 - סעיף 34א וסעיף 34טז) לחוק העונשין. רשות מנהלית, בניגוד לאדם פרטי, אינה רשאית לפעול ללא הסמכה מפורשת בחוק. ללא מקור סמכות בחוק פעילותה של הרשות אינה חוקית.

32. חשוב להדגיש כי אף לפני חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאשר הזכות לשלמות גופנית ולכבוד טרם קיבלה מעמד חוקתי, והיתה זכות הכלולה "במגילת הזכויות השיפוטיות", קבע בית המשפט בבג"ץ 355/79, 370, 373, 391, קטלן נגד שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3), כי אין לפגוע בשלמותו הגופנית של אסיר על ידי ביצוע חוקן בגופו, ללא הסמכה מפורשת בחוק. קל וחומר כאשר הזכות היא זכות חוקתית, וכאשר חוק היסוד קובע מפורשות כי אין לפגוע בה אלא בחוק, או מכוח הסמכה מפורשת בו.

33. בנוסף לעובדה כי אין לשיטת הטלטולים כל מקור הסמכה חוקי, הרי שאף לו היה חוק מסמין, האמצעי לא היה עומד בדרישת המידתיות של סעיף 8 לחוק היסוד. אף אם תכליתה של החקירה בשיטה זו היא ראויה, אין היא עומדת במבחן האמצעי הפחות חמור. על המשיבים מוטלת החובה להוכיח כי אין באפשרותם לקיים חקירות ללא שימוש באמצעי זה, וכי אין כל אפשרות להשיג את תכלית החקירה ללא שימוש באמצעי חמור זה. "הטוען לחוקתיותו של חוק הפוגע בזכויות אדם המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - עליו הנטל" (ברק, שם, בעמ' 480). קל וחומר, כאשר הפגיעה בזכות האדם אינה מעוגנת בחוק.

34. שיטת הטלטולים, הפוגעת כה קשה בגופם, בכבודם ובחיייהם של נחקרים, אינה הכרחית, ואין לטעון כי בלעדיה לא יוכלו רשויות הביטחון לבצע את תפקידם. אף אם יטען כי שיטת הטלטולים עדיפה על שיטות אחרות ומשיגה את תכלית החקירה בצורה יעילה יותר משיטות אחרות (דבר המוטל לדעת העותרת בספק - קשה להניח כי חקירה העלולה להביא למותו של אדם הינה אמצעי יעיל לקבלת מידע בכלל, ומידע אמין בפרט), מוטלת על המשיבים החובה לבחון אם ניתן להשיג את עיקרי המטרה - גם אם לא את מלוא היקפה - תוך שימוש באמצעים הפוגעים במידה פחות מהותית בזכויות אדם (א. ברק, שם, בעמ' 546). אף אם שיטה אחרת תפגע במידה מסוימת בעילות החקירה או במטרותיה, הרי שלאור היקפה ועוצמתה של הפגיעה בזכויות האדם המוגנות כתוצאה משימוש בשיטת הטלטולים, מוטלת על המשיבים החובה לנקוט שיטות אלטרנטיביות לחקירה (למהותו של מבחן הפגיעה שאינה עולה על הנדרש בהקשר של הזכות לחופש התנועה ראו בש"פ 6654/93 בינקין נגד מדינת ישראל פ"ד מח(1) 290, 294, שם נקבע כי איסור יציאה מהארץ צריך להיות אמצעי

אחרון ולא אמצעי ראשון, ובג"ץ 3914/92 לב ואח' נגד בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב ואח' פ"ד, מח(2) 491 בעמ' 509, שם נקבע כי על בית המשפט לנקוט אמצעים דרסטיים פחות לפני שהוא מחליט על הוצאת צו עיכוב יציאה מהארץ, הפוגע בחופש התנועה).

יודגש כי מבחן האמצעי הפחות מגביל אינו מבחן חדש בפסיקה הישראלית, ואף לפני חוק היסוד הוא אומץ על ידי הפסיקה כמבחן המחייב את הרשויות בהגבילו זכויות יסוד (ראו למשל בג"ץ 14/86 לאור נגד המועצה לביקורת סרטים ומחזות פ"ד מא(1) 421, 436; בג"ץ 153/83 לוי נגד מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 412).

חוק העונשין

35. שיטת הטלטולים עומדת בניגוד למספר הוראות בחוק העונשין. כך למשל השיטה הינה עבירה על סעיף 277 (לחץ בידי עובד ציבור), סעיף 379 (תקיפה), סעיף 380 (תקיפה הגורמת חבלה ממשית), סעיף 382 (תקיפה בנסיבות מחמירות), סעיף 427 (סחיטה בכוח) ועוד. כאשר שיטת הטלטולים מביאה למותו של אדם, היא מהווה עבירה של גרם מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק, וייתכן כי גם על פי סעיפים חמורים יותר, בהתאם למצב הנפשי של גורם המוות. המשיבים, העומדים בראש המדינה, אינם עומדים מעל לחוק ואין הם רשאים להורות או להתיר לחוקרי השב"כ לנקוט שיטות חקירה המהוות עבירות פליליות.

המשפט הבינלאומי

36. כאמור, חתמה מדינת ישראל על האמנה נגד עינויים ביום 2.10.86 ואשררה אותה ביום 4.8.91 (כ"א 1039, כרך 31, עמ' 249). סעיף 1 לאמנה מגדיר עינויים כך:

"מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצעו, או נחשדו בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי, או מכל סיבה ששורשיה בהפליה מכל סוג שהוא, מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה שבשתיקה של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי, או בשידולו. אין הוא כולל כאב או סבל הנובעים מעיצומים על פי חוק, טבועים בהם או נלווים אליהם".

האמנה אוסרת עינויים או יחס אכזרי, משפיל ובלתי אנושי באופן מוחלט, ואינה מאפשרת חריגה ממנה גם בעתות חירום. האמנה מחייבת את המדינות החתומות לפעול נגד עינויים, יחס או עונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, באמצעים תחקיטיים, מנהליים, משפטיים או אחרים, למניעת מעשי התעללות בכל שטח שבסמכותן השיפוטית.

שיטת הטלטולים כאמצעי חקירה הינה עינוי או לכל הפחות יחס משפיל, אכזרי ובלתי אנושי, וככזו היא אסורה לחלוטין על ידי הדין הבינלאומי. על כן מנועים המשיבים להורות או להתיר לעשות שימוש בשיטת הטלטולים, העומדת בניגוד מוחלט למחויבותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל.

37. גם מכוח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (שאשררה בידי ממשלת ישראל בתאריך 18.8.95, כ"א 1040, כרך 31, עמ' 269), זכותו של אדם להגנה בפני עינויים או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים היא זכות שלא ניתן לגרוע ממנה גם במצבי חירום (סעיפים 4 ו-7א לאמנה).

38. יש לפרש את הוראות החוק - ועל אחת כמה וכמה את סמכויותיהם המנהליות של המשיבים - בהתאם להתחייבויותיה של מדינת ישראל באמנות בינלאומיות בדבר זכויות האדם, ולא בניגוד אליהן. ראו בעניין זה:

Benvenisti, "The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future", 28 *Isr. L. R.* (1994) 137, 138-140, 147.

א. ברק, פרשנות במשפט כרך שני פרשנות בחקיקה (תשנ"ג) 575-578 (על חזקת ההתאמה של דין מקומי למשפט הבינלאומי לרבות ההסכמי).

R. B. Lillich, "The Role of Domestic Courts in Enforcing International Law", in Guide to International Human Rights Practice, second ed., edited by H. Hannum (1992, Philadelphia: University of Pennsylvania Press) 228, 239-240.

סוף דבר

39. שיטת הטלטולים היא שיטת חקירה הפוגעת באופן חריף ביותר בגוף האדם, בכבודו ואף בחייו. המשיבים סבורים, מן הסתם, כי שיטה זו תורמת לבטחון המדינה ולמאבקה בטרור. אולם יש לזכור כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים, וכי במדינה דמוקרטית כפופות גם רשויות הביטחון לחוק. בהקשר זה ראוי לצטט את דבריו של כב' השופט ברק, שאף אם נאמרו באותה פרשה בדעת מיעוט, משקפים ללא ספק את דעת בית המשפט לדורותיו: "אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי". (בג"ץ 428/86 ברזילי נגד מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 505, בעמ' 622).

זהו ההבדל בין מדינה דמוקרטית לארגון טרור. זהו המבדיל בין מדינת ישראל לבין מדינות טוטליטריות. לא ייתכן כי במדינה דמוקרטית ושומרת חוק ימותו אנשים כתוצאה מחקירות. לא ייתכן כי האחראים על החקירות בדרג המדיני והמבצעי כאחד יורו או יתירו לחוקרים לנקוט שיטות חקירה שהביאו למותו של אדם בעבר, ואשר עלולות להביא לנזק גופני חמור או למותו של אדם בעתיד.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראשית עתירה זו, ולהורות למשיבים להורות לחוקרים להימנע מטלטול נחקרים ומניעורם בעת חקירתם.

היום: 27 ביוני 1995, כ"ט בסיוון תשנ"ה
דנה בריקסמן, עו"ד
ב"כ העותרת