



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

# על חבל דק המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם

מרדכי קרמניצר

אביעד בן יהודה | נמרוד רוזלר |  
גיל רוטשילד אליאסי | יונתן רום

על חבל דק: המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם

מרדכי קרמניצר

אביעד בן יהודה, נמרוד רוזלר, גיל רוטשילד אליאסי, יונתן רום



# על חבל דק המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם

מרדכי קרמניצר

אביעד בן יהודה | נמרוד רוזלר | גיל רוטשילד אליאסי | יונתן רום



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

*How Confronting Terrorism Erodes Human Rights:  
The Israeli Experience*

Mordechai Kremnitzer

Aviad Ben-Yehuda, Nimrod Rosler, Gil Rothschild Elyassi, Yonatan Romm

עריכת הטקסט: קרן גליקליך, תמר שקד  
עיצוב הסדרה: טרטקובר, עיצוב גרפי – טל הרדה  
עיצוב העטיפה: יוסי ארזה  
סדר: נדב שטכמן פולישוק  
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

התצלום על העטיפה: *Hand in jail*, sakhorn38, thinkstock.com

מסת"ב 978-965-519-205-6 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או  
אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי  
מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ח  
נדפס בישראל 2017

המכון הישראלי לדמוקרטיה  
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602  
טל': 02-5300888  
אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

להזמנת ספרים:  
החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)  
דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
טל': 02-5300800 ; פקס: 02-5300867

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המתפרסמים בספר זה אינם מייצגים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



# תוכן העניינים

|    |  |
|----|--|
| 11 | תקציר  |
| 21 | הקדמה  |
|    | <b>פרק ראשון: ההשלכות החברתיות והפסיכולוגיות של הטרור על החברה המותקפת</b>       |
| 23 |  |
|    | <b>א. היבטים ותהליכים פסיכולוגיים שמשפיעים על ההתמודדות של אוכלוסייה עם טרור</b> |
| 25 |  |
| 25 | 1. תהליכים פסיכולוגיים המשפיעים על תפיסת ה"אחר"                                  |
| 30 | 2. הטיות פסיכולוגיות שמשפיעות על תהליך קבלת ההחלטות                              |
| 32 | <b>ב. השלכות חברתיות-מוסריות ופוליטיות</b>                                       |
| 32 | 1. השלכות חברתיות-מוסריות  |
| 36 | 2. השלכות פוליטיות   |
| 39 | ג. יישום ההשלכות על המקרה הישראלי-פלסטיני  |
|    | <b>פרק שני: אמצעים להתמודדות עם טרור: עינויים</b>                                |
| 43 |  |
| 43 | א. מברא  |
| 46 | ב. האיסור על עינויים בישראל: רקע היסטורי ומשפטי                                  |
| 46 | 1. 1980-1967   |
| 47 | 2. פרשת קו 300   |
| 49 | 3. פרשת נאפסו  |
| 50 | 4. דוח ועדת לנדוי  |
| 53 | 5. שנות התשעים   |
| 54 | 6. בית המשפט העליון: דחיית הקץ והכרעה  |
| 60 | 7. לאחר מתן פסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים ועד היום                   |



- ג. דיון: השפעת האינטרס הביטחוני על קבלת ההחלטות בעניין עינויים ושימוש באמצעי חקירה פסולים
- 67
1. ההשפעה המכרעת של גורמי הביטחון על מקבלי ההחלטות בזירה הפוליטית והמשפטית
  2. היחס בין נורמה לפרקטיקה
  3. המדרון החלקלק
  4. מגבלות מנגנוני הביקורת המשפטיים
  5. תחת מעטה של חשאיות וסודיות
  6. תפיסת הנחקרים כ"אחר" האולטימטיבי
- ד. מה מונח על כפות המאזניים?
- 128
- פרק שלישי: אמצעים להתמודדות עם טרור: מעצר מינהלי**
- 130
- א. מעצר מינהלי מהו?
  - ב. הרציונל שבבסיס כלי המעצר המינהלי
  - ג. המעצר המינהלי במדינת ישראל
    1. המסלול הישראלי
    2. מסלול השטחים המוחזקים בתפיסה צבאית
    3. מסלול לוחמים בלתי חוקיים
  - ד. התרחבות השימוש במעצר המינהלי מעבר להגיונו
    1. שעת חירום
    2. מסיכון מוחשי לסכנה מופשטת כללית
    3. מעצר ללא מסוכנות אישית: פרשת מעצרו של "קלפי המיקוח הלבנונים"
    4. אנחנו וה"אחר"
- 144
- 147
- 151
- 154

|     |  |     |
|-----|--|-----|
|     | ה. הערכת חסר של הפגיעה בזכויות: אופיו הפוגעני של המעצר המינהלי   | 157 |
| 158 | 1. הסטייה מכללי ההליך ההוגן                                      |     |
| 168 | 2. הפגיעה בזכות לכבוד אנושי                                      |     |
| 170 | ו. מי יכול לאזן כראוי בין צורכי הביטחון ובין חירות הפרט?         |     |
| 170 | 1. גורמי הביטחון המקצועיים?                                      |     |
| 172 | 2. הגורם המדיני?   |     |
| 176 | 3. הרשות השופטת?   |     |
| 191 | ז. האם המעצר המינהלי הוא הכרח בל יגונה?                          |     |
| 196 | <b>פרק רביעי: אמצעים להתמודדות עם טרור: תיוג אתני</b>            |     |
| 196 | א. הגדרת הדיון ותיחומו   |     |
| 197 | ב. יישום מדיניות תיוג בישראל                                     |     |
| 197 | 1. מדיניות התיוג בנמלי התעופה                                    |     |
| 205 | 2. מדיניות תיוג בהגירה   |     |
| 211 | ג. הפגיעות הכרוכות בשימוש במדיניות תיוג                          |     |
|     | ד. תיוג אתני והפגיעה בזכויות אדם: הסיבות להעדפת האינטרס הביטחוני | 219 |
| 219 | 1. ממסכנות אישית למסוכנות על בסיס השתייכות אתנית                 |     |
| 226 | 2. ועוד על הכללות  |     |
| 235 | 3. ערך היתר המיוחס לאינטרס של ביטחון המדינה                      |     |
| 241 | 4. אמצעי יעיל למאבק בטרור?                                       |     |
| 243 | 5. ביטחון או חיסכון?   |     |
| 245 | 6. הערכת חסר של הפגיעות הכרוכות בתיוג אתני כעניין מבני           |     |

|     |   |
|-----|---|
| 249 | 7. הטיות חלוקתיות והיחס ל"אחר"  |
|     | 8. עקרון הזהירות המונעת – אמצעי להתמודדות עם טרור<br>או רעיון מסוכן?      |
| 254 |   |
| 260 | 9. תנועה במדרון חלקלק   |
| 266 | <b>פרק חמישי: מסקנות והמלצות</b>  |
| 266 | א. מבוא   |
| 266 | ב. מקבלי החלטות והציבור   |
| 267 | 1. הכללות, פחד ומטרות שווא  |
| 269 | 2. הרחבת מערכת השיקולים מעבר לשיקול הביטחוני-צבאי הצר                     |
| 270 | 3. חשיבה לטווח הארוך  |
| 271 | 4. ביקורות תקופתיות על האמצעים להתמודדות עם טרור                          |
|     | ג. קבלת החלטות בדבר אמצעים נגד טרור: ביקורת שיפוטית<br>והליכי קבלת החלטות |
| 273 |   |
| 276 | 1. בחינה מקיפה של הפגיעה בזכות החוקתית                                    |
| 279 | 2. קונקרטיזציה של האינטרס הביטחוני  |
| 280 | 3. מבחן הקשר הרציונלי   |
|     | 4. בחינת נחיצות הפעולה/אמצעי: מן האמצעי הפוגעני פחות<br>תחילה, ומשם לעלות |
| 282 |   |
|     | 5. מידתיות במובן הצר: הכרעה ערכית של כל השיקולים<br>הנוגעים בדבר          |
| 284 |   |
| 286 | <b>המחברים</b>  |
| iii | <b>Abstract</b>   |

## תקציר

### רקע והצגת הבעיות העומדות לפני חברה המתמודדת עם טרור

לחברה המתמודדת עם טרור שתי מטרות עיקריות: שמירה על ביטחון אזרחי המדינה מכאן, ושמירה על זכויות אדם וזכויות אזרח מכאן. לעתים מדובר במטרות מתנגשות, ואין אפשרות להגשים את האחת בצורה מיטבית ללא ויתור מסוים על הגשמת האחרת. לכן כאשר בוחנים אמצעי שתכליתו להקטין את סכנת הטרור, יש לאזן בין התועלת המצופה מהפעלתו לבין הפגיעה בזכות או בזכויות הנגרמת על ידו. דרך המלך לעשות זאת היא בהפעלת מבחני המידתיות: התאמה, צורך ומידתיות במובן הצר – האמצעי ייחשב מידתי כאשר התועלת הצפויה מהשימוש בו עולה על הנזק לזכויות ולאינטרסים אחרים. זכויות מעטות, כדוגמת הזכות שלא להיות חשוף לעינויים, אף מוגנות באופן מוחלט. ייחודו של הטרור הוא בכך שהאזון הנערך בעניינו חשוף להטיות פסיכולוגיות ותופעות חברתיות שעלולות להביא לידי תוצאה לא תקינה, והאזון הלקוי עלול להביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות; הוא עלול להביא לפגיעה כזאת גם כאשר אין בצדה תועלת של ממש לביטחון, ואפילו כאשר היא מזיקה לביטחון.

ספר זה מציג את התהליכים החברתיים וההטיות הפסיכולוגיות המשפיעים על הדרך שמתמודדים בה עם טרור. הדברים מובאים גם בקווים כלליים וגם בשימוש בדוגמאות הממחישות את ההשפעה של תהליכים והטיות אלו. הניתוח נעשה מתוך כוונה לאתר דרכים להתמודדות עם הבעיה האמורה.

אלו הם אחדים מן התהליכים החברתיים המאפיינים חברה המתמודדת עם טרור: תחושת פחד לא רציונלית. מחקרים הוכיחו כי בעקבות חשיפה חוזרת ונשנית לטרור מתפתחים תסמינים של הפרעת דחק פוסט-טראומטית (PTSD) גם אצל מי שלא חוו את אירועי הטרור במישורין אלא דרך אמצעי התקשורת בלבד. כך, החשיפה לטרור מעוררת ומחריפה הרגשה לא מידתית של סיכון, חוסר אונים, אובדן שליטה ופגיעות.

תחושת קורבן חברתית ודמוניזציה של "האחר". תהליך חברתי נוסף שמתרחש בחברה שמתמודדת עם טרור הוא תחושת קורבן וראיית הצד הנגדי

כאויב חסר כל אמות מידה מוסריות. הטיה פסיכולוגית שיש להתייחס אליה בהקשר זה היא "טעות הייחוס הבסיסית". הטיה זו גורמת לייחוס ההתנהגות השלילית של אחרים לאופיים ולא לנסיבות שהם פועלים בהן. כלומר, מעשי טרור נתפסים כנובעים מטבעו המרושע של האחר, מתוך התעלמות ממניעים נסיבתיים. תפיסה כזאת מובילה למחשבה המוטעית שניתן לפעול נגד הטרור רק ביד קשה, שכן אין סיכוי לשנות את אופיו של הצד שמנגד. כך מוחמצת ההזדמנות לפעול בחוכמה ובאופן שמביא בחשבון את הנסיבות המובילות לביצוע פעולות הטרור.

תחושת זעם ושנאה כלפי ה"אחר". תחושת הפחד מה"אחר" והדמוניזציה הנעשית לו מעוררות מטבע הדברים רגשות שליליים כלפיו, כדוגמת זעם ובייחוד שנאה. אלו מובילים לדחף לנקמה ולתגובות תוקפניות ולרצון להרע למושא השנאה ואף להכחידו. לנוכח הנטייה לתפוס קבוצות חיצוניות כישויות הומוגניות, הטרוריסטים נתפסים כמייצגי הקבוצה שהם משתייכים אליה, ושאר חברי הקבוצה מתויגים כעוזריהם או כטרוריסטים בכוח. בעקבות זאת רגשות הזעם והשנאה אינם מופנים כלפי הטרוריסטים בלבד, אלא כלפי כל הקבוצה שהם נתפסים כמייצגיה – במקרה הישראלי הפלסטינים כולם, ואף הפלסטינים אזרחי ישראל.

נוסף על תהליכים חברתיים אלה, בחברה המתמודדת עם טרור מתקיימות הטיות פסיכולוגיות שמובילות לקבלת החלטות מוטה. למשל, הצורך ב"סגירות קוגניטיבית". צורך זה מוגדר כחתימה לתשובות מהירות וחד-משמעיות וסלידה מריבוי משמעים. הטיה זו מובילה בדרך כלל להתמקדות בטווח הקצר, המאפשר רמת ודאות גבוהה יותר באשר לתוצאות הפעולה.

דוגמה נוספת היא ההטיה של "ביטחון מופרז אופטימי" (optimistic overconfidence). בהקשר לנושא ספר זה, מדובר בנטייה של מקבלי החלטות לקבוע את הערכותיהם בעניין התפתחויות עתידיות שייגזרו מהאמצעים שיינקטו על ידם מתוך ביטחון יתר. הערכות מופרזות אלה מסתמכות על התייחסות למידע המקדם ומאשש את הצלחת המדיניות אגב התעלמות ממידע שדווקא מעיד על כישלון אפשרי שלה. כך יוצא שלא כל השיקולים הרלוונטיים מקבלים את המשקל הראוי, כמתחייב מהליך קבלת החלטות תקין.

בהקשר זה אזכיר עוד את הצורך בסמכות אפיסטמית. סמכות אפיסטמית היא הסמכות שנתפסת כמספקת ידע תקף ומניח את הדעת, באופן שמיתר את הצורך לחפש מקורות מידע חלופיים או נוספים. כשמדובר בהתמודדות עם טרור, המקור שנתפס כסמכות האפיסטמית הוא גורמי הביטחון. במצב זה שתי בעיות עיקריות: ראשית, מומחיותם של גורמי הביטחון בתחום הטרור רחוקה מזו שיש להם בתחום המלחמה הקונבנציונלית, שהצטברה במשך תקופה ממושכת יותר. שנית, נטייתם של בעלי תפקידים בכלל וראשי מערכות ביטחון בפרט היא להזהרות עם תפקידם העיקרי, התפקיד שלפיו הם גם נמדדים ומוערכים. ברור אפוא שדאגתם העיקרית של רמטכ"ל או ראש שירות הביטחון הכללי נתונה לביטחון, והיא גוברת על כל שיקול אחר, בכלל זה שיקולים הקשורים בזכויות ובחירויות. יוצא אפוא שהשיקול הביטחוני מקבל משקל מופרז בתהליך קבלת ההחלטות.

מקבלי ההחלטות בדרג המדיני מושפעים גם על ידי דעת הקהל. זו תובעת ביטחון מלא ולאחר, אינה מודעת להשלכות ארוכות הטווח של אמצעים שנקטים ואינה רגישה לזכויות ה"אחר". בתוך הצבת הזאת של גורמי הביטחון מצד אחד ודעת הקהל מצד שני עלולות להתקבל החלטות לא מאוזנות ומזיקות, בעיקר כאלה שאינן מבחינות בין מעורבים בטרור לבין מי שאינם מעורבים בו, בין חשד לבין אשמה מוכחת וכיוצא באלה.

הספר מציג שלושה מקרים שהתהליכים החברתיים וההטיות הפסיכולוגיות הקורים בחברה מוכת טרור הובילו בהם, למעשה, לשימוש באמצעים לא ראויים.

## עינויים

הדוגמה המובהקת לזכות שההגנה עליה מוחלטת היא הזכות שלא להיות חשוף לעינויים, כך הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי. האיסור האמור מפריד בין חברה ותרבות שמחויבות לכבוד אנושי לבין חברות הנותנות בידי השלטון כוח עריץ להתייחס לאדם כאל מאגר מידע שהדרך להגיע אליו היא בשבירת רוחו וכוח התנגדותו. למרות האמור נחשף לפני ועדת לנדוי, שבדקה את שיטות החקירה בשב"כ בכל הנוגע לפעילות חבלנית עוינת, שבמשך קרוב לעשרים שנה נזקק שירות הביטחון הכללי לעינויים כשיטה בחקירתם של

חשודים בטרור. הניתוח שנעשה בספר לדוח לנרדי מלמד על האמון העיוור שניתן על ידי הדרג המדיני וגורמי המשפט בדרגים הביטחוניים, הן בנושאים עובדתיים והן בנושאים של הערכות ושיפוטיות ערכיים. אמון עיוור כזה אינו יכול להיות בסיס לקבלת החלטות רציונלית. הניתוח ממחיש גם כיצד תופעת המדרון החלקלק מתממשת הלכה למעשה ואיננה רק בגדר אזהרה בעלמא. קשה להאמין שהתומכים באמצעי ראו לנגד עיניהם את האפשרות שייעשה בו שימוש כלפי אזרחי ישראל היהודים, כפי שקרה כנראה לאחר רצח משפחת דוואבשה בעיירה הפלסטינית דומא, ביולי 2015.

### מעצר מינהלי

המסקנה העיקרית העולה מבחינה של אמצעי המעצר המינהלי היא שבמתכונתו היום אין לו מקום בחברה דמוקרטית. המעצר המינהלי הורחב הרבה מעבר להגיונו, והוא משמש למעשה תחליף פוגעני להליך הפלילי הרגיל במצבים שהראיות בהם אינן מספיקות או שהמדינה אינה מעוניינת לחשוף אותן. העצור המינהלי איננו זוכה למינימום של הליך הוגן, ועקב כך נפגע כבודו האנושי.

### תיוג אתני

מדיניות תיוג (profiling) על בסיס אתני בהקשר של מאבק בטרור היא ההסתמכות, בדרך כלל על יסוד מְתָאם סטטיסטי, על מאפיין אישי-השתייכותי של אדם בקביעת הסיכון הנשקף ממנו למעשי טרור, ובהתאם לזה – את המדיניות להתמודדות עם אותו סיכון. בספר נבחנים שני ביטויים של מדיניות תיוג: מניעה גורפת של איחוד המשפחה הפלסטינית בתוך ישראל; והבידוק הביטחוני הנפרד לאזרחי ישראל הערבים בשדות התעופה. שניהם מדגימים את המשקל המופרז שניתן לביטחון המדינה על חשבון זכויות האדם של האזרחים הערבים. בשני המקרים נדחקו לקרן זווית זכויות יסוד כמו שוויון וכבוד אנושי והאינטרס החיוני של יחס הוגן כלפי המיעוט הערבי בישראל, לנוכח רמה נמוכה של סכנה לביטחון המדינה. שני ביטויים אלה ממחישים כיצד תכלית פסולה של אפס סיכון לביטחון מושגת על ידי פגיעה קשה בזכויותיהם של בלתי מעורבים. פגיעה זו נתפסת מוצדקת רק משום שהיא פגיעה ב"אחר".

## המלצות

### המלצות בנושא מדיניות: מקבלי ההחלטות והציבור

הרגעת הפחד והימנעות מהכללות. בהתוויית מדיניות מומלצת למקבלי ההחלטות יש לתת את הדעת להלכי רוח כלליים המאפיינים חברה המתמודדת עם טרור. אלו מחזקים את ההטיות הפסיכולוגיות שנידונו לעיל, ויש להם השפעה על קובעי המדיניות.

ראשית, יש להרגיע את הפחד הלא רציונלי מטרור, שהוא הגורם המניע של מרבית התהליכים החברתיים שנידונו לעיל. משימה זו מוטלת בראש ובראשונה על מקבלי ההחלטות ונבחרי הציבור; וטוב עשו גורמים בממשלה שציינו לאחרונה שתאונות דרכים אחראיות ליותר הרוגים מטרור. גם לתקשורת תפקיד חשוב בכך, הקשור לאופן שבו היא מדווחת על פיגועי טרור. בידיה להאדיר את הטרור לטובת מבצעיו ולהגדיל את האימה שהוא מטיל על הציבור – או להמעיעט בערכו.

חיוני להימנע מהכללות גורפות המתייחסות לציבור שלם בתור אויב בלי להבחין בין מעורבים בטרור, חשודים במעורבות כזאת ומי שאינם אפילו בחזקת חשודים. הכללות המבוססות על דמוניזציה של הצד האחר מונעות התמודדות רציונלית עם הטרור. פגיעה בכלתי מעורבים היא הישג לטרוריסטים, והיא מגדילה את מאגר התומכים בהם ואת המתגייסים לשורותיהם.

הרחבת השיקולים מעבר לשיקול הביטחוני הצר. גורם נוסף שמוביל לנקיטת צעדים לא ראויים אל מול הטרור הוא הרצון, המתורגם לתכלית מעשית, לעקור את הטרור מהשורש ולהביא למצב של אפס טרור. בראייה מפוכחת מטרה זו אינה ניתנת להשגה. זאת ועוד, עצם החתירה למטרה זו כרוכה בפגיעה גדולה בזכויות יסוד, כפי שאפשר לראות למשל בעניין איחוד המשפחות הפלסטיניות בישראל. היעד בחברה שוחרת חירות אינו יכול, ואינו צריך, להיות אפס טרור. מבחינה העיקרית של חברה כזאת המתמודדת עם טרור אל מול הפחד הם שמירה על חוסן חברתי, על ליבת ערכיה ודמותה המוסרית ועל מעמדה הבינלאומי. לפיכך נדרש להרחיב את מעגל השיקולים מעבר לשיקול הביטחוני הצר. בפרט, נדרשת תשומת לב מיוחדת להשפעותיהם של אמצעים שמופעלים על האוכלוסייה



הערבית בישראל. יש לבחון אם אמצעים שמופעלים ספציפית על אוכלוסייה זו, כמו בירוק מיוחד בשדות התעופה או שלילת הזכות להקים בית בישראל, גוררים תחושות קיפוח ומעמיקים את האי־שוויון ואת השסע בין יהודים לערבים.

חשיבה לטווח ארוך. יש להתנגד לנטייה הטבעית להתמקד בטווח הקצר וברצון לספק את רצון הציבור לאלתר. כך, בחירה באמצעים קשים וקולקטיביים מובילה בדרך כלל להסלמה בצד האחר, ונוצר מעגל דמים המזין את עצמו. דווקא בזמנים קשים, שבהם הציבור דוחק לפעולה מידית, מתחדד הצורך בחשיבה לטווח הארוך שמביאה בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים. יתרון נוסף של חשיבה מסוג זה הוא האפשרות לעצב מדיניות בימים רגועים יחסית, שבהם הרגשות אינם גואים והשיקול הרציונלי הוא השולט.

**ביקורת תקופתית על אמצעים להתמודדות עם טרור.** יש לזכור שגם במקרה שאמצעי מסוים להתמודדות עם טרור אושר, אין מדובר בחתונה קתולית. ייתכן שהמציאות טופחת על פני ההערכות המוקדמות, והתכליות שהביאו לבחירת האמצעי אינן מושגות, או שהפגיעה מן האמצעי קשה ממה שהוערך בעת אישורו. אפשר גם שהמצב הביטחוני השתנה מהותית עם הזמן, ושינוי זה מטייל ספק בצורך באמצעי.

לפיכך מוצע למסד ביקורת תקופתית על אמצעים להתמודדות עם טרור, ביחוד האמצעים הפוגעים בזכויות אדם. הביקורת תבחן את אפקטיביות האמצעי ואת גודל הנזק הנוצר מהשימוש בו. אופן הבחינה צריך להיות דו־שלב: בשלב הראשון נדרשת הגדרה מדויקת ככל האפשר של הציפייה מן האמצעי – הן בהיבט התועלת מן השימוש בו והן בהיבט הנזק הצפוי ממנו; בשלב השני יש לבחון אם האמצעי עמד בציפיות שהוגדרו לו מראש. גישה זו הכרחית כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם. גם אם אמצעי כלשהו הוכר כמידתי בעבר, אין להסיק מכך בהכרח בכל הקשור לעתיד.

**המלצות הנוגעות לתהליך קבלת ההחלטות בעניין אמצעים נגד טרור:**  
תהליכי קביעת מדיניות וביקורת שיפוטית

ההמלצות בחלק זה מבקשות להעניק משמעות לכלל מבחני המידתיות ולהתמודד עם הנטייה להעצים את מבחן המידתיות במובנו הצר. לבחינה כזאת שיקולים

אחדים: התייחסות מעמיקה ומכבדת למידתיות מחייבת להעדיף – בעניין כל מבחני המידתיות – מבחן של ממש על פני מבחן למראית עין בלבד; מיצוי המשמעות של כל מבחן מסייע ליישום נכון ומלא של המבחנים שאחריו; מקבלי ההחלטות מרגישים בבית דווקא במבחנים שאינם ערכיים-נורמטיביים, כמו מבחן המידתיות במובנו הצר; הליכה בדרך הזאת עשויה לקצר את מהלך הבדיקה ולהביא לפסילת אמצעי בשלב מוקדם; ככל שהאמצעי פסול יותר במהותו, כך נכון מבחינה ערכית וחינוכית לפסול אותו מהר יותר; המבחנים שקודמים למבחן המידתיות הצר נהנים מלגיטימציה חזקה יותר ואינם שנויים במחלוקת.

**הפגיעה בזכות: בחינה מקיפה של הפגיעה בזכות החוקתית.** אין להסתפק באיתור הפגיעה בזכות או בזכויות, ויש להביא בחשבון את כל הזכויות הנפגעות. כבר בשלב זה יש לעמוד על מהותה ועוצמתה של הפגיעה. כלומר, כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית יש לשאול אם הפגיעה היא בגרעין הזכות או בהיקפה; מה מידת חשיבותה של הזכות במדרג הזכויות; אם מדובר בפגיעה זמנית או מוחלטת; מה עוצמתה של הפגיעה; ועוד. יש לשאול גם זכותו של מי נפגעת בשל השימוש באמצעי: אין פגיעה במעורב בטורר כפגיעה בחשוד במעורבות, ואין פגיעה בחשוד כפגיעה בחף מפשע. עקרון ההבחנה – עקרון יסוד במשפט הבינלאומי – הוא עיקרון שיש לתת לו משקל רב כבר מתחילתה של בחינת המידתיות. בעיקר יש לשים לב לשתי קבוצות של מקרים: הראשונה, המקרים, אמנם המעטים, שבהם הזכות מוגנת באופן מוחלט. איתור של פגיעה כזאת מחייב פסילה מינייה וביה של האמצעי כבר בשלב הזה. הקבוצה השנייה היא המקרים שבהם לא בהכרח מדובר בזכות שההגנה עליה מוחלטת, אבל היא קרובה מאוד להיות כזאת. מתחילת הבדיקה יש לשים לב להיבטים אלה, שכן יש בהם כדי להשפיע על אופן יישום המבחנים הבאים – הן על מידת הביטחון האמפירי שתידרש והן על רמת ההסתברות.

### מבחן התכלית הראויה

קונקרטיזציה של האינטרס הביטחוני. כדי למנוע מצב שבו האינטרס הביטחוני מקבל משקל רב מדי בקבלת ההחלטות, יש להגדיר במפורש, כבר בשלב זה, איזו תועלת שולית עתידה להתווסף לביטחון המדינה ולביטחון תושביה בזכות האמצעי, להבדיל משימוש גורף, עמום וחובק-כול במושג "ביטחון המדינה". כבר

בשלב זה מתבקש לבחון אם התכלית ראויה – מעבר לראויות הכללית שלה – בשים לב לטיב הפגיעה בזכות ובעוצמתה.

### קשר רציונלי

בחינה של מידת ההסתברות שהאמצעי ישיג את מטרתו. אין להסתפק באמירות כלליות, כגון שהריסת בתים תרתיע את המבקשים לעסוק בטרור. יש לנסות לאמוד בכל הכלים העומדים לרשותנו את ההסתברות שהאמצעי אכן יביא לידי התוצאה הרצויה ולדייק באשר למידה שבה התרחשות כזאת צפויה – כמו למשל, מה גודל השטח שההרתעה צפויה לפעול בו, ומהו משך הזמן שלה. אם ההסתברות אינה ידועה ואינה ניתנת להערכה, אין לאפשר פגיעה משמעותית בזכויות אדם של חפים מפשע. הוא הדין גם כשמידת ההסתברות להצלחה נמוכה. עוד יש לתת את הדעת, כבר בשלב זה, גם להשפעות השליליות של האמצעי על השגת התכלית. כך, בדוגמה של הריסת בתים יש לתת את הדעת לסיכוי שהיא אף תגביר את הטרור ואת התמיכה בו. שקלול התועלת הצפויה מול הנזק האפשרי מהבחינה האמורה יכול להוביל למסקנה שאין מדובר באמצעי יעיל, שכן תועלתו אינה עולה על נזקיו גם כשמתעלמים מהפגיעה בזכויות. ככל שהזכות הנפגעת עולה בחשיבותה, וביתר שאת הרברים אמורים בזכויות הכמעט מוחלטות, כך על ההערכות להיות מבוססות יותר ורמת ההסתברות של יעילות האמצעי גבוהה יותר.

### מבחן נחיצות האמצעי

יש להתחיל באמצעי הפוגעני פחות ומשם לעלות. כדי למנוע פגיעה לא נחוצה בזכויות אדם, על מקבלי ההחלטות לשקול יותר מחלופה אחת בקביעת המדיניות. מתחילת העבודה, ולאורך כל הדרך, יש להעדיף את האמצעי הפוגעני פחות, ורק כשמתברר שאי-אפשר להשיג תועלת מספקת (להבדיל ממרבית) על ידי האמצעי הפוגעני פחות, יהיה מוצדק לבחור באמצעי פוגעני יותר.

### מידתיות כמובן הצר

הכרעה ערכית של כל השיקולים הנוגעים בדבר. במבחן זה יש לערוך בקרה נוספת על מנת לבחון את האמצעי במבט רחב המקיף את כל השיקולים הרלוונטיים – בכלל זה הרחוקים, העקיפים, הסמליים והחינוכיים, כדוגמת

מעמדה הבינלאומי של מדינת ישראל, פגיעה במרקם החיים המשותפים בין יהודים לערבים, הקטנת היתרון המוסרי על פני היריב ועוד. פעולה על פי ההמלצות הללו עשויה לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם ואף להשיא תועלת ביטחונית גדולה יותר למדינה בטווח הארוך. כך, יוגשמו שתי המטרות העיקריות שעומדות לפנינו כחברה מוכת טרור: שמירה על ביטחון אזרחי המדינה ושמירה על זכויות אדם ואזרח.



## הקדמה

שתי תכליות עיקריות עומדות לפני חברה דמוקרטית ולפני מקבלי ההחלטות בה בהתמודדות עם טרור. הראשונה, שמירה על ביטחונם ועל שלוותם של תושבי המדינה; והשנייה, שמירה על זכויות האדם, בכלל זה זכויותיהם של החשודים בטרור ושל הטרוריסטים. בדרך כלל כאשר בוחנים אמצעי להתמודדות בטרור, יש לאזן בין שתי התכליות הללו.

חיבור זה מבוסס על הטענה שכדי לבחון את דרכי ההתמודדות עם הטרור, יש להבין את מניעיה של החברה המתמודדת עמו, כלומר את התהליכים המתרחשים בה, וכן כיצד מקבלי החלטות מקבלים את החלטותיהם ומהן ההטיות הקוגניטיביות המאפיינות אותם.

בספר חמישה פרקים שעוסקים בשלושה עניינים עיקריים. הפרק הראשון, שנכתב עם ד"ר נמרוד רוזלר, דן בתהליכים החברתיים ובהטיות הפסיכולוגיות האופייניים לחברה שמתמודדת עם טרור. תהליכים אלה כוללים פחד לא רציונלי (שמתחזק אף יותר בעקבות הסיקור התקשורתי הנרחב), דמוניזציה של ה"אחר", ייחוס פעולותיו לאישיותו ולא לנסיבות חייו, הכללות והתייחסות לקבוצות שלמות כאל אויב שאין כלפיו אמפתיה. תהליכים פסיכולוגיים-חברתיים אלו מקבלים ביטוי של ממש באופן קבלת ההחלטות במוסדות המדינה. הפרק הראשון עוסק גם בהטיות הפסיכולוגיות שמקבלי ההחלטות נתונים להן ובהשלכותיהן על ההתמודדות עם הטרור. הצירוף של ההטיות הפסיכולוגיות עם התהליכים החברתיים האמורים מעלה את הפוטנציאל לקבל החלטות שפוגעות ללא הצדקה או מעבר לנדרש בזכויות האדם. פרק זה, במתכונת שונה, פורסם בספר "עשר שנים ל-11 בספטמבר: הסדר המשפטי בעידן של אי-ודאות" בעריכת קיריל אלכסנדר-שוורץ.<sup>1</sup>

שלושת הפרקים הבאים בוחנים, כל אחד בתורו, אמצעי אחר להתמודדות עם טרור. הפרק השני דן בעינויים בחקירות. הוא פורסם באנגלית, במתכונת שונה, בספר "חברה וצדק" בעריכת מתיאס מלמן.<sup>2</sup> הפרק השלישי, שבכתבתו

1 Mordechai Kremnitzer & Nimrod Rosler, *Psychological and Social Consequences of Terrorism on the Targeted Society*, in 10 JAHRE 11 SEPTEMBER: DIE RECHTSORDNUNG IM ZEITALTER DES UNGEWISSEN 41 (Kyrill-Alexander Schwarz ed., 2012)

2 Mordechai Kremnitzer, *Coercive Interrogation in Israel: The Process of Shaping the Norms*, in GESELLSCHAFT UND GERECHTIGKEIT 164 (Matthias Mahlmann ed., 2011)

השתתפו אביעד בן יהודה וגיל רוטשילד אליאסי, דן במעצר מינהלי; והפרק הרביעי, שבכתיבתו השתתפו גיל רוטשילד אליאסי, אביעד בן יהודה ויונתן רום, דן בתיוג אתני ככלל ובשתי תופעות בפרט: בידוק ביטחוני של האזרחים הערבים בשדות התעופה ואי-איחוד המשפחה הפלסטינית. הבחינה של שלושת האמצעים הללו מבקשת להציג את הבעייתיות שבהם מבחינה מוסרית ומשפטית כהדגמה מוחשית לתהליכים החברתיים ולהטיות הפסיכולוגיות המתוארות בחלק הראשון. הפרק החמישי של הספר הוא פרק מסקנות והמלצות, והוא מציע דרכים להתמודדות עם הקשיים שתוארו, בניסיון להפחית במידת האפשר את השפעתם המזיקה על קבלת ההחלטות בתחום. הנחתי היא שקבלת החלטות רציונלית יותר תועיל לא רק לדמותה המוסרית של המדינה כמחויבת להגנה על זכויות אדם, אלא גם להתמודדות אפקטיבית יותר עם הטרור בראייה ארוכת טווח.

מחקר זה לא היה יוצא לפועל ללא הסיוע הנדיב שקיבלתי מהמכון ללימודים מתקדמים בכרלין (Wissenschaftskolleg, Berlin) ומקרן אלכסנדר פון הומבולדט (Alexander von Humboldt Foundation). אני מכיר להם תודה עמוקה.

בשנים האחרונות התגבשו אצלי תוכנות אחדות בזכות השתתפותי בפרויקט מחקר מטעם ERC (European Research Council) על "מידתיות בקבלת החלטות" ("Proportionality in Public Policy") ובקבוצת העבודה "דמוקרטיה ליברליות ועימותים א-סימטריים", בהובלת אלוף (במיל') עמי אילון, במסגרת התכנית לביטחון לאומי ודמוקרטיה ע"ש אמנון ליפקין-שחק. תודתי למממנים של תכניות אלה ולמשתתפים בהן.

תודתי העמוקה גם לכל מי שהשתתף בכתיבת הספר ולמי שסייעו בכתיבתו: לנטע קניגשטיין ויונתן ברמן, שהיו אתי בתחילת העבודה, אי אז ב-2011-2012. ללינא סאבא; ובעיקר למי שסייעו להביא את המלאכה הממושכת (מד"י) אל קו הסיום: יונתן רום, טיראן ששון ויעל ויזל. האחריות לכתוב אינה מתחלקת באופן שווה: אם יש בספר עניין ותועלת, זכאים לאשראי על כך כל השותפים בכתיבתו; אם ימצאו בו פגמים וכשלים – האחריות להם היא שלי בלבד.

מרדכי קרמניצר,

ספטמבר 2017

## ההשלכות החברתיות והפסיכולוגיות של הטרור על החברה המותקפת

מרדכי קרמניצר | נמרוד רוזלר

למושג "טרור" הגדרות רבות ומשמעותו שנויה במחלוקת.<sup>1</sup> לצורך פרק זה נאמץ את ההגדרה שנראית לנו מקובלת מאז 11 בספטמבר:<sup>2</sup> שימוש באליםמות קשה או באיומים באליםמות כזאת נגד אדם כלשהו (ויש המוסיפים גם פגיעה בתשתיות) בכוונה להטיל אימה על ציבור או לאלץ אדם או ממשלה לעשות מעשה כלשהו למען מטרה או תפיסת עולם פוליטית, דתית או אידאולוגית. להגדרה הזאת מן הראוי להוסיף עוד יסוד: היעדים לפגיעת הטרור, על כל פנים, רובם הגדול הם אזרחים.

הוספת יסוד אחרון זה היא הדרך היחידה לנסח הגדרה מוסרית בת קיימא המבוססת על הרעיון של שלטון החוק, שלפיו אפילו מטרה צודקת או בת הצדקה אינה מצדיקה את האמצעי של הרג אזרחים בכוונה תחילה.<sup>3</sup> אף על פי שהוגן לומר שכדי להבין את השפעת הטרור אדם חייב לחיות בארץ מוכת טרור, נניח כי אופיו הנורא של הטרור (ובכלל זה מאפייני הטרור החדש) ברור ואינו מצריך פירוט.

- 1 רבים ניסו להגדיר טרור. ראו למשל Christian Walter, *Defining Terrorism in National and International Law*, in *TERRORISM AS A CHALLENGE FOR NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW: SECURITY VERSUS LIBERTY?* 23 (Christian Walter, Silja Vöneky, Volker Roeben, & Frank Schorkopf eds., 2004); George P. Fletcher, *The Indefinable Concept of Terrorism*, 4 J. INT'L CRIM. JUST. 912 (2006); ORNA BEN-NAFTALI & YUVAL SHANY, *THE INTERNATIONAL LAW BETWEEN WAR AND PEACE* 287–291 (2006)
- 2 ראו למשל באנגליה Terrorism Act, 2000, c.11, § 1(1)(b) (eng.) ובקנדה – החוק הפלילי של קנדה Criminal Code of Canada, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.01
- 3 להרחבה ראו מרדכי קרמניצר "טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל" המשפט יד 9 (2010).



איננו סבורים כי "טרור הוא טרור הוא טרור", כמאמר הביטוי השגור. לאמיתו של דבר, יש הבדלים גדולים בין סוגים של טרור, כמו למשל בין טרור שמניעו מוצדקים, או לכל הפחות מובנים, ובין טרור חסר כל צידוק; או בין טרור פנימי לטרור חיצוני.<sup>4</sup> בחלק זה של הספר נתמקד בעיקר בטרור שמקורו מחוץ למדינה ואינו נעשה בידי אזרחיה.

מלבד התוצאות המזיקות לחיי אדם ולגופו, הנזק לתשתיות וההפסדים הכלכליים, השפעתו העיקרית של הטרור מוכלת בתוך המושג עצמו – קידום מטרה או תפיסת עולם על ידי הפצת פחד ואימה ועל ידי הטמעת ההכרה בכל פרטי החברה שכל אחד ואחד מהם עלול להיות הקורבן הבא.<sup>5</sup> כך, ג'יימס ברקנרידג' ופיליפ זימברדו (Breckenridge & Zimbardo) קובעים במחקרם כי הטרור המודרני טומן בחובו יכולת אמינה לעורר פחד לא מידתי וליצור חשש מתמיד ונפוץ מפני סכנה. דומה שלטרוריסטים יש הבנה אינטואיטיבית חדה של המנגנונים הפסיכולוגיים המפיצים את הפחד ואת השפעותיו הרחק מעבר לקורבנותיהם הישירים ומעצימים את תפיסת הסכנה והפגיעות הרבה מעבר לחשש ההסתברותי הסביר.<sup>6</sup>

דברינו בפרק זה מתחלקים לשלושה: החלק הראשון דן בהשפעות ובהטיות פסיכולוגיות, והוא נחלק לשניים: תחילה נתרכז בדרך שבה החברה המותקפת תופסת את מעשי הטרור ונעסוק בהשפעות ובתהליכים הפסיכולוגיים שתפיסה זו מחוללת. לאחר מכן נראה הטיות פסיכולוגיות שמשפיעות על תהליך קבלת ההחלטות בהתמודדות עם הטרור; בחלק השני נדון בהשלכות החברתיות-מוסריות והפוליטיות של התהליכים הפסיכולוגיים שהוצגו בחלק הראשון; לבסוף, בחלק השלישי, נראה כי ההשלכות שעליהן דיברנו בחלק השני מתקיימות בצורה מובהקת גם במקרה הישראלי.

4 שם, בעמ' 11.

5 המילה האנגלית Terrorism מקורה ב"משטר הטרור" (régime de la terreur) ששרר בצרפת המהפכנית בשלהי המאה ה-18.

6 James N. Breckenridge & Philip G. Zimbardo, *The Strategy of Terrorism and the Psychology of Mass-Mediated Fear*, in *PSYCHOLOGY OF TERRORISM* 116 (Bruce Bongar, Lisa M. Brown, Larry E. Beutler, & James N. Breckenridge eds., 2007)

## א. היבטים ותהליכים פסיכולוגיים שמשפיעים על ההתמודדות של אוכלוסייה עם טרור

בחלק זה של הפרק נתאר את התהליכים הפסיכולוגיים ואת ההטיות הקוגניטיביות המשפיעים על דרך התמודדותה של חברה שנפגעת מטרור עם האיום הניצב לפניה. נציין כי התהליכים שיוזכרו בחלק זה אינם ייחודיים למאבק בטרור דווקא, והם מתרחשים במצבים שונים ומגוונים. עם זאת, כפי שנראה בהמשך הפרק, ההשפעות של תהליכים והטיות אלה קריטיות לדרך שבה אוכלוסייה נפגעת מתמודדת עם טרור הן ברמה החברתית והן ברמה הפוליטית.

### 1. תהליכים פסיכולוגיים שמשפיעים על תפיסת ה"אחר"

פחד, לעתים לא רציונלי

הטרור נתפס בראש ובראשונה כאיום מסוכן וחמור על הפרטים בחברה. עם זאת החשיפה לטרור בימינו אינה מוגבלת רק לעדים הישירים להתקפה: באמצעות הסיקור התקשורתית החברה כולה חווה את המעשים ואת תוצאותיהם הנוראות. יתר על כן, מאחר שהתקפות טרור נעשות במטרה לפגוע ביחידים בשל השתייכותם לקבוצה או בגלל זהותם הקיבוצית, הפרטים בחברה רואים במעשים אלה התקפה לא על יחידים בלבד אלא על הקולקטיב כולו.

לחשיפת הפרטים בחברה, בתור יחידים ובתור קולקטיב, למעשי טרור השפעות פסיכולוגיות. בראש ובראשונה הם יוצרים רמה גבוהה של חרדה ופחד אישי וקיבוצי. ברקנרידג' וזימברדו טוענים כי קשה מאוד לחזור ל"נורמליות" אחרי פיגוע טרור, מאחר שהמעשה מותיר הרגשה של פגיעות: כל אזרח ואזרח עלול בכל רגע ורגע להיות קורבן לטרור למרות כל אמצעי ההגנה שיינקטו. ההרגשה שמעשה הטרור הבא בלתי נמנע ורבים סיכוייו להתרחש במהרה מאיימת אפוא אישית על כל יחיד ויחיד. זו התוצאה העיקרית של הטרור – יצירת פחד נמשך והולך.<sup>7</sup>

ממחקרים עולה גם שחשיפה להתקפות טרור חוזרות ונשנות מביאה לידי התפתחות של תסמיני הפרעת דחק פוסט-טראומטית (הדפ"ט או PTSD): חוויה

חוזרת של הטראומה (למשל, הבזקי זיכרונות מהעבר וחלומות דחק חוזרים), הימנעות עקבית מגירויים שקשורים בטראומה, עוררות מוגברת כגון נדודי שינה, התפרצויות זעם וערנות יתר וחרדה חריפה או פגיעה בתפקוד בתחומים חשובים של החיים.

עוד נמצא שחשיפה מתמשכת לסיקור של פיגועי טרור באמצעי התקשורת מגבירה את תסמיני הדפ"ט אצל בני אדם שלא חוו את המאורעות במישרין. החשיפה לטרור, המוגברת באמצעות הסיקור החי והחוזר של הפיגועים עצמם ושל הסכנות הצפויות מהם, עוזרת לעורר ולהחריף הרגשות לא מידתיות של סיכון, חוסר אונים, אובדן שליטה ופגיעות.<sup>8</sup> בהקשר זה נזכיר שני מנגנונים פסיכולוגיים: האחד הוא **יוריסטיקת הזמינות** (availability heuristics)<sup>9</sup> – הנטייה הנפוצה של בני אדם לייחס סבירות גבוהה יותר לאירועים מוכרים, דרמטיים וקלים להמחשה בדמיון.<sup>10</sup> יוריסטיקת הזמינות יוצרת הרגשה עזה ולא מידתית שפיגוע טרור נוסף עלול לקרות בקרוב, וזו אף מתחזקת בשל הסיקור הנרחב שהתקפות הטרור זוכות לו בתקשורת. כך, ממחקר בפסיכולוגיה על תפיסת הסכנה שנערך בארצות הברית עולה כי מתוך קשת רחבה של סכנות, מעשי טרור נתפסו כאיום השני במעלה בהשפעתו על תפיסת הסכנה.<sup>11</sup> נטייה זו מיתרגמת לעתים לתפיסה המשפטית שלפיה כאשר מדובר באירועים כאלה, ההסתברות להתרחשותם אינה חשובה כלל ויש למנוע הסתברות כלשהי להתרחשותם.<sup>12</sup>

- 8 שם.
- 9 שם, בעמ' 121. יוריסטיקה היא דרך קיצור אינטואיטיבית ומרומזת שמסייעת לפשט תהליכים קוגניטיביים כגון עיבוד מידע וקבלת החלטות, לא פעם בדרכים שמנוגדות לתהליך ההגיוני, האנליטי, המבוסס על הסתברות, שמומחים מקצועיים מפעילים.
- 10 Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE 1124 (1974)
- 11 Paul Slovic, Baruch Fischhoff, & Sarah Lichtenstein, *Understanding Perceived Risk*, in THE PERCEPTION OF RISK 137 (Paul Slovic ed., 2000)
- 12 דוגמה לכך היא דוקטרינת הזהירות המונעת (precautionary principle), שלפיה הרשות רשאית לנקוט צעדים מניעתיים להתמודדות עם נזק פוטנציאלי גדול ובלתי הפיך גם אם ההסתברות להתרחשותו בפועל עמומה או נמוכה. ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 34-41 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 11.1.2012). דוגמה נוספת לכך היא הריסת בתים – אף שכלל לא ברור שאמצעי

המנגנון השני הוא הטיית השליליות (negativity bias) – הטיה המתייחסת להשפעתו הרבה יותר של מידע שלילי, בהשוואה למידע חיובי הזהה בחשיבותו או במשקלו, על התפיסה האנושית, על יצירת הרשמים, על הקשב ועל השיפוט ותהליכי ההחלטה, לא פעם בדרכים שנראות לא רציונליות.<sup>13</sup>

תחושת קורבן חברתית ודמוניזציה של האחר

חברה שחיה בתוך פיגועי טרור מתמשכים נוטה לפתח תחושת קורבן. הרגשה זו מובילה לעיבוד מידע מוטה, בייחוד בכל האמור בקבוצה האחרת,<sup>14</sup> כמו שנפרט להלן. התפיסות השליליות על מבצעי הפיגועים מוכללות בדרך כלל לקבוצה היריבה כולה, והטרוריסטים נחשבים למייצגיה. זאת ועוד, שני תהליכים פסיכולוגיים עלולים להעמיק את התפיסה השלילית של הקבוצה האחרת: האחד הוא טעות הייחוס הבסיסית (fundamental attribution error), שמביאה לידי ייחוס ההתנהגות השלילית של אחרים לאופיים ולא לנסיבות חייהם.<sup>15</sup> לפיכך מעשי טרור נתפסים כנובעים מטבעו המרושע של הצד האחר, מתוך התעלמות מגורמים וממניעים נסיבתיים. תהליך פסיכולוגי אחר שנוגע לעניין הוא הנטייה לתפוס קבוצות חיצוניות בכלל כיישיות הומוגניות, ואת הפרטים בקבוצות, בייחוד בקבוצות יריבות, בתור דומים זה לזה בכוונותיהם העוינות.<sup>16</sup>

---

זה עונה על תכלית ההרתעה, בית המשפט מוסיף לאשר אותו. להרחבה ראו עמיחי כהן וטל מימרן עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים (2016).

Paul Rozin & Edward B. Royzman, *Negativity Bias, Negativity Dominance, and Contagion*, 5 PERSONALITY AND SOC. PSYCHOL. REV. 296 (2001) 13

Noa Schori-Eyal, Yechiel Klar & Sonia Roccas, *Perpetual Victim or Future Victimizer: Possible Outcomes of Group Trauma* (Paper submitted for publication, 2011) 14

Lee Ross, *The Intuitive Psychologist and his Shortcomings: Distortions in the Attribution Process*, in ADVANCES IN EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY 173 (Leonard Berkowitz ed., 1977) 15

Charles M. Judd & Bernadette Park, *Out-Group Homogeneity: Judgments of Variability at the Individual and Group Levels*, 54 (5) J. OF PERSONALITY AND SOC. PSYCHOL. 778 (1988) 16

מכאן שהטרוריסטים נתפסים כמייצגי קבוצתם, ושאר חברי הקבוצה מתווגים כעוזריהם או כטרוריסטים בכוח.

תהליך פסיכולוגי אחר מביא את הפרטים בחברה המותקפת בקביעות לפתח תשתית חברתית-פסיכולוגית שמסייעת להם להתמודד עם המציאות הקשה. תשתית זו מבוססת על אמונות משלושה סוגים: אמונות שמספקות צידוק למלחמה אכזרית בטרור; אמונות שיוצרות דה-לגיטימציה של הקבוצה שממנה באים הטרוריסטים על ידי ייחוס תגיות לא אנושיות (כגון "פראים" או "פרימיטיבים") או תכונות שליליות מאוד (כגון "עם אלים" או "רצחני"); ואמונות שמטפחות תדמית עצמית חיובית של הקבוצה המותקפת ומדחיקות מידע שעלול לפגום בתדמית החיובית הזאת.<sup>17</sup>

פרויד וממשיכי דרכו בגישה הפסיכודינמית זיהו מנגנוני הגנה מיוחדים אשר עוזרים ליחיד להתמודד עם הקושי המתעורר עקב שימוש באמצעים בעייתיים נגד טרור. כך, סביר לשער כי מנגנוני הדחקה, הכחשה והימנעות עומדים ביסוד ההתמודדות הפסיכולוגית עם אתגרי הדימוי העצמי החיובי שהוזכרו לעיל.<sup>18</sup> מדובר במנגנונים נורמליים, אוניברסליים ותפקודיים, אך שאינם מודעים. הדחקה היא מנגנון שמרכא מידע מאיים; ההכחשה היא הנטייה להכחיש את קיומו של המידע; וההימנעות גורמת לבני אדם להתרחק ממצבים מאיימים. מנגנון נוסף, השלכה, מופיע כשכבני אדם מתקשים לקבל את תכונותיהם השליליות, וביחוד את נטיותיהם התוקפניות – שעליהן נרחיב להלן – ומייחסים אותן לאחרים. מנגנון זה איננו רק כלי להתמודדות עם תכונות שליליות של היחיד. ברמה החברתית ההשלכה באה לידי ביטוי בדה-לגיטימציה ובשלילת צלם האנוש של האוכלוסייה שכלפיה היא מופנית.<sup>19</sup>

Daniel Bar-Tal, *Causes and Consequences of Delegitimization: Models of Conflict and Ethnocentrism*, 46 J. Soc. Issues 65 (1990) 17

ANNA FREUD, *THE EGO AND THE MECHANISMS OF DEFENSE* (1966) 18

Refael Moses, *Unconscious Defense Mechanisms and Social Mechanisms Used in National and Political Conflicts*, in *PSYCHOANALYSIS, IDENTITY, AND IDEOLOGY: CRITICAL ESSAYS ON THE ISRAEL/PALESTINE CASE* 85 (John Bunzl & Benjamin Beit-Hallahmi eds., 2002) 19

## זעם ושנאה כלפי ה"אחר"

המנגנונים שפורטו לעיל מעוררים עוד רגשות שליליים ביחסים בין קבוצות, כגון זעם ובייחוד שנאה. הזעם, שנחשב להרגשה שמגשרת בין תסכול לתוקפנות, מתעורר בשל מאורעות שבהם היחיד רואה במעשיהם של האחרים מעשי עוול או מעשים שחורגים מנורמות חברתיות מקובלות.<sup>20</sup> לפיכך פיגועי טרור מתמשכים מעוררים זעם עז, המצית דחף למעשי תוקפנות ונקמה. שנאה היא הרגשת איבה שמכוונת כלפי אדם אחר או קבוצה אחרת, והיא כרוכה ברגשות של זדון, דחייה ורצון להרע למושא השנאה ואפילו להשמידו,<sup>21</sup> ולכן היא עלולה להביא לידי פעילות אלימה ביותר נגד הקבוצה השנואה.<sup>22</sup> לכן יש להתייחס בחשדנות להבחנה הדיכוטומית שיש שעושים בין תגובה, גמול ונקם ובין מניעה, שהיא לכאורה המניע היחיד לפעולות נגד הטרור. שנאה בין קבוצות מלווה גם בהנחה מוטעית נוספת, שנזכרה למעלה, שמעשי הטרוריסטים נובעים מתוך טבעם המרושע של כלל הפרטים בקבוצה האחרת.<sup>23</sup> שנאה זו בין קבוצות מעוררת אפוא דמוניזציה ודה-לגיטימציה של היריב, בין היתר באמצעות המנגנונים הפסיכולוגיים שהוזכרו לעיל, והיא מובילה לראייתו כאויב נצחי שאינו מסוגל להשתנות ושונה אידאולוגית, תרבותית ומוסרית מחברי קבוצת הקורבן.

## היעדר אמפתיה כלפי הצד ה"אחר"

התהליך הפסיכולוגי המשלים את התמונה כשמדובר ביחס לקבוצה שממנה מגיע הטרור הוא חוסר אמפתיה. אמפתיה היא מצב רגשי כלפי האחר שמעורר תגובות רגשיות כגון אהדה, חמלה ורוך בתגובה למצוקתו.<sup>24</sup> טרור מתמשך מביא לא רק

- |   |    |
|---|----|
| JAMES R. AVERILL, ANGER AND AGGRESSION: AN ESSAY ON EMOTION (1982)  | 20 |
| THE PSYCHOLOGY OF HATE (Robert J. Sternberg ed., 2005)  | 21 |
| Robert J. Sternberg & Karin Sternberg, <i>A Duplex Theory of Hate: Development and Application to Terrorism, Massacres and Genocide</i> , 7 REV. OF GENERAL PSYCHOL. 299 (2003)   | 22 |
| Eran Halperin, <i>Group-Based Hatred in an Intractable Conflict in Israel</i> , 52 J. CONFLICT RESOL. 713 (2008)  | 23 |
| C. Daniel Baston, Nadia Ahmad, David A. Lishner, & Jo-Ann Tsang, <i>Empathy and Altruism</i> , in HANDBOOK OF POSITIVE PSYCHOLOGY (Charles R. Snyder & Shane J. Lopez eds., 2005) | 24 |

לידי התפתחות של רגשות שליליים כלפי הקבוצה שהטרוריסטים נמנים עמה, אלא גם לידי אמפתיה מעטה כלפיה.

ממחקרים עולה שאמפתיה קשורה בקשר שלילי הדוק עם תוקפנות מכל סוג שהוא וכן עם אמונות נורמטיביות שמצדיקות את התוקפנות כלפי הקבוצה האחרת.<sup>25</sup> אפשר אפוא לשער שבהיעדרה של אמפתיה קל יותר להתעלם מהצרכים, מנקודות המבט ומנסיבות החיים של הקבוצה היריבה ואולי אף לתמוך בתהליכים של דה-לגיטימציה שלה. היעדרה של האמפתיה מונע אפוא כיוון פעולה חלופי של חיפוש אחר פתרונות אפשריים לסיבותיו של הטרור.

## 2. הטיות פסיכולוגיות שמשפיעות על תהליך קבלת ההחלטות

נוסף על התהליכים הפסיכולוגיים המאפיינים חברה מוכת טרור והמשפיעים על יחסה כלפי האוכלוסייה האחרת, הטיות פסיכולוגיות אחדות משפיעות על תהליך קבלת ההחלטות בכל הקשור לטרור. זיהוי ההטיות הללו דרוש לנו על מנת שנוכל לקבל תמונה מלאה של הסכנות שעלולות לנבוע מאמצעי ההתמודדות עם טרור, שבהן נעסוק בהמשכו של פרק זה.

הצורך ב"סגירות קוגניטיבית"

אחד התהליכים הללו שמשפיעים על קבלת ההחלטות הוא הצורך ב"סגירות קוגניטיבית", שגם הוא מושפע במידה רבה מן הפחד מפני פיגועי טרור.<sup>26</sup> צורך זה מוגדר כחתימה לתשובות מהירות וחד-משמעיות על שאלות וסלידה מריבוי משמעים,<sup>27</sup> והמטרה היא להגיע לכלל ודאות בדחיפות.<sup>28</sup> לפיכך בדרך כלל תביא

25 ראו Zipora Shechtman & Ola Blasheer, *Normative Beliefs Supporting Aggression of Arab Children in an Inter-Group Conflict*, 31 *AGGRESSIVE BEHAVIOR* 324 (2005)

26 Edward Orehek, Shira Fishman, Mark Dechesne, Bertjan Doosje, Arie W. Kruglanski, Angela P. Cole, Billie Saddler, & Tarra Jackson, *Need for Closure and the Social Response to Terrorism*, 32 *BASIC AND APPLIED SOCIAL PSYCHOLOGY* 279 (2010)

27 Arie W. Kruglanski & Donna M. Webster, *Motivated Closing of the Mind*, 103 (2) *PSYCHOLOGICAL REV.* 263 (1996)

28 ש.ם.

הסגירות הקוגניטיבית שבתהליך קבלת ההחלטה מביאה לידי התמקדות במספר קטן של נתונים או ממדים של הבעיה, ובכאלה שהם פשוטים יחסית וקלים לאיתור. נקודת המבט של ההתמודדות היא הטווח הקצר, היות שפעולות בטווח הקצר מאופיינות בדרך כלל ברמת ודאות גבוהה יותר. התוצאה עלולה להיות צעדים דרסטיים או דרמטיים.

ביטחון מופרז אופטימי של מקבלי ההחלטות

עוד תהליך פסיכולוגי שאפשר לציין בתור גורם להחלטות מוטות הוא **ביטחון מופרז אופטימי** (optimistic overconfidence). בהקשר של ההתמודדות עם טרור מדובר בנטייתם של מקבלי ההחלטות לקבוע את הערכותיהם בעניין אירועים עתידיים מתוך תחושת ביטחון מופרז ביחס לתועלת הצפויה מהשימוש באמצעי שנבחן.<sup>29</sup> הערכות מופרזות כאלה מסתמכות על מידע שמקדם ומאשש את הצלחת מדיניותם, אגב התעלמות ממידע שסותר אותה. ברור שהטיה זו עלולה להביא לידי קבלת החלטות מוטות, שבה לא כל השיקולים הרלוונטיים נשקלים כראוי, כמצופה מתהליך קבלת החלטות תקין.

פנייה לסמכות אפיסטמית

סמכות אפיסטמית היא המקור שאדם פונה אליו בניסונו להשיג מידע בנושאים מגוונים. כאשר אדם מקבל מידע ממקור שהוא רואה בו סמכות אפיסטמית בנושא מסוים, הוא רואה במידע זה תקף ולפיכך מפסיק לחפש מידע חלופי או נוסף.<sup>30</sup> הטיה זו, כמו ההטיות שהוזכרו לעיל, היא הטיה חברתית שאינה מוגבלת לעניין קבלת ההחלטות דווקא. עם זאת אין ספק שהתופעה של פנייה לסמכות אפיסטמית חשובה שבעתים אצל קובעי מדיניות, שכן אם המקור המוגדר

Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Conflict Resolution: A Cognitive Perspective*, in BARRIERS TO CONFLICT RESOLUTION (Kenneth J. Arrow, Robert H. Mnookin, Lee Ross, Amos Tversky, & Robert B. Wilson eds., 1995)

Arie W. Kruglanski, Amiram Raviv, Daniel Bar-Tal, Alona Raviv, Keren Sharvit, Shmuel Ellis, Ruth Bar, Antonio Pierro, & Lucia Mannetti, *Says Who? Epistemic Authority Effects in Social Judgment*, in ADVANCES IN EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY 346 (Mark P. Zanna ed., 2005)



כסמכות אפיסטמית אינו מציג את הנתונים נאמנה, הפנייה אליו תביא לקבלת החלטות מוטתה ושגויה, שיהיו לה השפעות רחבות היקף.

## ב. השלכות חברתיות-מוסריות ופוליטיות

בתת-פרק הקודם תיארנו את התהליכים הפסיכולוגיים וההטיות הקוגניטיביות שחברה מוכת טרור מתמודדת אתם, ובתת-פרק זה נתאר את ההשלכות שלהם. הדיון יתחלק לשניים: בחלק הראשון נבחן את ההשלכות החברתיות-מוסריות של התהליכים הפסיכולוגיים שהזכרנו לעיל; ובחלק השני נבחן את ההשלכות הפוליטיות – כלומר, על הליכי קבלת ההחלטות. נציין כי ההבחנה בין ההשלכות החברתיות-מוסריות להשלכות הפוליטיות אינה דיכוטומית. כך, ייתכן שהשפעה חברתית-מוסרית תשפיע על הליכי קבלת ההחלטות ולהפך.

### 1. השלכות חברתיות-מוסריות

חברות שחיות זמן רב בצל פחד וחרדה מפתחות הטיות קוגניטיביות, בכללן פרשנות שלילית של התנהגויות ואירועים שמשמעם לשתי פנים, קיפאון קוגניטיבי ונטייה לרבוך בעבר ולהצדיק את המדיניות הנוכחית נגד הטרור.<sup>31</sup> כשפחד ברמות גבוהות מציף את התודעה ואת החשיבה הרציונלית, הוא מעורר אמונות ורעיונות בדבר סכנות בעבר ומקדם דרכי פעולה שכבר היו להרגל.<sup>32</sup> הסיקור התקשורתי של הטרור מתמקד בדרך כלל בהצגת טבעם ואופיים של הטרוריסטים וממעיט בתיאור הסיבות וההסברים הנסיבתיים האפשריים למעשיהם. התוצאה המצטברת מדרך סיקור זו, וכן מהתהליכים הפסיכולוגיים שהוזכרו לעיל,

Neta Crawford, *The Passion of World Politics: Propositions on Emotion and Emotional Relationships*, 24 INTERNATIONAL SECURITY 116 (2000); Leonie Huddy, Stanley Feldman, Theresa Capelos, & Colin Provost, *The Consequences of Terrorism: Disentangling the Effects of Personal and National Threat*, 23 POLITICAL PSYCHOLOGY 485 (2002)

Daniel Bar-Tal, *Why Does Fear Override Hope in Societies Engulfed by Intractable Conflict, as It Does in the Israeli Society?* 22 POL. PSYCHOL. 601 (2001)

היא תהליך קבלת החלטות מוטה, שמבוסס על סטראוטיפים, על רגשות עזים ועל שיקולים קצרי טווח ומזניח גורמים חשובים כגון תהליכי גיוס לארגוני טרור, מוטיבציה חברתית המביאה לאהדה כלפי טרור ותהליכים תומכי טרור.

התפיסה המוטה של הסכנה – כמו שתוארה לעיל – מביאה את הציבור לידי תמיכה בהגבלה חמורה של חירויות אזרחיות ובנקיטת אמצעים צבאיים ותוקפניים. שני סקרים כלל-ארציים שנעשו בארצות הברית זמן קצר אחרי מתקפת הטרור ב-11 בספטמבר מראים שבקרב מי שמרגישים כי הם נתונים בסכנה חמורה יש נכונות גבוהה להטיל מגבלות על חירויות האזרח כדי להגביר את הביטחון ותמיכה גורפת בפעולה צבאית נגד הטרור, גם אם בתוך כך ייהרגו "אלפי חפים מפשע".<sup>33</sup> במחקר אחר נמצא שמי שחוו דרגות גבוהות של הרגשת סכנה (רוב האמריקאים) תמכו יותר בטווח רחב של פעולות הממשלה למלחמה בטרור בתוך ארצות הברית ומחוצה לה: מבצעים צבאיים מעבר לים, הגבלת זכויות אזרח, פיקוח הדוק יותר על האוכלוסיה הערבית בארצות הברית והגבלות חמורות יותר על כניסת מהגרים ערבים.<sup>34</sup>

כאמור, בחברה שמותקפת בקביעות הפרטים מפתחים תשתית חברתית-פסיכולוגית שמסייעת להם להתמודד עם המציאות הקשה, בעיקר באמצעות מנגנונים של הדחקה, הכחשה, הימנעות והשלכה על הצד השני. השימוש במנגנונים אלה מביא לידי כך שההתמודדות עם הטרור נעשית מתוך התעלמות מהמוטיבציה הפוליטית או האידאולוגית המניעה את הטרוריסטים, או מתוך הצגה פשטנית ומוטעית שלה כקבועה ובלתי משתנה ומן הסוג השפל והגרוע ביותר. התעלמות זו תורמת לדמוניזציה של "הצד השני". תפיסה עצמית של הפרטים בחברה המתמודדת עם טרור כחפים מכל דופי, מתוך התעלמות, הדחקה ושלילת כל השפעה של הנסיבות על "הצד השני", מחזקת עוד יותר

Richard L. Berke & Janet Elder, *Poll Finds Strong Support for U.S. Use of Military Force*, THE NEW YORK TIMES, 16.9.2001; Darren W. Davis & Brian D. Silver, *Civil Liberties vs. Security: Public Opinion in the Context of Terrorist Attacks on America*, 48 JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 28 (2004)

Leonie Huddy, Stanley Feldman, Charles Taber, & Gallya Lahav, *Threat, Anxiety, and Support of Antiterrorism Policies*, 49 AM. J. POL. SCI. 593 (2005)

את הדמוניזציה של היריב ותורמת להרגשה שהצדק במלואו, כולו, נמצא בצד "שלנו". הצורך של חברה להרגיש שהיא צודקת כה עז, עד כי הוא מצמיח יכולת "מופלאה" ויצירתית להצדיק כל מה שנעשה בשמה ובשבילה ולהכשיר גם את מה שאינו ראוי להכשר.

כדי להגן על התרמית החיובית של החברה המותקפת, בייחוד כשנשמעת ביקורת פנימית וחיצונית, עלול להיווצר לחץ פנימי להליכה בתלם גם כשמדובר באמצעים לא מוסריים למלחמה בטרור. בזמנים כאלה התמיכה במדיניות הממשלה נעשית לא פעם לאמת המידה לנאמנות ולפטריטיזם, ואילו ביקורת או הטלת ספק במוסריותה נתפסים כהחלשת כוח עמידתה של האומה, אם לא כבגידה ממש. מנגנונים חברתיים-פסיכולוגיים אלה עלולים להביא לידי הוקעתם והדרתם של יחידים וקבוצות שמתנגדים לקונסנזוס ואפילו לנקיטת אמצעי דיכוי נגדם.

עוד תוצאה של חשיפה ממושכת לסכנות שבטרור היא רגישות מופחתת להפרה של נורמות חברתיות ועקרונות משפטיים. חברות שנוקטות אמצעים נגד טרור שמפריים את העקרונות הבסיסיים של המוסר עלולות להיעשות רגישות פחות להפרת העקרונות האלה גם גם שמדובר בעניינים פנימיים אחרים. בהקשר זה יש הטוענים שחשיפה תכופה לאלמות בהקשר של טרור ופעילות נגדו מביאה לידי ברוטליזציה של היחסים הבין-אישיים בחברה המותקפת.<sup>35</sup> עם הזמן האלימות שמקורה בעימותים עם הקבוצה החיצונית ("האויב") עוברת הכללה ומופנית כלפי פרטים בתוך החברה. נוסף על כך, נורמות שנועדו למלחמה בטרור זולגות כבמדרון חלקלק גם אל תחומים אחרים כגון פשע מאורגן ואפילו הגירה בלתי חוקית.<sup>36</sup> כך למשל, ביטול זכות השתיקה בבריטניה: תחילה בוטלה זכות זו בנוגע לחשודים בעברות טרור בחקיקה מיוחדת להתמודדות עם הטרור של IRA, ואחר כך היא בוטלה כליל בהתייחס לעברות מכל סוג שהוא.

35 Simha Landau, *Security-Related Stress and The Quality of Life, in SECURITY CONCERNS: INSIGHTS FROM THE ISRAELI EXPERIENCE* 289 (Daniel Bar-Tal, Dan Jacobson, & Aharon Klieman eds., 1998)

36 לדיון מורחב בסוגיית המדרון החלקלק, ראו להלן בפרק השני, בסמוך לה"ש 135-136.

חברה שמתמודדת עם טרור מתמשך גם מרכזת את תשומת לבם ואת מרצם של הציבור ושל הממשלה בנושאי ביטחון, ועקב כך מוזנחים תחומי חיים אחרים, הזקוקים גם הם לתשומת לב ולטיפול. היבט זה מתאפשר גם בעקבות היחס הלא מירתי בסיקור התקשורתי בין אירועים שקשורים למצב הביטחוני, שמסוקרים בהרחבה, ובין תחומי חיים אחרים.

חברה שנתונה בסכנת טרור נוטה להחליף את הפרדיגמה של שלטון החוק בפרדיגמה של מלחמה שאינה מוגבלת בהכרח להקשר של סכסוך מזוין אמיתי. מי שחשודים בפעילות טרור וסביבתם נחשבים לאויבים ולפעמים למי שנמצאים מחוץ להגנת החוק (outlaws). הדגש עובר מאכיפת החוק הפלילי למידע שמבוסס על מניעה. חומר מודיעיני נהפך לחומר משפטי. סיכול מעשי טרור, לעומת אכיפת החוק הפלילי, מדויק פחות, חשוף יותר לטעויות ותלוי פחות בהליכים נאותים. השקיפות, חובת הדיווח וחזקת החפות נופלים קורבן גם הם להתפתחות זו. החשוד בטרור הופך לטרוריסט ודאי.

הפרדיגמה של המלחמה כרוכה ברצון לפעול מחוץ למסגרת החוק. דוגמה מובהקת לכך, כמקום וכמושג, היא מחנה המעצר גואנטאָנָמו – מין חור שחור שמחוץ להישג ידו של החוק. הפרדיגמה של המלחמה הולכת יד עם האמונה שהפעלת כוח רב מביאה תועלת, ובמלחמה אין דבר שמצליח יותר מאלימות יתרה. פרדיגמה זו חותרת לאפס סיכון לביטחון, ומשמעותה פגיעה אנושה בזכויות ובחירויות. כשמדובר בטרוריסטים שנתפסים בתור "אחר", המנגנון הכולם הרגיל המאזן בין צורכי הביטחון ובין זכותו של הפרט לכבוד ולחירות חדל לפעול, שכן על כף המאזניים מוטל הביטחון שלנו אל מול החירות והכבוד של האחר.

תפיסה זו מסבירה את הנכונות לנקוט אמצעים מפוקפקים כגון מעצר מנהלי, סיכולים ממוקדים או מעשים שפוגעים במידה רבה בפרטיות, או אמצעים בלתי חוקיים כגון עינויים בחקירות או החזקת בני ערובה. במקרים קיצוניים המדינה המותקפת עלולה לאבד – בגלל אמצעים שכאלה – את יתרונה המוסרי המובהק על פני הטרוריסטים. אי-אפשר להתנחם באופיים הארעי כביכול של האמצעים האלה, מפני שלאמיתו של דבר הם אינם ארעיים.

מקרה מיוחד של אמצעים בעייתיים הם אמצעים שאינם מוגבלים לטרוריסטים או לחשודים בטרור, אלא מוטלים על כל קבוצת המוצא של הטרוריסטים, כגון בידוק ביטחוני בנמלי תעופה או מגבלות על מקומות מגורים, על חיים משותפים

של זוגות מעורבים<sup>37</sup> או על הספקת מזון. זו גם הסיבה שהשימוש באמצעים שננקטים נגד טרור נוטה להתפשט ולהתרחב גם מעבר לרציונל שלהם, כמו שנראה בפרקים הבאים בספר.

## 2. השלכות פוליטיות

על אף ההשלכות החברתיות שנסקרו למעלה – שבכללן אפשר למנות תמיכה באמצעים קולקטיביים ולא מידתיים שפוגעים פגיעה אנושה בזכויות הפרט, תמיכה בהגבלת זכויות האזרח של אזרחים המשתייכים לקבוצה שהרוב רואה בה קבוצה ה"אחרת", הדרת אוכלוסיות ויחידים שמתנגדים לקונסנזוס ועוד – ניתן היה לצפות שמקבלי ההחלטות הנחשפים למידע השלם יפעלו באופן שקול ואחראי, שיוביל להתמודדות הנכונה ביותר עם הטרור, או לפחות קרוב לכך. עם זאת, כמו שנרחיב להלן, ההטיות הפסיכולוגיות שדנו בהן לעיל אינן מאפשרות קבלת החלטות כזאת.

כך, כשמדובר למשל בצורך בסגירות קוגניטיבית – שכאמור מאופיין בחתירה לתשובות מהירות וחד-משמעיות – בהקשר של פיגועי טרור ישאפו מקבלי ההחלטות לסווג אנשים, מצבים ואירועים לפי אמות מידה מוגדרות בחדות ולסרטט רשמים חדים וברורים של המצב כדי לצמצם את ריבוי המשמעים ולהגביר את תחושת הוודאות. שאיפה זו תביא להתמקדות בביצוע פעולות שיסייעו להתמודדות בטווח הקצר, שכן תוצאותיהן מאופיינות ברמת

37 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), פסק דינו של השופט חשין, ובפרט פסקה 120 לפסק הדין. הדיון שם נסב על החוקתיות של התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (להלן: חוק הוראת השעה) הקובע כי פלסטיני תושב השטחים הכבושים שנישא לאזרח ישראל אינו זכאי לקבל אזרחות ישראלית ולא לחיות בתוך תחומי הקו הירוק. פסק הדין ניתן ברוב צר של שישה נגד חמישה. השופט ברק ייצג את דעת המיעוט ופסק שיש לפסול את התיקון. אחרי פרישתו אמר השופט חשין ש"נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק מוכן שיתפוצצו 30-50 אנשים, אבל שיהיו זכויות אדם [...] הוא חושב כך; אני חושב אחרת, ולשמחתי הרבה אני הייתי בדעת הרוב". ראו יובל יועז "חשין על ברק: הוא מוכן שיתפוצצו 30-50 אנשים אבל שיהיו זכויות אדם" "הארץ" 24.5.2006. ראו גם בפרק הרביעי בספר זה.

ודאות גבוהה, ולזניחת מדיניות לטווח הארוך, שמאופיינת בתוצאות שאינן חד-משמעיות ודורשות הפנמה של מורכבות המצב ושל מניעי הטרור.

הטיה נוספת שמביאה לידי התמקדות בפעולות קצרות טווח ולזניחה של פעולות לטווח הארוך היא ביטחון מופרז של מקבלי ההחלטות באשר לתועלת של אמצעים שנבחנים וננקטים על ידיהם. כאמור, מקבלי החלטות נוטים להסתמך על מידע שמעיד על הצלחת מדיניותם ולהתכחש למידע שמעיד על כישלונה. כשמדובר באמצעים נגד טרור, מקבלי החלטות נוטים להסתמך יותר על מידע שנוגע לתוצאות החיוביות הפוטנציאליות של המאמצים קצרי הטווח לצמצום מחיר הטרור ונוטים להמעיט בערך המידע על השלכותיהם השליליות בטווח הארוך. סיבה עיקרית לכך היא העובדה שמידע מהסוג הראשון זמין ומצוי בשפע רב. לעומתו, הבנת התוצאות בטווח הארוך מצריכה שיקול דעת זהיר ומעמיק ואיסוף מידע קפדני יותר. כך למשל, במקרה שמקבלי ההחלטות צריכים להחליט אם לאשר את הריסת ביתו של מחבל שביצע פעולת טרור, הם ייטו להסתמך על התוצאה הברורה לכאורה של הרתעה ולזנוח את תחושות התסכול והאיבה בציבור הפלסטיני שמקורן בפגיעה בבני משפחה שלא היו שותפים למעשה.

עוד פגיעה ביכולת לקבל החלטות נכונות ומידתיות קשורה לפנייה לסמכות אפיסטמית. כאמור למעלה, לאחר שגורם שנתפס כסמכות אפיסטמית בנושא מסוים מביע את עמדתו, נראה שאין צורך בחיפוש אחר מידע נוסף באותו נושא.<sup>38</sup> בחברות מוכות טרור ראשי מערכת הביטחון נחשבים בדרך כלל לסמכות האפיסטמית,<sup>39</sup> ומידת הסמכות שלהם עלולה להיות גבוהה מאוד ולהשפיע השפעה ניכרת על שיפוטם של מקבלי ההחלטות. במצב זה שתי בעיות עיקריות: ראשית, המומחיות בתחום הטרור אינה משתווה למומחיות בתחום המלחמה הקונבנציונלית, שנצברה במשך תקופה ארוכה יותר. אם מביאים בחשבון את השפעתם הרבה על הדרג המדיני, טעות שלהם – נוסף על הוויתור של מקבלי ההחלטות על חיפוש מקור ידע אחר – עלולה להביא לידי הטיה בתהליכי קבלת ההחלטות; שנית, בעלי תפקידים בכלל וראשי מערכות ביטחון בפרט נוטים להזדהות עם תפקידם העיקרי, שלפיו הם גם נמדדים ומוערכים. ברור שדאגתם

38 Kruglanski et al., לעיל ה"ש 30 בפרק זה.

39 שם.

העיקרית של רמטכ"ל או של ראש שירות הביטחון הכללי נתונה לביטחון, והיא גוברת על כל שיקול אחר, ובכלל זה שיקולים שקשורים בזכויות אדם ובחירויות. במילים אחרות, אופי המשרה – וכן טבעה של ההערכה הציבורית והמקצועית של נושא המשרה – יוצר תמריץ גדול להפחתת משקלה של הפגיעה בזכויות אדם בשל האמצעים הננקטים לריסון הטרור. זאת ועוד, הגורמים הממונים על הביטחון עשויים להיות מושפעים מדעת הקהל, ולפי מידת יושרתם הציבורית – גם מרצונם לרצות את הדרג המדיני. מאחר שקל יותר לייחס לשותפות בקבלת החלטות כישלון במניעת טרור במקרה של אי-נקיטת אמצעי מאשר במקרה ההפוך, הסכנה היא שיתקיים מרוץ לטובת השימוש באמצעים היותר קיצוניים. איפוק הוא אפוא מצרך נדיר באווירה כזאת.

נוסף על כל ההטיות שנידונו לעיל, יש לזכור כי מקבלי ההחלטות בעצמם הם חלק מהחברה מוכת הטרור, ועל כן התהליכים החלים על הפרטים בחברה ועל החברה בכללותה חלים גם עליהם. זאת ועוד, גם אם מקבלי ההחלטות יכולים לנטרל לחלוטין את ההשפעות הפסיכולוגיות החלות עליהם – וברור לכול שהם אינם יכולים לעשות זאת – עדיין יש להם תמריץ ברור לקבל החלטות שמועילות בטווח הקצר ולהתעלם מההשלכות המורכבות על העתיד הרחוק. אישים פוליטיים בחברות מוכות טרור מושפעים גם מהצורך להניח את דעתו של הציבור שהם פועלים כהלכה, שולטים במצב ושבידיהם היכולת למגר את האיום. צורך זה דוחף ליד חזקה, ולא ליד חכמה, ודוחק הצדה שיקול קר של עלות-תועלת. דעת הקהל תובעת ביטחון מלא לאלתר ואינה מודעת להשלכות ארוכות הטווח של האמצעים הננקטים. יתרה מזו, מקבלי ההחלטות באשר הם עלולים לראות יתרון פוליטי במצב של מצוקה ביטחונית ובתחושה ציבורית של פחד, מאחר שיש בכך כדי לאחד את הציבור מאחורי ההנהגה אל מול "האויב", לאפשר הרחבת סמכויות של השלטון, לרכז את תשומת הלב בנושא זה מתוך נכונות חברתית לדכא ביקורת ולהרחיק את האפשרות של יישוב הסכסוך בדרכי שלום. בתוך הצבת הזאת – של גורמי הביטחון מצד אחד ודעת הקהל מן הצד האחר – עלולות להתקבל החלטות לא מאוזנות ומזיקות, בייחוד החלטות שאינן מבחינות, למשל, בין מעורבים בטרור לשאינם מעורבים ובין חשד לאשמה מוכחת.

## ג. יישום ההשלכות על המקרה הישראלי-פלסטיני

בחלק זה ננסה להראות בקצרה, אגב הצגת מחקרים שתומכים בכך, כי ההטיות והתהליכים הפסיכולוגיים שדנו בהם לעיל מתקיימים, וביתר שאת, גם בעניין הטרור הקשור בסכסוך הישראלי-פלסטיני.

תחושות הפחד בציבור בישראל – שכאמור לעתים אינן רציונלית ביחס לאיום – באו לידי ביטוי, למשל, בשנת 2002, בעקבות סדרה של פיגועי טרור באינתיפאדה השנייה: 92% מהישראלים היהודים הביעו חשש לביטחונם האישי, 68% הביעו חשש לקיומה של ישראל ו-77% הביעו פחד מפני מלחמה בשנים הבאות.<sup>40</sup> עוד מחקר שנערך באותה תקופה מצא תסמין אחד לפחות שקשור לדחק טראומטי בקרב 76.6% ממדגם מייצג של כלל האוכלוסייה בישראל, ותסמינים מובהקים של הפרעת דחק פוסט-טראומטית אצל 9.4% ממשתתפי המדגם (9.4% מכלל האוכלוסייה בישראל הם 610,000 בני אדם בקירוב).<sup>41</sup> ראוי להזכיר שהחוקרים לא מצאו מתאם בין חשיפה ישירה לטרור ובין תסמיני הדפ"ט. לפיכך הם הסיקו שכאשר מדובר בטראומה לאומית, כמו למשל בפיגועי הטרור של האינתיפאדה השנייה, ההשפעה הפסיכולוגית החריפה אינה מוגבלת למי שנחשפו אליהם בפועל.

עוד תהליכים שמתרחשים בציבור בישראל בעקבות הפחד הם הכללה ודמוניזציה של האחר. כך למשל, במחקר שנעשה בקרב בני נוער יהודים ישראלים נבדק יחסם אל הפלסטינים, אל הירדנים ואל הערבים בכלל בשלושה מועדים: בימים של רגיעה יחסית, מיד לאחר פיגועי טרור רצחניים ושלושה חודשים לאחר מכן. התוצאות הראו את הזיקה הכללית בין פיגוע טרור ובין דעה קדומה מועצמת.<sup>42</sup> המחקר מצא מגמה לינארית שבה ייחוס של כוונות, תפיסות,

ASHER ARIAN, ISRAELI PUBLIC OPINION ON NATIONAL SECURITY (Jaffee Center for Strategic Studies, 2002) 40

Avraham Bleich, Marc Gelkopf, & Zehava Solomon, *Exposure to Terrorism, Stress-Related Mental Health Symptoms, and Coping Behaviors among a Nationally Representative Sample in Israel*, 290 JAMA 612 (2003) 41

Daniel Bar-Tal & Daniela Labin, *The Effect of a Major Event on Stereotyping: Terrorist Attacks in Israel and Israeli Adolescents' Perceptions of Palestinians, Jordanians and Arabs*, 31 EUR. J. SOC. PSYCHOL. 265 (2001) 42



גישות ורגשות נעשה שלילי יותר מיד אחרי ההתקפות, ועוד יותר שלושה חודשים לאחר מכן. דה-לגיטימציה ודה-הומניזציה כאלה מכשירות את הקרקע לאמצעים מפקפקים נגד טרור, בייחוד אמצעים קיצוניים, וכשאמצעים כאלה מאומצים ומתקבלים כנורמה, הם עצמם מאיצים תהליכים של דה-לגיטימציה ודה-הומניזציה.

זאת ועוד, בהקשר הישראלי אחת התוצאות של פיגועי הטרור היא **ייאוש מהסיכוי להגיע לשלום ולחולל שינוי ביחסם של יהודים ישראלים לפלסטינים** ישראלים, שהם כ-20% מן האוכלוסייה בישראל. בנסיבות המיוחדות של הסכסוך בין ישראל לפלסטינים יהודים ישראלים רבים רואים בפלסטינים הישראלים חלק מן האויב. כלומר מהעם הפלסטיני. יתר על כן, מחקר מצא שישראלים רבים סבורים שאזרחים פלסטינים רבים בישראל תומכים בפעילות הטרור בכל מיני דרכים.<sup>43</sup> לא מפתיע אפוא שמחקר אחר מצא שבעיני הישראלים היהודים ערביי ישראל נחשבים סכנה ביטחונית חמורה.<sup>44</sup> התברר שתפיסת סכנה זו היא גורם הניבוי החשוב ביותר לגישות שליליות של הדרה פוליטית כלפי קבוצה זו. בממצאים אלה אפשר לראות דוגמה לתהליך ההכללה שהטרור והאמצעים נגד טרור יוצרים: סכנת פיגועי הטרור של הפלסטינים מוכללת גם לאזרחי ישראל הערבים, אף שהסטטיסטיקה מלמדת שהשתתפותם בפעילות הטרור זעירה יחסית.<sup>45</sup>

כזכור, דמוניזציה והכללה גוררות אחריהן שנאה, זעם והיעדר אמפתיה לתחושותיו ולסבלו של האחר, ואלה בתורם גוררים שימוש באמצעים קשים ולא מידתיים. בסקר מדד הדמוקרטיה הישראלית משנת 2016 נמצא ש-30% מהנסקרים היהודים לא תמכו בזכויות אזרח מלאות לאזרחי ישראל הפלסטינים, 57% תמכו בהצעה להדיר את אזרחי ישראל הפלסטינים מתהליכי קבלת ההחלטות בעניינים כלכליים ופוליטיים, ו-72% תמכו בהדרתם מתהליכי קבלת

43 סמי סמוחה מדד יחסי יהודים-ערבים בישראל, 2004 (2005).

44 Dafna Canetti-Nisim, Gal Ariely, & Eran Halperin, *The Role of Security Related Perceived Threat in Producing Hostile Political Attitudes Towards Minorities: Evidence from Israel*, 61 POL. RES. Q. 90 (2007)

45 Michal Shamir & Tammy Sagiv-Schifter, *Conflict, Identity, and Tolerance: Israel in the Al-Aqsa Intifada*, 27 POL. PSYCHOL. 569 (2006)

ההחלטות בנושאי שלום וביטחון.<sup>46</sup> ניכורן של קבוצות שלמות של מוסלמים, ערבים או פלסטינים פוגע ביכולת לסכל מראש פיגועים על יסוד מידע מתריע. הוא אף מזיק במובן יסודי יותר, מפני שהוא מעורר אהדה לטרוריסטים ומגייס תמיכה למענם, ובסופו של דבר הוא אף עלול להטות את הכף לטובתם. אחד האמצעים שפרטים בחברה הישראלית נוקטים בהם כדי להתמודד עם תחושותיהם כלפי הפלסטינים הוא השימוש בהדחקה, הכחשה והימנעות. כך, מחקרים שנעשו בקרב יהודים ישראלים מראים שרבים מהם נמנעים מלהיחשף לדיווחים בתקשורת על סבלם של פלסטינים בשטחים הכבושים בעקבות פעולות קיבוציות נגד טרור.<sup>47</sup>

אפקט נוסף שניכר בחברה הישראלית הוא המדרון החלקלק והזליגה של אמצעים המשמשים להתמודדות עם טרור אל תחומים אחרים בחברה. כך, אחד מיושבי הראש של ועדת חוקה, חוק ומשפט קרא להילחם בפשע כדרך שהמדינה נאבקה בטרור.<sup>48</sup> עוד התברר שבחקירות שקשורות בפשעים חמורים משטרת ישראל אכן מיישמת שיטות חקירה מיוחדות ששירותי הביטחון משתמשים בהן נגד חשודים בטרור.<sup>49</sup> ממצאים אלה צריכים, לטעמנו, להדאיג כל אזרח בישראל. בעניין ההשלכות על תהליכי קבלת ההחלטות – נוסף על ההשלכות החברתיות – של ההטיות הפסיכולוגיות שדנו בהן לעיל, נציין את האמון הרב שהציבור הישראלי רוחש לצבא, בין השאר על יסוד הסמכות האפיסטמית שלו בענייני ביטחון. כך, ממדד הדמוקרטיה עולה כי הציבור הישראלי מביע דרך קבע אמון רב בצבא:<sup>50</sup> רמת האמון בצה"ל עמדה על 47.8% מהציבור, נתון שאמנם מבטא ירידה לעומת השנים הקודמות, אך מוסיף להיות הגבוה ביותר

46 תמר הרמן, אלה הלא, חנון כהן, דנה בובליל ופאדי עומר מדד הדמוקרטיה הישראלית 2016 (2016).

47 חנה הרצוג וכנרת להד "מבוא: ידע-שתיקה-פעולה ומה שביניהם" יודעים ושותקים: מנגנוני השתקה והכחשה בחברה הישראלית (חנה הרצוג וכנרת להד עורכות, 2006); Yagil Levy, *The War of the Peripheries: A Social Mapping of IDF Casualties in the Al-Aqsa Intifada*, 12 JOURNAL FOR THE STUDY OF RACE, NATION AND CULTURE 309 (2006).

48 ראו אריק בנדר "ח"כ רותם'להילחם בעבריינות כמו בטרור" nrg 16.8.2009.

49 קרמניצר, לעיל ה"ש 3 בפרק זה, בעמ' 29.

50 הרמן ואח', לעיל ה"ש 46 בפרק זה, בעמ' 15.

בהשוואה לאמון שהציבור רוחש למוסדות המדינה האחרים. בפרקים הבאים נראה, בין היתר, כי פנייה זו לסמכות אפיסטמית אינה קורית רק בקרב הציבור, אלא מגיעה הן למקבלי החלטות והן לבתי המשפט ומביאה לידי קבלת החלטות מוטעה. לשם כך נתמקד בשלושה אמצעים להתמודדות עם הטרור: עינויים, מעצר מינהלי ובידוק אתני.

## פרק שני

# אמצעים להתמודדות עם טרור: עינויים

## מרדכי קרמניצר

לא יהיה אדם נתון לעינויים, ולא ליחס או לעונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.<sup>1</sup>

חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. [...] איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים.<sup>2</sup>

## א. מבוא

המשפט הבינלאומי המנהגי, וכמוהו המשפט הבינלאומי ההסכמי שישראל צד לו, אוסרים על שימוש בעינויים ועל נקיטת יחס אכזרי, לא אנושי ומשפיל, בין השאר כלפי נחקרים. עינויים נחשבים לפשע בינלאומי, והאיסור עליהם הוא בבחינת *jus cogens*, כלומר איסור מוחלט שאי-אפשר לסטות ממנו.<sup>3</sup> פירושו של דבר שבניגוד לנורמות משפטיות אחרות, שהן יחסיות, הנורמה האוסרת על שימוש בעינויים או על נקיטת יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל אינה ניתנת לגריעה או לאיזון אל מול זכויות או ערכים נוגדים אחרים, תהא חשיבותם ורחיפותם אשר תהא. כאמור, לא רק שנורמה זו זכתה לעיגון מפורש במסמכים

1 ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, סעיף ה, האו"ם, דצמבר 1948, אתר האגודה לזכויות האזרח.

2 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 836 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים).

3 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, שם, בעמ' 836; ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום 224 (2006); רובי סיבל ואח' משפט בינלאומי 57, ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW, 436 (2<sup>nd</sup> ed., 2005); (2010) 215-214

בינלאומיים,<sup>4</sup> היא אף התגבשה לכדי קונסנזוס מנהגי, וכך, גם על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל הם מעשים אסורים באיסור מוחלט, שאי-אפשר להצדיקם בשום נסיבות של מצב חירום או של צורך צבאי כזה או אחר.

ואף על פי כן השימוש בעינויים וביחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל בחקירות של חשודים במעורבות בפעילות טרור הוא אחת הסוגיות המשקפות באופן המובהק ביותר את הפער שיש לא פעם בין הנורמה המוחלטת למציאות הגמישה, בין הדין החקוק (ואף המנהגי) לפרקטיקה; וגם את ההשלכות הקשות הנובעות ממשקל היתר המוענק לא פעם לשיקולי ביטחון על חשבון ההגנה על זכויות אדם והשמירה על העיקרון של שלטון החוק. כך סיכם השופט רובינשטיין את פסק דינו בעתירה לביטול ההכרזה על מצב החירום בישראל, ועל דברים אלה חזר גם בפסק דינו בעתירה נגד מנגנון בירור התלונות של נחקרי השב"כ במשרד המשפטים:<sup>5</sup>

ישראל היא מדינה נורמלית שאינה נורמלית; היא נורמלית, כי היא דמוקרטית פעילה שזכויות היסוד בה, ובהן בחירות חופשיות, חופש ביטוי, עצמאות בתי משפט וגם הייעוץ המשפטי – נשמרות. היא ממלאת ביסודם את יעודיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. היא אינה נורמלית, כי טרם הוסרו איומים מעל קיומה, מדינה

4 ראו בין היתר ארבע אמנות ז'נבה משנת 1949; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (שנכנסה לתוקף בישראל בשנת 1992); והאמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984 (שנכנסה לתוקף בישראל בשנת 1991). עוד ראו סעיף 3 לאמנה האירופית בדבר הגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד משנת 1950; סעיף 2(5) לאמנה האמריקנית לזכויות אדם משנת 1969; וסעיף 5 למגילה האפריקנית לזכויות האדם והעמים משנת 1981. בחקיקה הישראלית לא נקבע איסור מפורש על עינויים, אבל בהקשר הנידון ראו בין היתר את סעיף 1(277) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), הקובע איסור פלילי על עובד ציבור להשתמש בכוח או באלימות נגד אדם במטרה לחלץ ממנו הודאה בעברה או מידע בנוגע לעברה.

5 בג"ץ 1265/11 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.8.2012) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים נ' היועץ המשפטי לממשלה).

דמוקרטית יחידה המצויה תחת איום כזה, וגם טרם הוסדרו כראוי יחסיה עם שכניה, חרף הסכמי שלום עם מצרים וירדן והסכמים מסוימים עם הפלסטינאים, והמאבק בטרור נמשך, וכנראה יימשך בעתיד הנראה לעין. [...] האתגר הוא עיצוב מערכת חוק, גם בנושא זה, המתמודדת עם הפן הנורמלי והפן הלא נורמלי כאחת. יעד זה הוא בר השגה; לא בשמים היא.<sup>6</sup>

הדיון באמצעים שאפשר ומוצדק להפעיל בחקירות חשודים במעורבות בטרור מורכב מטבעו. הוא מחייב התמודדות עם שאלות משפטיות, פילוסופיות, מוסריות וחברתיות סבוכות וכן הסתמכות על תשתית עובדתית שהיא במידה רבה ספקולטיבית ואפופת אי־ודאות. לא בכדי שנים רבות עסקה הספרות בישראל ובעולם בנושא זה, והיא עודנה עוסקת בו. הסיבה לכך היא שלמרבח הצער, בניגוד לרושם שנוצר לאחר מלחמת העולם השנייה שלפחות בעולם המערבי הנורמה בעניין זה התקבלה כנורמה חד־משמעית ומוחלטת, הן מהניסיון הישראלי והן מניסיון של מדינות אחרות בעולם – בכלל זה ארצות הברית במאבקה נגד הטרור העולמי – עולה כי עוד ארוכה הדרך להגשמתו של יעד זה. פרק זה לא נועד להציע דיון עיוני מקיף או ממצה בסוגיה. מטרתו להמחיש את הטענה שהועלתה בפרק הראשון של הספר שלאינטרס הביטחוני ולגורמים הביטחוניים המגלמים והמייצגים אותו השפעה מכרעת על תהליכי קבלת ההחלטות בעניין ההתמודדות עם איומי הטרור ועל ההחלטות המתקבלות בסופו של דבר. השפעה זו מביאה לידי כך שראשיתה של ההחלטה – המצריכה עריכת איזון בין האינטרס הציבורי של שמירת הביטחון ובין זכויות אדם שעלולות להיפגע בדרך להגשמתו – אינה נעשית במצב שבו כפות המאזניים מעוינות. במקום זה מלכתחילה הכף מוטה לטובת האינטרס הביטחוני, ובעקבות זאת סופו של האיזון הוא לרוב, וכמעט באופן מתחייב, בנורמות ובפרקטיקות שמטילות מגבלות חריפות ובלתי מידתיות על זכויות אדם.

ממגוון הנושאים שנידונו בפרק הראשון, בפרק זה בחרנו להתמקד בשישה נושאים ספציפיים שלטעמנו יש בהם כדי להמחיש את הטענה האמורה ככל

6 בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פס' יה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 8.5.2012).

שהדבר נוגע לשימוש בעינויים ובלחץ פיזי בחקירות שעורך השב"כ לחשודים בטרור. הנושאים שיידונו הם אפוא: ההשפעה המכרעת של גורמי הביטחון על הדרגים של מקבלי ההחלטות בזירה הפוליטית והמשפטית; היחס בין הנורמה המחייבת ובין הפרקטיקות שנוקטים כוחות הביטחון בפועל; סכנת המדרון החלקלק הכרוכה בלגיטימציה השימוש בכוח פיזי בחקירות; מגבלות מנגנוני הביקורת המשפטיים, ובעיקר בתי המשפט וזרועותיו של היועץ המשפטי לממשלה; מעטה הסודיות והחשאיות האופף את הנושא; ותפיסת הנחקרים כ"האחר האולטימטיבי".

לדיון במכלול נושאים זה תקדם סקירה של ההתפתחויות ההיסטוריות והמשפטיות שחלו בישראל בכל הנוגע לאיסור על עינויים ולפרקטיקות הקשורות באיסור זה. מראש ייאמר כי בחרנו להאריך מעט בחלק זה, שכן אנו סבורים שהיכרות מעמיקה עם הרקע ההיסטורי והמשפטי הרלוונטי חיונית להבנת התופעות והכשלים שיידונו וינתחו בהמשך הדברים.

## ב. האיסור על עינויים בישראל: רקע היסטורי ומשפטי

1. 1967–1980

כיבוש שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה בשנת 1967 הציב לפני כוחות הביטחון הישראליים אתגרים חדשים. למן אותה העת התמודדה ישראל עם התנגדות פוליטית פלסטינית מוגברת, שלעתים לוותה גם בהתנגדות חמושה והתגבשה לכדי איומים חדשים על ביטחונם של אזרחיה. מציאות חדשה זו הציבה אתגרים חדשים גם לפני השב"כ. עד שנת 1967 התמקדה פעילותו של הארגון (שעדיין נקרא ש"ב) במניעת ריגול וחתרנות פוליטית פנימית מצד אזרחי ישראל, ערבים ויהודים כאחד. כיבוש שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה במלחמת ששת הימים הביא לשינוי מהותי באופי פעולותיו. מאותו רגע ואילך החל השב"כ לרכז את מאמציו בסיכול פעילות חבלנית עוינת שמקורה בשטחים הכבושים ובפיקוח על תנועות פוליטיות פלסטיניות.<sup>7</sup>

7 מורשת: קצת היסטוריה, אתר האינטרנט של שירות הביטחון הכללי.

בראשית שנות השבעים הוציאו לפועל ארגונים פלסטיניים פעולות טרור בתחומי מדינת ישראל ומחוצה לה. פעולות אלו כללו את הטבח במל התעופה בן-גוריון בשנת 1972 (25 הרוגים); טבח הספורטאים באולימפיאדת מינכן (11 הרוגים) באותה שנה; וכן שתי חטיפות של מטוסי נוסעים – תקרית סבנה בשנת 1972 ומבצע אנטבה בשנת 1976. בד בבד, בזירה המקומית התאפיינו פעולות הטרור הפלסטיני בהדירת מחבלים מדרום לבנון; בין היתר אפשר למנות את הטבח באוטובוס התלמידים באביבים בשנת 1970 (12 הרוגים, 9 מתוכם תלמידי בית ספר יסודי); הטבח במעלות בשנת 1974 (28 הרוגים, מתוכם 22 ילדים); פיצוץ "מקרר התופת" בכיכר ציון בשנת 1975 (15 הרוגים); והפיגוע בכביש החוף בשנת 1978 (35 הרוגים). אלו היו השנים שבהן, לפי מקורות בשב"כ, עלה הצורך להפעיל שיטות חקירה מיוחדות.<sup>8</sup>

ואכן, לנוכח איומים חמורים אלו ולנוכח הרצון להשיג מודיעין בעל ערך לשם סיכולם, החלו חוקרי השב"כ לנקוט שיטות חקירה פסיכולוגיות ופיזיות כלפי נחקרים פלסטינים. כשנשאלו על כך בבית המשפט, הם מסרו עדות שקר והכחישו כל שימוש בשיטות מסוג זה במטרה להימנע מפסילת ההודאות שנגבו בחקירה. רק בדיעבד נודע כי בשנים אלה העידו חוקרי השב"כ, דרך קבע, עדות שקר בבתי המשפט.<sup>9</sup>

## 2. פרשת קו 300

ביום 12 באפריל 1984 נחטף אוטובוס ישראלי שהיה בדרכו מתל אביב לאשקלון ועליו כארבעים נוסעים בידי ארבעה חמושים פלסטינים, והם הסיטו את מסלולו לכיוון רצועת עזה. בשעות הערב של אותו היום עצרו כוחות שיטור וצבא ישראליים את האוטובוס על יד דיר אל-בלח, קילומטרים אחדים מדרום לעיר עזה, והקיפו אותו. עם שחר פשטו לוחמי סירת מטכ"ל על האוטובוס ושחררו את החטופים. בתום האירוע הודיע דובר צה"ל כי בפשיטה נהרגו נוסעת אחת וכל החמושים הפלסטינים. למחרת היום החלו להתפרסם דיווחים

8 ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת דין וחשבון (חלק ראשון) פס' 2.20 (1987) (להלן: דוח לנדוי).

9 שם, פס' 2.42-2.50.



סותרים בכלי התקשורת, ובפרט תמונות של צלם עיתון חדשות אלכס ליבק, שהוכיחו כי שניים מהחוטפים נלקחו בשבי בעודם חיים. בתגובה לפרסומים מינה שר הביטחון משה ארנס ועדת בירור פנימית בראשות אל"מ (מיל') מאיר זורע (להלן: ועדת זורע). כחודש לאחר מינויה הגישה הוועדה את ממצאיה, שלפיהם שני החוטפים הפלסטינים נתפסו בעודם חיים ומתו כתוצאה משבירת גולגולתיהם. ברוח הוועדה צוין כי דרושה חקירה נוספת. צוות נוסף, בראשותו של פרקליט המדינה יונה בלטמן, המליץ על פתיחת הליכים משמעותיים נגד תת-אלוף בצה"ל, חמישה אנשי שב"כ ושלושה קציני משטרה. הליכים אלו הסתיימו בזיכוי של הקצין הבכיר ושל אנשי השב"כ ובסגירת ההליכים נגד קציני המשטרה.

הפרטים המלאים על שהתרחש לאחר לכידת החוטפים הפלסטינים התגלו רק לאחר ששלושה בכירים בשב"כ סיפרו ליועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר כי אנשי השב"כ שיבשו בכוונה תחילה את עבודתן של ועדות החקירה, ובתיאום ובתכנון מוקדם שיקרו בנוגע למעורבותם בהריגת שני החוטפים הפלסטינים. עוד נחשף כי שני החוטפים אכן נתפסו בעודם חיים, עונו ולאחר מכן הוצאו להורג על ידי עובד שב"כ בכיר בהוראתו של ראש השב"כ. בכירי השב"כ לא רק שהעידו לפני הוועדה עדות שקר, אלא אף קיבלו תדרוך מחבר הוועדה יוסי גינוסר כחלק ממאמץ מתוזמר ומתוכנן של ראש השב"כ לחבל בהליכי החקירה. המאמץ להסתיר את מעורבותם של אנשי השב"כ במותם של השבויים הפלסטינים לא חדל גם לאחר שקצין צה"ל בכיר, תת-אלוף יצחק מרדכי, הואשם שלא בצדק בהריגתם.

כחודש לאחר מכן העניק נשיא המדינה דאז חיים הרצוג חנינה מראש לראש השב"כ ולעוד שלושה קצינים בארגון, נוסף על החנינה שניתנה לחבר ועדת זורע, יוסי גינוסר, ולעובד בכיר אחר שהיה מעורב בהרג השבויים הפלסטינים. חנינה נוספת הוענקה בהמשך לעוד שבעה אנשי שב"כ. תכליתה של חנינה רחבת היקף זו הייתה למנוע חקירה פלילית של הפרשה, שעליה התעקש היועץ המשפטי לממשלה זמיר. בעקבות חילוקי דעות חריפים בעניין זה בין הממשלה ליועץ המשפטי שלה, החליטה הממשלה – בצעד חסר תקדים – להחליפו ביועץ משפטי אחר.

### 3. פרשת נאפסו

הגילוי של הנוהג להעיד עדויות שקר והשיבוש בהליכי החקירה בפרשת קו 300 הטילו ספק באמינות הארגון גם בקשר לפרשה ישנה יותר. בשנת 1980 נעצר קצין צה"ל, סגן עיזאת נאפסו, בחשד לריגול וסיוע לאויב ובכך שהעביר לכאורה מידע מודיעיני לארגון טרור פלסטיני בדרום לבנון. את כל המעשים המיוחסים לו עשה נאפסו, על פי החשד, כששימש קצין מודיעין ביחידת הקישור ללבנון במחצית השנייה של שנות השבעים. שנתיים לאחר מעצרו הרשיע אותו בית דין צבאי בעברות של בגידה, ריגול וסיוע לאויב, בהתבסס על הודאתו שנגבתה בחקירה. במשפטו טען נאפסו כי ההודאה שמסר לחוקרי השב"כ איננה קבילה, שכן היא נגבתה באמצעים פסולים – שיטות חקירה אלימות שכללו משיכות שער, ניעור, הטחה אל הקרקע, בעיטות, סטירות והשפלות. על פי הטענה, נאפסו אולץ לעמוד בחצר בית הכלא למשך שעות בין מקטעי החקירה הרבים, הוא הופשט ונשלח להתקלח במים קרים, נמנעה ממנו שינה ואיימו עליו שבני משפחתו ייעצרו ושפרטי מידע מביכים יפורסמו עליו אם ימאן לשתף פעולה בחקירה. חוקרי השב"כ הכחישו בשבועה כי מעשים אלה אכן נעשו. בית הדין הצבאי קיבל את גרסת החוקרים והרשיע את נאפסו בכל סעיפי האישום בהתבסס על הודאתו בחקירה.

בשנת 1987, זמן קצר לפני דחיית ערעורו של נאפסו לפני בית הדין הצבאי לערעורים, נחשפה בכלי התקשורת קשירת הקשר של אנשי השב"כ לשיבוש הליכי החקירה בפרשת קו 300. החשיפה של שיבוש הליכי משפט בכוונה תחילה ומתוך שימוש נרחב בעדויות שקר הטילה ספק בצדקת הרשעתו של נאפסו. תחושה זו גברה עוד יותר לנוכח הגילוי כי יוסי גינוסר, "הסוס הטרויאני" בוועדת זורע, הוא שפיקד על חקירתו של נאפסו. ראש השב"כ החדש הורה על הקמת צוות חקירה פנימי לבירור טענותיו של נאפסו, ובכירור זה הודו חוקריו כי אמר אמת בנוגע לאחדים מאמצעי החקירה שננקטו כלפיו, להוציא השימוש הישיר באלימות פיזית. לטענת החוקרים שיטות הלחץ שהופעלו עליו, וכן עדויות השקר שבהן הוכחש השימוש באמצעים אלו, לא חרגו מהנהלים ומהכללים הפנימיים של השב"כ באותה תקופה. לדבריהם, הן נקיטת אמצעי הלחץ והאלימות בחקירות והן מתן עדויות השקר נעשו בידיעה מוחלטת של הממונים עליהם. נאפסו ערער לבית המשפט העליון על הרשעתו, ובהתחשב

באיי-קבילותה של הודאתו הקודמת החליט הפרקליט הצבאי הראשי לערוך הסדר טיעון עם סנגוריו, שבו בוטלה ההרשעה בעברות המקוריות שיוחסו לו ובמקום זאת הוא הודה בעברה שמהותה "חריגה מסמכות עד כדי סיכון ביטחון המדינה". בית המשפט העליון אישר את הסדר הטיעון, ועל נאפסו הוטל עונש של 24 חודשי מאסר מיום מעצרו והורדה לדרגת רב-סמל. מאחר שבזמן מתן גזר הדין כבר סיים נאפסו לרצות את עונשו, הוא שוחרר ממאסר לאחר השמעת גזר הדין.<sup>10</sup>

#### 4. דוח ועדת לנדוי

בעקבות שחרורו של נאפסו ממאסר ומשבר האמון החמור בין הציבור הישראלי לשב"כ אחרי חשיפת פרשת קו 300, הועלתה הדרישה למנות ועדת חקירה שתבחן את שיטות החקירה של חוקרי השב"כ. ואכן, בחודש מאי 1987 החליטה ממשלת ישראל על הקמתה של ועדת חקירה בראשותו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס, כבוד השופט משה לנדוי (להלן: ועדת לנדוי). המנדט שניתן לוועדה היה לבחון את השיטות ואת נוהלי החקירה בשב"כ בכל הנוגע לפעילות חבלנית עוינת (פח"ע) ואת העדויות הנמסרות בבית המשפט בנוגע לחקירות אלה.

דוח הוועדה העלה כי מאז שנת 1967 הותר לעתים קרובות לחוקרי השב"כ להפעיל לחץ, בכלל זה לחץ פיזי, על חשודים בביצוע פח"ע;<sup>11</sup> וכי אנשי השב"כ חזרו ומסרו עדויות שקר בבתי המשפט האזרחיים והצבאיים כשנשאלו בנוגע לשימוש בשיטות חקירה אלו.<sup>12</sup> הוועדה ביקרה וגינתה בחריפות את שגרת מתן עדויות השקר שפשתה בחוקרי השב"כ, ושנעשתה, לדברי הוועדה, בידיעת בכירי הארגון. מוקד הביקורת העיקרי בדוח היה הנוהג הנפסד של אנשי השב"כ להימנע מדיווח אמת בתפקידם. הוועדה שמה לעצמה למטרה עיקרית לשנות תרבות פסולה זו שהשתרשה בארגון.

- 10 ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי פ"ד מא(2) 631 (1987).
- 11 אף שרשימת האמצעים שהותרו לשימוש על ידי הוועדה מופיעה רק בחלק החסוי של דוח לנדוי, התייחסות אליהם כאל "אמצעי לחץ" וכאל "לחץ פיסי" מופיעה בפס' 2.21 ו-2.26 של הדוח (לעיל ה"ש 8 בפרק זה).
- 12 דוח לנדוי, שם, פס' 2.53.

בנוגע לשיטות החקירה של חוקרי השב"כ ציינה הוועדה כי על פי סעיף הגנת הצורך, הפעלת לחץ פיזי מתון מותרת ומוצדקת בחקירות חשודים בפח"ע כמוצא אחרון.<sup>13</sup> את המלצותיה ביססה הוועדה על הערכותיהם ועל דעותיהם של גורמי ביטחון שטענו כי ללא הפעלת לחץ פיזי מתון בחקירות לא יוכלו כוחות הביטחון לספק לאזרחי מדינת ישראל רמה סבירה של ביטחון אישי. הוועדה קבעה כי מידה מתונה של לחץ פיזי מסוג זה אינה עולה לכדי "עינויים או יחס אכזרי, לא אנושי ומשפיל". סטירת לחי, למשל, נתפסה על ידי הוועדה כאמצעי מותר.<sup>14</sup> רשימה של שיטות חקירה מותרות שמשמשות דוגמה ל"לחץ פיזי מתון" נכללה בחלק החסוי של הדוח, שתוכנו לא פורסם מעולם.<sup>15</sup>

הוועדה ציינה כי בכל מקרה אין להגיע בהפעלת הלחץ הפיזי לכדי עינויים והתעללות בנחקרים, וכי אישור ההנחיות מעת לעת על ידי השרים הוא ערובה לשמירה על צלם האנוש ועל כבוד האדם של הנחקרים. אף שהוועדה ציינה בדוח את החשש שהרשות המבצעת תשתמש לרעה בסמכות זו, היא בכל זאת המליצה כי ועדת שרים, ולא למשל גוף פיקוח אחר מתוך הכנסת, תהיה אחראית לעדכון הרשימה החסויה על בסיס שנתי.<sup>16</sup> הוועדה נמנעה מלהגביל את השימוש ב"לחץ פיזי מתון" לתרחישי "פצצה מתקתקת", ובכך העניקה לשיטות אלה לגיטימציה גם כשהן משמשות לאיסוף חומר מודיעיני על ארגוני טרור.<sup>17</sup>

13 שם, פס' 4.6-4.7.

14 שם, פס' 3.11-3.16. הוועדה גם מצאה לנכון לציין שבית הדין האירופי לזכויות אדם לא החשיב את שיטות החקירה ששימשו את הבריטים במאבקם בטרור של ארגון I.R.A לעינויים. שיטות אלו כללו: עמידה "במצב של מתח" במשך 6-15 שעות; כיסוי הראש בשק; החזקה בחדר שמושמעת בו שריקה חזקה וממושכת; מניעת שינה; הקטנת מנות המזון והשתייה. בית הדין קבע כי מדובר ב"יחס אכזרי, לא אנושי ומשפיל" (שם, פס' 3.22).

15 שם, פס' 4.8.

16 שם, פס' 4.7-4.8.

17 לדיון נוסף בטיעון "הפצצה המתקתקת" ראו Marcy Strauss, *Torture*, 48 N.Y. LAW 207 (2004); ולעמדה ההפוכה ראו Alan. M. Dershowitz, *The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss*, 48 N.Y.L. SCH. L. REV. 275 (2004).

עוד מסקנה שנויה במחלוקת של ועדת לנדוי הייתה שהודאות שנגבות מחשודים בנקיטת שיטות החקירה שהותרו לשימוש על ידי הוועדה עשויות להיות קבילות במשפט פלילי.<sup>18</sup> הוועדה ביססה גישה זו על ההבחנה בין חקירה מניעתית, שכל תכליתה לאסוף מידע מודיעיני, ובין חקירה פלילית. לגישה, שיטות החקירה "המיוחדות" מותרות רק בסוג הראשון של החקירות.<sup>19</sup> היות שהוועדה התירה, כאמור, שימוש בלחץ פיזי מתון בלבד, אין מדובר מבחינתה בהודאות שהן תוצאותיו של "שימוש באמצעים קיצוניים הנוגדים ערכי יסוד מקובלים או שהם פוגעים בצלם האדם", ולפיכך מדובר לשיטתה בהודאות קבילות. לבסוף, ועדת לנדוי סברה כי יש לאפשר לחוקרי השב"כ לפתוח דף חדש ולכן המליצה שלא יפתחו הליכים פליליים או משמעתיים כנגדם.

דוח הוועדה עורר ביקורת רבה בקרב ארגוני זכויות אדם ואנשי אקדמיה. חלק עיקרי מביקורת זו מופיע בסימפוזיון שפורסם בכתב העת המשפטי ISRAEL LAW REVIEW בשנת 1989, זמן קצר לאחר פרסום הדוח.<sup>20</sup> בכרך זה של כתב העת ביקרו פרופ' אלן דרשוביץ ואחרים את הניתוח שערכה הוועדה בנוגע להגנת הצורך בפלילים כבסיס נורמטיבי להצדקת מעשי חוקרי השב"כ וטענו כי לא ראוי שהגנה זו תכסה מקרים שמשקפים בעיות מערכתיות וארוכות טווח; לשיטתם, הגנה זו מטבעה צריכה לחול בעניין מצבי חירום בלתי צפויים בלבד, שאזרה

18 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 3.18-3.19. קשה ליישב מסקנה זו עם ההרשאה להפעיל לחץ פיזי מתון שמטרתו לשבור את רצונו ואת כוח התנגדותו של נחקר המסרב למסור מידע גם לאחר שהיה נתון ללחץ פסיכולוגי, ושהוא גם מתאים להשגת המטרה האמורה, לאור הדרישה המעוגנת בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, שהודאה תהיה חופשית ומרצון.

19 ואולם הבחנה זו מאבדת מכוחה כשהודאות שנגבו בלחץ פיזי הן ראיות קבילות בהליכים פליליים, לפי הוועדה. העובדה שהודאות שנגבו מחשודים באמצעות לחץ פיזי בחקירה מניעתית, רק כדי שיוכלו לשמש לאחר מכן כראיות בהליך הפלילי, מטשטשת את ההבחנה שהוועדה מציעה בין חקירה מניעתית לפלילית. במקרים אלו הרציונלים התומכים באי-קבילותן של הודאות שנגבו בשימוש בכוח או בכפייה יפים גם לעניין הודאות שנגבו במהלך חקירה מניעתית שתכליתה איסוף מידע מודיעיני.

20 *Symposium on the Report of the Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, 23 ISR. L. REV. (1989)

יחיד מעורב בהם, ואין להחילה גם על הלחץ הפיזי השיטתי המופעל בחקירות השב"כ.<sup>21</sup> בהקשר זה טען פרופ' ש"ז פלר כי בחקירה אסור לחץ מכל סוג שהוא.<sup>22</sup>

## 5. שנות התשעים

בשנים שלאחר פרסום דוח ועדת לנדוי גבר במידה ניכרת השימוש באמצעי לחץ בחקירות השב"כ, בעיקר בשל מספרם הגדול של פלסטינים שנעצרו ונחקרו מאז פרוץ האינתיפאדה הראשונה בשנת 1987.

בשנת 1989, כשנתיים לאחר פרסום דוח הוועדה, חשוד פלסטיני, כאמאל חאלד שייח עלי שמו, מת זמן קצר לאחר חקירתו בידי אנשי שב"כ ברצועת עזה. למשפחתו נאמר כי מותו נגרם מהתקף לב, אבל מממצאי הנתיחה שלאחר המוות עלה כי הוא סבל מהכאות חמורות אשר גרמו לדימום פנימי בבטנו, ודימום זה הביא למותו. בעקבות חקירת המשטרה שני חוקרי שב"כ הועמדו לדין בגין מעורבותם במותו. השניים הורשעו בעסקת טיעון ונשלחו לשישה חודשי מאסר.<sup>23</sup> בכירי השב"כ התייחסו לתקרית זו כאל מקרה חריג ומבודד של סטייה מנהלים ברורים, אבל ארגוני זכויות אדם סברו כי מותו של שייח עלי היה רק דוגמה לשימוש שגרתי בשיטות חקירה מסוג זה, גם לאחר דוח ועדת לנדוי.<sup>24</sup> עשור לאחר מכן טענו שני החוקרים כי הם ספגו את האש עבוד חבריהם ועבור הארגון בכללותו.<sup>25</sup>

21 Alan M. Dershowitz, *Is it Necessary to Apply "Physical Pressure" to Terrorists — And to Lie About it?* שם, בעמ' 193, 197.

22 Shneur-Zalman Feller, *Not Actual "Necessity" but Possible "Justification"*; שם, *Not "Moderate" Pressure, but Either "Unlimited" or "None at All"* בעמ' 201; Mordechai Kremnitzer, *The Landau Commission Report — Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs of Security?* שם, בעמ' 216.

23 ע"פ 532/91 פלונים נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן: ע"פ 532/91).

24 דפנה גולן וסטנלי כהן "חקירת פלסטינים בתקופת האינתיפאדה: התעללות, לחץ פיסי מתון או 'עינויים' בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים 36 (1991) (להלן: דוח בצלם).

25 כשנשאל יעקב פרי, ראש השב"כ בזמן התקרית, בריאיון לעיתון ידיעות אחרונות על טענת החוקרים כי בכירים בשב"כ הפכו אותם ל"שעירים לעזאזל", הוא השיב כי אין

בראשית שנות התשעים טענו ארגוני זכויות אדם כי השב"כ ממשיך להפעיל אמצעי לחץ פיזי בחקירות על רוב העצורים הפלסטינים שהיו חשודים במעורבות בטרור. לטענתם, שיטות החקירה העיקריות שבהן השתמש לכאורה השב"כ היו בידוד הנחקר לתקופות ארוכות בתנאים קשים, מניעת שינה, נייעור, כיסוי ראשו בשק מלוכלך שמקשה על הנשימה, השמעת מוזיקה בקולי קולות, הכאות ואיומים עליו ועל בני משפחתו.<sup>26</sup> עוד נטען כי שיטות אלו יושמו בחקירות כדרך שגרה ולא רק במקרים יוצאי דופן. יתר על כן, דוח מבקרת המדינה בנושא מערך החקירות בשב"כ לשנים 1988–1992, שהוגש בשנת 1995 ותמציתו הותרה לפרסום בשנת 2000, כלל נזיפות באנשי שב"כ, בייחוד אלה שעברו במתקן החקירה בעזה, על הפרה מתמשכת ורחבת היקף של המלצות דוח ועדת לנדוי. דוח מבקרת המדינה ציין כי הבטחתם המפורשת של בכירי השב"כ לוועדת לנדוי שבארגון תונהג מדיניות קפדנית של אמירת אמת מצד חוקרי השב"כ לא השתקפה בהתנהגותם של בכירי הארגון. עוד הוסיף הדוח כי למרות הנחיותיה של ועדת לנדוי ששיטות החקירה הכוללות "לחץ פיזי מתון" יופעלו במצבי צורך בלבד, לא השקיע השב"כ את המשאבים הדרושים בהכשרה ארגונית של חוקרים בהקשר המוסרי-נורמטיבי ובהקשר הפרקטי-טכני כאחד.<sup>27</sup>

## 6. בית המשפט העליון: דחיית הקץ והכרעה

בשנות התשעים, מאז פרסום דוח ועדת לנדוי, הגישו ארגוני זכויות אדם ועצורים פלסטינים עתירות רבות לבג"ץ נגד שיטות החקירה שבהן השתמש השב"כ.<sup>28</sup> עד שנת 1999 נמנע בית המשפט העליון מלהכריע במפורש בעניין חוקיותן של שיטות חקירה אלו. עתירות אחדות נדחו מטעמים פרוצדורליים, ובעתירות

---

יסוד לטענה. שני החוקרים הגישו תביעת דיבה נגד פרי, וזו הסתיימה לבסוף בהסדר פשרה לאחר שפרי התנצל על דבריו. ראו אפרת וייס "יעקב פרי התנצל בפני חוקרי שב"כ שתבעו אותו" *ynet* 23.12.2001.

26 דוח בצלם, לעיל ה"ש 24 בפרק זה.

27 מבקר המדינה, תמצית מדוח הביקורת בנושא מערך החקירות בשירות הביטחון הכללי (שב"כ) לשנים 1988–1992 (2000) (להלן: דוח מבקרת המדינה).

28 מכיוון שהחלק השני של דוח לנדוי – שבו פורטו אמצעי החקירה שהותרו לשימוש – נותר חסוי, אפשר רק לנחש אם ואילו מהשיטות שננטו בפועל אמנם הותרו.

אחרות ההכרעה נדחתה למועד מאוחר יותר. אף שבכמה מן המקרים ציין בית המשפט העליון כי החלטתו נעשית בלא לטעת מסמרות בדבר חוקיותן של שיטות החקירה,<sup>29</sup> בהימנעותו מלהתערב הוא התיר למעשה את המשך הפרקטיקה שהתבססה על דוח ועדת לנדוי. יש לציין כי במקרים אחרים, החלטות ביניים של בית המשפט מנעו בפועל את המשך הפעלתם של אמצעים פיזיים נגד נחקרים, אבל בית המשפט לא נתן הצהרה נורמטיבית ברורה בעניין.<sup>30</sup>

לבסוף, בשנת 1999, בג"ץ הכריע בעניין בסדרת עתירות שעסקו בשיטות החקירה שנקטו חוקרי שב"כ נגד חשודים בפח"ע.<sup>31</sup> השאלה המשפטית שעמדה במוקד העתירות, ושהוצגה בראשית פסק הדין, הייתה אם ההוראות המתירות לחוקרי השב"כ להפעיל לחץ פיזי נגד חשודים בפח"ע הן חוקיות. בית המשפט תיאר בפירוט את המקרים ואת העובדות שעמדו ביסוד העתירות ואת השיטות ששימשו לכאורה את חוקרי השב"כ. יצוין כי בית המשפט סירב לבחון ראיות חסויות, ולכן רוב ממצאיו התבססו על טענות העותרים שהמדינה לא הכחישה.<sup>32</sup> בדיון בשאלה המשפטית בחן בית המשפט, בין היתר, את השאלה אם יש הוראת חוק שמסמיכה את חוקרי השב"כ לבצע חקירות מהסוג הנידון ומצא שהוראה כאמור אינה בנמצא. בית המשפט קבע כי סמכות החקירה של חוקרי השב"כ מעוגנת בפקודת הפרוצדורה הפלילית, שלפיה שר המשפטים רשאי, כחלק מסמכותו להסמיך אנשים כחוקרים, להסמיך חוקרי שב"כ, באופן פרטני ובכתב הסמכה, לערוך חקירות על ביצוע עבירות פח"ע, ובכך דין חוקרי השב"כ כדין שוטרי משטרת ישראל.<sup>33</sup>

- 29 בג"ץ 8049/96 חמדאן נ' שירות הביטחון הכללי (פורסם בנבו, 31.12.1996).
- 30 ראו מרדכי קרמיניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" **משפט וממשל** ד 667 (1998)
- 31 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה; לדיון מקיף בפסק הדין ראו Mordechai Kremnitzer & Re'em Segev, *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue*, 34 (4) *ISR. L. REV.* 509–559 (2000)
- 32 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, פס' 8.
- 33 שם, פס' 18–20. נציין כי הסכמה לחקור בסעיף 2(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית היא לאדם ספציפי, ולא לארגון ככלל, ועל כן ספק אם היא יכולה להיות בסיס לסמכות



לאחר שקבע בית המשפט כי לחוקרי השב"כ סמכות חקירה רומה לסמכות המוקנית לשוטרים, הוא עבר לבחינת החוקיות של שיטות החקירה במקרים שהוצגו לפניו. יצוין כי בפסק הדין הוזכרו כמה טכניקות שהפעילו חוקרי השב"כ בחקירותיהם בהתאם להנחיות החלק החסוי ברוח ועדת לנדוי או בהתאם להנחיות מאוחרות יותר של ועדת השרים (טכניקות אלה בלבד הותרו לפרסום): "תנוחת שבאח", "טלטול", "כריעת צפרדע", הירוק יתר של אזיקים ומניעת שינה. בהסתמכו על האמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984 (שנכנסה לתוקף בישראל בשנת 1991), ציין בית המשפט כי:

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 [...] איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים" ואין בהם איזונים. אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה.<sup>34</sup>

על בסיס ניתוח זה רחה בית המשפט במישרין את שיטת הניעור (ניעור בכוח הלוח ושוב של פלג גופו העליון של נחקר באופן שגורם לצוואר ולראש להתנודד במהירות) וקבע כי היא עומדת בניגוד לאמנה נגד עינויים. בנוגע לשיטות אחרות שאינן עולות לכדי עינויים, יחס משפיל, אכזרי או בלתי אנושי, נקבע כי בשימושן יש לאזן בין זכויות הנחקר ובין האינטרס הציבורי.<sup>35</sup> בית המשפט בחן את שיטות החקירה שפורטו בעתירות ופסק כי הן אסורות: הן אינן נכללות בגדר חקירה הוגנת וסבירה, והן פוגעות בכבוד החשוד ובזכויותיו במידה שעולה על הנדרש, כאמור בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. השיטות הנוספות שאסר בית המשפט לשימוש הן "כריעת צפרדע" (תנוחה שבה על הנחקר לכרוע על קצות

---

הניתנת לארגון ומעניקה לו כוח רב. ראו פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927,

סעיף 1(2).

34 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה.

35 שם, פס' 22.

אצבעותיו למשך חמש דקות בכל פעם);<sup>36</sup> מניעת שינה (מניעת שינה מהנחקר באופן מכוון ולזמן ממושך לשם התשתו ושבירת רוחו, בניגוד לתופעת הלואי של היעדר שינה מספקת שמובנית בחקירות ממושכות);<sup>37</sup> ו"שיטת השבאח" (שילוב של כמה שיטות חקירה: איזוק הנחקר באופן מכאיב בעודו ישוב על כיסא נמוך כשפניו מופנות לכיוון הרצפה, ראשו מכוסה בשק ומוזיקה רועשת מושמעת בחדר).<sup>38</sup> בית המשפט דחה את הסברי השב"כ כי אחדים מהאמצעים הפיזיים לא היו למעשה שיטות חקירה אלא תוצאות נלוות לכמה מטרות ראויות (האיזוק מתחייב מצורכי ביטחון והגנה על החוקרים בעת החקירה, וכיסוי הראש והמוזיקה מטרתם למנוע קשר בין הנחקרים). כך למשל קבע בית המשפט כי כיסוי ראש הנחקר והשמעת מוזיקה רועשת בחדר החקירות במטרה למנוע מהנחקרים לתקשר זה עם זה אינם אמצעים מידתיים, שכן להשגת התכלית הזאת יש אמצעים שפגיעתם פחותה.<sup>39</sup>

המדינה טענה כי האישור לחוקרי השב"כ להשתמש בשיטות חקירה אלה ניתן במקרים שבהם עומדת להם הגנת הצורך בפלילים.<sup>40</sup> בפסק הדין ציין בית המשפט את ההגדרה של הגנת הצורך הקבועה בסעיף 34יא לחוק העונשין הקובעת כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיירי להצלת חייו [...] שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת לעשותו", ופסק כי הגנה זו איננה מקנה סמכות מינהלית א־פריורית לחוקרי השב"כ לנקוט את שיטות החקירה שפורטו וגם איננה אישור לקבוע כללים ונהלים שמתירים זאת.<sup>41</sup> עם זאת, בצד

36 שם, פס' 25.

37 שם, פס' 31.

38 שם, פס' 26-29.

39 שם, פס' 10, 28-29.

40 לדיון ראו Dershowitz, לעיל ה"ש 21 בפרק זה; Klaus Bernsmann, *Private Self-Defence and Necessity in German Penal Law and in the Penal Law Proposal — Some Remarks*, 30 *ISR. L. REV.* 171, 181 (1996); John T. Parry, *Conference Honoring the Scholarship and Work of Alan M. Dershowitz: Torture Warrants and the Rule of Law*, 71 *ALB. L. REV.* 885, 895 (2008)

41 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, פס' 34-37.

קביעתו כי הגנת הצורך אינה יכולה לשמש הצדקה מראש להפעלת לחץ פיזי מתון, לא פסל בית המשפט את האפשרות שחוקרי השב"כ יוכלו לחסות בצלה כפטור מאחריות בדיעבד בהליכים פליליים.<sup>42</sup> בנקיטת עמדה זו נראה כי בית המשפט הניח כמה הנחות שאינן מובנות מאליהן: ראשית, שפקידי ממשל יכולים להיות פטורים מאחריות פלילית בחסות הגנת הצורך,<sup>43</sup> אף שבספרות המשפטית נטען כי הגנת הצורך תחול רק על אנשים פרטיים (בכללם פקידי ממשל בכובעם כאנשים פרטיים). למשל, במקרה שהם מטרה להתקפה בלתי חוקית, הם אינם נבדלים מאדם רגיל, והדיפת ההתקפה אינה נעשית במסגרת תפקידם), ושפקידי ממשל חייבים לפעול רק על פי הסמכות שנקבעה בחקיקה.<sup>44</sup> שנית, בית המשפט הניח שהגנת הצורך עשויה לחול בחקירות שב"כ, אף שיש הסבורים כי היא חלה רק במקרי חירום לא צפויים ולא בנסיבות צפויות ושגרתיות.<sup>45</sup> בית המשפט ציין גם כי:

סייג זה עשוי להתקיים במצבים של "פצצה מתקתקת", וכי דרישת המיידיות ("דרוש באופן מידי" להצלת חיים) מתייחסת למיידיות המעשה ולא למיידיות הסכנה. על כן, מיידיות מתקיימת לכאורה 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.<sup>46</sup>

בחינה של היקף השתרעותה של הגנת הצורך כפי שסורטט בפסק הדין מעלה כי לא ברור לגמרי מהי עמדת בית המשפט בנוגע לנסיבות ולמקרים שבהם תחול

42 שם, פס' 40.

43 שם, פס' 34.

44 שם. ראו גם Miriam Gur-Arye, *Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations — Reflections in Light of Israeli Experience*, in TORTURE: A COLLECTION 183 (Sanford Levinson ed., 2004)

45 Dershowitz, *לעיל* ה"ש 21 בפרק זה, בעמ' 197.

46 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, *לעיל* ה"ש 2 בפרק זה, פס' 34.

ההגנה, ואם ראוי לדעתו להחיל אותה בסכסוך מזויין מתמשך. נראה כי בפסק הדין אין תשובה ברורה לשאלה אם ראוי וחוקי להחיל אותה במצבים קבועים בנוגע לאמצעי חקירה שמשמשים באופן חוזר ושיטתי. פסיקת בית המשפט רומזת אפוא כי השימוש באמצעי חקירה פיזיים בחקירות שב"כ יהיה מעשה בלתי עניש, ולכן מבחינת החוקרים הוא מותר למעשה ב"נסיבות מסוימות", בלי לפרט את טבען של אותן נסיבות או את היקף תחולתן. בכך נותרה ההחלטה אם להפעיל אמצעים פיזיים בחקירה לשיקול דעתם של בכירי השב"כ והיועצים המשפטיים.<sup>47</sup>

עוד הוסיף בית המשפט וציין כי אם המדינה רוצה להקנות לחוקרי השב"כ את הסמכות להשתמש באמצעים פיזיים בחקירה, על הכנסת לקבוע זאת במפורש בחקיקה, ועל דבר חקיקה כזה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם התקנת הכללים והנהלים בנוגע להפעלת אמצעים אלו חייבת להיעשות מכוח חקיקה. עד לחקיקה כזאת, השימוש באמצעים פיזיים בחקירה איננו חוקי.<sup>48</sup> בקביעות אלו אין לראות משום המלצה מפי בית המשפט למחוקק לחוקק חוק שיתיר שימוש באמצעים פיזיים בחקירה, אלא הדגשה כי אם ברצון הרוב הפוליטי להתיר שימוש כאמור, יש לעשות זאת בדרך של חקיקה ראשית ובכפוף לכיקורת שיפוטית. בכך למעשה גלגל בית המשפט את תפוח האדמה הלוהט לפתחה של הכנסת.

לקראת סיום פסק הדין ציין בית המשפט כי "היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו דין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של 'צורך'".<sup>49</sup> ואכן, זמן קצר לאחר מתן פסק הדין פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות כאמור.<sup>50</sup>

47 Krennitzer & Segev, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, בעמ' 540.

48 עניין הוועד הציבורי נגד עיניים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, פס' 37-38.

49 שם, פס' 38.

50 ראו אליקים רובינשטיין "חקירות שב"כ והגנת הצורך: מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"צ) הפרקליט מד(ג) 419 (1999). ההנחיות ניתנו ביום 28.10.1999 וצורפו כנספח א למאמרו של רובינשטיין "הביטחון והמשפט: מגמות" (שם, בעמ' 409-422) (להלן: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה).

## 7. לאחר מתן פסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים ועד היום

על פי עדויות, בין היתר מפי מי ששימש היועץ המשפטי של השב"כ בשנים שלאחר מתן פסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים, פסיקה עקרונית זו הביאה לידי שינוי מהותי ומידי בדרכי הפעולה של השב"כ. יחידות החקירה של השב"כ בכל הארץ הונחו שלא לעשות עוד שימוש באמצעי החקירה שהיו מקובלים קודם לכן, וחוקרי השירות נדרשו לפתח טכניקות חקירה חדשות שימלאו אחר ההנחיות של בית המשפט. מעתה, השימוש בלחץ פיזי ופסיכולוגי שאסר בית המשפט הוגבל אך ורק לחקירות מסוג "חקירות צורך".<sup>51</sup>

ואכן, דומה כי אין חולק על כך שבתקופה שלאחר מתן פסק הדין פחת השימוש בלחץ פיזי ופסיכולוגי בחקירות השב"כ — משימוש שהיה בבחינת מעשה שבשגרה לשימוש במקרים חריגים בלבד. עוד נראה כי לפחות אחדים מהאמצעים שבהם נעשה שימוש קודם לכן הוצאו משימוש — לפחות בתקופה שלאחר מתן פסק הדין — בעיקר אלה שהוזכרו במפורש בפסק הדין, כגון טלטול נחקרים וכיסוי ראשם בשק.<sup>52</sup>

עם זאת, מאז ניתן פסק הדין בשנת 1999 שבים ארגוני זכויות אדם וטוענים כי השימוש באמצעים אלימים בחקירות לא פסק. לדבריהם, פלסטינים רבים שנחקרו על ידי השב"כ הוסיפו, ומוסיפים, להתלונן על שימוש באמצעי חקירה פיזיים ופסיכולוגיים שהם בגדר יחס בלתי אנושי, אכזרי ומשפיל ואף בעינויים של ממש.<sup>53</sup> בארגוני זכויות אדם העוקבים אחר תלונות אלה גם הועלתה הטענה

51 ראו למשל יוסי מלמן "רק אל תזכירו לו את המרתפים" (ריאיון עם עו"ד אריה רוטר, היועץ המשפטי הפורש של השב"כ) הארץ 13.6.2008; עו"ד מוטי דנוס ושרון עזריאל "שומר שב"כ" (ריאיון עם עו"ד אריה רוטר, היועץ המשפטי הפורש של השב"כ) הפרקליטים 29, 34 (2008).

52 עו"ד מיכאל ספרד, מעורכי הדין הבולטים בישראל בתחום זכויות אדם, אישר בריאיון לעיתון הארץ בשנת 2008 כי "אין מה להשוות את המצב היום עם מה שהיה פעם. בעבר, חקירות תוך שימוש בלחץ פיסי או פסיכולוגי היו מעשה שגרה בעשרות אלפי מקרים. נכון שגם היום משתמשים בעינויים, אבל רק במקרים חריגים ובודדים של חקירות צורך". ראו מלמן, שם.

53 כמה ארגוני זכויות אדם, ובראשם הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, בצלם והמוקד להגנת הפרט, עוקבים אחר שיטות החקירה שהשב"כ משתמש בהן לכאורה.

שאף שבשנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין נעשו שינויים דרמטיים בשיטות החקירה של השב"כ, ככלל לא התקבלה בארגון התפיסה העקרונית והמהותית שעלתה ממנו, שאותם כללים שחלים על המשטרה בעת חקירה חלים גם על השב"כ. כך לדבריהם, חקירות השב"כ מוסיפות להתבסס על אמצעים פוגעניים

---

ברוחות שפרסמו בשנים האחרונות, אחדים מבוססים על תלונות ודיווחים שהגיעו לידי הארגונים ואחרים על עדויות שנאספו בצורה מדגמית מאנשים שנחקרו על ידי השב"כ, הם מונים בין היתר את האמצעים האלה: מניעת שינה, אלימות פיזית (מכות "יבשות" – סטירות, מכות אגרופ ובעיטות); הידוק אזיקים (אגב גרימת כאבים עזים בפרקי הידיים); משיכת הגוף קדימה בפתאומיות מתוך גרימת כאב בפרקי הידיים הכבולים לכיסא; הטיית הראש לצדדים או לאחור מתוך אחיזה מכאיבה בסנטר או דחיפתו באגרופ; תנוחת "צפרדע" (אילוץ הנחקר לכרוע על קצות אצבעותיו) המלווה בדחיפות; כבילה ממושכת של הידיים והרגליים למיטה (אמצעי שננקט כנראה כשיש הערכה שהעציר עלול לפגוע בעצמו, ובאישור גורמי רוחה ורפואה); מניעת האפשרות לשמור על היגיינה אישית; תנוחת "בננה" (כיפוף גוף הנחקר בצורת קשת בעודו יושב על כיסא ללא משענת); טלטולים; חנק; קללות, יריקות והשפלות מילוליות; אימום, לרבות איום ב"חקירה צבאית" (מונח שאינו מוגדר בפירושו, אבל נתפס כאיום בהפעלת אמצעי אלימות חריפים); חסך חושי חריף; חשיפה קבועה לאור מלאכותי; צחנה ומחנק בעת שהות ממושכת בצינוק קטן ומבודד; חשיפה למעלות חום וקור קיצוניות; צפיפות; ואמצעים פסיכולוגיים שונים כגון אימום וניצול של קרובי משפחה. ראו המוקד להגנת הפרט ובצלם בחסות החוק: בין התעללות לעינויים במתקן החקירות "שקמה" (דצמבר 2015) (להלן: המוקד להגנת הפרט ובצלם, בחסות החוק); הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל מערותה של אסירה פלסטינית (רוח מיוחד, יוני 2013); הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל מתחת לכל ביקורת: העדר חקירה וענישה של עינויים והתעללות בחקירות שב"כ (דו"ח תקופתי, דצמבר 2009) (להלן: הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, מתחת לכל ביקורת); הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל "עדיין מתחת לכל ביקורת" (עדכון תקופתי, ינואר 2012) (להלן: הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל "עדיין מתחת לכל ביקורת"); המוקד להגנת הפרט ובצלם בתכלית האיסור: עינוי עצירים פלסטינים והתעללות בהם על-ידי כוחות הביטחון של ישראל (מאי 2007) (להלן: המוקד להגנת הפרט ובצלם, בתכלית האיסור); המוקד להגנת הפרט ובצלם שיטות חשוכות: ההתנהלות כלפי עצורים פלסטינים שהוחזקו במתקן החקירות של השב"כ בפתח-תקווה (אוקטובר 2010) (להלן: המוקד להגנת הפרט ובצלם, שיטות חשוכות); הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל עדיין מתחת לכל ביקורת (עדכון תקופתי, ינואר 2012) (להלן: הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, עדיין מתחת לכל ביקורת).

ואכזריים שחורגים במובהק מדיני החקירה הרגילים כמו שאלה מיושמים בחקירות המשטרה המקובלות בישראל. מכאן טענתם ששיטות החקירה הננקטות גם בימינו אנו עולות כדי יחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל ולעתים כדי עינויים של ממש – בניגוד לפסיקת בג"ץ ובניגוד למשפט הבינלאומי.<sup>54</sup> ארגונים אלה גם דוחים את הטענה ששימוש בכוח בחקירות מוגבל היום למקרים של פצצה מתקתקת, בניגוד לטענת המדינה ולתפיסה הרווחת בציבור. לדבריהם, העובדה שאחדים מהעצורים שדיווחו על שימוש באמצעים החריגים האמורים לא נחשדו כלל בעברות חמורות (ומקצתם אף הואשמו בפעילות פוליטית או דתית במהותה), וכן העובדה שעל פי הדיווחים ההתעללות בכלואים נמשכה תקופה ארוכה לאחר שחקירתם הסתיימה, מפריכות את הטענה שכל תכליתה היה סיכול מעשי טרור.<sup>55</sup> בתשובה לטענות מסוג זה שבה המדינה וטענה כי:

חקירות השב"כ מתבצעות על-פי החוק, הנהלים וההנחיות ומבוקרות באופן שוטף ע"י גורמי פיקוח בשירות הביטחון הכללי, ועדת השרים לענייני שירות הביטחון הכללי, ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאי של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, משרד המשפטים, משרד מבקר המדינה ובתי המשפט על ערכאותיהם השונות.<sup>56</sup>

בפרט הודגש כי הנחקרים יכולים להעלות טענות בדבר אופן ההתנהלות של חקירתם לפני הממונה על מבקר תלונות נחקרים (להלן: מבת"ן) בפרקליטות המדינה.

54 המוקד להגנת הפרט ובצלם, שיטות חשוכות, שם, בעמ' 50 ו-52.

55 שם, בעמ' 7.

56 תגובת משרד המשפטים, היחידה להסכמים בינלאומיים ותביעות בינלאומיות (בחתומת עו"ד בעז אורן, סגן מנהל היחידה), מיום 26.4.2007, לרוח בתכלית האיסור, לעיל ה"ש 53 בפרק זה. עוד ראו את תגובת היחידה (בחתומת עו"ד הילה טנא-גלעד, ממונה זכויות אדם וקשרים עם ארגונים בינלאומיים), מיום 27.10.2010, לרוח שיטות חשוכות, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, ואת תגובת היחידה (בחתומת עו"ד אסף רדזינר), מיום 11.1.2016, לרוח בחסות החוק, לעיל ה"ש 53 בפרק זה.

זה המקום להזכיר שככלל חקירות של תלונות נגד עובדי שב"כ במסגרת מילוי תפקידם או בקשר לתפקידם מוסדרות בסעיף 1ט49 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, הקובע כי חקירות אלה ינוהלו על ידי המחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש), אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה.<sup>57</sup> הסדר זה שונה מההסדר החקיקתי בנוגע לחקירת תלונות נגד שוטרים, שביצוען מסור לידי מח"ש ללא צורך בהחלטה בעניין של היועץ המשפטי לממשלה. עוד ראוי להבהיר כי גם במסגרת ההסדר בנוגע לשב"כ, יש הבדל בין הטיפול בתלונות נגד כלל עובדי השב"כ ובין הטיפול בתלונות נגד חוקרי השב"כ. כך, בניגוד לתלונה שמוגשת בעניין כלל עובדי השב"כ, המועברת ליועץ המשפטי לממשלה או למי שהוא צלה לו סמכותו בנידון, והוא שמחליט אם יש מקום לפתוח בחקירה, כדי להחליט אם יש מקום לפתוח בחקירה בנוגע לעברה שעל פי החשד ביצע חוקר שב"כ, נעשית בדיקה מקדימה של המבת"ן.

מוסד המבת"ן הוקם ב-1992 בהמשך להמלצות דוח ועדת לנדוי ולכמה פרשיות חמורות שאירעו לאחר פרסומו, מתוך הכרה שנחויף גוף בדיקה וביקורת ייחודי שיטפל בתלונות המופנות נגד חוקרי השב"כ.<sup>58</sup> עד שנת 2013 היה המבת"ן עובד שב"כ, על פי רוב בתפקידו האחרון בשירות טרם פרישתו לגמלאות. אף על פי כן, במשך שנים טענה המדינה כי המבת"ן מבצע חקירה עניינית, מקיפה ועצמאית, וכי לשום גורם בשב"כ, בכלל זה ראש השירות, אין סמכות להתערב בדרך חקירתו או בממצאיו. לדבריה, בתום בדיקת התלונה מעביר המבת"ן את ממצאיו, את המלצותיו ואת מסקנותיו לידי הממונה על המבת"ן בפרקליטות המדינה – פרקליט בכיר בפרקליטות המדינה, שהוא עצמו כפוף לפרקליט המדינה, ומכאן שגם ליועץ המשפטי לממשלה.<sup>59</sup> הממונה בודק

- 57 סעיפים 49ט ו-49ט1(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971. בהתאם לסעיף 49ט1(ב) לפקודה, סמכות זו הואצלה בשנת 2009 לפרקליט המדינה ולמשנים לפרקליט המדינה. ראו י"פ תש"ע, מס' 6013, מיום 29.10.2009, עמ' 264. כן ראו סעיף 13(ד) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ).
- 58 מעמדו המשפטי של המבת"ן מעוגן בנוהל שקבעה ועדת השרים לענייני שב"כ, שהוקמה מכוח סעיף 5 לחוק השב"כ. ראו המוקד להגנת הפרט ובצלם, בתכלית האיטור, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 59.
- 59 עדות המשנה לפרקליט המדינה דאז, עו"ד שי ניצן, לפני הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (להלן: ועדת טירקל), ישיבה מס' 11 מתאריך



את החומר ומגבש את עמדתו בשאלה אם יש מקום לפתוח בחקירה, להורות על העברת הנושא לטיפול משמעותי או לגנוז את התלונה. אם הממונה סבור כי יש מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית, הוא מעביר את המלצתו לגורם המוסמך להורות על כך – היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה או אחד ממשניו. רק אם החליט הגורם המוסמך כי יש מקום לפתוח בחקירה פלילית, התיק מועבר למח"ש לניהול החקירה. בתום החקירה אמורה להתקבל ההחלטה אם יש מקום להעמיד לדין את החוקר הנילון אם לאו. כך או כך הסמכות להורות על פתיחת חקירה פלילית אינה בידי המב"ן ואף אינה בידי הממונה עליו.<sup>60</sup>

במשך השנים תקפו ארגוני זכויות אדם את תפקודו של מוסד המב"ן בכמה היבטים: כפיפותו הארגונית לשב"כ, הסמכות שהוקנתה לו ואופן הפעלתה של סמכות זו. ראשית, נטען כי איש תפקיד המב"ן בידי איש שב"כ הביא למעשה להעדפה שיטתית של עמדת עמיתיו על פני גרסאות המתלוננים; שנית, נטען כי מן הראוי היה שדווקא תלונות על התנהגות חמורה כגון עינויים או התעללות בידי חוקרי שב"כ ימצאו כולן את דרכן לחקירה פלילית במח"ש, במקום לבדיקה

---

10.4.2011, בעמ' 54 (להלן: עדות המשנה לפרקליט המדינה). לניתוח מפורט ועדכני של ההסדר החקיקתי האמור ראו עניין הוועד הציבורי נגד עינויים נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 5 בפרק זה.

60 ראו בעיקר את מכתבו של המשנה לפרקליט המדינה עו"ד שי ניצן מיום 6.4.2011, במענה לבקשת מזכיר ועדת טירקל, שכותרתו: "מנגנוני בדיקה וחקירה בישראל ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני לחימה", עמ' 10-13, סעיפים 48-61. למותר לציין כי המידע במכתב זה נמסר על דעתו של היועץ המשפטי לממשלה; עוד ראו את עדות המשנה לפרקליט המדינה, לעיל ה"ש 59 בפרק זה, בעיקר בעמ' 52-64; בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 5 בפרק זה, ציין בית המשפט, מפי השופט רובינשטיין, כי מן הראוי לקבוע שגם החלטות על סגירת תיק יובאו להכרעתו של היועץ המשפטי לממשלה או מי שהואצלה לו הסמכות להורות על פתיחה בחקירה, כך שהחלטת הסגירה תהא על דעת בעל הסמכות לפתוח בה. עוד צוין כי מן הראוי שהממונה על המב"ן יוסמך גם להורות על פתיחה בחקירה "נוכה רגישות הנושא ומתוך רצון להבטיח – ולוא [כך במקור] רק משיקולי מראית העין – כי בכבוא לבחון את התלונה ואת ממצאי המב"ן מוסמך [ויהיה] הממונה לקבל את כל קשת ההחלטות העשויות להיות רלבנטיות (סגירת התיק, פתיחה בחקירה, בדיקה משלימה ודומה)". בית המשפט הוסיף והמליץ כי החוקר בעניין זה יתוקן בהתאם ובהקדם. שם, פס' כח לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ההמלצות טרם יושמו.

מקדמית של המבת"ן, שהוא עצמו איש שב"כ; שלישית, הועלו ספקות חמורים בדבר היעילות והעצמאות של חקירות המבת"ן, בייחוד נטען שסמכויותיו מוגבלות ביותר ואינן כוללות את הסמכות לגבות ראיות שימשו בהליכים פליליים; ולבסוף, ובעיקר, הזרקור הופנה לעובדה שעל פי נתוני משרד המשפטים, בשנים 2001-2010 הוגשו למבת"ן וטופלו 701 תלונות בגין עיניים והתעללות, ועם זאת אף לא אחת מהן הביאה לידי פתיחת חקירה פלילית בעניין נשוא התלונה, לא כל שכן לידי הגשת כתב אישום או להעמדה לדין של המעורבים.<sup>61</sup> בכל המקרים שהובאו לפניו המליץ המבת"ן לפני הפרקליט הממונה עליו שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד החוקרים, ובכל המקרים ההמלצה נתקבלה.

במענה לטענות אלה הודיע בנובמבר 2010 היועץ המשפטי לממשלה כי על דעת פרקליט המדינה, ראש השב"כ ומנכ"ל משרד המשפטים החליט כי מעתה לא יהיה עוד המבת"ן עובד שב"כ, אלא עובד משרד המשפטים, הכפוף ארגונית ומינהלית למנכ"ל משרד המשפטים. על פי ההודעה זו הייתה הסיבה להחלטה:

למרות צעדים שנועדו להבטיח את עצמאות הבדיקה ואת הגינותה, הרי שבמשך השנים הושמעו טענות רבות נגד כך שגורם פנימי בשב"כ הוא הבודק תלונות נגד עמיתיו לשירות [...] אף שישנן תשובות טובות לאותן טענות, הרי שלמען "מראית פני הדברים", וכדי למנוע "לזות שפתיים" ולהגביר את האמון הציבורי במוסד חשוב זה, יהפוך המבת"ן להיות חלק ממשרד המשפטים, דהיינו: גורם חיצוני לחלוטין לשב"כ.<sup>62</sup>

בחדש יוני 2013 מונתה לתפקיד המבת"ן אל"מ (במיל') ז'אנה מודזגברישוילי, מי שהייתה בעברה התובעת הצבאית הראשית, והיא החלה בפעילותה באמצע

61 בחודש מרץ 2007 הצהיר שר המשפטים דאז פרופ' דניאל פרידמן לפני הכנסת כי בשנים 2005-2006 הוגשו 129 תלונות על שימוש שעשו חוקרי שב"כ בלחץ פיזי על עצורים פלסטינים, אך שום תלונה מתלונות אלה לא נמצאה אמת, ולפיכך לא נוהלו הליכים פליליים נגד אף חוקר שב"כ. כשציין חבר הכנסת דב חנין שמוזר כי מתוך 129 התלונות שהוגשו לא העביר המבת"ן אף לא אחת למח"ש, השיב השר כי הוא יבדוק אחרות מהתלונות כדי לוודא שהן אכן מטופלות כראוי.

62 אביעד גליקמן "מהפכה בשב"כ: מבקר חיצוני יבחן תלונות נחקרים" ynet 16.11.2010.

שנת 2014.<sup>63</sup> למיטב ידיעתנו, סמכויות המבת"ן והממונה על המבת"ן נותרו מוגבלות בהיקפן, והן אינן כוללות את הסמכות לגבות ראיות שישמשו בהליכים פליליים (להבדיל מהליכי משמעת). נציין עוד כי היום המתלונן רשאי להגיש ערר על החלטת הממונה על המבת"ן מכוח סעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982, ואת הערר צפוי לבחון אחד הגורמים המוסמכים לפתוח בחקירה פלילית.<sup>64</sup> שום ערר שהוגש על החלטת הממונה על המבת"ן שלא לפתוח בחקירה לא הוביל עד כה לשינוי ההחלטה.<sup>65</sup>

להשלמת התמונה נוסיף כי במשך השנים שחלפו מאז מתן פסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים עשו ארגוני זכויות אדם כמה ניסיונות לתקוף את אופן יישומו בפרט ואת טיפול המדינה בנושא בכלל. כך, בין היתר, בשנת 2008 הגישו הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, האגודה לזכויות האזרח והמוקד להגנת הפרט בקשה משותפת לפי פקודת ביזיון בית המשפט שבה נטען כי השב"כ מפר בחקירותיו את קביעות פסק הדין העקרוני ומקיים נוהל המאפשר להתיר מראש שימוש באמצעי חקירה שנפסלו בפסק הדין.<sup>66</sup> בקשה זו נדחתה מטעמים פרוצדורליים ובלי שהטענות שהועלו בה נבחנו לגופן.<sup>67</sup> בשנים

63 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, עדיין מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 9-10; "מינוי אל"מ (מיל') ז'אנה מורדוגברישוילי לתפקיד מבקרת תלונות נחקרים בשב"כ (המבת"ן) במשרד המשפטים", אתר משרד המשפטים (6.6.2013); פרוטוקול ישיבה מס' 319 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת העשרים (17.1.2017).

64 יוער עוד כי הזכות להגשת ערר כוללת גם זכות עיון בחומרי החקירה שעמדו לפני המבת"ן. בפועל, ארגוני זכויות אדם מדווחים כי התשאולים המתקבלים לעיונם מגיעים עם חלקים מצונזרים נרחבים, וכי לא מתקבלים בצדם ממצאים שהעלו חקירות נרחבות יותר, כגון תשאול רופאים או סוהרים במתקן, ככל שנעשו כאלו. כמו כן, הממונה על המבת"ן מסרב להחיל את זכות העיון על חקירות שמתבצעות תחת הגנת הצורך, כך שלגבי אלו אין למתלוננים ולארגוני החברה האזרחית אפילו מידע חלקי ומצונזר.

65 פרוטוקול ישיבה מס' 319 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 63.

66 בקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט בבג"ץ 5100/94 מיום 2.11.2008 (להלן: בקשת הביזיון).

67 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה.

האחרונות הוגשו עוד כמה עתירות עקרוניות בנושא – חלקן הוכרעו<sup>68</sup> והיתר עורן תלויות ועומדות לפני בית המשפט העליון,<sup>69</sup> שבהן נטען בין היתר נגד המשך השימוש בשיטות חקירה שבג"ץ פסל בעבר, ההפניה האוטומטית של תלונות בגין עינויים לבדיקה מקדמית של המבט"ן, ההימנעות הגורפת מפיחה בחקירה פלילית בעניין תלונות אלה וכן מתן חסינות בפועל לחוקרי השב"כ החשודים בעברה על החוק.

## ג. דיון: השפעת האינטרס הביטחוני על קבלת ההחלטות בעניין עינויים ושימוש באמצעי חקירה פסולים

כאמור, בחלק זה של הפרק בחרנו להתמקד בשישה נושאים ספציפיים שקשורים לעינויים וממחישים את טענתנו הכללית, שהאינטרס הביטחוני והסביבה החברתית המגלמת אותו משפיעים השפעה מכרעת על קבלת ההחלטות בנושא ההתמודדות עם איומי הטרור, כך שמלכתחילה הכף מוטה לטובת האינטרס הביטחוני. סופה של הטיה זו הוא ביצירת נורמות ופרקטיקות שמטילות מגבלות חריפות ובלתי מידתיות על זכויות אדם.

### 1. ההשפעה המכרעת של גורמי הביטחון על מקבלי ההחלטות בזירה הפוליטית והמשפטית

אחד המאפיינים העיקריים של תהליכי קבלת ההחלטות בתחום ההתמודדות עם הטרור הוא ההשפעה המכרעת הניתנת במסגרתם להערכותיהם ולעמדותיהם של גורמי הביטחון. להשפעה זו – שלא פעם נראית כתלות של ממש של מקבלי ההחלטות במומחי הביטחון – משמעות יתרה לנוכח הטיה הטבעית והמובנית של מומחים אלו לטובת השמירה על האינטרס הביטחוני. לטעמנו, הניסיון

68 בין היתר בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (להלן: עניין אבו גוש); בג"ץ 9132/12 פלוני ואח' נגד היועמ"ש ואח'.

69 בין היתר בג"ץ 2268/13 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 22.11.2016); בג"ץ 8899/13 פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 24.1.2016).

הישראלי בשימוש בעינויים (והאיסור על שימוש בעינויים) בחקירות חשודים במעורבות בטרור מדגים באופן מובהק תופעה זו על הבעייתיות העולה ממנה. ככלל, בעלי תפקידים בכל תחום נוטים להזדהות עם התכלית העיקרית המונחת ביסוד תפקידם, שמידת הגשמתה היא גם אמת המידה העיקרית להערכת תפקודם המקצועי. מאפיין זה בולט במיוחד כשמדובר במי שתפקידם הוא הגנה על ביטחון הציבור, בין היתר על רקע האתגרים המורכבים הכרוכים בתפקיד זה, תחושת החשיבות המיוחדת הגלומה בהשתתפות בהגנה על האינטרסים הביטחוניים של המדינה והשכנוע הפנימי העמוק המאפיין את הפועלים להגשמת יעד זה בצדקתו ובחיוניותו. ביטוי לתחושת ההזדהות והמחויבות המוחלטת המאפיינת בעלי תפקידים ביטחוניים אפשר למצוא, למשל, בעדויותיהם של חוקרי השב"כ לפני ועדת לנרדי, שביטאו – כלשון הוועדה – את המוטו המרכזי ש"הביטחון הוא מעל לחוק"<sup>70</sup>. וכך, ציינה הוועדה, העידו החוקרים לפנייה:

עבודת החקירה העוסקת בגילוי פח"ע וסיכולו היא משימת קודש המצדיקה את האמצעים, כל האמצעים. אנחנו, אנשי השירות – אמר מי שאמר – הננו שליחיו של עם ישראל לבצע פעולות שהמדינה איננה יכולה לקבל על עצמה. מדובר ב"ניקוי ביבים" שקיומם מסכן את ביטחונה של המדינה, ואנחנו אלה שמשימה לא נעימה זו הוטלה עליהם. לא ניתן לנקות ביבים מבלי שתתלכלך בעצמך. אנחנו הסתכנו ממש כפי שמסתכנים חיילים בחזית.<sup>71</sup>

תפיסת החשיבות והעליונות שבהגשמת יעדי התפקיד הביטחוני מביאה עמה באופן טבעי גם שאיפה של בעלי התפקידים ליהנות מכר פעולה רחב ככל האפשר ומהתערבות מזערית של גורמים חיצוניים בשיקול דעתם המקצועי. במילים אחרות, גורמי ביטחון ישאפו לקבל סמכות ולגיטימציה רחבות להשתמש באמצעי התמודדות חריפים במטרה להפוך את פעילותם ליעילה ככל האפשר. שאיפה זו עלולה להניעם להציג תמונת מצב חמורה יתר על המידה בהערכת מצב ביטחוני נתון, הן בהפרזה בעוצמת הסיכון הנשקף ממנו והן בהרגשת הנחיצות

70 דוח לנרדי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 2.40.

71 שם, פס' 2.40.

בנקיטת האמצעים החריפים והמקיפים ביותר כדי להתמודד עמו, ובכלל זה – הפרוזה בעניין תועלתם.<sup>72</sup> כך למשל אפשר להניח (ובמקרים אחדים גם להראות) כי גורמי ביטחון ייטו לתאר את הסיכון הנשקף מארגוני הטרור כעוצמתי ורחב ככל האפשר; יעידו על אופיים השטני של פעילי טרור מכל זרם או השתייכות שהיא; יתמקדו בסוג הקיצוני ביותר של ארגוני הטרור ויטשטשו הבחנות אפשריות בין סוגים של ארגונים; וככלל, ידגישו את כוונותיהם הרעות של ארגונים אלה ויתעלמו מהמגבלות האובייקטיביות של יכולותיהם להגשים את יעדיהם.<sup>73</sup>

ביטוי לתופעה זו אפשר למצוא באופן שבו תיארה ועדת לנדוי – בהסתמך על עדויות וסקירות שהביאו לפניה אנשי השב"כ – את ארגוני הטרור שעמם השיירות מתמודד. בניגוד להקשרים אחרים, שבהם הציגו נציגי השב"כ את ארגוני הטרור האמורים כבעלי אופי מגוון, בכלל זה כמי שפועלים להשגת יעדים פוליטיים לא אלימים,<sup>74</sup> כאשר נזקקו לעניין זה לפני הוועדה לא נותר לריבוי הפנים האמור כל זכר. במקום זאת, ציינה הוועדה – כאמור על בסיס עדויותיהם של מומחי השב"כ – כי "ניתן לקבוע בתמצית שהיעד של ארגוני החבלה הוא הרס קיומה של מדינת ישראל, באמצעות מעשי טרור ושיבוש החיים הסדירים".<sup>75</sup>

מעניין גם שאחדים מאותם ארגונים נהפכו אחר כך לשותפיה של ישראל במגעים להשגת שלום בין העמים, והיום הם נחשבים גם לשותפיה במאבק נגד פלגים קיצוניים יותר.<sup>76</sup> דומה כי גם בכך יש כדי להעיד על הבעייתיות שבהתייחסות הקיצונית והמכלילה אל הצד "האחר" ועל הראייה קצרת הטווח של אפשרויות הדיאלוג עמו, הנוטות לאפיין את גורמי הביטחון, ובהשפעתם גם את מקבלי ההחלטות. עוד נוסף כי ההתייחסות המפורטת של הוועדה למטרותם הסובייקטיבית של ארגוני הטרור להביא לידי השמדתה של מדינת ישראל התעלמה מעניין חשוב לא פחות – מידת ההיתכנות של הגשמת מטרה זו, או במילים אחרות, הממדים האובייקטיביים של הסיכון שארגוני הטרור מציבים

72 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 678-679.

73 Krennitzer, לעיל ה"ש 22 בפרק זה, בעמ' 223.

74 שם, בעמ' 225-228.

75 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 2.9.

76 ההשפעה בעניין זה יכולה להיות גם דו-כיוונית, ולא מן הנמנע שגורמי הביטחון משמיעים הערכות ועמדות שערכות לאוזניהם של המחליטים הפוליטיים.

לקיומה ולהישרדותה של מדינת ישראל. במובן זה ברור שפעולות הטרור שארגונים אלה ביצעו ויכולים היו לבצע, על אף חומרתן, לא עלו כדי איום ממשי ואמיתי על קיומה של מדינת ישראל. אפשר אפוא להניח שגם התעלמות זו הושפעה מהאופן המוקצן שבו תיארו גורמי הביטחון את הסיכון לפני הוועדה.<sup>77</sup> העובדה שגורמי הביטחון רואים עצמם כמי שנושאים באחריות להיבט הביטחוני בלבד, ולא להיבטים אחרים, עשויה גם היא, כשלעצמה, להביא אותם לתת משקל מכריע לשיקולי ביטחון ומשקל מועט יותר לשיקולים אחרים, בכלל זה שיקולים שנוגעים לזכויות אדם. עמד על כך המשפטן האמריקאי קס סנסטין (Sunstein) בדיונו על העינויים בחקירות בישראל. סנסטין צידד במסקנת בית המשפט בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים, שלא ראוי כי השב"כ הוא שיכריע בשאלת הלגיטימציה של השימוש באמצעים פיזיים בחקירה, ויש להכריע בעניינה בחקיקה ראשית מפורשת:

בלשון המעטה, חברים בארגונים הללו אינם מייצגים טווח רחב של החברה. סביר יותר להניח שאנשים שעובדים בשב"כ יהיו שותפים לאותן נקודות מבט ומסגרות התייחסות. כשאנשים כאלה מתדיינים זה עם זה, סביר שהקבוצה תקצין; המשתתפים כנראה יחזקו, ולא יבחנו, את האמונות הקיימות שלהם, ככל הנראה לכיוון של פגיעה בזכויות אדם.

To say the least, members of that organization do not represent a broad spectrum of society. It is all too likely that people who work with General Security Service will share points of view and frames of reference. When such people deliberate with one another, group polarization is likely to be at work; the participants will probably strengthen, rather than test, their existing convictions, very possible to the detriment of human rights.<sup>78</sup>

77 Kremnitzer, לעיל ה"ש 22 בפרק זה, בעמ' 226.

78 CASS R. SUNSTEIN, LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE (2005) 212 (כל התרגומים מאנגלית שלנו, אלא אם כן צוין אחרת).

כאמור, הטיות אלה מקבלות משנה חשיבות לנוכח המעמד המיוחד שגורמי ביטחון במדינות המתמודדות תדיר עם איומים ביטחוניים נהנים ממנו, ומדינת ישראל היא דוגמה מובהקת לכך. בסוגיה הנידונה כאן דומה שמעמד מיוחד זה בא לידי ביטוי בשני מובנים עיקריים: אמון כמעט בלתי מסויג באמינותם וביושרתם של חוקרי השב"כ; ותלות מוחלטת של מקבלי ההחלטות, בזירה הפוליטית והמשפטית כאחד, בממצאים העובדתיים שהארגון מציג ובהערכותיו המקצועיות. לטעמנו, כל אחד מההיבטים האלה בעייתי כשלעצמו. נעמוד על כך בקצרה כעת.

(1) האמון הבלתי מעורער באמינותם וביושרתם של חוקרי השב"כ

כזכור, ועדת לנדוי מצאה כי במשך 16 שנים נהגה בשב"כ שיטה של מסירת עדויות שקר בבתי המשפט, ובלשונה של הוועדה, שיטה "שנתגלתה עתה במערומיה ויש לגנותה בכל פה".<sup>79</sup> שיטה זו פשטה בכל דרגי השירות ונהפכה ל"נורמה שאיש לא עירער עליה", עד ש"בכירי השירות ראו בה נורמה כל כך מושרשת ומוכנת מאליה שאפילו לא חששו להעלות את הדברים בכתובים ולהפיצם".<sup>80</sup> הוועדה ציינה כי "מוסר כפול" של הקפדה על אמירת אמת בתוככי השירות מצד אחד ומתן עדויות שקר מחוצה לו מן הצד האחר ככל הנראה לא הפריע לאיש בשירות במשך 16 שנים, וקבעה כי "נורמה זו של מתן עדויות שקר בבתי המשפט היא כשלונו החמור של כל מי שהיתה לו נגיעה לענייני החקירה בשב"כ".<sup>81</sup>

על רקע ממצאים קשים אלו וביטויים המפורש, כפי שנחשף עוד קודם לכן בפרשת קו 300 ובפרשת נאפסו, היה אפשר לצפות כי הוועדה תנקוט עמדה זהירה ומסויגת באשר ליכולת לתת אמון בעובדי השב"כ, וכך גם באשר ליכולת להסתמך על הצהרותיהם בנוגע לעבר, להווה או לעתיד. עם זאת דוח הוועדה מעלה תמונת דברים שונה בתכלית השינוי. בצד התייחסות חריפה כלפי עצם שיטת מתן עדויות השקר שפשטה בשירות, אפשר למצוא בדוח סלחנות לכשלים המתוארים וניסיון להצדיקם על רקע מורכבות המטלות של הארגון, חשיבותן

79 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 1.8.

80 שם, פס' 2.30-2.31.

81 שם, פס' 2.32.



ותחושת המחויבות של עובדי השב"כ לצורך להגשימן. ראשית, הכשלים שנמצאו בתפקוד הארגון לא מנעו מהוועדה להתייחס אל חוקרי השב"כ כאל "ישויות הרואיות" שנושאות בעול כבד של אחריות באומץ ובגבורה. כך לדבריה, "את סגל החוקרים של השירות מאפיינת מקצועיות, מסירות לתפקיד, נכונות לעמוד בתנאי עבודה מפרכים בכל שעות היממה ובסכנות פיסיות, ובראש ובראשונה מוטיבציה נפשית גבוהה לשרת את העם והמדינה בפעילות חשאית".<sup>82</sup> הוועדה גם הביעה אמון מלא בהצהרות של עובדי השב"כ באשר להכרתם בכשל שאירע ובחובה לתקנו וציינה כך:

אנו משוכנעים שכיום ההכרה בהכרח לפתוח דף חדש ולשקם את מעמד השירות בעיני הציבור ובעיני אנשיו שלו היא נחלת כלל השירות – מבכיריו, בהנהגת ראש השירות הנוכחי, ועד לזוטר החוקרים [...] הם פתחו לפנינו את לבם והודו על טעויותיהם, בלי להסתיר דבר, ואנו מאמינים בכנות כוונותיהם לתקן מה שעוות.<sup>83</sup>

ניסיון העבר גם לא הפריע לוועדה לקבל כלשונה את הבטחתה של צמרת השירות שהנהוג של מתן עדות שקר בבית המשפט נפסק לחלוטין (לדבריה, "אנו בטוחים שאכן כך הוא");<sup>84</sup> וכן צוין כי "הוועדה רושמת לעצמה בסיפוק שנוהג נפסד זה נפסק עתה לחלוטין".<sup>85</sup>

האמון הרב של ועדת לנדוי בעובדי השב"כ בא לידי ביטוי גם בהתייחסותה להסברי הארגון באשר לסיבות למתן עדויות השקר. לדברי הוועדה, הסיבה העיקרית שחוקרי השירות שיקרו בבתי המשפט במסגרת משפטי זוטא והכחישו הפעלת לחץ פיזי כלשהו על נחקרים הייתה הצורך המבצעי שלא לחשוף את

82 שם, פס' 1.8. גישת הוועדה בעניין זה מזכירה את הגישה שאפיינה את החלטתו של נשיא המדינה חיים הרצוג להעניק חנינה לראש השב"כ ועוזריו על העברות שנעברו בפרשת קו 300. לציטוט ההחלטה ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 518-517 (1986).

83 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 1.9.

84 שם, פס' 2.33.

85 שם, פס' 2.53.

שיטות החקירה של השירות. לצורך שימור כלי החקירה הטילו החוקרים מידור טוטלי כלפי כולי עלמא, ובכלל זה בתי המשפט, וההמשך הטבעי וההגיוני היה מתן עדויות שקר בבתי המשפט.<sup>86</sup> הוועדה אימצה את טענת החוקרים שבשום מקרה לא הובאה לפני בית המשפט הודאה של נחקר לפני שמקורות מודיעין אחרים, גם כאלה שאי-אפשר להציגם, בדקו ואימתו אותה. כלומר, הם הקפידו הקפדה מוחלטת שההודאה המובאת לפני בית המשפט היא הודאת אמת.<sup>87</sup> החוקרים טענו כי השימוש באמצעי לחץ פיזיים נעשה לצורך השגת הודאה במקרים שהם האמינו בהם כי יש בידיהם מידע מודיעיני מוצק שהנחקר ביצע את המיוחס לו; ההודאה נדרשה כדי להימנע מלחשוף מקורות מודיעין חשובים וכן את עצם שיטות החקירה שהכרחי היה לשמור על חשאיותן.<sup>88</sup>

ואולם אם ניקח כדוגמה את פרשת נאפסו, ברור שלפחות במקרה זה לא היה לחוקרים מידע מודיעיני אמין, ובכל זאת הם ניסו, והצליחו, לחלץ מהנחקר הודאה.<sup>89</sup> ממצא ידוע זה היה צריך להוביל את הוועדה להתייחסות זהירה יותר לאמינות הטיעון האמור.

בכלל, דומה שמן הראוי להטיל ספק בהנחה המקובלת שמידע מודיעיני חסוי ראוי עקרונית לאמינות. יש לזכור כי מידע מודיעיני עלול להיות איכותי פחות מחומר ראיות קביל. הוא נאסף, בין השאר (כמו בפרשת נאפסו) ממקורות מפוקפקים, בעלי עניין במסירתו (כגון משתפי פעולה מן "הצד האחר"). גם כשמקורות אלה נחשבים מהימנים, מהימנותם היא רק בהשוואה למידת המהימנות הרגילה של מידע מסוג זה. ואכן, "לפעמים המודיעין משוכנע כל כך שהראיות מסתדרות היטב בתמונה שהכין, ובכל זאת לא אחת התוצאה היא שהכול לא היה ולא נברא אלא משל היה".<sup>90</sup> לפיכך אף שחשוב למצות את הפוטנציאל שיש לאיסוף המודיעין ולא להסתפק בניסיונות לחלץ הודאה מן הנחקר עצמו,

- 86 שם, פס' 2.37.
- 87 שם, פס' 2.41.
- 88 שם, פס' 2.26.
- 89 ידוע גם כי ספקות שהעלו אחרים מהחוקרים באשר לאמינות ההודאה לא הועברו לידי התביעה הצבאית.
- 90 דברי השר דן מרידור בפורום עיון – דן מרידור (יור), חיים פס (עורך) הקרב של המאה ה-21: דמוקרטיה נלחמת בטרור 115 (2006).

חשוב לא פחות להיות ערים למגבלותיו של מידע זה ולהימנע מראייתו כ"כזה ראה וקדש"<sup>91</sup>. הוועדה, לעומת זאת, בחרה להניח כי השב"כ עוצר וחוקר רק "אנשים אשמים", ומכאן שאמצעי הלחץ שננקטו כלפיהם בחקירה לא יכולים היו להביא לידי עיוות דין, ואין מקום לפסילת ההודאה שהושגה מהם, תהא חריפות האמצעים שננקטו כלפיהם אשר תהא. למעשה יש פה מעין מעגל קסמים: שהלוא אם הודאת הנחקר מתקבלת והוא מורשע על בסיסה, ההנחה המוקדמת בנוגע לאמינות המידע המודיעיני מקבלת תוקף מעצם ההרשעה, אף שלמעשה אם הודאתו הוצאה ממנו בעקבות הפעלת לחץ, האפשרות שמדובר בהודאת שווא אינה זניחה כלל.

הסיבה השנייה לעדויות השקר של החוקרים שנידונה ברוח ועדת לנדוי נגעה להליך השיפוטי עצמו. לדברי הוועדה, מאחר שלגישת החוקרים פסילה של הודאת הנחקר בבית המשפט תפגע ביעד העיקרי של הרחקת המחבל ממעגל פעילות החבלה, כדי למנוע את פסילת ההודאה יש "להעלים" מעיני בית המשפט את אמצעי הלחץ שהופעל על הנחקר, גם אם הדבר כרוך במתן עדות שקר. לטענת הוועדה החוקרים העידו לפנייה כי הניחו שהודאה מפי נחקר שהושגה ללא שמירה קפדנית על "תקנות השופטים האנגליות" (למשל בלי להודיע לחשוד על זכויותיו) דינה להיפסל, ומאחר שחקירה יעילה לא תיתכן מתוך שמירה מלאה על תקנות אלה, אין בררה אלא להפר אותן.<sup>92</sup> ואולם ועדת לנדוי עצמה קבעה כי הנחה זו שגויה, שכן בתי המשפט בישראל, בהשפעת הפסיקה האנגלית, לא נוהגים כך. לדבריה, התקנות מעולם לא היו בכחינת דין מחייב שהפרתן גוררת סנקציה משפטית חד-משמעית; ההלכה באנגליה היא שהודאה שהושגה שלא בהתאם לתקנות עשויה למרות זאת להיות קבילה כראיה

91 מרדכי קרמניצר וקרן שפירא-אטינגר "פוליטיקה ומשפט: מעורב ירושלמי" פלילים ה 195, 214 (1999). לניתוח הגורמים המביאים לידי הסתמכות יתר על מידע מודיעיני ראו שם, בעמ' 214-215.

92 תקנות השופטים הן קובץ תקנות שניסחו שופטי בית המשפט העליון באנגליה בשנת 1912, ועודכן בשנת 1964, במטרה להדריך את אנשי המשטרה כיצד לנהל חקירות חשודים. התקנות נקלטו ברין הישראלי בפסיקת בית המשפט העליון. להרחבה ראו דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 3.5.

במשפט, וגם בית המשפט העליון בישראל פסק באותה הרוח.<sup>93</sup> לא סביר כלל שהשירות, באמצעות יועציו המשפטיים, לא היה מודע לתמונת מצב משפטית זו ופעל מתוך הנחת מציאות משפטית אחרת לגמרי. הסבר-תירוץ זה של אנשי השב"כ היה אפוא בבירור הסבר שווא, והוא מדגים פעם נוספת את הפוטנציאל הבעייתי הגלום בנטייה שהתגלתה לתת אמון גורף בארגון מסוג זה. ולבסוף, הסיבה השלישית שציינה הוועדה להפעלת השיטה של עדויות שקר ולהתמשכותה זמן רב הייתה כי היא "פשוט הצליחה". לדבריה:

במשך שנים זכו חוקרי השירות שהעידו בבתי המשפט לאמון מלא של השופטים. הודות לאמון זה ולהצלחת השיטה של מתן עדות שקר, לא התעורר צורך אצל איש להרהר אחריה או לחפש דרכים אחרות שיבטיחו את הרשעת האשמים.<sup>94</sup>

ואכן, מעיני הוועדה לא נעלמה העובדה שהאמון הבולט שאפיין את הרשויות – ובכלל זה את בתי המשפט – כלפי חוקרי השב"כ היה אחד הגורמים העיקריים שאפשרו את התמשכותה של השיטה. בעניין זה ציינה הוועדה:

אין ספק שבמשך שנים שאבה השיטה עידוד וחיות מהאמון שרחשו בתי המשפט לדברי החוקרים שהופיעו בפניהם כעדים. [...] מתברר שאחוז המקרים בהם נפסלה הודאה משום שבית המשפט לא האמין או התייחס בספק לדברי החוקרים מעל דוכן העדים הוא קטן ביותר. ברוב הגדול של המקרים העדיפו בתי המשפט את עדויותיהם על-פני טענות הנאשמים בדבר שיטות פסולות שהופעלו נגדם.<sup>95</sup>

על רקע דברים אלה קשה שלא לתהות כיצד נעלמה מעיני הוועדה האפשרות שאותו אמון בדיקן שהיא עצמה נוקטת כלפי השירות עלול בסופו של דבר

93 שם. לדיון רחב יותר ראו Kremnitzer, לעיל ה"ש 22 בפרק זה, בעמ' 220-221.

94 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 2.39.

95 שם, פס' 2.36.

להביא לידי תוצאות קשות לא פחות. נראה כי בדיוק אותן הסיבות שהביאו את מקבלי ההחלטות ובתי המשפט לתת אמוץ בגורמי הביטחון – בראש ובראשונה הצורך בעוגן המומחיות והאחריות שהשב"כ סיפק – הן גם אלה שהביאו את הוועדה עצמה לתת אמוץ בלתי מעורער כמעט בשב"כ, חרף סימני האזהרה הרבים שהוצבו לפניה.

גישה זו של מתן אמוץ כמעט עיוור בחוקרים במערכות אכיפת החוק אינה רק נחלת הוועדה. את הגישה הזאת אפשר למצוא בבתי המשפט גם בשנים שלאחר דוח ועדת לנדוי. כך למשל, בעניין טובול בחר השופט ברק בגישה מרחיבה לקבילות ראיות,<sup>96</sup> המבוססת בעיקרה על אמוץ בדברי החוקרים ומעשיהם וכן על יכולתו של בית המשפט להבחין בין עדות אמת לעדות שקר.<sup>97</sup> בפסק הדין התייחס השופט בביטול כמעט לדוח ועדת לנדוי, על אף הממצאים הקשים המתוארים בו, וקבע:

עלינו לבנות את דיני הראיות שלנו על בסיס ההנחה, שהחקירה מתנהלת כדין והשפיטה מפעילה שיקול-דעתה כדין. הנחה זו אינה רק עניין תיאורטי. אני סבור, כי היא משקפת את המציאות. המימצאים שהועלו על-ידי ועדת החקירה הצביעו, לדעתי, על מספר קטן של פירות רקובים בסל מלא פירות בריאים.<sup>98</sup>

הבעייתיות העולה מגישת עצימת העיניים של הוועדה והשופט ברק מתחזקת למקרא דוח מבקרת המדינה משנת 1995, שבחן את מערך החקירות בשב"כ בארבע השנים שחלפו מפרסום דוח ועדת לנדוי. בדומה לוועדת לנדוי – וכאילו לא היה לארגון שום עבר "בעייתי" – גם גישתה הבסיסית של המבקרת כלפי

96 דנ 23/85 מדינת ישראל נ' דוד טובול, מב (4) 309 (1988).

97 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט ברק.

98 שם. נציין כי השופט לויין דווקא הביע דאגה עמוקה מההשלכות של האמוץ המוחלט בגרסת החוקרים ושל הפרשנות המרחיבה של המגבלות החקוקות שהוטלו עליהם: "על יסוד הכרת המציאות חרד אני מפני האפשרות, שההלכה החדשה תגביר את הסכנה של עיוותי דין במקרים אינדיבידואליים מעבר למירווחי הביטחון הראויים" (שם, בעמ' 359-360).

חוקרי השב"כ היא גישה מוטה לטובתו של הגוף המבוקר. נקודת המוצא לבחינה של תהליכי החקירות בשב"כ היא הערכה רבה לעבודתם ולמסירותם של אנשיו:

נבחנה חזור ובחון חריפות המסקנות אל מול ההערכה הרבה למסירותם ולהישגיהם של העוסקים במלאכת השב"כ בכלל ובחקירות בפרט, בעיקר בשנות האינתיפאדה, שנים שבהן האלימות בשטחים גאתה והטרור התעצם; חלק מרכזי ממטלת ההתמודדות עם הטרור היה מוטל אז, ומוטל כיום, על השב"כ.<sup>99</sup>

באותה הרוח מציינת המבקרת כי "מערך החוקרים עמד במבחנים קשים ובסיכונים ניכרים שתפקידו הציב בפניו; עבודתו כרוכה במתח ובלחץ התובעים את מירב תעצומות הנפש. זו עבודת קודש הנעשית ללא לאות, במסירות נפש, בסיכון עצמי, ולעתים בתנאים לא תנאים, הכל בתחושת ייעוד ושלא על מנת לקבל פרס".<sup>100</sup> חרף גישה אוהדת זו, הרוח מסרטט תמונה קשה המעידה על כישלונה של ועדת לנדוי. עולה מהדוח, באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי האמון שנתנה ועדת לנדוי בחוקרי השב"כ הופר ברגל גסה, ובכך למעשה הוכח כי מלכתחילה לא היה לאמון זה מקום, הן בהיבט של אמצעי החקירות שננקטו והן בהיבט של המשך תופעת אמירת השקר. לדבריה, אנשי השב"כ חרגו בקנה מידה גדול מקביעותיהם של ועדת לנדוי ואף מהנהלים שנקבעו בעקבותיה – חריגות שביצעו ביודעין, באופן קשה ושיטתי, חוקרים ותיקים ואף בכירים. את החריגות לא מנעו מנהלים בכירים בשב"כ בכמה דרכים: בהתירם בנוהלי השב"כ אמצעים ודרכי לחץ שאינם מופיעים בקובץ שחיברה ועדת לנדוי; בהסירם סייגים שבהם סייגה ועדת לנדוי את השימוש בהיתרים; ובהימנעותם מביעור הנגע, כמתחייב מתפקידם. זאת ועוד, גם אחרי פרסום דוח ועדת לנדוי לא נעקרה התופעה של אמירת שקר מקרב החוקרים:

היו ביניהם ששיקרו בעת מתן עדות בפני ערכאות שיפוטיות או רשויות חקירה ובדיקה אחרות, והיו ששיקרו בדיווחים לממונים

99 דוח מבקרת המדינה, לעיל ה"ש 27 בפרק זה, בעמ' 5.

100 שם, בעמ' 4.

ולאחרים בתוך השב"כ עצמו. קביעת בכירי השב"כ בפני ועדת לנדוי כאילו בתוך כותלי השב"כ הייתה הקפדה נוקשה ביותר על אמירת אמת, בבחינת "ייהרג ובל יעבור", נבדקה על ידי משרד מבקר המדינה ונמצאת חסרת בסיס במציאות.<sup>101</sup>

האמור לעיל מדגים את האמון המופרז שגופי שלטון נוטים לתת בגופים ובמומחים בתחום הביטחון, בכללם השב"כ, גם כשהמציאות מוכיחה כי אמון זה נטול יסוד ואף מסוכן.<sup>102</sup>

(2) התלות בממצאים הטובדתיים ובהערכות המבצעיות־מקצועיות של השב"כ

ככלל, גורמי הביטחון – צה"ל והשב"כ בראשם – מחזיקים את המפתח למידע הנדרש לצורך קבלת החלטות פוליטיות ומשפטיות בנושאים ביטחוניים. באופן כמעט בלתי נמנע ממשלות, בתי משפט, ועדות ציבוריות ורשויות רלוונטיות אחרות תלויים במידע שבידי גופים אלה ונוטים להסתמך ולסמוך את ידיהם על העובדות ועל ההערכות המקצועיות שגורמי ביטחון אלה מספקים להם. בעקבות זאת הן התפיסה המוטה של האיום הביטחוני והן ההערכה המוטה באשר לאמצעים הנדרשים לסיכולו מחלחלות מגורמי הביטחון ליתר רשויות המדינה ומביאות לידי כך שמשקל היתר שגורמי הביטחון מקנים לאינטרס הביטחוני זוכה להערכת יתר גם בתהליכי קבלת ההחלטות בזירות הפוליטיות והמשפטיות. המשמעות המעשית של משקל יתר זה היא לא פעם אישור לנקוט אמצעים חריפים אל מול האיום הביטחוני מתוך הטלת הגבלות חריפות על חירויות הפרט. אחת הדוגמאות המובהקות להסתמכות המוחלטת על ההערכות המקצועיות של גורמי הביטחון אפילו בקביעת נורמות שהן למעשה נורמות מוסריות־ערכיות היא קביעתה של ועדת לנדוי כי השימוש בכוח פיזי בחקירות הכרחי – ועל כן

101 שם, בעמ' 5-6.

102 מבחינה זו ראוי בית המשפט העליון לשבח על כך שכפסק דין עינויים התייחס לטענות המדינה בספקנות ראויה ודחה את ההסברים שניתנו לשימוש בתנחת השבאח. עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, בפס' 26 לפסק דינו של השופט ברק.

לגיטימי – לצורך הבטחת רמה סבירה של ביטחון לתושבי ישראל. בעניין זה הניחה הוועדה כי "רווחת הדעה בקרב כמעט כל העוסקים בנושא שקיים הכרח בל יגונה, לשימוש באמצעי לחץ פיסי כלשהם בחקירות של נחקרי פח"ע".<sup>103</sup> "העוסקים בנושא" הלוא הם אנשי השב"כ, שהרי כמו שציינה הוועדה: "אחת משיטות החקירה היא הלחץ הפיסי שנחשב בעיני החוקרים כלי חקירה חשוב ביותר. בלי כלי זה לא תיתכן כלל חקירה אפקטיבית, להשקפת היחידה".<sup>104</sup> וכדי להבהיר כי עמדה זו מקובלת גם עליה, סיכמה הוועדה בהמלצותיה:

חקירה יעילה של חשודים בפח"ע לא תתכן בלי שימוש באמצעי לחץ כדי לגבור על רצון עיקש שלא לגלות מידע ועל פחדו של הנחקר שיבולע לו מידי אנשי ארגונו, אם יגלה מידע. חקירה כזאת מותרת על-פי הדין, כפי שפרשנוהו לעיל [...] אמצעי הלחץ צריכים להתרכז בעיקר בלחץ פסיכולוגי לא-אלים של חקירה נמרצת [...] אולם כאשר אלה אינם משיגים את המטרה, אין להמנע מהפעלת מידה מתונה של לחץ פיסי.<sup>105</sup>

הנה כי כן, דוח הוועדה מבוסס על עמדתם של "העוסקים בנושא", הלוא הם אנשי השב"כ – מושא הביקורת של הוועדה – והוועדה מאמצת את עמדתם כפשוטה, למעשה בלי שהיא מקיימת דיון עקרוני-ערכי מעמיק בנושא. קבלת עמדתו של השב"כ בעניין זה כעובדה פשוטה ובלא ערעור או בחינה נוספת בעייתית ביותר, בראש ובראשונה לנוכח הנטייה האינהרנטית האמורה של מומחי הביטחון להערכת יתר של צורכי הביטחון מצד אחד, ולהערכת חסר של המחיר להשגתם מבחינת הפגיעה בזכויות אדם מן הצד האחר.

זאת ועוד, מן הראוי היה שהוועדה תבחן את עמדתו האמורה של השב"כ בחינה ביקורתית גם מסיבות נוספות: ראשית, גם אם קשה לחלוק על הקביעה ששימוש בכוח עשוי ככלל לתרום למאמצי חקירה, ברור גם כי ייתכנו מקרים שבהם הדבר לא יהיה יעיל כלל וכלל. לעתים לא יסכים הנחקר לשתף פעולה

103 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 2.21.

104 שם, פס' 2.37.

105 שם, פס' 4.6-4.7 (ההרגשה שלנו).



גם כשמופעל עליו לחץ בחקירה, ולעתים הלחץ הפיזי או הנפשי עלול דווקא לחזקו בסירובו לשתף פעולה עם חוקריו. במקרים אחרים הפעלת לחץ פיזי על נחקר עלולה להניעו למסור מידע בדוי או שקרי – כל דבר שישביע את רצון חוקריו, אפילו אם אין בידיו כל מידע או קשר לפעילות פלילית או טרוריסטית כלשהי – והכול כדי להפסיק את סבלו. דומה שזה היה המקרה בחקירתו של פעיל אל-קאעידה אָבן א-שיח' א-ליבי בידי ה-CIA בשנת 2002. א-ליבי נחקר אגב שימוש בלחץ פיזי ולבסוף סיפק לחוקרים את "האקרה המעשן" שהם חיפשו: קשרים לכאורה בין אל-קאעידה למשטר העיראקי בכלל ואישוש ההערכה שפעילי אל-קאעידה אומנו וזכו למקלט בעיראק בפרט. דא עקא, אחר כך נחשף כי מידע זה לא היה נכון כלל.<sup>106</sup> בהקשר זה אין לשכוח את הסכנה הגלומה בהודאות שווא. אלו עלולות להביא לידי הרשעת חפים מפשע, אי-הרשעה של אשמים ועיוות דין בכלל. בענייננו, מידע שקרי כאמור שיחולץ מנחקר בלחץ עלול להביא לידי הפללתם של אחרים, שבהמשך ייחקרו בעצמם וגם נגדם יופעל לחץ שעלול להביאם למסור הודאות שקריות, אם באשר למעורבותם הם ואם באשר למעורבותם של אחרים, בכלל זה חפים מפשע. זאת ועוד, ודאי במקרה שעוסקים ב"פצצה מתקתקת", הודאה שקרית עלולה להוביל את כוחות הביטחון למרדפי שווא שיעכבו את עבודתם.

שנית, בעיני הוועדה שימוש בלחץ פיזי נתפס כאמצעי שהוא בבחינת מוצא אחרון, שיינקט רק לאחר שכל יתר אמצעי החקירה מוצו ללא תועלת. ואולם ברגע שהחוקרים רואים בשימוש בלחץ פיזי אמצעי לגיטימי ויעיל, התמריץ שלהם לשקול ולבחון באופן מקיף אמצעי חקירה חלופיים נחלש. האפשרות הקלה והנוחה לפנות לשימוש בלחץ פיזי אינה עולה בקנה אחד עם השאיפה להפעיל ולפתח אמצעי חקירה אחרים, מתוחכמים יותר, שמתבססים על התמודדות אינטלקטואלית בין החוקר לנחקר ועל התושייה, הניסיון והמומחיות של החוקר אל מול נקודות החולשה של הנחקר. התוצאות האפשריות הן מצד אחד פגיעה ברמת החקירות ובאיכותן, ומן הצד האחר פגיעה במאמצי הגיוס של חוקרים איכותיים לשורות הארגון. בהערת אגב ראוי להעיר כי הדיון ברוח ועדת לנדוי ובפסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים צומצם בפועל לשאלת

106 ראו Douglas Jehl, *Qaeda-Iraq Link U.S. Cited Is Tied to Coercion Claim*, THE NEW YORK TIMES, December 9, 2005

אמצעי החקירה המותרים לשימוש, ואולם דומה כי ניתוח מעמיק יותר היה צריך להוביל לבחינה לא רק של אמצעי חקירה, אלא גם של אמצעים אחרים להשגת מידע, שיהיה בהם כדי לאזן את ההגבלות המשפטיות שראוי להטיל על חוקרים. שלישית, אמנם העמדה הרשמית של השב"כ, כפי שתוארה ברוח ועדת לנרדי, הייתה ששימוש בלחץ פיזי הכרחי לחקירות, אבל גורמים רשמיים טענו בהזדמנויות שונות שהשימוש באמצעי חקירה פיזיים צומצם במרוצת השנים, הן בהשפעת המגבלות המשפטיות והן בלי קשר אליהן, וכי אמצעי חקירה מתוחכמים יותר פותחו במקומם.<sup>107</sup> בהנחה שכך אכן פני הדברים, יש בכך כדי לעורר שאלות בנוגע לנחיצותם של אמצעים אלו מלכתחילה: האומנם היו הכרחיים ובלתי נמנעים, או שמא פשוט נוחים יותר? וכן, אם היום אפשר למצוא חלופות לשימוש בכוח בחקירות, לא כך היה הדבר גם אתמול?<sup>108</sup> העובדה ששימוש באמצעי חקירה קיצוניים עשוי להאיץ את תהליך החקירה (אף שלא תמיד לכיוון הנכון, כאמור למעלה), די בה כדי לעורר חשש שמא זו הייתה הסיבה האמיתית שבגינה הוצגו אמצעים אלה מלכתחילה כחיוניים. לכל הפחות, ההתפתחויות המתוארות מרמזות כי מלכתחילה היה מקום להפגין ביקורתיות רבה יותר בנוגע לטענות מסוג זה.

ההסתמכות על עמדת השב"כ באשר לנחיצות השימוש בלחץ פיזי בחקירות חשודים בטרור מדגימה את הבעייתיות שבתלותם של מקבלי ההחלטות בזירה הפוליטית ובזירה המשפטית בהערכות המקצועיות של גורמי הביטחון. נשוב וניגע בנושא זה בהמשך הדברים, בדיון במגבלות של מנגנוני הביקורת

107 כך למשל, בריאיון ציין היועץ המשפטי לשעבר של השב"כ כי לאחר פסיקת בית המשפט העליון ב-1999 פותחה תורת חקירות חדשה ואמצעי חקירה מתוחכמים יותר הוכנסו לשימוש. ראו מלמן, לעיל ה"ש 51 בפרק זה.

108 נציין כי בפורום דיון שעסק בנושא, עורכת הדין נאוה בן אור, בעבר המשנה לפרקליטת המדינה (היום שופטת בית המשפט המחוזי בירושלים), הטילה ספק בטענה ששימוש בעינויים אכן מיעל את חקירות השב"כ. לדבריה: "מנקודת מבט תועלתנית, לפי השקפת עולמי העינויים לא שירתו את התכניות לייעל את חקירות השב"כ. מבחינת האיכויות, ככל שאני מכירה את תוצרי החקירות, העובדה היא שלאחר שבוטלו 'האמצעים הפיזיים' או 'ההיתרים' או 'העינויים', החקירות רק השתפרו, כי לרוב, כשצריך להפעיל את הראש במקום את הידיים, קורים דברים מועילים, וזאת מנקודת מבט תועלתנית גרדא". ראו מרידור ופס, לעיל ה"ש 90 בפרק זה, בעמ' 112.

המשפטיים; ואולם כבר עתה ראוי להדגיש שכאשר מומחי ביטחון טוענים שהשימוש באמצעי ביטחוני כדוגמת לחץ פיזי בחקירה הוא "הרע במיעוטו", אין להניח מראש שהערכה זו מבוססת על תהליך איזון נורמטיבי שבו קיבלו הזכויות הנפגעות משקל הולם; שעמדה זו מבוססת על נכונות להיחשף למידה מסוימת של סיכון; או שהיא כללה בחינה מעמיקה של מכלול היתרונות והחסרונות – לטווח הקצר ולטווח הארוך, ישירות ובעקיפין – שנדרש לשקול בטרם הסקת מסקנה כאמור.<sup>109</sup> יתר על כן, הסתמכות בלעדית על עמדתם של גורמי הביטחון לצורך קבלת החלטות וגיבוש נורמות שהן למעשה נורמות מוסריות-ערכיות – בעייתית. לא מתפקדם של מומחי הביטחון לקבוע אם שימוש בלחץ פיזי בחקירה הוא לגיטימי או ראוי לגינוי. מדובר בקביעה משפטית וערכית שמחייבת איזון נורמטיבי בין מכלול רחב של שיקולים, בכללם כמובן גם השיקול הביטחוני, שעליו אמורים גורמי הביטחון. אבל שיקול זה אינו יכול שיהיה שיקול יחיד או בלעדי. כשרשות שיפוטית או מעין-שיפוטית מקבלת את עמדת מומחי הביטחון ונשענת עליה בלבד, כמו שעשתה ועדת לנדוי, תפקיד עיצוב הנורמות מועבר למעשה לידי מערכת הביטחון. למותר לציין כי הסכנה הטמונה בהטעיה מכוונת ושיטתית של השב"כ את בתי המשפט (וכן בהטעיה לא מכוונת של רשויות אחרות) כבר הומחשה היטב בישראל.<sup>110</sup>

## 2. היחס בין נורמה לפרקטיקה

במצב הדברים הרצוי במדינה דמוקרטית, שלא רק מצהירה על מחויבותה לעקרונות היסוד של שלטון החוק והפרדת הרשויות אלא גם מיישמת אותם בפועל, הרשות המחוקקת היא שצריכה לקבוע את הנורמות המסדירות את

109 בהקשר זה ראו את דבריו של נשיא ארצות הברית ברק אובמה כאשר לצורך בשימוש באמצעי חקירה חריפים:

I know some have argued that brutal methods like water-boarding were necessary to keep us safe. I could not disagree more. As Commander-in-Chief, I see the intelligence, I bear responsibility for keeping this country safe, and I reject the assertion that these are the most effective means of interrogation (The White House, Remarks by the President on National Security [May 21, 2009])

110 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 678-680.

ההיקף של אמצעי החקירה שיתרו לשימוש על ידי גוף מודיעין וביטחון כדוגמת השב"כ ואת טיבם. קביעה זו מן הראוי שתתבסס על איזון בין מגוון אינטרסים וערכים, בכללם גם האינטרס הביטחוני של המדינה וערך ההגנה על זכויות האדם. תפקידה של הרשות השופטת במצב דברים זה הוא לבחון אם טווח האמצעים שנבחרו וטיבם מקיימים את הדרישות החוקתיות הנוגעות, ולענייננו בעיקר את הדרישות הקבועות בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – הלימה עם ערכיה של מדינת ישראל, קיום תכלית ראויה ומידתיות הפגיעה. תפקידה של הרשות המבצעת – שארגון כדוגמת השב"כ הוא למעשה זרוע מזרועותיה – הוא לבצע את המשימות המוטלות עליה בגבולות הנורמות החוקיות והחוקתיות שקבעה הרשות המחוקקת ושעמדו במבחן הביקורת השיפוטית. במילים אחרות, מהות הדמוקרטיה מתגלמת בכך שסוגיות חברתיות-ערכיות מרכזיות מוכרעות על ידי הציבור באמצעות נציגיו ברשות המחוקקת. כך, הנורמות המשפטיות של המדינה נקבעות על ידי המחוקק, בתי המשפט מפרשים אותן, והפרקטיקה אמורה לבוא בעקבותיהן – לינוק את כוחה מהן ולהיות מעוצבת בהשראתן ובמסגרת גבולותיהן.

ואולם סוגיית השימוש בעיניים ובלחץ פיזי ונפשי בחקירות מהגימה את המצב החל גם בהקשרים אחרים שנוגעים לביטחון המדינה, שבו הפרקטיקות של ארגוני הביטחון הן שקובעות בפועל את הנורמות המשפטיות: ראשית מתגבשת הפרקטיקה ורק לאחר מכן מעוצבת הנורמה ומעניקה הסמכה ותוקף חלקי או מלא לפרקטיקה. מצב זה כעייתי במיוחד במדינה שמחויבת לעקרון שלטון החוק ולהגנה על זכויות אדם.

במה דברים אמורים. כפי שתואר, את עיקר ממצאיה של ועדת לנדוי ואת המלצתה להתיר שימוש ב"מידה מתונה של לחץ פיזי" בחקירות ביססה הוועדה על הערכות השב"כ, על עמדותיו ועל נהליו. עוד קבעה הוועדה כי ההנחיות המפורטות שעליהן המליצה בחלקו החסוי של הדוח, המתוות לחוקרי השב"כ את גבולות המותר והאסור בביצוע חקירות, יובאו מדי שנה בשנה לעיון מחדש לפני ועדת שרים מצומצמת – בשונה מגוף חקיקתי – שתוכל לעדכן בהתאם לנסיבות המשתנות.<sup>11</sup> הממשלה אישרה את המלצות ועדת לנדוי.

111 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 4.8.

במשך שנים נמנע בית המשפט העליון מפסיקה עקרונית בנוגע לאמצעי החקירה שהומלצו ברוח הוועדה, ואלו אומצו ולאחר מכן שבו ועודכנו מעת לעת. השילוב בין הימנעות זו של בית המשפט ובין ההנחיות שאושרו ועודכנו שוב ושוב היה למעשה השלב הראשון ביצירת נורמה תלוית-פרקטיקה במקומה של פרקטיקה תלוית-נורמה. ראשית, עצם ההתייחסות של ועדת לנדוי לפרקטיקה של שימוש בלחץ פיזי ככורח כל יגונה העניק לראשונה הכרה ממוסדת באפשרות להחיל את הגנת הצורך בנסיבות האמורות; ברגע שוועדת השרים והממשלה אימצו פרקטיקה זו, היא נתפסה כחוקית וסבירה חרף קיצוניותה וחרגינותה; הרשות השופטת, מצדה, נמנעה כאמור מלנקוט עמדה בעניין זה, ומשמעותה המעשית של אי-נקיטת עמדה היא השלמה עם קיום הפרקטיקה.

לכאורה היה אפשר לסבור כי מהלך זה ייבלם עם מתן פסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים, שכן אחת מקביעותיו העיקריות והחשובות ביותר הייתה שסמכויות של רשות מינהלית, ובכלל זה סמכותו של השב"כ לחקור ולנקוט אמצעי חקירה כאלה ואחרים, מוגבלות לסמכויות הקבועות במפורש בחוק. וכפי שנאמר: "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".<sup>112</sup>

מכאן, לשיטת בית המשפט, שהשב"כ, כחלק מן הרשות המבצעת, אינו יכול להסמיך את עצמו לבצע חקירות כאמור, אפילו בהתחשב בסמכות השיורית של הממשלה "לעשות, בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".<sup>113</sup> ואכן: "הסמכות ה'שיורית' של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מנהלי' [...] 'חלל מנהלי' כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולא' בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת".<sup>114</sup> יתר על כן, גם ההנחיות שנקבעו ברוח ועדת לנדוי לא ביססו, לשיטת בית המשפט, הסמכה כאמור, אף שוועדת

112 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, פס' 18.

113 חוק-יסוד: הממשלה, ס' 32.

114 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, פס' 19.

השרים אישרה אותן, שכן גם הן לא נקבעו מכוח חקיקה ראשית. ולבסוף, בית המשפט הוסיף וקבע כי גם אם סייג הצורך עשוי לעמוד להגנת חוקר שהפעיל אמצעי חקירה פיזיים לשם הצלת חיי אדם ולפטור אותו מנשיאה באחריות פלילית, אין הוא יכול להיות מקור סמכות הולם שמאפשר לחוקרי השב"כ לנקוט אמצעים פיזיים בחקירה או לקבוע מראש בנוהל או בהנחיות את השימוש באמצעים כאמור.<sup>115</sup> לכאורה אפוא פסק הדין סימן את ניצחון הנורמה החקוקה על הפרקטיקה, אבל המציאות הייתה מעט שונה.<sup>116</sup>

בפועל, קביעתו של בית המשפט בשולי פסק הדין כי "היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של 'צורך'",<sup>117</sup> רוקנה מתוכן, במידה מסוימת, ניצחון לכאורי זה. אף שבית המשפט התכוון ככל הנראה לאסור על שימוש בלחץ פיזי בחקירות כנורמה ממוסדת ושגרתית, בפועל הוא סגר דלת אחת אבל פתח אחרת – צוהר להפיכתו של השימוש בלחץ פיזי לפרקטיקה ממוסדת דה-פקטו.<sup>118</sup>

כאמור, פסק הדין לא רק שהעניק ליועץ המשפטי לממשלה שיקול דעת רחב אם להעמיד לדין חוקר שב"כ שנחשד בשימוש באמצעי חקירה שבית המשפט אסר, אלא גם נתן בידיו לגיטימציה ליועץ לעצמו מראש מה יהיו הקריטריונים

115 שם, פס' 36-37.

116 נציין שאין זה מובן מאליו שברמת הדין הראוי, ובשל מטרותיהן השונות של שתי החקירות, צריך שחקירת סיכול תתנהל כמו חקירה משטרתית, למשל לעניין האזהרה.

117 עניין הוועד הציבורי נגד עיניים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, פס' 38.

118 נזכיר כי לאחר שבעניין הוועד הציבורי נגד עיניים (שם) דחה בית המשפט את המלצות דוח ועדת לנדוי באשר להיתר להשתמש בלחץ פיזי מתוך בהיעדר הסמכה חוקית לכך, העלו גורמים שונים את האפשרות לשלב הוראת חוק מסמיכה כאמור בחוק השב"כ, שבאותה עת היה בשלבי ניסוח סופיים. ואכן, בנוסח המקורי של הצעת החוק הוצע לקבוע כי אם מתברר לחוקר שנחקר אוצר בקרבו מידע שיש בו כדי להציל חיי אדם, מותר לו להפעיל עליו מידה של לחץ. עם זאת הנוסח הסופי של הצעת החוק לא כלל הוראה כאמור בשל הסתייגויות של חברי כנסת ומבקרים מהציבור שחששו כי סעיף חוק שיתיר במפורש שימוש בלחץ פיזי כאמצעי חקירה יעורר ביקורת ציבורית בינלאומית רחבה. ראו סמדר שמואלי "חוק השב"כ אושר בכנסת" ynet 11.2.2002. עוד ראו את דבריו של עו"ד אריה רוטר, לשעבר היועץ המשפטי של השב"כ, אצל נוס ועזריאל, לעיל ה"ש 51 בפרק זה, בעמ' 31.

להחלטה זו. ואכן, כמו שתואר בראשית הדברים, כחודש בלבד לאחר פרסום פסק הדין אימץ היועץ המשפטי לממשלה את "המלצת" בית המשפט העליון וקבע לעצמו "מסגרת לשיקול דעת" בנושא חקירות השב"כ והגנת הצורך. במסמך זה הדגיש היועץ המשפטי לממשלה, ברוח פסק הדין, כי עניינה של הנחיה זו ב"נסיונות של בדיעבד", שהרי "אין בידי היועץ המשפטי לממשלה להנחות מראש את עצמו ואת החוקרים לחרוג מסמכותם ולנקוט אמצעים פיזיים במהלך חקירה". ואולם מנגד, במסמך הובהר כי בידי היועץ להנחות את עצמו מראש באשר "לסוג המעשים ואופיים שאותם עשוי הוא לראות בדיעבד כנופלים בגדר הגנת הצורך".<sup>119</sup> נותר אך לתהות מה משמעותה המעשית של הבחנה זו? האומנם יש הכדל אמיתי מבחינת החוקרים בין שתי נקודות מוצא אלו, או שמא מדובר בהתפלגות משפטית גרדא? האם מעשים שברור שלא יהיו מושא להליך משפטי לא הופכים למותרים למעשה?

במסמך פירט היועץ המשפטי לממשלה את קשת השיקולים שיש להביא בחשבון בקבלת החלטה בדבר תחולת הגנת הצורך על מקרה מסוים. לכאורה, ההנחיות מתייחסות רק לשיקולים שלפיהם ישקול היועץ המשפטי, כאמור בדיעבד, שלא לנקוט הליכים פליליים נגד חוקר שב"כ שבמקרה נתון נקט אמצעי חקירה אסור. בכלל שיקולים אלה נמנים שיקולים מתבקשים וברורים לכאורה מאליהם, כדוגמת מידתיות הצורך ומידיותו, חומרת הסכנה שנמנעה, מידתיות האמצעי שננקט והחלופות למעשה. ואולם בצד שיקולים אלה, היועץ הוסיף וציין כי יישקלו גם "הדרגים שאישרו את המעשה, מעורבותם בהחלטה ושיקול דעתם בעת הביצוע".<sup>120</sup> היועץ המשפטי המליץ אפוא כי דרגים גבוהים יהיו מעורבים בהחלטה. כלומר, היועץ עודד את החוקר להתייעץ עם גורמים בכירים בארגון, ובכך למעשה להעביר חלק מן האחריות למעשיו גם לבעלי תפקידים בכירים שאינם נמצאים באותה עת בחדר החקירות; אלה שלנוכח מומחיותם וניסיונם המקצועי בארגון יהיה קשה הרבה יותר להפריך או לסתור את עדותם, ושכפועל הם גם במידה רבה מחוץ להישג ידה של התביעה הפלילית.<sup>121</sup>

119 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 50 בפרק זה, פס' ב(2).

120 שם, פס' ז(1).

121 Itamar Mann & Omer Shatz, *The Necessity Procedure: Laws of Torture in Israel and Beyond, 1987–2009*, 6 UNBOUND: HARVARD JOURNAL OF THE LEGAL LEFT 59, 72 (2010)

ואכן, מהתייחסויות השב"כ לפרסומים בתקשורת בנושא עלה כי אישור השימוש באמצעים מיוחדים בחקירה יכול לתת רק ראש הארגון עצמו.<sup>122</sup> הוספת השיקול של דרגי ההיוועצות למערך השיקולים הרלוונטיים לתחולת הגנת הצורך מאפשרת לחוקר לדעת – מראש – ובמידת ודאות גבוהה יחסית, מתי תעמוד לו ההגנה, בניגוד לאופן שבו יועד והתווה השימוש בהגנה בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עיניים. נציין כי היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי הגנת הצורך לא תעמוד כשמדובר בעיניים, כהגדרתם בסעיף 1 לאמנת העיניים.<sup>123</sup> מסמך המסגרת מבחין בין חקירה שעולה לכדי עיניים ובין אמצעי חקירה אחרים, ורק בנוגע ליחס אכזרי – להבדיל מעיניים של ממש – אפשר להעלות את טענת הצורך. עם זאת, במסמך לא הוגדר מהם עיניים, דבר שכמעט מרוקן מתוכן הבחנה זו.

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה תרמו למיסוד השימוש באמצעים פיזיים בחקירות גם בהיבט נוסף. היועץ לא הסתפק בגיבוש הנחיה פנימית ועצמית בהתאם ל"היתר" המפורש שקיבל לכך מבית המשפט העליון, אלא הוסיף וקבע כי "ראוי שיהיו בשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר באשר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לענין".<sup>124</sup> הווי אומר, בניגוד לקביעתו של בית המשפט העליון כי אסור שיהיה בשב"כ נוהל קבוע מראש באשר לאמצעי החקירה הפיזיים שמתור לחוקר לנקוט במקרה של "צורך", היועץ המשפטי לממשלה מצא לנכון להמליץ לשב"כ לגבש מראש מערכת הנחיות פנימיות שתתווה את כללי ההתנהגות הנדרשים בנסיבות הרלוונטיות. זאת ועוד, בניגוד לקביעת בית המשפט כי הגנת הצורך עשויה להיות רלוונטית אך ורק במקרי אלתור עצמי של החוקר לנוכח התרחשות בלתי צפויה, המליץ היועץ המשפטי לממשלה לשב"כ להתוות, כאמור מראש, מערך בירוקרטי של היוועצות ומתן הרשאות לצורך

122 הבהרה שפורסמה בעיתון הארץ ביום 10.11.2006, בתגובה לכתבתו של ניר חסון "תלונות: חוקרי שב"כ תולשים זקנים לנחקרים ומבצעים בהם מעשי סדום" הארץ 8.11.2006.

123 בכך העניק היועץ המשפטי פרשנות לדין הישראלי שעולה בקנה אחד עם התחייבותה של ישראל לפי סעיף 2(2) לאמנה. סעיף זה אינו מתיר חריג כלשהו לאיסור נגד עיניים.

124 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 50 בפרק זה, פס' ז(2)(ב)(4).



הסדרת השימוש בפרקטיקות הרלוונטיות. אמנם בסיום הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה מודגש כי הגנת הצורך אינה יכולה להיכלל בשגרת עבודת החקירות של השב"כ, אלא היא שמורה למקרים חריגים מאוד;<sup>125</sup> אבל המבנה שהוקם בפועל לפי הנחיותיו – שבו מדובר בשילוב בין תנאים כלליים ועמומים ובין פעולה במסגרת הנחיות פנימיות המקבלות את אישור הדרגים הבכירים ביותר – אינו מבטיח שימוש שהוא בהכרח נדיר, ובעיקר אינו מבטיח מצב דברים שבו חוקר מקבל על עצמו, בשעת מעשה, סיכון אמיתי לשאת באחריות פלילית. סיכון זה הוא שאמור היה להבטיח כי השימוש באמצעים חריגים יהיה נדיר ובמקרים מובהקים וחד-משמעיים עד שהחוקר יהיה מוכן להסתכן אישית כדי למנוע רעה מוחשית גדולה.<sup>126</sup>

כצפוי, עד מהרה אימץ השב"כ את המלצת היועץ המשפטי לממשלה וקבע לעצמו הנחיות פנימיות שזכו לכינוי "נוהל חקירת צורך".<sup>127</sup> הנחיות אלה לא פורסמו מעולם בציבור, אך דבר קיומן אינו מוכחש, ומשרד ראש הממשלה אישר אותן. כך, בתשובה לפנייתם של הוועד הציבורי נגד עינויים ואחרים נטען כי על בסיס קביעתו של היועץ המשפטי לממשלה "הוכנו בשב"כ הנחיות פנימיות

125 שם, פס' ז(2)(ב)(5).

126 מעניין שהיועץ המשפטי לממשלה בחר להבהיר בהנחיותיו – לעצמו לכאורה – כי לנוכח המאבק הבלתי פוסק שישראל נתונה בו על עצם קיומה וביטחונה, ומכיוון שהרשות העיקרית הנושאת במשימת המלחמה בפעילות החבלנית העוינת היא השב"כ, חוקרי הארגון זכאים ל"מידה ראויה של ודאות משפטית" ול"הגנה ראויה בעשותם מלאכתם" (שם, סעיף ד' להנחיות). לא ברור מדוע סבר היועץ כי בעניין זה יש לקיים דין שונה בין חוקרי השב"כ לחוקרי המשטרה, שגם הם מופקדים על מלחמה בפשע ובפשע מאורגן, אך אינם נהנים מפירוט מראש של נסיבות שבהן תוכר לגביהם תחולת הגנת הצורך. ראו הוועד הציבורי נגד עינויים, מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 20.

127 התייחסות מפורשת של בתי המשפט לקיומו של נוהל זה אפשר למצוא בשני פסקי הדין בעניין: תפ"ח 775/04 מדינת ישראל נ' אלעזיז (לא פורסם, 29.10.2005); ותפ"ח 1147/02 מדינת ישראל נ' אלסייד (לא פורסם, 22.9.2005). שני פסקי הדין מתוארים בבקשת הביזיון, לעיל ה"ש 66 בפרק זה, פס' 27. אף שהוצגו ראיות חזקות על התקיימו של נוהל כזה, קבע בית המשפט כי קיומו לא הוכח וכי מכל מקום הליכי ביזיון בית המשפט אינם מסגרת מתאימה לכירור הטענות הרלוונטיות.

הקובעות כיצד יבוצעו ההתייעצויות עם דרגים בכירים בשב"כ כאשר נסיבותיה של חקירה ספציפית מקיימת את דרישות סייג הצורך".<sup>128</sup> נציין שכאשר ביקש בא כוח הוועד הציבורי נגד עינויים, עו"ד אביגדור פלדמן, לקבל עותק מן ההנחיות, נמסר לו כי אין הדבר אפשרי, שכן מדובר בהנחיות פנימיות, שמפרטות, בין היתר, "את בעלי התפקידים הלוקחים חלק בהליך ההיוועצות, את האופן בו תתועד ההיוועצות וכיוצ"ב – דברים שבמהותם הינם בגדר הנחיות פנימיות".<sup>129</sup> מכל מקום, אף בלי לחזות בנוסחן המפורט של ההנחיות אפשר להניח כי הן מגדירות בין היתר את מערך ההתייעצויות שחוקרי השב"כ נדרשים לקיים – בזמן אמת – כדי להבטיח שיוזכו לחסות תחת הגנת הצורך – בדיעבד. דומה כי המסקנה העולה מכך אחת היא: החוקרים יודעים, כבר בזמן החקירה, כי הם מוגנים (או ליתר דיוק: יהיו מוגנים) מפני דין פלילי בגין נקיטת אמצעי חקירה שבית המשפט העליון אסר. מסקנה זו אוששה במזכר פנימי של השב"כ שנמסר לעיונה של הסנגוריה בבירור של תלונת נחקר שטען כי הופעלו עליו עינויים פיזיים ונפשיים. באותו מזכר צוין כי החקירה בוצעה "תחת הגנת הצורך והופעלו לסירוגין אמצעים בחקירה".<sup>130</sup> משמע, בעת החקירה כבר ידע החוקר כי האמצעים הננקטים יחסו תחת הגנת הצורך – ידיעה שניתן להניח כי נסמכה על האישור בזמן אמת שנתן לפעולה הגורם הבכיר ביותר בשב"כ.

סיכומם של הדברים: אף שפסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים הכריז בקול גדול כי לממשלה ולשב"כ אין סמכות לקבוע מראש קווים מנחים בעניין השימוש באמצעים פיזיים בחקירת חשודים, התגובה הממסדית לפסק הדין – הן מצד היועץ המשפטי לממשלה והן מצד השב"כ – הביאה לידי ייסודו של מערך בירוקרטי של הרשאות, הנחיות ונהלים שמסדירים בפועל את קיומן של הפרקטיקות. במקום החלטה אוטונומית עצמאית, בזמן אמת, של החוקר, תלויה אירוע ונקודתית, נוצר מנגנון אישור ופיקוח של הממונים עליו, נוהל שמאפשר לחוקר לדעת מראש איזו הפרה של החוק לא תביא לידי סנקציה פלילית

- 128 מכתבו של ראש הממשלה לוועד הציבורי נגד עינויים מיום 17.10.2007, מצוטט בבקשת הביזיון, לעיל ה"ש 66 בפרק זה, פס' 74.
- 129 מכתבו של ראש הממשלה לוועד הציבורי נגד עינויים מיום 4.5.2008, מצוטט בבקשת הביזיון, שם, פס' 82-84.
- 130 שם, פס' 27. ראו גם Mann & Shatz, לעיל ה"ש 121 בפרק זה, בעמ' 75-76.

נגדו, ולמעשה מהווה היתר לנקוט אמצעי חקירה פיזיים חריגים. התוצאה היא בירוקרטיזציה של שימוש בכוח פיזי בחקירות שאינה מבוססת על חוק, אלא על נהלים והנחיות מינהליות, בניגוד גמור לרציונל של פסק הדין. השב"כ הוא שקובע אפוא את הסטנדרט הנורמטיבי המגדיר את סמכויותיו: היות שהייעוץ המשפטי לממשלה ובתי המשפט ימעטו ככלל להתערב בהערכותיו, קביעותיו הן שמעצבות, הלכה למעשה, את הדין החל. כך, אף שסייג הצורך יכול להעניק לכאורה הגנה רק בדיעבד, בעזרת ההנחיות והנהלים המסתמכים עליו החוקרים מקבלים למעשה חסינות גורפת מפני אכיפתו של הדין הפלילי עליהם.<sup>131</sup> במצב דברים כזה לא ברור ששירות הביטחון הכללי כפוף באמת לחוק. סביר יותר לתאר את מצב הדברים ככפופות החוק לשירות הביטחון הכללי.

בנסיבות אלו קשה שלא לתהות מה נותר מן המסקנה שחתמה את פסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים:

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

131 שם, בעמ' 97. לטענתם, מעבר דומה מ"לגיטימציה" ל"אי-תביעה" אפשר לזהות בארצות הברית במאבקה בטרור העולמי. כך, בניגוד לממשל בוש שניסה לתת לגיטימציה לשימוש בלחץ פיזי בגישה דומה לגישה של ועדת לנדוי, ממשל אובמה עבר לאסטרטגיה של "אי-תביעה", בדמיון מסוים ל"אסטרטגיה" המתקיימת בפועל בישראל. שם, בעמ' 103-105. על הניסיון האמריקאי בלחימה בטרור ושימוש בלחץ פיזי בחקירות ראו The U.N. Commission on Human Rights, *Economic, Social and Cultural Rights, Civil and Political Rights: Situation of Detainees at Guantanamo Bay* (Feb. 15, 2006); John Barry, Michael Isikoff, & Michael Hirsh, *The Roots of Torture*, NEWSWEEK MAGAZINE, May 23, 2004. לביקורת על מעבר הכוח בארצות הברית מהרשות המחוקקת לרשות המבצעת ב־Patriot Act ראו David Cole & James X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security* (2002); William R. Levi, *Interrogation's Law*, 118 YALE L. J. 148 ואילך; (2009) 1434

חבלנית עוינת, הפוגעים בחירותם של אלה, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה.<sup>132</sup>

האם הנחיותיו העצמיות של היועץ המשפטי לממשלה בשילוב הנוהל הפנימי שגובש בשב"כ אינן בגדר "הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה"? האם לנוכח הנחיות אלה אפשר לומר, כלשונו של הנשיא ברק בעניין הוועד הציבורי נגד עיניים, כי סייג הצורך הוא אכן סייג ה"עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון [...] פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע [...] תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה"<sup>133</sup> – ספק רב בעינינו.

למרבה הצער, נראה כי דווקא הערותיו של בית המשפט בשולי פסק הדין, באשר לזמינותה האפשרית של הגנת הצורך לחוקרי השב"כ בדיעבד ולאחר מעשה ובאשר להסמכתו של היועץ המשפטי לממשלה לקבוע הנחיות בעניין – הערות שהיו משניות לכאורה בחשיבותן אל מול הקביעות העקרוניות של בית המשפט באשר לאיסור על שימוש באמצעי חקירה פיזיים – דווקא הן סללו את הדרך והעניקו לגיטימציה למיסוד השימוש באמצעים אלה. דומה כי ההערות בשוליים הן שבלעו את ההכרעה המהותית והפכו את הקערה על פיה: הגנה בדיעבד לבשה אופי של הסמכה מראש. התפיסה העקרונית של פסק הדין, שביקשה להימנע ממיסוד ומבירוקרטיזציה של שימוש בכוח בחקירות, נותרה בגדר מחלצות שמכסות על מציאות הפוכה.<sup>134</sup>

השתלשלות הדברים מדגימה לטעמנו כיצד בענייני ביטחון לפרקטיקה שהרשות המבצעת נוקטת יש כוח לעצב במידה רבה את הנורמה המשפטית. יש בכך הפרה של עקרון שלטון החוק הן מבחינה פורמלית והן מבחינה מהותית: מבחינה פורמלית – משום שהאיזון המורכב בין ביטחון לחירות צריך להיעשות על ידי העם באמצעות נציגיו ברשות המחוקקת; ומבחינה מהותית – משום

132 עניין הוועד הציבורי נגד עיניים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, פס' 38.

133 שם, פס' 36.

134 אפשר שהצורך בהערות אלה נבע מהרצון להגיע להכרעה שיפוטית פה אחד בנושא רגיש מעין זה.

משקל היתר המוענק לשיקולי הביטחון על חשבון הזכויות הנפגעות, שהוא תוצאה ישירה של עיצוב הנורמה על ידי הפרקטיקה.

### 3. המדרון החלקלק

התפתחות העיסוק המשפטי בנושא השימוש בלחץ פיזי בחקירות השב"כ מדגימה גם את סכנת המדרון החלקלק – החשש כי מתן היתר חריג לדבר שלכאורה נראה נסבל עלול להוביל להיתר נוסף, וממנו להיתר אחר, עד שהחריג נעשה לכלל, והתוצאה המתקבלת חורגת במובהק מגדר הנסבל או הסביר.<sup>135</sup> בכל הנוגע לשימוש בלחץ פיזי בחקירות, לתופעת המדרון החלקלק שלושה ביטויים עיקריים: אמצעי החקירה; הנסיבות המצדיקות את נקיטתם של אמצעים אלו; ומושא אמצעי החקירה או ההיקף והסוג של אוכלוסייה שנגדה הם מופעלים.<sup>136</sup> החשש מהיווצרותו של מדרון חלקלק בכל הנוגע לשימוש בלחץ פיזי בחקירות נובע בראש ובראשונה מהתפיסה שההכרה בנסיבות מסוימות שעשויות להצדיק הפעלת סוגים מסוימים של לחץ פיזי בחקירות עלולה להביא לידי טשטוש ההבחנה המוסרית היסודית בין טוב לרע, שיכולה להיות חדה וברורה רק במקום שבו יש איסור מוחלט על שימוש באמצעים כאלה, בכל הנסיבות. כשאין איסור מוחלט על פגיעה בגופו ובכבודו של אדם – כל אדם – ובכל הנסיבות, קשה עד בלתי אפשרי לקבוע קו גבול משכנע ויעיל בין המותר לאסור. היחסיות של קו גבול זה מודגמת גם בקביעתה של ועדת לנדוי שקובץ הנחיותיה

135 ראו למשל אליקים רובינשטיין "על סכנת 'המדרון החלקלק': 'מי לה' אלי... והרגו איש את אחיו", אתר דעת, מכללת הרצוג (תשס"ב).

136 ייתכן שראוי לדבר על מדרון חלקלק גם במישור ההתפתחות המינהלית-בירוקרטית, קרי, המעבר מה"היתר" שהעניק בית המשפט העליון בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים (לעיל ה"ש 2 בפרק זה) ליועץ המשפטי לממשלה "להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של 'צורך'" (ההרגשות שלנו; פס' 38); להנחיות היועץ המשפטי – בפועל: לא רק לעצמו, וכפי הנראה לא רק בדיעבד – והמלצתו שהשב"כ יקבע הנחיות פנימיות בנושא; ועד הנחיות השב"כ שאינן גלויות, אך דומה שאפשר לראות בהן כאלה שמכירות במציאות שבה "חקירות צורך" הן חלק משגרת הפעילות של הארגון וחלק משגרת ההתמודדות הישראלית עם איומי הטרור. היות שדנו במכלול התפתחויות זה בסעיף הקודם, לא ראינו צורך להרחיב בנושא זה פעם נוספת.

יובא מדי שנה בשנה לעיונה של ועדת שרים מצומצמת ש"תוכל לעשות בו שינויים שייראו לה דרושים, על-פי הנסיבות המשתנות מדי פעם".<sup>137</sup> לנוכח קביעה זו אין להתפלא כי מנקודת מבטו של חוקר פלוני קו הגבול שקבעה ועדת לנדוי (או שעדכנה לאחר מכן ועדת השרים) עשוי – בנסיבות הביטחוניות כמו שהארגון (או הוא עצמו) תופס אותן – להיראות שרירותי ובלתי מוצדק, בגדר מס שפתיים למערכת המשפט ולקהילה הבינלאומית, שעשויה לקום הצדקה לסטות ממנו.

זאת ועוד, קביעת רף של שימוש בלחץ מתון כלגיטימי בעייתית לנוכח טיבה ואופייה הדינמי של חקירה. כך, כאשר נקיטה של לחץ פיזי מתון כלפי נחקר לא תניב את הפירות הרצויים בעיני החוקר, הדבר עלול לתמרצו להחריף עוד יותר את אמצעי החקירה כדי להצליח לחלץ מהנחקר את המידע המבוקש, וגם כדי להצדיק את פעולותיו הראשונות.<sup>138</sup> בהקשר זה מוכרת הנטייה של חוקרים "להגדיל את ההימור"; כלומר, הנטייה של המוטיבציה של חוקרים שכבר השקיעו מאמץ בחקירתו של פלוני, ובמיוחד אלה ש"השקיעו" בחקירה סיכון הנובע משימוש באמצעים בלתי חוקיים, לגדול לשם השגת מידע שנראה להם חיוני (ואף הרשעה בעברה המיוחסת לחשוד). משום כך הם ישקיעו בחקירה מאמצים נוספים וייקחו סיכונים הולכים וגדלים באמצעות הפרות חוק הולכות ומחמירות. נטייה זו נובעת במידה מסוימת מכך שהשגת מידע ואף הרשעתו של הנחקר תצדיק בדיעבד את השימוש המוקדם באמצעים פסולים; ובמידה מסוימת גם מכך ש"ככל שהפשע המיוחס לחשוד חמור ונתעב יותר, לחץ זה [להשיג הודאה מפיו] גדול יותר. ככל שביטחונם של החוקרים באשמתו של החשוד גדול יותר, כן תגדל נטייתם להפעיל עליו לחצים ולהגביר את עצמתם".<sup>139</sup>

אפשר גם להניח כי נחקרים שמופעל עליהם לחץ פיזי ינסו להתנגד לכך, אם באופן פיזי ואם באופן מילולי, ותגובה כזאת עלולה גם היא להביא לידי הסלמה נוספת באמצעים שיינקטו כלפיהם. מצבים מעין אלה עלולים להיות כר פורה

137 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 4.8.

138 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 725, Kremnitzer; לעיל ה"ש 22 בפרק זה, בעמ' 254.

139 מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה: האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205, 206 (1993).

לניסיונות של חוקרים להסתיר בדיעבד את שהתרחש בחדר החקירות.<sup>140</sup> ולבסוף, מתן לגיטימציה לשימוש בלחץ פיזי מתון בנסיבות מסוימות מעורר את השאלה אם יש נסיבות שמצדיקות את השימוש בלחץ פיזי שאינו מתון. היכולת לקבוע גבול חדר-משמעי לשימוש בלחץ פיזי היא אפוא מוגבלת מאוד. יפים לעניין זה דבריו של דן מרידור, מי שהיה בין היתר סגן ראש הממשלה והשר המופקד על שירותי המודיעין:

הכול התחיל בכוונה טובה ובהחלה צרת-היקף המוגבלת רק למקרים בודדים, שאפשר מבחינה פילוסופית ומוסרית ואולי גם משפטית, להצדיק אותם. אבל משניתנה רשות למשחית שאינו מבחין בין מקרים אלו לבין מקרים שאינם כאלו, התפתחה הרשות לממדים נוראיים. מדוע? לא כי האנשים רעים, אלא כי הצורך עצום, כי הלחץ למנוע פיגועים עצום, ולכן יכולת הבקרה של המערכת גם ביחס לאנשים טובים מוגבלת מאוד.<sup>141</sup>

יוצא שגם במקום שבו האמצעים שנקטו בתחילה לא היו כה חמורים – אך לא חוקיים – משהחלה הפרת החוק נוצר לחץ להצדיקה. כך עלול להתווסף חטא על פשע, ואחריו חטאים נוספים, עד שההודאה מושגת באמצעות עינויים של ממש. תופעות אלו מלמדות אפוא על הסכנה הטמונה בהתרת אמצעי לחץ מתון ובהימנעות ממסר שלילי חריף וחדר-משמעי כלפיו, לנוכח היסוד החזק לסברה שלחץ מתון יהיה משום פתיח ללחץ חריף ממנו.<sup>142</sup>

דוגמה מוחשית למדרון החלקלק אפשר לראות בפירוש השגוי שנתנו חוקרים להנחיותיה של ועדת לנדוי, המנוגד לחלוטין ללשונו ורוחן כפי שתואר

140 אפשר שתרחישים מעין אלה אירעו בחקירתו של ח'אלד שיח' עלי בעזה בשנת 1989, שהביאה בסופו של דבר למותו ובעקבות זאת להרשעתם של שני חוקרי השב"כ שהיו מעורבים בחקירתו, במסגרת הסדר טיעון, בעברה של גרימת מוות ברשלנות. ראו ע"פ 532/91, לעיל ה"ש 23 בפרק זה.

141 מרידור ופס, לעיל ה"ש 90 בפרק זה, בעמ' 114.

142 קרמניצר ושפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 91 בפרק זה, בעמ' 206-210. כן ראו מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" משפט וממשל ב 159, 161 (תשנ"ד).

לעיל. מה שנומק תחילה על ידי הוועדה בצורך למנוע "פצצה מתקתקת", הפך להצדקה לשימוש בכוח בכל חקירה לשם איסוף מידע על פעולות של ארגוני מחבלים, ללא שום תנאי של מידתיות, כשאמצעים אחרים לא הועילו.<sup>143</sup> לכאורה סטייה חמורה, בלתי מובנת ומפתיעה. למעשה ניתן היה לצפות מראש שכך יתגלגלו הדברים. גם ההתגלגלות של סייג הצורך שתוארה לעיל – מפטור בדיעבד לשימוש בכוח בחקירה לקביעת הנחיות פנימיות של אישורים מראש, ממחישה את המדרון החלקלק שעל ספו ניצב כל מי שפותח פתח לשימוש בכוח בחקירות. אף שהוועדה לא המליצה על שימוש בעיניים ממש (ולדבריה אף לא על יחס אכזרי או לא אנושי), די בכך שהיא לא שללה את הלגיטימיות של שימוש בעיניים ממש במקרה של פצצה מתקתקת.<sup>144</sup>

בסיס נוסף לחשש הוא שמתן היתר לשימוש בלחץ פיזי בחקירות עלול לפגוע ביעילותם של מנגנוני הפיקוח והבקרה המיועדים לשמור על שימוש זה בגבולות המותר. כך למשל, רופא שבוחר את מצבו הרפואי של נחקר חבול יתקשה לקבוע אם הממצאים הרפואיים המתגלים נגרמו בעקבות שימוש באמצעי מותר או אסור.<sup>145</sup>

#### (1) מסטירת לחי לעיניים למוות

פרשת קו 300 הייתה ככל הנראה הדוגמה המתועדת הראשונה למדרון החלקלק בכל הנוגע לאמצעים שנקטו אנשי השב"כ – מלחץ פיזי מותר ("ברשות ובסמכות", כאמור בבקשת החנינה לאנשי השב"כ המעורבים בפרשה) לעיניים שהביאו לבסוף לידי רצח, ככל הנראה כדי להסתיר את דבר העינויים עצמם. כך גם בכל הנוגע לאמצעי ה"כיסוי" – מ"שקר קטן" בדבר מותם של המחבלים בזמן פעולת ההשתלטות על האוטובוס, דרך הטלה בעקיפין של אשמת שווא בעניין

143 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 689; מרידור ופס לעיל ה"ש 90 בפרק זה, בעמ' 114-115.

144 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 3.15.

145 על מעורבות לכאורה של אנשי רפואה בעינויים ובהתעללות ראו הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ורופאים לזכויות אדם, ישראל, להקדים תרופה למכה: מעורבות אנשי רפואה בעינויים והתעללות (דוח תקופתי, אוקטובר 2011).



הריגת המחבלים על קצין בכיר בצה"ל ועד שיבוש פעולתה של ועדת החקירה שמונתה לבחינת הנושא אגב מסירת עדויות שקר מתוכננות ומתוזמנות ושימוש באיש השב"כ שהיה חבר הוועדה כסוס טרויאני.<sup>146</sup>

המדרון החלקלק נמשך בדוח ועדת לנדוי עצמו. מצד אחד הוועדה עצמה הדגישה במסקנותיה כי אמצעי הלחץ צריכים להתרכז בעיקר בלחץ פסיכולוגי לא אלים, בתחבולות ובמעשי הטעיה, ורק כשאלה אינם משיגים את המטרה, אפשר להפעיל מידה מתונה של לחץ פיזי.<sup>147</sup> כזכור, בחלקו החסוי של הדוח התייחסה הוועדה לאמצעי חקירה ספציפיים שהם בגדר "מידה מתונה של לחץ פיזי" שמותר לחוקרים להפעיל. אפשר להניח, הן מן המקרים האירופיים שהוועדה בחרה לצטט,<sup>148</sup> והן מדבריה שלה עצמה, כי אמצעים אלה כללו בין היתר סטירה בפניו של החשוד:

הברירה היא, בלי כחל ושרק: האם יש להשלים עם עבירת התקיפה הכרוכה במתן סטירת לחי לנחקר, או באיום עליו, כדי להניעו לדבר ולגלות מקום מחבוא של חומרי חבלה שנועדו לשימוש לשם ביצוע של מעשה טרור המוני נגד אוכלוסיה אזרחית, וכך למנוע את הרעה הגדולה העומדת להתרחש? התשובה על כך מתבקשת מאליה.<sup>149</sup>

אחד החששות שהתעוררו לאחר פרסום דוח ועדת לנדוי היה שההיתר להשתמש בלחץ פיזי מתון בחקירות של חשודים בטרור יוביל גם לשימוש בלחץ שאינו

146 לסקירה ולניתוח מעניין של הפרשה ראו פנינה להב "חבית ללא חישוקים: השפעת הלחימה בטרור על התרבות המשפטית בישראל" מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים 580 (1990).

147 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 4.7.

148 שם, פס' 3.23-3.29. הדוגמאות שהביאה הוועדה הן מחוות הרעת של הוועדה האירופית לזכויות אדם בעניין חקירת אסירים פוליטיים על ידי שירותי הביטחון היווניים וכן מדוחות של ועדות בבריטניה שחקרו את שיטות החקירה של כוחות הביטחון הבריטיים להדברת מעשי הטרור בצפון אירלנד.

149 שם, פס' 3.16.

מתון.<sup>150</sup> ואכן ידוע כי בשנים שלאחר פרסום הדוח ומתן ההיתר להפעלת לחץ פיזי עלה מספר הנחקרים שלחץ כזה הופעל עליהם.<sup>151</sup> זאת ועוד, ידוע שחוקרי השב"כ נהגו לסטות מהנחיות ועדת לנדוי הן בשימוש באמצעים שחרגו מההיתרים שהותוו בחלק החסוי של הדוח, והן באי-אמירת אמת בעניין זה בבית המשפט ובתוככי הארגון כאחד.<sup>152</sup> ממצאים אלה עלו במפורש בדוח מבקרת המדינה בנושא משנת 1995, שכזכור קבע כי אנשי השב"כ הפרו באופן שיטתי, רחב וחרף את הנחיות ועדת לנדוי. זאת ועוד, בשנים שלאחר פרסום הדוח הציגו ארגוני זכויות אדם עדויות של עצורים פלסטינים שהתלוננו כי חוקרי השב"כ השתמשו כלפיהם באמצעי חקירה שהביאו לנזק פיזי ופסיכולוגי, ולעתים לנזק בלתי הפיך ואף למוות.<sup>153</sup> ולבסוף, בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עיניים תיאר בית המשפט אחדות מהשיטות שבהן השתמש השב"כ לאחר דוח ועדת לנדוי וקבע כי רבות מהן היו לא חוקיות. למרבה הצער לא חשף פסק הדין אילו משיטות אלה אושרו במקור בחלק החסוי של דוח ועדת לנדוי או על ידי ועדת השרים האמונה על עדכוננו.

מן הרברים עולה כי כבר בתקופה שחלפה מפרסום דוח ועדת לנדוי ועד מתן פסק הדין העקרוני בעניין הוועד הציבורי נגד עיניים נוצר מדרון חלקלק שבא לידי ביטוי בפער שנוצר בין המלצת הדוח לנקוט אמצעים שכוללים לחץ פיזי מתון רק במקום שבו אי-אפשר להשיג את המידע המבוקש באמצעות לחץ פסיכולוגי לא אלים ובדרך של חקירה מתחכמת, ובין השימוש הרחב בלחץ פיזי – בכלל זה ובפרט לחץ פיזי לא מתון – בחקירות, כמו שהעידו עליו דוחות של ארגוני זכויות אדם, דוח מבקרת המדינה ופסק הדין העקרוני. נציין כי גם אם אחדים מהאמצעים שתיארו מקורות אלה אושרו למעשה בחלקו החסוי

- 150 חששות אלה ואחרים הוצגו בהרחבה אצל Krennitzer, לעיל ה"ש 22 בפרק זה.
- 151 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 689. עם זאת יש לזכור כי באותה תקופה פרצה האינתיפאדה הראשונה, ומובן שגורם זה השפיע מאוד על העלייה במספרם של הנחקרים בכלל ובמספר הנחקרים שהופעל עליהם לחץ פיזי בפרט.
- 152 Krennitzer & Segev, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, בעמ' 513, וההפניות שם. על המשך השימוש בעיניים ובשקרים בשנים שלאחר דוח לנדוי ראו את דברי השר דן מרידור בפורום שעסק בנושא – מרידור ופס, לעיל ה"ש 90 בפרק זה, בעמ' 114-115.
- 153 דוח בצלם, לעיל ה"ש 24 בפרק זה.

של דוח ועדת לנדוי, ברי כי אלה נועדו להישמר כמוצא אחרון. מכאן שדי בכך שהשימוש באותם אמצעים מתונים לכאורה נעשה באופן שגרתי או רחב כדי שהדבר יעלה כדי הפרת מסקנותיו של דוח ועדת לנדוי.

מעניין שוועדת לנדוי עצמה הייתה מודעת היטב לסכנת המדרון החלקלק בכל הנוגע לדרכי החקירה של השב"כ, ולדבריה: "סכנת גלישה אל עבר שיטות של משטרים השנואים עלינו אורבת לו תמיד".<sup>154</sup> עוד הוסיפה הוועדה וציינה כי –

אמת נכון הדבר שחייבים להקפיד מאד, פן תביא פריצת המסגרת של איסור החוק הפלילי לידי התרת הרצועה, כאשר כל חוקר עושה דין לעצמו על-ידי שימוש בלתי מרוסן, לפי שרירות לבו, באמצעי כפיה נגד נחקר. בדרך זו עלולה דמותה של המדינה כמדינת חוק, השומרת על זכויות האזרח, להישחת ללא תקנה, והיא תדמה לאותם משטרים, הנותנים בידי שירותי הבטחון שלהם כוח ללא מצרים.<sup>155</sup>

אפשר להניח כי החשש האמור תרם לקביעתה שיש להתיר שימוש בלחץ פיזי שהוא בגדר לחץ מתון ולא יותר מזה. ואולם בכך לא היה די כדי להניאה מלרמוז כי גם שימוש בעינויים (!) במקרים של פצצה מתקתקת עשוי להיות מוצדק.<sup>156</sup> זאת ועוד: הניתוח המדויק של הסכנה לא מנע מהוועדה להמליץ על מנגנון של ועדת שרים שמוסמכת לקבוע הנחיות בדבר המותר והאסור בחקירות.<sup>157</sup>

## (2) ממקרים של פצצה מתקתקת למשימות איסוף מודיעין

כאמור, ביטוי נוסף לסכנת המדרון החלקלק נמצא גם בהתייחסויותיה של ועדת לנדוי לנסיבות שיצדיקו שימוש בלחץ פיזי. בעניין זה ציינה הוועדה בתחילה כי השימוש במידה מתונה של לחץ פיזי עשוי להיות מוצדק במקרים הידועים כמקרי פצצה מתקתקת (ובלשונה: "כדי לגלות מטען חבלה העומד להתפוצץ

154 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 4.2.

155 שם, פס' 3.16.

156 שם, פס' 3.15.

157 שם, פס' 3.16.

בבנין מלא בני אדם").<sup>158</sup> ואולם בסופו של דבר השימוש בכוח פיזי לא הוגבל אך ורק למקרים קיצוניים כאלה, וההצדקה לשימוש בו הוכרה גם כשמטרת החקירה היא השגת מידע מודיעיני כללי – כגון מידע על חברי חוליות מחבלים, מפקדות ארגוני חבלה בארץ ובחוץ לארץ ומחנות אימונים של מחבלים – שכן, לשיטת הוועדה: "כל מידע כזה עשוי לסכל מעשי הרג המוני ומעשי טרור אינדוידואלי העומדים להתבצע",<sup>159</sup> גם בלי שתתחייב כל דרישה בדבר מידיות הסכנה.<sup>160</sup> תרחיש הפצצה המתקתקת שימש אפוא לצורך סלילת הדרך לפריצת ההיתר, ובמובן זה: החריג הוא שיצר את הכלל.

ואכן, דיווחים עדכניים של ארגוני זכויות אדם מבססים את החשש כי השימוש באמצעים חריגים, גם אם הוא חריג, אינו מוגבל היום למקרי פצצה מתקתקת. כך למשל דווח כי עצורים רבים שמסרו עדויות בדבר עיניים והתעללות בחקירות לא נחשדו בעברות חמורות. עוד דווח כי ההתעללות בנחקרים נמשכה תקופה ארוכה לאחר שחקירתם הסתיימה, מה שמפריך לגישתם את הטענה כי תכלית השימוש באמצעים חריגים היא סיכול מעשי טרור גרדא.<sup>161</sup>

דיווחים מעין אלה מאששים את הספק המועלה לא פעם בספרות המשפטית אם אכן אפשר, באופן מעשי וריאלי, להגביל את השימוש בלחץ פיזי למקרי פצצה מתקתקת. כך למשל ציין הפרופסור האמריקאי למדעי המדינה ויחסים בינלאומיים הנרי שו (Shue) בהקשר זה:

[פצצות מתקתקות היפותטיות] הן לא רק דמיוניות אלא לא מציאותיות כמו שתיין דמיוני ששותה רק שתי בירות בערב [...]. המחשבה שיש שתיינים נדירים ששותים במתינות היא אי-הבנה של

- 158 שם.
- 159 שם, פס' 3.13.
- 160 שם, פס' 3.12.
- 161 ראו המוקד להגנת הפרט ובצלם, שיטות חשוכות, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 7. דוחות הארגונים אף מרמזים על האפשרות שהשימוש באמצעים חריגים נעשה בהתבסס על תורת עבודה מובנית ושיטתית. מסקנה זו עולה הן מהרמיון הניכר בין דיווחים של עדים באשר להתנהלות הרשויות, אף שהדיווחים נגבו מכל עד בנפרד, בנסיבות שונות ועל ידי כמה תחקירנים; והן מההתאמה הרבה בין האמצעים שדווחו ובין תורות חקירה ומדריכי חקירה מוכרים. ראו שם, בעמ' 35.

אלכוהוליים. ברומה, עוד לא נמצאה הממשלה שהשתמשה בעינויים באופן סלקטיבי ובשיקול דעת. האם סביר להניח שארצות הברית [או ישראל במקרה שלנו] תהיה השתיינית הראשונה בהיסטוריה ששותה רק משקה אחד, המנגנון המדינתי הראשון שישתמש בעינויים בשיקול דעת ובאופן סלקטיבי? האם פוליטיקאים אמריקנים [או ישראלים] נעלים כל כך מבני תמותה? [...] אי-אפשר להיות קצת בהיריון, אי-אפשר לשתות – אם אתה שתיין – רק משקה אחד בהזדמנויות מיוחדות, ואי-אפשר – אם הפוליטיקאים שלך אינם מלאכים – להשתמש בעינויים רק בנסיבות מיוחדות. [...] הרעיון של עינויים לעתים נדירות – אין לו מקום בעולם האמיתי של הפוליטיקה. זו מחשבה אופטימית שאינה מעוגנת במציאות.

[Ticking-bomb hypotheticals] are not simply imaginary but unrealistic, like an imaginary alcoholic who drinks two beers only a night. [...] To think that there may be rare alcoholics who drink moderately is to fail to understand alcoholism. Similarly, history does not present us with a government that used torture selectively and judiciously. Are we to believe that America [or Israel in our case] is likely to be the first alcoholic in history who can take only one drink? The first state apparatus that will use torture judiciously and selectively? Are American [or Israeli] politicians so superior to mere mortals? [...] You cannot be a little bit pregnant, you cannot — if you are an alcoholic — have a drink only on special occasions, and you cannot — if your politicians are not angels — employ torture only on special occasions. [...] The suggestion of rare torture has no place in the real world of politics. It is an optimistic thought with no social embodiment.<sup>162</sup>

Henry Shue, *Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb*, 37 CASE 162  
 121 לעיל ה"ש Mann & Shatz, W. RES. J. INT'L L. 231, 234, 238 (2006)  
 בפרק זה, בעמ' 82.

(3) מאמצעים שמופנים כלפי ה"אחר" לאמצעים שמופנים כלפינו

חשש נוסף הוא השימוש באמצעים פיזיים בחקירות של חשודים מסוג מסוים עלול להביא לידי שימוש באמצעים דומים גם בחקירות של חשודים מסוג אחר. זכור הגבילה ועדת לנדוי את דיונה בנוגע לדרכי החקירה של השב"כ לנחקרים פלסטינים שחשודים בהשתייכות לארגון חבלה, בפעילות חבלנית עוינת או בחתרנות מדינית אסורה.<sup>163</sup> ואולם בהתחשב בכך שהרציונל שהונח ביסוד הנחיותיה של ועדת לנדוי התבסס על ההיבט המניעתי ("התנאי [...] הוא שאי-אפשר היה למנוע את הנזק הצפוי בדרך אחרת"),<sup>164</sup> לפחות מנקודת מבטו של חוקר משטרה, מדוע לא תקום הצדקה לשימוש בהם בחקירות אחרות בעלות גוון מניעתי בולט, כגון חקירות פשע מאורגן או פעילות פלילית אחרת מסכנת חיים? ועוד, אם הרציונל נובע מחומרת הפשע הנחקר (שהרי הדגש הוא על "שקילת שתי הרעות זו כנגד זו" ועל כך שמידת השימוש באמצעים צריכה להיות שקולה כנגד מידת הסכנה הצפויה),<sup>165</sup> גם לפשעים אחרים מחוץ להקשר הטרוריסטי עלולה להיות חומרה דומה, ולכן הם יכולים לשמש תמריץ לחוקרי משטרה לפעול באופן דומה. ההכרה ביכולתם של חוקרי שב"כ לנקוט אמצעים מסוימים בסוג מסוים של חקירות עלולה להשפיע אפוא גם על חוקרי משטרה לעשות שימוש בלתי מורשה באמצעים דומים; והלוא לנוכח קביעת בית המשפט העליון שלחוקרי השב"כ סמכויות כשל שוטרים, מדוע לא יניחו האחרונים כי סמכויותיהם כשל אלה הראשונים?<sup>166</sup>

במילים אחרות: לא בלתי סביר להניח שההצדקה לשימוש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ תביא לידי כך שגם רשויות אכיפת חוק אחרות יאמצו פרקטיקות דומות. נזכיר שכבר נתגלו מקרים שבהם אמצעי חקירה מיוחדים שהשב"כ נקט ברשות חלחלו גם למשטרת ישראל, בייחוד בחקירות של ערבים.<sup>167</sup> עוד ראוי

163 רוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 3.14 ו-4.8.

164 שם, פס' 3.14.

165 שם, פס' 3.15-3.16.

166 ראו דין וחשבון הוועדה לבדיקת הטיפול המערכתי באלימות שוטרים 67 (משרד המשטרה, יוני 1994).

167 ראו ת"פ 576/91 מדינת ישראל נ' שמעון (לא פורסם, 13.7.1995); וכן ע"פ 6702/95 טרודי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.9.1997). לניתוח פסקי הדין ראו קרמניצר ושיפרא-אטינגר, לעיל ה"ש 91 בפרק זה. באופן כללי יותר ראוי לומר כי משום שמקצת האמצעים מבוססים על דה-הומניזציה של מי שהם ננקטים כלפיו,

להזכיר כי ב"דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר" ("ועדת גולדברג"), שפורסם בשנת 1994, המליצה דעת הרוב – ייתכן שבהשפעת דוח ועדת לנדוי – שהודאות שניתנו בלחץ פיזי מסוים שלא עלה כדי אלימות חמורה או עינויים לא ייחשבו ככלל בלתי קבילות.<sup>168</sup> משהותר רסן השימוש באמצעים פיזיים בהקשר מסוים, קצרה הדרך להתרתו גם בהקשרים אחרים, גם אם בהיקף ובעוצמה מצומצמים יותר; ובוודאי קשה יהיה למנוע את התרחשותו של תהליך טבעי זה כשהסכנה שעמה נועדו אמצעי החקירה להתמודד נתפסת כמאיימת במישור המדינתי הרחב, בבחינת "בעיית חירום לאומית" או "מכת מדינה".<sup>169</sup>

---

ונקיטתם מגבירה דה־הומניזציה זו, ומשום שהם ננקטים כלפי ערבים, נודעת להם השפעה רעה גם על היחס הכללי לערביי ישראל.

168 **דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר**, פס' 28 (1994). עם זאת החקיקה הרלוונטית לא שונתה חרף המלצת הוועדה.

169 **חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור**, התשס"ה-2005, באופן שמעניק גם למאבטחים פרטיים שהוסמכו לכך סמכויות רחבות לשם מניעת מעשי אלימות במקומות שמועדים לאלימות, ובכלל זה הסמכות לעשות שימוש ב"כוח סביר" לצורך חיוב אדם להזדהות לפניהם, למנוע ממנו כניסה למקום, להוציאו ממקום ולעכבו עד בואו של שוטר. מקומות מועדים לאלימות שמנויים בתוספת לחוק הם בתי חולים, מרפאה וכל מוסד אחר שתפקידו העיקרי הוא מתן שירותי בריאות; מוסדות חינוך; מחלקה לשירותים חברתיים או מקום שמספק שירותי רווחה; פאב, מועדון או דיסקוטק; מקום שבו נערכים משחקים באמצעות מכונות, משחקי ביליארד, קלפים, קוביות וכיוצא באלה; מגרשי ספורט, אצטדיונים וכל מקום אחר שבו נערכות תחרויות ספורט. ראו חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור (תיקון מס' 4), התשע"ד-2014, ס"ח תשע"ד, מס' 2467, מיום 7.8.2014 (ה"ח הממשלה תשע"א מס' 541, בעמ' 179). עוד ראוי להזכיר את הדיווחים על דיכוי המחאה החברתית בישראל ובארצות הברית באמצעות שימוש בכוח מופרז. ראו למשל בישראל: אור קשתי "התמונות שאסור לשכות: כך תעשה המשטרה לפעילי המחאה החברתית" הארץ, 23.6.2012; רועי צ'יקי אור "המחאה החברתית 2012: כרוניקה של אלימות" הארץ 29.6.2012. ובארצות הברית: The Global Justice Clinic (NYU School of Law) and the Walter Leitner International Human Rights Clinic at the Leitner Center for International Law and Justice (Fordham Law School), *Suppressing Protest: Human Rights Violations in the U.S. Response to Occupy Wall Street* (2012)

עוד ביטוי של המדרון החלקלק הוא ביצוע פעולות דומות של השב"כ נגד עצורים ישראלים. בהקשר זה הודו בשב"כ כי עינו עצורים יהודים שנחשדו בביצוע הרצח בדומא – שבו נרצחה משפחה פלסטינית (2016) – בטענה שיש בכך כדי למנוע פיגועים עתידיים.<sup>170</sup> נדגיש: איננו טוענים כי יש הבדל בין עצורים פלסטינים ובין עצורים ישראלים שחשודים באותם מעשים או שצריך שיהיה הבדל כזה; עם זאת יש בכך כדי להראות את תופעת המדרון החלקלק, שתוצאותיה הן מעבר מאמצעים קשים שמופנים כלפי ה"אחר" לאמצעים קשים שמופנים גם כלפינו.

נראה שהמשותף לשני הביטויים של המדרון החלקלק הוא שאף על פי שאמצעי אושר כדי להתמודד עם סוגיה אחת, אין תמיד הצדקה רציונלית סבירה לכך שהוא לא יינקט גם במצבים דומים. כך יוצא שאמצעי בלתי מידתי ואסור מבחינת הדין הבינלאומי כגון עיניים, שבמקורו נועד להתמודד עם טרור פלסטיני, עלול וסביר שבסופו של דבר יופנה גם כלפינו במצבים דומים.

#### 4. מגבלות מנגנוני הביקורת המשפטיים

פתחנו את הדיון בהתייחסות לאמון הבלתי מעורער שגורמי הביטחון זוכים לו מצד מקבלי ההחלטות – בכלל זה בזירה המשפטית – ולתלותם בממצאיהם ובהערכותיהם. בחלק זה נדון בתופעות נוספות, מקצתן קשורות לתופעות שכבר תוארו, המגבילות את יכולתם ואת נכונותם של מנגנוני הביקורת המשפטיים, ובראשם בתי המשפט, הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה, לבקר ביעילות את אמצעי החקירה של השב"כ. למותר לציין כי היעדר מנגנוני בקרה יעילים עלול לטמון בחובו השלכות קשות, בין היתר תהליך מדורג של שחרור הרסן בקרב גורמי הביצוע, ולענייננו – הן חוקרי השב"כ והן דרגי הפיקוד הבכירים יותר; אפקט מצנן על נחקרים, שפירושו צמצום התמריץ של מי שלכאורה הופעלו נגדם אמצעי חקירה אסורים למצות את זכויותיהם בדרך של פנייה למנגנוני הביקורת הרלוונטיים; והיווצרות רושם מוטעה (ומטעה) שהכול כשורה.

170 חיים לוינסון "בשב"כ מודים שחשודים ברצח בדומא עוננו, אך לא הוטרדו מינית" הארץ 24.12.2016.



המגבלות העיקריות המאפיינות את טיפולם של גופי הביקורת בנושא הביטחוני נידונו כזכור בפרק הראשון של הספר. כאן נזכיר רק כי בהיות צה"ל והשב"כ בני הסמכה המובהקים בנושא הביטחון בישראל, גורמים מהזירות הפוליטית והמשפטית שאינם מומחים בתחום יתקשו ככלל להביע עמדות שחולקות על עמדתם. הם גם ייטו, באופן טבעי, להימנע מלקבל אחריות על סיכון, ולו הקלוש ביותר, של האינטרס הביטחוני של המדינה, בייחוד כשהדבר יעמוד בניגוד לעמדתם המקצועית של המומחים, בניגוד לתפיסה המקובלת בציבור ומתוך סיכון של אמון הציבור בהם. לא בכדי המגמה המובהקת המאפיינת את הפסיקה בנושאים אלה היא של אי-התערבות בשיקול הדעת של המפקד הצבאי ואימוץ עמדתם של מומחי הביטחון מתוך הקפדה על מרחב ביקורת שיפוטית צר יחסית.

ואכן, בפסיקת בית המשפט העליון במשך השנים אפשר למצוא אינספור ביטויים לאמוץ שניתן במערכת הביטחון ולעמדת בית המשפט שגורמי הביטחון הם בעלי המומחיות והסמכות בתחום זה, ולפיכך ככלל לא יחליף בית המשפט את שיקול דעתם בשיקול דעתו שלו. הן במישור העובדות והן במישור ההערכות בית המשפט נוטה אפוא להסתמך על המידע שגורמי הביטחון מביאים לפניו: "הוא [המפקד הצבאי] שמופקד על שמירת הביטחון. הוא בעל המומחיות, הידע והאחריות הביטחוניים. בית המשפט מייחס לעמדתו משקל רב".<sup>171</sup> בנוגע לבחינת האמצעים שבשימושם של גורמי הביטחון קבע בית המשפט העליון לא פעם כי "ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים [המדינה] במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית-משפט זה יראה מקום להתערב בהם".<sup>172</sup> על מגבלות כוחם של בתי המשפט להכריע בנושאים אלה עמד גם המשפטן קס סנסטיין (Sunstein):

171 בג"ץ 2577/04 אל ח'וואג'ה נ' ראש הממשלה, פס' 32 לפסק הדין (לא פורסם, 19.7.2007); כן ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 842-843 (2004). פסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינריים (לעיל ה"ש 2 בפרק זה) חריג בהקשר זה, שכן בו – לראשונה לאחר מספר לא מבוטל של החלטות קודמות – בית המשפט היה מוכן להטיל ספק בטענות העוברתיות (והמשפטיות) של חוקרי השב"כ ונציגיהם, בפרט בנוגע למטרות של אחדים מהאמצעים שנעשה בהם שימוש ואף לדחות אחרות מהן. ראו Kremnitzer & Segev, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, בעמ' 532.

172 בג"ץ 5872/01 חה"כ ברכה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(3) 1 (2002).

בתי המשפט אינם, בלשון המעטה, בעמדה טובה כדי לדעת אם אפשר להגן על ההגבלות על חירויות האזרח. חסרה להם היכולת לקבוע מהן העובדות, שתאפשר להם להעריך נכונה את הסכנות. אין להם המומחיות לומר אם שחרור תריסר עצורים בגוואנטנמו יביא לידי סכנה שאין להקל בה ראש של מתקפת מחבלים. מתקבל על הדעת שעמדה משפטית תקיפה שמגנה על זכויות אזרח בזמן מלחמה תרע את המצב במקום לשפרו. כך או כך, מסורתית בתי המשפט נמנעים מלהתערב בהגבלות על זכויות אזרח שזוכות לתמיכה ציבורית; הם לא אוהבים "לחסום" בפשטות הגבלות שיש עליהם הסכמה בקרב האזרחים ובקרב מקבלי ההחלטות.

Courts are not, to say the least, in a good position to know whether restrictions on civil liberties are defensible. They lack the fact-finding competence that would enable them to make accurate assessments of the dangers. They are hardly experts in the question whether the release of a dozen prisoners at Guantanamo would create a nontrivial risk of terrorist attack. It is quite possible that an aggressive judicial posture in the protection of civil liberties, amidst war, would make things worse rather than better. In any case, courts are traditionally reluctant to interfere with publicly supported restrictions on civil liberties; they do not like simply to "block" restrictions that have both official and citizen approval.<sup>173</sup>

כמו שעולה מהדברים האלה, יכולת הבקרה של בתי המשפט בנושא זה מוגבלת בעיקר בתחום קביעת העובדות. בעניין זה נדגיש כי בכל הנוגע לאמצעי החקירה של השב"כ, בדומה לנושאים ביטחוניים אחרים, האיפול הכללי על פעילות הארגון (עניין שנרון בו בהמשך הדברים) מביא לידי כך שהוא הגורם המוסמך היחיד לספק מידע על פעילותו. רוב הדיונים בבתי המשפט בנושאים אלה

173 SUNSTEIN, לעיל ה"ש 78 בפרק זה, בעמ' 210-211.

מתבססים על חומר חסוי שנציגי הארגון מגישים לבית המשפט בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד. במצב זה לא מתאפשר קיומו של דיון דו-צדדי וביקורת בעובדות. היעדר המידע של הנחקרים ובאי כוחם מונע אפשרות לדיון אדוורסרי אמיתי ולחקירה נגדית משמעותית להפרכת טענות השב"כ. במצב זה השופטים נאלצים להסתמך בעיקר על המסד העובדתי שמציגים לפניהם נציגי המדינה וגורמי הביטחון, וההחלטות המתקבלות הן אפוא לא פעם מוטות בהתאם לכך.<sup>174</sup> מגבלה נוספת שהוזכרה קשורה לרתיעתם של בתי המשפט מלקבל על עצמם אחריות על הכרעות ביטחוניות מכמה סיבות: חוסר מומחיותם בנושא; חשש מפני הסגת גבולן של רשויות השלטון האחרות; והחשש מפגיעה במעמד שלהם בציבור. ואכן, זה המקום להזכיר כי בשנים שלפני פסק הדין העקרוני בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים נמנע בג"ץ מלקיים דיון עקרוני גלוי בעתירות שהוגשו לפניו נגד אמצעי החקירה שבהם השתמש השב"כ – הימנעות שמשמעותה הייתה, הלכה למעשה, אישור המשך החקירות, בין במקרה ספציפי ובין באופן כללי, ללא כל התמודדות אמיתית עם השאלות העובדתיות והעקרוניות שעתירות אלו העלו.<sup>175</sup> כך, ברוב המקרים הסתפק בית המשפט בפסקי דין קצרים ועמומים, שלרוב אישרו לשב"כ להפעיל לחץ בחקירותיו, כמעט בלא כל פירוט בדבר הרקע העובדתי או הנימוקים להחלטה.<sup>176</sup> מרבית העתירות נדחו בטענה של המדינה שהסתיים השלב של השימוש באמצעי החריג או בנימוקים כגון חוסר שפיות או היות העתירה כללית ובלתי מבוססת על מערכת קונקרטית של עובדות.<sup>177</sup> מכל מקום, בג"ץ נמנע במפורש מבירור

174 מן הראוי לציין כי בבג"ץ בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים (לעיל ה"ש 2 בפרק זה) סירב בית המשפט לקבל חומר חסוי, והתשתית העובדתית התבססה בעיקרה על טיעוני העותרים. חריג להימנעותו של בית המשפט מלהתערב הוא פסק הדין של השופט הנדל בבג"ץ 1776/06 עבאס אל סיד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 05.09.11). באותו פסק דין ולנוכח טענות המערער החליט בית המשפט להכריע את דינו של המערער במסגרת הביקורת הערעורית בלי להתייחס להודאות לפני חוקרי השב"כ ומתוך התמקדות בהודאתו במשטרה ובראיות האחרות שבתיק. (פס' 5, פס' 11).

175 Kremenitzer & Segev, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, בעמ' 529; קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 671.

176 קרמניצר ושגב, שם, בעמ' 672.

177 לדוגמאות רבות ראו שם, בעמ' 672-674.

עובדתי ויסודי ומדיון עקרוני בנושא והעדיף לתת החלטות לקוניות בכל מקרה  
ומקרה בלי לדון בתופעה בכללותה.<sup>178</sup>

להימנעות זו עשויות להיות כל מיני סיבות שלא כאן המקום להידרש  
להן, ואולם בהתחשב בהצהרותיהם של מומחי ביטחון בכירים בישראל באשר  
לנחיצותם המוחלטת של אמצעי החקירה הפיזיים שבהם השתמש השב"כ לצורך  
מניעת פעולות טרור בעתיד, אפשר להניח כי לפחות אחד הגורמים שהקשו על  
בית המשפט לפסוק פסיקה עקרונית בנושא תקופה ארוכה כל כך היה החשש  
שהאחריות ואולי אף האשמה הציבורית בגין פעולות טרור שיבוצעו לאחר מתן  
פסק דין תוטל לפתחו. למעשה, בפסק דינו העקרוני ציין בית המשפט במפורש  
כי מנקודת המבט המשפטית הייתה דרכו סלולה,<sup>179</sup> ומכך משתמע כי הקושי  
במתן פסק הדין נבע בעיקר מהשלכותיו המעשיות ופחות ממורכבותו העיונית.

זאת ועוד, נראה שהחשש מלשאת באחריות לפעילויות טרור שעלולות  
חלילה להתרחש בעתיד הביא את בית המשפט להקטין את אחריותו גם בפסק  
הדין עצמו, בשני היבטים: ראשית, בכך שלא פסל את האפשרות שסייג הצורך  
יעמוד לחוקר שב"כ שנקט את האמצעים שבית המשפט קבע שאינו מוסמך  
לנקוט, ככל שהיועץ המשפטי לממשלה או בית המשפט שידון בעניין ימצא  
לנכון.<sup>180</sup> ושנית, בכך שקבע במפורש, ואף שב וחזר על הקביעה, כי שאלת היקף  
סמכותם של חוקרי השב"כ נתונה להכרעתה של הרשות המחוקקת, המייצגת  
את העם, וכי בכפוף לעמידה בדרישות החוקתיות נציגי הציבור הם שצריכים  
להכריע הכרעה עקרונית בעניין זה בדרך של חקיקה.<sup>181</sup>

מגבלה נוספת שמאפיינת לעתים את בתי המשפט ובאה לידי ביטוי  
בטיפול בנושא השימוש בלחץ פיזי בחקירות, היא הנטייה לתפיסה פשטנית  
של המציאות. הכוונה לנטייה של בית המשפט לאמץ סיפור פשוט, חד-ממדי  
ודרי-גוני (שחור-לבן) ולהעריך את הראיות המונחות לפניו באופן שיעלה בקנה  
אחד עם דיכוטומיה זו, בלי להידרש למורכבות המצב שהובא להכרעתו ולמגוון  
האינטרסים המעורבים בו. דוגמה לכשל מערכתי כזה הייתה כישלונם של בתי

178 שם, בעמ' 677.

179 עניין הוועד הציבורי נגד עיניים, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, פס' 40.

180 שם.

181 שם, פס' 38-39, Kremnitzer & Segev, לעיל 31 בפרק זה, בעמ' 532.

המשפט, עד פרסום דוח ועדת לנדוי, לזהות עדויות שקר של חוקרים מהשב"כ. נראה שבמקרה זה חברו יחד כמה גורמים, ובראשם האמונה בכישוריהם ובכושר שיפוטם של חוקרי השב"כ; הערכת חסר של הקשיים בהשגת הודאה באמצעות דרכי החקירה המקובלות; היעדר אמפתיה לנאשמים בעברות ביטחון; הקושי להבחין בין גרסה שיש בה גרעין של אמת העטוף בהגזמות ובין גרסה שכולה שקרית; הנטייה לאמץ סיפור פשוט; ובעיקר הנטייה להאמין במה שנוח יותר להאמין בו. כל אלה הביאו לידי אימוץ דיכוטומיה הגורסת כי ברוב המקרים נאשמים שהודו בחקירתם ולאחר מכן העידו על אמצעי הלחץ שהופעלו עליהם במסגרת החקירה – משקרים; ואילו החוקרים המכחישים זאת – דוברי אמת. דיכוטומיה זו התגלתה ככוזבת בשורה ארוכה של מקרים.<sup>182</sup> ספק רב אם יהיה נכון להניח כי כשל כזה אינו יכול להתרחש גם בימינו, גם על רקע מה שאפשר ללמוד מניסיון העבר.

ובאשר למערכות התביעה והייעוץ המשפטי לממשלה, יש לומר כי גם אלה, על מורכבות משימותיהן ומיקומן הגאומטרי בין הגוף המבצע-החוקר לבית המשפט, מתאפיינות בתלות עצומה בגוף המבצע בכלל ובמערך של חוקרי השב"כ בפרט. בהיעדר יכולת וסמכות לבצע חקירות עצמיות, כל שידוע להן הוא מפייהם של החוקרים, ובנסיבות אלה גם התביעה סובלת מקושי ממשי לקיים בקרה של ממש על חוקרים, בוודאי במקום שבו אלה מטעים אותה. לא בכדי השווה המשפטן האמריקאי מונרו פרידמן (Freedman) את הסיכוי שתובע יחשוף עדות שקר של שוטר לסיכוי שהשוטר המעיד עדות שקר ייפגע מברק משמים.<sup>183</sup> נראה אפוא כי אף שלהלכה הפיקוח החיצוני אמור למתן את הגורמים רבי העוצמה המניעים חוקרים לסטות בחקירתם משורת הדין, בפועל יכולתם למלא משימה זו מוגבלת.

אחת הדוגמאות הראשונות למגבלת כוחו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה הדחתו למעשה של פרופ' יצחק זמיר מתפקידו כיועץ המשפטי לממשלה

182 קרמניצר ושפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 91 בפרק זה, בעמ' 202 ובה"ש 18.  
 183 Monroe H. Freedman, *Understanding Lawyers' Ethics* 224 (1990). נזכר אצל מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה (2) 173, 177 (תשנ"ז); וכן אצל קרמניצר ושפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 91 בפרק זה, בעמ' 223-224.

בעקבות עמידתו על קיום חקירה בפרשת קו 300.<sup>184</sup> פרשה זו סימנה נקודת מפנה חדה בתפיסתו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, שמאז קום המדינה ועד אותה עת נחשב גורם סמכות מכובד, מוערך, עצמאי ובלתי תלוי בהחלטותיו. ואולם במקרה זה, משסירב היועץ המשפטי לממשלה זמיר לסגת מהחלטתו הנחרצת לפתוח בחקירת הנושא, הוחלט להדיחו מתפקידו – וההחלטה בוצעה בתוך ארבעה ימים בלבד(!). על פרשה זו נכתב מאוחר יותר כי "לראשונה בתולדות מדינת ישראל פוטר יועץ משפטי לממשלה. בכך נשבר 'טאבו' הקשור לאי משוא פנים, למקצועיות ולשלטון החוק".<sup>185</sup>

עוד נקודת חולשה עיקרית בביקורת על חקירות השב"כ נוגעת למוסד המבת"ן והממונה עליו. כמתואר למעלה, בניגוד לתלונות על התנהגות שוטרים שמופנות ישירות למח"ש, תלונות נגד עובדי שב"כ מופנות, על פי החוק, ליועץ המשפטי לממשלה, והוא שמחליט אם להעבירן לחקירת מח"ש. בפועל, היועץ המשפטי לממשלה האציל את סמכותו לפרקליט בכיר בפרקליטות המדינה, והוא שמפנה את כל התלונות לבדיקה מקדמית במבת"ן. כאמור, עד לאחרונה מילא את תפקיד המבת"ן איש שב"כ שהוכפף מבחינה מקצועית לגורם ממונה בפרקליטות המדינה – הממונה על המבת"ן. היותו של המבת"ן עד לפני שנים אחדות איש שב"כ, קרי – האחריות לבדיקת תלונות נחקרים נמסרה לגוף שהוא חלק מהמערכת הנבדקת – העלתה ספק של ממש בדבר יכולתו של גורם זה לבצע את הבדיקה הנדרשת ללא משוא פנים. באופן טבעי ומובנה אדם שבסיסו והווייתו נטועים בשב"כ ייטה להזדהות עם מטרתו ועם תפקידו של הארגון, יחלוק נקודת מבט דומה לזו של החוקרים ויתקשה לבקר את פעילותם באופן אובייקטיבי. העובדה שהמבת"ן אמור לבצע בדיקה מקדמית בלבד והוא איננו הגורם המוסמך להכריע בתלונות, אין בה כדי לרפא פגמים מבניים מהותיים אלה. ראשית, משום שכאמור הגורם המוסמך להכריע בתלונה – היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה או אחד ממשניו – מקבל את החלטתו על סמך המלצתו של הממונה על המבת"ן, וזה עצמו ניזון מממצאיו ומהערכתו

184 הממשלה ניצלה הודעה מוקדמת של פרופ' זמיר על כוונתו לסיים את תפקידו אף שהיה ברור שאין לו כל כוונה לסיים את כהונתו בזמן הטיפול בפרשה.

185 להב, לעיל ה"ש 146 בפרק זה, בעמ' 589.

של המבת"ן. מכאן שכשלים אפשריים בעבודת המבת"ן עלולים להעיב גם על המלצת הממונה עליו וכך גם על החלטתו של בעל הסמכות; ושנית, משום שכמו שיתואר מיד, בפועל עולה שבמשך שנים אימץ הממונה על המבת"ן את המלצותיו של המבת"ן כעניין שבשגרה ובאופן גורף, וכך גם בעל הסמכות אימץ את המלצתו של הממונה על המבת"ן.

זאת ועוד, ארגוני זכויות אדם שעוסקים בנושא שבים ומעלים עוד פגמים רבים בתפקודם של המבת"ן והממונה עליו. בין היתר הם מציינים כי פגישותיו של המבת"ן עם מתלוננים שעודם כלואים נעשות בהפתעה, ללא נוכחות של עורך דין מטעם המתלונן, אלא לכל היותר מלווה שאינו עורך דין. פרקי הזמן הנדרשים לביורר התלונות ממועד הגשתן ועד קבלת תשובתו של הממונה על המבת"ן ארוכים ביותר (לעתים יותר משנתיים). החלטות הממונה על המבת"ן סובלות לא פעם מניסוח לקוני ושבולני, שכולל חזרה טלגרפית על פרטי התלונה וקביעות לא מנומקות בדבר חוסר הביסוס של פרטי התלונה או בדבר חוסר אמינות המתלונן, בלי שמצורפים מסמכים או ראיות תומכות. בתשובות שבהן ניתנים נימוקים, הללו מאופיינות בהדגשת אי-התאמות עובדתיות בין תלונות שהוגשו כעניין אותו נחקר על ידי גופים שונים, וניכר בהן המאמץ לכפור באמינותו. מהחלטות הממונה ניכרת העדפה גורפת של גרסת החוקרים על פני גרסת המתלונן, באופן שאי-התאמה בין שתי הגרסאות מביאה בדרך כלל לידי גניזת התלונה ללא בדיקה נוספת שתבהיר את פשר ההעדפה של גרסת החוקרים. בשל מצב עניינים זה וחוסר תיעוד חזותי או קולי של החקירות, בפועל אין התלונות האמורות מביאות או יכולות להביא לידי חקירה פלילית.<sup>186</sup>

זאת ועוד, במישור המינהלי היבטים בעבודת המבת"ן – כמו למשל מקור סמכותו,<sup>187</sup> היקף סמכויותיו והכללים שהוא פועל במסגרתם או זכות העיון בממצאי בדיקתו, בין שהוא חלק מהשב"כ כמו שהיה עד לאחרונה ובין שהוא

186 הוועד הציבורי נגד עינויים מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 36-44;

הוועד הציבורי נגד עינויים עדיין מתחת לכל ביקורת, ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 5, 9-10.

187 לשאלה זו קיבל הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל תשובות מגוונות לאורך השנים.

ראו הוועד הציבורי נגד עינויים מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 30-29.

חלק ממשרד המשפטים – אינם ברורים די הצורך. גם המספרים מדברים בעד עצמם. כך למשל, על פי דיווח הוועד הציבורי נגד עינויים מחודש יוני 2012, מאז תחילת העשור הקודם הוגשו ליועץ המשפטי לממשלה יותר מ-750 תלונות על שימוש בעינויים או על התעללות בחקירות שב"כ, ואולם אף חקירה פלילית לא נפתחה. רק בשנה שבין חודש יוני 2011 לחודש יוני 2012 התקבלו במשרדי הוועד 124 פניות של מתלוננים על עינויים או על התעללות של כוחות הביטחון, מתוכן 22 פניות של נשים ו-8 של קטינים, ובעקבותיהן הגיש הוועד 65 תלונות בגין אלימות, עינויים או התעללות של אנשי שב"כ, משטרה, שב"ס או כוחות ביטחון אחרים.<sup>188</sup> העובדה שבמשך השנים הוחלט לסגור כל אחת ואחת מהתלונות שהוגשו בלא חקירה פלילית נוספת מטילה, כשהיא לעצמה, ספק בעצמאות, במהימנות וביסודיות של הליך הבריקה של התלונות, הן על ידי המבט"ן והן על ידי הממונה עליו. ראוי לציין כי אפילו ועדת זכויות האדם של האו"ם הביעה בעבר את מורת רוחה מהאופן שתלונות על עינויים נבחנות בו בישראל. וכך, בין היתר, ציינה הוועדה:

הוועדה מודאגת [...] מכך שהממונה על תלונות נגד חוקרי שירות הביטחון הישראלי (השב"כ) הוא איש צוות בשב"כ, וכן שלמרות פיקוח של משרד המשפטים ובחינת הכרעותיו של הממונה על ידי היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, אף לא אחת מן התלונות נחקרה בחקירה פלילית בתקופה המדווחת. [...] על המדינה החברה להבטיח שהמקרים לכאורה של עינויים או יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים ושימוש חסר פרופורציה בכוח מצד האמונים על אכיפת החוק, בכלל זה שוטרים, סגל השב"כ ואנשי הכוחות המזוינים, יחקרו ביסודיות ובלא דיחוי על ידי סמכות שאינה תלויה בשום גוף מהמגופים האלה, שעל הנמצאים אשמים ייגזר עונש התואם את חומרת העברה, ושפיצוי יועבר לקורבנות ולמשפחותיהם.

188 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, הודעה לעיתונות: "26.6 היום הבינ"ל להזדהות עם קורבנות עינויים: בניגוד להוראות בג"ץ ולהתחייבות בינלאומית, ישראל ממשיכה לבצע עינויים" (2012.6.26).



The Committee is [...] further concerned that the Inspector for complaints against the Israel Security Agency (ISA) interrogators is a staff member of the ISA and that, despite supervision by the Ministry of Justice and examination of the Inspector's decisions by the Attorney General and the State Attorney, no complaint has been criminally investigated during the reporting period. [...]

*The State party should ensure that all alleged cases of torture, cruel, inhuman or degrading treatment and disproportionate use of force by law-enforcement officials, including police, personnel of the security service and of the armed forces, are thoroughly and promptly investigated by an authority independent of any of these organs, that those found guilty are punished with sentences that are commensurate with the gravity of the offence, and that compensation is provided to the victims or their families.*<sup>189</sup>

ולבסוף, גם אם לאחר שהמבט"ן והממונה עליו בודקים תלונה פלונית ובעקבותיה משתנים נהלים, נערכים שינויים מבניים בשב"כ וחוקרים מועמדים לדין משמעותי – כמו שטענה לא פעם המדינה – ספק אם יש בכך כדי לשמש מחסום והרתעה של ממש מפני שימוש באמצעים פסולים.<sup>190</sup> באופן זה, במקום לתת מענה הולם לתלונות נחקרים ולהרתיע חוקרים, נראה שהמנגנון האמון על בדיקת התלונות הוא – או לפחות היה עד לאחרונה – מנגנון שמסתכם ביצירת מראית עין של בדיקה ושכפועל חוסם או מונע פתיחת חקירה נגד חשודים בשימוש בשיטות חקירה פסולות, ובכלל זה בעינויים, ולפיכך גם העמדה לדין וענישה של המעורבים.<sup>191</sup> מצב זה נותן את אותותיו בנכונותם של הנחקרים

UN Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant: Israel, CCPR/C/ISR/CO/3, para 12, July 29, 2010. (ההדגשה במקור).

190 הוועד הציבורי נגד עינויים, מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 45-46.

191 שם, בעמ' 23.

שנגדם הופעלו לכאורה אמצעי חקירה פסולים להתלונן. ואכן, ארגוני זכויות אדם שעוסקים בנושא טוענים כי רבים מהעצורים שמדווחים לעורכי דינם על עיניים או על התעללות מסרבים להגיש תלונות בעניין לרשויות ומציינים את האי-אמון במנגנוני החקירה הרשמיים של המדינה ואת הפחד שהגורמים הנחקרים יתנכלו להם כסיבה לכך.<sup>192</sup>

ואכן, על רקע דברים אלו אפשר להבין את מה שנכתב ברוח השני שפרסמה ועדת טירקל ועסק במנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי. הוועדה קבעה כי יש ספקות חמורים בדבר יכולתו של המבט"ן לנהל "חקירה אפקטיבית", וכי יש פגמים חמורים ביעילות וביסודיות של החקירה וכן במהירותה. לנוכח זאת המליצה הוועדה כי תפקיד המבט"ן יועבר למח"ש, כך שהממונה על המבט"ן יהיה מנהל מח"ש; וכי כל חקירות השב"כ יתועדו במלואן תיעוד חזותי, לפי כללים שיקבע היועץ המשפטי לממשלה בתיאום עם ראש השב"כ, במטרה לאפשר בדיקה יסודית ויעילה שלהן במקרה הצורך.<sup>193</sup> לכול ברור כי חקירת תלונות נגד חוקרי שב"כ אינה משימה קלה כלל ועיקר. עם זאת, ובהתאם להמלצות דוח ועדת טירקל, גם ברור כי על חקירת המבט"ן לעמוד בדרישות של עצמאות, היעדר פניות, יעילות ויסודיות, מהירות ושקיפות, כמו כל חקירה פלילית או בדיקה מקדמית אחרת שעשויה להוביל בסופו של דבר להטלת אחריות פלילית.<sup>194</sup> רק

192 שם, בעמ' 44. הוועד הציבורי נגד עיניים עדיין מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 3. כך למשל, בשנת 2007 דיווחו ארגונים אלה כי מתוך 9 אנשים שאליהם פנו, 4 סירבו להצעה בשל חוסר אמון מוחלט במערכת החוקרת. ראו המוקד להגנת הפרט ובצלם, בתכלית האיסור, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 60. בקרב אסירות ביטחוניות המצב חמור אף יותר – מתוך 29 נשים שעברו לכאורה התעללות בחקירות, 9 בלבד הסכימו להתלונן. ההסבר המשווער לכך הוא שנוסף על חוסר האמון, נשים חוששות מההשלכות החברתיות של הגשת תלונות שעניינן לא פעם בנושאים אינטימיים. ראו הוועד הציבורי נגד עיניים מעדותה של אסירה פלסטינית, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 11, 23.

193 ועדה ציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי, עמ' 346-347 (2013).

194 שם, בעמ' 105.

חקירה שעומדת באמות מידה אלה יכולה לייצר את התשתית העובדתית הנחוצה שתאפשר ליועץ המשפטי לממשלה לבדוק אם אכן התקיימו התנאים לתחלת הגנת הצורך, קרי, שהאמצעים שהופעלו היו סבירים בנסיבות העניין, היו דרושים באופן מידי לשם סיכול סכנה מוחשית לחיי אדם ונשמר העיקרון הקובע כי טענת הצורך אינה חלה כשהאמצעים שננקטו עולים כדי עינויים כהגדרתם באמנה נגד עינויים. ככל שחקירת המבת"ן נופלת בייעילותה מחקירת מח"ש, בשל הפערים בסמכויות החוקיות של שני הגופים, ספק רב בעינינו אם במקרים שבהם נטענת הגנת הצורך, די בחקירת המבת"ן כדי לקיים את חובת החקירה היעילה המוטלת על המדינה. אשר על כן, עד שישוו סמכויותיו של המבת"ן לסמכויותיהם של חוקרי מח"ש, ראוי לטעמנו כי היועץ המשפטי לממשלה יורה על חקירת מח"ש בכל מקרה שנטען בו כי נעשה שימוש באמצעי חקירה בלתי חוקיים וגורמי החקירה העלו טענת צורך.

בעקבות הרוח השני של ועדת טירקל מונה בינואר 2014 צוות מקצועי לבחינה וליישום של המלצות הרוח בראשות ד"ר יוסף צ'חנובר. תפקיד הצוות היה: "ללמוד את הרוח, לבחון את הצורך בהתאמות ובשיפורים בתחומים שונים ולהציע דרכים קונקרטיות ליישומן".<sup>195</sup> הצוות בחן את שתי ההמלצות של ועדת טירקל שפורטו לעיל – הכפפת המבת"ן למח"ש, והצורך בתיעוד חזותי – ודחה את שתייהן. הכפפת המבת"ן למח"ש נדחתה משני טעמים עיקריים: הראשון, המומחיות המיוחדת של פרקליטים בכירים המשמשים היום ממונים על המבת"ן בענייני עברות וחקירות ביטחוניות; השני, הניתוק הארגוני בין השב"כ למבת"ן אינו נחוץ עוד מאז שהמבת"ן אינו עוד איש שב"כ. מטעמים אלו הוחלט להשאיר על כנה את הכפיפות הארגונית הנוהגת היום.<sup>196</sup> המלצתה של ועדת טירקל להנהיג נוהל של תיעוד חזותי בחקירות ביטחונית של השב"כ נדחתה אף היא, ובמקומה הוצע הסדר חלופי. צוות צ'חנובר טען כי מאחר שחומרי החקירה של השב"כ

195 החלטה 1143 של הממשלה ה-33 "מינוי צוות לבחינה וליישום הרוח השני של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31.5.2010 (בנושא הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי)" (5.1.2014).

196 שם, בסעיפים 132-133.

משמשים לא פעם ראיות בהליכים פליליים, גם תיעודים חזותיים עלולים להידרש כחומרי חקירה בבית המשפט, דבר שיפגע באיכות החקירות וביכולת הסיכול של הארגון. על מנת להגביר בכל זאת את יכולת הבקרה והפיקוח על הנעשה בחקירות ועל מנת לסייע "בהדרכת טענות שווא על שימוש באמצעים פסולים בחקירות", הוועדה הציעה להציב בחדרי החקירות מצלמות ולהקדיש את החקירות בזמן אמת בחדר בקרה מיוחד שאליו יוכל לגשת, בכל עת וללא ידיעת החוקרים, מפקח מטעם משרד המשפטים. המפקח יוכל לערוך "תרשומת תמציתית" של הנעשה בחקירות, ותחול עליו חובת דיווח למכת"ן על שימוש באמצעים פסולים.<sup>197</sup> לדעתנו, המלצות הוועדה מדגימות פעם נוספת כיצד עמדות גורמי הביטחון משפיעות על איזון האינטרסים באופן שמטה אותו דרך קבע לטובת האינטרס הביטחוני ומקפח את זכותם של הנחקרים לבירור טענותיהם בהליך משפטי הוגן. ברקע לדברים עומדת, כך נראה, ההנחה שטענותיהם של הנחקרים הן ממילא טענות שווא, והצורך בכירורן לא נובע מזכות קנויה אלא מחסד שנוטה להם המשפט הישראלי או מהאינטרס של מדינת ישראל לרחוץ בניקיון כפיה. אנו סבורים כי בכל מקרה שחוקרי השב"כ מעלים בו את טענת הגנת הצורך בהקשר של הפעלת אמצעי חקירה לא חוקיים, יש לפתוח בחקירת מח"ש שתבחן באופן עצמאי ויעיל אם היו הנסיבות כאלה שיכלו לבסס טענת צורך ואם האמצעים שנקטו נפלו בגבולותיה של ההגנה.<sup>198</sup>

## 5. תחת מעטה של חשאיות וסודיות

אחד המאפיינים של העיסוק בענייני ביטחון הוא קבלת החלטות מדיניות, ביצוע פעולות מבצעיות וניהול הליכים משפטיים מתוך שימוש ב"מעטה הסודיות העוטף את הביטחון הלאומי".<sup>199</sup> בכל הנוגע לדרכי החקירה של השב"כ משמעותו של מעטה סודיות זה היא שהשב"כ כאורגן של הרשות המבצעת נהנה מכר פעולה רחב ומיכולת לפעול הרחק מעיני הציבור ותחת ביקורת חיצונית

197 שם, בסעיפים 136-139.

198 חוות דעת של פרופ' מרדכי קרמיניצר ופרופ' יובל שני שהוגשה לבית המשפט העליון, אך לא נתקבלה על ידו משום ש"פרשנות הדין הישראלי אינה טעונה חוות דעת מומחים", בעניין אבו גוש, לעיל ה"ש 68 בפרק זה.

199 יצחק זמיר "זכויות אדם וביטחון המדינה" משפטים יט 17, 22 (תשמ"ט).

מינימלית. אף שלמעטה הסודיות יתרונות מבחינת קידום האינטרס הביטחוני,<sup>200</sup> המחיר המשולם בגינו גבוה: היעדר פיקוח מספק של הציבור, מערכת המשפט והקהילה הבינלאומית דווקא בנושא ובנסיבות שבהן פיקוח כאמור נחוץ במיוחד. תחת מעטה חשאיות קל יותר לאשר פגיעה בזכויות אדם לטובת ההגנה על הביטחון או ליצור לגיטימציה לפגיעה כזאת. הרחק מדעת הקהל הפנימית והחיצונית זכויות אדם נוטות לאבד ממשקלן ביתר קלות. זאת ועוד: דומה כי מעטה ההסתרה משרת לא רק את טעמי הביטחון אלא גם את הרצון הציבורי (אולי הלא מודע) שלא לדעת ואת ההסתרה העצמית הרווחת בכל המערכת החברתית והמשפטית בהקשר של לחימה בטרור. מאחר שברור שהלחימה בטרור כרוכה בצדדים לא "יפים", נראה כי במידה רבה לציבור נוח יותר לא לדעת כיצד היא מתבצעת ואיזה מחיר נגבה תמורת השמירה על ביטחוננו.<sup>201</sup>

דרכי החקירה של השב"כ והשימוש בלחץ פיזי בחקירות מספקים ביטויים רבים מספור למעטה החשאיות האופף את העיסוק בביטחון הלאומי: החל במתרחש בחדרי החקירות, עבור בהליכים המתנהלים בבתי המשפט וכלה בפעילותם של מנגנוני הביקורת על החקירות. נדון באחדים מביטויים אלה.

כידוע, פעילות השב"כ ככלל אינה גלויה במידה רבה לציבור הרחב. עד חקיקת חוק השב"כ בשנת 2002 לא הייתה כל הסדרה כוללת בחוק של תפקידי השירות, סמכויותיו, מבנהו ודרכי הפיקוח על עבודתו, ואלה נקבעו בהחלטות ממשלה בלבד ובאופן חלקי. ממילא, גם לאחר חקיקת חוק השב"כ נותר הנסתר רב על הגלוי – הפעם בחסות החוק. כך למשל בסעיף 19 לחוק השב"כ נקבע כי כללי השירות, הוראות השירות, נוהלי השירות וזהות עובדיו והפועלים מטעמו, וכן פרטים אחרים בנוגע אליו שייקבעו בתקנות הם חסויים, וגילויים או פרסומם אסור. דינו של המגלה או המפרסם מידע זה בלא היתר הוא שלוש שנות מאסר. פירוש הדבר שפרסום או הדלפה של חומר שקשור בעבודת השב"כ אסורים אפילו כשיש בחומר זה עניין מובהק לציבור. העובדה ששמותיהם של כל חוקרי השב"כ נשמרים בסוד – ובמקומם נעשה שימוש בכינויים או בדרגות

200 גם בעניין זה המצב אינו חד־משמעי. במקום שמעטה הסודיות נמתח בו באופן רחב מדי מעבר למה שמוצדק עניינית – יש חשש לזילות הסודיות.

201 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 680.

פיקטיביות<sup>202</sup> – מונעת מהמתלונן ומבא כוחו לדעת מי חקר אותו, מי אישר את חקירתו ואם הפעולות שננקטו נגדו היו על פי נוהלי העבודה או אם אושרו.<sup>203</sup> עוד ביטוי לחיסיון על עבודת השב"כ נוגע לכך ששייכות ועדת הכנסת לענייני השירות (הלוא היא ועדת המשנה למודיעין ולשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת) חסויות גם הן.<sup>204</sup> ראוי להוסיף כי השב"כ הוא אחד מהגופים הפטורים מחובת הנגשת המידע החלה על רשויות ציבור מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.<sup>205</sup>

חקירות השב"כ בפרט נתונות תחת מעטה כבד של סודיות שאינו מאפשר לדעת ישירות את רוב המידע הרלוונטי. אחת הדוגמאות הבולטות למעטה זה היא העובדה שהחלק השני של דוח ועדת לנדוי, שקבע את ההנחיות המדויקות בדבר האמצעים שבהם מותר לחוקרי השב"כ להשתמש בחקירותיהם, נותר חסוי עד עצם היום הזה – חיסיון שאף בית המשפט העליון אישר וקבע כי אין להסירו.<sup>206</sup>

202 הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל, מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 10.

203 שם, בעמ' 12. באחד מדוחותיו ציין הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל כי בשנת 2011, בתגובה לתלונות שהגיש, התקבלו במשרדו תגובות מאת המב"ת שהודפסו על נייר מכתבים שאינו נייר רשמי של גוף ממשלתי כלשהו ונחתמו על ידי המב"ת בשם פרטי בלבד. ספק אם מצב דברים כזה ראוי כשעסקינן בגורם סמכות רשמי של המדינה – אם מבחינת מראית פני הדברים ואם מבחינה מהותית. ראו הוועד הציבורי נגד עיניים, עדיין מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 10.

204 ס' 6 לחוק השב"כ, התשס"ב-2002.

205 ס' 14 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

206 בג"ץ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 837, 845 (1993). הנימוק המקובל לחיסיון המוטל על חקירות השב"כ הוא החשיבות הרבה שבהסרת שיטות החקירה, משום שחלק גדול מהלחץ על הנחקר מקורו בפחד מפני הבלתי ידוע ומהאמונה שהוא נתון לחסדי החוקרים באופן מוחלט וללא מגבלות. ואולם מנגד נראה כי עם השנים התערער בסיסה של טענה זו, שכן התרבו המקורות הגלויים בדבר שיטות החקירה, והן הלכו ונודעו לנחקרים בכוח ובפועל בין היתר מפה לאוזן. ראו קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 678. מעניין שבשנת 2006 פורסם בארצות הברית "ספר הוראות השדה למבצעי איסוף של מודיעין אנושי" של צבא ארצות הברית, שמציג בפירוט 18 שיטות חקירה שמבוססות על עשרות שנות ניסיון ושהוכחו כיעילות במגוון זירות ומצבים. ברוח בתכלית האיסור מציינים המוקד

עוד דוגמאות למעטה האופף את חקירות השב"כ הן העובדה שגם ההנחיות הפנימיות שנקבעו בשב"כ בנוגע למערכת ההתייעצויות והאישורים הנדרשת לצורך השימוש בהגנת הצורך – כזכור, בהמלצת היועץ המשפטי לממשלה – אינן גלויות לציבור. נוסף על כך, בשנת 2011 אישר בית המשפט העליון את המשך סודיות המידע בדבר מקומו הפיזי-גאוגרפי של מתקן מעצר של השב"כ ("מתקן 1391") – אישור שניתן, בין היתר, בעקבות קבלת עמדתה של המדינה שהמעצר במתקן כפוף להוראות הדין הישראלי והמשפט הבינלאומי, ושהסתרת מקומו נובעת מהימצאותו בתוך בסיס סודי של צה"ל ואינה משמשת "אמצעי לחץ" בחקירה (ובהסתמך על מגבלות שונות שהמדינה קיבלה על עצמה בנוגע לשימוש במתקן).<sup>207</sup>

עוד יש לזכור כי בבתי המשפט מוטל פעמים רבות חיסיון מטעמי ביטחון על עדויות כוחות הביטחון, ובייחוד על עדויות של חוקרי השב"כ.<sup>208</sup> ראוי לציין כי לחיסיון אפקט פסיכולוגי שלא פעם מביא לידי העצמת המידע המודיעיני החסוי ולהאדרת חשיבותו: "הילה של סודיות ושל חשיבות אופפת אותה, ויוצרת בעוסקים במלאכה תחושה שמדובר במעיין חתום, נסתר מן העין, שמימיו זכים".<sup>209</sup>

עוד רכיב עיקרי במעטה החשאיות האופף את חקירות השב"כ נוגע להיעדר תיעוד חזותי או קולי של החקירות. בהקשר זה נזכיר כי חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 (להלן: חוק חקירת חשודים) קובע, ככלל, חובת תיעוד חזותי וקולי במקרים שניכרת בהם חשיבות מיוחדת לשיקוף נאמן

---

להגנת הפרט ובצלם כי מפקד זרוע המודיעין בצבא ארצות הברית, הגנרל ג'ון קימונס, שהציג את ספר ההוראות במסיבת עיתונאים, ציין כי ההחלטה לחשוף את שיטות החקירה במלואן ללא חלקים חסויים כלשהם נבעה בין השאר מההנחה שבעקבות השימוש בהן יהפכו ממילא כל השיטות, במוקדם או במאוחר, ידועות גם לאויב. ראו המוקד להגנת הפרט ובצלם בתכלית האיסור, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 69.

207 ראו בג"ץ 8102/03 חה"כ גלאון נ' שר הביטחון (לא פורסם, 20.1.2011). נציין שהעובדה שהמתקן נמצא בבסיס סודי אינה גזרת גורל אלא מעשה מכוון שתוצאתו הישירה היא הפיכת מיקומו לסודי. בנוסף, סעיף 33(א) לחוק המעצרים מורה במפורש כי משוהחלט על מעצרו של אדם "תימסר ללא דיחוי הודעה על מעצרו ועל מקום הימצאו לאדם קרוב לו". מקום המתקן בבסיס סודי הביא להפרה של הוראה זו.

208 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 677.

209 קרמניצר ושפירא-אטינגר, לעיל ה"ש 91 בפרק זה, בעמ' 215.

של מהלך החקירה, כדי למנוע הפרות חוק ועיוות דין. כך למשל, באשר לחובה לתעד תיעוד כזה חקירה שלא תועדה בכתב בשפת התנהלותה; באשר לחקירתו של חשוד בעל לקות מסוימת; ובאשר לחקירה של חשוד בעברות חמורות שעונשן יותר מעשר שנים. ואולם לא רק שחקירות של חשודים בעברות ביטחון על ידי השב"כ נהנות מפטור קבוע מתיעוד כאמור, אלא שעל פי סעיף 17 לחוק חקירת חשודים, גם חקירות מסוג זה המבוצעות על ידי המשטרה זכו לפטור מחובת התיעוד הקבועה בחוק. הסעיף החל את דרכו כהוראת שעה, וביוני 2015, עת היה אמור לפוג, הוארך תוקפה של ההוראה בשנה וחצי.<sup>210</sup> בדצמבר 2016 התקבלה הצעת חוק ממשלתית, והסעיף קנה לו שביטה כהוראה קבועה.<sup>211</sup> פירוש הדבר כי גם אותו חלק של חקירות חשודים בעברות ביטחון שמתבצע על ידי המשטרה, בעיקר גביית הודאתו של הנחקר לאחר סיום חקירתו על ידי השב"כ, שבה עיקר דבריו נרשם בזיכרון דברים, לא יתועד באופן קולי או חזותי. בעקבות זאת גם לא יהיו ראיות ישירות למצבו הפיזי והנפשי של הנחקר בעת מסירת הודאתו לשוטרים, בתום חקירתו בידי השב"כ.<sup>212</sup> עיגון הוראת השעה כהסדר קבע בצד ההמלצות בדוח צ'חנובר, שם אף צוין במפורש שהצורך בחשאיות הוא העומד מאחורי ההסדר המוצע, מתגבשים יחד לכדי מצב משפטי שמונע מנחקרים כל אפשרות מעשית להוכיח טענותיהם בדבר שימוש באמצעים פסולים.

210 יונתן ליס "הוארך בשנה וחצי הפטור מתיעוד חקירת חשודים בעבירות ביטחון" הארץ 29.6.2015. חוק סדר הדין הפלילי (חקירות חשודים) (תיקון 7 הוראת שעה), התשע"ה-2015.

211 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 8) (חקירת חשוד בעבירת ביטחון), התשע"ז-2016, ה"ח 1091. יצוין כי ההצעה כללה בסעיף 17(א) לחוק תחליף לתיעוד הקולי והמצולם בחקירות משטרה של חשודים בעברות בטחון: "יבוצעו פיקוח ובקרה אקראיים על חקירות אלה, כפי שייקבע בנהלים פנימיים של משטרת ישראל, באישור השר לביטחון הפנים והיועץ המשפטי לממשלה, ובלבד שיתאפשר לגורם המפקח לערוך פיקוח ובקרה על כל החקירות המתנהלות, בכל עת, בלא התראה מראש ובלא ידיעת החוקרים, ויתנהל רישום על קיום הבדיקה".

212 לינא סאבא "התיעוד החזותי בחקירת חשודים בצל תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון – חקירת חשוד בעבירת ביטחון), התשע"ב-2011" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 28.5.2012; הוועד הציבורי נגד עינויים מתחת לכלל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 10.



נציין כי היעדר התיעוד האמור מצטרף לתיעוד המוגבל בכתב של חקירות השב"כ. בעניין זה נטען כי יש שתי גרסאות לזיכרון הדברים שנכתב אחרי חקירה: האחת פנימית, מפורטת, שמתארת את אמצעי החקירה שננקטו וחשופה לעיני אנשי השירות בלבד; והאחרת כללית ותמציתית יותר, שמיועדת למשטרה ולבתי המשפט.<sup>213</sup> דוח ועדת גולדברג מתאר את תיעוד החקירה הנעשה על ידי השב"כ: "תיעוד זה הוא קצר ביותר, כמעט לקוני, וקיים חשש כי מה שרלבנטי לנושא הדיון האמור להתקיים בבית המשפט, איננו מצוי בתיק החקירה".<sup>214</sup> כשאין תיעוד וכשהחוקרים אינם מסוגלים לשחזר את מהלך החקירה מזיכרונם, נמנעים גם מההגנה וגם מבית המשפט נתונים חיוניים שחסרונם עלול להביא לידי עיוות דין.<sup>215</sup>

דומה כי אין צורך להדגיש את חשיבותו של התיעוד החזותי והקולי של חקירות בכלל ושל חקירות בעברות ביטחון בפרט. החובה לתעד חזותית חקירות בעברות חמורות נועדה –

לאפשר לבית המשפט להתרשם בדרך הקרובה ביותר להתרשמות בלתי אמצעית, מאופן ניהול החקירה ומנסיבות מסירת ההודאה במהלכה. זאת, על מנת לסייע בידיו בקביעת קבילותן ומשקלן של הודאות שנמסרו בחקירה, וכדי לאפשר הגנה טובה יותר לזכויותיהם של נחקרים.<sup>216</sup>

תיעוד חזותי מסייע להרים את המסך מעל המתרחש בחקירה ועושה אותה גלויה לעין. הוא אמצעי חשוב להבטחת ניהול חקירה הוגנת מלכתחילה, חופשייה מעיניניים ומיחס לא אנושי ומשפיל. רק כך אפשר להבטיח את אמינות ההודאות,

213 הוועד הציבורי נגד עינויים, שם, בעמ' 10 ובה"ש 8, המבהירה כי הביסוס העובדתי לטענה זו נסמך על פרוטוקולים חסויים של דיונים שנערכו בבתי משפט צבאיים שאסור לחשוף אותם. עוד ראו בעניין זה דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 2.22-2.24.

214 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, דעת המיעוט של פרופ' קרמניצר (1997).

215 שם, בעמ' 67.

216 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי פ"ד סא(1) 461, פס' 23 לפסק הדין (2006).

את יכולתם של בתי המשפט לקבוע ממצאים מבוססים היטב ואת הרתעתם של החוקרים מהיזקקות לאמצעי חקירה פסולים. דווקא בהקשר הביטחוני יש חשיבות מיוחדת לתיעוד מלא של החקירות. ראשית, בחקירות אלה – שבהן הנחקר נתפס בדרך כלל כאויב – יש סכנה מוגברת לשימוש בעינויים ובאמצעי חקירה פסולים אחרים, שעלולים לאיין את רצונו החופשי של החשוד; שנית, הסדרים משפטיים בנוגע לחשודים בעברות ביטחון כדוגמת מניעת מפגש עם עורך דין, ניתוק מהעולם החיצון, אי-הבאה לפני שופט לפרק זמן ממושך והארכת מעצר בהיעדרו של החשוד – מעצימים את הסכנה לשימוש באמצעי חקירה פסולים. במקרים אלה נדרש אפוא להקפיד ביתר שאת על שימוש בכלים שביכולתם להבטיח פיקוח הולם על החקירה; שלישית, תיעוד חקירות ביטחוניות יכול לספק עדות אובייקטיבית יחידה של התנהלות החקירה ולתרום ליכולתם של גופי הבקרה, ובראשם היועץ המשפטי לממשלה, לבקר כנדרש את התנהלות החקירה.<sup>217</sup> עמדה על כך בשעתו מבקרת המדינה בציינה:

האפשרות הכמעט יחידה לעקוב באופן מלא אחר המתרחש במיתקני החקירות של השב"כ היא באמצעות תיעוד נאמן של מהלכי חקירות ובפרט של ההיתרים להפעלת אמצעי לחץ. על השב"כ לפעול נמרצות כדי להבטיח שיקוף מלא, אמיתי ומדויק של מהלכי חקירות ושל היתרים, כדי שיהיה זמין בכל עת למי שהוסמך להידרש אל הפרטים: יהיו אלה ערכאות שיפוטיות, גופי ביקורת ובקרה חיצוניים או פנימיים, גופי תורה והדרכה של השב"כ (לצורך הפקת לקחים ולימוד) או דרגי פיקוד.<sup>218</sup>

- 217 סאבא, לעיל ה"ש 212 בפרק זה. פניית האגודה לזכויות האזרח ליועץ המשפטי של המשטרה לביטחון פנים בעניין תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון – חקירת חשוד בעבירת ביטחון), התשע"ב-2011, מיום 12.1.2012. נציין כי עתירה עקרונית נגד עצם הפטור הגורף הניתן למשטרה ולשב"כ מחובת תיעוד חזותי וקולי של חקירות חשודים בעברות ביטחון נמחקה בנימוק כי יש להמתין עד שמשרד המשפטים יבחן הסדר חלופי לסעיף. ראו בג"ץ 9416/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' המשרד לביטחון פנים (לא פורסם, 6.2.2013).
- 218 דוח מבקרת המדינה, לעיל ה"ש 27 בפרק זה, בעמ' 7.

מעטה חשאיות אחר אופף את פעילותו של המכת"ן. כזכור, גורם זה אחראי לערוך בדיקה מקדמית של תלונות נחקרים בטרם יוחלט אם להעבירן לחקירה במח"ש. התייעוד שנאסף בעת הבדיקה מסווג, ולכן אינו נגיש למתלוננים או לעורכי דינם. לטענת ארגוני זכויות אדם, המכת"ן גובה את עדויות המתלוננים בביקורים קצרים ובלתי צפויים, כעניין שבשגרה, והקודמים בתפקיד זה נהגו, שוב כעניין שבשגרה, להציג את עצמם בעת גביית העדויות באופן כוזב כנציגי משרד המשפטים.<sup>219</sup> יצוין כי המוקד להגנת הפרט הגיש לבית המשפט העליון עתירה עקרונית המבקשת להורות כי יועברו לו חומרי החקירה של המכת"ן שעמדו בבסיס החלטתו של הגורם המוסמך לסגור תיקי חקירה של תלונות על חשדות לעינויים שהופעלו כלפי נחקרים פלסטינים. בית המשפט מחק את העתירה בלא צו להוצאות משסוכם כי חומרי החקירה יועברו לעותרים, אבל ציין כי ככל שהמוקד להגנת הפרט ייענה בסירוב מצד המכת"ן או השב"כ להעביר את חומרי החקירה, הוא יהיה רשאי להגיש עתירה קונקרטיית בעניין.<sup>220</sup>

נראה כי בדין טען המוקד כי הפרקטיקה של אי-העברת חומר החקירה של המכת"ן – כולו או חלקו – לידי המתלוננים לאחר שהגורם הבודק החליט לסגור את תיק החקירה מגבילה ואף חוסמת שלא כדין את דרכם של המתלוננים לבחון אם תלונתם נבדקה ונבכנה ביסודיות וללא משוא פנים, וכן לפנות לבית המשפט כדי שיעביר תחת שבט ביקורת את התנהלותם של גורמי החקירה. ספק רב אם שלילה גורפת של זכות העיון של הנחקרים בחומר החקירה של המכת"ן עומדת באמות מידה חוקתיות ומקיימת את חובת המדינה לפעול בשקיפות ובהגינות, הן מכוח הדין הפנימי והן מכוח הדין הבינלאומי.

## 6. תפיסת הנחקרים כ"אחר" האולטימטיבי

כפי שתארנו בפרק הראשון של הספר, טרוריסטים – ובכללם לא פעם גם מי שרק חשודים בפעילות טרור – נתפסים כמי שמייצגים את האחר" האולטימטיבי: שונים מ"אתנו" ומנוגדים "לנו" בכל מובן אפשרי; מייצגים את הרע המוחלט

219 הוועד הציבורי נגד עינויים מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 46-47; הוועד הציבורי נגד עינויים עדיין מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 2.

220 בג"ץ 7987/11 המוקד להגנת הפרט נ' הממונה על המכת"ן, משרד המשפטים (פורסם בנבו, 26.12.2012).

שבאנושות; ואף כמי שבמטרותיהם ובפעולותיהם הוציאו את עצמם מקרב החברה האנושית, ולפיכך אינם זכאים ליהנות מההגנות שזו מקנה לחברים בה. התייחסות דמונית זו מאפשרת לאמץ ביתר קלות נורמות שפוגעות בזכויותיהם של חשודים במעורבות בפעילות טרור ולנקוט פרקטיקות תואמות, והכול בשם ההגנה על קיומנו אנו. וכך, באופן אירוני משהו, עוצמתה של הזכות לחיים – שלנו – מעוותת את עינינו מלראות את הפגיעה בזכויות יסוד, ובכלל זה הזכות לחיים של הצד האחר. היא משכיחה מאתנו את נקודת המוצא הבסיסית ביותר שגם הפושעים המסוכנים ביותר, בכלל זה פעילי הטרור שבהם, הם בני אדם, ולפיכך בעלי זכויות טבעיות ובסיסיות שבמרכזן הזכות לחיים והזכות לכבוד אנושי – שאין לשלול מהם.

אחת הדוגמאות הבולטות ליחס דמוני ומכליל כלפי חשודים במעורבות בטרור מופיעה ברוח ועדת לנדוי. כזכור, כדי לבסס את מסקנתה בדבר האפשרות להפעיל לחץ פיזי מתון בחקירות של חשודים בטרור, נשענה הוועדה על שני אדנים עובדתיים-הערכתיים עיקריים: האחד, הקביעה שבלא לחץ פיזי לא יתאפשרו חקירות יעילות של חשודים בטרור, ולפיכך לא ניתן יהיה לספק רמה סבירה של ביטחון לאזרחי המדינה; והאחר, הדגשת טבעם המסוכן והמאיים של ארגוני הטרור מכאן, אל מול רמתם המקצועית והמוסרית הגבוהה של חוקרי השב"כ מכאן. באופן הראשון עסקנו בסעיפים קודמים וכאן נתייחס בקצרה אל השני.

כאמור, אל מול האופן ההרואי שבו תיארה ועדת לנדוי את חוקרי השב"כ, הציבה הוועדה את המעורבים בטרור כבעלי אופי שטני, כמי שכל מטרתם היא זריעת הרס והשמדתה של מדינת ישראל, וכמי שלא יבחנו בכל אמצעי להשגת מטרה זו. הוועדה יצרה אפוא קו ברור "בינם" ל"בינינו", בין ה"טובים" ל"רעים", והציגה את המעורבים בטרור כנעדרים זכות מוסרית לדרוש שהמדינה תעניק להם זכויות אזרחיות. אופיים השטני של המעורבים בטרור מצדיק, ואף מחייב, לשיטת הוועדה, שימוש באמצעים חריגים נגדם. הזכויות המוסריות שמן הראוי להעניק להם אינן נובעות מעצם היותם בני אנוש, אלא מהאינטרס ומהחובה של מדינת ישראל לשמור – כלפי עצמה – על רמה מוסרית גבוהה. כך כלשון הוועדה:

מגמתם של מעשי הטרור היא לשלול זכות יסוד מאזרחי המדינה, היא הזכות לחיים ולשלמות הגוף. ארגונים שכזאת מטרתם, אין להם כל זכות מוסרית לתבוע מצדם שהמדינה תקיים כלפיהם את

זכויות האזרח המקובלות. למרות זאת על המדינה ועל רשויותיה, כולל השירות, לשמור על התנהגות הומניטרית ועל צלם אנושי ביחסם אל אנשי פח"ע, כדי לקיים את ה"אני מאמין" של המדינה עצמה, כמדינת חוק המושתתת על מושגי יסוד של מוסר. כל פגיעה במושגי יסוד אלה, אפילו כלפי מבקשי נפשה, עלולה להתנקם בנו בהשחתת המידות כלפי פנים.<sup>221</sup>

רטוריקה זו, שמרמזת כי ישנם בני אנוש בעלי מעמד נחות מזה של אחרים, לפחות מבחינה מוסרית, מסוכנת ביותר. היא מנוגדת להבנה הבסיסית ביותר בדבר שוויון בין כל בני האדם באשר הם, ובדבר קיומן של זכויות אדם בסיסיות שעומדות לכל אדם באשר הוא. בוודאי ובוודאי אין לקבלה כשמדובר בחשודים בלבד, שכל עוד לא הורשעו בדין, עומדת להם חזקת החפות.<sup>222</sup>

התיאור האמור של ארגוני הטרור אל מול חוקרי השב"כ מתקשר גם לתופעה אחרת שכבר הוזכרה – הנטייה להתייחסות דיכוטומית אל המציאות ולניתוח סוגיות מורכבות בצבעים של שחור-לבן. מצד אחד ניצבים ב"לבן" חוקרי השב"כ, אלה שאפשר לסמוך על שיקול דעתם, על רמתם המקצועית ועל כושר השיפוט שלהם, המבטיחים כי סמכויות חקירה שיוענקו להם לא ינוצלו חלילה שלא כדין; ומן הצד האחר ניצבים, "שחורים משחור", פעילי ארגוני הטרור (ובכללם גם מי שרק חשודים במעורבות בטרור), שבשל אופיים המסוכן נחוצים אמצעים חריגים כדי להתמודד עמם. הניסיון ליצור קו גבול חד בינינו לבינם איננו רק בעייתי מבחינה מוסרית, אלא גם אינו משכנע מבחינה מעשית. יש לזכור כי חשודים בפעילות טרור, כאמור, אינם בהכרח חיצוניים וזרים, הם יכולים להיות גם מקרבנו, ופרשת נאפסו היא דוגמה מהדהדת לכך.

ההתייחסות המכלילה אל חשודים בטרור כאל האחר האולטימטיבי באה לידי ביטוי גם במנגנוני הבדיקה של תלונות נחקרים על עינויים והתעללות מצד חוקרי השב"כ. כפי שכבר תואר, בהיעדר תיעוד קולי או חזותי של החקירות, עיקר החומרים הרלוונטיים לבידור התלונה הם עדות המתלונן אל מול עדויות החוקרים

221 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 4.5.

222 Krennitzer, לעיל ה"ש 22 בפרק זה, בעמ' 223 ו-227.

"מילה נגד מילים"). מהחלטות הממונה על המבט"ן עולה כי במסגרת בירור התלונה נטל ההוכחה מועבר למעשה אל הנחקר, ומאחר שגרסתו אינה תואמת ככלל את גרסת השב"כ, היא נתפסת אוטומטית כשקרית. העובדה שאי־אפשר לאמת באופן בלתי תלוי את דיווחי החוקרים אינה מונעת מגורמי הבדיקה לאמץ בעקביות את עמדתם בכל מקרה של אי־התאמה בין גרסתם לגרסת הנחקרים, והתלונה נגזזת ללא חקירה נוספת.<sup>223</sup> יחס מבטל כלפי נחקרים פלסטינים באשר הם עולה גם מהתייחסויות של גורמים בכירים ביותר במערכת המשפט בישראל. כך למשל תיאר שי ניצון, בעבר המשנה לפרקליט המדינה והיום פרקליט המדינה, נחקרים כאינטרסנטים, בעלי עוינות בסיסית כלפי מדינת ישראל, ולכן מי שיכולים להפיק תועלת מהגשת תלונות חסרות שחר. לדבריו:

והעובדה שיש פה אנשים אינטרסנטיים. [...] עם עוינות בסיסית למדינת ישראל. [...] יכול להיות להם אינטרס להעליל עלילה, ומה שיותר מעניין הרבה פעמים מי שמגיש תלונות זה נחקרים שבמהלך חקירתם הודו בביצוע פעילות בטחונית נגד ישראל. וכדי להגן על עצמם מול חבריהם שכועסים למה הם הודו, וכדי להסביר הם אומרים הרביצו לנו, התעללו בנו. כלומר יש סיבה חיצונית לאמת שיכולה להניע.<sup>224</sup>

גישה מעין זו – שמבטלת כלאחר יד את הנחקרים הפלסטינים רק בשל היותם חשודים בעברות ביטחון – בעייתית. במקום להתמודד באופן אמיתי עם האפשרות שהודאות שהושגו מנחקרים אלה התקבלו בכפייה ומתוך שימוש באמצעים פסולים, קל יותר להסיק את המסקנה שעצם ההודאה מלמד על חוסר האמינות של תלונותיהם נגד החוקרים.<sup>225</sup> מכל מקום, ברי כי במציאות

223 ראו למשל הוועד הציבורי נגד עינויים, עדיין מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 4.

224 עדות המשנה לפרקליט המדינה, לעיל ה"ש 59 בפרק זה, בעמ' 59. והשוו דוח לנרדי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 4.18.

225 הוועד הציבורי נגד עינויים, עדיין מתחת לכל ביקורת, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 11.

שבה המקור העיקרי למידע על הנעשה בחדרי החקירות של השב"כ (ואף של המשטרה) – מלבד גרסתם הרשמית של גופים אלה – הוא עדויות של נחקרים, אם במסגרת הליכים משפטיים ואם במסגרת דוחות של ארגוני זכויות אדם, עמדת המדינה שיש להתייחס לעדויות אלה בספקנות, ככאלה שהמניעים להן עלולים להיות בעייתיים, מאפשרת ביתר קלות להתייחס אליהן כביטול, כבלתי אמינות ולפיכך כלא ראויות להתייחסות. ואולם בזמן שנעשה מאמץ להטיל דופי בנחקרים באשר הם, לא הוצגה בעייתיות מקבילה בנוגע לאינטרס האפשרי של החוקרים להסתיר את האמת בנוגע למתרחש בחקירה, ככל שהאמת "רעה" להם ו"רעה" מבחינתם לעניין שהם מייצגים. תמוהה במיוחד העובדה שגישה זו רווחת גם לאחר מה שהיה אמור להילמד מדוח ועדת לנדוי על מתן אמון בחוקרים ואימתן אמון בנחקרים – בניגוד לעובדות.

ביקורת חריפה אף יותר בנושא זה מועלית ומודגמת היטב בדוח של המוקד להגנת הפרט ובצלם משנת 2010. ארגונים אלה מציעים לבחון את התנהלות הרשויות כלפי נחקרים פלסטינים על רקע זהותם הלאומית ופעילותם נגד הכיבוש המתמשך, ולא רק על רקע הסיכון הנשקף מהם לחיי אדם. לדבריהם, אמצעי החקירה והיחס לנחקרים פלסטינים אינם רק שיטה לגביית מידע, אלא יסודם בגזענות וברדה-הומניזציה של מי שמתויג כאויב, ויש להבינם כשיטה לדיכוי, להרתעה וללימוד לקח על רקע העימות בין כוחות הביטחון הישראליים ובין תנועות בחברה הפלסטינית שפועלות במגוון אמצעים נגד השליטה הישראלית בשטחים הכבושים. לטענתם, אין ספק שהאמצעים הננקטים כלפי הכלואים מיועדים בין היתר לאסוף מהם מידע ולגבות מהם הודאות שימששו ראיות מפלילות נגדם ונגד אחרים. ואולם אם השורש היחיד של ההתעללות היה הרצון להפיק מידע, אפשר היה לצפות שההתעללות תסתיים מיד לאחר שהמידע הושג במלואו. לאמיתו של דבר, חלק ניכר מההתעללות נמשך גם לאחר סיום החקירה: בשלב שבו לא מופנות עוד שאלות לנחקר, ולבית המשפט נמסר שהתיק הועבר למחלקת התביעות לצורך הגשת כתב אישום. זאת ועוד, אם בבסיס התופעה עומדת רק גישה שמבקשת להביא בכל מחיר לידי סיכול עברות והעמדה לדין של עבריינים, היה אפשר לצפות שהשפלה, אלימות והתעללות כזאת תופעל רק כלפי נחקרים שחשודים בתכנון ובהוצאה לפועל של מעשים חמורים במיוחד (שנהוג לזהותם עם דילמת הפצצה המתקתקת). עוד היה אפשר לצפות שאמצעים

דומים ישמשו את רשויות החקירה הישראליות בחקירה של כל עבריין בעל מסוכנות דומה. אף שאין לארגונים מידע על הטיב המדויק של החשדות שהיה לרשויות הביטחון בנוגע לכל אחד ואחד מהנחקרים שהעידו לפניהם, רבים ממי שסבלו לכאורה מהתעללות חריפה במתקן חקירות של השב"כ, רואיינו לאחר שכבר שוחררו לבתיהם או לאחר שנגזרו עליהם עונשי מאסר של חודשים ספורים או של שנה או שנתיים. שחרור מהיר זה מעיד כי לא נחשדו בעברות ביטחון חמורות. מהעדויות עולה גם כי רוב הנחקרים דיווחו שההאשמות כלפיהם נגעו להתארגנויות פוליטיות באוניברסיטאות ובמקומות אחרים, לחברות בארגוני טרור פלסטיניים כגון החמאס או החזית העממית לשחרור פלסטין, למגע או לניסיונות למגע עם סוכן זר ולהשתתפות בהפגנות ובעצרות. לטענת הארגונים, נקודת מבט זו מסבירה את התופעה טוב יותר מהסבר הדילמה המלאכותית של פצצה מתקתקת, שברוב המקרים אינה מתקיימת, אך בשיח הרווח מוזכרת כעילה העיקרית להתנהלות הרשויות.<sup>226</sup>

האם העדויות הללו של פלסטינים שמתלוננים על עיניים והתעללויות ראויות לאמוץ? קשה לקבוע בביטחון, אבל לנוכח ניסיון העבר יהיה זה משום מעשה של חוסר זהירות וחוסר אחריות לדחות אותן מכול וכול. מכל מקום, גם בלי לאמץ בהכרח את מכלול הטענות שהובא כאן, ראוי לומר כי ההתעלמות הציבורית מחקירות השב"כ ומהאמצעים הננקטים בהן התאפשרה לדעתנו, ועודנה מתאפשרת, בעיקר משום שחקירות אלה – ברובן המוחלט – מתנהלות נגד האחר, והציבור – היהודי, המייצג את רוב האוכלוסייה במדינת ישראל – מניח כי אין כל חשש שאמצעים כאלה יופעלו גם נגדו. קל יותר לקבל אמצעים

226 המוקד להגנת הפרט ובצלם, שיטות חשוכות, לעיל ה"ש 53 בפרק זה, בעמ' 7, 41-43. גישה זו של ארגוני זכויות האדם מתיישבת עם גישתו של אלבר ממי בנוגע לאופן שהכובש רואה בו את הנכבש כנחות וכאויב. לפי גישתו, הקולוניאליזם שולל זכויות אדם מאנשים שהוא מרכא באלימות. אין בנמצא מתיישבים טובים או רעים, יש קולוניאליסטים. רובם "משלימים עם עצמם" – מהלך שמביא אותם לידי מחילה עצמית. אותה עילית של עושקים איננה יכולה אלא להנמיך את קומתו של הנכבש, לשלול מהילידים את צלם האדם ולהגדיר אותם באופן לעומתי בתור השלילה הפשוטה של עצמם, וכל זאת במטרה להגביה את עצמם. ראו אלבר ממי דיוקן הנכבש ולפני כן דיוקן הכובש (אבנר להב מתרגם, 2005).



שיופעלו רק נגד האחר, או למצער לעצום עיניים מלראותם. הנחה זו באה לידי ביטוי ואף זכתה לחיזוק ברוח ועדת לנדוי, שהתיר כזכור להפעיל את סמכויות החקירה המיוחדות לא כלפי כל חשוד בפעילות טרור אלא רק כלפי חשודים שמשתייכים לארגוני הטרור הפלסטינים.<sup>227</sup> כבר אז דובר אפוא בהבחנה ברורה בין יהודים לערבים. נראה כי במרוצת השנים, ועם התמשכות העימות בין ישראל לפלסטינים והשליטה הישראלית בגדה המערבית וברצועת עזה, תפיסות דיכוטומיות מסוכנות אלה התחזקו והשתרשו. אמת, נכון הדבר שהפרדה בין יהודים לערבים לעניין זה התבררה כהפרדה שאינה הרמטית לחלוטין. ואלם למרות השימוש באמצעי חקירה חריגים כלפי יהודים במקרה אחד, עדיין מדובר באמצעים המכוונים בפועל כלפי ערבים, וכך הם גם נתפסים על ידי הציבור.<sup>228</sup>

#### ד. מה מונח על כפות המאזניים?

דרכי החקירה המשטרית הנהוגה במשטר פלוגי הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו; ונוסיף כאן: קל וחומר דרכי החקירה של שירות הביטחון שסכנת גלישה אל עבר שיטות של משטרים השנואים עלינו אורבת לו תמיד.<sup>229</sup>

במילים חדות אלה ביטאה ועדת לנדוי לפני מחצית היובל כמעט את אחת הסכנות הקשות המאיימות על כל חברה דמוקרטית שמתמודדת עם איומים ביטחוניים,

227 קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 30 בפרק זה, בעמ' 680-681.

228 ראו למשל לוינסון, לעיל הערה 170 בפרק זה; רב גילהר, שבתי בנדט ויוסי אלי "עיניים בחקירה? כשזה ערבים השב"כ טוב, כשזה יהודים – לא לגיטימי" וואלה 21.12.2015. בכתבה בוואלה מובאים דבריו של בכיר לשעבר בשב"כ: "הציבור בישראל מוכן לקבל 'לחץ פיזי מתון' נגד פלסטינים, אבל לא נגד יהודים. החבורה הזאת מבצעת פשעים חמורים ביותר, פשעי טרור. כאשר מדובר על פשעים כאלה שעושים ערבים, אז השב"כ הוא טוב. כאשר חוקרים פרשות שכאלה שנעשות או חשודות שנעשו בידי יהודים, אז השב"כ הופך להיות רע ומבצע פעולות לא לגיטימיות".

229 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, פס' 4.2.

מחוץ ומבית כאחד. בניגוד למחשבה המקובלת לעתים האיום הביטחוני עצמו אינו בהכרח המורכב והמסוכן ביותר. לעתים תהליכי ההתמודדות עם איום זה טומנים בחובם סכנות חריפות לא פחות. גם הלורד הופמן היטיב לבטא זאת כאשר ציין: "השימוש בעינויים מביש. הם משחיתים ומבזים את המדינה שמשתמשת בהם ואת מערכת המשפט שמקבלת אותם".<sup>230</sup>

בפרק זה ניסינו להראות כיצד הטיות וכשלים, שמאפיינים הן את תהליכי קבלת ההחלטות בעניינים שקשורים לביטחון הלאומי והן את התפיסות המקובלות בחברה בהקשר זה, מצאו ומוצאים את ביטויים הפרטני בשימוש באמצעי חקירה פסולים שמופעלים על חשודים במעורבות בפעילות טרור. במיוחד ניסינו להראות עד כמה רב כוחן של הפרקטיקות שנוקטים גורמי הביטחון ומה רבה השפעתן על עיצוב הנורמות המשפטיות והחברתיות במדינה, וכיצד האינטרס הביטחוני והסביבה החברתית המייצגת אותו עלולים להטות את הפרקטיקות ואת הנורמות כאחת אל עבר פגיעה יתרה בזכויות אדם. למצב דברים זה עלולות להיות השלכות קשות ומרחיקות לכת על אופייה הדמוקרטי של החברה ועל מידת ההגנה שהיא מקנה לזכויות אדם, שכן אין לטעות ואין לשכוח: היחס לכלוא, לנחקר, ל"אחר", הוא אחת מאבני הבוחן העיקריות לשמירה על זכויות אדם ועל עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית.

230 "The use of torture is dishonourable. It corrupts and degrades the state which uses it and the legal system which accepts it." A. and others v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 71

## פרק שלישי

# אמצעים להתמודדות עם טרור: מעצר מינהלי

מרדכי קרמניצר | אביעד בן יהודה | גיל רוטשילד אליאסי

האיום הממשי על חיי האומה, במובן של אנשים החיים בהתאמה עם החוקים המסורתיים ועם הערכים הפוליטיים שלה, הוא לא הטרור אלא חוקים בדיוק כמו אלה. זו אמת המידה המדויקת למה שטרור מסוגל לעשות.<sup>1</sup>

### א. מעצר מינהלי מהו?

משמעותו המקובלת של מעצר מינהלי (administrative detention) או מעצר מנע (preventive detention) היא מעצר של אדם על ידי הרשות המבצעת בשל סכנה שנשקפת ממנו לציבור או לביטחון המדינה בלי שמוגש נגדו כתב אישום. מעצר בהליך פלילי רגיל נעשה רק על יסוד החשד שהאדם ביצע עברה בעבר, ואולם הרשות המינהלית רשאית להורות על מעצר אדם גם אם לא עבר עברה כלשהי, אבל להערכתה בשל מסוכנותו הוא עלול לפשוע בעתיד. לכאורה מדובר במוסד שמנוגד למוסכמות היסוד של מדינת חוק. הוא מעניק לשלטון כוח לשלול את חירותו של אדם (כלומר לפגוע פגיעה קשה בזכות יסוד רבת חשיבות) על בסיס הערכה של התנהגות עתידה שלו – פרקטיקה שהיא בהכרח

1 “The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve” (Lord Hoffmann) *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, שאִפְשֵׁר למדינה להחזיק במעצר אסירים זרים ללא הגבלת זמן (A. v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKHL 56, para. 97).

ספקולטיבית ובעייתית, שהרי ספק אם אפשר לחזות התנהגות עתידית של אדם. מדובר אפוא באמצעי חריג שההצדקה המקובלת לשימוש בו היא חיוניותו במצב שהוא א-נורמלי, כלומר בשעת חירום בלבד. נתייחס כאן בעיקר למאבק בטרור. בהקשר זה נטען כי לנוכח הסכנה החריגה בעוצמתה לכיטחון הלאומי שגורמות התקפות טרור, יש למנוע אותן טרם התרחשותן ואין להסתפק בענישת מבצעייהן לאחר מעשה. יתרה מזו, לעתים מדובר בטרור מתאבדים שבו, ככלל, אין את מי להעניש לאחר מעשה.

בחלק השני בפרק זה נראה, אגב התייחסות לרציונל שבבסיס המעצר המינהלי, את הניסיון לתת הצדקות משכנעות לכאורה לאמצעים מפוקפקים מטבעם, ובכלל זה היכולת להציג מוסד משפטי באופן שמסתיר מן העין את השימוש האמיתי בו ואת טיבו. בחלק השלישי נביא תיאור קצר של המעצר המינהלי בישראל לסוגיו, ובחלק הרביעי נדבר על התרחבות השימוש באמצעי זה מעבר להגיונו ועל הקושי המובהק להגן על זכויות האדם הבסיסיות ביותר כאשר הנפגעים נתפסים כ"אחר". בשני החלקים שלאחר מכן נדון בקושי הנובע מהיעדר ההתייחסות למלוא הפגיעה בזכויות הכרוכה במעצר המינהלי (בחלק החמישי) ובבעיות המבניות המביאות לידי כך שאי-אפשר לאזן באופן ענייני בין המונח על שתי כפות המאזניים (בחלק השישי). החלק השביעי והאחרון ידון בשאלת ההצדקה לקיומו של המעצר המינהלי בשיטת המשפט שלנו.

## ב. הרציונל שבבסיס כלי המעצר המינהלי

כאמור, ההבחנה המושגית המקובלת ביותר בין מעצר מינהלי להליך פלילי היא זו שבין מניעה מראש של התנהגות עבריינית שעלולה להתבצע בעתיד ובין תגובה עונשית על מעשה עברה שנעשה בעבר. האומנם? לפי הכחנה זו, המקרה הפרדיגמטי של מעצר מינהלי הוא מקרה שבו לא עבר העצור כל עברה. עם זאת נראה בהמשך כי כמעט בכל המקרים, בשלב של נקיטת המעצר המינהלי אין מדובר רק במעשי עברה עתידיים. כשמדובר בעבריינות של ארגוני טרור, פירוש ההפלה רחב מאוד, והוא כולל התנהגויות הרחוקות מאוד מגרימת נזק (כגון תמיכה כלכלית בארגון שנופל להגדרה הרחבה של "ארגון

טרור<sup>2</sup>, עצם החברות בארגון טרור<sup>3</sup> וכן מעשי סיוע לארגון כזה<sup>4</sup>). אפשר להמחיש את העובדה שמעצר מינהלי ננקט במקרים שבהם העצורים כבר פעלו באופן שעולה כדי עברה פלילית דרך העתירות שעצורים אלה מגישים לבג"ץ נגד הצווים שהוצאו נגדם: לאחר שבית המשפט סוקר את הראיות החסרות המעידות כביכול על מסוכנותו של העציר, הוא נוהג להביא פרפרזה מתומצתת של המידע הרלוונטי – לרוב זהה לפרפרזה שכבר ניסח השב"כ לצורך יידוע העצור באשר לסיבת מעצרו – המסתכמת לרוב בכך שהעותר מסייע כבר עתה לארגון טרור כגון חמאס או הג'יהאד האסלאמי או חבר בו.<sup>5</sup>

- 2 ראו חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, ס"ח 76.
- 3 ראו למשל, ס' 3-2 לפקודת מניעת טרור, ע"ר תוס' א' 73. כן ראו הגדרת "לוחם בלתי חוקי" בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח 192, בס' 2 לחוק: "אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ז'נבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה" (ההדגשה שלנו). הפללת החברות בארגון טרור נעשתה רווחת ברחבי העולם בשנים האחרונות, ראו *Liat Levanon, Criminal Prohibitions on Membership in Terrorist Organizations*, 15 *NEW CRIM. L. REV.* 224 (2012).
- 4 ראו ס' 4 לפקודת מניעת טרור.
- 5 ראו למשל בג"ץ 1546/06 גזאוי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.3.2006): "עיינו בהסכמת העותר בחומר החסוי הנוגע לו במעמד צד אחד, ונחה דעתנו כי אין מקום להתערב בדבר המעצר המינהלי כפי שאושרה בבתי המשפט הצבאיים. העותר קשור לגורמי חמאס שהם מן המובילים בטרור, דבר שאין צריך להכביר עליו מלים, והחומר שקראנו תומך בהחלטותיהם של בתי המשפט הצבאיים"; בג"ץ 6404/08 אבו מאריה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור איו"ש, פס' 7 לפסק דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 10.8.2008): "מהחומר החסוי עולה, ככל שנוכל לחשוף, כי העותר הנו פעיל טרור במסגרת ארגון הג'יהאד האיסלאמי, וכי הוא מעורב בפעילות ארגונית במסגרת זו בהיקף נרחב הן באיזור והן מחוצה לו". נציין כי העותר ככלל נותן הסכמתו לעיון בחומר החסוי במעמד צד אחד, בהיעדר בררה אחרת שתקדם את ענייניו במישור המשפטי.

לצורך התרגיל המחשבתי נשאל – מבחינה מהותית ומתוך התעלמות מסוגיית ההוכחות – מה היה דינם של מורשעים בעברות הקשורות בהתארגנויות טרור אילו במקום להיות מובאים לפני בתי משפט הם היו נעצרים במעצר מינהלי. התשובה תהיה שאין כמעט מקרה שלא היה מתאים מהותית להפעלת מעצר מינהלי, מהסיבה הפשוטה שהעתיד נלמד כמעט תמיד מן העבר ועל יסודו, ואין בסיס להניח מסוכנות שמצדיקה מעצר אלא במעשים שכבר נעשו בעבר וקושרים את העושה לארגון טרור. ספק גדול מאוד אם אפשר להצדיק מעצר מינהלי על בסיס פרוגנוזה לעתיד שהיא הערכה בעלמא ללא כל עיגון בעבר ובהווה,<sup>6</sup> בייחוד שבמדינת חוק דמוקרטית כדי להצדיק שלילת חירות נדרשת הערכת המסוכנות להתבסס על הסתברות גבוהה הגובלת בוודאות.<sup>7</sup> הסתברות כזאת נדרשת – ובצדק – בהקשר של הגנה על הביטחון גם כשהזכות הנפגעת פחותה בחשיבותה מהזכות לחירות ממעצר. אפשר שהדרישה הזאת כשלעצמה הופכת את המעצר המינהלי לאמצעי לא לגיטימי, משום שהיא למעשה לא יכולה להתקיים בפועל. בשל יכולתם האנושית המוגבלת, גם של גורמי ביטחון ושופטים, לצפות התנהגות אנושית עתידית, המעצר המינהלי הוא כאמור אמצעי לשלילת חירות על בסיס מפקפק ביותר, מפקפק עד כדי ערעור הבסיס הלגיטימי שלו במדינה שבה ערך החירות האישית מפני מעצר הוא ערך ראשון במעלה.<sup>8</sup> גם אם סוברים אחרת, כדי שהערכת המסוכנות תצדיק שלילת חירות, עליה להיות מבוססת על

6 בהקשר זה כתב השופט שלמה לוין: "אין ספק, שצו מעצר מינהלי אינו יכול לשמש מנוף של ענישה, אך מעשה שבעבר שבוצע על-ידי העצור יכול ללמד, בנסיבותיו של עניין, שקיימת ממנו סכנה לעתיד, סכנה שאותה בא צו המעצר למנוע [...]". (עמ"ס 7/88 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 133, 136 (1988)).

7 בהתאם, בג"ץ אכן קבע במקרים אחדים כי לצורך הוצאת צו מעצר יש להעריך את הסיכון הנשקף ברמת הסתברות של "וראות קרובה". ראו למשל בג"ץ 3280/94 פדרמן נ' אילן בירן, אלוף מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה, פס" 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק (פורסם נבנו, 12.7.1994); עמ"ס 4/96 גינצבורג נ' שר הביטחון וראש הממשלה, פ"ד נ(3) 221, 223 (1996).

8 כמו שהבהיר פרופ' לורנס טרייב: "Even if a defendant is certain to be convicted, this certainty does not imply ipso facto that he is likely to constitute a danger to the community if released" (Laurence H. Tribe, *An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell*, 56 VA. L. REV. 371, 382 (1970)).

עשייה עבריינית שמעידה על רצינות, על מחויבות ועל נחישות להמשיך בה בעתיד.

בהקשר של הרשת הרחבה שנתפסים בה מעשים מקדמי טרור, קשה להעלות על הדעת שיש מעשה שמעיד על היותו מקדם טרור שאינו נתפס בגדר אחת מעברות הרשת או העברות המקדמיות. יוצא אפוא שהמקרה הטהור של מעצר מינהלי אינו רווח במציאות. ככל שיש מצבים יוצאים מן הכלל ונדירים, אפשר לטפל בהם באמצעות מעקב משטרה, שלעתים אפשר ללוותו באזהרתו של האדם שהשלטונות מודעים לתכניתו לעבור עברה. כך, אם נשאל מה היה מצבם המשפטי של העצורים המינהליים לו נמצאו ראיות קבילות ולא חסויות להוכחת הבסיס למעצרו, נראה כי ברוב המקרים, אם לא בכולם, היה אפשר לנקוט נגדם הליכים פליליים. בהקשר זה נזכיר שאחת מתכליותיה של הענישה הפלילית היא מניעה אינדיווידואלית, כלומר מניעה של העבריין מלשוב לסורו. חיזוק לטענה זו אפשר למצוא בדבריו של הנשיא ברק בדיון הנוסף בפרשת העצורים הלבנונים (שבוענינה נרחיב בהמשך הדברים): "איש בעונו ייעצר ואיש בחטאו יוחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה".<sup>9</sup> יוצא אפוא שההבחנה האמיתית איננה בין עבר לעתיד או בין סילוק חשבוני על מה שנעשה ובין מניעת מה שעלול להיעשות, אלא שזו הדרך הקלה למעצר – ללא צורך בהוכחת האשמה כמו בהליך הפלילי התקין. אין אנו טוענים שהדיבור על מניעה נטול כל בסיס, אלא שהמניעה איננה הגורם שהוליד את המעצר המינהלי.

המעצר בעל האפיון המינהלי בא לעולם כחלופה לענישה הפלילית במצב שבו אי־אפשר להשיג הרשעה בפלילים ולכן אין מנוס מהסתפקות בעיצום מסוג שונה. לאפיון המינהלי השלכות מרחיקות לכת על עיצוב האמצעי ועל מסוגלותו לזכות בלגיטימציה. ראשית, מתקיים מעבר טבעי מהחלטה שיפוטית להחלטה שהיא מינהלית, ותפקידה של הרשות השופטת הוא פיקוחי בלבד. שנית, במעצר מינהלי מסולקים, או לפחות נדחקים לשולי התודעה, עקרונות היסוד של המשפט הפלילי: עקרון החוקיות; שפיטה לפי המעשה ולא לפי העושה; חזקת החפות;

9 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000) (להלן: דנ"פ 7048/97).

הדרישות להליך הוגן, שנועדו לאפשר לאדם להתגונן מפני עיצומים קשים ולהבטיח שלא ייעשה לו עוול משפטי, ושבמרכזן מעמדו של החשוד כסובייקט, זכותו לדעת מה מיוחס לו, יכולתו להתמודד עם ההאשמה נגדו ולהתעמת ישירות עם מקורותיה; והדרישה מהמדינה להוכיח את אשמתו מעבר לספק סביר. מה שנחשב לא קביל לחלוטין מנקודת המבט של ההליך הפלילי, נעשה אפשרי ואף קביל ומקובל מנקודת המבט של ההליך המינהלי.

ההבחנה האמיתית היא אפוא בין מקרים שבהם עומדות לרשות התביעה ראיות קבילות להשגת הרשעה ובין המקרים שבהם אין בידיה ראיות כאלה. כדבריה של הנשיאה ביניש בעניין חוקתיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים: "השימוש באמצעי החריג של מעצר מינהלי מוצדק בנסיבות בהן הפעלתם של אמצעים אחרים ובהם העמדה לדין פלילי אינה אפשרית, וזאת בשל העדר ראיות קבילות מספקות או בשל העדר אפשרות לחשוף מקורות חסויים".<sup>10</sup> לפנינו בעיה אחת משתיים: או שמדובר בעדויות שמיעה שאינן קבילות, או שמדובר בראיות חסויות מטעמי ביטחון (ביטחונם של המחזיקים במידע או ביטחון המדינה במובן כולל יותר, כשמדובר בשיטות חסויות להשגת מידע). לכך צריך להוסיף, כמובן, את העובדה שברוב המשפטים הללו הראיות מוסתרות מן העצור. הסתרה זו פוגעת בדרישות הבסיסיות של צדק והגינות.

הרושם הברור הוא שאופיו ההכרחי של המעצר המינהלי, אולי טעם קיומו, הוא הצורך – לדעתם של המעוניינים בקיומו – להימנע מהליך הוגן. נוצרת תחושה לא נוחה שיש משהו לא אמיתי, מטעה, בהצגת המוסד על היבטיו המהותיים. האם ההבניה של האמצעי כהליך מינהלי אינה נעשית אלא כדי ליצור מסלול שעוקף את ההליך הפלילי, במטרה לאפשר סטייה קיצונית מדרישותיו ולהביא לידי מצב שבו סטייה זו תיראה טבעית? העמדת מרכז הכובד של הרציונל על מניעת עבריינות עתידית במקום על קשיי ההוכחה מסיטה את הביקורת השיפוטית – הן ברמת המבחנים שבחוק והן ברמת הפסיקה – מהשאלה הקריטית שהייתה צריכה להיות השאלה העיקרית: האם אפשר לקיים הליך פלילי במאמץ סביר?

10 ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 11.6.2008) (להלן: ע"פ 6659/06).



גם הסבורים שהשימוש במעצר המינהלי מוצדק לעתים – כשאִי־אפשר ללכת באפיק הפלילי משיקולים של הוכחה – אינם יכולים (או לפחות אינם רשאים) להתעלם מקיומה של האפשרות ההפוכה: שהשימוש במעצר המינהלי איננו מוצדק לעתים, למשל משום שבטרחא מסוימת אפשר היה לאסוף ראיות קבילות. הקושי הוא שמעשית אי־אפשר להבחין בין שני סוגי המקרים, הן מפני שנעשה שימוש באמצעי של מעצר מינהלי משום שהוא זמין ואפשר להשתמש בו, והפיתוי להשתמש בו גם כשאין הכרח אמיתי גדול ביותר, והן מפני שכמו שנראה להלן, עצם קיומו של מוסד המעצר המינהלי הוא תמריץ למדינה שלא להתאמץ ולהשיג ראיות.

תכלית אחרת שהמעצר המינהלי משרת היא השגת בידוד (כליאה) של העצור לתקופה שעולה על זו שניתן לצפות לה בעקבות הליך פלילי שיתקיים בעניינו. במקרים מסוימים המעצר המינהלי מופעל מיד לאחר שהעציר סיים לרצות את תקופת המאסר שנקבעה לו בגזר הדין הפלילי הרגיל, ללא תמיכה של ראיות חדשות מלבד אלו שעליהן הסתמכה ההרשעה הפלילית הקודמת. השופטת פרוקצ'יה הבהירה זאת כך:

אין איסור מן הדין לעצור אדם במעצר מינהלי בסמוך לאחר שריצה עונש מאסר בגין פעילות המסכנת את ביטחון הציבור, גם מקום שאותה פעילות עצמה היא המהווה יסוד למעצר המינהלי. התנאי המוקדם למעצר מינהלי כזה הוא כי תתקיים תשתית נתונים ממנה עולה כי המעצר הכרחי מטעמי ביטחון החלטיים. [...] רמת המסוכנות שהספיקה בשעתו לצורך מעצר מינהלי, יתכן שתפחת עם חלוף הזמן, באין נתונים נוספים עדכניים על פעילות נוספת של העצור הפוגעת בביטחון הציבור. אולם, קיומם של נתונים חדשים אינו תנאי בל יעבור לצורך הארכת מעצר מינהלי או להוצאת צו מינהלי בסמוך לאחר סיום ריצוי מאסר פלילי בגין אותה פעילות.<sup>11</sup>

11 בג"ץ 2233/07 פלוני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פס' 6-7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 29.3.2007).

מתעורר החשד שמדובר בעצם בענישה בלתי חוקית, מעבר לגבולות העונש הקבועים בחוק ושקבע בית המשפט הדין בפלילים, בניגוד לעקרון החוקיות. דעתה של הרשות המינהלית אינה נוחה ממידת עונש הכליאה שהוטל על העבריין, והיא "מתקנת" אותו לחומרה באמצעות מעצר מינהלי. קשה מאוד לתאר מצב דברים שבו אי-אפשר לבטא באופן הולם ומלא את התכלית של מניעת מסוכנות אישית במסגרת העונשים החמורים הקצובים לעברות טרור, לא כל שכן בתוך המסגרת הגמולית של הלימת העונש לחומרת העברה. נראה שכן יש להבין את דבריה של הנשיאה ביניש, כשהחווה את דעתה על האפשרות לנקוט הליכים פליליים בד בבד עם הליך המעצר המינהלי, לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים:

העמדה לדין פלילי שונה לפי מהותה ותכליתה מאמצעי המעצר המנהלי. בדרך-כלל, ראוי ואף עדיף להסתפק בהליכים פליליים כאשר הדבר ניתן [...] עם זאת, מציאות החיים בנסיבות של פעולות טרור מתמשכות, היא מורכבת. יתכנו מקרים בהם אדם נעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ורק בשלב מאוחר יותר מתגלות ראיות המאפשרות את העמדתו לדין פלילי. יתכנו מקרים אחרים בהם אדם הועמד לדין פלילי ואף הורשע וריצה את עונשו, אולם אין בכך כדי ליתן מענה מספק למניעת הסיכון הנשקף ממנו לביטחון המדינה בנסיבות בהן לאחר ריצוי העונש עשוי אותו אדם לשוב ולהוות סכנה ביטחונית. מאחר והעמדה לדין פלילי ומעצר מינהלי הינם הליכים שונים מבחינת מהותם ותכליתם, אין בהם כדי לשלול זה את זה אף כי לגיטימי, נדרשים שיקולי ביטחון משמעותיים ומיוחדים בעוצמתם כדי להצדיק שימוש בשני סוגי ההליכים ביחס לאותו אדם.<sup>12</sup>

12 ע"פ 6659/06, לעיל ה"ש 10 בפרק זה, פס' 47 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (ההרגשה שלנו).

גם אם יש מקרים שבהם הענישה הפלילית אינה מצליחה לגלם את התכלית המניעתית במלואה במסגרת העונשים הקבועים לעברות טרור – מקרים אלה נדירים כל כך עד שאין הם יכולים להצדיק הסדר משפטי מיוחד.

אם כך, אם התכלית היא החמרת יתר בהשוואה לענישה הפלילית, שמבקשים להשיג באמצעות מעצר מינהלי – בין שמלכתחילה ובין שלאחר שהנדרון סיים לרצות את עונשו – מדובר בתכלית לא לגיטימית, ולכן לא ראויה, שמלמדת על הרחבה פסולה של מסגרת המעצר המינהלי. ואולם היכולת להשיג תוצאה "טובה יותר" מבחינת הרשויות (שלילת חירות ממושכת יותר) בפחות עבודה ומאמץ להשגת ראיות, הופכת את האמצעי לאטרקטיבי במיוחד.

### ג. המעצר המינהלי במדינת ישראל

את כלי המעצר המינהלי ירשה מדינת ישראל כחלק מהדין המנדטורי שנהג בארץ ישראל טרם הקמת המדינה. כלומר, המעצר המינהלי קדם למדינה, והיא "פגשה" אותו כחלק מהדין הנוהג עם הקמתה. אמנם לבסוף בוטל ההסדר המנדטורי, אבל בשנות קיומה של המדינה הוא הוחלף בשלושה הסדרים מקוריים חדשים: הראשון, המסלול הישראלי, שהחליף ישירות את ההסדר המנדטורי, מתיר לעצור כל אדם בהתקיים העילה שבחוק; השני, מסלול השטחים המוחזקים על ידי ישראל בתפיסה צבאית מאז 1967, מתיר לבצע מעצר מינהלי באמצעות צו צבאי; והשלישי, והחדש יחסית, משנת 2002, מסמיך לכלוא "לוחמים בלתי חוקיים" שפועלים נגד ישראל, והם אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה לפי אמנת ז'נבה השלישית.

לא כאן המקום לפרט על כל אחד מסוגי המסלולים, אך נעמוד בקצרה על כמה ממאפייניהם, ההבדלים ביניהם ואופן יישומם. באשר להבדלים בין מסלולי המעצר, אלה נבדלים זה מזה בזיקה לשעת חירום או להיעדרה, במשך המעצר, בבעל הסמכות להורות על המעצר, בזהות הגורם המבקר אותם ביקורת שיפוטית, בהיקפה של ביקורת זו ובתכיפותה. באשר ליישום, כבר שנים רבות השימוש במעצר מינהלי מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) נגד אזרחים ישראלים מזערי בהשוואה לפרקטיקה הנרחבת של מעצר מינהלי של פלסטינים בשטחים. בשיאה, בתקופות האינתיפאדה הראשונה והשנייה, הגיעה פרקטיקה

המעצר המינהלי נגד פלסטינים לאלפי עצורים מינהליים בו בזמן. משנת 2007 ירד מספרם של העצורים המינהליים במתקני הכליאה הישראליים במידה ניכרת, לכמה מאות, עד שבספטמבר 2013 עמד מספרם המדווח של העצורים המינהליים הפלסטינים על 135. מאז ניכרת מגמת עלייה, ומדיווחי השב"ס בסוף חודש אוגוסט 2016 עולה כי מספרם של העצורים הפלסטינים עומד על 644.<sup>13</sup>

## 1. המסלול הישראלי

בשנת 1979 נחקק חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (להלן: חוק המעצרים),<sup>14</sup> שהחליף את הסמכות מכוח תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945.<sup>15</sup> ראוי לזכור כיצד קיבל היישוב היהודי בארץ ישראל את תקנות ההגנה המנדטוריות ובכללן סמכויות המעצר המינהלי. מדובר בסמכויות שבין היתר נתנו לנציב הבריטי העליון בארץ ישראל ולכל מפקד צבאי את הכוח לעצור מינהלית פרטים שנחשבו מסוכנים בכל עת שבה מצאו "כי נחוץ או מועיל ליתן את הצו לשם הבטחת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה".<sup>16</sup> העמדה כלפי תקנות אלה הייתה התנגדות חריפה. משפטנים ביישוב הארץ-ישראלי התנגדו להן חריפות ומחו על ההפרות החמורות של זכויות אדם הכלולות בהן. היטיב לעמוד על כך מי שלימים היה שר המשפטים של ישראל, יעקב שמשון שפירא:

המשטר שהוקם עם פרסום תקנות ההגנה בארץ ישראל, אין דומה לו בכל ארץ נאורה. אף בגרמניה הנאצית לא היו חוקים כאלה, ומעשי מיידנק ודומיהם היו אף הם נגד אות החוק הכתוב. רק צורת משטר אחת תרמה לנסיבות אלה – מעמדה של ארץ כבושה. אמנם מרגיעים אותנו בכך, שהתקנות מכוונות אך ורק נגד העבריינים ולא נגד כלל האזרחים, אולם גם המושל הנאצי באוסלו הכבושה הצהיר, כי לא יאונה כל רע לאזרח שיילך אחר

13 בצלם "מעצר מנהלי: נתונים על מעצר מנהלי בשטחים" (9.1.2017) (מקוון).

14 חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, ס"ח 76.

15 תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 858.

16 ס' 108 לתקנות ההגנה (שעת-חירום).

עסקיו בלבד [...] אנו חייבים להצהיר קבל כל העולם: תקנות ההגנה של ממשלת ארץ ישראל הן הרס יסודות המשפט בארץ.<sup>17</sup>

ולמרות זאת, ואף שהתקנות שימשו בין היתר למעצרים של חברי המחותרות היהודיות שפעלו נגד המנדט, המחוקק הישראלי הותיר אותן על כנן כשלושים שנה. גם כשעשה מעשה וביקש ליצור חקיקה ישראלית מקורית במקום התקנות המנדטוריות, כלל בה שוב את המעצר המינהלי כל עוד שעת החירום עומדת בעינה, גם אם באופן מרוכך ומשופר.<sup>18</sup> ראוי לציון מיוחד ההסדר שהנהיג החוק בעניין הביקורת השיפוטית האזרחית: לא יאוחר מ-48 שעות לאחר תחילת המעצר יובא עניינו של העציר לביקורת של נשיא בית משפט מחוזי,<sup>19</sup> ועל החלטתו נתונה זכות ערעור לפני שופט בית המשפט העליון.<sup>20</sup> חשובה לא פחות הגישה השיפוטית שאומצה בעקבות מאמר שפרסם פרופ' יצחק הנס קלינגהופר,<sup>21</sup> הגורסת כי אין מדובר בביקורת שיפוטית במתכונתה הרגילה, אלא בבחינה עצמאית של הרשות השופטת הבוחנת את מוצדקות המעצר.<sup>22</sup>

- 17 "כנוס מחאה נגד התקנות לשעת החירום" הפרקליט פברואר 1946, 58, 61.
- 18 כך למשל, סעיף 2(א) לחוק המעצרים קובע כי אפשר להוציא צו מעצר רק לאחר שלשר הביטחון "יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר". כלומר, נאסר שימוש בחוק שלא לתכלית מניעתית צופה פני עתיד זו, למשל לתכלית של ענישה או הרתעה. סמכות זו הוקנתה לשר הביטחון בלבד, ובחתימת ידו, בלי אפשרות להאצילה (סעיף 11) אלא בהתקיים חריג "הרחיפות", וגם אז – בעל הסמכות הרלוונטי הוא הרמטכ"ל בלבד ולתקופה שאינה עולה על 48 שעות (סעיף 2(ג)). אמנם מן החידושים העיקריים של חוק המעצרים הוא החרגת השימוש במעצר המינהלי כל זמן ששורר במדינה "מצב חירום" (סעיף 1), כעולה מהרציונל לצמצום היקף השימוש באמצעי חריף זה לשעת סכנה קיומית למדינה, כשאמצעי האכיפה השגרתיים אינם אפקטיביים במונחי הרתעה ומניעה; אבל למעשה מצב החירום במדינת ישראל מתמשך, שכן מדי שנה בשנה הכנסת מאריכה את תוקפו.
- 19 ס' 4 לחוק המעצרים.
- 20 ס' 7 לחוק המעצרים.
- 21 יצחק ה' קלינגהופר "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון" משפטים יא 286 (תשמ"א).
- 22 ראו אלעד גיל "מעצר מנהלי במדינה יהודית ודמוקרטית: עיון מחדש" אמצעים חריגים למאבק בטרור 21, 57-62 (ענבר לוי, אלעד גיל ויוגב תובל, 2010).

## 2. מסלול השטחים המוחזקים בתפיסה צבאית

מסלול זה התייחס מאז 1967 לאזור יהודה ושומרון ורצועת עזה, ומאז הסתיימה ההחזקה הצבאית של עזה בשנת 2005, עניינו ביהודה ושומרון בלבד. גם בהתעלם מהדין הירדני שקלט ככל הנראה את תקנות ההגנה (שעת חירום), חלות על תושבי השטחים הוראות הדין הבינלאומי, המתירות נקיטת "אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה",<sup>23</sup> וצווים בדבר הוראות ביטחון שהוציא המושל הצבאי מכוח סמכויותיו לפי הדין הבינלאומי.<sup>24</sup> המשפט הבינלאומי ההומניטרי של דיני הכיבוש מתיר מעצר מינהלי רק של מי שמעצרים נחוץ באופן מוחלט (necessary for imperative reasons of security) להגנת הכובש.<sup>25</sup> ואכן, בהנמקה זו הוחזקו ומוחזקים רוב העצירים המינהליים מתוקף צווי מעצר אינדיווידואליים שמוציאים המפקדים הצבאיים. על הצווים האלה מפקחים מבחינה משפטית שופטים צבאיים – ברמה של הכרעה שיפוטית ראשונה והכרעה בערעור, ונגד ההכרעה השנייה אפשר לעתור לבית המשפט הגבוה לצדק.

## 3. מסלול לוחמים בלתי חוקיים

משטר המעצרים השלישי שפותח בישראל, בשנת 2002, הוא חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.<sup>26</sup> חוק זה נחקק במטרה "להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה",<sup>27</sup> ותחולתו איננה מותנית בקיומו של מצב חירום. המניע המקורי לחקיקתו של החוק היה הרצון

23 סעיף 27 לאמנת ז'נבה (הרביעית) בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (ישראל הפקידה את כתב האישור ביום 6 ביולי 1951), אתר בצלם (להלן: אמנת ז'נבה).

24 פרק ט, סימן ב, לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009.

25 אמנת ז'נבה, לעיל ה"ש 23 בפרק זה, ס' 78. יצוין כי לשיטתם של אחרים, הסבורים שבין ישראל לפלסטינים מתקיים סכסוך בינלאומי, סעיף 42 לאמנת ז'נבה הרביעית הוא הסעיף המנחה. לפי סעיף זה, מעצר מינהלי מותר רק כאשר מתקיים צורך מוחלט (absolutely necessary).

26 חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח 192.

27 ס' 1 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

לאפשר החזקה במעצר של אזרחים זרים שקשורים לארגוני טרור גם כשאין נשקפת מהם סכנה לביטחון, כקלפי מיקוח לשם קבלת מידע על נעדרים ישראלים, בתגובה להחלטת בג"ץ בדיון הנוסף בפרשת העצורים הלבנונים.<sup>28</sup> בפועל נחסם מניע זה של החוק בעקבות שינויים שהוכנסו בזמן חקיקתו ולנוכח הפרשנות שנתן לו בית המשפט העליון, שלפיה יש לאפשר את יישומו אך ורק כשנשקפת מן העצור מסוכנות אישית. כך למעשה החוק מאפשר את מעצרו של זרים שמעורבים בפעילות טרור נגד ישראל, בדרך כלל במסגרת של ארגוני טרור, שנתפסים מחוץ לשטחה של ישראל בנסיבות שבהן עשויים להתבצע מעצרים רבים.

בג"ץ קבע כי ההבדל העיקרי בין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ובין חוק המעצרים טמון בכך שחוק המעצרים נועד למנוע איומים מקומיים שבהם פרטים מסכנים את ביטחון הציבור או את ביטחון המדינה, ואילו חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נחקק כדי לסייע במלחמה נגד גורמי חוץ שמשותפים בפעילות טרור נגד מדינת ישראל. על כן, אף שנקבע כי בהיבטים מסוימים חוק המעצרים פוגע בחירות פחות מחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אין לראות בראשון הסדר חלופי פוגעני פחות לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, בשל ההבדל בין התכליות של דברי חקיקה אלו.<sup>29</sup>

## ד. התרחבות השימוש במעצר המינהלי מעבר להגיונו

מהניסיון עולה כי הרשות המבצעת נוטה להרחיב את השימוש באמצעים שבידה להתמודדות עם תופעת הטרור. בהקשר של השימוש בכלי המעצר המינהלי (וכן בהקשר של השימוש באמצעים אחרים כגון הריסת בתים, סיכול ממוקד או גירוש<sup>30</sup>) נטייה זו ממחישה עד כמה צדק שופט בית המשפט העליון האמריקני

28 דנ"פ 7048/97, לעיל ה"ש 9 בפרק זה.

29 ע"פ 6659/06, לעיל ה"ש 10 בפרק זה, פס' 35 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו ביקורת על ניתוח זה בהמשך הפרק, בסעיף "מסיכון קונקרטי לסכנה מופשטת כללית".

30 בנוגע להריסת בתי מחבלים או אטימתם נטען בשנות השבעים המוקדמות כי השימוש בכלי זה הוגבל למקרים שבהם דיירי הבית היו שותפים באופן כלשהו למעשה טרור שבוצע או שלנכס עצמו היה קשר פיזי למעשה כסנקציה עונשית אינדיווידואלית; אבל עם השנים הלך השימוש בו והתרחב וכיוון גם נגד בתים של משפחות שלמות

רוברט ג'קסון (Jackson) בדעת המיעוט שנתן בפרשת *Korematsu*, שהגיעה לבית המשפט בעקבות הרחקתם מבתייהם וכינוסם של תושבים יפנים במחנות מעצר בזמן מלחמת העולם השנייה:

כל מי שבוחן את עבודתו של בית המשפט מכיר את מה שהשופט קרדוזה (Cardozo) תיאר כ"נטייה של עיקרון להתרחב עד קצה גבולות ההיגיון שלו". מפקד צבאי עלול לסטות מהגבולות החוקתיים, ומדובר בתקלה. אבל אם אנחנו מבקרים ומאשרים זאת, התקלה החולפת הזאת נעשית הדוקטרינה החוקתית. במצב זה יש לה כוח מכליל משל עצמה, וכל מה שהיא תיצור יהיה בדמותה.

All who observe the work of courts are familiar with what Judge Cardozo described as "the tendency of a principle to expand itself to the limit of its logic." A military commander may overstep the bounds of constitutionality, and it is an incident. But if we review and approve, that passing incident becomes the doctrine of the Constitution. There it has a generative power of its own, and all that it creates will be in its own image.<sup>31</sup>

---

בשל מעשי אלימות של אחדים מבניהן. ראו דוד קרצמר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 305, 313, 316-317 (1993). בנוגע לסיכולים ממוקדים עבר בג"ץ מהצדקה קלאסית על רקע של מניעת סכנה נוכחת ומידית (ראו David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, 16 (2005) 171, 182 (EJIL)), ללגיטימציה לסיכול על רקע של פעילות לחימה שוטפת במסגרת ארגון טרור (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פס' 38-40 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)). בנוגע לצווי גירוש התגלגל השימוש בכלי זה – גם הוא ירושה מנדטורית כחלק מתקנות ההגנה – מפתרון פרטני לגורמי טרור נקודתיים לגירוש המוני של 415 פעילי חמאס והג'יהאד האסלאמי ללבנון בדצמבר 1992, שאף עבר את מבחן בג"ץ (בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993)).

*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 246 (1944) (להלן: עניין *Korematsu*).

31



לדברים אלו יש להוסיף, שמה שנכון בכל הקשור לרשות השופטת, נכון עוד יותר בכל הקשור לרשות המבצעת. הסכנה אפוא כפולה: הן ברמה של התרחבות השימוש באמצעי גופו מעבר למה שנחזה בתחילה, והן במשמעות של פתיחת דלת שלא בנקל תיסגר, כאשר אמצעי מתון יחסית מורחב לאמצעי קיצוני בהרבה. כך למשל, לאחר שבמלחמת העולם השנייה הכשיר בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית את עוצר הלילה שהוטל על אזרחים ותושבים יפנים במדינה בפרשת *Hirabayashi*,<sup>32</sup> אחדים משופטיו ראו עצמם ככולים בהחלטה זו לאשר גם את כינוסם במחנות מעצר.<sup>33</sup> על היבטים אלו יש לתת את הדעת כאשר נשקל אמצעי חדש. יש לבחון אותו לא רק ככלה חסודה בהצגה הנוחה ביותר למציגים, אלא גם באופן שסביר שייעשה בו שימוש במרוצת הזמן (בעיקר משיקולים של נוחות, מהירות ויעילות, חיסכון במשאבים ועוד); לא רק כאמצעי שעומד לעצמו, אלא גם מבחינת הפוטנציאל שלו להרחבה בעתיד, בנייתוח הצעדים המתבקשים על פי הגיונו.<sup>34</sup>

## 1. שעת חירום

כאמור, התפיסה הרווחת, המודעת לקושי העצום שהשימוש בכלי המעצר המינהלי מעורר, מתחמת אותו לשעת חירום.<sup>35</sup> בכך לא סגי. צדק הנשיא ברק

Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 (1943) 32

עניין *Korematsu*, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, בעמ' 217-218. 33

הדבר נכון גם מחוץ להקשר של התמודדות המדינה עם תופעת הטרור, ונוגע לכל פעולה שמי מזרועותיה בוחרת לנקוט. כך למשל, הרעיון להעניק הטבות ברמת המדינה לחיילים משוחררים – גם אם ראשיתו הייתה ברציונל ראוי שגורס כי "המשרתים בצבא או בשירות לאומי מקדישים מזמנם וממרצם לטובת הכלל" ו"אינם יכולים לעבוד ולהשתכר למחייתם בתקופת שירותם" (בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם באר"ש, 1.5.2006)) – הלך והתרחב עם השנים והיום מספק כר פורה לכל החפץ להשיג הון פוליטי קל בלי לבחון באיזה שלב ההטבות אינן מגשרות על הפערים ופשוט מפלות יותר ויותר אוכלוסיות שאינן משרתות מטעמים מוצדקים, בראשן ערביי ישראל (ראו מכתב המכון הישראלי לדמוקרטיה ליו"ר ועדת העבודה, הרווחה והבריאות בעניין הצעת חוק זכויות התורמים למדינה, התשע"ד-2013 (24.10.2013), באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה).

ס' 14 (1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתח) 35  
לחתימה ב-1966) קובע כי –

כשצייץ כי אין די בכך שהמעצר המינהלי ננקט בשעת חירום, אלא נדרש שהוא יהיה "קשור לקיומו של מצב חירום ונגזר מתוך הצרכים המיוחדים המתעוררים במצב שכזה".<sup>36</sup> מה שעשוי להצדיק מעצר מינהלי הוא חוסר היכולת – בגלל מצב החירום – לנקוט את השיטות הרגילות של אכיפת החוק. ברגיל, הדרך להתמודד עם סכנה של ביצוע עברה לפי תכנית עבריינית שטרם הוחלט להוציאה אל הפועל ואפילו לא הגיעה לגדר קשר פלילי היא באמצעות מעקב אחר המתכנן או המתכננים. כשמצב חירום ממשי אינו מאפשר קיומם של מעקבים כאלה, המעצר המינהלי עשוי להיות מוצדק.

ואולם אם בוחנים את המציאות הישראלית ואת המעצרים המינהליים הנערכים בה, קשה להשתכנע שמעצרים אלו מתבצעים במצב שאי-אפשר לפעול בו בדרך המקובלת. ניתן אפוא לקבוע כי הליכי המעצר המינהלי שננקטו וננקטים אינם תולדה סבירה של מציאות חירום שמונעת את היכולת להשתמש באמצעים הרגילים של אכיפת החוק הפלילי. כלומר, בישראל המעצר המינהלי אינו קשור לקיומו של מצב חירום, והוא אינו נגזר מצרכיה המיוחדים של שעת חירום. בית המשפט היטיב לקבוע את הכלל, אך נכשל בכך שלא יישם אותו במציאות ולא בחן אם המעצרים המינהליים הננקטים אכן עומדים ברישות. ועוד, גם ההנחה שמצב חירום מוכרז משקף בהכרח שעת חירום אמיתית שבה נשקפת סכנה לקיום האומה מתבררת כמוטעית במציאות הישראלית של שעת חירום מתמשכת,

---

בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל-פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על-פי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה שתהא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי.

לפי ס' 24(2) לאמנה, בכלל הזכויות שמותר לפגוע בהן בשעת חירום אפשר למצוא את הזכות לחירות אישית (סעיף 9) ואת הזכות להליך פלילי תקין (סעיף 14). גם האמנה האירופית לזכויות אדם הולכת בדרך זו באפשרה, בהתאם לסעיף 15, למדינות החברות בה לגרוע מהתחייבויותיהן כלפי הזכויות המוגנות בה, וגם היא איננה קובעת את הזכות לחירות ולהליך פלילי תקין (סעיף 5) כזכות מוחלטת.

עמ"ס 10/94 פלוניס נ' שר הבטחון, פ"ד נג(1) 97, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק 36 (1997) (להלן: עמ"ס 10/94).

תמידית, שאיננה רגישה באופן ממשי לשינויי העתים והנסיבות. לא מפתיע אפוא שבהצעת חוק המאבק בטרור מ-2011 מוצע להפוך את המעצר המינהלי מאמצעי לשעת חירום לאמצעי שגרתי (כיוון צפוי לנוכח נטייתם האמורה של אמצעים מסוג זה להתפשט).<sup>37</sup>

אין להתעלם גם מכך שישראל מוסיפה להימצא במצב חירום בלתי פוסק מאז הקמתה. נראה שלשלטון נוח שתתקיים בה שעת חירום מתמדת, הן משום שהמצב מאפשר הרחבה של סמכויותיו, בייחוד של הרשות המבצעת, והן משום שמצב חירום מוכרז יוצר בציבור נטייה להתייבב מאחורי השלטון, מחליש את הגישה הביקורתית כלפיו ומסיח את הדעת מסוגיות חברתיות. כך, כשהשלטון מעוניין בהנצחת המצב הקיים ובהטמעת התפיסה שאין הוא ניתן לשינוי, המשך מצב החירום הוא אמצעי יעיל לשם כך. בית המשפט, ככלל, אינו מצליח להרים את עצמו מעבר לנרטיב שמסרטט השלטון, ולמעשה הוא שותף לו באופן פעיל. כשבית המשפט מתאר את המצב הביטחוני, הוא עושה זאת בצבעים הכהים ביותר: הוא נעזר בספירה כוללת של הנפגעים, ההולכת אחורה שנים רבות ומציירת תמונה קשה; הוא נמנע מלהזכיר שינויים לטובה במצב הביטחוני; והוא אינו נרתע גם מפני הפרזה.<sup>38</sup> נוצר הרושם שבית המשפט שותף לשיח הקורבני

37 כך נכתב בהצעת חוק המאבק בטרור באשר לחוק המעצרים, המאפשר הפעלת מעצר מינהלי בשטח ישראל:

במסגרת המגמה לביטול התלות של החקיקה הישראלית בקיומו של מצב חירום, ולנוכח העובדה כי איומים ביטחוניים, בכל עת שהם קיימים, מחייבים מתן סמכויות מתאימות להתמודדות עמם – מוצע לבטל את סעיף 1 האמור, כך שתוקפו של החוק לא יהיה מותנה בקיומו של מצב חירום דווקא, אלא כל אימת שקיים צורך ביטחוני המחייב זאת, יהיו נתונות לשר הביטחון הסמכויות המפורטות בחוק, כאשר לצדן מוצע להוסיף כאמור סמכויות למתן צווי הגבלה, שדרגת חומרתם פחותה, זאת כדי לצמצם את הפגיעה בזכויות הפרט באמצעות הפעלת סמכויות אלה, במידה שאינה עולה על הנדרש – לפי מהות האיום (דברי הסבר להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, ה"ח 1408, 1484-1485).

38 ראו למשל את דבריו של הנשיא ברק בדיון הראשון בפרשת קלפי המיקוח: "טעות היא לבחון את המצב הפוליטי והביטחוני, בין מדינת ישראל ובין ארגוני הטרור השונים, באספקלריה של עת שלום ולגבש את היקף זכויות האדם וההגנה הניתנת להן בלא

הישראלי וכן לטיפול הנרטיב בדבר מצבה הלא נורמלי של המדינה. אפיון זה מאפשר לרשויות הקובעות (המחוקקת והמבצעת) לעשות להן דין משלהן בהשוואה לדמוקרטיות אחרות, ולרשות השופטת לתת לדין זה לגיטימציה. כאמור, לא מפתיע גם שמצב החירום המתמשך יוצר שינוי תפיסתי של המושג. הוא מאבד את הזמניות הטבועה בו ואת ההיגיון השואף להביא לסיימו, והוא נעשה המצב הנורמלי, השגרתי, המצוי. מה שבתחילה נתפס כאמצעי חריג לשעה יוצאת דופן, נעשה אמצעי מקובל במציאות רגילה, ולכן מובן הרצון לנרמל אותו ולהוציאו אפילו מהכפיפות המינימלית ביותר להגבלה (בנסיבות הישראליות) שבקיום מצב חירום.

## 2. מסיכון מוחשי לסכנה מופשטת כללית

יש הבדל משמעותי בין המקרה המשכנע שבו המעצר המינהלי ננקט כאמצעי מידי במטרה למנוע סכנה קונקרטית של הוצאה לפועל של פיגוע טרור לפי תכנית ספציפית שנעשתה ועומדת להתממש בקרוב, ובין מעצר מינהלי של חבר בארגון טרור על בסיס עצם חברותו בו או על בסיס מעשה שעשה שלא כלל מעורבות בפיגועי טרור. כשמעלים על הדעת מעצר מינהלי, קל לחשוב על המקרה הראשון, אבל חשוב להבין שכאשר נפתח הפתח למעצר במקרה כזה, רב הסיכוי שהוא יורחב גם למקרה השני – מסוכנות כללית, לא מוגדרת וקשה לאומדן. מקרה זה מאפשר בקלות מעצר של רבים, בכלל זה מי שניתן להכשילם בהצעה שקשה לסרב לה להצטרפות לארגון כזה.

---

קשר למציאות שבה חיים אנו [...] אין להתכחש לעובדה כי מדינת ישראל מצויה במצב חירום, וזאת מכוח האיומים המרחפים על קיומה ועל אזרחיה מפנים ומחוץ" (עמ"ס 10/94, לעיל ה"ש 36 בפרק זה, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק). את העמדה הזאת ביטא שוב בית המשפט העליון מפי הנשיא גרוניס, בפסק דינו משנת 2015, שם כתב כי "בין מדינת ישראל לבין ארגוני המחבלים הפועלים מחוץ לישראל, מתקיים מצב של עימות מזוין בינלאומי", ועימות זה הוא "עימות ממושך, רב שנים, הנערך נוכח פעילות הטרור הענפה בשטחה של לבנון המכוונת נגד תושבי ישראל" (דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 48 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם באר"ש, 15.1.2015) (להלן: עניין דיראני)).

כאן מתעוררת הבעיה הקשה של הערכת משך הזמן שבו מתקיימת הסכנה. ברור שמעצר קצר שתכליתו מוגדרת וקונקרטית קל יותר להצדיק ממעצר ממושך, שעשוי להימשך שנים, ואף לתמיד, לשם התמודדות עם סיכון כללי ולא ספציפי. ברור גם שבמקרה של סיכון קונקרטי אפשר לעמוד בדרישה הסתברותית של רמת סיכון גבוהה, וככל שהסיכון נעשה כללי ועמום יותר – כך אי-אפשר לעמוד בדרישה של הסתברות ברמה גבוהה של ודאות למימוש. ככל שהבסיס העובדתי למעצר צר יותר ונטול ממד של פעילות שמעידה במובהק על נחישות ועל מחויבות להתמיד בדרך הטרור, כך הוא נעשה תלוי יותר על בלימה, והמסוכנות המוסקת אינה עוד פרי הערכה אלא יציר כפיה של ספקולציה, של ניחוש.

ביטוי מובהק למעצר על יסוד חברות בארגון טרור אפשר למצוא בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, שנחקק בישראל לאחר פסיקת בג"ץ בפרשת קלפי המיקוח הלבנונים (שתתואר בסעיף הבא) במטרה להרחיב את צעדיה של מערכת הביטחון בשימוש בצווים של מעצר מינהלי.<sup>39</sup> כך, כאמור, החוק החדש קובע כי אפשר לכלוא בני אדם שביצעו פעולות איבה נגד מדינת ישראל, והם אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה ואינם מוגדרים "אזרחים מוגנים" על פי הדין ההומניטרי הבינלאומי. בית המשפט העליון היה צריך לעמול קשה כדי להצר במידה מסוימת את ההיקף הרחב של עצורים פוטנציאליים שעליהם ביקש המחוקק לפרוש את רשת המעצר המינהלי,<sup>40</sup> וכן למתן את מגמת המחוקק להפוך את המעצר הזה למהלך זריז ונוח באמצעות חזקות שמוטות בכירור לטובת הרשות ומאפשרות לה להפוך את ההליך המשפטי להליך הקרוב להליך סרק.<sup>41</sup>

39 להרחבה על חוק זה והוראותיו ראו לעיל סעיף 3ג בפרק זה, המעצר המינהלי בישראל: "מסלול לוחמים בלתי חוקיים".

40 בית המשפט העליון הבהיר כי בניגוד ללשונו המפורשת של החוק, יש לאפשר את יישומו אך ורק כשמן העצור נשקפת מסוכנות אישית, בדומה לשני מסלולי המעצר המינהלי האחרים, כמתחייב "מההגנה על הזכות החוקתית לכבוד ולחירות אישית" ומעקרונתיו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי המשתקף באמנת ז'נבה הרביעית (ע"פ 6659/06, לעיל ה"ש 10 בפרק זה, פס' 18-21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). כלומר, חברות פסיבית בארגון טרור איננה מקפאת עוד כעילת מעצר לאחר פרשנות המצמצמת של בית המשפט לתחולתו של החוק.

41 המדינה הננית משתי חזקות משפטיות שנקבעו לטובתה בסעיפים 7 ו-8 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. על פי החזקה הראשונה (סעיף 7), ברגע שבעל

מגמה זו ממחישה את הבעייתיות שבחקיקה שחלה על "אחרים". המנגנון הדמוקרטי אינו יוצר שום ריסון בכל הנוגע לתכניה ולהיקפה, ואולי להפך – הוא ממריץ הרחבה והחרפה של אמצעים הנתפסים כחלים על "אחרים". לעתים ההיגיון היחיד העולה מהסדרים בחקיקה כזאת, הנעשית לטובת הרשויות להקלת מלאכתן, הוא שהמחוקק יוכל לעשות כטוב בעיניו, ובעקבות זאת מורחבת הסמכות של הרשות המבצעת שלא לצורך. כשהותקף החוק מבחינה חוקתית, התקשה בג"ץ למצוא לו רציונל שמספק הצדקה לסטיות לרעת העצור לעומת הסדרים המשפטיים שהיו טרם חקיקתו. כדי להצליח בכך הוא נאלץ להגביל באופן מלאכותי את היקף תחולתם של ההסדרים הקיימים, כדי ליצור מרחב קיום לחוק החדש:

בהתחשב בהפניה המפורשת של החוק למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולדיני שבויי-מלחמה כאמור לעיל, מתחייבת המסקנה כי לפי נוסחו ותכליתו, לא נועד החוק לחול על גורמי פנים (אזרחי ישראל ותושביה) המסכנים את בטחון המדינה. בעניינם של אלה קיימים אמצעים חוקיים אחרים שנועדו לתכלית ביטחונית [...] אשר לתושבי האזור (יהודה ושומרון) המצוי בשליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל [...] נוטה אני לדעה כי ככל שהדבר נדרש מטעמי ביטחון, את מעצרו המנהלי של

---

הסמכות בחוק מגדיר אדם "לוחם בלתי חוקי", בהתאם להגדרה שבסעיף 2 לחוק, קיימת חזקה ששחרורו יפגע בביטחון המדינה, אלא אם יוכח אחרת. על פי החזקה השנייה (סעיף 8), תשמש קביעתו של שר הביטחון, בתעודה בחתימת ידו, שכוה מסוים מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל, הוכחה בדיון משפטי, אלא אם יוכח ההפך. למעשה חזקות אלו פוטרות את המדינה מהצגת ראיות בבית המשפט לשם הצדקת המשך המעצר ועומדות בניגוד לחזקת החפות הנוהגת במשפט הפלילי, הקובעת כי אדם חף מפשע כל עוד לא יוכח אחרת. בית המשפט העליון לא הכריע בדבר חוקתיותן של החזקות הללו, אבל ציין כי אם בעתיד תבחר המדינה להשתמש בהן ולא להוכיח חזקת מסוכנות אישית לשם מעצר, בית המשפט עשוי לדון קונקרטי בשאלת חוקתיותן (שם, פס' 24-25 לפסק דינה של הנשיאה בינישו).

תושבים אלה יש לבצע מכוח תחיקת הביטחון החלה באזור ולא מכוחו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.<sup>42</sup>

בסיכומו של דבר הצדיק בית המשפט את החוק החדש בצורך להתמודד עם עצורים רבים שנלכדים בשטח שאינו בשליטת המדינה, אבל לא עמד על כך שהוראות החוק אינן מגבילות את השימוש בו למקרים אלה ולא הגביל מיוזמתו את השימוש בחוק בהתקיימות מלוא התנאים הללו. יתר על כן, הוא אף אפשר, הלכה למעשה, להשתמש בו בהקשר אחר לגמרי מהתנאים האלה ושבעניינו היה אפשר לנקוט הליך רגיל של מעצר מינהלי, שבו זכויותיו של העצור מוגנות טוב יותר יחסית. בית המשפט נמנע מדיון חוקתי בחזקות ודחה אותן לשעה שיעשה בהן שימוש, משום שהרשות לא הסתמכה עליהן במקרה שלפניו. ראוי לשים לב שכליאתם של לוחמים בלתי חוקיים עלולה להיות ארוכה ביותר, שכן כל עוד הסכסוך מתקיים אפשר שאם ישוחררו יחזרו להילחם. למרות זאת החוק בעניינם מבטיח את הערובות המועטות ביותר להליך הוגן. אמנם הפסיקה קבעה כי עם התארכות זמן המעצר נטל ההוכחה הרובץ על הרשות גובר, אבל לא ברור עד כמה יש בכך להועיל ללוחם בלתי חוקי, במצב הרגיל, כשהסכסוך בעינו עומד. מכל מקום, את התעצמות הנטל הזה היה צריך לקבוע בחוק. לא ברור גם מדוע לא נקבע בחוק הצורך לשקול גירוש מן המדינה – שהוא צעד חוקי ומתבקש בנוגע לזרים – במקרים מתאימים כחלופה פוגענית פחות מכליאה, שעלולה להיות כליאת עולם.

לאורך כל דיוננו במוסד המעצר המינהלי ראוי שיעמדו לנגד עינינו הסכנות הטמונות בו: הפוטנציאל המובהק לגרימת עוול ולעיוות דין בהיעדר יכולת אפקטיבית של העצור להתגונן; הקושי לצפות את התנהגותו העתידה של אדם שהיא מחוץ לתחומי הידיעה שלנו (ולעתים אף שלו); והבעייתיות בהכחנה בין דבר רהב או דברים בעלמא על מעשי פשע עתידיים ובין דברים שמאחוריהם מחויבות אמיתית ועקבית להוציאם אל הפועל. אבל ההסדר הישראלי מעצים סכנות אלו לנוכח הסמכות הניתנת בידי המדינה להשתמש במעצר מינהלי לא

42 שם, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

רק לצורך מניעת פעילות טרור קונקרטי, <sup>43</sup> אלא גם לצורך מניעת סיכון ברמה כללית ומופשטת, שהיכולת לעמוד עליה ועל הסתיימותה מוגבלת במיוחד ואיננה נמצאת כלל בתחום המומחיות של יועצים משפטיים ושופטים. למעצרו של אדם על יסוד סכנה כזאת אין בסיס ממשי בשים לב ליכולת האנושית (בכלל זה זו של גורמי הביטחון) המוגבלת מאוד לנבא התנהגות עתידית. יש בה גם תפיסה מעוותת של האדם, הסותרת את כבוד האדם, שמי שחטא חזקה עליו שימשיך לחטוא, ומי שעלה על מסלול התנהגות מסוים לא יסור ממנו, אף שמותר האדם מן הבהמה הוא בדיוק יכולתו לשנות את דרכיו ולסטות מהמסלול שהחל לצעוד בו.

### 3. מעצר ללא מסוכנות אישית: פרשת מעצרו של "קלפי המיקוח הלבנונים"

פרשה זו היא משום ביטוי חריף במיוחד למסוגלותו של כלי משפטי פוגעני להתרחב לאזורים מרוחקים מחוץ לרציונל הקיומי שלו, אגב החמרה ניכרת של הפגיעה ה"רגילה" שהוא גורם. פרשה זו הגיעה לבית המשפט העליון בעקבות ערעור של אזרחים לבנונים שהוחזקו בישראל במעצר מינהלי לאחר החלטה נוספת של בית משפט מחוזי להאריך שוב את מעצרו, אף שהיה ברור שמהם עצמם לא נשקפה סכנה לביטחון המדינה. בין הצדדים לא הייתה מחלוקת שהעצורים הוחזקו במעצר מינהלי אך ורק כ"קלפי מיקוח" לצורך משא ומתן לשחרורם של שבויים ונעדרים מכוחות הביטחון. בפסק הדין בערעור דחתה דעת הרוב בראשות הנשיא ברק את עמדתם של העצורים הלבנונים וקבעה כי אמנם מדובר בפגיעה חמורה בכבוד האדם, באוטונומיה של הרצון ובהיות האדם ארון למעשיו ואחראי לתוצאותיהם, שכן העצור נתפס "כאמצעי להשגת מטרה ולא כמטרה בפני עצמה", אבל פגיעה זו מחויבת המציאות הביטחונית והמדינית ומשקפת את נקודת האיזון הראויה בנסיבות המקרה אל מול הצורך בשמירה על ביטחון המדינה.<sup>44</sup>

43 ההסדר האוסטרלי, למשל, מאפשר רק מעצר קצר ביותר שמטרתו אחת משתיים: (א) למנוע את התממשותה של פעילות טרור קונקרטי; (ב) לשמר ראיות שקשורות לפעילות טרור כזאת. ראו Criminal Code Act 1995 (Cth) s 105.1 (Auslt.)  
44 עמ"ס 10/94, לעיל ה"ש 36 בפרק זה, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.



דיון נוסף בעניין זה אושר כדי לדרון בשאלה אם שר הביטחון מוסמך להוציא צו מעצר מינהלי כשהטעם היחיד להוצאתו הוא האפשרות להשתמש בעציר כ"קלף מיקוח" במשא ומתן לשחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הביטחון, ללא סיכון ספציפי מצד העצורים עצמם. כאן התהפכה דעת הרוב, ובכלל זה עמדתו של הנשיא ברק עצמו:

ניתן לאפשר – במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה אך "קלף מיקוח". [...] הפגיעה בחירות ובכבוד במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, היא קשה ביותר, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח כי החוק נועד להשיג פגיעה קשה זו. [...] אכן, המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר "כמותי". זהו מעבר "איכותי". המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר אין נשקפת ממנו כל סכנה, וכל "חטאו" – בהיותו "קלף מיקוח". הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה.<sup>45</sup>

אין ספק שמעצרו של "קלפי המיקוח הלבנונים" היה עוול משפטי חמור – פגיעה קשה וממושכת (כעשר שנים) בחירותם ובכבודם האנושי של אנשים צעירים שאמנם חטאו, אבל סבלו סבל לא פרופורציונלי לחטאם. במקרה זה נעשה שימוש לרעה באמצעי שאפשר לנצלו כך בעיקר משום שהוא מכוון כלפי "אחרים" ועטוי בהילה של ביטחוניזם וסודיות. עם זאת מדאיג מאוד שגם

45 דנ"פ 7048/97, לעיל ה"ש 9 בפרק זה, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

כשתוקן עיוות הדין הזה הדבר נעשה רק ברוב דעות, ושופטי המיעוט התעלמו למעשה מהודעת ההודאתה של המדינה שאין נשקפת מן העצורים סכנה לביטחון המדינה. לפיכך התייחסותו של השופט חשין כלפיהם כאל "לוחמי אויב"<sup>46</sup> – בניגוד ל"קלפי מיקוח" – מוטעית בביטחון, שכן הרצינואל להחזקתם בשבי של לוחמי אויב עד סיום המערכה טמון בדיוק בסיכון שבשחרורם לביטחון המדינה.

יש בכך כדי ללמד עד כמה קל להצדיק כל התנהגות, ועד כמה הדרישה למידתיות מאבדת ממשמעותה כשהאמצעי מכוון כלפי מי שתויג כחבר בארגון טרור. מדאיג גם שמקבלי ההחלטות ובתי המשפט לקו בקביעון והוסיפו להאריך את המעצר או הוסיפו לאשר את החזקתם של הלכנונים במעצר במשך שנים, כשהיה צריך להיות ברור, ולו רק בשל חלוף הזמן ובהיעדר ידיעה שהמידע המבוקש נמצא בידי חיזבאללה, שהחזקה זו נטולת תוחלת והיגיון. יש בכך כדי להצביע על ביטחון מופרז אופטימי, כלומר, נטייתם של מקבלי ההחלטות לתת אמון יתר בהנחותיהם בנוגע לעתיד ולהסתמך הסתמכות יתר על מה שמאשש את הנחותיהם אלו והתייחסות חסר לנתונים מפריכים, כמו שפורט בפרק הראשון. מדאיג גם שהוכח, ולא בפעם הראשונה, שבחינה מסודרת של מידתיות ושימוש בנוסחאות הסתברותיות – שהן לכאורה מרשימות מאוד מבחינת התקיפות והעוצמה של הגנה שהן מעניקות לזכויות אדם – מבטיחים למעשה הגנה מוגבלת בלבד על זכויות אלה. כך למשל, נוסחת הוודאות הקרובה, הנהוגה במשפטנו בהקשרים של הגבלת זכויות מראש ובכלל זה בענייני מעצרים מינהליים, נועדה להבטיח את קיומן של הצדקות חזקות וכמעט מוחלטות לפגיעה בזכויות. ואולם בפועל הנוסחה המחמירה לכאורה אינה ניתנת ליישום על התנהגות אנושית עתידית. הניסיון לספק הגנה רחבה לזכויות אדם מתגלה בחולשתו ונראה יותר כמו ניסיון להצדיק את ההחלטות המינהליות ואת ההחלטות השיפוטיות המאשרות אותן. עוד מדאיגה התהייה מה היה גורלם של אותם לכנונים אלמלא התפרסם בטעות פסק הדין הראשון בעניינם, אחרי שנים ארוכות שבהן היו ההליכים המשפטיים בנושא זה, כמו בכלל המעצרים המינהליים, סודיים.

46 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט חשין.

#### 4. אנחנו וה"אחר"

פרשת קלפי המיקוח הלבנונים וחקיקת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ממחישות עד כמה קל לנקוט אמצעים כלפי ה"אחר" וכמה קל להצדיק אותם, ואף לקבל עליהם גושפנקה שיפוטית, גם בשיטת משפט שיש בה חוקי יסוד המרוממים את זכויות האדם. מה ההסבר לכך? מדובר באמצעים שהרוב הקבוע אינו רואה את עצמו יעד פוטנציאלי שלהם והם אינם מאיימים עליו. במצב דברים זה המנגנון המרסן מפני פגיעות בלתי מידתיות בזכויות האדם – כלומר החשש מהמחיר שיהיה על הרוב לשלם בשל הפגיעה בזכויות – אינו פועל, ואף להפך. כאשר מדובר בביטחון "שלנו" אל מול הזכויות "שלהם", הרגל על דושת הגז כבדה במיוחד וניתן להפעיל אמצעים שאין מעלים על הדעת לנקוט כלפי יהודים – הריסת בתים ובשנים האחרונות לפחות גם מעצר מינהלי.<sup>47</sup>

47 התגברות מעשי הטרור מצד גורמים יהודיים מעלה שוב ושוב את הדיון בהבחנה שהמדינה עושה בין פלסטינים ליהודים. בשנות קיומה של מדינת ישראל היה השימוש באמצעי המעצר המינהלי דליל ביותר בכל הנוגע לאוכלוסייה היהודית. והנה, רק בשנת 2015 מעשה קיצוני של השלכת בקבוקי תבערה על שני בתים אזרחיים של פלסטינים בכפר דומא שבשומרון – שהסתיים במותם של תינוק ואמו ובפגיעתם הקשה של שלושה אחרים ועורר גינויים וסערה ציבורית כללית – הוביל את הקבינט המדיני-ביטחוני בממשלה לאשר הוצאת צווי מעצר מינהלי נגד כמה פעילי ימין שנחשדו באלימות קשה נגד פלסטינים שמטרתה לעורר תסיסה שתביא לידי הפלת השלטון בישראל. בנוגע לאמצעי של הריסת בתים – שדיון ציבורי נרחב התעורר בעניינו בעקבות פרשיות רצח שלושת הנערים תושבי גוש עציון ורצח הנער מוחמד אבו ח'דיר בקיץ 2014 – קיבל בג"ץ את עמדת המדינה:

הטעם לכך שלא נעשה שימוש בתקנה 119 (לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945) כלפי יהודים נעוץ בכך שאין צורך באותה הרתעה סביבתית במגזר היהודי. אין לכחד: יש ויש מעשים של תקיפה מצד יהודים כלפי ערבים. לבטח יש צורך במיצוי הדיון הפלילי ובענישה הולמת. להוותנו אף לכדי הרצח הנורא של מוחמד אבו-ח'דיר הגענו. אך השוני עולה על כל המיון. הפער הוא עצום – באיכות הפיגועים, בכמות, ובעיקר לצורך ענייננו, ביחס הסביבה: גינוי תקיף והחלטי מקיר לקיר במגזר היהודי, מה שאין כן בצד שכנגד, ואכמ"ל (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פס' 15 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם באר"ש, 31.12.2014)).

לדעתנו, ספק אם הנמקה זו עומדת במבחן המציאות. כן ראו בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם באר"ש, 11.8.2015).

פרשת *Korematsu* שנזכרה לעיל ממחישה היטב את ההיבט הזה ומלמדת שתפיסת ה"אחר" היא עניין של תפיסות חברתיות רווחות ולא של הגדרות משפטיות. העובדה שאדם הוא אזרח במדינה לא מנעה את ההתייחסות כלפיו כאל "אחר", כיוון שכך הוא נתפס בתפיסות הרווחות בחברה. בדומה, נראה שלעתים קו הגבול בין "אנחנו" ל"אחר" בחברה הישראלית אינו קו האזרחות אלא היסוד הלאומי, האומר ש"אנחנו" הם היהודים וה"אחר" הוא מי שאינו יהודי, בייחוד אם הוא ערבי. השימוש במעצר מינהלי מדגים היטב את קו הגבול הזה. אמצעים מסוימים להתמודדות עם טרור נתפסים מלכתחילה כמתאימים רק משום שהם אמורים לחול על ה"אחר". כך הריסת בתים, וכך, עד לעת האחרונה, מעצר מינהלי, להבדיל מאמצעים מינהליים חמורים פחות. יש להודות כי בהקשר הפנים-ישראלי האזרח הערבי הוא לרוב "אחר", אך איננו "אחר" מוחלט. הרתיעה, כמעט הטאבו, מלהשתמש במעצר המינהלי כלפי אזרחים יהודים הייתה כנראה גם גורם מרסן מפני השימוש בו כלפי אזרחי המדינה הערבים.<sup>48</sup>

כשמדובר במי שנתפס כ"אחר", ככל שהוא נתפס כ"אחר" באופן מלא ושלם יותר כך גוברת הנטייה בתהליכי קבלת ההחלטות להסתכלות סטראוטיפית ומכלילה. היחיד נתפס בראש ובראשונה כמשתייך לקבוצתו, והקבוצה כולה נתפסת כאויב,<sup>49</sup> כדמון לא אנושי, שאופיו ותכונותיו, ולא רק מעשיו, שליליים (intensified prejudice). מכאן החשש שאירועים או התנהגויות שאופייים תמים

48 ועם זאת, למרות השימוש המזערי ביותר בכלי המעצר המינהלי כלפי האוכלוסייה היהודית, אמצעי זה עדיין קיים ומעלה חששות באוכלוסייה הרלוונטית. במצב זה גם מקרב חברי הכנסת היהודים נשמעת הקריאה לצורך בתיקון חוק המעצרים. הטעם לקריאה זו אינו "לשלול את האפשרות מכוחות הביטחון ומהמדינה, אלא לעשות איזה איזון", כדברי חבר הכנסת אורי אריאל בדיון בהצעת חוק מטעמו, הקובעת כי לאחר שנה שבה אדם מוחזק במעצר מינהלי ולא הוגש נגדו כתב אישום, יש להעמידו למשפט או לשחררו לפחות שלושה חודשים. לדבריו, כשמערכת הביטחון יודעת במי מדובר, "היא יכולה לעקוב אחריו, היא יכולה לשמור עליו, יש לה כלים נוספים. היא לא צריכה להשתמש בכלי הקשה כל כך, הייתי אומר לפעמים אפילו הדרקוני" (פרוטוקול ישיבה מס' 199 של הכנסת ה-16 (22.12.2004)).

49 גישה שמשתקפת למשל בפסיקתו של השופט חשין בדנ"פ 7048/97, לעיל ה"ש 9 בפרק זה, פס' 7 לפסק דינו.

או ניטרלי יפורשו באופן שלילי כמחשידים ומפליילים (cognitive biases). חשש זה מתגבר בשל הסגירות הקוגניטיבית – אותה נטייה לסווג אירועים והתנהגויות בחדות ולגבש התרשמויות חד-משמעיות כדי להימנע מעמימות ולהגדיל את תחושת הביטחון, כמו שפורט בסעיף 2 בפרק הראשון לעיל. נטייה זו עשויה להפוך את מה שהוא בגדר חשד בלבד לאפשרות למצא ברור וחד-משמעי שמקבע את האפשרות הזאת כעובדה. כאמור, הוא מתגבר גם בשל ביטחון היתר האופטימי.

נוסף על כך, כאשר מדובר בתושבי השטחים, אין להתעלם מאופיו של המעצר המינהלי כביטוי מובהק ומוקצן של אדנות ושרירות שלטונית. את השימוש בו אפשר להסביר הן על רקע תפיסתם של תושבי השטחים כנחותים (והא ראייה, שהם אינם נהנים מזכויות אזרח), והן כאמצעי של שליטה – סימון וסימול של יחסי הכוחות בין שליט לנשלטים, שלא לומר דיכוי ושעבוד.<sup>50</sup> תושבי השטחים נתפסים באספקלריה כפולה: הן נחותים והן אויב. לתפיסה מכיליה שלהם כאויבים תרמו, למרבה הצער, החקיקה והפסיקה בישראל, למשל בהסדרים הנוגעים למניעת איחוד המשפחה הפלסטינית,<sup>51</sup> בשלילת פיזיווי נזיקין מתושבי השטחים שנפגעו על ידי הצבא שלא בפעולה מלחמתית<sup>52</sup> ובהכרזות

50 אלבר ממי כותב באשר למערכת היחסים שבין הכובש לנכבש:

הציפייה הדרוכה לגילוי תכונה מבדילה בין שתי אוכלוסיות אינה בהכרח ביטוי של גזענות. אך בהקשר הגזעני, היא תופסת את מקומה ומקבלת משמעות ייחודית במקום לחפש אחר מה שיכול היה למתן את זרותו, לקרב אותו אל הנכבש ולתרום לייסודה של קריה משותפת, הקולוניאליסט מעצים את כל המפריד ביניהם. ועל סמך ההבדלים האלה, שיש בהם כדי להשמיץ לנצח את הנכבש, ובה בעת לחזק לנצח את תהילתו שלו, הוא מצדיק את מעשה הדחייה שלו (אלבר ממי דיוקן הנכבש: ולפני כן – דיוקן הכובש 81 (אבנר להב מתרגם, 2005)).

51 ראו הרחבה בפרק הרביעי בספר זה.

52 ס' 5 (א) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, ס"ח 339. בתגובה לפרשנות המצמצמת שהחיל בג"ץ על היקף המקרים הנכנסים לגרדי "פעולה מלחמתית" (ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד (נו4) 1 (2002)) הרחיב המחוקק במכוון את ההגדרה בחוק, בתיקון מס' 4 משנת 2002 ובתיקון מס' 8 משנת 2012, כך שהיום יחשב ל"פעולה מלחמתית" שהמדינה אינה חייבת לפצות את הנפגעים ממנה כל "פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן

סכסוך מזוין שלא הוגדר בה במדויק הצד השני לסכסוך.<sup>53</sup> אף שמעצר מינהלי שנגקט לצורכי ביטחון בשטח כבוש הוא אמצעי לגיטימי לפי המשפט הבינלאומי, השאלה היא אם הוא מוסיף להיות לגיטימי גם בכיבוש מתמשך של שני דורות, שבו הייתה לכובש היכולת והאפשרות לבנות ולבסס מערכת של אכיפת חוק פלילי לתפארת. בהסדרים החוקיים שהנהיגה ישראל קשה גם למצוא ביטוי ברור לדרושת הנחיצות המוחלטת שנקבעה במשפט הבינלאומי. יש כאן היזון כפול: השימוש במעצר המינהלי מבטא יחס של אדנות כלפי נחות, ואילו עצם קיומו של המעצר המינהלי מחזק את תפיסתם של תושבי השטחים כנחותים.

## ה. הערכת חסר של הפגיעה בזכויות: אופיו הפוגעני של המעצר המינהלי

כמו בהקשרים אחרים גם בענייננו אחד הגורמים המאפשרים הצדקה של אמצעים קשים ובעייתיים הוא התייחסות חסר לפגיעות הכרוכות בשימוש באמצעים אלה. התייחסות חסרה כזאת טיפוסית כאמור למקרים שבהם הנפגעים הם "אחרים". מכאן החשיבות היתרה שבהבהרת הפגיעה, שתיעשה בשורות הבאות. המעצר המינהלי כפי שהוא נהוג במדינת ישראל מביא לידי הפגיעה הקשה ביותר בחירות בד בבד עם הפגיעה הקשה ביותר בהליך ההוגן, וממילא בכבודו האנושי של העצור. עקב כך, הנכס היקר ביותר לאדם אחרי חייו – חירותו – נשלל ממנו ללא הליך ראוי. הפגיעה בכבודו של העצור מתקיימת כשלא נמסר לו מידע על סיבת מעצרו, לפחות לא מידע קונקרטי מספיק שמאפשר לו להבין במה דברים אמורים, כך שיוכל להציג גרסה מכחישה או נוגדת, להזים או לסתור את המידע האמור. הרמת המסך מעל הכותרת "מעצר מינהלי" חושפת פגיעות קשות של אמצעי זה בעקרונות יסוד של השיטה המשפטית, עצם העקרונות ששמירתם הקפדנית נדרשת כל כך בהליך הפלילי. כאשר מצד אחד מרוממים

---

פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות, שהיא פעולה בעלת אופי לוחמתי, בהתחשב במכלול נסיבותיה, ובכלל זה במטרת הפעולה, במיקומה הגאוגרפי או באיום הנשקף לכוח המבצע אותה". תיקון מס' 4 לחוק אף החיל מגבלות נוספות על האפשרות להגיש תביעה נגד המדינה במקרים אלו (ראו ס' 5 לחוק).  
ראו דבריו של הנשיא גרוניס בעניין דיראני, לעיל ה"ש 38.

אותם ואת חשיבותם בהליך הפלילי בכל הזדמנות, ומצד אחר מוותרים עליהם בקלות רבה בהליך של מעצר מינהלי, מעמד הכללי של עקרונות אלה נפגע בהכרח. הפגיעה האמורה מתרחשת בכמה ממדים: הנורמטיבי-ערכי, ההחינוכי-סמלי וברמת המחויבות לעקרונות אלה בקרב גורמי אכיפת החוק, המחוקקים והציבור כולו. מעורבותם של בתי המשפט בהליך זה, הפגום באופן יסודי כל כך, לא רק שאינה מקלה את הפגיעה שהשימוש באמצעי זה גורם, אלא להפך – מספקת לו לגיטימציה ופוגעת ביושרה של המערכת השיפוטית כולה. בחלק זה נעמוד אפוא על הסטיות מכללי ההליך ההוגן בסדרי הדין ובדיני הראיות ולאחר מכן על הפגיעה בכבוד האדם הכרוכה בכך.

## 1. הסטייה מכללי ההליך ההוגן

### סדרי הדין

הזכות להליך הוגן עוגנה במסמכים רבים, החל באמנות בינלאומיות מכוננות דוגמת ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם,<sup>54</sup> האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות<sup>55</sup> והאמנה האירופית לזכויות אדם,<sup>56</sup> וכלה בנורמות מדינתיות דוגמת חוקת ארצות הברית.<sup>57</sup> לא בכדי מידת השמירה על הליך הוגן נחשבת מדרג טוב לשמירה על זכויות אדם בחברה פלונית. והנה, בחברה הישראלית, המתהדרת באופייה הדמוקרטי, כלי המעצר המינהלי פוגע פגיעה חמורה בזכות להליך הוגן כפי שהגדיר אותה המחוקק הישראלי עצמו – אם בהיבטי סדר הדין הפלילי ואם בהיבטים הראייתיים.

54 ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, סעיף י, האו"ם, דצמבר 1948, אתר האגודה לזכויות האזרח בישראל.

55 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, 31, 269 (נעשתה ביום 16 בדצמבר 1966; ישראל חתמה ביום 19 בדצמבר, 1966, ואישררה ביום 18 באוגוסט 1991).

56 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS (להלן: European Convention for the Protection of Human Rights), Art. 6.

57 U.S. CONST. amends. 5 and 14

בכל הנוגע לכלי המעצר המינהלי אפשר לציין שלושה היבטים פוגעניים שהם בגדר סטייה מכללי ההליך ההוגן כפי שהם מקבלים ביטוי בסדר הדין הפלילי. ראשית, לעציר המינהלי עלולה שלא להימסר סיבת מעצרו, כך שהוא אינו יודע מה מיוחס לו.<sup>58</sup> במשפט הפלילי הרגיל ברור כי עצור זכאי לדעת מה מיוחס לו.<sup>59</sup> דרישה זו מצוינת במפורש באמנות המפורטות לעיל. כן מודגשת בהן החשיבות שביידוע מהותי ולא פורמלי, קרי בפירוט ובשפה שהעצור מבין. אקט בסיסי זה נדרש לפי החוק הישראלי בהזרת החשוד בפתח חקירתו, במסירת כתב האישום לנאשם כשהוא מוגש לבית המשפט ובהקראתו בפתח הדיון בבית המשפט.<sup>60</sup> שנית, בהליך המעצר המינהלי המדינה מגישה לבית המשפט חומר שרובו ככולו חסוי, כך שהעצור ועורך דינו אינם יודעים אילו ראיות יש נגדו ואין ביכולתם להפריכן. שלישית, התביעה איננה מגישה כתב אישום בשום שלב בהליך, ובהתאם לזה גם לא נערך משפט פלילי שבו המדינה נדרשת להוכיח את ההאשמות כנדרש בהליך פלילי רגיל.<sup>61</sup>

האם ההליך שנקבע למעצר המינהלי מבטיח את יכולת העצור להתגונן? השימוש בראיות חסויות, שעוד ידובר בו בהמשך הדברים, הוא מהיסודות המשותפים והחשובים ביותר לשלושת משטרי המעצר המינהלי הנהוגים בישראל ובשטחים שבשליטתה. ככלל, המדינה משתמשת בסעיף זה כשאינן בחומרים הגלויים כדי לגבש עילת מעצר. כוונתו המקורית של המחוקק הייתה כנראה שהשימוש בסעיף זה יותר במקרים החריגים ביותר, ושעל פי רוב העציר ייחשף למלוא הראיות נגדו.<sup>62</sup> דא עקא, בקשה שהשופט ימנע את גילוי הראיה לעצור

58 דנ"פ 7048/97, לעיל ה"ש 9 בפרק זה, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק.

59 STEFAN TRECHSEL, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS 193 (2005)

60 ס' 143 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43.

61 ס' 67 לחוק סדר הדין הפלילי. יש לציין כי במשך השנים הורה בית המשפט העליון לחקור את כלל העצירים המינהליים סמוך למעצרו כדי לבחון, בין היתר, אם תחילה אפשר למצות עמם את הדין הפלילי. תכליתה של הוראה זו היא בראש ובראשונה לאפשר לעציר זכות טיעון (ראו למשל בג"ץ 9441/07 אגבר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פס' יב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 20.12.2007)).

62 הצעת חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, ה"ח 1360, בעמ' 295, בהתאם לנורמה הקבועה בס' 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי המקנה לנאשם ולסנגורו את הזכות "לעייין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או



או לבא כוחו נהפכה לפרקטיקה רווחת בהליכי המעצר המינהלי, בטענה שמדובר בחומר מסווג. נראה שהסיבה העיקרית שבגינה המדינה פונה מלכתחילה לאפיק המינהלי היא רצונה שלא לחשוף ראיות רגישות מסוג מסוים, ועל כן בקשה להטלת חיסיון מכוח סעיף 6(ג) לחוק המעצרים נהפכה לחלק בלתי נפרד מאישור המעצר לפני שופט.<sup>63</sup> מה שמחמיר את מצבו של העצור הוא העובדה שהחוק אינו דורש איזון בין זכויות החשוד ובין ביטחון המדינה, אלא מציג את הפגיעה בביטחון כשיקול היחיד שצריך להיבחן, והפגיעה האפשרית בביטחון מצדיקה את אי-חשיפת הראיות לפני העצור ובא כוחו.

הטענה שכדי להגן על מקורות ועל שיטות של איסוף והשגת מידע (והשניים אינם בהכרח באותה רמת חשיבות) נדרשות התאמות של דיני הראיות ושל סדרי הדין היא מובנת. התאמות אלה עשויות להצדיק, למשל, שלא כל חומר הראיות נגד העצור יוצג לעיונו ולעיונו של בא כוחו, אלא גרסה מצונזרת בלבד שאין בה כדי לחשוף מקורות או שיטות; אלא שיש מינימום שדרוש לקיומו של הליך שיפוטי (gist) שבלעדיו אי-אפשר. מינימום זה מחייב שהעצור – מי שזכות חיונית ומרכזית שלו עלולה להישלל ממנו – יהיה צד להליך ולא רק מושא שלו, ושתינתן לו ההזדמנות לדעת מדוע מבקשים לעצור אותו ומה בסיס החשדות נגדו, באופן שיאפשר לו להתגונן נגד החשדות הללו ולהזימם.<sup>64</sup> אי-אפשר להשלים עם מצב דברים שבו חירותו של אדם נשללת בלי שיש לאל ידו להתמודד עם החשדות שהחלטה לעצור אותו מתבססת עליהם. אי-אפשר לקבל שאדם משתתף בהליך משפטי גורלי בנוגע לחירותו בלי שהוא יודע כמה דברים

שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו". בית המשפט העליון קבע כי זכות העיון של הנאשם נגזרת מזכותו לפרוש את הגנתו המוגדרת זכות יסוד (ראו ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832, 838 (1999)). כך, גם בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית המשפט הפרלמנטרי העליון בארצות הברית פסקו כי זכות העיון נגזרת מזכות הנאשם להליך הוגן שהיא בעלת מעמד חוקתי (ראו חיה זנברג "על זכות העיון בחומר חקירה" המשפט י' 335, 337 (תשס"ה)).

63 גיל, לעיל ה"ש 22 בפרק זה, עמ' 67.

64 לדיון השוואתי בגישת ה-gist כדרישת בסיס ראו Daphne Barak-Erez & Matthew C. Waxman, *Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions*, 48 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 3, 10–18 (2009).

אמורים ועל מה הדיון בהליך נסב. מצב קפקאי זה יכול להתקיים בעולם הספרות שמתאר מציאות הזוויה, איומה, בלתי נסבלת, אבל לא במדינה דמוקרטית שמחויבת להוגנות בסיסית. הליך משפטי שאינו מאפשר את המינימום הזה אינו ראוי לתואר הזה. בהליך כזה לא שלטון החוק מושל אלא שלטון השרירות, שלטון הכוח השלטוני העריץ. שופט שיושב בדיון בהליך כזה או פרקליט שמייצג את המדינה מוציאים שם רע למערכת המשפט.

לא בכדי תפיסה מינימליסטית זו קנתה לה שביתה בפסיקת בתי הדין של האיחוד האירופי. בשנת 2004, בעקבות החוק נגד טרור, פשעים וביטחון שנחקק בכריטיניה בשנת 2001 (Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001), בית הדין האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights) פסק בעניין השימוש בראיות חסויות משיקולי ביטחון והתיר את מעצרו של מי ששר הפנים אישר כי יש בנוכחותו במדינה משום סיכון לביטחון הלאומי. על אישור זה ניתן היה לערער לוועדה המיוחדת לערעורים בעניין הגירה (Special Immigration Appeals Commission; SIAC), שבין היתר התבססה בעבודתה גם על חומר חסוי שלא נחשף לפני המערער ובא כוחו, אלא רק לפני פרקליט מיוחד (advocate special) בעל סיווג שייצג אותו בדיון החסוי. לבסוף הגיעו לבית הדין האירופי לזכויות אדם תביעות מצד עצורים לפי חוק זה<sup>65</sup> בטענה להפרה של סעיף 5(4) לאמנה האירופית לזכויות אדם הקובע כי "כל אדם שחירותו נשללה ממנו במאסר או במעצר יהיה זכאי להגיש תביעה משפטית שבה יחליט בית המשפט בזריזות אם המעצר חוקי, ואם אינו חוקי – יורה על שחרורו".<sup>67</sup> בית הדין בחן את הסדרי המעצר האמור ופסק, בין השאר, כי גם כשמונחים על הכף שיקולים

65 הוועדה הוקמה בשנת 1997 מכוח Special Immigration Appeals Commission Act 1997, בין היתר במטרה לדון בערעורים על החלטות שר הפנים הבריטי לגרש אדם מבריטניה או לאסור את כניסתו למדינה בגלל פגיעה בביטחון המדינה או מטעמים הנוגעים לטובת הציבור.

66 A. and Others v. The United Kingdom, App. 3455/05, Eur. Ct. H.R. (Feb. 19, 2009) (להלן: App. 3455/05).

67 European Convention for the Protection of Human Rights, לעיל הערה 56 בפרק זה, ETS 5, Art. 5(4).

ביטחוניים למניעת גילוי הראיות, על המדינה לחשוף מידע מספיק שיאפשר לעצור להתגונן בפני ההאשמות נגדו:

הפרקליט המיוחד לא יכול למלא את תפקידו נאמנה אלא אם קיבל העצור מידע מספק על ההאשמות נגדו, שמאפשר לו להנחות בצורה יעילה את הפרקליט המיוחד. אף שבשאלה זו יש להחליט בכל מקרה לגופו, לדעת בית המשפט, ככלל כאשר הראיה הייתה במידה רבה גלויה והחומר הפתוח שיחק תפקיד בעל משקל בהכרעה, לא היה אפשר לומר שלמבקש לא ניתנה ההזדמנות האפקטיבית לערער על ההיגיון של חשדות מזכיר המדינה נגדו. במקרים אחרים, אפילו כשרוב הראיות או כולן נותרו חסויות, אם ההאשמות שנכללו בחומר הגלוי היו ספציפיות מספיק, המבקש היה יכול לספק לבאי כוחו ולפרקליט המיוחד את המידע שבעזרתו אפשר לסתור אותן, אם מידע כזה היה בנמצא, בלי שהיה עליו לדעת את הפרטים או את המקורות של ההוכחות ששימשו בסיס להאשמות נגדו. לדוגמה, ההאשמה נגד כמה מבקשים על שהשתתפו במחנה אימון של טרורטיסטים במקום מסוים בתאריכים מסוימים. כשאופי ההאשמה היה ידוע לו, היה יכול המבקש לספק לפרקליט המיוחד הוכחה לחפותו, למשל אליבי או הסבר חלופי לנוכחותו שם, שהיה בה די כדי לאפשר לפרקליט לסתור את ההאשמות. לעומת זאת, במקרה שהחומר הפתוח כלל רק הכרזות כלליות, והחלטתה של SIAC לתמוך בהיתר ולהמשיך את המעצר התבססה רק, או במידה רבה, על חומר חסוי, לא יכלו הדרישות הפרוצדורליות של סעיף 5(4) להתקיים במלואן.

[...] the special advocate could not perform this function in any useful way unless the detainee was provided with sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions to the special advocate. While this question must be decided on a case-by-case basis, the Court observes generally that, where the evidence was to

a large extent disclosed and the open material played the predominant role in the determination, it could not be said that the applicant was denied an opportunity effectively to challenge the reasonableness of the Secretary of State's belief and suspicions about him. In other cases, even where all or most of the underlying evidence remained undisclosed, if the allegations contained in the open material were sufficiently specific, it should have been possible for the applicant to provide his representatives and the special advocate with information with which to refute them, if such information existed, without his having to know the detail or sources of the evidence which formed the basis of the allegations. An example would be the allegation made against several of the applicants that they had attended a terrorist training camp at a stated location between stated dates; given the precise nature of the allegation, it would have been possible for the applicant to provide the special advocate with exonerating evidence, for example of an alibi or of an alternative explanation for his presence there, sufficient to permit the advocate effectively to challenge the allegation. Where, however, the open material consisted purely of general assertions and SIAC's decision to uphold the certification and maintain the detention was based solely or to a decisive degree on closed material, the procedural requirements of Article 5 § 4 would not be satisfied.<sup>68</sup>

את ההסדר המתיר ל-SIAC להשתמש בראיות חסריות בחן לאחרונה גם בית הדין האירופי לצדק (European Court of Justice),<sup>69</sup> שדן בשאלה אם השימוש בראיות

68 App. 3455/05, לעיל הערה 66 בפרק זה, פס' 220.

69 ZZ v Secretary of State for the Home Department [2013] EUECJ C-300/11 (להלן: עניין ZZ). עוד ראו יובל שני, עמיהי כהן וטל מימרן "בית

חסויות תואם את דין האיחוד האירופי.<sup>70</sup> הרקע לפרשה זו היה דחייתה של SIAC את ערעורו של אזרח אלג'ירי צרפתי, תושב קבע בכריטיניה, בעניין איסור כניסתו מחדש לכריטיניה מסיבות ביטחוניות לאחר הליך שבו נידונו גם ראיות חסויות שתוכנן לא נמסר למערער. בית הדין הבריטי לערעורים אישר את סמכותה של SIAC למנוע את כניסתו של המערער למדינה בשם האינטרס הציבורי, על בסיס מידע הזמין לה, אך הפנה לבית הדין האירופי לצדק שאלה אם הדין האירופי מחייב ליידע חשוד בדבר הנימוקים המהותיים לקבלת החלטה בעניינו. תשובת בית הדין לא הפתיעה:

משימתו של בית הדין המדינתי בעל סמכות השיפוט היא להעריך אם ובאיזו מידה ההגבלות על זכויות ההגנה המתעוררות בעיקר מאי-גילוי הראיה והעילה המלאה והמדויקת שעליה מבוססת ההחלטה על פי סעיף 27 של הדירקטיבה 2004/38 יכולות להשפיע על הערך ההוכחתי של הראיה החסויה. בהתאם, על בית הדין המדינתי בעל סמכויות השיפוט, ראשית, להבטיח שהאדם יקבל מידע על מהות העילות העומדות בבסיס ההחלטה שבריון באופן שמביא בחשבון את הצורך בחסיון הראיה, ושנית, להסיק, באופן עקבי לחוק המדינתי, את המסקנות המתאימות הנובעות מכל אי-ציות לחובת היידוע.

[...] the national court with jurisdiction has the task of assessing whether and to what extent the restrictions on the rights of the defence arising in particular from a failure to disclose the evidence and the precise and full grounds on which the

---

הדין האירופי לצדק קבע כי שימוש בראיות חסויות באופן שאינו מידתי ונחוץ פוגע בזכות להליך משפטי הוגן" טרור ודמוקרטיה 15 (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, ספטמבר 2013).

70 ובפרט את ס' 47 ל- "Charter of Fundamental Rights of the European Union" ("Right to an effective remedy and to a fair trial"), וס' 30(2) ל- Council Directive 2004/38, 2004 O. J. (L 158) 77 (EC)

decision taken under Article 27 of Directive 2004/38 is based are such as to affect the evidential value of the confidential evidence.

Accordingly, it is incumbent upon the national court with jurisdiction, first, to ensure that the person concerned is informed of the essence of the grounds which constitute the basis of the decision in question in a manner which takes due account of the necessary confidentiality of the evidence and, second, to draw, pursuant to national law, the appropriate conclusions from any failure to comply with that obligation to inform him.<sup>71</sup>

כדי לשמור אפוא שמירה אפקטיבית על זכותו של אזרח האיחוד האירופי להליך הוגן, יש ליידע אותו לפחות בדבר מהות (essence) החשדות שבגינן ננקטו נגדו הליכים.

נציין כי גם במקרה הנדיר יחסית שבו נמנע מהמדינה השימוש במעצר מינהלי עקב חששה לפגיעה משמעותית בכיטחון בשל החובה לגלות את בסיס היסוד העוברתי למעצר, עדיין אין היא חסרת אונים. היא יכולה להתמודד עם הסכנה שבחשוד מסוים באמצעות הצבתו במעקב ואף להזהירו, אם יש בכך כדי להועיל.

דיני הראיות

נוסף על ההסדרים הדיוניים שהוצגו לעיל, המקלים עם הרשות המבצעת, יש לתת את הדעת גם להסדר הראייתי הייחודי החל בשימוש בכלי המעצר המינהלי הנובע מאופיו המינהלי. לנוכח האפיון המינהלי, שהוא נושא דיונו, גם הביקורת על הראיות החסויות שהמדינה אוספת על מסוכנותו של העצור נעשית על פי מבחן "הראיה המינהלית", כלומר לפי מבחן הסבירות שבו נשאלת השאלה "האם באופן סביר ניתן לקבוע כי לראיה החסויה ערך הוכחתי?" או "האם מדובר בראיה

71 עניין ZZ, לעיל ה"ש 69 בפרק זה, פס' 67-68.

שאדם סביר היה מייחס לה ערך הוכחתי?<sup>72</sup> עם זאת בית המשפט, בהבינו כי מעצר מינהלי הוא אמצעי חריג וקיצוני ששולל זכויות יסוד מאדם, דרש בעקביות כי הראיות יהיו "ראיות ברורות ומשכנעות על-מנת להוכיח סיכון ביטחוני המקים עילה למעצר מינהלי", כלומר, "יש לייחס חשיבות לכמות ולאיקות הראיות נגד העצור וכן למידת העדכניות של החומר המודיעיני הרלוונטי נגדו".<sup>73</sup> התייחסותו של הנשיא שמגר לרף הראייתי הדרוש לצורך הוצאת צו גירוש יפה גם לענייננו:

מה שנדרש בדרך כלל הוא, כי יובא בפני הרשות חומר, שאדם סביר היה רואה בו יסוד מספיק להחלטתו [...] בשים לב לנושא, ולתוכן ולאדם שמסר אותו. מן הראוי שהחומר יהיה כזה, שאדם סביר היה רואה אותו כבעל משקל הוכחתי והיה סומך עליו. בבג"צ 56/76 [...] נדונה שלילתן של זכויות קיימות, ונאמר שם, כי לצורך החלטתה צריכות להיות לפני הרשות ראיות משכנעות ומהימנות, שאינן מותירות מקום לספק. אמת מידה זו מקובלת עלי, כל אמת שדנים בשלילת זכויות קיימות או בשלילתן של זכויות יסוד, בדומה למקובל בכגון דא בארצות-הברית [...]. הנני סבור, כי הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק למתן צו גירוש, צריכות, בדרך כלל, להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות.<sup>74</sup>

לכאורה, ובשים לב לתוצאה החמורה מבחינת הפגיעה בזכויות, היה מקום לדרוש הוכחה מעל לספק סביר של מה שנוגע לעברו הטרוריסטי של העצור, להבדיל מהערכת מסוכנותו העתידית, שאינה יכולה להיות ידועה ברמה כזאת של ודאות. ואולם זה איננו הסף הראייתי הנדרש והמוחל הלכה למעשה. על פי ההסדרים למעצר מינהלי, אפשר לסטות מדיני הראיות המקובלים בהליך פלילי, וכאמור אפשר גם שלא לחשוף ראיות לפני העצור ובא כוחו.

72 בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994).  
73 ע"פ 6659/06, לעיל ה"ש 10 בפרק זה, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.  
74 בג"ץ 159/84 שהין נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור חבל עזה, פ"ד לט(1) 307, 326-327 (1985).

ברור שהסטייה מדיני הראיות, ובעיקר יכולתם של המחליט והמבקר השיפוטי להסתמך על עדות שמיעה ואי-יכולתו של העצור להתעמת עם מי שמעיד נגדו, פוגעת מאוד ביכולתו להתגונן מפני המיוחס לו. העובדה שהעצור וסנגוריו אינם יכולים להפריך את אמיתותן של ראיות שהובאו לידיעת בית המשפט בלבד אך לא נחשפו לפנייהם היא פגיעה קשה בזכות העצור להליך הוגן, ולענייננו, מכשול בהשגת היעד של בירור האמת – בכל האמור בבסיס העובדתי להבדיל מהיסוד ההערכתי.

לזכותה של הפסיקה שעסקה בצווי מעצר מינהלי נציין את המגבלות שקבעה בעניין הערך ההוכחתי של ראיות מינהליות שיש בהן כדי להוכיח את מסוכנותו של אדם. כך, נקבע כי יש לדרוש הצלבה וריבוי מקורות עצמאיים על מסוכנותו של העציר, וכן כי הסתמכות על מקור אנושי תיעשה בזהירות רבה.<sup>75</sup> עוד נקבע כי על מאשר צו המעצר המינהלי לבחון בהחלטתו את "התמונה בכללותה" באשר להתנהגותו ולאישיותו של האדם מושא הצו, כלומר, את התשתית העובדתית המלאה שיש בה כדי לאשש או להפריך את שאלת מסוכנותו.<sup>76</sup> כשהנחיות מיושמות הן מקטינות, אך ודאי שאינן מבטלות, את החשש למעצרים של בלתי מעורבים בטרור.

גם בהנחה שהנחיות הפסיקה מתקיימות, ברור שהבסיס למעצר המינהלי מוצק פחות מהבסיס להרשעה פלילית. מעצר מינהלי עשוי להתבסס על ראיות מפוקפקות כמו עדויות שמיעה (ואף של עדים בעלי אינטרס), שברגיל אינן קבילות כלל משום שהן נחותות ומפוקפקות, או על יסוד ראיות שטרם ניתנה ההזדמנות להעמידן במבחן הביקורת, שהיא לב הזכות של הנאשם בפלילים להתעמת עם חומר הראיות נגדו כדי לנסות ולהזם אותו. הסכנה שבהליך המעצר המינהלי נעצרים אנשים שלפני מעצרים לא נשקפה מהם סכנה לביטחון שרירה וקיימת, וקשה להעריך את מידתה ואת היקפה. העובדה שהעוסקים בדבר

75 הפחתת ערכה ההוכחתי של ראיה המגיעה ממקור אנושי נובעת מן החשש שמא התמריצים שמשפטי פעולה מקבלים על מסירת מידע על אנשים עשויים להביא לידי מעצרי שווא רבים, להבדיל, למשל, מהסתמכות על מקור איסוף מודיעין אלקטרוני (ראו עמ"ם 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 187 (2003)).

76 עמ"ם (ערעורים צה"ל) 29/00 ברגותי נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 18.2.2001).



משוכנעים שאין הדבר כך עשויה להעיד בעיקר על הנטייה החזקה של בני אדם להרגיש שהם צודקים במעשיהם, ומכאן להפריז במשקלם של נתונים שתומכים בכך ולהפחית במשקלם של נתונים שמוכיחים את ההפך.

## 2. הפגיעה בזכות לכבוד אנושי

הפגיעות המתוארות לעיל שיסודן בסטייה מכללי ההליך ההוגן – סדרי הדין ודיני הראיות – מצטרפות לאי־ודאות של העצור בכל הנוגע לשאלה מתי יצא לחופשי. אמנם צו מעצר מינהלי מוגבל לחצי שנה, אבל אפשר להאריכו ללא כל הגבלה. כלומר, כלי המעצר המינהלי עלול לכפות על אדם מצב שבו חירותו נשללת למשך זמן שאיננו מוגבל סופית, בלי שיובהר לו על מה ולמה ובלי שתיתן לו האפשרות להתעמת עם המיוחס לו. היחס אליו איננו עוד כאל סובייקט של ההליך, בנושא גורלי מבחינתו (חירותו ושמו הטוב), אלא כאל אובייקט שלו בלבד. בנסיבות אלה ניטלת ממנו כל יכולת להשפיע על גורלו, והוא ככלי משחק בידיהם של אחרים. כך נפגע במובהק כבודו האנושי. מבחינתו מדובר בהליך שרירותי, ושרירות שלטונית היא תמונת ראי לפגיעה בכבוד האדם. המרחק בין הליך זה ובין הרעיון של שוויון כוחות בין המדינה לחשוד הוא פ־מרחק בין שמים לארץ; המרחק בינו ובין הליך הוגן הוא אינסופי. מצב הנחיתות של העצור מקורו ביחס נטול כבוד כלפיו, שפוגע בכבודו האנושי.

המעצר המינהלי מניח תמונת אדם שנוגדת את תמונת האדם ההולמת את מי שאנושיות טבועה בו מעצם היותו אדם, האומרת שאדם מסוגל לעצב את חייו כרצונו ולפי החלטתו. מסוגלות זו טומנת בחובה גם את יכולתו לשנות את מסלול החיים שהחל לצעוד בו: ביכולתו לעשות סיבוב פרסה, להתחיל מחדש ואחרת, לסור מדרך רעה ולשוב למוטב – ובכך מותר האדם מן הבהמה. לעומת זאת, המעצר המינהלי הוא ביטוי למשפט שמתייג את מי שעשה, להבדיל ממשפט שמתמקד במעשים, ושמשיע כי חזקה על מי שהחל לחטוא או תכנן לחטוא שימשיך בדרך זו. מי שעלה על מסלול הטרור, לא יסור ממנו.<sup>77</sup> הרעיון

77 בשיטות המשפט אמנם מקובל להעניש גם ניסיון לביצוע עברה, ולא רק ביצוע מושלם שלה, מתוך תפיסה שהעובדה שהערך החברתי המוגן לא נפגע בסופו של דבר איננה סיבה למניעת ההפללה (ראו (ANTONY DUFF, CRIMINAL ATTEMPTS 23 (1996)); עם

שפעם מסוכן, בהכרח מסוכן ולאורך זמן מסוכן, יונק מהנטייה לעשות דמוניזציה ליריב ולייחס לו תכונות שליליות שנובעות מאופיו, ומכאן שהן קבועות ובלתי משתנות. מכאן גם שאין להתייחס אליו באמפתיה.

לא במקרה אפוא מופיעו של המעצר המינהלי קשורים בהתייחסות לאנשים כאל פחותי חשיבות, נתינים בשטח שבשליטת ריבון זר, שבו אין להם השפעה על השלטון והשלטון אינו נזקק להסכמתם או לגליטימציה שלהם למעשיו.<sup>78</sup>

זאת, בצד דיני הניסיון, החוק מציע את האפשרות לפטור מאחריות פלילית עקב חרטה. כך ס' 28 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, קובע כי "מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לניסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה". פטור כזה, במועד המתאים על הרצף הפלילי, לא רק שמתמרץ את העבריין שלא להשלים את העברה בכך שהוא פוטר אותו מעונש, אלא אף מכיר בכך שאפשר שאדם, באמת ובתמים ומחפץ נפשו בלבד, יראה את הפסול שבמעשיו ויבקש לסגת מהם – אפשרות שאיננה ניתנת לעצור במעצר מינהלי.

78 וראו דבריו של יעקב שמשון שפירא, לעיל בסמוך לה"ש 17 בפרק זה. במחקר שערכה שירי קרבס (*Shiri Krebs, Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court*, 45 VAND. J. TRANS. L. (2012) 639), שעליו יורחב בהמשך הדברים, הוצגו בין היתר פערים באופן היישום של הביקורת השיפוטית על עתירות לבג"ץ בעקבות צווים צבאיים ובין הביקורת במסגרת ערעורים בעניינם של צווי מעצר שהוצאו מכוח חוק המעצרים וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (בין היתר נבחנו במחקר הברלים באורך ההחלטות, ציון משך זמן המעצר בהחלטה ושיעור משיכות העתירות או הערעורים בידי העצירים). ככלל, מספרן של העתירות שהוגשו לבג"ץ נגד החלטות של בתי המשפט הצבאיים רב יותר מההליכים לפי ההסדרים המקבילים, ופסקי הדין בעניינם מאופיינים בלקוניות יתרה (שם, בעמ' 675-676). כמו כן, ביותר מחצי מהעתירות שהוגשו בעקבות צווי מעצר צבאיים צו המעצר הוצא לאחר שהעציר הורשע וסיים לרצות עונש בהליך פלילי, בניגוד להליכים שהתנהלו מכוח חוק המעצרים או חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. בראיונות שערכה קרבס עם נציגי שב"כ ופרקליטים הודו אלה כי ככלל, הביקורת השיפוטית על צווי המעצר הצבאיים רופפת יותר. נראה שהביקורת השיפוטית בהליכים לפי המסלולים האחרים היא דקדקנית יותר והרבר מתבטא בפסקי דין ארוכים יותר (שם, בעמ' 681). השופט הצבאי רס"ן אמיר דהאן, האחראי על הסטטיסטיקה בבתי המשפט הצבאיים, אישש סברה זו בציינו כי בית המשפט העליון מעולם לא התערב בהחלטה של בתי המשפט הצבאיים בעניין מעצר מינהלי

כך, היפנים בארצות הברית שסבלו בזמן מלחמת העולם השנייה מיחס גזעני בין שהייתה להם אזרחות אמריקנית ובין שלא; וכך, הפלסטינים המתגוררים בשטחים שבשליטתה הצבאית של ישראל ואזרחיה הערבים.

## 1. מי יכול לאזן כראוי בין צורכי הביטחון ובין חירות הפרט?

לצד הבעיות התפיסיות הכרוכות במעצר המינהלי וביישומו יש בהליך זה גם בעיות מבניות. תמציתן היא שלאורך כל הדרך אין איזון ענייני ובלתי מוטה של מה שמונח על כפות המאזניים. נבהיר את הטיעון.

### 1. גורמי הביטחון המקצועיים?

החשש שגורמי הביטחון לא יאזנו כהלכה בין האינטרס הביטחוני ובין הזכות לחירות ולכבוד הוא חשש ריאלי בשים לב לתפקיד המוטל עליהם ולתפיסת תפקידם, שעשויה להיות חד-מגמתית ולא מאזנת, בעיקר כשהביטחון הוא "שלנו" והפגיעה בזכויות מתייחסת ככלל ל"אחרים". עוד יש לזכור את החשש של גורמי הביטחון לקבל על עצמם סיכונים בתחום אחריותם. בהקשר זה יש להביא בחשבון שאין סימטריה בין שני סוגי הטעות שניתן לטעות בעניין. אילו לא נעצר אדם מסוכן באמת, הטעות תתגלה במעשה טרור שיעשה ותסב מבוכה לטועה; אם נעצר מי שלא נשקפת ממנו כל סכנה – לא יהיה אפשר לעמוד על הטעות. אם מוסיפים לכך את הדמוניזציה כלפי הצד האחר ואת הנטייה לייחס משקל יתר לנתונים שליליים, מתגבר החשש מפני טעויות לטובת הביטחון. אין להתעלם גם מגנטייתם של גורמי הביטחון להעדיף את התועלת קצרת הטווח, המוחשית יותר, על פני השלכות שליליות ארוכות טווח ומצטברות של האמצעי הננקט. בייחוד אפשר לפקפק אם נושאים של לגיטימיות מהותית ולגיטימציה – בעיקר כלפי הצד השני (בכלל זה ההשלכות ארוכות הטווח של שימוש באמצעים שנתפסים בלתי צודקים על המוטיבציה לטרור, על היחס כלפי טרור ועל היחסים בין העמים באופן כללי) אבל גם כלפי הקהילה הבינלאומית – תופסים את המקום הראוי להם בהפעלת שיקול דעתם של גורמי הביטחון.

---

(חיים לוינסון, אבי יששכרוף ואופיר בריזר "העליון ידון בעתירת העציר המינהלי השובת רעב" הארץ, חדשות, 21.2.2012).

עוד ראוי להביא בחשבון שגם גורמי הביטחון אינם מחוסנים מפני השפעותיה של דעת הקהל, וכי גם הם עלולים – בתלות באתוס המקצועי הארגוני ובאישיותם של הנוגעים בדבר – להיות מושפעים מהרצון לרצות את הדרג המדיני הממונה עליהם.

זאת ועוד, לגורמים המקצועיים המופקדים על הביטחון קל להשליך את יחבם על הגורמים האחרים במערכת כגורמים מאזנים ומתקנים, בבחינת "ענייננו בביטחון, ואנו סומכים על הייעוץ המשפטי ועל בית המשפט". אלא שכאמור כאשר מדובר בביטחון המדינה הדברים אינם פשוטים כלל ועיקר מבחינת גורמים אלה. רבים הסיכויים שההכרעה המקצועית של הגופים הביטחוניים, שלא התיימרה אפילו להיות סופית אלא חלקית בלבד, תזכה בפועל למעמד של הכרעה סופית. מבחינה זו נוצר כאן מעין מעגל קסמים שבו מלאכת איזון האינטרסים האמיתית בין ביטחון המדינה ובין הזכויות הנפגעות מגולגלת מגורם אחד למשנהו בלי ששום גורם עושה זאת באופן שלם ואמיתי, כעניין של קביעת מדיניות. למרות החסרונות שהוזכרו, גורמי הביטחון המקצועיים נהנים מאמון ניכר, כמעט עיוור, כסמכות אפיסטמית עליונה בתחום שהם מופקדים עליו; ובר בכך מיוחסת להם גם עריכת האיזון האופטימלי, או לפחות הסביר והמספק, בין צורכי הביטחון ובין זכויות אדם.

עוד יש לשים לב להשפעה של התנהלות בית המשפט על גורמי הביטחון. כך למשל אפשר – ועוד יוסבר בהמשך כיצד קורה הדבר – שהפיקוח השיפוטי ילבש צורה של מעורבות מעין-משפחתית או פטרנליסטית, שבמסגרתה בית המשפט מסתפק בהערות ובנזיפות רכות בשלב הדיון, שאין להן השלכה תכליתית על תוצאת ההליך למרות הערות חוזרות שלו באותו נושא. בשיח שיפוטי כזה ככל הנראה אין כדי להניע את הרשות לשנות ממנהגה. כמעט אפשר לומר את ההפך: יש כאן פרקטיקה שיפוטית שמעודדת את הרשות להתמיד במנהגה הנלוז. אופן ההתנהלות הרציונלי, התועלתני, מצד הרשויות יהיה, כך ניתן להניח, להימנע מחשיפת מידע רלוונטי מראש. כשהעצור אינו מקבל מידע על סיבת מעצרו, הסיכון לביטחון מתאיין וכן מתאינת יכולתו של העצור להיאבק בהחלטה לעצרו, דבר שעשוי להפוך את ההליך לקל ופשוט יותר מבחינת הרשות. לכן יש לרשות סיבה תועלתנית למעט ככל האפשר במסירת מידע לעצור. אם אין היא מסתכנת בכך סיכון משפטי של ממש, סביר שכך תנהג: אולי יצלח הדבר,

ואם לא – לא יהיה לכך מחיר של ממש. זאת ועוד, העובדה שהרשות השופטת נוהגת כבוד מיוחד כלפי הרשויות האחרות כאשר האינטרס הציבורי שמבקשים לקדם הוא ביטחון המדינה, ומעניקה להן מרחב תמרון גדול יחסית, אינה תורמת להקפדה שלהן על הפחתת הפגיעה בזכויות האדם. ואפשר שאף להפך, היא עלולה לקדם גישה הפוכה מתוך אמונה שבית המשפט ימנע מהתערבות גם אם דעתו לא תהיה נוחה.

## 2. הגורם המדיני?

ואולי הדרג המדיני הוא שיכול לאזן באופן ענייני ולא מוטה בין צורכי הביטחון ובין חירויות הפרט? נראה שגם הפעם התשובה שלילית. דוגמה לפער בין התדמית למהות, בין מה שנדמה כפיקוח של ממש או שיפור בתחום הפיקוח על פעולתם של גורמי הביטחון המקצועיים, ובין המציאות, היא הסמכות שניתנה בחוק המעצרים הישראלי לשר הביטחון להחליט על מעצרים מינהליים, לעומת הפקדתה בידי המפקדים הצבאיים לפי הדין המנדטורי. אחת הסיבות העיקריות להחלפת ההסדר המשפטי שיצרו התקנות המנדטוריות הייתה הרצון להעניק את הסמכות לעצור מינהלית לגורם אזרחי במקום לגורם צבאי. שמואל תמיר, שכיחן כשר המשפטים בזמן חקיקת חוק המעצרים, התנגד לאפשרות של הפקדת סמכות זו בידי גורם צבאי:

אפילו הרמטכ"ל יש לו מטרה אחת מוגדרת, חד-משמעית, בטחונית-צבאית במובן המוגדר של המלה. כאשר מדובר בשר הבטחון, שהוא גם איש מדיני – ואני רואה את זה כחיוב ולא כשלילה – זה לא פוסל אותו. הוא חבר הממשלה והוא שותף לכל שיג ושיח פנימי עד היכן ללכת ועד היכן לא ללכת. לא אחת הוא שותף למשא-זמתן לשלום, להכרעות מדיניות, וראיתו רחבה יותר. אחריותו האישית, כשהוא אישית חותם שפלוני ילך למעצר, היא יותר מאחריות מיניסטריאלית פורמאלית למה שעושה בשמו רב-סרן מסויים בשטח. אני חושב שזה צעד גדול קדימה.<sup>79</sup>

79 ד"כ 39, 3966 (התשל"ח). מעניין שאחרים, כמו חבר הכנסת גדעון האוזנר, ביטאו דווקא חשש הפוך והתנגדו לתת סמכות זו בידי פוליטיקאי: "אני מעדיף שזכות מעצר

מנסחי חוק המעצרים הישראלי המקורי ציפו אפוא שמכיוון שלשר הביטחון היקף אחריות רחב יותר, הנטייה להעדיף שיקולים ביטחוניים על פני כל סוג שיקולים אחר (בכללם זכויות עצורים והשפעות ארוכות טווח של שימוש לא פרופורציונלי באמצעי לוחמה בטרור) – תמוזער. רציונל זה משתקף בבירור מאופן עיצוב החוק. כך למשל, סעיף 2(א) לחוק קובע כי הגורם היחיד המוסמך להוציא צו מעצר מינהלי לתקופה ארוכה הוא שר הביטחון, וסעיף 11 אף מונע ממנו לאצול סמכותו זו לכל בעל תפקיד אחר.<sup>80</sup> יתרה מזו, החוק דורש כי השר יחתום בחתימת ידו על כל צו מעצר, ועל ידי כך מדגיש שלא רק שעליו להעריך את נחיצותו של האמצעי האמור ואת מידת התאמתו לדרישות המשפטיות והחוקיות, אלא שהוא גם אחראי ישירות ובאופן אישי לכל החלטה והחלטה.<sup>81</sup> בעניין זה כוונתו המפורשת של החוק הייתה לייעד את הסמכות להוציא צו מעצר מינהלי לשר הביטחון באמונה שכאשר יפעיל את סמכותו זו, הוא יפעיל שיקול דעת עצמאי, רחב ומאוזן. אין משמעות הדבר, מן הסתם, ששר הביטחון הוא בהכרח המועמד המתאים ביותר להחזיק בסמכות זו,<sup>82</sup> אבל הסברה הייתה שהוא עדיף במידה רבה מגורם צבאי, בכיר ככל שיהיה.

- 
- 80 ללא משפט תהיה נתונה בידי איש צבא לא פוליטי, והוא הרמטכ"ל, ולא בידי שר שהוא חבר הממשלה הפועל במסגרת פוליטית. מבחינות רבות זה עדיף במציאות הישראלית. אם המעצרים הם הכרח לא־יגונה, מוטב לשחרר את הנושא הזה מן העומס הפוליטי, הקואליציוני והמפלגתי" (שם, בעמ' 3959).
- 80 למעט הרמטכ"ל ולמשך 48 שעות בלבד, וראו לעיל ה"ש 18 בפרק זה.
- 81 יש לציין שבחוק הישראלי דרישה זו נדירה למדי, והיא מופיעה לעתים בחוקים שמעניקים למינהל סמכות שטמון בה פוטנציאל לפגיעה קשה בזכויות אדם. ראו למשל חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171; תקנות טיפול בחולי נפש, התשנ"ב-1992, ק"ת 1070.
- 82 ואכן, בדיונים על החוק בכנסת עלו גם הצעות אחרות, בכללן להוסיף על שיקול דעתו של שר הביטחון גם חובת התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה (ר"כ 39, 3958 (התשל"ח)); להעביר את האחריות והסמכות על המעצרים המינהליים לירי שר הפנים (שם, בעמ' 3961); או לחייב כי על צו תקף יהיו חתומים לפחות שניים מתוך שלושה – ראש הממשלה, שר הביטחון ושר הפנים, כדי שיתקיים "הירהור נוסף לפני שמכניסים מישוהו למעצר מינהלי" (שם, בעמ' 3957).

לכאורה היה אפשר להתפתות ולחשוב שמדובר בצעד חכם ומועיל, אבל האם מלכתחילה לא היה אפשר לפקפק בכך ששר הביטחון אכן יראה לנגד עיניו את התמונה הרחבה יותר של שיקולים, ובכללם זכויות החשוד, מעבר לשיקולי הביטחון? ככלות הכול שר הביטחון מופקד על הביטחון, ובשמירה על הביטחון הוא נבחן. לכן סביר שהוא ימקד את מעייניו בביטחון המדינה, ושיקולים אחרים יהיו טפלים בעיניו. יתר על כן, הדרג המדיני, יותר מהדרג המקצועי, נתון להשפעות פופוליסטיות של דעת הקהל, שעלולה לדרוש אמצעים נחרצים ויד קשה, ולא חכמה או ראויה דווקא, נגד הטרור.<sup>83</sup> גם הסיכון של גישה קיצונית או חריגה לביטחון גדול יותר כשמדובר בדרג פוליטי בהשוואה לדרג מקצועי. ראוי היה גם לחשוש שבפועל ייטה שר הביטחון לשים את מבטחו באופן מוחלט בגורמי הביטחון המקצועיים – לפחות ככל שהדבר נוגע לתשתית העובדתית והמודיעינית הדרושה לקבלת החלטה כאמור.<sup>84</sup> והעיקר – וכאן טמון הכשל העיקרי – לא הובאה בחשבון מידת הקשב ותשומת הלב ששר הביטחון יוכל להקדיש לשקילה הדרושה. המציאות היא שבשל עומס התפקידים וכובד האחריות הרובצים עליו, שר הביטחון אינו מסוגל באמת להעניק תשומת לב אישית להחלטה אינדיווידואלית על מעצר מינהלי. מכאן קצרה הדרך למתן יד חופשית ובלתי מפקחת לגורמים המקצועיים להכין דוח מודיעין שישמש פלטפורמה להחלטתו הסופית של השר, ולהסתמכות מוחלטת שלו על מומחי

83 דוגמה לכך היא פעולת הממשלה לגירוש 415 אנשי חמאס בדצמבר 1992 בעקבות לחץ ציבורי גדול לפעול בחומרה נגד הארגון לאחר רציחתם של שישה אנשי כוחות הביטחון בידי פלסטינים תושבי השטחים. הפעולה נעשתה על אף עמדותיהן המתנגדות במובהק של פרקליטת המדינה דורית ביניש ומנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות נילי ארד, וכן בניגוד לעמדתם של שופטי המיעוט בעתירה שהגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בעניין זה (בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993)).

84 ראו למשל עמ"ס 1/88 אגבריה נ' מדינת ישראל, פ"ד (מב) 840, 843 (1988): "מסכים אני [...] שהשר יוצא ידי חובתו, שעה שהוא מפעיל את שיקול-דעתו, בגדר סעיף 2 לחוק, בעיינו במרכיביה של אותה תשתית עובדתית מגובשת המוגשת לו, כפי שהוכנה על-ידי יועציו, ואין צורך שהוא יקרא בעצמו כל אחד ממקורות המידע, ששימשו בסיס להכנת מרכיביה של אותה תשתית".

הביטחון, שהם למעשה גורמי צבא או שב"כ, כך שבפועל חתימתו על צווי המעצר איננה אלא בבחינת חותמת גומי.<sup>85</sup>

אם כך, מה שהיה אמור להיות שיפור מהותי התברר כלא יותר מתוספת של מכובדות ולגיטימציה כלפי חוץ, שמסתירה מה שלאמיתו של דבר הוא הליך פגום, שבו הגורמים המקצועיים יכולים לרחוץ בניקיון כפיים, כיוון שההחלטה הממשית אינה בידיהם והם רק ממליצים, ומי שאמור להיות השוקל והמחליט האמיתי מסתמך על המלצתם בלי שהוא מפעיל שיקול דעת כזה.<sup>86</sup> ואכן, באחת העתירות שהגיש עציר מנהלי נגד שר הביטחון בעניין הוצאת צו המעצר נגדו, בית המשפט תיאר תופעה מטרידה: באותו מעמד שבו יועציו של שר הביטחון הביאו לפניו לראשונה את עניינו של העותר, הם גם צירפו פרוטוקול המתעד את דבר הצגת הדברים לפניו, את עיונו בחומר הראיות ואת שיקול דעתו בנוגע לאמצעים הראויים ואת החלטתו להוציא צו מעצר. לפרוטוקול שתיעד אירועים שטרם התרחשו צירפו היועצים גם צו מעצר מוכן שחסרה בו רק חתימת השר. פירושו של דבר שהשר לא הפעיל את שיקול דעתו אלא אֶשָׁר את עמדת יועציו, וחתימתו נועדה רק כדי לצאת ידי חובת ההוראה שבדין. אמנם בית המשפט מצא טעם לפגם בנוהג זה, אך אישר בסופו של דבר את הצו מושא הדיון מן הטעם שהמידע החסוי שבידי הרשות מצביע בכירור על כך שהעותר צפוי להציב סכנה משמעותית לביטחון הציבור והמדינה.<sup>87</sup>

הסתמכותו של שר הביטחון על הערכותיהם העובדתיות והמודיעיניות של יועציו מדגימה שוב את התלות הכמעט מוחלטת, העולה תכופות, של מקבלי ההחלטות ברמה הפוליטית בעמדתם המקצועית של גורמי הביטחון. מצב עניינים זה עשוי לרחוק לשוליים שיקולים מהותיים שנוגעים להיבטים שאינם ביטחוניים, כגון זכויות האדם הנפגעות בשם הביטחון, ובכך להטות את הכף

85 ראו למשל עמ"ס 7/88, לעיל ה"ש 6 בפרק זה, בעמ' 137.

86 ראו בהקשר זה אריאל צימרמן **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה** 29-34 (1997). צימרמן מתאר את הבעייתיות במצב דומה שבו לפי חוק השב"כ ניתנה לראש הממשלה הסמכות להתיר לשירות להיכנס לתחומיו של אדם פרטי כדי לערוך חיפוש של מידע חיוני לשם מילוי תפקידיו.

87 עמ"ס 6/90 פלוני נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 21.11.1990).



לטובת הביטחון ונגד הזכויות הנפגעות, בניגוד לרציונל הברור שעמד בבסיס ההחלטה להפקיד את הסמכות להורות על מעצר מינהלי בידי גורם שאינו צבאי.

### 3. הרשות השופטת?

הרשות השופטת נחשבת למוסד שאמור לתקן החלטות לא מאוזנות שקיבלה הרשות המבצעת. מה רמת ההסתברות שיעלה בידה להגשים את התפקיד שיועד לה ולעצור את כדור השלג המתגלגל?

כאמור, הביקורת השיפוטית אמורה להגן על חשודים בטרור מפני הקשיים המובנים במעצר המינהלי, ובכלל זה האפשרות שהרשות המבצעת תעשה בו שימוש נוח מדי בלי שיתייחס במידה מספקת לזכויות האדם הנפגעות. בהקשר של המאבק בטרור לתפקידה של הרשות השופטת חשיבות מיוחדת – ב"מלחמה בטרור" הציבור תובע מן השלטון יד קשה כלפי הטרוריסטים (בלי להבחין בין טרוריסטים לחשודים בטרור); והשלטון מרגיש שהוא נדרש לעשות מעשים ושעליו לשכנע את הציבור שהוא שולט במצב ושבידיו הכלים להכניע את הטרור. זאת ועוד, כשמדובר בסיכון הבא מצד טרוריסטים יש נטייה שלא להשלים עם שום סיכון. התוצאה עלולה להיות שימוש יתר באמצעים חוקיים, שהרוב הפוליטי, בתמיכת דעת הקהל, מגבה ואף מעודד. לעומת זאת, הרשות השופטת היא גורם שאינו תלוי בתמיכה השוטפת והמתמדת של דעת הקהל, והיא אף איננה עומדת למבחן הבחורים. היא אמורה לשמש גורם לא רובני שמופקד, לפי האתוס שלו, על שמירת ערכיה הקבועים של החברה. ככזאת עליה להטיל רסן על השלטון ולמנוע פגיעות לא מוצדקות או לא מידתיות בזכויות יסוד של בני אדם, גם "אחרים", הן מכוח התערבות בפועל והן מכוח ההרתעה של התערבות פוטנציאלית.

אף שכל הרשויות מחויבות לשמור על זכויות אדם, נקודת המוצא של התפקיד השיפוטי שונה מזו של הרשות המופקדת על הביטחון. במסגרת התפקיד השיפוטי הביטחון הוא אינטרס חיוני, אבל הרשות השופטת אינה מופקדת עליו כאינטרס שאמור להיות בבת עינה המיוחדת. לעומת זאת, הדאגה לזכויות האדם משמעותית בתפיסת תפקידה, והאיזון בין אינטרסים נוגדים הוא שמה הנרדף של מלאכת השפיטה. ולמרות כל אלה בהקשר הנידון אי-אפשר להתרווח ולהסיר דאגה מלב בעודנו משליכים את יהבנו על הרשות

השופטת. ראשית, גם כשהרשות השופטת מפעילה פיקוח שיפוטי מעמיק, תפקידה הוא פיקוח וביקורת, ואין היא אמורה להחליף את הרשות המבצעת כמקבלת החלטות. שנית, ביקורת שיפוטית אינה יכולה להיות טובה יותר מן ההליך שהיא מפעילה. אם ההליך פגום – למשל אם העצור אינו יכול להגן על עצמו ביעילות – גם הביקורת תהיה פגומה. שלישית, השופטים הם חלק מהחברה: הם בניה ובנותיה, הם נושמים את האוויר ואת האווירה – בכללה זו הרוויה פחד, זעם ואיבה – וגם על פניהם עוברות רוחות השעה הנושאות עמן תאוות נקם ועוינות כלפי הצד האחר. וכאשר הם חלק מחברה כובשת, ההשלכות אינן יכולות לפסוח עליהם; כל ניסיונותיהם לחסן את עצמם מכל ההשפעות הללו אינם הופכים אותם לחסינים להן. רביעית, החשש שהשופטים הדנים במעצר מינהלי יעדיפו, כמו הגורמים שהיו מעורבים בהחלטה לפני בית המשפט, שלא להסתכן – הן מבחינת החברה, והן מבחינה מוסדית ואישית – הוא חשש ממשי. לא קשה לנחש מה תהיה ההכרעה כשבצדה האחד עומדת האפשרות של מעצר מיותר שלעולם לא יהיה אפשר להוכיח את מיותרותו, ובצדה האחר האפשרות שלעולם שרירה וקיימת של שחרור ממעצר של מי שיבצע סמוך לאחר מכן פיגוע טרור.<sup>88</sup> חשש זה מתחזק אף יותר כאשר מדובר בביטחון "שלנו" ובזכויות הנפגעות "שלהם", ובשים לב לכך שהן האחריות על

88 פרופ' טרייב מנסח זאת היטב:

Once the government has instituted a system of imprisonment openly calculated to prevent crimes committed by persons awaiting trial, the system will appear to be malfunctioning only when it releases persons who prove to be worse risks than anticipated. The pretrial misconduct of these persons will seem to validate, and will indeed augment, the fear and insecurity that the system is calculated to appease. But when the system detains persons who could safely have been released, its errors will be invisible. Since no detained defendant will commit a public offense, each decision to detain fulfills the prophecy that is thought to warrant it, while any decision to release may be refuted by its results (Tribe, לעיל ה"ש 8 בפרק זה, בעמ' 375).

כן ראו Krebs, לעיל ה"ש 78 בפרק זה, בעמ' 648-649.

הביטחון והן המקצועיות בתחום ההערכות הביטחוניות הן בידיהם של גורמי הביטחון, ולא בידיה של הרשות השופטת.

בהקשר זה הדיון איננו רק תאורטי וספקולטיבי. את קשייה של הרשות השופטת להתמודד כראוי עם משימת הפיקוח השיפוטי על המעצר המינהלי אפשר להמחיש בשלוש דוגמאות, שיוצגו להלן: ממצאיה של עו"ד שירי קרבס, גישתו של בית המשפט להיעדר גילוי נאות של מידע וראיות לעצור, וניתוח ביקורתי של מודל הפיקוח שאימץ בית המשפט.

במחקר אמפירי מקיף שערכה קרבס נבחנו 322 תיקי מעצר מינהלי בשנים 2000-2010, שכללו דיונים במעמד צד אחד ושימוש בראיות חסויות.<sup>89</sup> ממצאי המחקר, שהסתמך על ראיונות עומק עם שופטים, עם פרקליטים משני הצדדים, עם נציגי השב"כ ועם עציירים, הראו כי בשום מקרה לא הורה בית המשפט על גילוי ראיה חסויה לעציר מינהלי או על שחרורו ממעצר. קרבס מצאה כי מתוך העתירות שהוגשו לבג"ץ ובסופו של דבר הגיעו לדיון, רק שתי עתירות התקבלו, אך בעקבותיהן לא שוחרר שום עציר, ואחת מהן אף עסקה בעתירת המדינה להפוך את החלטת בית הדין הצבאי לערעורים, שקבע כי יש לשחרר עציר מינהלי.<sup>90</sup> מראיונות העומק של קרבס עם כל השחקנים הראשיים בהליך המעצר המינהלי, עולה כי בדיונים במעמד צד אחד בראיות חסויות השופטים מסתמכים על מידע חד-צדדי שמדיר את העציר מההליך, כך שהוא נותר ללא יכולת של ממש להפריך את החשדות נגדו. אחדים מן השופטים שהסכימו להתראיין הודו כי בניגוד להליך האדוורסרי, בדיונים במעמד צד אחד הם נותרים ללא כלים להכריע בסוגיות עובדתיות, ובהיעדר סנגור לחלוק על כך, הם נותרים עם גרסת התביעה בלבד. נוסף על כך, מראיונות עם נציגי הפרקליטות, עם השופטים ועם נציגי השב"כ עולה כי עם השנים נוצרה דינמיקה ייחודית בדיונים אלה. הדיון

89 Krebs, ש.ם.

90 בג"ץ 1389/07 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' בית המשפט הצבאי לערעורים (פורסם באר"ש, 15.2.2007). ההחלטה השנייה היא בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003), שניתנה בזמן האינתיפאדה השנייה. אז פסל בית המשפט את צווי המעצר שניתנו לתקופות ממושכות (עד 18 ימים) ללא הבאה לפני שופט. בג"ץ נתן ארכה למדינה להיערך מחדש בעקבות פסילת ההסדרים הפוגעניים, אך לא שחרר את העציר.

במעמד צד אחד אינטימי מטבעו. בין השחקנים המשתתפים בדיונים הללו נוצרו יחסי עבודה ואמון הדדיים שנובעים ממפגשי העבודה החוזרים ביניהם, הנעדרים אופי אדוורסרי כבכל הליך משפטי אחר. דינמיקה זו מביאה לידי הטיה שמנציחה עוד יותר את הדרתו של העציר מן ההליך ופוגמת ביכולתם של השופטים להיות בגדר יריב אמיתי שנכנס לנעליו של הסנגור או של העציר.<sup>91</sup> קרבס מסכמת כך:

במפתיע, ובניגוד בולט לדימוי הנמרץ והאקטיבי של ההליכים הללו, כמעט כל בעלי העניין הרלוונטיים שהשתתפו בהם מעשית (מקרב מי שהשתתפו במחקר) – ובכלל זה השופטים עצמם – הסכימו שמודל הניהול המשפטי סובל מחולשות מובנות, שלפחות בכמה מהמקרים מונעות הערכה משפטית משמעותית ועצמאית של ראייה חסויה.

Surprisingly, and in stark contrast to the robust and activist image of these proceedings, almost all of the relevant stakeholders that actually participate in the proceedings (among those who participated in the research) — including the Justices themselves — agreed that the judicial management model suffers from inherent weaknesses that prevent, at least in some of the cases, meaningful and independent judicial assessment of secret evidence.<sup>92</sup>

גם אם מביאים בחשבון את מגבלות המחקר של קרבס, שיכול היה להתייחס רק להחלטות אך לא לדיונים הסודיים עצמם ולא למהלכים לא פורמליים שעשויים להתקיים בהם – למשל, הנחיה להוסיף מידע גלוי או לחשוף ראייה חסויה באופן מלא או חלקי או התחייבות של נציג המדינה שהמעצר לא יוארך מעבר לתקופה הנוכחית – התמונה העולה ממנו מדברת בעד עצמה ואיננה תמונה של פיקוח אפקטיבי.

91 Krebs, לעיל ה"ש 78 בפרק זה, בעמ' 682-686.

92 שם, בעמ' 686.

תמונה מעניינת עולה מן הפיקוח השיפוטי שמפעיל בית המשפט על מידת הגילוי של החומר שבידי הרשות כלפי העצור. כבר בפרשת נועם פדרמן, שערער על הוצאת צו פיקוח נגדו, עלתה התנהלות בעייתית ותמוהה של הרשות השופטת.<sup>93</sup> רק בדיון בבג"ץ הסכים בא כוח המדינה, לבקשת בית המשפט, לחשוף חלק מהמידע החסוי, וכך הועברו לידי החשוד בין היתר תיעוד של הפרות צווים קודמים שהוצאו נגדו וכן חומר שפרסם ברשת האינטרנט ובעיתונות הכתובה. גם במקרה זה לא ברור מדוע מלכתחילה סיווגה המדינה חומרים אלה כראיות חסויות, שלא רק שגילויים לא היה פוגע באינטרס ביטחוני כלשהו, אלא שברור שדבר קיומם היה ידוע לעותר מלכתחילה. אין להבין התנהלות כזאת אלא כזלזול של הרשות בחובתה לנהוג בהגינות כלפי המפוקח מבחינת העברת חומר רלוונטי לעיונו.

אכן, ברור שאם המסר שמעבירה הרשות השופטת לאורך זמן הוא של הימנעות מהתערבות ישירה בהחלטות המינהליות, במובחן מהתערבות מזערית או מהתערבות בנוגע לעתיד, הרשות המינהלית לומדת ששיקול הדעת הקובע הוא שלה. והנה, זמן לא רב לאחר פרשת פדרמן נדרש לראשונה בית המשפט העליון לערוך ביקורת שיפוטית על צווי מעצר שהרמטכ"ל חתם עליהם מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נגד שני תושבי רצועת עזה, בשל השתייכותם לחזבאללה ובשל מעורבותם בהתקפות טרור נגד יעדים ישראליים אזרחיים. אף שהשופט רובינשטיין טרח והוסיף הנחיה פרשנית לרשויות, הוא דחה לבסוף את ערעורו של העציר המינהלי:

אעיר כאן כי לדעתי, אף אם במהות לא נפגעה זכותם של המערערים לידע על מה ולמה הם נכלאים, ולוא בשל הביקורת השיפוטית, יש מקום – במבט לעתיד – שהרשויות יפרשו ביתר הרחבה, בניסוח הצו, את הוראת המחוקק כי "צו כליאה יכלול את הטעמים לכליאה וזאת מבלי לפגוע בצורכי בטחון המדינה" שבסעיף 3(א) וייתן פירוט ככל הניתן, מעבר לאמירה הכללית כי

93 בג"ץ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז יאיר נווה, פ"ד נט(2) 865.

המדובר בלוחם בלתי חוקי. זאת, כדי שהכלוא יידע מפי הרשות אל מול מה הוא מתמודד.<sup>94</sup>

גישה דומה באשר לגילוי הטענות בדבר המיחוס לעצור עולה מפרשת עתאמנה, וכך נקבע שם:

במסגרת הליך הביקורת השיפוטית שנערך בבית משפט קמא וביתר פירוט בבית משפט זה, נחשפו בפני המערער כל הטענות בדבר ההשתייכות המיחוסת לו לארגון החזית הדמוקרטית וניתנה לו הזדמנות להשיב באופן מלא ומפורט לטענות אלה ולהציג את עמדתו בנושא, ברשות מיוחדת שניתנה לו להשמיע את דברו בעצמו בפניי (בנוסף לטיעוני באות-כוחו) אף שמדובר בהליך ערעורי, וכן במסמכים ובתצהירים שהוגשו מטעמו. משכך נראה כי הפגמים שנפלו בהליך הכליאה של המערער אינם מצדיקים במקרה דנן את ביטול הצו, משום שאלה באו על תיקונם המלא בשלב הביקורת השיפוטית וזכותו של המערער להליך הוגן נשמרה. עם זאת, אני סבורה כי מן הראוי שהמשיבה תיתן דעתה לפגמים שנפלו בהליך כליאתו של המערער במקרה דנן על מנת שלא יישנו.<sup>95</sup>

94 ע"פ 1221/06 עיאר נ' מדינת ישראל, פס' ח(3) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 14.3.2006) (להלן: עניין עיאר). נראה שגם הנחיה זו לא הותירה רושם על הרשויות, ובהחלטה מאוחרת יותר התייחס לכך בית המשפט העליון בצער, במילים אלו: "למרות דברים ברורים אלה [מעניין עיאר] לוקה צו הכליאה שהוצא בענייננו באותו פגם ממש וגם בו אין פירוט באשר לטעמי הכליאה הקונקרטיים (השתייכות לחזית הדמוקרטית) מעבר לאמירה הכללית בדבר היות המערער לוחם בלתי חוקי" (עמ"ם 1510/09 עתאמנה נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 2.4.2009)). ראו גם עמ"ם 1949/09 צאלח נ' מדינת ישראל, פס' י לפסק הדין (פורסם באר"ש, 6.4.2009); עמ"ם 2595/09 סופי נ' מדינת ישראל, פס' כא לפסק הדין (פורסם באר"ש, 1.4.2009).

95 עמ"ם 1510/09, שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות.

נראה שכל עוד לא יכפו בתי המשפט נטל ממשי על כתפי הרשויות בתיקים כאלו, וכל זמן שהרשויות יישארו באדישותן אל מול התבטאויות ספורדיות של ביקורת מצד הרשות השופטת, אופן ההתנהלות הרציונלי ביותר – התועלתני – של הרשויות יהיה להימנע מחשיפת מידע רלוונטי מראש. זאת ועוד, נראה שגם במקרים של פגם במידת הגילוי בית המשפט העליון מאשר בדרך כלל את צווי המעצר, מאחר שהוא מסתפק בתיקון האי-גילוי בדיעבד באותם מקרים נקודתיים.<sup>96</sup> דפנה ברק-ארז ומתיו וקסמן סבורים כי נטייה זו של הרשויות אף מתחזקת, בין היתר, מעצם קיומו של מנגנון ביקורת שיפוטית שאחראי לכאורה "לתקן" תיקים שלא היה בהם די גילוי.<sup>97</sup> יתרה מזו, נראה שמנגנון משלים זה המיושם בשיטת המשפט הישראלית כדי להתמודד עם הקשיים הנשקפים מנוהגיה של הרשות להסתמך על ראיות חסויות בהליכי מעצר מצייר במציאות תמונה מטרידה, כפי שיפורט להלן בעניין יכולתה של הרשות השופטת לתקן את חוסר האיזון הקיים בין הצדדים.

בשנת 2013 קבע בית המשפט בעניין ממדוח עברה כי לאחר שבחן את החומר החסוי התברר לו בדיעבד כי בהליכים שהתנהלו בבתי הדין הצבאיים לא היה מקום לתביעה להימנע מלהשיב לרוב המוחלט של השאלות שהפנה אליה בא כוח העציר.<sup>98</sup> פסק הדין מאפשר להציץ למציאות שבה הערכאות הדיוניות מקבלות ללא הצדקה את בקשותיה של התביעה להימנע מלהעביר לעציר מידע על הסיבות למעצרו בטענה שחשיפת המידע תפגע בשיטות איסוף המודיעין או

96 השוו עם בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד (5) 15 (1948), שאז ביטל בית המשפט העליון צו מעצר מנהלי לאור הפגמים הפרוצדורליים שנפלו בהוצאתו.

97 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 64, בפרק זה, בעמ' 34. כפי שהמחברים מדגימים, בית המשפט העליון מצא למעשה בביקורת השיפוטית הקפדנית תחליף מספק לגילוי המידע הרלוונטי. כפי שקבעה הנשיאה ביניש: "נוכח קיומה של ביקורת שיפוטית על איכות וכמות הראיות המנהליות המבססות את עילת המעצר, ובהתחשב בהירות בה נדרש בית המשפט לבחון את החומר החסוי המוגש לעיונו במעמד צד אחד, אין לומר כי ההסדר הקבוע בסעיף 5(ה) לחוק, כשלעצמו, פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות העצורים" (ע"פ 6659/06, לעיל ה"ש 10 בפרק זה, פס' 43 לפסק דינה).

98 בג"ץ 317/13 ממדוח עברה נגד מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם באר"ש, 27.1.2013).

באנשי המודיעין.<sup>99</sup> כך, לא עלה בדעתם של שופטי בתי הדין הצבאיים להורות לתובע הצבאי כי אין מניעה להשיב לגופן של שאלות שנוגעות לסיבת המעצר, תקופת הפעילות המיוחסת לעציר, אם מדובר בפעילות חד-פעמית המיוחסת לו או אם פעל לבד או עם שותפים<sup>100</sup> – שבתשובה עליהן אין כדי להביא לידי חשיפה מסוכנת של מידע. לא מן הנמנע שבית המשפט אינו מתייחס בחומרה הראויה להסתרת טענות או ראיות מן העצור, משום שהוא עצמו מקבל תמונה מלאה של הטענות והחומר שנאסף ומניח שיש בידו לספק הגנה לעצור. כעת נבחן אם גישה זו עומדת במבחן הביקורת.

מהו סוג ההליך השיפוטי העשוי להבטיח גישה מאוזנת יותר במסגרת הביקורת השיפוטית, התחשבות רבה יותר בזכויות העצור להליך הוגן ובחינה עניינית ואובייקטיבית של מוצדקות המעצר? שיטות משפט שונות פיתחו מודלים שונים, שהמוכרים שבהם הם מודל "הניהול השיפוטי" (judicial management) ומודל "הפרקליט המיוחד" (special advocate).<sup>101</sup> הביקורת השיפוטית על השימוש בראיות חסויות בהליכי מעצר מינהלי על פי מודל "הניהול השיפוטי" מתנהלת בנוכחות השופט והמאשימה בלבד (*ex parte*). בדיון כזה בית המשפט משמש הן מברר האמת, לכאורה על פי המודל האינקוויזטורי, והן מעין סנגור של העצור, שכן האחרון או בא כוחו אינם רשאים להיחשף לראיה החסויה. מנגד, במודל "הפרקליט המיוחד" פרקליט שרשויות המדינה הסמיכו או אישרו לחשוף לפניו חומר סודי, רשאי במגבלות מסוימות (שהעיקרית בהן היא האיסור לשוחח עם העצור על הראיה החסויה) לייצג את העצור בדיון בכל הנוגע לחומר הסודי.

99 ראו שלומי זכריה "משונה התמונה ומשונים אסיריך" – על היציאה ממערת הקסמים של החומר החסוי והחזרה אליה: בעקבות פסק הדין בבג"ץ 317/13 ג'אבר ממרוח עברה נגד מפקד כוחות צה"ל באיוש" המשפט: מבזק הארות פסיקה 7, 9-4 (2013).

100 בג"ץ 317/13, לעיל ה"ש 98 בפרק זה, פס' 2-3. אף שבג"ץ הורה לבסוף על מתן מענה לגופן של השאלות, הוא לא מצא כי יש לקצר או לבטל את מעצרו של העצור המינהלי.

101 לסקירה מקיפה והשוואה בין שני המודלים הללו ראו Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 64 בפרק זה. לסקירה מקיפה על מודל הסנגור המיוחד ראו John Ip, *The Rise and Spread of the Special Advocate*, Pub. L. 717 (2008); Adam Tomkins, *National Security and the Due Process of Law*, 64 CURRENT LEGAL PROBLEMS 215, 216-223 (2011).



השיטה הישראלית (ובית המשפט העליון בפרט) אימצה את מודל הניהול השיפוטי. בהתאם למנהג הרווח על פי מודל זה, בית המשפט מציע לחשוד שהראיות החסויות יוצגו לשופטים במעמד צד אחד, כלומר מאחורי דלתיים סגורות ולא בנוכחות החשוד ובא כוחו, ובית המשפט עצמו יהיה אחראי לברוק אותן ואת תקפותן, אמינותן ואיכותן. במקרים מסוימים אף הכריז בית המשפט כי בדיון המשפטי המתקיים במעמד צד אחד הוא נדרש לשמש "פה" לחשוד ואף לכהן בתור "פרקליט הגנה זמני".<sup>102</sup>

במצב עניינים כזה תפקידו של בית המשפט כפול: ראשית, בתפקידו כמברר האמת האובייקטיבי עליו לבחון את ההצדקה לבקשת הטלת החיסיון על ראיות חסויות. כך למשל מוטל עליו לבלום את ניסיונותיה של המדינה להסתיר מידע שאין בו חומר מודיעיני רגיש בדבר סוכני מודיעין או דרכי פעולתם. שנית, עליו לבחון לגופו של עניין את החומר המוצג לפניו ולפסוק אם הוא מצדיק מעצר מינהלי. השופט אור הסביר את תפקידו זה של בית המשפט:

אני סבור כי השופט המשפטי רשאי וצריך להידרש לא רק לשאלה אם על פני הדברים הייתה הרשות המוסמכת רשאית להחליט את שהחליטה על בסיס החומר שהיה בפניה; על השופט להידרש גם לשאלת מהימנותו של החומר המוגש, כחלק מהערכתו בדבר משקל החומר. אכן, העובדה ש"חומר" מסוים הינו ראיה מנהלית כשרה, אינה פוטרת את השופט מלבחון את מידת מהימנותו על רקע הראיות האחרות ומכלול נסיבות המקרה. בתוך כך, אין בתג של "ראיה מינהלית" כדי לפטור את השופט מן הצורך לדרוש ולקבל הסברים מאת הגורמים המסוגלים לספק אותם. לומר אחרת, פירושו להחליש עד מאוד את תהליך הביקורת השיפוטית, ולאפשר שלילת חירות לפרקי זמן ממושכים, על בסיס חומר דל

102 ראו למשל ע"פ 889/96 מאוריב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1)433, 463 (1997); עמ"ם 8788/03, לעיל ה"ש 75 בפרק זה, פס' 11 לפסק הדין; בג"ץ 11006/04 קאדרי נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פס' 6 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 13.12.2004); בג"ץ 9441/07, לעיל ה"ש 61 בפרק זה, פס' ט לפסק הדין.

ובלתי מספיק. תוצאה כזו אינה מתקבלת על הדעת בשיטת משפט  
הרואה בחירות האדם זכות יסוד.<sup>103</sup>

קשה להשתכנע שהמודל שאומץ אצלנו מתמודד בהצלחה עם הבעיות הטבועות במעצר המינהלי ושהוא עדיף ממודל הפרקליט המיוחד. המבנה שהשופט פועל בתוכו מקשה עליו מאוד לבצע את התפקיד של מברר האמת. השופט לא ניגש למלאכתו זו כלוח חלק אלא על בסיס מצע מסודר שתומך בהחלטה על המעצר המינהלי. הגורמים שעמם הוא עורך את הבירור אינם אובייקטיביים, אלא הם צד להליך, שבשלב הזה מעייניו מכוונים להצדקת החלטה שקיבלו או המליצו על קבלתה ולהגנה עליה. פסילת ההחלטה או התערבות בה היא כישלון מבחינתם. בשיטה האינקוויזיטורית הפלילית בירור האמת נעשה בהשתתפות פעילה של הנאשם ועורך דינו, ותפקידו של השופט אינו מייתר אותם או פוסח עליהם. גם בהנחה שהשופט אינו מחיל על הרשות המינהלית חזקת כשרות או תקינות ושאינן לו העדפה א־פריורית לטובת גורמי הביטחון מול החשוד – במסגרת שתוארה יקשה עליו מאוד לתפקד כמברר האמת. אין לשכוח גם שהשופט בשיטה הישראלית – שיטה אדוורסרית בעיקרה – אינו מיומן בבירור אקטיבי של האמת.

שנית, באשר לתפקידו של בית המשפט כמעין סנגור, גם כאן ישנם קשיים מבניים רבי משמעות. לא תיתכן פעילות סנגוריאלית בלי שקדם לה שיח אינטימי, מבוסס על אמון, בין החשוד לעורך דינו. בשיח כזה החשד מעומת בדיסקרטיות עם גרסת הנאשם, והחשוד עשוי, למשל, להודות בחלק ממה שמיוחס לו ולהכחיש חלק אחר או לספק הסבר שמטהר אותו ממה שמיוחס לו, אבל מסבך אותו עם החוק באופן אחר. תנאי יסודי זה אינו יכול להתקיים ביחסים בין השופט ובין העצור. ניתוח של חומר הראיות בלי לדעת באופן מלא ומפורט את גרסת החשוד, מעבר להכחשה "הרשמית" הגורפת שלו לפרוטוקול, יכול להיות בהכרח רק חלקי ובלתי מספק. השופט עשוי לגלות שבחומר שלפניו יש סתירות או אי-התאמות או שאין מספיק מקורות מוצלבים וגיבוי ראיתי לגרסה

103 בג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטאי אל"מ משה שפי, פ"ד (5) נב(337), 346 (1998).

המפלילה, אך לא מעבר לכך, שכן הוא אינו יכול לבחון את החומר בתיק מנקודת ראותו של החשוד.

עשיית צדק מותנית בהתקיימותם של תנאים שהשופט יתקשה למלא בלי עזרתו של הפרקליט המיוחד: הראשון והעיקרי שבהם דורש שהחשוד ידע מה הרשות מייחסת לו בנוגע לעברו הטרוריסטי ברמת פירוט שמאפשרת התמודדות עניינית. נקודת התורפה העיקרית של השיטה הנהוגה בבתי המשפט בישראל היא שלא הובהר על ידה שאם תנאי זה לא מתקיים, לא מתקיים אפילו מינימום של הליך הוגן, ולכן הרשות חייבת למסור מידע כזה. ניתן לשער שעצם עיונם של השופטים בחומר הביא לידי כך שליקוי זה, שאין להשלים עמו, לא התחדר אצלם במלוא חריפותו. אפשר להניח ששיתוף של פרקליט מיוחד היה מעמת את המערכת עם ההיבט הזה, שכן הפרקליט המיוחד אינו יכול למלא את תפקידו ללא המידע האמור. כשמידע כזה נמסר, הפרקליט יכול לקיים עם העצור ריאיון עומק ולהבין את תגובתו המפורטת לחשדות. ככל שהריאיון עמוק, יסודי ויצירתי יותר, כך קטן כוחה ההרסני של ההגבלה על הפרקליט לשוחח עם העצור על הראיות החסויות שהוא נחשף להן. השיח בין הפרקליט לעצור עשוי להעמיד על הצורך בקבלת פרטים נוספים להבהרת המיוחס לו, שאפשר שיש להם חשיבות וללא שיח כזה לא יידרשו.

התנאי השני לעשיית צדק הוא שהחשוד ובא כוחו יחשפו באופן מלא, מצונזר או חלקי לכל חומר שלאחר איזון בין שיקולי ביטחון לבין זכויות העצור לא הייתה סיבה מוצדקת להסתיר מפניהם. לא סביר שהשופט, שהחומר כולו נגיש לו, ידע לעמוד על משמר זכותו זו של העצור באופן שמי שמופקד על מימוש זכויות העציר ירצה וידע לעשות. הנתונים העולים ממאמרה של קרבס והאופן שבו הרשויות נוהגות בנושא זה, בעידוד מעשי של בית המשפט, תומכים באמור. יתרון נוסף שיש לפרקליט המיוחד על פני השופט – בחינה של חומר הראיות מתעשרת מאוד כשהיא נעשית מנקודת המבט של גרסת החשוד. העצור זכאי לייעוץ בנוגע למהלכיו בהליך ממי שמייצג את עניינו ושנחשף הן למלוא החומר והן לגרסתו.

סיבות אלה הופכות את שילובו של פרקליט מיוחד לחיוני מבחינת הוגנות ההליך והפחתת הסיכון לטעות של מעצר שווא. מבחינת העצור עצמו יש בכך כדי לשפר במידה ניכרת את עמדת הנחיתות שלו בהליך הקיים, שבו השופט

ונציגי המדינה דנים בסודיות בחומר שהוא מבחינתו ומבחינת מי שרוצה בטובתו בגדר נעלם גמור. הדרה קשה זו של העצור מרוככת במידה מסוימת באמצעות שילובו של פרקליט מיוחד, אף שגם שילוב זה אינו מעלה ארוכה שלמה לבעיות שבהליך, שכן העצור עדיין אינו חשוף לחומר החסוי ולכן אינו יכול להשתתף השתתפות פעילה במשפטו. שילוב כזה מגביר אפוא את הלגיטימציה של ההליך בלי שהוא מספק מענה לבעיות באופן מלא.

אין ספק שהשיטה הישראלית השתמשה בקלף חזק במיוחד כדי להעניק לגיטימציה למעצר המינהלי – ביקורת שיפוטית מעמיקה מטעם מערכת שיפוטית בעלת יוקרה רבה. אפשר לומר שבשיח הישראלי מהלך זה צלח, ובפעמים שהנושא זוכה להתעניינות, נחה דעתם של רבים שהפיקוח השיפוטי, באופן שהוא מתקיים, מסיר מן הבעיה את עוקצה או לפחות את רובה. ואולם בחינה יסודית יותר של הדברים מלמדת שמדובר בלגיטימציה לא מוצדקת.

טבעי שהרשות השופטת תתקשה לקבל שהיא חלק מאמצעי בעייתי ואף מעניקה לו לגיטימציה. על הרקע הזה, מתפתחת ברשות הערכת-חסר בכל הנוגע לקושי הכפול לקבוע עובדות כאשר ידיו של העצור קשורות לאחור ולהעריך מסוכנות אינדיווידואלית. בד בבד מתפתחת הערכת-יתר בכל הנוגע למסוגלות השיפוטית להתמודד עם קשיים אלה. לא הופנם שהמשמעות של עצור עם שתי ידיים קשורות לאחור היא בית משפט שרטייה מונחת על לפחות אחת מעיניו; לא הובן שהעניין איננו ביכולתם וברצונם הטוב של השופטים, אלא כפגם מהותי-מבני בהליך שאינו ניתן לריפוי על ידי השופט, יהיה מוכשר ובעל כוונות טובות ככל שיהיה. בהקשר זה בולט חוסר הרגישות שגילו השופטים לבעייתיות הרבה שבמעצר המינהלי מבחינת יכולתו של העצור להתגונן, למעט הדגשת התפקיד השיפוטי בהקשר זה. אנו רואים בהדגשה זו ביטוי של רצון טוב, אבל הפרזה ביכולתו של השופט מעצם תפקידו ומקומו להיות פה של ממש וסנגור של ממש לעצור. דברים נכוחים אמר בעניין זה בית המשפט העליון של קנדה:

פעילותו של השופט בשמו של אדם מוגבלת על ידי מה שהשרים מציגים לפניו. לכן לשופט אין אפשרות לפצות על היעדר בדיקה מושכלת, על טענת פסלות וראיות נגדיות שאדם המכיר את המקרה היה יכול לטפל בהן. בדיקה כזאת בדיוק היא בסיסו

של העיקרון שאדם שחירותו בסכנה חייב לדעת כרי להתמודד עם התיק. במקרה זה העיקרון לא רק הוגבל; הוא הלכה למעשה התמוטט. איך אדם מתמודד עם מקרה שהוא אינו מכיר?

[...] the judge's activity on behalf of the named person is confined to what is presented by the ministers. The judge is therefore not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring. Such scrutiny is the whole point of the principle that a person whose liberty is in jeopardy must know the case to meet. Here that principle has not merely been limited; it has been effectively gutted. How can one meet a case one does not know?<sup>104</sup>

אי-אפשר למצוא בפסיקת בית המשפט הישראלי ביטוי דומה לרגישות שגילו בנושא זה מדינות אחרות כמו קנדה, בריטניה, ארצות הברית ובית הדין האירופי לזכויות אדם, ובמצבים קיצוניים פחות מבחינת הפגיעה בזכות לחירות מהמעצר המנהלי. אי-אפשר למצוא בה גם גישה יצירתית כדוגמת הרעיונות האלה: לאפשר חקירה אמיתית של סוכני שב"כ על ידי עורך דינו של העצור, מתוך שמירה על חיסוי זהותם; להביא לידיעתו של העצור את חומר הראיות נגדו באופן מצונזר או משוחזר, כלומר בסיכום של הדברים שאינו חושף סודות; להיעזר בסנגור מיוחד שאמון על גורמי הביטחון, ובכלל זה לאפשר לו לחקור בחקירה נגדית סוכנים ומשתפי פעולה שיש לשמור את זהותם בסוד; ולהביא את פרוטוקול הדיון, בהשמטות המתחייבות משמירת סוד, לידיעתו של העצור.

באשר לחיסוי הראיות המתייחס לשיטות של איסוף מידע, נראה שההערכה שהשיטות אינן מוכרות וידועות מוגזמת. עם זה, לדעתנו, גם בהליך פלילי רגיל אפשר למנוע את חשיפתם של פרטים הנוגעים לשיטות אלה, שכן ככלל פרטים אלה לא יהיו רלוונטיים. לכל היותר אפשר להיעזר לעניין זה בסנגור מיוחד שאמון על גורמי הביטחון. ניתוח זה מתעלם כליל מהאפשרות של הטיה של

104 Charkaoui v. Minister of Citizenship and Immigration [2007] 1 S.C.R. 350, §53

השופטים עקב הכנסתם בתור שותפי סוד ל"קודש הקודשים" של הביטחון. ברור שמבחינת חזות הצדק ההסתודדות בדלתיים סגורות של השופט, התובע ונציג השב"כ, שהעצור ועורך דינו אינם נוכחים בה, איננה מחזה משובב לב ואין בה כדי לחזק את האמון בחוסר הפניות של הרשות השופטת.

על אף הבעייתיות שבמודל הניהול השיפוטי, ועל אף קיומם של מודלים משופרים בדמוקרטיה אחרות, נראה שמעצבי המדיניות בישראל אינם מגלים נכונות להכניס שיפורים בהליך. הקיפאון הישראלי בעניין זה עשוי לתת את הרושם שמודל הניהול השיפוטי שורר הודות לכוח האירציה או בעקבות שיקולים של נוחות ויעילות אדמיניסטרטיבית, או גרוע מזה: משום שהעלויות של שיטה א-סימטרית זו נפלות על כתפיו של ה"אחר" האולטימטיבי בלבד.

הניתוח שהובא לעיל מאפשר לראות שהתפיסה שהמשפט מעניק ערובה ממשית להגנה על זכויות אדם בהקשר של התמודדות עם טרור היא אשלייתית:

א. כאשר חוק רע מוחלף בחוק חדש, והחוק החדש הוא אכן בגדר שיפור של ממש, כמו שקרה אצלנו בחוק המעצרים המינהליים, החוק החדש נבחן מנקודת המבט של השוואתו לחוק הישן ולא מנקודת המבט של הסדר רצוי. בחינה כזאת יוצרת תחושה של נחת גם במקום שתחושת נחת כזאת איננה מוצדקת, שכן גם החוק החדש עלול להיות בעייתי ופגום כשלעצמו. בחינה שמתמקדת רק בהשוואה למצב המשפטי הקודם יוצרת אשליה של תקינות וראויות מהותית. כאשר שלטון החוק הוא שמאפשר את ההטיה, נוצרת מציאות קשה במיוחד מבחינה נורמטיבית.

ב. לכאורה ניתן להניח שיש משמעות לייחודיות של שעת חירום, שרק בהתקיימותה יכולים לבוא בחשבון אמצעים חריגים הדרושים להתמודדות עם מצב החירום, ושאינן להם מקום בימים של שגרה רגילה. שני פגמים יש בחשיבה כזאת: אין באמת דרך להבטיח שמצב חירום יוכרז רק כשיש הצדקה לכך; והתפיסה של שעת חירום מוגבלת בזמן אינה הולמת את ההתמודדות עם טרור, שהיא מתמשכת באופייה.

ג. גם בהתקיים מצב חירום האמצעי הננקט חייב לנבוע ממצב החירום ולהיות מסוגל להתמודד עם נסיבותיו. ברור שמצב חירום אינו הזמנה פתוחה לנקיטת אמצעים חריגים שאינן קשור ביניהם ובין המצב החריג. כך דרש יפה בית המשפט שלנו – אך לא נאה קיים.

ד. עצם השימוש במבחני המידתיות אינו מבטיח תוצאה מידתית. ליתר דיוק: בהפעלה של מבחני מידתיות אפשר להגיע לכל תוצאה ובאמצעותם להצדיק את הפגיעות הקשות ביותר והבלתי מוצדקות ביותר בזכויות אדם. ובכל מקרה, הרי בהחלטה על מעצר מינהלי לא נעשה ככלל שקלול של מידתיות, וכך גם בהחלטות על חיסוי החשדות והראיות אלא ניתנת קדימות מוחצת לביטחון.

ה. אפשר לחשוב על עוגנים יציבים, על כללים ברורים שאי-אפשר לסטות מהם ומחייבים בכל הנסיבות, אך לא ברור כיצד משכנעים את המערכת הפוליטית לאמץ כללים מגבילים כאלה, בייחוד בהיעדר ערכאת שיפוט בינלאומית שהמדינה מכפיפה עצמה לשיפוט.

ו. לחוק עצמו יש משמעות מתקפת ומנרמלת. החוק איננו רק ביטוי לתפיסות נורמטיביות ולהעדפות פוליטיות שהתגבשו. באופן טבעי הוא גורם בעל השפעה ניכרת על תפיסות ועל עמדות בחברה. הוא אינו רק שיקוף של מצב נורמטיבי, אלא גם מחולל שינויים בתפיסות הנורמטיביות הרווחות. מה שבהיעדר חוק היה נראה בעינינו לא קביל לחלוטין, הופך באמצעות החוק למקובל ומוצדק, ודאי בחלוף הזמן. מה שנראה כחריג קיצוני מאבד, מכוח עיגונו בחוק, את קיצוניותו ואף את חריגותו. משפטנים שגדלים במדינה שהמעצר המינהלי הוא חלק מהשיטה המשפטית הנוהגת בה (ויש אף שמתגאים בשכלול שהוכנס בו כביטוי לקדמה ולנאורות) משקיפים אחרת על שאלות נורמטיביות בסיסיות בהשוואה למשפטנים שלא "זכו" לכך.

ז. הפיקוח השיפוטי על החלטותיהם של גורמי הביטחון נמצא בגירעון קשה בכל הקשור ללגיטימציה, לאחריות ולמקצועיות, והוא גם נתון להטיות ניכרות. כמו שראינו, ההנחה שהשופטים מסוגלים להעריך בהערכה עצמאית אם יש הצדקה ממשית למעצר מינהלי אינה משכנעת. יתרה מזו, בית המשפט נמנע מלהעריך אם המעצר המינהלי אכן נחוץ במקרה ספציפי, ואם אכן לא היה אפשר להגיע להליך פלילי במאמץ חקירתי נוסף. זאת ועוד, השופטים, מכוח מעורבותם בפיקוח, נעשים חלק מהשיטה המפעילה את האמצעי, ולשם הגנה על המוסד השיפוטי ועל תפקודם בו הם פועלים לנרמולו ולהצדקתו. מכאן, למשל, הקביעה השיפוטית שרמת ההסתברות הנדרשת להצדקת מעצר מינהלי היא ודאות קרובה, בעוד אי-

אפשר ליישם מבחן כזה על התנהגות אנושית עתידית, ובפועל, צווי מעצר מוצאים ומאושרים כאשר רמת ההסתברות למעשה טרור עתידי נמוכה מזו. כך בתי המשפט מעניקים לאמצעי בעייתי, ולעתים פסול במהותו, לגיטימיות חזקה.

## ז. האם המעצר המינהלי הוא הכרח כל יגונה?

בישראל אין כלל שיח על האפשרות המתבקשת לבטל את המעצר המינהלי או לפחות לצמצמו במידה ניכרת; אף שלאמיתו של דבר הוא מאפשר לשלטון לפגוע פגיעה קשה ובלתי מוגבלת בחירותו של אדם בלי הליך הוגן מינימלי, ובכך הוא חותר תחת טיבה של המדינה כמדינת חוק דמוקרטית; אף שקל להשתכנע שיש חלופות מתוננות יותר שאפשר להשתמש בהן במקרי צורך קיצוניים; ואף שקשה להשתכנע בקיומם של טעמי הכרח ביטחוניים. מדוע שיח כזה אינו מתקיים?

1. בשל ההליכים שתוארו לעיל של הענקת עדיפות מוחלטת לשיקול הביטחוני ותפיסת-חסר של הפגיעה בזכויות הנגרמת על ידי האמצעי, בין השאר משום שהוא מכוון כלפי "אחרים" שלהם נעשית דה-הומניזציה.
2. בשל יכולתם המופלאה של בני אדם לשכנע את עצמם בצדקת מה שנעשה בשמם ולמענם, ולהצדיק את האמצעים הללו. על רקע המאבק בטרור גם גוברת הנטייה לקונפורמיות וההתנגדות לביקורת, ופוחתות הרגישות וההתנגדות להפרה של עקרונות משפטיים.<sup>105</sup>
3. הערך הנורמטיבי החיובי המיוחס לחוק והאפקט המנרמל שלו. ההתייחסות של הציבור בישראל לסטייה הגדולה מדיני הראיות ומסדרי הדין ומדרישות היסוד של ההליך ההוגן היא מלכתחילה סלחנית מדי, ותרנית מדי. ומדוע?

105 האסכולה הפרוידיאנית זיהתה מנגנוני הגנה (כהרחקה, הכחשה, הימנעות והשלכה) שמסייעים לאנשים להתמודד עם הקשיים הנובעים מנקיטת אמצעי טרור נגדי, כמו אלו הנידונים בספר זה. להרחבה ראו Mordechai Kremnitzer & Nimrod Rosler, *Psychological and Social Consequences of Terrorism on the Targeted Society*, in 10 JAHRE 11. SEPTEMBER: DIE RECHTSORDNUNG IM ZEITALTER DES UNGEWISSEN 41, 47 (Kyrill-Alexander Schwartz ed., 2012)



- פשוט משום שהדין ממסד את הסטיות הללו. הדין משפיע על תפיסתנו הנורמטיבית ומטה אותה. בהתעלם מן הדין, אם אפשר לסרטט תרגיל מחשבתי כזה, ספק אם היינו מוכנים להצדיק את הסטיות הללו. לחוק עצמו מתווספת הלגיטימיות החזקה והמרגיעה שהרשות השופטת מעניקה לשימוש באמצעי, מתוך רטוריקה של פיקוח שיפוטי משמעותי ויעיל.
4. רבים מאמינים שבשל אופיו של הסכסוך עם הפלסטינים ישראל נמצאת במצב חירום כרוני, תמידי והכרחי כעניין שמחויב המציאות. וגם אם לא עתה, חשוב לשמור על האמצעי הזה לשעת הצורך, לכשתבוא.
5. יש שעדיין מושפעים מן העובדה שההסדר הנוכחי בישראל הוא שיפור ניכר לעומת הדין המנדטורי, ומכאן נמשך כלפיו חוט של חסד ושביעות רצון.
6. מצב זה מבטא – כמו שאפשר לראות גם בהקשרים אחרים – קיבעון מחשבתי, חוסר מוכנות לחשוב מחדש על תפיסות קיימות ולהיכנס למצב של אי-בהירות או עמימות, שעלול לפגוע בתחושות עמוקות של ביטחון עצמי וביטחון בצדקת הדרך. דומה שבענייננו נתקבעה מוסכמה שמדובר באמצעי נחוץ שאין לוותר עליו. מוסכמות כאלה אינן מתות או מומתות בקלות ויש להן כוח שרידות גדול.
7. אין להתעלם מהיתרונות שיש במעצר המינהלי למערכת אכיפת החוק הן בשלב החקירה והן בשלב המשפט כאמצעי לסחיטת הודאה ולסחיטת הסכמה להסדר טיעון בהליך פלילי, ואף להשגת שלילת חירות ממושכת יותר מזו שהייתה מושגת בעקבות אישום פלילי בחברות בארגון בלתי חוקי. השימוש המרובה במעצרים המינהליים בשטחים המוחזקים, שם הם משמשים בבירור מערכת חלופית למערכת אכיפת החוק הפלילי, מלמד גם הוא על הפוטנציאל החמור הטמון במעצר המינהלי. כל זאת נוסף על החיסכון בזמן, בכישרון ובמאמץ הדרושים כדי להשיג ראיות כשרות וקבילות להליך פלילי.
8. הדעת נותנת שישראל הרשמית לא תרצה ליצור הבדל ופער בעניין זה בין המצב המשפטי בישראל עצמה ובין המצב הנוהג בשטחים.

ובכן, האם מדובר בהכרח כל יגונה? באמצעי שהוא הכרחי לחלוטין? אנו מתקשים להשיב על כך בחיוב. מה הטעם בבניית מערכת שלמה של כללים לתלפיות כאשר כמעט באותה נשימה נבנית מערכת חלופית שמאפשרת התעלמות מהם? אם הכללים הללו חיוניים לקיומו של הליך הוגן שבו החשוד נתפס כסובייקט (כמתחייב מהזכות לכבוד אנושי, ולא כאמצעי להשגת תכלית אחרת, בהתאם לרעיון הקאנטיאני<sup>106</sup>) ולמניעת עיוות דין ופגיעה במי שאין כל הצדקה לפגוע בהם – הם צריכים להתקיים בכל מקרה שבו חשוד צפוי לעיצומים משמעותיים, והמעצר המינהלי הוא מקרה מובהק כזה.

אם אי-קבילותה של עדות שמיעה באה כדי לאפשר למי שהעדות מכוונת נגדו לחקור את מי שיש לו מידע בלתי אמצעי (עדות מכלי ראשון) על אירוע, כי אז כלל זה יפה למעצר המינהלי כשם שהוא יפה להליך הפלילי. אם בהליך פלילי בחברה דמוקרטית לא יעלה על הדעת (ואם יעלה על הדעת, תקום זעקה עד השמים) שנאשם לא ידע מפני מה עליו להתגונן, כך צריך להיות גם בהליך של המעצר המינהלי. ואם לכך הסכמנו, הסכמנו שאין מקום להליך של מעצר מינהלי שכל תכליתו לאפשר סטייה מאותם כללים ועקרונות.

ברור שבשיטת משפט כשלנו מעמדם של כללים ועקרונות אלו נפגע כאשר מצד אחד מרוממים אותם ואת חשיבותם בהליך הפלילי, ומצד שני מוותרים עליהם או עוקפים אותם בהליך של המעצר המינהלי. מדובר – בעיקר בכל האמור בזכותו של אדם להגן על עצמו מפני עיצומים קשים – באושיותיה של מדינת חוק דמוקרטית. עובדה היא שהמשפט המשווה העכשווי במדינות הדמוקרטיות – זה שאחרי אירועי 11 בספטמבר, זה שמבקש להתמודד עם איום חמור ומוחשי של טרור בינלאומי בכל הנוגע לאזרחים, לתושבים ואולי אף לשוהים חוקיים אחרים – אינו מעמיד דוגמה למוסד מרחיק לכת כל כך או אפילו לדוגמה שמתקרבת אליו. מהעובדה שהאמצעי הזה ננקט בעבר אין משתמע שיש מקום לנקוט אותו גם עתה, בשים לב למגמת ההתקדמות (שאמנם איננה רציפה ועקבית) בהגנה על זכויות האדם. כך למשל, אין שום דמיון בין ההתאמות של דיני המעצר באנגליה להתמודדות עם טרור ובין המעצר המינהלי שלנו. גם מספרם הקטן של המעצרים המינהליים אצלנו, שהוא לשבחה של מערכת הביטחון, מעורר ספק בדבר חיוניותו

IMMANUEL KANT, *GROUNDWORK FOR THE METAPHYSICS OF MORALS*, section II, 106  
435–436 (Allen W. Wood trans., 2002)

של אמצעי זה ובדבר היעדר האפשרות להתמודד עם טרור בעזרת אמצעים רגילים של אכיפת חוק, כמו שיובהר בהמשך הדברים.

דומה שמאחורי מסך בערות לא היינו מסכימים לשיטה כזאת, ושזו הייתה יכולה לצמוח רק על בסיס ההנחה שהיא לא תופעל כלפינו אלא כלפי אחרים. נכון שהאפשרות לנקוט מעצר מינהלי גם כלפי אזרחים יהודים משמשת עכבה מפני שימוש סיטוני בו ואף מתניעה יוזמות עצמאיות לעריכת רפורמות נקודתיות;<sup>107</sup> ואולם על כגון דא יש לומר כי לא לעולם חוסן, וכי מי יערוב לנו שעכבה זו לא תתמוסס בעתיד.

בזמני שלום הדרך הראויה להתמודד עם הערכות לא מבוססות בנוגע למעשים פליליים עתידיים או עם ראיות בלתי קבילות בנוגע לקונספירציות פליליות, היא להשקיע עוד זמן ומשאבים במטרה להתגבר על הקשיים הללו – כמו למשל מעקב צמוד אחר החשודים הרלוונטים והשגת ראיות מספקות בנוגע לתכניותיהם. בזמני משבר חריפים, לעומת זאת, רשויות אכיפת החוק עשויות להיתקל בקשיים לוגיסטיים, תפקודיים ומהותיים, ואז יהיה עליהן להשתמש בחוכמה במשאביהן המוגבלים במטרה להתמודד כראוי עם עומס עבודה חריג. כשהמטרה וגורמי הביטחון נדרשים להקדיש את מרב מאמציהם בפעילויות אחרות שמצב החירום יוצר, ומספר האנשים המהווים סיכון מוחשי וקונקרטי לביטחון המדינה גדול – מעצרים מינהליים עשויים להיות הכרח בל יגונה כל עוד המשבר החריף מתקיים במלוא עוצמתו. ואולם עצם קיומו של מצב חירום אינו יכול להיות כשלעצמו הצדקה מספקת להפעלת האמצעי של מעצר מינהלי. שימוש כאמור חייב לצמוח ישירות מנסיבות החירום היוצרות הכרח כזה ומכוח החלטה מיוחדת של הכנסת בדבר התקימותו של מצב כזה.

בחינת המעצר המינהלי אל מול חלופות מגבילות חירות מתונות יותר, כמו מעצר בית המלווה בהגבלות על התקשורת הבינאישית, ואולי גם באיזוק אלקטרוני – ככל שמתחייב מטיב הסיכון הנשקף ממי שמטילים עליו הגבלות – אינה מלמדת על יתרונות ממשיים שלו. אפשר שיש נוחות וחסכון מינהליים (לא כלכליים) בהחזקה במעצר במתקן כליאה לעומת החלופות האחרות, אבל שיקול זה אינו יכול להכריע כשמדובר בזכויות יסוד מרכזיות כל כך ובפגיעה קשה

107 ראו לעיל ה"ש 48 בפרק זה.

כל כך בהן. איננו מקלים ראש בהגבלות אלה, שעלולות להיות מכבידות ביותר ולהתקרב במידת הפגיעה שלהן למעצר מינהלי של ממש. ברור שיש לנהוג גם בהן בזהירות ובאיפוק מרביים; אבל ברור גם שככלל פגיעתן רעה פחות מכליאה בבית אסורים. על הכף מונחים לא רק עקרונות יסוד של השיטה, הנרמסים במצב המשפטי הקיים – על ההשפעה המזיקה שיש לכך בעניין היחס החברתי לאותם עקרונות – אלא גם הנכונות לחיות עם עוול ועם פוטנציאל של עוול.

כפי שכבר צוין, ישראל הכריזה על מצב חירום מיד לאחר הקמתה ולא הסירה את ההכרזה מאז. במצב עניינים זה אפשר לתהות אם השימוש במעצרים מינהליים אכן נבחר כמוצא אחרון בלבד ולאחר שכל החלופות האחרות מוצו. יש לזכור כי מצב שבו מעצר מינהלי איננו אפשרות ריאלי עשוי רק להניע את הרשויות למצוא שיטות מקוריות חדשות להשגת מידע קביל נוסף. גם אם נסכים עם ההנחה שמקרים מסוימים אכן מצדיקים את השימוש במעצר מינהלי, משום שהם לחלוטין לא מתאימים להליכים פליליים, יהיה נאיבי מבחינתנו – לנוכח הניתוח שהובא בפרק זה – לסבור שהרשויות פנו, בכל מקרה, לחלופה של מעצר מינהלי רק לאחר שמיצו באמת את כל האפשרויות האחרות.<sup>108</sup> החשאיות של הליכי המעצר המינהלי וכן היעדר האפשרות הברורה מאליה להוכיח מציאות חלופית – כגון לענות על השאלה ההיפותטית מה היה קורה לולא היה בידי הרשויות הכלי הזה – מספקים להן מרחב תמרון נוח. כך, השימוש החוזר במעצרים מינהליים עשוי ליצור בעצמו את המוטיבציה לשימוש במעצרים מינהליים בעתיד. לעצם העובדה שהחוק הישראלי מתיר בעקביות את השימוש במעצרים מסוג זה – מלפני הקמתה של מדינת ישראל ועד עצם היום הזה – השפעה חשובה על האופן שבו משפטנים ומעצבי מדיניות בישראל תופסים את האמצעי הזה: אמצעי הכרחי ובל יגונה בארסנל הישראלי ללוחמה בטרור. האם יש דרך לגשר בין הנורמטיבי הראוי ובין הנורמטיבי המצוי, שהמרחק ביניהם כה גדול?

108 נציין בהקשר זה כי הטיה זו רק מתעצמת לנוכח הטיית מבניות אחרות שנידונו לעיל, כמו הזדהות יתר של בעלי תפקידים עם תפקידם ומרדפם אחר כוח וסמכות. כיוון שהם מוערכים לרוב על פי ביצועיהם, יש להם מוטיבציה חזקה לראות מגבלות נורמטיביות – כמו שיקולים הנוגעים לזכויות אדם ואזרח – כמכשולים בדרך להבטחת תוצאות אפקטיביות. מעבר לכך, ברור שכאשר עומדת לפני המפקדים על ביטחון המדינה האפשרות להשיג אותה רמת ביטחון אגב השקעה של הרבה פחות משאבים, יהיה מפתיע למדי אם הם יבחרו לפעול בדרך אחרת.

## פרק רביעי

# אמצעים להתמודדות עם טרור: תיוג אתני

מרדכי קרמניצר | גיל רוטשילד אליאסי | אביעד בן יהודה | יונתן רום

כל בני האדם בני חורין ושווים בערכם ובזכויותיהם. כולם חוננו בתבונה ובמצפון, לפיכך חובה עליהם לנהוג איש ברעהו ברוח של אחווה.<sup>1</sup>

### א. הגדרת הדין ותיחומו

בהקשר של לוחמה בטרור, מדיניות תיוג (profiling) על בסיס אתני היא הסתמכות, בדרך כלל על יסוד מתאם סטטיסטי, על מאפיין או מאפיינים אישיים של אדם כדי לקבוע את הסיכון הנשקף ממנו למעשי טרור, ובהתאם את המדיניות להתמודדות עם אותו סיכון. מאפיינים אישיים לענייננו הם מוצא או השתייכות לאומית-אתנית, להבדיל מהערכת מסוכנות שיסודה בחשד על בסיס התנהגותי-קונקרטי כגון פעילות של אדם שיש בה כדי להצביע על אפשרות למעורבותו בטרור או על תכנית שלו לבצע פיגוע או לסייע בביצועו; או הנחת מסוכנות שיסודה בחשד על בסיס עובדתי-אינדיווידואלי כגון עבר של עבריינות טרוריסטית או של מעשים או קשרים שיוצרים זיקה בינו ובין ארגוני טרור או פעילות טרור.

בהקשר זה נציין כי מאפיינים מולדים או קבועים נתפסים לרוב כאמינים יותר מדפוסי התנהגות מותנים. טרוריסט פוטנציאלי יכול להתאים את התנהגותו בקלות יחסית (למשל, בקניית כרטיס הלוך-חזור מראש והגעה לנמל התעופה עם ליווי), אבל הוא ייתקל בקשיים גדולים יותר אם ינסה להסתיר או לשנות מאפיינים כמו גזע, מוצא אתני או מגדר. זאת ועוד, הסתמכות על דפוסי התנהגות חשודים היא כמובן חסרת כל טעם כשמדובר בתרחיש שבו אדם מסייע לפעילות טרור

1 ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, סעיף א, האו"ם, דצמבר 1948, אתר האגודה לזכויות האזרח.

שלא בירדעין, למשל בנשיאת חומרי נפץ במזוודתו. לצורך הדיון בפרק זה נתמקד במדיניות תיוג שנשענת על התאמה סטטיסטית בין מוצא אתני ובין פעילות טרור. העובדה שמדיניות תיוג נוגעת בהגדרתה לקבוצות אנשים שלמות מספקת הזדמנות ייחודית לבדוק גורמים מסוימים שמבחינים בין התיוג האתני ובין אמצעים אחרים של מאבק בטרור שמתבססים על מאפיינים אינדיווידואליים (כמו עינויים ומעצר מינהלי). בפרק זה נשתמש בשתי דוגמאות נקודתיות של אמצעים ללוחמה בטרור שמבוססים על תיוג אתני – מדיניות תיוג בנמלי תעופה ומדיניות תיוג בהגירה – כמצע לדיון בטענה הכללית של הספר. בחלק השני יוצגו הדוגמאות האלה ולאחריהן, בחלק השלישי, יפורטו הפגיעות הכרוכות בשימוש במדיניות זו. חלקו הרביעי של הפרק יעסוק במדיניות התיוג מתוך התייחסות לנושאים נקודתיים השאובים מהטענה הכללית של הספר וככלל קשורים לאופייה הקולקטיבי של מדיניות זו: המעבר מבחינת מסוכנות אישית לבחינת מסוכנות על בסיס השתייכות אתנית; הבעיות הנובעות מעריכת הכללות שיוכיות; ערך היתר הניתן לאינטרס הביטחון; שאלת היעילות והחיסכון במשאבים בשימוש במדיניות התיוג; הערכת חסר של הפגיעות שגורם התיוג האתני; הטיות חלקיות שנובעות מהעובדה שעלויותיה של מדיניות תיוג כמעט לעולם אינן מוטלות על מקבלי ההחלטה להפעילה; הסכנה שבשימוש בעקרון הזהירות המונעת בהקשרים של ביטחון לאומי; ותסמונת המדרון החלקלק.

## ב. יישום מדיניות תיוג בישראל

בחלק זה יפורטו שתי פרקטיקות של תיוג אתני שננקטות כחלק מהתמודדותה של ישראל עם איום הטרור: בידוק בנמלי התעופה והמדיניות המכונה בשם האירוני "איחוד משפחות", שהיא למעשה מניעת איחוד המשפחה הפלסטינית המעורבת בתחומי מדינת ישראל. פרקטיקות אלה ישמשו מקרי מבחן קונקרטיים לדיון העקרוני שיובא בהמשך הדברים.

### 1. מדיניות התיוג בנמלי התעופה

המדיניות הראשונה שתוצג כאן היא מערכת התיוג שרשויות הביטחון מנהלות בשדות התעופה הישראליים ובטיסות של חברות תעופה ישראליות. הרשות

האחראית להסדרת נוהלי האבטחה בשדות התעופה ובטיסות היא שירות הביטחון הכללי.<sup>2</sup> רשות שדות התעופה הישראלית היא שאחראית ליישם את הנהלים הללו ו"לנקוט אמצעים לביטחונם של שדות התעופה של הרשות, ושל בני האדם, הטובין, כלי הטיס, המבנים, המיתקנים והציוד שבהם".<sup>3</sup> גם אם ההיסטוריה של נוהלי האבטחה בשדות התעופה בישראל איננה מתועדת היטב, עובדה ידועה היא שבשדות התעופה הישראלים ובטיסות של חברות תעופה ישראליות, אזרחי ישראל הערבים נתונים לבדיקות אבטחה קפדניות יותר מהבדיקות שנתונים להם אזרחי ממוצאים אתניים אחרים, בעיקר יהודים. מצב עניינים זה הוא כנראה תוצאה של מדיניות תיוג שעיצב השב"כ המגדירה מוצא אתני כאינדיקטור לסיכון לפעולות טרור, והיא מיושמת בעיקר על ידי רשות שדות התעופה. אף שגורמי שב"כ אישרו לא פעם שאכן נעשה שימוש במערכת תיוג,<sup>4</sup> השב"כ נמנע לחלוטין מלחשוף במפורש איזה תפקיד ממלא המוצא האתני בהתנהלותה של מערכת זו. עם זאת מומחי אבטחה ציינו כך:

שיטת הפרופילים מבוססת על התמקדות בנוסעים המשתייכים למה שמגדירים כקבוצות סיכון: ערבים מסוכנים יותר מיהודים, צעירים מסוכנים יותר ממבוגרים ומשכילים מסוכנים יותר מבעלי השכלה נמוכה. עקרון נוסף העומד מאחורי התשאולים הוא בדיקת אמינותו של הנחקר: השאלות הרבות המוצגות לו נועדו למצוא בתשובותיו סתירות העשויות להעיד על ניסיון להסתיר משהו.

2 בהתאם לסמכותו ל"קביעת נוהלי אבטחה לגופים שקבעה הממשלה", כאמור בס' 7(ב) (4) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ס"ח 179. עד סוף שנות התשעים לא הוסדרה רשמית מעורבותו של השב"כ בעניין זה, אף שהתחילה זמן רב קודם לכן. הממשלה מעולם לא פרסמה החלטה רשמית בנושא. ראש השב"כ לשעבר כרמי גילון סבור שאת ההחלטה קיבלה ראש הממשלה גולדה מאיר, אולי בעקבות הטבח בנמל התעופה לוד בשנת 1972, כששלושה מחברי הצבא האדום היפני, שגייסה החזית העממית, רצחו 26 אזרחים ופצעו 80 נוספים (כרמי גילון שב"כ בין הקרעים 309-312 (2000)).

3 ס' 5(א)(3) לחוק רשות שדות התעופה, התשל"ז-1977, ס"ח 182.

4 ראו למשל גילון, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, בעמ' 310; אריה דיין "בוא אתי, בבקשה" הארץ 19.2.2007.

"עם זאת", אומר מומחה לענייני ביטחון שעוקב אחר עבודת השב"כ, "כמעט כל ראשי השב"כ בעשורים האחרונים יודעים שהחקירות בשדה התעופה כרוכות בהתעללות ובגרימת סבל לא הכרחיים לנוסעים הערבים. הבעיה היא שכולם משחקים אותה ראש קטן, ומחכים שמישהו בדרג המדיני ייקח על עצמו את האחריות ויורה להפסיק להשתמש בשיטה הזאת".<sup>5</sup>

בעשורים האחרונים הגישו אזרחי ישראל ערבים כמה תביעות וכן תלונות רשמיות ולא רשמיות בנוגע ליחס הקפדני והמשפיל שהם נאלצים לסבול בשל נוהלי האבטחה המפלים בשדות התעופה הישראליים.<sup>6</sup> בשנת 2007 הוגשה לבג"ץ עתירה בנוגע לחוקיותן של בדיקות האבטחה הללו, הנשענות על מדיניות התיוג הננקטת בשדות התעופה בישראל.<sup>7</sup> מעדויות רבות – מקצתן הועלו בעתירה זו – עולה שמשפחות ערביות שמעוניינות לטוס לחופשה על ילדיהם ותינוקותיהם, אנשי עסקים ערבים, סטודנטים ואקדמאים ערבים שמבקשים לטוס לצורך ענייניהם המקצועיים, לעתים בקבוצה מעורבת ולעתים בשליחות מוסד אקדמי או אחר ואף בשליחות המדינה – כולם מחויבים לעבור בבדיקות ביטחוניות החריגות במשכן ובאופיין הפולשני בהשוואה לבדיקות המוחלות על מקביליהם היהודים.<sup>8</sup> לעתים הם אף מנועים מלעלות לטיסתם בכלל, בשל הזמן הממושך שאורכות הבדיקות או מסיבות אחרות שנובעות מבדיקות אלו. מצב עניינים זה, שלעתים אף מחמיר יותר בשל יחס אטום, מתנכר, אדיש או גרוע

5 ד"ר, שם.

6 ראו למשל ת"א (שלום י"ם) 7832/97 עד אל ראזק נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 24.6.1999); ת"א (שלום חי) 18147/98 תלאוי נ' ארקיע קווי תעופה ישראלים בע"מ (פורסם בנבו, 18.12.2003); ת"א (שלום חי) 7445/05 כיאט נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 5.12.2012) (לתיאור עובדות המקרה ביתר פירוט ראו בש"א 6763/06 פלוני נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 28.11.2006); ת"א (שלום חי) 8661/06 מוגרבי נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 30.8.2007).

7 בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (פורסם באר"ש, 10.3.2015) (להלן: בג"ץ 4797/07).

8 ראו פס' 6-13 לעתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (31.5.2007).



מזה – מתנשא, לעגני או משפיל מצד בודקים מסוימים – הפך את אירוע הטיסה לחוויה משפילה במיוחד לערבים אזרחי ישראל שהיו עדים באופן אישי לאופן שמוצאם האתני מסומן בפומבי בידי שלוחי המדינה כמסוכן אינהרנטית וממילא בעל משמעות שלילית טבועה. כבר בתגובתם המקדמית לעתירה האמורה הודו השב"כ ורשות שדות התעופה כי הם נוקטים רמות מבחינות של בדיקות ביטחוניות בהתאם לפוטנציאל הסיכון הנשקף מכל נוסע. פרופיל סיכון כזה, כך נטען, אינו מבוסס לרוב על מידע קונקרטי בנוגע למעשי עבר ולמעורבותם של נוסעים בפעילויות טרור, אלא על מאפיינים ברורים יותר של הנוסעים המתאימים סטטיסטית למעורבות כזאת:

כל אוכלוסיית הנוסעים, ללא יוצא מהכלל, נדרשת לעבור בידוק ביטחוני. עם זאת, רמת הבידוק אותה יעברו הנוסעים, נגזרת מנתונים ומאפיינים שונים, בהתאם להערכת הסיכון הפוטנציאלי בהתייחס אליהם. הערכת מידת הסיכון הפוטנציאלי מתבססת על ניסיון והערכת סיכונים, ובמסגרת זאת מובאים בין היתר בחשבון נתונים ומאפיינים שונים, שהניסיון מוכיח כי קיים מתאם הסתברותי ביניהם לבין מעורבות בפעילות טרור. יודגש כי מדובר בנתונים מסוגים שונים הנלקחים בחשבון, ובמדרג של מספר רמות בידוק. במקרים נדירים יותר, קיימת הערכת סיכון פרטנית, המבוססת על מידע קונקרטי שקיים ביחס לנוסע.<sup>9</sup>

9 פס' 15 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים בבג"ץ 4797/07 (12.3.2008); בתגובה מאוחרת יותר ציינו המשיבים כי –

עוצמת האיום ומורכבותו, מול מגבלות המידע המודיעיני הפרטני, מחייבים הערכה של עוצמת ה"איום בכוח" (האיום הפוטנציאלי) העלול להשתקף מכל נוסע, בין כפעיל פח"ע "תוקף" (בעל כוונה לבצע פיגוע) ובין כנושא שלא מדעת של אמצעי חבלה (נוסע "מנוצל"). בהתאם להערכת האיום בכוח, נקבעת רמת הבידוק הנדרשת והמיושמת ביחס לנוסע. "האיום בכוח" אינו מבוסס רק על מידע קונקרטי המתייחס לאדם קונקרטי אלא גם על מאפייני הנוסע, בנגזרות רלוונטיות שונות. הרלוונטיות נקבעת בין היתר על בסיס תובנות מודיעיניות ומקצועיות, ובהתחשב במתאם הסתברותי בין מאפייני

במילים אחרות, ואף שרבים מהפרטים הנוגעים לנושא זה נותרו עמומים בשל תעודת החיסיון על הפרטים של שיטת הבידוק שהוציא שר הביטחון אהוד ברק, בשום שלב לא הכחישה המדינה במפורש את העובדה שמוצא אתני הוא יסוד חשוב שמובא בחשבון בהרכבת הפרופילים המשקפים את רמות הסיכון של נוסעים וקובעים את רמת בדיקות הביטחון שעל כל נוסע לעבור.<sup>10</sup> בהתחשב בעובדה שתיוג אתני הוא אכן ההיבט העיקרי העומד בבסיס הבדיקה הקפדנית בהליך האמור, ההימנעות הברורה של המדינה מהכחשה ישירה של נקיטת פרקטיקה כזאת משמעותית ביותר.

פסק הדין בעתירה זו התעכב כמה שנים וניתן רק בשנת 2015,<sup>11</sup> שכן המדינה הצהירה כי מאז נובמבר 2006 החלו השב"כ ורשות שדות התעופה בעבודת מטה רחבה בכל הנוגע לנוהלי הביטחון הננקטים, האמורה למתן את ההשלכות השליליות הנגרמות בשל הטיפול הקפדני הדיפרנציאלי.<sup>12</sup> בג"ץ החליט אפוא לעכב את מתן פסק הדין בנימוק שכך יוכל להתבסס על תשתית עובדתית רלוונטית ועדכנית.<sup>13</sup> הרפורמה העיקרית שעליה הכריזה המדינה בהקשר זה הייתה הטמעתה של מערכת חדשה לסריקת כבודה שמיועדת להישלח לבטן המטוס (Hold-Baggage Screening – HBS). מערכת זו מאפשרת ליישם חלק נכבד מנוהלי האבטחה באופן מהיר יותר וללא נוכחותם של הנוסעים עצמם, ואולי החשוב מכול: מחוץ לאולם הנוסעים והרחק מעיני הציבור. אמנם הבידוק הביטחוני יופעל על פי רמות הסיכון שנקבעו מראש, אך להערכת המדינה הדבר צפוי להקל את הנזקים העלולים להיגרם בשל ביצוע פומבי של בדיקות אבטחה פולשניות וממושכות, וכן להאיץ את הליכי הבידוק הביטחוני לכלל

---

מסוים או צירוף של מאפיינים, לבין מעורבות בפעולות טרור (פס' 33 לכתב

התשובה מטעם המשיבים בבג"ץ 4797/07 (26.5.2011)).

10 בהקשר זה נציין שכלל הנראה מידע סטטיסטי מבסס את ההיפותזה שאזרחים ישראלים ממוצא ערבי צפויים להיות מעורבים בפעילויות טרור יותר מאזרחים ישראלים אחרים (ראו יורם מרגליות "הפליה סטטיסטית בשירות הביטחון" משפט ועסקים ה 323, 332-330 (2006)).

11 בג"ץ 4797/07, לעיל ה"ש 7 בפרק זה.

12 פס' 37-39 לכתב התשובה מטעם המשיבים בבג"ץ 4797/07 (26.5.2011).

13 ראו החלטה בבג"ץ 4797/07 (22.5.2012); החלטה בבג"ץ 4797/07 (20.11.2013).

אוכלוסיית הנוסעים.<sup>14</sup> בעניין בדיקת גוף הנוסע וכבודת היד הכריזה המדינה באמירה מעורפלת למדי כי כבר הוטמעו שינויים שמצמצמים במידת האפשר את הטיפול הדיפרנציאלי בנוסעים.<sup>15</sup> אף שהמדינה צפתה שהרפורמות בנוהלי האבטחה יביאו לידי האחדה בכמה ממרכיבי הבידוק, באותה נשימה היא גם הודתה כי האחדתם המלאה של נהלים אלו על דרך החמרתם איננה אפשרית.<sup>16</sup> לבסוף ערכנה המדינה בבג"ץ כי בחודש מרץ 2014 החלה מערכת HBS לפעול בטרמינל 3 בנמל התעופה בן-גוריון, וכי בכוונתה להתקין מערכת זו גם בטרמינל 1. ככלל, ציינה המדינה, המערכת עומדת ב"ציפיות הגבוהות שנתלו בה".<sup>17</sup> לנוכח התפתחויות אלו ביקשו נציגי המדינה למחוק את העתירה, שכן הטענות הנוגעות לנוהלי האבטחה הישנים אינן רלוונטיות עוד, ובאלו הנוגעות לשינויים העדכניים מוקדם מדי לדון.<sup>18</sup> לא מפתיע שהעותרת התעקשה על כך שהשינויים האמורים לא נגעו בבעיה העיקרית הטמונה במערכת התיוג המופעלת בשדות התעופה.<sup>19</sup> ואכן, אף שנראה כי השינויים שעליהם הצהירה

14 פס' 39(ב) לכתב התשובה מטעם המשיבים בבג"ץ 4797/07 (26.5.2011):

לפי שיטה זו, לא יתבצע בידוק ביטחוני פומבי כלשהו של הנוסע או כבודתו באולם הנוסעים בנתב"ג, עד לאחר שלב ה"צ'ק-אין" [...] והנוסע לא יערכב לאחר כניסתו לטרמינל בדרכו לשלב ה"צ'ק-אין". אלמנט אי-הנוחות ואף תחושת ההשפלה אשר עלולים להיות כרוכים בבידוק מחמיר של כבודת הנוסע באולם הנוסעים, כמו-גם עצם העיכוב של הנוסע בשלב ה"צ'ק-אין בשל עריכת בידוק כאמור, יבוטלו אפוא כליל לפי שיטה זו.

כן ראו פס' 25(ג) לתגובה המקדמית מטעם המשיבים בבג"ץ 4797/07 (12.3.2008);

פס' 23(ג) לתגובה המשלימה מטעם המשיבים בבג"ץ 4797/07 (15.11.2009).

15 ס' 39(ג) לכתב תשובה מטעם המשיבים בבג"ץ 4797/07 (26.5.11). לטענת המדינה, שינויים אלה כללו "הכנסת שינויים בנוהלי הבידוק, רכישת ציוד והיערכות אירגונית ולוגיסטית".

16 פס' 12 לתגובה המשלימה מטעם המשיבים (מרץ 2012).

17 פס' 6 להודעה המעדכנת לקראת דיון מטעם המשיבים בבג"ץ 4797/07 (2.11.2014).

18 שם.

19 במילותיה של העותרת: "השינויים במערך הבידוק, שבהם תולה המדינה את יהבה ועליהם היא מבקשת לעדכן עתה, אינם גורעים מעוצמת הפגיעה באזרחים הערבים, הנגרמת מעצם השימוש בקריטריון הלאום הערבי כאינדיקטור לסיכון, ומשכך – אינם מייתרים את הצורך בהכרעה בשאלה הנ"ל, אף אם ואחרי שיבוצעו במלואם".

המדינה צפויים לצמצם את הפרת זכותם של הנוסעים לפרטיות ואת ההשפלה הנגרמת ישירות מביצוע בידוק דיפרנציאלי ופולשני בפומבי, אי-אפשר לומר שהדבר יטפל בנזקים הנגרמים מהמודעות עצמה – הן של הציבור הן של חברי קבוצת הפרופיל – שהטיפול הדיפרנציאלי יימשך, גם אם באופן חשאי יותר. כך קבע בית המשפט בהחלטתו:

החלת פרופיל סיכון על אזרחי ישראל, באופן שיצדיק עריכת בדיקה ביטחונית מחמירה יותר גם בהעדר מידע קונקרטי לגבי אותו אזרח, מעוררת קושי רב. ספק בעינינו אם שימוש בפרופיל סיכון המושתת על מאפיינים גורפים וכוללניים, ואשר נסמך על השתייכות הנוסע לקבוצת אוכלוסייה מסוימת כמאפיין בלעדי – הוא לגיטימי [...] אכן, הגם שאין לאדם זכות קנויה לכך שלא יעבור בידוק ביטחוני בשדה התעופה, זכותו שבידוק שכזה יוחל עליו באופן שוויוני בהיותו מבוסס על קריטריונים שווים ואחידים. אין חולק כי מאז החלה התופעה של פיגועי טרור רחבי היקף ועוצמה, תלויה ועומדת במדינות רבות שאלת הלגיטימיות של קביעת פרופילים של גורמי סיכון פוטנציאליים על-פי תיוג המבוסס על מוצא או על רכיב אתני. התיוג מעורר, כמובן, קושי מיוחד כאשר מדובר באזרחי המדינה אשר יש לכבד את היותם שווי זכויות [...] שאלות אלה, לכאורה, תישארנה רלוונטיות גם אם יונהגו השינויים הצפויים במערך הבידוק הביטחוני בנתב"ג, כפי שהמשיבים הצהירו, במהלך שנת 2013.<sup>20</sup>

פס" 3 לתגובה מטעם העותרת בבג"ץ 4797/07 (31.12.2012). כן ראו בהקשר זה

פס" 17-1 לתגובה מטעם העותרת (25.3.2012).

פס" 5 להחלטה בבג"ץ 4797/07 (22.5.2012). כן ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל) "משפטים" לט' 47, 71-72 (2009).

אף שבית המשפט בהרכבו האחרון בעתירה זו שילם מס שפתיים בצינו טענה זו בפסק דינו,<sup>21</sup> לבסוף עמדת המדינה היא שהתקבלה, והעתירה נמחקה. ההתנהלות הכללית של בית המשפט בטיפול בעתירה וכן פסק הדין שנתן לאחר שמונה שנים של דיונים וערכונים מלמדים על המקום הבעייתי שאליו דחקה אותו עתירה זו: מצד אחד בג"ץ אינו אדיש לשיקולי הביטחון שבבסיס הבידוק הדיפרנציאלי ואינו מעוניין לקבל עצמו את האחריות הכבדה הזאת על שלומה של התעופה האזרחית; מן הצד האחר הוא חושש, ובצדק, להעניק גושפנקה משפטית כלשהי למדיניות תיוג על בסיס אתני שעשויה להיות נפיצה ביותר בקרב אזרחי ישראל הערבים וכן לסמן נקודת מוצא למדרון חלקלק של הבחנה על בסיס אתני בתחומי חיים אחרים.<sup>22</sup> כך, השופטים נמנעו ממתן הכרעה עקרונית בשאלת חוקתיותה של מדיניות התיוג המופעלת בשדות התעופה והשאירו את דלתם פתוחה למקרה שבעתיד יתברר שכפועלה של המדינה בתחום זה אין כדי להביא לידי התוצאה הרצויה של חיסול "ההבחנה, במיוחד הגלויה, בין אזרחים ישראלים בשדה התעופה"<sup>23</sup> – לא לבלוע ולא להקיא.

מהי אפוא ההצדקה הקונקרטית לבידוק הדיפרנציאלי על בסיס אתני בנמלי התעופה? נראה שהיא כפולה: ראשית, חיסכון באמצעים, בעלויות ובזמן; ושנית, ההימנעות מפגיעה בפרטיות, בחירות ובנוחות של מי שאינם נתפסים חשודים. בשים לב לפגיעה בזכויות הנבדקים, כבר במבט ראשון מתעוררות שתי תהיות: אם התכלית היא חיסכון, האם היא ראויה כתכלית להצדקת פגיעה בזכויות, שהרי ההגנה על זכויות אדם לעולם כרוכה בעלויות כספיות; שנית, האם אין מקום לחשוד שגישתו של הרוב אינה חסרת פניות: זכויות ירוֹשלו יקרות לו יותר משזכויות המיעוט נחשבות בעיניו? מה שהרוב אינו מוכן להשית על עצמו,

21 בג"ץ 4797/07, לעיל ה"ש 7 בפרק זה, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס: "ערים אנו לעמדתה של העותרת, שלפיה הבחנה כלשהי בין אזרחים ישראלים המבוססת על קריטריון של לאום – אף אם זו מתבצעת 'מאחורי הקלעים' ואינה גלויה לעין – פוגעת בכבוד האדם, בשוויון, בחופש התנועה ובפרטיות".

22 וראו מאמרו של אלי בכר בעקבות ההחלטה מיום 22.5.2012 בבג"ץ 4797/07 (אלי בכר "עתירת הבידוק הביטחוני: ארכה נוספת במתן פסק הדין ומשמעותה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (15.6.2012)).

23 בג"ץ 4797/07, לעיל ה"ש 7 בפרק זה, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

אין לו קושי להטיל על המיעוט, בעיקר משום שהמיעוט איננו הוא – הוא "אחר". בייחוד אמורים הדברים כשרמת הסיכון העולה מן המיעוט קטנה מאוד כשלעצמה וגבוהה רק במקצת מרמת הסיכון הכללית (כמה ערבים אזרחי ישראל היו מעורבים בירדעין או שלא בירדעין בניסיונות פיגוע במטוסים?).

## 2. מדיניות תיוג בהגירה

בניגוד לכידוק הביטחוני, הפוגע ישירות בכלל המיעוט הערבי בישראל, החוק המונע את איחוד המשפחה הפלסטינית המעורבת בישראל פוגע ישירות רק בחלק קטן יחסית ממנו. ואולם טיב הפגיעה ומידתה לגבי אדם הנדרש לוותר על קשר עם בן זוג או ילד או הנדרש לעקור מארצו וממשפחתו ולעבור לחיות בשטח הנתון למשטר כיבוש – הם בוודאי קשים יותר. גם היסוד של אפליה לרעה בהשוואה לאזרחים יהודים מתאחדים, בשם לב לחומרת הפגיעה, הוא קשה מאוד. כאמור, מדיניות זו, שמבוססת על הסדר גורף, מכוונת להשגת ביטחון רב יותר בהשוואה לחלופה של בדיקות אינדיווידואליות של כל פנייה ופנייה. מבחינה זו היא מעוררת במלואו את המתח שבין ביטחון המדינה לזכויות הפרט. פרקטיקה זו עוסקת בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (להלן: "חוק הוראת השעה"),<sup>24</sup> שמאז נחקק לתקופת זמן של שנה אחת, עודכן בפעם ה-16 והוארך עד 30 ביוני 2018. סעיף 2 לחוק מבטיח ששר הפנים לא יעניק אזרחות לתושבי יהודה, שומרון ורצועת עזה (להלן: "השטחים") ולא ייתן להם היתר לחיות, להתגורר או לשהות בישראל. הוראה זו איננה חלה על אזרחים ישראלים שמתגוררים בשטחים, כך שהיא מטילה למעשה איסור גורף על האפשרות של איחוד משפחות של ערבים אזרחי ישראל עם בני ובנות זוגם הפלסטינים המתגוררים בשטחים.<sup>25</sup> במיוחד בהקשר של חוק הוראת השעה, הן החקיקה הן הפסיקה שאישרה אותה ממחישים את עוצמתו הבלתי מידתית של השיקול הביטחוני, את כוחו לגבור על כל שיקול אחר, את הקושי לרסן את כוחו

24 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544. חוק זה הוא תיקון ותוספת על שני חוקים רלוונטיים אחרים: חוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 146; וחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 354.

25 על אף האופי המכליל מאוד של איסור זה, ס' 3 ו-3א מבהירים כי שר הפנים רשאי להעניק לתושב השטחים היתר לשהות בישראל כשמדובר בגבר שאיננו בגילאים 14-35 או באישה שאיננה בגילאים 14-25.

ואת השפעתו ואת היצירתיות המצדיקה – שכמעט אין לה גבול – בנוגע למה שאפשר לעשות בשם הביטחון. תחילה נביא בקיצור את התפתחות העניינים הרלוונטית.

בהתאם לחוק הישראלי, שעד כניסתו לתוקף של חוק הוראת השעה – "חוק האזרחות והכניסה לישראל" – חל גם על תהליכי התאזרחות של פלסטינים ותושבי השטחים, נישואין לאזרחי ישראל נחשבים ככלל לאקט קונסטיטוטיבי, שמכוחו יכול להתחיל באופן רשמי תהליך של "איחוד משפחה". כלומר, בן הזוג הזר מקבל מעמד חוקי בישראל ומתחיל הליך הדרגתי ממושך שיכול להוביל בסופו של דבר – אם הכול פועל כסדרו – לקבלת אזרחות ישראלית מלאה.<sup>26</sup> התכלית העיקרית של הסדר מדורג זה היא לאפשר למדינה לקיים בדיקה מקיפה בנוגע לכל מבקש אזרחות, שמתמקדת לרוב בשלושה היבטים עיקריים: אישור כנותם של הנישואין, וידוא שמרכז חייהם של בני הזוג אכן בישראל, וידוא שאין שום מניעה ביטחונית או פלילית להעניק למבקש האזרחות מעמד חוקי פורמלי שיאפשר לו לשהות בישראל.<sup>27</sup> ההסדר המדורג מבוסס אפוא על בחינה פרטנית של כל בקשת אזרחות, ופוטנציאל הסיכון הביטחוני הנשקף מהמבקש הספציפי הוא גורם אחד בתהליך קבלת ההחלטה.

עם זאת, על פי תפיסתן של רשויות הביטחון הישראליות, גישה זו של בחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה איננה יכולה למנוע מפלסטינים שקיבלו מעמד חוקי בישראל מלהיות מעורבים בפעילויות טרור.<sup>28</sup> כפי שציינה המדינה בתגובתה לקבוצת העתירות הראשונה שהשיגה על חוקתיותו של חוק הוראת

26 ראשית ההכרה בהליך זה, שבאמצעותו מבקש האזרחות יכול לקבל סדרת ויזות ולשפר עם הזמן את מעמדו החוקי, בפסיקת בג"ץ שקבעה כי "מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עמו משפחה בישראל" (בג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 787 (1999)).

27 ראו למשל בג"ץ 2355/98, שם, בעמ' 787-788. לביקורת על ההסדר המדורג בנוגע לפלסטינים הנישאים לאזרחים ישראלים – כלומר, לפני כניסתו לתוקף של חוק הוראת השעה – ראו בצלם והמוקד להגנת הפרט משפחות אסורות: איחוד משפחות ורישום ילדים במזרח ירושלים 7-8 (2004).

28 אחת הסיבות העיקריות לקושי האינהרנטי במערכת הבדיקה האינדיווידואלית היא העובדה שפעמים רבות אין שום מידע קודם שבאמצעותו הרשויות הישראליות יכולות לוודא שאכן אין כל מניעה ביטחונית בנוגע למבקש האזרחות. למעשה, במקרים רבים עצם קבלת היתר הכניסה לישראל הוא שהופך פלסטיני למגויס פוטנציאלי של ארגוני

השעה<sup>29</sup>, 26 פלסטינים תושבי השטחים שקיבלו מעמד חוקי בישראל מכוח נישואיהם לאזרחים ישראלים נחקרו בחשד למעורבות בפעילות טרור, והיתר השהייה בישראל של 42 אחרים לא הוארך בגין מידע מודיעיני שהצביע על חשדות לגביהם. לפיכך מצא המחוקק הישראלי לנכון להטיל איסור גורף על הכניסה לישראל של פלסטינים תושבי השטחים – למעט חריגים מועטים – כדי למזער את מרחב הטעויות ככל האפשר. כך, על פי נציגי המדינה, הוראת השעה – שבתחילה נועדה לה תקופת תחולה מוגבלת – נהפכה לחלק מהמאבק המתמשך נגד הטרור הפלסטיני. הרציונל המוצהר לחוק הוראת השעה הוא אינטרס הציבור הכללי הנובע מצורכי הביטחון: הוא מכוון למנוע מפלסטינים שבמקור היו תושבי השטחים וקיבלו את האפשרות להתגורר בישראל מלנצל לרעה את מעמדם במטרה לקדם פיגועים בתוך גבולות המדינה.<sup>30</sup> רציונל זה מושתת בכירור על ההנחה שפלסטינים צפויים להיות מעורבים בפעילויות טרור יותר מכל מבקשי המעמד הזרים האחרים המעוניינים לחיות עם בני זוגם בישראל.

במאי 2006 דחה בג"ץ כמה עתירות שהשיגו על חוקתיותו של חוק הוראת שעה זה ברוב דחוק של שישה שופטים מול חמישה.<sup>31</sup> למעשה, המותב נחלק לשלוש קבוצות: חמישה שופטים סברו כי העתירות צריכות להידחות, אם משום שהחוק אינו מפר זכויות חוקתיות מוכרות, ואם משום שהפרה של זכויות כאלה היא מידתית, בהינתן התכלית החשובה העומדת בבסיסו; חמישה שופטים סברו כי החוק מפר באופן בלתי מידתי זכויות חוקתיות (הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון),<sup>32</sup> ולכן יש להכריז עליו כבטל; ושופט אחד סבר שהחוק אכן מפר זכויות

---

הטרור – ולכן מידע מפליל בנוגע לאותו פרט ניתן להשגה רק לאחר שהוא או היא מתחילים את ההליך ההדרגתי בפועל.

29 פס' 17 לסיכומי המדינה בבג"ץ 7052/03 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (16.12.2003).

30 לתיאור נוסף של רציונל זה והאופן שהציגה אותו המדינה בהקשרים שונים ראו Nimrod H. Aviad, *Liberty and Higher Risk Taking: The Nationality Law Case and the Supreme Court of Israel's Jurisprudence of Risk* 7–9 (2006) (online)

31 בג"ץ 7052/03 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: בג"ץ 7052/03).

32 השופטת אילה פרוקצ'ה הבהירה זאת היטב בקביעה ש"הזכות לחיי משפחה בתנאים של שוויון מהווה זכות חוקתית מוגנת על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (שם, פס' 1 לפסק דינה).



חוקתיות באופן בלתי מידתי, אך קבע כי אין להכריז עליו כבטל כדי לאפשר לכנסת לחוקק הוראה מתוקנת בפרק זמן של תשעה חודשים. הוויכוח העיקרי בין עמדות השופטים נסב אפוא סביב השאלה אם מתקיים יחס מידתי בין התכלית הביטחונית שהחוק נועד לקדם ובין הפגיעה בזכויותיהם של הערבים אזרחי ישראל שאינם יכולים להקים את ביתם המשפחתי עם בן זוגם במדינתם.<sup>33</sup>

כשנה לאחר פסיקת בג"ץ זו ולקראת הארכתו השביעית של חוק הוראת השעה תיקנה אותו הכנסת קלות בהתאם לצורך שהביע בג"ץ "בקביעת הסדרים אחרים אשר יאזנו באופן מידתי יותר את ההסדרים הקבועים בהוראת השעה בנוסחה המתוקן ואשר ייתנו ביטוי להיבטים ההומניטריים".<sup>34</sup> התיקון העיקרי של החוק מאפשר לשר הפנים להעניק היתר זמני לתושבת השטחים לשהות בישראל עם בן זוגה, בכפוף ל"טעמים הומניטריים מיוחדים" ובהתבסס על המלצתה של ועדה מיוחדת שמונתה לצורך העניין.<sup>35</sup>

בשנת 2007 הוגשו עוד ארבע עתירות נגד החוק,<sup>36</sup> וגם אותן דחה בג"ץ בפסק דין מאוחד בינואר 2012 – שוב על חודו של קול.<sup>37</sup> נציין כי בחודש יוני

33 בדיון זה נידונה לא רק שאלת זכותו של הורה לחיי משפחה ולגידול ילדיו, כי אם גם שאלת מידתיות הפגיעה בזכותם של ילדים לגדול בתא משפחתי שלם ויציב (ראו למשל שם, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק ופס' 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

34 הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2006, ה"ח 273.

35 ראו ס' 1א3 לחוק האזרחות הכניסה לישראל. נציין שתיקון זה קבע ש"העובדה כי בן משפחתו של מבקש ההיתר או הרישיון, השוהה כדין בישראל, הוא בן זוגו, או כי לבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד" (ס' 1א3(ה) (1) לחוק). שני התיקונים הנוספים שבוצעו בחוק הטילו למעשה הגבלות נוספות על אפשרויות ההתאזרחות של מבקשי מעמד זרים: הראשון הוסיף את איראן, לבנון, סוריה ועיראק לרשימת המדינות שאזרחיהם מנועים ככלל מלהתגורר בישראל עם בני זוגם (ראו התוספת לחוק); והשני הרחיב את ההגדרה של מה שנחשב "מניעה ביטחונית" ובכך צמצם את היקפם של כל יתר החריגים (ס' 3ד לחוק).

36 שלוש מתוכן הוגשו לפני תיקון מס' 2 וכווננו בעיקר נגד הארכתיו הנשנות של החוק בצורתו הקודמת.

37 בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 11.1.2012). אף שאחד השופטים שפסקו לטובת החוק בפסיקת בג"ץ הראשונה (בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה) שינה את עמדתו, התוצאה נשארה זהה בשל חילופי גברי בבית המשפט העליון.

2008 החליטה הממשלה שלא יאושרו בקשות לאיחוד משפחות עם מי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה וכן עם מי שמתגורר ברצועת עזה אף שאיננו רשום במרשם האוכלוסין כתושב הרצועה. מדובר בהחלטה גורפת, שאף איננה מאפשרת חריגים, שכן לפי גורמי הביטחון המוסמכים, "רצועת עזה הינה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה"<sup>38</sup>. הצורך להצדיק הפעלה של פרקטיקה מתייגת ומפלה – שלא לומר גזענית – על בסיס אתני מקומי חייב את שופטי הרוב בעתירות שנידונו לעיל בעניין חוק הוראת השעה למהלכים אקרויטיים. ואכן, כפי שיתואר בחלקים הבאים, כוח היצירה המצדיק שבא לידי ביטוי הוא בלתי מוגבל ואין שני לו. ככלל, השיטה הרדיקלית ביותר אולי היא ההתכחשות לזכות – הטלת ספק בקיומה של זכות חוקתית לחיי משפחה, ומכל מקום ספק בקיומה של זכות לחיי משפחה במדינתו של האזרח דווקא. קשה לקבל את הספק הזה במה שנראה זכות יסוד חשובה ומרכזית של האזרח: להקים תא משפחתי עם מי שיבחר במדינתו. יש לשים לב כי אין מדובר בהעברת מרכז החיים מדנמרק לשוודיה, אלא ממדינת ישראל לשטח שנתון לשליטה צבאית. בהקשר זה בולט הפער בין גישתו של המשנה לנשיא חשין כאן ובין עמדתו הקודמת, בהקשר לא ערבי, בעניין סטמקה.<sup>39</sup> המוור הוא שהרצון למצוא צידוק למדיניות האפליה כה גדול, שיש מוכנות לקצץ בנטיעות של זכויות היסוד של כולנו: לכם גם לנו לא תהיה הזכות; כדי לקצר את אפך שלך, מוכן אני לקצר את חוטמי שלי. צידוקים נוספים יידונו בחלקים הבאים.

38 החלטה 3598 של הממשלה ה-31 "חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 – הארכת תוקף" (15.6.2008).

39 בג"ץ 2355/98, לעיל ה"ש 26 בפרק זה. עניינו של פסק הדין בתביעתם של זוגות נשואים שאחד מבני הזוג הוא יהודי אזרח מדינת ישראל, והשני אינו יהודי ואינו אזרח. העותרים תובעים מהמדינה הענקת אזרחות לבן הזוג או בת הזוג הלא יהודים, ודרישתם נידונה בבית המשפט הן לפי ההסדרים הקבועים בחוק השבות והן לפי ההסדרים בחוק הוראת השעה. באשר לבחינה לפי חוק הוראת השעה, פסק השופט חשין כי הרשות המוסמכת תקבל החלטה בכל מקרה בהתחשב בהערכתה בעניין כנות הנישואים – שתתקבל רק לאחר הענקת זכות טיעון מלאה לבני הזוג – וכן בהתחשב בשיקולים של עבר פלילי, סכנה לשלום הציבור ושאר "שיקולי-על". עוד נפסק כי על הרשות לעגן את ההסדרים לשהיית בני הזוג בארץ והמדיניות בעניין התאזרחותם ולפרסמם ברבים, בלי לגרוע מהחובה לבחון כל מקרה לגופו.

כאמור, מה שהחל כהסדר זמני, כהוראת שעה, בעיצומה של האינתיפאדה השנייה, הוארך שוב ושוב עד שנהפך להסדר של קבע. ההסדר שזכה תחילה לאישור בית המשפט על יסוד אופיו הזמני, קיבל לבסוף גושפנקה משפטית מוחלטת, וכל זאת מתוך קיבעון ומתוך התעלמות משינויים מהותיים ביותר לטובה שהתחוללו במצב הביטחוני מאז נחקק החוק לראשונה ועד שאושר סופית. בדברי השופטים אין זכר לשינויים אלה, והדבר מעורר את החשש שלפחות בסיבוב השני של הדיון על החוק נעשה בקלף הביטחון שימוש שווא. הגיונו של מהלך כזה מובן: אין קלף חזק ממנו בארסנל של מדינה, ואין נושא שבית המשפט נמנע שוב ושוב מהתבוננות ביקורתית וספקנית בו יותר ממנו. את המציאות הזאת אפשר להדגים בנתונים העמומים שמסרה המדינה לבית המשפט באשר למעורבותם של מתאחדים פלסטינים בפעילויות טרור – שעיקרם התייחסות למי שנחקרו ונחשדו, אך לא מעבר לכך – בלי שנדרשה למסור פרטים מבהירים שיאפשרו לקבל תמונה של ממש.<sup>40</sup>

ראוי לשים לב שבין מדיניות התיוג בשדות התעופה ובין מדיניות התיוג בהגירה יש הבדל משמעותי מבחינת החלופה להן: במקרה של הבידוק הביטחוני בשדות התעופה החלופה הראלית היא בדיקה קפדנית לכול, ואילו במקרה של "איחוד משפחות" החלופה הראלית היא בדיקת כל בקשת מתאחד באופן אינדיווידואלי וקבלת החלטה לפי מידת הסיכון האישי הפוטנציאלי הנשקף ממנו. במקרה הראשון ברור שהחלופה של בדיקה לכול היא החלופה הבטוחה יותר, שכן ייתכן שהמפגע יבוא דווקא מכיוון בלתי צפוי. כלומר התיוג האתני בהשוואה לחלופה של בדיקה לכול איננו פרקטיקה מגבירת ביטחון, אלא להפך. לעומת זאת, הפרקטיקה של מניעת איחוד משפחות היא פרקטיקה מגבירת ביטחון בהשוואה לחלופה של בדיקות פרטניות. אין פלא שבמקרה של איחוד המשפחות נבחר האמצעי שמגביר את הביטחון, ואילו בעניין הבידוק בשדות התעופה לא נבחרה האפשרות הזאת. כמו שנבהיר בהמשך הפרק, הסיבה לכך היא העובדה שבעניין איחוד המשפחות הנפגע מהגברת הביטחון הוא ה"אחר", כלומר אזרחי ישראל הערבים; ואילו לצורך הגברת הביטחון בשדות התעופה, הנפגעים הפוטנציאליים הם אנחנו.

40 וראו בהקשר זה הדיון בתופעת המדרון החלקלק, בסעיף 9 להלן.

## ג. הפגיעות הכרוכות בשימוש במדיניות תיוג

מהן פגיעותיה של מדיניות תיוג? ככלל אפשר לסווג פגיעות אלו לשתי קבוצות נזקים כלליות: הקבוצה הראשונה כוללת את הפגיעות הישירות בזכויות אדם בסיסיות של הנפגעים מהמדיניות. כך למשל, בידוק ביטחוני מיוחד בדמות תשאול ארוך יותר וחודרני יותר בנמל התעופה המופעל על אנשים ממוצא אתני מסוים בתור שכאלה, מערער את זכותם לקבל יחס שווה; הם חווים פגיעה ברורה בזכותם לחירות, הן באופן מוחלט והן ביחס ליתר הנוסעים; הם נדרשים, כפועל יוצא מזה, להגיע לנמל התעופה זמן רב לפני המשתתפים האחרים בטיסה או להסתכן בכך שהיא תצא בלעדיהם; הם נחשפים לפגיעות בפרטיות; נשללת מהם חזקת החפות; הם מוחזקים כחשודים במעורבות בסוג נפשע במיוחד של טרור וחשופים ליחס שמתאים לחדש כזה, על בסיס מוצאם האתני שאינו בשליטתם ועל לא עוול בכפם. בכך יש פגיעה בכבודם האנושי. באופן דומה, חוק הוראת השעה, המטיל איסור גורף על פלסטינים תושבי רצועת עזה, יהודה או השומרון מלהתגורר בישראל עם בני זוגם הישראלים, מפר את זכותם של ערבים אזרחי ישראל רבים לחיי משפחה, שהיא חלק מהזכות לכבוד אנושי.

הפגיעה בקבוצה הראשונה אינה מתמצה בעלויות הישירות של הבידוק הקפדני, דוגמת עיכוב, תשאול חודרני של אנשי ביטחון, הצורך לסדר מחדש את המזוודה וכדומה, אלא כוללת גם "נזק הבעתי" (expressive harm).<sup>41</sup> פרופ' חסיסי, פרופ' מרגליות וד"ר אורגד הראו זאת בסקר שערכו בנמל התעופה בן-גוריון בקרב נוסעים משלוש קבוצות אוכלוסייה – יהודים אזרחי ישראל, ערבים אזרחי ישראל וזרים. מזוודותיהם של האזרחים הערבים ושל הנוסעים הזרים נפתחו לבדיקה קפדנית בשיעורים דומים, אך תחושותיהם של האזרחים הערבים בעניין הליכי הבידוק היו קשות בהרבה. החוקרים טענו שלא מדובר רק בעלבון שבהיות אדם חשוד על ידי מדינתו שלו, שכן יהודים ישראלים שמזוודותיהם נבדקו לא חשו תחושות דומות, אלא שפתיחת המזוודה היא בבחינת הקש ששבר את גב הגמל

41 נזק הבעתי הוא הנזק שסובל אדם שזוכה ליחס המבוסס על עקרונות המבטאים – במפורש או במשמע – גישות שליליות או לא הולמות כלפיו. ראו Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. Pa. L. Rev. 1503 (2000)

אצל מי שחשים תחושה כללית של אפליה וחשדנות כלפיהם. לנוכח הממצאים הוציעו הכותבים מדיניות אבטחה שתימנע ככל האפשר מבדיקה בנוכחות הנבדק ומבדיקה פומבית, גם אם תוסיף לדבוק התייגים הסטטיסטיים.<sup>42</sup> לדעתנו, הצעה זו אינה מספיקה בשל היעדר התייחסותה לפגיעות העקיפות והסמליות שהשפעותיהן אף חורגות מגדר קבוצת הנבדקים הקונקרטיים, כפי שיוסבר להלן.

קבוצת הפגיעות השנייה טומנת בחובה השלכות עקיפות וסמליות יותר – מעבירות מסר, משפיעות על התודעה. נזקים אלו נובעים מכך שמדיניות תיוג היא באופייה אקט של החשדה במעשים פליליים חמורים ביותר שהמדינה נוקטת באופן פומבי.<sup>43</sup> אם לדייק, מדובר למעשה בשילוב של שני מאפיינים עיקריים שמלווים לרוב מדיניות תיוג: היא מיושמת על ידי המדינה עצמה, והשימוש בה על ידי רשויות המדינה ידוע בפומבי, בין שהוא ניכר לעין ובין שלא. במובן מסוים כל הנזקים הנכללים בקבוצה זו קשורים לעובדה שמדיניות תיוג מייצרת, או ליתר דיוק מאשרת ומחזקת, רשמים סטיגמטיים בדעת הקהל הכללית ובעמדות הציבור כלפי המיעוט. כפי שנראה להלן, המיעוט כולו נפגע הן מהתפיסות השליליות שמייחסת לו מדינתו, והן מהטמעתן בקרב קבוצת הרוב באופן שמיתרגם לנידוי חברתי.

מדובר בפגיעה בכלל קבוצת המיעוט מעבר להקשר המידי של מי שנאלץ לעבור את בידוק היתר. נוסף על הפגיעה הישירה הזאת, כלל הקבוצה חשה נפגעת ואף מושפלת בקביעות. תחושה זו נובעת מהעובדה הפשוטה שמוצאו האתני של אדם – שהוא לרוב רכיב עיקרי בזהות האישית או הקבוצתית-לאומית שלו או שלה – מסומן בפומבי, באופן ממלכתי-רשמי, כמסוכן באופן אינטרינזי. במקרה הישראלי לב העניין הוא מודעותה של האוכלוסייה הערבית לעובדה שמדינתם שלהם היא שמסמנת אותם כאזרחים מסוכנים ביותר, כמי שחשודים בהיותם מרסקי מטוסים ומבצעי פיגועים, ומתייחסת אליהם בהתאם. ברור שהיחס בין תחושות כאלה ובין תחושת שותפות ומחויבות בחברה אזרחית על בסיס של שוויון אזרחי הוא דבר והיפוכו. כך אין בונים חברה אזרחית.

Badi Hasisi, Yoram Margalioth, & Liav Orgad, *Ethnic Profiling In Airport Screening: Lessons from Israel, 1968–2010*, 14 (2) Am L. & Ec. Rev. 517 (2012)

STEVE MARTINOT, THE RULE OF RACIALIZATIONS: CLASS, IDENTITY, ראו 43 GOVERNANCE 168 (2003)

ובאשר לקבוצת הרוב – מדיניות תיוג נתפסת לרוב כמשייכת סטראוטיפים שליליים לקבוצות מיעוט שמופלות מלכתחילה. כך, בו בזמן היא גם מושפעת מתפיסות ומעמדות שליליות ועוינות כלפי המיעוט וגם מתניעה ומזרזת תהליכים מגוונים של נידוי חברתי. מדובר בהשפעות מורכבות על תפיסות העומק של הרוב כלפי המיעוט, בכלל זה תפיסות שמכוננות חלק מהזהות הקיבוצית והאישית של הרוב עצמו. להשפעות אלה השלכות שליליות רחבות, שונות וארוכות טווח על יחסו של הרוב כלפי המיעוט.

לענייננו, הציבור היהודי בישראל מתייחס בחשדנות ובעוינות לאוכלוסייה הערבית בישראל. במרכזו של יחס זה עומד החשש מפני הערבים אזרחי ישראל כמי שמזדהים עם האויב ולכן עלולים לסייע בידו במלחמתו בישראל ולהיות סיכון ביטחוני ואף לפגוע בביטחון המדינה ובתושביה בלי קשר לאויב. השיעור הזעום של השתתפות אזרחים ערבים במעשי טרור אינו משפיע על התפיסה הזאת. נראה שהבידוק הביטחוני הוא בעת ובעונה אחת שיקוף של היחס האמור וכן מקרה מובהק שבו היחס הזה מקבל אישור רשמי וחיזוק ניכר. באשר לסוגיית איחוד המשפחות היחס הגורף כלפי תושבי השטחים כאל אויב, כאל מי שיחסם לישראל עוין מעצם היותם פלסטינים, מקל מאוד על החלת היחס הזה גם על הערבים בישראל: הם משתייכים לאותו לאום שתושבי השטחים משתייכים אליו, במקרים רבים מאחדת אותם אותה זיקה דתית, יש להם קשרי דם ומשפחה, והם חולקים השקפות שמתנגדות לציונות. אפשר לשער שבסוגיה זו החשד הכבד הדבק בפלסטיני בשטחים זולג בדעתו של הישראלי הממוצע גם אל בן זוגו או בת זוגו הפלסטינים הישראליים.

אפשר אפוא לומר שבזמן שנוקי הקבוצה הראשונה הם תוצאה ישירה של שימוש באמצעים מגבילים, נזקי הקבוצה השנייה הם לרוב תוצאה של קביעת המערכת עצמה כלפי מי וכיצד יופעלו אמצעים אלו, כלומר תוצאה של עצם קיומה של המערכת המתייגת. אחרי הכול, אם רשויות הביטחון היודעות כול, הסמכות המקצועית-אפיסטמית הרמה, חושרות כעניין מעשי ואופרטיבי בחברי קבוצה מסוימת, אך מתבקש שכך יחושו וינהגו גם האזרחים. ומי יוכל לבקר אותם על כך? רבים רואים במדיניות של תיוג אתני כמטילה סטיגמה מטעם המלכות ובשם המקצועיות. סטיגמה כזאת, בתורה, מקדמת תפיסות של פחד ועוינות, ואלה מובילות להתרחקות, לניכור, לסגררציה וליחס מפלה. אין להתעלם גם ממשמעויות אפשריות בממד הפוליטי כלפי המיעוט הערבי, ובכלל זה שאין

להתייחס לקולותיהם בעניינים שנוגעים לכיטחון המדינה ואולי גם בעניינים גורליים אחרים; וכן שאין הם ראויים להשתתף בשלטון, להתמנות למשרות בכירות וליהנות משוויון זכויות אמיתי ומלא.

בטווח הארוך, וכמו שירדון בהמשך פרק זה, מדיניות ממשלתית כזאת עשויה לתמרץ צורות רבות אחרות של אפליה: בדפוסי העסקה, בהתנהלות שוק הנדל"ן ועוד. המשפטן בנט קייפרו (Capers) מציע ניתוח עומק של סוג נזק זה וכותב:

תיוג אתני הוא המקור לחמישה נזקים לפחות בכל הקשור לאזרחות: נזקים של ייחוס תרחישים (scripting), נזקים של גזענות, נזקים שקשורים בלגיטימציה לסטיגמה, נזקים שקשורים להפרדה וירטואלית ונזקים שקשורים ל"לולאה של היוון חוזר" (feedback loop). כל אחד מהנזקים בעייתי כשלעצמו. יחד הם מצמצמים את האזרחות ומציעים היררכיה אתנית שאינה עולה בקנה אחד עם המטרה שלנו בעניין שוויון זכויות אזרחי.

Racial profiling is the source of at least five citizenship harms: scripting harms, race-making harms, stigma-legitimizing harms, virtual segregation harms, and feedback loop harms. Each alone is problematic. Collectively, they are citizenship diminishing, suggesting a racial hierarchy inconsistent with our goal of equal citizenship.<sup>44</sup>

במילים אחרות, מערכות תיוג ממשלתיות שמשתמשות במוצא אתני כ"פרוקסי" לנטיות טרוריסטיות, מסייעות להנציה ולטפח סטיגמות שמבוססות על השתייכות קבוצתית, לרוב סטיגמות שליליות. מדיניות תיוג משרדת אפוא לא רק מסר שמוצא אתני הוא מאפיין חשוב, אלא אף שקטלוגם של אנשים והתייחסות

Bennett Capers, *Rethinking the Fourth Amendment: Race, Citizenship, and* 44  
*the Equality Principle*, 46 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1, 19–29 (2011) עור ראו  
בהקשר זה מדינה וסבן, לעיל ה"ש 20 בפרק זה, בעמ' 69–74; מרגליות, לעיל ה"ש  
10 בפרק זה, בעמ' 339–337; DANIEL MOECKLI, HUMAN RIGHTS AND NON-  
DISCRIMINATION IN THE "WAR ON TERROR," 202–208 (2008)

דיפרנציאלית אליהם על בסיס אותו מוצא אתני הוא מעשה לגיטימי.<sup>45</sup> כך, לא מפתיע שפרופיל הסיכון המשמש תדיר את רשויות המדינה מחלחל הלאה ומאפשר את יישומו בהקשרים מגוונים אחרים כאילו הוא שיקוף של מצב העניינים הטבעי.

דוגמה להתפשטותם של פרופילי הסיכון המשמשים במערכות התיוג הרשמיות בנמלי התעופה לתחומים אחרים – אם כי עדיין בתחום אבטחת נמלי התעופה – משתקפת ממכתב ששלח אחראי ההיסעים של רשות שדות התעופה בנמל התעופה בן-גוריון באפריל 2012 לחברת הסעות פרטית שמוכיחה בקביעות נוסעים מרחבי המדינה לנמל התעופה. במכתבו מורה למעשה אחראי ההיסעים לחברה הפרטית להפסיק להעסיק נהגים ערבים:

לאחרונה התקבלו תלונות מעובדי חטיבת הביטחון ובקרת גבולות על העסקת נהגי מוניות מבני המיעוטים [...] על-פי החלטת מנח"ט ביטחון אין להעסיק בחברתכם נהגים מבני המיעוטים, כולל כל הצירים.<sup>46</sup>

כעבור שבועות אחדים, ובעקבות תלונה רשמית שהוגשה למנכ"ל רשות שדות התעופה, הצהירה הרשות כי המכתב איננו מייצג את המדיניות הרשמית שלה וששליחתו נעשתה ללא כל אישור רשמי. גם אם נתעלם מהשאלה אם תגובה זו אכן כנה או רק ניסיון בדיעבד להתחמק מאחריות, נראה שתקרית זו מדגימה הלך רוח רווח ברשות שדות התעופה: אחראי ההיסעים העביר את המסר של מנהל חטיבת הביטחון – שהוא עצמו מבוסס על תלונות של עובדי החטיבה – בלי אפילו לנסות להסוות את טבעו הלא החוקי הבולט למדי. נראה שבכל מקרה אפשר לומר כי רבים מעובדי הרשות סבורים שהדרישה להדיר את אזרחי ישראל הערבים מהיבטים מסוימים, גם אם שוליים, בהתנהלותו השוטפת של נמל התעופה הראשי של המדינה לגיטימית למדי.

עם זאת, התפשטותן של תפיסות מדירות אינה עוצרת בשערי נמל התעופה. כאמור, השימוש הרשמי במערכות תיוג כחלק בלתי נפרד מניהול המרחב הציבורי

45 ראו בהקשר זה Capers, שם, בעמ' 23–25.

46 "בנתב"ג לא רוצים נהגי מוניות ערבים", אתר האגודה לזכויות האזרח, 22.5.2012.



והמשאבים הציבוריים נכנס בהדרגה לתודעה החברתית, וסופו שהוא מגביר גם את הלגיטימיות של אפליה בספרה הפרטית. ואכן, הדרת ישראלים ממוצא ערבי מהספרה הפרטית והפרטית למחצה – כגון יישובים קהילתיים, מקומות ציבוריים, מקומות עבודה ואף מתקני נופש – הייתה בסיס להליכים משפטיים אחדים בעשורים האחרונים.<sup>47</sup> אמנם קשה לבסס מדעית את הקשר הסיבתי בין מדיניות תיוג ברמת המדינה ובין מה שעשוי להיתפס כמעשים פרטיים של אפליה, עם זאת יהיה נאיבי להתעלם מהפוטנציאל של מדיניות כזאת לייצר תוצאים של לולאה של היזון חוזר (feedback loop effects), אם להשתמש במונח של קייפרז.<sup>48</sup> כך למשל, מסקנותיה של ועדת אור – ועדת החקירה שמינתה הממשלה לחקור את אירועי אוקטובר 2000, בתחילתה של האינתיפאדה השנייה, שבהם נהרגו 12 אזרחי ישראל ערבים ופלסטיני אחד מירי של משטרת ישראל – משקפות את אופיים הדומה של דפוסי אפליה ממשלתיים ופרטיים בהעסקת עובדים. עוד הן מדגימות את אופיים המתפשט של שיקולי ביטחון – שבתחילה מנחים את עבודתן של רשויות המדינה ובהדרגה מוצאים את דרכם גם לתחומים בחברה האזרחית:

מועמדים ערבים שהתבקשו להתקבל לחברות, כמו חברת החשמל, בזק, רשות שדות התעופה, נדחו בטיעון של שיקולי ביטחון. גם בתעשיות פרטיות התקשו מהנדסים ובעלי כישורים מתאימים אחרים מהמגזר הערבי להתקבל לעבודה, וגם כאן התבססה לעתים הדחייה על קיומם של קשרים עם מערכת הביטחון. נוצר מצב שבו בוגרי אוניברסיטאות רבים נאלצו לעסוק בתפקידים נחותים מכישוריהם.<sup>49</sup>

[...]

- 47 ראו למשל בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); ות"א (שלום י"ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (פורסם בנבו, 1.9.1996). עוד ראו Moshe Cohen-Eliya, *Discrimination against Arabs in Israel in Public Accommodations*, 36 NYU J. INT'L L. POL. 717, 717 (2004).
- 48 Capers, *לעיל* ה"ש 44 בפרק זה, בעמ' 26-27.
- 49 ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 *דין וחשבון* פרק א, פס' 52 (2003).

גם במגזר הפרטי קיימות תופעות של אי שוויון בתעסוקת ערבים. מעסיקים יהודים רבים מעדיפים לא פעם עובד יהודי על פני ערבי, אם בשל שיקולי ביטחון ואם כביטוי לעמדות מושרשות.<sup>50</sup>

ואכן, לא מפתיע שהאזרח מן השורה הרואה פעם אחר פעם את היחס הדיפרנציאלי של הרשויות הרשמיות כלפי קבוצה מסוימת, מפנים בסופו של דבר את פרופיל הסיכון המיוחס לה ומבטא אותו במקומות אחרים. פרופ' קייפרו מדגים זאת באופן משכנע:

האישה הלבנה שעדה פעם אחר פעם לתקריות שב"קונסנזוס" שיוזמת המשטרה עם אפרו-אמריקאים והיספנים, מקבלת את המסר שמבחינתה לגיטימי לחלוטין, ואפילו זהיר ושקול, לאחוז בארנקה כשהיא רואה בן מיעוט גזעי מתקרב. המנהל הלבן, שרואה את המשטרה עוצרת אפרו-אמריקאים והיספנים על עברת תנועה, פוקדת עליהם לצאת מהרכב ומזמנת למקום כלב המתמחה בזיהוי סמים, מקבל את המסר שלגיטימי לחלוטין, ואפילו מומלץ, לברוק מועמדים לעבודה בני מיעוטים מקרוב ולשקול פעמיים לפני ששוכרים אותם לעבודה. [...] הצעיר הלבן בן העשרים ומשהו שפעם אחר פעם צופה בניידת משטרה המאטה בחולפה על פניהם של בני מיעוטים ברחובות, מקבל את המסר שכאשר הוא מחפש מקום להתגורר בו, לחלוטין הולם, ומבחינה כלכלית אולי אפילו חסכוני, להתמקד רק בשכונות לבנות לחלוטין. המסר הזה אולי אפילו ישחק תפקיד בהחלטה של בן העשרים ומשהו עם מי הוא יוצא או מתחתן. [...] בקצרה, אם המשטרה מפרידה מנטלית בין אזרחים לפי הגזע, האזרחים מקבלים לגיטימציה להפריד בינם ובין אחרים על בסיס גזע.

The white woman who repeatedly witnesses the police engaging in "consensual" encounters with African Americans

and Hispanics receives the message that it is perfectly legitimate, indeed even prudent, for her to clutch her purse when she sees an approaching racial minority. The white supervisor who sees the police stopping African Americans and Hispanics for traffic violations and ordering them out of their vehicles while a narcotics-detection dog is brought to the scene receives the message that it is perfectly legitimate, indeed even advisable, to scrutinize minority job applicants more closely and to think twice before hiring them. [...] The white twenty-something who repeatedly observes police cruisers slowing down when they pass minorities on the streets receives the message that it is perfectly appropriate, and perhaps even financially savvy, only to consider all-white neighborhoods when looking for a place to live; it may even play a role in the twenty-something's decision about whom to date or marry. [...] In short, if the police mentally separate citizens according to race, then this legitimizes citizens separating each other according to race.<sup>51</sup>

**תהליך זה מנציח את עצמו באופן ברור: לאחר שמדיניות מפלה כזאת מוצגת בפומבי כלגיטימית ומוטמעת בתפיסות הברתיות מוסכמות, הרשויות יראו**

BERNARD E. HARCOURT, **לעיל ה"ש 44 בפרק זה, בעמ' 26-27. כן ראו** 51  
AGAINST PREDICTION: PROFILING, POLICING, AND PUNISHING IN AN ACTUARIAL  
:AGE 28 (2006)

Racial profiling [...] contributes to the exaggerated general perception of the criminality of the targeted group in the public imagination and among law enforcement officers. This, in turn, further undermines the ability of the targeted group to obtain employment or pursue educational opportunities. [...] In fact, there is no good reason to expect that the effect will be any different than the effect of racial profiling on the association between blackness and criminality.

בהמשך יישומה אפשרות שאינה שנויה במחלוקת ואף כזאת שנשענת על הסכמה רחבה. החרגי הקיצוני לרעיון האזרחות השווה נהפך בסופו של דבר לנורמה רווחת ולמציאות חברתית מגובשת ובלתי מעורערת. השרשרת המעגלית הזאת של סיבה ותוצאה מתחברת למה שהוא – כך סביר להניח – ההשלכה המזיקה ביותר של מדיניות התיוג האתני – נטייתה לבסס את התשתית למען המשך קיומה שלה ואף להחמיר את ביטוייה דרך הטמעת דפוסים קוגניטיביים מפלים בחברה האזרחית בכללותה.

בהנחה שמדיניות של תיוג אתני אכן יעילה להגברת ביטחון המדינה (לפחות בהסתכלות קצרת טווח), ובהנחה שליישומה עלויות חברתיות ונזקים קולקטיביים לקבוצה המתויגת – עולה שוב המושג "איזון". במילים אחרות, בכואם לקבוע אם מדיניות כלשהי מוצדקת מבחינה מוסרית ומותרת מבחינה חוקית, על מקבלי ההחלטות לערוך את האיזון הראוי מתוך בדיקה אם היתרון הכולל שיצמח ממדיניות זו מאפיל על עלויותיה – או להפך. פרק זה איננו מתיימר לפתור את השאלות הסבוכות בכל הנוגע למדיניות תיוג נקודתית כזו או אחרת, שכבר נידונו באריכות במקומות אחרים והמענה עליהן הוא מן הסתם תלוי בנסיבות משתנות. בדיון כאן ברצוננו לאתר ולנתח את הגורמים העיקריים המשפיעים, או לפחות עשויים להשפיע, על מקבלי ההחלטות לפעול באופן שאיננו על טהרת הענייניות בלבד ולערוך איזון שגוי; כלומר, לאמץ מדיניות תיוג בנלהבות יתרה בד בבד עם התייחסות חסרה לעלויות החברתיות והמוסריות הנלוות לכך.

## ד. תיוג אתני והפגיעה בזכויות אדם: הסיבות להעדפת האינטרס הביטחוני

### 1. ממסוכנות אישית למסוכנות על בסיס השתייכות אתנית

אין ספק שהבסיס לדיוננו – וגם התוצאה הסופית של מדיניות התיוג האתני והדתי המופעלת במדינת ישראל – הוא המעבר מבחינת מסוכנות אישית לבחינת מסוכנות על בסיס השתייכות אתנית או דתית. זניחת המבחן המקובל של בחינת הסיכון האישי הנובע מאדם נתון ובמקומה אימוץ של מבחן סיכון קולקטיבי

אינם חידוש בפרקטיקה השלטונית בישראל. עם זאת הצדקתם ברטוריקה השיפוטית – הבאה לידי ביטוי בגישתם של שופטי הרוב בפסק הדין הראשון בעניין חוקתיותו של חוק הוראת השעה – היא בהחלט נקודת מפנה מטרידה. כך ציין המשנה לנשיא חשין בפסק דינו:

הסכנה לציבור הישראלי, לביטחונו ולחיייו היא סכנה ברורה ומיידית, ואנו נוכחים בכך מדי יום ביומו. מי שחי בישראל כיום יודע זאת היטב. מקור הסכנה, נזכור, אינו רק ברשות הפלסטינית אלא – ואפשר בעיקר – באירגוני הטרור ובציבור הפלסטיני בכללו. ואף שנסכים כי לא כל הפלסטינים מבקשים להרע לישראל, על-דרך הכלל עוין הוא הציבור הפלסטיני ויחידיו למדינת ישראל. בנסיבות אלו הופכת בחינה פרטנית של כל תושב אזור המבקש להגר לישראל למשימה בלתי ישימה – ארחיק לכת: אפשר אף למשימה בלתי אפשרית – וגם אם ברגע נתון ניתן יהיה לקבוע כי תושב פלוני מן האזור אינו משייך עצמו לתומכים בטרור, מי לידנו יתקע כי מחר-מחרתיים, משיזכה להיתר המיוחל, לא ישנה מדעתו ומדרכו?<sup>52</sup>

יש הבדל של שמים וארץ בין התייחסות לסיכון האישי הדבק באדם מסוים, המבוססת על נתונים ספציפיים שמתייחסים לאותו אדם,<sup>53</sup> ובין ההיקש מהתנהגות של יחידים בקבוצת שיוך מסוימת בנוגע למסוכנותם של כל הנמנים עם אותה קבוצה בהתעלם ממאפייניהם האישיים. המהלך הזה מנוגד, ברמה הבסיסית והעקרונית ביותר, לרעיון האחריות האישית, שהוא מיסודות הציוויליזציה האנושית. אברהם אבינו ביטא הבנה יסודית זו כאשר עמד עמידה נחושה מול אלוהים והזדעק על כך שאין להשמיד את סדום על כל יושביה אם ימצאו בה אפילו עשרה צדיקים, שכן "חַלְלָה לְךָ מַעֲשֵׂת פְּדָבָר הַזֶּה לְהַמִּית צְדִיק עִם רָשָׁע,

52 בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 110 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.  
53 וגם בכך יש כזכור הרחבה בהשוואה לדרכי ההתמודדות הקלאסיות של המשפט, שכן הקטגוריה של סיכון בכלל הקשור להתנהגות עתידה היא עניין של הערכה או ספקולציה, שהסיכון לטעות בה ניכר.

וְהָיָה כְצַדִּיק, כְּרָשָׁע; חָלְלָה לֵךְ הַשֹּׁפֵט כְּלִי-הָאָרֶץ לֹא יַעֲשֶׂה מִשְׁפָּט” (בראשית יח, כה); כשם שאין פוקדים על אבות את חטאי ילדיהם ואין פוקדים על ילדים את עוונות הוריהם, כך אין כל בסיס לראות בכלל המוסלמים אנשים מסוכנים משום ששיעור המסוכנים בקרבם עולה על שיעור המסוכנים בכלל האוכלוסייה. לכאורה, די ברמת סיכון קבוצתית הגבוהה רק במקצת מהרמה הכללית כדי להצדיק אפליה לרעה של מי שאתרע גורלם להימנות עם בני קבוצה זו. הסיכון הסטטיסטי הנשקף מכל יחיד בקבוצה יכול להיות זעיר ביותר, ועדיין יימצא צידוק לצעדים פוגעניים כלפיו. גישה זו נגועה בהכללה סטראוטיפית, ויש לה יסוד גזעני ברור. בראייה כזאת היחיד מאבד את ייחודו ואת מיוחדותו, את תכונת האדם השלם שבו, ונעשה בעל ממד אחד ויחיד – ערבי, מוסלמי או בהקשרנו פלסטיני תושב השטחים. בכך נשלל כבודו האנושי. מהעובדה שהוא משתייך לקבוצת ייחוס ששיעור מזערי מקרבה מעורב בפעילות טרור מוסקת המסקנה, כחזקה חלוטה שאינה ניתנת לסתירה, שגם הוא עלול להיות מעורב בפעילות כזאת. מדובר בהכפשה מן הסוג הגרוע ביותר, על יסוד שיוך לקבוצה ובהיעדר כל אחיזה עובדתית. זהו בכירור יחס שרירותי ובלתי הוגן. את המעבר מהסיכון הקבוצתי אל היחיד כך שכופים עליו, ללא יכולת מילוט, את “המעיל הקבוצתי” – אי-אפשר להצדיק.

אם אין עוסקים במכבסת מילים, מדובר בהתייחסות גזענית. גם אם מדובר בהכללה שיש לה בסיס סטטיסטי מקרה זה אינו מופקע מעולם ההתייחסות הגזענית, שכן אחת הפרקטיקות הגזעניות הידועות היא זו של הכללה על יסוד סטטיסטי.<sup>54</sup> העובדה ששיעור המעורבים בטרור (או בפעילות עבריינית או בהתנהגות שלילית אחרת) בקבוצת ייחוס אחת גבוה מזה שבאוכלוסייה הכללית

54 הנה לדוגמה בשנת 2013 דן בית משפט מחוזי פדרלי במדינת ניו יורק במדיניות ה- stop & frisk שמפעילה משטרת העיר ניו יורק (Floyd v. City of New York, 959 (F. Supp. 2d 540 (S.D. N.Y. 2013)). לפני בית המשפט הוצגו ממצאים אמפיריים שעולה מהם שהמשטרה מעכבת אזרחים רבים יותר באזורים שיש בהם ריכוזי אוכלוסייה שחורה והיספנית; שאוכלוסיות אלו חשופות לעיכוב יותר מלבנים; ושהסבירות ששחורים ייעצרו בעקבות עיכוב כזה גבוהה מהסבירות שיעצרו לבנים (שם, בעמ' 59). התברר כי המשטרה מפעילה מדיניות תיג גזעי נגד אוכלוסיות אלו על בסיס נתוני פשיעה גבוהים בקרבן (שם, בעמ' 188). בשל ממצאים אלו, בין היתר, קבע בית המשפט כי פעילות המשטרה איננה חוקתית משום שהיא סותרת את התיקונים ה-4 וה-14 לחוקה הפדרלית: “If equal protection means anything, it means that

או בקבוצת ייחוס אחרת, אינה יכולה להצדיק את הטלת הסטיגמה, ולו כחשד בלבד, על כל מי שמשתייך לאותה קבוצה. הדברים אמורים לא רק בתושבים הפלסטינים החיים ביהודה ושומרון, אלא גם בקבוצת מיעוט אתנית או דתית במדינת לאום כדוגמת הערבים אזרחי ישראל. אך טבעי ששיעור המעורבים בקרבה בפעילות טרור יהיה גבוה מהשיעור בקרב קבוצת הרוב. זאת ועוד, לא מן הנמנע שהממצאים העובדתיים שעליהם מתבסס המתאם הסטטיסטי, ושעליהם נבנים ההכללה והיחס המפלה לרעה, הם עצמם אינם רק שיקוף של המציאות, אלא תוצר של השקפה התחלתית חשדנית במיוחד ושל יחס מפלה, לאמור: הנתונים מתקבלים מכיוון שמלכתחילה קבוצה זו נמצאת תחת מבט חשדני במיוחד, ולכן במעקב צפוף יותר מהאוכלוסייה הכללית; כלומר, נעשים מאמצים פרו-אקטיביים מיוחדים לגילוי עבריינות טרור וזיקה לארגוני טרור בקרבה, ואכיפת החוק כלפיה היא אולי נוקשה ומקיפה יותר.<sup>55</sup>

---

individuals may not be punished or rewarded based on the government's views regarding their racial group, regardless of the source of those views”

55 לעתים תופעות אלו צפות ועולות גם בפסקי דין. ראו למשל ת”פ (שלום נצ’) 6255-01-09 מדינת ישראל נ’ פלוני (קטין) (פורסם בתקדין, 11.11.2003), שם אימץ השופט יובל שרמי את עמדת ההגנה ונמנע מלהרשיע ומלגזור מאסר בפועל על נאשם קטין ערבי אזרחי ישראל שיידה אבנים על כלי רכב על רקע מבצע עופרת יצוקה. השופט קיבל את טענת ההגנה לאכיפה בררנית של המדינה כחלק משיקולי “הגנה מן הצדק”, לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ”ב-1982. וכך הוא נימק:

על פי מבחן התוצאה, אני קובע כי מדינת ישראל פועלת למעשה, באמצעות רשויותיה השונות, בשני מסלולי אכיפה מקבילים ושונים מהותית, ביחס לעבירות אידיאולוגיות של קטינים, שעניינן תקיפת אנשי כוחות הביטחון השונים. ביחס לקטינים מהמגזר היהודי [...] פועלת המדינה במסלול אכיפה שבו מקצת בלבד ממעשי העבירה מגיעים לשלב שבו ניתן גזר דין נגד העבריין, בעוד מרבית ההליכים נגד העבריין מוקפאים או מתבטלים עוד קודם לכן, בדרכים שונות. [...] במסלול השני מבקשת המדינה ככלל, מאסר בפועל לקטינים ערבים, בעבירות אידיאולוגיות של תקיפת אנשי כוחות הביטחון, ובמסלול זה לא מעוכבים ההליכים, לא מוקפאים כתבי אישום ולא ניתנות חנינות, והקטינים ברובם מורשעים ונדונים למאסר בפועל. סבורני כי אין להשלים עוד עם המשך קיומה של אפליה מגזרית שכזו, שבה משתלבים פסקי הדין של בתי המשפט כחוליות בשרשרת (שם, פס’ 5-6 לפסק הדין).

גם בהתעלם מכך נותרת בעינה ההבחנה שאם מתירים על הבסיס האמור פרקטיקות גזעניות, המיעוט הלאומי-אתני יהיה חשוף, כמעט בהכרח, לפרקטיקות כאלה. לא בכדי פרקטיקות שמפלות על בסיס של השתייכות אתנית נתפסות חשודות. גם כשביסוד הפרקטיקה עומדת תכלית ראויה, כמו התכלית של השגת ביטחון או שמירה על הביטחון, קשה לדעת אם תכלית זו ממצה את המוטיבציה שביסוד הנהגת הפרקטיקה ושימורה. אי-אפשר לשלול את האפשרות שהמדיניות מושפעת גם מהיחס העוין למיעוט או מרצון הרוב להבליט ולקדם את ההגמוניה שלו. מה שבמבט ראשון עשוי להיראות כחשד "מופרז", בתום לב, בכשרים – איננו בהכרח הסיפור כולו. ברור שהיה אפשר כבר לפני שנים רבות להקל את הפגיעה בציבור הערבי בשל אופני התיוג בבירוק הביטחוני. הדעת נותנת כי המוטיבציה להשקיע או לא להשקיע מאמץ ואמצעים בכך מושפעת מכך שמדובר במיעוט בלתי אהוד, שבעיני חלק מהציבור וממקבלי ההחלטות נתפס גם כבלתי נאמן למדינה וכמסוכן. חלק אחר של הציבור ומקבלי ההחלטות מושפע מסטראוטיפים ומדעות קדומות, המפחיתות מאנושיותם של בני קבוצת המיעוט. סביר שאילו היינו אנו קורבנות של יחס כזה, היינו מתרעמים נגדו כעיוות מוסרי חמור. כיצד היינו מתייחסים לצעדי אכיפת חוק נבדלים שמושפעים ממתאמים סטטיסטיים בין קבוצות באוכלוסייה על בסיס של צבע או עדה?

הפגיעה המיוחדת, הקשה במיוחד, בזכויות אדם בסיסיות הכרוכה בגישה זו, היא שכנראה הביאה את השופט לוי – בפסק הדין השני בעניין חוקתיותו של חוק הוראת השעה – למהלך היוצא דופן של פסילת המדיניות לאלתר, בהזדמנות הראשונה, כבר בשלב הבחינה של ראויות התכלית, ואף לפני כן בסוגיית ההתאמה לערכי המדינה. פסילה זו נעשתה בין השאר כדי להעביר מסר חריף במיוחד בנוגע לדרגת הפסלות של החוק. לפי השופט לוי, שלבי הפסילה משקפים היררכיה של חומרת הפגיעות בזכויות אדם. כאן, השופט לוי מצא לנכון להניף מעל החוק דגל שחור ממש. חוות דעתו חריגה גם בנוף עמדותיהם של שופטי המיעוט, שקבעו כי החוק איננו חוקתי בשל חוסר מידתיות. לגישתו של השופט לוי, החוק איננו חוקתי לא רק משום שאיננו עומד במבחן המידתיות, אלא גם משום שמטרת החוק עצמה אינה משאירה מרחב נשימה לכיבוד זכויות האדם, אף שתכלית ראויה חייבת להשאיר מרחב כזה. זאת ועוד, המרחב האמור



צריך להיות מושפע מאופי הזכות ומטיב הפגיעה בה,<sup>56</sup> ובענייננו מדובר בפגיעה קשה בזכויות: הסדר גורף שאין בו רגישות לבקשה הפרטנית מתנכר לחובה לגלות רגישות לזכויות האדם,<sup>57</sup> ולפיכך הוא כושל הן מבחינה ערכית והן מבחינת הדרישה לתכלית ראויה, גם אם הוא נועד לקדם את הביטחון.

הנשיא גרוניס, לעומת זאת, הביא את גישת הרוב אל עמדת קצה הפוכה, בהצדיקו את החוק לנוכח הוודאות של פיגוע טרור אם תאומץ גישה חלופית של בדיקות פרטניות. תזה זו אינה משכנעת. העובדה שבתקופה קודמת, שבה הייתה מודעות ביטחונית פחותה, נכנסו לארץ מתאחדים שהתגלו כחשודים במעורבות בטרור, אינה מוכיחה כי מספר כזה או דומה לו יצליח להיכנס גם כשהמודעות בשיאה וננקטים צעדי פיקוח ומניעה הן בשלב של בחינת הבקשה והן לאחר אישורה. אין גם כל ביטחון שמי שיכין פיגוע או יתחיל להוציאו אל הפועל יצליח בכך ושפעולתו לא תסוכל. לכן מה שנראה כניתוח של ודאות אינו אלא ספקולציה ברבר ודאות. ברור גם ששום מדיניות רציונלית אינה יכולה להיות בנויה על חתירה למנוע כליל מעשה טרור, ולו גם מעשה טרור יחיד. גם איחוד המשפחה הפלסטינית מחוץ לישראל, בתחום השטחים, אינו ערובה גמורה למניעת טרור. אם זו הייתה התפיסה, היה צריך למנוע כליל כניסה של פלסטינים תושבי השטחים לתחומי ישראל, והיה נדרש לבנות את גדר הביטחון שנים לפני שנבנתה, וכיוצא באלה.

מה ההגבלות שראוי ומוצדק, לפי גישה זו, להטיל על אזרחי ישראל הערבים כדי להבטיח שלא יבוצע שום מעשה טרור? מה ההגבלות שיש להטיל על הזכאים לשבות מכוח החוק שאין להם שום זיקה למדינה ויש בהם גם אנטישמים ונאו-נאצים? אמנם החתירה לביטחון מוחלט מפני טרור משקפת תפיסה רווחת הבנויה על העדפה מוחלטת של הביטחון על פני כל שיקול אחר, והיא כמעט טבעית לגורמי הביטחון, אבל מגורמי אכיפת החוק אפשר לצפות לגישה מאוזנת יותר. גישה כזאת מתחייבת משום שמשטר שמציב את ביטחון המדינה כערך שיש לממשו באופן אבסולוטי מעמיד בסכנת כליה את הזכויות

56 בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 23 לפסק דינו של השופט לוי.

57 שם, פס' 36 לפסק דינו של השופט לוי.

והחירויות כולן.<sup>58</sup> חתירה מעשית לביטחון מוחלט היא בבחינת הצבת תכלית בלתי ראויה, נוסף על היותה בלתי מציאותית במשטר דמוקרטי. כדי לסלול את הדרך למדיניות גורפת ולא מבחינה, במקבץ העתירות הראשון טענה המדינה, בין השאר, כי ידם של שירותי הביטחון קצרה מלהושיע, ובית המשפט קיבל את טענתה. בייחוד מוחשיים בהקשר זה הדברים שהציג המשנה לנשיא חשין:

צצים ועולים כמו-מעצמם מיגבלותיו של האיבחון הפרטני, ומוסיף ומתגלה היעדר יכולתם הממשית של גורמי ביטחון לזהות מיהם אותם תושבי אזור העלולים לסכן את ביטחון הציבור בישראל. כך, למשל, ברור כי שירותי הביטחון מתקשים לאסוף מידע – חיובי או שלילי – על תושבי אזור המתגוררים בשטח עוין. יתר על כן: גורמי הטרור עושים כמיטבם לגייס תושבי אזור המחזיקים בתיעוד ישראלי, בין בדרך של שיכנוע אידיאולוגי, בין באמצעים כלכליים ובין בהפעלת לחץ על בני-משפחתם המתגוררים באזור. מיהו אפוא חכם ולא יחשוש כי תושב אזור עלול להתקשר עם אירגוני טרור לאחר קבלת התיעוד הישראלי? וברי כי אין ביכולתם של שירותי הביטחון לקיים בדיקה שוטפת ורציפה על כל תושבי האזור שקיבלו היתר לשהות בישראל.<sup>59</sup>

אם מוציאים את הדברים מההקשר הקונקרטי ובוחנים אותם במבט רחב יותר, הם מתבררים כלא משכנעים. תושבי האזור העלולים לסכן את ביטחון המדינה ותושביה, ולא רק מי מתוכם שמתקשרים בקשרי נישואין עם ערבים ישראלים וערביות ישראליות, בייחוד אלה שקשורים לארגוני הטרור, הם האויב העיקרי בתחום הטרור שישראל מתמודדת עמו. האם עד כדי כך קצרו ידיהם של גורמי הביטחון שלנו מול אויב זה עד שאין הם יכולים לאתרו? מה אפוא מאפשר את

58 ראו Mordechai Kremnitzer, *The Landau Commission Report: Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, 23 ISR. L. REV. 216, 265–267 (1989)

59 בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 111 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

ביטחונם של התושבים היהודים באזור? ומה מגן על תושבי ישראל כולם מפני מבקשי נפשם? עד כדי כך אלמן ביטחוננו של ישראל, או שמא מדובר בחוסר אונים מוגזם שמגויס להצדקתם של אמצעים פסולים?

לפי חשין, גם העובדה שעברו של אדם נקי מכל קשר עם פעילות טרור אינה ממש פועלת לטובתו, שכן העתיד מי ישרוננו, ומי שלא חטא בעבר עלול לחטוא בעתיד. קשה שלא להיזכר בפרשת *Korematsu* מתקופת מלחמת העולם השנייה, שבה ציין הגנרל ג'ון ל' דה-וויט (DeWitt), הממונה על הגנת החוף המערבי של ארצות הברית, את העובדה שלא נמצאו כל ראיות למעורבות של אזרחים אמריקאים ממוצא יפני בפעילות של חבלה וריגול לחובתה של אותה אוכלוסייה. בפסק הדין ציין השופט פרנק מרפי (Murphy) באירוניה, בדעת המיעוט שלו, כי לשיטתם של גורמי הביטחון, האמריקאים ממוצא יפני מפסידים בכל מקרה.<sup>60</sup>

כך גם המתאחד הפלסטיני – והנוסע הערבי הישראלי המגיע לנמל התעופה – הוא לעולם מסוכן, לעולם מועד להיות מפגע, ואין לו דרך לשחרר את עצמו ממסוכנות זו. קשה לתאר מהלך מושלם יותר של דמוניזציה שמבוסס על הכללה גסה ביותר. בהקשר של הבידוק הביטחוני בשדות תעופה הדמוניזציה היא מהסוג הנורא ביותר – הערבי הישראלי מוחזק כחשוד בנכונות לא רק להרוג אנשים חפים מעוון ולא רק את עצמו, אלא לעתים גם את בת זוגו וילדיו.

## 2. ועוד על הכללות

מדיניות תיוג היא אקט של הכללה. היא מבטאת נטייה אנושית לפשט מציאות מורכבת ומרובת גוונים באמצעות חלוקה גסה של בני אדם לפי מאפיין אחד או שניים. התמקדות במאפיין כזה מאפשרת להתייחס לאנשים רבים שמשותף להם

60 כך הוא כתב:

The Final Report [Final Report on Japanese Evacuation from the West Coast, 1942], p. 34, makes the amazing statement that, as of February 14, 1942, "The very fact that no sabotage has taken place to date is a disturbing and confirming indication that such action will be taken." Apparently, in the minds of the military leaders, there was no way that the Japanese Americans could escape the suspicion of sabotage (*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 241, fn 15 (1944)).

יסוד קל לאיתור, כמו מוצא אתני, כאל קבוצה אחת שדין אחד חל על כל חבריה. מבחינת קובעי המדיניות ומגשימיה נטייה זו נוחה מאוד. היא מקלה מאוד את העומס שאלמלא כן היה מוטל על הרשות – להתייחס לכל יחיד על יסוד בדיקה אינדיווידואלית, לפי מידת אחריותו האישית. האפשרות לפשט תמונת עולם מורכבת ולהפוך אותה לתמונה דו-ממדית של שחור ולבן, והאפשרות להתייחס לקבוצה גדולה של אנשים כאילו הייתה אדם אחד – יוצרות פיתוי גדול לפעול בדרך ההכללה.

הסתמכות על ממצאים סטטיסטיים לצורך קביעת הכללות עשויה להיות מוצדקת בנסיבות מסוימות. דוגמה לכך היא ההסתמכות של חברות הביטוח על ממצאים סטטיסטיים מבוססים לשם הבחנה בין נהגים מתחת לגיל 24, שנחשבים מסוכנים יותר ומשלמים שיעורי ביטוח גבוהים יותר, ובין שאר הנהגים. גם כאן יש יסוד של אי-הוגנות כלפי נהגים זהירים במיוחד בני פחות מ-24, אבל מדיניות זו איננה משפילה. סיווג מרומו של אדם כנהג לא זהיר מחמת גיל, שקשור בדרך כלל בניסיון נהיגה קצר יותר ובהיעדר אחריות כלפי תלויים, איננו משפיל ופוגעני כמו לסמן אותו כטרוריסט פוטנציאלי מן הסוג הנפשע ביותר. ההבדל נעוץ גם בכך שחברי הקבוצה הנידונה (נהגים שגילם פחות מ-24 שנים) אינם משתייכים לקבוצה חברתית מתוחמת שמתקיימת גם מחוץ לתחום של מדיניות הביטוח של נהגים. במילים אחרות, המאפיין של "נהג שגילו פחות מ-24" איננו זהות קבוצתית שאנשים נוטים להתייחס אליה ככזאת. לכן הקישור בין הגיל לבין נהיגה שעלולה לגרום לתאונת דרכים אינו משפיע לרעה על מעמד החברתי של צעירים בגילים אלה. יתר על כן, השתייכות לקבוצת הנהגים בני פחות מ-24 היא מצב זמני בלבד, דבר שמזער עוד יותר את החשיבות החברתית של כללים מכלילים מסוג זה.

אין דמיון אמיתי בין מקרים מעין אלה ובין הנושא שאנו עוסקים בו. צורה בעייתית יותר של הכללה נוצרת כשהמאפיינים האישיים המשמשים לתיחום הקבוצה הנתונה, כלומר בהרכבת פרופיל הסיכון, הם סממנים חברתיים שמשמשים בהם תדיר לסימון קבוצות ברורות בתוך החברה. כשזה המקרה, ובפרט כשהקבוצה המוכללת היא מיעוט מובחן גזעי, אתני, לאומי או אחר, שחבריו מודרים ומופלים לרעה באופן היסטורי, פעולות כאלה של הכללה צפויות לגרור אחריהן מחיר חברתי משמעותי הרבה יותר. מחיר זה – שמתרחב

הרבה מעבר לנזקים הנגרמים ישירות, שעוד ידובר בהם – נובע ברובו מכך שהשלטון עצמו מייחס בפומבי למיעוט האתני חשד בפעילות טרוריסטית מהסוג החמור והגרוע ביותר, על רקע העובדה שמיעוט זה חשוד ממילא בעוינות למדינה ובנטייה לפעול נגדה. למרבה הצער, זה המקרה גם כשמדובר במדינות תיוג אתני שמוחלת בהקשר של מאבק בטרור.

בהמשך הדברים נדון בהטיות מבניות אצל מקבלי ההחלטות שבעקבותיהן הם מעריכים הערכת חסר של נזקים חברתיים מהסוג האמור, אך כאן המטרה היא להאיר הטיה שונה (גם אם קשורה בקשר הדוק), שממוקמת מבחינה אנליטית שלב אחד מוקדם יותר. הטיה זו, שפועלת לרוב באופן לא מודע, מתבטאת בנטייה להמשיג קבוצה נתונה כשלם אחד ולהתייחס אליה ככזאת ולא כאוסף של פרטים נפרדים ואוטונומיים. נטייה זו עלולה להוביל את מקבלי ההחלטות להתעלם מעקרונות יסוד, בעקבות הישענותם על קטגוריות חברתיות שרווחות בשיח הישראלי הנוהג, כגון "ערבים" או "פלסטינים". מונחים אלה טעונים משמעויות חברתיות, במקרה זה שליליות, שנוצרו זמן רב קודם ששימשו במקרה שלפנינו. במילים אחרות, כל זמן שאנו מתייחסים בהכללה לקבוצה חברתית קיימת ומנמקים זאת בנימוקים תועלתניים צרופים, הדעת נותנת שנימוקים אלה אינם מספרים את כל הסיפור. קשה לצפות שנהיה משוחררים לחלוטין מההרגל החברתי לראות את הקבוצה באופן הומוגני לפי התיוג החברתי המקובל שדבק בה. הרגלים אלה חוברים לרוב לממצאים הסטטיסטיים שעליהם מדיניות התיוג נשענת בגלוי, ואלו מניעים את מקבלי ההחלטות ליישם מדיניות זו כעניין מובן מאליו, מתבקש ואולי מתחייב, ללא חשיבה ביקורתית. המסקנה היא שכאשר מפעילים מדיניות בהקשר של מיעוטים אתניים, נדרשת מודעות מיוחדת – לא רק בשל המחיר החברתי החמור של מדיניות כזאת, אלא גם בשל החשד המובנה שהמוטיבציה ליישומה איננה תועלתנית נקייה, וששורשיה עלולים להיות נטועים עמוק בתפיסות חברתיות רווחות ולא דווקא מודעות. להלן יוצגו שתי דוגמאות לגישה של הכללה, שתיהן נוגעות ישירות לענייננו.

הדוגמה הראשונה עניינה כתפיסה שכל פלסטיני המתגורר בשטחים הוא אויב של מדינת ישראל. נראה שתפיסה זו השפיעה אף על פסיקת בית המשפט העליון בהקשר של חוק הוראת השעה. דבריו של המשנה לנשיא חשין מדגימים זאת:

לעת מלחמה רשאית מדינה – כל מדינה – למנוע כניסתם של נתיני אויב למדינה, גם אם נישאו לאזרחי המדינה [...] תושבי האזור הפלסטינים הם בבחינת נתיני אויב, ובתורת שכאלה מהווים הם קבוצת סיכון לאזרחיה ולתושביה של ישראל. רשאית היא אפוא המדינה, להגנת אזרחיה ותושביה, לחוקק חוק האוסר על כניסתם של תושבי האזור – של נתיני האויב – אל המדינה, כל עוד נמשך מצב המלחמה (או המעין-מלחמה).<sup>61</sup>

[...]

תושבי האזור נתיני אויב הם. נאמנותם נתונה לצד הפלסטיני. זיקות רבות קושרות ביניהם לבין הרשות הפלסטינית. וכבעת מלחמה, חזקה עליהם כי מהווים הם קבוצת סיכון לישראל ולאזרחיה.<sup>62</sup>

במובאות אלו המשנה לנשיא חשין סוטה מהקו המאופק יותר, האומר שהאיסור הגורף על איחוד המשפחה הפלסטינית בישראל מוטל בשל הקושי לדעת מי "כשר" מבחינה ביטחונית ומי לא. לגישתו, החוק מוצדק מלכתחילה פשוט משום שכל פלסטינית שמתגוררת בשטחים היא למעשה נתינה של מדינת אויב, ולכן למדינת ישראל הזכות הבלתי מעורערת למנוע ממנה מלהיכנס לשטחה. בהתבסס על הצדקות מסוג זה – שנובעות מדפוסים הצרובים עמוק בשיח ובתודעה של החברה הישראלית – חישובי עלות-תועלת מאבדים את בכורתם, ונתונים סטטיסטיים בנוגע למספר הפיגועים שביצעו פלסטינים שניתן להם היתר להתגורר בישראל הם רק משום חיזוק חיובי למסקנה הגזורה מראש באשר לחוקתיותו הא-פריורית של חוק הוראת השעה. מניעת מתן היתרים לפלסטינים לשהות בישראל עם בני משפחתם איננה עוד עניין של הערכת סיכון אמיתית, אלא ביטוי של זכות יסודית שמוקנית למדינת ישראל במטרה להגן על עצמה מפני אלו המשתייכים ל"קבוצת האויב".

61 בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

62 שם, פס' 27 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

הכללה זו, שהופכת אוכלוסייה שלמה, ללא כל הבחנה, ל"אויב", היא בבירור חסרת יסוד מבחינה עובדתית – ברור שלא כל תושבי השטחים הם אויבים. עם זאת היא מקלה את החיים, שכן אין צורך, ואין טעם, להרים את המסך ולבחון את המתאחד האינדיווידואלי. אין צורך כלל לשקלל ולאזן בין סיכון ביטחוני קונקרטי ובין זכויות היחיד של המתאחד הישראלי. זהו תיוג שמוריד מסך, שנותן מראש גיבוי מלא וגורף למדיניות שבחוק.<sup>63</sup> גישה זו, שכאמור אינה נכונה מבחינת המציאות, גם אינה עולה בקנה אחד עם עמדה דומיננטית במשפט הבינלאומי, הגורסת כי הסכסוך בין ישראל לארגוני הטרור הפלסטיניים הוא לכל היותר סכסוך מזוין שאינו בינלאומי, משום שאין הוא סכסוך בין מדינות. לפיכך כאשר פעולות הטרור נפסקות לזמן ממושך דיו, כלומר האינטנסיביות שלהן יורדת מתחת למינימום העוצמה הדרוש להתהוות של סכסוך מזוין, יש טעם לטעון כי סכסוך כזה חדל מלהתקיים,<sup>64</sup> ועמו מתפוגגת האפשרות לראות בתושבי השטחים אויב. זאת ועוד, דיני הלחימה מחילים חזקת נאמנות של נתין האויב למדינתו, בשל זיקת האזרחות או התושבות שלו למדינה והחובה לציית לחוקיה. מצב זה שונה בבירור ממצבם של תושבי שטח כבוש שנתונים לשליטה צבאית של המעצמה הכובשת, והם אנשים מוגנים מבחינתה. לא ברור מה יסוד הנאמנות המיוחסת להם – כלפי מי? ודאי שאין להם זיקת נאמנות כללית לקבוצות חמושות שפועלות מתוך השטח. לסיווג שעשה השופט חשין השלכות שליליות מרחיקות לכת: הוא משליך על יחסו של הצבא כלפי האוכלוסייה האזרחית בשטחים בכך שהוא מבטל הבחנה קריטית בין אויב של

63 ראו שם, פס' 19 לפסק דינה של השופטת נאור:

לא אכחד: הקושי שמעוררות עתירות אלה גם בעיני, הוא החדשתם של הרבים (תושבי האזור בגילאים מסוימים) בתמיכה (בפועל או למצער בכוח) בפעולות טרור נגד ישראל. הרי ברור לכל שלחשד זה אין בסיס לגבי מרביתם המכרעת של תושבי האזור. גישת החוק איננה אינדיווידואלית (פלוגי חשוד כטרוריסט) אלא קולקטיבית (פלוגי נמנה עם ציבור שממנו באים טרוריסטים או למצער טרוריסטים בכח).

64 ראו למשל David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, 16 EJIL 171, 208–211 (2005)

ממש ובין מי שאיננו כזה; הוא מזמין התייחסות גורפת כלפי אוכלוסייה אזרחית כאל אויב;<sup>65</sup> הוא מרחיק ומקטין את הסיכוי להסדר ולשלום; הוא מגדיל את האיבה בין העמים; וכן יש בו יסוד של נבואה שעלולה להגשים את עצמה. אם הם אויב, מה הבסיס, אם בכלל יש כזה, לצפות מהם שלא יתנהגו כאויב? האם ניתן לתבוע מהם שיתנהגו אחרת? סיווג כזה משליך כמוכן גם על הציבור הערבי בישראל – כחלק מעמו של האויב, האם אין הוא אויב גם כן? כך, הוא הופך גם את האוכלוסייה האזרחית הישראלית באופן סימטרי לאויב של העם הפלסטיני. באופן פרדוקסלי גישה זו מתקרבת מאוד לגישתם של הטרוריסטים הטוענים כי אזרחי ישראל כולם הם אויב, ולכן לגיטימי לפגוע בהם. כיצד היינו מגיבים אם בתגובה ל"עסק הביש" (הפיגועים שביצעו יהודים במצרים, בשליחות מדינת ישראל, בשנות החמישים) הייתה מצרים מכריזה על יהודיה כאויב, והמטטר בה היה נוקט כלפיהם מדיניות של אפס סיכון ומפעיל כלפיהם צעדים כדי להבטיח שלא יוכלו עוד לפעול נגד מצרים?

הדוגמה השנייה לנטייה להישען על קטגוריות חברתיות קיימות עשויה להימצא בבחירת השיטה שבאמצעותה עורכים את האיוזן בין הסיכון לכיטחון ובין הזכויות הנפגעות בהקשר של כניסתם של פלסטינים מהשטחים לישראל. כפי שברק מדינה ואילן סכן מבחינים היטב, יש שתי דרכים אפשריות להעריך את הלגיטימיות של פרופילי סיכון שמבוססים על הכללה קבוצתית:<sup>66</sup> הראשונה היא "הערכת סיכון אינדיווידואלית", הקובעת כי מדיניות תיוג כלפי קבוצה תהיה לגיטימית רק אם מהמידע הרלוונטי עולה שכל פרט ופרט מהקבוצה

65 להתייחסות כזאת השלכות רבות ושוונות, כמו למשל שלילת האפשרות לברר תביעות אזרחיות בבתי משפט ישראליים של מי שמוגדר אויב – הגדרה שאך עתה הורחבה בפסיקה במפורש גם להקשר של לוחמה בטרור, הן מכוח הכלל במשפט המקובל הקובע כי "אין מבררים תביעות של אויב בעת מלחמה", הן מכוח סעיף 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), ס"ח התשס"ה 953 (דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (פורסם באר"ש, 15.1.2015)).

66 ראו מדינה וסכן, לעיל ה"ש 20 בפרק זה, בעמ' 57-63. נדגיש כי שיטות אלו אינן קוראות בשום צורה לבצע הערכת סיכון פרטיקולרית בנוגע לכל אחד ואחד מהפרטים המשתייכים לקבוצה נתונה, בהתבסס על ההיסטוריה האישית שלהם ועל נסיבותיהם הייחודיות. בדיקה פרטנית כזאת – סינון אינדיווידואלי – איננה מדיניות תיוג ואיננה רלוונטיות לדיונונו זה.



הנתונה הוא בגדר סיכון ביטחוני שחורג מעבר לסף מסוים. למשל, כשהקבוצה היא ארגון אל-קאעידה וחברי הקבוצה הם חברי הארגון, כל חבר וחבר משקף באופן אישי רמת סיכון שחורגת מן הרגיל למעורבות בפעילות טרור. רמת סיכון אישית כזאת עשויה להיות בסיס מוצדק להגבלות מסוימות על החירות של חברי הקבוצה. האיזון הנורמטיבי העומד בבסיס שיטה זו נשען אפוא על הערכה אינדיווידואלית: תנאי מוקדם להגבלת חירויותיו של כל פרט יהיה שהוא או היא מהווים באופן אישי סיכון ביטחוני מעל לסף מסוים.

הדרך השנייה להעריך מדיניות תיוג היא באמצעות "הערכת סיכון קבוצתית", הבוחנת את הלגיטימיות של המדיניות בהתבסס על הסיכון המצרפי מן הקבוצה. בניגוד להערכת הסיכון האינדיווידואלית לא נדרש שכל פרט ופרט שהוא חלק מהקבוצה הרלוונטית ייחשב מסוכן באופן אישי מעל סף מסוים. די בכך שהסיכון הכללי הנשקף מהקבוצה כולה יהיה גבוה מספיק, כך שהאינטרס להתמודד אתו על ידי החלת מדיניות תיוג יגבר על העלויות שיווצרו בעקבות זאת. במילים אחרות, מודל זה איננו מביא בחשבון שאלות שנוגעות לאופן שהסיכון מתחלק בו בין חברי הקבוצה, אלא מתחשב במשתנה המצרפי הבלתי אישי. כך למשל, על פי שיטה זו מדיניות תיוג נתונה עשויה להיחשב מוצדקת ולחול על אלף חברי הקבוצה אפילו אם רק אחד מהם מסוכן באופן אישי, אבל זהותו הפרטיקולרית איננה ניתנת לקביעה מראש, בכפוף לכך שהתועלת בסיכול כוונותיו הזדוניות תגבר על העלויות בהקשר של הקבוצה כולה. כשמדובר בסיכון משמעותי לביטחון המדינה, סביר שבידוק מיוחד של כל האלף ייחשב מוצדק. לפי קו ניתוח זה, הלגיטימיות של מדיניות תיוג נקבעת על ידי איזון תועלתני שמשנתנו מחושבים על בסיס קולקטיבי: הוא מתייחס לסיכון שהמדיניות מכוונת למנוע, וכן לעלויות שהיא גוררת, באופן מצטבר, תוך כדי התעלמות מהתנאי המוקדם (הנורמטיבי-חלוקתי) שהערכת הסיכון האינדיווידואלית מציבה. כמו שמדינה וסבן מדגימים היטב, בהערכת הלגיטימיות של מדיניות תיוג נתונה, הבחירה בין מסגור הדילמה במונחים קולקטיביים ובין מסגורה במונחים אינדיווידואליים עשויה להשפיע מאוד על ההחלטה הסופית שתתקבל.<sup>67</sup>

67 נציין כי הטענה העיקרית של מדינה וסבן בהקשר זה היא שהבחירה בין שני סוגי ההערכות צריכה להיות בסופו של דבר תוצאה של העדפה נורמטיבית בנוגע לאופן שבו יש להמשיג סיכון ולהתייחס אליו (בהקשר זה ראו גם Aviad, לעיל ה"ש 30

עיבוד המידע הרלוונטי באמצעות כל אחת משתי השיטות תוביל לתוצאות שונות למדי במציאות.<sup>68</sup> כך, הערכת סיכון אינדיווידואלית תוביל בדרך כלל למסקנה שכל חבר בקבוצה מהווה איום קטן ביותר – אפילו זניח – לביטחון, והדבר מעלה ספקות ממשיים בנוגע לגיטימיות של הצבת מגבלות גדולות על חירויותיו. הערכת הסיכון הקבוצתית, לעומת זה, צפויה להוליד תוצאות מרשימות הרבה יותר: אפילו אם מידת הסיכון הנשקפת מכל פרט בקבוצה הנידונה נמוכה ביותר כשהיא לעצמה, אם נביא בחשבון קבוצה גדולה דיה של אנשים, נגיע לבסוף למידת הסיכון המספיקה להחלה של מדיניות תיוג.<sup>69</sup> אם למשל בוחרים במוסלמים כקבוצה, אפשר יהיה להראות שמידת הסיכון הביטחוני הנשקפת מהם עולה על הסיכון הנשקף מאחרים.

גישה מכלילה תעדיף את הערכת הסיכון הקבוצתית. הערבים אזרחי ישראל, לפי הגישה המכלילה, אינם נתפסים כפרטים, כאישויות נפרדות שעומדות כל אחת לעצמה, אלא כרכיבים של קבוצה שהציבור נוטה להתייחס אליה ככזו, ואל הפרטים – רק בממד של השתייכותם לקבוצה. כשהקבוצה מתויגת חברתית

---

בפרק זה, בעמ' 7-9). בהתבסס על הבנה זו הם ממשיכים להתוות את הפרמטרים שעל בסיסם יש לבצע את הבחירה. עם זאת, לנוכח אופיו של הדיון כאן, עניינו העיקרי איננו להתוות קווים נורמטיביים מנחים, אלא להסביר את ההשלכות של הבחירה באחת משתי השיטות האמורות, וחשוב מזה: לשפוך אור על הגורמים החשובים שפעמים רבות מטים את עמדתם של מקבלי ההחלטות לכיוון של שיטה ספציפית (הקבוצתית) על פני האחרת.

68 נבחן דוגמה שבה רק 1 מתוך 1,000 חברי קבוצה נתונה הוא בגדר סיכון, אבל זהותו האישית איננה ידועה מראש: אם נבחר בביצוע הערכת סיכון אינדיווידואלית, נשאל אם סיכול הסיכון שמציבה הקבוצה בכללה (הסיכון שכל חבר בקבוצה יצליח לממש את תכניתו) גובר על הנזקים שייגרמו משימוש במדיניות תיוג (הצטברות הנזקים שייגרמו לכל חבר בקבוצה). אם, בניגוד לכך, נבחר להשתמש בהערכת סיכון קבוצתית, השאלה שנשאל תהיה אם הסיכון שמהווה כל פרט בקבוצה הנידונה (הסיכון שמהווה פרט אחד בקבוצה חלקי 1,000) חורג מסף מסוים הקבוע מראש.

69 אם נמשיך בדוגמה מההערה הקודמת, על פי הערכת הסיכון האינדיווידואלית, גורם הסיכון של כל חבר בקבוצה הוא כ-1/1,000 (בהנחה שיש סיכוי של 100% שהפרט המסוכן בקבוצה יממש את כוונותיו). לעומת זאת, אם נתח את הדילמה על פי מודל הערכת הסיכון הקבוצתית, נגיע למסקנה שהחלטה של מדיניות התיוג תמנע קרוב לוודאי את האסון.

כ"אחר" ואפילו כ"אחר אולטימטיבי", נטייה זו גוברת, והנכונות לראות את האדם שמתחת לשיוך הקבוצתי פוחתת. העדפה זו מבטאת גם את המשקל המיוחד המוענק לאינטרס הביטחוני. לבחירה זו תורמת גם הטיה קוגניטיבית המכונה "הטיית הוודאות" (certainty bias), שלפיה כדי להוריד את ההסתברות שאדם ייפגע מ-1% ל-0%, הוא מוכן לספוג – על אחת כמה וכמה כשלא הוא עצמו הסופג – עלות גבוהה יותר משהיה מוכן לספוג כדי להוריד את הסתברות הפגיעה בו מ-2% ל-1%; אף על פי שבשני המקרים תוחלת הסיכון יורדת באופן זהה. אם כך, להערכה הקבוצתית סיכוי טוב לקבל את הבכורה, שכן היא מניבה תוצאה ודאית.

בפסק הדין בעתירה השנייה שהוגשה נגד חוק הוראת השעה המחיש השופט גרוניס את האופן שבו מסגור קבוצתי מציג את הדברים כמניעה ודאית של הסיכון:

אין לי אלא לחזור ולהזכיר את הנזק הוודאי שייגרם כתוצאה מכניסתם ארצה של אלפי פלסטינים, שיקבלו מעמד של תושבי קבע או אזרחים, כתוצאה מנישואיהם לאזרחי ישראל. על בסיס נתוני העבר, אין ספק ששיעור מסוים מאלה יהיה מעורב במעשי טירור. אכן, השיעור באחוזים של המעורבים בטירור צפוי להיות נמוך מאוד, ואפילו מזערי. עם זאת, אף שלא ניתן להעריך את היקף הנזק שייגרם, ברי כי הוא יתרחש.<sup>70</sup>

70 בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס. עוד ראו בהקשר זה בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס:

בעניין שעל הפרק לא מתעוררת, לטעמי, שאלה של הסתברות בכל הנוגע לפגיעה בחיי אדם. הנתונים שהובאו בפנינו מלמדים כי עשרים ושישה בני זוג פלשתינאים שנכנסו ארצה כדין בהליך של איחוד משפחות היו מעורבים בפיגועי טרור. באותם פיגועים נהרגו עשרות בני אדם ורבים אחרים נפצעו. [...] על יסוד נתונים אלה יש לדעתי לומר, כי קיימת וודאות שכניסה של אלפי בני זוג נוספים תביא בעקבותיה פגיעות בחיי אדם, וזאת אף אם תיערך בדיקה ביטחונית ביחס לכל אחד ואחד. [...] המשוואה אינה מורכבת, איפוא,

בניגוד לדברים הללו, השופטים שסברו כי החוק איננו חוקתי העדיפו להשתמש בהערכת הסיכון האינדיווידואלית וההגישו כי "הנתונים שהוצגו [...] מצביעים על אחוז קטן ביותר – מזערי – של בני זוג שניצלו את מעמדם בישראל לצורך מעורבות בפעילות טרור"<sup>71</sup>. כאן גברה הנאמנות לערכי היסוד של השיטה המשפטית על הגורמים המושכים להתעלמות מהם. אלא שעמדה זו הייתה עמדת מיעוט.

### 3. ערך היתר המיחוס לאינטרס של ביטחון המדינה

כוחו של האינטרס הביטחוני גדול כל כך עד שהוא דוחק הצדה כל זכות או אינטרס אחרים, בייחוד כשהסיכון לביטחון נובע ממקור עם כוונות שטנה (בניגוד לאיומים שאי-אפשר לייחס להם מאפיינים כאלה כגון מחלות, אסונות טבע ואף תאונות דרכים). כפי שיובהר מיד, בהקשר של מדיניות תיוג שננקטת כדי למנוע התקפות טרור מחרידות, העליונות המיחוסת לאינטרס זה על פני כל זכות או אינטרס ציבורי אחר היא גורם קריטי בהבהרת ההליכים המובילים לאיזון מוטה־ביטחון.

הסטטוס הייחודי של האינטרס הביטחוני – אולי ההטיה החשובה ביותר בהקשר של מאבק בטרור – נובע למעשה מסוגיה של מסגור: ממסגור הממשיג את הרצון למנוע פעולות טרור כאינטרס ציבורי של חיזוק הביטחון, למסגורו כהגנה על צבר זכויות אדם, כלומר הזכות לחיים של כל קורבן פוטנציאלי עתידי של פעולות הטרור. בלי לצלול עמוק מדי לגווניה של ההבחנה האנליטית הזאת, אנו סבורים כי אחד ההיבטים העיקריים בהבחנה בין זכויות

---

מיסוד הסתברותי בצידה האחד ומיסוד של וודאות בצידה האחר, אלא משני מרכיבים וודאיים: פגיעה בחיי אדם לעומת פגיעה בחיי משפחה. ניתן לתמצת את גישתו של חברי הנשיא א' ברק בביטוי "ברי ושמא – ברי עדיף". לעומת זאת, על-פי גישתי שלי המצב הוא של "ברי וברי", ולכן מתחייבת תשובה שונה.

כן ראו שם, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין, ופס' 17 לפסק דינו של השופט ריבלין.

71 בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ביניש. כן ראו שם, פס' 110 לפסק דינו של הנשיא ברק, פס' 23 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

אדם לאינטרסים ציבוריים נוגע לסוגיות של זיהוי פרטיקולרי והסתברות. באופן קונקרטי יותר, ראוי לדעתנו להמשיג פעולה מסוימת כמכוונת למנוע הפרה של זכויות אדם רק כאשר האי־ודאות בנוגע לנסיבות העניין נמוכה יחסית. חוק שנחקק או פעולה ממשלתית שננקטת במטרה למנוע תרחיש עתידי לא רצוי, כאשר תרחיש זה מאופיין על ידי היבט אחד או יותר שאיננו ודאי – כמו סבירות התרחשותו, זהות מבצעיו, ואולי החשוב ביותר: זהות נפגעיו הפוטנציאליים – יש לראותם כמכוונים לקידום האינטרס הציבורי ולא כמכוונים להגן ישירות על זכויות אדם. הסיבה העיקרית להבחנה זו היא העובדה שכאשר הקורבנות של איום פוטנציאלי כזה טרם ידועים ויכולים להיות מכל חלקי החברה, פעולות שמכוונות למנוע איום זה מלהתממש תורמות לחברה בכללותה – באמצעות הפחתת הסיכון של כל חברה בציבור הכללי להינזק אישית.<sup>72</sup> במילים אחרות, כל זמן שהרווח המצטבר ממדיניות שננקטת מתחלק על כלל החברה – וזהו המקרה כשההחלטות ה"מרוויחים" איננה ידועה מראש – מדיניות זו צריכה להיות מוגדרת כחלק מהמאמץ לקדם את האינטרס הציבורי ולא להגן על צבר זכויות אדם.<sup>73</sup>

אם מקבלים את ההבחנה המושגית הזאת, ברור שמדיניות תיוג שננקטת בהקשר של לוחמה בטרור מכוונת להבטיח אינטרסים ציבוריים – גם אם חיוניים – ולא להגן ישירות על זכויות אדם.<sup>74</sup> להמשגה זו השלכות חשובות כאשר לאופן שיש לבחון בו את חוקתיותה של מדיניות כזאת. כאשר מדיניות התיוג פוגעת בזכות אדם, מערכת האיזונים שיש לנקוט היא אנכית – כלומר, איזון בין אינטרסים ציבוריים (מעמד נמוך יותר) לזכויות אדם (מעמד גבוה יותר). אין מדובר באיזון אופקי שמשווה בין זכויות אדם, והזכות לחיים היא במעמד בכורה מול זכויות אחרות.

72 כן, אם האינטרס הציבורי שמדיניות תיוג אמורה לקדם מומשג בתור "הזכות לחיים", איננו נותנים למעשה משקל לזכות לחיים כשלעצמה, אלא לזכות שלא להיות חשופים לשום סיכונים לחיינו. הסבר חלופי, ובעייתי כשלעצמו, יהיה שבפרקטיקה זו אנו למעשה מרוקנים זכויות מתוכנן ורואים בהן מסגרת רטרורית ריקה.

73 השוו עם מדינה וסבן, לעיל ה"ש 20 בפרק זה, בעמ' 85-86.

74 להצדקות נוספות להמשגת חוק הוראת השעה כמכוון לקידום האינטרס של המדינה לחיזוק הביטחון, ראו שם, בעמ' 81-87.

מעניין שהזכויות האמיתיות הצפויות להיפגע ועומדות מעברו האחר של המתרס מתוארות כרעיונות מופשטים ללא נפגעים פרטיקולריים – ההפך מהמצב במציאות. מילותיו של השופט חשין לאחר פרישתו בעניין ההבדלים בין השקפותיו שלו על חוק הוראת השעה ובין ההשקפות של הנשיא ברק ממחישות זאת: "השופט אהרן ברק מוכן שיתפוצצו 30-50 אנשים אבל שיהיו זכויות אדם. אני לא מוכן. הוא חושב כך, אני חושב אחרת. לשמחתי הרבה אני הייתי ברוב".<sup>75</sup> המשנה לנשיא חשין ממסגר את הדילמה לפי תפיסתו שלו: מדובר בחייהם של עשרות נשים וגברים פרטיקולריים אל מול זכויות האדם של פרטים חסרי שם וזהות. אין בתיאורו כל התייחסות לגורמים אנושיים שנושאים את הזכויות הללו המיועדות להפרה, ואין שום זיהוי אמיתי של הסיבה להפרה צפויה זו. כאמור, במציאות המצב הפוך: מי שזכויותיהם יופרו בשל חוק הוראת השעה ניתנים לזיהוי בקלות מראש (גם אם מספרם גדול), ואילו מי שהחוק נועד להגן על חייהם מהתקפות טרור עתידיות פוטנציאליות יכולים בהחלט להיות כל אחד מבני החברה, אפילו מי שנופלים לגדרי מדינות התיוג האמורה. השופט ריבלין הדגים את הנטייה הזאת בעמדתו בפסק הדין הראשון בעניין חוקתיותו של חוק הוראת השעה:

כאשר בביטחון הציבור עסקינן, אינטרס ציבורי בלשוננו, דוברים אנו בלא אחרת מאשר הזכות לחיים ולשלום הגוף של כל אחד מבני הציבור. לסיווג זה נפקות מהותית, שהרי מבחן האיזון נגזר ממנו [...] כאמור, ההבחנה בין השניים – בין האינטרס לבין הזכות – היא לעתים קשה, והמקרה שבפנינו [כך במקור] יעיד. לכאורה ערך מסוג אינטרס כאן – אינטרס הציבור. אלא שבמקרה זה מתחדדת דמות הציבור ומתמקדת הסכנה. לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא. את מוראותיה של

75 יובל יועז "חשין על ברק: 'הוא מוכן שיתפוצצו 30-50 אנשים אבל שיהיו זכויות אדם'" הארץ (24.5.2006). יום לאחר מכן התחרט המשנה לנשיא חשין על דבריו והתקשר לנשיא ברק להתנצל (יובל יועז "חשין לברק: אני מתחרט ומצטער, הלשון מתגלגלת לפני האדם" הארץ, 25.5.2006).

הפגיעה רואים אנו בעיני רוחנו. אין זה החשש הערטילאי, לשלום הציבור, שאותו הכרנו בפרשות קודמות [...] ביטחון הציבור דובר כאן בזכות לחיים ממש, ואותה מבקש החוק לשמר. הפיגוע אותו מבקש החוק למנוע מכיון כלפי בני אדם מסויימים, יחידים, מוסלמים, יהודים, נוצרים ובודהיסטים, החיים עימנו. לבני אדם אלה מוקנית, לכל אחד ואחד מהם, הזכות לחיים. אין הם ניצבים בפנינו היום בגופם שכן אין איש יודע מה צופן לו העתיד. אך זכותם ניצבת כאן.<sup>76</sup>

מהסיבות שפורטו לעיל, המסגור שהציע השופט ריבלין לנושא שגוי לדעתנו. הנזק הפוטנציאלי – הסיכון להיפגע מפעולות טרור עתידיות – לא היה ממוקד, בעת שכתב את דבריו, בבני אדם ספציפיים ש"פניהם הנוגים" צריכים להשפיע על מבחן האיזון שיש להפעיל כאן. אותן "פנים נוגים" היו שייכים בשלב זה, ובכל נקודת זמן למעשה, לכל אחד ואחת מאזרחי ישראל ותושביה. לעומת זאת, ברור שהמחיר הנלווה ליישומו של חוק הוראת השעה מוטל ספציפית ובלבדית על מושאי החוק – אזרחי ישראל הערבים שבני זוגם וילדיהם מתגוררים בשטחים ואינם בעלי היתר להיכנס אל שטחי ישראל או לשהות בהם. שוני מהותי זה בין שני הניתוחים מדגיש את הדיכוטומיה בין האינטרסים הציבוריים לזכויות הפרט – שוני שעליו מתבססת במידה רבה דוקטרינת זכויות האדם. חשוב לראות שאם מקבלים את התפיסה הזאת של השופט ריבלין, לא יישאר דבר מהקטגוריה המשפטית של ביטחון המדינה, שכן גם כשמדובר בסכנה ביטחונית מאויב מדינתי, עיקרה בסכנה לחיים של תושבי

76 בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 15-16 לפסק דינו של השופט ריבלין. נציין כי השופט ריבלין חזר על דבריו אלו גם בעתירה השנייה בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (ראו בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 33-34 לפסק דינו). כן ראו דבריו של המשנה לנשיא חשין: "בענייננו שלנו מדברים אנו בזכות לקיים חיי משפחה, והיא זכות שעוצמתה רבה וקרינה חזקה בוקעת מותכה [...] כנגד זכות בת-עוצמה זו, ניצבת עומדת זכות שאף-היא בת-עוצמה רבה, הלא היא זכותם של כלל התושבים לחיים ולביטחון [...] זכותו זו של היחיד לחיים ולביטחון עוצמה רבה לה. ראשונה במלכות היא במיסדר זכויותיו של היחיד, וברי כי מישקלה הכבד יש בו כדי להשפיע באורח מכריע על האיזון שבין הנזק לבין התועלת" (שם, פס' 120 לפסק דינו).

המדינה. אם כך, זכויות הפרט ייסוגו תמיד מפני צבר הזכויות של הציבור לחיים ולשלמות הגוף והתוצאה תהיה פגיעה אנושה בהגנה על זכויות הפרט דווקא במקום שבו הן זקוקות לו במידה הרבה ביותר. כלומר, מדובר בגישה הרסנית מבחינת ההגנה על זכויות האדם.

נציין כי הטענה איננה שיש הצדקה מוסרית להבחין בין סיכון חייהם של אנשים ספציפיים לבין סיכון חייהם של אנשים לא ספציפיים. כאמור, ההשלכות של ההבחנה האמורה נוגעות לאופן שבו מקבלי ההחלטות בוחרים למסגר את הדילמה – בחירה שעשויה להשפיע רבות על החלטתם באשר לחוקיות האמצעי הנידון. בפרט, הבחנה זו מובילה למסקנה שהאיוון שיש לערוך במקרים כאלו הוא בעל אופי אנכי, כלומר איוון בין זכויות אדם לאינטרסים ציבוריים.

מסגור הדילמה באופן אופקי – כאילו נדרש איוון בין שתי מערכות מתחרות של זכויות אדם – מטה את ההכרעה בשתי דרכים: הראשונה, בטשטוש שאלות של הסתברות ועוצמה. כלומר, מסגור אופקי ידחף לדילמה של איזו זכות חשובה יותר – הזכות לחיי משפחה בתנאים שווים או הזכות לחיים. פרמטרים כגון מספר האנשים שזכותם לחיי משפחה צפויה להיות מופרת בשל מדיניות נתונה והסבירות להתרחשות פעולות טרור עתידיות ומספר הקורבנות שהן עשויות לגבות, נדחקים אל מחוץ לטווח השיקולים. עניין זה מתקשר למצב של "זניחת ההסתברות", בעקבות ההטיה של יוריסטיקת הזמינות שעליה דיברנו בפרק הראשון. כלומר, לתופעה שבכל פעם שמעורבים בדילמה רגשות עזים, היבטי ההסתברות צפויים לקבל משקל מועט, אף שעליהם לקבל משקל גדול.<sup>77</sup> ואכן, במקרה של חוק הוראת השעה שאלות של הסתברות אמורות לקבל משקל ניכר: לפי המידע שהציגה המדינה בדיונים במקבץ העתירות הראשון נגד החוק, התברר שמתוך כ-130 אלף הפלסטינים תושבי השטחים שקיבלו

77 CASS R. SUNSTEIN, LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE 39 (2005). הטיה זו יכולה להסביר את טענתו של השופט ריבלין, ש"במקרה זה מתחדדת דמות הציבור ומתמקדת הסכנה. לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא" (בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 16 לפסק דינו). המאפיינים הייחודיים של מקרה זה, או כך לפחות נראה, הם בדיוק העובדה שהוא מעורר רגשות עזים.



מעמד חוקי בישראל בשנים 1994-2006, במשך 13 שנים, רק 26 לכל היותר היו מעורבים בפעולות טרור, או למעשה היו רק חשודים במעורבות בפעילות כזאת, שכן שום כתבי אישום רשמיים לא הוגשו נגדם.<sup>78</sup> במקביל העתירות השני נגד החוק הוצגו מספרים זהים למדי: מאז שנת 2001 אותרו 54 מקרים שבהם פלסטינים תושבי השטחים שקיבלו מעמד חוקי בישראל היו מעורבים באופן כלשהו בפעולות טרור, ו-28 מתוכם היו מעורבים ישירות בפיגועים שיצאו אל הפועל או שסוכלו בשלב מתקדם.<sup>79</sup> יתר על כן, אפשר להניח שאילו היה מופעל לפני פרוץ האינתיפאדה השנייה הליך הסינון הפרטני שהוחל אחרי שפרצה, היה אפשר להפחית את המספרים הללו אף יותר.<sup>80</sup> מסגור הדילמה באופן אופקי מטה אפוא מראש את מקבלי ההחלטות להתעלם (או לפחות לייחס חשיבות מעטה מדי) מההסתברויות – שהן ללא ספק גורם חשוב ביותר במבחן האיזון.<sup>81</sup> וכשם

- 78 ראו הנתונים שסיפקה המדינה בסיכומי המשיבים שהגישה בבג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 29 בפרק זה, המובאים בפס' 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 79 ראו בבג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 4(ב) לפסק דינו של השופט לוי.
- 80 במילים אחרות, מי שמסתמכים על המספרים האמורים כדי לבסס את טענתם שפלסטינים שקיבלו מעמד חוקי בישראל מכוח איחוד משפחות היו מעורבים בפעילויות טרור במשך השנים (ראו למשל בבג"ץ 466/07, שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט מלצר), חייבים לשקול ברצינות את האפשרות שהטלת איסור גורף עשויה שלא להיות הדרך היחידה לטפל בבעיה, ושאוילי תהליך הסינון הפרטני יכול היה להתנהל באופן יעיל יותר ולספק תוצאות טובות יותר.
- 81 בתגובה לפסיקתו של המשנה לנשיא חשין בעתירה הראשונה בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל ציין הנשיא ברק עניין חשוב זה בפס' 110-111 לפסק דינו:

חברי מעמיד על הכף האחת את החיים עצמם [...] לעומתה מעמיד הוא על הכף השניה את הזכות לקיים חיי משפחה [...] אכן, מקובל עלי כי אם מעמידים חיים מול איכות חיים – יד החיים על העליונה. אך האם זו ההשוואה הראויה? אילו העמדנו כך את השאלה – חיים מול איכות חיים – היינו בוודאי קובעים כי מותר – אולי אף חייבים – לענות טרוריסט המהווה "פצצה מתקתקת" וזאת כדי למנוע פגיעה בחיים; כי מותר – אולי אף חייבים – להעביר את מקום המגורים של בן משפחה תמים של טרוריסט כדי להשפיע עליו להימנע מטרור ולמנוע פגיעה בחיים; כי יש להעמיד את גדר הביטחון במקום שהמפקד הצבאי ביקש להעמידו, שכן בכך מוגנים החיים של אזרחי המדינה וכל פגיעה באוכלוסיה המקומית – יהיה היקפה אשר יהא, כל עוד אינה פוגעת בחייהם ממש – אינה שיקול כנגד הפגיעה בחיי אזרחי המדינה. אך לא כך פסקנו,

שלא ניתנת הדעת לרמת ההסתברות של פגיעה בביטחון, כך גם לא ניתנת הדעת להיקף הנפגעים מהמדיניות של "אי-איחוד משפחות".

הדרך השנייה שבה מסגור הדילמה באופן אופקי מטה את ההכרעה היא כשהאינטרס הציבורי לחיזוק הביטחון מומשג כזכות לחיים, ובכל צד של המאזניים מונחת זכות אחרת – לא קשה לנחש את התוצאה שתתקבל במבחן האיזון, אפילו בלי להתחשב בהשלכות של זניחת ההסתברות. הקביעה שמדובר בפגיעה (וראית) בזכות לחיים, גוזרת מראש את התוצאה, שכן כל מה שמוצב מול זכות זו מתגמד ומאבד מחשיבותו. נכון הדבר שגם איזון אנכי עלול להיכשל בעריכת איזון מיטבי לנוכח המעמד של האינטרס הביטחוני. לשיטתנו, איזון זה בכל זאת עדיף משום שהוא מחייב התייחסות להסתברות הפגיעה בזכות, שיקול שבכוחו לאזן את משקל היתר של האינטרס הביטחוני.

#### 4. אמצעי יעיל למאבק בטרור?

הערכת היתר המוקנית לאינטרס הביטחוני מביאה לידי אימוץ אמצעים ללא בחינה מעמיקה ויסודית וללא גישה ביקורתית, ארוכת טווח ומקיפה, שבוחנת גם

---

לא לעניין העניינים, לא לעניין תיחום המגורים, ולא לעניין פגיעתה של גדר ההפרדה במרקם החיים של התושבים המקומיים [...] בפסקי דין אלה וברבים אחרים העמדנו תמיד את חיי האדם בראש דאגתנו. פסקנו כך, מתוך רגישות לטרור ולתוצאותיו. אכן, חיי אדם יקרים לכולנו; ורגישותנו לפיגועי הטרור היא חריפה כבעבר. פסקנו כפי שפסקנו, משום שאין להעמיד חיים מול איכות חיים. אין להעמיד קיום החיים לעומת מרקם החיים. בהעמדת דברים זו, יד החיים תמיד על העליונה, ותוצאתה הימנעות מכל פעולה המסכנת חיי אדם [...] ההעמדה הראויה של השאלה הינה ברמה של הסיכונים ושל הסתברות התרחשותם, ושל השפעתם על חיי החברה כמכלול. השאלות שיש לשאול בענייננו הן שאלות של הסתברות. השאלה הינה מה ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נתמיד בבדיקה האינדיבידואלית לעומת ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נעבור לאיסור גורף, והאם תוספת הסתברותית זו שקולה כנגד הוודאות שבהגדלה הנגרמת על ידי כך לפגיעה בזכויותיהם של בני זוג אזרחי המדינה [...] משעברנו לתחום הסיכון, עלינו לומר בפה מלא: אין לקיים דמוקרטיה וזכויות אדם בלא ליטול סיכונים.

כן ראו בהקשר זה בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 16 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

את השפעותיהם המצטברות על עמדות ומוטיבציה, בכלל זה בדיקות עצמאיות תקופתיות. כך למשל אפשר להטיל ספק ביעילותה של שיטת התשאול האנושי הנוסף של נוסעים ערבים שהונהגה – עובדה שמדינות מתקנות אינן נוהגות באופן דומה, ונראה שאין להתפלא על כך. כשבאים להגן על הביטחון, ביחוד על רקע של פיגוע טרור מחריר ומזעזע, כפי שהתרחש בהקשר של הבידוק הביטחוני בשדות התעופה, אמצעים שנחזים להיות יעילים נתפסים כאלה ללא בחינה מעמיקה של יעילותם. כך לדוגמה, יש להניח ששיטת התשאול ומטרתה – גילוי סתירות – נעשתה ידועה, וארגון טרור ידע להכשיר את אנשיו להימנע מסתירות בדבריהם וכיוצא בזה. זאת ועוד, האירוע של פיגוע במטוס אינו פעילות טרור רגילה. ספק אם יש יסוד אמפירי שעל בסיסו אפשר לעשות ניתוח סטטיסטי של מעורבותם של ערבים אזרחי ישראל בפיגועים במטוסים. לכאורה, המדיניות מבוססת על שיעור גבוה יותר של מעורבות אזרחים ערבים בפעילות טרור בהשוואה ליהודים. אבל לא ברור כלל שזהו בסיס מוצק דיו לאפשרות הקונקרטית של מעורבות בפיגוע התאבדות במטוס. האפשרות הנוספת של שימוש בסוכן תמים לכיצוע פיגוע אינה מתיישבת עם סכנה גוברת מנוסעים ערבים בעלי השכלה גבוהה, שלה טוענים גורמי הביטחון. סביר שהסוכן התמים לא ישתייך לקבוצה המתויגת, כמו שאכן נהגו ארגוני המחבלים בשנות השישים והשבעים של המאה העשרים. אפשרות זו התחזקה לנוכח התגייסותם של צעירים בכל רחבי העולם לשורות דאעש. חשוב מזה, ככל שחוששים מסוכן תמים מן הקבוצה החשודה, נטרול הסכנה מצריך שיהיה אצל בני הקבוצה החשודה התמימים יחס חיובי ונכונות לשתף פעולה עם השלטונות. מדיניות של תיוג אתני מחוללת את ההפך מזה.

הסכנה שמקורה בחולי נפש, בבעלי הפרעות אישיות או במרי נפש אכולי איבה ותסכול היא לכאורה מוחשית יותר, כמו שמלמד המקרה הנורא של הריסוק המכוון של מטוס ג'רמנווינגס על ידי טייס משנה מעורער בנפשו בשנת 2015. שני השיקולים הללו – האפשרות של שימוש בסוכן תמים שאיננו מהקבוצה החשודה ושל מבצע פיגוע שאיננו בא מן הקבוצה החשודה מזמינים לכאורה החלה של סטנדרט בדיקה מחמיר על כלל הנוסעים. לכן אפשר לראות את הבעיה גם מנקודת המבט הפוכה – לא החמרת יתר עם הקבוצה החשודה, אלא הקלת יתר עם השאר שיוצרת בעיה חמורה של אפליה לרעה. צריך להיות ברור –

ההתמקדות בקבוצה החשודה אינה פותרת את בעיית הביטחון במטוסים. היא אולי יוצרת אשליה כזאת, אך היא אינה מונעת פיגוע שעלול לבצע מי שאינו משתייך לקבוצה או משתייך אליה ועמד היטב בכידוק הביטחוני. ההנחה שהביטחון בשליטה עלולה אפילו להביא לידי כך שלא תינתן תשומת הלב הדרושה למקורות סיכון חוץ-קבוצתיים.

כרור גם שבמאזן ההשפעות של תיוג אתני צריך להביא בחשבון את ההשלכות על יחסו של המיעוט כלפי המדינה. ככל שהאמצעי הזה מביא לתחושות של ניכור ועוינות, נפגע החוסן החברתי. יותר מזה, תחושות של השפלה בעקבות האופן שבו המדינה נוהגת במאבק בטרור, המבוססות על החשדה כללית של המיעוט, עלולות ליצור בקרבו, בבחינת נבואה שמגשימה את עצמה, הבנה, הצדקה ואהדה למאבק נגד ישראל, הזדהות עם אויבי המדינה ותמיכה בהם, ובמקרים קיצוניים השתתפות פעילה בפעילות עוינת ואלימה, ואף מזוינת, נגד המדינה. מי שמתייחס לאחר שאינו אויב כאל אויב, עלול למצוא את עצמו מול אויב, פרי יצירתו שלו. בהנחה שהמאבק היעיל בטרור תלוי בעזרה של הציבור באיתור מפגעים וטרוריסטים אחרים, הבידוק הביטחוני על בסיס תיוג מנחית מכה קשה על המשאב הזה של מאבק בטרור.

## 5. ביטחון או חיסכון?

כשמקרים את העדשה אל מה שמכונה "ביטחון", מתברר שבמקרים לא מעטים אפשר לפרוט את הביטחון שמדובר בו לשיקולים של עלות בכסף ובכוח אדם. כך, מה שמוצג ככורח ביטחוני הוא למעשה בחירה בין חלופות לשמירה על הביטחון, והחלופה הנבחרת היא הזולה יותר או לפחות זו שנתפסת כך. לעתים מדובר בשיקול כלכלי קצר טווח או שאינו מרחיק ראות. לכאורה, הבידוק הביטחוני מורכב משני יסודות: האחד מתייחס לאמצעים לפיגוע, שאפשר לגלות אותם בעזרת אמצעים טכנולוגיים שמופעלים על הכבודה ועל הנוסע; והאחר מתייחס למפגע עצמו, הזדוני או התמים שעושים בו שימוש, ולמה שאפשר לגלות באמצעות התבוננות של אנשים (בודקים) בהתנהגות או בתגובות אנושיות של נוסעים.

לכאורה, נראה שההשקעה בטכנולוגיה עדיפה – היא בטוחה יותר, כלומר מעניקה ביטחון רב יותר, חשופה פחות לטעויות; שלא לדבר על כך שהיא חפה מהפגיעות הכרוכות בשימוש במדיניות תיוג. לאורך זמן היא כנראה גם זולה

יותר. אבל בטווח המידי היא עשויה להיות כרוכה בהשקעה גדולה של כסף, והסיבה העיקרית להימנעות ממנה היא חיסכון. התמקדות בטווח הקצר כשמדובר בהוצאת כספים היא בעיה ידועה שאינה מוגבלת להוצאות הביטחון. ניתן לשער שאילו גורמי הביטחון היו תובעים בדיקה מדוקדקת יותר של כלל הנוסעים, בשיטה המתמקדת באדם וכרוכה בהארכה ניכרת של ההמתנה, היה הדרג המדיני מוכן להשקיע את הדרוש כדי לטייב את הבידוק הטכנולוגי.

באשר לאפשרות להחיל בידוק ביטחוני מכוון אדם על כלל ציבור הנוסעים – שאיננה נטולת היגיון או הצדקה – אפשר להפעיל לשם כך כוח אדם רב מאוד בעלות גבוהה או להטיל חלק ניכר מהנטל על כלל הנוסעים, שיצטרכו להמתין זמן רב בתורים. ברור שהאפשרות זו היא צעד לא פופולרי מאוד בקרב הציבור, והשלטון יימנע ממנו משום שאינו רוצה לשאת במחיר של אובדן פופולריות. גם בסוגיית איחוד המשפחות אי-אפשר להימנע מהמחשבה על שיקולי העלות-תועלת בבחירה בין השיטות להבטחת הביטחון. ברור שהשיטה הכרוכה בחשד אישי-קונקרטי כתנאי לבידוק מיוחד עתירת השקעה ומשאבים יותר מהשיטה של איסור גורף. מעניין שנושא זה לא הוזכר כלל בטיעוני המדינה – כנראה משום שטיעון בשם הביטחון נשמע משכנע הרבה יותר מטיעון בשם החיסכון. מכל מקום, קשה להניח שהשיקול הכלכלי-תועלתני לא היה מהשיקולים העיקריים שכיוונו לפתרון שנבחר. ראייה מציאותית של הסוגיה עשויה להעלות במקרה זה, כמו במקרה הקודם, את האפשרות להשיג רמה גבוהה יותר של ביטחון באמצעות תוספת משאבים באופן שיבטיח את הפחתת הפגיעה בזכות.

לכאורה, הרטוריקה השיפוטית בדבר שיקולים תקציביים וזכויות אדם תומכת בפתרונות הפוגעניים פחות שעלותם גבוהה יותר, אבל היא איננה באה לידי ביטוי כשהשיקולים התקציביים אינם מונחים על השולחן כלל, ומה שמונח עליו במלוא כבודו וכובדו הוא ביטחון המדינה. מעניין ששני המקרים הם הפכים מבחינת ההתייחסות לחשד אישי קונקרטי: בסוגיית איחוד המשפחות ביקשה המדינה להימנע משיטה זו, בזמן שבבידוק הביטחוני היא אימצה אותה. ההסבר פשוט: אי-אפשר להעלות על הדעת למנוע מאזרחים ישראלים לטוס על יסוד החשדה כללית. ואולם ברור גם ששיטה שמבוססת על איתור חשד קונקרטי בטוחה פחות, הרמטית פחות, משיטה גורפת. גם מן הטעם הזה שיטת הבידוק הביטחוני המבוססת בעיקרה על "אדם מאתר אדם" בעייתית מבחינת יעילותה.

מבחינה חוקתית הסדרים גורפים חשודים במבט ראשון כסובלים מקשיחות יתר, מרוחב יתר, כמניבים תוצאות לא צודקות וכבלתי הוגנים ובלתי מידתיים. הן במקרה של הבידוק בנמל התעופה והן במקרה של איחוד משפחות, יש גם רכיב של הימנעות מקבלת אחריות. ככל שהשיטה הנבחרת גורפת או ממעטת בנטילת סיכונים, כך מצבם האישי של מעצבי השיטה טוב ובטוח יותר. אי־אפשר לבוא אליהם בטענות על מה שלא קרה, לעומת התרחיש ההפוך שבו הם חושפים את עצמם לטענות קשות בדבר אחריותם לאירוע פיגוע נורא שכן קרה. לעומת זאת, הפגיעות הנגרמות עקב השיטה שהנהיגו קלות יחסית לספיגה מבחינת הציבור הכללי.

## 6. הערכת חסר של הפגיעות הכרוכות בתיוג אתני כעניין מבני

האיזון של ביטחון המדינה מול זכויות אדם סובל לא רק מהערכת יתר של הביטחון, אלא גם מהערכת חסר של הזכויות הנפגעות. הערכת החסר של הפגיעות במיעוט אינה עניין מקרי, אלא מבני. היא קשורה, בין השאר, בכעיה תפיסית שמקורה בנקודות מבט שונות של הרוב והמיעוט באשר לפגיעות אלו. גם הרשות השופטת אינה חסינה מבעיה זו. דוגמה לכך אפשר למצוא בעמדתו של השופט מלצר בפסק הדין השני בעניין חוקתיותו של חוק הוראת השעה. התזה העיקרית המשרתת את השופט מלצר בביסוס מסקנתו – שהחוק משקף איזון ראוי בין כלל השיקולים הרלוונטיים – נשענת על עקרון הזהירות המונעת (the precautionary principle)<sup>82</sup>. לגישתו, עיקרון זה קובע כי בכל עת שהרשות המבצעת או הרשות המחוקקת מתמודדות עם סיכון פוטנציאלי שקשה לאמוד מראש את היקף הנזקים הממשי שיצמח ממנו אך הוא צפוי להיות רחב – המדינה רשאית לנקוט אמצעי זהירות מונעת אפילו בהיעדר הוכחה מספקת בנוגע לסבירות שאכן יתרחש אסון. כלומר, בכל עת שעקרון הזהירות המונעת ישים במקרה מסוים, אי־אפשר לטעון כי צעדי המניעה של המדינה אינם מידתיים ביחס לסכנה שהם באים לסכל<sup>83</sup>. ואכן, לפי גישה זו אפשר להחיל את עקרון הזהירות המונעת גם בהקשר של חוק הוראת השעה. הסיבה היא שבמקרה שלפנינו אמנם גורם האי־ודאות גבוה, אבל ההשלכות הפוטנציאליות של הנזקים שהחוק מכון

82 ראו דיון מעמיק בשימוש בעקרון הזהירות המונעת בהקשר זה בחלק 8 להלן.

83 בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 36 לפסק דינו של השופט מלצר.

למנוע הן עצומות. מדובר בהמחשה קיצונית של היחס המתקיים בין הערכת יתר של הביטחון ובין הערכת חסר של מה שניצב מולו. האינטרסים אינם נבחנים מתוך בידודם אלא בזיקה ביניהם, ולכן הערכת היתר מכשירה את הרקע ומזמינה את הערכת החסר. הגישה של עקרון הזהירות המונעת מתאפיינת בהתמקדות בצד אחד של המשוואה – הביטחון, למעשה מתוך הפקרת הצד האחר.

כפי שהבחינה היטב השופטת חיות, ההחלה של עקרון הזהירות המונעת על ידי השופט מלצר מעניקה משקל קל למדי, אם בכלל, לעובדה שכל אמצעי בלתי מתפשר שיופעל כלפי מיעוט אתני שמופלה לרעה מלכתחילה, יגרור עמו כשלעצמו נזקים נרחבים מסוגים שונים.<sup>84</sup> כפי שתואר לעיל, נזקים אלו כוללים את ההשפעות הסמליות וארוכות הטווח יותר של צעדים שלטוניים של אפליה, וכן את האפשרות שצעדים כאלו יחזרו כבומרנג על ידי הגברת האיבה והקיצוניות ורק יעודדו התנגדות אלימה של חברי קבוצת המיעוט. אם כן, בזמן שמדיניות תיוג נוקשה מנסה למנוע את התרחשותו של אסון פוטנציאלי אחד, היא תורמת להתממשותו של אסון אחר, קשה לא פחות. לפיכך עקרון הזהירות המונעת עשוי לסייע לנו לקבל החלטה רק אם נסכים באופן ברור ומודע על כך שאנו מתנגדים לסיכון מסוג מסוים ומתעלמים מסוג אחר.<sup>85</sup> ואכן, בתגובה לביקורת

84 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות.

85 כפי שציינה השופטת חיות, גם פרופ' סנסטין בחן את הפרצה האינהרנטית הזאת בשימוש בעקרון הזהירות המונעת:

The Precautionary Principle is literally incoherent, and for one reason: There are risks on all sides of social situations. It is therefore paralyzing; it forbids the very steps that it requires. Because risks are on all sides, the Precautionary Principle forbids action, inaction, and everything in between. Consider the question of what societies should do about genetic engineering, nuclear power, and terrorism. Aggressive steps, designed to control the underlying risks, seem to be compelled by the Precautionary Principle. But those very steps run afoul of the same principle, because each of them creates new risks of its own. It follows that many people who are described as risk averse are, in reality, no such thing. They are averse to particular risks, not to risks in general. (SUNSTEIN, לעיל ה"ש 77 בפרק זה, בעמ' 4-5).

של השופטת חיות בנוגע לשימוש הא-סימטרי שלו בעקרון הזהירות המונעת, ציין השופט מלצר כי הוא לא שכח להתייחס לעלויות שקבוצת המיעוט נושאת בהן, שכן "הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית לחיי משפחה הוגדרה ותוחמה, והיא נשקלה ושוכזה על ידי במסגרת מבחן המשנה השלישי של המידתיות ('מבחן היחסיות')".<sup>86</sup> תגובת השופט מלצר חושפת באופן ברור את ההערכה המוגבלת למדי של הנזקים הנובעים מחוק הוראת השעה. ההפרה של הזכות לחיי משפחה היא רק התוצאה הברורה והישירה יותר של אופיו המגביל של החוק הנידון אלא שכמו כל צורה אחרת של אפליה ממוסדת שמחילה הכללות קבוצתיות על מיעוטים אתניים, החוק גורר עמו גם פגיעה בזכות לשוויון, שכרוכות בה תחושות קשות של פגיעה, אולי אפילו השפלה, ובצדן או בעקבותיהן נזקים חברתיים עתידיים שמתכונתם המדויקת והיקפם קשים להערכה מראש.

במידה מסוימת באה כאן לידי ביטוי נטייה של מקבלי החלטות ומעריכיהן להתמקד בנזקים הישירים והמידיים, הקלים יותר להמשגה, העלולים לנבוע ממדיניות של תיוג אתני ולהתחשב פחות בנזקים מופשטים יותר – עקיפים, סמליים, תחושתיים וארוכי טווח. בהקשר שלנו מצטרפת לכך העובדה שמקבלי ההחלטות אינם שותפים בחווייתם האישית לתחושות המיעוט. על כך נרחיב בהמשך הדברים.

הערכת החסר של הפגיעות במיעוט אינה מקרית אלא עניין מבני. היא קשורה, בין השאר, בכעיה תפיסתית הנובעת מנקודות מבט וראות שונות של הרוב והמיעוט על אותן פגיעות. פרופ' רסל רובינסון (Robinson) הגדיר זאת "הפרדה תפיסתית" (perceptual segregation). בהתבססו על מחקרים אמפיריים רבים טען רובינסון כי תפיסת האפליה של קבוצות חזקות, שהוא מכנה "insiders", לרוב צרה בהרבה מזו של הקבוצות החלשות – "outsiders".<sup>87</sup>

86 בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 40(ב) לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשה במקור).

87 Russell K. Robinson, *Perceptual Segregation*, 108 COLUM. L. REV. 1093, 1106–1117 (2008). פרופ' רובינסון מתמקד בשני סוגים של אפליה: מבוססת גזע ומבוססת מגדר. לעניין האפליה הגזעית כותב רובינסון במילים פשוטות: "Blacks and whites, on average, tend to view allegations of racial discrimination through substantially different perceptual frameworks" (שם, בעמ' 1107).



לגישתו, אחד הגורמים העיקריים לפערי התפיסה הללו נוגע לעובדה ש-insiders נוטים לחפש ראיות חותכות לכוונה מפלה – לפיכך התפיסה המאפיינת אותם היא שרוב האנשים עיוורי צבעים והסוטים מנורמה זו הם חריגים לכלל. לעומת זאת, outsiders צפויים להיות ערניים הרבה יותר לביטויים של הטיות משתמעות – לפיכך התפיסה המאפיינת אותם היא שגזענות היא תופעה רווחת למדי וטבועה בדפוסים קוגניטיביים שגרתיים, אפילו כשהראיות לקיומה אינן מפורשות בחיי היום-יום במידה מספקת כדי לשכנע את רוב ה-insiders.<sup>88</sup> פערים תפיסתיים משפיעים בהכרח גם על הרשות השופטת, המורכבת ברובה המוחלט מחברי הקבוצה החזקה, כפי שיומחש בהמשך הדברים.<sup>89</sup> הניתוח של פרופ' רובינסון מתאר את ההבדל בין הרוב למיעוט בעצם התפיסה של הגדרת האפליה והיקפה. סביר לא פחות שהפער בין הרוב למיעוט ישפיע גם על האופן שבו ההשלכות החברתיות והאישיות של תופעת האפליה נתפסות,<sup>90</sup> ולו רק משום שיש הבדל מהותי בין מי שחש תחושה ובין מי שאמור לדמיין תחושה שחש האחר; בין מי שכף רגלו לכודה בנעל לוחצת ובין מי שמתהלך לצדו בנעליים נוחות. יש עוד גורמים שעשויים להסביר את הערכת החסר של הפגיעות הנגרמות. אחד מהם הוא הנטייה לייחס את שורש הרע לתפוחים הרקובים, למשל מאבטחים גסי רוח שפוגעים שלא לצורך בנבדקים. אם זהו שורש הרע, אומרים לעצמם בעלי נטייה זו, אפשר להתמודד עם הבעיה באמצעות טיפול בחריגים, וכך יבוא המצב

88 שם, בעמ' 1126-1127. כן ראו בהקשר זה Jerry Kang, *Trojan Horse of Race*, 118 HARV. L. REV. 1489 (2005). קנג טוען כי: "Most of us have implicit biases in the form of negative beliefs (stereotypes) and attitudes (prejudice) against racial minorities" (שם, בעמ' 1489), אבל מדגיש כי הטיות אלו "are not well reflected in explicit self-reported measures" (שם, בעמ' 1494).

89 ראו למשל שם, בעמ' 1157: "[...] a black employee might in good faith allege racial discrimination, or a female employee might in good faith assert sexual discrimination or harassment, but a white male judge might readily conclude that the outsider's good faith assertion was unreasonable"

90 בהחלט אפשר לטעון שהפערים הקוגניטיביים הללו בנוגע לפרשנות האפליה הם, כשלעצמם, תוצאה של אפליה ארוכת שנים. לפיכך עצם קיומם של הפערים כבר יכול ללמדנו משהו בנוגע לאופן שבו insiders תופסים את השלכותיה של אפליה, בניגוד לאופן ש-insiders רואים אותה (או בעצם חווים אותה).

אל תיקונו. העין אינה רוצה לראות את הפגיעה המתקיימת גם בכידוק השגרתני, וכשהיא רואה אותו, היא ממוזעת אותו ומצדיקה אותו בביטחון, במקרה זה למען מניעת אסון נורא. מסייעת לעניין זה העובדה שמדובר בעניין שגרתני שמוחל באופן מסיבי. בתוך המסה הזאת היחיד נעלם. המוח מסרב להכיר בכך שגסות הכדוק אינה בעיה פרטנית, אלא היא תוצר לוואי של בעיה מבנית. כאמור, רבים בחברה הכללית רואים בערכים סיכון ביטחוני, ולכן תפישתם וההתייחסות אליהם כאל חשודים היא בעיניהם טבעית ומוצדקת. וגם אם יש מודעות לכך שמדובר בסוג של עוול – אם הבחירה היא בין קבלת העוול הזה ובין האי-נוחות שתוטל על הכלל, יעדיפו הרוב את העוול, הנגרם לאחר, למען נוחותם שלהם.

#### 7. הטיית חלוקתיות והיחס ל"אחר"

הטייה חשובה שקשורה קשר הדוק לסוגיית ההכללות נוגעת לעובדה שהגורמים המחזיקים בכוח להחליט על החלת מדיניות של תיוג אתני במצב נתון אינם בדרך כלל חלק מהקבוצה המתויגת או חלק משום מיעוט מובחן אחר – אתני, דתי או גזעי. כלומר, לאנשים שעליהם מוטלת בשגרה המשימה לאזן בין השיקולים הרלוונטיים יש מושג מוצק למדי באשר למעמדם שלהם בחברה. בניגוד למצב האופטימלי, קבלת ההחלטות בעניין זה איננה מתבצעת באופן אובייקטיבי ונטול פניות, ודאי שלא מאחורי מסך בערות שנועד להבטיח שההסדרים שייקבעו יהיו הוגנים. מדובר בהטייה חשובה, שכן מדיניות תיוג היא מטבעה שיטה להחליף את המחיר שהחברה בכללותה נושאת במחיר המוטל ברובו על חברי קבוצה ספציפית (הקבוצה המתויגת).<sup>91</sup> לכולם יש אינטרס בביטחון אגב חיסכון במשאבים, ואינטרס זה מנוגד לאינטרס של הקבוצה המתויגת שלא להיות נתונה ליחס דיפרנציאלי. דוגמה טובה למרכזיותו של רציונל זה להפעלת מדיניות תיוג בכידוק הביטחוני בשדות התעופה נשקפת מדבריו של ראש השב"כ לשעבר כרמי גילון:

לכאורה, אין מושג של "בדיקה קפדנית מדי". למעשה – יש ויש אפשר להחליט, למשל, להוציא כל שפופרת של משחת-שיניים שנמצאת בתיק או במזוודה של כל נוסע ולבדוק מה יש בה, על

91 אם בשלב זה נניח בצד את הנזקים ארוכי הטווח שהם תוצאה של מדיניות תיוג ובסופו של דבר עלולים גם כן להשפיע על החברה בכללותה.

ידי התזה של החומר. הרי קיימת אפשרות שבשפופרת הוחבא נניח גאז מדמיע או מרדים. אפשר לדרוש לפרק כל מחשב אישי, כל מצלמה, או לאסור להטיסם, משום שניתן להשתמש בכלים האלה להסתרת חומרי-נפץ פלסטיים או כלי-נשק. אפשר גם לדרוש מכל נוסע להתפשט עירום כביום היוולדו לצורך הבדיקה. החלטות אלה אפשריות, באופן תיאורטי. יהיו אולי כאלה שאף יגידו שזה רצוי ומוצדק. אבל משמעות יישומן תהיה שהתור לכל טיסה יימשך 8 שעות, ואולי אף יותר. איש מבין המיליונים הרבים שמשתמשים בשירותי חברות-התעופה לא יסכים לכך, גם אם יוסבר לו שזה מצמצם במידת-מה את שולי הסיכון [...]. ככה זה בחיים: אנשים שואפים לביטחון מלא, אבל הם מבינים שכדי להשיג אותו, צריך להסתגר בבית, בתוך בועה, ולא לצאת ממנה אף פעם, וזה הרי לא מעשי. על כן, צריך לקחת סיכונים מחושבים.

האבטחה, אפוא, תתמקד במי שנחשב לחשוד פוטנציאלי, על-פי קריטריונים שנקבעו לאחר מחשבה רבה וניסיון עצום.<sup>92</sup>

דבריו של גילון מגלים שהחזיון של ביטחון מוחלט, מהסוג שהשופט גרוניס שואף אליו, הוא חזיון שווא גם מבחינת חוסר המציאותיות שבו. לעולם מדובר בנטילת סיכון מחושב. הדברים מגלים לנו עוד שבקביעת הסיכון המחושב המומחה לביטחון הוא בעצם סוציולוג חובב שפועל לפי השאלה מה הציבור הרחב יקבל. כדי להניח את דעתו של ציבור זה, עלינו להתמקד – בלשונו של גילון – בחשוד פוטנציאלי, למעשה במיעוט כולו, על יסוד החשדה כלל-קבוצתית, משום שהתמקדות כזאת נוחה לרוב ולכן קבילה מבחינתו. ואת המיעוט מי סופר? יושם אל לב שבהתמקדות בבידוק האזרחים הערבים הבעיה של נטילת הסיכון אינה נעלמת. החששות שציין גילון חלים על כלל הציבור המוטס, בכלל זה האזרחים היהודים. בידוק יתר של הערבים אינו מטפל בבעיה זו כלל. להפך,

92 גילון, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, בעמ' 310.

הוא מחמיר אותה, שכן הוא מסיח את הדעת ממנה. ודווקא מהמקום שממנו הדעת מסוחת, עלולה לבוא פורענות.

כך, העלות הקולקטיבית שכולנו מעוניינים להימנע ממנה, מומרת בעלות שנושאת בעיקר קבוצה מסוימת של אנשים. מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך, אמרו חכמינו, אך לא כך אנו נוהגים. מה שלא קביל מבחינתנו כשמדובר בנו, נעשה קביל עלינו כשמדובר באחר. ואכן, הגישה הבסיסית היא שיישום קפדני וארוך של נהלים ביטחוניים בנוגע לכל נוסע ונוסע – אפשרות שעשויה להשיג הן ביטחון מוגבר והן שמירה טובה יותר על זכויות אדם – איננה אפשרות של ממש, ושהדילמה האמיתית היא אפוא אך ורק כיצד לאזן בין תכלית הביטחון המושגת באמצעות מדיניות התיוג לבין הנזקים הבלתי נמנעים שהיא מביאה עמה.<sup>93</sup> אך אולי ראוי לשלם מחיר כזה כדי להימנע מהנזקים הפוטנציאליים הכבדים?<sup>94</sup>

נחזור ונדגיש כי רובם המוחלט של חברי הקבוצה המתויגת אינם נושאים בכל אחריות אישית למעמדם המפוקפק כחשודים פוטנציאליים, והטיפול הקפדני שהם עוברים בבירוק הביטחוני הוא אך ורק תוצאה של מאפיין מולד ובלתי נשלט (להיוולד למוצא לאומי-אתני מסוים). יש שהמשיגו את ההיטפלות להיבטים כאלו של תיוג אתני או גזעי – כלומר, את האופן שפוגעים בו בזכויותיהם ובחירויותיהם של פרטים נעדרי אשמה שמשתייכים לקבוצות מסוימות וקבועות

93 המדינה התייחסה לאפשרות להחיל בירוק ביטחוני אחיד לכלל הנוסעים, אבל העלתה כמה נימוקים לדחייתה: נוהל אחיד יפר שלא לצורך את זכויותיהם של נוסעים רבים שאין בהם כל סכנה; הדבר ישבש במידה ניכרת את התנהלותם השוטפת של שדות התעופה, שכן הוא יחייב נוסעים להגיע כשש שעות בטרם יסיטם ולחכות שלוש שעות בתור לבירוק הביטחוני; הדבר אף יפגום במודעותם ובערנותם של אנשי הביטחון, ומכאן שישכן בסופו של דבר את יעילותה של כל מערכת האבטחה; ולבסוף, בירוק אחיד יחייב הוצאות כספיות נכבדות (פס' 39 לתגובה המשלימה מטעם המשיבים בבג"ץ 4797/07 (15.11.2009)). עוד ראו גילון, לעיל ה"ש 2 בפרק זה, בעמ' 311-312.

94 באופן מפתיע ובלתי משכנע בפסקי הדין בעניין חוק הוראת השעה לא הוזכרה כלל עלות החלופה של בדיקה אינדיווידואלית. היעדר האזכור הזה חשוד, שכן קשה להניח שהוא לא השפיע על עמדתם של גורמי הביטחון וקובעי המדיניות. הדעת נותנת שחוסר האהדה הכללי כלפי הציבור הערבי בישראל איננו בדיוק זרו או תמריץ לנכונות להשקיע מאמצים ומשאבים כדי לאפשר להם הקמת בית משותף עם בן זוגם במדינתם. הנכונות לשלם עבור אי-פגיעה בזכויות אדם בסיסיות איננה עיוורת צבעים.

מראש בשאיפה להגביר את הרווחה של החברה בכללותה – בתור מס שנגבה לטובת קידום האינטרס הכללי, ששאר החברה מצליח לחמוק ממנו.<sup>95</sup> אם נקבל את הגישה הבסיסית של איזון, וכן את הרעיון הכללי שמסים צריכים להיות מוטלים באופן שוויוני, כדי להצדיק את המדיניות הלא שוויונית הזאת, על החברה למצוא דרך לקזז כביכול את הנטל המוגדל המוטל על הקבוצה המתויגת.<sup>96</sup> בהיעדר אפשרות ראלית לעשות כן,<sup>97</sup> על החברה לחזור לשולחן הסרטוט של ההתמודדות עם הבעיה ולמצוא לה פתרון, הפעם בדרך שהנטל בה מחולק באופן שווה והוגן – בין שבהשקעת משאבים נוספים בבדיקות הביטחוניות או בנכונות להאריך את זמן ההמתנה בתורים, ובין שבהגדלה של רמת הסיכון לביטחון התעופתי.<sup>98</sup> כך בעיקרון.

במציאות יכולתם של מקבלי ההחלטות להקריב את האינטרסים של הרוב ההגמוני שהם משתייכים אליו לקויה למדי ככל הנראה. הטיה חלוקתית זו רלוונטית בעיקר מן הסתם בחברות משוסעות, שבטיות, שלא הצליחו ליצור

95 ראו למשל (Randal Kennedy, Race, Crime and the Law 159 (1997); מרגליות, לעיל ה"ש 10 בפרק זה, בעמ' 336-337).

96 נראה שלא רק שאי-אפשר לטעון שערכים ישראלים ככלל מקבלים הטבות שעשויות כביכול להתקזז עם הנטל המוגדל שהם נושאים בשל היותם נתונים למדיניות תיוג, למשל בבדיקת ביטחוני בשדות התעופה, אלא שלמעשה הם אף סובלים זה זמן רב מאפליה בכל תחומי החיים. ראו עוזי בנוזימן ועטאללה מנצור דיירי משנה: ערביי ישראל, מעמדם והמדיניות כלפיהם (1992); הילי מודריק אבן-חן העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה 51-54 (מרדכי קרמניצר ודוד נחמיאס מנחים, 2000); Eyal Benvenisti & Dahlia Shaham, *Facially Neutral Discrimination and the Israeli Supreme Court*, 36 N.Y.U.J. INT'L LAW & POL. 677 (2004)

97 בהקשר של מדיניות תיוג שמופעלת כלפי מיעוטים אתניים, אנו סבורים כי אכן אין כל דרך ראלית להפחית את העלויות המוטלות על הקבוצה המתויגת, בייחוד בשל הנזקים המופשטים יותר והלא ניתנים לכימות כמו רגשות של השפלה, ניכור מהחברה והנצחת האפליה ארוכת הטווח.

98 יש כמובן גם אפשרויות נוספות להתייחס לבעיה זו, שהיקפן רחב בהרבה ממבחן האיזון המוגבל של השאלה הספציפית הנתונה. אפשרויות כאלה כוללות למשל טיפול בשורש האמיתי של הבעיה – בסיבות שבגינן הטרור צומח מלכתחילה – ולא רק בתסמינים שלה.

מכנה משותף אזרחי. הבידול החברתי בין יהודים לערבים שמתגוררים במקרים רבים במקומות שונים, לומדים במסגרות נפרדות, אינם אמורים מבחינה חברתית להינשא אלה לאלה, והסכסוך הישראלי-פלסטיני – כל אלה תורמים לכך שהערבים הם "אחר" מובהק שהאינטרסים שלו שונים מהאינטרסים שלנו. אין דומה פגיעה באינטרסים שלו לפגיעה באינטרסים שלנו. כשהפגיעה באינטרסים שלו באה למנוע פגיעה באינטרסים שלנו, אין מחסום ממשי מפניה. נהפוך הוא: רב הפיתוי לנקוט אותה.

ההטיה החלוקתית באה לידי ביטוי לא רק בקביעת המדיניות אלא גם ביישומה. צוותי הביטחון בשדות התעופה מורכבים ברובם המוחלט מחברי הרוב היהודי ההגמוני. דיווחים רבים של אזרחים ממוצא ערבי מעידים על היחס שסבלו מידיהם של אנשי הביטחון – יחס של השפלה לא נחוצה ופוגענות מיותרת.<sup>99</sup> מצב עניינים זה עשוי בהחלט להיות תוצאה של התפיסות המוטות המושרשות

99 כמו שציינה פרופ' נאדירה שלהוב-קבורקיאן, אזרחית ישראלית ממוצא ערבי, מנסיונה האישי:

הם התחילו להוציא מהתיק את כל מה שהיה בתוכו: בגדים, ספרים, מסמכים, נעליים וחפצים אישיים אחרים. הם שמו הכל על השולחן בצורה לא מסודרת והתחילו לערבב ולפזר את חפצי. הם בדקו הכל. אחד מהם הוציא מאמר כתוב בשפה הערבית ואמר: "איזה שפה מפגרת!", וכולם צחקו. אני הייתי היחידה שטיפלו בה. כל הנוסעים עברו את תהליך הבדיקה השגרתי, ואני נשארתי לבד עם צוות שלם. כל אחד מאנשי הצוות היה עסוק בבדיקה וחיפוש כלשהו. אחד מהם לקח את הארנק שלי והוציא מתוכו הכל: כרטיסי ביקור, כרטיסי אשראי, תמונות למשפחה, מספרי טלפון ועוד. הוא בדק את כל כרטיסי הביקור שלי והתחיל בתשאול. אחר-כך הוא הוציא תמונה משפחתית ושם אותה על השולחן. חבר שלו הניח את הנעליים שלי מעל התמונה, ואני לא יכולתי להתאפק. תמונה אחרת היתה של בן של חברה אפריקאית שלי, וכולם צחקו בגלל הצבע שלו [...]. הם כיסו את המחשב ואמרו לי שאני לא יכולה לקחת אותו איתי [...]. ביקשתי לדבר עם האחראי. ניגש אלי בחור בשם טל ורדי. אמרתי לו שאני לא יכולה לוותר על המחשב שלי [...]. הוא ענה: "את חושבת שיש לי זמן בשבילך? בפעם הבאה אני ארים לך טלפון ואעדכן אותך". הם לקחו את הטלפון הסלולרי שלי, ולא יכולתי להתקשר לאף אחד או להיעזר במישהו. התחלתי להתרגז ולא התאפקתי, זו היתה התנהגות משפילה ביותר ומבזה. בסוף, אחרי יותר משלוש שעות חיפוש, לא

היטב בכל הקשור לקבוצת המיעוט המתויגת, שלמרבח הצער נטועות עמוק בקרב חברים ברוב היהודי. יתר על כן, פרקטיקה של תיוג אתני צפויה להשפיע באופן מובהק וישיר גם על הבודקים שלא התייצבו לעבודה עם עמדות מוכנות מראש. מי שאמורים ליישם פרקטיקה גזענית, אך טבעי שיושפעו בעצמם, בתפיסותיהם ובדרכי התנהגותם, מהיסוד הגזעני שבפרקטיקה שהם מופקדים עליה. ברור שיחס מזלזל ומשפיל מסוג זה – שמן הסתם אינו קשור בשום אופן לרצון לקדם ביטחון בשדות התעופה – מעצים את נזקיו של השימוש בתיוג אתני.

#### 8. עקרון הזהירות המונעת – אמצעי להתמודדות עם טרור או רעיון מסוכן?

בדיוננו בעניין הערכת החסר של הפגיעות הכרוכות בהפעלת מדיניות תיוג לצורך התמודדות עם טרור, הובא כדוגמה השימוש שעשה השופט מלצר בעקרון הזהירות המונעת בפסק הדין השני בשאלת חוקתיותו של חוק הוראת השעה. כאן נבקש להרחיב את היריעה הן באשר לסכנה הטמונה ביישום עקרון הזהירות המונעת בהקשרים של ביטחון לאומי בכלל ולוחמה בטרור בפרט, והן כהמחשה לנטיות העלולות להתפתח בפסיקה כשעל הפרק הגנה על ביטחון המדינה.

עקרון הזהירות המונעת קובע כאמור כי כל עת שהרשות המבצעת או הרשות המחוקקת מתמודדות עם סיכון פוטנציאלי שקשה לאמוד מראש את היקף הנזקים הממשי שיצמח ממנו אך הוא צפוי להיות רחב – המדינה רשאית לנקוט אמצעי זהירות מונעת אפילו בהיעדר הוכחה מספקת בנוגע לסבירות שאכן יתרחש אסון.<sup>100</sup> עיקרון זה – שלאחרונה נעשה עיקרון חשוב במשפט הציבורי ברחבי

---

יכולתי לנסוע. המטוס היה אמור להמריא. החלטתי לא להשתתף בכנס (עמ' 9

לעתירה בבג"ץ 4797/07 (31.5.2007)).

להרחבה ראו פסק הדין שניתן בתביעה האזרחית שהגישה שלהוב-קבורקיאן בנושא: ת"א (שלום ת"א) 6783-11-09 קבורקיאן נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 15.2.2015).

100 בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 34 לפסק דינו של השופט מלצר. עוד ניסוח מקובל של עיקרון זה הוא: "Where an activity raises threats of harm to the environment or human health, precautionary measures should be taken even if some cause and effect relationship are not fully established scientifically. In this context the proponent of an activity, rather than the public bears the burden of proof" (*Wingspread Statement on the Precautionary Principle* (1998) (online))

העולם – מיושם ככלל בתחומים כמו הגנת הסביבה, השימוש באנרגיה גרעינית והטיפול בפסולת גרעינית או הנדסה גנטית. עם זאת השופט מלצר משתמש בפסיקה מנחה לעניין עיקרון זה שהוציא בית הדין האירופי בערכאה ראשונה בנושא אחר לחלוטין,<sup>101</sup> וקובע על פיה שכל עת שעקרון הזהירות המונעת ישים במקרה מסוים, אי־אפשר לטעון כי צעדי המניעה של המדינה אינם מידתיים ביחס לסכנה שהם באים לסכל.<sup>102</sup> כמו שמבהיר השופט מלצר: “better safe than sorry”. צא ולמד: המידתיות כשהיא מופעלת במתכונתה הרגילה איננה מבטיחה איזון ראוי בין ביטחון הציבור לזכויות אדם, ועל כן דאגתו לביטחון הציבור מביאה אותו להציע שיטה שבה ידו של הביטחון בהכרח על העליונה, תהא רמת הסיכון אשר תהא.

ואכן, על פי גישה זו אפשר להחיל את עקרון הזהירות המונעת בהקשר של חוק הוראת השעה, שכן במקרה שלפנינו אמנם האי־ודאות גבוהה, אבל ההשלכות הפוטנציאליות של הנזקים שהחוק מכוון למנוע הן קשות:

יישום עיקרון הזהירות המונעת במקרה שלפנינו מתבקש איפוא, שכן מדובר במצב שבו אי הוודאות היא רבה ואף כי תוחלת הסיכון הנטענת היא נמוכה מאוד יחסית, האסון שיכול להיגרם הוא נורא ואין למעשה דרך חלופית למנוע אותו, אלא בדרך של הגבלה

Case T-13/99, Pfizer Animal Health SA v. Council of the European Union, 101  
2002 E.C.R. II-3305. בעניין זה נעשה שימוש קלאסי בעקרון הזהירות המונעת –  
בית הדין נזקק לו לצורך דחיית עתירה נגד ביטול תקנות שהתירו שימוש בתוספים  
אנטיביוטיים חקלאיים מסוימים כדי להגן על בריאות הציבור, אף שלא הוכח בוודאות  
הקשר הסיבתי בין השימוש בהם ובין הנזק הבריאותי שנידון.

102 בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 36 לפסק דינו של השופט מלצר.  
השופט מלצר נסמך במסקנתו על כתיבה עדכנית בנושא. למשל, Björn M. Funk,  
*The Precautionary Principle, in THE EARTH CHARTER: FRAMEWORK FOR  
GLOBAL GOVERNANCE* 191, 196 (Klaus Bosselmann & J. Ronald Engel eds.,  
2010); Jessica Stern & Jonathan B. Weiner, *Terrorism and Weapons of Mass  
Destruction, in THE REALITY OF PRECAUTION: COMPARING RISK REGULATION  
IN THE UNITED STATES AND EUROPE* (Jonathan B. Weiner, Michael D. Rogers,  
Janes K. Hammitt, & Peter H. Sand eds., 2011)



כוללת (עם חריגים, כפי שנעשה הדבר בחוק המתוקן). יתר על כן, הפרמטרים להשוואה בין הנזק הפוטנציאלי לבין הפגיעה בזכות מציבים ערכים שונים, שקשה להציגם ולאומדם זה כנגד זה.<sup>103</sup>

מהניתוח הזה השופט מלצר מסיק כי חוק הוראת השעה עומד במבחן המשנה השלישי (והעיקרי) של דרישת המידתיות, שהיא חלק עיקרי בפסקת ההגבלה הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>104</sup> אם החוק הנידון עומד בכל הדרישות החוקתיות הקודמות, שבדרך כלל מתפרשות כטכניות יותר באופיין,<sup>105</sup> מבחן משנה זה, שמכונה גם "מבחן האמצעי המידתי", בוחן את האיזון הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית העומדת בבסיס החוק ובין הפרת הזכויות החוקתיות שהוא גורר עמו. כך, לפי השופט מלצר, כל זמן שחוק מגביל באופיו מכוון למנוע אסון פוטנציאלי מלהתרחש – אפילו במקרים שבהם הסבירות של התרחשות האסון איננה מבוססת ועשויה להיות נמוכה ביותר – החוק נתפס אוטומטית כמשקף את האיזון הנכון בין כל השיקולים הרלוונטיים.<sup>106</sup> בכך חותר הגיונה של הזהירות המונעת גם תחת הגיון הפעלתם של מבחני המידתיות הראשון והשני. כלומר, מדובר בעצם באמצעי שמזמין התחמקות ממבחני

103 בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 40 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשות במקור).

104 ס' 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק־יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (ההדגשה שלנו).

105 את דרישת המידתיות בחוק היסוד פירש בית המשפט העליון כנבחנת על פי שלושה מבחני משנה: (א) מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה, הדרוש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי שנבחר כדי להגשימה; (ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הקובע כי על החוקק לבחור באמצעי שבמסגרתו מושגת התכלית הראויה שבבסיס החוק בלי לפגוע מעבר לדרוש בזכויות אדם; (ג) מבחן האמצעי המידתי או מבחן המידתיות הצרה, הבוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה ובין היקף הפגיעה בזכויות חוקתיות שנובעת מכך (ראו למשל בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 57-60 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)).

106 בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 38 לפסק דינו של השופט מלצר.

המידתיות. במקום ניסיון להתמודדות רציונלית, מאומץ תכתיב שמעניק קדימות אי-פריוורית לביטחון על פני זכויות אדם. במקום להניח את האצבע על הצד במאזניים הסובל מהטיה נגדו, השופט מלצר מניח את כל משקלו דווקא על הצד השני של המאזניים, שאינו זקוק לעודף המשקל הזה כלל – הצד הסובל בלאו הכי מעודף משקל. אי-אפשר להימנע מהשאלה טורדת המנוחה: האם יש כאן הליך של בחינה, או תרגיל שנועד למנוע בחינה ממשית ולהצדיק מראש כל פעולה שננקטת בשם הביטחון?

עקרון הזהירות המונעת הוא עיקרון בעייתי השנוי במחלוקת אפילו בסביבתו הטבעית – תחום איכות הסביבה – אפילו כשהפעלתו כרוכה בהשקעת משאבים ציבוריים ולא בפגיעה בזכויות אדם. יש שקוראים להפעלה זהירה, מוגבלת ומידתית שלו, שכן ביישומו יש, או עלולה להיות, הימנעות משקילה מלאה של כלל הנתונים, והוא עלול לעודד עצלות חשיבתית או לפחות הימנעות ממלוא המאמץ לברר את כל הניתן לבירור.<sup>107</sup> בהפעלתו מתעוררת השאלה כיצד מבטיחים, או לפחות יוצרים, הסתברות שיש בה כדי לשכנע שבטווח הארוך ההזדקקות לו תועיל יותר משתזיק.

ובכל זאת, ההיגיון להפעלתו בהקשר של איכות הסביבה, שהנביע את הצורך בו, נעוץ בנטייתם של בני אדם לייחס לסיכונים ארוכי טווח וקלושים משקל אפסי ולהתעלם מהם כליל. רציונל זה מבהיר היטב מדוע אין לו מקום בהקשר של התמודדות עם טרור. הסיכון העיקרי הנובע מטרור הוא בטווח הקצר והימדי. הנטייה האנושית בעניינו איננה לייחס לו משקל נמוך או להתעלם ממנו, אלא ההפך הגמור – להעצימו עד מאוד ולזכותו במרב ההתחשבות ותשומת הלב כדי למונעו. כלומר, אם העיקרון בא להעצים את מה שטעון העצמה, הוא אינו יכול להיות רלוונטי בהקשר של מאבק בטרור. אם בכלל, ואם אכן אפשר להפעיל כאן חשיבה סימטרית, בהקשר של טרור נדרש עיקרון הפוך שיוכל לאזן את דאגת היתר לביטחון.

עקרון הזהירות המונעת נועד להציל את האנושות מקטסטרופות שמסכנות את קיומה. הטרור שמדינת ישראל מתמודדת עמו הוא תופעה קשה ומסוכנת,

107 ראו למשל Robert V. Percival, *Who's Afraid of the Precautionary Principle?*, 23 *PACE ENVTL. L. REV.* 21, 27–36 (2006), הפורש את הביקורות העיקריות נגד עקרון הזהירות המונעת בתחום הגנת הסביבה.

אך אין מדובר כלל ועיקר בסכנה קיומית. גם מבחינה זו מדובר בעירוב מין בשאינו מינו. זאת ועוד, כשהעיקרון מופעל בנסיבות הכרוכות בפגיעה בזכויות אדם, וזה דווקא המקרה החריג, מדובר בפגיעה אוניברסלית, עיוורת צבעים. לענייננו, מדובר באמצעי שהוא ההפך מכך: הוא מכוון כלפי אוכלוסייה מסוימת, שמאופיינת בהיותה מיעוט לאומי, שגם בהקשרים אחרים מופלה לרעה או אינו זוכה ליחס שוויוני. זאת ועוד, מדובר כאן במצב עניינים שמזמין את הפגיעה במיעוט ומאתגר את ההוגנות של הרוב, שכן כאמור למעלה למקבלי ההחלטות קל להחליט על פגיעה שהם אינם מושפעים ממנה, ולרוב קל להשתכנע שהפגיעה מוצדקת כאשר הוא אינו סובל ממנה אלא רק מישו "אחר". מצב זה מחייב גישה שיפוטית מקפידה במיוחד, חשדנית וספקנית – היפוכה הגמור של הגישה המאמצת את עקרון הזהירות המונעת.

השימוש בעקרון הזהירות המונעת אינו רק מופרך, כאמור, אלא גם מסוכן. הטרור הוא אמצעי לוחמה פסיכולוגי שנועד לעורר ולהעצים פחד למטרות שונות. הרשויות המתמודדות עם הטרור, מצדן, עשויות להעצים את הפחד הזה הן למטרות של השגת לגיטימציה לנקיטת אמצעי נגד והן משיקולים אחרים, אף שבנסיבות אלה מה שנדרש באמת הוא דווקא מיתון הפחד על ידי השלטון האחראי. השימוש בעקרון הזהירות המונעת פועל הפוך. הוא מגביר את הפחד, שכן הוא משווה את הטרור לקטסטרופה עולמית שמסכנת את קיום האנושות כולה. אם כבר, יש להניח שהטרוריסטים והתומכים בהם שואבים נחת מההשוואה הזאת.

בטרם ניגשים לניתוח דברים אלה יש לבחון אם גישה מעשית – להבדיל מגישה הצהרתית – של נטילת אפס סיכונים בהתמודדות עם הטרור אכן מתקבלת על הדעת. דומה כי גישה כזאת הרת אסון, שכן היא כרוכה בשלילת החירויות הבסיסיות ההופכות את החיים לראויים, ובסופו של דבר גם לא תצליח להשיג את המבוקש. כפי שכתבה הנשיאה ביניש בפסק דינה בעתירה השנייה נגד חוק הוראת השעה:

לגישתי, תפיסה לפיה *it's better to be safe than sorry*, המבכרת הליכה על הקו הבטוח – גם מקום בו אין קשר סיבתי ישיר בין הפעולה הנמנעת ובין התוצאות האפשריות שלה – היא גישה

רחבה עד מאוד. יש בה סיכון משמעותי לא רק לפגיעה בזכויות חוקתיות, אלא גם לפגיעה בהליכי קבלת החלטות. שהרי, אם בכל מקרה עדיף להיות בטוח, אין כלל צורך לבחון חלופות שמצמצמות את הפגיעה [...] אינני שותפה לעמדות שהביעו חלק מחבריי לפיהן הסיכון הנשקף מהתרת איחוד המשפחות בכפוף לבידוק פרטני או נקיטה באמצעי בידוק אחרים הוא כזה שמצדיק פגיעה כה רחבה בזכויות יסוד חוקתיות. אינני חולקת על הצורך הביטחוני ועל הנתונים וההערכות שביסודו. אולם, שומה עלינו להבטיח ששימוש בעקרונות כמו עקרון הזהירות המונעת – שמטרתם להחיל הסדרים רחבים ביותר כדי למנוע סיכון פוטנציאלי – אינם גורמים בעצמם לנזק ממשי. חוק האזרחות – במתכונתו הרחבה ומבלי שיש בו בדיקה פרטנית של מבקשי איחוד המשפחות – מוביל לנזקים משמעותיים ביותר. יש לו השפעה על התפיסות הדמוקרטיות הבסיסיות ביותר שלנו. יש בו פגיעה קשה בזכויות החוקתיות של אזרחי ישראל הערבים. יש בו פוטנציאל ממשי למדרון חלקלק שעשוי להוביל לשימוש באמצעים רגולטורים מרחיבים כדי למנוע סיכון ברמות שונות. כל אלה צריכים להילקח בחשבון. אין להתחשב רק בסיכון שנמנע עקב השימוש בעקרון הזהירות המונעת, אלא גם בסיכון שהוא עצמו יוצר.<sup>108</sup>

אם זו נקודת המוצא, מה שהשופט מלצר מתאר הוא למעשה הטיה של מקבלי החלטות שמעדיפים להימנע מנטילת סיכון סביר בשל השיקול האישי המובן של אי-נכונות לשאת באחריות לתוצאות. במקום ליצור משקל נגדי שיהיה בו כדי לקזז את השפעתה המטה והמטעה של הטיה זו, השופט מלצר מעניק לה גושפנקה שיפוטית. ההטיה מקבלת מעמד נורמטיבי. זאת ועוד, היכן נמצאת, אם בכלל, נקודת העצירה של העיקרון הזה בהקשר של המאבק בטרור? ומדוע יש להשתמש בו רק בהקשר זה, ולא בתחומים נוספים כמו מאבק בפשע מאורגן או בפשיעה חמורה בכלל?

108 בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 12-13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

הנחמה היחידה, נחמה פורתא, היא שהשופט מלצר כנראה חש תחושה חריפה של חוסר נחת מהשימוש באמצעי של חוק הוראת השעה למאבק בטרור, שכן כדי להתגבר עליה הוא נדרש להפעיל אמצעי לא קונבנציונלי כמו הפטיש הכבד של הוזהירות המונעת. לפנינו דוגמה נוספת, מרשימה במיוחד, של הכוח היצירתי הגדול שהצורך להצדיק מעשים שנעשים בשמנו ובעבורנו, לטובת ביטחון המדינה, מייצר.

## 9. תנועה במדרון חלקלק

לקיומו ולפעולתו של מדרון חלקלק בהקשר של אמצעים להגנה על ביטחון המדינה במאבק בטרור יש כמה דוגמאות. כך למשל, המעבר מאכיפה פלילית למניעה מינהלית והמעבר ממניעה על בסיס של סיכון אישי למניעה על בסיס קבוצתי – שמתעלמת כליל מעקרון האחזיות האישית ומייחסת סיכון על בסיס השתייכות לאומית-אתנית – הוא ירידה כזאת במדרון. מדובר במעבר ממעצר מינהלי, שמבוסס על אפליה רכה, מוסווית, כאמצעי המכוון בפועל נגד ערבים וזרים, לצעדים של אפליה גלויה וגסה כלפי הערבים כקבוצה כמו בכידוק הביטחוני ובסוגיית איחוד המשפחות. הכידוק הביטחוני כמדיניות לא מוצהרת ארוכת שנים יצר קרקע נוחה והכשיר את הלבבות לקראת פגיעה קשה הרבה יותר בזכויות יסוד באמצעות מניעת איחוד המשפחה הפלסטינית. הכלל של התעלמות מסיכון אישי כבר התקבע במציאות ועשה את פעולתו בעיצוב הנורמטיבי המאפשר להתקדם מבחינת עוצמת הפגיעה בזכויות שלא על בסיס של סיכון אישי.

לא מפליא שבסוגיית איחוד המשפחות הילך המחוקק בזהירות יחסית, בקובעו הסדר של הוראת שעה. הוראת השעה הניחה את הבסיס הנורמטיבי ופתחה את האופק להסדר של קבע. מאיזון רגיל בין אינטרס ציבורי של ביטחון המדינה ובין זכויות אדם כגון חירות, פרטיות, כבוד אנושי ושוויון, נעו אחדים מהשופטים למגמה של החלשת ההגנה על זכויות אדם על ידי הפיכת האינטרס הציבורי לזכות לחיים, שבהכרח גוברת על זכויות אחרות. מה שהחל כהטיות מובנות בתוך הליך רגיל ומקובל של איזון בין אינטרס ציבורי לזכויות אדם נעשה לצעדים בדרגה של השופט מלצר אל עבר עמדה רדיקלית יותר, חדה יותר, שמעניקה לביטחון עליונות מוחצת על פני זכויות האדם הנפגעות. בתהליכים הללו של מדרון חלקלק נהפכו כל תושבי השטחים לאויב, ואת האינטרס

הביטחוני – שכבידוק הביטחוני זוהה כמתבטא בסיכון קבוצתי – תרגם השופט גרוניס לביטחון במושגים הקרובים לביטחון מוחלט שמצדיק אי-איחוד משפחות, גם אם הסיכון, לגישתו, הוא ודאות של פיגוע יחיד.

מה שהחל כאמצעי ביטחוני בעיצומו של גל פיגועים קשה באינתיפאדה השנייה, אומץ ואושר כאמצעי לגיטימי גם בימים שהמצב הביטחוני השתפר בהם לאין שיעור; עד כדי כך שיש מקום לתהות אם עדיין מדובר בהגנה על הביטחון. התחנה הסופית בהדגמה זו היא האפשרות שמה שהחל כאמצעי להגנה על הביטחון אומץ כאמצעי, ואף הוכשר כאמצעי חוקי, לשם השגה בפועל של תכלית סמויה שונה לגמרי: במקרה הטוב – הבטחת הרוב היהודי בישראל; במקרה הטוב פחות – מתוך עוינות כלפי הציבור הערבי בישראל, שהייתה גורם משמעותי או לפחות גורם תורם בהחלטה לקיים לאורך ימים הסדר שהצדקתו הביטחונית המקורית נשחקה.

מעניין לבחון את ההיסטוריה החקיקתית של חוק הוראת השעה. בבית המשפט טענו נציגי המדינה כי התכלית היחידה העומדת בבסיסו של חוק זה היא הפחתת הסכנה לפגיעה בזכות לחיים של אזרחי ישראל ותושביה, באמצעות מניעת מעורבותם בפעולות טרור של פלסטינים תושבי השטחים שבני זוגם אזרחי ישראל.<sup>109</sup> בשתי העתירות בעניין זה אימץ הרוב הגדול של שופטי בג"ץ את עמדת המדינה:

המאבק המזוין שמנהלים ארגוני הטרור הפלסטינים נגד אזרחי ישראל ותושביה היהודיים, מחייב היערכות מתאימה. הוא מחייב

109 גם אם אפשר לטעון שהשאיפה להציל חיי אזרחים היא אינטרס צודק, יש הטוענים שכדי לבחון אם תכלית החוק ראויה, יש לעשות זאת מבט מקיף יותר. כלומר, כאשר בוחנים אם חוק נחקק לתכלית ראויה, לא די לבחון את התכלית העומדת בבסיסו באופן מוחלט וכוללני, אלא יש לבדוק גם אם האמצעי הננקט להשגת תכלית זו הוא לגיטימי בחברה המוקרטית ובאפשרותו להיות רגיש גם להגנה על זכויות אדם. בחינת חוק האזרחות והכניסה לישראל באופן זה עשויה להוביל למסקנה שלמרות הכול תכליתו איננה ראויה. ראו בהקשר זה מדינה וסבן, לעיל ה"ש 20 בפרק זה, בעמ' 87-99; יעקב בן-שמש "זכויות חוקיות, הגירה ודמוגרפיה" משפט וממשל י 47, 61-59 (2006); בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 22-23, 32 לפסק דינו של השופט לוי.

גיוס כל האמצעים העומדים לרשותנו כמדינה, על מנת להתמודד עם הסיכונים הביטחוניים שהציבור הישראלי חשוף אליהם כתוצאה מפעילות טרוריסטית זו. חקיקת חוקים אשר יתנו מענה לצורכי הביטחון היא אחד מאותם אמצעים ולכך מכוון חוק האזרחות. מבחינה זו, עניין לנו כקביעת הנשיא ברק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, אשר נחקק לתכלית ראויה.<sup>110</sup>

עם זאת, כאשר בוחנים בקפידה את מלוא נסיבותיו של תהליך החקיקה של החוק עולים ספקות: האם האינטרס של חיזוק הביטחון אכן היה התכלית היחידה שעמדה בבסיסו? יש יסוד סביר להניח שאין הדבר כך, וכי תכלית נוספת עמדה לנגד עיניהם של לפחות אחדים מחברי הכנסת – זו הדמוגרפית.<sup>111</sup> כלומר, חוק זה אמור לשמש מנגנון למניעת איחוד משפחות פלסטיניות על אדמת ישראל במטרה להבטיח בה את קיומו לדורות של רוב יהודי דומיננטי ומבוסס

110 בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות. כן ראו בהקשר זה דבריו של הנשיא ברק:

מהו תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל? בשאלה זו נחלקו הדעות בעתירה שלפנינו [...] לדעתי, תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא ביטחונית ועניינה הוא להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני מבני הזוג הזרים בישראל. תכליתו של החוק אינה מבוססת על שיקולים דמוגרפיים. מסקנה זו מעוגנת בהיסטוריה החקיקתית ובתוכן הסדריו של החוק [...] חוק האזרחות והכניסה לישראל נועד להבטיח ביטחון לישראל על ידי הפחתה, ככל האפשר, של הסיכון הביטחוני הנשקף מבני זוג פלסטינים החיים יחד עם בני זוגם הישראלים. הוא נועד להגן על חייהם של כל השוהים בישראל. הוא נועד למנוע פגיעות בחיי אדם. אלה הן תכליות ראויות (שם, פס' 79-82 לפסק דינו של הנשיא ברק).

111 ראו בהקשר זה ב"שמש, לעיל ה"ש 109 בפרק זה, בעמ' 76-78; אייל גרוס "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" המשפט 23, 79, 84 (2007); גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643, 668-669 (2005).

היטב.<sup>112</sup> במילים אחרות, ייתכן שחוק האזרחות כוון גם להגבלת גידולה של האוכלוסייה הערבית בישראל באמצעות קשרי נישואין עם תושבי השטחים. את האפשרות שחזוק הביטחון אינו בהכרח התכלית היחידה העומדת בבסיסו של החוק ושבבחינת חוקתיותו יש להביא בחשבון גם שיקולים דמוגרפיים, העלו רק מעטים משופטי בג"ץ שישבו בעתירות האמורות.<sup>113</sup> השופטת פרוקצ'יה התייחסה לאפשרות שהנושא הדמוגרפי ריחף מעל תהליך החקיקה כל העת:

בבחינת אמינותו של השיקול הביטחוני, אין להתעלם גם מכך כי בנקודות זמן שונות במהלך הליכי החקיקה של החוק ותיקונו הועלה ונדרון הנושא הדמוגרפי ברקע האיסור הגורף על כניסת בני זוג פלסטיניים מהאזור לישראל. אמנם, המדינה בהציגה את החוק הצביעה על השיקול הביטחוני כשיקול יחידי. עם זאת, מדיוני הכנסת עולה כי הנושא הדמוגרפי ריחף על פני הליכי החקיקה כל העת, והיווה נושא מרכזי בדיונים בוועדת הפנים של הכנסת ובמליאה. היו מבין חברי הכנסת מסיעות שונות שסברו כי ההיבט הדמוגרפי הוא הצידוק העיקרי להסדר החקיקתי שאומץ.<sup>114</sup>

112 ראו למשל הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/3541/18; הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1550/19.

113 בעתירה הראשונה הכירו באפשרות זו השופטים ג'ובראן ופרוקצ'יה (בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 24 ופס' 13-14 בהתאמה); בעתירה השנייה נותר רק השופט ג'ובראן בעמדה זו (בג"ץ 466/07, לעיל ה"ש 37 בפרק זה, פס' 9 לפסק דינו).

114 בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 31 בפרק זה, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. כן ראו בהקשר זה את דבריו של השופט ג'ובראן:

שלילת הסמכות משר הפנים, מלכתחילה, מלבחון את האפשרות שמא יש ליתן אזרחות למי מבין תושבי האזור, לשם מימוש זכותו של אזרח ישראלי לחיי משפחה, בהתעלם מנסיבותיו הפרטניות של המקרה, מעלה את החשש, שמא השיקול הביטחוני איננו השיקול היחידי העומד מאחורי קבלת החוק ומעלה תהיות אודות המדיניות אותה מבקש חוק זה להגשים. חשש זה אף מתחזק, מתוך סקירת ההיסטוריה החקיקתית אשר הובילה לקבלת החוק,



ואכן, אחדים מחברי הכנסת אף אמרו בגלוי שלדעתם ההיבט הדמוגרפי הוא ההצדקה העיקרית לחוק האזרחות והכניסה לישראל. אחרים ראו בכך הזדמנות לסכל את השימוש באיחוד משפחות כאמצעי להגשים בפועל את זכות השיבה. גם מהמשיבים היו שמיקרו את טיעוניהם בעד חוק האזרחות בעיקר בהשלכותיו הדמוגרפיות.<sup>115</sup>

בפסק הדין בעתירה הראשונה בעניין חוקתיותו של חוק הוראת השעה עוד ניתן להשלים עם גישתו של בית המשפט לעניין זה באמצעו את גישת המדינה ובקובעו כי ההגנה על הביטחון הייתה התכלית הדומיננטית של החוק (אף כי סביר לא פחות שביסוד החוק עמדו שתי תכליות שמשקלן היחסי אינו ברור). לעומת זאת בפסק הדין השני קשה יותר לקבל גישה זו לנוכח השינוי המפליג במצב הביטחוני.

אם אכן היה השיקול הדמוגרפי השיקול האמיתי שהניע את המחוקק בהארכת תוקפה של הוראת השעה, נראה שנעשה כאן שימוש לרעה בשם הביטחון. כאמור, העובדה שהמצב הביטחוני הוטב מאוד מאז הוחל בחקיקת הוראת השעה תומכת באפשרות זו. אין להתפלא על שימוש כזה, שכן השימוש

---

אשר בין אם כמובלע ובין אם באופן מפורש, קושרת את החוק למדיניותו הדמוגרפית של הממשלה (שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

115 נציין כי אף מקרב אנשי האקדמיה היו שהביעו עמדה שהשיקול הדמוגרפי הוא הצדקה ראויה לחוק האזרחות. ראו למשל רות גביון "הצידוק לחוק האזרחות" *ynet* 5.8.2003. לגישתה של גביון, אין להצדיק את חוק האזרחות רק ב"מונחים נייטרליים של 'ביטחון'", אלא –

צידוק מעוגן בהיותו חלק מן המאמץ להמשך השימור של ישראל כמדינה שבה ממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית, על רקע התנאים המתקיימים באזור בזמן הזה [...] רעיון המדינה היהודית מוצדק הן מטעמים של ביטחון ושלוש הציבור והם מטעמים זהותיים תרבותיים. הוא כולל שליטה של המדינה היהודית על ההגירה אליה, לרבות הדאגה לרוב יהודי באמצעים לגיטימיים, ושמירה על כך שבצמוד לשמירה על זכויות המיעוטים במלואן לא תוכר זכותו של מיעוט לחתור תחת המשך קיומה של מדינת הלאום היהודית עצמה. כל אלה עשויים בהחלט להצדיק את ייחודה של קבוצת הפלסטינים תושבי השטחים במדיניות ההגירה ואיחוד המשפחות (שם; ההדגשה שלנו).

בביטחון הוא שימוש בקלף מכריע, ומכאן הפיתוי להשתמש בו. היעדר העניין שבית המשפט מגלה במוטיבציה האמיתית של המחוקק מעורר את האפשרות של הסוואת התכלית האמיתית בתכלית אחרת ושל היכולת להצדיק אמצעים מפוקפקים באמצעות תכלית חזקה במיוחד. הווה אומר – מה שמקבל הכשר לשם הגנה על הביטחון עשוי להיפך לאמצעי כשר להשגת תכליות אחרות או בשירות מוטיבציות אחרות. לא נחזור כאן על תיאור המדרון החלקלק בכל הנוגע להשפעה החברתית הרעה שיש לאמצעים האמורים, שלעיל עמדנו עליה בפירוט. נוסיף עוד כי ככל שהמדיניות הרשמית מעצימה את הדעות הקדומות והעוינות כלפי המיעוט, כך מוכשרת הקרקע ונכונים הלבבות לאמצעים נוספים וחרפים יותר שפוגעים בו. נרשום לפנינו כי מה שמתחיל כתכתיב ביטחוני עשוי לפשוט צורה וללבוש צורה חדשה שבינה ובין הביטחון אין דבר פרט לעובדה שביטחון המדינה הוא סוס טוב לרכוב עליו.

## מסקנות והמלצות

### א. מבוא

בפרקים הקודמים בספר זה עמדנו על התהליכים הפסיכולוגיים ועל ההטיות הקוגניטיביות הפועלים בעת קבלת החלטות הנוגעות להתמודדות עם הטרור ועל השלכותיהם. כמו כן, באמצעות שלוש דוגמאות בולטות מן הסכסוך הישראלי-פלסטיני – עינויים בחקירות, מעצר מינהלי ותיוג אתני – תיארו את האופן שבו ההטיות האלה באות לידי ביטוי.

בפרק זה נבקש להסיק מסקנות ולהציע כמה המלצות לגורמים המעורבים בהתמודדות עם הטרור בכלל ולמקבלי החלטות בפרט. מטרת ההמלצות האלה להבטיח התמודדות אפקטיבית עם הטרור מתוך צמצום הפגיעה בזכויות ושמירה על עליונותה המוסרית של המדינה. בסעיף ב של הפרק מוצע שינוי תפיסתי רחב בנוגע לאופן ההתמודדות עם טרור אגב התייחסות למאפיינים הפסיכולוגיים של חברה שמותקפת על ידו. חלק זה יכלול המלצות מעשיות על האופן שבו ראוי לקבל החלטות בדבר האמצעים להתמודדות, והוא פונה בעיקרו למקבלי החלטות ולציבור הרחב. סעיף ג של הפרק יוקדש לבחינה החוקתית, ובעיקר לשלושת מבחני המידתיות שבבחינה זו. חלק זה משפטי במהותו, ומטרתו לסייע למקבלי החלטות, ובמידת מה לבתי המשפט, בבואם לבחון את חוקתיותו של אמצעי להתמודדות עם טרור.

### ב. מקבלי החלטות והציבור

נראה שנוצרה תפיסה שגויה שקובעי המדיניות תפקידם להגן על ביטחון המדינה, ואילו בתי המשפט אחראים על שקילת הפגיעה בזכויות אדם ובמיעוט הערבי בישראל. למעשה אין הדבר כך. אמנם אחת ההצדקות להתערבותו של בית המשפט במעשיהם של קובעי המדיניות היא שבהחלטותיהם יש תת-ייצוג לזכויות הפרט ולאינטרסים של המיעוט הערבי,<sup>1</sup> אבל אין משמעות הדבר שעל

מקבלי ההחלטות לא מוטלת האחריות למנוע ככל האפשר פגיעות אלה עוד בטרם המקרים מגיעים לפתחם של בתי המשפט. אדרבה, שקילת הפגיעה בזכויות אדם ובאינטרס של המיעוט היא חובה שמוטלת על מקבלי ההחלטות בחברה דמוקרטית.

#### 1. הכללות, פחד ומטרות שווא

בטרם נעבור להצעות קונקרטיות לפעולה יש לתת את הדעת גם להלכי רוח כלליים המאפיינים חברה המתמודדת עם טרור ומחזקים את התהליכים הפסיכולוגיים שנידונו בפרק הראשון של הספר. הלכי רוח ציבוריים כאלה עלולים להיות גורם משמעותי מאוד בשל השפעתם על קובעי המדיניות המבקשים לרצות את הציבור ולשכנעו שהם פועלים להבטחת ביטחונו.

כך, אחד היסודות השלישיים הבולטים בהתמודדות עם טרור הוא השימוש הרב הנעשה בהכללות. הכללות אלה מתייחסות לציבור שלם, במקרה שלנו הפלסטינים, בתור אויב, בלי להבחין בין מעורבים בטרור, חשודים במעורבות בטרור ושאינם חשודים כלל, והן מבוססות על דמוניזציה של הצד האחר. דמוניזציה כזאת מקנה לנו לכאורה עליונות מוסרית ופוטרת אותנו כליל מאחריות לסכסוך, שכן האחריות כולה מגולגלת על הצד האחר. הכללות כאלה הן מאפיין בולט שמונע התמודדות רציונלית ומידתית עם טרור. זאת ועוד, הכללות כאלה כרוכות בפגיעה בערכים הפלסטינים אזרחי ישראל, בהעמקת השסע בין יהודים לערבים בישראל ובפגיעה בערכי יסוד דמוקרטיים, כפי שראינו למשל בעניין איחוד המשפחות. בעת האחרונה ראינו דוגמה חיה להכללות כאלה גם אצל ראש הממשלה בנימין נתניהו, שבמערכת הבחירות לכנסת העשרים אמר כי "המצביעים הערבים נעים בכמויות אדירות לקלפי", משל האזרחים הערבים הם האויב. אמירה נוספת, גם היא של ראש הממשלה, נאמרה לאחר פיגוע נורא ברחוב דיזנגוף בתל אביב ב-2016: "אינני מוכן לקבל שתי מדינות בישראל, מדינת חוק לרוב האזרחים, ומדינה בתוך מדינה לחלק מאזרחיה"<sup>2</sup>. דברים

---

REVIEW (1980); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד

סא (1) 619, פסק דינו של השופט גרוניס (2006).

2 אילן ליאור "נתניהו בזירת הפיגוע: לא אקבל מדינה בתוך מדינה; מי שרוצה להיות ישראלי – אז עד הסוף" הארץ 2.1.2016.

מסוג זה אינם משרתים כל מטרה חברתית ואף מרחיבים את הפילוג בין אזרחי ישראל הערבים לאזרחים היהודים. לכן על נבחרי הציבור חלה החובה לשמש דוגמה לציבור ולהימנע מהכללות מסוג זה, אף אם הכללה כזאת משרתת מטרה פוליטית כזאת או אחרת.

אחת המטרות העיקריות של הטרוריסטים היא הפחתת היתרון המוסרי שלנו עליהם. כך, ככל שהאמצעים הננקטים במאבק מפוקפקים ובעייתיים יותר מהבחיינה המוסרית – כמו למשל אמצעים פוגעניים נגד בלתי מעורבים – כך גדל ניצחונם של הטרוריסטים. נכון שתפקיד השמירה על עקרונות אלה הוא בראש ובראשונה של מקבלי ההחלטות ובתי המשפט, אך חשוב מאוד שעקרונות אלה יחללו אל הציבור, כדי שאצל מקבלי ההחלטות לא ייווצר תמריץ פוליטי לפעול על יסוד הכללות בעייתיות.

אין ספק שמדובר באתגר גדול, אך נראה שאחת הדרכים לעמוד בו היא הרגעת הפחד הלא רציונלי מטרור. הפחד דוחף לחשיבה ולעשייה לא רציונליות, והוא אויבה המושבע של החירות. כדי שהחירות תגבר מתחייב מיגורו, או לפחות צמצומו. כדי להבהיר את חוסר הפרופורציה בכל הנוגע לפחד מטרור די לעיין בדוח מבקר המדינה משנת 2013, הקובע כי כ-5,000 ישראלים מתים מדי שנה בשנה מזיהומים בבתי החולים – יותר מכפול מכלל ההרוגים בפעולות האיבה מתום מלחמת העצמאות ועד היום.<sup>3</sup>

כאמור בפרק הראשון של ספר זה, הפחד הגדול מטרור – פחד שברוב הפעמים הוא לא רציונלי – בד בבד עם הנטיות הטבעיות להכללה ולייחוס התנהגות שלילית של ה"אחר" לאופיו ולא לנסיבות, מביאים לידי דמוניזציה שלו. זו בתורה מביאה לידי זעם, שנאה והיעדר אמפתיה כלפיו. גם אלמנטים פסיכולוגיים כגון הטיית השליליות, שנותנת משקל רב למידע שלילי לעומת המידע החיובי, וכן הנטייה לייחס סבירות גבוהה יותר לאירועים מוכרים וקלים להמחשה בדמיון, מחזקים את הפחד. כל אלה מובילים לדרישה של הציבור לפעול באמצעים שאינם מידתיים ולהיעדר הבחנה בין מעורבים בטרור לבלתי מעורבים בתוך הקבוצה המוכללת, שהטרוריסטים נתפסים כמייצגיה. נראה

3 מבקר המדינה דוח שנתי 63: לשנת 2012 ולחשבונות שנת הכספים 2011, 672 (2013).

אפוא כי הן מבחינה מוסרית והן מבחינה מעשית חשוב להרגיע פחד מוטה זה בציבור, שכן הפחתה ניכרת שלו היא למעשה הבסת התכלית העיקרית של הטרוריסטים.

במיתון של תפיסת הפחד המוטה בציבור יש תפקיד גם לתקשורת. ככל שהדיווח על פיגועי הטרור סנסציוני יותר, עתיר דם ומפורט יותר מבחינת הכותרות והנפח, כך יש בו כדי להגביר את תחושת הפחד, ולהפך. זאת ועוד, גם על נבחרי הציבור למסגר את הפחד ולהביאו לפרופורציות הנכונות, וחשוב מזה, עליהם להתגבר על הפיתוי לנצל ואף לטפח ולהגביר אותו מטעמים פוליטיים צרים של "יציירת אחרות" מול האויב והסטת תשומת הלב הציבורית מבעיות אחרות. דווקא הממשלה הנוכחית, ממשלת נתניהו הרביעית, שאינה מתמחה ככלל בהרגעת הפחד, עשתה צעד בכיוון הנכון כשאחדים משריה ציינו כי הסיכוי למות בתאונות דרכים גבוה מהסיכוי למות בפיגוע טרור.<sup>4</sup>

עוד גורם הרוחף לצעדים לא ראויים הוא הרצון, המתורגם לתכלית מעשית, לעקור את הטרור מן השורש ולחלוטין. בראייה מפוכחת מדובר במטרה שאינה ניתנת להשגה, כשם שאי-אפשר למנוע לחלוטין מעשי עברה אחרים. זאת ועוד, החתירה לביטחון מוחלט כרוכה בשלילה מוחלטת של החירות. לכן בחברה שוחרת חירות היעד אינו יכול להיות, ואינו צריך להיות, אפס טרור, וחשוב להרחיק תכליות מסוג זה מהדיון הציבורי ומהאופק הפוליטי.

## 2. הרחבת מערכת השיקולים מעבר לשיקול הביטחוני-צבאי הצר

ההתמודדות עם טרור שונה מהתמודדות עם צבאה של מדינה זרה שניתן להכריעו בשדה המערכה. טרור הוא אמצעי לחימה פסיכולוגי שמיועד להשפיע על החברה שעליה הוא מופעל, להטיל עליה אימה, להוציאה משיווי משקל, לשנות את ערכיה ולהביא את המערכת השלטונית שלה לנהוג באופן שהטרוריסטים מנצלים. לכן חברה שטרור מתקיף אותה נבחנת לא רק, וגם לא בעיקר, לפי מספר הטרוריסטים שהיא ממיתה בשדה המערכה ומספר הטרוריסטים שהיא מעמידה לדין. מבחינה העיקריים הם בכך שעל אף הטרור והפחד היא שומרת

4 שחר חי וחסן שעלאן "דף המסרים החדש? שרים בממשלה: 'מחבל חמוש? בכביש מסוכן יותר'" ynet 4.1.2016.

על חוסן חברתי, על ליבת ערכיה ועל דמותה המוסרית, על לכידות חברתית ועל מעמדה הבינלאומי. כדי לעמוד במבחנים אלה נדרש ריסון של הרצון הטבעי להגיב, מכה תחת מכה, ושל הצורך להוכיח שליטה במצב ועליונות כוחנית מתמדת. יש להפנים כי איפוק הוא כוח.

נראה כי בקביעת המדיניות נגד טרור יש לבחון לעומק כיצד האמצעים עומדים במבחנים הללו. תשומת לב מיוחדת נדרשת להשפעותיהם של אמצעים שמופעלים על האוכלוסייה הערבית בישראל, שהיא חלק מן העם הפלסטיני – שעמו הממשלה נמצאת במאבק מזוין. יש לבחון אם אמצעים שמופעלים ישירות על אוכלוסייה זו – כמו בידוק מיוחד בשדות התעופה או שלילת זכותם של אזרחים פלסטינים בישראל להקים בית, כפי שהוכרע בעניין איחוד המשפחות – ואמצעים שמופעלים על הפלסטינים בשטחים עלולים לגרור תחושות של קיפוח, אפליה או השפלה; לבחון אם השימוש באמצעי יעמיק את הפער בין יהודים לערבים אזרחי ישראל ויגדיל את האי-שוויון שקיים ממילא, ועוד. רק על ידי הרחבת השיקולים מעבר לשיקול הביטחוני הצר נוכל להבטיח כי לא הטרוריסטים הם שיכתיבו את אופייה של המדינה ופעולותיה, אלא שאופייה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית יכתיב את דרך ההתמודדות עם הטרור. רק הרחבה כזאת תבטיח כי המדינה אינה מרחיבה כמו ידיה את החזית של אויביה, של הקמים עליה ושל התומכים בהם.

### 3. חשיבה לטווח הארוך

בפרקים הקודמים ראינו כיצד חברה שמתמודדת עם טרור מאופיינת בהיעדר חשיבה לטווח הארוך, ומתקיים בה חיפוש של פתרונות רגעיים לטווח הקצר. חשיבה זו נובעת מכמה גורמים: ראשית, הצורך בסגירות קוגניטיבית מוביל לדחיית מציאות מורכבת ולהעדפת פעולות שהשפעתן היא לטווח הקצר ועל כן מאופיינות בדרך כלל ברמת ודאות גבוהה יותר. בייחוד נדחקים לקרן זוית שיקולים חשובים כגון ההשפעה השלילית של האמצעים על המוטיבציה לטרור ועל היחס כלפיו באוכלוסייה של הצד האחר שאינה מעורבת בטרור. שנית, לחצים פוליטיים מן הציבור דורשים טיפול מידי בבעיה המביא בדרך כלל לירי בחירה ביד חזקה, ולא ביד חכמה.

מדובר בתמריצים ברורים של מקבלי ההחלטות לביצוע פעולות שונות מראית עין של ביטחון ואולי מרגיעות את המצב בטווח הקצר. ואולם לגישה זו יש כמובן מחיר בטווח הארוך. כך, בחירה באמצעים קשים מובילה להסלמה בצד האחר, שמביאה לידי דרישה נוספת לפתרון מידי וטוטלי. דרישה זו קוראת לשימוש באמצעים שאינם מידתיים, ונוצר מעגל דמים שמזין את עצמו וקשה להיחלץ ממנו. על כן דווקא בזמנים קשים, שבהם הציבור דוחק לפעולה מידית, מתחדד הצורך בחשיבה ארוכת טווח. לחשיבה כזאת יש גם יתרון בכך שהיא מאפשרת לעצב מדיניות בימים רגועים יחסית, שבהם הרגשות אינם גואים והשיקול הרציונלי הוא השיקול השולט. למעשה, נראה כי חשיבה לטווח ארוך היא המשימה הקשה ביותר לביצוע במציאות של התמודדות עם טרור, שכן הציבור דורש כל הזמן תגובה ונקמה על כל פעולת טרור מן הצד האחר.

#### 4. ביקורות תקופתיות על האמצעים להתמודדות עם טרור

נוסף על הדברים האמורים, חשיבות גדולה נודעת לביקורת תקופתית על האמצעים שאנו משתמשים בהם כדי להתמודד עם הטרור, בעיקר אלו הפוגעים בזכויות אדם. בהקשר זה יש לזכור שגם אם אמצעי מסוים אושר, אין הכרח להשתמש בו: ייתכן שהמציאות טופחת על פני ההערכות המוקדמות, והתכליות שבשמן הוא אושר אינן בהכרח מושגות; ייתכן שהפגיעה ההיקפית ממנו גדולה מהתועלת שהוא מביא; וייתכן שהמצב הביטחוני השתנה מהותית עם הזמן, שינוי שמטיל ספק בצורך בו ומחייב בחינה מחדש שלו. ודוק: בחינה בדיעבד, לאחר שהאמצעי כבר הופעל, אינה זהה לבחינה מראש, שמבוססת על השערות, שכן כבר יש נתונים שמאפשרים לבחון את האפקטיביות שלו.

על כן מוצע לעגן ביקורת תקופתית על אמצעים להתמודדות עם טרור, כגון האמצעים שנידונו בספר זה ואמצעים אחרים כמו הריסת בתים.<sup>5</sup> הביקורת תבחן את האפקטיביות של האמצעי ואת גודל הנזק שהשימוש בו גורם. נציין כי בבחינות התקופתיות המוצעות אין כדי להקל את הרף של הבחינה הראשונית, ואין בהן כדי להכשיר מראש אמצעי פוגעני, שמלכתחילה הסתברותו להצליח נמוכה. שילוב זה של בחינה ראשונית מקיפה ומעמיקה טרם ההחלטה על נקיטת

5 לביקורת על השימוש באמצעי הריסת הבתים ראו עמיחי כהן וטל מימרן עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים: חשיבה מחדש (מחקר מדיניות 112, 2016).



האמצעי, בצד בחינות תקופתיות שמודרות את הצלחתו בשטח, הם תנאי הכרחי להימנעות מפגיעה מיותרת בזכויות אדם.

אופן הבחינה במקרים אלה צריך להיות דו-שלבי. בשלב הראשון נדרשת הגדרה, מדויקת ככל האפשר, של הציפייה מן האמצעי – הן בהיבט התועלות ממנו והן בהיבט הנזקים שהוא עלול לגרום. בשלב השני יש לבחון אם עמד האמצעי בציפיות שהוגדרו לו מראש. דוגמה מן הזמן האחרון יכולה להיות פסק דינו של השופט מזוז, שביקש לדון מחדש בהריסת הבתים, בין היתר משום שיש להוכיח באמצעות ראיות כי האמצעי אכן משיג את תכליתו ההרתעתית.<sup>6</sup> גישה זו הכרחית כשמדובר בפגיעה בזכויות אדם. גם אם אמצעי מסוים הוכר כמידתי בעבר, אין להסיק מכך בהכרח על העתיד.

נדגיש כי במסגרת הבחינה הרחבה שהוזכרה לעיל מתחייבת גם בחינה מדוקדקת של התכלית או התכליות שהטרוריסטים חותרים להשגתן. העובדה שהטרוריסטים נוקטים אמצעים פסולים אינה הופכת בהכרח גם את המטרה שהם מבקשים לקדם לפסולה. במקום שבו לצד האחר יש מטרה לגיטימית או סבירה כגון תביעה להגדרה עצמית לאומית, יש לנקוט עמדה כלפי מטרה זו ולבחון אם להיענות לה וכיצד. כשהתכלית צודקת, מוטב כמובן להיענות לה בטרם ננקטת אלימות.

ואולם גם אם מחמיצים את הסדר הנכון אין בכך כדי לבשר על החמצה טוטלית של יישוב הסכסוך בדרכים של משא ומתן ושלום. במקום שבו ניתן להידבר, ויש על מה להידבר, ראוי להידבר. כך, גם כשנושא הסכסוך קשה ליישוב, יש לבחון כל העת את האפשרות להביא להפסקת האלימות או למיתון משמעותי שלה באמצעות משא ומתן או אמצעים אחרים. כשאין מסתפקים בדמוניזציה של הצד האחר, נפתח פתח לבחינה מעמיקה של הגורמים התורמים למעשי טרור או המגבירים את התמיכה במעשים כאלה, ושל הגורמים שפעולתם הצפויה הפוכה. התייחסות הולמת אליהם עשויה להיות חשובה יותר מנקיטת אמצעי מניעה, תגובה ואכיפה. ייאוש בשל קיפאון מתמשך ואף מעבר לכך – תחושה של מצב שאינו ניתן לשינוי אלא בדרכים אלימות – מעודדים טרור. היעדר תעסוקה, מצב כלכלי ירוד או חיים

6 בג"ץ 7220/15 דועאא עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 8 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 1.12.2015).

שיוצרים את התחושה ש"אין מה להפסיד" באופן כללי – מגבירים גם הם את הסיכון לטרור. הוא הדין בהשתלטות על קרקעות ובנישול פלסטינים מאדמותיהם; בתחושה מעוגנת במציאות שאין דין ואין דיין בכל הנוגע לפגיעות בפלסטינים או שמערכת אכיפת החוק פועלת באיפה ואיפה בכל הקשור לפגיעות שלהם ופגיעות בהם; בתחושה של השפלה, שהיא בלתי נמנעת במצב של כיבוש; או בחשש מפני שינוי המצב לרעה, כגון שינוי הסטטוס קוו בהר הבית. נקודת מבט קריטית זו מוחצת כשעושים דמוניזציה לצד האחר, שמשחררת אותנו כליל מאחריות.

### ג. קבלת החלטות בדבר אמצעים נגד טרור: ביקורת שיפוטית והליכי קבלת החלטות

אחת הבעיות העיקריות של דרך הבחינה החוקתית בישראל היא שמשקל רב מדי מוטל על מבחן המשנה האחרון של המידתיות, מבחן "המידתיות במובן הצר", שהוא מבחן ערכי-נורמטיבי בעיקרו האומד את התועלת של האמצעי מול הנזק הנגרם ממנו. במילים אחרות, האופן שבו פורשו המבחנים בישראל הפך את כל שלבי הבחינה החוקתית במידה רבה ל"מופע חימום" לפני המופע העיקרי – מבחן המידתיות במובן הצר.

כך, בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, במבחן הפגיעה בזכות – שהנטל להוכחתו מוטל על העותר – לא נבדק בדרך כלל היקף הזכות, ומונחת, יותר משמתבררת, פגיעה בה. חשוב מזה, לא מתקיימת בחינה מקיפה של הזכויות הנפגעות, חשיבותם של היבטי הזכות או הזכויות שנפגעו ומידת הפגיעה בהן. בחינה כזאת חיונית משום שהיא אמורה להשפיע על הבחינה גם בשלבים הבאים, ומאחר שהיא אינה מתקיימת בפועל, מתמעטת משמעותם של המבחנים הבאים. עוד מבחן שכמעט רוקן מתוכן הוא מבחן התכלית הראויה, הדורש כי התכלית שבשמה פוגעים בזכות תהא תכלית ראויה. בשלב זה בית המשפט אינו בוחן את התכלית אל מול הפגיעה הספציפית בזכות, ולמעשה כמעט כל תכלית צולחת את הבחינה.<sup>7</sup> מבחן הקשר הרציונלי מפורש בצמצום ומביא ככלל לפסילת

7 לביקורת על מגמה זו ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית' ראויה" משפט ועסקים טו 281, 311 (2012).

אמצעים רק כשאין להם שום קשר לתכלית המוצהרת או כשהקשר בין התכלית לאמצעי זניח בלבד.<sup>8</sup> בכך פוחתת כמובן השפעתו של המבחן, שכן קשה לחשוב על אמצעי שיעלו מקבלי ההחלטות כמקדם תכלית מסוימת ולא יהיה לו כל קשר לתכלית. עוד מבחן שאינו מממש את הפוטנציאל הטמון בו הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לפי הפרשנות הניתנה בפסיקה למבחן זה, יש להראות כי האמצעי החלופי פוגע בזכויות במידה פחותה, אבל גם משיג את התכלית באופן זהה – דרישה שאם מקפידים בה, אי־אפשר לעמוד בה.<sup>9</sup> בעקבות כל האמור לעיל נוצר מצב שהבחינה החוקתית בישראל מתנקזת כולה למבחן המידתיות האחרון – מבחן המידתיות במובן הצר – שבוחן את התועלת אל מול העלות שבשימוש באמצעי הנבחר.

המצב המתואר לעיל מעורר כמה קשיים. ראשית, כשכל כובד משקלה של הבחינה החוקתית נופל על כתפיו של מבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר – שבעיקרו מבטא תפיסות ערכיות, מקצתן סובייקטיביות, הלגיטימציה הציבורית של ההכרעות נמוכה יותר בהשוואה להכרעות לפי המבחנים הקודמים. שנית, יש חשש שגם כשהפסילה דרושה, לא ייטה בית המשפט לפסול הוראות חוק לפי מבחן זה מכמה סיבות: משום שהוא עלול להירתע מהתערבות בהחלטות ערכיות של המחוקק; משום שהוא חושש שלא יזכה בלגיטימציה ציבורית אם יעשה כן; ומשום שכאשר החוק עובר את המבחנים האחרים, עלולה להיווצר נטייה אינהרנטית להעבירו גם את המבחן האחרון. שלישית, כשעוסקים בהתמודדות עם טרור יש חשש שבניקוז הבחינה החוקתית אל מבחן המשנה האחרון, שהוא בעיקרו כאמור מבחן ערכי, יבואו לידי ביטוי ההטיות הרבות שנדרונו בספר זה. חשש זה אינו חשש ערטילאי ורחוק; בפרקים הקודמים ראינו דוגמאות לכך שגם בית המשפט חוטא בכשלים שמקבלי ההחלטות והציבור הכללי לוקים בהם. ראינו כי בית המשפט מעניק משקל יתר לאינטרס הביטחוני;<sup>10</sup> פונה אל גורמי ביטחון כאל סמכות מוחלטת; ומכליל

8 אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 377 (2010).  
 9 כג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 851 (2004) (להלן: עניין בית סוריק).  
 10 דוגמה לכך אפשר למצוא בכג"ץ 7052/03 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 15-16 לפסק דינו של השופט ריבלין (2006).

ומייחס מאפיינים שליליים לכל הפלסטינים. ואם זה המצב כשאנו עוסקים בשופטים, קל וחומר שמושפעים מכך גם מקבלי החלטות – המקצועיים ועוד יותר הפוליטיים.<sup>11</sup>

רביעית, ספק רב אם שיטת בדיקה שמתאימה לבית המשפט כביקורת לאחר מעשה, מתאימה לרשויות המפקדות על קביעת המדיניות מלכתחילה. בית המשפט בוחר את חוקיותה של החלטה שהתקבלה ולא את נכונותה ואת תבונתה; ואילו תפקידה של הרשות המחליטה להגיע להחלטה המיטבית בנסיבות, או לפחות להחלטה נכונה ונבונה. מדובר בפונקציות שונות מטיבן, שעשויות לחייב שיטות בחינה שונות. כך למשל, הביקורת השיפוטית מתנהלת כאילו עומד לרשותה כל הזמן שבעולם. מקבלי החלטות אינם יכולים לפעול כך, ומבחינתם נחוצה שיטת בחינה שיכולה להביא לידי ביטולו של אמצעי כבר בשלב מוקדם שלה. ההיאחזות במבחן נורמטיבי מובהק גם מתאימה לבית משפט שבכך מיומנותו, ומתאימה פחות למקבלי החלטות שמיומנותם העיקרית היא דווקא בתחום האמפירי ובהערכת המציאות.

אחת הדרכים שבעזרתן אפשר להתאים את הבחינה החוקתית שעורך בית המשפט לבחינה האפריורית שעורכים מקבלי החלטות ולהפחית ממשקלן של ההטיות שתוארו, היא מתן משקל גדול יותר למבחני המידתיות האחרים מתוך התייחסות להטיות האפשריות שבהן דנו בפרקים הקודמים בספר זה. נציג אפוא כמה הצעות ליישום מבחני המידתיות בהקשר של אמצעים להתמודדות עם טרור, בדגש על נקודת ראותם של המחליטים ולא רק של בית המשפט המבקר אותם. בטרם נתייחס לשלבי הבחינה ראוי לתאר את ההרכב הראוי של הגורמים המשתתפים בעיצוב המדיניות. חיוני שנוסף על מומחים לביטחון מתוך המערכת ייכללו בהחלטה גם גורמים מחוצה לה: גורמים שמסוגלים להביא אל שולחן הדיונים חשיבה מחוץ לקופסה; לייצג באופן בלעדי את הזכויות הנפגעות מתוך מאמץ להבהיר ולהמחיש את משמעות הפגיעות; להתייחס אל הביטחון מתוך ראייה ארוכת טווח; ולבחון במומחיות את ההשלכות של האמצעים על חוסנה הפנימי של החברה הישראלית, ובכלל זה יחסי יהודים וערבים, וכן את השפעתה של המדיניות על הלגיטימיות הבינלאומית של המדיניות ושל המדינה.

11 שם, פס' 110 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

לפני הדיון בבחינה החוקתית עצמה ראוי להתייחס גם לאופן ההסתכלות העקרוני על שלב הפגיעה בזכות: הפגיעה בזכות איננה רק ביטוי לחסם, לקושי או להכבדה על השגת התכלית. השגת ביטחון מתוך פגיעה מזערית בזכויות היא תכלית עיקרית, שחשובה לא פחות מהתכלית של השגת הביטחון. לשון אחר, הגנה מרבית על זכויות אדם היא תכלית עיקרית של המדינה. תכלית זו חשובה כשהיא לעצמה, אבל חשובה גם לדמותה המוסרית של המדינה ולחוסנה הבינלאומי.

#### 1. בחינה מקיפה של הפגיעה בזכות החוקתית

הנטל של הוכחת פגיעה בזכות החוקתית מוטל כאמור על העותר ולא על המדינה. עיון בפסיקת בתי המשפט מלמד כי נוצר מצב שבו הפגיעה החוקתית – כל פגיעה חוקתית – מקיימת את תנאי הסף ונכנסת למסלול הבחינה החוקתית, אך אופי הזכויות הנפגעות, ההיבט או היבטי הזכויות הנפגעות, חשיבות הזכויות הנפגעות ומידת הפגיעה בהן כמעט אינם רלוונטיים עד השלב של מבחן המידתיות האחרון. במצב זה יש חשש ברור שהפגיעה בזכות שלא עמדו על מלוא היקפה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, לא תזכה להתייחסות מלאה גם בשלבה האחרון. כדי לפתור בעיה זו יש לבחון בדקדקנות את כל הזכויות הנפגעות, את היקפן ואת עוצמתן כבר בשלב של מבחן הפגיעה בזכות. כבר בשלב הזה נדרש ניתוח ברור של השאלות: אם הפגיעה היא בגרעינה של הזכות או בהיקפה; מה החשיבות של הזכות במדרג הזכויות (אין חשיבותה של הזכות לשם טוב כחשיבות הזכות לחירות או לשוויון); אם מדובר בפגיעה זמנית בזכות או בפגיעה מוחלטת בה; ועוד. יש לקיים בחינה זו בנוגע לכל זכות שנפגעת מהפעולה, ואין להסתפק רק בציון הזכות העיקרית הנפגעת. בייחוד יש לשים לב למקרים משני סוגים: המקרים, המעטים בדרך כלל, שבהם הזכות מוגנת באופן מוחלט. איתור של פגיעה כזאת מחייב פסילה מינייה וביה של האמצעי כבר בשלב הזה; במקרים מהסוג השני אין מדובר בהכרח בזכות שההגנה עליה מוחלטת, אבל היא קרובה מאוד להיות מוחלטת. יש להפנות תשומת לב לכך כבר בתחילת הבדיקה, שכן יש במצב זה כדי להשפיע על היישום של המבחנים הבאים – הן על מידת הביטחון האמפירית שתידרש והן על רמת ההסתברות. לעניין הבחינה של אמצעים להתמודדות עם טרור, יש לשקול את הפגיעה הנגרמת מהשימוש באמצעי במלוא היקפה ובמלוא משמעויותיה. הריסת בית

למשל, אינה רק פגיעה ברכוש, אלא ענישה קולקטיבית ששוללת מן הנפגעים את זכותם למעון, מונעת את האפשרות לקיום מינימלי בכבוד ומובילה לדיכוי, אף שהנפגעים אינם כלל ממעגל הטרור ואינם נחשדים ככאלה.<sup>12</sup> בכך יש כרסום באושיות הדמוקרטית ופגיעה בעליונותה המוסרית של המדינה.<sup>13</sup> חשוב להביא בחשבון שאין מדובר באמצעים זמניים שמועד תפוגתם קרוב, אלא להפך, סיום השימוש בהם אינו נראה באופק.

עוד יש להתייחס לחשש מתופעת המדרון החלקלק, כמו שזו באה לידי ביטוי בפרשת העינויים. כשבוחנים אמצעי נתון יש לצאת מהאוירה המשרדית שבה מתקיים הדיון ולהעלות בדמיון את הפעלתו של האמצעי במציאות על כל מורכבותה, בכלל זה סוגיית העמימות והצורך לקבל החלטה בתנאים של אי-ודאות וכן, בכל הנוגע לגורמים הפועלים בשטח, במצבים של מתח, פחד, חשש, תחושות איבה ונקמה וכיוצא באלה. בין השאר, יש להביא בחשבון שאמצעי שהוגדר כאמצעי מניעה טהור, עלול לשמש בפועל גם כאמצעי לתגובה או לעונש, כפי שהדבר נעשה בעניין המעצר המינהלי. לעניין זה יפים ביותר דבריו של השופט חשין בפסק הדין בעניין עדאלה, שדן בחוקיות האמצעי של "נוהל שכן":

תהא ההוראה הכתובה ברורה ונקייה ככל שתהא, אל נשכח כי ביצועה הלכה-למעשה הוא בשרה, בשטח הפתוח, בתנאי לחץ, במתח, בתנאים של סיכון חיי אדם — תושבים וחייילים. סטייה קלה מן ההוראה, אי-הבנה, קריאה לא נכונה של תנאי השטח, והנה ירדנו אל השוליים האסורים, גלשנו מן המותר אל האסור. הפיתוי רב הוא, והצידוק יימצא בנקל. אכן, כעוצמת הסיכון כן עוצמת הפיתוי – בתנאי השטח – לסטות מן הנוהל.

Mordechai Kremnitzer & Lina Saba-Habesch, *House Demolitions*, 4 *Laws* 216 12  
(2015)

13 נוסף על הפגיעות האמורות שימוש באמצעי של הריסת בתים פוגע גם במעמדה הבינלאומי של ישראל, שכן הוא מפר כללי יסוד במשפט הבינלאומי כגון עקרון האחרייות האישית והאיסור על ענישה קולקטיבית. שם, בעמ' 224-223.

ובהמשך הדברים:

השגרה, על-פי עצם טיבה, מכרסמת ברגישות ובוזהירות הנדרשות בביצועו של הנוהל, והחשש רב הוא שהמיוחד והנדיד יהפוך רגיל ושיגרתי, מעשה ביורוקרטיה. זה גם היה הקושי שנתקלנו בו בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, ובאירוע "הפצצה המתקתת". אין זאת אלא שנוסחת ה"מראש" וה"בדיעבד", הגם שכוחה מוגבל, היא העשויה להיות לנו לעזר, ולו לעזר חלקי.<sup>14</sup>

עוד גורם חשוב שיש להתייחס אליו כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית הוא זכותו של מי נפגעת מהפעולה השלטונית. בהקשר של לוחמה בטרור, כשמדובר ברמת ההגנה על הזכות יש הבדל גדול בין פגיעה במעורבים בפעילות טרור ובין פגיעה במי שאינם מעורבים. גם בנוגע למי שמעורבים בלחימה יש לבחון את מידת הביטחון שיש, או שאין, בעניין מעורבותם. לא כל מי שנחשד במעורבות בפעילות טרור אכן מעורב בפעילות כזאת. כך גם בנוגע למושג "פעילות טרור": אין לתת יחס שווה לפעולות סיוע לטרור ולביצוע מעשי טרור של ממש. יש לתת לעקרון ההבחנה – שהוא עיקרון יסוד גם במשפט הבינלאומי – משקל רב כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, כדי שהבחנה זו תלווה את כל שלבי הבחינה.<sup>15</sup>

בחינה כזאת של הפגיעה בזכות החוקתית, שתיערך כבר בתחילת התהליך, תאפשר לבחון את חוקיות האמצעי לאורה של הפגיעה בזכות. בכל הנוגע להתמודדות עם טרור להמלצה זו חשיבות רבה, שכן קל לראות כיצד במבחן של איזונים אנו ממעיטים מן הפגיעה בזכויותיו של האחר לשם קידום האינטרס האישי או הלאומי שלנו, הן בשל היעדר אמפתיה לסבלו, והן מכיוון שכאשר אנו עוסקים באינטרס הביטחוני, יש העדפה לאפס סיכונים. כשביטחון המשפט –

14 בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פס' 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2005).

15 לדוגמה לבחינה מקיפה של הזכות הנפגעת, חשיבותה והיקפיה ראו בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת, פס' 68-115 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.09.2013).

ובהתאם גם מקבלי ההחלטות – יבחנו את הזכויות הנפגעות ויעמדו על אופיין כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, במבחן נפרד ולא כחלק ממבחן המידתיות האחרון, נראה שיהיה קשה יותר להמעיט ממסקלן.

## 2. קונקרטיזציה של האינטרס הביטחוני

אחת הבעיות שנזכרו בפרק הראשון של הספר והודגמו בכל פרקיו היא המשקל הרב, לעתים רב מדי, שהאינטרס של ביטחון המדינה מקבל בכל מיני הקשרים. הסיבות לכך הן מגוונות וכוללות בין היתר פחד לא פרופורציונלי שאינו נתמך בהסתברויות, נטייה לסגירות קוגניטיבית שמביאה לידי כך שהחלטות שמתקבלות מספקות פתרון לטווח הקצר, שלא באמת מועיל לביטחון בטווח הארוך, מתן משקל מופרז לסמכויות ביטחוניות ועוד. כשאנו מדברים על מקבלי ההחלטות בזירה הפוליטית, נוסף גם האינטרס הברור לרצות את קהל הבוחרים על ידי פעולות שנותנות מראית עין של ביטחון בזמן שבפועל אין הדבר כך. אחת מדרכי ההתמודדות עם בעיה זו היא יישום נכון של מבחן התכלית הראויה. מבחן התכלית הראויה הוא המבחן הראשון בשלב השני של הבחינה החוקתית, הקודם למבחני המידתיות הספציפיים. מבחן זה אינו מיושם כהלכה הן ברמת מקבלי ההחלטות והן ברמת בתי המשפט. פעמים רבות התכלית המובאת בחשבון, ושלאורה בוחנים את מבחני המידתיות, היא תכלית הקסם "הגנה על ביטחון המדינה". לכול ברור כי תכלית זו היא תכלית ברמת הפשטה גבוהה ביותר,<sup>16</sup> והיא אינה תורמת כלל כשמדובר בשקילת מבחני המידתיות הנוספים – מבחן הקשר הרציונלי לתכלית, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן העלות מול תועלת. זאת ועוד, המילים "הגנה על ביטחון המדינה" גוררות התגייסות מובנת למטרה מצד כל הנוגעים בדבר, פעמים רבות גם מצד האופוזיציה, שתפקידה להשמיע ביקורת, ואף מצד בתי המשפט, כפי שהראינו בפרקים הקודמים.

פתרון אפשרי לבעיה זו הוא קונקרטיזציה של האינטרס הביטחוני. כלומר, יש להגדיר במפורש מהי בדיוק התועלת השולית לביטחון שהפעולה מבקשת להשיג. היתרון בגישה זו משולש: ראשית, גישה זו מאפשרת בחינה ברורה ונכונה

16 אחת הביקורות על בחינת התכלית ברמת הפשטה זו היא שבחינה כזאת מבחן התכלית הראויה אינו מהווה שום חסם בפני המחוקק. ראו למשל מדינה, לעיל ה"ש 7 בפרק זה, בעמ' 312.



יותר של מבחני המידתיות הנוספים. כך, כאשר התכלית מוגדרת ברמת הפשטה נמוכה יותר, קל לבחון את מידת הקשר בין האמצעי לתכלית. שנית, קונקרטיזציה של האינטרס הביטחוני גם תבטיח כי אינטרס זה לא יועלה לשווא כשהתכלית האמיתית של הפעולה שונה לגמרי, כגון חיסכון כלכלי, נוחות ניהולית או תכלית שאינה מוגדרת, כיוון שהסיבה האמיתית לפעולה היא טעמים פוליטיים. יש חשיבות גדולה להבחנה זו – בין מה שנעשה מטעמי חיסכון או נוחות לבין מה שנעשה בשם הביטחון – שכן במקום שלאמיתו של דבר מדובר בשיקול כספי או אדמיניסטרטיבי, יש לעמוד על המשמעות הכספית או ההשקעה הדרושה כדי להימנע מפגיעה בזכויות. במקרים אלה צריך לזכור שככלל אין בשיקולים אלה כדי להצדיק פגיעה משמעותית בזכויות אדם. שלישית, קונקרטיזציה כזאת תציב יעדים ברורים לאמצעי הננקט ברמת מקבלי ההחלטות. באופן זה קל יותר לבחור מראש באמצעי שמגשים את התכלית בצורה הטובה ביותר ובפגיעה הפחותה ביותר בזכויות ובאינטרסים אחרים.

### 3. מבחן הקשר הרציונלי

מטרת מבחן הקשר הרציונלי היא לוודא שהאמצעי נועד להגשמת המטרה שביסוד החוק. מקובל להתייחס למבחן זה כאל "מבחן השכל הישר", שכן בהיעדר קשר רציונלי בין אמצעי לבין מטרה מדובר במהלך סרק שבסופו פגיעה בזכויות ללא תועלת בצדה. האופן שמבחן זה יושם בפסיקה הפך את יכולת הסינון שלו למזערית. מה הביא לכך, וכיצד אפשר להפוך את המבחן למשמעותי?

התייחסות להערכת היתר של האמצעים ולתוצאות ארוכות טווח

כעולה מהדברים שנאמרו עד כאן, בהתמודדות עם טרור יש נטייה להתמקד בתכליות הרעות של הטרוריסטים ולהעניק משקל חסר לסכנה האובייקטיבית הנשקפת מהם. עוד רווחת גישה ששוללת כל רמה של סיכון לביטחון או שמסתפקת ברמת סיכון מינימלית כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות, כפי שראינו במקרה של איחוד המשפחות. ברור שגישה זו מוטעית, ויכולה להביא לידי נקיטת אמצעים מופרזים ולפגיעות בלתי מוצדקות בזכויות אדם. בכואנו לאשר פעולה או אמצעי שתכליתם הגנה על ביטחון המדינה, עלינו אפוא לשקול, כבר בבחינת התאמתו של האמצעי לתכלית, את מידת ההסתברות שהאמצעי אכן ישיג את תכליתו.

בבחינה זו יש לתת את הדעת לשני גורמים חשובים: הראשון, מידת ההסתברות שהאמצעי אכן ימנע את הנזק שהוא מבקש למנוע. כלומר, יש לנסות לאמוד, בעזרת כל הכלים העומדים לרשותנו, את ההסתברות שהאמצעי אכן ישיג את התוצאה שהוא מבקש להשיג. למשל, בכאונן לבחון אם לאפשר את האמצעי של הריסת בתי מחבלים, יש לבחון את ההסתברות שפגיעה כזאת בחפים מפשע (משפחת המחבל) אכן תרתיע מחבלים פוטנציאליים. אם ההסתברות להצלחה אינה ידועה ואינה ניתנת להערכה – ומידע אנקדוטלי ספורדי איננו תחליף להערכה כזאת – אין לאפשר פגיעה חמורה כל כך בזכויות אדם של חפים מפשע. הוא הדין כשמידת ההסתברות להשגת התוצאה נמוכה. זאת ועוד, ככל שחשיבותה של הזכות הנפגעת גדולה יותר, וביתר שאת הדבר אמור בזכויות הכמעט מוחלטות, על ההערכות להיות מבוססות יותר ורמת ההסתברות של יעילות האמצעי גבוהה יותר. בהקשר זה מתחייב שתהיה זהירות מובנית וממוסדת מפני הנטייה להערכת יתר של האפקטיביות של אמצעים, וכי בדיונים מסוג זה יהיה מי שבאופן שיטתי יופקד על בחינה מדוקדקת, זהירה וביקורתית של הערכות התאמה.

זאת ועוד, כדי לקבוע שאמצעי מסוים יעיל, יש לתת את הדעת לא רק להשפעותיו החיוביות, אלא גם להשפעות השליליות, נוסף על הפגיעה בזכות. כך, יש לתת את הדעת להשפעות ארוכות הטווח העלולות לפגום בתכלית המוצהרת, גם כשרמת ההסתברות להגשמת התכלית אינה נמוכה.<sup>17</sup> כשמתכוונים, למשל, לנקוט צעד שמשמעותו פגיעה קולקטיבית בחברה הערבית כדוגמת המקרה של איחוד המשפחות, יש לשקול בצד השלילי של כפות המאזניים גם את השפעותיו המזיקות על יחסה של החברה הערבית כלפי המדינה ואת ההשלכות ארוכות הטווח והמצטברות של יחס כזה על החוסן החברתי ועל ביטחון המדינה. במקרה של הריסת בתים, נוסף על הדברים האמורים לעיל, יש לבחון גם את הסיכון שהריסת הבית תדרדר אנשים נוספים מתוך המשפחה לטרור, הן בגלל תחושת

17 כאמור, אחת ההשפעות של התמודדות עם טרור היא הסתכלות לטווח הקצר והצורך בפעולה מידית. על כן יש חשש להתעלמות מההשלכות לטווח הארוך, הפוגעות באפקטיביות של האמצעי. ראו, Arie W. Kruglanski & Donna M. Webster, *Motivated Closing of the Mind*, 103 (2) PSYCHOLOGICAL REV. 263 (1996)

חוסר הצדק שבענישה הרתעתית כזאת והן בגלל התחושה שללא מעון כבר לא נותר מה להפסיד. שקלול התועלת הצפויה מול הנזק האפשרי יכול להוביל למסקנה שמדובר באמצעי שאינו יעיל, שכן תועלתו אינה עולה על נזקיו, גם אם מתעלמים מהפגיעה בזכויות. בצורה זו קובעי המדיניות ובתי המשפט ייתנו את דעתם על היעילות האמיתית, ארוכת הטווח, הצפויה מהשימוש באמצעי הנבחן.

מבחן הקשר הרציונלי כמסנן אמצעים שנוגדים עיקרים בינלאומיים מוחלטים ואת המוסר האנושי

פוטנציאל לא ממומש של מבחן הקשר הרציונלי נעוץ בגישה הגורסת שיש אמצעים שכמעט לעולם אין הצדקה להזדקק להם, משום שהם בטלים מעיקרם. אמצעים אלה הם אמצעים לא הומניים שנוגדים את המוסר האנושי. כזכור, טעות הייחוס הבסיסית גורמת לנו לייחס את התנהגותו השלילית של האחר לאופיו ולא לנסיבות המקרה, והתפיסה המוטעה של הסכנה בכל הנוגע לפעולות טרור מביאה לידי תמיכה בהגבלה חמורה של חירויות אזרחיות ושלילה של זכויות בסיסיות מאנשים שמשתייכים לקבוצה האחרת. נטייה מדאיגה זו עלולה להביא לידי בחירה באמצעים קיצוניים ביותר לצורך התמודדות עם טרור, כפי שראינו למשל בפרק הדין בעיניים. עוד ראינו כיצד אמצעים כאלה, שבתחילה נועדו למצבי קיצון בלבד, נהפכים לאמצעים שגרתיים.

אי לכך אין מנוס מאמירה חד-ערכית שישנם אמצעים שאסורים כמעט ללא כל תלות בנסיבות. מדובר באמצעים שנוגדים איסורים מוחלטים במשפט הבינלאומי, כגון האיסור על עינויים, האיסור על שימוש, תפיסה והחזקה של בני ערובה או האיסור על הטלת עיצומים שאינם מבוססים על אחריות אישית. לפי הצעה זו, הדיון בפרשת האסירים הלכנונים, שם נידונה השאלה אם אפשר להמשיך ולהחזיק במאסר אסיר שסיים לרצות את עונשו כבן ערובה כדי להשתמש בו כקלף מיקוח, היה צריך להסתיים כבר בשלב זה של הבחינה החוקתית.

4. בחינת נחיצות הפעולה/אמצעי: מן האמצעי הפוגעני פחות תחילה, ומשם לעלות

בפרק הראשון ציינו הטיות ומאפיינים פסיכולוגיים שבעטיים חברה מוכת טרור נוטה להתעלם מהאינטרסים של הצד האחר, לעתים עד כדי ביטולם

לחלוטין.<sup>18</sup> כך, פעמים רבות ההצעה שהממשלה והמחוקק מקבלים ומציגים לבית המשפט היא הצעה בלתי מידתית ופוגענית ביותר. גם בית המשפט, מסיבותיו שלו, מאשר אמצעים אלה ובכך נפגעות לשווא זכויות אדם.<sup>19</sup> כדי להימנע מכך על מקבלי ההחלטות לשקול יותר מחלופה אחת (מוטב באמצעות כמה צוותי עבודה) מתחילתה של העבודה על קביעת מדיניות, ומלכתחילה יש להעדיף את האמצעי הפוגעני פחות.

את ההצעה הזאת אפשר לרמות לסולם שבו שלבים רבים, וכל שלב הוא אמצעי שפוגע בזכות במידה אחרת. בתחתיתו של הסולם נמצא האמצעי הפוגעני פחות (וכנראה זה שגם מגשים את התכלית במידה הפחותה ביותר), ובקצהו העליון האמצעי הפוגעני ביותר (וכנראה זה שמגשים את התכלית במידה הרבה ביותר). לנוכח המבנה החוקתי של השיטה המשפטית שלנו, שנותן לזכויות האדם מעמד חוקתי, וכדי להבטיח שזכויות אדם לא ייפגעו לשווא, הן על מקבלי ההחלטות והן על בתי המשפט להתחיל את בחינת האמצעים מתחתית הסולם ולעלות במעלה.<sup>20</sup> רק כשיתברר שאי-אפשר להשיג תועלת מספקת (להבדיל ממרבית) בעזרת שלב נמוך בסולם, יהיה מוצדק לעלות לשלב גבוה יותר.

שיטה זו מבטיחה שבתי המשפט ומקבלי ההחלטות יהיו מחויבים לרגישות כלפי הזכויות הנפגעות, שכן בכל שלב עליהם לבחון את התועלת הצפויה מהאמצעי הפוגעני יותר, וכן את הפגיעה השולית בזכות שנגרמת מכל עלייה

18 גורמים פסיכולוגיים אלה הם הטיית השליליות, שגורמת לנו לתת משקל יתר לאינטרס הביטחוני; טעות הייחוס הבסיסית, שגורמת לנו לייחס תכונות שליליות לאופיו של האחר, דבר המוביל להיעדר אמפתיה כלפיו; ביטחון מופרז אופטימי, שגורם לנו להתעלם ממידע שאינו מקדם את המדיניות שאנו מעוניינים לקדם, ועוד. אלמנטים אלה נידונו בהרחבה בפרק הראשון בספר זה.

19 את ההטיות הרבות שבית המשפט חשוף להן תיארו בפרקים הקודמים. שתי סיבות אפשריות לכך שבית המשפט אינו פוסל אמצעים אפילו אם הם אינם מידתיים הן משקל היתר הניתן לאינטרס הביטחוני וכן תלותו בגורמי הביטחון לצורך בחינת הנתונים.

20 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997). בתי המשפט חוזרים ודורשים זאת, אבל חשוב שגם המחוקק ומחוקק המשנה יוציאו לפועל את הדרישה הזאת ולא יידרשו לאמצעים שפגיעתם פחותה בפעם הראשונה רק בתשובתם לעתירה.

שלב בסולם.<sup>21</sup> גם לאחר בחירת האמצעי יש לבחון אם אין הוא סובל מרוחב יתר, מחומרה שאינה דרושה, מנוקשות מיותרת; אם הוא קשור באופן הדוק מספיק להשגת התכלית, ואם אין הוא כורך יחד ציבורים שיש ביניהם הבדלים רלוונטיים (כך למשל, חיוני להבחין בין אשמים לחשודים, ובין חשודים לבלתי מעורבים). זאת ועוד, במסגרת מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה יש לוודא שמתקיימות כל המגבלות ההליכיות המאפיינות מדינת חוק, במטרה להבטיח שהפעלתו תהיה הוגנת, לא שרירותית ונתונה לפיקוח ולבקרה.

##### 5. מידתיות במובן הצר: הכרעה ערכית של כל השיקולים הנוגעים בדבר

ככל שאנו מעניקים משקל רב יותר למבחני הבחינה החוקתית האחרים ובוחנים אותם באופן יסודי ומעמיק יותר, כך פוחת משקלו של המבחן הסופי – מידתיות במובן הצר. אף על פי כן, מבחן זה היה ויישאר המבחן החשוב ביותר בבחינה החוקתית, שכן גם לאחר בחינה מקיפה של האמצעי, נדרשת בקרה נוספת כדי לבחון אותו במבט רחב וכולל, שבו מובאים בחשבון כל השיקולים הרלוונטיים, כל ההשלכות והמשמעויות של האמצעי, בכללן הרחוקות, העקיפות, הסמליות והחינוכיות. השאלה שצריכה להישאל היא אם בחינה מקיפה זו מעלה שתועלתו עולה בבירור על נזקיו. אם לא, יש להימנע משימוש בו ולחזור ולבחון אמצעי פוגעני פחות. הבחנות חשובות שראוי שיעמדו לנגד עיניהם של מקבלי ההחלטות בבואם ליישם מבחן זה הן, בין השאר, סיכון קונקרטי מול סיכון מופשט, סיכון מידי מול סיכון רחוק וכמובן – רמת הסיכון. עוד חיוני שהבחינה לא תתמזה בהצלחות קצרות טווח בלבד. חובה להתייחס גם לראייה ביטחונית ארוכת טווח, לחוסנה של החברה ככללותה וללגיטימיות הבינלאומית של ישראל.

זאת ועוד, במסגרת מבחן המידתיות השלישי יש לתת מקום לכל האינטרסים הנפגעים מהשימוש באמצעי שעד עתה לא הובאו בחשבון, שכן הם אינם קשורים במישרין להשגת התכלית. דוגמאות לאינטרסים אלו הן תחושות הקיפוח של המיעוט הערבי בשל האמצעים הננקטים, פגיעה במעמדה הבינלאומי של ישראל

21 נציין כי אף שלדעתנו המקום הראוי לבחינת התועלת השולית הוא מבחן הנחיצות, אין אנו שוללים את האפשרות שמבחן התועלת השולית ייושם דווקא במבחן השלישי של המידתיות, הבוחן עלות מול תועלת מן האמצעי. לגישה כזאת ראו עניין בית סוריק, לעיל ה"ש 9 בפרק זה.

בשל השימוש באמצעי, פגיעות במרקם החיים המשותפים בין יהודים לערבים בישראל, הקטנת היתרון המוסרי שלנו על פני היריב ועוד. אכן, ההצדקה החזקה ביותר לביקורת שיפוטית חוקתית היא החשש שמא המחוקק לא ייתן את המשקל הראוי לזכויות אדם. ואולם העלות הנמדדת אינה – ולא ראוי שתהיה – פגיעה בזכויות אדם בלבד, אלא גם פגיעה במגוון של אינטרסים כגון אלה שתוארו לעיל.<sup>22</sup>

22 התוצאה של בחינה חוקתית כזאת היא שחוק ייפסל רק אם לא ניתן בו משקל ראוי לזכויות אדם. בכך בית המשפט נשאר נאמן לתפקידו החוקתי העיקרי. כך, בית המשפט אינו שוקל שיקולי מדיניות כלליים במקום המחוקק, אבל בוחן אם המשקל הפחות שניתן לזכויות האדם שינה את התוצאה הסופית בדבר האמצעי.

## המחברים

**פרופ' מרדכי קרמניצר** סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לרמוקרטיה ופרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחה למשפט פלילי, חוקתי ומינהלי.

**אביעד בן יהודה** בעל תואר ראשון במשפטים מהאוניברסיטה העברית בירושלים. מתמחה לשעבר בבית המשפט העליון. כיום יועץ אסטרטגי בחברת מקינזי.

**ד"ר נמרוד רוזלר** מרצה בחוג למדיניות ציבורית באוניברסיטת תל אביב בתכנית ליישוב סכסוכים וגישור. חוקר היבטים פסיכולוגיים, חברתיים ופוליטיים של סכסוכים ושל תהליכי יישובם. את עבודת הדוקטור שלו סיים במרכז שוויץ לחקר סכסוכים, ניהולם ויישובם שבאוניברסיטה העברית בירושלים והיה מרצה אורח באוניברסיטת קנזס בארצות הברית.

**גיל רוטשילד אליאסי** בעל תואר ראשון בהיסטוריה ובמשפטים מהאוניברסיטה העברית בירושלים ותואר שני מאוניברסיטת ניו יורק. מתמחה לשעבר בבית המשפט העליון. כיום דוקטורנט באוניברסיטת ברקלי שבקליפורניה.

**יונתן רום** בעל תואר ראשון במשפטים מהאוניברסיטה העברית בירושלים. כיום מתמחה בבית המשפט העליון.





# How Confronting Terrorism Erodes Human Rights

The Israeli Experience

Mordechai Kremnitzer

Aviad Ben-Yehuda | Nimrod Rosler

Gil Rothschild Elyassi | Yonatan Romm



THE ISRAEL  
DEMOCRACY  
INSTITUTE

Text Editor [Hebrew]: Keren Gliklich, Tamar Shaked

Series Design: Tartakover Design, Tal Harda

Cover Design: Yossi Arza

Typesetting: Nadav Shtechman Polischuk

Printed by Graphos Print, Jerusalem

Photo on Cover: *Hand in jail*, sakhorn38, thinkstock.com

ISBN 978-965-519-205-6

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2017 by the Israel Democracy Institute (RA)

Printed in Israel

The Israel Democracy Institute

4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602

Tel: (972)-2-530-0888

Website: <http://en.idi.org.il>

To order books:

Online Book Store: <http://tinyurl.com/en-idi-store>

E-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

Tel: (972)-2-530-0800; Fax: (972)-2-530-0867

The views expressed here do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

# Abstract

## Background and the Problems Facing Societies Dealing with Terrorism

Societies dealing with terrorism have two main goals: ensuring their civilians' security, while also protecting human and civil rights. These two goals are sometimes in conflict, so that one cannot be maximally attained without making certain concessions in the other. Thus, when examining measures aimed at minimizing the threat of terror, it is important to weigh the benefits of deploying them against the damage they cause to rights. The best way to go about this is to employ proportionality tests: suitability, necessity, and proportionality in its narrowest sense, meaning that measures may be considered proportional when the expected benefits of their use exceed the harm they cause to rights or to other interests. A few rights—such as the right not to be exposed to torture—are protected absolutely. When consideration is given to proportionality in dealing with terrorism, it is subject to psychological biases and other social phenomena that can lead to incorrect results, which in turn can lead to disproportionate harm to people's rights. This is true even when the measures employed do not have any real security benefit, and indeed, even when they are actually harmful to security.

This book presents the social processes and psychological biases that affect the way terrorism is addressed. Issues are presented in broad strokes as well as with specific examples that demonstrate the impact of these processes and biases. Our analysis aims at identifying ways of dealing with the problem as described above.

The following are some of the social processes that characterize societies facing terror:

**Irrational fear.** Studies have shown that repeated exposure to terrorism leads to PTSD symptoms even in individuals who have not experienced terror acts directly, but only through the media. Exposure to terrorism provokes and induces a disproportionate sense of danger, helplessness, lack of control, and vulnerability.

**Feeling victimized while demonizing “others.”** Another social process that takes place in societies affected by terrorism is self-victimization, coupled with viewing the other side as an enemy with no moral standards. In this context, the psychological bias involved is known as the “fundamental attribution error” of ascribing the negative conduct of others to their nature and not to the circumstances in which they act. That is, acts of terror are viewed as resulting from the others’ evil nature while ignoring their circumstantial motivations. In turn, such perceptions lead to the mistaken conclusion that the only way of dealing with terror is with an iron fist, since there is no way of changing the nature of those on the other side. Consequently, the opportunity to act wisely, and in a way that considers the circumstances that lead to terrorism, is missed.

**Anger with and hatred toward “others.”** Fear and demonization of “others” naturally evoke negative emotions toward them, such as rage, and particularly hatred. In turn, such emotions drive societies dealing with terrorism to seek vengeance and respond aggressively, and to desire to harm and even annihilate the object of that hatred. Given the human tendency to view external groups as homogenous entities, terrorists are viewed as representing the entire group to which they belong, and all other members of that group are tagged as accomplices or potential terrorists. Subsequently, rage and hatred are directed not only at the terrorists themselves, but also at the group that they represent—in the Israeli case, this means all Palestinians, including those who are Israeli citizens.

In addition to these social processes, societies dealing with terrorism suffer from certain psychological biases that lead to erroneous decisions. For example, the need for “cognitive closure,” which is defined as the desire for quick and unequivocal solutions and an aversion to ambiguity, generally leads to **a focus on short-term solutions**, which offers greater certainty regarding operational results.

Another bias is “optimistic overconfidence.” In the context of the subject of this book, this bias is expressed by decision-makers’ tendency to be overconfident when estimating the potential outcomes of the measures they would use. Such overconfident assessments come from paying attention to information that promotes and confirms the success of these policies while ignoring information that attests to their potential failure. Subsequently, **not all relevant considerations are given their appropriate weight**, as should be the case in proper decision-making processes.

In this context, the need for an epistemic authority should be addressed. Such an authority is perceived as providing valid and satisfactory information in a way that makes superfluous the need to seek alternative or additional sources of information. In Israel, the defense establishment is viewed as *the* epistemic authority when it comes to confronting terrorism. There are two main problems inherent in this situation: First, the available expertise regarding terrorism is less solid than the expertise in conventional warfare, which was acquired over a longer period. Second, decision-makers in general, and defense chiefs in particular, tend to identify with their main roles and responsibilities, according to which they are evaluated. It is therefore clear that the primary concern of the IDF Chief of General Staff or director of the General Security Service (GSS) is security, which overrides all other considerations, including human and civil rights and liberties. Hence, **security considerations are given excessive weight in decision-making processes**.

Political decision-makers are further influenced by public opinion, which demands immediate and total security, is unaware of the long-term implications of measures taken, and is insensitive to the rights of others. Under pressure from security officials on the one hand and public opinion on the other, decision-makers are liable to make harmful and unbalanced decisions, particular of the kind that fail to differentiate between individuals involved in terrorism and those who are not, between suspicion and proven guilt, and so forth.

This book cites three cases in which social processes and the psychological biases of a society suffering from terrorism have in practice led to the use of inappropriate measures.

## Torture

The clearest example of an absolutely protected right is the right not to be subjected to torture, which is anchored in both international and Israeli law. It is the enforcement of this prohibition that distinguishes societies and cultures committed to human dignity from those that grant their governments the despotic power to treat individuals as sources of information that may be extracted by breaking those individuals' spirit and resistance. Nevertheless, when the Landau Commission examined interrogation methods employed by the GSS in investigations of terrorist activity, it discovered that for nearly 20 years, the Service methodically employed torture when interrogating terror suspects. Analyzing the Landau Report, this book demonstrates the blind trust placed by the political echelon and the judiciary in the security services on both factual issues as well as values-based judgments and assessments. Such absolute confidence cannot serve as a foundation for rational decision-making. Our analysis also shows how the "slippery slope" phenomenon occurs in practice and is not just an empty warning. It is hard to believe that the advocates of this measure considered the possibility that it might be used against Israel's Jewish citizens, as seems to have been the case following the murder of members of the Dawabsheh family in the Palestinian township of Duma in July 2015.

## Administrative Detention

Our main conclusion from our examination of administrative detention is that, in its current form, this measure has no place in a democratic society. The scope of administrative detention has been extended beyond its rationale and in practice it serves as a harmful alternative to ordinary criminal proceedings when the evidence is insufficient or when it is in the state's interest not to reveal it. Administrative detainees are denied the minimum due process, which violates their human dignity.

## Ethnic Profiling

In the context of fighting terrorism, ethnic profiling is the reliance on individuals' personal or group characteristics—generally based on statistical

correlation—when determining the danger that they might commit terrorist acts and, accordingly, the policy for dealing with that danger. In this book, we examine two aspects of ethnic profiling: the comprehensive ban on the reunification of Palestinian families inside Israel, and the separate security checks conducted on Arab Israeli citizens at Israeli airports. Both cases demonstrate how disproportionate consideration is given to state security at the expense of Arab citizens' human rights. In both cases, fundamental rights such as equality and human dignity, and the essential interest of fair treatment for the Arab minority in Israel, are relegated to the margins in response to a low-level threat to the state's security. The two cases demonstrate how the improper goal of zero security risks is attained by gravely harming the rights of uninvolved individuals, and how this harm is justified simply because the harmed party is perceived as "other."

## Recommendations

### Policy Recommendations: Decision-Makers and the Public

**Allaying fears and avoiding generalization.** When setting policies, policymakers should consider the general states of mind that characterize societies dealing with terrorism. These bolster the aforementioned psychological biases which, in turn, influence the policymakers themselves.

First, they need to alleviate the public's irrational fear of terrorism, which is the motivating factor of most of the aforementioned social processes. This task is primarily the responsibility of decision makers and elected officials. In this spirit, government officials have recently done well to point out that traffic accidents are responsible for more fatalities than terrorism. The media also play an important role, related to how they report on terror attacks: they can glorify terror in a way that serves its perpetrators and heightens the public's fears, or they can play down its effects.

It is essential that we avoid making sweeping generalizations that treat an entire population as enemies without distinguishing between individuals who are involved in terrorism, persons suspected of such activities, and others who are not even suspects. Generalizations based on demonizing the other side prevent a rational response to terror. Harming uninvolved individuals

hands a victory to the terrorists and increases the number of people who support them and even join their ranks.

**Expanding considerations beyond narrow security concerns.** Another factor that leads to the use of inappropriate measures against terror is the desire, when transformed into a concrete goal, to uproot terrorism entirely and create a zero-terror situation. Realistically, this goal is unattainable. Furthermore, even seeking to attain it involves major infringement of fundamental rights, as can be seen, for example, in relation to the reunification of Palestinian families in Israel. A liberty-seeking society may not and should not make zero terror its goal. When facing terrorism and fear, the test of such a society is how it maintains its social resilience, its core values and moral stance, and its international status. Thus, it should not restrict itself to considering only narrow security goals. Specifically, Israel needs to pay particular attention to the impact of the measures it employs on Israel's Arab population. It should consider whether the measures deployed specifically in relation to this population—such as special security checks in airports or denying the right to form a family in Israel—do not result in a sense of discrimination and deepen the inequality and the rift between Jews and Arabs in Israel.

**Long-term thinking.** We need to resist the natural tendency to focus on short-term goals and the desire to immediately satisfy public wishes. Choosing harsh and collective measures generally leads to an escalation on the other side, creating a self-sustaining cycle of violence. During difficult periods, when the public is urging the government to take immediate action, there is a particular need for long-term thinking that takes all relevant considerations into account. Another advantage of this approach is that it allows for policy to be decided during relatively calm periods, when emotions are not running high and rational thinking can take precedence.

**Periodic audit of anti-terror measures.** We need to remember that even when a certain anti-terror measure has been approved, that decision is not carved in stone. Reality may override prior evaluations, and the goals for which these measures had been chosen may not be attained, or they may cause more harm than initially estimated. Additionally, the security situation may change substantially over time, casting doubt on the need for a particular measure.



This is why we suggest instituting periodic auditing of anti-terror measures, particularly those that infringe human rights. Such audits should examine both the effectiveness of the chosen measure and the extent of the damage inflicted by its use. This should be done in two stages: First, the expected outcomes of the measure should be defined as precisely as possible, in terms of both the benefit and the damage it is expected to cause; and then examination should be made of whether these expectations were met. This approach is essential in all cases where human rights are harmed. The fact that a certain measure has been recognized as proportional does not imply that it will remain so in the future.

### Recommendations for the Decision-Making Process on Anti-Terrorist Measures: Policymaking and Judicial Review

The recommendations presented in this section aim to assign meaning to all the various proportionality tests and to address the tendency to give prominence to the proportionality test as applied in its narrowest sense. Several considerations inform the testing process described here: (1) A profound and respectful approach to proportionality requires preferring true tests over tests for the sake of appearances. (2) Complete application of each test contributes to the full and proper application of subsequent tests. (3) Decision-makers feel much more at home conducting tests that are not values-oriented or normative, such as the proportionality test in its narrow sense. (4) The approach described can shorten the testing process and revoke measures early on. (5) From a values-oriented and educational point of view, the more a given measure is essentially improper, the better it would be to revoke it sooner. (6) The tests preceding the narrow proportionality tests enjoy greater legitimacy and are less controversial.

**Rights infringement: A comprehensive assessment of harm to constitutional rights.** It is not sufficient to locate a particular infringement of rights; all infringed rights must be taken into account, and the nature and extent of the harm inflicted should be assessed at the earliest stage. That is, at the first stage of the constitutional assessment, we should examine whether the core of a particular right is being harmed, or just peripheral aspects; where the right ranks in terms of importance relative to other rights; whether the infringement is temporary or

absolute; and so on. Furthermore, we should also ask whose rights are violated by the use of a particular measure: infringing the rights of persons involved in terrorism is not the same as infringing the rights of suspects, and is certainly different from infringing the rights of innocent individuals. The principle of distinction—a fundamental tenet of international law—should be given extensive consideration from the very earliest stage of assessing proportionality. Attention should mainly be paid to two types of cases: First, the few cases in which a right is absolutely protected; if such a right is violated, the measure in question should be repealed immediately. The second group comprises cases in which the infringed right is not absolute but is very close to being so. Attention should be paid to these aspects from the beginning of the testing process, because they can affect the application of subsequent tests, in terms of both the degree of empirical certainty and the level of probability required.

### The Appropriate Purpose Test

**The concretization of security interests.** To prevent too great a weight being conferred on security interests when making decisions, an explicit definition should be provided—at this early stage—of the marginal benefit that the measure in question would contribute to the security of the state and its citizens, instead of making a sweeping and vague use of the term “state security.” At this stage, an assessment must be made of whether this goal is worthy, beyond its general desirability, taking into account the nature and extent of the harm it inflicts on a given right.

### Rational Connection

**Assessing the probability that the measure will achieve its purpose.** General statements, such as “house demolitions deter those who would engage in terrorism,” are not sufficient. Every tool at our disposal must be employed to assess the probability that measures under discussion will indeed yield the desired results, and the extent to which such results are expected should be specified precisely—for example, how large a territory is the deterrent expected to influence, and for how long. If the probabilities are unknown and cannot be estimated, then no significant harm should be

allowed to the human rights of innocent parties. This is also the case when there is a low probability of success. Also at this stage, consideration should be given to the negative implications of the measure in question for achieving its goal. Thus, in the example of house demolitions, one must consider the possibility that they may actually exacerbate terrorism and increase support for it. Weighing expected benefits against potential damage in this way could lead to the conclusion that the given measure is inefficient, because the harm it causes exceeds its benefits, even without considering the infringement of rights. The more important the right being infringed, and even more so when speaking of near-absolute rights, the more well-founded the assessments must be, and the higher the probability of the measure's efficiency.

### The Necessity Test

#### **Starting with the least harmful measure and escalating as necessary.**

To prevent unnecessary infringements of human rights, decision-makers must consider more than one alternative when setting policy. From the very beginning, and throughout the process, preference must be given to the least harmful measure; only when it transpires that this will not yield satisfactory (rather than optimal) results can more harmful measures be considered.

### Proportionality in the Narrow Sense

**Values-based assessment based on all relevant considerations.** In this test, an additional examination must be conducted to assess the measures from a broader perspective that encompasses every relevant consideration, including remote, indirect, symbolic, and educational considerations, such as the State of Israel's international status, harm to Jewish-Arab coexistence in Israel, maintaining the moral high ground over our enemies, and so on.

Following the above recommendations can minimize violations of human rights and even, in the long run, yield greater security benefits for the state. In this way, it is possible to attain the two main goals that we face as a society affected by terrorism—ensuring the security of the state's citizens while also protecting human and civil rights.

האם נוסף על הקורבנות בנפש שהטרור מפיל, המאבק בו מחייב גם פגיעה בזכויות אדם? האם מדינה דמוקרטית יכולה להיאבק ביעילות בטרור כלי לאבד את נשמתה? מהן ההטיות המשפיעות על ההחלטות של קובעי המדיניות? האם האמצעים הדרסטיים והפוגעניים ביותר הם גם היעילים ביותר? והאם אפשר לסמוך על הביקורת השיפוטית שתגן במידה הראויה על זכויות האדם, גם אלו של הטרוריסטים?

הספר בוחן שאלות אלו ונוספות גם במבט כללי וגם במבט מקרוב. כדי לנסות ולהשיב עליהן הוא בודק לעומק שלוש סוגיות עיקריות: שימוש בעינויים בחקירתם של חשודים במעורבות בטרור; מעצרים מינהליים ותיגוג אתני כפי שהוא בא לדי ביטוי בבירוק הביטחוני בשדות התעופה; והמניעה הגורפת של איחוד משפחות פלסטיניות מעורבות (ערבי או ערבייה אזרחי ישראל ופלסטיני או פלסטינית תושבי השטחים) בתוך תחומי מדינת ישראל.

הספר מציע דרכים לשיפור הליכי קבלת ההחלטות במאבק בטרור. תכליתן של ההצעות להביא למדיניות מאוזנת ומידתית יותר, שהיא גם יעילה יותר בטווח הארוך.

הספר רואה אור במסגרת התכנית לכיטחון לאומי ודמוקרטיה ע"ש אמנון ליפקין-שחק.

סגן נשיא אחראי: פרופ' מרדכי קרמניצר

ראשי התכנית: אלוף (מיל') עמי אילון, פרופ' עמיחי כהן

מחיר מומלץ: 64 ש"ח  
אוקטובר 2017

מסח"ב: 6-205-519-965-978

[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)



0 4500001180 9

דאנאקוד 450-1180