

הצורך הפלילי כמקור סמכות לפעולה שלטונית: חקירות השב"כ וסיכולים ממוקדים בתוך המדינה

מרדכי קרמניצר* וחאלד גנאים**

- א. מבוא
- ב. אמצעי חקירה חריגים וסיכולים ממוקדים
- ג. סייג הצידוק לפי סעיף 34 לחוק העונשין – קיומה של חקיקה מינהלית ראשית מפורטת
- ד. האמנה החברתית והשלכותיה
 1. זכות הפרט להפעלת כוח מגן
 2. ההשלכות של תפיסות האמנה החברתית על הסייגים לאחריות פלילית
- ה. פעולה שלטונית והצורך כסייג לאחריות פלילית
 - ו. קשיים בהתקיימות התנאים הפנימיים של סייג הצורך
 - ז. פעולה שלטונית וצורך פוטר
- ח. הכרסום במוחלטות האיסור על עינויים, המציאות של שימוש באמצעים חריגים והחשש מפני טעות ושימוש לרעה
 1. הכרסום במוחלטות האיסור
 2. המציאות של שימוש באמצעים חריגים
 3. החשש מפני טעות ושימוש לרעה
- ט. במקום סיכום

א. מבוא

בישראל השימוש בסייג הצורך הפלילי נדון בהרחבה בהקשר של נקיטת אמצעי חקירה חריגים על ידי חוקרי השב"כ.¹ כחלק ממלחמתה של ארצות הברית

* פרופסור (אמריטוס), הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים, ועמית מחקר בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

** פרופסור, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה.

¹ ראו דין וחשבון ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת (1987) (להלן: ועדת לנדוי), שבו נדונה האפשרות להסתמך על סייג הצורך והן על ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה, שמסדיר את הסמכות השירות של הממשלה; בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד

בטרור, הצטרפה גם היא "למשפחה הלוחמת" מן הבחינה הזאת והפעילה אמצעי חקירה שהם בגדר עינויים או יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל.² גם שם נטען שהשימוש באמצעי חקירה חריגים נופל בגדר סייגים לאחריות פלילית.³ לאחרונה עלתה בספרות המשפטית בארצות הברית, גם האפשרות להזדקק לסייג הצורך בהקשר של סיכולים ממוקדים המתבצעים בתוך שטחה של המדינה.⁴ רשימה זו תתמקד במשרתי ציבור שהם חוקרי השב"כ שמפעילים אמצעי חקירה חריגים, וכן חיילים (ואפילו שוטרים) המבצעים סיכולים ממוקדים ושאלת תחולת סייג הצורך של המשפט הפלילי על פועלם.

בישראל הדיון האקדמי שהתקיים עד עתה נסב בעיקר על שאלת ההיתר או האיסור של שימוש באמצעים אלה, ופחות על שאלת אחריותם האישית של הנוקטים באמצעים אלה. מכאן ההצדקה לדון בנושא של האחריות האישית של משרתי ציבור לגבי מעשים הנעשים על ידם כחלק מתפקידם. מטרת הרשימה כפולה: המטרה הראשונה היא להניח תשתית משפטית, שלפיה סייג הצורך לא חל על משרתי ציבור, בעניינינו על חוקרי השב"כ בשימוש באמצעי חקירה חריגים; וכן על חיילים בביצוע סיכולים ממוקדים, בהתייחס לפעולות שלטוניות שלהם – לא בתור סייג מצדיק שמעניק זכות והיתר משפטי לפעול, וגם לא בתור

נג(4) 817 (1999) (להלן: "בג"ץ העינויים").

² לדיון על עינויים בארצות הברית, ראו בהמשך בטקסט הצמוד לה"ש 51–67.

³ לגבי עינויים ואמצעי חקירה חריגים אחרים, מלומדים סבורים שסייג הצורך יכול להתירם באופן חריג – ראו דיונים אצל: John T. Parry & Welsh S. White, *Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture Be an Option?* 63 U. PITT. L. REV. 743, 757 (2002); John Alan Cohan, *Torture and the Necessity Doctrine*, 41 VAL. U. L. REV. 1587, 1612–1632 (2007); Christopher Kutz, *Torture, Necessity and Existential Politics*, 95 CALIF. L. REV. 235, 250 (2007); Marcy Strauss, *Torture*, 48 N.Y.L. SCH. L. REV. 201 (2003); Adam Raviv, *Torture and Justification: Defending the Indefensible*, 13 GEO. MASON L. REV. 135 (2004); Paul Ames Fairall, *Reflections on Necessity as a Justification for Torture*, 11 J.C.U. L. REV. 21 (2004); Paola Gaeta, *May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists*, 2 J. INT'L CRIM. JUST. 785 (2004); Kimberly Kessler Ferzan, *Torture, Necessity, and the Union of Law & Philosophy*, 36 RUTGERS L. J. 183 (2004); Fritz Allhoff, *Torture Warrants, Self-Defense, and Necessity*, 11 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 421 (2013); Winfried Brugger, *May Government Ever Use Torture – Two Responses from German Law*, 48 AM. J. COMP. L. 661 (2000) U.S Department of Justice – Office of the Assistant Attorney General, Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General for Alberto R. Gonzales, *FindLaw* (Aug. 1, 2002) <https://bit.ly/4j9pQxn> (להלן: מזכר בייבי).

⁴ ראו Gabriella Blum & Philip Heymann, *Law and Policy of Targeted Killing*, 1 HARV. NAT'L SEC. J. 145 (2010).

סייג פוטר ששולל את האשמה. בדיון זה נייחד מקום מרכזי לגישות שונות כלפי רעיון האמנה החברתית ומה שנגזר מהן.

המטרה השנייה היא דיון באפשרות השימוש לרעה בסייג הצורך במקרים מעין אלה, שאינם בגדר הצורך הקלסי (השימוש הטבעי בסייג). את הפרספקטיבה הזו יש לבחון לא רק באופן ספקולטיבי אלא גם לפי מבחן המציאות. מה שנכתב בזמנו על הצורך התאים, מבחינה זו, לשעתו. ראוי לבחון את הסוגיה לאור מה שאפשר ללמוד על גלגולי הצורך מאז ועד עתה. בייחוד, נבקש להתמקד בהתפשטות השימוש בעינויים בארצות הברית, בהצעה שהועלתה בארצות הברית להשתמש בצורך ביחס לסיכולים ממוקדים בתוך המדינה; בפרקטיקה של הימנעות מחקירות פליליות במקרי צורך בישראל; ובטשטוש ההבחנה שבין צורך כהצדק לבין צורך כפטור שחל בפסיקה הישראלית.

תחילה נציג את הדין ואת הפרקטיקות בישראל ובארצות הברית בכל הנוגע לעינויים, ליחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל, ולסיכולים ממוקדים. לאחר מכן נתאר מה שמתחייב במדינת חוק, לשם הפעלת כוח מטעם המדינה – הסמכה בחקיקה ראשית מפורטת ובהירה, כנגזר מעקרון החוקיות המינהלי. בהמשך, נדון בתורת האמנה החברתית ובהשלכותיה על זכותו של הפרט להפעיל כוח מגן: האם מדובר בזכות טבעית עצמאית או שמא בזכות נגזרת מסמכותה של המדינה? על הבסיס הזה – ההשלכות של גישות אלה על הסייגים לאחריות פלילית, במיוחד הצורך. אחר כך, יוצגו טיעונים נוספים נגד תחולת סייג הצורך על הסוגיות הנדונות – אי-התאמה של הצורך לפעולה שלטונית והקשיים בהתקיימות תנאי הצורך במקרים אלה. מכאן נעבור לדיון באפשרות הזדקקות לצורך כפטור מאחריות פלילית לעובדי ציבור לגבי פועלם במילוי תפקידם. ולפני סיכום, נעמוד על המציאות של השימוש באמצעים חריגים מנקודת המבט של החשש מטעות ומשימוש לרעה.

ב. אמצעי חקירה חריגים וסיכולים ממוקדים

האמנה נגד עינויים אוסרת על הפעלת עינויים ועל הפעלת יחס אכזרי, משפיל ובלתי אנושי.⁵ סעיף 2 לאמנה (שישראל חתמה עליה ואישרה אותה) קובע שמדובר באיסור מוחלט שאין לו חריגים, והוא חל גם במצבי חירום ובמלחמה. העמדה המקובלת היא שהאיסור האמור חל גם מבחינת המשפט הבין-לאומי המנהגי.⁶

⁵ האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-22.10.1986, ואושרה ביום 2.11.1991).

⁶ קיימות אמנות בין-לאומיות רבות שאוסרות באופן מוחלט על עינויים. ראו: G.A. Res.

בחוק העונשין הישראלי קיימים איסורים רבים האוסרים על שימוש בכוח או באיומים כלפי אדם, כגון סעיף 277 לחוק העונשין.⁷ לשם חילוץ מידע על אודות ארגוני טרור ופעילותיהם במטרה של סיכול מראש של פיגועים,⁸ חוקרי השב"כ השתמשו במגוון אמצעים. אמצעים אלה, בנפרד או במצטבר, עשויים להיחשב כנופלים בגדר האיסור על עינויים או האיסור על יחס בלתי אנושי, אכזרי או

217 (III) A, 5, Universal Declaration of Human Rights, U.N. GAOR, 3d Sess., at 71, U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948); Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287; International Covenant on Civil and Political Rights, art. 7, Dec. 19, 1966, 999 U.N.T.S. 171; United Nations Convention Against Torture, and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. Res. 39/46, U.N. GAOR, 39th David Hope, גם, ראו גם Sess., Supp. No. 51, U.N. Doc. A/39/51 (Dec. 10, 1984) Torture, 33 INT'L & COMP. L.Q. 807, 809 (2004). ראו גם עמדתו של בית הדין הבינלאומי בעניין יוגוסלביה, ראו Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, 144 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998): "It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of OREN GROSS & FIONNUALA NI AOLAINE, LAW IN TIMES OF CRISIS: emergency" גם; EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE 381 (2006) Gäfgen v. Germany, App. No. 22978/05, Judgment, 107, Eur. Ct. ראו H.R. (June 1, 2010). על מוחלטות האיסור על יחס אכזרי, משפיל ובלתי אנושי, ראו מרדכי קרמיניצר ויובל שני "האיסור המוחלט של עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל: ההיית או חלמתי חלום? – עמדתו של המשפט הישראלי בסוגיית שיטות החקירה המיוחדות" משפט ועסקים כה 223, 229–224 (2019); United Nations Convention Against Torture, and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: General Comment 2, Implementation of Article 2 by States Parties, Committee Against Torture, U.N. Doc. CAT/C/GC/2 (Jan. 24, 2008) הקונגרס האמריקני קיבל החלטה האוסרת על הממשל (בוש הבן) להפעיל אמצעים של יחס אכזרי ומשפיל, וזאת חרף התנגדותו של הממשל.

הבחנה בין עינויים לבין יחס אכזרי ומשפיל מתבטאת, למשל, בכך שבעוד עינויים אסורים וחלה חובה להגדירם עבירה פלילית, האמצעים של יחס אכזרי או משפיל אסורים, אך אין חובה להגדירם עבירה פלילית.

ס' 277 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, שכותרתו "לחץ של עובד ציבור". נוסף על כך, באות בחשבון העבירות של: שימוש לרעה בכוח שלפי ס' 280; תקיפה לפי ס' 379; תקיפה שגורמת חבלה ממשית לפי ס' 380; תקיפה בנסיבות מחמירות לפי ס' 382; חבלה חמורה לפי ס' 333; חבלה ופציעה בנסיבות מחמירות לפי ס' 335; תקיפת חסר ישע לפי ס' 368; התעללות בחסר ישע לפי ס' 368ג; איומים לפי ס' 192; סחיטה בכוח וסחיטה באיומים, ס' 427 ו-428.

ראו אלי בכר שב"כ במבחן: ביטחון, משפט וערכי הדמוקרטיה 38 (נועה שליטין עורכת (2020).

משפיל.⁹ עם זאת, החוקרים, השב"כ והמדינה הכחישו כליל את השימוש בעינויים בחקירות של חשודים בטרור. בעקבות פרשת קו 10,300 ופרשת נאפסו,¹¹ הוקמה, בשנת 1987, ועדת חקירה ממלכתית – ועדת לנדוי. לפי דו"ח הוועדה, סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, המסדיר את הסמכות השיורית של

⁹ בעבר השתמשו בפרקטיקות של טלטול נחקרים, כלומר ניעור בחזקה של פלג הגוף העליון קדימה ואחורה פעמים אחדות בצורה הגורמת לצוואר ולראש להיטלטל ולהתנדנד במהירות; המתנה בתנוחת "שבאח" כאשר ידיו של הנחקר כבולות מאחורי גבו והוא יושב על כיסא קטן ונמוך, על ראשו מולבש שק אטום ובחדר מושמעת מוזיקה חזקה, כאשר הישיבה הממושכת גורמת לכאבים חזקים בשרירי הידיים, בעורף ובראש; כריעת "צפרדע" כשחלק ממנה עומד הנחקר על קצות אצבעותיו לפרקי זמן של חמש דקות בכל פעם; "תנוחת בננה" כאשר גבו של החשוד על מושב הכיסא, ראשו בצד אחד ורגליו בצד שני, והנחקר מוחזק על ידי שני חוקרים בראשו וברגליו ומנוער, לעיתים – עד אשר מאבד את הכרתו ומקיא; הידוק יתר של אזיקים הגורם לפצעים היקפיים בידיו וברגליו של הנחקר ומניעת שינה; ראו: בג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 826–828; בג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 10 ו-14 לפסק הדין של השופט ארלון (נבו) 26.11.2018 (להלן: "בג"ץ טביש"); דו"ח לנדוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.

חוקרי השב"כ מפעילים אמצעים אלה, שלא נופלים בהכרח בגדר עינויים: הפשטת הנחקר מבגדיו ואילוצו להתקלח במקלחת קרה; אילוף הנחקר לעמוד בחצרו של מיתקן הכליאה במשך שעות ארוכות גם כאשר אינו נחקר; איומים לעצור את קרובי משפחתו של הנחקר, כגון אשתו, אימו ואנשים נוספים. מניעת שינה אסורה, לפי הפסיקה, רק כשהיא ננקטת במטרה לשבור את כוח הרצון של הנחקר. אפשר לחלוק על המבחן הסובייקטיבי הזה שאומץ בפסיקה, שמתמקד ביסוד הנפשי של החוקר ולא מביא בחשבון ראוי את חומרת המעשה.

¹⁰ מדובר באירוע שבו ארבעה מחבלים, חברי החזית העממית לשחרור פלסטין מחאן יונס, חטפו את אוטובוס קו 300, שבו היו 41 נוסעים, והכריחו את הנהג לנסוע לכיוון עזה. כמה קילומטרים לפני הכניסה לרצועת עזה, סיירת מטכ"ל ויחידה נוספת של צה"ל עצרו את האוטובוס, שחררו את הנהג והנוסעים, אך נוסעת אחת נרצחה ושבעה נפצעו. דובר צה"ל מסר הודעה שלפיה ארבעת הפלסטינים נהרגו, כאשר שניים מתו במהלך החילוץ והשניים הנותרים שנפגעו במהלך החילוץ מתו בדרכם לבית החולים. עדי ראיה מסרו עדות ששני פצועי המוות יצאו בעצמם מהאוטובוס, ואילו אלכס ליבק, צלם עיתון "חדשות", צילם אחד מהם יוצא לבדו מהאוטובוס. לימים הסתבר שבהוראת ראש השב"כ אברהם שלום השניים הוצאו להורג על ידי אנשי השב"כ. סוכן השב"כ בזמנו, אהוד יתום, סיפר בראיון ש"בדרך קיבלתי פקודה מאברהם שלום להרוג את הגברים, אז הרגתי אותם". מאוחר יותר הכחיש אהוד יתום שאמר דברים אלה בראיון; ראו ישי מנוחין "מבוא: 'הגנת הבצל' – סתירות, פערים, אחריות אישית וחסינות שיטתית" מתחת לכל ביקורת: העדר חקירה וענישה של עינויים והתעללות בחקירות שב"כ 7, 9 (הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל – דוח תקופתי 2009) 8; על הפרשה ראו גם בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד (מ) 505 (1986).

¹¹ פרשה שבה נחקר תחת לחץ קצין צה"ל ממוצא צ'רקסי, שנחשד בריגול ובהברחת חומרי לחימה בשירות ארגון טרור; ראו גם ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631 (1987).

הממשלה, ובהיעדר הסמכה ישירה ומפורשת, הוא מקור ההסמכה לחוקרי השב"כ לחקור ואף להפעיל אמצעי חקירה חריגים.¹² אומנם הוועדה לא קבעה מפורשות שסייג הצורך הוא מקור סמכות והשראה מראש להפעלת אמצעי חקירה פוגעניים על ידי חוקרי השב"כ, אולם הוועדה קבעה כי חוקר שב"כ שעומד בפני סיטואציה של צורך יכול לבחור ברע במיעוטו, ולזכות בסייג הצורך המצדיק בהליך הפלילי אם כזה מתנהל נגדו. חקירה כזו "מותרת על פי דין", ואמצעי החקירה מוצדקים,¹³ באמצעות הגנת הצורך.¹⁴ בנספח סודי הוועדה קבעה הנחיות המפרטות את אופן הפעלת אמצעי הלחץ הפיזיים והנפשיים שחוקרי השב"כ יכולים להפעיל ומה אסור להם לעשות, לפי הגנת הצורך.¹⁵

ב"בג"ץ העינויים" דחה בית המשפט העליון את הטענה שלפיה בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה יש משום הסמכה לחוקרי השב"כ להפעיל אמצעי חקירה. נקבע כי "סמכותה ה'שירותית' של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט".¹⁶ נקבע גם שסייג הצורך בחוק העונשין אינו מקור סמכות והיתר מראש שמכוחו רשאים חוקרי השב"כ להשתמש באמצעי לחץ פיזיים ונפשיים במהלך חקירותיהם.¹⁷ משכך, בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, הממשלה חסרה סמכות לקבוע הנחיות או כללים הנוגעים לשימוש באמצעים כאלה בחקירות השב"כ.¹⁸ עם זאת, בית המשפט העליון העלה את האפשרות שחוקרי השב"כ יכולים להתגונן בדיעבד מפני הרשעה בפלילים באמצעות סייג הצורך.¹⁹

12 דו"ח לנדוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 41–42; ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה שכותרתו "הסמכות השירותית של הממשלה": "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

13 דו"ח לנדוי, שם, בעמ' 74. ראו גם מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" *משפט וממשל* ד 667, 690–693 (1998).

14 דו"ח לנדוי, שם, בעמ' 71–73 הוועדה קבעה כי החומר שנגבה במהלך החקירה קביל במשפט.

15 לעומת יחסה המקל של ועדת לנדוי לשימוש בלחצים בחקירה, הוועדה שללה באופן מוחלט מסירת עדות שקר על מה שהתרחש במהלך החקירה. כפי שעולה מבג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 1, התברר כי גם אחרי דו"ח ועדת לנדוי, חוקרי השב"כ המשיכו להפעיל עינויים ואמצעי חקירה נוספים אסורים, וגם לשקר לגבי זה; רקע עובדתי זה הוא שהוביל להגשת עתירות רבות לבית הדין הגבוה לצדק, כאשר בסופו של דבר התקבל בג"ץ העינויים (לעיל ה"ש 1).

16 בג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 832.

17 שם, בעמ' 842.

18 שם, בעמ' 842–844.

19 העלאת טענת הצורך בדיעבד על ידי חוקר השב"כ משמעה שסייג הצורך הוא פטור, ולא הצדק – ראו בהמשך, הטקסט הצמוד לה"ש 135 ואילך.

אומנם הכנסת חוקקה את חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, אולם סוגיית החקירות לא הוסדרה בו.²⁰ ממילא, לא הוסמך השב"כ להפעיל אמצעי חקירה חריגים. מכאן שפועלם של חוקרי השב"כ בהפעלת אמצעי חקירה חריגים הוא ללא סמכות, וכזוה הוא – שלא-כדין.²¹

לאחר סיקרת הגישה הישראלית לסוגיית אמצעי החקירה החריגים, ראוי להשוותה למדיניות וליישום בארצות הברית, שאף היא מתמודדת עם אתגרים דומים במלחמתה בטרור. מאז ומעולם עמדתה העקרונית של ארצות הברית היא שהעינויים אסורים באיסור מוחלט,²² וכי הן העינויים והן טיפול אכזרי, משפיל ובלתי אנושי מקיימים עבירה פלילית.²³ ארצות הברית אינה מודה בהפעלת עינויים או יחס אכזרי או משפיל, אולם עקב אירועי 11 בספטמבר 2001, סגן הנשיא דיק צ'יני הצהיר כי "עם זאת, אנו צריכים לפעול בצד האפל".²⁴ סוכנות הביון המרכזית, בהסמכת הנשיא בוש-הבן, גיבשה תוכנית למעצר ולהפעלת אמצעי חקירה (The Detention and Interrogation Program), כאשר לפי הדלפות מאנשי ה-CIA ואחר כך לפי דו"ח הסנאט,²⁵ השתמשו בטכניקות שלגביהן אפשר לומר בוודאות שממשל בוש-הבן הפעיל על עצורים עינויים ויחס אכזרי ובלתי אנושי.²⁶ ממשל אובמה הכריז על הפסקת העינויים על ידי אנשי הממשל,²⁷ ובה-בעת קבע כי אין להעמיד את חוקרי שירותי הביון לדין בגין עינויים או יחס אכזרי ובלתי אנושי.²⁸

- 20 כנראה בשל העמדה החד-משמעית האוסרת ללא חריגים של המשפט הבין-לאומי.
- 21 דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 119 (טובה אולשטיין עריכה ומפתחות 2010); יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א 50 (מהדורה שנייה 2010); בג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 831. גם אם מאמצים את תורת הבטלות היחסית, מדובר בפעולה נעדרת סמכות.
- 22 ראו Parry & White, לעיל ה"ש 3 בעמ' 748-757.
- 23 בשנות ה-90 העביר הקונגרס האמריקני חוק (18 U.S.C., § 2441) שהגדיר יחס אכזרי ומשפיל לעבירה.
- 24 Kutz, לעיל ה"ש 3, בעמ' 239: "We have to work, though, sort of the dark side".
- 25 ראו Report of the Senate Select Committee on Intelligence, Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program together with Foreword by Chairman Feinstein and additional and Minority Views, S. Rep. 113-288, at xii (Dec. 9, 2014); David Luban, *Torture and the Professions*, 26 CRIM. JUST. ETHICS 2, 58 (2007).
- 26 ראו Scott Shane, *U.S. Engaged in Torture After 9/11, Review Concludes*, N.Y. TIMES (April 16, 2013): "It is now indisputable that the United States engaged in the practice of torture"; Connor Scott, *Justification and Defensibility of Torture*, 32 CONN. J. INT'L L. 147, 175 (2016).
- 27 העינויים הופסקו בשנת 2008.
- 28 ראו Statement of President Barack Obama on Release of OLC Memos (April 16, 2009): "it is our intention to assure those who carried out their duties relying in good

לאחר הדלפת המידע וטרם פרסום דו"ח הסנאט, החל בארצות הברית ויכוח נוקב על הצדקת העינויים במקרים חריגים, ואנשי ממשל בוש-הבן הצדיקו במסמכים פנימיים את העינויים.²⁹ מזכר Bybee מטעם הנשיא מעניק למפעיל העינויים את הסייגים של הגנה עצמית או צורך במקרים חריגים. נקבע כי:

“Standard criminal law defenses of necessity and self-defense could justify interrogation methods needed to elicit information to prevent a direct and imminent threat to the United States and its citizens”.³⁰

ממשל בוש-הבן קיבל את העמדה שלפיה עובד ציבור רשאי להפעיל עינויים כאשר הם האמצעי היחיד שיש לו סיכוי רב למניעת סכנה קרובה לוודאי לאינטרסים אמריקאיים והנוק שיימנע גדול בהרבה מהנוק שייגרם על ידי העינויים:

“A governmental actor may use torture in interrogation at least when torture is the only available and a highly likely means of avoiding a near certain threat of harm graver than that incurred by the act of torture”.³¹

כלומר, במינוח שלנו – תפיסה של הצורך המצדיק כרע במיעוטו. בשנת 2005 קיבל הקונגרס תיקון חוק (McCain Amendment) שאסר על ממשל בוש-הבן להפעיל יחס אכזרי, משפיל או בלתי אנושי בכל רחבי העולם.

לצד אמצעי החקירה החריגים, אסטרטגיה נוספת במאבק בטרור היא השימוש בסיכולים ממוקדים, המעלה גם היא סוגיות משפטיות ומוסריות דומות. אין חולק כי ישראל וארצות הברית מפעילות סיכולים ממוקדים.³² בעוד

faith upon legal advice from the department of Justice that they will not be subject to prosecution [...]. This is a time for reflection, not retribution”

²⁹ ראו Scott, לעיל ה"ש 26, בעמ' 155–156; מזכר בייבי, לעיל ה"ש 3; כאשר המלומד Luban, מכנה את מזכר בייבי "מזכר העינויים". ראו Luban, לעיל ה"ש 25, בעמ' 59; Memorandum from Daniel Levin, Assistant Attorney Gen., Re: Legal Standards Applicable Under 18 U.S.2340-2340A, to James B. Comey, Deputy Attorney Gen. (December 30, 2004), available at: <https://bit.ly/4liGFb3>

³⁰ Luban, שם, בעמ' 39; ראו גם Scott, שם, בעמ' 155–165.

³¹ Kutz, לעיל ה"ש 3, בעמ' 250.

³² ראו Blum & Heymann, לעיל ה"ש 4, בעמ' 149–151; David Rohde, *The Obama Doctrine – How the president's drone war is backfiring*, FP (27 February 2012),

בית המשפט העליון הישראלי מצדיק את הסיכול הממוקד המבוצע מחוץ לשטחה של ישראל מכוח המשפט הבין-לאומי,³³ המלומדים בלום והיימן סבורים כי אפשר להצדיק את השימוש בפרקטיקת הסיכול הממוקד בארצות הברית שלא דרך פרדיגמה של מלחמה. לדעתם אפשר להסביר זאת בפרדיגמה של פעולה חריגה בזמן שלום, באמצעות סייג הצורך,³⁴ כבסיס משפטי המאפשר להמית באופן ממוקד חשודים בטרור.³⁵ בפרדיגמה זו, מתייחסים אל הסיכול הממוקד כאל אמצעי לאכיפת החוק הפנים-מדינתי, וזאת בנסיבות חריגות ומצומצמות תוך קיומן של המגבלות שבסייג הצורך המצדיק. לפי הפסיקה הישראלית, חלה חובה לקיים חקירה על ידי גורם עצמאי אחרי סיכול ממוקד, כך שיש פיקוח לאחר מעשה על פעולת הסיכול שבוצעה.

ג. סייג הצידוק לפי סעיף 34 לחוק העונשין – קיומה של חקיקה מינהלית ראשית מפורטת

צדק בית המשפט בבג"ץ העינויים כאשר קבע כי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, המסדיר את הסמכות השיוריות של הרשות המבצעת וסייג הצורך הפלילי, אינם מקור סמכות לפעולות חוקרי השב"כ בהפעלת אמצעי חקירה חריגים. קרי, סעיף 32 הנ"ל וסייג הצורך הם לא מקור סמכות לפגיעה בחיים, בשלמות הגוף, בבריאות ובכבוד הנחקר. פסיקה זו מבהירה את הגבולות החוקתיים של סמכויות החקירה, וכך קיים הכרח בקיומה של חקיקה ראשית מינהלית שמסדירה את פעולתם של חוקרי השב"כ, ואז, בהתאם לסעיף 34(1) לחוק העונשין, לזכותו של חוקר השב"כ יעמוד סייג הצידוק בלבד.

מדינה דמוקרטית מאופיינת בעקרון הפרדת רשויות.³⁶ תפקידה של הרשות המחוקקת הוא לחוקק חוקים שקובעים את התנאים לפועלה של הרשות

³³ <https://bit.ly/3FRuH8m>; לירן אהרונר "ארה"ב חיסלה את קאסם סולימני, מפקד כוח אל קודס של איראן" רשת 13 (3.1.2020), <https://bit.ly/3E6jet8>; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן: "בג"ץ הסיכולים").

³⁴ לרוב סיכולים ממוקדים מבוצעים בדרך של תקיפה אווירית, לרבות שימוש במטוסים ללא טייס, ולעיתים בדרך אחרת על ידי סוכנות ביון, כגון המתה מכוונת של המעורבים בטבח הספורטאים הישראלים במינכן על ידי המוסד הישראלי.

³⁵ בארצות הברית המשפט הפלילי הוא בעיקר בסמכות המדינות. כדי ליצור הרמוניה בין החקיקה של המדינות, מלומדים גיבשו את המודל "פינל קוד" כמקור השראה לחקיקה המדינתית. המלומדים היימן ובלום מציינים את החקיקה על צורך לפי המודל "פינל קוד" (sec. 3.02 Model Penal Code) כמקור ההשראה לדיון.

³⁶ Blum & Heymann, לעיל ה"ש 4, בעמ' 160.

³⁷ ראו Myers v. United States, 272 U.S. 52, 293 (1926).

המבצעת, ובמיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות.³⁷ במדינה דמוקרטית ההכרעה בין אינטרסים וזכויות נוגדים צריכה להיעשות רק על ידי המחוקק, שהוא המייצג הנבחר של הציבור. לכן המחוקק הוא המתאים לערוך את האזון שבין ביטחון לבין חירות. יתרונו של המחוקק בעריכת אזון זה נובע מהליך קבלת ההחלטות המאפיין אותו. הכרעת המחוקק נעשית לאחר דיון נרחב המאפשר ביטוי לדעות שונות והקשבה להן. דיון פתוח בתוך בית המחוקקים ודיון ציבורי רחב מחוצה לו נועדו להבטיח בחינה כוללת ועניינית של כלל השיקולים הרלוונטיים, והוא חשוב בייחוד כאשר על הפרק עומדת פגיעה בזכויות בסיסיות.³⁸ הרשות המחוקקת מקבלת החלטות שאמורות לבטא תפיסת צדק עקרונית.³⁹ לפיכך, חשוב לוודא שההחלטות הנורמטיביות הן שוויוניות, משרתות צורך אמיתי ותכלית ראויה ושפגיעתן בזכות היא מידתית. לעומת זאת, גורם מינהלי, כגון השב"כ, המופקד על עניין מסוים, כדוגמת ביטחון המדינה ותושביה, פועל לקידומו של אותו אינטרס. מטבע ייעודו ותפקידו, קשה לצפות ממנו שיביא בחשבון בצורה מספקת וראויה שיקולים אחרים.⁴⁰ מבחינתו, רצויה סמכות נרחבת ככל האפשר לצורך מילוי תפקידו, ובייחוד כאשר מדובר באינטרס ציבורי שחשיבותו עליונה, ושיקולי יעילות ונוחות תופסים אצלו מקום מרכזי. מכאן, חקיקה ראשית מפחיתה את אפשרות ניצול הכוח לרעה על ידי "גורמי מנהל, הנכונים לעתים לתמוך בנקיטת צעדים מסוימים בחדרי חדרים אך מנעיים מכך במסגרת הליך החקיקה".⁴¹ כלומר, המחוקק קובע מראש את התנאים לפגיעה, וזאת כדי למנוע פעולה שרירותית של רשויות השלטון, וכדי שהנפגעים הפוטנציאליים ידעו מראש את טיב הפגיעה האפשרית ואת היקפה.⁴²

37 לפי 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". ראו גם: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998), פס' 20 לפסק הדין של הנשיא ברק; BERNARD SCHWARTZ, ADMINISTRATIVE LAW 43 (3rd ed. 1990); *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 471 (1989).

38 ראו בג"ץ רובינשטיין, שם, בפס' 22 לפסק הדין של הנשיא ברק וראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 144 (מיכאלה קלי עורכת לשון 2016).

39 ראו גם בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762 (2004); מדינה, שם, בעמ' 146.

40 ראו גם: יצחק זמיר "זכויות אדם וביטחון המדינה" משפטים יט 17, 21–24 (התשמ"ט – התש"ן); Alan M. Dershowitz, *Is it Necessary to Apply "Physical Pressure" to Terrorists – and to Lie About it?*, 23 ISR. L. REV. 192, 197 (1989).

41 ראו מדינה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 146.

42 ראו גם מדינה, שם, בעמ' 144.

עיקרון זה של קביעת הסדרים מפורטים בחקיקה ראשית מקבל ביטוי משפטי פורמלי בדוקטרינה המשפטית הישראלית. בהתאם לדוקטרינה בדבר "הסדרים ראשוניים", קיימת חובה להסדיר את התנאים להפעלת שימוש בכוח שלטוני הכרוך בפגיעה בזכויות חוקתיות בחקיקה ראשית,⁴³ ולא להשאירו לשיקול דעתה של הרשות המבצעת.⁴⁴

עקרון שלטון החוק מתיר לרשות המבצעת, לרבות זרועות הביטחון שלה כגון חוקרי המשטרה והשב"כ, להפעיל כוח ולפגוע בזכויות חוקתיות של האדם רק על פי חוק מינהלי שמסדיר זאת באופן ברור ובהיר ככל האפשר; אין די בקיום חוק המסמך באופן כללי את הרשות המבצעת לפעול, אלא חובה שהסמכות, גבולותיה ותנאיה ייקבעו במפורש ובצורה בהירה בחקיקה ראשית;⁴⁵ ההסמכה בחוק צריכה להיות כזו שיהיה בה כדי להנחות את משרתי הציבור הרלוונטיים כיצד לפעול. בה-בעת, היא צריכה להעמיד גם את הנפגעים הפוטנציאליים על אפשרות הפגיעה בזכויותיהם, טיב הפגיעה והיקפה.⁴⁶ דרישה זו מגינה מפני שרירותיות השלטון,⁴⁷ מאפשרת לאזרחים לפקח על פעולותיו ומגבירה את הוודאות המשפטית.⁴⁸ לפיכך:

43 שנמנה עם עקרונות היסוד הראשוניים; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009), פסק הדין של השופט ריבלין; ראו גם ע"פ 9878/09 מדינת ישראל נ' מוסא, פס' 24 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו) (20.9.2010).

44 על דוקטרינת ההסדרים הראשוניים, ראו מדינה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 145; ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012); בג"ץ רובינשטיין, לעיל ה"ש 37, פס' 19 ואילך לפסק הדין של הנשיא ברק; זמיר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 85–86. ראו גם, BVferGE 34, 52 (B.II.2.a); D. P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 145 (2nd ed., 1997).

45 ראו בג"ץ רובינשטיין, לעיל ה"ש 37, בפס' 20–21 לפסק הדין של הנשיא ברק; BVferGE 34, 52 (1972); Uwe Kischel, 147, בעמ' 147, KOMMERS, 8, 274 (1958); Industrial Union Dept. v. American Petrol. Inst., 448 U.S. 607, 675 (1980); Irwin Toy Ltd. v. Quebec (AG) 1 S.C.R. 927, 982 (1989).

46 ראו גם Industrial Union Dept., שם, בעמ' 685; 398 U.S. 258, United States v. Robel, 276 (1967).

47 על מסך הבערות בהקשר החוקתי והצורך בחקיקה ראשית, ראו גם: Adrian Vermeule, 399 YALE L. J. 399 (2001); Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law, מדינה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 155 ואילך.

48 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, 239 (1989); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות

"לא די בהוראות הסמכה כלליות כדי להעניק סמכות לפגוע בזכויות [...] רשות שלטונית אינה רשאית לפעול בדרך הפוגעת בזכויות חוקתיות אם ההסדר שנקבע בחוק הוא כללי מדי ואינו כולל הסדרה מפורטת של עיקרי ההסדר הרלוונטי, של תכלית הפגיעה בזכות החוקתית ושל התנאים לכך".⁴⁹

הסמכה מפורטת כזו מחזקת את הלגיטימיות הדמוקרטית להפעלת כוח שלטוני הפוגע בזכויות האדם.⁵⁰

בהתאם לדרישת ההסמכה המפורשת, סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה שמסדיר את הסמכות השיורית של הממשלה לא יכול להיות מקור סמכות להפעלת סיכול ממוקד או אמצעי חקירה פוגעניים על ידי גופים של הרשות המבצעת.

סעיף 34 לא לחוק העונשין הישראלי מגדיר את סייג הצורך ולפיו:

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

סעיף 34 לא לחוק העונשין, וכך אף הנורמות המקבילות בארצות הברית, המעגנות את הגנת הצורך, מנוסחים בלשון כללית ומופשטת, שאינה מתאימה להדרכה של פעולת הרשות – מה שמקשה עוד יותר על היכולת להכיר בו כסעיף המעניק סמכות שלטונית.⁵¹ הסייגים לאחריות פלילית, שחלים על הציבור בכללו, מתייחסים למצבי חירום פרטיים שונים ומגוונים. לכן, אי אפשר לאפיין אותם מראש אלא רק להסתפק בהתוויית מסגרת עקרונית כללית. הם סובלים, עקב כך, ממידה רבה של כלליות וחוסר בהירות.⁵²

חוקתית כרך ג 499 (1994); בג"ץ 266/68 עירית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824, 831 (1968); בג"ץ רובינשטיין, לעיל ה"ש 37, בפס' 22 לפסק הדין של הנשיא ברק.

מדינה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 146.

בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 43, פס' 26 לפסק הדין של הנשיא ביניש.

ראו (1994) 297 JOACHIM RENZIKOWSKI, NOTSTAND UND NOTWEHR; KREMNITZER, לעיל ה"ש 48, בעמ' 238; Udo Steiner, *Aufgabe, in* BESONDERS VERWALTUNGSRECHT 189 (1999).

ראו חאלד גנאים "כניסה למצב של צורך מצדיק או צורך פוטר בהתנהגות נשלטת ופסולה" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 569, 577 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים) (2013).

שלטון החוק מחייב שהסמכה שלטונית לפגוע בזכות תבהיר בפירוט את טיב הסמכות (מה רשאים לעשות); בידי מי מצויה הסמכות; מהם התנאים להפעלתה; ומהם הסעדים במקרה של הפעלה בלתי חוקית או בלתי מידתית. נוסף על כך, ואולי בעיקר, ההסמכה חייבת לציין במפורש מיהו הגוף הרשאי לפעול, שכן רשויות השלטון הנמנות על הרשות המבצעת רבות ומגוונות, ולכל רשות סמכות ייחודית ובלעדית משלה. כך, למשל, אין הרשות להגבלים עסקיים עוסקת בחקירות חשודים בטרור. ברור שסייג הצורך לא נועד למצבים אלה. סייג הצורך נועד לסייג את האחריות הפלילית, אין בו כדי להעניק סמכות לפעול, ואף אינו מקיים את הדרישות לעיל.

עניין זה מעלה גם את החשש מחוסר אחידות ביישום הסייג. הניסוח הכוללני של הגנת הצורך והערכתה הסובייקטיבית לפי הבנת עושה הפעולה עלולים להוביל לחוסר אחידות ביישום, כאשר אנשים שונים יגיעו למסקנות שונות באשר לנכונות הפעלת הסמכות באותם המקרים,⁵³ במיוחד כשהסבירות נמדדת גם לפי יכולתו ומיומנותו האישית של עושה הפעולה. ברור שלו היה מוצע נוסח כמו זה של צורך כהסמכה של השלטון, הוא היה נפסל בשל עמימותו, ובשל כך שאינו מעניק הדרכה מספקת לרשות.⁵⁴ עקב כך, גם האזרח הנפגע על ידי הרשות לא יכול להעריך את מצבו המשפטי – האם הפגיעה בו היא בהתאם לדין או בניגוד לו?

ברור לגמרי שפעולות של חקירה ושל סיכול ממוקד אינן עניין לפרטים, וחל איסור גורף על הפרטים לנקוט בהן. אין זה סביר כלל ועיקר שאזרח לא מיומן יחליט שהתקיימו התנאים לסיכול ממוקד או להפעלת לחץ פיזי בחקירה. ההוצאה לפועל של חקירה פיזית או של סיכול ממוקד מחייבים ידע וניסיון מקצועיים שהם נחלתם של מי שמופקדים על כך. הסמכת אזרחים לכך לא יכולה להבטיח מידתיות והדרגתיות, ועלולה אף להיות מזיקה ופוגענית. מבחינת ההחלטה לנקוט בהן ומבחינת הוצאתן אל הפועל, מדובר בהליכים והחלטות מערכתיות והיררכיות, ולא בהחלטות אישיות, כלומר, בפעולות שלטוניות מובהקות.

לסיכום, עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית – עקרון שלטון החוק, עקרון הפרדת הרשויות, עקרון הזכויות המוגנות ועקרון ההסדרים הראשוניים מיתרגמים יחדיו לעקרון חוקיות המינהל הפורמלי והמהותי. עקרונות אלה

⁵³ ראו Krennitzer, לעיל ה"ש 48, בעמ' 241.

⁵⁴ סייג הצורך המצדיק מבטא כלל התנהגותי מדריך, המבוסס על תורת התועלתנות (הרע במיעוטו), ומבטא את השקפות החברה. החברה דורשת מן העושה לפעול באורח סביר, לפי השכל הישר. בשים לב להפתעה, לפתאומיות ולמצוקה שאליהן נקלע העושה, ולמגוון האין-סופי של מקרים שעלולים להתרחש – אי אפשר לספק הדרכה טובה ומפורטת יותר.

מחייבים קיומה של חקיקה ראשית ספציפית, בהירה, מסמיכה ומסדירה את השימוש בכוח בנקיטת אמצעי חקירה חריגים על ידי חוקרי השב"כ ואת הסיכולים הממוקדים על ידי הצבא.⁵⁵ סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה שמסדיר את הסמכות השיורית לא עונה על דרישות אלה. גם סעיף 34 לא לחוק העונשין הישראלי וסעיף 3.02 לקוד הפלילי לדוגמה האמריקני לא עונים על דרישת הבהירות. מכאן, הסייג היחיד שיכול עקרונית לעמוד לזכותם של חוקרי השב"כ הוא הצידוק בהתאם לסעיף 34ג(1) לחוק העונשין, שמפנה לסמכות המינהלית שבחקיקה המינהלית הראשית. בחקיקה הישראלית הקיימת לא מצויה הסמכה כזו.

ד. האמנה החברתית⁵⁶ והשלכותיה

1. זכות הפרט להפעלת כוח מגן

לפי תורת האמנה החברתית של הובס, במצב הטבע (status naturalis) התקיימה מלחמה בין הפרטים (bellum omnium contra omnes):

"מצב של מלחמת הכל בכל, וכל אחד נוהג אז כפי שיורוהו שכלו, ואפשר לו להשתמש ולהיעזר בכל דבר לשם שמירה על חייו מפני אויביו, – נמצאו למדים, שבמצב כזה לכל אדם זכות לכל דבר, ואפילו לגופו של הזולת [...] זכאי הוא לבקש ולנצל את כל אמצעי-הסעד והיתרונות של המלחמה [...] תמצית הזכות הטבעית, והיא, להגן על עצמנו בכל האמצעים שברשותנו".⁵⁷

⁵⁵ כחיוזוק לעמדה שלפיה חקיקה ראשית מבטיחה דיון רחב יותר, שבו מועלות עמדות של קהילות שונות בחברה, מביא המלומד מדינה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 147, דווקא את עניין השימוש בעינויים ואמצעי חקירה חריגים על ידי חוקרי השב"כ. לפי מדינה, הרשות המבצעת לא קבעה היטב את גבולות הכוח המופעל, ורק התערבות בג"ץ חייבה חקיקה ראשית – מהלך שלא ננקט.

⁵⁶ איננו מתייחסים לאמנה החברתית כאל אירוע היסטורי אלא כאל יצירה רעיונית, שמשקפת מהלך אפשרי, ובעיקר כמהלך שיש לו כוח מסביר. ראו גם ג'ון לוק על הממשל המדיני המסכת השנייה, 74 ואילך ופס' 99 ואילך (יוסף אור מתרגם 1959).

⁵⁷ ראו תומס הובס ליתן 120 ואילך (יוסף אור מתרגם 1997). יצוין כי האמנה החברתית לפי בודן (Jean Bodin) הצרפתי דומה מאוד לאמנה החברתית של הובס; HELMUT QUARITSCH, STAAT UND SOUVERÄNITÄT, Band I: Die Grundlagen 243–394 (1970) Otfried Hoffe, *Wissenschaft im Dienstfreier Selbsterhaltung, in FURCHT UND FREIHEIT: LEVIATHAN – DISKUSSION 300 JAHRE NACH THOMAS HOBBS* 30, 33 (1982).

במילים אחרות: שלטו כללי הישרדות (התקפה והתגוננות במצב של "תפוס ככל יכולתך" מצד אחד, והגן על עצמך ועל האינטרסים שלך, מצד שני) ועשיית דין עצמית. בניגוד מובהק לתפיסתו של הובס, האמנה החברתית של פופנדורף, לוק ומונטסקיה גורסת כי במצב הטבע התקיים מצב של שלום, שבו "כל איש חש עצמו נחות; לכל היותר חש עצמו שווה לחברו. לפיכך אנשים אינם מנסים לתקוף זה את זה, והשלום הוא החוק הטבעי הראשון", כדבריו של מונטסקיה; ובהתאם לדבריו של לוק זהו "מצב של שלום ורצון טוב, של סיוע הדדי ושמירת גומלין".⁵⁸ גם המצדדים במצב הטבע של שלום קובעים כי אין מדובר בשלום המעניק ביטחון מלא מפני אלימות.

"אף-על-פי שבמצב הטבעי יש בידו זכות [לעשות כרצונו], הנה השימוש בה בלתי-בטוח הוא עד מאד, ובכל עת נשקפת הסכנה שאחרים יקפחוהו. כי מאחר שכל אדם הוא מלך לעצמו כמוהו, – מאחר שכל אדם שווה לו ורוב בני-האדם אינם מדקדקים במצוות היושר והצדק, – על כן אין במצב זה כל ערובה שיוכל ליהנות מקנינו. מתוך כך נוטה הוא לנטוש מצב זה, שאמנם חפשי הוא, אולם מלא פחדים וסכנות בלתי-פוסקות [...] [במצב הטבעי אין דין ואין דיין] הרצון למנוע [...] מצב שבו אפשר לצעוק רק לאל בשמיים, ושכל סכסוך קל שבקלים עלול להוליך אליו, כשאין בן-סמך שישפוט בין בעלי-ריב, הריהו מן הנימוקים החשובים, הממריצים את בני-האדם לכוון חברה ולחדול מן המצב הטבעי [...] תכליתה של החברה האזרחית למנוע ולתקן אותם הליקויים של המצב הטבעי שנובעים בהכרח מתוך מה שכל אדם הוא שופט לעצמו, ולצורך זה קובעת היא רשות מוסמכת, שכל אחד מבני אותה החברה יכול לפנות אליה כשייגרם לו נזק או כל סכסוך שיתגלע, ושכל אחד מהם חייב להישמע לה".⁵⁹

⁵⁸ ראו מונטסקיה על רוח החוקים 46 (עידו בסוק מתרגם, קלוד קליין עורך, 1998); לוק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 4–12, במיוחד בעמ' 15; על האמנה החברתית לפי קאנט, ראו IMMANUEL KANT, METAPHYSIK DER SITTEN 134 (Hrsg. Von Karl Vorländer, 1954) HANS WELZEL, DIE NATURRECHTSLEHRE ראו פופנדורף, SAMUEL PUFENDORFS 19, 58 (1958); GEORG HERMES, DAS GRUNDRECHT AUF SCHUTZ VON LEBEN UND GESUNDHEIT 153 (1987); Hasso Hofmann, *Von den Ursprüngen Deutschen Rechtsstaatsdenkens in der Nachchristlichen Sozialphilosophie*, 9 JURISTISCHE SCHULUNG 11 (1984).
⁵⁹ לוק, לעיל ה"ש 56, פס' 123, 21, 90.

גם קאנט גורס שאדם הנשאר במצב הטבע עושה עוול לעצמו, שכן אין דין ואין דיין ואין האדם מוגן מפני אלימות הזולת. לכן, הצו הוא – הצטרף עם אחרים לחברה, שבה מתקיים משפט המדינה, לפיו חיים בצוותא ובביטחון עם הזולת, קרי תוך כיבוד הדדי של הזכויות והאינטרסים.⁶⁰

לפי שתי התורות, האמנה החברתית התגבשה כדי ללכד את הפרטים, להבטיח את קיומו הפיזי והחופשי של האדם, וכדי למנוע שרירות ליבו של הזולת (החזק) ולהגן על הפרטים החלשים בתוך החברה.⁶¹ משמעות האמנה החברתית היא העברת זכותו של האדם להשתמש בכוח ולהגן על האינטרסים שלו (כפי שהתקיימה במצב הטבע – זכות טבעית) אל הקהילה.⁶² בהיבט, הקהילה מעניקה לאותו אדם הגנה על האינטרסים שלו. האמנה החברתית מגדירה את הכללים לחיים בצוותא של אנשים חופשיים, ובראשם האיסור על אלימות על כל סוגיה. באופן כללי, מצבו של האדם בהתקיים האמנה החברתית טוב בהרבה מאשר מעמדו במצב הטבע, והזכויות והאינטרסים שלו זוכים להגנה רבה יותר מאשר במצב הטבע. שכן, כאמור, המדינה אוסרת על פגיעה בו ואף נוקטת אמצעים לשם הגנה על האינטרסים שלו.⁶³ לשם הגנה על חיים חברתיים וחופשיים "האדם ויתר, בכל הנוגע לדאגתו לעצמו, גם על חירותו הטבעית אם יהא צורך בדבר למען טובת החברה, שגשוגה וביטחונה; ואין זה דבר הכרחי בלבד, אלא אף צודק, שהרי גם שאר בני החברה עושים כמוהו".⁶⁴ האמנה החברתית אוסרת על השימוש בכוח מצד הפרטים, והופכת את השימוש בכוח למונופול של המדינה. רשויות המדינה הן המופקדות על אכיפת כללי המשפט,

⁶⁰ ראו Kant, לעיל ה"ש 58, בעמ' 129–128: "Aus dem Privatrecht im natürlichen Zustande geht nun das Postulat des öffentlichen Rechts: du sollst, im Verhältnisse eines unvermeidlichen Nebeneinanderseins mit allen anderen, aus jenem in einen rechtlichen Zustand, d. i. den einer austeilenden Gerechtigkeit übergehen. Der Grund davon lässt sich analytisch aus dem Begriffe des Rechts im äusseren Verhältnis im Gegensatz der Gewalt (violencia) entwickeln [...] überhaupt tun sie im höchsten Grade daran unrecht, in einem Zustande sein und bleiben zu wollen, der kein rechtlicher ist, d.i. in dem niemand des Seinen wider Gewalttätigkeit sicher ist...Tritt...in eine Gesellschaft mit anderen, in welcher jedem das Seine erhalten werden kann...Tritt in einen Zustand, worin jedermann das Seine gegen jeden anderen gesichert sein kann"

⁶¹ שם, בעמ' 139.

⁶² ההגדרה לפי הובס, לעיל ה"ש 57, בעמ' 120: "הזכות הטבעית, מה שהסופרים קוראים בלטינית *lex naturalis*, היא החירות אשר לכל אדם, להשתמש כרצונו בכוחו שלו לשם שמירה על טבעו שלו, כלומר על חייו, ועל כן גם לעשות כל דבר, שעל-פי שיפוטו ושכלו יראהו כאמצעי מועיל ביותר לכך".

⁶³ ראו Kant, לעיל ה"ש 58, בעמ' 139.

⁶⁴ לוק, המסה השנייה על השלטון המדיני (תרגום אור, ירושלים) בעמ' 116–117.

והן רשאיות להשתמש בכוח לשם כך, כאשר הדבר נדרש. "תכליתה של הקהילה – בטחוננו של היחיד",⁶⁵ קרי: התפקיד העיקרי של המדינה הוא להגן על הפרטים,⁶⁶ היינו על זכויות היסוד של האדם מפני פגיעות שלא-כדין מצד הזולת וגם מפני סכנות אחרות. הגנה על הזכויות והאינטרסים של הפרטים היא הרציו של החברה המאורגנת והלגיטימציה לעצם קיומה. מכאן, המונופול על השימוש בכוח שנמצא בידי המדינה, שהוא אחת הסמכויות המובהקות והבלעדיות של המדינה. המונופול של המדינה על השימוש בכוח מעניק לרשות המבצעת סמכות, ולפי אחדים אף חובה, להגן גם על אינטרסים ציבוריים, כמו ביטחון המדינה, המשטר שלה, מערכת המשפט שלה, שלום הציבור ובריאותו (שתכליתם הגנה עקיפה על זכויות הפרטים) שרק היא נועדה ורק היא מסוגלת להגן עליהם; ובמידת הצורך – להפעיל כוח לשם כך.⁶⁷ במקרים שבהם המדינה לא יכולה להגן על הפרט – שהרי אין המדינה יכולה להיות נוכחת בכל מקום שבו נמצא הפרט בסכנה – היא מאפשרת לו לפעול ולסכל את הסכנה. מצבים אלה הם, בענייננו, הסייגים לאחריות פלילית, כגון הגנה עצמית וצורך. סייגים אלה, כסייגים מצדיקים, מעניקים לאדם זכות והיתר משפטי להפעיל כוח כאמור. הפילוסופים שהוזכרו לעיל חלוקים ביניהם באשר לטיבו של מונופול המדינה על השימוש בכוח ולטיבו של הכוח המופעל על ידי הפרטים כאשר נבצר מהמדינה להגן עליהם: האם מדובר במונופול מוחלט או שמא במונופול יחסי של המדינה על השימוש בכוח? ובהתאמה: האם הזכות לשימוש בכוח מצד הפרטים היא זכות הנגזרת מסמכותה ומחובתה של המדינה לשימוש בכוח, קרי: המדינה אוצלת את סמכותה להפעיל כוח אל הפרט, או שמא מדובר בזכות טבעית ועצמאית אם כי שיווית?

יש הסבורים, כמו הובס, שהמונופול של המדינה על הכוח אינו מוחלט. לפיהם, לכל אדם יש זכות טבעית ועצמאית לשימוש בכוח, אך היא שיווית. היא נמצאת בהשעייה כל עוד המדינה ממלאת את התפקיד המגן שלה, ומתעוררת ונכנסת לפעולה כאשר אין המדינה מספקת את ההגנה הדרושה. ההסבר לכך הוא ש"אין יסוד וטעם שיהא מישהו שולל מעצמו את זכותו שלו; כי יותר משהיה מתקין את עצמו לשלום, היה מפקיר את עצמו לטרף, דבר שאין שום אדם מחויב לעשותו". אפשר אפוא להתייחס להעברת זכותו הטבעית של האדם לשימוש בכוח ולהגנה על האינטרסים שלו אל המדינה, רק במידה ובהיקף שהעברה זו היא הגיונית ומוצדקת מבחינתו. כלומר, ככל שהוא זוכה בתמורה בהגנה מצד המדינה

65 הובס, לעיל ה"ש 57, בעמ' 161.

66 ראו לוק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 155, בפס' 200.

67 בעוד לפני לוק ואחרים, על המדינה הוטלה חובה לפעול ולהגן על האינטרסים הציבוריים, לרבות האינטרסים של הפרט, הובס קבע כי המדינה רשאית להפעיל כוח ואין היא חייבת לכך; ראו בהמשך, הטקסט הצמוד להערה 84.

על הזכויות והאינטרסים שלו. אולם, אין טעם מבחינתו להעביר מעבר למה שנדרש. לכן, העברת הזכות הטבעית לשימוש בכוח אין משמעה ויתור על הזכות, אלא רק מניעה מותנית של מימושה של הזכות הקיימת, ככל שהמימוש שלה לא נדרש.⁶⁸ זכותו של אדם להגן על גופו אינה ניתנת אפוא להעברה, "כי הזכות, שיש לבני-האדם בדרך הטבע, להגן על עצמם כשאינן להם כל מגן אחר – זכות זו, לא ניתן לנטוש אותה על-פי שום אמנה".⁶⁹
עמדה דומה הביע קאנט כאשר קבע כי:

"המדינה יכולה לצוות עלי כי היא מעניקה לי הגנה. המדינה אוסרת עלי להשתמש באלימות כי היא מבטיחה להגן עליי מפני אלימות של הזולת [...] כאשר המדינה לא יכולה להגן עליי היא לא יכולה לצוות עליי בכלום".⁷⁰

לפי קאנט, כאשר אדם מותקף והמדינה לא מגינה עליו, הוא חוזר למצב הטבע והוא רשאי להתגונן במצב של הגנה עצמית.⁷¹ לסיכום, לפי גישה זו לאדם יש זכות טבעית-עצמאית להפעלת כוח מגן על האינטרסים האישיים שלו.⁷² כאשר המדינה מגינה על האינטרסים של האדם, מושעת זכותו הטבעית לשימוש בכוח ולהגנה על האינטרסים שלו. ואולם כאשר אין המדינה יכולה להגן על האינטרסים של האדם – יוצאת זכותו הטבעית של האדם, עליה לא ויתר, מהשעייתו; ומכוחה זכאי האדם להשתמש בכוח כדי להגן על עצמו ועל האינטרסים שלו. זכותו של האדם להגן על עצמו היא אפוא זכות עצמאית, אם כי שיוויון. חיזוק לגישת הזכות העצמאית אפשר למצוא הן בטבעיות הזכות עליה

68 הובס, לעיל ה"ש 57, בעמ' 123–124 ו-130.

69 שם, בעמ' 215.

70 ראו המקור: KANT'S GESAMMELTE SCHRIFTEN, AKADEMIE-AUSGABE: VORLESUNG ÜBER NATURRECHT NACH ACHENWALL IM WINTERSEMESTER 1784/85 AA XXVII.2.2, 1374: "Daher kann mir der Staat gebieten, weil er mir Schutz gibt. Er verbietet mir Gewalt, weil er mir verspricht, mich gegen die Gewalt eines anderen sicher zu stellen[...] [Wenn] der Staat mich...nicht verteidigen kann, so kann er mir Joachim Hruschka, *Die Notwehr im* מ" הצייטוט נלקח מ" auch nichts befehlen"
Zusammenhang von Kants Rechtslehre, 115 ZStW 201, 2019 (2003)

71 לפי קאנט, הגנה עצמית היא לא רק זכות, אלא גם חובה להפעיל כוח מגן.

72 נוסף על הובס, הגדרת הגנה עצמית כזכות טבעית מקובלת, גם על ידי SAMUEL PUFENDORF, DE JURE NATURAE ET GENTIUM, LIBRE OCTO, lib. II, cap. V (1672, editio novo 1716); CHRISTIAN WOLFF, INSTITUTIONS JURIS NATURAE ET GENTIUM 73 (1750); PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH, LEHRBUCH DES GEMEINES IN 58 Kant; DEUTSCHLAND GÜLTIGEN PEINLICHEN RECHTS 61–62 (1847), לעיל ה"ש 58 בעמ' 134–135.

עמדו הובס וקאנט והן בעובדה שאין שום מדינה בעולם שלא מכירה בסייג ההגנה העצמית. גם הרעיון שלפיו מצבו של הפרט לפי האמנה החברתית צריך להיות טוב יותר מאשר במצב הטבע – כלומר האינטרסים של אדם לפי האמנה החברתית אמורים להיות מוגנים יותר מאשר במצב הטבע – תומך בכך שמדובר בזכות טבעית-עצמאית. כדי להבליט ולהדגיש את מעמדה זה של ההגנה העצמית, יש לראות בה זכות עצמאית ולא זכות נגזרת. גם בין השאר, כדי שלא ניתן יהיה אפילו להעלות על הדעת את שלילתה של הזכות הזו.⁷³

הגישה שהוצגה לעיל, המעניקה לפרט זכות טבעית-עצמאית להגנה עצמית, מבוססת על הנחת המונופול היחסי של המדינה על הכוח ועל הבנה מסוימת של האמנה החברתית. ואולם בשיח הפילוסופי והמשפטי התפתחה גם תפיסה מנוגדת. מול גישה זו קיימת גישה אחרת החולקת על תפיסת המונופול היחסי של המדינה על הכוח, והזכות הטבעית-עצמאית שיוצרת של הפרט לשימוש בכוח. לפי גישה זו, למדינה יש מונופול מוחלט על השימוש בכוח וזכותו של הפרט לשימוש בכוח אינה זכות עצמאית אלא זכות נגזרת. משמעות האמנה החברתית היא שאדם מעביר את כל זכותו הטבעית, ללא שיוור, לשימוש בכוח ולהגנה על האינטרסים שלו אל המדינה. כך נוצר בידיה מונופול מוחלט על השימוש בכוח. חל איסור מוחלט על הפרטים להשתמש בכוח אלא אם שימוש זה הותר להם על ידי בעלת המונופול – המדינה.⁷⁴ המקרים שבהם רשאי אדם להשתמש בכוח מוגדרים בחוק, ומאופיינים באי-יכולתה של המדינה לעמוד בחובתה, קרי: להגן על הזכויות ועל האינטרסים של האנשים.

זכותו של אדם להשתמש בכוח היא אפוא זכות נגזרת מחובתה ומסמכותה של המדינה להשתמש בכוח כדי להגן על הזכויות ועל האינטרסים של הפרטים.⁷⁵ הווה אומר: למדינה אומנם יש מונופול על השימוש בכוח. אולם אין המדינה יכולה לפעול כרצונה,⁷⁶ שכן היא חייבת (לא רק רשאית) בתור נאמנה מטעם

⁷³ אילו הגנה עצמית היא זכות המוענקת מהמדינה אזי יש מקום שהמשפט לא יכיר בה כלל – מצב שלא מתקיים ולא יכול להתקיים בשום שיטה משפטית בעולם. המצבים של הגנה עצמית ושל צורך מבטאים אפוא, עבורו של הפרט, מצבים של זכות עצמאית להפעלת כוח ולהגנה על האינטרסים והזכויות שלו. זכות זו מתממשת על ידו כאשר המדינה לא מספקת הגנה סבירה לאותם אינטרסים וזכויות. במקרה כזה, קמה זכותו הטבעית של האדם להפעלת כוח מהשעיה לתחיה; ראו Renzikowski, לעיל ה"ש 51, בעמ' 230.

⁷⁴ ראו גם OTTO LAGODNY, STRAFRECHT VOR DEN SCHRANKEN DER GRUNDRECHTEN (1996) 263.

⁷⁵ על הזכות הנגזרת, ראו גם: CHRISTIAN REINHOLD KÖSTLIN, NEUE REVISION DER GRUNDBEGRIFFE DES CRIMINALRECHTS 711 (1845); CHRISTIAN REINHOLD KÖSTLIN, SYSTEM DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS (1858).

⁷⁶ מכאן גם עמדתו של לוק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 187 ואילך, שקבע כי למדינה יש מונופול מוחלט על השימוש בכוח, ולכן היא חייבת (לא רק רשאית), להפעיל כוח ולהגן על

ועבורם של האזרחים, להגן על האינטרסים של הפרטים. כאשר אין בידיה להגן על הפרט היא חייבת לאפשר לו להגן על עצמו, תוך קביעת תנאים וגבולות סבירים לזכות זו.⁷⁷ בשילוב של תפיסה זו בדמוקרטיה החוקתית, מדובר בזכותו החוקתית של הפרט לשימוש בכוח, הנגזרת מחובתה של המדינה להפעיל כוח ולהגן על האינטרסים והזכויות של הפרטים. מה שהיה בעבר משפט טבעי בעידן המודרני הוא משפט חוקתי, ומה שהיה בעבר זכות טבעית לשימוש בכוח מגן מתגלגל לזכות חוקתית לשימוש בכוח מגן. על המדינה מוטלת חובה חוקתית להתיר לאדם הפרטי להפעיל כוח מגן, במקומה, כאשר הדבר נבצר ממנה.⁷⁸ ואולם – וזו נקודה חשובה שעוד נחזור אליה – אין זה מן ההכרח, לפי תפיסת הזכות הנגזרת, שהיקף ותנאי ההגנה העצמית יהיו זהים לאלה המתייחסים לזכות שבמצב הטבע.⁷⁹

לסיכום המחלוקות בין הגישות, אפשר לראות כי עמדתו של לוק, בניגוד להובס וקאנט, תומכת בתפיסה של העברה מלאה של הזכות למדינה ולשליט, אף כי גישתו ביחס לטיבה של סמכות השלטון אינה ברורה וחד-משמעית, ולפיה:

”כשבאים איפוא בני-אדם, ששרויים היו במצב הטבעי, ומתאחדים כעדה, פירוש הדבר שמוותרים הם על כוח-הסמכות הנצרך לשם התכליות שלשמן הם מתאחדים כחברה, ומוסרים אותו בידי הרוב שבעדה [...] נתון מלוא כוחה של העדה בדרך-הטבע בידי הרוב. יכולים בני הרוב להשתמש בכוח זה במלואו [...] וגם השליטים יהיו נתונים בתוך גבולות נאותים [...] וטעות היא איפוא לחשוב שהרשות העליונה או המחוקקת בקהילה כל-שהיא זכאית לעשות כל מה שתמצא.⁸⁰”

השלטון, לפי סוף הציטוט, לא יכול לעשות כרצונו. יתר על כן, כאשר אין השלטון מקיים את המוטל עליו, הוא עלול אפילו לאבד את הלגיטימיות שלו.⁸¹ באשר להגנה עצמית, לוק גורס כי ”מן היושר ומן הצדק” שתהא נתונה בידי הנתקף והזולת זכות להדוף את התקיפה ולפגוע בתוקף, וכן כי:

האינטרסים של הפרט.

77 מכאן יש לומר כי ההסדרים השונים על היקף ההגנה העצמית נובעים מהתפיסות החוקתיות השונות של המדינות; כך, למשל, בעוד המשפט הגרמני מתיר המתת אדם לשם הגנה על רכוש מסוים, המשפט הישראלי אוסר המתת אדם לשם הגנה על רכוש.

78 מכאן הגנה עצמית היא הכרח חוקתי; ראו גם LAGODNY, לעיל ה"ש 74, בעמ' 264–265.

79 ראו בהמשך הטקסט הצמוד להערות 114–119.

80 ראו לוק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 74 פס' 99, בעמ' 98 פס' 132, בעמ' 104, פס' 137, בעמ' 105 ופס' 138.

81 שם, בעמ' 150 פס' 199 ואילך.

"א-האפשרות לפנות [למנהיג משותף עלי אדמות שאפשר לצעוק אליו למען יושיע] היא המקנה לאדם את זכות המלחמה כלפי התוקף אותו, אף אם הלה מבני החברה ואזרח כמוהו. וכך, רק על-ידי פניה אל החוק מותר לי לגרום נזק לגנב על שגנב ממני כל אשר לי [...] החוק נועד לשמור על קיומי, וכשאינו יכול להתערב כדי להגן על חיי מפני הכוח הניצב מולי, הריהו מתיר לי [...] להגן על עצמי ומקנה לי את זכות המלחמה⁸² כלומר, הזכות להגנה עצמית היא שוורית, ומתקיימת כאשר אין בידו של השלטון להושיע למותקף".⁸³

2. ההשלכות של תפיסות האמנה החברתית על הסייגים לאחריות פלילית

בתנאים מסוימים עשוי להיות הבדל בין גישת הזכות הטבעית-העצמאית לבין הזכות הנגזרת לעניין תחולת הסייגים על אנשי רשות. הכוונה היא לצירוף שני רכיבים נוספים לגישת הזכות הטבעית-עצמאית: הראשון הוא שהשלטון הוא בלתי מוגבל ואין עליו חובה חוקתית לפעול לטובת האזרחים, והשני הוא היעדר הבחנה בין אינטרסים אישיים לבין אינטרסים ציבוריים. בענייננו, הובס גורס כי על השלטון לא מוטלת חובה משפטית להפעיל כוח ולהגן על אינטרסים ציבוריים ופרטיים. הוא מסביר כי:

"הריבון הוא המחוקק היחיד. מטעם זה עצמו, שום אדם אינו יכול לבטל חוק שנחקק, זולת הריבון; שהרי אין חוק מתבטל אלא על-ידי חוק אחר, שאוסר להוציאו לפועל... הריבון של קהילה... אינו כפוף לחוקים האזרחיים. כי מאחר שהסמכות בידו לחוקק חוקים ולבטלם, אפשר לו, בכל עת שירצה, להשתחרר מכפיות זו על-ידי שיבטל אותם חוקים שמטרידים אותו, ויחוקק חוקים חדשים; ואם כן, היה חפשי ממנה גם קודם-לכן. כי איזהו בן-חורין? – היכול להיות חפשי בכל עת שירצה. וגם מן הנמנע שתהא איזו אישיות מחויבת כלפי עצמה. כי מי שיכול לחייב,

82 שם, בעמ' 13 ו-15.

83 קיימת מחלוקת אם הגל מצדד בגישת הזכות הנגזרת של הגנה עצמית; ראו DIMITRIOS KIOUPIS, NOTWEHR UND EINWILLIGUNG 50–51 (1992); DOMINIK LUDWIG, "GEGENWÄRTIGER ANGRIF", "DROHENDE" UND "GEGENWÄRTIGE GEFAHR" IM Michael Pawlik, Die Notwehr – UND NOTSTANDSRECHT 36 (1991) לעומת, Michael Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, 114 ZStW, 259, 283 (2002).

יכול להתיר את החיוב; ולפיכך, מי שמחוייב כלפי עצמו בלבד, אינו מחוייב כל עיקר".⁸⁴

במצב דברים כזה, אפשר להגיע למסקנה שלפיה כאשר אין השלטון מספק את ההגנה הדרושה לחברה ולפרטים שבה, או-אז זכאים האזרחים להגן על האינטרסים שלהם – הפרטיים והציבוריים. אם השלטון לא חייב בהגנה כזו וגם בפועל אינו מספק אותה, הכוח המצוי באופן מושעה בידי האזרחים, עובר מהשעיה להפעלה ולמימוש. אפשר לראות בכך מעין גורם מאזן הכרחי מול כוחו הבלתי מוגבל של השלטון והיעדר חובה המוטלת עליו לפעול להגנת החברה והאזרחים. משום שכוח המגן הזה מתעורר לחיים לגבי כלל האזרחים, הוא חל גם על אנשי הרשות, שהרי גם הם אזרחים במדים (Bürger in Uniform),⁸⁵ ומה שמותר לכל אזרח, מותר גם להם.

דעתנו היא שיש סיבה טובה לדחות את הגישה הזו, ולו רק בגלל שיקול אחד: היא מזמינה אנרכיה. יוצא לפיה כי מקום שבו אין השלטון מספק הגנה ראויה לאזרחים, הסדר המשטרי-משפטי מוחלף ב"שיטה", שלפיה איש הישר בעיניו יעשה. במקום שלטון רב-עוצמה להבטחת הסדר החברתי, יתקבל שלטון שהוא אין-אונים ותהיה חזרה ל"כל דאליים גבר". מבחינה מעשית, ובראייה עכשווית, החשש הריאלי אינו מפני שלטון המזניח את האינטרסים הציבוריים אלא מפני שלטון שאינו מספק הגנה ראויה לזכויות הפרטים מול אינטרסים ציבוריים. בדמוקרטיה, שלטון כזה אמור להיות מוחלף בבחירות, אך אם הפרת הזכויות על ידיו היא עניין שיטתי וחמור, עדיף המרד נגדו שתכליתו החלפתו מאשר אנרכיה כמצב של קבע.

בעניין זה אפשר להביא כדוגמה לשלב חוקתי שקדם לדמוקרטיה החוקתית של ימינו את רפובליקת וימאר. חוקת וימאר פירטה את זכויות אדם המוגנות, אולם קבעה כי זכויות אדם אינן זכויות סובייקטיביות אלא עקרונות אובייקטיביים המנחים את השלטון. מדובר בהנחיה בלבד: השלטון לא חייב להפעיל כוח ולהגן עליהן, והאזרח לא יכול לתבוע מן השלטון לכבד את זכויות האדם ולמנוע פגיעה בהן.⁸⁶ בעידן המודרני, הגישה המקובלת, לפחות במשטר

⁸⁴ ראו הובס, לעיל ה"ש 57, בעמ' 258–259; על עמדה זו ראו גם CARL SCHMITT, DER LEVIATHAN IN DER STAATSLAHRE DES THOMAS HOBBS 72 (Hamburg 1938, Neudruck Köln 1982).

⁸⁵ ראו גם JOHANNES WESSELS, WARNER BEULKE & HELMUT SATZGER, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 138–141 (2018); ראו ס' 57(2) לחוק המשטרה של מחוז NRW, שלפיו "הנורמות של הגנה עצמית וצורך לא נפגעות", קרי: יש תחולה להן על פועלו של שוטר במהלך מילוי תפקידו.

⁸⁶ על התפתחות מגילת זכויות אדם במשפט החוקתי הגרמני, בעיקר הזכות הסובייקטיבית וחובת המדינה לפעול אקטיבית לשם הגנה ומימוש זכויות אדם, ראו PETER UNRUH,

דמוקרטי, היא שזכויות האדם הן זכויות סובייקטיביות, השלטון פועל לטובת האזרחים והתושבים, מוטלת עליו חובה חוקתית לעשות כן, וחובה זו ניתנת לאכיפה. עמדה זו באה לידי ביטוי, למשל, בסעיפים 4, ו-11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אפשר לחייב את השלטון להגן על זכויות ועל אינטרסים פרטיים. במידת הנדרש, אפשר אף לחייבו לחוקק חוקים לשם כך. ובמידת הצורך, אפשר לחייבו להפעיל כוח לשם הגנה זו. מבחינת תורת-המשפט, אין היגיון שהפרטים יוותרו על זכויותיהם, ולו על מקצתן, ללא חובה מקבילה של השלטון להגן על זכויותיהם. ומצד שני, כאשר מוטלת חובה משפטית על המשטר להפעיל כוח ולהגן על זכויות אדם, מוצדק, ואף הכרח, להטיל איסור על הפרטים להפעיל כוח, למעט במקרים שבהם אין השלטון מסוגל לספק את ההגנה הנחוצה. ברור גם שהשלטון מחויב להגן גם על אינטרסים ציבוריים, כמו ביטחון המדינה, המשטר שלה, שלום הציבור ובריאותו, שכן זהו תפקיד מובהק של השלטון, חלק עיקרי של תכלית קיומו, ורק הוא (ולא הפרטים) מסוגל לעשות זאת – מבחינת הידע, הכישורים והיכולות הנדרשות.

כאמור, בהתייחס לאמצעי חקירה חריגים ולסיכולים ממוקדים כאל אמצעים להגנה על אינטרסים ציבוריים של הכלל, הסייגים לאחריות פלילית, כמבטאים זכות טבעית-עצמאית של אדם להפעלת כוח מגן, לא יכולים לבוא בחשבון. אין לפרט זכות טבעית-עצמאית להגנה על אינטרסים ציבוריים כמו ביטחון המדינה או ביטחון הציבור אלא על אינטרסים אינדיווידואליים בלבד. כזכור, לפי גישה זו, מדובר בזכות טבעית-עצמאית שאינה ניתנת להגבלה כלשהי על ידי השלטון. הכרה בזכות טבעית-עצמאית ובלתי מוגבלת לשימוש בכוח כדי להגן על אינטרסים ציבוריים, משמעה, כאמור, אנרכיה גמורה. שום שיטה משפטית לא תשלים עם מצב דברים כזה.

ועדת לנדוי ובג"ץ העינויים הציעו להחיל במקרים מסוימים את סייג הצורך על אמצעי חקירה חריגים,⁸⁷ ובלום והיימן הציעו להחיל את סייג הצורך על סיכולים ממוקדים. לשיטתם, חוקרי השב"כ ואנשי המשטרה יכולים לטעון שאמצעי חקירה חריגים וסיכולים ממוקדים נועדו להגן על החיים, על הגוף, על הרכוש ועוד אינטרסים פרטיים של כל אדם.⁸⁸ אולם, יש לחלוק על טענה זו. אין

Zur Dogmatik der Grundrechtlichen Schutzpflichten (1996)

אנו ערים לכך שבג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 1, עסק בדין המינהלי ולא בדין הפלילי.

87

ראו לעיל טענת ועדת לנדוי, הטקסט הצמוד לה"ש 13-15; בג"ץ העינויים, לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 19; בלום והיימן, לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 34-35. כאשר הפעלת הכוח מצידו של השוטף מוסדרת בחקיקה מינהלית מיוחדת, שקובעת בבהירות ובפירוט את התנאים להפעלת הכוח, כגון מעצר, חיפוש או האזנת סתר, אין להחיל את הסייגים לאחריות פלילית על פעולות אלה. קרי: הסייגים לא יכולים להיות מקור הסמכה לכך; ראו גם Claus Roxin & Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 633

88

מדובר במקרים האמורים באינטרסים של פרטים קונקרטיים ומזוהים אלא בהגנה על אינטרסים ציבוריים, שכדרכם של אינטרסים כאלה הם מגוונים בעקיפין גם על אינטרסים פרטיים. כאמור, עמדה זו באה לידי ביטוי בכך שהפעלת אמצעי חקירה חריגים לשם קבלת מידע לסיכול טרור או סיכול ממוקד של חשודים בטרור אינם בגדר הזכות או הסמכות לפעול הנתונה בידי כל אורח, בהתקיים תנאים מסוימים המוגדרים בסייגים לאחריות פלילית. רשויות השלטון הן המופקדות היחידות להגן על אינטרסים ציבוריים ורק הן רשאיות להפעיל אמצעים אלה. אילו היה מדובר בהגנה על אינטרסים פרטיים, כל אדם היה מוסמך להפעיל אמצעי חקירה חריגים ואף לבצע סיכול ממוקד, בהתקיים תנאי הסייג.

עמדה כזו לא יכולה להתקבל בשום שיטה משפטית.⁸⁹ אין מדובר אפוא בענייננו בהחלת הדין החל על כל אדם גם על איש רשות אלא בדין מיוחד שאמור לחול על איש הרשות ככזה. על תחום הפעולה של איש הרשות בתור שכזה חל עקרון חוקיות המינהל, ולא חלים הסייגים לאחריות פלילית.

ראינו כי לפי גישת הזכות הטבעית-עצמאית קיים פיתוי מסוים להכיר בזכות טבעית-עצמאית רחבה, גם על אינטרסים ציבוריים. זאת כאשר מניחים שכוחו של השלטון הוא שרירותי ובלתי מוגבל, ואין לו חובה מובהקת כלפי האזרחים. לדעתנו, מן הראוי לעמוד בפני הפיתוי הזה ולא להיכנע לו. לעומת זאת, לפי גישת הזכות הנגזרת דחיית זכותו העצמאית של האדם להפעלת כוח מגן היא מקדמית יותר ופשוטה יותר. מלכתחילה, אין לאדם כוח מגן כלפי התקפות או סכנות אלא אם השלטון מעמיד לו כוח כזה. ההגנה הן על האינטרסים הציבוריים והן על האינטרסים הפרטיים לא נתונה לשרירות ליבו של השלטון. השלטון חייב, מכוח זיקת הנאמנות שלו כלפי האזרחים,⁹⁰ ולפי עקרונות היסוד של דמוקרטיה חוקתית,⁹¹ להגן על האינטרסים הללו. בראיית הסייגים לאחריות פלילית כמבטאים זכות נגזרת להפעלת כוח, אי אפשר כלל להחיל את הסייגים לאחריות פלילית על פועלים של משרתי ציבור. עמדה זו מבוססת על כך שהאדם העביר אל המדינה את זכותו הטבעית להגנה על האינטרסים הפרטיים שלו, לרבות שימוש בכוח הדרוש לשם כך. בתמורה, קיבל האדם הגנה מטעם המדינה שחייבת להפעיל כוח לשם כך. במקרה שבו המדינה לא יכולה להפעיל כוח מגן על הפרטים, היא אוצלת לפרטים את סמכותה להפעלת כוח. סייג לאחריות פלילית

(1994); GÜNTHER JAKOBS, STRAFRECHT, ALLGEMEINER TEIL 2, 414–415 (1993)

89 על רעיון זה, ראו גם בהמשך הטקסט הצמוד לה"ש 120–122.

90 ראו, לוק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 96, פס' 130.

91 ראו גם Klaus Bernsmann, *Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht* 3, בעמ' 29–28, Kioupis; *lebensbedrohlichen Angriffen*, 104 ZStW 290 (1992), לעיל ה"ש 3, בעמ' 29–28.

מבטא זכות נאצלת מחובתה ומסמכותה של המדינה להפעלת כוח. מכאן, לפי תפיסת הסייגים לאחריות פלילית כזכות נגזרת אי אפשר להחילם על פועלן של רשויות השלטון.

במילים אחרות, המשמעות "השיוריות" של הסייגים לאחריות פלילית היא אחת: הם באים בחשבון רק כאשר המדינה לא יכולה להפעיל את סמכותה המינהלית לשם הגנה על אינטרסים פרטיים. סמכותה של המדינה להפעלת כוח היא מינהלית ועליה להיות מופעלת בהתאם לדין המינהלי בלבד. היכולת לממש את מונופול הכוח של המדינה דוחה את הזכות הנגזרת-שיורית להפעלת כוח על פי הסייגים לאחריות פלילית. מכאן, כאשר שוטרת (כנציגה של המדינה) נמצאת בזירת האירוע ויכולה להפעיל כוח להדיפת תקיפה בלתי חוקית, אין האדם הפרטי רשאי להפעיל כוח. זכותו של האדם הפרטי להפעיל כוח באה בחשבון כאשר המדינה לא יכולה לספק את ההגנה הדרושה לפרט, למשל משום שאינה נמצאת כלל בזירת האירוע. המדינה אינה רשאית להסתמך על הסייגים לאחריות פלילית, שנועדו לאנשים הפרטיים במצבים שבהם המדינה לא יכולה למלא את חובתה. הסייגים לאחריות פלילית נועדו להעניק לאדם הפרטי זכות להפעלת כוח במצבים חריגים, ולהסדיר את היחסים בין הפרטים. מסקנה זו מתיישבת היטב עם העיקרון שלפיו מי שפועל במצבים של סייג לאחריות פלילית הוא גם "שוטר מחליף", כלומר מגן על האינטרסים שלו (או של זולתו), תוך שהוא ממלא את מקומה של המדינה בהיעדרה.

באשר לטענה שאיש הרשות השלטונית הוא אזרח במדים, ולכן זכאי לכל הזכויות של האזרחים – תשובתנו שונה: איש הרשות לא רשאי להסתמך על הסייגים לאחריות פלילית בסוגיות שבהן אנו דנים: חקירת חשודים או סיכול ממוקד. בסוגיות אלה, ההתייחסות היא לאיש הרשות בתור שכזה, ובהפעלת סמכות רשמית – סמכות שאינה נתונה לאזרחים. ולעומת זאת, בהקשרים אחרים אכן, עומדים לו הסייגים לאחריות פלילית כמו לכל אדם.

כשם שאין הפרט זכאי לפעול מקום שבו המדינה ממלאת את תפקידה, כך גם המדינה לא רשאית לפעול מעבר לתחום סמכויותיה המוסדר. מי שמפעילים סמכות שלטונית כידה הארוכה של המדינה לא פועלים כפרטים. במדינת חוק, איש הרשות, המפעיל סמכות שלטונית, לא יכול להסיר את מדי השיירות ולהגיח מהם כפרט – משום שכך נוח לשלטון. משום שכך הוא יוסמך, לכאורה, לעשות מעשה שאין הוא מוסמך לעשותו (אף נאסר עליו לעשותו בחוק העונשין.⁹² "לאנשי השלטון אין אינטרס 'עצמי' שיש להגן עליו. עליהם לפעול להגשמת

⁹² ראו לעיל ה"ש 7, על העבירות הפליליות הבאות בחשבון; על המשפט של ארצות הברית, ראו 18 U.S.C. §§2340–2340A.

אינטרס הכללי".⁹³ איש רשות המפעיל סמכות שלטונית היה ונותר איש רשות. הרעיון שאפשר לנהוג בכגון דא לפי מה שמעניק יותר כוח לשלטון – ירצה יפעיל כוח שלטוני, ירצה יהפוך את נושא המשרה לאדם פרטי – נוגד את שלטון החוק, ויש לדחותו.⁹⁴ מכאן, שאיש הרשות המבצעת שפועל בתור שכזה, לא רשאי לטעון לזכותו סייגים לאחריות פלילית, כמו הגנה עצמית וצורך. לזכותו של איש הרשות עשוי לעמוד סייג הצידוק, שכאמור מפנה לסמכות שלטונית בחוק מינהלי.⁹⁵

נוכח קיומו של שלטון מוגבל ומבוקר, שיש לו חובת נאמנות כלפי האזרחים, אין מניעה שזכויות הפרטים יופקדו בידי למשמרת. אין מקום לזכויות טבעיות-עצמאיות הנשמרות בידי הפרטים, מחוץ למערכת הכללים החברתיים והמשפטיים. יתרה מזאת, הזכויות הללו, להגנה עצמית ולהצלה במקרה של צורך, טעונות כשלעצמן הסדרה משפטית – הסדרה שעשויה לסייג את הסייגים ולהגביל את היקפם. למשל, על ידי דרישה של סבירות, לרבות פרופורציה בין הערך שעלול להיפגע ללא פעולה של המתגונן (או המציל בצורך) לבין הערך המועמד בסכנה על ידי פעולת ההדיפה או ההצלה. דרישה זו קובעת כי ככלל, אין להדוף התקפה על הרכוש בפעולה המסכנת את חיי התוקף. דוגמאות נוספות הן הטלת חובת נסיגה בנסיבות מסוימות, ואף תביעה לויתור על אינטרס לגיטימי כאשר מדובר באינטרס פחות ערך.

הסדרה משפטית כזו נשענת על איזון בין רציונל אינדיוידואלי מובהק שביסוד ההגנה העצמית כזכות טבעית של הפרט לבין רציונל חברתי, המבוסס על ראיית המתגונן גם כמגנו של הסדר החברתי-משפטי, שמביא בחשבון גם את האינטרסים של התוקף וגם את האינטרס הציבורי הכולל של מזעור האלימות ופגיעותיה.⁹⁶

מכאן עולה שאם הסייגים לאחריות פלילית של הגנה עצמית ושל צורך היו בגדר זכות טבעית-עצמאית של האדם להפעלת כוח, כלומר הרציונל שעומד ביסודם היה הגנה על האוטונומיה (האינטרסים הפרטיים של האדם) בלבד, לא היה כלל מקום לרציונל של הגנה על הסדר החברתי-משפטי, עם כל ההשלכות הנובעות מכך.⁹⁷ נוסף על כך, לפי תורת הזכות הטבעית-עצמאית של האדם

93 עניין מוסא, לעיל ה"ש 43, פס' 24 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

94 ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 75-76.

95 ראו גם S. Z. Feller, *Not Actual Necessity but Possible Justification; Not Moderate Pressure, but Either Unlimited or None at All*, 23 ISR. L. REV. 201, 208-210 (1989).

96 ראו גם Mordechai Kremnitzer & Khalid Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defense*, 39 TULSA L. REV. 875 (2004).

97 כגון היעדר דרישה של פרופורציה וחובת נסיגה. ראו דיון אצל George P. Fletcher, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal*

להפעלת כוח אפשר אומנם להכיר בסייג של הגנה עצמית, אך לא בצורך שאין לו זיקה להגנה על האוטונומיה של הפוגע.⁹⁸ יתר על כן, ללא הסתכלות חברתית כוללת, שיש בה ממד של אחריות וערכות הדדית, אין כלל בסיס לסייג הצורך. שכן מי שפועל בתנאי צורך פוגע באינטרס לגיטימי של אחר.⁹⁹ במילים אחרות, מדובר בזכות טבעית במקור, שעוברת הליך של חברות ועידון. לשם כך, היא חייבת להיות חלק מהמשפט ולא יכולה להימצא מחוצה לו או מעליו. המשמעות היא שהמדינה מסמיכה את הפרטים להפעיל כוח מגן, בהתאם לדרישות שהיא קובעת, קרי: מדובר בדחיית גישת הזכות הטבעית-עצמאית, ואימוץ גישת הזכות הנגזרת.

לסיכום, גישת הזכות הטבעית-עצמאית, בהינתן קיומן של הנחות נוספות, עשויה להצדיק החלת הסייגים של הגנה עצמית וצורך גם על פועלו של איש הרשות. עשויה – תוך תשלום מחיר כבד מנשוא. יש תימוכין נוספים לדחיית הגישה בדבר הזכות הטבעית-עצמאית של האדם לשימוש בכוח: עצם ההכרה בצורך כסייג לאחריות פלילית, הצבת דרישות מסייגות בהגנה העצמית, כגון סבירות ופרופורציה, והכרה ברציונל נוסף של הגנה על הסדר החברתי-משפטי בהגנה עצמית. לעומת זאת, גישת הזכות הנגזרת להפעלת כוח מגן דוחה בבירור את תחולת הסייגים לאחריות פלילית על פעולה של איש רשות ככזה. נוסף על יתרונותיה של גישת הזכות הנגזרת להפעלת כוח מגן לפי הסייגים לאחריות פלילית, היא ראוייה יותר לדמוקרטיה החוקתית, ומשמשת מאפיין של האמנה החברתית המודרנית; בייחוד כאשר השיטה המשטרית מטילה חובה משפטית בת אכיפה על השלטון להגן על אינטרסים של הפרטים ולהפעיל כוח נדרש לשם כך.¹⁰⁰

Theory, 8 ISR. L. REV. 367 (1973) שמצדד ברציונל של האוטונומיה בלבד, לעומת הדיון אצל Mordechai Kremnitzer, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View*, 18 ISR. L. REV. 178 (1983) שמגדיר את הרציונל של הגנה על הסדר החברתי-משפטי בהגנה עצמית; ראו גם Kremnitzer & Ghanayim, שם.

98 הא ראייה לכך שקאנט, הדוגל כמו הובס, בזכות טבעית-עצמאית של האדם לפעולת כוח מגן בהגנה עצמית לא דורש פרופורציה בכלל; "Obrigkeiten, welche die Selbstverteidigung mit grosser Beschädigung des anderen verbieten, müssen wissen, dass sie dem Menschen sein heiliges Recht nehmen". מכוח אותה עמדה הוא לא מכיר כלל בצורך מצדיק. נוסף על כך, קאנט לא מכיר בחובת נסיגה בהגנה עצמית, ולפיו הנסיגה היא ביטול הגנה עצמית; על עמדתו ראו קאנט, לעיל ה"ש 58, בעמ' 40; Kremnitzer & Ghanayim, לעיל ה"ש 96; Khalid Ghanayim, *Excused Necessity in*, 19 CANADIAN J. L. & JURISP. 31 (2006) Hruschka; *Western Legal Philosophy*, לעיל ה"ש 83.

99 על החובה לסולידאריות חברתית בהגנה עצמית ובצורך, ראו גם Kremnitzer & Ghanayim, לעיל ה"ש 96.

100 ראו גם LAGODNY, לעיל ה"ש 74, בעמ' 263; אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97, 104 (2011); ברק, לעיל ה"ש 48, בעמ' 48.

תורת האמנה החברתית המודרנית מגדירה את המונופול המוחלט של המדינה על הכוח ואת האיסור החל על הפרטים להפעיל כוח. סמכותה וחובתה של המדינה להפעלת כוח לשם הגנה על הפרטים היא עיקרית ועצמאית. כאשר המדינה לא יכולה לפעול להצלת אינטרסים פרטיים, היא מסמיכה את הפרטים לפעול במקומה, באמצעות הסייגים לאחריות פלילית, שזה תפקידם היחיד. סמכותו של השלטון להפעלת כוח מוסדרת בחקיקה מינהלית וכפופה לעקרון חוקיות המינהל. הסייגים לאחריות פלילית אינם מקור סמכות לפעולה שלטונית.

ה. פעולה שלטונית והצורך כסייג לאחריות פלילית

מהותו ותפקידו של סייג הצורך כהצדק מעלים טיעונים נוספים המצביעים על אי-התאמתו לענייננו. אין זה מפתיע שהקשיים הללו מתגלים, שכן הם תולדה של השימוש בסייג לאחריות פלילית לתכלית ולהקשר שהוא לא נועד להם, ומכאן החריקות והצרימות. תחילה נעמוד על ההשלכות של החלת סייג הצורך על הפעולות השלטוניות שבהן עסקין, ובהמשך נצביע על קשיים בהחלת הסייג מבחינת התנאים הפנימיים שלו. להלן נפרט את הנימוקים העיקריים המבססים טענה זו, החל מהבחנה יסודית בין סמכות שלטונית לבין הגנות פרטיות.

1. למדינה יש סמכות להפעלת כוח מגן.¹⁰¹ סמכות זו מבטאת את ריבונותה של המדינה. סמכותה של המדינה להפעלת כוח היא סמכות שלטונית עיקרית, ממאפייניו החיוניים והעיקריים של כל שלטון, ואילו הסייגים לאחריות פלילית מבטאים סמכות שיווית שבידי הפרטים כפרטים. סמכויות המדינה להפעלת כוח מגן הן חלק בלתי נפרד ממערכת החוק, המתאפיין בהליך סדור של חקיקה. בהליך החקיקה נשקלים בכובד ראש (ושלא על רקע של מצוקת מצב ומצוקת זמן) כלל השיקולים הרלוונטיים הנדרשים לצורך קביעת כללים או סטנדרטים משפטיים כלליים. כללים אלה נועדו להנחות ולהדריך את הרשות המבצעת. הפעלת הסמכות השלטונית מתאפיינת בשגרתיות, נשענת על הדרכה ועל הכשרה מוקדמות, על נהלים לביצוע, ועליה להתממש מתוך שיקול דעת

365. ראו גם פסיקת בית המשפט החוקתי הגרמני שחייב את הרשות המחוקקת לחוקק חוק למניעת הפלה, וזאת לשם הגנה על כבוד אדם ועל חיי אדם; BVerfGE 39, 1; Robert E. Jonas & John D. Gorby, *West German Abortion* BVerfGE 88, 203. ;*Decision: A Contrast to Roe v. Wade*, 9 J. MARSHALL J. PRAC. & PROC. 605 (1973) וראו גם פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם. A. v. United Kingdom, 25599/94 Eur. Ct. H.R. 85 (1998); Z. v. United Kingdom, 29392/95 Eur. Ct. H.R. 333 (2001); E. v. United Kingdom, 33218/96 Eur. Ct. H.R. 769 (2002). למעט מגבלות חוקתיות.

מקצועי ומיומן. המצבים שנופלים בגדר הסמכויות השלטוניות להפעלת כוח הם אפוא מצבים מוכרים וטיפוסיים שטעונים וחייבים בהסדרה שלטונית שקולה. לעומת זאת, סיגי האילוח לאחריות פלילית, כגון צורך והגנה עצמית באים בחשבון רק במצב חירום פרטי וספציפי שאליו נקלע אדם ללא אזהרה קודמת (אירוע פתאומי).¹⁰² מצב זה מתבטא בקיומה של סכנה מוחשית לערך חברתי של האדם, שמחייבת מענה מידי וללא דיחוי. "באין מצב חירום, אין כלל מקום לצורך, גם אם הפגיעה בערכים החברתיים של הפרט נופלת בגדר הרע במיעוטו באופן מובהק",¹⁰³ אחרת מבטא הצורך מצב של אנרכיה. עמדה זו היא המקובלת גם על ידי הפסיקה כאשר נקבע כי:

"הרעיון שמאחורי הגנות האילוח כולן (הגנה עצמית, צורך, כורח) הוא מתן ביטוי משפטי למצב של ברירה בין שתי רעות. התפיסה היא שיהיו מצבים בהם חייבים להתחשב באנשים שעמדו לנוכח איום חמור ואמיתי, וכיוון שנקלעו למצוקה אמיתית לבחור ברעה הפחותה בין השתיים (תפיסה של צידוק) או העדיפו את האינטרס הקרוב אליהם על פני אינטרס הזולת (תפיסה של פטור)".¹⁰⁴

הווה אומר:

"ההגנה רלבנטית רק כאשר מדובר במצב-חירום, שבו אין אפשרות לפנות למוסדות המוסמכים, כדי שיכריעו בשאלה מהי הבחירה החברתית המוסמכת, לפי העקרונות שהחברה מבוססת עליהם, ויפעלו בעצמם בהתאם לבחירה זו".¹⁰⁵

¹⁰² Sharon Byrd, *Wrongdoing and Attribution: Implications beyond the Justification-Excuse Distinction*, 33 WAYNE L. REV. 1289, 1296 (1987); ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 179 (1974); GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW §§ 795-796 (1997); JOHN MILTON & JONATHAN M. BURCHELL, -243 בעמ' 97, לעיל ה"ש, Kremnitzer; PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 129 (1991).²⁴⁷

¹⁰³ ראו גנאים "כניסה למצב", לעיל ה"ש 52, בעמ' 577.
¹⁰⁴ ע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 221, 232 (1997); ראו גם גנאים "כניסה למצב", לעיל ה"ש 52, בעמ' 574-575.

¹⁰⁵ ראו קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 13, בעמ' 701. ראו גם Dershowitz, לעיל ה"ש 40, בעמ' 195; V.F. Nourse, *Reconceptualizing Criminal Law Defenses*, 151 U. PA. L. REV. 1691, 1712 (2003); Malcom Thorburn, *Justifications, Powers, and Authority*, 117 YALE L. J. 1070, 1126 (2008).

המאפיין של סייג הצורך הוא גורם ההפתעה (ספונטניות).¹⁰⁶ משמעות הדבר היא כי העושה נדרש לפעול מיידית לסיכול הסכנה הנשקפת לאינטרס אינדיבידואלי – שלו או של אחר. הגנת הצורך מבוססת על הרעיון שמדובר במצבים חריגים, א-טיפוסיים. מצבים אלה לא ניתנים להסדרה מראש. במצבים אלה נקלע אדם, לפתע וללא הכנה מוקדמת, לקונפליקט בין הצורך להגן על אינטרס אינדיבידואלי שנמצא בסכנה לבין החובה הכללית לקיים את החוק ולא לפגוע באינטרס לגיטימי של הזולת. הדילמה נוצרת משום שהדרך הסבירה להציל את האינטרס המצוי בסכנה היא מעשה הפוגע באינטרס של הזולת, שבנסיבות רגילות הוא משום עבירה. סייג הצורך מתייחס למקרים שבהם התגובה לסיטואציה הרגעית הזו מתבטאת בהפרת החוק, כדי להציל את האינטרס מהסכנה שבה היה נתון. משכך, הגנת הצורך היא בגדר חריג לחוק בלבד, אשר מופעלת באופן "אד-הוקי" ומוקנה לאותו אינדיבידואל לשם הגנה על אינטרס אינדיבידואלי.¹⁰⁷ ברור שהתנאים בסייגים, וגם אופיים הגמיש והעמום, מוכתבים על ידי טיבם כפי שתואר לעיל.

בענייננו יש לומר כי שאלת הלגיטימיות של שימוש באמצעי חקירה מיוחדים או סיכול ממוקד הן שאלות עקרוניות, מוכרות היטב מזה עידן ועידנים, ואין בהן שום דבר מפתיע או בלתי צפוי. ככל שמבקשים להתירם, הם מאפשרים ומצריכים הסדרה מפורטת מראש של סמכויות שלטוניות. בשל כך, ולאור הדיון לעיל, עולה גם, כאמור, שחל כאן הסייג לסייג הצורך שבקוד הפלילי לדוגמה (Model Penal Code), כלומר "משתמעת כוונה אחרת" – כוונה שהסייג לא יחול על חוקרי הרשות השלטונית. יפים כאן דבריו של בית המשפט החוקתי הגרמני כאשר קבע כי "התגובה של המדינה על הטרור ניתנת לחשיבה מראש",¹⁰⁸ ולכן אין תחולה להגנות של המשפט הפלילי על פועלן של רשויות השלטון בתור שכאלה.¹⁰⁹

מעבר להבדלים המהותיים שתוארו לעיל, קיים פער עקרוני נוסף הנוגע ליחס שבין עקרון חירות הפעולה לבין עקרון חוקיות המינהל.

¹⁰⁶ ראו JAKOBS, לעיל ה"ש 88, בעמ' 397.

¹⁰⁷ נוסף על כך, יש הכרח בקיומם של תנאים נוספים בסייג הצורך. בגלל האופי הזה של המצבים, אין מנוס אלא להסתפק בהגדרה כללית ועמומה של תנאי הסייג, חרף הבעייתיות של הגדרה כזו מבחינת הדרכת הפרטים.

¹⁰⁸ ראו BVerfGE 46, 160ff: "die Reaktion des Staates für Terroristen von vornherein"; Michael S. Moore, *Torture and the Balance of Evils*, 23 ISR. L. Rev. 280, 337 (1989).

¹⁰⁹ גם חלק מהמצדדים בהחלת הסייגים לאחריות פלילית על פועלן של רשויות השלטון קובע כי הסייג בא בחשבון רק כאשר המדינה לא יכולה לצפות את המצב – מה שלא יכול להתקיים בהפעלת אמצעי חקירה פוגעניים וסיכולים ממוקדים; ראו ROXIN, לעיל ה"ש 88, בעמ' 633.

2. במשפט הפלילי חל עקרון חירות הפעולה כך שכל מה שלא נאסר במפורש בחוק הפלילי הוא מותר. האיסורים הפליליים הם בבחינת חריגים לעקרון חירות הפעולה. הסייגים המצדיקים באים להרחיב את חירות הפעולה של הפרטים במצבים חריגים. לעומת זאת, ההפך הוא הנכון באשר לרשויות השלטון. אלה רשאיות לפעול רק כאשר החוק מסמיך אותן במפורש, קרי: העיקרון החל על השלטון הוא איסור הפעולה, למעט במקרים שבהם החוק מסמיך במפורש את הפעולה. מכאן שסייג הצורך לא נועד להוסיף סמכות לרשות המבצעת ככזו, וכאמור – גם לא מתאים לכך. אם, בניגוד לאמור כאן, אפשר לראות בו מקור לסמכות שלטונית, יש בכך כדי לקעקע את יסודות שלטון החוק ועקרון חוקיות המינהל. זאת שכן משמעות הדבר היא שאין כלל מקום לפרט את סמכויותיהם הספציפיות של גורמי השלטון, וככל שקיים פירוט של סמכויות אין הוא ממצה ומוציא. מעבר לתחום הסמכויות המפורשות, אפשר תמיד להסתמך על הצורך כמכפיל של הכוח השלטוני. מצוי בידיו של השלטון "ג'וקר" המעניק סמכות, שעוקף את כל הדרישות של עקרון חוקיות המינהל. ואם בכך לא די – מה שקובע לעניין זה הוא תפיסת המציאות הסובייקטיבית של עובד הציבור, לאו דווקא המצב לאמיתו ולאשורו.¹¹⁰ יתרה מזאת, עקרון חוקיות המינהל נועד להגן על זכויות אדם, ומכאן הדרישה שהפגיעה בזכויות תהיה לפי חוק. הסתמכות רשויות השלטון על סייג הצורך משמעה הענקת סמכות לפגוע בזכויות אדם ללא הסמכה חוקית – מצב המנוגד לחלוטין לעקרון חוקיות המינהל.¹¹¹ מכאן, הסתמכות הרשות המבצעת על סייג הצורך בקיום תפקידה, משמעה עקיפה ואף ביטול במשתמע של המגבלות של המשפט המינהלי המוטלות עליה.¹¹²

3. בשיטות המשפט הדמוקרטיות לחירות הפעולה יש מעמד-על. לכן, אין המשפט נוהג בסימטריה ביחס למה שמרחיב את חירות הפעולה של הפרטים וביחס למה שבא לגרוע ממנה ולצמצמה על ידי רשויות השלטון. העמדה הרווחת במשפט הישראלי ובמשפט המשווה האנגלו-אמריקני והקונטיננטאלי היא שהרשות השופטת רשאית להרחיב את היקף הסייגים לאחריות פלילית, ואף לפתח סייגים חדשים לאחריות פלילית.¹¹³ זאת, משום שגישה זו מרחיבה את

110 ראו דו"ח לנדוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53.

111 אחדים מציעים להתיר הסתמכות של רשויות השלטון על סייג הצורך המצדיק, רק כאשר הפגיעה היא באינטרס ציבורי ולא בזכויות אדם; ראו WILFRIED KÜPER, DARF SICH DER STAAT ERPRESSEN LASSEN? 89–91 (1986).

112 Knut Amelung, *Die Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten im deutschen Recht*, in JUSTIFICATION AND EXCUSE VOL. II 1325, 1349–1348 (1988).

ראו גם JAKOBS, לעיל ה"ש 88, בעמ' 398–399; Steiner, לעיל ה"ש 51, בעמ' 328.

113 ראו חאלד גנאים "כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות

חירות הפעולה (במצבים בלתי שגרתיים). לעומת זאת, הרשות המבצעת (כגון שוטרים וחוקרי השב"כ) רשאית לפגוע בזכויות הפרטים רק כאשר החוק מסמיך אותה לכך, באופן מפורש, ועל הרשות השופטת לפקח עליה שאין היא חורגת מגדר הסמכות שניתנה לה. חריגה כזו פוגעת בחירות הפעולה של הפרטים, ולכן יש למונעה. הסייגים המצדיקים לאחריות פלילית נועדו להעצים את חירות הפרט, ולא להרבות סמכויותיו של השלטון על חשבון זכויות הפרטים וחירותם. במילים אחרות: עקרון החוקיות (שמלכתחילה בא לעולם כדי להגן על חירות הפעולה של הפרטים) מתיר את הרחבת חירות הפעולה במשפט הפלילי; ולפי אותו היגיון הוא שולל את הרחבת תחום הפעולה של הרשות (על חשבון החירות) מעבר למה שהחוק הסמיך אותה. סמכותה של הרשות המבצעת חייבת להיות מוסדרת במשפט הציבורי (החוקתי והמינהלי), ואילו הסייגים לאחריות פלילית נועדו לפרטים בלבד.

4. סייגים מצדיקים לאחריות פלילית, שמעניקים זכות והיתר משפטי לפעול, הם מצבים השוללים את האופי האנטי-חברתי והפסול של הפגיעה בערך החברתי המוגן. סייגים אלה הם בגדר חריג במובן שמעשה הפגיעה בערך החברתי המוגן הוא בדרך כלל אסור, ורק במקרים חריגים, של התקיימות הסייג, הוא מותר. מכאן, גם הכלל המעוגן בסעיף 34 לחוק העונשין, שלפיו "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". הכלל מבוסס על הנחה אמפירית שלפיה הרוב הכמעט מוחלט של מעשי עבירה לא נעשה במצבי הסייג. בהשוואה לכלל מעשי העבירה הנעשים, מצבי הסייג הם חריגים ונדירים. שונה המצב באשר לפעילות שלטונית. הפעילות השלטונית היא ככלל חוקית, והסטיות מן הדין הן בגדר חריג. מציאות זו מתבטאת בחזקת החוקיות החלה על פועלן של רשויות השלטון. זהו מצב משפטי הפוך מזה המתקיים בסייגים לאחריות פלילית. כלומר, סייגים לאחריות פלילית, כגון הגנה עצמית וצורך, הם מצבים חריגים שנועדו להצדיק פגיעות בערכים חברתיים שבדרך כלל אסורות. זהו מצב הפוך לחלוטין מפועלן של רשויות השלטון כאשר פועלן הוא חוקי וכדין. הסייגים לאחריות פלילית מבטאים אפוא תמונה הפוכה מאשר המצב המשפטי של המינהל הציבורי. ההבדל בין הסייגים לאחריות פלילית לבין פעולה שלטונית מתבטא גם ביחס בין זכויות לחובות, כמפורט להלן.

5. עם העברת זכותו הטבעית של האדם להפעלת כוח ולהגנה על האינטרסים שלו אל המדינה, נוצרה חובה על המדינה לפעול ולהגן על האינטרסים הציבוריים (כמו עשיית משפט) ועל האינטרסים של הפרטים. רשויות השלטון של המדינה חייבות לפעול ולהגן על הסדר הציבורי (במשמעות

פלילית (על הספר 'דיני עונשין' של יורם רבין ויניב ואקי) "המשפט יז" (2) 567 (2013).

האמורה לעיל), ואילו במצב של צורך מצדיק, החוק קובע במפורש כי האדם הפרטי רשאי (רשאי ולא חייב) לפעול כדי להגן על אינטרסים אינדיווידואליים בלבד. אדם פרטי רשאי שלא לפעול ולהימנע מסיכול הסכנה, ואין להטיל עליו שום סנקציה או חיוב כלשהו. לעומת זאת, רשויות השלטון, לרבות זרועות הביטחון והשיטור, חייבות לפעול ולסכל את הסכנה, ולא אפשר לתבוע את המדינה בגין אי-קיום החובה.

6. סייג הצורך ממוקד בהגנה על אינטרסים של הפרט – חיים, גוף, חירות ורכוש.¹¹⁴ לעומת זאת, פועלה של הרשות המבצעת, כגון זרועות הביטחון של השב"כ והמשטרה, נועדה להגן על הסדר הציבורי, שכולל בתוכו אינטרסים של הפרט ושל הכלל. בשיטות משפט רבות,¹¹⁵ אינטרס ציבורי, כגון ביטחון המדינה והסדר הציבורי, לא נכלל ברשימת הערכים המוגנים באמצעות הצורך המצדיק. זאת מן הסיבות הבאות: כאמור, ההערכה בדבר קיומה של סכנה לאינטרס ציבורי, בניגוד לאינטרס פרטי כגון החיים והגוף, היא מורכבת וקשה. קשה לא פחות להחליט כיצד להדוף את הסכנה האמורה. הערכות אלה תלויות לא אחת במקורות מידע שונים ומגוונים ובניתוחם. הערכה זו מסורה, בעיקרה, לגורמים המופקדים על ביטחון המדינה ועל הסדר הציבורי.¹¹⁶ גורמים אלה נוסדו במיוחד כדי להגן על ביטחון המדינה ועל הסדר הציבורי, ולשם כך הועמדו לרשותם האמצעים הדרושים, ובכלל זה אנשים שהוכשרו במיוחד למטרות אלה. ההכשרה המיוחדת של המשרתים בזרועות השלטון הרלוונטיות – בין השאר, בכל הנוגע לבחינה של חלופות ולפעולה מידתית והדרגתית – מעניקה להם יתרון מכריע. ההדרכה הניתנת להם מחזקת יתרון זה. האימונים שהם עוברים, חובות האחריות והדיווחיות החלות עליהם והפיקוח המופעל עליהם מבטיחים פעולה מושכלת בהשוואה לאזרח הנתקל בה במפתיע. החשש הוא שפגיעה באינטרסים לגיטימיים על ידי אדם פרטי לטובת אינטרסים ציבוריים, לפי תפיסת המצב ושקלולו על ידי אותו פרט עלולה להביא יותר נזק מאשר תועלת. מדובר אפוא בסוגיה שהאספקלריה היחידה לה היא זו של סמכות חוקית לפעולה שלטונית. התמודדות בסוגיות של ביטחון לאומי אינה עניין לסייגים לאחריות פלילית – שעניינם קונפליקט בין פרטים.

¹¹⁴ ראו בהמשך הטקסט הצמוד להערה 115–116, על ההגנה על אינטרס כללי, כגון ביטחון המדינה.

¹¹⁵ כגון ס' 34 לא לחוק העונשין הישראלי; ס' 34 לחוק העונשין השווייצרי – Schweizerisches Strafgesetzbuch (1937) – ראו גם STEFAN TRECHSEL, KURZKOMMENTAR (1992); DIETHELM KIENAPFEL & FRANK HÖPFEL, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 58 (2007); ראו גם LUDWIG, לעיל ה"ש 83, בעמ' 89–90; BGE 94. IV 69.

¹¹⁶ ראו גם ROXIN, לעיל ה"ש 88, בעמ' 548.

7. בהתנהלות של רשויות השלטון שפוגעת בזכויות היסוד של אדם יש תחולה ישירה של זכויות היסוד, ובכלל זה, כאמור, הקפדה על עמידה בעקרון המידתיות;¹¹⁷ ואילו בפעולה של אדם מן השורה בתנאים של צורך אין תחולה ישירה, אלא תחולה עקיפה בלבד, של זכויות היסוד של האדם בין הפרטים. בהתאם להיבט זה, היקף פועלה של הרשות המבצעת, כגון זרועות הביטחון, אמור להיות מוגבל יותר מאשר היקף פועלו של אדם פרטי. כלומר, התנאים של פעולה שלטונית נוקשים יותר מאשר התנאים של פעולה של אדם פרטי במצב של צורך, ומכאן שהתנאים של סייג הצורך מותאמים לאנשים הפרטיים ולא לאנשי השלטון.¹¹⁸ הסתמכות הרשות המינהלית על סייגים לאחריות פלילית של הגנה עצמית וצורך משמעה אפוא עקיפת ההגבלות של המשפט המינהלי והחוקתי.¹¹⁹

הצורך המצדיק הוא סייג ענייני לאחריות פלילית. ככזה, הוא חל לטובתו של כל אדם הפועל בתנאיו; ואין הוא סייג אישי המוגבל לאנשים מסוימים. אם הרשות המבצעת, באמצעות זרועות הביטחון שלה כגון חוקרי השב"כ ואנשי המשטרה, רשאית להפעיל אמצעי חקירה פוגעניים וסיכולים ממוקדים על פי סייג הצורך המצדיק, המשמעות היא שכל אדם רשאי לעשות אותם מעשים, בהתקיים תנאי הצורך.¹²⁰ "הצורך" [המצדיק] מבוסס על הכלל החברתי של 'הדדיות משתלמת', ואינו מייחס חשיבות לזהותו של העושה".¹²¹ זו תוצאה אבסורדית, שאי אפשר לקבלה. מדובר בפעולות שהן מטבען הפעלה של סמכות שלטונית של מדינה באמצעות זרועותיה. לכן, חוקיותן חייבת לנבוע מחוק

¹¹⁷ ראו ס' 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹¹⁸ ראו גם Miriam Gur-Arye, *Justifying the Distinction between Justifications and Power (Justifications vs. Power)*, 5 CRIM. L. & PHIL. 293 (2011). יכולים להיות לכך חריגים, למשל לעניין הנסיגה, שקשה ובעייתי יותר לדרוש אותה מגורם שלטוני. אחדים יכולים לטעון שמשום סמכותה של המדינה להפעיל כוח מגן זוכה להגבלות חוקתיות נוספות, אזי המדינה לא יכולה לאצול לאדם פרטי זכות להפעיל כוח מגן בהיקף רחב יותר מאשר שלה. על טענה זו יש להשיב שההגבלות להפעלת כוח משתנות בהתאם לעקרונות חוקתיים ואין מניעה שהיקף זכות להפעיל כוח על ידי גוף מסוים יהיה שונה מהיקף אותה זכות על ידי הזולת. בענייננו יש לציין שהמדינה חייבת להפעיל כוח מגן ואילו אדם פרטי רשאי להפעיל כוח מגן; ראו גם LUDWIG, לעיל ה"ש 83, בעמ' 90–91.

¹¹⁹ ראו גם Amelung, לעיל ה"ש 112, בעמ' 1348–1349. יצוין שאחדים שמחילים את סייגים לאחריות פלילית על פועלם של אנשי הממשל מחילים את המגבלות של המשפט החוקתי והמינהלי המוטלות על אנשי המשטר גם על הסייגים לאחריות פלילית, כגון דרישת המידתיות; ראו ROXIN, לעיל ה"ש 88, בעמ' 578.

¹²⁰ ראו גם Youngjae Lee, *The Defense of Necessity and Powers of the Government*, 3 CRIM. L. & PHIL. 133, note 24–25 (2009).

¹²¹ גנאים "כניסה למצב", לעיל ה"ש 52, בעמ' 577.

מינהלי (תואם חוקה) מסמיך או מדיני המלחמה.¹²² גישה אחרת, המסמיכה כל פרט להגן על האינטרסים הציבוריים לפי הבנתו, מזמינה אנרכיה. אוי לה למדינה שאזרחיה מבצעים סיכולים ממוקדים או חקירות פוגעניות. לאור כל הנימוקים שהוצגו לעיל, מתבקשת המסקנה הבאה: המסקנה מכל האמור היא שסייג הצורך המצדיק לא חל מעיקרו על רשויות השלטון. זאת, ככל שמדובר בהפעלת סמכות שלהן מכוח תפקידן ומעמדן. יש להבחין בין מקרה זה לבין התגוננות של משרת ציבור בפני תקיפה בלתי חוקית שלו, שבה הוא פועל כאחד האדם. כשם שאדם פרטי לא יכול להסתמך על סייג הצורך לסיכול סכנה שנשקפת לאינטרס מוגן של הפרט כאשר רשויות השלטון יכולות לפעול ולסכל את הסכנה – כך גם הסמכות המינהלית המוענקת לרשויות השלטון לפעול דוחה את תחולת סייג הצורך כהסמכה לפעולה. הפעלת אמצעי חקירה מצויה כולה בידיה של הרשות השלטונית, ותוכן סמכותה בעניין זה וגבולותיו חייבים להיקבע על ידי המחוקק בהסדרה מפורטת. שלטון החוק ועקרון חוקיות המינהל מחייבים להגביל את השימוש בסמכויות שלטוניות למתכונת ההסמכה הספציפית מראש. הסתמכות על נוסחה של צורך מתנגשת חזיתית בעקרונות האמורים, חותרת תחתם ומסכלת אותם.¹²³ יש מקום רק לסייג הצידוק שמפנה לחקיקה מינהלית מסמיכה.

1. קשיים בהתקיימות התנאים הפנימיים של סייג הצורך

קיימים קשיים נוספים בהחלת סייג הצורך על המקרים הטיפוסיים של שימוש באמצעי חקירה פוגעניים ועל סיכולים ממוקדים:

1. **טיב הסכנה:** ועדת לנדוי פירשה את סייג הצורך (המצדיק) ככזה המאפשר הגנה גם במקרים שבהם הסכנה הנשקפת אינה מיידית, "כשהיא קיימת בכוח",¹²⁴ כגון לשם השגת מידע על מקום הימצאותם של חומרי חבלה ולחימה. יתרה מכך, הוועדה הרחיבה את הפרשנות גם לקבלת מידע כללי על אודות ארגוני טרור. מידע זה יכול לכלול פרטים על החברים בהם, המפקדות שלהם בארץ ובחו"ל, מחנות אימונים והתארגנות שלהם וכדומה.¹²⁵ גישה זו של ועדת לנדוי נבחנה בפסיקת בית המשפט העליון.

¹²² על הסיכולים הממוקדים, ראו David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, 16 EUR. J. INT'L L. 171 (2005).

¹²³ כאשר איש השלטון פועל כאדם פרטי, למשל, מותקף כאדם פרטי על ידי התוקף, אז הוא יכול לטעון את כל הסייגים לאחריות פלילית, כגון הגנה עצמית.

¹²⁴ דו"ח לנדוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74.

¹²⁵ שם, בעמ' 74–50.

בבג"ץ העינויים ובדין על צורך פוטר קבע בית המשפט כי הסייג בא בחשבון גם כאשר הסכנה לחיי אדם אינה מיידית, ובלבד שמדובר בסכנה מוחשית. למשל, כאשר השגת המידע דרושה באופן מידי, נוכח סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות פיצוץ, שבו יקופחו חיי אדם.¹²⁶ בניגוד לפרשות נזו, בבג"ץ הסיכולים הממוקדים הישראלי, ובאופן דומה בלום והיימן ביחס לסיכולים הממוקדים, קבעו כי המקרים הטיפוסיים האלה שבהם מדובר אינם של סכנה מיידית אלא של סכנה עתידית, שמקורה בהתנהגות אנושית. לדעתנו, מדובר במצב שבו "הסכנה" לעולם בלתי ודאית וטעונה לכן הערכה במונחי הסתברות.¹²⁷ קשה לקבוע שהסיכול הממוקד או אמצעי החקירה החריגים הם בגדר מעשה הגנה הנדרש באופן מידי להדיפת התקיפה או לסיכול של סכנה – אחרת יהיה מאוחר מדי.¹²⁸

2. **נחיצות מעשה ההגנה:** הוא הדין לגבי נחיצות אמצעי החקירה החריגים או הסיכול הממוקד. קרי, התקיימותה של דרך סבירה אחרת למניעת הסכנה, בייחוד אמורים הדברים כשמדובר בחקירה, יש להביא בחשבון את מסגרת הזמן להתמודדות עם האיום. ככל שמסגרת הזמן המאפשרת נטרול הסכנה היא רחבה יותר, כך נפתחות דרכי חקירה חלופיות שאינן כרוכות בהפעלת לחץ פיזי להתמודדות עם הסכנה. בשני המקרים, יש סיבה טובה לחשוש מפני העדפת המסלול המהיר, של אי-לקיחת סיכון (או של מה שנראה כאי-לקיחת סיכון) – סיכול מידי או אמצעים פיזיים בחקירה, שאין לדעת בביטחון מה תהיה השפעתם.¹²⁹ קשיים אלה משקפים הבדל יסודי בין צורך אמיתי הניצב בפני אדם יחיד לבין התמודדות עם בעיה ביטחונית שיש לה אופי רחב וכללי יותר. נוסף על כך, מי שמתמודד עם בעיה זו היא מערכת שלטונית מורכבת ולא אדם יחיד.

3. **דרישת הפרופורציה:** קושי נוסף קיים לגבי תנאי הפרופורציה בין הרעה שתימנע לבין הרעה שתתגרם. בצורך מצדיק הדרישה היא להתקיימות פער ניכר בין האינטרס שמבקשים להציל לבין האינטרס המוקרב.¹³⁰ במקרה של סיכול ממוקד שהוא המתה מכוונת (הפגיעה הקשה ביותר בערך של חיי אדם), לא ברור

¹²⁶ בג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 841; כך גם בבג"ץ טביש, לעיל ה"ש 9, בפס' 40 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹²⁷ ראו גם קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 13, בעמ' 695–696; Kutz, לעיל ה"ש 3, בעמ' 243.

¹²⁸ ראו גם דניאל סטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" משפט וממשל ד 173, 161 (1997); Kutz, שם, בעמ' 244; Gaeta, לעיל ה"ש 3, בעמ' 791; במאמר Mirko Bagaric & Julie Clarke, *Not Enough Official Torture in the World – The Circumstances in Which Torture Is Morally justifiable*, 39 U.S.F. L. REV. 581, 612 (2005), המחברים מתירים את העינויים רק בקיומה של סכנה מיידית.

¹²⁹ ראו גם קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 13, בעמ' 714–716.

¹³⁰ ראו גם גנאים "כמה ביקורות", לעיל ה"ש 113, בעמ' 579; אהרן אנקר ורות קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג 5, 7 (1992); מרים בן-פורת "על הגנת הצורך והכורח" עיוני משפט יד 211, 216 (1989).

כיצד לשקלל פעולה של המתה מיידית וודאית מול הסיכון (שאין לגביו וודאות) של מעשי טרור עתידיים המכוונים לרצוח.¹³¹ לפי השיטה הדיאונטולוגית לחיי אדם, האיוון הוא איכותי ולא כמותי. קרי, אין סופרים ראשים או גופות, ואין מקום להעדיף את חיי רבים על פני חיי יחיד. לפי גישה זו, אי אפשר להצדיק המתה מכוונת של אדם אחד כדי להציל חייהם של רבים. במקרים של אמצעי חקירה הגורמים לחבלות חמורות או מסכנים בריאות או חיים, לא ברור שמתקיים הפער הניכר הדרוש.¹³²

4. ראויות מעשה ההגנה: בבג"ץ העינויים קיבל בית המשפט את הגישה העקרונית של המשפט הבין-לאומי, וקבע כי: "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".¹³³ אולם, ההכרה באפשרות של העלאת טענת הצורך הפוטור בדיעבד בהליך פלילי פותחת פתח לחריגים, שכפי שיפורט בהרחבה בהמשך, יצרה נוהל של "חקירות צורך". כאן יש להדגיש כי חריג זה עומד בסתירה לדרישת הסבירות, שהיא דרישת מפתח. במסגרת דרישת הסבירות יש לבחון, כמו בדין הגרמני, גם את הראויות (Angemessenheit) של האמצעי עצמו. מן הבחינה הזאת, הן עינויים ויחס בלתי אנושי, אכזרי ומשפיל והן קיפוח חיים שרירותי (בהיעדר הליך הוגן) צריכים להיחשב, ואף נחשבים, כאמצעים בלתי ראויים, ולכן אינם קבילים ואינם סבירים. חל עליהם איסור מוחלט ואין אפשרות להכיר בצורה כלשהי בחריגים.¹³⁴

ז. פעולה שלטונית וצורך פוטור

כאמור, לפי בג"ץ העינויים, הגנת הצורך לא מעניקה היתר משפטי והסמכה מראש לפעול, אלא פטור בדיעבד לשלילת האחריות הפלילית, ולכן מדובר בצורך פוטור.¹³⁵

131 ראו גם Kutz, לעיל ה"ש 3, בעמ' 252–253.

132 ראו קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 13, בעמ' 709. גישה תועלתנית עשויה לתמוך בקיום הפרופרציה; ראו Bagaric & Clarke, לעיל ה"ש 128, בעמ' 611.

133 בג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 836. תוך הסתמכות גם על NIGEL S. RODLEY, THE TREATMENT OF PRISONERS UNDER INTERNATIONAL LAW § 63 (1987); MALCOLM D. EVANS & ROD MORGAN, PREVENTING TORTURE 61 (1998).

134 Claus Roxin, *Kann Staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?*, in Festschrift für Eser 461, 464–465 (2005); Kai Ambos, *May a State Torture Suspects to Save the Lives of Innocents*, 6 J. INT'L CRIM. JUST. 261, 276 (2008); Gaeta, לעיל ה"ש 3, בעמ' 790; ראו גם דנג"ץ 9105/18 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 25.2.2019).

135 ראו גם בהמשך ה"ש 142 ואילך, על הדיון על צורך מצדיק וצורך פוטור.

צורך פוטר לא יכול לעמוד לזכותו של חוקר שב"כ בסוגיית אמצעי חקירה חריגים – או בסוגיות דומות שבהן במסגרת תפקידו הוא פועל בניגוד לדין. סייג פוטר הוא סייג אישי, המבוסס על המצב הנפשי הקשה שאליו נקלע העושה במפתיע. העושה נדרש להתמודד לאלתר עם סכנה קיומית. סכנה זו נשקפת לאינטרסים האישיים שלו או של אדם אחר, והדרך הסבירה היחידה להימלט מן הסכנה או למלט ממנה היא על ידי פגיעה באינטרס של אדם אחר. אף הפסיקה עצמה קבעה כי בסייג פוטר החברה מתחשבת "במצבו המיוחד של מי שביצע מעשה שהחברה סולדת ממנו ומגנה אותו".¹³⁶ האדם הפועל במצב של פטור נמצא בטריטוריה בלתי מוכרת לו, שבה הוא נאלץ לאלתר, אלתור שיש בו ממד חזק של אינטואיטיביות, ואולי אף אינסטינקטיביות. הסכנה החמורה שאליה נקלע במפתיע והמחייבת התמודדות מיידית משפיעה גם על המצב הרגשי והשכלי שלו, מעוררת פחד והתרגשות, המפעילים מצדם את אינסטינקט השימור העצמי. במצב כזה, מצטמצמות יכולת הבחירה והשליטה, ומונמכת השפעתן של העכבות כלפי פעולה המזיקה לאחר. הפיחות הניכר במידת אשמתו של העושה (מידת הצפייה הסבירה שינהג כדן) חריגות המקרה ששוללת את הקרנתו על אישיות העושה, הפיחות המשמעותי בצורכי ההרתעה (שלו ושל אחרים) והמניעה החיובית – מסבירים ומצדיקים את הפטור מאחריות פלילית. מכאן, שהצורך הפוטר לא מתאים כלל לפועלו של חוקר שב"כ בהפעלת אמצעי חקירה פוגעניים לשם מניעה וסיכול של טרור: אין כאן הפתעה, אין לחץ נפשי מיוחד, אין אלתור, אין פעולה אינטואיטיבית-אינסטינקטיבית. אין כאן בכלל אדם מול סכנה בכשירות שלו כאדם אלא איש רשות שפועל בכשירות שלו ככזה, כלומר כזרועה של המדינה. ליתר דיוק – המדינה היא שפועלת באמצעותו, והמדינה לא רשאית לטעון לפטור. המצוקה שבתוכה פועל החוקר (נחקר המסרב לשותף פעולה ולמסור מידע חיוני) אינה מצוקה פרטית, היא מצוקה מערכתית-מדינתית. נוכח אופיים המערכתי של המצוקה והפעולה, הדין חייב להיות בהיר, חד-משמעי ולא מעומעם, מרוכך ומשתמע לשני פנים. והוא אכן כזה. הדין אוסר על הפעלת אמצעים חריגים. לא רק הדין הכללי אלא גם איסור פלילי מפורש ומיוחד למצב דברים כזה.¹³⁷ דווקא כמשרת ציבור, חובתו לציית לדין היא מובנת מאליה, ואף כבדה במיוחד, שכן הוא חייב לשמש דוגמה לאזרחים במחויבות שלו לשלטון החוק. ההכשרה המקצועית שלו מרגילה אותו לציות לדין, לאיפוק ולריסון. יש ודאי מקום ליוזמה ויצירתיות אך אלה חייבות להיות מתוחמות בתוך הסמכות החוקית ולא מחוצה לה. משרת הציבור עשוי

¹³⁶ ע"פ 1109/09 שיבלי נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט א' א' לוי (נבו 4.1.2010); ראו גם גנאים "כניסה למצב", לעיל ה"ש 52, בעמ' 575.

¹³⁷ ראו האיסורים העונשיים המוזכרים לעיל בה"ש 7.

להידרש, עקב תפקידו ומכוחו, לקחת על עצמו סיכון אישי עודף מעבר לסיכון שאמור ליטול אזרח רגיל כאשר מדובר במצבים חריגים של סייגי אילוף.¹³⁸ מכוח תפקידו, החובה לציית לחוק חלה עליו ביתר שאת. כל זאת – ברמת האחריות והאשמה של החוקר, שאינה נשללת על ידי מצב הדברים.

עד כה דנו בהיבט התיאורטי של הצורך הפוסטר ובאי-התאמתו לפעולת חוקרי שב"כ. כעת יש לבחון כיצד עיקרון זה יושם הלכה למעשה במערכת האכיפה, ומהן ההשלכות המעשיות של אימוץ תפיסת הצורך הפוסטר בבג"ץ העיניניים. כפי שנראה, הפער בין התיאוריה ליישום המעשי יצר מצב בעייתי מבחינת שלטון החוק. מתבקשת גם הסתכלות נורמטיבית רחבה יותר. אין להתעלם מכך שהצורך הפוסטר עלול לגרוע ממשמעותו ומתקפותו המעשית של האיסור. אם הדין אוסר לפגוע פיזית בנחקר, כי אז חשוב לשמור על האיסור הזה במלוא בהירותו ותקפותו, ולא לכרסם בו או לעמעם את תקפותו. כרסום ועמעום כאלה מתרחשים במיוחד כאשר הצורך מאבד את אופיו כחריג מובהק. ואכן, כך קרה במקומותינו.

בבג"ץ העיניניים ביקש כנראה בית המשפט להציב רף גבוה למקרים חריגים ונדירים שבהם יעשה שימוש באמצעי חקירה חריגים על ידי העמדת החוקר בפני סיכון אישי של העמדה לדין ואף הרשעה אם יחרוג מתנאי הצורך. אולם כבר בפסק הדין נזרע "זרע הפורענות" באמצעות הקביעה שלפיה היועץ המשפטי רשאי להנחות את עצמו לגבי המצבים שבהם הוא עשוי להכיר בתחולת סייג הצורך.

מכאן קצרה הייתה הדרך להנחיות של היועץ, שהן גם נחלת שירות הביטחון הכללי, ולמערכת היררכית של היתרים ואישורים שמבחינה מעשית משחררת את החוקר מאחריות אישית מצד אחד, והופכת את האמצעים החריגים לחלק מהמערכת הברוקרטית וההיררכית, בניגוד להיגיון היסודי של פסק הדין. הסמכות והרשות מפקיעות כליל את האנטי-חברתיות שבמעשה ואת אופיו האסור.

ברור גם שמבחינת החוקר, ההבחנה בין הצדק-לפסטר אינה מעלה דבר, ובלבד שמעשיו מכוסים על ידי אישור של הדרגים הבכירים להם הוא כפוף. מבחינתו הסובייקטיבית, מדובר בפעולה כשרה, אולי אף למהדרין. מלכתחילה, היה מקום לחשש שפסק הדין "לא יעשה את העבודה" שביקש לעשות. בית המשפט לא השתמש כלל בהבחנה בין הצדק לפסטר, הבחנה שבנויה על כך שהפסטר נכנס לתמונה בשלב האחרון אחרי שההתנהגות מוגדרת כאנטי-חברתית, מפרת-חוק ואסורה. אין הפסטר גורע מכל אלה. הוא שולל רק את אשמת העושה. גם אם היה עושה כן, ספק אם היה בכך כדי לחלחל אותה לתוך התרבות

¹³⁸ ראו הרעיון שבס' 34ט לחוק העונשין. כאמור, אין תחולה לסייג הצורך על פועלן של משרתי ציבור; עניינו בעיקרון בלבד המעוגן בס' 34טו.

המשפטית והשלטונית שלנו. בהיעדר חלחול כזה, נותר רק: הוא זכאי, הוא זכאי. העובדה שהדין האוסר על משרתי ציבור להפעיל לחץ בחקירות מופר בסמכות וברשות, ושההפרות לא נחקרות על ידי המשטרה – יוצרות הפקעה בפועל של האיסור. עלול להיווצר רושם שהדין מעמיד פנים: בטרקלין הוא מציג תמונה נאה של איסור ברור, ואילו במרתף הוא מאפשר את הפרת האיסור. העמדת פנים כזו חותרת תחת שלטון החוק והכבוד לחוק. יש רק דרך אחת להתייחס ברצינות לאיסור – לאכוף אותו, ללא הכרה בצורך כפטור. יש משהו מלאכותי ובלתי משכנע בהתייחסות לחוקר השב"כ בעת פעולתו כאיש מרות הפועל ככזה (ופעולתו כפופה למערכת מסודרת של אישורי ממונים), ובה-בעת לראות בו אדם פרטי כאילו לא היה איש מרות. אי אפשר להפשיט את איש השירות ממדיו, שכן בכל פעולות החקירה שלו במסגרת תפקידו הוא פועל כמשרת ציבור, ולא כאדם פרטי. זאת ועוד, אם לזכותו של חוקר השב"כ עומד הצורך הפוטר, המשמעות היא שאמצעי החקירה הפוגעניים הם בגדר מעשים אסורים ואנטי-חברתיים, ולנחקר עומדת זכות להתנגד לכך!¹³⁹ יתרה מזאת, אם אמצעי החקירה והסיכול הממוקד הם שלא-כדין ואסורים, אזי המדינה חייבת לפצות את האנשים שנפגעו ממעשים אלה: הנחקרים ומשפחותיהם בהתאם לדיני הנזיקין! יתר על כן, אם מחילים את הצורך כפטור על החוקר הרשמי,¹⁴⁰ מתבקש לכאורה להחילו על כל אדם בהתקיים תנאי הצורך כפטור, ולא רק על מי שפעל בתנאים אמיתיים של סכנה אלא גם בתנאים מדומים, פרי טעות במצב הדברים – בין סבירה ובין בלתי סבירה. המסקנה העולה מכל האמור היא כי האופי של הצורך הפוטר כסייג לאחריות פלילית לא מתאים להחלה על פעולה שלטונית.

ח. הכרסום במוחלטות האיסור על עינויים, המציאות של שימוש באמצעים חריגים והחשש מפני טעות ושימוש לרעה

1. הכרסום במוחלטות האיסור

חל כרסום בהלכה שנקבעה בבג"ץ העינויים. כך, קבע בית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ טביש:

"יוער כי לפחות חלק מהתיאוריות של המשפט הפלילי ראו בסייג הצורך טענת צידוק ולא טענת פטור בלבד. משמעות הדבר היא,

¹³⁹ בין אם על ידי הגנה עצמית או צורך; ראו Kremenitzer & Ghanayim, לעיל ה"ש 96.
¹⁴⁰ ראו גם הדיון אצל Jens David Ohlin, *The Bounds of Necessity*, 6 J. INT'L CRIM. JUST. 289 (2008).

כי הנורמה המשפטית המסדירה את סייג הצורך לא רק 'מכשירה' את המעשה בדיעבד אלא מוציאה אותו, בנסיבות המיוחדות, מגדר איסור פלילי. זאת, אם בשל כך שבנסיבות מסוימות חובה לבצע את המעשה, ואם בשל כך שהנורמה המשפטית לכל הפחות מסמיכה את העושה לעשותו. תוצאתו של החלת סייג הצורך היא אם כן לא רק זיכוי העושה, אלא גם הצדקת המעשה, באופן שהוא אינו מוגדר כתופעה שלילית שדיני העונשין מבקשים להחשיבה כאסורה. ממילא, יש לראות את סייג הצורך כסייג לפליליות המעשה ולא כפטור מאחריות פלילית בלבד.¹⁴¹

מתבקשת כאן הבהרה מושגית ביחס להבדל שבין סייג מצדיק לבין סייג פוטר. מקובלת במשפט הפלילי הבחנה בין סייגים מצדיקים לבין סייגים פוטרם: סייג מצדיק, כגון הגנה עצמית מצדיקה וצורך מצדיק, הוא מצב ששולל מן המעשה את האופי האנטי-חברתי שבו ומעניק לו אופי חוקי.¹⁴² צורך מצדיק מבוסס על תורת התועלתנות (הרע במיעוטו), שבבסיסה עומדת החובה לסולידריות חברתית.¹⁴³

לעומת זאת, סייג פוטר, כגון צורך פוטר, הוא סייג בעל אופי אישי שמבוסס בעיקר על המצב הנפשי הקשה שבו פועל העושה. מעשה שנעשה במצב של סייג פוטר הוא מעשה אנטי-חברתי ואסור, אם כי פטור מעונש. צורך פוטר מבוסס על חוסר ציפייה סבירה להתנהגות כדין ועל היעדר טעם להעניש בשל האופי החריג של המעשה.¹⁴⁴

¹⁴¹ ראו בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 9, בפס' 61 לפסק הדין של השופט אלרון, ראו גם, שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט עמית: "ומכאן המוחלטות המוסרית והמשפטית על איסור עינויים [...]". בשל התפיסה המוסרית והמשפטית השלילית כלפי עינויים, קבע בית המשפט בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי שהפעלת לחץ פיזי על נחקרים מותרת רק במקרים חריגים ביותר", ובפס' 3 לפסק הדין של השופט מינץ: "[...] הכלל הקובע כי עינויים הינם אסורים, וזאת למעט במקרים חריגים ביותר [...]"; ראו גם ע"פ 1776/06 אל סיד נ' מדינת ישראל (נבו 5.9.2011). על בג"ץ טביש, ראו גם Smadar Ben-Natan, *Revise your Syllabi: Israeli Supreme Court Upholds Authorization for Torture and Ill-Treatment*, 10 J. INT'L HUMAN. LEGAL STUD. 41 (2019).

¹⁴² יש אף הגורסים כי הצורך הופך את המעשה לחיובי, וכך מדובר בעשיית המעשה הנכון והראוי לעשותו בנסיבות העניין, ויש אף לעודד את הרבים לעשייתו ולעשיית מעשים דומים בנסיבות דומות.

¹⁴³ ראו Kremnitzer & Ghanayim, לעיל ה"ש 96, בעמ' 877; גנאים "כמה ביקורות", לעיל ה"ש 113, בעמ' 581.

¹⁴⁴ ראו Khalid Ghanayim, *Excused Necessity: A Defence in the Criminal Code – A Comparative and Doctrinal Study*, 11 CANADIAN CRIM. L. REV. 53 (2000).

בהתאם לגישה הרווחת, סייג מצדיק מעניק זכות והיתר מראש לפעול, והוא בגדר כלל התנהגות (conduct rule), ואילו סייג פוטור לא מעניק היתר וסמכות מראש לפעול, והוא בגדר כלל שפיטה (decision rule). כלומר, פונה לשופט (ולתובע) שיעניק לעושה פטור בדיעבד מאחריות פלילית.¹⁴⁵ יש שיטות משפט, ובהן השיטה הישראלית, הנמנעות מדיכוטומיה חדה, וסייג המופיע בחוק יכול שישמש קורת גג הן להצדק והן לפטור.¹⁴⁶

נראה כי לפי דו"ח ועדת לנדוי, סייג הצורך הוא בגדר סייג מצדיק, אף כי ההבחנה בין סייג של הצדק לבין סייג של פטור לא הייתה מחודדת בעת שנכתב הדו"ח. חיזוק לכך אפשר למצוא בהסתמכות הוועדה על סעיף 3.02 לקוד הפלילי לדוגמה האמריקני שמגדיר רק את הצורך המצדיק ולא מתייחס כלל לצורך הפוטור. גם פלר מפרש את סייג הצורך שלפני תיקון מספר 37 (1992) כהצדק, המבוסס על תורת התועלתנות (הרע במיעוטו).¹⁴⁷ לפי בג"ץ העינויים, אין לראות בסייג הצורך כהסמכה והיתר משפטי לפעול, אלא כסייג לאחריות פלילית שמועלה בדיעבד בהליך פלילי שמתנהל נגד חוקר השב"כ, וכך מדובר בסייג פוטור: צורך פוטור.¹⁴⁸ זאת, אף על פי שבית המשפט לא נוקט במפורש בלשון של פטור. מכאן, שהעמדה שהובעה בבג"ץ טביש, שלפיה סייג הצורך מכשיר ומצדיק את אמצעי החקירה החריגים סוטה מן ההלכה המקובלת ועומדת בסתירה לפסק הדין המנחה: בג"ץ העינויים.¹⁴⁹

145 ראו Meir Dan-Cohen, *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation* 97 HARV. L. REV. 625 (1984).

146 ראו ש"ז פלר *יסודות בדיני עונשין כרך ב בפס' 629-621, 521-519* (1987); Kremenitzer, לעיל ה"ש 97, בעמ' 196-199; Miriam Gur-Arye, *Should the Criminal Law distinguish between Necessity as a Justification and Necessity as an Excuse?*, 102 L. Q. REV. 71 (1986).

147 ראו, פלר, שם, בעמ' 505-516, 521-519 ו-626-628; ש"ז פלר *"הצורך" Stricto Sensu* כמצב השולל את פליליות המעשה *"משפטים ד 5, 8* (1972). לדיון בסוגיה זו ראו חאלד גנאים *ההבחנה בין הצדקה-בדין לבין סליחה בדין, ערוכה על-פי סייג הצורך 79-89* (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, ינואר 2002). לביקורת על עמדת ועדת לנדוי, ראו גם קרמניצר ושגב, לעיל ה"ש 13, בעמ' 692-693.

148 ראו Yael Aridor Bar-Ilan, *Justice: When Do We Decide*, 39 Conn. L. Rev. 923, 938 (2007).

149 כך נקבע גם על ידי הנשיאה אסתר חיות בבקשה לדיון נוסף בדנג"ץ טביש, לעיל ה"ש 134. היא קבעה כי לפי בג"ץ העינויים (לעיל ה"ש 1) אין סייג הצורך מכשיר מראש את העינויים, אלא פוטור בדיעבד מאחריות פלילית על אמצעי חקירה חריגים שאינם מגיעים כדי עינויים. ראו בפס' 14 לפסק הדין של הנשיאה חיות. נוסף על כך, בעוד חלק משופטי בג"ץ (השופט מינץ, שם) גרס שהעינויים אסורים למעט במקרים חריגים של הגנת הצורך, אחרים [הנשיאה חיות בבג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) (12.12.2017)], גרסו כי העינויים אסורים ואין להם חריג, לא הצדק ולא פטור.

בבג"ץ העינויים נקבע גם כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי לקבוע לעצמו הנחיות פנימיות וכללים שידריכו אותו באשר להעמדתם לדין חוקרים שחרגו מסמכויותיהם בטענה שפעלו מתוך צורך.¹⁵⁰ היועץ המשפטי לממשלה (דאז), אליקים רובינשטיין, פרסם מסמך כזה להדרכה עצמית שלו – אליו הוא אמר להידרש לאחר מעשה.¹⁵¹ היועץ ציין כי "ראוי שיהיו לשב"כ הנחיות פנימיות, בין השאר למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך הארגון הנחוצה לעניין".¹⁵² נקבע במסמך איסור ללא חריגים על השימוש בעינויים.¹⁵³ זאת, כנראה, מתוך הנחה, שמתבקש לפקפק בנוכחותה שלפיה יש לחצים נפשיים וגופניים שמחד גיסא עשויים למוטט את כוח ההתנגדות של נחקר למסור מידע, ושאינם בגדר עינויים מאידך גיסא. ההנחיות הפנימיות של היועץ המשפטי לממשלה, שפורסמו ברבים, אינן משום הכרה מראש בסמכותם של חוקרי שב"כ להפעיל פרקטיקות של אמצעי חקירה חריגים בחקירות. אולם, הן מלמדות על טיב המקרים שהיועץ המשפטי לממשלה עשוי להכיר בהם כנופלים תחת ההגדרה של סייג הצורך שבחוק העונשין – גם אם קביעתו זו תיעשה בכל מקרה באופן קונקרטי ובדיעבד.¹⁵⁴ יש להניח כי מבחינת השב"כ והחוקרים, מה שייעשה בדיעבד מדריך את התנהלותם, מבחינת המותר והאסור, מראש. מן הבחינה הזו, בעקבות ההנחיות האלה, ספק אם מבחינת החוקרים יש משמעות אמיתית להבחנה בין הסמכה "מראש" לפני המעשה לבין פטור "בדיעבד" לאחר המעשה.

זאת, במיוחד בשל הפרקטיקה שהונהגה, בהמלצת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה השימוש באמצעים מיוחדים מחייב אישורים מיוחדים על ידי דרגים בכירים בשירות הביטחון, והחוקרים פועלים מכוח אישורים כאלה, ומבחינה מעשית הם מוגנים משפטית, אם אינם חורגים מן האישורים.¹⁵⁵ מבחינה זו, ההנחיות הפנימיות של השב"כ נתפשות כהנחיות מינהליות, ובהיעדר הסמכה מינהלית להתקינן הן בלתי-חוקיות.

מצב זה מעלה שאלות מהותיות לגבי השפעת ההנחיות המינהליות על התנהלות החוקרים ותפיסתם את מערכת המשפט. חמור מכך, אפשר שהמסר

150 בבג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 845.

151 ראו אליקים רובינשטיין "הביטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מד 409, 419, נספח א' שכותרתו: "חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה (בעקבות פס"ד בג"צ)" (2000), (להלן: "הנחיות היועמ"ש").

152 שם, בפס' ז(2)(ב)(4).

153 שם, בפס' ז(1).

154 שם, בפס' ב.

155 בבג"ץ אבו גוש, לעיל ה"ש 149, בפס' 44, נקבע: "[...] גם אם חוקריו התייעצו עם בכירים מהם טרם הפעלת אמצעי החקירה החריגים, וזאת בהתאם להנחיות הפנימיות הרלוונטיות, אין בכך כדי לפגום באופיו האד הוקי' של הסייג" (ההדגשה במקור); כך, גם בבג"ץ טביש, לעיל ה"ש 9, בפס' 65.

המצטבר העובר לחוקרים הוא שהמשפט הוא כחומר ביד היוצר, שדה של התחכמות והתפלפלות, שמה שמוצא החוצה מן הדלת, מוחזר מן החלון, שהשאלה מה מותר ומה אסור נתונה למניפולציה, ובסופו של דבר הפרקטיקה היא שמכתיבה, בעיקרה, את הנורמה.

2. המציאות של שימוש באמצעים חריגים

ישנן אינדיקציות ברורות לקיומו של נוהל 'חקירות צורך' כזה בשב"כ,¹⁵⁶ כך שהגנת הצורך הופכת להיות היתר ומסמיכה מראש לפעול. מעבר לכך, העובדה שמאז מתן פסק הדין בבג"ץ העינויים המליץ מבקר תלונות הנחקרים בשב"כ (המבת"ן),¹⁵⁷ לפתוח בחקירה פלילית רק ביחס למקרה אחד מחזקת חשש מסוים. מדובר ביותר מ-1200 תלונות שהוגשו אליו על ידי נחקרים על אודות שימוש באמצעי חקירה פסולים.¹⁵⁸ העובדה שבמשך שנים היה המבת"ן עובד בכיר לשעבר של השב"כ מחזקת את החשש שהמצב המשפטי המיושם בפועל לא תואם את העמדה הברורה ביחס לאיסור על עינויים המשתקפת בפסק הדין. ברוב המוחלט של המקרים, תלונות על שימוש באמצעים פסולים על ידי חוקרי שב"כ, מובילות למסקנה הזוהה שלפיה החוקר פעל באופן לגיטימי, הרי שיש מקום לחשש שמה שהיה בעיני בית המשפט מקרה חריג מובהק, איבד מחריגותו בדרך אל יישום הדין. אין בכך משום הפתעה גמורה, שכן השאלה מהי פצצה מתקתקת נותרה בלתי ברורה גם אחרי פסק הדין. כאשר מדובר למעשה בפרקטיקה ולא בחריגים מעטים, גדל החשש שאמצעי חקירה פוגעניים ננקטים

¹⁵⁶ לפירוט ראו קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 13–14.

¹⁵⁷ מנגנון בדיקת תלונותיהם של נחקרים מעוגן בס' 1ט49 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א–1971. טרם קבלת ההחלטה על פתיחה בחקירה פלילית, תלונות הנוגעות לחוקרי שב"כ נבדקות על ידי המבת"ן. המבת"ן מעביר את המלצותיו אל הממונה על המבת"ן שמגבש את המלצתו ליועץ המשפטי לממשלה וזה מכריע בשאלה אם לפתוח בחקירה פלילית. לפירוט ראו קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 14–15. במשך שנים היה המבת"ן איש שב"כ לשעבר.

¹⁵⁸ קרמניצר ושני, שם, בעמ' 15; וכן יותם ברגר "מאות נחקרים התלוננו, אך משרד המשפטים לא פתח באף חקירה נגד איש שב"כ" הארץ (7.12.2016) <https://bit.ly/3DOJhNi>; המוקד להגנת הפרט ובצלם "בחסות החוק: בין התעללות לעינויים במתקן החקירות 'שקמה'" 49–50 (דצמבר 2015); בצלם "וַיָּקוּ לְמִשְׁפָּט וַהֲנֵה מִשְׁפָּח: בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט להכשרת הכיבוש" 19 (דצמבר 2019); Yuval Shany & Mordechai Kremnitzer, *Two Small Steps on the Long Road to Suppressing Unlawful Security Interrogations in Israel* (Lawfare, 6 Mar. 2018), <https://bit.ly/3Rxn7SE>. הנתון עד שנת 2019.

גם שלא על רקע של סכנה אקוטית. הם משמשים לשם איסוף מידע על פעילות טרור ואף לשם השגת ראיות להרשעה פלילית.

וכן, הפרקטיקה שהונהגה טשטשה את ההבחנה שביקש בית המשפט ליצור בין היתר מראש (אותו שלל) לבין פטור בדיעבד (שבו הכיר). אפשר לטעון שהלכה למעשה השימוש המשפטי בהגנת הצורך מכשיר מראש את השימוש באמצעים שאינם חוקיים. הרושם הוא שבית המשפט מתייחס לאמצעי החקירה הפוגעניים ככאלה המוצדקים בעת נקיטתם.¹⁵⁹

בבג"ץ העינויים ביקש בית המשפט העליון להפוך את השימוש באמצעי החקירה הפוגעניים לחריג מובהק, בין השאר על ידי מניעת בירוקרטיזציה ורוטיניזציה של השימוש בהם, והעמדת החוקר האינדיבידואל מול דילמה מוסרית המחייבת גם נטילת סיכון אישי של אחריות אישית במקרה של חריגה מתנאי הצורך. אולם, המציאות שנוצרה בפועל שונה לחלוטין.

ההחלטות באשר להפעלת אמצעי הלחץ כלפי נחקר מסוים הן במידה מכרעת היררכיות. עובדה זו מבטיחה, למעשה, היעדר אחריות הן ברמת החוקר והן ברמת הדרגים המאשרים: מדובר בפעולה "ברשות ובסמכות". הסירוב לקיים חקירה פלילית במקרים שבהם הודה השירות כי ננקטו אמצעים חריגים במצב של צורך, הזוכה לגיבוי של בג"ץ,¹⁶⁰ יוצר חסינות בפועל מפני אחריות פלילית. למעשה, אין הבדל של ממש בין החסינות הזו לבין היתר מראש.

ההבחנה המשפטית – אם בכלל שרדה – הפכה לדקדוקי עניות משפטיים פורמליים, שאין להם נפקות ממשית. ברור גם שהמסר ששולח הסירוב לחקור חקירה פלילית לא יכול היה שלא להיקלט על ידי החוקרים. הנחיות סודיות בדבר המותר והאסור בחקירת חשודים בטרור, כמו אלו שנכללו בחלק הסודי של דו"ח לנדוי הוצאו על ידי בג"ץ דרך הדלת, אולם חזרו אל חדרי החקירה דרך החלון.

התברר לפחות בדיעבד שמה שבית המשפט ביקש לעשות לא צלח, אולי לא יכול היה להצליח.¹⁶¹ קיים קושי ניכר, שלא לומר אי-אפשרות, ליצור בתוך עולם בירוקרטי-היררכי אי של אחריות אישית מחוץ לסדר ההיררכי. זאת ועוד, הרעיון

¹⁵⁹ ראו את הניתוח וההערכה אצל קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 19.

¹⁶⁰ עושה רושם שבית המשפט ניגש ישר לבדיקה ולדחיית טענות העותר בדבר הפעלת עינויים, ושמנתלה וויכוח (או עימות משפטי) בין העותר לבין בית המשפט, בתור שני צדדים יריבים; ראו למשל, בג"ץ אבו גוש, לעיל ה"ש 149, בפס' 25–36 לפסק הדין של השופט שוהם. וראו חוות דעת מומחה על חקירתו של מר אסעד אבו גוש, בבג"ץ אבו גוש, שהוגשה על ידי מומחים בין-לאומיים: <https://bit.ly/3FOwmvf>. וראו בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 9, בפס' 48 ואילך לפסק הדין של השופט אלרון; קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16 ואילך.

¹⁶¹ ראו גם ברק-ארו, לעיל ה"ש 21, בעמ' 104 הערה 24; Bar-Ilan, לעיל ה"ש 148, בעמ' 942–943.

בדבר אחריות אישית סותר את המציאות, שבה מדובר בעובד ציבור שמפעיל סמכות שלטונית בתור שכזו. אי אפשר להפשיט אותו באופן מלאכותי מבגדי השרד שלו, להתעלם ממי שהוא באמת ולהתייחס אליו כאל אדם פרטי שנקלע למצוקה בלתי צפויה ועליו להתמודד איתה בעצמו. המהלך הזה כה זר למציאות – עד שיש לזנוח זאת.¹⁶²

הלקח ההיסטורי שלפיו אי אפשר לאלף את החיה הטורפת הזו – עינויים – מומחש גם בניסיון הישראלי שאחרי דו"ח לנדוי,¹⁶³ וגם בניסיון האמריקאי. ההנחה שאפשר לקבוע היתר מוגבל להפעלת אמצעים פיזיים ומשפילים, ושההיתר הזה יישמר אינה עומדת במבחן המציאות. כאשר מוסר "הטאבו" מעל גופו וכבודו של הנחקר, נפרצים גם גבולות ההיתרים ונוצרת פרקטיקה של טיפול שהיא מעבר למה שהותר. אפשר לראות כי תהליך דומה של הרחבת הפרצות בהגנה על זכויות אדם התרחש גם בתחום נוסף של טיפול באיום הביטחוני – הסיכולים הממוקדים. כפי שנראה להלן, גם בתחום זה, ההצדקות המשפטיות שפותחו לגבי עינויים הניחו את התשתית להרחבת השימוש בכוח קטלני.

מתחזקת גם המסקנה שלפיה דו"ח לנדוי ניסה לרבע את המעגל, על ידי הרשאת אמצעי חקירה שמצד אחד הם יעילים מספיק כדי לשבור את כוח ההתנגדות של הנחקר, ומצד שני אין הם בבחינת עינויים או טיפול אכזרי, בלתי אנושי או משפיל. ככל הנראה גם היועץ המשפטי רובינשטיין מחזיק בעמדה מצמצמת לגבי מה שנכלל באיסור על עינויים. אלא שהמעגל נשאר מעגל, ולכן מתקיים רק אחד מן השניים – שמירה על כבודו ועל גופו של הנחקר, כלומר הימנעות מאמצעים חריגים שתכליתם מיטוט כוח הרצון וההתנגדות שלו והפיכתו לאמצעי המופעל על ידי חוקריו נגד עצמו או נקיטה באמצעים כאלה שהם מטבעם עינויים.

בבחינת השאלה אם ננקטו נגד הנחקר עינויים יש לבחון לא רק את הסבל הגופני שנגרם לו. יש לבחון גם את הסבל הנפשי הכרוך בחשיפתו של הנחקר לביטול ההגנה הטבעית על גופו. הנחקר נתון לשרירות לבם של אנשים אחרים (החוקרים) היכולים לעשות בו כרצונם, ומצוי במצב של חוסר ישע וחוסר אונים מאחר שאינו יכול להגן על עצמו מפני אלימות המופעלת כלפיו. אלימות זו וההשפלה הכרוכה בה מיועדת – וכך היא גם נתפסת על ידו – להפוך אותו מאדם לאתר של כאב, סבל ופחד, כדי לשבור אותו ולהפוך אותו לאמצעי ביד חוקריו המופעל נגד עצמו.

¹⁶² ראו גם עמדתו של בכר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 210, לפיו: "הגיעה העת לשנות את המבנה האנומלי שנוצר ולבטל את האפשרות שהגנת הצורך תיתפס כחלה על סיוטאציה מוסדית, להבדיל מהגנה במישור הפרטי [...]".

¹⁶³ ראו גם בכר, שם, בעמ' 193.

יש דימיון בין שתי המדינות (ארצות הברית וישראל) מבחינת המתודולוגיה להכשר בפועל לאמצעי חקירה חריגים. בשתייהן, בונים על ההבחנה בין עינויים לבין יחס אכזרי, משפיל ובלתי אנושי, ונעשה מאמץ מיוחד להתכחש לכך שמדובר בעינויים, בין השאר על ידי הגדרה צרה מאד של עינויים.¹⁶⁴ בשתייהן השתמשו בסייגים לאחריות פלילית. בשתייהן השתמשו בהנחיות של הרשות המבצעת ביחס למותר ולאסור. בשתייהן מתאמצים להתכחש (בישראל יותר מאשר בארצות הברית) לאופי הפוגעני המובהק של אמצעים חריגים. בשתייהן מילאו משפטים תפקיד מרכזי ויצירתי בפרשנות תומכת, כלומר בהתאמה של הדין לפרקטיקות פסולות.¹⁶⁵

לזכותה של ישראל יצוין התפקיד הגדול יותר שממלאת הביקורת השיפוטית ככלל ושמילאה במקרה זה במיוחד. התברר גם שהניסיון הישראלי להבחין בין היתר מראש לאמצעי חקירה חריגים לבין הכרה בו רק בדיעבד אינו מחזיק מים ולא עומד במבחן המציאות. הרעיון שלפיו אפשר ליצור בגוף היררכי אי של אחריות אישית – לא צלח.

ההצדקות המשפטיות שפותחו לגבי שימוש באמצעי חקירה פסולים יצרו תקדים מסוכן שהורחב לתחומים נוספים. הרחבה זו ממחישה את הסכנה בשימוש בהגנת הצורך כבסיס להיתר שיטתי לפגיעה בזכויות אדם בסיסיות. אפשר להיווכח כאן בפעולת המדרון התלול. ואכן, השימוש בהגנת הצורך להצדקת עינויים סלל את הדרך לשימושים נוספים בהגנה זו, גם בהקשרים

164 מזכר בייבי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19; Luban, לעיל ה"ש 25, בעמ' 59 מכנה את מזכר בייבי מזכר העינויים. אומנם ההגדרה הצרה של עינויים במזכר בייבי נדחתה על ידי מזכר לוין (2004), אולם המציאות לא השתנתה. מזכר לוין נועד לרצות את הציבור הרחב שהתנגד ברובו להפעלת עינויים. נקבע כי: "While we have identified various disagreements with the August 2002 Memorandum, we have reviewed this Office's prior opinions addressing issues involving treatment of detainees and do not believe that any of their conclusions would be different under the standards set forth in this memorandum". נוסף על כך, עקב פסק הדין Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006) ("להלן: "הלכת חמדאן") לחץ ממשל בוש-הבן על הקונגרס, אשר, בסופו של דבר, חוקק את Military Commissions Act of 2006, S.3930, 109th Cong. (2006). חוק זה קובע הגדרה צרה של התנהלות בחקירה הנופלת בגדר האיסורים העונשיים, וקובע שההגדרה הצרה חלה רטרואקטיבית על מעשים שנעשו אחרי שנת 1997. יצוין כי רבים מסווגים חלק ממעשים אלה בתור עינויים, כגון הטבעת ראשו של הנחקר; ראו גם Luban, לעיל ה"ש 25, בעמ' 59.

165 ממשל בוש-הבן קבע בשנת 2002 כי אמנת ג'נבה לא חלה על עצורי טליבאן ואל-קאעידה, בהיותם לוחמים בלתי חוקיים. החזקת העצורים בגוואנטנמו או במתקני מעצר אמריקנים במדינות זרות, שהם שטח שהוא מחוץ לשטח הריבוני של ארצות הברית, נועדה ליצור ואקום משפטי, שבו אין חובה לשמור על זכויות היסוד של העצורים. בשנת 2006 התקבלה הלכת חמדאן (שם), שקבעה כי אמנת ג'נבה חלה על עצורי טליבאן ואל-קאעידה.

חמורים יותר. אפשר להניח שאיש לא היה מעלה על הדעת לראות את הסיכון הממוקד בתוך המדינה כלגיטימי וכמקרה של צורך, אלמלי קדם לכך השיבוץ בצורך של חקירות הכרוכות בעיניים. בעת שנעשה שימוש יצירתי כזה בצורך, היה בכך כדי להפחיד, לפחות לעורר דאגה. אך לא היה אפשר להעלות על הדעת שעלול להיות שלב נוסף, חמור עוד יותר. והנה, מתברר שיש גם המציעים לרדת נמוך עוד יותר.

מבחינה מעשית, ההבחנה הנטענת, בהקשר של סיכולים ממוקדים, בין פעולות ענישה או גמול צופות פני עבר שהן אסורות לבין פעולות מניעה ביחס לסיכון עתידי צופות פני עתיד – אינה מחזיקה מים. שכן הפרוגנוזה הנטענת ביחס להתנהגות עתידית מבוססת כמעט תמיד על התנהגות בעבר. בפועל, משמשות בערבוביה, במשקלות שונים, שתי המוטיבציות.¹⁶⁶

אי אפשר להתעלם מן הפיתוי להשתמש דווקא בכוח האבסולוטי הזה, שכן בהשוואה לחלופות פחות דרקוניות מדובר באמצעי שמחסל כליל את הסיכון והפעלתו קלה יותר, נוחה יותר ומפוקחת ומבוקרת פחות מחלופות מתונות יותר. הפיתוי גדל כאשר פעולת הסיכול מביאה למי שהחליט עליה רווח פוליטי. בחשבון התועלת המופקת מול הנזק האפשרי העתידי של תגובה אלימה, קל להעדיף את היתרון המיידי שבעין על פני הסיכון העתידי הבלתי ודאי.

שאלת הסובלנות למה שנקרא נזק אגבי – הרג ופציעה של בלתי מעורבים – תלויה לגמרי בשלטון שבארצות הברית, ולא נתונה לביקורת ופיקוח. מן הבחינה האחרונה הזו, יצר הדין הישראלי מצב עדיף בכך שבמקרה כזה, לפי הפסיקה, מתחייבת הקמת ועדת חקירה עצמאית לבחינת ההתנהלות.¹⁶⁷

ערך החיים והאיסור על קיפוח שרירותי שלהם סופגים מהלומות קשות עקב השימוש האמריקאי בפרקטיקה של סיכול ממוקד, וגם כלפי אזרחים אמריקאים. הרעיון שאפשר להפעילה גם בתוך המדינה – מפחיד ממש. נכון שמשטרים דיקטטוריים לא נזקקים לדוגמאות מבחוץ כדי לחסל מי שנתפס בעיניהם כמסכן את שלטונם. אף על פי כן, לפתיחת הפתח של החלת הצורך על חיסול בתוך המדינה נודעת השפעה שלילית ומזיקה.

במיוחד יש לחשוש שמשטרים פופוליסטיים-אוטוריטריים, שנוטים לראות ביריבים פוליטיים גורמים בלתי לגיטימיים ואויבים, ירחיבו את היריעה ויתירו לעצמם לחסל יריבים פוליטיים.¹⁶⁸ העובדה ששימוש בצורך להצדקת סיכול

¹⁶⁶ כפי שמעידה על כך הפרקטיקה הישראלית כאשר תחילה סווגו פעולות אלה בתור פעולות עונשין וגמול, ולאחר קבלת ייעוץ משפטי סווגו בתור פעולה המתה מניעתית.

¹⁶⁷ קשה להקים בעיניים כאלה ועדה שתהיה גם מקצועית וגם עצמאית, שכן אנשי המקצוע באים ממערכות הביטחון ויש להם זיקה ומחויבות למערכת שממנה הם באים.

¹⁶⁸ דווקא האופי הפוליטי של עבירות הטרור עשוי לסייע בידיהם של מי שמבקשים לחסל יריבים פוליטיים המוצגים כסכנה למדינה.

ממוקד בתוך המדינה מוצע על ידי אנשי אקדמיה היא מסוכנת במיוחד, שכן היא מעניקה לסיכול ממוקד כזה לגיטימציה חוץ ממסדית, מקצועית ואובייקטיבית. הרעיון של שימוש בצורך כהצדקה להמתת בני אדם הוא צעד נוסף משמעותי במגמה שלילית ומסוכנת. לא צריך להפחית כמלוא הנימה מחומרתם של עינויים בחקירה, כדי לראות בקיפוח חיים מכוון פגיעה עזה עוד יותר במחויבות לכבד את זכויות האדם. זאת ועוד, כשמדובר בלחץ חקירתי הוא נובע ככלל מהרצון להשיג מידע חיוני, לשם מניעת מעשי טרור. בסיכולים ממוקדים משמשים בערבוביה, כאמור, שיקולי גמול ונקמה יחד עם שיקולי מניעה.

כשמדובר בקיפוח מכוון של חיי אדם, האיסור מבחינת המשפט הבין-לאומי הוא פחות הרמטי, ולכן קל יותר למצוא בו פרצות, אמתיות או מדומות. כאשר הצורך הופך מכשיר להתרת והכשרת פגיעות נוספות בזכויות אדם (מכבוד אנושי לחיים) – מתערער יותר עקרון החוקיות במינהל. כאשר הפגיעות הקשות ביותר בזכויות מולבנות, מתערערים קשות מעמדן וחשיבותן. אם שלטון החוק לא עמיד בפני פגיעות ללא הסמכה מפורשת בחוק כאשר מדובר בחשובות שבזכויות, מה מידת עמידותו ביחס לזכויות חשובות פחות? מה נותר ממנו? אין ספק שמבחינת ההשפעה על המשפט הבין-לאומי ועל הנורמות והפרקטיקות במדינות אחרות יש הבדל בולט בין ישראל לארצות הברית. הדוקטרינה השלטונית והמשפטית האמריקאית (כפי שתוארה לעיל) והפרקטיקה שננקטה על ידה בכל הנוגע לאמצעי חקירה חריגים פגעו קשות במעמד ובתקפות המעשית של האיסור על השימוש באמצעים אלה, יותר משהשפיעה על כך ישראל. מזיק במיוחד בהקשר זה מעמדה של ארצות הברית כדמוקרטיה יציבה וכמנהיגת העולם החופשי, הנושאת בגאון מחויבות לזכויות האדם ולשלטון מוגבל. אם בארזים נפלה שלהבת מה יגידו אזובי הקיר? במציאת צידוקים לטיפול בנחקר שהוא לאמיתו של דבר עינויים – קדם דו"ח לנדוי "לתרומה" האמריקאית. אבל, מבחינת החותם וההשפעה על מדינות אחרות, ההשפעה המזיקה של הדוגמה האמריקאית גדולה לאין שיעור. ללמדנו, כמה זהירים עלינו להיות בשימוש בצורך, לבל נכרית באמצעותו מושכלות יסוד שהציוויליזציה האנושית נשענת עליהן.

3. החשש מפני טעות ושימוש לרעה

לקראת סיום ראוי להפנות את תשומת הלב למציאות של הפעלת אמצעים אלה, ובהקשר זה לעמוד על האפשרות של טעות ועל הסכנה של שימוש לרעה. נתייחס תחילה לטעות, זו שעלולה להוביל לתוצאות הרסניות ולפגיעות בחפים מפשע. בהקשר של השימוש בעינויים החשש הוא בקיומה של טעות בדבר עצם קיומו של מידע ברשות הנחקר או לעניין טיב והיקף המידע שבו הוא מחזיק.

במקרה של טעות כזו מדובר בהפעלת לחץ הולך ומתגבר על אדם שאין בידיו יכולת להשתחרר מהמצב שבו הוא מצוי אלא באמצעות הפללת שווא עצמית והפללה של אחרים, שאחריתם בהרשעת שווא.¹⁶⁹ במצבים כאלה, אמצעי חקירה חריגים לא מופעלים בפועל כדי לחשוף את האמת "ולמנוע התממשותה של סכנה ממשית", אלא כדי להשיג הודאה, גם אם היא הודאת שווא (הנחשבת לאמת על ידי החוקרים משום שהם טועים).¹⁷⁰ מידע כוזב כזה עלול להביא למעצרים, חקירות, הודאות והרשעות של חפים מפשע נוספים. בהקשר של הסיכול הממוקד החשש הוא מהוצאה לפועל של מבצע חיסול המתבסס על טעות בזיהוי, מידע שגוי או היעדר עדכון לגבי שינוי בעמדתו או בהתנהלותו של מי שהיה מעורב בפעילות טרור, טעות כזו עלולה להוביל להמתה של חפים מפשע, להסלמה עקב פעילות טרור תגובתית, לחיזוק המוטיבציה לטרור והתמיכה בו; וכל זאת – ללא הצמחת תועלת מבצעית.¹⁷¹ בשני המקרים הביקורת מתעצמת מחמת היעדרו של הליך שיפוטי המתקיים טרם הוצאתם לפועל של אמצעים אלו ובשלילתה של זכות הטיעון מאלה שהאמצעים מופנים כלפיהם. מעבר לפגיעה בכבוד האנושי הכרוכה בכך, נשלל מהליך קבלת ההחלטות מאפיין חיוני והכרחי למניעת טעויות, והוא בירור עובדתי מלא והשמעת טענות הנפגע הפוטנציאלי. הליך פנימי של "פרקליטו של השטן" איננו תחליף אמיתי לכך, ולא ברור שהוא אכן ננקט. יודגש שיש להיזהר מן ההילה המשולבת של מודיעין, המועצמת על ידי הסודיות האופפת את פעילותו, וטכנולוגיות משוכללות (המתחזקות על הנטייה להאמין במה שנזכר להאמין בו) כאילו מדובר בידע-כול ומובטח על ידם אפס טעויות. המצע המודיעיני ששימש בסיס לתקיפתה של עיראק הוא דוגמה לכך. דוגמה נוספת היא הוויכוח הער בקהיליית המודיעין הישראלית על תפקידו של ערפאת באינתיפאדה השנייה.¹⁷² מקרים אלה מדגימים את הצורך בגישה ביקורתית דווקא, שהיא היפוכה של סגידה ואמון עיוור, ובלתי מעורער. השימוש באמצעי חקירה חריגים ובסיכולים ממוקדים מעלה גם חשש מפני שימוש יתר ושימוש לרעה. מעבר לסוגיית הטעויות שהוצגה לעיל, עולה בעיה

¹⁶⁹ ראו גם סטטמן, לעיל ה"ש 128, בעמ' 174; Kutz, לעיל ה"ש 3, בעמ' 256; Strauss, לעיל ה"ש 3, בעמ' 253; ראו גם Report of the Senate, לעיל ה"ש 25, שלפיו הפעלת אמצעי חקירה פוגעניים של עינויים ויחס אכזרי ובלתי אנושי לא הביאו למידע מסכל סכנה או למידע שאי אפשר להשיגו באמצעי חקירה כדין.

¹⁷⁰ ראו Scott, לעיל ה"ש 26, בעמ' 155–165.

¹⁷¹ ראו גם סטטמן, לעיל ה"ש 128, בעמ' 181.

¹⁷² לדיון על הסיבות השונות לאינתיפאדה השנייה, ראו הלל כהן כיכר השוק ריקה: עלייתה וירידתה של ירושלים הערבית 1967–2007 עמ' 73 ואילך (מכון ירושלים לחקר ישראל, 2007).

מהותית נוספת. אומנם חשש זה עומד גם כשלעצמו, אך הביקורת חזקה במיוחד כאשר שימוש היתר נובע מסטייה מהמטרה העיקרית שלשמה מופעלים האמצעים מלכתחילה, וזליגה למטרות נוספות, נחוצות פחות, שיאפשרו שימוש באמצעים חריגים אלה. החשש הוא מטשטוש הגבולות שבין המותר לאסור והוצאה לפועל של אותם האמצעים שלא לשם הגנה ישירה ומידית על חיי אדם, אלא להשגת מטרות מוצדקות פחות כמו למשל ענישה, נקמה או הרתעה.¹⁷³ החשש הזה אינו בגדר סיכון רחוק. המאבק בטרור מייצר תגובות של זעם ורצון בנקמה, בייחוד כאשר מדובר בתקופה שבה אירע מעשה טרור חמור.¹⁷⁴ הציבור מצידו מצפה מהשלטון לשלוט במצב ולהפגין יד קשה. לציבור אין יכולת לדעת אם מדובר בפעולת סיכול מוצדקת, אם לאו, והוא גם לא מדקדק בהכרח בכגון דא. היד הקשה והבלתי מבחינה עשויה להניב רווח פוליטי לשלטון הנוקט בה. וכבר עמדנו על הסכנה שבהתרת סיכול ממוקד במשטרים פופוליסטיים-אוטוריטריים או במשטרים דמוקרטיים הצועדים לכיוון כזה – מבחינת אפשרות השימוש בהם נגד יריבים פוליטיים שבעיני הפופוליסטים נחשבים כאויבים. נזכור שעצם התיוג של אדם כ"טרוריסט" עלול להכשיר, מבחינתו של השלטון וביחס לדעת הקהל, נקיטת כל אמצעי, לרבות עינויים והמתה¹⁷⁵ בייחוד כאשר מדובר באדם השייך ללאום, לדת או למיעוט אחר הנמצא בעימות עם הרוב השולט. דוגמה מובהקת לכך אפשר למצוא במדיניות החקירות כלפי פלסטינים בישראל. כך, למשל, אמצעי חקירה פוגעניים נפוצים מאוד, ובהתאם לדו"ח ועדת לנדוי הם פרקטיקה "בסמכות וברשות" שהונהגה ביחס לעצירים ביטחוניים פלסטינים,¹⁷⁶ לעומת עצירים בטחוניים יהודים שכלפיהם מדובר בחריג ויוצא מן הכלל.¹⁷⁷ נוסף על כך, דעת הקהל "מקבלת" את המצב שבו עצירים ביטחוניים פלסטינים ייחקרו חקירה קשוחה. ואם יתברר כי נחשדו לשווא, אז אפשר לומר ש"כאשר חוטבים עצים, ניתזים שבבים".¹⁷⁸ רף הכניסה למתקן החקירות עלול להיות נמוך – חשד לזיקה לארגון טרור על בסיס קרבה משפחתית או זיקת חברות לאדם. השימוש באמצעי חקירה נוקשים עשוי לשרת גם מטרות זרות כמו גיוס הנחקר לשתף פעולה או הפגנת אדנות כלפיו,

¹⁷³ לפירוט נוסף על אודות החשש משימוש יתר ראו: מרדכי קרמניצר האם הכל כשר בהתמודדות עם הטרור? – על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה עמ' 32 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2006).

¹⁷⁴ Parry & White, לעיל ה"ש 3 בעמ' 743.

¹⁷⁵ גד ברזילי "מרכז נגד פריפריה: דיני 'מניעת טרור' כפוליטיקה" פלילים ח 229 (2000); סטטמן, לעיל ה"ש 128, בעמ' 176.

¹⁷⁶ דו"ח לנדוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74.

¹⁷⁷ ראו גם סטטמן, לעיל ה"ש 128, בעמ' 179.

¹⁷⁸ שם, בעמ' 180.

שתכליתה הרתעה והפחדה ("דע בפני מי אתה עומד, ובפני מי אתה נותן דין וחשבון"), לשם שימור הכיבוש והנצחתו. לשם כך מבקש הכובש להעמיד את הנכבשים במקומם הנחות, כמי שנתונים במצב של חוסר אונים לשרירות ליבו של הכובש, ואין להם אלא להתירא מפניו.¹⁷⁹ בהתאם לדבריה של קליין:

"The aim of torture is to dehumanize the victim, break his/her will, and at the same time set horrific examples for those who come in contact with a victim. In this way, torture can break or damage the will and coherence of entire communities".¹⁸⁰

מבחינה זו, אפשר לומר כי זהותו של הנחקר היא הקובעת יותר מאשר המידע שיש לקבל ממנו: "It is not primarily the victim's information, but the victim, that torture to reduce to powerlessness – seeks to win"¹⁸¹. מבחינה זו, העיניניים הם "אשלייה להשגת ביטחון".¹⁸²

ט. במקום סיכום

אנו חיים בעידן שבו נגזז המובן מאליו במדינה הדמוקרטית-ליברלית ביחס למה שאינו בא בחשבון ולא יכול לבוא בחשבון. המחשבה שהשלטון רשאי לעשות סיכול ממוקד בתוך המדינה – כלומר, מקום שבו נתונות בידי כל הסמכויות לאכיפת חוק – במי שנחשד בפעילות טרוריסטית הייתה נדחית לפני שנות דור כרעיון הבל. עכשיו היא בבחינת קונסטרוקציה משפטית אפשרית במסגרת סייג הצורך. לפני חמישים שנים, היה קשה להעלות על הדעת שחוקרים יכולים להפעיל אלימות על נחקר במטרה לשבור את כוח ההתנגדות שלו למסירת מידע מפליל, ולהיות מוגנים מפני אחריות פלילית. וזאת, לא כעניין של פרקטיקה

¹⁷⁹ שם, בעמ' 181; חיוזק לחשש שאמצעי החקירה החריגים יופעלו בלבד, או בעיקר, נגד פלסטינים אפשר למצוא בדו"ח לנדוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51 ו-72, כאשר נקבע כי יש להפעיל אמצעים אלה נגד אנשים החשודים בהשתייכות לארגון-חבלה או בחתרנות מדינית אסורה, תוך התייחסות לארגונים הפלסטיניים בלבד.

¹⁸⁰ ראו Naomi Klein, *Torture's Dirty Secret: It Works*, THE NATION 10 (May 30, 2005); Citation from Jordan Bishop, *The Question of Torture*, 159 LAW & JUST. – CHRISTIAN L. REV. 103, 109 (2007).

¹⁸¹ ראו EDWARD PETERS, TORTURE 164 (1985); ראו גם John Kleinig, *Ticking Bombs and the Torture Warrants*, 10 DEAKIN L. REV. 614, 627 (2005); סטטמן, לעיל ה"ש 128, בעמ' 181.

¹⁸² ראו Scott, לעיל ה"ש 26, בעמ' 175.

המוסתר מן העין הציבורית אלא כמציאות שיש לה גושפנקא נורמטיבית חזקה.¹⁸³ זה שנים רבות, זהו המצב המשפטי בישראל.

בהמשך לכך, מתברר גם כי גם דמוקרטיות ליברליות מתקשות לקבל, להפנים ולכבד איסורים מוחלטים, כמו האיסור על עינויים והאיסור על נטילת חיי אדם בשרירות. זאת, גם כאשר יש מאחוריהם היגיון מוצק והצדקה חזקה. ועוד מסתבר כי נמצאה תרופת הפלא כדי לחתור תחת איסורים מוחלטים – סייג הצורך. אין כנראה גבול בפני יצירתיות משפטנית, כאשר מבקשים להכשיר או לאפשר (מבחינה מעשית) את מה שצריך היה מחוץ לגדר האפשר המשפטי. מדובר במהלכים מסוכנים ביותר, שכן הם מערערים את יסודות מדינת החוק ומשבשים את עקרונות היסוד שלה. כל המבנה של סמכויות חוקיות מוגדרות, מפורשות ומפורטות כתנאי הכרחי לפגיעה בזכויות יסוד מאבד מהגיונו וממעמדו. שהרי מחוץ למבנה הזה ובעצם מעליו, ניצב מקור השפע הכמעט בלתי מוגבל של סייג הצורך ומאפשר את מה שחייב היה להישאר בגדר האסור. אם נפתח מסלול מקביל זה של צורך כמקור סמכות, בין להלכה ובין למעשה, מעט מאוד יישאר ממהגנה החוקתית על זכויות האדם החשובות ביותר. ספק אם נשאר הרבה מן הרעיון של שלטון החוק כמגינה של האזרחים. במקום מגן ושריון, הופך החוק לחרב.

המהלכים הפרשניים הננקטים לגבי סייג הצורך מתקיימים כאילו מותר לצקת תוכן לתוך מושג או מוסד משפטי על פי לשונו בלבד. כאילו אין חשיבות למעין ממנו הוא יונק, לרציונל שביסודו, לרעיון המארגן המונח בבסיסו. אין פרופורציה בין מידת האיום האובייקטיבי הטמונה בטרור לבין הנכונות, במסגרת המאבק נגדו, לפגוע ביסודותיה של המדינה הדמוקרטית-ליברלית. הנכונות הזו היא הישג אדיר לטרוריסטים.

לאור חוסר הפרופורציה וההיגיון המעוות שתואר לעיל, חייבים להחזיר את סייג הצורך לצור מחצבתו – סייג החל ביחסים בין הפרטים לבין עצמם (ולא על השלטון ככזה) לשם התמודדות במצבים חריגים ומפתיעים. מדובר במצבים שבהם הפער בין האינטרס שבסכנה והאינטרס העומד בדרכה של הצלת האינטרס הזה הוא כה גדול עד שמתחייב להקריב את השני לטובת הראשון. לחילופין, מדובר במקרים שבהם מידת האשמה של העושה כה הצטמקה בשל הנסיבות המיוחדות של המקרה עד שאין עוד מקום ואין עוד הצדקה לבוא עימו בחשבון פלילי. אין קשר בין המצבים הללו לבין פעולות שלטוניות.

¹⁸³ כפי שנקבע על ידי ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 1, ההודאות שנמסרו בנסיבות אלה תהיינה קבילות.