

### ה) כבוד האדם וזכותו על גופו

הזכות לשלמות הגוף חלה על כל אדם בישראל, כולל אזרחים זרים, כלואים ומאושפזים; לכל אדם זכות לאוטונומיה, כלומר הזכות להחליט על מעשיו. אין לחדור לגופו של אדם ללא הסכמתו ובלא טעם רפואי; עם זאת, ההכרה בזכותו אינה מוחלטת. לעתים מן הראוי להעניק לחולה טיפול רפואי חרף משאלה ארעית שלא לעשות זאת. אולם כעיקרון, אין מחיר לאדם, שהרי האדם אינו חפץ.

### חקיקה

1. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
  2. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.
  3. ס' 1-2, 4-5 לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005.
-

כמויות ניכרות של סמים מסוכנים מוברחות ע"י עצירים לבית המעצר ברמלה, ע"י עצורים המובלים לחקירה במשטרה או לדיון בבית-משפט, ומקבלים את הסם במסדרונות בית-המשפט או בתחנות המשטרה; די ברגע אחד של היסח הדעת מצד השוטר כדי שהעצור יצליח לקבל את הסם ולבלוע אותו; סביב הסם נוצרת מערכת של תלות הדדית, וצפויה התפרצות אלימה בכל רגע. שלטונות בתי הסוהר הגיעו למסקנה, כי האמצעי היחיד האפשרי כדי להתמודד עם התופעה הוא ביצוע חוקן בעצור, באם למנהל הכלא יש יסוד ממשי לחשד, כי העצור נושא בגופו סם; בבדיקה מעבדתית התגלה שמאז הפעלת הנוהל, ירד אחוז העצירים המשתמשים בסם משבעים אחוז לשני אחוז בלבד. בנוסף נעלמו תופעות כמו דקירות, משכבי זכר ושאר תופעות אלימות הנלוות לשימוש בסם.

כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם. חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם; משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי, אך אין משטר זה מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. ביצוע חוקן בעצור ללא הסכמתו ושלא מטעמים רפואיים, פוגע בשלמותו הגופנית, מחלל את צנתו, ופוגע בכבודו כאדם.

כדי ששלטונות בית הסוהר יוכלו לבצע חוקן ללא הסכמתו של העצור, עליהם להצביע על הוראה חקוקה המאפשרת להם לעשות כן. הביטויים "ייערך בו חיפוש" או "חיפוש ייערך אצל כל אסיר", מאפשרים בדיקה על פני גופו של הנבדק, אך אינם מאפשרים חדירה לתוך גופו. ההבחנה מקורה בשכל הישר, ועל-פיה חוקן, דקירות מחט, או אזמל המנתח אינם בגדר חיפוש.

הנוהל הנדון עשוי להביא בעקבותיו תוצאות קשות לחירותו של האדם בישראל. סמכות החיפוש של שלטונות בתי הסוהר אינה מוגבלת לעצורים בלבד, ומשתרעת על פני כל המבקרים. סמכות זו נתונה לגורמים שלטוניים בדברי חקיקה שונים. מעל לכל, שוטר העוצר אדם רשאי לחפש בכליו או בגופו, ושוטר רשאי לחפש בכליו או בגופו של אדם אגב חיפוש בבית. אם נפתח פתח לחדירה לגופו של עצור באמצעות סמכות החיפוש, לא נוכל למנוע חדירה לגופו של אדם בכל מקרה אחר בו מצויה סמכות חיפוש.

כשם שאיננו פוסלים ראייה שהושגה שלא כדין רק משום אי החוקיות שבהשגתה, כן לא נרשה בלא הוראה בחוק או על-פיו חדירה לגופו של אדם, ללא הסכמתו ובלא טעם רפואי. סמכות החיפוש אינה מסמיכה חדירה לגופו של אדם, בין אם הוא עצור או אסיר ובין אם הוא חשוד סתם.

הנוהל שהותקן אינו כדין. אמת הדבר, המניע של המשיב הוא טוב וראוי, אך האמצעי שנקט על-ידו אינו מעוגן בחוק. שני אינטרסים חשובים מתנגשים בענייננו ללא אפשרות של פשרה. האחד, הוא האינטרס של כל אדם - לרבות עצור ואסיר - לשלמות גופו ולכבודו כאדם; האחר, האינטרסים של האסירים ושל המדינה לניהול תקין של בית הסוהר, ולשחרור בתי הסוהר מנגע הסמים המסוכנים. אילו עלה הדבר בידינו היינו מבקשים לאזן ביניהם תוך מציאת שיווי משקל נאות. אך העובדות אינן מאפשרות לנו איזון זה. העתירה מתקבלת.

**הערת העורך:** פסק דין זה היה נחשב היום למיושן במקצת, שהרי אין די בכך שהפגיעה בזכות תהיה מעוגנת בחוק הספציפי, אלא שתעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

המערערת אושפזה לצורך ניתוח ברגלה השמאלית. כעבור יומיים נותחה המערערת ובוצעה ביופסיה בכתפה הימנית, בשל חשד לגידול בכתף. השינוי בניתוח חל, ככל הנראה, בעקבות החלטה של הרופאים, שנתקבלה בסמוך לניתוח, לפיה הממצא בכתף מחייב ניתוח דחוף יותר מניתוח הרגל. ביום האשפוז הוחתמה המערערת על טופס הסכמה לניתוח ברגל. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים, ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, הוחתמה על טופס הסכמה לניתוח בכתף. בניתוח לא מצאו הרופאים דבר, ולאחריו שוחררה המערערת מבית – החולים. בעקבות הניתוח, נותרה כתפה של המערערת קפואה, ונקבעה לה נכותה בשיעור 35% ; אלמלא הביופסיה, יש להניח שהכתף לא היתה קפואה. ניתוח נוסף לא הועיל.

יצויין כי לא הוכחה התרשלות בעצם ההחלטה לבצע למערערת ביופסיה בכתף, באופן ביצוע הניתוח או בטיפול במערערת לאחריו. היתה התרשלות מצד הרופאים שטיפלו בה, באופן שבו נתקבלה הסכמתה של המערערת לביצוע הביופסיה אך ביצועה היה, בנסיבות המקרה, צורך רפואי סביר, על מנת לשלול את החשד החמור שמא מדובר בגידול ממאיר.

לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה. אך הזכות אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות בחירה. היא כוללת גם רובד נוסף - פיזי - של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו. מזכות זו משתמע, בין השאר, כי לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו. הזכות לאוטונומיה היא "זכות מסגרת". זכות זו שימשה בסיס לגזירתן של זכויות ספציפיות רבות, כמו זכותו של אדם לבחור את שם משפחתו, זכותו של נאשם פלילי לא להיות נוכח במשפטו, אם אין הוא מעוניין בכך, ועוד.

בהתאם לכך, נגזרה מזכותו של אדם לאוטונומיה זכותו לקבל מידע על טיפול רפואי אותו קיבל בבית חולים, וזכותו של החולה לסרב לטיפול, גם אם יתרונותיו עולים על חסרונותיו, וסיכויי גוברים על סיכויי. זכות זו לאוטונומיה היא גם הבסיס העיקרי של תורת ההסכמה מדעת, לפיה - בכפוף לחריגים מסויימים - אין לבצע פרוצדורה רפואית בגופו של אדם אם לא ניתנה לכך הסכמתו המודעת.

במסגרת פקודת הנזיקין ניתנה הגנה לאינטרסים בלתי מוחשיים רבים, כמו כאב וסבל. על רקע זה יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר פיצויי בדני הנזיקין. אדם אינו חפץ. זכותו של כל אדם כשיר היא שהקהילה וחבריה יכבדו את רצונו בכל הנוגע לדברים החשובים לו, כל עוד אין הוא פוגע באחרים.

נוכח טיבם של היחסים בין החולה לבין הרופא, האחרון הוא זה שמצוי בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזקים בהם אנו עוסקים. יש לו יתרון מוחלט בידע על פני החולה. הכרה בזכותו של החולה לפיצוי על הפגיעה באוטונומיה שלו מקום בו הופרה חובה זו, עשויה לסייע במניעת מצבים, כמו זה בו נתקלנו במקרה שבפנינו, בו מייחסים הרופאים משקל נמוך, אם בכלל, לעמדתו של החולה ביחס לפרוצדורה אשר לדעתם יש לבצע בגופו.

בין אם נכיר בחובה לפצות על פגיעה באוטונומיה של החולה ובין אם לא נכיר בזכות זו של החולה, החובה של רופא לגלות לחולה את כל המידע המהותי החשוב להחלטתו של החולה אם להסכים

לביצוע פרוצדורה רפואית מסויימת, שרירה וקיימת. היא נגזרת מקיומה של חובת זהירות, כללית וקונקרטי, של הרופא כלפי החולה, וכיום, היא מעוגנת בחוק זכויות החולה. בדרך כלל, הפיזוי לו יהיה זכאי הניזוק בגין עצם הפגיעה בזכותו לאוטונומיה יהיה קטן באופן יחסי לפיזוי בגין נזק הגוף. אין אנו עוסקים בפיזויים עונשיים או פיזויים לדוגמא, אלא בפיזוי בגין פגיעה בערך בלתי מוחשי, אשר בדרך כלל, מטבע הדברים, היקפו מוגבל.

יש מקום לפצות חולה לפיזוי בגין הפגיעה באוטונומיה עקב הפרת החובה לקבל את הסכמתו מדעת לטיפול רפואי. אם אנו מקבלים ברצינות כי לחולה זכות לבחור האם יקבל טיפול רפואי ואיזה טיפול יינתן לו, עלינו לקבוע כי יש "מחיר" לעצם הפגיעה בכבודו, אשר מתבטאת בביצוע טיפול רפואי בגופו מבלי שניתנה לכך הסכמה מדעת על ידו.

במקרים רבים בהם תעלה תביעה לפיזוי בגין הפגיעה באוטונומיה, לא יהיה זה הסעד העיקרי המבוקש, והציר העיקרי של התביעה יהיה זכותו של החולה לפיזוי בגין נזק גוף שנגרם בגין הטיפול הרפואי ללא "הסכמה מדעת" של החולה. במסגרת זו, יהיה צורך לברר לא רק את השאלה האם הופרה, בנסיבות הענין, החובה לספק לחולה את כל המידע הנחוץ לו לצורך הכרעה בדבר קבלת הטיפול.

ככל שהסיכון אשר לא נמסר לחולה על דבר קיומו הוא חמור יותר מבחינת הפגיעה האפשרית בחולה, וככל שהסתברות התרחשותו גבוהה יותר, הרי שעוצמת הפגיעה באוטונומיה של החולה חמורה יותר; ככל שחשיבותה של ההחלטה בה מדובר מבחינת החולה גדולה יותר, נישולו ממעורבות אפקטיבית בתהליך קבלת ההחלטה פוגע במידה רבה יותר בזכותו הבסיסית לאוטונומיה.

במקרה שבפנינו, לא הובאו ראיות מפורטות על הנזק שנגרם למערערת. בעובדה זו לבדה אין כדי לשלול את זכותה של המערערת לפיזוי בגין הנזק הכללי של פגיעה באוטונומיה. זאת, הואיל וכאשר מדובר בנזק כללי, להבדיל מנזק ממון, עשוי בית המשפט לפסוק פיזוי כספי מסויים גם בהעדר הוכחה מפורטת של נזק ממשי. נוכח עקרונות אלה, יש לפסוק מערערת פיזוי מסויים בגין הפגיעה בזכותה לאוטונומיה. נסיבות מתן ההסכמה על ידי המערערת לא עומדות בדרישות להסכמה מדעת. גם אם למערערת היתה ידיעה כללית על כך שיש לבצע ביופסיה בכתפה, הרי שעל הכוונה לבצע את הביופסיה בזמן ובמקום בהם נעשתה למדה המערערת רק סמוך מאד לביצוע הפרוצדורה, בהיותה בחדר הניתוח.

בכך לא התאפשר למערערת להפעיל שיקול דעת של ממש בדבר ביצוע הפעולה האמורה בגופה, ונפגעה זכותה היסודית לשלוט על שיעשה בגופה. נוכח מכלול נסיבות הענין, ובהעדר ראיות מפורטות על הנזק שנגרם למערערת כתוצאה מהפגיעה האמורה, עומד הפיזוי בגינה, בהתחשב בכלל הנסיבות, על סך של 15,000 ש"ח. הערעור מתקבל.

המבקש סובל ממחלת ניוונית המביאה, באופן הדרגתי, לשיתוק מוחלט עד לאי-ספיקה בנשימה ולחנק. המחלה חשוכת מרפא, על פי הידע המצוי כיום בידי הרופאים. הוא מבקש מבית המשפט להצהיר כי על המשיבים לכבד את רצונו באופן שלא יחובר למכשיר הנשמה מלאכותי בבוא העת בה יזקק לו.

הסכמת החולה לטיפול בו צריך שתהיה הסכמה מודעת. מכאן, שעניינו של החולה בכל הכרוך בטיפול רפואי המבוצע בגופו הוא העיקר; בדרך כלל עומדת לחולה הזכות לסרב לטיפול לרפואי ואין זה מעניינם של הרופא או של השופט להתערב בחירותו לקבוע את אשר יעשה בגופו. עם זאת, ההכרה בזכותו של החולה, לסרב לקבלת טיפול רפואי, אינה מוחלטת. במקרים מסויימים יש להביא בחשבון את רצונו האמיתי והצלול של החולה - רצונו לחיות. ניתן וראוי, במקרים אלה, להעניק לו טיפול רפואי חרף המשאלה הארעית והמשובשת. בבואו לאזן בין הערכים המתחרים, ישקול בית המשפט את מידת הפלישה, לגופו של החולה, הדרושה לשם הטיפול הרפואי, ואת הסיכוי להצלחת הטיפול, ואת הסבל והיסורים שיגרמו לחולה בעטיו של הטיפול הרפואי ואת הסיכון הכרוך בטיפול הרפואי.

אין דין מי שאינו מבקש לקצר את חייו-אך גם אינו חפץ בהארכתם, מעבר לתהליך הטבעי המתרחב בגופו - כדין המתאבד. ואשר למסייע בידיו, נוצרה הבחנה, בעניינם של חולים סופניים, בין "המתת חסד" אקטיבית לבין "המתת חסד" פסיבית; בין גרימת מוות במעשה או אף בדרך של הפסקת פעולה מאריכת חיים, לבין המנעות, מלכתחילה, מעשייתה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעלה את זכות האדם לחירות, לפרטיות, ולאוטונומיה - אך גם את הערך של קדושת החיים - למעלה חוקתית.

ההכרח בזכות לסרב לטיפול רפואי נתקיימה במשפט המקובל בצד חקיקה האוסרת מעשי התאבדות, ובתי המשפט נרתעו מלהכריז על פליליות מעשיהם של רופאים שנמנעו מטיפולים להארכת חיים בנימוק שהם מכאיבים בלא תועלת, שאין בהם כדי להיטיב את מצבו של החולה, והם בניגוד לרצונו. על הרופאים לשקול בבוא העת, ועל פי מצבו של החולה, מהו טיפול נחוץ שיקל על סיבלו ויאריך את חייו ומהו טיפול חריג ומיותר שימנע את התהליך הטבעי של המוות. וכאשר חרב המשפט הפלילי שוב אינה מונפת מעל ראשם, ניצבים רופאיו של המבקש בפני הדילמה האתית - המוסרית. בידיהם גם הכלים המקצועיים לשקול את ההיבט הרפואי - פיסי, בכל עת ולקבל את ההחלטה מתי להעתר לבקשתו של המבקש.

בעומדם בפני הדילמה המוסרית הזו ידעו רופאיו של המבקש כי רצונו של החולה - אף שאינו עולה במקרה זה לדרגת ציווי המופנה אליהם - הוא כבודו, וידעו כל הסובבים את החולה כי חלקם בפתרון הדילמה הוא, בדרך כלל, פחות ערך לעומת חלקו שלו. גם לבית המשפט אין יתרון בפתרון הדילמה, ואין לו הכח לצוות על הרופאים את דרך הפתרון, בדיוק כשם שבדרך כלל אין לו סמכות לכפות טיפול רפואי על חולה בגיר שאינו פסול דין או חוסה. במקרה זה, משהמבקש בא על סיפוקו, לאור עמדת היועץ המשפטי לממשלה ועמדת המשיבים האחרים, שאינם מתנגדים לבקשתו, מצאתי לראוי להמנע ממתן הצהרה נוספת. במובן זה נדחית הבקשה.

ביום חמישי, ה-24 באוקטובר שנת 74, נמצאה גופתה של רחל הלר ז"ל ליד קיסריה, ועליה סימני התעללות ואלימות קשים. המבקש, עמוס ברנס, התוודע לרחל כשבוע לפני הירצחה, ונפגש עמה פעמיים, ונעצר לאחר הרצח אך שוחרר אחרי זמן קצר. על רקע מתקפה תקשורתית כנגד אוזלת-ידה של המשטרה מונה סגן-ניצב שאול מרקוס למפקד צח"ם הרצח, שהבטיח לאנשיו בילוי של סוף-שבוע עם נשותיהם במלון אם יצליחו לפענח את הרצח.

כחצי שנה לאחר הרצח נעצר ברנס בפעם השנייה. אחד מהחוקרים העיד עדות-שקר בפני שופט המעצרים, שלפיה ברנס נחשד בביצוע מעשים מגונים בשתי בחורות ובנער. למרות שהיה ברור לשוטרים שברנס סובל מבעיות נפשיות, הוא הוחזק בבידוד ללא יכולת פגישה עם עורך-דין מבלי שלבני-משפחתו יכולת לאתרו. בתאריך 17.4.75 מסר ברנס הודאה ברצח, שאותה כתב בכתב-ידו, ולמחרת אף שיחזר את הרצח בפני חוקרי המשטרה.

ברנס הואשם ברצח בבית-המשפט המחוזי. המשפט התמקד בקבילות הודאתו והשחזור שנערך עמו, ונערך משפט זוטא בעקבות התנגדות ההגנה לקבלת ראיות אלו. במשפט הזוטא העיד ברנס, כי הודאתו נגבתה ממנו לאחר שלא ישן במשך ארבעה ימים ושלושה לילות, שבמהלכם הוכה על-ידי חוקריו. בית-המשפט ביקר את התנהגות המשטרה, אך פסק כי משמציבים את עדותו היחידה של ברנס אל מול עדויות שורה ארוכה של חוקרי משטרה, יש לאמץ את גרסת המשטרה. ברנס הורשע וערעור שהגיש לבית המשפט העליון נדחה.

לאחר מכן הגיש בקשה למשפט חוזר, אך זו נדחתה. כשמונה שנים בלבד לאחר שנאסר שוחרר ברנס, וזאת משנשיא המדינה בהמלצת שר המשפטים, ועל-אף שברנס עצמו לא ביקש זאת, קצב את עונשו של ברנס ל-12 שנות מאסר. במהלך שהותו בכלא המשיך ברנס לטעון לחפותו, וסירב לבקש חנינה או את קציבת עונשו. בשנת 1996 הגיש בקשה נוספת למשפט חוזר, שלישית במספר, וגם בקשה זו נדחתה.

בפנינו מונחת בקשתו הרביעית למשפט חוזר. ברנס טוען, כי עניינו מעולם לא נבחן לאור השינויים בחקיקה מאז בקשתו הקודמת. לטענתו, משפטו היה נגוע בפגמים דיוניים חמורים והוא לא זכה להליך הוגן, ובכך נגרם לו עיוות דין: היעדר רישום מהלך החקירה במשטרה, מעצרו על יסוד עילת שווא, ועדויות השקר שמסרו החוקרים - היוו רק "קצה הקרחון" בשרשרת ארוכה של שקרים ופגמים, אשר חלקם נחשפו עם השנים שחלפו מאז.

מבדיקה שערכו סניגוריו של ברנס בעת הכנת הבקשה הנוכחית התברר, כי לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות קיים סיכוי ממשי להפיק ראיות D.N.A. מן הראיות הפיזיות בתיק הרצח. ברנס הסכים לכל בדיקה מעין זו. ברם, המשטרה, שברשותה היו מצויים מכנסיה של רחל לא הצליחה לאתר את המוצגים. נטען איפוא, כי שורה זו של פגמים דיוניים יוצרים, כל אחד מהם בנפרד ובוודאי שכולם יחדיו, עיוות דין חמור; כי במנותק משאלת אשמתו או חפותו, לא זכה ברנס להליך הוגן (due process) ולא נעשה לו משפט צדק; וכי הדרך היחידה לתקן עיוות דין זה היא עריכת משפט חוזר בעניינו.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקנה מעמד של זכות-יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן. תהליך זה חייב איפוא בחינה-מחדש של האיזון בינה לבין עקרון סופיות הדין, תוך הקפדה על כך שהאיזון ישקף את מעמדה החוקתי הנכבד של הזכות להליך הוגן. ואומנם, כך נהגה הרשות

המחוקקת בתקנה את סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט. מכאן שפגמים דיוניים חמורים מראים על אפשרות לשינוי תוצאות המשפט. תיקון חוק בתי המשפט תוך ביטול הדרישה להצגת ראיות חדשות ממקד איפוא את המבחן לקיום משפט חוזר בשאלות של תוכן ומהות, ולא בשאלות של זמן וחידוש.

השקרים והפגמים שנחשפו במשפטו של ברנס אינם בבחינת מעידה או שקר נקודתי של עד זה או אחר. הם מעוררים חשש ממשי כי עודף רצון של המשטרה והתביעה "לסגור" את פרשת הירצחה של רחל הלר גרם להם להימנע מלדבוק באופן מלא באמת. על כך ניתן ללמוד משורה של עדים, שבמהלך השנים שחלפו שינו את גרסתם, וחשפו טיפין-טיפין גילויים חמורים אודות דרך התנהלות המשטרה בפרשה.

לעומת ברנס, שאינו מרפה במשך שנים מן הטענה בדבר חפותו, בולטת הרשלנות הרבה בהתנהלות המשטרה, שגרמה לאובדן חלק חשוב מהראיות ובכך גרמה נזק כבד לאפשרות בירור האמת. משפטו של ברנס התמקד בנסיבות קבלת הודאתו, והתנקז בסופו של דבר לכדי שאלה של אמינות. ההחלטה במשפט הזוטא מתבססת במידה מכרעת על האמון שנתן בית-המשפט המחוזי בשוטרים. חשיפתם של שקרים בעדויות חוקרי המשטרה מערערת את אמינותם לא רק לגבי השקרים שנחשפו, אלא גם ביחס ליתר דבריהם.

בית-המשפט המחוזי נמנע בפסק-דינו במשפטו של ברנס מלקבוע ממצא בדבר הפרכת האליבי שמסר, וחלף זאת דחה את עדות ברנס כולה כבלתי-מהימנה. הרשעתו של ברנס בוססה על הודאתו במשטרה ועל "דבר-מה נוסף" - השחזור שערך והפרטים המוכמנים שמסר. בהליך הרשעתו של ברנס נפלו פגמים חמורים. שוכנענו כי בפגמים אלו, הרובצים לפתחה של המדינה, בצירוף האפשרות כי מודעות להם הייתה משנה את תוצאות משפטו של ברנס, די כדי להורות על קיום משפט חוזר. הבקשה מתקבלת.

**הערת העורך:** מפסק דין זה עולה ששאלה לשם מה צריך בעצם משפט זוטא – הרי אין היגיון בכך שאדם יבצע פשע, יודה בו, ואח"כ יחזור בו מן ההודאה אם אדם חוזר בו מהודאה יש בכך כדי להורות על כך שניתנה שלא מרצון חופשי. אמנם כנראה שאין צורך לעבור לקיצונות השנייה ולדרוש שהודאה תהיה קבילה רק אם ניתנה בבית משפט פתוח כמו בחוקה האמריקאית, אבל יתכן שיש לדרוש שההודאה תנתן בנוכחות "צד שלישי" שאינו חלק מהרשות המבצעת.

בהיות הפעוטה יעל שפר כבת שנה אובחנה כחולה במחלה חשוכת המרפא הידועה בשם טיי-זקס, ואושפזה בבית חולים. בהיותה כבת שנתיים, כאשר כבר היתה במצב של "צמח", הגישה אמה בשמה בקשה להצהרה מבית המשפט כי הינה זכאית לכך, שאם וכאשר תזדקק לסיוע נשימתי או מתן תרופות באמצעות עירוי שלא לשיכוך כאבים – תוכל לסרב ולא לקבל את הטיפולים. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה ומכאן הערעור; יצוין כי עד שניתנו הנימוקים נפטרה יעל ממחלתה, אולם פסק הדין ניתן בלשון הווה.

מבחינה סיעודית המערערת הינה מטופלת במצב סביר; הינה נקיה, ואינה סובלת מתופעות כמו פצעי לחץ או התכווצויות. יצוין כי ביקוריה של האם במחלקה, בכל מהלך אישפוזיה של יעל, הינם נדירים למדי, אולם אביה מבקר אותה מידי יום לאחר עבודתו, ושוהה בחברתה שעות ארוכות. האם אמרה כי הסיבה למיעוט ביקוריה היא שלהורים בת נוספת הנמצאת במשברים קשים. האב לא נטל כל חלק בדיון, והאם האם הסבירה זאת בכך שהוא ממוטט לגמרי, והוא גם שונא פרסומת.

יש ואפשרות הארכת החיים מביאה לכלל סבל פיזי, נפשי ושכלי, והפרעות קשות בתפקוד היום-יומי. לכך מתווספת העובדה שכיום שוהה החולה במצבים אלה בבתי חולים או במוסדות מטפלים אחרים, כשהוא מחובר למכשירים שונים. הנדרשים להתיחס לבעיות המתעוררות הם, בראש וראשונה, החולה עצמו ובני משפחתו, ובנוסף עליהם - רופאים ומשפטנים: ועלה גם השאלה מי מבין כל אלה רשאי ומוסמך לקבל את ההחלטה הגורלית בדבר תוחלת החיים, קיצורם או הימנעות מהארכתם.

לא קיים, ולא יכול להיות קיים, קנה מדה של ערך האדם; דינו של פגום בגופו כדינו של שלם בגופו, ודינו של לקוי בנפשו כדינו של בריא בנפשו. וכן לא קיים קנה מדה של אורך חיי האדם. על כן, החשת מוות אקטיבית, קיצור חיי אדם באופן פעיל, גם אם בשם המתת חסד תיקרא, אסורה היא בתכלית האיסור, גם אם היא נעשית לפי בקשתו של החולה. שונה הוא מצב הדברים משמדובר באותונזיה פאסיבית, באי הארכת החיים. זו מותרת מתוך התחשבות בערך-העל של מניעת סבל ויסורין, גופניים ונפשיים, ורצונו של החולה.

בבואו לאזן בין האינטרסים ישקול בית המשפט את מידת הפלישה לגופו של החולה, הדרושה לשם הטיפול הרפואי, ואת הסיכוי להצלחת הטיפול. וכן ישקול בית המשפט את הסבל והיסורים שיגרמו לחולה בעטיו של הטיפול הרפואי ואת הסיכון הכרוך בטיפול הרפואי. כדי להגיע לכלל הגדרים ברורים שבהם זכות החולה לסרב לטיפול רפואי מוגבלת מפאת ההגנה על מקצוע הרפואה, הסתייעו בתי המשפט בשלוש ההבחנות הבאות: הבחנה בין אותונזיה אקטיבית לאותונזיה פאסיבית; הבחנה בין הימנעות מעשיית פעולות מאריכות חיים לבין הפסקת פעולות מאריכות חיים; והבחנה בין טיפול שגרתי לטיפול בלתי שגרתי.

בנושא זה, הקושי בעניינם של קטינים ופסולי דין הוא קושי דיוני: כיצד ומהי הדרך לדעת כי הקטין או פסול הדין מבקשים לממש את זכותם לסרב לטיפול רפואי. בהקשר זה מקום יש לדון בשלושה: א. המבחן לקביעת רצונו של הקטין/פסול הדין; ב. כמות הראיות הנדרשת להוכחת רצון זה; ג. הגוף המוסמך לקבוע את רצון הקטין/פסול הדין. שאלת כמות הראיות הנדרשת להוכחת רצונו של הקטין/פסול הדין מתעוררת רק ביחס למבחן אומד רצונו של החולה, שהרי



מבחן טובת החולה אינו מתיימר להתחקות אחר רצון זה; הסכמת החולה למות, ואף הבעת משאלה מפורשת על ידו לכך, לא תמיד מעידה היא על החלטה אוטונומית שקולה ונקיה מכל שיקולים אחרים. החולה הסופני החי חיי סבל, אך מעונין להמשיך ולחיות חיים אלו, עשוי הוא לזכות בעזרתו של מאן דהוא, הסבור "לטובתו" כי ראוי לקצר את חייו. בהקשר זה, גם בביטוי 'למות בכבוד' יש סתירה פנימית.

חששות מהסכנות האמורות רבות וגדולות הן במיוחד בעניינם של קטינים ופסולי דין. כאשר מתחילים להעריך ולשקול ערכם של חיי אדם, מדרך העולם והשיגרה ש"הערכה" ו"שקילה" אלה יביאו תחילה לכלל היתר הריגתם של אנשים שגופם ונפשם פגועים ביותר, ולאחר מכן - גם של אלה שפגועים במידה קצת פחותה, עקב מה שקרוי המדרון החלקלק, והלוא כבר היו דברים מעולם. באמצע המאה העשרים, במדינה שבימים עברו התפארה ב"נאורותה" והשכלתה, הגיע המדרון למבצע T4 של הרייך הגרמני השלישי, שבמסגרתו נרצחו כ-275 אלף חולי נפש, מפגרים, דיירי מושבי זקנים ואומללי חיים אחרים, מתוך ההנמקה ו"ההצדקה" שלפי שיקוליהם והערכתם של מבצעי פשעים אלה אין ערך לחייהם. ומבצע זה, על "חידושו" בשימוש בגז להריגת הקרבנות, שימש כהנחיה והדרכה להקמת מחנות ההשמדה ותאי הגזים לביצוע תורת הגזע הנאצית והשמדת ששה מליון יהודים בשואה.

אותונוזיה אקטיבית אסורה היא באיסור מוחלט; כך עולה מהוראות החוק הפלילי, וכך עלה מהסינתזה של ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. גם הסכמתו של החולה לגרימת מותו אינה מעלה ואינה מורידה; בעלותו של החולה על גופו כפופה לאינטרס החברתי של הגנה על קדושת החיים. השאלה בענייננו הוא נושא המחדל ממתן טיפול רפואי, האותונוזיה הפסיבית, על שתי צורותיה: הימנעות מעשיית פעולות מאריכות חיים והפסקת פעולות מאריכות חיים; ככלל, מוטלת על רופא חובה שבדין להעניק כל טיפול רפואי לחולה שבטיפולו. עם זאת הדין מכיר, בנסיבות מתאימות, בזכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי.

אפוטרופסותם של ההורים כוללת את הזכות לסרב לטיפול רפואי, אף אם הסרוב עשוי להוביל למות הקטין, אך סרוב כגון זה זקוק הוא לאישורו של בית המשפט, מכיוון שהוא עלול להוות הפרה של חובת ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין; וכן עשוי הסרוב להוות הפרה של החובה לפעול לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי.

בענייננו, אין מדובר על למות בכבוד. יעל אינה סובלת ואינה מתייסרת. היא בוכה, ככל ילד, כאשר זקוקה היא להאכלה או לטיפול שיגרתי רגיל. בתנאים אלה, ובמצאות זו, קדושת חייה של יעל, גם במצבם הסופני, היא הערך הבלעדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדת בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית. גם התנהגותו של האב מלמדת, בברור, על הלך רוח שונה מזה של האם. ביקוריה של האם במחלקה, בכל מהלך אישפוזיה של יעל הינם נדירים ומבוצעים לעתים רחוקות בלבד. אביה של הילדה מבקר אותה מידי יום לאחר עבודתו, שוהה בחברתה שעות ארוכות, מטפל בה באהבה ומסירות. הוא אף ציין כי לא איבד תקווה לשינוי במצבה. מכאן שאין לומר כי האב מסכים לצעדיה של האם. אין אנו באים בטרוניא או בהטפת מוסר לאם; אבל אין מקום להיענותו של בית משפט לבקשה כגון זו שבפנינו, בקשה של "מי לחיים ומי למות", שלא על פי ידיעתם הברורה והמפורשת של שני ההורים, שיש בו כדי להצדיק היענות זו. אשר על כל אלה דחינו את הערעור.

בית המשפט המחוזי החליט לשחרר את המשיב ממעצרו ללא ערובה, ועל כך בא ערר מטעם המדינה. נגד המשיב הוגש כתב אישום, המייחס לו עבירה של החזקת סם מסוג הרואין. בהחלטת בית המשפט המחוזי נאמר כי אישום בהחזקת סם מסוכן בשיעור האמור יש בו אמנם משום עילת מעצר עד תום ההליכים, אך במקרה דנן יש לשחרר את המשיב מהמעצר בעטים של נסיבות שנלוו למעצר ובשל הספק בדבר קיומן של ראיות לכאורה.

לעת לילה פגשו שני שוטרים בעורר ובאדם נוסף שהיה איתו, קראו להם לעצור, והזדהו בפניהם כשוטרים. השוטר כהן לקח את המשיב לפינה, שם ערך חיפוש על גופו. אין חולק שהמשיב הוריד בגדיו מתוך הסכמה, למרות שיש מלוקת בשאלה אם אמר זאת במפורש. לכשהתכופף המשיב, הבחין השוטר בדבר מה לבן מבצבץ בין ישבניו של המשיב. מיד לאחר מכן הודיע השוטר למשיב ולחברו כי הם עצורים בשל חשד החזקת סם. חיפוש שנערך על חברו של המשיב לא העלה דבר, והוא שוחרר.

הרקע לדרישתם של השוטרים התברר מתוך חומר שהשלימה הפרקליטות לאחר הדיון. יומיים לפני המעצר היה המשיב נתון במעקב, בעקבות מידע מודיעיני לפיו הוא סוחר בסמים בכמויות גדולות. החשוד (העורר) נראה ערב המעצר נכנס לתוך שביל שהמשטרה חשדה שמוסתרים בו סמים. בהיות הצוות בדרך לאותו מקום נראו המשיב וחברו בקירבת השביל, החליט ראש הצוות לבצע את החיפוש על גופו של המשיב. יצויין כי המשיב כבר הורשע קודם לכן בהחזקת סם בכמות מסחרית, והושת עליו מאסר בפועל לתקופה של חמשה חודשים ומאסר על תנאי לתקופה של שנה, שעדיין היה תלוי ועומד בעת המעצר.

הסמכות לעריכת חיפוש בגופו של אדם מצויה בפקודת סדר הדין הפלילי ובשורה של חוקים נוספים. כאשר מוענקת סמכות לערוך חיפוש על גופו, או בגופו, של אדם, אין בכך כדי להתיר חדירה לתוך גופו של אדם, שלא בהסכמתו של הנבדק. חיפוש פנימי כגון זה אינו מותר אלא כאשר המחוקק התיר לערכו בהוראת חוק מפורשת וברורה. החיפוש שנערך על גופו של המשיב למציאת הסם, ומציאת החבילה של הסם בין ישבניו, כלול הוא בחיפוש חיצוני בגופו של המשיב, שהרי מדובר בחומר 'זר' שבצבץ מבין ישבניו של המשיב, ונטילתו על ידי עורכי החיפוש אין בה משום ניתוק מגופו של המשיב אלא משום הסרתו הימנו, ואין הוא נעשה תוך כדי חדירה לגופו. חיפוש זה מותר הוא על פי הוראת המחוקק, כאשר קיים יסוד סביר לחשד שהמשיב מסתיר סם על גופו, גם כאשר לא ניתנה הסכמתו של המשיב לכך.

כאשר מדובר בחיפוש חיצוני על גופו של אדם, עדיין מקום יש לקבוע ולדרוש כי התנאים והנסיבות שבהם נערך חיפוש כזה יהיו כאלה שלא יפגעו בכבודו ובצנעתו, אלא במדה מועטת, ככל האפשר. עריכת חיפוש פנימי בתוך גופו של אדם אסור הוא, ללא הסכמת הנבדק, אלא כאשר מצויה הוראה מפורשת של המחוקק המתיר חיפוש זה. ביזוי וביוש אלה מותרים הם רק כאשר נועדו לתכלית ראויה, משמדובר בחשד של עבירת עבירה פלילית, שיש למנעה או לגלותה, ובמדה שאינה עולה על הנדרש, לפי נסיבות כל מקרה. גם כאשר ניתנת הסכמה, עדיין אין פירושו של דבר כי הכל פרוץ ומותר. גם אם ניתנה הסכמה שהחיפוש ייערך שלא על ידי בן מינו, מן הראוי שלא להעתר להסכמה זו. וכן אין להעלות על הדעת שחיפוש שיש בו משום חדירה לגופו של אדם, שאם וכאשר תינתן הסכמה לעריכת חוקן ברחובה של עיר, לעיני הציבור, מותר יהא להיענות לעריכתו.

במקרה כגון זה אנו מחויבים, מכוח העקרון של זכות היסוד שלא לפגוע בכבודו ובצנעתו של האדם, שלא לבצע מעשה מבזה. כאשר ניתנה הסכמה לחיפוש, מותר לערוך את החיפוש על גופו ובתוך גופו של האדם, אבל עדיין מצווים אנו לשמור על כבוד האדם שבו נערך החיפוש וכבודו אנו, העורכים את החיפוש. בכך נמצא האיזון המתאים ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בענייננו, החיפוש שערכו השוטרים בגופו של המשיב מוצדק היה. לפי המידע שהיה מצוי בידי המשטרה, היה יסוד סביר לחשד כי המשיב מעורב הוא בעסקי סמים. סוג החיפוש שנערך על גופו של המשיב הוא חיפוש חיצוני, ולא חדירה לגופו. המשיב הביע הסכמתו לחיפוש. בתחילה ערך חיפוש אחר הסם על המשיב, ומשלא מצא דבר לקחו לעבר הכניסה של הבלוק כדי לבצע בו חיפוש יותר יעיל ומדוקדק. בחיפוש זה נמצאה חבילת הסם. לא היתה אפשרות להביא עדים שיהיו נוכחים בעת החיפוש, מאחר שחשש שבעטיו של עיכוב זה יעלים המשיב את הסם. וכל האמור לעיל נערך בשעת לילה מאוחרת. אשר על כן מתקבל ערר המדינה במובן זה, שהמשיב ישוחרר ממעצרו באם יתן ערבות אישית, וערבות צד ג, על הסכום של 10,000 ש"ח. כן אסורה יציאתו מן הארץ ועליו להתיצב שלוש פעמים בשבוע בתחנת המשטרה הקרובה.

המערערים הינם אזרחי לבנון העצורים במעצר מינהלי על-פי חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים). בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לשחררם ומכאן הערעור.

החוק הנדון קובע כי אם היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם יוחזק במעצר, רשאי השר להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצוין בצו ולא תעלה על ששה חודשים, וכן להאריכו לששה חודשים נוספים בכל פעם. סמכות זו מהווה פגיעה בזכות היסוד של האדם לחירות, אולם פגיעה זו היא פרי איזון בין שתי מגמות: האחת - מתן אמצעי מתאים בידי המדינה בכדי להגן על עצמה מפני התארגנויות שסכנתן רבה, ושאין אפשרות לפעול כנגדן בדרך של משפט פלילי רגיל; השנייה - הבטחה, על ידי ביקורת שיפוטית, כי השלטון לא ישתמש לרעה או שלא לצורך בסמכויות שניתנו לו בחוק.

קיומה של ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות, תוך בדיקת שיקוליה והאיזון שבין המגמות האמורות, הוא המבטיח כי האיזון האמור ישמר, כי הפגיעה בזכויות הפרט תהא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. יצוין, כי אין הביקורת השיפוטית בגדר שסתום הבטחון היחיד שבחוק מפני ניצול ושימוש לא ראויים בסמכות קיצונית זו; בנוסף לו, קיים התנאי לפיו יתקיים במדינה מצב חרום (כהגדרתו בחוק-יסוד: הממשלה). נדרש, כי המעצר יהיה קשור לקיומו של מצב חרום ונגזר מתוך הצרכים המיוחדים המתעוררים במצב שכזה.

לעניין הסמכות, החזרת שבויים ונעדרים הם טעמים של בטחון המדינה, ולפיכך משהוכח כי המשך החזקת המערערים במעצר תורם לשחרורם של הנעדרים, הרי שמתקיים האיזון הראוי שבמסגרת החוק, ומעצרו של המערערים הינו תקף, ומשהוכח כי שחרורם יפגע במאמצים לשחרר את השבויים והנעדרים, ניתן תוקף לצו המעצר. מעמדם של העצורים הינו אנלוגי למעמדם של שבויי מלחמה במובן זה, שישנה הצדקה מוסרית להחזיקם במעצר ובשבוי, עד להחלפתם בחיילינו אנו. למונח בטחון המדינה פירושים רבים ומשמעויות רבות, ויש למצוא את המשמעות הנכונה בכל מקרה ומקרה. החזרת שבויים ונעדרים לכשעצמה היא מטרה ואינטרס הנכללים במסגרת בטחון המדינה.

כשם ששלומם של חיילי צה"ל מהווה תדיר שיקול של בטחון המדינה, כך שלומם של נעדרים ושבויים, לרבות החזרתם למכורתם מהווה טעם של בטחון המדינה. כאשר המעצר המנהלי נעשה בנסיבות בהן העצור מהווה "קלף מיקוח", הרי יש בכך פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן העצור נתפס כאמצעי להשגת מטרה ולא כמטרה בפני עצמה. המעצר פוגע, בנסיבות אלה, באוטונומיה של הרצון, ובהיותו של האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות של מעשיו. ואולם במקרה זה הפגיעה מחוייבת המציאות הבטחונית והמדינית, והיא משקפת את נקודת האיזון הראויה בין חירות הפרט לבין ההכרח בשמירה על בטחון המדינה.

הסמכות המוקנית בחוק המעצרים אינה אמצעי עונשי על מעשיו של האדם ולא על מעשיו של אחר. מעצרו של המערערים, כאשר הוא בא לקדם ולהגן על בטחון המדינה - הגם שאין במערערים עצמם סיכון שכזה - מעצר כדין הוא. הצרכים החיוניים של בטחון המדינה מחייבים הרחבת הסמכות שבידי המשיב גם למעצרו של המערערים. מעצרו של פרטים לשם שחרורם של שבוינו ונעדרנו הינו אינטרס חיוני של המדינה, והסמכות לשם ההגנה על אינטרס זה בצורה זו נתונה בידי המשיב במסגרת חוק המעצרים.

לעניין התשתית הראייתית, הרי שגם לפי אמת המידה המחמירה של "וודאות קרובה", הרי שיש במקרה דנן חשש בוודאות קרובה, כי שחרורם של המערערים יביא לפגיעה ממשית בבטחון המדינה, בכך שיפגע הוא אנושות במשא ומתן לשחרורם של השבויים והנעדרים. לעניין המידתיות, המשך החזקתם של המערערים במעצר הינו חיוני לשם המשך המשא ומתן וקידום שחרורם של השבויים והנעדרים. כמו כן אין בנסיבות המקרה כל אלטרנטיבה או אמצעי אחר שניתן לנקוט תוך פגיעה קטנה יותר בזכויות היסוד של המערערים. הערעור נדחה.

**הערת העורך:** אמנם, שלום חיילי צה"ל הינו שיקול של בטחון המדינה, אולם נראה כי החלה במסגרת זו גם שלומם שבויים – ונעדרים אשר חלקם אינו בחיים – מותח קמת יתר על המידה את לשון החוק. קיימת גם האפשרות לתת למערערים מעמד של שבויי מלחמה המחיל עליהם דינים שונים במקצת. בכל מקרה, פסק הדין בעניין רוב מערערים אלה נהפך במסגרת דנ"פ 7048/97.

המפקד הצבאי של כוחות צבא ההגנה לישראל באזור יהודה והשומרון הוציא "צו תיחום מקום מגורים". על פי הוראות הצו נדרשו העותרים, תושבי אזור יהודה והשומרון, להתגורר בשנתיים הקרובות באזור חבל עזה.

מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. זהו סכסוך מזויין, במהלכו נהרגו ונפצעו אלפים משני הצדדים. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים, וזורעים הרג ודם בערים ובישובים. הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית באזור, וזוכים לתמיכת חלקים ממנה, כולל בני משפחה קרובים.

במאבקה של ישראל כנגד הטרור היא נוקטת - מכוח זכותה להגנה עצמית - במבצעי לחימה מיוחדים. הממשלה החליטה על שורת צעדים אחרים, ביניהם העברתם של בני משפחה של מתאבדים או מפגעים קשים ושולחיהם מאזור יהודה והשומרון לאזור חבל עזה, ובלבד שבני משפחה אלה היו הם עצמם מעורבים בפעילות החבלנית.

דיני המשפט הבינלאומי החלים באזור הם הדינים המנהגיים והאמנות הבינלאומיות. לפי אלה, הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. אך זכויות אלה אינן זכויות מוחלטות. ניתן לפגוע בהן כדי לקיים את זכויותיהם של אחרים. זכות האדם וההגבלה עליה יונקות ממקור משותף, שעניינו זכותו של האדם בחברה הדמוקרטית.

היקף הפגיעה המותרת בזכויות האדם נקבע בדינים ההומניטריים הקבועים בדינים בדבר סכסוכים מזויינים. אמנת ג'נבה מאפשרת תיחום מקום מגורים, ובלבד שמקום המגורים החדש יהא בתחום האזור הנתון לתפיסה לוחמתית, בו מצוי מקום המגורים ממנו מוצא האיש. אך הן הגדה המערבית והן רצועת עזה הם חלק מארץ-ישראל (Palestine) המנדטורית. הם נתפסו בתפיסה לוחמתית על ידי מדינת ישראל. מבחינה חברתית ופוליטית, נתפסים שני האזורים על ידי כל הנוגעים בדבר כיחידה טריטוריאלית אחת. בשניהם פועלים שני מפקדים צבאיים מטעם המעצמה הכובשת האחת והיחידה.

תנאי הכרחי לכך שניתן יהא לתחם את מקום מגוריו של אדם הינו, כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה באותו זמן, וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה. אמצעים של מעצר ותיחום מקום מגורים הם האמצעים החמורים והחרפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט בהם, ועל כן יש לנקוט בהם רק במצבים חריגים ויוצאי דופן בלבד. מטרת התיחום אינה הענשה אלא מניעה.

לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט בו בדרך כלל רק אם קיימות ראיות מינהליות - שגם אם אינן קבילות בבית משפט - הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט אמצעי זה, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון. לפי עקרון המידתיות, נדרש קשר של התאמה בין המטרה של מניעת סיכון מהאדם שמקום מגוריו תוחם לבין הסיכון הנובע ממנו אם לא יינקט כלפיו אמצעי זה; נדרש כי האמצעי הננקט פגיעתו תהא פחותה; וכן נדרש כי בדרך כלל האמצעי של תיחום מקום המגורים יעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו בהבטחת ביטחון האזור.

כאשר בשל מסוכנותו של אדם תיחום המגורים מוצדק הוא, אין כל פגם בכך שהמפקד הצבאי ישקול גם שיקולים של הרתעת הרבים. אך הוא אינו רשאי להורות על תיחום מקום מגוריו של אדם תמים שאינו מעורב בכל פעילות הפוגעת בביטחון המדינה ושלא נשקפת ממנו כל סכנה, וזאת גם אם המפקד הצבאי סבור כי הדבר הכרחי בשל טעמי ביטחון החלטיים.

מדינת ישראל היא דמוקרטיה שוחרת חרות, המבקשת לפעול במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי המשפט הבינלאומי ועל פי משפטה הפנימי. כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. העתירות מתקבלות בחלקן.

**הערת העורך:** לעניין היותם של הגדה והרצועה "אזור אחד" למרות הנתק הפיזי ביניהם, יהיה מעניין לבדוק האם גם רשויות הצבא מתייחסות אליהם כאזור אחד, כלומר האם קלות – או קושי – המעבר בין הגדה והרצועה היא זהה לזו שבין אזורים שונים בגדה.

המשיב הוציא צו האוסר על העותר מס' 1 לצאת מן הארץ לתקופה של שנה חודשים, מכיוון שלדעתו קיים חשש שיציאתו של העותר מן הארץ תנוצל למטרת מפגש עם גורמים עוינים. מכאן העתירה.

לפי תקנות שעת חירום מוסמך המשיב לאסור את יציאתו של אדם מישראל, אם קיים יסוד לחשש שיציאתו עלולה לפגוע בבטחון המדינה. לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כל אדם חופשי לצאת מישראל. כאמור בחוק היסוד, ניתן לפגוע בזכויות המנויות בו רק בתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. כמו כן אין בחוק היסוד כדי לפגוע בתוקפם של חוקים שהיו קיימים ערב חקיקתו; אולם, חוק היסוד מקרין על פרשנותם של חוקים אלה.

זכותו של אדם לצאת מארץ מגוריו ולחזור אליה היא "זכות טבעית". היא אחת מזכויות היסוד של האדם. עם זאת, הזכות לצאת מן הארץ איננה מוחלטת והיא בעלת אופי יחסי. הזכות לצאת מן הארץ היא נכבדה ויקרה, אולם יכול שתוגבל מכוח החובה - שאף היא נכבדה ויקרה - להגן על בטחון המדינה ושלומו הציבור.

בבואנו להניח את הזכויות המתנגשות על כפות המאזנים, יש לשקול בתחילה את עוצמת הפגיעה בזכותו של הפרט ולאחר מכן את עוצמת הפגיעה בזכותו של הציבור. עוצמת הפגיעה בזכותו של הפרט תיבדק לפי מידת היקפה הגיאוגרפי של ההגבלה, משך הזמן של ההגבלה, ואף לפי ענינו האישי של האדם שיציאתו נאסרה, ביציאה מן הארץ. אשר להיקפה הגיאוגרפי של הזכות; אין צריך לומר, כי הפגיעה החמורה ביותר בחופש התנועה והזכות לחירות היא כליאתו של אדם בבית סוהר, על פי צו מעצר או מאסר, והגבלת תנועותיו בין כתלי בית הסוהר. פחותה הימנה, הגבלת חופש התנועה למקום מגורים מסוים, כמו חלופת מעצר המתנה את שחרורו של נאשם שהיה בכתובת מסוימת ("מעצר בית"). פחותה הימנה, הגבלת התנועה לתחומי עיר מסוימת; ופחותה הימנה, הגבלת התנועה על דרך של איסור יציאה מן הארץ, או איסור יציאה של נאשם, או עיכוב יציאה של חייב. פחותה הימנה, ההגבלה על דרך של איסור כניסה לארץ מסוימת, כמו איסור כניסה לארץ אויב. לענין עוצמתה של הפגיעה בזכות - או "מידתיותה" של הפגיעה - יש לשקול גם את משך הזמן של ההגבלה. ככל שמשך הזמן של ההגבלה ארוך יותר, גדלה עוצמת הפגיעה. לא הרי הגבלה על זכות היציאה מן הארץ למספר ימים כהגבלה למספר חודשים או אפילו שנים.

יש לשקול גם את הענין האישי של האדם שיציאתו מן הארץ נאסרה. מטרת הנסיעה ויעד הנסיעה הם שיקולים חשובים לענין עוצמת הפגיעה בזכות. הגבלת זכות היציאה מן הארץ של מי שיציאתו חיונית וחשובה עשויה להעצים את הפגיעה בו. אינו דומה מי שיציאתו נועדה, לדוגמא, לצורך טיפול רפואי, למשל, למי שיציאתו נועדה למטרת טיול. זאת ועוד. הגבלת יציאה של אדם המבקש לעלות לרגל למקום קדוש לדתו היא פגיעה בזכותו לחופש הדת והפולחן, ובתור שכזה היא חמורה ביותר.

במקרה שלפנינו, מדובר בצו האוסר את יציאתו של העותר מן הארץ, ואין זאת מן החמורות שבפגיעות בחירות או בחופש התנועה. צו האיסור ניתן למשך ששה חודשים. אין זאת תקופה קצרה, אולם אין היא בגדר הגבלה שאי אפשר לעמוד בה; אפילו מטרת היציאה היא קיומה של המצווה הדתית. כל אלה יש לשקול מול משקלם של הטעמים הבטחוניים המונחים על הכף נגד



יציאתו של העותר מן הארץ. יש גם לזכור כי העותר מבקש לצאת לסעודיה שהיא מדינת אויב שהיציאה אליה צריכה היתר.

בבואנו להכריע בין השיקולים הסותרים נראה שגם אחרי חקיקת חוק היסוד, יפה כוחו של המבחן של "חשש כן ורציני". מבחן זה מעוגן במילותיה של תקנה 6 לתקנות, לפיה רשאי שר הפנים לאסור בצו את יציאתו של אדם מן הארץ ודי ב"יסוד לחשש שיציאתו עלולה לפגוע בבטחון המדינה. הזכות לצאת מן הארץ, שהוכרה מאז ומעולם כזכות יסוד של האדם, עוגנה גם בחוק היסוד, אולם, למרבה הצער, הסכנות לבטחון המדינה ולשלום הציבור לא נמוגו ולא פחתו ויש יסוד להנחה שבימים אלה אף החמירו. אמרנו כי זכות היציאה מן הארץ, ככל זכות אדם, היא יחסית ואינה מוחלטת. באיזון בינה לבין הטעמים הבטחוניים, יש להביא בחשבון את הסכנות החמורות לבטחון המדינה ולשלום הציבור - ואף לחייהם של בני הציבור! - בתקופה שבה אנו חיים. מכל מקום, אפילו נאחז באחד מן המבחנים המקילים יותר עם מי שנאסרה יציאתו מן הארץ מן המבחן הנזכר, הרי שאחרי עיון בחומר החסוי שהוגש לעיוננו, נחה דעתי כי קיים "חשש כן ורציני" - ואולי אף "בוודאות קרובה לוודאי" - כי יציאתו של העותר מן הארץ עלולה לסכן במידה חמורה את בטחון המדינה. בשולי הדברים יוער, כי גם אחרי שיפוג איסור היציאה מן הארץ - בעוד כחודש ימים - לא יפוג טעמה של המצווה. העתירה נדחית.

העותרים הם הורים שכולים, המבקשים להוסיף למצבה בבית הקברות הצבאי שורה אחת לנוסח הסטנדרטי הכתוב על המצבה בה ייכתב: "אח לג'ק, לימור ועדי". משרד הביטחון סירב לבקשה, ומכאן העתירה והבקשה לדיון נוסף.

לפי החוק, יובא חייל שנפטר לקבורה בבית קברות צבאי, אלא אם כן ביקשו קרוביו שייקבר במקום אחר, ותוקם מצבה צבאית על כל קבר צבאי על חשבון המדינה, שצורתה וממדיה ייקבעו על ידי קצין מוסמך, שימונה ע"י שר הביטחון. החלטתו של השר במקרה זה לא כללה את רגשות קרובי החייל. לטענתו, מוטלת עליו חובה מוסרית לקבל את הצעת הרוב במועצה המייעצת לעניין זה, המורכבת מהורים שכולים.

אפשר לקיים את האיזון הדרוש בין העקרונות המתנגשים בדרכים שונות, שבהן יינתן ביטוי כלשהו לרגשות המשפחה: על המצבה, בשוליה או בצדה, וההכרעה בין דרכים אלה מצוייה בידי שר הבטחון. אך מה שלא יכול היה שר הבטחון לעשות, לפי הדין הקיים, הוא להתעלם מהנושא האמור לחלוטין. הגישה הנורמטיבית של הדין, שוללת פטרנליזם מוחלט של המדינה על תוכן הכיתוב על גבי מצבותיהם של חיילים שנפלו במילוי תפקידם. השאלה העומדת לפנינו אינה מהי הדעה העדיפה מבחינה סובייקטיבית, אלא מה היא הנורמה המשפטית שיש להחילה בנושא העתירה.

בפועל אין נוהגים בבתי הקברות הצבאיים לפי כללי אחידות מוחלטת; צעד כזה יהיה גזרה שאין ציבור משפחות השכול יכול לעמוד בה. אמנם, נשמעה הטענה שאם יותר כיתוב אישי על המצבה, או על גבי חלק ממנה או לידה ייפרץ הסכר והנושא כולו יצא מכלל שליטה, אך הדבר תלוי במידה רבה בכללים או בתקנות שיותקנו ובדרך שהללו יאכפו בפועל בעתיד.

תכליתו של חוק בתי הקברות הצבאיים, היא כפולה. ראשית, החוק מבטיח את שמירת אחדות המראה של המצבות. בכך מוגשם הרעיון כי בית-קברות צבאי הוא אתר הנצחה לאומי, המבטא את שוויון הכבוד שהעם רוחש לנופלים בקרב. שנית, למשפחה השכולה ניתן אתר מוחשי של אפר ואבן כדי לענות על צרכיה להתאבל על יקירה. בכך מוגשם הערך בדבר כבוד האדם. בענייננו, אמרה המועצה להנצחה כי "מיעוט גדול (40%) בדעה כי יש לאפשר כיתוב נוסף תוך כדי קביעת סייגים חמורים". השר אימץ את המלצת הרוב שלא לשנות את המצב הקיים.

אין המדובר באי-ידיעה אודות קיומם של צרכי המשפחות, שאין חולק כי שר הביטחון היה מודע להם, אלא בהתעלמות מהם כעולה מתוכן ההחלטה. אמנם, בנסיבות שבהן על רשות מינהלית לבחור מבין מספר מצומצם של אפשרויות החלטה, עשויה הרשות לצאת ידי חובתה בעצם מודעותה לשיקולים ובחינתם. אולם במקום שבו עומדת בפני הרשות קשת רחבה של החלטות אפשריות, עליה לבחור בהחלטה המגשימה את כל השיקולים שלעניין. בענייננו העילה להתערבותנו אינה חוסר-סבירות כשלעצמו. פסילת החלטתו של שר הביטחון נובעת מאי-התחשבותו, הלכה למעשה, בשיקול שלעניין. במקרה זה ההתעלמות מן השיקול הרלוואנטי הפכה את ההחלטה אף לבלתי-סבירה.

החלטה של רשות מינהלית תיפסל עקב חוסר סבירות רק אם הרשות סתתה ממתחם ההחלטות הסבירות באופן מהותי. שמקום בו הופקד שיקול-דעת בידי רשות מינהלית, וזו התחשבה בכל השיקולים שלעניין ולא התחשבה בכל שיקול זר, החלטתה מוחזקת ככשרה זולת אם היא לוקה

בחוסר סבירות ברור ומובהק. לעומת זאת, החלטה שנתקבלה מבלי להתחשב בשיקול שלעניין היא פגומה בשל כך בלבד. אין לומר כי החלטה היא כדין אם לנגד עיניה של הרשות שקיבלה אותה לא עמדו כל השיקולים הרלוואנטיים ושיקולים אלה בלבד.

בענייננו, הכול מסכימים כי השמירה על כבוד האדם הוא שיקול רלוואנטי ששר הביטחון חייב לשקול לצד עקרון האחידות. משמעו של כבוד האדם הינו בראש ובראשונה כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר. ברצון זה של המשפחות לא התחשב שר הביטחון.

בין עקרון האחידות לבין רצון המשפחות לתת ביטוי אישי לאבלן אין ניגוד קוטבי. כפי שעולה מדעת המיעוט במועצה המייעצת, אפשר לגשר בין השניים על-ידי התרת ביטוי אינדיווידואלי במסגרת תבנית אחידה ומבוקרת. כל שנדרש הוא שינויים של כללי האחידות. החלטתו של שר הביטחון, שלא נתנה כל ביטוי לשיקול הענייני של השמירה על כבוד האדם במובן האמור, ובנסיבות העניין היא אף בלתי-סבירה, אינה יכולה איפוא לעמוד. הדרך הראויה במקרה שלפנינו - שבו התקבלה החלטה הפסולה עקב התעלמותה משיקול רלוואנטי, אך עדיין קיימות אפשרויות החלטה חוקיות רבות מלבדה - היא להחזיר את העניין אל שר הביטחון, על-מנת שיקבל החלטה כדין. העתירה מתקבלת.

הגב' רוזה גרייטל נפטרה, ונקברה כמקובל במקום מגורי בית הקברות היחיד בעיר. לאחר הקבורה ביקשה המשפחה כי שמה של המנוחה ייחרט על המצבה בעברית ובלועזית, וכי יום הלידה ויום הפטירה ייחרטו בספרות לפי הלוח הכללי. חברה קדישא הסכימה כי שמה הפרטי של המנוחה (רוזה) ייחרט גם בלועזית, ואולם באשר לחריטת מועדי הלידה והפטירה על-פי הלוח הגריגוריאני סירבה החברה קדישא להיעתר למשפחה. לא הועילו טענות המשפחה כי באותו בית קברות עצמו ניצבות מצבות הנושאות תאריכים לועזיים.

קיברו של אדם - הקבר והמצבה שעליו - הם גם רשות היחיד גם רשות הרבים. במקרה זה, בני המשפחה הקרובה לא הכירו את הנפטר אלא באותה שפה ובלוח-לעז - כך שוחחו ביניהם כל העת, כך גם כתבו איש אל-רעהו - ועתה מבקשים הם לזכור אותו כפי שהיה. מבקשים הם להמשיך ולשוחח עם היקר להם בשפתו, מבקשים הם לצייר אותו נגד עיניהם כפי שהיה, מבקשים הם לקרוא על המצבה את שמו ואת יום לידתו כפי שהוא עצמו נהג לכותבו.

אם שמו של הנפטר כי ייכתב אך בעברית; ימי הלידה והפטירה אם ייחרטו רק לפי הלוח העברי; תעלה ותגבה מחיצה נפשית בין המשפחה לבין הנפטר, והנפטר ירחק מקרוביו. לא נמנע מאם ששכלה את בנה לחבק את המצבה הדוממת והקרה. לא תהא זו אלא התנשאות יהירה ופאטרנליזם כופה אם נאמר לאותה אם שכולה כי שומה עליה ללמוד עברית וכי אם תעשה כמצווה עליה תוכל לקרוא את שמו של בנה בשפתה (החדשה) ואת ימי הולדתו ופטירתו על-פי הלוח העברי.

אך בית עלמין הוא גם רשות הרבים, שהרי המצבות-שעל-הקברים ניצבות חשופות וגלויות, שורות-שורות, אלו-בצד-אלו. בית עלמין מדמה עצמו במובנים מסויימים לבית משותף - לחצר משותפת, לבתי-מגורים הסמוכים אלה-אל-אלה. שכן, ראוי לו שינהג כראוי לשכן טוב. ושכן טוב לא יעשה מעשים שיפגעו בשכנו. כך, למשל, לא ייחרט צלב על קבר ישראל, שצלב עלול לפגוע - מעבר לסיבולת הראויה - בכבוד השכן המת ובריגשות בני משפחתו. כשם ששכן טוב לא יקים רעש גדול ולא יפיץ ריחות רעים אל-סביבותיו, כן לא ייעשה בבית עלמין.

נפלא ממני מדוע כתיבת שמו של נפטר באותיות קיריליות - אותן אותיות שידע, אותה שפה שחי בה - תפגע בשכנו. גם לנפטר ולבני משפחתו גם לשכן ולבני משפחתו אינטרס לגיטימי, אלא שאין שקילות בין כבודו של הנפטר שלפנינו וכבודם של קרוביו לבין כבוד השכן הנפטר (ההיפותטי) וכבודם של קרוביו. כבודו של הנפטר שלפנינו מכריע את הכף. האיסור שאסרה חברה קדישא על המערערת, עובר את המידתיות שהיא מותרת בה.

ישראל היא דמוקרטיה ושולט בה החוק - הוא שלטון החוק. שיקולינו ייסובו את הפרט, את האדם, את רצונו, את טובתו, את רווחתו - והכל על-פי חוק המדינה. אין זה מדוייק לומר כי אומרים לנו לכפות על החברה קדישא מעשה שהיא אסורה בו. החברה קדישא היא המבקשת לכפות על העותרת, וכפיה זו אנו אוסרים. הנוטל על עצמו נטל ציבורי ולמען הציבור, יוסיף ויידע כי לא יותר לכפות את רצונו על הציבור אלא על-פי הסמכה בחוק; וגם חוק יכוף ראשו לפני חוק - יסוד. חברה קדישא נושאת במיגבלות הרגילות שכל רשות ציבור נושאת בהן. העתיר מתקבלת.

מוסטפה ברכאת הוא בן הכפר ענבת שנעצר ע"י המינהל האזרחי, נחקר והודה כי היה מגוייס לארגון החזית הדמוקרטית. במהלך חקירתו נפטר. נערכה חקירה בדבר נסיבות מותו, אשר במהלכה נותחה הגופה. בו ביום פנה בא-כוח העותרים בבקשה לאפשר קבורת המנוח בשעות היום, אולם בקשתם נדחתה מכאן העתירה.

הלוויות אשר קיומן הותר במשך שעות היום, למי שנפטרו על רקע בטחוני, כרוכות בדרך כלל בהפרות סדר, ולעיתים הגיעו גם לכדי התפרעויות. על רקע זה, נטייתו של המפקד הצבאי היא להורות על קיום הלוויה של מי שנפטר על רקע בטחוני בשעות הלילה. בענייננו, עמו ביסוד החלטתו של המפקד הצבאי שלושה טעמים: הפרות הסדר הציבורי ופגיעה בבטחון מצד תושבי הכפר ענבת; לקחים שהופקו מאישור הלוויות בשעות היום; מידע שהתקבל משירות הבטחון הכללי וענייניו בהלוויות של המנוח.

קרבתם היתירה של כוחות הצבא למסע ההלוויה, כמבוקש וכנדרש בנסיבות מזה, והחשש הממשי מפני פעילות של הפרות סדר ופגיעה בבטחון מזה, עלולים לגרום בסופו של דבר לפגיעה בשלום ובבטחונם של תושבי הכפר. גם קיום ההלוויה ביום תוך הגבלתה במספר משתתפים, בזמן ובמיקום, מחייבת הטלת עוצר בשעות היום על העיירה כולה ואכיפתו על-ידי הכנסת כוחות צבא נוספים ומוגברים למקום. קיום לווייה במשך היום בהיקף מצומצם - כמו גם קיומה בהיקף רחב - יחייב נוכחות צבאית רבה (למעלה מחטיבה שלמה של חיילים). כן יחייב הדבר הטלת עוצר על כל הכפר. ייחודה של הלווייה לילית הוא בכך, שמספר המשתתפים בה הוא קטן, ועם סיומה אין התפרעויות או פגיעה בתחבורה הדלילה אותה שעה.

למפקד הצבאי נתונה הסמכות להורות, כי הלוויות של מי שנפטר על רקע בטחוני, תתקיים בשעות הלילה ותוך השתתפות בני המשפחה בלבד. עליו לקחת בחשבון, מחד גיסא, שיקולים הקשורים בכבוד האדם. מאידך גיסא, עליו להתחשב בצורך לקיים סדר ובטחון באזור. עליו לשמור על שלום של כוחות הבטחון, ועליו לשמור על בטחונם של תושבי האזור (הערבים והיהודים כאחד). עליו לקיים את הסדר הציבורי באזור ולאכופ בו את החוק.

בהתנגשות "חזיתית" בין שיקולים נוגדים אלה יד שיקולי הסדר והבטחון הינה, באופן עקרוני, על העליונה. האיזון גם קובע אמות-מידה באשר למצבים אשר בהם עליונות השיקול הבטחוני משתכללת הלכה למעשה. גם אם נניח כי מידת ההסתברות הנדרשת, להצדקת פגיעה בכבוד המת ומשפחתו הינה זו של הוודאות הקרובה, דין העתירה להדחות. בענייננו גם אין כל אפשרות לנקוט באמצעים חילופיים.

יצוין כי בנסיבות העניין שלפנינו, "הנסיגה" הנדרשת אינה מוחלטת. אין מונעים את קבורת המת. אין מונעים נוכחות בני המשפחה (למעלה ממאה איש). בנסיבות אלו נראה לנו כי החלטת המפקד הצבאי הינה סבירה. היא מאזנת בצורה ראויה בין האינטרסים והערכים שיש לקחתם בחשבון, ואין מקום להתערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק. העתירה נדחת.

פיגועים רבים נמנעו בשל פעולותיהן של רשויות המדינה. הרשות העיקרית הנושאת במשימה זו היא שירות הביטחון הכללי (שב"כ). להגשמת משימותיו הוא עורך, בין השאר, חקירות נגד חשודים בפעילות חבלנית עויינת. מטרתה של החקירה הינה לאסוף מידע על מתבלים ודרכי התארגנותם במטרה לסכל ולמנוע ביצוע מעשי חבלה בעודם באיבם. במסגרת החקירה נעשה שימוש גם באמצעים פיזיים, שהחלטה על נקיטתם מקרה מסויים נעשית על פי נוהל, המחייב אישור דרגים שונים של שב"כ. עתירה זו הוגשה כנגד שימוש בלחץ פיזי בחקירות.

חירותו של הפרט, לא להיות אובייקט לחקירה, היא חירות יסוד במשטרנו החוקתי. אין לפגוע בחירות זו אלא בהוראת חוק המקיימת את הדרישות החוקתיות. סמכות מנהל כללית של הממשלה, אין בכוחה לקיים דרישה זו.

הצורך במניעת קשר בין הנחקר לנחקרים אחרים, ואולי גם בינו לבין חוקריו, מחייבים נקיטת אמצעים מיוחדים. על כן כוללת סמכות החקירה - לפי נסיבות כל מקרה ומקרה לגופו - מניעת קשר עין עם אדם או מקום זה או אחר. כיסוי ראשו של נחקר - בייחוד כיסוי כל ראשו, להבדיל מכיסוי עיניו - במשך זמן ממושך בשק אטום וללא קשר הכרחי למטרה של שמירה על הנחקר או החוקרים, או מניעת קשר בין נחקרים, אינו חלק מחקירה הוגנת.

עצם העובדה כי נמנעת מנחקר היכולת לישון כלולה בסמכותו של החוקר. שונה הדבר מקום בו מניעת השינה הופכת מתוצאת לוואי של צרכים חקירתיים אינהרנטיים, למטרה בפני עצמה. אם נמנעת שינה מן הנחקר במכוון, לאורך זמן, וזאת אך בשל מטרה להתישו ולשבור את רוחו - אין הדבר מצוי בגדריה של חקירה הוגנת וסבירה. יוצא כי הסייגים החלים על חקירת משטרה חלים גם על חקירת שב"כ. אין הוראת חוק המקנה לחוקר שב"כ סמכות חקירה מיוחדת, שונה וחמורה מזו המוקנית לחוקר משטרה.

אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הבטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, הפוגעים בחירותם של אלה, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה. בדומה, לחוקר שב"כ אינדיבידואלי אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים אלה הפוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך כלל ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה. אם חוקר עומד לנקוט אמצעים אלה, או נוקט בהם הלכה למעשה, הוא חורג מסמכותו. אחריותו לכך תיבחן על פי הדין הכללי.

יתכן שהקשיים הבטחוניים הם רבים מדי, ונדרשת הסמכה לנקיטה באמצעים פיזיים במהלך החקירה. אם אמנם כך יוחלט כי אז ההכרעה בשאלה אם ראוי לה לישראל לאפשר אמצעים פיזיים בחקירותיה, ובשאלת היקפם של אותם אמצעים החורגים מכללי החקירה "הרגילה" היא שאלה שההכרעה בה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם. העתירה מתקבלת.