



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8987/22

בג"ץ 99/23

בג"ץ 179/23

בג"ץ 532/23

בג"ץ 2985/23

לפני :

כבוד ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן
כבוד ממלא מקום הנשיא יצחק עמית
כבוד השופט נעם סולברג
כבוד השופט יוסף אלרון
כבוד השופטת יעל וילנר
כבוד השופט עופר גרוסקופף
כבוד השופט אלכס שטיין
כבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ
כבוד השופט יחיאל כשר

העותרת בבג"ץ 8987/22 : התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותרים בבג"ץ 99/23 : 1. חבר הכנסת מיקי לוי
2. חבר הכנסת יואב סגלוביץ'

העותרת בבג"ץ 179/23 : סיעת העבודה בראשות מירב מיכאלי

העותרים בבג"ץ 532/23 : 1. האגודה לזכויות האזרח
2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
3. התנועה לטוהר המידות

העותרים בבג"ץ 2985/23 : 1. ועדת המעקב העליונה לענייני האזרחים הערבים בישראל
2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

נגד

המשיבים בבג"ץ 8987/22 : 1. הכנסת
2. הועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה

3. חבר הכנסת איתמר בן גביר
4. המשרד לביטחון פנים
5. מפכ"ל המשטרה
6. משטרת ישראל

7. היועצת המשפטית לממשלה

המשיבים בבג"ץ 99/23 : 1. השר לביטחון פנים
2. הכנסת
3. היועצת המשפטית לממשלה

- המשיבים בבג"ץ 179/23 :
 1. מדינת ישראל
 2. משטרת ישראל
 3. המשרד לביטחון פנים
 4. הכנסת

- המשיבים בבג"ץ 532/23 :
 1. הכנסת
 2. השר לביטחון לאומי
 3. משטרת ישראל
 4. הממשלה

- המשיבים בבג"ץ 2985/23 :
 1. הכנסת
 2. השר לביטחון לאומי
 3. היועצת המשפטית לממשלה

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה : י"ב בסיון התשפ"ד (18.6.2024)

בשם העותרת בבג"ץ
 : 8987/22
 עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד אריאל ברזילי ; עו"ד אורי
 הס ; עו"ד סתיו לבנה-להב

בשם העותרים בבג"ץ
 : 99/23
 עו"ד אלירם בקל

בשם העותרת בבג"ץ
 : 179/23
 עו"ד עומרי שגב ; עו"ד אור ירקוני ; עו"ד אורי אלדר

בשם העותרים בבג"ץ
 : 532/23
 עו"ד יונתן ברמן ; עו"ד גיל גן-מור ; עו"ד אביה אלף

בשם העותרים בבג"ץ
 : 2985/23
 עו"ד עדי מנסור ; עו"ד חסן ג'בארין

בשם משיבות הכנסת : עו"ד יצחק ברט

בשם משיבי הממשלה : עו"ד ענר הלמן ; עו"ד תהילה רוט ; עו"ד דניאל מארקס

בשם השר לביטחון לאומי : עו"ד נדב העצני ; עו"ד אורית יפת

פסק-דין

ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן:

עניינן של העתירות שלפנינו בחוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-
 2022, אשר מקנה לשר לביטחון לאומי שורה של סמכויות בכל הנוגע לעבודת משטרת
 ישראל. בפרט, התיקון מקנה לשר סמכות להתוות את מדיניות המשטרה ואת העקרונות

הכלליים לפעילותה, וכן להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות. נגד חוקתיות התיקון הוגשו 5 העתירות שלפנינו, ובהן נטען, בעיקרם של דברים, כי התיקון מאפשר את התערבותו של השר בעבודת המשטרה – התערבות שמגלמת פגיעה בעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל ובזכויות אדם.

רקע הדברים

1. פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה או הפקודה) היא דבר החקיקה המרכזי שבו מוסדרות סמכויותיה של משטרת ישראל (להלן גם: המשטרה). הפקודה קובעת כי השר לביטחון לאומי (להלן גם: השר) הוא השר הממונה על ביצוע הפקודה (יועזר כי הפקודה נוקטת בלשון שר המשטרה, ואולם לאורך השנים שם זה שונה בהחלטות ממשלה בנושא: תחילה לשר לביטחון פנים ולאחר מכן לשר לביטחון לאומי), והוא גם השר הממונה על המשטרה ונושא באחריות מיניסטריאלית לפעילותה. בנוסחה לפני התיקון, הפקודה הקנתה לשר סמכויות שונות בהתייחס לעבודתה של המשטרה, ובתוך כך הסמכות להמליץ לממשלה על מינוי המפקח (סעיף 8א לפקודה); הסמכות לקבוע את הרכב המשטרה (סעיף 2 לפקודה); הסמכות למנות שוטר או אדם אחר למלא כל תפקיד מתפקידיו של קצין משטרה בכיר (שוטר בדרגת סגן ניצב ומעלה), או להשתמש בכל סמכות מסמכויותיו (סעיף 7 לפקודה); והסמכות להרחיק משורות המשטרה כל שוטר "בכל עת שירצה" (סעיף 21 לפקודה).

2. לאורך השנים, שאלת גבולות סמכויות השר ביחס לעבודת המשטרה התעוררה לא אחת, ואף נדונה במסגרת עבודתן של ועדות ציבוריות שונות. כבר בשלב זה יובהר כי עובר לתיקון, התפיסה המקובלת הייתה כי מן העבר האחד, סמכויותיו של השר אינן מתמצות באלו שקבועות במפורש בפקודה ובדברי החקיקה הרלוונטיים (ראו למשל: הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש דוח הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש 44 (1999) (להלן: דוח ועדת צדוק)); ומן העבר השני, כי השר אינו משמש כ"מפקח-ל-על" אשר מחזיק בידו את הסמכויות והשליטה הישירות בכל הנעשה במשטרת ישראל (בג"ץ 863/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 863 (2003) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)). כפי שיפורט להלן בהרחבה, הוועדה הציבורית המרכזית שנדרשה לסוגיה זו היא הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש (להלן: ועדת צדוק). המלצות ועדת צדוק ביקשו לאזן בין שני עקרונות: הבטחת יכולתו של השר הממונה על המשטרה לממש את אחריותו המיניסטריאלית באמצעות קביעת

מדיניות עקרונית; והגנה על עצמאותה ומקצועיותה של המשטרה במישור פעילותה האופרטיבית (וראו להלן: פסקאות 85-91). בין שני עקרונות אלו מתקיים מתח מובנה שממנו נובעת המורכבות הרבה שבביעת גבולות סמכויותיו של השר.

3. ביום 27.12.2022 התקבל בקריאה שניה ושלישית חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022 (להלן: תיקון מס' 37 או התיקון), שעומד במוקד דיוננו. במסגרת תיקון זה הוקנו לשר לביטחון לאומי שורה של סמכויות שמתייחסות לעבודת המשטרה. נוכח חשיבות הדברים, נביא כבר בשלב זה את ההוראות המרכזיות שהתווספו לפקודה במסגרת התיקון:

כפיפות משטרת
ישראל
8ב. (א) משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה.

(ב) השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה.

התווית מדיניות
ועקרונות
8ג. (א) השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדר העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה.

(ב) השר ידווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת, אחת לכנס, על המדיניות שהתווה; השר יפרסם את המדיניות שהתווה באתר האינטרנט של המשרד לביטחון הפנים.

התווית מדיניות
בחקירות
8ד. (א) השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות.

(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מחובתה של משטרת ישראל לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ואין בהן כדי לגרוע מחובתה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה כאמור בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

שמירת סמכויות
8ה. אין בהוראות סעיפים 8א עד 8ד ו-9 כדי לגרוע מסמכויות השר לפי כל דין.

תפקיד המפקח 9. המפקח הכללי יפקח על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה ועל הפעלתה, ויהיה אחראי להשגחה על כל ההוצאות הכרוכות בה ולאפסניה שברשותה, והכול בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר כמפורט בסעיפים 88 ו-87.

4. הנה כי כן, עניינו של תיקון מס' 37 בשורת הוראות שבמרכזן מערכת היחסים שבין משטרת ישראל לבין השר והממשלה. סעיף 88(א) מסמיך את השר לקבוע את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים להפעלתה, כמפורט בסעיף, וכן קובע כי נתונה לו סמכות פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה. סעיף 88(ב) ממשיך וקובע כי השר ידווח על המדיניות שהתווה לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת אחת לכנס (להלן: הוועדה לביטחון לאומי; יוער כי בתיקון מס' 37 נקבעה חובת הדיווח לוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, ואולם בתיקון מאוחר לפקודה הוראה זו שונתה); בנוסף, הסעיף קובע כי המדיניות תפורסם באתר האינטרנט של המשרד לביטחון פנים. סעיף 88 מאפשר לשר לקבוע מדיניות בתחום החקירות, זאת לאחר ששמע את היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח"ל ועם המופקדים במשטרה על תחום החקירות (כפי שיובהר להלן, למונחים אלה חשיבות רבה לענייננו). לצד הוראה זו נקבע שסמכותו של השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות אינה גורעת מחובתה של משטרת ישראל לפעול לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, כמפורט בסעיף.

5. בנוסף לסעיפים אלה, סעיף 88, שכותרתו "כפיפות משטרת ישראל" קובע כי המשטרה נתונה למרות הממשלה וכי השר ממונה על המשטרה מטעם הממשלה. זאת ועוד, סעיף 9 לפקודה, שבנוסחו לפני התיקון קבע כי "המפקח הכללי יפקח על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה ועל הפעלתה, ויהיה אחראי להשגחה על כל ההוצאות הכרוכות בה ולאפסניה שברשותה", שונה, כך שנוספה לו הסיפה: "והכול בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר כמפורט בסעיפים 88 ו-87". לשלמות התמונה יוער כי בנוסף להוראות אלה, התיקון שינה את אופן פרסום פקודות משטרת ישראל, כמפורט בסעיף 99. בכללם של דברים, הסעיף בנוסחו לאחר התיקון קובע שפקודות המשטרה יפורסמו הן ברשומות, הן באתר האינטרנט של משטרת ישראל, אלא אם סבר המפקח"ל כי אין לפרסם פקודה מסוימת, באישור היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הסמיך לכך.

6. משאמרנו דברים אלה, נפנה לבחון את הליך חקיקת תיקון מס' 37. יוער שכפי שצוין לעיל, במועדים הרלוונטיים להליך החקיקה, שמו של המשרד הממונה על

המשטרה היה המשרד לביטחון פנים, ובהתאם השר והמשרד אוזכרו בהליך החקיקה לפי שם זה; בחודש ינואר 2023, לאחר שהליך החקיקה הושלם, שונה שם המשרד למשרד לביטחון לאומי (וראו: החלטה 22 של הממשלה ה-37 "שינוי שם המשרד לביטחון הפנים למשרד לביטחון לאומי ושינוי בחלוקת התפקידים בממשלה" (8.1.2023)).

הליך חקיקת התיקון

7. ביום 12.12.2022 הניח חבר הכנסת איתמר בן גביר (להלן: חבר הכנסת בן גביר, השר לביטחון לאומי או השר, לפי העניין) על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022, פ/80/25 (להלן: הצעת החוק). בדברי ההסבר להצעת החוק צוין כי:

"כידוע, עקרון יסוד בדמוקרטיה המודרנית הוא כי הדרג המדיני, קרי נבחרי הציבור, מתווה מדיניות ומנחה, והדרג הביצועי מיישם מדיניות זו. ואכן, ניתן לראות כי במבנה המשטרי של מדינת ישראל, צה"ל מבצע את מדיניות הממשלה ואת מדיניות השר הממונה וכפוף להנחיותיהם. בהתאם לכך, ועל מנת ליצור מארג חקיקתי קוהרנטי, שעומד בקנה אחד עם עיקרון היסוד האמור ברישא, מוצע להחיל הסדר דומה בפקודת המשטרה, בכל הנוגע ליחסים שבין משטרת ישראל לבין הממשלה והשר הממונה" (דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022).

8. הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת עוד בטרם הוקמה הממשלה ה-37, ואף לפני שהוקמו הוועדות הקבועות של הכנסת. זאת, בהתאם להסכם הקואליציוני שנחתם בין סיעת הליכוד לבין סיעת עוצמה יהודית, שבמסגרתו נקבע כי: "טרם השבעת הממשלה, הקואליציה תערוך שינויים בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, כך שהיחס בין השר לביטחון לאומי לבין מפכ"ל המשטרה יהיה כיחס שבין שר הביטחון לרמטכ"ל (למעט ביחס לסעיף 59 לחסד"פ), בהתאמות המחויבות" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; סעיף 5.1.1 לנספח ג' להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לבין סיעת עוצמה יהודית (25.11.2022)). כפי שיפורט להלן, הצעת החוק בנוסחה לדיון מוקדם אינה זהה לנוסח התיקון כפי שהתקבל לבסוף. כך, בין היתר, בנוסח המקורי הוצע לקבוע כי "משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה" וכי השר הוא הממונה על המשטרה מטעם הממשלה, וכי הוראות אלה "לא יחולו לעניין סמכות שוטר לפי כל דין בעניין חקירה או תיק מסוימים, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ולמעט עניין מדיניות בתחומי חקירות, טיפול

בתיקים והעמדה לדין". בנוסף, הצעת החוק כללה סעיף שלפיו "המפקח הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר".

9. ביום 13.12.2022, יום לאחר שהצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת, החליטה הוועדה המסדרת של הכנסת לפטור את ההצעה מחובת הנחה של 45 יום, לפי סעיף 76(ד)(2) לתקנון הכנסת (להלן: התקנון). זאת, בהתאם לבקשתו של יוזם הצעת החוק, חבר הכנסת בן גביר. בבקשה נטען כי יש לקצר את תקופת ההנחה מפאת חשיבות הנושא: הגדרה, בחקיקה ראשית, של סמכויות השר כלפי המשטרה; ולמעלה מן הצורך כי הצעת החוק נדרשת בהקדם גם בשל דחיפותה, נוכח מצב הפשיעה הקשה במדינה. במסגרת הדיון, הביעו חלק מחברי הכנסת ביקורת על קידום הצעת החוק בהליך מהיר, בטרם הקמת הממשלה ואף בטרם הקמתן של ועדות קבועות. כך למשל התייחס שר הבינוי והשיכון דאז, חבר הכנסת זאב אלקין, לכך שקידום חקיקה עוד בטרם הקמת הממשלה הוא צעד חריג שנעשה בו שימוש במקרים ספורים בלבד (פרוטוקול מס' 8 של הוועדה המסדרת של הכנסת, הכנסת ה-25, 14-15 (13.12.2022)). כן ראו את דבריו של שר המשפטים דאז, חבר הכנסת גדעון סער:

"אין שום דחיפות אמיתית בהליך חפוז, בהול, בנושא שנוגע למושכלות היסוד הללו שהן מיסודות המשטר הדמוקרטי, חלוקת הכוחות בין שר ממונה למפקח הכללי" (שם, בעמ' 11; כן ראו דבריה של חברת הכנסת אורית פרקש הכהן, בעמ' 55).

מנגד, ציין חבר הכנסת בן גביר כי:

"הרי כולנו כאן פוליטיקאים, והגלגל הוא עגול. תחשבו על עצמכם, מה הייתם עושים אם הייתם נכנסים למשרד ממשלתי ומבינים שלפי הפקודה אתה לא יכול לקבוע את המדיניות" (שם, בעמ' 36).

10. בו ביום עלתה הצעת החוק לדיון מוקדם במליאת הכנסת, ובסיומו אושרה הצעת החוק המתקן בדיון מוקדם, והוחלט להעבירה לוועדה המסדרת לשם קביעת הוועדה שתדון בה. באותו היום החליטה הוועדה המסדרת להקים ועדה מיוחדת לצורך הדיון בהצעת החוק (הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022; להלן: הוועדה המיוחדת). החל מיום 14.12.2022 ועד ליום 19.12.2022 קיימה הוועדה המיוחדת 5 דיונים בהצעת החוק ובהכנתה לקריאה ראשונה. בפתח הדיון הראשון, הציג חבר הכנסת בן גביר את הצעת החוק, ואת הצורך שקיים

לשיטתו בתיקון הפקודה. בתוך כך, הדגיש חבר הכנסת כי מאז הקמת המדינה, התעורר פעמים רבות מתח בין השר הממונה על המשטרה לבין המפכ"ל. חבר הכנסת הבהיר כי לשיטתו, מקורו של מתח זה בנוסח הפקודה המנדטורית, ממנו עולה כי כלל הסמכויות בהתייחס למשטרה מצויות בידי המפכ"ל בלבד:

"[...] לפי הפקודה הזאת המפקח הוא זה שקובע את המדיניות. הוא זה שמוציא את העקרונות, הוא זה שמתווה את הדברים. השר יכול להיות גורם שמאשר, שחותם [...] בדמוקרטיה השר הוא בעל הסמכות לקבוע מדיניות. נדמה לי, ונשמע את נציגי משרד המשפטים עוד מעט, שאין חולק בנושא הזה, שכולם מבינים שלשר יש את האפשרות לקבוע את המדיניות. לפי הפקודה לא. וזה עניין התיקון" (פרוטוקול ישיבה מס' 2 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022, הכנסת ה-25, 19.12.2022) (להלן: הפרוטוקול מיום 14.12.2022).

11. לחברי הוועדה הועבר מסמך הכנה מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה, בו הובהר כי הנושאים שנכללו בהצעת החוק נדונו על ידי ועדות ציבוריות שונות לאורך השנים, ובפרט על ידי ועדת צדוק, שמונתה על מנת להמליץ על חוק משטרה חדש, חלף הפקודה המנדטורית. צוין כי המלצות אלו כללו, בין היתר, את עיגון סמכותו של השר להתוות מדיניות לשם מימוש אחריותו המיניסטריאלית; לצד זאת צוין כי הוועדות הציבוריות ראו חשיבות רבה בשמירה על עצמאות החקירה והתביעה המשטרתית, וכי על הצעת החוק להבטיח עקרונות אלה; בנוסף צוין כי יש להבחין בין קביעת מדיניות לבין מתן הנחיות אופרטיביות למשטרה. כמו כן, הועברה למשתתפים הצעת נוסח מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה, שבמסגרתה הוצע, בין היתר, לעגן בהצעת החוק גם את מעמדו של המפכ"ל, ולהבהיר כי הוא הדרג הפיקודי העליון של משטרת ישראל (כמו כן ראו: הפרוטוקול מיום 14.12.2022, בעמ' 51).

12. במהלך הדיונים בוועדה המיוחדת, העלו המשתתפים קשיים שונים, שקיימים לשיטתם בהצעת החוק. כך, המפכ"ל דאז, רב ניצב יעקב שבתאי, הופיע לפני הוועדה והדגיש כי הצעת החוק תשפיע באופן דרמטי על צביונה ועל דמותה של משטרת ישראל, באופן שישליך גם על פועלה של המשטרה ועל אמון הציבור בה. בהקשר זה ציין המפכ"ל כי לעמדתו, נדרש כי תיקונים מסוג זה ייערכו בתום הליך מקצועי מעמיק, ולא בהליך חפוז, תוך שמירה על מעמדה של המשטרה כגורם ממלכתי ומקצועי, שפועל

באופן שוויוני ומשיקולים עניינים בלבד. המפכ"ל ציין כי גם במצב הקיים נתונה לשר סמכות לקבוע את מדיניות המשטרה, ולפיכך לא ברור מהי מטרת התיקון:

"[...] אני מודה שעד היום לא נתקלתי בסיטואציה שממחישה את הבעיה. לא שהיו מחלוקות. היו מחלוקות מקצועיות, אבל לא היו מקרים שבהם השר ביקש ליישם את מדיניותו ולא ניתן לכך מענה. הצעת החוק אינה מפרטת ואינה מבהירה מה לא ניתן לעשות עד כה ומה כן ניתן לעשות אחרי שהחקיקה תעבור [...]" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; הפרוטוקול מיום 14.12.2022, בעמ' 37-38).

המפכ"ל ציין כי מנוסח הצעת החוק לא ברור מהן גבולות סמכותו של השר, ובתוך כך האם הוא מוסמך להורות למפכ"ל להסיט כוחות משטרה בזמן נתון לצורך מסוים על חשבון פעילות מתוכננת מאיזורים אחרים בארץ; האם הוא רשאי להורות למפכ"ל לא לחקור עבירות מסוימות בהתאם למדיניותו; והאם הוא רשאי להנחות את המשטרה לפזר או לא לפזר הפגנות ומחאות. המפכ"ל הדגיש כי אין מדובר בשאלות תיאורטיות, אלא בשאלות שעשויות להשפיע בפועל על אופן פועלה של המשטרה, אך אין להן מענה בהצעת החוק. אף היועץ המשפטי למשטרת ישראל ציין כי מהצעת החוק לא ברור האם הכוונה היא לעגן את המצב הקיים, או האם מטרתה לשנות את נקודת האיזון במערכת היחסים בין השר לבין המפכ"ל, כפי שזו עוצבה בין היתר בהמלצותיה של ועדת צדוק; וכי ישנה חשיבות בהבהרת הדברים לשם שמירה על פעילותה התקינה של המשטרה (וראו: שם, בעמ' 201-204).

13. גם המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט פלילי) דאז, עו"ד עמית מררי והמשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), עו"ד גיל לימון (להלן ביחד: המשנים ליועצת המשפטית לממשלה או המשנים), הבהירו כי לשיטתם קיימים קשיים משמעותיים בהצעת החוק. המשנים הדגישו כי גם במצב הדברים הקיים לשר ישנה סמכות לקבוע את מדיניות המשטרה; וראו בהקשר זה את דבריו של עו"ד לימון: "אין ספק שהשר לביטחון פנים הוא לא רק מוסמך, הוא חייב לקבוע מדיניות למשטרה. זו החובה שלו וזה התפקיד שלו" (שם, בעמ' 64). ואולם, המשנים הבהירו כי לעמדתם הצעת החוק מבקשת להסיט את נקודת האיזון בין סמכותו של השר לקביעת מדיניות לבין העצמאות המקצועית של המשטרה ושל המפכ"ל, כפי שהותווה בוועדת צדוק, באופן שעשוי להוביל לכך שסמכויות המשטרה – שמימושן כרוך בפגיעה בזכויות אדם – יופעלו תוך שקילת שיקולים זרים. המשנים הדגישו כי לצד הרחבת סמכויות השר, הצעת החוק אינה כוללת ערבויות ואיזונים להבטחת ממלכתיותה ואי תלותה הפוליטית

של המשטרה. צוין כי החשש מתעצם ביחס לקביעת מדיניות בתחום החקירות, בפרט כשהצעת החוק אינה כוללת חובת היועצות עם היועצת המשפטית לממשלה (להלן גם: היועצת). המשנים ציינו כי לשיטתם אין מקום להקיש מההסדר הקבוע בחוק-יסוד: הצבא, נוכח השוני המהותי שקיים בין הצבא לבין המשטרה, ובשים לב לתפיסת יסוד שלפיה במשטר דמוקרטי המשטרה לא מהווה זרוע אכיפה או זרוע ביצוע של הממשלה כלפי האוכלוסייה האזרחית במדינה.

14. בהתאם להערות אלה, הציעו המשנים להוסיף להצעת החוק הוראה שתעגן את חובתה של המשטרה לפעול בממלכתיות, באופן נטול אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים, ללא משוא פנים וכשעליה מרות הדין בלבד, בדומה להוראה דומה שקיימת ביחס לעבודתו של שירות הביטחון הכללי; כמו כן הציעו להוסיף הוראה שתבטיח את מעמדו של המפכ"ל כדרג הפיקודי העליון. עוד הוצע כי סמכות השר להתוות מדיניות כללית תותנה בשקילת עמדתו של המפכ"ל, וכי הסמכות לקבוע מדיניות בתחום החקירות תותנה, בין היתר, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה (פרוטוקול ישיבה מס' 3 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022, הכנסת ה-25, 187, 352 (15.12.2022); להלן: הפרוטוקול מיום 15.12.2022).

15. בנוסף להערות המהותיות הנוגעות לתוכנה של הצעת החוק, המשנים הדגישו כי לשיטתם קיים קושי בהצעת החוק גם במישור ההליכי. זאת מאחר שמדובר ב"חקיקת בזק", שמקודמת עוד בטרם הקמת הממשלה, ומבלי שהתאפשר לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה ולגורמים המקצועיים לגבש עמדה סדורה בעניינה. צוין כי לשיטתם, דרך המלך לקידום הצעת חוק בנושאים משטריים היא באמצעות הצעת חוק ממשלתית, שכוללת עבודת מטה מקצועית וקבלת הערות מהציבור.

16. לצד התייחסויות אלו, נשמעו בוועדה המיוחדת עמדותיהם של גורמים ששירותו במשטרה בעבר, מומחים מהאקדמיה וגורמים נוספים מהחברה האזרחית. מספר משתתפים בדיונים התייחסו, בין היתר, לכך שעיון סמכותו של השר לקבוע מדיניות, תוך הימנעות מקביעת הגדרה ברורה בחוק למונח זה, בניגוד להמלצות ועדת צדוק, עשויה כשלעצמה להוביל לפגיעה בעצמאות המשטרה. כך למשל ציין עו"ד מייק בלס, ששימש בעבר כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה: "אין בחוק הגדרה מהי המדיניות שהוא יכול לעסוק בה [...] זה יפתח פתח, מה עניין של מדיניות ומה עניין הוראת ביצוע שכלל לא אמר לעסוק בו" (פרוטוקול ישיבה מס' 5 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק

לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022, הכנסת ה-25, 46 (19.12.2022) (להלן: הפרוטוקול מיום 19.12.2022); כן ראו: דבריו של מנכ"ל המשרד לביטחון פנים דאז, מר תומר לוטן: "המילה 'מדיניות' היא מילה [...] היא כל כך רחבה וכל כך [...] עצומה במה שאפשר להכניס תחת קורת הגג שלה [...] אני לא חושב שבדיון שמתנהל, או כפי שהוא מתנהל פה עכשיו, הביטוי הזה יכול להיפתר. כולנו רוצים שהשר יכתיב מדיניות, וגם כולנו מסכימים שזה המצב נכון להיום, אבל אני חושב שהחוק הזה באופן שבו הוא כתוב, משאיר פה מסננת עם כל כך הרבה חורים, שכל אחד יכול למלא אותם כראות עיניו, ואנחנו עלולים ליצור מצב שיוצא מאיזון כפי שאמרו פה אחרים קודם" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; הפרוטוקול מיום 14.12.2022, בעמ' 92-93).

17. לאורך הדיונים, חזרו והתייחסו המשתתפים להמלצות הוועדות הציבוריות בנושא (שיתוארו להלן בהרחבה), ובפרט לוועדת צדוק. כך למשל התייחס חבר הכנסת בן גביר, לצורך בחקיקה: "בוועדת צדוק כתבו שחייבים לעשות שינוי וחייבים להכניס לפקודת המשטרה כל מיני דברים שלא נמצאים בפקודה [...] אין לי מחלוקת איתכם שהשר הוא לא מפכ"ל-על, אין לי מחלוקת, אין לי מחלוקת שיש מגבלות לשר [...] אבל מה לעשות שמה שלא מעוגן, וכולם מסכימים עליו, ובמדינה דמוקרטית שהיא לא מדינת משטרה כולם מסכימים שהשר הוא זה שצריך לקבוע מדיניות, זה לא מעוגן ואנחנו רוצים לעגן את זה. זה כל הסיפור" (הפרוטוקול מיום 15.12.2022, בעמ' 209-210; כן ראו את דבריו בפרוטוקול מיום 14.12.2022, בעמ' 25). מנגד, ד"ר גיא לוריא מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, טען כי מדובר באימוץ חלקי של המלצות ועדת צדוק, שמתמקד בהרחבת סמכויותיו של השר, באופן שעשוי להוביל לשליטה מלאה ולא מאוזנת של השר על פעילותה של המשטרה, שתפגע במקצועיותה (הפרוטוקול מיום 14.12.2022, בעמ' 88). כך גם שרת החדשנות, המדע והטכנולוגיה דאז, אורית פרקש, התייחסה לכך: "אל תעשה חצי עבודה. תוסיף גם את הסעיפים שישמרו וימנעו ממך לנצל את כוחך לרעה" (שם, בעמ' 49).

18. בנוסף, חלק מהמשתתפים טענו כי אחד מהסעיפים המוצעים, שלפיו "משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה" אינו משקף נכון את מערכת היחסים שבין המשטרה לבין הממשלה, שכן הוא אינו נותן ביטוי להיבטים שבהם נתונה למשטרה עצמאות (ראו למשל את דבריו של ח"כ גלעד קריב, בפרוטוקול מיום 15.12.2022, בעמ' 206). כמו כן, חלק מהמשתתפים טענו כי הצעת החוק עשויה לפגוע בחלוקת הסמכויות בין השר לבין הממשלה (וראו: דבריו של עו"ד מייק בלס בפרוטוקול מיום 19.12.2022, בעמ' 46).

19. ביום 19.12.2022 הפיצה הוועדה המיוחדת נוסח מתוקן של הצעת החוק מטעם יוזם הצעת החוק, חבר הכנסת בן גביר. בנוסח זה נערך שינוי להוראות שנגעו לסמכותו של השר להתוות מדיניות באופן כללי, כמו גם לסמכותו להתוות מדיניות בתחום החקירות. בנוסף, בנוסח זה נוספה הוראה לפיה הדרג הפיקודי העליון במשטרה הוא המפקח הכללי; והוראה שלפיה השר רשאי להתוות מדיניות ולקבוע עקרונות כלליים בעניין משך הטיפול בתיקים, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות. באותו היום, הציגו המשנים ליועצת המשפטית לממשלה נוסח חלופי אשר גובש על דעת היועצת המשפטית לממשלה, שבו הוצעו, בין היתר, כי סמכותו של השר לקבוע מדיניות תותנה בשקילת עמדתו של המפקח; וכי בתחום החקירות סמכות זו תותנה בהתייעצות עם היועצת המשפטית לממשלה; כמו כן הנוסח כלל הוראה שמעגנת את חובת הממלכתיות, וזו לשונה: "במילוי כל תפקידיה ובהפעלת כל סמכויותיה תפעל המשטרה באורח ממלכתי, עצמאי, נטול אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים, וללא משוא פנים כשעליה מרותו של החוק בלבד" (להלן: הצעת המשנים לסעיף הממלכתיות).

20. חבר הכנסת בן גביר הבהיר כי הוא מתנגד להצעת המשנים לסעיף הממלכתיות, מאחר שלשיטתו אין צורך בהוספתו. חבר הכנסת טען כי אין מקום להשוות בין החקיקה שמסדירה את שירות הביטחון הכללי לבין החקיקה שמסדירה את המשטרה:

"הרי השב"כ זה ארגון שונה מהמשטרה. מה לעשות ששירות הביטחון הכללי, וכולנו מבינים את זה, זוכה ליותר אנונימיות, ליותר חשאיות [...] ואז מגיע תורי לשאול: אני מבין את התפיסה שאומרת שצריך להכניס שהשב"כ הוא ארגון ממלכתי, והוא ארגון שחף מכל עניין פוליטי. אני מבין את התפיסה; אבל המשטרה זה גוף שונה. למה כשאתם אומרים שהמשטרה חייבת להיות ממלכתית ולא להכניס פוליטיקה [...] אני שואל: למה כאן אתם לא לוקחים את זה בחשבון, שיש שוני בין הארגונים? ואז, אולי בגלל השוני הזה, מה שמתאים לכתוב באותיות קידוש לבנה בשב"כ, שפועל במחשכים, לא מתאים לכתוב במשטרת ישראל, שמאז ומעולם – אני מקווה – לא הייתה גוף פוליטי, ושקלה שיקולים של ממלכתיות? למה אין את המשקל הזה?" (פרוטוקול ישיבה מס' 4 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022, הכנסת ה-25, 89-90 (18.12.2022)).

21. ובמקום אחר טען כי יסודה של ההצעה בהתנגדות פרסונלית של הייעוץ המשפטי לממשלה לכהונתו כשר: "74 שנה המשטרה לא מתעסקת בפוליטיקה. פתאום בן גביר נכנס ויש פוליטיקה? [...] אין התנגדות שהמשטרה לא תהיה פוליטית [...] אחרי 74 שנה שמדינת ישראל קיימת ולשום שר לא באתם ואמרתם בפקודה שלו שזה לא יהיה פוליטי, שכן יהיה פוליטי, איפה הייתם? במשך 74 שנה? איפה הייתם?" (הפרוטוקול מיום 19.12.2022, בעמ' 10). לכך השיבה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), עו"ד עמית מררי (להלן: המשנה הפלילי ליועץ): "[כ]שמבקשים לתקן את החוק באופן שלדעתנו משנה את האיזון ושמבקשים להכניס סעיף [...] מדיניות שלא קיים בחוקים אחרים, אנו מבקשים להכניס סעיף שכן קיים בחוק אחר, בחוק השב"כ" (הפרוטוקול מיום 19.12.2022, בעמ' 11).

22. חלק מחברי הכנסת תמכו בהצעה להוסיף סעיף כאמור, וגרסו כי טמונה בכך חשיבות רבה. כך למשל ציין סגן השר לביטחון הפנים דאז, מר יואב סגלוביץ: "לשיטור בחברה דמוקרטית יש מגבלות, לא רק של השר, המגבלה המרכזית היא מרות הדין, מרות החוק, זה שזה בכותרת ראשונה, זה צריך להיות רשום למעלה, הראשונה, לפני השר, לפני הממשלה, לפני אף אחד, מרות הדין, מרות החוק. שוטר הוא לפני הכול נשבע למדינה, לא נשבע לממשלה" (הפרוטוקול מיום 15.12.2022, בעמ' 223). כך, ציין גם חבר הכנסת גלעד קריב כי: "במדינה דמוקרטית אי אפשר לומר שהמשטרה נתונה למרות הממשלה בלי כוכבית, חייבת להיות שם כוכבית. הכוכבית הזאת אומרת שבראש ובראשונה המרות של המשטרה היא לחוק [...]" (הפרוטוקול מיום 15.12.2022, בעמ' 206; כן ראו: דבריו של ח"כ מיקי לוי בפרוטוקול מיום 19.12.2022, בעמ' 25).

23. בסופו של יום, ביום 19.12.2022 אושרה הצעת החוק לקריאה ראשונה. בדברי ההסבר שהונחו לפני המליאה לקראת הקריאה הראשונה נכתב, בין היתר, כי: "הצעת החוק המתפרסמת בזה נועדה אפוא לעגן את סמכותו של השר כמתווה המדיניות שלאורה תפעל המשטרה, ברוח המלצות ועדת צדוק, ועדת אור, וועדת זמיר" (דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 39) (סמכויות), התשפ"ג-2022, ה"ח הכנסת 943, 8). יום לאחר מכן, ביום 20.12.2022, אישרה מליאת הכנסת את הצעת החוק – בקריאה ראשונה – ברוב של 63 חברי כנסת מול 53 מתנגדים.

24. למחרת החלה הוועדה המיוחדת את שלב ההכנה לקריאה שנייה ושלישית, במסגרתו התקיימו 5 דיונים. במהלך הדיון ביום 21.12.2022 הוצגה הצעת נוסח מטעם

הייעוץ המשפטי לוועדה המיוחדת, שאף בגדרו הוצע להוסיף סעיף שיעגן את חובת הממלכתיות של המשטרה, בנוסח הבא: "משטרת ישראל תפעל באורח ממלכתי; לא תוטל על המשטרה משימה לשם קידום אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים". במהלך הדיון ביום 22.12.2022 הודיע חבר הכנסת בן גביר כי הוא מבקש לתקן את הצעת החוק בהתאם להערות שנשמעו בוועדה המיוחדת, ובתוך כך להוסיף סעיף שעניינו בפרסום מדיניות השר ודיווח עיתי לוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. בנוסף, הוחלט לפצל מהצעת החוק את הסעיפים שנוגעים למעמדו של המפכ"ל ("המפקח הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר"; והסעיף שלפיו "הדרג הפיקודי העליון במשטרה הוא המפקח הכללי") ולסמכות השר לקבוע מדיניות ביחס למשך הטיפול בתיקים. זאת, בהתאם לסעיף 84 לתקנון הכנסת. ביום 26.12.2022 אושרה הצעת הפיצול במליאת הכנסת.

25. ביום 26.12.2022 התקיים דיון בוועדה המסדרת על הפעלת סעיף 98 לתקנון הכנסת, שמאפשר לקבוע סדרי דיון מיוחדים ביחס לחוקי תקציב ו"במקרים אחרים יוצאים מן הכלל", לרבות קביעת מסגרת הדיון וזמני הדיבור במליאה. ביום 27.12.2022 אושרה הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית, ברוב של 61 חברי כנסת מול 55 מתנגדים. התיקון פורסם ברשומות יום לאחר מכן, ביום 28.12.2022 – בחלוף 16 ימים מיום הנחתו על שולחן הכנסת כהצעת חוק פרטית.

הגשת העתירות ובקשות לצווי ביניים

26. בסמוך לאחר אישור תיקון מס' 37 הוגשו 5 העתירות שלפנינו, שעיקרן, בראש ובראשונה, בבקשת העותרים כי נורה על בטלות התיקון. במסגרת העתירה בבג"ץ 8987/22 התבקש בית משפט זה ליתן צו ביניים למניעת כניסתו של התיקון לתוקף עד להכרעה בעתירות. ביום 28.12.2022 דחה השופט י' עמית את הבקשה. כפי שיפורט להלן, לאחר הגשת העתירות ולאורך ההליך, הוגשו לבית משפט זה מספר בקשות נוספות לצווי ביניים. בעיקרם של דברים, במסגרת הבקשות נטען כי השר עושה שימוש בסמכותו להתוות מדיניות על מנת להתערב בשיקול דעתה המקצועי של המשטרה וכדי לתת לגורמים בשטח הנחיות אופרטיביות. זאת, בפרט בהתייחס להפגנות ולמחאות רחבות ההיקף שכוונו ליוזמות משפטיות לשינוי מערכת המשפט שהובילה הממשלה, שהתקיימו באותה עת.

27. כך, ביום 5.3.2023 הגישו התנועה לאיכות השלטון בישראל, היא העותרת בבג"ץ 8987/22 (להלן: התנועה לאיכות השלטון), והעותרים בבג"ץ 532/23 (הם

האגודה לזכויות האזרח בישראל; הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל; והתנועה לטוהר המידות) בקשות למתן צו ביניים, בהן נטען כי בחלוף הזמן מאז שהוגשו העתירות, בכסות של קביעת מדיניות, השר התערב בשיקול דעתה המקצועי של המשטרה וביקש להחמיר את האכיפה כלפי מפגינים שמחו נגד הממשלה. כנטען, התערבותו של השר הובילה להגברת השימוש בכוח מצד המשטרה ולשימוש באמצעים קשים ובלתי שגרתיים, כגון הגברת השימוש במכת"זות; שימוש בפרשים; ויידוי רימוני הלם אל ריכוזי מפגינים. זאת, ללא הצדקה מבצעית-מקצועית, ובאופן שהוביל לפגיעתם של מפגינים. בנוסף לאמור, השר ביקש שלא לאפשר חסימת צירים מרכזיים, תוך אזכור כבישים ספציפיים. הבקשות התייחסו, בין היתר, לפרסומים של השר ברשתות החברתיות. נוכח האמור, העותרים בבג"ץ 532/23 ביקשו כי השר יימנע מלעשות שימוש בסמכות הנתונה לו מכוח התיקון לקבוע מדיניות ביחס למימוש חופש הביטוי, חופש המחאה והזכות להפגין, עד להכרעה בעתירות; והתנועה לאיכות השלטון ביקשה כי בית המשפט יאסור על השר להתערב באופן הפעלת הכוח המשטרתי נגד מפגינים.

28. בתגובת היועצת המשפטית לממשלה נמסר כי בחינת האירועים שפורטו במסגרת הבקשות לצו ביניים, על בסיס הנמסר ממשטרת ישראל, מעלה כי קיים חשש ממשי שבחלק מהמקרים "נחצה קו הגבול" (סעיף 23 לתגובה מיום 16.3.2023), והשר התערב באירועים פרטניים תוך חריגה מסמכות. זאת, בכסות של קביעת מדיניות כללית, שבפועל ביקשה להנחות בזמן אמת את שיקול הדעת המקצועי שנתון לגורמי המשטרה בשטח, תוך כדי התרחשות האירועים. במסגרת התגובה פורטו שורה של אירועים שעוררו חשש כאמור. כך למשל, צוין כי ביום 1.3.2023, בעת שהתקיימו הפגנות ברחבי הארץ, פרסם השר כי קיים הערכות מצב שוטפות עם גורמים במשטרה, והנחה אותם שלא לאפשר חסימות צירים ספציפיים, אגב אירועי מחאה ותוך כדי התרחשותם. עוד צוין כי ביום 9.3.2023, בעת קיומן של מחאות ברחבי הארץ, פנה השר למפקדי מחוזות במשטרה והבהיר כי הוא אינו מרוצה מכך שמדיניותו לעניין חסימת כבישים אינה מיושמת בנתיבי איילון ובנתב"ג. בתגובת המדינה צוין כי בעקבות האירועים האמורים, ועל רקע דיווחים של מפקדים במשטרה שלפיהם השר וגורמים מטעמו פנו אליהם במהלך אירועים מבצעיים, הנחה המפכ"ל כי הוראות מבצעיות או אישורן יועברו אך על ידי המפכ"ל וכי אין לקיים קשר בעניינים אלה עם השר, אלא בתיאום עם המפכ"ל ולשכתו.

29. הובהר כי לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, השר רשאי להמשיך ולקבוע מדיניות כללית למשטרה, לרבות ביחס להפגנות, אך עליו להימנע ממתן הוראות אופרטיביות למשטרה – באופן ישיר או עקיף. בהקשר זה צוין כי מדיניות לא מתגבשת

אגב אירוע ספציפי ובמהלכו; וכי מדיניות הנמסרת לדרג הפיקודי אגב אירוע מבצעי שמתנהל, עולה כדי הנחיה אופרטיבית. לפיכך, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, ישנה חשיבות כי קביעת המדיניות תיעשה בשגרה, על יסוד תשתית עובדתית ומקצועית, ולאחר שמיצת הדרג המקצועי בנושא, ובפרט על יסוד שיח עם המפכ"ל. כמו כן, הודגש שהמדיניות צריכה להיות כללית באופן שיותר שיקול דעת לדרג המקצועי בשטח, בהתאם לנסיבות המשתנות.

30. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה צורפה עמדתו של השר בן גביר. לטענת השר, הפרסומים שאליהם הפנו העותרים מטעמו של השר ברשתות החברתיות משקפים את מדיניותו, וזאת בהתאם לסמכות הנתונה לו. השר טען כי גם עובר לתיקון, התפיסה המקובלת הייתה שנתונה לשר סמכות לקבוע מדיניות בעניין הפגנות ומחאות, לרבות לעניין חסימות צירים, וכי הוא פעל בהתאם לסמכות זו. לצד זאת, ציין השר כי גם לשיטתו, שיקול הדעת ביחס לאופן הפעלת הכוח בשטח מסור לכוחות המשטרה.

31. ביום 19.3.2023 קבע השופט עמית כי קיימת הסכמה בין משיבי הממשלה שהשר רשאי להתוות מדיניות כללית, גם ביחס להפגנות, ובפרט ביחס לחסימה ולפינוי של צירי תנועה, אך הוא אינו רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות שהתווה, ואינו רשאי ליתן הנחיות קונקרטיות אגב התרחשותם של אירועים פרטניים. בית המשפט הבהיר כי משמעות הדברים היא כי כדלקמן:

"[...]"

מכאן, שאין השר רשאי ליתן הנחיות מבצעיות בדבר הדרכים ליישום מדיניותו, אופן השימוש בכוח באירוע כזה או אחר, דרכי השימוש בכוח, האמצעים לפיזור הפגנות, התנאים הנוגעים לזמן, למקום ולאופן עריכת האירוע וכיו"ב. על מנת למנוע מחלוקות בעתיד, הרי שגם 'אזכור' של המדיניות במהלך אירוע מבצעי קונקרטי שעה שזה עודנו מתנהל, עלול להתפרש כהנחיה אופרטיבית.

ובקיצור, מהאמור לעיל עולה כי על השר להימנע ממתן הוראות אופרטיביות למשטרה, בין במישרין ובין בעקיפין, והדברים נכונים במיוחד לגבי מחאות והפגנות כנגד השלטון.

משהובהרו והוסכמו העקרונות, חזקה כי כך ינהגו כלל המעורבים, וממילא לא נדרשת הוצאתם של צווי ביניים" (להלן: ההחלטה מיום 19.3.2023).

32. ביום 10.3.2023 הגישה התנועה לאיכות השלטון בקשה נוספת לצו ביניים. הבקשה כוונה כלפי החלטת השר והמפכ"ל להדיח מתפקידו את מפקד מחוז תל אביב דאז, ניצב עמיחי אשד, ולהעבירו לתפקיד ראש אגף ההדרכה; ההחלטה פורסמה ביום 9.3.2023, במהלך התקיימותן של מחאות ברחבי הארץ, לרבות בעיר תל אביב, כאשר מספר שעות לפני פרסום ההודעה, הביע השר ביקורת על שיקול דעתה של המשטרה ביחס להתנהלותה בהפגנות, ועל פעולות קונקרטיות שנעשו תחת פיקודו של ניצב אשד. לצד הבקשה למנוע את הדחת ניצב אשד, התבקש בית המשפט לאסור על השר להתערב בהפעלת הכוח המשטרתי ובמינוי בכירי המשטרה ביחס לניהול המחאה הציבורית.

33. בו ביום הנחתה היועצת המשפטית לממשלה את השר להקפיא את ההחלטה להדיח את ניצב אשד, נוכח חשש משמעותי שהתעורר לשיטתה ביחס לחוקיות ההחלטה. בעקבות האמור, ביום 11.3.2023 מסר המפכ"ל כי החליט להקפיא את ההחלטה. ביום 19.3.2023 נערך דיון בראשות המשנים ליועצת המשפטית לממשלה. לאחר בחינת הנושא, סיכמו המשנים, בין היתר, כי קיים חשש לקשר סיבתי בין חוסר שביעות רצונו של השר מהתנהלות משטרת מחוז תל אביב באירועי מחאה אשר כווננו נגד הממשלה, לבין העברתו מתפקידו, ולמצער כי קיימת מראית עין של קשר סיבתי שכזה. נקבע כי התנהלות זו מייצרת אפקט מצנן משמעותי ביחס לבעלי תפקידים במשטרה, והיא עשויה לפגוע בתפקודה של המשטרה ובעצמאות הדרג הפיקודי הבכיר. נוכח האמור הובהר כי יש לקבל החלטה חדשה בנוגע לניצב אשד, בהתאם לנוהג שמקובל, על יסוד תשתית עובדתית ושיקולים רלוונטיים, ולאחר שמיעת טענותיו של ניצב אשד.

34. ביום 27.4.2023 קבע השופט עמית כי הבקשה למנוע את העברת ניצב אשד מתפקידו התייתרה, נוכח ההחלטה להקפיא את ההחלטה. אשר לבקשה למנוע את התערבותו של השר במינויים עתידיים של בכירי המשטרה שקשורים לניהול המחאה הציבורית, נקבע כי מדובר בסעד כוללני שאין לו תשתית שנוגעת למינוי קונקרטי ומשכך, דין הבקשה להידחות. לצד זאת, צוין כי בית המשפט רשם לפניו את האמור בתגובת היועצת, שלפיה מינוי בכירים במשטרת ישראל והעברתם מתפקידם "צריך להיעשות בתיאום בין המפכ"ל והשר, בהתאם לנוהג ולסדר הדברים הרגיל והמקובל [...] [ו]אינו יכול לשמש כלי להתערבות אופרטיבית עקיפה בפעולות המשטרה, בין היתר תוך העברת מסרים בעלי 'אפקט מצנן' לשדרת הפיקוד" (פסקה 2 להחלטה).

35. ביום 2.5.2023 הגישה התנועה לאיכות השלטון "הודעת עדכון" מטעמה (ללא בקשה מתאימה), שכוללת התייחסות מפורטת לשורת אירועים שבמסגרתם, כנטען, השר התערב במדיניות האופרטיבית של המשטרה, לרבות בהליכי חקירה ומעצרים.

36. בהמשך, ביום 27.11.2023, הגישו העותרים בבג"ץ 532/23 בקשה נוספת לצו ביניים, שבגדרה חזרו וביקשו שבית משפט זה יורה כי השר בן גביר יימנע ממתן הוראות כלליות או פרטניות, במישרין או בעקיפין, בכל עניין שנוגע למימוש זכות ההפגנה והמחאה, עד להכרעה בעתירות. כנטען בבקשה, התנהלות השר בחלוף הזמן ממועד ההחלטה מיום 19.3.2023, מעלה כי אין די בהסכמתו של השר שלא להתערב בהחלטות אופרטיביות, ונדרש ליתן צו אופרטיבי. הבקשה הוגשה בעקבות פרסום של השר בן גביר ברשת החברתית "X" (לשעבר טוויטר) מיום 17.11.2023, בעניין הפגנה שהייתה עתידה להתקיים יום למחרת בתל אביב, שכעולה מהבקשה לקבלת רישיון, אורגנה על ידי מפלגת חד"ש בהתייחס למלחמת "חרבות ברזל" ומטרתה הייתה "קריאה להפסקת אש, ולעסקת החלפת שבויים ולמען השלום" (סעיף 18 לתגובת היועצת המשפטית לממשלה לצו ביניים מיום 1.1.2024). תחילה, הבקשה לקיים את ההפגנה נענתה בשלילה על ידי המשטרה, נוכח מחלוקת ביחס למיקומה האפשרי, ובעקבות זאת, הוגשה עתירה לבית משפט זה. עובר להגשת תגובת המדינה לעתירה, נערך שיח בין גורמי משרד המשפטים והפרקליטות לבין המשטרה, שבמסגרתו גובשה הסכמה בין המארגנים לבין המשטרה ביחס למיקומה וביחס לכמות המשתתפים. להסכמה זו ניתן תוקף של פסק דין (בג"ץ 8211/23 לוי נ' מפקד מחוז תל אביב (16.11.2023)).

37. הפרסום של השר בן גביר כוון לחבר הכנסת שמחה רוטמן, שפרסם ברשת החברתית "X" פרסום שמתנגד לקיום ההפגנה. בפרסום של השר נכתב כי: "בהתאם להנחייתי, משטרת ישראל מנעה עד כה קיום מפגני הזדהות עם הנאצים מהחמאס. לצערי פרקליטות המדינה כפתה על משטרת ישראל להסכים להפגנה זו, וחבל שלא בדקת את העובדות לפני שאתה מציין נגד משטרת ישראל. במקום זה, אולי כדאי שתזמין את הפרקליטות שאתה אמור לפקח עליה לדיון בועדת חוקה, כדי לבדוק מדוע הכתיבו למשטרה שחייבים לקיים את ההפגנה". לשיטת העותרים, מפרסום זה עולה כי השר ממשיך לתת הנחיות אופרטיביות למשטרה בעניין מניעת הפגנות בהתאם לתוכנו, בכסות של קביעת מדיניות כללית.

38. בתגובת היועצת המשפטית לממשלה, צוין כי לעמדתה, יש, למצער, מקום להבהיר באופן קונקרטי את גבולות המותר והאסור באשר להתערבותו של השר בפעילות האופרטיבית של המשטרה, בפרט בנוגע לפעילות שנוגעת למימוש חירות ההפגנה והמחאה. בהתייחס לפרסום נושא הבקשה, ציינה היועצת כי פעם נוספת השר "חצה קו גבול" בין הסמכות הנתונה לו לגבש מדיניות כללית לבין התערבות פסולה בשיקול הדעת המבצעי של גורמי המשטרה, ביחס לסוגי מסרים שלדעת השר יש למנוע הפגנה בעניינם (סעיף 24 לתגובת היועצת המשפטית לממשלה מיום 1.1.2024), וכי הפרסום נעשה תוך חריגה מסמכות, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם ההחלטה מיום 19.3.2023. לשיטת היועצת, הדבר נלמד משורה של נסיבות, ובתוך כך העובדה כי הפרסום מופנה נגד שיקול הדעת של הדרג המקצועי במשטרה במקרה קונקרטי; ההתבטאות פורסמה במהלכו של האירוע, בעודו מתנהל; היא מכוונת לקבוע מדיניות הפוסלת הפגנה בהתאם לנושא ההפגנה; העובדה כי מדובר בהתבטאות של שר ביחס לקיומה של הפגנה של מפלגת מיעוט באופוזיציה; והעובדה כי מדיניות זו לא התקבלה בהליך פרוצדורלי כנדרש. בהקשר זה צוין כי במסמך המדיניות שפורסם באתר המשרד לביטחון לאומי במאי 2023 לא נכללה מדיניות בנושא הפגנות. היועצת פירטה פרסומים נוספים של השר, שבהם הוא מתייחס להנחיותיו לעצור ולפעול נגד מפגינים במספר מקרים קונקרטיים. בהתאם לאמור, נטען כי ההתבטאות נושא הבקשה לצו ביניים אינה בגדר מקרה בודד, אלא מייצגת את תפיסת השר לגבי גודל סמכויותיו.

צוין כי התבטאויות אלה של השר עשויות להשפיע על התנהלות המשטרה באירועים קונקרטיים באופן ממשי, גם אם לא גלוי, שכן הן עשויות להתפרש כהנחיות אופרטיביות לגורמי המשטרה. עוד הודגש כי רגישות הדברים מתעצמת נוכח הסמכות הנתונה לשר למינוי קצינים בכירים במשטרה, שדרגתם סגן ניצב ומעלה (בהתאם לסעיף 7 לפקודה, שאוזכר לעיל).

39. בתגובתו של השר, צוין כי הבקשה "חסרת שחר ונעדרת כל עילה" (סעיף 1 לתגובת השר מיום 18.12.2023). צוין כי המדיניות העולה מהפרסום נושא הבקשה שלפיו אין לאפשר בשעת מלחמה הפגנת הזדהות עם האויב ותמיכה בו, היא לא רק לגיטימית אלא מתחייבת מהוראות החוק, שכן הפגנות אלה עשויות לעלות כדי עבירה פלילית. בהתאם, השר הנחה את המשטרה שלא לאפשר הפגנות מסוג זה, ולשיטתו מדובר בהנחיה שהיא חלק מסמכותו. עוד צוין כי אין זיקה בין הבקשה לצו ביניים לבין העתירות שנוגעות לחוקיות תיקון מס' 37, שכן לעמדתו הייתה נתונה לו סמכות לקבוע מדיניות גם עובר לחקיקת התיקון.

40. בהחלטה ביום 10.1.2024 הורינו (בהרכב ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן, והשופטים י' עמית וי' כשר) על מתן צו ביניים:

"כעולה מהחומרים שלפנינו, התייחסות השר להפגנה נושא הבקשה אינה עולה בקנה אחד עם האמור בהחלטת בית משפט זה (השופט י' עמית) מחודש מרץ 2023. נוכח האמור לעיל, מצאנו ליתן צו ביניים שלפיו השר יימנע מלתת הנחיות והוראות אופרטיביות למשטרה בדבר יישום מדיניותו בכל הנוגע למימוש זכות ההפגנה וחופש המחאה. בכלל זאת, יימנע השר מכל התייחסות לאירוע מבצעי קונקרטי באופן שעשוי לעלות כדי מתן הוראה אופרטיבית למשטרה כיצד עליה להפעיל סמכותה באותו אירוע – במישרין או בעקיפין, מראש או למפרע. כן יימנע השר מלהתייחס – בין היתר – לאופן השימוש בכוח באירוע כזה או אחר, דרכי השימוש בכוח, האמצעים לפיזור הפגנות, התנאים שנוגעים לזמן, למקום ולאופן עריכת האירוע ולעצם מתן אישור לקיום האירוע [...]."

41. ביום 27.5.2024 שלח השר לביטחון לאומי מכתב למפכ"ל שבו הוא מזמנו לשימוע טרם שיגבש המלצה לממשלה בעניין הקדמת סיום כהונתו. במכתב השימוע הפנה השר להמלצותיה של ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון, אשר קבעה כי ממצאיה מובילים למסקנה כי יש לסיים את תפקידו של המפכ"ל; ואולם נוכח הנסיבות המיוחדות של מלחמת "חרבות ברזל", הוועדה הותירה לממשלה שיקול דעת לקבוע את המועד לסיום כהונתו. המלצות הוועדה פורסמו חודשיים לפני כן, ואולם השר ציין כי החליט על סיום כהונתו של המפכ"ל נוכח התרבות הטענות באותה התקופה ל"אי תפקודו הכללי", ובשים לב לטענות נוספות שמפורטות במכתב.

42. המכתב נשלח למפכ"ל באותו שבוע שבו הוא פנה ליועצת המשפטית לממשלה, ועדכן אותה כי השר שב וחורג מסמכותו כלפי משטרת ישראל. יום לאחר מכן, ביום 28.5.2024, הגישה התנועה לאיכות השלטון בקשה למתן צו ארעי שימנע את סיום הכהונה של המפכ"ל. בו ביום שלחה היועצת המשפטית לממשלה מכתב לשר במסגרתו ציינה, בין היתר, כי סמיכות הזמנים שבין שליחת המכתב למפכ"ל לבין פניית המפכ"ל ליועצת (שלפיה, כאמור, השר חורג מסמכותו כלפי המשטרה) "מעוררת חשש כבד, כי במסווה של טענות עקרוניות כביכול נגד המפכ"ל אתה מבקש 'להענישו' על כך שביקש למנוע ממך להתערב באופן פסול בעבודת המשטרה, וכל זאת שעה שאתה פועל לכאורה

בניגוד להחלטה מפורשת של בג"ץ. כן מתעורר חשש כבד שאתה מבקש להעביר מסר לכל שרשרת הפיקוד במשטרה, למען יראו וייראו" (שם, סעיף 3). עוד ציינה היועצת כי זימון המפכ"ל לשימוע מסוג זה הוא החלטה מינהלית כבדת משקל שנדרש כי תתבסס על תשתית עובדתית מספקת, שאינה מפורטת במכתב; משכך, מועצם החשש שלפיו ביסוד ההחלטה ניצבים שיקולים זרים. לפיכך, היועצת קבעה כי יש מניעה משפטית מקיום השימוע. בתגובה לבית המשפט היועצת הדגישה כי ההשתלשלות האמורה מדגישה כי עמימותו של תיקון מס' 37 מהווה כלי להתערבות אופרטיבית בעבודת המשטרה.

43. בתגובת השר לביטחון לאומי נמסר כי העתירות אינן המקום לדון בטענות התנועה לאיכות השלטון, מאחר שלא קיימת זיקה בין מכתב השימוע לבין נושא העתירות. לצד זאת צוין כי בשים לב לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, השר ביטל את השימוע. לשלמות התמונה הוסיף השר וציין כי בכוונתו לפעול בהתאם להמלצותיה של ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון לעניין סיום כהונת המפכ"ל, וכי הוא מתכוון להביא בתוך 10 ימים הצעת החלטה לממשלה בעניין זה.

44. ביום 29.5.2024 הורינו (בהרכב ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן, והשופטים י' עמית, נ' סולברג, י' אלרון, י' וילנר, ע' גרוסקופף, א' שטיין, ג' כנפי-שטייניץ, ו' כשר) כי נוכח האמור בתגובת השר לביטחון לאומי, שלפיו השימוע שתכנן לקיים בוטל, הבקשה למתן צו ביניים התייתרה.

45. לשלמות התמונה יצוין כי במסגרת תצהיר התשובה פירטה היועצת המשפטית לממשלה על אודות מקרה נוסף שבו לשיטתה התנהלות השר עוררה קושי: ביום 13.3.2024 זומן שוטר מג"ב לחקירה במחלקה לחקירות שוטרים (להלן: מח"ש), על רקע ירי שבוצע במסגרת הפרות סדר יום קודם לכן במחנה הפליטים שועפאט. בו בזמן, השר בן גביר הגיע למשרדי מח"ש במהלך החקירה ונשא דברים. בעקבות זאת שלחה היועצת מכתב לשר, בו צוין, בין היתר: "כל התערבות מטעמך בחקירות, בדרך ישירה או עקיפה, מפרה את החוק, פוגעת פגיעה קשה בשלטון החוק ומהווה פוליטיזציה של מערכות אכיפת החוק והשפעה אסורה עליהן. יש להימנע מכך לאלתר" (סעיפים 3-4 למכתב). עוד באותו היום השיב השר ליועצת כי "מתן הגיבוי שלי ללוחמים, אינו מהווה התערבות בחקירה בשום צורה ואופן" (נספח 15 לתגובת השר; מכתב היועצת ותגובת השר צורפו כמש/15 לתצהיר התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה).

עמדנו אפוא על הרקע העובדתי והנורמטיבי הנדרש לדיון בעתירות. ומכאן לטענות הצדדים.

טענות הצדדים

למען הנוחות, יובאו להלן מכלול טענות הצדדים כפי שהועלו הן עובר לדיון הראשון בעתירה, הן לקראת הדיון בהתנגדות לעשיית הצו על תנאי למוחלט.

46. טענתם המרכזית של העותרים היא כי תיקון מס' 37 פוגע בשורה של זכויות חוקתיות, וכי הוא אינו צולח את מבחני המידתיות. העותרים מדגישים כי מימוש סמכויות המשטרה כרוך בפגיעה קשה בזכויות אדם, ובתוך כך בזכות לחירות, לכבוד, לפרטיות, לחופש תנועה ולחופש ביטוי. כנטען, על מנת להבטיח כי הפגיעה בזכויות תיעשה באופן מידתי ולא מעבר לנדרש, יש להבטיח כי המשטרה תפעל בעצמאות, מקצועיות, ואי תלות פוליטית. העותרים טוענים כי הפגיעה שטמונה בתיקון מצויה בשני מישורים. במישור הראשון, נטען כי התיקון יוצר מבנה משטרי שבגדרו המשטרה כפופה לחלוטין לשר, אשר לו מוקנות סמכויות מוחלטות לקביעת מדיניות המשטרה, ניהולה בפועל ופיקוח עליה. לפי הטענה, הכפפת המשטרה והמפכ"ל לשר, שהוא גורם פוליטי וששיקוליו הם בראש ובראשונה שיקולים פוליטיים, פוגעת פגיעה עצמאית בזכויות אדם, מאחר שמדובר בשיקולים זרים לעבודת המשטרה. בהקשר זה מפנים העותרים לבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי), וטוענים כי עצם הקניית סמכות שלטונית לגורם ששיקוליו הם שיקולים זרים למטרות הפעלת סמכות, עולה כדי פגיעה עצמאית בזכויות אדם.

47. במישור השני, נטען כי התיקון עשוי להשפיע על אופן מימוש סמכויות המשטרה בפועל, באופן שיחריף את הפגיעה בזכויות אדם בעת מימוש סמכויות המשטרה, מעבר למידה המתחייבת. כנטען בעתירות, הדבר אף נלמד מכך שבתקופה ממושכת שחלפה מאז שהתיקון נכנס לתוקפו, סמכויות המשטרה מופעלות לשיטת העותרים תוך שקילת שיקולים פוליטיים ומתוך אכיפה סלקטיבית. בנוסף לאמור, העותרים בבג"ץ 2985/23 טוענים כי התיקון מאפשר לשר לעשות שימוש בכוח המשטרה לשם אכיפת יתר כלפי הציבור הערבי. העותרים מוסיפים כי התיקון פוגע בעיקרון שלטון החוק, באמון הציבור במשטרה ובתפקודה. העותרים טוענים כי הפגיעה האמורה מתעצמת, נוכח האופן העמום שבו הוגדרה הסמכת השר; הפגיעה במעמדו העצמאי של המפכ"ל, תוך צמצום מעמדו והכפפתו לשר; והיעדר עיגון לחובת המשטרה לפעול בממלכתיות ובמקצועיות.

48. העותרים מדגישים כי הדברים מקבלים משנה תוקף ביחס לסעיף 8ד, שעניינו בסמכות השר להתוות מדיניות בתחום החקירות. כנטען, בתחום הפלילי ישנה חשיבות מיוחדת לעצמאות המשטרה מהדרג הפוליטי, ולכך שתפעל אך לפי הדין. כנטען, הקביעה כי סמכות זו מותנית, בין היתר, בחובה לשמוע את היועצת המשפטית לממשלה, מהווה ערובה חלשה במיוחד, שלא מציבה מגבלה ממשית ביחס לסמכותו של השר. לטענת העותרים, השימוש בביטוי זה נעשה במכוון, ובניגוד לעמדת ועדת צדוק שהציעה לקבוע חובת היועצות. בחלק מהעתירות נטען בנוסף כי הסמכת השר לפעול בתחום החקירות סותרת גם את הוראת סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה, שאוסר על שר ליטול סמכות בעלת אופי שיפוטי.

49. העותרים בבג"ץ 532/23 מדגישים את הפגיעה המיוחדת של התיקון בזכות לחופש ביטוי ובחירות ההפגנה. לטענת העותרים, בשונה מתחומים אחרים, חופש הביטוי והמחאה הם זכויות שבהם לשר אינטרס אישי, פוליטי ואלקטורלי. בנוסף לאמור, נטען כי הגבלת חופש המחאה אינה עניין למדיניות אלא עניין ליישום הדין. העותרים מוסיפים וטוענים, בשים לב לדוקטרינת הבשלות, כי יש לבחון את הפגיעה שמסב החוק על דרך בחינת יישומו. בהקשר זה מודגש כי התנהלות השר מאז חקיקת התיקון מלמדת על הפגמים החוקתיים המשמעותיים שבו, אשר אפשרו לשר התערבות נרחבת בהחלטות המשטרה שעניינן קיומן של הפגנות ומחאות. עתירה זו כוונה גם נגד סעיף 9ב, שמתייחס כאמור לפרסום פקודות המשטרה, וכנטען מאפשר לראשונה למפק"ל להימנע מפרסומה של פקודה מסוימת לפי שיקול דעתו.

50. כלל העותרים טוענים כי ביסודו של התיקון עומדות תכליות לא ראויות. לפי הנטען, תכליתו של התיקון היא הכפפת המשטרה לשר תוך פגיעה עוצמתית בעצמאותה ובממלכתיותה, ותוך "החדרת" שיקולים פוליטיים למערכת אכיפת החוק. עוד צוין כי התכלית של יצירת הרמוניה חקיקתית בין ההסדר שחל על המשטרה לבין ההסדר שחל על הצבא אינה תכלית ראויה, בשים לב לשוני הניכר והמשמעותי שבין ארגונים אלה. לשיטת העותרים, הפגיעה של התיקון אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

51. כמו כן, העותרים טוענים לקיומם של פגמים בהליך חקיקת התיקון שיוורדים לשורש ההליך. כך, נטען כי לא היה מקום לקדם את הצעת החוק כהצעת חוק פרטית, ללא עבודת מטה מקצועית, ואף בטרם שהוקמו הוועדות הקבועות של הכנסת. עוד

טוענים העותרים כי נפל פגם מהותי אף בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת, כפי שהוגדר בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי). בהקשר זה הודגש כי הדיונים בהצעת התיקון נערכו באופן מזוהז, ומבלי שנערך דיון ממצה בהשלכות התיקון ובעמדות הגורמים המקצועיים בממשלה ובחברה האזרחית. בנוסף נטען כי השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת שנועד לקיצור הדיון בהצעת חוק במקרים חריגים וקיצוניים, פגע אף הוא בתקינות ההליך.

52. נוכח האמור, סבורים העותרים כי יש להורות על בטלות התיקון; לחלופין, בבג"ץ 532/23 התבקשו ליתן סעד חוקתי ה"קורא אל תוך החוק" (Reading-in) כי סמכותו של השר לקבוע מדיניות אינה חלה על תחום חופש המחאה וחופש הביטוי, ולקבוע כי סמכות המפקח"ל לפי סעיף 9ב כפופה להוראות חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק חופש המידע).

53. היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי יש להורות על ביטול סעיף 8ד, אשר מקנה לשר סמכות להתוות מדיניות בתחום החקירות (לשלמות התמונה יוער כי תחילה, במסגרת התגובה המקדמית, סברה היועצת כי ניתן להימנע מביטול ההוראה באמצעות פרשנות מקיימת; ואולם עמדה זו שונתה "לאחר שסוגיית החקירות התחדדה בפני בית המשפט בדיון המקדמי והדברים שבו ונבחנו לעומקם"; סעיף 225 לתצהיר התשובה). ביחס ליתר הוראות התיקון, היועצת סבורה כי אף הן מעוררות קשיים משמעותיים, וכי על מנת להימנע מביטולן, הגם שבדוחק, יש לאמץ פרשנות מקיימת שתבטיח הגנה על זכויות אדם ותמנע פוליטיזציה של עבודת המשטרה.

54. היועצת סבורה כי פקודת המשטרה היא חוק "משטרי-תשתיתי" שנוגע לליבת אופייה של המדינה, ובהתאם יש להבטיח כי הוא משקף את עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בכללם של דברים, בדומה לעמדת העותרים, היועצת סבורה כי הפגיעה שנגרמת לזכויות אדם נובעת מעצם הגברת המעורבות המיניסטריאלית בעבודת המשטרה באופן משמעותי, ללא קביעת גדרות ומנגנונים שיבטיחו את עצמאותה בעת הפעלת סמכויותיה, ומכוח הסמכה רחבה ועמומה. גם היועצת מפנה בהקשר זה לעניין המרכז האקדמי. היועצת גורסת כי אף שהצעת החוק מתבססת כביכול על המלצותיה של ועדת צדוק, המלצותיה של הוועדה אומצו באופן סלקטיבי, חלקי ובלתי מאוזן.

55. בנוסף לאמור, היועצת גורסת כי התיקון מעורר חשש ממשי שהלכה למעשה סמכויות המשטרה יופעלו, בהתאם להנחיות השר, באופן שפוגע פגיעה משמעותית בזכויות יסוד, בעקבות חדירתם בפועל של שיקולים פוליטיים לעבודת המשטרה. היועצת מדגישה כי בחינת השתלשלות העניינים ממועד חקיקת התיקון מלמדת שאין מדובר בחשש בעלמא.

56. בהתייחס לסעיף 8ד, היועצת מדגישה את הקשר ההדוק בין סמכות החקירות למערכת אכיפת החוק בכללותה. לשיטת היועצת, מדיניות חקירה אינה יכולה להתקיים ככלי עצמאי במנותק משלב ההעמדה לדין. היועצת טוענת כי קשיים אלה מתעצמים נוכח הנקיטה המפורשת של התיקון במונח "שמיעה" בלבד ביחס לעמדת היועצת המשפטית לממשלה. אף לשיטתה המשקל המופחת שניתן לעמדת היועצת המשפטית לממשלה בהשוואה להמלצת ועדת צדוק, מלמד כי תכליתו של הסעיף היא לאפשר השפעה פוליטית על עבודת המשטרה בתחום זה. בנוסף, נטען כי הימנעות מכוונת מהכללת הסעיף שיקבע את חובתה של המשטרה לפעול באופן ממלכתי, יש בה כדי להקים חשש כי ביסוד התיקון עמדה תכלית פסולה של השפעה פוליטית על המשטרה. כנטען, ההיבטים המאזנים הדרושים למידתיות ההסדר, פורטו בהמלצות ועדת צדוק ובדיונים בכנסת הוצג הצורך להוסיפם לתיקון, ועל אף זאת הוחלט שלא לאמץ.

57. הכנסת סבורה, מנגד, כי דין העתירות להידחות. הכנסת טוענת כי החוק משקף את האיזון שנקבע במסגרת המלצותיהן של הוועדות הציבוריות שדנו בנושא. עוד נטען כי אף עובר לתיקון הייתה נתונה לשר סמכות לקבוע מדיניות כללית; לפיכך, לשיטתה, התיקון לא שינה את המצב המשפטי, אלא אך הבהיר אותו. הכנסת טוענת כי התיקון מבטא את העיקרון הדמוקרטי שלפיו נבחר הציבור הם אלו שנושאים באחריות בעיני הציבור לעניין מצב הסדר הציבורי, ולפיכך יש לאפשר להם לממש את מדיניותם בהקשר זה. הכנסת שוללת את הטענה כי החוק מקנה לשר סמכות להתערב בעבודת המשטרה באמצעות מתן הנחיות אופרטיביות, וטוענת כי הדבר סותר את לשון התיקון, כמו גם את תכליותיו הסובייקטיבית והאובייקטיבית. הכנסת מוסיפה וטוענת כי ההחלטה לדחות את ההצעה לעגן במפורש את חובתה של המשטרה לפעול באופן ממלכתי ומקצועי נבעה מכך שמרבית חברי הכנסת סברו שאין בכך צורך מאחר שמדובר בחובה שהיא בגדר המובן מאליו, ואולם מכל מקום, לשיטתה אין בהיעדר עיגון של היבט מסוים להביא לפסילת חוק המעגן במפורש היבט אחר. לשיטת הכנסת, אין מקום לקבוע כי סמכות השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות אינה חוקתית, בשים לב לכך שוועדת צדוק המליצה להקנות לו סמכות בתחום זה.

58. לשיטת הכנסת, כלל לא הונחה תשתית שמבססת פגיעה בזכויות חוקתיות כלשהן, בפרט בשים לב לטענתה כי התיקון אך מעגן את המצב שהיה קיים אף עובר לחקיקתו. הכנסת סבורה כי אין להקיש מקביעותיו של בית המשפט בעניין המרכז האקדמי, מאחר שאין מקום להשוות בין הפעלת כוח שנעשית בידי גורם פרטי, כנסיכות פסק הדין באותו מקרה, לבין הכפפת המשטרה למדיניות שנקבעת על ידי שר בממשלה. הכנסת טוענת עוד כי טענת העותרים שלפיה התיקון יוליך לפוליטיזציה של המשטרה משוללת יסוד. לעמדתה, חזקה כי השר יפעל באופן חוקי, וככל שיעשה שימוש לרעה בסמכויות שהוקנו לו, החלטותיו ייפסלו על ידי בית המשפט בהליך מינהלי. בהקשר זה מודגש כי בהלכה הפסוקה נקבע שאין די בפגיעה פוטנציאלית בזכויות כדי להביא לביטול חקיקה ראשית. הכנסת מוסיפה כי אין מקום לערוך ביקורת שיפוטית על התיקון אך מפאת החשש שהחלטותיו של השר לא יהיו חוקיות, ולמצער סבורה כי עתירה זו לוקה בחוסר בשלות. לטענתה, בניגוד לטענות העותרים והיועצת המשפטית לממשלה, התנהלות השר וצו הביניים שניתן בהליך לא מלמדים כי יש פגם חוקתי בחוק המסמך, אלא להפך. ההחלטה בעניין אחרון זה מבהירה כי סמכותו של השר מוגבלת והוא אינו מוסמך להתערב בהנחיות אופרטיביות. לשיטת הכנסת, המחלוקת בין הצדדים היא מחלוקת יישומית בשדה המינהלי, ואינה מחלוקת לעניין חוקתיות התיקון.

59. השר לביטחון לאומי יוצג בהליכים בנפרד מהייעוץ המשפטי לממשלה, לפי ייפוי כח שניתן לכך על ידי היועצת המשפטית לממשלה. עמדתו היא כי דין העתירה להידחות. לשיטתו, התיקון מבטא את מערכת היחסים התקינה והראויה בין הדרג המיניסטריאלי לדרג המקצועי במדינה דמוקרטית. השר טוען כי סמכותו לקבוע מדיניות וכפיפותה של המשטרה לממשלה הן בבחינת מושכלות יסוד, שבאו לידי ביטוי הן בהמלצותיהן של הוועדות הציבוריות שדנו בכך לאורך השנים, הן בפסיקת בית משפט זה. השר טוען כי תכלית התיקון היא להסדיר את העקרונות המוסכמים בחקיקה, על מנת ליתן בידי השר כלים מתאימים שיאפשרו לו מעורבות פעילה יותר בענייני מדיניות המשטרה, לצד הבטחת יישומה ופיקוח עליה. נטען כי עקרונות היסוד של השיטה, ובהם האיסור לשקול שיקולים זרים והחובה לפעול בניקיון כפיים וללא משוא פנים, חלים ממילא על המשטרה ולא נדרשת קביעה מפורשת בחקיקה לשם החלתם עליה. השר טוען כי עיגון הוראה שכזו ביחס לשירות הביטחון הכללי הוא בגדר חריג שאינו מעיד על הכלל. לשיטת השר, הצעת המשנים לסעיף הממלכתיות היא הצעה רחבה יותר מההוראה שנקבעה ביחס לשירות הביטחון הכללי. לשיטתו, הצעה זו נועדה לרוקן את התיקון מתוכן, ו"יש בה כדי לאיין את התיקון כולו" (סעיף 151 לתצהיר התשובה).

60. השר טוען כי לשון התיקון מבהירה כי הסמכות הנתונה לו תחומה לסוגיות עקרוניות ולא למקרים קונקרטיים. לשיטתו, לא ניתן להגדיר מראש בחקיקה מהן הסוגיות העקרוניות בהן השר מוסמך להתערב. השר שולל את הטענה כי נוסחו של התיקון עמום ורחב, ולשיטתו הפירוש הלשוני הפשוט של הוראותיו מלמד כי לא נתונה לו סמכות להתערב בהנחיות אופרטיביות או בניהול השוטף של המשטרה. בשים לב לאמור לעיל, לשיטתו, התיקון כלל אינו פוגע בזכויות חוקתיות. ואולם, לעמדתו, אף אם עיגון סמכויות השר בחקיקה מבלי שלצדן עוגנה עצמאות המשטרה עלולה להוביל לפוליטיזציה שלה, הרי שפגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. בהקשר זה נטען כי חובת הפרסום של המדיניות אותה השר התווה, כמו גם חובת הדיווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת, הן מנגנונים מאזנים מספקים.

61. בהתייחס לסמכותו של השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות, השר מוסיף כי סמכותו הוגבלה במפורש באופן שאינו מאפשר התערבות בחקירות פרטניות; ובנוסף נקבעה חובת התייעצות עם הגורמים המקצועיים במשטרה ושמיעת עמדת היועץ המשפטי לממשלה. לשיטת השר, העובדה שלשון התיקון נקטה במונח "שמיעה" חלף המונח "התייעצות", אינה פוגמת בחקיקה. זאת מאחר שמדובר בהבדל חסר משמעות "אמיתית", מה גם ש"המלצות ועדת צדוק לא ניחנו בכל מימד של קדושה" (סעיף 160 לתצהיר התשובה). השר טוען כי המשטרה וכל רשויות הביטחון אינן עצמאיות אלא כפופות למרות חברי הממשלה, וניסיון להפוך את המשטרה לעצמאית לחלוטין, בפרט במובן של אי ביצוע מדיניות הממשלה, משמעותו חתירה תחת היסודות הדמוקרטיים. השר שולל את הטענות כי בתקופה שמאז שנחקק התיקון הייתה התערבות מצדו בשיקול הדעת המקצועי של המשטרה, וטוען כי אף אם במקרים אלה חרג מסמכותו וניתן להצביע על פגם במישור המינהלי, אין בכך כדי ללמד על חוקיות התיקון במישור החוקתי.

הדיונים בעתירות והתפתחויות נוספות

62. ביום 7.6.2023 קיימנו דיון ראשון בעתירות (בהרכב המשנה לנשיאה ע' פוגלמן והשופטים י' עמית וי' כשר), וביום 18.6.2023 הורינו על מתן צו על תנאי, שמורה למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל תיקון מס' 37. לצד זאת, קבענו כי הצו על תנאי לא יחול על הסוגיה שעניינה הליכי חקיקת התיקון; נקבע בנוסף כי הצו על תנאי לא יחול על סעיף 9ב לפקודה שהתוסף במסגרת התיקון (בשים לב להבהרת משיבי

המדינה בדבר רלוונטיות אמות המידה שקבועות בסעיף 9 לחוק חופש המידע גם בהקשר זה).

63. ביום 18.6.2024 קיימנו דיון בהתנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט (בהרכב ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן, והשופטים י' עמית, נ' סולברג, י' אלרון, י' וילנר, ע' גרוסקופף, א' שטיין, ג' כנפי-שטייניץ, וי' כשר). במסגרתו התייחסו הצדדים בהרחבה לסוגיות שלפנינו. בתום הדיון, נעתרנו לבקשת משיבי הממשלה להגיש הודעה מטעם מפכ"ל המשטרה דאז, רב ניצב יעקב שבתאי.

64. במסגרת ההודעה, ציין המפכ"ל כי אין חולק שהשר הממונה על המשטרה רשאי לקבוע מדיניות, וכי זה היה מצב הדברים גם עובר לתיקון הפקודה. לצד זאת, המפכ"ל הדגיש כי: "מאז שנחקק החוק אנו עדים לתהליך התערעורת עקרונות בסיסיים מאוד של עבודת המשטרה – משטרה מקצועית, ממלכתית, א-פוליטית, אשר פועלת אך ורק על בסיס שיקולים מקצועיים" (עמ' 2 למכתב המפכ"ל). המפכ"ל הבהיר כי לשיטתו, אין מקום להתייחס באופן זהה לסמכותו של השר לקבוע מדיניות בכלל התחומים עליהם חולשת המשטרה, ויש לייחד התייחסות נבדלת לתחומים רגישים במיוחד, כגון מחאות והפגנות. בנוסף, המפכ"ל ציין כי יש ליצור הפרדה ברורה בין קביעת מדיניות עקרונית לבין אופן הפעלת סמכויות המשטרה בשטח. המפכ"ל הדגיש כי לעמדתו הפרדה זו חייבת לבוא לידי ביטוי במנגנונים מובנים שיימנעו התערבות פסולה בעבודת המשטרה. המפכ"ל ציין עוד כי לשיטתו, אופן חלוקת כוחות המשטרה והקצאתם ברמה הארצית והמקומית בזמן נתון נדרש להיות כפוף להחלטתו של המפכ"ל; כי על מנת לשמר את אחריותו וסמכותו של המפכ"ל כדרג הפיקודי הבכיר, חובה למנוע קשר ישיר בין השר או גורמים פוליטיים אחרים מול דרגי השטח; וכי במישור סמכויות המינויים שנתונות לשר, יש לשמר את המנגנון שלפיו הליכי המינוי בידי השר נעשים על יסוד הצעת המפכ"ל, כאשר סטייה מהמלצת המפכ"ל תיעשה רק בהתקיימם של נימוקים כבדי משקל. המפכ"ל ציין כי לשיטתו, נדרש היה לערוך את התיקון לאחר עבודת מטה מעמיקה ובוזירות, תוך הבטחת עצמאות המשטרה ואי תלותה הפוליטית, שמהווים תנאים הכרחיים ליכולתה לתפקד באופן ראוי. עוד צוין כי התיקון שינה את סעיף 9, שהוא הסעיף היחיד שמתייחס למעמדו של המפכ"ל, באופן שעשוי להחליש את מעמדו.

65. בתגובת העותרים להתייחסות זו, נטען, בכללם של דברים, כי התייחסות המפכ"ל מחזקת את הטענות בדבר אי חוקתיות התיקון ואת הצורך להורות על בטלותו. מנגד, לעמדת השר לביטחון לאומי, התייחסות המפכ"ל יסודה בשיקולים זרים, נוכח

כוונתו של השר לסיים את כהונתו של המפכ"ל. השר דחה את טענות המפכ"ל כי התיקון פוגע בעצמאות המשטרה או בממלכתיותה.

דיון והכרעה

66. במוקד העתירות שלפנינו שאלת חוקתיות תיקון מס' 37. מתווה הדיון יהיה כדלקמן: תחילה אדון בטענות הסף שהעלתה הכנסת בעניין בשלות העתירות. לאחר מכן אציג את התשתית הנורמטיבית לעניין מערכת היחסים בין המשטרה לבין השר עובר לתיקון, ובפרט את המלצות הוועדות הציבוריות שדנו בסוגיות אלה לאורך השנים. בראי התשתית הנורמטיבית האמורה, אפנה לבחון את חוקתיות התיקון. בתוך כך, נפנה לבחון האם התיקון פגע בזכויות חוקתיות שמוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאחר מכן, נפנה לבחון האם מדובר בפגיעה כדין, קרי פגיעה שמקיימת את מבחני פסקת ההגבלה.

67. אקדים אחרית לראשית ואומר כי הגעתי למסקנה כי קיים מתווה פרשני שיש בו ליישב במידה רבה בין השמירה על זכויות האדם לבין מרבית הוראות התיקון. זאת להוציא סעיף 8ד, אשר מסמיך כאמור את השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות, שבעניינו לא מצאתי שקיים מתווה פרשני שמאפשר להימנע מהקביעה כי הוא אינו מקיים את מבחני פסקת ההגבלה, וכי יש להורות על בטלותו. בהקשר זה, מקובלת עליי אפוא עמדת היועצת המשפטית לממשלה.

68. בפתח הדברים, אבקש לייחד הערה מקדמית להליך החקיקה שבמסגרתו נחקק התיקון. עמידה על השתלשלותו של הליך החקיקה כפי שפורט לעיל, מעלה כי בהתאם לדפוסי הביקורת המקובלים בשיטתנו ולאמת המידה המחמירה שלפיה בית המשפט יתערב רק כשנפל פגם היורד לשורשו של ההליך, לא קמה עילה להתערבות בנסיבות המקרה דנן (עניין קוונטינסקי; בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004)). בהתאם לאמור, נושא זה לא נכלל בגדרו של הצו על-תנאי (בג"ץ 1765/22 משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 16 (3.7.2022); בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר, פסקה 25 (12.1.2022); בג"ץ 2335/19 עמותת הקנאביס הרפואי נ' משרד הבריאות, פסקה 18 (16.11.2021)).

69. לצד זאת, סבורני כי לא ניתן להימנע מהתייחסות קצרה למספר קשיים בהליך החקיקה במקרה הנדון. אך לאחרונה ציינתי כי מפעל כתיבתה של החוקה הישראלית המתגבשת הפך "למפעל כתיבה על לוח מחיק – כאשר כל רוב קואליציוני נתון משנה,

באבחה, את הוראות היסוד של הדין הישראלי" (בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 93 (3.1.2024)). אין חולק כי פקודת המשטרה אינה פרק בחוקתנו המתגבשת. ואולם, עניינו של התיקון שבמוקד דיוננו בנושא משטרי בעל רגישות גדולה וחשיבות רבה – אשר לא הוסדר על ידי הרשות המחוקקת מאז שנחקקה הפקודה, שיסודה כידוע בתקופת המנדט. כאשר מדובר בסוגיה מעין זו, ישנה חשיבות יתרה בהקפדה על תקינות הליך החקיקה (והשוו: בג"ץ 4394/23 שחר נ' כנסת ישראל, פסקה 10 לפסק דיני (17.3.2024)). לא אלה היו פני הדברים בהליך החקיקה של תיקון מס' 37. תיקון זה קודם באופן חריג עוד בטרם שהוקמו הוועדות הקבועות של הכנסת, ותוך זירוז הליכי החקיקה באמצעות קיצור תקופת ההנחה.

70. סבורני כי זוהי המחשה נוספת של הבעייתיות העמוקה במצב הדברים שבו עושה הרוב הקואליציוני שימוש בשליטה המוחלטת שנתונה לו בהליכי החקיקה בכנסת, על מנת לשנות הסדרים תשתיתיים ויסודיים שנוגעים ליסודות המשטר הדמוקרטי – באבחה ובחטף. הדבר בא לידי ביטוי בשימוש במנגנונים החריגים לקידום חקיקה – חריגים שהפכו לכלל כאשר הממשלה מקדמת הליכים שהיא חפצה בעיגונם המהיר. תקנון הכנסת מתייחס לשלבים שנוגעים להצעות חוק פרטיות והוא כולל איזונים שתכליתם להבטיח את איכות החקיקה שיוצאת מידי המחוקק (וראו גם: בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 31 לפסק דיני (1.1.2024) (להלן: עניין הסבירות)). השימוש שעושה הרוב הקואליציוני באופן שיטתי בהצעות חוק פרטיות על מנת להימנע מהמנגנונים המאזנים שנקבעו בתקנון – מעורר קושי משמעותי.

71. בנוסף, יש לתת את הדעת למצב הדברים שבו חבר כנסת המיועד לכהן כשר בממשלה שעתידה לקום תוך זמן קצר, עושה שימוש בהצעת חוק פרטית על מנת לעקוף את מנגנוני הביקורת החלים על הצעות חוק ממשלתיות (וראו בהקשר זה: הנחיית היועצת המשפטית לממשלה 2.3.005 "טיפול בהצעות חוק ממשלתיות" (5.3.2018) (להלן: הנחיית היועצת בנושא הצעת חוק ממשלתית)). כידוע, תקנון הכנסת מגביל את יכולתו של שר או סגן שר בממשלה ליזום הצעת חוק פרטית (וראו: סעיף 75(א) לתקנון). במקרה דנן, הממשלה הושבעה ביום 29.12.2022 – יומיים בלבד לאחר שהתיקון התקבל בקריאה שניה ושלישית. כפי שפורט לעיל, סמיכות זמנים זו אינה מקרית – והמחויבות להשלמת החקיקה עוד לפני הקמת הממשלה ותחילת כהונתו של חבר הכנסת בן גביר כשר עוגנה עוד במסגרת ההסכם הקואליציוני. הפרקטיקה של קידום הצעת חוק פרטית על ידי חבר כנסת שעתיד לכהן כשר בתוך ימים ספורים, מהווה ניסיון לעקוף את המגבלה הקבועה בתקנון הכנסת, ובמקביל גם את מנגנוני הביקורת השונים שחלים על קידומה

של הצעת חוק ממשלתית, בהתאם להנחיית היועצת בנושא. יש לשוב ולהדגיש את המובן מאליו: הצעות חוק פרטיות לא נועדו לשמש עבור הממשלה "ערוץ עוקף" מהמנגנונים שחלים על הצעות חוק ממשלתיות. ואולם, נוכח התוצאה שאליה הגעתי, כמו גם נוסחו של הצו על-תנאי, לא ראיתי לטעת מסמרות בנפקויות של הקשיים האמורים.

בשלות העתירות ויישום החוק הלכה למעשה

72. בטיעוניה של הכנסת בתצהיר התשובה, כמו גם בטיעונים שלפנינו, נטען כי העתירות שמכוונות לתיקון מס' 37 לוקות בחוסר בשלות. כנטען, טענות העותרים מכוונות למצב דברים שבו השר עשוי לעשות שימוש לרעה בסמכות שניתנה לו בתיקון, ואולם אין מקום לערוך ביקורת שיפוטית אך "על יסוד חששות בדבר האופן שבו תמומש סמכות זו" (סעיף 134 לתצהיר התשובה מטעם הכנסת), כאשר בשלב זה, לשיטת הכנסת, הטענות לפגיעה בזכויות הן תיאורטיות בלבד. כפי שיפורט להלן, אין בידי לקבל את הטענה האמורה.

73. דוקטרינת הבשלות עוסקת בנקודת הזמן שבה ראוי כי בית המשפט יערוך ביקורת שיפוטית (בג"ץ 2311/11 סבב נ' הכנסת, פסקה 12 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין סבב)). ביסודה של דוקטרינה זו ניצב הצורך למנוע מצב שבו בית המשפט ידון בעתירות "שלא בשלו להכרעה שיפוטית בשל שהפגיעה הנטענת בהם היא השערית גרידא והיא עשויה שלא להתקיים כלל" (בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (5.2.2012); עניין סבב, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס; בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פסקה 28 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (5.1.2012)). שאלת בשלותה של עתירה תתעורר, במצב הדברים הטיפוסי, כאשר החקיקה טרם יושמה בפועל. ואולם, אין די בהיעדר יישום כשלעצמו כדי להצביע על כך שעתירה מסוימת אינה בשלה להכרעה. כך למשל, נקבע שכאשר מדובר בעתירה שמעוררת שאלה שהיא משפטית בעיקרה, אין בהיעדר יישום כדי להוביל למסקנה שהעתירה לוקה בחוסר בשלות (ראו למשל: בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקאות 8-9 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (27.5.2018)). גם במקרים אלה, נקבע כי יש לשקול, בין היתר, את האינטרס הציבורי בבירורה של העתירה, כמו גם את הפגיעה בשלטון החוק (ראו למשל: עניין הסבירות, פסקה 100 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). כפי שציינתי בפרשה אחרת, דוקטרינת הבשלות היא חריג לכלל שלפיו על בית

משפט זה להכריע בעתירות שבאות לפתחו, ויש ליישמה בצמצום ובזהירות (בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 2 לפסק דיני (12.3.2015)).

74. בשים לב לתשתית האמורה, סבורני כי טענתה של הכנסת מוקשית, וזאת ממספר טעמים. כפי שצוין לעיל, טענות העותרים והיועצת המשפטית לממשלה מתייחסות לפגיעה בזכויות בשני מישורים מובחנים. במישור הראשון, נטען כי התיקון פוגע בשורה של זכויות חוקתיות וזאת מעצם הכפפת המשטרה והמפכ"ל לשר ולממשלה באופן גורף ולא מאוזן, שפוגע פגיעה קשה בעצמאותה של המשטרה. לפי טיעון זה, מצב דברים זה מעורר חשש אינהרנטי כי השיקולים שעומדים בבסיס הפעלת סמכויות המשטרה הם שיקולים פוליטיים לא ענייניים, ובכך טמונה פגיעה עצמאית בשורה של זכויות אדם. טענה זו של העותרים היא משפטית בעיקרה, ואינה תלויה באופן שבו יופעלו הסמכויות הלכה למעשה. לפיכך, בהתייחס למישור זה, טענת הבשלות כלל אינה רלוונטית, משום שמענה לה אינו מחייב תשתית עובדתית קונקרטית.

75. במישור השני, העותרים טענו כי אופן הפעלת סמכויות המשטרה במצב הדברים שבו עצמאותה נפגעה יושפע הלכה למעשה משיקולים פוליטיים וכתוצאה מכך יהיה פוגעני יותר, ויוביל לפגיעה חמורה יותר בזכויות ובהשוואה למצב הדברים קודם לכן. בהתייחס למישור זה, אכן ניתן לטעון כי מענה לשאלה זו מצריך יישום של החוק בפועל. ואולם, בנקודת הזמן הנוכחית, כלל איננו מצויים במצב הדברים שבו החוק טרם יושם. מאז שהתיקון התקבל בקריאה שנייה ושלישית בכנסת, ביום 27.12.2022, ועד להגשת תצהיר התשובה מטעם הכנסת (שבמסגרתו נטען לחוסר בשלות העתירה) חלפה למעלה משנה. במהלך תקופה לא מבוטלת זו, השר לביטחון לאומי עשה שימוש בסמכויות הנתונות לו מכוח התיקון פעמים רבות. כפי שפורט בהרחבה לעיל, בתקופה זו העותרים שבו וטענו לפנינו כי אופן הפעלת הסמכויות על ידי השר הוליך לכך שהמשטרה שקלה שיקולים פוליטיים בפועל. מבלי להתייחס לגופן של טענות אלה, ברי כי בעת הזו, הביקורת החוקתית לא נעשית בחלל ריק, אלא בנתון לתשתית עובדתית קונקרטית. לפיכך, גם במישור זה, אין לקבל את טענת חוסר הבשלות שהעלתה הכנסת.

76. לצד טענת הבשלות, הכנסת הוסיפה וטענה כי השתלשלות הדברים מאז שנחקק החוק אינה רלוונטית לבחינת חוקתיות החוק. לפי הטענה, המחלוקת בין הצדדים כפי שהיא באה לידי ביטוי בין היתר בבקשות לצווי הביניים, היא מחלוקת יישומית שנטועה בשדה המשפט המינהלי, ואף אם ייטען כי קיים פגם באופן השימוש בסמכויות השר בפועל, אין בה להשליך על שאלת חוקתיות ההסמכה שניתנה לו בתיקון. טענה זו מוקשית

בעיניי – מאחר ששילובן של שתי הטענות שטענה הכנסת יחד, עלול ליצור מעגל שוטה, שמונע כל ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. אפרט. ההנחה שעומדת ביסוד דוקטרינת הבשלות – עליה ביקשה הכנסת להסתמך כטענת סף – היא כי קיים צורך בתשתית עובדתית שנוגעת לאופן יישום החוק לצורך בחינת חוקתיותו. במקביל, טוענת הכנסת שיישום החוק, היינו התשתית העובדתית, נטוע בשדה המשפט המינהלי ואינו רלוונטי למישור החוקתי. מכאן הדרך לחסימת ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים קצרה: לשיטת הכנסת בחינת חוקתיות החוק מחייבת תשתית עובדתית שנוגעת לאופן יישומו; אך אופן יישומו לא רלוונטי לשאלת החוקתיות, ונטוע במישור המינהלי. עמדה משפטית מעגלית זו אין בידי לקבל.

77. כפי שהובהר בעבר, התשתית העובדתית שמתייחסת לאופן יישומו של חוק עשויה לסייע לבחינה האם החוק פוגע בזכות חוקתית, וכן להבהיר במקרים המתאימים, את טיבה ועוצמתה של הפגיעה הנטענת. זאת, גם במקרים שבהם על פני לשונו הפשוטה של החוק הוא נחזה להיות חוקתי (ראו: עניין סבח, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת א' חיות). זהו, למעשה, "הצד השני של המטבע" של דוקטרינת הבשלות; כפי שהיעדר יישום עשוי להקשות על קביעה אם ישנה פגיעה בזכויות חוקתיות, אופן הפעלת החוק עשוי להדגים ולחשוף את עצם ומידת הפגיעה בזכות. אף אם ייתכנו מקרים שבהם אופן יישומו של החוק ילמד על פגם שמצוי במישור המשפט המינהלי בלבד, הרי שכפי שכבר נקבע בעבר, לעיתים, היישום עשוי לחשוף "פגם גנטי" בעצם ההסדרים הקבועים בחקיקה; זהו פגם במישור החוקתי (והשוו: בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1, 70 (2012); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא (1) 619, 712 (2006) (להלן: בג"ץ 6427/02)). כפי שיפורט בהמשך, במקרה שלפנינו יישום החוק משקף (כפי שנחשף בין היתר גם בבקשות המרובות לצווי הביניים) קושי באופן הגדרת הסמכויות בחוק: העדר הגבלות ברורות – מהותיות ופרוצדורליות – על סמכות השר, מאפשר התערבות שיטתית של השר בהחלטות המבצעיות של המשטרה. נוכח האופי המיוחד של מערכת היחסים בין השר לבין המשטרה, עליה אפרט בהמשך, התערבות השר בהחלטות אופרטיביות מגלמת פגיעה ממשית בזכויות אדם.

נוכח האמור לעיל, סבורני כי אין מקום לקבל את טענת היעדר הבשלות שהעלתה הכנסת. משאמרנו דברים אלה, נפנה לבחון את התשתית הנורמטיבית הרלוונטית לענייננו.

78. כפי שצוין לעיל, פקודת המשטרה היא דבר החקיקה המרכזי אשר מגדיר את תפקידי המשטרה ומסדיר את סמכויותיה. מקורה של הפקודה בשנת 1926, בימי המנדט הבריטי, והיא נקלטה לחקיקה הישראלית מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט התש"ח-1948. כפי שצינתי בפרשה אחרת, "אין חולק כי ערכיה של מדינת ישראל כיום שונים באופן משמעותי מהערכים והאינטרסים שמשלו בכיפה בתקופת המנדט הבריטי, ושהניעו את המחוקק המנדטורי-קולוניאלי לעצב את החקיקה המקומית כפי שראה לנכון" (ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 62 (14.5.2012); כן ראו: בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 9 לפסק דיני (8.10.2017) (להלן: עניין כיכר גורן)). ואולם, על אף האמור, והגם שנערכו שינויים מסוימים בפקודה לאורך השנים, הפקודה בנוסחה הנוכחי דומה לנוסח של המחוקק המנדטורי (וראו גם: דוח ועדת צדוק, בעמ' 17).

79. תפקידי המשטרה מוגדרים בסעיף 3 לפקודה, שקובע כי: "משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש". הנה כי כן, בידי המשטרה מופקדים שני תפקידים עיקריים: אכיפת החוק ושמירה על הסדר הציבורי וביטחון הציבור (ראו גם: בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פסקה 16 (12.12.2021) (להלן: בג"ץ 911/21)). מכך ניתן ללמוד על ייחודיות התפקיד שמסור למשטרה מבין רשויות השלטון השונות, שכן תפקידים אלה מממשים רכיב יסודי בעצם ההצדקה לקיומה של המדינה, ושמכוחו נתון לה מונופול לשימוש בכוח כלפי הפרטים בחברה (ראו: עניין המרכז האקדמי, בעמ' 600-603; כן ראו: עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות המשטרה 82 (2018) (להלן: משפט ושיטור)).

80. ואכן, לצורך מימוש תפקידיה, נתונות למשטרה שורה ארוכה של סמכויות שלטוניות ייחודיות אשר עומדות "בגרעין המזוקק ביותר של הפונקציות השלטוניות הנובעות מן הריבונות" (עניין המרכז האקדמי, בעמ' 643), ואשר כרוכות בפגיעה ממשית בגרעין הקשה של זכויותיו החוקתיות של הפרט. מטבע הדברים, לא נפרוט להלן את כלל הסמכויות המגוונות אשר מצויות בידי המשטרה, ואולם לצורך ההמחשה ונוכח חשיבות הדברים לענייננו, אתיחס למספר דוגמאות. כפי שיורחב בהמשך, המשטרה אמונה על שלב החקירה ואיסוף הראיות בהליך הפלילי, ובהקשר זה יוחד לה "תפקיד ראשון במעלה" (בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד

נט(3) 145, 174 (2004); כן ראו: בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נא(2) 757, 768 (1997)). בהתאם, ניתנו למשטרה, בין היתר, סמכויות מעצר ועיכוב חשודים. סמכויות אלה כוללות פגיעה בזכות לחירות ובזכות לחופש תנועה, שכן הן מגבילות את יכולתו של אדם לנוע באופן חופשי (רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לפסק דיני (20.12.2018)). במצבים מסוימים, המשטרה רשאית להפעיל כוח פיזי כלפי הפרט, שאף עשוי לעלות כדי כוח קטלני שיש בו לפגוע בשלמות הגוף ואף בזכות לחיים. כמו כן, לצורך איסוף ראיות נתונות למשטרה סמכויות חיפוש מגוונות, שכרוכות בפגיעה בזכות לפרטיות. בנוסף לאמור, למשטרה תפקיד חיוני בשמירה על הסדר הציבורי בהפגנות ומחאות, אירועים שיש בהם "משום מימוש החירויות הפוליטיות היסודיות" שעניינן בזכות לחופש ביטוי (בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 200, 220 (2006) (להלן: עניין מטה הרוב)). אכן, פעילותה של המשטרה היא רחבת היקף ומגוונת, ובהתאם היא נוגעת מעצם טיבה ומהותה למגוון רב של זכויות חוקתיות שמוקנות לפרט. מהאמור נובע כי למשטרה מסור תפקיד מכריע בחברה דמוקרטית.

81. נוכח טיבן ומהותן של סמכויות המשטרה, עמדנו לא אחת על החשיבות היתרה בכך שמימושן יעשה על בסיס מקצועי ובהתחשב באינטרס הציבורי בלבד, באופן שוויוני וללא משוא פנים (בג"ץ 911/21, פסקה 16; בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 631 (2008) (להלן: עניין פלונית)). ויפים לעניין זה דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בעניין המרכז האקדמי:

"השמירה על גבולות הכח השלטוני המופעל על הפרט בהליך הפלילי על כל שלביו, מחייבת עוד כי הפעלתו תהא מנותקת כליל מכל חשש לניגוד עניינים מכל סוג שהוא. עירובו של שיקול זר ובלתי ענייני בהפעלתו של כח המרות השלטוני בהליך הפלילי יוצר פוטנציאל סיכון ממשי לעיוות האיזון הנדרש בין צורכי השימוש בכח להשגת תכלית שבאינטרס ציבורי, לבין ההגנה על זכויות היסוד של הפרט. שילובו של שיקול זר באיזון המתחייב בין הצורך הציבורי בשמירת הסדר החברתי וציות לחוק, לבין זכויותיו של אדם לחירות ולכבוד אישי עלול לערער את שיווי המשקל הראוי בין הכוחות השונים הפועלים בענין זה, ולהביא לפגיעה בלתי ראויה בפרט. הפעלת הכח השלטוני כלפי הפרט בהליך הפלילי אמורה להיות מנותקת כליל משיקולים זרים, ועליה להיעשות תוך כדי מחויבות מלאה לכללי הריסון בשימוש בכח, אשר בכיבודם תלוי גורלו של האדם הנתון למרותו של השלטון" (שם, בעמ' 658).

82. בטיעונו של השר לאורך ההליך, כמו גם בדברי ההסבר להצעת החוק שהובאו לעיל, הודגש הדמיון הקיים, לשיטת השר, בין המשטרה לבין הצבא – נוכח התפקיד הביטחוני של גופים אלה. ואכן, כחלק מתפקידיה, המשטרה מבצעת פעילויות מבצעיות בתחום ביטחון הפנים, והיא אף אחראית על ביטחונו של הציבור (בג"ץ 911/21, פסקה 16; בג"ץ 5562/07 שוסהיים נ' השר לביטחון הפנים, פסקה 8 (23.7.2007); בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים פ"ד נח(2) 358, 368 (2004)). משכך, אין חולק כי המשטרה היא גם גוף בעל היבטים ביטחוניים. בנוסף, המבנה הארגוני המסורתי של המשטרה מבוסס על היררכיה מעין צבאית וריכוזית ((עמיקם הרפז אסטרטגיות שיטור – סוגיות בעיצוב מדיניות אכיפת החוק 232 (2012) (להלן: אסטרטגיות שיטור)). ואולם, קיים הבדל יסודי ומהותי בין ייעוד המשטרה לבין ייעוד הצבא בחברה דמוקרטית. בראש ובראשונה, סמכויות המשטרה מכוונות כלפי אזרחי ותושבי המדינה. לעומת זאת, הצבא פועל כלפי איומים חיצוניים למדינה. בנוסף, ככלל, הצבא אינו נוטל תפקיד באכיפת החוק הפלילי, אלא הוא מיישם מדיניות בתחום הביטחון כפי שהממשלה מתווה לו (ראו למשל את סעיף 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיו "המדינה לא תפתח במלחמה ולא תנקוט פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה, אלא מכוח החלטת הממשלה"; ההדגשה הוספה – ע' פ'). שוני זה משליך על אופן ההסדרה של גופים אלה: כך, בשונה מהמשטרה, מרבית הסמכויות של הצבא אינן מוסדרות באופן מפורט בחקיקה. לעומת זאת, נוכח הפגיעה באזרחי ובתושבי המדינה, סמכויות המשטרה מוסדרות באופן מפורט בשורה של דברי חקיקה שונים.

משאמרנו דברים אלה, נפנה לבחון את סמכויות השר כלפי המשטרה עובר לתיקון.

סמכויות השר כלפי המשטרה עובר לתיקון

83. אחד מתפקידיו של שר בשיטת משטרנו הוא היותו ממונה על משרד ממשלתי (וראו: סעיף 5(ג) לחוק-יסוד: הממשלה). מכוח תפקידו זה השר קובע את מדיניות המשרד ואחראי על פעילותו (בג"ץ 7767/07 אסרף נ' שר הפנים, פסקה 13 (27.3.2008)). לצד זאת, "שר בממשלה הוא במרבית המקרים גורם פוליטי בעל שיוך מפלגתי, המעוניין לקדם את ענייני מפלגתו ואת המדיניות בה היא תומכת" (שם; כן ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 429 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); אמנון

רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כך ב – רשויות השלטון ואזרחות 863-864, 876 (מהדורה שישית, 2005)). המתח בין תפקידו של שר כפונקציה פוליטית לבין תפקידו המינהלי התעורר לא אחת בפסיקתנו, ובהקשר זה נקבע כי:

”בעת שהוא ממלא את תפקידו המינהלי, אם כשר ואם אפילו כסגן שר, כמי שמופקד על משרד ממשלתי ומכוון את עשייתו, נסוגה הפונקציה הפוליטית מפני הפונקציה המינהלית, שיש עמה כללי התנהגות משלה” (בג”ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד מז(5) 404, 426 (1993); (להלן: בג”ץ 3094/93)).

84. לאורך השנים, וכפי שיפורט להלן, התפיסה הנוהגת הייתה כי שאלת סמכויות השר כלפי המשטרה מעוררת מורכבות מיוחדת, וכי אין מדובר בשאלה פשוטה בעלת תשובה ברורה. כפי שצוין לעיל, עובר לתיקון, היו נתונות לשר סמכויות משמעותיות הן בפקודת המשטרה, הן בדברי חקיקה אחרים. בנוסף, התפיסה המקובלת הייתה כי סמכויותיו של השר אינן מתמצות באלו שמוקנות לו במפורש בחקיקה. לצד זאת, הודגש כי אל לשר לשמש ”מפכ”ל-על”, ובמקרים רבים עמד בית משפט זה על חשיבות ההגנה על עצמאותה של המשטרה ועל אי תלותה (ראו למשל: בג”ץ 911/21, פסקאות 16-17). מורכבות הדברים הולכה לכך ששאלה זו נדונה לאורך השנים מספר רב של פעמים, במסגרת המלצותיהן של ועדות ציבוריות שונות. נוכח חשיבות מסקנות אלה לענייננו, נפנה לבחון אותן כעת.

א. ועדת זמיר

85. הוועדה הציבורית הראשונה שנדרשה לנושא הייתה ועדת הבירור לבדיקת האירועים בהר-הבית (”ועדת זמיר”), שמונתה בעקבות מהומות שפרצו בהר הבית באוקטובר 1990 ובראשה עמד אלוף (מיל’) צבי זמיר. הוועדה מונתה על ידי ראש הממשלה דאז, יצחק שמיר, לבדיקת האירועים, ובכלל זאת לבדיקת תפקודה של המשטרה. במסגרת המלצותיה, הוועדה התייחסה גם לנושא סמכויות שר המשטרה (כתוארו אז) כלפי המשטרה. הוועדה ציינה כי בעוד שהתפיסה המקובלת היא שאין מקום למעורבות של השר בהליכי חקירה פלילית, כאשר מדובר בשמירת הסדר הציבורי, הוועדה סבורה כי יש מקום ל”מעורבות פעילה” מצד השר. הוועדה ציינה כי לשיטתה אין מקום להסתפק בדיווחים ובהתייעצויות בין השר לבין המפכ”ל, אלא נדרש לפתח

עבודת מטה מיוחדת לצורך תפקודו של השר על מנת שיוכל, בין היתר, להתוות מדיניות ולקיים פיקוח ובקרה.

ב. ועדת צדוק

86. כפי שצוין בראשית דבריי, הוועדה הציבורית המרכזית שנדרשה לנושא סמכויות השר כלפי המשטרה היא הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש ("ועדת צדוק"), שבראשה עמד שר המשפטים לשעבר, מר חיים צדוק. הוועדה מונתה בשנת 1994 בידי שר המשטרה דאז, והיא בחנה באופן כולל את ההסדרה הראויה ביחס לנושאים שונים שנוגעים לעבודת המשטרה על מנת להמליץ על חוק חדש, חלף הפקודה המנדטורית. בתוך כך, הוועדה ייחדה פרק ממסקנותיה לנושא סמכויות השר כלפי המשטרה. יודגש כי בניגוד ליתר הוועדות הציבוריות שדנו בנושא זה, ועדת צדוק היא הוועדה היחידה שנדרשה לסוגיה זו באופן רוחבי ולא אגב בדיקת התנהלות הרשות המבצעת במסגרת אירוע מסוים.

87. בפתח הדברים, הדגישה הוועדה את מורכבות הנושא, תוך שציינה כי השיקולים בעניין מתן סמכות לשר להתערב בפעולות המשטרה הם "מורכבים, ולעיתים סותרים" (דוח ועדת צדוק, בעמ' 45). באשר לשיקולים לטובת מתן סמכות לשר כלפי המשטרה, התמקדה הוועדה באחריותו המיניסטריאלית של השר. צוין כי ניתן לטעון שאחריותו זו כורכת בתוכה סמכות להתערב בפעולות המשטרה, כך למשל כאשר הוא סבור שמבחינה ציבורית לא יוכל להגן על כך שהמשטרה עושה שימוש בסוסים לפיזור הפגנות, רשאי הוא להורות למשטרה להימנע מלנקוט באמצעי זה. שיקול נוסף שהוצג על ידי הוועדה לטובת מתן סמכויות בידי השר הוא האפשרות כי הוא ישמש כגורם ממתן שיפעל על מנת שהמשטרה תיתן משקל מספק לזכויות האדם. בהקשר זה צוין החשש כי המשטרה עלולה לפעול מתוך "להט מופרז" להשיג הישגים מקצועיים.

88. מן העבר השני, בהתייחס לשיקולים שלא ליתן לשר סמכות כלפי המשטרה, הוועדה הדגישה כי המחויבות העיקרית של המשטרה צריכה להיות לחוק, וכי עליה להיות חופשית מכל השפעה פוליטית. כך למשל, צוין כי מתן אפשרות לשר להתערב בחקירה מקימה חשש לפגיעה מהותית בעיקרון של שוויון בפני החוק, ולאמון הציבור במשטרה, שהוא גורם הכרחי בהצלחת המשטרה במילוי תפקידיה. לאחר שסקרה את הדין הנוהג במדינות אחרות, המליצה הוועדה על מתן סמכויות לשר כפי שיפורט להלן,

תוך שהבחינה בין סמכויותיו בתחום החקירות לבין סמכויותיו ביחס ליתר תפקידי המשטרה.

89. בהתייחס לתחום החקירות, הוועדה קבעה כי המשטרה צריכה להיות "חופשית לחלוטין בחקירותיה, כשעליה מרותו של החוק בלבד" (שם, בעמ' 47). הוועדה הדגישה כי גישה זו תואמת את התפיסה המקובלת בהתייחס ליועץ המשפטי לממשלה, בהתאם להמלצות דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) ודו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי מינויו של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998). הוועדה ציינה כי במקרים של ספק לגבי דרך הפעולה של המשטרה בתחום זה והתאמתה לחוק, הסמכות להורות למשטרה כיצד לפעול צריכה להיות מצויה בידי היועץ המשפטי לממשלה. הוועדה סברה כי השר רשאי לקבל דיווחים כוללניים על חקירות המתנהלות על ידי המשטרה, באותו אופן ששר המשפטים רשאי לקבל דיווחים על פעולות היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת החוק. הוועדה סברה כי השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום זה, לרבות קביעת סדרי העדיפויות העקרוניים, אך זאת תוך התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מפכ"ל המשטרה והמופקדים במשטרה על נושא החקירות. בהקשר זה הודגשה אחריותו המיניסטריאלית של השר, והעובדה כי למדיניות עשויה להיות השלכות תקציביות ומבניות. צוין כי מדיניות כללית יכולה להיות גם הוראה לשים דגש על סוג עבירות מסוים שמהווה "מכת מדינה".

90. לצד האמור, הוועדה סברה שהשר לא רשאי להתערב בחקירות ספציפיות. הוועדה הדגישה כי האיסור חל על מעורבות "בכל דרך שהיא", ובתוך כך הוא חל על מתן הוראות; "רמיזות" לגבי התוצאות הרצויות; על החלפת החוקרים או דרישה מהמפכ"ל להחלפתם; כמו גם על התערבות "[ב]כל דרך אחרת" (שם, בעמ' 49). כחלק מהמלצות הוועדה, הודגש כי יש להגדיר בחוק את ההבחנה בין סוגיות עקרוניות לבין עניינים ספציפיים, שעשוי להינתן להם כסות של סוגיות עקרוניות. הוועדה ציינה כי: "הבחנה זו איננה קלה כלל ועיקר, שכן טבען של סוגיות עקרוניות שהן זוכות לתשומת לב דווקא בעת שדוגמא קונקרטית מתעוררת" (שם).

91. אשר ליתר תחומי הפעילות של המשטרה, הוועדה סברה כי השר רשאי להתערב בהחלטות אסטרטגיות, לתת הנחיות כלליות, ולהתוות מדיניות עבור המשטרה בעניינים בעלי חשיבות עקרונית; וכן כי הוא רשאי להתערב בקביעת תכנית העבודה של המשטרה, ובקביעת סדרי העדיפויות בין התחומים השונים המופקדים בידי המשטרה. ואולם, גם

בהתייחס לסמכות זו, הוועדה סברה כי עליו ליתן משקל ניכר לעמדתו המקצועית של המפכ"ל, ולא לסטות ממנה אלא במקרים מיוחדים ומטעמים בעלי חשיבות רבה. הודגש כי גם כאשר מדובר בתחומי הפעילות מחוץ לתחום החקירות, השר לא רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות, סמכות השמורה לדרג המקצועי. הוועדה הדגישה כי אחת הדרכים להבטיח כי סמכותו של השר לקבוע מדיניות לא תנוצל לשם התערבות באירוע ספציפי היא עמידה על עיקרון השקיפות. בהתאם לאמור, הומלץ לקבוע כי הוראות בעלות חשיבות עקרונית שנותן השר למשטרה צריכות להיות ידועות לציבור, על מנת שיעמדו לביקורת.

92. בנוסף לאמור, סברה הוועדה כי על חוק המשטרה החדש להרחיב את סמכויותיו של המפכ"ל, באופן שיקנה לו שליטה מבצעית מלאה על פעולות המשטרה. הוועדה המליצה לקבוע כי המפכ"ל הוא "רשות מוסמכת", כמשמעותה בבג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד 319 (1950) (להלן: עניין מיכלין). הוועדה המליצה כי בין הסמכויות שיוקנו למפכ"ל, ייכללו הסמכות לפקד על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה והפעלתה; הסמכות לקבוע את הרכב המשטרה; הסמכות להורות, באישור השר, על הוראות כלליות לעניין ארגון המשטרה, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בה והבטחת פעולתה התקינה, ופקודות כלליות שיפרטו את הוראות המשטרה; הסמכות להורות על גיוס שוטרים, פיטוריהם משירות, השעייתם, העלאתם בדרגה, הצבתם בתפקיד והעברתם מתפקיד; להורות על דרכי ביצוע תפקידיה של המשטרה; וכן לייצג את המשטרה בכל עניין. הוועדה סברה שחלק מהסמכויות שנתונות לפי פקודת המשטרה לשר, ובפרט הסמכות להעביר שוטרים מתפקידם והסמכות למנות את כל קציני המשטרה מדרגת סגן-ניצב ומעלה, צריכות להיות מופקדות בידי המפכ"ל ולא בידי השר. הוועדה המליצה כי בידי השר תיוותר הסמכות לאשר מינויים של קצינים בדרגת ניצב. הוועדה המליצה עוד כי תקופת כהונתו של המפכ"ל תיקבע בחוק, לתקופה קצובה אחת של 4 שנים, ללא אפשרות להארכה. אשר להפסקת כהונתו של המפכ"ל, הומלץ כי בחוק המשטרה החדש ייקבעו רשימה סגורה של עילות שיאפשרו את פיטוריו.

ג. ועדת אור

93. ועדה נוספת שהתייחסה לנושא היא ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (להלן: ועדת אור), שבראשה עמד המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט תיאודור אור. במסגרת בחינת תפקודם של הגורמים השונים באירועי אוקטובר 2000, התייחסה הוועדה גם

לנושא סמכויותיו של השר ביחסיו עם המשטרה. גם ועדת אור, כמו ועדת צדוק שלפניה, הדגישה את הקושי שבהתוויית גבולות סמכותו של השר. הוועדה חזרה על ההבחנה שעליה עמדה ועדת צדוק בין קביעת מדיניות המשטרה ופיקוח על ביצועה, לבין התערבות בהחלטות אופרטיביות, אשר מצויות בסמכותו של המפקח"ל. הודגש כי הקושי הוא בהבחנה בין השניים: קרי מתי מדובר בהחלטת מדיניות שבסמכות השר, ומתי מדובר בהחלטה אופרטיבית שחורגת מסמכויותיו.

94. הוועדה הדגישה כי לשר תפקיד חשוב בפיקוח ובבקרה על המשטרה במילוי תפקידיה, ובשמירה על האיזון העדין בין שמירה על הסדר הציבורי לבין הגנה על זכויות האזרח. צוין כי דברים אלה מקבלים משנה חשיבות כאשר מדובר ב"מצבים משבריים" או בהכנה לקראת מצבים שכאלו. הוועדה סברה שכאשר מדובר במצבים המחייבים הכרעות ערכיות שנוגעות לחיי אדם, השר לא יכול להסתפק בעמדה פסיבית; עליו לוודא כי בידו מכלול המידע הרלוונטי לצורך פיקוח על עבודת המשטרה וקביעת המדיניות שמנחה אותה, על מנת שיוכל לקבל החלטות מושכלות. הודגש כי אמנם השר אינו אמור להתערב בהחלטות אופרטיביות פרטניות, או בהחלטות בנושאים מקצועיים, אך מחובתו לגלות מנהיגות בנושאי מדיניות ולגבש סדר יום. צוין כי עליו לדאוג לקבלת כלל המידע הרלוונטי.

95. כך, הוועדה בחנה את אחריותו של השר לביטחון פנים דאז, פרופ' שלמה בן עמי, ביחס לשימוש המשטרה בכדורים מצופים גומי בפיזור הפרות סדר. הוועדה מצאה כי השר לא גילה עירנות מספקת לסיכונים הכרוכים בשימוש בכדורים מצופים גומי בפיזור הפרות סדר, ולא נקט בפעולות הנדרשות למניעת או להגבלת השימוש בתחמושת זו בסוג של אירועים. זאת, אף שידע כי קיים סיכון רב בתחמושת מסוג זה, ואת התוצאות הקשות להן עלול לגרום. הוועדה דחתה את טענת השר כי מדובר בנושא "ביצועי מובהק", שאין מקום כי השר יתערב בו. זאת, בין היתר מאחר שבפועל השר היה מעורב בנושא אישור השימוש בכלי זה מספר פעמים עובר להתרחשות האירועים נושא החקירה, והביע עמדה בנושא. הודגש כי לא מוטלת על השר חובה ליזום בירור וחקירה ביחס לאמצעים בהם משתמשת המשטרה באופן כללי, אלא שהשילוב בין טיבו של כלי הנשק בו נעשה שימוש, אשר עשוי להיות קטלני; והעובדה כי בפועל הוא נדרש להתייחס לשאלה זו, חייבו אותו לאסוף את כלל המידע הרלוונטי בטרם קבלת ההחלטה. כמו כן קבעה הוועדה כי מחדלו של השר מתבטא גם באי פיקוח והגבלת המשטרה בשימוש באמצעי זה במהלך אירועי אוקטובר 2000. נמצא כי השר לא מילא את חובתו לפקח על

פעולות המשטרה, בשים לב לחומרת האירועים, ובכלל זאת בכך שנמנע מלדרוש דיווח על אופן פעולתה של המשטרה באירועים ספציפיים בהם נהרגו אזרחים או שנפצעו קשה.

ד. ועדת מירון

96. הוועדה הציבורית הרלוונטית האחרונה שהתייחסה לנושא היא ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון, בראשות נשיאת בית המשפט העליון בדימוס, מרים נאור ז"ל, ששימשה כיו"ר הוועדה עד ליום 24.1.2022; ונשיאת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בדימוס, דבורה ברלינר. הוועדה פרסמה את מסקנותיה בחודש מרץ 2024. במסגרת בחינת תפקודו של השר לביטחון פנים דאז, מר אמיר אוחנה, באירועים נושא החקירה, התייחסה הוועדה לסמכויות הנתונות לו ביחס למשטרה (תוך שצינה כי היא מתייחסת למצב המשפטי עובר לתיקון מס' 37). הוועדה חזרה והדגישה כי התפיסה המקובלת היא שבנושאים שאינם קשורים לתחום החקירות, השר רשאי להתוות מדיניות ולהתערב בהחלטות אסטרטגיות, אך אין הוא רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי.

97. בהתייחס לנסיבות הקונקרטיות נושא ועדת החקירה, הוועדה קבעה כי השר לא פעל כמצופה מתפקידו. זאת מאחר שאף על פי שהוצג לשר מידע קונקרטי בנוגע לסכנות הצפויות, ובפרט בהתייחס לאלה הנובעות מרמת הצפיפות שהייתה צפויה במקום, לא פעל כמצופה מתפקידו ביחס למידע זה. בתוך כך, צוין כי גורמי המשטרה הבהירו לשר כי סכנת הצפיפות עולה כדי "כמעט אסון" בכל שנה. הוועדה ציינה שמשמעות הדבר היא הנפת דגל "אדום ובוהק", אך למרות זאת, השר לא התעכב על כך ולא ביקש הבהרות בנוגע להחלטה המבצעית שלא להגביל קהל ולא שאל כיצד להפחית את הסכנות שנובעות ממנה. הוועדה הבהירה כי התפיסה שהנחתה אותה היא כי אין השר רשאי להתערב בפרטים הנוגעים לביצוע האופרטיבי, ובהקשר זה הודגש כי: "גם אם במצב רגיל ניתן היה לקבל שהשר לביטחון הפנים אינו נדרש לשיקולים שעומדים מאחורי תפיסה מבצעית לקראת אירוע מסוים, בענייננו, לאחר שעלתה במהלך הדיון סכנת הצפיפות בחדות רבה כל כך, ולאחר שהובהר החשש הממשי לחיי אדם בהילולה גם לאחר המענה שהמשטרה מתכננת, לא היה [השר – ע' פ'] יכול להישאר 'משקיף מן הצד' (ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון דין וחשבון 213 (2024) (להלן: דוח ועדת מירון)).

98. מלבד המלצותיהן של הוועדות הציבוריות, גם הייעוץ המשפטי לממשלה נדרש לסוגיה במסגרת מענים לשאלות שהתעוררו לאורך השנים. כך למשל, ביולי 2019 פנה היועץ המשפטי למשרד לביטחון פנים אל היועץ המשפטי לממשלה בשאלת סמכותו של השר לביטחון פנים דאז, גלעד ארדן, לקבוע מדיניות בעניין הטיפול בחסימת צירים במסגרת פעולות מחאה. זאת על רקע היערכות המשטרה למחאת יוצאי אתיופיה. במענה מטעם המשנה הפלילי ליועץ, נמסר כי השר רשאי לקבוע מדיניות כללית בעניין זה, לאחר שמיצת עמדתו המקצועית של המפכ"ל ומתן משקל הולם לעמדה זו. עוד הובהר כי על המדיניות לעלות בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט בהקשר זה – ביחס לאיזון הנדרש בין חופש הביטוי והמחאה, לבין ביטחון הציבור ושלומם ושמירה על הסדר הציבורי. בנוסף, צוין כי יש להבטיח שהתווית המדיניות תהיה כללית ותותיר לגורם המוסמך בשטח שיקול דעת בהתאם לנסיבות ולמקרים הפרטניים. הובהר כי השר לא רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות.

99. סוגיה זו התעוררה פעם נוספת בחודש יולי 2021, כאשר השר לביטחון פנים דאז, עמר בר-לב, ביקש להורות למשטרה שלא להשתמש במהלך "מצעד הדגלים" באמצעי שימוש בכוח מסוימים, וכן ליתן הוראות נוספות, לעניין אישור פעולות מסוימות על ידי דרג משטרתי בכיר יותר מאשר בשגרה. בהקשר זה התגלעה מחלוקת בין היועץ המשפטי למשרד לביטחון פנים לבין הייעוץ המשפטי של המשטרה לעניין גבולות סמכותו של השר, ובהתאם המשנה הפלילי ליועץ התבקשה להידרש לסוגיה. במענה בנושא מיום 7.7.2021 הובהר כי אף שנתונה לשר סמכות לקבוע מדיניות בנושאים בעלי חשיבות עקרונית, ובפיקוח ובקרה על המשטרה, לא נתונה לו סמכות לנהל את המשטרה, סמכות אשר מוקנית למפכ"ל, לפי סעיף 9 לפקודה. בהתאם, השר אינו אמור להיכנס בנעלי מפכ"ל המשטרה ומפקידה. צוין כי יש לבחון בכל מקרה האם מדובר בסוגיה עקרונית ורוחבית או שמא עניין מבצעי ספציפי, ולוודא כי מדיניות השר לא נכנסת לפרטי הביצוע ולהחלטות שמצויות בידי הדרג המקצועי של המשטרה.

100. בהקשר זה הודגש תפקידה הייחודי של המשטרה, כמי שאמונה על נושאים רגישים ביותר כמו שמירה על הסדר הציבורי בהפגנות וניהול חקירות פליליות, אשר מטבען עשויות להיות מופנות כלפי הדרג המדיני. צוין כי "ייחודיות זו מחייבת להבטיח כי יישמר למשטרה מרחב פעולה מקצועי רחב דיו, המוגן מפני השפעות פוליטיות. קיימת, אפוא, חשיבות יתרה בשרטוט גבולות ברורים ככל הניתן בין סמכות השר

לסמכות המשטרה בנושאים רגישים אלה" (סעיף 5 למכתב מטעם המשנה הפלילי ליועץ מיום 7.7.2021). המשנה הדגישה כי קו הגבול בין התוויית מדיניות כללית לבין קבלת החלטות שנוגעות לביצוע אופרטיבי "אינו תמיד ברור וקל לסימון" (שם, סעיף 7), אך חשוב להקפיד כי התוויית מדיניות תיעשה על יסוד תשתית עובדתית ומקצועית הולמת, לאחר שמיעת הדרג המקצועי ובפרט על יסוד שיח עם המפכ"ל. על רקע זה, הובהר כי מתן הנחיות מבצעיות למשטרה בדבר אופן השימוש בכוח באירוע מסוים נתון בידי המשטרה ולא בידי השר. בעקבות המענה מטעם הייעוץ המשפטי לממשלה, שלח ביום 4.8.2021 השר לביטחון פנים מכתב ליועץ המשפטי לממשלה, בו היועץ התבקש להגדיר את אפשרותו של השר ליתן הנחיות למשטרת ישראל באירועים רגישים במיוחד.

101. יצוין כי אף שנושאים אלה לא זכו לליבון ממצה בפסיקה, עקרונות אלה באו לידי ביטוי גם באמירות שונות של בית משפט זה. כך למשל, כפי שצוין לעיל, בעניין התנועה לאיכות השלטון הודגש כי סמכויותיו של השר הן סמכויות של "פיקוח, אישור וקביעת מדיניות" אך כאמור, שאין הוא בגדר "מפכ"ל-על" (שם, בעמ' 863). לאחרונה עקרונות אלה קיבלו ביטוי נוסף בפסיקה, בעתירה שתקפה את מינויו של חבר הכנסת בן גביר לתפקיד השר לביטחון לאומי. בהקשר זה, הדגיש בית המשפט את חשיבות עיקרון עצמאות המשטרה כאחד מהטעמים לדחיית העתירה: "המשטרה היא גוף עצמאי אשר הפעלת סמכויותיו נעשית בנפרד למגרש הפוליטי, ויחסי הכוחות בין המשרד לביטחון לאומי ובין המשטרה הם כאלה השומרים על האיזון הנאות בין עצמאות המשטרה לבין הפיקוח על פעולותיה (ראו: עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה, בעמ' 98-101 (2018)). שיקול זה, וההנחה כי תישמר עצמאות המשטרה וגופים נוספים הכפופים למשרד לביטחון לאומי – יש בהם כדי להקהות את החשש ואת הפגיעה באמון הציבור, וגם מן הטעם הזה לא מצאתי כי מינויו של השר בן גביר הינו בלתי סביר באופן קיצוני" (בג"ץ 8910/22 פטרושקה נ' ח"כ בנימין נתניהו, פסקה 31 (21.2.2024)).

סיכום ביניים: המלצותיהן של הוועדות הציבוריות ותיקון מס' 37

102. תיאור המלצותיהן של הוועדות הציבוריות מעלה תמונה מורכבת. הוועדות הציבוריות כולן עמדו על קיומם של שני עקרונות משלימים לעניין גבולות מעורבות השר בפעילות המשטרה: העיקרון הראשון הוא כי יש לאפשר לשר הממונה על המשטרה לממש את אחריותו המיניסטריאלית באמצעות קביעת מדיניות עקרונית וכללית ובפיקוח על עבודת המשטרה; העיקרון השני הוא כי אין הוא רשאי להתערב בפרטי פעילותה

האופרטיבית, כאשר במישור זה נדרש להבטיח את עצמאותה ומקצועיותה של המשטרה, נוכח מעמדה המיוחד באכיפת הדין והצורך החיוני במניעת חדירה של שיקולים פוליטיים לתחומים רגישים אלו. ואולם, אין לכחד, יישום הדברים בחיי המעשה לעיתים אינו פשוט, נוכח המתח שמתעורר בין הצורך לאפשר לשר לערוך פיקוח אפקטיבי ביחס לפעולות המשטרה לבין הצורך בשמירה על עצמאותה ומקצועיותה, ובשים לב לקושי להבחין במקרי קצה בין קביעת מדיניות לבין הנחיה אופרטיבית.

103. בנוסף לאמור, עמידה על המלצות הוועדות הציבוריות מעלה כי קיים פער ניכר בין ההמלצות של הוועדות הציבוריות, ובפרט המלצותיה של ועדת צדוק, לבין ההסדר שנקבע בתיקון מס' 37. כך למשל, לצד ההמלצה להקנות לשר סמכות להתוות מדיניות כללית, המליצה ועדת צדוק לעגן, במסגרת אותה חקיקה ראשית, את ההבחנה בין סוגיות עקרוניות לבין עניינים אופרטיביים. המלצה זו התבססה על החשש שהסמכות לקבוע מדיניות תשמש כסות להתערבות בסוגיות אופרטיביות, ומתוך הבנה כי עשויות להיות לכך השלכות משמעותיות על עצמאותה של המשטרה. למרות זאת, הבחנה כזאת לא עוגנה בתיקון, ואף בהליך החקיקה לא נעשה ניסיון להבחין בין השניים (הגם שהנושא הועלה בוועדת המיוחדת פעמים רבות; וראו למשל: הפרוטוקול מיום 14.12.2022, בעמ' 92-93; הפרוטוקול מיום 19.12.2022, בעמ' 46). בנוסף, ועדת צדוק קבעה כי יש להתנות את סמכותו של השר להתוות מדיניות בעיגונה של חובה לשמוע את עמדת המפכ"ל, ואף המליצה כי ייקבע שסטייה מעמדתו של המפכ"ל תיעשה רק "במקרים מיוחדים ומטעמים בעלי חשיבות רבה" (דוח ועדת צדוק, בעמ' 49). סייגים מעין אלה לא נקבעו בתיקון. זאת ועוד, הוועדה אמנם המליצה להקנות לשר סמכות להתוות מדיניות בתחום החקירות הפליליות, אך הציעה להתנות זאת בחובת היוועצות עם היועצת המשפטית לממשלה. חלף זאת, בתיקון נקבעה חובת "שמיעה" בלבד, "שנמוך" מכוון של המשקל שלשיטת ועדת צדוק היה נדרש ליתן לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. בנוסף לאמור, בתיקון אין זכר להמלצת הוועדה כי בתחום החקירות הפליליות, ככל שיש ספק האם פעולת המשטרה תואמת את החוק, תכריע עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. זאת ועוד, ועדת צדוק התייחסה במפורש לצורך לחזק את מעמדו של המפכ"ל כרשות מוסמכת, כמי שעומד בראש המשטרה ואמון על ניהולה. בתוך כך, הוצע להקנות לו את הסמכות למינויים ופיטורים של קצינים בכירים, סמכות שנושאת עמה השפעה רבה, ואשר לפי הפקודה מוקנית כיום לשר.

104. הנה כי כן, תיקון מס' 37 עיגן בחקיקה אך את אותן המלצות שיש בהן להרחיב את מעורבות השר בפעילות המשטרה, תוך השמטה מכוונת של ההמלצות המשלימות

של הוועדה שנועדו לאזן את סמכויותיו, על מנת להבטיח את מקצועיותה, עצמאותה, ואי תלותה הפוליטית של המשטרה במישור האופרטיבי. ויובהר, המלצות הוועדות אינן מנותקות זו מזו. להפך: התמונה המצטיירת מהן היא של גיבוש מדורג של צעדים משלימים שמטרתם ליצור איזון עדין בין העקרונות הבסיסיים שעליהם עמדנו לעיל. ברי כי אין באמור כדי להביע עמדה – בשלב זה – בהתייחס לשאלת חוקתיות התיקון. ואולם, נוכח האמור, אני סבור כי לא ניתן לקבל את טענת הכנסת והשר שלפיה החוק המתקן תואם את חלוקת הסמכויות הראויה – כפי שהוועדות הציבוריות תפסו חלוקה זו – בין השר לבין גורמי המשטרה.

משאמרנו דברים אלה, נפנה לבחון את חוקתיות התיקון.

תיקון מס' 37 והפגיעה בזכויות חוקתיות

105. בחלק זה, אדרש לשאלה האם מערך היחסים בין המשטרה לבין הדרג המיניסטריאלי משפיע על זכויות האדם. כפי שיפורט להלן, לשיטתי, התשובה לשאלה זו היא בחיוב; הגנה על אותן זכויות אדם גרעיניות אשר מושפעות מצבר הסמכויות שנתונות למשטרה, מחייבת את הגבלת מעורבות הדרג המיניסטריאלי בפעילותה. לשיטתי, ערעור עצמאות המשטרה מגלם פגיעה קשה ועצמאית בזכויות אדם. עמדה זו מתבססת על הקביעה העקרונית בעניין המרכז האקדמי – אליה הפנו גם העותרים והיועצת המשפטית לממשלה – שלפיה אופן הסדרת הסמכות השלטונית, ובפרט שאלת זהותו וטיבו של הגורם שמפעיל את הסמכות, עשויה לגלם פגיעה עצמאית בזכויות יסוד.

106. נוכח חשיבות הדברים לענייננו, אעמוד תחילה על הכרעתו של בית משפט זה בעניין המרכז האקדמי, בתמצית הנדרשת. בפרשה זו, הורה בית המשפט על ביטול תיקון חקיקה שמכוחו היה עתיד לקום לראשונה בית סוהר שיופעל וינוהל על ידי תאגיד פרטי, חלף הפעלתו על ידי המדינה. בית המשפט עמד בהרחבה על עקרונות היסוד שעומדים בבסיס סמכויות הכליאה במשטר דמוקרטי, והדגיש כי: "הלגיטימיות הדמוקרטית שניתנת לגופים שמפעילים כוח מאורגן בשם המדינה, היא שמאפשרת להם במובן המהותי להפעיל את הסמכויות הנתונות להם כלפי כל אדם. במקביל, בכך שאותם גופים פועלים בגדר המנגנון המדינתי הדמוקרטי וכפופים לכלליו, יש כדי לחזק את הלגיטימיות הניתנת להם" (שם, בעמ' 604-605).

107. בית המשפט קבע כי הפקדת הסמכות השלטונית הגרעינית שעניינה כליאת אסירים בידי גורם פרטי, פוגעת פגיעה עצמאית בזכויות האסירים לחירות, בשני מובנים. במובן הראשון, נגרמת פגיעה לעצם הלגיטימיות של עונש המאסר, מאחר שהמדינה אינה נושאת במלוא האחריות להוצאה לפועל של ההחלטה כי יש להטיל על אדם עונש מאסר; במובן השני, הפגיעה בזכות לחירות נגרמת מכך שהגורם אשר מפעיל סמכויות כלפי הפרט מונע משיקולים כלכליים, שהם שיקולים זרים בכל הנוגע להגשמת מטרות הענישה. בית המשפט הבהיר כי: "השאלה האם הגורם השולל את החירות פועל, בראש ובראשונה, על מנת לקדם את האינטרס הציבורי (יהא אשר יהא), או שמא בראש מעייניו עומד אינטרס פרטי כלשהו – היא שאלה קריטית הניצבת בגרעין הקשה של הזכות לחירות אישית. התשובה לשאלה האמורה היא בעלת חשיבות באשר לעצם הלגיטימיות של שלילת החירות" (שם, בעמ' 599).

108. בנוסף לאמור, נקבע כי התיקון פוגע בכבוד האדם, נוכח קיומו של חשש מובנה שהתכלית הכלכלית הפרטית הופכת את האסירים לאמצעי להפקת רווחים כספיים על ידי התאגיד שמנהל ומפעיל את בית הסוהר. בית המשפט קבע כי היבט נוסף של הפגיעה בזכות לכבוד טמון במשמעות החברתית והסמלית המיוחסת לכליאה בבית סוהר בניהול פרטי, מאחר שהדבר מנוגד לתפיסה הבסיסית של החברה בישראל בדבר אחריות המדינה, הפועלת באמצעות הממשלה, לשימוש בכוח מאורגן. לשלמות התמונה יוער כי בית המשפט לא נדרש להכריע בטענות שהעלו העותרים באשר לפוטנציאל הפגיעה החמורה יותר בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבתי הסוהר הציבוריים, אף כי ציין שמדובר בטענות כבדות משקל וקבע כי החששות בהקשר זה אינם משוללי יסוד (שם, בעמ' 596). זאת מאחר שבאותו השלב, טרם הוקם בית הסוהר הפרטי, ולפיכך מדובר היה בפגיעה עתידית ופוטנציאלית בלבד (ואולם, ראו את עמדת היחיד של השופטת פרוקצ'יה, שלפיה הפגיעה החוקתית הנגרמת על ידי התיקון נובעת מהסיכון לפגיעה בלתי מידתית בזכויותיו של האסיר בבית סוהר בניהול פרטי, נוכח השיקולים הכלכליים שמניעים את התאגיד הפרטי, והיעדר אמצעי בקרה ופיקוח).

109. הנה כי כן, ביסוד ההכרעה בעניין המרכזי האקדמי, ניצבת התפיסה כי כאשר מדובר בהפעלת הסמכויות השלטוניות הגרעיניות שנתונות לשלטון בחברה דמוקרטית, שמימושן כרוך בפגיעה קשה בזכויות אדם, פגיעה בלגיטימיות הדמוקרטית של הפעלת הסמכות השלטונית עשויה לעלות כדי פגיעה מובחנת ועצמאית בזכויות חוקתיות, אשר

אינה תלויה באופן מימוש הפעלת הסמכות השלטונית בפועל. כעולה מפסק הדין, הלגיטימיות הדמוקרטית של סמכות שמגלמת פגיעה בזכויות אדם כרוכה, בין היתר, במהות ובטיבו של הגורם אשר מפעיל את הסמכות. בהתייחס לסמכויות הכליאה ובבחינת הסוגיה שעמדה במוקד אותו עניין, נקבע כי הלגיטימיות של סמכויות אלה תלויה בכך שהן מופעלות על ידי המדינה. על בסיס אותם עקרונות נפנה לבחון את הסוגיה שלפנינו, והיא אילו תנאים נדרשים להתקיים כדי שהפעלת סמכויות משטרתיות, הפוגעות בליבת זכויות האדם, תיחשב לגיטימית.

110. כפי שצוין לעיל, המשטרה היא חלק ממערכת אכיפת החוק הפלילי; היא אמונה על שמירת הסדר וביטחון הציבור; היא באה במגע יום יומי עם אזרחי המדינה; ונתונה לה סמכות ייחודית להפעלת כוח כלפי הפרט, לצד שורה של סמכויות נוספות שכרוכות בפגיעה משמעותית בגרעין זכויות האדם. מקומה הייחודי של המשטרה בחברה הדמוקרטית, עליו עמדנו לעיל, מחייב שוני מסוים באופן התווית מערכת היחסים שבין הממשלה והשר הממונה עליה לבין המשטרה, בהשוואה ליחסים בין שרים אחרים למשרדים עליהם הם ממונים. הקניית כוח שטומן בחובו פגיעה פוטנציאלית כה קשה ועוצמתית, מחייבת – כחלק מהלגיטימיות לעצם הקנייתן של סמכויות אלה – ערבויות לכך שמימושן ייעשה באופן ענייני ומקצועי, לשם מימוש אינטרס ציבורי ובמידה המתחייבת הנדרשת לשם כך. ערבויות אלו כוללות מערכת של "איונים ובלמים" שמורכבת משני פנים: מצד אחד, השר מוסמך להתוות מדיניות כללית ועקרונית ולפקח על עבודת המשטרה; ומן העבר השני, לא נתונה לו סמכות להתערב בשיקול הדעת המקצועי של המשטרה או באירועים אופרטיביים (וראו גם: דן ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב 133, 148-153 (1991) (להלן: ביי)). כפי שהודגם לעיל, תפיסה זו מושרשת היטב בשיטתנו, והיא באה לידי ביטוי הן בהמלצותיהן של הוועדות הציבוריות שנדרשו לכך לאורך השנים, הן בעמדתו העקבית של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה.

111. הצורך המיוחד לתחום את גבולות התערבותו של השר בעבודת המשטרה בשעה שהיא מפעילה את שיקול דעתה במקרים אופרטיביים-פרטניים, נובע, בין היתר, מכך שרבות מהסמכויות שנתונות למשטרה הן סמכויות בתחום אכיפת הדין, ובפרט אכיפת הדין הפלילי. כך, החלטה על מעצרו של אדם; החלטה על חיפוש בחפציו ובחצרו; החלטה על שימוש בכוח נגדו; והחלטות רבות אחרות שהמשטרה מקבלת מדי יום ביומו, הן החלטות שבמרכזן יישום והפעלתו של החוק הפלילי לפי תכליותיו. במובן זה, השוטרים שואבים את סמכויותיהם "ישירות מהחוק" (משפט ושיטור, בעמ' 100).

בהתאם, הפעלת הסמכות כלפי הפרט היא במידה רבה עניין לשיקול דעת מקצועי ובלתי תלוי, ולא עניין לשיקולים שנטועים בהשקפת עולם כזו או אחרת (וראו: בג"ץ 911/21, פסקאות 16-17; עניין המרכז האקדמי, בעמ' 658).

112. בנוסף לאמור, הצורך בקיומן של ערובות שתוחמות את גבולות התערבותו של השר, נובע גם מהחשש המיוחד מחדירת שיקולים פוליטיים לאופן שבו תפעיל המשטרה את סמכויותיה. אמנם, האיסור על שקילת שיקולים פוליטיים הוא איסור כללי, אשר חל באופן רוחבי על שרים בתפקידם המינהלי. ואולם, הסכנה מגיוס הכוח המשטרתי לטובת אינטרסים פוליטיים, היא חמורה ועוצמתית במידה ניכרת בהשוואה לגופים אחרים ברשות המבצעת. בראש ובראשונה, שימוש פוליטי בסמכויותיה של המשטרה פוגע פגיעה קשה ומשמעותית בשלטון החוק, ובעיקרון שלפיו כל הפרטים שווים לפני החוק. כך למשל, פוליטיזציה של המשטרה עשויה להוביל לשימוש בסמכויות האכיפה הפליליות לשם קידום אינטרסים מפלגתיים או לאכיפת יתר כלפי קבוצה שמתנגדת לשלטון; היא עשויה להוביל לשיטור יתר או לשיטור חסר כלפי קבוצות בהתאם להשתייכותם הדתית, הלאומית או האתנית; היא עשויה להוביל לשימוש בכלי החקירה הפלילית, על השלכותיו הפוגעניות, נגד יריבים פוליטיים. ברי כי סכנה זו חותרת תחת היסודות הבסיסיים ביותר של הדמוקרטיה, והיא מערערת את עצם היסודות של "האמנה החברתית" שבמסגרתה הפרט מפקיד בידי השלטון כוח שיש בו אפשרות לפגיעה קשה בו, בין היתר מתוך מטרה שהשלטון יקנה לו הגנה שוויונית. בכך טמונה גם פגיעה קשה בזכויות האדם.

113. בנוסף לאמור, במסגרת תפקידיה, עשויה המשטרה להידרש גם לחקירתם של חברי הממשלה עצמה (ראו: בג"ץ 911/21, פסקה 19; עניין פלונית, בעמ' 757) ושל חברי כנסת – הן מן הקואליציה, הן מן האופוזיציה. החשש מחדירתם של שיקולים פוליטיים למרחב הטיפול בשחיתות השלטונית מגלם סכנה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי. בהקשר זה, החשש הוא כפול: הן במניעת חקירות מסוימות לטובת מי שהשלטון חפץ ביקרו; הן בקידום חקירות (וחקירות סרק) נגד פוליטיקאים שמתנגדים לו. שיקול זה אף הוא מחייב להבטיח קיומו של חיץ בין שיקולים פוליטיים לבין סמכויות הביצוע של המשטרה.

114. זאת ועוד, מניעת פוליטיזציה של המשטרה קשורה קשר הדוק לאמון הציבור בה, שהוא רכיב חיוני לפעילותה. לא אחת הודגש בפסיקתנו כי אמון הציבור במשטרה

מותנה בתפיסה כי היא פועלת ביושר, בענייניות, בשוויון ובסבירות. כפי שנאמר באחת הפרשות: "יכולתה של המשטרה למלא את תפקידיה מותנית באמון הציבור ביושר כפיהם, בהגינותם ובסבירותם של השוטרים. בלא יחסי אמון בין המשטרה לבין הקהילייה שהיא משרתת, לא תוכל המשטרה לקיים את משימותיה" (בג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 783, 749 (1994); כן ראו: בג"ץ 911/21, פסקה 18; בג"ץ 3798/09 גורווחוד נ' המפקח הכללי של מדינת ישראל, פסקה 17 (7.12.2010); משפט ושיטור, בעמ' 94-96; אסטרטגיות שיטור, בעמ' 44). פעילותה התקינה של המשטרה – ובפרט שיתוף הפעולה של הציבור עמה – תלוי במידה רבה בתפיסה בדבר טיב השיקולים שהמשטרה שוקלת בעת הפעלת סמכויותיה. מכאן שלא רק פוליטיזציה של פעולות המשטרה בפועל היא מסוכנת, אלא גם עצם התפיסה ששיקולים פוליטיים מנחים את המשטרה – מערער את האמון הציבורי בפעולות המשטרה. תחושת הציבור כי הכוח המשטרתי מופעל בהתאם להשתייכות הפרט לקבוצה מסוימת, שאינה נושאת חן בעיני השלטון, ולא באופן אובייקטיבי וניטרלי, סותרת באופן חזיתי את יכולתו של הציבור ליתן בה אמון. משמעותה היא כי מדובר במשטרה "מטעם" ולא במשטרה שאמונה על שלטון החוק – משטרה של הממשלה, ולא משטרה של המדינה.

115. אמנם, כפי שצוין לעיל, התפיסה המקובלת היא שכאשר שר ממלא את תפקידו המינהלי "נסוגה הפונקציה הפוליטית מפני הפונקציה המינהלית" (בג"ץ 3094/93, בעמ' 426); קרי, ככלל, השיקולים הפוליטיים הם שיקולים זרים להפעלת הסמכות המינהלית, וחל איסור לשקול אותם. בהתאם לאמור, נקודת המוצא היא כי השר הממונה על המשטרה מחויב אף הוא בשמירה על האינטרס הציבורי. בכך קיים שוני מסוים בין המקרה דנן לבין עניין המרכז האקדמי: באותו עניין, נקבע כאמור כי הפגיעה בחירות טמונה בכך שהגורם שמפעיל את הסמכות המינהלית מונע באופן אינהרנטי משיקול השאת רווח, שהוא שיקול זר להפעלת הסמכות. ואולם, חרף קיומו של הכלל אשר אוסר על שקילת שיקולים פוליטיים, מציאות החיים מלמדת כי לעיתים שיקול זה עשוי להישקל. לפיכך, יש לעצב מנגנוני ביקורת מתאימים שייתנו לכך מענה. כפי שצוין בפרשה אחרת: "אין מגבשים עקרונות יסוד ממלכתיים על בסיס הנחות, כי הכול יתנהל כשורה. נהפוך הוא: כל המבנה הקונסטיטוציוני מבוסס על ההנחה, כי דברים עשויים שלא להתנהל כשורה, ועל-כן יש להציב גבולות וגדרות" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 606 (1986)).

116. לפיכך, מצויים בשיטתנו מנגנוני ביקורת שונים, שתפקידם להבטיח כי הדרג המיניסטריאלי לא ישקול שיקולים פוליטיים. אחד ממנגנוני הביקורת האמורים הוא הביקורת השיפוטית (וראו: בג"ץ 3094/93, בעמ' 426). ואולם, "הגבולות והגדרות" אותם נחוץ להציב משתנים, מטבע הדברים, בהתאם למאטריה הפרטיקולרית. נוכח עוצמת הסכנה שבחדירת שיקולים פוליטיים לעבודת המשטרה, הקושי בהוכחתם של שיקולים אלה בפועל, וההיקף הרב של הפעילות המשטרית היום יומית, המתבצעת דרך שגרה, אין די בביקורת שיפוטית שנעשית אך לאחר המעשה ובדיעבד כדי לתת מענה ראוי לחששות האמורים (והשוו: עניין המרכז האקדמי, בעמ' 661); חלק מהלגיטימיות הדמוקרטית של עצם הפעלת סמכויות המשטרה, כרוכה בקביעת מנגנונים וערוכות ממשיים וקונקרטיים שיוכלו למנוע מראש את השפעתם של שיקולים פוליטיים על הפעילות המשטרית. זאת ועוד, כאמור, ערובות אלו נדרשות גם כדי למנוע אף למראית עין את התפיסה שהמשטרה מונעת בפעולותיה משיקולים פוליטיים.

117. ויובהר: תפיסת היסוד, כפי שהיא באה לידי ביטוי בין היתר בהמלצותיהן של הוועדות הציבוריות לאורך השנים, היא כי לשר ולממשלה תפקיד חשוב במערכת ה"איזונים והבלמים" שתוארה לעיל. קרי, חלק מהלגיטימציה הדמוקרטית של הפעלת סמכויות המשטרה נוגעת גם לחובתו של השר ושל הממשלה כולה לפקח על עבודתה ולהתוות את מדיניותה. זאת, מאחר שבמידה רבה, הם הגורמים שנושאים באחריות כלפי הציבור; וגם נוכח החשש, עליו הצביעה גם ועדת צדוק, כי המוטיבציה של המשטרה להגיע לתוצאות מהירות, עלול להוביל לכך שלא תתחשב במידה מספקת בזכויות הפרט, באופן שעשוי להוביל לפגיעה בלתי מידתית בהן (כן ראו: משפט ושיטור, בעמ' 114-113), ובהקשר זה עשוי השר לשמש גורם מרסן. בהתאם לאמור, השר לביטחון לאומי חזר והפנה לאורך ההליך לדברים הבאים של הנשיאה ד' ביניש בעניין המרכז האקדמי:

"בהתאם לעקרונות המשטר האמורים ועל פי תפישות היסוד החברתיות והמדיניות של שיטת המשטר בישראל, המדינה – באמצעות הממשלה והגופים הכפופים לה – נתפשת כגורם שעליו מוטלת האחריות להבטחת הביטחון והסדר הציבורי ולאכיפת החוק הפלילי. זרועות הביטחון השונות במדינה – ובהן צה"ל, המשטרה, שירות בתי הסוהר ושירות הביטחון הכללי – כפופות למרות ממשלה, וככלל ראשיהן ממונים על ידה [...] אכן, כפיפותן של זרועות הביטחון השונות למרותה של הממשלה הנבחרת הייתה, מאז ומתמיד, אחד ממאפייניה הבולטים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מודרנית, וזהו אחד מעקרונות היסוד החוקתיים העומדים בבסיסה של שיטת

המשטר בישראל" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; שם, בעמ' 602-603).

118. דברים אלה אכן מבטאים היבט מסוים והכרחי בלגיטימיות הדמוקרטית של הפעלת הכוח המשטרתי. ההצדקה לשימוש בכוח הכופה של המשטרה טמונה גם בפיקוח מצד הממשלה הנבחרת ובהתוויית מדיניות עקרונית על ידה. ואולם, אין בדברים אלה למצות את התנאים הנחוצים להבטחת קו הגבול בין המותר לאסור, ואין בהם לבטא באופן מלא את מלוא מורכבות אסדרתה של הפעילות המשטרית במדינה דמוקרטית. הדברים שזורים זה בזה: העצמאות המשטרית אין משמעותה היעדר פיקוח מצד הדרג המיניסטריאלי, או מניעת אפשרות לקבוע מדיניות כללית ועקרונית, כל עוד מדיניות זו מגודרת באופן מספק והיא מותירה לדרג המקצועי מקום להפעיל שיקול דעת במקרים פרטניים. קרי, יש להתוות את גבולות הסמכות של השר והממשלה בהתאם לאיזונים שעליהם עמדנו לעיל, תוך הבטחה כי המשטרה תפעיל את סמכויותיה בשטח באופן מקצועי אשר מונע את חדירתם של שיקולים פוליטיים מכיוונו של השר ומסביבתו.

119. בהתאם לאמור לעיל, האופן שבו מערכת היחסים בין הדרג המיניסטריאלי לבין המשטרה מוסדרת – משפיע על עצם הלגיטימיות של הפעלת הסמכויות המשטריות. הבטחת עצמאותה ומקצועיותה של המשטרה – כחלק ממכלול האיזונים והבלמים שפורטו לעיל – היא חיונית להגנה על זכויות האדם; בהתאם, השאלה כיצד מערכת יחסים זו מוסדרת היא "שאלה קריטית" שניצבת ב"גרעין הקשה" של הזכויות החוקתיות שנפגעות כתוצאה מהפעלת סמכויות המשטרה (כלשון הנשיאה בייניש בעניין המרכז האקדמי, בעמ' 599), ובפרט בזכות לחירות; לפרטיות; לחופש ביטוי; לחופש תנועה.

120. בהתאם לאמור, לשיטתי, ככל שנמצא שהתיקון – על הוראותיו השונות – שינה את מערכת היחסים שבין השר לבין המשטרה, באופן שהסיט את נקודת האיזון באופן ניכר ופגע ביכולתה להפעיל את סמכויותיה באופן עצמאי, מקצועי, ממלכתי ובלתי תלוי, הדבר יעלה כדי פגיעה עצמאית ומובחנת בזכויות שנפגעות כתוצאה מעצם הפעלת סמכויות המשטרה.

121. בנוסף לאמור, סבורני כי פגיעה בעצמאות המשטרה תוך הכפפתה באופן לא מאוזן לדרג המיניסטריאלי, מוליכה גם לפגיעה מובחנת ועצמאית בזכות החוקתית לכבוד האדם. כפי שצוין בעניין המרכז האקדמי, כאשר פעולה שלטונית מבטאת מבחינה חברתית יחס של חוסר כבוד לפרט ולערכו כאדם, עשויה להיווצר פגיעה מובחנת בזכות

החוקתית לכבוד האדם (שם, בעמ' 615-616). בהקשר הרלוונטי לענייננו, פגיעה בעצמאות המשטרה תוך פתיחת פתח להשפעה של שיקולים פוליטיים לא ענייניים על האופן שבו מופעלות סמכויותיה, מעבירה מסר שלפיו הסמכויות הפוגעניות של המשטרה עלולות לשמש לא רק לשם הגשמת האינטרס הציבורי ובמידה המתחייבת לכך, אלא גם לקידום מטרות חיצוניות. כתוצאה מכך, הפרט, שעליו מפעילה המשטרה את סמכויותיה (שמטבען, עשויות להיות פוגעניות), עשוי לחוש כי הוא משמש אמצעי להשגת תכליות זרות. למשל, כאשר אדם חושש שההחלטה על מעצרו מושפעת מהשתייכותו הקבוצתית או הפוליטית, ולא רק מהתנהגותו האישית, נוצר ממד משפיל נוסף ונפרד להחלטת המעצר. הפגיעה בזכויותיו של אדם מסיבות שעשויות לא להיות קשורות אך במעשיו, מהווה פגיעה נוספת ומשמעותית בכבודו. יודגש: גם במצב דברים שבו המשטרה לא שקלה בפועל שיקולים פוליטיים, עצם האפשרות לחדירתם של שיקולים אלה, עלולה להטיל צל כבד על כל פעולותיה – ובהתאם נפגע גם כבוד האדם. פגיעה זו מועצמת נוכח פער הכוחות המובנה בין הפרט לבין השוטר שניצב מולו, ואשר הוא מחויב לציית להוראותיו.

לאחר שעמדנו על המישור העקרוני לעניין הזיקה של מערכת היחסים בין הדרג המיניסטריאלי לבין המשטרה לפגיעה בזכויות אדם, נפנה לבחון את הוראות תיקון מס' 37.

הקשיים במכלול הוראות התיקון

122. כפי שצוין לעיל, התיקון קובע כי המשטרה נתונה למרות הממשלה, וכי השר הוא הממונה על המשטרה מטעם הממשלה; הוא קובע כי השר רשאי להתוות מדיניות כללית וסדרי עדיפויות למשטרה, מבלי שנקבעו בחקיקה אמות מידה להבחנה בין מדיניות לבין אירוע אופרטיבי, וללא התייחסות לגורמים המקצועיים שעמדתם צריכה להישמע כחלק מקביעת מדיניות שכזו; הוא מוסיף וקובע כי סמכות זו חלה גם בתחום החקירות הפליליות, כמפורט בסעיף, לאחר "שמיעת" היועץ המשפטי לממשלה ותוך התייעצות עם המפכ"ל. בנוסף, במסגרת התיקון התווספה לסעיף 9, שקובע את תפקידי המפכ"ל, סיפה שלפיה תפקידי המפכ"ל יבוצעו "בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר [...]". כפי שצוין לעיל, בעוד שעובר לתיקון, העקרונות הכלליים שנוגעים למערכת היחסים בין המשטרה לבין השר לא עוגנו עלי ספר, תיקון מס' 37 עיגן אך את אותם סמכויות ועקרונות שמעמיקים את מעורבות השר והממשלה בעבודת המשטרה, תוך השמטה מכוונת של ההמלצות והעקרונות המקובלים שהם בבחינת

מנגנונים מאזנים שנועדו להגן על עצמאות המשטרה ולשמרה. עמידה על מכלול הוראות התיקון עשויה ללמד כי הוא יוצר העדפה מובנית של עקרונות הנוגעים לסמכויות השר, על פני העקרונות שנוגעים לעצמאות המשטרה, באופן שהסיט את נקודת האיזון שהייתה קיימת עובר לתיקון, תוך פגיעה בדמותה ובמסגרת פעולתה המקובלת של המשטרה.

123. יתרה מכך, עיגון סלקטיבי של מה שהיה "תורה שבעל פה" לפני התיקון, עשוי אף ללמד כי התיקון ביקש לשלול את מה שלא עוגן במפורש, קרי מדובר בהשמטה מכוונת שהיא בגדר הסדר שלילי. ויודגש: הסמכויות שהוקנו לשר לא מצויות בחלל ריק, והן מתווספות לסמכויות הנרחבות שנתונות לו בתחום המינויים והפיטורים, שלא צומצמו במסגרת התיקון, על אף המלצותיה של ועדת צדוק. סמכויות אלה מקנות מלכתחילה לשר כוח בלתי מבוטל, מאחר שהן יוצרות תלות וזיקה בין קידומם והמשך כהונתם של השוטרים בשטח לבין השר. זיקה זו עשויה אף היא להשפיע על השיקולים שהגורמים הרלוונטיים במשטרה ישקלו (בג"ץ 911/21, פסקה 18; ראו גם: ביין, בעמ' 151-152).

124. כפי שיפורט להלן, אני סבור כי עמידה על הוראות התיקון חושפת קשיים לא מבוטלים: הוראות התיקון – כלשונן – עשויות להוליך לפגיעה קשה בעצמאות המשטרה, וכפועל יוצא גם בזכויות אדם. עם זאת, סבורני כי למעט סעיף 78 (שעוסק בזכויות בסמכות השר בתחום החקירות הפליליות) ניתן לפרש את הוראות התיקון באופן המביא, במידה רבה, לפתרון של קשיים אלה. גישה זו תואמת את תפיסת היסוד בשיטתנו, שלפיה יש להעדיף הכרעה פרשנית על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו של חוק (בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 31 לפסק דיני (26.10.2023); בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996)). כפי שצוין באחת הפרשות:

"בשלב הנוכחי, כאשר החוק בא לראשונה לפנינו, עלינו לעשות שימוש בכלי העבודה האינהרנטי שבידי בית המשפט – פרשנות החוק מתוכו ומלשונו [...] שכן כפי שקבענו בעבר – כל עוד ניתן לצמצם את הפגיעה הפוטנציאלית שבהוראת החוק על דרך הפרשנות, יש להקדים את המהלך הפרשני [...]" (בג"ץ 3809/08, האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל, פ"ד סה(2) 694, 731 (2012)).

ואולם, בטרם אפנה לבחון את ההוראות הפרטניות של התיקון, אתייחס לטענות שהועלו ביחס למשמעות אי הכללתו של עיקרון ממלכתיות ועצמאיות המשטרה בתיקון.

א. היעדר עיגון לעיקרון ממלכתיות ועצמאות המשטרה

125. טענה מרכזית שהועלתה במסגרת ההליך היא כי התיקון פוגע פגיעה קשה באופייה העצמאי והממלכתי של המשטרה, בשל ההשמטה המכוונת של עיקרון יסודי זה מהתיקון. כנטען, הימנעותו של המחוקק מהכללת הוראה אשר מגנה על עצמאות וממלכתיות המשטרה, יוצרת עדיפות מובנית למעורבותו של השר, תוך הפרת מערך האיזונים שחל עובר לתיקון. כפי שיפורט להלן, אף שהחלטת המחוקק לדחות את ההצעות שהועלו בהקשר זה מעלה תהיות לא פשוטות, סבורני כי אין בהיעדר אזכור מפורש של העיקרון האמור במסגרת התיקון כדי לגרוע מתוקפו וממעמדו.

126. בפתח הדברים אבהיר כי מתקשה אני לקבל את טענתה של הכנסת שלפיה "היעדר עיגון חקיקתי מפורש של היבט מסוים אינו יכול להביא לפסילת חוק המעגן במפורש היבט אחר של אותו העניין" (סעיף 111 לתצהיר התשובה מטעם הכנסת). בענייננו, אין מדובר בהסדרת שני נושאים נפרדים ומובחנים זה מזה: חובת המשטרה לפעול באופן עצמאי וממלכתי היא חלק מהותי ומובנה מהסדרתה, אשר מתווה את "גבולות הקצה" של מעורבות הממשלה והשר בעבודתה. בשים לב להצעות שהועלו במהלך הליך החקיקה, אין חולק כי היעדרה של הוראה כאמור אינה בגדר "תקלה חקיקתית" הטעונה השלמה, אלא מדובר ב"שתיקה מדעת" שמשמעותה היא הסדרה משתמעת. השאלה שלפנינו היא אם מדובר בהסדר משתמע שלילי, שמשמעותו היא כי המחוקק ביקש לשלול את האפשרות כי אותו עניין יהיה חלק מהחוק; או בהסדר משתמע חיובי, שמשמעותו היא כי המחוקק לא ראה צורך לכלול הוראה מפורשת בנושא זה, מתוך הנחה שהדבר מובן מאליו ונלמד בדרך של קל וחומר (דנג"ץ 7335/21 שרת הפנים נ' מרינצ'בה, פסקה 22 לפסק דיני (13.11.2023); בג"ץ 6301/18 פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים, פסקאות 30-33 לפסק דיני (27.12.2018)).

127. אין לכחד, כפי שציננה היועצת המשפטית לממשלה, מצב הדברים שבו המחוקק נמנע במכוון מלכלול בתיקון חובה יסודית זו מעורר שאלות כבדות משקל על התכלית שעומדת ביסוד התיקון. במסגרת ההליך דנן, הציגו הכנסת והשר טעמים מגוונים לכך. כך למשל, בטיעוניו של השר לביטחון לאומי, נטען כי הוספת הסעיף האמור "נועדה לרוקן מתוכן את התיקון" (סעיף 131 לתגובה המקדמית), וכי "יש בה כדי לאיין את

התיקון כולו" (סעיף 151 לתצהיר התשובה). עמדה זו נומקה בכך שהנוסח שהוצע על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה היה רחב יותר בהשוואה לסעיף שחל על שירות הביטחון הכללי (כזכור, זו לשונה של הצעת המשנים שהובאה לעיל: "במילוי כל תפקידיה ובהפעלת כל סמכויותיה תפעל המשטרה באורח ממלכתי, עצמאי, נטול אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים, וללא משוא פנים כשעליה מרותו של החוק בלבד"). עמדה זו מעוררת קושי, בשים לב לכך שהייעוץ המשפטי לוועדה המיוחדת הציע נוסח חלופי, אשר נוסחו זהה לנוסח שמעוגן ביחס לשירות הביטחון הכללי, שלפיו: "משטרת ישראל תפעל באורח ממלכתי; לא תוטל על המשטרה משימה לשם קידום אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים". ואולם עמדה זו מעוררת קושי גם לגופם של דברים, מאחר שהיא מרמזת על עמדה שלילית של המחוקק ביחס לתחולת עקרונות אלה על המשטרה. מנגד, מדובר בעמדה מאוחרת להליך החקיקה, שגובשה אגב מענה לטענות בהליך משפטי תלוי ועומד, ולפיכך משקלה הוא ממילא מוגבל (ע"ע 7368/22 משרד הפנים נ' בריל, פסקה 28 (7.3.2023); ע"ע 7825/19 יוניון מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, פסקה 26 (18.10.2020); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה -395 393 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה)).

128. מן העבר השני, הכנסת טענה כי הטעם המרכזי שעמד ביסוד ההחלטה לא לעגן את הסעיף האמור היה שמדובר בחובה שהיא בגדר "המובן מאליו", ולפיכך אין הכרח לייחד לעיקרון זה הוראה מפורשת; קרי, לשיטת הכנסת מדובר בהסדר משתמע חיובי. עיון בפרוטוקולים של הוועדה המיוחדת מעלה כי לא הובאו טעמים רבים להתנגדות האמורה. ההתייחסות הבולטת ביותר בהקשר זה היא אמירותיו של חבר הכנסת בן גביר במסגרת הדיונים בוועדה המיוחדת, שלפיהן לשיטתו יסודה של ההצעה בחוסר אמון פרסונלי של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה כלפיו, וכי בשונה משירות הביטחון הכללי, "הפועל במחשכים", אין צורך לעגן במפורש חובה זו ביחס למשטרה (ראו למשל: הפרוטוקול מיום 18.12.2022, בעמ' 89-90). מאמירות אלה אכן ניתן ללמוד כי המחוקק לא ביקש לגרוע מתחולתו של עיקרון זה במסגרת התיקון. דברים אלה הובעו על ידי השר גם במסגרת הדיון הראשון שקיימנו בעתירות (פרוטוקול הדיון מיום 7.6.2023, בעמ' 76, ש' 14-24), ובטיעוניו הכתובים ציין גם: "ברי כי אין בנוסח התיקון כדי לגרוע מחובתה של המשטרה, לפעול בכפוף לכל דין, בניקיון כפיים, ללא משוא פנים, ומתוך שיקולים עניינים ורלוונטיים בלבד [...] זאת כפי שמחויבת כל רשות מינהלית-ממלכתית" (סעיף 136 לתגובה המקדמית). בנוסף לאמור, עיון בהליך החקיקה לא מעלה אמירות מפורשות שמבקשות לשלול את העקרונות האמורים (והשוו: עניין הסבירות, פסקה 17 לפסק דיני).

129. על רקע האמור, סבורני כי קיים קושי בלדלות תכלית ברורה באשר לסירוב המחוקק לעגן במפורש את עיקרון הממלכתיות בתיקון. בנסיבות אלו, חשיבותה של התכלית האובייקטיבית "מתחדדת ביתר שאת" (בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 76 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (8.7.2021)).

130. כפי שפורט עד כה, אופייה העצמאי והממלכתי של המשטרה מהווה נדבך מרכזי בהגנה על זכויות הפרט, אשר עלולות להיות מושפעות מהפעלת סמכויותיה. מדובר בעיקרון חיוני להבטחת שימוש ראוי בסמכויותיה של המשטרה. עצמאות המשטרה וממלכתיותה מעצימות את מחויבותה לאינטרס הציבורי הכולל, ומסייעות בהבטחת יישום שוויוני של החוק.

131. לפיכך, סבורני כי אין בכך שעקרון זה לא נכלל במסגרת התיקון כדי לגרוע ממעמדו ומתחולתו על עבודת המשטרה. בהינתן מסקנה זאת, אפנה לבחון את פרשנות ההוראות הפרטניות של התיקון.

ב. סעיף 8ב – כפיפות משטרת ישראל

132. סעיף 8ב, שכותרתו "כפיפות משטרת ישראל", קובע כי "משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה" וכי "השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה". נוסחו של סעיף זה מועתק מסעיף 2 לחוק-יסוד: הצבא. אמנם, היות המשטרה נתונה למרות הממשלה היא נקודת מוצא שעליה גם עמד בית המשפט בעניין המרכז האקדמי. לצד האמור, כפי שהובהר לעיל, אמירה זו מבטאת אך היבט אחד באסדרה המורכבת של הפעילות המשטרית, שכוללת – לצד מרות לממשלה – גם היבט של עצמאות אופרטיבית שבמסגרתו הדרג המיניסטריאלי לא מנחה את הגורמים שנמצאים בשטח ולא מתערב בשיקול דעתם. קרי, אף שהמשטרה נתונה למרות הממשלה, יש לה בנוסף מחויבות נפרדת למילוי תפקידיה, כפי שנקבעו בחוק, באופן עצמאי.

133. העתקת נוסח הסעיף מחוק-יסוד: הצבא, כמו גם ההיסטוריה החקיקתית של התיקון ובפרט דברי ההסבר להצעת החוק, עשויים לרמוז על כוונה לעצב מחדש את היחסים בין הדרג המדיני למשטרה. ואולם, משהגענו למסקנה כי עצמאות המשטרה בהיבט האופרטיבי נותרה על כנה גם לאחר תיקון מס' 37, ניתן לקבוע כי סעיף 8ב לא משנה מיסודו את מערכת היחסים בין הממשלה לבין המשטרה. המשטרה, בשל

עצמאותה המבצעית, שומרת על מעמד שונה מהצבא ואינה מהווה זרוע ביצועית ישירה של הממשלה. מסקנה זו נלמדת גם מהחלת כללי הפרשנות המקובלים על הסעיף.

134. אמנם, התכלית הסובייקטיבית עשויה ללמד כי המחוקק ביקש לגזור "גזירה שווה" בין הצבא לבין המשטרה. בהקשר זה, ראו, בין היתר, את דברי ההסבר להצעת החוק לדיון מוקדם שצוטטו לעיל שלפיהם: "[...] ניתן לראות כי במבנה המשטרי של מדינת ישראל, צה"ל מבצע את מדיניות הממשלה ואת מדיניות השר הממונה וכפוף להנחיותיהם. בהתאם לכך, ועל מנת ליצור מארג חקיקתי קוהרנטי, שעומד בקנה אחד עם עיקרון היסוד האמור ברישא, מוצע להחיל הסדר דומה בפקודת המשטרה, בכל הנוגע ליחסים שבין משטרת ישראל לבין הממשלה והשר הממונה" (ההדגשה הוספה – ע' פ'). טענות דומות הועלו גם במסגרת הדיונים בוועדה המיוחדת (ראו למשל: הפרוטוקול מיום 15.12.2022, בעמ' 116-118, 180).

135. ואולם, כפי שצוין בעבר, העיקרון בדבר הרמוניה חקיקתית, אינו מכתב כי יש לפרש ביטויים זהים בחוקים שונים כבעלי משמעות זהה: "הגישה בדבר 'הרמוניה חקיקתית' אין משמעותה כי לכל חוק תכלית זהה לחוקים האחרים ועל כן לביטויים ולמונחים יש ליתן בכל החוקים משמעות זהה. לא זה הוא העיקרון העומד ביסוד ההרמוניה החקיקתית. התכליות של החוקים השונים הן לרוב שונות. על כן מילים או ביטויים זהים זוכים, לעתים, למשמעות שונה בהקשר שונה" (ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 339; כן ראו: בג"ץ 6451/18 חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 18 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (19.7.2021); רע"א 686/97 מנורה – חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוח משה תמר ז"ל, פ"ד נג(5) 145, 166-167 (1999)).

136. הפירוט שהובא לעיל לעניין התשתית הנורמטיבית שעומדת ביסוד ההסדרים, מעלה כי אף שלשני הגופים – הצבא והמשטרה – תפקיד במישור הביטחוני, התכליות הפרטיקולריות שאותן הם מבקשים להגשים שונות באופן יסודי ומובהק. כפי שצוין לעיל, המשטרה, בניגוד לצבא, פועלת בראש ובראשונה אל מול תושבי ואזרחי המדינה. לעומת זאת, הצבא פועל אל מול "איומים מבחוץ". נוכח הבדל יסודי זה, סמכויותיה של המשטרה מוסדרות באופן מפורט ומדוקדק בדברי חקיקה שונים. כאשר המשטרה עושה שימוש בסמכויות אלה, היא נתונה למרות החוק; עליה לפעול במסגרת הסמכויות שהוקנו לה בחוק ובהתאם אליהן בלבד. הבדלים ניכרים אלה מובילים למסקנה חד משמעית כי אין מקום להקיש בין ההסדרים החלים על השניים, וכי אין בהוראה שבסעיף

8ב ללמד כי נוכח העתקת נוסחו של הסעיף מחוק-יסוד: הצבא, מערכת היחסים של גופים אלה עם הממשלה היא זהה. עוד יוער כי אין בסעיף זה לגרוע מהסמכויות של הממשלה כולה כלפי המשטרה, ומכך שהשר הוא נציג מטעמה בעת ביצוע כל סמכויותיו (סעיף 4 לחוק-יסוד: הממשלה; בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 10 (1979)).

137. סיכומם של דברים, סעיף 8ב אינו מחולל שינוי במארג היחסים המוסדי בין הממשלה למשטרה, ואינו גורע מעצמאותה המקצועית של המשטרה בהפעילה את סמכויות האכיפה. בהינתן פרשנות זו, המותירה את המשטרה כגוף עצמאי שאינו משמש זרוע ביצועית ישירה של הממשלה, נמנעת פגיעה בזכויות יסוד שהייתה עלולה להיגרם כתוצאה מהכפפה לא מאוזנת של המשטרה לממשלה.

ג. סעיף 8ג – קביעת מדיניות כללית

138. סעיף 8ג(א), שמסמיך את השר לקבוע מדיניות כללית כלפי המשטרה, קובע כי: "השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה". אכן, גם עובר לתיקון הייתה נתונה לשר סמכות לקבוע מדיניות כללית ועקרונית. ואולם, סמכות זו הייתה כפופה למגבלה פרוצדורלית, שלפיה בטרם קביעת מדיניות כאמור היה עליו לשמוע את עמדת המפק"ל והגורמים המקצועיים הרלוונטיים (וראו למשל: מכתב המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מיום 7.7.2021). ועדת צדוק אף המליצה כי נוכח מעמדם המקצועי ניתן יהיה לסטות מעמדתו של המפק"ל רק "במקרים מיוחדים ומטעמים בעלי חשיבות רבה" (דוח ועדת צדוק, בעמ' 49). לצד החשיבות הלא מבוטלת שבשמיעת עמדתם ביחס לתוכן המדיניות עצמה, חשיבות נוספת בשמיעת עמדתם טמונה בקיומו של הקושי המובנה בהבחנה בין התווית מדיניות כללית ועקרונית לבין מתן הנחיה אופרטיבית. בשים לב לקושי האמור, שמיעת עמדת הגורמים המקצועיים עוד בטרם הפעלת הסמכות עשויה להוות מנגנון בקרה חשוב לשם בחינת עצם השאלה האם מדובר בהתערבות באירוע אופרטיבי. ואולם, לשון סעיף 8ג לא כוללת מגבלה כלשהי על אופן קבלת החלטת מדיניות כאמור; לפי לשון התיקון, שיקול הדעת גם ביחס לשאלה זו נתון לשר. מנגנוני הבקרה היחידים שקיימים ביחס לסמכות זו בפקודה הם החובה לפרסם את המדיניות, כמו גם חובת דיווח לוועדה לביטחון לאומי

של הכנסת אחת לכנס. אף כי מדובר במנגנונים בעלי חשיבות, מדובר במנגנונים שמופעלים בדיעבד, ואין בהם למנוע מראש את התערבותו של השר באירוע פרטני.

139. בנוסף לאמור, ההסדר אינו מכפיף את סמכותו של השר לאמות מידה או לקריטריונים כלשהם שיש בהם להציב מגבלה מהותית ומראש על סמכות השר, שיהיה בה למנוע התערבות פסולה. השר לביטחון לאומי, כמו גם הכנסת, טענו כי לשון התיקון מבהירה באופן שאינו משתמע לשני פנים כי כלל המונחים האלה מכוונים אך לעניינים עקרוניים. ואולם, נוכח הקושי המובנה עליו עמדנו, מצב הדברים שבו שיקול דעתו של השר אינו כפוף לאמות מידה כלשהן, עשוי לרוקן מתוכן את האיסור על התערבות אופרטיבית (ויישומם של הדברים בתקופה הממושכת מהמועד שבו נחקק התיקון מלמד אף הוא על כך, כפי שיפורט להלן). ברי כי קביעת אמות מידה עקרוניות אינה נותנת מענה לכלל המקרים שיתעוררו, ולעיתים, מטבע הדברים, בחיי המעשה, עשויות להתעורר שאלות מורכבות. ואולם, דווקא מורכבות זו מצדיקה הסדרה מראש של כלים שלמצער יסייעו בעריכת הבחנה כאמור. בהתאם לאמור, המליצה ועדת צדוק לקבוע את אמות המידה להבחנה בחקיקה המסמיכה, כתנאי מוקדם להסמכת השר לקבוע מדיניות. המלצות ועדת צדוק נשענו על התפיסה שלפיה בסוגיה מורכבת שכזו על המחוקק לשבת על המדוכה; היינו, סוגיה זו טעונה הכרעה של המחוקק, דבר שלא נעשה במקרה דנן. אמנם, גם במצב הדברים עובר לתיקון לא הייתה "תורה סדורה" לעניין ההבחנה האמורה. ואולם, מערך הייעוץ המשפטי לממשלה עמד על מספר קריטריונים רלוונטיים, כפי שפורט במכתב מטעם המשנה הפלילי ליועץ מיום 7.7.2021.

140. עוד יוער כי התיקון מוסיף כי סמכותו של השר כוללת את האפשרות להתוות גם "סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א)". התיקון נוקט אפוא במונחים נוספים, בעלי רמות הפשטה שונות, שמשמעותם וההבחנה בינם לבין מדיניות – לא ברורה. על פני הדברים, מדובר במונחים ברמת הפשטה נמוכה יותר, שעשויים לרמז כי סמכותו של השר אינה תחומה לקביעת מדיניות עקרונית בלבד.

141. הנה כי כן, על אף החשיבות שבהבטחה כי המשטרה תפעיל את סמכויותיה בשטח באופן מקצועי וללא התערבות פוליטית, לשונו של התיקון לא הציבה מגבלה כלשהי – פרוצדורלית או מהותית – על שיקול דעתו של השר ואשר תעלה כדי ערובה ממשית שתמנע מראש את התערבותו בשיקול הדעת האופרטיבי של המשטרה. בפועל, נדמה כי הפרשנות שאותה אימץ השר בתקופה הממושכת מאז שהתיקון נחקק היא שסמכותו לפי סעיף 8 לא כפופה למגבלות כאלה.

142. יישומה של סמכות זו בפועל בתקופה מאז שנחקק התיקון – בהתאם לאותה פרשנות שאינה כוללת מגבלות על שיקול דעתו של השר – מלמדת כי יש בה פתח מובנה להתערבות של השר בשיקול דעתה המקצועי של המשטרה בגדריו של אירוע אופרטיבי. כפי שצוין לעיל, עמדת השר לאורך ההליכים הייתה כי לא נתונה לו סמכות להתערבות באירועים פרטניים. ואולם, עמידה על השתלשלות העניינים לאחר חקיקת התיקון, כפי שהיא באה לידי ביטוי, בין היתר, בבקשות לצווי ביניים, מלמדת על קיומה של מחלוקת ממשית, חוזרת ונשנית, בהתייחס לשאלה האם במקרה נתון השר מפעיל את סמכותו כדין או שמא הוא התערב התערבות פסולה בעבודת המשטרה. במסגרת זאת, עמדת היועצת המשפטית לממשלה הייתה כי השר אכן התערב בשיקול דעתה המקצועי של המשטרה, כפי שציננה בתצהיר התשובה מטעמה: "[קיים – ע' פ'] חשש ממשי כי התנהלותו של השר לביטחון לאומי חצתה את קו הגבול, והיה בה כדי להתערב או להוות ניסיון התערבות בשיקול הדעת המקצועי והעצמאי הנתון לדרג הפיקודי במשטרת ישראל בשטח" (סעיף 120 לתצהיר התשובה מטעם משיבי הממשלה). ואולם, בהעדר מגבלות פרוצדורליות על אופן התוויית המדיניות, לא ניתן היה ללבן מחלוקות אלה לפני שהשר הפעיל את סמכותו; כמו כן, היעדרם של אמות מידה מהותיות או קריטריונים מותר מרחב משמעותי של אי בהירות לעניין קו הגבול בין מדיניות להוראות אופרטיביות. אכן, בהיעדרן של מגבלות מהותיות או פרוצדורליות כלשהן להפעלת הסמכות, האיסור על התערבות אופרטיבית עשוי להיות הצהרתי בלבד. קרי, בהיעדר מגבלות מהותיות או פרוצדורליות, סעיף 8 משנה את מקומו של הדרג המיניסטריאלי ביחס לעבודת המשטרה ומערער את עצמאותה. שינוי זה, כאמור, מגלם פגיעה בזכויותיו של הפרט.

143. נוכח האמור לעיל, ולהבדיל מעמדת הכנסת, איני סבור כי מדובר בפגמים במישור המינהלי בלבד, אלא פגם שנובע במישורין מהפרשנות הרחבה שאינה כוללת מגבלות כלשהן על סמכותו של השר. נוסף כי חלק מהטיעונים התמקדו באפשרות ל"ניצול לרעה" של הסמכות, קרי באפשרות שיעשה שימוש מכוון בסעיף על מנת להתערב בשיקול הדעת המקצועי של המשטרה. ואולם, אין הכרח שההתערבות האופרטיבית תיגרם בכוונת מכוון, והיא עשויה להתרחש גם כפועל יוצא של פרשנות שגויה של הדין. בהיעדר מנגנונים מאזנים ומרסנים, אין דרך למנוע, בפועל, את ההתערבות בשיקול הדעת של הדרג המקצועי במשטרה, עובר להתממשותה.

144. בשים לב לאמור, סבורני כי יש לאמץ פרשנות שתיצוק תוכן ממשי להבחנה – שמקובלת גם על השר ועל הכנסת – בין סמכות השר להתוות מדיניות כללית ועקרונית

בלבד, לבין האיסור על התערבות אופרטיבית בשיקול הדעת של גורמי המשטרה, באמצעות אימוץ מגבלות מהותיות ופרוצדורליות. באשר למגבלות מהותיות, קיימות מספר אמות מידה שיש בהן לסייע להבחנה כאמור, עליהן הצביעה גם היועצת המשפטית לממשלה. בכלל זאת, על המדיניות להיות מנוסחת באופן כללי ועקרוני, ולא להתייחס לפרטי הביצוע והיישום, תוך הותרת שיקול דעת לגורם אשר מפעיל את הסמכות בשטח בהתאם לנסיבות הקונקרטיות. בנוסף, יש ליתן את הדעת לעיתוי גיבוש המדיניות, כאשר ככלל, אין לגבש מדיניות אגב אירוע ספציפי ובמהלכו. זאת ועוד, אף כאשר המדיניות גובשה עובר לאירוע ואף אם היא מנוסחת באופן כללי, העברתה לגורמים בשטח אגב התרחשותו של אירוע פרטיקולרי עשויה לעלות כדי הנחיה אופרטיבית שיש בה להתערב בשיקול הדעת של הגורמים המבצעיים בשטח (וראו גם: סעיפים 185-188 לתצהיר התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה; כן ראו: ההחלטה מיום 19.3.2023). קווים מנחים אלה אכן עמדו ביסוד הנחיות הייעוץ המשפטי לממשלה עובר לתיקון, וברי כי הם מסייעים במידת מה להתוות את גבולות סמכותו של השר. ואולם, אין בכך כדי להוות רשימה ממצה שיש בה להתוות באופן מדויק את "גבולות הגזרה" הרלוונטיים, והמפתח בעניין זה מצוי בידי המחוקק. עוד יש להדגיש כי מטבע הדברים, כפי שפורט לעיל, יישומם של הדברים עשוי להיות מורכב ולא פשוט.

145. בהיעדר אמות מידה מהותיות ממצות ליישום ההבחנה האמורה, סבורני כי ישנה חשיבות יתרה בקיומן של ערובות פרוצדורליות שיגדרו את סמכות השר לענייני מדיניות בלבד, וימנעו מראש את התערבותו באירוע אופרטיבי. בהקשר זה, הגם שהסעיף לא מתייחס לכך במפורש, סבורני כי יש לקבוע שהפעלת הסמכות לקביעת מדיניות מותנית בקיום היועצות עם המפק"ל, תוך מתן משקל ניכר לעמדתו. אין חולק כי סמכותו של השר להתוות מדיניות היא סמכות מינהלית, וככזו היא כפופה למכלול כללי המשפט המינהלי. חובות אלה, ובפרט החובה להתבסס על תשתית עובדתית רלוונטית ולפעול בסבירות, עשויות להקים בנסיבות מסוימות חובת היועצות עם גורמים רלוונטיים, אף במקום שבו לא נקבעה חובת היועצות סטטוטורית (בג"ץ 5303/16 גרמן נ' שר הבריאות, פסקה 14 (13.11.2018); ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג(1) 743, 756 (1999); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 306 (2010) (להלן: ברק-ארז); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי 1226 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011) (להלן: זמיר)). נוכח מעמדו של המפק"ל כמי שאמון על ניהול ופיקוח על המשטרה, אין חולק כי עמדתו המקצועית היא בעלת חשיבות ניכרת, והיא שיקול ענייני שיש ליתן לו משקל של ממש (והשוו: בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר, פסקה 1 לפסק דיני (29.1.2012)). כפי שצוין לעיל, מעבר לחשיבות הטמונה בשמיעת עמדתו במישור

המהותי לשם בחינת תוכן המדיניות אותה ביקש השר להתוות, קיומה של היועצות מספקת למפכ"ל הזדמנות להתריע במקרים שבהם השר חורג ממסגרת של קביעת מדיניות כללית ונכנס לתחום ההנחיה האופרטיביות. זהו למעשה מנגנון איזון ובקרה נוסף, שיש בו אפשרות למנוע מחלוקות בדיעבד. יובהר כי חובת היועצות זו מתווספת לחובתו הכללית של השר לשמוע את כלל גורמי המקצוע הרלוונטיים – המקצועיים והמשפטיים – עובר לגיבוש המדיניות, בהתאם לטיב המדיניות שאותה הוא מתווה.

146. בנוסף לאמור, כפי שפורט לעיל, הסעיף מחייב את פרסום המדיניות באתר האינטרנט של המשרד לביטחון לאומי (לצד חובת דיווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת, אחת לכנס). הקפדה על הפרסום נושאת עמה משמעות רבה, מאחר שהיא מסייעת לפרט, שעליו המדיניות עשויה להשפיע, לתכנן את צעדיו; בנוסף, פרסום המדיניות חושף אותה לביקורת ציבורית, ויש בו לאפשר גם ביקורת שיפוטית במידת הצורך (ברק-ארז, בעמ' 236; זמיר, בעמ' 1305). בהקשר הרלוונטי לענייננו, ישנה חשיבות רבה למועד הפרסום, ולכך שמדיניות השר לא תתגלה לציבור אך אגב אירוע המתרחש בשטח. ברי כי כאשר המדיניות נחשפת רק במהלך קיומו של אירוע ובעת שהוא "מתגלגל" בשטח, קיים קושי משמעותי בקיום הליך ביקורת סדור על חוקיות המדיניות שהשר התווה, ובמניעה מראש של חציית קו הגבול בין התווית מדיניות לבין התערבות אופרטיבית. זאת ועוד, וכפי שצוין לעיל, מקום שבו מדיניות "מתגלה" אגב אירוע נקודתי, מתעורר חשש ממשי כי היא כלל אינה מדיניות, אלא הנחיה אופרטיבית ב"מחלצות" של מדיניות.

147. כך למשל, בהתייחס לפרסומים שעמדו במוקד הבקשות לצווי ביניים ואשר נטען כי הם עולים כדי התערבות בשיקול הדעת המקצועי, השר טען כי מדובר למעשה במימוש של מדיניותו. ואולם, עיון בקבצי המדיניות של המשרד כאמור לא העלה כי מדיניות כאמור נכללה בהם (וראו: מדיניות השר לביטחון לאומי לשנת העבודה 2024, מפורסם באתר המשרד לביטחון לאומי; מדיניות השר לביטחון לאומי תשפ"ד-תשפ"ה – 2024-2023, צורף כמ"ש/1 לתגובת משיבי הממשלה לבקשה למתן צו ביניים מיום 1.1.2024). קבצי המדיניות האמורים כלל לא מתייחסים למדיניות בתחום ההפגנות, על אף התבטאויותיו התדירות של השר שמתייחסות לקיומה של מדיניות שלו בתחום זה. מצב דברים זה מדגים את הצורך החיוני בפרסום המדיניות מראש, שכן הדבר היה מאפשר ללבן את המחלוקות הנוגעות לגבולות סמכותו לפני התרחשותן בשטח. לפיכך, סבורני כי יש מקום לקבוע שכלל, חובת הפרסום באתר האינטרנט של המשרד לביטחון לאומי

היא תנאי לתוקפה של הפעלת הסמכות להתוויית מדיניות. זאת, מבלי לטעת מסמרות בשאלת קיומם של סייגים בדין לפרסום.

148. עוד יוער כי סעיף 8ג(א) מתייחס גם לסמכותו של השר "ל[מ]ימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב), וההוראות לפיו". בהקשר זה סבורני כי יש להבהיר כחלק מפרשנות הסעיף, כי אין בו להקנות לשר סמכויות נוספות בהתייחס לתקציב המשטרה, מלבד סמכותו כ"ממונה על סעיף התקציב" לפי סעיף 1 לחוק יסודות התקציב. כפי שציננה היועצת המשפטית לממשלה, פרשנות אחרת תאפשר התערבות עקיפה של השר בניהול המשטרה הלכה למעשה.

149. הנה כי כן, יש לפרש את סעיף 8ג בנוסחו לאחר התיקון ככולל מגבלות מהותיות ופרוצדורליות על סמכות השר להתוות מדיניות. בין היתר, פרשנות זו מחייבת את השר להיוועץ במפק"ל ולפרסם את המדיניות – כתנאים מקדימים להפעלת סמכותו של השר. פרשנות זו שונה באופן ניכר מהפרקטיקה שאומצה מאז כניסת התיקון לתוקף, ויש בה כדי למנוע את התערבותו של הדרג המיניסטריאלי בשיקול הדעת המקצועי של המשטרה במהלך אירועים אופרטיביים. קיומן של מגבלות שתוחמות את אפשרות השר להתערב באירועים אופרטיביים, מאפשר ליישב בין הוראת הסעיף לבין הגנה על אותן זכויות אדם גרעיניות אשר מושפעות מצבר הסמכויות שנתונות למשטרה.

ד. החלת סעיף 8ג על הפגנות ומחאות

150. העותרים בבג"ץ 532/23 טענו כי הוראת סעיף 8ג(א), שעליה עמדנו, מעוררת קושי ייחודי אל מול הזכות לחופש ביטוי וחירות ההפגנה. כפי שיפורט להלן, אף לעמדתי בהקשר הנדון קיימת מורכבות מיוחדת, ולפיכך האפשרות לפרשנות מקיימת של ההוראה בהקשר של הפגנות ומחאות, מותנית להשקפתי – בנוסף למגבלות שעליהן עמדנו לעיל – גם בקיומה של חובת היועצות עם היועצת המשפטית לממשלה.

151. מעמדה הרם של הזכות החוקתית להפגין, שהיא נגזרת של הזכות החוקתית לחופש הביטוי, הוא בבחינת מושכלות יסוד בפסיקתנו. הפסיקה הדגישה פעמים רבות את מעמדה הרם של זכות זו, תוך שצוין כי היא משתייכת "לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" (בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984) (להלן: עניין לוי); כן ראו: בג"ץ

5346/07 ברדנשטיין נ' משטרת ישראל, בפסקה 5 (19.6.2007) (להלן: עניין ברדנשטיין); עניין מטה הרוב, בעמ' 215; בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד' (2) 169 (1979) (להלן: עניין סער)). ביסודה של זכות זו ניצבת ההכרה בכבודו ובערכו של האדם, בזכותו לפיתוח אישיותו, כמו גם את זכותו לבטא את דעותיו ואת ייחודו האישי. כפי שצוין באחת הפרשות "החירות להתבטא, ובתוך כך לקיים אסיפה או תהלוכה, היא 'ביטוי מובהק לכבוד האדם ולחירותו'" (בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נ(2) 822, 827 (1996) (להלן: עניין סיעת מרצ); כן ראו: עניין ברדנשטיין, פסקה 5; עניין מטה הרוב, בעמ' 217-218; עניין לוי, בעמ' 398-399).

152. ואולם, ככל זכות אחרת בשיטתנו, הזכות להפגין אינה זכות מוחלטת, והיא ניתנת להגבלה אל מול אינטרסים אחרים, ובהם שלום הציבור והצורך לשמור על הסדר ועל הביטחון הציבורי (עניין כיכר גורן, פסקה 1 לפסק דיני; עניין סער, בעמ' 172; עניין לוי, בעמ' 399-401). לצורך ביצוע התפקידים המוטלים עליה בהקשר זה הוקנו למשטרה סמכויות נרחבות. הסמכות העיקרית היא הסמכות להתנות קיומן של הפגנות בקבלת רישיון לפי סעיפים 83-84 לפקודת המשטרה, וזאת בהתקיימם של תנאים מסוימים כמפורט בפקודה (וראו גם: עניין כיכר גורן, פסקה 41 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות ופסקה 16 לפסק דיני; כן ראו: הנחיית היועצת המשפטית לממשלה 3.1200 "חירות ההפגנה" (5.1.2022) (להלן: הנחיית היועצת המשפטית לממשלה בעניין חירות ההפגנה)). גם כאשר הפגנה אינה טעונה רישיון, בנסיבות שבהן מספר המשתתפים בה עולה על 500 איש, היא עונה להגדרת "עצרת עם" לפי חוק הבטיחות במקומות ציבוריים, התשכ"ג-1962, ובהתאם חלים עליה הכללים הרלוונטיים מכוח חוק זה. בנוסף לאמור, נפסק כי המשטרה רשאית להטיל מגבלות על זמן, מקום ואופן עריכת הפגנות מכוח סמכויותיה לפי סעיפים 3-5 לפקודת המשטרה (בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל, פסקה 16 לפסק דיני (19.8.2020) (להלן: עניין פדידה); עניין כיכר גורן, פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). לפי הנחיית היועצת המשפטית לממשלה בעניין חירות ההפגנה, נתונה למשטרה סמכות לפזר הפגנה כאשר נעברת עבירה של התקהלות אסורה (שם, בעמ' 14).

153. מעבר לאמור, למשטרה נתונות גם שורה של סמכויות להפעלת כוח לשם שמירה על הסדר הציבורי בעת התקיימות ההפגנה, שיש בהן להשליך על זכויות נוספות, ובהם הזכות לחירות ולשלמות הגוף (עניין פדידה, פסקאות 34-35). כך, כחלק מפעולות המשטרה, היא עושה שימוש בהפעלת כוח באמצעים שונים, כגון שימוש בסוסים ופרשים והפעלת מכת"זיות (מיכל שמכיל מים, צבע או בואש; וראו: בג"ץ 346/21 עמותת משפט אמת וצדק נ' משטרת ישראל (29.7.2021); בג"ץ 5882/18 קרויס נ' משטרת

ישראל (19.8.2020). מלבד הפגיעה שטמונה בסמכויות אלה בזכות לשלמות גוף, כלים אלה עשויים ליצור גם "אפקט מצנן" ביחס למימושה של הזכות להפגין.

154. לשיטתי, קיימים מספר טעמים שמעוררים מורכבות מיוחדת בהקניית סמכות לשר להתוות מדיניות כללית בתחום ההפגנות והמחאות. הטעם הראשון נוגע לאינטרס המיוחד שקיים לשלטון לצמצם את חופש הביטוי והמחאה. לא אחת הפגנות מכוונות לעניינים שמצויים בלב המחלוקת הפוליטית ושנמצאים על סדר היום הציבורי; פעמים רבות, ההפגנות מבקשות להוביל לשינוי במדיניות הממשלה או אחד משריה. לפיכך, לממשלה קיים אינטרס מובנה בהגבלת הפגנות, בפרט כאשר אלה מופנות נגד החלטותיה. בהתאם לאמור, הודגש בפסיקתנו כי אין לקבוע מגבלות על הפגנות כנגזרת של נושא ההפגנה. כך, באחת הפרשות הובהר כי "המשטרה אינה ממונה על האידאולוגיה" (עניין סער, בעמ' 179), ובפרשה אחרת צוין כי "התוכן האידאולוגי, שההפגנה או התהלכה מבקשות לבטא, אינו כשלעצמו עניין לשלטונות" (עניין לוי, בעמ' 411; כן ראו: עניין כיכר גורן, פסקה 20 לפסק דיני). הנה כי כן, מחאה המכוונת כלפי מדיניות הממשלה שבה השר חבר, ואשר עשויה להשפיע על יכולתו לקדם מדיניות זו, מעוררת מטבע הדברים חשש מוגבר להתערבות מטעמים פוליטיים. אך לאחרונה עמד בית משפט זה על האמור בקבעו כי: "במחאות נגד השלטון, חשובה ההקפדה היתרה על שיקול דעת עצמאי ורחב של רשויות האכיפה, על מנת שלא ישמשו ככלי בידי השלטון לדיכוי מחאות נגדו" (ההדגשה במקור – ע' פ'; בג"ץ 5936/23 וטרלאוף נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 6 לפסק דינו של השופט י' עמית (30.5.2024) (להלן: עניין וטרלאוף)).

155. טעם נוסף לפוטנציאל הפגיעה המיוחדת בזכות להפגין נעוץ בתלות של הפרט במשטרה לשם עצם מימושה של הזכות להפגין. הפגנות ומחאות הן מטבען אירועים שמתרחשים במרחב הציבורי, ואשר משליכים באופן מובנה על הסדר הציבורי. כך, בחלק מהמקרים, הפגנה טעונה רישיון מהמשטרה או שהיא עולה כדי "עצרת עם"; גם במקרים אחרים, המשטרה עשויה לקבוע תנאים שיש בהם להשפיע על עצם קיומה ועל אופייה של ההפגנה, ובתוך כך תנאים להגבלת זמן האסיפה; פרק הזמן שבו תתאפשר חסימת צירים; והשעות שבהם יעשה שימוש באמצעי הגברה (והכל בכפוף למבחן הוודאות הקרובה שהוצג לעיל; ראו למשל: עניין פידה, פסקאות 16-17; כן ראו: סעיף 106 לתגובה המקדמית מטעם המדינה בבג"ץ 6916/20 אזרחים כותבים חוקה נ' משטרת ישראל), בנוסף, כפי שצוין בפסיקה, הזכות להפגין כוללת גם היבט חיובי, שמתבטא בחובתה של המדינה לסייע לפרט המבקש לממש את זכותו להפגין, למשל באמצעות

הקצאת כוחות משטריים "בגבולות הסביר ובהתחשב באמצעים העומדים לרשותה ובסדרי העדיפויות שייקבעו על ידיה" (עניין מטה הרוב, בעמ' 218-219). קרי, בשונה מזכויות חוקתיות אחרות, מימושה של הזכות להפגין תלוי במידה רבה בפעולות הננקטות על ידי המשטרה הלכה למעשה, הן לפני ההפגנה, הן במהלכה.

156. טעם אחרון להיבט המיוחד של הפגיעה בהתייחס לזכות זו נובע מכך שהפעלת הסמכויות שנתונות למשטרה בתחום זה היא במידה רבה, עניין של יישום אמות המידה המהותיות שנקבעו בדין. לאורך השנים התפתחו אמות מידה מחמירות לבחינת האיזון שבין הזכות להפגין ובין זכויות ואינטרסים אחרים. כך, נקבע כי רק מקום שבו מתקיימת ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי או בשלום הציבור ניתן להגביל את הזכות להפגין (עניין וסרלאוף, פסקה 7 לפסק דינו של השופט י' עמית; עניין פדידה, פסקה 21; עניין סיעת מרצ, בעמ' 828-829). כמו כן, נקבע כי גם במקרים אלה, המשטרה רשאית לקבוע מגבלות רק במידה הנדרשת על מנת לפגוע פגיעה כאמור, ולנקוט באמצעי מגביל שפגיעתו בזכות להפגין היא הפחותה ביותר (בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, פסקה 10 (27.12.2006); כן ראו: הנחיית היועצת המשפטית לממשלה בעניין חירות ההפגנה, בעמ' 8). בהתאם לאמור, נקבעו הנחיות מפורטות מטעם היועצת המשפטית לממשלה ומטעם פרקליט המדינה ליישום אמות מידה אלה, על מנת להתוות את שיקול דעתן של רשויות האכיפה לפעולה באופן שוויוני ואחיד, תוך השארת שיקול דעת הדרוש לגורמים בשטח (עניין וסרלאוף, פסקה 10 לפסק דינו של השופט י' עמית).

157. בפועל נראה כי אין הלימה בין מדיניות השר לבין הנחיות היועצת, המשקפות את האיזונים המתחייבים מהדין ובכלל זה פסיקת בתי המשפט. כך, לדוגמה, השר טען כי מדיניותו העקרונית היא כי אין לאשר חסימות צירים מרכזיים וכי יש לפעול לפינוי חסימות במקרים של הפגנות (וראו סעיף 9 לבקשת העותרים בבג"ץ 532/23 לצו ביניים מיום 5.3.2023; סעיף 12 לתגובת השר, נספח 1 לתגובת המדינה מיום 16.3.2023). לעומת זאת, הפסיקה הבהירה כי לעיתים, הפרעות לתנועה עשויות להיות בגדר "מחיר שנדרש לשלמו כדי לזכות בחיים בחברה דמוקרטית" (עניין ברדנשטיין, פסקה 9; כן ראו: עניין פדידה, פסקה 26) וכי מימוש הזכות לחופש ההפגנה "עלול לפגוע בחיי השגרה של האדם, בנגישותו ממקום למקום, בתכניות ארועים או עבודה שתיכנן מבעוד יום, ואף בארועים מיוחדים שנערך להם זמן רב קודם לכן" (עניין ברדנשטיין, פסקה 8). בהתאם, ההנחיות ואמות המידה שנקבעו על ידי הגורמים במשטרה ובמערכת הייעוץ המשפטי לממשלה בעניין זה, משקפות – כאמור – את המורכבות הקיימת ואת הצורך ליצור איזון עדין בין הזכויות והאינטרסים האמורים. דברים אלה באו לידי ביטוי במכתבה של

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי) למזכיר הממשלה מיום 16.7.2023. במסגרת זאת הובהר כי החלטה בדבר חסימה יזומה של ציר תנועה או של פתיחת ציר חסום (לרבות הפעלת כוח לצורך פתיחת ציר חיוני שנחסם) היא החלטה שלרוב נתונה למפקד המחוז, ושבגדרה יש לשקול שיקולים שונים ומגוונים. בתוך כך, יש לשקול את קיומם של צירים אלטרנטיביים מתאימים לנפח התנועה בזמן הרלוונטי; מידת הנזק שנגרם (ובתוך כך, סיכון לחיי אדם והארכת משך הנסיעה) – הכל בהתאם למכלול הנסיבות הקונקרטיות. עוד צוין כי החלטה בדבר אופן פתיחת הציר היא החלטה מבצעית מובהקת שמתקבלת בהתאם למכלול הנסיבות בשטח (סעיף 17 למכתבה של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי) "מדיניות בנושא הפגנות" (16.7.2023) צורף כנספח 7 לעתירה בבג"ץ 5936/23; כן ראו: נוהל אג"מ 222.111.05 של המשטרה "חסימת צירי תנועה ראשיים" (30.7.2020)). הדין מחייב כי מדיניות השר לא תחרוג מנוסחאות האיזון המשפטיות שהותוו לאורך השנים.

158. הקשיים המיוחדים בהחלת הוראת סעיף 8 על תחום זה לא נעלמו גם מעיני היועצת המשפטית לממשלה, שהתייחסה לצורך בקביעת "מגבלות ייחודיות" על סמכותו של השר בתחום זה (וראו: סעיף 192 לתצהיר התשובה מטעם משיבי הממשלה; כן ראו: סעיף 143 לתגובה המקדמית מטעם משיבי הממשלה). נוכח האמור, שקלתי את בקשת העותרים בבג"ץ 532/23 לקבוע כי הסמכות להתוות מדיניות – באופן שבו היא עוצבה בתיקון – אינה מתפרשת על פני תחום זה. ואולם, איני סבור כי יש מקום לשלול באופן גורף את יכולת הפיקוח והתווית המדיניות מצד השר בתחום זה. נוכח השפעתן של הפגנות ומחאות על המרחב הציבורי, ישנה חשיבות בקיומו של פיקוח מיניסטרילי גם בתחום זה. בנוסף, כפי שצוין על ידי ועדת צדוק וועדת אור, מבחינת תפקידו המוסדי, השר עשוי להיות גורם ממתן ביחס לתמריץ של המשטרה, עליו עמדנו לעיל, לפעול על מנת להגיע להישגים מבצעיים, ובתוך כך לפגוע פגיעה מופרזת בזכויות האדם. בהקשר זה, הוועדות הציבוריות התייחסו לשימוש באמצעים כמו פרשים (ועדת צדוק) ולשימוש בכדורי גומי (ועדת אור). קרי, דווקא הכוח הרב שמצוי בידי המשטרה בכל הנוגע לקיומן של הפגנות במרחב הציבורי – מצריך קיומו של רסן נוסף בדמות קיומה של מדיניות שר שתוכל, למשל, כפי שהובהר על ידי הוועדות, לקבוע מגבלות על הפעלת הכוח המשטירתי.

159. ואולם סבורני כי מכלול הדברים שהוצגו, כמו גם מציאות החיים כפי שהשתקפה במקרים שהוצגו בהליך, שעל עיקריה עמדנו לעיל, ממחישים את המורכבות המיוחדת שטמונה בהקניית סמכות לשר בתחום זה, והחשש מחריגה מאמות המידה המשפטיות

המפורטות שנקבעו בהקשר זה לאורך השנים. לעמדת, ניתן להגיע למתווה פרשני, שיש בו ליישב במידה רבה בין סמכותו של השר להתוות מדיניות, על הפוטנציאל שיש בה לריסון הכוח המשטרי, לבין החששות המיוחדים מפגיעת יתר בזכות לחופש ביטוי ובחירות ההפגנה.

160. לפי פרשנות זו, סמכותו של השר להתוות מדיניות עקרונית בתחום ההפגנות מותנית בקיומה של חובת היועצות עם היועצת המשפטית לממשלה, תוך מתן משקל ניכר לעמדתה. כפי שצוין לעיל, חובת היועצות עשויה לצמוח מחובותיה הכלליות של הרשות המינהלית, בהתאם לאופי הייחודי של התחום בו מתקבלת ההחלטה. התווית מדיניות עקרונית בתחום ההפגנות קשורה קשר הדוק ליישום אמות המידה המשפטיות המפורטות שנקבעו בפסיקה (ובהקשר זה ראו גם את הנחיית היועצת המשפטית לממשלה בעניין חירות ההפגנה, שמתווה שורה ארוכה של כלליים מפורטים שמגדרים את שיקול דעתה של המשטרה בהקשר זה). נוכח האמור, סבורני כי ליועצת המשפטית לממשלה תפקיד מכריע בהבטחת ההתאמה של המדיניות המוצעת על ידי השר להוראות הדין ולפסיקה הרלוונטית. בנוסף לאמור, מעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה יש בה להציב ערובה נוספת כי המדיניות שתקבע על ידי השר לא תחצה את קו הגבול להנחיה אופרטיבית או שתשמש לצרכים פוליטיים, בשים לב לרגישות המיוחדת הכרוכה בהתוויית מדיניות בתחום זה, ולקשיים שעליהם עמדנו לעיל.

161. למותר לציין, כי מדיניות כללית ועקרונית לא יכולה להיקבע בהתאם לתוכן ההפגנה, לרקע האידאולוגי של המשתתפים בה או לגורמים כלפיהם מכוונת המחאה. על המדיניות להיקבע ברמת הפשטה גבוהה, במנותק מהנסיבות הפרטניות, לרבות נושא ההפגנה. זאת, מאחר שכפי שצוין לעיל, ההלכה הפסוקה היא כי "התוכן האידאולוגי, שההפגנה או התהלכה מבקשות לבטא, אינו כשלעצמו עניין לשלטונות" (עניין לוי, בעמ' 411). בהתאם – תוכנה של ההפגנה אינו שיקול רלוונטי להתוויית מדיניות עקרונית וכללית.

162. לעמדת, השילוב בין רמת ההפשטה הגבוהה של המדיניות כאמור, קיומן של אמות מידה מפורטות בדין לעניין הפעלת הסמכות על ידי מפקד המחוז, בצירוף חובת ההתייעצות עם היועצת, תוך מתן משקל ניכר לעמדתה, ולדרישה לפרסום מראש של המדיניות (עליה עמדנו לעיל) יש בו למזער את החשש לשימוש בסמכות שבסעיף 8 למתן הוראות אופרטיביות באצטלה של מדיניות, או להתערבות משיקולים פוליטיים

בתחום זה. בהינתן פרשנות זו, הקובעת מגבלה נוספת וחשובה על הפעלת סמכות השר בתחום רגיש זה, סבורני כי ניתן ליישב בין סעיף 8 לבין הזכות לחופש ביטוי וחירות ההפגנה.

ה. סעיף 9 – סמכותו של המפכ"ל

163. ומכאן לבחינת סעיף 9, שכותרתו "תפקיד המפקח הכללי". בנוסחו לפני התיקון, סעיף זה קבע כי: "המפקח הכללי יפקח על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה ועל הפעלתה, ויהיה אחראי להשגחה על כל ההוצאות הכרוכות בה ולאפסניה שברשותה". הוראה זו נתפסה כהוראת היסוד אשר מכוחה נתונה למפכ"ל הסמכות לעמוד בראשות המשטרה, לנהל אותה ולהיות אחראי על הפעלתה (וראו: המענה מיום 7.7.2021 מטעם המשנה הפלילי ליועץ), הוראה זו מלמדת גם על גבולות סמכויותיו של השר: סמכויות הניהול הוקנו למפכ"ל, ולו בלבד, ולפיכך לא נתונה לגורם אחר – ובתוך כך לשר – הסמכות לשים עצמו בנעליו ולנהל בעצמו את המשטרה.

164. על מעמדו המיוחד של המפכ"ל עמדנו גם בבג"ץ 911/21, שבמסגרתו נדון הסדר קציבת כהונתו של המפכ"ל. בפרשה זו קבענו כי נוכח מעמדו ותפקידו של המפכ"ל כבעל הסמכות הניהולית והפיקודית על תפקודה של המשטרה, ישנה חשיבות רבה בעיצוב הסדר קציבת כהונתו באופן שיבטיח את עצמאותו ואי תלותו בגורמים הממנים אותו: הממשלה והשר. הדגשנו כי הסדר זה נושא חשיבות הן במישור הבטחת שיקול הדעת המקצועי של המפכ"ל, הן במישור אמון הציבור בו. יתרה מכך, לאורך השנים, התפסה הייתה כי במובנים רבים, חלוקת התפקידים בין המפכ"ל לבין השר כפי שהיא מוסדרת בפקודה, אינה נותנת ביטוי מספק למעמדו הרם של המפכ"ל כמי שמסורות לו סמכויות הניהול של המשטרה. כך, ועדת צדוק הדגישה את הצורך לחזק את מעמדו ולקבע את סמכויותיו כרשות מוסמכת, באופן שיקנה לו שליטה מבצעית מלאה על פעולות המשטרה. בפרט, הובעה ביקורת רבה על המצב הקיים שבו נתונות לשר סמכויות רבות בתחום המינויים והפיטורים, כאשר את חלקן הומלץ להקנות למפכ"ל.

165. על רקע האמור לעיל, יש לבחון את משמעותו של התיקון, שבגדרו התווספה הסיפא לסעיף 9, שלפיה סמכויותיו של המפכ"ל מכוח סעיף זה יופעלו "בהתאם להתוויות המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר" (ההדגשה הוספה – ע' פ'). בעוד שלפני התיקון, לא הייתה מגבלה בגדרי הסעיף על שיקול דעתו של המפכ"ל, התיקון קושר בין אופן הפעלת סמכויותיו לבין המדיניות והעקרונות הכלליים שהתווה השר,

וקובע כי אלה יופעלו "בהתאם" למדיניות השר. לפיכך, חלופה פרשנית אחת – עליה הצביעו חלק מהעותרים – היא כי התיקון שינה לרעה את מעמדו של המפכ"ל ופגע במרחב שיקול הדעת המקצועי שלו, תוך כרסום במעמדו העצמאי. לתזה זו עיגון בלשונו של הסעיף, שכן מבחינה מילולית, התיבה "בהתאם" עשוי לרמז על הכפפה מוחלטת של שיקול הדעת של המפכ"ל לשיקול דעתו של השר, והפיכת המפכ"ל למבצע הוראות השר בלבד.

166. לצד האמור, חלופה פרשנית נוספת למשמעות התוספת לסעיף 9 היא כי אין בה לגרוע ממעמדו המיוחד של המפכ"ל או לגרוע משיקול דעתו העצמאי להפעלת סמכויותיו. סבורני כי גם לתזה פרשנית זו קיים עיגון בלשון הסעיף. כידוע, בבחינת לשון החקיקה, אין לבודד את המילה נושא הפרשנות מההקשר שבו היא מצויה בהוראת החוק, מאחר שלא ניתן לעמוד על משמעותו של ביטוי אלא בהקשר המלא שלו (וראו: בג"ץ 5158/21 גורטלר נ' שר הרווחה, פסקה 20 לפסק דיני (28.12.2023); בג"ץ 310/82 בן צבי נ' ראש הממשלה, פ"ד לו(4) 191, 194 (1982); ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 108-104). במקרה דנן – מרכז הכובד של הסעיף הוא בייחוד התפקיד הניהולי של המשטרה למפכ"ל, ובקביעה כי הוא "יפקח" על המשטרה, על סדרי ניהולה, ועל הפעלתה. הלשון שבה הסעיף נוקט בהתייחס לתפקידו של המפכ"ל היא רחבה וגורפת, כאשר "הפיקוח" משתרע על המשטרה כולה ועל כל הנעשה לניהולה ולהפעלתה (והשוו: בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(3) 480 (1979)); בניסוח הרחב של תפקידי המפכ"ל, יש להקρίין גם על האופן שבו יש לפרש את הסיפה של סעיף 9, כמפורט לעיל.

167. פרשנות זו, אשר מבטיחה את מעמדו העצמאי של המפכ"ל, מתיישבת עם התכלית הסובייקטיבית של התיקון. אמנם, הסעיפים שנוגעים למעמדו של המפכ"ל ("המפקח הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר"; "הדרג הפיקודי העליון במשטרה הוא המפקח הכללי") פוצלו מהצעת החוק. לצד האמור, לאורך הליך החקיקה הוצהר מספר פעמים כי התיקון לא נועד לשנות את הכלל שלפיו השר אינו בגדר "מפכ"ל-על" (הפרוטוקול מיום 15.12.2022, בעמ' 209-210, 379; הפרוטוקול מיום 19.12.2022, בעמ' 4) – קרי, גם לשיטת המחוקק אין בהוראות התיקון כדי לפגוע במעמדו העצמאי של המפכ"ל כמי שמוקנות לו סמכויות הניהול של המשטרה.

168. בנוסף לאמור, תזה פרשנית זו מקדמת את התכליות האובייקטיביות של הסעיף.

כפי שצוין לעיל, בית משפט זה עמד בעבר על החשיבות הרבה שטמונה בהבטחת מעמדו העצמאי של המפכ"ל. בהקשר זה הודגש כי תפקידו של המפכ"ל הוא "אחד מהתפקידים החשובים ביותר במערכת אכיפת החוק בישראל" (בג"ץ 1004/15 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' השר לביטחון פנים, פסקה 16 (1.4.2015)); וכי ההגנה על עצמאותו ועל אי תלותו היא אחת מהערובות לקיומה של הדמוקרטיה בישראל (בג"ץ 911/21, פסקה 17). הגנה על עצמאותו של המפכ"ל היא חיונית לשמירה על עצמאות של הדרגים המקצועיים כולם. לפיכך, אימוץ פרשנות שיש בה לבצר את מעמדו העצמאי של המפכ"ל – מתחייבת כחלק מהעקרונות שעליהם עמדנו, והיא מקדמת את תפקודה התקין של המשטרה, את אופן הציבור בה, ואת ההגנה על זכויות האדם.

169. פרשנות זו תואמת גם את ההלכה המושרשת שלפיה משהעניק המחוקק במישורין לגורם מינהלי סמכות שהשימוש בה כרוך בהפעלת שיקול דעת, עליו להפעילה לפי שיקול דעתו, ואסור לו לקבל הנחיה מגורמים ממונים בדבר אופן הפעלתה (עניין מיכלין, בעמ' 323; בג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים, פסקה 17 (7.7.2010); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 258 (1985); ברק-ארז, בעמ' 159-173; אולם ראו: זמיר, בעמ' 947-951). בהתאם להלכה זו – משניתנה למפכ"ל סמכות הניהול והפיקוח – אין במדיניות השר, שאמורה לכלול עקרונות ברמת הפשטה גבוהה, כדי לגרוע מסמכותו שלו לקבל החלטות הן עקרוניות והן פרטניות, לרבות בהתייחס למדיניות הארגונית והמבצעית של המשטרה, בהתאם לשיקול דעתו.

170. בנוסף לאמור, פרשנות זו יש בה להגשים גם את התכלית של מתן אפשרות לשר להתוות את המדיניות הכללית של המשטרה, כביטוי לאחריותו המיניסטריאלית על פעולתה. זאת, בהתאם למערך "האיזונים והבלמים" שעליו עמדנו. היא מדגישה את חשיבות מעמדו של השר בהכוונת פועלה של המשטרה, תוך קביעת גבולות ברורים בין השר לבין המפכ"ל, ותוך איזון בין הפיקוח המיניסטראלי לבין העצמאות המקצועית.

171. נוכח האמור, יש לקרוא את סעיף 9 בנוסחו העדכני לאחר התיקון, באופן שבו התווית המדיניות הכללית על ידי השר שאותה ישקול גם המפכ"ל, אינה גורעת מחובתו של המפכ"ל להפעיל שיקול דעת עצמאי; לקבוע מדיניות ארגונית ומבצעית למשטרה; ולהיות אמון על אופן יישום המדיניות בשטח ועל פרטי הביצוע האופרטיביים.

172. הנה כי כן, מצאנו כי ביחס למרבית הוראות התיקון קיים מתווה פרשני שיש בו לאזן ולגדר את מעורבות הממשלה והשר בעבודת המשטרה. מתווה פרשני זה – אשר מונע פגיעה ניכרת בעצמאות המשטרה – מאפשר ליישב בין הוראות אלה לבין קיומן של זכויות אדם, מאחר שהוא מפרש את התיקון באופן שאינו גורע מעצמאותה של המשטרה, ואשר מונע את הכפפת המשטרה והמפכ"ל לשר ולממשלה באופן גורף ולא מאוזן.

173. בנוסף לאמור, נטען לפנינו כי מישור נוסף של פגיעה בזכויות טמון בכך שהלכה למעשה שיקולים פוליטיים חדרו לאופן ההפעלה של סמכויות המשטרה השונות, וכי המשטרה מפעילה את סמכויותיה באופן פוגעני יותר בהשוואה למצב הדברים שלפני התיקון. אף היועצת המשפטית לממשלה ציינה כי "חששות אלו אינם בעלמא, אלא מבוססים גם על הניסיון המצטבר מאז חקיקתו של התיקון" (סעיף 154 לתצהיר התשובה מטעם משיבי הממשלה). אין לכחד, השתלשלות העניינים בחלוף הזמן מאז שנחקק התיקון – בפרט כפי שהיא משתקפת בהליכים שנגעו לבקשות לצווי ביניים – אכן מצביעה על תמונה מטרידה. ואולם, הפגיעה הנטענת נגרמה עובר לפרשנות שעליה עמדנו, אשר מציבה ערובות נחוצות לעצמאות המשטרה; זאת, בפרט ביחס להיבטים הנוגעים לאופן הפעלת סמכות השר להתוות מדיניות לפי סמכותו בסעיף 8ג. הכרעתנו זו נוגעת למחלוקת בסוגיית חוקתיות התיקון לפקודת המשטרה. אולם ברור כי בחיי המעשה, זהו אינו האתגר היחיד הניצב לפנינו בזיקה לסוגיות המועלות בעתירה.

174. אני רחוק מלהניח כי העמדת פרשנות על מכונה יש בה משום פתרון מלא לקשיים עליהם מצביעה היועצת המשפטית לממשלה. יש לזכור כי בצד הפרשנות החוקתית, מקיים בית משפט זה גם ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות של הרשות המבצעת, ובכלל זה על החלטות השר, המפכ"ל ונושאי משרה אחרים במשטרת ישראל. ככל שהעותרים, כמו גם אדם אחר מהציבור, יסברו כי הפעלת סמכויות נעשית בחריגה מהוראות הדין, כפי שאלה מפורשות על ידינו, שערי בית המשפט פתוחים.

לצד האמור, כפי שיפורט להלן, איני סבור כי קיים מתווה פרשני שיש בו למנוע את הפגיעה בזכויות כתוצאה מסעיף 78 – שעניינו במדיניות בתחום החקירות.

175. כפי שהודגש על ידי העותרים, כמו גם על ידי היועצת המשפטית לממשלה, סעיף 78 פוגע פגיעה קשה ועוצמתית בזכויותיו של החשוד אשר ניצב בפני חקירה פלילית. לעמדתו, הפגיעה בזכויותיו של החשוד אינה נובעת אך מהחששות שעליהם עמדנו עד כה – פוליטיזציה של החקירות הפליליות והאפשרות להתערבות אופרטיבית בחקירה מתנהלת – והיא נובעת גם מקיומה של מדיניות חקירות שאינה בהלימה עם מדיניות העמדה לדין. נוכח חשיבות הדברים, נחזור ונביא את הסעיף כלשונו (ההדגשות הוספו – ע' פ'): :

78. (א) השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות.

התווית
מדיניות
בחקירות

(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מחובתה של משטרת ישראל לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ואין בהן כדי לגרוע מחובתה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה כאמור בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

הנה כי כן, התיקון מקנה לשר סמכות לקבוע מדיניות כללית בתחום החקירות הפליליות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים. בניגוד לסמכותו של השר להתוות מדיניות כללית בגדרי סעיף 78(א), הסעיף קובע במפורש כי הפעלת הסמכות בתחום זה מותנית בהליך פרוצדורלי שכולל את שמיעת היועץ המשפטי לממשלה והתייעצות עם המפקח"ל. ואולם, יושם אל לב כי חובת פרסום המדיניות וחובת הדיווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת, שנקבעו בהתייחס לסעיף 78(א), לא נקבעו ביחס לסמכותו של השר בתחום מדיניות החקירות. בנוסף, סעיף 78(ב) מבהיר כי סמכותו של השר אינה גורעת מחובתה של המשטרה לפעול לפי כל דין בעניין חקירה או תיק; ובפרט כי אין בכך לגרוע מחובתה הסטטוטורית של המשטרה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה.

176. בחינת המצב הקיים עובר לתיקון מגלה עמימות מסוימת בשאלת סמכותו של השר להתוות מדיניות בתחום החקירות; אמנם ניתן למצוא עובר לתיקון אמירות מסוימות אשר מהן משתמע כי נתונה לו סמכות שכזו (וראו: עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 944); מן העבר השני ניתן למצוא אמירות אחרות מהן עולה כי סמכותו לקבוע מדיניות אינה חלה בתחום זה (וראו: דוח ועדת מירון, בעמ' 180). מכל מקום, כעולה מהחומרים שלפנינו, בפועל, עובר לתיקון, השר לא התווה מדיניות בתחום החקירות, ובית משפט זה אף לא נדרש לשאלה זו במישרין. אף מבלי לטעת מסמרות בשאלת המצב המשפטי עובר לתיקון, אין חולק כי אופן התווית הסמכות, כך שהפעלתה מחייבת אך את "שמיעת" היועץ המשפטי לממשלה – לא משקפת את מצב הדברים עובר לתיקון. ברי כי מדובר ברכיב משמעותי אשר יש בו להשפיע על טיבה ומהותה של הסמכות, כפי שיפורט להלן.

177. על מנת לעמוד על הפגיעה הקשה אשר טמונה בהסדר, נחזור על מושכלות היסוד שנוגעות לחקירה פלילית. החקירה הפלילית היא החוליה הראשונה, בלעדיה אין, בהליך הפלילי. השלבים הנוספים של ההליך הפלילי, ובהם החלטה על העמדה לדין; ניהול הליך משפטי; הכרעת הדין; וגזירת הדין – תלויים כולם בשלב הראשוני והחיוני של החקירה הפלילית. קשר הדוק במיוחד קיים בין שלב החקירה הפלילית לבין שלב העמדה לדין. כך, סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, קובע כי: "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין [...]". (ההדגשה הוספה – ע' פ'). הנה כי כן, תכליתה של החקירה הפלילית היא בירור השאלה האם מתקיימת תשתית ראייתית מספקת להגשת כתב אישום (ראו והשוו: בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי בצה"ל, פסקה 10 (29.6.2008)).

178. נקודת המוצא היא כי פתיחה בחקירה פלילית כרוכה בפגיעה קשה בזכויותיו של החשוד. החקירה הפלילית פוגעת בפרטיותו, בכבודו ובשמו הטוב של הפרט; מקום שבו החשוד נעצר כחלק מהליך החקירה, נשללת חירותו; החקירה אף עשויה להוביל לפגיעה בחופש העיסוק שלו. כפי שצוין בעבר:

"[...] כל חקירה, ותהא זו ההוגנת והסבירה מכולן, מעמידה את הנחקר במצבים מביכים, מכבידה עליו, מחטטת בצפונותיו, חודרת לפני ולפנים של ציפור נפשו, ויוצרת אצלו לחצים נפשיים חמורים" (י' קדמי על הראיות כרך א' 52 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009)).

בהתאם לאמור, לא ניתן להמעיט ממשמעותה של החלטה לפתוח בחקירה פלילית על חייו של אדם. כפי שצוין באחת הפרשות, מדובר בהחלטה "[ש]יש בה כדי לשנות את חייו של אדם. צל מעיב עליו. החיים שוב אינם כשהיו" (ע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, 517-518 (1999); דברים אלה נאמרו ביחס להעמדה לדין, ואולם הם יפים גם בענייננו). לכך יש להוסיף כי לעיתים, שלב החקירה הפלילית עשוי להימשך תקופה ממושכת, למשל כאשר מדובר בהליך חקירה מורכב וסבוך, ואף בהינתן העומס אשר מוטל על מערכות האכיפה.

179. החשש מחדירת שיקולים פוליטיים – שהוצג בהרחבה לעיל – נכון ביתר שאת כאשר עסקינן בתחומי החקירה הפלילית. האפשרות כי החלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית והשימוש בסמכויות השלטוניות הפוגעניות הכרוכות בה, ייעשו שלא מטעמים עניינים או מקצועיים, מהווה פגיעה בגרעין הלגיטימציה של עצם החקירה הפלילית; ויש בה להשליך גם על הלגיטימיות של כלל החוליות הנוספות בשרשרת אכיפת הדין, ובהן ההחלטה על העמדה לדין ועצם ההרשעה בעבירה הפלילית וריצוי העונש. בהתאם לאמור, טענה היועצת המשפטית לממשלה כי יש מקום ליצור "חיץ" – הפרדה הרמטית – בין הדרג המיניסטריאלי לבין מערכת אכיפת החוק בכללותה (וראו: סעיף 212 לתצהיר התשובה מטעם משיבי הממשלה).

180. ואולם, הפגיעה הטמונה בהסדר שקבוע בסעיף 8 אינה מתמצית כאמור בחששות האמורים; קושי משמעותי נוסף במקרה דנן נובע מהניתוק שההסדר יוצר בין שלב החקירה הפלילית לבין שלב העמדה לדין. כידוע, מדיניות העמדה לדין, לרבות קביעת סדרי עדיפויות, נקבעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה בתפקידו כראש התביעה הכללית, וכמי שתפקידו להנחות את כל יתר זרועותיה של התביעה הכללית: התביעה המשטרית, ותובעים בעלי הסמכה מאת היועץ המשפטי לממשלה (וראו: בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 26 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (28.10.2019); על פסק דין זה ניתן דיון נוסף: דנג"ץ 7491/19 נאור נ' חמדאן (12.11.2020) כן ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0000 "תפקידי היועץ המשפטי לממשלה" (16.2.2003)). בית משפט זה עמד לא אחת על החשיבות שבקביעת מדיניות שכזו, שמבטיחה הפעלה שוויונית של כוח התביעה, בידי היועץ המשפטי לממשלה, (בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 (1990)).

181. חרף האמור, ההסדר שמצוי בסעיף 8 ד קובע כי הגורם המכריע היחיד לעניין קביעת מדיניות כללית בתחום החקירות הפליליות, לרבות קביעת סדרי עדיפויות, הוא השר, והשר לבדו. אמנם, טרם הפעלת סמכותו זו עליו להתייעץ עם המפכ"ל ו"לשמוע" את עמדת היועצת המשפטית לממשלה, ואולם סמכות ההכרעה נתונה לו – ולו בלבד. אף בטרם נעמוד על המשמעות הפרשנית של המונח שמיעה בהקשר זה – ברי כי אין מדובר בגיבוש מדיניות משותפת, או בסמכות המותנית בהסכמה של היועץ המשפטי לממשלה. בכך, ההסדר מאפשר יצירת הסדרים מובחנים זה מזה: סדר עדיפויות אחד בהתייחס לחקירות פליליות; סדר עדיפויות אחר בהעמדה לדין. נוכח האמור, נוצר מצב שבו השימוש במנגנון החקירה הפלילית – על הפגיעה העוצמתית בפרט שכרוכה בו, ייעשה גם מקום שבו ידוע מראש כי החקירה לא תוליך להעמדה לדין.

182. מצב זה כשלעצמו יוצר פגיעה חוקתית קשה בזכויות החשוד. הלימה בין מדיניות החקירות לבין מדיניות העמדה לדין היא תנאי הכרחי לכך שהפגיעה בזכויות חוקתיות נעשית לתכלית ראויה ואך במידה המתחייבת. כפי שצינתי, שלב החקירה הוא החוליה הראשונה בשרשרת ההליך הפלילי: אך אם אין "בקצה השרשרת" אפשרות להעמדה לדין – אין כל טעם בחקירה. כאשר ההסדר החוקי מאפשר קיומה של חקירה פלילית כאשר זו לא תוביל – בהינתן מדיניות התביעה – להעמדה לדין, המשמעות היא קיומה של חקירה פלילית ללא כל תכלית, שכן תכליתה של החקירה היא קביעה האם קיימת תשתית ראיתית מספקת לצורך הגשת כתב אישום. עם מצב דברים זה אין להסכין. כפי שצוין בפרשה אחרת: "חברה דמוקרטית שוחרת חופש מבקשת להילחם בפשיעה ומוכנה שחקירה תפגע בכבוד האדם ובחירותו של הנחקר ובלבד שהפגיעה היא לתכלית ראויה והפגיעה אינה מעבר לנדרש" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 835 (1999)).

183. אבהיר כי לא נעלמה מעיניי המלצת ועדת צדוק להקנות לשר סמכות בתחום זה, תוך התניית הסמכות אך בחובת היועצות. ואולם, איני סבור כי יש בכך לשנות ממסקנתי בדבר הפגיעה בזכויות כתוצאה מעצם קיומו של פער בין מדיניות חקירות לבין מדיניות העמדה לדין, בפרט משעה שהוועדה כלל לא נדרשה לפגיעה אפשרית בזכויות החשוד, במובן שעליו עמדת, במסגרת המלצותיה.

184. כפי שצוין, סבורני כי לא קיים מתווה פרשני לסעיף 8 שיש בו למנוע את הפער המובנה בין מדיניות בתחום החקירות הפליליות, לבין מדיניות בתחום העמדה לדין,

אשר עלול להביא לידי קיומה שלחקירה פלילית ללא כל תכלית. לעמדת, הלשון הברורה שבה נוקט הסעיף בהגדרו חובת "שמיעה" של היועץ המשפטי לממשלה אינה מאפשרת ליצוק משמעות פרשנית שמצמצמת את הפער בין מדיניות בתחום החקירות לבין מדיניות בתחום העמדה לדין באופן מספק. שימוש במונח היועצות – באותו סעיף חוק ממש – מלמד כי בהקשר הפרטני של הסעיף, המחוקק ביקש ליתן משקל מופחת לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בהשוואה לעמדת המפכ"ל (בג"ץ 724/83 מדינת ישראל נ' השופט י' זפט, פ"ד לח(3) 701, 707 (1984); ע"א 101/73 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 67, 72-73 (1973); ברק, תורת החקיקה, בעמ' 313-314). זאת בפרט כאשר נוסח הסעיף הועתק למעשה מהמלצותיה של ועדת צדוק, אך נעשה בו שינוי בודד: "שנמוך" המעמד שיש ליתן לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. במצב דברים זה, הניסיון להעניק פרשנות מקיימת יכפה על לשון החוק משמעות אשר ספק אם היא יכולה לשאת (ראו: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 21 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות (27.2.2020); ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין, חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 280, 302-303 (2008)).

185. ואולם חשוב מכך, אף אם היה ניתן לקבוע כי ניתן לפרש את חובת "השמיעה" כחובת היועצות, לא היה די בכך כדי להבטיח הלימה מספקת לתחום ההעמדה לדין, באופן שימנע את מצב הדברים שבו הפרט נתון לחקירה פלילית כאשר הדבר נעשה בלא אופק של העמדה לדין. נוכח הקשר ההדוק בין תחום החקירות הפליליות להחלטה בדבר העמדה לדין, לשם מניעת פגיעה שלא לצורך בזכויות החוקתיות, נדרש היה להבטיח תיאום בין סמכויות העמדה לדין לבין סמכות החקירה הפלילית. זאת ניתן היה להשיג, למשל, על ידי מתן הסמכה להחלטה משותפת לשר וליועצת המשפטית לממשלה בסוגיה זו, או למצער התניית הסמכת השר בהסכמה של היועצת המשפטית לממשלה למדיניות החקירות (זמיר, בעמ' 979-980). זאת לא נעשה.

משמצאנו כי לא ניתן למצוא מתווה של פרשנות שיקהה את הפגיעה בזכויות שטמונה בסעיף 8ד, נוסף ונבחן האם הסעיף מקיים את התנאים שבפסקת ההגבלה.

פסקת ההגבלה

186. פסקת ההגבלה שקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובעת ארבעה תנאים אשר בהתקיימם פגיעה בזכות החוקתית מותרת. נדרש שהפגיעה תהא

בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; על החוק להלום את ערכיה של מדינת ישראל; עליו להיות לתכלית ראויה; ועל הפגיעה בזכות להיות במידה שאינה עולה על הנדרש. המבחנים שנקבעו בפסקת ההגבלה נותנים ביטוי לכך שהזכויות החוקתיות הן יחסיות ולא מוחלטות, והם מבטאים את האיזון בין זכויות הפרט לבין האינטרסים הציבוריים הנדרשים לקיומה של החברה (ראו, מיני רבים: עניין המרכז האקדמי, בעמ' 620; בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 312-313 (2006) (להלן: עניין עדאלה)).

187. התנאי הראשון, שלפיו נדרש כי הפגיעה תיעשה בחוק מתקיים בענייננו שכן מדובר בהסדר נורמטיבי המעוגן בחקיקה ראשית (יוצר כי חלק מהעותרים טענו כי יש מקום לאמץ את הגישה שהובאה בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 3390/16 עדאלה נ' הכנסת, פסקאות 44-52 לפסק דינה (8.7.2021)); באותו עניין מצאתי להשאיר גישה זו בצריך עיון, ולא מצאתי להכריע בה גם במקרה דנן, נוכח התוצאה שאליה הגעתי). אשר לתנאי השני שעניינו בערכי מדינת ישראל, טענות העותרים לא התמקדו בתנאי זה, מה גם שהובהר בפסיקה כי "קשה לראות דוגמה להפרתו של תנאי זה אלא בנסיבות חריגות ויוצאות דופן" (עניין המרכז האקדמי, בעמ' 621). איני סבור כי המקרה דנן הוא מקרה חריג כאמור. לפיכך, נפנה לבחון את תכלית הסעיף.

תכלית ראויה

188. כידוע, תכליתו של חוק תיחשב ראויה כאשר מטרתו להגן על זכויות אדם או להגשים אינטרס ציבורי חשוב (בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 63 63 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (9.6.2020) (להלן: עניין עיריית סלואד); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 25 לפסק דיני (22.9.2014) (להלן: עניין איתן); בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פסקה 71, לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (17.9.2014); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 662 (2002) (להלן: עניין אורון); כן ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט – כרך שלישי: פרשנות חוקתית 525 (1994)).

189. הכנסת והשר טענו הן ביחס לתיקון בכללותו, הן ביחס להוראות סעיף 8ד, כי תכליתם היא דקלרטיבית בלבד, וכי אין בה משום שינוי של הדין אלא אך הבהרתו. וראו בהקשר זה את האמור על ידי הכנסת: "כל הסמכויות שהיו בידי השר קודם לכן – נותרו על כנן, וכל הסמכויות שלא היו בידיו – אינן בידיו גם כיום; לא התווספה לשר סמכות

נוספת בעקבות חקיקת החוק המתקן ולא נגרע מסמכויותיו דבר" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; סעיף 11 להתייחסות הכנסת לכתבי התשובה מטעם המשיבים). השר מצדו הדגיש שלמרות שסמכויותיו היו קיימות גם לפני התיקון, עיגוןן הרשמי בחקיקה יחזק את מחויבות המשטרה ליישם את המדיניות שיקבע. זאת במיוחד לאור קשיים שהתגלו בנושא זה בעבר. כפי שפורט לעיל, תכלית הצהרתית זו אינה רלוונטית לתחום החקירות, שכן אף אם נניח כי הייתה עמימות מסוימת בתחום זה, ניתן לשר "כוח עודף" בהשוואה למצב ששרר קודם לכן – שמאפשר לו להיות הגורם המכריע היחיד בעניין זה.

190. תכלית מוצהרת נוספת היא הסדרת מערכת היחסים שבין השר לבין המשטרה "ברוח" מסקנות הוועדות הציבוריות שדנו בסוגיות אלה. כפי שהובהר לעיל, השר נושא תפקיד חשוב במערכת "האיזונים והבלמים" שנוגעת לעבודת המשטרה, כמי שנושא באחריות כלפי הציבור לגבי אופן תפקודה. כפי שצוין באחת הפרשות: "[השר לביטחון פנים אחראי מטעם הממשלה כלפי הציבור לגבי כל תפקידיה של משטרת ישראל" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 943). אכן, השר הוא נציגה של הממשלה – אשר נהנית מאמון הכנסת, וחלק מתפקידו הוא פיקוח ועיצוב המדיניות העקרונית שלפיה תפעל המשטרה. אחד מתפקידיה היסודיים של המשטרה הוא בתחום החקירות הפליליות. בהתאם, סבורני כי תכלית של מתן אפשרות לשר לממש את תפקידו ואחריותו כלפי הציבור, גם בתחום החקירות, היא תכלית ראויה. היא מתיישבת עם הרעיון הדמוקרטי ומקדמת אותו.

191. ואולם, מעל דיוננו מרחפת השאלה האם ביסוד התיקון עמדה גם תכלית אחרת, והיא להעמיק את מעורבותו של השר בפעילות המשטרה, באופן שעלול לערער את יסודותיה המקצועיים והענייניים. שאלה נכבדה זו מתעוררת ביחס להוראות התיקון בכללותן, ואולם מאחר שמצאנו כי קיים מתווה פרשני למרביתן, נתמקד בהקשר זה אך בסעיף 48. אף שהתומכים בהוספת סעיף זה הפנו באופן חוזר ונשנה להמלצת ועדת צדוק בעניין זה, ואף כי נוסחו הועתק הלכה למעשה מהמלצותיה – המחוקק בחר לסטות מנוסח ההצעה, ולקבוע כי חלף חובת היוועצות עם היועץ המשפטי לממשלה עליה המליצה, השר יחוב בחובת "שמיעה" בלבד. הכנסת טענה בפשטות כי הסעיף מעגן את המלצת ועדת צדוק, מבלי להתייחס לשוני האמור. לעומת זאת, חבר הכנסת בן גביר ציין בדיוני הוועדה כי:

"אני חייב לומר שהמושג התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה בענייני חקירות קצת מטריד אותי, משום

שלצערי, התפיסה של היועץ המשפטי לממשלה היום – ואני לא דווקא מאשים את היועצת הזאת, זו התפיסה במשרד המשפטים – שהתייעצות הופכת להיות בהרבה מאוד מקרים קבלת הוראה. אני מאלה שחושבים, ולדעתי, כך גם רוב חברי הכנסת כאן, גם אלה שלא מודים בכך, שעם כל הכבוד וההערכה לפקידי הציבור, למשנים ליועמ"שית, ליועמ"שית עצמה – ויש לי הערכה, הם אנשי ציבור, משקיעים שעות, ימים, לילות. אבל אני סובר שבסוף ההחלטה צריכה להיות של הדרג שנבחר" (הפרוטוקול מיום 14.12.2022, בעמ' 27).

בשונה מעמדתו בהליך החקיקה, במסגרת תצהיר התשובה ציין השר כי: "מדובר בהבדל חסר משמעות אמיתית, מה גם שהמלצות ועדת צדוק לא ניחנו בכל מימד של קדושה" (סעיף 160 לתצהיר התשובה מטעם השר). אף כי מדברים אלה משתמע כי לשיטת השר אין שוני משמעותי בין המונחים – ברי כי הדבר לא עולה מנוסח החוק. כידוע, הליך היועצות פורמלי הוא הליך מינהלי, אשר כפוף למכלול ההלכות לעניין חובותיה של רשות מינהלית בהקשר זה. הבחירה המכוונת לנקוט במונח "שמיעה" חושפת כי תכליתו של התיקון לסטות מקיומן של חובות אלה, ולהרחיב את השפעתו של השר על תחום החקירות, אף מעבר למשקל שוועדת צדוק חשבה שראוי לתת לו. בכך יש להעיד לכאורה על כך שתכלית החקיקה היא להסיט את האיזון בין הגורמים המקצועיים שאמונים על מערכת אכיפת הדין לבין סמכויות השר.

192. נוכח האמור, מתעורר ספק לא מבוטלים בשאלה אם ביסוד סעיף 78 ניצבת גם תכלית אחרת מהתכלית המוצהרת. ואולם, איני רואה לטעת מסמרות בשאלה זו, בהינתן שבבסיס ההסדר מצויה גם תכלית ראויה, ובשים לב למסקנתי במישור המידתיות. לפיכך, מוכן אני להניח לצורך הדיון כי התיקון מקיים את דרישת התכלית הראויה.

מידתיות

193. בשלב זה אפנה לשאלה האם הפגיעה עומדת במבחני המידתיות, קרי – האם היא אינה עולה על הנדרש. מבחן המידתיות "נועד למנוע פגיעה יתרה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להיגזר בקפידה כדי להלום את הגשמתה של התכלית. בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון" (בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12 (1996)). כידוע, מבחן זה מתבסס על שלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן המידתיות "במובן הצר" (ראו, מני רבים: בג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים, פסקה 54 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (12.7.2023); עניין עיריית סלואד, פסקה 88;

בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 53 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017)).

194. מבחן הקשר הרציונלי מתמקד בשאלה האם בכוחו של האמצעי שנבחר בחוק כדי להגשים את המטרה שביסודו (בג"ץ 4343/19 כן לזקן נ' כנסת ישראל, פסקה 5 לפסק דיני (16.3.2022) (להלן: עניין כן לזקן); בג"ץ 6427/02, בעמ' 706-707; עניין המרכז האקדמי, בעמ' 622; עניין אורון, בעמ' 665-666) דומה כי אין חולק שמבחן זה מתקיים בענייננו. תכליתו של סעיף 8 היא מתן אפשרות לשר לממש את אחריותו המיניסטריאלית כממונה על המשטרה. ברי כי הקניית סמכות לשר להתוות מדיניות בתחום החקירות הפליליות, יש בה כדי לקיים מבחן זה.

195. מכאן לבחינה אם קיים אמצעי שפגיעתו פחותה, והוא מגשים את תכליות ההסדר באותה המידה או במידה דומה (בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סד (2) 717, 806 (2013); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367, 385 (1997)). סבורני כי יישום מבחן זה בענייננו מגלה קושי לא מבוטל, נוכח קיומן של חלופות חקיקתיות שיש בהן לאפשר התווית מדיניות בתחום זה, תוך הבטחת ההלימה בין מדיניות החקירה לבין מדיניות העמדה לדין. לצד האמור, חלופות אלה לא יגשימו במידה דומה את התכלית של מימוש תפקידו של השר, מאחר שחלופות אלה מעניקות לעמדתו משקל מופחת בהשוואה לזו שמוסדרת בסעיף 78.

196. להבדיל מהאמור לעיל ביחס לשני מבחני המידתיות הראשונים, סבורני כי ההסדר לא צולח את מבחן המשנה השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר. לפי מבחן זה, נדרש כי יתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מהגשמת תכליותיו של החוק לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלוות לו (עניין איתן, פסקה 160 לפסק דיני; בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח (1) 786, 796-797 (2003); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג (5) 241, 270 (1999)). במסגרת זאת יש לבחון האם הפגיעה בזכויות החשוד שקולה לתועלת המושגת כתוצאה מהקניית סמכות לשר בתחום זה. להבדיל ממבחן המשנה השני, במסגרת מבחן זה יש לשקול גם חלופות אשר מגשימות את התכליות אותן החוק מבקש להגשים, אף אם במידה פחותה (עניין כן לזקן, פסקה 12 לפסק דיני; עניין עדאלה, בעמ' 264-265).

197. לעמדתי, כפי שכבר הוסבר, עוצמת הפגיעה בזכויות החשוד במקרה דנן היא גבוהה. אין חולק כי הפיכתו של אדם לחשוד במסגרת חקירה פלילית גורמת לפגיעה

קשה בזכויותיו במישורים שונים. בין היתר, הוא חשוף לאפשרות של מעצר מאחורי סורג ובריה, תוך שלילת חירותו וחופש התנועה שלו; היא מחייבת את הפרט לחשוף פרטים שבליבת צנעת הפרט אשר נוגעים לחייו האישיים, תוך פגיעה קשה בפרטיותו; היא מאפשרת למדינה לחפש בכליו ובחפציו; היא פוגעת בפגיעה אנושה בשמו הטוב ובכבודו, פגיעה שאינה תחומה לשלב החקירה, ואף עשויה ללוות אותו בשארית חייו.

198. קיומו של פער מובנה בין מדיניות המשטרה בעניין חקירות פליליות לבין מדיניות העמדה לדין יוצרת קטגוריה של מצבים, שבהם אין מתאם בין מדיניות החקירה למדיניות התביעה, בגדרה מתאפשרת פגיעה ניכרת בזכויותיו של אדם, כאשר פגיעה זו נעשית ללא כל תכלית. משמעות הדבר היא שאדם עלול למצוא עצמו נתון לחקירה פלילית מקיפה ופולשנית, בעוד שמלכתחילה אין כל כוונה להעמידו לדין. כפי שצוין לעיל, במצב דברים זה הנחקר הופך ל"אובייקט" של הליך חסר תוחלת. מצב דברים זה אף אינו עולה בקנה אחד עם יעדו העיקרי של ההליך הפלילי: ענישתם של האשמים וזיכוי חפים מפשע. אל מול פגיעה משמעותית זו, ניצבת התכלית של מתן אפשרות לשר לממש את אחריותו המיניסטריאלית. הגם שאין להקל ראש בתועלת זו, ברי כי ישנה אפשרות לעצב הסדר שבמסגרתו מוקנית סמכות לשר לממש את אחריותו המיניסטריאלית כממונה על המשטרה, באופן שמונע מצב של חקירה שמתקיימת ללא כל צורך. כאמור, בשונה ממבחן המידתיות השני, אשר בוחן כאמור אמצעי שמידת יעילותו דומה, סבורני כי בגדר האיוון שנערך במסגרת מבחן המשנה השלישי, אף אם הסדרים מסוג זה לא יגשימו את התכלית במידה דומה, אין בכך כדי להצדיק את הפגיעה בזכויות הטמונה בהסדר.

הסעד

199. הנה כי כן, סעיף 8 פוגע בזכויותיו החוקתיות של החשוד, והוא אינו צולח את פסקת ההגבלה. משאלה הם פני הדברים, אין מנוס מהמסקנה כי הוא אינו חוקתי. במישור הסעד, כפי שפורט לעיל, לשיטתי לא ניתן למצוא מתווה של פרשנות מקיימת שיש בו ליישב את הפגיעה הטמונה בסעיף 8 עם זכויות החשוד. נוכח האמור, סבורני כי אין מנוס מלהכריז על בטלותו של הסעיף.

אחר הדברים האלה

200. לאחר כתיבת הדברים, עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג ואבקש לשוב ולהדגיש את עמדתי ביחס לטענה לפגיעה בזכויות חוקתיות. חברי מציין כי

לשיטתי, התיקון מוליך לפגיעה בזכויות אדם מאחר שהתיקון "מעלה את ההסתברות" לפגיעה יתרה בזכויות המושפעות מהפעלת סמכויותיה של המשטרה (פסקה 16 לחוות דעתו). אני מבקש להדגיש כי על אף שסברתי כי התיקון אינו חף מקשיים, הבהרתי כי המענה לקשיים אלה מצוי במישור הפרשני, באופן שיש בו לייתר את המהלך החוקתי (וראו: פסקה 124 לחוות דעתי). הסעיף היחיד שבו מצאתי כי לא ניתן להימנע ממסקנה שיש בו פגיעה בזכויות אדם – הוא סעיף 78.

201. אציין בנוסף, כי עמדתי העקרונית בנוגע להשפעת מערכת היחסים בין המשטרה לבין הדרג המיניסטריאלי על זכויות אדם אינה מתמקדת ב"פוטנציאל הפגיעה" כתוצאה מהאפשרות לשימוש לרעה בסמכויות המשטרה. כפי שצינתי בחוות דעתי, הסרת המנגנונים המבטיחים את עצמאות המשטרה והגדלת המעורבות הבלתי מבוקרת של הדרג המיניסטריאלי פוגעת בלגיטימיות של הפגיעה בזכויות אדם שמושפעות מסמכויות המשטרה. קביעה זו מתכתבת במישורין עם קביעות בית המשפט בעניין המרכז האקדמי, שם הבהיר בית המשפט כי עצם הפגיעה בתנאים שמקנים לגיטימציה לעונש המאסר, יש בה כדי להוליך לפגיעה עצמאית ומובחנת בזכות לחירות (וראו: פסקאות 105-108 לחוות דעתי). זאת, גם כאשר הפגיעה בזכויות אדם שמתרחשת בפועל בין כתליו של בית סוהר בניהול פרטי, זהה לפגיעה שבזכויות אדם בבית סוהר בניהולה של המדינה (וראו: שם, בעמ' 611-612). שלישית, כאשר לפגיעה בכבוד האדם, עמדתי אינה נשענת על תחושות סובייקטיביות של השפלה, אלא על המשמעות "הערכית והסמלית" (והשוו: שם, בעמ' 615) של הפעלת סמכויות המשטרה, במצב הדברים שבו עצמאותה נפגעת באופן ניכר.

סוף דבר

202. משטרת ישראל מופקדת על מימושן של הסמכויות השלטוניות הגרעיניות שנתונות לשלטון במדינה דמוקרטית: אכיפת הדין הפלילי והשמירה על הסדר הציבורי וביטחון הציבור. אין חולק כי סמכויות אלה כרוכות מעצם טיבן בפגיעה קשה בזכויות אדם. פגיעה זו היא תוצאה בלתי נמנעת של האחריות הכבדה והמורכבת אשר מוטלת על כתפיה של המשטרה. ואולם, ההצדקה והלגיטימיות של הפגיעה בזכויותיו של הפרט בידי המשטרה, מותנית בקיומם של סייגים ותנאים שיש בהם לרסן את הכוח שנתון בידה. בהתאם, שאלת דמותה וצביונה של משטרת ישראל, ובתוך כך טיבה של מערכת היחסים בין המשטרה לבין השר הממונה עליה והאיזון בין הפעלת הסמכויות על ידי גורמים אלה, יש בהם להשליך באופן ישיר על זכויות האדם.

203. נוכח האמור, התפיסה ארוכת השנים שהושרשה היטב בשיטתנו המשפטית היא כי מצד אחד, השר הממונה נושא בחובה לפקח על עבודת המשטרה ולהתוות את מדיניותה העקרונית; וכי מן העבר השני בעת הפעלת סמכויותיה על המשטרה לפעול באופן עצמאי וממלכתי, בהתאם לשיקולים מקצועיים בלבד, באופן בלתי תלוי ובלתי מוטה. עקרונות אלה לא עוגנו בחקיקה, אך הם באו לידי ביטוי הן בהמלצותיהן של הוועדות הציבוריות שנדרשו לכך לאורך השנים, הן בעמדתו העקבית של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה.

204. עקרונות אלה נועדו למנוע ניצול לרעה של הכוח העצום שנתון בידי המשטרה, ולהבטיח כי משטרת ישראל תמלא את תפקידה כמשטרה של מדינת ישראל, ולא של ממשלת ישראל. חובתה של המשטרה נתונה לאזרחי המדינה כולם – וזאת ללא קשר לשיוכם הלאומי או הדתי, לאמונות השונות שבהם הם מחזיקים, ולשיוכם הפוליטי. אכן, משטרה "מטעם", אשר מפעילה את סמכויותיה בצורה בררנית ונתונה ללחצים חיצוניים, היא משטרה אשר תאבד את הלגיטימציה הנתונה לה להפעלת הכוח.

205. תיקון מס' 37, שניצב במוקד העתירות שלפנינו, הסדיר לראשונה בגדרה של חקיקה ראשית את מערכת היחסים שבין הדרג המיניסטריאלי לבין המשטרה. התיקון התמקד אך באותם הסדרים שנוגעים למעורבות השר בעבודת המשטרה, מבלי שעוגנו מנגנונים מאזנים כלשהם אשר הם תנאי לשם הבטחת ההגנה על זכויות אדם. עמידה על מכלול הוראות התיקון עשויה ללמד כי הוא יוצר העדפה מובנית של עקרונות הנוגעים לסמכויות השר, על פני העקרונות שנוגעים לעצמאות המשטרה, באופן שהסיט את נקודת האיזון שהייתה קיימת עובר לתיקון, תוך פגיעה בדמותה ובמסגרת פעולתה המקובלת של המשטרה. נוכח האמור, העותרים לפנינו ביקשו כי נורה על ביטולו של התיקון כולו, אך בחינת פרשנותו של התיקון העלתה כי קיים מתווה פרשני שמאפשר להימנע מביטולן של מרבית הוראות התיקון.

206. בגדרו של מתווה זה, מצאנו כי התיקון לא גרע מחובתה של המשטרה לפעול באופן עצמאי, מקצועי, ממלכתי ובלתי תלוי. בנוסף, מצאנו כי למרות שסעיף 8ב, הקובע כי המשטרה נתונה למרות הממשלה, הועתק מחוק-יסוד: הצבא, לא ניתן להשוות בין שני ההסדרים החוקיים בשל ההבדלים המהותיים ביניהם. סעיף 8ב לא משנה אפוא את מערכת היחסים בין הממשלה לבין המשטרה. המשטרה, אשר מפעילה שיקול דעת

מקצועי ועצמאי באכיפת החוק, אינה מהווה זרוע ביצועית ישירה של הממשלה. כמו כן, מצאנו כי סמכות השר להתוות מדיניות לפי סעיף 8ג(א) תפורש כך שהיא כוללת חובת היועצות עם המפכ"ל; וכאשר מדובר בקביעת מדיניות בתחום ההפגנות, חובה זו תכלול גם היועצות עם היועצת המשפטית לממשלה, והכל בכפוף לאמות המידה המפורטות שנקבעו בפסיקה בהקשר זה. בנוסף, תנאי לתוקפה של מדיניות זו היא פרסומה מבעוד מועד, בהתאם לחובת הפרסום שבסעיף 8ג(ב). כמו כן, יש לפרש את סעיף 9 באופן שאינו גורע מחובתו של המפכ"ל להפעיל שיקול דעת עצמאי, לקבוע מדיניות ארגונית ומבצעית למשטרה, ולהיות אמון על אופן יישום המדיניות בשטח ועל פרטי הביצוע האופרטיביים. לצד זאת, מצאנו כי אין מנוס מלהורות על בטלות סעיף 8ד לפקודה, שעניינו בסמכות השר להתוות מדיניות בתחום החקירות הפליליות. כך אציע לחברי לקבוע.



עוזי פוגלמן
ממלא מקום הנשיא
(בדימ')

השופט אלכס שטיין:

השורה התחתונה: דין העתירות להידחות

1. קראתי ושקלתי בכובד ראש את פסק דינו של חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), השופט ע' פוגלמן. מטעמים שיפורטו להלן, לא אוכל להצטרף למסקנותיו. לדידי, דין העתירות להידחות על כל ראשיהן.

2. במוקד העתירות שלפנינו עומד חוק לתיקון פקודת המשטרה, התשפ"ג-2022 (להלן, בהתאמה: החוק המתקן או התיקון ו-פקודת המשטרה או הפקודה), אשר מעניק לשר לביטחון לאומי (להלן: השר) סמכויות ביחס לפועלה של משטרת ישראל (להלן: המשטרה) כרשות האמונה על אכיפת החוק ושמירה על הסדר הציבורי – ובכללן הסמכות להתוות מדיניות וסדרי עדיפויות עקרוניים לפעילות המשטרה, לרבות בתחום החקירות הפליליות (להלן: הסמכויות החדשות).

3. העותרים טוענים שהחוק המתקן בא לקלקל. לטענתם, הסמכויות החדשות משנות את איזוני הכוחות הקיימים באופן שמעצים את כוחו של השר, כשחקן פוליטי מובהק, ומאפשר לו להנחות את פעולות המשטרה באופן שיחפוף את עמדותיו ויקדם את סדר יומו הפוליטי. העותרים מוסיפים וטוענים כי הדבר פוגע, או עלול לפגוע, אנושות בכבוד האדם ובחרויות היסוד של הפרט – בהן, חופש הביטוי והזכות להפגין – וביושרה (integrity) הנדרשת בקבלת החלטות בנוגע לפתיחתן וניהולן של חקירות פליליות כחלק מהזכות ל"הליך הוגן". גם היועצת המשפטית לממשלה (להלן גם: היועצת) סבורה כך. העותרים והיועצת הציגו לפנינו שלל טעמים שבעטיים, כך נטען, עלינו לקבוע כי התיקון מנוגד לעקרונות החוקתיים שמעשי החקיקה של הכנסת אמורים לקיים – וזאת, שלא בהתאם למבחני פסקת ההגבלה. מטעמים אלה נתבקשנו להכריז על בטלותו של התיקון.

4. חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), השופט פוגלמן, מסכים, בעיקרו של דבר, עם טענות אלו. כדי להימנע מבטלות גורפת של התיקון, הוא מציע מתווה פרשני ביחס לחלק מסעיפי התיקון, אשר יש בו, לדידו, כדי להתגבר על הקשיים החוקתיים האמורים. בנוגע לחלקו האחר של התיקון, סעיף 8 לפקודה, מצא חברי כי אין מנוס מביטולו. על קביעות אלה מבקש אני, במלוא הכבוד, לחלוק.

5. בפתח הדברים, אסכם את חוות דעתי בקצרה. לפי הדוקטרינה החוקתית הישראלית, כפי שנתגבשה עד כה, ביטולו של מעשה חקיקה של הכנסת על ידי בית משפט זה מתאפשר רק כאשר מעשה זה מפר את נורמת-העל או כלל חוקתי כלשהו. מקרים אלה כוללים פגיעה בלתי מידתית באחת מזכויות היסוד של אדם אשר זכו להגנה בגדרם של חוקי היסוד וכן, להשקפתי, חריגה מסמכות החקיקה שהכנסת קיבלה בהיווסדה בחלקה האופרטיבי של הכרזת העצמאות. באין פגיעה בזכות או הפרה כאמור, מעשה החקיקה, כפי שחוקק, יהא תקף ויעמוד על כנו; ואנו לא נוכל – וממילא לא נרצה – להתערב בו בדרך של "מתווה פרשני" או ביטול.

6. העתירות שלפנינו מציבות את זכויות הפרט אל מול כוחות המשטרה. בעולמן של זכויות הפרט, חוק הכנסת יכול להיחשב לבלתי-חוקתי רק כאשר זכות בת-פועל חוקתי תיפגע מהפעלתו של החוק – אף בהינתן יישומו כדת וכדין, ולא רק במקרים של שימוש לרעה באחד מסעיפיו. כאשר בלעדי השימוש לרעה בחוק שום זכות חוקתית לא

יוצאת ניוזקה ושום עיקרון חוקתי לא יוצא נפגם, האפשרות ההיפותטית של שימוש לרעה בחוק אינה הופכת אותו לבלתי-חוקתי. בהתאם לכך, הטוען לבטלות החוק נדרש להראות כי הפגיעה הנטענת בזכות חוקתית נובעת באופן מובנה (אינהרנטי) מהאמור בחוק גופו, ולא מהאופן בו הוא מופעל על-ידי בעל הסמכות. בחינת חוקתיותו של חוק אינה יכולה לצאת מתוך נקודת הנחה כי הגורם המוסמך יעשה שימוש לרעה בסמכויות שהוענקו לו או יפעילן שלא כדין. זאת, מאחר שכל סמכות שלטונית כפופה לזכויות חוקתיות ולכללי המשפט המינהלי – כללים אשר מחייבים כל רשות שלטונית לפעול בדל"ת אמות הסמכות שבידה ואך ורק מתוך שיקולים ענייניים ובהתאם לכללי הצדק הטבעי, ובמסגרת זו להימנע משרירות, מזדון, מהפליה ומהחלטות שאינן סבירות במידה קיצונית. באין הפרה מובנית של זכות חוקתית בחוק גופו, החוק יהא תקף גם כאשר הוא מעניק לרשות שלטונית סמכויות שהפעלתן שלא כדין עלולה לפגוע באחת הזכויות כאמור. הנחת העבודה היא שבתי המשפט יידעו להתמודד עם תרחיש קונקרטי של פגיעה בזכות, לכשיתגשם, על ידי הענקת סעדים משפטיים פרטניים לנפגע בזמן אמת.

כפי שהוסבר על ידי הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר):

"הנחת המוצא בביקורת החוקתית היא שאין די בפגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות אדם חוקתיות כדי להביא לביטול חקיקה ראשית של הכנסת [...]. ככל שעסקינן בפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, להבדיל מפגיעה ממשית, הרי ככלל לא יהיה בפגיעה כזו כדי להצדיק התערבות שיפוטית לביטולה של החקיקה" (שם, בפסקה 67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ההדגשה הוספה – א.ש.).

7. בענייננו, החוק המתקן והסמכויות החדשות שהוא מעניק לשר אינם פוגעים, אך בשל עצם קיומם, בשום זכות בת-פועל חוקתי. כפי שאבאר בהמשך דבריי, הסמכויות שהוענקו לשר במסגרת התיקון אינן טומנות בחובן, באופן אינהרנטי, הפרה חוקתית. זאת, כאשר הפעלת הסמכויות הללו על ידי השר תהא כפופה לא רק לדל"ת האמות של כל סמכות וסמכות, אלא גם לכללי המשפט החוקתי והמינהלי שמניתי, ללא יוצא מן הכלל. הוראות התיקון ברורות ומפורשות – ואין עמנו כל סיבה להניח כי הן שחררו את השר מכבליהם של כללים מושרשים של המשפט החוקתי והמינהלי או הסמיכוהו לפעול שלא-כדין.

8. כפועל יוצא מהאמור, חוק הכנסת אשר מעניק סמכויות נרחבות לבעל-שררה, אשר מטעמים פוליטיים (או אחרים) עלול להשתמש בסמכויות אלו לרעה ושלא כדין, אינו חוק בלתי-חוקתי כשלעצמו. אם וכאשר ניווכח לדעת כי השר חרג מסמכותו או עשה שימוש בסמכויות חדשות אלו מתוך שרירות לב או זדון, שקל שיקולים שלא ממין העניין, בחר להתעלם מנתון רלבנטי, הפר את כללי הצדק הטבעי, נהג בדרך שיוצרת הפליה פסולה או מגיעה כדי חוסר סבירות קיצוני שיורד לשורש העניין, נדע לבטל את החלטתו הספציפית – מבלי להגיע לפסלות התיקון עצמו – בהתאם לכללי המשפט החוקתי והמינהלי.

9. אם כך, בנקודת הזמן הנוכחית, וככל שהעותרים והיועצת מלינים על עצם כינון של הסמכויות החדשות והסכנות הטמונות בהן – דין העתירות אשר הונחו לפנינו להידחות בהיעדר סתירה אינהרנטית בין החוק המתקן לבין כללי המשפט החוקתי הנהוגים במחוזותינו; וכך אציע לחבריי לעשות.

הבטיס הנורמטיבי: תובנות חוקתיות שבבטיס הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת

10. העתירות דכאן מציבות לפנינו שאלה חוקתית בדבר ביקורת שיפוטית על פועלה של הרשות המחוקקת – הכנסת.

11. שאלה זו מוסיפה לעורר מחלוקות, ואין לה, בעת הזאת, מענה חד-ערכי מוסכם. אחזור בקצרה על עמדתי העקרונית בסוגיה זו, כפי שפורטה בהרחבה בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.10.2023) (להלן: בג"ץ טבריה) ובבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות). כפי שהוסבר על ידי בשני פסקי דין אלה, עמדה זו צומחת מתורת הסמכות שעניינה איתור גבולות ההסמכה הקיימת: הסמכה אשר ניתנה לכנסת כרשות מחוקקת ומכוננת, מחד גיסא, והסמכה אשר ניתנה לבית משפט זה, מאידך גיסא.

12. עמדתי בנדון דידן מורכבת משש תובנות הקשורות אהדדי.

13. התובנה הראשונה היא מהותם המשפטית של מוסדות השלטון. מוסדות אלה – כולל הרשות המחוקקת ובתי המשפט – נולדים בתוך הכתובים הרשמיים של המדינה ופועלים אך ורק בגדרי הכתובים הללו: הוראות דין פורמליות אשר קובעות את

סמכויותיהם, ולא מעבר לכך. שלא כמו בעלי אישיות משפטית טבעית – אנשים בשר ודם – אשר מוחזקים בני חורין בכפוף למגבלות שהדין קבע עבורם, למוסדות המדינה אין כוחות, אין סמכויות – ולדידי, אין קיום – מעבר למה שנקבע עבורם בכתובים שהקימו אותם ושהגדירו את פועלם בהמשך הדרך (ראו: בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80, 82-83 (1949)).

14. התובנה השנייה קשורה קשר הדוק לפוזיטיביזם משפטי אשר אומץ, בין היתר, בהוראת סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה. הוראה זו קובעת, לצד העיקרון היסודי בדבר עצמאותו של שופט, כי שופטים נתונים למרותו של הדין – כפיפות שמלמדת על כך שבתי המשפט אינם מוסמכים ליצור את הדין לפי תפישתם הערכית מתובנות ותכנים שאינם בגדר "דין". בהתאם לכך, מענה לכל שאלה משפטית – כדוגמת השאלה בדבר קיומה והיקפה של סמכות שלטונית כזאת או אחרת – יכול, לטעמי, להינתן אך ורק בהתבסס על הדין הפוזיטיבי. דין זה מורכב מכללים פורמליים אשר נכתבו בכתובים הרשמיים של המדינה ומכללים שנגזרים מהאמור בכתובים אלה – כללים שקיומם ומשמעותם הם עניין שבעובדה. בהתאם לכך, קביעה שיפוטית בדבר קיומה או היעדרה של סמכות שלטונית שאינה מעוגנת בעולמן של עובדות לא תהא נכונה גם כאשר היא ניוונה מערכים מוסריים לעילא ולעילא. זאת, כאמור, מאחר שעסקינן בדין מצוי, שאותו השופט נדרש למצוא בתוך הכתובים הרשמיים של המדינה ובשאר החומרים המשפטיים הפורמליים אשר נגזרים מכתובים אלו, ולא בדין רצוי, שאותו השופט יכול, אך אינו מוסמך, ליצור על בסיסם של נורמות וערכים שמחוץ לכתובים הרשמיים.

15. התובנה השלישית, שנוגעת לסמכויות החקיקה של הכנסת, נגזרת משתי התובנות הראשונות. עובדה היא, שהכנסת מעולם לא קיבלה לידיה סמכות רחבה עד-אין-קץ לחוקק כל חוק שבדעתה לחוקק. כך עולה מהמסמכים הפורמליים אשר הקימו את משפט המדינה ואת מוסדותיה, כולל הרשות המחוקקת: המנשר – שמעולם לא בוטל – ופקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, בנוסחה המקורי. כאמור במסמכי הקמה אלה, סמכויות החקיקה שהוענקו למועצת המדינה הזמנית, ואחריה לכל כנסת וכנסת באשר היא, כפופות מעיקרן למסגרת שהותוותה בחלקה האופרטיבי של הכרזת העצמאות – חלק שמעגן בתוכו, בין היתר, את חובת המדינה לעצב ולנהל משטר מדיני-חברתי אשר תואם את "יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל"; אשר מקיים את חופש הדת, המצפון, הלשון, החינוך והתרבות; ואשר מבטיח "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור" בין אזרחיה השונים, לצד היותה של המדינה "פתוחה לעליה יהודית". הסמכתו זו של המחוקק היא הנורמה הבסיסית עליה עומד המשפט הישראלי כולו. כפועל

יוצא מכך, וכפי שהוסבר על ידי בבג"ץ טבריה (שם, בפסקאות 31-33 לפסק דיני) ובבג"ץ הסבירות (שם, בפסקאות 65-66 לפסק דיני), הכנסת, למשל, אינה מוסמכת לחוקק חוק שמחייב את מי שאינו יהודי בגיור או חוק אשר מונע מנשים כהונה בתפקידים ציבוריים. לחוקים כאלה לא יהיה תוקף משפטי גם אם הכנסת תכנה אותם "חוקי יסוד" ותחוקקם פה-אחד. בבואנו לדון בחוק כזה (ותקוותי היא שחוקים כאלה לא יחוקקו), נהיה אפוא חייבים לבטלו מחמת חוסר סמכות של הכנסת.

16. התובנה הרביעית, עניינה כינון החוקה בשלבים באמצעות חקיקת חוקי יסוד. כפי שהוסבר על ידי בבג"ץ הסבירות (שם, בפסקה 16 לפסק דיני), חקיקה רגילה של הכנסת כפופה לא רק למסגרת הסמכויות שהכנסת קיבלה, בהיווסדה, בחלקה האופרטיבי של הכרזת העצמאות, אלא גם לאמור בחוקי היסוד – כפי שנקבע והוסבר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: הלכת בנק המזרחי). הכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוק רגיל שסותר את האמור באחד מחוקי היסוד, שלא בהתאם למבחני פסקת ההגבלה. כמו כן, שינוי בחוק יסוד יכול שייעשה רק בדרך שהותוותה באותו חוק.

17. התובנה החמישית היא העיקרון החוקתי לפיו בית משפט זה אינו מוסמך לקבוע בעבור עצמו את גבולותיהן של סמכויות השפיטה והביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת. גבולות אלו נקבעו, כפי שנקבעו, בחוק-יסוד: השפיטה, כשסעיף 15(ג) לחוק זה מגדיר את תקרתן. מסיבה זו, לא הסכמתי עם דעת הרוב בבג"ץ הסבירות, אשר קבעה כי ביקורת שיפוטית שבוחנת את חוקתיותם של חוקי הכנסת, לרבות חוקי היסוד, יכולה – ואף חייבת – להיעשות על בסיס אמת-המידה הכללית של "מדינה יהודית ודמוקרטית". אמת מידה זו תואמת את האמור בחלקה האופרטיבי של הכרזת העצמאות רק במובן הבא: היא מתארת את המכנה המשותף הרחב שמחבר את זכות העלייה לישראל השמורה ליהודים אל עיקרון השוויון בין אזרחי המדינה ואל תפישת הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל. ברם, החלטתם של שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות כי אמת המידה "יהודית ודמוקרטית" מהווה בסיס לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת, לרבות חוקי היסוד, פירושה כי בית משפט זה הוא אשר מחליט, בסופו של יום, מה נכלל ומה לא נכלל ב"יהודית ודמוקרטית". קביעה זאת מרחיבה את סמכות הביקורת השיפוטית מעבר לאמור בכתובים הפורמליים של המדינה, ועל כן אין בידי להסכים עמה. כפי שהובהר על ידי, הסמכות לקבוע תכנים קונקרטיים למושגים הכלליים שבהכרזת העצמאות נמסרה, בראש ובראשונה, לכנסת כמייצגת העם אשר אמורה לנהל את המדינה (בג"ץ טבריה, בפסקה 37 לפסק דיני; בג"ץ הסבירות, בפסקאות 79-80 לפסק דיני). הווה אומר: הכנסת היא זאת

שאמורה לקבוע, באמצעות חקיקה, מה כלול ומה לא כלול במושגים הכלליים של צדק, שוויון וזכאותם של יהודים לעלות לישראל – בחירה שתהא חסינה מהביקורת השיפוטית כל אימת שהכנסת מאמצת לעצמה את אחד המובנים המקובלים של "צדק", "שוויון", זכותם של יהודים לעלות לישראל, וכיוצא באלה. כך הוא גם לגבי המִשְׁגָּה הזכויות הכלליות אשר הוכרו כבעלות מעמד חוקתי בחוקי היסוד, כדוגמת הזכות לכבוד, הזכות לחירות וחופש העיסוק. הַמִּשְׁגָּה זו הינה חלק מהסמכות השלטונית אשר נמסרה, בראש ובראשונה, לכנסת כגוף מחוקק. הכנסת היא זאת שאמורה לקבוע, באמצעות חקיקה, מה כלול ומה לא כלול בזכות לכבוד, בזכות לחירות ובחופש העיסוק. קביעה כאמור תהא חסינה מהביקורת השיפוטית כל אימת שהכנסת מאמצת לעצמה – בבואה לקבוע הסדרים ראשוניים כנציגת העם – את אחד המובנים המקובלים של "כבוד", "חירות" ו"חופש העיסוק".

עמדה הרואה בבתי המשפט גורם אשר אמור למלא מושגים וזכויות כאמור בתכנים ערכיים קונקרטיים על-פי תפישתו-שלו סותרת את התפישה הפוזיטיביסטית של המשפט. כפי שכבר צוין על ידי, תפישה פוזיטיביסטית זו מעוגנת בסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה – הרואה חוקתית מפורשת שמקימה חיץ בין הדין והדיין.

18. התובנה השישית צומחת משורשי סמכותם של בתי המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על מעשי חקיקה. תובנה זו, יסודה במקובלות של תורת המשפט שעניינן ביקורת שיפוטית על מעשי המוסד המחוקק. מקובלות אלה נגזרות, משכבר הימים, מהאמור בפסק הדין הקנוני (1803) 137 (1 Cranch) 5 U.S. (Marbury v. Madison), אשר הגדיר את גבולותיה של הביקורת השיפוטית על חוקים בארצות הברית של אמריקה. פסק דין פורץ-דרך זה נכתב על ידי השופט הראשי דאז ג'ון מרשל (Marshall) בהתבסס על האמור בחוקת ארצות-הברית ועל מספר מקובלות תורת-משפטיות. מקובלות תורת-משפטיות עליהן נסמך השופט מרשל בפסק דינו, הן אלה שמעניינות אותנו כאן בהקשרו של הדין הישראלי. במילים אחרות, ובמענה להערתו של חברי, השופט ד' מ'נן, בפסקה 21 לפסק דינו בבג"ץ הסבירות: אני מביא את פסק הדין *Marbury v. Madison* לא על-מנת לגזור גזירה שווה, אחת-לאחת, בין משפטנו-שלנו לשיטה האמריקנית, אלא כדי לעמוד על עקרונותיו המושרשים של המשפט המקובל אשר קיבלו ביטוי בפסק דין זה, ושבאמצעותם ראוי שננחה את עצמנו כמקבלי החלטות בעולמה של שיטת משפט המשתייכת לאותה מסורת משפטית. עקרונות אלה כוללים הבחנה בין טקסט פוליטי לטקסט משפטי ואת הכלל החוקתי הראשוני לפיו אכיפת הטקסט המשפטי – אשר מונה את סמכויותיהם של מוסדות המדינה ואת זכויות תושביה – מהווה חלק מסמכות

השפיטה המסורה לבתי המשפט. סמכותם של בתי המשפט לאכוף את הטקסט המשפטי הושתתה על ידי השופט מרשל על העיקרון עתיק היומין *ibi jus, ubi remedium* ("מקום שבו קיימת זכות – יש סעד") (ראו: שם, בעמ' 163; כמו כן ראו: William W. Van Alstyne, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, 18 DUKE L.J. 1 (1969)). עיקרון זה של מתן סעד משפטי לכל פגיעה בזכות מונח ביסודו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שלתוכו הועתקו הוראות דין זהות שקדמו לכינונו של חוק היסוד (כמוסבר במאמרו הקלאסי של פרופ' יצחק זמיר, שנכתב שנים רבות לפני עלייתו לכס השיפוט, ראו: יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212 (התש"ל)).

19. בהקשר זה, ראוי לצטט את קביעתו של השופט מרשל בעניינה של הנורמה הבסיסית של המשפט כולו, שמקורה בהכרת העם במוסדות השלטון המוקמים על ידו ובסמכויותיהם – הכרה אשר תועדה, תחילה, בהכרזת העצמאות האמריקנית ואחר-כך בחוקה.

כדברי השופט מרשל:

"That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis, on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority, from which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent. ... This original and supreme will organizes the government, and assigns, to different departments, their respective powers. It may either stop here; or establish certain limits not to be transcended by those departments".

(ראו: *Marbury v. Madison*, בעמ' 176).

20. כאן המקום לשוב ולבחון את חילוקי הדעות אשר נתגלעו בנוגע לתובנות אלה ביני לבין חלק מחבריי; וגם זאת אעשה בקצירת האומר עד כמה שניתן.

חילוקי דעות בנוגע למהות הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת והמסד הנורמטיבי שלה

21. חבריי, השופטים נ' סולברג, מין וע' גרוסקופף, אשר ישבו על מדין בבג"ץ הסבירות סברו – כל אחד מטעמיו – שבנקודת הזמן הנוכחית, ולאור המוסכמות החוקתיות אשר התגבשו במשפטנו במרוצת השנים ועד הגענו עד-הלום, לא ניתן עוד לחזור אל האמור במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית אשר קבעו, בלשון חד-משמעית, כי הכרזת העצמאות היא זאת שמקנה לרשות המחוקקת את סמכויות החקיקה שבידה.

22. עמדתם זו של חבריי מעוררת שלושה קשיים בלתי פתירים. ראשית, בהנחה שעמדת חבריי נכונה ברמה העובדתית – היכן בדיוק נקבעה ונכתבה סמכות החקיקה של הכנסת, וכיצד נדע מהם גבולותיה של סמכות זאת? לחבריי אין מענה לתהייה זו. לשיטתם, סמכות החקיקה של הכנסת, לרבות סמכותה לכונן חוקי יסוד, מעוגנת בכלל אמורפי אשר מתיימר להיות יסוד-מוסד של דיני החוקה בישראל למרות שאין לו שום תיעוד בכתובים הרשמיים של המדינה. אצל השופטים סולברג ומין, כלל זה נשען על עיקרון הדמוקרטיה ושלטון העם, שלדידם מסמך את הכנסת לכונן כל חוק יסוד; ואילו השופט גרוסקופף, כמו שאר שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות, רואים ב"מדינה יהודית ודמוקרטית" הגבלה על כלל מעשי החקיקה של הכנסת – בכפוף לעמדתם של השופטים י' עמית וד' ברק-ארז, שהביעו נכונות עקרונית לראות בהכרזת העצמאות מסמך מייסד אשר קובע את גבולות הסמכות המכוננת. עמדה זו משחררת את הכנסת מדרישת ההסמכה הכתובה – שחרור שאינו עולה בקנה אחד עם התובנה הבסיסית לפיה מוסדות השלטון נוצרו בכתובים הרשמיים של המדינה ואין להם סמכויות זולת אלו שפורטו באותם כתובים. הייתכן שלכל רשויות המדינה – החל בפקיד האמון על הגנה על פרחי הבר וכלה בשרי הממשלה – אין קיום מעבר לכתובים שהקימון והגדירו את סמכויותיהן, בשעה שהכנסת – מוסד הממוקם בראש הפירמידה השלטונית – מפעילה סמכויות חקיקה שאינן כתובות עלי ספר ואינן מוגבלות?

23. הקושי השני בעמדת חבריי קשור לשורה ארוכה של פסקי הדין אשר צוטטו על ידם ועל ידי בהקשרה של הכרזת העצמאות (ראו: בג"ץ הסבירות, בפסקאות 62-70 לפסק דיני והאסמכתאות שם; וכן בג"ץ טבריה, בפסקאות 29-35 לפסק דיני והאסמכתאות שם). פסקי דין אלה – ובראשם בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85 (1948) – קבעו כי להכרזת העצמאות אין תוקף חוקתי או חוקי; כי האמור בה מהווה, לכל היותר, כלי פרשני אשר עשוי לסייע בידי בתי המשפט בבואם לפרש הוראות חוק בלתי ברורות; וכי "כל הוראת

חוק מפורשת [...] גוברת על כל דבר אחר בהכרזת העצמאות" (ראו: ע"א 450/70 רוגוז'ינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 136 (1971)). דא עקא, כפי שצוין על ידי בבג"ץ טבריה ובבג"ץ הסבירות, פסקי דין אלה לוקים בחסר מובהק: אין בהם כל התייחסות למילותיהם המפורשות של המנשר ושל פקודת סדרי השלטון והמשפט – מסמכי ההקמה של משפט המדינה אשר קבעו, "ברחל בתך הקטנה", כי מועצת המדינה הזמנית, המוסד המחוקק שהעביר את מכלול סמכויותיו לכנסות שבאו אחריו, מחוקקת חוקים "מתוקף סמכותה לפי הכרזת העצמאות". לטעמי, התעלמות זו – שאין לה הסבר אשר יכול להניח את הדעת – מאיינת את כוחם ההלכתי של פסקי הדין האמורים (בהקשר זה ראו גם עמדתו המצדדת של השופט עמית בפסקאות 18-19 לפסק דינו בבג"ץ הסבירות). בעולמן של נורמות יסוד חוקתיות, בתחרות בין אמת ליציבות המשפט – יד האמת לעולם תהא על העליונה.

בעניין זה, רואה אני לנכון להוסיף ולצטט את דבריו של פרופ' בנימין אקצין, הוגה דעתו מרכזי בתחום המשפט החוקתי, אשר דן במעמדה של הכרזת העצמאות בזמן אמת, בסמוך להקמת המדינה, כאשר הוא מציין כי בעניין גוברניק נפלה שגגה רבתי:

"כדאי להבהיר בהזדמנות זו את מעמדם המשפטי של הכרזת העצמאות ושל המנשר, אשר לגביהם שוררת אי-הבנה בקהל המשפטנים בארץ. באשר להכרזה, יש להגיד כי טעות טעה ביה"מ העליון ב-זיו נ. גוברניק [...] באמרו כי 'ההכרזה ... באה רק לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה: לצורך הכרזה על-ידי החוק הבינלאומי'. דוקא לצורך הכרזה בינלאומית אין חשיבות מיוחדת ניכרת להכרזה. פסקת 'אנו קובעים' בהכרזה מהווה את המסגרת החוקית של מועצת המדינה, אם כי את יתר חלקי ההכרזה (בין שבאו לפני הפסקה הקובעת, בין שבאו אחריה) יש לראות כדברי הקדמה הצהרתיים (פריאמבל בלע"ז). פסקה זו היא חוק-יסוד במלוא מובן המלה. נכון שאין ההכרזה פוסקת הלכה למעשה בדבר פקודות וחוקים, אבל אין זאת אומרת שאילו היתה ההכרזה מכילה הוראות ספציפיות ממין זה, לא היה להן תוקף חוקי. להפך!" (ראו: בנימין אקצין "הפרווגטיבה במדינת ישראל", חלק ב הפרקליט ז 590, 592, ה"ש 27 (1950)).

דברים אלה של פרופ' אקצין גם מאששים את קביעתי כי הכרזת העצמאות היא הנורמה הבסיסית עליה עומד המשפט הישראלי כולו.

24. הקושי השלישי בעמדת חבריי קשור למוכנותם להפקיד הסדר חברתי ראשון במעלה – הגדרתה של סמכות החקיקה של הכנסת – בידי בית משפט זה. שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות סבורים כי בית משפט זה הוא אשר מוסמך לקבוע, בסופו של יום, את מאפייניה של "מדינה יהודית ודמוקרטית" אשר יגדירו את גבולותיהן של סמכויות החקיקה שבידי הכנסת. מנגד, השופטים סולברג ומינץ מפעילים את סמכותם השיפוטית כדי לקבוע – ללא שום אסמכתא כתובה, ולטעמי, בניגוד לאמור במסמכי ההקמה של משפט המדינה – כי הכנסת מוסמכת לכונן חוקי יסוד כטוב בעיניה. דעותיהם של שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות עומדות בניגוד קוטבי לדעותיהם של השופטים סולברג ומינץ (שדעתם בבג"ץ הסבירות היתה דעת מיעוט). ברם, אסור שניגוד זה יסתיר את המכנה המשותף אשר מאפיין את דעתם של כל השופטים הללו כמי שסבורים שבית משפט זה רשאי לקבוע את גבולותיהן של סמכויות החקיקה המסורות לכנסת מבלי להישען על כתוביה הרשמיים של המדינה. סברתם זאת של חבריי עומדת בסתירה לתפישה הפוזיטיביסטית של המשפט, שכזכור מעוגנת בסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה. מסיבה זו – אני חולק עליה.

25. לזאת אוסיף כי עמדת חבריי אינה עולה בקנה אחד עם מקובלות תורת-משפטיות עתיקות-יומין עליהן עמדתי לעיל. ראשית, עמדה זו מציגה את משפטנו כנטול אחיזה עובדתית בנורמה בסיסית. שנית, ובענייננו: "מדינה יהודית ודמוקרטית" – שלשית שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות מסמנת את גבולותיהן של סמכויות החקיקה של הכנסת – מהווה חלק מהכרזה פוליטית שאינה עולה כדי טקסט משפטי פורמלי שבתי המשפט אמורים לאכוף. בדומה לכך, העיקרון הדמוקרטי של "שלטון הרוב" – בו אוחזים השופטים סולברג ומינץ – גם הוא בגדר אמירה פוליטית כללית שאינה ראויה לאכיפה על ידי בתי המשפט גם בשל עמימותה. ככל שאמירה זו מכוונת לכך ששלטון הרוב יהא נטול סייגים ומגבלות, ממילא אין לה שום עיגון בדין הישראלי. במובחן מכך, הקביעה המפורשת אשר הופיעה במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט, שכאמור מפנה להכרזת העצמאות כאל מקורן של כלל הסמכויות שבידי המוסד המחוקק – הכנסת – הופכת את חלקה האופרטיבי של הכרזת העצמאות לטקסט משפטי מחייב. כפועל יוצא מכך, מעשה חקיקה שסותר את כל המובנים המקובלים של "צדק", של "שוויון", או של כל דרישה אחרת שבהכרזת העצמאות או בחוקי היסוד, יהווה חריגה מסמכותה של הכנסת. לטעמי, במקרים כאלה של חריגה מסמכות – ורק בהם – בית המשפט יהא מוסמך להכריז על בטלותו של מעשה החקיקה מכוח העיקרון האמור של *ibi jus, ubi* *remedium*. בנקודה זו, אני עומד על כתפיו של השופט מרשל שפסיקתו בפרשת

Marbury v. Madison מיקמה את הביקורת השיפוטית על מעשי המחוקק על מפת המשפט המקובל – מסורת משפטית שבתוכה אנו פועלים עד עצם היום הזה.

מן הכלל אל הפרט: תוקפו החוקתי של התיקון

26. כאמור, הכללים אשר משרטטים את גבולותיה של סמכות החקיקה, עליהם עמדתי לעיל, קובעים כי מעשה חקיקה ייחשב לבלתי חוקתי רק כאשר הוא מפר את האמור בחלקה האופרטיבי של הכרזת העצמאות או כאשר הוא פוגע שלא-כדין באחת הזכויות המנויות בחוקי היסוד. הוזה אומר: אין בידינו עילה להתערב במעשה חקיקה של הכנסת כשעצם קיומו אינו גורע מזכות חוקתית כלשהי. בהתבסס על העקרונות החוקתיים שמניתי, ובניגוד לחברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), השופט פוגלמן, הנני סבור כי דין העתירות דכאן, על כל ראשיהן, להידחות מפאת היעדר פגיעה בזכות בת-פועל חוקתי. במילים אחרות: הנני סבור כי החוק המתקן – שכאמור מקנה לשר סמכויות נרחבות ביחס לפועלה של המשטרה, ובהן הסמכות לקבוע את "מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכללים לפעילותה" (סעיף 8ג(א) לפקודה), וכן לקבוע "מדיניות כללית בתחום החקירות" (סעיף 8ד(א) לפקודה) – אינו מפר "בכוחות עצמו" שום כלל או עיקרון חוקתי, ועל כן אינו חורג מסמכויותיה של הכנסת.

27. העותרים לא טענו, וממילא לא מצאתי יסוד לטענה, כי התיקון בא לשלול זכות כלשהי המנויה בהכרזת העצמאות – כך שיש להוריד אפשרות זו מן הפרק. לטענת העותרים, התיקון פוגע בכבוד האדם, בזכותו של אדם להליך הוגן וכן בחופש הביטוי – זכויות המהוות, כך נטען, חלק מזכויותיו האישיות של הפרט, כמשמען בסעיפים 2 ו-5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דא עקא, העתירות דכאן אינן מתמקדות במדיניות קונקרטית כלשהי בתחומי פעילותה של המשטרה, שקבע השר. אליבא דעותרים, הסמכויות החדשות, שכאמור מאפשרות לשר להתוות מדיניות כללית למשטרה בתחומי פעילותה השונים, ובפרט בתחום החקירות, אינן חוקתיות כשלעצמן באופן אשר מביא לבטלותו של התיקון. העותרים טוענים כי מטרנו החוקתי אינו מאפשר לשר לקבל ולהפעיל סמכויות כאלה.

28. טענות אלו אינן מקובלות עליי; ולהלן תמצית נימוקיי:

- השר נושא באחריות ציבורית ומיניסטריאלית על פועלה של משטרת ישראל, ועל כן אין שום סיבה לשלול ממנו את הכוח לקבוע עבור המשטרה קווי מדיניות

כלליים רק בשל היותו "גורם פוליטי". בהפעלת סמכויותיו על-פי התיקון השר אינו מוסמך לשקול שיקולים פוליטיים-זרים, והפעלת הסמכויות החדשות על ידו תהא כפופה לכל כללי המשפט החוקתי והמינהלי – התיקון לא פטר את השר מחובות אלו.

- המשטרה – כזרוע שלטונית האמונה על אכיפת החוק והסדר הציבורי במדינה, ואשר מחזיקה בשל כך בסמכויות עוצמתיות – חייבת לפעול כדין תוך כיבוד זכויות הפרט, במקצועיות ובממלכתיות. אחרי התיקון ובלעדיו, המשטרה אינה יכולה לפעול בשרירות-לב, ככל העולה על רוחם של שוטרים הפועלים בשטח ומפקדיהם, ואין היא מוסמכת לפגוע, שלא כדין, בזכויות המוקנות לפרט, כדוגמת הזכות להפגין.
- התיקון לא הסמיך את השר להתערב בענייני חקירה ספציפיים, או בהפעלת סמכויות אופרטיביות שהדין הקנה לגורמים אחרים האמונים על אכיפת החוק ושמירה על הסדר הציבורי.
- כל חריגה של השר מסמכותו או הפעלה שלא כדין של סמכויותיו או סמכויות המשטרה תוכלנה לעמוד, כתמיד, לבחינה ולביקורת שיפוטית קונקרטית – לכשתתרחשנה. חזקה על בתי המשפט שיידעו להגן על זכויות הפרט במקרים קונקרטיים, כאשר יימצא כי זכות כזאת או אחרת נפגעה על ידי אנשי המשטרה או השר.
- לאור האמור, אני סבור כי הסעיפים החדשים של פקודת המשטרה שאותם העותרים מבקשים לבטל – לא נפגמו בשום פגם חוקתי.

זאת בתמצית, וכעת בהרחבה.

סעיף 88 וסעיף 9 לפקודה

יחסי משטרה-ממשלה ומעמד המפכ"ל

29. סעיף 88 לפקודה קובע כי "משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה". סעיף 9 לפקודה קובע כי "המפקח הכללי יפקח על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה ועל הפעלתה, ויהיה אחראי להשגחה על כל ההוצאות הכרוכות בה ולאפסניה שברשותה, והכול בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר כמפורט בסעיפים 88 ו-88א".

30. ביחס לסעיפים אלו, תמים דעים אני עם חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), השופט פוגלמן, כי פרשנותם הנכונה היא כי סעיף 88 לפקודה לא חולל שום שינוי במהות היחסים המוסדיים בין המשטרה לממשלה, וכי אין בסעיף זה כדי לגרוע – כמו גם ביתר סעיפי התיקון, כפי שאבהיר להלן – מעצמאותה המקצועית של המשטרה בהפעלת הסמכויות הנתונות לה בדין. כמו כן, הוראת סעיף 9, סיפא, לפקודה, אשר קובעת כי המפכ"ל יפעיל את סמכויותיו בהתאם למדיניות השר – גם היא אינה מכפיפה את שיקול דעתו של המפכ"ל לשיקול דעתו של השר ואינה גורעת כהוא זה מחובתו של המפכ"ל להפעיל שיקול דעת מקצועי-עצמאי ביישום המדיניות ובהפעלת סמכויות אופרטיביות בשטח.

סעיף 88 לפקודה

א. הסמכת השר לקבוע מדיניות כללית עבור המשטרה אינה בלתי חוקתית

31. המשטרה אמורה לפעול בהרבה מקרים על-פי מדיניות כללית ואחידה, בהתאם לעקרונות כלליים מנחים ותוך הקפדה על סדרי עדיפויות שנקבעו מראש. מדיניות כללית אמורה להבטיח כי המשטרה תפעיל את סמכויותיה ותגן על הסדר הציבורי כדין, באחידות וביעילות.

32. מי אמור לקבוע מדיניות כללית זו? האם העובדה כי מדיניות זו תקבע דווקא על-ידי השר – לצד מדיניות אשר קובעת המשטרה לעצמה, ואשר נקבעת עבורה בתחום החקירות על-ידי היועצת המשפטית לממשלה – עולה, כשלעצמה, כדי הפרת הכללים החוקתיים?

33. היועצת טענה לפנינו כי "בחנית החוקתיות של חוק [...] מתמקדת, בין היתר, בזהותו ומיהותו של הגורם שבידיו ניתנו סמכויות שלטוניות פוגעניות, בנפרד מבחינת הפעלתן הלכה למעשה" (כתב תשובה מטעם משיבי המדינה מיום 6.5.2024 (להלן: תשובת המדינה), פסקה 156; ההדגשה הוספה – א.ש.). בתוך כך, טוענים היועצת והעותרים כי עצם הענקת הסמכות לשר לקבוע מדיניות עבור המשטרה – סמכות שיש לה השפעה על זכויות אדם – היא פסולה מיסודה ופוגעת בזכויות הפרט. זאת, מאחר שהשר הוא "גורם פוליטי".

34. סבורני כי הדברים אינם כך.

35. בכובעו כשר הממונה על המשטרה, השר אינו מוסמך לפעול כגורם פוליטי – עליו לפעול כגורם מינהלי תוך שמירה על ממלכתיות (ראו: בג"ץ 7767/07 אסרף נ' שר הפנים, פסקה 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן והאסמכתאות שם (27.3.2008)). כפי שנפסק בעבר:

"שר המסב לשולחן הממשלה כנציג של מפלגה או של תנועה ממלא בכך, ללא ספק, פונקציה פוליטית. הוא מבטא בתוכה דעות והשקפות, דרך מדינית וחברתית, המקובלות על הציבור שבחר בו ועל התנועה שרואה בו את נציגה במערכת השלטונית. אולם, לדעתי, בעת שהוא ממלא את תפקידו המינהלי, אם כשר ואם אפילו כסגן שר, כמי שמופקד על משרד ממשלתי ומכוון את עשייתו, נסוגה הפונקציה הפוליטית מפני הפונקציה המינהלית, שיש עמה כללי התנהגות משלה" (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 428 (1993) (להלן: בג"ץ 3094/93); ההדגשה הוספה – א.ש.).

36. אין זהו דבר יוצא-דופן ששרים, בכירי הרשות המבצעת, מחזיקים בסמכויות בכובעם כרשות מינהלית – זאת, גם כאשר מדובר בסמכויות משמעותיות שהפעלתן משפיעה על זכויות הפרט ואינטרסים חשובים אחרים (ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית 345-353 (מהדורה ראשונה, התשנ"ו)). הקביעה כי השר, בשל היותו "שר" בעל שיוך מפלגתי, אינו יכול להחזיק בסמכויות מינהליות שניתנו לו (בהיבט הכללי, ובהיבט החקירות אליו אתייחס בהמשך הדברים) – היא קביעה מרחיקת לכת. קביעה זו חותרת תחת העיקרון של שלטון העם ונציגיו, ממנו צמחה הפרקטיקה הרווחת במחוזותינו של מינוי שר כאחראי על ביצועו של חוק כזה או אחר שבתחום פועלו כשר

בממשלה. בהקשרה של פרקטיקה זו, אציין את המובן מאליו: כאשר השר ממלא פונקציה מינהלית מתוקף הסמכתו כאחראי על ביצועו של חוק, או על-פי הסמכה אחרת, הוא אינו רשאי לשקול שיקולים פוליטיים-מפלגתיים-זרים. עליו לקבל את החלטותיו בהתאם לכל הכללים של המשפט המינהלי והחוקתי.

37. סמכותו של השר – בהיותו השר האחראי לפי פקודת המשטרה (ראו: סעיף 8ב(ב) (לפקודה) – לקבוע מדיניות רוחבית עבור המשטרה יונקת את חיותה, במובן המהותי, מאחריותו המיניסטריאלית-פרלמנטרית של השר על פועלה של המשטרה בשלל תחומי עיסוקה, לרבות תחום החקירות (ראו: אביגדור קלגסבלד ועדות חקירה ממלכתיות 333 (2001); וכן ראו והשוו: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 "חקיקת משנה: נוהל והנחיות", סעיף 5.4 (9.11.2003)). כחלק מאחריות זו, על השר ליתן דין וחשבון בפני הציבור באמצעות נציגיו בכנסת על "כל הנעשה במשרדו ובזרועות הממשל הכפופות למשרדו" (ראו: שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה, 271 (2018), ההדגשה הוספה – א.ש.; וכן ראו: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שרון, פ"ד נז(6) 817, 944 (2003) (להלן: עניין שרון)). טבעי הוא אפוא כי לשר תהיה דריסת רגל משמעותית בקביעת המדיניות הכללית על-פיה פועלת המשטרה.

38. נוסף על כך: בניגוד לטענות העותרים השונים, סמכויות השר ביחס לעבודת המשטרה מושתתות – כפי שהטעימה הכנסת בטענותיה – על רעיון "הלגיטימיות הדמוקרטית". לפי רעיון זה, העובדה כי המשטרה פועלת כזרוע הארוכה של הממשלה ונתונה למרותה, היא אשר מאפשרת לה להפעיל את כוחה ושלל סמכויותיה כלפי הציבור.

על רעיון זה עמדה הנשיאה ביניש באלו המילים:

"על פי תפיסות היסוד החברתיות והמדיניות של שיטת המשטר בישראל, המדינה – באמצעות הממשלה והגופים הכפופים לה – נתפסת כגורם שעליו מוטלת האחריות להבטחת הביטחון והסדר הציבורי ולאכיפת החוק הפלילי. זרועות הביטחון השונות במדינה – ובהן צה"ל, המשטרה, שירות בתי הסוהר ושירות הביטחון הכללי – כפופות למרות הממשלה [...] כאשר זרועות אלה, המהוות כולן חלק מן הרשות המבצעת של המדינה, מפעילות את סמכויותיהן הן פועלות בשם המדינה ככוח מאורגן תחת מרות הממשלה. אכן, כפיפות זרועות הביטחון השונות

למרותה של הממשלה הנבחרת הייתה מאז ומתמיד אחד ממאפייניה הבולטים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מודרנית, וזהו אחד מעקרונות היסוד החוקתיים העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל [...]. הלגיטימיות הדמוקרטית להפעלת כוח, לשם הגבלת חירותם של פרטים ולשלילת זכויות אדם שונות, נשענת על כך שכוח מאורגן המופעל על ידי המדינה ומטעמה הוא שמבצע את הפגיעה באותן זכויות" (ראו: עניין הפרטת בתי הסוהר, בפסקאות 24-26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ההדגשות הוספו – א.ש.).

39. קביעת המדיניות הכללית להפעלת "הכוח המאורגן" של המשטרה על-ידי נציג הממשלה משתלבת היטב עם רעיון הלגיטימיות הדמוקרטית, ואף נגזרת ממנו. רעיון זה תקף בכל התחומים בהם מפעילה המשטרה את כוחה לשם אכיפת החוק והסדר – כולל תחום החקירות (ראו והשוו: Kent Roach, *The Dangers of Police "Operational"* (Independence, 46 MANITOBA L.J. 65 (2023)).

40. זאת ועוד: דומה כי סמכותו של השר לקבוע מדיניות כללית למשטרה בתחומי פעילותה השונים אף אינה בגדר חידוש גדול. במשך שנים שקדמו לתיקון שבו עסקינן קבעו השרים לביטחון פנים (כפי שכוננו אז) מדיניות כללית עבור המשטרה (זאת נלמד מעיון באתר הממשלתי הרשמי של המשרד לביטחון לאומי). כך, למשל, נקבע בעבר כי "תתמקד משטרת ישראל באכיפת חוקי התעבורה בקרב הולכי רגל ונהגים צעירים" (מדיניות השר לביטחון הפנים לשנת 2016, עמ' 2 (22.3.2016); ההדגשה הוספה – א.ש.); וכן נקבע כי "הפשיעה והבריונות במרחב הווירטואלי ('סייבר') מהווים איום הולך ומתעצם על בטחוננו האישי של האזרח [...] על מערכי המשרד ומשטרת ישראל [...] להגביר פעילותם בתחומים אלו, על ידי שימוש בטכנולוגיות מתקדמות" (מדיניות השר לביטחון הפנים לשנת 2019, עמ' 7 (2.9.2018); ההדגשה הוספה – א.ש.).

41. קביעת המדיניות הכללית לא פסחה גם על תחום החקירות (אליו, כאמור, אתייחס בהמשך דבריי). כך, למשל, נקבע כי "חקירת תאונות עבודה – מספר הנפגעים כתוצאה מתאונות עבודה עלה בשנים האחרונות [...] על משטרת ישראל מוטלת האחריות לחקור ביסודיות תאונות אלו, בדגש לתאונות בהן עולה חשד לרשלנות. משטרת ישראל תגביר את פעילותה בתחום זה" (שם, בעמ' 8); וכן ראו את הדברים שנאמרו בעניין שרון, אשר שיקפו את המצב שהיה קיים כבר אז: "השר לביטחון פנים אינו 'מפכ"ל-על', ובהקשרים הרלבנטיים לענייננו סמכויותיו הן סמכויות של פיקוח, אישור וקביעת מדיניות" (שם, בעמ' 864); עוד נקבע שם כי "במסגרת תפקידו כשר לביטחון פנים צריך

המשיב 3 [השר – א.ש.] להתוות את מדיניות המשטרה, לרבות ביחס לאגף החקירות" (שם, בעמ' 945) (ההדגשות הוספו – א.ש.).

ב. שימוש כדין בסמכויות השר אינו מעורר קושי חוקתי

42. דומני כי לא אטעה אם אומר שמאחורי טיעוני העותרים והיועצת עומדת ההנחה כי קביעת המדיניות על-ידי השר תהא בהכרח מונעת משיקולים פוליטיים-מפלגתיים-זרים. הפעלת הכוח המשטרתי מתוך שיקולים מסוג זה – כך נטען – אינה רק מגדילה את האפשרות של פגיעה בזכויות הפרט, אלא גם הופכת פגיעה כאמור לוודאית או כמעט ודאית.

43. לטענה זו יש מענה ברור. קביעת מדיניות למשטרה אשר ביסודה שיקולים זרים היא אכן פסולה ועלולה לפגוע בזכויות חוקתיות. דא עקא, התיקון לא הסמיך את השר לפעול מתוך שיקולים זרים, ולכן הוא אינו נגוע בפגם חוקתי. התיקון אמנם הקנה לשר סמכויות ושיקול דעת רחב בהתוויית מדיניות כללית למשטרה, אבל הוא בוודאי לא שחרר את השר מכלליהם – ומכבליהם – של המשפט המינהלי והמשפט החוקתי אשר חלים במחוזותינו. כידוע, "העובדה שהסמכות המוענקת לרשות מינהלית היא סמכות שבשיקול דעת אין פירושה שאין חלות שום מגבלות על אופן הפעלת הסמכות ועל תוצאת ההחלטה" (יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי א 55 (2022)). סמכותו של השר לקבוע מדיניות – הן בהיבט הכללי של פעילות המשטרה והן בנוגע לחקירות – "ככל סמכות מינהלית, צריך שתהא מופעלת בהתאם לכללי המשפט המינהלי" (בג"ץ 3802/17 נחמיאס-ורבין נ' שר החינוך, פסקה 13 (7.1.2018)). כפי שכבר צוין על ידי, כללים ברורים אלו אוסרים "על שרירות לב, זדון, אפליה, שיקולים זרים, ניגוד עניינים ומשוא פנים, ופוסלים מעשי רשות הנגועים בחוסר סבירות קיצוני" (עע"מ 6525/17 זנלכל בע"מ נ' המועצה האזורית עמק יזרעאל, פסקה 23 לפסק דיני (31.12.2017)). כמו כן אוסרים הם על פגיעה בלתי-מידתית בזכויות יסוד (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי ב 775 (2010) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי)).

44. איני רואה, אפילו בדוחק, בסיס אפשרי לפירוש התיקון באופן אשר יפטור את השר מכללים מושרשים אלו או אשר יאפשר לשר לפגוע בחירויות יסוד (לשם כך נדרשת כוונה שעולה מהחוק במפורש, ראו: סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; וכן ראו: בג"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3) 837, 857

(1996); דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, פסקאות 6-8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009)). כפי שנאמר, "אין ללמוד [...] משתיקת המחוקק [...] על מתן הרשאה לפגיעה גורפת בזכויות יסוד" (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פ"ד סד(2) 479, פסקה 50 (2010)). אשר על כן, אין כל בסיס לפרש את התיקון שבו עסקינן כמתן חסינות לשר מביקורת שיפוטית על הפעלת שיקול דעתו. מדיניות שתקבע על-ידי השר, ויהיה מי שיטען כי היא נגועה בפגם מינהלי או חוקתי – יוכל הטוען להביאה בפנינו במסגרת עתירה פרטנית.

לעניין זה יפים דבריו של השופט ד' לוי ב"בג"ץ 3094/93, אשר קבע כי בעת ששר ממלא את תפקידו המינהלי:

"נתון הוא לביקורת בית המשפט הגבוה לצדק, שעה שהוא נקרא לעשות כן. במסגרת הביקורת ייבחן אם הקפיד השר על קיום סדרי מינהל תקינים, אם הפעיל סמכותו על פי העקרונות והכללים שנקבעו בחוק ובפסיקה ואם בעת מתן השירות לאזרח, כנאמן הציבור, נהג בהגינות, בסבירות, בשוויוניות וללא פניות" (שם, בעמ' 428; ההדגשה הוספה – א.ש.).

45. ההנחה כי הפעלת סמכויות על-ידי שרי הממשלה בהכרח תתבסס על שיקולים זרים ועל מניע פוליטי-מפלגתי – אינה מבוססת ואינה יכולה לעמוד. הנחה זו תרוקן מתוכן את שלל הסמכויות המוענקות לשרי ממשלה. הדבר נכון לגבי כל שר הממונה על משרד ממשלתי, והשר לביטחון לאומי אינו יוצא-מן-הכלל בהקשר זה. בחינת חוקתיותו של חוק אינה יכולה לצאת מתוך נקודת הנחה כי הגורם המוסמך יעשה שימוש לרעה בסמכויות שהוענקו לו או יפעילן שלא כדין (באשר למקרים שדינם להתברר במישור המינהלי, ראו והשוו: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2008)).

46. אשר על כן, כפי שכבר ציינתי, על-מנת שניתן יהיה לקבוע שחוק פוגע בזכויות חוקתיות – ועל כן יש לבטלו – נדרש להראות כי הפגיעה הנטענת בזכויות נובעת באופן אינהרנטי מהחוק גופו, ולא מהאופן בו החוק מופעל או יכול שיופעל. כך, למשל: הסמכת היועצת המשפטית לממשלה להעמיד אדם לדין פלילי בגין עבירת מין ישנה (ראו: סעיף 354(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977) מכשירה קרקע לפגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן. זאת, מאחר שהנאשם יאלץ להתמודד עם ראיות ישנות ועם זיכרונות העבר כשראיות ההגנה, אשר היו אמורות להימצא באמתחתו בזמן אמת, כבר אינן

בנמצא. ברם, הסמכת היועצת כאמור אינה נפגמת בפגם חוקתי בשל עצם האפשרות של פגיעה בהליך הוגן על ידי החלטה בלתי נכונה בדבר העמדה לדין. בקבעו הסמכה זו, המחוקק מניח שהיועצת תימנע מפגיעה בהליך הוגן בבואה להעמיד אדם לדין פלילי בגין עבירת מין ישנה. בדומה לכך: הסמכתן של ועדות מקומיות להפקיע מקרקעין פרטיים, אשר נקבעה בסעיפים 188-196 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, מכשירה קרקע לפגיעה חמורה בזכויות קניין. ברם, התרחיש של פגיעה בזכות החוקתית לקניין אינו הופך הסמכה כאמור לבלתי חוקתית. גם במקרה זה, המחוקק מניח כי הוועדות תפעלנה את סמכות ההפקעה במשורה, במידתיות, ולא תפגענה בזכות הקניין שלא כדין. מכאן המסקנה כי אין כל פגם חוקתי בסעיף 354(א) לחוק העונשין ובסעיפים 188-196 לחוק התכנון והבניה.

47. במילים אחרות: על הטוען לבטלות החוק להראות כי גם אם החוק יופעל כדת וכדין, ללא שום רבב, על-פי פרשנותו הנכונה – עדיין תפגענה הזכויות מעצם הפעלת הסמכות שהחוק מעניק לרשות שלטונית. כאמור, אין זהו המצב בענייננו; וכפי שכבר ציינתי, התיקון שבו עסקינן אינו חורג מסמכויות הכנסת אשר נקבעו בהכרזת העצמאות.

48. אציין, כי הדברים האמורים יפים גם בכל הנוגע לחופש הביטוי, ההפגנה והמחאה. העותרת בבג"ץ 532/23 טענה לפנינו כי סמכות השר לקבוע מדיניות כללית בנוגע לאספות ותהלוכות (הפגנות) היא בלתי-חוקתית מאחר שהיא "מפרה את האיזון" שנקבע לאורך השנים בפסיקתנו בין חופש הביטוי לבין השמירה על הסדר הציבורי ואינטרסים אחרים. זאת, בשל עצם העובדה שמדיניות השר בתחום זה תילקח בחשבון ב"סל השיקולים" ששוקל מפקד המחוז – הוא הגורם המוסמך – במתן החלטותיו בדבר אישור ההפגנה והסדרתה (ראו: סעיף 84 לפקודת המשטרה). כאמור, התיקון לא הסמיך את השר לפגוע בזכויות חוקתיות, ובכלל זאת בחופש הביטוי, ההפגנה והמחאה. השאלה אם מדיניות כזאת או אחרת פוגעת בחופש הביטוי, ההפגנה או המחאה, בניגוד לדין ותוך הפרת האיזון החוקתי הנדרש – דינה להתברר בכל מקרה ספציפי בהתאם לנסיבותיו (ראו והשוו: בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקאות 49 ו-88 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (8.7.2021)). ככל שהמדיניות שתיקבע תאזן כדין בין הזכויות והאינטרסים המונחים על הכף – אין בעצם קביעת המדיניות פגיעה בלתי חוקתית בחופש הביטוי.

ג. "מנגנונים מאזנים" וקביעת הנחיות אופרטיביות – הפרשנות המקיימת המוצעת על-ידי היועצת המשפטית לממשלה

49. היועצת והעותרים טוענים כי התיקון עיגן את סמכויות השר להתוות מדיניות ועקרונות כלליים עבור המשטרה, אך מנגד לא מצויים בו "מנגנונים מאזנים" אשר אמורים לקבוע את חובות המשטרה לפעול במקצועיות, בממלכתיות וללא השפעות פוליטיות. בכך יצר התיקון, לפי הטענה, "חשש מובנה להטיה של הפעלת הכוח הכופה של המשטרה בשל שיקולים פוליטיים" וכן, "מבנה חקיקתי שפוגע בערובות החוקתיות הבסיסיות ביותר הנדרשות להסדרת ההפעלה של הכוח המשטרתי וסמכויות המשטרה במדינה דמוקרטית" (תשובת המדינה, בפסקה 154). כמו-כן, טוענים בעלי דין אלה כי התיקון לא הגדיר את המונחים המופיעים בו, כדוגמת "מדיניות" ו"עקרונות" – ובשל כך "תאפשר התערבות אופרטיבית של השר בעבודת המשטרה" (שם, בפסקה 149).

50. בשל קשיים אלו, כך לעמדת היועצת, "התיקון, לפי לשונו הפשוטה, אינו חוקתי" (שם, בפסקה 5). על-מנת להתגבר על קשיים אלו, מבקשת מאתנו היועצת כי נקבע "פרשנות מקיימת" לסעיף 8 לפקודה – פרשנות אשר תקבע, בעיקרו של דבר, את כפיפות המשטרה לחובותיה לפעול במקצועיות ובממלכתיות ותצהיר כי השר לא יהא מוסמך לתת למשטרה הנחיות אופרטיביות.

51. חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), השופט פוגלמן, מסכים עם עמדה זו, אך דעתי שונה.

52. הלכה היא עמנו, כי "מקום בו דבר חקיקה ניתן למספר פירושים אפשריים, יש לבחור בפירוש המכיר בחוקתיותו של החוק (ובתוקפו) על פני פירוש המביא לאי-חוקתיותו (ולביטולו)" – זהו כלל הפרשנות המקיימת (ראו: בג"ץ הסבירות, בפסקה 39 לפסק דינה של השופטת י' וילנר והאסמכתאות שם). אשר על כן, אילו סברתי כי פרשנותו האפשרית של סעיף 8 לפקודה היא כי הסעיף ביטל, במשתמע, את חובותיה של המשטרה לנהוג בממלכתיות ובמקצועיות, או שהסעיף מאפשר לשר לנהל את המשטרה ברמה האופרטיבית-מבצעית – הייתי נזקק "לכלל הפרשנות המקיימת". אולם, לטעמי, אין אנו נדרשים לכלל זה בעניינינו-שלנו, כמו גם לכל "מתווה פרשני" אחר, שכן הפירוש הנכון והטבעי של סעיף 8 לפקודה ממילא תואם לחלוטין את "הפרשנות המקיימת" המוצעת על-ידי היועצת והמקובלת על חברי. חובת המשטרה לנהוג במקצועיות ובממלכתיות, עצמאותה בקבלת החלטות אופרטיביות, ואי-הסמכת השר לתת למשטרה הנחיות אופרטיביות – כל אלה הם בגדר המובן הרגיל, הפשוט והברור של התיקון. זאת,

מאחר שהאמור בתיקון זה של פקודת המשטרה אינו סותר את כללי המשפט החוקתי והמינהלי, וממילא כפוף לכללים אלו – כפי שקובע הדין.

53. ההוראה מושא דיוננו, סעיף 8א(א) לפקודה, קובעת כדלקמן:

“השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ”ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה”.

מילים מפורשות אלו כלל אינן עוסקות (כמו מרבית הוראות התיקון) בחובות המשטרה, ואינן מתיימרות לעשות בחובות אלו שינוי כלשהו. לניסיון לקרוא לתוככי הסעיף את מה שאין בו – מתן פטור למשטרה מחובותיה הבסיסיות ביותר – אין כל אחיזה בתיקון הפקודה. כשם שאין לפרש את התיקון ככזה הפוטר את השר מחובותיו הרגילות כמי שממלא פונקציה מינהלית-ממלכתית, כך אין שום סיבה לפרש את התיקון ככזה הפוטר את המשטרה מחובותיה לפעול בהתאם לדין הכללי. חובת המשטרה להיות א-פוליטית, ממלכתית ומקצועית אינה מוטלת בספק. חובה כאמור חלה על המשטרה לפני התיקון וממשיכה לחול עליה אחריו. חובתה זו של המשטרה שייכת למשפט המינהלי והחוקתי הכללי אשר בנוי, רובו ככולו, מהלכות פסוקות מהן התיקון אינו גורע דבר (ראו: בג”ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ ממשלת ישראל, פסקה 16 (12.12.2021); וכן ראו והשוו: עניין הפרטת בתי הסוהר, בפסקאות 20-16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ’יה; בג”ץ 6396/96 זקין נ’ ראש-עיריית באר-שבע, פ”ד נג(3) 289, 305 (1999)). הכללים המשפטיים שעומדים לרשותם של בתי המשפט בכגון דא לא שונו על ידי התיקון. כלים אלה כוללים, בין היתר, את סמכותו של בית המשפט, כפוסק אחרון, להתיר הפגנות בניגוד לעמדת המשטרה (ראו, למשל: בג”ץ 153/83 לוי נ’ מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ”ד לה(2) 393, 412 (1984); ראו עוד: בג”ץ 148/79 סער נ’ שר הפנים והמשטרה, פ”ד לד(2) 169 (1979); בג”ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון נ’ משטרת ישראל, פסקאות 38-40 לפסק דינה של השופטת חיות (8.10.2017)); והסמכות לבטל כתב אישום מתוקף ה”הגנה מן הצדק” המעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ”ב-1982 (להלן: חסד”פ) (ראו: דנ”פ 5387/20 רותם נ’ מדינת ישראל, פסקה 19 לפסק דיני (15.12.2021)).

54. הוא הדין לגבי אי-הסמכת השר ליתן הנחיות אופרטיביות למשטרה. מילותיו של סעיף 8 לפקודה אינן מאפשרות לשר להתערב בעבודת המשטרה באמצעות מתן הנחיות אופרטיביות ברובד המבצעי. התיקון עוסק בקביעת "מדיניות" – עניין עקרוני, רוחבי וכללי שאינו טומן בחובו התערבות במקרה פרטני כזה או אחר או התערבות ספציפית באופן הפעלת סמכויות המשטרה. התיקון ממשיך ועושה שימוש במונחים כלליים נוספים, כגון: "עקרונות כלליים", "סדרי עדיפויות" ו"הנחיות כלליות". על-פי תורת הסמכות המינהלית (אליה כפוף השר בכובעו כרשות מינהלית), "רשות מנהלית רשאית לפעול אך ורק בדל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק, ואין היא רשאית לבצע פעולה שאותה לא הוסמכה במפורש לעשות" (בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה - צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה חיות (25.1.2021)).

55. בתיקון הפקודה דנן אין אפילו רמז על הסמכת השר לתת למשטרה הנחיות אופרטיביות. אשר על כן, אחרי שהשר התווה מדיניות כללית הטובה בעיניו, אין הוא רשאי, במישרין או בעקיפין, ליתן הנחיות פרטניות לגבי יישומה של המדיניות במקרה כזה או אחר או בדבר פעולה אופרטיבית כלשהי של המשטרה. עניינים פרטניים אלה מסורים לשיקול דעתם של הדרגים השונים במשטרה, ולא לשר. כפי שציין השר עצמו, לשון התיקון "אינה יכולה לסבול התערבות במקרים קונקרטיים או מתן הנחיות ספציפיות מצד השר" (התייחסות השר לביטחון לאומי לכתב התשובה מטעם משיבים 7-4 מיום 6.6.2024, פסקה 74); ואין בתיקון "כל הסמכה למתן הנחיות קונקרטיות או אופרטיביות" (תצהיר התשובה מטעם השר לביטחון לאומי, פסקה 98).

56. הסמכות להתוות את אופן יישום המדיניות ודרכי הפעולה בשטח נתונה, כאמור, אך ורק למשטרה – בהתאם לעיקרון בדבר עצמאות שיקול הדעת המסור לה כגורם ממלכתי-מקצועי. כך, אסור לשר ליטול לידיו סמכויות לא לו או להתערב בהפעלתן על ידי בעלי הסמכות. בהקשרנו, השר אינו מוסמך להתערב בהחלטות ביצועיות ספציפיות של המשטרה, כדוגמת מעצרים, עיכובים ושימוש בכוח סביר. בכגון דא, הסמכויות היו ונשארו בידי המשטרה. כך הוא אצלנו (ראו, למשל: סעיפים 23 ו-71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996); וכך הוא גם בשיטות משפט מקבילות, למשל: זאת שנהוגה באנגליה ובקנדה (ראו: CANADA, PUBLIC ORDER EMERGENCY COMMISSION, REPORT OF THE PUBLIC INQUIRY INTO THE 2022 PUBLIC ORDER EMERGENCY, Vol. 1, 70 (2023) ("[C]ore law enforcement decisions such as whether to investigate, charge, or arrest someone belong to the police. That aspect of operational independence is clear from judicial

(decisions and statutes). כך הוא גם לגבי סמכותו של מפקד המחוז במשטרה לאשר הפגנות ולקבוע להן הגבלות (ראו: סעיף 84 לפקודת המשטרה), וכן בנוגע לסמכות המשטרה להורות על פתיחה או על סגירה של חקירה (ראו: סעיף 59 לחסד"פ). כל אחת מהסמכויות הללו ודומותיהן צריך שתהא מופעלת באופן עצמאי על ידי בעל הסמכות, והשר אינו מוסמך להתערב בהחלטותיו.

57. בהקשר זה, הועלה בפנינו החשש כי השר ייתן הנחיות אופרטיביות למשטרה במסווה של "מדיניות" כללית. גם אם אניח לטובת העותרים כי חשש כזה קיים, כאמור, אין בו די כדי לקבוע כי התיקון פוגע בזכויות חוקתיות. בהתקיים פגיעה בזכות, נדע להגן עליה בגדרו של הליך משפטי פרטני. האפשרות כי רשות שלטונית תחרוג מסמכותה אינה יכולה להוות עילה לביטול הסמכות. כפי שצינתי, וחזרתי וצינתי, במסגרת הבחינה החוקתית של הוראת חוק אשר מסמיכה רשות שלטונית לפעול בדרך כזאת או אחרת, עלינו לשוות לנגד עינינו מצב בו הרשות פועלת במסגרת ההסמכה שניתנה לה, ולא מחוצה לה. השאלה אם השר חרג מהסמכות שהוקנתה לו בתיקון הפקודה, במסווה של קביעת מדיניות כללית, צריכה להיבחן לגופה, לכשתעורר – ואין מקומה בשלב זה של הבירור החוקתי.

ד. "הערבויות" להפעלה כדין של הסמכות

58. חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), השופט פוגלמן, קובע בחוות-דעתו כי כחלק מהקניית סמכויות השר, אשר טומנות בחובן, כך לדבריו, פגיעה פוטנציאלית קשה בזכויות אדם, יש להבטיח קיומן של "ערבויות" לכך שהפעלת הסמכות תעשה באופן "ענייני ומקצועי". חברי מוסיף ומטעים כי ערבויות אלו כוללות מערך של "איזונים ובלמים", שלפיו, מחד גיסא, השר מוסמך להתוות מדיניות כללית; ומאידך גיסא, לא נתונה לו סמכות להתערב בשיקול הדעת המקצועי ובאירועים אופרטיביים (ראו בפסקה 109 לחוות-דעתו של חברי).

59. כפי שעולה מהוראות הפקודה בהתאם לפרשנותן הרגילה והטבעית – זאת היא בדיוק מערכת האיזונים אשר באה לידי ביטוי בהוראות התיקון. בהינתן האמור, אני מתקשה להבין את השקפתו של חברי אשר מבקשת לאמץ "מתווה פרשני" מרחיב, שלטעמי כלל אינו נדרש. ודוק: חברי מפרט בחוות דעתו אודות "מדיניות כללית מהי?" – לדבריו, מדיניות זאת צריכה להיות מנוסחת באופן כללי; לא להתייחס לפרטי ביצוע ויישום; היא אינה מתגבשת אד-הוק בעבור אירוע ספציפי; ועוד (ראו בפסקה 143

לחוות-דעתו). אני חולק על תיאור זה – אלו פשוטם של דברים. אולם, חברי מוסיף ומבקש להתנות את הפעלת סמכויותיו של השר בחובת התייעצות במפכ"ל בטרם קביעת המדיניות; וככל שעסקינן בהפגנות ובמחאות, בחובת התייעצות ביועצת המשפטית לממשלה. לכך לא אוכל להסכים.

60. ראשית, וזה העיקר, אימוץ חובות היועצות אלו חורג בהרבה מגבולותיה של מלאכת הפרשנות: הוא אינו יכול לבוא בגדרה של "פרשנות מקיימת" או בגדרו של "מתווה פרשני" אחר. לדרישות כאמור אין זכר בלשון הסעיף (ראו: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814-815 (1996); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים, פסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה חיות (27.2.2020); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן (13.9.2017)), והן בגדר "כתיבת החוק מחדש". לא כותבי החוקים אנחנו.

61. שנית, חברי אמנם מכיר בכפיפותו של השר לאיסור על שקילת שיקולים פוליטיים-זרים, אך הינו סבור כי בעולם המעשה חובה זו עלולה להיות מופרת, וכי אין די בביקורת שיפוטית לאחר-מעשה כדי ליתן "ערבות מספקת" להבטחת זכויות האדם – זאת, לאור "עוצמת הסכנה" שבחדירת שיקולים זרים לעבודת המשטרה. לשיטתי-שלי, הערבויות אשר מספק לנו המשפט המינהלי והחוקתי בכגון דא – הן ערבויות משמעותיות אשר מעמידות, בניגוד לעמדת חברי, מגבלות מהותיות על הפעלתן של סמכויות שררה, שאין להפחית מחשיבותן. כמו כן, מתקשה אני להבין מדוע חברי סבור כי יש בחובות ההיועצות כאמור כדי לספק ערבות חזקה יותר מזו המסופקת לתושבי המדינה על ידי המשפטי המינהלי והחוקתי הכללי.

סעיף 78 לפקודה

א. אין כל קושי חוקתי בקביעת מדיניות כללית בתחום החקירות על ידי השר

62. מחלוקת נוספת, אשר התעוררה בנוגע לתיקון, נסבה על הטענה כי סמכות השר לקבוע מדיניות כללית בתחום החקירות פוגעת בזכות החשוד והנאשם להליך הוגן, אשר מהווה חלק מהזכות החוקתית לכבוד (על הזכות החוקתית להליך הוגן, ראו: בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקאות 169-174 לפסק דינו של השופט פוגלמן (22.9.2014)). בהקשר זה, נשמעו לפנינו טענות בדבר חשש "להתערבות פוליטית" בעבודת המשטרה בתחום החקירות; חשש להתערבות השר

בחקירות ספציפיות והשפעה פסולה על התנהלותן; וכן חשש לפגיעה בשיקול הדעת העצמאי-מקצועי של המשטרה בחקירותיה.

63. מבלי להקל ראש בחששות האמורים – איני רואה כיצד הוראות התיקון על-פי פרשנותן הנכונה, וככל שהסמכויות שהוקנו לשר במסגרתן תופעלנה כדין, תיצורנה מצב דברים בלתי-חוקתי.

זאת, בהינתן הטעמים הבאים, המבוססים על דברים שכבר אמרתי:

- הוראות סעיף 48 לפקודה אינן מאפשרות לשר להביא בחשבון שיקולים פוליטיים-מפלגתיים-זרים בבואו לקבוע מדיניות ביחס לחקירות משטרה. בהפעלת הסמכות שנקבעה בסעיף זה, השר כפוף לכל כללי המשפט המינהלי והחוקתי.
- סעיף 48 לפקודה עוסק בפירוש בקביעת מדיניות כללית בתחום החקירות – ובוודאי שאינו מסמיך את השר להתערב בחקירה ספציפית כזאת או אחרת או להורות על פתיחתה (או על סגירתה). בהיעדר הסמכה כאמור, השר ממילא לא יוכל לעשות כן, שכן, אין לו, לשר, אלא סמכויות שהדין מקנה לו (ראו: בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177, 203 (2014); יצחק זמיר הסמכות המינהלית א – המינהל הציבורי 74-80 (מהדורה שנייה, 2010); ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 97).
- התיקון אינו פוטר את המשטרה מחובתה הבסיסית להפעיל שיקול דעת עצמאי ולנהוג במקצועיות ובממלכתיות בניהול חקירותיה. אדרבה: בסעיף 48(ב) לפקודה הודגש כי "אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מחובתה של משטרת ישראל לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ואין בהן כדי לגרוע מחובתה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה" (ההדגשות הוספו – א.ש.).
- לא זו אף זו: גם כעת המשטרה פועלת בחקירותיה על-פי עקרונות שנקבעו על-ידי היועצת המשפטית לממשלה – גורם חיצוני למשטרה – מבלי שהדבר פוטר את המשטרה מחובתה לפעול במקצועיות ובממלכתיות או פוגע בעצמאותה. אין

סיבה אפריורית להניח כי מאחר שמדיניות כללית כאמור תיקבע על-ידי השר דווקא, המצב יהיה שונה. לזאת אוסיף, כי קביעת הנחיות כלליות בתחום החקירות הפליליות אינה פוגעת כשלעצמה בזכות החשוד והנאשם להליך הוגן. ההפך הוא הנכון: קביעת מדיניות אחידה הכרחית לקיומו של שלטון החוק ולהבטחת השוויון בפני החוק (ראו: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1002 "הצורך בקביעת מדיניות מרכזית של חקירה ותביעה בתחום העונשין" (8.9.2003)).

64. מובן מאליו הוא, כי אם וכאשר השר יחרוג מסמכויותיו וינסה להתערב בחקירה ספציפית או, למשל, יקבע מדיניות חקירות המונעת משיקולים פסולים כאלה או אחרים – רק אז ניתן יהיה לדבר על מעשה הפרה בלתי-חוקתי או על פגיעה בזכויות מוקנות; ובכל מקרה כזה, בית המשפט המוסמך יתערב, יתקן את ההפרה וימנע את הפגיעה בזכויות ואת החריגה מסמכות. הדבר ייעשה בהתאם לכללי המשפט המינהלי והחוקתי בזמן אמת.

ב. התיקון אינו פוגע באופן אינהרנטי בזכות להליך הוגן

65. סוגיה נוספת שהתעוררה בעניינו של סעיף 8 לפקודה היא זו: העותרים טוענים כי השר נדרש לקבל את הסכמתה של היועצת המשפטית לממשלה – או, למצער, לשמוע את עמדתה בלב פתוח ובנפש חפצה – בטרם יקבע את מדיניותו בתחום החקירות. זאת, מאחר שהיועצת היא הגורם האמון על קביעת מדיניות בתחום ההעמדה לדין פלילי (ראו: בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 26 לפסק דינו של השופט סולברג (28.10.2019)). על כן, נטען כי מאחר שהתיקון אינו דורש את הסכמת היועצת למדיניות השר בתחום החקירות, ואף אינו מחייב את השר להיוועץ בה בטרם יקבע את מדיניותו – עלול להיווצר מצב אנומלי בו מדיניות החקירות של השר תעמוד בסתירה למדיניות ההעמדה לדין שבסמכות היועצת. ניגוד זה עלול לתרגם את עצמו לפגיעה בזכות היסוד של חשוד ושל נאשם לכבוד וחירות. במסגרת זו, נטען כי השר עשוי לקבוע כי יש ליתן קדימות לחקירות בנושא מסוים, ואילו היועצת מצדה תקבע מדיניות של אי-אכיפה בנושא זה. בשל כך, עלולה המשטרה לנהל חקירות פליליות מיותרות ומזיקות לפרט, ואף לבצע מעצרים חסרי תכלית – דבר שגורר עמו שלילת חירות בלתי-מוצדקת ופוגענית.

66. חשש זה הוליך את חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), השופט פוגלמן, אל המסקנה כי בהוראת סעיף 8ד לפקודה יצר המחוקק הסדר בלתי חוקתי שדינו בטלות.

גם בעניין זה דעתי שונה מדעתו של חברי.

67. אודה ולא אכחד: מדיניות אשר קובעת כי יש לחקור באופן גורף מקרים מסוג מסוים, כאשר החקירה תתנהל רק לשמה ולשם מעצרים של חשודים, וכאשר ברור כי בהתאם למדיניות התביעה, שכאמור נקבעת על ידי היועצת המשפטית לממשלה, הנחקר כלל אינו צפוי לעמוד לדין פלילי – היא מדיניות פסולה אשר מסבה פגיעה בלתי-חוקתית לזכויות הפרט. דא עקא, התיקון לא הסמיך את השר לפגוע בזכויות אדם באופן זה. התיקון מסמיך את השר לקבוע מדיניות כללית בתחום החקירות בהתאם לכלל כללי המשפט המינהלי – אשר אוסרים על הפליה, על זדון, על חוסר תום-לב ועל שקילת שיקולים זרים – וכן בהתאם לכללי המשפט החוקתי אשר אינם מאפשרים פגיעה בלתי-מידתית בזכויות אדם. החשש האמור מתייחס אפוא לאופן הפעלת הסמכות בנסיבות מסוימות, ולא לעצם קיומה של הסמכות. כפי שכבר הבהרתי, בעולמה של ביקורת שיפוטית שעניינה חוקתיותו של מעשה חקיקה של הכנסת, ב"שמא", ב"אולי" ואף ב"ייתכן מאד" לא סגי. כך הוא בדרך כלל, וכך הוא גם בעניינו של סעיף 8ד לפקודת המשטרה. נקודת המוצא לביקורת שיפוטית אשר נסובה על סמכות שנקבעה בחוק אינה יכולה להיות שימוש שלא כדין באותה סמכות.

68. כמו כן, הנני סבור כי הסכמת היועצת אינה הכרחית בקביעתה של כל מדיניות שהשר יראה לנכון להנהיג בנוגע לחקירות משטרה; וכי לא בכל מקרה ומקרה היעדר הסכמת היועצת למדיניות השר תיצור קושי חוקתי ותוביל להתממשותו של החשש האמור. אשר על כן, העובדה כי התיקון אינו דורש, באופן גורף, את הסכמת היועצת למדיניות השר אינה הופכת את התיקון לבלתי חוקתי.

הבה נניח כי השר יבקש לקבוע מדיניות אשר באה להעצים חקירות שעניינן הימורי ספורט בקרב קטינים. עוד נניח, כי היועצת מצידה לא תסכים למדיניות זו ותסבור כי אין מדובר בנושא המצוי בראש סדר העדיפויות באכיפת החוק הפלילי, בלשון המעטה. אולם, מדיניות השר בעניין זה לא תהא מנוגדת למדיניות ההעמדה לדין שקבעה היועצת בנושא או שמדיניות כזו כלל לא נקבעה. במצב דברים זה, חרף חילוקי הדעות המקצועיים, התרחיש של "חקירה ללא תכלית" לא יתמש וזכויות הפרט לא תיפגענה. יתרה מכך: מדיניות השר בנושא החקירות אף עשויה שלא לגעת כלל בנושאים אשר

מסורים מטבעם לרשויות החקירה והתביעה. למשל, השר יכול לקבוע מדיניות של "הרחבת תיעוד חקירות לעבירות שעונשן פחות מ-10 שנות מאסר", ושל "דיגיטציה של תיקי חקירה" (ראו: מדיניות השר לביטחון פנים לשנים 2020-2021, עמ' 4-5 (3.9.2020)).

69. מכל מקום: אם וכאשר תיקבע מדיניות חקירות שלא בהסכמת היועצת, אשר סותרת את מדיניות ההעמדה לדין שהיועצת קבעה, ואשר מורה על קיום חקירות חסרות תוחלת – הדבר יתברר במסגרתו של הליך פרטני – והמבקש תרופה למכה ימצא בגדרו של אותו הליך.

70. לצד האמור, חשוב לזכור, כפי שטענה לפנינו הכנסת, כי מטבע הדברים, וככלל, תיאום בין מעגלי הגורמים האמונים על אכיפת החוק הוא דבר רצוי בכל שלבי ההליך הפלילי; וחזקה היא שתיאום כאמור אכן יעשה לשם שמירה על שלום הציבור וביטחונו. כך או אחרת, טענת העותרים שעניינה חוסר תיאום היא בגדר נבואה שטרם התגשמה, שממילא אין בה כדי להביא לביטול התיקון מעיקרו.

בטרם חתימה

מידת הזהירות הנדרשת בביקורת שיפוטית

71. בנקודה זו, ולפני סיום, אבקש להזכיר: סמכות הביקורת השיפוטית, בה אנו אוחזים בתחום החוקתי, הופקדה בידינו על יסוד הסברה – הנכונה על-פי רוב – שבתי המשפט, ובפרט בית המשפט העליון העומד בראשם, הם הזרוע השלטונית הכי פחות מסוכנת לדמוקרטיה ולזכויות הפרט (the least dangerous branch) (ראו: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 22-27 (1962) (להלן: ביקל); וכן ראו והשוו: הלכת בנק המזרחי, בעמ' 427, 448; אהרן ברק "תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה דמוקרטית" הפרקליט מא 5, 7, 11 (1993); אהרן ברק מבחר כתבים: כך ד – על בית המשפט ושופטיו 44 (2017)). סברה זו מבוססת על "המעלות הפאסיביות" המוקנות (passive virtues) של בית המשפט, בהיותו רשות שלטונית אשר אמורה להיכנס לפעולה רק בהתקיים הפרת דין קונקרטי (ראו, למשל: בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (18.1.2006); עניין הפרטת בתי הסוהר, בפסקה 67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; וכן ראו: ביקל, בעמ' 115-123).

72. כידוע, הדרישה לזכות עמידה צומצמה במחוזותינו באופן ניכר. שעריו של בית משפט זה נפתחו לרווחה לעתירות ציבוריות מסוגים שונים (ראו: בג"ץ 26/76 בר-שלום נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לא (1) 796, 802 (1977); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, 448-469 (1988)). עתירות רבות מעין אלו זוכות לבירור לגופן בבית משפט זה, מבלי לדרוש את התייצבותו של בעל דין שזכותו נפגעה, כל אימת שהעתירה מניחה לפתחנו שאלה נכבדה בעלת חשיבות ציבורית-כללית מתחום המשפט החוקתי או המינהלי (ראו: בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו (2) 62, 68-73 (2003) (להלן: בג"ץ 651/03); בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 (1.4.2007) (להלן: עניין לירן)). עתירה ציבורית שמעלה לדיון שאלה כזאת יכולה להיחסם רק בהימצא בעל אינטרס ישיר אשר החליט, מטעמים השמורים עמו, שלא לעתור לבית המשפט חרף הפגיעה בזכותו (ראו: בג"ץ 651/03, בעמ' 68; עניין לירן, בפסקאות 16-19; וכן בג"ץ 1462/20 ח'טיב נ' משרד הביטחון, פסקאות 44-48 לפסק דיני (6.8.2023)).

73. בהינתן הכרה זו בעתירות ציבוריות, ההידרשות במסגרת הבחינה החוקתית של דבר חקיקה לתרחישים הקשורים בשימוש לרעה בסמכות, כאלה שעניינם פגיעה אפשרית, אם כי לא וודאית, בזכויות חוקתיות – משמעה מחיקת המעלות הפאסיביות שהיו רשומות בצופן הגנטי של בית המשפט מיום היווסדו ככזה. מהלך זה חורג מתפקידו של בית המשפט כפי שזה עוצב במבנה החוקתי-משטרי שלנו, אשר מיוסד על שלטון העם (ראו: ביקל, בעמ' 119-200; ראו והשוו: בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749, 763 (1991)).

74. מטעמים אלו, בבואנו לעמוד על טיבו של דבר חקיקה, שומה עלינו לבחון האם הוראותיו – ככאלה, באופן מובנה והכרחי על-פי פרשנות הנכונה – נגועות בפגם חוקתי. הא ותו לא.

מענה קצר לדברי מ"מ הנשיא, השופט י' עמית

75. לשיטתו של חברי, מ"מ הנשיא, השופט עמית, בית משפט זה מוסמך וחייב לבטל דבר חקיקה אשר מפר את "האיזון המוסדי" בין זרועות השלטון במדינה באופן שמעמיד את זכויות היסוד של הפרט – כדוגמת חופש הביטוי והחירות להפגין – בסכנת פגיעה.

בתוך כך, מבקר חברי את גישתי שלי, אותה הוא ראה לנכון למקם "במגדל השן" – כשכוונתו למקום בו מתנהל עיון אקדמי-אנליטי המנותק מעובדות העולם האמיתי.

76. לביקורת זו אענה במשפטים ספורים. פשיטא הוא, כי חוק בלתי חוקתי הוא חוק שתוכנו מנוגד לנורמה חוקתית שמעליו. זאת, להבדיל מחוק שכשלעצמו אינו מנוגד לשום הוראה בת-פועל חוקתי, אשר עלול להיות מיושם באופן בלתי חוקי על-ידי בעל הסמכות. אם נראה בסכנת היישום הבלתי חוקי עילה לפסילתו של חוק שתוכנו אינו מנוגד לנורמות חוקתיות, חוששני שנידרש לדלל את ספר החוקים של מדינת ישראל ולבטל לא מעט חוקים (כדוגמת ההוראות של החדס"פ שעניינן העמדה לדין – מעשה שלטוני אשר עלול להוביל להרשעת שווא של חפים מפשע). בחינת חוקתיותו של חוק חייבת אפוא להתבסס על "מגדל השן": עיון אקדמי-אנליטי אשר מעמיד את תוכנו של החוק אל מול נורמות חוקתיות על-מנת לבדוק שמא קיימת סתירה בין השניים.

77. בהקשר זה, טוב עשה חברי בהזכירנו כי שופט "בתוך עמו הוא יושב". לזאת יש להוסיף כי השופטים אינם רק יושבים בתוך עמם. הם מפעילים סמכויות שפיטה כפי שהוגדרו על-ידי נציגי העם ומצאו את מקומן בדין הפוזיטיבי אשר מתועד בכתוביה הרשמיים של המדינה – במקרה דנן, בדיני החוקה של מדינת ישראל. על כן, כאמור, הנני סבור כי סמכותנו לבטל חוק של הכנסת בשל היותו בלתי חוקתי קמה רק כאשר יישומו של החוק בהכרח פוגע בזכות בת-פועל חוקתי או בהכרח מפר הוראה חוקתית על-חוקית, אשר זכתה לעיגון פורמלי בדין הפוזיטיבי. כפי שהוסבר על-ידי בעזרת שש התובנות של המשפט החוקתי בר-קיימא, אותן הצגתי בתחילת דבריי, גישתי זו אווזת אחיזה איתנה ביסודות המשפט.

סוף דבר

78. העותרים ביקשו לשכנענו כי התיקון של פקודת המשטרה מנוגד לזכויות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך הדבר לא עלה בידיהם. כמו כן, ברי הוא כי התיקון אינו מנוגד לעקרונות המנויים בחלקה האופרטיבי של הכרזת העצמאות. במוקד הטענות שנטענו לפנינו ניצבים חששות ותו לא: החשש שמא השר יפעיל את סמכויותיו בהשפעת שיקולים פוליטיים-זרים; החשש כי המשטרה תתפרק מחובותיה כגוף מקצועי וממלכתי; החשש כי התיקון יפורש באופן הסותר את מילותיו הברורות ויאפשר את התערבותו של השר בפעילות מבצעית של המשטרה ובחקירותיה; ועוד כהנה וכהנה. חששות אלו, מבוססים ככל שיהיו, הם בגדר נבואה שאינה נובעת באופן

אינהרנטי מהתיקון. משכך הוא, הוראות התיקון מצויות בגדר סמכותה של הכנסת ואינן עולות כדי פגיעה בזכות חוקתית. אם וכאשר ניתקל בהחלטות או במעשים אשר פוגעים בזכות כאמור, נדע לטפל בהם ולספק תרופה למכה.

79. אשר על כן, אם תישמע דעתי, העתירות שהונחו לפנינו תדחנה על כל חלקיהן.



אלכס שטיין
שופט

השופט נעם סולברג:

1. החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022 (להלן: התיקון), עוסק באחת מהסוגיות הרגישות והמורכבות ביותר שבליבת כל משטר דמוקרטי – נקודת האיזון שבין סמכותו של השר האמון על המשטרה לממש את אחריותו המיניסטריאלית כלפיה, לבין מידת העצמאות המוקנית למשטרה בהפעלת סמכויותיה.

2. על הכף – שיקולים כבדי משקל. מחד גיסא, במדינות דמוקרטיות מקובל כי כל גופי הביטחון – בהם המשטרה – כפופים למרות הממשלה הנבחרת, ובתוך כך, לשר האמון על פעילותם. לכפיפות זו שני היבטים: במישור החיובי, היא מבטאת את העקרון הדמוקרטי הבסיסי, שלפיו הממשלה רשאית – שמא אף חייבת – לפעול למימוש המדיניות שלשם קידומה נבחרה, כמו גם את האחריות שבה נושאים נבחרי הציבור כלפי אזרחי המדינה; במישור השלילי, הכפיפות מאפשרת פיקוח ציבורי על פעולתם של אותם גופים, במטרה להבטיח כי הם מממשים את יעודם, פועלים לטובת אזרחי המדינה, ונמנעים משימוש לרעה בכוח הרב שניתן להם. מאידך גיסא, בכל הנוגע לפעילות המשטרה, מקובל במדינות הים הדמוקרטיות כי כפיפות זו מוגבלת, כך שלמשטרה נתונה, ככלל, עצמאות בהפעלת סמכויותיה. הטעם לכך, הוא הרצון להבטיח כי בביצוע תפקידיה העיקריים – קרי, שמירה על הסדר הציבורי ואכיפת החוק – תפעל המשטרה כשלנגד עיניה ניצב הדין, והוא בלבד; ומן הצד השני, להבטיח כי במסגרת הפעלת סמכויותיה, בדגש על הפעלת הכוח כלפי אזרחי המדינה, לא יתערבו שיקולים שאינם ממין העניין, ובפרט – שיקולים פוליטיים.

3. הגם שאופן היישום משתנה בין מדינה למדינה, במישור העקרוני, נקודת האיזון שנקבעה במרבית הדמוקרטיות המודרניות, היא כזו שבגדרה נתונה לשר הרלבנטי סמכות לקבוע למשטרה הנחיות כלליות, ולשרטט את המדיניות שלאורה תפעל (למצער בתחומים מסוימים); ובה בעת, מובטחת במסגרתה עצמאות המשטרה בפעילותה האופרטיבית, כך שאותו שר אינו רשאי להתערב במקרים פרטניים (ראו למשל: דוח הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש 45-47 (1999) (להלן: דוח ועדת צדוק); לגבי אוסטרליה, ניו-זילנד וקנדה, ראו: ישי לקס "חקיקה המסדירה את סמכויותיו הכלליות של השר הממונה על המשטרה" (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 18.12.2022); בנוגע לאיחוד האירופי, ראו: Council of Europe, European Code of Police Ethics, Recommendation Rec (2001) and explanatory memorandum, Recommendation 15 (2002); Kevin Carty "Guidebook on Democratic Policing", in ORGANIZATION FOR SECURITY AND COOPERATION IN EUROPE 32 (2008). לגבי אנגליה וויילס, ראו: THE POLICING PROTOCOL ORDER 2011). עיון בפסיקה שעסקה בסוגיה זו, בדוחות הוועדות הציבוריות שהתמקדו בכך, ובהנחיות היועצת המשפטית לממשלה שנדרשו לעניין (ראו את הסקירה המקיפה בחוות הדעת של חברי מ"מ הנשיא (בדימ'), ע' פוגלמן, ואת מגוון האסמכתאות שם), מלמד כי במחוזותינו – חרף העובדה שכללל, היחסים בין השר לבין המשטרה לא הוסדרו בחקיקה – נקבעה נקודת איזון דומה. כך, המקובל היה שהשר רשאי לקבוע מדיניות כללית למשטרה ולפקח על פעולותיה, אולם הוא אינו בגדר 'מפקח' על, ואל לו לפגוע בעצמאות המשטרה ולהתערב בשיקול דעתה המקצועי, בפרט בכל הנוגע להפעלת סמכויותיה האופרטיביות במקרים קונקרטיים (ראו למשל: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נז 817, 920-919, 943-944 (2003); בג"ץ 8910/22 פטרושקה נ' ח"כ בנימין נתניהו, פסקה 31 (21.2.2024); דן ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב 133, 148-153 (1991) (להלן: ביינ); עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה 98-101 (2018)).

4. השאלה המונחת לפתחנו היא אם התיקון – שביקש להסדיר את מערכת היחסים שבין השר לבין המשטרה – שינה את האיזון הנורמטיבי הנוהג; וככל שהתשובה על כך תהא בחיוב, האם שינוי זה טומן בחובו פגם במישור החוקתי, כזה שיש בו כדי להצדיק מתן סעד. בפתח הדברים אזכיר את נקודת המוצא, שהיא בבחינת מושכלות ראשוניים: "הבחינה החוקתית אינה מתמודדת עם השאלה אם החוק הוא ראוי, טוב, יעיל ומוצדק. היא מתמודדת עם השאלה אם החוק הוא חוקתי" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ...).

כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 550 (2005); ראו גם: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997). אכן, "ביקורת שיפוטית חוקתית על מעשה החקיקה תעשה 'בזהירות ובריסון ותוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שנבחרה על ידי המחוקק'" (בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 43 לחוות-דעתי (8.7.2021) (להלן: עניין עדאלה)).

5. חברי מ"מ הנשיא (בדימ') סבור כי מרבית סעיפי התיקון מעוררים קושי, אולם ניתן לפרשם פרשנות מקיימת; זאת, למעט סעיף 8ד, שאותו ראה חברי לפסול. חברי השופט שטיין, מנגד, סבור כי התיקון, ככלל, אינו מעורר כל קושי. כפי שאפרט להלן, עמדתי שונה קמעא משל חברי; אצמד אפוא בדרך האמצע. מחד גיסא, סבורני כי התיקון אכן עשוי לעורר קשיים מסוימים; חששות קיימים. לצד זאת, סבורני כי קיימת אפשרות ליתן מענה לקשיים אלה במישורים אחרים – הן באמצעות פרשנות הולמת של סעיפי התיקון, הן באמצעות עמידה על כללי המשפט המינהלי בהקשר דנן.

6. טרם אדרש לתיקון, על סעיפיו – הערה מקדימה. עסקינן, כפי שציינתי, בעתירות חוקתיות; עלינו לבחון את החוק המונח לפנינו, ככל הניתן, במבט צלול, צופה פני-עתיד רחוק. אין חולק, כי מהלך האירועים מאז הוגשו העתירות – בכלל זאת, המקרים שנדונו במסגרת הבקשות לצווי ביניים שהוגשו לאורך ההליך – אינו מקל על המלאכה. רוחם שורה על הניתוח של חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'); אולי אף ראוי שכך. ואולם, הגבול דק; עלינו לשמור על המצפן, ולהבחין הבחן היטב בין טענות הנוגעות לחוקתיות החוק כשלעצמו, לבין טענות שעניינן ביישומים פסולים – מסתברים יותר או פחות – מנוגדים לחוק, של סעיפי התיקון השונים (על מורכבותה של הבחנה זו, והשלכותיה על הניתוח החוקתי, ראו למשל: אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אתר ח 33 (2018); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45 (2014)). לפי השיטה הנוהגת, השגות על אלה האחרונים מקומן, ככלל, במחוזות המשפט המינהלי; להבדיל, על מנת לקבל סעד חוקתי, יש להצביע על בעייתיות הגלומה בדבר החקיקה עצמו. לשון אחר, נדרש כי יתקיים מעין קשר סיבתי בין אותם יישומים פסולים, לבין דבר החקיקה הנבחן. בכך אתמקד; חרף האתגר, זוהי חובתנו. אגש אפוא אל המלאכה, עקב בצד אגודל. אפתח בנקודות שלגביהן מסכים אני עם חברי, ומשם אמשיך לסלעי המחלוקת.

הליך החקיקה

7. ראשית, הערה מקדמית לגבי הליך החקיקה. כזכור, טענות העותרים לגבי ההליך הוצאו מגדרי הצו על-תנאי, ועל כן, שאלת תקינות ההליך אינה מונחת עוד לפתחנו. זאת ועוד, נראה כי קשה לטעון שכלל לא ניתנה לחברי הכנסת אפשרות לגבש עמדה מושפלת לגבי הצעת החוק, ומשכך, בהתאם למבחנים המקובלים לגבי ביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה, אין עסקינן בפגיעה קשה בעקרון ההשתתפות, כזו המקימה פגם היורד לשורש ההליך (ראו באופן כללי: בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017), בפרט בפסקאות 59, 79-81 לפסק-דין). עם זאת, כבר באותו עניין ציינתי, כי "בבואנו לבחון אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי", עלינו לבחון, בין היתר, את "משך הדיון, והאם היה מידתי ביחס לאורכה של הצעת החוק, למורכבותה, ולהיקף השלכותיה"; וכן לבחון את "פרק הזמן [שחלף] מעת העברת הצעת החוק, ולמצער עיקרי הסדרה או מרביתם, לעיון חברי הכנסת, עד למועד הדיון". כמו כן ציינתי, כי "הצעת חוק יחודית ומורכבת, ראויה לדיון בנפרד מנושאים אחרים, לעיתים בוועדה רלבנטית מקרב ועדות הכנסת, באופן שיאפשר את שקילתה בכובד הראש ההולם" (שם, פסקה 80).

8. בענייננו, אף אם לא נפל בהליך החקיקה פגם בעוצמה המצדיקה התערבות, הרי שההליך שבו נחקק התיקון רחוק מלהיות מיטבי, 'כרחוק מזרח ממערב'. הגם שאין מדובר בתיקון חוקתי במובן הפורמלי, ברי כי התיקון עוסק בהסדרת סוגיה בעלת חשיבות ורגישות ממדרגה ראשונה, כזו הנוגעת לעקרונות יסוד של המשטר הדמוקרטי. 15 ימים בלבד חלפו למן הנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת לדיון מוקדם (ביום 12.12.2022), ועד להצבעה על החוק בקריאה שניה ושלישית (יום 27.12.2022). משאלה הם פני הדברים, ברי כי הדיון בחוק לא היה מעמיק וממצה דיו; כי לגורמי המקצוע לא ניתן פרק זמן הולם להיערך לדיונים, ולבסס תשתית עובדתית ומשפטית כדבעי; וכי הדיון הציבורי בסוגיה לא הגיע לכדי מיצוי. כל אלה, הקשו – שמא אף מעבר לכך – על חברי הכנסת להעמיק חקר, להביא בחשבון את כלל השיקולים הרלבנטיים, ולהוציא תחת ידם חוק מיטבי. בהינתן חשיבות הסוגיה שבה עסקינן, ראוי היה כי ההליך היה מתנהל בדרך שונה; ואידך זיל גמור.

סעיפי התיקון – הערות ראשונות

9. אפנה כעת להתייחס לתיקון גופו. אשר להעדר עיגון לעקרון הממלכתיות ועצמאות המשטרה, מסכים אני עם חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), כי אין בעובדה שעקרון זה לא זכה לביטוי מפורש בתיקון, כדי לגרוע מתוקפו וממעמדו; אדגיש, כי הן הכנסת, הן השר לביטחון לאומי (להלן: השר), לא חלקו על כך, ואף הביעו במפורש עמדה זו.

זאת ועוד, כפי שציין חברי, הגם שהעדרו של עקרון זה מנוסח התיקון אינו בבחינת 'תקלה', אין כל עדות לכך שכוונת המחוקק היתה לגרוע ממנו, או לערער על תוקפו; מה גם, שיש ממש בטענת הכנסת, שלפיה בין אם עקרון זה עוגן במפורש, בין אם לאו – מדובר בחובה שהיא בבחינת 'מובן מאליו'. כך, על דרך האנלוגיה, ובכפוף לשינויים המחויבים, גם חוק-יסוד: הצבא אינו כולל עיגון לעקרון זה, אולם נדמה כי אין חולק על כך שלא יעלה על הדעת כי צה"ל רשאי לפעול באופן לא ממלכתי, או לקדם אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים. אשר על כן, ובשים לב לחשיבותו של עקרון זה – בבחינת תנאי הכרחי – להבטחת שימוש ראוי בסמכויות המשטרה, ולכך שהפעלת הכוח מצדה תהא לגיטימית, סבורני כי אף אם מוטב היה אילו נכלל בתיקון סעיף כאמור (השוו: סעיף 4(ג) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002) – עקרון הממלכתיות ועצמאות המשטרה שריר וקיים; התיקון אינו פוגע אפוא בתוקפו ובמעמדו. "מה שְׁהִיָּה הוא שְׁהִיָּה ומה שְׁנַעֲשֶׂה הוא שְׁנַעֲשֶׂה וְאֵין כָּל חֶדֶשׁ תַּחַת הַשָּׁמַיִם" (קהלת א, ט).

10. גם באשר לסעיף 8ב, הקובע את כפיפות משטרת ישראל למרות הממשלה, ומורה כי "השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה" – מסכים אני עם דברי חברי. אכן, מחד גיסא, "כפיפות זרועות הביטחון השונות למרותה של הממשלה הנבחרת הייתה מאז ומתמיד אחד ממאפייניה הבולטים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מודרנית, וזהו אחד מעקרונות היסוד החוקתיים העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פסקה 24 (19.11.2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי)); מאידך גיסא, כפי שפירט חברי, קיימים הבדלים מהותיים, יסודיים, בין המשטרה לבין הצבא. הבדלים אלה בייעוד של כל אחד מן הגופים, כמו גם החשיבות המיוחדת הנודעת לעצמאותה המקצועית של המשטרה, ולכך שבהפעלת סמכויותיה תהיה נתונה למרות החוק בלבד, מחייבים את המסקנה שלפיה מערכת היחסים של גופים אלה עם הממשלה, אף לאחר התיקון – אינה זהה. אין מקום אפוא להתערבות בסעיף זה.

11. בכל הנוגע לסעיף 9, שנוסחו הקודם היה: "המפקח הכללי יפקח על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה ועל הפעלתה, ויהיה אחראי להשגחה על כל ההוצאות הכרוכות בה ולאפסניה שברשותה", ואשר בעקבות התיקון התווספה לו הסיפא: "והכול בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר כמפורט בסעיפים 8 ו-18" – דעתי כדעתו של חברי; מקובלת עלי, ככלל, גם דרך הילוכו. אכן, סעיף זה, גם בנוסחו שלאחר התיקון, אינו גורע מחובתו של המפקח – המתקיימת לצד החובה להביא בחשבון את המדיניות הכללית שהתווה השר – להפעיל שיקול דעת עצמאי במסגרת הפעלת סמכויותיו.

12. למעשה, סבורני כי מסקנה זו מתחייבת גם מכללי המשפט המינהלי, הנקוטים עמנו מימים-ימימה. עוד בימי בראשית של המשפט הישראלי, נקבע כי מקום שבו הקנה המחוקק במפורש לרשות סמכות הכרוכה בהפעלת שיקול דעת, חייבת אותה 'רשות מוסמכת' להשתמש בסמכות לפי שיקול דעתה העצמאי, שאינו כפוף להוראות מחייבות מצד הממונים עליה: "אם חוק מעניק כוח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה ועל כל פנים אינו מחויב להישמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו – ולא לאחרים – את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת" (בג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד 319, 323 (1950)). אמנם, הלכה זו רוככה בחלוף השנים, כך שנקבע למשל, כי הרשות המוסמכת רשאית להתחשב במדיניות שנקבעה על-ידי גורם ממונה (לביקורות על ההלכה, ראו למשל: ברוך ברכה משפט מינהלי 64-67 (תשנ"ו) (להלן: ברכה); אריאל בנדור "משפט מינהלי מול המציאות" מחקרי משפט טו 365, 369-371 (2000); יצחק זמיר הסמכות המינהלית – כרך ב' 941-945 (2011) (להלן: זמיר)); עם זאת, הכלל הנוהג עודנו מגן על עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת, ועל כך שבכפוף להוראות החוק שתחם את היקף סמכותה, לה נתונה ההחלטה הסופית (ראו למשל: דפנה ברק-ארז משפט מנהלי 160-168 (2010) (להלן: ברק-ארז); רע"א 4696/19 פלונית נ' קצין התגמולים, פסקה 17 והאסמכתאות שם (12.12.2019)). אדגיש, כי עמידתו של הכלל בתוקפו אינה נובעת אך מהיותו 'מורשת קדמונים'; יסודה בהגיון הדברים ובטעמים: "לא ניתן לשנות את העיקרון הזה משום שהוא נובע אינהרנטית מעקרון חלוקת הסמכויות במשפט המינהלי. היינו, הרעיון של עצמאות שיקול הדעת מוטבע בהכרח מעצם הענקת הסמכות המינהלית לרשות כלשהי. משהעניק המחוקק סמכות כלשהי לרשות פלונית, הרי שעצם הענקת הסמכות מחייב הכרה בשיקול הדעת העצמאי של אותה רשות – שאם לא כן, אין היא הרשות המוסמכת" (יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי – כרך א' 558 (2022) (להלן: דותן, ביקורת שיפוטית); ההדגשות במקור – נ' ס').

13. עוד יש מקום להזכיר, כי אף כאשר קובע החוק במפורש כי על הרשות המוסמכת לפעול בהתאם למדיניות שמתווה גורם ממונה, לא 'מתפוגגת' ההלכה המורה על עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת, אלא שאותה רשות נדרשת להתחשב במדיניות שהוגדרה, ולהפעיל את שיקול דעתה העצמאי בגדריה; זאת, אלא אם קיימת הצדקה לסטות מאותה מדיניות במקרה קונקרטי (ראו למשל: ברכה, עמוד 88). ברי אפוא, כי אלה הם פני הדברים גם בכל הנוגע להוראות התיקון שבו עסקינן.

14. יתר על כן, וחשוב במיוחד לענייננו; קיימים הקשרים שבהם לביקורות שנמתחו על הכלל רלבנטיות פחותה, ושלגביהם תחולת ההלכה לא צומצמה. אותם הקשרים, הם כאלה שקיימת בהם הצדקה חזקה לקיומו של הכלל. זאת למשל, במקרים שבהם אופיו של התפקיד, 'מיקומה הנורמטיבי' של הרשות המוסמכת, או תכלית החקיקה המסמיכה, תואמים את השאיפה להגן על שיקול דעתה העצמאי של הרשות; ובמקרים שבהם נודעת חשיבות מיוחדת להבטחת פעילותה של הרשות המוסמכת על יסוד שיקולים מקצועיים וענייניים בלבד, ובהתאם לכך, ליצירת חיץ בינה לבין השר הממונה עליה (ראו למשל: דותן, ביקורת שיפוטית, עמוד 556; זמיר, עמודים 944, 949). ברי, כי הנדון דידן בא בקהל אותם מקרים, שבהם ישנה הצדקה מיוחדת לכלל בדבר עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת, שכן קיימת "חשיבות רבה בהבטחת עצמאותו ואי תלותו של מפכ"ל המשטרה, העומד בראשה ואמון על הפעלתה לביצוע תפקידיה" (בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פסקה 16 (12.12.2021)). מן האמור עולה, אם כן, כי גם כללי המשפט המינהלי מלמדים, כי לצד החובה ליתן משקל ראוי למדיניות השר, ולפעול בגדרה, אין בסיפא שנוספה לסעיף 9, כדי לגרוע מחובתו של המפכ"ל להפעיל שיקול דעת עצמאי במסגרת הפעלת סמכויותיו.

15. עד כאן, הערות ראשונות לגבי סעיפי התיקון. כעת, אעבור לדון בסוגיות העיקריות שעל הפרק: קביעותיו העקרוניות של חברי מ"מ הנשיא (בדימ'), לגבי הפגיעה בזכויות חוקתיות הנגרמת כתוצאה מהחשש שהשר ינחה את המשטרה להפעיל את סמכויותיה, בהתבסס על שיקולים פוליטיים; ופרשנות סעיפים 8ג ו-8ד לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: הפקודה). אפנס אפוא בעובי הקורה; ראשון ראשון, אחרון אחרון.

הטענה לפגיעה בזכויות חוקתיות

16. חברי מ"מ הנשיא (בדימ') – אשר סומך ידיו, ככלל, על עמדת היועצת המשפטית לממשלה – מבסס את עמדתו לגבי הפגיעה בזכויות הנגרמת בהקשר דנן, על שתי קביעות עקרוניות שיסודן, כך לשיטתו, בהלכה שנקבעה בעניין המרכז האקדמי. קביעה אחת, מתוחמת יותר, היא זו ש"פגיעה בעצמאות המשטרה תוך הכפפתה באופן לא מאוזן לדרג המיניסטרילי", באופן שעלול לפתוח את הדלת לשיקולים זרים, יוצרת פגיעה "מובחנת ועצמאית" בזכות החוקתית לכבוד האדם. קביעה שנייה, רחבה יותר, עניינה בסיכון שגלום בתיקון, בכל הנוגע להסטת נקודת האיוון במערכת היחסים שבין השר לבין המשטרה. בהקשר זה סבור חברי, כי הרחבת סמכויות השר אשר נוגעות לעבודת המשטרה, ללא ערובות מספקות לכך שהמשטרה תפעיל את סמכויותיה באופן עצמאי, מקצועי וממלכתי,

מעלה חשש לחדירת שיקולים זרים ופוליטיים לעבודה המשטרה; ובהתאם לכך, מעלה את ההסתברות לפגיעה יתרה בזכויות המושפעות מהפעלת סמכויותיה של המשטרה, מה שיוצר, כבר כשלעצמו, פגיעה באותן זכויות.

17. אדגיש תחילה, כי אין חולק על כך שהפעלת סמכויות המשטרה – בדגש על הפעלת כוח כלפי אזרחי המדינה – בהתבסס על שיקולים זרים, בלתי ענייניים, ובכלל זאת – פוליטיים, עשויה לגרום פגיעה קשה מאוד בזכויות חוקתיות. אילו היה התיקון מתיר מצב דברים כאמור, אין זה מן הנמנע כי היה בכך כדי לבסס פגם המצדיק סעד במישור החוקתי. דא עקא, לגבי דידי, פרשנות זהירה של התיקון מגלה כי לא אלה הם פני הדברים בענייננו. לצורך ביסוס והטעמת הדברים, אפנה עתה לדון בקביעותיו העקרוניות של חברי. בהקשר זה אציין, כי בהתחשב בניתוח שאציג בהמשך הדברים, יתכן כי נכון היה להותיר את הדיון בקביעות אלה לעת מצוא. ואולם, משבחר חברי לטעת מסמרות במישור העקרוני, אין מנוס מלהידרש לטענות. אעמוד תחילה על הקשיים שמעוררת כל קביעה בנפרד; בהמשך – אפרט כמה קשיים משותפים לשתיהן.

18. אפתח בטענה לפגיעה עצמאית בזכות לכבוד האדם. אלה דברי חברי בנושא: "פגיעה בעצמאות המשטרה תוך פתיחת פתח להשפעה של שיקולים פוליטיים לא ענייניים על האופן שבו מופעלות סמכויותיה, מעבירה מסך שלפיו הסמכויות הפוגעניות של המשטרה עלולות לשמש לא רק לשם הגשמת האינטרס הציבורי ובמידה המתחייבת לכך, אלא גם לקידום מטרות חיצוניות. כתוצאה מכך, הפרט, שעליו מפעילה המשטרה את סמכויותיה (שמטבען, עשויות להיות פוגעניות), עשוי לחוש כי הוא משמש אמצעי להשגת תכליות זרות. [...] גם במצב דברים שנבון המשטרה לא שקלה בפועל שיקולים פוליטיים, עצם האפשרות לחדירתם של שיקולים אלה, עלולה להטיל צל כבד על כל פעולותיה – ובהתאם נפגע גם כבוד האדם" (ההדגשות הוספו – ג' ס'). אין בידי לקבל קביעה זו. לגבי דידי, לא רק שקביעה זו אינה יכולה להיסמך על עניין המרכז האקדמי, אלא שהיא נוגדת הכרעות מפורשות שניתנו בו. זאת, בשני מובנים חשובים לפחות.

19. ראשית, מקביעה זו עולה, כי עצם התחושה – ויתרה מזאת, העובדה שפרט עשוי לחוש – כי מתקיימת פגיעה מסוימת, יכולה להקים פגיעה בזכות חוקתית. עמדה זו נדחתה במפורש בעניין המרכז האקדמי, שם הובהר כי הפגיעה בכבוד האדם של אסירים בבית סוהר פרטי "איננה פגיעה שמקורה בתחושותיהם הסובייקטיביות של אותם אסירים, אלא פגיעה אובייקטיבית בזכותם החוקתית לכבוד האדם" (שם, פסקה 37 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש). זאת ועוד, אף אם עשוי אי-מי לחוש כי כבודו נפגע כפועל יוצא ממצב

דברים מסוים – ומובן, כי אינני מקל ראש בתחושה כאמור – אין בכך כדי לבסס פגיעה עצמאית בזכות החוקתית לכבוד האדם. כפי שצינתי בעבר, "לא נוכל לקבל את הטענה, שלפיה כל תחושת השפלה סובייקטיבית פוגעת בכבוד האדם" (בג"ץ 6411/16 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות נ' כנסת ישראל, פסקה 41 (19.6.2018) (להלן: עניין הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות); ראו גם: עניין עדאלה, פסקה 119; אביחי דורפמן "כבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111, 114-116 (2013) (להלן: דורפמן); דני סטטמן וגדעון ספיר דת ומדינה בישראל: עיון פילוסופי-משפטי פרק 7 (2017); דני סטטמן "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה" עיוני משפט מב 239, 260 (2019); מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109, 139 (2013)).

20. שנית, קביעתו של חברי משמיעה כי די בכך ש"הסמכויות הפוגעניות של המשטרה עלולות לשמש לא רק לשם הגשמת האינטרס הציבורי ובמידה המתחייבת לכך, אלא גם לקידום מטרות חיצוניות", כדי להעביר מסר חברתי העולה כדי פגיעה בזכות לכבוד האדם. גם לגבי קביעה זו, עניין המרכז האקדמי אינו יכול לשמש משענת איתנה. באותו עניין נקבע – קביעה שעליה מבקש חברי להסתמך בהקשר זה – כי "פגיעה בכבוד האדם תיתכן גם כפגיעה 'עצמאית', וזאת כאשר מעשה מסוים שנעשה או מוסד מסוים שהוקם אינם פוגעים לכשעצמם בזכויות אדם אחרות, אך עצם עשייתם או קיומם מבטא מבחינה חברתית יחס של חוסר כבוד לפרט ולערכו כאדם" (שם, פסקה 38 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; ההדגשה הוספה – נ' ס'). הנה כי כן, ולהבדיל מעמדתו של חברי, הפגיעה העצמאית בזכות לכבוד התבססה בעניין המרכז האקדמי על הפגיעה האינהרנטית הנגרמת מעצם כליאתו של אדם בבית סוהר המנוהל ומופעל על-ידי תאגיד פרטי. בענייננו, לעומת זאת, חברי אינו מבסס את הפגיעה העצמאית בכבוד האדם כתולדה אינהרנטית של עצם מצב הדברים המתואר, כי אם על כך שמצב זה עלול להוביל, פוטנציאלית, להפעלת הסמכויות באופן פסול. המרחק בין עמדה זו לבין שנקבע בעניין המרכז האקדמי – רב מאוד.

21. כעת, אמשיך לקביעתו הנוספת של חברי, שלפיה בהעדר ערובות מספקות למניעת חדירת שיקולים זרים ופוליטיים לעבודת המשטרה, יש בהרחבת סמכויות השר כדי להקים פגיעה עצמאית ומובחנת בכל אותן זכויות הנפגעות ממילא מהפעלת סמכויות המשטרה, כתוצאה מהגדלת ההסתברות, או הפוטנציאל, לכך שייעשה שימוש לרעה בסמכויות אלה. קביעה זו מהדהדת את עמדת השופטת פרוקצ'יה בעניין המרכז האקדמי, שלפיה השיקולים הכלכליים שמהם מונע הזכיון הפרטי המפעיל את בית הסוהר, בצירוף

העדר אמצעי בקרה והרתעה מספקים ביחס לאופן הפעלת סמכויות הכליאה, מייצרים פוטנציאל לפגיעה נוספת בעוצמה "מהותית, רבת-משקל ומתמשכת" בזכויות האסירים, אשר "נפגעו" בלאו הכי כתוצאה מן המאסר (פסקה 26 לחוות-דעתה). אכן, האנלוגיה נראית ברורה. דא עקא, דעת הרוב שם דחתה במפורש עמדה זו:

"אילו היה מדובר בפגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות אדם, הרי ספק אם יש בכך כדי להצדיק קביעה שיפוטית בדבר אי-חוקתיותה של חקיקה ראשית של הכנסת. [...] הנחת המוצא בביקורת החוקתית היא שאין די בפגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות אדם חוקתיות כדי להביא לביטול חקיקה ראשית של הכנסת. [...] ככל שעסקינן בפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, להבדיל מפגיעה ממשית, הרי ככלל לא יהיה בפגיעה כזו כדי להצדיק התערבות שיפוטית לביטולה של החקיקה. [...] עמדתי בדבר אי-חוקתיותו של תיקון 28 אינה מבוססת על פגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם הנגרמת על ידי הוראות התיקון; אלא על הפגיעה הממשית בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם הנגרמת על ידי הוראות התיקון כשלעצמן וללא תלות באופן בו ייושמו בפועל" (פסקה 67 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; ראו גם: שם, פסקאות 4-5 לחוות הדעת של השופטת ע' ארבל).

לא בכדי נקבע אפוא בפסיקה, כי פגיעה פוטנציאלית, משוערת ובלתי מבוססת בזכויות חוקתיות – אינה בסיס איתן לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית (ראו למשל: בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 67 לפסק הדין של הנשיא א' גרוניס, ופסקה 6 לחוות הדעת של השופט ח' מלצר (12.3.2015); בג"ץ 5998/12 רונן נ' הכנסת, פסקה 13 (25.8.2013); עניין הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות, פסקה 38)).

22. נמצאנו למדים, כי שתי הקביעות האמורות אינן יכולות להיסמך על עניין המרכזי האקדמי; גם יסודות חוקתיים אחרים להתבסס עליהם – אין בנמצא. אוסיף כעת כמה הערות הנוגעות לשתי הקביעות גם יחד. ראשית, בכל הנוגע לפגיעה בזכויות חוקתיות, סמכותנו לערוך ביקורת שיפוטית מעוגנת, למצער במרבית המקרים, בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שער הכניסה לבחינה החוקתית של פסקת ההגבלה לפי סעיף זה, טמון במונח "אין פוגעים בזכויות לפי חוק-יסוד זה". הפרשנות המתחייבת למונח זה, היא כי נדרש שדבר החקיקה הנבחן יפגע בזכות המצויינת בחוק-היסוד; תנאי הכרחי לכך שנוכל לומר שדבר-חקיקה פוגע בזכות, הוא שהחוק יאפשר פגיעה באותה זכות (או לחלופין, שהחוק כשלעצמו יפגע בזכות). מן הצד השני, אם החוק אינו מתיר מצב דברים המביא לפגיעה בזכות, באיזה מובן ניתן לומר כי הוא פוגע כשלעצמו באותה זכות?

23. אמנם, ניתן לחשוב על מקרים שבהם החוק אינו מתיר, מבחינה פורמלית, את הפגיעה, אך מובן על פני הדברים כי יביא בהסתברות קרובה לוודאית לפגיעה בזכות. דא עקא, המקרה דנן רחוק מכך. הפגיעה שלה טוען חברי, מבוססת למעשה על חשש המורכב מ-2 פעולות מצטברות שהתיקון, בפירוש, אינו מתיר: ראשית, נדרש כי השר ישתמש לרעה בסמכותו, בניגוד ישיר לחובתו המיניסטריאלית, וישקול שיקולים פוליטיים, או שיקולים זרים אחרים, בעודו מפעיל את סמכויותיו (לגבי החובה המוטלת על שר, במסגרת פעילותו המיניסטריאלית, להסיג את הפונקציה הפוליטית מפני הפונקציה המינהלית, ראו למשל: בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז 404, 426 (1993); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – כרך ב 876-877 (2005); בג"ץ 7767/07 אסרף נ' שר הפנים, פסקה 13 והאסמכתאות שם (27.3.2008)); לחלופין, נדרש כי השר לא רק יתווה מדיניות כללית, אלא יתערב באופן היישום האופרטיבי של אותה מדיניות, בניגוד מוחלט ללשון התיקון ולתכליתו. שנית, נדרש כי המשטרה תפר את חובתה לנהוג במקצועיות, עצמאות וממלכתיות, חובה שכפי שהבהרתי לעיל – עודנה שרירה וקיימת. ברי, כי אין בידי לשלול כי יתקיים, בהקשר מסוים, צירוף נסיבות כאמור; החשש קיים. ואולם, מקרה מסוג זה ניתן לטיפול במישור המינהלי; לא זו השאלה שעלינו לשאול במישור החוקתי. עלינו לבחון אם החוק מאפשר את מצב הדברים שבו תתקיים הפגיעה, שמא אף יוצר סיכון ממשי לכך, והתוצאה של בחינה זו, כפי שהובהר – שלילית במובהק. לשון אחר: אם אכן יתקיים צירוף נסיבות כאמור, לא תהא אפשרות לשר להיאחז בדבר החקיקה שבו עסקינן, כדי לטעון כי המחוקק הסמיכו לנהוג כפי שנהג; ומכאן – שקשה לטעון כי הפתרון לחששות המדוברים, מצוי במישור החוקתי. אם כן, משנמצא כי התיקון אינו מתיר את הפגיעה, סבורני כי איננו באים כלל בשעריו של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

24. שנית, לגבי דידי, קיים קושי משמעותי בבחינה חוקתית המתבססת על הנחה חזקה כי השר יעשה שימוש לרעה בסמכויותיו. אמנם, נדרשת זהירות בעיצוב הסדרים חוקתיים; כפי שציין חברי, "אין מגבשים עקרונות יסוד ממלכתיים על בסיס הנחות, כי הכול יתנהל כשורה" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 606 (1986)). ברם, לצד זאת, שימוש בהנחה חזקה כאמור, חותר במידה רבה תחת עצם הבחינה החוקתית. זאת, שכן לו היינו מניחים, מלכתחילה, כי השר ישתמש לרעה בסמכויות שהוקנו לו בחוק, הרי שגם אם יקבעו באותו חוק מגבלות על אופן הפעלת הסמכות, אין טעם טוב לחשוב כי בצוק העתים, יבחר השר לציית לאותן מגבלות. כך למשל, הן העותרים, הן היועצת המשפטית לממשלה, הלינו על כך שבכל הנוגע לתחום החקירות,

נקבעה אך חובת שמיעה של היועצת, חלף חובת היועצות עמה. ואולם, תחת הנחה חזקה שלפיה השר יעשה שימוש לרעה בסמכותו, באופן שהחוק מלכתחילה אינו מתיר לו, מה לי חובת שמיעה, מה לי חובת היועצות, מה לי העדר כל חובה כאמור? הרי ממילא, שר שאין בכוונתו למלא אחר חובותיו החוקיות, לא ישמע את היועצת, גם לא יוועץ עמה בלב פתוח ובנפש חפצה; ומה הועילו חכמים בתקנתם? נמצאנו למדים, כי אל לנו לצאת מתוך נקודת מוצא כאמור, בעודנו מקיימים ביקורת חוקתית הנוגעת לפגיעה בזכויות. אדגיש, גם כאן, כי אין באמור כדי לשלול את האפשרות שהשר יעשה, במקרים מסוימים, שימוש לרעה בסמכויותיו; הלכה למעשה, אפשרות כזו קיימת לגבי כל סמכות שמקנה החוק לשר מסוים. ואולם, ההתמודדות עם מקרים כגון דא, מקומה במישור המשפט המינהלי; לא החוקתי (חלק מהאירועים שהובאו לפנינו במסגרת הבקשות לצווי ביניים לאורך ההליך, הריהם כשלעצמם עדות לכך. כמו כן, ראו והשוו: בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 13 לחוות דעתי, ופסקה 6 לחוות הדעת של השופט מ' מזוז (27.5.2018); בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, פסקה 39 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות (4.4.2021)).

25. אבקש לעמוד על נקודה נוספת לגבי קביעותיו של חברי. להשקפתי, העמדה שלפיה הזכויות החוקתיות כוללות גם חשש סובייקטיבי מפני מצב דברים מסוים, וכן פוטנציאל עתידי – שרחוק מלהיות ודאי – לקיומן של אי-אלו פגיעות, הריהי הרחבה מרחיקת לכת – ולא בהכרח ראויה – של היקף התפרשותן. כפי שציין חברי בעבר, "הרחבה גורפת של גבולות הזכות החוקתית בשלב הראשון, ומעבר 'אוטומטי' למבחני פסקת ההגבלה בכל מקרה שבו נטען כי דבר חקיקה פוגע בה, עשויה להביא, באיזון הכולל, לשחיקת ההגנה שמקנים חוקי היסוד" (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה 854, 782 (2012); ראו גם: בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט 221, 470-471 (1995); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פסקה 41 לחוות הדעת של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין, ופסקה 2 לחוות הדעת של השופט א' גרוניס (14.5.2006); עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" עיוני משפט לז 713, 719-723 (2016); נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין ודברים ח 13, 22 (התשע"ד)). אכן, "הגדרת קווי המיתאר של הזכות החוקתית חשובה ביותר לצורך מתן המשקל הסגולי הראוי לזכות החוקתית. ראיית הזכות החוקתית כבעלת היקף רחב מדי, מעבר לתכלית אותה באה הזכות לשרת, עלולה להביא לדילולן של הזכויות החוקתיות ולפיחות ערכן. על הדיון החוקתי להתמקד בליבתן של הזכויות החוקתיות, ובשאלות הנוגעות לחוקתיות הפגיעה בהן. הדיון החוקתי בעניינים המצויים מחוץ להיקף הזכויות החוקתיות, או בשוליהן, עלול לפגוע במעמדן של הזכויות החוקתיות ובהיקף וטיב ההגנה הניתנת להן" (בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' 25).

היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 6(6) לחוות הדעת של השופטת פרוקצ'יה (20.8.2008); להרחבה, ראו שם, פסקאות 44-45; כמו כן, ראו: עניין עדאלה, פסקאות 44-48).

26. הגם שהחששות הניצבים ברקע הכרעת חברי מובנים לי, הפתח הנפתח בעקבותיה – רחב הוא, רחב מדי. אם נכיר בכך שדי בחשש גרידא כדי לגרום לפגיעה, הרי שהיקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות עלול להפוך, למעשה, לבלתי מוגבל. כך, כמעט לגבי כל דבר-חקיקה, או החלטה של רשות, יכול מאן דהוא לבוא ולטעון כי לתחושתו הסובייקטיבית נפגע כבודו, או כי מקנן בלבו חשש שמא יעשה שימוש לרעה נגדו בסמכות מסוימת של הרשות; מכיוון אחר, במקרים רבים, רבים מאוד, ניתן לטעון כי קיים פוטנציאל לפגיעה בזכויות חוקתיות, נוכח האפשרות כי יעשה שימוש לרעה בסמכות פלונית שהוקנתה בחוק. ככל שיתקבלו טענות מסוג זה, יתאיין מודל הבחינה החוקתית הדו-שלבית, שכן בנקל יקבע כי נפגעה הזכות, והבחינה תעבור כמעט מוקנית (אוטומטית) לתנאי פסקת ההגבלה. זאת ועוד, במצב דברים מעין זה, לא ניתן יהיה לזהות את גדריה של הזכות החוקתית, לא את תחילתה ולא את סופה; תוכן הזכות יהא עמום, ולרשות השלטונית כלל לא תהיה היכולת לכלכל את צעדיה ביחס אליה, ולהימנע מפגיעה בה (ראו למשל: סיגל קוגוט ואפרת חקאק "האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל" שערי משפט ז 99, 128-129 (2014); ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 286-289 (2012); דורפמן, בעמודים 159-160); ומן הצד השני, יתקבל מצב דברים שבו בית המשפט יאשר, דבר יום ביומו, חוקים שנקבע לגביהם כי נפגעה בגינם זכות חוקתית, מה שיפגע בהכרח בחומרה הנורמטיבית המיוחסת לפגיעה בזכויות. כך תתרחש אט אט רדוקציה של הזכות החוקתית לכדי אינטרס גרידא; הקשר הגורדי שבין הזכות, לבין החובות הקורלטיביות שהיא מקימה – יאבד מכוחו; משקלה הנורמטיבי הייחודי – יפחת; היכולת להגן עליה באופן אפקטיבי, בדגש על מניעת פגיעה אקס-אנטה – תיפגע; ושכרנו יצא בהפסדנו (ראו באופן כללי: נעם סולברג ועמרי גולדוין "מועט המחזיק את המרובה: על היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות" (טרם פורסם)).

אשר על כן, לנוכח כלל האמור, סבורני כי במישור העקרוני, אין לקבל את קביעותיו של חברי לגבי הפגיעה בזכויות חוקתיות. כעת, אפנה לדון בפרשנות הסעיפים הרלבנטיים.

27. סעיף 28 קובע כדברים האלה:

"השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה".

העותרים בעתירות שלפנינו, טוענים כי סעיף זה מאפשר התערבות פסולה של "דרג פוליטי" בעבודת המשטרה, ועל כן, מנוגד לעקרונות יסוד משטריים, ומביא לפגיעה קשה בזכויות חוקתיות. אף היועצת המשפטית לממשלה סבורה, כי נקודת האיזון שנהגה טרם התיקון – השתנתה, כך שנוצר "מכלול המאפשר בפועל השפעה פסולה על עבודת המשטרה וכנגזרת מכך – על זכויות האדם הבסיסיות ביותר". חברי מ"מ הנשיא (בדימ') מקבל, במידה רבה, עמדה זו; ובמענה לכך, מאמץ את הפרשנות שאותה ביקשה היועצת לבסס. פרשנות זו מכוונת ליתן מענה לשני חששות עיקריים, אשר בהעדר התמודדות מספקת עמם, מאפשר החוק אותה התערבות פסולה של השר בפעילותה האופרטיבית של המשטרה. החשש הראשון, נוגע להעדר ערובות ומגבלות שיבטיחו את פעילותה העצמאית והמקצועית של המשטרה, ואשר יפחיתו את ההסתברות להתערבות של השר בהפעלת סמכויותיה האופרטיביות. החשש השני, עניינו בקושי להבחין בין מדיניות כללית לבין מקרים פרטניים, קושי שאותו עלול השר לנצל, לטענת היועצת, להתערבות במקרים קונקרטיים בכסות של 'מדיניות'.

28. עם החשש הראשון, מתמודד חברי באמצעות 'קריאה לתוך החוק' של 3 מגבלות פרוצדורליות שיחולו על השר בבואו לקבוע מדיניות: חובת היועצות עם המפקח"ל; חובת היועצות עם היועצת בכל הנוגע למדיניות בתחום ההפגנות והמחאות; וקביעה כי "חובת הפרסום באתר האינטרנט של המשרד לביטחון לאומי היא תנאי לתוקפה של הפעלת הסמכות להתוויית מדיניות". עם החשש השני, מתמודד חברי בדרך של יציקת תוכן להבחנה בין סמכות השר להתוות מדיניות כללית, לבין האיסור על התערבות בשיקול הדעת האופרטיבי של המשטרה. בדומה לחברי מ"מ הנשיא (בדימ') – ושלא כדעת חברי השופט שטיין – סבורני כי אכן קיים חשש בלתי מבוטל לכך שבהעדר פרשנות הולמת של הסעיף, תיתכן 'גלישה' של השר אל עבר התערבות אסורה בפעילות המשטרה; זאת בפרט, נוכח הקושי המתעורר בעולם המעשה, לשרטט קו חד אשר מפריד בין התחום הלגיטימי של קביעת המדיניות, לבין תחום ההתערבות האסורה. עם זאת, דרכי הפרשנית להתמודדות עם החששות – שונה משל חברי. כפי שאבהיר להלן, סבורני כי לגבי החשש הראשון, אין כל צורך בפרשנות מקיימת, או ב'קריאה לתוך החוק'; די בפרשנות פשוטה

וברורה של הסעיף, בצירוף עמידה על חובות המשפט המינהלי, ועל אופן ישומן בהקשר דנן. אשר לחשש השני, אצער בדרך דומה לזו של חברי, תוך שאוסיף הערות אחדות.

סעיף 8 – קריאה לתוך החוק?

29. טרם אפנה לפרשנות הסעיף, אבקש לעמוד בקצרה על קושי מסוים אשר עולה למקרא מהלכו של חברי. חברי מסווג את מהלך הפרשנות המוצע על-ידו כמעין פרשנות מקיימת; אולם, סבורני כי לא אלה הם פני הדברים, וכי הלכה למעשה, עסקינן ב'קריאה לתוך החוק' (Reading in). כידוע, גבולות הפרשנות הם גבולות הלשון; ופרשנות מקיימת נדרשת, אף היא, לאחיזה בלשון החוק (ראו למשל: בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 121-125 לפסק הדין של הנשיאה חיות (1.1.2024)). איני סבור כי ניתן למצוא בלשון סעיף 8 אחיזה – ולו מינימלית – לקיומה של חובת היועצות קטגורית עם המפכ"ל; אף לא לחובת היועצות עם היועצת בכל הנוגע לקביעת מדיניות הנוגעת להפגנות ומחאות, או להבחנה בין הקשר זה לבין הקשרים אחרים. אשר על כן, אף אם סבור אי-מי כי קריאה זו של החוק תהא ראויה יותר – לא ניתן להבינה כפרשנות מקיימת (על הקשיים שמעוררת פרשנות מקיימת שאינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק, ראו למשל: שם, פסקה 13 לחוות הדעת של השופטת ר' רונן; בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט 241, 271, 288-289 (2004)).

30. נראה אפוא שאין להבין את דרך הילוכו של חברי אלא כ'קריאה לתוך החוק', שכן "במקום שבו מסתיימת פרשנותו של חוק, מתחילה ה'קריאה לתוכו'" (אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 354 (2017) (להלן: ברק)). ברם, בפסיקה הוגדרו שיקולים שאותם יש לבחון עובר להפעלת דוקטרינה זו. זאת, "מתוך הכרה שמדובר בסעד אשר נקודת החיכוך שלו עם סמכויות הרשות המחוקקת הינה בעצימות גבוהה", ומשכך, מתבקשת לגביו "תחימה ברורה של גבולות והפעלה זהירה ואחראית של הדוקטרינה" (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 35 לפסק הדין של הנשיאה חיות (27.2.2020)). השיקולים שנמנו בעניין זה נוגעים, בין היתר, למידת ההרחבה הנדרשת של דבר החקיקה; לשאלה אם הרחבת ההסדר פשוטה, ברורה וחד-משמעית; ולשאלה אם "ההרחבה מגשימה את כוונת המחוקק מבלי שתהיה בה התערבות יתירה במדקם החקיקה" (שם; ראו גם: בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקה 59 (22.5.2012); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פסקה 59 (15.8.2012)).

מטבע הדברים, בהינתן הסיווג של חברי את המהלך הפרשני שנקט בחוות דעתו, שיקולים אלה – לא נבחנו על-ידו.

31. הקושי שמעורר השימוש בדוקטרינה, תוך 'עקיפת' הכללים שהותוו בפסיקה להחלתה – משמעותי ביותר. לא בכדי נקבעו כללים אלה: "הקריאה לתוך החוק מחייבת זהירות רבה. הסכנה של חציית הגבול שבין השופט למחוקק מרחפת על סעד חוקתי זה. אל לו לבית-המשפט להימצא במצב שבו רצונו לא לפגוע בחוק יביאו לידי פגיעה לא-ראויה במחוקק" (ברק, עמוד 354). בעניין דנן, סבורני כי קריאת החובות האמורות לתוך החוק שקולה, הלכה למעשה, לכתיבת החוק מחדש. בכך, יש משום חריגה מסמכותנו, ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. זאת ועוד, העניין דנן אינו בא בגדר המקרים שלשמן נקלטה הדוקטרינה במשפטנו. כפי שצוין בפרשה אחרת, "השימוש בכלי זה אינו הדרך המתאימה לצמצום ההסדרים בחוק כמבוקש על-ידי העותרות. השימוש שנעשה בדרך כלל בדוקטרינה זו ביקש להחיל, בשם עקרון השוויון, את דבר החקיקה נשוא הביקורת גם על קבוצות שהמחוקק השמיט ממנו, תוך קריאת קבוצות חדשות לתוך החוק, והכל במסגרת התכלית החקיקתית. [...] המקרה שלפנינו שונה. בנסיבותיו של החוק, אין עומדת בפנינו שאלה של העדפת קבוצות מסוימות על-פני קבוצות שהחוק אינו חל עליהן על פי לשונו, ואין לנו עניין בפגיעה בשוויון. אף העותרות לא מצביעות על פגיעה כאמור. איננו רואים, אפוא, כי בנסיבות העניין יש לעשות שימוש בדוקטרינת ה-Reading in, על כל משמעויותיה. בשלב הנוכחי, כשהחוק בא לראשונה לפנינו, עלינו לעשות שימוש בכלי העבודה האניהרנטי שבידי בית המשפט – פרשנות החוק מתוכו ומלשונו" (בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 15 (28.5.2012); ראו גם: בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקאות 36-37 (18.9.2014); ברק, עמוד 353).

סעיף 18 – פרשנות לשונית ותכליתית

32. נוסף על האמור בדבר הקשיים שבשימוש חברי בסעד ה'קריאה לתוך החוק', מסופקני גם לגבי נחיצותו של מהלך זה, על מנת להגיע אל התוצאה שבה מצדד חברי; זאת, כיוון שפרשנות ישירה של הסעיף, לפי כללי הפרשנות 'הישנים והטובים', בצירוף עם הדין המינהלי, מוליכים, הלכה למעשה, למצב דברים משפטי שהמרחק בינו לבין זה שאותו עיצב חברי – אינו רב. אפנה אפוא לפרשנות הסעיף. לשונו מצביעה בבירור על כך שהוקנתה לשר סמכות להתוות את הדרך לפעולת המשטרה במישור הכללי ("מדיניות"; "עקרונות כלליים"; "הנחיות כלליות"; "ההוראות הכלליות"); לצד זאת, אין בלשון הסעיף ולו רמז לכך שהוקנתה לו סמכות להתערבות במישור הפרטני ובהחלטות אופרטיביות.

33. התחקות אחר תכליתו הסובייקטיבית של הסעיף – מוליכה למסקנה זוהה, שלפיה התיקון לא נועד להסיט את נקודת האיזון שנהגה טרם חקיקתו, אלא לשמר את מצב הדברים שבו השר מתווה מדיניות כללית, ואילו שיקול הדעת של המשטרה בהפעלת סמכויותיה במקרים פרטניים – נותר עצמאי, בלתי-תלוי. כך, בדברי ההסבר להצעת החוק, נכתב לגבי הסעיף כי "מוצע לעגן את סמכותו של השר לביטחון הפנים להתוות את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, ברוח מסקנות הוועדות הציבוריות שפורטו לעיל" (דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37) (סמכויות), התשפ"ג-2022, ה"ח 943, 9) (להלן: דברי ההסבר). מסקנות הוועדות שאליהן כיוונו דברי ההסבר, כפי שהובאו שם, מכוונות לאותה נקודת איזון; כך למשל, בהתייחס לדוח ועדת צדוק, נכתבו בדברי ההסבר כדברים הללו: "הוועדה סברה בעניין זה כי 'השר רשאי להתערב בהחלטות אסטרטגיות, לתת הנחיות כלליות ולהתוות מדיניות עבור המשטרה בעניינים בעלי חשיבות עקרונית, אולם אין הוא רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות, או בפרטים, נושא השמור לדרג המקצועי'".

34. עיון בפרוטוקולים של הדיונים בהצעת החוק, מעלה מסקנה דומה. המחלוקת בין התומכים בהצעת החוק לבין המתנגדים לה נסבה על סוגיות שונות, אולם נדמה כי כל הצדדים תמימי-דעים היו כי השר אינו מוסמך, גם לאחר התיקון, להתערב בהחלטות פרטניות, ובשיקול הדעת המקצועי-אופרטיבי של המשטרה (ראו למשל, בהקשר זה, את האסמכתאות בכתב התשובה מטעם הכנסת, מיום 28.3.2024). גם בהליך שלפנינו, הן הכנסת, הן השר, שבו בכתבי הטענות, ושנו בדיונים על-פה, כי התיקון לא הסמיך את השר – ואף לא התכוון להסמיכו – להתערב בכל סוגיה החורגת מגדרי המישור הכללי. כפי שציין חברי, מ"מ הנשיא י' עמית, בהחלטה מיום 19.3.2023:

"למעשה קיימת הסכמה בין כל משיבי הממשלה כי השר רשאי להתוות מדיניות ועקרונות כלליים עבור משטרת ישראל [...]. מנגד, וכפי שציין השר עצמו בתגובתו 'שיקול הדעת על אופן הפעלת הכוח, מסור למפקדים בשטח'. דומה אפוא כי גם כאן קיימת הסכמה בין כל הצדדים. ברי כי השר אינו רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות האמורה, ואינו רשאי ליתן הנחיות קונקרטיות אגב התרחשותם של אירועים פרטניים. עניינים ופרטים אלה נתונים לשיקול הדעת המבצעי-האופרטיבי של הדרגים המקצועיים של המשטרה והמפקדים בשטח, על פי הנסיבות המשתנות והתנאים בשטח".

נראה אפוא כי אין לפנינו מחלוקת פרשנית אמיתית; אלא מחלוקת מעשית, לגבי השאלה אם התיקון עשוי, הלכה למעשה, להוביל להתערבות השר – אם בשוגג, אם במזיד – בשיקול הדעת של המשטרה בהפעלת סמכויותיה.

35. בהקשר זה, סבורני כי הגם שלא ניתן לפרש את הסעיף עצמו כך שהוא מטיל אי-אלו חובות פרוצדורליות, המבטיחות כי נקודת האיזון תישמר לא רק בכוח, אלא גם בפועל – כללי המשפט המינהלי מטילים חובות שיש בהן, לכל הפחות, כדי לצמצם את החשש שהביעו העותרים והיועצת המשפטית לממשלה מ'עירוב תחומין', ומפגיעה בעצמאות שיקול הדעת של גורמי המשטרה. כך, כידוע, "החלטה בדבר מדיניות – קל וחומר החלטה המשנה מדיניות – צריכה להיעשות בהליך מינהלי ראוי. היא מצריכה בראש וראשונה קיומה של תשתית עובדתית, ועל הרשות לקיים 'מהלך מסודר של איסוף נתונים, מיונם ובדיקתם'" (בג"ץ 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פסקה כ"ו (23.10.2007); ראו גם: בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא 1, 50 (1987); ברק-ארז, עמודים 439-443).

36. ודוק: מקובלנו מימים-ימימה, כי אופיו וטיבו של ההליך הנדרש, משתנה מעניין לעניין, ומהקשר להקשר: "לא ניתן לקבוע מתכונת שלמה ובלתי משתנה לבדיקתו של כל נושא, הבא לפני רשות, המתבקשת להפעיל סמכותה לפי החוק. הקווים הכלליים, שהותוו לעיל, אמנם ישימים לכל מקרה, אך מידתם של ההעמקה והפירוט משתנים לפי אופיו של העניין ולאור מכלול הנתונים שלו" (בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז (3) 29, 49 (1983); ראו גם: בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח 412, 423-425 (1994) (להלן: עניין יורונט)). כך, "אין דומה עוצמת הראיות הנדרשת לצורך החלטה שלה השלכה ישירה על זכויות היסוד של הפרט, והיא עלולה לפגוע בזכויות אדם כענין שמשמעותו שולית לאינטרס הפרט ואינטרס הציבור. ישנה קורלציה ישירה בין נושא ההחלטה והשלכותיה על הפרט ועל הכלל לבין מידת הביסוס הראייתי הנדרש לגיבוש התשתית העובדתית עליה היא נשענת" (רע"ב 426/06 חווא נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 14 (12.3.2006); ההדגשה הוספה – נ' ס'; ראו גם: ברק-ארז, עמודים 447-450; זמיר, עמודים 1136-1139).

37. ישום כללים אלה בהקשר דנן, מעלה כי בכוא השר לגבש מדיניות ועקרונות כלליים לפעולתה של המשטרה, הריהו מחויב לאסוף נתונים ולהתבסס על תשתית עובדתית נרחבת ומקיפה. כך, בהתחשב בהיקף המנדט שניתן לשר, בנוגע להחלטות שעניינן מדיניות כללית ורחבה, ובהינתן שלמדיניות זו השפעה על אינטרסים וזכויות רמי מעלה, ידרש השר לבסיס איתן ומוצק, כך ש'משקלה' של התשתית העובדתית הנדרשת – יהיה גבוה. אכן, מקום שבו מדובר בהחלטה "מורכבת" וחשובה[ה], נדרשת הרשות "לחקור ולדרוש, לאסוף מידע מרשויות מינהליות או מגופים אחרים, ואולי אף לבקש

חוות-דעת של מומחים" (עניין יורונט, עמוד 424). בהתחשב באמור, קשה לראות כיצד החלטה של השר לגבי מדיניות המשטרה, מבלי שנועץ, בין היתר, עם גורמי המקצוע המומחים – קרי, עם בכירי המשטרה, ובראשם המפכ"ל – תוכל להחשב כהחלטה שהתבססה על תשתית עובדתית הולמת.

38. כך בכלל, ובפרט בכל הנוגע לתחום הרגיש של הפגנות ומחאות, הניצב בליבת זכות היסוד לחופש הביטוי. כפי שציינו העותרים בבג"ץ 532/23, ועל כך עמד גם חברי, הפעלת סמכויות המשטרה בהקשר זה נוגעת, במידה רבה, ליישום אמות המידה שנקבעו בדין לגבי האיזון בין הזכות להפגין, לבין זכויות ואינטרסים אחרים של מי שעלול להיפגע ממימושה של הזכות (ראו למשל: בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל, פסקאות 19-20 והאסמכתאות שם (19.8.2020); בג"ץ 5318/21 עיריית רעננה נ' משטרת ישראל, פסקאות 34-50 (18.5.2022); בג"ץ 5936/23 וסדלאוף נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 7 (30.5.2024); הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 3.1200 בדבר חירות ההפגנה). משאלה הם פני הדברים, ובשים לב לכך שלכל החלטת מדיניות בתחום זה עשויה להיות השפעה דרמטית על זכויות-יסוד, מובן כי ככלל, במסגרת גיבוש התשתית העובדתית לצורך החלטה כאמור, נדרש יהיה לבחון את עמדת גורמי המקצוע המשפטיים במשרד לביטחון לאומי, בעלי הניסיון הרלבנטי בתחום זה.

39. הנה כי כן, לנוכח טיבן ומהותן של החלטות הנוגעות למדיניות המשטרה, ובשים לב להשפעתן הפוטנציאלית על זכויות-יסוד, מטילים כללי המשפט המינהלי מגבלות פרוצדוראליות משמעותיות, שיש בהן כדי להוות ערובה מסוימת – גם אם לא מושלמת – לכך שההחלטה תתקבל לאחר הליך נאות, ובכפוף לשמיעת עמדת הגורמים הרלבנטיים, מה שמצמצם במידה ניכרת את האפשרות ש'החלטת מדיניות' של השר תביא להתערבות בשיקול הדעת של המשטרה בהפעלת סמכויותיה האופרטיביות.

40. נוסף על האמור, סעיף 8(ב) סיפא קובע כי "השר יפרסם את המדיניות שהתווה באתר האינטרנט של המשרד לביטחון הפנים". אכן, "אחת הדרכים להבטיח כי כוחו של השר להתוות מדיניות איננו מנוצל לרעה לצרכים של אירוע ספציפי הינה שקיפות של החלטות המדיניות" (דוח ועדת צדוק, עמוד 49). חובת הפרסום מגבילה, ככלל, את אופי ההחלטות שיכולות להתקבל תחת הכותרת 'מדיניות', להחלטות כלליות, צופות פני-עתיד, אשר קיים היגיון בכך שיתפרסמו באתר המשרד. כמו כן, היא מגבירה את השקיפות, את הפיקוח הציבורי, ואת האפקטיביות של ביקורת שיפוטית כאמצעי איזון ובלימה במקרה הצורך, שכן רק ככל שהמדיניות ידועה, ניתן יהיה להתקיפה בערכאות שיפוטיות. בכך

יש כדי להוסיף למגבלות הפרוצדורליות המוטלות על סמכותו של השר בגיבוש מדיניות, מגבלות שיש בהן כדי לצמצם את החשש מכך שהמדיניות שתיקבע לא תהא כללית, או לא תותיר למשטרה שיקול דעת מספק בהפעלת סמכויותיה.

41. בהמשך לאמור, אעבור לדיון בחשש השני העולה מסעיף 8ג, אשר נוגע לקושי המעשי להבחין בין מדיניות כללית לבין מקרים פרטניים. בהקשר זה, הן העותרים, הן היועצת המשפטית לממשלה, הלינו על כך שהחוק לא שירטט במדויק את ההבחנה בין המקרים. אכן, מוטב היה למחוקק להידרש להבחנה זו (ראו: דוח ועדת צדוק, עמוד 49). ברם, סבורני כי אין בהימנעותו מלעשות כן, משום פגם מהותי. ככלל, מקום שבו בחר המחוקק שלא 'לדקדק בפרטים', אלא לקבוע את הנורמה ברמת הפשטה גבוהה, יהא זה תפקידו של בית המשפט לצקת תוכן קונקרטי באותה נורמה, ולהשלים את החסר, כדרכו של המשפט המקובל; אכן, "חקיקה היא האצלה לפרשנות" (בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מו 692, 702 (1992)). במאמר מוסגר אציין, כי אמנם, לגבי מקרים מסוימים כלל ההסדרים הראשוניים אכן מחייב את המחוקק לרדת מן הכלל אל הפרט (ראו למשל: בג"ץ 6215/12 באסטאקאר נ' שר האוצר, פסקה 25 והאסמכתאות שם (16.6.2015)). ואולם, בהתחשב בכך שלמחוקק יכול שיהיו שיקולים כבדי-משקל העשויים להצדיק העדפה לקביעת נורמה ברמת הפשטה גבוהה – כגון מחסור באינפורמציה בנקודת זמן מסוימת, או רצון להקנות שיקול דעת רחב לגורם בעל המומחיות שעתיד ליישם את הנורמה – ובהינתן שהדיון בעתירות דנן לא התמקד בסוגיה זו, לא ראיתי לנכון להרחיב לגביה כאן). בענייננו סבורני, כדעתו של חברי מ"מ הנשיא (בדימ'), כי יש מקום לצקת תוכן להבחנה בין מדיניות כללית לבין מקרים פרטניים. זאת, במבט צופה פני עתיד, מתוך שאיפה ליצור ודאות ולהפחית מחלוקות פרשניות פוטנציאליות.

42. אמנם, ברי כי לא ניתן לשרטט קו מדויק שיגדר כל אחת מן הקטגוריות, אולם בהחלט ניתן לתת סימנים בהבחנה ביניהן. אציע לשם כך את אמות המידה הבאות:

(-) היקף התחולה: מדיניות מתייחסת לסט עקרונות רחב, שיש בו כדי ליתן הכוונה ומסגרת עקבית שבגדרה יתקבלו החלטות ספציפיות בקטגוריה מסוימת של מקרים. כך, המדיניות חלה, מעצם טבעה, על קבוצה של מקרים ומכווינה את הטיפול בהם. לעומת זאת, אם אין עסקינן בהחלטה שתשפיע על קטגוריה או קבוצה של מקרים, אלא על אירוע אחד או כמה אירועים בודדים – מתקרבים אנו לקוטב של החלטה פרטנית.

(-) רמת ההפשטה: מדיניות מנוסחת, ככלל, ברמת הפשטה גבוהה, אינה נוגעת ב'פרטים הקטנים', ואינה מתייחסת להקשר קונקרטי. לעומת זאת, ככל שמדובר בהחלטה הנוגעת למצב דברים או לנסיבות ספציפיים, ואשר ניכרת בה ירידה לפרטים, הנטייה תהיה לקבוע כי אין מדובר במדיניות, אלא בהחלטה פרטנית.

(-) טווח הזמן: מדיניות מטבעה צופה פני עתיד, כאשר 'העתיד' אינו נוגע בנקודת זמן קונקרטית, כי אם בתקופה שבמהלכה מבקשת הרשות לעמוד במטרות מסוימות, או לפעול בדרך פלונית. לעומת זאת, מקום שבו מדובר בהחלטה שעניינה באירוע הנמצא בעיצומו, או שעתיד להתרחש במועד ספציפי; ולחלופין, שתחומה היא לפרק זמן קצר, ניטה לקבוע כי לא במדיניות עסקינן, אלא בהחלטה פרטנית.

(-) הנחיה מול הוראה: מטרת המדיניות היא לשרטט קווים מנחים שלאורם יתקבלו החלטות פרטניות; זאת, מבלי לשלול את האפשרות להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל מקרה ומקרה, בהתאם לנסיבות הרלבנטיות. כך, מדיניות נועדה להנחות, אך לא להורות לרשות באופן מדויק כיצד לפעול במקרה מסוים, מבלי להותיר לה מתחם שיקול דעת. לשון אחר, יש להקפיד על ההבחנה בין המדיניות עצמה, לבין אופן היישום שלה, שהוא עניין ששיקול הדעת לגביו נתון לרשות הפועלת לאור המדיניות.

43. כפי שצינתי, אין באמור עד כה כדי למצות את הדיון, או לשרטט באופן מלא את קו הגבול; עם זאת, נראה כי יש באמות המידה הללו, כדי לצמצם את אי-הוודאות הפרשנית, ובהתאם לכך, את 'מרחב העמימות' שניתן לעשות בו שימוש לרעה. כך למשל, ישנם אמות המידה על פעולות שביצע השר בפרק הזמן שחלף מאז הגשת העתירות – ואשר לגביהן הוגשו בקשות לצווי ביניים – מלמד בבירור כי למצער בחלק מאותם מקרים, חרג השר מסמכותו, שכן לא ניתן לראות אותן פעולות כהחלטות מדיניות; אף לא בקירוב. דוגמא לכך היא שפרסום הוראות אופרטיביות הנוגעות להתנהלות המצופה מן המשטרה באירועים ספציפיים (בין אם הדברים נוסחו באופן כללי, בין אם לאו) – למשל, לגבי חסימת צירים מסוימים, אופן הפעלת הכוח במקרה פלוני, או חקירה ספציפית שנפתחה – אינו בגדר מדיניות כללית.

44. במובן זה, שלא כדעת חברי, עמדתי היא שאין בהתנהלות השר בפרק הזמן שחלף מאז נחקק התיקון, כדי ללמד על כך שהתיקון שינה את נקודת האיזון, או התיר התערבות של השר בשיקול הדעת האופרטיבי של המשטרה. אף אם אניח כי בעת שביצע את הפעולות האמורות, אשר ברי כי אינן בגדר מדיניות כללית, סבר השר כי הוא מפעיל

סמכויות שהוקנו לו בחוק – דומני כי ניתן להסתפק אם אלה הם פני הדברים – יש בכך כדי ללמד, לכל היותר, כי השר פירש את החוק באופן שגוי. בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של החוק, והשאלה אם התיקון שינה מנקודת האיזון שנהגה לפניו, או התיר אי-אלו פעולות, נגזרת מהפרשנות שהוא מעניק לו; והדברים ברורים.

45. שלוש הערות טרם סיום הדיון בפרשנותו של סעיף 8ג. תחילה וראש, לצד החששות המובנים, שנדונו בהרחבה עד כה – ושהתנהלות השר מאז נחקק התיקון לא סייעה להפגתם, בלשון המעטה – אל לנו לקרוס, כתוצאה מחשש מנקודת קיצון אחת, לנקודת הקיצון ההופכית. איזון ובלימה נדרשים משני הכיוונים; הן בהתייחס להתערבות השר בשיקול הדעת העצמאי של המשטרה בהפעלת סמכויותיה האופרטיביות, הן בנוגע לעצמאות מוחלטת של המשטרה, אשר עלולה לבוא לידי ביטוי בכך שהמשטרה תפעיל את סמכויותיה באופן פסול, או שלא לטובת אזרחי המדינה. יש מקום אפוא לעמוד על כך שבמישור העקרוני, סמכות השר לקבוע מדיניות ועקרונות כלליים לפעילות המשטרה אינה אך בבחינת 'רע הכרחי'; יש בה חשיבות ממשית, גם תועלת. כפי שצינתי בפתח הדברים, כפיפותה המוסדית של המשטרה למרותה של הממשלה – ובהתאם לכך, למרותו של השר הממונה על המשטרה מטעם הממשלה – חיונית, הכרחית לביסוס הלגיטימציה הדמוקרטית של הפעלת סמכויותיה של המשטרה (ראו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 24; ראו גם: ע"פ 9878/09 מדינת ישראל נ' מוסא, פסקה 24 (20.9.2010)). כפיפות זו משמשת, בין היתר, כמנגנון איזון ובלימה, המאפשר לממשלה ולשר, אשר הם אלה הנושאים באחריות כלפי הציבור, לפקח על פעילות המשטרה, ולוודא כי סמכויותיה מופעלות לטובת הגשמת התכליות שלשמן נועדו (מן הראוי לציין בהקשר זה, כי ועדות חקירה ממלכתיות הטילו בעבר אחריות אישית על שרים לביטחון פנים עקב כשלים של המשטרה (ראו: דוח ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 שער שישי (2003); דוח ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון 211-213 (2024)). התפיסה (הנכונה) שלפיה השר אחראי במקרים מסוימים על כשלים מהותיים של המשטרה, חייבת להניח כי מוטלת עליו אחריות ביחס לפעילותה, וסמכות למימוש אותה אחריות. בהעדר סמכות כאמור – לא תיתכן אחריות).

46. שנית, לא למותר לציין, כי קיימת חשיבות בלתי מבוטלת בעצם קביעתה של מדיניות למשטרה בתחומי פעילותה השונים. כך, קיומה של המדיניות "מייעל את פעולת הרשות והפעלתה" תורמת לאחידות, יציבות ועקביות של פעולתה ולשוויון בהפעלת הסמכות; זאת ועוד, קיומה "מאפשר לאזרח, הנזקק לרשות המנהלית, לצפות ולכלכל את צעדיו במידה סבירה של ודאות, ומקלה על הפעלת ביקורת על פעולת הרשות" (עע"מ

9187/07 לוחן נ' משרד הפנים, פסקה 38 (24.7.2008); ראו גם: יואב דותן הנחיות מינהליות 361-350 (1996); ביי, עמודים 161-162). לצד זאת, מובן כי על המדיניות עצמה, ככל החלטה מינהלית, לעמוד בכללי המשפט המינהלי; וכי ככל שזו תחרוג מכללים אלה – אם במישור הפרוצדורלי, אם במישור המהותי – תהא כפופה, בין היתר, לביקורת שיפוטית, בהתבסס על עילות המשפט המינהלי (ראו למשל: זמיר, עמודים 3760-3761 ומגוון האסמכתאות שם).

47. שלישית, בהליך שלפנינו, מיקדו הצדדים את טענותיהם לגבי פרשנות הסעיף בתיחום 'מלמטה' של סמכות השר להתוות מדיניות ולקבוע עקרונות כלליים לפעילות המשטרה, קרי – בהבחנה בין מדיניות כללית לבין מקרים פרטניים, שבהם נדרשת הפעלת שיקול דעת אופרטיבי של המשטרה. עם זאת, נראה כי פרשנות שלמה של הסעיף דורשת גם תיחום של הסמכות 'מלמעלה', ובפרט – הבהרה של קו הגבול בין סמכות השר לקבוע מדיניות כללית, לבין האפשרות לקבוע הסדרים ראשוניים – ובפרט כאלה הפוגעים בזכויות יסוד – אפשרות שגם היא אינה עומדת לשר (להרחבה על כלל ההסדרים הראשוניים, ראו למשל: בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקאות 21-15 (2.7.2014)). אין זה מן הנמנע, כי יתעוררו בעתיד מחלוקות לגבי סוגיה זו. על כל פנים, לא זו ליבת המחלוקת הפרשנית בהליך דנן. על כן, ובהתחשב בכך שמרבית הצדדים לא העלו טענות באשר לכך, אשאיר את הדיון בפרשנות היבט זה של הסעיף לעתיד לבוא.

48. סיכום עד כאן: פרשנות סעיף 8ג מוליכה למסקנה כי הוראתו אינה משנה מנקודת האיזון העדינה שנהגה ביחסים שבין השר לבין המשטרה עובר לחקיקתו; וכי הוא אינו מאפשר התערבות בשיקול הדעת העצמאי הנתון למשטרה בהפעלת סמכויותיה. זאת ועוד, הגם שלא ניתן לקרוא אל תוך הסעיף חובות שאין בו, כללי המשפט המינהלי מטילים מגבלות על סמכות השר לקבוע מדיניות – הן במישור הפרוצדורלי, הן במישור המהותי – ומאפשרים להפחית מן החשש להתערבות פסולה בשיקול הדעת האופרטיבי של המשטרה. אם כן, משלא נמצא כי יש בסעיף כדי להתיר לשר לבצע דבר-מה שלא התאפשר עובר לתיקון, לא מצאתי הצדקה למתן סעד במישור החוקתי.

פרשנות סעיף 78

49. כך קובע סעיף 78:

(א) השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר

התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות.

(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מחובתה של משטרת ישראל לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ואין בהן כדי לגרוע מחובתה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה כאמור בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

לגבי סעיף זה, נטען כי הוא מאפשר "חדירת שיקולים פוליטיים לתחום החקירות"; כי הוא פוגע בעצמאות מערכת אכיפת החוק, ובעקרון שלפיו מערכת זו "חייבת לפעול באופן שוויוני, בלי חשש להשפעה של שיקולים פוליטיים, סקטוריאליים, קואליציוניים וכדומה"; ובהתאם לכך, כי הוא מאפשר מצב דברים שבו החלטה לפתוח או שלא לפתוח בחקירה, תתבסס על שיקולים שאינם ענייניים ומקצועיים, מה שפוגע בעצם הלגיטימיות של החקירה הפלילית, ומקים פגיעה בזכויות חוקתיות. כמו כן נטען, כי העובדה שהסעיף לא התנה את סמכות השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות בהסכמת היועצת המשפטית לממשלה, או בתיאום עמה, יכולה להביא לחוסר התאמה בין מדיניות החקירות לבין מדיניות ההעמדה לדין; ובהתאם לכך, לקיומן של חקירות חסרות תוחלת, מבלי שקיימת היתכנות להעמדת הנחקר לדין עם סיומן, ואילו יביאו לפגיעה בזכויות חוקתיות. חברי השופט שטיין דוחה טענות אלה, ואילו חברי מ"מ הנשיא (בדימ') מקבל, ככלל, את הטענות, בוחן את תנאי פסקת ההגבלה לגבי הפגיעה השניה – זו הנוגעת לחשש מחקירות חסרות אופק תביעתי – ומסיק כי דינו של סעיף זה – להיפסל. כפי שאבהיר להלן, עמדותי לגבי פרשנות הסעיף – שונה במקצת.

סעיף 48 – האם הוקנתה לשר סמכות להתערב בחקירות פרטניות?

50. סבורני, כי מלשון הסעיף עולה כי לא הוקנתה לשר סמכות להתערב בהחלטות הנוגעות לחקירות פרטניות, גם לא צל-צלה של סמכות כאמור; סמכותו תחומה אך ורק למישור הכללי ("מדיניות כללית"; "סדרי עדיפויות עקרוניים"; ההדגשות הוספו – נ' ס'). בסיפא של הסעיף, אף נקבע הליך סדור – שמיעת היועצת המשפטית לממשלה והיועצות עם "המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות" – שיש בו כדי להציב מגבלה על האפשרות למעורבות של השר בחקירות ספציפיות, או להשפעה על החלטות הנוגעות להן. לכך מתווסף סעיף 48(ב), אשר מעגן במפורש את עצמאותה של המשטרה בכל הנוגע להחלטות הנוגעות לחקירות פרטניות, ואת חובתה לפעול על-פי הדין, ועל-פיו בלבד.

51. התחקות אחר פרשנותו התכליתית של הסעיף, אך מחזקת מסקנה זו. בדברי ההסבר נכתבו לגבי הסעיף דברים אלה: "מוצע לקבוע התייחסות מיוחדת לנושא חקירות המשטרה, עקב רגישותו. מוצע כי בתחום החקירות יהיה השר רשאי להתוות מדיניות כללית, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפכ"ל והמופקדים במשטרה על נושא החקירות. הוראה זו היא אימוץ של המלצות ועדת צדוק בנושא, שכאמור הבחינה בין מעורבות השר בחקירות פרטניות, שאותה שללה מכול וכול, ובין סמכותו העקרונית לקבוע מדיניות כללית, לאחר התייעצות עם יתור גורמי אכיפת החוק. סעיף זה נועד לאפשר לשר להנחות את המשטרה לתת קדימות לטיפול בעבירות מסוימות, כגון עבירות שהן בגדר 'מכת מדינה', בהתאם למדיניותו" (דברי ההסבר, עמוד 9; ההדגשות הוספו – נ' ס').

52. הדיונים בהצעת החוק – הן בוועדה, הן במליאה – מבססים מסקנה זו ביתר שאת. כך למשל, בדיון במליאת הכנסת לקראת אישור התיקון בקריאה שניה ושלישית, הציג ח"כ אופיר כץ – יושב-ראש הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022 – את החוק המוצע לפני חברי הכנסת, באומרו כך:

"אחת הביקורות המרכזיות שהושמעו נגד ההצעה היא הטענה שהחוק יאפשר לשר להתערב בחקירות. בנושא זה הייתה תמימות דעים בין כל חברי הוועדה כי אין לאפשר זאת. גם יוזם החוק לא כיוון לכך, וכבר בהצעה שהגיש בקריאה הטרונית הייתה החרגה מפורשת של נושא זה.

במהלך דיוני הוועדה חידדנו עוד יותר סוגיה זו, ובסופו של דבר הגענו להסדר שלפיו בתחום החקירות יהיה השר רשאי לקבוע מדיניות כללית, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, אך רק לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה והתייעץ עם המפכ"ל ועם המופקדים במשטרה על נושא החקירות. בנוסף קבענו כי המדיניות האמורה לא יכולה לגרוע מהחובה המוטלת על המשטרה לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, ובכלל זה החובה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה.

הדברים מדברים בעד עצמם, ובכל זאת, מאחר שההערות שנשמעו נגעו בעיקר לעצמאות החקירה, חשוב לי לומר את הדברים באופן חד-משמעי: השר לא יוכל להגיד איזה עבירה לחקור ואיזה עבירה לא לחקור; השר לא יוכל להגיד את מי לחקור ואת מי לא לחקור; השר לא יוכל להתערב בפרטי חקירה מסוימת. לא תהיה אכיפה סלקטיבית ולא יהיו שיקולים זרים בחקירות המשטרה. כל הדברים האלה או כל סוג אחר של התערבות בעבודת החקירה של המשטרה, הם עניינים שגם יוזם החוק והשר המיועד וגם כל חברי הוועדה מתנגדים לו, וכולנו תמימי דעים שיש לשמור על עצמאות המשטרה בתחום החקירות" (פרוטוקול ישיבה 20 של הכנסת ה-25, 24 (27.12.2022); ההדגשות הוספו – נ' ס'; ראו גם את שלל האסמכתאות מדיוני הוועדה בהקשר

זה, המצביעות כולן על עמדה זהה, ואשר הובאו בהתייחסות מטעם הכנסת לכתבי התשובה מטעם המשיבים האחרים, מיום 7.6.2024).

53. זאת ועוד, כמעט למותר לציין, כי גם התכלית האובייקטיבית אינה מלמדת כי דבר החקיקה מאפשר התערבות בחקירות ספציפיות; בדיוק להפך. הנה כי כן, המחוקק לא הסמיך את השר לפגוע בעצמאות המשטרה, בכל הנוגע להחלטות הנוגעות לחקירות קונקרטיות; ואף לא התכוון לעשות כן. משאלה הם פני הדברים, לא מצאתי בסיס לטענה כי התיקון מאפשר "חדירת שיקולים פוליטיים לתחום החקירות", או פגיעה בשיקול הדעת הענייני והמקצועי של המשטרה בתחום זה. מובן, כי אין בכך כדי לומר כי לא קיימת היתכנות לקיומם של פשלים מעין אלה; אלא שאף אם יתממש החשש, יהיה זה בניגוד לחוק; לא בהסתמך עליו. משכך, דרך המלך להתמודדות עם החשש, ככל שיתממש, איננה במישור החוקתי, אלא בתקיפה מינהלית.

54. ודוק: עיון בהליך החקיקה, כמו גם בתוצר הסופי שיצא מבית-המחוקקים, מלמד כי הלכה למעשה, סעיף 8 לא נועד להיות סעיף מסמיך, כי אם סעיף מגביל. כך, ניתן היה, על פני הדברים, לגזור את סמכותו של השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות, מסמכותו הכללית לקבוע מדיניות, בהתאם לסעיף 8ג. ואולם, שלא כפי שנוסח החוק לכתחילה, בחר המחוקק בכוונת מכוון לצרף סעיף נפרד, שנבנה כקומה נוספת על גבי סמכותו הכללית של השר לקבוע מדיניות, ואשר בגדרו נקבעו תנאים ומגבלות ספציפיים באשר לחקירות, כמפורט לעיל (סעיף 8ד(א) סיפא); כמו כן עוגנה במפורש, למען הסר ספק, ו"עקב רגישותו" המיוחדת של הנושא, עצמאות המשטרה בכל הנוגע להפעלת סמכויותיה בתחום זה (סעיף 8ד(ב)); ראו למשל: פרוטוקול ישיבה 7 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022, הכנסת ה-25, 4, 6, 9, 20, 100 (21.12.2022); פרוטוקול ישיבה 8 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022, הכנסת ה-25, 191 (22.12.2022); דברי ההסבר, שם). זאת ועוד, המחוקק צמצם את ההוראה הכללית שבה השתמש בסעיף 8ג – "השר יתווה מדיניות" – וקבע כי בהקשר זה השר אך "רשאי להתוות מדיניות". משנמצא אפוא כי בסעיף מגביל עסקינן, קשה להלום את העמדה שלפיה יש בסעיף זה, כשלעצמו, כדי לאפשר את הפגיעה הנטענת.

55. בהמשך לאמור אציין, כי אני מתקשה להבין את הרציונל שהנחה את חברי בפסילת הסעיף. כפי שנמצאו למדים, סעיף 8ג אינו מקנה סמכות נוספת לשר, אלא מטיל

מגבלות על אופן הפעלת הסמכות לקבוע מדיניות, בכל הנוגע לתחום החקירות. ביטולו של סעיף זה אינו שולל אפוא את סמכותו של השר לקבוע מדיניות כללית בתחום החקירות; זו נגזרת ישירות מסעיף 8ג, המעגן את סמכותו הכללית של השר להתוות מדיניות למשטרה. הלכה למעשה, ביטול הסעיף מביא אך להסרת המגבלות הפרוצדורליות והמהותיות שנקבעו בו. ברי, כי בכל הנוגע לחשש מפני פגיעה בזכויות – תוצאה זו אינה מיטיבה, כי אם להפך. אמנם, ניתן היה לטעון, כי הסמכות לקבוע מדיניות בתחום החקירות פוגענית במיוחד, ומשכך, היא אינה באה בגדר הסמכות הכללית המעוגנת בסעיף 8ג. דא עקא, שקו טיעון מעין זה – לא שורטט. ממילא, איני סבור כי טמון בו פוטנציאל רב, שכן אין זה מובן מאליה כלל כי סמכות זו בהכרח פוגענית יותר מאשר הסמכות לקבוע מדיניות בתחומי פעולה אחרים של המשטרה, למשל בתחום המעצרים או בתחום של הפגנות ומחאות.

סעיף 78 – החשש מחוסר הלימה בין מדיניות החקירות לבין מדיניות ההעמדה לדין 56. עתה, אפנה לדיון בקבוצת הטענות השניה, זו הנוגעת להעדר חובת הלימה בין מדיניות החקירות לבין מדיניות ההעמדה לדין, והחשש הנגזר מכך, שמא תופעלנה סמכויות החקירה שלא לצורך, ללא אופק תביעתי. בהקשר זה הועלו 2 טענות עיקריות, הן מצד העותרים, הן מצד היועצת: טענות הנוגעות לכך שבסעיף 78(א) נקבעה אך חובה 'לשמוע' את עמדת היועצת טרם קביעת מדיניות החקירות, חלף חובת היוועצות, כהמלצתה של ועדת צדוק; וטענות הנוגעות להשלכות הפוטנציאליות החמורות של מדיניות חקירות שאינה קוהרנטית עם מדיניות ההעמדה לדין.

57. אשר לטענות שהתמקדו בכך שלא נקבעה חובת היוועצות, אלא חובת שמיעה, נדמה כי במישור המעשי, ההבדל בין השניים – אינו גדול. מדיוני הוועדה, עולה כי התכלית העיקרית בניסוח זה, היתה להבטיח כי חובת ההיוועצות לא תפורש, במעלה הדרך, כחובה לקבל את עמדת הגורם המייעץ. מבלי להביע עמדה לגבי תכלית זו, או לגבי התאמתם של הנוסחים השונים אליה, עולה מן האמור כי הניסוח שהתקבל אינו מעיד על כוונה שלא ליתן משקל לעמדת היועצת. גם עמדת הכנסת והשר בהליך שלפנינו, כמו גם עמדת היועצת בתגובתה המקדמית (עמדה שהשתנתה בתצהיר התשובה), היתה כי הלכה למעשה, אין הבדל משמעותי בין המונחים, כך שיש לפרש את חובת השמיעה בדומה לחובת ההיוועצות.

58. לא אכחד. אני סבור כי ניתן לפרש את המונח 'שמיעה' באופן זהה, כאילו נכתב בחוק 'התייעצות'. משמעותם הלשונית הבסיסית של המונחים אינה מאפשרת זאת; קל וחומר, בהינתן שהמחוקק ראה להבחין במפורש בין שני המונחים באותו סעיף. לצד זאת, פרשנות הסעיף מלמדת כי אכן, לצד שוני מסוים, רב המאחד על המפריד. ראשית אציין, שככלל, הוראות המשפט המינהלי הנוגעות לשמיעה, כמו גם טיב החובה – דומים למדי לאלה המסדירים חובות היועצות (ראו למשל: ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נגד מדינת ישראל, פ"ד מח 11, 16 (1993); זמיר, 1197, 1205, 1207-1208, 1211-1212, 1227). בהמשך לכך, מובן כי חובת השמיעה מלמדת, מחד גיסא, כי הגורם השומע – קרי, השר – אינו מחויב לקבל את עמדת היועצת; ומאידך גיסא, כי הוא חייב להאזין לעמדתה בלב פתוח ובנפש חפצה (ראו למשל: ע"א 120/79 אינגמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו 113, 118 (1981); בג"ץ 701/81 מלאך נ' לוי, פ"ד לו 1 (1982)); וליתן לה משקל הולם במסגרת קבלת ההחלטה (ראו והשוו: זמיר, 1217).

59. הדבר נלמד לא רק מטיבה של החובה, אלא גם מטיבו של הגורם המשמיע. כידוע, היועצת המשפטית לממשלה עומדת בראש מערכת האכיפה הפלילית; אכן, כפי שנקבע מאז ומקדם, "הגשמת הנורמה הפלילית נעשית באמצעות ההליך הפלילי, שבו המדינה היא המאשימה, היועץ המשפטי לממשלה הוא נציגה של המדינה, ובידיו נתונה, מכוח החוק, השליטה על הדיון הפלילי לתכלית ההגנה על האינטרס הציבורי" (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (26.2.2008) (להלן: עניין פלונית); ראו גם: סעיפים 11-12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי); בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285, 301 (1957); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד 485, 507 (1990) (להלן: עניין גנור); בג"ץ 4162/93 פדרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז 309, 318 (1993); בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא 714, 723-724 (1997)). משאלה הם פני הדברים, ובהינתן המומחיות המיוחדת של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה בתחום זה, ברי כי יש לייחס לעמדתם משקל בלתי מבוטל. נמצאנו למדים, כי אמנם, חובת השמיעה אינה שקולה בעוצמתה לחובת ההיועצות; אולם לצד זאת, יש בה כדי לחייב את השר להקשיב לעמדה ב'נפש קולטת', ולייחס לה משקל ניכר, גם אם לא משקל מכריע. די בכך כדי להרהר אחר טיבן של הטענות בדבר פחיתות המעמד שמעניק החוק לייעוץ המשפטי לממשלה, בכל הנוגע לקביעת מדיניות חקירות.

60. אמשך לטענות הנוגעות לחשש מפני אי-הלימה בין מדיניות החקירות, הנקבעת על-ידי השר, לבין מדיניות ההעמדה לדין, הנקבעת על-ידי היועצת. בפתח הדברים

אציין, כי על פני הדברים, מדובר בחשש ממשי. אכן, הפעלת סמכויות החקירה כרוכה, מעצם טבעה, בהשלכות דרמטיות על חיי חשודים, ובפגיעה מהותית בזכויותיהם (ראו למשל: עניין גנור, עמוד 508; בג"ץ 6302/01 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו 725, 734 (2002) (להלן: עניין דרעי)). ההצדקה לפגיעה נעוצה בתכלית החקירה – יצירת הבסיס הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. משכך, ככל שהיה הסעיף מתיר לשר לקבוע מדיניות הכוללת חקירת עבירות, שנקבעה לגביהן מדיניות של אי-העמדה לדין, היה בדבר קושי חמור, שכן מדובר היה בהכוונה לפגיעה בזכויות חוקתיות, שלא לשם הגשמת תכלית ראויה.

61. דא עקא, התחקות אחר טיב והיקף הסמכות שהוקנתה לשר, מלמדת כי הסעיף אינו מתיר מצב דברים כאמור. כפי שאבהיר להלן, הדין אינו מתיר למשטרה להחליט על ביצוע חקירה, שידוע מלכתחילה כי לא תוליד להעמדה לדין. על כן, ובהתחשב בכך שהמשטרה כפופה לדין, ובכך שהיקף סמכות השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות תחום לסמכותה החוקית של המשטרה לבצע חקירות – ולא מעבר לה – התיקון אינו מאפשר מצב דברים שבו תפתחנה חקירות, בהתאם למדיניות השר, לגבי עבירות שקיימת לגביהן מדיניות של אי-העמדה לדין. עד כאן בתמצית, ומכאן – בהרחבה.

62. כידוע, בהליך הפלילי 3 שלבים עיקריים. בשלב הראשון, על הרשות החוקרת לחקור את החשד לביצוע עבירה, תוך איסוף הראיות הרלבנטיות. בשלב השני, בוחנות רשויות התביעה את התשתית הראייתית שהתגבשה בשלב החקירה, ומתקבלת החלטה אם להעמיד את החשוד לדין, אם לאו; זאת, גם בהתחשב באינטרס הציבורי הכולל. מקום שבו הוחלט להגיש כתב אישום, ממשיך ההליך לשלב השלישי – שלב המשפט, שבמסגרתו מכריע בית המשפט אם הוכחה אשמתו של הנאשם, אם לאו (ראו למשל: בג"ץ 5023/16 רוזנטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (12.3.2020) (להלן: עניין רוזנטל); בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא 757, 768 (1997)). מובן, כי תכלית הסמכות המסורה לרשות בכל שלב – נגזרת מהשלב הבא בהליך, שאותו נועדה לממש. כך, תכלית ההעמדה לדין – השלב השני בהליך – היא הרשעת הנאשם במשפט – שהוא השלב השלישי והאחרון (לא בכדי אפוא, קיומן של ראיות מספיקות לאישום – כאלה המקימות סיכוי להרשעה הגובר על הסיכוי לזיכוי – הריהו תנאי הכרחי להעמדה לדין. ראו למשל: עניין פלוני, פסקה 37; בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 27 לחוות-דעתי (28.10.2019)); מן הצד השני, ככל שהתובע אינו סבור כי יש להרשיע את הנאשם, החלטה על העמדה לדין – למשל, כדי להגשים תכלית אחרת – תהא פסולה מכל וכל.

63. באותו אופן, תכלית החקירה, שהיא השלב הראשון בהליך, היא לגבש תשתית ראייתית לצורך השלב השני – העמדה לדין. במבט רחב, הדבר נובע ישירות מהגיונו של סימן א' לפרק ד' שבחוק סדר הדין הפלילי, שכותרתו "תלונה, חקירה והעמדה לדין", ואשר בנוי כרצף כרונולוגי, שבו כל שלב מבוסס על קודמו. כך, סמכות החקירה ממוקמת ב'סביבה חקיקתית' שכל תכליתה היא מימוש ההליך התלת-שלבי הנזכר לעיל. הדברים הם בבחינת מובן מאליו. עם זאת, בבחינה 'למעלה מן הצורך', אציין כי באופן ספציפי יותר, ניתן למצוא עוגן לקביעה האמורה, בין היתר, בסעיף 60 לחוק סדר הדין הפלילי, המחייב את המשטרה להעביר את חומר החקירה לרשויות התביעה. כך, כל שיכולה המשטרה לעשות עם חומר החקירה, הוא להעבירו לתובע; הא ותו לא. כך גם לגבי סעיף 61, אשר קובע כי "רשאי היועץ המשפטי לממשלה או תובע להורות למשטרה להוסיף לחקור", רק אם מצא "שיש צורך בכך לשם החלטה בדבר העמדה לדין או לשם ניהול יעיל של המשפט" (ההדגשות הוספו – נ' ס'); כלומר, התכלית היחידה שבגינה רשאי תובע להורות על ביצוע פעולות חקירה נוספות, היא לשרת את שלביו הבאים של ההליך. זאת ועוד, סעיף 62 מורה כי אם "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין" (ההדגשה הוספה – נ' ס'). הנה כי כן, סמכויות החקירה נועדו לשרת את ההעמדה לדין, ואותה בלבד. משכך, נקבע בפסיקה כי מקום שבו ידוע מראש כי פלוני לא יועמד לדין בגין ביצוע עבירה מסוימת – למשל, מכיוון שהאינטרס הציבורי להימנע מהגשת כתב אישום כה מובהק, כך שמוכן כי לא יהיה בראיות שייאספו במהלך החקירה כדי לשנות ממסקנה זו – רשאים גורמי התביעה, שמא אף חייבים, שלא להורות על פתיחה בחקירה נגדו (ראו למשל: עניין דרעי, בעמודים 734-735; עניין רוזנטל, פסקה 10; בג"ץ 2644/94 פרצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח 341, 343-344 (1994)).

64. על רקע דברים אלה, נפנה מבטנו אל סמכויות המשטרה הנוגעות להחלטה על פתיחה בחקירה פלילית. סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי, מורה כך:

"נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או אם היתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה".

הא למדנו, כי מקום שבו "נודע" למשטרה על ביצוע עבירה מסוג פשע – קרי, התשתית הראייתית הראשונית מבססת חשד סביר לביצוע עבירה (ראו למשל: בג"ץ 3921/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 69 והאסמכתאות שם (22.7.2021)) – הריהי מחויבת לפתוח בחקירת החשדות המונחים לפניה (עם זאת, כפי שצוין, ליועצת המשפטית לממשלה נתון שיקול דעת להורות שלא לפתוח בחקירה, אם נמצא כי האינטרס הציבורי שולל ממילא הגשת כתב אישום. ראו למשל: עניין רוזנטל, פסקה 10; בג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה 40, 42-43 (1994)). על כן, לגבי עבירות מסוג זה, בהינתן שלמשטרה לא מסור כלל שיקול דעת בשאלה אם לפתוח בחקירה, מקום שבו נודע לה על דבר ביצוע העבירה; בשים לב לכך שסעיף 8(ב) קובע במפורש, כי התיקון לא שינה מן החובה המוטלת על המשטרה לפי סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי; ובהתחשב בכך ששיקול הדעת הבלעדי שלא לפתוח בחקירה בעבירות אלה נתון ליועצת המשפטית לממשלה, הרי שבלאו הכי, החשש הנובע מהעדר הלימה בין מדיניות ההעמדה לדין לבין מדיניות החקירות – אינו מתעורר. זאת, מן הטעם הפשוט, שבכל הנוגע לעבירות מסוג פשע, לא שינה התיקון כהוא זה מן המצב הנורמטיבי שנהג עובר לחקיקתו, באשר לסמכות ההחלטה על פתיחה בחקירה. מפיוון אחר, עצם העובדה ששיקול הדעת שלא לפתוח בחקירת פשע נתון באופן בלעדי ליועצת, משמיע מעיקרא כי אין היתכנות לכך שהחלטה שלא לפתוח בחקירה תהא מנוגדת למדיניות ההעמדה לדין של היועצת עצמה.

65. לצד זאת, כנזכר, מקום בו אין מדובר על עבירה מסוג פשע, סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי מתיר לקצין המוסמך במשטרה שלא לפתוח בחקירה, אם "נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה". הפרשנות שניתנה לתנאי זה, היא שעל רשויות החקירה לבחון את ה"תועלת הציבורית הגלומה בקיומה של חקירה או בהעמדתו של אדם לדין, מחד", ואת ה"נזק שהן עשויות לשאת עימן לאינטרסים הציבוריים, מאידך" (בג"ץ 10154/03 ארד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 (2.12.2003)). במסגרת בחינה זו, על הרשות החוקרת לשקול, בין היתר, את הפגיעה הפוטנציאלית שתיגרם כתוצאה מפתיחה בחקירה לזכויות, ערכים ואינטרסים ציבוריים חשובים (ראו למשל: בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 414, 416-417 (2000)); כמו כן, עליה לבחון שיקולים מוסדיים, כגון הצורך לקבוע סדרי-עדיפויות לאכיפה, לנוכח המשאבים המוגבלים שבידי הרשויות הרלבנטיות, וכן שיקולים נוספים (להרחבה, ראו: עניין רוזנטל, פסקה 9).

66. בהסתמך על האמור עד כה, בידינו הכלים לבסס את הקביעה כי המשטרה אינה מוסמכת לפתוח בחקירה, גם מקום בו אין מדובר בעבירת פשע, אם ידוע מלכתחילה כי בין כה ובין כה, החקירה לא תוביל להעמדה לדין. ניתן להגיע למסקנה זו בשני מסלולים חלופיים. ראשית, כלל בסיסי הוא, מקדמת דנא, כי "כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמותיה של המטרה שלשמה הקנה לה החוק את הסמכות הנדונה" (בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, 1162 (1961); ראו גם: ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, 1216 (1962)); אכן, "כל שיקול-דעת מוגבל לביצוע המטרות העומדות ביסוד קיומו של שיקול הדעת" (עניין גנור, עמוד 508; ראו גם: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב 309, 324-325 (1988); בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה 673, 682 (2001)). כפי שהוזכר, התכלית העומדת בבסיס סמכותה של המשטרה לפתוח בחקירה, היא יצירת התשתית הראייתית לצורך העמדה לדין. החלטה לפתוח בחקירה מקום שבו יודעים גורמי המשטרה, אקס-אנטה, כי העמדה לדין אינה על הפרק, אינה מצויה בגדרי שיקול הדעת הלגיטימי של אותם גורמים, שכן היא חורגת מן המטרה שלשמה ניתנה להם הסמכות. עולה אפוא, כי ככל שעסקינן בעבירה שקיימת לגביה מדיניות של אי-העמדה לדין, כך שלא קיימת היתכנות כי חקירה בעניינה תוביל להגשת כתב אישום – החלטה על חקירת ביצוע העבירה אינה מצויה בגדרי שיקול הדעת שאותו מוסמכת המשטרה להפעיל.

67. המסלול השני, נוגע לשיקול הדעת גופו. כפי שצוין, טרם פתיחה בחקירת עבירה שאינה פשע, על הגורם המוסמך במשטרה לבחון, בין היתר, את התועלת הציבורית שתופק מקיומה של החקירה, ולהעמידה אל מול הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מפתיחה בחקירה. בנסיבות שבהן אין כל היתכנות לכך שהתשתית הראייתית שתבסס החקירה תשמש להגשת כתב אישום, ברי כי התועלת החברתית הנובעת מקיומה של החקירה – אפסית; ומנגד, הנזק הנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכויות החשוד, כמו גם מבזבוז משאבי המשטרה על חקירה חסרת תוחלת – משמעותי. משאלה הם פני הדברים, החלטה לפתוח בחקירה בנסיבות כאמור, תהא מופרכת על פניה – שמא נאמר, 'בלתי סבירה באופן קיצוני', 'נוסח וונדסבריי' – ולא תוכל לעמוד (לחלופין, נראה כי החלטה מסוג זה תתבסס, כמעט בהכרח, על שיקולים זרים, בלתי ענייניים; ואף תקים פגיעה בזכויות, שלא לשם הגשמת תכלית ראויה). למען הסר ספק, הדברים אינם נאמרים במבט צופה פני תקיפה משפטית; הם נועדו להבהיר שהחלטה כאמור לא יכולה לעמוד בכללי הבסיס של שיקול הדעת המינהלי, מה שמעיד על כך שאינה מצויה בגדר הסמכות המוקנית למשטרה.

68. הנה כי כן, גם בעבירות שאינן מסוג פשע, המשטרה אינה מוסמכת להחליט לפתוח בחקירת עבירה, אם ידוע מלכתחילה כי בסוף התהליך לא יועמד החשוד לדין, למשל מכיוון שהיועצת המשפטית לממשלה קבעה לגבי עבירה זו מדיניות של אי-העמדה לדין. בנקודה זו, מתחבר הטיעון חזרה לשאלה שעמה יצאנו לדרך: האם התיקון יצר מצב דברים המאפשר להפעיל את סמכויות החקירה הפלילית – על הפגיעות הכרוכות בהן – גם במקרים שבהם ידוע מראש כי החקירה לא תוביל להעמדה לדין?

69. כזכור, סעיף 8ד(א) קובע כי נתונה לשר סמכות לקבוע מדיניות כללית בתחום החקירות, בכפוף למגבלות פרוצדורליות מסוימות. ברי, כי היקף התחולה של סמכות השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות, מגודר על-ידי סמכות המשטרה עצמה לבצע חקירות, בהתאם לחוק סדר הדין הפלילי; מן הצד השני, ככל שמדיניות השר בתחום זה חלה על חקירות שהמשטרה אינה יכולה להקים למשטרה – הכפופה לדין – סמכות לחקור פשיטא כי מדיניות השר אינה יכולה להקים למשטרה – הכפופה לדין – סמכות לחקור עבירה מסוימת, בניגוד להוראות חוק סדר הדין הפלילי; יתרה מכך, סעיף 8ד(ב) שולל זאת במפורש. על כן, ובהתחשב בכך שהמשטרה אינה מוסמכת לפתוח בחקירה, כאשר ידוע מראש כי זו לא תוליך להעמדה לדין – גם מדיניות החקירות של השר אינה יכולה לאפשר מצב דברים כאמור. המשמעות המעשית של הדברים, היא שככל שתיקבע מדיניות מסוג זה על-ידי השר, המשטרה – המחויבת ממילא, כפי שהובהר, בשיקול דעת עצמאי במסגרת הפעלת סמכותה – תהיה מחויבת שלא ליישמה. כמו כן, ברי כי מדיניות כאמור לא יהא לה על מה שתסמוך, ונוכח בעיותיה – תתעוררנה לגביה טענות כבדות משקל ביותר, אם תועמד לביקורת שיפוטית. את האמור ניתן לסכם אפוא באופן הבא: הגם שהמשטרה נדרשת לפעול ליישום המדיניות של השר, הרי שהיא כפופה, ראשית כל – לחוק. בהתנגשות בין השניים – החוק הוא זה שגובר; יד החוק על העליונה. משכך, ובהינתן שהחוק אוסר על פתיחה בחקירה שלא לשם העמדה לדין, מדיניות השר אינה יכולה להתיר זאת.

70. עד כאן, לגבי החשש מפני מדיניות חקירות שתהא מרחיבה שלא לצורך, ותחרוג מגדרי מדיניות ההעמדה לדין. לצד החשש האמור, העלו העותרים טענות לגבי חשש נוסף, מכך שמדיניות החקירות תהיה מצומצמת יתר על המידה, למצער בנוגע לעבירות מסוימות, ותוביל לכך שהמשטרה לא תחקור עבירות שראוי כי יחקרו (למשל, עבירות שחיתות שלטונית). פרשנות הסעיף מלמדת, כי התיקון לא נועד לאפשר לשר לקבוע מדיניות כאמור; וממילא, גם אינו מאפשר זאת. כך, סעיף 8ד(ב) לפקודה קובע במפורש, כי אין בהוראות המתירות לשר לקבוע מדיניות בתחום החקירות – "כדי לגרוע מחובתה

של משטרת ישראל לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ואין בהן כדי לגרוע מחובתה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה כאמור בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי" (ההדגשה הוספה – נ' ס'). לפי דברי ההסבר – שאיני רואה טעם טוב לפרש את הסעיף בניגוד אליהם – הוראה זו "נועדה למנוע את האפשרות שמדיניות השר תכלול הנחיה שלא לחקור עבירה מסוימת" (שם, עמוד 10). הנה כי כן, המחוקק נדרש לסוגיה זו במפורש, וקבע כי השר אינו מוסמך לקבוע מדיניות חקירות שתנחה את המשטרה שלא לחקור עבירות מסוימות. ממילא, גם בהקשר זה, ככל שתיקבע מדיניות כאמור, חובתה החוקית של המשטרה – ששיקול דעתה, כפי שהבהרתי, עודנו עצמאי, ואשר כפופה בראש ובראשונה לדין – תהיה שלא לציית לה; מה גם, שמובן כי ניתן יהיה לתקוף מדיניות כאמור בערכאות שיפוטיות, בעילה של חוסר סמכות.

71. מכלל האמור עולה, כי פרשנות סעיף 8ד מלמדת על כך שאין בו כדי לאפשר התערבות בשיקול הדעת העצמאי של המשטרה בכל הנוגע לחקירות קונקרטיות; ואף אין בו כדי להסמיך את השר לקבוע מדיניות שתאפשר לפתוח בחקירות חסרות תוחלת, או למנוע חקירת עבירות שראוי לחקור. יתרה מזאת, כפי שצינתי, פסילת הסעיף אינה מפחיתה את החשש לפגיעה בזכויות; ההפך הוא הנכון. לא מצאתי אפוא עילה להתערבות חוקתית בסעיף זה.

72. הערה טרם סיום: החשש העיקרי המרחף מעל העתירות, כמו גם מחוות הדעת של חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), נוגע לחדירת שיקולים פוליטיים לעבודת המשטרה, בתחומי פעילותה השונים. אין חולק, כי פוליטיזציה של גוף דוגמת המשטרה, שלה סמכויות נרחבות להפעלת כוח על אזרחי המדינה – עלולה להיות הרת-אסון, ולפגוע בשורש הלגיטימציה שמכוחה ניתנו לה אותן סמכויות. יחד עם זאת, סבורני כי העתירות דנן אינן בהכרח האכסניה המדויקת להתמודדות עם חשש זה. לבד מן העובדה, כפי שהבהרתי בהרחבה לעיל, כי התיקון דנן אינו מאפשר חדירה של שיקולים פוליטיים ובלתי ענייניים לפעילותה האופרטיבית של המשטרה, הרי שנדמה כי חשש זה מתעורר ביתר שאת, דווקא כתוצאה מסמכות שהוקנתה לשר ללא קשר לתיקון מושא העתירות – סמכותו הרחבה בתחום המינויים (סעיף 7 לפקודה). סמכות זו מקנה לשר, בעקיפין, "שליטה רבה על המשטרה", ובפרט, "כוח רב למנות אנשים לפי טעמו והשקפתו, ולהרחיק כאלה שאינם מקובלים עליו" (ביין, עמודים 150-151). מצב דברים זה מקים, למרבה הצער, קושי גדול בהרבה מזה שיוצר התיקון דנן, בכל הנוגע לחשש מפני השפעה פוליטית על שיקול הדעת שמפעילים גורמי המשטרה במסגרת הפעלת סמכויותיהם. לא בכדי אפוא המליצה ועדת צדוק לצמצם סמכות זו של השר למינוי קצינים בדרגת ניצב

בלבד (ראו שם, עמוד 51). גם בסוגיה זו נדרש להרהר. מובן כי איני מביע עמדה, אולם טוב יעשו הגורמים הרלבנטיים אם ישקלו את הדברים ביום מן הימים במבט רחב.

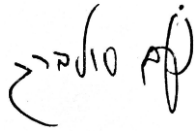
73. סיכומם של דברים: תיקון מס' 37 לפקודת המשטרה ביקש להסדיר סוגיה בעלת חשיבות ורגישות ממדרגה ראשונה – סמכויות השר ביחס למשטרה. אין לכחד. מוטב היה אילו החוק הנדון היה מכיל אי-אלו מגגנוני איזון נוספים. חששות קיימים; חלקם לא בלתי מוצדקים. עם זאת, סבורני כי פרשנות נכונה של סעיפי התיקון – אשר לא שינה באופן מהותי מן המצב שנהג לפניו – לצד עמידה על כללי המשפט המינהלי, מאפשרים להפיג את מרבית החששות, ומכל מקום מוליכים למסקנה כי לא נמצא פגם במישור החוקתי, שיש בו כדי להצדיק את ביטול התיקון; אף לא את חלקו. הלכה למעשה, אף לא נראה כי התערבות במישור החוקתי, תביא לתוצאה טובה יותר, או להתמודדות אפקטיבית עם הקשיים שעלו בעתירות. לגבי חששות שעוד נותרו – לא אלמן ישראל. ההתמודדות עם חלק מהקשיים שמעורר התיקון, יכולה להיעשות במישור המינהלי. דלתות בית המשפט נותרות אפוא פתוחות, ככל שיהיה בכך צורך, ובאם תקום עילה מתחום המשפט המינהלי להתערבותנו.

אשר על כן, אציע לחברי כי נדחה את העתירות.

אחר הדברים האלה

74. אחר הדברים האלה, קראתי את דברי חברי, מ"מ הנשיא, דברים שכתב מדם לבו; החששות – ברורים, מובנים וניכרים. חברי מדגים את התנהלותו של השר לבטחון לאומי – דוגמאות לרוב – ומהן ראייה, לשיטתו, על פועלו של התיקון לחוק, להוביל להתערבות השר בשיקול הדעת של המשטרה בהפעלת סמכויותיה. ברם, רשימת דוגמאות שכזו, מסברת את האוזן, אך איננה תחליף לניתוח משפטי. קשר סיבתי, ולו מינימלי, בין אותן דוגמאות לבין התיקון – לא נמצא. אדרבה, הנחה של קשר סיבתי כאמור נוטה חסד לשר, שכן משתמע ממנה כי השר פעל – ולמצער, סבר כי הוא פועל – בהתאם להוראות החוק בנוסחו החדש. כפי שהבהרתי לעיל (פסקאות 43-44), דעתי שלי – שונה. מסופקני אפוא עד מאד אם ביטול התיקון דנן יביאנו אל המנוחה ואל הנחלה, כפי שעולה מדבריו של חברי המ"מ. ניתנת האמת להיאמר, לא התיקון הביא להתערבות השר, ולא ביטול התיקון ימנע את התערבותו. בין כה ובין כה, עיקר ההתמודדות עם פעולות שנעשו שלא כדין, כמו בדוגמאות שציין חברי – למצער אלו שניתן לשרטט קו מחבר בינן לבין המשפט – מתבצעת, ותמשיך להתבצע במישור המינהלי. לסיכום: המשפט החוקתי – עודנו משפט;

על הניתוח החוקתי להישמר, לא לגלוש למחוזות אחרים; וכאמור לעיל, לא אלמן ישראל.



נעם סולברג
שופט

השופטת גילה כנפי-שטייניץ:

“עיקר הערובה שיש לנו לפעולה תקינה של המוסדות היא היושר, המקצועיות, האמינות, האחריות, התבונה ושיקול הדעת של ממלאי התפקידים הנוגעים בדבר. הכללים הקיימים, בין אם הם חוקים ובין אם הם קונבנציונליים, נועדו רק להקל על הפעולה הנכונה של ממלאי התפקידים, ולהציב תמריצים ותזכורות. במערכות מורכבות כגון אלה שאנו דנים בהן, ממילא נקבע תוכן הדברים על ידי תרבות השלטון והפעילות למעשה, ולא על ידי לשון החוקים ואכיפתם המשפטית. לכן, מערכת נכונה של כללים צריכה למלא את התפקיד של המנעול במשל הידוע של פרופסור בינימין אקצין: גם פלדלת משוכללת לא תמנע כניסתו של פורץ נחרץ, מיומן ועיקש [...] מערכת הרוצה להגן על עצמה צריכה, לכן, להצטייד במנעולים סבירים, ולעשות מאמץ מרבי שממלאי התפקידים בה לא יעסקו בעיקר בניסיונות להתגבר עליהם” (דו”ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (התשנ”ט-1998) 88-89 (להלן: דו”ח ועדת שמגר)).

בחרתי לפתוח את חוות דעתי בדברים שנכתבו על-ידי פרופ’ רות גביון בשולי דו”ח ועדת שמגר, לפני למעלה משני עשורים, כדי להזכיר כי לעת בחינת הוראות החוק – למנעול אנו נזקקים, לא לפלדלת. הנחת המוצא בפרשנות הוראות החוק היא כי ממלאי התפקידים, בין בדרג הנבחר ובין בדרג המקצועי, ימלאו את תפקידם בנאמנות לטובת הציבור בהתאם להוראות החוק ולא יכלו את זמנם בניסיונות לפרוץ כל מנעול או לנתץ כל בריח.

דומה שלא היינו נדרשים לעתירות שלפנינו לולא סברו העותרים, כי השר לביטחון לאומי חוצה את גבולות הכללים הקיימים ומתערב באופן פסול בפעילות המשטרה, וכי הדבר נעשה בחסות החוק. ואולם, כפי שפירטו חבריי השופטים א’ שטיין

ונ' סולברג, יישום מוטעה של הוראות החוק, בין בשוגג ובין בכוונת מכוון, אינו מהווה עילה לפסילתן או לתיקונן. על כן, בבואנו להכריע בסוגיות שלפנינו, טוב נעשה אם נרחיק מבטנו מאופן יישום החוק על-ידי השר המכהן ונתמקד בבחינת הוראותיו.

1. אקדים ואציין כי לאחר שקראתי בעיון רב את חוות דעתו המקיפה של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן, ולאחר שחזרתי והפכתי בדבר, סברתי כי בסופו של יום, דין העתירות להידחות.

שתי סוגיות עומדות במרכז הדיון בחוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022 (להלן: תיקון מס' 37 או התיקון). הסוגיה האחת, עניינה במערך היחסים שבין המשטרה לבין השר הממונה עליה מטעם הממשלה (להלן: השר); והסוגיה השנייה, עניינה בחלוקת הסמכויות שבין השר לבין היועץ המשפטי לממשלה בכל המתייחס להתוויית מדיניות בתחום החקירות.

לעמדת חברי ממלא מקום הנשיא (בדימ'), בסוגיה הראשונה, ובפרט בהקניית הסמכות לשר להתוות מדיניות, הסיט התיקון את נקודת האיזון שבין המשטרה ובין השר ופגע ביכולתה של המשטרה להפעיל את סמכויותיה בעצמאות ובממלכתיות – באופן המחייב הוספת מנגנוני איזון ובקרה בדרך של פרשנות מקיימת; ואילו בסוגיה השנייה, פגע התיקון פגיעה חוקתית בזכויות הפרט באופן המחייב פסילת הוראת חוק.

בטרם אתייחס אפוא לשינויים שהביא התיקון בכנפיו, ככל שאמנם הביא, אבחן את הדין שהיה קיים ערב התיקון בכל אחת מן הסוגיות. אציין בתמצית, כי לאחר בחינת הדברים מצאתי כי עיקר טעמו של התיקון הוא בעיגון ההסדרים הנורמטיביים שנהגו ערב התיקון, אשר גובשו בעיקרם על-ידי הוועדות שישבו על המדוכה, ובעיקר הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש (להלן: ועדת צדוק) ועברו עד כה כ'תורה שבעל פה' – וקביעתם בחוק החרות.

על האיזון הראוי בין המשטרה לבין השר במדינה דמוקרטית

2. העותרים טוענים, כי הוראות התיקון משנות את מערך היחסים בין המשטרה לבין השר, ופוגעות בעצמאותה המקצועית של המשטרה ובחובתה לפעול באופן שוויוני, נטול שיקולים זרים וא-פוליטי. ברצותם להרחיק מן המשטרה כל חשש להתערבות

פוליטית פסולה, דומה כי הפריזו בהדגשת עצמאותה של המשטרה, מבלי להידרש לצדו השני של המטבע, הן הסכנות האורבות ממשטרה עצמאית מידי.

3. המשטרה מופקדת על הבטחת הסדר הציבורי, על שמירת ביטחון האזרחים ועל אבטחת מוסדות השלטון בישראל (ראו: סעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה או הפקודה); החלטה 411 של הממשלה ה-17 "האבטחה בישראל של מיתקנים ומוסדות ממלכתיים" (26.1.1975); בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 16 (12.12.2021); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, פסקה 15 (2006)).

בחברה דמוקרטית, תפקודה התקין של המשטרה הוא מן הערובות החשובות ביותר לשמירה על הדמוקרטיה ולמימוש זכויות האזרחים. לפיכך, אבן היסוד להתנהלות המשטרה היא הפעלת כוחה במסגרת החוק, באופן שאינו שרירותי ומפלה, ומתוך מחויבות לזכויות האדם (רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, 337-336 (2012); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פסקה 16 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (2009); דן ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב 133, 137, 163 (1991) (להלן: ביינ); מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" משפט וממשל ב 159 (התשנ"ד) (להלן: קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם")). בהתייחסו לחשיבות המשטרה במדינה דמוקרטית, ציין הנשיא א' ברק: "זכויות האדם אינן מתגשמות מעצמן. נדרשת הגנה יומיומית עליהן. הגנה זו בידי המשטרה היא. אם תשכיל להגשים את תפקידה, יהא טעם לחיינו. אם תכשל בכך, ניכשל כולנו" (אהרן ברק "המשטרה וזכויות האדם בישראל" מבחר כתבים א 667, 680 (התש"ס)).

עצמאותה המקצועית של המשטרה, הפעלת סמכויותיה באופן נטול פניות ובמנותק מכל שיקול זר, נגזרת אפוא מחובתה לפעול כדין, ומהווה תנאי הכרחי ליכולתה להגן על הדמוקרטיה. יתירה מכך, עצמאותה המקצועית של המשטרה היא זו המבססת את אמון הציבור ברשויות השלטון; ופעולתה הממלכתית היא המקנה לה את הלגיטימציה הדרושה לפעילותה (ועל חשיבות אמון הציבור בטוהר פעולתה של המשטרה במדינות דמוקרטיות ראו: בג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749, 774-775 (1994); בג"ץ 7141/05 ויתקין נ' מפכ"ל המשטרה, פסקה 14 (27.2.2006) (להלן: עניין ויתקין); ביינ, בעמ' 143-147). כך, בנאום שנשא לפני שנים, ציין ראש הממשלה הראשון, דוד בן גוריון, כי אופן פעילותה של המשטרה: "מהווה את

הגורם החשוב ביותר בחיי המדינה, הקובע את יחסו של העם למדינה" (דברי ראש הממשלה במטה הארצי של משטרת ישראל (9.11.1951), ארכיון בית מורשת משטרת ישראל). על כל אלה עמד חברי מ"מ הנשיא (בדימ') בהרחבה, ואין לי אלא להצטרף לדבריו בהסכמה.

4. מן העבר השני, אין להתעלם מן הסיכונים הנשקפים ממשטרה עצמאית מדי. כוחה של המשטרה רב. סמכויותיה מתפרשות על כל תחומי החיים. ביכולתה להגביל חירויות ולפגוע בהן. להפעיל כוח, ואף כוח קטלני. עצמאות יתר של המשטרה מעוררת אפוא חשש לשימוש מופרז בכוח המופקד בידיה או לניצולו לרעה, באופן העלול לפגוע קשות בזכויות אדם או באינטרסים חיוניים, וזאת כתואנה של הגנה על שלטון החוק (ע"פ 64/86 אשש נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (31.12.1986); עניין ויתקין, פסקה 15; קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם", בעמ' 160-161; עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות משטרה 98-99 (2018) (להלן: משפט ושיטור)). במקרי קיצון, המשטרה אף עשויה להפעיל את כוחה בכדי להתערב בתהליכים פוליטיים (ביין, בעמ' 148; משפט ושיטור, בעמ' 98-99). הגם שהפקדת הכוח בידי המשטרה נועדה להגן על זכויות האדם, כוח זה עלול גם לסכן: "ריכוז הכוח בידי המדינה נועד להגן על כל פרט בפני זולתו. אולם כוח זה הפך בעצמו למקור סכנה, והשאלה היא מהי ההגנה הניתנת לאדם בפני הכוח שנועד להגן עליו" (דניאל פרידמן המשפט – מבט כללי (קצת ספקני) 111 (2024)). כפי שממשיך ומציין פרידמן, "שאלת המפתח היא בידי מי נתון כוחה של המדינה ומהם הגורמים המרסנים את השימוש בו" (שם).

5. על מנת להבטיח שהכוח הרב המופקד בידי המשטרה יופעל באופן ראוי, נדרשים מנגנוני פיקוח ובקרה, שמטרתם לאזן את הכוח האמור ולהבטיח שזה ישרת את הציבור נאמנה ולא ינוצל לרעה. בין מנגנונים אלה ניתן למנות את בתי המשפט, היועץ המשפטי לממשלה, הממשלה והכנסת. כך, בתי המשפט מפקחים באופן תדיר על הפעלתם של אמצעים משטריים. תפקידם זה מתבטא, בין היתר, בסמכות להורות על מעצרו של אדם או על שחרורו בערובה (סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996), ובדרישה לאישורן של פעולות משטרתיות מסוימות העלולות לפגוע בזכויות אדם טרם ביצוען, כגון הוצאת צווי חיפוש או צווי האזנת סתר (סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; סעיף 6 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979). היועץ המשפטי לממשלה, שעל סמכויותיו בתחום הדין הפלילי ארחיב בהמשך, מחזיק אף הוא בסמכויות פיקוח על המשטרה. זאת, בין היתר, באמצעות הוצאת הנחיות כלליות בדבר אופן מימוש מדיניות אכיפת החוק, ליווי חקירות פליליות על-ידי פרקליט המדינה, וחקירת חשדות לעבירות פליליות שנעברו על-ידי שוטרים

באמצעות המחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים (מח"ש); כך גם הכנסת מפקחת על המשטרה, כגורם המפקח על עבודת הממשלה כולה, ובמקרים מסוימים אף כגורם שחלה כלפיו חובת דיווח מכוח חוק בנושאים פליליים מסוימים (ראו למשל, סעיפים 67 ו-133 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החס"ד)).

6. הממשלה, וזה עיקר לענייננו, מהווה גורם נוסף האמור לפקח על פעילות המשטרה ולאזן את כוחה. פקודת המשטרה מקנה לממשלה, ולשר בפרט, סמכויות שונות לעניין מינויים ופיטורים של המפקח"ל ושל קציני משטרה בדרגים בכירים (ראו: סעיפים 7, 8 ו-21 לפקודת המשטרה); לשר אף נתונות סמכויות שונות בהתייחס לתקציב המשטרה בהתאם לעקרונות הקבועים בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (וראו גם: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 922-921 (2003) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון)). ואולם, הכלי המרכזי שבידי הממשלה הוא קביעת המדיניות הכללית של המשטרה ופיקוח על דרך ביצועה, זאת מבלי להתערב בהחלטות פרטניות הנוגעות לניהול השוטף של עבודתה (בג"ץ 8910/22 פטרושקה נ' ח"כ בנימין נתניהו, פס' 31 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) י' עמית (21.2.2024); עניין התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 945). עמדה על כך ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (להלן: ועדת אור) באופן הבא:

"המשטרה, המהווה זרוע ביצועית עיקרית של משרד זה, נושאת באחריות העיקרית לשמירה על הסדר הציבורי. ביצועה של משימה זו במדינה דמוקרטית מחייב איזונים מתמידים בין השמירה על הסדר ומניעתן של עבירות, מצד אחד, לבין שמירתן של חירויות אזרח, מצד שני [...]. למשרד לבטחון פנים, ולשר העומד בראשו, תפקיד חשוב בפיקוח ובבקרה על המשטרה במילוי תפקידיה, ובשמירה על האיזון העדין הכרוך בכך [...]. אכן, השר לביטחון פנים אינו אמור להתערב בהחלטות אופרטיביות פרטניות של המשטרה. הוא גם אינו אמור להתערב בהחלטות בנושאים מקצועיים, כמו חקירות. עם זאת, מחובתו לגלות מנהיגות בנושאי מדיניות, ולגבש סדר יום (דו"ח ועדת אור, שער שישי, בפסקה 21)".

מלכתחילה, התווית המדיניות מהווה דרך בה השר מוודא כי המשטרה מפעילה את סמכויותיה באופן ראוי. בהמשך, באמצעות עדכון המדיניות המשטרית יכולה הממשלה לפקח על דרכי פעולתה של המשטרה ולפעול לתיקונן במידת הצורך. על סמכות התווית המדיניות של הממשלה והשר לא חלקה היועצת המשפטית לממשלה

(וראו, למשל את דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ד"ר גיל לימון, בפרוטוקול מס' 2 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022 מיום 14.12.2022, בעמ' 64: "אין ספק שהשר לביטחון הפנים הוא לא רק מוסמך, הוא חייב לקבוע מדיניות למשטרה. זו החובה שלו וזה התפקיד שלו"). ובפועל, אף בטרם חקיקת תיקון מספר 37 פרסמו שרים שונים את מדיניותם בתחומים הנוגעים לעבודתה של המשטרה (ראו, למשל: מדיניות השר לביטחון הפנים 2021 עד 2022 (2021); מדיניות השר לביטחון הפנים 2020 עד 2021 (2020) (להלן: מסמך מדיניות השר לביטחון הפנים 2020)).

7. העולה מכך, כי קביעת מדיניות כללית ועקרונית על-ידי הדרג המיניסטריאלי בכלל, ועל-ידי השר הממונה על המשטרה בפרט, לא רק שאינה מעלה קושי, אלא שהיא רצויה ועולה בקנה אחד עם עקרון יסוד בשיטתנו לפיו השרים וראשי הרשות המבצעת נושאים באחריות הן כלפי הציבור, הן כלפי הכנסת וראש הממשלה (ראו: סעיפים 4 ו-5(ג) לחוק-יסוד: הממשלה; שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה 53-54 (2018) (להלן: שטרית)). במסגרת אחריותו המיניסטריאלית האמורה, על השר, הפועל כנאמנו של הציבור, ליתן דין וחשבון לציבור על אודות פעילות הגופים שבתחומי משרדו, לשאת באחריות לליקויים שנמצאו בתפקודם ולפעול לתיקונם.

8. על רקע המתח שבין האינטרס הדמוקרטי בפיקוח אפקטיבי על פעילות המשטרה מחד גיסא, לבין ההכרח בהגנה על עצמאותה המקצועית מאידך גיסא – התפתחו בעולם מודלים שונים של התערבות מיניסטריאלית בפעילות המשטרה. מודלים אלה נעים בין עצמאות מוחלטת של המשטרה מהתערבות ממשלתית (full police independence) ועד לצמצום משמעותי של עצמאות המשטרה ומתן ביטוי נרחב בפעולותיה למדיניות הממשלה (governmental policing) (להרחבה ראו, למשל: Kent Roach, *Four Models of Police-Government Relations*, in POLICE AND GOVERNMENT RELATIONS 16 (2007)).

כפי שראינו, בישראל אומצה גישת ביניים, שבאה לידי ביטוי אף במסקנות ועדת צדוק, לפיה השר נושא באחריות מיניסטריאלית לפעולות המשטרה והוא בעל הסמכות לקבוע את מדיניות המשטרה ולפקח על ביצועה, אך אין הוא מוסמך להתערב בביצוע האופרטיבי של משימותיה (דו"ח ועדת צדוק, בעמ' 49). ואכן, הגיונו של מודל זה ברור – עצם הדרישה ליתן דין וחשבון לציבור, מחזקת כאמור את ההגנה מפני ניצול בלתי ראוי של הכוח המשטרתי. כן היא מבטיחה שמירה על עקרון היסוד שלפיו אף גוף, לרבות

כזה האמון על אכיפת החוק, אינו מעל החוק (דו"ח ועדת אור, שער שישי, בפסקה 21). מודל זה אף מאפשר שיתוף עקיף של הציבור בעיצוב מדיניות אכיפת החוק כך שזו תותאם לצרכים חברתיים משתנים, והכל מבלי לאפשר התערבות פרטנית בעבודתה המקצועית של המשטרה.

העולה מן האמור, כי לצד חשיבות ההגנה על עצמאותה המקצועית של המשטרה, יש במתן סמכות לשר לקבוע מדיניות עקרונית ולפקח על עבודתה, כדי לטייב את דרכי פעולתה, לְמַתָּן שימוש מופרז בכוח המשטרתי ולשמור על חירויות הפרט.

9. לצד זאת, מודל זה של יחסי המשטרה והשר הממונה, אינו נטול קשיים. הוא מעורר לא אחת לבטים באשר להתוויית קו הגבול בין החלטות מדיניות ופיקוח על ביצוען – שבסמכות השר, לבין התערבות בהחלטות מקצועיות אופרטיביות של המשטרה – החורגת מסמכותו. לעיתים, ההבחנה בין השניים אינה פשוטה. על קושי זה עמדה בשעתו ועדת צדוק, באומרה כי:

"יש להגדיר בחוק את ההבחנה בין סוגיות עקרוניות של ממש לבין עניינים ספציפיים שיינתן להם לבוש של סוגיות עקרוניות. הבחנה זו אינה קלה כלל ועיקר, שכן טבען של סוגיות עקרוניות שהן זוכות לתשומת-לב דווקא בעת שדוגמא קונקרטית מתעוררת [...] הוועדה סבורה כי השר רשאי להתערב בהחלטות אסטרטגיות, לתת הנחיות כלליות, ולהתוות מדיניות עבור המשטרה בעניינים בעלי חשיבות עקרונית, אולם אין הוא רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות, או בפרטים, נושא השמור לדרג המקצועי" (דו"ח ועדת צדוק, בעמ' 49).

קשיים אלה בקביעת קו הגבול משליכים לא רק על המותר והאסור בעבודת הדרג המיניסטריאלי, אלא יש בהם כדי להקשות על גדירת גבולות אחריותם של הגורמים השונים. כך למשל, מצאה ועדת אור להטיל על השר לביטחון פנים דאז אחריות, בין היתר, לשימוש בגלילוני גומי בפיזור הפרות סדר, תוך שנקבע כי השר היה מודע לסיכונים הכרוכים בשימוש באמצעי זה, ולא פעל למנוע או לצמצם את היקף השימוש בו. הגם שהשר טען כי מדובר בנושא ביצועי לחלוטין המצוי בשיקול דעתה של המשטרה, סברה הוועדה כי "שימוש בכלי נשק קטלני ומסוכן על ידי כוחות המשטרה בנסיבות שיש בהן סיכון רב לאזרחים שלא לצורך, חייב להיות על סדר יומו של השר הממונה" (דו"ח ועדת אור, שער חמישי, בפסקה 90). סוגיה זו, של התוויית קו הגבול בין החלטות מדיניות לבין ביצוע אופרטיבי, התעוררה גם בדו"ח ועדת החקירה הממלכתית לחקר

אסון הר מירון (להלן: ועדת מירון) לעניין אחריותו של השר לביטחון פנים. הוועדה קבעה במסקנותיה כי השר אינו נדרש לאשר את התוכנית המבצעית של המשטרה לאירוע הילולת ל"ג בעומר, אך לצד זאת סברה כי "נכון וצריך היה שהשר לביטחון הפנים יעורר שאלות על התפיסה המבצעית הבסיסית באירוע המוני דתי שהמשטרה נדרשת לו מדי שנה" (דו"ח ועדת מירון, בעמ' 184). במאמר מוסגר אציין, כפי שניתן להתרשם ממסקנות הוועדות, כי הכשלים שמצאו הוועדות בהתנהלות השרים היו באי-התוויית מדיניות והעדר מעורבות בהחלטות אסטרטגיות או עקרוניות.

10. כללים אלה, על הקשיים שלצידם, הם שנהגו ערב התיקון. משרשנו על קצה המזלג את המצב הנורמטיבי אשר שרר ערב התיקון ואת תכליותיו, נפנה אפוא לבחינת הוראות התיקון ולשאלה האם יש באלה כדי להסיט את נקודת האיזון במערך היחסים שבין המשטרה לשר.

מערך היחסים שבין המשטרה לבין השר – תיקון 37

11. במבט כללי על תיקון מס' 37 בכללותו, ולמעט התייחסותי לסעיף 48 שתובא בהמשך – איני מוצאת כי התיקון מעורר קשיים המצדיקים התערבותו של בית משפט זה. בחינת הוראות התיקון, וסעיף 48 בפרט, מעלה כי אלה משקפות למעשה את המצב הנורמטיבי שהיה קיים בפועל ערב התיקון בהתאם להמלצותיהן של הוועדות הציבוריות שדנו בנושא, והפכו כאמור, תורה שבעל פה לתורה שבכתב. כך, מקנה התיקון לשר סמכות להתוות את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, וכן לקיים פיקוח ובקרה על פעילותה, כפי שהיה קודם לתיקון. כך גם אין בהוראות התיקון כשלעצמן כדי להכשיר התערבות של השר בעבודתה של המשטרה במישור האופרטיבי. גם הקשיים בהבחנה בין השניים נותרו כשהיו – החוק אינו פותר קשיים אלה ואינו מוסיף עליהם. כפי שציין חברי השופט סולברג, בחירתו של המחוקק לקבוע את הנורמה המשפטית ברמת הפשטה גבוהה והימנעותו מלקבוע אמות מידה ליישום ההבחנה האמורה, אינה עולה כדי פגם חוקתי בחוק (ראו פסקה 41 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג).

12. חברי מ"מ הנשיא (בדימ') סבור, כי יש בהוראת סעיף 48 כדי לחולל שינוי במערכת היחסים המוסדית שבין הממשלה והמשטרה, באופן המערער את עצמאות המשטרה. עיקר הביקורת על הוראות התיקון בהקשר זה נעוצה בטענה, שהתיקון עיגן בחקיקה את המלצות הוועדות המרחיבות את מעורבות השר בפעילות המשטרה, אולם

השמיט המלצות משלימות שנועדו לאזן את סמכויותיו; ובעיקר נעדרות מן החוק מגבלות על שיקול דעתו של השר שימנעו התערבותו בשיקול הדעת האופרטיבי של המשטרה. במילים אחרות, עיקר הביקורת על תיקון 37 אינה נוגעת למה שיש בו – אלא למה שאין בו.

כשלעצמי, לא ראיתי בתיקון את שרואה בו חברי. כמו חברי השופט שטיין אני סבורה כי היום כאז, רשאי השר להתוות מדיניות – עקרונית, רוחבית וכללית – וממילא אין בהוראת סעיף 8 כדי להכשיר התערבות בעבודת המשטרה באופן אחר. ובפרט, אין בה כדי לסתור או לגרוע מחובת המשטרה, ככל רשות אחרת, לנהוג במקצועיות, בממלכתיות וללא שיקולים זרים. אף אם טוב היה לעגן עקרונית חשבים אלה עלי חוק, הרי הם שרירים וקיימים, ואין בהיעדרם מן החוק כדי להפר את האיזון ביחסים שבין המשטרה לבין השר (השוו: בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 45 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות (8.7.2021)).

13. מכל מקום, גם לו הייתי שותפה לעמדת חברי מ"מ הנשיא (בדימ'), הייתי מתקשה להצטרף לחוות דעתו המגלה מהלך פרשני שאינו שגרתי. באמצעות מתווה פרשני, 'מתקן' חברי פגמים רבים שנפלו לעמדתו בחוק. ההסדר כפי שחברי מבקש לעצבו – שונה הוא בצורה ניכרת מן ההסדר שעיצבה הכנסת, באופן המקשה על אימוצו. כך ציין הנשיא ברק כי "אין הרשות השופטת כל יכולה: אין היא 'ריבונית' בחקיקה שיפוטית. אין היא חופשית בבחירת התוכן לנורמה המשפטית [...] בחקיקה שיפוטית הנובעת מפירושה של הוראה חקוקה על הפרשן להיות נאמן להוראה החקוקה. הוא חייב נאמנות ללשון החוק" (אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25, 39 (התשמ"ג) (להלן: ברק "חקיקה שיפוטית")). לפיכך, הגם שיש לשאוף שלא לבטל הסדרים חקיקתיים, מקום שדבר חקיקה לוקה בשורה ארוכה של פגמים, וכדי להכשירו נדרש צבר של מעשי פרשנות מעצבת, תוך עריכת שורה של 'תיקונים' להסדר – יש לטעמי לבכר פסילתו חלף הסגת גבולו של המחוקק על-ידי הכשרתו תוך תיקון מכלול הפגמים.

בפרט אמורים הדברים בכל הנוגע להבחנה שעושה חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), בין התוויית מדיניות כללית לבין התוויית מדיניות בענייני חופש ביטוי. חברי מציע שבענייני חופש הביטוי יוטלו על השר חובות נוספות מעבר לאלה שביקש לקבוע לגבי התוויית מדיניות כללית. לבד מן העובדה שההבחנה המוצעת אינה מעוגנת בחוק, ואין לה רמז בלשון התיקון, דומה כי סוגיה קונקרטית זו זכתה להסדר מיוחד מפאת העובדה שהועלו בעניינה טיעונים פרטניים בגדרי ההליך; בעוד שבעניינן של סמכויות

רגישות אחרות המצויות בידי השר העשויות להעלות קשיים דומים (למשל, מינויי ופיטורי בכירים או מדיניות אכיפה הנוגעת למגזרים שונים) – לא נטען, וממילא הן לא זכו להתייחסות מיוחדת (ועל מגבלותיו של בית המשפט הפועל על פי "סלקציה מקרית" של מה שמובא לפניו ראו: ברק "חקיקה שיפוטית", בעמ' 50; משה לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים י (התש"ס)).

14. לסיכום, להשקפתי – בכל הנוגע ליחסי השר והמשטרה, לא בחוק טמונה הבעיה. כפי שטוענת הכנסת בתשובתה לעתירות, טענות אלה מקומן במישור יישום החוק ולא במישור חוקתיות החוק, ולפיכך הביקורת השיפוטית ההולמת אותן היא בשדה המינהלי, ולא החוקתי.

חלוקת הסמכויות בין היועץ המשפטי לממשלה לבין השר בתחום החקירות

15. הסוגיה השנייה הניצבת לפתחנו עניינה בחלוקת הסמכויות שבין השר לבין היועץ המשפטי לממשלה בכל המתייחס להתוויית מדיניות בתחום החקירות. בהקשר זה נטען, כי הוראות התיקון – ובאופן קונקרטי סעיף 8ד – יובילו לפגיעה קשה בזכויות חוקתיות, בשל העדר הלימה בין מדיניות חקירות שיקבע השר לבין מדיניות העמדה לדין הנקבעת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. על מנת לבחון טענה זו, אתייחס בקצרה לסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום הדין הפלילי, ובעיקר בתחום ההעמדה לדין והחקירות, ולממשק הקיים בין סמכויותיו אלה לסמכויות השר להתוויית מדיניות בתחום החקירות.

16. כידוע, היועץ המשפטי לממשלה משמש כראש התביעה הכללית וככזה הוא מופקד על הפעלת הדין הפלילי (דו"ח ועדת שמגר, בעמ' 12-13; רות גביוזן "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 27, 39-41 (התשנ"ו); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד – סדרי הביקורת המשפטית 2404-2405 (2017)). אם נפנה מבטנו לחקיקה, נוכל לראות כי בין סמכויותיו הרבות והמגוונות של היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הכללית, מצויה סמכות מרכזית – היא סמכות ההעמדה לדין הפלילי העומדת במרכז דיוננו. החדס"פ מעגן את סמכויות היועץ המשפטי לממשלה בתחום זה וקובע כי "המאשים במשפט פלילי הוא המדינה והיא תיוצג בידי תובע שינהל את התביעה" (סעיף 11), וכי התובעים במשפט הפלילי יהיו "היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו" (סעיף 12). בפרט, סימן א' של פרק ד' לחדס"פ, העוסק בהליכים שלפני המשפט – התלונה, החקירה, וההעמדה לדין – מקנה ליועץ המשפטי לממשלה סמכויות

רבות. כך למשל, סעיף 57א לחסד"פ קובע כי משך הליכי החקירה וההעמדה לדין ייקבעו באישור היועץ המשפטי לממשלה ובהנחיותיו; סעיף 61 מקנה ליועץ המשפטי לממשלה או לתובע סמכות להורות למשטרה להמשיך ולחקור אם סבר כי "יש צורך בכך לשם החלטה בדבר העמדה לדין או לשם ניהול יעיל של המשפט"; וסעיף 62(א) מורה לתובע להגיש כתב אישום בהינתן ראיות מספיקות לכך. דברי חקיקה נוספים משקפים את כוחו הרב של היועץ המשפטי לממשלה כבר משלב פתיחת החקירה, ויש ופתיחת החקירה מותנית בקבלת הסכמתו. כך ביחס לחקירת ראש הממשלה בתקופת כהונתו ואחריה (ראו סעיף 17 לחוק-יסוד: הממשלה), כך ביחס לנושאי משרה שיפוטית (סעיף 12(א) לחוק-יסוד השפיטה; סעיף 25(א) לחוק הדיינים, התשט"ו-1955; סעיף 23(א) לחוק הקאדים, התשכ"א-1961; סעיף 28(א) לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג-1963), וכך ביחס לפתיחת חקירה בעניינם של גורמים רגישים אחרים (ראו למשל בעניינם של עובדי שירות הביטחון הכללי: סעיף 49ט(א) לפקודת המשטרה; וראו עוד: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.2200 "חקירת אישי ציבור" (3.7.2002)).

17. תחום ההעמדה לדין מסור אפוא לסמכותו ולשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, וכנגזרת מכך גם סמכותו לקבוע מדיניות בתחום זה (בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356, 371 (1989); בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 26 לפסק הדין של השופט נ' סולברג (28.10.2019)). על רקע זה, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה מפרסמים מעת לעת הנחיות המסדירות את תחומי הפעולה של התביעה הכללית בנושאים שונים הקשורים לדין הפלילי (ראו, למשל: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1105 "מדיניות התביעה – סמים: אחזקה ושימוש לצריכה עצמית" (1.12.1985); הנחיית פרקליט המדינה 2.37 "מדיניות התביעה בהחלטה על העמדה לדין בגין עבירות של גרימת מוות וגרימת חבלה ברשלנות" (21.1.2018)).

18. קביעת המדיניות בידי היועץ המשפטי לממשלה משליכה באופן ישיר לא רק על פעולות גופי התביעה הכללית, אלא גם על פעולותיה של המשטרה המפקדת על שלב החקירה ואיסוף הראיות, כגופים שעבודתם שלובה ולעיתים חופפת לאורך שלביו השונים של ההליך הפלילי (ולהרחבה ראו: בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757, 780-781 (1997) (להלן: עניין שאקי)). במקרים רבים, ובפרט כאשר מדובר בחקירות מורכבות או רגישות במיוחד, מלווה פרקליט מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה את עבודת המשטרה (סעיף 60(יא)(3) לחסד"פ; עניין שאקי, בעמ' 781). למעשה, חלק לא מבוטל מהנחיות היועץ המשפטי

לממשלה ופרקליט המדינה נסובות על מדיניות בתחום החקירות (ראו, למשל: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1109 "מדיניות חקירה ותביעה בעבירות של החזקת אגרופן או סכין ואיסור סחר בהם או מכירתם לקטין" (2007); הנחיית פרקליט המדינה 2.29 "חקירה והעמדה לדין בעבירות של פרסום תצלומים, הקלטות או סרטים של אדם, בעלי אופי מיני, ללא הסכמתו" (1.2.2017)).

19. ליועץ המשפטי לממשלה מוקנה אפוא שיקול דעת רחב והוא נהנה מעצמאות רבה בהחלטותיו בתחום ההעמדה לדין בפרט ובתחום הפלילי בכלל, המצוי ב"גרעין הקשה" של סמכויותיו (בג"ץ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 31 (1997)). עם זאת, נקבע בעבר כי אין בשיקול הדעת הרחב המוקנה לו כדי לגרוע מחובתו לשקול האם יש להחלטתו השלכות הדורשות היוועצות עם הממשלה כולה או עם חלק משריה, מקום בו מדובר בהחלטות העשויות להשפיע על עניין המצוי בתחום סמכותם (וראו בהקשר זה: בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 576 (1986); בג"ץ 10154/03 ארד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 (2.12.2003)).

20. בסוגיית הממשק בין היועץ המשפטי לממשלה לדרג המיניסטריאלי עסק דו"ח ועדת אגרנט (ראו: דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962)). הוועדה מונתה בעקבות חילוקי דעות שנתגלעו בין שר המשפטים דאז, מר דב יוסף, לבין היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר גדעון האוזנר, בעניין חלוקת הסמכויות בין השניים בתחום הדין הפלילי. בקיצור נמרץ, מסקנות הוועדה היו כי על היועץ המשפטי לממשלה, אשר לו מסר המחוקק את הסמכות להפעלת הדין הפלילי ולאכיפת האינטרס הציבורי, להפעיל סמכויות אלה באופן עצמאי ובלתי תלוי, וכי הרשות המבצעת אינה רשאית להכתיב לו כיצד עליו לנהוג במקרים קונקרטיים. הגם שהממשלה רשאית להתוות מדיניות בתחום אכיפת החוק, ואף מתבקשת התייעצות בין שני הגופים, ההחלטה הסופית נותרת בידי היועץ המשפטי לממשלה. באשר לחובת ההיוועצות, קבעה הוועדה:

"היועץ המשפטי חייב להתייעץ עם שר המשפטים מזמן לזמן, על דרכי פעולתו בתחום העונשין [...] ולפעמים גם החובה להתייעץ עם הממשלה כולה – לגבי סוג הפעולות שיש להם משמעות בטחונית, מדינית או ציבורית [...] למשל, אם נוכחה הממשלה לדעת, כי פשו בארץ עבירות מסוג מסוים, רשאית היא להתוות, כפתרון לבעיה זו, את המדיניות המחייבת להקפיד יותר מאשר בעבר, על העמדת מבצעה למשפט פלילי ולדרוש הטלת עונשים

כבדים עליהם. ברי, כי היועץ המשפטי חייב לדעת על צרכי המדינה, הנוגעים בתחום העונשין, וכן את המדיניות של הממשלה לגביהם, כדי שיוכל להביאה בחשבון לשם קביעת דרכי פעולתו בתחום זה" ("דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) "ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 433, 421 (1993); וראו גם "דו"ח ועדת שמגר, בעמ' 29).

מסקנות דו"ח ועדת אגרנט אושרו על-ידי הממשלה (ראו: פרוטוקול ישיבה ג' של הממשלה (28.10.1962)) ואומצו בשנית על-ידי ועדת שמגר, תוך שזו הוסיפה כי: "רצויים ואף מתחייבים שיתוף הפעולה והתייעצות בין השר ועוזריו לבין היועץ המשפטי ועוזריו, בנושאים של מדיניות משפטית, חקיקה וסדרי מינהל, וכפי שציננה ועדת אגרנט לעתים גם מתחייבת התייעצות בנושאים קונקרטיים של אכיפת החוק, כאשר ההחלטה הסופית נותרת בידי היועץ המשפטי" ("דו"ח ועדת שמגר, בעמ' 50).

21. העולה מן האמור, כי לצד עיגון עצמאותו המקצועית של היועץ המשפטי לממשלה, ולצד הסמכות הייחודית הנתונה לו בהחלטותיו בנוגע להעמדה לדין, קבעו הוועדות כי שומה עליו לפעול בנושאים מסוימים הנוגעים לסמכותו זו בשיתוף פעולה עם הממשלה ושריה – תוך הטלת חובת היוועצות במקרים המתאימים.

22. הסוגיה הקונקרטית שמעלה התיקון עוסקת בממשק הקיים בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הדרג המיניסטריאלי בנוגע להתוויית מדיניות בתחום החקירות. באשר לסמכות השר להתוות מדיניות חקירות – עמדה על כך ועדת צדוק בציננה, כי השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות. בהקשר זה ציינה הוועדה כי פקודת המשטרה, אשר מפרטת סמכויות ספציפיות הנתונות לשר ביחס למשטרה, אינה מתייחסת למכלול סמכויותיו של השר, ובפרט אין היא מסדירה את סמכותו בענייני חקירות. עוד קבעה כי "השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי העדיפויות העקרוניים, אך זאת בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מפכ"ל המשטרה והמופקדים במשטרה על נושא החקירות", ובין היתר, רשאי הוא בגדרי הוראת מדיניות "לשים דגש על סוג עבירות מסויים המהווה 'מכת מדינה'". לצד זאת, הדגישה הוועדה כי "המשטרה צריכה להיות חופשית לחלוטין בחקירותיה, כשעליה מרותו של החוק בלבד", ולפיכך – "השר איננו רשאי ליתן למשטרה הוראות לגבי חקירות ספציפיות". בהקשר זה הוועדה פירטה: "השר איננו רשאי להתערב, בכל דרך שהיא, בחקירה ספציפית: לא במתן הוראות, לא ברמיזות לגבי התוצאות הרצויות, לא בהחלפת החוקרים או בדרישה מהמפכ"ל להחלפתם, ולא בכל דרך אחרת" ("דו"ח ועדת צדוק, בעמ' 47-49). הקניית סמכות לשר להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, נומקה בדו"ח ועדת צדוק כנובעת מאחריותו הפרלמנטרית של השר

וכן בהשלכות התקציביות והמבניות העשויות להיות כרוכות בקביעת המדיניות. הענקת סמכות כאמור עשויה גם לשרת את הצורך בקביעת מדיניות לאומית-כללית בתחום הפשיעה, ובהתמודדות עם האתגרים המשתנים בתחום זה. ואולם יש לזכור, כי 'מדיניות בתחום החקירות' אינה נסובה רק על סדרי העדיפויות בהתמודדות עם הפשיעה, אלא גם על נושאים שאינם משיקים כלל למדיניות העמדה לדין. כך למשל, התוויית מדיניות הנוגעת לאופן תיעוד החקירות; אופן החקירה של נחקרים מאוכלוסיות שונות ועוד (ראו למשל: סעיף 4 למסמך מדיניות השר לביטחון הפנים 2020).

גם בפסיקה נמצא הד לסמכות השר להתוות מדיניות בתחום החקירות. כך נקבע בעניין התנועה למען איכות השלטון:

"אמנם נכון הדבר, כי השר אינו מופקד על החקירות הפרטניות במשטרה ואף אינו מעורב בהן. הוא גם אינו 'מפקח' על' כטענת המשיבים. אך אין להמעיט בחשיבותו, במעמדו ובהשפעתו של השר על מבנה המשטרה ועל תקציביה [...] במסגרת תפקידו כשר לביטחון פנים צריך המשיב 3 להתוות את מדיניות המשטרה, לרבות ביחס לאגף החקירות" (שם, בעמ' 944-945).

23. המלצות ועדת צדוק התנו את סמכות השר להתוויית מדיניות בתחום החקירות בחובת התייעצות עם שורה של גורמים הנוגעים בדבר, בהם היועץ המשפטי לממשלה. בהתאם להלכות הנוהגות עמנו בהתייחס לחובת ההתייעצות, ככל שהגוף בו נועצים הוא בעל מעמד ומומחיות מיוחדת בתחומו – על הגוף המתייעץ ליתן לעצתו משקל משמעותי, וממילא נדרש טעם מספק על מנת לסטות ממנה (בג"ץ 8976/08 הקרן לרווחה לנפגעי השואה בישראל נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה בע"מ, פסקה 21 (20.8.2009) (להלן: עניין הקרן לרווחה); בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 47 (24.11.2009); בג"ץ 5303/16 גרמן נ' שר הבריאות, פסקאות 18-19 (13.11.2018) (להלן: עניין גרמן); זמיר ב, בעמ' 1217). עמד על כך פרופ' זמיר באומרו:

"[...] המשקל של עצה עשוי להיות שונה, ואף ראוי שיהיה שונה, מעניין לעניין וממקרה למקרה. המשקל תלוי בנסיבות. בין השאר, הוא תלוי במהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית של החוק הנוגע לעניין, במעמד ובמומחיות של הגוף המייעץ, בכשירות ובנסיון של הרשות המתייעצת. כך הדבר לגבי כל שיקול ענייני, וכך גם לגבי עצה, שאף היא שיקול ענייני. עד כדי כך, שבנסיבות מיוחדות, בהן נדרשת החלטה בעניין המחייב

מומחיות מיוחדת, ומומחיות זאת אינה מצויה בידי הרשות המוסמכת אלא בידי הגוף המייעץ, יהיה לעצה כמעט משקל מכריע" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית 852 (מהדורה ראשונה התשנ"ו)).

לנוכח מומחיותו הייחודית וסמכותו הרחבה של היועץ המשפטי לממשלה בתחום הדין הפלילי, מתבקשת אפוא המסקנה שלעת הפעלת סמכותו להתוות מדיניות בתחום החקירות, חלה על השר חובה ליתן לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בתחום מדיניות החקירות משקל של ממש.

עד כאן הכללים הנורמטיביים שנהגו עד לתיקון. ומכאן – לבחינת הוראת סעיף 8 ד לתיקון.

התוויית מדיניות חקירות – סעיף 8 לפקודת המשטרה

24. עיון בסעיף 8 שהוסף לפקודה במסגרת התיקון מעלה כי נוסחו מהווה העתק כמעט מדויק של המלצות ועדת צדוק, שבעניינן קיימת הסכמה כללית כי הן המודל הראוי להסדרת היחסים בין המשטרה לדרג המיניסטריאלי. כך קובע סעיף 8 כי "השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות". למעשה, גם הליכי החקיקה מעלים כי סעיף 8 נועד לעגן בחוק את המלצות ועדת צדוק. אם כן, במה שונה החוק מנוסח המלצות ועדת צדוק? בעוד שנשמרה בחוק חובת 'ההתייעצות' עם 'המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות' נקבעה חובת 'שמיעה' של עמדת היועץ המשפטי לממשלה. שמיעה ולא התייעצות.

25. אין לכחד, השימוש במונח 'התייעץ' בהתייחס לגורמי המשטרה, ומנגד השימוש במונח 'שמע' ביחס לשיח שנדרש השר לקיים עם היועץ המשפטי לממשלה, מעורר אי-נוחות, בפרט שעה ששני מונחים אלו נקבעו באותו סעיף ובמסגרת אותו תיקון. ברי כי הבחנה זאת נעשתה בכוונת מכוון; אין זו פליטת קולמוס. אין גם לשלול כי הבחנה זו נועדה להעביר מסר מתריס או כזה המפחית מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ביחס לשר. ואולם, גם אם נצא מנקודת מוצא זו, עדיין נדרשים אנו לקבוע מה טיבה של חובת שמיעה זו, ובמה שונה היא מחובת ההתייעצות. כפי שאפרט להלן, מסקנתי

הפרשנית היא, כי יש בתיקון כדי לעגן חובת התייעצות של השר עם היועץ המשפטי לממשלה בכל המתייחס להתוויית מדיניות בתחום החקירות.

26. אקדים ואציין כבר עתה, כי מסקנה זו היא המסקנה הפרשנית המקובלת הן על היועצת המשפטית לממשלה הן על השר. כך, היועצת המשפטית לממשלה טענה בתגובתה מיום 31.5.2023 כי ככל שיפורש הסעיף כראוי, אזי "אין משמעות משפטית-מעשית להבדל הלשוני, בין 'היוועצות' לבין 'שמיעה'" (פסקה 151 לתגובה), ואילו השר טען בתשובתו כי "מדובר בהבדל חסר משמעות אמיתית".

27. אעיר, כי הביטוי בו בחר המחוקק לעשות שימוש בתיקון – "לאחר ששמע" – אינו הולם את ההקשר בו נכתב. למעשה, ועמדה על כך היועצת המשפטית לממשלה בתגובתה האמורה, ברוב המוחלט של המקרים בהם נעשה שימוש בחקיקה בביטוי 'שמע', החוק מתייחס לחובת השימוע המוטלת על הרשות המינהלית בבואה להגשים את זכות הטיעון של הפרט (ראו מיני רבים מאוד: סעיף 3(ב) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; סעיף 13(ב) לחוק איסור אלימות בספורט, התשס"ח-2008; ולהרחבה על אודות כלל השימוע ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי 1147-1195 (2011) (להלן: זמיר ב)). חובת השימוע, הנגזרת מכללי הצדק הטבעי, קובעת, בתמצית, כי יש לאפשר למי שעשוי להיפגע באופן אישי, ממשי וישיר מהחלטה מינהלית, לשטוח את טענותיו בפני הרשות בטרם נקיטת ההחלטה (בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493 (1958); עע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, פסקה 76 (24.7.2008); בג"ץ 365/08 נטוויז'ן בע"מ נ' משרד התקשורת, פסקה 8 (17.6.2009); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 467-470 (2010) (להלן: ברק-ארז); זמיר ב, בעמ' 1158-1163). אין חולק כי סעיף 8 לפקודה אינו עוסק במצב דברים העשוי להטיל על השר חובת שימוע כלפי היועץ המשפטי לממשלה. השיח אותו נדרש לקיים השר עם היועץ המשפטי לממשלה אינו נובע מחובת ההגינות של הרשות המינהלית או מפערי הכוחות בין הצדדים. כפי שיתואר להלן, חובה זו נעוצה בהיותו של היועץ המשפטי לממשלה גורם מקצועי בעל תחומי אחריות משיקים ואף חופפים לסמכויות שמקנה סעיף 8 לשר.

28. הגם שהביטוי 'שמע' אינו מתאים להקשר הדברים, למונח זה קרבה רבה למונח 'התייעץ'. התכלית העומדת בבסיס חובת ההיוועצות דומה לזו העומדת ביסוד חובת השימוע – הוא הצורך להרחיב ולחזק את התשתית שעל בסיסה תתקבל ההחלטה המינהלית (עניין הקרן לרווחה, פסקה 20; עניין גרמן, פסקה 18; זמיר ב, בעמ' 1197).

בין שתי החובות נקודות דמיון והשקה רבות: שתיהן נועדו להביא לפני הרשות דעות או עמדות של גורם אחר טרם קבלת ההחלטה המינהלית; יש לקיימן בטרם קבלת ההחלטה; יש ליתן לגורם הרלוונטי את המידע הנדרש, וכן זמן תגובה מספק, על מנת שיוכל להביע את עמדתו בעניין שעל הפרק; ואת שתי החובות צריכה למלא הרשות "בלב פתוח ובנפש חפצה" (ליישום נורמה זו בנוגע לחובת השימוע, ראו למשל בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, פסקה 22 (1994); ליישום נורמה זו בהקשר לחובת ההיוועצות, ראו למשל: עניין גרמן, פסקה 19; על הדמיון שבין חובת ההיוועצות לחובת השימוע, ראו: ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 11, 16 (1993); בג"ץ 5483/95 גינדי נ' שר הדתות, פ"ד מט(5) 661, 670 (1996); וראו גם: זמיר ב, בעמ' 1197, 1207, 1211-1212).

זאת ועוד, יש והתייעצות מהווה תחליף לשימוע, מקום בו האחרון מתברר כלא אפקטיבי או כלא מעשי. כך למשל, כאשר מספר רב של אנשים עשויים להיות מושפעים מהחלטה מינהלית, ועל כן הרשות מחויבת בהתייעצות באמצעות נציגים תחת מתן זכות שימוע לכל נפגע בודד (ראו למשל את הוראת סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, המחייב את שר הדתות להתייעץ עם נציגי בני הדתות טרם התקנת תקנות לעניין שמירה על המקומות הקדושים; וכן ראו זמיר ב, בעמ' 1205). קיימים אף מקרים בהם החקיקה מדגימה זהות מוחלטת בין חובת ההתייעצות לחובת השמיעה, באופן שהתיבה 'שמע' והתיבה 'התייעץ' משמשות בערבוביה (וראו, למשל, תקנה 4 לתקנות התכנון והבניה (תסקירי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003 – שעוסקת על פי כותרתה ב"חובת התייעצות עם היועץ הסביבתי", בעוד שלשון התקנה גופה עוסקת בשמיעתו).

29. המסקנה הפרשנית שלפיה חובת השמיעה בנסיבות ענייננו, כמוה כחובת התייעצות, מתחזקת מעיון בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 39) (סמכויות), התשפ"ג-2022. בדברי ההסבר מובהר כי הוראת סעיף 8 מהווה "אימוץ של המלצות ועדת צדוק בנושא", היא ההמלצה לפיה רשאי השר להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי העדיפויות העקרוניים, "אך זאת בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה [...]" (דו"ח ועדת צדוק, בעמ' 48).

30. העולה מן המקובץ, כי מחמת המינוח שאינו תואם את ההקשר; בשים לב לקרבה העניינית-נושאת בין הביטויים 'שמיעה' ו'היוועצות'; לאור השימוש החלופי שנעשה במושגים אלו בחקיקה והעמדות שהובאו בספרות ובפסיקה; ובפרט נוכח עמדת

הממשלה, ועמדתו של השר עצמו – העולה הן מדברי ההסבר, הן מתגובתו לעתירה – הרי שההבדל בין המושגים הללו בנסיבות ענייננו הוא חסר משמעות ממשית. המסקנה המתבקשת היא, כי יש בתיקון כדי לעגן חובת התייעצות של השר עם היועץ המשפטי לממשלה בכל המתייחס להתוויית מדיניות בתחום החקירות.

31. אוסיף ואציין, כי גם במנותק מהוראת סעיף 8 לפקודה, ובהתאם לכללי המשפט המינהלי, חלה על השר החובה לפעול בתיאום עם היועץ המשפטי לממשלה בקובעו מדיניות חקירות. הסמכויות המשיקות בהן מחזיקים השר, כמי שרשאי להתוות מדיניות בתחום החקירות, והיועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הפלילית וכמי שמחזיק בסמכות העמדה לדין – עשויות להביא למצבים של סתירה או התנגשות. כך, עמד חברי מ"מ הנשיא (בדימוס) על החשש מפני מצב בו השר יקבע מדיניות חקירות שאינה עולה בקנה אחד עם מדיניות ההעמדה לדין של היועץ המשפטי לממשלה, באופן שיוביל לחקירת סרק ולפגיעה בזכויות הפרט. מצב נוסף העלול לעורר קושי, הוא התוויית מדיניות של הימנעות מחקירות של סוגי עבירות, בהם לשיטת היועץ המשפטי לממשלה יש אינטרס ציבורי ממשי להעמיד את מבצעייהן לדין. מצב זה, אף שאין בו משום פגיעה בזכויות חשודים במישרין, עשוי לפגוע פגיעה של ממש בשלטון החוק. מכל מקום, עצם קיומן של סמכויות מינהליות משיקות או חופפות בחלקן, העשויות "להתנגש", אינו יוצא דופן. בהתאם לכללי המשפט המינהלי, מקום שרשויות מינהליות מחזיקות בסמכויות משיקות, על כל אחת מהן מוטלת החובה להפעיל את סמכותה בתיאום עם הרשות הנוספת (ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל מחוז ירושלים, פ"ד נג(1) 743, 760-759 (1999); ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749, 769-768 (1995); ברק-ארז, בעמ' 298-299). עמד על הגיונה של חובה זו, בהקשר של חובת ההתייעצות, פרופ' זמיר בציינו כי:

"כל הרשויות המינהליות הן זרועות של גוף אחד. לכן הן חייבות לפעול מתוך הרמוניה. ההרמוניה נדרשת משום שלעתים קרובות קיים קשר ענייני בין סמכויות שונות של רשויות שונות: סמכות מסוימת של רשות אחת משפיעה על סמכות אחרת של רשות שנייה. ללא הרמוניה בין הרשויות הן עלולות, שלא בכוונה, לפגוע זו בתפקוד של זו וכפועל יוצא לפגוע גם בציבור. לפיכך מוטלת חובה על כל רשות מינהלית להפעיל את סמכותה בכל עניין תוך תיאום, ואם יש צורך גם בשיתוף פעולה, עם רשות אחרת שיש לה קשר עם אותו עניין" (זמיר ב, בעמ' 1200).

הלכות אלה, המטילות חובת תיאום, נכונות כאשר הסמכויות נוגעות לעניינים נפרדים העשויים להשפיע האחד על משנהו, והן נכונות על אחת כמה וכמה – שעה שפעולותיהן של הרשויות "מתחילות בהליכי החקירה המשטרית, נמשכות בהליכי ההעמדה לדין על-ידי הפרקליטות או היועץ המשפטי לממשלה ומסתיימות בהליכי בית-המשפט" (עניין שאקי, בעמ' 780), ומהוות, הלכה למעשה, שלבים שונים בהליך פלילי אחד שמנהלת המדינה. בנסיבות אלו, מתחדדת החובה לפעול במתואם על מנת לאפשר פעולה תקינה ולמנוע סתירה כאמור. יובהר, חובה זו אינה נובעת מפירוש סעיף 78ד, ואינה תלויה בו – היא חובה מינהלית אשר היתה שרירה וקיימת עובר לתיקון מס' 37, והיא נותרה בעינה גם אחריו. חובה זו אינה מוטלת על השר לבדו. זוהי חובה הדדית לפעולה הרמונית של רשויות המינהל שתכליתה לשרת את הציבור באופן מיטבי (זמיר ב, בעמ' 1200). ממילא מובן שגם על היועץ המשפטי לממשלה חלה במקרים מתאימים חובת תיאום עם השר, ובמקרים אחרים עם שר המשפטים והממשלה כולה.

32. ניתן אם כן לסכם ולומר, כי בהתאם לפרשנותה הראויה של הוראת סעיף 78ד, התואמת את המלצות ועדת צדוק – אין בהוראה זו כדי לשנות מן החובה המוטלת על השר, להיוועץ עם היועץ המשפטי לממשלה וליתן משקל משמעותי לעמדתו לעת התוויית מדיניותו בתחום החקירות.

33. בשולי הדברים יש להבהיר את המובן מאליו: אין לראות במסקנה כי השר רשאי להתוות מדיניות כללית ועקרונית בתחום החקירות, היתר להתערבות אופרטיבית בחקירות בכל דרך שהיא. לא במישרין ולא בעקיפין, לא במפורש ולא במרומז, והסכנה הטמונה בהתערבות גורם פוליטי בחקירות פרטניות מצדיקה לנקוט בעניין זה משנה זהירות.

34. סוף דבר, תיקון מס' 37 לפקודת המשטרה בא לעולם בראש ובראשונה על מנת לקבוע בחוק החרות הסדרים נורמטיביים שנהגו זה מכבר, ולעגן את מסקנות ועדת צדוק, אשר מקובלות על הכל. עיון בהסדרים שנהגו בעבר ובהוראות התיקון מגלה כי התיקון לא הסיט את נקודת האיזון שהתקיימה עד לחקיקתו; לא שינה את מערך היחסים שבין השר לבין המשטרה, וממילא, לא פגע בעצמאותה של המשטרה. בדומה, נמצא שבכל הנוגע להתוויית מדיניות חקירות, התיקון הולם את מסקנות ועדת צדוק. כך, בפרט משהתחוויר שעל השר להיוועץ ביועץ המשפטי לממשלה ולתת משקל של ממש לעמדתו, ואף בהתאם לכללי המשפט המינהלי, קיימת חובה על השר ועל היועץ המשפטי לממשלה

לפעול תוך תיאום בהפעילם את סמכויותיהם המשיקות. לנוכח מסקנותיי אלה סבורה אני כי דין העתירות להידחות.



גילה כנפי-שטייניץ
שופטת

השופט יחיאל כשר:

1. עניינן של העתירות אשר בפנינו בחוקתיות החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022 (להלן, בהתאמה: התיקון לחוק, או התיקון, ו-פקודת המשטרה או הפקודה). עניינו של התיקון, בתיאור כללי, בהקניית סמכויות, לשר לביטחון לאומי (להלן: השר), להתוות את מדיניות המשטרה. במסגרת העתירות נתבקשנו להורות על ביטולו של התיקון לחוק נוכח הפגיעה הנטענת בשורה של זכויות חוקתיות באופן שאינו עומד במבחני פסקת ההגבלה. לחלופין, נתבקשנו ליתן לתיקון פרשנות באופן שיימנע את הפגיעה הנטענת דלעיל.

בעת כתיבת חוות דעתי זו, מונחות בפניי חוות דעתם של חבריי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן, השופט א' שטיין והשופט נ' סולברג. חוות הדעת המעמיקות של חבריי תאפשרנה לי לקצר בדברים (למצער בחלק מהסוגיות), וכן להבהיר את עמדתי, ככל שהדבר ניתן, על דרך התייחסות לחוות דעתם של חבריי.

2. הגם שחבריי נחלקו ביניהם בסוגיות שונות, דומה כי אין מחלוקת על כך שהסוגיה המוסדרת בתיקון הינה בעלת חשיבות רבה נוכח השלכתה האפשרית על זכויות הפרט בישראל: כפי שציינו חבריי, מימוש הסמכויות המוקנות למשטרת ישראל (גם בלא קשר לתיקון) כרוך, מעצם טבעו, בפגיעה משמעותית בגרעין זכויות האדם (ראו פסקה 109 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן). על רקע זה, חבריי ציינו כי הסדרת נקודת האיזון בין סמכויות השר לבין סמכויות מפכ"ל המשטרה, ומניעת "פוליטיזציה" של המשטרה, טומנות בחובן השלכות ישירות על זכויות הפרט (ראו פסקה 118 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן; ופסקה 1 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג).

לדברים אלו הנני מסכים (הגם שלהשקפתי, שתובהר להלן, אחת מהסוגיות המרכזיות העומדות לדיון – קביעת מדיניות בנושא חקירות – למעשה איננה עוסקת בקביעת נקודת האזיון בין סמכויות השר לבין סמכויות מפכ"ל המשטרה).

3. נקודה חשובה נוספת עליה אבקש לעמוד בטרם אדרש לגופם של דברים, נוגעת לאופן שבו עלינו לבחון את התיקון שבפנינו. בחוות דעתו ציין חברי, השופט נ' סולברג, כי: "עסקינן, כפי שצינתי, בעתירות חוקתיות; עלינו לבחון את החוק המונח לפנינו, ככל הניתן, במבט צלול, צופה פני-עתיד וחוק" (פסקה 6 לחוות דעתו), וכי: "...על מנת לקבל סעד חוקתי, יש להצביע על בעייתיות הגלומה בדבר החקיקה עצמו" (שם).

אכן, כשם שעיקרון שלטון החוק מחייב כי המחוקק יחוקק "מאחורי מסך של בערות" (בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 34 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן (3.1.2024)), ולא על בסיס זהות האנשים אליהם מכוונת החקיקה; כך מתחייב כי בית המשפט יבחן את חוקתיותו של חוק ואת פרשנותו, מאחורי "מסך בערות", ללא תלות בזהות הגורמים המאיישים, לעת הזאת, את התפקידים בהם עוסק החוק. השאלה שבפנינו הינה שאלה חוקתית נורמטיבית וההכרעה בה צריכה שתהיה מבוססת על בחינת התיקון ולא להיות מושפעת מהשקפה, לחיוב או לשלילה, לגבי נוהגו של שר מסוים או מפכ"ל מסוים במועד כזה או אחר. כך נהגו חבריי בחוות דעתם, וכך אנהג גם אני.

סעיף 78 לפקודה – התווית מדיניות בתחום החקירות

4. סעיף 78 לפקודה, שהינו פרי התיקון בו עסקינן, קובע כדלקמן:

"(א) השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות.

(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מחובתה של משטרת ישראל לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ואין בהן כדי לגרוע מחובתה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה כאמור בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982"

חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), סבור כי אין מנוס מלקבוע כי דינו של סעיף 8 לפקודה, שצוטט לעיל, להתבטל. חבריי, השופטים נ' סולברג ו- א' שטיין, חלוקים עליו. כמובהר להלן, דעתי בעניין זה כדעתו של ממלא מקום הנשיא (בדימ').

5. כפי שצינתי לעיל, להשקפתי, בניגוד ליתר הוראות התיקון, הקושי הטמון בהוראת סעיף 8 אינו מצוי במישור האיזון שבין סמכויות השר לבין סמכויותיו של המפכ"ל. לשיטתי, הקושי שמעוררת הוראה זו מצוי במערכת היחסים שבין משטרת ישראל (בין שעסקין בשר, בין שעסקין במפכ"ל ובין שעסקין בשניהם יחד), לבין רשויות התביעה הכללית ובראשן היועצת המשפטית לממשלה.

לדעתי, השאלה המתעוררת בהקשרה של הוראת סעיף 8 לתיקון אינה בהתוויית מדיניות בתחום החקירות על ידי השר, כלפי המפכ"ל והמשטרה (ועצמאותה המקצועית של המשטרה), אלא בשאלה האם, ככלל, יכול שתהיה מדיניות של המשטרה (בין אם נקבעה על ידי השר, בין אם נקבעה על ידי המפכ"ל ובין אם נקבעה על ידי שניהם יחד), בתחום החקירות, שאינה מתואמת עם התביעה הכללית?

לדעתי, לשאלה זו יש להשיב בשלילה, ומכאן שאין מנוס אלא לקבוע שדינה של הוראת סעיף 8 לפקודת המשטרה, להתבטל. נימוקיי לכך יובאו להלן.

6. כפי שאפרט להלן, נראה כי קיימת הסכמה בין חבריי, לכל "אבני הדרך", שהביאוני למסקנה לפיה בעצם קיומה של מדיניות חקירות של המשטרה, שאינה מתואמת עם התביעה הכללית, יש משום פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד:

הראשונה – ברי כי עצם קיומו של הליך חקירה פלילית, יש בו פגיעה קשה באדם מושא החקירה (ראו, למשל: בג"ץ 6302/01 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 725, 734 (2002)). על מושכלת יסוד זו עמדו גם חבריי ממלא מקום הנשיא (בדימ') (בפסקה 177 לחוות דעתו), והשופט נ' סולברג (בפסקה 60 לחוות דעתו).

השנייה – המטרה הלגיטימית הבלעדית לקיומה של חקירה פלילית, ומשכך – ההצדקה היחידה לפגיעה הנגרמת לפרט עקב קיום חקירה פלילית – מגולמת באפשרות שממצאי החקירה ישמשו להגשת כתב אישום (ראו, למשל: בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי בצה"ל, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (29.6.2008)). גם על כך עמדו חבריי בחוות דעתם (פסקה 176 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן; פסקה 60 ו-63 לחוות דעתו של נ' סולברג).

השלישית – כפי שציין חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), הסמכות לקבוע את מדיניות ההעמדה לדין מצויה בידי התביעה הכללית, ובראשה – היועצת המשפטית לממשלה (ראו בפסקה 179 לחוות דעתו). גם חברי השופט נ' סולברג עמד על כלל זה (בפסקה 59 לחוות דעתו), תוך שהפנה לדברים שנקבעו בבג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 737 (2008):

"הגשמת הנורמה הפלילית נעשית באמצעות ההליך הפלילי, שבו המדינה היא המאשימה, היועץ המשפטי לממשלה הוא נציגה של המדינה, ובידיו נתונה, מכוח החוק, השליטה על הדיון הפלילי לתכלית ההגנה על האינטרס הציבורי".

הרביעית – כעולה משלוש אבני הדרך הקודמות, קיום חקירה פלילית, בהקשר חשד לביצוע עבירה מסוימת, שאף אם ממצאה יהיו חיוביים לא תניב העמדה לדין, אינה לגיטימית ויש בה משום פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד. מסקנה זו מקובלת אף על חבריי ובהקשר זה מצאתי להביא את הדברים שכתבו חבריי בחוות דעתם כלשונם. כך, בחוות דעתו מציין חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), כי:

"הלימה בין מדיניות החקירות לבין מדיניות העמדה לדין היא תנאי הכרחי לכך שהפגיעה בזכויות חוקתיות נעשית לתכלית ראויה ואך במידה המתחייבת" (בפסקה 181 לחוות דעתו).

כמו כן, לאחר שעמד על עקרונות היסוד הבאים לידי ביטוי בשלוש אבני הדרך הראשונות שפירטתי לעיל, ציין חברי, השופט נ' סולברג, בחוות דעתו כי:

"...משכך, ככל שהיה הסעיף [הכוונה לסעיף 8 לפקודה – י' כ'] מתיר לשר לקבוע מדיניות הכוללת חקירת עבירות, שנקבע לגביהן מדיניות של אי-העמדה לדין, היה בדבר קושי חמור, שכן מדובר היה בהכוונה לפגיעה בזכויות חוקתיות, שלא לשם הגשמת תכלית ראויה" (בפסקה 60 לחוות דעתו).

גם חברי, השופט א' שטיין, מסכים, עקרונית, עם האמור לעיל, כעולה מהדברים שלהלן המגלמים, בתמצית, את כל ארבע אבני הדרך עליהן עמדתי לעיל:

"אודה ולא אכחד: מדיניות אשר קובעת כי יש לחקור באופן גורף מקרים מסוג מסוים, כאשר החקירה תתנהל רק לשמה ולשם מעצרים של חשודים, וכאשר ברור כי בהתאם למדיניות התביעה, שכאמור נקבעת על ידי היועצת המשפטית לממשלה, הנחקר כלל אינו צפוי לעמוד לדין פלילי – היא מדיניות פסולה אשר מסבה

פגיעה בלתי-חוקית לזכויות הפרט" (בפסקה 67 לחוות דעתו).

החמישית (ובמידה מסוימת מעבר לצורך) – הימנעות מקיום חקירה פלילית במקרה של חשד לביצוע עבירה, כאשר תוצאות החקירה עשויות להצביע על ראיות לכאורה לביצוע העבירה, ועשויות להוביל, בהתאם למדיניות ההעמדה לדין, להגשת כתב אישום – יש בה משום פגיעה קשה בעיקרון שלטון החוק ובשוויון בפני החוק (לעניין זה ראו: בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 682 (1995); בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 51 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (9.6.2011); בג"ץ 5023/16 רזנטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 11 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (12.3.2020) (להלן: עניין רזנטל)).

7. לדעתי, המסקנה העולה מחמש "אבני הדרך" עליהן עמדתי לעיל, והמוסכמות אף על חבריי, הינה אחת: עצם קביעתה, על ידי המשטרה (וכפי שכבר הדגשתי לעיל, בין אם הקביעה תיעשה על ידי השר, בין אם על ידי המפכ"ל ובין אם על ידי שניהם יחד), של מדיניות בתחום החקירות, שאינה מתואמת עם התביעה הכללית ומדיניותה לעניין העמדה לדין, יש בה משום פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד. זאת, משום שמדיניות בלתי מתואמת בתחום החקירות משמעה שיהיו עבירות שחשד לביצוען ייחקר על ידי המשטרה למרות שיהיו ממצאי של החקירה אשר יהיו, לא עתיד להיות מוגש בסופה כתב אישום (או שהסיכוי שיוגש כתב אישום הינו נמוך).

כמו כן, מדיניות בלתי מתואמת בתחום החקירות משמעה שיהיו עבירות שחשד לביצוען לא ייחקר על ידי המשטרה (בשל כך שחקירת חשדות לביצוען מצויה בסדר עדיפות נמוך על פי המדיניות שתיקבע), וזאת למרות שלפי מדיניות ההעמדה לדין, כפי שנקבעה על ידי התביעה הכללית, היה מוגש כתב אישום בעניינן, לו היו החשדות נחקרים וממצאי החקירה היו שיש בסיס להגשת כתב אישום. בכך יש משום פגיעה קשה בעיקרון שלטון החוק.

ודוק, אינני אומר כי הפגיעה בעיקרון שלטון החוק מצדיקה, כשלעצמה, את ביטול סעיף 8 לתיקון (וממילא אינני נדרש לעשות כן נוכח עמדתי כי ההסדר הקבוע בסעיף זה פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד), אולם סבורני כי יש בפגיעה שמסבה הוראת סעיף 8 לעיקרון שלטון החוק כדי להוות טעם המתווסף לפגיעה בזכויות המצדיקה כאמור את התערבותנו (לגישה הרואה בפגיעה בשלטון החוק טעם המצדיק קיום ביקורת שיפוטית ראו: בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 37 לפסק דינו של השופט נ' סולברג והאסמכתאות שם (6.8.2017)).

8. מסקנתי דלעיל תואמת במידה רבה את חוות דעתו, בעניין הוראת סעיף 8 לפקודה, של ממלא מקום הנשיא (בדימ'). לא כך לגבי דעתם של השופטים נ' סולברג ו-א' שטיין. אבהיר אפוא, להלן, על שום מה דעתי שונה מדעתם.

בחוות דעתו מציין חברי, השופט נ' סולברג, כי לשיטתו, גם בעת מלכותה של הוראת סעיף 8 לא ניתן יהיה לקבוע מדיניות שתאפשר ניהול חקירה פלילית על עבירה שידוע מראש כי לא יוגש בגינה כתב אישום. זאת, בשל "אבני הדרך" עליהן עמדתי לעיל והמקובלות גם על חברי, ובשל פרשנותו של חברי לסעיף 8 אשר לפיה סעיף זה אינו מסמיך את השר לקבוע מדיניות שתסתור אותם. עוד מצביע חברי השופט נ' סולברג, בהקשר זה, על כך שבהתאם לאמור בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, מוטלת על המשטרה חובה חוקית לפתוח בחקירה, כל אימת שנודע לה על ביצוע עבירה מסוג "פשע", ומדגיש כי בסעיף 8 לפקודה נקבע מפורשות כי ההוראה הקבועה בו אינה באה לגרוע מאותה חובה.

אינני סבור כי בעמדתו האמורה של חברי השופט נ' סולברג יש משום מענה לקשיים הנובעים מההסדר הקבוע בסעיף 8 לפקודה עליהם עמדתי לעיל. להשקפתי, התשובה לעמדתו של חברי השופט נ' סולברג מצויה בחיי המעשה ובצמד המילים "סדרי עדיפויות".

אכן, יכול וניתן להגיע לתוצאה לפיה היה ומדיניות מוצהרת ומפורשת של היועצת המשפטית לממשלה קובעת, קטגורית, שאין להעמיד לדין בעבירה מסוימת (כפי שנקבע בשעתו לגבי עבירת "משכב זכר" בעת שהייתה כזו בספר החוקים, ראו: אילת לוי, "העדר אכיפה של המשפט הפלילי – המקרה הלהטבי", משרד המשפטים, מיזם שורשים במשפט, 10.3.2019), מדיניות חקירה של המשטרה, הקובעת כי תבוצענה חקירות בהקשר עבירה כאמור, תהיה בלתי חוקית אף בלא ביטולה של הוראת סעיף 8 דנן. כמו כן, נכון הדבר, שעל המשטרה מוטלת החובה לפתוח בחקירה בעבירות מסוג "פשע", ושיקול הדעת שלא לפתוח בחקירה, כאשר נודע למשטרה על ביצוע עבירה שאינה מסוג "פשע", אינו בלתי מוגבל (וראו בעניין זה, למשל: עניין רוזנטל, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט נ' הנדל והאסמכתאות שם).

ברם, לדעתי, הקושי אינו נמצא במקרי הקיצון הבינאריים (קיום חקירה פלילית בעבירה או בנסיבות בהן יש מדיניות של התביעה כללית השוללת, קטגורית, העמדה לדין; או סירוב של המשטרה לפתוח בחקירה פלילית כאשר מוגשת לה תלונה בעבירה מסוג "פשע"), אלא, כאמור, בהשלכות קביעתם של "סדרי עדיפויות".

9. ויובהר: המושג "סדר עדיפות" אינו מושג הטעון בהכרח במטען שלילי. מקורו בהכרח להתמודד עם העובדה שמשאביהן של הרשויות אינם בלתי מוגבלים. קביעת סדרי עדיפויות הינה אפוא נושא קלאסי, שמא הנושא הקלאסי (בה"א הידיעה), לקביעת מדיניות, למצער בתחומים מסוימים (ראו, למשל: בג"ץ 434/09 דוידוב נ' שר הבריאות, פסקה 33 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (3.5.2009); ובהקשר של אכיפת הדין ראו: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 511 (1990) (להלן: עניין גנור)).

ואף זאת אבקש להעיר: אכן, תחת צמד המילים "סדר עדיפות" יכול להסתתר רצון של בעל הסמכות שלא לבצע פעולה מסוימת (ועל כן, במקום להכריז כי אין בדעתו לבצעה, יאמר כי אין הוא מבצע אותה, למצער בעתיד הנראה לעין, בשל "סדרי עדיפויות"). ברם, האמור בחוות דעתי אינו מבוסס על השקפה שזהו המקרה הנפוץ או על החשש שכך יעשה בהקשר דנן, ואף אינו מותנה בקיומם של מקרים כאמור בכלל.

10. האכיפה הפלילית הינה מקרה מובהק המצריך קביעת מדיניות שעניינה בסדרי עדיפויות. משאביהן של משטרת ישראל ושל התביעה הכללית, אינם מאפשרים לחקור עד תום כל מידע בדבר ביצוע עבירה ולאחר מכן להעמיד לדין בכל מקרה בו נמצא, בעקבות חקירה של כל מידע כאמור, כי קיים בסיס לכך. עמד על הדברים בית משפט זה בצינו כי:

"העניין הציבורי בהרשעתו של פלוני עשוי לגבש עניין ציבורי באי-העמדתו לדין של אלמוני או בהעמדתו לדין על עבירה (פלילית או משמעטית) חמורה פחות מזו שביצע לכאורה. [...] כוח האדם העומד לרשות הפרקליטות הוא מוגבל. יש לעשות בו שימוש ראוי, בהתחשב בתופעה העבריינית בכללותה. אם כן, יש לקבוע סדר עדיפויות. בדומה, קיים מחסור בזמן השיפוטי הדרוש לשמיעת המשפט. הזמן השיפוטי הוא מוגבל. יש לקבוע סדרי עדיפויות באשר לשימוש בו..." (עניין גנור, בעמ' 511; ההפניות הוסרו וההדגשות הוספו – י' כ'; וראו גם: בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (12.7.2010)).

11. אכן, קביעת סדרי עדיפות כאמור מצויה בלב קביעת המדיניות לעניין חקירה פלילית והעמדה לדין. על כן, אין להתפלא על כך שגם סעיף 8 דנן קובע כי: "השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים..." (ההדגשה הוספה – י' כ'). יתר על כן, דומה שהאפשרות לקבוע סדרי עדיפויות היא

שעמדה ביסוד הסמכת השר לקבוע מדיניות כללית בתחום החקירות במסגרת סעיף 8 לפקודה. כך, בדברי ההסבר לתיקון ובהתייחס להוראת סעיף 8ד, צוין כי: "סעיף זה נועד לאפשר לשר להנחות את המשטרה לתת קדימות לטיפול בעבירות מסוימות, כגון עבירות שהן בגדר 'מכת מדינה', בהתאם למדיניותו" (דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37) (סמכויות), התשפ"ג-2022, ה"ח 943, 9)."

12. הנה כי כן, תוצאה של קביעת סדרי עדיפויות (וכאמור, לדעתי, לא תיתכן קביעת מדיניות בתחום החקירות, למעט מדיניות המתמצת בעניינים אזוטריים, בלא שיהיה בה משום קביעת סדרי עדיפויות), הינה בעלת השלכות ברורות בחיי המעשה: מטבעו של עולם, במסגרת מדיניות בתחום החקירות, קביעה לפיה עבירה מסוימת מצויה גבוה בסדרי העדיפויות, משמעה שהסיכוי לביצוע חקירה עד תום ובפרק זמן סביר, בנוגע לחשד לביצוע אותה עבירה, הינו גבוה. לעומת זאת, הסיכוי שתתקיים חקירה עד תום ובפרק זמן סביר בנוגע לחשד לביצוע אותה עבירה שמוקמה נמוך בסדר העדיפויות, הינו נמוך. כך גם לגבי סדרי העדיפות בהעמדה לדין: קביעה לפיה עבירה מסוימת מצויה בתחתית סדרי העדיפות בעניין העמדה לדין, משמעה, בסבירות גבוהה, שלא יוגשו על ביצועה, כתבי אישום.

וזה העיקר: כל עוד המדיניות בתחום החקירה והמדיניות בהעמדה לדין תהיינה מתואמות, התוצאה המתקבלת אינה מעוררת כל קושי – עבירות מסוימות לא תהיינה נושא להעמדה לדין (או שתהיינה נושא להעמדה לדין לעיתים רחוקות) וגם לא תחקרנה (או תחקרנה לעיתים רחוקות), ועבירות אחרות תהיינה נושא להעמדה לדין ובהתאם גם לחקירה פלילית.

לעומת זאת, ככל שמדיניות החקירה הפלילית ומדיניות העמדה לדין לא יהיו מתואמות זו עם זו, ייווצרו, מעצם העדרו של התיאום, מצבים בהם יוקדש מאמץ חקירתי (על הפגיעה הכרוכה בו לזכויותיהם של הנחקרים), לחקירתן של עבירות שהסיכוי שיוגשו בגינן כתב אישום הוא נמוך (ובמקרים מסוימים, לא קיים למעשה); וכן לא תחקרנה עבירות שלפי מדיניות ההעמדה לדין שמורה חשיבות רבה לאינטרס הציבורי בהעמדה לדין בגינן.

התוצאה היא אותה פגיעה בלתי מידתית בזכויות הפרט ובשלטון החוק, עליה עמדתי לעיל, ואשר מצויה ביסוד עמדתי כי דין הוראת סעיף 8ד לפקודת המשטרה להתבטל.

13. עמדתו של חברי, השופט א' שטיין, לעניין הוראת סעיף 8 לפקודה, נגזרת מעמדתו העקרונית לפיה אין מקום להתערבות חוקתית אך בשל חשש שייעשה שימוש שלא כהלכה בסמכות המוקנית על פי החוק בו עסקינן, אלא יש להניח שהשימוש שייעשה בסמכות יהיה כדין (ראו בפסקה 6 לחוות דעתו). להשקפתו, העיקרון דלעיל יפה גם לעניינה של הוראת סעיף 8 דנן. כך, בחוות דעתו מציין חברי, השופט א' שטיין, כי:

"אודה ולא אכחד: מדיניות אשר קובעת כי יש לחקור באופן גורף מקרים מסוג מסוים, כאשר החקירה תתנהל רק לשמה ולשם מעצרים של חשודים, וכאשר ברור כי בהתאם למדיניות התביעה, שכאמור נקבעת על ידי היועצת המשפטית לממשלה, הנחקר כלל אינו צפוי לעמוד לדין פלילי – היא מדיניות פסולה אשר מסבה פגיעה בלתי-חוקית לזכויות הפרט. דא עקא, התיקון לא הסמיך את השר לפגוע בזכויות אדם באופן זה. התיקון מסמיך את השר לקבוע מדיניות כללית בתחום החקירות בהתאם לכלל כללי המשפט המינהלי – אשר אוסרים על הפליה, על זדון, על חוסר תום לב ועל שקילת שיקולים זרים – וכן בהתאם לכללי המשפט החוקתי אר אינם מאפשרים פגיעה בלתי-מדתית בזכויות אדם. החשש האמור מתייחס אפוא לאופן הפעלת הסמכות בנסיבות מסוימות, ולא לעצם קיומה של הסמכות. כפי שכבר הבהרתי, בעולמה של ביקורת שיפוטית שעניינה חוקתיותו של מעשה חקיקה של הכנסת, ב'שמא', ב'אולי' ואף ב'ייתכן מאוד' לא סגי. כך הוא בדרך כלל, וכך הוא גם בעניינינו של סעיף 8 לפקודת המשטרה. נקודת המוצא לביקורת שיפוטית אשר נסובה על סמכות שנקבעה בחוק אינה יכולה להיות שימוש שלא כדין באותה סמכות" (בפסקה 67 לחוות דעתו; ההדגשות במקור – י' כ').

14. אציין כי עמדתו של חברי, השופט א' שטיין, מזכירה במידה רבה את הגישה הנוהגת במשפט האמריקאי (ואשר יש לה הדים גם בשיטתנו, ראו: בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 4 לפסק דינו של השופט א' שטיין והאסמכתאות שם (26.10.2023) (להלן: עניין טבריה)), לפיה בעתירה כנגד החוק עצמו (המכונה במשפט האמריקאי Facial Challenge), להבדיל מיישומו ביחס למערכת נסיבות מסוימת (המכונה במשפט האמריקאי As Applied Challenge), נדרש העותר להוכיח כי אין נסיבות שתחתן החוק הנתקף הינו חוקתי ("no set of circumstances exists under which [the statute] would be valid"; ראו: United States v. Stevens, 559 U.S. 460, (2010); 472; ההפניות הושמטו – י' כ'; כן ראו, מהעת האחרונה: Moody v. NetChoice, LLC, 144 S. Ct. 2383, 2397 (2024)). עם זאת, גם במשפט האמריקאי יש לכלל זה חריג, כאשר החוק הנתקף נוסח באופן כללי ועמום, כך שקיים יסוד סביר להניח שהוא ייושם

באופן שרירותי ומפלה (ראו: City of Chicago v. Morales 527 U.S. 41 (1999), בו קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית כי חריג זה חל ביחס לחוק עירוני שהעניק סמכויות אכיפה למשטרה).

15. מכל מקום, דעתי שונה מזו של חברי ולא בשל העיקרון שביסוד חוות דעתו: גם אם מקבלים את הגישה העקרונית שביסוד עמדתו של חברי השופט א' שטיין, הרי, לדעתי, הפגיעה הבלתי מידתית בזכויות יסוד, כמו גם הפגיעה בשלטון החוק, נגרמות בשל עצם קיומה של מדיניות בתחום החקירות שאינה מתואמת עם מדיניות ההעמדה לדין. לכן, הקניית הסמכות למשטרה לקבוע מדיניות בלתי מתואמת כאמור, בתחום החקירות, גורמת, בלשונו של חברי, לפגיעה הנובעת באופן מובנה (אינהרנטי) מהאמור בחוק גופו, ולא מחשש בדבר האופן בו הסמכות תופעל על ידי בעל הסמכות.

כך, גם אם מניחים כי המדיניות בתחום החקירות שיקבע השר, תיקבע מטעמים ענייניים בלבד, שלא כדי להפלות, בלא זדון, חוסר תום לב או שקילת שיקולים זרים, עדיין, בשל עצם היותה בלתי מתואמת עם המדיניות של התביעה הכללית ביחס להעמדה לדין, תיגרם פגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם וכן פגיעה בשלטון החוק. יצוין כי בעניין זה חולק אני על חברי השופט א' שטיין, הסבור כי חוסר התאמה בסדרי העדיפויות בין מדיניות החקירה לבין מדיניות העמדה לדין, אינו בגדר "חקירה ללא תכלית" הפוגעת בזכויות הפרט, ומשכך, לשיטתו, לא נגרמת פגיעה הנובעת באופן מובנה מהאמור בחוק לגופו (וראו פסקה 68 לחוות דעתו).

ולהבהרת הדברים: יכול השר (וכפי שכבר הדגשתי, גם השר והמפכ"ל יחדיו), לקבוע, במסגרת מדיניות בתחום החקירות, כי עבירה מסוימת תקבל מעמד בכורה בסדר העדיפויות, וזאת על יסוד השקפה עניינית וראויה. חרף זאת, אם בסדר העדיפות של התביעה הכללית העמדה לדין בגין עבירה זו מצויה בתחתית סדר העדיפויות, יהיה בחקירה שעניינה בחשד לביצוע אותה עבירה משום פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד של הנחקרים. כך גם במצב ההפוך: יכול שקביעה, במסגרת מדיניות של המשטרה בתחום החקירות, כי עבירה מסוימת הינה בתחתית סדר העדיפויות, תהיה מטעמים ענייניים בלבד. אף על פי כן, אם מדיניותה של התביעה הכללית הינה שלאותה עבירה שמור מקום של בכירות בסדר העדיפות בהעמדה לדין, יהיה במדיניות בתחום החקירות משום פגיעה בשלטון החוק.

אשר על כן, לגישתי, בעצם קביעתה של מדיניות בתחום החקירות, שאינה מתואמת עם מדיניות ההעמדה לדין, יש משום פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד וכן

פגיעה בשלטון החוק. התוצאה היא, להשקפתי, שאף לפי העיקרון שביסוד עמדתו של חברי השופט א' שטיין, דינה של הוראת סעיף 8 לפקודה להתבטל.

16. באשר לעמידתה של הוראת סעיף 8 לפקודה במבחני פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מקובל עליי הניתוח שערך חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), כמו גם מסקנתו כי סעיף זה לתיקון אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה (ראו פסקאות 185-197 לחוות דעתו), כך שלא מצאתי לחזור על הדברים.

17. לפני סיום חלק זה אתייחס לאמור בחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג, כי ביטול סעיף 8 לפקודה יביא לתחולתו של סעיף 8 לפקודה, המקנה לשר סמכות כללית להתוות את מדיניותה של המשטרה, וגם משום כך אין כביכול מקום וטעם להורות על ביטול סעיף 8 לפקודה (פסקה 55 לחוות דעתו).

ספק בעיניי אם ניתן היה לפרש את הוראת סעיף 8 לפקודה כחלה גם על תחום החקירות, גם אם לא היה נחקק כלל סעיף 8 לפקודה. מכל מקום, לא קיים לדעתי ספק כי משחוקקה הוראה נפרדת לעניין קביעת מדיניות בתחום החקירות, היא הוראת סעיף 8 לפקודה, הרי אם בית משפט זה יקבע, כדעתי, שהוראה זו בטלה, לא ניתן יהיה לפרש את סעיף 8 כמתייחס לתחום החקירות.

על פרשנות מקיימת, פרשנות "רגילה" והצורך בהן בענייננו

18. קודם שאתייחס ליתר הוראות התיקון, לאור שנטען בפנינו (במיוחד על ידי היועצת המשפטית לממשלה) ולאור האמור בחוות הדעת של חברי, אבקש לסקור תחילה את "ארגז הכלים", בו ייעשה שימוש ואת האופן בו יש לבחון את הצורך בשימוש באותם כלים.

א. פרשנות מקיימת

19. מהותו של "כלל הפרשנות המקיימת", היא כי: "מקום בו דבר חקיקה ניתן למספר פירושים אפשריים, יש לבחור בפירוש המכיר בחוקתיותו של החוק (ובתוקפו) על פני פירוש המביא לאי-חוקתיותו (ולביטולו)". (ראו: בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 39 לפסק דינה של השופטת י' וילנר (1.1.2024); עניין טבריה, פסקה 31 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן; בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 811 (1996) (להלן: עניין זנדברג)). כלומר, תנאי מקדים לתחולתו של הכלל היא כי החוק, על פי פשוטו, טומן בחובו פגיעה בלתי מידתית בזכות יסוד

(אהרן ברק, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – כך א': תורת הזכויות החוקתיות 343-344 (2023) (להלן: ברק)). במצב זה, מורה הכלל כי יש לבחור בפירוש אחר, שאינו מביא לביטולו של החוק.

ייחודו של כלל "הפרשנות המקיימת" הוא בכך שכדי להימנע מפירוש המביא לבטלותו של חוק, רשאי בית המשפט לבחור בפירוש "יצירתי" יותר, מהפירוש בו היה בוחר אלמלא הפגיעה החוקתית. עם זאת, אין משמעות הדבר כי ניתן לבחור בכל פרשנות "המצילה" את החוק מבטלות. כך, במשפט האמריקאי, ממנו שאב בית משפט זה את הדוקטרינה (המכונה שם The Constitutional Avoidance Doctrine; ראו עניין טבריה, בפסקה 31 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן), הודגש כי דוקטרינה זו מאפשרת לבית המשפט לבחור בפרשנות "יצירתית", החורגת מפרשנותו של הטקסט, ושברגיל לא היה בוחר בה, אך היא אינה מאפשרת לבית המשפט לשכתב את דבר החקיקה, ובית המשפט עודנו כבול לפירושים המתקבלים על הדעת שיש להם עוגן בלשון החוק (ראו, למשל: Eric S. Bond v. United States 572 U.S. 844 (2014); Fish, *Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy*, 114 Mich. L. Rev. 1275 (2016)).

עקרונות דומים הוכרו גם בפסיקה הישראלית אשר עסקה בפרשנות מקיימת. בעניין זנדברג אימץ הנשיא א' ברק פרשנות שאינה הפירוש הטבעי של החוק, תוך שציין כי כאשר עסקינן בפרשנות מקיימת (אותה הוא כינה "פרשנות בהתאם לחוקה"), יש מקום לעשות "מאמץ פרשני":

"מודע אני לכך כי פרשנות זו – בכל הנוגע לקנס הפיגורים – אינה פשוטה כלל ועיקר. נדרש מאמץ פרשני ניכר על-מנת להגיע למסקנה שאלה הגעתי. מאמץ זה ראוי הוא. הוא משקף את עמדתנו, כי עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק יסוד. עמדה זו מבוססת, כפי שראינו, על הרצון להבטיח אחדות חוקתית ועל התפיסה הבסיסית, כי עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו. אכן, כאשר דבר חקיקה ניתן למספר פירושים אפשריים, יש לבחור בפירוש המכיר בחוקתיותו של החוק (ובתוקפו) על פני פירוש המביא לאי-חוקתיותו (ולביטול)" (שם, בעמ' 814).

עם זאת, באותה נשימה, הנשיא א' ברק הבהיר כי גם כאשר עסקינן בפרשנות מקיימת, לא ניתן ליתן לחוק פירוש שלשונו אינה מסוגלת לשאת:

"ההנחה הינה כי הפרשנות הניתנת להוראת החוק – והמונעת את הצורך לבחון את חוקתיותו – הינה פרשנות אפשרית. אין לעקם את הכתוב, ואין לפרשו בניגוד לכללי הפרשנות המקובלים. פרשנות החוק בהתאם לחוקה אפשרית רק אם היא בוחרת באופציה פרשנית שהיא לגיטימית על-פי כללי הפרשנות המקובלים. שאם לא כן, לעולם לא יעמוד חוק בסתירה לחוק יסוד, ובכך תסוכל התכלית המונחת ביסוד החוק וחוק היסוד גם יחד. נאמנותו של השופט-הפרשן לדבר החקיקה מחייבת אותו לתת לחוק פירוש שלשונו יכולה לשאת ואשר מגשים את תכליתו. אם פירוש זה מביא להתאמת החוק לחוקה, טוב הוא וראוי. ואם פירוש זה מביא לסתירה בין החוק לחוקה, הרי אין מנוס מכך" (שם, בעמ' 815).

עקרונות אלו של הפרשנות המקיימת – קרי, היותה מאפשרת לבית המשפט לבצע "פרשנות יצירתית", אך בה בעת כבולה לעוגנים לשוניים ולכללי הפרשנות המקובלים – חזרו ונשנו בפסיקתו של בית משפט זה (בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 271 (2004), (להלן: עניין גניס); רע"א 10472/07 דאהוד נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא עמקים, פסקה ל"א לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (10.11.2009); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (27.2.2020); וראו גם: ברק, בעמ' 340-342).

לאמור לעיל אבקש להוסיף כי העקרונות שביסוד כלל הפרשנות המקיימת, כפי שעמדתי עליהם לעיל, מחייבים את המסקנה כי אותם "מאמץ פרשני" ו-"פרשנות יצירתית", הינם מוצדקים רק כל עוד, ועד כמה שהם נדרשים על מנת להימנע מביטולה של הוראת חוק. זאת, שכן מקום בו פירושו הטבעי של החוק טומן בחובו פגיעה בזכות יסוד, אך פגיעה זו איננה "במידה שעולה על הנדרש", אין מקום להיעזר בכלל הפרשנות המקיימת. על כן, לא ניתן לכלול, במסגרת פרשנות מקיימת, בנוסף לפרשנות ההכרחית כדי למנוע את ביטולה של הוראת החוק, גם פרשנות שבאה לשפר ולטייב את ההסדר שנקבע בחוק, אולם אינה הכרחית כדי למנוע את ביטולו.

ב. פרשנות "רגילה" או "טבעית" של החוק

18. קיומו של כלל הפרשנות המקיימת אין פירושו כי כל אימת שנטען כי חוק פוגע בפגיעה בלתי חוקתית בזכויות יסוד, יש מקום לפרשו באמצעות "מאמץ פרשני" ותוך בחירה ב-"פרשנות יצירתית". כאשר על פי פרשנותו "הרגילה" של החוק ניכר כי החוק

אינו גורם לפגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד, ממילא אין מקום להידרש לכלל הפרשנות המקיימת.

ודומה שהדברים ברורים מאליהם: כאשר בית משפט זה דן בעתירה לביטולה של הוראת חוק, אפשר (ומן הסתם במקרים רבים זה יהיה המצב), שהעתירה תידחה משום שפרשנותו "הרגילה" של החוק, מבלי צורך ב-"מאמץ פרשני" ו-"פרשנות יצירתית", מלמדת שאין בו פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד. בנסיבות אלו אין כלל צורך בפרשנות מקיימת (ואף לא מתקיים התנאי הבסיסי לשימוש בה).

וידוגש: גם במקרים הנ"ל, בהם עומד בית המשפט על פירושו הרגיל של החוק, כדי לנמק מדוע החוק אינו פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד, פרשנות החוק על ידי בית המשפט הינה בגדר "רציו דיסידנדי" (טעם הפסיקה) ולא "אוביטר דיקטום" (אמרת אגב), שכן מלאכת הפרשנות נדרשה לצורך ההכרעה ודחיית הטענות כנגד חוקתיותו של החוק (על הבחנה זו ומקומן של אמרות אגב ראו: חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415 (התשס"א); ע"א 8463/14 נתיבי ישראל – החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ נ' סניור, פסקה 6 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (22.3.2017)).

19. באשר לצורך בפרשנות מקיימת או בפרשנות של הוראת החוק בכלל, בעת דיון בעתירה המבקשת להורות על ביטול הוראת חוק, אין לדעתי כל ייחוד בעתירות מסוג זה, וחל הכלל הרגיל בדבר הצורך בהכרעה השיפוטית וההבחנה המוכרת בין "רציו" לבין "אוביטר".

לכן, כאשר נטען כי "אין צורך" בפרשנות מקיימת, הואיל ודי בפרשנות "רגילה" או "טבעית" כדי לדחות את העתירה כנגד תוקפה של הוראת החוק, אין משמעות הדבר שאין צורך בקביעה שיפוטית לעניין אותה פרשנות (ומשמעות האמירה הינה רק שהפרשנות אינה נזקקת ל-"מאמץ פרשני" ול-"פרשנות יצירתית"). בהתאם, הקביעה השיפוטית בעניין פרשנותה של הוראת החוק הינה, במקרים אלו, חלק מה-"רציו" של פסק הדין.

לעומת זאת, אמירה לפיה אין צורך כלל בפרשנות הוראת החוק כדי לדחות את העתירה להורות על ביטולה (למשל, משום שהטענה לפגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד הינה תיאורטית), משמעה שקביעה שיפוטית לגבי פרשנותה של ההוראה אינה נדרשת כלל ותהווה אמרת אגב שאינה מחייבת.

20. לאחר שעמדתי על דברים אלו, ניתן לפנות ליתר הוראות התיקון נושא העתירות שבפנינו.

עיקרון ממלכתיות המשטרה ועצמאותה

21. כמבואר בחוות דעתם של חבריי, עסקינן בטיעונים שהושמעו בפנינו בדבר העדרה, בתיקון, של הוראה מפורשת הקובעת כי המשטרה, במילוי כל תפקידיה ובהפעלת כל סמכויותיה, נדרשת לנהוג באורח ממלכתי, עצמאי, נטול אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים, ללא משוא פנים, וכשעליה מרותו של החוק בלבד.

עמדתם של חבריי בעניין זה (ראו פסקאות 124-130 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן; פסקה 9 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג, ופסקה 53 לחוות דעתו של השופט א' שטיין), מקובלת גם עליי.

כפי שצינו חבריי, אף שעקרונות ממלכתיות המשטרה ועצמאותה לא עוגנו במסגרת התיקון לחוק, אין בכך כדי לגרוע מתחולתם ביחס למשטרה. כך, עמדתה של הכנסת היא שאין כל צורך לעגן עקרונות אלה, בהיותם בגדר "המובן מאליו", ועל כן למעשה לפנינו הסדר משתמע חיובי. עמדה זו עולה בקנה אחד עם העובדה כי הליך החקיקה לא מעלה אמירות מפורשות שביקשו לשלול את עיקרון ממלכתיות המשטרה ועצמאותה. בנוסף, גם עמדתו של השר בן גביר, יוזם הצעת החוק, הן בדיוני הוועדה והן בהליך שלפנינו, הינה כי המחוקק כלל לא ביקש לשלול את תחולתם של עקרונות אלו, וכי כלל אין צורך לעגן אותם במפורש ביחס למשטרה (אציין כי בדיון בפנינו הסביר השר בן גביר כי התנגדותו להכללת עקרונות הממלכתיות והעצמאות בתיקון, נעוצה בכך שלדעתו לא הייתה מועלית דרישה מסוג זה כלפי שר אחר. דומני כי מוטב היה שטעם זה, שעניינו עלבון אישי, לא היה משפיע על עיצוב החוק).

על כן, משעה שלמעשה קיימת הסכמה גורפת לפיה הגם שהעקרונות בדבר עצמאות וממלכתיות המשטרה לא עוגנו עלי-ספר במסגרת התיקון לחוק, אין בכך כדי לגרוע מתחולתם ביחס למשטרה, ומשאין בתיקון כל אמירה העומדת בניגוד לכך, אין בהיעדר עיגון כאמור כדי לפגוע בתוקפו של התיקון.

סעיף 8 לפקודה – כפיפות משטרת ישראל

22. הוראת סעיף 8 לפקודה, קובעת כדלקמן:

"(א) משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה.

(ב) השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה."

גם בהקשר של הוראה זו, מסכים אני עם האמור בחוות הדעת של חבריי, כי הוראת סעיף 8ב דלעיל לא חוללה שינוי בכל הנוגע ליחסים המוסדיים שבין ממשלת ישראל והשר לבין המשטרה ואינה גורעת מעצמאותה המקצועית של המשטרה (פסקאות 131-136 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן; פסקה 10 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג; ופסקה 30 לחוות דעתו של השופט א' שטיין).

כמו כן, מסכים אני עם הקביעה שלמרות שניסוחה של הוראת סעיף 8ב דלעיל הועתק מסעיף 2 לחוק-יסוד: הצבא, קיימת הבחנה מהותית בין המשטרה לבין הצבא ומערכת היחסים בין הממשלה לבין המשטרה שונה ממערכת היחסים שבין הממשלה לבין הצבא.

23. בהקשר זה אבקש להוסיף ולהבהיר כי הקביעות דלעיל מבוססות על פרשנות של החוק, שאמנם אינה נזקקת ל-"מאמץ פרשני" ול-"פרשנות יצירתית", אולם הינה נחוצה לצורך ההכרעה בעתירות אשר לפנינו, ומכאן שהינה פרשנות מחייבת בהיותה חלק מה-"רציו" של הכרעת הדין ולא בגדר אמרת אגב בלבד.

סעיף 8ג לפקודה – התוויית מדיניות ועקרונות על ידי השר

24. הוראת סעיף 8ג לפקודה, קובעת כדלקמן:

"(א) השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985, והוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה.

(ב) השר ידווח לוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, אחת לכנס, על המדיניות שהתווה; השר יפרסם את המדיניות שהתווה באתר האינטרנט של המשרד לביטחון פנים."

חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), התייחס להוראת סעיף 8ג לפקודה במספר היבטים: ההבחנה בין התוויה לגיטימית של מדיניות כללית לבין התערבות אסורה

בשיקול הדעת האופרטיבי המוקנה למשטרה; חובת היועצות עם מפכ"ל המשטרה בעת גיבוש המדיניות הכללית; חובת היועצות עם היועצת המשפטית לממשלה קודם לקביעת מדיניות בתחום ההפגנות והמחאות; והתניית תוקפה של המדיניות בפרסומה, קודם לכניסתה לתוקף, באתר המשרד לביטחון לאומי.

אתיחס להלן לכל אחד מההיבטים הנ"ל.

25. לעניין ההבחנה בין "מדיניות" ו-"עקרונות כלליים" לבין מתן הנחייה אופרטיבית – עיון בסעיף 8ג מלמד כי הסעיף כלל לא ביקש להסמיך את השר להתערב בהחלטות פרטניות או אופרטיביות של המשטרה, אלא אך להתוות "מדיניות" ו-"עקרונות כלליים", אשר מעצם הגדרתם תחומים למישור הכללי. כפי שציין חברי השופט נ' סולברג בחוות דעתו, אף הליך החקיקה, ועמדות הצדדים בהליך שבפנינו, מעלים כי אין כל מחלוקת שהסעיף לא מסמיך את השר להתערב בהחלטות פרטניות (פסקה 34 לחוות דעתו).

אכן, מטבע הדברים שרטוט קו הגבול שבין מדיניות כללית לבין התערבות בהחלטות פרטניות ואופרטיביות אינו פשוט. על כן, ומשהתעוררה הסוגיה במסגרת העתירות דנן, יש מקום לעמוד על מספר קריטריונים שיסייעו בשרטוט קו גבול זה, אף שאין מדובר ברשימה ממצה. אמות המידה שאימצו חבריי בעניין זה מקובלות גם עליי ועולות, לדעתי, מפרשנותו הטבעית של הסעיף: רמת ההפשטה של המדיניות צריכה להיות גבוהה; מדיניות כללית היא כזו שלא גובשה אגב אירוע ספציפי ובמהלכו, אלא היא צופה פני עתיד; על המדיניות להתייחס לקטגוריה של מקרים ולא לאירועים בודדים; ועל המדיניות לעסוק בכללים מנחים ולא לכלול הוראה לגורמי המשטרה כיצד ליישם כללים אלו באירוע פרטיקולרי (ראו פסקה 143 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא (בדימ'), פוגלמן; פסקה 42 לחוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג).

וגם בהקשר זה אבקש להבהיר כי כעולה מהאמור לעיל, מדובר בפרשנות שהינה נחוצה לצורך ההכרעה בעתירות שבפנינו אולם אינה טעונה "מאמץ פרשני" או "פרשנות יצירתית" ולכן הינה פרשנות "רגילה" ולא פרשנות מקיימת. ככזו, הפרשנות דלעיל הינה חלק מה-"רציו" של פסק הדין ולא בגדר אמרת אגב בלבד.

26. חברי ממלא מקום הנשיא (בדימ'), מבקש ליתן להוראת סעיף 8ג פירוש המקיים חובה על השר להתייעץ במפכ"ל המשטרה קודם לקביעת מדיניות על-פי הסמכות המוקנית לו בסעיף.

בעניין זה מסכים אני עם חברי, השופט נ' סולברג, כי יש קושי בפירוש סעיף 88 כמטיל חובת התייעצות כאמור, בהעדר עוגן לשוני כלשהו לפרשנות זו, שכן "הלשון קובעת את מיתחם האפשרויות", וכי גם כאשר עסקינן בפרשנות מקיימת, "נאמנותו של השופט-הפרשן לדבר החקיקה מחייבת אותו לתת לחוק פירוש שלשונו יכולה לשאת" (עניין זנדברג, 800, 811; עניין גניס, 271, 288-289).

חרף זאת, ואף בעניין זה דעתי כדעתו של חברי השופט נ' סולברג, יודגש כי סעיף 88 כלל אינו גורע מתחולתם של כללי המשפט המנהלי על הפעלת סמכותו של השר להתוות את מדיניות המשטרה והעקרונות הכללים לפעילותה. חברי השופט נ' סולברג עמד על כך כי במסגרת החובות שמטיל המשפט המנהלי החלטה בדבר מדיניות מצריכה גיבוש תשתית עובדתית מתאימה, וכי היקפה של התשתית העובדתית הנדרשת משתנה לפי אופי העניין, ובפרט אמת המידה היא מחמירה יותר כאשר מדובר בפגיעה בזכויות יסוד (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 39, 49 (1983); רע"ב 426/06 חווא נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 14 (12.3.2006); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 252 (1985); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי, כרך א 449-447 (2010) (להלן: משפט מינהלי)). כפי שציין חברי, משמעותה של חובה זו היא כי בבוא השר לגבש מדיניות ועקרונות כלליים לפעילות המשטרה, אשר לה השפעה על אינטרסים וזכויות אדם, עליו לבסס תשתית עובדתית נרחבת ומקיפה, ואף להיוועץ בבכירי המשטרה, ובראשם המפקח, כדי לבסס תשתית זו.

יתרה מזאת, בית משפט זה הכיר במפורש, לא אחת, כי מכוח חובות המשפט המנהלי בכלל, והחובה להניח תשתית עובדתית הולמת בפרט, עשויה לקום חובת היוועצות, וזאת אף כאשר חובה זו לא עוגנה בחוק (בג"ץ 5303/16 גרמן נ' שר הבריאות (13.11.2018) (להלן: עניין גרמן); ראו גם: בג"ץ 8850/02 פסטינגר נ' שר המשפטים, פ"ד נח(2) 696, 706 (2004); בג"ץ 2703/18 בהט נ' רשות העתיקות, פסקה 25 לפסק דינו של השופט י' עמית (10.2.2019); יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך ב – ההליך המינהלי 1226-1227 (2011), (להלן: הסמכות המינהלית); משפט מינהלי, 304-306). כך, למשל, בעניין גרמן קבע השופט ע' פוגלמן כי:

"ישנן נסיבות שבהן גם אם לא נקבעה חובת היוועצות סטטוטורית, חובה זו יכולה לצמוח מחובותיה הכלליות של הרשות המינהלית ובהן החובה לפעול בסבירות והחובה להניח תשתית עובדתית הולמת להחלטותיה. סבורני כי אלה הם פני הדברים בענייננו..." (עניין גרמן,

פסקה 14 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן, ההפניות
הוסרו – י' כ').

לגישתי, התווית מדיניות המשטרה והעקרונות הכלליים לפעילותה על ידי השר, בהתאם להוראת סעיף 8ג, היא מקרה מובהק שבו הפעלת הסמכות המנהלית היא בעלת השפעה דרמטית על זכויות הפרט, נוכח אופייה של עבודת המשטרה. משכך, הדעת נותנת כי למצער ברובם המכריע של המקרים, החובה להניח תשתית עובדתית הולמת תחייב את השר להיוועץ במפכ"ל ובבכירי המשטרה בטרם יגבש את מדיניותו.

27. כאמור, סעיף 8ג לפקודה מסמך את השר לקבוע מדיניות ועקרונות כלליים לפעילותה של המשטרה, ובכלל זאת גם ביחס לסמכותה של המשטרה בכל הנוגע להפגנות ומחאות. כפי שציין חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') (ראו: פסקאות 150-153 לחוות דעתו), הסמכת השר להתוות מדיניות כללית בתחום זה טומנת בחובה מורכבות ייחודית. זאת בראש ובראשונה כיוון שהפגנות ומחאות מטבען מופנות כלפי השלטון ונוגעות לעניינים שבמחלוקת פוליטית ולשאיפה להביא לשינוי במדיניות השר והממשלה. על כן, לכל ממשלה, יש אינטרס מסוים בהגבלה של חלק מהותי מההפגנות והמחאות, ומשכך מתעורר חשש מוגבר להתערבות מטעמים פוליטיים.

לצד זאת, הפעלת סמכויות המשטרה בהקשר זה נוגעת, מעצם הגדרתה, לאיזון בין הזכות להפגין הניצבת בליבת חופש הביטוי, לבין זכויות ואינטרסים אחרים שעשויים להיפגע, וליישום אמות המידה שנקבעו בדין לשם כך. לעניין זה, אין חולק כי סמכותו של השר להתוות מדיניות כללית בהתאם להוראת סעיף 8ג לפקודה, ובכלל זאת להתוות מדיניות כללית בתחום ההפגנות, כפופה לאמות המידה המשפטיות שנקבעו בדין לאורך השנים.

נוכח היבטים ייחודיים אלה, לשיטתי, קמה לשר חובה, מכוח ככלי המשפט המנהלי, להיוועץ בגורמים המשפטיים המתאימים, בעת גיבוש מדיניות כללית בתחום ההפגנות והמחאות. יפים לעניין זה דבריה של השופטת ד' ברק-ארז בכתובתה האקדמית:

"החלטות מינהליות חייבות להתקבל על-פי החוק. כפועל יוצא מכך, רשויות מינהליות חייבות לקבל ייעוץ משפטי. ההתייעצות המשפטית היא שונה מהליך התייעצות רגיל. על-פי רוב, היא אינה נעשית מכוח חובה סטטוטורית ספציפית, אך היא גם אינה וולונטרית ממש, משום שהרשות חייבת לנהוג על-פי החוק וללוות את פעולותיה בייעוץ משפטי ככל שהדבר דרוש בנסיבות העניין. כמו כן, בשונה ממעמדה העצמאי ביחס לגורמים המייעצים,

במקרה הרגיל, הרשות חייבת לפעול בהתאם להנחיות
יועציה המשפטיים" (משפט מינהלי, בעמ' 308).

נוכח כך שעניינה של מדיניות כללית בתחום ההפגנות והמחאות הוא ביישום
אמות המידה שנקבעו בדין, ברי שהיוועצות בגורמים המשפטיים המתאימים, ובהם
היועץ המשפטי לממשלה, ומתן משקל ניכר לעמדתם, דרושה בנסיבות העניין.

ברם, כמבואר לעיל, האמור אינו קבוע בחוק וגם להשקפתי לא ניתן לקבוע אותו
על דרך פרשנות החוק, ומקורו בכללי המשפט המנהלי.

28. יוזכר כי העותרים בבג"ץ 532/23 ביקשו לקבוע כי סמכות השר להתוות
מדיניות לפי סעיף 8ג, אינה משתרעת כלל על תחום ההפגנות והמחאות. לשיטתי אין
במורכבות שמעוררת הסמכת השר להתוות מדיניות כללית בתחום זה כדי לשלול את
התפרשות סמכותו על תחום זה.

חרף החשש מהתערבות פסולה של הדרג המיניסטריאלי בשיקול דעת המשטרה,
ישנה גם חשיבות רבה לקיומו של פיקוח מיניסטריאלי גם בתחום ההפגנות והמחאות,
וזאת לצורך ריסון הפעלת הכוח המשטרתי (כפי שקבעו ועדת צדוק וועדת אור), ולשם
ביסוס הלגיטימציה הדמוקרטית להפעלת סמכויות המשטרה (בג"ץ 2605/05 המרכז
האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ד' בייניש
(19.11.2009)). נוסף על כך, ישנה חשיבות לעצם קביעת מדיניות כללית אשר מקדמת
ודאות, אחדות, וצפיות ביחס לפעולת המשטרה (עצ"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים,
פסקה 38 (24.7.2008)). לצד זאת, יש בהבהרה, העולה מפרשנותו הטבעית של סעיף 8ג
לפקודה, כי סמכותו של השר להתוות מדיניות נוגעת אך למדיניות כללית ברמת הפשטה
גבוהה, ובהבהרה כי סמכות זו כפופה לחובות המשפט המינהלי, כמפורט לעיל, כדי
לצמצם את החשש להתערבות פסולה בשיקול דעתה של המשטרה בעת שהינה מפעילה
את סמכותה בתחום ההפגנות והמחאות.

התוצאה היא שעצם מתן הסמכות לשר לקבוע מדיניות ועקרונות כלליים גם
בעניין פעילות המשטרה בתחום ההפגנות והמחאות, אין בה כדי להצדיק התערבות
חוקתית בהוראת סעיף 8ג לפקודת המשטרה.

29. עניינה של הוראת בסעיף 8ג(ב) לפקודה, הינו, בין היתר, בהטלת חובה על השר
לפרסם את המדיניות שהתווה באתר האינטרנט של המשרד לביטחון הפנים. כחבריי, אף
אני סבור כי להקפדה על חובה זו חשיבות רבה שכן היא חיונית לפיקוח ציבורי ולביקורת

שיפוטית, במידת הצורך, על המדיניות שתיקבע, ותורמת לכך שהמדיניות אותה יתווה השר אכן תהא כללית ולא תגלוש לכדי הנחיה פרטנית ואופרטיבית.

חברי ממלא מקום הנשיא (בדימ') סבור שיש מקום לקבוע כי, ככלל, חובת הפרסום באתר האינטרנט היא תנאי לתוקפה של הפעלת הסמכות להתוויית מדיניות. לא מצאתי עוגן בסעיף שיש בו כדי להצדיק פרשנות זו, ואיני סבור כי בהעדר פרשנות זו הסעיף מעורר קושי במישור החוקתי. בהקשר זה אזכיר כי כאשר עסקינן בחוקתיות של חוק ובפרשנותו, על בית משפט זה להיזהר לבל יעשה עצמו מחוקק-על, ולבל ישים עצמו בנעליו של המחוקק ויעצב את החוק לפי תבונתו שלו (ראו והשוו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פסקה 6 לפסק דינו של השופט א' א' לוי, פ"ד נט(2) 481 (2005)).

בהמשך לכך, אבקש לחזור בהקשר זה על עמדתי לפיה השימוש ב"פרשנות יצירתית" מכוח הכלי המשפטי של פרשנות מקיימת, הינו לגיטימי עד כמה שהפרשנות הינה הכרחית (בצד היותה אפשרית) כדי למנוע את ביטולו של החוק, ולא כדי לשפר את החוק (לפי השקפתו של הפרשן). להשקפתי, הפירוש שמציע חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), אינו עומד בהבחנה דלעיל.

לשיטתי, יש לצעוד בנתיב שסללה הפסיקה, אשר קבעה כי גם כאשר קיימת חובת פרסום המעוגנת בחוק ביחס להחלטה מנהלית (שאינה תקנה בת פועל תחיקתי), חובת הפרסום אינה בהכרח תנאי לתוקפה של ההחלטה, וכי לשם הכרעה בתוקף ההחלטה שלא פורסמה יש ליתן משקל לשאלה אם מי שמושפע מההחלטה ידע אודותיה או נפגע בשל אי-הפרסום (בג"ץ 3930/94 ג'זמאוי נ' שר הבריאות, פ"ד מח(4) 778 (1994); בג"ץ 128/83 הרפז נ' ראש המינהל האזורי ליהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 159 (1983); משפט מינהלי 344-349).

על כן, בענייננו, בהינתן שעסקינן במדיניות כללית של המשטרה אשר לה פוטנציאל השפעה רחב על זכויות אדם של קבוצה בלתי מסוימת, ייתכן כי אי-פרסום של מדיניות מסוימת, כנדרש לפי סעיף 8ג(ב), עשוי להשפיע על תוקפה של המדיניות במקרים המתאימים, אך אין מקום, לדעתי, לקבוע מראש כלל גורף בעניין זה.

תיקון סעיף 9 לפקודה

30. במסגרת התיקון נקבעה הוראה הקובעת כי :

"בסעיף 9 לפקודה, בסופו יבוא "והכל בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר כמפורט בסעיפים 8 ו-ד8".

עניינה של הוראת סעיף 9 לפקודה בסמכויות המפכ"ל, ולאחר תיקונה, כאמור לעיל, הינה קובעת כדלקמן:

"המפקח הכללי יפקח על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה ועל הפעלתה, ויהיה אחראי להשגחה על כל ההוצאות הכרוכות בה ולאפסניה שברשותה, והכל בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר כמפורט בסעיפים 8 ו-ד8".

החשש שהועלה לגבי התיקון דלעיל הינו שהמילה "בהתאם", תפורש כפוגעת בשיקול הדעת המקצועי והעצמאי המוקנה למפכ"ל.

דעתי בעניין זה, כדעת חבריי, שהתיקון לסעיף 9 לפקודה אינו פוגע ואינו גורע מסמכותו ומחובתו של המפכ"ל להפעיל את שיקול דעתו המקצועי העצמאי במסגרת הפעלת סמכויותיו.

31. אכן, על המפכ"ל מוטלת החובה להביא בחשבון את המדיניות הכללית שהתווה השר, כפי שקובע סעיף 9. עם זאת, בצידה של חובה זו, כללי המשפט המנהלי מורים כי משהוענקה סמכות לגורם מנהלי אשר השימוש בה כרוך בהפעלת שיקול דעת, מוטלת עליו החובה להפעיל סמכות זו לפי שיקול דעתו העצמאי. מבלי להידרש לגבולותיה המדויקים של ההלכה הנושנה שנקבעה בבג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד 319, 323 (1950), ואשר רוככה לאורך השנים, ברי כי הפעלת סמכותו של המפכ"ל נמנית על אותם מקרים שבהם יש משנה חשיבות בהחלת הכלל המגן על עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת בהפעלת סמכויותיה (ראו: יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי – כרך א' 549-559 (2022); משפט מינהלי, בעמ' 160-168 (2010); הסמכות המינהלית, בעמ' 939-951).

ואציין גם כאן: האמור לעיל הינו בגדר קביעה לגבי פרשנותו של התיקון לסעיף 9 לפקודה. אכן, אין צורך בפרשנות מקיימת (ואף אין לה הצדקה בהקשר זה) כדי להגיע לתוצאה הפרשנית עליה עמדנו לעיל, אולם פרשנות "רגילה" זו נחוצה על מנת להכריע בעתירות שבפנינו ולכן הינה חלק מה-"רציו" של פסק הדין ולא בגדר אמרת אגב בלבד.

32. לסיכום עמדתי, אבקש לעמוד על עיקרי חוות דעתי בנקודות לצורך הפשטת הדברים:

ראשית, מצאתי כי אין מנוס מלהורות על בטלותה של הוראת סעיף 8 לפקודת המשטרה.

שנית, הגם שהדבר לא עוגן עלי-ספר במסגרת התיקון, אין מחלוקת כי מוטל על המשטרה, במילוי כל תפקידיה ובהפעלת כל סמכויותיה, לנהוג באורח ממלכתי, עצמאי, נטול אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים, וללא משוא פנים, כשעליה מרותו של החוק.

שלישית, הוראת סעיף 8 לפקודת המשטרה, לפי פירושה הנכון, לא חוללה שינוי בכל הנוגע ליחסים המוסדיים שבין ממשלת ישראל והשר לבין המשטרה, ואינה גורעת מעצמאותה המקצועית של המשטרה.

רביעית, בהוראת סעיף 8 לפקודת המשטרה, לפי פרשנותה הנכונה, המונחים "מדיניות" ו-"עקרונות כלליים", מובחנים ממתן הנחייה אופרטיבית, שהינה אסורה.

כמו כן, מכוח כללי המשפט המנהלי, הדעת נותנת כי החובה להניח תשתית עובדתית הולמת תחייב את השר להיוועץ במפק"ל ובבכירי המשטרה בטרם יגבש את מדיניותו, למצער ברובם המכריע של המקרים.

נוסף על כך, לעניין הוראת סעיף 8 לפקודת המשטרה – מכוח כללי המשפט המנהלי, לאור ייחודו של תחום ההפגנות והמחאות, קמה חובה על השר, להיוועץ עם היועצת המשפטית לממשלה קודם לקביעת מדיניות בתחום זה.

עוד קבעתי, לעניין הוראת סעיף 8 לפקודת המשטרה, כי לא ניתן לפרש את החוק כמתנה את תוקפה של המדיניות בפרסומה קודם לכניסתה לתוקף. יחד עם זאת יכול ובמקרים המתאימים העדרו של פרסום כאמור יהיה בעל השלכות על תוקפה של המדיניות.

חמישית, לעניין תיקון סעיף 9 לפקודת המשטרה – התיקון, לפי פרשנותו הנכונה, אינו פוגע ואינו גורע מסמכותו ומחובתו של המפקח להפעיל את שיקול דעתו המקצועי והעצמאי במסגרת הפעלת סמכויותיו.



השופט עופר גרוסקופף:

אני מצטרף בהסכמה לליבת פסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן, ולקביעתו כי יש לקבל את העתירות באופן חלקי, ולהורות על בטלותו של סעיף 8ד לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022 (להלן: התיקון ו-הפקודה, בהתאמה). בצד זאת, לא מצאתי כי יש מקום להעניק סעד ביחס ליתר הוראות התיקון, ולגביהן אני מצרף דעתי לעמדה לפיה דין העתירות להידחות.

אחלק את דבריי לשלושה חלקים, כאשר במוקד שניים מהם תוכנו של התיקון, ובמוקד השלישי שבהם סוגיה המצויה במעטפת הדיון בעתירות. החלק הראשון יעסוק בסעיפים 8ב, 8ג ו-9 לפקודה, ובו אתיחס למערכת היחסים הרצויה בין משטרת ישראל (להלן: המשטרה) לבין השר המופקד עליה (המכונה על ידי הפקודה "שר המשטרה", ויכונה להלן: השר), ובכלל זה לטיבה של הסמכות המוקנית לשר להתוות מדיניות כחלק ממערכת יחסים זו. בתוך כך אבאר מדוע לדידי אין לקבל את טענות העותרים ביחס לסעיפים אלה. במסגרת החלק השני, אסביר מדוע גם לשיטתי אין מנוס מלהורות על בטלותו של סעיף 8ד לפקודה, שעניינו בסמכות השר להתוות מדיניות כללית וסדרי עדיפויות בתחום החקירות. לבסוף, אתיחס לשאלת מקומן של עובדות ספציפיות הנוגעות ליישומן של חוק – בענייננו פעולות שונות שביצע השר מעת שהוגשו העתירות – במסגרת בחינת טענות התוקפות חוק זה במישור החוקתי.

החלק הראשון: מערכת היחסים הכללית שבין הממשלה והשר לבין המשטרה

1. מטרתו המוצהרת של התיקון מושא העתירות שלפנינו היא הסדרת "היחסים בין השר הממונה על המשטרה... ובין המשטרה והמפקח הכללי", וזאת בהינתן שהסדרה

מפורשת כזו טרם נעשתה עד כה (דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022 (להלן: דברי ההסבר)). כפועל יוצא של מטרה זו, כיוון המחוקק את סעיפים 8ב, 8ג ו-9 לפקודה להסדרת מארג היחסים שבין הממשלה, ובייחוד השר הפועל מטעמה, לבין המשטרה, מנקודת מבט כללית, דהיינו שלא בתחום מסוים: כך, כחלק ממערכת יחסים זו, סעיף 8ב מלמד על כפיפותה של המשטרה לממשלה ("משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה"), וזאת תוך הצבת השר כ"ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה". בהמשך לכך, סעיף 8ג מורה כי הכפיפות האמורה תבוא לידי ביטוי באמצעות סמכותו של השר להתוות מדיניות כללית למשטרה, וכן לקיים פיקוח ובקרה על פעילותה. כהשלמה להוראות אלו, ובהתייחס לתפקידיו של המפקח הכללי (להלן: המפקח), הוסיף התיקון במסגרת סעיף 9 כי הסמכויות שעמדו למפקח"ל ערב התיקון יופעלו "בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר כמפורט בסעיפים 8ג ו-8ד".

מהטעמים שאסביר כעת, עמדתי היא כי סעיפים אלה של התיקון אינם מביאים לפגיעה בזכויות יסוד באופן אשר מצדיק את התערבותנו בהם במישור החוקתי. אתייחס לסעיפים אלה על פי סדרם – ראשית סעיף 8ב לפקודה, ולאחריו סעיף 8ג, לו נלווה סעיף 9.

סעיף 8ב – כפיפות המשטרה לממשלה

2. אקדים אחרית לראשית: כמו חבריי, גם אני סבור כי סעיף 8ב לפקודה אינו משנה את מארג היחסים המוסדי שבין המשטרה לממשלה, כפי שזה חל קודם כניסתו לתוקף של התיקון. לפיכך, גם לדידי דין העתירות בעניין זה להידחות. למסקנה זו אוסיף הערות אחדות.

3. לעיניו של המעיין בעתירות שלפנינו עלולה להצטייר תמונה שלפיה עצם כפיפותה של המשטרה לממשלה מהווה, כשלעצמה, פגם במנגנון הדמוקרטי (ראו, למשל: סעיף 14 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים בבג"ץ 2985/23; פסקה 38 לעיקרי הטיעון מטעם העותרת בבג"ץ 8987/22). לנוכח תמונה זו יש להבהיר: המשטרה, מעצם טבעה, היא זרוע ביצוע של הממשלה, "כוח מאורגן הפועל בשם המדינה תחת מרות הממשלה" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, בפסקאות 25-24 לפסק דינה של הנשיאה דורית ביניש (19.11.2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי)). ממילא, כפיפותה האמורה לא רק שאינה מהווה פגם, אלא היא מאפיין אינהרנטי של

המשטרה בשיטתנו החוקתית. כפיפות זו מבטיחה את ההצדקה הדמוקרטית של פעילות המשטרה, בבחינת הכשר לעשות שימוש בכוח המסור לה לשם המטרות הראויות שלשמן היא פועלת; והיא אף נועדה להציב גבולות על הפעלת כוחה של המשטרה, באמצעות מנגנוני אחריות ופיקוח מטעם הממשלה (ראו: דן ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב' 133, 148 (1991) (להלן: ביין); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 943 (2003) (להלן: בג"ץ 1993/03)).

4. אין ספק, במקביל לכפיפותה של המשטרה לממשלה, ובאופן שאינו מבטל כפיפות זו, עצמאותה של המשטרה חייבת להישמר. אם לא תישמר עצמאות זו, עלולה המשטרה להפוך מכלי המשרת את כלל הציבור לכלי המשרת שחקן פוליטי ספציפי; מ"משטרה של המדינה", ל"משטרה של הממשלה" (אהרן ברק מבחר כתבים 680 (התש"ס); וראו: ביין, בעמ' 148). בראש ובראשונה, עצמאות המשטרה נובעת מחובתה לפעול להגנת שלטון החוק, עיקרון-על המשרטט את גבולות כוחה ומנתב את שיקול הדעת המופעל על ידה במימוש סמכויותיה (ראו למשל: בג"ץ 5562/07 שוסהיים נ' השר לביטחון פנים, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה (23.7.2007); ביין, בעמ' 137). בהמשך לכך, חייבים כל שוטרת ושוטר לפעול על פי מיטב הכרתם המקצועית בהפעלת הסמכויות שהוקנו להם בחוק, ובהתאם להוראות המחייבות שניתנו להם על ידי המפקדים המוסמכים. לבסוף, וכפי שיבואר בהמשך דבריי, עצמאותה של המשטרה באה לידי ביטוי גם במרווח שצריך להיוותר בינה לבין השר האמון עליה – מרווח המתקיים בין סמכות השר לקבוע מדיניות לבין סמכותם של אנשי המשטרה לפעול באופן מקצועי לצורך יישומה. אמור מעתה: כפיפות המשטרה לממשלה, ולשר המופקד מטעמה, משמיעה כי המשטרה פועלת כחלק מהרשות המבצעת, בהתאם למדיניות הממשלה והשר, ובפיקוחם; אין היא משמיעה כי למשטרה אין עצמאות תפקודית, ואין היא יוצרת כפיפות פיקודית של המשטרה לממשלה או לשר.

5. בהינתן דברים אלו, אינני מוצא בהוראות הכלליות שנוספו בתיקון, לפיהן "משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה" ו-"השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה" סטייה מהאיזון המתואר, אלא להיפך – שיקוף סטטוטורי שלו. המשטרה נתונה למרות הממשלה – אכן כך; השר הוא הממונה על המשטרה מטעם הממשלה – אכן כך. ואולם לא בזה ולא בזה יש כדי לגרוע מעצמאותה התפקודית של המשטרה, ואין בהם כדי ליצור כפיפות פיקודית של המשטרה לממשלה או לשר.

6. העותרים מלינים על כך שבתיקון לא נכללה הוראה המתייחסת לעצמאות המשטרה, כפי שהוצע על ידי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה במסגרת הליכי החקיקה. יתכן, כי מוטב היה לו המחוקק היה כולל בתיקון גם התייחסות לעצמאות המשטרה, כדוגמת הוראת סעיף 4(ג) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 ("השירות יפעל באורח ממלכתי; לא תוטל על השירות משימה לשם קידום אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים"), ואולם גם בהעדר הוראה כזו מוטלים על המשטרה, מכוח עקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית, החובה לפעול באופן ממלכתי, והאיסור לפעול באופן המשרת אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים. עקרונות יסוד אלה, אף אילו היו מנסים לבטלם, בין אם בחוק רגיל ובין אם בחוק יסוד, הרי שהדבר היה נפסל כנוגד את עקרונות היסוד של מדינת ישראל (לעמדתו בעניין זה ראו בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 33-50 לחוות דעתי (1.1.2024) (להלן: בג"ץ 5658/23)). פשיטא, כי אין מקום להטיל ספק בתוקפם, מקום שאין בתיקון ולו רמז שכוונת המחוקק הייתה לשנותם. ממילא יש לדחות מכל וכל את הטענה שלפיה במחדלו של המחוקק מלעגן את עיקרון הממלכתיות ועצמאות המשטרה יש כדי לגרוע מתחולתו של עיקרון זה על עבודת המשטרה (וראו: פסקה 130 לחוות דעתו של חברי ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן).

7. לדברים אלו אבקש להוסיף הערה כללית בדבר שתיקת המחוקק בנסיבות מעין אלו. ככלל, לדידי, אין לייחס משקל פרשני של ממש לשתיקת המחוקק, כשהוא נמנע מלהפעיל את סמכות החקיקה. כך, משני טעמים: האחד מהותי והשני ראייתי.

מהבחינה המהותית, הגוף המחוקק פועל במעשיו, ולא במחדליו. כשהכנסת מחוקקת, חברי הכנסת מפעילים באופן קולקטיבי את הכוח המשפטי שהקנה להם העם לשנות את המציאות הנורמטיבית במדינת ישראל; כשהכנסת נמנעת מלחוקק בעניין מסוים, אין היא משתמשת בסמכותה, והגם שדבריהם של חברי הכנסת השונים עשויים להיות בעלי חשיבות ציבורית, אין בהם כדי ליצור שינוי במערך החקיקה. אכן, במשטר דמוקרטי למעשה החקיקה של הרשות המחוקקת ניתן המעמד העליון בפירמידת הנורמות; לעומת זאת, לדברי המחוקקים ביחס להצעות שלא הבשילו לכדי חוק אין תוקף נורמטיבי.

מהבחינה הראייתית, מתן משקל למחדל הכנסת מלחוקק, בהקשרים דומים להקשרנו שלנו, מעורר קושי ניכר. כגוף המורכב ממאה ועשרים בעלי דעה, ועדות ומנגנונים נוספים, קשה עד בלתי אפשרי לעמוד על טיבו האמתי של מחדל זה – על מקורו ועל תכליותיו. ודוק, הקושי שבהתחקות אחר הכוונה העומדת מאחורי דבר חקיקה

קיבל הכרה בפסיקת בית משפט זה לא אחת בנסיבות בהן נבחנה תכליתו הסובייקטיבית של פעולתו החיובית של המחוקק, כלומר החקיקה (ראו, למשל: בג"ץ 273/10 אלמזרק נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פסקה 18 (2.9.2011); ע"מ 348/21 שר הפנים נ' חמדון, פסקה 16 (4.7.2022); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 231-229 (1993) (להלן: ברק)). ואולם, הקושי לתור אחר כוונתו של הגוף המחוקק בשתיקתו הוא מסדר גודל שונה. "יש" חקיקתי מותר אחריו סימנים ורמזים מובהקים בהרבה מאשר "אין" מסוג זה. כך, לדוגמא, מוסד דברי ההסבר, שמקבל מקום מרכזי במלאכת ההרכבה של התכלית הסובייקטיבית הניצבת מאחורי דבר חקיקה (ראו בעניין זה: פסקה 120 לכתב התשובה מטעם הכנסת; ברק, בעמ' 386-387; בג"ץ 5658/23, בפסקאות 49-50 לפסק דינה של השופטת יעל וילנר (1.1.2024)), יפרט וינמק אודות מילותיו הכתובות של החוק, אך לא יעשה כן ככלל בנוגע להיעדרן.

לשיטתי, איפוא, כאשר במסגרת בחינה חוקתית אנו פוגשים במצב דברים בו הכנסת נמנעה מלחוקק בעניין מסוים, מוטב כי נמשיך הלאה אל החקיקה הקיימת והעומד מאחוריה, ולא נעמיק חקר בהיעדר (ראו והשוו: בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 838 (1984); בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה אסתר חיות (8.7.2021)). כך, לטעמי ראוי לנהוג גם במקרה זה ביחס לדיונים בעקבותיהם נמנע המחוקק מקביעת עיקרון הממלכיות והעצמאות של המשטרה עלי חוק. בשונה מאדם, ששתיקתו עשויה להיות חזקה ממילים, שתיקת הכנסת אינה "הסדרה משתמעת", אלא "העדר הסדרה". ככזו היא חסרת צבע, ואין לייחס לה משמעות של ממש בהליך פרשנות החקיקה. כך, כאמור, ביחס להוראת סעיף 8 לפקודה, וכך, כפי שיפורט עתה, ביחס לסעיף 8ג.

סעיף 8ג – התוויית מדיניות על ידי השר

8. בין התחומים המגוונים המרכיבים את כפיפות המשטרה לממשלה ולשר (ראו, למשל, סעיפים 2, 7 ו-21 לפקודה), מציב התיקון בליבו את זה שעניינו בקביעת מדיניות ("הצעת החוק המתפרסמת בזה נועדה אפוא לעגן את סמכותו של השר כמתווה המדיניות שלאורה תפעל המשטרה", עמ' 8 לדברי ההסבר). בתוך כך, נקבע כי השר רשאי להתוות את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, "לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה" (סעיף 8ג לפקודה). בהמשך לכך, ומזווית אחרת, נקבע כי הסמכויות המוקנות למפק"ל, ובהן הפיקוח "על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה

ועל הפעלתה", יופעלו בהתאם למדיניות שיתווה השר (סעיף 9 לפקודה). כן נקבע, לצד הסמכויות שעניינן קביעת מדיניות כאמור, כי השר "יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה" (סעיף 8 לפקודה).

9. חברי ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן סבור כי אף סעיף 8 לפקודה יכול להיוותר על כנו מנקודת מבט חוקתית, אך זאת בכפוף ל"מתווה פרשני" שייצוק אל הוראת הסעיף "מגבלות מהותיות ופרוצדורליות על סמכות השר להתוות מדיניות" (פסקה 148 לחוות דעתו), בהן חובת התייעצות עם המפכ"ל, "תוך מתן משקל ניכר לעמדתו", וחובת התייעצות עם היועצת המשפטית לממשלה בתחום ההפגנות. למסקנה זו מגיע חברי בשל חשש כי ההסדר שמתווה התיקון אינו כולל ערובות מספיקות להבטחת פעילותה העצמאית והמקצועית של המשטרה לנוכח הסמכת השר להתערב בתחומה, וכחלק מכך כי ההבחנה בין קביעת מדיניות כללית, המותרת על פי התיקון, לבין התערבות אסורה בשיקול הדעת האופרטיבי של המשטרה אינה ברורה דיה. אני כשלעצמי סבור כי פרשנותו של הסעיף וכללי המשפט המנהלי פוטרים אותנו, במקרה דנן, ממתן סעד שמקורו בשדה החוקתי. כך, בתמצית, מפני שפרשנות הסעיף מלמדת על תיחום סמכות השר באופן העולה בקנה אחד עם המצב הרצוי בעניין זה, ובהינתן שיישומו, ככל יישומה של נורמה המקנה סמכות לרשות מנהלית, גורר עמו בהכרח את הפעלתו של המשפט המנהלי, המורכב משתי וערב של כללים וחובות בהם מוכרח לעמוד בעל הסמכות. אסביר כעת כמה דברים אמורים.

10. שר, באשר הוא שר, חובש מספר כובעים מנהליים. לצד היותו חבר כנסת וחבר מפלגה, שר הוא חבר בממשלה; הוא ממונה, ככלל, על משרד ממשלתי; והוא אף משמש כרשות מנהלית בעצמו, לה מקנה החוק סמכויות שונות, למשל כאמון על ביצועו של חוק מסוים (על סמכויותיהם המגוונות של השרים, ראו: בג"ץ 7767/07 אסרף נ' שר הפנים, פסקה 13 (27.3.2008); יצחק זמיר סמכות מינהלית כרך א, 429-430 (2010) (להלן: זמיר)). מטבע הדברים, חלק בלתי נפרד מהצבתו של השר כ"אמון", "ממונה" ו"אחראי" על גורם או תחום מסוים, הוא מעורבותו הפעילה בנושאים עליהם פרושה סמכותו. כך, למשל, נראה שאין מחלוקת שכממונה על משרד, נדרש השר "לקבוע מדיניות וליישם אותה, להכריע במחלוקות, ולהטיל מרות על עובדי המשרד..."; וכממונה על ביצועו של דבר חקיקה, הוא מוסמך "לקבוע מדיניות לביצוע החוק, לערוך בירורים עובדתיים, לתאם בין הרשויות המוסמכות לפי החוק, להנחות אותן ולפקח עליהן" (זמיר, בעמ' 435).

11. ודוק, השר אינו רק רשאי להיות מעורב בתחומים המצויים תחת סמכותו כאמור, אלא הוא מחויב לעשות כן. תובנה זו נובעת, בין היתר, מהכלל שלפיו "סמכות המוקנית לרשות מינהלית נושאת עימה אחריות המוטלת עליה לפעול באותם עניינים שבהם הוקנתה לה הסמכות" (בג"ץ 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת חיות (23.10.2007)), אך למעלה מכך, היא נובעת מסוג הסמכות הנדונה – כזו לה נלווית אחריות כלפי הציבור לוודא כי הגוף עליו הוא אמון פועל ביעילות למען התכליות שלשמן הוקם (ראו: בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת חיות (30.11.2006); זמיר, בעמ' 434). זה המקום לציין, כי במסגרת תפקידו כאמון על פעילות הגוף הכפוף לו, השר נדרש לבחון ולהחליט בנדון לא רק עם הפנים לעתיד, "אקס אנטה", במסגרת קביעת קווים מנחים, אלא אף בדיעבד, "אקס פוסט", באמצעות פיקוח על שכבר נעשה (ראו, למשל: בג"ץ 4585/06 ועד משפחות הרוגי אוקטובר 2000 נ' השר לבטחון פנים, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (24.10.2006)).

12. ואולם, מעורבותו של השר בהתנהלות הגוף הכפוף לו אינה בלתי מוגבלת. סמכות מתבקשת זו, הכוללת את התוויית דרכי הפעולה של הכפופים לשר, תחומה בגדרי ההלכה שלפיה רשויות מנהליות נדרשות להפעיל את הסמכות המוקנית להן באופן עצמאי. הגיונו של כלל זה, שמקורו בבג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד 319 (1950) (להלן: עניין מיכלין), נעוץ בדברים אלה:

אם חוק מעניק כוח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה ועל כל פנים אינו מחויב להישמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו – ולא לאחרים – את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת (עניין מיכלין, בעמ' 323).

כנגזרת של האמור, נקבע כי שר ממונה אינו רשאי לתת הוראות מחייבות לרשויות מנהליות שהחוק הקנה להן סמכות (ראו, למשל: רע"א 4696/19 פלונית נ' קצין התגמולים (12.12.2019); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 161-162 (2010) (להלן: ברק-ארז)). על אף הביקורת שהושמעה ביחס להלכה שנקבעה בעניין מיכלין (ראו: ברק-ארז, בעמ' 163-164; זמיר, בעמ' 435-436), והכרסום ההדרגתי בה במסגרת הפסיקה (ראו: ברק-ארז, בעמ' 164-166, והפסיקה המובאת שם), היא ניצבת על בסיס דוקטרינרי מוצק, ומבוססת על תכליות שלא נס לחן. מעבר להיותה נגזרת טבעית של תורת הסמכות,

כמתואר לעיל, הלכה זו מסייעת לכך שהחלטות אופרטיביות יתקבלו על בסיס מומחיות מקצועית – תוצאה שלה תועלת כפולה: במישור אחד, היא מובילה לביצועים טובים יותר, וממילא להגשמה מוצלחת יותר של המדיניות הכללית שנקבעה; במישור שני, היא מסייעת לנטרולן של השפעות פוליטיות בלתי רצויות. אכן, בהקשר זה הכלל האמור הוא בעל ערך רב להגשמתו של האיזון הראוי בין כפיפותו של הגוף לבין עצמאותו (ראו: ברק-ארז, בעמ' 163-164). בנוסף על האמור, בהיותה גורם המבזר את קבלת ההחלטות, ההלכה הנדונה אף "תורמת לשקיפות המינהלית במובן זה שהיא חושפת את חילוקי הדעות בין הדרג הפוליטי לבין הדרג המקצועי, ולכן מאפשרת דיון ציבורי בהם" (שם), עניין שאף הוא בעל חשיבות בענייננו.

13. כשברקע המתח בין מעורבותו הנדרשת של שר בהתנהלות גוף מנהלי עליו הוא מופקד לבין החובה לשמור על עצמאותו של האחרון, מהו איפוא המודל הרצוי של יחסי הדרג המיניסטריאלי עם הגורמים המנהליים הכפופים לו? על בסיס התכליות שהוזכרו לעיל, ומבלי לבטל את ייחודיותם של מקרים שונים בהם מתאימה תבנית שונה, ניתן לשרטט מערכת יחסים זו, בקווים כלליים, כך: בתחילה, השר מתווה מדיניות כללית, אשר בה בין היתר יעדים ועקרונות להשגתם; בהמשך לכך, הגורמים הכפופים לו מיישמים מדיניות זו, בכפוף להוראות הדין ולעיקרון החוקיות, על בסיס מיטב הבנתם ומומחיותם ותוך הפעלת שיקול דעתם המקצועי; ולבסוף, השר מפקח על שנעשה ומבקר את התנהלותם של הכפופים לו, כאשר בידו כלים שונים לשפרה, ככל שהוא סבור כי היא אינה משיגה רצון בהינתן המדיניות הכללית שקבע (ראו, למשל, סעיפים 7, 21, 94 ו-94א לפקודה). חלוקת תפקידים מעין זו מאפשרת, מחד גיסא, מעורבות רצויה של השר בפעילות הגורמים עליהם הוא אמון, תוך הגשמת הערכים והיתרונות הנעוצים בכך, ובאופן שעולה בקנה אחד עם אחריותו המיניסטריאלית ביחס לפעילות זו; ועם זאת, מאידך גיסא, היא מותירה לגורמים המקצועיים והפקידותיים מרחב שיקול דעת אופרטיבי, באופן שמקיים את מצוות המחוקק ביחס לסמכות שהוענקה להם, שמאפשר שימוש בכישוריהם לטובת הכלל ושמבזר את כוחו של השר, ומתחמו לגבולות החוק, בהתאם לנזכר לעיל.

ומן הכלל – אל הפרט.

14. במוקד העתירות דנן ניצבות כזכור סמכויותיו של השר הנגזרות מהיותו "ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה" (סעיף 8ב(ב) לפקודה). סמכויות אלו של השר ניצבות לצד כובעיו כממונה על המשרד לביטחון לאומי (על סמכות מסוג זה ראו זמיר, בעמ' 14).

436-439), ולצד הסמכתו הכללית כשר המופקד על ביצוע הפקודה (סעיף 94 לפקודה; וראו באופן כללי על סמכות מסוג זה: זמיר, בעמ' 433-436). כפי שעולה בבירור מכלל הסעיפים שנוספו לפקודה מכוח התיקון, סמכויות אלו מעלות ביתר שאת את המתח הנזכר שבין כפיפות הרשות המנהלית – בענייננו המשטרה – לשר הממונה, לבין עצמאותה של רשות זו. ואכן, כפי שמיטיב לתאר חברי, כאשר במשטרה עסקינן, חשיבותה של העצמאות המקצועית הנתונה לרשות הציבורית גדולה במיוחד, ומחייבת הקפדה יתרה (ראו, למשל: פסקאות 79-80, 83 לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן).

15. האם, על רקע האמור, הסמכת השר לקבוע מדיניות כללית על פי הפירוט המופיע בסעיף 8 לפקודה (והצבת המפכ"ל תחת "מטריית מדיניות" זו באופן מפורש, כפי שנעשה בסעיף 9 לפקודה) משנה ממארג היחסים הקיים באופן שעולה כדי פגיעה בזכויות חוקתיות? תשובתי השלילית לשאלה זו נשענת, בעיקרו של דבר, על ההבחנה בין קביעת מדיניות לבין מתן הוראות אופרטיביות, העולה מלשונו של סעיף 8 לפקודה; ועל החובות החלות על השר במישור המנהלי. אסביר.

16. מדבריי עד כה, כמו גם מהכתובים שהוגשו לנו, צפה הבחנת המפתח – ההבחנה שבין קביעת מדיניות לבין מתן הוראות אופרטיביות. הבחנה זו שזורה לאורכה ולרוחבה של מערכת היחסים התקינה בין הדרג המיניסטריאלי והדרג המקצועי שתוארה לעיל, והיא מצויה במרכז חששותיהם של העותרים מפני התערבות השר בהחלטות פרטניות של המשטרה, אשר עלולה להוביל לפוליטיזציה של הפעלת הכוח המשטרתי. אין ספק, כפי שכתבו בין היתר משיבי המדינה (ראו סעיפים 65, 184 לכתב התשובה מטעמם), מלאכת הבחנה זו היא מלאכה מאתגרת, שבהקשר דנן אף נשתברו עליה אי אלו קולמוסים (ראו, למשל: סעיף 4.ה. לדו"ח הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש (יוני 1999) (להלן: ועדת צדוק); מכתבי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט פלילי) מהימים 9.7.2019 ו-7.7.2021). מוכן אני אף להסכים כי המחוקק נקט בענייננו בניסוח רזה, בכל הנוגע להבחנה זו, וכי מוטב היה לפרט יותר ביחס אליה (בדומה להמלצתה של ועדת צדוק, למשל. ראו סעיף 6.ה. לדוח ועדה זו). ואולם, לדידי קשיים אלה אינם מצדיקים סעד דרמטי של התערבות בדבר חקיקה. לתמיכה במסקנה זו אעיר שלוש הערות.

17. ראשית, אין מחלוקת כי סעיף 8 לפקודה אינו מסמיך את השר להתערב בהחלטות פרטניות ולהחליף את שיקול הדעת האופרטיבי של המשטרה (ראו, למשל: סעיפים 98-107 לתצהיר התשובה מטעם השר). הצדדים חלוקים איפוא בעיקר בשאלה

האם התיקון, ובענייננו סעיף 8 לפקודה, פותח פתח להתערבות אסורה של השר בעבודת המשטרה – כעניין מעשי – באופן אשר מצדיק את ביטולו. בהינתן מסגרת דיון כזו, אני סבור כי ההצדקה להתערבותנו בדבר חקיקה פוחתת.

18. שנית, ובהמשך לנקודה הראשונה, החשש מפני נזילותה של ההבחנה בין התוויית מדיניות לבין מתן הוראות אופרטיביות ליישומה היה מתקיים אף אם המחוקק היה מגדיר את המונח "מדיניות", ונותן סימנים להבחנה בינו ובין המסרים אותם מוסכם כי אסור לשר להעביר לכפופים לו. החשש האמור היה אומנם פחות במקרה כזה, אך נראה כי חלק מטענות העותרים היו רלוונטיות באותה המידה גם אז. בהינתן שכך, קשה להשתכנע כי הפגם החוקתי נובע מהיעדר פירוט, כנטען על ידי העותרים.

19. שלישית, ועיקר, אף שכאמור המחוקק לא היה "נדיב" בהתייחסות להבחנה בין התוויית מדיניות לבין מתן הוראות פרטניות, הוא גם לא נמנע מכל פירוט. שלושה רכיבים המופיעים בסעיף יוזכרו בהקשר זה.

הרכיב האחד, הוא השימוש במונח "מדיניות", כשלעצמו. חבריי נותנים מספר סימנים לפירושו של מונח זה, אשר אף שאינם מתיימרים להקיף את מכלול הגורמים המעצבים את ההבחנה האמורה, הם מהווים בבחינת קריאת כיוון (ראו, למשל, פסקאות 54-55 לפסק דינו של חברי, השופט אלכס שטיין; פסקה 25 לפסק דינו של חברי, השופט יחיאל כשר; ראו גם ההחלטה בהליך דנן מיום 19.3.2023, ביחס לבקשה למתן צו ביניים). בפרט, אני מוצא מקום לצרף את דעתי לפירוט בו נקט חברי, השופט נעם טולברג, ביחס לאמות המידה להבחנה בין הקטגוריות הנזכרות (ראו פסקאות 41-42 לפסק דינו). כך, גם לטעמי, "מדיניות", ככלל, תהיה כללית במישור היקף תחולתה (השוו: יואב דותן הנחיות מינהליות 28-29 (התשנ"ו)); תנוסח ברמת הפשטה גבוהה (השוו: מני מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים יז 321, (התשמ"ח)); תהא צופה פני עתיד במישור הזמן; ותותיר מקום להפעלת שיקול דעת של הגורם המקצועי. בנוסף, מעצם טבעו, מצופה כי דבר מדיניות יפורסם, ולא יימסר בהיחבא ובאופן פרטני.

הרכיב השני, בסעיף פורש, כזכור, כי התוויית מדיניות ניצבת לצד הנחת "העקרונות הכלליים" לפעילות המשטרה, "לרבות עניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות...". נקל לראות כי דוגמאות אלו עולות בקנה אחד עם חלוקת הסמכויות

הנאותה שבין הדרג המיניסטריאלי לדרג המקצועי, ואף שהן אינן מספקות אמות מידה ברורות להבחנה מושא דיונו, ניתן לקרוא אותן כחיזוק מסוים שעוגן בסעיף לחלוקת הסמכויות האמורה.

הרכיב השלישי, הנזכר בסעיף 8(ב) לפקודה, הוא הדרישה למסור דיווח על מדיניות השר לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת (אחת לכנס), ולפרסמה לציבור (באתר האינטרנט של המשרד לביטחון לאומי). מתכלית הדברים עולה כי על הדיווח והפרסום האמור להיעשות מראש, באופן שיאפשר ביקורת פרלמנטרית וציבורית על מדיניות השר, וכי יש בהם כדי לתחום את גדר פועלו של השר, ולשלול את הפרשנות כי בסמכותו לתת הוראות אופרטיביות, שהרי אלה ניתנות בזמן אמת, ולרוב לא ניתן לפרסמן מראש.

20. הנה כי כן, פרסומו של מסר כללי, ברמת הפשטה גבוהה, הקודם בזמן לאירועים רלוונטיים ומותיר מקום לשיקול דעת של הגורם המוסמך – בוודאי לא יחרוג מגבולותיה של הסמכות להתוות את מדיניות המשטרה. לעומת זאת, הוראה שמושא התייחסותה מצומצם וספציפי, המנוסחת באופן צר שאינו מותיר מקום לשיקול דעת מקצועי, אשר מתייחסת לאירוע קרוב בזמן ואינה מקבלת פומבי – תהווה, למעט במקרים חריגים ביותר, הוראה אופרטיבית אשר פוגעת בעצמאות המשטרה שלא כדין. בין שני מקרי קצה אלה פרוס טווח של נסיבות שמלאכת סיווגן – אם מדיניות כשרה אם הוראות פסולות ליישומה – איננה קלה. ואולם, העובדה שמדובר במלאכה מורכבת אין משמעותה כי היא איננה אפשרית, וההבהרה כי התיקון עוסק במסרים העונים, ככלל, על המאפיינים הנזכרים של "קביעת מדיניות", לכל הפחות מצמצמת את העמימות ממנה חוששים העותרים.

21. ויודגש: השאלה האם הוראה, הנחיה או פרסום כלשהו הם בגדר "קביעת מדיניות" המצויה בסמכות השר, או בגדר "מתן הוראות אופרטיביות" אשר עולה כדי חריגה מסמכות השר, אינה נתונה לשיקול דעתו של השר, אלא נקבעת על פי מהותה בהתאם למבחנים שפורטו לעיל. תפיסה לפיה עצם העובדה שמסר כלשהו יצא מפיו של שר די בה כדי להכתירו (ולהכשירו) כ"קביעת מדיניות" היא מופרכת בעליל. אדם אינו יכול להרים עצמו בשרוכי נעליו, ושר אינו יכול להפוך "הוראה אופרטיבית" ל"קביעת מדיניות" בהבל פיו. ממילא, ככל שעל פי המבחנים שנפרסו לעיל מסר כזה נוטה להיראות כהוראות אופרטיביות – יהא מדובר, על פני הדברים, בחריגה אסורה מסמכות השר (השוו, בעניין זה, למתואר בבקשת העותרת בבג"ץ 8987/22 מיום 5.3.2023).

22. סעיף 8 לפקודה כולל בתוכו, איפוא, הגבלה אינהרנטית על התערבותו של השר בעבודתה של המשטרה, הגבלה השואפת לתחם התערבות זו בתחומי הראוי, כמפורט לעיל. האם הגבלה זו מבטיחה כי השר לא יפלוש לתחומי שיקול הדעת האופרטיביים של המשטרה? התשובה לכך שלילית כמובן. אך הבטחה כזו לא הייתה קיימת גם במצב הדברים עובר לתיקון, וכאמור, נראה כי אף הוספת פירוט במסגרת הסעיף ביחס לגבולות ההתערבות לא הייתה מקיימת אותה. מכל מקום, כפי שיצוין כעת, לצד עיגון המגבלות בסעיף פועלים אף כללי המשפט המנהלי, אשר מסייעים אף הם, בדרכם, לתיחום פעילות השר בגבולות הרצוי והמותר.

23. ככל גורם מנהלי אחר, פעילותו של השר מוגבלת ומוסדרת לא רק באמצעות גבולות הסמכות שהקנה לו החוק, אלא אף בהתאם לכללי המשפט המנהלי (ראו, במישור ההליכי: בג"ץ 1993/03, בעמ' 863; ובמישור שיקול הדעת: בג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69, 84 (10.7.2000); בג"ץ 1878/09 ארז נ' שר האוצר, פסקה 34 (13.7.2011)). מטבע הדברים, החובות המוטלות על השר במישורים השונים משתנות ממקרה למקרה, בהתאם לסוג ההחלטה הנדונה (ראו, למשל: בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 493 (1999); ברק-ארז, בעמ' 265-264). בענייננו, לנוכח הרגישות הרבה בה כרוכה פעילות המשטרה והשפעתה הדרמטית על זכויות יסוד, התוויית מדיניות על ידי השר חייבת ככלל להתבסס על תשתית עובדתית רחבה, וממילא נדרשת להיעשות לאחר התייעצות עם הגורמים בעלי המומחיות והסמכות המקצועית הרלוונטית, ובראשם המפכ"ל (ראו: ברק-ארז, בעמ' 307-308). במובן זה, איפוא, המגבלות הפרוצדורליות אותן ביקשו משיבי המדינה ליצוק לתוך הסעיף אינן דורשות "יציקה", לטעמי, שהרי הן מונחות שם זה מכבר – בשדה המשפט המנהלי.

24. טרם סיום חלק זה, אזכיר את המובן מאליו: חובתה של המשטרה לפעול לפי מדיניות השר מוגבלת לתחומי הדין וכפופה לעיקרון שלטון החוק. השר אינו יכול להורות למשטרה בגדר "מדיניות" לפעול באופן החורג מסמכויותיה על פי חוק; השר אינו יכול להורות למשטרה בגדר "מדיניות" לעשות בסמכויותיה שימוש בניגוד להוראות הדין; השר אינו יכול להורות למשטרה בגדר "מדיניות" לפעול באופן שאינו ממלכתי ושוויוני; השר אינו יכול להורות למשטרה בגדר "מדיניות" להימנע מאכיפת הדין. על מנת להבטיח כי מדיניות השר לא תחרוג ממגבלות הדין עליה להינתן לאחר היוועצות בגורמים הרלוונטיים ביעוץ המשפטי, ובנושאים רגישים, בהם קיימות הנחיות יועמ"ש, כדוגמת נושא ההפגנות, תוך תיאום עם היועץ המשפטי לממשלה על מנת להבטיח הלימה להן. ויובהר, הנחייה הניתנת למשטרה לפעול בניגוד לדין או תוך הפרה של עיקרון

שלטון החוק, בין אם תסווג כ"מדיניות" ובין אם לאו, היא הנחיה בלתי חוקית, אף אם היא יוצאת מלשכת השר. להנחיה בלתי חוקית שכזו אסור לציית, וחזקה על משטרת ישראל שלא תציית לה.

25. סיכומו של חלק זה: קריאת סעיף 8ג לפקודה על רקע האמור מלמדת, לדידי, כי הוא אינו משנה את תמהיל הסמכויות המוקנות לשר האמון על המשטרה ביחס למצב שהתקיים בטרם התקבל התיקון, וממילא כי אין בו הפרה של האיזון שמשקפת חלוקת הסמכויות בין השר, המפכ"ל והמשטרה: השר היה מוסמך להתוות מדיניות ולקבוע עקרונות כלליים ביחס לעבודת המשטרה אז, והוא מוסמך לעשות זאת באותה המידה, ותחת אותן המגבלות, אף היום. למען השלמת התמונה, יובהר כי התוספת שהביא התיקון לסעיף 9 לפקודה, בדבר "התאמת" סמכויות המפכ"ל למדיניות השר, משתלבת אף היא בחלוקת הסמכויות האמורה, וכדברי חברי ממלא מקום הנשיא (בדימ'): "אין במדיניות השר, שאמורה לכלול עקרונות ברמת הפשטה גבוהה, כדי לגרוע מסמכותו של [המפכ"ל] לקבל החלטות הן עקרוניות והן פרטניות, לרבות בהתייחס למדיניות הארגונית והמבצעית של המשטרה, בהתאם לשיקול דעתו" (פסקה 168 לפסק דינו).

החלק השני: סעיף 8ד לפקודה – התוויית מדיניות בתחום החקירות

26. בשונה מסעיפי התיקון שעניינם במערכת היחסים הכללית שבין השר לבין המשטרה, סעיף 8ד לפקודה, שנועד להסדיר מערכת יחסים זו בתחום אחד מבין תחומי אחריותה של המשטרה – תחום החקירות – מגלה אף לדעתי פגם חוקתי שמצדיק את ביטולו. כפי שיפורט להלן, שניים הם האדנים עליהם מבוססת מסקנה זו: האחד, הקשר הבלתי ניתן להתרה שבין החקירה הפלילית לבין ההעמדה לדין; השני, הניסיון הגלום בסעיף 8ד לפקודה לנתק קשר זה, תוך יצירת אוטונומיה לשר בקביעת המדיניות לעניין הפעלת סמכויות החקירה. אבאר שני אדנים אלה זה אחר זה.

27. ההליך הפלילי, על שלביו השונים, הוא מנגנון כולל, שביסודו השאיפה להביא לאכיפת החוק ולעשיית צדק, וזאת באמצעות הגשמת תכלית מרכזית אחת – הענשת עבריינים שימצאו חייבים בדין באופן הולם (ראו והשוו: רע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 729, 739 (29.8.2001); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט סלים ג'ובראן (11.2.2010); בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 16 (12.21.2021)). הליך זה מורכב אומנם משלבים שונים ומגוונים (הגשת תלונה, חקירה, החלטה בדבר העמדה לדין, קיום המשפט

הפלילי, מתן הכרעת הדין וגזר הדין, כפיית ריצוי העונש), המבוצעים על ידי גורמים שונים (המתלונן, המשטרה, הפרקליטות, בית המשפט, שירות בתי הסוהר), ואשר הם בעלי מטרות "מקומיות" נבדלות זו מזו. ואולם כל השלבים הללו קשורים זה בזה, ומהווים חלק משרשרת אחת, השואפת להגשים את אותה תכלית משותפת – העמדת עבריינים לדין, והענשתם הראויה ככל שימצאו אשמים.

28. כחלק משרשרת הסמכויות המתוארת, ובמסגרת המצומצמת יותר של ה"הליכים שלפני המשפט" (כשמו של פרק ד' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ)), פועלת החקירה הפלילית כחוליה המחברת בין חשד שעולה לביצוע עבירה (בין בדרך של תלונה בין בכל דרך אחרת. ראו סעיף 59 לחסד"פ) לבין העמדה לדין, במקרים שיימצאו מתאימים לכך. כניצבת במשבצת זו, החקירה הפלילית מהווה אמצעי לבירור עובדתי וליצירת התשתית הראייתית הדרושה לצורך העמדה לדין, מקום בו התגבש חשד סביר לביצוע עבירה. תכליתה הבלעדית איפוא של החקירה הפלילית, היא קיום בירור לקראת האפשרות של העמדה לדין (ראו: סעיף 62(א) לחסד"פ; דנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.2.2004)). ודוק, הקשר בין החקירה הפלילית לבין השלב שעניינו העמדה לדין אינו קשר אפשרי או סטטיסטי, כי אם קשר הכרחי ובל ינותק, שבגדרו החלטה בדבר פתיחה בחקירה תלויה בקיומה של אפשרות להעמדה לדין, ויונקת ממנה את הצדקתה – טול את החוליה שעניינה בהעמדת הנאשם לדין, ונמצאת שומט את הקרקע מתחת ההצדקה לקיומה של החקירה, על הפגיעה בזכויות יסוד הנלוות לה בהכרח (על פגיעה זו ראו: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 435, 508 (1990); עניין המרכז האקדמי, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

29. מסקנתם הפשוטה של דברים אלו היא כי בין המדיניות שעניינה פתיחה בחקירה לבין המדיניות שעניינה העמדה לדין חייב להתקיים תיאום הדוק; ומהזווית ההפוכה: כי התוויות מדיניות בעניינים אלה אינן יכולות להיעשות במנותק זו מזו. ודוק, תיאום (או אי-ניתוק) כזה אין משמעותו כי לכל החלטה פרטנית בדבר פתיחה בחקירה תקדם בחינה עם הגורמים האמונים על העמדת הנחקר לדין, אלא כי העקרונות הכלליים וסדרי העדיפויות שייקבעו בתחומים אלו ישתלבו זה בזה באופן שיוודא כי החלטות פרטניות בדבר פתיחה בחקירה לא יתקבלו כאשר מובן שבסופן לא יועמד הנחקר לדין – ולהיפך, דהיינו כאשר קיימת חשיבות חברתית בהעמדה לדין יוקדשו משאבים נאותים לביצוע החקירה. תיאום כזה מבטיח שהחקירה, אשר לה עשויות להיות מטבע הדברים השלכות קשות על הנחקר, לא נעשית לשווא, וכי המשאבים העומדים לטובת הליכי החקירה

מנוצלים באופן יעיל, ובמובן זה הוא הכרחי לצורך ניהולו התקין של ההליך הפלילי בכללו. בתוך כך, תיאום כאמור אף מחליש את החשש מפני שימוש בחקירה ככלי להפעלת כוח לתכליות בלתי ראויות, ובהן בין היתר מטרות פוליטיות צרות, בהינתן שהוא תוחם אותה בתחומי תכליתה המסורתית הראויה. אם כן, החיבור בין שלב החקירה הפלילית לבין שלב ההעמדה לדין חשוב מאין כמוהו להגנת זכויות הפרט, ולתפקודה התקין של מערכת אכיפת החוק. ממילא, הניתוק ביניהן – הרסני (ובעניין זה מצרף אני דעתי לפירוט המצוי בפסקאות 7-12 לפסק דינו של חברי, השופט כשר).

30. על רקע זה, נקל להיווכח כי הוראת סעיף 78 לפקודה נגועה בפגם חוקתי, הנובע מהקניית סמכות לשר, אשר לא רק שיש בה פוטנציאל לניתוק הקשר הנזכר, אלא שכל תכליתה היא להקנות אוטונומיה לשר בקביעת מדיניות בתחום החקירות, באופן אשר מביא לפגיעה אינהרנטית בזכויות אדם. אחדד בקצרה.

31. כזכור, הסעיף מסמיך את השר להתוות מדיניות כללית ולקבוע סדרי עדיפויות עקרוניים בתחום החקירות, וזאת "לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות". לכאורה, הסיפא של סעיף זה מגבילה את סמכות השר להתערב בפעולת המשטרה, ובמובן זה ניתן היה לראות בה כמגן מפני טענות העותרים. אלא שלעמדתי, דווקא בחלק זה של הסעיף נעוץ עיקר הקושי: לדידי, בקבעו כי התוויית המדיניות של השר תיעשה לאחר שמיעה בלבד של היועץ המשפטי לממשלה – הגורם אשר "עומד... בראש פירמידת התביעה הכללית", ובמסגרת זו "אחראי להנחייתה המקצועית בשאלות מדיניות, כמו סדרי עדיפויות" (הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0000 "תפקידי היועץ המשפטי לממשלה" (16.2.2003); וראו סעיפים 12 ו-62(א) לחסד"פ) – מניח המחוקק את הקרקע לניתוקו של שלב החקירה הפלילית משורש הצדקתו, דהיינו השלב בהליך הפלילי שעניינו העמדה לדין.

ודוק, "הנחת קרקע" זו לא נעשתה על ידי המחוקק במחדל, בשתיקה המותירה לשר פתח – ותו לא – לנהוג שלא כדין, כי אם באופן מפורש ואקטיבי: כך עולה מלשון הסעיף, אשר סולל את הדרך להתוויית מדיניות בתחום החקירה בהסתמך על שמיעה בלבד של היועץ המשפטי לממשלה – ממשק שאין בו בהכרח קשב, וממילא אין בו תיאום, ושדלילותו בולטת על רקע חובת ההתייעצות המעוגנת בסעיף עם גורמי המשטרה הרלוונטיים; וכך עולה גם מכוונת השר בפועלו כמחוקק, כאשר הוביל לניסוח זה במסגרת חקיקת הסעיף (וראו בהקשר זה: עמ' 27 לפרוטוקול הוועדה לדיון בהצעת חוק

לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022 מיום 14.12.2022; עמ' 31-32 לפרוטוקול הדיון מיום 23.6.2024).

32. אמור מעתה: במסגרת סעיף 8 לפקודה ביקש המחוקק ליצור אוטונומיה להנחיות השר בתחום החקירה הפלילית, באופן הסותר את תכליתה ואת מהותה. לצורך המחשת הדברים, ניתן לדמות את ההליך הפלילי, בחלקו הקודם לפתיחת המשפט, לבעל חיים אשר לו ארבע רגליים – שתיים אחוריות ושתיים קדמיות. תפקודו הבסיסי ביותר של בעל החיים דורש תיאום בין הרגליים האחוריות לרגליים הקדמיות, שכן בלא תיאום כזה לא יוכל בעל החיים להתקדם למחוז חפצו. במסגרת דימוי זה, דומה הוספת הוראת סעיף 8 לתיקון לספר החוקים להתקנת מערכת שתכליתה הפעלה אוטונומית של הרגליים הקדמיות, במנותק מפעולת הרגליים האחוריות. פעולה כזו, בוודאי כשעל הפרק פגיעה ממשית בזכויות אדם, לא ניתן לקבל.

33. ויובהר: בראייתי, הפגם אשר מצדיק את בטלותו של סעיף 8 לפקודה אינו אך החשש מזליגתם של שיקולים פוליטיים למערכת אכיפת החוק ומדחיית שיקול הדעת המסור למשטרה בתחום החקירות כשלעצמו. חשש כזה בוודאי קיים, אלא שבהמשך לדבריי שלעיל ביחס להוראת סעיף 8 לפקודה, אילו רק בחשש מסוג זה היה מדובר, נראה כי ניתן היה להתגבר עליו בהתבסס על לשון החוק (אשר בסעיף זה מדגישה עוד יותר כי מדובר במדיניות כללית), על כללי המשפט המנהלי ועל מנגנון ההתייעצות במפכ"ל הקבוע בסעיף.

אפס, הפגם בו עסקינן הוא חמור יותר, ומסוכן יותר. עניינו בחשש כי שלב החקירה יהפוך עקר, מנותק מהשלב שעניינו העמדה לדין. כך, בשל סמכות השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תכליתו של ההליך הפלילי – דהיינו מדיניות חקירות המקדמת בדיקת חשדות שאינם צפויים להביא להעמדה לדין (לדוגמא, חקירת עבירות שהיועץ המשפטי לממשלה קבע כי אין עניין ציבורי בהעמדה לדין בגינן), או מונעת בדיקת חשדות לביצוע עבירות העומדות בליבת שלטון החוק (כגון, אי חקירת עבירות המצויות במדרג גבוה של אכיפה לפי החלטות היועץ המשפטי לממשלה).

על מנת להתמודד עם חשש זה, היה מקום להבהיר כי קביעת המדיניות בתחום החקירות תעשה בהסכמת היועצת המשפטית לממשלה. ואולם לא רק שסעיף 8 אינו קובע כך, אלא שהמחוקק טרח והבהיר את היפוכו של דבר – דהיינו שכל שנדרש השר

לעשות הוא "לשמוע" את עמדת היועץ המשפטי לממשלה – מונח שתכליתו הברורה היא להנמיך את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, ולהקנות לשר עצמאות מלאה להתעלם מעמדתו. במילים אחרות, להותיר לשר אוטונומיה בקביעת מדיניות חקירות כפי שיראה לנכון, ובמנותק ממדיניות העמדה לדין שבתחום אחריות היועץ המשפטי לממשלה.

במצב דברים זה, כמו חברי ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן, גם אני סבור כי לא ניתן לקרוא לחוק את שנשלל בכוונת מכוון על ידי הכנסת, ולפרש את הוראת הסעיף באופן שימנע את הנתק המגולם בו בין המדיניות בתחום החקירה (אותה מייחד התיקון לשר) לבין מדיניות בתחום העמדה לדין (אותה מקנה החוק ליועץ המשפטי לממשלה) (והשוו, ביחס לאפשרות השימוש ב"פרשנות מקיימת" הנוגדת את התכלית הסובייקטיבית, לבג"ץ 5658/23, בפסקאות 67-72 לפסק דיני).

34. הערה: חברי, השופט סולברג, סובר כי סעיף 8 לפקודה מהווה למעשה סעיף "מגביל", ולא סעיף "מסמיך", שכן סמכותו של השר להתוות מדיניות בתחום החקירות נכללת לכאורה בסמכותו הכללית להתוות מדיניות, המעוגנת בסעיף 8 לפקודה. לגישתו של חברי, אפיון זה של הסעיף, הנתמך גם במנגנונים המגבילים הכלולים בו (הן בסעיף 8ד(א) הן בסעיף 8ד(ב)) ובדברי ההסבר לתיקון, מעורר קושי בזיהוי כפוגע בזכויות באופן המצדיק את ביטולו (פסקאות 54-55 לפסק דינו). ואולם, בהמשך לאמור לעיל, הרי שבמסגרת הוראתו מגלה המחוקק את "עמדתו" ביחס לאפשרות של ניתוק הקשר בין חוליות החקירה וההעמדה לדין – "עמדה" לה אין רמז בסעיף 8 לפקודה. במובן זה, בין אם נזהה את הסעיף כמסמיך ובין אם נזהה אותו כמגביל, הרי שהוא פוגע בזכויות חוקתיות. כאן גם טמון ההיגיון שבפסילת הסעיף (ראו פסקה 55 לפסק דינו של חברי, השופט סולברג): גם אם ניתן היה לפרש את סמכות השר מכוח סעיף 8 לפקודה, אלמלא צורף אליו סעיף 8 לפקודה, ככוללת סמכות להתוות מדיניות כללית אף בתחום החקירות (ולנוכח ההסדר שנקבע, זו שאלה תאורטית), סמכות זו הייתה נעדרת את הקרקע החוקית לקביעת מדיניות בתחום החקירות שאינה הולמת את המדיניות הנוהגת בתחום ההעמדה לדין, ומשכך לא היה בה פגם דומה לזה שבהסדר שנקבע (ויובהר, למען הסר ספק, כי משנקבע הסדר מיוחד בעניין החקירות בסעיף 8 לפקודה, הרי שההסדר הכללי שבסעיף 8 לפקודה אינו חל בתחום זה).

35. הנה כי כן, סעיף 8 לפקודה מבקש ליצור הלכה למעשה אוטונומיה להנחיות השר בתחום החקירות הפליליות, בכך הוא פוגע באופן אינהרנטי בזכויות אדם, שכן הוא

סולל את הדרך (באופן מפורש ומכוון) לקיומן של חקירות פליליות ללא תוחלת, ולמניעתן של חקירות פליליות נחוצות. בהיעדר פרשנות אפשרית שתראפא פגיעה זו, אנו נדרשים לבחון אם הסעיף מקיים את תנאי פסקת ההגבלה. אמנע מלהרחיב בהקשר זה, ואסתפק בצירוף דעתי לעמדתו של חברי ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן, כפי שפורטה בפסקאות 185-197 לפסק דינו, לפיה תוצאתה של בחינה זו היא כי יש הכרח להכריז על בטלות הסעיף.

על ביקורת חוקתית, תשתית עובדתית ובשלות

36. על רקע התרחשויות מטרידות, המלמדות כי בפרק הזמן שחלף מאז הוגשו העתירות, השר הנוכחי לביטחון לאומי, מר איתמר בן גביר (להלן: השר בן גביר), שהוא גם יוזם התיקון, פעל באופן שיש בו כדי לפגוע בעצמאותה של משטרת ישראל, נחלקו הדעות בשאלת המשקל שיש לתת לנסיבות אלו במסגרת בחינת החוק במישור החוקתי. מן העבר האחד, יש מחבריי הסבורים כי אין לתת לנסיבות הקונקרטיות משקל כאמור, וזאת בין אם כעניין עקרוני (ראו, למשל, פסקה 46 לחוות דעתו של חברי השופט שטיין), ובין אם בשל אופיין הספציפי של הנסיבות במקרה שלפנינו (ראו פסקה 6 לפסק דינו של חברי, השופט סולברג). מן העבר השני, יש מחבריי שנותנים לפעולות השר האמורות משקל לא מבוטל (ראו פסקה 76, לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן). בעוד שרגליה של מחלוקת זו נטועות בעתירות המונחות לפנינו, ניתן לזהות את ראשה בסוגיה עקרונית – שאלת המשקל שיש לתת לנסיבות קונקרטיות המהוות, על פי הנטען, יישום של החוק הנתקף בעתירה, במסגרת בחינת תוקפו החוקתי של דבר חקיקה. על אף שאינני סבור כי הכרעה בעתירות דנן תלויה בסוגיה הנזכרת, שעה שזו התעוררה, אקדיש לה התייחסות קצרה.

37. על פי התפיסה המקובלת במשפטנו החוקתי, "בית המשפט הגבוה לצדק, בבוחנו עתירות חוקתיות, עניין במרבית המקרים ביקורת חוקתית מופשטת" המופנית כלפי החוק עצמו, ולא כלפי יישומים קונקרטיים שלו (כגון 2311/11 סבכ נ' הכנסת, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') אשר גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין סבכ); וראו גם: אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אתר ח 33, 51 (התשע"ו) (להלן: בנדור); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 103 (2016) (להלן: מדינה)). תפיסה זו נשענת, בעיקרם של דברים, על חלוקת התפקידים הקיימת בין המשפט החוקתי לבין המשפט המנהלי, אשר מטילה על הראשון לעסוק בתוקפו של דבר החקיקה, ועל השני לעסוק באופן יישומו על ידי הגורמים המוסמכים. אכן, עילה חוקתית לפסילתו של חוק צריכה לנבוע מפגם שהינו

אינהרנטי לנורמה הנתקפת, ולא מיישום קונקרטי של נורמה זו (ראו: עניין המרכז האקדמי, בפסקה 67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347, 386 (2010)).

38. ואולם, חרף תפיסה עקרונית זו בדבר "נקיותה" של הביקורת החוקתית על דבר חקיקה, תשתית עובדתית המתייחסת לאופן יישומו של החוק נלקחה בחשבון במסגרתה לא פעם ולא פעמיים (ראו, למשל: בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' אלי ישי שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 441, 433 (1998); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 485, 464 (2005); וראו: אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – ספר הרנון 49, 57 (2009)). למעשה, שימוש כזה בתשתית עובדתית כאמור לא רק נעשה באופן אקראי וארעי, אלא אף עוגן בפסיקתנו כעניין דוקטרינרי במסגרת דוקטרינת הבשלות, אשר מניחה כי אין לפתוח את שערי הביקורת החוקתית בטרם תגובש תשתית עובדתית מספקת המתייחסת ליישומה של הנורמה הנתקפת (ראו, למשל: בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת מרים נאור (18.1.2006); עניין סבח, בפסקאות 11-23 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; על המתח שבין בחינה חוקתית "מופשטת" לבין כריכתה בקיומה של תשתית עובדתית קונקרטית, בהקשר של דוקטרינת הבשלות, ראו: ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (התשע"ג); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45, 53 (2014) (להלן: פוליאק); בנדור, בעמ' 52-53).

39. כיצד איפוא יש ליישב מתח זה? ראשית יש להדגיש כי אף אם אכן קיים מתח כלשהו בין המגמות הנזכרות, הרי שלכאורה אין מדובר בסתירה של ממש. הטעם לכך הוא שעל פני הדברים, דוקטרינת הבשלות איננה פועלת במישור החוקתי המהותי, אלא במישור הדיוני. כפי שעולה מפסיקה שעסקה בה, עילת הבשלות אינה מגלמת תפיסה שלפיה ביקורת חוקתית תלויה, כעניין מהותי ואינהרנטי, ביישום החוק הנדון, אלא תפיסה שלפיה, במקרים מסוימים, מוטב לעסוק בביקורת החוקתית בשלב מאוחר יותר על ציר הזמן (עניין סבח, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, ופסקה 3 לפסק דינה של השופטת חיות). בתוך כך, התומכים בקיומה של עילת הבשלות אינם סבורים כי ביקורת חוקתית צריכה להיעשות בהכרח בצמוד לתשתית עובדתית קונקרטית בנוגעת ליישומו של החוק הנדון, אלא כי מוטב לעיתים לבצע אותה כך מטעמים שונים, שעניינם יעילות, משאביו של בית המשפט וכדומה (ראו: פוליאק, בעמ' 50; והשוו: בנדור, בעמ' 53).

49-57). במובן זה, הגישה ה"מופשטת" לבחינה חוקתית ועילת הבשלות אינן מבטאות, למצער לא בהכרח, גישות עקרוניות הופכיות באשר לביקורת חוקתית על דבר חקיקה.

40. בהמשך לכך, וחשוב מכך, נראה כי הגישות הנזכרות תפורות למעשה למידותיהם של מקרים שונים, וזאת הן כעניין של דין רצוי והן כעניין של דין מצוי. אכן, כפי שנקבע לא אחת, הישענותה של עתירה בדבר חוקתיותו של חוק על תשתית עובדתית שמתייחסת ליישומו נדרשת רק במקרים מסוימים, בהם הפגם החוקתי איננו חד משמעי (ראו מדינה, בעמ' 98-104; וראו גם: עניין סבח, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת חיות: "ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה בישראל אינה כרוכה בהכרח בשאלת אופן יישומו, אם כי ייתכנו בהחלט מקרים אשר בהם החוק נחזה להיות חוקתי על פניו ורק האופן שבו הוא מיושם חושף את אי החוקתיות שבו. במקרים כאלה יש אכן הצדקה לגישה הגורסת כי ראוי להימנע מהכרעה בדבר חוקתיות הוראותיו של החוק במנותק מיישומו במקרים קונקרטיים, בהעדר תשתית עובדתית מתאימה"; וראו גם שם, בפסקה 17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס). בליבה של החלוקה בין מקרים שונים בהקשר זה, ניצבת החקירה בדבר קיומה של "פגיעה בזכות חוקתית", אשר מהווה השלב הראשון בבחינה החוקתית המסורתית בשיטת משפטנו: כאשר חקירה זו אינה כוללת הידרשות לתשתית עובדתית קונקרטית, בין משום שעולה בה פגיעה באופן מובהק ובין משום שאין בה פגיעה באופן ברור – ייבחן החוק כפי שהוא, באופן מופשט; ואילו כאשר בית המשפט מתקשה לעמוד על קיומה של פגיעה כאמור (או של היעדרה) בלא לבחון את יישומו – ייבחן החוק על רקע נסיבות פרטניות אלו, ובמקרה הצורך תופעל דוקטרינת הבשלות (ראו: פוליאק, בעמ' 51-53; מדינה, בעמ' 98).

41. אמור מעתה: עילה חוקתית לבטלותו של דבר חקיקה אומנם נובעת בהכרח מפגם בדבר החקיקה עצמו. ואולם, בין הכלים העומדים בפני השופט לצורך בחינת קיומו של פגם אינהרנטי כזה, ניצבת התשתית העובדתית הקשורה בהפעלת הסמכות המעוגנת בחקיקה מושא התקיפה החוקתית. ככל כלי אחר המצוי בארגז הכלים השיפוטי, ניתן להשתמש בכלי לפי הצורך, על פי נסיבותיו הספציפיות של כל הליך והליך.

42. במקרה דנן, המסקנות אליהן הביאני הדיון שערכתי לעיל – דהיינו היעדרו של פגם חוקתי בסעיפים 8ב, 8ג ו-9 לפקודה (מהטעמים שהובאו בפסקאות 8-25 לעיל), וקיומו של פגם כזה בסעיף 8ד לפקודה (מהטעמים שהובאו בפסקאות 26-35 לעיל) – ניצבות איתן אף מבלי להידרש לפעולות השר בן גביר מאז חקיקת התיקון, וכניסתו לתפקיד. ממילא, לדידי במקרה הנוכחי אין צורך לבחון תשתית עובדתית זו ולשקול

אותה במכלול השיקולים העולים מהעתירות שלפנינו. ואולם, אם הייתי סבור שאנו מצויים במצב ביניים, בו סעיפי התיקון מגלים פוטנציאל ממשי לפגיעה בזכויות חוקתיות, אך לא כוללים באופן אינהרנטי פגיעה כזו – בהחלט היה מקום לכלול את התנהלות השר הרלוונטית בין השיקולים המשובצים בחוות דעתי זו. למרבה הצער, בחינה כזו, בהינתן התנהלות השר בן גביר, הייתה מחזקת משמעותית את הטענות לפסילת התיקון. ואולם, כאמור, אין הדבר נדרש ביחס לתיקון דנן, באשר בעיניי חלקו הכשר – כשר במובהק; וחלקו הפסול – פסול בעליל.

סוף דבר

43. ממכלול הנימוקים שהובאו עולה כי הוראות סעיפים 8ב, 8ג ו-9 לפקודה משתלבות כיאות עם מערך חלוקת הסמכויות המקובל והרצוי בין השר לבין גורמי המשטרה, וכי אף אם ניתן וראוי היה לנסחם באופן שיבטא ביתר חדות את גבולות סמכויותיו של השר, הרי שאין בכך כדי להוות פגיעה בזכויות אשר מצדיקה מתן סעד חוקתי. סעיף 8ד לפקודה, לעומת זאת, מבקש לנתק באופן גס את נושא החקירות מהמארג העדין שבו שזורות פעולות המשטרה בתחום רגיש זה עם יתר רכיבי ההליך הפלילי. זאת על דרך של יצירת אוטונומיה למדיניות השר בתחום חקירות, וניתוקה מעמדת הגורמים האמונים על תחום התביעה, ובראשם היועץ המשפטי לממשלה. ניתוק זה מוליד פגיעה קשה בזכויות בעלות תוקף חוקתי. משכך, דינו של סעיף זה בטלות.



עופר גרוסקופף
שופט

ממלא מקום הנשיא יצחק עמית:

לאחר 76 שנות תקומה, המחוקק מצא בחקיקת בזק כי פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: הפקודה או פקודת המשטרה) חסרה את המילה "מדיניות", וכך בא לעולם תיקון מס' 37 לפקודה (להלן: התיקון או התיקון לפקודה).

ככלל, הדרג המינסטריאלי מתווה מדיניות בכל משרד ומשרד במשרדי הממשלה. כך נכון לגבי שר התחבורה, שר התקשורת, השר לשירותי דת, שר המורשת וכיוצא בזאת. ברם, לא מצאנו באף חוק הנוגע לתחומי פעילותם של השרים השונים, אמירה כי השר הוא שקובע או מתווה את המדיניות, מה שמעלה את התמיהה, מה יום מיומיים? מה מותר השר לביטחון לאומי (להלן גם: השר) מהשרים האחרים? מדוע דווקא בפקודת המשטרה יש להצהיר על השר כקובע מדיניות?

אקדים אחרית לראשית ואומר כי לדעתי השתלת איבר ה"מדיניות" בפקודה נכשלה. בחינת התיקון בכללותו מובילה למסקנה כי יש בו כדי להביא לפגיעה קשה בעצמאות המשטרה, המשליכה באופן ישיר על זכויות אדם חוקתיות. עם זאת, לסופו של יום, מצאתי להצטרף לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), השופט פוגלמן, במובן זה שסעיף 8ד לפקודה יבוטל ושאר הסעיפים יפורשו בהתאם לפרשנות המקיימת המוצעת בחוות דעתו. אציין כי לנוכח הקשיים שיפורטו להלן, לא בנקל הגעתי למסקנה כי ניתן להסתפק בכך. אולם לנוכח הפרשנות המקיימת ה"הדוקה" שהוצעה על ידי חברי, אני רואה להורות על בטלות התיקון.

פתח דבר

1. המשטרה אחראית על הסדר הציבורי ועל ביטחון הציבור בנפש וברכוש, ולפעולותיה ולמחדליה יש השלכות ישירות ועוצמתיות על אגד של זכויות אדם חוקתיות – הן זכויות הנזכרות במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כמו הזכות לחירות, לשלמות הגוף, לפרטיות ולקניין, והן זכויות שאינן נזכרות בו כמו חופש התנועה וחופש הביטוי על נגזרותיו השונות. משכך, אין חולק כי על המשטרה לנהוג במקצועיות, בממלכתיות ובאופן עצמאי בכפוף לדין, שהרי למדינה דמוקרטית יש משטרה, אך משטרה שיש עליה מרות פוליטית עלולה להפוך חלילה למדינת משטרה:

"בהגנתה על האיזון העדין הקובע את זכויות האדם בישראל, צריכה המשטרה לפעול בדומה לשופט. היא חייבת לפעול מתוך עצמאות ואי תלות. כמו שופט, אין על המשטרה מרות, זולת מרותו של החוק. המשטרה היא אמנם חלק מהרשות המבצעת, אך אין היא המשטרה של הממשלה, היא המשטרה של המדינה" (אהרון ברק "המשטרה וזכויות האדם בישראל" מבחר כתבים א' 680 (תש"ס)).

פעילות המשטרה מוסדרת, בין היתר, בפקודת המשטרה. נוכח מעמדה של המשטרה במדינה דמוקרטית ונוכח סמכויותיה אשר הפעלתן כרוכה באופן אינהרנטי בפגיעה בזכויות אדם חוקתיות, הרי שענייננו בדבר חקיקה הנוגע להסדרים המשטריים הנוהגים במדינה. בראי זה עלינו לבחון את חוקתיות התיקון לפקודה. לנוכח הכוח העצום שבידי המשטרה והסמכויות הרבות שבידיה (למשל, שימוש בכוח נגד אזרחים; שלילת חירותם; חיפוש בבתייהם; וראו גם פסקה 79 לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימוס)), השמירה על עצמאותה ואי תלותה היא אחת הערובות החשובות לקיומה של הדמוקרטיה בישראל. מכאן הרגישות והזהירות היתרות שיש לנקוט בכל פעולה שיש בה כדי לפגוע באיזון העדין שבין הדרג הפוליטי לבין המשטרה.

2. הבעיה השורשית בתיקון היא הפרת האיזון המוסדי הקיים בין הדרג המיניסטריאלי ובין הדרג המקצועי, תוך הכפפת המשטרה לדרג פוליטי ללא כל סייג, מנגנון ביקורת מספק או מערך איזונים ובלמים אחר. מדובר בפגם מהותי במישור המבני-משטרי שיש בו כדי לשנות את תפישת תפקיד המשטרה כפי שהתגבשה ב-76 שנות קיומה של המדינה. לטעמי, התיקון יצר מבנה משטרי-תשתיתי בלתי מאוזן, מה שמאפשר התערבות והשפעה פוליטית על הדרך שבה המשטרה מפעילה את הכוחות והסמכויות הרבים שניתנו לה. התיקון הסיר את המחיצה, ולמצער יצר מבנה משטרי שמאפשר להסיר את המחיצה, בין השר הממונה על המשטרה – שהוא בהגדרתו גורם פוליטי – לבין המשטרה העצמאית. לא בכדי כתבה היועצת המשפטית לממשלה (להלן גם: היועצת) בפתח תצהיר התשובה כי "התיקון אכן יצר מבנה משטרי המאפשר פוליטיזציה של הפעלת הכוח המשטרתי. על כן, התיקון, לפי לשונו הפשוטה, אינו חוקתי" (הדגשה הוספה – י"ע).

3. בטרם אעבור לדון בפגם השורשי הטמון בתיקון לפקודה ובאופן שבו הוא משליך על זכויות אדם חוקתיות, ראיתי להעיר מספר הערות על מתודולוגיית הבחינה החוקתית.

חברי, השופט שטיין, נדרש בהרחבה בפסק דינו לשאלות של סמכות, משפט פוזיטיבי, הכרזת העצמאות, זכות העמידה ועוד. איני סבור כי בנושא שלפנינו אנו נדרשים להסב הילוכנו ולחזור למחלוקת שפרנסה מאות עמודים בדיון על עילת הסבירות, ולכן, לא אדרש לשאלות אלו. עם זאת, מצאתי להתייחס לדעתו של חברי שסבור כי בחינתו של חוקתיות החוק צריכה להיות מנותקת מאופן יישומו, ולהיעשות רק על פי האמור בחוק עצמו, קרי, תוך קריאה טכסטואלית בלבד של התיקון. על כך

אשיב כי גם קריאה טכסטואלית בלבד של התיקון מגלה מה יש בו ומה אין בו באופן שיכול להביא למסקנה כי התיקון כשלעצמו איננו חוקתי.

בית משפט זה דחה לא אחת עתירות בשל דוקטרינת הבשלות, בצינו למשל כי "הרבה תלוי באופן יישומו ובפירושו שיוענק להוראות" של תיקון חקיקה חדש (בג"ץ 8276/05 עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פסקה 31 (12.12.2006); הדגשה הוספה – י"ע). דרישת הבשלות מוכיחה למעשה כי הביקורת החוקתית אינה ביקורת מופשטת של הטכסט החוקתי, שאם לא כן, מה טעם מצא בית המשפט לדחות עתירות עד להבשלתן כדי שניתן יהיה לבחון את יישום החוק בשטח, למשל כאשר "העותר נמנע מלהביא לפנינו מקרים קונקרטיים המדגימים את הפגיעה אשר נגרמת, לטענתו" (בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פסקה 24 (22.3.2009))? כך, גם יש שהעדר יישומו של החוק מקשה על בית המשפט להגיע למסקנה אם נפל בחוק פגם חוקתי או שמא הבעיה היא במישור המינהלי: "על רקע מחדלי הממשלה בהכנת הכלים הראויים שיאפשרו את הגשמת החוק, נתקשה להשיב אם הפגם הוא 'גנטי', בעצם הסדרי החוק, או שמא התקלה היא מינהלית?" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 67 לפסק דינה של השופטת ביניש (11.5.2006)). אם כן, בית משפט זה מוסמך לבצע, ומבצע בפועל מזה עשורים, בחינה חוקתית הן על בסיס לשון החוק והן על בסיס מבחן התוצאה של יישום החוק בשטח (ראו, למשל, בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד סד(3) 464, 484 (2005); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת נאור (11.2.2010); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פסק דינה של הנשיאה ביניש (5.1.2012)).

אכן, לעיתים אפשר ליתן גם מענה מופשט לשאלה אם החוק פוגע בזכות החוקתית, אולם קיים גם מסלול מקביל והוא המענה היישומי (לשני המסלולים ראו רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט 45 (2014). ראו בהקשר זה גם פסק דינו של חברי, השופט גרוסקופף, בפסקאות 36-42 לפסק דינו). ובכלל, השופט בתוך עמו הוא יושב, ולא במגדל שן אקדמי שעוסק בניתוח עיוני-תיאורטי של טכסטים חוקתיים, תוך התעלמות מהשלכות הטכסט על חיי היום יום, ולכן "על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה, וזאת אף אם המקרה מעורר שאלה חוקתית" (בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת נאור (18.1.2006)). בדברים אלה, אנו מוצאים הד לאמירה הכללית לפיה "הדין נגזר מן העובדות" (*ex facto jus oritur*). מכך אנו

למדים כי בחינה של יישום החוק בשטח לעיתים נצרכת, ומשעומדות רגלינו כשנתיים אחר חקיקת התיקון לפקודה, יישומו בשטח ניכר עד מאוד ומאפשר לנו ללמוד על דרך פרשנותו של התיקון.

על כן, בין אם נלך בדרך המסלול המופשט ובין אם נלך בדרך המסלול היישומי-תוצאתי, שתי הדרכים מצטלבות ויכולות להביא גם למסקנה כי לפנינו תיקון שאינו חוקתי.

4. חשוב להבהיר כבר עתה כי הבחינה החוקתית, גם במסלול היישומי-תוצאתי, מנותקת מזהותו של השר הספציפי ומן המדיניות הספציפית שהוא מטמיע, שכן הבחינה החוקתית עצמה היא בחינה עקרונית, שתיעשה אפוא מאחורי 'מסך הבערות', כפי שציין חברי, השופט כשר.

לצד זאת, אמרנו כי התוצאה בשטח מסייעת בידי בית המשפט לעמוד על השלכות התיקון ולחדד את החולשות החוקתיות שעשויות לנבוע ממנו, ובכך מבחן התוצאה משמש גורם מסייע בבחינת חוקתיותו העקרונית-כללית של החוק. לכן ראיתי לנכון להתייחס לדוגמאות מהשטח אף ביחס לשר הנוכחי, כעזר המחשתי למסקנותיי העקרוניות.

5. עוד ראיתי להעיר לחוות דעתם של חבריי, השופטים סולברג, שטיין וכנפי-שטייניץ, אשר סבורים שבמישור העקרוני-חוקתי לא נפל בחוק פגם, וכי אם יתעוררו בעיות יישומיות ניתן יהיה להתמודד איתן בהמשך באמצעות המשפט המינהלי. ראשית, קיומן של "בעיות יישומיות" כאמור אינו עוד פוטנציאל גרידא, אלא זוהי המציאות בשטח: מאז שהתיקון לפקודה נכנס לתוקף ו"המדיניות" החלה לשלוח משושיה אל המשטרה, ניתן להצביע על מקרים שבהם השר לביטחון לאומי פעל לכאורה באופן שחורג מסמכותו. מכאן, שהתזה לפיה השר, כל שר, יפעל תמיד על פי כללי המשפט המינהלי בהפעלת סמכויותיו, מתנפצת בתיקון נושא דיוננו על סלעי המציאות. מכל מקום, הבחינה החוקתית אינה מבוססת על ההנחה שהשר ייעשה שימוש לרעה בסמכויותיו. ההנחה היא שהסמכויות הגורפות שהוענקו לשר בתיקון, יהא השר אשר יהא, מביאות מיניה וביה להסגת גבולה של המשטרה, גם אם השר לא מבקש לעשות שימוש לרעה בסמכויותיו.

כמו כן, הבחינה החוקתית לא יכולה להיעשות מתוך הנחה כי הדין המינהלי "יעשה את העבודה", וכי בית המשפט הוא תרופה בדיעבד לכל מכאוב. בית המשפט אינו יכול להעניק מזור לכל פגיעה, והבחינה החוקתית נועדה למנוע את הצורך לפנות לבית המשפט כל שני וחמישי לנוכח עשרות ומאות ההחלטות הספציפיות שיקבל הגורם המוסמך. ההנחה כי ניתן, בחיי המעשה, לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת סעד מתאים באופן שירפא את הפגיעה בכל מקרה ומקרה של חריגה מסמכות, אינה הולמת את המאטריה שבה עסקינן, שכאמור נוגעת לסמכויותיה של המשטרה ולפגיעה האינהרנטית בזכויות אדם חוקתיות בעת הפעלת כוחה. החיכוך בין המשטרה לבין האזרח הוא תכופ ומתמשך, ומצריך קיומו של הסדר משפטי ברור ומוגדר. לשם המחשה, סמכויות המשטרה בהקשר של חופש הביטוי והמחאה אינן מתמצות אך בשאלה של מתן רישיונות או הצבת תנאים מקדימים, שאלות אשר במקרים רבים מגיעות לפתחו של בית משפט זה. סמכויות המשטרה כוללות החלטות מידיות שיש בהן להשפיע באופן ניכר וממשי על זכויות אדם, כגון החלטה על הפעלת מכתז"ת, פינוי בכוח של חסימת כבישים, או הכרזה על הפגנה כהתקהלות אסורה. החלטות מעין אלה לא מאפשרות, באופן מובנה כמעט, ביקורת שיפוטית "הדוקה" שיש בה ליתן מענה מתאים עובר לפגיעה בזכויות. אזכיר כי "הגורם המוסמך" בהקשר נושא ענייננו יכול להיות השוטר בשטח, וכאשר פלוני מעוכב שעות בדרכו להפגנה כי אין עליו תעודה מזהה, למרות שזהותו ברורה לשוטרים, לא תועיל פניה בדיעבד לבית המשפט.

6. כל חבריי הסכימו כי התיקון לפקודה סובל מפגמים כאלה ואחרים – כי ההליך שבו נחקק התיקון רחוק מלהיות מיטבי; כי מוטב היה אילו נכלל בתיקון סעיף המעגן את עקרון הממלכתיות; כי קיימים הבדלים מהותיים ויסודיים בין המשטרה לבין הצבא; כי חובת ה'שמיעה' אין עוצמתה כחובת ה'התייעצות'; כי קיים קושי לשרטט קו בין מדיניות לבין התערבות אסורה; כי בשל קושי זה אכן קיים חשש בלתי מבוטל שבהיעדר פרשנות של סעיף 8 לפקודה תיתכן גלישה של השר להתערבות אסורה בפעילות המשטרה; וכי פעולות שביצע השר לביטחון לאומי, חבר הכנסת איתמר בן גביר (להלן גם: השר בן גביר), בפרק הזמן שחלף מאז הגשת העתירות, מלמדות כי בחלק מהמקרים הוא חרג לכאורה מסמכותו. הצירוף של כל אלה יוצר לטעמי "מסה קריטית" שצריכה הייתה להביא אל סף פסילת התיקון, ולכל הפחות לדרך הפרשנות המקיימת שבה נקט חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), ואשר אליה אני מצרף את קולי.

ועתה בהרחבה ולגופם של דברים.

7. חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), עמד באריכות על התשתית הנורמטיבית הנוגעת לתפקידה של המשטרה, לפקודת המשטרה ולסמכויות השר, ולכן, אתיחס לכך בקצרה. אין חולק כי גם לפני התיקון לפקודה, עמדו לרשות השר סמכויות נרחבות כלפי המשטרה, ונזכיר חלק מהן:

הרכב משטרת ישראל

2. במשטרת ישראל יהיו קציני משטרה בכירים, מפקחים, סמלים ושוטרים אחרים, הכל כפי שיוורה השר.

מינוי לתפקיד של קצין משטרה בכיר

7. השר רשאי למנות שוטר או אדם אחר למלא כל תפקיד מתפקידיו של קצין משטרה בכיר או להשתמש בכל סמכות מסמכויותיו, הכל בכפוף לתנאים שנקבעו.

הוצאת פקודות משטרת ישראל

9א. (א) המפקח הכללי יוציא, באישור השר, הוראות כלליות שיקבעו עקרונות לענין ארגון המשטרה, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בה והבטחת פעולתה התקינה (להלן – הוראות המשטרה).

סמכות השר

21. שום דבר האמור בפקודה זו או בחוק המשטרה אינו בא לגרוע מסמכות השר להרחיק שוטר בכל עת שירצה.

(לסמכויות נוספות של השר ראו גם בחוק המשטרה, התשס"ו-2006 – סעיפים

82, 85 ו-102ב).

הורתה של הפקודה בתקופת המנדט, כאשר מטבע הדברים הוקנו לנציב העליון, שהשר בא בנעליו, סמכויות נרחבות, ובהן גם הסמכות לקבוע "מדיניות כללית" למשטרה. ודוק: סמכות זו, כפי שפורשה לאורך השנים, משמעה התוויית מדיניות עקרונית-כללית ברמת הפשטה גבוהה, להבדיל מניהול המשטרה, תפקיד שמסור למפקח המשטרה:

"אכן, אין להקל ראש ולהמעיט בחשיבותן של סמכויות אלה, אולם השר לביטחון פנים אינו 'מפקח-ל-על', ובהקשרים הרלוונטיים לענייננו סמכויותיו הן סמכויות של פיקוח, אישור וקביעת מדיניות" (בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 863 (2003); וכן ראו כיצד הוצגו סמכויות השר

בתצהירו של ראש הממשלה דאז כפי שהוגש לבית המשפט, בעמ' 918-920 לפסק הדין).

8. כאמור, גם עובר לתיקון החזיק השר בסמכויות נרחבות ביחס למשטרה. לצד זאת, פקודת המשטרה והאופן שבו פורשה יצרו נוסחת איזון בין סמכויות השר ובין סמכויות המפכ"ל והמשטרה (עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה 99 (2018) (להלן: הרפז וגולן); דן ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב 133, 148-153 (1991) (להלן: ביין)). נוסחת האיזון כפי שעוצבה לאורך השנים הגנה מחד גיסא על עיקרון עצמאותה של המשטרה, ומאידך גיסא, על אחריותו המיניסטריאלית של השר כלפי המשטרה. המדובר בנוסחת איזון רגישה ועדינה, יותר מכל מערכת יחסים מיניסטריאלית-מקצועית אחרת הקיימת בין כל שר ובין הגוף המקצועי ברשות המבצעת שעליו הוא ממונה. זאת, בשל אופי תפקידה של המשטרה, ובשל ההנחה כי הפעלה לא נכונה של כוחה תוביל לפגיעה חריפה בזכויות אדם חוקתיות (ביין, בעמ' 148; ראו גם בג"ץ 8910/22 פטרושקה נ' ח"כ בנימין נתניהו, פסקה 31 לפסק דיני (21.2.2024)).

9. נוסחת האיזון שנקבעה בפקודת המשטרה ובפסיקות השונות ליוותה אותנו משך עשרות שנים. אין לכחד כי אותה נוסחה לא הייתה מושלמת ואף יש שביקרו את נוסח הפקודה וקראו לשנותו. הסוגיה העיקרית שהתעוררה לאורך השנים לא הייתה אם השר מוסמך לקבוע מדיניות כללית ועקרונית, אלא היכן עובר הגבול המדויק בין מדיניות לגיטימית להתערבות אופרטיבית בשיקול הדעת העצמאי של גורמי המשטרה. התיקון לא פותר דילמה זו, ולמעשה אף לא שם לו למטרה להבהיר סוגיה מורכבת זו. אולם, וכפי שהעידו על עצמם שרים לאורך השנים, מעולם לא התעוררה בעיה של ממש כאשר ביקשו לממש את סמכותם להתוות מדיניות כללית. גם המפכ"ל לשעבר, רנ"צ שבתאי, שהופיע בפני הוועדה המיוחדת, שהוקמה בבהילות על מנת להעביר את התיקון לפקודה עוד לפני הקמת הממשלה, תמה לשם מה נדרש התיקון. לדבריו, גם במצב החוקי לפני התיקון, הדרג המדיני התווה את המדיניות: "אני מודה שעד היום לא נתקלתי בסיטואציה שממחישה את הבעיה. לא ש[לא] היו מחלוקות, היו מחלוקות מקצועיות, אבל לא היו מקרים שבהם השר ביקש ליישם את מדיניותו ולא ניתן לכך מענה. הצעת החוק אינה מפרטת ואינה מבהירה מה לא ניתן לעשות עד כה ומה כן ניתן לעשות אחרי שהחקיקה תעבור".

10. והנה, בא התיקון וביקש להסדיר באופן מפורש את אחד מן הנושאים שלא זכו להתייחסות בלשון הפקודה – טיב היחסים בין המשטרה ובין הדרג הפוליטי.

בקריאה ראשונית של התיקון לפקודה, הקורא התמים שואל את עצמו היכן הבעיה. לכאורה, התיקון אך מצהיר על המובן מאליו – השר לביטחון לאומי, כמו כל שר, מתווה את מדיניות המשרד שהוא מופקד עליו; והתיקון אך משקף את מימוש אחריותה של המדינה ואת סמכותו של הדרג הפוליטי לקבוע מדיניות כללית למשטרה. ואכן, חלק מחבריי מצאו כי התיקון הוא דקלרטיבי גרידא, וכל שעשה היה לשקף את המצב הנורמטיבי שהיה קיים עוד טרם התיקון, או להצהיר עליו (זו גם עמדת הכנסת: "החוק המתקן מעצב את היחסים שבין השר למפק"ל ברוח מסקנות הוועדות, ובמובן זה הוא משקף את המצב הנורמטיבי הרצוי ששרר גם בטרם חקיקתו", סעיף 111 לתצהיר התשובה מטעם הכנסת).

אלא שאיני סבור כי התיקון הוא דקלרטיבי בלבד, בבחינת "מה שהיה הוא שיהיה". לדידי, התיקון מסיט, הן להלכה הן למעשה, את נקודת האיזון שהתקיימה עד כה בין סמכותו של השר לבין העצמאות המקצועית של המשטרה ושל המפק"ל. התיקון שתל באופן גס וגורף את רכיב "המדיניות" בערוגת הגינה הדמוקרטית, והאחרון החל לשלוח שורשיו אל המשטרה – החל מדרג המפק"ל וכלה בדרג השוטר בשטח – תוך שהוא מכרסם בעצמאותה ובאי תלותה של המשטרה. הגבולות שבין סמכות השר ובין סמכות המשטרה נפרצו, והתיקון מגדיל ומעמיק את שליטתו של השר במשטרה.

אך בטרם אבחן את מהותו של התיקון – מספר מילים על הליך החקיקה.

הליך החקיקה

11. הגם שהצו על תנאי שניתן על ידינו לא התייחס להליך החקיקה, לא למותר להתייחס לאופן החפז והפגום שבו נחקק התיקון. פקודת המשטרה נוגעת להסדרים המשטריים הנוהגים במדינה, וניתן היה לצפות כי תיקון אשר עלולות להיות לו השלכות משטריות מרחיקות לכת במדינה דמוקרטית, בתחום רגיש ביותר, שיש לו נגיעה לכל אזרח ואזרח במדינה – ייעשה לאחר עבודת מטה סדורה, מקצועית ומקיפה, בהתאם ל"דרך המלך". אלא שדווקא תיקון חשוב כזה נולד שלא כדרך הטבע.

החוק הוגש כהצעת חוק פרטית על ידי מי שעל פי ההסכמים הקואליציוניים אמור לשמש כשר, ובכך נעקפה ההגבלה בתקנון הכנסת שאוסרת על שר להגיש הצעת

חוק פרטית; הצעת החוק נדונה בוועדה מיוחדת עוד לפני שהוקמו הוועדות הקבועות של הכנסת, ועוד לפני שהממשלה הושבעה; קוצרה תקופת ההנחה; הופעל סעיף 98 לתקנון הכנסת (שענינו בקביעת סדרי דיון מיוחדים בהצעות חוק תקציב המדינה ובמקרים אחרים "יוצאים מן הכלל"), וסוף דבר שהתיקון נכנס לתוקף במהירות הבזק – תוך 16 יום מיום הנחתו על שולחן הכנסת כהצעת חוק פרטית. כל זאת, כאשר ברקע מהדהדות אזהרות והתרעות של הגורמים המקצועיים והיועצים המשפטיים על אודות פגיעתו הקשה של התיקון לפקודה בעצמאותה ובאי תלותה של המשטרה על כל הכרוך בכך. יש בכך כדי להעיד על אופי הליך החקיקה שסופו היה ידוע מראש, מאחר שעוגן מלכתחילה בהסכם קואליציוני.

חברי, השופט סולברג ציין, ובצדק, כי ההליך שבו נחקק התיקון רחוק מלהיות מיטבי 'כרחוק מזרח ממערב'. אין לי אלא להסכים עם הדברים. הליך החקיקה היה מהיר ופגום, וייתכן שאילו הדברים היו נבחנים בכובד ראש ובהליך סדור, חלק מהבעיות שבתיקון היו נחסכות. בעניין עילת הסבירות ציינתי כי: "אם חוקי יסוד נעשו ככדור משחק בידי הכנסת, אזי כאשר הכדור מתגלגל לפתחו של בית המשפט, אין הוא הופך לאגרטל פורצלן עדין, שאין בית המשפט מורשה להחזיקו אלא לראותו בלבד" (בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 38 לפסק דיני (1.1.2024)). הזהירות המופלגת שנקטה הפסיקה בפסילת חוק, בבחינת רק "כאשר כלו כל הקיצין" נאמרה בתקופה אחרת, שבה חוקים היו נחקקים בדרך המלך, לאחר בחינה של הייעוץ המשפטי ועבודת מטה. אך מקום שבו בית המחוקקים עוקף חדשות לבקרים את דרך המלך על ידי הצעות חוק פרטיות, בחיפזון, ללא עבודת מטה, תוך התעלמות מהייעוץ המשפטי – שאלה היא, אם לדרך הפגומה עד מאוד שבה נחקק תיקון בעל השלכות משטריות, לא צריך ליתן משקל, ואם בנסיבות אלה, על בית המשפט לאחוז ברף נמוך יותר לביטולו של חוק. אותיר שאלה זו בצריך עיון.

משהערת את שהערת על הליך החקיקה, אשוב ואדרש לתוכנו ומהותו של התיקון.

התיקון בראי המלצות הוועדות

12. הכנסת והשר טענו כי בעיצוב נוסח התיקון לפקודה, ניתן משקל רב להמלצות דו"חות הוועדות השונות אשר עסקו במשטרה – דו"ח ועדת אלוף (מיל') צבי זמיר בעקבות אירועי הר הבית בשנת 1990 (להלן: ועדת זמיר); דו"ח ועדת צדוק שפורסם

בשנת 1999, לאחר כחמש שנים שבהן ישבה הוועדה על המדוכה; ודו"ח ועדת אור בעקבות מהומות אוקטובר 2000.

משקל מיוחד ניתן לדו"ח ועדת צדוק, שעסק במישרין בסוגיה של יחסי הגומלין בין המשטרה לבין השר. הדו"ח בחן באופן רוחבי את יחסי השר והמשטרה, שלא על רקע אירוע קונקרטי. אולם, התיקון לפקודה לא אימץ את מסקנות הדו"ח במלואן אלא נעשה בשיטה של "קטיפה דובדבנים", שכן לדברי השר בן גביר יוזם התיקון, "המלצות ועדת צדוק לא ניחנו בכל מימד של קדושה" (סעיף 160 לתצהיר תשובתו).

כך, לדוגמה, ועדת צדוק המליצה לקבוע בחקיקה את אמות המידה להסמכת השר לקבוע מדיניות "בעניינים בעלי חשיבות עקרונית [...] השר רשאי להתערב בקביעת תכנית העבודה של המשטרה, ובקביעת סדרי העדיפויות בין התחומים השונים המופקדים בידי המשטרה, אולם בבואו לעשות כן עליו ליתן משקל ניכר לעמדתו המקצועית של המפכ"ל, ולא להתערב בה אלא במקרים מיוחדים ומטעמים בעלי חשיבות רבה" (עמ' 49 לדו"ח; הדגשה הוספה – י"ע). הוועדה המליצה גם לעגן ולהרחיב את סמכויות המפכ"ל "באופן שיקנה לו שליטה מבצעית מלאה על פעולות המשטרה. סמכויות אלה יופעלו על-ידי המפכ"ל באופן עצמאי, כדין כל 'רשות מוסמכת' במשפט המנהלי הישראלי אשר הוענקו לה סמכויות ישירות בחוק" (עמ' 50 לדו"ח). כמו כן, הוועדה קבעה כי "יש להגדיר בחוק את ההבחנה בין סוגיות עקרוניות של ממש לבין עניינים ספציפיים שיינתן להם לבוש של סוגיות עקרוניות" (עמ' 49 לדו"ח; הדגשה הוספה – י"ע). המלצות אלה לא באו לידי ביטוי בתיקון לפקודה. המלצה חשובה נוספת של ועדת צדוק, אשר משום מה לא אומצה בתיקון לפקודה, הייתה שהשר לא יהיה מעורב במינוי וקידום של קצינים בדרגה נמוכה מדרגת ניצב, ובידיו תיוותר הסמכות לאשר את מינויים של קצינים בדרגת ניצב בלבד (עמ' 51 לדו"ח). למותר לציין כי הסמכות למינויים ולפיטורים של קצינים בכירים מעניקה לשר כוח והשפעה רבה על המשטרה, ויש בה פוטנציאל להשפעה פסולה (עוד על הסכנה הטמונה בסמכות השר למנות קצינים בכירים ראו אצל ביין, בעמ' 150-152).

הגם שאין הכרח ליישם את המלצות הוועדה ככתבן, התיקון לפקודה אימץ רק את אותן ההמלצות שיש בהן כדי להרחיב את מעורבות השר ואת היקף סמכויותיו, אולם השמיט במכוון את ההמלצות המאזנות שנועדו להבטיח את העקרוניות העומדים בבסיס תפקידה וסמכותה של המשטרה (ראו גם פסקה 103 לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ')). יש בכך כדי לחדד ולהמחיש את המסקנה כי התיקון לפקודה לא עיגן

"בסך הכל" את חלוקת הסמכויות שהייתה קיימת עובר לתיקון בין הדרג המיניסטריאלי והדרג המקצועי. התיקון הרחיב את סמכויות השר מבלי לאזן מן הצד השני את סמכויות המפקח"ל והמשטרה. התיקון אימץ באופן סלקטיבי את החלקים שמקנים לשר סמכויות תוך השמטת הבלמים והאיזונים שנקבעו בדו"ח ועדת צדוק. התיקון יצר אפוא הסדר תשתית-משטרי-מוסדי חדש, שהחליף את ההסדר הקיים ושינה את נקודת האיזון. הטכסט עצמו מצביע על התערבות עמוקה יותר של הדרג המדיני, והוא משקף על פניו פוליטיזציה של דרך פעולתה של המשטרה.

"מדיניות" – קווים לדמותה

13. על רקע הסמכויות שהוקנו לשר עוד לפני התיקון, נציב נגד עינינו את הוראת סעיף 8 לפקודה:

התוויית מדיניות ועקרונות
 ג8. (א) השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה.

כנגד ארבעה דיבר הסעיף: מדיניות – עקרונות כלליים – הנחיות כלליות – הוראות כלליות. מה ההבחנה בין ארבעת המונחים? האם מדובר בארבע רמות הפשטה שונות או בארבעה מונחים שהם בבחינת מילים נרדפות? דומה כי לפנינו ארבעה גוונים של אפור ושל צהוב. ואם לא די בנוסח הגורף והכוללני של הסעיף, באה המילה "לרבות" כדי לחזק ולהעצים עוד יותר את סמכויות השר ולהדק את שליטתו במשטרה. נוסחו של הסעיף מעלה את השאלה המתבקשת – מדוע היה צורך בכל כך הרבה חלופות? מכאן, שהטכסט עצמו נדרש לכל הפחות לפרשנות מקיימת לנוכח עמימותו והשטחים האפורים שהוא מותיר בתחילת הגבולות בין ה"מדיניות" לבין הצעדים האופרטיביים, בין הפוליטי לבין המקצועי.

14. מלכתחילה, ההבחנה בין מדיניות לבין הנחיה אופרטיבית אינה פשוטה ואינה ברורה, ועמדו על כך מלומדי משפט בתחומי משפט אחרים (ראו והשוו: ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק א) משפט וממשל ב 339, 365 (התשנ"ה)). גם ועדת אור עמדה על הקושי ביישום ההבחנה בין קביעת מדיניות המצויה בסמכות השר לבין התערבות בהחלטות אופרטיביות שאינן בסמכותו ("הקושי הוא,

כמובן, ביישום ההבחנה, שעליה עמדנו, במקרים גבוליים. לא תמיד קל לקבוע מתי מדובר בהחלטה אסטרטגית, בהנחיה כללית או במדיניות, ואלה מצויות כאמור בסמכות השר ובאחריותו, ומתי מדובר בהתערבות בלתי קבילה פסולה בפרטי הביצוע האופרטיבי של משימה זו או אחרת" (פסקה 76, השער החמישי לדו"ח ועדת אור)). גם המפכ"ל דאז ציין הן בהודעתו לבית משפט זה (ראו סעיף 63 לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ')) והן בדיוני הוועדה המיוחדת, כי לא ברור מה גבולות סמכותו של השר.

15. ובכלל, איך מזהים "מדיניות"? כך, לדוגמה, במהלך הדיון הראשון בעתירות, הפניתי לבא כוחו של השר את השאלה אם קביעת הוראות פתיחה באש היא עניין של מדיניות, ובהגינתו ציין כי אין באפשרותו להשיב על כך (פרוטוקול הדיון מיום 7.6.2023, בעמ' 75).

כאשר השר בן גביר מבקש להעביר מתפקידו את מפקד מחוז תל אביב על רקע אי שביעות רצונו מאופן פעולתה של משטרת המחוז בקשר לאירועי המחאה כנגד הממשלה – זוהי מדיניות? כאשר השר מבקש לקרוא לבירור את מפקד מחוז ירושלים מאחר שלטעמו הוא לא התמודד כראוי בהפגנה אל מול מעון ראש הממשלה – זו מדיניות? כאשר השר מציין כי הנחה את המשטרה למנוע הפגנות מסוימות אבל לצערו "פרקליטות המדינה כפתה על משטרת ישראל להסכים להפגנה הזו" – זו מדיניות או הנחיה? האם "השר יכול לקבוע מדיניות שיש הפגנות בבלפור שאפשר לפזר, ויש הפגנות במקום אחר שאי אפשר לפזר" כפי שטען יושב ראש הוועדה לביטחון לאומי, חבר הכנסת צביקה פוגל? (כפי שצוטט בסעיף 47 לעתירה בבג"ץ 179/23). בדוגמאות אלה יש כדי להמחיש את העמימות הכרוכה בהבחנה בין קביעת מדיניות ובין מתן הנחיות אופרטיביות. עמימות התיקון מרחיבה את סמכויות השר, ומאפשרת את התערבותו בשיקול דעתה המקצועי ובפעולותיה האופרטיביות של המשטרה. כל זאת, באופן הפוגע בזכויות אדם, ללא הסמכה מפורטת ומפורשת, ובכסות של מדיניות-הנחיות-עקרונות-הוראות.

למעשה, איננו צריכים להרחיק עדותנו לגבי הקושי להבחין מהי מדיניות ומהי הנחיה אופרטיבית על פי התיקון. השר בן גביר נכשל לכאורה בהבחנה זו לא אחת, מה שהצריך את היועצת להפנות תשומת ליבו כי חצה את קו הגבול בין מדיניות כללית לבין הנחיה אופרטיבית, ומה שהצריך את בית משפט זה לסמן לשר קו גבול בדמות צו ביניים. מבלי להביע עמדה לגופם של המקרים הקונקרטיים שפורטו לפנינו, בעצם קיומם יש כדי להמחיש את הטענה כי האופן שבו הוגדרה סמכות השר בפקודה הוא כה רחב, שיש בו

כדי להוביל להשפעה גוברת של השר על פעילות המשטרה באופן שמנוגד לעצמאותה ולממלכתיותה.

16. דוגמה מאלפת למגמת חיזוק מעמד השר על ידי שימוש במונחים עמומים אנו מוצאים בסעיף 8 לפקודה, שם נקבע כלהלן:

התנויית מדיניות בחקירות
 ד8. (א) השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות.

אם עד עתה הכרנו מונחים כמו "אישור", "הסכמה" ו"היועצות", יצר המחוקק מוסד "משונמך" של "שמיעה" דווקא בהתייחס לשומר הסף החשוב ביותר בנושא חקירות – היועץ המשפטי לממשלה – ובניגוד להמלצות ועדת צדוק (וראו בפסקה 183 לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ')). נוסח זה אך מדגים את התכלית של התיקון לפקודה, תיקון שמוביל למתן עוצמה וסמכות כמעט בלתי מוגבלת לשר גם בנושא רגיש כמו חקירות, והכל ללא איזונים ובלמים.

מאחר שחברי ממלא מקום הנשיא (בדימ') הגיע למסקנה כי יש לבטל את סעיף ד8, לא ארחיב בנושא ואני מצטרף לדבריו ולדרך ניתוחו את הסעיף. אומר אך בקצרה, כי די בסמכות שהוענקה לשר לקבוע "סדרי עדיפויות עקרוניים" בחקירות, כדי לאפשר לשר לקדם סדר יום פוליטי, תוך הסטה של משאבי החקירה המוגבלים של המשטרה. כפי שיש חשש ל'שיטור יתר או שיטור חסר' כך יש חשש ל'חקירת יתר או חקירת חסר' בתחומים מסוימים. יש בכך פתח מסוכן להתערבות פוליטית ופגיעה אנושה במקצועיותה ואי תלותה של המשטרה בתחום רגיש זה של מערכת אכיפת החוק.

ממלכתיות

17. על שלושה דברים המשטרה עומדת – על המקצועיות, על העצמאות ועל הממלכתיות. הממלכתיות מתבטאת, בין היתר, בכך שהפעלת סמכויות המשטרה תיעשה על בסיס מקצועי, באופן שוויוני וללא משוא פנים (בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 16 והאסמכתאות שם (12.12.2021) (להלן: "בג"ץ 911/21)). אלא שעיגון של חובת הממלכתיות החלה על המשטרה לא ניתן למצוא בתיקון לפקודה.

הכנסת טענה כי הטעם המרכזי לאי הכללת רכיב הממלכתיות הוא שמדובר בחובה מובנת מאליה. חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), רואה, ובצדק, את השמטת הממלכתיות מנוסח התיקון, לא כתקלה חקיקתית או כהבעת עמדה ניטרלית, אלא כ"שתיקה מדעת". ואכן, לשיטת השר עצמו, הצעת היועצת להוסיף סעיף ממלכתיות משמעה ריקון מתוכן של התיקון שביקש השר לחוקק, "שכן בהכפפת המשטרה למרותו של החוק בלבד, נמצאנו מעקרים את ההוראה הקובעת את כפיפות המשטרה לשר, וחובת המשטרה לפעול באופן עצמאי מעקרת לחלוטין את הסמכויות שהוקנו לשר להתוות מדיניות ולקבוע סדרי עדיפויות" (פסקאות 131 ו-133 לתגובתו).

בשים לב לחיזוק המשמעותי בכוחו של השר במסגרת התיקון, היעדר התייחסות לממלכתיות בפקודה, בנוסח כזה או אחר, זועק ברמה ההצהרתית ואף מדליק נורה אדומה לגבי התכלית של התיקון. ובמילים אחרות: הקושי המהותי בתיקון הוא לא רק במה שיש בו – הגדרה עמומה ורחבה ביותר של סמכויות השר כלפי המשטרה, אלא גם במה שאין בו – היעדר הממלכתיות. הימנעותו של המחוקק מלכלול את רכיב הממלכתיות בתיקון פוגעת בעצמאותה ובאי תלותה של המשטרה.

18. נטען על ידי השר בן גביר כי הנוסח שהוצע על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה ולפיו: "במילוי כל תפקידיה ובהפעלת סמכויותיה תפעל המשטרה באורח ממלכתי, עצמאי, נטול אינטרסים מפלגתיים פוליטיים וללא משוא פנים כשעליה מרותו של החוק בלבד", הוא נוסח רחב בהשוואה לנוסח שכבר קיים בהוראת סעיף 4(ג) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 ולפיו "השירות יפעל באורח ממלכתי" (פסקאות 133-131 לתגובה המקדמית מטעם השר). אם כך, תמיהה היא מדוע איננו מוצאים בתיקון לפחות הוראה בנוסח דומה לזה שחל על שירות הביטחון הכללי.

עוד לטענת השר בן גביר, הדרישה כי התיקון יכלול גם רכיב של ממלכתיות נובעת מטעם פרסונלי מובהק, בשל היותו השר המיועד ("74 שנים המשטרה לא מתעסקת בפוליטיקה. פתאום בן גביר נכנס ויש פוליטיקה?"), פרוטוקול הדיון מיום 19.12.2022, בעמ' 10; טענה ברוח זו נטענה שוב גם בדיון שהתקיים לפנינו ביום 18.6.2024 (וראו בעמ' 26 לפרוטוקול)). כאשר עסקינן בתיקון שעלול לזעזע את הרקמה המשטרית העדינה, טענה פרסונלית זו מביאה להרמת גבה, שהרי כפי שעמדנו לעיל, ממלכתיות המשטרה היא חלק מליבת פועלה. מכל מקום, אף שהממלכתיות נעדרה מלשון הפקודה מזה עשורים, היה זה דווקא התיקון שאותו יזם השר שהגביר את הצורך בעיגונה. כאשר

עומד על הפרק תיקון שמשנה את אופן חלוקת הסמכויות ומעצים את סמכויות השר, באופן שעשוי להכניס שיקולים פוליטיים לפעולת המשטרה, הרי שנדרש מנגנון איזון מן הצד השני, ללא קשר לזהות השר הספציפי.

ההשוואה לצבא ההגנה לישראל

19. בדברי ההסדר לתיקון הוצע "להסדיר את יחסי המרות והכפיפות בין המפק"ל והמשטרה ובין הממשלה והשר, בדומה לאופן שבו מוסדרים אלה בין הרמטכ"ל וצה"ל ובין הממשלה ושר הביטחון בחוק יסוד: הצבא". כמו כן, בהסכם הקואליציוני מיום 25.11.2022 בין סיעת עוצמה יהודית לבין סיעת הליכוד, נכתב כי עוד לפני השבעת הממשלה, הקואליציה תערוך שינויים בפקודת המשטרה "כך שהיחס בין השר לביטחון לאומי לבין מפק"ל המשטרה יהיה כיחס שבין שר הביטחון לרמטכ"ל (למעט ביחס לסעיף 59 לחסד"פ), בהתאמות המחויבות". ואכן, נוסח סעיף 8ב הקובע כי "משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה" ו"השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה" לקוח מחוק יסוד: הצבא.

אלא שנקודת המוצא באשר לאופן שבו מופעלת המשטרה שונה מהתפיסה הנוגעת לאופן הפעלת הצבא. כפי שעמד על כך חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), הסיבה היא שייעודו של הצבא לפעול כלפי איומים חיצוניים למדינה, בעוד המשטרה מפעילה כוחה כלפי אזרחי המדינה ותושביה. משכך, יש להיזהר מכל משמר מפני תפישה לפיה המשטרה נלחמת ב"אויב מבפנים" כשם שהצבא נלחם ב"אויב מבחוץ". תפישה מסוכנת זו של ראיית האזרח כאויב, עלולה לחלחל אל פיקוד המשטרה ואל אחרון השוטרים בשטח, ואין מדובר בחשש תיאורטי. מטעם זה מצאתי קושי רב בכוונתם של מנסחי התיקון להקיש מההסדר ביחס לצבא גם לענייננו.

פיקוח פרלמנטרי

20. השר טען שחובת הדיווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת היא מנגנון איזון מספק. ואולם, מעבר לעובדה ששליטת הממשלה בכנסת היא כבר מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, דומה כי מנגנון הפיקוח המוצע מאבד עוד יותר מהאפקטיביות שלו במקרה שיושב ראש הוועדה הוא חבר במפלגתו של השר, כפי שאכן קורה בעת כתיבת שורות אלה בכנסת ה-25. די בכך בכדי להבין שלא מדובר במנגנון פיקוח מספק.

21. סיכום ביניים: עמדנו על כך שפקודת המשטרה יצרה לאורך השנים איזון עדין וחשוב מאין כמוהו בין הדרג המיניסטריאלי ובין הדרג המקצועי. התיקון לפקודה לא שימר את המצב הקיים, אלא הרחיב את סמכויותיו של השר. כדי לשמור על אותו איזון דק, נדרש היה כי לצד הרחבת סמכותו של השר, היו נכללים בתיקון גם מנגנוני איזון ובקרה מספקים על כוחו של השר, ולחלופין הרחבה מקבילה של סמכותו של הדרג המקצועי ובעיקרו המפק"ל (כשם שוועדת צדוק המליצה), אלא שאלו אינם בנמצא.

השר הוא המדיניות, המדיניות היא השר

22. אין חולק שהשר אכן מוסמך להתוות מדיניות כללית נקייה משיקולים פוליטיים. ברם, שינוי הסטטוס-קוו מוביל באופן בלתי-נמנע לפוליטיזציה של המשטרה. אין מדובר בחשש יישומי בלבד, ויש לדבר השלכות בבחינת חוקתיות התיקון. התיקון מוביל לכך שהשר הוא הגורם היחיד שמנווט את הספינה, כך שכיוון השיט שלה מושפע בהכרח מעמדות השר (ללא קשר לשר זה או אחר). התיקון החד-צדדי, ללא איזונים ובלמים, יוצר סכנה כי לצד "מדיניות השר" הפורמלית שמתפרסמת באתר האינטרנט, תצמח "מדיניות שר" לא פורמלית של "ממני תראו וכן תעשו". מאחר שהשר הוא הדמות שמתווה את ה"מדיניות", השר הוא ה"מדיניות" וה"מדיניות" היא השר, ולא ניתן להפריד בין השניים. במישור המעשי, בין אם הצהיר השר כי מדובר במדיניותו ובין אם מדובר אך בהתבטאות או מעשה, איני רואה את השוטר בשטח מתריס כלפי השר כי הוא אינו צריך להישמע לו, משלא מדובר באופן פורמלי ב"מדיניות" כפי שקובע התיקון.

23. אלא שהשר הוא נציג מפלגה פוליטית, ויש לו עמדות והשקפות עולם שבגינן הוא נבחר לתפקידו. גם אם נניח שכוונותיו טובות, וכי בעת הפעלת סמכויותיו הוא מפריד בין עמדותיו הפוליטיות לבין המדיניות המוכתבת למשטרה ושואף לפעול בהתאם לחובותיו המינהליות (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 426 (1993)) – מתן סמכויות כל כך נרחבות בידיו של השר ללא כל מערך איזונים ובלמים, מקשה על ההבחנה בין השר בכובעו הפוליטי ובין השר בכובעו המינהלי. וכפי שאוזכר גם בפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'): "אין בונים נורמות קונסטיטוציוניות על יסוד תקוות. אין מגבשים עקרונות יסוד ממלכתיים על בסיס הנחות, כי הכול יתנהל כשורה. נהפוך הוא: כל המבנה הקונסטיטוציוני מבוסס על ההנחה, כי דברים עשויים לא להתנהל כשורה, ועל-כן יש להציב גבולות וגדרות" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 606 (1986)). גם אם תישמע הטענה כי סכנה זו קיימת בכל מערכת יחסים מיניסטריאלית-

מקצועית, הרי שעלינו להיות זהירים במיוחד עת עסקינן בתחום כה רגיש של הפעלת סמכויות הכרוכות באופן אינהרנטי בפגיעה בזכויות אדם. כך, גם לעמדת היועצת, התיקון "יצר מבנה משטרי לא מאוזן, המאפשר השפעה פוליטית על הפעלת הכוח המשטרי. קרי, פוליטיזציה של הפעלת הכוח, ללא ערובות, בלמים ואיזונים המבטיחים הפעלה שוויונית של סמכויות המשטרה, שמירה על זכויות אדם ושלטון החוק" (פסקה 150 לתצהיר תשובתה).

24. הסמכויות הגורפות שהוענקו לשר בתיקון, מביאות מיניה וביה להסגת גבולה של המשטרה, גם אם השר לא מבקש לעשות שימוש לרעה בסמכויותיו. לדוגמה, נניח כי סדרי העדיפויות של השר הם כאלה, שמבחינתו משקפים באמת ובתמים את סדר העדיפויות הראוי והרצוי. אלא שסדרי עדיפויות אלה מושפעים מהיותו של השר דמות פוליטית ומעמדותיו הפוליטיות, והם מצריכים מטבע הדברים הסטת משאבים משימות אחרות שמבצעת המשטרה, באופן שעשוי לסטות משיקול דעתו המקצועי של המפקח"ל ומהדרך שבה האחרון סבור כי יש להקצות את משאבי המשטרה. במצב כזה, הרי שלפי התיקון, בסמכות השר לכפות את הסטת המשאבים מבלי להידרש לעמדת המפקח"ל. כך עולה לכאורה מנוסח סעיף 9 לפקודה לפיו "המפקח הכללי יפקח על משטרת ישראל [...] והכול בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר כמפורט בסעיפים 8 ו-8ד".

25. מצב זה נובע במישרין מנוסח התיקון ומהאופן שבו הותוו כללי המשחק החדשים, אך הוא גם עולה מהמצב בשטח. כפי שנכתב על ידי המפקח"ל דאז במכתבו מיום 18.6.2024 שהוגש לתיק בית המשפט, "מאז שנחקק החוק אנו עדים לתהליך התערערות עקרונות בסיסיים מאוד של עבודת המשטרה – משטרה מקצועית, ממלכתית, א-פוליטית, אשר פועלת אך ורק על בסיס שיקולים מקצועיים". לשם המחשה בלבד, ניתן לעמוד על הנחיות שהשר בן גביר העביר למשטרה ואשר מקימות חשש להבחנה בין קבוצות שונות בעת הפעלת סמכויותיה. כך, לדוגמה, השר בן גביר עצמו התאונן על אפליה באכיפה בין מפגיני ימין ומפגיני שמאל באופן שממנו משתמע כי יש להגביר את האכיפה אך כלפי מפגיני שמאל; השר גיבה אל מול מח"ש שוטרים שהפעילו אלימות כלפי מפגינים שהפגינו נגד הממשלה, ומהעבר השני דרש השעייה מיידית של שוטרים שפעלו לדעתו באלימות כנגד חרדים בהילולת ל"ג בעומר במירון (סעיף 27 למכתבו ליועצת המשפטית מיום 17.6.2024); השר גיבה אל מול מח"ש לוחם מג"ב שירה בילד בן 12 בשועפט, תוך שהוא מביע זעזוע על כך שמח"ש העזה להזמין את היורה לחקירה.

26. העצמת כוחה של "מדיניות" השר בתיקון, עלולה להביא לתקלות לא רק במישור היחסים של השר והמשטרה אלא גם ביחסי השר מול הממשלה, מה שעלול לעורר קשיים בדרגי השטח.

דוגמה לכך ניתן למצוא במדיניות המשטרה ביחס להר הבית. כהערה מקדמית אציין כי לנוכח הרגישות המיוחדת הכרוכה בהר הבית, וההשלכות של הנעשה בהר על יחסי החוץ והביטחון, ניתן עקרונית להכיר במעורבות רבה יותר של הדרג הפוליטי בנושא זה, ואף של הדרג הפוליטי הרחב יותר מהשר עצמו, כמו ראש הממשלה או הקבינט המדיני-ביטחוני. אלא שבפועל, בניגוד למדיניות הממשלה ביחס לתפילות בהר הבית, הכריז השר בן גביר בריש גלי כי "אני זה הדרג המדיני, והדרג המדיני מתיר תפילת יהודים בהר הבית". על כך הגיב ראש הממשלה כי "המדיניות של ישראל לשמור על הסטטוס-קוו בהר הבית לא השתנתה ולא תשתנה". דברי השר ודברי ראש הממשלה – דברי מי שומעים? דברי השר והחלטות ממשלה – למי מצייתים? אפיזודה זו, שבמסגרתה השר פועל (או לפחות מצהיר) בניגוד למדיניות הממשלה, ממחישה את הדילמה של המפכ"ל, ובעיקר של השוטרים בשטח בשאלה תחת איזו "מדיניות" עליהם לפעול.

דוגמה נוספת ניתן למצוא בנושא הסיוע ההומניטרי לעזה. מפגינים פעלו לחסום את שיירות האספקה ההומניטרית, בניגוד מוחלט למדיניותה המוצהרת של הממשלה לאפשר לסיוע ההומניטרי להיכנס לעזה. ברם, כפי שעולה ממכתבו של מפכ"ל המשטרה דאז, השר התערב בפעולות המשטרה, לכאורה באופן שלא עולה בקנה אחד עם הנחיות הקבינט המדיני-ביטחוני. השר בתגובתו לטענת המפכ"ל לא הכחיש זאת, אלא טען במכתבו מיום 17.6.2024 ליועצת המשפטית לממשלה כלהלן (סעיפים 16-17 ו-20 למכתב):

"ביקשתי להבין מדוע פעילות משטרת ישראל מושבתת, מדוע מפסיקים עבודתן של יחידות שלמות במשטרה, לשם ליווי שיירות הסיוע, על אף שתפקיד המשטרה לסייע בלבד לצה"ל ולמצ"ח. לא השגתי על עצם הסיוע של משטרת ישראל אלא על הסטת מרכז הכובד של פעולת המשטרה ממטלותיה החשובות לנושא שלא הוטל עליה באותה העת.

ויוזכר שמחיתי כנגד העתקת שוטרים שאמורים לשמור על חיי אדם במגזר הערבי בתקופה שהרצח בה גואה, למשל, את השוטרים של היחידה הטקטית של משטרת ישראל או את השוטרים של יחידת יואב (יחידה לאכיפת מקרקעין בנגב שהסטה שלה היא רק באישור המפכ"ל).

בעוד שהמשימה אותה העת לא היתה באחריות המשטרה אלא באחריות המשטרה הצבאית וצה"ל.

[...] למען הסר ספק, אכן הבהרתי למפק"ל היוצא כי המדיניות שלי היא לא להשבית יחידות שלמות, לא להפקיר את הצפון, לא להפקיר את הדרום, לא להזניח את המגזר הערבי המשווע לאכיפה, לצורך מימוש החלטת הקבינט – שכאמור, באותה תקופה, הייתה כי על המשטרה רק לסייע לשיירות" (הדגשה בקו תחתון במקור – י"ע).

לפנינו דוגמה לכך שהשר התווה "סדר עדיפויות" שהביא להסטת כוחות משטרה שביקשו לממש את מדיניות הממשלה, לטובת משימה שמבחינתו של השר הייתה עדיפה על פני המשימה של סיוע לצה"ל בליווי השיירות. ודוק: כפי שציין חברי, השופט גרוסקופף, השר אינו יכול להורות למשטרה בגדר "מדיניות" לפעול בניגוד להוראות הדין (פסקה 24 לפסק דינו). אולם בגדר ה"מדיניות" השר רשאי לקבוע סדרי עדיפויות של אכיפת נושא מסוים, באופן שמסיט את משאבי המשטרה לנושא אחר.

27. חברי, השופט סולברג, סבר בחוות דעתו כי המחלוקת היא מעשית "לגבי השאלה אם התיקון עשוי, הלכה למעשה, להוביל להתערבות השר – אם בשוגג, אם במזיד – בשיקול הדעת של המשטרה בהפעלת סמכויותיה" (פסקה 34 לפסק דינו). הדוגמאות לעיל, וצו הביניים שניתן במסגרת העתירות שלפנינו, כל אלה נותנים תשובה נחרצת לשאלה שהעלה חברי – התיקון לא עשוי להוביל להתערבות השר, התיקון כבר עשה זאת ועושה זאת מדי יום ביומו.

הפגם במישור המבני-משטרי והפגיעה בזכויות אדם חוקתיות

28. כאמור, התיקון שלפנינו הוביל להסטת נקודת האיזון ארוכת השנים ביחסים שבין הדרג הפוליטי והדרג המקצועי בכך שנתן בידי השר סמכויות נרחבות לקביעת "מדיניות"; ללא מגבלות פרוצדוראליות או מהותיות מספקות; מבלי לחזק את הדרג המקצועי מן הצד השני; ומבלי להגדיר מנגנוני פיקוח מספקים. הפקודה מהווה חוק משטרי-תשתיתי, אחד מתוך אותן לבנים המרכיבות את שלטון החוק במדינה דמוקרטית ואת השינוי בנקודת האיזון יש לבחון בחשדנות יתרה.

הסטת נקודת האיזון תוך מתן סמכויות נרחבות בידי גורם פוליטי חותרת תחת העקרונות החשובים ביותר העומדים בבסיס פועלה של המשטרה, ובעיקרם – עצמאותה.

הסיבה שבגינה המשטרה הוגדרה כעצמאית לאורך כל שנות קיומה של המדינה, תוך שהיא כפופה למרות הדין בלבד, הייתה כדי לנתק אותה מהלך הרוח של פוליטיקאי ספציפי או של ממשלה ספציפית, כדי למנוע מצב שבו המשטרה היא של הממשלה ולא של המדינה.

29. הסטת נקודת האיזון לא מהווה רק פגם מבני-משטרי, אלא גם מביאה לפגיעה אינהרנטית בזכויות אדם חוקתיות. סמכויות המשטרה כוללות פגיעה יום-יומית בזכויות אדם, וביסוד הלגיטימיות לפגיעה זו עומדת התפיסה שמדובר בסמכויות שלטוניות הנתונות לשלטון במדינה דמוקרטית. ההסדר הקיים לא כולל בחובו ערבויות כלשהן להבטחת מימוש סמכויות המשטרה אך לשם מימוש אינטרס ציבורי ורק במידה הנדרשת לשם כך (בג"ץ 911/21, בפסקה 16). שינוי ההסדר המשטרי שהיה קיים עד כה, באופן שגורם לפוליטיזציה בלתי-נמנעת של המשטרה, פוגע בלגיטימיות להפעלת סמכויותיה ומעצים את הפגיעה בזכויות אדם, מנויות ובלתי מנויות (ראו על עיקרון ההסכמה הציבורית ולגיטימיות המשטרה – הרפז וגולן, בעמ' 94-96). מעצר אדם על ידי המשטרה, הוא פגיעה בחירותו של אדם. מעצר אדם על ידי משטרה לגביה קיים חשש כי הונחתה על ידי שיקול פוליטי, הוא פגיעה קשה שבעתיים, פגיעה שעומדת בפני עצמה. מכאן, כפי שהיטיב להבהיר חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), ולכן לא ארחיב על כך בעצמי – בעצם הסטת קו האיזון בין הדרג הפוליטי והמקצועי יש כדי להעמיק ולהעצים את הפגיעה בזכויות אדם חוקתיות, הכרוכה בעבודת המשטרה (פסקה 198 לפסק דינו).

30. בעניין הפרטת בתי הסוהר (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009)) נמצאנו למדים כי בחינת חוקתיותו של החוק התמקדה בזהותו של הגורם שבידו ניתנו סמכויות שלטוניות, שיש בהן כדי לפגוע בזכויות יסוד. זאת, אף ללא בחינת הפעלת אותן סמכויות למעשה על ידי אותו גורם. כך גם בענייננו. משהגענו למסקנה כי התיקון הפר את האיזון ביחסי הדרג המדיני והמשטרה והפקיד סמכות רחבה בידי גורם פוליטי, באופן המאפשר התערבות במימוש כוחותיה של המשטרה, יש בכך כדי לעורר קושי חוקתי.

31. הגברת המעורבות של השר רגישה במיוחד בהקשרי חופש הביטוי, המחאה וההפגנות, "ציפור הנפש" של הדמוקרטיה. קביעת מדיניות על ידי השר בנוגע להפגנות ומחאות, יש בה כדי להשליך באופן ישיר על חופש הביטוי של המפגינים והמוחים בנושא שכרוך בליבת המשטר הדמוקרטי. שהרי לשר, כדמות פוליטית, אינטרס פוליטי-מפלגתי-אלקטורלי-אישי מובהק. כפי שהזדמן לי לציין בעניין אחר: "דווקא את עסקינן

במחאות נגד השלטון, חשובה ההקפדה היתרה על שיקול דעת עצמאי ורחב של רשויות האכיפה, על מנת שלא ישמשו ככלי בידי השלטון לדיכוי מחאות נגדו, ו"יש להותיר בידי המשטרה וגורמי אכיפת החוק שבשטח שיקול דעת נקודתי להחליט כיצד לפעול בנסיבות כל מקרה ומקרה, בהתאם לצורך העולה מן השטח" (בג"ץ 5936/23 וטרלאוף נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקאות 6 ו-11 בהתאמה (30.5.2024)). עשרות שנות פסיקה התוו את השיקולים השונים ואת נוסחאות האיזון בתחום רגיש זה של חופש מחאה וביטוי. מכאן, שהפרשנות המקיימת שבה נקט חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), היא המינימום המתבקש בנושא זה.

32. חברי, השופט סולברג, סבור כי אין בלשון התיקון נקודת אחיזה לפרשנות המקיימת של חובת היועצות קטיגורית עם המפכ"ל ועם היועצת המשפטית לממשלה בכל הנוגע לקביעת מדיניות הנוגעת להפגנות ולמחאות. לדידי, אם נאחז בשיטה זו, הרי שגם אין בלשון התיקון נקודת אחיזה לחובת המשטרה לנהוג בממלכתיות. התשובה לפיה "לא יעלה על הדעת" שהמשטרה לא תנהג בממלכתיות, כוחה יפה גם ל"לא יעלה על הדעת" שהשר לא יוועץ עם המפכ"ל ועם היועצת. מכל מקום, אם אלך לשיטתו של חברי לפיה לא ניתן לנקוט בפרשנות מקיימת, אזי דין התיקון היה להתבטל כולו. בחרתי שלא לנקוט בדרך זו, משמצאתי כי ניתן להסתפק בפרשנות מקיימת.

33. בשנתיים שחלפו מאז כניסת התיקון לתוקף דומה כי התנהלות השר בן גביר ממחישה את הסכנות הטמונות בו עקב הסטת נקודת האיזון לכיוון "מדיניות" השר. התיקון שלפי הנטען רק עיגן את המצב שהיה קיים עוד קודם לכן, הביא בפועל לשינוי משטרי של אופן הפעלת סמכויות המשטרה, תוך חיזוק מעמדו של השר ללא כל בלמים ואיזונים מן הצד השני; משמעותו של התיקון היא פוליטיזציה של המשטרה; ותוצאתו פגיעה חמורה בזכויות אדם. והכל, בהליך חקיקה נמהר וחלקי ביותר.

34. לנוכח הפרשנות המקיימת שהעניק חברי לתיקון לפקודה, אליה מצאתי להצטרף, מתייתר הצורך בהעמדת התיקון לפקודה במבחני פסקת ההגבלה. עם זאת, מצאתי להעיר בנושא מספר הערות:

35. במסגרת ההליך דכאן פירט השר חלק מן התכליות המוצהרות לתיקון לפקודה, ובהן: הסדרת היחסים בין השר למפכ"ל; חיזוק הביטחון האישי ומשילות במגזר הערבי; הגברת אמון הציבור; ויצירת איזון דמוקרטי תוך מניעת עצמאות מוחלטת של המשטרה והפיכת המדינה למדינת משטרה (סעיפים 58-60 ו-163 לתצהיר תשובה של השר בן

גביר). אולם, הלכה למעשה, דברי השר ומכלול הנסיבות בענייננו מלמדים כי תכלית מרכזית נוספת וסמויה עומדת מאחורי התיקון לפקודה, והיא מתן כוח עודף לשר, ללא הגבלות וללא בקרה. הדבר עולה, כפי שצינתי לעיל, מהיתלות המחוקק בדו"ח ועדת צדוק ככזה שמצדיק את חקיקת התיקון, אך מסירובו לאמץ כל מסקנה מאותו דו"ח שיש בה לאזן את כוחו של השר בעצמאות בעלי התפקידים במשטרה. בנוסף לאמור, ההשוואה בין המשטרה לבין הצבא עשויה להעיד בין היתר על תכלית שאינה ראויה. עוד עמדנו על כך שהתיקון לפקודה אינו כולל, בכוונת מכוון, את רכיב הממלכתיות, ונזכיר גם את דבריו של השר אשר לשיטתו הוספת סעיף ממלכתיות משמעה ריקון מתוכן של התיקון שביקש להכפיף את המשטרה למרות השר. לדידי, לפנינו "הודאת בעל דין" לגבי תכליתו הסובייקטיבית של התיקון – קרי, הגדלת סמכויותיו של השר על חשבון עצמאות וממלכתיות המשטרה. שאם לא כן, קשה להלום מדוע חובת המשטרה לפעול תחת מרותו של החוק בלבד, מרוקנת מתוכן את התיקון. ברי כי תכלית שנועדה לאפשר לשר להשפיע פוליטית על עבודת המשטרה ועצמאותה, אינה ראויה וחותרת תחת הנחות יסוד באשר לאופן פעולתה של המשטרה.

36. כמו כן, ספק גם אם התיקון לפקודה עומד במבחני המידתיות, ובעיקר במבחן הקשר הרציונלי, אשר לעיתים נבחן על פי השלכות התיקון בשטח – על פי מבחן התוצאה:

"לצד כל האמור, במקרים מסוימים שבהם התכלית המונחת ביסוד הוראה חוקית נועדה להביא לשינוי חברתי, הקשר הרציונלי ראוי שיבחן לא רק במישור העיוני-תיאורטי אלא גם 'במבחן התוצאה'" (בג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים, פסקה 58 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות והאסמכתאות שם (12.7.2023)).

בחינה של התוצאות בשטח מגלה כי ספק של ממש אם האמצעי הנבחר, קרי הגדלת סמכויות השר תוך הכפפת המשטרה תחתיו ושינוי האיזון הפוליטי-מקצועי, הגשים ולו אחת ממטרות התיקון המוצהרות, כמפורט להלן.

37. התיקון לא הצליח לשכך את המתחים שבין השר ובין המפכ"ל. מאז קום המדינה, דרך "תיק אפרסק" ועד ימינו אנו, ספק אם היה עימות כה סוער בין המפכ"ל דאז (רנ"צ שבתאי) לבין השר, כפי שהדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, בתצהירים ובתגובות שלפנינו, ובכל מהלך הדברים (ראו לדוגמה בסעיף 42 לפסק דינו של חברי,

ממלא מקום הנשיא (בדימ''). לא רק שהתיקון לא שיכך את המתחים האינהרנטיים, הוא אך העצים אותם. בשורה התחתונה, התיקון נכשל במבחן התוצאה.

לעניין הצורך במשילות להגברת הביטחון האישי ולפתרון בעיית האלימות במגזר הערבי, הרי שהתוצאות בשטח מדברות בעד עצמן. בשנת 2022, לראשונה מזה שנים רבות, חלה ירידה במספר מעשי הרצח במגזר הערבי. באותה עת, הייתה תוכנית סדורה למאבק רב-זרועי ובין-משרדי בפשיעה במגזר הערבי. בשנת 2023, לאחר ש"המדיניות" על פי התיקון נכנסה לתוקף, נרצחו בחברה הערבית יותר מפי שניים מאשר בשנת 2022 והמצב בשנת 2024 אף הוא חמור ביותר. במבחן התוצאה, לפנינו תוצאה קטלנית של התיקון לפקודה.

לעניין הביטחון האישי, דומה כי נתוני הפשיעה הכללית, כמו פריצות וגניבות רכב, מצביעים על עלייה, ואף על עלייה דרמטית, בכל ענפי הפשע, כפי שעולה מנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (ראו: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "עשור לסקר ביטחון אישי – ממצאים רב-שנתיים (2023-2014) https://www.cbs.gov.il/he/mediarelease/DocLib/2024/275/18_24_275b.pdf). עוד בהקשר זה, ומכיוון שהשר בן גביר היה זה שהסתמך בתגובתו על סקר המכון הישראלי לדמוקרטיה, אפנה לסקר העדכני שהתפרסם על ידי המכון ביום 19.11.2024, שגם ממנו עולה עומק המשבר בביטחון האישי בישראל בעקבות העלייה בפשיעה ובמקרי רצח, בפרט בשנתיים האחרונות. עוד עולה מהסקר כי לא נמדדה עלייה באמון הכולל של הציבור במשטרה, ואף להיפך – כי הפוליטיזציה של המשטרה הובילה לירידה באמונם של ציבורים שאינם מזוהים עם הקואליציה (ראו: המכון הישראלי לדמוקרטיה "סקר עמדות הציבור בשאלות משטרה וביטחון פנים" (19.11.2024) <https://www.idi.org.il/articles/57165>).

38. התוצאות בשטח מוכיחות שהאופן שבו תוקנה הפקודה לא רק שלא הגשים את מטרות התיקון המוצהרות, אלא אף גרע מן המצב שהיה קיים עוד קודם לכן. אחזור ואדגיש כי לדידי, הבעיה בתיקון לפקודה אינה נובעת מהשר הספציפי, אלא היא תוצאה בלתי נמנעת של אותה "מדיניות" חסרת איזונים שהוכנסה לפקודה, "מדיניות" שעלולה בכוח או בפועל להעביר כל שר על מידותיו ולפגוע במקצועיות המשטרה.

דומה כי ניתן היה (ובמהלך הדיונים בתיקון אף הועלו הצעות כאלו) לקבוע הסדר חקיקתי שיאזן כראוי בין סמכות השר להתוות מדיניות כללית ובין מנגנוני בקרה

ופיקוח ראויים לצד שמירה על סמכויות הדרג המקצועי (למשל, בהתבסס על המלצותיה המלאות של ועדת צדוק).

39. לא אמרנו דברים שאמרנו, אלא כדי להראות, כי התיקון לפקודה עומד על סף, ושלא חוצה את הסף, של אי חוקתיות. עם זאת, כאמור, מצאתי כי ניתן להסתפק בתרופה מתונה יותר כפי שהוצע על ידי חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ').

סיכום

40. החברה העניקה למשטרה את הסמכות לשמור על שלטון החוק ועל הסדר הציבורי ובטחון הציבור בנפש וברכוש. לכוחה של המשטרה השלכות על זכויות הליבה החוקתיות של כל תושב במדינה, ומכאן שיש לראות בפקודה כדבר חקיקה משטרי-תשתיתי.

הכל מכירים את הביטוי If it ain't broke, don't fix it (אם זה לא שבור, אל תתקן). המצב ששרר עובר לתיקון לא היה מצב אידילי, אך ניתן לומר כי נשמר האיזון העדין בין הדרג הפוליטי לבין הדרג המקצועי במשטרה. כפי שציין חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') (פסקה 202 לפסק דינו), "עמידה על מכלול הוראות התיקון עשויה ללמד כי הוא יוצר העדפה מובנית של עקרונות הנוגעים לסמכויות השר, על פני העקרונות שנוגעים לעצמאות המשטרה, באופן שהסיט את נקודת האיזון שהייתה קיימת עובר לתיקון, תוך פגיעה בדמותה ובמסגרת פעולתה המקובלת של המשטרה". אין לי אלא להסכים עם הדברים. שתילת רכיב "המדיניות" על נגזרותיו והטיותיו מזעזעת את שיווי המשקל העדין והמורכב ששרר לאורך השנים בין השר, שהוא דמות פוליטית בהגדרתו, לבין עצמאות המשטרה. חקיקת בזק הביאה לתיקון הפקודה תוך שימוש בניסוחים גורפים ועמומים, תוך העמדה במוקד של "מדיניות" שאין לה גבולות מלכתחילה ואין לה שיעור, לא למעלה ולא למטה ולא לצדדים. "התוויית המדיניות" של השר תפסה את כל הזירה, דחקה בכוח ובפועל את הממלכתיות, הניטרליות והמקצועיות של המשטרה, ושינתה את נקודת האיזון בסוגיה הרגישה והמורכבת של יחסי דרג מדיני-משטרה באופן שיש בו כדי להעמיק את הפגיעה בזכויות אדם ואזרח ובחירויות יסוד במשטר דמוקרטי.

הבלבול שהתיקון זורע בקרב הציבור ובקרב המשטרה על כל דרגיה לגבי קו הגבול בין מדיניות השר לבין עצמאות ואי תלות המשטרה; ההשמטה המכוונת של הממלכתיות, המקצועיות והשוויוניות כרכיב מאזן; ההימנעות המכוונת מלהרחיב ולעגן את סמכויותיו של המפק"ל; האימוץ הסלקטיבי והחד-צדדי של המלצות ועדת צדוק –

כל אלה מעידים על פגיעתו הרב-ממדית של התיקון בזכויות ובחירויות הבסיסיות ביותר של כל אזרח במדינה.

41. על רקע כל אלה, קרוב הייתי כפסע מלהורות על פסלות התיקון. ברם, בשורה התחתונה סברתי כי הדרך המתונה יותר שנקט חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ'), יכולה להביא לאותה תוצאה. כפי שציננה היועצת בתצהיר התשובה מטעמה (בסעיף 13), "אין בכוחה של הפרשנות המקיימת להסיר לחלוטין את הפגמים החוקתיים הגלומים בהסדר", אך עם זאת, גם לשיטתה, הפרשנות המקיימת מאפשרת, גם אם בדוחק רב, להרחיק את ההסדר מהרף הלא-חוקתי.

42. אסיים בהערתה של היועצת ולפיה:

"העמדה הפרשנית של היועצת המשפטית לממשלה ביחס לתיקון גובשה בהינתן המצב המשפטי הקיים בכללותו, על הערובות הנוספות המעוגנות במשטרנו להבטחת ההגנה על זכויות היסוד ושלטון החוק, ובתוך כך, קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על פעולות המינהל וחובתה של הרשות המינהלית לפעול בסבירות, בהתאם לכללי המשפט המינהלי ובכלל זה בהתאם לפרשנותה המחייבת את הדין של היועצת המשפטית לממשלה והיועצים המשפטיים הפועלים בכפיפות מקצועית אליה במשרד לביטחון הפנים ובמשטרת ישראל, עבור גורמי הרשות המבצעת, כל עוד לא קבע בית משפט מוסמך אחרת. שינוי בתמונה המשפטית הכוללת עלול להשליך על המסקנה האמורה בקשר לפרשנות המקיימת של התיקון, ולהצריך בחינה מחודשת" (פסקה 5 סיפא לתגובתה המקדמית של היועצת; הדגשות הוספו – י"ע)

על פני הדברים, דומה כי המצב המשפטי והתמונה הכוללת אכן החלו להשתנות מאז הוגשו התגובות המקדמיות ונשמעו טיעוני הצדדים בהתנגדות לצו על-תנאי – נעשה ניסיון להקדים סיום כהונתו של המפכ"ל לשעבר; נעשה ניסיון להעביר את היועץ המשפטי של המשטרה מתפקידו; ובעת כתיבת שורות אלה מתקיים שיח על העברת היועצת המשפטית לממשלה מתפקידה, ועוד. משלא נשמעו טענות בנושא לא אביע עמדה, אך בדברי היועצת יש כדי לתמוך ולהדגיש את החשיבות שבבחינת סוגיות כגון דא מפרספקטיבה כוללת ומקיפה, תוך לקיחה בחשבון של האיזון המוסדי-משפטי בכללותו, להבדיל מהתמקדות בסעיפי חוק קונקרטיים כאלה ואחרים. מכאן שנקודת המוצא לבחינת תיקוני חקיקה בספרה המוסדית-משטרית עשויה להשתנות אם תיקונים כאלה ילכו ויצטברו בעתיד. לא אקבע מסמרות בדבר, ואותיר את הדברים לעת מצוא.

43. השוטר בשטח הוא משענו של כל אזרח בעת צרה ומצוקה והמשטרה שומרת עלינו 24 שעות ביממה משך כל ימות השנה. עניינו של פסק דין זה אינו במשטרת ישראל ובשוטריה, אלא בתיקון לפקודה. הביקורת על התיקון לפקודה אינה ביקורת חלילה על שוטרי משטרת ישראל, שעושים במסירות לילות כימים בשמירה על בטחון הציבור, תוך סיכון עצמי. גבורתם ונחישותם של שוטרי ישראל באה לידי ביטוי בשבעה באוקטובר, כאשר פעלו באומץ לב תחת אש להצלת חיי אזרחים ומנעו בגופם את חדירתם של מחבלי החמאס אל עומק הארץ. במהלך הקרבות נפלו 58 שוטרים ולוחמי מג"ב שהקריבו את חייהם בהגנה על תושבי המדינה. יהי זכרם ברוך.

סוף דבר

44. התיקון לפקודה מעורר שורה של קשיים שמביאים אותו אל סף פסילה. בשורה התחתונה, אצרף את קולי לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ').



יצחק עמית
ממלא מקום הנשיא

השופט יוסף אלרון:

1. לפנינו חמש עתירות שבמהותן התבקש סעד של ביטול תיקון מס' 37 לפקודת המשטרה (החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022; להלן: תיקון החוק ו-הפקודה, בהתאמה) או לכל הפחות ביטול חלקו.

ראשונה – עתירת התנועה למען איכות השלטון בישראל (בג"ץ 8987/22); שנייה, עתירת חברי הכנסת לוי וסגלוביץ' (בג"ץ 99/23); שלישית, עתירת סיעת העבודה (בג"ץ 179/23); רביעית, עתירת האגודה לזכויות האזרח, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל והתנועה לטוהר המידות (בג"ץ 532/23); ואחרונה – עתירת ועדת המעקב העליונה לענייני האזרחים הערבים בישראל ועדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (בג"ץ 2985/23).

2. בקצה האחד – עמדת העותרים הטוענים להשלכות הרות אסון כתוצאה מהתיקון לחוק; בקצה השני – עמדת השר לביטחון לאומי, חה"כ איתמר בן גביר, שלפיה יש לדחות את העתירות בהיותן עתירות פוליטיות החסרות בסיס עובדתי ומשפטי. בתווך – ניצבות עמדתה העדכנית של היועצת המשפטית לממשלה, לפיה אין מנוס מבטלות חלק מהתיקון לחוק לצד מתן פרשנות מקיימת לחלקו האחר; ועמדת הכנסת, הסבורה כי התיקון אינו משנה דבר באשר לסמכויות השר לביטחון לאומי ביחס למשטרה, וכי הוא מעגן איזון ראוי בין סמכויות השר לעקרון עצמאות המשטרה, ומשכך יש לדחות את העתירות.

הערה מקדימה

3. הנחת יסוד שלאורה יש לבחון את כלל העתירות שלפנינו, היא כי חוקתיות חוק מסוים אינה נבחנת למול זהותו ודמותו של שר ספציפי, אשר תיקון החקיקה נועד להקנות לו סמכויות. נדמה כי לעניין זה הייתה הסכמה כמעט גורפת של הצדדים לעתירות (ראו למשל: פרו' דיון מיום 18.6.2024, עמ' 37, ש' 40; שם, בעמ' 38, ש' 17-18; שם, בעמ' 54, ש' 39-40).

גם בענייננו, יש להניח אפוא שאם נוסחו של חוק הוא חוקתי – הרי שהוא חוקתי ביחס לכל שר שיכהן בתפקיד; ואם הוא אינו חוקתי – הרי שהוא אינו חוקתי לא בשל זהות השר המדובר בעת חקיקת התיקון לחוק או בשל הפרשנות שאותו שר ספציפי מבקש להקנות לתיקון, אלא עבור כל שר – תהא השתייכותו הפוליטית או המפלגתית אשר תהא. לפיכך, לא דרך התנהלותו ודעותיו של השר בן גביר אגב אירוע מסוים כלשהו היא שניצבת לבחינתנו.

בהמשך ישיר לכך – פעולה של שר החורגת מגבולות סמכותו, אין משמעותה בטלות החוק הקובע את סמכותו; וממילא, המשפט החוקתי אינו בגדר סנקציה או אמצעי ענישה, שיש לעשות בו שימוש כלפי שר אשר נטען כי מפר את הדין.

משכך, הטענות כלפי התנהלות השר בן גביר, בין אם הן נכונות ובין אם לאו, אינן רלוונטיות במישור החוקתי. פעולותיו והחלטותיו של השר כפופות לביקורת במישור המשפט המנהלי וייתכן שאף במישורים אחרים, אולם אין בהן כדי להשליך על חוקתיות התיקון לחוק. אם הפרשנות הנכונה לתיקון, היא כזו שלפיה חלק מפעולותיו

של השר בן גביר חורגות מן הסמכות שהתיקון מקנה לו, הרי שגם אם הוא סבור כי יש בידו הסמכות לפעול או להחליט בדרך כזו או אחרת – אין בכך כדי להרחיב את גבולות סמכותו.

4. על רקע זה, אמנע מלדון או להכריע בטענות שבחלקן אינן משפטיות ובחלקן אינן רלוונטיות. יש להכריע בעתירות שלפנינו על בסיס כללי המשפט החוקתי הידועים והמוכרים וכך אעשה.

מה, אם בכלל, שינה התיקון לחוק?

5. בליבת התיקון לחוק הוספת ארבע הוראות עיקריות שבהן אתמקד בחוות דעתי: ראשית, נקבעו בו במפורש הוראות לעניין כפיפות משטרת ישראל (סעיף 8 לפקודה); שנית, עוגנה בו סמכות השר להתוות את מדיניות המשטרה והעקרונות הכלליים לפעילותה (סעיף 8 לפקודה); שלישית, נקבעה סמכות השר להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות (סעיף 8 לפקודה); רביעית, נקבעה חובה לפרסם את המדיניות שאותה התווה השר באתר האינטרנט של "המשרד לביטחון הפנים" כמו גם לדווח על אודותיה לוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת על המדיניות שהתווה השר (סעיף 8(ב) לפקודה).

6. מחלוקת מרכזית בעתירות שלפנינו מתייחסת למשמעותם של תיקונים אלו – אם, ועד כמה, יש בהם כדי לשנות את המצב הקיים. סוגיה זו היא אכן הסוגיה המרכזית לטעמי שלפיה יש לגזור את ההכרעה בעתירות. היה וייקבע כי סעיף או סעיפים מסוימים מתוך התיקון לחוק אינם משנים את המצב המשפטי שקדם להם, אלא רק מעגנים בחקיקה את המצב הנתון עד התיקון, מצב נתון אשר לא נקבע עד כה כי הוא אינו חוקתי – אזי ממילא שאין זה מוצדק להורות על ביטולם.

הטעם לכך מבוסס, בין היתר, על תהליך הבחינה החוקתית שנקבע בהלכה הפסוקה של בית משפט זה. בהתאם לתהליך זה הבחינה החוקתית נעשית במספר שלבים: בשלב ראשון, יש לבחון האם דבר החקיקה פוגע בזכות אדם מוגנת. אם התשובה לכך שלילית – תסתיים הבחינה החוקתית. ככל שהתשובה חיובית, בשלב שני, יש לבחון אם הפגיעה היא כדין, בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. אם הפגיעה אינה כדין, אזי בשלב שלישי תיבחן תוצאת אי-החוקתיות במסגרת שלב הסעד (בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת,

פסקה 22 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (11.8.2015) (להלן: עניין דסטח); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 20 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (11.5.2006). באשר ליחסי הגומלין שבין השלב הראשון לשני, נקבע:

"לכל אחד משלבי הבדיקה החוקתית מטרה חשובה
בניתוח החוקתי הכולל. השלב הראשון בבחינה החוקתית
(שלב הפגיעה) נועד לקבוע את ההיקף המושגי של
הזכות החוקתית. בשלב זה נקבעים גבולות הזכות
החוקתית, וזאת, באמצעות פרשנותה של הזכות
הרלוונטית ואיזונה אל מול זכויות אחרות. השלב השני
בבחינה החוקתית ('פסקת ההגבלה') נועד לקבוע את
מידת ההגנה על הזכות, ואת 'גבולות הגזרה' של המחוקק
והמגבלות המוטלות עליו בבואו לפגוע בזכויות חוקתיות
[...]" (בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד סו(2)
666, 640 (2013)).

משכך, ובהינתן שאחד מתנאי פסקת ההגבלה קובע כי אין פוגעים בזכויות חוקתיות אלא בחוק ההולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (עניין דסטח, בפסקה 23); קשה עד מאוד להלום כי עיגון מצב משפטי קיים באמצעות קביעת סמכות השר בחקיקה מפורשת, מעצימה את עוצמת הפגיעה בזכויות המוגנות, באופן שמהווה פגיעה כה קשה ובלתי מידתית המצדיקה את בטלות התיקון לחוק.

אדרבה, במישור הסעד, אם התיקון לחוק לא שינה באופן משמעותי (או בכלל) מן המצב המשפטי שקדם לו, הרי שבטלותו רק תשיב את מצב הדברים למצב הקודם – קרי, אותו מצב ממש, רק בהעדר חוק המעגן זאת. משכך, ההשוואה בין הוראות התיקון לבין המצב המשפטי אשר קדם לו מתבקשת ומשמעותית לצורך ההכרעה בעתירות.

על רקע דברים אלו, אתייחס כעת לכל אחד מסעיפי תיקון החוק הרלוונטיים.

סעיף 38 לפקודה – "כפיפות משטרת ישראל"

- 8ב. (א) משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה.
(ב) השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה.

7. בעמדת היועצת המשפטית לממשלה נכתב כי "[...] אין חולק שהמשטרה נתונה למרות הממשלה, וכי השר לביטחון לאומי הוא השר הממונה על המשטרה מטעמה של הממשלה. זה המצב שהיה קיים אף טרם התיקון לפקודה" (סעיף 180 לכתב התשובה מטעם משיבי המדינה; ראו גם עמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), מיום 7.7.2021 (מש/3)). לא נדרשת אפוא יצירתיות משפטית כלשהי בכדי להגיע למסקנה המתבקשת כי אין בסעיף זה אלא עיגון מפורש בחקיקה של המצב המשפטי שקדם לו (חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן אף הוא מתאר כי סעיף זה "[...] אינו מחולל שינוי במארג היחסים המוסדי בין הממשלה למשטרה ואינו גורע מעצמאותה המקצועית של המשטרה בהפעילה את סמכויות האכיפה" (פסקה 136 לחוות דעתו)).

החששות שהועלו על ידי חלק מהעותרים ולפיהן מהמילה "מרות" השר ישאב עתה סמכות להתערב בפעולותיה האופרטיביות של המשטרה או כי תיפגם באופן כלשהו חובתה לפעול באופן מקצועי, ענייני, שוויוני וא-פוליטי – אינם מבוססים. ודאי שאין להם עיגון בלשון החוק או בתכליתו. אין בסעיף זה דבר היכול ללמד כי חקיקתו הקנתה לשר סמכויות נרחבות שכאלו. ממילא, לא הוצג לפנינו טיעון ממשי כי קיימת פרשנות חלופית הסוטה מהפסיקה הקיימת.

סעיף 28(א) לפקודה – "התווית מדיניות ועקרונות"

28. (א) השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה.

8. עמדתי היא כי סעיף זה, אף הוא, לא שינה באופן מהותי, אם בכלל, את המצב המשפטי שקדם לתיקון. בעוד שנטען לפנינו כי "התיקון [...] הוא שאפשר לגורם פוליטי לקבוע 'מדיניות', מבלי להגדיר מה כוללת תיבה זו, ומבלי לאזן סמכות זו" (פסקה 33 לעיקרי טיעון מטעם העותרת בבג"ץ 8987/22). אני חולק על טענה זו מבחינה עובדתית

ומבחינה משפטית. לא ארחיב היכן שניתן לקצר, ולעניין זה די בכך שאצטט מתוך הדברים שנכתבו על-ידי ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון:

“התפיסה העקבית לאורך השנים, לפי המצב החוקי שקדם לאותו תיקון [התיקון לחוק מושא העתירות – י' א'], היא שבנושאים שאינם קשורים לחקירות, השר לביטחון הפנים רשאי להתערב בהחלטות אסטרטגיות של המשטרה, לתת לה הנחיות כלליות, להתוות את מדיניותה ולפקח עליה בעניינים בעלי חשיבות עקרונית. אולם אין הוא רשאי להתערב בפרטים הנוגעים לביצוע האופרטיבי” (ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון דו”ח הוועדה 180 (2024); להלן: דו”ח ועדת מירון)).

תיאור זה של המצב המשפטי מבהיר, מצד אחד, כי גם לעניין קביעת מדיניות, ככלל, התיקון החקיקתי דהיום אינו אלא עיגון המצב הקיים. מן הצד האחר, הוא מפנה את הזרקור לשינוי המסוים אשר אין חולק כי התיקון לחוק מחולל – הסמכת השר לקביעת מדיניות לעניין חקירות (סמכות זו עוגנה בסעיף 8 לפקודה, אליו אתייחס בהמשך).

9. העמדה שצוטטה לעיל מתוך דו”ח ועדת מירון הייתה העמדה המקובלת עד כה על אף ההכרה הברורה כי קיים קושי, בלתי נמנע מבחינה רבה, בסיווג החלטה מסוימת – האם היא החלטה אסטרטגית כללית או החלטת מדיניות או שמא מדובר בהתערבות בלתי קבילה בפרטי ביצוע אופרטיבי (ראו: דו”ח ועדת מירון, בעמ’ 180; וכן ועדת חקירה ממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 דו”ח הוועדה, עמוד 620 (2003)).

משכך, ניכר כי אותו מצב מורכב, עמום ושאינו מיטבי, שלפיו קו הגבול בין מדיניות להנחיות אופרטיביות אינו חד וברור, היה קיים לפני התיקון לחוק כשם שהוא קיים גם כעת. גם מבחינה זו התיקון לא הסיט את נקודת האיזון לכיוון כלשהו. מלבד זאת, ביטול התיקון לחוק – כפי שהתבקש בעתירות, ודאי שלא יקדם בהירות בעניין. נהפוך הוא.

אכן, ניתן להעלות טענה כי אם כבר מבוצע תיקון חקיקה בסוגיות אלו, מן הראוי לנסות לצקת תוכן להבחנה זו ולהבהירה במידת האפשר באמצעות קביעת קווים מנחים כלשהם. אלא מכך שניתן היה לחוקק חוק מקיף יותר, “טוב” יותר או ברור יותר, לא

נובעת המסקנה כי החוק שחוקק אינו חוקתי. בין דבר חקיקה רצוי או מיטבי לדבר חקיקה בלתי חוקתי קיים מרחק רב.

10. זאת ועוד, בעמדת המשנה ליועמ"ש משנת 2021 אשר הוצגה לפנינו נכללו מספר הנחיות ביחס לסמכות השר ואופן מימושה: (א) השר מוסמך, ולמעשה מחויב, לקבוע מדיניות וליישם אותה (מש/3, סעיף 1); (ב) השר הממונה אינו מוסמך לתת הוראות מחייבות לרשויות מינהליות שהחוק הקנה להן באופן ישיר סמכות מסוימת (שם); (ג) לשר אין סמכות "לנהל בעצמו את המשטרה" (שם, בסעיף 2); השר אינו "מפכ"ל-על" (שם); (ד) עיקר תפקידו של השר ביחס למשטרה הוא מעורבותו בקבלת החלטות אסטרטגיות, מתן הנחיות כלליות והתוויות מדיניות בעניינים בעלי חשיבות עקרונית (שם, בסעיף 5); (ה) לשר אסור לתת הנחיות מבצעיות ביחס לפעולתה השוטפת של המשטרה באירוע כזה או אחר (שם, בסעיף 6); (ו) שוטרי משטרת ישראל נדרשים ומונחים לפעול בהתאם לחוק (שם); (ז) בעניינים בעלי רגישות ציבורית או פרטנית מיוחדת, כגון אירועים הנוגעים לחופש הביטוי, יש להקפיד ביתר שאת על הבטחת יכולת המשטרה לפעול באופן מקצועי, עצמאי וחף מהשפעות פוליטיות (שם, בסעיף 7).

מכל הוראות אלו לא התנער השר או בא-כוחו לפנינו. להפך, נטען כי חקיקת התיקון לחוק [...] אינה מבטלת את החידודים וההדגשים עליהם עמדה המשנה ליועמ"ש לממשלה (משפט פלילי), בחוות הדעת שנתנה בנוגע לאופן המדויק בו על השר להפעיל את סמכויותיו" (סעיף 66 להתייחסות השר לכתב התשובה מטעם משיבים 4-7).

11. ככל שנתר עוד ספק, בא-כוחו של השר הוסיף והבהיר באופן ספציפי כי גם לגישתו אין לשר סמכות של "מפכ"ל על" (פרו' דיון מיום 18.6.2024, עמ' 24, ש' 31). כך סבורים יתר הצדדים וכך כבר נפסק גם לפני חקיקת התיקון לחוק וגם אחרי חקיקתו (ראו: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, מר אריאל שרון, פ"ד נז(6) 817, 944 (2003); בג"ץ 8910/22 פטרושקה נ' ח"כ בנימין נתניהו, פסקה 31 (21.2.2024) (להלן: עניין פטרושקה)).

הטענה כי התיקון לחוק הוא שהפך את השר ל"מפכ"ל-על" או התיר לו לנהוג באופן שכזה, אינה מבוססת אף היא מבחינה משפטית. בוודאי שאין בה כדי להצדיק את ביטול התיקון או חלקו. משכך, ביחס לקביעת מדיניות, באופן כללי, סעיף 8 אינו משנה את המצב המשפטי שקדם לו.

כאן גם המקום לומר בקול רם, ברור וצלול, ולמען הסרת כל ספק, כי קידום אנשי משטרה בתוך הארגון לפי מבחן "נאמנות" הוא פסול ואין לקבלו. כך היה עד התיקון לחוק, וכך גם לפי המצב המשפטי הנוכחי.

12. אפנה לדון בטענה ספציפית יותר, ולפיה נדרשנו בהליך שלפנינו ליצור שני "איים" של חסינות מפני מעורבות או התערבות השר – סוגיית החקירות וסוגיית ההפגנות. סוגיית קביעת המדיניות ביחס לתחום החקירות מעוגנת בסעיף נפרד בתיקון אליו אתייחס כאמור בהמשך. עם זאת, ראוי לציין כבר בשלב זה כי היא מהווה מקרה קונקרטי ומורכב יחסית של קביעת מדיניות – על כל המשתמע מכך.

לעניין קביעת מדיניות בהתייחס להפגנות – לטעמי, טענות העותרים מבקשות לסטות מן המצב שהיה קיים, ולא לשמרו.

13. על מרכזיות וחיבות זכות ההפגנה במדינה דמוקרטית אין חולק – "זכויות אלו הן מאבני היסוד של כל חברה דמוקרטית, ועל כן לא כל פגיעה בסדר הציבורי או בביטחון תצדיק את הגבלתן [...] "(עצ"מ 1775/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פסקה 1 לחוות דעתי (24.9.2020)). אדגיש, על אף חשיבותה ומעמדה, זכות ההפגנה אינה היום כשם שלא הייתה בעבר זכות מוחלטת. לעולם יש לאזנה אל מול זכויות יסוד אחרות:

"לכל אדם בישראל נתונה הזכות החוקתית להפגין ולקיים אסיפה. לא ניתן למנוע הפגנה או אסיפה בשל כך שדעות המפגינים אינן נראות למפקד המשטרה. זכות זו נתונה לאדם בישראל בשעות רגיעה ובימי סערה. עם זאת, זכות ההפגנה והאסיפה אינה זכות מוחלטת" (בג"ץ 1928/96 מועצת יש"ע נ' ניצב אריה עמית - מפקד מחוז ירושלים של משטרת ישראל, פ"ד נ(1) 541, 543-544 (1996)).

לנוכח חשיבות זכות ההפגנה ועל רקע האיזון המורכב שיש לערוך בינה לבין זכויות אחרות, בית משפט זה התווה לאורך השנים את הדרך לביצוע איזון זה במספר רב של פסקי-דין (ראו, למשל: בג"ץ 5318/21 עיריית רעננה נ' משטרת ישראל (18.5.2022); בג"ץ 2979/05 מועצת יש"ע נ' השר לבטחון פנים (27.3.2005)). במסגרת זו עמד בית המשפט פעמים רבות על המורכבות שבמציאת נקודת האיזון הראויה בנסיבות שונות:

"נקודת המפנה שבה הפגנה לגיטימית הופכת להפרת סדר קשה היא לא תמיד קלה לזיהוי, ותפקידה של המשטרה להיות עם יד על הדופק, לאזן בין הזכויות והאינטרסים השונים שעל הפרק, ולפעול רק כאשר ההפגנה הופכת למסוכנת עד כדי שנדרשת התערבותה – והדבר נתון לשיקול דעתה של המשטרה, בהתאם לסמכויות שמוקנות לה על פי דין ומוסדרות בנהלים" (בג"ץ 5882/18 קרויס נ' משטרת ישראל, פסקה 5 (19.8.2020); ראו גם, מני רבים: בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ - ישראל הדמוקרטית - רצ, מפ"ם, שינוי נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פ"ד נ(2) 822, 832 (1996)).

כך נקבע עד כה, ומה מעתה? העובדה כי לשר הוקנתה בתיקון במפורש הסמכות לקבוע מדיניות כללית כאמור, אינה גורעת מתוקפן של הלכות בית משפט זה. היא אינה מכרסמת באיזון שנקבע בפסיקה; היא אינה פוטרת את משטרת ישראל מחובות הדין גם בהקשר זה; והיא אינה מאפשרת לשר לקבוע מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם הוראות הפסיקה. אין כל ספק כי מדיניות השר צריכה לעמוד בכל מגבלות הדין ובכלל זה הוראות הפסיקה הספציפיות – כפי שהיה עד כה. מסקנה משפטית זו היא נגזרת פשוטה של העובדה כי פעולות השר לביטחון לאומי או משטרת ישראל כפופות לכללי המשפט המנהלי. אין בתיקון דבר אשר משנה זאת.

14. על רקע האמור לעיל, אפנה לבחון מה הייתה סמכות השר לביטחון לאומי בהקשר הנדון עד חקיקת התיקון לחוק. האם הפסיקה הכירה עד עתה ב"אי" חסינות כאמור, המבטיח כי השר לא יעצב מדיניות כלשהי בעניין ההפגנות ו"ימשוך את ידו" מכל עיסוק בתחום; או שמא מבוקש מאתנו בעיתוי זה אגב הדיון בהוראות התיקון לחוק וחששות העותרים מפני יישומו, ליצור חסינות זו יש מאין.

באופן ספציפי ביחס לחסימת צירים כצעד מחאה, הוצגה לפנינו עמדת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה משנת 2019 "[...] ככלל, מקובלת עלינו העמדה לפיה השר רשאי לתת הנחיות כלליות ולהתוות מדיניות עבור המשטרה בעניינים בעלי חשיבות עקרונית, לרבות בעניין חסימת צירים כצעד מחאה" (מש/2, בסעיף 3); עמדה זו נמסרה בזמנו כמענה לפניית היועץ המשפטי למשרד לביטחון הפנים, אגב היערכות המשטרה להתמודדות עם מחאת יוצאי אתיופיה ומחאות צפויות נוספות.

לצד זאת הובהר בעמדת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, בין היתר, כי השר "[...] אינו רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות האמורה, השמור לדרג

המקצועי של המשטרה [...]” (שם, בסעיף 4) – עניין שעליו אין חולק גם כעת. בנוסף, הוצגו בעמדה זו דגשים נוספים לאיזון הנדרש ולמגבלות סמכות השר, וכאמור, בענייננו בהתייחסות מטעם השר הובהר כי חקיקת התיקון לחוק אינה מבטלת את החידודים וההדגשים הללו. ניתן להיווכח בדמיון הרב שבין הוראות אלו לבין המצב המשפטי הנוכחי, אף בעקבות התיקון לחוק.

15. מעבר לכך, יש לדייק: הסוגיה המונחת לפתחנו אינה אם נכון לקבוע כי לשר יש סמכות או אין סמכות לקבוע מדיניות כלשהי לעניין הפגנות. הסוגיה היא פשוטה מכך בהרבה. עלינו לקבוע אם העובדה לפיה לא נקבע בתיקון כי לשר אסור לקבוע מדיניות לעניין הפגנות, בשונה מהמצב המשפטי כפי שהיה עד התיקון לחוק, משמעותה אי-חוקתיות סעיף זה והכרזה על בטלותו.

התשובה לכך, לטעמי, ברורה. כפי שעד התיקון לחוק מותר היה לשר לקבוע מדיניות לעניין אופן פעולת המשטרה בהפגנות – בהינתן עמידה בהוראות הדין והפסיקה, ובשים לב למגבלות סמכות זו; כך התיקון מאפשר לו זאת גם היום. למעשה, היום מוטלת על השר דרישה נוספת, כי המדיניות תפורסם (סעיף 8ג(ב) לפקודה). משגם בהיבט זה אין מדובר בשינוי “לרעה” מבחינת היקף הפגיעה בזכויות-יסוד ואופן הפגיעה בהם (על פי חוק מפורש), קל וחומר שלא קמה עילה לביטול סעיף זה בפקודה.

16. אחר כל זאת, מן הראוי להזכיר את ההיבטים החיוביים, הרבים ביותר, שיש בכך שלשר לביטחון לאומי ניתנת האפשרות לקבוע את מדיניות משטרת ישראל. לא בכדי הוצגה זה מכבר כאמור העמדה שלפיה לא רק שהשר יכול לקבוע מדיניות אלא שהוא חייב לעשות כן (מש/3, סעיף 1). מצב שבו לשר ניתנת סמכות לקבוע מדיניות בכפוף לכל דרישות המשפט המנהלי – כזו הנסמכת על תשתית עובדתית איתנה, הלוקחת בחשבון את כלל השיקולים הרלוונטיים ומאזנת כראוי ביניהם ואשר מביאה לידי ביטוי את רצון הבוחר – הוא מצב רצוי, ולא מצב פסול.

סעיף 18 לפקודה – “התוויית מדיניות בחקירות”

ד8. (א) השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם

המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות.
 (ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מחובתה של משטרת ישראל לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ואין בהן כדי לגרוע מחובתה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה כאמור בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

17. סעיף זה מקנה לשר, כאמור, דריסת רגל בסוגיה שעד עתה התפיסה המקובלת הייתה כי אין לו סמכות להתערב בה. לטענת התומכים בתיקון, מדובר ביישום נכון של חלק ממסקנות ועדת צדוק (דו"ח הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש (1999) (להלן: דו"ח ועדת צדוק)). לטענת מתנגדיו, מדובר באימוץ סלקטיבי בלבד של דו"ח ועדת צדוק באופן החוטא למכלול מסקנות הוועדה.

18. אפתח ואומר באופן הנחרץ ביותר את דעתי בעניין זה – השר אינו רשאי, לא במפורש, לא במשתמע ולא בכל צורה אחרת להתערב בהחלטות המשטרה ביחס לחקירה קונקרטית. חל עליו איסור מוחלט לעשות כן. חקירה פלילית צריכה וחייבת להתבצע על פי קריטריונים מקצועיים בלבד, על ידי חוקרי משטרת ישראל, ללא כל שיקול זר כזה או אחר. על אותה הדרך, אין לשר כל סמכות למנוע חקירה פלילית במקרה ספציפי (כעולה גם מסעיף 48(ב) לפקודה).

בהתאם, אילו הייתי סבור כי הסעיף האמור מקנה לשר סמכות נרחבת ופוגענית שכזו, החותרת תחת עקרונות בסיסיים של ההליך הפלילי בכללותו, הייתי מצדד בפסילתו.

הדין הפלילי מעניק למדינה את הסמכות לשלול מאדם זכויות שהן מבין הזכויות הבסיסיות ביותר, לעיתים למשך כל ימי חייו. למעשה, לכל שלב ושלב בהליך הפלילי יש משמעויות דרמטיות כלפי החשוד/נאשם – החל משלב המעצר, דרך החלטה על הגשת כתב האישום, ועד להרשעה וגזירת הדין או לחלופין זיכוי בדין. על קבלת ההחלטות בכל אחד משלבים אלו להתנהל באופן חף מכל שיקול בלתי ענייני. חובה בסיסית זו חלה על רשויות החקירה והתביעה כשם שהיא חלה על בית המשפט.

משכך, מצב שבו חקיקה מאפשרת חדירה של שיקולים זרים או פוליטיים לקבלת החלטות מקצועית ביחס לחקירה משטרתית הוא מצב פסול שלא יעלה על הדעת ואין לאפשרו.

19. כעת אתייחס לשאלה, האם סעיף זה בתיקון לחוק מכשיר התערבות פסולה שכזו. תשובתי גם לכך היא שלילית. הסעיף מציין במפורש כי לשר סמכות "להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות" – כלומר, "מדיניות כללית" – בשונה מהנחייה אופרטיבית קונקרטית; "בתחום החקירות" – ובשונה מאשר בחקירה ספציפית.

כל היבט והיבט בניסוח זה ממחיש ומבהיר לבעל הסמכות – קרי, לשר – כי אין ולא הייתה למחוקק כוונה להקנות לו את האפשרות לקבל החלטה ביחס לחקירה מסוימת. הסעיף מוסיף ומחדד כי סמכות זו כוללת את האפשרות ל"קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים". גם סמכות זו, המנויה במפורש, מלמדת היטב על התיבה שקדמה לה, וגם בה נעשה שימוש בניסוח מרחיב – סדרי עדיפויות "עקרוניים". כל זאת, באופן המרחיק עוד יותר את סמכות השר מעיסוק במקרים פרטניים קונקרטיים. כמו כן, בא-כוח השר הביע, גם לפנינו, את עמדתו שלפיה "[...] אני חושב שללא כל ספק לא מדובר כמובן שלא מדובר על התערבות בחקירות קונקרטיות זה גם כתוב בצורה מפורשת בחוק [...]" (פרו' דיון מיום 18.6.2024, בעמ' 25).

20. נוסף לכך, הסעיף מציב בפני השר שתי דרישות נוספות טרם יקבע מדיניות מכוח סעיף 8 לפקודה: "לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות". שתי דרישות אלו, אף הן, מהוות בלמים משמעותיים המגנים מפני התערבות פסולה בחקירות קונקרטיות, כמו גם מפני עיצוב מדיניות חקירות שאינה עולה בקנה אחד עם עמדת גורמי המקצוע ועם הוראות הדין.

למעשה, קיימת גם דרישה נוספת, שלישית, היא הדרישה בסעיף 8(ב) לפקודה, שהוסכם כי חלה גם על התוויית מדיניות בתחום החקירות, כמקרה פרטי של "התוויות מדיניות ועקרונות" (ראו עמדת בא-כוח השר – פרו' דיון מיום 18.6.2024 בעמ' 34). כלומר, השר יידרש לפרסם את המדיניות שגיבש בתחום החקירות, ובאופן זה לחשוף אותה לעיני הציבור. ניתן להניח כי דרישת פרסום זו תקשה עד מאוד על עקיפת דרישות הדין באמצעות הסוואת החלטות אופרטיביות קונקרטיות כחלק מקביעת "מדיניות".

21. הנה כי כן, סעיף 8ד(א) לפקודה אינו מקנה לשר כל סמכות לעניין חקירה קונקרטית – לא לשונו, לא תכליתו ואף לא האופן שבו השר עצמו מבין את היקף סמכותו מכוח הסעיף (בהתאם לעמדה שהוצגה על ידי בא-כוחו). ככל שמבוצעת התערבות פסולה חרף זאת הרי שכפי שהבהרתי לעיל הבעיה אינה טמונה בנוסח התיקון לחוק, כי אם בהפרתו; ואולם הפרת חוק אינה עילה לביטולו.

22. אם כן, גם בהיבט זה הולך ומתבהר כי הסוגיה האמתית הטעונה הכרעה היא האם העובדה כי לשר לביטחון לאומי ניתנה סמכות לקבוע מדיניות כלשהי בתחום החקירות, גם אם סמכות זו מוגבלת – מצדיקה את ביטול סעיף זה בתיקון לחוק. כלומר, האם עוד בטרם נקבעה מדיניות מסוימת אשר צלחה את כל שלבי גיבושה המתוארים לעיל – עלינו לקבוע מבעוד מועד ובאופן גורף ומוחלט כי כל מדיניות שיקבע השר בתחום החקירות, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות, הרי היא פסולה.

במישור זה, עיקר הטענות שהוצגו מבקשים כי נתאר לעצמנו מצב תיאורטי עגום במיוחד שבו השר מחליט, למשל, על מדיניות מוצהרת שבה לא נחקרות עבירות שחיתות שלטונית. אלא שבמצב כזה, כפי שסקרתי, הסעיף מציב בפני השר כאמור מכשולים רבים – יהא עליו לשמוע את היועץ המשפטי לממשלה בנדון ולהתייעץ עם המפקח הכללי. טבעי ומתחייב כי גם הייעוץ המשפטי במשרד לביטחון לאומי כמו גם הייעוץ המשפטי של משטרת ישראל יהיו מעורבים. ניתן להניח ולצפות כי גורמים אלו יתנגדו נחרצות למדיניות גורפת מסוג זה ויביאו לכדי ביטוי את הסתייגותם והתנגדותם, באופן אשר יובא גם לידיעת הציבור. לאחר זאת, יידרש גם לפרסם מדיניות זו (לפי סעיף 8ג(ב) לפקודה) באופן החושף אותה לביקורת ציבורית, שאין להפחית בחשיבותה כלל וכלל.

בנוסף, מבחינה מהותית, החלטתו של השר לביטחון לאומי כפופה לכל כללי המשפט המנהלי – אסור שתתקבל משיקולים זרים (בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 649-650 (1998)); עליה להתקבל על בסיס תשתית עובדתית מתאימה (בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פסקה 31 (1.8.2010)); עליה להיות מידתית וסבירה (בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 908 (2004)); וכן הלאה.

מטבע הדברים, בהעדר נימוקים טובים ומשכנעים במיוחד, הנחיה גורפת של שר שלפיה, לדוגמה, אין לחקור עבירות שחיתות שלטונית, תתקשה, בלשון המעטה, לעמוד במבחן הביקורת השיפוטית. אלא שלשם הגעה לתוצאה מתבקשת זו אין לנו כל צורך לעשות שימוש בכלים מהמשפט החוקתי, שאופן היישום של חלקם ודאי שנוי במחלוקת, ודי לנו בשלל הכלים והחסמים הקיימים כבר עתה במשפט המנהלי אשר נסמכים על קרקע משפטית מוצקה.

23. מוקד מחלוקת נוסף שנדון בהרחבה בדיון לפנינו מתייחס לתרחיש אפשרי של העדר התאמה בין מדיניות האכיפה של המשטרה למדיניות ההעמדה לדין. הוצגה בדיון עמדה שלפיה לו הייתה דרישה להסכמת היועצת המשפטית לממשלה, ולא רק ל"שמיעתה", היה נמנע מצב שבו אזרחים נחקרים או נעצרים בהתאם למדיניות המחמירה של משטרת ישראל ומשחררים לאחר מכן לפי מדיניות ההעמדה לדין.

אולם, גם תרחיש תיאורטי זה אינו מצדיק את הסעדים שהתבקשו. במישור העקרוני כבמישור המעשי, אני מתקשה לראות כיצד סמכות השר לקבוע מדיניות אשר עולה בקנה אחד עם הוראות החוק; עם פרשנות הפסיקה; עם חובותיו מכוח המשפט המנהלי – תעורר קושי חוקתי אך, בשל העובדה כי היא התקבלה שלא ב"הסכמת" היועצת המשפטית לממשלה, אלא רק לאחר שמיעתה.

באופן כללי, אף קיים קושי בהנחה שלפיה בכל מקרה של סתירה בין מדיניות החקירה למדיניות ההעמדה לדין, הבעיה תהא נעוצה תמיד דווקא במדיניות החקירה של משטרת ישראל. קביעת מדיניות חקירה מחייבת התייחסות למגוון רחב של שיקולים, לרבות מגבלות מסוגים שונים (כגון מגבלות כוח אדם או מגבלות תקציביות). חלק משמעותי מבין שיקולים אלו אינם שיקולים משפטיים מובהקים; חלקם משיקים לסוגיות משפטיות באופן מוגבל בלבד. בהינתן זאת, יצירת תלות מוחלטת בין שני הגורמים בקביעת מדיניות משטרת ישראל, בראייה לטווח ארוך, אינה מובנית מאליה.

סעיף 8ג(ב) לפקודה – פרטום המדיניות

8ג(ב) השר ידווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת, אחת לכנס, על המדיניות שהתווה; השר יפרסם את המדיניות שהתווה באתר האינטרנט של המשרד לביטחון הפנים.

24. סעיף זה מגלם שדרוג משמעותי, בין היתר, בדמות קביעת דרישה פרוצדוראלית-מהותית החושפת לעיני כל את המדיניות שמבקש השר לקדם (על חשיבותו של פרסום אפקטיבי, בהקשר שונה, הרחבתי בבג"ץ 377/21 פלונית נ' נציב תלונות הציבור על מייצגי המדינה, פסקה 10 לחוות דעתי (26.7.2022)). חובה זו משרתת מספר תכליות חשובות. בפרט, בכך נמנעת האפשרות כי המשטרה תפעל על פי "מדיניות" בלתי רשמית כלשהי (ולעניין זה מקובלת עליי מסקנתו של חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן, שלפיה, ככלל, חובת הפרסום באתר האינטרנט היא תנאי לתוקף הפעלת הסמכות להתוויית המדיניות (פסקה 146 לחוות דעתי)).

דרישה זו מציבה מכשול משמעותי בפני בעל הסמכות מפני גיבוש מדיניות באופן נמהר או בלתי מבוסס ויש להוסיף לה את דרישת הפרסום הרחבה יותר שבסעיף 9 לפקודה (אשר בעניינה כלל לא ניתן צו על תנאי).

על מה שיש בחוק ומה שנעדר ממנו

25. כטענה עקבית של חלק מהעותרים אשר מוצאת ביטוי משמעותי בעמדת חברי, ממלא מקום הנשיא (בדימ') ע' פוגלמן, נטען כי היבט מרכזי בפסול שבתיקון לחוק הוא העובדה כי הוא נעדר ערבויות מסוגים שונים. היינו, כי אי-חוקתיות החוק אינה תוצר רק של תוכנו, אלא גם (ואולי בעיקר) של מה שחסר בו.

כך למשל, אילו רק היה כתוב בחוק במפורש כי המשטרה חייבת לפעול באופן ממלכתי, אזי לא היה מקום לפסול את התיקון לחוק או חלקו. אציין כי לעניין נקודתי זה, הגם שהוחלט שלא לכלול סעיף בנוסח דומה בתיקון, לא הייתה מחלוקת בדבר חובתה של המשטרה לפעול באופן האמור ואין מחלוקת על כך כעת. לכן, אם ראוי להקנות משקל כלשהו לבחירה זו של המחוקק באופן בו ניסח את התיקון, הרי שהוא מוגבל ביותר (ראו והשוו: בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ו-11 אח' נ' כנסת ישראל, פסקה 45 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות (8.7.2021)).

במבט רחב יותר, אני מוצא קושי רב בנקודת המוצא של טיעון זה. ההנחה שלאורה נבחנת חוקתיות חקיקה ראשית היא שאותו החוק הנדון יקום כדין, ולא כי יופר באופן בוטה (ראו גם פס' 6 לחוות דעתו של חברי, השופט א' שטיין); וכן כי הרשות או השר יממשו את הסמכות המוקנית להם באופן המתיישב עם הוראות הדין (ע"א

10065/16 ג'רייס נ' מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בע"מ, פסקה 15 (28.5.2018). כך, ללא תלות בזהות הגורם האוחז בסמכות.

למעשה, בעצם העמדה כי יש לכרוך את חוקתיות התיקון לחוק בקביעת ערובות למניעת הפרתו או יישומו בניגוד לדין, ישנה מעין סתירה פנימית. עמדה כזו מניחה, גם אם באופן משתמע, שאם התיקון לחוק ייושם ככתבו וכלשונו – אין בו כל פגם (לא כל שכן פגם המצדיק סעד כה דרמטי כביטולו). במילים אחרות, אם מטרת הערובות היא שמירה על יישום כדין של הוראות התיקון לחוק, הטענה כי התיקון לחוק כשלעצמו כה לקוי עד כדי בטלותו, מאבדת מעוצמתה באופן משמעותי.

26. מבלי לגרוע מכך, מובן כי מבחינה מהותית אין זה רצוי ליצור מארג חוקי שבו אין מנגנוני בקרה על סמכות גורם כלשהו, ובכלל זה שר. אלא שבענייננו, מעבר למגבלות הנכללות בתוך מילות התיקון לחוק ממש, שאין להמעיט בערכן, מספר "מעגלים מרכזיים" אמורים למנוע החלטה לא ראויה, לא נכונה הנוגדת את הדין וכך מצופה מכל אחד ואחד מהם. אלו הם היועץ המשפטי למשרד לביטחון לאומי, מפקדי משטרת ישראל, הייעוץ המשפטי של משטרת ישראל וכן היועצת המשפטית לממשלה. אם כל אלו לא יצליחו למנוע החלטה שאינה עומדת בדרישות החוק – דלתו של בית המשפט פתוחה. גם מבחינה זו, הצגת הדברים משל אי-ביטול התיקון לחוק מהווה היתר כלשהו לפריצת גבולות המותר והאסור רחוקה מלשקף את המציאות המשפטית.

27. מעבר לכך, נכון להתייחס גם לשינוי ההדרגתי בעמדת היועצת המשפטית לממשלה. בחלוף הזמן, העמדה שהוצגה כלפי התיקון לחוק הלכה והחריפה, מהעמדה המתונה יחסית שהוצגה בהליך החקיקה, דרך התגובה הראשונה לעתירות שלפנינו – שבה נטען כי ניתן להסתפק בפירוש התיקון באופן המגשים את העיקרון שלפיו גופי אכיפת החוק במדינת ישראל הם גופים מקצועיים הכפופים למרות הדין; ועד לעמדה הנוכחית שלפיה לא ניתן להימנע מביטול חלק מהתיקון (סעיף 48) ויש לאמץ פרשנות מקיימת בניסיון אחרון להימנע מביטול יתר חלקי התיקון.

סוגיה זו עלתה גם בדיון לפנינו, משבא-כוח היועצת המשפטית לממשלה הבהיר כי בעקבות הדיון הקודם בעתירות השתנתה עמדתה. בעוד שמובן כי אין כל פסול בשינוי עמדה, כשלעצמו, אני סבור כי מנעד עמדות זה מציב, בסופו של יום, קושי נוסף באימוץ עמדה בדבר בטלות חלק מהתיקון לחוק. מבחינה מהותית, אם נדרש זמן כה רב על מנת לזהות פגם בתיקון לחוק המחייב את ביטול חלקו – הרושם הוא כי אין מדובר בפגם כה

דרמטי המצדיק באופן ברור סעד קיצוני וחריג של ביטול דבר חקיקה ראשית. קושי חוקתי כה משמעותי, עד כדי כך שהוא מוביל לביטול חקיקה ראשית, אמור להיות קל לזיהוי, גלוי ומובהק.

הערות סיום

28. לא אחת התבקש בית משפט זה להוביל שינויים, לעיתים מרחיקי לכת, על בסיס פרשנות דבר חקיקה. כעת, בניסיון לבסס טיעון המסביר מדוע בית המשפט חייב להורות על ביטול התיקון לחוק באופן גורף, חלק מבין העותרים מעדיפים כי נעניק פרשנות צרה ביותר למילות החוק. לעמדתם, עדיף לאמץ פרשנות לתיקון המובילה להשלכות כה דרמטיות, עד כדי כך שהיא אינה מותירה ברירה, לפי הנטען, אלא להורות על בטלותו. זאת, הגם שמילות החוק רחוקות מלהצדיק את חששות העותרים והמעין בהן בקפידה יתקשה למצוא עוגן משפטי לסעד המבוקש בעתירות.

הלכה למעשה, פרשנות תכליתית הנצמדת למילות החוק ונובעת מהן מתוארת לפתע כ"חקיקה שיפוטית" שאין לנקוט בה. על סוגיה דומה עמדתי בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024) (להלן: עניין הסבירות), שבו סברה דעת הרוב כי אין כל אפשרות לפרש את חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), באופן אשר לא יחייב את בטלותו; ואילו לגישתי מוטב ונכון היה להמתין עד להתגבשות פרשנותו:

"חברתי הנשיאה (בדימ') איננה רואה נתיב פרשני המוביל למסקנה כי תיקון מס' 3 רק ביטל את הלכת דפי זהב. לכך אשיב: ראשית, בית משפט זה בעבר, בשורה ארוכה של מקרים, בחר שלא להיצמד ללשון החוק משיקולים כאלו ואחרים. אני רואה מדוע דווקא הפעם זו יש להקנות ללשון החוק משקל כה מכריע; שנית, הקושי שבעיגון סמכות בית משפט זה לפסול חוק-יסוד על בסיס עקרונות רחבים ומונחים עמומים עולה בהרבה על הקושי שבאימוץ פרשנות שבה תומכת הכנסת ובה תמכו גם משיבי הממשלה בשלב מסוים [...] (שם, בפסקה 19 לחוות דעתי).

בדרך זו שהעותרים מניחים עבורנו אל לנו לצעוד – אין להצר את גבולות כלי הפרשנות על מנת להחליפו בסעד דרמטי, קיצוני ושנוי במחלוקת של בטלות חוק. זה מכבר מקובל עלינו כי "ביטול חוק הינו מוצא אחרון. השאיפה החוקתית היא לאיזון בין הערכים המתנגשים ולא להכרעה ביניהם" (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה

6 לחוות דעתה של השופטת מ' נאור (11.2.2010); ראו גם: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 812-813 (1996)). כוחו של כלל זה עודנו יפה, אולי אף ביתר שאת; ואילו העתירות שלפנינו מבקשות להפוך את אותו "מוצא אחרון" למעין סעד שגרתי בעל אופי מניעתי, השולל חלק מסמכויותיו של השר מתוך החשש כי יחרוג מהן בעתיד או כי הוא חורג מהן בהווה.

29. חוק אינו בגדר אסופת מילים על פיסת נייר. כפי שמתחייב על פי דיין כי הציבור הרחב ונבחריו יכבדו את פסקי הדין של כלל הערכאות, מתחייב גם להקנות את הכבוד הראוי גם לחקיקה ראשית. חוק במדינת ישראל הוא תוצר של הליך מרובה שלבים, ממושך ומורכב; הליך החקיקה מחייב דיונים, פשרות, התאמות ואיזונים. עוצמתו מבוססת על כך שהתקבל ברוב הדרוש של חברי כנסת – הם מי שנבחרו על ידי אזרחי המדינה על מנת לייצגם בבית המחוקקים. החוק מבטא את רצון הריבון והלגיטימיות שלו נובעת, בין היתר, מהלגיטימיות של מחוקקיו, הניזונה מן ההליך הדמוקרטי אשר בו נבחרו.

ניתן להסכים עם נוסח של חוק מסוים, ניתן לחלוק עליו, ניתן לסבור כי ראוי ונכון היה לחוקק חוק אחר – אולם מרגע שחוקק, הרי שהוא חל כלפי כל ומעמדו מחייב יחס מכבד. לא תמיד מפאת תוכנו (ראו למשל: עמדתי בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 31 לחוות דעתי (18.1.2023)); אלא מפאת המנגנון הדמוקרטי שבאמצעותו חוקק ורצון העם הבא לידי ביטוי באמצעותו.

כיבוד החוק הוא נדבך בסיסי ביותר בחברה מודרנית חפצת חיים – כך ביחס לכל פרט ופרט בחברה, ובוודאי שכך ביחס לרשויות השלטון, נבחר הציבור ומנהיגיו. יחס שכזה מתחייב גם מצדו של בית משפט זה עת שהוא ניגש לבחון עתירה המבקשת ממנו כי ימחק דבר חקיקה באמצעות פסק דינו, ובכך ישיב לאחור ויבטל את קביעת המחוקק.

30. במהלך השנים הלכה והשתרשה, לא בלי קשיים וספקות, העמדה כי לבית משפט זה נתונה הסמכות להורות על בטלות חקיקה ראשית. בעשרות השנים האחרונות נעשה מעת לעת שימוש בסמכות זו. בחינה צלולה של המצב המשפטי הנוכחי חושפת כי המגמה אשר באה לידי ביטוי גם בעניין הסבירות, היא מגמת הרחבת סמכותו של בית משפט זה.

בהתחשב בכך, עלינו להיזהר עד מאוד שמא כל חוק שנוי במחלוקת המתקבל על ידי הכנסת יהפוך למעין "חוק על תנאי" עד אשר יאושרר על ידי בית משפט זה לאחר דיון והכרעה בעתירות הרבות אשר יוגשו לבטח. בעתירות שכאלו עלינו לנהוג בהתאם למגבלות המוטלת עלינו מתוקף עקרון הפרדת הרשויות ומתוך כבוד ליתר הרשויות. הכנסת היא המקום שבו צריך להתקיים ליבת הדיון הציבורי; היא המקום שבו צריכות להתקבל ההכרעות הציבוריות הקשות ביותר בין עמדות שונות; היא המקום שבו קיים ביטוי מובהק וישיר ככל שניתן לדעות הרווחות בציבור. הכנסת – ולא בית המשפט.

31. עקרון הפרדת הרשויות מחייב אפוא כי כל אחת מרשויות השלטון תימנע מלהסיג את גבולה של האחרת: על המחוקק מוטל לקבוע את ההסדרים הראשוניים שבגדרם תוכרע סוגיה משפטית מסוימת; על הרשות המבצעת לפעול למימוש מדיניותה בכפוף למגבלות הדין; ואילו תפקידו של בית המשפט לקבוע אם הרשות אכן פעלה בתוך המסגרת המשפטית הרלוונטית – ובסמכותו לקבוע את פרשנותה המחייבת (בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 6 לחוות דעתי (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר)). כרסום עקבי ומתמשך במעמדה של חקיקה ראשית אינו מהווה פגיעה בכנסת ובמעמדה בלבד, אלא עולה כדי פגיעה בנקודת האיזון העדינה שבין שלוש הרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת.

32. בעוד שישנם מקרים שבהם ייתכן שאין מנוס מקביעה בדבר בטלות חקיקה ראשית, חוששני כי אנו הולכים ומתרחקים בהדרגה ממקרים שכאלו, למקרים שבהם החוק אשר מתקבל נראה בעיני עותרים כלשהם כחוק לא נכון או לא מיטבי (ראו: בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל, פסקה 1 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (22.9.2014)).

אם נורה על ביטול התיקון לחוק או חלקו, הרי שאנו מייסדים כעת קטגוריה נוספת של מקרים שבהם הורה בית משפט זה על בטלות חקיקה ראשית – מקרים שבהם נוסח החוק אינו בעייתי כשלעצמו אם הוא מיושם כדין, אולם מתוך חשש כי ייעשה בו שימוש לרעה החורג מגבולות המותר, נורה על בטלותו כצעד "מניעתי". מדובר בקפיצת מדרגה משמעותית ובעייתית במיוחד – לא עוד "מוצא אחרון"; לא עוד ריסון, זהירות ואיפוק. מה שהחל כחריג וקיצוני במיוחד – אולי כבר אינו כה חריג.

33. מלבד זאת, ובהמשך ישיר לאמור, ככל שטענות העותרים ממוקדות יותר ויותר בזהות מפעיל הסמכות, ופחות כלפי הסמכות עצמה ומגבלותיה, מתחדד החשש כי אנו

סוטים מבחינת סוגיה משפטית בלבד לזירה המורכבת של סוגיות ציבוריות, לאו דווקא משפטיות. סוגיות אשר ראוי כי נישמר מלהביע עמדה ביחס להן.

בכך נפער פער של ממש בין הטענות בעתירות לסעד המבוקש בהן, שהרי העתירות שלפנינו מבקשות להורות על ביטול סעיפים בתיקון חוק (פקודה), ולא כי נתערב בהחלטה קונקרטית כזו או אחרת של השר. עצם מינויו של השר בן גביר נדון והוכרע בבית משפט זה (ראו: עניין פטרושקה) וכבר הוגשו מספר עתירות אשר במרכזן התנהלות השר במהלך כהונתו. יש למנוע מסוגיות אלו, מבלי להפחית ממשקלן ומחשיבותן, מלזלוג לתוככי דיון חוקתי עקרוני.

34. אחר כל זאת, אשוב ואזכיר: כניסת בית משפט זה ללב המחלוקת הציבורית תוביל באופן בלתי נמנע לפגיעה באמון הציבור בו, וכפי שצינתי בעבר אציין גם כאן: "[...] אמון הציבור הוא משאב חיוני אשר מעניק תוקף מעשי לבית המשפט ולפסיקותיו [...]" ובהעדרו, קצרה הדרך להחרפת השחיקה בציות להכרעותיו [...]" (בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 6 לחוות דעתי (3.1.2024); וכן בעניין שפיר, בפסקה 9 לחוות דעתי).

יוצא אפוא, כי מצד אחד מונח לפנינו ה"מחיר" הכבד של התערבות (נוספת) מצד בית משפט זה באמצעות ביטול דבר חקיקה (או חלקו); ומהצד האחר עסקינן בדבר חקיקה אשר ביטולו מתבקש, בעיקרו של דבר, בשל חשש כי ייעשה שימוש פסול בסמכות שניתנה מכוחו. חשש זה, אשר גם לו יתממש, ניתן למצוא לו מענה במישור המשפט המנהלי ובכלים משפטיים אחרים; חשש המבוסס ממילא על ההנחה כי החוק יופר בבוטות; הנחה שאינה אלא הנחה תיאורטית שאין אנו יכולים להניח, ואשר אין בה כדי להביא להתערבות בית משפט זה.

בכך שבה וצפה במלוא עוזה התהייה בדבר הקשר הרופף עד מאוד שבין הטענות בעתירות, שעיקרן התנהלותו של השר בן גביר, לבין הסעד המרכזי המבוקש בהן – ביטול התיקון לחוק. במצב זה התוצאה המשפטית היא ברורה לטעמי.

35. לאחרונה הורה כאמור בית משפט זה בעניין הסבירות, באופן תקדימי, על חודו של קול, על בטלות תיקון לחוק-יסוד. התפתחות דרמטית זו עלולה, חלילה, לשדר רושם מוטעה כי מאחר שכבר בוטל סעיף בחוק-יסוד, הכרזה על בטלות חוק רגיל או סעיף

מתוכו הפכה כמעט לעניין של מה בכך. רושם שכזה עלינו לדחות, לטעמי, באופן נחרץ וברור.

עמדתי אם כן היא כי נכון וראוי לדחות את חמש העתירות במלואן.



יוסף אלרון
שופט

השופטת יעל וילנר:

1. אני מצטרפת בהסכמה למסקנתו של חברי, מ"מ הנשיא (בדימוס) ע' פוגלמן, שלפיה יש לקבל את העתירות בכל הנוגע לסעיף 8ד לתיקון לפקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2002 (להלן: התיקון לפקודה או התיקון), ולהורות על ביטולו. לצד זאת, לא מצאתי כי מתקיימת עילה להתערבותנו ביתר הוראות התיקון שנתקפות בעתירות – אף לא בדרך של פרשנות מקיימת – ולגביהן אני מצטרפת לעמדה שלפיה דין העתירות להידחות.

אקדמות מילין – על מערכת היחסים שבין המשטרה לדרג המיניסטריאלי

2. בתיאוריה הפוליטית, מקובל לתאר את המדינה המודרנית כמי שמחזיקה במונופול על השימוש בכוח (ראו: מאכס נ'פר הפוליטיקה בתורת מקצוע 7-9 (אפרים שמואלי מתרגם, תשכ"ב); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פס' 25-27 לפסק דינה של הנשיאה ד' בייניש (19.11.2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי)). בלעדיות זו של הריבון, מתייחסת הן לכוח הנדרש להתמודדות עם אויב חיצוני; הן לזה המופנה פנימה, במטרה לבסס שלטון חוק ולפעול לקידום הביטחון האישי והסדר ציבורי.

3. המנגנון העיקרי העומד לרשות המדינה להבטחת ביטחון הפנים, הוא המשטרה על זרועותיה. על רקע תפקידה הייחודי והמגע המתמיד והאינטנסיבי של המשטרה עם

הציבור, היא מהווה "הלכה למעשה, הגילוי היום יומי של שלטון החוק במדינת ישראל" (ע"פ 9878/09 מדינת ישראל נ' מוטא, פס' 26 (20.9.2010)). עמד על כך לפני שנות דור, השופט שניאור ז' חשין:

"מטרת המשטרה עודנה גם כיום כמו שהיתה בזמן היווצרה, אולם דרכי פעולתה נסתעפו, הורחבו ושנונו. גם כיום חובתה הראשית היא לשקוד על משמעת וציות לחוק; לטפל בהפרת תקנות שהותקנו על-ידי הרשויות המוסמכות; לבלוש, לרדוף ולאסור עבריינים; ולאחר כל אלה באות החובות של שמירה על הסדר הציבורי, הגנת האוכלוסיה שומרת החוק וקיום שלום הציבור על-ידי מניעת התפרעויות, הפרעות והפגנות מרעישות ועל-ידי איכוף התקנות המרובות שהותקנו לטובת הרבים. בידיה של המשטרה ניתן כוח עצום, ודוקא משום כך מוטלת עליה אחריות כבדה ביותר [...] והואיל והמשטרה היא נציגתה הישירה ועושת-דברה של המדינה כולה, נוטה האזרח לעתים קרובות לזהות את המשטרה עם המדינה עצמה ולאצול על זו מיחסו לזו" (שניאור זלמן חשין "שופטים ושוטרים" הד המשפט 16, 297, 298 (1957)).

4. עקרונות היסוד של סמכויות המשטרה מוסדרים בעיקרם בפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: הפקודה). סעיף 3 לפקודה, תחת הכותרת 'תפקידי המשטרה', קובע כי:

משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש.

לצורך מילוי תפקידים אלו, הופקדו בידי משטרת ישראל סמכויות נרחבות, ובהן עיכוב, מעצר, חקירה, חיפוש ורישוי. השימוש בסמכויות אלו טומן בחובו באופן בלתי-נמנע פגיעה בזכויות יסוד של הפרט – בחירותו, בפרטיותו, בחופש תנועתו, בכבודו ובאוטונומיה שלו (המרכז האקדמי, פס' 5 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). פגיעות אלו בזכויות האדם, הן הכרח בל-יגונה לצורך הבטחת שלטון החוק; כמאמר חז"ל: "שופטים ושוטרים" [...] ר' אלעזר אמר: אם אין שוטר אין שופט; כיצד? כיון שנתחייב אדם בבית דין לחבירו, אם אין שם שוטר שיוציא ממנו, כיון שפירש מן הדיינים, אין ספיקה ביד הדיין לעשות לו כלום, אלא אם כן מוסרו ביד שוטר, והשוטר מוציא ממנו" (מדרש תנחומא, שופטים ג). עם זאת, טיבן הפוגעני של סמכויות המשטרה מחייב הקפדה יתרה בקביעת היקפן ובעיצוב כללים מרסנים, שמטרתם להבטיח כי השימוש בכוח המשטרתי גדור ותחום למימוש התכליות הראויות אותן הוא נועד להגשים, ובמידה

שאינה עולה על הנדרש. כמו כן – וכאן אנו באים לעניין שלפנינו – תפקידה הרגיש של המשטרה בחברה דמוקרטית, מחייב להידרש לשאלת מערכת היחסים שבינה לבין הדרג המיניסטריאלי המופקד עליה.

5. התיקון לפקודה על סעיפיו השונים, ניצב בטבורה של מערכת יחסים זו. אקדים ואומר, כי בסוגיה עקרונית וחשובה זו, סלע המחלוקת בין הצדדים לעתירה שלפנינו נשען, כך נראה, על קרקע של הסכמה רחבה למדי באשר לנקודת המוצא, כפי שיפורט להלן.

6. עקרונות היסוד, שדומה כי אין עליהם מחלוקת של ממש, הם אלו: מחד גיסא, המשטרה, בדומה לכלל זרועות הביטחון, כפופה עקרונית לדרג המדיני הנבחר; מאידך גיסא, היא נהנית מעצמאות בכל הנוגע לביצוע השוטף של תפקידיה.

לעיקרון הראשון, בדבר כפיפות המשטרה לדרג המיניסטריאלי, ישנן מספר הצדקות; בראש ובראשונה, הלגיטימיות להחזקה ולשימוש בסמכויות הפוגעניות שבידי המשטרה נשענת על נקודת המוצא שלפיה המשטרה יונקת את סמכויותיה מהריבון, ובכך זוכה להכשר דמוקרטי: "אלמלא הפעלת כוח זו הייתה נעשית על ידי מוסדותיה המוסמכים של המדינה [...] לא הייתה הפעלת הכוח האמורה זוכה ללגיטימיות דמוקרטית, ומדובר היה למעשה בהפעלה פסולה ושרירותית של אלימות" (המרכז האקדמי, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה בייניש). לכך יש להוסיף, כי השר המופקד מטעם הממשלה על עבודת המשטרה, נושא באחריות למעשיה אל מול הציבור; כפי שציינה הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש (להלן: ועדת צדוק), "השר הוא שיספוג לפחות חלק מהביקורת ויאלץ להתמודד עימה במישור הפרלמנטרי, התקשורתי והציבורי. ניתן, אפוא, לטעון כי מי שנושא באחריות צריך להיות גם בעל הסמכות" (ועדת צדוק, עמ' 44).

7. הצדקה נוספת להסמכת השר להתערב בעבודת המשטרה מבוססת על כוחו של הדרג המיניסטריאלי להוות גורם מרסן לפעולות המשטרה, בעת שזו להוטת לחתור להישגים מקצועיים; זאת, בהיותו קשוב לשיקולים ציבוריים רחבים שהפריזמה המשטרית לא תמיד ערה להם. עוד הצדקה שמקורה בריחוקו של השר משטף האירועים, נוגעת ליכולתו לאתגר את המערכת ולהוציאה מ'קבעון' מחשבתי' שהיא עשויה ללקות

בו, בדומה לכל מערכת שידיה עסוקות במלאכה יום-יומית (ראו: ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסור הר מירון (להלן: ועדת הר מירון), עמ' 185).

8. מנגד, טעמים כבדי משקל מצדיקים ליתן למשטרה עצמאות בביצוע השוטף של תפקידיה. ראשית, סמכויות רבות של המשטרה כרוכות בהפעלת שיקול דעת מקצועי, שלגביו היא נהנית מיתרון מוסדי. כמו כן, הקמת חִיץ מסוים בין המשטרה לדרג הפוליטי, נדרשת על מנת למנוע זליגה של שיקולים זרים לעבודת המשטרה; פעולה על יסוד שיקולים שאינם מקצועיים שומטת את הלגיטימציה לעצם הפעלת הכוח המשטרי, ומביאה לפגיעה חמורה בזכויות אדם. יתר על כן, פוליטיזציה של המשטרה צפויה לפגוע אנושות גם ביכולתה לבצע את המוטל עליה; כפי שציננה בצדק ועדת צדוק, לפוליטיזציה זו "עלולה להיות השלכה חמורה גם על אמון הציבור במשטרה, שהינו אבן-יסוד להצלחתה במילוי תפקידיה" (ועדת צדוק, עמ' 44), שכן כפי שכבר נאמר בפסיקת בית משפט זה, "יכולתה של המשטרה למלא את תפקידיה מותנית באמון הציבור ביושר כפיהם, בהגינותם ובסבירותם של השוטרים. בלא יחסי אמון בין המשטרה לבין הקהילייה שהיא משרתת, לא תוכל המשטרה לקיים את משימותיה" (בג"ץ 7074/93 טויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749, 774 (1994)).

9. לנוכח חשיבות הדברים, וההצדקות לעקרון הכפיפות לממשלה ולעקרון העצמאות המקצועית, מזה ומזה, ישבו במהלך השנים על המדוכה מספר ועדות ציבוריות שנדרשו לנקודת האיזון שתשקף את שיווי המשקל הרצוי שבין כפיפות לדרג הנבחר, לבין עצמאות הדרג המקצועי. העיקרית שבהן היא ועדת צדוק, שנתנה דעתה לסוגיה זו באופן ממוקד, ולצידה ועדות נוספות, שנדרשו לסוגיה במסגרת עיסוקן באירועים קונקרטיים – ועדת הבירור לבדיקת האירועים בהר הבית (8.10.1990) בראשות האלוף (במיל') צבי זמיר, שקדמה לוועדת צדוק, וכן שתי ועדות מאוחרות לה, שחזרו על עיקרי מסקנותיה של ועדת צדוק בסוגיה דנן: ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (להלן: ועדת אור) וועדת הר מירון.

10. כפי שתיאר חברי מ"מ הנשיא (בדימ') בחוות דעתו, המתווה ששורטט בוועדת צדוק, ושעיקריו חזרו ונשנו בוועדות הנוספות, מבחין בין הסמכות לקבל החלטות בעלות אופי אסטרטגי – לתת הנחיות כלליות ולהתוות מדיניות כללית; לבין המישור הביצועי, בגדרו באות החלטות העקרוניות לכלל יישום. בתוך כך, המליצה ועדת צדוק לערוך הבחנה בין סמכות השר להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לבין סמכותו זו ביחס

לתפקידיה האחרים של המשטרה. באשר לתפקידים שאינם נוגעים לחקירות, הומלץ כי תינתן לשר סמכות להתוות מדיניות, ובכלל זה הסמכות להתערב בקביעת תכנית העבודה של המשטרה, ובקביעת סדרי העדיפויות בין התחומים השונים המופקדים בידיה, תוך מתן משקל ממשי לעמדתו המקצועית של המפקד. ל. נוכח הטעמים שביסוד המלצה זו, עליהם עמדת לעיל, קבעה לימים ועדת אור כי בכל הנוגע לשר "מחובתו לגלות מנהיגות בנושאי מדיניות, ולגבש סדר יום" (חלק שישי – 'סיכום ומסקנות', פס' 21). זו גם הייתה עמדת נציג היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוצגה בוועדה לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022 (להלן: הוועדה המיוחדת), שלפיה "אין ספק שהשר לביטחון פנים הוא לא רק מוסמך, הוא חייב לקבוע מדיניות למשטרה. זו החובה שלו וזה התפקיד שלו" (פרוטוקול הדיון בוועדה המיוחדת מיום 14.12.2022, עמ' 64). בד בבד, המליצה ועדת צדוק על שלילת התערבותו של השר בביצוע האופרטיבי של ההוראות הכלליות שנקבעו, ועל מסירת הסמכות במישור זה לדרג המקצועי בלבד (ועדת צדוק, עמ' 46-49).

11. באשר לתחום החקירות, סברה ועדת צדוק כי "המשטרה צריכה להיות חופשית לחלוטין בחקירותיה, כשעליה מרותו של החוק בלבד". לפיכך הומלץ כי בכל הנוגע לתחום החקירות, השר יהא רשאי להתוות מדיניות כללית, לרבות קביעה של סדרי העדיפויות העקרוניים, "אך זאת בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מפכ"ל המשטרה והמופקדים במשטרה על נושא החקירות". הובהר, כי מדיניות כללית בתחום החקירות יכולה לכלול מתן דגש לסוג עבירות מסוים המהווה "מכת מדינה". בד בבד, המליצה הוועדה כי השר לא יהא רשאי ליתן למשטרה הוראות לגבי חקירות ספציפיות: "לא במתן הוראות, לא ברמיזות לגבי התוצאות הרצויות, לא בהחלפת החוקרים או בדרישה מהמפקד להחלפתם, ולא בכל דרך אחרת". בתוך כך, המליצה ועדת צדוק כי ההבחנה בין 'סוגיות עקרוניות' בין 'עניינים ספציפיים' – תוגדר בחוק (שם, עמ' 46-48).

12. כפי שמפורט בחוות דעתו של חברי מ"מ הנשיא (בדימ') פוגלמן, נוסחה זו, אשר מבחינה בין סמכות השר להתוות מדיניות לבין עצמאות המשטרה במישור האופרטיבי, קיבלה ביטוי במענים שניתנו מטעם היועץ המשפטי לממשלה במהלך השנים, והיא אף מקובלת במדינות דמוקרטיות מעבר לים (ראו למשל, במסמך שהונח לפני חברי הכנסת בדיוני הוועדה המיוחדת: ישי לקס "חקיקה המסדירה את סמכויותיו הכלליות של השר הממונה על המשטרה" (מרכז המידע והמחקר של הכנסת, 18.12.2022)). אציין כי שאלת היחס שבין סמכות השר להתוות מדיניות לבין עצמאות המשטרה במישור

האופרטיבי, טרם לובנה בפסיקה באופן ממצה, אולם עקרונית היסוד בסוגיה – שבו ונזכרו; בכלל זה, הקביעה בדבר סמכות השרים לקבוע את מדיניות המשרדים עליהם הם מופקדים ואחריותם על ביצועיהם (ראו: בג"ץ 7767/07 אטרף נ' שר הפנים, פס' 13 (27.3.2008)), זאת לצד שימת דגש לכך שהשר הממונה על המשטרה לא משמש כ-"מפכ"ל-על" וקביעת "החשיבות הרבה בהבטחת עצמאותו ואי תלותו של מפכ"ל המשטרה, העומד בראשה ואמון על הפעלתה לביצוע תפקידה" (בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 17 (12.12.2021); ראו גם: בג"ץ 8910/22 פטרושקה נ' ח"כ בנימין נתניהו, פס' 31 (21.2.2024)); מעניין לציין שלפי הרמב"ם, במסגרת הדין העברי כוחות השיטור אינם כפופים לרשות המבצעת, אלא הם כעין שלוחי בית הדין, ראו: הרב יעקב אריאל, שו"ת באהלה של תורה כרך ד, סי' יז (תשס"ג); יעקב בלידשטיין "השוטר בהלכות הרמב"ם: תכנים ומקורות" שנתון המשפט העברי יד-טו 89 (תשמ"ח-תשמ"ט).

13. אם כן, נקודת האיזון הנזכרת שבין סמכויות השר לבין עצמאות המשטרה היוותה את המסגרת הנוהגת – הן הלכה, הן למעשה (ראו דבריהם של ח"כ ע' בר לב שכיחן כשר המופקד על המשטרה בעת הגשת הצעת התיקון לפקודה, וכן דבריו של רנ"צ י' שבתאי ששימש כמפכ"ל באותה עת, בפרוטוקול דיוני הוועדה המיוחדת מיום 14.12.2022, עמ' 38, 74)). כפי שצינתי לעיל, דומה כי הצורך באיזון ראוי זה אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים ומהווה נקודת מוצא מוסכמת בטיעוניהם.

14. השאלה שלפתחנו היא, אפוא, אם תיקון 37 לפקודה שינה מנקודת איזון זו ומ'חלוקת העבודה' הנזכרת שבין השר למשטרה; ובעיקר, אם התשובה לכך חיובית – אם שינוי זה כרוך בפגיעה בזכויות חוקתיות המצדיקה את התערבותנו. לבירור שאלה זו אפנה כעת.

סעיפי התיקון

15. תיקון 37 לפקודה הוסיף לה מספר סעיפים במסגרת הפרק השני, העוסק ב-"ארגון, תפקידים וסמכויות". בעתירה שלפנינו, נתבקשנו להעביר תחת שבט הביקורת חלק מאותם סעיפים: סעיף 8ב המורה על כפיפות המשטרה לממשלה; סעיפים 8ג-8ד המעניקים לשר לביטחון לאומי (להלן: השר) את הסמכות להתוות את מדיניות המשטרה בשורה של היבטים, ולקבוע עקרונות כלליים; והסיפא לסעיף 9 שלפיו תפקידי המפכ"ל יבוצעו בהתאם למדיניות השר ולעקרונות הכלליים שקבע.

16. סעיף 8(א) לפקודה, שכותרתו "כפיפות משטרת ישראל", קובע כי "משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה". נטען לפנינו כי המונח 'מרות' אינו משקף את נקודת האיזון הראויה במארג היחסים שבין המשטרה לממשלה, כפי שהיה לפני התיקון (ואף בוועדת הכנסת היו שהסתייגו ממנו (ראו: פרוטוקול הוועדה המיוחדת מיום 15.12.2022, עמ' 162-164)). אין בידי לקבל טענה זו; תמימת-דעים אני עם חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), כי סעיף זה לא מבקש לחולל שינוי במארג היחסים המוסדי שבין המשטרה לדרג המיניסטריאלי. השימוש במונח 'מרות' לתיאור הכפיפות של המשטרה לממשלה אף נעשה בפסיקת בית משפט זה בעניין המרכז האקדמי (פס' 24 לפסק דינו של הנשיא בייניש). כמו כן, עיון בדבריו של יוזם החוק מלמד כי זיהה את המונח מרות עם קביעת מדיניות – הא ותו לא (פרוטוקול הוועדה המיוחדת מיום 22.12.2022, עמ' 184). כך, אף לא מצאתי בהוראת סעיף 8(ב) שלפיה "השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה" פגם כלשהו הנוגע לחלוקת הסמכויות שבין השר לממשלה, וגם דינן של טענות ממין זה – להידחות, מעיקרי הטעמים שבדברי חבריי.

17. נוסף על כך, לא מצאתי קושי בהוראת סעיף 9 לפקודה, המורה כי "המפקח הכללי יפקח על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה ועל הפעלתה, ויהיה אחראי להשגחה על כל ההוצאות הכרוכות בה ולאפסניה שברשותה, והכול בהתאם להתוויית המדיניות ולעקרונות הכלליים של השר כמפורט בסעיפים 8 ו-8ד". בניגוד לנטען, ניתן לראות כי לשון ההוראה ותכליתה מלמדים כי היא לא מבקשת לפגוע בעצמאותו המקצועית של המפקח; הוספת הדרישה כי פעולותיו יבוצעו בתיאום עם מדיניות השר – אינה מסיטה ממקומה את נקודת האיזון הנוהגת, כפי שפורטה לעיל.

18. לבסוף, גם לא מצאתי הצדקה להתערבות שיפוטית בבחירת המחוקק שלא לכלול בתיקון סעיף המציין במפורש את עיקרון הממלכתיות של המשטרה. אכן, כפי שמראה חברי מ"מ הנשיא (בדימ') בחוות דעתו, על אף שמדובר בהשמטה מודעת, אין בכך כדי ללמד על קיומו של 'הסדר שלילי', שלפיו המשטרה פטורה מחובת הממלכתיות, או כי היא לא נהנית מעצמאות במישור האופרטיבי; אף עמדת המחוקק כפי שהובאה במסגרת הליכי החקיקה, שוללת את האפשרות לייחס לתיקון פירוש מעין זה (ראו למשל, פרוטוקול הדיון בוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה מיום

18.12.2022, בעמ' 87-91, ומיום 19.12.2022 בעמ' 8-12, שם הבהיר יוזם הצעת החוק את עמדתו שלפיה עיקרון הממלכתיות הוא בגדר המובן מאליו, ועל כן לא זקוק לעיגון מפורש).

19. אם כן, לא מצאתי כי סעיפים 8ב ו-9 לפקודה, וחסרונם של 'סעיף ממלכתיות', מתירים פגיעה בעצמאותה המקצועית של המשטרה ומשנים מנקודת האיזון עליה עמדת העל; ממילא, איני מוצאת עילה להתערב בהם.

אפנה כעת לדון בחוקתיות סעיף 8 לפקודה. חברי מ"מ הנשיא (בדימ') מוצא בסעיף זה פגמים, הניתנים לריפוי באמצעות מתווה של 'פרשנות מקיימת'. דרך הילוכי ומסקנתי שונות משל חברי, כפי שאפרט להלן.

סעיף 8 – סמכותו הכללית של השר להטות מדיניות

20. סעיף 8, שכותרתו 'התוויית מדיניות ועקרונות', מורה כך:

(א) השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה.

(ב) השר ידווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת, אחת לכנס, על המדיניות שהתווה; השר יפרסם את המדיניות שהתווה באתר האינטרנט של המשרד לביטחון הפנים.

21. חברי מ"מ הנשיא (בדימ') סבור כי הסמכות הרחבה המוקנית לשר מכוח סעיף 8 פותחת פתח להתערבות של השר בשיקול דעתה המקצועי של המשטרה. זאת, לגישתו, מחמת הקושי המובנה שבהבחנה בין התוויית מדיניות כללית לבין מתן הנחיה אופרטיבית, קושי הדורש קיומן של ערבויות שונות – מהותיות ופרוצדורליות – שיעמדו בפרץ, וימנעו 'גלישה' מתחום אחד למשנהו. יתר על כן, חברי אף סבור כי מונחים בהם נקט הסעיף "עשויים לרמז כי סמכותו של השר אינה תחומה לקביעת מדיניות עקרונית בלבד".

22. באשר לטיב הפגיעה הנגרמת לזכויות יסוד – פועל יוצא של החשש האמור מפני 'עירוב תחומין' – סבור חברי מ"מ הנשיא (בדימ'), כי פוטנציאל ההתערבות בשיקול הדעת המקצועי של המשטרה, טומן בחובו חשש לחדירתם של שיקולים זרים לעבודת המשטרה, ובהם שיקולים פוליטיים; חשש זה, כך לגישתו, יש בו כדי לערער את הלגיטימציה שביסוד סמכות המשטרה לפגוע בזכויות יסוד, וממילא להביא לפגיעה נוספת ומובחנת בזכויות אדם. את גישתו זו, מבסס חברי, בעיקרו של דבר, על פסיקת בית משפט זה בעניין המרכז האקדמי.

23. אקדים ואומר כי איני שותפה למסקנתו של חברי, ואף מוצאת אני קשיים בדרך הילוכו; לטעמי, פרשנות סעיף 8ג מוליכה למסקנה כי אין בו, כשלעצמו, כדי להתיר התערבות של השר במישור האופרטיבי של עבודת המשטרה. לצד זאת, שותפה אני לחששות עליהם מצביע חברי, ואולם דרכי להתמודד איתן – שונה מזו המוצעת על ידו.

אפתח בפרשנות סעיף 8ג.

סעיף 8ג – פרשנות לשונית ותכליתית

24. לשון הסעיף, לדידי, ברורה ונהירה: לשר נתונה הסמכות להתוות מדיניות ולקבוע עקרונות בעלי אופי כללי:

(א) השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה.

25. אין בלשון הסעיף כל אחיזה לפרשנות המאפשרת לשר להתערב במישור האופרטיבי. בניגוד לטענה שנשמעה לפנינו, אף לא מצאתי כי המונחים "סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א)" – הגם שמתייחסים לרמות הפשטה שונות – מכוונים לרמת 'רזולוציה' פרטנית, ועל כן פסולה.

26. התבוננות בתכלית הסובייקטיבית של התיקון מוליכה למסקנה זהה. דברי ההסבר לתיקון מכתירים את סעיף 8ג כ- "ליבת הצעת החוק" ומבארים כי הוא נועד "לעגן את סמכותו של השר לביטחון הפנים להתוות את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, ברוח מסקנות הוועדות הציבוריות שפורטו לעיל" (לעמדי בדבר ערכם הרב של דברי ההסבר לצורך התחקות אחר תכליתו הסובייקטיבית של דבר חקיקה, ראו בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 61 ו-96 לחוות דעתי (1.1.2024) (להלן: עניין הסבירות)). דברים אלו, מצטרפים לאמור בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק בדיון המוקדם, שלפיהם "הדרג המדיני, קרי נבחר הציבור, מתווה מדיניות ומנחה, והדרג הביצועי מיישם מדיניות זו". הנה כי כן, תכלית סעיף 8ג היא לחקוק עלי-ספר את נקודת האיזון שנהגה כמעין 'תורה שבעל פה' עובר לתיקון; זו שגובשה בוועדות הציבוריות שהוזכרו, ננקטה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בהנחיותיו, ואף נהגה הלכה-למעשה: לשר נתונה הרשות, ואף במקרים מסוימים החובה, להתוות מדיניות כללית, ולמשטרה מסור שיקול דעת עצמאי ביישום המדיניות ובהפעלת סמכויותיה במקרים פרטניים.

27. כדברים הללו השמיע גם יוזם ההצעה, חבר הכנסת (דאז), א' בן גביר, במסגרת דיוני הוועדה המיוחדת שהוקמה לצורך קידום הצעת החוק (פרוטוקול הוועדה המיוחדת מיום 15.12.2022, עמ' 209-214):

אבל אין על זה מחלוקת, העניין הוא שמה שעכשיו אומרים שזה הפרקטיקה אני רוצה לעגן את זה. זה כל הסיפור. זה כל הסיפור. הרי זה כל מה שאומרים כאן כולם, בוודאי שהשר קובע מדיניות, אני רוצה לעגן את זה. אין על זה מחלוקת. לא שמעתי כאן אחד שאמר שיש על זה מחלוקת [...] יש כאן בעיה, לא רק אני עמדתי עליה, אלא ועדות שהוקמו, ועדת זמיר, ועדת צדוק [...] אין לי מחלוקת איתכם שהשר הוא לא מפכ"ל-על, אין לי מחלוקת, אין לי מחלוקת שיש מגבלות לשר [...] אנחנו לא לוקחים סמכויות של שוטרים והשר לא בא ואומר שהוא ייכנס לנעליים של השוטר. זו לא המציאות שמתרחשת, זה לא מה שאנחנו מבקשים.

28. פרשנות זו, שלפיה מגמת התיקון היא לעגן את 'חלוקת הסמכויות' העקרונית הנהוגה שבין הדרג המיניסטריאלי למשטרה, ברוח מסקנות הוועדות הציבוריות שנדרשו לעניין, נגזרת גם מתכליתו האובייקטיבית; עניינה של זו, כידוע, במטרות, בערכים ובעקרונות שכל חוק נועד להגשים במדינה דמוקרטית (ראו, למשל: בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פס' 30 לפסק דינו של השופט פוגלמן (13.9.2017)), ובכלל זה –

קיום הפרדת רשויות והבטחת שלטון החוק (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פס' 14 (15.5.2003)). עיגון חקיקתי של סמכות השר להתוות מדיניות – הוא צעד מבורך; יש בו כדי לתרום להגשמת המטרות הראויות, המונחות כאמור בבסיס ההצדקה ליתן לשר להתוות מדיניות: לגיטימציה דמוקרטית, אחריות, פיקוח וריסון. הצורך עולה ובוקע גם מחיי המעשה; לא למותר להזכיר, כי שתי הוועדות הציבוריות האחרונות שנדרשו לסוגיה דנן – ועדת אור וועדת הר מירון – מצאו להטיל אחריות על הדרג המיניסטריאלי מחמת שנמצא כי לא גילה מעורבות מספקת במסגרת תפקידו לפקח על המשטרה. יוצא אפוא, כי לא רק סכנה ל-'מעורבות יתר' של השר מונחת לפתחנו, בדמות התערבות בפעולות פרטניות; הניסיון הציבורי מלמד כי גם 'מעורבות חסר' של השר היא בגדר חשש שעשוי להתממש, ובמובן זה – התיקון המעגן את סמכות השר, טומן בחובו ברכה.

29. לא מצאתי אם כן, כי סעיף 8ג לוקה בפגם חוקתי. יחד עם זאת, הכרעתי זו אינה מביאה למסקנה כי אין ממש בחששות המובעים בטענות העותרים והיועצת המשפטית לממשלה. חששות אלו לא נוגעים לפרשנות הסעיף – שדומה כי אין עליה מחלוקת של ממש – אלא לאופן שבו ייושם התיקון בחיי-המעשה. בניגוד לעמדת חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), אני סבורה כי חששות אלו יש בהם כדי להטיל בתיקון מום חוקתי; אף הסעד שבחר חברי ליתן, אינו חף מקשיים. המזור לחששות הנזכרים לא מצוי, לדידי, במישור הסעד החוקתי, אלא כפי שציינו חבריי, בארגז הכלים הפרשני 'הרגיל' שתחת ידינו, כפי שאפרט.

על הקושי להבחין בין התווית מדיניות לביצוע אופרטיבי

30. כאמור, חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), סבור כי "על אף החשיבות שבהבטחה כי המשטרה תפעיל את סמכויותיה בשטח באופן מקצועי וללא התערבות פוליטית, לשונו של התיקון לא הציבה מגבלה כלשהי – פרוצדורלית או מהותית – על שיקול דעתו של השר, אשר תעלה כדי ערובה ממשית שתמנע מראש את התערבותו בשיקול הדעת האופרטיבי של המשטרה" (פס' 140 לחוות דעתו). חברי מציין אמנם את הערובות הקיימות בסעיף להתמודדות עם חשש זה – החובה לפרסם את המדיניות וכן חובת הדיווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת – אולם סבור כי אין בהם די, שכן הן פועלות בדיעבד בלבד. חשש זה, סבור חברי, מוליך לפגיעה חוקתית בזכויות אדם, שכן עצם קיומו של "פתח" להתערבות פרטנית – והחשש הנלווה לחדירתם של שיקולים זרים – פוגע בזכויות, כאשר "גם במצב דברים שבהם המשטרה לא שקלה בפועל שיקולים

פוליטיים, עצם האפשרות לחדירתם של שיקולים אלה, עלולה להטיל צל כבד על כל פעולותיה – ובהתאם נפגע כבוד האדם" (פס' 120 לחוות דעתו).

31. אתיחס תחילה לטענת חברי לפגיעה בזכויות, כפועל יוצא של פוטנציאל ההתערבות של השר במישור האופרטיבי. בנקודה זו, אני שותפה לניתוח החוקתי של חברי; דומה שטמונה בו הרחבה של מושג הזכות החוקתית. כנקודת מוצא, שותפה אני לגישת חברי, הנשענת על ההלכה שנקבעה בעניין המרכז האקדמי, באשר לזיקה האפשרית בין מידת הלגיטימציה של הפעלת כוח ריבוני, לבין קיומה של פגיעה בזכויות אדם. פגיעה מעין זו, נכללת אף היא תחת הוראת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעניין המרכז האקדמי נקבע כי אדם שנפגעה זכותו כתוצאה מהפעלת כוח ריבוני, סופג פגיעה נוספת, עצמאית, מקום בו מתערערת הלגיטימיות שביסוד הפעלת הכוח. נזכיר כי באותה פרשה נדרש בית משפט זה לשאלת חוקתיותו של דבר חקיקה שאפשר הקמת בתי סוהר בניהול פרטי. נקבע, בתמצית, כי "עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית של אסיר, שהגוף האחראי לכליאתו הוא תאגיד פרטי המונע משיקולים כלכליים של רווח והפסד, היא מעצם טיבה רבה יותר בהשוואה לעוצמת הפגיעה באותה זכות של אסיר שהגוף האחראי לכליאתו הוא גוף ממשלתי שאינו פועל משיקולים דומים" (עניין המרכז האקדמי, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה בייניש); פגיעה יתרה זו, כך נקבע, נושאת אופי עצמאי, והיא נדרשת לעמוד באמות המידה של פסקת ההגבלה.

32. חברי מ"מ הנשיא (בדימ') מבקש להקיש מהתם להכא; דא עקא, אני סבורה כי בין המקרים ישנו הבדל ממשי, המחייב הבחנה ביניהם. בעניין המרכז האקדמי, אפשרות חדירתם של שיקולים זרים להפעלת הסמכות המינהלית, נבעה מכך שסמכות הכליאה – הכרוכה בפגיעה בחירות – ניתנה בידי גוף פרטי שתכליתו, הנובעת מעצם הגדרתו, היא להשיא רווחים כלכליים. דבר החקיקה שנדון באותה פרשה, אפשר אפוא הפעלת סמכות מינהלית בידי גורם המונע באופן אינהרנטי משיקולים הזרים להפעלת הסמכות, מצב דברים שמהווה, כשלעצמו, פגיעה בכבוד האדם של האסירים. ומשכך, נמצא כי דבר החקיקה מתיר פגיעה בזכויות יסוד:

מקור הפגיעה בזכות החוקתית [...] טמון, אפוא, במהות ובמהות הגוף שלו הוקנו הסמכויות לפגוע בחירויות הכרוכות בניהולו ובהפעלתו של בית סוהר [...] פגיעה בכבוד האדם תיתכן גם כפגיעה "עצמאית", וזאת כאשר מעשה מסוים שנעשה או מוסד מסוים שהוקם אינם פוגעים לכשעצמם בזכויות אדם אחרות, אך עצם עשייתם

או קיומם מבטא מבחינה חברתית יחס של חוסר כבוד
לפרט ולערכו כאדם (פסקאות 30 ו-38 לפסק דינה של
הנשיאה בייניש).

33. משם ועד לענייננו – רב המרחק; התיקון שלפנינו מפקיד סמכות בידי הגורם המתאים ביותר להחזיק בה: הסמכות להתוויית מדיניות המשטרה, בידי השר המפקד על גוף זה. זאת, כאשר נקודת המוצא היא שבמסגרת הפעלת סמכותו של השר "נסוגה הפונקציה הפוליטית מפני הפונקציה המינהלית" (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 428, 404 (1993) (להלן: בג"ץ 3094/93)). הנה כי כן, ככל שישנו חשש מפני "זליגה" של שיקולים זרים, הדבר אינו נגזר מתוכנו של סעיף 8ג; שר שיפעיל שיקולים מעין אלו במסגרת תפקידו, לא יפעל מכוח סעיף 8ג – אלא בניגוד לאמור בו.

34. אכן, דברי חקיקה רבים מפקידים בידי גורמים מינהליים סמכויות שונות ומגוונות. עם הענקת הסמכות, ולצורך הפעלתה, נמסר לגורם המוסמך גם שיקול דעת (יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי – כרך א' 558 (2022)). מציאות זו מאפשרת, מיניה וביה, "פתח" להפעלת שיקולים זרים; אולם – כפי שהעיר חברי, השופט א' שטיין, כל עוד לא ניתן להראות כי החוק עצמו מונה שיקולים זרים בין המוזמנים לבא בפתחו, לא ניתן לייחס לו פגיעה בזכות חוקתית. זאת, חרף ההיתכנות הפוטנציאלית ל-'הסתננות' של שיקולים זרים לאותו פתח. אכן, 'לפתח חטאת רובץ', ועל כן מופקדים עליו שומרים: כללי המשפט המנהלי, שתכליתם להבטיח שקילת שיקולים רלבנטיים וענייניים. הביקורת במקרים שבהם מופעלים שיקולים זרים שלא הותרו במסגרת החוק המסמך, תיעשה אפוא במישור המינהלי – לא בזה החוקתי.

35. ביישום הדברים על ענייננו, לא עלה בידי העותרים להראות כי סעיף 8ג, כשלעצמו, מתיר את חדירתם של שיקולים זרים לעבודת המשטרה. לפיכך, כאמור, לא מצאתי אפוא יסוד לטענה כי סעיף 8ג פוגע בזכויות חוקתיות. ודוק, איני מתעלמת מהקשיים שמעורר חברי, מ"מ הנשיא (בדימ') פוגלמן, בחוות דעתו, אולם לקשיים אלה – שאני שותפה להם – ניתן לתת מענה, כפי שאבהיר להלן.

ערוכות להבחנה בין התוויית מדיניות להתערבות אופרטיבית

36. כאמור, החשש עליו עמד חברי מ"מ הנשיא (בדימ'), בדבר 'גלישה' משדה המדיניות לזירת הביצוע האופרטיבי, בין במכוון ובין בהיסח הדעת, נעוץ כאמור בקושי

המובנה להבחין באופן בהיר בין פעולה של התווית מדיניות כללית, לבין התערבות בעלת אופי אופרטיבי. אולם, לצד ההכרה בקושי, אני סבורה – כפי שעמדו על כך חבריי בחוות דעתם – כי עומדים לרשותנו מספר מנגנונים שנועדו למנוע זליגה בין התווית מדיניות כללית לבין התערבות אופרטיבית, התומכים את קירות החיץ שבין קביעת עקרונות כלליים, לבין יישומם הפרטני; אלו, משמשים מעין בטוחות, שגם אם אינן הרמטיות, יש בהן כדי להפחית מהחשש האמור במידה לא מבוטלת.

37. ראשית, נזכיר כי סעיף 88 עצמו קובע שני מנגנונים התורמים לשקיפות עבודת השר בקשר לקביעת מדיניות. האחד – חובת דיווח של השר לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת על המדיניות שהתווה; השני – חובת השר לפרסם את המדיניות שהתווה באתר האינטרנט של המשרד לביטחון פנים. מנגנונים אלו, מהווים יישום של המלצת ועדת צדוק, שהתייחסה באופן ישיר לחשש בו אנו עוסקים: "אחת הדרכים להבטיח כי כוחו של השר להתוות מדיניות איננו מנוצל לרעה לצרכים של אירוע ספציפי הינה שקיפות של החלטות המדיניות. במילים אחרות, הוראות בעלות חשיבות עקרונית שנותן השר למטרה צריכות להיות ידועות לציבור, על-מנת שיעמדו לביקורתו של הציבור" (ועדת צדוק, עמ' 48). ואכן, "פרסומם של הכללים חושף אותם, ובכך את הרשות, לביקורת ציבורית ואף שיפוטית, אשר יכולה להוביל לשיפור מתמיד בדרך תפקודה של זו האחרונה" (בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר, פ"ד נג(5) 193, 199 (1998); ראו גם: דפנה ברק-ארז המשפט המינהלי – כך א' 235-239 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

38. שנית, על השר מוטלות כל העת החובות הנגזרות מכללי המשפט המנהלי. כפי שנקבע וחזר ונשנה בפסיקת בית משפט זה:

שר המסב לשולחן הממשלה כנציג של מפלגה או של תנועה ממלא בכך, ללא ספק, פונקציה פוליטית [...] אולם, לדעתי, בעת שהוא ממלא את תפקידו המינהלי, אם כשר ואם אפילו כסגן שר, כמי שמופקד על משרד ממשלתי ומכוון את עשייתו, נסוגה הפונקציה הפוליטית מפני הפונקציה המינהלית, שיש עמה כללי התנהגות משלה. בעת שהוא ממלא פונקציה זו, נתון הוא לביקורת בית המשפט הגבוה לצדק, שעה שהוא נקרא לעשות כן (בג"ץ 3094/93, עמ' 428; ראו גם: יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כך א' – המנהל הציבורי 429 (2010)).

בכלל החובות המנהליות המוטלות על השר, נמנית גם החובה להניח תשתית עובדתית נאותה בטרם קבלת החלטה, כמו גם שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים; וככובד-משקל ההחלטה – כך נטל איסוף החומרים והנתונים הרלבנטיים (ברק-אד, 447). ביישום הדברים לענייננו, כאשר השר שוקד על גיבוש נושא עקרוני כמו הנחיית מדיניות עבור משטרת ישראל – ברי כי הוא יידרש להניח תשתית עובדתית מוצקה, ולצורך כך, להיוועץ בגורמי מקצוע, ובהם המפכ"ל. ממשק זה שבין השר לגורמי המקצוע – והמפכ"ל בפרט – מהווה הזדמנות לחדד את סוגיית הגבולות שבין קביעת מדיניות לבין התערבות אופרטיבית, ולהבטיח כי לא קרב זה אל זה.

39. לצד בטוחות אלה, חבריי שפכו אור פרשני על ההבחנה שבין פעולה במישור המדיניות הכללית לבין התערבות במישור הביצוע האופרטיבי. זאת משעה שהמחוקק נמנע מכך ולא שעה לעצת ועדת צדוק שקראה "להגדיר בחוק את ההבחנה בין סוגיות עקרוניות של ממש לבין עניינים ספציפיים שיינתן להם לבוש של סוגיות עקרוניות" (שם, עמ' 48). ויובהר – אני סבורה כי בחירת המחוקק להימנע מכך עולה כדי פגם חוקתי. אין זה נדיר שאנו נדרשים למונחים בעלי שולי עמימות, הטעונים פרשנות; "כל הוראה חקוקה כוללת בתוכה, כדבר טבעי ומובן מאליו, האצלה של סמכות הפירוש לבית המשפט" (בג"ץ 73/85 סיעת 'כך' נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 153 (1985)). מכל מקום, מקובלים עלי, ככלל, אמות המידה המוצעות בחוות הדעת של חבריי, מ"מ הנשיא (בדימ') (פס' 143 לחוות דעתו), השופט סולברג (פס' 42 לחוות דעתו), והשופט כשר (פס' 25 לחוות דעתו) הדומות במהותן. מבלי להתיימר להציג הבחנה ממצה, וברוח ההגדרות שהציעו חברי, אומר כי הוראת מדיניות חלה ככלל על מספר רב של מקרים ואירועים; היא צופה פני עתיד; ותחולתה נושאת אופי קטגורי, כלומר – היא ניתנת מאחורי 'מסך בערות' בנוגע לזהותם של הפרטים, האירועים והמקרים הקונקרטיים עליהם תחול. לעומת זאת, הוראה אופרטיבית חלה ככלל על קבוצת מקרים מצומצמת; היא עוסקת בהווה או באירוע עתידי צפוי; והיא נושאת אופי קונקרטי, קרי: היא ניתנת על יסוד מודעות לזהותם של הגורמים עליהם תחול. אדגיש כי אמות מידה אלו, באות לדידי בגדר פרשנותה של התיבה 'מדיניות' שבתיקון לחוק, וזאת במובנה הפשוט והרגיל של מלאכת הפרשנות – "שימוש בכלי העבודה האינהרנטי שבידי בית המשפט – פרשנות החוק מתוכו ומלשונו" (בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל פס' 15 (28.5.2012) (להלן: בג"ץ 3809/08)).

40. לסיכום פרק זה, אני סבורה כי הערובות הנזכרות, בכוחן להפחית מן החשש כי השר ינצל את סמכותו בנושא קביעת מדיניות – לצורך התערבות פסולה בעניינים

פרטניים; ומכל מקום, וזה העיקר – התערבות פרטנית מעין זו אם תתרחש חלילה, לא תיעשה מכוח סעיף 8 – אלא תחתור תחתיו.

על הפרשנות המקיימת וגבולותיה

41. בטרם חתימת הדיון בסעיף 8 לפקודה, אבקש להעיר בקצרה על ה-"מתווה פרשני" שמוצע במסגרת חוות דעתו של חברי מ"מ הנשיא (בדימ'), שלדידו בכוחו להסיר את הפגמים שנמצאו בסעיף 8 לפקודה. בגדר מתווה זה – מלבד אמות המידה אותן ציין – מוסיף חברי להוראות סעיף 8 חובת היועצות עם המפכ"ל; קובע כי פרסום המדיניות בהתאם לסעיף 8(א) יהווה תנאי לתוקפה; ובכל הנוגע להתוויית מדיניות בקשר להפגנות ומחאות – אף מוסיף חובת היועצות עם היועצת המשפטית לממשלה. ברם, כפי שציין בין היתר חברי השופט כשר, מסופקני אם מתווה זה של חברי מ"מ הנשיא (בדימ') יכול לבא בגדר המונח 'פרשנות מקיימת'. כל מהלך פרשני, על מנת שיהא ראוי לשמו, טעון אחיזה בלשון החוק; דברים אלו יפים גם לגבי מהלך מסוג 'פרשנות מקיימת'. כפי שנזדמן לי לציין בעניין הסבירות, "מסלול זה של פרשנות מקיימת, אשר הינו "הפתרון המועדף ליישוב קשיים חוקתיים", יסודו בחזקת החוקיות, אשר בגדרה "בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית, צרה בהיקפה על חקיקת הכנסת, ובוחר במסגרתה לא את תבונתה של החקיקה אלא את חוקתיותה" [...] אם כן, כל עוד ניתן להעניק לדבר חקיקה פרשנות אפשרית מבחינה לשונית, אשר מתיישרת עם תכליותיו, ואינה שוללת את הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל, הרי שהדין מצווה אותנו לאמצה, כדי להימנע מהפעלת "נשק יום הדין" בדמות הכרזת בטלותו של החיקוק" (פס' 40 לפסק דיני; ההדגשה אינה במקור – י.ו.). קרי: המשמעות הניתנת לדבר חקיקה בגדרה של פרשנות מקיימת, צריכה 'להיחלץ' מבין האפשרויות הלשוניות הגלומות בו. המתווה של חברי, חורג מהגדרה זו, שכן אין בנמצא עיגון לשוני למהלך שננקט על ידו.

42. למעשה, דומה כי חברי נקט בסעד חוקתי מסוג שונה, הידוע בשם 'קריאה לתוך החוק' (Reading in). סעד מסוג זה טומן בחובו קשיים לא מבוטלים, מחמת אופיו היצירתי המאתגר את קו הגבול שבין השופט למחוקק. לא בכדי נקבע כי "זהו כלי חוקתי בעל אופי חריג, שבית המשפט עושה בו שימוש אך ורק במקרים נדירים, ובזהירות המתחייבת" (דנ"פ 1062/21 אורין נ' מדינת ישראל, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (11.1.2022)). איני סבורה כי המקרה שלפנינו בא בגדר מקרים חריגים ונדירים אלה.

אחר הדברים האלה, אפנה כעת לדיון בסעיף 8 לפקודה.

סעיף 8 – התוויית מדיניות בחקירות

43. סעיף 8 לפקודה מורה כדברים הללו:

(א) השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות.

(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מחובתה של משטרת ישראל לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ואין בהן כדי לגרוע מחובתה לפתוח בחקירה אם נודע לה על ביצוע עבירה כאמור בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

44. טענות העותרים בנוגע לסעיף זה – שלעיקרם מצטרפת היועצת המשפטית לממשלה – הן שתיים: ראשית, בדומה לסעיף 8ג, נטען כי סעיף זה לא כולל ערובות מספקות שימנעו מהשר להתערב הלכה-למעשה גם בחקירות פרטניות, ומכאן הפתח לחדירת שיקולים פוליטיים לתחום החקירות. שנית, נטען כי מתן סמכות בידי השר להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות – אף אם לא 'תגלוש' להתערבות פרטנית – עשויה להביא למצב שבו המדיניות שתיקבע על ידו, לא תעלה בקנה אחד עם מדיניות ההעמדה לדין שנקבעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה; מצב דברים זה, עשוי להביא לחקירות ללא-תוחלת באופן שהפגיעה הנלווית להליכי החקירה תיעשה שלא לתכלית ראויה.

45. אקדים ואומר שאין בידי לקבל את הטענה הראשונה, כפי שאבהיר להלן. שונים הם פני הדברים ביחס לטענה השנייה; לדידי, ההסדר שנקבע בסעיף אכן יוצר קושי ממשי, באשר הוא מאפשר 'לנתק' את הזיקה שבין שלב החקירה לבין שלב ההעמדה לדין, באופן שמאפשר פגיעה בזכויות חוקתיות – פגיעה שנדרשת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

46. לשונו של סעיף 78 משמיעה לנו כי הוא אינו מקנה לשר סמכות להתערב בחקירות פרטניות: "השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים". הפרשנות התכליתית הסובייקטיבית מוליכה אף היא למסקנה זוהי; כך מופיע בדברי ההסבר להצעת החוק: "הוראה זו היא אימוץ של המלצות ועדת צדוק בנושא, שכאמור הבחינה בין מעורבות השר בחקירות פרטניות, שאותה שללה מכל וכל, ובין סמכותו העקרונית לקבוע מדיניות כללית, לאחר התייעצות עם יתר גורמי אכיפת החוק".

ברוח דומה הבהיר יוזם הצעת החוק, חבר הכנסת (דאז) א' בן גביר, את המגבלה המוטלת על סמכות השר להתערב בענייני חקירה פרטניים, שחורגים מקביעת מדיניות:

אני הכנסתי לתוך החוק סעיף מפורשות שמדבר בצורה הכי מפורשת על סייג שאומר שלשר אין אפשרות להתערב בתיק ספציפי כזה או אחר, לפתוח בחקירה, לסגור חקירה, להורות כל מיני הוראות כאלה. יחד עם זאת, כמו שחזרתי ואמרתי, ומי שהיה כאן בדיונים שמע את הציטוטים שציטטתי מוועדת צדוק, שכותבת שיש צורך שהשר יקבע מדיניות בתחום חקירות (פרוטוקול הוועדה המיוחדת מיום 15.12.2022, עמ' 315).

דברים אלו עולים בקנה אחד גם עם תכליתו האובייקטיבית של הסעיף. ברי כי התערבות של דרג מיניסטריאלי בניהולן של חקירות ספציפיות, לא עולה בקנה אחד עם עקרונות של שלטון החוק ושוויון בפני החוק. מסקנתי היא אפוא, כי סעיף 78, הן על-פי לשונו, הן על-פי תכליתו – זו הסובייקטיבית וזו האובייקטיבית – אינו מסמיך את השר להתערב בחקירות פרטניות. על כן, דין הטענה הראשונה של העותרים בהקשר זה להידחות.

47. לצד זאת, אני סבורה כאמור כי יש ממש בטענה השנייה של העותרים, שלפיה מתן סמכות בידי השר להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות – אף אם לא 'תגלוש' להתערבות פרטנית – עשוי להביא למצב שבו המדיניות שתקבע על ידו לא תעלה בקנה אחד עם מדיניות ההעמדה לדין שנקבעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה; לכך אפנה כעת.

48. ניתן לדמות את ההליך הפלילי לגוף מרובה חוליות, המוליכות זו אל זו במעין שרשרת. ביטוי מובהק לכך, מצוי בסדר ובמבנה של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החדס"פ). ראשיתו של ההליך הפלילי בחקירת חשד לביצוע עבירה (סעיף 59 לחסד"פ). שלב זה כולל את איסוף החומר הראייתי הרלבנטי לצורך העברתו לגורמי התביעה האמונים על החוליה הבאה בשרשרת – שלב ההעמדה לדין. בשלב זה, נבחנים חומרי החקירה על מנת לבחון האם יש בהם די לצורך העמדה לדין, בכפוף לסמכות לבחון האם הנסיבות בכללותן מתאימות לכך (סעיף 62(א) לחסד"פ). החוליה הבאה היא ניהול המשפט (סעיף 95 לחסד"פ), שבסופו מוכרע הדין, ובמידת הצורך – נגזר הדין (סעיפים 182 ו-193 לחסד"פ, בהתאמה).

49. ענייננו ביחס בין שתי החוליות הראשונות – החקירה וההעמדה לדין. כאמור, תכליתו של שלב החקירה הוא איסוף החומר ומסירתו לגורמי התביעה לצורך הכרעה בשאלת העמדה לדין. שלב החקירה נועד אפוא לשרת את זה שאחריו, ואין לו תכלית עצמאית מלבד זו; מדובר באבן מאבני היסוד של ההליך הפלילי. בידוע, כי ככלל, שלב החקירה כרוך, מטבע הדברים, בפגיעה בזכויות. כפי שהיטיב לתאר י' קדמי, "כל חקירה, ותהא זו ההוגנת והסבירה מכולן, מעמידה את הנחקר במצבים מביכים, מכבידה עליו, מחטטת בצפונותיו, חודרת לפני ולפנים של ציפור נפשו ויוצרת אצלו לחצים נפשיים חמורים" (י' קדמי על הראיות כרך א' 52 (2009); וראו גם: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פס' 23 לפסק דינה של השופטת בייניש (4.5.2006); בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, נג(4) 829, 817 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי)). אכן, ביצוע חקירה כרוך לעיתים קרובות בפגיעה בפרטיותו של הנחקר, בשמו הטוב, לעיתים גם בחירותו. התכלית הראויה שביסוד ההצדקה לפגיעה זו בזכויות נחקרים, היא האפשרות כי הממצאים שנאספו במסגרת הליך פוגעני זה – ישרתו את שלב ההעמדה לדין (הוועד הציבורי, 835); ממילא, בהעדרה, נשמטת הקרקע תחת הצדקת הפגיעה בנחקרים, וביצוע החקירה מאבד מהלגיטימיות שלו.

50. עוד מיסודות ההליך הפלילי בשיטתנו – הסמכות הנתונה ליועץ המשפטי לממשלה לגבש מדיניות בדבר העמדה לדין. ביסודה של הענקת סמכות זו ניצבת ההכרה במומחיות היועץ, ובנקודת המבט הרחבה, הרב-תחומית, העומדת לרשותו – הן בעולם הדין, הן בעולם המעשה:

"אשר לבחינת שיקולי המדיניות המצדיקים העמדה לדין פלילי – ידו של היועץ המשפטי לממשלה על העליונה, שכן תחום זה נמצא בליבת מומחיותו ובגדר סמכותו. [...] סמכות זו קשורה בטבורה לעיסוקו השוטף של היועץ המשפטי לממשלה, ולרוחב היריעה הנפרשת לפניו, ולפני הכפופים לו, במסגרת תפקידם. היועץ המשפטי לממשלה אמון על אחת מזרועותיה של הרשות המבצעת, וככזה הוא פועל אל מול רשויות מינהל שונות, אשר פועלות עמו מצידן בתיאום, מיידעות אותו ומעדכנות אותו בנעשה במרחבי עשייה מגוונים. המידע הרב שמועבר אליו, מעמידו על הצרכים השונים העולים ונובעים מן השטח – מן העבר האחד; ועל משמעויות החלטותיו, והשלכותיהן – מן העבר השני. היועץ המשפטי לממשלה מנהל שיח מתמיד עם הרשות המחוקקת, במסגרת דיונים שמתקיימים בנוכחותו, או בנוכחות נציגיו – בוועדות הכנסת השונות. באמצעות שיח זה, קשוב היועץ המשפטי לצרכי השעה ולרחשי הציבור; הן בשגרה, הן בצוק העיתים [...] תמונת הרוחב הנפרשת לפני היועץ המשפטי לממשלה, מאפשרת לו לגבש מדיניות של העמדה לדין, תוך מתן משקל הולם לצרכי השעה" (בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 26 לפסק דינו של השופט סולברג (28.10.2019)).

51. על רקע מושכלות יסוד אלו, וכפי שציינו חבריי (מ"מ הנשיא (בדימ'), והשופטים גרוסקופף ו-כשר), מתבהר מאליו הצורך בקיומה של הלימה בין מדיניות החקירה, לבין מדיניות העמדה לדין. ניתוק הזיקה בין שתי חוליות אלו, מאפשר מצב דברים בלתי-נסבל, שבגדרו יימצא אדם נחקר מבלי שלחקירתו תהיה תוחלת במישור התביעה. הסדר המאפשר 'נתק' מעין זה – חקירה ללא אופק של העמדה לדין – מעקר את התכלית הראויה שביסוד סמכויות החקירה. ההצדקה לפגיעות הנלוות כאמור להליכי חקירה – בפרטיות, בשם הטוב, בכבוד ובחירות – נשמטת (וראו בחדושי הר"ן (ר') ניסים גירונדי) בנוגע לסמכויות מעצר: "אם לא באו העדים לפנינו, אינו בדין לחבשו ולבזותו חנם" (סנהדרין נו, א; דבריו נאמרו על מעצר ללא תשתית ראייתית, ואולם ברי כי החשש לפגיעה 'חינם' – הן בחירות ('לחבשו') הן בכבוד ('לבזותו') – מתקיימת ביתר שאת בהעדר פוטנציאל העמדה לדין)).

52. ואכן, עובר לתיקון ולחקיקת סעיף 8ד, ניתן היה להצביע על 'גשר' שהביא להלימה והרמוניה בין מדיניות השר בנוגע לחקירות, לבין מדיניות היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להעמדה לדין (יוצאת אני מנקודת הנחה כי סמכות זו אכן הייתה נתונה בידי השר גם בנוגע לחקירות, בהתאם להמלצת ועדת צדוק); גשר זה בא לידי ביטוי

בחובה המוטלת על השר להיוועץ ביועץ המשפטי לממשלה בטרם יגבש מדיניות הנוגעת לחקירות, שמקורה בכללי המשפט המנהלי (בג"ץ 5303/16 גרמן נ' שר הבריאות, פס' 14 (13.11.2018)).

יתירה מכך, הלכה מושרשת היא כי "המשקל של עמדת הגוף המייעץ תלוי בנסיבות המקרה. בין השאר הוא תלוי במהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית של החוק המסמך, במעמד ובמומחיות של הגוף המייעץ" (זמיר, 1217). עוד נקבע כי לעיתים – בכפוף למהות העניין הנדון ולמומחיות הגוף המייעץ – יידרש נימוק כבד משקל על מנת להצדיק סטייה מעמדת הגוף המייעץ (בג"ץ 8976/08 הקרן לרווחה לנפגעי השואה בישראל נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסים, פס' 21 (20.8.2009); זמיר, 1217-1218).

53. על יסוד הדברים הללו, ברי כי בכל הנוגע לגיבוש מדיניות הנוגעת לכל שלב משלבי ההליך הפלילי – ובפרט בנוגע לחקירות ולקביעת סדרי עדיפויות לגביהן – הטיית מלא האוזן ליועצת המשפטית לממשלה, בדרך של היוועצות תוך מתן משקל ממשי לעמדתה, מהווה תנאי לכשרותה של החלטת המדיניות במישור המנהלי. לא בכדי המליצה ועדת צדוק – שיוזמי הצעת החוק טענו שוב ושוב כי לא באו אלא ליישם את האמור בה – כי השר יהא "רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי העדיפויות העקרוניים, אך זאת בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה".

54. בשנים לב לחובת ההיוועצות האמורה, מוצאת אני קושי ממשי בהוראת סעיף 78 לפקודה, המאפשרת לשר להתוות מדיניות בענייני חקירות, "לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה" בלבד. הוראה זו, על פי לשונה ותכליתה, קובעת סטנדרט נמוך מזה שהיה נהוג עובר לתיקון – של חובת היוועצות עם היועץ המשפטי לממשלה.

55. יובהר, כי אין בידי לקבל את גישת חלק מחבריי, המבקשת לטשטש את הפער שבין 'שמיעה' ל'היוועצות'. מן הבחינה הלשונית, ברי כי למונחים אלו משמעות שונה; מסקנתי זו נשענת על שני יסודות: ראשית, בשפה העברית ישנן מגוון מילים לתיאור תקשורת בין-אישית, כאשר השימוש במונח 'שמיעה' ונגזרותיו, מכון ככלל לרובד הבסיסי ביותר של קליטת נתונים. כך למשל, בניגוד ל-'האזנה' שמקורה האטימולוגי בהטיית אוזן (ראו למשל: אבן עזרא דברים לב, א – "מלת האזינו מגזרת און, כאילו אמר: הטו און"); ול-'הקשבה' שפירושה "שמיעה מְכַפֶּזת [...] תשומת לב לנאמר" (אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן ומעודכן לשונות האלפים, ערך 'קָשֶׁב' (משה אזר

עורך ראשי, 2003; להלן: אבן-שושן); וראו: "להקשיב לחכמה אונן; תטה לבך לתבונה" (משלי ב, ב), 'שמיעה' מתפרשת בדרך כלל כסבילה – "חישת וקליטת קולות באזניים" (אבן שושן, ערך 'שְׁמִיעָה'); וראו בדברי הרב יונתן זקס "ישנו גם הבדל בין שמיעה להקשבה [...] השמיעה סבילה, ואילו ההקשבה פעילה. כדי לשמוע אין צורך להתרכז – אך ההקשבה דורשת ריכוז" ("הסכת ושמע" אני מאמין – קריאות חדשות בפרשת השבוע 222 (2024).

56. שנית, וכאן עיקר – משמעותו 'המוחלשת' של המונח שמיעה, בולטת על רקע חובת ההיוועצות הקיימת באותו סעיף ממש, ביחס למפכ"ל המשטרה. ברי כי סמיכות זו מלמדת על סטנדרט נמוך מזה שמיוחס בשיטתנו למונח 'היוועצות'. ודוק: אין כוונתי שהמונח שמיעה – הן במובנו הכללי, הן במובנו המשפטי – פירושו נפש אטומה מלקלוט; מונח זה משמש אותנו בשדות משפט מגוונים, כמו בזכות השימוע, וברי כי הוא מניח קיומה של נפש חפצה. דבריי כאן נאמרים על רקע הקשר: חלופה מודעת להיוועצות הקיימת בדין הכללי ובסעיף הקונקרטי – שמחדדת את חולשתה המכוונת של חובת השמיעה שמבקש המחוקק לקבוע בסעיף הנידון.

57. מלבד ההיבט הלשוני, גם פרשנות סובייקטיבית מחייבת את המסקנה שכוונת המחוקק הייתה לעגן חובה חלשה מזו של 'היוועצות'. מסקנה זו מתחדדת על רקע האלטרנטיבה שהונחה לנגד יוזמי החוק: חובת ההיוועצות עליה המליצה ועדת צדוק בטרם יקבל השר החלטה הנוגעת למדיניות בתחום החקירות. כפי שציין חברי מ"מ הנשיא (בדימ'), עיון בהליכי החקיקה מלמד על כוונה מוצהרת של יוזם הצעת החוק, חבר הכנסת (דאז) א' בן גביר, לסטות מהמלצה זו ו'לשנמך' את הדרישה מהשר בהיבט זה, ומחמת חשיבותם אביא שוב את הדברים:

אני חייב לומר שהמושג התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה בענייני חקירות קצת מטריד אותי, משום שלצערי, התפיסה של היועץ המשפטי לממשלה היום – ואני לא דווקא מאשים את היועצת הזאת, זו התפיסה במשרד המשפטים – שהתייעצות הופכת להיות בהרבה מאוד מקרים קבלת הוראה. אני מאלה שחושבים, ולדעתי, כך גם רוב חברי הכנסת כאן, גם אלה שלא מודים בכך, שעם כל הכבוד וההערכה לפקידי הציבור, למשנים ליועמ"שית, ליועמ"שית עצמה – ויש לי הערכה, הם אנשי ציבור, משקיעים שעות, ימים, לילות. אבל אני סובר שבסוף ההחלטה צריכה להיות של הדרג שנבחר. זו דעתי (פרוטוקול הוועדה המיוחדת מיום 14.12.2022, עמ' 27; הדגשה אינה במקור – י.ו.).

58. אדגיש, כי איני מוצאת פגם חוקתי מעצם בחירת המחוקק לסטות מהמלצות ועדת צדוק, על שלל רכיביה; הפגם מצוי בתוצאה אליה מוליך סעיף 8ד – הסמכות הניתנת לשר להתוות מדיניות כללית בענייני חקירות, במנותק ממדיניות ההעמדה לדין הנקבעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה. עיגון חקיקתי של חובת 'שמיעה' על פני חובת ההיוועצות המינהלית בהקשר זה, פירושה מתן משקל נמוך לעמדת היועצת. כפי שעולה מהדברים שצוטטו לעיל, יוזם הצעת החוק חשש מהמשקל הרב שהשר עשוי להידרש לתת לעצה שתתקבל; אכן, כפי שצינתי, ההלכות הנוגעות לחובת ההיוועצות דורשות לעיתים מתן משקל ניכר לעצתו של גורם המחזיק במומחיות מיוחדת, בפרט כאשר על הפרק פגיעה אפשרית בזכויות אדם – עד כדי דרישה להצביע על נימוק כבד משקל להצדקת הסטייה מעמדת הגוף המייעץ. מהציטוט שלעיל נמצאנו למדים, כי יוזם הצעת החוק ביקש במפגיע להשתחרר מחובה מינהלית זו, שנראית בעיניו כובלת יתר על המידה, ולאמץ סטנדרט שונה, חלש יותר, 'משונמך' כאמור. לדידי, ניסיון לצקת תוכן אחר לחוק – חוטאת לכוונת המחוקק.

59. ענייננו אפוא בסמכות שהתיקון מבקש להעניק לשר: הסמכות לקיים מדיניות חקירות עצמאית, המנותקת ממדיניות ההעמדה לדין הנקבעת על ידי היועצת, כאשר הוראת החוק מבקשת במפגיע לעקור את מנגנון ההיוועצות הקיים במשפט המנהלי, שבכוחו לשמש 'ראש גשר' בין שתי הסמכויות. תוצאה זו נותנת אפוא בידי השר סמכות הפוגעת בזכויות חוקתיות של נחקרים, זכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

60. עוד אוסיף, כי לא מצאתי שסעיף 8ד(ב) – המפנה לחקיקה שעניינה בסמכויות המשטרה בנוגע לחקירות – יש בו לרפא את הפגם האמור; ככלל, מקום שבו נמצא כי חקיקה ראשית שהעניקה סמכות לוקה בפגם חוקתי, מסופקני אם די להראות כי 'במורד' ההיררכיה המנהלית ישנו גורם נוסף בעל שיקול דעת, על מנת ליטול את עוקצה של אותה פגיעה. למשטרה אכן נתון שיקול דעת בהתאם להסמכה שהוענקה לה בסעיף 59 לחסד"פ, וייתכן שיהיה בכך כדי לאפשר את 'סיכול' הפגיעה במישור המעשי; אולם לדידי, לא די בכך כדי להותיר על-כנו דבר חקיקה המקנה לגורם הממונה סמכות שפוגעת בזכויות אדם.

61. משנמצא כי תיקון 8 לפקודה פוגע בזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש להמשיך ולבחון את עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). חברי מ"מ הנשיא סקר בחוות דעתו את תנאיה של פסקת ההגבלה ואיני רואה צורך לשוב ולפרוט באריכות את מבחניה השונים (ראו גם, מיני רבים: בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פס' 56 לפסק דינה של הנשיאה חיות (9.6.2020)). מצטרפת אני לדבריו גם במישור היישום, בנוגע למבחן החוקיות ("בחוק") וההתאמה לערכי מדינת ישראל.

62. באשר למבחן התכלית הראויה; לכאורה, תכליתו של סעיף 8 היא לעגן את סמכות השר להתוות מדיניות בתחום החקירות – תכלית שביסודה משרתת מטרה חשובה; כפי שכבר ציינתי, לעצם מעורבות השר בעבודת המשטרה בדרך של התווית מדיניות יש יתרונות רבים: לגיטימציה דמוקרטית, אחריותיות, פיקוח וריסון. במישור העקרוני, הדברים יפים גם בנוגע לתחום החקירות, כפי שאף עולה ממסקנות ועדת צדוק.

ברם, דומה כי על רקע תיקון 37 בכללותו – וכפי שעולה מהתחקות אחר תכליתו הסובייקטיבית של התיקון כמובהר לעיל – ביסודו של סעיף 8 מונחת תכלית דומיננטית יותר, שעניינה בשינוי מכוון של כללי המשפט המנהלי החלים על השר בעת שמגבש מדיניות בענייני חקירות, ובאופן ספציפי – בנוגע לחובתו להיוועץ ביועצת המשפטית לממשלה (לקיומן של תכליות משולבות בדבר חקיקה אחד, ולצורך להיזקק לתכלית הדומיננטית מביניהן, ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 56 (11.5.2006); אהרן ברק, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כרך ד - הביקורת השיפוטית, עמ' 1875-1878 (2023)). המסקנה כי זוהי למעשה תכליתו העיקרית של סעיף 8, נלמדת גם מבחירת המחוקק לייחד סעיף ספציפי לסמכות השר להתוות מדיניות בתחום החקירות, חרף לשונו הרחבה של סעיף 8 אשר יכולה הייתה בנקל להתפרש, על פי פשוטה, גם על תחום זה. על רקע האמור, דומה כי בחירת המחוקק 'לחלץ' את תחום החקירות ולייחד לו סעיף נפרד – סעיף 8 – לא באה אלא לצורך 'החידוש' בדבר חובת שמיעת היועצת, חלף חובת ההיוועצות עמה מכוח כללי המשפט המנהלי שנהגה ערב התיקון (ואיני סבורה כי חובת ההיוועצות במפכ"ל שגם היא עוגנה בסעיף זה, יש בה לשנות ממסקנה זו, שכן אף חובה זו הייתה קיימת עובר לתיקון מכוח הכללים האמורים).

זאת יש להדגיש – במבט ראשון ניתן היה לטעון כי ייחודיות תחום החקירות לפי סעיף 8 נעוצה דווקא בחיזוק הערובות שמוטלות על השר, וזאת ביחס לערובות המוטלות עליו בעת גיבוש מדיניותו בשאר תחומי עיסוקה של המשטרה. כך, לעומת סעיף 8 אשר על פניו אינו כולל רסנים כלשהם על השר, סעיף 8 קובע חובת היוועצות עם המפקח"ל ו-"חובת שמיעה" של היועץ המשפטי לממשלה. אולם, בהתאם לאמור לעיל, מבט מעמיק יותר מגלה כי ההפך הוא הנכון – בעוד שבעת קביעת מדיניות בהתאם לסמכותו לפי סעיף 8 מוטלות על השר מכלול החובות בהתאם לדין המנהלי, ובכלל זה חובת היוועצות עם היועץ המשפטי לממשלה במקרים המתאימים (שכן זוהי ברירת המחדל שבדין), דווקא הוראת סעיף 8 פוטרת את השר באופן גורף מחובת ההיוועצות עם היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע לקביעת מדיניות בתחום החקירות. על כן, ברי כי תכלית חקיקת סעיף 8 הינה הנמכת החובות המנהליות החלות על השר, אשר היו כאמור רחבות יותר אילולא חוקק הסעיף כאמור [בהערת אגב אבהיר, כי האפשרות התיאורטית עליה הצבעתי, ללמוד על סמכות השר להתוות מדיניות חקירות מכוח סמכותו הכללית שבסעיף 8, הייתה בגדר האפשר רק אם הסעיף היה נחקק מראש לבדו; אולם משעה שבפועל המחוקק בחר להוציא את תחום החקירות מגדר סעיף 8 ולייחד לתחום זה את סעיף 8, אזי כפי שצינו חבריי השופטים גרוסקופף (פס' 34 לחוות דעתו) וכשר (פס' 17 לחוות דעתו), איני סבורה כי ניתן – בגדר התיקון כפי שנחקק בפועל – ללמוד על סמכות השר להתוות מדיניות בתחום החקירות, ישירות מסעיף 8 לפקודה].

63. הינה כי כן, תכלית זו, שעניינה ביטול מודע של חובת ההיוועצות עם היועץ המשפטי לממשלה – לא ניתן לראות בה תכלית ראויה המשרתת מטרה ציבורית חשובה. בהעדר תכלית ראויה לפגיעה בזכויות יסוד הגלומה בסעיף 8, דינו של סעיף זה – בטלות, וממילא אין צורך להוסיף ולהידרש למבחני המידתיות.

64. לצד האמור, ולמען הסר ספק, אוסיף כי גם אם אצא מנקודת הנחה כי התכלית הדומיננטית של סעיף 8 היא עצם עיגון הסמכות לשר להתוות מדיניות בענייני חקירות – כעין קטגוריה נפרדת מזו הכללית שעוגנה בסעיף 8 – אין בכך לשנות ממסקנתי הסופית. זאת משום שבמסגרת יישום מבחני המידתיות, מצרפת אני את דעתי למסקנתו של חברי מ"מ הנשיא (בדימ') פוגלמן, כי סעיף 8 לא צולח את מבחן המידתיות במובן הצר. כפי שכבר ציינתי, עיגונה של חובת שמיעה 'בלבד' פירושה מתן הכשר, הלכה למעשה, למציאות של נתק מובנה בין מדיניות המשטרה בעניין חקירות לבין מדיניות ההעמדה לדין, וממילא, לפגיעה חמורה בזכויות חוקתיות של נחקרים אגב ביצוע חקירות – בפרטיותם, בשמם-הטוב, בכבודם ובחירותם – כאשר אין בנמצא תכלית תביעתית

שתיתן תוחלת והכשר מוסרי ומשפטי לפגיעה זו. פגיעה קשה זו, עולה על התועלת הדקלרטיבית בעיקרה, לנוכח הניתוח המשפטי עליו עמדנו לעיל שבעיגון סמכות השר להתוות מדיניות חקירות.

65. מסקנתי היא אפוא כי סעיף 8 לא עומד בתנאי פסקת ההגבלה, ודינו להתבטל. אבהיר, כי אין בתוצאה אליה הגעתי כדי לשלול את סמכות השר להתוות מדיניות בתחום של חקירות, זאת, בהתאם לדין הנוהג ערב התיקון. ברם, אם יבקש השר להתוות מדיניות בתחום החקירות, ובכלל זה קביעת סדרי עדיפויות, הדבר ייעשה כפוף לחובות הכלליות המוטלות עליו מכוח כללי המשפט המנהלי – ולא פחות מכך.

לקראת סיום – על הליך החקיקה

66. טענות העותרים שעניינן בפגמים שנפלו בהליך חקיקת התיקון, לא נכללו בגדרי הצו על-תנאי שהוצאנו בהליך זה. לא מצאנו כי נחצה הרף הגבוה של פגיעה בעקרון ההשתתפות המגיעה כדי פגם היורד לשורש ההליך (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017)). עם זאת, קשה שלא לחוש אי-נחת בנושא זה. פתחתי את דברי ברגישות ובחשיבות הסוגיה שהונחה על שולחן הכנסת, במסגרת תיקון 37; נוכח כובד משקלה של הסוגיה, והעיגון התקדימי שלה בפקודה, ניתן היה לצפות כי הסדרתה תיעשה בדרך של 'בישול איטי': באורך-רוח, ביישוב-הדעת, ובמסגרת זמנים המאפשרת זימון כלל הגורמים הרלבנטיים, הקשבה והעמקה.

67. חרף זאת, אצה למחוקק הדרך. הצעת התיקון נהנתה מיחס מזורז, כך שהיא 'הצליחה' להגיע לישורת האחרונה, לדיון בוועדה המיוחדת לקראת קריאה שנייה ושלישית, כשהיא בת שבועיים ויום בלבד. חיפזון זה, ניתן לשער, פגם באיכות ההליך, אולי גם בתוצר הסופי. ניתן היה לצפות כי פקודת המשטרה – ובפרט תיקון 37 שביקש כאמור להגדיר עקרונות יסוד של משטר וממשל – יזכו להליכי חקיקה יעילים, אך מתונים, מקיפים ויסודיים. הדין הישראלי ואזרחי ישראל ראויים לכך.

68. סמכות בית משפט זה לפסול חקיקה ראשית של הכנסת, היא סמכות שראוי שהשימוש בה ייעשה במשורה, ובאופן מצומצם ככול הניתן. סעד של פסילת חוק יינתן ביד רועדת – ורק כמוצא אחרון, לאחר מיצוי המאמץ הפרשני ליתן לדבר החקיקה משמעות שתייתר את השימוש בסעד חריג זה. גישה זו, יסודה בעקרון הפרדת הרשויות והכבוד ביניהן, שראוי שיהיה, ואשר הינו – נר לרגלנו. אולם עקרון זה גם מורה לנו כי המאמץ הפרשני האמור אינו בלתי מוגבל; פרשנות שאינה מתיישבת עם לשון החוק – אף לא בדוחק – וחוטאת לתכליתו עד כדי "שיכתובו", יש בה כדי לפגוע במידה שאינה פחותה, ואף יתרה, בעקרון הכבוד וההפרדה בין הרשויות. במקרים אלו, שבהם המאמץ הפרשני לא צלח, והותרת החוק על כנו תביא לפגיעה קשה בזכויות אדם – לא יהיה מנוס מביטולו. כזה הוא המקרה שלפנינו.

אין לכחד: התוצאה אליה הגעתי, שלפיה יש לפסול את סעיף 8 לפקודה – קשה היא; אולם, אני סבורה כי כאשר החלופה לפסילתו של הסעיף היא פרשנותו באופן שאינו מתיישב עם לשונו ותכליתו, אזי סעד הפסילה – גם אם קשה הוא – הולם יותר את העקרונות עליהם עמדתי.

סוף דבר

68. מכל הטעמים האמורים, לו תישמע דעתי, נורה על דחיית העתירות בכל הנוגע לסעיפי התיקון השונים, מלבד סעיף 8 – אשר יש להורות על ביטולו, בהתאם לאמור בסעיף 65 לחוות דעתי.



יעל וילנר
שופטת

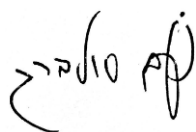
הוחלט פה אחד לדחות את העתירות לעניין ההוראה בדבר בטלותם של סעיפים 8ב, 8ג ו-9 לפקודה.

כן הוחלט בדעת רוב – ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן, ממלא מקום הנשיא יצחק עמית, השופטת יעל וילנר, השופט עופר גרוסקופף והשופט יחיאל כשר, כנגד דעתם החולקת של השופט נעם סולברג, השופט יוסף אלרון, השופט אלכס שטיין, והשופטת גילה כנפי-שטייניץ, להורות על בטלותו של סעיף 8ד לפקודה.

אשר על כן, העתירות מתקבלות באופן חלקי, במובן זה שיוכרזו על בטלותו של סעיף 8ד לפקודת המשטרה.

בנסיבות העניין, לא ייעשה צו להוצאות.

ניתן היום, ב' בטבת התשפ"ה (2.1.2025).



נעם סולברג
שופט



יצחק עמית
ממלא מקום הנשיא



עוזי פוגלמן
ממלא מקום הנשיא
(בדימ')



עופר גרוסקופף
שופט



יעל וילנר
שופטת



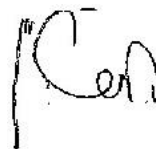
יוסף אלרון
שופט



יחיאל כשר
שופט



גילה כנפי-שטייניץ
שופטת



אלכס שטיין
שופט