

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 הרוות 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 דטטה); 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 ('פיסקת ההגבלה') נועד לקבוע את מידת ההגנה על הזכות, ואת 'גבולות הגזרה' של המחוקק והמגבלות המוטלות עליו כבואו 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 דטטה, 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 8 לפקודה – "כפיפות משטרת ישראל"

8. ב. (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 8א(א) לפקודה – "התווית מדיניות ועקרונות"

8א. (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.

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 – 'א' 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 8ד 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 החלטה מדינית 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 והתווית 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 וחד 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 שנותר 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 [...]". (עע"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 8 לפקודה – "התוויית מדיניות בחקירות"

78. ד. (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 קונקרטיה. 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 8(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 מקצועיות 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 קונקרטיה; "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 "התויות 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 8(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 הטיעונים 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 ומשוחררים 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 8(ב) לפקודה – פרסום המדיניות

8.ג(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 בכ"ג"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 דעתו)).

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).

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 ערביות 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 המתאיב 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 בזכות 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 שבעניינינו, 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 שמוכן 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 מותרת ברירה, לפי הנטען, אלא להורות על בטלותו. זאת, הגם שמילות החוק רחוקות מלהצדיק את חששות העותרים והמעייין 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. איני 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 דרסטי, 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 עודדנו 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 דין 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, נבחרי 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 שציינתי 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),