

סמכות במשפט הציבורי – חוקיות המנהל ורישיון לייסר

נדב דגן*

תקציר

מאמר זה עוסק בדרישת הסמכות במשפט הציבורי. הניתוח שבמרכזו מלמד כי סמכות במשפט הציבורי מושתתת על שני מעגלי הרשאה, שכל אחד מהם מחייב הסמכה בחוק וקביעה של ההסדרים הראשוניים על-ידי הכנסת. המעגל הראשון הוא הרשאה משפטית לרשות מנהלית לפעול בתחום עניינים מסוים. מעגל זה כולל הסמכה בחוק וגיבוש אמות-המידה העקרוניות להפעלת הסמכות על-ידי הכנסת בחקיקה ראשית. המעגל השני הוא הרשאה לפגיעה בזכויות-יסוד בתחום העניינים שהופקד בידי הרשות. מעגל זה כולל הסמכה מפורשת במילים ברורות וקביעת אמות-מידה עקרוניות, בהירות ומפורטות. הבנה שלמה של דרישת הסמכות היא חיונית לגיבוש תפיסה מושכלת של המשפט המנהלי ולפיתוחו.

הדיון המתמשך בפסיקה בסוגיה של ייסור נחקרים בשירות הביטחון הכללי זורה אור מיוחד על דרישת הסמכות ועל יסודותיה העיוניים. בשנת 1999 ניתן פה אחד פסק-דין, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, שקבע כי שיטות חקירה הגורמות כאב וסבל לנחקרים בשירות הביטחון הכללי אינן כדין. היה זה יישום הכרחי ומתבקש של דרישת הסמכות בפסק-דין זהיר, שמרני ומסויג. בחלוף כעשרים שנים מפסק-דין זה מסתמנת התחזקות של עמדה המתנערת מחוקיות המנהל. עמדה זו מתחדדת בשני פסקי-דין מן התקופה האחרונה. במאמר מבוררים שלושה

* עמית מחקר ומרצה מן החוק באוניברסיטת רייכמן ועמית הוראה באוניברסיטה העברית בירושלים. גרסה ראשונה של המאמר נכתבה כאשר המחבר היה עמית-מחקר בתר-דוקטורט במרכז מינרבה לשלטון החוק במצבי קיצון, אוניברסיטת חיפה. תודת המחבר נתונה למרדכי קרמניצר ולאיתמר מן על הערותיהם לגרסה מוקדמת של המאמר. תודה שלוחה גם למערכת מאזני משפט על העבודה המועילה ועל ההערות המפורטות.

מהלכים משלימים להשתחררות מחוקיות המנהל: ארגון ומיסוד של גרימת כאב וסבל לנחקרים ללא סמכות; הרחבה בלתי-מבוקרת של סייג הצורך לאחריות פלילית; וייחוס מעשים לא כדין לרשות המנהלית עצמה.

מבוא

- א. עקרון חוקיות המנהל בישראל – פתיח
- ב. רכיב ראשון של דרישת הסמכות במשפט הציבורי: הסמכה בחוק
- ג. רכיב שני של דרישת הסמכות: כלל ההסדרים הראשוניים בחקיקה ראשית
- ד. סמכותן של רשויות מנהליות בישראל – שני מעגלי הרשאה
- ה. פרשת הוועד הציבורי – הגשמה זהירה ושמרנית של חוקיות המנהל
- ו. פרשת אבו גוש – תאוצה של שחיקה בלומה
- ז. פרשת טביש – בואכה פריקת עול החוקיות
- ח. שלושה מופעים של אי-חוקיות המנהל
 1. מערך של הנחיה, הדרכה והתייעצויות בשירות הביטחון הכללי
 2. ללא סייג – צורך חובק-כל
 3. רשות מייסרת – ייחוס פעולה בלתי-חוקית לרשות מנהלית

נעילה

מבוא

מאמר זה עוסק בסוגיית הסמכות במשפט הציבורי. מוצעת בו תפיסה רחבה ובהירה של עקרון חוקיות המנהל בישראל. לצורך פיתוח הדיון בתפיסה זו וביאורה, המאמר בוחן אם התשובות המשפטיות שניתנו לשאלות הכרוכות באיסור או בהיתר לגרום כאב וסבל גופני לנחקרים בשירות הביטחון הכללי (להלן גם: השב"כ) עולות בקנה אחד עם הדרישה לחוקיות המנהל ועם ההצדקות לה. ייסור גופם של אנשים במסגרת חקירה של שירות הביטחון הכללי מציף שאלות נורמטיביות טעונות במשפט הציבורי. המענה על שאלות אלו נובע מהדוקטרינות הבסיסיות שהשתרשו בפסיקה, וגם מספק הזדמנות לעיין שוב בדוקטרינות הללו. אכן, המאמר נפתח בעיון מחודש בשאלת הסמכות במשפט הציבורי, תוך מיקוד העדשה בעקרון חוקיות המנהל בישראל.

דרישה זו לחוקיות המנהל היא מן היסודיות שבנורמות הקבועות במשפט הציבורי; היא מהווה בסיס לבחינה משפטית של פעולות המנהל הציבורי. המאמר עוסק בפרשנות הדרישה לחוקיות המנהל ובהנהרתה בעזרת טעמיה והגיונה בשיטת משפט דמוקרטית ממשפחת המשפט המקובל, בייחוד בישראל. על-פי הניתוח המוצע, קיומה של סמכות הוא תנאי לחוקיותו של כל מעשה מנהלי. ככלל, לשם קיומה של סמכות בשיטה המושחתת על שלטון החוק נדרשת הסמכה בחוק לפעול בתחום עניינים מסוים והתאמה להסדרים הראשוניים שקבע בית-המחוקקים בנדון. שני תנאים מצטברים אלו – הסמכה וקביעת המסגרת המשפטית בחקיקה ראשית – מהווים את מעגל הסמכות הראשון.

בכל הנוגע בפגיעה בזכויות-יסוד נפתח מעגל שני בתוככי תחום העניינים שנמסרו לרשות. מעשי מנהל הפוגעים בזכות מוכרת טעונים הסמכה מפורשת וקביעת אמות-מידה ממשיות להפעלת הסמכות בחקיקה ראשית. ההסמכה המפורשת ואמות-המידה הממשיות הן תנאי לפגיעה בזכויות על-ידי רשות מנהלית בתחום העניינים שהופקדו בידיה, ובתחום זה בלבד. פירוש הדבר הוא שעמידה בדרישת הסמכות לגרום כאב וסבל לנחקרים בשב"כ כדי לסכל מעשי טרור חמורים מותנית הן בחקיקה אשר תסמיך את שירות הביטחון הכללי לעסוק בסיכול טרור ותניח את התשתית המשפטית לפעילותו בתחום זה, הן בהסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכויות הכרוכה במעשי השב"כ לשם סיכול טרור, והן קביעת אמות-מידה ממשיות בחוק למעשים הגורמים כאב וסבל לנחקרים לצורך סיכול טרור.

גרימת כאב וסבל לנחקרים בשב"כ מהווה סוגיה מרתקת ומתפתחת במסגרת חקר שאלת הסמכות במשפט הציבורי. סוגיה זו משמשת הן לבחינת יישומו של

עקרון חוקיות המנהל והן להעמקה בטבעו ובדרישות הנובעות ממנו. על-פי הניתוח המוצע במאמר, דרישת הסמכות הוחלה בעבר ברמה העקרונית על חקירות השב"כ, כיישום הכרחי של שלטון החוק המתגלם במשפט ישראל. יישום הכרחי זה של שלטון החוק בדמות החלתה של דרישת הסמכות על חקירות השב"כ ממחיש את הצורה הקונקרטית שלובש שלטון החוק – ובפרט חוקיות המנהל במשפט הציבורי – בתחום רגיש ומורכב המחדד את המתח בין האינטרס הציבורי לעקרונות-יסוד של שיטת המשפט. אלא שאמירות אשר נשזרו לאחרונה בפסקי-דין של בית-המשפט העליון, המבוססות במידה רבה על עמדתה של הרשות המבצעת באשר לאיסור לייסר את גופם של נחקרים, מאיימות לכרסם ביסודות המשפט הציבורי בישראל. אין הן מתיישבות עם הדרישה לחוקיות המנהל, ולפיכך אין תמה שהן עומדות בסתירה גם להלכה שנקבעה על-ידי הרכב מורחב של בית-המשפט העליון בנושא זה ממש. בניגוד לעקרון חוקיות המנהל – אשר נובע מתורת-העומק המשוקעת במשפט המקובל, ואשר פותח על-ידי פוסקים ראשונים ויושם על-ידי בית-המשפט העליון מקום המדינה ממש – נראה כי גרימת כאב וסבל לנחקרים ללא הרשאה בחוק ובניגוד לדין נהפכה לפרקטיקה ממוסדת ומאורגנת על-ידי רשות מנהלית (השב"כ) ובשמה.

ניגוד זה לעקרון חוקיות המנהל בא לידי ביטוי בשלושה מהלכים ראויים לכירור, אשר קשורים זה לזה בקשר הדוק ומשלימים זה את זה. מהלך אחד העומד בסתירה לחוקיות המנהל הוא השלמה עם ארגון ומיסוד של גרימת כאב וסבל לנחקרים, שכן ייסור הנחקרים נעשה על-פי מערך של "הנחיות פנימיות", התייעצויות עם גורמים בכירים בשירות והדרכת החוקרים בנוגע לייסור הנחקרים. מהלך שני נוגע בהרחבה בלתי-מבוקרת של סייג הצורך לאחריות פלילית, באופן שהופך אותו, בין היתר, לדומה במאפייניו להסמכה חוקית. למשל, נראה כי השימוש שנעשה בסייג הצורך בפרשת טביש¹ מחיל אותו על פעולות למאבק מתמשך בטרור, ויישומו מפקיד בידי השב"כ, הלכה למעשה, קידום של אינטרס ציבורי מחוץ לגדרי המשפט. מהלך שלישי, כללי יותר, הוא טשטוש ההבחנה בין אדם פרטי (המועסק בשירות המדינה) לבין הרשות המנהלית (או בעל תפקיד ברשות בכובעו כבעל סמכות), באופן שמוכיל לייחוס ייסורי הגוף הנגרמים לנחקר בניגוד לדין לרשות המנהלית עצמה.

שלושת המהלכים הללו ממחישים היטב את חשיבותה של דרישת הסמכות, על כל הרכיבים הכלולים בשני מעגלי ההרשאה, וזורים אור על עקרון החוקיות ועל משמעות הסטייה ממנו, אשר אינה תלויה בניתוח עוצמת הפגיעה בעיקרון

1 בג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) (26.11.2018).

יסודי ספציפי במקרה מסוים, כגון מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. הסטייה מדרישת הסמכות בעניין זה של ייסור נחקרים בשב"כ היא תופעה נדירה, ככל הנראה ייחודית בנוף המשפטי הישראלי, אך אין היא מבטאת רק מקרים מבודדים של אי-הקפדה נקודתית על נורמה משפטית מסוימת או רפיון באכיפתה, כי אם מולידה ניתוח משפטי אשר מערער על דרישת הסמכות ואינו עולה בקנה אחד עם עקרון חוקיות המנהל.

הניתוח נפתח בדיון עיוני וכללי בדרישה לחוקיות המנהל. דיון זה מרוכז בחלק הראשון של המאמר – פרקים א-ד. המאמר נפתח בהקדמה קצרה וכללית על עקרון חוקיות המנהל – פרק א – ועובר מייד, בפרק ב, לבחינת הנדבך הראשון של חוקיות המנהל, הלא הוא דרישת ההסמכה. דרישה זו יושמה והוטעמה בפסיקה מימיו הראשונים של משפט ישראל, והיא כוללת דרישה כללית שהסמכות לפעול תימסר באמצעות חוק על-ידי בית-הנבחרים. בכל הנוגע בפגיעה בזכויות נדרשת הסמכה מפורשת, במילים ברורות, בחוק שהתקבל בכנסת. פרק ג מתמקד בנדבך השני של דרישת הסמכות המבטאת את עקרון חוקיות המנהל – החובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית. דרישה זו, שאף היא ותיקה ומושרשת במשפט המנהלי, עובתה וחוזקה במהלך השנים. בדומה לדרישת ההסמכה, אף היא קיבלה משנה תוקף בעידן החוקתי, לפחות בכל הנוגע בזכויות חוקתיות. משמעותה היא שאמות-המידה העקרוניות להפעלת הסמכות צריכות להיקבע על-ידי בית-הנבחרים בחקיקה ראשית. פרק ד מחבר את שני הנדבכים הללו לניתוח מסכם של דרישת הסמכות. מוסברים בו משמעותה של הדרישה לחוקיות המנהל והתנאים לקיומה של סמכות בידי רשות מנהלית לפגוע בזכויות-יסוד, אשר בישראל של העשורים האחרונים הן מעוגנות בדרך-כלל גם בחוקי-יסוד. במסגרת ניתוח זה מבוארים שני מעגלי ההרשאה הנדרשים לקניית סמכות לפגיעה בזכות-יסוד.

המשכו של המאמר בניתוח הפסיקה שעניינה גרימת כאב וסבל לנחקרים בשב"כ ובבחינת התאמתה של פסיקה זו לדרישות הסמכות במשפט הציבורי. פרק ה עוסק בנקודת-הציון הראשונה בחלק זה של המאמר – פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים.² בפרשה זו נפסקה הלכה פה אחד על-ידי הרכב מורחב של תשעה שופטים. מבחינה פורמלית הלכה זו טרם נהפכה, והיא עודנה הבסיס לניתוח המשפטי של גרימת ייסורי גוף לנחקרים בשב"כ. על-פי הפרשנות הנכונה של פסק-הדין, בהלכה שמרנית ומסויגת זו נפסק כי אין השב"כ או כל רשות מנהלית אחרת מוסמכים לגרום כאב וסבל לנחקרים, וכי שיטות חקירה הגורמות כאב וסבל גופניים אינן

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

כדין. פסק-דין זה הוא יישום הכרחי, זהיר ומתבקש של חוקיות המנהל. בהעדר הסמכה בחוק לייסור גופם של נחקרים וקביעת ההסדרים הראשוניים בנושא על-ידי הכנסת בחקיקה ראשית, לא צריך להיות ספק שהדבר אסור על-פי דין. לפיכך תנאי הכרחי לעצם קיומו של דיון משפטי עקרוני בדבר החוקתיות של ייסור גופם של נחקרים בנסיבות מסוימות אינו מתקיים.

פרק ו עוסק בפסק-הדין בפרשת אבו גוש,³ שניתן בשלהי שנת 2017 ומסמן סטייה מעקרון חוקיות המנהל ומהלכת הוועד הציבורי נגד עינויים. המגמות של מיסוד הייסורים והשימוש הבעייתי בסייג הצורך באו לידי ביטוי בפסק-הדין, אך השתקף בו גם ניסיון לא לפרוץ לחלוטין את המסגרת המשפטית שגובשה לאורך השנים ויושמה בפרשת הוועד הציבורי. פרק ז מתמקד בפסק-הדין שניתן בנובמבר 2018 בפרשת טביש.⁴ מתוארות בו אמירות משמעותיות ששולבו בפסק-הדין ואשר מתחברות לכלל שלושה מהלכים של התרחקות מחוקיות המנהל.

בפרק ח נדון הניגוד בין אמירות מרכזיות של שופטי ההרכב בפסקי-הדין המאוחרים בעניין ייסור נחקרים, בעיקר בפרשת טביש, לבין עקרון החוקיות ויישומו השמרני בפרשת הוועד הציבורי. בפרק זה נדונים שלושת המופעים העיקריים של אי-חוקיות המנהל העולה מעמדת הרשות המבצעת, כפי שמשקפת בפסקי-הדין, ומאמירות שופטים אשר נשזרו בפסקי-הדין בפרשת טביש.

א. עקרון חוקיות המנהל בישראל – פתיח

עקרון חוקיות המנהל התבסס בישראל כאושיה המרכזית של המשפט הציבורי.⁵ סמכותן של רשויות מנהליות בנויה על עקרון החוקיות, והניתוח המשפטי מבוסס עליו. עיקרון זה שימש מסד למשפט המנהלי עוד בטרם התקבל חוק-היסוד הראשון ושנים הרבה לפני ההכרה השיפוטית במעמדם החוקתי של הכרזות העצמאות ושל חוקי-היסוד.⁶ עקרון החוקיות היה ועודנו בסיס איתן למשפט המקובל הישראלי בתחום המשפט המנהלי. הוא בשר מבשרו של שלטון החוק, ושמותיהם של השניים נכרכו זה בזה בפסיקה ובספרות, לעיתים עד בלי הפרד.

3 בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 12.12.2017).

4 בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 1.

5 ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 103 (2010) (להלן: ברק-ארז כרך א).

6 ראו אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305, 308 (2003).

עקרון החוקיות הוא הפן הפורמלי של שלטון החוק.⁷ על-פיו לרשות המבצעת יש סמכות לפעול אם היא הוסמכה לכך על-ידי הרשות המחוקקת ובגבולות ההסמכה. פירוש הדבר הוא שרשות מנהלית נעדרת סמכות לפעול אלא אם כן היא הוסמכה לכך בחוק של הכנסת. משמע שחוק הכנסת מקנה סמכות מדודה לרשות לפעול בתחום מוגדר, ובתחום זה בלבד. על פעולת הרשות להלוּם את החוק המסמיך על-פי פרשנותו הנכונה.⁸ חרף מחלוקות מתמשכות באשר לתפיסה הראויה של המושגים "חוקיות" ו"שלטון החוק", לא בנקל יימצאו כופרים בעיקר ההסמכה הנדרשת בחוק להפעלת כוח שלטוני על-ידי הממשלה.⁹

לעיקרון זה יש חשיבות רבה במשטר דמוקרטי, אם כי במישור העיוני אין הוא מוגבל בהכרח למשטרים דמוקרטיים בלבד. לא מן הנמנע שעקרון החוקיות – או לכל-הפחות חובת ההסמכה, המהווה את ליבתו – יישמר גם במשטרים סמכותניים, ואף במשטרי-אימים, כאשר מוסד כלשהו, שעשוי אף להתכנות "פרלמנט", מפיק פקודות מסמיכות שהמנהל הציבורי פועל בהתאם להן.¹⁰ במוכן זה של היקף התחולה, עקרון החוקיות רחב משלטון החוק.

לעומת זאת, מנקודת-מבט דמוקרטית, פנים-משטרית, עקרון החוקיות צר משלטון החוק, ומהווה אך נדבך חשוב אחד שלו. לפיכך הסביר יצחק זמיר כי עקרון החוקיות נגזר מהעיקרון הרחב ממנו של שלטון החוק.¹¹ אכן, מנקודת-המבט הפנימית עקרון החוקיות נובע באופן ישיר משלטון החוק. שלטון החוק במדינה דמוקרטית מבטא מחויבות לערכים ליברליים, שבראשם חירות ושוויון. עקרונות המשפט המקובל נובעים מערכים אלו, ומבקשים להגשימם ולהגן עליהם.¹² עקרון

7 ראו, לדוגמה, בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, פס' 15 לפסק-הדין של המשנה לנשיא ברק (1995); ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, פס' 25–27 (1991) (להלן: פרשת פרי העמק); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, פס' 45 לפסק-הדין של השופט ברק (1986).

8 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 73–82 (מהדורה שנייה 2010) (להלן: זמיר כרך א).

9 להרחבה ראו Victor V. Ramraj, *Introduction, in EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY 1* (Victor V. Ramraj ed., 2008).

10 ראו י' ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 105, 107–106 (יצחק זמיר עורך 1993).

11 זמיר כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 73.

12 T.R.S ALLAN, *THE SOVEREIGNTY OF LAW: FREEDOM, CONSTITUTION, AND* ראו

T.R.S. ALLAN, *CONSTITUTIONAL COMMON LAW* (2013) (להלן: אלן ריבונות המשפט);

JUSTICE: A LIBERAL THEORY OF THE RULE OF LAW (2001) (להלן: אלן צדק חוקתי);

חוקיות המנהל משיא תרומה רבת חשיבות להגשמת ערכים אלו ברמה הבסיסית ביותר. כך, למשל, הוא מניח רבדים ראשוניים של חירות ושל שוויון.¹³ עצם הדרישה להסמכה בחוק מגבילה את כוחו של השלטון, מחזקת את הדמוקרטיה ומסייעת בהבטחת חירותו של היחיד.¹⁴

מאמר זה, שעוסק במשפט הישראלי מנקודת-מבט פנימית, אינו יכול לעסוק בעקרון חוקיות המנהל תוך ניתוק מתפיסות-היסוד של דמוקרטיה ממשפחת המשפט המקובל, ואינו מתיימר לעשות כן.¹⁵ הוא מנתח את עקרון החוקיות במשפט הישראלי מנקודת-מבט פנימית, להבדיל מנקודת-מבט חיצונית ומנותקת המתארת את חוקיות המנהל במשטר לא-דמוקרטי. לפיכך תפיסות-היסוד המזינות את שלטון החוק בישראל מזינות גם את עקרון החוקיות, המהווה חלק בלתי-נפרד ממנו.¹⁶

ב. רכיב ראשון של דרישת הסמכות במשפט הציבורי: הסמכה בחוק

בליבו של עקרון חוקיות המנהל ניצבת דרישת ההסמכה. כשלעצמה אין דרישת ההסמכה כורכת סוגיות ערכיות של תכלית ראויה שבבסיס הסמכות מול שיקולים מתחרים בשאלת הסמכות לקבל החלטה או לנקוט פעולה. ככלל, הדרישה היא שפועלה של הרשות בגזרה מסוימת יתבסס על הסמכה בחוק.¹⁷ בכך רשויות השלטון נבדלות מן הפרט, שאינו נזקק להסמכה כזאת.¹⁸ חובת ההסמכה בחוק לרשויות המנהל הציבורי היא ביטויה של הבחנה זו: לאזרח נתונה חירות כללית לפעול כרצונו אלא אם כן יש מקור חוקי להתערבות בחופש הנתון לו, ואילו לרשויות השלטון אין דבר זולת מה שהוקנה להן בחוק על-ידי הכנסת.

T.R.S. ALLAN, LAW, LIBERTY, AND JUSTICE: THE LEGAL FOUNDATIONS OF BRITISH CONSTITUTIONALISM (1993) (להלן: אלן משפט, חירות וצדק).

13 ראו ברוך ברכה משפט מנהלי כרך ראשון 35–36 (1997); אלן צדק חוקתי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 32–35. ליסוד הכלליות כחלק מהמוסר הפנימי של החוק ראו גם, LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW (rev. ed. 1969).

14 ראו ברק-ארז כרך א, לעיל ה"ש 5, בעמ' 97.

15 השוו אלן ריבונות המשפט, לעיל ה"ש 12, בפרק המבוא.

16 בספרות הובעו דעות שונות בדבר טיבו של שלטון החוק, והיו אף שבחרו לא לבסס עליו את טענותיהם המרכזיות. לבחירה כזו בנושא קרוב ראו, לדוגמה, מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 27–29 (2002).

17 בג"ץ 36/51 חת נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד ה 1553, פס' 5 (1951).

18 ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 8, שם.

באופן עקרוני, אין דרישת ההסמכה מחייבת כשלעצמה בחינה של חשיבות התכלית שהרשות מבקשת להגשים או של מידת הצורך במדיניותה ונאותות הצעדים המוצעים.¹⁹ כל שנדרש הוא שכל החלטה שרשות שלטונית מבקשת לקבל וכל פעולה שהיא חותרת לנקוט תקבל הסמכה בחוק החרות או על-פיו. במשפט ישראל נדון בפסיקה חריג אפשרי יחיד להכללה עיונית זו. לפי חריג-ככוח זה, עקרון חוקיות המנהל עלול להיסוג מפני סכנה לעצם קיום המדינה, אך מפניה בלבד.²⁰ אין פירוש הדבר שחובת ההסמכה שבליבו של עקרון חוקיות המנהל אכן נותחה, יושמה ונאכפה ללא פגם או מעקש בכל מקרה ומקרה למן קום המדינה ועד כתיבת שורות אלו.²¹ ניתן למצוא במשפט החוקתי והמנהלי דוגמאות לפסקי-דין שבין הנמקתם לבין חובת ההסמכה שורר מתח מסוים. כך, למשל, בפסקי-דין חריג קבע בית-המשפט הגבוה לצדק כי נוסף על סמכותו המפורשת לאשר או לפסול תשדירי בחירות בטלוויזיה, ליושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית נתונה הסמכות לאשר או לאסור גם תשדירי בחירות ברדיו, כדי לעמוד באיסור המוטל בחוק על תעמולת בחירות ולאוכפו, אף-על-פי שהסמכות לאשר או לאסור תשדירים ברדיו לא הוקנתה לו באופן מפורש בחוק.²² ניתן לזהות קשיים בהקפדה על עקרון חוקיות המנהל גם בסוגיות מסוימות בתחום הפלילי, לרבות פעולות

19 טענה מסתברת היא שדווקא כאשר על הפרק עומד קידום אינטרס ציבורי כבד-משקל, מן הראוי שזה ימצא את ביטויו בלשון החוק. השוו בג"ץ 1520/91 וילנסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (מו) 502, פס' 16 לפסק-הדין של השופט חשין (1992).

20 ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985); ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965). יושם אל לב כי במקרים אלו דובר בפסילת רשימות מהתמודדות בבחירות לכנסת. אל מול בקשת הפסילה לא עמד עקרון החוקיות לבדו, כי אם עמדו גם מאפיינים של שלטון החוק המהותי, שכן פסילת רשימה מהתמודדות בבחירות פוגעת קשות בזכות לבחור ושוללת מהאזרחים שברשימה את הזכות להיבחר.

21 דפנה ברק-ארוז העלתה טענה כי בית-המשפט נקט טקטיקות שונות של התחמקות מאכיפת עקרון חוקיות המנהל ועקיפתו בפועל – למשל, על-מנת למנוע פגיעה בצדדים שלישיים. ראו ברק-ארוז כרך א, לעיל ה"ש 5, בעמ' 128–132. אף אם יש ממש בטענה זו, שלפיה במקרים מסוימים לא יישם בית-המשפט את העיקרון בקפדנות הראויה, אין בה כדי לערער על עקרון החוקיות ועל ההצדקות לו.

22 ראו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003). דוגמה חריגה זו עוסקת ביושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, שאינו רשות מנהלית רגילה, ודומה שהדבר ניכר בנימוקי השופטים ובאופי הניתוח. הגם שמדובר בגוף מיוחד, שאינו רשות מנהלית קלסית, פרשת חרות אינה מסמנת מגמה בפסיקה באשר להרחבת סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית ללא הסמכה מפורשת בחוק. ראו, למשל, דנג"ץ 1525/15 טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו (נבו) 23.8.2017; בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד (מו) 692 (1992).

הננקטות על-ידי המשטרה או הפרקליטות.²³ ברם, אין בפסיקה שלילה עקרונית, עקיבה ומנומקת של חוקיות המנהל, למעט במצב של סכנה לעצם קיומה של המדינה. ככלל, זולת במקרה קיצון זה של סכנה לעצם קיום המדינה, אשר נושא מאפיינים ייחודיים, עמד בית-המשפט העליון, משנותיו הראשונות, על משמר חובת ההסמכה בחוק. בית-המשפט העליון דן בדברים מנקודת-מבט פנימית המצביעה על חשיבותו הרבה של עקרון החוקיות לא רק לקידום היציבות והוודאות, אלא גם – ואולי אף בעיקר – להבטחת חירותו הכללית של הפרט מפני התערבות השלטון בחייו. אומנם, ניכר הידור שיפוטי מיוחד בחובת ההסמכה המפורשת בהקשרים מסוימים, בייחוד כאשר על הפרק עמדה פגיעה בזכויות-יסוד. ברם, יש חשיבות לעובדה שבית-המשפט עמד על משמר החוקיות באופן עקרוני, כתנאי להענקת סמכות למנהל. נימוקיו נשאו אופי משטרי כללי, ולא נגעו בתוכן ההסדרים שגובשו במסגרת ההחלטה הנתקפת. יתר על כן, בית-המשפט העליון לא היסס לקבוע את אי-חוקיותן של החלטות גם כאשר פעולת הרשויות נראתה לו סבירה, ואף רצויה, כעולה מהנמקתו.

שתי דוגמאות מובהקות להקפדה על דרישת ההסמכה בשנים הראשונות לקיום המדינה הן פסקי-הדין בפרשות בז'ראנו ושייב.²⁴ בפרשת בז'ראנו ביקשה הרשות לצמצם את התופעות השליליות שנלוו לייצוג האזרחים לפני הרשות בנושאים של רישוי ומיסוי רכב על-ידי עסקנים, אשר הוגדרו בפסק-הדין כ"כותבי בקשות" וכוננו לרוב "מאכרים", שהיו מעורים בפעילות הרשות ומופכרים לעובדיה.²⁵ תופעה זו גרמה להשחתה של פעילות הרשות ולהעדפה של עסקנים ושל לקוחותיהם על אחרים. כדי להתמודד עם התופעה, אסרה הרשות על אותם עסקנים להיכנס למשרדיה.

בית-המשפט העליון, מפי השופט ש"ז חשין, קיבל את העתירה בפסק-דין קצר ונחרץ. הוא העמיד על מכונו את היסוד המבדיל בין הפרט למדינה בהקשר של חוקיות המנהל. בעוד הפרט זכאי לחופש עיסוק כחלק מחירותו הכללית, כל עוד אין עיסוקו אסור בחוק, הרשות חייבת להצביע על מקור סמכות לפעולתה בחוק

23 ראו אסף הרדוף "דין פלילי בלתי מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי" ספר יורם דנציגר: אסופת מאמרים לכבודו של השופט (בדימוס) פרופ' יורם דנציגר 389 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019). עוד ראו רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, פסק-הדין של הנשיאה (בדימ') ביניש (2012).

24 ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951). לדוגמה נוספת ראו בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ"ד ח 1524, בעיקר 1531–1532 (1954).

25 פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 81–84.

החרות.²⁶ לנוכח טענת הרשות כי הצעד נחוץ לטיהור המנגנון הממשלתי, עמד בית-המשפט נחוש להוציא צו נגד מניעת כניסתם של העסקנים, כשהטעם העיקרי לכך היה העדר הסמכה חוקית לצעד המשמעותי – שלא לומר הכוחני – שנקטו רשויות המנהל.²⁷

דבקות דומה בעקרון חוקיות המנהל, כפי שהוא מתבטא בחובת ההסמכה בחוק, גילה בית-המשפט גם בפרשת שייב.²⁸ ברקע פרשה זו עמד האיסור להעסיק את ד"ר ישראל שייב, מורה מחנך בהכשרתו ונגדן חרף מימין לממשלת ישראל, במשרת ההוראה שאליה התקבל, בכפוף לאישור משרד החינוך, בבית-הספר הריאלי מונטיפיורי בתל-אביב. בית-המשפט גילה אהדה לעמדת המדינה – עמדתו של ראש הממשלה ושר הביטחון בן-גוריון – נגד העסקת שייב בבית-ספר בשל פעילותו הפוליטית, ואף הביע תקווה כי הכנסת תאסור בחוק פעילות פוליטית של מורים והעסקה של פעילים פוליטיים במערכת החינוך.²⁹ אולם חרף אהדה זו לא היסס בית-המשפט להוציא צו האוסר על מנהל אגף החינוך להתערב (במצוות בן-גוריון) בשאלת העסקתו של העותר כמורה בבית-הספר. אף-על-פי שבית-המשפט היה יכול להסתפק בדוקטרינה של עצמאות שיקול-הדעת המנהלי כדי לנמק בנסיבות המקרה את פסק-דינו נגד משרד החינוך, אשר נכנע לתכתיביו של שר הביטחון, הוא טרח להדגיש את עקרון החוקיות ואת חשיבותה של הסמכה בחוק לפעילות המנהל.³⁰

הקו העקרוני שסימן בית-המשפט העליון בקרקע החוקיות בשנות המשפט הראשונות, ועמידתו האיתנה על משמר חוקיות המנהל, נמשכו ככלל בהתמדה לאורך העשורים הבאים, ובשינויים מסוימים, שיידונו להלן, גם בעידן החוקתי. זאת, אף-על-פי שניתן למצוא בפסיקה גם כמה חריגות קלות מן הקו המרכזי ביישום דרישת ההסמכה וברמת ההקפדה עליה. דוגמה לכך היא פסק-הדין בפרשת איגוד העיתונאים.³¹

26 שם, בפס' 4-6. ראו עוד בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, פס' 18-19 לפסק-הדין של השופט ברק (1993); בג"ץ 252/77 כבאג'ני נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לב(1) 404, פס' 10 (1977).

27 פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 24, בפס' 7-8.

28 פרשת שייב, לעיל ה"ש 24.

29 שם, בפס' 3 לפסק-הדין של השופט ש"ז חשין.

30 שם, בפס' 8 לפסק-הדין של השופט ש"ז חשין ובפס' 1-2 לפסק-הדין של השופט אולשן. ראו גם את דבריו המסויגים יותר של השופט ויתקון שם, בפס' 7-9 לפסק-דינו.

31 ראו בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337 (1987).

בפסק-דין זה נבחנה החוקיות של שידור תשדירי שירות ומשדרי חסות בטלוויזיה הישראלית. טענתו העיקרית של העותר התבססה על העדר הסמכה לשידורי פרסומת בחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965. לעומתו טענה רשות השידור להסמכה משתמעת לשידורי פרסומת מן התיאור הכללי של תפקידי הרשות. סטייתה של דעת הרוב מן השורה מעניינת במיוחד מכיוון שפסק-הדין עסק בעקרון חוקיות המנהל בטוהרו – העותרים לא התבססו על טענות משמעותיות נוספות, ובשידורים השנויים במחלוקת לא הייתה משום פגיעה בזכויות-יסוד, כי אם לכל-היותר פגיעה עקיפה, בשיעור לא ידוע, באינטרס כלכלי של כלי התקשורת המפיקים פרנסה מדברי פרסומת. על רקע זה אף התעכבו השופטים על טענת המשיבים נגד מתן זכות עמידה לעותר.

פסק-דינו של השופט בן-דרור התבסס על המושכלות שביטאו פוסקים ראשונים. הוא הזכיר כי אין בצרכים אמיתיים של הרשות ובכוונותיה הטובות כדי להצדיק חריגה מסמכות,³² וכי אין בעבודה על-פי תקנון מסודר כדי להשליך על שאלת הסמכות³³ כאשר פרשנות החוק אינה תומכת בהסמכת הרשות לעשות כן.³⁴ על בית-המשפט להקפיד שכל החלטה תתקבל בסמכות, ועל הרשות להצביע על מקור סמכותה בחוק.³⁵ לפיכך סבר השופט בן-דרור כי דין העתירה להתקבל, אך הוא נותר בדעת מיעוט.

דעת הרוב התבססה על פסק-דינו של השופט אֶלון, אשר הביע ספק אם על רקע קיום שידורי פרסומת ברדיו ראוי לפרש במקרה זה את שתיקת החוק בנושא ככזו שאינה מעניקה סמכות לרשות ולכן משמעה העדר סמכות לפעול באותו תחום.³⁶ הוא סבר כי יש מקום לפרשנות מתירנית, אשר תואמת לדעתו את רוח החוק.³⁷ חוות-דעתו של השופט אֶלון, כפי שנוסחה, מעוררת קשיים. כך, למשל, היא עלולה להתפרש כאיום להפוך את היוצרות ולהסיק מהעדר איסור מפורש בחוק קיומה של סמכות בידי רשות שלטונית. היא עלולה גם ליצור רושם שמעצם קיומה של פרקטיקה שלטונית של עיסוק בנושא מסוים ניתן להסיק קיומה של סמכות, בעוד השאלה האמיתית היא אם החוק מרשה את הפרקטיקה. נוסף על כך, נראה כי היא

32 שם, בפס' 6 לפסק-הדין של השופט בן-דרור.

33 שם, בפס' 8 לפסק-הדין של השופט בן-דרור.

34 שם, בפס' 10 לפסק-הדין של השופט בן-דרור.

35 שם, בפס' 11–12 לפסק-הדין של השופט בן-דרור.

36 שם, בפס' 5 לפסק-הדין של השופט אֶלון. יודגש, עם זאת, כי אֶלון אינו בדעה שלחוקה נגד הסקת סמכות משתיקת החוק אין תחולה כלל. ראו שם, בפס' 9 לפסק-הדין של השופט אֶלון.

37 שם, בפס' 6 לפסק-הדין של השופט אֶלון.

מתבססת על גרסה ישנה ובעייתית של דוקטרינת האולטרה וירס, אשר מתימרת להתחקות אחר כוונתם האמיתית בפועל של חברי הכנסת שאישרו את החוק.³⁸ עם זאת, לצורך הבנה שלמה של חוות-דעתו של השופט אֶלון, יש לציין כי עקרון החוקיות אינו מחייב בהכרח הסמכה מפורשת ומפורטת בכל מקרה ומקרה. בתנאים מסוימים אפשר – ועל-פי הדעה המקובלת אף ראוי – להסתפק בהסמכה שאינה מתבטאת באופן חד-משמעי בלשון החוק, ובלבד שהיא משתמעת בבירור מהוראותיו.³⁹ מאפיין זה – הכרה בהסמכה משתמעת – מדגיש את אופיו הפרשני של עקרון חוקיות המנהל. הענקת הסמכות נבחנת על-פי כללי הפרשנות המקובלים בשיטת המשפט הנבחנת.⁴⁰

הכרה זו בהענקה משתמעת של סמכות על-פי כללי הפרשנות הרגילים אינה סותרת את עקרון חוקיות המנהל או חותרת תחת הגיונו, אך יש בה משום פשרה על רמת הגשמתו בסוגים מסוימים של מקרים. פשרה זו נובעת מצורכי המציאות, שבה אין לצפות שהמחוקק ירבה הוראות ומלל כדי להרשות ולאשר במפורש כל רכיב ברשת המסועפת של סמכויות המוחזקות בידי רשויות המדינה המודרנית. מסיבה זו הכירה הפסיקה גם בקיומן של סמכויות-עזר אשר נובעות באופן ישיר מהסמכות העיקרית ונחוצות ליישומה.⁴¹ סמכויות-העזר טפלות לסמכות העיקרית הקבועה בחוק ונלוות אליה, וגם הן אינן מערערות על עקרון חוקיות המנהל.⁴²

38 גרסה זו התעצבה באנגליה של המאה התשע-עשרה. ראו Paul Craig, *Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review*, 57 CAMBRIDGE L.J. 63, 80–86 (1998) לביקורת גרסה מיושנת זו של תורת האולטרה וירס ראו, למשל, שם; אלן משפט, חירות וצדק, לעיל ה"ש 12, בעיקר בעמ' 79–92; Paul Craig & Nicholas Bamforth, *Constitutional Analysis*, 2001 PUB. L. 763; T.R.S. Allan, *The Constitutional Foundations of Judicial Review: Conceptual Conundrum or Interpretative Inquiry?*, 61 CAMBRIDGE L.J. 87 (2002); T.R.S. Allan, *Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 563 (2003); Douglas E. Edlin, *From Ambiguity to Legality: The Future of English Judicial Review*, 52 AM. J. COMP. L. 383, 388–400 (2004); Paul Craig, *The Common Law, Shared Power and Judicial Review*, 24 OXFORD J. LEGAL STUD. 237 (2004); T.R.S. Allan, *Legislative Supremacy and Legislative Intent: A Reply to Professor Craig*, 24 OXFORD J. LEGAL STUD. 563 (2004); John Laws, *Illegality: The Problem of Jurisdiction*, in JUDICIAL REVIEW 91 (Michael Supperstone, James Goudie & Paul Walker eds., 3d ed. 2005); PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 11–12 (7th ed. 2012)

39 ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 76–77.

40 שם, בעמ' 345–346.

41 ראו ברק-ארוך כרך א, לעיל ה"ש 5, בעמ' 145–148.

42 ראו ברכה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 157.

פשרה זו בעניין רמת ההגשמה של עקרון החוקיות מציפה מתח בינו לבין השאיפה לגמישות של המנהל הציבורי, שתאפשר לו להשיג מטרת חברתיות חשובות ולספק שירותים בעלי ערך בקנה-מידה רחב ובאיכות גבוהה. מתח זה מתעורר במדינה המודרנית, שהיא מדינת רווחה בגרסאות ובמינונים משתנים, הנדרשת לעסוק בנושאים רבים ומורכבים מבעבר ולמלא תפקידים מגוונים בסביבה שעשויה להשתנות במהירות.⁴³

צורך זה בגמישות של רשויות המנהל בא לידי ביטוי מובהק בסמכויות הממשל הכלליות המוקנות לרשות המבצעת במדינות המשפט המקובל. סמכויות ממשל כלליות – אשר בשל הגדרתן ואופן ניסוחן מכונות לרוב גם "סמכויות שירות" – הן המופע הקיצוני של הרצון בגמישות והתנערות לכאורית מעולו של עקרון החוקיות. בשל מה שנתפס ככורח המציאות, תופעה זו מרחיקה את שיטת המשפט מחלוקת הסמכויות החוקתית המקובלת, שלפיה הרשות המחוקקת קובעת נורמות כלליות ואילו הרשות המבצעת עוסקת רק במשימות ותפקידים שהוטלו עליה בחוק.⁴⁴ אולם גם בהקשר זה דומה שהסמכויות הכלליות, כפי שהן משתקפות מן הפסיקה והספרות בעולם המשפט המקובל, אינן משקפות זניחה של עקרונות-היסוד של תורת-העומק המשוקעת במשפט המקובל, כי אם מובילות לפשרה מסוימת ברמת הגשמתם. שלטון החוק – הכולל חירות, שוויון, וכמובן עקרונות שהוכרו כזכויות-יסוד – והפרדת הרשויות עודם השיקולים המרכזיים בעיצוב דרישות ההסמכה של רשויות המנהל.⁴⁵

אפילו בבריטניה – הידועה בקיומן של סמכויות שמקורן אינו בחקיקת הפרלמנט, אשר נקבצות תחת הכותרת "הפררוגטיבה המלכותית" – ניכרת מגמה ברורה של הסתמכות על עקרונות-היסוד המשפטיים בקידומו של עקרון חוקיות המנהל, לאמור, הכפפת השרידים ההיסטוריים לעקרונות-יסוד של תורת-העומק המשוקעת במשפט המקובל ופרשנות הדין על-פי תורה זו. הפררוגטיבה עצמה היא שריד היסטורי, אשר ספק אם ניתן ללמוד ממנו דבר-מה משמעותי לצורך תיאוריה כללית או לדין בדרישות ההסמכה במשפט המנהלי הישראלי, שלא צמח מן ההתפתחויות ההיסטוריות שהשפיעו על המשפט המקובל בבריטניה. יתר על כן, הפסיקה בבריטניה

43 על רקע זה אף הובע ספק אם עקרון החוקיות מתאים למדינה המודרנית. ראו יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012) (להלן: דותן "הסדרים ראשוניים"); יואב דותן הנחיות מינהליות פרק 4 (1996).

44 ראו כהן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1-9.

45 לקושי הנובע מדלות התיאוריה הכללית של הרשות המבצעת ראו Margit Cohn, *Tension and Legality: Towards a Theory of the Executive Branch*, 29 CANADIAN J.L. & JURIS. 321 (2016).

חיזקה בעשורים האחרונים את עקרון החוקיות, צמצמה מאוד את תחומי פרישתה של הפררוגטיבה והכפיפה אותה לדרישות המשפט המנהלי, אשר נאכפות באמצעות ביקורת שיפוטית. דרך-המלך בבריטניה היא הסמכה באמצעות חקיקה ראשית של הפרלמנט, ואילו השימוש המצומצם והתחום בסמכויות הפררוגטיבה כפוף למגבלות משפטיות מחמירות. עוצמתה של הפררוגטיבה והיקף השימוש בה אינם כבעבר.⁴⁶

על כל פנים, בישראל טענות בעד גמישות ומתן מרחב פעולה לרשות המבצעת להחליט במה היא עוסקת לא התקבלו על דעת הפוסקים, ולא פגעו בדבקות העקרונית בעקרון החוקיות. האתגר שהסמכות השירותית של הממשלה מציבה כיום לחוקיות המנהל בישראל אינו מן הגדולים, ולמעשה אין היא יוצרת קושי משמעותי בתחום זה. ראשית, חשוב להדגיש כי בישראל, להבדיל מבריטניה, לא התקיימה מסורת מושרשת, המגובה בפסיקה עקיבה וארוכת-שנים, של סמכויות המוקנות לרשות המבצעת שלא מכוח החוק החרות. להפך, כפי שתואר לעיל, ממש סמוך לקום המדינה נקבעה הלכה שאין לרשות מרשויות השלטון אלא סמכות שנמסרה לה בחוק. ככלל, פוסקי ישראל לא ראו בסמכויות ממשל כלליות מקור סמכות רחב או הצדקה לסטייה משמעותית מעקרון חוקיות המנהל.

שנית, בישראל קיימת בחוקה הכתובה הוראה המסמיכה את הממשלה לעשות כל פעולה שאין הדין מטיל את עשייתה על רשות אחרת, וזאת בכפוף לכל דין.⁴⁷ בעיגון סמכויות אלו בחוק-יסוד יש כדי להקהות את הניגוד לעקרון החוקיות, לפחות במישור הפורמלי,⁴⁸ אף אם אין הוא מפיג את המתח המהותי. אפס כי גם המתח המהותי אינו כה חריף בישראל, שכן להוראה האמורה ניתנה פרשנות ראויה שאינה מכירה בשימוש נרחב בו שעלול להיות שרירותי או פוגעני ולעקוף את עקרון חוקיות המנהל.⁴⁹ פרשנות זו נועדה למנוע פגיעה בעקרון החוקיות

46 ראו עוד כהן, לעיל ה"ש 16, בעיקר בפרק ה; John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, 2 INT'L J. CONST. L. A.V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW 210, 215 (2004). ראו עוד OF THE CONSTITUTION (10th ed. 1968); DAVID DYZENHAUS, THE CONSTITUTION .OF LAW: LEGALITY IN A TIME OF EMERGENCY 199–200 (2d ed. 2012).

47 ראו ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה.

48 לפיכך הוצע לראות בס' 32 האמור גשר בין עקרון חוקיות המנהל לבין הצורך בגמישות. ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1,

פס' 6–7 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (2006) (להלן: פרשת ועדת המעקב).
49 שם, בפס' 9–10 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') חשין. לניתוח מקיף של היקפן הראוי של סמכויות ממשל כלליות והגבלתן בשיטת משפט דמוקרטית ראו כהן, לעיל ה"ש 16, בפרקים ב, ט, י ו-יא.

ובשלטון החוק במובנו המהותי, והיא אינה מתירה פגיעה בזכויות-יסוד. כך, למשל, נקבע כי כאשר אין חלל חקיקתי אמיתי, הממשלה אינה רשאית להפעיל סמכות כללית. במילים אחרות, אם חקיקה של הכנסת מסדירה תחום פעילות מסוים, אזי אין סמכויות ממשל כלליות בתחום זה, ואי-אפשר להשתמש בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה כמקור סמכות מקביל לחקיקת הכנסת. טענה זו נגד סמכות הממשלה התקבלה באופן חד-משמעי בכמה עתירות שונות.⁵⁰ בכך נסגרה פרצה-בכוח בחלוקת הסמכויות החוקתית בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. יתר על כן, גם כאשר קיים חלל חקיקתי אמיתי, אין סעיף 32 לחוק-היסוד מקים סמכות לקבוע הסדרים בסוגיות עקרוניות ועמוקות השמורות להסדרת הכנסת.⁵¹ חשוב לא פחות מכך, אין חוק-היסוד מסמיך את הממשלה לנקוט פעולות או לקבל החלטות הפוגעות בזכויות-יסוד, בין שמקור הזכויות הוא בחוק-יסוד ובין שמקורן במשפט המקובל.⁵² סמכויות ממשל כלליות אינן ממלאות את דרישת הסמכות בכל הנוגע בעקרונות-יסוד, ובייחוד בזכויות, ולכן אין רשויות המנהל מורשות לעשות מעשים חובלי זכויות ללא הרשאה סטטוטורית לכך. פגיעה בזכויות-יסוד מחייבת הסמכה מפורשת בחוק שהתקבל במסלול המקובל על-ידי הכנסת. דרישה זו להסמכה מפורשת על-ידי בית-הנבחרים לפגיעה בזכות-יסוד נובעת ממעמדן המיוחד של זכויות אלו, שהפגיעה בהן מותנית בהצדקה מיוחדת.⁵³ בכל הנוגע בזכויות המעוגנות בשני חוקי-היסוד שעיקרם זכויות האדם קיבל עקרון חוקיות המנהל חיזוק מסוים בעידן החוקתי.⁵⁴ התנאי הראשון שפסקת ההגבלה

- 50 ראו, לדוגמה, בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 181 (1999); בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, פס' 7 (1998); בג"ץ 2632/94 דגניה א', אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד נ(2) 715 (1996); בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993).
- 51 ראו פרשת ועדת המעקב, לעיל ה"ש 48, פסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') חשין. לדיון ברכיב זה של דרישת הסמכות – כלל ההסדרים הראשוניים – ראו להלן פרק ג.
- 52 ראו בג"ץ 8603/04 ראש-המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נט(5) 673, פס' 17 לפסק-הדין של הנשיא ברק (2005); פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2, בפס' 19; בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, פס' 6 (1995).
- 53 ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 144 (2016).
- 54 לגישה אשר מרחיבה את פסקת ההגבלה אל מעבר לשני חוקי-היסוד הללו ותומכת בפסקת הגבלה שיפוטית ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, פס' 12 (1996). ראו עוד אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא: קובץ מאמרים לכבודו של השופט אליהו מצא, המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס 77 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים) (2015); שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177 (2014).

שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק מציבה לחוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית הוא התרת הפגיעה "בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". אפשר שעיון עיקרון זה של המשפט המקובל הישראלי בחוקה הפורמלית תרם לחיזוקו וליתר הקפדה עליו.⁵⁵

דיון חוקתי מקיף בפרשנותה של פסקת ההגבלה חורג מהיקפו של מאמר זה. לצורך הדיון במאמר זה די להבהיר כי דרישת ההסמכה המפורשת של פסקת ההגבלה חלה באופן ישיר – הן על-פי לשונה והן על-פי הגיונה – על מעשי מנהל הפוגעים בזכויות חוקתיות, דהיינו, בזכויות אשר מעוגנות בחוק-היסוד ומוגנות באמצעותם. השוני בהיקף הפרישה בין דרישת ההסמכה המפורשת של פסקת ההגבלה לבין דרישת המשפט המנהלי להסמכה מפורשת והחזקה נגד קביעת הסדרים ראשוניים על-ידי הרשות המבצעת בחקיקת-משנה בכלל הקשור לפגיעה בזכויות הוא כשוני שבין היקף הזכויות הנכללות בחוקה הכתובה לבין היקף הזכויות המוכרות על-ידי המשפט המקובל. פירוש הדבר הוא שדרישת המשפט המנהלי להסמכה מפורשת חלה גם על זכויות אשר אינן מעוגנות בחוק-היסוד ולפיכך אינן זוכות בהגנתם אולם מוכרות בשיטת המשפט ובאות לידי ביטוי בפסיקה.⁵⁶ בישראל שוני זה בין היקף הזכויות המעוגנות בהוראות החוקה הכתובה לבין היקפה של מגילת הזכויות הבלתי-מנויות בחוקה הכתובה אינו רב, עקב הפרשנות החוקתית המרחיבה שניתנה לזכויות המנויות בחוק-היסוד.

דרישת ההסמכה ממלאת פונקציה חוקתית יסודית בתורת-העומק המשוקעת במשפט המקובל הישראלי. היא עומדת על משמר עקרונות היסודות של השיטה,

55 לדעה זו ראו, לדוגמה, בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 715, פס' 10–11 לפסק-הדין של הנשיאה ביניש (2008); ברק-ארו כרך א, לעיל ה"ש 5, בעמ' 99. לדעה נוגדת ראו דותן "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 43, בעמ' 390–399.

56 ההבחנה בין משפט חוקתי למשפט מנהלי אינה פשוטה, ומעוררת שאלות קשות. ראו, לדוגמה, עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" עיוני משפט לז 713, 716 (2016); גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי? בשולי הספר 'משפט מנהלי' מאת דפנה ברק-ארו" הפרקליט נא 693 (2012).

במאמר זה ההבחנה בין משפט חוקתי למשפט מנהלי היא הבחנה בין בחינת חוקתיותה של חקיקה ראשית, קרי חוקי הכנסת, לבין בחינת חוקיותם של מעשים שלטוניים אחרים. זוהי הבחנה מהותית אשר אינה קשורה בהכרח לביקורת שיפוטית, וממילא גם אינה מבוססת על סעד שיפוטי. השוו מרגית כהן "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות" משפט וממשל יט 229, 242–243 (2018). מאמר זה עוסק בעיקר במשפט המנהלי, ומכוון ברובו לסמכותן של רשויות המנהל. תשומת-לב מחקרית מיוחדת מופנית במאמר זה לשירות הביטחון הכללי. זאת, מתוך מודעות לחפיפה שקיימת עם המשפט החוקתי, בעיקר בכל הנוגע בפגיעה בזכויות-יסוד המעוגנות בחוק-היסוד.

ובכלל זה זכויות-היסוד של הפרט בחברה המאורגנת. תפקידה של הרשות השופטת לוודא שעקרונות-היסוד אלו לא יובסו בקלות יתרה וללא הצדקה מספקת, אף לא למען מטרות חשובות.⁵⁷ מתן סמכות לפגיעה בעקרונות-היסוד אלו מבלי שהדבר נדון על-ידי נבחרי העם בבית-המחוקקים ואושר על-ידיהם פהליך המוכר אינו עומד בתנאי זה, וחוטא לתפקידם של בתי-המשפט.

מסיבה זו יש לדחות הצעות המשחררות את רשויות המנהל מעול הסמכתן על-ידי הכנסת בחוק חרות.⁵⁸ גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון חוקיות המנהל ועם דרישת שלטון החוק להסמכה מפורשת, ואין היא תואמת פסיקה ענפה ועקיבה למדי של בית-המשפט העליון. היא נוגסת בעקרונות-היסוד חשובים הנטועים עמוק באדמת המשפט הישראלי, ומצמצמת את ההגנה על זכויות.⁵⁹ על רקע זה אין פלא שגישה זו לא השתרשה בפסיקה, אולם יש חשיבות מיוחדת לבחינת פרקטיקות ופסקי-דין החותרים תחת הגישה המקובלת ועקרונות-היסוד החוקתיים. דוגמה מובהקת למעשים ופסקי-דין המאתגרים את עקרונות-היסוד, את הגישה המקובלת ואת תורת-העומק שהשתקעה במשפט המקובל הישראלי היא ייסור גופם של נחקרים בשירות הביטחון הכללי.

ג. רכיב שני של דרישת הסמכות:

כלל ההסדרים הראשוניים בחקיקה ראשית

כלל ההסדרים הראשוניים התגבש במשפט המנהלי כחוקה פרשנית נגד קיומה של סמכות בידי רשות מנהלית לעסוק בנושאים חשובים ולקבל החלטות כבודת-משקל לגביהם מבלי שאמות-המידה הבסיסיות להפעלת הסמכות נקבעו בחוק. מבחינה זו, את התביעה ההלכתית להסמכה מפורשת בחוק החרות כתנאי להרשאת המנהל לעסוק בעניינים המערבים פגיעה בזכויות יש לראות כחלק מאותו מכלול רחב שבו

57 ראו אלן משפט, חירות וצדק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 82–92.

58 להצעה מסוג זה ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 163–165 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 507–514 (1994). נראה שהשקפה זו התקבלה גם על דעתו של זמיר, ככל הנראה מתוך סברה כי פגיעתה אינה קשה, הואיל והמשפט המקובל, על-פי תוכנו, אינו מתיר ככלל פגיעה בזכויות-היסוד. ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 77. עם זאת, בהקשר של תוכן המשפט המקובל הישראלי מעניין שהעמדה העקרונית שפרש השופט זמיר בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998), עשויה להוות בסיס דווקא להטלת חובות על הפרט.

59 ראו ברק-ארו כרך א, לעיל ה"ש 5, בעמ' 99. לדעה אשר מסתייגת מהקפדה יתרה על דרישת ההסמכה אך מתנגדת לדחיסת המשפט המקובל אל המילה "חוק" ראו אורן גול "פגיעה בזכויות-היסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד 381 (1998).

שולט כלל ההסדרים הראשוניים. במילים אחרות, כלל ההסדרים הראשוניים הוא המשכה הישיר של חובת ההסמכה בחוק בואכה גיבוש דרישת הסמכות במשפט המנהלי.

ברם, בעוד את פסקי-הדין המוקדמים התובעים את הסמכת הרשות המבצעת בחוק, דוגמת בז'רנו ושייב,⁶⁰ אפשר לגזור ישירות משרשרת ההסמכה – אשר נובעת במשפט הציבורי הישראלי באופן ישיר מעקרון חוקיות המנהל כמבטא פן פורמלי של שלטון החוק⁶¹ – הכלל בדבר קביעת הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית כרוך גם בהיבטים מהותיים של שלטון החוק. אין הוא מוגבל לבדיקה כי סמכותה של רשות – כל סמכות – הוענקה לה על-ידי המחוקק באמצעות נקיבת שמה בלבד. כלל ההסדרים הראשוניים שואב ממעמקי התורה החוקתית המשווקת במשפט המקובל על-אודות חשיבותם המשתנה של אינטרסים שונים של הפרט או של עקרונות משטריים בדבר חלוקת הסמכויות הראויה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. מכאן שכלל ההסדרים הראשוניים רחב מן הדרישה הכללית להסמכת הרשות בחוק, הנובעת ישירות מעקרון החוקיות.⁶² הוא מונח על-גביה ומשלים אותה. הוא יוצק תוכן נורמטיבי במוסכמה ש"אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה".⁶³ מנקודת-מבט פנימית, כלל ההסדרים הראשוניים מהווה המשך ישיר של חובת ההסמכה ומשקף את אותם ערכים בסיסיים של שלטון החוק, קרי חלוקת סמכויות חוקתית ומערכת היחסים בין הפרט לשלטון, לרבות רבדים ראשוניים של חירות ושל שוויון.

כלל ההסדרים הראשוניים הינו דרישה מוכרת וותיקה של המשפט המנהלי, שקיבלה ביטוי ברור בפסקי-דין מאת שופטי בית-המשפט הגבוה לצדק בעבר.⁶⁴ היא נומקה בהרחבה ובעוצמה, ונהייתה לחלק בלתי-נפרד מדיני הסמכות של המשפט המנהלי. עם זאת, היא התגבשה, התעבתה ונפוצה בפסיקה בעשורים האחרונים,⁶⁵

60 לעיל ה"ש 24.

61 אם כי שרשרת ההסמכה עשויה כאמור להתקיים גם בשיטות משפט שאינן דמוקרטיות המושתתות על שלטון החוק. ראו לעיל פרק ב.

62 השוו פרשת פרי העמק, לעיל ה"ש 7, בפס' 25–27.

63 ע"פ 53/54 א"ש, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785, פס' 2 לפסקי-הדין של השופט זילברג (1954).

64 ראו, לדוגמה, בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481 (1997); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983); בג"ץ 266/68 עיריית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824 (1968); בג"ץ 113/52 זקס נ' שר-המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696 (1952).

65 ראו גרעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010).

ובעיקר בעידן החוקתי.⁶⁶ נראה כי הסבר מרכזי לכך הוא השינוי שהביאה עימה המהפכה החוקתית, שבמסגרתה זכו חוקי-היסוד בהכרה בעליונותם הנורמטיבית על חקיקה רגילה של הכנסת.⁶⁷ עוצמתו של הסבר זה מתבררת על רקע הדעה שנפוצה בעבר כי העדרה של חוקה פורמלית בישראל אינו מאפשר קביעה חוקתית בדבר בטלותה של הוראת חוק המקנה למחוקק-המשנה, דהיינו לרשות המבצעת, סמכות מפורשת לקבוע הסדרים ראשוניים במילים ברורות וחד-משמעיות.⁶⁸ סדר נורמטיבי זה נִמְר, ועימו התפנה מקום לסברה – שאכן זכתה בתמיכה בספרות – כי גם במעמדו החוקתי של עקרון איסור ההאצלה של סמכויות חקיקה חל שינוי.⁶⁹ פסק-הדין המנחה שניתח את כלל ההסדרים הראשוניים נכתב על-ידי הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין, והתקבל פה אחד על דעת המותב המורחב.⁷⁰ הפרשה הייתה פרק נוסף במסכת עתירות שתקפו את חוקיות ההסדרים של מתן דחייה ופטור משירות ביטחון ללומדי תורה בישיבות חרדיות, על רקע השתייכותם המגורית של הנהנים מן הפטור. בעת הדיון בעתירה גובשו הסדרי הדחייה והפטור מכוח הסמכות הכללית שהוקנתה לשר הביטחון להעניק פטור משירות "מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות... או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים".⁷¹ במרכז פסק-הדין עמדה שאלת

66 טענה הראויה לדיון היא כי גם בעידן החוקתי ישום הכלל אינו אחד וקפדני בכל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון בנושא. כך, למשל, בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002) (להלן: פרשת קרקעות החקלאים), נקבע כי החלטות עקרוניות רחבות-היקף, אשר מסדירות שינוי ייעוד וזכויות בקרקעות במגזר החקלאי ומשפיעות גם על שוכרים רבים מחוץ לו, התקבלו בסמכות אף-על-פי שהן נקבעו על-ידי מועצת מקרקעי ישראל. בית-המשפט הכיר – אף אם אגב ביקורת – בהסמכה כללית של המועצה לקבוע את המדיניות הקרקעית של המדינה מבלי שהונחו על-ידי המחוקק יסודות כלשהם לקביעת המדיניות הכללית או במגזר החקלאי. ייתכן שההסבר לכך טמון ב"האצלה גלויה" של המחוקק. ראו ספיר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 13–14. לדוגמה נוספת ראו בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006).

67 השוו לאחד משני הסבריו של ספיר להתחזקות העיקרון של איסור האצלה. ספיר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 9–11.

68 ראו קלינגהופר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 118–120; יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" משפטים ד 63, בעיקר 70–73 (1973).

69 לדעה זו ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 58, בעמ' 148–151; ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים" בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012); אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821, 829–830 (2001).

70 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

71 ס' 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986.

סמכותו של שר הביטחון לגבש הסדר כולל ורחב-היקף למגזר שלם של מתגייסים, והדיון התמקד בכלל ההסדרים הראשוניים.

נקודת המוצא לדיון הייתה שהדרישה לקביעת מדיניות ואמות-מידה כלליות בחקיקה ראשית היא כלל בסיסי של המשפט הציבורי.⁷² כלל זה אינו אוסר הפקדת סמכות חקיקה כלשהי בידי הרשות המבצעת, שהיא מעשה שכיח וחיוני, כי אם תובע שאמות-המידה העקרוניות למתן הסמכות ואופן הפעלתה ייקבעו בחקיקה ראשית. שלושת הטעמים הקשורים והמשלימים שניתנו לכלל ההסדרים הראשוניים מתבססים כולם על שלטון החוק במדינה דמוקרטית: הפרדת רשויות; קביעת עקרונות וגדרים בחקיקה לפעולתה של הרשות המבצעת; וקבלת הכרעות עקרוניות, ביחוד באשר לפגיעה בזכויות, בבית-הנבחרים המייצג את העם.⁷³

קשה לחלוק על הקביעה כי מטעמים יסודיים אלו נגזרת ההבחנה בין הסדרים ראשוניים למשניים.⁷⁴ עם זאת, כפי שהודה הנשיא ברק עצמו בפסק-הדין, מדובר בהבחנה עמומה.⁷⁵ לאמתו של דבר, אין היא אומרת יותר מאשר שהסדר ראשוני הוא הסדר שעל-פי התיאוריה הבסיסית המשוקעת במשפט המקובל ראוי שיעוצב ויוכרע על-ידי בית-המחוקקים. להגדרה כזו יש אופי מעגלי.⁷⁶ נטען נגדה כי בעמימותה ובדלות ההנחיה שהיא מספקת למבקש להבדיל בין הסדר ראשוני למשני יש כדי ליצור שיקול-דעת רחב לבית-המשפט.⁷⁷ בפסיקה ובספרות אף הובע ספק בהיתכנות של גיבוש הבחנה ברורה ובעלת תחולה כללית.⁷⁸ אמות-המידה שהוצעו בפסיקה נחשבות לכאלה שאינן ממצות ואינן מדויקות די הצורך.⁷⁹ ייתכן שעמימות זו השפיעה על בית-המשפט בגיבוש עמדתו באשר לשתי סוגיות קשורות ומשלימות. האחת היא רמת ההפשטה הנדרשת בקביעת ההסדרים

72 פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 70, בפס' 19 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

73 שם, בפס' 20–23 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

74 שם, בפס' 24 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

75 שם, בפס' 25 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

76 ראו בג"ץ 6971/96 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, פס' 13 לפסק-הדין של השופט חשין (1999).

77 ראו ספיר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 37–38.

78 ראו פרשת ועדת המעקב, לעיל ה"ש 48, בפס' 37–39 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') חשין; זמיר כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 215–216.

79 שלושה תבחינים מרכזיים שהוצעו בפסיקה הם: (1) האם מדובר בהסדרת תחום או נושא מהותי ורחב, להבדיל מתכלית נקודתית? (2) האם זכויות-יסוד נפגעו באופן ממשי? (3) האם מדובר בנושא המעורר מחלוקת בציבוריות הישראלית? ראו בג"ץ 4253/02 ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86, פס' 48 לפסק-הדין של השופטת ברלינר (2009).

הראשוניים, והאחרת היא מידת הדווקנות באכיפתו של כלל ההסדרים הראשוניים. הקו השליט בבית-המשפט גרס כי פעמים רבות ניתן להסתפק ברמת הפשטה גבוהה למדי בקביעת ההסדרים הראשוניים, וכי בית-המשפט לא יישם את הכלל בדווקנות. שני הטעמים המרכזיים שניתנו לכך הם הצורך בגמישות וביעילות מנהלית ומרחב התמרון שיש להקנות למחוקק.⁸⁰ לפי הפסיקה, מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בזכות של הפרט הן אמות-מידה לקביעה אם מדובר בהסדר ראשוני ומה מידת הפירוט הנדרשת בחקיקה. היו שהוסיפו גם את חשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת.⁸¹

קשיים ומחלוקות פוסקים ביישום כלל ההסדרים הראשוניים התגלו גם בפסק-הדין בפרשת מתווה הגז.⁸² אולם המחלוקת בפרשה זו לא נגעה בעיקרה בשאלת ראשוניותו של ההסדר הנדון, כי אם במהותו. מהגדרת הסוגיה שבמחלוקת עולה כי פסק-הדין בפרשה זו אינו משקף נסיגה מכלל ההסדרים הראשוניים או צמצום של הכלל גם בכל הנוגע בהחלטות שלטוניות שאינן פוגעות באופן ישיר בזכויות-יסוד. בעתירה נתקפה חוקיות המתווה שגובש על-ידי דרגים מקצועיים ופוליטיים ואושר בהחלטות ממשלה. מתווה זה קבע מדיניות בתחומים שונים, כגון מיסוי, ייצוא וכן הגבלים עסקיים ופיקוח מחירים (תוך עקיפת הממונה על ההגבלים העסקיים (כיום הממונה על התחרות), שהתנגד להסדרים שנקבעו בתחום), ובמסגרתו הוענקה לחברות הגז הבטחה שלטונית בדבר אי-קבלת החלטות חדשות על-ידי המדינה בעניינים הכלולים במתווה, לאחר שהן מצידן הסכימו למתווה שגובש בתמורה לויתור על כמה מטענותיהן או לסיוגן. הסמכויות השונות של המְאָסְדָרִים ושל משרדי הממשלה הנוגעים בעניין עוגנו בהוראות חוק שונות וישנות, אולם אלה הופעלו על-ידי הממשלה במסגרת מתווה מקיף ולצורך הסדרת אותו עניין. המתווה הסדיר באופן תקדימי את משק הגז הטבעי בישראל, ולהכרעות שהתקבלו בו יש השלכות כלכליות מרחיקות-לכת.

80 ראו, לדוגמה, פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 70, בפס' 25–26 לפסק-הדין של הנשיא ברק. יצוין כי ספק אם הקניית מרחב תמרון למחוקק אכן מחייבת הגמשה של עקרון איסור האצילה. כל עוד מדובר בחזקה פרשנית במסגרת המשפט המנהלי, להבדיל מבטלות הוראה מפורשת בחוק הכנסת, אין זה ברור כלל מדוע הפררוגטיבה של המחוקק וההנחה שהוא בקיא בנושא מחייבת קביעת בררת-מחדל שלפיה יש להתיר למנהל לפעול מבלי שנקבעו הסדרים ראשוניים.

81 שם, בפס' 25 לפסק-הדין של הנשיא ברק; בג"ץ 6215/12 באסטאקאר נ' שר האוצר, פס' 25 (נבו 16.6.2015); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177, פס' 26 לפסק-הדין של הנשיא גרוניס (2014); פרשת ועדת המעקב, לעיל ה"ש 48, בפס' 37 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

82 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסק-הדין של השופט סולברג (נבו 27.3.2016) (להלן: פרשת מתווה הגז).

באשר לתוצאה, ארבעת שופטי הרוב תמכו בהצהרה על בטלות המתווה, ואילו השופט סולברג, בדעת יחיד, התנגד. אולם בכל הנוגע בדיון על הסדרים ראשוניים נחלקו שופטי ההרכב באופן שונה. המשנה לנשיאה רובינשטיין ערך ניתוח שיטתי של כל אחת מהטענות, תוך הקפדה על חלוקה ברורה בין מישורי הסמכות, ההליך ושיקול-הדעת.⁸³ הוא הקדים רקע עיוני לכלל ההסדרים הראשוניים, תוך הדגשת חולשתה היחסית של הכנסת ועוצמתה הרבה של הממשלה במציאות הישראלית.⁸⁴ לאחר-מכן קבע המשנה לנשיאה רובינשטיין כי מתווה הגז הוא אכן הסדר ראשוני המסדיר את משק הגז הטבעי כמעט מאפס.⁸⁵

השאלה שעמדה נדרש הרכב השופטים להתמודד היא מהו אותו הסדר שאת אופיו יש לבחון. השופט רובינשטיין, בהסכמת השופט ג'ובראן, סבר כי ההסדר שאת ראשונותו יש לבחון הוא מתווה הגז בכללותו, על השלכותיו, פניו וממדיו השונים.⁸⁶ לפיכך סברו השופטים ג'ובראן ורובינשטיין כי מתווה הגז בטל מחמת חוסר סמכות. לדידם, אמות-המידה העקרוניות להפעלת סמכותה של הממשלה ולגיבוש המתווה צריכות להיקבע בחוק החרות. נראה כי יתר שופטי ההרכב לא חלקו על היות מתווה הגז הסדר ראשוני, אולם סברתם הייתה שמתווה הגז צולח מהמורה משפטית זו, מאחר שכל אחת מהסמכויות המופעלות בו מעוגנת בסעיפי חוק שונים.⁸⁷ שלושת השופטים דחו את גישת המכלול שהציגו רובינשטיין וג'ובראן, הן בשל קשיים עקרוניים והן בשל אופיו של מתווה הגז. אם כן, גם דעת הרוב בדבר מהות ההסדר אינה מהווה נסיגה עקרונית מהכלל בדבר קביעת הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית על-ידי הכנסת, אלא ניסיון ליישמו בנסיבות המקרה.⁸⁸ במקרים מסוימים, אם כן, שאלת מהות ההסדר עשויה להיות חשובה לדיון המשפטי לא פחות משאלת ראשונותו. נראה כי שאלה זו של מהות ההסדר אינה

83 ראו, לדוגמה, ביטוי בולט לכך שם, בפס' כה לפסק-הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

84 שם, בפס' קכז-קל לפסק-הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

85 שם, בפס' קלד-קלו לפסק-הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

86 שם, בפס' קלז-קלט ו-קמג לפסק-הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין. ראו גם שם, בפס' 8-9 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן.

87 שם, בפס' 3, 42 ו-52-61 לפסק-הדין של השופט סולברג וכן בפס' 2, 4 ו-11 לפסק-הדין של השופטת חיות. השופט פוגלמן היה מוכן להניח כי המתווה הוא הסדר ראשוני מבלי לקבוע מסמרות בדבר, אך סבר כי סעיפי ההסמכה השונים מספקים. שם, בפס' 10-19 לפסק-הדין של השופט פוגלמן.

88 השוו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595, 634-635 (2017). המחברים רואים בפרשת מתווה הגז עדות לתחולה מצומצמת של כלל ההסדרים הראשוניים בתחומים שאינם מתאפיינים בפגיעה בזכות חוקתית.

מתעוררת במלוא עוזה בסוגיית ייסורם של נחקרים בשירות הביטחון הכללי. אולם סוגיה זו של ייסור גופם ונפשם של נחקרים בשב"כ על-ידי אנשי הארגון ממחישה את חשיבות בחינתו של כלל ההסדרים הראשוניים, בדומה לבחינתה של חובת ההסמכה בחוק, בשני מעגלי ההרשאה הנדרשים, כמבואר בפרק העוקב.

ד. סמכותן של רשויות מנהליות בישראל – שני מעגלי ההרשאה

על-פי הניתוח המוצע במאמר זה, הסמכת רשות מסוימת בחוק וקביעת ההסדרים העקרוניים על-ידי הכנסת הם שני הרכיבים להתגבשותה של סמכות משפטית לפעול בעניין מסוים.⁸⁹ כאשר על הפרק עומדת פגיעה בעקרונות-יסוד, שני הרכיבים הללו הם שני תנאים מצטברים בכל אחד משני מעגלי ההסמכה המצטברים לרכישת סמכות. שני הרכיבים הללו נדרשים לצורך גיבוש הרשאה משפטית לפעולה בכל אחד משני המעגלים: סמכות עניינית, כלומר, סמכות לפעולה בתחום עניינים מסוים; וסמכות מיוחדת לפגיעה בעקרונות-יסוד.

במישור הסמכות העניינית, קרי מעגל הסמכות הראשון, השאלה שהמשפט המנהלי מעמיד לפתחן של הרשויות ואנשי המשפט היא אם רשות מנהלית נקובה רשאית לעסוק בנושא מסוים. בהליך של ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות יהיה על בית-המשפט לבחון את חוקיות ההחלטה בהיבט של הרשאת הרשות לעסוק בתחום העניינים שהחלטה הנתקפת משתייכת אליו.⁹⁰ על הפרשן לבחון אם על-פי כללי הפרשנות מותר לרשות לעסוק בנושא זה או אחר. בדרך-כלל הרף לקיום שני התנאים במעגל הסמכות הראשון יהיה נמוך מהרף הנדרש לקיום שני התנאים הללו במעגל הסמכות השני, ולעיתים לצורך מעגל הסמכות הראשון יהיה אפשר אף להסתפק בהסמכה כללית ובקביעת הסדרים רזים בחוק.

רק משצלחה רשות מנהלית משוכה בסיסית זו של סמכות מתעוררות שאלות בדבר ההליך שעליה לנקוט ושיקול-הדעת שעליה להפעיל באשר לתוכנה של החלטה מובחנת בתחום העניינים המסור בידיה. כמו-כן, שאלות חוקתיות בדבר

89 על-פי גישה שקנתה לה אחיזה בפסיקה, רכיב ההסדרים הראשוניים במשפט המנהלי – כלומר, כאשר אין מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות המוגנות בחוק-יסוד – הוא בגדר חזקה הניתנת לסתירה בחוק של הכנסת. לפי גישה זו, הכנסת רשאית לבטל רכיב זה בחוק ולהסמיך רשות מנהלית לקבוע הסדרים ראשוניים בתחום מסוים. ראו פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 81; פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 70, בעמ' 517–524.

90 דעה דומה הובעה על-ידי זמיר בהערת-שוליים. ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 55. גישה זו אינה רחוקה מההלכה שנקבעה בדבר סמכותו העניינית של בית-המשפט. ראו בג"ץ 203/57 רובינסקי נ' הפקיד המוסמך לפי חוק בתים משותפים, תשי"ג-1952, פ"ד יב 1668 (1958).

היתר משפטי למעשים מנהליים מסוימים או איסורם אינן בשלות כלל לבירור בהעדר סמכות. במילים אחרות, ללא הסמכה בחוק וקביעת ההסדרים הראשוניים על-ידי הרשות המחוקקת לא מתקיים תנאי הכרחי לדיון בחוקיותם של הסדרים או מעשים שלטוניים מסוימים; הסדרים או מעשים כאלה אינם חוקיים משום שהם נוצרו או נעשו בחוסר סמכות, ודי בכך. על רקע זה, בהעדר סמכות לגרום כאב וסבל לנחקרים בשירות הביטחון הכללי לא נוצר בסיס לדיון חוקתי אפשרי בשאלת האיסור החוקתי על גרימת כאב וסבל לנחקרים בישראל, שהרי אי-אפשר לקיים דיון חוקתי מסוג זה אלא על-סמך חוק שמסמיך את השב"כ לייסר נחקרים ומסדיר את ייסורם, וחוק כזה אינו קיים.

עיקרה של שאלת הסמכות הוא חלוקת הסמכויות הראויה בין רשויות השלטון השונות. תנאי לה הוא שהכנסת, הרשות המחוקקת, סברה כי הרשות המנהלית שהוסמכה היא שמתאימה לטפל בעניין, בדרך-כלל על רקע מאפייניה המוסדיים, דוגמת הידע והמומחיות שלה.⁹¹ הנאותות של חלוקת הסמכויות במשטר דמוקרטי מושפעת מתיאוריה משטרית ומהערכים המכוננים של שלטון החוק. לדוגמה, תפיסת החירות נוגעת בהחלט בקביעת סמכות של רשות לעסוק בעניין מסוים, אך לא באופן ישיר, כי אם דרך העדשה של חלוקת הסמכויות הראויה.⁹²

לצורך מאמר זה יהיה מועיל להפריד בין שני רבדים (או מעגלים) של דרישת הסמכות, הבאים לידי ביטוי בחובת ההסמכה בחוק ובכלל ההסדרים הראשוניים אשר משלים אותה. הרובד הראשון של דרישת הסמכות הוא התנאי הבסיסי שתחום עניינים מסוים יימסר לידיה של רשות מסוימת על-ידי בית-הנבחרים. כך, למשל, אין משרד הבריאות רשאי לפעול למניעת תחלואה אם סמכות זו לא נמסרה לו על-ידי הכנסת בחוק. הרובד השני, אשר בו מתמקד מאמר זה, הוא סמכותה של רשות מסוימת לפגוע בעקרונות כלליים של השיטה, כגון עקרונות-יסוד משטריים, ובייחוד בזכויות-יסוד. כך, למשל, גם אם נמסרה למשרד הבריאות הסמכות הכללית לפעול להפחתת תחלואה ולמניעת הידבקות במחלות, אין לפרש סמכות זו ככוללת הרשאה לעצור אזרחים או לכרות איברים מגופם ללא הסכמתם. עקרונות אלו רחבים בהיקף תחולתם מתחום העניינים המוקנה לרשות, אבל לצורך בחינת הסמכות הם נכללים בתוכו. כך, למשל, זכויותיו של אדם לכבוד ולא-פגיעה בגופו רחבות בהרבה מהימנעות מייסור גוף הנחקר על-ידי שירות הביטחון הכללי, והן משתרעות על תחומים רבים ורחבים. אולם לצורך בחינת סמכותו של השב"כ

91 לרעיון דומה בנוגע לסמכותם העניינית של בתי-המשפט ראו יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 296–295 (2015).

92 ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 88.

לייסר נחקרים יש לוודא תחילה שהוא הוסמך לעסוק בתחום עניינים מסוים – לדוגמה, בסיכול טרור – ולאחר־מכן לבחון אם הוא הוסמך לעשות מעשים הפוגעים בגופו של אדם ובכבודו במסגרת הרשאתו לסכל טרור.⁹³

ככלל, במשפט ישראל קיימת חזקה פרשנית נגד פגיעה בעקרונות־יסוד של השיטה, ובעיקר בזכויות־יסוד של הפרט. כאמור, חזקה זו היא אבן־יסוד של המשפט המנהלי, שעליה מושתת הדין בישראל. על חזקה זו יכול המחוקק להתגבר באמצעות שתי דרישות מצטברות: מילים ברורות וחד־משמעיות (דרישת ההסמכה המפורשת) וקביעת אמות־המידה העקרוניות להפעלת הסמכות (כלל ההסדרים הראשוניים).⁹⁴ זוהי חלוקה סוגית, לאמור, דרישות הסמכות נקבעות על־פי סוג העיקרון הנפגע.⁹⁵ עקרונות־היסוד המשוקעים במשפט המקובל, אשר מגביהים את רף דרישת הסמכות כאשר פגיעה אפשרית בהם עומדת על הפרק, הם אב־סוג מובחן. ל־סיווג הקיים לאבות־סוג מסוימים יש טעמים שונים התומכים בו, ומרגע שהוא נקבע, יש לדבוק בו. כך, למשל, בשל טעמים שונים יש להעלות את חופש הביטוי הפוליטי לדרגת זכות־יסוד, ובכך לבדלו מאינטרסים אחרים של האדם במסגרת החירות הכללית הנתונה לו.⁹⁶ על־כן, משנמצא כי לפעולה בעניין מסוים נלווית פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, יש ליישם את הדרישות הקבועות לפגיעה בזכויות־יסוד:

93 לדיון במידת הפירוט הנדרשת בחקיקה ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 53, בעמ' 145–146.

94 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 58, בעמ' 148–149: "חוק האוצל למחוקק־המשנה או למבצע הוראות מינהל סמכות או שיקול דעת להגביל זכות אדם חוקתית... בלא לקבוע את ההסדרים הראשוניים באשר לתוכן ההגבלה, אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה."

95 בתי־המשפט החילו דרישות דומות על פירוש הסמכות העניינית שלהם עצמם גם במשפט האזרחי. ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 35–36 (מהדורה שתיים־עשרה 2015); רוזן־צבי, לעיל ה"ש 91, בעמ' 299–305.

96 להצדקות שונות שניתנו בפסיקה לחופש הביטוי ראו, לדוגמה, רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 17 לפסק־הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 12.11.2006); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, בעיקר פס' 9 לפסק־הדין של השופט דורנר (2003); בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, פס' 6 לפסק־הדין של הנשיא ברק (1997); ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, פס' 13 לפסק־הדין של השופט ברק (1993); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, פס' 13 (1989); בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, פס' 14 לפסק־הדין של השופט ברק (1987); בג"ץ 372/84 קלופר־נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, פס' 2–4 לפסק־הדין של הנשיא שמגר (1984); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר־הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953). ראו עוד מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 53, בעמ' 440–460; אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 776–779 (2014).

הסמכה מפורשת וקביעת הסדרים ראשוניים (ברמה גבוהה של בהירות ופירוט) בחקיקה ראשית.

אם כן, חוקיות המנהל דורשת כי על-מנת שרשות מנהלית מסוימת תעסוק בתחום עניינים מסוים, עליה לקבל הרשאה לעיסוק זה, וככל שהעיסוק כרוך בפגיעה בזכויות, עליה לקבל הרשאה גם לכך. הרשאות אלו מוענקות על-ידי המחוקק בהתקיים שני תנאים מצטברים: הסמכה בחוק וקביעת ההסדרים הראשוניים בחקיקה ראשית. מבחינה מעשית, פעמים רבות אותן הוראות חוק יקנו הן את הסמכות לעסוק בתחום עניינים מסוים והן את הסמכות לקבוע הסדרים הכרוכים בפגיעה בזכויות, אולם סמכות קמה רק בהתמלא שני מעגלי ההרשאה האלה. על הוראות החוק, על-פי פרשנות הנכונה, להסמיך את הרשות לעסוק בתחום עניינים מסוים ואף לפגוע בזכויות בתוך תחום העניינים שנמסר לה. מהותה וחשיבותה של דרישת הסמכות במשפט המנהלי יתחדדו בחלקו השני של המאמר על רקע הדיון בהן בהקשר של גרימת כאב וסבל לנחקרים.

הפרקים הבאים במאמר זה עוסקים בגרימת סבל וכאב גופני לבני-אדם. למושג "עינויים", אשר משמש לעיתים להגדרת מעשים אלו של גרימת כאב וסבל, יש הגדרות מסוימות במשפט הבין-לאומי, והדיון בו חורג מהיקפו של מאמר זה. כמו-כן קיימת מחלוקת אם כאב וסבל ממשיים הנגרמים לאנשים במהלך חקירות שירות הביטחון הכללי מהווים עינויים כהגדרתם במשפט הבין-לאומי.⁹⁷ כדי להפריד את הדיון מהמשפט הבין-לאומי ולהימנע ממחלוקות אלו, הכאב והסבל המושרים על הנחקרים מכונים במאמר זה "ייסורים". אין חולק כי ייסור גופו ונפשו של הנחקר הוא בגדר פגיעה חמורה בגופו של אדם, המתווספת על-פני-רוב לפגיעה בחירותו האישית. כמו-כן מדובר בפגיעה מועצמת בזכות החוקתית לכבוד האדם, אשר עולה על הפגיעה הכרוכה בחקירה משטרתית רגילה, אף אם לחקירת המשטרה נלווה מעצר.

פגיעה כזו בגוף האדם ובכבודו היא פגיעה קשה בזכות-יסוד, אשר מאז ומעולם חייבה – על-פי הנורמות של המשפט המנהלי בישראל – הסמכה מפורשת בחקיקה. פגיעה מסוג זה אף מחייבת קביעת הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית כתנאי לחוקתיותה. הסמכה וקביעת הסדרים ראשוניים כתנאים שבלעדיהם אין

97 Itamar Mann & Omer Shatz, *The Necessity Procedure: Laws of Torture in Israel and Beyond, 1987–2009*, 6 UNBOUND: HARV. J. LEGAL LEFT 59, 64–65 (2010) על-פי ההנחיות שגיבש היועץ המשפטי לממשלה, סייג הצורך מפני אחריות פלילית אינו עומד לחוקרי השב"כ העושים מעשים הנכללים בהגדרת "עינויים" במשפט הבין-לאומי. ראו אליקים רובינשטיין "הביטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מד 409, 421 (1999).

לרשות מנהלית סמכות לפעול אינם נובעים עוד אך ורק מחוקיות המנהל של המשפט המקובל, אלא מעוגנים בצורה מפורשת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁸ אם כן, על-פי הפרשנות הראויה של דרישת הסמכות במשפט הציבורי הישראלי, נדרשים כמה תנאים מצטברים לשם הקניית סמכות לשירות הביטחון הכללי לייסר נחקרים המצויים במשמורת המדינה. ראשית, על המחוקק להרשות לשב"כ לעסוק בסיכול טרור ולקבוע הסדרים ראשוניים בעניין, אף אם ברמה פחותה מרמת ההסדרה והפירוט הנדרשת לקניית סמכות לפגוע בזכויות-יסוד. כיום תנאי זה מתקיים במקרים רבים.⁹⁹ שנית, נדרשת הסמכה מפורשת של שירות הביטחון הכללי לייסר נחקרים בתחום זה של סיכול טרור ומניעתו, אשר כרוך מעצם טיבו בפגיעה קשה בזכויות-יסוד. תנאי זה אינו מתקיים כלל ועיקר. שלישית, אין די בהסמכה מפורשת אך סתמית של שירות הביטחון הכללי לייסר נחקרים לצורך סיכול טרור, אלא נדרשות הנחת תשתית וקביעת המסגרת לייסור נחקרים – כלומר, גיבוש ההסדרים היסודיים בעניין – בחקיקה ראשית של הכנסת. כפי שיודגש בהמשך, פשוט וברור שגם תנאי זה אינו מתקיים.

ניתן להמחיש את הפרשנות הראויה של דרישת הסמכות במשפט הציבורי ויישומה בהקשר של חקירות השב"כ גם בצורה גרפית, באופן הבא:



98 ראו ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם כאשר הוא אדם." ס' 4 לחוק-היסוד אף מטיל על המדינה חובה להגן על זכויות חוקתיות אלו: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו." ראו עוד לעיל ה"ש 94.

99 ראו ס' 7 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

בחינת הפסיקה הנוגעת בייסור גופם של נחקרים בשירות הביטחון הכללי מאפשרת דיון ביקורתי מעמיק בשאלת הסמכות במשפט המנהלי, תוך הבהרת הדוקטרינה, עמידה על הגיונה ועל מקומה במשפט הציבורי, וכן בחינה של אופן יישומה בפסיקה. כפי שיתברר בהמשך הדברים, הסטייה מתורת הסמכות שהשתרשה בישראל טומנת בחובה סכנות לא-מבוטלות לעיקרי משפט ומשטר, וכפועל יוצא מכך גם סכנה משמעותית לאזרחים ולתושבים המסורים בידי הרשויות או חשופים להחלטותיהן ולמעשיהן.

הפרקים הבאים במאמר זה יתמקדו בבחינה ביקורתית של הדיון הפסיקטי בגרימת כאב וסבל לנחקרים בשירות הביטחון הכללי בראי דרישת הסמכות. הניתוח מלמד על התאמת הפסיקה בעבר לעיקרי משפט ומשטר המגולמים בדרישת הסמכות, ועל סטייה של הפסיקה המאוחרת מדרישת הסמכות. סטייה זו חותרת תחת שלטון החוק המגולם במשפט הציבורי הישראלי. בהיבט חשוב ובעייתי זה של הפסיקה יעסוק המשך המאמר. במצב המשפטי הקיים, היבט זה מייתר דיון בפנים אחרים של סוגיית הייסור.

ברם, במישור העיוני אין במסמך משפטי כדי לנעול את הדיון במישור המוסרי, ואין בחקיקה מסמיכה – אילו הייתה או אם תהיה כזו – כדי לחתום דיון בחוקתיותה של הוראת חוק כזאת.¹⁰⁰ מאמר זה אינו קורא למיסוד הייסורים בחוק או להסמכת שירות הביטחון הכללי לייסר נחקרים. חרף טעמים מעשיים ופילוסופיים בעלי משקל – הן במישור המוסרי הן במישור החוקתי – נגד הכרה משפטית בסמכות כזאת, מאמר זה מניח חלק משאלות אלו לדיון עתידי.¹⁰¹

ה. פרשת הוועד הציבורי – הגשמה זהירה ושמרנית של חוקיות המנהל

בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים ניתן פסק-דין עקרוני בדבר חוקיותם של אמצעי חקירה חריגים שהפעיל שירות הביטחון הכללי כלפי נחקרים המצויים במשמורת.¹⁰² אמצעים אלו, שכמה מהם נדונו בפסק-הדין באופן מפורט,¹⁰³

100 השוו דניאל סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" משפט וממשל ד' 161, 165 (1997).

101 לדיון כללי ראו, לדוגמה, שם; Sanford H. Kadish, *Torture, the State and the Individual*, 23 Isr. L. Rev. 345 (1989); MATTHEW H. KRAMER, *TORTURE AND MORAL INTEGRITY: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* (2014).

102 פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2.

103 שם, בפס' 8-13 ו' 24-31.

התאפיינו בייסור גופם של נחקרים על-מנת להפיק מהם מידע בעל ערך לשירותי הביטחון. הכרעתו של בית-המשפט העליון הושתתה על הנורמה של חוקיות המנהל במשפט המנהלי. לחיזוק הדברים הודגש כי הסמכה מפורשת לייסור גופם של נחקרים היא גם מצוותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰⁴

בתמצית, ההלכה שנקבעה בפרשת הוועד הציבורי היא שלשירות הביטחון הכללי אין סמכות לייסר את גופם של נחקרים. לעצם קיומה של סמכות חקירה נדרשת הסמכה בחוק. כמצוות הדרישה לחוקיות המנהל, אין די לשם כך בסמכויות הממשל הכלליות – אף-על-פי שאלה מעוגנות בחוק-יסוד: הממשלה – או בנורמות תת-חוקיות.¹⁰⁵ חוקרי השב"כ אומנם הוסמכו כדין, מכוח חקיקה ראשית, לנהל חקירות, אולם הסמכה כללית זו מחייבת אותם – בדומה לחוקרי משטרת ישראל בנהלם חקירות משטרתיות – לכללי החקירה. הסמכה כללית זו לנהל חקירות אינה כוללת הרשאה לגרום כאב וסבל לגופו של נחקר כלשהו.¹⁰⁶

משמעותן ההכרחית של קביעות בית-המשפט העליון היא כי שירות הביטחון הכללי, ככל רשות מנהלית, מנוע משימוש באמצעי חקירה המייסרים את גופו של הנחקר. איש מבין בעלי הסמכות לחקור – קרי, מחוקרי השב"כ המעורבים, אשר מפעילים כוח שלטוני כזרועה של המדינה – אינו רשאי לנקוט אמצעי חקירה כאלה. כל שימוש באמצעי המייסר את גופו של נחקר הוא בלתי-חוקי. ממילא "אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הביטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת",¹⁰⁷ שהרי היתר, הנחיה, הדרכה או עידוד לייסר את גופו של נחקר אינם אלא נטילת חלק בהפרת חוק או סיוע ממוסד לפעילות האסורה על-פי דין. בכך הסיר פסק-הדין ממדינת-ישראל את אחד החוליים המשפטיים והמוסריים הקשים ביותר הנגרמים מייסור גופם של נחקרים: מיסוד הייסור והפיכתו לפרקטיקה מאורגנת באמצעות הנחיות, הדרכה, מערך היתרים, פיקוח והתמקצעות.¹⁰⁸

פסק-דינו של בית-המשפט העליון הוא יישום הכרחי וזהיר של עקרון חוקיות המנהל. אל קרבו של ספר החוקים הישראלי לא בא חוק המסמך באופן מפורש רשות מרשויות המדינה לייסר את גופו של אדם לשם הפקת מידע, ומאליו ברור כי

104 שם, בפס' 18 ו-20.

105 שם, בפס' 18–19.

106 שם, בפס' 20, 23, 33 ו-38.

107 שם, בפס' 38. ראו גם שם, בפס' 37: "הנחיות כלליות לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה חייבות לשאוב את כוחן מהסמכה המעוגנת במשפט...".

108 ראו David Luban, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, 91 VA. L. REV. 1425 (2005).

החקיקה הראשית בישראל נקייה מאמות-מידה עקרוניות לגרמת ייסורי גוף בחקירה. משכך, תנאי יסודי והכרחי לקיומה של סמכות לייסור גוף (כדין) אינו מתקיים.¹⁰⁹ ככלל, בית-המשפט העליון הסתפק בכך. אף-על-פי שסוגיות חוקתיות מהותיות ושאלות מוסריות, חברתיות ובין-לאומיות לא נעלמו מעיניו של בית-המשפט העליון, פסק-דינו הוגבל לתנאי יסודי והכרחי זה – חוקיות המנהל.¹¹⁰ מכיוון שתנאי הכרחי ויסודי זה – אם כי לא מספיק כשלעצמו – אינו מתקיים, לא נדרש בית-המשפט לדיון חוקתי מעמיק בסוגיה.

לאמיתו של דבר, הצהרת בית-המשפט בפרשת הוועד הציבורי כי ייסור גופו של נחקר בהעדר הסמכה מפורשת והסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית אינו כדין הייתה מדודה, עצורה ושמרנית למדי. היא התחייבה מתורת-העומק המשוקעת במשפט המקובל, והמשיכה מסורת פוסקים עקיבה, ארוכה ומוצקה, אשר ימיה כימי המדינה ושורשיה המשפטיים והתורתיים קדומים אף יותר.¹¹¹ זוהי מצוות חוקיות המנהל והוראתו הברורה של חוק-ייסוד: כבוד האדם וחירותו. נראה כי אופיו הזהיר והשמרני של פסק-הדין תרם לקבלתו פה אחד, ללא חולקים, בהרכב מורחב של תשעה שופטים.

בדומה להימנעותו מעיסוק בשאלות חוקתיות רחבות,¹¹² כמו-גם בהיבטים מוסריים, חברתיים ובין-לאומיים של ייסורי גוף, נמנע בית-המשפט העליון גם מקביעות ברורות בסוגיות עונשיות, אשר לא היו חיוניות לפסיקה בעניין הנדון והושארו בשוליו. לפיכך, בניגוד להכרעה החדה והברורה בשאלת הסמכות, לא הכריע בית-המשפט בשאלות מורכבות בדבר אחריותו הפלילית של אדם, חוקר שב"כ בעיסוקו, אשר פגע פיזית באדם אחר על רקע סברתו כי הנפגע מסכן את

109 לטענה כי השארת פתח לחקיקה מסמיכה אינה יותר ממס-שפתיים פוליטי ראו Miriam Gur-Arye & Florian Jessberger, *The Protection of Human Dignity in Interrogations: May Interrogative Torture Ever Be Tolerated? Reflections in Light of Recent German and Israeli Experiences*, 44 Isr. L. Rev. 229, 258–259 (2011).

110 פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2, בפס' 22 ו-37–40.

111 בית-המשפט היה מודע לכך. ראו, לדוגמה, שם, בפס' 40: "מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה..."

112 להימנעותו של בית-המשפט מהכרעה בלתי-נחוצה בשאלות חוקתיות ראו, לדוגמה, ע"א 93/6821 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 88–90 לפסק-הדין של הנשיא (בדימ') שמגר (1995); בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-הראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, פס' 3–5 לפסק-הדין של השופט חשין (1997); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פס' 64 לפסק-הדין של הנשיא ברק (1997); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 3 לפסק-הדין של השופט ריבלין (2006).

חייהם של אחרים. שאלות אלו הושארו בלתי-פתורות וצריכות עיון נוסף, אם כי בית-המשפט העליון לא שלל את היתכנותה של הגנה מסוג "צורך" לפוגע במסגרת משפט פלילי,¹¹³ ולצורך הדיון בלבד אף היה מוכן להניח שהגנה כזו עשויה לקום.¹¹⁴

חשוב להזכיר כי בניגוד לפרשנות שנתנה הרשות המבצעת לפסק-הדין, המוצאת בו הכרה בתחולתו של סייג הצורך, בית-המשפט העליון השאיר פתוחה את השאלה העקרונית אם סייג הצורך עשוי – ולו מבחינה עיונית – לעמוד לאדם שעשה מעשה בלתי-חוקי על רקע תפקידו כבעל סמכות שלטונית ובנסיבות שלא היו יכולות להתרחש אלא בהיותו בעל סמכות שלטונית מכוח תפקידו כחוקר בשב"כ.¹¹⁵ זהו ביטוי נוסף לזהירות ולהצרה אשר מאפיינות את פסק-הדין. עם זאת, חרף השאלות הפתוחות שהותיר פסק-הדין בעניינים הפליליים, יושם אל לב שגם לאפשרות התיאורטית שנותרה פתוחה הושמו כמה תנאים מקדימים.

ראשית, סייג מאחריות פלילית עשוי לעמוד, אם בכלל, לאדם פרטי אשר עשה את המעשים הנבחנים כאדם פרטי, להבדיל מבעל סמכות – מאורגן של המדינה.¹¹⁶ זהו התנאי החשוב ביותר לקיום דיון בשאלה העקרונית להגנה במשפט הפלילי לאדם שעשה מעשה בלתי-חוקי בנסיבות שנוצרו על רקע עבודתו כחוקר בשב"כ. מדובר באדם שעשה מעשה בלתי-חוקי כיחיד, ועל מעשה זה הוא מועמד לדין – או נבחנת העמדתו לדין – כפרט. שנית, הסייג עשוי לקום רק לגבי תגובת-שעה של אדם על אירוע יחיד המערב מאורע בלתי-צפוי.¹¹⁷

אם כן, פסק-הדין בפרשת הוועד הציבורי מבחין באופן ברור בין שני סוגי עניינים שונים בכל הנוגע בייסור גופו של אדם המצוי במשמורת המדינה. ראשית, המשפט הציבורי מכתוב תשובה ברורה לשאלת הסמכות: לרשויות המנהל בישראל, לרבות השב"כ, אין במסגרת המשפטית הקיימת סמכות לייסר את גופו של נחקר. זו ההלכה. דרישת הסמכות במשפט הציבורי מכתובה קביעה גורפת וחד-משמעית כי במצב המשפטי הקיים אין לשום רשות מנהלית ולאיש מאנשיה סמכות לייסר נחקרים. לפיכך, לפי קביעת בית-המשפט העליון, ייסור נחקרים אינו כדיון.

113 ראו ס' 34 יא לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

114 פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2, בפס' 34-35 ו-40.

115 לדיון ביקורתי בסוגיה ראו להלן פרק ח.

116 פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 2, בפס' 36: "הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין 'צורך'. סייג זה עוסק בהכרעה אינדיווידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון..." (ההדגשה הוספה).

117 שם, בפס' 36 ו-38.

בעניין זה פסק בית-המשפט כמתחייב מן הדין במדינה המבוססת על שלטון החוק, ויישם את עקרון חוקיות המנהל, ובייחוד את הכללים הנוגעים בפגיעה בזכויות יסוד.

שנית, ברמת הפרט לא נשללה (אם כי גם לא התקבלה) האפשרות להקל במקרים המתאימים עם אדם אשר בנסיבות עבודתו בשירות הביטחון הכללי נקלע למצב קשה ובחר – כאדם פרטי, ולא בכובעו כממלא תפקיד ציבורי מטעם רשות מנהלית – לפעול בניגוד לדין בניסיון למנוע פגיעה אפשרית בחייהם או בגופם של אנשים. ההקלה מתבטאת בכך שלא תוטל על אדם כזה אחריות פלילית למעשיו.¹¹⁸ הנה כי כן, בעניין זה – סייג הצורך – פרש בית-המשפט בפסק-הדין שתי שכבות של הגנה על עקרון החוקיות. השכבה הראשונה היא הימנעות מהכרה ברעיון השנוי במחלוקת של סייג מאחריות פלילית לאדם שייסר נחקרים על רקע עבודתו בשב"כ והותרת ההכרעה ברעיון זה לדיון מעמיק בעתיד. שכבת ההגנה השנייה מגדרת מראש את האפשרות התיאורטית של "צורך" למצבים ודוקטרינות שאינם מתנגשים חזיתית ובהכרח עם עקרון חוקיות המנהל, ואשר ניתן ליישבם עימו כהגנה מסוג פטור במצבים מסוימים לאנשים פרטיים אשר חשודים או נאשמים בפלילים.

ו. פרשת אבו גוש – תאוצה של שחיקה בלומה

בעקבות פסק-הדין בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים נערכו כמה התאמות ברשות המבצעת שנועדו לאפשר לחוקרי השב"כ להמשיך לייסר את גופיהם ונפשותיהם של נחקרים המצויים במשמורתם. נסיונות להסמיך את שירות הביטחון הכללי בחקיקה ראשית לגרום כאב וסבל גופניים לנחקרים לא עלו יפה, וחוק שירות הביטחון הכללי, שהתקבל בכנסת כשלוש שנים לאחר פסק-הדין, אינו כולל הסמכה כזאת. ממילא לא נחקקו גם הסדרים ראשוניים להסדרה ומיסוד של ייסור נחקרים. להבדיל מתגובתה של הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת הגיבה על פסק-הדין במהירות וביעילות. זמן קצר אחרי מתן פסק-הדין בפרשת הוועד הציבורי הוצאו הנחיות מפורטות של היועץ המשפטי לממשלה בדבר הגנת הצורך שעשויה לעמוד לחוקרי השירות מפני אחריות פלילית, ובשב"כ הוקם מערך הנחיות והתייעצויות באשר לתנאים ולאופן שבהם ייסר גופם של נחקרים.¹¹⁹

118 לפיכך, אם יש לסייג פוטנציאל תחולה על חוקרי השב"כ ברמה העקרונית, ייתכן שהם לא יועמדו לדין כלל בנסיבות מסוימות. שם, בפס' 38.

119 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ראו לעיל ה"ש 97.

מגמה ברורה של סטייה מהדרישה לחוקיות המגהלה ושחיקת ההלכה שנקבעה בפרשת הוועד הציבורי הסתמנה כבר בפסק-הדין בפרשת אבו גוש, אשר ניתן בדצמבר 2017.¹²⁰ ראשית, מפסק-הדין עולה כי ייסור גופם של נחקרים נעשה במסגרת מערך סדור ומסועף של נהלים, אישורים ודיווח לגורמים בכירים. דיווחים אלו כוללים אף מסירת פרטים על מחושים ונזקים גופניים שנגרמו לנחקר על-ידי אנשי השירות.¹²¹ פסק-הדין לא רק הפגין מודעות למערך זה, אלא אף תיאר את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנושא, אשר מתירה ואף מעודדת מערך כזה, ללא הערה או אזהרה כלשהי באשר לחוקיותו של המערך.¹²² בית-המשפט אף הכיר בעקיפין במערך זה, בקובעו כי אין הוא שולל את אופיו האד-הוקי של סייג הצורך.¹²³

שנית, סייג הצורך הורחב מאוד גם למקרים שמסוימותם ומיידיות הסכנה שבהם – או מיידיות הפעולה הנדרשת לסיכולה – מוטלים בספק. קודם-כל, אף-על-פי שפסק-הדין אינו מכיל דיון עקרוני בטיבו ובהיקפו של סייג הצורך או קביעה חד-משמעית שסייג הצורך אכן חל גם על אדם שעשה מעשים פליליים לכאורה על רקע עבודתו כחוקר בשב"כ, מבנה הניתוח של בית-המשפט מלמד כי זו ההנחה העומדת בבסיס פסק-הדין.¹²⁴ מעבר לכך, פסק-הדין התרחק מדרישה למיידיותה של הסכנה כתנאי לתחולתו של סייג הצורך. בית-המשפט אומנם עמד על כך שסייג הצורך – כפי שנקבע גם בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה – אינו חל על פעולה מודיעינית שגרתית ונמשכת, כי הסכנה לפגיעה בחיי אדם מוכרחה להיות מוחשית, ודאית ומסוימת באופייה ובטיבה.¹²⁵ אלא שבפסק-הדין נכללה קביעה שהפעולה לסיכול הסכנה, קרי ייסור גופו של נחקר המצוי במשמורת המדינה, עשויה להידרש באופן מידי גם למניעת סכנה כללית למדי של פעילות חבלנית בעתיד.¹²⁶ ברי כי

120 פרשת אבו גוש, לעיל ה"ש 3.

121 שם, בפס' 27 לפסק-הדין של השופט שהם.

122 שם, בפס' 40 לפסק-הדין של השופט שהם.

123 שם, בפס' 44 לפסק-הדין של השופט שהם: "הרי שגם אם חוקריו התייעצו עם בכירים מהם טרם הפעלת אמצעי החקירה החריגים, וזאת בהתאם להנחיות הפנימיות הרלוונטיות, אין בכך כדי לפגום באופיו האד הוקי של הסייג." על הקושי בגישה זו ראו יובל שני "חזרה לדוקטרינת הפצצה המתקתת: מספר הערות על פסק הדין בבג"ץ אבו גוש נ' היועמ"ש" המכון הישראלי לדמוקרטיה (18.12.2017) - <https://www.idi.org.il/blogs/security-clearance/abu-ghosh-high-court/20322>.

124 פרשת אבו גוש, לעיל ה"ש 3, בפס' 40-41 לפסק-הדין של השופט שהם.

125 שם, בפס' 41 לפסק-הדין של השופט שהם.

126 שם, בפס' 46 לפסק-הדין של השופט שהם.

במקרים אלו של סכנה כללית בעתיד לא מתקיימת פגיעה מוחשית, ודאית ומסוימת בחיי אדם.

עם זאת, נראה שפסק-הדין מתאפיין גם בניסיון לשמור על הלכת הוועד הציבורי ועל הקביעות העקרוניות שבפסק-הדין. ראשית, הודגש בפסק-הדין כי סייג הצורך אינו יכול לשמש מקור סמכות לגרימת כאב וסבל בחקירה.¹²⁷ יתר על כן, הנשיאה נאור, בהסכמת המשנה לנשיאה מלצר, הטעימה כי במשפט הישראלי איסור העינויים הוא מוחלט – אין בו איזונים ואין לו חריגים.¹²⁸ פסק-דינה של הנשיאה נאור מנסה לשוות לפסק-הדין אופי הליכי, אם כי תוך הכרה משתמעת בתחולתו של סייג הצורך על חוקרי השירות: לכאורה עקרון החוקיות נשמר, אך העתירה נדחתה משום שלא נפל פגם בהליכי הבדיקה של הטענות בדבר אופיים הפלילי של ייסורי הגוף שחוה הנחקר מידי המחזיקים בו.

כמו-כן, חשוב לציין כי עובדות פסק-הדין היו קרובות יחסית לסוגיית "הפצצה המתקתת", אשר הועלתה על-ידי המדינה בפרשת הוועד הציבורי ועמדה ברקע הימנעותו של בית-המשפט באותה פרשה מקביעה גורפת כי סייג הצורך אינו חל על גרימת ייסורי גוף לאדם על-ידי חוקריו בשירות הביטחון הכללי. הנחקר בפרשת אבו גוש אצר מידע קריטי שהפקתו ממנו באלימות סיעה בסיכול פיגוע קרוב בעזרת חגורת נפץ מוכנה להפעלה שהוסתרה בתל אביב.¹²⁹ המשנה לנשיאה מלצר אף פירש את עובדות פסק-הדין כמקרה של פצצה מתקתת ממש.¹³⁰

ז. פרשת טביש – בואכה פריקת עול החוקיות

להבדיל מהרקע העובדתי לפסק-הדין בפרשת אבו גוש, סיפורה של פרשת טביש אינו דומה כלל ועיקר לסוגיית הפצצה המתקתת.¹³¹ העותר נעצר, נחקר ונשפט בשל פעילות נמשכת ותשתיתית בארגון טרור. הוא נחשד, הואשם והורשע בחברות בארגון החמאס ובסחר באמצעי לחימה – בעיקר רובים.¹³² על-פי פסק-הדין, לא נטען בבית-המשפט – וממילא לא הונחה תשתית לטענה – כי בעת חקירת העותר

127 שם, בפס' 40 לפסק-הדין של השופט שהם.

128 שם, פסק-הדין של הנשיאה (בדימי) נאור ופסק-הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

129 שם, בפס' 2, 43 ו-46 לפסק-הדין של השופט שהם.

130 שם, בפס' 2 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

131 בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 1. ראו גם מרדכי קרמניצר ויובל שני "פסיקת בית המשפט העליון – מדרון חלקלק בדרך להתרת עינויים?" המכון הישראלי לדמוקרטיה (5.12.2018). <https://www.idi.org.il/articles/25101>

132 בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 1, בפס' 1, 3-4, 11-12 ו-26 לפסק-הדין של השופט אלרון.

החזיק השב"כ מידע בדבר מעורבותו הפעילה בפיוע ספציפי הממשש ובא. ייסור גופו נועד להפיק ממנו מידע לצורך מאבקה המתמשך של מדינת-ישראל בארגון החמאס ובפעילות הטרור שהוא מעורב בה.¹³³ השוני הבסיסי של פרשת טביש מסוגיית הפצצה המתקתקת לא נעלם גם מעיניו של בית-המשפט.¹³⁴

ההתרחקות מהמקרה הטיפוסי של פצצה מתקתקת צעדה בפסק-הדין יד ביד עם התרחקות מחוקיות המנהל וסטייה מהלכת הוועד הציבורי נגד עינויים, אשר מבטאת את עקרון החוקיות כפי שהתפתח במשפט ישראל. מבחינה פורמלית, בפרשת טביש לא נקבעה הלכה חדשה – בוודאי לא הלכה רחבת-היקף – שכן הן השופט עמית והן השופט מיניץ לא קיבלו באופן ברור את חוות-דעתו של השופט אלרון, אשר כתב את פסק-הדין המרכזי. עם זאת, אמירות מרכזיות בפסק-הדין מתרחקות מעקרון חוקיות המנהל ומיישמו בפרשת הוועד הציבורי. את ההתרחקות ניתן לסווג לשלושה ראשים עיקריים.

הראש הראשון הוא קבלת מערך ההתייעצויות, ההדרכה וההנחיה ששירות הביטחון הכללי מפעיל בדבר התנאים לייסור גופו של אדם ואופן ביצועו. אף-על-פי ש"ההנחיות הפנימיות" של השירות – מושג סתום ומשונה כשלעצמו בכל הנוגע בפעולה בחוסר סמכות¹³⁵ – אינן קובעות מראש ובאופן כללי מהן הנסיבות שבהן חוקר רשאי לפעול "במסגרת סייג הצורך", הן מגדירות את הליכי ההתייעצות עם גורמים בכירים בשב"כ בדבר ייסור גופו של אדם.¹³⁶ בפרשת טביש הכיר בית-המשפט בפעם הראשונה בלגיטימיות של מערך ההתייעצויות ושל "ההנחיות הפנימיות" של השב"כ באשר לייסור נחקרים.¹³⁷ בהקשר זה ערך בית-המשפט הבחנה בין הדרכה או הנחיה כללית מראש לבין הדרכה או הנחיה בדבר ייסור גופו של נחקר בנסיבותיו של מקרה מסוים. מדברי בית-המשפט עולה בבירור כי אין מדובר במסירת מידע ובמתן רקע עובדתי בלבד לחוקר, אלא בהנחייתו אם לייסר נחקר, מתי ובאיזה אופן.¹³⁸

133 השוו דנג"ץ 9105/18 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 12 (נבו 25.2.2019).

134 בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 1, בפס' 2 לפסק-הדין של השופט עמית.

135 בית-המשפט עצמו ציין כי בפרשת הוועד הציבורי נקבע שסייג הצורך אינו יכול לשמש מקור סמכות לקביעת הנחיות. שם, בפס' 40 לפסק-הדין של השופט אלרון.

136 שם, בפס' 28 ו-44 לפסק-הדין של השופט אלרון.

137 השוו Smadar Ben-Natan, *Revise Your Syllabi: Israeli Supreme Court Upholds Authorization for Torture and Ill-Treatment*, 10 J. INT'L HUMANITARIAN LEGAL STUD.

(2019) 41, 43 (להלן: בן-נתן).

138 בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 1, בפס' 65–66 לפסק-הדין של השופט אלרון ובפס' 3 לפסק-הדין של השופט עמית.

הראש השני הוא התוכן הנורמטיבי שיצק בית-המשפט בפרשת טביש לסייג הצורך מפני אחריות פלילית. ראשית, בית-המשפט קבע – בניגוד ללשונו המדודה של פסק-הדין בפרשת הוועד הציבורי – כי בפסק-דין הוועד הציבורי נגד עינויים הוכרע כי הגנת הצורך עשויה לעמוד לאדם שביצע מעשים בלתי-חוקיים לכאורה על רקע נסיבות עבודתו בשב"כ.¹³⁹ שנית, באשר למצבים שבהם סייג הצורך עשוי לחול, בעיקר בכל הנוגע בדרישת המיידיות, הרחיב בית-המשפט עד-מאוד את היקף הסייג, את טבעו ואת תפקידו. בחלק הנורמטיבי הכללי של פסק-הדין עוד הובאו בהסכמה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה אשר מוציאות מתחולת הסייג פעילות רגילה ונמשכת של איסוף מודיעין לצורך מאבק בטרור.¹⁴⁰ אולם במסגרת יישום הדין על נסיבות המקרה נקבע כי פעילות סיכול שגרתית ונמשכת דווקא נופלת בגדרי סייג הצורך.¹⁴¹ שלישית, מניסוח הדברים אף עולה חשש ששופטים בבית-המשפט מוכנים להכיר בסייג מאחריות פלילית לא רק לאדם שפעל בניגוד לחוק מתוך צורך או בייקטיבי, אלא אף לאדם שפעל כך מתוך תחושה סובייקטיבית של צורך.¹⁴²

הראש השלישי של הנסיגה מעקרון החוקיות הוא כללי יותר, אך משלב יסודות גם משני הראשים הראשונים של התרחקות מחוקיות המנהל. מדובר בזיהוי ייסור גופם של נחקרים עם הרשות המנהלית עצמה, דהיינו, עם שירות הביטחון הכללי. כך, למשל, בית-המשפט הכיר בזכאותם של בעלי הסמכות (שאינה קיימת) – קרי, של חוקרי שירות הביטחון הכללי – למידה ראויה של ודאות משפטית בייסורם נחקרים המצויים במשמורת המדינה.¹⁴³ הצגה זו של הדברים והניתוח המשפטי

139 שם, בפס' 40 לפסק-הדין של השופט אלרון.

140 שם, בפס' 43 לפסק-הדין של השופט אלרון.

141 ראו, למשל, שם, בפס' 59 לפסק-הדין של השופט אלרון: "ה'צורך' העומד בבסיס החקירה שנערכה לעותר אינו מצוי בחלל הריק. יש להבינו ולפרשו על רקע המציאות הביטחונית המורכבת של מדינת ישראל. העותר היה פעיל בארגון טרור אשר ביצע, ומוסיף לבצע, פיגועי טרור חמורים, בהם רצח בדם קר, באכזריות רבה, ללא רחם, של אנשים, נשים וטף על לא עוול בכפם, רק משום היותם ישראלים. במסגרת זו, היה העותר שותף במזימה לאיסוף והסתרת אמצעי לחימה רבים ומסוכנים, תוך כוונה להשתמש בהם לצורך ביצועה של פעילות טרור חבלנית." ראו גם שם, בפס' 60 לפסק-הדין של השופט אלרון: "בענייננו, אין ספק כי התכנית לעשות שימוש בכלי הנשק במחסן המוסלק לצורך פעילות טרור חבלנית, כמו גם העברתם של נשקים נוספים בידי העותר לשותפיו בארגון הטרור, מקימה כשלעצמה סכנה ממשית לחיי אדם. אף אם לא היה ידוע בעת החקירה המועד המדויק להוצאת תכנית הטרור לפועל, די בכוונת העותר ושותפיו לבצע פעילות חבלנית באמצעות אותו מצבור של כלי נשק מוסלק כדי לקיים את דרישת המיידיות ולהצדיק את השימוש ב'אמצעים מיוחדים' במסגרת החקירה."

142 שם, בפס' 61 לפסק-הדין של השופט אלרון.

143 שם, בפס' 63 לפסק-הדין של השופט אלרון.

בפסק-הדין אינם מותירים מקום רב לספק בדבר הזיהוי של ייסור נחקרים עם רשות מנהלית, עם מדינת-ישראל. מדובר בעובדי הרשות, אשר פועלים על-פי הדרכת הממונים עליהם (או גורמים בכירים אחרים) ברשות, מלווים על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה ומודרכים על-ידי, ומעשיהם נעשים על-פי "הנחיות פנימיות" של הרשות. לפיכך אין פלא – אם אכן אין מדובר בפליטות-קולמוס – כי שופטי ההרכב תופסים מעשה שעשוי לחסות בצל סייג הצורך (על-פי פרשנות מרחיבה ביותר ושנויה במחלוקת של סייג זה) כמעשה מותר מבחינה משפטית העומד לרשות שירות הביטחון הכללי.¹⁴⁴ את הערות השופטים עמית ומינץ ניתן אף לפרש כסטייה מהעמדה העקיבה של המשפט הישראלי – לרבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה שהוצאו בעקבות פרשת הוועד הציבורי – כי איסור העינויים הוא גורף.

ח. שלושה מופעים של אי-חוקיות המנהל

הניכור של פסק-הדין בפרשת טביש ושל האמירות העקרוניות השזורות בו כלפי הדרישה היסודית לחוקיות המנהל בא לידי ביטוי בהכשר השיפוטי שניתן לפעולות קיצוניות ופוגעניות של רשות מנהלית ללא הסמכה ראויה בחקיקה ראשית וחרף העדרם של הסדרים ראשוניים מספר החוקים. כך, בשיטת משפט שבה הובהר ממש עם קומה כי בהעדר הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית אין הדין מתיר לרשויות המנהל להגביל את פעילותם של "מאכרים", אף שהם מקדמים בקשות בדרכים מפותקות אשר קשה ליישבן עם מנהל תקין,¹⁴⁵ הותר הרסן בחלוף שבועה עשורים,

144 ראו שם, בפס' 66 לפסק-הדין של השופט אלרון: "אדרבא, כללים אלו מזמינים בקרה מדוקדקת והכרחית על החוקרים המנהלים את החקירה ומבטיחים כי הפעלת 'אמצעים מיוחדים' בחקירה תיעשה רק במקרים חריגים ביותר המצדיקים זאת, ובהתקיים התנאים הנדרשים, וזאת על פי שיקול דעתם של גורמים בכירים ומנוסים בשב"כ." ראו גם שם, בפס' 4 לפסק-הדין של השופט עמית: "בשל התפיסה המוסרית והמשפטית השלילית כלפי עינויים, קבע בית המשפט בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי שהפעלת לחץ פיזי על נחקרים מותרת רק במקרים חריגים ביותר." כן ראו שם, בפס' 3 לפסק-הדין של השופט מינץ: "למעשה, האפשרות להיוועץ עשויה למתן את עצם השימוש באמצעי חקירה מיוחדים, ולהביא לבחירה מדויקת ומבוררת יותר לגבי המקרים בהם הדבר נדרש. על כן, לא רק שאין באפשרות זו כדי לגרוע מהכלל הקובע כי עינויים הינם אסורים, וזאת למעט במקרים חריגים ביותר, אלא היא מאפשרת יישומו באופן טוב יותר." 145 ראו פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 24, בפס' 5: "כל זמן שהחוק אינו אוסר עליהם את ההתעסקות באומנות אשר בחרו לעצמם, וכל זמן שלא הוטל מטעם החוק, עליהם ועל שכמותם, כל תנאי מוקדם להכשרתם כבעלי אומנות זו, זכותם זכות. ואין לאסור עליהם את השימוש בזכות זו, אלא בשל סיבות אשר נאמרו בחוק." ראו גם שם, בפס' 8: "אם אמנם אין דרך אחרת לתיקון המצב, אלא הדרך שבה אמרו המשיבים ללכת, על המחוקק להגיד דברו."

ואין מונעים עוד מרשות מנהלית את ייסור גופו ונפשו של אדם המצוי במשמורתה, חרף העדרן של הסמכה בחוק ואחיזה בדין.

לצורך בהירות הדיון, אי-חוקיות המנהל הניבטת מפסק-הדין בפרשת טביש מחולקת בהמשך לשלושה נושאים מרכזיים: מיסוד ייסורם של נחקרים באמצעות מערך הנחיות והתייעצויות; התפשטות הסייג לאחריות פלילית מסוג צורך; ומחיקת ההבדל בין רשות מנהלית לבין אנשים מסוימים הממלאים תפקיד. כפי שיתברר בהמשך הדברים, שלושה מופעים אלו של אי-חוקיות המנהל משלימים זה את זה. יש ביניהם קשרי גומלין, וקיימת ביניהם אף חפיפה חלקית.

1. מערך של הנחיה, הדרכה והתייעצויות בשירות הביטחון הכללי

כאמור, בפרשת טביש קיבל בית-המשפט את קיומו של מערך הנחיות שבש"כ בדבר התנאים לייסור גופו של נחקר והדרכים לעשות זאת. ההנחיות הפנימיות קובעות הסדרים של התייעצות והיתרים לפני חקירה אלימה ובמהלכה.¹⁴⁶ בעניין זה נראה כי הן הצדדים והן בית-המשפט לא הבחינו בין שני אבות-סוג נבדלים. אב-סוג אחד הוא התייעצות עובדתית באשר למידע הנמצא בידי הנחקר, למעשיו, לתא הטרור שבהשתייכות אליו הוא חשוד ולסכנה הנשקפת. התייעצות המוגבלת למידע עובדתי היא חלק חיוני מעבודתו של החוקר, ואין היא מעוררת קושי משפטי של ממש. יהיה זה אך ראוי שחוקר שב"כ יפעל לגבש לעצמו תמונה חקירתית מלאה ככל האפשר.¹⁴⁷

לעומת זאת, כל התייעצות, הדרכה או אישור באשר לייסור גופו של נחקר המצוי במשמורת השב"כ הם פסולים, בהיותם מנוגדים לדין. כאמור, אין בישראל רשות מנהלית – לרבות שירות הביטחון הכללי, החל בראש השירות ועד לזוטר שבחוקרים – אשר מוסמכת לנקוט אלימות כלפי נחקר.¹⁴⁸ חוסר הסמכות לעשות כן – לאמור, אי-החוקיות שבייסור גופו של נחקר – מתחייב מהדרישה לחוקיות המנהל, ופורש בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים באופן שאינו משתמע לשני פנים. להלכה (בלבד), בית-המשפט בפרשת טביש לא התכחש לכך.

אלא שאם אין הרשות המנהלית – שירות הביטחון הכללי – מוסמכת להפעיל אלימות על נחקרים, אזי אין כל בסיס להנחיה בעניין זה. הנחיה של חוקרים לפעול

146 הדיון המשפטי בייסור נחקרים נותח גם בעדשת הזמן, שממנה ניבטים תוכן הנורמה המשפטית, תחולתה ובחינת ההתנהגות על-פיה. ראו Yael Aridor Bar-Ilan, *Justice: When Do We Decide?*, 39 CONN. L. REV. 923 (2007). היבט זה אינו עומד במוקד המאמר הנוכחי.

147 ראו בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 1, בפס' 3 לפסק-הדין של השופט עמית.

148 וממילא אין אדם המוסמך לאשר זאת. ראו דנג"ץ טביש, לעיל ה"ש 133, בפס' 13.

בניגוד לחוק בוודאי אינה הנחיה מנהלית כמובן המשפטי של המושג. מערך ההדרכה וההיתרים שגובש בשירות הביטחון הכללי כונה לאורך פסק-הדין בפרשת טביש "הנחיות" או "ההנחיות הפנימיות".¹⁴⁹ מושגים אלו מתייחסים בדרך-כלל במשפט הציבורי להנחיות מנהליות. אך השימוש במושג זה בהקשר של ייסור נחקרים הוא חסר פשר, וממחיש את הפרכות באישור מערך של הדרכה והתייעצויות בנושא זה, שכן הנחיות מנהליות נועדו להדריך רשות מנהלית במילוי תפקידה בלבד.¹⁵⁰ הנחיות מנהליות חייבות להיות כדין.¹⁵¹ תנאי ראשון ויסודי לקיומן של הנחיות מנהליות הוא קיומה של סמכות.¹⁵² הנחיות מנהליות מדריכות את אנשי הרשות באשר לאופן הפעלתה של הסמכות שהופקדה בידיהם. דגש מיוחד שמה הפסיקה בפסלותן של הכללות נורמטיביות הנחזות כהנחיות מנהליות בנוגע לפעולות אשר פוגעות בגופו של אדם.¹⁵³ סמכות בעניין שלגביו הונהגו אותן "הנחיות פנימיות" בשירות הביטחון הכללי אינה קיימת. תפקידו של השירות, על-פי דין, אינו לגרום ייסורי גוף לנחקרים. עובדי השירות אינם רשאים לעשות כן במסגרת תפקידם, וממילא אינם זכאים להדרכה בעניין. לאמיתו של דבר, "ההנחיות הפנימיות" מדריכות את עובדי השירות איך ומתי לפעול בניגוד לדין.

על כך יש להוסיף כי "ההנחיות הפנימיות" של שירות הביטחון הכללי בדבר ייסור גופם של נחקרים הן סודיות, ואינן מפורסמות לציבור. זאת, בניגוד לנדרש מהנחיות מנהליות, קל וחומר מהנחיות המשפיעות על זכויותיו של הפרט ועל יכולתו לכלכל את צעדיו מול הרשות.¹⁵⁴ השילוב של פעולה בניגוד לחוק עם סודיות "ההנחיות" המדריכות את פעולתו של ארגון בטחון פנים חשאי הופך את הקושי ליישבו עם שלטון החוק לגדול וחמור במיוחד. ברי ש"ההנחיות" הכתובות שגובשו בשב"כ אינן מגשימות את המטרות והיתרונות של הנחיות מנהליות בדמוקרטיה ממשפחת המשפט המקובל.¹⁵⁵

149 בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 1, בפתח פסק-הדין של השופט אלרון וכן בפס' 20, 28, 30, 43-44, 62, 66 ו-67 לפסק-דינו; שם, בפס' 3-4 לפסק-הדין של השופט עמית.

150 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 773 (1996).

151 שם, בעמ' 775.

152 ראו בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331, פס' 25 (2010); זמיר כרך ב, לעיל ה"ש 150, בעמ' 777 ו-779-780. ראו גם יואב דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 43, בעמ' 31, 36 ו-60.

153 ראו בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980).

154 על חשיבות פומביותן של הנחיות מנהליות ראו, לדוגמה, בג"ץ 6022/17 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' נשיאת בית משפט עליון, פס' 11-12 (נבו 2.10.2017); בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, פס' 21-23 (1992).

155 לקיצור היתרונות ראו זמיר כרך ב, לעיל ה"ש 150, בעמ' 778-779.

מדובר ב"הנחיות" שמראש אינן עומדות בביקורת משפטית, שכן הן עוסקות במיסוד פעולה בלתי-חוקית. ממילא אין הן מגשימות את תכלית החוק, ואין הן מעודדות עקיבות ולכידות בהגשמתה. אין הן מסייעות לאזרח לכלכל את צעדיו, ואין הן תורמות לביקורת, שכן הן אינן ידועות לציבור, וגם אם ייודעו לגורמים משפטיים, הן עוסקות בפעולות שסתירתן הברורה לדין כבר נקבעה בעבר. כמו-כן קשה להעלות על הדעת איך הן משפרות את היחסים שבין האזרח לרשות. אומנם, "הנחיות" אלו אכן מסייעות לבכירים בשב"כ להכווין את הכפופים להם, לגבש מדיניות ולהשפיע על הפעילות השוטפת. ברם, בנסיבות אלו של פעולה בלתי-חוקית ספק רב אם אפשר לראות בכך יתרון כאשר נראה שהן משרתות הפרה שיטתית, מאורגנת וממוסדת של הדין.

לא למותר להזכיר כי פעילותה של רשות מנהלית נובעת מהחוק, ועליה להיעשות במסגרת החוק. להבדיל מהנורמות המסדירות פעולות של פרטים, פעילותה של הרשות המנהלית מוסדרת על-ידי המשפט הציבורי. מובן שאין רשות מנהלית רשאית לעבור עברות פליליות, אך אין זו אמת-המידה היחידה או העיקרית לבחינת חוקיות פעולותיה. בכל הנוגע בייסור גופם של נחקרים, המשפט המנהלי הישראלי קובע איסור מוחלט לעשות כן בהעדר חוק מסמך ומסדיר. "הנחיות פנימיות" המסדירות אחריות משותפת או שיתוף בקבלת החלטות ככל הנוגע בייסור גופם של נחקרים אינן ניתנות ליישוב עם הדרישה לחוקיות המנהל הציבורי.

2. ללא סייג – צורך חובק-כל

הפרשנות שניתנה לסייג הצורך על-ידי שופטי בית-המשפט העליון בפרשת טביש מעוררת אף היא קשיים ניכרים. הביקורת שתוצג בחלק זה מורכבת משתי טענות עיקריות. ראשית, בית-המשפט העליון לא עמד על טיבו של סייג הצורך, לא התייחס לקשיים העקרוניים הכרוכים בהחלתו על חוקרי שב"כ העוברים לכאורה עברה פלילית בייסורם נחקרים, וממילא לא נימק את קביעתו כי סייג הצורך עשוי בנסיבות מסוימות לעמוד לחוקרי שב"כ אשר חשודים או נאשמים בעברות פליליות בשל ייסור גופם של נחקרים. שנית, הפרשנות שניתנה לסייג הצורך מאפשרת לרשות מנהלית – קרי, לבעלי סמכות (או במקרה הנוכחי: לנוטלי כוח) – לקדם אינטרס ציבורי מחוץ לפירמידה הנורמטיבית, תוך הפרה של דרישת החוקיות. בדרך זו מעשים שלטוניים הפוגעים קשות בזכויות-ייסוד נקבעים בשטח על-ידי אנשי-זרוע, אשר גם אם כוונותיהם זכות וטהורות, מכתיבים כך בפועל מדיניות כרצונם שלא התקבלה על-ידי המוסדות הדמוקרטיים או בהליך ראוי ואשר אינה עולה בקנה אחד עם הדין.¹⁵⁶

156 להבחנה בין מדיניות לעיקרון ראו RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY

כזכור, פסק-הדין הזהיר בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים לא הכריע בשאלה העקרונית אם סייג הצורך עשוי לחול, בנסיבות כלשהן, על אדם שייסר נחקר המצוי במשמורת המדינה על רקע עבודת המייסר בשירות הביטחון הכללי ובנסיבות שנוצרו במהלך עבודתו בשב"כ. היו אומנם שפירשו את פסק-הדין בפרשת הוועד הציבורי כסולל את הדרך להכרה עקרונית בתחולתו של סייג הצורך – למשל, היועץ המשפטי לממשלה דאז ואנשי אקדמיה אחדים¹⁵⁷ – אך דיון שיפוטי עקרוני ומקיף בשאלה לא נערך בפסק-דין זה או בפסקי-דין מאוחרים יותר שעסקו בייסור נחקרים, לרבות פרשת טביש.

שאלת תחולתו של סייג הצורך על מי שעברו לכאורה עברות על רקע עבודתם בשירות הביטחון הכללי אינה פשוטה כלל ועיקר.¹⁵⁸ היא מחייבת התמודדות עם שאלות מורכבות, וניתן להעלות נימוקים כבדי-משקל לכך שמעשים פליליים לכאורה הנעשים על-ידי מועסקים בשב"כ מצויים מחוץ להיקף תחולתו של סייג הצורך. דיון מקיף בסוגיה זו חורג מהיקפו של המאמר, אשר בוחן את סייג הצורך בהקשר של דרישת הסמכות במשפט הציבורי, אולם חשוב להזכיר כי סוג המקרים הטיפוסי של צורך הוא כאשר אדם פרטי נקלע למצב קשה ובלתי-צפוי, שבו הוא מגיב על סכנה חמורה ומוחשית לזולת מבלי שיש לו אפשרות מעשית וסבירה למנוע את הפגיעה בזולת ללא פעולה מיידית המזיקה לאדם אחר או לפנות לעזרתן של רשויות החוק ולהמתין שהאירועים יטופלו על-ידיהן.¹⁵⁹ במקרה מסוג זה לא תוטל אחריות פלילית על אדם שהגיב באותו רגע על המצב הקשה שנכפה עליו.¹⁶⁰

82–83 (1977). על-פי הדעה המקובלת, ככלל אין זה תפקידו של בית-המשפט להכריע בשאלות של מדיניות. ראו, לדוגמה, T.R.S. Allan, *Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity*, 8 OXFORD J. LEGAL STUD. 266, 270–271 (1988).

157 ראו לעיל ה"ש 97; Karin Loevy, *The Legal Politics of Time in Emergencies: Ticking-Time in the Israeli High Court of Justice*, in *STUDIES IN LAW, POLITICS, AND SOCIETY* 85, esp. 102 (Austin Sarat ed., 2016); Paola Gaeta, *May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?*, 2 J. INT'L CRIM. JUST. 785, esp. 787–788 (2004); ליאון שלף "הצורך להגן על האמת לאמתה: על ייסורי הדין בנושא השימוש בעינויים" מחקרי משפט יז 459 (2002).

158 לביקורת על טענה מסוג צורך ראו, לדוגמה, Mohammed Saif-Alden Wattad, *The Torturing Debate on Torture*, 29 N. ILL. U. L. REV. 1, 39–42 (2008).

159 חאלד גנאים "כניסה למצב של צורך מצדיק או צורך פוטר בהתנהגות נשלטת ופסולה" ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 569, 572 והאסמכתאות שם (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013).

160 ראו גם עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים ומוסריים 148–155 (2004).

מקרהו של אדם המועסק כחוקר שב"כ ועובר לכאורה עברה פלילית על רקע עבודתו בארגון רחוק מסוג המקרים הטיפוסי אשר לו נועד סייג הצורך.¹⁶¹ שירות הביטחון הכללי הוא הוא הרשות המרכזית לאכיפה ולחקירה במקרים אלו, וחקירת חשודים בפעילות טרור היא מתחומי עיסוקו הרגילים.¹⁶² שירות הביטחון הכללי, כמו כל רשות מנהלית, חייב לפעול כדין. הוא כפוף לדרישת החוקיות. כל בעל סמכות – כל חוקר בשירות הביטחון הכללי – נדרש גם הוא לפעול כדין. מצופה שהוא יהיה עובד נאמן ומאומן. לפיכך ספק רב אם סייג הצורך אכן יכול להוות בסיס לסיוג אחריותו הפלילית של אדם המועסק כחוקר שב"כ לעברות שעבר על רקע עבודתו בארגון כלפי נחקרים המצויים במשמורת הארגון.¹⁶³ גם אם יהיה אפשר להגן על תחולה עקרונית של סייג הצורך על אנשים המועסקים שב"כ לגבי עברות שעברו על רקע עבודתם בארגון, ניתן לקבל זאת רק לגבי מקרים חריגים ביותר שחוקר בארגון לא היה יכול לצפות או לכל-הפחות לא היה יכול להתכונן אליהם. ברי כי חקירה טיפוסית של חשוד בטרור, אפילו בפעילות טרור רצחנית, אינה נופלת לגדר חריגים אלו.

כדי להסתמך על סייג הצורך – ולו בהכרעה לגבי אחריותו הפלילית של אדם פרטי לעברות שעבר על רקע עבודתו שב"כ – נדרש דיון עקרוני ומעמיק בפסקי-הדין. דיון כזה לא התקיים בפסקי-הדין בפרשת הוועד הציבורי, אשר התמקד בסמכות לגרום ייסורי גוף לאדם ונמנע מהכרעה בלתי-מחויבת בשאלת תחולתו של סייג הצורך. אך אין זה ראוי שהסמכות על סייג הצורך או קביעה כלשהי המתבססת עליו במקרים מסוג זה ייעשו ללא דיון עקרוני בפסיקה, הנסמך על כתיבה עיונית וחשוף לביקורת מקצועית, אקדמית וציבורית.

בהמשך לכך, לא נבחן לעומק בפסיקה טבעו של סייג הצורך שעשוי – אם כך ייקבע – לעמוד לאדם שפעל לכאורה בניגוד לחוק על רקע עבודתו כחוקר בשירות הביטחון הכללי. בפרט חשוב לדון בשאלה אם מדובר בסייג מסוג פטור או מסוג צידוק. נראה כי מאחורי פסקי-הדין בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים עומדת תפיסה של סייג הצורך – אם סייג זה חל על מי שעבר לכאורה עברה על

161 Mordechai Kremnitzer, *The Landau Commission Report—Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, 23 Isr. L. Rev. 216, 237–238, 244–245 (1989).

162 ראו מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" משפט וממשל ד 667, 695–696, 701–705 (1998).

163 ראו מרדכי קרמניצר ויובל שני "האיסור המוחלט של עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל: ההיית או חלמתי חלום? – עמדתו של המשפט הישראלי בסוגיית שיטות החקירה המיוחדות" משפט ועסקים כה (צפוי להתפרסם ב-2022).

רקע עבודתו כחוקר בשב"כ – כפטור מאחריות פלילית. תפיסה כזאת ניתנת ליישוב באופן לכיד עם האופי האישי, החריג והאד-הוקי של הסייג וכן עם תחולה של הסייג חרף העדר הסמכה בחוק ופעולה שנגקטה בניגוד לדין.¹⁶⁴ עם זאת, תיתכן גם עמדה שלפיה סייג הצורך אשר חל – אם חל – על עוברי עברה לכאורה על רקע עבודתם בשב"כ הוא מסוג צידוק. להכרעה בין שתי האפשרויות הללו יש חשיבות רבה, והתבססות על סייג הצורך מחייבת דיון עקרוני בדבר טיבו של הסייג, אשר לא התקיים בפסק-הדין בפרשת טביש.

השיח העקרוני שכן התקיים בפסק-הדין בפרשת טביש עלול להוביל לזניחת שלטון החוק וליצירת מעטה מתעתע של חוקיות בכל הנוגע בחקירת חשודים על-ידי שירות הביטחון הכללי. תופעה דומה כונתה בספרות האקדמית "חור אפור בדין", שפוטנציאל החומרה והסכנה שבו עלול אף לעלות על זה שב"חור שחור", בשל מעורבותה של הרשות השופטת עצמה בחתירה תחת שלטון החוק.¹⁶⁵ אמירות כלליות ששובצו בפסק-הדין מאפשרות קידום של מה שנתפס על-ידי השליטים או המחזיקים בכוח פיזי כמדיניות נכונה לקידום אינטרס ציבורי, וכל זאת מחוץ למשפט ובניגוד לדין.

כאמור, בפרשת טביש פירש בית-המשפט את סייג הצורך, הלכה למעשה, כחל על מקרים של ייסור גופו של נחקר לצורך סיכול פעילות טרור נמשכת באמצעות חשיפות של תשתיות ההתארגנות, אף מבלי שיש מידע מסוים על פיגוע ספציפי במתווה ידוע הממשמש ובא, אשר אין דרך לסכלו זולת חקירה מייסרת. לאמיתו של דבר, משמעותה של גישה כזאת היא היתר למחזיקים בכוח פיזי מטעם המדינה לעשות כראות עיניהם וללא מגבלות משפטיות – לפחות ללא סנקציה פלילית – כדי לקדם את מה שהם תופסים כבטחון המדינה או כשלום הציבור. בהעדר מסוימות של איום דוגמת פעולת טרור צפויה, מובחנות של נפגעים מסוימים

164 ראו גם "חוות דעת מומחים: בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועמ"ש" (חוות-דעת של פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' יובל שני 6.2.2014) <https://stoptorture.org.il/wp-content/uploads/2022/02/חוות-דעת-מומחים-ישראלים.pdf> Miriam Gur-Arye, *Can the War Against Terror Justify the Use of Force in Interrogations? Reflections in Light of the Israeli Experience*, in TORTURE: A COLLECTION 183, 188 (Sanford Levinson ed., 2004); Mordechai Kremnitzer & Re'em Segev, *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue*, 34 ISR. L. REV. 509, 536 (2000).

165 David Dyzenhaus, *The Rule of Law Project*, 129 HARV. L. REV. F. 268 (2016); ראו David Dyzenhaus, *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, 27 CARDOZO L. REV. 2005, 2024 (2006). להרחבה ראו DYZENHAUS, לעיל ה"ש 46.

שזהותם ידועה ואחריות ישירה של המדינה למוותם או לפגיעתם של קורבנות מסוימים, חקירה מייסרת היא פעולה מובהקת של עיסוק באינטרס ציבורי.¹⁶⁶ גישה כזאת יוצקת בסייג הצורך תוכן שונה לחלוטין ממהותו המקורית, אשר ייעדה – וככל הנראה ייחדה – את החרגת המעשה מהאחריות הפלילית המוטלת על מעשים מסוגו לאדם פרטי הנקלע למצב קשה ובלתי-צפוי, שבו הוא מגיב על סכנה חמורה ומוחשית לזולת, מבלי שיש לו אפשרות מעשית וסבירה למנוע את הפגיעה בזולת ללא פעולה מיידית המזיקה לאדם אחר או לפנות לעזרתן של רשויות החוק ולהמתין שהאירועים יטופלו על-ידיהן. רק בנסיבות אלו ניתן לאדם מסוים פטור מאחריות פלילית למעשיו. לעומת זאת, על-פי הגישה שהובעה בפרשת טביש, גם עובד מדינה אשר במסגרת תפקידו פועל בניגוד לדין כדי לקדם מה שנתפס בעיניו כאינטרס ציבורי – תפקיד קלסי של רשויות השלטון – עשוי לחסות בצל סייג הצורך ולא לשאת באחריות למעשיו.¹⁶⁷

גישה כזאת גם מעוררת את השאלה מיהו הפועל בניגוד לדין לקידום תפיסה מסוימת של אינטרס ציבורי: האם זהו אדם פרטי שכוחו במצב מסוים (למשל, על רקע עבודתו בשב"כ) מאפשר לו לעשות כראות עיניו או שמא זו הרשות המנהלית? להפקדת אינטרס ציבורי בידי של אדם פרטי אין תימוכין בתיאוריות מקובלות או בעלות מעמד בתורת המשפט ובמחשבה המדינית, בוודאי לא בהקשר של שלטון החוק ושל שיטת משפט מתקדמת במדינה דמוקרטית. היא מצויה במתח עם עצם הרעיון של חברה מאורגנת. אין היא עולה בקנה אחד עם אידיאל החירות במשמעותו הצנועה ביותר, בהכפיפה אדם לבחירותיו השרירותיות של אחר.¹⁶⁸ דומה שאין לה הצדקה נורמטיבית או מוסדית ממשית. אך נראה שהאמירות בפסקי-הדין אינן מכוונות למתן רשות חסרת רסן וסייגים לפרטים חזקים לקדם אינטרס ציבורי, כי אם למתן רשות כזאת לרשות מנהלית. מתן רשות כזאת לרשות מנהלית אינו עולה בקנה אחד עם שלטון החוק, בהיותו מנוגד לחוקיות המנהל.

166 להבחנה בין זכויות פרט לאינטרסים ציבוריים בהקשר של פגיעה בהם ראו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקיות?" משפטים מא 97 (2011).

167 על השוני בין תפיסת הצורך בפרשת הוועד הציבורי, אשר פועלת במסגרת דרישת הסמכות, לבין תפיסת הצורך בפרשת טביש, המאיימת לשלח את רסן החוקיות. ראו גם בן-נתן, לעיל ה"ש 137, בעמ' 43, 47-48 ו-50-53.

168 ראו אלן ריבונות המשפט, לעיל ה"ש 12. ראו עוד Nigel Simmonds, Law as a Moral Idea, esp. 141-143 (2007).

3. רשות מייסרת – ייחוס פעולה בלתי-חוקית לרשות מנהלית

פסק-הדין בפרשת טביש מתאפיין בייחוס ייסורי הגוף הנגרמים לנחקרים בניגוד לדין לשירות הביטחון הכללי, כלומר, לרשות המנהלית עצמה. זאת, בניגוד בולט לעקרון החוקיות ולהלכת הוועד הציבורי, אשר מתבססים על ההבחנה היסודית בין אדם פרטי לבין בעל סמכות שלטונית. על-פי הלכת הוועד הציבורי, לחוקר בשירות הביטחון הכללי – יהיו שמו, תכונותיו ומאוויו אשר יהיו – אסור על-פי דין לגרום ייסורי גוף לנחקר המצוי במשמורת המדינה. לעומת זאת, אחריותו הפלילית של אזרח מסוים עם מאפיינים אישיים מסוימים – לדוגמה, אדם בשם אריה, שהוא איש פיקח, בהיר שיער וגדל-ממדים המועסק על-ידי שירות הביטחון הכללי – לייסורי גוף שגרם לאדם אחר תיבחן על-פי המשפט הפלילי המהותי, ובפסק-הדין לא נשללה (או נקבעה) מראש תחולתה האפשרית של הגנת הצורך על אריה כאדם פרטי אשר חשוד או נאשם בפלילים.

נראה כי האמירות הפזורות בפסק-הדין בפרשת טביש מייחסות את ייסור הנחקרים דווקא לחוקרי השב"כ בכובעם כבעלי סמכות, דהיינו, לרשות המנהלית עצמה. כזו היא, למשל, ההכרה בזכותם של חוקרי השב"כ למידה ראויה של ודאות משפטית,¹⁶⁹ העומדת גם מאחורי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדבר תחולתו של סייג הצורך.¹⁷⁰ הכרה זו היא ביטוי בולט של ייחוס ייסורים לרשות המנהלית עצמה, שכן חוקרי השב"כ בכובעם כחוקרי שב"כ – דהיינו, כבעלי סמכות שלטונית – נהנים בעניין זה מוודאות משפטית ברמה הגבוהה ביותר: אסור להם, באיסור גורף ומוחלט, לגרום כאב וסבל בחקירה. כאנשיה של רשות מנהלית המפעילה כוח שלטוני אין להם בדל סמכות לייסור נחקרים. הדברים ברורים וידועים. מי שאינו נהנה מוודאות משפטית שלמה כל-כך הם אנשים פרטיים הנוטלים לעצמם חירות לגרום כאב וסבל לנחקרים באופן המהווה לכאורה עברה פלילית. ככל אדם פרטי, הם רשאים כמוכן להיוועץ בעורך-דין (פרטי), אולם אם כך הוא, קשה להסביר את רתימת הייעוץ המשפטי לממשלה למתן ייעוץ משפטי לאנשים פרטיים. נראה שהמדינה חותרת להקניית ודאות משפטית לחוקרים המייסרים כאנשי הרשות המנהלית. הקניית ודאות כזאת לחוקרים כאורגנים של הרשות המנהלית אינה עולה בקנה אחד עם דרישת הסמכות כחלק משלטון החוק, כפי שהוא בא לידי ביטוי במשפט הציבורי הישראלי. היא מניחה מעשים שלא כדין הנעשים על-ידי הרשות המנהלית או מטעמה.

169 ראו לעיל ה"ש 143 והטקסט שלידה.

170 ראו לעיל ה"ש 97.

ביטוי בולט נוסף של זיהוי הרשות המנהלית עם מעשים שאינם כדין הוא ראיית מעשה שעשוי ליפול בגדרי פרשנות רחבה מרחבה של סייג הצורך כמעשה מותר העומד לרשות שירות הביטחון הכללי.¹⁷¹ מעשים אלו נעשים על-פי הנחיות ולאור הדרכה של בכירים בשירות. לא זו אף זו, השופטים מביעים ציפייה שהרשות תפקח מקרוב על ייסורי הגוף הנגרמים לנחקרים בניגוד לדין, כך שיעשו רק "במקרים חריגים ביותר המצדיקים זאת"¹⁷² ותוך שמירה על "כבוד האדם של הנחקרים".¹⁷³ קשה לא להבין אמירות אלו כקובעות את הצורך הבטחוני – את האינטרס הציבורי – כאבן-הבוחן לבחירת אותם מקרים חריגים המצדיקים, על-פי האמירות, ייסור נחקרים. יש בכך משום השלמה עם הפיכת סייג הצורך למכשיר להגשמת האינטרס הציבורי מחוץ למסגרת החוק. האמירות מתיישבות היטב כך: החוקרים המייסרים, כבעלי סמכות (ליתר דיוק: כנוטלי כוח), חופשיים לפעול בניגוד לדין לצורך הגשמת האינטרס הציבורי, ואילו הממונים עליהם והרשות עצמה נדרשים לגבש נהלים והנחיות כדי להבטיח שהאינטרס הציבורי בבטחון המדינה אכן מוגשם על-ידי החוקרים המייסרים בצורה ראויה.

שחרור הרשות המנהלית מנורמות משפטיות והרשאתה לקבוע מדיניות מחוץ למסגרת המשפט או בניגוד לדין אינם עולים בקנה אחד עם שלטון החוק. הם כופרים ביסודות המשפט הציבורי ומנוגדים לדוקטרינות שהשתרשו במשפט המקובל. במאמר זה הושם דגש מיוחד במישור הסמכות. בפרט, עקרון חוקיות המנהל מבטיח כי רשויות המנהל יפעלו על-פי הרשאה בחוק, שהתקבל בהליך מוכר על-ידי בית-הנבחרים. חקיקה ראשית על-ידי הפרלמנט מבטיחה, בין היתר, כי קידום האינטרס הציבורי ייעשה על-ידי נציגי העם, על-פי הרשאתם ובתנאים שקבעו. בכך רשות מנהלית נבדלת מאדם פרטי, אשר בן-חורין הוא לבחור את בחירותיו ולקדם את ענייניו.

אומנם, כפיפותן של רשויות המנהל לחוק והגבלתה של קביעת המדיניות לתחומי הדין אינן נעצרות במישור הסמכות, אך גם ביחס לנורמות נוספות של המשפט הציבורי קשה להפריז בחשיבותה של דרישת הסמכות. מישור הסמכות הוא התשתית שעליה מונחים דיני ההליך ודיני שיקול-הדעת במשפט הציבורי. משנקבע כי תחום עניינים מסוים הופקד בידי רשות מסוימת, קרי מצוי בסמכותה, על הרשות לפעול על-פי דיני ההליך ושיקול-הדעת המנהלי. גם דינים אלו מסדירים את קביעת המדיניות ומבטיחים שקידום האינטרס הציבורי ייעשה על-פי חוק. גם

171 ראו לעיל ה"ש 144 והטקסט שלידה.

172 ראו בג"ץ טביש, לעיל ה"ש 1, בפס' 66 לפסק-הדין של השופט אלרון.

173 שם, בפס' 4 לפסק-הדין של השופט עמית.

דיני ההליך, בדומה לדיני הסמכות, חלים על רשות מנהלית, ולא על אדם פרטי. הסמכויות הנרחבות, ולעיתים הפולשניות, המאפיינות מדינה מודרנית לא היו נסבלות במשטר דמוקרטי אילולא הופעלו תוך שמירה קפדנית על הגינות הליכית.¹⁷⁴ כך, למשל, גם החלטות כלליות הקובעות מדיניות – לא כל שכן החלטות ממוקדות יותר, כייסור גופו של אדם מסוים – נדרשות להתבסס על עובדות ונתונים. הסמכות לקבל החלטות ממין זה ניתנת לשם השגת יעדים מוגדרים על רקע מציאות מסוימת. משכך, גם החלטה הנסמכת על טיעונים קבילים מבחינה עקרונית היא חסרת תוקף אם אין היא נסמכת על עובדות והולמת אותן.¹⁷⁵ בסוגי עניינים הדומים לייסור נחקרים על-ידי השב"כ, ההחלטות המנהליות נדרשות לעמוד ברף גבוה במיוחד של תשתית עובדתית.¹⁷⁶ כאשר זכויות עומדות על הפרק, הרשות נדרשת להשתית את החלטתה על ראיות "ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות".¹⁷⁷ קביעה זו מתבקשת על רקע הכלל שעוצמת הראיות המנהליות הנדרשות לתמיכה בהחלטה של רשות נגזרת מחשיבותה של הזכות הנחבלת ומעוצמת הפגיעה בה.¹⁷⁸

כפיפותן של הרשות המנהלית ושל קביעת המדיניות על-ידיה לחוק ולהסדרה בדין של קידום האינטרס הציבורי בולטת עוד יותר במישור שיקול-הדעת. תפקידם של דיני שיקול-הדעת הוא להבטיח שקידום אינטרס ציבורי מסוים – התכלית שלשמה נמסרה הסמכות מלכתחילה לרשות מנהלית מסוימת – ייעשה במסגרת הדין, כלומר, על-פי ערכי-היסוד של שיטת המשפט הישראלית, לרבות עקרונות משטריים וזכויות-יסוד. מחוור, אם כן, שגם דיני שיקול-הדעת מיוסדים על קיומה של סמכות ותלויים בה. כך, למשל, כלל בסיסי של דיני שיקול-הדעת המנהלי הוא

174 ראו WILLIAM WADE & CHRISTOPHER FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 373–374 (Christopher Forsyth ed., 11th ed. 2014).

175 ראו ברק-ארוז כרך א, לעיל ה"ש 5, בעמ' 439–440.

176 החמרה מסוימת בדרישת התשתית העובדתית ניכרת גם כאשר מדובר בהסתמכות, בציפיות לגיטימיות ואף בשלילת זכויות-יתר. ראו שם, בעמ' 449–450. לעיתים דרישות התשתית העובדתית בהקשר מסוים מפורטות בחקיקה. כך, למשל, ס' 23 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, קובע תשתית עובדתית ברמה של "יסוד סביר לחשש" לצורך ביצוע מעצר על-ידי שוטר ללא צו שיפוטי. עוד ראו, בהקשר של המשפט הפלילי, הרדוף, לעיל ה"ש 23.

177 ראו בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, פס' 38 (2004). בפרשת שניצר, לעיל ה"ש 96, בחר השופט ברק בניסוח מחמיר אף יותר, בדורשו ראיות "שאינן מותרות מקום לספק". שם, בפס' 23.

178 ראו בג"ץ 4504/05 סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים, פס' 22–23 (נבו 4.11.2009). ראו עוד ע"ם 5417/13 דגייטנו נ' שר הפנים, פס' 23 (נבו 11.9.2014).

שעל רשות שלטונית להביא בחשבון את השיקולים הרלוונטיים לסוגיה המונחת לפתחה, ושאל לה להביא במניין השיקולים כאלה שאינם שייכים לעניין הנדון. ביסודה של דרישת הרלוונטיות עומד הרעיון שסמכות מוקנית בחוק לשם מימוש תכלית זו או אחרת. לפיכך רשות מוסמכת רשאית להשתית את החלטותיה ופעולותיה רק על שיקולים הנגזרים מתכלית החוק.¹⁷⁹ רלוונטיות של שיקולים היא עניין לפרשנות משפטית. המשפט הוא שקובע מהו שיקול ענייני ומהו שיקול זר. על-פי הפסיקה, שני המקורות לקביעת הרלוונטיות של השיקולים השונים הם החוק המסמיך, ובפרט תכליתו המיוחדת, וערכי-היסוד של שיטת המשפט הישראלית.¹⁸⁰ לפיכך, כאשר נבחנת הרלוונטיות של שיקולים שרשות מנהלית הביאה בחשבון, אין חפיפה מלאה בין שיקולים ענייניים לשיקולים הנראים לאדם מסוים ראויים או מבורכים, ושיקול זר אינו תמיד ובהכרח שיקול מגונה. על-כן, גם כאשר שיקול שהביאה הרשות בחשבון נובע מרצון כן ואמיתי להיטיב עם הציבור או לסייע לאזרחים אשר באים עימה במגע או פונים לעזרתה, הוא עלול להיחשב שיקול זר על-פי פרשנות הדין.¹⁸¹

על-גבי הרלוונטיות עומדת הסבירות במשפט המנהלי. בדומה לדרישת הרלוונטיות, גם הסבירות נובעת מהפקדתה של סמכות לעסוק בנושא מסוים בידי רשות מנהלית. המשמעות של דרישת הסבירות היא דרישה למתן ביטוי הולם בהחלטה שלטונית לחשיבותם היחסית של השיקולים הרלוונטיים לסמכות המופעלת בשיטת המשפט הישראלית. על רשות מנהלית להעניק לכל שיקול את החשיבות היחסית הקבועה לו בדין, על-פי תורת-העומק המשוקעת במשפט המקובל.¹⁸² כמו הסבירות, דרישות נוספות לגבי שיקול-הדעת, כגון דרישת

179 ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 635 (2010).

180 ראו, לדוגמה, בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, פס' 19–20 לפסק-הדין של הנשיא ברק (2000); פרשת זילי, לעיל ה"ש 22, בפס' 12 ו-16 לפסק-הדין של השופט ברק; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, פסק-הדין של השופט ברק (1988).

181 המחשה לכך מצויה בפרשת קרקעות החקלאים, לעיל ה"ש 66. פרשה זו עסקה בעיקרה בעתירות נגד החלטות של מועצת מקרקעי ישראל בנוגע לשינוי ייעוד של קרקעות מדינה במושבים ובקיבוצים ברחבי הארץ וכן בנוגע לשימושים שונים שנעשו בקרקעות אלו. השופט אור, שכתב את פסק-הדין העיקרי, לא כיחד כי התקופה שבה התקבלו ההחלטות הייתה תקופה של משברים קשים בקיבוצים ובמושבים, ואף העיר כי אין כל פסול בסיוע ממשלתי למגזר זה. אף-על-פי-כן הוא לא היסס לפסוק כי מדובר בשיקול זר לצורך קביעת גובה הפיצוי שיינתן לחקלאים. שם, בפס' 48–49.

182 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4921/13 אומ"ץ – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סו(3) 135 (2013); עע"ם 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו (נבו)

השוויון, מתבססות אף הן על הסמכות שנמסרה לרשות המנהלית הנוגעת בדבר.¹⁸³

לסיכום, זיהוי המעשים המייסרים עם הרשות המנהלית עצמה מעורר קשיים שאינם יכולים לבוא על פתרונם במסגרת מערכת המושגים והרעיונות של המשפט הציבורי בשיטות משפט דמוקרטיות. אין הוא ניתן ליישוב עם המשפט המנהלי הישראלי, כפי שפותח – לאורכו ולרוחבו – מקום המדינה. הוא מנוגד בתכלית לשלטון החוק. זיהוי זה אף מעורר קשיים ניכרים בהבנת אמירותיהם של השופטים בפרשת טביש עצמה. כך, למשל, לא ברור מה מקור המסקנה שייסור גופם של נחקרים מותר או מוצדק בנסיבות כלשהן, או מאיזו בחינה הוא מותר או מוצדק או לפי איזו מערכת נורמטיבית. ההצדקה לו בוודאי אינה מצויה בדין. כמו-כן, בהינתן העדר הסמכות, המשמיט את הבסיס גם לדיני ההליך ובעיקר לדיני שיקול-הדעת, לא ברור כלל מהו המקור למשאלה שייסור גופם של נחקרים יוגבל למקרים מתאימים וייעשה באופן השומר על כבוד האדם.

נעילה

שפת המשפט ממלאה פיות. אין היא מדברת. ואף-על-פי-כן, מבוכתה זועקת מבעד לשורות יבשות. בת טיפוחים הייתה לישראל, ומטובה לא חסכה. על-כן נודעה בשערים. עושרה רומם דובריה, וחוכמתה בפי פוסקים כבשה דרכי משפט. אלא שארצה – ארץ דין, ושלטון החוק פוננה. ומה תעשה במחוזות סוררים? שהרי גורש מהם משפט, ובשם החוק לא קראו. כיצד תתאר בעל סמכות שסמכות לא קנה או

183 בג"ץ 3798/09 גורוהוד נ' המפקח הכללי משטרת ישראל (נבו) 7.12.2010; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3) 443 (2004); בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446 (2004); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(6) 817 (2003); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421–422 (1993); בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147 (1993); בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 503 (1988); פרשת כהנא, לעיל ה"ש 96, בפס' 33 לפסק-הדין של השופט ברק; בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984); בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980).
183 על בחינת השוויון המנהלי לפי התכלית המיוחדת של הסמכות ראו, לדוגמה, בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, בייחוד פס' 13 לפסק-הדין של השופט מצא (1995). ראו עוד בג"ץ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, פס' 7–9 (2001).

רשות מוסמכת שסמכות אין בידה? גם "הנחיות פנימיות" אשר דין לא יכירן, המורות כיצד תופעל סמכות באינותה, ראתה ותשתאה.

ואולי מבוכת השפה היא קושיו של חוקר המשפט. במאמר נדונה הדרישה לחוקיות המנהל, ונותחו במסגרתו כמה מן הבעיות העיקריות בהתפתחויות שחלו לאחרונה בפסיקה וכן בפרשנות ובפרקטיקה שאימצה הממשלה לייסור בני-אדם בחקירה. אין במאמר יומרה לניתוח כולל של חקירות השב"כ או לדיון מקיף במכלול השאלות הנורמטיביות המורכבות הכרוכות בייסורי גוף לצורכי חקירה. הוא מתמקד ברובד הבסיסי של המשפט הציבורי בישראל. נדונה בו חוקיות המנהל והתאמתה של הפסיקה הקיימת לדרישה יסודית זו של שלטון החוק במדינה דמוקרטית.

הניתוח שפותח במאמר זה מצביע על ניגוד בין התפתחויות מאוחרות, אשר השתקפו בצורה הברורה ביותר בפרשת טביש, לבין הדרישה הוותיקה, היסודית והמבוססת לחוקיות המנהל. ניגוד זה בא לידי ביטוי בזניחת דרישת הסמכות ובמיסוד פרקטיקה של ייסור גופם של נחקרים בשב"כ תוך ייחוס מעשים בלתי-חוקיים לרשות המנהלית עצמה. זיהוי זה של ייסור נחקרים עם הרשות המנהלית מאפשר לשליט או לשלוחיו או לאוחזים בכוח פיזי לעשות כרצונם ולקדם מדיניות מחוץ למשפט ובניגוד לדין. לפיכך זיהוי כזה גורם לאובדן פשרן ומשמעותן של הנורמות המוכרות במשפט הציבורי הישראלי ושל הדוקטרינות המכילות אותן.

להתפתחויות המאוחרות המבוקרות במאמר אין אחיזה בדין או בתיאוריה המשפטית שבבסיסו. אם חוקיות המנהל אכן עומדת על מכונה, יש להקפיד שגם חקירות השב"כ ינוהלו בהתאם לה.