

דין פלילי בלתי-מוסמך : עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי

אסף הרדוף*

עקרון חוקיות המנהל קובע ברירת-מחדל עבור הרשות המנהלית: מותר לה לעשות רק מה שהותר לה במפורש בחוק. זהו הכלל הבסיסי במשפט המנהלי, בה"א הידיעה, "יסוד היסודות", והוא מתחדד כשהפעולה המנהלית פוגעת בזכויות אדם. העקרון מקדם מטרות מגוונות כהפרדת רשויות והגבלת כוח, קידום שקיפות, ודאות והגינות, הגנה על זכויות הפרט ומניעת שרירות. אף שצמח בפסיקה, כיום נושא העיקרון ממד פורמלי, המתבטא בפסקת ההגבלה בחוקי היסוד. המשפט הפלילי הינו חלק מהמשפט הציבורי ומופעל בידי רשויות מנהליות: המשטרה, התביעה, הסנגוריה הציבורית ואף הרשות השופטת. המאמר מראה שבזירה הפלילית הפעלת העיקרון שרירותית או מקרית. מתוארות פרקטיקות פוגעניות מגוונות שאינן מעוגנות בחקיקה כלל, אף שהן חשובות ושכיחות: הפעלת מודיעים, סוכנים ומדובבים כפרקטיקות משטרתיות; עריכת הסדרי טיעון מצד התביעה והסנגוריה הציבורית; יצירת הסכם עבור עד מדינה בידי הפרקליטות והמשטרה; ואפילו פרקטיקות שיפוטיות. חולשת העיקרון מוסברת בהעדר תרופה מתאימה בהקשר הפלילי. אכיפה ללא סמכות אינה מקימה דיון עצמאי אלא לכל היותר נבלעת במסגרות פורמליות מצומצמות וחלשות בהגנה על זכויות הפרט. ראוי להכיר בדלות כוחו של העיקרון במישור הפלילי ולתור אחר אפיקים חלופיים להשגת תכליותיו.

הקדמה

השופט דנציגר היה קול ייחודי בבית המשפט העליון: קולם של פרטים, אפילו פרטים בלתי-אהודים, ולא רק קולה החשוב של המדינה. קול הפרט, שזוכה באהדה רבה יחסית במשפט החוקתי, מעורר כעס וסלידה דווקא במשפט הפלילי, שבו חירות הפרט וזכויות יסוד נוספות מונחות על כף המאזניים. בשדה זה קל במיוחד ואולי אפילו טבעי לצדד בשאיפה להגשמת האינטרסים הציבוריים ולמימוש חוש הגמול, הרבה יותר מאשר להתחבר לרעיון של זכויות הפרט. אני מלא תקווה שקול הפרט יישמע יותר בבתי המשפט גם לאחר פרישתו של דנציגר, ואני בטוח שקולו החשוב יישמע וישפיע לטובה גם מחוץ להיכל השיפוט.

להבדיל ממרבית עמיתיו בבית המשפט העליון, שצמחו מהשירות הציבורי, דנציגר עשה קריירה במגזר הפרטי, ואף מצליחה במיוחד. רקע זה אפשר לשופט דנציגר ועודד אותו להביט בעימותים משפטיים לא רק במשקפי האינטרס הציבורי, שאותם קל מאד להרכיב וטבעי במיוחד לשופט, שהינו בהגדרה איש רשות ומדינה, אלא גם במשקפי הפרט, שעליהם קל יותר לדבר מאשר להרכיב ולהתחייב להם. בשדה המשפט הפלילי משקפיים אלו נדירים במיוחד בבית המשפט וקשה במיוחד להרכיבם, משום שהפרט שניצב בפני בית המשפט כמושא ההליך – הנאשם בפלילים – איננו כזה שקל להזדהות עמו ולגלות כלפיו חמלה, ולעיתים הדבר קרוב לבלתי-אפשרי. גם כאשר הוא מנופף בדגל הדין וטוען שהמדינה הפרה את החוק במהלך האכיפה, הדבר אינו מעורר אהדה, ולעיתים אף מעורר סלידה וכעס ומתקבל כטיעון ציני של קוזאק נגזל. הפרת דין מצד הרשות מגולמת ברגיל

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מרצה מן החוץ במכללה למינהל; לשעבר תובע וסגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה רבה למערכת המשפט ולקורא החיצוני על הערות מצוינות. תודה גדולה לעוזרת המחקר, עו"ד ליאת מרקס, על תרומתה לשיפור המאמר. המאמר הפיק תועלת גם מהסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים בצפת, ובמיוחד מהערותיו של ידידי פרופ' מוחמד ותד. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.

בדין הדיוני, בעוד הפרת הדין מצד הפרט מגולמת בדין המהותי, שזכה בכינוי "דיני הנפשות". בתחרות ה"אשמה נגד אשמה" בין הפרות הדין, זו של הפרט נוטה לגמד את זו של המדינה, משום שהיא מגלמת פגיעה ערכית ציבורית חזקה בהרבה, לפחות בתיקים פליליים חמורים. בית המשפט רואה מולו דיסוננס דמוקרטי, כשהמדינה הפרה את הדין ופגעה בשלטון החוק וכעת מבקשת לאכוף את החוק. חרף זאת, בית המשפט מתקשה מאוד לתת סעד אפקטיבי, לרסן את החימה שעוררו בו מעשי הנאשם ולהציב תמרורי התנהגות חשובים דווקא לרשויות המדינה. אולם לעיתים הדבר נעשה, ואפילו בפסקי דין חשובים ביותר.

בפרשת בן חיים, לטעמי פסק הדין החשוב ביותר בדיני החיפושים בתולדות המדינה, בפער גדול, פסל בית המשפט העליון פה אחד ראיות חפציות מרשיעות וזיכה שני נאשמים, האחד מהחזקת סכין והאחר מהחזקת סמים, לאור חיפוש בלתי-חוקי שביצעה המשטרה. השופטים נחלקו באשר להנמקה ובאשר לעתיד לבוא. הנשיאה ביניש והשופטת ארבל סברו שחיפוש שאינו מוסמך בחוק ניתן להיערך לבקשת המשטרה, בתנאי שהפרט יסכים מדעת, ובכך הסמיכו במשתמע פרקטיקת חיפוש משטרת חדשה. מנגד, השופט דנציגר זיהה את הבעייתיות הקיימת בחופש ההסכמה של הפרט, בעיקר פרט שמגיע מאוכלוסיות מוחלשות ומוצא עצמו מול גורם חזק לאין שיעור – השוטר. דנציגר נשען על עקרון חוקיות המנהל והבהיר שהאוטונומיה של הפרט וזכותו לוותר על פרטיותו אינן יכולות להסמך פרקטיקה משטרתית.¹ פסק דינו האמיץ האיר על החיבור המורכב והסמוי שבין המשפט הפלילי והמשפט המנהלי והציף עבורי תובנות חשובות. חוות דעתו המרתקת היא ההשראה הישירה למאמרי זה.

א. מבוא

"עקרון חוקיות המנהל הוא האלי"ף ביי"ת של המשפט המנהלי. רשות מנהלית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין. ללא הוראת הסמכה בת-תוקף אין בכוחה של הרשות לפעול. הדין הוא אביה מולידה של זו, ואין לה אלא מה שהראשון קצב לה. התיימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו של זה מעשיה כמוהם ולא היו".²

עקרון חוקיות המנהל קובע ברירת-מחדל עבור הרשות המנהלית: מותר לה לעשות אך ורק מה שהותר לה במפורש בחוק.³ זהו הכלל הבסיסי במשפט המנהלי, בה"א הידיעה,⁴ "יסוד היסודות".⁵ עקרון חוקיות המנהל הינו יסוד במשטר דמוקרטי, מתקשר לעקרון החוקיות הרחב, נורמה בסיסית במשפט הציבורי המבטאת את עקרון שלטון החוק.⁶ לעיקרון תוקף בלי קשר לזכויות אדם, אך תוקפו מתחדד כשהפעולה המנהלית פוגעת בזכויות אדם.⁷ העיקרון מהווה בבואה משלימה לרעיון

¹ רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2012).

² ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35 (1987).

³ דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97 (2010).

⁴ יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 49 (מהדורה ראשונה, 1996).

⁵ ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103.

⁶ ברכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 35; יואב דותן הנחיות מינהליות 303–307 (1996); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 159 (2015); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 143 (2010); ע"א 5958/15 פרחי ביקל בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, פס' 25 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 15.12.2016).

⁷ ברכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 39; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 160; ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 106.

חירות הפרט: ברירת המחדל עבור אזרח היא שמותר לו לעשות כל שלא נאסר במפורש,⁸ בעוד לרשות אסור לעשות כל מה שלא הותר לה, ודאי לא לפגוע בזכויות האזרח ובחירותו.⁹ העיקרון אינו עוסק בדברים בנאליים וטכניים, שמטיבם אינם מוסדרים בחקיקה, אלא מתמקד בכוח, במיוחד כזה המופעל נגד פרטים: רשות המפעילה כוח שפוגע בפרט חייבת להישען על הסמכה חקיקתית.¹⁰ עקרון חוקיות המנהל מקדם מטרות מגוונות חשובות, כמו הפרדת רשויות והגבלת כוח, קידום שקיפות, ודאות והגינות, הגנה על זכויות הפרט ומניעת שרירות. הוא תובע בחירה עקרונית אמיתית מצד המחוקק להעניק כוח לרשויות שונות, ולפיכך ניתן לראות בו ערובה להגשמת האוטונומיה של המחוקק.¹¹ בלשון ציורית, העיקרון מעמיד במבחן את זרועו החזקה של המנהל, המופעלת כנגד פרטים, כדי לוודא שראשו של המחוקק אחראי לסוג הפעולה ומאפשר אותה.¹²

עקרון חוקיות המנהל הוותיק והמוכר צמח בפסיקה.¹³ האירוניה בכך שעיקרון, שדורש עוגן בחוק כתנאי לתוקף, לא נולד בעצמו בחוק – הצטמצמה מאוד בעידן החוקתי. כיום ניתן למצוא לעיקרון לא סתם ממד פורמלי, אלא ממד חזק ביותר, חוקתי.¹⁴ סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁵ קובע בפסקת ההגבלה המפורסמת: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". דרישת ההסמכה מתחברת לעקרון חוקיות המנהל.¹⁶ קביעה דומה עולה בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.¹⁷ בתזכיר חוק עדכני יחסית, בסעיף 3 לחוק המוצע, תחת הכותרת "חוקיות המנהל" נכתב אין לרשות מינהלית סמכות אלא אם כן הוענקה לה בחוק או על פיו.¹⁸

עקרון חוקיות המנהל חולש על המשפט הציבורי. אחד מענפיו החשובים, גם אם לא הראשון שעולה על הדעת ככזה, הינו המשפט הפלילי.¹⁹ המשפט הפלילי מופעל בידי רשויות מנהליות: המשטרה, התביעה, הסנגוריה הציבורית ואף הרשות השופטת. כולן מפעילות כוח ואמורות להישען על חוק מסמך.

רוחו של עקרון חוקיות המנהל, לרוב ללא אזכורו המפורש, מתבטאת לעיתים בהקשרים פליליים, בהתייחס לגבולות הסמכות של רשויות. למשל בדיון בעבירה של הפרעה לשוטר, קבע השופט עציוני שכאשר מדובר בפגיעה בחופש הפרט, סמכות המעצר המשטרתית תפורש באופן מילולי ודווקני, וכל חריגה ממנה תביא לאי-חוקיות המעצר ולזכות האזרח להתנגד לו; חרף ההבנה השיפוטית

⁸ ברכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 36; זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 50–51.

⁹ ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 97.

¹⁰ למשל בסוף שנת 2017 נשען בית המשפט העליון על עקרון חוקיות המנהל בפוסקו שוועדות רפואיות אינן מוסמכות לנהל חקירה סמויה: רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים, פס' 36–44 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 5.11.2017).

¹¹ דותן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 304.

¹² השו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 97; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 161.

¹³ ברכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 36; זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 49; ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 98–99.

¹⁴ ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" ספר יצחק זמיר 161, 166–167, 185 (2005); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 160; ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 99.

¹⁵ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁶ אורן-גול-אייל "פגיעה בזכויות יסוד "בחוק" או "לפי חוק" משפט וממשל ד 381, 383–384 (1998).

¹⁷ חוק-יסוד: חופש העיסוק.

¹⁸ תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד–2014.

¹⁹ Markus D. Dubber, *Criminal Law between Public and Private Law*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW (R.A. DUFF et al. eds., 2010) 191, 200–201; וכן: מרדכי קרמיצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 609, 622, 624 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

לקשיי המשטרה במלחמתה בעבריינות, על האחרונה להקפיד "על כל תג ותג מדרישות החוק, גם בנסיבות הקשות בהן הם נתקלים".²⁰ בדיון ערר על מעצרו של חשוד בעברות רכוש, ששחרר בבית משפט השלום אך מעצרו הוארך טלפונית בידי שופט מחוזי, הדגישה השופטת (כתוארה דאז) ביניש שאין סמכות שיפוטית טבועה לעצור אדם אפילו לשעות ספורות ויצאה נגד הפרקטיקה של אישור טלפוני משופט מחוזי לצורך מעצר חשוד כ"פרקטיקה שאינה מעוגנת בדין", ש"יש להימנע ממנה מכול וכול".²¹ כלומר, לא רק המשטרה תחומה בסמכות החוקית בפוגעה בזכויות אדם, אלא אפילו שופטים בכירים. מאוחר יותר פסק בית המשפט העליון שבית המשפט אינו מוסמך להורות על מעצר בפיקוח אלקטרוני ללא פיקוח אנושי, לאור לשון סעיף 22ד(2) לחוק המעצרים.²² כל סמכות מצריכה עוגן ולכל סמכות יש גבולות, ודאי לסמכות המתירה לפגוע בזכויות הפרט.

דברים נחרצים במיוחד נכתבו לגבי ביצוע חוקן באסירים שנחשדו בהברחת סמים לכלא, ללא עיגון חקיקתי מפורש. חרף ההצלחה בצמצום בעיית הסמים הקשה בכלא, הבהיר השופט (כתוארו דאז) ברק שהפרקטיקה הפוגענית אסורה בהעדר הסמכה מפורשת, ושהמדינה רשאית להסדיר את הסוגיה בחקיקה ראשית, אם תבחר בכך.²³ בדומה, בשאלת סמכותם של חוקרי שב"כ להפעיל כוח פיזי כלפי חשודים בפעילות חבלנית כתב הנשיא ברק שעקרון חוקיות המנהל דורש הסמכה ישירה, וסוגיות כה חשובות צריכות להיקבע בידי הרשות המחוקקת.²⁴ דברים דומים, כאמור, קבע השופט דנציגר בעניין בן חיים.²⁵

להבדיל, בהקשרים חשובים אחרים של המשפט הפלילי, נוכחותו של העיקרון אינה בולטת, בלשון המעטה. המאמר בוחן את תחולת העקרון בזירה הפלילית לרוחבה ולעומקה ומראה את חולשותיו של העיקרון בהשגת מטרותיו. ניכר שהפעלת העיקרון ברשות או מקרית, ורבים המקרים שבהם מופעל כוח פוגעני בידי רשות ללא עוגן חקיקתי מפורש. העיקרון מסתמן כחוט שאיש אינו באמת מעוניין למשוך בו, פן תיפרם כסותו של המשפט הפלילי.

במובן המעשי יצביע המאמר על פרקטיקות פוגעניות מגוונות שאינן מעוגנות בחקיקה כלל, אף שהן רחוקות מלהיות זניחות או נדירות. הפעלת מודיעים, סוכנים ומדובבים הן פרקטיקות משטריות מוכרות שפוגעות בזכויות הפרט, אך אינן מעוגנות בחקיקה כלל. עריכת הסדרי טיעון מצד התביעה ואף מצד הסנגוריה הציבורית אינה מעוגנת בחקיקה, וכמוה יצירת הסכם עבור עד מדינה בידי הפרקליטות והמשטרה. לא רק המשטרה, התביעה והסנגוריה הציבורית פועלות ללא הסמכה; לעיתים עושה כן אפילו בית המשפט, מבחינה נקודתית בחורגו מהוראות הדין, ומבחינה כללית בכותבו על "סמכות טבועה", מונח שבעליל מנוגד לעקרון חוקיות המנהל ולרוחו, כמוסבר בהמשך. במובן העיוני יסביר המאמר את חולשת העיקרון בהעדר תרופה מתאימה בהקשר הפלילי. ברגיל, אופן ההפעלה של כוח מנהלי אינו נדון בהליך הפלילי כלל או למצער נדון רק בדיעבד, ולא בזמן הפעלת הכוח או לפניו. הכותרת שמקנה המשפט המנהלי לפעולה שנערכה בחוסר סמכות, "בטלות מוחלטת" או "בטלות יחסית", ככלל אינה רלוונטית בהקשר הפלילי המהותי. מושא המשפט

²⁰ המ' 44/72 שמיש נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 660, 654 (1972).

²¹ בש"פ 11109/03 שקארה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 350, 354 (2004).

²² בש"פ 5364/17 מדינת ישראל נ' איינאו, פס' 22 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 17.8.2017).

²³ בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, פס' 9-10 לפסק דינו של השופט ברק (1980).

²⁴ בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, פס' 33, 37 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999).

²⁵ עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1.

הפלילי הוא הנאשם ולא המדינה; נושא המשפט הפלילי הוא העבירה הפלילית ולא האכיפה. אכיפה ללא סמכות אינה מקימה דיון עצמאי אלא לכל היותר נבלעת במסגרות פורמליות מצומצמות, דוגמת הגנה מן הצדק במישור הדיוני ופסילת ראיות שהושגו שלא כדין במישור הראייתי. מסגרות אלו הינן באופן כללי חלשות בהגנה על זכויות הפרט ובכל מקרה אינן מתאימות להגן עליהן בקשר לעקרון חוקיות המנהל. המאמר מציע שמי שתומך בעקרון חוקיות המנהל ובתכליותיו צריך להכיר בדלות כוחו של העיקרון במישור הפלילי תחילה ולתור אחר אפיקים חלופיים להשגת התכליות בהמשך.

המאמר יפתח בפרק ב בהצגת פרקטיקות במשפט הפלילי שאינן בסמכות. אתייחס לפרקטיקות משטרטיות, תביעותיות ושיפוטיות מגוונות שחרף היותן מוכרות ומקובלות אינן מוסמכות בחוק. אפתח בפרקטיקות משטרטיות, בהתמקד בהפעלת מודיע, סוכן ומדובב. אמשיך לפרקטיקה תביעותית-סגוריאלי, הגעה להסדר טיעון ולפרקטיקה משטרטית-תביעותית, יצירת הסכם לעד מדינה. אמשיך לפרקטיקות שיפוטיות שונות שנעשות בחריגה מסמכות ולעיתים אינן מעוגנות בדין כלל. אסיים בתהייה ביקורתית, שמא מסגרות רחבות וחלופיות לחקיקה מפורשת פותרות את הבעיה, ואנסה להראות שלא. בפרק ג אטעים את חולשתו של עקרון חוקיות המנהל בדין הפלילי בכך שאינו מספק פתרונות הולמים, אם בכלל, כשרשות פועלת ללא סמכות בהקשר פלילי. אראה כיצד מישורי הדין השונים אינם ערוכים לאתגר. אפתח ואמחיש בקצרה את חוסר המסוגלות של הדין המנהלי לספק פתרון לפעולה בלתי-מוסמכת ואת חוסר הרלוונטיות של דיני העונשין, בהעדר סייג מתאים מאחריות פלילית. אתקדם להראות את חולשתם של דיני הפרוצדורה הפלילית. אמשיך ואנמק מדוע דיני הראיות מציעים פתרון מוגבל וחלש במיוחד לבעיה המתוארת. בפרק ד אתור אחר אפיקי פתרון לבעיה המאתגרת. אציע להסמך פרקטיקות מגוונות, באופן שיכווין את השימוש בהן ויגבילו, ולצד ההסמכה פתרונות משלימים באפיקים משפטיים מגוונים. אסכם בדבר חומרת הבעיה וקשיי ההתמודדות עימה.

ב. פרקטיקות פליליות ללא הסמכה

האתגרים לעקרון חוקיות המנהל מכוונים לזוויות קרובות ומשלימות: פעולה בניגוד ברור להסמכה המפורשת; פעולה החורגת מגבולות ההסמכה; ופרקטיקה ללא מקור סמכות ברור. חשוב לקשר בין הזוויות, שכולן מכוונות לבעיה אחת – פעולה ללא סמכות. בספרות נכתב שהסמכות היא מושג היסוד של המשפט המנהלי,²⁶ ושפעולה ללא סמכות נחשבת לפגם חמור ביותר בעשייה המנהלית, בשל הפרת עקרון חוקיות המנהל, ולפיכך היא בטלה מעיקרה.²⁷ לצד זאת, חשוב גם להבדיל בין הזוויות, שכל אחת מעידה על סוג מיוחד של הבעיה.

הזווית הראשונה היא פעולה בניגוד ברור לדרישות ההסמכה. עקרון חוקיות המנהל תובע לא רק מקור הסמכה, אלא גם פעולה בהתאם להסמכה.²⁸ פעולה בניגוד ברור להסמכה פירושה שהתנאים המפורשים שהציב החוק הופרו בידי הרשות המנהלית. לדוגמה האזנת סתר משטרטית שנערכת

²⁶ ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 97.

²⁷ דפנה ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר 283, 288 (2005).

²⁸ זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 54-55.

בניגוד לחוק האזנת סתר היא פעולה שהמחוקק לא הסמיך, לכאורה אפילו עבירה פלילית שביצעו השוטרים. פעולה בניגוד להסמכה היא פעולה ללא הסמכה וחומרתה רבה.

הזווית השנייה והקרובה, פעולה החורגת מגבולות ההסמכה, מתארת פרקטיקה הדומה לפרקטיקה מוסמכת, אך אינה מוסמכת בעצמה. הפעלתה אינה מנוגדת במפורש לתנאי החוק, אך עודנה בחוסר סמכות משום שהחוק לא התיר אותה. למשל חיפוש על גוף אדם הוא פרקטיקה שניתן לפי חוק לערכה בתנאים מסוימים. כשהחיפוש נערך בהסכמתו אך ללא חשד סביר, הפעולה דומה לזו שהסמיך המחוקק; היא אינה אסורה במפורש בחוק אך גם אינה מוסמכת במפורש או במשתמע בחוק. להבדיל, צילום סתר משטרתי הוא פעולה שהמחוקק לא הסמיך. חרף דמיונה להאזנת סתר, האחרונה סובבת סביב "שיחה". לפיכך, בנבדל מהאזנת סתר, צילום סתר משטרתי ברשות היחיד אינו פעולה שהמשטרה מוסמכת לבצע, ואינו פעולה שבית המשפט מוסמך לאשר למשטרה לבצע. יתרה מזאת, קיים איסור פלילי כללי על צילום אדם ברשות היחיד בסעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ולא קיים מנגנון שיפוטי לאשר מראש צילום כזה. עקרון חוקיות המנהל פירושו שצילום אדם בסתר ברשות היחיד בידי המשטרה הינו פעולה חסרת סמכות.

שתי זוויות החריגה מסמכות שלעיל מוכרות ועולות למשל לגבי פעולות משטרטיות מגוונות, שמייצרות דיון לגבי פסילת ראיות. הזווית השלישית עניינה פרקטיקה ללא כל עוגן של מקור סמכות ברור: פרקטיקה שאינה בסמכות, ובשונה מהמתואר בזווית השנייה גם אינה קרובה להיות כזו. זווית זו מסתמנת כקריאת התיגר הגדולה ביותר על עקרון חוקיות המנהל, ובה אתמקד במרבית המאמר. הפרק יפתח בהצבעה על פרקטיקות משטרטיות שהינן מוכרות, מצד אחד, אך אינן נשענות על הסמכה מפורשת, מצד אחר. אתקדם לפרקטיקה בלתי-מוסמכת המשותפת לתביעה ולסנגוריה הציבורית, הגעה להסדרי טיעון, ולפרקטיקה משטרטית-תביעתית חשובה נוספת ללא הסמכה חקיקתית, יצירת הסכם עד מדינה. אמשיך למבט בבית המשפט, שלאור חשיבותו אגע גם בזוויות הראשונות של פעולה בניגוד לסמכות. אסיים את הפרק בתהייה אם אומנם הפעולות שמתוארות בו הינן בחוסר סמכות, או שמא גם ללא חקיקה מפורשת אין בעיית הסמכה לגביהן; אגב כך אחדד את מהותו של עקרון חוקיות המנהל לקראת המשך הדיון.

1.ב פרקטיקות משטרטיות

שיטור היא פעולה ממסדית הכרחית להשגת הסדר והאינטרס הציבורי ולשמירה על חברה שוחרת שלום. לצד זאת, השיטור כולל פרקטיקות פוגעניות: כפייה (coercion), המתבטאת בהפרות זכויות הפרט במעצר, בחיפוש וכדומה; הטעיה ותרמית (deception), המתבטאות בערעור האמון החברתי באמצעות שימוש במודיעים וסוכנים סמויים; ומעקב (surveillance), המתבטא בחדירות מגוונות לפרטיות, דוגמת האזנת סתר, צילום סתר, יירוט נתונים ועוד.²⁹ כשמביאים בחשבון את הפגיעה המובנית של פעולות השיטור בזכויות הפרט, ברורה חשיבות הסמכתן.

פרקטיקות משטרטיות רבות מוסדרות בחקיקה ראשית, כשלעיתים הפעלת הסמכות מצריכה היתר או ביקורת שיפוטיים. למשל בחקיקה ראשית מוסדרים מעצר ועיכוב;³⁰ חיפוש במקום במחשב ועל

²⁹ Clive Harfield, *Police Informers and Professional Ethics*, 31 CRIM. JUST. ETHICS 73, 95 (2012)

³⁰ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים).

גוף האדם; ³¹ חיפוש פנימי וחיצוני בגוף האדם; ³²; האזנת סתר; ³³ יירוט נתוני תקשורת; ³⁴ הפתיחה בחקירה המשטרתית; ³⁵ היבטים מגוונים בחקירה המשטרתית; ³⁶ ניהול המרשם הפלילי; ³⁷ וכדומה.

אין בכוונתי להרחיב על מקרים שבהם המשטרה מפרה את החוקים המסמיכים במפורש או חורגת מגבולות ההסמכה. אלו יידונו בקצרה בסיום הפרק. כעת אתמקד בפעולה ללא עוגן סמכות חקיקתי. לצד הסדרה מגוונת, רחבה ועמוקה, מעניין גלות שפרקטיקות משטרתיות שונות אינן מוסדרות כלל, חרף היותן בולטות, מוכרות ופוגעניות: שימוש במודיעים, הפעלת סוכנים והפעלת מדובבים.

מודיעים

המודיע הוא גורם שיש לו גישה לרשתות עברייניות, לרוב עבריון בעצמו, המציע למשטרה מידע עליהן בתמורה ליחס מיוחד. בתחום זה הנסתר רב במיוחד, משום שחלק עצום מההתנהלות, הכללית והקונקרטי, אינו מגיע לבית המשפט כלל, אלא לכל היותר מוביל לחקירה ולצעדים משטרתיים מוקדמים. התנהלות המשטרה לגבי מודיעים לרוב מוגנת בחיסיון אפילו לאחר הגשת כתב אישום, חיסיון לטובת המדינה לגבי מודיע ביטחוני וחסיון לטובת הציבור לגבי מודיע משטרת. ³⁸ המשטרה בישראל לא הוסמכה במפורש להפעיל מודיעים. הנהלים באשר להפעלת מודיעים חלקיים ועמומים גם במדינות אחרות; הסודיות רבה והביקורת השיפוטית דלה. ³⁹ אולם קיימים גם מודלים שקופים יחסית. ⁴⁰

האם מדובר בפרקטיקה פוגענית? מערכת היחסים הלא שוויונית, בין גורם חלש יחסית לבין המשטרה החזקה, כוללת לעיתים מניפולציות משטרתיות שדוחפות את המודיע לעומק העולם הפלילי. תפקידי המודיע מגוונים: זיהוי מושאי חקירה, צפייה בחשודים ואיסוף ראיות. המוטיבציה מאחורי מסירת המידע עשויה להתקשר לכסף, פחד, נקם, אגוצנטריות ואקסצנטריות. כמובן, המודיע עלול להימצא בסכנה לחייו או לגופו. השימוש במודיעים מעלה תהיות נורמטיביות לגבי הקלות וטובות הנאה שניתנות בתמורה למידע. ⁴¹ לא למותר לציין שמעבר לסיכון למודיע, לעיתים

³¹ פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת החיפושים).

³² חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפושים).

³³ חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: חוק האזנת סתר).

³⁴ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (להלן: חוק יירוט נתוני תקשורת).

³⁵ חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ).

³⁶ חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 (להלן: חוק חקירת חשודים).

³⁷ חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.

³⁸ ס' 44-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות); וכן ע"פ 889/96 מאזריב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 433, 442, 446, 461-463 (1997); ע"א 2629/98 השר לבטחון פנים נ' וולפא, פ"ד נו(1) 786, 793-794 (2001).

³⁹ Mary Dodge, *Juvenile Police Informants: Friendship, Persuasion, and Pretense*, 4 YOUTH VIOLENCE AND JUVENILE JUSTICE 234, 235 (2006); Michael L. Rich, *Coerced Informants and Thirteenth Amendment Limitations on the Police-Informant Relationship*, 50 SANTA CLARA L. REV. 681, 687-698 (2010); David Lowe, *Handling Informers*, in THE DETECTIVE'S HANDBOOK 193, 193-194, 199-204 (John A. Eterno & Cliff Roberson eds., 2015); Jessica A. Roth, *Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions*, 53 AM. CRIM. L. REV. 737, 748-749, 761, 763 (2016)

⁴⁰ בבריטניה, למשל, שימוש במודיע מאושר בידי קצין משטרה. שיטת המעקב של מודיעים אפשרית בחקירת כל סוג עבירה, בעוד מעקב חודרני יותר מתאפשר בעבירות שבצידן מאסר מעל לשלוש שנים. המנגנונים הקיימים מבוססים על שיטות מנהליות של פיקוח ישיר באמצעות דיווח, ולכן אינם כוללים את אופן הטיפול במודיעים ואת מערכת היחסים בין המודיע לשוטר, ואין הסמכה או תיאור של פיקוח ישיר על מודיע מרגע שהוא בזירת המעקב. ראו: Harfield, לעיל ח"ש 29; Police Act, 1997, c.50; Regulations of Investigatory Powers Act, 2000, C.23, §§ 26-29, 32, 81 (Eng.);

⁴¹ Dodge, לעיל ח"ש 39, בעמ' 234-237; Roth; לעיל ח"ש 39, בעמ' 745-751, 752-751.

השימוש בו עלול להגדיל את הסיכון להרשעת שווא של המופלל.⁴² פרקטיקה זו לעיתים אף כרוכה בשימוש בקטינים בנוגע למכירת אלכוהול וטבק.⁴³ כיצד ייתכן שאינה מוסדרת בחוק?⁴⁴

סוכנים

"סוכן מזיח", שבעבר הרחוק כונה "הסוכן הפרובוקטור", הוא כינוי פסיקתי לגורם משטרתי המביא אדם לעבור עבירה.⁴⁵ הוא אינו מעביר מידע גרידא, כמו המודיע, אלא יש לו חלק – פעמים חשוב ואף מכריע – בהתהוות העבריינית שכנגדה הוא מופעל.⁴⁶ הסוכן הינו שוטר ולחלופין עבריין הפועל בשירות המשטרה, הנשלח להתחזות לעבריין ולבוא במגע פלילי עם גורם שהמשטרה מבקשת לתפוס, לרוב חשוד בעבירות חמורות במסגרת רצידיביוסיטית. המגע עשוי להיות חד-פעמי ופשוט, דוגמת בקשה לרכוש מהחשוד סחורה פלילית ולהפילילו בסחר או הידוד מתמשך ומורכב, שאז נשלח הסוכן לרכוש את אמונו של החשוד או החשודים.⁴⁷ רכישת האמון עשויה להתבצע בדרכים מגוונות, שחלקן חוקיות וחלקן ודאי אינן, שהרי הפשע המאורגן ודאי מודע לסכנה שסוכן יחדור לשורותיו ולפיכך צפוי לבחון גורמים חדשים בשבע עיניים ואף לדרוש מהם להשתתף בפשע כדי להבטיח שאינם סוכנים. הסוכן עשוי להיכנס לעומק חיי הפרט החשוד ואגב כך גם לחיי גורמים נוספים, לאו דווקא עבריינים בעצמם. פעולתו כרוכה בפגיעה מובנית, נקודתית ורגעית או שיטתית ועמוקה, ביותר ואמון, ערך חברתי מוכר, כנראה מתפיסה שהדבר חיוני לשם תפיסת עבריינים מסוימים. הפגיעה באמון אינה רק במופלל ועלולה – בהקשרים מסוימים ובהתאם לאופן, לזירה, לתנאים ולתדירות שהמדינה משתמשת בסוכנים – לסדוק את המרקם החברתי.⁴⁸ מעבר לכך, בהעדר הסמכה מפורשת של פעולת הסוכנות, הסוכן ומפעיליו מסתכנים בביצוע עבירות בעצמם,⁴⁹ שלא לדבר על סיכון לשלום הסוכן ולחיו, ⁵⁰ וכמובן פגיעות נפשיות מהלחץ הגדול שמוטל עליו.⁵¹ חשש מובנה נוסף הוא שבמקום לאפשר השגת ראיות כנגד עבריינים, פעולות הסוכן ידחפו עבריינות שלא הייתה מתבצעת אלמלא מעשיהם.⁵² בית המשפט העליון בישראל התריע מפני הפעלת סוכן פרטי, שאינו מוגן בדין ועלול להיות אחראי לעבירות פליליות שיבצע.⁵³ אולם מבחינה עיונית גם הסוכן

⁴² שם, בעמ' 765–784.

⁴³ Dodge, לעיל ה"ש 39, בעמ' 234; Michael R. Santiago, "The Best Interests of the Child"–Scrutinizing California's ; *Use of Minors as Police In-formants in Drug Cases*, 31 McGEORGE L. REV. 777, 779–781 (2000).

⁴⁴ רות' הדגישה העדר הסדרה חיצונית ואפילו פנימית (בנהלים): Roth, לעיל ה"ש 39, בעמ' 756–757, 763–764. לסקירת משפט משווה בסוגיה: Lowe, לעיל ה"ש 39, בעמ' 194–199.

⁴⁵ ע"פ 1224/07 בלדב נ' מדינת ישראל, פסי' 65 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 10.2.2010).

⁴⁶ Derrick Augustus Carter, *To Catch the Lion, Tether the Goat: Entrapment, Conspiracy, and Sentencing Manipulation*, 42 AKRON L. REV. 135, 143–144 (2009); Eda Katharine Tinto, *Undercover Policing, Overstated Culpability*, 34 CARDOZO L. REV. 1401, 1420 (2013); Nicholas Wamsley, *Big brother gone awry: undercover policing facing a legitimacy crisis*, 52 AM. CRIM. L. REV. 177, 182–183, [iv] (2015).

⁴⁷ לסקירה היסטורית והשוואתית בסוגיה, ראו: גדי אשד "החקירה המשטרית והמודיעין האנושי" משפט וצבא יח 223, 226–260 (2005).

⁴⁸ Wamsley, לעיל ה"ש 46, בעמ' 188–189.

⁴⁹ שם, בעמ' 187–188. בישראל נערך תחקיר טלוויזיוני שכלל הפעלת תחקירנים שהתחזו לילדות בכתבי אישום. אחד מהם הוביל לביקורת שיפוטית חריפה בבית משפט השלום, כששופט השלום תהה אם מעשי ה"סוכנים" הפרטיים מהווים עבירות פליליות: ת"פ (מחוזי ת"א) 8371-07 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 31.1.2010).

⁵⁰ בשנת 2017 נרצח בישראל סוכן משטרתי, ככל הנראה בידי הפשע המאורגן שזיהה אותו כסוכן: אלי סניור "תחקיר המשטרה: לא ניתן היה למנוע את חיסול הסוכן הסמוי" Ynet – בארץ 15.11.17. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5043397,00.html

⁵¹ Wamsley, לעיל ה"ש 46, בעמ' 189–192.

⁵² השוו: Carter, לעיל ה"ש 46, בעמ' 172.

⁵³ רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, פסי' 7 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.1.2014).

המשטרתי אינו מוגן בדיון. חרף ותק הפרקטיקה מצד אחד,⁵⁴ וחרף תהיות וביקורות שעלו לגביה מצד אחר,⁵⁵ מסתבר שבישראל אין כלל חוק שדן בהפעלת סוכן ומסמיך אותה. הפרוצדורה מעוגנת בנוהל סודי אך אינה מופיעה בחוק.⁵⁶ כמודגש בהמשך, אף שהנחיות ונהלים מקדמים את השקיפות והאחריות, הם בשום אופן אינם מהווים הסמכה: הגוף המנהלי אינו יכול להסמיך את עצמו. יצוין שגם במדינות אחרות המגבלות המשפטיות הפורמליות המוטלות על סוכנים דלות, אך לעיתים לפחות קיימים נהלים שקופים, סטנדרטים מפורטים של הפעלת סוכנים, המאפשרים בקרה על הפרתם.⁵⁷

מדובבים

פרקטיקה משטרתית שלישית שאזכיר הינה דיבוב. המדובב הינו אדם הפועל בשירות המשטרה, לרוב עבריין מורשע, וכמו הסוכן, גם הוא נשלח להידוד עם חשוד, באופן טיפוסי חשוד בעבירה חמורה (ודאי כעניין של הקצאת משאבים), בניסיון לדלות ממנו מידע בכלל ומידע מפליל בפרט. המדובב אוסף מידע בתקשורת ישירה עם החשוד העצור, מבקש לחשוף את סודותיו הפליליים במקום שהמשטרה כשלה או חששה להיכשל בכך.⁵⁸ אולם אין בישראל חוק שדן בהפעלת מדובב ומסמיך אותה. האם הפרקטיקה כרוכה בפגיעה בזכויות וערכים? המדובב הינו רמאי בחסות הדיון, הפוגע בערך היושר והאמון, ומטבע הדברים גם בערכים שמבקש החיסיון מהפללה עצמית לקדם, משום שהחשוד מוזמן להפליל עצמו שלא במודע למשמעות הדבר.⁵⁹ פגיעת המדובב מתמקדת לרוב בחשוד בעיקר ואינה זולגת לסביבתו במישורו, אף שמובן שאם ימסור החשוד מידע מפליל כנגד אחרים ניתן יהיה להשתמש בו לחובתם.⁶⁰

סקרתי לעיל פרקטיקות שנעשות ללא בדל הסמכה. למען שלמות התמונה ראוי להזכיר שלעיתים לא נדירות המשטרה פועלת ללא הסמכה במובן חריגתה מתנאי הסמכות בחוק. כך למשל כשהיא מבצעת בניגוד לתנאי הסמכות מעצר,⁶¹ האזנת סתר,⁶² חיפוש⁶³ ועוד. מקרים אלו באופן טיפוסי

⁵⁴ ראו: ביקורת ספרותית ותיקה במיוחד על התופעה: א' פולונסקי "סוכן פרובוקטור" הפרקליט א 13, 13–15 (1944).
⁵⁵ גבריאל בך "סוכני המשטרה בעיני בית המשפט" הפרקליט יט 132, 132–140 (1969); עמנואל גרוס "סוכן מדיח – כטענת הגנה במשפט פלילי" הפרקליט לו 107, 114–116 (1987).

⁵⁶ "הפעלת סוכן סמוי על ידי המשטרה" הנחיות פרקליטות המדינה 14.6 נכתבה בשנת 1989 ועודכנה לאחרונה בשנת 1992. לפי המפורסם, ההנחיה בנדון "מחמת רגישותה" מצויה בידי פרקליטי המחוזות.

⁵⁷ Carter, לעיל ה"ש 46, בעמ' 182–183; Wamsley, לעיל ה"ש 46, בעמ' 197–198. כללי הפרוצדורה הגרמניים קובעים ששימוש בסוכנים סמויים אפשרי רק בהתקיים אינדיקציה מספקת שבוצעה עבירה חמורה. החוק מסמיך את הגורמים הממונים, האישורים והסמכות הנדרשת לביצוע הפעולה. בפסיקה נקבע שהשימוש בחוקרים סמויים אסור רק כשהנאשם בחר באופן מובהק לממש את זכות השתיקה: [CODE OF STRAFFPROZESSORDNUNG [StPO] [CRIMINAL PROCEDURE], Apr. 7, 1987, Bundesgesetzblatt [BGBL.] 1074, as amended, §§ 110a, 136a (Ger.); Budesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jul. 26, 2007, 3 StR 104/07, 2007 (LG Wuppertal) (Ger.).

⁵⁸ ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ג 439, 442–440 (2004); וכן אשד, לעיל ה"ש 47, בעמ' 261–266.

⁵⁹ הפסיקה האמריקנית קבעה ששימוש במדובבים אינו מנוגד לתיקון החמישי והזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, שהרי הרציונל שלפיו חקירת חשוד עצור מייצרת אווירה כופה אינו חל כשעצור משוחח בתאו באופן וולנטרי עם מי שהוא במקרה סוכן ממשלתי. כך נקבע באשר לדרישה להודאה שהיא חופשית ומרצון, ושהעדרה מהווה פגיעה בזכות להליך הוגן, אולם אין הפרה כשההודאה ניתנה ביוזמת החשוד ולא בכפייה: Illinois v. Perkins, 496 U.S. 292 (1990); Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936).

⁶⁰ במציאות הישראלית אין מחסור בהסכמי תמריצים עם מדובבים, שמתלים את שכרם בהשגת הודאה. השופט דניציגר ביקר הסכמים כאלו בחריפות והתריע על הסכנות בדבר, כמו גם על בעיות אחרות במוסד המדובבים. ראו: ע"פ 4029/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסי 47–54 לפסק דינו של השופט דניציגר (פורסם בנבו, 10.7.2012).

⁶¹ למשל: ע"פ 325/84 אברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 365, 368–373 (1984).

⁶² למשל: ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, פסי 8–12 לפסק דינו של השופט בך (1995).

⁶³ למשל: ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, פסי 8 לפסק דינו של השופט לוי (2011).

נדונים, אם בכלל, בדיני הראיות, וכמוסבר בהמשך, אלו מספקים לבעיה המתוארת במאמר פתרון צנוע ודל ביותר.⁶⁴

2. ב. פרקטיקות תביעתיות

פרקטיקות תביעתיות מגוונות מוסדרות בחקיקה, אף שבאופן עשיר פחות מההסדרה החקיקתית של פרקטיקות משטרתיות. למשל היא מוסמכת להעמיד לדין ולסגור תיקים;⁶⁵ לתקן את כתב האישום;⁶⁶ לחזור בה מהאישום;⁶⁷ להגיע להסכמות ראייתיות;⁶⁸ להציג ראיות וטענות לעונש;⁶⁹ ועוד. לצד זאת, קיימות פרקטיקות בולטות שהתביעה מבצעת, חרף העדר הסמכה בחוק.

הסדרי טיעון

הסדרי טיעון נפוצים ביותר בפרקטיקה ואף נראים כברירת המחדל המעשית של המשפט הפלילי, להבדיל מניהול הוכחות.⁷⁰ הם מעלים חשש לפגיעות מגוונות, לרבות פגיעה קשה ביותר בפרט – הרשעת חפים.⁷¹ גם האינטרס הציבורי נפגע מהם: אף שההסדרים בבירור מקדמים אינטרסים ציבוריים מגוונים, הם עושים זאת באופן טיפוסי על חשבון האינטרס הציבורי במיזוי הדין עם הנאשם.⁷² לעיתים תופעת הסדרי הטיעון מביאה את התביעה ל"ניפוח" של כתבי האישום, כצפי של משא ומתן עתידי ולא דווקא כאמירה משפטית כנה.⁷³

חרף בעייתיותם ושכיחותם, הסדרי טיעון הם יצור שכמעט לחלוטין אינו מופיע בחוק הישראלי.⁷⁴ עד שנת 2001 לא היה זכר למוסד זה בחוק, אף שהתקיים ובוקר בחריפות לפני עשרות שנים.⁷⁵ באותה שנה נחזה לראשונה בחוק, שהקנה לנפגעי-עבירה מסוימים זכות להביע עמדה לגבי הסדר טיעון שהולך ומתרחם.⁷⁶ עדיין אין סעיף חוק שמסמך את התביעה להגיע להסדרי טיעון. גם הרעיון החדש יחסית של דיון מקדמי, שעוגן במפורש בחוק⁷⁷ מבקש להגיע להסכמות ולליעול הדיון בהישען על הסכמות הצדדים ועל שופט חיצוני לתיק שינסה לגשר ולחבר בין הצדדים,⁷⁸ אינו מזכיר את רעיון הסדר הטיעון. להבדיל, הרעיון החדש למדי של הסדר מותנה, שמופיע בסעיפים 67א ואילך, מסמך פרקטיקה שאינה זהה להסדרי טיעון, אלא מהווה חלופה להעמדה לדין. על רקע ההסמכה

⁶⁴ להרחבה: אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת בלתי-נוחה: פסילת ראיות בנין אופן השגתן" משפט וממשל (צפוי להתפרסם ב-2018).

⁶⁵ סי' 62 לחסד"פ.

⁶⁶ סי' 91-92 לחסד"פ.

⁶⁷ סי' 93 לחסד"פ.

⁶⁸ סי' 144 לחסד"פ.

⁶⁹ סי' 187, 192 לחסד"פ.

⁷⁰ עמי קובו נאשמים בלתי-עקביים בבית המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם 49-50, 56-57 (2011); קנת מן "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוטי" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 217, 219 (אלון הראל עורך, 2018).

⁷¹ אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1, 26 (2005); מן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 229-234.

⁷² בג"ץ 5699/07 פלונית (אי) נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (סב) 550, פסי' 45 לפסק דינו של השופט לוי; פסי' 14, 36, 40, 47, 72 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (2008).

⁷³ בועז סג"ר "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות" הסיניגור 145, 4, 7 (2009).

⁷⁴ כך גם במדינות מסוימות אחרות: Kumaralingam Amirthalingam, *Prosecutorial Discretion and Prosecution*: Guidelines, 2013 SING. J. LEGAL STUD. 50, 72 (2013) (הסדרת הסוגיה בשיטות משפט זרות: דינה צדוק הסדרת השימוש בהסדרי טיעון במשפט הפלילי – סקירה משווה 7-18 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2010)).

⁷⁵ ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543, 559 (1972).

⁷⁶ סי' 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001.

⁷⁷ סי' 143א לחסד"פ.

⁷⁸ לדיון עדכני ראו: עמי קובו "הגישור הפלילי" המשפט כד 301, 301-358 (2018).

המפורשת והמפורטת במיוחד של מוסד ההסדר המותנה, מתחדדות הקושיות לגבי העדר בדל של הסמכה ישירה למוסד הסדרי הטיעון, אף שהוא נוטל חלק מעשי עצום במשפט, שגדול עשרות מונים ממוסד ההסדר המותנה. אומנם קיימת הנחיה של פרקליטות המדינה בנושא הסדרי טיעון,⁷⁹ אך כמוסבר בהמשך, הנחיה כזו אינה תחליף הסמכה.

ככל גורם פרטי, שאינו כפוף לעקרון חוקיות המנהל,⁸⁰ כך גם סנגור פרטי וכמובן נאשם שמייצג את עצמו. להבדיל, הסנגוריה הציבורית היא גוף מדינתי, רשות שממומנת ומופעלת בידי המדינה. לסנגוריה הציבורית כובע מנהלי.⁸¹ החוק שכונן את הגוף ואת מרכיביו ותפקידיו אינו מתייחס לפרקטיקות הגנתיות שונות, לרבות ההגעה להסדרי טיעון.⁸² גם החסד"פ אינו מזכיר את רעיון הסדרי הטיעון בהקשר הגנתי, כפי שאינו עושה בהקשר התביעתי. יוצא, שגם הפעלת הפרקטיקה הזו מצד ההגנה, לפחות כשזו הגנה ציבורית – סותרת את עקרון חוקיות המנהל. אין זו סוגיה אקדמית גרידא. הסנגוריה הציבורית אחראית לייצוג של חלק עצום מהעומדים לדין. יש לה, ככל סנגוריה, חלק חשוב ולעיתים קרטי בהגעה להסדרי טיעון, ואך לאחרונה טען פרופ' מן, הסנגור הציבורי הארצי הראשון בישראל, שהדבר מוביל לפגיעות קשות אפילו יותר בזכויות נאשמים לעומת מצב שבו נאשמים לא היו מיוצגים.⁸³

הסכמי עד מדינה

פרקטיקה דומה להסדרי טיעון, פרקטיקה חשובה ומוכרת, נעשית במשותף בידי המשטרה והתביעה. מדובר במתן טובת הנאה לאדם בתמורה להפלת שותפו לעבירה: אי-העמדה לדין, אישום מופחת, הקלה בעונש וכדומה. גם "מוסד" עד המדינה, מסתבר מעיון בחקיקה, אינו מוסמך כלל. בדומה להסדר הטיעון, ברור שהמחוקק מכיר את הרעיון, ולפיכך הציג בסעיף 54א. לפקודת הראיות דרישה לסיוע, תוספת ראייתית חזקה במיוחד, לעדותו המפלילה של עד מדינה, להבדיל מחיזוק גרידא הדרוש לעדותו המפלילה של שותף רגיל לעברה; זאת לאור החשש מהטלת אשמת שווא בידי עד המדינה על מי שהפליל כשותפו תמורת טובת הנאה מהמדינה.⁸⁴ המחוקק אף הגדיר לצורך הפקודה "עד מדינה" כ"שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה". הגדרה זו הינה התקדמות ניכרת לעומת פרקטיקות קודמות שנדונו ולא זכו להתייחסות בחקיקה, לא כל שכן להגדרה. עדיין, במסגרתה ובתפקידה, הגדרה זו קשורה לדיני הראיות בלבד; היא אינה כוללת הסמכה לפעולה ואינה קובעת מי בדיוק יכול להבטיח טובת הנאה, למי, מתי, באיזה מחיר, כנגד מי וכדומה. גם בעניין זה קיימת הנחיה, שאף כוללת פירוט שיקולים לקראת קבלת הכרעה מי יזכה בטובת ההנאה הנכספת.⁸⁵ האם פרקטיקה זו כרוכה בפגיעה בזכויות? ניתן לתאר מתן הטבה מדינתית לאדם כנגד שותפו כפגיעה פוטנציאלית בזכויות מגוונות של המופלל, הן במבט פלילי בזכויות החוקתיות של אדם שמורשע⁸⁶ והן במבט מנהלי בזכות לשוויון.⁸⁷

⁷⁹ "הנחיות לעריכת הסדר טיעון" הנחיות פרקליטות המדינה 8.1 (התשס"ג).

⁸⁰ זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 50.

⁸¹ מ"ח 1632/16 שלום נ' מדינת ישראל, פס' 88 לפסק דינו של המשנה לנשיאה גיוראן (פורסם בנבו, 7.9.2017).

⁸² חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995.

⁸³ מן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 245-247.

⁸⁴ עמנואל גרוס עד המדינה 83-84, 127-128 (1988).

⁸⁵ "עד מדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.2201 (50.031) (התשס"ה).

⁸⁶ השו: ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 539-540 (2002).

⁸⁷ רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529, 547-553 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

לא למותר לציין שגם האינטרס הציבורי נפגע מהסכם עד-מדינה; ההסכם מקדם את האינטרס הציבורי במיצוע הדין עם המופלל, אך זאת על חשבון האינטרס הציבורי במיצוע הדין עם המפליל, שלעיתים ביצע עבירות חמורות ביותר, אף לגרסתו.⁸⁸

ב.3 פרקטיקות שיפוטיות

"בג"ץ מופקד על הפעלת עקרונות 'שלטון החוק' וקודם כל, מובן מאליו, עליו להקפיד שהוא עצמו לא יפעל אלא בדי האמות של החוק... (אם) נרחיב את סמכותנו ללא היתר מטעם המחוקק, נימצא כפועלים ללא אסמכתא חוקית בניגוד לעקרונות 'שלטון החוק'. על ידי כך נשים את עצמנו מעל החוק ונמעל בתפקידנו שהוא – עמידה על משמר החוק. יש ורגש הצדק והרצון לעשות צדק משמשים פיתוי להרחבה כזאת של הסמכות, אולם אם עקרון 'שלטון החוק' אינו סתם אמרה בעלמא יש הכרח להתגבר על הפיתוי המושך הזה".⁸⁹

עקרון חוקיות המנהל מוזכר כמעט תמיד באשר לרשויות מנהליות מובהקות, ולא באשר לרשות השופטת. אולם גם זו רשות מנהלית, הכפופה לעקרונות המשפט המנהלי.⁹⁰ זהו הבסיס לעתירות שמוגשות לבג"ץ כנגד החלטות שיפוטיות.⁹¹ בפסיקה נכתב בעבר: "אין לבית המשפט, כמו לכל רשות יציר המחוקק, אלא הסמכויות שהחוק העניק לו".⁹² כמו המשטרה, התביעה והסנגוריה הציבורית, גם בית המשפט כפוף לחוקי היסוד, וכמוהם גם הוא אינו רשאי לפגוע בזכויות הפרט ללא הסמכה מפורשת. גם לגבי יש תחולה לערכים שמקדם עקרון חוקיות המנהל, כהפרדת רשויות והגבלת כוח, קידום שקיפות, ודאות והגינות, הגנה על זכויות הפרט ומניעת שרירות. גם לבית המשפט אין סמכות לבד מזו שהוענקה לו במפורש בחוק.

אולם אפילו בית המשפט לעיתים מתעלם מהחוק או פועל בניגוד לו, ופועל לכאורה בלי סמכות, במובן חריגה מהסמכות שניתנה לו או במובן פעולה בלי עוגן הסמכה כלל. אף שמאמרי מתמקד בשימוש בסמכות בלי עוגן חוקי, הרי שלאור חשיבותו של מושא הביקורת הנוכחי – הרשות השופטת – אציג גם מקרים שבהם בית המשפט פועל לכאורה בניגוד לסמכותו, בזווית של פעולה שנעשית בניגוד מפורש לדרישות החוק ובזווית של פעולה החורגת מגבולות ההסמכה. הוא עושה כן בכל מישורי המשפט הפלילי, לעיתים לטובת הפרט הנאשם אך לרוב לחובתו. אף שהטיעון נראה פרובוקטיבי ממבט ראשון, מבחינה אקדמית אין בו חדש כשלעצמו, להבדיל מהשמתו בהקשר שיטתי של עקרון חוקיות המנהל. חלק מהביקורת האקדמית על בתי המשפט בכלל ובית המשפט

⁸⁸ דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (2004); ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.7.2009).

⁸⁹ בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023, 1029 (1962).

⁹⁰ לדיון ביקורתי בסוגיה ראו: גיא זיידמן "מערכת בתי המשפט כרשות מנהלית" (לא פורסם).

⁹¹ למשל: בג"ץ 243/80 מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לה(1) 67 (1980); בג"ץ 249/82 ועקנין נ' ביה"ד הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393 (1983); בג"ץ 4689/94 אבי-יצחק נ' השופט צמח פ"ד מח(5) 70 (1994); בג"ץ 4318/95 מדינת ישראל נ' השופט פז, פ"ד מט(3) 702 (1995); בג"ץ 744/97 גוזלן נ' השופט אמינוף, פ"ד נא(1) 355 (1997); בג"ץ 9663/02 עכאווי נ' פרקליטות מחוז חיפה (פורסם בנבו, 3.12.2002); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93 (2006); בג"ץ 4451/04 קסטוריאנו נ' השופטת כוחן (פורסם בנבו, 16.6.2004).

⁹² ע"פ 545/98 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין (פורסם בנבו, 30.6.1999).

העליון בפרט מציג את הסברה שבית המשפט פירש באופן שגוי בעליל, פירוש שאינו מצוי במרחב שיקול הדעת השיפוטי החוקי, עד כדי צאתו מגדר "טעות בדין" והפיכתו לפעולה ללא סמכות.⁹³

בכל המקרים הללו ניתן לגרוס שבית המשפט דווקא פעל כדין וכסמכות, דרך אפיקים פרשניים. אולם יש לזכור שניתן להעלות טענה זהה גם כשרשות מנהלית אחרת פועלת לכאורה ללא סמכות: גם המשטרה לא תכריז בגלוי שפעלה שלא כדין, אלא תציע מבנים משפטיים שיתמכו בפעולתה, מגמה שתיבחן בפרק ב סעיף 5 למאמר. פעולה בגלוי ובמוצהר בחוסר סמכות ודאי נדירה בכל רשות. מטעמי קוצר היריעה, לא אגן במאמרי על הטענות שתוצגנה מיד, שלפיהן בית המשפט העליון פעל בניגוד לסמכות, אלא אסתפק בהפניה לכתיבה הגורסת כאמור. מי שלא מצא טעם בטענות, לא ימצא טעם בחיבורן לעקרון חוקיות המנהל; מי שכן מצא טעם, עשוי לקבל גם את קישורן לעקרון.

דיני ראיות

טענות שלפיהן בית המשפט קיבל החלטה שלא כדין עולות בשלושת ענפי המשפט הפלילי – דיני הראיות, סדר הדין הפלילי ודיני העונשין. בדיני הראיות, למשל, משמצא בית המשפט העליון שסעיף 9 לפקודת הראיות, אינו מאפשר לו לקבל את עדות השמועה שעל הפרק, בשל התקיימותם של שני תנאים מצטברים מתוך שלושה בחוק בלבד, קיבל בית המשפט את הראיה בקובעו שפקודת הראיות "אינה ממצה". בית המשפט הסביר שאם אומר האמרה יגיע לבית המשפט, יחול הסעיף; אם העד אינו בנמצא, הסעיף לא יחול, והאמרה תתקבל כחריג אחר לכלל הפוסל עדות שמועה, משום שפקודת הראיות אינה קודקס.⁹⁴ זהו מהלך בעייתי, שבבירור מנוגד להסמכה הצרה מטעם המחוקק לקבל עדות שמועה. המהלך מייתר את אחד משלושת התנאים המצטברים להפעלת הסמכות והופך את היוצרות: במקום לבחון את התנאים החקיקתיים לקבילות ראיה, בית המשפט מתנה את התייחסותו לסעיף החוק כבעל חשיבות רק אם יתקיימו כל תנאיו ומפילס את דרכו לראיה שבמחלוקת בניגוד מובהק לעמדת המחוקק.

בדומה, בית המשפט העליון גיבש כלל שלפיו שופט לא יעיד בבית המשפט על דבר הקשור בתפקידו השיפוטי.⁹⁵ כלל זה מנוגד בעליל לסעיף 2 לפקודת הראיות, שלפיו "הכל כשרים להעיד בכל משפט".⁹⁶

בעניין אחר, בהסכמת פרקליטות המדינה הכריז בית המשפט העליון על תחולתו של חסיון עורך דין-לקוח גם במשרדו של הלקוח.⁹⁷ בכך, בניגוד לבית המשפט המחוזי⁹⁸ ולבית משפט השלום,⁹⁹ התעלם לגמרי מלשון החוק, היוצרת את גבולות החיסיון וקובעת שרק עורך הדין ייחנה מהחיסיון, להבדיל מבעליו הלקוח, ויצר הלכה למעשה מחסום חדש, שאין לו זכר בחוק: חסינות ולא חסיון.¹⁰⁰

⁹³ השוו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 26, בעמ' 288.

⁹⁴ ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 460, 469, 472 (1998).

⁹⁵ ע"פ 364/73 ז'ידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 620, פ"ס 2 לפסק דינו של השופט ברנזון (1974).

⁹⁶ לטענה שמדובר בחוסר סמכות: אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על כשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273, 310 (2007).

⁹⁷ רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ס 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 2.1.2011).

⁹⁸ ב"ש (מחוזי ת"א) 93341/06 מדינת ישראל נ' היינץ ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 27.8.2007).

⁹⁹ ב"ש (מחוזי ת"א) 1269/05 מדינת ישראל נ' היינץ ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2006).

¹⁰⁰ אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חסיון עורך-דין וירטואלי" משפט ועסקים יט 305, 318, 332-333 (2015).

סדר דין פלילי

בסדר הדין הפלילי קבע בית המשפט העליון בדיני החיפוש, ברוב דעות, שלמטרה מותר לבצע חיפוש באדם שאינו חשוד, בהסכמתו מדעת.¹⁰¹ אין זהו מהלך פרשני הסובב סביב סעיף חוק מסוים. בית המשפט, בלי סמכות, נטל לעצמו את תפקיד המחוקק, שמקנה למשטרה סמכות חיפוש חדשה, מסוג שהמחוקק עצמו לא אפשר במצב זה.¹⁰² ראתה המדינה כי טוב, וניסתה להביא את בית המשפט לייצר סמכויות חדשות גם בהקשרים אחרים, כמו חדירה לחומר מחשב בהסכמת החשוד, בלי צו, וחרף דרישה חד-משמעית לצו מצד המחוקק. בית המשפט, ככלל, שיתף פעולה.¹⁰³

בדומה, בדיני המעצרים, אף שהודה שלשון החוק מנדטורית ומכוונת לשחרור חשוד ממעצר לאחר סיום חקירתו וללא הצהרת תובע, קרא בית המשפט העליון את עילות המעצר לתוך החוק כדי להימנע מתוצאה בלתי-הגיונית והותיר את החשוד הקטין במעצר.¹⁰⁴ קריאה כאמור היא למעשה שכתוב החוק, מהלך שאינו בסמכות בית המשפט. מהלך דומה נעשה כשבית המשפט העליון הסכים לדון בערעור על החלטה שלא לפרסם קלטת שמע ממשפט, אף שהכיר בכך שלשון החוק מקנה זכות ערר רק להחלטה כן לפרסם כאמור; גם הוא נעזר בפרשנות התכליתית כדי להגיע לתוצאה הרצויה בעיניו – דיון בערר וקבלתו.¹⁰⁵

חרף הקוגנטיות של דיני העונשין,¹⁰⁶ פרקטיקה שיפוטית שגורה היא שלמשמע הודאת הנאשם במיוחס לו, מרשיעו בית המשפט בלי לבחון אם יסודות העבירה התקיימו.¹⁰⁷ מהלך שיפוטי נפוץ זה אינו נובע מהחסד"פ. קריאת סעיפיו מלמדת שפעולה כאמור אינה מותרת.¹⁰⁸

מהלך שיפוטי נפוץ אחר קשור בפרוטוקול בית המשפט, שאינו תמיד מדויק ושלם ומאפשר כלי מוגבל לביקורת על בית המשפט בהינתן שבית המשפט עצמו מופקד עליו.¹⁰⁹ האחרון מודע לכך היטב, וברצותו לפעול בלי סמכות, ולעיתים גם בניגוד להלכה, למשל להציע לצדדים הסדר כזה או אחר,¹¹⁰ הוא פשוט מדבר באולם בית המשפט שלא לפרוטוקול או מזמין את הצדדים ללשכתו. פעולה שגורה זו, המוכרת לכל סגור ותובע, עשויה להיות בעלת השפעה עצומה על תוצאות המשפט וזכויות הפרט, אך אינה כוללת עוגן הסמכה.

¹⁰¹ עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1.

¹⁰² אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 54 (2014); יניב בן הרוש "מה הבעיה בהסמכה לחיפוש משטרתית?" הפרקליט נד 43 (2016).

¹⁰³ ע 78/14 פלח נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 13.1.2015); ע"פ (מחוזי ת"א) 61187-06-14 קורס נ' מדינת ישראל 347 (פורסם בפדאור, 30.3.2015). לביקורת: אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומיית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב'הסכמת' החשוד" הסגור 224, 4, 6-7 (2015); עדי ריטיגשטיין-אייזנר "האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו?" מעשי משפט ח 131 (2016). גם במצבים של חדירה לחומר מחשב באמצעות מעבדה לא מצא בית המשפט העליון לנכון לשלוח מסר עקרוני נגד הפרת החוק המשטרתית, אלא הסתפק בדחיית רשות הערעור בשורות בודדות: רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאוי (פורסם בנבו, 19.6.2017).

¹⁰⁴ ב"ש"פ 4829/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס" 3 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 8.7.2014).

¹⁰⁵ ע"פ 4430/14 חדשות 10 בע"מ נ' פלונית, פס" 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 6.9.2015).

¹⁰⁶ גרשון גונטובניק "הסדרי טיעון בערעור המבטלים את הקביעות הנורמטיביות של הערכאה הדיונית: לעצור את פוטנציאל הסחף" חוקים ו 11, 23-27 (2014).

¹⁰⁷ ע"פ 6703/13 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.1.2014); תפ"ח (מחוזי חי') 9232-07-15 מדינת ישראל נ' טמסוט (פורסם בנבו, 28.3.2016); תפ"ח (מחוזי מר') 34838-04-15 מדינת ישראל נ' גברילוב (פורסם בנבו, 11.4.2016); ע"פ 8720/15 מדינת ישראל נ' פינטו (פורסם בנבו, 11.9.2016).

¹⁰⁸ אסף הרדוף "פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי" המשפט כד 39 (2018).

¹⁰⁹ איתן לבונטין "על הסמכות להגביל פרסום שמות חשודים" משפטים ל 249, 289-290 (2000).

¹¹⁰ על הפעולה ועל החריגה מההלכה: מן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 244.

דיני עונשין

בדיני העונשין נכתבו בספרות ביקורות חריפות על חריגת בית המשפט העליון מלשון החוק, למשל בנוגע לפרשנות השותפות לעבירה¹¹¹ ועל התעלמות מלשונו של איסור או שכתובו לחובת הפרט ולטובת האינטרס הציבורי.¹¹² ביקורת הוצעה אף מהכיוון המשלים, כשבית המשפט העליון החזיר לעבירה יסוד חדש; גם מהלך כזה, שהינו לטובת נאשמים, עודנו בלתי-חוקי וחורג מסמכות בית המשפט,¹¹³ שאינו מורשה לייצר יסודות עבירה. טענות חריפות על פעולה בניגוד לחוק, בדבר אי-יישום הוראות תיקון 113 לחוק העונשין, עלו לאחרונה מצד כותבים מגוונים.¹¹⁴

חרף הישמעו פרובוקטיבי, הטיעון שבית המשפט פועל בלי סמכות בקשר למשפט פלילי הועלה בעבר אפילו בידי בית המשפט עצמו. בית המשפט העליון ביקר בעבר ערכאות שיפוטיות דיוניות על פעולה בחוסר סמכות. למשל הוא קבע ברוב דעות שהמרת אישום בשלב הסיכומים מאיננו לניסיון איננו אינה מקנה סמכות לשופט מחוזי יחיד,¹¹⁵ וששופט מחוזי יחיד שהרשיע נאשם בעבירת חטיפה, שמצריכה דיון בהרכב, חרג מסמכותו.¹¹⁶ במקרים מסוימים שופטי בית המשפט העליון ביקרו בחריפות אפילו את הגישה שהציגו חבריהם להרכב, כחוסר סמכות. למשל השאלה, אם ניתן להחיל את סעיף 10א לפקודת הראיות לגבי עד שותק, הולידה ויכוחים סוערים בבית המשפט העליון, שכללו ביקורות קשות של שופטים על חבריהם להרכב, עד כדי האשמה בפעולה בחוסר סמכות.¹¹⁷ בדומה, בדיון נוסף שעסק בפרשה של "דיבור בשני קולות", הרשעת שותף אחד לעבירה בערכאה אחת ושאלת יישובה עם זיכוי השותף בערכאה אחרת, נדונה ההרשעה מחדש ורוב השופטים זיכו את הנאשם מחמת הספק. דעת המיעוט המרשיעה ביקרה את דעת הרוב על חריגתה מהסמכות המוקנית בחוק, לדון בשאלה שהוגדרה כמושא הדיון הנוסף ולא בשאלות אחרות, וביקרה את התנהגות חבריהם להרכב בדיון הנוסף כאילו היה ערעור.¹¹⁸

¹¹¹ מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר חקיקה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403, 408–409 (2002); בועז סנגיר "פרשנות מרחיבה בפלילים!?" על משפט ג 165, 185–189 (2003).

¹¹² אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים" הסגור 228, 4 (2016); אסף הרדוף "חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב" משפט צדק: ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 651–690 (אלון הראל עורך, 2018).

¹¹³ אסף הרדוף עברת הגנבה 154 (2014). ביקורת זו כוונה ל-ע"פ 293/89 סוקולובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 92, 133–134 (1992); ואומצה בהמשך: ע"פ 3506/13 הבי נ' מדינת ישראל, פס' 308–309 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 12.1.2016).

¹¹⁴ אורן גזל-אייל, חיים אזולאי ואיתי המר "האם שופטים מציינים לחוק?" משפטים מז 327 (2018); הדר מסורי "תיקון 113 – מצליח לתקן?" המשפט כד 11 (2018); סיגל קווגוט, אפרת חקק ואיתמר גלבפיש "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113" משפט צדק: ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים (אלון הראל עורך, 2017).

¹¹⁵ ע"פ 313/79 דדה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 57 (1979).

¹¹⁶ ע"פ 476/78 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 757 (1979).

¹¹⁷ השופט בך כתב על גישת חבריו שהיא "פרשנות מלאכותית ובלתי לגיטימית", ושהיא אפשרית רק "בדרך של תיקון החוק, ולא על-ידי חקיקה שיפוטית מלאכותית". ראו: ע"פ 254/88 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מד(4) 663, 687 (1990). השופט מלץ היה חריף לא פחות: "הפרשנות המוצעת... איננה יותר פרשנות; זהו שינוי החוק. רצוי וחשוב ככל שיהיה – אין הוא בסמכותנו": שם, בעמ' 693. בפרשה עוקבת התהפכה ההכרעה ברוב של שניים נגד אחד. האחד כתב על חבריו שהם סוטים מעקרון התקדים המחייב; השניים הגיבו באזכור שלטון החוק וחובת בית המשפט "לפעול לפי הלשון, שממנה סטו חלק משופטי בית המשפט העליון": ע"פ 2251/90 חגי יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221, 238–239, 263 (1991). בפרשה המסיימת שוב עלו ביקורות חריפות על פרשנות מלאכותית ואף על חריגה מסמכות: דני"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חגי יחיא, פ"ד מז(3) 661, 686, 689, 692 (1993).

¹¹⁸ דני"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, 624, 628 (2004). ראו, שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט חשין את דבריו החריפים: "חוות-דעתם של השופט ריבלין ושל המשנה לנשיא אור הביכו אותי לא-מעט... לא נתקלתי עד-כה במקרה כשלנו, מקרה שבו בית-המשפט בדיון הנוסף יושב לערעור - פשוטו כמשמעו - על פסק-דינו של בית-המשפט העליון... ואם לזאת לא ייקרא ערעור, ערעור מהו - לא ידעתי. ומתוך שחבריי ראו עצמם ערכאת ערעור על בית-המשפט העליון, לא אתפלמס עמהם לגופם של דברים. אין זה מדרכה של ערכאת משפט להתפלמס עם ערכאה גבוהה ממנה. ואני מן הדרך לא אסטה".

יושם אל לב שכאשר הביקורת מגיעה סוף-סוף ומזכירה שאפילו שופטים חורגים מסמכותם, היא נוטה שלא להזכיר כלל את עקרון חוקיות המנהל. אין תימה בכך. חריגה מסמכות עשויה להיות טעות נקודתית, וההצבעה עליה גם היא לרוב נקודתית. להבדיל, עקרון חוקיות המנהל מציב את האמירה בהקשר רחב יותר: המסר הכללי שהוא שולח מבקש לא רק לתקן טעות, אלא גם להחזיר את הגורם הטועה, אחר כבוד, למדרגה הראויה לו. העיקרון מזכיר לגורם החורג מסמכות לא רק את גבולותיו בהקשר הנדון, אלא גם את היותו כבול בגבולות החוק באופן כללי; תזכורת לרוחב הבעיה. מדוע תזכורת זו על גבולות החוק וההסמכה אינה נשלחת בידי בית המשפט העליון לשופטי ישראל? ניתן לשער שתזכורת שיפוטית חריפה כזו נתפסת כמתאימה יותר לגורמי מנהל ופחות לשופטים. לחלופין ייתכן שבית המשפט העליון אינו נלהב להיזכר בכפיפותו שלו לעקרון חוקיות המנהל. אפשר גם שהדבר פשוט לא עלה בדעתו.

ב.4. האומנם אין הסמכה?

הצגתי פרקטיקות מגוונות והצעתי שאינן נעשות בסמכות. מנגד, ניתן לגרוס שהפעולות שתוארו, אף שלא זכו בהסמכה ישירה, עדיין מוסמכות בהיבלען בהסמכה כללית, מופשטת ורחבה או בצורת הסמכה עקיפה ואפילו משתמעת, כמפורט בהמשך.

למשל, לגבי המשטרה ניתן לגרוס שהפעלת המודיע, הסוכן והמדובב נבלעת בהסמכה הכללית לבצע חקירה. המשטרה מוסמכת לפתוח בחקירה בחשד לעבירות.¹¹⁹ החוק אינו מגדיר מהי חקירה משטרתית, מה היא כוללת ומה לא. ניתן לגרוס ש"חקירה" כוללת את האפשרות להפעיל סוכן ומודיע בשלב מוקדם ומדובב בשלב מאוחר. הרי לא ייתכן שידי המשטרה תהיינה כבולות כך שכל פעולה שאינה כתובה במפורש בחוק – תהיה מחוץ לתחום. החוק אומנם מסמך את המשטרה לנקוט שורת פעולות שחלקן נסקרו לעיל – מעצר, חיפוש, האזנת סתר וכדומה. אולם החוק אינו נכנס לפרטי פרטים בכל הליך משטרתית ומותיר שיקול דעת למשטרה לביצוע תפקידה. לעיתים שיקול דעת זה מייצר פרקטיקה חדשה, אך זו אינה בהכרח בניגוד להסמכה, אלא ייתכן שהיא דווקא מגשימה את רוח מילותיו הכלליות של המחוקק והסמכתו לבצע חקירה. למשל תרגילי חקירה רבים – אולי כולם – אינם מוסמכים במפורש בחוק. האם פשר הדבר הוא שהמשטרה מנועה למשל לשקר בחקירה, משום שלא הוסמכה במפורש לעשות כן?¹²⁰ או שמא הדבר יותר אותה חלשה ותמימה מול גורמים עברייניים חזקים ומתוחכמים?¹²¹

טיעון דומה ניתן להעלות לגבי התביעה, הסנגוריה הציבורית ובית המשפט. התביעה אינה מוסמכת במישרין להגיע להסדר טיעון, אך כאמור מוסמכת להעמיד לדין או לסגור תיקים, לתקן את כתב האישום ולטעון לעונש. מהסמכויות הללו ניתן לכאורה להסיק את סמכותה להגיע להסדר טיעון, לתקן את כתב האישום ולטעון לעונש בהתאם לו. הסנגוריה הציבורית אינה מוסמכת במפורש להגיע להסדרי טיעון, אך מוסמכת לייצג את הנאשם בנאמנות ולפיכך לכאורה רשאית להביא את התיק לסיום באופן הרצוי לו. בית המשפט אינו מוסמך במישרין להתעלם מדרישות החוק לגבי קבילות וחיסיון, אך מותר לו לפרש את החוק הקיים, לעיתים בהרחבה, בעיקר כשהחוק רחוק מלמצות. בעניינים דיוניים שלגביהם אין הוראה בחיקוק, המחוקק אפילו הסמיכו במפורש לפעול

¹¹⁹ ס' 58 לחסד"פ.

¹²⁰ לבחינה ביקורתית, ראו: רינת קיטאי-סנג'רו "שקרי חוקרים" (לא פורסם).

¹²¹ ע"פ 216/74 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 340, 351–352 (1974). לביקורת, ראו: בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות" עלי משפט ט 399, 414–416 (2011).

"בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק", כעולה מסעיף 3 לחסד"פ. יש כוח בקו מחשבה זה. גם בזירה המנהלית, עקרון חוקיות המנהל אינו נכנס ואינו יכול להיכנס לכל פינה ופינה בהפעלת הסמכות. אין זה סביר לפרט הכול בחקיקה,¹²² למשל, איזה סוג סיגריה ייתן השוטר לחשוד ומתי שופט יערוך הפסקות בדיון. עקרון חוקיות המנהל אינו תובע מהמחוקק להכין קודקס אין-סופי שיציע דרך התנהלות חוקית ומוסמכת לכל תרחיש אפשרי, וממילא קודקס כזה אינו אפשרי.¹²³ אפילו יבחר המחוקק להיכנס לפרטים מדוקדקים בכל סוגיה, תמיד תתעוררנה שאלות חדשות.¹²⁴ זו דרכו של המשפט, לזהות ואף לייצר סוגיות חדשות בלי סוף.¹²⁵

מנגד, חולשה ברורה בקו המחשבה האמור היא רוחב-היתר שלו. באופן כללי זהו טיעון שניתן להעלות תמיד כהתנגדות לעקרון חוקיות המנהל. היא החוק כאשר היא ויהא הענף הציבורי כאשר היא, לעולם החוק אינו מצליח לפרט הכול, ולכן ניתן תמיד למצוא עוגן חקיקתי כלשהו ולהעלות טיעון מהסוג האמור כדי לדחות טענה בדבר העדר סמכות. קו מחשבה זה מצמצם ואולי מאיין את עקרון חוקיות המנהל באופן כללי. מעבר לכך, היעלה על הדעת להסתפק בהסמכה כללית ומופשטת ולתת לרשויות למלאה בתוכן?¹²⁶ אם אנו נכונים להסתפק בהסמכה כללית, אפשר שאין צורך בפירוט כלל. ניתן להסתפק בהסמכה כללית לעצור, לעכב, לחפש ולהאזין, בלי להיכנס לפרטי פרטים של כל סמכות. ניתן להרחיק לכת ולהסתפק בהסמכה כללית יחידה לאכוף את הדין הפלילי המהותי, ולתת לרשויות להגשים את רוח המחוקק כפי שימצאו לנכון.

קו מוקצן זה אינו מתיישב עם יצירת סמכויות מגוונות ומפורטות. הוא גם אינו מתיישב עם מהותו של עקרון חוקיות המנהל. הדרישה שרשות מנהלית תפעל בסמכות הגיונית ומתבקשת בכל משטר דמוקרטי. עקרון חוקיות המנהל אינו חופף לדרישה זו, אלא מוסיף לה רובד: דרישה למקור סמכות מפורש וברור, להבדיל מהישענות על סמכות כללית ומופשטת.¹²⁷ עקרון חוקיות המנהל אינו מחייב קודקס אין-סופי, אך גם אינו מתיר הסמכה כללית אין-סופית. לא ניתן לפנות לסעיפי הסמכה והגדרת תפקיד כלליים; נדרשת הסמכה מפורשת, ודאי בנוגע לפגיעה בזכויות יסוד.¹²⁸ גם אם למנהל מותר להפעיל "סמכויות עזר" כדי לממש את סמכויותיו המוכרות,¹²⁹ הנטייה היא שלא להכיר בחריגים לעקרון חוקיות המנהל, מחשש לערעור שלטון החוק,¹³⁰ ואפילו מי שתומך בקיומן של סמכויות כלליות, שלא מכוח חוק מפורש, עשוי להסתייג מהכרה בסמכויות הפוגעות בזכויות אדם.¹³¹

בהעדר בסיס מפורש לפגיעה בזכויות בחקיקה הראשית, ניתן להציע שחקיקת משנה המתירה פגיעה כזו סותרת את עקרון חוקיות המנהל ואינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.¹³² אולם אפילו מי

¹²² ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145.

¹²³ גול-אייל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 383.

¹²⁴ מרגית כהן, לעיל ה"ש 147, בעמ' 9.

¹²⁵ Robin Feldman, *Historic Perspectives on Law & Science*, STAN. TECH. L. REV. 1, 16–17 (2009).

¹²⁶ ברכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43.

¹²⁷ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 162.

¹²⁸ בג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' משטרת ישראל, פס' 6–12 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 25.7.2017).

¹²⁹ ברכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 42.

¹³⁰ ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 126.

¹³¹ שם, בעמ' 147; מרגית כהן, לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 10.

¹³² בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 1, פס' 9–10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008).

שסבור, להבדיל, שדווקא ניתן לפגוע בזכויות בחקיקת משנה גם בלי הסמכה מפורשת בחוק,¹³³ עדיין חייב להצביע לא רק על מקור החקיקה המסמיך התקנה, ולו במשתמע, אלא גם על חיקוק המשנה המסמיך במפורש את הפרקטיקה הפוגענית.¹³⁴ דא עקא, שאין תקנות המסמיכות הפעלת מדובבים וסוכנים, יצירת עדי מדינה, כינון הסדרי טיעון וכדומה. כלומר, אין צורך לפנות לרעיונות כמו "כלל ההסדרים הראשוניים" ולהציע ברוחו שהסדרים בסוגיות שלעיל הם כה מהותיים, עד שהממשלה לא רשאית להסדירם אלא רק הכנסת;¹³⁵ משום שממילא אין הסדר שניוני בתחום.¹³⁶ מסיבה זו לא ניתן לראות בהם גם סמכויות עזר. כעולה מסעיף 17(ב) לחוק הפרשנות,¹³⁷ הסמכה לעשות דבר כוללת גם "מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת". אולם בהיעדר הסמכה חקיקתית כאמור, לא ניתן לפנות לרעיון של סמכויות עזר כדי לייצר הסמכה יש מאין.¹³⁸ בהמשך לכך ברור מדוע, כפי שצוין לעיל בקצרה, הנחיות מנהליות אינן מהוות מקור הסמכה. כאמור, חלק מהסוגיות שהוצגו כוללות הנחיות של היועץ המשפטי לממשלה או של פרקליט המדינה. אף שיש ברכה בהנחיות כאמור, בקידום השקיפות, האחריותיות והוודאות ובתיחום שיקול הדעת המנהלי,¹³⁹ אין לראות בהן מקור הסמכה.¹⁴⁰ הנחיה היא פעולה מנהלית ולא חקיקתית, ועקרון חוקיות המנהל הרי בא להגביל פעולות מנהליות ללא חקיקה.¹⁴¹ אם המחוקק לא הסמיך גורם מנהלי – בכיר ככל שיהיה – לבצע פעולה פוגענית או לקבוע מתי תבוצע, אותו גורם ודאי אינו יכול להסמיך את עצמו או אחרים ולהרים עצמו כאילו בשרוכי נעליו.¹⁴² באופן קונקרטי יותר, המחוקק לא הגדיר אפילו את סמכויות היועץ המשפטי ופרקליט המדינה בחוק, ולכן האחרונים ודאי אינם יכולים לפתור את הבעיה המתוארת במאמר, משום שניתן להציע שגם הם חלק מהבעיה.

בנוגע לסמכויות פוגעניות, אם כן, הנחיות אינן הפתרון. להבדיל, לא ניתן גם לערוך מהלך של קל וחומר, כפי שעשה בית המשפט העליון למשל כדי להצדיק חסימת אתרי אינטרנט של הימורים כחלק מהסמכות לסגור מקומות הימורים, דרך האמירה ש"מרובה מחזיק את המועט".¹⁴³ ההיסק שקיימת סמכות לבצע פעולה א' מכוח ההסמכה לבצע פעולה ב', משום שפעולה ב' פוגענית יותר מפעולה א' – אינו קביל. אילו המרובה מחזיק את המועט בנוגע לסמכות רשיות, אז הסמכת המעצר תסמיך במשתמע גם מעצר אלקטרוני, עיכוב ואין-ספור פעולות קרובות אחרות שהן פוגעניות פחות, ולמרות זאת, ראה המחוקק לנכון להסמיכן במפורש. אילו הסמכת הכליאה תסמיך במשתמע שפע סנקציות פוגעניות פחות שלא עוגנו בחקיקה, יוכל בית המשפט להטיל עונשים כראות עיניו, בלי בדל חקיקה להסמכה. אין זה המצב: המחוקק אינו מסתפק ביצירת סמכות פוגענית מאוד, שממנה נובעות סמכויות פוגעניות קלות יותר. הוא יוצר סמכויות ברמת פוגענות משתנה, כשהקלה אינה

¹³³ שם, פסי' 30–36 לפסק דינה של השופטת נאור.

¹³⁴ ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 148–151; גול-אייל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 401–407.

¹³⁵ השוו: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 515 (1998).

¹³⁶ ברכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 76; דותן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 320.

¹³⁷ חוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

¹³⁸ ברכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 77–78; ולמול זאת: דותן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 330–333.

¹³⁹ שם, בעמ' 354–358.

¹⁴⁰ לניסיון לאתר את הסימוכין להנחיות המנהליות ראו: יורם ארידור "משמעותה המשפטית של חקיקה מינהלית לא-פורמלית" הפרקליט מג 57, 82 (1997).

¹⁴¹ השוו: דותן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 308.

¹⁴² עניין דדה, לעיל ה"ש 115, פסי' 10 לפסק דינו של השופט שמגר.

¹⁴³ ע"מ 3782/12 מפקד מחוז ת"א-יפו נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פסי' 53 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 24.3.2013).

נובעת מהקשה אלא משלימה אותה, מאירה עליה ומשליכה על גבולותיה. הרשות המבצעת, וכמוה הרשות השופטת, אינן יכולות להשלים סמכות כאמור בעצמן.

מה באשר לרעיון שקיימת סמכות מובנית לגורם מסוים גם בלי מקור הסמכה חוקי? רעיון זה עשוי ללוש שניים פנים: האחד הינו רעיון הסמכות השירותית. סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה¹⁴⁴ קובע: "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". כעניין מעשי, פעולות רבות נעשו במדינה בלי הסמכה חקיקתית.¹⁴⁵ אולם גם רעיון זה יתקשה לפתור את הבעיות המתוארות במאמר, הן משום שזהו פתרון שמאיין את עקרון חוקיות המנהל, והן מפני שממילא המשטרה, התביעה, הסנגוריה הציבורית והרשות השופטת אינן חלק מהממשלה, אלא גורמים המתהדרים בעצמאותם.

הפן האחר שלעיתים מוצע למחסור בהסמכה הוא רעיון הסמכות הטבועה. לעיתים אפילו בית המשפט, במגמה להסביר את מקור סמכותו, משתמש במונח "סמכות טבועה",¹⁴⁶ בדומה ל"סמכות אקסטרה-לגלית" או "סמכות עצמית".¹⁴⁷ אולם זהו רעיון בעייתי ביותר, שמתנגש חזיתית בעקרון חוקיות המנהל ופותח פֶּרְצָה מסוכנת להתעלם מהעיקרון.¹⁴⁸ כיצד ידורו שניים אלו יחד? הרי בית המשפט העליון בעצמו כתב שלא ניתן לייצר סמכויות פוגעניות דרך רעיונות כמו "משפט טבעי".¹⁴⁹ יתרה מכך, בית המשפט הכיר בקושי שמעוררת סמכותו הטבועה והיותה חריג לעקרון החוקיות, בהקשרים שמחוץ למשפט הפלילי. כך גובשו בפסיקה כללים המתווים את גדריה של הסמכות הטבועה ואופן פרשנותה. נקבע שהסמכות הטבועה היא שירותית ואינה קיימת כשסוגיה מסוימת הוסדרה בדין,¹⁵⁰ שהיא שמורה בעיקרה לנושאים דיוניים,¹⁵¹ שאין להפעילה כשהחלתה פוגעת בזכויות יסוד,¹⁵² ושהיא תופעל רק במקרים חריגים.¹⁵³

גם פיתוחים פסיקטיים ברוח המשפט המקובל, שאינם במחסור בישראל,¹⁵⁴ ודאי עשויים להשפיע על פרשנות חקיקה, והיה מי שהציע שהמשפט המקובל הוא מקור הסמכה אפשרי לפגיעה בזכויות, המתיישב עם עקרון חוקיות המנהל, בהיותו חלק מהמשפט.¹⁵⁵ סבורני שמדובר בקו מחשבה בעייתי מאוד, משום שאם עקרון חוקיות המנהל בא על סיפוקו גם מחלקים אחרים במשפט,¹⁵⁶ לבד

¹⁴⁴ חוק-יסוד: הממשלה.

¹⁴⁵ דותן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 319–320.

¹⁴⁶ אבי לוי "סמכות בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק" משפט וצבא 16, 505, 536–538 (2003).

¹⁴⁷ מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 7 (2002).

¹⁴⁸ זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 53; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 78 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר סמכות מנהלית).

¹⁴⁹ ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת-הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 382 (1965).

¹⁵⁰ ע"א 103/75 ארקיע בע"מ נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד ל(2) 298 (1976); רע"א 4990/05 ממנ נ' עיריית הרצליה (פורסם בנבו, 7.10.2009).

¹⁵¹ ע"א 4845/95 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639 (1995).

¹⁵² בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994).

¹⁵³ ע"א 748/81 סוקולובר נ' הרפז, פ"ד לח(2) 688, 695 (1984).

¹⁵⁴ רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי., פ"ד סג(3) 664, פסי ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2010); דני"א 4693/05 בייח כרמל-חיפה נ' עדן מלול, פ"ד סד(1) 533, פסי יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2010).

¹⁵⁵ ברק הטעים את מורכבות השאלה אם פיתוח פרי המשפט המקובל חייב לעמוד בפסקת ההגבלה בשעה שהוא מפתח ומגביל זכויות, והשיב בחיוב. הוא כתב שההכרה במשפט המקובל כמקור הסמכה למנהל לפגוע בזכויות אדם מתיישבת עם עקרון חוקיות המנהל, שלגישתו מכוון לא רק לפעולה מכוח חוק אלא גם לפעולה מכוח המשפט: לעיל ה"ש 6, בעמ' 157–162.

¹⁵⁶ גם זמיר כתב בקצרה שעקרון חוקיות המנהל אינו מחייב הסמכה בחוק אלא במשפט, לרבות בהלכה ובמשפט הבינלאומי. בעיני לא היה זה מקור לדאגה, משום שההלכות הפסוקות לרוב אינן מקנות סמכויות לרשויות המנהל אלא מגבילות את פעולתן: זמיר סמכות מנהלית, לעיל ה"ש 148, בעמ' 77.

מחיקה ראשית וחיקת משנה,¹⁵⁷ הדבר שומט את הקרקע מתחת חלק גדול ממנו ופותר פְּרָצָה מסוכנת, בדומה לרעיון הסמכות הטבועה, לפגיעה בזכויות.¹⁵⁸ אולם גם מי שתומך בקו המחשבה האמור, שומה עליו להצביע על המשפט המקובל או על הלכה פסוקה אחרת שהתיימרו לייצר סמכות כמקור לפרקטיקות שנבחנו במאמר, בשלב הראשון (מה שלא קרה); וליישם בדקדוק את הדרישות שהציג המקור לגביהן, בשלב שני. במילים אחרות, אין לזרוק לחלל האוויר מקור הסמכה אפשרי בלי להפנות אליו במדויק ובלי לפנות אליו ולהישען עליו בהמשך: מקור ההסמכה הינו מחייב. כמובן, נדרשת עקיבות: אם פנייה למשפט המקובל או להלכה הפסוקה היא שיטה תקפה להצלת סמכות מנהלית נתונה, יש לבחון איזה תפקיד שיחקה או יכלה לשחק במקרים קודמים, שבהם בית המשפט פנה לעקרון חוקיות המנהל במגמה לשלול פרקטיקה. עקרון חוקיות המנהל אינו עקרון ההצלה של סמכויות מנהליות בלתי-חוקיות, אינו עיקרון שמבקש להצביע בכוח על דרך פרשנית לקבוע שפרקטיקה מנהלית פוגענית היא בסמכות. לבסוף, ניתן להעלות טיעון בדבר סמכות משתמעת. לגבי פרקטיקות שונות שהוזכרו בחקיקה, גם אם לא הוסמכו בה, דוגמת עד המדינה והסדרי טיעון, ניתן לגרוס שאף אם מדובר בסמכויות פוגעניות, דומה שהן מקובלות על המחוקק בשל בחירתו שלא להסדירן חרף מודעותו הברורה להן. להבדיל, המחוקק ודאי מודע גם לפרקטיקות אחרות, וניתן להציע שבחירתו שלא להסדירן ואף שלא להתייחס אליהן הינה הסכמה שבשתיקה או הסכמה שבמחזל. טיעון זה ראוי להידחות. ראשית, שוב מדובר בפתרון רחב מדי, שניתן ליישם בהקשרים רבים מספור, מה שמצמצם מאוד את כוחו של עקרון חוקיות המנהל להשגת מטרותיו. שנית, ברוח הביקורת על פרשת בן חיים,¹⁵⁹ הסכמה אינה הסמכה.¹⁶⁰ גם מודעות אינה בגדר הסכמה. למשל הפרקטיקה הרווחת של חוקן כפוי לאסירים נפסלה בשנת 1980 בגין העדר הסמכה, תוך מתן הזדמנות שיפוטית למחוקק לשלבה בחוק בגין נחיצותה.¹⁶¹ מאז ועד היום לא מצא המחוקק לנכון לאפשר לבצע חוקן באסירים או בחשודים, בשום מצב. בדומה, הבהרת בג"ץ, באשר לשימוש באמצעי חקירה פוגעניים ולצורך בהסמכתו בחקיקה,¹⁶² לא הובילה את המחוקק לעגן בחוק פרקטיקות מוכרות בשירות הביטחון הכללי. פרט לכך, כזכור, עקרון חוקיות המנהל אינו בא רק או בעיקר כדי לשמור על הרשות המחוקקת מפני הרשות המנהלית, אלא בא לקדם שקיפות, ודאות והגינות, הגנה על זכויות הפרט ומניעת שרירות. מטרות אלו אינן ניתנות להשגה בשתיקה חקיקתית המתעלמת לחלוטין מפרקטיקה או המזכירה אותה בלי להגדיר אותה ואת גבולותיה. במובן מסוים, עקרון חוקיות המנהל אינו בא רק להגביל את המנהל, אלא גם להגביל את המחוקק, למנוע ממנו להעלים עין מסמכויות שהמנהל נטל לעצמו. עקרון חוקיות המנהל תובע מהמחוקק לקבל אחריות ולשרטט את האופן שבו המנהל יכול לפגוע בזכויות הפרט. במילים אחרות, התעלמות המחוקק מפרקטיקות מנהליות ללא סמכות אינה פותרת את הבעיה. היא חלק מהבעיה. סבורני שההתנגדות החזקה ביותר להחלת עקרון חוקיות המנהל באה מהמשמעות האפשרית של קבלתו: קודיפיקציה רחבה, עמוקה ובלתי-נגמרת. ההימצאות בין שני קצוות בלתי-אפשריים, בין קודקס אין סופי לבין מסרים עמומים בודדים, מזכירה בעיה חריפה במשפט הפלילי

¹⁵⁷ ברק עצמו כתב במקום אחר שעקרון חוקיות המנהל פירושו שאין לרשות המבצעת כוחות, למעט מה שהוענק לה בחוק: אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" מבחר כתבים כרך א' 319, 325 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

¹⁵⁸ השוו: משה כהן אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י' 521, 549–551 (2007).

¹⁵⁹ עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1.

¹⁶⁰ הרדוף, לעיל ה"ש 102, בעמ' 53–55.

¹⁶¹ עניין קטלן, לעיל ה"ש 23.

¹⁶² עניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, לעיל ה"ש 24.

המהותי: הבחירה בין איסורים פליליים רבים, ברורים וחדים, שמצריכה חקיקה רחבה, עמוקה ובלתי-נגמרת, לבין מעט איסורים עמומים ורחבים, שמקנים עוגן חקיקתי לקראת פרשנות מרחיבה ויוצרת בהמשך הדרך, ללא ודאות, בהירות ושקיפות. גם בעניין זה התנהלות הרשויות דומה. מצד אחד, בספרות¹⁶³ ובפסיקה עליונה¹⁶⁴ עולה לעיתים במפורש הדרישה למסר ברור: איסור צריך להיות ברור ומפורט, בין היתר כדי להגדיל את הסיכוי להשגת תכלית החוק, להדריך את האזרח ולהזהירו, ולצמצם את הסיכוי לשרירות ולא-עקיבות.¹⁶⁵ גם שם עולה לעיתים המסר שהיקש ואנלוגיה אינם מותרים, ונדרש איסור פלילי מפורש.¹⁶⁶ מצד שני, במציאות החקיקתית קיימים לא מעט איסורים עמומים ורחבים ביותר, שנותנים לרשויות כוח עצום למילוי תוכנם.¹⁶⁷ אף שרשויות האכיפה והשיפוט, כנראה, אינן רואות או אינן מתרעמות על סתירה מהותית הקיימת בין המסר בעד איסורים חדים לבין מציאות של איסורים רחבים ועמומים, ניתן בדומה לעיל לבקר את נקודות הקיצון של שני האפיקים. מצד אחד, הדין הפלילי המהותי אינו יכול להיכנס לרזולוציה חדה של קודקס אין-סופי, ואין זה סביר לצפות לאיסור מיוחד לכל התהוות אנושית, חוק אחד לכל התהוות אנושית. מצד אחר, הדין הפלילי המהותי אינו יכול להסתפק באיסורים מעטים או באיסור אחד לכל ההווה האנושית. בשתי הסוגיות נדרש איזון ראוי, שהוא חידה קשה ואולי בלתי-אפשרית לפיצוח. בסוגיה שבה מתמקד מאמרי, ברי שלא כל פרקטיקה משטרית, תביעתית, סגוריאלי-ציבורית ושיפוטית תזכה בעוגן חוקי מפורש וישיר. מנגד, ברור שלא די באחדות-מטרה כדי להסמיק פרקטיקות שפוגעות בזכויות הפרט. לגבי פרקטיקות פוגעניות שהן שיטתיות ועצמאיות, שניתנות להבחנה מפרקטיקות פוגעניות מוסמכות, במובן עצם הערכים שהן פוגעות בהם, מידת הפגיעה וכדומה – מתחזק הטיעון שאין לערוך ללא הסמכה מפורשת.

ג. העדר הסמכה והעדר נפקות: חולשת עקרון חוקיות המנהל בדין הפלילי

"אין ערך בזכויות שאינן מוגנות על ידי מערכת סעדים תכליתית... הסעד הוא שמעניק לזכות את קיומה הממשי... זכויות האדם והאזרח... צריכות לזכות להגנה נאותה ולא רק להצהרות חגיגיות בדבר חשיבותן".¹⁶⁸

עקרון חוקיות המנהל דורש הסמכה לכל פעולה מנהלית, ודאי לכזו שפוגעת או עלולה לפגוע בזכויות אדם. המציאות מגלה שרשויות שונות מפעילות פרקטיקות פוגעניות מוגונות, שרחוקות מלהיות זניחות ורחוקות מלהיות מוסמכות. דהיינו, עקרון חוקיות המנהל מופר בהקשרים מוגוונים וחשובים. מדוע אין לכך נפקות? בפרק זה אצביע על אפיקים משפטיים שונים ואסביר מדוע אינם

¹⁶³ יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 98–99 (1996).

¹⁶⁴ בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 20–21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.1.2006).

¹⁶⁵ מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות 9–4, 43–45, 49–51, 294–295 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1980); Richard H. Fallon, Jr., *Making Sense of Overbreadth*, 100(4) YALE L.J. 853, 859–866, 877–880, 884–886 (1991); A.P. SIMESTER & G.R. SULLIVAN, *CRIMINAL LAW – THEORY AND DOCTRINE* 37, 40, 42 (2nd ed. 2003); Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, 154 U. PA. L. REV. 335, 361, 365 (2005).

¹⁶⁶ ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785, 819 (1954); ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 70, 81 (1964); ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372 (1973).

¹⁶⁷ אסף הרדוף "התעללות ראויה"? בין צער בעלי חיים לעונג האדם" דין ודברים י 141, 176–177 (2017).

¹⁶⁸ ברק-ארז, לעיל ה"ש 27, בעמ' 286.

מספקים נפקות הולמת ואפילו אינם מסוגלים לספק. אפתח ואצביע על מחסור מכריע ראשון, העדרו של גורם מתאים להעלאת הטיעון ולקבלתו. אמשיך ואצביע על מחסור מכריע שני, העדר סעד באפיקי המשפט הקיימים. אראה שהמשפט המנהלי אינו מסוגל להציע סעד רלוונטי בדיעבד, ואילו דיני העונשין אינם מציעים סייג מתאים. אטעים את חולשתו של סדר הדין הפלילי, מישור שככלל הינו חסר שיניים להתמודד עם הפרות-דין. אסיים בהתייחסות לנפקות המוגבלת של דיני הראיות לבעיה המתוארת.

1.ג העדר גורם מתאים להעלאת הטיעון ולקבלתו

חרף חשיבותו וחרף הפרתו, עקרון חוקיות המנהל אינו דגל שמרבה להתנוסס בהקשר הפלילי. ייתכן שהדבר קשור למבקשי הסעד ולנותניו.

ככל שהפגיעה שמגלמת הפרת העקרון בוצעה לפני העמדת הנאשם לדין, דומה שהגורם המתאים להעלות את העקרון הינו הסנגוריה. ניתן לשער כמה סיבות שמונעות ממנה לעשות זאת. אפשרות אחת הינה שהסנגוריה הפלילית אינה שולטת בשפה המנהלית ואינה מכירה את העיקרון או אינה מבינה את חשיבותו הפרוטנציאלית עבורה.¹⁶⁹ אפשרות שנייה היא שהסנגוריה אינה מאמינה בכוחו של העיקרון בזירה הפלילית, סבורה שאין לו סיכוי לעצור פרקטיקות ותיקות או לייצר תוצאות מועילות לנאשם, בהעדר תרופה ראויה, כמפורט בהמשך הפרק. ביקורת מכיוון מנהלי על התנהלות התביעה, למשל, מתאפיינת לרוב בשפה שיפוטית של ריסון וכיבוד שיקול הדעת התביעתי,¹⁷⁰ שפה המדכאת מתקפות נוספות. אפשרות שלישית היא שהסנגוריה, לפחות הציבורית, ניתנת להמשגה כחלק מהבעיה, שכן גם היא רשות מנהלית וגם בעבודתה ניתן לפגוע באמצעות הנפת הדגל של העקרון.

הסיבה השלישית שלעיל מתחברת לגורמים נוספים שתוארו במאמר כחלק מהבעיה. התביעה אינה גורם מתאים להעלאת העיקרון על נס, מצד אחד, ואילו בית המשפט אינו גורם מתאים לקבלת הדגל ולהכרה בכוחו בהקשרים פליליים, מצד אחר. עקרון חוקיות המנהל הינו חוט, שגם אם יש המושכים בו קלות בהקשרים מיוחדים, איש אינו רוצה לגלות מה תעולל משיכה חזקה ולהפוך את המשיכה לשיטה בכל תיק שבו מעורבת רשות מנהלית, ל"יסוד לדיון בכל פעולה מנהלית".¹⁷¹ משיכת חוט נחושה עלולה להוביל לפרימת בגדיהם של השחקנים החזקים במשפט הפלילי, לרבות המושכים בחוטים עצמם. משיכה מתמדת ועיקשת בחוט עלולה ליצור אפקט פרימה כפול, קצר-טווח וארוך-טווח. תחילה ייפרמו מלבושן פרקטיקות, שרשויות המדינה אינן חפצות להפשיט מכוחן, פרקטיקות משטרתיות, תביעותיות, הגנתיות ואף שיפוטיות – שברי שאינן מוסמכות. אפקט הפרימה יהדהד לפרקטיקות נוספות ועלול לעורר נטייה לדקדק בפרטי סמכויות ולא להסתפק בקבלת המציאות הוותיקה והמוכרת כפי שהיא. אפקט זה אולי קורץ אקדמית, אך ודאי כרוך בטרחה, בעמל, בפגיעה באינטרסים ציבוריים וכמובן בהסטת הדיון מהסוגיה המהותית שעל הפרק. לפיכך, סביר יותר להימנע ממשיכה בחוט, או לחלופין למשוך בו קלות מעת לעת, באופן אקראי או שרירותי. העיקרון הופך לעלה תאנה, שמסתיר מעט מאוד אך עדיין משרת ומועיל בהקשרים שונים.

¹⁶⁹ הסנגוריה הציבורית עורכת מאמצים לשיפור המצב: גלעדי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 564.

¹⁷⁰ משה בייסקי, רות גביון, מרדכי קרמניצר ודניאל פרידמן "רב שיח: פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג 15, 16–20 (1996).

¹⁷¹ להבדיל מגישת ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101.

ג.2 העדר נפקות בדין המנהלי ודיני העונשין

לעיתים המשפט המנהלי מאפשר סעד בהקשר פלילי. הפרט עשוי לתקוף מנהלית החלטות שונות, כמו ההחלטה להעמידו לדין ולייחל לסעד של ביטול ההחלטה הפוגעת.¹⁷² יחד עם זאת, המשפט המנהלי לרוב אינו יוצר כלים לתיקון פגיעות שהושלמו. אותן פגיעות היו חלק בשרשרת פעולות גדולה, שלבטח לא תקרוס כולה רק בגין חוליה קלוקלת, שחושלה בלי סמכות בתחילת הדרך. לפיכך המשפט המנהלי מציע לפרט הנפגע פתרון מוגבל ביותר. למשל בזמן אמת הפרט החשוד אינו יכול לפנות בעתירה מנהלית כנגד הפעלת סוכן או מדובב, משום שאינו יודע על הפעלתם נגדו; אילו ידע, לא הייתה הפעלתם פוגענית באותה מידה, וייתכן מאוד שכלל לא הייתה אפקטיבית. גם בדיעבד הפרט אינו יכול לנופף בדגל המשפט המנהלי משום שאין סעד אפקטיבי שבכוחו לספק לו. מעשי הסוכן שהניעו את הפרט לפעול ומילות המדובב שהניעו את הפרט לדבר – אינם ניתנים לביטול מנהלי. במילים אחרות, סעד מנהלי מוקדם אינו אפשרי, ואילו סעד מנהלי מאוחר אינו קיים. סעדים מנהליים מקובלים כבטלות או בטלות יחסית¹⁷³ אינם רלוונטיים ואינם מועילים לנאשם. באופן כללי, ארגז הכלים המוגבל של המשפט המנהלי תורם מעט מאוד לעיצוב המשפט הפלילי, חרף הפעלת המשפט הפלילי בידי רשויות מנהליות.¹⁷⁴ יש בסיס לסברה שגם בענפי משפט אחרים מתגלה קוצר ידו של המשפט המנהלי.¹⁷⁵

גם דיני העונשין הקיימים כיום אינם מציעים פתרון. אלו מכריעים בשאלת אשמתו של הפרט לאור יסודות העבירה וכללים מרשיעים נלווים כמו כללי השותפות לעברה, מצד אחד, ולאור סייגי העברה וכלים מזכים נלווים, מצד אחר. יסודות העברה ככלל אדישים להתנהגותו של גורם עברייני אחר, כמו הסוכן לעיתים, ובוודאי אדישים לשאלות הנוגעות לאופן השגת הראיות. מנגד, הסייגים לעבירות ידועים, מעטים, עמוסי-תנאים וככלל אינם מתעניינים בחוקיות הפעולות שקדמו למעשי הנאשם.¹⁷⁶ נראה שהמחוקק דווקא מכיר בבעייתיות הפוטנציאלית שבפרקטיקות משטריות ויצר להן נפקות מוגבלת במישור הענישתי. בתיקון 113 לחוק העונשין¹⁷⁷ משנת 2012, קובע סעיף 40א(9) שבגזירת העונש המתאים לנאשם, רשאי בית המשפט להתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, וביניהן התנהגות רשויות אכיפת החוק. מנגד, אין נפקות לגבי האחריות הפלילית. מושא המשפט הפלילי המהותי הנו הנאשם, ומוקד דיני העונשין הינו מעשי הנאשם בראי יסודות העבירה, סייגי האחריות וכמובן דיני הפרשנות.¹⁷⁸ אלו אינם מציעים פתרון עיוני לבעיה המתוארת במאמר, ולא בכדי לא עלו בפסיקה בהקשרים אלו. במדינות אחרות לעיתים יש הגנה מתאימה, דוגמת "הפח

¹⁷² גלעדי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 537, 545–553.

¹⁷³ ברק-ארז, לעיל ה"ש 27, בעמ' 287–288.

¹⁷⁴ אסף הרדוף "ויתור, הידברות, בג"ץ: שחרור חסמים בסדר הדין הפלילי, צמצום הכוח המנהלי והגברת הביקורת השיפוטית" ספר רובינשטיין (לא פורסם).

¹⁷⁵ בועז סגל "הרתעת רגולטורים באמצעות דיני הנזיקין - רשויות ציבוריות כשחקניות חברתיות" (לא פורסם).

¹⁷⁶ קיימים לכך חריגים. עבירות מסוימות עשויות להיות תלויות בפעולות מוסמכות, כמו הפרעה לשוטר במילוי תפקידו או בריחה ממשמורת חוקית. ראו: עניין שמשי, לעיל ה"ש 14; ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421 (1980); עניין אברגיל, לעיל ה"ש 61.

¹⁷⁷ חוק העונשין, התשל"ז–1977.

¹⁷⁸ עניין קטיעי, לעיל ה"ש 53, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל; וכן עניין בלדב, לעיל ה"ש 45, פס' 65 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

היקוש" (entrapment), טענה שעשויה להוביל לביטול האישום או לזיכוי לנוכח הפגיעה בהגינות בהדחה לעבירה בידי סוכן.¹⁷⁹ לא אצלנו.¹⁸⁰

ג.3 העדר נפקות בסדר הדין הפלילי

הדין הדיוני כושל לא אחת במניעת הפגיעה בזכויות הפרט.¹⁸¹ בעיה מרכזית כללית בדיני הפרוצדורה הינה חוסר שיניים להתמודד עם הפרות דין מצד הרשויות. חקיקה דיונית טיפוסית שיוצרת סמכויות מנהליות אינה נוקבת במחיר ההפרה של הסמכות ואינה מכוננת איום בסנקציה כנגד רשות הסוטה מהוראות החוק. כך למשל לגבי הסמכויות שמכוננים חוק המעצרים, חוק החיפושים, פקודת החיפושים ואחרים. דיני הפרוצדורה מכוננים סמכויות ומגבלות לצידין, אך אינם נוטים לכוון סנקציות, תרופות וסעדים. חיפוש בלתי-חוקי? אין סעד.¹⁸² יירוט נתונים בלתי-חוקי? אין סעד.¹⁸³ המחוקק יצר סמכויות והגביל את השימוש בהן, אך ככלל לא ראה לנכון להתייחס לסיטואציות – הצפויות למדי – שבהן הרשויות יפעלו בניגוד להסמכה או מעבר לגבולותיה, בטעות או בכוונה. המחוקק יצר סמכויות שיטור שלצידין כלל פסילה רק במקרה יחיד (האזנת סתר), וכלל הפסילה הפסיקתית עשוי להציע סעד משלים, אך כל זאת במסגרת דיני הראיות ולא במסגרת הדין הדיוני. במקרים אחרים יצר המחוקק עבור הפרט אפשרות לדרוש פיצוי, למשל על מעצר, פיצוי שיכול אפילו להינתן לגבי מעצר חוקי, לא כל שכן לגבי מעצר שבוצע שלא כחוק.¹⁸⁴ אולם אלו החריגים. אם רק במקרים נדירים כונן המחוקק סעד עבור הפרט הנפגע מפרקטיקה של רשות שנעשתה בניגוד לחוק, אין לצפות שהמישור הדיוני יקים תרופה לפרקטיקה שהחקיקה כלל לא הסמיכה. המחוקק יצר תרופות חלשות ומועטות לחריגות ממסגרות הסמכויות שהקים; הוא לא יצר כל תרופה לחריגה ממסגרות שאותן לא יצר.

ההגנה מן הצדק היא מהתרופות האפשריות היחידות להתמודד עם חוסר סמכות מצד המנהל בפעולתו. ההגנה צמחה בישראל כתגובת-נגד להתנהגות שערורייתית של הרשות, תחילה ללא עוגן בחוק, מה שהעלה בעצמו בעיה בכיוון עקרון חוקיות המנהל;¹⁸⁵ בהמשך הפכה לחוק פורמלי,¹⁸⁶ העוסק בפגיעה בהגינות.¹⁸⁷ ניתן לטעון שפעולה בחוסר סמכות הינה התנהגות בלתי-הוגנת, אולי אפילו שערורייתית כשהיא חוזרת ושיטתית. אולם טענות הגנה מן הצדק נדחות ברגיל, וכשבית המשפט העליון כבר מקבלן, זה לגבי עברות מינוריות.¹⁸⁸ בתיקים גדולים, אפילו כשהמשטרה הפרה את החוק המפורש ולצידו גם הבטחה מנהלית שנתנה, בית המשפט העליון מסרב להפעיל את ההגנה

¹⁷⁹ Carter, לעיל ה"ש 46, בעמ' 144–151.

¹⁸⁰ ראו הצעה לחשוב מחדש על המצב בישראל: עניין קטיעי, לעיל ה"ש 53, פס' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹⁸¹ Nimrod Kozlovski, A Paradigm Shift In Online Policing – Designing Accountable Policing 322 (J.S.D. Dissertation, Yale Law School, 2005).

¹⁸² פקודת החיפושים וחוק החיפושים.

¹⁸³ חוק יירוט נתוני תקשורת.

¹⁸⁴ ס' 38 לחוק המעצרים.

¹⁸⁵ גם לאחר יצירת מסגרת חוקית לטענה ניתן לזהות בעיות מכיוון עקרון חוקיות המנהל: לעיתים בית המשפט מזכה נאשמים בגין הגנה מן הצדק, הגם שלפי החוק קבלת טענה כזו אמורה להוביל – ככל טענה מקדמית, כעולה מסי' 150 לחסד"פ – לכל היותר יכולה להוביל לביטול האישום.

¹⁸⁶ ס' 149(10) לחסד"פ.

¹⁸⁷ לסקירת התפתחות הטענה: ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 47–62 (מהדורה שנייה, 2009).

¹⁸⁸ על"ע 2531/01 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו, פ"ד נח(4) 55 (2004); רע"פ 4355/08 לסקוב נ' עיריית תל אביב (פורסם בנבו, 15.1.2010).

מן הצדק, ככלי שנראה לו חריף מדי.¹⁸⁹ קשה לדמיין שבחזית זו יקום הפתרון לבעיה המתוארת, ועוד לגבי פרקטיקות ותיקות ומוכרות.

4.ג נפקות מועטה ודלה בדיני הראיות

במקרים מסוימים של פעולה בחוסר סמכות, דיני הראיות עשויים להציע פתרון. זהו פתרון המסתמן כמוגבל מאד מלכתחילה. לא סביר שראיה תיפסל בגין פעולה תביעתית, לא כל שכן שיפוטית, רק משום היעדר הסמכה;¹⁹⁰ לכל היותר ניתן לשער שדיני הראיות יביאו לסעד משפטי בגין פעולת שיטור חסרת סמכות. אולם אפילו השערה זו נראית חלשה.

ראשית, רבים המקרים שבהם הפרקטיקה הבלתי-מוסמכת מבוצעת כלפי חף או שפשוט אינה מפיקה ראיות מפלילות. במצבים אלו, סעד של פסילת ראיות אינו רלוונטי. שנית, ככלל, ראיות שהופקו שלא כדין אינן נפסלות בישראל. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מותירה לבית המשפט שיקול דעת תמידי לגבי פסילה, וזה אינו נוטה להשתמש בו ולפסול. ככל שמדובר בתיק חמור, ככל שהראיה חשובה יותר ומלמדת על אשמת הנאשם, הנטייה השיפוטית הינה לקבל את הראיה.¹⁹¹ פסילת ראיות על רקע אי-החוקיות בהשגתן מצריכה לשלם מחיר, שאותו בית המשפט אינו מוכן לשלם במקרים שהדין המהותי משקף סוגיה שחשובה לשופטים יותר מסוגיית ההשגה של הראיות. יש לו כלים לפרש את הסיטואציה והחוק כך שיגיע לתוצאה הצודקת בעיניו וימנע מזיכויים של מי שהוא תופס כעבריינים מסוכנים.¹⁹² הסברה שדווקא לגבי פרקטיקות משטרטיות שמוכרות לו היטב, פרקטיקות שלאורך עשרות שנים הניבו אין-ספור ראיות שהובילו להעמדה לדין ולהרשעה, יבחר בית המשפט לפסול ראיות רק בטענה שהראיות הושגו בפרקטיקות שאינן מוסמכות בחוק, בשעה שהן ותיקות ומוכרות והניבו בעבר הרשעות מרובות, נראית חלשה עד מופרכת.

ד. כיוונים לשיפור

עקרון חוקיות המנהל מופר בידי רשויות שונות ובהקשרים פליליים מגוונים, אך אין לכך נפקות. אם זהו אמנם יסוד היסודות במשפט המנהלי, הוא בבירור רחוק מלהיות יסוד בזירה הפלילית. הטוב שמבקש העקרון להשיג – אינו מושג. זכויות אדם נפגעות ונוצרת הרתעת-חסר של הרשויות וסלחנות להפרות כללי המשפט המנהלי בידי הרשויות.¹⁹³ בפרק האחרון בגוף המאמר אציע בקצרה כיוונים לשיפור. אפתח בפתרון הראשי והפשוט: הסמכה. לאחר מכן אתייחס לפתרונות משלימים, מאפיקי המשפט שנדונו בפרק הקודם.

¹⁸⁹ עניין פרחי, לעיל ה"ש 63, פסי' 10 לפסק דינו של השופט לוי.

¹⁹⁰ ראו מנגד את הצעת ברק להתייחס לחוסר סמכות מותב שיפוטי כמצב שמצריך דיון בקבילות הראיות (והצעה לקבלן ולהרשיע): עניין דדה, לעיל ה"ש 115.

¹⁹¹ ע"פ 9808/06 סנקר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.7.2010); ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' זיאנו (פורסם בנבו, 2.12.2010); ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2012); ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.4.2013); עניין פרחי, לעיל ה"ש 63; תפ"ח (מחוזי חי'י) 866-07-14 מדינת ישראל נ' שלומוב (פורסם בנבו, 16.11.2016); תפ"ח (מחוזי מרכז) 51122-01-13 מדינת ישראל נ' קורסונסקי (פורסם בנבו, 26.10.2017).

¹⁹² Guido Calabresi, *The Exclusionary Rule*, 26 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 111, 112–113 (2003); Tonja Jacobi, *The Law and Economics of the Exclusionary Rule*, 87 NOTRE DAME L. REV. 585, 657 (2011); Yale Kamisar, *In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule*, 26 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 119, 132 (2003); Robert E. Belanger, *Judicial Decision making and the Exclusionary Rule*, 21 TEX. REV. L. & POL. 69, 79–80 (2016).

¹⁹³ השוו': דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 828 (2010).

1.ד הסמכה, יתרונוותיה וחסרונוותיה

פרקטיקה מנהלית שפוגעת בזכויות אדם, מצד אחד, אך חשובה ותורמת לאינטרסים ציבוריים, מצד אחר, אינה בהכרח כזו שיש להפסיקה לחלוטין. הפתרון הפשוט והבנאלי להיעדר הסמכה הוא הסמכה.

זו העת לשוב ולהדגיש שהמחוקק הוא חלק מרכזי בבעיה שמתוארת במאמר. הוא תרם לבעיה בראשיתה, בהימנעו מלהסמיך פרקטיקה חשובה, בהעמיסו על הרשות משימות קשות ושאלות רבות ללא מענה ובציידו אותה בכלים ישירים דלים, שהביאוה לייצר לעצמה כלים חזקים ומתאימים יותר. למשל בנוגע לדיני הראיות, הדלות החקיקתית שמאפיינת את הדין הישראלי מותירה את בית המשפט בפני שאלות מפתח, שלגביהן המחוקק אפילו לא יצר תשובה של ברירת מחדל, כמו לגבי קבילות ראיה או פסילתה.¹⁹⁴ המחוקק תרם לבעיה בראשיתה ובהמשך גם בהנצחתה, בהתעלמותו מקיומן של פרקטיקות מנהליות שכוללות בעיות וקשיים, והותירן מחוץ לספר החוקים, אף שזיהה את חשיבותן מצד אחד ואת בעייתיותן מצד אחר. ככתוב לעיל, המחוקק אינו יכול להעלים עין מפרקטיקות מנהליות פוגעניות; עליו לקבל אחריות ולשרטט באחריות את הסמכויות הפוגעניות.

המחוקק הוא חלק גדול מהבעיה, וחלק הכרחי בפתרון הפשוט של הסמכה. להסמכה יתרונוות רבים, שהברור שבהם לענייננו הוא עמידה בדרישותיו של עקרון חוקיות המנהל. לדבר חשיבות דקלרטיבית מובהקת, בעיקר בזירה הפלילית, שבה פרטים נחשדים, מואשמים ומורשעים בהפרת החוק: אין זה צודק לנופף בדגל הדין המהותי ולהתעלם מהפרות דין מצד רשויות. גורמים מנהליים שמקדמים את ההחשדה, האישום וההרשעה בהפרת חוק – צריכים להישען על חוק, לא רק כעניין משפטי אלא גם כעניין ערכי. שלטון החוק חל על הפרט אך גם על הרשות המנהלית שפוגעת בו, ועקרון חוקיות המנהל מזכיר זאת.

הסמכה חקיקתית מקימה מסגרת, על כל יתרונוותיה. פרקטיקה בלתי-מוסמכת מצויה לא רק מחוץ לגבולות החוק, אלא במובנים רבים מחוץ לגבולות הביקורת: קשה לבקר יצור שהסטנדרטים שלו בלתי-נראים. מנגד, לפרקטיקה מוסמכת יש תנאים לקיומה ואולי גם סעדים מתאימים להפרתה, והמסגרת מאפשרת בקרה וביקורת רציניות. איננו עוד צריכים לפנות לנהלים סודיים וגלויים ואיננו צריכים להסתפק בביקורת כללית על הפעלת שיקול הדעת. מסגרת מתאימה אומרת מתי כן ומתי לא, מי יכול ומי לא, באילו הקשרים וכדומה. יצירת מסגרת מגבילה את הפרקטיקה בהכרח ומגנה בכך על זכויות הפרט: אפילו מסגרת רחבה מאד – עודנה מגבילה לעומת אי-מסגרת. שקיפות המגבלות מאפשרת ודאות גדולה יותר לגבי הדין וביקורתיות אמיתית. מטיבה, המסגרת אינה ממצה כל פרט ופרט, אך היא הופכת את העיקר לפורמלי, שקוף ובר ביקורת.

כמובן, קיימים חסרונוות ליצירת מסגרת. חוסר המיצוי ההכרחי עשוי לייצר דיונים משפטיים, שמצידם מצריכים משאבים מערכתיים יקרים, כזמן ותשומת לב. יצירת מסגרת חקיקתית חדשה עשויה להוליד תקיפה חוקתית כלפי דין חדש; אף שניתן לתקוף חוקתית גם פעולה מנהלית שנעשתה בלי מקור סמכות ברור, יצירת מסגרת נוטה להזמין "בהצלחה" רבה יותר תשומת לב

¹⁹⁴ לפני למעלה משלושה עשורים הועלתה קריאה לחוק ראיות חדש, בידי משרד המשפטים, בניסיון להביא שיטתיות לדיני הראיות. בין היתר הוצע לייצר ברירת מחדל, שאינה קיימת כיום, לגבי קבילות ראיות: "הצעת חוק ראיות חדש" הפרקליט לד' 137, 140 (1981). ההצעה לא נתקבלה.

וביקורתיות. לבסוף, ייתכן שהמסגרת תמנע מהרשות להשתמש בפרקטיקה מסוימת בהקשרים שונים, מה שיפגע באינטרס הציבורי.

החסרונות הללו הינם יתרונות במסווה. משאבים שיידרשו לדיון בסוגיות מגוונות לא יושקעו לשווא, וכמוהם גם תשומת לב וביקורתיות שיוקנו לסוגיה. הפגיעה באינטרס הציבורי שנובעת מיצירת תנאים לפרקטיקה אינה מבוטלת, אך המדינה היא שתכונן את התנאים לפרקטיקה והאינטרס הציבורי יהיה לנגד עיניה. לצד זאת, גם זכויות הפרט יהיו לנגד עיניה. כל מסגרת הסמכה מבקשת לאזן בין אינטרסים, זכויות וערכים, וקידום של אלו לעיתים קרובות מסיג את אלו. מתי וכיצד יגבור האינטרס הציבורי ומתי תהיה ידה של זכות הפרט על העליונה – כל זאת ועוד יכריע המחוקק, בדיון רציני, רחב ומעמיק שבו קולן של רשויות המנהל יישמע היטב. המחיר שישולם עבור האינטרס הציבורי יפיק רווח מסוים לזכויות הפרט, והמחיר שינבע מהפגיעה בזכויות הפרט יקדם את האינטרס הציבורי. האיזון לעולם יהיה פתוח לדיון, ביקורת ושינוי חקיקתי בהמשך.

ככל שפרקטיקה מסוימת הינה מרכזית ורווחת במשפט הפלילי, מצד אחד, וככל שהיא כרוכה בפגיעה פוטנציאלית קשה יותר בזכויות, מצד אחר, כך דומה שהיא ראויה להוות מושא לחקיקה ראשית מפורטת. ככל שפרקטיקה שולית יותר ופוגענית פחות, חקיקה ראשית עשויה להסתפק בהצבת מסגרת מופשטת, מסגרת שמצידה תזכה בקונקרטיזציה בהסדרי משנה כמו תקנות. למשל, אין קושי להסכים שהסדר טיעון הוא מרכזי ביותר במשפט הפלילי, וזהו שיקול בעד הסדרתו בחקיקה ראשית. להבדיל, חתימת הסכם עד מדינה היא דבר מרכזי פחות, ואולי גם פוגעני פחות, ולפיכך ניתן לגרוס שאפשר להסתפק לגביו בתקנות, אף שניתן לסבור שאין טוב מדבר המחוקק.

לא למותר לציין שבית המשפט אינו יכול לפתור את הבעיה בעצמו ולהסמיך פרקטיקות. מצב שבו בית המשפט מסמיך במפורש או במשתמע פרקטיקה משטרית, כמו דעת הרוב בעניין בן חיים,¹⁹⁵ הינו חריגה מסמכות בחזקת שתיים: המשטרה חרגה ראשונה בכך שפעלה בלי עוגן בחוק, ובית המשפט הוסיף לחריגה ממד משלו, בהתירו למשטרה לעשות כן בתנאים הנראים לו, תנאים חסרי עוגן בחוק. בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של החוק, אך אינו יכול לייצר סמכויות פוגעניות ללא עוגן חקיקתי עבור עצמו או אחרים.

2.ד פתרונות משלימים

כפי שהודגש בפרק ב.1, היעדר בדל הסמכה אינו הביטוי היחיד לפעולה שלא בסמכות; גם כשקיימת הסמכה, רשויות המנהל עשויות להפר את תנאיה. במצב זה, שאינו נדיר, נדרשים אפיקי פתרון משלימים, שענפי המשפט השונים יכולים לתרום להם.

במישור דיני העונשין, ניתן לייצר סייג חדש, שנוגע לפעולות מנהליות שנעשו כלפי הפרט החשוד או הנאשם בלי הסמכה. סייג כזה ייצר עבור רשויות המנהל תמריץ חזק מאוד שלא לנהוג בחוסר סמכות בזירה הפלילית. לא למותר לשוב ולהדגיש, ברוח המאמר, שרק המחוקק יכול לייצר סייג כאמור, ואין זה מתפקידו של בית המשפט ומסמכותו; אם כי בעניין הועלה קו, שלהבדיל מיסודות עבירה חדשים, בית המשפט דווקא מוסמך לייצר סייגים חדשים.¹⁹⁶

¹⁹⁵ עניין בן חיים, לעיל ה"ש 1.

¹⁹⁶ ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 1032–1033 (מהדורה שלישית, 2014); חאלד גנאים "כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי) המשפט

במישור סדר הדין הפלילי אפשר לרתום כלים לצמצום יכולתן של רשויות לפעול ללא הסמכה, מצד אחד, ואת נכונותן לעשות כן מצד אחר.¹⁹⁷ למשל, ניתן לייצר תנאי סף פורמליים להפעלת סוכן או מדובב, כמו צו שיפוטי. יצירת דרישת לצו שיפוטי מן הסתם תקשה במשהו על פעולת המשטרה; אולם אין זה סביר שהמשטרה תצטרך להפעיל סוכן או מדובב באופן כה דחוף שימנע ביקורת שיפוטית. למען האמת, גם אין מדובר בקושי מיוחד, שהרי כל יצירת סמכות שיטור שתלויה בצו שיפוטי מקשה על המשטרה יותר מאשר יצירת סמכות שיטור מנהלית. אלא שזו בדיוק תמצית הרעיון בדרישת ביקורת שיפוטית: לייצר מסננת נוספת, אובייקטיבית ושקולה יותר, בעלת השכלה משפטית וניסיון רב, חלף הסתפקות בשיקול הדעת המנהלי. במשטר משפטי שבו נדרש צו אך הרשויות לא קיבלוהו, ודאי תגבר הנטייה השיפוטית להשתמש בסנקציות דיוניות וראייתיות כדי לאותת לרשויות האכיפה שפעולה אכיפתית ללא בקרה שיפוטית מוקדמת תזכה בביקורת שיפוטית חריפה בדיעבד. כך כללים חזקים יגיעו לידיעת הרשויות ולהפנמתן.¹⁹⁸

להבדיל, טענת ההגנה מן הצדק, שכזכור קיימת מכוח החוק, היא כלי חלש מעשית, שבאופן טיפוסי כאמור אינו מוביל לביטול אישומים בתיקים חמורים. אולם במצב שבסיס הטענה מתקשר לחוסר סמכות מצד הרשות באכיפת הדין, גם אם בית המשפט נמנע מלבטל את האישום, ראוי שיתריע בפני הרשויות שהמשך פעולה בחוסר סמכות אינו יכול להתקבל ויוליך בעתיד לביטול אישומים. האשמת הרשות את הפרט שפעל שלא כדון, כשהיא עצמה פעלה שלא כדון כדי להאשימו – הינה כאמור דיסוננס ערכי, שניתן ליישבו באמצעות איום בביטול האישום ולעיתים בביטול ממש, כתמריץ לרשות לפעול לפי חוק בעתיד.

כך גם במישור דיני הראיות: הפקת ראיות שלא כדון כנגד נאשם בהפרת הדין מייצרת דיסוננס ערכי. המחוקק טרם יצר מכשיר כללי לפסילת ראיות שהופקו שלא כדון, אך בית המשפט דווקא יצר את דוקטרינת הפסילה.¹⁹⁹ פסילת ראיות הינה סעד הגיוני במקרים המתאימים והיא יוצרת תמריץ מסוג נוסף עבור הרשות לציית לחוק.

סייג שיביא לזיכוי מי שביצעו את יסודות העבירה, ביטול אישום או פסילת ראיות שתביא לזיכוי אשם – כל אלו תרופות אפשריות. אולם ראוי להדגיש ולהכיר בכך שלתרופות אלו טעם לוואי חזק במיוחד: העדר יכולת למימוש מטרות המשפט הפלילי באמצעות הרשעת הפרט האשם וענישתו. בלשון המעטה, טעם לוואי זה אינו אהוד בציבור ובמערכת המשפט,²⁰⁰ ולפיכך קשה לראות מי יכפה את השימוש בתרופה. הדיבור השיפוטי על זכויות נאשם ועל המחיר שראוי לשלם עבורן²⁰¹ הוא

יז(2) 567, 573–579 (2014). ראו גם דיון קצר בעניין קטיעי, לעיל ה"ש 53, פסי' 3 לפסק דינו של השופט גיבוראן. השוו: Article 31(3) of the Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9, reprinted in 37 I.L.M 999 (1998).

David Gray, *A Spectacular Non Sequitur: The Supreme Court's Contemporary Fourth Amendment Exclusionary Rule Jurisprudence*, 50 AM. CRIM. L. REV. 1, 17–19, 25 (2013).

Myron W. Orfield Jr., *The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Police Narcotics Officers*, 54 U. CHI. L. REV. 1016, 1022–1023, 1031–1041 (1987); Orin S. Kerr, *Good Faith, New Law, and the Scope of the Exclusionary Rule*, 99 GEO. L.J. 1077, 1083 (2011).

¹⁹⁹ ניתן לגרוס שיצירת כללים ראייתיים מגוונים, לרבות כלל פסילה פסיקתי, היא פעולה בחוסר סמכות, משום שהמחוקק לא הסמיך את בית המשפט ליצור כאמור. מנגד, כאמור, עולם דיני הראיות בולט בדלות ההסדרה החקיקתית, מה שמאלץ הכרעות שיפוטיות עקרוניות.

²⁰⁰ Jacobi, לעיל ה"ש 192, בעמ' 646–647.

²⁰¹ כדברי השופט דורנר: "לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי. מקום שבו למימושו של אינטרס אין כל מחיר, אין משמעות לעיגונו בזכות, ולא כל שכן בזכות יסוד חוקתית. הערך שבזכויות הציבור והקורבנות ככלל הוא קולקטיבי, ולמולו ניצבות זכויותיו של הנאשם הבודד": דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645 (1995).

המחאה שקשה מאד לפדותה בהקשר המדובר, כמו בהקשרים פליליים אחרים.²⁰² במובן זה, הפתרונות המשלימים הינם חלשים, והבעיה המוצגת במאמר – אינה באמת פתירה בזירה הפלילית. במישור האזרחי ניתן לחשוב על יצירת תמריצים לרשויות שלא לפעול מחוץ לסמכות ולאפשר תביעות נזיקיות נגד גורמי מנהל שעשו כן. משטרה שחרגה מסמכותה – בין שהפיקה מכך ראיות מפלילות ובין שלא – ניתן יהיה לתובעה נזיקית. כשהפרקטיקה הפיקה ראיות מפלילות, במקום שהפרט יזוכה ולא ישלם על מעשיו הנפסדים או בהרשעה שלצידה השוטר לא יסבול כל השלכה ממעשיו הנפסדים, הרי שתחת כלל מהותי הפרט משלם על מעשיו הנפסדים, וגם המשטרה בתורה משלמת על מעשיה הנפסדים. זאת בדומה להשגת ראיות שלא כדין: פיצוי אזרחי יכול להוות כלי מצנן חזק מאוד הן עבור חפים שנפגעו לשווא²⁰³ והן עבור אשמים שנפגעו שלא כחוק.²⁰⁴ כמובן, גם זהו פתרון בעייתי. הוכחת נזק אינה פשוטה עבור החף, ואילו הנזק שנגרם לאשם מכך שהוכחה אשמתו מאתגר לכימות, בלשון המעטה.²⁰⁵ הרשות השופטת נוטה לתת גיבוי לרשויות המנהל,²⁰⁶ ולא הרי רטוריקה ביקורתית עליהן כהרי חיובן בפיצוי, על המשמעות שנובעת לכיס המדינה, שממנו משולמת גם משכורת השופט. פרט לכך, יש לזכור שגם הרשות השופטת אחראית לחלק מהבעיה. נוסף לכך, ייתכן שהפרט עצמו כלל לא ידע שעבר פרקטיקה ללא הסמכה או מה משמעות הדבר. במישור המשפט המנהלי ניתן לחשוב על סעדים מתאימים להפרה בדיעבד, דוגמת סנקציות מגוונות שניתן להטיל על הרשות, בלי לפגוע בציבור שהיא משרתת.

ה. סיכום

עקרון חוקיות המנהל, שצמח בפסיקה וכיום נושא ממד חוקתי פורמלי, מוכר ומבוסס ומייצג ערכים חשובים. הוא מוגשם באפיקים רבים ומגוונים בזירה הפלילית, אך גם מופר בלא מעט הקשרים חשובים. רשויות רבות, המופקדות על מלאכת אכיפת החוק והשפיטה הפלילית, פועלות ללא הסמכה ברורה, באופן שפוגע או עלול לפגוע בזכויות הפרט ואף באינטרסים ציבוריים. זהו דיסוננס ערכי, שאחראיות רבות לו – רשויות המנהל וגם המחוקק עצמו.

במובנים מסוימים הבעיה פתירה: ניתן להסמיק פרקטיקות שנחוצות למנהל באופן שיאפשר את ביצוען אך גם יתנהו ויגבילו. שינוי כזה יצמצם את הדיסוננס, יגביר את הוודאות והשקיפות, האחריות והאחריותיות, הבקרה והביקורתיות, יאפשר להשיג אינטרסים ציבוריים אך גם לשמור על זכויות הפרט וערכים נוספים. כל הסמכה לא רק תכונן את הפרקטיקה אלא גם תגבילה ותבטא איזון בין האינטרסים שהפרקטיקה מקדמת לערכים שבהם היא פוגעת. בהעדר הסמכה, אין גבולות

²⁰² אסף הרדוף "הרומן שאינו נגמר והנראטיב שאינו מוכר: צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק זדורוב" מאזני משפט יא 271, 291 (2016).

²⁰³ Donald Dripps, *The Case for the Contingent Exclusionary Rule*, 38 AM. CRIM. L. REV. 1, 13 (2001).

²⁰⁴ Christopher Slobogin, *Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule*, 1999 U. Ill. L. REV. 363, 406 (1999); D. Taylor Tipton, *The Dunkin' Donuts gap: rethinking the exclusionary rule as a remedy in constitutional criminal procedure*, 47 AM. CRIM. L. REV. 1341, 1358–1359 (2010); V. Srinivas, *The Exclusionary Rule as Fourth Amendment Judicial Review*, 49 AM. CRIM. L. REV. 179, 216 (2012).

²⁰⁵ William A. Schroeder, *Restoring The Status Quo Ante: The Fourth Amendment Exclusionary Rule as a Compensatory Device*, 51 GEO. WASH. L. REV. 633, 654–655 (1983).

²⁰⁶ Kamisar, לעיל ה"ש 192, בעמ' 134.

להליך, והסיכוי להשלכות שליליות יורד, בהינתן שאיש לא הפר את הנחיות החוק, משום שכאלו אין בנמצא.

במובנים אחרים הבעיה בלתי-פתירה: המשפט הפלילי, על אפיקו, אינו מציע פתרון אמיתי ואפילו התייחסות אמיתית לבעיה של חריגה מסמכות והפרת חוק מצד הרשויות. כיווני השיפור המשלימים שנבחנו במאמר הינם כאלו שהציבור ומערכת המשפט אינם צפויים לצדד בהם, מה שמגביר את הסיכוי ואולי אף מבטיח שבעיה זו תימשך ביתר שאת. בהיבט זה, אף שהמאמר אינו מציע פתרון ריאלי, הוא לפחות מאיר על קוצר היד של עקרון חוקיות המנהל ועל חוסר השיטתיות, אי-העקיבות ואולי הסלקטיביות או אפילו האקראיות שבהפעלתו. לא רק עקרון חוקיות המנהל סובל מיד קצרה, אלא גם הצורך בהסמכה ואף שלטון החוק בכללותו. כל הערכים שאלו מייצגים אינם מגשימים את עצמם. אפילו הטוב שבעקרונות, כתוב ופורמלי או תורה שבעל פה, אינו ניתן להשגה ללא כלים מתאימים ובלי בעלי עמדה שמעוניינים ונחושים להפעילם, ואף מוכנים לשלם מחיר עבורם.