

- א. 1. המרכז האקדמי למשפט ולעסקים  
(ע"ר 2-58026630), חטיבת זכויות האדם  
2. גונדר (בדימ') שלמה טויוזר  
3. ידין מכנס  
נגד  
ב. 1. שר האוצר  
2. השר לביטחון פנים  
3. א.א.א. ניהול והפעלה (2005) בע"מ  
4. כנסת ישראל

ג. בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[19.11.2009, 8.7.2007, 31.8.2006, 18.6.2006, 27.10.2005]

ד. לפני הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים  
א' פרוקצ'יה, א' א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור, ע' ארבל, ס' ג'ובראן,  
א' חיות

ה. העתירה נסבה על חוקתיותו של החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-  
2004 (להלן: תיקון 28), שקבע כי יוקם בית סוהר שיופעל ושינוהל על ידי תאגיד  
פרטי, ולא על ידי המדינה. בין היתר, הוענקו בתיקון 28 לתאגיד ולעובדים שונים בו  
סמכויות שונות כלפי האסירים בבית הסוהר הפרטי. מנגד, נקבעו בו הסדרים בדבר  
פיקוחה של המדינה על הפעלתו של בית הסוהר הפרטי.  
לטענת העותרים, הפרטתן של סמכויות הכליאה פוגעת בשתי זכויות של האסירים  
בבית הסוהר הפרטי שמוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: הזכות לחירות והזכות  
לכבוד האדם. פגיעות אלה, כך נטען, אינן עומדות במבחניה של פסקת ההגבלה  
שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חרף החיסכון הכספי הניכר שציינה המדינה  
כתכלית התיקון. עוד טענו העותרים, בין היתר, כי תיקון 28 מנוגד לכלל החוקתי  
שקבוע בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, ולפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של  
המדינה". לטענתם, סמכות הכליאה היא מן הסמכויות השלטוניות שעל הרשות  
המבצעת של המדינה לבצע בעצמה. בין היתר, נטענה נגד העותרים טענת שיהוי.

בית המשפט העליון (מפי הנשיאה ד' ביניש) פסק:

- א. לאור חשיבותן החוקתית של הסוגיות המועלות בעתירה – הן מבחינת עקרונות המשטר בישראל הן מבחינת ההשפעה על זכויות האדם של האסירים – אין מקום לדחות את העתירה מחמת שיהוי בהגשתה (583-ב-ג).
- ב. (1) חוק שנחקק על ידי הכנסת נהנה מחזקת חוקתיות שמטילה על הטוען לאי חוקתיות את הנטל להראות – לפחות לכאורה – שהחוק אינו חוקתי, בטרם יעבור הנטל למדינה ולכנסת להצדיק את חוקתיותו (592-א-593).
- ב (2) חזקת החוקתיות אף מחייבת את בית המשפט לצאת מנקודת הנחה שהחוק לא נועד לפגוע בעקרונות חוקתיים. עם זאת, על בית המשפט למלא את התפקיד המוטל עליו במשטרנו החוקתי ולבחון את חוקתיותה של החקיקה היוצאת מתחת ידיה של הרשות המחוקקת (593-ב).
- ג (3) בחינה זו תיעשה תוך כדי הקפדה על האיזון העדין הנדרש בין העקרונות של שלטון הרוב ושל הפרדת הרשויות לבין ההגנה על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיסה של שיטת המשטר בישראל (593-ב).
- ד (4) הבחינה החוקתית תיעשה בזהירות ובריסון ותוך כדי הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שנבחרה על ידי המחוקק. כלל זה נכון במיוחד בכל הנוגע להתערבות בית המשפט בעניינים המבטאים מדיניות כלכלית (593-ב-ג).
- ה (5) כאשר מדובר בחקיקה המביאה לפגיעה קשה בזכויות אדם מוגנות, אין בעצם העובדה, שהמניע העומד ביסוד החקיקה הוא מניע כלכלי, כדי להכריע את הכף באשר לשאלת היקפה של הביקורת החוקתית על אותה חקיקה. בנסיבות מעין אלה, הרכיב הדומיננטי בביקורת החוקתית יהיה אופי הפגיעה בזכויות האדם ועוצמתה, כמו גם קיומן של הצדקות אפשריות לפגיעה זו (594-א-ב).
- ו. ג. (1) ביסוד הדיון בדבר פגיעתו של תיקון 28 בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי, מצויה ההנחה כי עצם כליאתו של אדם והשמטתו במאסר פוגעת בזכותו לחירות ולחופש התנועה. כך, גם כשהכליאה נעשית כדין (595-ב).
- ז (2) על הנחת יסוד זו מתווספת ההנחה, שהייתה להלכה במשפט הארץ, ולפיה שלילת החירות האישית וחופש התנועה של האסיר, הכרוכה בעצם המאסר, אינה מצדיקה פגיעה נוספת ביתר זכויות האדם של האסיר מעבר למידה המתחייבת מהמאסר עצמו או לשם הגשמתו של אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין (595-ב-ג).
- ח (3) מעמדה החוקתי המיוחד של הזכות לחירות אישית והיותה תנאי למימוש זכויות אדם רבות אחרות מביאים לכך שהלגיטימיות של שלילת החירות

תלויה, במידה רבה, בזהותו של הגורם המוסמך לשלול את החירות ובאופן שבו נעשית שלילת החירות (א599).

(4) כיוון ששלילת הזכות לחירות אישית תהא מוצדקת אך ורק אם תיעשה במטרה לקדם אינטרס ציבורי חיוני או להגן עליו, השאלה אם הגורם השולל את החירות פועל, בראש ובראשונה, על מנת לקדם את האינטרס הציבורי (יהא אשר יהא), או שמא בראש מעייניו עומד אינטרס פרטי כלשהו – היא שאלה קריטית הניצבת בגרעין הקשה של הזכות לחירות אישית (ד599-ה).

ד. (1) העיקרון המשטרי הבסיסי – שלפיו המדינה, באמצעות הגופים השונים הפועלים מכוחה, היא האחראית לביטחון הציבור ולאכיפת החוק הפלילי – הוא חלק מהאמנה החברתית המקיימת את המדינה הדמוקרטית המודרנית (601ב-ג).

(2) (אליבא דשופטת מ' נאור): התוכן של האמנה החברתית בישראל – כרעיון הנותן ביטוי למכנה המשותף של החברה – נתון לפרשנויות שונות ואין צורך להכריע בדבר במקרה דנן. לעת הזו, די בשימוש באמנה החברתית ככלי לפרשנות הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד (707ז, 708א).

(3) (אליבא דשופטת ע' ארבל): המדינה היא מי שמתוקף האמנה החברתית מגשימה את רצון הקהילה, לה נמסרו על פי אותה אמנה הסמכויות להוציא רצון זה אל הפועל, והיא היחידה שרשאית להחזיק באמצעי כופה ולהפעיל כוח לצורך מימושה של תכלית זו תוך כדי שקילת שיקולים ציבוריים, והם בלבד (643ב-ג).

ה. (1) מבחינה נורמטיבית, החלטת בתי המשפט המוסמכים של המדינה לגזור על אדם פלוני עונש של מאסר בפועל, היא מקור הסמכות לפגיעה בזכותו החוקתית של אותו אדם לחירות אישית (1603).

(2) בישראל, הסמכות להעניש אדם שהורשע על פי הדין ולכלוא אותו בבית סוהר לשם ריצוי עונשו היא אחת מסמכויותיה המובהקות של המדינה; על פי החוק, הגוף האחראי למימוש תפקיד זה של המדינה הוא שירות בתי הסוהר (604א-ב).

(3) הסמכויות הכרוכות בשמירה על הסדר הטוב, על המשמעת ועל ביטחון הציבור בבית הסוהר והסמכויות הכרוכות במניעת בריחתם של אסירים ממשמורת הן, באופן מסורתי, מסמכויותיה המובהקות של המדינה (607ב-ג).

(4) בכך שהוא מכפיף את האסירים לגוף פרטי הפועל ממניעים כלכליים, יוצר תיקון 28 פגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית, שהיא פגיעה לעצמה המתווספת לפגיעה שנגרמת כתוצאה מעצם המאסר מאחורי סורג ובריה (608 – 609א).

- א
- א. (1) ההבחנה בין הסתייעות של רשות בגורם פרטי לשם ביצוע תפקידיה לבין אצילה של סמכויות לגורם פרטי התפתחה במשפט המינהלי, וההבחנה העיקרית בין שני המצבים נוגעת להיקף הסמכויות ושיקול הדעת המוענק לגורם הנאצל על ידי הרשות המוסמכת (א610).
- (2) בנסיבות דנן, הסמכויות הנתונות לזכייין הפרטי אינן סמכויות טכניות בלבד. מדובר בסמכויות פוגעניות הכרוכות באופן שגרתי בהפעלתו של שיקול דעת מצד מנהל בית הסוהר מטעם הזכייין ומצד העובדים הכפופים לו, שבידיהם שליטה על התנהלותה של שגרת החיים היומיומית של האסירים בבית הסוהר (ד610).
- ב
- (3) בנסיבות דנן, ההסדרים שנקבעו בתיקון 28 הם בגדר העברה (או, למצער, האצלה) של סמכויות משירות בתי הסוהר לזכייין הפרטי, שאחראי לניהולו של בית הסוהר ולהפעלתו, ואין הם אך בגדר הסתייעות של בעל הסמכות השלטונית בגורם פרטי (ז610-1).
- ג
- (4) (אליבא דשופט מ' נאור): אילו היה הזכייין מפעיל רק סמכות "טכנית" או "ביצועית", ניתן היה לומר כי – אפילו הוכחה פגיעה נפרדת בזכות לחירות – הרי שהיא רק בשוליה של הזכות, או, לחלופין, פגיעה של מה-בכך. קביעה שכזו עשויה הייתה להצדיק ריסון שיפוטי. אולם, בענייננו פועל הזכייין מטעמה של המדינה כ"ידה הארוכה" לצורך הפעלת אחת מסמכויותיה העיקריות והפוגעניות ביותר – סמכותה לאכיפת החוק הפלילי ולשמירה על הסדר הציבורי (א685-ג).
- ד
- ז. (1) בנסיבות דנן, נוסף לפגיעה בזכות לחירות אישית, פוגע תיקון 28 גם בזכות החוקתית לכבוד האדם, שהאיסור לפגוע בה קבוע בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ב612).
- (2) הזכות לכבוד האדם חלה על מניעת השפלתו של אדם ועל מניעת פגיעה בצלם האנוש שלו ובערכו כאדם. הזכות לכבוד האדם היא זכות שממנה זכאי ליהנות כל אדם באשר הוא אדם (ג613).
- (3) בעת כניסתו של אדם לבית הסוהר נשללים ממנו חירותו וחופש התנועה וכן זכויות נוספות שהפגיעה בהן נגזרת מן המאסר. אולם, האסיר הכלוא בבית סוהר אינו מאבד את זכותו החוקתית לכבוד האדם (ד613-ג).
- (4) הפגיעה בכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בנייהול פרטי אין היא פגיעה שמקורה בתחושותיהם הסובייקטיביות של אותם אסירים, אלא פגיעה אובייקטיבית בזכותם החוקתית לכבוד האדם (ג615).
- (5) כאשר המדינה מעבירה את סמכות הכליאה של אסירים, על הסמכויות הפוגעניות הכרוכות בה, לידי תאגיד פרטי הפועל למטרת רווח, מבטא מהלך זה – הן במישור המעשי הן ברמה הערכית והסמלית – הסרת חלק ניכר מאחריות המדינה לגורלם של האסירים, תוך כדי חשיפתם לפגיעה בזכויותיהם על ידי גוף פרטי הפועל למטרות רווח (ז616).
- ז

(6) (אליבא דשופט א' גרוניס): בנסיבות דנן, אין צורך להיזקק לכבוד האדם בהקשר שבו מדובר, ודי בכך שעסקינן בפגיעה בחירות האישית (א651).

א. ח. (1) בנסיבות דנן, עשויים אמצעי הפיקוח והבקרה השונים להפחית, ואולי אף למנוע, את הפגיעה הקונקרטיה בזכויות אדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבתי הסוהר הציבוריים מבחינת התנאים וההתנהלות ככלא. אולם, אין במנגנונים אלה כדי להסיר את הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה בעצם העברתן של סמכויות הכליאה של אסירים לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח (ג631-ב).

ב. (2) (אליבא דשופטת ע' ארבל): בנסיבות דנן, מנגנוני הפיקוח שקבע תיקון 28, לא זו בלבד שקיים ספק בדבר יכולתם "לכסות" את כל המצבים שבהם עומדות זכויות האדם של האסירים בפני חשש לפגיעה, אלא שקיים ספק גם בדבר יכולתם האמיתית לאתר ולזהות את טיב השיקולים, שעמדו ביסוד שימוש באמצעי פוגעני המותר באופן פורמלי על פי החוק, ולסכל את העדפתם של שיקולים כלכליים, גם כשאלה כוללים פגיעה בזכויות האסירים (ג649-ד).

ג. (3) (אליבא דשופטת א' פרוקצ'יה): הפיקוח השלטוני על פעולות הזכיון הפרטי, שתיוקן 28 לפקודה הסדיר, הוא פיקוח עליון שאינו מבטיח בקרה יעילה די הצורך על אופן הפעלת שיקול הדעת ועל מניעיו. במקרים רבים, יהא זה פיקוח לאחר מעשה, שאין בו כדי למנוע מראש את הפגיעה באסירים העלולה להיגרם מנקיטת אמצעים מינהליים, משמעתיים וענישתיים שאינם מידתיים (ה663-ו).

ד. (4) (אליבא דשופטת מ' נאור): מנגנוני הפיקוח בחוק אינם מסירים את החשש שמא שיקול הדעת בהפעלת סמכות יבטא אינטרסים עסקיים או אחרים של הגורם הפרטי באופן שיפגע בזכויות האסירים. החשש מובנה לתוך שיקול הדעת של הגורם הפרטי (ה698-א-ב).

ה. ט. (1) הזכויות לחירות אישית ולכבוד האדם, כזכויות האדם האחרות המוכרות במשפט החוקתי, אינן מוחלטות, ואין די בכך שדבר חקיקה מסוים פוגע בזכות חוקתית כדי להפוך את דבר החקיקה לבלתי חוקתי. הפגיעה של תיוקן 28 בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד האדם תהא כדין אם היא תעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (א620-ב).

ו. (2) באשר לתנאי הראשון הקבוע בפסקת ההגבלה – הדרישה כי הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת תיעשה בחוק – אין חולק כי תיוקן 28 מקיים תנאי זה (א621).

ז. (3) התנאי השני הקבוע בפסקת ההגבלה, שלפיו החוק הפוגע בזכות החוקתית יהיה הולם לערכי מדינת ישראל, אינו מעורר קושי ממשי בענייננו. ניתן

- להניח כי התנאי בדבר הלימה לערכיה של מדינת ישראל מתקיים בתיקון 28 (2621, ד-ה).
- התנאי השלישי הקבוע בפסקת ההגבלה הוא כי הפגיעה בזכות החוקתית תיעשה לתכלית ראויה. בנסיבות דנן, אין בעצם קיומה של תכלית כלכלית המשולבת בניסיון להגשמת המטרה של שיפור בתנאי הכליאה, כפי שזו באה לידי ביטוי בתיקון 28, כדי למנוע מהתיקון לעמוד בדרישה בדבר התכלית הראויה (621ה, 622ג).
- מכאן שיש לבחון אם האמצעים שנבחרו על ידי המחוקק להגשמת תכליתו הראויה של תיקון 28 מקיימים את דרישת המידתיות, שהיא התנאי הרביעי הקבוע בפסקת ההגבלה המחייב כי פגיעתו של החוק הנדון בזכות החוקתית המוגנת תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש" (622ד-ט).
- י. (1) בפסיקה הוכרו שלושה מבחני משנה שבאמצעותם נבחנת מידתיות הפגיעה של דבר חקיקה מסוים בזכות חוקתית מוגנת. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי, שבו נבחנת ההתאמה בין דבר החקיקה הפוגע בזכות החוקתית לבין התכלית שאותה הוא נועד להגשים. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר (622ז-ח).
- ג. (2) בכל הנוגע למבחן המשנה הראשון של המידתיות, אין לקבוע כי תיקון 28 אינו מסוגל, על פניו, להגשים את המטרות של חיסכון תקציבי ושל שיפור בתנאי הכליאה של האסירים העומדות בבסיסו. לכן, ניתן להניח כי הקשר הרציונלי באשר לתכליתו של תיקון 28 מתקיים (623ד, 624א-ב).
- ה. (3) בנסיבות דנן, כיוון שאין אפשרות לקבוע באיזה אופן פוגעני פחות תתקיים התכלית המשולבת של שיפור בתנאי הכליאה תוך חיסכון תקציבי, העומדת לטענת המדינה ביסוד תיקון 28, ומאחר שעניין זה טעון הוכחה, המסקנה המתבקשת מכך היא כי תיקון 28 עומד אף במבחן המשנה השני של המידתיות (626א-ב).
- ו. (4) בהתאם למבחן המידתיות במובן הצר, יש לבחון את היחס בין התועלת הציבורית הצומחת מתיקון 28 לבין הנזק, הנגרם על ידי תיקון 28, לזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי (627ד-ה).
- ז. (5) ביישום מבחן משנה זה של דרישת המידתיות, יש להתחשב גם בהוראות שנקבעו בתיקון 28, שנועדו להתמודד עם החששות מפני פגיעה בזכויות האדם של האסירים כתוצאה מהעברתן של סמכויות הכליאה לידי תאגיד פרטי המונע מרצון להשיא את רווחיו הכספיים (627ה).
- יא. (1) תפקידו של בית המשפט, שנדרש לפרש את ההסדרים החוקתיים השונים ולצקת בהם תוכן, אינו להכריע בין אידיאולוגיות כלכליות ופוליטיות

שונות. עם זאת, נדרש בית המשפט לבטא את הערכים המעוגנים בקונצנוס החברתי וביסודות הערכיים המשותפים לבני החברה, לזהות את עקרונות היסוד העושים את החברה לחברה דמוקרטית ולחשוף את הבסיסי והערכי בדחותו את הארעי והחולף (630-ד-ה).

(2) בנסיבות דנן, לנוכח החשיבות החברתית הרבה של העקרונות העומדים בבסיס הקנייתן של סמכות הכליאה של אסירים בבתי סוהר ושל הסמכויות הפוגעניות הנגזרות ממנה למדינה ולה בלבד – בהשוואה לתוצאה המתקבלת ממימוש המטרה של שיפור בתנאי הכליאה תוך חיסכון כספי רב ככל הניתן למדינה – אין מתקיים יחס ראוי בין "תוספת" הפגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, הנובעת מהקניית הסמכויות הנזכרות לידי תאגיד פרטי הפועל למטרת רווח, לבין "תוספת" התועלת הציבורית שתושג, כנטען, על ידי תיקון 28 (1631-ג-ה).

(3) ככל שהמדינה נדרשת להביא לשיפור בתנאי הכליאה של האסירים בבתי הסוהר – מטרה ראויה וחשובה – עליה להיות מוכנה לשאת במחיר הכלכלי הכרוך בכך, ועליה להשלים עם כך ש"יעילות" (יהא מובנו של מושג זה אשר יהא) אינה בבחינת ערך עליון, עת עסקינן בפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר שהמדינה מופקדת עליהן (1632-ז).

(4) בנסיבות דנן, פגיעתו של תיקון 28 בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם היא פגיעה בלתי מידתית, שאינה עומדת בתנאייה של פסקת ההגבלה, ומכאן שתיקון 28 הוא בלתי חוקתי (1633-א-ב).

יב. (1) חוק-יסוד: הממשלה – בהיותו חוק יסוד – נהנה ממעמד חוקתי על-חוקי, ולפיכך ניתן לבחון הוראות חקיקה "רגילה" שנטען כי היא מנוגדת להוראות בחוק-יסוד: הממשלה (1637-א-ב).

(2) סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה אינו קובע במפורש תפקידים או תחומי פעילות פרטניים שהאחריות לביצועם היא אחריות בלעדית של הממשלה. עם זאת – ובמיוחד בהתחשב בתפישה בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי – נוטה בית המשפט לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות שאותן חייבת הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה, לבצע בעצמה ושסור לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים (1637-ג-ה).

(3) הסמכויות הכרוכות בכליאת אסירים ובהפעלת כוח מאורגן בשם המדינה נכללות בגדר אותו "גרעין קשה" (1637-ה).

(4) בנסיבות דנן, אין צורך לקבוע מסמרות באשר לפרשנותו של סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, וניתן להותיר סוגיה זו בצריך עיון (1637).

- יג. (1) לעניין הסעד בגין אי החוקתיות, מתעוררת, לכאורה, השאלה אם יש מקום להכריז על בטלותו של תיקון 28 בכללותו. בנסיבות דנן, אין מנוס מתוצאה זו (638ג, ה).
- א (2) ההסדר שנקבע בתיקון 28 הוא הסדר מקיף על פי מבנהו ועל פי תוכנו, שהקניית הסמכויות הקשורות להפעלת כוח כלפי האסירים היא חלק בלתי נפרד ממנו. אילו היו מבטלים אך את ההוראות הנוגעות להקניית הסמכויות הפוגעניות, לא היה קיום עצמאי להוראות הנותרות, ותכליתו של תיקון 28 לא הייתה מוגשמת (638ה-ו).
- ב (3) בנסיבות דנן, מאחר שבית הסוהר בניהול פרטי, שאת הקמתו מסדיר תיקון 28, טרם החל לפעול, אין טעם בהשעייתה של הכרות הבטלות לעניין הפעלתו וניהולו של בית הסוהר בידי זכיין פרטי (642א-ב).
- (4) אין זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע את פרטי ההסדר החקיקתי שיבוא תחת דבר החקיקה הבלתי חוקתי, ועניין זה מצוי באחריותה של הכנסת (639א-ב).
- ג יד. (אליבא דשופטת ע' ארבל):
- (1) ההסכם בין האזרחים לבין השלטון אינו מתמצה בהעברת הסמכות להפעלת כוח כופה, לרבות בדרך של החזקה במאסר, אלא גם בכך שהמדינה תהיה זו שתפעיל את הכוח כשליחתה של הקהילה הפוליטית, שאחרת יישמט הבסיס לקיומו (643ד-ה).
- ט (2) בהעברת סמכויות אלה לגורם זר, שאינו מהווה צד להסכמה החברתית, שאינו מחויב לנורמות הגלומות בה ושאינו מבקש בהכרח להגשים את מטרותיה, נחלשת העמדה המוסרית של המדינה כלפי הציבור בכלל, וכלפי ציבור האסירים בפרט (643ז).
- ה (3) בכך נשחק במידת-מה גם מושג הצדק, שאינו עומד עוד בפני עצמו כמטרה יחידה, ועלולים להיפער סדקים במידת הסמכותיות של רשויות המדינה, ביושרה שתיוחס להן, באמון הציבור בשלטון ובמהות השלטון הדמוקרטי במובנו הרחב (644א).
- (4) בהעברתו של סוג הסמכויות הרלוונטי, הכולל רכיבים ניכרים ומתמשכים של שימוש בכוח כופה – הנתונים למדינה כריבון – לגורם פרטי, טבועה פגיעה אינהרנטית בזכויות אדם, ובכלל זה בזכות האדם לכבוד ובזכות האדם לחירות (644ב-ג).
- ך (5) ביצוע מאסר בבית סוהר בניהול פרטי כולל פגיעה בזכות לכבוד שאינה רק פגיעה פוטנציאלית, התלויה בהתממשות חששות קונקרטיים בדבר טיב השירות שיסופק על ידי המפעיל הפרטי, בדבר רמתו ובדבר איכותו, אלא פגיעה המתגבשת ונוצרת בעצם הפעלתן של סמכויות הכליאה ושל הסמכויות הנלוות להן על ידי זכיין פרטי (645ד-ה).



א (6) גם בלא פגיעה נקודתית שעליה ניתן להצביע, יש בהעברתה של הסמכות להפעיל את בית הסוהר לידיו של גורם פרטי כדי ליצור מראית עין של עירוב שיקולים בלתי רלוונטיים בעת הוצאתן לפועל של הסמכויות הפוגעניות, דבר שמערער את הסמכות המוסרית שביסוד פעילותו של גורם זה ואת האמון הציבורי בו (1648-ז).

טו. (אליבא דמשנה לנשיאה א' ריבלין):

ב (1) כנסיבות דנן, הפגיעה הכרוכה בהסדר שבתיקון 28 נוגעת בשורש של המבנה החוקתי הדמוקרטי. ניתן אף לסבור כי מדובר בפגיעה שהולכת צעד נוסף אל מעבר למישור של חוקי היסוד, ושמצויה במישור של האמנה החברתית העומדת ביסוד קיומה של המדינה (1651-ה).  
(2) השתחררות של המדינה מהמונופול המוענק לה, בכל הנוגע להפעלת כוח לצורך הגנה על האינטרס הציבורי, סותרת עקרונות יסוד ראשוניים שהמבנה החברתי והחוקתי כולו נשען עליהם (1651-ה).

ג טז. (אליבא דשופטת א' פרוקצ'יה):

ד (1) הגורם השלטוני, האחראי לעיצוב הנורמה הפלילית ואשר בידיו הופקד כוח הענישה בפלילים במובנו הרחב, הוא האחראי במישור המשפטי, החברתי והמוסרי להפעלת כוח זה, תוך כדי עמידה במכלול מגבלותיו (1656-ה-1).  
(2) זכויותיהם הבסיסיות של הנחקר, של הנאשם, של הנידון ושל האסיר בהליך הפלילי אינן מובטחות בעצם קיומן של נורמות ראויות, המעוגנות בדין, בלבד. הבטחתן מתנית בדרך אכיפתן המעשית של הנורמות שנקבעו בדין (1657-א).

(3) בהליך הפלילי, יש לזהותו של הגורם המפעיל את כוח המרות הממסדי על הפרט חשיבות עליונה בהבטחת האיזון הנדרש ביישומן של מגבלות השימוש בכוח (1657-ב).

ה (4) גורם פרטי, המפעיל בהליך הפלילי כוח מרות שלטוני על הפרט, אינו פועל כנאמנו של הציבור. מעמדו ופעולותיו אינם נשענים על הסכמה חברתית רחבה, והיזקקותו לשימוש בכוח המרות השלטוני כלפי הפרט אינה זוכה לגיטימיות החיונית המאפיינת את השלטון בפעולתו (1659-ב-ג).

ו (5) האיזון והריסון בשימוש בכוח האכיפה בכל שלבי ההליך הפלילי, לצורך הגנה על זכויות האדם, אינם מובטחים בידיו של גורם שאינו נמנה עם האורגנים של המדינה (1659-ה).

ז (6) בקבלו סמכות הפעלה של כוח שלטוני, אין הגורם הפרטי מנותק מחשש לניגוד עניינים ממש בפעולותיו. כניסתו לתחומי פעילותו השלטוניים המובהקים של המדינה מונחית משיקולי יעילות פורטיים. שיקולי כדאיות ועשיית רווח פרטי זרים הם באופן מוחלט לתורת האיזונים בהפעלתו של כוח המרות השלטוני בהליך הפלילי (1660-ב).

7) ניתוק הקשר החיוני והזיקה המתחייבת בין הגורם המופקד על הפעלת הכוח השלטוני לצורך שמירה על הסדר הציבורי לבין הגורם שבאחריותו להבטיח את ליבתן של זכויות היסוד של הפרט אגב השימוש בכוח, עלול לפגוע פגיעה עמוקה ביסוד התשתית הדמוקרטית-חוקתית שעליה בנוי המשטר המדינתי בישראל. הפקדתו של כוח המרות השלטוני בהליך הפלילי בידי גורם פרטי טומנת בחובה פוטנציאל לפגיעה מהותית כזו (661-ד-ה).

יז. (אליבא דשופטת א' פרוקצ'יה):

1) האיזון המורכב בין הזכויות המוגנות של האסיר לבין צורכי המערכת של בית הסוהר מצוי באחריותה של הרשות הציבורית, המופקדת על הענישה ועל אכיפתה. הפגיעה המותרת ביתרתן של זכויות האדם העומדות לאסיר בכלאו מותנית בקיומה של תכלית ציבורית מובהקת, המצדיקה את גרימתה, ובמידתיותה (663-א-ב).

2) ההגנה על ליבתן של זכויות האדם העומדות לאסיר בבית הכלא אינה מתיישבת עם העברת הסמכות להפעלתו של כוח מרות שלטוני כלפיו לידי גורם פרטי, שיופקד על ניהולו של בית הסוהר. העברה כזו אינה מתיישבת עם קיומה של מודעות טבועה אצל הגורם המוסמך ועם הפנמתו את דבר הצורך בריסונו ובהגבלתו של השימוש בכוח בעטיו של האיזון הנדרש עם זכויות האדם (663-ג-ד).

3) הפגיעה ביתרת חירותם של האסירים, מעבר לפגיעה ההכרחית הנגרמת מעצם עונש המאסר, היא אפשרות קרובה, שבהתממשותה נפגעת זכות יסוד חוקתית פגיעה ממשית וקשה (664-ב).

4) (אליבא דנשיאה ד' ביניש): ככל שעסקינן בפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, להבדיל מפגיעה ממשית, הרי שלא יהיה בפגיעה כזו, ככלל, כדי להצדיק התערבות שיפוטית לביטולה של החקיקה. הבחינה החוקתית של דבר החקיקה תתקיים בשלב של הבחינה התוצאתית, ולאחר שיתברר האופן שבו הוא מיושם הלכה למעשה (640-ג-ד).

יח. (אליבא דשופטת א' פרוקצ'יה):

1) התחנות אחר תכליתו של תיקון 28 לפקודה היא אבן יסוד במערכת של איזון הערכים הנדרשת לצורך עמידה על חוקתיות ההסדר החקיקתי הטמון בהעברת ניהולו של בית סוהר לידי זכין פרטי (665-ד).

2) תכליתו העיקרית של התיקון לפקודה, כפי שהיא נלמדת מהרקע לחקיקתו ומהקשרם של הדברים, היא לקדם את רווחת האסיר בדרך של הקטנת הצפיפות הקשה השוררת בבתי הסוהר, של השבחת השירותים הניתנים בו ושל הרחבתן של תכניות הטיפול והשיקום הפתוחות לפני האסיר (666-ג-ד).

3) בהיכנסו לכלא, נשללת אמנם חירותו של האדם אך לא נשלל כבודו. ספוק צרכיו המינימליים של האדם, שהם תנאי-בלעדיו-אין לקיום ולחיים בכבוד,

- מתחייב גם לגבי אסיר המרצה את עונשו בכלא, ועל המדינה לספקם ולהקצות לכך את המשאבים הנדרשים (1667-ז).
- (4) נוסף לדאגה לתנאי הקיום המינימליים של אסירים המוחזקים במשמורת, שאותם חייבת המדינה לספק גם במגבלות התקציב, קיימים רבדים נוספים של תנאי רווחה לאסיר המצויים מעבר ל"גרעין הקשה" של תנאי המינימום. בכלל רבדים אלה, מצויים עניינים הקשורים להקטנת הצפיפות בכלא, להרחבתו של מרחב המחיה הפיסי של האסיר בבית הסוהר מעבר לתנאי המינימום הקבועים בנהלים, לשיפור בתכניות הטיפול והשיקום של האסירים, להוספתן של תכניות תרבות, העשרה והפעלה, להטבתה של רמת המזון והטיפול הרפואי, ועניינים נוספים (668-ה).
- (5) (אליבא דנשיאה ד' ביניש): בנסיבות דנן, אין לנתק את המטרה של השגת רווחה לאסיר מהתכלית הכלכלית שבבסיס ההפרטה, שכן היא התכלית העיקרית של תיקון 28. מטעם זה, אף יש קושי לבחון את חוקתיות הפגיעה בזכויות האסירים הנגרמת על ידי תיקון 28 אל מול התכלית הראויה של הגדלת רווחתו של האסיר (641-ד).
- יט. (אליבא דשופטת א' פרוקצ'יה):
- (1) בנסיבות דנן, השאלה בהקשרה הערכי היא מהו היחס המידתי הראוי בין שיפור בתנאי חייו של האסיר בכלא, אגב קידום אינטרס כלכלי של ייעול וחיסכון למדינה, לבין עוצמת הפוטנציאל לפגיעה בליבתן של זכויות האדם של האסיר, הטמונה בהפרטתו של כוח המרות השלטוני על פי התיקון לפקודה (674-ב).
- (2) באיזון זה – שהוא ערכי ביסודו – ההטבה עם רווחת האסיר, המלווה באינטרס ציבורי-כלכלי למדינה, הצפויים מהתיקון לחוק, אינם מקהים מעוצמת הפוטנציאל לפגיעה באסיר הטמון בו, עקב הפרטתו של כוח המרות השלטוני, במידה ההופכת פגיעה זו לחוקתית על פי מבחן המידתיות הצר שבפסקת ההגבלה (674 – 675-א).
- (3) בנסיבות דנן, דין הפרטתו של השימוש בכוח המרות השלטוני בניהולו של בית סוהר על ידי העברתו לזכייין פרטי – להתבטל, שכן אין היא עומדת במבחן המידתיות הצר על פי פסקת ההגבלה (676-ד).
- (4) עם זאת, אין איסור להפריט כל אותן פעולות וכל אותם שירותים הכרוכים בניהולו של בית סוהר אשר אינם מערבים הפעלתו של כוח מרות שלטוני כלפי אסירים (676-ה).
- כ. (אליבא דשופטת א' חיות):
- (1) גם על פי הגישה שאינה מוציאה מכלל אפשרות כי בית משפט זה יכריז – במקרה ראוי – על בטלותו של חוק הפוגע בעקרונות היסוד של השיטה שאינם מעוגנים בחוקי היסוד, מדובר במקרים חריגים ביותר ובחוק המזעזע

את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו (680-בג).

- א (2) בנסיבות דנן, אין לומר כי ההסדר הסטטוטורי שבתיקון 28 מהווה פגיעה המאיימת למוטט את עקרונות היסוד שעליהם מושגת המבנה החוקתי כולו. זאת, בייחוד משום שמודל ההפרטה שאומץ באותו תיקון כולל פיקוח הדוק של המדינה אחר פעילותו של הזכיין הפרטי (680-ה-1).
- ב (3) בנסיבות דנן, על פי תיקון 28, התפרקה אמנם המדינה מסמכויות הכליאה והעבירה אותן לידיים פרטיות, אך אין לראותה כמי שהתפרקה והתנערה כליל מאחריותה לביצוען של פעולות אלה, לפחות כגורם מפקח (680-ז-1).
- ב (4) בנסיבות דנן, יש להורות על בטלותו של תיקון 28 בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכויות האדם של אסירים לחירות אישית ולכבוד (681-א).

כא. (אליבא דשופט ט' ג'ובראן):

- א (1) בית הסוהר אינו אך החומות המפרידות בין האסיר לבין יתר החברה. על כן, אם ישאל השואל – מאי נפקא מינה בהבחנה בין חומות בבעלות פרטית לבין חומות שבבעלות המדינה – יש לענות כי בשליחתו של העבריין המורשע אל מאחורי חומותיו של בית הסוהר אין המדינה מסיימת את תהליך הענישה (682-ה-1).
- ב (2) לכניסתו של העבריין אל בית הסוהר מתלוות השפעות רבות מני ספור אחרות על חייו. כל אותן פעולות המבוצעות כלפי הכלוא מהוות בפועל את לב ליבה של הפעלת הכוח הריבוני כלפי הפרט, הרבה מעבר לעצם ההחלטה על שליחתו אל מאחורי סורג ובריח (682, 683-א-ב).
- ב (3) העברת סמכויות אלה כלפי האסירים לידיים פרטיות מהווה, מיניה וביה, הפיכתם ל"מעין נתיניו" של גורם פרטי זה. העברת שליטה זו לידי גורם פרטי, אשר, חרף מוסרות הפיקוח הנותרות בידי המדינה, המניע מאחורי פעולותיו נותר ועודנו מסחרי, מהווה פגיעה בכבודם של האסירים כבני אדם, אשר לא ניתן לקבל אותה (683-ג-ד, 1).

כב. (אליבא דשופט מ' נאור):

- א (1) בנסיבות דנן, קיימת פגיעה בזכות החוקתית לחירות גם ללא היזקקות לעקרון יסוד "משטרתי". בשל אופיו של ההליך הפלילי, ובראיית המאסר כחלק מן ההליך הפלילי ומן הדין הפלילי, הרי שהעברת האחריות בגינו לידיים פרטיות פוגעת כשלעצמה בחירות כזכות חוקתית בישראל (686-א-ב).
- ב (2) ההבחנה, בין עצם הטלתו של המאסר לבין ביצועו בפועל, היא מלאכותית. מדובר בהליך פלילי אחד, שיש בו דרגות שונות של שיקול דעת (686-ב-ג).
- ב (3) מאחר שהטלת עונש המאסר וביצועו בפועל בבית הסוהר הם חלק מן ההליך הפלילי ומן הדין הפלילי, נמצא שגם אופן ביצוע המאסר – לרבות

- זהותו של מבצע המאסר – "מכוסה" על ידי הזכות החוקתית לחירות אישית (687-א-ב).
- (4) התשובה לשאלה כיצד ניתן לגזור מן הזכות ל"חירות" חובה על המדינה להפעיל את סמכויותיה בדרך מסוימת – דהיינו: בעצמה, היא כפולה. במישור החוקתי, עשויה פסקת ההגבלה לחייב את המדינה להפעיל סמכויותיה בדרך מסוימת באופן ש"יכשיר" את הפגיעה בזכות החוקתית. במישור המינהלי, עשוי ערך החירות לחייב את המדינה להפעיל סמכויותיה בדרך מסוימת (687-ה-ו, ז).
- (5) במישור העיוני, פרשנות חוקתית נעשית מתוך "מבט רחב". כך גם באשר לערך "חירות", על בית המשפט ליתן פרשנות המבטאת ערכים המעוגנים בקונצנזוס החברתי וביסודות הערכיים המשותפים לחברה (688-ד).
- (6) בהתבסס על ההוגים הקלסיים של תורת המדינה ובהתבסס על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ניתן לפרש את ערך ה"חירות" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כבעל שני פנים: פן "שלילי", המבטיח לכל אדם חירות מידי המשפט לנהוג ולעשות, לחשוב ולדבר ככל שליבו חפץ, אלא אם כן מטיל עליו החוק חובת התנהגות פלונית; ופן "חיובי", העשוי לחייב את המדינה, בנסיבות מסוימות ובמתחם צר של תפקידים בסיסיים, להפעיל את סמכויותיה בעצמה (691-ה).
- (7) העברה של הסמכות ל"ניהול הכליאה", מן המדינה לגורם פרטי מוטה רווח, היא הוראה מן התחום של המשפט הפלילי העולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית. כזו עליה לעבור את מבחניה של פסקת ההגבלה (694-ב).
- כג. (אליבא דשופטת מ' נאור):
- (1) עקרון השוויון הוא חלק מן הזכות החוקתית לכבוד האדם, על פי "מודל הביניים" שאומץ בפסיקתו של בית המשפט העליון בדבר פרשנות הזכות לכבוד האדם (696-ד).
- (2) בנסיבות דנן, יוצר תיקון 28 הבחנה בין שתי קבוצות של אסירים: קבוצה ראשונה תיאסר בבית סוהר פרטי, בהנהלת זכיון מוטה רווח, וקבוצה שנייה תיאסר בבית סוהר מדינתי (696-ה).
- (3) הפגיעה בעקרון השוויון בין האסירים מובנית לתוך אופן הפעלתו של שיקול הדעת של הגורם הפרטי בהפעילו את הסמכות ל"ניהול הכליאה". פגיעה זו בעקרון השוויון מקימה פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם, פגיעה שהיא נפרדת מן הפגיעה בכבוד האדם כתוצאה מעצם המאסר. היא נכנסת לגדר "מודל הביניים" של הזכות החוקתית לכבוד האדם (700-ד).
- (4) בנסיבות דנן, החוק פוגע בשוויון בהתייחס לקבוצה חלשה ופגיעה ביותר בחברה – קבוצת מיעוט – קבוצת האסירים שחירותם נשללה (700-ד).

כד. (אליבא דשופטת מ' נאור):

- (1) בנסיבות דנן, תכלית החוק היא תכלית כלכלית המשולבת בניסיון לשיפור בתנאי הכליאה, וזוהי תכלית ראויה. השאלה היא אם האמצעי שנבחר בחוק הוא אמצעי מידתי לצורך הגשמת התכלית האמורה. המפתח לתשובה לשאלה זו מצוי במבחן המשנה השני ובמבחן המשנה השלישי של המידתיות ובממשק ביניהם (1701 – 702א).
- (2) לא יהיה זה נכון להכריע בסוגיית מבחן המשנה השני על סמך נטלי הוכחה. השאלה העקרונית, על מי מוטל נטל ההוכחה בשלב המידתיות, טרם הוכרעה (1703 – 704א).
- (3) המדינה אינה משתחררת בכך מן הקונספציה של "הפרטה חלקית". קונספציה של "הפרטה חלקית" עשויה לשמש קנה מידה להשוואה ביישומו של מבחן המשנה השלישי של המידתיות (704ג).
- (4) באשר למבחן המידתיות במובן הצר, השאלה היא אם החוק הוא מידתי (במובן הצר) בהשוואה לחלופה. שאלה זו היא במידה מצומצמת, כיוון שכפות המאזניים נבחנות בהשוואה לחלופה (705א-ב).
- (5) באשר למבחן המשנה השלישי, השאלה היא אם תוספת השיפור בתנאי הכליאה ובחיסכון הכלכלי, המתקבלת במעבר מן החלופה אל המודל שאומץ בסופו של דבר בחוק, עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בחירות האישית ובכבוד האדם של האסירים בבית סוהר פרטי (705ה).
- (6) בנסיבות דנן, באיזון בין כף הגשמתה של התכלית לבין כף הפגיעה בזכות, במעבר מן החלופה אל החוק, התוספת להגשמתה של תכלית החוק (ככל שקיימת) אינה עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בזכויות החוקתיות של האסירים בבית סוהר פרטי. המסקנה היא כי אין מתקיים מבחן המשנה השלישי של המידתיות, ויש לקבוע כי תיקון 28 אינו חוקתי (707א).
- (7) הקביעה שלפיה המעבר מן החלופה אל החוק אינו מידתי (במובן הצר), באופן המחייב את ביטול החוק, היא קביעה מתונה יחסית, כיוון שהיא מותירה ברירה בידי המחוקק. באפשרותו להקטין את "נזקה" של אי החוקתיות אם יחוקק את החלופה (707ב-ד).

- כה. (אליבא דשופטת מ' נאור): בנסיבות דנן, אין מקום להיזקק לכלים נוספים לביקורת שיפוטית חוקתית, בהתבסס על עקרונות היסוד של השיטה או על האמנה החברתית. כלים אלה הם בבחינת "מוצא אחרון", שיש להשתמש בהם בזהירות ובריסון רב, לא כל שכן כאשר הפרדיגמה החוקתית המקובלת בשיטת המשפט שלנו, בהתבסס על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל פסקת ההגבלה בו, מביאה לתוצאה זהה. הם מחייבים חשיבה מעמיקה באשר לסעד החוקתי כפועל יוצא מהפעלתם (707ה-ז, 708א).

ז

כז. (דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

- (1) הסוגיה המורכבת דנן, על שאלת השפעתה על זכויות יסוד של האדם ועל ערכים מוגנים אחרים, ראוי כי תונח למבחנה של המציאות בטרם יגובשו באשר לה אף אותן מסקנות אשר הכלים המשפטיים מאפשרים לגבש (708ג-ד).
- (2) אחד מאדני העיסוק בשאלת הפרטתם של בתי סוהר מצוי בצורך להבטיח את זכויות היסוד של הכלואים. פעולת הכליאה אמנם משמיעה מתוכה, כמעט כתכלית, פגיעה בזכות לחירות, אך זו אסור לה שתעבור את המידה המתחייבת. ובאשר לזכות לכבוד, הרי היא נתונה לכל אדם, אסיר ושאינו אסיר כאחד (708ה-1).
- (3) מצמד זה של זכויות ניתן לגזור זכות נוספת, היא הזכות לתנאי כליאה נאותים, שאחידים מהיבטיה הלא הם היבטים של זכות חברתית. ככזו, מסור בהגשמתה תפקיד עיקרי לגורם הממלכתי (708 – 709א).
- (4) ההסדר שהוצע בגדרו של תיקון 28 ביקש להתמודד עם אותם כשלים המאפיינים כיום את כליאתם של אסירים. אותו הסדר נשען על שני אדנים, השבים ונקשרים מעת לעת ברעיון ההחצנה של עשייה שלטונית ומסירתה לידיים פרטיות: שיפור מקצועי, הנסמך על ההנחה כי גורמים פרטיים ישכילו לבצע את הנדרש טוב יותר מגורמי השלטון; והתייעלות כלכלית, שתמציתה בכושר למלא אותן המשימות בעלות מופחתת (712א-ב).
- (5) התמריץ הכלכלי אינו אלא כלי בשירותו של עניין הציבור. הרווח הכספי אינו אלא אמצעי בהגשמת תכליתו של התיקון (714).

כז. (דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

- (1) ביקורת חוקתית הצופה פני עתיד אפשרית אך משקימת סבירות גבוהה, שמא גבוהה עד מאוד, להתממשותן של ההנחות שבבסיסה. חשש מפני פגיעה עתידית בזכות מוגנת יוכל לשמש בבלימתה מראש של פגיעה זו, ובלבד שמצויה לו אחיזה מוצקה די הצורך בנתוני ההווה (713ב-ג).
- (2) אין להשלים עם עמדה אשר יסודה בהידרשות לפוטנציאל לפגיעה בזכויות, שעה שאין יודעים היום מה הסיכויים להתממשותו (713ד).
- (3) פסקת ההגבלה אינה מספקת מדרך רגל יציב מקום שבו מדובר בהנחות תיאורטיות. דורשת היא סבירות גבוהה לקיומו של כל אחד מן המרכיבים העומדים לבחינה. היא מבכרת, אך מובן הדבר, בדיקה שכוח הפרספקטיבה בצידה (716ד).
- (4) אין לקבל כי הפגיעה בזכויות שנושאת עימה ההפרטה היא כה חמורה עד כי אין דבר שיוכל לעמעם אותה. תוצאה אחרת של מאזן תועלות היא אפשרית, הכול על פי האופן שבו ייושם ההסדר בעתיד. אין זה נכון, לפיכך, להידרש עתה לאותו מאזן (716ה, ו).

כח. (דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

- א (1) אל מול החשש לפגיעה בלתי מידתית בזכויות המוגנות יש להעמיד את מנגנוני הפיקוח שמקומם לא נפקד מן המערך הנורמטיבי העוטף את פעולתו של בית הסוהר הפרטי (1717-ה-1).
- א (2) צירופם זה לזה של מגוון הכלים שבדין יוצר את השלם הסופי, אשר נועד להבטיח כי המדינה לא פירקה עצמה מסמכויותיה כי אם המירה אותן בסמכויות מעולם תוכן חדש, הוא עולם הפיקוח. מנגנונים אלה של ממשל עקיף – צריך שייבחנו לגופם. פעולתם נדרשת להוכיח עצמה כיעילה (720-ג-ד).
- ב (3) לא זו בלבד שמוקדם לקבוע אם מצוי יסוד לחשש כי המגבלות בהפעלתם של בתי הסוהר כיום תעתקנה עצמן, ואולי אף ביתר עוצמה, לתחום הפיקוח, אלא – וזה העיקר – שניתן להגביר את ההשקעה ביישומן קודם שייקבע כי התיקון לפקודת בתי הסוהר לא יוכל לעמוד (720-ה).

כט. (דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

- א (1) תורות האמנה החברתית מתארות תהליך שבו השכילו, כביכול, בני האדם להבין כי, אם יתאגדו, יוכלו הם להגן על זכויותיהם הטבעיות באורח מיטבי. על כן, הסכימו להמחות את כוח הכפייה ואת סמכות ההכרעה והשיפוט שעמדו לרשותם כפרטים בודדים לידיה של יישות אחת – היא הישות המדינית המכונה "ריבון" – ולשים בה מבטחם כי תפעל בהתאם לרצונם המצרפי (722-ה-1).
- א (2) בנסיבות דנן, מאפשרת תורת האמנה החברתית לנהל דיון כללי בשאלת סמכויותיה, אף הגרעיניות, של המדינה אך היא אינה משמיעה תוצאה ברורה באשר לשאלת הפרטתם של בתי כלא (723-א).
- א (3) אפילו נמצאה אחיזה מוצקה לעמדה ולפיה מושכלות יסוד של תורת המדינה מצדדים בעיקרון של הותרת הכוח השלטוני – ובפרט זה הגרעיני – בידיהן של רשויות השלטון, עודה נדרשת הייתה חוליה מקשרת, המבארת מה לאותה הפרה עם התערבות שיפוטית במעשה של חקיקה (727-ג-ד).

ל. (דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

- א (1) תוצאותיה מרחיקות הלכת של ההתערבות השיפוטית בפעולת חקיקה – פרי הכרעתו הדמוקרטית של חבר הנציגים שלוחיו של הריבון, קרי: של העם – הן המכתיבות ריסון שיפוטי (1727).
- א (2) בעקבותיהם של חוקי היסוד לעניין זכויות הפרט, ועל פי הוראתה המפורשת של הכנסת, החל עידן חוקתי המתאפיין בהכרה בכוחה של כבילה מהותית, שאמות המידה לה קבועות בפסקאות ההגבלה (729-א).
- א (3) אין מקום לעריכתה של הבחנה בין ערכים הקשורים בזכויות אדם לבין ערכי מהות אחרים. ניתן להניח כי פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו



- החוקתי, כוחה יהא יפה בהתוויית גבולותיה של ההגנה על כל אותם ערכים חוקתיים, לאמור – גם על ערכים חוקתיים המבטאים אינטרס ציבורי חשוב שאין עניינו בזכויות (731ב).
- א (4) עקרון היסוד שעליו מבססת עצמה ההתנגדות להפרטתם של בתי סוהר – ייחודו של הכוח השלטוני לרשויות השלטון – עשוי להתפש כעקרון יסוד חוקתי אף שאין הוא נוגע במישרין לזכויות אדם (731ה-ו).
- ב (5) בנסיבות דנן, אם קבעה הכנסת כי הממשלה תעביר מקצתה של סמכות הכליאה לידיים פרטיות – וכי תחת זאת היא תמקד פעילותה, כרשות המבצעת, בבקרה ובפיקוח על התנהלותן של אלה, בלי לאבד את כוחה לבטל את תהליך ההפרטה בכל עת – אין סותר הדבר את תפקידה החוקתי של הממשלה. אין פירוש הדבר כי חוק-יסוד: הממשלה, לרבות סעיף 1 שבו, אינו מעגן ערכים חוקתיים (733ד-ה).
- ג (6) הידרשות לכלים חוקתיים או מעין-חוקתיים, שעניינם הכרה בקיומם של ערכי יסוד של השיטה ככלי לביקורת מעין-חוקתית, טרם מצאה אחיזה מוצקה במשפט הישראלי. אימוצה של גישה מעין זו כמוהו כתחילתו של עידן חוקתי חדש, שגדריו טרם הותוו כל צורכם, וכך גם אמות המידה המשמשות בו ותוצאותיה האופרטיביות של ההכרעה בגדרו (736ג, ז).
- ד (7) קשה לקבוע כי רעיון חדשני של הפרטה, נחרץ דינו לשבט עקרונותיה של השיטה עוד בטרם עשה הוא בה את צעדיו הראשונים. עדיף כי יונח לה, לסוגיה שבמוקד עתירה זו, להיבחן בפרספקטיבה מספקת, שטרם נוצרה בעת הזו (737ד-ה, ו).

לא. (דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

- א (1) אשר לתקינותם של הליכי החקיקה, מסורה לבית המשפט הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית אף על ההליך שהתקיים בכנסת, מקום שנפל בו פגם יסודי. אולם, בבואו לעשות כן, ינהג בית המשפט זהירות וריסון ולא בנקל יכריז על בטלותו של חוק, כמתחייב מהעיקרון בדבר הפרדת הרשויות וממעמדו הרם של בית המחוקקים (739ז – 741ב).
- ב (2) הביקורת השיפוטית מצמצמת עצמה לסילוקן של חשש לפגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של המשטר הפרלמנטרי – סטייה מן העקרונות בדבר הכרעת רוב, בדבר חופש הצבעה, בדבר שוויון בין המצביעים ובדבר פומביות ההליך. בנסיבות דנן, כזה לא התקיים (741ב).

חוקי יסוד שאוזכרו:

- חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 1א, 2, 5, 8, 9.  
– חוק-יסוד: הממשלה, סעיפים 1, 44(א).

- חוק-יסוד: חופש העיסוק, סעיף 4.
- חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 15(ד)(2).
- חוק-יסוד: הצבא, סעיפים 2, 3.
- חוק-יסוד: הכנסת, סעיפים 4, 7(8), 7(9), א7.

א

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 28), התשס"ד-2004.
- פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, סעיפים 45א, 76(א), 78, 95ב, 95ד, 95ה, 128ו, 128ז(א), 128ז(ב), 128ט, 128יא, 128יא(ג)(1), 128יב, 128יב(א)(1), 128יב(א)(2), 128יב(א)(3), 128יט, 128יח(ג)(1), 128יח(ג)(4)-(5), 128יט, 128כא-128כד, 128כב-128כד, 128כה, 128כו, 128כז, 128כח, 128לא, 128לב-128לג, 128לו, 128לב-128לח, 128לט, 128מא, 128מט, 128מה-128נג, 128ו-128נד, סימן י".
- חוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958, סעיף 9(6).
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, סעיפים 23, 67.
- חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979.
- חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.
- פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיף 8א.
- חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, סעיפים 3, 4.
- חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, סעיף 9(7).
- חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיף 12(א)(1)(ב).
- חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, סעיף 5.
- חוק העונשין, התשל"ז-1977, סימן ב'1.
- חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, סעיף 9.
- פקודת המסים (גביה).
- חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.
- חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תשל"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), התשכ"ט-1969.

א

— חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-  
2002.

א הצעות חוק שאוזכרו:

— הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 26) (בית סוהר בניהול  
פרטי), התשס"ד-2003.

ב פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

[1] עע"ם 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה נ' החברה  
להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673 (2002).

[2] עע"ם 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע  
(לא פורסם, ניתן ביום 7.12.2006).

[3] בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996).

[4] בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235 (2002).

[5] בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).

[6] ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008).

[7] בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד  
נא(4) 367 (1997).

[8] ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד  
מט(4) 221 (1995).

[9] בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ'  
ראש־ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503 (2004).

[10] בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1)  
762 (2007).

[11] עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996).

[12] ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

[13] בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד  
נב(1) 289 (1998).

[14] בג"ץ 5936/97 לס נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד  
נג(4) 673 (1999).

[15] בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410 (1992).

- [16] בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202 (2004).
- א [17] בג"ץ 8340/99 גורלי כוחן ושות' – משרד עורכי דין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79 (2001).
- [18] בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652 (2003).
- ב [19] בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006).
- [20] בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980).
- [21] בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001).
- [22] דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644 (2009).
- ג [23] בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38 (2005).
- [24] בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
- ד [25] בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004).
- [26] בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 10.5.2006).
- [27] עע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782 (2004).
- ה [28] בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).
- [29] בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006).
- ו [30] בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993).
- [31] בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(5) 206 (1998).
- [32] בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).
- ז [33] כש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פ"ד מו(5) 72 (1992).

- [34] ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).
- [35] בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826 (1984).
- [36] א בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).
- [37] ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005).
- [38] בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו(2) 537 (1982).
- [39] ב בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (לא פורסם, ניתן ביום 13.6.2006).
- [40] רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001).
- [41] בג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(3) 97 (2004).
- [42] בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953).
- [43] ג בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984).
- [44] בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990).
- [45] ד בג"ץ 410/91 בלוס נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201 (1992).
- [46] בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).
- [47] בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996).
- [48] ה בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).
- [49] בג"ץ 5009/97 חברת מולטימדיה בע"מ נ' משטרת ישראל, פ"ד נב(3) 679 (1998).
- [50] בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455 (2001).
- [51] דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995).
- [52] בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67 (1997).
- [53] ע"פ 40/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' זיאד, פ"ד יב 1358 (1958).
- [54] ט ע"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1 (1998).

- [55] בג"ץ 4253/02 ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86 (2009).
- א [56] ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נד(2) 433 (2000).
- [57] ע"א 8558/01 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נז(4) 769 (2003).
- ב [58] בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001).
- [59] דנג"ץ 5361/00 פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 145 (2005).
- [60] בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786 (2003).
- ג [61] בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).
- [62] כש"פ 7053/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 504 (2001).
- [63] רע"ב 818/03 זרקה נ' שרות בתי הסוהר (לא פורסם, ניתן ביום 11.3.2003).
- ד [64] בג"ץ 5678/02 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם, ניתן ביום 9.3.2003).
- [65] בג"ץ 1319/03 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם, ניתן ביום 1.3.2004).
- ה [66] בג"ץ 572/04 ברי נ' שר המשפטים (לא פורסם, ניתן ביום 6.4.2005).
- [67] בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566 (1980).
- [68] ע"א 404/61 סקיבינסקיה נ' יורושיק, פ"ד טז 347 (1962).
- [69] בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987).
- ו [70] בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).
- [71] ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיס-עשרה, פ"ד מב(4) 177 (1988).
- ז [72] ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003).

- [73] בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003).
- [74] בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003). א
- [75] בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529 (2003).
- [76] בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (לא פורסם, ניתן ביום 20.9.2006). ב
- [77] ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997).
- [78] ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).
- [79] בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485 (1995). ג
- [80] בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (1989).
- [81] בג"ץ Nimrodi Land Development Ltd. 975/89 נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154 (1991). ד
- [82] בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:

- [83] Pischke v. Litscher, 178 F. 3d 497 (7th Cir. 1999). ה
- [84] Montez v. McKinna, 208 F. 3d 862 (10th Cir. 2000).
- [85] White v. Lambert, 370 F. 3d 1002 (9th Cir. 2004).
- [86] Tulsa Cnty. Deputy Sheriff's Fraternal Order of Police, Lodge No. 188 v. Bd. of Cnty. Comm'rs of Tulsa Cnty., 995 P. 2d 1124 (Ok. 2000). ו
- [87] Richardson v. McKnight, 521 U.S. 399 (1997).
- [88] Corr. Servs. Corp. v. Malesko, 534 U.S. 61 (2001).
- [89] Skelton v. Pri-Cor, Inc., 963 F. 2d 100 (6th Cir. 1991). ז

[90] Rosborough v. Mgmt. & Training Corp., 350 F. 3d 459 (5th Cir. 2003).

א

פסקי דין מקוסטה ריקה שאוזכרו:

[91] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2004-10492 de fecha 28 de septiembre de 2004.

ב

ספרים ישראליים שאוזכרו:

[92] יצחק כץ הפרטה בישראל ובעולם (1997).

[93] תומס הובס לוינתן או החומר, הצורה והשלטון של קהילה כנסייתית ואזרחית (יוסף אור מתרגם, התשכ"ב).

[94] ג'ון לוק המסכת השניה על הממשל המדיני (מהדורה שנייה מוגהת, יוסף אור מתרגם, התש"ט).

[95] יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב (1996).

[96] אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994).

[97] אלי בר-נביא צמיחתה של המדינה המודרנית (1995).

[98] איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005).

[99] עמנואל קנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות (מהדורה שנייה, משה שפי מתרגם, התש"י).

[100] אמנון רובינשטיין, ברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד (מהדורה שישית, 2005).

ה

[101] אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).

[102] יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א (1996).

[103] מילטון פרידמן קפיטליזם וחירות (מזל כהן מתרגמת, 2002).

[104] מילטון ורוז פרידמן החופש לבחור (ערן בר-טל עורך, 2004).

[105] חיים ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, 1996).

ך

[106] חיים פרשטמן גבולות ההפרטה (2007).

[107] ז'אן-ז'אק רוסו על האמנה החברתית או עקרוני המשפט המדיני (יוסף אור מתרגם, התשס"ז).

[108] מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת (2002).

ט



מאמרים ישראלים שאוזכרו:

- [109] ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר יצחק זמיר על משפט ממשל וחברה 583 (יואב דותן, אריאל בנדור עורכים, 2005).
- [110] Uri Timor, *Privatization of Prisons in Israel: Gains and Risks*, 39 ISR. L. REV. 81 (2006).
- [111] דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209 (2001).
- [112] דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל' 461 (2008).
- [113] יואב דותן, ברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287 (2007).
- [114] אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271 (1994).
- [115] יואב פלד "הפשע משתלם: מה ניתן ללמוד מהנסיון האמריקאי בהפרטת בתי סוהר?" הסניגור 82, 5 (2004).
- [116] אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996).
- [117] אבישי בניש "מיקור-חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" משפטים לח 283 (2008).
- [118] קלוד קליין "על האמנה החברתית בפני בג"צ לאור בג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר – המכס והמע"מ" המשפט ה 189 (2000).
- [119] יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149 (1997).
- [120] לסלי סבה "זכויות האדם ומערכת הענישה" מחקרי משפט יג 183 (1996).
- [121] מונטסקיה "רוח החוקים" המחשבה המדינית – מבחר כתבים 265 (ברוך זיסר, דוד צור עורכים, 1990).

- [122] יוסי דהאן "בין דמוקרטיה של בעלי קניין לליברליזם סוציאליסטי: כלכלה ורווחה במשנתו של רולס" מורה צדק – עיונים בתורתו של ג'ון רולס 126 (דניאל אטאס, דוד הד עורכים, התשס"ז).
- א [123] יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" מחקרי משפט יג 275 (1996).
- [124] אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד 357 (1998).
- ב [125] עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם – על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג 87 (1996).
- [126] מנחם אלון "חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג 27 (1996).
- ג [127] מרים גור-אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו" 99 ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 325 (איל זמיר, ברק מדינה, סיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009).
- [128] אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" 99 ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 39 (איל זמיר, ברק מדינה, סיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009).
- ד [129] יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005).
- ה [130] חיים ה' כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א 9 (1990).
- [131] דורי ספיבק "זכויות אסירים ועצירים בעידן ההפרטה" הסניגור 95, 40 (2005).
- [132] אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305 (2003).
- ו [133] אליקים רובינשטיין "חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" נתיבי ממשל ומשפט 79 (2003).
- ז

ספרים זרים שאוזכרו:

- [134] MEIR DAN-COHEN, HARMFUL THOUGHTS: ESSAYS ON LAW, SELF, AND MORALITY (2002).      א
- [135] CATHERINE M. DONNELLY, DELEGATION OF GOVERNMENTAL POWER TO PRIVATE PARTIES: A COMPARATIVE PERSPECTIVE (2007).
- [136] RICHARD W. HARDING, PRIVATE PRISONS AND PUBLIC ACCOUNTABILITY (1997).      ב
- [137] NILS CHRISTIE, CRIME CONTROL AS INDUSTRY (2<sup>nd</sup> ed., 1994).
- [138] H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY (2<sup>nd</sup> ed., 2008).
- [139] M.D.A. FREEMAN, LLOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE (7<sup>th</sup> ed., 2001).      ג
- [140] W. FRIEDMANN, LEGAL THEORY (5<sup>th</sup> ed., 1967).
- [141] MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE & PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON (Alan Sheridan trans., 1977).
- [142] JOHN P. DAY, LIBERTY AND JUSTICE (1987).      ד
- [143] JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971).
- [144] JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993).
- [145] RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977).
- [146] BLACKSTONE'S GUIDE TO THE HUMAN RIGHTS ACT 1998 (5<sup>th</sup> ed., John Wadham, Helen Mountfield, Caoilfhionn Gallagher & E. Prochaska eds., 2009).      ה
- [147] THOMAS HOBBS, LEVIATHAN: OR THE MATTER, FORME AND POWER OF A COMMON WEALTH ECCLESIASTICALL AND CIVIL (1651).      ו
- [148] JOHN LOCKE, SECOND TREATISE ON GOVERNMENT (1690).
- [149] JEAN-JACQUES ROUSSEAU, DU CONTRAT SOCIAL, OU PRINCIPES DU DROIT POLITIQUE (1762).      ז

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [150] *A Tale of Two Systems: Cost, Quality, and Accountability in Private Prisons*, 115 HARV. L. REV. 1868 (2002). א
- [151] David E. Pozen, *Managing a Correctional Marketplace: Prison Privatization in the United States and the United Kingdom*, 19 J.L. & POL. 253 (2003).
- [152] Ira P. Robbins, *The Impact of the Delegation Doctrine on Prison Privatization*, 35 U.C.L.A. L. REV. 911 (1988). ב
- [153] Joseph E. Field, *Making Prisons Private: An Improper Delegation of a Governmental Power*, 15 HOFSTRA L. REV. 649 (1987).
- [154] Ahmed A. White, *Rule of Law and the Limits of Sovereignty: The Private Prison in Jurisprudential Perspective*, 38 AM. CRIM. L. REV. 111 (2001). ג
- [155] John J. DiIulio, Jr., *The Duty to Govern: A Critical Perspective on the Private Management of Prisons and Jails*, in PRIVATE PRISONS AND THE PUBLIC INTEREST 155 (Douglas C. McDonald ed., 1990). ד
- [156] Clifford J. Rosky, *Force, Inc.: The Privatization of Punishment, Policing, and Military Force in Liberal States*, 36 CONN. L. REV. 879 (2004).
- [157] Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543 (2000). ה
- [158] Clayton P. Gillette & Paul B. Stephan III, *Constitutional Limitations on Privatization*, 46 AM. J. COMP. L. 481 (1998).
- [159] Ira P. Robbins, *Privatization of Corrections: Defining the Issues*, 40 VAND. L. REV. 813 (1987). ו
- [160] Warren L. Ratliff, *The Due Process Failure of America's Prison Privatization Statutes*, 21 SETON HALL LEGIS. J. 371 (1997).
- [161] Sharon Dolovich, *State Punishment and Private Prisons*, 55 DUKE L.J. 437 (2005). ז

- [162] David N. Wecht, *Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons*, 96 YALE L.J. 815 (1987).
- [163] Judith Greene, *Lack of Correctional Services*, in CAPITALIST PUNISHMENT: PRISON PRIVATIZATION & HUMAN RIGHTS 56 (Andrew Coyle, Allison Campbell & Rodney Neufeld eds., 2003). א
- [164] Michael J. Gilbert, *How Much Is Too Much Privatization in Criminal Justice*, in PRIVATIZATION IN CRIMINAL JUSTICE: PAST, PRESENT, AND FUTURE 41 (David Shichor & Michael J. Gilbert eds., 2001). ב
- [165] Paul Moyle, *Separating the Allocation of Punishment from Its Administration: Theoretical and Empirical Observations*, 41 BRIT. J. CRIMINOLOGY 77 (2001). ג
- [166] Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions*, 14 LEGAL THEORY 113 (2008).
- [167] John J. DiIulio Jr., *What's Wrong with Private Prisons*, 92 PUB. INT. 66 (1988). ד
- [168] Paul Moyle, *Separating the Allocation of Punishment from Its Administration: Theoretical and Empirical Observations*, 11 CURRENT ISSUES IN CRIM. JUST. 153 (1999).
- [169] Richard Harding, *Private Prisons*, 28 CRIME & JUST. 265 (2001). ה
- [170] Max Weber, *Politics as a Vocation*, in FROM MAX WEBER: ESSAYS IN SOCIOLOGY 77 (H. H. Gerth & C. Wright Mills eds., 1946).
- [171] ISAIAH BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in FOUR ESSAYS ON LIBERTY 118 (1969). ו
- [172] Philip Pettit, *Law, Liberty and Reason*, in REASONABLENESS AND LAW 109 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor and Chiara Valentini ed., 2009). ז

- [173] Michael Walzer, *Hold the Justice*, NEW REPUBLIC, Apr. 8, 1985, at 10.
- א [174] Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367 (2003).
- [175] DAVID HUME, *Of the Original Contract*, in MORAL PHILOSOPHY 361 (Geoffrey Sayre-McCord ed., 2006).
- ב [176] Fred D'Agostino, *Contemporary Approaches to the Social Contract*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (1996, Rev. 2008).
- [177] David Shichor, *Private Prisons in Perspective: Some Conceptual Issues*, 37 HOWARD J. CRIM. JUST. 82 (1998).

- ג שונות:
- European Convention for the Protection of Human Rights and [178]  
Fundamental Freedoms
- רונן מנדלקרן, אריק שרמן "ההפרטה של הביצוע: מיקור חוץ של [179]  
שירותים חברתיים בישראל" (מחקר בפרויקט אחריות המדינה וגבולות ההפרטה, המרכז לצדק חברתי ע"ש חזן במכון ון ליר בירושלים).
- יהודה טרואן, ליאור בן דוד "הפרטת בתי סוהר במבט משווה: [180]  
מגמות, 'מודלים' ושאלות חוקתיות" (הכנסת – מחלקת מידע ומחקר, 2006).
- ה [181] הסניגוריה הציבורית "תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר בשנת 2008".
- נעמה כרמי, עינת גל "החטא ועונשו – הפרטת בתי כלא – נייר [182]  
עמדה" (דו"ח עמותת רופאים לזכויות אדם, 2004).
- ך [183] שרון וינטל "פסקאות נצחיות' בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש" (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2005).
- ט

עתירה למתן צו על-תנאי. העתירה התקבלה. הצו על-תנאי נעשה מוחלט ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט א' א' לוי.

- א גלעד ברנע, אביב וסרמן, אפי מיכאלי, יעל ברדה – בשם העותרים 1 ו-2;  
העותר 3 טען לעצמו;  
יוכי גנסיין, רענן גלעדי, רננה קידר – בשם המשיבים 1 ו-2;  
יובל שלהבת, בעז פייל, רמי קוק, אורן רוט – בשם המשיבה 3;  
נורית אלשטיין, רוקסנה שרמן-למדן, עידו עשת – בשם המשיבה 4.

## פסק דין

הנשיאה ד' ביניש:

החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 (להלן: תיקון 28), קובע כי במדינת ישראל יוקם לראשונה בית סוהר (אחד) שיופעל ושינוהל על ידי תאגיד פרטי ולא על ידי המדינה. ההסדר שנקבע בתיקון 28 מביא להעברת סמכויות יסוד של המדינה בתחום אכיפת החוק – סמכויות הכליאה – שהפעלתן כרוכה בפגיעה מתמדת בזכויות אדם, לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח. העברת סמכויות זו פוגעת, כפי שנבהיר בהמשך, בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שאלת חוקתיותה של פגיעה זו היא העומדת במוקד העתירה שלפנינו. ייאמר כבר בפתח הדברים כי, מהטעמים שיפורטו להלן, הגענו למסקנה כי התיקון האמור אינו עומד במבחן החוקתיות.

עיקרי העובדות וטיעוני הצדדים

1. ביום 31.3.2004 התפרסם תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר). על פי התיקון, נוסף לפקודה פרק 2ג', שכותרתו היא "בית סוהר בניהול פרטי". התיקון, שבעקבותיו נוספו לפקודת בתי הסוהר סעיפים 1128-128נד, מסדיר את הקמתו של בית סוהר אחד שיוקם, שינוהל ושיופעל על ידי תאגיד פרטי, שיתקשר לשם כך בהסכם עם

א שירות בתי הסוהר ושימש כזכיון על פי היתר מיוחד שיקבל. התיקון קובע, בין היתר, את ההליך לקבלת ההיתר ולביטולו, את תנאי הכשירות שצריך שיתקיימו בתאגיד ובעובדיו, את היקף סמכויותיהם של עובדי התאגיד ואת אמצעי הפיקוח שעל המדינה להפעיל על פעילות התאגיד ועובדיו. בתוספת השלישית לפקודת בתי הסוהר נקבע כי בית הסוהר בניהול פרטי יוקם במתחם בתי הסוהר שמדרום לעיר באר שבע, וכי תפוסתו המירבית תהיה 800 מקומות כליאה. כן נקבעו בתוספת התנאים שצריך שיתקיימו באסירים שייכלאו בבית הסוהר בניהול פרטי.

ב העתירה שלפנינו הוגשה ביום 16.3.2005. העותרת 1 היא מוסד אקדמי, המשמש כעותר ציבורי בעתירה שלפנינו. העותר 2 הוא קצין בכיר בדימוס בשירות בתי הסוהר. העותר 3, שצורף לבקשתו לעתירה בשלב מאוחר יותר, היה במועד צירופו כעותר אסיר בבית סוהר המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר. ביום 27.10.2005 התקיים דיון ראשוני בעתירה לפני מותב של שלושה שופטים. ביום 15.11.2005 נבחרה המשיבה 3 (להלן: הזכיינית) כקבוצה הזוכה במכרז להקמתו של בית הסוהר הפרטי ולהפעלתו, והסכם הזיכיון נחתם עימה ביום 2.1.2006. ביום 18.6.2006 התקיים דיון המשך בעתירה לפני מותב של שבעה שופטים בראשות הנשיא א' ברק, שבעקבותיו הוצא צו על-תנאי. ביום 31.8.2006, בעקבות ישיבה נוספת שהתקיימה לפני מותב של תשעה שופטים, ולאחר שהודע לבית המשפט מפי היועצת המשפטית לכנסת על קיומן של הצעות חוק לביטול תיקון 28, הוחלט לדחות את שמיעת העתירה כדי לאפשר את מיצוי הליכי החקיקה, שלכאורה נפתחו מחדש בכנסת. כיוון שהליכים אלה לא קודמו ולא שונה המצב המשפטי שנקבע בחוק הנדון, התקיים לפנינו, ביום 8.7.2007, דיון בעתירה לגופה. בד בבד עם התקדמות בירורה של העתירה התקדמו גם ההליכים להקמתו של בית הסוהר בניהול פרטי, ולמשיבה 3 ניתן ההיתר הנדרש על פי חוק. בנייתו של בית הסוהר והכנתו לתחילתו של שלב האכלוס החלקי אמורות היו להסתיים עד לחודש יוני 2009, אולם ביום 18.3.2009 ניתן על ידינו צו ביניים המונע את הפעלתו של בית הסוהר. יצוין כי העיכוב שחל בכתיבתו של פסק דין זה עד עתה נבע ממורכבות הסוגיות העומדות על הפרק – המעוררות שאלות חוקתיות בעלות חשיבות ניכרת, שטרם הוכרעו בפסיקתנו – אך בעיקר מרצונו של בית משפט זה לאפשר לכנסת למצות



את הליכי החקיקה שאותם הזכרנו לעיל ואת הדיון הציבורי שביקשה הכנסת לקיים בתופעת ההפרטה במהלך כנס החורף 2007–2008, בהתאם להודעת היועצת המשפטית לכנסת מיום 28.6.2007, בטרם נידרש לשאלה המורכבת הנוגעת לביטול חקיקה ראשית של הכנסת.

א

2. העתירה מופנית נגד חוקתיותו של תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר, וטענת העותרים היא כי יש לראות בתיקון זה בחירה של המדינה ב"הפרטה מלאה של בתי סוהר בישראל". כמפורט להלן, לעתירה שני ראשי טיעון עיקריים.

ב

בראש הטיעון האחד טוענים העותרים כי הפרטה מלאה של בתי הסוהר מהווה פגיעה בלתי חוקתית בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם. בהקשר זה טוענים העותרים כי כמה גורמים חוברים בעניין זה לפגיעה הבלתי חוקתית בזכויות היסוד החוקתיות. עיקר הגורמים נעוץ בשילוב של אופי הסמכויות המופרטות, שעמן נמנות סמכות הכליאה עצמה והסמכויות הנוגעות לכבוד האדם של האסיר ולחירותו האישית (כגון החזקת אסיר בהפרדה מינהלית, ביצוע בחינה חזותית של גופו העירום של אסיר ושימוש בכוח סביר לשם עריכת חיפוש באסיר); הקריטריונים הנמוכים שנקבעו, לטענת העותרים, לאיזו המשרות בבית הסוהר המופרט בהשוואה לשירות בתי הסוהר; הפיקוח המועט מדי, לשיטת העותרים, על פעילותו של הגורם הפרטי שיפעיל את בית הסוהר. שילוב זה עלול, כך טוענים העותרים, להביא לפגיעה בזכות לחירות ובזכות לכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר המופרט. לטענת העותרים, פגיעה צפויה זו בזכויות יסוד חוקתיות אינה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה, הקבועים בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ג

ד

ה

לפי הטענה, פגיעה בעיקרון הבסיסי, שלפיו הכוח לאכוף פסקי דין פליליים מצוי באופן בלעדי בידי המדינה, לשם הגשמת תכלית כלכלית, אינה פגיעה שנעשית לתכלית ראויה. כן טוענים העותרים כי מדובר בפגיעה שאינה מידתית. בהקשר זה טוענים העותרים כי, מבחינת ההתאמה בין האמצעי למטרה, מצויות בידם חוות דעת שמצביעות על כך שהניסיון העולמי אינו מראה קשר מובהק בין הפרטתם של בתי סוהר ובין היסכון כלכלי; כי קיימים אמצעים אחרים, פוגעניים פחות, שיש בהם כדי להגשים את התכלית הכלכלית העומדת בבסיס תיקון 28, ובהם בנייתם של בתי סוהר ציבוריים נוספים או הפרטה חלקית של

ו

ז

א סמכויות שאין בהן מרכיב דומיננטי של הפעלת כוח שלטוני; וכי הנזק שייגרם כתוצאה מהפרטה מלאה של בתי סוהר אינו מידתי ביחס לתועלת שתצמח מהפרטה שכזו (זאת, כך טוענים העותרים, במיוחד בהשוואה לאפשרות ההפרטה החלקית של בתי סוהר).

ב 3. בראש הטיעון האחר טוענים העותרים כי תיקון 28 מהווה פגיעה בכלל החוקתי הקבוע בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". זאת, כיוון שסמכות המדינה להפעיל בתי סוהר היא, לשיטת העותרים, חלק מסמכותה להפעלת כוח שלטוני לשם אכיפת החוק ושמירה על שלום הציבור, וככזו – נמצאת הסמכות בלב עקרון היסוד שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". לטענת העותרים, מהיותו של חוק-יסוד: הממשלה חוק יסוד, מעמדו הנורמטיבי הוא מעמד על-חוקי, ולפיכך ג כל חוק רגיל שפוגע בו צריך שיעמוד בשתי דרישות, האחת פורמלית והאחרת מהותית.

ד ראשית, במישור הפורמלי, טוענים העותרים כי על החוק הפוגע להתקבל ברוב של 61 חברי כנסת לפחות בכל שלוש הקריאות, בהתאם להוראת השריון הקבועה בסעיף 44(א) לחוק-יסוד: הממשלה. כיוון שתיקון 28 לא התקבל ברוב האמור, טוענים העותרים כי די בכך כדי להביא לבטלותו. שנית, במישור המהותי, טוענים העותרים כי על החוק הפוגע לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה. העותרים גורסים כי יש להחיל מבחנים אלה בדרך פרשנית-שיפוטית גם על חוקים הפוגעים בחוקי היסוד ה"משטריים", דוגמת חוק-יסוד: הממשלה, על אף שאין קבועה בהם פסקת הגבלה מפורשת, דוגמת אלה הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק.

ה 4. עוד יצוין כי נשמעו לפנינו גם טיעוני העותר 3, מר ידין מכנס, שריצה באותה עת עונש מאסר בבית הסוהר "מעשיהו". טיעונו של העותר 3 התמקדו בהיבטים המעשיים הנוגעים לשירותים הניתנים לאסירים בבתי הסוהר של שירות בתי הסוהר, בתחומים כגון בריאות, מזון וחינוך. לטענתו, קיים חשש כי תיווצר פגיעה ברמתם של שירותים אלה בבית הסוהר בניהול פרטי כתוצאה מהשיקולים הכלכליים שינחו את הזכיון שיפעיל את בית הסוהר. כן העלה העותר 3 בטיעונו חשש כי ייעשה שימוש בסמכויות השונות הנתונות לזכיון הפרטי באופן שיאפשר לזכיון להרע את תנאי האסירים בבית הסוהר בניהול

פרטי ולהעניש אותם. זאת, בלי שיהיה צורך להעמיד את האסירים לדין משמעת שהאחריות עליו נותרה – גם לפי תיקון 28 – בידי שירות בתי הסוהר.

א 5. המשיבים כולם מתנגדים לקבלת העתירה. תשובות לעתירה הוגשו מטעם המשיבים 1–2 (להלן: המדינה), מטעם הזכינית ומטעם הכנסת. המדינה מציינת, בתשובתה לעתירה, כי הקמתו של בית סוהר בניהול פרטי היא אחד מהפתרונות המתוכננים על ידיה להתמודדות עם מצוקת הכליאה הקשה הקיימת בישראל וכי זו המטרה העיקרית העומדת ביסוד חקיקתו של תיקון 28. עוד טוענת המדינה בתצהיר התשובה כי, נוסף לשיפור בתנאי הכליאה של האסירים, הקמתו של בית הסוהר מושא העתירה תקדם באופן ניכר את האינטרס הציבורי, בכך שתביא להיסכון כלכלי בשיעור מוערך של כ-20%–25% בהשוואה לבית סוהר בסטנדרטים דומים המופעל על ידי שירות בתי הסוהר, וכי, על סמך הניסיון בעולם, ניתן להעריך כי הקמתו של בית סוהר פרטי עשויה להביא להתייעלות אף בבתי הסוהר הציבוריים.

ט מודל ייחודי וניסיוני, שהוא בבחינת "פיילוט" המוגבל במפורש לבית סוהר אחד והכולל מנגנוני הגנה על זכויות האסירים ומגנוני פיקוח והתערבות אפקטיביים העומדים לרשות המדינה והמאפשרים לה, בין היתר, להחזיר את הגלגל לאחור בכל שלב ולהשיב לידיה את ניהולו של בית הסוהר עקב הפרת תנאי ההיתר שניתן לזכיינין. המדינה מדגישה בטיעוניה כי קיום חשש ממשי לפגיעה חמורה בזכויות האסירים הוא אחת העילות שנקבעו בתיקון 28 לנטילת סמכות הניהול של בית הסוהר מהזכיינין על ידי המדינה. בהקשר זה טוענת המדינה עוד כי בתיקון 28 נקבעו אמצעי הפיקוח על אופן הפעלת הסמכויות המוקנות לזכיינין – ובכלל זה: פעילותה של יחידת הפיקוח הייעודית של השב"ס בין כתליו של בית הסוהר (אם כי מיקומה של יחידת הפיקוח לא נקבע בתיקון 28 עצמו אלא בהסכם הזיכיון ובהיתר); סמכויות הפיקוח המוקנות למדינה בכל הנוגע למינוי בעלי תפקידים בבית הסוהר בניהול פרטי; חובת הדיווח הנרחבת המוטלת על הזכיינין באשר לאירועים שונים, הן על פי תיקון 28 הן על פי הסכם הזיכיון. על פי הטענה, אמצעי הפיקוח הם שיבטיחו את זכויות האסירים. עוד מציינת המדינה כי בתיקון 28 נקבע כי ההיתר להפעלתו של בית הסוהר והסכם הזיכיון ניתנים לביטול על ידי המדינה אם תתקיים הפרה של התנאים.

המדינה מוסיפה עוד כי, על פי סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה ובהתאם לפסיקתו של בית משפט זה, כפוף הזכייין במישרין, משעה שקיבל לידיו סמכויות שלטוניות, הן למשפט המינהלי הן לסמכות בג"ץ, אף בלי להיזקק לדוקטרינה בדבר הגוף הדו-מהותי. נוסף לביקורת השיפוטית של בג"ץ על הזכייין, מציינת המדינה כי לאסיר בבית הסוהר בניהול פרטי, כמו לכל אסיר בשירות בתי הסוהר, עומדת הזכות להגיש עתירת אסיר לבית המשפט המחוזי בהתאם להוראותיה של פקודת בתי הסוהר. אפשרות זו לקיום ביקורת שיפוטית על תנאי המאסר מהווה, כך טוענת המדינה, כלי פיקוח ובקרה עצמאי ורב עוצמה העומד לרשותו של כל אסיר בכל עת. מנגנוני בקרה נוספים על פעילותו של בית הסוהר בניהול פרטי, שאליהם מתייחסת המדינה, הם ביקורת של מבקר המדינה, בהיותו של הזכייין "גוף מבוקר", כמשמעותו של מונח זה בסעיף 9(6) לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958, וביקורת של ועדה מייעצת בראשות שופט מחוזי בדימוס. על פי תיקון 28, ועדה זו תייעץ לנציב בתי הסוהר בנושא השמירה על זכויות האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי וכן בעניין שיקומם, רווחתם ובריאותם, ותגיש את המלצותיה, פעם בשנה, לשר לביטחון פנים, לנציב בתי הסוהר ולוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת. לאור האמור, טוענת המדינה כי אין בסיס לטענה שהיא התפרקה מסמכויותיה, ומוסיפה כי, במודל הישראלי שנבחר להפרטתו של בית הסוהר, חלק ניכר מהסמכויות השלטוניות נותר בידי המדינה.

המדינה ממשיכה וטוענת כי זכויות האסירים יובטחו לא רק על ידי המנגנונים הקבועים בחוק עצמו אלא גם ברובד המינהלי – בהיתר להקמתו של בית הסוהר ולהפעלתו, וכן ברובד החוזי – בהסכם הזיכיון עם הזכיינית. בהקשר זה מציינת המדינה כי סמכויות שונות, שהן בעלות פוטנציאל פוגעני במיוחד ושאינן חיוניות לצורך ניהולו השוטף של בית הסוהר (הנתונות למנהלי בתי סוהר בניהול המדינה), הוצאו בתיקון 28 מידי המנהל מטעם הזכייין. עוד מוסיפה המדינה כי, אף אם יקבע בית משפט זה, בניגוד לעמדתה, כי תיקון 28 פוגע בזכויות אדם חוקתיות מעבר לפגיעה בזכויות אסירים הנובעת מהדין הכללי, הרי שפגיעה זו עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה.

6. בכל הנוגע להוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, שקובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", טוענת המדינה כי הוראה זו נועדה להגדיר

באופן "חגיגי" את טבעה ואת מהותה של הממשלה ביחס לרשויות השלטון האחרות. לטענת המדינה, תכליתה של הוראה זו אינה נוגעת כלל לסמכות שלטונית פרטנית כזו או אחרת, אלא למקומה הכללי של הממשלה במשטר הדמוקרטי. מכל מקום, כך ממשיכה המדינה וטוענת, הממשלה ממלאת את תפקידיה כרשות המבצעת בדרכים מגוונות, לרבות הסתייעות בגורמים פרטיים. על כן, אין הממשלה מפסיקה לשמש כ"רשות המבצעת של המדינה" כאשר היא מבצעת את תפקידיה באמצעות גורמים פרטיים או מאצילה להם סמכויות מסוימות. המדינה מוסיפה וטוענת כי, אף אם סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה עשוי לשמש לפסילתה של אצילת סמכויות הנעשית על פי חוק, אין מקום לפסול את תיקון 28 מכוחו, שכן בית הסוהר בניהול פרטי ינוהל תוך כדי מעורבות מלאה של המדינה, ועל כן לא יהיה בתיקון כדי לפגוע בעיקרון שלפיו הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. עוד טוענת המדינה כי אף אם הייתה דרך לראות בתיקון 28 משום פגיעה בעיקרון הקבוע בחוק-יסוד: הממשלה, הרי שמדובר בפגיעה מזערית ורחוקה ביותר, המצויה בשולי העיקרון ולא בגרעינו.

המדינה מציינת עוד כי המודל הישראלי, שנבחר להעברתו של בית סוהר לניהול פרטי, מבוסס על המודל האנגלי המתאפיין בגישה רגולטורית שלפיה הפיקוח על פעילות הזכייין הפרטי נעשה על ידי מפקחים מטעם המדינה המצויים בתוך בית הסוהר המפוקח. עם זאת, לטענת המדינה, המודל הישראלי של העברת סמכויות הניהול של בית סוהר אחד לזכייין פרטי הוא מתון יותר מבחינת הסמכויות הניתנות לזכייין ורחב יותר מבחינת סמכויות הפיקוח על הזכייין בהשוואה למודלים חקיקתיים מקבילים במדינות אחרות, ועל כן יש לראות בו "מודל אנגלי משופר".

לאור האמור טוענת המדינה כי, משמדובר בעתירה נגד הפרטה על פי חוק, שאינה פוגעת בזכויות חוקתיות, התערבותו של בית המשפט צריך שתהא מוגבלת למקרים נדירים וקיצוניים שבהם מזעזעת ההפרטה את אמות הסיפים של מבנה המשטר הדמוקרטי ואת עקרונות היסוד של השיטה; נסיבות אשר, לטענת המדינה, אינן מתקיימות בפרשה שלפנינו.

7. הזכיינית, שנבחרה במכרז להקמתו של בית הסוהר בניהול פרטי ולהפעלתו, טוענת אף היא כי דין העתירה להידחות. לטענתה, הפעלתו של בית סוהר בניהול פרטי, לא זו בלבד שלא תפגע בחירותם של האסירים, בכבודם

ובזכויותיהם, אלא שהיא תביא לשיפור במצבם. זאת, בשל הסטנדרטים הגבוהים שנקבעו על ידי המדינה בדרישות המינימום במרכז להקמתו של בית הסוהר ולהפעלתו (סטנדרטים ששופרו, כך נטען, על ידי הזכיינית), ובשל סמכויות הפיקוח הנרחבות שנתרו בידי המדינה. הזכיינית מדגישה בתשובתה לעתירה את החשיבות המיוחסת על ידיה ליעדים החברתיים שאותם נועד בית הסוהר להגשים, ובכלל זה לשיקום האסירים ולחינוכם. הזכיינית מוסיפה וטוענת כי אין בסיס לטענות העותרים בדבר החשש לפגיעה בזכויות האסירים כתוצאה מחקיקתו של תיקון 28. בהקשר זה טוענת הזכיינית כי טענת העותרים, שלפיה קיומו של בית סוהר בסיוע גורם פרטי מביא בהכרח לסכנה גדולה יותר לפגיעה בזכויות יסוד של אסירים בהשוואה לבית סוהר המנוהל כולו בידי המדינה, טעונה הוכחה עובדתית על בסיס נתונים אמפיריים ומחקריים. אולם, העותרים, כך טוענת הזכיינית, כלל לא ניסו לעמוד בנטל כבד זה. הזכיינית ממשיכה וטוענת כי אף אם תיקון 28 פוגע בזכות חוקתית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שפגיעה זו עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. בכל הנוגע לטיעוני העותר 3, בדבר החשש כי מניעיו הכלכליים של הזכיין יביאו לפגיעה בתנאי מאסרם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי, טוענת הזכיינית כי טיעונים אלה אינם נוגעים לחוקתיותו של תיקון 28 אלא לאופן יישומו. מכל מקום, גם לגופו של עניין אין להם, לטענתה, בסיס, לנוכח הסטנדרטים הגבוהים להפעלתו של בית הסוהר שנקבעו בתנאי המכרז, בהסכם הזיכיון ובהצעת הזכיינית.

בכל הנוגע לטענות העותרים, המבוססות על הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, טוענת הזכיינית כי הוראה זו היא הוראה חוקתית דקלרטיבית, שאין בה כדי להגביל את אצילת הסמכויות על ידי הממשלה או את הסתייעות המדינה בגורמים פרטיים לצורך ביצוע תפקידיה.

8. טענה נוספת המועלית הן על ידי המדינה הן על ידי הזכיינית היא טענת השיהוי. המדינה והזכיינית מציינות כי העתירה שלפנינו הוגשה כשנה לאחר חקיקתו של תיקון 28 בכנסת וללא כל הסבר מוצדק לאיחור בהגשת העתירה. בהקשר זה נטען על ידי המדינה ועל ידי הזכיינית כי השיהוי בהגשת העתירה גרם לשינוי המצב לרעה, שכן, עד למועד הגשתה של העתירה, הן כבר השקיעו הוצאות כספיות רבות וזמן עבודה ניכר בפרויקט: המדינה – בהיערכות למכרז ובהכנת מסמכי המכרז; הזכיינית – בלימוד מסמכי המכרז ובהכנת הצעה

מפורטת בעבור המכרז. כן נטען כי ביטול הפרויקט בשלב מאוחר יפגע בגורמים הזרים, שהתקשרו עם הזכיינית ושהסתמכו על חקיקת הכנסת, ואף עלול לפגוע באטרקטיביות של מדינת ישראל למשקיעים ולבעלי ידע זרים ובפרויקטים ממלכתיים עתירי השקעה אחרים.

א

נעיר כבר עתה כי לא ראינו לדחות את העתירה דנן מחמת שיהוי. אף אם נניח לטובת המדינה והזכיינית כי דיני השיהוי חלים אף על עתירות חוקתיות, וכי במקרה דנן התקיימו שיהוי אובייקטיבי ושיהוי סובייקטיבי מצד העותרים, הרי שלאור חשיבותן החוקתית של הסוגיות המועלות בעתירה – הן מבחינת עקרונות המשטר בישראל הן מבחינת ההשפעה על זכויות האדם של האסירים – אין מקום לדחות עתירה זו מחמת שיהוי בהגשתה (בכל הנוגע למבחנים לבירור טענת שיהוי ראו, למשל: ע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע [1], בעמ' 678–679; ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע [2], בפסקאות 86–101 לפסק הדין).

ב

ג

9. נוסף לתשובות המדינה והזכיינית, נשמעה לפנינו גם עמדת הכנסת באשר לעתירה. לטענת הכנסת, אין בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, שעליו כזכור מבססים העותרים את טענתם החוקתית בדבר התפרקות המדינה מסמכויותיה, כל הוראה באשר לדרכי הביצוע של סמכויות הממשלה, אין בו כדי להגביל את סמכותה של הכנסת להתיר לממשלה לפעול בדרכים שונות למימוש תפקידה הביצועי, והסעיף אף אינו קובע אמות מידה לבחינת חוקתיותם של חוקים. לפיכך, טוענת הכנסת כי סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה כלל אינו רלוונטי לבחינת חוקתיותו של תיקון 28. הכנסת מוסיפה וטוענת כי אין מקום לבחון את חוקתיות התיקון בהתאם להוראותיה של "פסקת הגבלה שיפוטית", המבוססת על פסקאות ההגבלה הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. בהקשר זה טוענת הכנסת כי טרם נקבעה הלכה ברורה שלפיה כוח החקיקה של הכנסת מוגבל על פי מבחניה של פסקת ההגבלה גם בהיעדרה של פסקת הגבלה מפורשת הקבועה בחוק היסוד הנוגע בדבר. היא מוסיפה כי הגבלה מהותית, דוגמת זו המצויה בפסקאות ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, אינה הולמת את בחינתה של חקיקה שסותרת, לכאורה, הוראה בחוק יסוד משטרי. יצוין כי, בכל הנוגע לשאלה הקונקרטית בדבר הפרטתם של בתי סוהר, פרשה הכנסת לפנינו

ד

ה

ו

ז

בטיעוניה תיאור מקיף של תופעת הפרטתם של בתי הסוהר בעולם. הכנסת הדגישה כי מדובר ב"מקרה קשה" של הפרטה, וטענה כי נדרש פיקוח הדוק מצד המדינה על הגורם הפרטי וכי יש להכפיף את הזכיין לכללי המשפט הציבורי.

א

דיון

10. תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר, שאת חוקתיותו תוקפים העותרים בעתירה זו, הנהיג שינוי מהותי בתפישה הממשלית של משטרנו. הוא חורג מהתפישה הרגילה והמקובלת של הפרטת פעילויותיה של הממשלה בכך שהוא מקנה לזכיין פרטי סמכויות שונות, שהשימוש בהן כרוך מעצם טיבו בפגיעה קשה בזכויות אדם. בעתירה זו נדרשנו להכריע בשאלה אם הקניית סמכויות אלה לזכיין פרטי – או, בלשון אחר: הפרטתן של סמכויות אלה – היא חוקתית (בכל הנוגע להגדרות השונות למושג "הפרטה", ראו יצחק כץ הפרטה בישראל ובעולם [92], בעמ' 23–30).

ג

וזו תהיה דרך הילוכנו בשאלה האמורה. ראשית, נציג את מהות ההסדר שנקבע בתיקון 28. לאחר מכן נדון בקצרה בסוגיה של היקף הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. עיקר הדיון בשאלת חוקתיותו של תיקון 28 ייעשה במשקפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בסיום דיוננו נתייחס לטענות הצדדים באשר לבחינתה של חוקתיות התיקון במשקפי חוק-יסוד: הממשלה. יוער מיד כי, לאור המסקנה שאליה הגענו, ולפיה התיקון הנדון אינו עומד במבחני החוקתיות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאלות שונות המתעוררות בנוגע לחוקתיות התיקון לפי חוק-יסוד: הממשלה אינן מחייבות הכרעה.

ה

מהות ההסדר שנקבע בתיקון 28

11. אלה עיקרי ההוראות הרלוונטיות שהתקין תיקון 28 הנ"ל.

סעיף 128ז(א) לפקודת בתי הסוהר קובע כי "השירות [שירות בתי הסוהר – ד' ב'] [...] רשאי, לצורך מילוי תפקידיו כאמור בסעיף 76, להסתייע בתאגיד [...] שמתקיימים לגביו תנאי סף מסוימים הקבועים בסעיף, "ולשם כך להתקשר עמו בהסכם הקמה, ניהול והפעלה של בית סוהר אחד [...] (יצוין כי תפקידיו של שירות בתי הסוהר מוגדרים בכלליות בסעיף 76(א) לפקודת בתי הסוהר, שקובע כי שירות בתי הסוהר "יעסוק בניהול בתי הסוהר, בהבטחת

ז



אסירים ובכל הכרוך בכך"). התאגיד שאליו מתייחס סעיף 128ז(א) לפקודת בתי הסוהר הוא, אפוא, הזכייין שאמור, בהתאם להוראות תיקון 28, להקים את "בית הסוהר בניהול פרטי", לנהל אותו ולהפעיל אותו. הסמכויות השונות שהוקנו לזכייין על פי תיקון 28 נגזרות, מטבע הדברים, מהיקף האחריות שהוטלה עליו. סעיף 128יב לפקודת בתי הסוהר מגדיר את תחומי האחריות המוטלת על הזכייין הפרטי בזו הלשון:

ב "אחריות 128יב. (א) הזכייין אחראי להקמה לניהול ולהפעלה תקינים של בית הסוהר בניהול פרטי ובכלל הזכייין זה:

ג (1) לשמירה על הסדר הטוב, המשמעת וביטחון הציבור בבית הסוהר בניהול פרטי;

(2) למניעת בריחתם של אסירים הנתונים במשמורת בבית הסוהר בניהול פרטי;

ד (3) לדאגה לרווחת האסירים ולבריאותם, ולנקיטת צעדים במהלך המאסר שסייעו לשיקומם לאחר השחרור ממאסר, לרבות הכשרה לעבודה והקניית השכלה;

ה והכל לפי הוראות כל דין והוראות ההסכם ותוך שמירה על זכויות אסירים.

ו (ב) הזכייין ינקוט את כל האמצעים הדרושים לשם קיום אחריותו כאמור בסעיף קטן (א) לרבות אמצעים כאמור שנקבעו בהסכם, ובין השאר ימנה לשם כך מנהל ועובדי זכייין לפי הוראות פרק זה".

סמכויות הזכייין ועובדיו, שהפרטתן בתיקון 28 עומדת במוקד העתירה שלפנינו, הן אותן סמכויות הנגזרות מתחומי האחריות הקבועים בסעיפים 128יב(א)(1) ו-128יב(א)(2) לפקודת בתי הסוהר, היינו – האחריות לשמירה על

הסדר הטוב, המשמעת וביטחון הציבור בבית הסוהר והאחריות למניעת בריחתם של אסירים הנתונים במשמורת בבית הסוהר. על מנת שהזכיין הפרטי שמנהל את בית הסוהר ושמפעיל אותו יוכל לממש את אחריותו בתחומים אלה, הוקנו למנהל בית הסוהר הפרטי מטעם הזכיין ולעובדי הזכיין (כפוף לכמה חריגים חשובים) סמכויות שונות שהן מקבילות לסמכויות המוקנות למנהל בית סוהר של שירות בתי הסוהר ולסוהרים הכפופים לו. הפעלתן של סמכויות אלה, שעתירה זו מופנית נגד הקנייתן לזכיין פרטי ולא נגד עצם קיומן, כרוכה מטיבה בפגיעה קשה בזכויות אדם שונות ובהן הזכות לחיים, הזכות לחירות אישית והזכות לכבוד האדם. נציג להלן חלק מהסמכויות הנתונות לעובדי הזכיין הפרטי בדרגיהם השונים.

12. סמכויותיו של מנהל בית הסוהר בניהול פרטי מוגדרות בסעיף 128 יח  
לפקודת בתי הסוהר, שקובע כדלקמן:

- תפקידי 128 יח. (א) המנהל אחראי לניהול ולהפעלה התקינים מנהל בית סוהר של בית סוהר בניהול פרטי, כאמור בסעיף 128 יב(א), ויחולו עליו לענין זה כל ההוראות לפי פקודה זו החלות על מנהל בית סוהר, בכפוף להוראות סעיף זה. פדטי וסמכויותיו
- (ב) לשם ביצוע תפקידיו כאמור בסעיף קטן (א) יהיו נתונות למנהל הסמכויות הנתונות למנהל בית סוהר לפי פקודה זו ולפי כל דין אחר, למעט הסמכויות לפי פקודות השירות וסמכויות אלה:
- (1) מתן צו להעברת אסיר בשל מחלה מידבקת, לפי הוראות סעיף 13(ב);
  - (2) הארכת תקופת החזקתו של אסיר בהפרדה לפי הוראות סעיף 19ג(א);
  - (3) חילוט חפץ לפי הוראות סעיף 44;
  - (4) שיפוט בעבירות בית סוהר לפי הוראות סימן ח' לפרק ב';

(5) סמכות בודק בענין מכתב לחבר כנסת  
לפי הוראות סעיף 747ד ;

(ג) נוסף על הסמכויות הנתונות למנהל לפי  
הוראות סעיף קטן (ב) יהיו נתונות לו גם  
סמכויות אלה:

א

(1) הסמכות הנתונה לסוהר בכיר להורות  
על החזקתו של אסיר בהפרדה, לפי  
הוראות סעיף 19ג(א);

ב

(2) הסמכות להורות על ביצוע בחינה  
חזותית של גופו העירום של אסיר, בעת  
קבלתו למשמורת, כאמור בסעיף 95ד ;

(3) הסמכות הנתונה לקצין שירות בתי  
הסוהר להורות על עריכת בחינה  
חזותית של גופו העירום של אסיר,  
לפי הוראות סעיף 95ה(ב);

ג

(4) הסמכות הנתונה לקצין שירות בתי  
הסוהר לאשר שימוש בכוח סביר לשם  
עריכת חיפוש באסיר, לפי הוראות  
סעיף 195ו(ב);

ד

(5) הסמכות הנתונה לקצין שירות בתי  
הסוהר להורות על לקיחת דגימת שתן  
מאסיר, על בחינה חזותית של גופו  
העירום או על עריכת חיפוש חיצוני,  
לפי הוראות סעיפים 95ח(א)  
ו-95ט(ג);

ה

(6) הסמכות הנתונה לקצין שירות בתי  
הסוהר להורות על עריכת בחינה  
חזותית של גופו העירום של מבקר  
לפי הוראות סעיף 95י(ב);

ו

ז

(7) הסמכויות הנתונות למאבטח אסירים  
לפי הוראות סעיף 128 כז".

- א עיון בהוראותיו של סעיף 128 יח הנ"ל מעלה כי, על אף שסמכויות חשובות הנתונות למנהל בית סוהר של שירות בתי הסוהר (ובהן הסמכות להאריך את תקופת החזקתו של אסיר בהפרדה מינהלית מעבר ל-48 שעות וסמכות השיפוט בעבירות בית סוהר), נשללו ממנהל בית הסוהר בניהול פרטי, עדיין מוקנות לו על פי החוק סמכויות שהשימוש בהן כרוך בפגיעה קשה בזכויות לחירות אישית ולכבוד האדם. עם סמכויות אלה נמנות, בין היתר, הסמכות להורות על החזקתו של אסיר בהפרדה מינהלית למשך פרק זמן מירבי של 48 שעות; הסמכות להורות על ביצוע בחינה חזותית של גופו העירום של אסיר; הסמכות להורות על לקיחתה של דגימת שתן מאסיר; הסמכות לאשר שימוש בכוח סביר לשם עריכת חיפוש על גופו של האסיר; הסמכות להורות על מניעת פגישה של אסיר עם עורך דין מסוים, בהתאם למגבלות הקבועות בסעיף 45 לפקודת בתי הסוהר. יוער עוד כי לכל אלה נוספה שורה של סמכויות פוגעניות הנתונות למנהל בית הסוהר מטעם הזכייך הפרטי, שאינן מעוגנות בתיקון 28 עצמו אלא בהסכם הזיכיון.
- ב
- ג
- ד

13. סמכויות פוגעניות נוספות נתונות גם לעובדי הזכייך שכפופים למנהל בית הסוהר בניהול פרטי. כך, למשל, קובע סעיף 128 כה מהן הסמכויות המוקנות ל"עובד זכייך בכיר", שמוגדר בסעיף 128 ו לפקודת בתי הסוהר כ"עובד זכייך הממלא תפקידי פיקוד וניהול":

- ה
- ו
- ז
- ח

"סמכויות 128 כה. לעובד זכייך בכיר יהיו נתונות לשם מילוי עובד זכייך תפקידיו סמכויות אלה:

(1) הסמכויות הנתונות למאבטח אסירים לפי הוראות סעיף 128 כז;

(2) הסמכויות המפורטות בסעיף 128 יח(ג)(1) עד (6), כולן או חלקן, אם הסמיכו לכך המנהל, באישור הנציב, ובהתאם להסמכה;

- א (3) הסמכויות הנתונות לבודק לפי הוראות סעיפים 47א עד 47ג, אם הסמיכו לכך המנהל, באישור הנציב, ובהתאם להסמכה;
- א (4) הסמכות הנתונה למנהל לשלול טובות הנאה, אם הסמיכו לכך המנהל, באישור הנציב, ובהתאם להסמכה."
- ב תפקיד נוסף שנוצר בתיקון 28 הוא התפקיד של "מאבטח אסירים". תפקיד זה בבית הסוהר בניהול פרטי מקביל, למעשה, לתפקיד של סוהר בבית סוהר של שירות בתי הסוהר. תפקידיו של "מאבטח אסירים" קבועים בסעיף 128כו לפקודת בתי הסוהר בזו הלשון:
- ג "תפקידיו של מאבטח אסירים הם:
- א (1) לשמור על שלום הציבור וביטחוננו בבית הסוהר בניהול פרטי;
- ב (2) למנוע בריחתם של האסירים הנתונים במשמורת בבית הסוהר בניהול פרטי;
- ד (3) לשמור על הסדר הטוב, המשמעת, והשגרה בבית הסוהר בניהול פרטי;
- ה (4) לגלות או למנוע עבירות הנעברות, בתחום בית הסוהר בניהול פרטי או בסביבתו הקרובה, בעת ליווי אסיר מחוץ לבית הסוהר בניהול פרטי או בעת רדיפה אחרי אסיר נמלט, והכל בנוגע לבית סוהר בניהול פרטי או לאסיר;
- ו (5) למלא כל תפקיד נוסף שנקבע בהסכם, כי על מאבטח אסירים למלא."
- ז הסמכויות המוקנות ל"מאבטח אסירים" לשם מילוי תפקידיו הנזכרים (סמכויות הנתונות כולן גם למנהל בית הסוהר בניהול פרטי ול"עובד זכיון בכיר") קבועות בסעיף 128כז לפקודת בתי הסוהר, כדלקמן:

- א "סמכויות 128 כו. (א) (1) בעת מילוי תפקידו ולשם כך בלבד, נתונות למאבטח אסירים הסמכויות הנתונות לסוהר לפי הוראות פקודה זו, לרבות סמכויות לבצע את הוראות המנהל או עובד זכין בכיר, כאמור בסעיף 128 יח(ג)(1), (3), (5) ו-(6), בכפוף לשינויים אלה:
- ב (א) הסמכות לפי הוראות סעיף 95 לענין נשק שהוא כלי יריה כמשמעותו בחוק כלי היריה, התש"ט-1949, נתונה למאבטח אסירים בנסיבות אלה בלבד:
- ג (1) בעת שהוא ממלא תפקידי אבטחה היקפית בחומות בית הסוהר בניהול פרטי או בסביבתו הקרובה של בית הסוהר;
- ד (2) בעת שהוא מלווה אסיר מחוץ לבית הסוהר בניהול פרטי;
- ה (3) בנסיבות שבהן נגרמה פגיעה חמורה בסדר הטוב ובמשמעת בבית הסוהר בניהול פרטי, כאמור בסעיף 128 לו(א)(1), על פי היתר מאת הנציב ובתנאים שנקבעו בהיתר;
- ו (ב) הסמכות לבחינה חזותית של גופו העירום של אסיר בעת קבלתו למשמורת, לפי הוראות סעיף 795, תהיה נתונה לו רק על פי הוראה מאת המנהל או מאת עובד זכין

בכיר לפי הוראות סעיף  
128 יח(ג)(2);

(2) בסעיף קטן זה, 'עובד זכייך בכיר' –  
עובד זכייך בכיר שהוסמך לכך לפי  
הוראות סעיף 128 כה(2).

א

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א)(1) לא יהיו  
נתונות למאבטח אסירים סמכויות אלה:

ב

(1) הסמכויות הנתונות לפי הוראות פקודה  
זו לסוהר הנמנה עם היחידה ללוחמה  
בסמים, כהגדרתו בסעיף 95א;

(2) הסמכות להורות על החזקתו של אסיר  
בהפרדה לפי הוראות סעיף 19ג;

ג

(3) שיפוט בעבירות בית סוהר, לפי סימן ח'  
לפרק ב', וכל סמכות אחרת לפי הפרק  
האמור הנתונה לסוהר.

(ג) סמכויות מאבטח אסירים כאמור בסעיף זה  
יהיו נתונות לו בתחום בית הסוהר בניהול  
פרטי, או בסביבתו הקרובה וכן בעת ליווי  
אסיר מחוץ לבית הסוהר או בעת רדיפה אחרי  
אסיר נמלט; אין בהוראות סעיף קטן זה כדי  
לגרוע מהוראות סעיף קטן (א)(1)(א)."

ד

ה

סעיף 128 כז הנ"ל מקנה אפוא ל"מאבטח אסירים", שהוא כזכור עובד של  
הזכייך המפעיל את בית הסוהר בניהול פרטי, סמכויות הנתונות לסוהר של  
שירות בתי הסוהר, כפוף למגבלות מסוימות. סמכויות אלה כוללות, בין היתר,  
את הסמכות להשתמש בנשק כדי למנוע הימלטות של אסיר מבית הסוהר, את  
הסמכות המסורה לשוטור לעצור ולעכב אדם בלא צו לפי סעיפים 23 ו-67 לחוק  
סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (סמכות הנתונה  
לסוהר לפי סעיף 95ב לפקודת בתי הסוהר), ואת הסמכויות הקבועות בסעיפים  
95ד ו-95ה לפקודת בתי הסוהר לערוך חיפוש על גופו של אסיר בעת קבלתו

ז

א למשמורת ובעת שהייתו בבית הסוהר. הפעלתן של סמכויות אלה מביאה אף היא, כמובן, לפגיעה קשה בזכויות האדם של האסירים. עוד יצוין כי גם עובד זכייך, שאינו מאבטח אסירים, רשאי, בנסיבות מסוימות, להשתמש בכוח סביר ולנקוט אמצעי ריסון נגד אסיר, בהתאם לסעיף 128 כח לפקודת בתי הסוהר, שקובע כדלקמן:

ב "סמכויות 128 כח. עובד זכייך שאינו מאבטח אסירים, שעבר עובד הכשרה מתאימה כפי שנקבע בהסכם, רשאי זכייך להשתמש בכוח סביר ולנקוט אמצעי ריסון נגד לשימוש אסיר, עד לבואו של מאבטח אסירים או סוהר, בכות בהתקיים אחד מאלה:

- ג (1) האסיר מבצע בפניו עבירת אלימות או גורם בפניו נזק של ממש לגוף או לרכוש;
- ד (2) קיים חשש ממשי לפגיעה בבריאותו או בשלמות גופו של אדם;
- ה (3) קיים חשש סביר כי האסיר נמלט או מנסה להימלט מבית סוהר בניהול פרטי".

ו העתירה דנן אינה מופנית נגד עצם קיומן של הסמכויות הפוגעניות הנזכרות ואינה מעלה טענות נגד נחיצותן לשם הפעלתן וניהולן התקינים של בית סוהר. כאמור, טענות העותרים מכוונות נגד החוקתיות של הקניית התפקידים והסמכויות האמורים לזכייך פרטי ולעובדיו.

ז היקף הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת

ח 14. נקודת המוצא לבחינת חוקתיותו של תיקון 28 היא כי מדובר בחוק של הכנסת המבטא את רצון נבחר העם, וככזה נדרש בית המשפט לכבדו. על כן, לא בנקל יקבע בית המשפט שחוק מסוים אינו חוקתי (ראו: בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת [3], בעמ' 67, להלן: פרשת הופנונג; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה [4], בעמ' 263–264, להלן: פרשת מנחם). זאת ועוד, יש לזכור שחוק שנחקק על ידי הכנסת נהנה מחזקת חוקתיות שמטילה על הטוען לאי חוקתיות את הנטל להראות – לפחות לכאורה – שהחוק אינו חוקתי, בטרם



יעבור הנטל למדינה ולכנסת להצדיק את חוקתיותו. חזקת החוקתיות אף מחייבת את בית המשפט לצאת מנקודת הנחה שהחוק לא נועד לפגוע בעקרונות חוקתיים (ראו: פרשת הופנונג [3], בעמ' 68; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון [5], בעמ' 267–269, להלן: פרשת צמח). עם זאת, על בית המשפט למלא את התפקיד המוטל עליו במשטרנו החוקתי ולבחון את חוקתיותה של החקיקה היוצאת מתחת ידה של הרשות המחוקקת. בחינה זו תיעשה תוך כדי הקפדה על האיזון העדין הנדרש בין העקרונות של שלטון הרוב ושל הפרדת הרשויות לבין ההגנה על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיסה של שיטת המשטר בישראל. מכך אף מתחייב כי הבחינה החוקתית תיעשה בזהירות ובריסון ותוך כדי הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שנבחרה על ידי המחוקק (ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל [6], בפסקה 29, להלן: פרשת פלוני). כלל זה, של זהירות וריסון בהתערבות במדיניות שנבחרה על ידי המחוקק, נכון במיוחד בכל הנוגע להתערבות בית המשפט בעניינים המבטאים מדיניות כלכלית. כך ציין בהקשר זה הנשיא א' ברק:

"בית-המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית-המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית-המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי. מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אכן, חוקי היסוד אינם תכנית לפעולה מדינית קונקרטית. הלאמה והפרטה עשויות להתקיים במסגרתם. כלכלת שוק או ניהול מרוכז של הכלכלה עשויים למצוא בה מרחבי מחיה, ובלבד שהפעילות המשקית – הפוגעת בזכויות אדם – תקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. על-כן, במקום בו קיים מיתחם של אמצעים, יש להכיר בכוח התמרון ובמרחב שיקול-הדעת של המחוקק [...] קביעת המדיניות החברתית נתונה למחוקק, והגשמתה נתונה לממשלה, להם ניתן מרחב של תמרון חקיקתי" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [7], בעמ' 386. כן ראו פרשת מנחם [4], בעמ' 263–264).

לביקורת בדבר ההיקף המצומצם של התערבות שיפוטית במדיניות כלכלית, ראו ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" [109], בעמ' 648–652.

א

בהמשך לדברים האמורים, חשוב להבהיר כי כאשר מדובר בחקיקה המביאה לפגיעה קשה בזכויות אדם מוגנות, אין בעצם העובדה, שהמניע העומד ביסוד החקיקה הוא מניע כלכלי, כדי להכריע את הכף באשר לשאלת היקפה של הביקורת החוקתית על אותה חקיקה. בנסיבות מעין אלה, הרכיב הדומיננטי בביקורת החוקתית יהיה אופי הפגיעה בזכויות האדם ועוצמתה, כמו גם קיומן של הצדקות אפשריות לפגיעה זו. הפן הכלכלי הטמון באותה חקיקה פוגענית לא יהיה אפוא כשלעצמו הפן המכריע, ככל שמדובר בחקיקה המובילה לפגיעה קשה וחמורה בזכויות אדם חוקתיות ושאינה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה.

ב

ג

15. הסוגיה החוקתית העומדת במוקד העתירה שלפנינו היא אם ובאיזה היקף רשאית המדינה – ובמיוחד הממשלה שהיא הרשות המבצעת של המדינה – להעביר לידי גורמים פרטיים את האחריות לביצוע תפקידים מסוימים שבמשך שנים היו שמורים לה ולה בלבד, בהתאם לעקרונות היסוד המשטריים של המבנה הדמוקרטי בישראל – תפקידים אשר כרוכה בהם פגיעה מהותית ויסודית בזכויות אדם. השאלה שבה נדרשנו להכריע היא, אם כן, אם ניתן לקבוע כי הפרטתן של סמכויות שלטוניות כאמור אינה חוקתית – גם אם נעשתה מכוח חקיקה ראשית של הכנסת.

ד

ה

בחינת חוקתיותו של תיקון 28 בהתאם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

16. בבואנו לבחון את טענות העותרים המבוססות על הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלינו להכריע תחילה בשאלה אם הקניית הסמכויות השונות הכרוכות בניהולו של בית סוהר ובהפעלתו לזכייני פרטי, כפי שנעשתה בתיקון 28, פגעה בזכות חוקתית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אם נמצא כי נפגעה זכות כזו יהיה עלינו לבחון אם מדובר בפגיעה כדין, היינו – פגיעה העומדת במבחניה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אם נגיע בסופה של דרך לכלל מסקנה כי תיקון 28 פוגע בזכות חוקתית, המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי פגיעה זו אינה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה, יהיה עלינו לקבוע מהו הסעד החוקתי המתאים

ו

ז

בגין הפגיעה שלא כדין (באשר לשלושת שלבי הבחינה החוקתית, ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי [8], בעמ' 428; בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל [9], בעמ' 517).

17. השאלה הראשונה שבה עלינו להכריע, אפוא, היא אם טמונה בהוראות תיקון 28 פגיעה מהותית בזכות חוקתית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ביסוד דיוננו בדבר פגיעתו של תיקון 28 בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי, מצויה ההנחה כי עצם כליאתו של אדם והשמטתו במאסר פוגעת בזכותו לחירות ולחופש התנועה. כך, גם כשהכליאה נעשית כדין. על הנחת יסוד זו מתווספת ההנחה, שהייתה להלכה שנקבעה במשפטנו, ולפיה שלילת החירות האישית וחופש התנועה של האסיר, הכרוכה בעצם המאסר, אינה מצדיקה פגיעה נוספת ביתר זכויות האדם של האסיר מעבר למידה המתחייבת מהמאסר עצמו או לשם הגשמתו של אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין (ראו: בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים [10], בפסקה 11 לפסק הדין, להלן: פרשת רופאים לזכויות אדם; עע"א 4463/94 גולן נ' שירותו בתי הסוהר [11], בעמ' 152–156, להלן: פרשת גולן). לעניין זה יפים דבריו של השופט (כתוארו אז) א' מצא:

"הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם 'שורדות' גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות, מהן מגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מגבלות שיסודן בהוראה מפורשת בדין" (פרשת גולן [11], בעמ' 152–153).

18. על יסוד הנחות אלה, נבחן את טענות העותרים באשר לפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות הנובעת מהוראות תיקון 28, המצויות, למעשה, בשני רבדים. ברובד האחד טוענים העותרים כי קיים חשש ממשי שהסמכויות שנקבעו בתיקון 28 יופעלו על ידי הזכייין הפרטי באופן פוגעני יותר כלפי זכויות האדם של האסירים מאשר האופן שבו מופעלות הסמכויות המקבילות בבתי הסוהר המצויים בניהולו של שירותו בתי הסוהר. ברובד האחר טוענים העותרים כי

העברתן של סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר לזכייין פרטי פוגעת בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי.

א

כפי שנבהיר בהמשך, תיקון 28, המאפשר את הקמתו של בית סוהר שינוהל ושיופעל על ידי תאגיד פרטי, מביא לפגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים שאמורים לרצות את עונשם באותו בית סוהר. זאת, בשל עצם העברתן של סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לידי זכייין פרטי הפועל למטרות רווח. משכך, אין אנו נדרשים להכריע בטענות כבדות המשקל שהעלו העותרים באשר לפוטנציאל לפגיעה בזכויות האדם של האסירים בין כתליו של בית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבתי הסוהר הציבוריים. יוער כי טענות העותרים בהקשר זה התבססו בעיקרן על הוראות שנקבעו בתיקון 28 בנוגע לאופי הסמכויות המוקנות לעובדי הזכייין, לפיקוח של המדינה על פעילות הזכייין הפרטי, לתמריצים הכלכליים שיעמדו לפני הזכייין ולפני המדינה בכל הנוגע לאופן הפעלתו של בית הסוהר, ולתנאי הסף שנקבעו לכשירותם המקצועית של עובדי הזכייין. כן העלו העותרים בהקשר זה טענות בדבר הפגיעה בזכויות אדם שנגרמה עקב הפעלתם של בתי סוהר בניהול פרטי במדינות אחרות, ובמיוחד בארה"ב.

ב

ג

ד

19. בחנו את טענות העותרים המבוססות על החשש מפני פגיעה בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לבתי הסוהר הציבוריים. לעניין זה, סבורים אנו כי החששות שמעלים העותרים אינם משוללי יסוד וכי אמנם קיים חשש שמא אופן הפעלתו של בית הסוהר בניהול פרטי יביא לפגיעה חמורה יותר בזכויות האדם של האסירים ביחס לבתי הסוהר הציבוריים, לנוכח העובדה שבית הסוהר הפרטי מנוהל על ידי תאגיד הפועל למטרות רווח. נראה כי החשש האמור הטריד גם את המחוקק הראשי וגם את מעניק הזיכיון, ומטעם זה נקבעו בתיקון 28 סמכויות פיקוח והשגחה רחבות שתכליתן להתמודד עם חשש זה. אף על פי כן, באנו לכלול מסקנה כי על אף שהחששות שמעלים העותרים אינם משוללי יסוד, עניינם הוא בפגיעה עתידית בזכויות אדם, שהפוטנציאל להתרחשותה אינו ודאי. לפיכך, ספק אם די בה כדי להקים בסיס חוקתי לפסילת חקיקה ראשית של הכנסת. בהקשר זה יוער כי, בטענות העותרים בדבר התוצאות של הפרטתם של בתי סוהר במדינות אחרות (ובעיקר

ה

ו

ז

בארה"ב) אין די כדי לבסס קביעה חד משמעית ומראש של בית משפט זה, שלפיה דרך ההפעלה של בית סוהר בניהול פרטי תוביל בהכרח לפגיעה בזכויות אדם, שהיא באופן ממשי רבה יותר מהפגיעה בזכויות אדם בבתי סוהר בניהול ציבורי. זאת, משום שההסדרים החקיקתיים באותן מדינות שונים מההסדר החקיקתי הקיים בישראל (במיוחד בכל הנוגע למידת הפיקוח של המדינה על הזכייין ולהיקף סמכויותיו של הזכייין), וגם משום שהנתונים ההשוואתיים עצמם אינם חד משמעיים (ראו: *A Tale of Two Systems: Cost, Quality, and Accountability in Private Prisons* [150]; Uri Timor, *Privatization of Prisons in Israel: Gains and Risks* [110], at pp. 85–88; David E. Pozen, *Managing a Correctional Marketplace: Prison Privatization in the United States and the United Kingdom* [151], at pp. 271–276; Pozen). משכך, תתבסס הכרעתנו על ההנחה כי, על אף הפוטנציאל הפוגעני שעליו הצביעו העותרים, לא הוכח – מבחינה עובדתית-אמפירית – כי אופן ההפעלה של בתי סוהר פרטיים מביא בהכרח לפגיעה רבה יותר בזכויות האדם של האסירים מזו הקיימת בבתי סוהר ציבוריים. עם זאת, הגענו למסקנה כי עצם העברת הסמכויות לניהולו של בית סוהר מידי המדינה, הפועלת בשם הציבור, לידיו של זכייין פרטי הפועל למטרת רווח, גורמת לפגיעה קשה וחמורה בזכויות האדם הבסיסיות של האסירים לחירות אישית ולכבוד האדם – פגיעה שיש, כמובן, לבחנה במשקפיה של פסקת ההגבלה. נפנה עתה להבהיר את טעמינו למסקנה האמורה.

הפגיעה של תיקון 28 בזכות החוקתית לחירות אישית

20. כליאתו של אדם בבית סוהר – בין בניהול פרטי ובין בניהול ציבורי – פוגעת, בראש ובראשונה, בזכות החוקתית לחירות אישית. זכות זו קבועה בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו נאמר בזו הלשון:

”חירות אישית  
5. אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.”

הזכות לחירות אישית היא, ללא ספק, מזכויות היסוד העיקריות והחשובות בכל משטר דמוקרטי, והיא הוכרה בשיטתנו עוד בטרם עוגנה בחוק היסוד. שלילתה של זכות זו היא אחת הפגיעות הקשות ביותר המתאפשרות במדינה

דמוקרטיה המקפידה על שלטון החוק והמגינה על זכויות האדם. פגיעה בזכות לחירות אישית היא בעלת חומרה מיוחדת מאחר שהיא כרוכה, מעצם טיבה, בפגיעה בשורה של זכויות אדם אחרות שהיכולת לממשן מוגבלת מבחינה פיסית, נפשית וערכית כאחד. על מעמדה המיוחד של הזכות לחירות אישית ועל התוצאות הקשות הנובעות מפגיעה בה עמד השופט זמיר בפרשת צמח [5]:

א "החירות האישית היא, מכוח סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות חוקתית. יתרה מזאת: החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות [...] כפי שנאמר בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, 'זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין'. רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו. והחירות האישית, יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין. משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד. אכן, שלילת החירות האישית בדרך של מאסר היא העונש הכבד ביותר שמדינה מתוקנת מטילה על עבריינים" (פרשת צמח [5], בעמ' 261–262, כן ראו פרשת פלוני [6], בפסקה 28 לפסק הדין).

ב עם זאת, אף ברום מעמדה החוקתי, הזכות לחירות אישית, ככל זכויות האדם, אינה זכות מוחלטת.

ג מהוראת סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עולה, כמוכח, כי מאסרו של אדם – בין בבית סוהר בניהול ציבורי ובין בבית סוהר בניהול פרטי – פוגע בזכותו החוקתית לחירות אישית. בהקשר זה חשוב להדגיש כי גם כאשר אדם מורשע במשפט ונידון לעונש מאסר, אין משמעות הדבר שאין עומדת לו יותר הזכות החוקתית הבסיסית לחירות אישית. אלא, שבעקבות ההרשעה וגזר הדין שבא בעקבותיה, מצטמצם היקף ההגנה על זכות זו והיא נשללת לפרק הזמן שנקבע בגזר הדין. שלילה זו היא מוצדקת, בהתאם להוראותיה של פסקת ההגבלה (ראו ע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל [12], בעמ' 550).

21. מעמדה החוקתי המיוחד של הזכות לחירות אישית והיותה תנאי למימוש זכויות אדם רבות אחרות מביאים לכך שהלגיטימיות של שלילת החירות תלויה, במידה רבה, בזהותו של הגורם המוסמך לשלול את החירות ובאופן שבו נעשית שלילת החירות. עקרון היסוד החוקתי העומד בבסיס תפישתנו זו הוא כי במדינה דמוקרטית, המכבדת זכויות אדם, ההצדקה הבסיסית לשלילת חירותו האישית של הפרט נעוצה בכך ששלילת החירות מביאה להגשמתו של אינטרס ציבורי חיוני כלשהו. תנאי זה, כמובן, אינו תנאי מספיק לשלילת חירותו האישית של הפרט אך הוא תנאי הכרחי. אותו אינטרס ציבורי חיוני, שעשוי להצדיק – ולעתים אף לחייב – את שלילת חירותו של פרט מסוים, יכול שיהא ממינים שונים. כך, למשל, במקרה הרגיל, עת עסקינן בשלילת החירות האישית בהליך הפלילי, מתבטא אותו אינטרס ציבורי בתכליותיה השונות של הענישה הפלילית, כגון הרתעה, גמול או שיקום. נוסף למישור הענישה הפלילית, עשוי האינטרס הציבורי בשלילת חירותו של פרט מסוים להתבסס על הסכנה הטמונה באותו פרט לביטחון המדינה (ראו, למשל: חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002).

22. לפי תפישתנו, שתפורט להלן, כיוון ששלילת הזכות לחירות אישית תהא מוצדקת אך ורק אם תיעשה במטרה לקדם אינטרס ציבורי חיוני או להגן עליו, השאלה אם הגורם השולל את החירות פועל, בראש ובראשונה, על מנת לקדם את האינטרס הציבורי (יהא אשר יהא), או שמא בראש מעייניו עומד אינטרס פרטי כלשהו – היא שאלה קריטית הניצבת בגרעין הקשה של הזכות לחירות אישית. התשובה לשאלה האמורה היא בעלת חשיבות כאשר לעצם הלגיטימיות של שלילת החירות. בהתאם לתפישות היסוד של המחשבה המדינית המודרנית, הפגיעה בזכות לחירות אישית כתוצאה מהקניית הסמכות לשלילת החירות לשם אכיפת הדין הפלילי לידי גורם פרטי, נובעת מכך שהמדינה מעבירה לידי גורם את אחת מסמכויותיה הבסיסיות והפוגעניות ביותר. בכך מאבד השימוש באותה סמכות חלק ניכר מהלגיטימיות שלו. על מנת להבהיר את מהותה של פגיעה זו בזכות לחירות אישית, הנגרמת על ידי תיקון 28, נבחן עתה את העקרונות העומדים בבסיס תפישתנו המתוארת לעיל ואת האופן שבו חלים עקרונות אלה על תיקון 28.





חברים כל-שהם של אותה חברה בכל ענין של זכות, וגם עונשת כל מי שעבר עבירה כלפי החברה בעונשים שקבע החוק; ועל-פי זה נקל להבחין מי ומי נמנים יחד על חברה מדינית או אינם נמנים עליה" (ג'ון לוק המסכת השניה על הממשל המדיני [94], בעמ' 65).

א

תפישה זו, בדבר אחריות החברה או הריבון (והפועלים מטעמם) לאכיפת החוק הפלילי ולשמירה על הסדר הציבורי, הפכה במרוצת השנים לאבן יסוד בהגות המדינית המודרנית של המדינות הדמוקרטיות. אף כי חלו, מטבע הדברים, שינויים והתפתחויות רבים באופן שבו נתפשים מהות המדינה ותפקידיה מאז המאה ה-17 ועד המאה ה-21, הרי שדומה כי העיקרון המשטרי הבסיסי – שלפיו המדינה, באמצעות הגופים השונים הפועלים מכוחה, היא האחראית לביטחון הציבור ולאכיפת החוק הפלילי – נותר בעינו במהלך כל אותן שנים, והוא חלק מהאמנה החברתית המקיימת גם את המדינה הדמוקרטית המודרנית. ביטוי לתפישה העקרונית בדבר מהות תפקידיה הבסיסיים של המדינה והיחסים בינה לבין האזרח ניתן למצוא בדבריו של השופט י' זמיר בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ [13], בעמ' 320:

ב

ג

ד

"[...] היחסים בין הרשות לבין האזרח הם, הלכה למעשה, יחסים דו-סטריים. לכן, לדעתי, כנגד חובת ההגינות של הרשות, נדרשת חובת הגינות של האזרח. לדרישה זאת יש שורשים עמוקים: היא צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה. לפי אמנה זאת, כמשמעותה במדינה דמוקרטית, הרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה. בדמוקרטיה, אמר השופט זילברג, [...] השלטון גופו-עצמו ובשרו של האזרח הוא [...] ' [...] השלטון (לטעמי ראוי לומר: המינהל הציבורי) מחויב לשרת את הציבור – להבטיח שלום וסדר; לספק שירותים חיוניים; להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח; לעשות צדק חברתי. אך המינהל הציבורי, שאין לו משל עצמו ולא כלום, אינו יכול לתת דבר לציבור אלא אם הוא מקבל מן הציבור. היחסים הראויים שבין המינהל לבין הציבור, ובעצם היחסים ההכרחיים, הם יחסים הדדיים של תן וקח."

ה

ו

ז

ברמה העקרונית, הוויכוח בין המצדדים בהפרטתם של בתי הסוהר לבין המתנגדים לה נשען, במידה רבה, על הדיון בשאלות מיהו הגורם המוסמך לבצע שלילת חירות לצורך אכיפת הדין הפלילי, ואם מותר וראוי לסטות מהכלל שלפיו הפעלת הכוח לעניין זה היא בידי המדינה, בשם הציבור שמכוחו היא פועלת, או שמא ניתן להפקיד כוח זה בידי גורם פרטי – לשם הדוגמה, בעל הון מעוניין. ויכוח זה מתנהל בין מלומדים ברמה האקדמית וברמה הציבורית, אך טרם הוכרע בבתי המשפט (ראו: Ira P. Robbins, *The Impact of the Delegation Doctrine on Prison Privatization* [152]; Joseph E. Field, *Making Prisons Private: An Improper Delegation of a Governmental Power* [153], להלן: Field; Ahmed A. White, *Rule of Law and the Limits of Sovereignty: The Private Prison in Jurisprudential Perspective* [154], להלן: White), at pp. 134–145). מכאן נגזר תפקידה הייחודי של המדינה באכיפת החוק הפלילי ובניהולם של בתי סוהר ציבוריים לצורך האמור. יפים בעניין זה דבריו של המלומד האמריקני John J. DiIulio, Jr.:

“At a minimum, it can be said that, both in theory and in practice, the formulation and administration of criminal laws by recognized public authorities is one of the liberal state’s most central and historic functions; indeed, in some formulations it is the liberal state’s reason for being [...] It is not unreasonable to suggest that ‘employing the force of the Community’ via private penal management undermines the moral writ of the community itself” (John J. DiIulio, Jr., *The Duty to Govern: A critical Perspective on the Private Management of Prisons and Jails* [155], at pp. 175–176, DiIulio: להלן).

24. בהתאם לעקרונות המשטר האמורים ועל פי תפישות היסוד החברתיות והמדיניות של שיטת המשטר בישראל, המדינה – באמצעות הממשלה והגופים הכפופים לה – נתפשת כגורם שעליו מוטלת האחריות להבטחת הביטחון והסדר הציבורי ולאכיפת החוק הפלילי. זרועות הביטחון השונות במדינה – ובהן צה"ל, המשטרה, שירות בתי הסוהר ושירות הביטחון הכללי – כפופות למרות

הממשלה, וככלל ראשיהן ממונים על ידיה (ראו: סעיפים 2 ו-3 לחוק-יסוד: הצבא, סעיף 8 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיף 78 לפקודת בתי הסוהר וסעיפים 3 ו-4 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002). כאשר זרועות אלה, המהוות כולן חלק מן הרשות המבצעת של המדינה, מפעילות את סמכויותיהן, הן פועלות בשם המדינה ככוח מאורגן תחת מרות הממשלה. אכן, כפיפותן של זרועות הביטחון השונות למרותה של הממשלה הנבחרת הייתה, מאז ומתמיד, אחד ממאפייניה הבולטים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מודרנית, וזהו אחד מעקרונות היסוד החוקתיים העומדים בבסיסה של שיטת המשטר בישראל (לעיון החוקתי של מעמד המיוחד של המשרתים בזרועות הביטחון השונות, לרבות שירות בתי הסוהר, ראו: סעיפים 7(8) ו-9 לחוק-יסוד: הכנסת; וכן פסקת ההגבלה המיוחדת הקבועה בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

25. נוסף לכפיפותן של זרועות הביטחון במדינה למרות הממשלה, אחד הביטויים המובהקים לעוצמה הרבה שהייתה, מאז ומתמיד, לרשות המבצעת בישראל הוא הסמכות הנתונה לה – באמצעות מנגנוני המשטרה, הפרקליטות ושירות בתי הסוהר – לאכוף את הוראות המשפט הפלילי בתחומי המדינה. העניין שלפנינו נוגע לאופן הפעלתו של אחד מהרכיבים העיקריים במנגנון אכיפתו של המשפט הפלילי במדינה – הסמכות לשלול את חירותם של אלה שהורשעו על פי הדין ושנקבע כי יוטל עליהם עונש של מאסר. סמכות זו היא אחת מהסמכויות הפוגעניות ביותר המוקנות למדינה דמוקרטית מודרנית כלפי הנתונים למרותה.

יוער כי, לכאורה, בכל הנוגע למאסר מאחורי סורג ובריח המוטל כעונש בהליך פלילי, ניתן היה לטעון כי הפגיעה בזכות לחירות אישית הנגרמת כתוצאה מהמאסר נובעת כל כולה מגזר הדין של בית המשפט, שלפיו הוטל עונש המאסר. אכן, מבחינה נורמטיבית, החלטת בתי המשפט המוסמכים של המדינה, לגזור על אדם פלוני עונש של מאסר בפועל, היא מקור הסמכות לפגיעה בזכות החוקתית של אותו אדם לחירות אישית. אולם, הפגיעה בפועל בזכות לחירות אישית מתרחשת יום ביום בכל רגע שבו האסיר נמצא בין כותלי הכלא. אותה פגיעה בזכות לחירות אישית נעשית על ידי הגוף המנהל והמפעיל את בית הסוהר שבו שוהה האסיר ועל ידי עובדי אותו גוף, שתפקידם העיקרי

הוא להבטיח כי האסיר ירצה כנדרש את עונש המאסר שנגזר עליו (כפוף, כמובן, להוראות הדין) ויציית לכללי ההתנהגות בכלל המגבילים אף הם את חירותו האישית.

א

בישראל, הסמכות להעניש אדם שהורשע על פי הדין ולכלוא אותו בבית סוהר לשם ריצוי עונשו היא, אם כן, אחת מסמכויותיה המובהקות של המדינה; על פי החוק, הגוף האחראי למימוש תפקיד זה של המדינה הוא שירות בתי הסוהר. סמכות זו, כמו גם סמכויותיהן של יתר זרועות הביטחון, היא ביטוי לעקרון יסודי רחב יותר של שיטת המשטר בישראל, ולפיו למדינה – באמצעות הממשלה והגופים הביטחוניים השונים הכפופים לה – נתונה רשות בלעדית לעשות שימוש בכוח מאורגן בכלל, ולשם אכיפת המשפט הפלילי – בפרט (לדיון ביקורתי בשאלת המונופול המוקנה למדינה על השימוש בכוח ראו: Clifford J. Rosky, *Force, Inc.: The Privatization of Punishment, Policing, (and Military Force in Liberal States* [156]

ב

ג

26. המונופול הנתון למדינה – באמצעות הרשות המבצעת ובאמצעות הגופים הפועלים מכוחה – על השימוש בכוח מאורגן הוא בעל חשיבות בשני מישורים. במישור האחד, יש להביא בחשבון כי הלגיטימיות הדמוקרטית להפעלת כוח, לשם הגבלת חירותם של פרטים ולשלילת זכויות אדם שונות, נשענת על כך שכוח מאורגן המופעל על ידי המדינה ומטעמה הוא שמבצע את הפגיעה באותן זכויות. אלמלא הייתה הפעלת כוח זו נעשית על ידי מוסדותיה המוסמכים של המדינה, בהתאם לסמכויות הנתונות להם ולשם קידום האינטרס הציבורי הכללי – ולא אינטרס פרטי זה או אחר – לא הייתה הפעלת הכוח האמורה זוכה ללגיטימיות דמוקרטית, ומדובר היה למעשה בהפעלה פסולה ושרירותית של אלימות. במישור האחר, העובדה שאלה שמפעילים את הכוח המאורגן פועלים כחלק מהמדינה וכפופים לדינים ולנורמות החלים על מי שפועל כחלק מגופי המדינה ואף לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי, במובנו הרחב של מושג זה – יש בה כדי להפחית באופן ממשי את הסכנה כי הכוח הרב הנתון לאותם גופים ינוצל לרעה וכי הסמכויות הפוגעניות הנתונות להם יופעלו באופן שרירותי או לקידומן של מטרות זרות. כמובן, שני המישורים הללו קשורים ביניהם ומשפיעים זה על זה. זאת, שכן הלגיטימיות הדמוקרטית שניתנת לגופים שמפעילים כוח מאורגן בשם המדינה היא שמאפשרת להם,

ד

ה

ו

במוכן המהותי, להפעיל את הסמכויות הנתונות להם כלפי כל אדם. במקביל, בכך שאותם גופים פועלים בגדר המנגנון המדינתי הדמוקרטי וכפופים לכלליו, יש כדי לחזק את הלגיטימיות הניתנת להם. על הקשר ההדוק שבין זהות הגורם המפעיל את הכוח כלפי האסירים לבין הלגיטימיות של עצם הפעלת הכוח עמד DiIulio בזה הלשון:

“In my judgment, to continue to be legitimate and morally significant, the authority to govern those behind bars, to deprive citizens of their liberty, to coerce (and even kill) them, must remain in the hands of government authorities. Regardless of which penological theory is in vogue, the message ‘Those who abuse liberty shall live without it’ is the philosophical brick and mortar of every correctional facility. That message ought to be conveyed by the offended community of law-abiding citizens, through its public agents, to the incarcerated individual. The administration of prisons and jails involves the legally sanctioned coercion of some citizens by others. This coercion is exercised in the name of the offended public. The badge of the arresting police officer, the robes of the judge, and the state patch of the corrections officer are symbols of the inherently public nature of crime and punishment” (DiIulio [155], at p. 173).

27. לאחר שעמדנו לעיל על העיקרון המשטרי בדבר המונופול המוקנה למדינה על השימוש בכוח בכלל, ועל שלילת חירותם האישית של פרטים לשם אכיפת הדין הפלילי בפרט, נבחן עתה את היחס בין עיקרון כללי זה לבין ההסדר שנקבע בתיקון 28. ההוראה העיקרית בתיקון 28, שתעמוד במוקד הבחינה החוקתית ושממנה נגזרות יתר הוראות התיקון שחוקתיותן עומדת על הפרק, היא הוראת סעיף 128 יב לפקודת בתי הסוהר. הוראה זו מגדירה את תחומי האחריות של הזכיון הפרטי, שאמור להקים את בית הסוהר בניהול פרטי, לנהלו ולהפעילו. נוסח סעיף 128 יב מופיע בפסקה 11 לעיל, אולם מפאת חשיבותו לענייננו נחזור להלן על נוסח הסעיף:

- אחריות 128 יב. (א) הזכייין אחראי להקמה לניהול ולהפעלה  
 הזכייין תקינים של בית הסוהר בניהול פרטי ובכלל  
 זה:
- א (1) לשמירה על הסדר הטוב, המשמעת  
 וביטחון הציבור בבית הסוהר בניהול  
 פרטי;
- ב (2) למניעת בריחתם של אסירים הנתונים  
 במשמורת בבית הסוהר בניהול פרטי;
- ג (3) לדאגה לרווחת האסירים ולבריאותם,  
 ולנקיטת צעדים במהלך המאסר  
 שיסייעו לשיקומם לאחר השחרור  
 ממאסר, לרבות הכשרה לעבודה  
 והקניית השכלה;
- והכל לפי הוראות כל דין והוראות ההסכם  
 ותוך שמירה על זכויות אסירים.
- ד (ב) הזכייין ינקוט את כל האמצעים הדרושים  
 לשם קיום אחריותו כאמור בסעיף קטן (א)  
 לרבות אמצעים כאמור שנקבעו בהסכם,  
 ובין השאר ימנה לשם כך מנהל ועובדי  
 זכייין לפי הוראות פרק זה".
- ה
- הקושי החוקתי שמעורר תיקון 28 נוגע להטלת האחריות לניהול ולהפעלה  
 של בית הסוהר בידי זכייין פרטי, ובאופן קונקרטי יותר – להטלת האחריות  
 לנושאים המפורטים בסעיפים 128 יב(א)(1) ו-128 יב(א)(2) הנ"ל, היינו:  
 האחריות "לשמירה על הסדר הטוב, המשמעת וביטחון הציבור" והאחריות  
 "למניעת בריחתם של אסירים הנתונים במשמורת". תחומי אחריות אלה, שמהם  
 נגזרות, למעשה, כל יתר הסמכויות הפוגעניות הנתונות למנהל בית הסוהר  
 מטעם הזכייין ולעובדי הזכייין, הם התחומים אשר, לטענת העותרים, אסור  
 למדינה להאציל או להעביר את האחריות להם לגורם פרטי. זאת ועוד, חשוב  
 לציין כי הוראות תיקון 28 עלולות אף להשפיע במידה מסוימת על משכה של

תקופת המאסר, שכן להתנהגותו של האסיר בכלא יש השפעה בלתי מבוטלת על האפשרות לשחרורו המוקדם מן המאסר, בהתאם לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001. בהקשר זה מן הראוי לציין כי, בהתאם לסעיף 9(7) לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, נדרשת ועדת השחרורים הפועלת לפי החוק להתחשב, בין היתר, בחוות הדעת על האסיר שניתנה על ידי מנהל בית הסוהר בניהול פרטי, הממונה כזכור על ידי הזכייין (יצוין כי סעיף 9(7) הנ"ל מתייחס גם לאפשרות של הגשת חוות דעת על האסיר בבית הסוהר בניהול פרטי על ידי אחד המפקחים הפועלים בבית הסוהר מטעם שירות בתי הסוהר).

28. הסמכויות הכרוכות בשמירה על הסדר הטוב, על המשמעת ועל ביטחון הציבור בבית הסוהר והסמכויות הכרוכות במניעת בריחתם של אסירים ממשמורת הן, באופן מסורתי, מסמכויותיה המובהקות של המדינה. ריבונותה של המדינה וכוח הכפייה שלה כלפי הנתונים למרותה באים לידי ביטוי מובהק בסמכות המוקנית לה לכלוא בני אדם שהורשעו במשפט בבתי סוהר, לפקח על אותם אסירים פיקוח קפדני, מתמשך והדוק באופן שפוגע קשות (פגיעה שעשויה להיות מוצדקת) בחירותם האישית, בכבוד האדם שלהם ובפרטיותם, ולנקוט אמצעים שונים – לרבות שימוש בכוח קטלני באופן שמסכן את הזכות לחיים ולשלמות הגוף – על מנת למנוע את בריחתם של האסירים מבית הסוהר. בית הסוהר הוא אפוא המוסד שבו מתרחשות (גם כאשר הוא פועל כדין), ועוללות להתרחש, הפגיעות הקשות ביותר בזכויות אדם שאותן רשאית מדינה דמוקרטית מודרנית להשית על הנתונים למרותה.

כבר עמדנו על כך כי, בהתאם לערכי היסוד של החברה והמשטר בישראל, נובעת הלגיטימיות של הפעלת סמכויות, הכרוכות בפגיעה קשה בזכות החוקתית לחירות אישית, מכך שאותן סמכויות מופעלות מטעם המדינה ובשמה, לאחר שהאדם שכלפיו הן מופעלות נשפט והורשע על ידי מערכת המשפט של המדינה. כליאתו של אדם בבית האסורים מבטאת את מיצוי ההליך הפלילי שנקט נגדו על ידי המדינה בשם הציבור כולו. סמכות הכליאה, כמו גם יתר הסמכויות הפוגעניות הנגזרות ממנה, נמנות, אם כן, עם סמכויותיה המובהקות של המדינה מכוח התאגדותה השלטונית ומבטאות את העיקרון המשטרי בדבר המונופול המוקנה למדינה על הפעלת כוח מאורגן לשם קידום האינטרס הציבורי הכללי. בהקשר זה יש לזכור כי שלב הענישה של עבריין

פלוני, שהורשע על ידי בית משפט מוסמך ונגזר דינו למאסר, אינו שלב  
"יישומי-טכני" בלבד של הדין הפלילי. מדובר בחלק מהותי ובלתי נפרד  
מההליך הפלילי שנוקטת המדינה כלפי הפרט, שבלעדיו מאבדים החלקים  
א הקודמים בהליך חלק ניכר ממשמעותם. אכן, כשם שהמדינה, באמצעות הרשות  
המחוקקת, אחראית להסדרת החקיקה הפלילית, כך היא גם נושאת באחריות  
לאכיפת החוק הפלילי ולענישת העבריינים בהתאם לחוק, באמצעות הרשות  
המבצעת, אחריות שמוגשמת, בין היתר, על ידי הטלת התפקיד של ניהול בתי  
ב סוהר ושל הפעלתם על המדינה (ראו [153] Field, בעמ' 669).

29. היקפן של הזכות לחירות אישית ושל הסמכות לפגיעה כדין בזכות זו  
נגזר מהעקרונות הבסיסיים של שיטת המשטר בישראל שעליהם עמדנו בדבר  
אחריות המדינה והפועלים מטעמה לשמירה על הסדר הציבורי ולאכיפת החוק  
הפלילי, אחריות המצדיקה מתן סמכויות נרחבות לפגיעה בזכויות אדם בידי  
ג אותם גורמים. לפיכך, ניתן לומר שכאשר המדינה, באמצעות גופיה המוסמכים,  
היא שמפעילה את הכוח הכופה הכרוך בשלילת חירותם של אסירים והיא  
שאחראית בפועל לשלילת החירות, מוענקת בכך לגיטימיות רבה יותר לפגיעה  
בזכות החוקתית לחירות של אותם אסירים. אכן, כאשר המדינה, באמצעות  
T שירות בתי הסוהר, היא השוללת את חירותו האישית של פרט – בהתאם לעונש  
שנגזר עליו על ידי בית משפט מוסמך – היא מגשימה בכך את אחריותה  
הבסיסית כריבון שאחראי לאכיפת החוק הפלילי ולקידום האינטרס הציבורי  
הכללי. לעומת זאת, כאשר הסמכות לשלילת חירותו של הפרט ניתנת בידי  
ה תאגיד פרטי, נפגעת הלגיטימיות של עונש המאסר, שכן העונש נאכף על ידי  
גורם המונע, בראש ובראשונה, משיקולים כלכליים, שהם למעשה שיקולים זרים  
בכל הנוגע להגשמתן של מטרות הענישה, שהן מטרות ציבוריות.

30. נראה אפוא כי תיקון 28 מעורר שאלה בעלת חשיבות חוקתית מן  
המעלה הראשונה, המצויה, כפי שהבהרנו בפסקה 22 לעיל, בגרעין הקשה של  
הזכות לחירות אישית, והיא – אם ניתן להפקיד את הכוח לשלילת החירות בידי  
גורם הפועל במטרה לקדם אינטרס שהוא פרטי בעיקרו.

תיקון 28 קובע הסדר שמסמך תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח לפגוע  
בזכות החוקתית לחירות אישית. בכך שהוא מכפיף את האסירים לגוף פרטי  
ז



הפועל ממניעים כלכליים, יוצר תיקון 28 פגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית, שהיא פגיעה לעצמה המתווספת לפגיעה שנגרמת כתוצאה מעצם המאסר מאחורי סורג ובריח. הפגיעה האמורה נוגעת ללב הזכות לחירות אישית, משום שהיא כרוכה בעצם הסמכות להחזיק אדם בכלא ובתנאי כליאתו (לרבות האפשרות לשלילת הטבות שונות בתוך הכלא). מקור הפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית, הנגרמת על ידי תיקון 28, טמון אפוא במיהות ובמהות הגוף, שלו הוקנו הסמכויות לפגוע בחירויות הכרוכות בניהולו של בית סוהר ובהפעלתו, בשני היבטים. ראשית, המדינה, לאחר שקבעה באמצעות בתי המשפט שלה כי יש להטיל על אדם מסוים עונש מאסר, אינה נושאת במלוא האחריות להוצאתה לפועל של החלטה זו, על הפגיעה בזכויות האדם הנובעת מכך. מצב דברים זה מביא לפגיעה בלגיטימיות של עונש המאסר עצמו ושל הפגיעות בזכויות אדם שונות המתחייבות ממנו (ובראש ובראשונה, בזכות החוקתית לחירות אישית). שנית, ובמקביל לכך, נחשף האסיר הכלוא בבית סוהר בניהול פרטי לפגיעה בזכויותיו על ידי גורם המונע ממערכת שיקולים ואינטרסים שונה מזו המניעה את המדינה כאשר זו מנהלת ומפעילה – באמצעות שירות בתי הסוהר – את בתי הסוהר הציבוריים. הפגיעה העצמאית בזכות החוקתית לחירות אישית של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי נגרמת גם בהנחה שמבחינה עובדתית-אמפירית לא הוכח כי תרחש באותו בית סוהר פגיעה קשה יותר באסירים עקב התנאים הפיסיים ועקב האמצעים הפוגעניים שיינקטו כלפיהם בהשוואה לבתי הסוהר הציבוריים.

אכן, בבואנו לבחון את עוצמת הפגיעה בזכות לחירות אישית הכרוכה במאסרו של אדם מאחורי סורג ובריח, עלינו להתחשב לא רק בעצם שלילת חירותו האישית של אותו אדם לתקופה מסוימת, אלא גם באופן שבו נשללת החירות. היקפה הרחב של הזכות המוגנת בא לידי ביטוי באופנים שונים, והוא המצדיק גם את הרחבתה של מידת ההגנה עליהם. הזכות לחירות אינה נפגעת רק מעצם שלילתה הטוטלית. מדרג הפגיעה בזכות הוא רחב ומורכב. באופן שבו נעשית הפגיעה בזכות החוקתית, בטיב הפגיעה ובעוצמתה יש, מטבע הדברים, כדי להשפיע על בחינת חוקתיותה של הפגיעה במשקפיה של פסקת ההגבלה (ראו והשוו: בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט [14], בעמ' 681–683, 692–693, 694–693; פרשת מנחם [4], בעמ' 260–261).

31. בהקשר זה יצוין כי אין אנו רואים לקבל את טענת הזכיינית שלפיה כל שתיקון 28 קובע הוא בגדר הסתייעות באחר ולא בגדר האצלה של סמכויות או העברתן. כידוע, ההבחנה בין הסתייעות של רשות בגורם פרטי לשם ביצוע תפקידיה לבין אצילה של סמכויות לגורם פרטי התפתחה במשפטנו המינהלי, וההבחנה העיקרית בין שני המצבים נוגעת להיקף הסמכויות ושיקול הדעת המוענק לגורם הנאצל על ידי הרשות המוסמכת (ראו: בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות [15], בעמ' 422–424; בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות [16]; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב [95], בעמ' 541–550, 561–562). בנסיבות העניין שלפנינו – אף אם קיימים הבדלים מסוימים בין היקף הסמכויות הנתונות לעובדי הזכייין הפרטי המפעיל את בית הסוהר לבין היקף הסמכויות הנתונות לסוהרים של שירות בתי הסוהר – הרי שבחינה של הוראות תיקון 28 מעלה כי סמכויות רחבות היקף הכרוכות בניהולו השוטף של בית הסוהר, לרבות אכיפת הסדר והמשמעת בו, הוענקו לזכייין הפרטי.

הסמכויות הנתונות לזכייין הפרטי אינן סמכויות טכניות בלבד. מדובר בסמכויות פוגעניות הכרוכות באופן שגרתי בהפעלתו של שיקול דעת מצד מנהל בית הסוהר מטעם הזכייין ומצד העובדים הכפופים לו, שבידיהם שליטה על התנהלותה של שגרת החיים היומיומית של האסירים בבית הסוהר. זאת ועוד, מטבע הדברים, ניהולו של בית סוהר והפעלתו מחייבים התמודדות עם נסיבות בלתי צפויות תוך כדי מגע בלתי אמצעי עם האסירים וקבלת החלטות מהירות באופן מיידי, כאשר הפיקוח והבקרה על קבלת ההחלטות ועל אופן הפעלתו של שיקול הדעת אפשריים בדיעבד בלבד. אכן, דומה כי, בכל הנוגע להתנהלותם של בתי סוהר פרטיים, קיים קושי ממשי ביותר ביצירת הבחנה ברורה בין קביעת המדיניות על ידי המדינה לבין אופן יישומה בפועל על ידי הזכייין הפרטי (ראו: Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance* [157], at pp. 632–633; DiIulio [155], בעמ' 176). בנסיבות אלה, ברי כי ההסדרים שנקבעו בתיקון 28 הם בגדר העברה (או, למצער, האצלה) של סמכויות משירות בתי הסוהר לזכייין הפרטי, שאחראי לניהולו של בית הסוהר ולהפעלתו, ואין הם אך בגדר הסתייעות של בעל הסמכות השלטונית בגורם פרטי, כפי שטוענת הזכיינית.

32. נזכיר עוד כי בטיעוניהן בתשובה לעתירה טענו המשיבות (המדינה והזכיינית) כי קיימים הסדרים נוספים שונים בחוק המאפשרים להפעיל סמכויות שונות בעלות אופי שלטוני על ידי גורמים פרטיים. דוגמאות להסדרים מעין אלה הן: האפשרות למינוי עורך דין פרטי לתובע בהליך פלילי בהתאם להסמכה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, לפי סעיף 12(א)(1)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (ראו: בג"ץ 8340/99 גורלי כוחן ושות' – משרד עורכי דין נ' היועץ המשפטי לממשלה [17]; בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [18]); האפשרות, הקבועה בסעיף 5 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, למנות אדם פרטי שהוסמך לכך ל"בעל תפקיד" לצורך הוצאתם לפועל של פסקי דין אזרחיים; קיומם של מוסדות סיעודיים ופסיכיאטריים הפועלים למטרות רווח ואשר לאנשי הסגל בהם יש שליטה מלאה על ההיבטים השונים של חיי השוהים בהם. שאלת חוקתיותם וחוקיותם של הסדרים אלה אינה מתעוררת בעתירות שלפנינו, ולפיכך אין אנו נדרשים לנקוט עמדה לגביה. אולם, קשה לחלוק על כך שמדובר בפונקציות, שעוצמת הקשר שלהן לסמכויות השלטוניות המובהקות של המדינה, ועוצמת הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה בהפעלתן, הן פחותות מאלה שנוגעות לסמכויות הכרוכות בניהולו של בית סוהר ובהפעלתו, שהן העומדות על הפרק בעתירה שלפנינו (לדיון בשאלת המגבלות החוקתיות והחוקיות המוטלות על תהליך ההפרטה, ראו: דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" [111]; דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" [112]; יואב דותן, ברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" [113]. כן השוו Clayton P. Gillette & Paul B. Stephan III, *Constitutional Limitations on Privatization* [158].

33. סיכומם של דברים: המסקנה שאליה הגענו היא כי תיקון 28 מביא לפגיעה עצמאית נוספת בזכות החוקתית לחירות אישית, מעבר לפגיעה הנובעת מהמאסר עצמו. ניתן אפוא לומר כי עמדתנו היא שעוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית של אסיר, שהגוף האחראי לכליאתו הוא תאגיד פרטי המונע משיקולים כלכליים של רווח והפסד, היא רבה יותר מעצם טיבה בהשוואה לעוצמת הפגיעה באותה זכות של אסיר שהגוף האחראי לכליאתו הוא גוף ממשלתי שאינו פועל משיקולים דומים. זאת, גם אם משך המאסר שאותו מרצים שני האסירים הללו הוא זהה וגם אם הפגיעה בזכויות האדם המתרחשת

בפועל בין כתליו של כל אחד משני בתי הסוהר שבהם הם מרצים את עונשיהם היא זהה. לאור מסקנה זו, נשאלת השאלה, שאליה נידרש בהמשך, אם ניתן לקבוע כי פגיעה עצמאית זו נעשית כדין, בהתאם לפסקת ההגבלה.

א

הפגיעה של תיקון 28 בזכות החוקתית לכבוד האדם

34. נוסף לפגיעה בזכות לחירות אישית, פוגע תיקון 28 גם בזכות החוקתית לכבוד האדם, שהאיסור לפגוע בה קבוע בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בזו הלשון:

ב

”שמירה על החיים, 2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.”  
הגוף והכבוד

ג

על מנת שנוכל לבחון את הטענה בדבר הפגיעה בכבוד האדם, הנגרמת כתוצאה מהוראות תיקון 28, שומה עלינו לעמוד תחילה על תוכן הזכות החוקתית לכבוד האדם ועל היקף פרישתה בנסיבות העניין שלפנינו. בפסק הדין בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [19] (להלן: פרשת התנועה למען איכות השלטון), נקבע כי המודל שאומץ בבית המשפט העליון בכל הנוגע להיקף פרישתה של הזכות החוקתית לכבוד האדם הוא "מודל הביניים", דהיינו – הזכות לכבוד האדם אינה כוללת אך אותן פגיעות מובהקות הקשורות לאנושיותו של האדם, כגון פגיעות גופניות ונפשיות, השפלה והשמצה, אולם מנגד היא אינה משתרעת על זכויות האדם כולן. באותה פרשה התייחס הנשיא ברק לתוכן הזכות החוקתית לכבוד האדם בזו הלשון:

ד

ה

ו

ז

”מהו כבוד האדם על פי גישתו של בית המשפט העליון? את התשובה לשאלה זו יש לתת על ידי מתן פרשנות חוקתית ללשון החוק על רקע תכליתו. גישה פרשנית זו מתבססת על ההיסטוריה של ההוראה בחוק היסוד, על יחסה להוראות אחרות בחוקי היסוד, על ערכי היסוד של השיטה ועל המשפט המשווה. היא נותנת משקל מרכזי לפסיקתו של בית משפט זה באשר להיקפו של כבוד האדם. על יסוד כל אלה מסקנתנו היא כי הזכות לכבוד האדם מהווה אגד

של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה שבה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (פרשת התנועה למען איכות השלטון [19], בפסקה 35 לפסק דינו של הנשיא ברק).

א

ב

35. יהא תוכנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם אשר יהא, אין חולק כי הזכות לכבוד חלה על מניעת השפלתו של אדם ועל מניעת פגיעה בצלם האנוש שלו ובערכו כאדם. הזכות לכבוד האדם היא זכות שממנה זכאי ליהנות כל אדם באשר הוא אדם. אמנם, בעת כניסתו של אדם לבית הסוהר נשללים ממנו חירותו וחופש התנועה וכן זכויות נוספות שהפגיעה בהן נגזרת מן המאסר. אולם, האסיר הכלוא בבית סוהר אינו מאבד את זכותו החוקתית לכבוד האדם. זמן רב לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עמד השופט (כתוארו אז) א' ברק על כך שהזכות לכבוד האדם נתונה גם לאסירים ולעצירים. כך קבע השופט ברק בהקשר זה בבג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר [20], בעמ' 298:

ג

ד

"כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם. זכויות אלה כלולות 'במגילת הזכויות השיפוטית' [...] אשר הוכרה על-ידי בית-משפט זה. הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העצור והאסיר. חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי [...]. אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העציר לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו".

ה

ו

קביעה זו, בדבר זכותם של אסירים ועצירים לכבוד האדם, קיבלה, כמובן, משנה תוקף עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועם הפיכתה של הזכות לכבוד האדם לזכות חוקתית על-חוקית, שאותה חייבת כל רשות שלטונית לכבד.

ז

על החשיבות החברתית שיש לייחס להגנה על כבוד האדם של אסירים עמד השופט (כתוארו אז) א' מצא בזו הלשון:

- א "עלינו לזכור ולהזכיר, שכבוד האדם של האסיר הוא ככבודו של כל אדם. המאסר פוגע בחירותו של האסיר, אך אסור שיפגע בכבוד האדם שלו. זכות יסוד היא לאסיר שכבודו לא ייפגע, ועל כל רשויות השלטון מוטלת חובה לכבד זכות זו וכן להגן עליה מפני פגיעה [...] יתר-על-כן: פגיעה בכבוד האדם של אסיר פוגעת לא רק באסיר, אלא גם בדמותה של החברה. יחס אנושי לאסירים מהווה חלק מנורמה מוסרית-אנושית שמדינה דמוקרטית מצווה לקיימה. ומדינה הפוגעת בכבוד אסיריה, מפרה את חובתה, המוטלת עליה כלפי כלל אזרחיה ותושביה, לכבד את זכויות היסוד של האדם" (פרשת גולן [11], בעמ' 156).
- ב
- ג

36. אכן, קשה לחלוק על כך שעצם כליאתו של אדם מאחורי סורג ובריה והכפפתו לכללי ההתנהגות הנוהגים בבית הסוהר פוגעת בכבוד האדם שלו. פגיעה זו נגרמת בין שאותו אדם נכלא בבית סוהר ציבורי, ובין שכליאתו היא בבית סוהר בניהול פרטי. לפיכך, השאלה שבה עלינו להכריע במקרה דנן היא אם יש בכליאתו של אדם בבית סוהר בניהול פרטי – ולא בבית סוהר ציבורי – כדי להגביר את עוצמת הפגיעה בכבוד האדם שלו.
- ד

- כליאתם של אסירים בבית סוהר בניהול פרטי מביאה למצב שבו התכליות הציבוריות המובהקות של המאסר מתערבבות ונמזגות בשיקולים שאינם ממין העניין הנובעים ממטרה כלכלית פרטית – קרי: רצונו של התאגיד הפרטי שמפעיל את בית הסוהר להשיא את רווחיו הכספיים. כתוצאה מכך, קיים חשש טבוע ומובנה כי ביצוע המאסר, המבוסס על התכלית הכלכלית הפרטית, הופך את האסירים, למעשה, בעצם כליאתם בבית סוהר בניהול פרטי, לאמצעי להפקת רווחים כספיים על ידי התאגיד שמנהל את בית הסוהר וש מפעיל אותו. ודוקו: עצם קיומו של המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם, ופגיעה זו בכבוד האדם של האסירים אינה תלויה במידת הפגיעה בזכויות אדם המתרחשת בפועל בין כותלי הכלא (השוו, לעניין הסוגיה של העסקת עובדים בבית הסוהר, בג"ץ 1163/98 שדו"ת נ' שירותו בתי הסוהר [21]).
- ה
- ו
- ז
- ח

37. הפגיעה המתוארת לעיל בכבוד האדם של האסירים, הנובעת מעצם קיומו של בית סוהר בניהול פרטי, מועצמת מטבע הדברים בשל אופיין הפוגעני של הסמכויות, שתיקון 28 מאפשר לזכיין הפרטי ולעובדיו להפעיל כלפי האסירים, מעבר לפגיעה הטמונה בכליאה כשלעצמה. בהן, כאמור, השמת אסיר בהפרדה מינהלית לפרק זמן של עד 48 שעות, שימוש בנשק על מנת למנוע בריחת אסירים מבית הסוהר, שימוש בכוח סביר לשם עריכת חיפוש על גופם של האסירים, בחינה חזותית של גופם העירום של אסירים ולקיחת דגימות שתן מאסירים. עוד יצוין כי אין אנו רואים לקבל את טענת המדינה, שלפיה הפגיעה הנובעת מעצם הפעלת המרות כלפי אסיר על ידי עובד של חברה פרטית נעוצה בתחושתו הסובייקטיבית של הטוען, אולם אין מדובר בטענה משפטית במהותה. הפגיעה בכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי אין היא פגיעה שמקורה בתחושותיהם הסובייקטיביות של אותם אסירים, אלא פגיעה אובייקטיבית בזכותם החוקתית לכבוד האדם.

38. היבט נוסף של הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם הנגרמת על ידי תיקון 28 טמון במשמעות החברתית והסמלית המיוחסת לכליאה בבית סוהר בניהול פרטי. על היבט זה של הזכות לכבוד האדם, המייחד אותה בהשוואה לזכויות אדם אחרות, עמד המלומד פרופ' מאיר דן-כהן, שמביא השקפה כי קיומה של פגיעה בכבוד האדם, הנובעת ממעשה או ממוסד מסוים, תלוי במשמעות הסמלית המיוחסת בחברה לאותו מעשה או מוסד. זאת, בין שהמקור של אותה משמעות סמלית הוא בתוכן הגלוי והמפורש שלה, ובין שמקורה הוא במוסכמות חברתיות כאלה או אחרות בנוגע למעשה או למוסד האמורים. כל זאת, ללא תלות הכרחית בנתונים האמפיריים על אודות אותו מעשה או מוסד (שייתכן כי הם המקור של המשמעות הסמלית), וללא קשר לכוונה הספציפית של מבצע המעשה הנמנה עם אותו סוג מעשים בנסיבות קונקרטיות. וכך כותב פרופ' דן-כהן בהקשר זה:

“Once an action-type has acquired a symbolic significance by virtue of the disrespect it typically displays, its tokens will possess that significance and communicate the same content even if the reason does not apply to them [...] As long as certain actions are generally considered to express disrespect,

one cannot knowingly engage in them without offending against the target's dignity, no matter what one's motivations and intentions are" (MEIR DAN-COHEN, HARMFUL THOUGHTS: ESSAYS ON LAW, SELF, AND MORALITY [134], at p. 162).

א

ב

ג

תפישה עקרונית זו בדבר מהותה הייחודית של הזכות לכבוד האדם מבטאת גישה ההולמת את העניין שלפנינו, עת דנים אנו במובנה הצר והגרעיני של הזכות. אכן, במקרים רבים, תהיה פגיעה בכבוד האדם מלווה בפגיעה בזכויות אדם נוספות, כגון פגיעה בזכות לחיים ולשלמות הגוף ופגיעה בזכות לפרטיות. עם זאת, פגיעה בכבוד האדם תיתכן גם כפגיעה "עצמאית", כאשר מעשה מסוים שנעשה או מוסד מסוים שהוקם אינם פוגעים כשלעצמם בזכויות אדם אחרות, אך עצם עשייתם או קיומם מבטאת מבחינה חברתית יחס של חוסר כבוד לפרט ולערכו כאדם. בכל הנוגע לתיקון 28, הגישה המתוארת מחייבת אותנו לבחון מהי המשמעות שמיוחסת בחברה הישראלית לכליאתו של אדם בבית סוהר המנוהל והמופעל על ידי תאגיד פרטי, שלעובדיו נתונות סמכויות פוגעניות שונות כלפי האסירים הכלואים בבית הסוהר.

ד

ה

ו

ז

39. תיקון 28 פוגע אמנם, כפי שהסברנו לעיל, בזכות החוקתית לחירות אישית. אולם, נוסף על כך, הוא פוגע בפגיעה "עצמאית", כמתואר לעיל, בכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי. זאת, שכן כליאתו של אדם בבית סוהר בניהול פרטי מנוגדת לתפישה הבסיסית של החברה בישראל (תפישה שעליה עמדנו בפסקאות 24–25 לעיל) בדבר אחריות המדינה, הפועלת באמצעות הממשלה, לשימוש בכוח מאורגן כלפי אלה הנתונים למרותה ובדבר היותה של סמכות הכליאה אחת מהסמכויות השלטוניות המובהקות המייחדות את המדינה. כאשר המדינה מעבירה את סמכות הכליאה של אסירים, על הסמכויות הפוגעניות הכרוכות בה, לידי תאגיד פרטי הפועל למטרת רווח, מבטא מהלך זה – הן במישור המעשי הן ברמה הערכית והסמלית – הסרת חלק ניכר מאחריות המדינה לגורלם של האסירים, תוך כדי חשיפתם לפגיעה בזכויותיהם על ידי גוף פרטי הפועל למטרות רווח. התנהלות זו של המדינה פוגעת בכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי, שכן התכליות הציבוריות העומדות ביסוד מאסרם והמקנות לו לגיטימציה מתערערות, ומאסרם הופך, כמתואר לעיל, לאמצעי להפקת רווח על ידי תאגיד פרטי. משמעות



סמלית זו נובעת, אם כן, מעצם קיומו של תאגיד פרטי שניתנות לו סמכויות לכלוא בני אדם מאחורי סורג ובריח תוך כדי הפקת רווח כספי מכליאתם (ראו, בהקשר זה: Ira P. Robbins, *Privatization of Corrections: Defining the Issues* [159], at pp. 826–827).

א

היחס בין המגבלות על סמכויות הזכיין ומנגנוני הפיקוח שנקבעו בתיקון 28 לבין הפגיעה בזכויות לחירות אישית ולכבוד האדם

40. בכאנו להעריך את מהות הפגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, הנגרמת על ידי תיקון 28, ואת עוצמתה, שומה עלינו להתחשב במגבלות השונות על פעילות הזכיין הפרטי שנקבעו בתיקון 28, וכן באמצעי הפיקוח השונים על פעילות הזכיין שנקבעו בתיקון. לטענת המדינה והזכיינית, לנוכח המגבלות והסדרי הפיקוח האמורים, אין לומר כי התיקון מבטא התנערות של המדינה מאחריותה הבסיסית לאכיפת החוק הפלילי.

ב

ג

41. אכן, נכונה טענת המשיבים כי נעשה על ידי המחוקק ניסיון של ממש לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם הנגרמת על ידי תיקון 28. חשוב לציין כי לא נקבעו בתיקון הוראות המתירות פגיעה חמורה יותר בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבתי הסוהר בניהול ציבורי. נוסף על כך, יש לציין כי סמכויות פוגעניות מסוימות הנתונות לסוהרים בשירות בתי הסוהר – ובהן הסמכות לשיפוט משמעתי של אסירים והסמכות להורות על הארכת משך התקופה שבה מוחזק אסיר בהפרדה מינהלית מעבר ל-48 שעות – אינן מוקנות לעובדי הזכיין הפרטי. לא זו אף זו, סעיף 128א לפקודת בתי הסוהר, שנחקק בתיקון 28, מסדיר את האופן שבו יחולו הוראות הדין המתייחסות לבית סוהר בניהול ציבורי על בית סוהר בניהול פרטי. בהקשר זה, קובע סעיף 128א(ג)(1) לפקודה כי לאסיר הנתון במשמורת בבית סוהר בניהול פרטי תהינה כל הזכויות, טובות ההנאה והשירותים הניתנים לאסיר בבית סוהר שאינו בניהול פרטי.

ד

ה

ו

זאת ועוד, סעיף 128א לפקודת בתי הסוהר מחיל על "הזכיין, בעלי השפעה ניכרת בו, המנהל ועובדי הזכיין" את הוראותיו של חוק העונשין, התשל"ז-1977, החלות על עובדי ציבור (השוו דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן [22]). הוראה זו נועדה אף היא להביא להשוואת הנורמות המשפטיות אשר להן

ז

כפופים עובדי הזכייין הפרטי לאלה החלות על סוהרי שירות בתי הסוהר. בהקשר זה, לא למותר לציין עוד כי נראה שהזכייין המפעיל את בית הסוהר בניהול פרטי כפוף לביקורתו השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק ולכללי המשפט המינהלי, בהיותו גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין, לפי סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה. בהתחשב בכך, ומאחר שמוטלות על סמכויותיהם של עובדי הזכייין הפרטי מגבלות המקבילות לאלה המוטלות על סמכויות הסוהרים בשירות בתי הסוהר, אין באפשרותנו לקבוע כי הוראות תיקון 28, כשלעצמן, מאפשרות לזכייין הפרטי ולעובדיו לפגוע בפגיעה קשה יותר בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לפגיעה בזכויות האדם של האסירים המצויים בבית סוהר בניהול ציבורי.

42. נוסף להוראות שתוארו לעיל, שנועדו להשוות את מצבם הנורמטיבי של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי לזה של האסירים בבתי הסוהר הציבוריים, נקבעו בתיקון 28 מנגנונים שונים לפיקוח של המדינה על פעילות הזכייין הפרטי (ראו: סעיפים 128 יט, 128 כא-כד, 128 לב-לח, 128 מא ו-128 מט לפקודת בתי הסוהר). במנגנוני פיקוח אלה, אשר, כפי הנראה, הם מקיפים יותר ממנגנוני הפיקוח הקיימים במדינות אחרות שבהן מופעלים בתי סוהר פרטיים במתכונת דומה, יש, לכאורה, כדי להפחית את החשש שמא הפגיעה בזכויות אדם בבתי הסוהר בניהול פרטי תהיה חמורה יותר מזו הקיימת בבתי הסוהר של שירות בתי הסוהר (באשר למנגנוני הפיקוח על בתי סוהר פרטיים הקיימים בארה"ב, בבריטניה ובמדינות נוספות, ראו: Pozen [151], בעמ' CATHERINE M. DONNELLY, DELEGATION OF; 281-276 GOVERNMENTAL POWER TO PRIVATE PARTIES: A COMPARATIVE PERSPECTIVE [135], at pp. 105-108; RICHARD W. HARDING, PRIVATE PRISONS AND PUBLIC ACCOUNTABILITY [136], at pp. 51-55). בהקשר זה, מן הראוי לציין עוד כי על פי חזקת החוקתיות, שממנה נהנה תיקון 28, עלינו להניח כי מנגנוני הפיקוח שנקבעו בתיקון יפעלו כראוי. מכל מקום, הטענות באשר לאופן הפעלתם הן מטיבן טענות שמתאימות לבירור בעתירה בעלת אופי מינהלי ולא בעתירה חוקתית.

לא נעלם מעינינו כי בתיקון 28 נקבעה הוראה שנועדה להתמודד עם החשש מפני הגברת הפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי

בשל שיקולים כלכליים פסולים. הוראה זו מופיעה בסעיף 128ז(ב) לפקודת בתי הסוהר, שקובע כדלקמן:

א	"הסכם בין 128ז. [...]	גובה התמורה לזכיון, שתיקבע
	שירות בתי	(ב) גובה התמורה לזכיון, שתיקבע
	הסוהר לתאגיד	בהסכם, לא תותנה במספר האסירים
	בדבר הקמה,	שיוחזקו בפועל בבית סוהר בניהול
	ניהול והפעלה	פרטי, אך יכול שתיקבע על פי זמינות
ב	של בית סוהר	מקומות כליאה במספר הקבוע
	בניהול פרטי	בתוספת או בהיקף קטן יותר כפי
		שיקבע הנציב באישור החשב הכללי
		במשרד האוצר."

הוראה זו אכן נועדה לצמצם את החשש כי תמריצים כלכליים יניעו את הזכיון המפעיל את בית הסוהר בניהול פרטי לפעול, בדרכים פסולות, להגדלת מספר האסירים בבית הסוהר או להארכת תקופות המאסר שלהם.

43. עצם הקמתם של מנגנוני הפיקוח המתוארים על פעילות הזכיון הפרטי, כמו גם ההגבלות השונות על היקף סמכויותיו, כפי שנקבעו בתיקון 28, מלמדים כי גם המחוקק היה מודע לקושי החוקתי הטמון בהעברתן של סמכויות הניהול וההפעלה של בית סוהר לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח. אולם, אמצעי הפיקוח שפורטו לעיל אין בהם כדי לתת מענה לקושי הטבוע בעצם הניהול וההפעלה של בית סוהר על ידי זכיון פרטי. כפי שהובהר בהרחבה בפסקאות 29-30 ו-36-39 לעיל, ומהטעמים שהובאו שם, לנוכח עוצמת הפגיעה בזכויות החוקתיות, הנגרמת כתוצאה מעצם העברתן של סמכויות הכליאה ושל הסמכויות הפוגעניות הכרוכות בהן לידי תאגיד פרטי, אין די בפיקוח ציבורי כדי להסיר את הפגיעה ואת הנזק הכרוך בה. לעניין היחס בין הפגיעה לבין אפשרויות הפיקוח נשוב בהמשך ביתר פירוט, בפסקאות 52-54 להלן.

בחינת עמידתו של תיקון 28 במבחניה של פסקת ההגבלה

44. משמצאנו כי הקניית סמכויות הניהול וההפעלה של בית סוהר – על הסמכויות הפוגעניות הכרוכות בהן – לתאגיד פרטי ולעובדיו, כפי שנעשתה

בתיקון 28, פוגעת בזכויותיהם החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי, נדרשים אנו לבחון אם מדובר בפגיעה מותרת. אכן, הזכויות לחירות אישית ולכבוד האדם, זכויות האדם האחרות המוכרות במשפטנו החוקתי, אינן מוחלטות, ואין די בכך שדבר חקיקה מסוים פוגע בזכות חוקתית כדי להפוך את דבר החקיקה לבלתי חוקתי. הפגיעה של תיקון 28 בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד האדם תהא כדין אם היא תעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת בזו הלשון:

א "פגיעה 8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

פסקת ההגבלה מבטאת את האיזון שנקבע במשפט החוקתי הישראלי בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל וזכויותיהם של פרטים אחרים. היא משקפת את תפישתנו החוקתית שלפיה זכויות האדם הן יחסיות וניתנות להגבלה. פסקת ההגבלה ממלאת, אפוא, תפקיד כפול – היא קובעת כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד לא ייפגעו אלא בהתקיים תנאים מסוימים, אולם בד בבד היא מגדירה מהם התנאים שבהם הפגיעה בזכויות האדם תהיה מותרת (ראו: בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה [23]), בעמ' 52; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל [24], בעמ' 546, להלן: פרשת המועצה האזורית חוף עזה).

פסקת ההגבלה קובעת כי ארבעה תנאים מצטברים צריך שיתקיימו על מנת שפגיעה בזכות חוקתית, המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תהיה כדין: הפגיעה בזכות צריך שתיעשה בחוק (או מכוח הסמכה מפורשת בחוק); החוק צריך שיהלום את ערכיה של מדינת ישראל; על תכלית החוק להיות תכלית ראויה; והפגיעה בזכות החוקתית צריך שתהיה במידה שאינה עולה על הנדרש. היה ואחד מארבעת התנאים הללו אינו מתקיים, נפקות הדבר היא כי הפגיעה

בזכות החוקתית אינה כדין וכי הוראת חוק הפוגעת בזכות החוקתית היא בלתי חוקתית. משמצאנו כי תיקון 28 פוגע בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, עלינו לבחון אם מתקיימים לגביו תנאיה של פסקת ההגבלה.

א

45. באשר לתנאי הראשון הקבוע בפסקת ההגבלה – הדרישה כי הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת תיעשה בחוק – אין חולק כי תיקון 28 מקיים תנאי זה.

התנאי השני הקבוע בפסקת ההגבלה, שלפיו החוק הפוגע בזכות החוקתית יהיה הולם לערכי מדינת ישראל, אינו מעורר קושי ממשי בענייננו. תנאי זה מכוון, בהתאם לפסקת המטרה הקבועה בסעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ל"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית" (ראו בג"ץ 5026/04 [23], בעמ' 53). בעתירתם העלו העותרים טענה כי תיקון 28 אינו עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית בשל פגיעתו בעיקרון של הפרדת הרשויות. אין אנו רואים לקבל טענה זו במקרה שלפנינו. אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית כוללים גם את העיקרון של הפרדת הרשויות, וייתכן שפגיעה קשה במיוחד בעיקרון זה בחוק פלוני תצדיק קביעה בדבר אי חוקתיותו של אותו חוק, כיוון שאין הוא עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. עם זאת, טענות העותרים בעתירה שלפנינו לא התמקדו בשאלת קיומו של תנאי זה, ואכן קשה לראות דוגמה להפרתו של תנאי זה אלא בנסיבות חריגות ויוצאות דופן. לפיכך, ניתן להניח כי התנאי בדבר הלימה לערכיה של מדינת ישראל מתקיים בתיקון 28.

ב

ג

ד

התנאי השלישי הקבוע בפסקת ההגבלה הוא כי הפגיעה בזכות החוקתית תיעשה לתכלית ראויה. תכליתו של חוק תיחשב לתכלית ראויה, כאשר נועד הוא להגן על זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדם (ראו פרשת מנחם [4], בעמ' 264). מהותה של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה עשויות אף הן להשפיע על היותה של תכלית החוק הפוגע "תכלית ראויה" (ראו פרשת פלוני [6], בפסקה 30). לטענת המדינה, תכליתו של תיקון 28 היא להביא לשיפור ישיר ועקיף בתנאי הכליאה של האסירים בעלות תקציבית מופחתת. תכלית זו של שיפור בתנאי הכליאה של אסירים בישראל – גם אם היא משולבת בתכלית כלכלית – היא תכלית ראויה.

ה

ו

ז

יצוין כי טענת העותרים באשר לדרישת התכלית הראויה היא כי התכלית של יעילות כלכלית אינה, כשלעצמה, בגדר תכלית ראויה המצדיקה פגיעה בזכויות חוקתיות. טענתם זו של העותרים היא גורפת מדי, שכן יש מצבים שבהם תכלית כלכלית זו או אחרת תיחשב לתכלית ראויה המצדיקה פגיעה בזכויות אדם; הכול תלוי בסוג התכלית ובחשיבותה לאינטרס הציבורי, ובמידת הפגיעה בזכות החוקתית (ראו, למשל: בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר [25], בעמ' 739–740; בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל [26], בפסקה 11 לפסק הדין). כפי שנבחר בהמשך, משקלה של התכלית הכלכלית בתיקון 28 הוא רב ביותר, ובהיבט זה יש כדי להשפיע על האופן שבו נבחנת עמידתו של תיקון 28 בדרישת המידתיות – על האזון החוקתי שהיא מחייבת בין עקרונות וערכים שונים. אולם, מכל מקום, בנסיבות העניין שלפנינו, אין בעצם קיומה של תכלית כלכלית המשולבת בניסיון להגשמת המטרה של שיפור בתנאי הכליאה, כפי שזו באה לידי ביטוי בתיקון 28, כדי למנוע מהתיקון לעמוד בדרישה בדבר התכלית הראויה. מכאן שעלינו לבחון אם האמצעים שנבחרו על ידי המחוקק להגשמת תכליתו הראויה של תיקון 28 מקיימים את דרישת המידתיות.

46. התנאי הרביעי הקבוע בפסקת ההגבלה, שבו יתמקד עיקר דיונונו, מחייב כי פגיעתו של החוק הנדון בזכות החוקתית המוגנת תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש". תנאי זה נוגע למידתיות הפגיעה בזכות החוקתית, היינו – אף אם הפגיעה בזכות החוקתית נעשית בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל ושנועד לתכלית ראויה, החוק עלול להימצא כבלתי חוקתי אם פגיעתו בזכות החוקתית אינה מידתית. דרישת המידתיות בוחנת אפוא את האמצעים שנבחרו על ידי המחוקק לשם הגשמת התכלית (הראויה) של דבר החקיקה.

בפסיקתו של בית משפט זה הוכרו שלושה מבחני משנה שבאמצעותם נבחנת מידתיות הפגיעה של דבר חקיקה מסוים בזכות חוקתית מוגנת. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי, שבו נבחנת ההתאמה בין דבר החקיקה הפוגע בזכות החוקתית לבין התכלית שאותה הוא נועד להגשים. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לצורך מבחן זה, עלינו לבדוק אם, מבין האמצעים האפשריים להגשמת תכליתו של החוק הפוגע, נבחר האמצעי שעוצמת פגיעתו בזכות החוקתית המוגנת היא הקטנה ביותר האפשרית. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות כמובן הצר. מבחן זה מחייב את קיומו

של יחס סביר בין הזכות החוקתית המוגנת לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה (ראו: פרשת מנחם [4], בעמ' 279–280; פרשת התנועה למען איכות השלטון [19], בפסקאות 57–61 לפסק דינו של הנשיא ברק).

שלושת מבחני המשנה המתוארים אינם מחייבים תמיד בחירה באפשרות אחת בלבד לשם הגשמתה של תכלית החקיקה. במקרים רבים, עשויות לעמוד לפני המחוקק כמה אפשרויות הנבדלות ביניהן בעוצמת הפגיעה בזכות החוקתית שעל הפרק ובמידת ההגשמה של תכליות החקיקה הרלוונטיות. כאשר קיימות אפשרויות שונות שעשויות לעמוד בדרישת המידתיות, נתון למחוקק מרחב תמרון חקיקתי, המכונה על ידינו "מתחם המידתיות", שבתוכו רשאי המחוקק לבחור את האפשרות הנראית לו. גבולותיו של מתחם התמרון הנתון למחוקק במקרה קונקרטי נקבעים על ידי בית המשפט בהתאם למהות האינטרסים והזכויות העומדים על הפרק. בית המשפט יתערב בהכרעת המחוקק רק כאשר האמצעי שנבחר על ידיו חורג באופן ניכר מגדריו של מתחם התמרון החקיקתי הנתון לו והוא בלתי מידתי באופן ברור (ראו: פרשת מנחם [4], בעמ' 280; עע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה [27], בעמ' 812–813; פרשת המועצה האזורית חוף עזה [24], בעמ' 550–552).

47. בכל הנוגע למבחן המשנה הראשון של המידתיות – התאמת האמצעי החקיקתי שנבחר לתכלית החקיקה – נסובה המחלוקת בין הצדדים על השאלה אם תיקון 28 צפוי להגשים את הפן הכלכלי בתכליתו. העותרים טוענים בהקשר זה כי מצויות בידיהם חוות דעת המצביעות על כך שהניסיון העולמי אינו מראה קשר מובהק בין הפרטתם של בתי סוהר לבין חיסכון כלכלי, ולטענתם עולה מסקנה זו אף ממחקרים אקדמיים שונים. המדינה גורסת, לעומת זאת, בהסתמך על חוות דעת שהוגשה לוועדת המכרזים של הפרויקט של בית הסוהר בניהול פרטי, כי הצעתה של הזכיינית שזכתה במכרז צפויה להביא לחיסכון למדינה המוערך בכ-20%–25% בהשוואה לעלות הכרוכה בהפעלתו של בית סוהר בסטנדרטים דומים המוקם והמופעל על ידי שירות בתי הסוהר. על פי אותה חוות דעת, החיסכון בכל תקופת הזיכיון מוערך בסך של כ-290–350 מיליון ש"ח. שאלה זו, של השגת יעד החיסכון התקציבי, כמו גם היעד של שיפור בתנאי הכליאה של האסירים, היא שאלה התלויה מטבע הדברים באופן היישום בפועל של הוראות תיקון 28. במקרה שלפנינו, אין מדובר במצב שבו, על פני

הדברים, אין קיים קשר רציונלי בין הוראותיו של דבר החקיקה שפוגע בזכות החוקתית המוגנת לבין התכליות שאותן אמור דבר החקיקה להגשים. מכל מקום, בשלב זה של הליך ה"הפרטה" המתוכנן, אין בידי המדינה להוכיח כי אכן יושגו תנאים מוטבים לאסירים תוך חיסכון תקציבי כמצופה. אף אין בידינו לקבוע כי תיקון 28 אינו מסוגל, על פניו, להגשים את המטרות של חיסכון תקציבי ושל שיפור בתנאי הכליאה של האסירים העומדות בבסיסו. לכן, מוכנים אנו להניח לצורך הדיון כי הקשר הרציונלי באשר לתכליתו של תיקון 28 מתקיים.

48. מבחן המשנה השני של המידתיות הוא, כזכור, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה המחייב כי מבין האמצעים האפשריים המגשימים את תכלית החקיקה ייבחר האמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית המוגנת היא הפחותה ביותר. בכל הנוגע למבחן זה, טענו העותרים כי ניתן להשיג את התכלית הכלכלית העומדת ביסוד תיקון 28 באמצעים המביאים לפגיעה פחותה בזכויות האדם. זאת, לשיטת העותרים, על ידי הקמתם של בתי סוהר ציבוריים נוספים או על ידי הפרטה חלקית בלבד של סמכויות שאין בהן מרכיב דומיננטי של הפעלת כוח שלטוני. המדינה טוענת, לעומת זאת, כי לא נמצא עד כה אמצעי אפקטיבי מספיק לקידום התכלית של שיפור בתנאי הכליאה של האסירים בישראל בעלות תקציבית מופחתת, הכרוך בפגיעה פחותה (ככל שקיימת פגיעה כזו) בזכויות אדם. בהקשר זה מדגישה המדינה כי ההסדר שנקבע בתיקון 28 כולל מנגנוני הגנה רבים וממשיים. המדינה מוסיפה וטוענת כי בעת גיבוש המדיניות בנוגע להפרטתם של בתי הסוהר נבחן גם "המודל הצרפתי" בתחום זה. בהתאם ל"מודל הצרפתי" להפרטתם של בתי סוהר (שנוהג במתכונת דומה גם בגרמניה), מתקיים שיתוף פעולה בין המדינה לבין היזם הפרטי בהפעלתו של בית הסוהר. הוא מתבטא בכך שנעשה מיקור חוץ של שירותים לוגיסטיים שונים הניתנים בבית הסוהר, אך ללא מסירת נושאי הביטחון והאכיפה ליזם הפרטי.

כעולה מתצהיר התשובה של המדינה, בחודש יוני 2002 אושרה על ידי השר לביטחון פנים הפרטתם של בתי הסוהר ב"מודל צרפתי מורחב", הכולל העברה ליזם הפרטי גם של סמכויות מסוימות בתחומי הביטחון והאבטחה. אולם, כך טוענת המדינה, בסופו של דבר, לאחר בחינת הניסיון שהתגבש בעולם



בהפעלתם של בתי סוהר, הוחלט כי ההפרטה תיעשה בהתאם ל"מודל האנגלי" (ולטענת המדינה, בהתאם ל"מודל אנגלי משופר"), שבו ניהולו של בית הסוהר נמסר ליזם פרטי, שפועל בפיקוחה של המדינה המותרת לעצמה מספר מצומצם של סמכויות (בעיקר סמכויות שיפוט וענישה). הנימוק העיקרי, שהובא בטיעוני המדינה לדחיית "המודל הצרפתי" להפרטתם של בתי סוהר, הוא שחלוקת האחריות והסמכויות בין שירות בתי הסוהר לבין הגורם הפרטי שמפעיל את בית הסוהר צפויה, על סמך הניסיון בעולם, להערים קשיים רבים על ניהולו התקין של בית הסוהר. הזכיינית מציינת בהקשר זה כי קיימת ביקורת קשה נגד "המודל הצרפתי" אשר, לדעת רבים, אינו מביא לידי ביטוי את יתרונות ההפרטה ואת מעורבותו של הסקטור הפרטי, וכי ההפרדה בין הפונקציות הביטחוניות לפונקציות המינהליות מקשה על יצירת מדיניות אחידה ועל קביעת יעדים. הזכיינית מוסיפה עוד כי, למיטב ידיעתה, בשלב שבו שקלה המדינה את יישום "המודל הצרפתי", התגלה קושי רב במציאת גורמים בינלאומיים שיהיו מוכנים להיכנס להשקעה ולשותפות בישראל במודל זה. מטיעונים אלה עולה אפוא כי, לשיטת המדינה והזכיינית, המודל שאומץ בסופו של דבר בתיקון 28 הוא המגשים באופן המיטבי את התכליות שאותן נועדה להגשים הקניית סמכויות הניהול וההפעלה של בית סוהר לזכיין פרטי.

49. מתצהיר התשובה של המדינה עולה, אם כן, כי לאחר שנבחנו חלופות אפשריות שונות לגבי אופן ביצוע ההפרטה, שלכל אחת מהן נודעות נפקויות ניהוליות וכלכליות שונות, נבחרה החלופה המכונה על ידי המדינה "המודל האנגלי המשופר". חלופה זו היא שעוגנה בתיקון 28. כיוון שחלופה זו קובעת כי גם סמכויות להפעלת כוח שהוא שלטוני במהותו יועברו לעובדי היזם הפרטי, היא מביאה לפגיעה קשה יותר בחירות האישית ובכבוד האדם של האסירים בהשוואה ל"מודל הצרפתי" להפרטתם של בתי סוהר (מודל הכולל, כאמור, מיקור חוץ של הסמכויות הלוגיסטיות בלבד בבית הסוהר, ולא של הסמכויות הנוגעות לביטחון ולאבטחה). בנסיבות העניין, באנו למסקנה כי בנתונים שהוצגו לנו אין די לקבוע כי החלופה שנקבעה אינה עומדת במבחן המשנה השני של המידתיות. כידוע, מבחן המשנה השני של המידתיות אינו בוחן אך את עצם קיומו של אמצעי הפוגע פחות בזכות החוקתית המוגנת, אלא הוא מחייב לבחון אם אותו אמצעי שהוא פוגעני פחות מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר על ידי המחוקק (ראו בג"ץ 7052/03



"קיים שוני מהותי בין מבחני המשנה הראשון והשני לבין מבחן המשנה השלישי. שני מבחני המשנה הראשונים – קשר רציונלי והפגיעה הפחותה – מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה. אם מתברר על פיהם כי קיים קשר רציונלי בין הגשמת המטרה לאמצעי החקיקתי שנבחר וכי אין אמצעי חקיקתי שפגיעתו פחותה, תקיים הפגיעה בזכות האדם – יהא שיעורה אשר יהא – את תנאי המשנה. מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. אין הוא מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפישה החוקתית כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית שאותה מבקשים להגשים היא ראויה" (בג"ץ 8276/05 [29], בפסקה 30 לפסק הדין).

א

ב

ג

בפרשה שלפנינו, אנו נדרשים, בהתאם למבחן המידתיות במונח הצר, לבחון את היחס בין התועלת הציבורית הצומחת מתיקון 28 לבין הנזק הנגרם על ידי תיקון 28 לזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי. בבואנו ליישם מבחן משנה זה של דרישת המידתיות, שומה עלינו להתחשב גם בהוראות שנקבעו בתיקון 28, שעליהן עמדנו בפסקאות 41–42 לעיל, שנועדו להתמודד עם החששות מפני פגיעה בזכויות האדם של האסירים כתוצאה מהעברתן של סמכויות הכליאה לידי תאגיד פרטי המונע מרצון להשיא את רווחיו הכספיים.

ד

ה

51. בדיוננו לעיל עמדנו בהרחבה על סוג הפגיעה בזכויות אדם שיצר תיקון 28. בפסקאות 22–30 לעיל פירטנו את הנפקויות המיוחדות של הפגיעה בחירות כתוצאה מהפרטת הכלא. בין היתר, הבהרנו שהפגיעה בזכויות לחירות ולכבוד, הנובעת מהנהגת שיטה של בית סוהר פרטי, אינה מתבטאת בעצם סמכות הכליאה, שהיא פוגענית כשלעצמה, שכן הפגיעה בחירות האישית כשלעצמה מתקיימת גם כאשר הכליאה היא בבית סוהר של המדינה. כנסיבות של בית סוהר בניהול פרטי, מתבטאת הפגיעה במיחות ובמהות של הגוף

ו

ז

שהסמכויות לפגוע בחירויות הוקנו לו בהתאם למתכונת הקבועה בתיקון 28 לפקודת בתי הסוהר.

- א ציינו את הלגיטימיות הדמוקרטית שיש בהפעלת הכוח בידי המדינה, לשם הגבלת חירותם של פרטים ולשלילת זכויותיהם השונות, עת מבוצעת פגיעה זו בידי רשויות המדינה ולתכליות של הגנה על אינטרס הציבור. לעומת זאת, כפי שהבהרנו בדיוננו לעיל, כאשר הסמכות לשלילת חירותו של הפרט נתונה בידי תאגיד פרטי, הלגיטימיות של עונש המאסר נפגעת, ועוצמת הפגיעה בחירות היא רבה יותר. כפי שתואר באופן ציורי על ידי אחד המלומדים המבקרים את הפרטתם של בתי הסוהר, יש הבדל של ממש בין מצב שבו מי שמחזיק במפתחות הכלא הוא המדינה, בשמו של הציבור ומטעמו – כאשר האסיר הוא אחד מאלה הנמנים עם אותו ציבור – לבין מצב שבו מופקד המפתח בידיו של בעל עניין כלכלי המייצג את האינטרס הכלכלי האישי שלו (ראו: NILS CHRISTIE, CRIME CONTROL AS INDUSTRY [137], at p. 104). הבדל זה הוא חשוב לעניין סוג הפגיעה ולעניין עוצמתה. ביצוע מאסר המבוסס על התכלית הכלכלית הפרטית הופך את האסירים, מעצם כליאתם בבית סוהר פרטי, לאמצעי להפקת רווחים כספיים של בעל הזיכיון או של מפעיל הכלא. בכך נפגעת לא רק חירותו של האסיר אלא נפגע גם כבוד האדם שלו.

52. משעמדנו על הפגיעה בזכויות האדם שתיגרם על ידי תיקון 28, עלינו לבחון, על פי מבחן המשנה השלישי של המידתיות, את מה שמונח מנגד על כפות המאזניים – התועלת הציבורית שאותה נועד תיקון 28 לקדם. בתצהיר התשובה מטעמה טענה המדינה כי תועלת זו היא תועלת משולבת: השגת חיסכון כספי ניכר, שצפוי – לטענת המדינה – להגיע במהלך כל תקופת הזיכיון (שבהתאם לנוסח ההיתר שצורף לתצהיר התשובה של המדינה עומדת על 24 שנים ו-11 חודשים) לכדי 290–350 מיליון ש"ח, תוך השגת שיפור בתנאי הכליאה של האסירים. במילים אחרות, ניתן לומר כי המדינה, בחוקקה את תיקון 28, הייתה מודעת לצורך להתמודד עם הצפיפות הקשה הקיימת בבתי הסוהר בישראל, שעליה עמד גם בית משפט זה (ראו פרשת רופאים לזכויות אדם [10]). השאלה שניצבה לפנייה הייתה איזה אמצעי עליה לנקוט על מנת להתמודד עם מצוקה זו, ובנסיבות אלה בחרה המדינה באמצעי, אשר, לשיטתה, הוא המשתלם ביותר מבחינה כלכלית לשם התמודדות עם המצוקה האמורה. המטרה שעמדה

ביסוד חקיקתו של תיקון 28 וביסוד ההסדרים המיוחדים שנקבעו בו הייתה אפוא מטרה כלכלית. בעניינו, זוהי התועלת הציבורית העיקרית שאותה ביקש תיקון 28 להשיג וזהו ה-*raison d'être* שבבסיסו. שהרי, אלמלא היה שיקול החיסכון הכלכלי השיקול העיקרי שעמד לפני המחוקק, לא היה כלל צורך בחקיקת תיקון 28, וניתן היה להתמודד עם בעיית הצפיפות בבתי הסוהר באמצעות הקמתם של בתי סוהר ציבוריים נוספים או על ידי שיפור בבתי הסוהר הציבוריים הקיימים, בהתאם למסגרת הנורמטיבית שהייתה קיימת עד לחקיקתו של תיקון 28. ניתן אפוא לומר כי, על אף שתיקון 28 נולד מתוך שאיפה לשפר את תנאי הכליאה של האסירים, הרי שתכליתו של ההסדר החקיקתי הקונקרטי שנבחר כאמצעי להגשמת שאיפה ראויה זו היא השגת חיסכון כלכלי רב ככל הניתן בעבור המדינה.

א

ב

חשוב לציין בהקשר זה כי מנגנוני ההגנה המיוחדים על זכויות האסירים שנקבעו בתיקון 28, שבהן תולות המדינה והזכיינית את יהבן בתשובותיהן לעתירה, אינם מהווים חלק מהתועלת הציבורית שאותה נועד תיקון 28 להגשים. בחינת מנגנונים אלה כמכלול – החל במגבלות מסוימות שהוטלו על סמכויותיהם של עובדי הזכייין הפרטי המפעיל את בית הסוהר, כמו גם אמצעי הפיקוח השוטפים של המדינה על פעילות הזכייין וכלה באפשרות העומדת למדינה להתערב בנעשה במקרה שהזכייין הפרטי לא יעמוד בהתחייבויותיו – מלמדת כי המנגנונים הללו נועדו למנוע מהזכייין הפרטי לנצל לרעה את הסמכויות הפוגעניות הנתונות לו בתיקון 28. הנהגתם של מנגנונים אלה מהווה, כפי שציינו בפסקה 43 לעיל, ביטוי לכך שגם המחוקק היה מודע לקשיים שתיקון 28 מעורר ולחששות הטמונים בהקניית סמכויות הכליאה והסמכויות הפוגעניות הנגזרות ממנה לידי זכייין פרטי. אין מדובר אפוא באמצעים חקיקתיים שנולדו רק מתוך הכרה בצורך לשפר את ההגנה על זכויות האדם של האסירים הכלואים בבתי הסוהר בישראל, אלא באמצעי מנע שנועדו לנטרל, ככל הניתן, את החששות שמעוררת העברתה של סמכות הכליאה לזכייין פרטי על מנת להשיג במהלך זה חיסכון כספי רב ככל האפשר בעבור המדינה. בהקשר זה נוסף עוד כי אנו סבורים כי קיים קושי מובנה בהערכת התועלת הכלכלית הצפויה למדינה כתוצאה מהפעלתו של בית הסוהר בניהול פרטי, בוודאי כאשר מדובר בתקופת זיכיון של כמעט 25 שנים. על פני הדברים, לנוכח מנגנוני הפיקוח שעל המדינה להפעיל בהתאם לתיקון 28, נראה כי ניתן להטיל ספק

ג

ד

ה

ו

ז

א בעצם התועלת הכלכלית שבתיקון 28. עם זאת, ובהיעדר אפשרות לקבוע קביעה חד משמעית כי תיקון 28 אינו צפוי להביא לתועלת כלכלית למדינה, מוכנים אנו להניח, לצורך הדיון, כפי שציינו בפסקה 47 לעיל, כי התועלת הכלכלית שבבסיס תיקון 28 אכן תוגשם.

ב 53. בבואנו לבחון את שאלת קיומו של יחס ראוי בין התועלת הצפויה מהגשמת תכליתו של תיקון 28 – שיפור בתנאי הכליאה תוך חיסכון כלכלי מירבי – לבין הנזק הטמון במתן כוח הפגיעה באסירים בידי זכיין פרטי, עלינו לזכור כי, בהיותו של מבחן המשנה השלישי של המידתיות מבחן ערכי במהותו, הוא תלוי במידה בלתי מבוטלת בערכים ובנורמות הנוהגים בחברה הרלוונטית. מטבע הדברים, במדינות שונות, עשויות להיות תפישות עולם שונות בכל הנוגע לסוגיה של היקף תחומי האחריות של המדינה וליחס שצריך שיתקיים בין תחומי פעילות שינוהלו על ידי הסקטור הציבורי לבין תחומים שעיקר הפעילות בהם תיעשה על ידי הסקטור הפרטי. תפישות עולם אלה נגזרות, בין היתר, מאידיאולוגיות פוליטיות וכלכליות, מההיסטוריה הייחודית של כל מדינה ומדינה, ממבנה המערכת הפוליטית והשלטונית ומערכים חברתיים שונים. הבדלים אלה בין המדינות השונות באים לידי ביטוי בתוכן ההסדרים החוקתיים הנקבעים בכל מדינה ומדינה. תפקידו של בית המשפט, שנדרש לפרש את ההסדרים החוקתיים השונים ולצקת בהם תוכן, אינו, כמובן, להכריע בין אידיאולוגיות כלכליות ופוליטיות שונות. עם זאת, נדרש בית המשפט לבטא את הערכים המעוגנים בקונצנזוס החברתי וביסודות הערכיים המשותפים לבני החברה, לזהות את עקרונות היסוד העושים את החברה לחברה דמוקרטית ולחשוף את הבסיסי והערכי בדחותו את הארעי והחולף (ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים [30], בעמ' 780).

ג 54. בכל הנוגע לעמידתו של תיקון 28 במבחן המידתיות הצר, הגענו לכלל מסקנה כי היחס בין התועלת החברתית המיועדת של השגת שיפור בתנאי הכליאה תוך חיסכון כספי מירבי על ידי שימוש בזכיין פרטי, כפי שתואר בתצהיר התשובה מטעם המדינה, לבין עוצמת הפגיעה בזכויות האדם הנגרמת על ידי הוראות תיקון 28 – אינו מידתי. הפגיעה בזכויות האדם של האסירים כתוצאה מהקמתו של בית סוהר בניהול פרטי, שבו נתונות לעובדי הזכיין הפרטי סמכויות נרחבות להפעלת כוח שבמהותו הוא כוח שלטוני, אינה פגיעה נקודתית

או חד פעמית. תיקון 28 מביא להקמתו של מבנה ארגוני שעצם קיומו פוגע פגיעה קשה הן בחירותם האישית של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי, במידה העולה על זו המתחייבת מעצם המאסר, הן בכבוד האדם של אותם אסירים, במובנו הבסיסי והגרעיני של מושג זה. פגיעה זו היא פגיעה מתמשכת המתקיימת בכל רגע שבו אסיר כלוא בבית סוהר שבו הוא נתון למרותם של עובדי זכייין פרטי. כאמור, פגיעה זו מועצמת בשל אופיין הפוגעני של הסמכויות המוקנות לעובדי הזכייין הפרטי. אכן, אמצעי הפיקוח והבקרה השונים עשויים להפחית, ואולי אף למנוע, את הפגיעה הקונקרטית בזכויות אדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבתי הסוהר הציבוריים מבחינת התנאים וההתנהלות בכלא. אולם, כפי שצינו בפסקה 43 לעיל, אין במנגנונים אלה כדי להסיר את הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה בעצם העברתן של סמכויות הכליאה של אסירים לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח. לשון אחר, לנוכח החשיבות החברתית הרבה של העקרונות העומדים בבסיס הקנייתן של סמכות הכליאה של אסירים בבתי סוהר ושל הסמכויות הפוגעניות הנגזרות ממנה למדינה ולה בלבד – בהשוואה לתוצאה המתקבלת ממימוש המטרה של שיפור בתנאי הכליאה תוך חיסכון כספי רב ככל הניתן למדינה – אין מתקיים יחס ראוי בין "תוספת" הפגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, הנובעת מהקניית הסמכויות הנזכרות לידי תאגיד פרטי הפועל למטרת רווח, לבין "תוספת" התועלת הציבורית שתושג, כנטען, על ידי תיקון 28.

עוד יצוין כי אין בעובדה, שתיקון 28 מאפשר את הקמתו של בית סוהר אחד בלבד כ"פיילוט", כדי להשפיע על הניתוח החוקתי שאנו עורכים. זאת, שכן, מבחינת האסירים שאמורים לשהות באותו בית סוהר, נגרמת הפגיעה בזכויות האדם שלהם, הנובעת מכליאתם בבית סוהר בניהול פרטי, ללא קשר לשאלה אם יש אסירים נוספים הכלואים בבתי סוהר בניהול פרטי (בהקשר זה יוער כי לא הועלתה לפנינו טענה בדבר הפלייתם של אסירים בבית הסוהר בניהול פרטי לעומת האסירים בבתי הסוהר של שירות בתי הסוהר, ולפיכך אין אנו רואים להידרש לסוגיה זו).

לפיכך, מסקנתנו היא כי הנזק המתואר לעיל – הפגיעה המועצמת בזכויות המצויות בגרעין הקשה של זכויות האדם – אינו שקול כנגד התועלת, ככל שזו

מצויה, בחיסכון הכלכלי הצפוי מהקמתו של בית סוהר בידי זכיון פרטי מניהולו ומהפעלתו. תכלית קיומן של רשויות הכליאה מטעם המדינה היא הגשמת ההליך של אכיפת החוק באמצעות כליאתם של אסירים שנידונו כחוק למאסר, לשם הגשמת מטרות הענישה בכלים ובאמצעים שמנגנון השלטון הדמוקרטי מקצה לכך. אין חולק בדבר הצורך לפעול לרווחתם של האסירים בישראל ולשיפור תנאיהם. אולם, טשטוש הגבולות בין התכלית הראויה הזו לבין כליאה המבטאת גם את התכלית של חיסכון כספי, המאפשר לזכיון פרטי לממש רווחים כספיים, פוגע באופן בלתי פרופורציונלי בזכויות האדם ובעקרונות המתחייבים מאופיו הדמוקרטי של המשטר.

55. ודוקו: העותרים טוענים כי התכלית החשובה של שיפור בתנאי הכליאה של האסירים בישראל ניתנת להשגה גם בדרכים אחרות שעליהן הצביעו, כגון הקמתם של בתי סוהר ציבוריים נוספים או הקמתם של בתי סוהר שבהם יופרטו הסמכויות, שאינן כרוכות בהפעלת כוח שלטוני כלפי האסירים על ידי עובדיו של הזכיון הפרטי. על פני הדברים, נראה כי החיסרון העיקרי הטמון בדרכים אלה מצוי במישור הכלכלי-ניהולי, ומוכנים אנו להניח לטובת המדינה והזכיינית כי המתכונת להפעלתם של בתי סוהר שאומצה בתיקון 28 תביא לייעילות כלכלית וניהולית רבה יותר בהשוואה לדרכים שעליהן הצביעו העותרים. אולם, בבואנו לאזן בין הפגיעה בזכויות האדם של האסירים כתוצאה מכליאתם בבית סוהר בניהול פרטי, הפועל בהתאם למתכונת שנקבעה בתיקון 28, לבין הגשמתה של התכלית של שיפור בתנאי הכליאה תוך יעילות כלכלית וניהולית רבה יותר, ידן של הזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם היא על העליונה. דהיינו, מהמטעמים שהוסברו לעיל, התועלת לאינטרס הציבורי כתוצאה מהגשמת תכליתו של תיקון 28 – שיפור בתנאי הכליאה של אסירים תוך כדי השגת חיסכון כספי מירבי בשל השימוש בזכיון פרטי – אינה שקולה כנגד הנזק הנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי. אכן, ככל שהמדינה נדרשת להביא לשיפור בתנאי הכליאה של האסירים בבתי הסוהר – מטרה ראויה וחשובה – עליה להיות מוכנה לשאת במחיר הכלכלי הכרוך בכך, ועליה להשלים עם כך ש"יעילות" (יהא מובנו של מושג זה אשר יהא) אינה בבחינת ערך עליון, עת עסקינן בפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר שהמדינה מופקדת עליהן.



משכך, הכרעתנו בפרשה שלפנינו היא כי אין מתקיים יחס ראוי בין התועלת החברתית הצומחת מתיקון 28 לבין הפגיעה בזכויות אדם מוגנות הנגרמת על ידי הוראות התיקון.

א

56. משמצאנו כי תיקון 28 אינו מקיים את מבחן המשנה השלישי של המידתיות, המסקנה המתבקשת מכך היא כי פגיעתו של תיקון 28 בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם היא פגיעה בלתי מידתית, שאינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, ומכאן שתיקון 28 הוא בלתי חוקתי.

ב

בחינה השוואתית של סוגיית ההפרטה של בתי סוהר

57. בטרם נסיים את דיוננו ונבחן את תוצאות אי החוקתיות של תיקון 28, רואים אנו לנכון להתייחס בקצרה לטענות הצדדים בדבר תופעת הפרטתם של בתי הסוהר ברחבי העולם. העותרים טענו כי הניסיון במדינות אחרות בעולם מראה כי הפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבתי הסוהר הפרטיים רבה יותר מהפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבתי הסוהר הציבוריים. המשיבים מצידם טענו כי התופעה של הפרטתם של בתי סוהר אינה תופעה ייחודית לישראל, ומדינות דמוקרטיות שונות – ובהן ארה"ב ובריטניה – אימצו שיטה זו כדי להתמודד עם המצוקה של הצפיפות בבתי הסוהר ועל מנת לחסוך בעלויות הכליאה של אסירים. באף אחת מאותן מדינות, כך על פי הטענה, לא נקבע כי הפרטתם של בתי סוהר אינה חוקתית או כי קיימת חובה חוקתית של המדינה להפעיל בעצמה את בתי הסוהר.

ג

ד

58. בתי סוהר "מופרטים" פועלים כיום במדינות שונות בעולם, אולם האופן שבו נעשית ומוסדרת ההפרטה שונה ממדינה למדינה. שוני זה בא לידי ביטוי הן בתחומי הפעילות בתוך בית הסוהר הניתנים להפרטה הן במידת הפיקוח של המדינה על פעילות הגורם המפעיל את בית הסוהר הפרטי. כך, למשל, האפשרות להתקשר עם גורמים פרטיים לשם ניהולם והפעלתם של בתי סוהר מוסדרת בחקיקה, בין היתר, בארה"ב (ברמה הפדרלית וברמה המדינתית) ובבריטניה. דברי החקיקה השונים המסדירים את הפרטתם של בתי הסוהר נבדלים זה מזה, בין השאר, בהיקף הסמכויות המסורות לזכייני בתחומים בעלי פוטנציאל להשפעה ניכרת על זכויות האדם של האסירים. בהקשר זה יש לציין כי הגישה הנוהגת בארה"ב היא כי ניתן להטיל על הזכייני הפרטי את האחריות

ה

ו

ז

למלוא ההיבטים הכרוכים בניהולו של בית הסוהר ובהפעלתו, לרבות אכיפת המשמעת בבית הסוהר והפעלת כוח כלפי אסירים. אולם, מדינות שונות בארה"ב קבעו בחקיקתן הסדרים שונים בנוגע למידת ההשפעה הנתונה לגורמים פרטיים המפעילים בתי סוהר על מועדי השחרור של האסירים, על קביעת כללי המשמעת בבית הסוהר ועל ההכרעה בעבירות משמעת, על סיווג האסירים מבחינת ההטבות שהם זכאים להן ועל מידת הפיקוח של המדינה על פעילותו של הגורם הפרטי (ראו: Warren L. Ratliff, *The Due Process Failure of America's Prison Privatization Statutes* [160] גם בבריטניה, בדומה לארה"ב, ניתנו לזכיין הפרטי ולעובדיו סמכויות הכרוכות בשמירה על הביטחון ועל המשמעת בבית הסוהר ובהפעלת כוח כלפי האסירים. אולם, ככלל, היקף הסמכויות הנתונות לגורמים פרטיים המפעילים בתי סוהר הוא מצומצם יותר במודל הבריטי בהשוואה למודל האמריקני. כן נראה כי הפיקוח של המדינה על פעילותם של בתי הסוהר הפרטיים בבריטניה הוא ממשי יותר בהשוואה לרמת הפיקוח המקובלת בארה"ב (ראו [151] Pozen, בעמ' 277–278). מודל שונה להפרטתם של בתי סוהר אומץ, כפי שצינו בפסקה 48 לעיל, בצרפת (וכן בגרמניה). בהתאם למודל הצרפתי, לא נמסר לידי זכיינים פרטיים מלוא התפקידים והסמכויות הכרוכים בניהולו ובהפעלתו של בית סוהר, אלא, כעולה מתגובת הכנסת לעתירה, השירותים הלוגיסטיים בלבד. ההבדלים שעליהם הצבענו לעיל במאפייני ההפרטה של בתי סוהר במדינות שונות עשויים, מטבע הדברים, להיות בעלי נפקות בלתי מבוטלת בכל הנוגע לשאלה של חוקתיות ההפרטה.

ה. מחוות דעתם של המומחים שהוגשו בעתירה – חוות דעתו של פרופ' James F. Blumstein מטעם העותרים וחוות דעתו של פרופ' Ira P. Robbins מטעם הזכיינית – עולה כי בתי המשפט בארה"ב לא קבעו עד כה כי איזה מן ההסדרים החקיקתיים השונים הנוהגים בארה"ב בנוגע להפרטתם של בתי סוהר אינו חוקתי. אכן, דומה כי הנחת המוצא של בתי המשפט בארה"ב בדונם בעניינים הנוגעים לבתי הסוהר המופרטים היא כי הפרטתם של בתי הסוהר אינה מעוררת, כשלעצמה, קושי חוקתי כלשהו (דוגמה בולטת לכך היא פסק דינו של בית המשפט הפדרלי לערעורים של ה-7th Circuit, שבו הסביר השופט Posner כי אסירים שיעלו טענה חוקתית נגד העברתם מבית סוהר של המדינה לבית סוהר פרטי "would be foolish to do so" [83], at p. 500; Pischke v. Litscher

לגישה דומה של בתי המשפט הפדרליים לערעורים בארה"ב, ראו: *Montez v. McKinna* [84], at p. 866; *White v. Lambert* [85], at p. 1013. כן ראו את פסק דינו של בית המשפט העליון של מדינת אוקלהומה, שבו נדחתה טענה שלפיה מתן היתר למחוזות במדינה להתקשר עם גורמים פרטיים לצורך ניהולם של בתי סוהר ולצורך הפעלתם הוא בגדר אצילה בלתי חוקתית של סמכויות על ידי המחוקק – *Tulsa Cnty. Deputy Sheriff's Fraternal Order of Police, – Lodge No. 188 v. Bd. of Cnty. Comm'rs of Tulsa Cnty.* [86]. משכך, נראה כי השאלות העיקריות שנדונו בפסיקה בארה"ב בעניין הפרטתם של בתי הסוהר נסבו על היקף האחריות בנוזיקין של בתי הסוהר הפרטיים ושל העובדים בהם בהשוואה לבתי הסוהר הציבוריים ולעובדיהם (ראו: *Richardson v. McKnight* [88]; *Corr. Servs. Corp. v. Malesko* [87]; *Corr. Servs. Corp. v. Malesko* [88]). יש לציין, עם זאת, כי כמה פסקי דין בארה"ב קבעו כי האופי הציבורי של התפקיד, שאותו ממלאים התאגידים המפעילים בתי סוהר פרטיים, מכפיף אותם להוראות החוקה (ראו: *Skelton v. Pri-Cor, Inc.* [89], at pp. 101–102; *Rosborough v. Management & Training Corp.* [90]).

60. עוד יצוין כי לא מצאנו דיון של בתי המשפט בבריטניה, בדרום-אפריקה ובאיחוד האירופי, כמו גם של בית הדין האירופי לזכויות האדם, בשאלה בדבר חוקתיות ההפרטה של בתי סוהר. מחוות דעתו של פרופ' Jeffery Jowell, שהוגשה על ידי המדינה, עולה כי לפני בתי המשפט האמורים לא הועלו עד כה טענות נגד חוקתיות הפרטתם של בתי סוהר. הערכתו של פרופ' Jowell היא כי היה ויועלו טענות מעין אלה לפני אותן ערכאות, אין הן צפויות להתקבל. זאת, בין היתר, בשל אופייה הכלכלי של הסוגיה ובשל היעדר עילה של אי התאמה להוראות האמנה האירופית לזכויות האדם [178].

61. ניתן אפוא לסכם ולומר כי בחינה השוואתית של הפסיקה בנושא הפרטתם של בתי סוהר אכן מעלה כי טרם נמצא בית משפט שקבע כי הפרטתם של בתי סוהר אינה חוקתית. מנגד, גם לא מצאנו דיון של ממש בשאלות החוקתיות שמעורר הנושא. מצב דברים זה אינו נעדר חשיבות ויש בו כדי להצדיק זהירות רבה מצידנו בבואנו לדון בחוקתיותו של תיקון 28, שכן בחינה השוואתית של הדין החל בנוגע להפרטתם של בתי סוהר במדינות אחרות בעולם ושל השאלות החוקתיות שמעוררת תופעה זו עשויה לסייע לנו להכריע במקצת

א מהשאלות המתעוררות במקרה דנן ולהציג לפנינו היבטים נוספים של אותן סוגיות. אולם, בסופו של יום, האופן שבו יפורשו חוקי היסוד בכלל, וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט, נקבע בהתאם לעקרונות היסוד של שיטת המשטר והמשפט בישראל.

ב 62. כפי שציינו בפסקה 53 לעיל, במדינות שונות עשויות להיות תפישות שונות בנוגע לתפקידיה של המדינה בכלל, ושל הממשלה בפרט, ולחובות המוטלות עליהן. בתפישות אלה יש כדי להשפיע על האופן שבו נבחנת הסוגיה הקונקרטית של חוקתיות הפרטתם של בתי סוהר. בהקשר זה יצוין כי הן בארה"ב הן בבריטניה קיימת – בניגוד לישראל – מסורת היסטורית של הפעלתם של בתי סוהר פרטיים, שיש בה, מטבע הדברים, כדי להשפיע על האופן שבו נבחנת חוקתיות ההפרטה של בתי סוהר (ראו: Pozen [151], בעמ' 257–258; White [154], בעמ' 122–126). עם זאת, יודגש כי, גם במדינות שבהן הופרטו בתי סוהר, מדובר בנושא השנוי במחלוקת ציבורית קשה, ואף קיימת כתיבה ביקורתית רבה על הניסיון שהצטבר בהפעלתם של בתי סוהר פרטיים. החשש העיקרי שמועלה בכתיבה ביקורתית זו הוא כי שיקולים כלכליים ייצרו אצל הגורם הפרטי המפעיל את בית הסוהר תמריץ להגדלת מספרם של האסירים השוכנים בכלא, להארכת תקופת המאסר שלהם או לפגיעה בתנאי המאסר ובשירותים הניתנים לאסירים, באופן שיביא, בסופו של דבר, לפגיעה רבה יותר בזכויות האדם של האסירים מעבר למידה המתחייבת מהמאסר עצמו. כמו כן, מועלה בכתיבה זו חשש מפני השפעות של בעלי אינטרסים כלכליים על אורכן של תקופות המאסר, על סוגי הענישה ועל רמות הענישה. נציין כי אין לנתק ביקורת זו מההסדרים הקיימים באותן שיטות (ראו, למשל: Sharon Dolovich, *State Punishment and Private Prisons* [161], at pp. 518–523; David N. Wecht, *Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons* [162], at pp. 829–830; Judith Greene, *Lack of Correctional Services* [163]; Michael J. Gilbert, *How Much Is Too Much Privatization* [164], at pp. 58–65; Donnelly [135], בעמ' 110–111; White [154], בעמ' 138–139).

א מכל מקום, לא מצאנו בטיעונים בתחום המשפט ההשוואתי שהביאו המשיבים כדי לשנות מעמדתנו בדבר אי חוקתיותו של תיקון 28.

טענות העותרים המבוססות על הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה

63. משמצאנו כי תיקון 28 אינו חוקתי משום שהוא פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות אדם המוגנות בהתאם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין אנו נדרשים להכריע בטענות העותרים המבוססות על הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה. אכן, מקובל עלינו שחוק-יסוד: הממשלה – בהיותו חוק יסוד – נהנה ממעמד חוקתי על-חוקי, ולפיכך ניתן לבחון הוראות חקיקה "רגילה" שנטען כי היא מנוגדת להוראות בחוק-יסוד: הממשלה (ראו בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש-הממשלה [31], בעמ' 209). אולם, בעניין שלפנינו, אמנם נראה כי, כפי שטוענים המשיבים, סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", הוא סעיף הצהרתי בעיקרו שנועד לקבוע באופן עקרוני את תפקידיה של הממשלה בשיטת המשטר בישראל. משכך, קיים קושי לבסס עליו טענות נגד חוקתיות הפרטתם של שירותים ממשלתיים שונים. מקורו של הקושי האמור הוא בכך שסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה אינו קובע במפורש תפקידים או תחומי פעילות פרטניים שהאחריות לביצועם היא אחריות בלעדית של הממשלה. עם זאת, ועל אף הקושי הנזכר – ובמיוחד בהתחשב בתפישתנו בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי – נוטים אנו לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות שאותן חייבת הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה, לבצע בעצמה ושאסור לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים. וכעולה מן האמור לעיל, הסמכויות הכרוכות בכליאת אסירים ובהפעלת כוח מאורגן בשם המדינה אכן נכללות בגדר אותו "גרעין קשה". כמובן, קבלת פרשנות מעין זו תחייב לשרטט באופן ברור את גבולותיו של אותו "גרעין קשה", שכן ניתן להניח כי אין מניעה חוקתית מפני הפרטת חלק מכריע מהשירותים שמספקת המדינה, ועניין זה מצוי בעיקרו במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת. מכל מקום, בשל התוצאה שאליה הגענו, אין אנו נדרשים לקבוע מסמרות באשר לפרשנותו של סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, וניתן להותיר סוגיה זו בצריך עיון. זאת ועוד, היעדרה של פסקת הגבלה מפורשת בחוק-יסוד: הממשלה מעורר את השאלה כיצד יש לבחון את חוקתיותה של הוראת חקיקה "רגילה" שנטען כי היא מנוגדת להוראה בחוק-יסוד: הממשלה. מכל מקום, בעניין שלפנינו אין מתחייבת הכרעה בשאלה בדבר אופן הפעלתה של הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה

הסותרת חוק יסוד משטרי כחוק-יסוד: הממשלה. בנסיבות אלה, אף אין אנו נדרשים, מטבע הדברים, להכריע בטענות העותרים הנוגעות לרוב שבו התקבל תיקון 28 בכנסת, משום שטענות אלה מבוססות על ההנחה כי תיקון 28 מנוגד להוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה.

א

#### הסעד החוקתי

64. תיקון 28 מנוגד לעקרונות היסוד של שיטת המשטר בישראל כיוון שהוא מעניק את הסמכויות הפוגעניות הכרוכות בניהולו של בית סוהר ובהפעלתו, שיוחדו עד כה למדינה, לידיו של תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח. משכך, הגענו לכלל מסקנה כי תיקון 28 פוגע בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים, האמורים לרצות את עונשם בבית הסוהר בניהול פרטי. פגיעה זו אינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, משום שאינה מידתית. אשר על כן, הגענו למסקנה כי תיקון 28 אינו חוקתי. משכך, מתעוררת השאלה מהו הסעד בגין אי החוקתיות.

ג

65. תיקון 28 יוצר הסדר שלם בנוגע להפרטתו של בית סוהר אחד שינוהל ושיופעל על ידי תאגיד פרטי. מפסק דיננו עולה כי אי החוקתיות הטמונה בתיקון 28 נובעת מהעברתן של סמכויות הכליאה של אסירים, ושל הסמכויות הפוגעניות הכרוכות בהן, לידי תאגיד פרטי. אכן, לא כל הוראותיו של תיקון 28 נוגעות במישרין להפעלת סמכויות פוגעניות כלפי האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי, ומשכך, מתעוררת, לכאורה, השאלה אם יש מקום להכריז על בטלותו של תיקון 28 בכללותו. אין אנו רואים מנוס מתוצאה זו. זאת, משום שההסדר שנקבע בתיקון 28 הוא הסדר מקיף על פי מבנהו ועל פי תוכנו, שהקניית הסמכויות הקשורות להפעלת כוח כלפי האסירים היא חלק בלתי נפרד ממנו. בנסיבות אלה, אילו היינו מבטלים אך את ההוראות הנוגעות להקניית הסמכויות הפוגעניות, לא היה קיום עצמאי להוראות הנותרות, ותכליתו של תיקון 28 לא הייתה מוגשמת (ראו: פרשת עדאלה [28], בפסקאות 97–98 לפסק דינו של הנשיא ברק; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית [96], בעמ' 736–737). בהקשר זה יצוין כי לא נשמעה לפנינו כל טענה בדבר האפשרות להפריד בין הוראות שונות בתיקון 28, ובמהלך בירור העתירה, נסב הדיון החוקתי על הוראותיו של תיקון 28 בכללותו. יובהר כי אין אנו נוקטים עמדה באשר להסדר החלופי הרצוי תחת תיקון 28. אולם, רואים אנו לציין כי העותרים לא חלקו על

ז

הבסיס החוקתי להעברתם של תפקידים לוגיסטיים בבית הסוהר, כגון שירותי מזון, בינוי וכביסה, לידי תאגידים פרטיים, וקביעותינו בפסק דין זה אינן שוללות אפשרות זו. מכל מקום, לאחר שהגיע בית משפט זה לכלל מסקנה כי דבר חקיקה מסוים הוא בלתי חוקתי, אין זה מתפקידו לקבוע את פרטי ההסדר החקיקתי שיבוא תחת דבר החקיקה הבלתי חוקתי, ועניין זה מצוי באחריותה של הכנסת (ראו והשוו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [7], בעמ' 415-416; פרשת צמח [5], בעמ' 284).

א

ב

חשוב לציין עוד כי הכרעתנו במקרה דנן מבוססת על הפגיעה בזכויות האדם הנובעת מהעברת עצם סמכויות הכליאה של אסירים, הכרוכות בפגיעה בזכויות האדם שלהם, לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח. אין אנו נוקטים עמדה באשר לחוקיות ההעברה של פונקציות אחרות במערכת לאכיפת החוק לידי גורמים פרטיים או לידי רשויות ציבוריות כאלה או אחרות. כמו כן, אין במסקנותינו בפסק דין זה משום הבעת עמדה באשר לחוקיות ההפרטה של שירותים ממשלתיים בתחומים אחרים (כגון בריאות, חינוך ושירותים חברתיים שונים), שהן מידת הקשר שלהם לסמכויותיה הבסיסיות של המדינה והן מידת הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה בהם, שונות מאלה הכרוכות בכליאתם של אסירים מאחורי סורג ובריה.

ג

ד

66. לאחר שנכתבו הדברים לעיל, באה לעיוני חוות דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה. מובן ששותפה אני לדעתה, ככל שהיא מתייחסת לאחריות המדינה על אכיפת הדין הפלילי ועל ההגנה על הסדר הציבורי וכן על החשיבות של הפעלת הכוח השלטוני בידי המדינה לשם הגנה על הפרטים הנתונים למרותה. דרכינו נפרדות באופן ניתוח מהותה ואופייה של פגיעה בזכויות האדם החוקתיות הנגרמת על ידי תיקון 28.

ה

67. לשיטתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, הפגיעה החוקתית הנגרמת על ידי תיקון 28 אינה פגיעה קונקרטית בזכויות אדם אלא הסיכון הנובע מהפוטנציאל לפגיעה הבלתי מידתית בזכויות האדם של האסיר בבית הסוהר בניהול פרטי, מעבר לפגיעה הנגרמת לכל אסיר מעצם הכליאה. בחוות דעתה מצביעה חברתי השופטת פרוקצ'יה על החשש כי השיקולים הכלכליים המניעים את הזכיין הפרטי, שמסור לו כוח המרות השלטוני, והיעדר אמצעי בקרה והרתעה, דוגמת אלה המגבילים את הפעלתו של כוח המרות על ידי השירות

ו

ז

א הציבורי, יביאו לפגיעה פוטנציאלית "מהותית, רבת משקל ומתמשכת" בליבה של זכויות היסוד של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי (פסקה 26 לחוות דעתה). חששות אלה אינם משוללי יסוד, וכפי שציינתי בפסקה 19 לעיל, אף אני שותפה להם. עם זאת, לשיטתי, אילו היה מדובר בפגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות אדם, הרי שספק אם יש בכך כדי להצדיק קביעה שיפוטית בדבר אי חוקתיותה של חקיקה ראשית של הכנסת. ככלל, נוהגים אנו זהירות וריסון בהפעלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. לעתים, אין מנוס מהפעלת הביקורת השיפוטית על חקיקה שיצאה מלפני הכנסת, והמקרה שלפנינו יוכיח. עם זאת, סבורה אני כי הנחת המוצא בביקורת החוקתית היא שאין די בפגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות אדם חוקתיות כדי להביא לביטול חקיקה ראשית של הכנסת.

ב אכן, ככל שהוראה מסוימת בחוק הכנסת פוגעת בזכויות אדם חוקתיות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד, יש לבחון את חוקתיותה על פי המבחנים המקובלים בפסיקתנו לעניין זה. אולם, ככל שעסקינן בפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, להבדיל מפגיעה ממשית, הרי שלא יהיה בפגיעה כזו, ככלל, כדי להצדיק התערבות שיפוטית לביטולה של החקיקה. הבחינה החוקתית של דבר החקיקה תתקיים בשלב של הבחינה התוצאתית ולאחר שיתברר האופן שבו הוא מיושם הלכה למעשה (ראו והשוו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר [32], בעמ' 483–484). לפיכך, עמדתי בדבר אי חוקתיותו של תיקון 28 אינה מבוססת על פגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, הנגרמת על ידי הוראות התיקון, אלא על הפגיעה הממשית בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם הנגרמת על ידי הוראות התיקון כשלעצמן וללא תלות באופן שבו ייושמו בפועל.

ג זאת ועוד, מלבד הקושי העקרוני הטמון בהפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, המבוססת כל כולה על פגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, איני סבורה כי ניתן לעשות כן בנסיבות המקרה דנן. זאת, משום שלא הובאה לפנינו תשתית ראייתית מספקת לביסוס הכרעה שיפוטית בדבר הפוטנציאל לפגיעה של תיקון 28 בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לבתי הסוהר הציבוריים. ודאי שלא הונחה תשתית מספקת על מנת לקבוע כי מתקיימת רמת ההסתברות המוצעת על ידי חברתי השופטת פרוקצ'יה בדבר "אפשרות



קרובה, שבהתממשה נפגעת זכות יסוד חוקתית פגיעה ממשית וקשה" (סוף פסקה 26 לחוות דעתה). יש לזכור כי במנגנוני הפיקוח שנקבעו בתיקון 28 יש, לכאורה, כדי להפחית את עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות האדם של האסירים שעליה עמדה חברתי השופטת פרוקצ'יה. אף מטעם זה, קשה לקבוע כי המבחן ההסתברותי האמור התקיים בנסיבות העניין שלפנינו.

68. עוד יוער כי גישתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה בדבר התכלית החקיקתית של תיקון 28 אף היא מעוררת קושי בעיניי. אכן, שותפה אני לעמדתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה כי ביסוד חקיקתו של תיקון 28 עמד הרצון לשיפור בתנאי הכליאה של האסירים בבתי הסוהר בישראל. עם זאת, איני סבורה כי, בנסיבות העניין וכעולה מתשובת המדינה, ניתן לקבוע כי הגדלת רווחת האסיר היא התכלית העיקרית של תיקון 28. כפי שצינתי בפסקה 52 לחוות דעתי, אלמלא הייתה התכלית הכלכלית ביסוד הצורך בתיקון 28, כלל לא היה צורך בחקיקתו. התכלית של הגדלת רווחתו של האסיר היא רצויה ומבורכת, ולכאורה הייתה ניתנת להשגה בלא צורך בשינוי נורמטיבי כלשהו. בנסיבות העניין, אין לנתק את המטרה של השגת רווחה לאסיר מהתכלית הכלכלית שבבסיס ההפרטה, שכן היא התכלית העיקרית של תיקון 28. מטעם זה אף מתקשה אני לבחון את חוקתיות הפגיעה בזכויות האסירים הנגרמת על ידי תיקון 28 אל מול התכלית הראויה של הגדלת רווחתו של האסיר, כמוצע על ידי חברתי. זאת ועוד, בעיניי קיים חשש כי, אם נקבל את נוסחת האיזון המוצעת על ידי חברתי השופטת פרוקצ'יה, יהיה בכך כדי לערער במידה רבה את האופן שבו מוגדרים גבולות הפגיעה המותרת בזכויות אדם חוקתיות לפי פסקת ההגבלה. זאת, שכן ניתן להניח כי, במקרים לא-מועטים (ובמיוחד עת מדובר בדבר חקיקה המקיים את דרישת התכלית הראויה), ניתן "לתרגם" אף את הערך או את האינטרס הציבורי, העומד על כפות המאזניים אל מול זכות האדם הנפגעת, לזכות אדם אחרת (ולעניין זה איני רואה חשיבות מיוחדת בכך שמדובר, כביכול, בזכויותיו של אותו פרט עצמו). ניתוח מעין זה עלול להביא לטשטוש ההבחנה בין זכויות האדם המוגנות במשטרנו החוקתי לבין הערכים והאינטרסים העשויים להצדיק פגיעה בזכויות אלה. חוששתי כי בטשטוש מושגי זה טמון פוטנציאל להחלשת עוצמתה של ההגנה החוקתית על זכויות אדם בשיטתנו המשפטית.

סוף דבר

א 69. תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר פוגע פגיעה בלתי חוקתית בזכויות האדם לחירות אישית ולכבוד האדם, המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן דינו של תיקון 28 הוא בטלות. מאחר שבית הסוהר בניהול פרטי, שאת הקמתו מסדיר תיקון 28, טרם החל לפעול, אין אנו רואים טעם בהשעייתה של הכרזת הבטלות לעניין הפעלתו וניהולו של בית הסוהר בידי זכיין פרטי. לפיכך, אם תישמע דעתי, נקבע כי תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר בטל מיידית מחמת אי חוקתיותו. למען הסר ספק, יובהר כי אין אנו נוקטים עמדה באשר לנפקויות הקביעה בדבר אי חוקתיותו של תיקון 28 על היחסים בין המדינה לבין הזכיינית במישור המשפט הפרטי.

ג השופטת ע' ארבל:

מסכימה אני לפסק דינה של חברתי הנשיאה ומצטרפת לאמור בו.

א 1. בחוות דעתה המקיפה של הנשיאה פורטו בהרחבה התפקידים והסמכויות שהוטלו על הזכייין הפרטי בחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 (להלן: תיקון 28), שמכוחו מוקם בישראל בית סוהר בניהול פרטי. כל התפקידים והסמכויות המפורטים היו מסורים למדינה מאז תקומתה ולאורך כל שנותיה ושימשו כרכיב מכוון של ריבונותה. השאלה העומדת במוקד העתירה היא אם רשאית המדינה להתפרק מתפקידים ומסמכויות אלה ולמסור לידי גורמים פרטיים תפקידים ומסמכויות שלטוניים. כמו הנשיאה, גם להשקפתי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. רואה אני לנכון לצרף שלושה הדגשים משלי לעמדתה, והם – בלעדיות המדינה בהפעלת כוח כופה, הפגיעה בזכות האדם לכבוד עקב הקמתו של בית הסוהר בניהול פרטי, והחשש הגלום בהפרטתם של בתי הסוהר לניגוד עניינים בהיבטים שונים.

א 2. בהסתמך על ההוגים הקלסיים של תורת המדינה, שאותם סקרה חברתי בחוות דעתה, הסמכות להפעיל כוח כופה של שלילת חירות ושל קביעת מגבלות ניתנה למדינה מכוח "חווה" או "אמנה" חברתיים מטפוריים שנכרתו בינה לבין האזרחים המתגוררים בה, שלפיהם מסרו לה האזרחים מרצונם את הסמכות לשלול חירויות ולעשות שימוש בכוח כופה, בין היתר, לשם הבטחת הגנתם

וביטחונם ולשם שמירה על קניינם (ראו סקירה גם בספרו של אלי בר-נביא צמיחתה של המדינה המודרנית [97], בעמ' 68–76, 82–89, 97–108). סמכות זו שנמסרה למדינה בשליחות הקהילה הפוליטית עומדת בגרעין המזוקק ביותר של הפונקציות השלטוניות הנובעות מן הריבונות, בשורה אחת עם הסמכות לקיים צבא, משטרה ובתי משפט. נטילתן של פונקציות אלה והעברתן לגורם פרטי פוגמות בהצדקה העומדת ביסודה של הפעלת הסמכות ויש בהן משום הסתלקות של המדינה, גם אם באופן חלקי, מקיום "חלקה" בחוזה החברתי והצבתה בפוזיציה של צופה מן הצד אשר אינה מבקשת להגשים יעדים עצמאיים משלה.

א

ב

אכן, המדינה היא מי שמתוקף האמנה החברתית מגשימה את רצון הקהילה, לה נמסרו על פי אותה אמנה הסמכויות להוציא רצון זה אל הפועל, והיא היחידה שרשאית להחזיק באמצעי כופה ולהפעיל כוח לצורך מימושה של תכלית זו תוך כדי שקילת שיקולים ציבוריים, והם בלבד. רק בכוחה של המדינה "לנקז" את שאיפתה הקולקטיבית של הקהילה ולשקף את "הרצון הכללי" המגלם בתוכו את השמירה על זכויות האדם של כל פרט ופרט (ראו איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי [98], בעמ' 92, להלן: פלג), לרבות של אלה שקולם אינו נשמע, באשר היא היחידה המונחת על ידי האינטרס הציבורי הרחב. רק כשהמדינה מפעילה כוח זה, זוכה הוא להצדקה דמוקרטית על יסוד מימד ההסכמה שבו ועל יסוד טיב מטרותיו. ההסכם בין האזרחים לבין השלטון אינו מתמצה בהעברת הסמכות להפעלת כוח כופה, לרבות בדרך של החזקה במאסר, אלא גם בכך שהמדינה תהיה זו שתפעיל את הכוח כשליחתה של הקהילה הפוליטית, שאחרת יישמט הבסיס לקיומו (ראו: Paul Moyle, *Separating the Allocation of Punishment from Its Administration: Theoretical and Empirical Observations* [165], at p. 83).

ג

ד

ה

בהעברת סמכויות אלה לידי גורם פרטי, אין ענייננו עוד במימוש רצון הפרטים על יסוד הסכמתם להעביר לקהילה זכויות טבעיות כדי לאפשר חיים תקינים וביטחון, אלא בהעברת סמכויות לגורם זר, שאינו מהווה צד להסכמה החברתית, שאינו מחויב לנורמות הגלומות בה ושאינו מבקש בהכרח להגשים את מטרותיה. בכך נחלשת העמדה המוסרית של המדינה כלפי הציבור בכלל, וכלפי ציבור האסירים בפרט, נחלשות האחריות והמחויבות שהיא חבה כלפי האסירים באופן מעשי המסתכמות עתה אך בפיקוח עקיף תוך הותרת הזירה

ו

ז

א בדבר גיבושן של אמות המידה לביצוע הסמכות בידיו של הגורם הפרטי. בכך נשחק במידת-מה גם מושג הצדק, שאינו עומד עוד בפני עצמו כמטרה יחידה, ועלולים להיפער סדקים במידת הסמכותיות של רשויות המדינה, ביושרה שתיוחס להן, באמון הציבור בשלטון ובמהות השלטון הדמוקרטי במובנו הרחב. במצב דברים זה, מאבדת נטילת חירותם של האסירים רכיב מהותי מן ההצדקה העומדת ביסודה.

ב 3. בהעברתו של סוג הסמכויות הרלוונטי, הכולל רכיבים ניכרים ומתמשכים של שימוש בכוח כופה – הנתונים למדינה כריבון – לגורם פרטי, טבועה פגיעה אינהרנטית בזכויות אדם, ובכלל זה בזכות האדם לכבוד ובזכות האדם לחירות.

ג הערך בדבר כבוד האדם שבו אתמקד, אשר מזה כעשור ומחצה נהנה ממעמד מיוחד של זכות חוקתית על-חוקתית בשיטתנו המשפטית, טומן בחובו את ההכרה בערך האדם ואת ההתבוננות באדם כמטרה בפני עצמה (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית [96], בעמ' 421; אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" [114], בעמ' 277, 280, להלן: ברק). כשם שעולה מתורתו של הפילוסוף עמנואל קנט, אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו, ובלשונו: "הצווי המעשי יהיה כדלקמן: עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד" (עמנואל קנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המדות [99], בעמ' 95).

ד באופן פרטני, כולל הערך בדבר כבוד האדם אגד של זכויות שבהיעדרן אין משמעות להיותו של האדם יצור חופשי (ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר [32], להלן: עניין עמותת מחויבות לשלום). בהקשר הדברים שלפנינו, כוללת זכות זו, בין היתר, "סדרי אנוש תרבותיים מינימאליים של אופן סיפוק צרכים אלה, כדי לקיים את כבודו כאדם מבחינה נפשית" (בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עוזאמי [33], בעמ' 85,

ה הדגשות הוסרו – ע' א'). אכן, עם כניסתו אל בין כותלי הכלא, נושא עימו האסיר באמתחתו את מלוא זכויות האדם, זולת אלה הנשללות באופן ענייני מעצם המאסר ובראשן הזכות לחופש תנועה. אשר על כן, על המדינה ועל רשויות השלטון מוטלת החובה שלא לפגוע בזכותו של האסיר לכבוד מעבר לנדרש לצורך קיומן של מטרות המאסר. אין מדובר אך בדברים בעלמא אלא

א בקביעה הנושאת עימה נפקות אופרטיבית (ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א  
"קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום [34], בעמ' 524). השאלה, מה ייחשב לפגיעה  
בכבוד האדם, מחייבת התחשבות, בין היתר, "בנסיבות הזמן והמקום, בערכי  
היסוד של החברה ובאורחות חייה, במוסכמות החברתיות והפוליטיות  
ובמציאות הנורמטיבית" (עניין עמותת מחויבות לשלום [32], בפסקה 13). כחלק  
מכך, יש להקפיד, מן הצד האחד, שלא להרחיב את המונח יתר על המידה באופן  
שכל זכות אדם תיכלל בו – ומן הצד השני, שלא לצמצמו אך למקרי הקצה של  
עינויים והשפלה, שכן בכך תוחטא התכלית המונחת ביסוד הזכות (ראו: בג"ץ  
4128/02 אדס טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל  
[9], בעמ' 518; ברק [114], בעמ' 285).

ג 4. ביצוע מאסר בבית סוהר בניהול פרטי כולל פגיעה בזכות לכבוד שאינה  
רק פגיעה פוטנציאלית, התלויה בהתממשות חששות קונקרטיים בדבר טיב  
השירות שיסופק על ידי המפעיל הפרטי, בדבר רמתו ובדבר איכותו, אלא פגיעה  
המתגבשת ונוצרת בעצם הפעלתן של סמכויות הכליאה ושל הסמכויות הנלוות  
להן על ידי זכיין פרטי.

ד אכן, אף מעבר לעצם הצבתו מאחורי סורג ובריח, למשך כל תקופת שהייתו  
של האסיר בין כתליו של בית הסוהר, כפוף הוא למשטר המותווה על ידי שימוש  
בכוח המופעל עליו בנוגע לכמעט כל אחד ממרכיבי חייו. בתקופת מאסרו,  
ניטלת עצמאותו של האסיר ממנו, סדר יומו הקפדני מוכתב על ידי שלטונות  
הכלא ונגישותו להגנות שמספק לו הדין מפני פגיעה בזכויותיו היא עקיפה  
ומוגבלת. לצד זאת, השהייה בכלא עלולה לזמן לאסיר, לעתים באורח בלתי  
צפוי, מצבים קונקרטיים של פגיעה מוגברת בזכויותיו, בהתקיים נסיבות ותנאים  
שונים, לרבות האפשרות להחזיקו בהפרדה מינהלית, לחפש על גופו תוך כדי  
שימוש בכוח, למנוע את פגישתו עם עורך דין כפוף למגבלות שונות, להיותו נתון  
לבחינה חזותית של גופו בעירום, וכיוצ"ב. הסמכות לבצע פעולות אלה, הכוללות  
היבטים ישירים ופוטנציאליים של פגיעה בזכות לפרטיות, בזכות לחירות, בחופש  
התנועה, בזכות לכבוד ובזכויות נוספות, מוקנית, לפי סעיף 128 יח שהוסף בתיקון  
28, כפוף לתנאים שונים, גם למנהל בית הסוהר בניהול פרטי.

ז מתן סמכות להוצאתן לפועל של סמכויות פוגעניות מעין אלה על ידי מי  
שנבחר מטעם זכיין פרטי בעל מוטיבציות עסקיות, אשר אינו כפוף למרותה של

הרשות השלטונית ולפיקוחה הישיר, לא למסורת הציבורית שלה ולא לכללי ההתנהגות הכתובים והבלתי כתובים, לא לאינטרס הציבורי הרחב ולא לשיקולים שביסוד ביצוע הענישה – שומט את הקרקע תחת הרציונל המצדיק הפעלת כוח כאמצעי מידתי להגשמתן של מטרות ציבוריות, משמיע שרירותיות ופיחות כלפי ערך האדם ופוגע בכבודו. הפעלת הכוח הכופה במצב זה אינה נסמכת עוד על יסוד רחב של הסכמה המיועדת לאפשר חיים בטוחים, אלא דווקא על התפרקות מחלק ניכר מן האחוריות הישירה ומן הצורך במתן דין וחשבון, ועל הותרת האסיר – המצוי ממילא, פעמים רבות, בתחתית הסולם החברתי ובסיטואציה רגישה ופגיעה – לבד לגורלו.

5. זאת ועוד. העברתה של סמכות הענישה מן המדינה לגורם, שתכליתו העיקרית, מעצם הגדרתו, בהשאת רווחיו, פותחת פתח לשילובם של שיקולים זרים ובלתי רלוונטיים במערך השיקולים שנשקלו על ידי הגורם בעל הסמכות, שאינם עולים בקנה אחד עם הצורך להבטיח את זכויות האסירים ואת רווחתם. ניגוד עניינים זה, אין זה הכרחי כי יתממש בפועל או כי יבוא לידי ביטוי מעשי, ואין הוא נסתר אף אם, כטענת המשיבים, עשויה ההפרטה, כפי שהוצהר מראש, לשאת עימה גם תוצאות חיוביות מבחינת האסירים ולשפר בהיבטים מסוימים את תנאיהם. די בהימצאות הסמכויות שעל הפרק, הכוללות מרכיבים פוגעניים, בידיו של גורם פרטי – שההצדקה לבחירה בו ומניעיו טמונים בהבאת הכנסותיו למקסימום והוצאותיו למינימום – כדי לצבוע בצבעים אסורים פעולות שברגיל מותרות הן, לפגוע בכבוד האדם של האסירים ולהוסיף על הפגיעה בחירותם הנובעת מעצם המאסר.

אכן, סמכויות כליאה אינן מתמצות אך ברכיבים ביצועיים "טכניים" שאינם מערבים הפעלת שיקול דעת מצד הגורם האחראי בשאלות הכרוכות בפגיעה בזכויות אדם. דוגמאות לכך ניתן למצוא בתיקון 28, בין היתר, בסמכות הנתונה למנהל בית הסוהר להורות על החזקת אסיר בהפרדה לפרק זמן של עד 48 שעות בנסיבות ובתנאים מסוימים (סעיף 128 יח(ג)(1) שהוסף בתיקון 28); בסמכותו של מנהל בית הסוהר להורות על לקיחת דגימת שתן מאסיר, על בחינה חזותית של גופו העירום ועל חיפוש על גופו תוך כדי שימוש בכוח סביר בנסיבות ובתנאים מסוימים (סעיף 128 יח(ג)(4)–(5) שהוסף בתיקון 28); בחובתה של

ועדת השחרורים להתחשב, בין שאר שיקוליה, עת היא דנה באפשרות קיצורו של משך מאסרו של האסיר, גם בחוות הדעת שניתנה בעניינו של האסיר על ידי מנהל בית הסוהר בניהול פרטי (סעיף 9(7) לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001), וכיוצ"ב. בסמכויות אלה טבוע רכיב עיקרי של שיקול דעת הנוגע לפרמטרים ולאמות המידה שעל פיהם תופעל הסמכות. הכנסתם של שיקולים כלכליים אל הזירה כשיקולים עצמאיים ואף ראשונים במעלה, בלי שמסגרת השיקולים מחייבת את יישובם של שיקולי הרווח עם השיקולים העומדים ביסוד הענישה ואת אופן הפעלתה, מכפיפה את השיקולים העומדים ברגיל בראש התורן לשיקולים עסקיים, ומאפשרת את הגשמתם המלאה רק ככל שהם מתיישבים עם התכלית הכלכלית שמהווה נקודת מוצא. בכך, הופך יעדה העיקרי של הפעלתה של סמכות הענישה, באופן מוצהר וגלוי, ליעד עסקי; האסירים הופכים למעשה לאמצעים להגשמתו של יעד זה; ה"לקוחות" שהתאגיד העסקי חייב להם דין וחשבון הם בעלי מניותיו; גדר השיקולים מוצר ועלול להתעוות; המטרות הציבוריות שביסוד הענישה הופכות, בלי לרצות בכך, ליעד משני. השאיפה לצמצם עלויות – אשר, על פי שוחרי הגישה של כלכלת השוק, מרוסנת בפעילות עסקית רגילה על ידי "היד הנעלמה" שבמנגנון השוק החופשי והתחרות – אינה נתקלת במאטריה הנוכחית, נעדרת התחרות (כפי שוודאי ראוי), באמצעי מרסן. במצב דברים זה, עלולה שאיפה זו לעמוד בניגוד לצורך לשמור על זכויות האסירים, שעולה ממון. יפים לעניין זה דבריו של פלג שדן בבעיה בהקשר רחב יותר וגרס כי:

"תפיסת האלטרואיזם-נאמנות, השולטת כיום במשפט הציבורי, לא תכובד על ידי הגוף המופרט מבחירה. בין טובת הפרט המטופל ובין הגוף המופרט פעורה תהום של ניגוד אינטרסים [ההדגשה במקור – ע' א']. כיבוד זכויותיו החוקתיות של הפרט עולה ממון רב. הגורם המופרט מבקש להרוויח. [...]"

חיסכון בהוצאות – משמעו גם גריעה מנוחותו ואף מבריאותו של המטופל. התאגיד מבקש לתת שירות, אך בעיקר להרוויח ככל שיוכל ובמהירות. הוא רואה את עצמו נאמן של עצמו בלבד [...] העובד בתאגיד המופרט רואה את הבעלים כ'בוס', כמעין-ריבון, המשפיע על רווחתו שלו. באופן טבעי הוא יעשה את מה שישירת את מעבידו

ובכך ישרת את עצמו. בבחירה בין אינטרס המעביד לאינטרס  
המטופל בחירתו תהיה ברורה [...]

א ניגוד האינטרסים המובנה הוא בין השאיפה של הגוף המופרט לרווח  
מקסימלי לבין האינטרס לשיפורו של איכות השירות בהפרטה [...]  
החשש מתחזק כשמדובר באוכלוסיות נזקקות וחלשות. הפרטה  
לטובת הציבור היא הפרטה שבסופה איכות השירות עולה, שאם לא  
ב כן יש מקום לתהות אם ההפרטה היא באמת לטובת הציבור" (פלג  
[98], בעמ' 63).

כאמור, הפגיעה בזכויות האסירים, ובראשן בזכות לכבוד, אינה לובשת  
בהכרח צורה קונקרטית, והיא לאו דווקא גוררת עימה ביטויים ישירים. אכן, לא  
ניתן לבטל במחי יד, למשל, את החשש כי, ככל שיבחרו מנהלי בית הסוהר  
ג בניהול פרטי להפחית את עלויותיהם ברכיב השכר של הסוהרים שיעסיקו, יביא  
הדבר, בין היתר, להעסקת עובדים מנוסים וכשירים פחות, שיתחלפו בתדירות  
גבוהה ושייתקלו בקושי מוגבר לספק מענה למצבים הרגישים המתעוררים מעת  
לעת בבית הסוהר. גם החשש מפני עירוב אינטרסים סמויים מן העין, ואף,  
ד מפני סיכון מוגבר לגלישה לשחיתות, כשהגוף המפעיל את בית הסוהר  
הוא גוף פרטי, אינו דבר שניתן לפוסלו בביטחון מלא. אולם, קשה לגזור  
מפוטנציאל זה בלבד מסקנות אופרטיביות חד משמעיות בדבר הסתברות גבוהה  
לפגיעה מוגברת בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי. הוא  
הדין גם בכל הנוגע לחששות בנוגע לטיב השירותים שיספקו על ידי בית הסוהר  
הניהול פרטי בתחומים, כגון טיפול רפואי, טיפולי גמילה, הכשרה מקצועית  
ושיקום באופן כללי, אשר זוכים, על פניהם, למענה על פי החוזה שבין המדינה  
לבין מפעיל בית הסוהר (ראו יואב פלד "הפשע משתלם: מה ניתן ללמוד  
ה מהנסיון האמריקאי בהפרטת בתי סוהר?" [115], להלן: 99). אך, גם בלא  
פגיעה נקודתית שעליה ניתן להצביע, יש בהעברתה של הסמכות להפעיל את  
בית הסוהר לידי של גורם פרטי כדי ליצור מראית עין של עירוב שיקולים בלתי  
רלוונטיים בעת הוצאתן לפועל של הסמכויות הפוגעניות, דבר שמערער את  
הסמכות המוסרית שביסוד פעילותו של גורם זה ואת האמון הציבורי בו (פלד  
[115]), שכן אפילו נעשה הצדק, אין הוא נראה. אין מדובר בעניין אסתטי גרידא,  
א לא בפגיעות הנושאות אופי מהותי, שכן הן מפרות את האיזון העדין שבין



הצורך בשלילת חירותם של האסירים לשם הגשמת המטרות החברתיות שביסוד המשפט הפלילי ודיני הענישה, לבין השאיפה להגן על זכויותיהם הבסיסיות של האסירים גם בעת שהם משלמים את חובם לחברה. בכך יש משום פגיעה עצמאית בזכותם של האסירים לכבוד.

א

6. נכון הוא כי הפיקוח שעליו אמונה המדינה והסטנדרטים, שבהם מחויב הזכיון הפרטי לעמוד, מצמצמים עד למאוד את יכולתו של הזכיון להקריב את זכויותיהם ואת רווחתם של האסירים בבית הסוהר הפרטי על מזבח רווחיו. ואמנם, כשם שציינה הנשיאה, כולל תיקון 28 כמה מנגנונים המפחיתים את החשש מפני פגיעה בזכויות היסוד של האסירים והמעניקים "כתובת" אפקטיבית שאליה ניתן להפנות תלונות וטרוניות בדבר המתרחש בין כותלי הכלא.

ב

ברם, מנגנוני פיקוח אלה, לא זו בלבד שקיים ספק בדבר יכולתם "לכסות" את כל המצבים שבהם עומדות זכויות האדם של האסירים בפני חשש לפגיעה – שאת אופן התהוותם קשה לעתים לצפות מראש – אלא שקיים ספק גם בדבר יכולתם האמיתית לאתר ולזהות את טיב השיקולים, שעמדו ביסוד שימוש באמצעי פוגעני המותר באופן פורמלי על פי החוק, ולסכל את העדפתם של שיקולים כלכליים, גם כשאלה כוללים פגיעה בזכויות האסירים. לצד זה, יש לזכור כי, כפי שכבר צוין, האוכלוסייה שעל הפרק, אוכלוסיית האסירים, היא, פעמים רבות, אוכלוסייה חלשה במיוחד המצויה בעת שהותה בין כותלי הכלא בסיטואציה חשופה ופגיעה שבה, כך או כך, נשלל ממנה חלק ניכר מזכויותיה. במצב דברים זה, ובהינתן שהפעולות המתבצעות בבית הסוהר נעשות הרחק מאור השמש, קיים ספק בדבר האפקטיביות של חלק ממרכיביו של מנגנון הפיקוח שתלוי בזרימה ישירה של מידע מן הגורם הנפגע לגורם המפקח, כדי שזה יוכל להפעיל את סמכותו. משכך, עלול מנגנון הפיקוח להפוך לכלי מוגבל בכל הנוגע ליכולת להבטיח את קיום חובותיו של בית הסוהר בניהול פרטי ולהותיר בעינם את החששות הקשורים בו.

ג

ד

ה

ו

נוסף על כך, מנגנון הפיקוח מספק בכמה ממרכיביו, מעצם טבעו, סעד שלאחר מעשה, שלעתים עלול לחלוף פרק זמן עד שיינתן וימנע את קיומה של פרקטיקה פוגענית. עת עסקינן בגרעין הקשה של זכויות האדם, כמו זה הנוגע לאסירים בעת ריצוי עונשם, עלולה עובדה זו להיות כרוכה במחיר כבד. גם במקומות שבהם עומדת לפני הזכיון הפרטי מערכת של תמריצים שנועדה

ז

א להביאו להיטיב מראש את השירותים שאותם הוא מספק, קיים קושי בכך שהחלטתו אם להישמע לתמריצים אלה טמונה במידת התועלת שבהם, מנקודת מבטו, בהשוואה לעלות שבשיפור תפקודו. לבסוף, וכפי שציינה הנשיאה, אין במנגנון הפיקוח הנ"ל, המבקש להתמודד עם כל בעיה באופן נקודתי, כדי לרפא את הקושי העקרוני הטמון בעצם העברתן של סמכויות הכליאה ושל הסמכויות הנלוות לכך לידיו של גורם פרטי. במידה רבה, יש בעצם קביעתו המפורטת של המנגנון האמור כדי להמחיש קושי זה.

ב 7. בית משפט זה חזר ושנה פעמים רבות כי:

ג "כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין" (בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים [35], בעמ' 832; ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר [11]; בג"ץ 355/79 קטלון נ' שירות בתי הסוהר [20], בעמ' 298).

ד הפגיעה באסיר המוחזק בבית סוהר בניהול פרטי כוללת רכיב עצמאי של פגיעה בכבודו החורג מן הפגיעה הנובעת מעצם המאסר. אכן, אסיר, שהמדינה בחרה למצות את אחריותה לגביו בפיקוח עקיף על בית הסוהר שבו הוא מוחזק, הוא אסיר שכבודו נפגע. אסיר, המוחזק בבית סוהר שסוהריו נבחרו על ידי גורם פרטי שמטרתו רווח וששיקוליו עמומים, הוא אסיר שכבודו נפגע. אסיר, שחירותו נשללת בכל רגע ורגע על ידי זכיון פרטי הנהנה משיקול דעת להפעיל נגדו סמכויות מרחיקות לכת הפוגעות בזכויות היסוד שלו, הוא אסיר שכבודו נפגע. הערך בדבר הגנה על כבוד האדם ראוי להגנה רחבה, גם אם לא מוחלטת, ובהתמודדות עם אינטרסים נוגדים יש לתת לו משקל רב ולהימנע מפגיעה בו אלא במידה ההכרחית ושאינה עולה על הנדרש. היות שהפגיעות האמורות בזכויותיהם של האסירים בעקבות הקמתו של בית הסוהר בניהול פרטי עולות, להשקפתי, על התועלת הכלכלית שבהקמתו, שאף היא אינה נקייה מספקות ושאינן במנגנונים שקבע תיקון 28 כדי לרסן את הפגיעות האמורות – שהן רחבות יותר מכל מענה שיינתן לכל פגיעה קונקרטי – ראיתי לצרף את עמדתי לזו של חברתי הנשיאה ולהורות על בטלותו של תיקון 28.

השופט א' גרוניס:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי הנשיאה. זאת, כפוף להסתייגות, והיא שאיני רואה צורך להיזקק לכבוד האדם בהקשר שבו מדובר ודי בכך שעסקינן בפגיעה בחירות האישית.

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מצטרף לפסק דינה של חברתי הנשיאה. חברתי קובעת כי העברתן של סמכויות הכליאה המסורות למדינה לידי גוף פרטי פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות המוגנות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד קובעת חברתי כי פגיעה זו אינה מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה, ומשכך – דין החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, להתבטל. אני שותף להלוך הניתוח של חברתי ולמסקנתה. אין ספק כי ביטול חקיקה של הכנסת הוא צעד השמור למקרים שנתגלתה בהם פגיעת-תשתית בעקרונות חוקתיים מוגנים שאינה מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. במקרה זה, ההסדר שנקבע בחוק אינו בגדר הסתייעות בגורם פרטי ביישום תפקידיה המובהקים של המדינה, אלא בגדר הפרטה ממש של הכליאה ושל חלק ניכר מהסמכויות הנלוות לכך. הפגיעה הכרוכה בהסדר נוגעת בשורש של המבנה החוקתי הדמוקרטי. ניתן אף לסבור כי מדובר בפגיעה שהולכת צעד נוסף אל מעבר למישור של חוקי היסוד, ושמצויה במישור של האמנה החברתית העומדת ביסוד קיומה של המדינה. השתחררות של המדינה מהמונופול המוענק לה, בכל הנוגע להפעלת כוח לצורך הגנה על האינטרס הציבורי, סותרת עקרונות יסוד ראשוניים שהמבנה החברתי והחוקתי כולו נשען עליהם.

בשל כך, ומנימוקיה של חברתי הנשיאה בפסק דינה היסודי, מצטרף אני למסקנה בדבר בטלותו של תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר.

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. הליך זה מביא לכלל ביטוי סוגיה חוקתית כבדת משקל הנוגעת בגבולות המותר והאסור בשימוש בכוח המרות, הנתון בידי המדינה לצורך שמירה על הסדר ועל הביטחון הציבורי, ובהעברתו לידיים פרטיות. במושג

א "כוח המרות", בהקשר זה, הכוונה לסמכויות המדינה, הנתונות לה על פי הדין, לקיים את ההליך הפלילי על כל שלביו – חקירה ומעצר, משפט והחזקה במאסר – תוך כדי שימוש בכוח הממסדי המאפשר הגבלת חירותו של האדם ופגיעה בזכויות יסוד נוספות העומדות לו, ובהן הזכויות לפרטיות, לחופש עיסוק, לקניין, ולעתים אף פגיעה בכבודו כאדם.

ב 2. חברתי, הנשיאה בינינו, פרשה יריעה נרחבת של מחקר ושל ניתוח משפטי בסוגיה מורכבת הנוגעת לקו ההשקה בין אחריות המדינה לשמירת הסדר והביטחון הציבורי במובנה הרחב, לבין ההגנה הבסיסית על זכויות אדם – ובמקרה זה, האדם האסיר – בהקשר לשאלה אם רשאית המדינה להתפרק מחובתה השלטונית הישירה לנהל בתי סוהר ולהעבירה לידיים פרטיות. אני מצטרפת למסקנה כי, באיזון המורכב בין ערכים אלה, התוצאה המתבקשת היא כי אחריותה השלטונית של המדינה לנהל בית סוהר וחובתה להפעיל בו כוח מרות על הפרט, כחלק מההליך של אכיפת החוק ושל הענישה הפלילית, אינן ניתנות להעברה לידיים פרטיות. זאת, בשל הפוטנציאל לפגיעה בליבתן של זכויות היסוד הנתונות לאסיר, החורג מהמידה החוקתית המותרת על פי תנאיה של פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד). לפיכך, דין תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר או הפקודה), להיות מוכרז בטל.

ג 3. אבקש להעיר את ההערות הבאות באשר לאופייה של הפגיעה החוקתית הטמונה בתיקון 28 לפקודה, ובעיקר – באשר לדרך האיזון החוקתי בינה לבין אינטרסים וזכויות מתנגשים לצורך בחינת עמידתה בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

ד מגבלות הכוח השלטוני וריטונו – תורת האיזונים בשימוש בכוח השלטוני

ה 4. ההליך הפלילי, על כל שלביו, נתון לסמכותה של המדינה ולאחריותה. האמנה החברתית, שעליה בנוי המשטר המדינתי-דמוקרטי, מניחה כי לצורך הבטחת קיומה של חברה אנושית נדרשים סדר ציבורי וגורם שלטוני שיופקד על שמירתו. המדינה אחראית לקיום מערכת נורמטיבית אשר תגדיר את כללי המותר והאסור בהתנהגות האנושית ואשר תאכוף את כיבודם כנדבך חיוני –

שאינן בלעדיו – בהגנה על הסדר הציבורי (H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY [138], at pp. 4–5).

א 5. אכיפתן של נורמות ההתנהגות, שעליה מופקדת המדינה, כורכת עימה סמכות להפעלת מרות וכוח כלפי פרטים המפרים את כללי ההתנהגות והפוגעים בכך בסדר החברתי. לצורך כך, ניתנו לרשות השלטונית סמכויות חקירה, מעצר, משפט, ענישה וכליאה. השימוש בסמכויות אלה טומן בחובו, מעצם טיבו, פוטנציאל לפגיעה בזכויות היסוד של הפרט – בחירותו, בעיסוקו, בקניינו, בפרטיותו ופעמים – אף בכבודו. ב

ג 6. הפוטנציאל לפגיעה בזכויות האדם, הטמון בשימוש בכוח המרות השלטוני בהליך הפלילי, מחייב הגדרה קפדנית של גבולות השימוש בכוח השלטוני. ואכן, בכללי השימוש בכוח השלטון מוטמעת ומובנית מערכת ריסונים המגדירה את מגבלותיו. קיומו של כוח המרות השלטוני והמגבלות הטמונות בשימוש בו עשויים מקשה אחת ואינן הם ניתנים להפרדה. הלגיטימיות של השימוש בכוח המרות השלטוני כלפי הפרט ניזונה ממגבלותיו של כוח זה. מקורה בתפישה כי ניתן להשתמש בו אך במידה המוגבלת ההכרחית לשמירה על הסדר הציבורי, תוך פגיעה מזערית, ככל הניתן, בזכויות היסוד של הפרט. ריסונו של הכוח השלטוני, המופעל כלפי הפרט, מצוי בליבה של מבנה השלטון הדמוקרטי, והוא מנשמת אפו (דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן [22], בפסקאות 4–6 לפסק דיני).

ה 7. בצד הנורמות הפליליות המהותיות שנקבעו על ידי המדינה לצורך הבטחת הסדר הציבורי, ניתנו בידיה כוחות אכיפה של נורמות אלה לצורך ההליך הפלילי. בגדר כוחות אלה, הוסמכה היא לחקור אדם ולערוך בו חיפוש, לתפוס חפצים מרכושו, לעצור אותו, לשפוט אותו, לענוש אותו ולכלוא אותו. אגב אכיפתן של הנורמות באמצעות ההליך הפלילי, נגרמת פגיעה – ולעתים פגיעה קשה – בזכויות יסוד של האדם. עלולות להיפגע זכויותיו לחירות ולכבוד, לחופש תנועה, לעיסוק, לקניין ולפרטיות. ההליך הפלילי והרציונל הבסיסי הטמון ביסודו בנויים על איזון הכרחי בין כוח האכיפה הנתון בידי הרשות השלטונית לבין ההגנה על זכויות היסוד של הפרט, הנתון בהליך זה. כללי היסוד של ההליך הפלילי נועדו, בין היתר, לרסן את הכוח השלטוני המופעל על האדם הנתון בו ולהגבילו למידה ההכרחית הנדרשת להשגת תכליתו הראויה. ז

8. וכך, בכל שלבי ההליך הפלילי – משלב החקירה הפלילית, עבור לניהול המשפט, לענישה ולכליאה – מתחייב איזון מתמיד בין השימוש בכוח השלטוני הנדרש לאכיפת החוק לבין ההגנה על זכויות היסוד של החשוד, הנאשם, הנידון והאסיר. רשויות המדינה, המופקדות כל אחת על שלב אחר בהליך הפלילי, מחויבות בעריכת האיזון המתמיד בין מידת השימוש ההכרחי בכוח המרות השלטוני כלפי הפרט לבין ההגנה המירבית האפשרית על זכויותיו הבסיסיות כאדם, במידה רבה ככל הניתן, ובכפיפות להשגת תכליתו הראויה של ההליך הפלילי. כך הוא באשר לגורמי המשטרה בשלב החקירה והמעצר של חשוד, כך הוא באשר לבית המשפט בניהול המשפט ובהכרעה בדין, וכך הוא באשר לגורמים בשירות בתי הסוהר בהתייחס לריצוי עונש מאסר של אסיר, המהווה אף הוא חוליה בהליך הפלילי (Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions* [166], כנוסחו בנספח שצורף להודעת העותרים, להלן: הראל).

9. כוח האכיפה הנתון למדינה בהליך הפלילי הוא כוח מוגבל, המתוחם להשגת תכלית האכיפה ולא מעבר לה והבנוי על תפישה של מידתיות: אין לפגוע בזכויות אדם בהליך הפלילי אלא לקיום אינטרס ציבורי חיוני ובמידה שאינה עולה על הנדרש, במובנו החוקתי של מושג זה. גורמי החקירה המשטרתיים – המופקדים על השימוש בכוח החקירה הפלילית ושבידיהם סמכויות חקירה, מעצר וחיפוש – כפופים למגבלות השימוש בכוחות הנתונים להם לצורך הגנה על זכויות הנחקר, ובהן – חירותו, כבודו ופרטיותו. מגבלות כוח אלה מוכתבות על ידי צורכי החקירה החיוניים בלבד, וחריגה ממגבלות אלה אינה מותרת (השוו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [36]). בניהול המשפט ובענישה, מופקד בית המשפט על האיזון המתמיד בין כוח הענישה הנתון בידיו כלפי העבריין לבין הדאגה לזכויותיו כאדם ולשיקומו. ובחוליה האחרונה של ההליך הפלילי – במאסר העבריין – לרשויות בתי הסוהר, כאורגנים של המדינה, מוקנה כוח מרות שלטוני לנקוט כלפי אסירים אמצעים שתכליתם לשמור על הביטחון ועל הסדר בתחומי הכלא ומחוצה לו. כוח זה מוגבל אף הוא, במהותו, להכרחי בלבד לצורך השגת התכלית שלמענה הוא מופעל, ואין הרשויות רשאיות לנקוט מעבר למתחייב במקרה נתון. וכך, בבסיסו של כוח המרות השלטוני ובהפעלתו על הפרט, טמון

מתח מתמיד בין הבטחתן של זכויות היסוד של האדם לבין ההגנה על האינטרס הציבורי בשמירת הסדר והביטחון החברתי.

א 10. הגבלתו של כוח של האכיפה השלטוני וריסונו הם פרי כיבודן של זכויות אדם במשטר חוקתי. ההכרה בזכויות האדם כזכויות-על נועדה להגן על מעמדו של הפרט בחברה ועל מעמדו של המיעוט ביחס לרוב האוחז בשלטון. זכויות היסוד – הכוללות את הזכויות לחיים, לחירות, לכבוד, לעיסוק, לקנין ולפרטיות – נועדו להבטיח לא רק את עצם חייו של הפרט אלא גם את איכות חייו ואת משמעות חייו על פי התפישה החוקתית המודרנית. העיקרון בדבר הגבלת הכוח השלטוני משתלב בתפישה חוקתית כוללת הבנויה על הכרה כי, כדי לקיים חיי חברה תקינים, הכרח הוא לענות על צורכי החברה בסדר ובביטחון ציבורי, ובה בעת, לכבד את זכויות היסוד של הפרט. שילוב זה, של הבטחת האינטרס של הכלל בצד הגנה על זכויות הפרט, טמון ביסוד המשטר החוקתי. הוא מחייב איזון מתמיד בין שני כוחות אלה שסביבם נע העולם החוקתי. חובת האיזון הופכת כל אחד מהערכים הללו לערך יחסי שאינו יכול שיתגשם במידה מוחלטת. עם זאת, ערכים מתנגשים אלה נובעים מאותו מקור ומשקפים תפישה ערכית כוללת של הכרה בזכויות אדם בחברה המתנהלת בסדר תקין. זכויות האדם, חרף מעמד העל שניתן להן במשפט החוקתי, אינן נושאות אופי מוחלט אלא יחסי בלבד, הנתון לאיזון ולהתאמה עם אינטרסים חברתיים כלליים חיוניים. מנגד, כוח האכיפה השלטוני, שנועד להגנה על הסדר הציבורי ושמשתקף בהליך הפלילי, מוגבל אך לצורך החיוני ביותר להשגת תכליתו הראויה, בהיות השימוש בו כרוך בפגיעה בזכויות אדם. המתח הקיים בין האינטרס הציבורי שבשמירה על הסדר ועל הביטחון בחברה לבין ההגנה על זכויותיו הבסיסיות של האדם והחובה לאזן ביניהם הם ממאפייניהם הבולטים של המשטר ושל המשפט החוקתי.

ב "המהפכה החוקתית אינה מבטלת את זכותה של חברה להגן על עצמה מפני עבריינים [...] המהפכה החוקתית שלנו נועדה לאפשר פגיעה בזכויות אדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. היא מכירה בצורך להגביל את זכויות האדם כדי לבנות מדינה המפתחת זכויות אדם. אכן, זכויות האדם וההגבלות המוטלות עליהן יונקות מאותו מקור, ומשקפות אותם ערכים. אין זכויות האדם

א מוחלטות. הן ניתנות להגבלה. אך להגבלה על זכויות האדם יש גבולות, והם בצורך להגן על כבוד האדם וחירותו" (אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" [116], בעמ' 10).

ב במתח זה, שבין האינטרס הציבורי לבין זכויות הפרט, הנטייה היא להגן ככל הניתן על היקפן של זכויות האדם עד לאותו גבול שמעבר אליו עלול האינטרס הציבורי באכיפת החוק להיפגע פגיעה קשה ומהותית.

טיבו של כוח המרות השלטוני והפעלתו בידי המדינה

ג 11. מקומו של הגורם של כוח המרות הממסדי בחברה האנושית המודרנית, הריסון הנדרש בהפעלתו תוך איזונו המתמיד עם זכויות אדם, הסכנה לפגיעה בזכויות יסוד הטמונה בחריגה מהאיזון הנדרש והכלים והאמצעים הנתונים למדינה בהפעלת הכוח הממסדי, כמי שיצרה את כללי השימוש בו ושנושאת באחריות המשפטית, המוסרית והציבורית ליישומם – כל אלה מובילים למסקנה כי אין לנתק בין הגורם השלטוני האחראי ליצירתם של כללי השימוש בכוח לבין הגורם המפעיל אותם והמיישם אותם, הלכה למעשה.

ד 12. האמנה החברתית, אשר הפקידה בידי השלטון את האחריות להגדרתן של נורמות ההתנהגות בחברה, היא שהפקידה בידיו גם את האחריות לאכיפתן, והיא שהתוותה – על פי יסודות השיטה המשטרית – את מגבלות השימוש בכוח הממסדי, שהגדרת גבולותיו יונקת מחובת כיבודן של זכויות האדם באשר הוא. הגורם השלטוני, האחראי לעיצוב הנורמה הפלילית ואשר בידיו הופקד כוח הענישה בפלילים במובנו הרחב, הוא האחראי במישור המשפטי, החברתי והמוסרי להפעלת כוח זה, תוך כדי עמידה במכלול מגבלותיו. ככל שהמדינה אחראית לעשיית השימוש בכוח המרות השלטוני, כך אחראית היא להבטיח את זכויות האדם של מי שכלפיו מופעל כוח זה. אחריות זו מעצבת את מגבלות הכוח ואת ריסונו ומצמצמת את היקפו לצורך הכרחי בלבד, לשם השגת התכלית החברתית הראויה. השימוש בכוח המרות השלטוני ומגבלות השימוש בכוח זה חד הם, ואין הם ניתנים להפרדה.

ז



13. זכויותיהם הבסיסיות של הנחקר, של הנאשם, של הנידון ושל האסיר בהליך הפלילי אינן מובטחות בעצם קיומן של נורמות ראויות, המעוגנות בדין, בלבד. הבטחתן מותנית בדרך אכיפתן המעשית של הנורמות, שנקבעו בדין, בידי גורמי המשטרה, בתי המשפט ורשויות בתי הסוהר. הריסון בשימוש בכוח הממסדי – פרי האיוון הנדרש בין כוח הכפייה השלטוני לבין זכויות היסוד של הפרט – נבחן, הלכה למעשה, בדרך יישומו היומיומי. בהליך הפלילי, יש לזהותו של הגורם המפעיל את כוח המרות הממסדי על הפרט חשיבות עליונה בהבטחת האיוון הנדרש ביישומן של מגבלות השימוש בכוח.

14. המדינה היא אשר הפעילה, מאז ומעולם, את כוח המרות השלטוני כלפי הפרט בהליך הפלילי. כמי שגיבשה את נורמות ההתנהגות ושמופקדת על אכיפתן, היא הגורם האחראי באופן ישיר על הריסון ועל המעצורים הנדרשים בהפעלת הכוח. היא הגורם האמור לתת דין וחשבון לציבור על אופן ביצוען של סמכויותיה בהליך הפלילי, ובקרבה מצויים מטעני החינוך, הידע, הניסיון, הכלים וכלל האמצעים החינויים לביצוע האיוונים הנדרשים, המכתיבים את מגבלות השימוש בכוח. תורת האיוונים בשימוש בכוח המרות השלטוני כלפי הפרט מצויה ב"צופן הגנטי" של הרשות השלטונית. אין היא מצויה בידי של גורם אחר, שצמח מחוץ לרשות השלטונית ושחובת האיוונים זרה לשיקוליו, ואין היא חלק מובנה בדרכי פעולתו.

15. יתר על כן, למדינה יש מנגנון הרתעה אפקטיבי על אופן השימוש בכוח המרות השלטוני בידי אורגנים הפועלים מטעמה, באמצעות הביקורת המינהלית והביקורת השיפוטית על נציגיה. לביקורת זו כוח הרתעה רב מפני שימוש לרעה בכוח השלטוני ובשררה השלטונית בידי נציגי המדינה בשלביו השונים של ההליך הפלילי. קיומו של מנגנון פיקוח זה הוא ערוכה חשובה ביותר להבטחת ריסונו ומגבלותיו של כוח המרות השלטוני, הננקט כלפי הפרט הנתון להליך פלילי. אורגן של המדינה המפעיל כוח מרות כלפי הפרט נתון לפיקוח מינהלי של רשויות המדינה, כפוף לכללי אתיקה ומשמעת של השירות הציבורי וחייב לעמוד בקריטריונים משפטיים קפדניים כחלק מהביקורת השיפוטית על דרך פעולתו (בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות [15], בעמ' 424). אין פלא אפוא כי קיימים סייגים מובהקים לפרשנות משתמעת בדבר קיומה של סמכות אצילה של כוחות שלטוניים לגורמים פרטיים (יצחק זמיר הסמכות המינהלית

א כרך ב [95], בעמ' 562). ואמנם, פרשנות משתמעת כזו ננקטת במשורה ורק כאשר מתגלה צורך ממשי המצדיק זאת (בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [18], בעמ' 656, להלן: עניין חיפה כימיקלים). ככל שקיימים סייגים לפרשנות משתמעת, המאפשרת אצילת סמכות שלטונית הכרוכה בשימוש בשיקול דעת מינהלי לגורם פרטי, הרי שאצילת סמכות שטמון בה כוח מרות הניתן להפעלה כלפי הפרט בדרך הפוגעת בליבת זכויות האדם שלו – על אחת כמה וכמה. לעניין סמכויות החקירה הפלילית נאמר:

ב "בהענקת הסמכות לקיים חקירה פלילית גלום כוח, וממילא כרוכה סכנה, לפגיעה בפרטיות הנחקרים, בכבודם, בחירותם ובקניינם (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [...]), בעמ' 831). מטעם זה מתחייב שככלל יש לפרש סמכות הניתנת בדבר חקיקה לרשות שלטונית, להסמיך אדם לחקור חשד לביצועה של עבירה, כמתייחסת למינויו של עובד ציבור הנתון למרותה ולפיקוחה של הרשות השלטונית והכפוף לכללי המשמעת והאתיקה החלים על עובדי השירות הציבורי [...] ומשום אופייה המיוחד של הפונקציה החקירתית, שהפעלתה כורכת חשש לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט, מן הראוי להפקידה בידי עובדי ציבור" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ [37], בעמ' 833, ההדגשות הוספו – א' פ').

ה 16. השמירה על גבולות הכוח השלטוני המופעל על הפרט בהליך הפלילי, על כל שלביו, מחייבת עוד כי הפעלתו תהא מנותקת כליל מכל חשש לניגוד עניינים מכל סוג שהוא. עירובו של שיקול זר ובלתי ענייני בהפעלתו של כוח המרות השלטוני בהליך הפלילי יוצר פוטנציאל לסיכון ממשי לעיוות האזון הנדרש בין צורכי השימוש בכוח להשגת תכלית שבאינטרס ציבורי לבין ההגנה על זכויות היסוד של הפרט. שילובו של שיקול זר באזון המתחייב, בין הצורך הציבורי בשמירת הסדר החברתי והציות לחוק לבין זכויותיו של אדם לחירות ולכבוד אישי, עלול לערער את שיווי המשקל הראוי בין הכוחות השונים הפועלים בעניין זה ולהביא לפגיעה בלתי ראויה בפרט. הפעלת הכוח השלטוני כלפי הפרט בהליך הפלילי אמורה להיות מנותקת כליל משיקולים זרים, ועליה להיעשות תוך כדי מחויבות מלאה לכללי הריסון בשימוש בכוח, אשר בכיבודם תלוי גורלו של האדם הנתון למרותו של השלטון.

17. ואחרון: כוח המרות השלטוני המצוי בידי המדינה והננקט כלפי האזרח בהליך הפלילי הוא חלק מהסכמה חברתית רחבה שלפיה הפעלתו חיונית לשמירת הסדר הציבורי ולקיומם של חיי חברה תקינים. הסכמה חברתית זו מניחה כי הפעלתו של כוח האכיפה תיעשה על ידי הממסד המדינתי, השואב את כוחו המוסרי והמשפטי מהציבור שנתן בו את אמונו. הגורם השלטוני מוחזק כנאמנו של הציבור וכמי שמופקד מטעמו על ניווט ענייניה של החברה, בדאגה לפרט החי בקרבה. אמון ציבורי זה אינו נתון לגורם שמחוץ למערכת הממסדית. גורם פרטי, המפעיל בהליך הפלילי כוח מרות שלטוני על הפרט, אינו פועל כנאמנו של הציבור. מעמדו ופעולותיו אינם נשענים על הסכמה חברתית רחבה, והיזקקותו לשימוש בכוח המרות השלטוני כלפי הפרט אינה זוכה ללגיטימיות החיונית המאפיינת את השלטון בפעולתו.

א

ב

הסיכון בהעברת השימוש בכוח המרות השלטוני לידי גורם פרטי

ג

18. העברת השימוש בכוח השלטוני לגורם פרטי, שאינו נמנה עם האורגנים של המדינה, נושאת עימה מורכבות רבה במישורים שונים, אף כי היא עשויה להביא עימה, בד בבד, תועלות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, המשרתות את האינטרס הציבורי בתחומים שונים. כאשר מדובר בהעברת כוח שלטוני האוצר בתוכו פוטנציאל ממשי לפגיעה בזכויות אדם מהותיות – ובהן פגיעה בחירות ובכבוד – מקבל הקושי בהעברה כזו מימד חריף במיוחד. האיזון והריסון בשימוש בכוח האכיפה בכל שלבי ההליך הפלילי, לצורך הגנה על זכויות האדם, אינם מובטחים בידי של גורם שאינו נמנה עם האורגנים של המדינה. ההגנה על מגבלות הכוח אינה מובטחת באותן ערובות בסיסיות שנועדו להרתיע מפני חריגה בהפעלת הסמכות השלטונית ומפני שימוש לרעה בה. הגורם הפרטי, המקבל לידי סמכות שלטונית הטומנת בחובה פוטנציאל לפגיעה בליבתן של זכויות הפרט, אינו נטוע בכללי הפעולה ובאמות המידה המכתיבים את כללי השימוש בכוח המרות הממסדי והמנחים את פעולת האורגנים של המדינה. הוא לא צמח במסגרת זו ולא חונך בה, הוא זר למושגיה והוא לא הפנים מעולם את תורת האיזונים בשימוש בכוח השלטוני, על מכלול גווניה והיבטיה. תורת האיזונים, המחייבת את שקילת האינטרס הציבורי בשמירת הסדר אל מול החובה להגביל את הפגיעה בזכויות אדם רק לשיעור ההכרחי לצורך השגת התכלית, היא תורה שאינה מוכרת לו. מנגנוני ההדרכה, החינוך, הפיקוח

ד

ה

ו

ז

א והמשמעת, המוכנים בשירות המדינה כאשר לעובדיו והמעצבים את כללי השימוש בכוח השלטוני, אינם חלים לגביו. תורת האיזונים החוקתית, המכוונת את אופן השימוש בכוח המרות השלטוני בכל שלב בהליך הפלילי, אינה חלק מהווייתו של הגורם הפרטי בהפעילו כוח זה.

ב 19. מעבר לכך, בקבלו סמכות הפעלה של כוח שלטוני, אין הגורם הפרטי מנותק מחשש לניגוד עניינים ממשי בפעולותיו. כניסתו לתחומי פעילותה השלטוניים המובהקים של המדינה מונחית משיקולי יעילות פרטיים. שיקולי כדאיות ועשיית רווח פרטי זרים הם באופן מוחלט לתורת האיזונים בהפעלתו של כוח המרות השלטוני בהליך הפלילי. החדרת גורמי כדאיות למיניהם אל תוכני שיקולי השימוש בכוח טומנת בחובה פוטנציאל לפגיעה ממשית בשיווי המשקל הראוי בין השיקולים הרלוונטיים שיש להתחשב בהם לצורך עשיית השימוש בכוח (בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות [16], בעמ' 213; בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד [38], בעמ' 540–542; עניין חיפה כימיקלים [18], בעמ' 656; יואב דותן, ברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" [113], בעמ' 309–310).

ג 20. כאשר מופעל כוח המרות השלטוני בדרך הפוגעת בליבתן של זכויות האדם – ובהן הזכויות לחירות ולכבוד – נוצר חשש ממשי כי העברתו לידי גורם פרטי תביא לפגיעה בלתי מידתית בפרט, העשויה להפוך העברה כזו לבלתי לגיטימית. הפעלת מרות שלטונית הנתונה לריבון, שבכוחה לפגוע בליבתן של זכויות האדם, בידי גורם פרטי, המונע על ידי שיקולי כדאיות משלו, פוגעת בבסיס המוסרי-ערכי שביסוד השימוש בכוח השלטוני. על פי יסודות השיטה, הופקד כוח זה בידי השלטון מכוח הסכמה חברתית רחבה לצורך השגת תכלית מוגדרת, והפעלתו מחייבת הקפדה על אמות מידה המוכנות בתוך השיטה. אין ערובה כי אמות מידה אלה תישמרנה בידי הגורם הפרטי, וכאשר הסיכון להפרתן עלול לפגוע בליבתן של זכויות האדם, הופכת העברת הסמכויות, מלכתחילה, לבלתי קבילה מן הבחינה החוקתית. ואחרון: הגורם החוץ-מדינתי, המפעיל כוח מרות שלטוני, אינו נשען בפעולתו על בסיס אמון חברתי רחב הנתון למדינה, כחלק מההסכמה החברתית, המקנה לשלטון סמכות ואחריות לשמירה על הסדר הציבורי. הפעלתו של כוח המרות בידי גורם חוץ-מדינתי,

הפוגעת בליבתן של זכויות האדם, מלווה באי אמון ובאי קבלה מובנים. היא נטולת לגיטימציה חברתית, מוסרית וחוקתית.

א 21. קיומו של פיקוח מדינתי על אופן הפעלתו של כוח המרות בידי הגורם הפרטי עשוי להקהות, במידה מסוימת, את הפוטנציאל לפגיעה בפרט, אך אין בו כדי להפחית באופן ממשי את עוצמת הפגיעה הכרוכה בכך. פיקוח כזה הוא, בעיקרו, פיקוח עליון הפרוש על פני המערכת בכללותה והמתקשה להקיף, לפני מעשה, את מלוא המרחב של הפעולות השוטפות של בעל הסמכות, המתבצעות דרך שגרה. מנגנון פיקוח, מעצם טיבו, מגיב רק לאחר מעשה על פגיעה בלתי חוקתית בזכויות אדם ומתמקד בהיבט הנורמטיבי הכללי של הפעילות, להבדיל מפעילות השגרה היומיומית אשר ממנה צפויה סכנת הפגיעה הגדולה בפרט. בהפרטת השימוש בכוח המרות השלטוני, שיקול הדעת בעשיית שימוש בכוח זה נתון לבעל הסמכות הפרטי, גם אם ההנחיות הכלליות וקווי הפעולה מונחים על ידי גורם הפיקוח השלטוני. הפיקוח המדינתי אינו נותן מענה ראוי לדילמה הכרוכה בהפרטתה של סמכות השימוש בכוח המרות השלטוני, ואין בו כדי להפחית באופן ממשי את הפוטנציאל לפגיעה בפרט, הצפוי מהפרטה כזו.

ב 22. ניתוק הקשר החינוכי והזיקה המתחייבת בין הגורם המופקד על הפעלת הכוח השלטוני לצורך שמירה על הסדר הציבורי לבין הגורם שבאחריותו להבטיח את ליבתן של זכויות היסוד של הפרט אגב השימוש בכוח, עלול לפגוע פגיעה עמוקה ביסוד התשתית הדמוקרטית-חוקתית שעליה בנוי המשטר המדינתי בישראל. הפקדתו של כוח המרות השלטוני בהליך הפלילי בידי גורם פרטי טומנת בחובה פוטנציאל לפגיעה מהותית כזו.

ה הפגיעה החוקתית בהעברתו של כוח המרות השלטוני בניהולו של בית סוהר לידי גורם פרטי

ו 23. כוח המרות השלטוני, המופעל על הפרט בהליך הפלילי, אינו מסתיים עם מתן פסק דין חלוט הגוזר על אדם עונש. אכיפת פסק הדין במאסר היא חוליה נוספת בהליך הפלילי שבה ניתנת לרשות השלטונית הסמכות לעשות שימוש בכוח מרות לצורך ביצועו של פסק הדין, בצד הבטחת הסדר והביטחון הן בתחומי הכלא הן מחוצה לו.

24. על האסיר מוטלות הגבלות אינהרנטיות הנובעות במישרין מעובדת כליאתו. הפגיעה בחירות התנועה, בחופש העיסוק, במימוש הזכות לפרטיות, בזכות הקניין ובזכות הביטוי היא פועל יוצא ישיר מעובדת מאסרו. אולם, באלה אין מסתכמות ההגבלות על זכויות האדם של האסיר. זכויותיו עלולות להיפגע פגיעה נוספת בעקבות אמצעים הננקטים כלפיו על ידי רשויות הכלא כדי להבטיח את ניהולו התקין של בית הסוהר וכדי להגן על שלום יושביו ועל שלום הציבור שמחוצה לו. לרשות המנהלת את הכלא נתונים כוחות להטיל הגבלות שונות על אסירים לצורך שמירה על הסדר ועל הביטחון בתחומיו כדי להגן על שלום האסירים ועל ביטחון המבקרים במקום וכדי להבטיח את ביטחון הציבור שמחוץ לכלא מפני סיכונים צפויים מאסירים הכלואים בו. על הנהלת הכלא לגונן על הציבור מפני חשש לביצוע עבירות פליליות על ידי אסירים בתחומי הכלא, ואף מחוצה לו, ומהפרות חמורות של הסדר ושל הביטחון בתחומו. לעתים, יש להטיל על אסירים הגבלות מטעמים של שיקולי ביטחון כלליים של המדינה (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר [39], להלן: עניין דוברין). השימוש בכוח המרות השלטוני להשגת תכליות אלה מוסיף על הפגיעה הקיימת ממילא בליבתן של זכויות האדם של האסיר מעצם עובדת מאסרו. הוא מותנה בקיומן של תכליות ציבוריות בעלות משקל מיוחד, המצדיקות פגיעה נוספת בזכויות האסירים, המתחייבת מניהול הכלא. על השימוש בכוח המרות לצורך זה לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. ככל שזכות האדם היא בעלת משקל רב יותר, כך נדרשים טעמים חזקים יותר להצדקת הפגיעה בה. האמצעים הננקטים כלפי אסיר בכלא לשמירת הסדר והביטחון, במובנם הרחב, אסור להם שיהוו מרכיב נוסף לענישה שנגזרה עליו. מטרתם היא לשרת תכליות ציבוריות חיוניות המתחייבות מניהול תקין של בית סוהר (עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר [11], להלן: עניין גולן; בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים [35], בעמ' 832; בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי [33], בעמ' 81). השימוש באמצעים של כוח המרות בניהולו של בית הסוהר כפוף לתורת האיזונים, החלה על השימוש בכוח המרות השלטוני במהלך ההליך הפלילי על כל שלביו. הקו המנחה בתורה זו נועד להקנות הגנה מירבית על זכויות האסיר, לבל תיפגענה מעבר למידה ההכרחית להשגת התכלית הציבורית הראויה.

25. הנה כי כן, השימוש בכוח המרות השלטוני בניהולו של בית סוהר, הכרוך בפגיעה בזכויות ליבה של האסירים – מעבר לפגיעה הקיימת מעצם

הכליאה – כפוף לתורת האיזונים האופיינית לשימוש בכוח במהלך ההליך הפלילי, על כל שלביו. חוקיות השימוש בכוח המרות בניהול הכלא – שנועד לענות על אינטרס ציבורי – מותנית בהקפדה מירבית על זכויות האסיר, לבל תיפגענה מעבר למידה ההכרחית לצורך השגת התכלית הראויה. האיזון המורכב בין הזכויות המוגנות של האסיר לבין צורכי המערכת של בית הסוהר מצוי באחריותה של הרשות הציבורית, המופקדת על הענישה ועל אכיפתה. הפגיעה המותרת ביתרתן של זכויות האדם העומדות לאסיר בכלאו מותנית בקיומה של תכלית ציבורית מובהקת, המצדיקה את גרימתה, ובמידתיותה (עניין דוברין [39], בפסקה 23). האחריות לפגיעה כזו בליבתן של זכויות האדם של האסיר היא כבדה ומחייבת קיומן של מודעות והכרה מלאות לאמות המידה המוקנות בהתרת פגיעה כזו, לקיום ביקורת מינהלית, אתית ושיפוטית על תקינותה, ובעיקר – להיעדרם של שיקולים זרים העלולים להכתים את שיקול הדעת הראוי של הגורם הממונה הנדרש לשקול את ביצוע הפעולה הכרוכה בפגיעה.

26. ההגנה על ליבתן של זכויות האדם העומדות לאסיר בבית הכלא אינה מתיישבת עם העברת הסמכות להפעלתו של כוח מרות שלטוני כלפיו לידי גורם פרטי, שיופקד על ניהולו של בית הסוהר. העברה כזו אינה מתיישבת עם קיומה של מודעות טבועה אצל הגורם המוסמך ועם הפנמתו את דבר הצורך בריסונו ובהגבלתו של השימוש בכוח בעטיו של האיזון הנדרש עם זכויות האדם. הגורם הפרטי אינו כפוף למערכת כללי הבקרה וההרתעה המורכבים, המובנים בכללי הפעולה של השירות הציבורי. הפיקוח השלטוני על פעולות הזכייין הפרטי, שתיקון 28 לפקודה הסדיר, הוא פיקוח עליון שאינו מבטיח בקרה יעילה די הצורך על אופן הפעלת שיקול הדעת ועל מניעיו. במקרים רבים, יהא זה פיקוח לאחר מעשה, שאין בו כדי למנוע מראש את הפגיעה באסירים העלולה להיגרם מנקיטת אמצעים מינהליים, משמעתיים וענישתיים שאינם מידתיים. נוסף לכל אלה, הזכייין הפרטי מונחה על ידי שיקולי כדאיות חיצוניים, המכתימים – מעצם טיבם – את שיקול הדעת הענייני שיש לנקוט לצורך השימוש בכוח בהתאם לתורת האיזונים. ניהולו של בית סוהר בידי זכייין פרטי, הכרוך בהפעלתו של כוח מרות על אסירים, עלול להיות מונע משיקולים זרים – ובהם שיקולי יעילות כלכלית ורווחיות, שלצורך הגשמתם קיבל על עצמו את התפקיד. לנוכח מציאות זו, עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בזכויותיו של האסיר היא מהותית, רבת משקל ומתמשכת. היא מכוונת כלפי אוכלוסייה חלשה במיוחד שהנמנים עימה נפגעו

בלאו הכי בזכויות היסוד הנתונות להם, מעצם הרשעתם ועונש המאסר שהוטל עליהם. הסכנה, כי שיקולים לא-ענייניים ידריכו את הגורם הפרטי בביצוע תפקידו ובהפעלתו של כוח המרות על האסירים, היא מיידית וממשית. שיקולים של הגברת יעילות כלכלית ושל העלאתן של תשומות הרווח של הגורם הפרטי עלולים להביא, למשל, לצמצום בכוח האדם המפעיל את בית הסוהר, להורדת רמתו כדי להוזילו ולהחמרה – עקב כך – של שיטות הפיקוח על האסירים, תוך כדי פגיעה אפשרית במרווח התנועה והחופש הניתן להם במתחם הכלא. הפגיעה ביתרת חירותם של האסירים, מעבר לפגיעה ההכרחית הנגרמת מעצם עונש המאסר, היא אפשרות קרובה, שבהתממשותה נפגעת זכות יסוד חוקתית פגיעה ממשית וקשה (הראל [166], בעמ' 25).

27. ונוסף לכל אלה – נקיטתו של כוח מרות שלטוני בידי זכייין פרטי כלפי אסירים אינה זוכה לאמון ולהסכמה חברתית רחבה כפי שמחייבת מהותה. היא אינה מבטיחה כי מטריית זכויות האדם – הפרושה על כל אדם באשר הוא, לרבות העבריין בכלא – תישמר ותוגן, וכי פגיעה בה תותנה לעולם בתנאים ובסייגים שהשיטה החוקתית מחייבת (עניין דוברין [39], בפסקה 23; בג"ץ 355/79 קטלון נ' שירות בתי הסוהר [20], בעמ' 298). הפעלתו של כוח מרות שלטוני בידי גורם פרטי בהקשר שלפנינו כרוכה בפגיעה בחוש הצדק הבסיסי, המורה כי שימוש בכוח מרות כלפי אסירים, שבלאו הכי נפגעו בליבתן של זכויות האדם הנתונות להם, ייעשה בידי הרשות השלטונית האמונה על דרישות ריסונו של הכוח והנושאת כלפי הציבור באחריות מלאה – מינהלית, משפטית ומוסרית – לשימוש בכוח זה. הגדיר זאת יפה פרופ' הראל במאמרו [166], בעמ' 18, באומר:

“The most fundamental task of the state is the task of governing justly. Just governance requires the state to govern its citizens under constraints dictated by justice. Just governance presupposes the guidance of behavior and the issuing of prohibitions. Note that the integrationist justification provided here is premised on the assumption that the state is justified in issuing prohibitions and that the violations of these prohibitions justifiably trigger the infliction of sanctions. The



integrationist justification aims to show that when these conditions are satisfied, the state, and the state alone, ought to make determinations concerning the severity of these sanctions, and then inflict them. The state cannot thus delegate these powers to private entities".

א

28. הלגיטימציה המשפטית והסמכות המוסרית לפגוע בחירות היסוד של האדם באמצעות כליאה ולהפעיל עליו כוח כפייה בכלא, מותנות בכך שהפעלתו של כוח המרות תהיה נתונה בידי אורגנים של המדינה, המהווים זרוע ארוכה של הציבור בעמידתו על הגנת ערכי הסדר החברתי, מצד אחד, ועל שמירת זכויות היסוד של הפרט, מצד שני. אי עמידה בתנאי זה פוגעת בלגיטימיות של אכיפת החוק ושל הענישה ובבסיס המוסרי של הפעלתו של כוח המרות הממסדי על הפרט החוטא (John J. DiIulio Jr., *What's Wrong with Private Prisons*) [167], at pp. 79–83.

ב

ג

התכלית הטמונה בתיקון 28 לפקודת בתי הסוהר

29. התחקות אחר תכליתו של תיקון 28 לפקודה היא אבן יסוד במערכת של איזון הערכים הנדרשת לצורך עמידה על חוקתיות ההסדר החקיקתי הטמון בהעברת ניהולו של בית סוהר לידי זכיין פרטי.

ד

הנשיאה בפסק דינה הדגישה את המטרה הכלכלית העומדת ביסוד התיקון לפקודה כמשקפת את התכלית הקונקרטית העיקרית של חקיקה זו, קרי: השגת חיסכון כלכלי למדינה באמצעות העברת הניהול לידיים פרטיות. לגישה, אם שיפור בתנאי הכליאה בכלא הוא בבחינת המניע הכללי העומד ברקע התיקון, הרי שהמטרה הכלכלית הכרוכה בחיסכון במשאבים כספיים היא התכלית הקונקרטית של החקיקה. אלה דבריה בעניין זה:

ה

"המטרה שעמדה ביסוד חקיקתו של תיקון 28 וביסוד ההסדרים המיוחדים שנקבעו בו הייתה אפוא מטרה כלכלית. בעינינו, זוהי התועלת הציבורית העיקרית שאותה ביקש תיקון 28 להשיג וזוהי ה-*raison d'être* שבבסיסו. שהרי, אלמלא היה שיקול החיסכון הכלכלי השיקול העיקרי שעמד לפני המחוקק, לא היה כלל צורך בחקיקת

ו

ז

א תיקון 28, וניתן היה להתמודד עם בעיית הצפיפות בבתי הסוהר באמצעות הקמתם של בתי סוהר ציבוריים נוספים או על ידי שיפור בבתי הסוהר הציבוריים הקיימים, בהתאם למסגרת הנורמטיבית שהייתה קיימת עד לחקיקתו של תיקון 28. ניתן אפוא לומר כי, על אף שתיקון 28 נולד מתוך שאיפה לשפר את תנאי הכליאה של האסירים, הרי שתכליתו של ההסדר החקיקתי הקונקרטי שנבחר כאמצעי להגשמת שאיפה ראויה זו היא השגת חיסכון כלכלי רב ככל הניתן בעבור המדינה" (פסקה 52).

ב לטעמי, הדגש בתכליתו הבסיסית של תיקון 28 הוא שונה, ואף שהיבט היעילות הכלכלית אינו נעדר ממנו, אין הוא המוטיב העיקרי אלא מוטיב נלווה בלבד. לאיתורה של תכלית החוק, על הדגשים שבתכלית זו, חשיבות רבה בהשלכתה על האיזון הערכי הנדרש לצורך בחינת חוקתיותו של החוק.

ג 30. להבנתי, תכליתו העיקרית של התיקון לפקודה, כפי שהיא נלמדת מהרקע לחקיקתו ומהקשרם של הדברים, היא לקדם את רווחת האסיר בדרך של הקטנת הצפיפות הקשה השוררת בבתי הסוהר, של השבחת השירותים הניתנים בו ושל הרחבתן של תכניות הטיפול והשיקום הפתוחות לפני האסיר. מטרת אלה ניתנה להשיג באמצעות הפרטת ניהולו של בית הסוהר, שאיפשרה, בד בבד, השגתו של חיסכון כספי ניכר למדינה, הנאמד בסכומי כסף ניכרים על פני הציר של תקופת הזיכיון המתפרשת על פני 25 שנים.

ד 31. מקדמת דנא, מתמודדת מערכת בתי הסוהר עם חובת המדינה להבטיח את זכותו של האסיר לתנאי קיום ולחיים בסיסיים בבית הסוהר כחלק מההגנה על כבודו כאדם גם בעת היותו כלוא בגין עבירה שביצע נגד החברה. גם בתחום זה של הבטחת תנאי קיום בסיסיים לאסיר בכלא, וכחלק מכבוד האדם, נדרש איזון ראוי בין זכות האדם לאיכות חיים מינימלית בהיותו נתון במשמורת המדינה לבין חובתה ויכולותיה של המדינה לעמוד בנטל המימון התקציבי הנדרש כדי לספק תנאים אלה בקצב הנדרש לצורך כך (בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים [10]), להלן: עניין רופאים לזכויות אדם).

ה 32. תופעת הצפיפות הקשה, השוררת בבתי הסוהר בישראל, כרוכה בפגיעה קשה במרווח התנועה והנשימה הנתון לאסיר במתחם הכלא. לאורך שנים,

התמודדה המדינה עם מציאות שבה אפילו זכותו הבסיסית של כל אסיר בישראל לישון במיטה במהלך מאסרו לא נענתה במלואה. הגידול הניכר במספר האסירים והעצורים הנתונים במשמורת בישראל, המצב הביטחוני הקשה והמתמשך המביא להעלאת מספרם של העצורים ושל האסירים הביטחוניים, התרבות מקרי הפשיעה החמורה בישראל והגידול במספר המעצרים של עובדים זרים ושל שוהים בלתי חוקיים עד להרחקתם מישראל – כל אלה הגדילו באופן ניכר את הצורך במשאבים הכספיים ובאמצעים הפיסיים הנדרשים לצורך החזקת מתקני המשמורת ברמה העונה לסף המינימום הנדרש. צרכים בסיסיים אלה "בולעים" את המשאבים הכספיים המוקצים בתקציב המדינה לניהולם של בתי הסוהר ושל בתי המעצר ומקשים על הקצאת אמצעים הנדרשים לשיפור בתנאי הרווחה של האסירים בכלא.

33. בית משפט זה פסק לפני זמן כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן את הזכות לכבוד האדם כזכות חוקתית וכי בגדרה של זו מצויה גם הזכות לתנאי חיים מינימליים, שנועדו לשמור על צלם האדם כיציר הבריאה (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו [40], בעמ' 375–376; בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר [25], בעמ' 736; בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר [32], בפסקאות 14–15; עניין רופאים לזכויות אדם [10], בפסקה 9). תפישה זו הוחלה גם על זכויות האדם החוקתיות של אסיר המצוי במשמורת המדינה. נפסק כי "עונש מאסר המוטל על אדם אינו מפקיע מאליו את זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל. זכויות אלה נגרעות מן האסיר רק במידה שהגבלתן מתחייבת באופן הכרחי משלילת חירותו עקב המאסר, ובמידה שהפגיעה בזכות מוגנת על פי יסודות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד" (עניין רופאים לזכויות אדם [10], בפסקה 10, ההדגשה הוספה – א' פ').

בהיכנסו לכלא, נשללת אמנם חירותו של האדם אך לא נשלל כבודו (בג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר [41], בעמ' 101). סיפוק צרכיו המינימליים של האדם, שהם תנאי-בלעדיו-אין לקיום ולחיים בכבוד, מתחייב גם לגבי אסיר המרצה את עונשו בכלא, ועל המדינה לספקם ולהקצות לכך את המשאבים הנדרשים. אם מוטלת על המדינה חובה לדאוג לצרכים המינימליים של תושביה כחלק מזכותם לכבוד אנושי, על אחת כמה וכמה כך הוא כאשר לבני אדם הנתונים למשמורתה, המצויים תחת חסותה ואשר בנוגע אליהם היא נושאת

באחריות ישירה ומיידית. השמירה על כבודו של האסיר כאדם חורגת מעניינו של האסיר כפרט בלבד. היא עניינה של החברה כולה הנושאת באחריות לעיצוב נורמות המוסר והאתיקה בקרבה, הנוגעות לאדם באשר הוא אדם, והאסיר בכלל זה (עניין גולן [11], בעמ' 156). כך, הוכרה זכותו הבסיסית של כל אסיר בכלא לישון על מיטה, כחלק מהגנה על כבודו כאדם (עניין רופאים לזכויות אדם [10], ב98קה 14). נלווים לצרכים בסיסיים אלה גם צורכי אכילה, שתייה, בגדים נקיים, אוויר חופשי, זכות למרחב מחיה מינימלי בתחומי הכלא וטיפול רפואי אחראי. זכותו של אסיר לתנאי חיים מינימליים בכלא הוכרה אפוא כזכות חוקתית מוגנת שניתן לגרוע ממנה רק בהתקיים ערך נוגד בעל חשיבות מיוחדת ובעל משקל רב במיוחד, כגון מצב חירום חריג העשוי להצדיק, בנסיבות מסוימות, פגיעה בזכות המוגנת. המדינה חייבת בכיבוד זכויות קיום מינימליות אלה של אסירים במשמורתה, ועליה לגייס לצורך כך את התקציבים הנדרשים (ראו, למשל, לעניין מימוש זכות כל אסיר למיטה, עניין רופאים לזכויות אדם [10], שם).

34. נוסף לדאגה לתנאי הקיום המינימליים של אסירים המוחזקים במשמורת, שאותם חייבת המדינה לספק גם במגבלות התקציב, קיימים רבדים נוספים של תנאי רווחה לאסיר המצויים מעבר ל"גרעין הקשה" של תנאי המינימום. בכלל רבדים אלה, מצויים עניינים הקשורים להקטנת הצפיפות בכלא, להרחבתו של מרחב המחיה הפיסי של האסיר בבית הסוהר מעבר לתנאי המינימום הקבועים בנהלים, לשיפור בתכניות הטיפול והשיקום של האסירים, להוספתן של תכניות תרבות, העשרה והפעלה, להטבתה של רמת המזון והטיפול הרפואי, ועניינים נוספים. סיפוק תנאים אלה, המצויים מעבר לאמצעי המינימום שיש חובה לספקם, הוא אופציונלי בטיבו ותלוי בסדרי עדיפות לאומיים המשתקפים בתקציביהם של מוסדות המדינה. תנאי רווחה אלה לאסיר, החורגים מתנאי המינימום, ראוי שמדינת רווחה תחתור ללא לאות לספקם לאסיריה. עם זאת, יכולתה לעשות כן תלויה במורכבותם של כלל הצרכים הלאומיים ובמיקומו של הנושא של תנאי המאסר בבתי הסוהר בסולם הנושאים החברתיים שהמדינה נושאת באחריות להסדרתם, על פי חשיבותם היחסית בין כלל הצרכים הלאומיים. במציאות המורכבת של חיי החברה בישראל, על צרכיה החיוניים המגוונים, מתן עדיפות תקציבית להגדלתה של רווחת האסיר, העולים על תנאי המינימום המתחייבים מכוח הדין, אינו מובטח.

35. להבנתי, נועד תיקון 28 לפקודה, בעיקרו, לקדם את רווחת האסיר בבית הסוהר מעבר לתנאים המינימליים, שאותם חייבת המדינה לספק בלא כל סייג לאסירים בבתי הכלא, בנסיבות שבהן הקצאת משאבים תקציביים למטרה זו במסלול התקציבי הרגיל אינה מובטחת. התיקון לפקודה נועד לאפשר את קידומה של רווחת האסיר מעבר לתנאי המינימום הנתונים והמגיעים לו, תוך חיסכון כספי ניכר למדינה – דבר שהשגתו אינה מובטחת כלל באמצעים תקציביים רגילים. ואכן, דברי ההסבר להצעת התיקון לפקודה פותחים בדברים הבאים:

“ההסדר המוצע נדרש בשל מצוקת הכליאה בישראל וההשלכה הישירה שיש לה על תנאי ההחזקה של אסירים ועצורים, כמתחייב מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומהוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996” (הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 26) (בית סוהר בניהול פרטי) התשס"ד-2003, ה"ח-הממשלה 73, התשס"ד, עמ' 270).

36. בחקיקת תיקון 28 לפקודה ביקשה המדינה, כמטרה עיקרית, להקל על הצפיפות הרבה השוררת בבתי הסוהר ולשפר באופן ניכר את תנאי החיים של האסירים, יותר מהמינימום הנדרש. המדינה מפרטת בתגובתה מיום 24.10.2005, ובתגובות מאוחרות יותר, בין היתר, כי מרחב המחיה של אסיר בישראל כיום הוא 2–4.5 מ"ר לאדם, לעומת מרחב של 6–10 מ"ר לאדם, המקובל בעולם; כי חלק ממתקני הכליאה הקיימים הם ישנים מאוד ואינם מספקים תנאי מגורים הולמים; כי גידול קבוע במספר האסירים מדי שנה מחריף את מצוקת התנאים הקיימים. לטענת המדינה, בית הסוהר המופרט יקדם את רווחת האסירים באופן בולט מבחינת שיפור במרחב המחיה של האסיר, וכן בתחומי השיקום והטיפול באסיר וברמת השירותים הפסייים הניתנים בכלא. שטח המחיה הממוצע לכל אסיר יגדל באופן ניכר, והוא הדין בהגדלת מספרם של העובדים הסוציאליים. תתאפשר הגדלה ניכרת של שעות החינוך לאסירים. בצד שיפורים אלה, יתהווה חיסכון כלכלי ניכר למדינה (תגובה משלימה מטעם המדינה מיום 16.2.2006, פסקאות 15–19).

37. הזכייין, בתגובתו מיום 29.8.2006, מדגיש גם הוא את מכלול השיפורים המתוכננים לאסירים (פסקה 98 לתגובה). אלה כוללים חינוך פורמלי מוגבר,

א הגדלתו של היקף ההעסקה של אסירים בעבודות שונות, העלאת הגמול הכספי בעבור העבודה, הגדלתו של מרחב המחיה הפיסי הרבה מעבר לדרישת המינימום, השבחת המזון, הגדלת מספרם של הימים לביקורי המשפחה, הגדלת הצוות החינוכי, שיפור בטיפול הרפואי, הגדלת מספרן של שעות הפעילות לאסירים, ושיפורים נוספים. לטענת הזכייין:

ב "למעשה, בחינה מדוקדקת [...] מגלה דווקא, עד כמה עבודת החשיבה המקיפה שנעשתה על ידי המדינה ונציגייה בעיצוב ההתקשרות עם הזכייין, מספקת פתרונות מקיפים וממצים, המשקטים את החששות שהעלה העותר הנוסף, באופן שמבטיח כי לא זאת בלבד שלא תיגרם בבית הסוהר בניהול פרטי פגיעה ברווחת האסירים בהשוואה לבית סוהר בניהול שירות בתי הסוהר, אלא שבמידה רבה ההיפך הוא הנכון – בבית הסוהר בניהול פרטי תנאיהם של האסירים צפויים להיות משופרים בהשוואה ליתר בתי הסוהר בארץ" (השלמת עיקרי טיעון מיום 31.12.2007).

ג 38. האפשרות להתגבר על בעיית הצפיפות הקשה במתקני הכליאה ולשפר את רווחת האסירים מעבר לתנאי המינימום שחובה לקיימם בכל עת ובכל מצב, וכל זאת תוך הגברת היעילות והיחסכון הכלכלי למדינה – אלה הן, להבנתי, תכליותיו העיקריות של תיקון 28 לפקודה. יש להוסיף לכך כי התיקון מדבר בשלב זה בהקמת בית סוהר אחד כחלק מניסוי, אך החשיבה ארוכת הטווח היא כי אם יעלה הניסוי יפה, הוא יורחב, והדבר עשוי להשפיע על ציבור גדול של אסירים, בין היתר, בדרך של שיפור ניכר בתנאי החזקתם במשמורת המדינה, בהיבט הפיסי ובהיבט הטיפולי-נפשי.

ד האיזון החוקתי – היחס בין הפגיעה באסיר עקב הפרטת השימוש בכוח השלטוני לבין השיפור הצפוי בתנאי חייו בכלא

ה 39. הפרטת ניהולו של בית הסוהר בתיקון 28 לפקודה מעלה שאלה חוקתית כבדת משקל. שאלה זו, בתמציתה, היא אם הפגיעה הפוטנציאלית בליבתן של זכויות היסוד של האסיר, הנגרמת עקב הפרטתו של כוח המרות השלטוני בניהולו של בית סוהר, עומדת במבחן המידתיות החוקתי, בשים לב – בין היתר – לתכליתו של תיקון החוק אשר נועדה להגדיל את רווחתו של האסיר מעבר

לתנאי המינימום המובטחים לו ולהביא, בד בבד, חיסכון כלכלי למדינה. עומדות זו כנגד זו הפגיעה הפוטנציאלית בליבתן של זכויות היסוד של האסיר, הצפויה כתוצאה מהפרטת הכוח השלטוני, אל מול התועלת הפוטנציאלית לאסיר, הנובעת מהגדלת רווחתו ומהשבחת תנאי חייו, אגב הסבת תועלת כלכלית לציבור. מהי תוצאת האיזון בין ערכים אלה? איזה מהם גובר וידו על העליונה? האם, בהתמודדות זו, משקל הפגיעה באסיר הוא בעל עוצמה כזו המצדיקה ביטול חוקתי של חוק הכנסת, חרף ההטבה שהוא טומן בחובו לרווחתו של האסיר בכלא?

40. המשפט החוקתי מגלם את ערכי היסוד ואת עקרונות היסוד של השיטה. ערכים ועקרונות אלה מחייבים הכרעה בהתנגשות בין אינטרסים, ערכים וזכויות. לא אחת, ההתנגשות היא בין סוגים של אינטרסים, של ערכים ושל זכויות יסוד, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות ממדרגה ראשונה (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים [42], בעמ' 880). יישובו של הניגוד נעשה על דרך האיזון בין הערכים המתחרים, ולכל אחד מהגורמים המתחרים יש חשיבות ומשקל יחסי משלו. ההכרעה נעשית על בסיס יחסיותם של הערכים המתנגשים אלה מול אלה.

"אך טבעי הוא, כי ישנם עקרונות חשובים יותר ועקרונות חשובים פחות [...] הקושי הבסיסי המלווה את החשיבה החוקתית [הוא]: כיצד להבטיח אמות מידה נורמטיביות אובייקטיביות [...] להכרעה בין העקרונות המתנגשים. [...] האיזון והשקילה צריכים לשקף את הקונצנזוס החברתי ולא את התפיסות הסובייקטיביות של המשפטן החוקתי. [...] על השופט לשקף את ערכי היסוד של האומה, כפי שהם נלמדים באספקלריה של מערכת חייה הלאומיים [...] את עקרונות היסוד ומשקלם היחסי, מגבש המשפטן הישראלי על רקע המטען הרוחני-תרבותי-חברתי של החברה הישראלית המודרנית. מטען זה מושפע, מטבע הדברים, מהמורשת העתיקה שלנו, אך הוא משקף את ההסכמה החברתית של ההווה. עם זאת, אמות מידה אובייקטיביות הנותנות פיתרון לכל בעיה חוקתית, אינן קיימות. במקום שההנחיה האובייקטיבית נפסקת, נשאר המשפטן החוקתי עם עצמו ומגיע 'רגע האמת' שלו. מרגע זה, כוכב הצפון היחיד

שינחה את דרכו, הוא העיקרון החוקתי בדבר הצדק; על המשפטן  
לשאוף לאותו פיתרון, הנראה לו כצודק ביותר" (אהרן ברק פרשנות  
במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית [96], בעמ' 71–72).

א

41. התכלית החוקתית בנויה על הערכים ועל העקרונות שהנורמה החוקתית  
נועדה להגשים. לעתים, מובילים ערכים אלה לכיוון אחד, ופעמים הם נוגדים זה  
לזה. במקרה של ניגוד, יש ליצור איזון ביניהם על פי משקלם היחסי. נוסחת  
האיזון משקפת את המשקל היחסי של כל ערך וערך. אין נוסחת איזון אחת  
ויחידה, אלא מגוון רחב של נוסחאות איזון המתאימות עצמן לרב-גוניות המצבים  
האפשריים, שהחיים מצמיחים, ולאנסוף הניגודים העשויים להתרחש בהם (בג"ץ  
153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל [43], בעמ' 401).

ב

ג

42. בענייננו, נוסחת האיזון החוקתי בין הערכים המתנגשים היא מורכבת  
במיוחד. מן הצד האחד של המשוואה, ניצבת הפגיעה הפוטנציאלית בליבתן של  
זכויות האדם של האסיר – ובמיוחד בזכויותיו לחירות ולכבוד – הטמונה  
בהפרטתו של כוח המרות השלטוני בניהולו של בית סוהר ובהעברתו מידי אורגן  
המדינה לידי גורם פרטי. הפוטנציאל לפגיעה בפרט, הכרוך בהפרטתו של כוח  
המרות השלטוני בניהולו של בית סוהר, הוא רב ביותר מהטעמים שעליהם  
עמדתי לעיל. הוא פוגע ושחק את הערובות המובנות ביסודות השיטה לשמירה  
על מגבלות הכוח ולריסונו, החלות על המדינה בהפעלת כוחה השלטוני. פגיעה  
בערובות אלה, כאשר משמעותה היא אפשרות לפגיעה ממשית בליבתן של  
זכויות האדם של האסיר, היא בעלת משקל רב במיוחד.

ד

ה

43. מן הצד הנגדי של משוואת האיזון, ניצב הערך העיקרי של התיקון  
לחוק, אשר נועד להגדיל את רווחתו של האסיר ולהביא לשיפור בתנאי החזקתו  
במשמורת בתחומי חיים שונים, תוך כדי הגברת היעילות הכלכלית למדינה.  
תכלית זו היא בעלת משקל רב, כשלעצמה, משהיא נועדה, בראש ובראשונה,  
לקדם את רווחת הפרט המצוי ממילא בתנאי חיים קשים. היא תורמת להגנה על  
כבודו ועל רווחתו. הרחבתן של תכניות הטיפול והשיקום עשויה גם להביא  
להקדמת שחרורו, ובכך להשפיע על חירותו ועל שאר זכויות היסוד הנגזרות מן  
הזכות לחירות.

ו



44. כנגד הפגיעה הפוטנציאלית הכרוכה בהפרטתו של כוח המרות השלטוני, העלולה לפגוע בחירותו של האסיר ובכבודו, עומדת תכלית ההפרטה שנווה לה מימד של השבחת תנאי חייו בכלא. להשבחת התנאים כאמור יש נפקות ישירה באשר למימושן של זכויות יסוד הנתונות לו. כיצד יש לפתור התנגשות זו אשר בגרעינה פועלים, מצד אחד, כוחות הפוגעים בזכויות האסיר, ומצד שני, כוחות המיטיבים עימו והמקדמים את זכויותיו?

א

45. הדילמה במשוואת איזון זו מורכבת במיוחד. אין היא דומה לדילמה הטיפוסית שבה מתנגשות זו בזו זכות של פרט אחד כנגד זכות של פרט אחר, או מתנגשים זכות של פרט כנגד אינטרס ציבורי-כללי. במשוואה בענייננו, פועלים זה כנגד זה אינטרסים וכוחות נוגדים הנוגעים באותו אדם עצמו – האסיר. האחד – חותר לכיוון ביטולה של הפגיעה הפוטנציאלית הטמונה בהפרטתו של כוח המרות השלטוני המופעל כלפיו בבית הסוהר, והשני – חותר לכיוון הותרת החוק על כנו, חרף הפגיעה האמורה, כדי להגדיל את רווחתו וכדי להשביח את תנאי החזקתו במשמורת בטווח הארוך. לפנינו התנגשות בין כוחות מנוגדים הפועלים על האסיר כפרט, כשהאחד חותר למנוע פגיעה בליבת זכויותיו עקב הפרטת הכוח המופעל כלפיו, והאחר, הנוגד, מבקש לתרום לרווחתו הפיסיית ולרווחתו הנפשית שאינן ניתנות להגשמה, לפחות לפי שעה, בדרך אחרת. האינטרס הציבורי הכללי, המשתקף בחיסכון הכספי ובהגברת היעילות הכלכלית למדינה בהקמתו של בית הסוהר הפרטי, נלווה לגורם של הגברת הרווחה ושיפור באיכות החיים של האסיר בבית הסוהר המופרט ונכרך בו.

ב

ג

ד

46. על פי גישת הנשיאה בפסק דינה, שאני מסכימה לה, הבעייתיות העיקרית בהליך האיזון בין הערכים הנוגדים, הנדרש לבחינה החוקתית של תיקון 28, מצויה במבחן המשנה השלישי של המידתיות, כמובנה בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד. מבחן המשנה השלישי מתמקד באופי הפגיעה בזכות אדם הנגרמת לצורך השגת מטרה ראויה, והוא מכיר בכך שלא כל האמצעים, בעלי הקשר הרציונלי לתכלית ואשר פגיעתם פחותה, מצדיקים את הגשמת המטרה. "מבחן משנה זה נושא על כתפיו [...] את התפישה החוקתית כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית שאותה מבקשים להגשים היא ראויה" (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר

ה

ו

ז

א הביטחון [29], בפסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק, ההדגשה הוספה – א' פ'). מבחן המשנה השלישי של המידתיות הוא ערכי במהותו. הוא נועד לענות להתנגשות בין הגורמים הרלוונטיים השונים בדרך שתשקף באופן הראוי ביותר את הערכים החברתיים והמוסריים המעוגנים בקונצנזוס החברתי, שעליו מושתת המשטר הדמוקרטי בישראל.

ב 47. בענייננו, השאלה בהקשרה הערכי היא מהו היחס המידתי הראוי בין שיפור בתנאי חייו של האסיר בכלא, אגב קידום אינטרס כלכלי של ייעול וחיסכון למדינה, לבין עוצמת הפוטנציאל לפגיעה בליבתן של זכויות האדם של האסיר, הטמונה בהפרטתו של כוח המרות השלטוני על פי התיקון לפקודה. עריכת האיזון המידתי בין עוצמת הפגיעה בזכויות האסיר על ידי הפרטת השימוש בכוח המרות כלפיו, מצד אחד, ושקילתו כנגד התועלת, העתידה לצמוח לרווחת האסיר ולציבור בכללו מהקמתו של בית סוהר פרטי, אינה קלה. ג נדרש להכריע מה גובר על מה במשקלו – עוצמת הפגיעה באסיר, הצפויה מהפרטת השימוש בכוח המרות המופעל כלפיו, לעומת חשיבות השבחתם של תנאי חייו של אותו אסיר בבית הסוהר הפרטי, שנלווים לה גם חיסכון והגברת היעילות בשימוש בכספי ציבור. ניתן להעמיד את השאלה גם כך: האם הגברת רווחתו של האסיר הצפויה מהתיקון, תוך הסבת תועלת כלכלית למדינה, מקהה את עוצמת הפוטנציאל לפגיעה באסיר עקב הפרטת השימוש בכוח המרות במידה כזו ההופכת פגיעה זו לחוקתית בהתאם למבחן המידתיות הצר שבפסקת ההגבלה?

ד 48. הצורך לאזן בין משקל הפגיעה החוקתית בליבתן של זכויות האדם לבין משקל ההטבה עם אותו אדם עצמו, בגדר אותו מעשה חקיקה העומד למבחן חוקתי, אינו עניין שכיח. הוא מחייב השוואה בין "טוב" לבין "רע" המשמשים בערכוביה באשר לאותו אדם, ובמידה רבה בהקשר לאותן זכויות אדם. זוהי אחת ממשוואות האיזון הבלתי שגרתיות שמצב הדברים המיוחד בענייננו העלה לבחינה.

ה 49. לטעמי, באיזון זה – שהוא ערכי ביסודו – ההטבה עם רווחת האסיר, המלווה באינטרס ציבורי-כלכלי למדינה, הצפויים מהתיקון לחוק, אינם מקהים מעוצמת הפוטנציאל לפגיעה באסיר הטמון בו, עקב הפרטתו של כוח המרות השלטוני, במידה ההופכת פגיעה זו לחוקתית על פי מבחן המידתיות

הצר שבפסקת ההגבלה. ההטבה עם האסיר, ועימה התועלת הכלכלית למדינה, אינן שקולות – והן אף בטלות בשישים – כנגד עוצמת הפגיעה בליבתן של זכויות האדם של האסיר הצפויה מהפקדתו של כוח המרות השלטוני בידי זכייין פרטי.

א

50. הפוטנציאל לפגיעה בפרט, הטמון בהפרטתו של כוח המרות השלטוני בהליך הפלילי, הוא עמוק. הוא נוגע בגרעינו הקשה של ההסדר החברתי המעניק למדינה את הכוח המשפטי והמוסרי להשתמש במרות השלטונית כלפי האזרח, תוך ריסונו של כוח זה וצמצומו למינימום ההכרחי, לשם הגנה על ליבתן של זכויות אדם. המבנה הערכי, המוסרי והמשפטי של המשטר בישראל אינו מתיישב עם העברתו של כוח המרות השלטוני, הכרוך בניהולו של בית סוהר, לגורם פרטי שפגיעתו בפרט עלולה להיות קשה. זאת, גם כשמולו עומדת תכלית חיובית וחשובה כשלעצמה, שנועדה לשפר את תנאי חייו הפיסיים של האסיר בכלא ולהביא עימה גם התייעלות כלכלית וחיסכון בכספי ציבור. במישור הערכי, חובת ההגנה על ליבתן של זכויות האדם של האסיר בכלא מפני פגיעה פוטנציאלית עמוקה גוברת ומכריעה גם את המגמה החיובית, כשלעצמה, להיטיב את תנאי חייו של האסיר תוך התייעלות כלכלית של המדינה. יש אף לזכור בהקשר זה כי השבחתם של תנאי הקיום של האסיר, הכרוכה בתיקון לחוק, אינה עוסקת בתנאי המינימום של האסיר, המובטחים ממילא על פי המצב המשפטי הקיים, אלא מתייחסת לרובד התנאים המצוי מעבר למינימום הנדרש. השגת השיפור בתנאי הקיום של האסיר בכלא, עם כל חשיבותה, אינה שקולה כנגד הפוטנציאל לפגיעה בליבת זכויותיהם של האסירים הכרוך במתן כוח לזכייין הפרטי להפעיל מרות שלטונית כלפי פרטים הכפופים לו. במשטר חוקתי-דמוקרטי, מחיר הגדלתה של רווחת האדם אינו אמור להשתלם בדרך המסיבה פגיעה אפשרית בליבתן של זכויות היסוד הנתונות לו. מחיר כזה אינו ראוי ואינו עומד במבחן החוקתי.

ב

ג

ד

ה

ו

51. הפוטנציאל לפגיעה הטמון בהפרטת הכוח השלטוני הוא מוכנה ובעל עוצמה כזו, שהוא אינו מתיר עריכת ניסוי והסקת מסקנות בעקבותיו. יש לחתור לשיפור רווחתו של האסיר, אך לא במחיר התרת הפעלתם של אמצעים פוגעניים כלפיו ושל פגיעה בליבת זכויותיו הכרוכות בחקיקה העומדת למבחן בהליך זה.

ז

א 52. השימוש בכוח המרות השלטוני בהליך הפלילי, ככל שהוא פוגע בליבתן של זכויות האדם של הפרט, צריך שיישאר בידיה של הרשות השלטונית, האחראית כלפי הציבור וכלפי יסודות המשטר לריסונו ולהגבלתו. כך הוא לגבי הכוח המשטרתי, כך הוא לגבי הגורם השיפוטי וכך הוא באשר לרשות המוסמכת לנהל את בתי הסוהר, בהפעילה כוחות מרות כלפי האסירים.

ב 53. הפרטה של שירותים ציבוריים באמצעות העברת האחראיות לאספקתם לידי גורמים פרטיים נעשתה בשנים האחרונות בכמה מישורים (דפנה ברק-ארוז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" [112], בעמ' 472–473; אבישי בניש "מיקור-חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" [117]). עם התחומים שהופרטו נמנים, בין היתר, הוצאה לפועל של פסקי דין אזרחיים, אבטחה באמצעות מאבטחים פרטיים וחברות שמירה, גביית מס, ועוד. הבעייתיות העולה בהקשר להפרטת ניהולו של בית סוהר שונה בתכלית מזו העולה בתחומי ההפרטה האחרים, מבחינת היקף השימוש הנדרש בכוח המרות השלטוני כלפי הפרט ומבחינת עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בליבת זכויותיו החוקתיות.

ג 54. דין הפרטתו של השימוש בכוח המרות השלטוני בניהולו של בית סוהר על ידי העברתו לזכיון פרטי – להתבטל, אפוא, שכן אין היא עומדת במבחן המידתיות הצר על פי פסקת ההגבלה.

ד 55. למותר לומר כי אין איסור להפריט כל אותן פעולות וכל אותם שירותים הכרוכים בניהולו של בית סוהר אשר אינם מערבים הפעלתו של כוח מרות שלטוני כלפי אסירים.

ה 56. אני מצטרפת לעמדת הנשיאה, שלפיה דין התיקון לפקודה להתבטל כולו, לנוכח הקושי להעביר "עיפרון כחול" ולבודד בין מכלול תנאיו, העשויים מקשה אחת. כאמור, אין בכך כדי למנוע הפרטה של אותם תחומי ניהול ושירותים בבית הסוהר אשר אינם כרוכים בהפעלתו של כוח מרות שלטוני, ככל שהגורמים המוסמכים ימצאו את הדבר לראוי.

ו 78. מהטעמים האמורים, אני מצטרפת למסקנותיה של הנשיאה, שלפיהן דין תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר להתבטל.

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת לפסק דינה של חברתי הנשיאה ולמסקנתה כי יש להורות על בטלותו של החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 (להלן: תיקון 28), שלפיו הועברו סמכויות הכליאה של אסירים, וכן שורה ארוכה של סמכויות פוגעניות הכרוכות בכך, לזכייני פרטי. זאת, בשל הפגיעה הבלתי חוקתית בזכויות האדם של האסירים לחירות אישית ולכבוד הנובעת מהקמתו של בית סוהר בניהול תאגיד פרטי, כאמור, שבו נתונים האסירים למרותם של עובדי התאגיד.

1. בחוות דעתה עומדת הנשיאה על כך שעל פי תפישות היסוד של המחשבה המדינית המודרנית, המדינה היא המופקדת על אכיפת החוק הפלילי ועל שמירת הסדר הציבורי מכוח האמנה שלפיה התארגנו בני האדם כחברה. הנשיאה מוסיפה ומציינת כי תפקיד זה, המוטל על המדינה, מקפל בתוכו סמכות פוגענית לשלילת חירותם של עבריינים, כי העברת סמכות בסיסית ופוגענית זו לידי גורם פרטי, הפועל למטרות רווח, נוגדת את האמנה החברתית שעל פיה נמסרו לכתחילה סמכויות אלה לידי המדינה, וכי – כתוצאה מאותה העברה – "מאבד השימוש באותה סמכות חלק ניכר מהלגיטימיות שלו", ונגרמת פגיעה בזכות החוקתית של האסירים לחירות אישית (פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה), הנגרמת מעבר לפגיעה הנובעת מן המאסר עצמו והמעצימה אותה (פסקה 33 לפסק דינה של הנשיאה). כמו כן, עומדת הנשיאה בחוות דעתה על היבטים נוספים של פגיעה בזכויות חוקתיות של האסירים ומציינת, בהקשר זה, את הפגיעה הנגרמת לכבודם כבני אדם בשל כליאתם בבית סוהר בניהול פרטי, בציינה כי מודל זה יוצר מצב שבו נמהלות התכליות הציבוריות המובהקות של המאסר ומתערבבות בשיקולים שאינם ממין העניין הנובעים משאיפתו של התאגיד הפרטי המפעיל את בית הסוהר להשיג רווחים כספיים. בכך, לגישתה, הופכים האסירים "לאמצעי להפקת רווחים כספיים על ידי התאגיד שמנהל את בית הסוהר ושמפעיל אותו", ומכאן מסקנתה כי "עצם קיומו של המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם" (פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה). טעמיה אלה של הנשיאה מקובלים עליי וכך גם מסקנתה כי אותן פגיעות בחירותם האישית של האסירים ובכבודם אינן עומדות במבחניה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו

מעוגנות זכויות יסוד אלה, בשל היעדר יחס ראוי בין התועלת החברתית הצומחת מתיקון 28 לבין הפגיעה בזכויות האדם המוגנות של האסירים הנגרמת כתוצאה ממנו.

א

2. בצד הדברים הללו, הבוחנים את חוקתיותו של תיקון 28 מנקודת הראות של זכויות האסירים לחירות אישית ולכבוד, סברתי כי יש מקום להצביע על הקשיים שמעורר תיקון זה גם מנקודת ראותו של הציבור בכללותו, כתיקון המתנגש עם עקרונות היסוד של שיטת המשטר והמשפט בישראל. רבות נכתב על האמנה החברתית אשר מכוחה התאגדו בני האדם בתבנית של מדינות. בהיות "האמנה החברתית" פיקציה שהגו אבות המחשבה המדינית הפילוסופית, קיימות דעות שונות ומגוונות באשר למהותה של אמנה זו ולתוכנה (ראו:

ב

M.D.A. FREEMAN, LLOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE [139], at pp. 111–118 ; W. FRIEDMANN, LEGAL THEORY [140], at pp. 117–127 ; קלווד קליין "על האמנה החברתית בפני בג"צ לאור בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר – המכס והמע"מ" [118], להלן: קליין). ככלל, נתפשת המדינה כמי שנטלה על עצמה את התפקיד להגן על שלומם של אזרחיה, על ביטחונם ועל קניינם, לאחר שאלה ויתרו על זכותם הטבעית להגן בעצמם על אינטרסים

ג

ד

אלה, וכן על הזכות להעניש בעצמם את מי שפגע בהם. לצורך הגשמת התפקיד שיועד לו כאמור, ניתנו בידי השלטון כוחות וסמכויות שיש בהם משום פגיעה בחירות. אחת הסמכויות השלטוניות הגרעיניות שנמסרו למדינה, לצורך אכיפת החוק ולצורך שמירה על ביטחון האזרחים ועל הסדר הציבורי, היא סמכות הכליאה של מי שנמצא אשם בדינו ושנגזר לו עונש מאסר, על כל סמכויות העזר הפוגעניות הכרוכות בכך. אכן, כליאתו של מי שהורשע בדינו בתום הליך פלילי היא החוליה האחרונה ברצף הפעולות המרכיבות את ההליך הפלילי שעליו מופקדת המדינה לכל אורכו. חוליה זו, הנוגעת למימוש הענישה והוצאתה אל הפועל, היא אמנם הפעולה האחרונה בסדר הפעולות המרכיבות את ההליך הפלילי כאמור, אך אין היא, בשום אופן, אחרונה בחשיבותה. אדרבא, במידה בלתי מבוטלת, יש בה כדי להוות מדד לאפקטיביות של ההליך הפלילי כולו.

ה

ו

לאור חשיבותן של סמכויות הכליאה כחוליה מהותית בשרשרת הפעולות הנדרשות לאכיפת החוק, ועל פי ההשקפה הגורסת כי מתוקף האמנה החברתית נוסדו יחסי נאמנות בין הממשל כנאמן לבין האזרחים כמוטבים, התפרקות המדינה מסמכויות הכליאה שהוקנו לה באמנה החברתית יש בה משום פגיעה

ז

בתנאיה של אמנה זו ובעקרונות היסוד שעליהם מושתתת שיטת המשטר כולה ושעליהם נשענים אזרחים שומרי חוק ונפגעי עבירה שוויתרו, כאמור, על פי האמנה על הזכות לעשות בעצמם שפטים בעבריינים (להשקפה אחרת – שיש הרואים בה בסיס למשטר טוטליטרי – הגורסת כי האמנה החברתית יכול שתיפגע אך ורק מן הפרט ולא מהריבון, ראו התייחסות: קליין [118], בעמ' 197).

3. תמימת דעים אני עם הנשיאה כי קיים קושי למצוא בהוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה עיגון חוקתי לסמכות הכליאה כסמכות שלטונית גרעינית שאינה ניתנת להעברה. משכך, נשאלת השאלה אם הפגיעה בעקרונות היסוד של המשטר, הנובעת מהעברת סמכות זו לגורם פרטי – על כל המשמעות הכרוכות בכך מנקודת ראותו של הציבור בכללותו – יש בה כדי להוביל לבטלותו של תיקון 28, אף שעקרונות אלה אינם מעוגנים בחוקי היסוד. מהלך חוקתי כזה מעורר בעיות לא פשוטות שעליהן עמד בית משפט זה בפסיקתו לאורך השנים (ראו: בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת [44], בעמ' 551; בג"ץ 410/91 בלוס נ' יושב-ראש הכנסת [45], בעמ' 205; בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית [46], בעמ' 801–802, ראו עוד: אמנון רובינשטיין, ברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כך א: עקרונות יסוד [100], בעמ' 61–62, 67–69; יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" [119], בעמ' 177–179). ניתן לומר כי הגישה שאותה ביטא בית המשפט בהקשר זה היא כי מהלך של ביקורת שיפוטית על רקע עקרונות יסוד "שאינם חקוקים עלי חוק יסוד", ייתכן – אם בכלל – רק במצבים חריגים וקיצוניים במיוחד, כאשר חותרת החקיקה של הכנסת תחת יסודות המשטר שעליהם מושתת המבנה החוקתי כולו. על הזהירות המירבית שיש לנהוג בהקשר זה עומד הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [19], באומר:

"עלינו לעשות ככל יכולתנו להכריע בשאלות החוקתיות של חוק הנוגד ערכי יסוד במסגרת הכרעה בחוקתיות החוק ביחסיו עם חוק יסוד. ישראל מצויה עתה בעיצומו של מהלך חוקתי, המתבצע באמצעות חוקי יסוד. יש לעשות כל מאמץ פרשני להכריע בשאלת חוקתיות החוק במסגרת ההסדרים הקבועים בחוקי היסוד" (שם [19], בפסקה 73 לפסק דינו של הנשיא ברק).

הוא מוסיף ומציין שם כי, גם אם קיים תחום צר שבו ניתן לבחון את חוקתיותו של חוק שלא לפי חוקי היסוד, מדובר במקרים מיוחדים ויוצאי דופן אשר בהם פוגע החוק "בליבת הדמוקרטיה [...] [ו]שולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי", למשל "חוק או חוק יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם [19], בפסקה 74; ראו עוד: בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל [47], בעמ' 28; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [101], בעמ' 99). הנה כי כן, גם על פי הגישה שאינה מוציאה מכלל אפשרות כי בית משפט זה יכריז – במקרה ראוי – על בטלותו של חוק הפוגע בעקרונות היסוד של השיטה שאינם מעוגנים בחוקי היסוד, מדובר במקרים חריגים ביותר ובחוק המזעזע את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו.

4. תופעת ההפרטה, שהחלה צוברת תאוצה במקומותינו, פנים רבות לה (ראו: דפנה ברק-ארוז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" [112], להלן: ברק-ארוז; איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטות במשפט הציבורי [98]). עם זאת, לא הכול "פריט", ונראה כי אין מי שחולק על כך כי כוחות וסמכויות מסוימים המסורים לרשויות השלטון אינם ניתנים להפרטה, אף לא על ידי הרשות המחוקקת (ראו: ברק-ארוז [112], בעמ' 493–496; יואב דותן, ברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" [113], בעמ' 329–330). כפי שצוין לעיל, התפרקות המדינה מסמכויות הכליאה, המסורות לה כרשות השלטונית וכמי שמופקדת על שלום הציבור, על ביטחוננו ועל שמירת הסדר הציבורי, והעברתן לגורם פרטי הפועל למטרות רווח, יש בה משום פגיעה בעקרונות יסוד של שיטת המשטר בישראל. עם זאת, אין לומר כי ההסדר הסטטוטורי שבתיקון 28 מהווה פגיעה המאיימת למוטט את עקרונות היסוד שעליהם מושתת המבנה החוקתי כולו. זאת, בייחוד משום שמודל ההפרטה שאומץ באותו תיקון כולל פיקוח הדוק של המדינה אחר פעילותו של הזכייין הפרטי (ראו: סעיפים 128יט, 128כא–128כד, 128לב–128לח, 128מא ו-128מט לפקודת בתי הסוהר). משכך, ניתן לומר כי, על פי תיקון 28, התפרקה אמנם המדינה מסמכויות הכליאה והעבירה אותן לידיים פרטיות, אך אין לראותה כמי שהתפרקה והתנערה כליל מאחריותה לביצוען של פעולות אלה, לפחות כגורם מפקח.



סיכומו של דבר, אני מצטרפת לפסק דינה של הנשיאה כי יש להורות על בטלותו של תיקון 28 בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכויות האדם של אסירים לחירות אישית ולכבוד.

א

השופט ס' ג'ובראן:

מצטרף אני לפסק דינה המקיף של חברתי הנשיאה ולנימוקיה.

השמתם של אלה שהורשעו בהליך הפלילי בבתי סוהר, כאמצעי הענישה העיקרי המנוי בחוק העונשין, אינה מהווה אך עוד נדבך שולי בהליך הפלילי, ויש אף מי שיטען כי מדובר בחלק הארי בענישה המודרנית. כפי שציינה חברתי הנשיאה, עצם נטילת חירותו של מי שמושם מאחורי סורג ובריה לא תשתנה אם מדובר בבית סוהר שבניהול פרטי – תומות הכלא הפרטי אינן גבוהות יותר מאשר מקבילותיהן הממלכתיות. אולם, מהותם של בתי הסוהר אינה מתמצית אך בשלילת החירות עצמה, ואין במאפיינם זה, חרף מרכזיותו, כדי לבטא את האופן שבו משמשים בתי הסוהר כמוסד שכל מהותו היא סנקציה – מוסד שקיומו והכניסה בשעריו מהווים את תגובתה של המדינה להפרת חוק מחוקיה.

ב

ג

דרכו זו של בית הסוהר והתעצבות דמותו, כסנקציה המושתת על ידי המדינה המודרנית, מתוארות היטב בכתיבתו של הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו בספרו על אודות "לידתם" של בתי הסוהר. מפאת נגיעתם הרבה של דבריו לענייננו, ראוי לעמוד עליהם:

ד

ה

"In several respects, the prison must be an exhaustive disciplinary apparatus: it must assume responsibility for all aspects of the individual, his physical training, his aptitude to work, his everyday conduct, his moral attitude, his state of mind; the prison, much more than the school, the workshop or the army, which always involved a certain specialization, is 'omni-disciplinary' [...] Lastly, it gives almost total power over the prisoners; it has its internal mechanisms of repression and punishment: a despotic discipline. It carries to their greatest intensity all the procedures to be found in the other

ו

ז

disciplinary mechanisms. It must be the most powerful machinery for imposing a new form on the perverted individual; its mode of action is the constraint of a total education: 'In prison the government may dispose of the liberty of the person and of the time of the prisoner; from then on, one can imagine the power of the education which, not only in a day, but in a succession of days and even years, may regulate for man the time of walking and sleeping, of activity and rest, the number and duration of meals, the quality and ration of food, the nature and product of labour, the time of prayer, the use of speech and even, so to speak, that of thought, that education which, in the short, simple journeys from refectory to workshop, from workshop to the cell, regulates the movements of the body, and even in moments of rest, determines the use of time, the time-table, this education, which, in short, takes possession of man as a whole, of all the physical and moral faculties that are in him and of the time in which he is himself' [Charles Lucas, De la réforme des prisons, 123-24 (1836)]" (MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE & PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON [141], at pp. 235-36).

אכן, בית הסוהר אינו אך החומות המפרידות בין האסיר לבין יתר החברה. על כן, אם ישאל השואל – מאי נפקא מינה בהבחנה בין חומות כבעלות פרטית לבין חומות שבבעלות המדינה – יש לענות כי בשליחתו של העבריין המורשע אל מאחורי חומותיו של בית הסוהר אין המדינה מסיימת את תהליך הענישה. במובנים רבים, הכניסה אל בינות כותלי הכלא מהווה את ראשיתו של התהליך ואת לב ליבו. אף אם נאמר כי שלילת החירות לבדה מהווה את ענישתו של העבריין, הרי שלא ניתן לחדר שלכניסתו אל בית הסוהר מתלוות השפעות רבות מני ספור אחרות על חייו – בין שמדובר בהגבלות על אורה חייו ועל גופו הנדרשות לשם מניעת בריחתו ולשם שמירה על שלום הציבור; בקביעת נהלים הנדרשים לשם שמירה על הסדר הציבורי; או בשליטה על סדר יומו של הכלוא בהסדרים אחרים הנדרשים מעצם היותו של בית הסוהר מוסד כוללני, הנדרש

להתייחס לכל היבטי חייהם של הכלואים בו. לכל אלה מתלווים מנגנוני ענישה פנימיים, ליצירתה של המשמעת בבתי הסוהר ולאכיפתה. אף אם לא נראה בכל אלה משום ענישה במובנה המסורתי, הרי שמהותו של בית הסוהר כמוסד ענישתי סובבת סביב מאפייניו אלה, וכל רגע ורגע מחייהם של הכלואים מוכתבים ומעוצבים על ידיהם. בדרך זו, ניתן לומר כי כל אותן פעולות המבוצעות כלפי הכלוא מהוות בפועל את לב ליבה של הפעלת הכוח הריבוני כלפי הפרט, הרבה מעבר לעצם ההחלטה על שליחתו אל מאחורי סורג וברית.

משכך, העברת ניהולו של בית סוהר לידיים פרטיות אינה מהווה אך הפרטה של סמכויות הנלוות לענישה או המשלימות אותה, אלא התפרקות המדינה מנדבך מרכזי בסמכותה הריבונית לענישת אזרחיה. אף אם ניתן לקבל החלטה זו כעניין של מדיניות, הרי שמנקודת מבטם של הכלואים בבית הסוהר, מדובר במהלך שלא ניתן להסכים עימו. כפי שתואר, כל חייהם בינות לכותלי הכלא – מעבר לעצם ההחלטה לאוסרם – רוויים בהפעלת כוח ריבוני המסדיר את חייהם ואת גופם וממשמע אותם. העברת סמכויות אלה כלפי האסירים לידיים פרטיות מהווה, מיניה וביה, הפיכתם ל"מעין נתיניו" של גורם פרטי זה. אף אם סמכויותיו של גורם זה כלפי הכלואים אינן יורדות לשורש הענישה "המסורתית", בדמות עצם ההחלטה על שלילת חירותם, ואף אם סמכויות הענישה המשמעתית המסורות לידי מוגבלות בהיקפן (הגם שאין לזלזל בהן אף בהיקפן זה) – אין בכך כדי לשלול את עומק השליטה הנמסרת לידיו על חייהם, שליטה המצטברת מכל אותן הסדרות בזעיר אנפין של חייהם – החל משימוש בכוח נגד האסורים, השמתם בהפרדה, בדיקת גופם העירום, כפייתם למתן דגימת שתן, חילוט חפציהם וחיפוש על גופם, דרך שמירה על הסדר, על המשמעת ועל הביטחון בבית הסוהר, וכלה בהסדרת רווחתם של האסירים, בריאותם, שיקומם, הכשרתם והשכלתם. העברת שליטה זו לידי גורם פרטי – אשר, חרף מוסרות הפיקוח הנותרות בידי המדינה, המניע מאחורי פעולותיו נותר ועודנו מסחרי – מהווה פגיעה בכבודם של האסירים כבני אדם, אשר לא ניתן לקבל אותה.

אשר על כן, מצטרף אני, כאמור, לפסק דינה של חברתי הנשיאה, שלפיו דין תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר הוא בטלות.

השופטת מ' נאור:

א 1. אני מסכימה עם קביעתה של חברתי הנשיאה, שלפיה החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 (להלן: החוק), פוגע פגיעה בלתי חוקתית בשתי זכויות חוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד). מסכימה אני לתפישתה כי הפגיעה בזכות לחירות אישית (סעיף 5 לחוק היסוד) ובזכות לכבוד האדם (סעיף 2 לחוק היסוד) של האסירים, האמורים לרצות בכלא הפרטי את עונשם, קמה "בשל עצם העברתן של סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לידי זכיון פרטי הפועל למטרות רווח" (פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה). לנוכח חשיבות הסוגיה החוקתית שהתעוררה לפנינו, ולנוכח קיומם של הבדלים מסוימים בזווית ההשקפה, אבקש לפרט את עמדתי.

ג

הפגיעה בזכויות חוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

הפגיעה בחירות

ד 2. אף שקיימת בעצם המאסר פגיעה בחירות, הרי שכאשר היא מבוצעת בידי המדינה בעצמה, הפגיעה היא מידתית (ראו והשוו ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל [12], בעמ' 550). השאלה "הנקייה" הניצבת לפנינו היא אם זהותו של הגורם המבצע את המאסר (גורם פרטי מוטה רווח) עלולה לפגוע פגיעה נפרדת בזכות לחירות, מעבר לפגיעה הנובעת מעצם המאסר. חברתי הנשיאה השיבה על כך בחיוב, ואני מצטרפת לעמדתה. ביצוע המאסר בידי גורם פרטי מוטה רווח מקים פגיעה נפרדת בזכות לחירות. לפגיעה זו ייתכנו דרגות שונות: תיתכן פגיעה מזערית, כשמפעיל הגורם הפרטי סמכויות שלטוניות "טכניות-ביצועיות" (ראו בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות [15], להלן: עניין פיליפוביץ), ותיתכן פגיעה חמורה, כאשר מפעיל הגורם הפרטי את סמכויותיה העיקריות והפוגעניות של המדינה שיש עימן שיקול דעת רחב.

ה

3. הדוקטרינה בדבר אצילתן של סמכויות המינהל מתירה "הסתיעות" של המדינה בגורם פרטי (עניין פיליפוביץ [15], בעמ' 422; ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ [37], בעמ' 833). דוקטרינה זו חלה בעיקרה במשפט המינהלי (ראו: יואב דותן, ברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים"

ז

[113], בעמ' 308–311, להלן: דותן ומדינה; דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" [112], בעמ' 481–482, להלן: ברק-ארז). בהיקש מדוקטרינה זו, אילו היה הזכיהן מפעיל רק סמכות "טכנית" או "ביצועית", ניתן היה לומר כי – אפילו הוכחה פגיעה נפרדת בזכות לחירות – הרי שהיא רק בשוליה של הזכות, או, לחלופין, פגיעה של מה-בכך. קביעה שכזו עשויה הייתה להצדיק ריסון שיפוטי (לדרישה לפגיעה שהיא "ממשית" ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [48], בפסקה 17 לפסק דיני).

אולם, בענייננו פועל הזכיהן מטעמה של המדינה כ"ידה הארוכה" לצורך הפעלת אחת מסמכויותיה העיקריות והפוגעניות ביותר – סמכותה לאכיפת החוק הפלילי ולשמירה על הסדר הציבורי. אין מדובר בסמכות "טכנית-ביצועית" גרידא. הזכיהן מפעיל, בשם המדינה, כוח מרות שלטוני ממש, הכרוך בהפעלת שיקול דעת (על שיקול הדעת כ"החלק החשוב ביותר של הסמכות", ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב [95], בעמ' 546). בין היתר, הועברו לידי הזכיהן סמכויות לשמירת הסדר והמשמעת בכלא ולמניעת בריחתם של אסירים (והכול כמפורט בפסקה 31 לפסק דינה של חברתי הנשיאה). הסמכות שהועברה בדבר ניהול הכליאה – הפעלת המרות, הכוח והמשמעת – צבועה בצבע עז של ריבונות המדינה ושל שיקול דעת בהפעלת הסמכות (ראו והשוו בג"ץ 5009/97 חברת מולטימדיה בע"מ נ' משטרת ישראל [49], בעמ' 693, להלן: עניין מולטימדיה. כן ראו Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions* [166], at p. 117, להלן: הראל).

לפיכך, החוק אינו מעגן רק "מדיניות של הפרטה" (ראו, למשל, בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל [50], בעמ' 471), אלא הוא משנה את חלוקת הסמכויות השלטוניות של המדינה. דעתי, כדעת הנשיאה, היא כי סמכויות שטיבן הוא הפעלתו של כוח מרות שלטוני לשם אכיפת המשפט הפלילי ולשם שמירה על הסדר הציבורי, כשהן מופעלות על ידי גורם פרטי מוטה רווח, פוגעות פגיעה נפרדת וממשית בזכות החוקתית לחירות. לפיכך, הביקורת השיפוטית המתחייבת היא במישור המשפט החוקתי.

א 4. חברתי מבססת את קביעתה בדבר פגיעה בחירות על הגישה שלפיה עקרון יסוד של שיטת המשפט בישראל הוא כי למדינה נתון מונופול על השימוש בכוח מאורגן, ועקרון יסוד זה הוא חלק מן הזכות החוקתית לחירות אישית (פסקה 26 לפסק דינה). לדעתי, ניתן לקבוע כי קיימת בענייננו פגיעה בזכות החוקתית לחירות גם ללא היוקקות לעקרון יסוד "משטרי". תפישתי היא כי, בשל אופיו של ההליך הפלילי, ובראייתי את המאסר כחלק מן ההליך הפלילי ומן הדין הפלילי, הרי שהעברת האחריות בגינו לידיים פרטיות פוגעת כשלעצמה בחירות זכות חוקתית בישראל.

ב 5. לגישתי, ההבחנה, בין עצם הטלתו של המאסר לבין ביצועו בפועל, היא מלאכותית. מדובר בהליך פלילי אחד, שיש בו דרגות שונות של שיקול דעת (ראו והשוו Paul Moyle, *Separating the Allocation of Punishment from Its Administration: Theoretical and Empirical Observations* [168], at pp. 157, 170, 159). לגישתי, הן העונש (הטלת המאסר בגזר דין) הן אכיפתו (בפועל בבית הסוהר) הם חלק מן "ההליך הפלילי", ושניהם כרוכים בהפעלת שיקול דעת. המשימות המוטלות על האסירים בבית הסוהר, כחלק מ"ניהול הכליאה", אף הן חלק בלתי נפרד מן העונש שנגזר עליהם. הדבר בולט בטיפול בענייני משמעת של אסירים (ראו והשוו Richard Harding, *Private Prisons* [169], at pp. 273–278, להלן: Harding, המובא ב"עמדה מטעם הכנסת" בפסקאות 244–248). ויוזכר כי החוק עלול להשפיע, במידה מסוימת, גם על משכה של תקופת המאסר עצמו (ראו: פסקה 27 לפסק דינה של חברתי הנשיאה; סעיף 9(7) לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001). אכן, המאסר הוא חלק מן ההליך הפלילי ומן הדין הפלילי (ראו והשוו לסלי סבה "זכויות האדם ומערכת הענישה" [120], בעמ' 188). על רקע זה הובעה הדעה כי את סוגיית הפרטתם של בתי הסוהר יש לבחון לפי הדין הפלילי ולא לפי דיני הפרטה הכלליים:

ג " [P]rison privatization could be reviewed in conjunction with criminal justice policy and not just as part of the question of privatization more generally" (CATHERINE M. DONNELLY, DELEGATION OF GOVERNMENTAL POWER TO PRIVATE PARTIES: A COMPARATIVE PERSPECTIVE [135], at p. 76; DONNELLY: להלן).

ד

ראו גם, Sharon Dolovich, *State Punishment and Private Prisons* [161],  
544-545, at pp. 544-545, וכן: [135] DONNELLY, בעמ' 256.

א 6. הזכות החוקתית לחירות אישית זכתה לפרשנות רחבה, ונפסק כי עצם  
המאסר של אדם פוגע בזכותו החוקתית לחירות (ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר  
הביטחון [5], בעמ' 261, להלן: עניין צמח). באומרנו כי הטלת עונש המאסר  
וביצועו בפועל בבית הסוהר הם חלק מן ההליך הפלילי ומן הדין הפלילי, נמצא  
ב 7 שגם אופן ביצוע המאסר – לרבות זהותו של מבצע המאסר – "מכוסה" על ידי  
הזכות החוקתית לחירות אישית. ההליך הפלילי כולו, לרבות המרכיב של ביצוע  
המאסר בפועל, כפוף למגבלות החוקתיות: "מרבית הפעילות השלטונית  
בתחומי המשפט הפלילי – בין חקיקתית, בין מינהלית ובין שיפוטית – כפופה  
ג עתה לחוקי-היסוד. נדרשת חוקתיות של המשפט הפלילי ואכיפתו" (אהרן ברק  
"הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה  
על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" [116], בעמ' 13, להלן: ברק,  
הקונסטיטוציונליזציה", ההדגשה הוספה – מ' נ'). כדברי הנשיא ברק, ההליך  
הפלילי "קשור מטבע הדברים בקשר אמיץ עם זכויות האדם. הוא מגן על זכותו  
של כל אדם לכבוד, לשלמות הגוף והרכוש" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת  
T ישראל [51], בעמ' 654; ראו גם בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי  
[52], בעמ' 81).

7. ישאל השואל: הכיצד ניתן לגזור מן הזכות ל"חירות" חובה על המדינה  
להפעיל את סמכויותיה בדרך מסוימת – דהיינו: בעצמה? התשובה לכך היא כפולה.

ה במישור החוקתי, הפגיעה בחירות כזכות חוקתית צריך שתעבור את תנאיה  
של פסקת ההגבלה. פסקת ההגבלה עשויה לחייב את המדינה להפעיל  
סמכויותיה בדרך מסוימת באופן ש"יכשיר" את הפגיעה בזכות החוקתית. מרכז  
הכובד עובר אפוא לבחינת חוקתיות הפגיעה בגדרי פסקת ההגבלה, שלה משקל  
I עיקרי כמקור לאיזון החוקתי בתחום הפלילי (ברק, "הקונסטיטוציונליזציה"  
[116], בעמ' 13-14).

גם במישור המינהלי, עשוי ערך החירות לחייב את המדינה להפעיל  
סמכויותיה בדרך מסוימת. כך, למשל, קבע בית משפט זה כי סמכותו של סוהר  
T במילוי תפקידו אינה מקנה לסוהר סמכות לחייב את האסירים לבצע את עבודות

א הניקוי של תאי המאסר בעצמם: "אנו נמצאים כאן בשטח של חירות האזרח, והכלל הוא כי במקרה כזה יש להקפיד היטב שחירות לא תישלל ממנו אלא במידה ובצורה המשתמעות ברורות מן החוק" (כדברי השופט אגרנט בע"פ 40/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' זיאד [53], בעמ' 1364, להלן: עניין זיאד), ולפיכך, [...] הכרחי להסיק – בהעדר הוכחה נוגדת – שבגדר האפשרות המעשית הוא כי [נקיון התאים] יבוצע באמצעות אנשים שמלאכתם בכך ושיתמנו במיוחד לתפקיד זה" (עניין זיאד [53], בעמ' 1635-T). בכך הוטלה למעשה חובה על ב המדינה לתפעל את נקיון תאי המאסר בעצמה או מטעמה אך לא על ידי האסירים עצמם (כל עוד לא נקבע אחרת בחקיקה).

יתרה מזאת, ובמישור העיוני. פרשנות חוקתית נעשית מתוך "מבט רחב" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [19], בפסקה 24 לפסק דינו של הנשיא ברק, להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון). כך גם באשר לערך "חירות", על בית המשפט ליתן פרשנות המבטאת ערכים המעוגנים בקונצנזוס החברתי וביסודות הערכיים המשותפים לחברה (ראו דברי חברתי הנשיאה בפסקה 53 לפסק דינה). כאן המקום להרחיב את היריעה בקשר לפרשנות הערך "חירות".

8. "אין עוד מלה שקיבלה כה הרבה משמעויות שונות, ואשר השפיעה על רוחם של בני-אדם באופנים כה שונים, כמו המלה "חירות" (מונטסקיה "רוח החוקים" [121], בעמ' 268). הערך "חירות" הוא בעל זיקה חזקה לפילוסופיה פוליטית (לסקירה ראו הראל [166], בעמ' 117–122; ראו גם JOHN P. DAY, LIBERTY AND JUSTICE [142], at p. 101, להלן: DAY). ה"חירות" היא מרכיב עיקרי בחשיבה ההומניסטית (לחשיבותה של החירות בתפישת הצדק של רולס ראו: JOHN RAWLS A THEORY OF JUSTICE [143], at pp. 201–205; RAWLS, POLITICAL LIBERALISM [144], at p. 181, להלן: RAWLS; ראו גם יוסי דהאן "בין דמוקרטיה של בעלי קניין לליברליזם סוציאליסטי: כלכלה ורווחה במשנתו של רולס" [122]). ה"חירות" היא מרכיב עיקרי בכל הגדרה של דמוקרטיה (להשפעה של הגדרות שונות ל"דמוקרטיה" ול"חירות" על הלגיטימיות של הפרטתם של בתי סוהר, ראו בהרחבה [135] DONNELLY, בעמ' 84–96).



בסיס עיוני זה יכול שישמש אותנו בפרשנות הזכות ל"חירות". יש לזכור כי השאלה אינה מהי "חירות" בפילוסופיה הפוליטית של פלוני או בתפישות המוסר של אלמוני. השאלה היא כיצד נתפשת הזכות ל"חירות" בערכיה של מדינת ישראל (ראו והשוו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית [96], בעמ' 318, להלן: ברק, פרשנות חוקתית). בית המשפט אמור "לשקף את השקפותיה של החברה [...] [ולתת] ביטוי לערכיה של החוקה כפי שהם מובנים על-ידי התרבות והמסורת של העם בתנועתו על פני ההיסטוריה" (דברי הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי [8], בעמ' 425). אלה הם ערכים המבטאים "תפיסות עומק של החברה המודרנית" (שם [8], בעמ' 424; ראו גם RONALD DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY [145], at pp. 116–117, Overlapping Consensus, כן השוו לתפישתו של ג'ון רולס בדבר ה-Rawls [144], בעמ' 144–150, ובדבר תפקידו המוסדי של בית המשפט העליון בקביעת ערכים חוקתיים, Rawls [144], בעמ' 227–240).

9. חברתי הנשיאה הזכירה בפסק דינה את דבריהם של שניים מההוגים הקלאסיים של תורת המדינה מן המאה ה-17 – תומס הובס וג'ון לוק. גישה קלאסית זו המתבטאת בפסק דינה – כוחה עימה גם כיום. ביטוי מובהק לגישה הנוהגת במדינה המודרנית, שלפיה חלק מאחריות המדינה הוא לדאוג לסדר הציבורי ולאכוף את הדין הפלילי בתחומה ובעצמה, מופיע בכתביו של מקס ובר באשר לכוח המרות השלטוני:

“Today the relation between the state and violence is an especially intimate one. [...] [A] state is a human community that (successfully) claims the *monopoly of the legitimate use of physical force* within a given territory” (Max Weber, *Politics as a Vocation* [170], at p. 78).

דומה כי גם אלה הדוגלים בתפישה בדבר "מדינת שומר הלילה", שבה תפקיד המדינה מצטמצם אך ורק להגנה על חיי האזרחים ועל רכושם, מכירים בחובתה של המדינה לאכוף סדר ציבורי:

“במאה התשע-עשרה היתה רווחת התפיסה של המדינה המתירנית (laissez faire). לפי תפיסה זאת היה למדינה תפקיד מוגבל מאד,

א בעיקר בתחום הבטחון [...] היה עליה לקיים צבא, משטרה, בתי משפט ובתי סוהר [...] היא לא היתה אמורה להתערב בתחומים אחרים של חיי החברה והמשק מעבר למידה ההכרחית כדי לשמור על הסדר הציבורי" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א [102], בעמ' 31).

ב גם הדוגלים ב" [...] קפיטליזם [...] [כ]תנאי הכרחי לחירות" (מילטון פרידמן קפיטליזם וחירות [103], בעמ' 11), סבורים כי למדינה יש שתי חובות "ברורות ומובנות מאליהן", כדברי מילטון פרידמן:

ג "[החובה הראשונה היא] הגנה על בני-אדם מפני כפייה, בין שזו באה מבחוץ ובין שמקורה באנשים מתוך החברה. בלי הגנה כזאת, לא יהיה לנו חופש בחירה אמיתי [...]"

ד החובה השניה [...] חורגת מן התפקיד המשטרתי הצר של הגנה על בני-אדם מפני כפייה גופנית; היא כוללת בין השאר 'אכיפת חוק מדוקדקת' (מילטון ורוז פרידמן החופש לבחור [104], בעמ' 46, להלן: פרידמן, החופש לבחור, ההדגשה הוספה – מ' נ').

ה מילטון ורוז פרידמן מסתמכים בספרם על אדם סמית, אבי תורת "היד הנעלמה", שהגדיר את התפקיד הבסיסי של המדינה כך:

ו "במערכת שלטונית המבוססת על החופש הטבעי, מוטל על השליטים למלא שלוש חובות בלבד; [...] ראשית, החובה להגן על החברה מפני אלימות והסגת גבול של חברות עצמאיות אחרות; שנית, החובה להגן, ככל האפשר, על כל אדם בחברה מפני עוול או דיכוי שמקורם באדם אחר באותה חברה עצמה, כלומר החובה לאכוף את החוק בדקדקנות; שלישית, החובה לכונן ולקיים מפעלים ומוסדות ציבוריים מסוימים, שכינונם וקיומם אינם בתחום האינטרסים של הפרט, או של כל קבוצה קטנה של אנשים, זאת מכיוון שהרווח הכספי ממפעלים ומוסדות כאלה לא יכסה לעולם את הוצאותיהם לפרט או לקבוצה קטנה של אנשים, בעוד שלחברה גדולה עשויים הם להביא תועלת גדולה הרבה מעבר לכיסוי

ההוצאות" (אדם סמית עושר העמים כרך ב 184–185 (1776), בנוסח המובא אצל פרידמן, החופש לבחור [104], בעמ' 45–46, ההדגשה הוספה – מ' נ').

דומה כי על בסיס זה ניתן לומר כי גישה מקובלת היא ש"מכוח עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הליברלית, מוצרים מסוימים חייבים להיכלל בתחום הציבורי באופן שהפרטם כלל אינה לגיטימית" (דותן ומדינה [113], בעמ' 290). דותן ומדינה מציינים שם כי מכוח עקרונות אלה "בוודאי [...] אסור לנקוט מסחור של ענישה פלילית" (דותן ומדינה [113], בעמ' 329–330; ראו גם ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" [109], בעמ' 588, 654–655, 660, להלן: מדינה, "החוקה הכלכלית", בהתייחסו לתפקיד המדינה ב"הגנה על הציבור ושמירה על הסדר הציבורי". השוו גם איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי [98], בעמ' 92–93, והאסמכתאות שם, להלן: פלג).

10. לגישתי, בהתבסס על ההוגים הקלסיים של תורת המדינה שאותם סקרה חברתי הנשיאה בפסק דינה, ובהתבסס על האמור לעיל ועל ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ניתן לפרש את ערך ה"חירות" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כבעל שני פנים: פן "שלילי" ("חירותו המובטחת לכל אדם מידי המשפט, היא לנהוג ולעשות, לחשוב ולדבר ככל שלבו חפץ, אלא-אם-כן החוק מטיל עליו חובת התנהגות פלונית – הוא שקראנו 'עליונות החוק'", חיים ה' כהן המשפט [105], בעמ' 138. כן ראו [142] Day, בעמ' 103); ופן "חיובי", העשוי לחייב את המדינה, בנסיבות מסוימות ובמתחם צר של תפקידים בסיסיים, להפעיל את סמכויותיה בעצמה. עמד על כך ישעיה ברלין:

"The first of these political senses of [...] liberty [...] which [...] I shall call the 'negative' sense, is involved in the answer to the question 'What is the area within which the subject – a person or group of persons – is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons?' The second, which I shall call the positive sense, is involved in the answer to the question 'What, or who, is the source of control or interference that can determine someone to

do, or be, this rather than that?" (ISAIAH BERLIN, *Two Concepts of Liberty* [171], at pp. 121–122).

א לתפישה זו יש ביטוי גם בהקשר שלפנינו. כך, למשל, פורש סעיף 5 ל-European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [178], שעניינו Right to liberty and security, אשר אומץ גם בכריטיניה ב-1998, c. 42, The Human Rights Act, כבעל פן "חיובי" השולל, בנסיבות מסוימות, מאסר בידי גורמים פרטיים:

ב

"[T]he positive obligations recognized under Article 5 have been relatively limited. It has been accepted that Article 5 imposes an obligation to protect vulnerable individuals from deprivation of liberty by private actors" (BLACKSTONE'S GUIDE TO THE HUMAN RIGHTS ACT 1998 [146], at p. 168).

ג

עוד על מובנים שונים של חירות, ראו באופן כללי Philip Pettit, *Law, Liberty and Reason* [172].

ד

11. יקשה וישאל השואל: האין בפרשנות האמורה לערך "חירות" כדי לצמצם יתר על המידה את סמכות המדינה להעביר לידי גורמים פרטיים את האחריות לביצוע תפקידים מסוימים? גם לכך התשובה היא כפולה.

ה

ראשית, ענייננו בתיק זה הוא בהפרטה בהקשר של המשפט הפלילי. הקמתם של בתי סוהר וניהולם הם חלק מאכיפת החוק ומניהול ההליך הפלילי:

ו

"The construction and operation of a prison has traditionally been a government responsibility and an indispensable part of the administration of the criminal law. Corrections is not separate from the criminal law; rather, it is a component of an integrated criminal justice system. Just as the state is responsible for promulgating the criminal code, it also has a responsibility to see that the laws are enforced and its offenders are punished. Transferring the provision of

ז

corrections to the private sector is tantamount to transferring an important element of government responsibility" (Joseph E. Field, *Making Prisons Private: An Improper Delegation of a Governmental Power* [153], at p. 669, Field :להלן).

א

בהקשר זה, בתחום של אכיפת הדין הפלילי, פוגע החוק בזכות לחירות במובן הבסיסי ביותר שלה – החירות האישית:

"The danger of self-interested decision-making can be even more strikingly illustrated in the involvement of private actors in the administration of the criminal justice system, where a very fundamental right, the right to liberty, is at stake" (DONNELLY [135], at p. 110).

ב

הסמכות שהועברה מהמדינה לגורם פרטי מוטה רווח בענייננו – הסמכות לניהול הענישה בדין הפלילי ולביצועה – היא סמכות מורכבת ורגישה ביותר. אין זו סמכות מינהלית "רגילה", שכן היא כוללת מרכיב דומיננטי של שיקול דעת לשימוש בכוח מרות. עמד על כך Field:

ג

ד

"Not only is corrections one of the government's most basic responsibilities, it is probably the most sobering. The ability to deprive citizens of their freedom, force them to live behind bars and totally regulate their lives, is unlike any other power the government has" (Field [153], at p. 669).

ה

וכן השופט זמיר:

"ניהול בית סוהר הוא תפקיד מורכב מאוד. כשם שהוא דורש עוצמה רבה, כך הוא מחייב גם רגישות רבה [...] הסמכות של שירות בתי הסוהר אינה דומה, מבחינת המהות וההיקף, לסמכות מינהלית רגילה.

ו

[...] בגלל התלות הגדולה של אסירים בסוהרים, ומחמת החשש מפני שימוש לרעה בכוח שבידי הסוהרים, כוח שמופעל מאחורי חומות גבוהות, יש צורך כפול ומכופל בביקורת של בית-המשפט על שירות

ז

בתי הסוהר. אכן, בית-המשפט הוא אשר שלח את האסירים אל בין החומות, אך עכשיו, כשהחומות סוגרות עליהם, בית-המשפט הוא אביהם של אסירים" (דברי השופט זמיר בעמ"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן [54], בעמ' 7-8).

הביקורת השיפוטית על סמכות מינהלית שכזו אינה נעשית רק במישור המשפט המינהלי, אלא גם במישור המשפט החוקתי. כפי שהראיתי, העברה של הסמכות ל"ניהול הכליאה", מן המדינה לגורם פרטי מוטה רווח, היא הוראה מן התחום של המשפט הפלילי העולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית. כזו עליה לעבור את מבחניה של פסקת ההגבלה (ראו יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" [123], בעמ' 276).

יוער כי, גם באשר לסמכות מינהלית "רגילה", ייתכנו עניינים שעל דרך הכלל ינוהלו על ידי המדינה בעצמה. כך, למשל, נפסק לעניין סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה למנות תובע פלילי כי "יש לקבוע סוגים של עבירות – ובהן עבירות הליכה של המשפט הפלילי – שבהן נדרש כי ניהול התביעה יעשה על-ידי הפרקליטות" (בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [18], בעמ' 18), וכי "הכלל הינו כי מקום שניתנת סמכות למנות אדם כאורגן של רשות מוסמכת או לאצול לו סמכות שלטונית צריך אותו אדם להיות חלק מהרשות השלטונית" (שם [18], בעמ' 655).

12. שנית, ניתן לומר כי החוק שלפנינו הוא ביטוי קיצוני "ל'עידן הפרטה' שבו אנו מצויים כיום" (כדברי חברתי הנשיאה בדנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן [22], בפסקה 14 לפסק דינה, וראו גם שם, בפסקאות ז'-ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין). לא בכדי העיר השופט מ' חשין בעניין מולטימדיה [49] כי "טרם הגענו להפרטתה של המשטרה. יש לקוות כי אף לא נגיע לכך" (שם [49], בעמ' 1689). והנה, במובן מסוים, הגענו.

אלא שבפסק דינו אין כדי לקבוע מסמרות בטווח הרחב של מוצרים ושירותים הנתונים להפרטה. "עידן הפרטה", המכוון להפחתת המעורבות הממשלתית בחיי הכלכלה והחברה, כולל טווח רחב של עניינים העשויים לבוא בגדרו: מכירה של חברות בבעלות ציבורית, ביצוע פעילות שלטונית או תשתיות ציבוריות באמצעות קבלנים פרטיים ("מיקור חוץ", כבענייננו), מעבר מאספקה

של מוצרים ושירותים במימון ציבורי לאספקתם תמורת תשלום ("מסחור"), ועוד (ראו ברק-ארז [112], בעמ' 467-478). כל סוג וכל מקרה יידונו לגופם (למודל כולל המוצע בתחום המשפט המינהלי, בהתבסס על עקרון החוקיות, ראו דותן ומדינה [113], בעמ' 329-333; למודל כולל המוצע בתחום המשפט החוקתי, ראו ברק-ארז [112], בעמ' 492-498; למודל נוסף, בהתבסס על עקרון ה"הצברה", ראו פלג [98], אשר מניח את עצם הלגיטימיות של ההפרטה, שם [98], בעמ' 37, אך מציב שאלות חוקתיות בדונו בהצדקות תיאורטיות ל"הצברה", ראו שם [98], בעמ' 77-78). דין המשפט הציבורי הוא אחד, אך יישומו עשוי להשתנות מסוג הפרטה אחד למשנהו ועל פי נסיבות המקרה.

13. אדגיש כי ענייננו הוא בהפרטה של סמכות הקשורה בטבורה למשפט הפלילי. הפרשנות שניתנה לעיל לזכות ל"חירות" ניתנה בהקשר זה. אין בפרשנות האמורה כדי לקבוע מסמרות במובנים אחרים של הזכות העשויים להיגזר ממנה באשר להפרטה של שירותים ממשלתיים במישור האזרחי (להפרטה בתחום הבריאות, ראו בג"ץ 4253/02 ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה [55]; להפרטה בתחום הרווחה, ראו אבישי בניש "מיקור-חן בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" [117]). לפיכך, אין בפרשנות שניתנה לזכות ל"חירות" בענייננו כדי להשליך על אופייה של "החוקה הכלכלית" בישראל או לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כ"מדינת רווחה" (ראו אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" [124], בעמ' 378). זיהויה של "חוקה כלכלית" הוא עניין סבוך שאינו נדרש בתיק זה (ראו מדינה, "החוקה הכלכלית" [109], בעמ' 588, 654-655, 669. עוד על הקשיים הכרוכים בזיהוי החוקה הכלכלית במישור המוסדי, ראו: ברק-ארז [112], בעמ' 493-494; דותן ומדינה [113], בעמ' 341-343. על טווח הגישות האידאולוגיות בעניין זה באשר למוצרים ציבוריים, ראו דותן ומדינה [113], בעמ' 301-303, כן ראו גישות שונות שהובעו בעניין זה בפסיקה, בין השאר בע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ [56], בעמ' 446, ובע"א 8558/01 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ [57], בעמ' 782. להרחבה באשר לפסקי הדין הללו ונוספים, ראו: פלג [98], בעמ' 48-51; בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח [58], בעמ' 650-ג).

אשר על כן, אין בפסק דיננו, לטעמי, סטייה מנקודת המוצא של "נייטרליות חוקתית" בהקשר של כלכלה פוליטית (ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [7], בעמ' 386, להלן: עניין מנהלי ההשקעות). כל שנאמר בענייננו הוא – בתמצית – כי, בתחום המשפט הפלילי, העברת הסמכות לאכיפת החוק הפלילי ולשמירה על הסדר הציבורי בשלב הכליאה, עת עסקינן בסמכות בעלת מרכיב דומיננטי של שיקול דעת לשימוש בכוח מרות, מן המדינה לגורם פרטי מוטה רווח, פוגעת בזכות החוקתית לחירות. עליה לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה.

ב

#### הפגיעה בכבוד האדם

14. אני מסכימה, כאמור, גם שקיימת פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. אבקש להאיר פגיעה זו מזווית נוספת.

ג

15. הלכה היא כי עקרון השוויון הוא חלק מן הזכות החוקתית לכבוד האדם, על פי "מודל הביניים" שאומץ בפסיקתו של בית משפט זה בדבר פרשנות הזכות לכבוד האדם: "ניתן לכלול בגדר כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" (עניין התנועה למען איכות השלטון [19], בפסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק).

ד

לדעתי, החוק פוגע בעקרון השוויון בין האסירים. הפגיעה בשוויון מתבטאת בכך שהחוק יוצר הבחנה בין שתי קבוצות של אסירים: קבוצה ראשונה תיאסר בבית סוהר פרטי, בהנהלת זכייין מוטה רווח, וקבוצה שנייה תיאסר בבית סוהר מדינתי (ראו נספח ח' להסכם הזיכיון, המפרט את הקטגוריות למיון אסירים לבית הסוהר הפרטי). הקבוצה הראשונה, שתיאסר בבית סוהר פרטי, מצויה בנחיתות ביחס לקבוצה השנייה כיוון שהגורם הפרטי מוטה הרווח אינו כפוף "לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי, במובנו הרחב של מושג זה" (כדברי חברתי הנשיאה, בפסקה 26). והעיקר, הוא נגוע בניגוד עניינים מובנה בהפעלת הסמכות השלטונית, מעצם היותו גורם המונע משיקולי רווח, שהם שיקולים זרים בהפעלת סמכות שלטונית בדבר עצם הטלת המאסר ואופן ביצועו. מדובר בניגוד עניינים מובנה, שאינו טעון בירור עובדתי-נקודתי (ראו והשוו דנג"ץ

ט



5361/00 פלג נ' היועץ המשפטי לממשלה [59], בפסקאות 16 ו-18 לדעת הרוב בפסק דינו של המשנה לנשיא מצא). ניגוד עניינים מובנה זה יוצר הבחנה, שאין בה שוני רלוונטי, לצורך שיקול הדעת בהפעלת הסמכות. המסקנה היא כי הקבוצה הראשונה, הנכלאת בכלא הפרטי, מופלית לרעה. אפליה זו קשורה קשר הדוק לכבוד האדם לפי "מודל הביניים" (ראו והשוו לדרישה לשוויון באפשרות הצריכה של מוצרים ושירותים, בהפרטה מסוג מסחור, דיון אצל דותן ומדינה [113], בעמ' 299–300, 330).

16. חברתי הנשיאה עמדה בפסק דינה על ניגוד העניינים המובנה. דבריה מקובלים עליי, ואוסיף שני היבטים: ראשית, דפוס הסודיות המסחרית של הזכיין מנוגד לדפוס הציבורי של שקיפות ופתיחות, כחלק מרעיון האחריות (accountability בלע"ז. לרעיון זה ראו פלג [98], בעמ' 68–69); שנית, וכנובע מכך, פערי המידע בין הזכיין לבין המדינה, ולו כמפקחת, עלולים להיות מנוצלים לטובת האינטרס העצמי של הזכיין ולרעת האסירים המצויים בחזקתו (רונן מנדלקרן, אריק שרמן "ההפרטה של הביצוע: מיקור חוץ של שירותים חברתיים בישראל", מחקר בפרויקט אחריות המדינה וגבולות ההפרטה, המרכז לצדק חברתי ע"ש חזן במכון ון ליר בירושלים [179], בסעיף 2.3, להלן: מנדלקרן ושרמן). ניגוד עניינים זה מובן גם מתוך ראייה כלכלית, כדברי פרופ' פרשטמן:

"הבעלות הפרטית משנה את התמריצים שעל פיהם מנוהל השירות. היא משפיעה על אחריותם של נותני השירות כלפי מקבלי השירות וכלפי הציבור. שיקולי רווח מרבי – גם אם ירוסנו על ידי רגולציה – ישנו את המוצר עצמו [...] גם אם התשלום בעבור בית סוהר מסוים יהיה על פי מקומות הכליאה הקיימים, הרי ברור שאם בית הסוהר יהיה מלא יהיה צורך בבית סוהר נוסף שיביא לרווחים נוספים. ההתנגדות לבעלות פרטית נובעת מהרצון שתעשייה הפועלת למטרות רווח לא תשפיע על הכליאה ותעודד אותה" (חיים פרשטמן גבולות ההפרטה [106], בעמ' 25, להלן: פרשטמן, ההדגשה הוספה – מ' נ').

וכדברי Donnelly:

"[T]he private interest of maximizing profit may conflict with the public interest in sound correctional policies: private

א managers in prisons may choose to lower costs by minimizing staff numbers, hiring under-qualified guards, or providing minimally adequate but substandard care" (DONNELLY [135], at pp. 91–92)

ב על רקע זה מסכימה אני עם חברתי הנשיאה כי מנגנוני הפיקוח בחוק (לרבות סעיף 128 לא לחוק) אינם מסירים את החשש שמא שיקול הדעת בהפעלת סמכות יבטא אינטרסים עסקיים או אחרים של הגורם הפרטי באופן שיפגע בזכויות האסירים (ראו גם פלג [98], בעמ' 136). החשש מובנה לתוך שיקול הדעת של הגורם הפרטי. עמד על כך וולצר, בציינו כי בית סוהר פרטי –

ג "[E]xposes the prisoners to private or corporate purposes, and it sets them at some distance from the protection of the law" (Michael Walzer, *Hold the Justice*, [173], at p. 11).

וכדברי Donnelly:

ד "Private prisons operators make decisions affecting the liberty interests of prisoners on a daily basis – even though they are incapable of removing their own profit interest from these decisions" (DONNELLY [135], at p. 110).

ה 17. סעיף 76(א) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, קובע כי שירות בתי הסוהר יעסוק "בניהול בתי הסוהר, בהבטחת אסירים ובכל הכרוך בכך". ככלל, סמכות "ניהול הכליאה", מעצם טבעה, "מועדת לפורענות". דוגמה מובהקת לחשש זה היא עבודות האסירים. כאשר המדינה, באמצעות שירות בתי הסוהר, אחראית לעבודת האסירים, נחלש החשש מפני ניצול לרעה של כוח המרות השלטוני בניהול הכליאה, כיוון שהמדינה רואה את תכליתה של עבודת האסירים כשיקומית בעיקרה, בעוד ש"האינטרסים הכלכליים הכרוכים בעבודת אסירים אף שהם קיימים, אינם אלא שוליים" (כדברי השופט זמיר בבג"ץ 1163/98 שדו"ת נ' שירות בתי הסוהר [21], בעמ' 836, להלן: עניין שדו"ת, וראו גם שם, בעמ' 864, מפי השופטת ביניש: "[...] אסיר [...] עבודתו מלכתחילה כרוכה במגבלות ואינה לשם עשיית רווח"). לעומת זאת, כאשר הגורם הפרטי אחראי

לעבודת האסירים, מתעוררת הבעיה של ניגוד העניינים המובנה ביתר שאת. האם גם הזכיין הפרטי שותף לתפישה שלפיה "עבודת אסירים משרתת מטרת חשובות מן הבחינה של האסירים, של שירות בתי הסוהר ושל הציבור הרחב" (עניין שדות [21], בעמ' 4837, השופט זמיר)? דומה כי התשובה היא בשלילה, כדברי פלג:

א

"הגוף המופרט נוטה לראות את עצמו כגוף פרטי המחויב לעצמו ולבעליו. מטרתו למקסם את רווחיו. הוא מבקש להתייעל ולהוזיל את עלויותיו, הוא מבקש להרוויח. על כן טובתו של הפרט אינה מצויה בראש מעייניו [...]"

ב

[...] לכלא פרטי פוטנציאל פגיעה יומיומי בכבודו של האסיר ובחירותו לנוכח קיומו של אינטרס מובנה להשאיר בכלא כמה שיותר אסירים" (פלג [98], בעמ' 38).

ג

בסיטואציה זו קיים חשש לניצול לרעה של כוח המרות השלטוני שהועבר לגבי עבודות אסירים (ראו Warren L. Ratliff, *The Due Process Failure of America's Prison Privatization Statutes* [160], at p. 381 מטעם הכנסת" בסעיפים 227–276). חשש זה מתחזק כשמדובר באוכלוסייה חלשה, כבענייננו, לגבי אוכלוסיית האסירים שחירותם נשללה (ראו פלג [98], בעמ' 63). החשש האמור – בהתחשב באופייה של הסמכות שבה מדובר ובמהותה – הוא חשש מובנה ממשי ומיידי (השוו בהקשר של המשפט המינהלי: בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות [16], בעמ' 212–213א; דותן ומדינה [113], בעמ' 310).

ד

18. לרעתי, עבודות האסיר אצל הזכיין הפרטי הופכות את האסיר ל"אמצעי להפקת רווחים" באופן המקים פגיעה בכבוד האדם. גם לצורך מסקנה זו די, לטעמי, ב"מודל הביניים" לפגיעה בכבוד האדם, ואיני נדרשת למודל ה"השפלה".

ה

"כאשר מתייחסים אל האדם, לא כאל 'תכלית כשלעצמה' אלא כאל 'אמצעי בלבד', פוגעים בערך של כבוד האדם" (עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות

ו

פּלִילִית, וערך כבוד האדם – על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" [125],  
בעמ' 95). ההכרה באדם כמטרה ולא כאמצעי קשורה ב"קשר ענייני הדוק"  
לכבוד האדם כחלק מ"מודל הביניים" בפרשנות הזכות החוקתית לכבוד האדם  
א (ראו ברק, פרשנות חוקתית [96], בעמ' 406–407, 416). על פי "מודל הביניים",  
שאומץ, כאמור, בפסק הדין בעניין התנועה למען איכות השלטון [19], "כבוד  
האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" (ברק, פרשנות  
חוקתית [96], בעמ' 421). אמנם, עבודות האסירים הן רק חלק ממכלול הפעילות  
בבית הסוהר, הכולל על פי החוק אחריות של הזכין גם לפעילות "הכשרה  
לעבודה והקניית השכלה" (סעיף 128 יב(א)(3) לחוק), אלא שעובדה זו אינה  
שוללת את עצם הפגיעה בזכות החוקתית אלא היא במישור של מידתיות  
הפגיעה.

ג 19. לסיכום: הפגיעה בעקרון השוויון בין האסירים מובנית לתוך אופן  
הפעלתו של שיקול הדעת של הגורם הפרטי בהפעילו את הסמכות ל"ניהול  
הכליאה". פגיעה זו בעקרון השוויון מקימה פגיעה בזכות החוקתית לכבוד  
האדם, פגיעה שהיא נפרדת מן הפגיעה בכבוד האדם כתוצאה מעצם המאסר.  
היא נכנסת לגדרי "מודל הביניים" של הזכות החוקתית לכבוד האדם. יוזכר כי  
ד החוק פוגע בשוויון בהתייחס לקבוצה חלשה ופגיעה ביותר בחברה – קבוצת  
מיעוט – קבוצת האסירים שחירותם נשללה (ראו מנחם אלון "חוקי-היסוד –  
עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – סוגיות במשפט הפלילי" [126],  
בעמ' 68–69). גם על פגיעה זו לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה.

ה חוקתיות הפגיעה בזכויות – פסקת ההגבלה

ז 20. הקביעה, כי בענייננו נפגעו הזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד  
האדם, אינה שוללת באופן גורף שיתוף פעולה בין המגזר הציבורי לבין המגזר  
הפרטי בניהולו של בית סוהר. פסקת ההגבלה מאפשרת "להכשיר" את הפגיעה  
אם היא מקיימת את פסקת ההגבלה. מסכימה אני עם חברתי הנשיאה כי בענייננו  
מרכז הכובד בבחינתה של פסקת ההגבלה עובר לבחינתו של מבחן המידתיות  
(על שלושת מבחני המשנה).

ט איני שוללת את האפשרות של שיתוף פעולה בהפעלתם של בתי סוהר באופן  
שהוא מידתי – וחוקתי. המשפט המינהלי מאפשר טווח של שיתוף פעולה

א כאמור בדרגה של "הסתייעות", גם ללא עיגון מפורש בחקיקה ראשית ("חוקה על החוק שהעניק את הסמכות, כי תכליתו הינה לאפשר לבעל הסמכות להיעזר באחרים לביצוע סמכותו", והיקפה של ההסתייעות "משתנה מעניין לעניין ומתפקיד לתפקיד". עניין פיליפוביץ [15], בעמ' 422). העובדה כי בענייננו עוגן שיתוף הפעולה במפורש בחקיקה ראשית מתירה, לטעמי, מרחב תמרון רחב יותר לרשות המבצעת מעבר ל"הסתייעות" בלבד (למרחב התמרון של המחוקק בחקיקה ראשית, ראו עניין מנהלי ההשקעות [7], בעמ' 1386). אולם, מרחב תמרון זה, הנובע מעיגון ההפרטה בחקיקה ראשית, חייב לעמוד, לנוכח פגיעתו בזכויות חוקתיות, במבחניה של פסקת ההגבלה, לרבות מבחן המידתיות החוקתי:

ב "התפקיד לגבש עמדה באשר להסדר הרצוי הוא תפקידו של המחוקק בהפרדת הרשויות, עם זאת על חופש הבחירה של המחוקק מוטלות מגבלות חוקתיות. אין אלה מגבלות אידאולוגיות בעלות אופי פוליטי [...]"

ג [...] המגבלה החוקתית המוטלת על המחוקק היא זו הקבועה בפסקת ההגבלה" (בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת [60], בעמ' 794 ו-795, להלן: עניין שטנגר).

ד אתמקד אפוא במבחן המידתיות.

ה מבחן המידתיות

ו 21. "הפגיעה בזכויות האסיר כפופה למבחן המידתיות הכללי" (עניין צמח [5], בעמ' 266). את מבחן המידתיות יש לבחון על רקע תכלית החוק. מקובלת עליי עמדת חברתי הנשיאה כי תכלית החוק היא תכלית כלכלית המשולבת בניסיון לשיפור בתנאי הכליאה, וכי זוהי תכלית ראויה (ראו פסקה 45 לפסק דינה; על הצורך החיוני בשיפור בתנאי הכליאה בישראל ראו בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים [10], בייחוד בפסקאות 12-14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). השאלה היא אם האמצעי שנבחר בחוק – הפרטה מסיבית של הסמכות לניהול הכליאה, הכוללת מרכיב דומיננטי של שיקול דעת לשימוש בכוח מרות – הוא אמצעי מידתי לצורך הגשמת התכלית האמורה.

לדעתי, המפתח לשובה לשאלה זו מצוי במבחן המשנה השני ובמבחן המשנה השלישי של המידתיות ובמשק ביניהם. אעיר כאן כי מסכימה אני עם קביעתה של חברתי הנשיאה שלפיה אמצעי הפיקוח המפורטים בחוק אין בהם כדי להביא, לבדם, לאיזון מידתי באשר לחוק שלפנינו (פסקה 43 לפסק דינה).

22. מבחן המשנה השני של המידתיות (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) מחייב כי, מבין האמצעים האפשריים המגשימים את תכלית החקיקה, ייבחר האמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה ביותר: "האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית" (עניין מנהלי ההשקעות [7], בעמ' 385ה).

ענייננו, כאמור, בחוק שהוא בתחום הדין הפלילי בישראל. כחלק משאלת המידתיות, יש לבחון את "[...] שאלת קיומם של אמצעים חלופיים, פוגעניים-פחות, להשגתה של התכלית שאותה מיועדת ההוראה הפלילית לקדם" (מרים גור-אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו" [127], בעמ' 330). בתהליך הכנתו של החוק נבחנה, כך עולה מעמדת המדינה, קונספציה "רכה" יותר בהשוואה למודל שעוגן בסופו של דבר בחוק. הקונספציה "הרכה" מבוססת על "המודל הצרפתי", שעניינו בהפרטה (במובן של "מיקור חוץ"), שבה ניתנו לזכיין סמכויות הבנייה וההפעלה השוטפת של בית הסוהר (תחזוקה, אוכל, כביסה, מתן שירותים רפואיים), ואילו סמכויות הניהול, השמירה ואכיפת המשמעת בו הושארו בידי המדינה (להלן: "המודל הצרפתי"; פירוט המודל הצרפתי מופיע ב"עמדה מטעם הכנסת" שהוגשה לבית משפט זה, בפסקאות 118 ו-121–123). סעיף 2 לחוק הצרפתי בדבר שירותיו של בית סוהר ציבורי (Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire) קובע כי המדינה רשאית להסמיך גורם פרטי לבנות בית סוהר פרטי ולהפעילו, ובלבד שלא יועברו לידי הגורם הפרטי סמכויות הקשורות לניהול אסירים, לרישומם ולמעקב אחריהם.

מדובר בקונספציה של "הפרטה חלקית" כחלופה ל"הפרטה מלאה" (ראו Uri Timor, *Privatization of Prisons in Israel: Gains and Risks* [110], at pp. 102–103). קונספציה זו עשויה להרחיב את היקף "ההסתייעות" בגורם פרטי גם לתחומים שאינם טכניים, ובלבד שאלה אינם כוללים את סמכות "ניהול הכליאה". יוער כי חוקתיותו של חוק בקונספציה דומה של "הפרטה חלקית"

אוסרה בדעת רוב בבית המשפט החוקתי של קוסטה ריקה (ראו Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2004-10492 de fecha 28 de septiembre de 2004 [91], כמפורט אצל יהודה טרואן, ליאור בן דוד "הפרטת בתי סוהר במבט משווה: מגמות, 'מודלים' ושאלות חוקתיות" [180], בעמ' 21–25, להלן: טרואן ובן דוד; כן ראו "עמדה מטעם הכנסת", פסקאות 258–268).

הנימוק העיקרי שהובא בטיעוני המדינה לדחיית חלופה דומה של "הפרטה חלקית" הוא כי, על סמך הניסיון שהתגבש בעולם, צפויים קשיים בתיאום התיפעולי ובעיות בחלוקת האחריות בין שירות בתי הסוהר לבין הזכייין (ראו פסקה 18 לתגובה מטעם המשיבים, והכול כמפורט בפסק דינה של חברתי הנשיאה, בפסקה 48). על רקע עמדה זו קובעת חברתי הנשיאה כי החוק עומד במבחן המשנה השני, כיוון שאין באפשרותנו לקבוע אם "המודל הצרפתי" עשוי לקיים את תכלית החוק באותה מידה, או במידה דומה, כמו המודל שאומץ בסופו של דבר בחוק (פסקה 49 לפסק דינה). כזכור, מבחן המשנה השני דורש כי החלופה הפוגענית פחות תגשים את תכלית החקיקה "באותה מידה או במידה דומה" לאמצעי שנבחר על ידי המחוקק (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים [28], בפסקאות 88–89 לפסק דינו של הנשיא ברק, להלן: עניין עדאלה).

23. לדעתי, טענת המדינה הדוחה חלופה בדמות "המודל הצרפתי", על סמך "הניסיון בעולם", אינה משכנעת. בעניין עדאלה [28], הציגה המדינה, לדעתי, טעמים כבדי משקל לדחיית החלופה שהוצעה שם והוכיחה כי החלופה שהוצעה שם אינה מעשית כלל, לנוכח המצב הביטחוני (עניין עדאלה [28], בפסקה 20 לפסק דיני). בענייננו, לא הציגה המדינה שיקולים כבדי משקל כאמור. הקונספציה של "הפרטה חלקית" בדומה "למודל הצרפתי" לא נוסתה ולא מוצתה בישראל "בשטח". מחקר משווה מלמד כי מודלים "רכים" של הפרטה חלקית פועלים מזה שנים במדינות אירופיות, כגון צרפת וגרמניה (ראו: טרואן ובן דוד [180], בעמ' 5; [169] Harding, בעמ' 274). על כן, לטעמי, לא הצליחה המדינה להראות כי "המודל הצרפתי" אינו ישים בישראל. משכך, ייתכן שניתן היה לקבוע, כבר בשלב זה, כי החוק אינו חוקתי, כיוון שאין הוא עומד במבחן המשנה השני. עם זאת, לא יהיה זה נכון, לדעתי, להכריע בסוגיית מבחן

א המשנה השני על סמך נטלי הוכחה. השאלה העקרונית, על מי מוטל נטל ההוכחה בשלב המידתיות, טרם הוכרעה בבית משפט זה, וקיימות גישות שונות בעניין זה (ראו עניין התנועה למען איכות השלטון [19], בפסקאות 21–22 לפסק דינו של הנשיא ברק; אף שבאותו עניין הגיע בית המשפט למסקנה כי נטל ההוכחה בעניין מבחן המשנה השני מוטל על המדינה, ראו פסקה 69 לפסק דינו של הנשיא ברק). יש לזכור כי "לעתים קרובות קיימים מודלים אחדים המקיימים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. כולם מצויים בתוך 'מיתחם ההגבלה'. הבחירה ביניהם היא בידי המחוקק" (עניין שטנגר [60], בעמ' 795). בהתחשב במרחב התמרון של המחוקק בחקיקה ראשית, "צולחת" המדינה את מבחן המשנה השני.

ב עם זאת, לגישתי, המדינה אינה משתחררת בכך מן הקונספציה של "הפרטה חלקית". קונספציה של "הפרטה חלקית" עשויה לשמש קנה מידה להשוואה ביישומו של מבחן המשנה השלישי של המידתיות. הן הזכייין הן המדינה אינם שוללים את חוקיותה של קונספציה זו. לטענת הזכייין, "לצורך אימוצו של המודל הצרפתי לא היה צורך לבצע כל תיקוני חקיקה, וניתן היה להסתמך על החקיקה הקיימת" (סעיף 30.5.3 לתגובת המשיבה 3 לעתירה). ברוח דומה ציינה באת כוח המדינה בדיון לפנינו – במענה לשאלתו של בית המשפט, מדוע לא בחרה המדינה בחקיקה בנוסח "המודל הצרפתי" – כי, לעניין זה, "לא מדובר כלל בהפרטה, לא מדובר בהעברת סמכויות [...] לא צריך בשביל זה אפילו אצילה פרוזאית שהיא, מדובר על רכישת שירותים". העותרים, מצידם, טוענים כי הקונספציה של "הפרטה חלקית" היא החלופה הראויה: "קיימים אמצעים אחרים, פוגעניים פחות, המגשימים את התכלית העומדת בבסיס קבלת [החוק] [...] הפרטה חלקית של סמכויות שאין בהן מרכיב דומיננטי של הפעלת כוח שלטוני הייתה משיגה תכלית דומה לזו שתושג במסגרת הפרטה מלאה כפי שנקבעה [בחוק] [...] לפיכך, ראוי כי אפשרות זו תהווה אלטרנטיבה נוספת במסגרת מבחן חוקתי זה" (סעיף 143 לעתירה).

ג 24. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה מתמקד לא רק באמצעי – אלא גם בפגיעה בזכות האדם (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון [29], בפסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק). זהו מבחן ערכי, הדורש יחס ראוי בין התועלת



הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. כאמור, אין העותרים, המדינה והזכייין שוללים את חוקתיות הקונספציה של "הפרטה חלקית", ולמעשה היא אינה שנויה במחלוקת (הקונספציה של "הפרטה חלקית" תכונה להלן: החלופה). בנסיבות אלה, השאלה היא אם החוק הוא מידתי (במובן הצר) בהשוואה לחלופה. שאלה זו היא במידה מצומצמת, כיוון שכפות המאזניים נבחנות בהשוואה לחלופה. עמד על כך הנשיא ברק:

א

"את מבחן המידתיות במובן הצר מקובל ליישם ב'ערכים מוחלטים', כלומר בהשוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה. אולם ניתן גם להפעיל בחינה 'יחסית' של המידתיות במובן הצר. לפי גישה זו, נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהא פחותה במידת-מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית על-פי מבחן המידתיות 'במובן הצר' אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטת החלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל [61], בעמ' 840, ההדגשות הוספו – מ' נ'; ראו גם אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" [128], בעמ' 60–64, להלן: ברק, "איזון חוקתי").

ב

ג

ד

על רקע זה יש ליישם את מבחן המשנה השלישי בענייננו כך: השאלה היא אם תוספת השיפור בתנאי הכליאה ובחיסכון הכלכלי, המתקבלת במעבר מן החלופה אל המודל שאומץ בסופו של דבר בחוק, עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בחירות האישית ובכבוד האדם של האסירים בבית סוהר פרטי.

ה

מן הכלל אל הפרט – האם המעבר מהחלופה אל החוק הוא מידתי (במובן הצר)?

ו

25. כימותה של "כף הגשמתה של המטרה" – קרי: תוספת השיפור בתנאי הכליאה ובחיסכון הכלכלי, המתקבלת במעבר מן החלופה אל החוק – הוא עניין מורכב שהכלים העומדים לבית המשפט לצורך כימותו הם מוגבלים (ראו והשוו דותן ומדינה [113], בעמ' 328–329). על הכימות להתחשב, בין היתר, באיכות

ז

א הכליאה, בשיפור במצוקת הכליאה, בעלות ביצועה של העסקה עם הזכיין, בעלות הפיקוח והרגולציה, בעלות התפתחויות בלתי צפויות, וכדומה (ראו מנדלקרן ושרמן [179], בסעיף 2.4). יש הסבורים כי יש להתחשב כחלק מכך גם בעלות הפגיעה ב"העדפות חברתיות", קרי: העובדה כי יש אנשים "שאכפת להם" כי השירות יסופק באופן בלעדי על ידי המדינה:

ב "ייתכן שיש מקום לראות בשירות בתי הסוהר מוצר שלמעשה כלל הציבור צורך, ובעזרת מוצר זה אוכף הציבור את שלטון החוק [...]"

ג [...] עצם העובדה שהשירות הוא אוניוורסלי היא ערך בפני עצמו שאנו מוכנים לשלם בעבורו. חשוב לנו שלממשלה יהיה מנופול על גופים שיש להם רשות לנקוט אמצעים אלימים מטעם המדינה (כלומר צבא, משטרה, שב"ס וכו'). חשיבות העדפות אלה אינה פחותה מההעדפות שלנו לגבי מוצרי הצריכה שאנו צורכים [...]. [איין] לפטור העדפות חברתיות כפחותות ערך" (פרשטמן [106], בעמ' 24-23).

ד דומה כי בנסיבות המקרה שלפנינו, ובהיעדר תשתית עובדתית מספקת להכרעה, כימותה של "כף הגשמתה של המטרה" אינו מביא לתוצאה חד משמעית. אין ניתן לקבוע שהמעבר מן החלופה אל החוק מביא בבירור לתוספת קריטית בהגשמת המטרה.

ה 26. לעומת זאת, כימותה של "כף הפגיעה בזכות" מביא לתוצאה חד משמעית. במעבר מן החלופה אל החוק, תוספת הפגיעה בחירות האישית ובכבוד האדם של האסירים בבית סוהר פרטי היא ברורה ובעלת "מסה קריטית". המעבר מן החלופה אל החוק הוסיף לזכיין הפרטי כוח מרות שלטוני לשם אכיפת המשפט הפלילי ולשמירה על הסדר הציבורי, ונתן בידו סמכויות שלטוניות פוגעניות הכרוכות בהפעלה של מידה רבה של שיקול דעת. אכן, היקף ההפרטה (חלקית או מלאה) הוא בעל השפעה מכרעת על עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית (ראו והשוו ברק-ארז [112], בעמ' 497). התוספת האמורה מהווה את עיקר הפגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם. עוצמת הפגיעה בזכויות החוקתיות תפחה עד מאוד במעבר מן החלופה אל החוק.

ז

27. אשר על כן, באיזון בין כף הגשמתה של התכלית לבין כף הפגיעה בזכות, במעבר מן החלופה אל החוק, התוספת להגשמתה של תכלית החוק (ככל שקיימת) אינה עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בזכויות החוקתיות של האסירים בבית סוהר פרטי. המסקנה היא כי אין מתקיים מבחן המשנה השלישי של המידתיות, ויש לקבוע כי החוק אינו חוקתי.

א

#### הסעד החוקתי

28. מקובלת עליי מסקנתה של חברתי הנשיאה כי אין מנוס מהכרזה על ביטול החוק (פסקה 65 לפסק דינה). אעיר, עם זאת, כי הקביעה שלפיה המעבר מן החלופה אל החוק אינו מידתי (במובן הצר), באופן המחייב את ביטול החוק, היא קביעה מתונה יחסית, כיוון שהיא מותירה ברירה בידי המחוקק:

ב

"חרף אי-החוקתיות של החוק, במצב דברים זה המחוקק אינו עומד בפני שוקת שבורה. הוא אינו צריך לחזור למצב שהתקיים טרם חקיקת החוק. באפשרותו להקטין את 'נזקה' של אי-החוקתיות. הוא יעשה כן אם יחוקק את החלופה. בכך [...] לא תושג מלוא התועלת ולא יוסר מלוא הנזק. עם זאת, ההגשמה החלקית עשויה לספק את מדיניות המחוקק" (ברק, "איזון חוקתי" [128], בעמ' 63).

ג

ד

הערה באשר לכלים נוספים לביקורת שיפוטית חוקתית

29. לנוכח הנמקתה של הנשיאה, המקובלת עליי, אין מקום, לטעמי, להיזקק לכלים נוספים לביקורת שיפוטית חוקתית, בהתבסס – כמוצע על ידי חלק מחבריי להרכב – על עקרונות היסוד של השיטה (ראו בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת [44], בעמ' 551, 554) או על האמנה החברתית (ראו עניין התנועה למען איכות השלטון [19], בפסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין). לדעתי, כלים אלה הם בבחינת "מוצא אחרון", שיש להשתמש בהם בזהירות ובריסון רב, לא כל שכן כאשר הפרדיגמה החוקתית המקובלת בשיטת המשפט שלנו, בהתבסס על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל פסקת ההגבלה בו, מביאה לתוצאה זעה. התוכן של האמנה החברתית בישראל – כרעיון הנותן ביטוי למכנה המשותף של החברה – נתון לפרשנויות שונות ואין צורך שנכריע בדבר במקרה שלפנינו (ראו והשוו

ה

ו

ז

דעותיהם השונות של הנשיא ברק והשופטים מ' חשין וזמיר בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ [13]. הם מחייבים חשיבה מעמיקה באשר לסעד החוקתי כפועל יוצא מהפעלתם. לעת הזו, די, לטעמי, בשימוש באמנה החברתית ככלי לפרשנות הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד.

סיכום

30. אשר על כן, אני מצטרפת לפסק דינה של חברתי הנשיאה, שלפיו תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר פוגע פגיעה בלתי חוקתית בזכויות האדם החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, ולפיכך – בטל.

השופט א' א' לוי:

1. צר לי, אך לעת הזו לא אוכל להצטרף לעיקר המסקנות שאליהן הגיעו חבריי, אף לא לתוצאת הכרעתם. סבורני כי סוגיה מורכבת זו, על שאלת השפעתה על זכויות יסוד של האדם ועל ערכים מוגנים אחרים, ראוי כי תונח למבחנה של המציאות בטרם יגובשו באשר לה אף אותן מסקנות אשר הכלים המשפטיים שבידינו מאפשרים לגבש. ואם ראיתי להרחיב עוד בדבר, הרי זה משום שסברתי כי המהלך השיפוטי מושא עתירה זו הוא מורכב מאין כמותו, ומוטב לו כי יבואר כל צורכו.

טיעון הזכויות

2. אחד מאדני העיסוק בשאלת הפרטתם של בתי סוהר, ובכך שותף מלא אני לעמדת חבריי, מצוי בצורך להבטיח את זכויות היסוד של הכלואים. פעולת הכליאה אמנם משמיעה מתוכה, כמעט כתכלית, פגיעה בזכות לחירות, אך זו אסור לה שתעבור את המידה המתחייבת. ובאשר לזכות לכבוד, הרי היא נתונה לכל אדם, אסיר ושאינו אסיר כאחד. "בהיכנסו אל כלא מקפח אדם את חירותו. את חירותו מקפח אדם – את כבודו אין הוא מקפח. כבודו של אדם יהיה עמו באשר יילך ויבוא, וכבודו בכלא ככבודו אל מחוץ לכלא" (השופט מ' חשין בעע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר [11], בעמ' 172). מצמד זה של זכויות יכול אתה לגזור זכות נוספת, היא הזכות לתנאי כליאה נאותים, שאחדים

מהיבטיה הלא הם היבטים של זכות חברתית, המדברת במקומו של אסיר בחברה, קודם שנידון ואף לאחר שסיים לשאת את עונשו. ככזו, מסור בהגשמתה תפקיד עיקרי לגורם הממלכתי: "לזכויות החברתיות יש חשיבות עצומה [...] מבחינת השכבות החלשות בחברה, אשר נזקקות באופן מיוחד לסיוע ולהגנה מצד המנהל הציבורי [...] זכויות חברתיות מחייבות מעורבות רבה של המנהל הציבורי" (יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" [129], בעמ' 85).

א

3. אלא, שאין לכתוד כי במצב הדברים הנוכחי, בשל מצוקות תקציביות ואחרות, מוצא עצמו מושא הכליאה נדחק, לא אחת, אל מקום נמוך בסדר העדיפויות של מערכות השלטון. "התברר כי קצרה ידו של המנהל הציבורי לספק שירותים מסוימים בזמן הנדרש ובאופן הראוי, ובכלל זה שירותים שנחשבו עד לאחרונה לשירותים מתאימים, ואף הכרחיים כמעט, למנהל ישיר. סיבה אחת לכך היא המצוקה התקציבית וסדר העדיפויות הלאומי" (שם [129], בעמ' 80). במצב דברים זה, זכויות יסודיות של עצורים ושל אסירים נפגעות השפם והערב, מעשה שגרה.

ב

ג

עיקרם של דברים סמוי, דרך כלל, מן העין הציבורית, ובעבור רבים הוא גם רחוק מן הלב. אולם צוהר לו מספקות פניות שהונחו לפתחן של ערכאות המשפט, ושמציירות תמונה קודרת למדי באשר למתחולל מאחורי הסורגים, חרף מאמציו של שירות בתי הסוהר לשיפור המצב. באחת הפרשות, עמדה חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, על "תמונה קשה של סטייה בולטת מתנאי המינימום להחזקת עצירים [בידי שירות בתי הסוהר] כפי שנקבעו בחוק ובתקנות, בייחוד בכל הקשור לבעיית הצפיפות ואכלוס-היתר והיעדר שטח מחיה מספיק לכל אדם, שינה על רצפה ללא מיטה, אי-שמירה על ניקיון וכללי תברואה וחוסר אורור מספיק" (בש"פ 7053/01 פלוני נ' מדינת ישראל [62], בעמ' 511). בפרשה אחרת, נמצא כי "שירות בתי הסוהר נאלץ להלין אסירים על מזרונים על הרצפה, בשל מחסור חמור במקומות כליאה, הקיים כיום בישראל" (בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים [10], בפסקה 5). על נוהג זה נכתב, בפרשה נוספת, כי "פשוט הוא, כי שינה על הרצפה אינה מחויבת המציאות, ויש בה משום פגיעה חמורה בכבוד האדם" (רע"ב 818/03 זרקה נ' שרות בתי הסוהר [63], השופטת ד' דורנר). אלה הן אך דוגמאות אחדות, וראו עוד: בג"ץ 5678/02 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים [64]; בג"ץ

ד

ה

ו

ז

1319/03 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לבטחון פנים [65]; ובג"ץ 572/04 ברי נ' שר המשפטים [66].

א שנה אחר שנה משקפים גם דו"חות הסניגוריה הציבורית מציאות קשה ביותר באשר לתנאי כליאתם של אסירים בחלק מבתי הכלא. כך, בין היתר, בביקורת שנערכה בשנת 2008 ב-15 מתקני כליאה של שירות בתי הסוהר, נתגלו ממצאים קשים אשר סוכמו באלה הדברים:

ב "במתקנים שנבדקו הבחינו אנשי הסניגוריה [הציבורית] במספר הפרות קשות של זכויות אסירים. התמונה המצטיירת בחלק מבתי הסוהר היא, בין היתר, של עזובה פיסית ותנאי מגורים קשים ביותר, של צפיפות גדולה ומחנק בתאים ושל מבנים שאינם עונים לקני המידה הבסיסיים המתחייבים מן הדין" (הסניגוריה הציבורית "תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר בשנת 2008" [181], בעמ' 7, אתר האינטרנט של משרד המשפטים. לריכוז הדו"חות לשנים 2008–2002: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/SanegoriaZiborit/DohotRishmi>).

ט לא רק בתחום התשתיות – סוגיה אקוטית המצויה במרכז של שאלת ההפרטה – נתגלו ליקויים. בחלק מבתי הסוהר נתקלו הבודקים "בתלונות בדבר אלימות סוהרים כלפי האסירים; ענישה משמעתית קיצונית וקולקטיבית; מחסור בציוד בסיסי החושף את האסירים לפגעי מזג האוויר; ליקויים במתן טיפול רפואי לאסירים; ובעיות במימוש הזכות לקשר עם בני משפחה, הזכות למפגש עם עורך דין וזכות הגישה החופשית לערכאות שיפוטיות [...] קיים מחסור חמור בקבוצות טיפוליות וחינוכיות לאסירים ביטחוניים וקבוצות טיפול מניעתיות לעברייני מין [...] [ו] מחסור בתקנים לעובדים סוציאליים" (שם [181], בעמ' 7). ובאורח מוחשי – "באגף הבידוד [...] האסירים יוצאים מהתא פעם ביום לזמן קצר ובירתת הזמן נמצאים ספונים בתאם. כתחליף לכיור ולשירותים מקבלים האסירים בקבוק מים אחד ביום וכן בקבוק נוסף ושקית לעשיית צרכיהם" (שם [181], בעמ' 30); "באגף תאי הצינוק שררו סרחון וצחנה מעוררי קבס" (שם [181], בעמ' 26); "במהלך הביקור הבחינו אנשי הסניגוריה הציבורית במקקים רבים מתרוצצים בתאים" (שם [181], בעמ' 26); "ברוב מתקני הכליאה [...] נאלצים אסירים להתקלח באותו מקום בו עשו לא מכבר את צרכיהם, הם או

חבריהם לתא" (שם [181], בעמ' 29); "ארוחת הצהריים [...] דלוחה עם מבחר דל" (שם [181], בעמ' 42); "קירות החדר היו מרוחים כולם ב [...] כתמי דם ומריחות של חרקים שנוצרו עקב ניסיונותיהם של העצורים להיאבק במכת הפשפשים שתקפה את התא" (שם [181], בעמ' 46). ועל הקושי לשמור על חייו – היש חשוב מכך – של כלוא, אפילו נחוש הוא ליטול אותם בידיו שלו, עמדנו, לצערנו, בכמה פרשיות לאחרונה, והדברים ידועים.

אמת, אף החוששים מפני תוצאותיה של הפרטה, ייאלצו להודות כי במצב הדברים הקיים נפגעות באורח קשה זכויות יסוד של אסירים: "Israel still has a number of prisons in unsuitable buildings and in a terrible physical state, completely unsuitable for holding prisoners and caring for them. In addition, there is severe crowding in Israeli prisons, that among other things results in hundreds of prisoners sleeping on mattresses on the floors of their cells. In these conditions, on the face of it, it is difficult to provide prisoners with the rights to which they are legally entitled" (Uri Timor, *Privatization of Prisons in Israel: Gains and Risks* [110], at p. 100. גם חיים כהן עסק בדבר:

"רוב הבעיות המוסריות שציינתי נובעות מטיבו ומטבעו של המאסר. אין אני מתעלם מן השיפורים הרבים והחשובים שנעשו, והנעשים, בתנאי המאסר; ומודע אני לכך כי להלכה מתרכזת הפנולוגיה המודרנית למציאת דרכים חדשות להוסיף ולשפר את תנאי חיי הכלא. אך למעשה לא השתנה, ואינו משתנה, אופיו של המאסר; ולעומת שיפורים ותיקונים חשובים ומלאי תקוה חלות גם, חדשים לבקרים, הרעות, חמורות יותר או חמורות פחות – אם מחמת הריבוי המתמיד והגואה של אסירים והצפיפות האיומה בבתי הסוהר, אם מחמת החוסר בכוח-אדם מיומן, בעל מוטיבציה חזקה ונכונה, בשירות בתי הסוהר, ואם מחמת ההידרדרות המוסרית והמשמעתית של כלל האוכלוסיין. על חוסר המשאבים מתווספת עוד הנטיה (שהיא לא רק נחלת משפטנים בלבד) לדבוק בנוהגים מקובלים ולחשוש מפני חידושים [...] "(חיים ה' כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" [130], בעמ' 11-12).

4. תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר הוא חידוש. ההסדר שהוצע בגדרו ביקש להתמודד עם אותם כשלים המאפיינים כיום את כליאתם של אסירים. אותו הסדר נשען על שני אדנים, השבים ונקשרים מעת לעת ברעיון ההחצנה של עשייה שלטונית ומסירתה לידיים פרטיות: שיפור מקצועי, הנסמך על ההנחה כי גורמים פרטיים ישכילו לבצע את הנדרש טוב יותר מגורמי השלטון; והתייעלות כלכלית, שתמציתה בכושר למלא אותן המשימות בעלות מופחתת. "בתחומים מסוימים", הסביר פרופ' זמיר, "השירות שהמנהל הציבורי נותן לציבור אינו חסכוני, אינו יעיל או פשוט אינו טוב. [...]. הסיבה היא לעיתים מחסור במשאבים כספיים ובכוח-אדם, אך קיימות סיבות נוספות. סיבה אפשרית אחת היא נהלים גרועים או הנהלה גרועה. סיבה שכיחה אחרת היא העסקת עובדים שאינם ברמה ראויה, אם בשל משכורות נמוכות ואם בשל שיקולים פוליטיים, או קשיים בפיטורי עובדים רשלניים" ([129], בעמ' 81). בלא לשגות בהכללות שאינן במקומן, אומר כי נסיבות אלה שמתאר המחבר המלומד הן נחלתם של רבים מן השירותים הציבוריים במדינת ישראל. אינך נדרש להרחיק לכת כדי להבין שעיסוק במשימות ניהוליות מורכבות הוא, לא אחת, מעל לכוחם של פקידי הממשל, ואין הם יכולים לו באותה מידה של הצלחה כגורמים במגזר הפרטי הקונים להם – משמע ותרתי משמע – מומחיות בביצוען של אותן משימות.

אפשר כי לא תיקון מן הסוג, שעמד לבחינה בפרשה זו, שיוו לנגד עיניהם מלומדים אשר קראו לשינוי המצב. אפשר כי אין ההסדר שנחקק בעניין בית הסוהר הפרטי הולם את השיפור המיוחל. אפשר, כפי שמטעימה בפסק דינה המקיף חברתי, השופטת פרוקצ'יה, כי מסירתו של הזיכיון תרע את המצב הקיים. ייתכן כי גורמי הממשל, המתקשים לעתים במילוי המשימה בעצמם, יתקשו לא פחות לפקח כדבעי על התנהלותו של המפעיל הפרטי. ייתכן כי המדינה לא תשכיל להבין את מימד האחריות (accountability) שנותר מנת חלקה אף לאחר מסירתו של הזיכיון לידי היזם. והרי פרופ' זמיר כתב אף את זאת: "יש כבר סימנים להתפכחות מן המחשבה שהפרטה הינה פתרון-קסם לבעיית היעילות של המנהל הציבורי" ([129], בעמ' 83, ה"ש 63). זאת ועוד, מצויים בעולם מחקרים שמהם עולה חשש כי ההפרטה ותמריציה יפגעו במוטיבציה לשיקומם של אסירים ובכך יתרמו לגידולה של אוכלוסיית העבריינים, במקום לצמצמה (Timor [110], at p. 83). מחלוקת נטושה באשר ליעילות – לרבות הכלכלית – שבהפרטתם של בתי סוהר ([110], at p. 85). נטען כי קיומו של בית



סוהר פרטי יעמיק את החשש לקשר פסול בין הון לשלטון ([110], at p. 91).  
וראו: יואב פלד "הפשע משתלם: מה ניתן ללמוד מהניסיון האמריקאי בהפרטת  
בתי סוהר?" [115]; נעמה כרמי, עינת גל "החטא ועונשו – הפרטת בתי כלא –  
נייר עמדה" [182]. אך אפשר, מנגד, כי תוצאות קשות אלה לא יתרחשו, ועל כך  
עשויים להעיד חוות דעת ומחקרים אחרים אשר – כפי שציינה כבר חברתי  
הנשיאה – מסתכמים לא אחת בממצאים סותרים.

5. עיקר הוא בעיניי כי לא לכל אלה כיוונו חבריי, אשר ביקשו שלא לעסוק  
היום במצבן העתידי של הזכויות הנדונות. לגישה זו מצטרף אני במלוא  
ההסכמה. להשקפתי, ביקורת חוקתית הצופה פני עתיד אפשרית אך משקימת  
סבירות גבוהה, שמא אומר: גבוהה עד מאוד, להתממשותן של ההנחות  
שבבסיסה. חשש מפני פגיעה עתידית בזכות מוגנת יוכל לשמש בכלימתה מראש  
של פגיעה זו – והרי מוטב למנוע את הרע בטרם יתרחש (בג"ץ 531/79 טיענת  
"הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה [67], בעמ' 572) –  
ובלבד שמצויה לו אחיזה מוצקה די הצורך בנתוני ההווה. זו הסיבה שבגינה  
התקשיתי להשלים עם עמדה אשר יסודה בהידרשות לפוטנציאל לפגיעה  
בזכויות, שעה שאינך יודע היום מה הסיכויים להתממשותו.

6. אכן, במוקד הדיון בעתירה זו ראוי שתעמוד הפגיעה הטמונה – כעת,  
ולא בעתיד – בעצם מסירתן של סמכויות שלטוניות, ובפרט מן הסוג הגרעיני,  
לידיים פרטיות. מוכן אני להסכים כי הפרטתם של שירותי כליאה כרוכה, מיניה  
וביה, בהעמקת הפגיעה בכבוד האסיר. מימד של השפלה מצוי בידיעתו של  
האחד כי אחר, והוא כצלמו וכדמותו, מופקד על כליאתו ומחזיק בכוח לשלול  
הימנו את אשר אך למדינה שמורה, דרך כלל, הסמכות לשלול. כל זאת, תוך  
שמאותה כליאה מפיך האחר רווח אישי, ויש האומרים אף כזה ששיעורו אינו  
מבוטל כלל ועיקר. עוד מוכן הייתי להניח – והדבר דורש העמקה בתשתיתו  
הרעיונית של מושג החירות שביטוי מקיף לה נמצא בחוות דעתה של חברתי,  
השופטת מ' נאור – כי כליאה בידי זכייין פרטי מעמיקה את הפגיעה אף ביסוד  
מהותי זה. תמצית הדבר מצויה ברעיון הקושר בין כוחה של המדינה לשלול  
מאדם את חירותו לבין ההגנה שהוא מבקש לו מפני שלילתה בידי אדם (פרטי)  
אחר, ובלשונו של הפילוסוף האנגלי ג'ון לוק (John Locke): "כל בני-האדם  
חפשים מטבעם, שוים ועומדים ברשות עצמם, ועל כן אי-אפשר להוציא שום

אדם מכלל מצב זה ללא הסכמתו ולעשותו כפוף לשלטונו המדיני של זולתו. הדרך היחידה שבה מוותר אדם על חירותו הטבעית ומקבל על עצמו את קשרי החברה האזרחית, היא דרך של הסכם עם בני-אדם אחרים להתחבר ולהתאחד כעדה" (ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני [94], בעמ' 72).

7. שני מרכיבים, הקשורים זה בזה, עומדים למבחנו של הדין, המבקש להגן על אותן זכויות: מסירת הסמכות לידיים פרטיות והתגמול הכספי הכרוך בדבר. אך, קודם שאדבר באלה, אומר כי טעות היא בעיניי – ובכך תמים דעים אני עם חברתי, השופטת פרוקצ'יה – לחשוב שההפרטה מתמקדת, מטבעה, באינטרס הכלכלי של הזכייין או בחיסכון בהוצאות המדינה על כליאה. לא רק מנקודת המבט הציבורית, אף כי לזו שייכות של עיקר בה, ראש וראשון מבקשת ההפרטה להגשים את האינטרס הציבורי שבהפעלתה של מערכת כליאה ראויה ויעילה. כך העידה על עצמה, מיד בפתח הדברים, הצעת החוק שאחריהה בתיקון 28 לפקודת בתי הסוהר:

"ההסדר המוצע נדרש בשל מצוקת הכליאה בישראל וההשלכה הישירה שיש לה על תנאי ההחזקה של אסירים ועצורים, כמתחייב מהוראות חוק-ייסוד: כבוד האדם וחירותו ומהוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996.

[...]

ה החוק המוצע נוסח וגובש בשים לב למטרה העיקרית – להבטיח כי מתן הסמכות להסתייע במגזר הפרטי לא תפגע בניהולו ובהפעלתו התקינים של בית הסוהר ובזכויות האסירים, וכי במהלך תקופת ההתקשרות עם הגורם הפרטי יקיים השירות פיקוח ובקרה הדוקים עליו שיבטיחו כי ימלא בדייקנות את התחייבויותיו על פי ההסכם שייחתם עמו ועל פי הוראות החוק המוצע" (דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 26) (בית סוהר בניהול פרטי), התשס"ד-2003, ה"ח-הממשלה 73, 270).

התמריץ הכלכלי אינו אלא כלי בשירותו של עניין הציבור. הרווח הכספי אינו אלא אמצעי בהגשמת תכליתו של התיקון, היינו: שיפור בתנאי הכליאה

וייעולה של מערכת בתי הסוהר. מידת היכולת לקדם תכלית זו תלויה, בין השאר, במנגנוני התמרוץ הנקובים במערך ההסדרים מול הזכיין ובפעולתם התקינה. דמיון קיים אפוא בין התמריץ הכלכלי לזכיין הפרטי לבין תמריצים המשפיעים על פעולתם של פקידי ממשל – קידום בשכר וברגה, ענידת דרגות ועיטורים, השתלמויות מקצועיות או צבירתן של זכויות לגמלה. אף אם אניח כי ראשונה יעמיד הזכיין הפרטי לנגד עיניו את תועלתו הכלכלית, הרי אין עניינו של הפיקוח על פעילותו של בית הסוהר הפרטי, שאותו מותר המינהל הממשלתי בידיו, אלא בעניין הציבור. "הפיקוח הציבורי על הפעילות הפרטית [...] נועד לשרת את האינטרס הציבורי" (זמיר [129], בעמ' 72). בכך יש, להשקפתי, כדי לעמעם את עוצמת הפגיעה הנדונה, אף כי לא לסלקה כליל.

8. בחזרה אל מה שהוא לב השאלה העומדת לדיון, היינו: בחינתה השיפוטית של חוקתיות הפגיעה בזכויות האסיר. ביסודה של זו מצויה שאלה של מאזן תועלות הנצרך להשוואה בין מידת הפגיעה בזכויות האסירים, אשר טבועה בעצם ההפרטה, לבין השיפור האפשרי בהגנה על זכויות אלה כתוצאה מאותה הפרטה ממש. אך מהו המיקום "הגיאוגרפי" (השופט י' זוסמן בעמ' 404/61 סקיבינסקיה נ' יורושיץ [68], בעמ' 363) הראוי לעריכתו של מאזן תועלות זה? ניתן לטעון כי מקומה של מלאכת האיזון הוא בשלב בדיקתה של הפגיעה בזכות, במבוא לפסקת ההגבלה ובטרם כניסה אל דל"ת אמותיה. כך, אם פעולה שלטונית גרעה מן הזכות המוגנת במידה מסוימת אך, בה בעת, הוסיפה לה (או סביר כי תוסיף לה בעתיד), כלום אין פירוש הדבר כי הזכות לא נפגעה כלל? ובהיעדר פגיעה, ממילא אין נצרכים לתנאים שבגדרם היא תוכשר, קרי: לפסקת ההגבלה. גישה זו אין בידי לקבל.

כחברתי הנשיאה, אף דרכי נשענת על ההכרה כי תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר צריך שייבחן, בהיבט של השפעתו על זכויות יסוד מוגנות, אל מול הוראותיה של פסקת ההגבלה. את מקומו העיקרי מוצא, דרך כלל, מאזן התועלת בגדריה של החוליה האחרונה בפסקה זו, היא מבחן המידתיות הצר, המאפשר לשקול את מלוא מימדיו של מעשה הפגיעה בזכות – לא רק מלגו, לאמור: את מאזן התועלות והנזקים הקשורים ישירות בזכות, אלא מלבד, היינו: את אלה המקיפים עקרונות ואינטרסים חיצוניים לה.

9. אולם, שלא כחבריי, סבורני, ראשית, כי אפשר שלא תידרש כלל עריכתו של מאזן תועלות הכרוך מעצם טיבו בהכרעה ערכית, אשר לא הכול יהיו תמימי דעים באשר לתוצאתה. לו נמצא כי אין בכוחו של התיקון לפקודת בתי הסוהר להשיג את התכלית שלה כיוון (מבחן המידתיות הראשון), או, לחלופין, ניתן היה להצביע על פעולה שלטונית שפגיעתה בזכות המוגנת קטנה יותר (מבחן המידתיות השני) – כי אז ממילא אפשר היה לוותר על הפעולה השלטונית הפוגעת בלי קשר לשאלה הסבוכה אם, לסופו של חשבון, משקפת היא כוח מיטיב. כך ראוי לה, לביקורת השיפוטית, כי תנהג, בפרט מקום שבו עומד לבחינה חוק של הכנסת המשקף הכרעות ממדרגה ראשונה – ובמקרה דנן, הכרעות של מדיניות כלכלית וחברתית, שלהן נתנו המחוקקים את דעתם ובהרחבה. אמת, אם ניתן – לא תמיד הדבר אפשרי – לייסד את מלאכת בחינתם של חוקים על רציונלים ברורים, שאין עמימות או מחלוקת מצויות באשר להם, מוטב כי כך ייעשה. כך הוא באשר לסוג המבחן המשמש את הביקורת החוקתית וכך הוא גם באשר לתכנים הנוצקים אל המבחן שבו נעשה שימוש בכל מקרה ומקרה.

יהא הדבר אשר יהא, עיקר הוא בעיניי כי פסקת ההגבלה אינה מספקת מדרך רגל יציב מקום שבו מדובר בהנחות תיאורטיות. כפי שציינתי, דורשת היא סבירות גבוהה לקיומו של כל אחד מן המרכיבים העומדים לבחינה. היא מבכרת, אך מובן הדבר, בדיקה שכוח הפרספקטיבה בצידה. אלא שבעבור חבריי אין בכך מאום באשר דומה כי, לגישתם, הפגיעה בזכויות שנושאת עימה ההפרטה היא כה חמורה עד כי אין דבר שיוכל לעמעם אותה. על דרך המשל, אף לו משתה שבעת ימים יבטיח בכנפיו בית הסוהר הפרטי, לא יימצא מזור להשפלה ולנטילת החירות מנת חלקם של הכלואים בו, עקב היותם נתונים לחסדיו של זכייין פרטי.

אף בנקודה זו לא אוכל ללכת בדרכם של חבריי. כשלעצמי, דומה בעיניי כי תוצאה אחרת של מאזן תועלות היא אפשרית, הכולל על פי האופן שבו ייושם ההסדר בעתיד. להשקפתי, אין זה נכון, לפיכך, להידרש עתה לאותו מאזן, אולם הואיל ובשאלה ערכית ביסודה מדובר, אבקש להעיר שתי הערות באשר לו.

ראשית, תהא העמדה באשר להפרטה אשר תהא, לא ניתן להתעלם – וזאת יש להניח על כף הזכות כנגד יסודות השוללים רעיון זה – מכך שדוגמאות נוספות

להפרטה של סמכויות גרעיניות כבר השתרשו בשיטתנו וניכרת השלמה עימן (אך ראו והשוו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ [37], בעמ' 833). דוגמה ראשונה מגיעה מתחום הענישה דווקא, וכוונתי לנשיאתו של מאסר על דרך עבודות שירות, המעוגנת בסימן ב'1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ושאינה נעשית בהכרח במוסד ממוסדות המדינה אלא גם במוסדות אשר, אף כי אינם פועלים בכוונת רווח, הם מוגדרים פרטיים. דוגמה נוספת מספק חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, אשר מסמיך פסיכיאטר מחוזי לאשפו חולי נפש בכפייה גם בבתי חולים פרטיים (סעיף 9 לחוק). דוגמה בולטת נוספת היא הגבייה המינהלית שלפי פקודת המסים (גביה), אשר מכוחה ניתנת לרשויות שונות אפשרות להיעזר בחברות גבייה פרטיות, שעל כוח הכפייה שהן מפעילות אין צורך להכביר מילים. השלמה עם הפרטה בפועל של משימות אבטחה ושמירה על מקומות ציבוריים אף היא נחלתנו זה שנים ארוכות, ובפרט בעשור האחרון. והאם הסתייעות בסניגורים מן המגזר הפרטי, כחלק מעשייתה המבורכת של הסניגוריה הציבורית, אינה בבחינת הפרטה דה פקטו של משימה שאותה ביקשה המדינה ליטול על עצמה? כך הוא גם באשר להפעלתה בידי גורמים פרטיים, באורח אשר יש שיטענו כי אף הוא כרוך בהפעלתו של כוח כופה, של "תוכנית ויסקונסין" להגברת התעסוקה (דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" [112], בעמ' 473). ניתן היה לעמוד על הדומה ועל השונה בכל אחת מן הדוגמאות שהובאו, אך קשה להתעלם מן המשקל שכבר קנתה לעצמה בחברתנו הפרטה של סמכויות שלטוניות, מהן הקרובות למדי לגרעין העשייה הממלכתית.

שנית, אל מול החשש לפגיעה בלתי מידתית בזכויות המוגנות יש להעמיד את מנגנוני הפיקוח שמקומם לא נפקד מן המערך הנורמטיבי העוטף את פעולתו של בית הסוהר הפרטי. את אלה הקבועים בתיקון לפקודת בתי הסוהר ניתן לחלק לשני סוגים עיקריים: מנגנוני פיקוח פנימיים, היינו: מגבלות החלות על תפקודם של הזכייין ושל ממלאי התפקידים בו, ומנגנוני פיקוח חיצוניים, היינו: בקרה באמצעות גופים שאינם חלק מהמערך של בית הסוהר. מנגנוני הפיקוח הפנימיים בנויים שכבה על גבי שכבה, וכל אחת מוסיפה נדבך חדש לקודמתה וכולן יחדיו מרכיבות את מערך השליטה השלם השמור למדינה. השכבה החיצונית מעניקה לנציב השירות, באישור השר הממונה, את הסמכות לבטל את היתר ההפעלה שניתן לזכייין מקום שזה לא עמד בתנאים שהוצבו לו (סעיף

128 ט לפקודה). שכבה שנייה עניינה בזהותו ובתפקודו של מנהל בית הסוהר, שמינויו טעון אישור וכפוף לבחינה שוטפת ותקופתית כאחת (סעיף 128 ל לפקודה). לצד זאת, נדרש המנהל לדווח למפקח הראשי מטעם שב"ס על הפעלתן של סמכויות כפייה שונות כלפי אסירים ועל חשש להפרתן של חובות המוטלות על עובדי הזכייין (סעיפים 128 טו ו-128 יט לפקודה). השכבה השלישית של מנגנוני הבקרה מטילה מגבלות דומות על יתר עובדי הזכייין (סעיפים 128 כב-128 כד לפקודה). מנגנוני הפיקוח החיצוניים עוסקים בחובה למנות מפקחים לבית הסוהר, שתפקידם לוודא כי הזכייין ועובדיו עומדים בתנאי ההסכם והחוק, ועליהם לערוך בירור בכל מקרה שבו התקבלה תלונה של אסיר הנוגעת לתנאי מאסרו (סעיפים 128 לב-128 לג לפקודה). מנגנון פיקוח נוסף טמון בהגדרתו של בית הסוהר בניהול פרטי כ"גוף מבוקר", כמשמעו בסעיף 9(6) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 (סעיף 128 מא לפקודה). ולבסוף קובע החוק, בסימן י', מנגנון פיקוח מסועף, שעניינו ועדה מייצעת לעניין זכויות האסירים, שיקומם, רווחתם ובריאותם, המונה שישה חברים, ובהם שופט בדימוס של בית המשפט המחוזי, נציג הסניגוריה הציבורית, נציג המועצה לקרימינולוגיה, עובד סוציאלי ונציג הרשות לשיקום האסיר. אותה ועדה רשאית לשוחח עם אסירים ולקבל כל מידע הדרוש לה מהזכייין (סעיפים 128 מה-128 נג לפקודה).

10. לצד כל אלה, עוסק ההסכם בהרחבה בשירותים שבהם חב הזכייין, לרבות טיפול ושיקום, חינוך, שירותי מזון, דת ורפואה; ובזכויות האסירים לחופשות, לביקורים ולהגשתן של תביעות ועתירות בעניין תנאי מאסרם (נספח ו' להסכם). מרכיב נוסף בהסכם (נספח י"ג, שתוכנו המפורט לא הונח לפנינו, אך המשיבים מדברים בו בתשובתם), קובע קריטריונים שעל פיהם תיבחן מידת עמידתו של הזכייין באותן דרישות. כנגדם של אלה, קבועות סנקציות כספיות אשר יוטלו במקרה של אי עמידה ביעדים או במקרה של מות אסיר שלא כדרך הטבע (סעיפים 97-99 להסכם). מוסיף ההסכם וקובע כי אם ימצא בית הסוהר, על פי תנאי סף מפורטים, בלתי הולם למגורי אסיר, יישלל מהזכייין התשלום בגינו. המשיבים אף טוענים למנגנון של תמריץ חיובי, היינו: תשלום לזכייין בעבור הקפדה במילוי חובותיו, אך לכך לא מצאתי עיגון בנוסח ההסכם שהועמד לעיוננו. לבסוף, מחייב ההסכם את הזכייין להתיר לגורמי שב"ס לערוך בבית הסוהר ביקורת מקצועית בכל עת (סעיף 91) ולהקים ועדת חקירה

לאירועים בעלי נפקות מהותית על הפעלתו (פרק ב.5). בכל מקרה של מעשה, של מחדל או של הפרה של ההסכם, חייב הזכיין באחריות כלפי המדינה ונציגיה (סעיף 111 להסכם).

א

נוסף על המגננונים שבפרטיהם מדברים החוק המתוקן והסכם הזיכיון, ברי כי הפעלתו של מוסד כבית כלא בניהול פרטי – שהוא, למצער, מעין גוף דו-מהותי, ודומה שאף קרוב יותר במעמדו לגוף ציבורי ממש – נדרשת להיות כפופה לכללי המשפט המינהלי. על אלה מוסיפים – הכללים המיוחדים להשגות אסירים על החלטות בעניינם; כללי המשפט הפרטי, לרבות החלתן של נורמות שמקורן חוקת-ציבורי; והוראותיו של הדין הפלילי – נדבכי הגנה נוספים אשר, על פניו, יש בהם כדי למלא את החלל שנוצר בעקבות נסיגתם של הדין המשמעתי ושל כללי האתיקה שבהם מחויבים עובדי המדינה (וראו: דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" [111], בעמ' 214; דורי ספיבק "זכויות אסירים ועצירים בעידן ההפרטה" [131], בעמ' 43; בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ [69], בעמ' 460; ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום [34]).

ב

ג

ואם בתמריץ כספי דובר לעיל, אוסיף ואעיר כי ספק בעיניי אם המתנגדים לחוק הביאו בחשבון הכרעתם מרכיב נוסף שיסודו בכך כי, ככלל, ובניגוד לממשל הציבורי במרבית ההיבטים, גוף פרטי אינו מוגן מפני תביעות בנוזיקין. אין מקום, אמנם, להכריע כבר עתה בשאלה אם מטריית ההגנה שפורש מעל המדינה ושלוחיה חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, יכלה לעמוד או שלא עומדת הייתה לו, לזכיין הפרטי. לעניין זה עשויה להיות זיקה לסעיף 128יא לפקודה המורה כי "ההוראות לפי פקודה זו ולפי כל דין אחר, החלות לענין בית סוהר, סוהר או אסיר, יחולו לענין בית סוהר בניהול פרטי, סוהר הממלא בו תפקיד או אסיר הנתון בו במשמורת". מנגד, ראו את סעיף 128לט, אשר מצא צורך להחיל במפורש על הזכיין ושלוחיו את הוראות חוק העונשין, התשל"ז-1977, בדומה לעובדי ציבור. ועוד ראו את האמור בנספח להסכם הזיכיון, היינו: כי "ידוע לזכיין כי אסיר זכאי להגיש תביעות [נוסף על עתירות אסיר] לערכאות המשפטיות המוסמכות, בכל נושא ועניין שהוא" (פרק 7, פרק ג.4: תביעות ועתירות אסירים, סעיף 1.1, עמ' 769 לכרך ב' שכותרתו "נספח שירותי הפעלה, חלק א", נספח ו' להסכם הזיכיון. ההדגשה

ד

ה

ו

ז

הוספה – א' א' ל'). כך או כך, ברי כי למרותם של דיני הנזיקין, יהא היקפה מקביל לרשות ציבורית או רחב הימנו, השפעה לא מבוטלת שעה שמדובר בזכיון פרטי הפועל משיקולים כלכליים. כתב יצחק זמיר:

א

"[...] אף בהעדר פיקוח ציבורי קיימים הסדרים משפטיים שמיועדים למנוע פגיעה בזכויות ולפצות על פגיעה כזאת [...] כאלה הם, בין היתר, דיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט. דינים אלה מאפשרים במובן מסוים פיקוח פרטי [...] החשש של גוף עסקי מפני תביעת נזיקין [...] עשוי להיות, בנסיבות מסוימות, יעיל לא פחות ממחלקה של מפקחים" (129), בעמ' 91).

ב

אם ראיתי להרחיב בתיאורם של אמצעי הפיקוח והבקרה, הרי זה משום שלהשקפתי, מאמץ ניכר הושקע מבעוד מועד בהיבטים אלה, והדבר ראוי כי ימצא את משקלו בבחינתו של החוק המתוקן. צירופם זה לזה של מגוון הכלים שבדין יוצר את השלם הסופי, אשר נועד להבטיח כי המדינה לא פירקה עצמה מסמכויותיה כי אם המירה אותן בסמכויות מעולם תוכן חדש, הוא עולם הפיקוח. מנגנונים אלה של ממשל עקיף (שם [129], בעמ' 89) – צריך שייבחנו לגופם. פעולתם נדרשת להוכיח עצמה כיעילה. משקלם, בעידן של הפרטה, חשוב-מכל-חשוב, באשר "השינוי שהתרחש לאחרונה באופי המדינה, ברוח השוק החופשי, מגדיל את חשיבות הפיקוח" (בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח [58], בעמ' 650). אך לא זו בלבד שמוקדם לקבוע אם מצוי יסוד לחשש כי המגבלות בהפעלתם של בתי הסוהר כיום תעתקנה עצמן, ואולי אף ביתר עוצמה, לתחום הפיקוח, אלא – וזה העיקר – שניתן להגביר את ההשקעה ביישומן קודם שייקבע כי התיקון לפקודת בתי הסוהר לא יוכל לעמוד.

ג

ד

ה

11. תמצית עמדתי היא אפוא זו: ימים יגידו. אפשר כי, לו הייתה מובאת עתירה זו לפנינו חודשים מספר לאחר שהוחל בהפעלתו של ההסדר, מגלה הייתי כי הצדק עם חבריי, שופטי הרוב, ולא הייתי מהסס להוסיף את דעתי לדעתם. אך אפשר כי שיפור היה מתחולל במצבם העגום של תנאי הכליאה בישראל, או אז צולח היה החוק את פסקת ההגבלה ומגיח הימנה כשהוא מעוטר בגושפנקה חוקתית. יתרה מכך, אפשר כי מתגשמת הייתה, ולו חלקית, המשאלה כי מושאיה של הפרטה – הלא הם הזכיינים – ישכילו לשאת במחויבות להגנה על

ו

ז



זכויות הפרט (איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי [98], בעמ' 17), וסתירה בין מדיניות של הפרטה לבין הגנה על זכויות היסוד שוב לא הייתה נדמית לגזירת גורל. וכפי שכבר ציינתי, הואיל וביקורת שיפוטית אינה יכולה לסמוך עצמה על הערכה רופפת, עמדתי היא כי יש להניחה לעת ראויה, ולא כזו היא נקודת הזמן שבה מצויים אנו היום. עניין לנו אפוא בכיצה שלא נולדה. אם טוב הוא היום שבו באה לעולם אם לאו, אם ראויה היא לאכילה אם לאו, טרם נדע.

א

דומני כי טיעון הזכויות, לא רק שמקדים הוא את זמנו, אלא שאין הוא משקף נכונה את מהותו של הקושי העיקרי שבהפרטתם של בתי סוהר. אותו קושי מעוגן באינטואיציה של רבים מן הנדרשים לסוגיה זו, ואין די לו בשיח של זכויות. כתבה פרופ' דפנה ברק-ארז:

ב

"השאלה של גבולות ההפרטה במשפט החוקתי מתעוררת בשני מישורים. במישור המוסדי השאלה היא אם קיימות פעולות שאינן ניתנות להפרטה כלל, בהיותן חלק בלתי-נפרד ממהותה של המדינה. במישור הזכויות השאלה היא אילו הפרטות פוגעות בזכויות-יסוד באופן שאינו עומד במבחנים חוקתיים" ([112], בעמ' 493).

ג

ד

אחיזת השור בקרניו – יסוד ראשון במעלה בהכרעות היוצאות תחת ידיו של בית המשפט – מחייבת אפוא הידרשות לשאלה המוסדית, הן בהיבטיה העקרוניים והן בשאלה מה משמיעה היא באשר לתחומי הפעלתה של הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. אחדים מחבריי קיימו את הדיון בשאלה זו בגדריה של סוגיית הזכויות, הואיל ולהשקפתם, בהפרתם של המושכלות המוסדיים כשלעצמה יש כדי להעמיק את הפגיעה בזכויות האסירים. ואולם חלק מן ההנמקות אשר שימשו בעמדותיהם של חבריי נשען, להבנתי, על הפסול המצוי בהתפרקותה של המדינה מכוחותיה ובסטייתה בעקבות כך מן הבסיס שעליו מושתתת מדינה, הוא רעיון האמנה החברתית. לכך אדרש עתה.

ה

ו

הטיעון מתורת המדינה

12. "ראשית, אין הסכמה לגבי הגדרת הגרעין המינימלי לפעילותה של כל מדינה. מגוון הדעות בתחום זה הוא רחב [...] יש המייחדים למדינה את הפעלתו

ז

א של הכוח האלים; יש המייחדים לה פעולות שיש בהן סממנים של ריבונות; ויש המייחדים לה את התפקיד של הספקת טובין ציבוריים" (ברק-ארז [112], בעמ' 493). הסוגיה אשר במרכזה תיחום סמכויותיה של הרשות המבצעת בפרט, ושל המדינה בכלל, קשה ומורכבת היא. הדיון בה מעורר שאלות רבות, סבוכות ונוקבות. ההכרעה בה מערבת השקפות עולם ערכיות ומוסריות. השפעותיה נוגעות לשלל תחומי חיים, לא רק משפטיים. על דרך הכלל, מוטב להשאירה, בין השאר, לפילוסופים ולמלומדים של מדע המדינה. ברם, לאור עמדה שלפיה ההפרטה כרוכה בפגיעה "[ה]מצויה במישור של האמנה החברתית העומדת ביסוד קיומה של המדינה" (חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, לעיל), נראה כי אין מנוס מהתייחסות קצרה לכך.

ב במוקד הדברים מצוי העיקרון בדבר ריבונות המדינה. השקפה מקובלת היא כי המדינה הריבונית תורמת לאושר המצרפי של חבריה בכך שהיא מבטיחה את שלומם ואת רווחתם. לכל חבר בקהילה, ניתן עוד לגרוס, "צופן גנטי אזרחי" המניעו להגדיר עצמו לא רק כיישות עצמאית ונפרדת אלא גם כחלק ממארג אנושי-חברתי רחב יותר, שראש וראשון לביטוי בימינו הוא המדינה הריבונית. בסיס עיוני חשוב לעקרון הריבונות מצוי ברעיון האמנה החברתית שהוא אבן יסוד בחייה של החברה האזרחית המודרנית.

ג תורות האמנה החברתית, אשר פותחו במהלך המאות ה-18 וה-17, מציעות הסבר לשאלה מדוע בחרו בני האדם לזנוח את מצב הטבע ולעבור אל המצב האזרחי, היינו: לחברות בקהילה, ולימים – במסגרת מדינית. מתארות הן תהליך שבו השכילו, כביכול, בני האדם להבין כי, אם יתאגדו, יוכלו הם להגן על זכויותיהם הטבעיות באורח מיטבי. על כן, הסכימו להמחות את כוח הכפייה ואת סמכות ההכרעה והשיפוט שעמדו לרשותם כפרטים בודדים לידיה של יישות אחת – היא היישות המדינית המכונה "ריבון" – ולשים בה מבטחם כי תפעל בהתאם לרצונם המצרפי.

ד חרף היותו בא בימים, לא נס ליחו של רעיון האמנה החברתית, ונעשה בו שימוש גם בהתייחס לסוגיות מדיניות בנות זמננו. עם זאת, וכדרכן של תיאוריות פילוסופיות, יישומו המעשי אינו פשוט כלל ועיקר. הוא אמנם מציד את הדורש במתווה רעיוני רחב – חשוב מאין כמותו – להבנת סוגיות ולניתוחן, אך אין הוא מכון להכרעה פרטנית בהן. "האמנה החברתית", נכתב בפסיקתנו, "אינה

עובדה היסטורית, שאפשר לקבוע את תוכנה, אף לא מסמך משפטי, שאפשר להתווכח על משמעותו. האמנה החברתית אינה אלא רעיון הנותן ביטוי לדמות הרצויה של החברה" (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ [13], בעמ' 340). בעניין שלפנינו, מאפשרת תורת האמנה החברתית לנהל דיון כללי בשאלת סמכויותיה, אף הגרעיניות, של המדינה אך היא אינה משמיעה, כך להשקפתי, תוצאה ברורה באשר לשאלת הפרטתם של בתי כלא.

א

ראשית הסבר לקביעה זו מצויה בחשיבות העליונה אשר מקנות אחדות מגישות האמנה החברתית לרשות המחוקקת או למעשי החקיקה עצמם. אלה נחשבים, על פי אותן גישות, לגולת הכותרת של הישות המדינית, בשקפם את הלוך הרוח הריבוני ואת הרצון המצרפי – תמצית הווייתה של התורה כולה (לוק [94], בעמ' 100, 109; ז'אן-ז'אק רוסו על האמנה החברתית או עקרוני המשפט המדיני [107], בעמ' 38, 40, 54). ואם כך הוא הדבר, הרי שלא על נקלה יתמוך רעיון האמנה החברתית בביטולו של חוק הכנסת.

ב

ג

היבט אחר עניינו בקשר שבין ריבונות המדינה לבין האופן שבו עושה היא שימוש בסמכויותיה. אם נמצאה לו, לריבון, שיטת פעולה שיישומה כהלכה יקדם את שלום האזרחים ואת רווחתם, שלא בדרך של הסתלקות מן הבימה כי אם באמצעות החלפתו של הביצוע הישיר בבקרה ובפיקוח, כלום מתחייב הדבר כי אותה שיטה לא תוכל להתיישב עם הרעיון שעליו מיוסדת המסגרת המדינית? כפי שכבר הראיתי, כלי פיקוח המופעלים כיאות, כוחם עשוי להיות רב. שימוש נכון בהם, כמתוכנן גם בעניין שלפנינו, לא בהכרח יסתכם בגריעה מן הכוח השלטוני. שימוש זה יאפשר למדינה לשמר בידיה חלק נכבד משיקול הדעת השלטוני, את יכולת ההכרעה והשיפוט בעניינים שבמהות ואת החובה העליונה והמתמדת להקפיד על שמירתם של זכויות האדם, של הביטחון האישי ושל הסדר הציבורי. בכך, תוכל המדינה להוסיף ולהגשים את תכליות קיומה ולמלא את תפקידיה נאמנה. "מדינה מופרטת", בלשון פרופ' זמיר, אינה בהכרח "פחות מדינה":

ד

ה

ו

"מדיניות ההפרטה, שקיבלה מעמד של תפיסה רעיונית או אידיאולוגיה חברתית, הטביעה חותם על תפיסת היחס הראוי בין המדינה לבין האזרח [...] לפי תפיסה זאת, המנהל הציבורי אינו צריך לתת שירותים שהמשק הפרטי מסוגל לספק באופן יעיל וראוי.

ז

בהתאם לכך, התפקיד העיקרי של המנהל הציבורי, לצד הספקת שירותים חיוניים שהמשק הפרטי אינו מתאים או אינו ערוך לספק, הוא לפקח על הספקת יתר השירותים על-ידי המשק הפרטי. לשון אחר, לפי תפיסה זאת רצוי שהמנהל הישיר יצטמצם – ככל האפשר מבלי לפגוע באיכות השירות לציבור – ושאת מקומו יתפוס המנהל העקיף, שיבטיח כי הפעילות הפרטית לא תפגע באינטרס הציבורי. דימוי מקובל בהקשר זה מתאר את המדינה כסירה בלב ים, שבה יושבים גם אנשי המנהל הציבורי וגם אנשים פרטיים. לפי דימוי זה, המנהל הציבורי אינו צריך לחתור במשוטים, אלא מן הראוי שייח את החתירה לאנשים פרטיים, ואילו הוא יעמוד ליד הגה הסירה וינווט אותה אל היעד הנכון [...] אפשר אולי לכנות מדינה המתנהלת לפי תפיסה זאת 'מדינה מופרטת' (129), [בעמ' 82-83].

המדינה המודרנית היא גוף מתפתח ומשתנה, וההסדרים הנוהגים בה משקפים גם את שינויי העתים, בלי שהמסקנה המתבקשת מן הדברים היא אבדן ריבונותה של המדינה. "מטוטלת השירותים", הוסיף וכתב זמיר –

"שנעה במשך שנים רבות מן התחום הפרטי אל התחום הציבורי, שינתה לאחרונה את הכיוון, והיא מתחילה לנוע מן התחום הציבורי אל התחום הפרטי. יש אומרים שהמדינה נמצאת בשלב של מעבר לטיפוס חדש של מדינה, היא מדינת החוזים [...]"

עם זאת, המדינה אינה צפויה לאבד את מעמדה כגורם מרכזי בענייני חברה ומשק בעתיד הקרוב" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א [102], בעמ' 34).

כאן המקום להידרש לרעיון שנדמה, לעתים, כמשאלת לב בלבד אך אין פירוש הדבר כי אין לחתור להגשמתו, ולפיו דפוס ראוי של הפרטה הוא זה שבגדרו יתווספו הזכינים הפרטיים כשותפיהן הפעילים של רשויות השלטון (ברק-ארז [112], בעמ' 469), באורה שיוסיף משקל לחובת הנאמנות הציבורית. יוסיף ולא יגרע. כך, החובות החוקתיות והמינהליות, שתחולנה על זכיינים אלה נוסף לחובותיהם במישור הפרטי, תהפוכנה גם הן לחלק מן המבנה הרחב והמסועף של המדינה (פלג [98]; [174] Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*).

13. השניות ביישומן של רעיון האמנה החברתית בסוגיה קונקרטיה כזו שלפנינו, נשקפת גם מתוך כתבי ההוגים העיקריים של התורה, בין היתר באותם חלקים העוסקים בסמכויות הענישה של הריבון. עמדתו של הפילוסוף האנגלי תומס הובס (Thomas Hobbes), אשר היה הראשון להניח את יסודותיה של תורת האמנה החברתית, היא אולי הקרובה ביותר לעמדתם של העותרים. בחיבורו "לויתן" (LEVIATHAN: OR THE MATTER, FORME AND POWER OF A COMMON WEALTH ECCLESIASTICALL AND CIVIL [147]), מנה הובס את – מה שכינה – זכויות הנתונות בידי של הריבון באופן בלעדי, ובהן גם הזכות לענוש, שהן "מעצם מהותה של הריבונות" ולכן בלתי ניתנות להמחאה בלא ויתור מפורש על השלטון המדינתי (תומס הובס לויתן או החומר, הצורה והשלטון של קהיליה כנסייתית ואזרחית [93], בעמ' 175–176). את מלאכת הענישה, הכוללת גם הפיכת עבריינים וכליאתם, ראה הובס כמנת חלקם הבלעדית של פקידים ציבוריים (שם [93], בעמ' 238), בהבהירו כי מדובר בשליחי הריבון – "פקידים, לפי שהם משמשים את האישיות המייצגת, ואי אפשר להם לעשות דבר בניגוד לפקודתה או בלי הרשאה ממנה; ציבוריים, לפי שהם משמשים אותה בתכונתה המדינית" (שם [93], בעמ' 235). אך בחיבור מצויה אמירה נוספת ולפיה "מי אשר לו הזכות לתכלית, לו הזכות לאמצעים, על כן האיש או הכנסת אשר לו הריבונות, מעניינו על-פי דין להיות השופט בדבר האמצעים לשלום ולהגנה, וגם בדבר המכשולים וההפרעות לכך, ולעשות כל מה שימצא לראוי" (שם [93], בעמ' 172). הובס הותיר אפוא, כנדמה, בידי הריבון את הבחירה באמצעי המשמש בהגשמת שליחותו. ולאחר כל זאת, נזכור כי משנתו של אותו הוגה, מעבר לעובדה שנכתבה במאה ה-17 והושפעה מן הנסיבות ההיסטוריות של התקופה, ממילא מקיפה גם השקפות עולם אשר אינן תואמות – ואף מנוגדות בתכלית – לאלה של המדינה הדמוקרטית המודרנית.

אשוב להגותו של ג'ון לוק, מחבר "המסכת השניה על הממשל המדיני" (SECOND TREATISE ON GOVERNMENT [148]). בהתייחסו לכוח הענישה, קבע הוא כי על כל פרט השותף לאמנה החברתית לוותר על כוחו לענוש את הזולת "כדי שישתמשו בו רק אותם התושבים שיתמנו לכך במיוחד, ורק על-פי הכללים שבני העדה, או באי-כוחם הנבחרים לתכלית זו, יבואו לידי הסכם בנוגע אליהם" (לוק [94], בעמ' 95). הוסיף לוק וכתב: "על שאר הכוחות העוזרים והכפופים שבקהיליה לא נדבר כאן; כי הם מרובים עד מאד ובעלי חליפות עד אין קץ, לפי

א המנהגים ודרכי-המשטר השונים בקהילות השונות, ומן הנמנע לעמוד על טיבו המיוחד של כל אחד מהם [...] נציין בנוגע אליהם דבר זה בלבד: מחוץ למידת הסמכות הנמסרת להם על-ידי הרשאה ויפוי-כוח מפורשים, אין להם סמכות ממין כל-שהוא, וכולם חייבים באחריות כלפי איזו רשות אחרת בתוך הקהילה" (שם [94], בעמ' 114–115). שמע מינה, כי אין פסול עקרוני ברעיון של המחאת סמכויות שלטוניות בתנאים מסוימים, ולכל קהילה דרכים שונות להגשים באמצעותן את האמנה החברתית שעליה היא מושתתת.

ב דיון קצר ובלתי ממצה זה אחתום בהפניה נוספת למשנתו של הפילוסוף השווייצרי-צרפתי ז'אן ז'אק רוסו (Jean-Jacques Rousseau). בחיבורו שכבר הוזכר – "על האמנה החברתית" (DU CONTRAT SOCIAL, OU PRINCIPES DU DROIT POLITIQUE [149]), הוא התייחס למדינה כאל מצרף עוצמתם של הפרטים, זכויותיהם ורצונותיהם, והפקיד בידיה את הכוח להוביל את החברה לחיי שלום ורווחה, בהתאם לרצון הכלל (רוסו [107], בעמ' 26, 54). אך גם רוסו לא ביאר מה תוכן יש לו, לאותו רצון כללי, ומותר להניח כי היה זה מן הטעם שעשוי הוא להשתנות מעת לעת ומחברה אחת למשנתה.

ד על האמור אוסיף כי, על אף חשיבותו שאינה שנויה במחלוקת, צביר הרעיונות בדבר האמנה החברתית אינו אלא חלק מקשת נרחבת של רעיונות במחשבה המדינית, ולא אחת אף היה נתון לביקורת. הוגה הדעות הסקוטי דייוויד יום (David Hume), למשל, טען, בחיבורו משנת 1748 "בדבר האמנה המקורית" ("Of The Original Contract"), כי האמנה החברתית אינה אלא פיתוח רעיוני, שנועד להצדיק את השקפות עולמם של הוגיה או להסביר את המצב המדיני הנוהג, אך הוא נעדר תחולה אוניברסלית ובין-זמנית. יום סבר כי הבסיס לקיומן של מדינות אינו הסכם בר תוקף בין תושביהן, שמעולם לא נערך בפועל, אלא ההבנה האנושית התועלתנית כי הציות לכוח שלטוני עדיף על מצב של אנרכיה. על כן, מוסיפות החברות האזרחיות להתקיים גם כאשר השליט העומד בראשן אינו עונה על צורכי הציבור באורח מיטבי, ואף כאשר הן נכבשות בידי שליט זר (DAVID HUME, *Of the Original Contract* [175]). גישות ממין זה ניתן למצוא אף אצל פילוסופים בני זמננו הגורסים כי רעיון האמנה החברתית אינו מגדיר נכוחה את קיומה של החברה המדינית, אשר אינה מבוססת על חוזה ממשי בין אזרחיה (Fred D'Agostino).

*Contemporary Approaches to the Social Contract* [176], available at: <http://plato.stanford.edu/entries/contractarianism-contemporary>. על מגוון ההשקפות באשר לדמותה הראויה של המדינה ניתן היה לכתוב עוד מילים הרבה ולהזכיר, בתוך כך, גישות של הגות סוציאליסטית, שלדידן רבות מפעולותיה של המדינה אין להפקיר לכוחות השוק, ולעומתן השקפות ליברטריאניות המבקשות לצמצם למינימום את מידת התערבותה של המדינה בחיי הפרט. וכך, השקפות שונות משני עבריו של המתרס.

עיקר הוא כי ניסיון להיתלות בהפניה כללית ל"אמנה החברתית" לשם עיגונה של השקפת עולם באשר לתהליך ההפרטה יתקשה, להשקפתי, לצלח. אפשר, אמנם, לדבר ב"אמנה חברתית ישראלית" (99, [98], בעמ' 85), אולם אז נדרש יהיה ליצוק תוכן למושג זה ולהציב לו גדרות, עד כי נהיר יהיה כיצד מעוגנת בו השקפה זו או אחרת בסוגיית ההפרטה.

גם אז, ואפילו נמצאה אחיזה מוצקה לעמדה ולפיה מושכלות יסוד של תורת המדינה מצדדים בעיקרון של הותרת הכוח השלטוני – ובפרט זה הגרעיני – בידיהן של רשויות השלטון, עודה נדרשת הייתה חוליה מקשרת, המבארת מה לאותה הפרה עם התערבות שיפוטית במעשה של חקיקה. דמות לחוליה זו עשויה הייתה למצוא מקומה בהוראה חוקתית מפורשת, ולחלופין בהוראה משתמעת – אפשרויות שאותן אבחן להלן.

הטיעון בדבר ערכים חוקתיים

14. הכלים המשמשים בבחינה החוקתית מצומצמים הם, והגורם לכך הוא הריסון שגזר על עצמו בית משפט זה בכל הנוגע להתערבות במעשי ידיה של הרשות המחוקקת. תוצאותיה מרחיקות הלכת של ההתערבות השיפוטית בפעולת חקיקה – פרי הכרעתו הדמוקרטית של חבר הנציגים שלוחיו של הריבון, קרי: של העם – הן המכתיבות ריסון זה. שלא כביקורת המינהלית, שמושאייה הם גורמי ממשל ממונים הנדרשים לתחום עשייתם לדל"ת אמותיו של החוק ושאינם רשאים לחרוג אל מחוץ להסמכה שבו, עוסקת הבחינה החוקתית במקור החוקי עצמו, בין בדרך שבה קרם עור וגידים ובין, במקרה המורכב יותר, בתוכנו.

א על מקורותיה של הביקורת החוקתית נכתבו מילים לרוב. בנקודות שונות לאורך שנותיו – ולא רק בעידן זכויות היסוד המוגנות כפי שנהוג לעתים לחשוב, העסיקה זו את המשפט הישראלי. שלא כפי שסוברים אחדים, נהגו ערכאות המשפט, ובראשן בית משפט זה, באיפוק רב ובמשנה זהירות ביישומה. יש המבקשים לצייר את העיסוק בה כמאבק טיטנים על מקורות של השפעה ושל כוח. לאמיתו של דבר, דומה הוא יותר להליכה על קצות האצבעות. ביטוי לכובד משקלה של העשייה החקיקתית ולזה של בית היוצר שממנו באה, הכנסת, שזור כחוט השני בפסיקותיו של בית משפט זה.

ב את הרעיון החוקתי לא הגה בית המשפט העליון מהרהורי ליבו. הכנסת היא שציוותה לשיטה המשפטית בישראל את עקרונותיו. מנגנוני השריון – הצורני והמהותי כאחד – נוצקו אל חוקי יסוד בידיו של בית הנבחרים. את דברה של הכנסת קיים בית משפט זה בקובעו כי חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), התשכ"ט-1969, נוגד את סעיף השריון שבחוק-יסוד: הכנסת (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר [70]). את מצוות הכנסת הוא מילא שעה שקבע כי רשימה, שעקרונותיה סותרים את הקבוע בסעיף 7א לאותו חוק יסוד, לא תוכל להתמודד בבחירות (ע"ב 1/88 ניימן נ' יר"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה [71]). אחר הוראת הכנסת מילא בית המשפט כשקבע כי החזקתו של אדם כמעצר צבאי ממושך (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון [5]), או הוראות מעבר פוגעניות להסדרת העיסוק בניהול השקעות (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [7]), אינם מתיישבים עם פסקאות ההגבלה שקבעה הכנסת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק – חוקי יסוד שנוסחו בכוננת מכוון של חברי הכנסת ושהתקבלו לאחר הליך מקיף של שקילה במליאה ובוועדות.

ג 15. על אודות התפישה שביסוד הכבילה, שכבלה הכנסת את כוח החקיקה, נשמעו דעות שונות (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי [8]; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים [28]). הלכה שנתגבשה, וששבה ואושררה בשורת פרשות שהונחו לפתחן של הערכאות בקרוב לעשור ומחצה של משפט, היא כי גלום בה גם הכוח לכבילה מהותית, זו הנוגעת לתוכני החקיקה ולא רק לרוב שבו התקבלה או למאפיינים אחרים שבהליך.



הנה כי כן, אם שיקפה ההכרעה בפרשת ברגמן [70] את מה שניתן לכנות "העידן החוקתי הראשון", היינו: כבילת המחוקק להוראותיו של שריון פורמלי (ראו גם בג"ץ 410/91 בלום נ' יושב-ראש הכנסת [45]), הרי שבעקבותיהם של חוקי היסוד לעניין זכויות הפרט, ועל פי הוראתה המפורשת של הכנסת, החל עידן חוקתי שני המתאפיין בהכרה בכוחה של כבילה מהותית, שאמות המידה לה קבועות בפסקאות ההגבלה (סעיפים 4 ו-8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ולחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהתאמה). כמו מאליה התעוררו אז השאלות, מה באשר להוראות הקבועות בחוקי היסוד האחרים ומה כוחן של אלה בהתייחס לחקיקה "רגילה" של הכנסת. השופט י' זמיר התייחס לכך לראשונה בבג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת [3], בהידרשו לכבילה מהותית שנושא עימו עקרון השוויון שבחוק-יסוד: הכנסת. וכך הוא כתב:

"האם [...] דין אחד הוא לפגיעה בזכות יסוד ודין אחר הוא לפגיעה בעקרון השוויון בבחירות לכנסת? אני נוטה לחשוב שעל-אף ההבדל בלשון החוקים, לעניין זה, לא צריך להיות הבדל במשמעות החוקים. אכן, השוויון בבחירות הוא ערך מרכזי, והוא ראוי להגנה מרבית, כמו החשובים שבערכים החוקתיים, כגון זכויות היסוד של האדם, כמו חירות האדם וכבוד האדם. אך דומה כי השוויון אינו צריך הגנה מוחלטת, מעבר להגנה המוקנית לזכויות היסוד של האדם, שכן גם השוויון, כמו זכויות היסוד של האדם, אינו בגדר זכות מוחלטת.

[...] ייתכן אפוא, שיש מקום לומר כי פגיעה בשוויון מהותי, בהקשר של הבחירות לכנסת, היא פגיעה בשוויון הסיכויים שאינה עומדת במבחן המשולש: ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות. פרשנות כזאת תביא הרמוניה ראויה, שהפרשן שואף אליה, בקרב החוקים הקובעים את הערכים החוקתיים" (שם [3], בעמ' 70).

16. רעיון זה אומץ בפסיקתו המאוחרת של בית משפט זה והפך להלכה. נפסק כי, מכוחו של היקש, ניתן לייבא אל בין הוראותיהם של חוקי היסוד, שאין עניינם בזכויות הפרט, "פסקת הגבלה שיפוטית" שבאמצעותה ייבחן דבר חקיקה לאורם של ערכי הבסיס שעליהם מושתת חוק היסוד. "מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה האמורה נתפש בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי

בית-המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו" (השופט א' מצא בע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה [72], בעמ' 811). ראו עוד: החלטת הביניים בבג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות [73], בעמ' 106; בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה [74], בעמ' 755; בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה [75], בעמ' 539; בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה [76], בפסקה 6 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק; בג"ץ 7052/03 עזאלה [28], בפסקה 53 לפסק דינו של הנשיא ברק.

עם התפתחות זו החל פרק נוסף – שלישי במספר – במשפטה החוקתי של ישראל (ראו אריאל בנדר "ארבע מהפכות חוקתיות?" [132], בעמ' 306). בגדרו, לא זו בלבד שנמצא כי בכוחה של הכנסת, כיוצרת חוקי היסוד, להגן על קביעות יסודיות באמצעותם של כלי שריון פורמלי-צורני, ולא זו בלבד שבכוחה להגן על זכויות יסוד מפני עשייה שלטונית הגורעת מהן, אלא שערכים חוקתיים נוספים נושאים עימם הגנה מהותית אשר את גבולותיה נותר עוד לברר. בעניין אחרון זה נטען כי הרעיון של פסקת הגבלה הלכתית, השואבת את דמותה מכלי ההגבלה שאותם ציוותה הכנסת בחקיקת היסוד של הזכויות, הועלה עד כה בהקשרם של ערכים, שאף כי אין הם מעוגנים בחוק-יסוד: חופש העיסוק ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הם מתקשרים, מבחינה תפישתית, עם הרעיון של הגנה על זכויות. וכך כתב אהרן ברק לפני שנים אחדות:

"אכן, עם העמדתם של חוקי היסוד כולם – ולא רק אלה הדנים בזכויות האדם – על רמה חוקתית-על-חוקית, מתחייבת ההכרה בפסקאות הגבלה שיפוטיות בכל אותם המקרים שבהם חוקי היסוד הללו קובעים זכויות אדם [...] כאשר ההסדר החוקתי אינו נוגע כלל לזכויות אדם אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון כל מקרה לגופו" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [101], בעמ' 352–353).

הסתייגות זו ראוי ליישב עם הקביעה שלפיה משתרעת הבחינה החוקתית גם על "סדרי שלטון הקבוע[ים] בחוק-יסוד (כגון, חוק-יסוד: הממשלה)" (הנשיא (בדימ') ברק בבג"ץ 4593/05 בנק המזרחי [76], בפסקה 6), וגם על "[...] קביעה

[...] משתמעת [מחוקי היסוד] (כגון פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת) " (הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [19], בפסקה 73 לפסק דינו). כשלעצמי, הואיל וסבורני כי עקרון הכבילה משתרע על כל אותם ערכים שהכנסת סברה כי ראוי להגן עליהם מפניו של רוב חולף, מחד גיסא, וכי שום עיקרון אינו מוחלט כי אם יחסי, מאידך גיסא, לא ראיתי מקום לעריכתה של הבחנה בין ערכים הקשורים בזכויות אדם לבין ערכי מהות אחרים. מוכן הייתי להניח כי פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו החוקתי, כוחה היא יפה בהתוויית גבולותיה של ההגנה על כל אותם ערכים חוקתיים, לאמור – גם על ערכים חוקתיים המבטאים אינטרס ציבורי חשוב שאין עניינו בזכויות. ואומר עוד את זאת: איני רואה מקום לחשש כי בעקבות כך ייגרע מעמדן המיוחד של זכויות היסוד במשפטנו (השוו לדברי השופטת דורנר בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל [51], בעמ' 645). ברי כי לא כל אינטרס ציבורי ראוי להכרה כערך חוקתי, ואלה שכן, יוכלו למצוא את מקומם הראוי אל מולן של זכויות חוקתיות, ככל שתתעורר התנגשות בין השניים. בבג"ץ 1435/03 פלונית [75] אמנם נדרש בית המשפט, גם אם מעבר לדרוש, לקושי המתעורר לכאורה שעה שדבר חקיקה נדרש לעמוד לבחינתן של שתי פסקאות הגבלה בשני חוקי יסוד המעגנים ערכים הסותרים זה את זה (ראו את דברי השופטת דורנר, שם [75], בעמ' 541). עם זאת, סבורני כי פתרון לקושי זה מצוי בעקרון ההרמוניה החוקתית, שחזקה כי יוביל לאחידות התוצאה בבחינתו של החוק אל מול כל אחד מן היסודות המגבילים (וראו את עמדתו של הנשיא ברק באותה פרשה [75], בעמ' 539).

17. אם נדרשתי לכל אלה, לא היה זה אלא מן הטעם שעקרון היסוד שעליו מבססת עצמה ההתנגדות להפרטתם של בתי סוהר – ייחודו של הכוח השלטוני לרשויות השלטון – עשוי להתפשט כעקרון יסוד חוקתי אף שאין הוא נוגע במישורן לזכויות אדם. כך גם באשר לרעיון ולפיו פגיעה בסמלי השלטון – למשל, בכך שאסירים ינוהלו בידי עובדי זכיון פרטיים אשר לא ילבשו את מדי המדינה ולא יענדו את סמליה – עלולה לטשטש את ייצוגיות המדינה, את הנראות שלה ואת מעמדה כמקור הסמכות המענישה, ולהוביל לזילות החוק, האכיפה והענישה (David Shichor, *Private Prisons in Perspective: Some*); John J. DiIulio, Jr., *The Duty to* ; *Conceptual Issues* [177], at p. 93

*Govern: A Critical Perspective on the Private Management of Prisons  
(and Jails [155], at p. 174*

א אולם, בגדרי הקונסטרוקציה שעליה עמדתי זה עתה, יהא התנאי לכך כי עקרונות אלה ודומיהם ימצאו את עיגונם באיזו מבין הוראותיהם של חוקי היסוד (שאינם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק). יטען הטוען כי אותם עקרונות מבססים עצמם בהוראת הרישא של חוק-יסוד: הממשלה, אשר זו לשונה:

ב

"המהות 1. הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".

ב, דומה כי בצדק ציינו אחדים מחבריי כי "קיים קושי למצוא בהוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה עיגון חוקתי לסמכות הכליאה כסמכות שלטונית גרעינית שאינה ניתנת להעברה" (פסקה 3 לפסק דינה של חברתי, השופטת חיות, לעיל), הואיל ומדובר ב"סעיף הצהרתי בעיקרו [...] [ש]אינו קובע במפורש תפקידים או תחומי פעילות פרטניים" (פסקה 63 לפסק דינה של חברתי, הנשיאה). אף בעיניי מרחיק הדבר לכת לצקת לתוכה של הוראה זו הסדרים מוסדיים רחבי היקף המקימים תשתית לקיומה של החברה המדינית והמשקפים ערכים חוקתיים מוגנים.

ד

מסקנה זו נלמדת, ראשית לכול, מן ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד. הדיון באשר למהותו של הסעיף הפותח היה דל ובלתי ממצה, וכעולה מדיוני הכנסת עובר לחקיקתו – נועד הוא להיות "סעיף דקלרטיבי, שאינו מתכוון למצות את כל הפונקציות של הממשלה" (פרוטוקול ועדת המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום כ"ט בשבט התשכ"ח, 28.2.1968). מניסוח סעיפיו האחרים של חוק היסוד, המדברים לעתים ממש ב"רחל בתך הקטנה", ניתן ללמוד כי, כאשר חפצה הכנסת לעשות כן, ידעה היא להגדיר את סמכויות הממשלה באופן מפורש ופרטני.

ה

ו

שנית, וחשוב מכך, על פירושו של הסעיף ניתן ללמוד מן המציאות הנוהגת במשפטנו, הלכה למעשה, שאינה עולה בקנה אחד עם אותו הסבר המצוי בפי העותרים. פרופ' זמיר הוסיף וכתב:

ז

"ההכרזה המרשימה [שבסעיף 1 הנ"ל] אינה מדוייקת. אם כוונתה לומר כי הממשלה ממלאת תפקיד של ביצוע חוקים, להבדיל מתפקידי חקיקה ושפיטה, אין זה מדוייק, שכן הממשלה מרבה למלא גם תפקידי חקיקה ושפיטה. אם הכוונה לומר שרק הממשלה מבצעת את החוקים, אף זה אינו מדוייק, שכן גופים נוספים עוסקים בביצוע החוקים [...] ואם הכוונה לומר רק זאת שהממשלה היא הרשות השלישית בין רשויות המדינה, המשלימה את מעגל הרשויות, הרי גם זה תיאור לוקה, שכן הממשלה היא רק חלק, אף כי חלק מרכזי, ברשות השלישית" (הסמכות המינהלית כרך א [102], בעמ' 328).

גם לו הייתי קורא את הוראת הסעיף כלשונה, הרי שבמשטר דמוקרטי פרלמנטרי, הרשות המבצעת היא הרשות האמונה על ביצוען של הנורמות אשר הוציאה תחת ידיה הרשות המחוקקת (לוק [94], בעמ' 110; רוטו [107], בעמ' 84; אליקים רובינשטיין "חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" [133], בעמ' 92; מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת [108], בעמ' 8). אם קבעה אפוא הכנסת כי הממשלה תעביר מקצתה של סמכות הכליאה לידיים פרטיות – וכי תחת זאת היא תמקד פעילותה, כרשות המבצעת, בבקרה ובפיקוח על התנהלותן של אלה, בלי לאבד את כוחה לבטל את תהליך ההפרטה בכל עת – כיצד סותר הדבר את תפקידה החוקתי של הממשלה, מתקשה אני לדעת. אין פירוש הדבר כי חוק-יסוד: הממשלה, לרבות סעיף 1 שבו, אינו מעגן ערכים חוקתיים. אלא שביורם של אלה חורג מגדריה של פרשה זו, וראוי הוא כי יונח לשעתו. לעניין זה יפים דברים שכתבה פרופ' ברק-ארז:

"כידוע, מפעל חוקי היסוד טרם הושלם, ובאלה הקיימים אין התייחסות לשאלה מהם הנושאים שבהם המדינה ורשויותיה חייבות לעסוק ולא למסור לאחריות או לביצוע של גורמים פרטיים? למעשה, קשה לצפות שהסדרים מפורטים בתחום זה יהיו קיימים, גם לו נשלמה מלאכת חוקי היסוד. גם בחוקותיהן של מדינות אחרות לא נהוג לקבוע הוראות קונקרטיות לגבי תחומי העיסוק של המנהל הציבורי. [...] בהתאם לכך, החלטות [בעניני הפרטה] נידונות על-פי רוב כהחלטות מדיניות" ([111], בעמ' 210–211).

אך גם לו הלכנו לשיטתם של העותרים, כי אז – כך דעתי – היה עלינו להעמיד את העיקרון המבוקש למבחנה של פסקת הגבלה הלכתית, ומסקנה שבה הייתה על מכונה – כי, בהיעדר נתונים שאותם נוכל להעמיד לבחינתו של כלי משפטי זה, מקדימה הבחינה את זמנה. אם יימצא, למשל, כי ההסדר המוצע מאפשר לממשלה לשמור בידיה מידה מספקת של שליטה על מלאכת הכליאה של אסירים בבית הכלא הפרטי, כלום ניתן יהיה לקבוע בביטחון כי אותו עיקרון חוקתי, לתפישתם של העותרים, הופר? מטעמים אלה סברתי כי אף בהוראה חוקתית כתובה – חליפתן של הוראות המגינות על זכויות אדם – לא תוכל פסילתו של התיקון לפקודת בתי הסוהר למצוא לה, לעת הזו, אחיזה.

הטיעון בדבר ערכי היסוד של השיטה

ג. 18. עמידה על הפסול השורשי הקיים, לדעתם של רבים, בהפקדתה של סמכות הכליאה בידי זכיון פרטי, משיתה בסיס להשערה כי, אף בהיעדר מקור חקוק לדבר, הייתה התוצאה המתחייבת ביטולו של החוק. אין מנוס אפוא מן המסקנה כי, אליבא דאוחזים בעמדה זו, מצע חלופי – המשמש בפיתוחם של כלים שיפוטיים מסוג שטרם עוגן בהלכה הפסוקה – יכול שיאפשר להתערבות שיפוטית להכות שורש.

ד. רעיון מעין זה אינו מופרך. אף אין הוא חדש. יש לו אחיזה גלויה ומפורשת בדברים שכתבו בעבר שופטי בית משפט זה, בדעת יחיד או באמרות שמעבר לדרוש. היטב מוכרת התחבטותו בדבר של השופט ברק בפרשת לאו"ר [44], כלהלן:

ה. "מה תוקפו של חוק, הסותר עקרונות יסוד, כגון עקרון השוויון? השאלה 'פשוטה' יחסית, אם עקרונות היסוד מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין. [...] אך מה הדין אם אין חוקה נוקשה, ואין בנמצא חוק-יסוד משוריינים: האם בכוחו של חוק 'רגיל' לקבוע הסדר, הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה? [...]"

ו. [...] באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה [...] [אולם] על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו

של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. [...] אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו [...] בשלב זה של חיינו הלאומיים" (בג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת [44], בעמ' 551, 554. ראו עוד ההפניות שם).

א

למסקנה דומה הגיע הנשיא ברק בפרשת בני הישיבות [19], שבה כתב – כפי שכבר ציינה לעיל חברתי, השופטת חיות, כי "עלינו לעשות ככל יכולתנו להכריע בשאלות החוקתיות של חוק הנוגד ערכי יסוד במסגרת הכרעה בחוקתיות החוק ביחסיו עם חוק יסוד. ישראל מצויה עתה בעיצומו של מהלך חוקתי, המתבצע באמצעות חוקי יסוד. יש לעשות כל מאמץ פרשני להכריע בשאלת חוקתיות החוק במסגרת ההסדרים הקבועים בחוקי היסוד" (שם [19], בפסקה 73 לפסק דינו). אך אם בעת הזו משמיעים "חיינו הלאומיים" גישה שונה, ביטוי לה נמצא בעמדתו של המשנה לנשיא (בדימו'), השופט מ' חשין, אשר נדרש בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל [19] לחוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002. בדבריו, אשר עלו בקנה אחד עם עמדתו בע"א 6821/93 בנק המזרחי [8], בעמ' 545), הוא כתב:

ב

ג

"הפירמידה המשפטית בנויה אפוא על ערכי-העומק של החברה והמדינה. אותם ערכים מזינים בשורשיהן את הנורמות השוררות במדינה, ובלעדיהם לא תיכון המדינה. וגם הכנסת – שהיא עצמה חיה מכוחם – תכון ראשה לפני אותם ערכים.

ד

[...] [יש להכיר ב]אפשרות – אפשרות יוצאת-דופן, אמנם – שעיקרי-יסוד באשר הם יכריעו במחלוקת משפטית החותכת בערכי-יסוד של המדינה" (שם [19], בפסקה 11 לפסק דינו).

ה

והוסיף השופט מ' חשין, בהידרש ליחס שבין אותם ערכים של עומק לבין חוקי היסוד שכבר נחקקו:

ו

"חוקי-היסוד הם החוקים הנעלים במרקם החקיקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקם גם מבחינת עוצמתם הפורמאלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים – ואני נמנה עמם – שאין לה לכנסת סמכות מכוונת. ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפסגת

ז

א הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-  
יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם.  
עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה  
היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומר" (ע"א 733/95 ארפל  
אלומניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ [77], בעמ' 629).

ב בן דמותו הקרוב של רעיון זה שימש ביסוד החלטתו של בית-משפט זה,  
ארבע שנים קודם לפרשת ברגמן [70], בעניין ירדור. שם אמנם לא נפסל חוק של  
הכנסת, אך היו אלה עקרונות יסוד של השיטה שהובילו לסיכולם מבעוד מועד –  
בחינת "בטלות עתידית" – של חוקים עתידיים ה"חותרים תחת קיום המדינה או  
שלמותה" (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית  
[78], בעמ' 378).

ג 19. ניתן היה לטעון כי הכרה בקיומם של ערכי יסוד של השיטה ככלי  
לביקורת מעין-חוקתית אינה מתיישבת עם ההסדר החוקתי הפוזיטיבי, ולפיו מה  
שטרם נכלל בחוקי היסוד כמוהו כביטוי לשלילתה של ההגנה החוקתית מאותם  
ערכים חסרים. עמדה זו מבקשים היו לדחות אותם אלה המצדדים בתיאוריות  
ד של חוקה אשר אינן שמות את הדגש על צורתה של הנורמה, קרי: על היותה  
כתובה, כי אם על תוכנה. רעיון זה של חוקה מטריאלית ממקד עצמו באיתורן  
של נורמות המבקשות, מעצם טיבן, להגשים את המטרה החוקתית ושהופכות  
בשל כך בלבד לחלק מן החוקה (ראו, למשל: ברק מדינה "חוקה כלכלית",  
הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות  
ה כלכלית" [109]; שרון וינטל "פסקאות נצחיות בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי  
המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש" [183]). כך, לדוגמה, תצענה תיאוריות,  
הרואות בחוקה אמצעי לביטוי התיאוריה הפוליטית-כלכלית שעליה מיוסדת  
קהילה, ולחלופין אמצעי לעיגון הנרטיב שעליו היא מושתתת, כי כל מה שהוא  
חלק מיסודותיה המכוננים של אותה קהילה ייחשב כנורמה על-חוקתית, בין  
שהוא מנוי במפורש בהוראות החוקתיות ובין שלא.

א, אלא, שדומני כי היררשות לכלים חוקתיים או מעין-חוקתיים אלה טרם מצאה  
אחיזה מוצקה במשפטנו. אימוצה של גישה מעין זו כמוהו כתחילתו של עידן  
חוקתי חדש, רביעי במספר, שגדריו טרם הותוו כל צורכם, וכך גם אמות המידה  
המשמשות בו ותוצאותיה האופרטיביות של ההכרעה בגדרו (ראו מדינה [109],



בעמ' 666). בפרשת בני הישיבות [19] ציין אמנם הנשיא ברק כי "גם אם קיים תחום צר שבמסגרתו ניתן לבחון את חוקתיותו של חוק שלא במסגרת חוקי היסוד, [...] 'הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי'" (בג"ץ 6427/02 [19], בפסקה 74 לפסק דינו). אולם, במרכיביה של בחינה מעין זו טרם דובר, והרי פסקת הגבלה לא רק את המחוקק נועדה להגביל, כי אם גם את היקף תחולתה של הביקורת החוקתית שמפעילה הרשות השופטת.

באים אנו, אפוא, אל שדה משפטי שטרם נחרש כל צורכו, ואם נחרש לא נזרע עד תום, ואם נזרע – הרי שטרם הגיעה עת קציר, באשר אותה סוגיה לא העסיקה אלא מספר מצומצם של פרשות ולא נשתרשה כהלכה. אפשר שגם בכך מצוי משען לבחירתם של חבריי למקד דיונם בפרשה זו בשיח הזכויות, כר פורה למדי שצליחתו קנתה לה זה מכבר שבת בשיטתנו המשפטית.

20. אך אם יש קושי באימוצה, כבר כעת, של עמדה חוקתית הנדרשת להפרטתו של בית סוהר באספקלריה של ערכי היסוד של שיטתנו, מצוי גם הוא בהכרעה הנעשית טרם זמנה. עקרונותיה היסודיים של השיטה, ערכיה המכוננים אם תרצו, אינם נתונים בקיפאון-עד. אף כי אין הם חשופים לגחמותיה של רוח חולפת, הרי שהם מתפתחים ומשתנים ככל שדף חדש נכתב, מעת לעת, בסיפורה של האומה. קשה בעיניי הקביעה כי רעיון חדשני של הפרטה, שבקע זה עתה אל קן המשפט, נחרץ דינו לשבט עקרונותיה של השיטה עוד בטרם עשה הוא בה את צעדיו הראשונים. לו ניתן לרעיון זה פרק הזמן הדרוש, ובפרט ככל שהיה נתפש כמוצלח, מי לידינו יתקע כי הוא לא היה מתקבל, והופך לחלק בלתי נפרד מן העקרונות המקובלים בשיטתנו, כשם שנקלטו בה ביטויים אחרים לרעיון ההפרטה? גם מטעם זה עדיף הדבר בעיניי כי יונח לה, לסוגיה שבמוקד עתירה זו, להיבחן בפרספקטיבה מספקת, שטרם נוצרה בעת הזו.

ועוד, אם בתפישות של יסוד עסקינן, כלום אין מקום לשאלות מה מורים אותנו כיום ערכיה המכוננים של שיטתנו באשר להיקפה הראוי של ביקורת שיפוטית? העוד יפה לעניין ההכרעה בעתירה זו גישה ולפיה "הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על-ידי העם ונציגיו הנבחרים" (בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר [44], בעמ' 554)? סוגיות אלה יש ללבן, קודם שיוכרע בהן לכאן או לכאן.

שאלת ההפרטה כסוגיה של מדיניות והדיון הציבורי בה

21. איני מבקש כי דבריי יובנו כתמיכה ברעיון ההפרטה, אף לא כהסתייגות הימנו. על הדעת עולות טענות בגנותו של רעיון זה, למשל כי הראשונים להיפגע ממנו, אף הראשונים לעמוד ל"ניסוי" החברתי שבו הוא כרוך, נמנים עם מרכיביה החלשים יותר של החברה (זמיר [129], בעמ' 83, ה"ש 63). ככל מקרה של הפרטה, ניתן להביט על הסוגיה באספקלריה של החשש מפני השפעה שלילית על יחסי העבודה במשק. וכמובן, שאלת ההשפעה על דמותה של המדינה היא במוקד הדברים. אך אותן טענות, בניגוד לאלה שבהן עסקתי בחלקם הקודם של דבריי, מסתכמות בבסיסו של דבר במדיניות ובהשקפת עולם (ראו יואב דותן, ברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" [113], בעמ' 330). ככאלה, לא תוכלנה אותן טענות לשמש – אף איני סובר כי שימשו בפועל – בהכרעתו של בית משפט זה. אין זאת מן הסיבה כי בית המשפט אינו נדרש להכרעות ערכיות. אנו עוסקים בהן כשאנו קובעים את המודל הראוי להגדרתה של זכות מוגנת (מדינה [109], בעמ' 648). אנו עוסקים בהן לעתים בהעמידנו פגיעה בזכות שכזו לבחינתו של מבחן המידתיות "הצר" או אל מול ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אנו עוסקים בהן בהיבטים נוספים. אולם, מהחלטות, שבהן משקלה של מדיניות פוליטית הוא מכריע, לעולם ביקשה ההלכה הפסוקה למשוך את ידיה. "נקודת המוצא העקרונית הינה, כי תפקיד החקיקה הוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון – העם. [...] השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" (הנשיא ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות [7], בעמ' 386). אמת –

"[...] היקפה הראוי של תופעת ההפרטה [...] [הוא] בדרך-כלל פועל יוצא מהשקפת-עולם חוץ-משפטית. בהתאם לכך, ההכרעה לגביה תקבל בזירה הציבורית, ואף ראוי שבדרך-כלל היא לא תופקע מן הספירה הפוליטית על-ידי הזירה המשפטית. חשוב לשמור על ההבחנה בין הצגת השקפה אזרחית באשר לפעולות שלא ראוי להפריט לבין הצגת עמדה משפטית באשר לפעולות שאסור להפריט. הצבתם של גבולות משפטיים בעלי אופי חוקתי אינה אמורה להיות דרך ההתמודדות הטיפוסית עם כלל יוזמות ההפרטה" (ברק-ארז [112], בעמ' 466–467).

בעניין זה ראוי להטעים כי סביב סוגיית הפרטה מתקיים בשנים האחרונות שיח ער. הכתיבה, המשפטית והאחרת, היא רבה ודומה כי הציבור אינו אדיש למתחולל. בכנסת ניתן לדבר ביטוי בהליכים שהובילו לחקיקתו של התיקון לפקודת בתי הסוהר. הוועדה האחראית לחוק – ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת – דנה ממושכות ברעיון הפרטה, וזאת עשתה בהשתתפות של נציגים ממגוון רחב של גופים ובהם שירות בתי הסוהר, משרד האוצר, המשרד לביטחון הפנים, משרד המשפטים, לשכת היועץ המשפטי לממשלה, האגודה לזכויות האזרח, אנשי אקדמיה ואף נציג העותרים. הדיונים עסקו לא רק בסעיפיו של התיקון המוצע כי אם במגוון נושאים הנוגעים לשאלת הפרטה בכלל ולהפרטתם של בתי הסוהר בפרט ובהם מצוקת הכליאה בישראל, מידת הצלחתו של רעיון הפרטה והיעילות הכלכלית הטמונה בו, מנגנוני הפיקוח הקבועים בדין ושאלת יעילותם, תמריצים כלכליים שבהסכם עם הזכייין ומידת הגנתם על זכויות האסיר, וכן אופי הסמכויות המוענקות לממלאי התפקידים השונים בבית הסוהר הפרטי והיקפן. נשמעו עמדות משני עברי המתרס ואחד הדיונים אף הוקדש להרצאת מומחה-אורח המתנגד להפרטה (ראו הפרוטוקולים משיבתיה של ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת, בין החודשים דצמבר 2003 למארס 2004).

בנסיבות אלה, ושעה שבה מקדימה, כפי שצינתי, הבדיקה החוקתית את זמנה, ראוי היה – וזוהי תשובתי לעותרים – להניח את "[ה]תהליך [ה]רעיוני ו[ה]נפשי", לשון פרופ' זמיר (129), בעמ' 84, הגלום בהכרעה בדבר הפרטתו של בית סוהר, לשיח הציבורי על רבדיו השונים. אם ראויים "צורכי החברה ודרכי הנהגתה של המדינה המודרנית [...] לדחוס עצמם בדפוסי משפט של עבר" (השופט מ' חשין בבג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים [79], בעמ' 505), או שמא יימצאו להם כלי קיבול חדשים, מוטב להותיר בשלב זה לדיאלוג הדמוקרטי. אמת, "מקום בו מוצא הריבון כי התנאים החברתיים והכלכליים מצדיקים שינויים במדיניות הכלכלית [...] בדרך של הפרטה של שירותים ציבוריים [...] יש להכיר בזכותו [...] ליישם מדיניות כזו" (השופט ד' לוי, שם [79], בעמ' 504), ובלבד – זאת אוסיף אני, כי התנאים החוקתיים מאפשרים זאת.

ולבסוף, באשר להליכי החקיקה

22. דחייתו של הטיעון החוקתי המהותי, על היבטיו השונים, מצריכה חזרה אל טענות שהעלו העותרים במישור נוסף, זה הנוגע לתקינותם של הליכי

החקיקה, ואעשה זאת בקצרה. אין חולק כי לבית המשפט מסורה הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית אף על ההליך שהתקיים בכנסת, מקום שנפל בו פגם יסודי (בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת [80], בעמ' 873; בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd. נ' יו"ר הכנסת [81], בעמ' 157). אולם, בבואו לעשות כן, ינהג בית המשפט זהירות וריסון ולא בנקל יכריז על בטלותו של חוק, כמתחייב מהעיקרון בדבר הפרדת הרשויות וממעמדו הרם של בית המחוקקים (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל [82], בעמ' 40).

העותרים חתמו את עתירתם בטענה כי במלאכת חקיקתו של התיקון לפקודת בתי הסוהר נפלו פגמים מהותיים היורדים לשורשיו של ההליך הפרלמנטרי-הדמוקרטי. נטען כי ישיבותיה של ועדת הפנים של הכנסת התנהלו בתדירות גבוהה ובחופזה, דבר שמנע מן המשתתפים להפנים את החומר ולשקול באופן מעמיק את עמדתם. נקיטתו בידי המשיבים של הליך מוקדם של מכרז, שבו הם התחייבו לפצות את הזוכים אם, לסופם של דברים, לא יצלח תהליך ההפרטה – וכל זאת טרם שאושר החוק – כבלה את שיקול דעתם של חברי הכנסת, ששוב לא ראו עצמם חופשים להידרש לאפשרות של שלילתו של רעיון ההפרטה מיסודו. המשיבים אף נמנעו, כך על פי הטענה, מלהציג לכנסת את טיוטת המכרז ואת שמות החברות שזכו בו, ובכך פגעו בשקיפותם של הליכי החקיקה. לבסוף, בהצבעה על אישורו של החוק בוועדה, השתתפו חברי כנסת שלא נטלו חלק בדיונים, ואחד ממתנגדיו של החוק אף הוחלף בנציג אחר מסיעתו שתמך בחוק.

טענות אלה אינן מקימות עילה להתערבותנו בתוכנו של החוק שנתקבל. ראשית, בחינת הפרוטוקולים מדיוניה של ועדת הפנים, וההליך המקיף שהתקיים בה כמפורט לעיל, משמיטים את הבסיס לטענה כי חברי הכנסת לא השכילו להבין את טיב הכרעתם. שנית, אף אם בנקיטתם של צעדים למימושה של הצעת חוק בעודה נדונה יש משום טעם לפגם, הרי שאין יסוד למסקנה כי פרסומו של המכרז קודם זמנו הצר את שיקול דעתם של חברי הכנסת או פגע בו בכל דרך אחרת. שלישית, הדיון בעתירה זו ממקד עצמו בחוקתיותו של החוק, להבדיל מחוקיותם של הליכי המכרז – סוגיה ששימשה כיסוד להליך אחר שהתקיים בבית המשפט המחוזי, ואף בו נדחו טענותיהם של המשיגים. הדיון באי חשיפתם של מסמכי המכרז אינו, לפיכך, במהות העניין, מה גם שאין אני

רואה כיצד הוביל הגילוי החסר לפגם שורשי ועמוק בהליכי החקיקה, המצדיק התערבות שיפוטית. לבסוף, וחשוב מכול, בית משפט זה כבר פסק בעבר – מפי חברתי, הנשיאה ביניש – כי תפקידה של הביקורת השיפוטית "אינו להבטיח כי בכנסת יתקיים הליך חקיקה אופטימלי [...] [ו]אף אינו להבטיח כי יתקיים בכנסת דיון אחראי ושקול בכל הצעת חוק" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות [82], בעמ' 54). הביקורת השיפוטית מצמצמת עצמה לסילוקו של חשש לפגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של המשטר הפרלמנטרי – סטייה מן העקרונות בדבר הכרעת רוב, בדבר חופש הצבעה, בדבר שוויון בין המצביעים ובדבר פומביות ההליך (שם [82], שם), וכזה לא מצאתי כי התקיים במקרה שלפנינו. לאור כל זאת, הרי שהטענות בדבר פגמים בהליך החקיקתי לא תוכלנה לעמוד, ודינן להידחות.

סיכומם של דברים

23. "עד שבית המשפט פוסל חוק" – כתב השופט זמיר – "הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה" (בג"ץ 3434/96 הופנונג [3], בעמ' 67). לא שוכנעתי, לעת הזו, כי תחת ידו של המחוקק יצאה תקלה שאין לה תקנה.

דומני, כי זהו המקרה שבו מוטב היה להעדיף תחילה ריסון שיפוטי ולאפשר לכנסת, לדיון הציבורי ולניסיון החיים המצטבר – לומר את דברם. לפיכך, לו נשמעה דעתי, היינו דוחים את העתירה.

הוחלט בדעת רוב של הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים א' פרוקצ'יה, א' גרוניס, מ' נאור, ע' ארבל, ס' ג'ובראן וא' חיות, נגד דעתו החולקת של השופט א' א' לוי, כי יש לקבל את העתירה, כאמור בפסקה 69 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, ולקבוע כי החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 – בטל.

ניתן היום, ב' בכסלו התש"ע (19.11.2009).