



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2605/05

בפני :  
כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט ס' גובראן  
כבוד השופטת א' חיות

העותרים :  
1. המרכז האקדמי למשפט ולעסקים  
(ע"ר 2-026630-58), חטיבת זכויות האדם  
2. גונדר (בדימוס) שלמה טויזר  
3. ידין מכנס

נגד

המשיבים :  
1. שר האוצר  
2. השר לבטחון פנים  
3. א.ל.א. ניהול והפעלה (2005) בע"מ  
4. כנסת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות  
כ"ד בתשרי התשס"ו (27.10.2005)  
כ"ב בסיון התשס"ו (18.06.2006)  
ז' באלול התשס"ו (31.08.2006)  
כ"ב בתמוז התשס"ז (08.07.2007)

בשם העותרים 1 ו-2 :  
עו"ד גלעד ברנע ; עו"ד אביב וסרמן ;  
עו"ד אפי מיכאלי ; עו"ד יעל ברדה

בשם העותר 3 :

בשם המשיבים 1 ו-2 :  
עו"ד יוכי גנסי ; עו"ד רענן גלעדי ;  
עו"ד רננה קידר

בשם המשיבה 3 :  
עו"ד יובל שלהבת ; עו"ד בעז פייל ;  
עו"ד רמי קוק ; עו"ד אורן רוט

בשם המשיבה 4 : עו"ד נורית אלשטיין ; עו"ד רוקסנה שרמן-למדן ;  
עו"ד עידו עשת

## 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 וינוהל 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 31.3.04 התפרסם תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר). על-פי התיקון נוסף לפקודה פרק ג'2, שכותרתו היא: "בית סוהר בניהול פרטי". התיקון, שבעקבותיו נוספו לפקודת בתי הסוהר סעיפים 128 ו-128נד, מסדיר את הקמתו של בית סוהר אחד שיוקם, ינוהל ויופעל על ידי תאגיד פרטי, שיתקשר לשם כך בהסכם עם שירות בתי הסוהר וישמש כזכייין על-פי היתר מיוחד שיקבל. התיקון קובע, בין היתר, את ההליך לקבלת ההיתר ולביטולו, את תנאי הכשירות שצריכים להתקיים בתאגיד ובעובדיו, את היקף סמכויות עובדי התאגיד ואת אמצעי הפיקוח שעל המדינה להפעיל ביחס לפעילות התאגיד ועובדיו. בתוספת השלישית לפקודת בתי הסוהר נקבע כי בית הסוהר בניהול פרטי יוקם במתחם בתי הסוהר שמדרום לעיר באר-שבע, וכי תפוסתו המרבית תהיה שמונה מאות מקומות כליאה. כן נקבעו בתוספת התנאים שצריכים להתקיים באסירים שייכלאו בבית הסוהר בניהול פרטי.

העתירה שלפנינו הוגשה ביום 16.3.05. העותרת 1 היא מוסד אקדמי, המשמש כעותר ציבורי בעתירה שלפנינו. העותר 2 הוא קצין בכיר בדימוס בשירות בתי הסוהר. העותר 3, שלבקשתו צורף לעתירה בשלב מאוחר יותר, היה במועד צירופו כעותר אסיר

בבית סוהר המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר. ביום 27.10.05 התקיים דיון ראשוני בעתירה בפני מותב של שלושה שופטים. ביום 15.11.05 נבחרה המשיבה 3 (להלן: הזכיינית) כקבוצה הזוכה במכרז להקמת והפעלת בית הסוהר הפרטי והסכם הזיכיון נחתם עימה ביום 2.1.06. ביום 18.6.06 התקיים דיון המשך בעתירה בפני מותב של שבעה שופטים בראשות הנשיא א' ברק, שבעקבותיו הוצא צו-על-תנאי. ביום 31.8.06 בעקבות ישיבה נוספת שהתקיימה בפני 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 מיצוי הליכי החקיקה, שלכאורה נפתחו מחדש בכנסת. כיוון שהליכים אלה לא קודמו ולא שונה המצב המשפטי שנקבע בחוק הנדון, התקיים בפנינו ביום 8.7.07 דיון בעתירה לגופה. בד בבד עם התקדמות בירורה של העתירה התקדמו גם ההליכים להקמת בית הסוהר בניהול פרטי, ולמשיבה 3 ניתן ההיתר הנדרש על-פי חוק. בניית בית הסוהר והכנתו לתחילת שלב האכלוס החלקי אמורות היו להסתיים עד לחודש יוני 2009, אולם ביום 18.3.09 ניתן על ידינו צו ביניים המונע את הפעלת בית הסוהר. יצוין, כי העיכוב שחל בכתיבת 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 אותם הזכרנו לעיל ואת הדיון הציבורי שביקשה הכנסת לקיים בתופעת ההפרטה במהלך כנס החורף 2007-2008, בהתאם להודעת היועצת המשפטית לכנסת מיום 28.6.07, וזאת בטרם נידרש לשאלה המורכבת הנוגעת לביטול חקיקה ראשית של הכנסת.

2. העתירה מופנית כנגד 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.

בראש הטיעון האחד טוענים העותרים כי הפרטה מלאה של בתי הסוהר מהווה פגיעה לא חוקתית בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם. בהקשר זה טוענים העותרים כי מספר 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, לאיוש המשרות בבית הסוהר המופרט בהשוואה לשירות בתי הסוהר; והפיקוח המועט מדי לשיטת העותרים על פעילות 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 במבחני פסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לפי הטענה, פגיעה בעקרון הבסיסי לפיו 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 שאיננה 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 הפרטת בתי סוהר ובין חסכון כלכלי; כי קיימים אמצעים אחרים פוגעניים פחות, שיש בהם כדי להגשים את התכלית הכלכלית העומדת בבסיס תיקון 28, ובהם בניית בתי סוהר ציבוריים נוספים או הפרטה חלקית של 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 (וזאת, כך טוענים העותרים, במיוחד בהשוואה לאפשרות ההפרטה החלקית של בתי סוהר).

3. בראש הטיעון האחר טוענים העותרים כי תיקון 28 מהווה פגיעה בכלל החוקתית הקבוע בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". זאת, כיוון שסמכות המדינה להפעיל בתי סוהר מהווה, 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 הינו מעמד על-חוקי, ולפיכך כל חוק רגיל שפוגע בו צריך לעמוד בשתי דרישות, האחת פורמאלית והאחרת מהותית.

ראשית, במישור הפורמאלי 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 במבחני פסקת ההגבלה. העותרים גורסים כי יש להחיל מבחנים אלה בדרך פרשנית-שיפוטית גם על חוקים הפוגעים בחוקי היסוד ה"משטריים", כדוגמת חוק יסוד: הממשלה, על-אף שלא קבועה בהם פסקת הגבלה מפורשת כדוגמת זו הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק.

4. עוד יצוין, כי נשמעו בפנינו גם טיעוני העותר 3, מר ידין מכנס, שריצה אותה 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 הזכייין שיפעיל את בית הסוהר. כן העלה העותר 3 בטיעונו חשש כי ייעשה שימוש בסמכויות השונות הנתונות לזכייין הפרטי באופן שיאפשר לזכייין להרע את תנאי האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי ולהעניש אותם; זאת, מבלי שיהיה צורך להעמיד את האסירים לדין משמעתי, שהאחריות עליו נותרה - גם לפי תיקון 28 - בידי שירות בתי הסוהר.

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

לטענת המדינה, מודל הפרטה שאומץ בתיקון 28 לפקודת בתי הסוהר הוא מודל ייחודי וניסיוני, שהוא בבחינת "פיילוט" המוגבל במפורש לבית סוהר אחד וכולל מנגנוני הגנה על זכויות האסירים ומגנוני פיקוח והתערבות אפקטיביים העומדים לרשות המדינה ומאפשרים לה, בין היתר, להחזיר את הגלגל לאחור בכל שלב ולהשיב לידיה את ניהול בית הסוהר עקב הפרת תנאי ההיתר שניתן לזכייין. המדינה מדגישה בטיעוניה כי קיום חשש ממשי לפגיעה חמורה בזכויות האסירים הוא אחת מהעילות שנקבעו בתיקון 28 לנטילת סמכות הניהול של בית הסוהר מהזכייין על ידי המדינה. בהקשר זה טוענת המדינה עוד, כי בתיקון 28 נקבעו אמצעי הפיקוח על אופן הפעלת הסמכויות המוקנות לזכייין - ובכלל זה פעילותה של יחידת הפיקוח הייעודית של השב"ס בתוך כתלי בית הסוהר (אם כי מיקום יחידת הפיקוח לא נקבע בתיקון 28 עצמו אלא בהסכם הזיכיון ובהיתר); סמכויות הפיקוח המוקנות למדינה בכל הנוגע למינוי

בעלי תפקידים בבית הסוהר בניהול פרטי; וחובת הדיווח הנרחבת המוטלת על הזכייין ביחס לאירועים שונים הן על-פי תיקון 28 והן על-פי הסכם הזיכיון; על-פי הטענה, אמצעי הפיקוח הם שיבטיחו את זכויות האסירים. עוד מציינת המדינה כי במסגרת תיקון 28 נקבע כי ההיתר להפעלת 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 המנהלי והן לסמכות בג"ץ, וזאת אף מבלי להיזקק לדוקטרינת הגוף הדו-מהותי. בנוסף 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 להוראות פקודת בתי הסוהר. אפשרות זו לביקורת שיפוטית על תנאי המאסר מהווה, כך טוענת המדינה, כלי פיקוח ובקרה עצמאי ורב עוצמה העומד לרשות כל אסיר בכל עת. מנגנוני בקרה נוספים על פעילות בית הסוהר בניהול פרטי, אליהם מתייחסת המדינה, הם ביקורת של מבקר המדינה בהיותו של הזכייין גוף מבוקר כמשמעותו של מונח זה בסעיף 9(6) לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב], 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 בענין שיקומם, רווחתם ובריאותם, ותגיש את המלצותיה לשר לביטחון פנים, לנציב בתי הסוהר ולוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת פעם בשנה. נוכח האמור טוענת המדינה כי אין בסיס לטענה שהיא התפרקה מסמכויותיה, ומוסיפה כי במודל הישראלי שנבחר להפרטת בית הסוהר חלק משמעותי מהסמכויות השלטוניות נותרו בידי המדינה.

המדינה ממשיכה וטוענת כי זכויות האסירים יובטחו לא רק על ידי המנגנונים הקבועים בחוק עצמו אלא גם ברובד המנהלי - בהיתר להקמה ולהפעלה של בית הסוהר, וכן ברובד החוזי - בהסכם הזיכיון עם הזכיינית. בהקשר זה מציינת המדינה כי סמכויות שונות, שהן בעלות פוטנציאל פוגעני במיוחד ואינן 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 פגיעה זו עומדת במבחני 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 ומהותה 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 הממשלה אינה 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 לפסילת אצילת סמכויות הנעשית על-פי חוק, אין מקום לפסול את תיקון 28 מכוחו, שכן בית הסוהר בניהול פרטי ינוהל תוך 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 בעקרון הקבוע בחוק יסוד: הממשלה, הרי מדובר בפגיעה מזערית ורחוקה ביותר, המצויה בשולי העיקרון ולא בגרעינו.

המדינה מציינת עוד, כי המודל הישראלי שנבחר להעברת 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".

נוכח האמור טוענת המדינה, כי משמדובר בעתירה כנגד הפרטה על-פי חוק, שאינה פוגעת בזכויות חוקתיות, התערבותו של בית המשפט צריכה להיות מוגבלת למקרים נדירים וקיצוניים, שבהם ההפרטה מזעזעת את אמות הספים של מבנה המשטר הדמוקרטי ואת עקרונות היסוד של השיטה; נסיבות שלטענת המדינה אינן מתקיימות בפרשה שלפנינו.

7. הזכיינית, שנבחרה במכרז להקמתו והפעלתו של בית הסוהר בניהול פרטי, טוענת אף היא כי דין העתירה להידחות. לטענתה, הפעלתו של בית סוהר בניהול פרטי לא רק שלא תפגע בחירותם, בכבודם ובזכויותיהם של האסירים אלא היא תביא לשיפור במצבם. זאת, נוכח הסטנדרטים הגבוהים שנקבעו על ידי המדינה בדרישות המינימום

במכרז להקמת והפעלת בית הסוהר (סטנדרטים ששופרו, כך נטען, על ידי הזכיינית) ונוכח סמכויות הפיקוח הנרחבות שנתרו בידי המדינה. הזכיינית מדגישה בתשובתה לעתירה את החשיבות המיוחסת על ידה ליעדים החברתיים אותם נועד בית הסוהר להגשים, ובכלל זה לשיקום וחינוך האסירים. 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, לפיה קיומו של בית סוהר בסיוע גורם פרטי מביא בהכרח לסכנה גדולה יותר לפגיעה בזכויות יסוד של אסירים לעומת בית 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 פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. בכל הנוגע לטיעוני העותר 3 בדבר החשש כי מניעיו הכלכליים של הזכייין יביאו לפגיעה בתנאי מאסרם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי טוענת הזכיינית כי טיעונים אלה אינם נוגעים לחוקתיותו של תיקון 28 אלא לאופן יישומו, ומכל מקום גם לגופו של עניין אין להם, לטענתה, בסיס, נוכח הסטנדרטים הגבוהים להפעלת 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 אצילת סמכויות על ידי הממשלה או את הסתייעות המדינה בגורמים פרטיים לצורך ביצוע תפקידיה.

8. טענה נוספת המועלת הן על ידי המדינה והן 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 והזכיינית כי השיהוי בהגשת העתירה גרם לשינוי המצב לרעה, שכן עד למועד הגשת העתירה הן כבר השקיעו הוצאות כספיות רבות וזמן עבודה ניכר בפרויקט – המדינה בהערכות למכרז ובהכנת מסמכי המכרז והזכיינית בלימוד מסמכי המכרז ובהכנת הצעה מפורטת במסגרת המכרז. כן נטען כי ביטול הפרויקט בשלב מאוחר יפגע בגורמים הזרים שהתקשרו עם הזכיינית והסתמכו על חקיקת הכנסת ואף עלול לפגוע באטרקטיביות של מדינת ישראל למשקיעים ובעלי ידע זרים ובפרויקטים ממלכתיים עתירי השקעה אחרים. נעיר כבר עתה כי לא ראינו לדחות את העתירה דנן מחמת שיהוי. אף אם נניח לטובת המדינה והזכיינית כי דיני השיהוי חלים אף ביחס לעתירות חוקתיות, וכי במקרה דנן התקיימו הן שיהוי אובייקטיבי והן שיהוי



סובייקטיבי מצד העותרים, הרי נוכח חשיבותן החוקתית של הסוגיות המועלות בעתירה - הן מבחינת עקרונות המשטר בישראל והן מבחינת ההשפעה על זכויות האדם של האסירים - אין מקום לדחות עתירה זו מחמת שיהוי בהגשתה (בכל הנוגע למבחינים לבירור טענת שיהוי ראו למשל: עע"מ 7142/01 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673, 678-679 (2002); עע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע (טרם פורסם, 7.12.06), פסקאות 86-101 לפסק הדין).

9. בנוסף לתשובות המדינה והזכיינית נשמעה בפנינו גם עמדת הכנסת ביחס לעתירה. לטענת הכנסת, אין בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, עליו 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 לפיה כוח החקיקה של הכנסת מוגבל על-פי מבחני פסקת ההגבלה גם בהעדר פסקת הגבלה מפורשת הקבועה בחוק היסוד הנוגע בדבר, ומוסיפה כי הגבלה מהותית כדוגמת זו המצויה בפסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק אינה הולמת את בחינתה של חקיקה שלכאורה סותרת הוראה בחוק יסוד משטרי. יצוין, כי בכל הנוגע לשאלה הקונקרטית של הפרטת בתי סוהר פרשה הכנסת בפנינו בטיעוניה תיאור מקיף של תופעת הפרטת 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 הזכייין לכללי המשפט הציבורי.

דין

10. תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר, שאת חוקתיותו תוקפים העותרים בעתירה זו, הנהיג שינוי מהותי בתפיסה הממשלית של משטרנו; הוא חורג מהתפיסה הרגילה והמקובלת של הפרטת פעילויות הממשלה בכך שהוא מקנה לזכייין פרטי סמכויות שונות, שהשימוש בהן כרוך מעצם טיבו בפגיעה קשה בזכויות אדם. בעתירה זו נדרשנו

להכריע בשאלה האם הקניית סמכויות אלה לזכייין פרטי, או בלשון אחר, הפרטתן של סמכויות אלה, היא חוקתית (בכל הנוגע להגדרות השונות למושג הפרטה ראו יצחק כץ הפרטה בישראל ובעולם, 30-23 (1997)). וזו תהיה דרך הילוכנו בשאלה האמורה. ראשית, נציג את מהות ההסדר שנקבע בתיקון 28. לאחר מכן נדון בקצרה בסוגיית 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 לבחינת חוקתיות התיקון במשקפי חוק יסוד: הממשלה. יוער מייד, כי נוכח המסקנה אליה 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.

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

128 יב. (א) הזכייין אחראי להקמה לניהול ולהפעלה תקינים של בית הסוהר בניהול פרטי ובכלל זה;

"אחריות  
הזכייין

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

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

(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.

(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 במסגרת תיקון 28 עומדת במוקד העתירה שלפנינו, הן אותן סמכויות הנגזרות מתחומי האחריות הקבועים בסעיפים 128 יב(א)(1) ו-128 יב(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 שהזכייין הפרטי שמנהל ומפעיל את בית הסוהר יוכל לממש את אחריותו בתחומים אלה הוקנו למנהל בית הסוהר הפרטי מטעם הזכייין ולעובדי הזכייין (בכפוף למספר 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 כנגד הקנייתן לזכייין פרטי ולא כנגד עצם קיומן, כרוכה מטיבה בפגיעה קשה בזכויות אדם שונות, ובהן הזכות לחיים, הזכות לחירות אישית והזכות לכבוד האדם. נציג להלן חלק מהסמכויות הנתונות לעובדי הזכייין הפרטי בדרגיהם השונים.

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

<p>128 יח. (א) המנהל אחראי לניהול ולהפעלה התקינים 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.</p>	<p>”תפקידי מנהל בית סוהר בניהול פרטי וסמכויותיו</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------

(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 47ד;

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

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

(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);

(4) הסמכות הנתונה לקצין שירות בתי הסוהר  
לאשר שימוש בכוח סביר לשם עריכת חיפוש  
באסיר, לפי הוראות סעיף 95ו(ב);

(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);

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

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

עיון בהוראות 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 לקיחת דגימת שתן מאסיר; הסמכות לאשר שימוש בכוח סביר לשם עריכת חיפוש על גופו של האסיר; והסמכות להורות על מניעת פגישה של אסיר עם עורך דין מסוים בהתאם למגבלות הקבועות בסעיף 45 א לפקודת בתי הסוהר.

יוצר עוד, כי לכל אלה נוספו שורה של סמכויות פוגעניות הנתונות למנהל בית הסוהר מטעם הזכייין הפרטי, שאינן מעוגנות בתיקון 28 עצמו אלא בהסכם הזיכיון.

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

"סמכויות  
עובד זכייין  
בכיר

128 כה. לעובד זכייין בכיר יהיו נתונות לשם מילוי 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;

(3) הסמכויות הנתונות לבודק לפי הוראות סעיפים 47 א עד 47 ג, אם הסמיכו לכך המנהל, באישור הנציב, ובהתאם להסמכה;

(4) הסמכות הנתונה למנהל לשלול טובות הנאה, אם הסמיכו לכך המנהל, באישור הנציב, ובהתאם להסמכה".

תפקיד נוסף שנוצר במסגרת תיקון 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 128 כזו לפקודת בתי הסוהר בזו הלשון:

- 128 כזו. תפקידיו של מאבטח אסירים הם:
- 1) לשמור על שלום הציבור וביטחוננו בבית הסוהר בניהול פרטי;
- 2) למנוע בריחתם של האסירים הנתונים במשמורת בבית הסוהר בניהול פרטי;
- 3) לשמור על הסדר הטוב, המשמעת, והשגרה בבית הסוהר בניהול פרטי;
- 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;
- 5) למלא כל תפקיד נוסף שנקבע בהסכם, כי על מאבטח אסירים למלא.

"תפקידי  
מאבטח  
אסירים

הסמכויות המוקנות ל"מאבטח אסירים" לשם מילוי תפקידיו הנזכרים (סמכויות הנתונות כולן גם למנהל בית הסוהר בניהול פרטי ול"עובד זכיון בכיר") קבועות בסעיף 128 כזו לפקודת בתי הסוהר כדלקמן:

- 128 כזו. (א) בעת מילוי תפקידו ולשם כך בלבד, נתונות למאבטח אסירים הסמכויות הנתונות לסוהר לפי הוראות פקודה זו, לרבות סמכויות לבצע את הוראות המנהל או עובד זכיון בכיר, כאמור בסעיף 125 יח(ג)(1), (3), (5) ו-(6), בכפוף לשינויים אלה:
- (א) הסמכות לפי הוראות סעיף 95 לענין נשק שהוא כלי יריה במשמעותו בחוק כלי היריה, התש"ט-1949, נתונה למאבטח אסירים בנסיבות אלה בלבד:
- (1) בעת שהוא ממלא תפקידי אבטחה היקפית בחומות בית הסוהר בניהול פרטי או בסביבתו הקרובה של בית הסוהר;
- (2) בעת שהוא מלווה אסיר מחוץ לבית הסוהר בניהול פרטי;

"סמכויות  
מאבטח  
אסירים

(3) בנסיבות שבהן נגרמה פגיעה חמורה בסדר הטוב ובמשמעת בבית הסוהר בניהול פרטי, כאמור בסעיף 128(א)(1), על פי היתר מאת הנציב ובתנאים שנקבעו בהיתר;  
 (ב) הסמכות לבחינה חזותית של גופו העירום של אסיר בעת קבלתו למשמורת, לפי הוראות סעיף 95ד, תהיה נתונה לו רק על פי הוראה מאת המנהל או מאת עובד זכיין בכיר לפי הוראות סעיף 128(ג)(2);

(2) בסעיף קטן זה, "עובד זכיין בכיר" - עובד זכיין בכיר שהוסמך לכך לפי הוראות סעיף 128(2).

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

(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;

(3) שיפוט בעבירות בית סוהר, לפי סימן ה' 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).

סעיף 128 כז הנ"ל מקנה, אפוא, ל"מאבטח אסירים", שהוא כזכור עובד של הזכיין המפעיל את בית הסוהר בניהול פרטי, סמכויות הנתונות לסוהר של שירות בתי הסוהר וזאת בכפוף למגבלות מסוימות. סמכויות אלה כוללות, בין היתר, את הסמכות להשתמש בנשק כדי למנוע הימלטות של אסיר מבית הסוהר, הסמכות המסורה לשוטר 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) והסמכויות הקבועות בסעיפים 95ד ו-95ה לפקודת בתי הסוהר לערוך חיפוש על גופו של אסיר בעת קבלתו למשמורת ובעת שהייתו בבית הסוהר. הפעלתן של סמכויות אלה מביאה אף היא, כמובן, לפגיעה קשה בזכויות האדם של האסירים. עוד יצוין, כי

גם עובד זכייין, שאינו מאבטח אסירים, רשאי בנסיבות מסוימות להשתמש בכוח סביר ולנקוט אמצעי ריסון נגד אסיר, וזאת בהתאם לסעיף 128 כח לפקודת בתי הסוהר שקובע כדלקמן:

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

”סמכויות  
עובד זכייין  
לשימוש  
בכוח

(1) האסיר מבצע בפניו עבירת אלימות או גורם בפניו נזק של ממש לגוף או לרכוש;

(2) קיים חשש ממשי לפגיעה בבריאותו או בשלמות גופו של אדם;

(3) קיים חשש סביר כי האסיר נמלט או מנסה להימלט מבית סוהר בניהול פרטי.”

העתירה דנן אינה מופנית כנגד עצם קיומן של הסמכויות הפוגעניות הנזכרות ואינה מעלה טענות כנגד נחיצותן לשם הפעלתו וניהולו התקינים של בית סוהר. כאמור, טענות העותרים מכוונות כנגד החוקתיות של הקניית התפקידים והסמכויות האמורים לזכייין פרטי ולעובדיו.

היקף הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת

14. נקודת המוצא לבחינת חוקתיותו של תיקון 28 היא כי מדובר בחוק של הכנסת המבטא את רצון נבחרי העם, וככזה בית המשפט נדרש לכבדו; על כן לא בנקל יקבע בית המשפט שחוק מסוים אינו חוקתי (ראו: בג”ץ 3434/96 הופנונג נ’ יושב-ראש הכנסת, פ”ד נ(3), 57, 67 (1996) (להלן: פרשת הופנונג); בג”ץ 4769/95 מנחם נ’ שר התחבורה, פ”ד נז(1), 235, 263-264 (2002) (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, בעמ’ 68; בג”ץ 6055/95 צמח נ’ שר הביטחון, פ”ד נג(5), 241, 267-269 (1999) (להלן: פרשת צמח)). יחד עם זאת, על בית המשפט למלא את התפקיד המוטל עליו במשטרנו החוקתי ולבחון את חוקתיותה של החקיקה היוצאת מתחת ידי הרשות המחוקקת. בחינה זו תיעשה תוך הקפדה על האיזון העדין הנדרש בין העקרונות של שלטון הרוב



והפרדת הרשויות לבין ההגנה על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל. מכך אף מתחייב כי הבחינה החוקתית תיעשה בזהירות ובריסון ותוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שנבחרה על ידי המחוקק (ראו ע"פ 6659/06 עי"ד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.6.08), פסקה 29 לפסק הדין (להלן: פרשת עי"ד)). 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 עשויים 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 התימרון ובמרחב שיקול הדעת של המחוקק...קביעת המדיניות החברתית נתונה למחוקק, והגשמתה נתונה לממשלה, להם ניתן מרחב של תימרון חקיקתי" (ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997); כן ראו פרשת מנחם, בעמ' 263-264 לביקורת בדבר ההיקף המצומצם של התערבות שיפוטית במדיניות כלכלית ראו ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה" ספר יצחק זמיר על משפט ממשל וחברה, 583, 648-652 (2005)).

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 היקף הביקורת החוקתית על אותה חקיקה. בנסיבות מעין אלה הרכיב הדומיננטי בביקורת החוקתית יהיה אופי ועוצמת הפגיעה בזכויות האדם, 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 ואינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

15. הסוגיה החוקתית העומדת במוקד העתירה שלפנינו היא האם 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, האם ניתן לקבוע כי הפרטתן של סמכויות שלטוניות כאמור אינה חוקתית - גם אם נעשתה מכוח חקיקה ראשית של הכנסת.

בחינת חוקתיות תיקון 28 בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

16. בבואנו לבחון את טענות העותרים המבוססות על הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עלינו להכריע תחילה בשאלה האם הקניית הסמכויות השונות הכרוכות בניהול ובהפעלה של בית סוהר לזכייין פרטי, כפי שנעשתה במסגרת תיקון 28, פגעה בזכות חוקתית המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אם נמצא כי נפגעה זכות כזו יהיה עלינו לבחון האם מדובר בפגיעה כדין, היינו פגיעה העומדת במבחני פסקת ההגבלה בסעיף 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 במבחני פסקת ההגבלה, יהיה עלינו לקבוע מהו הסעד החוקתי המתאים בגין הפגיעה שלא כדין (באשר לשלושת שלבי הבחינה החוקתית ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (1995); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 517 (2004)).

17. השאלה הראשונה שבה עלינו להכריע, אפוא, היא האם בהוראות תיקון 28 טמונה 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 והשמתו במאסר פוגעת בזכותו לחירות ולחופש התנועה. כך גם כשהכליאה נעשית כדין. על הנחת יסוד זו מתווספת ההנחה שהיתה 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 הגשמת אינטרס ציבורי חיוני

המוכר בדין (ראו: בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם, 12.2.07), פסקה 11 לפסק הדין (להלן: פרשת רופאים לזכויות אדם)); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 152-156 (1996) (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" (ראו פרשת גולן, 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 ישנו חשש ממשי שהסמכויות שנקבעו בתיקון 28 יופעלו על ידי הזכייין הפרטי באופן פוגעני יותר כלפי זכויות האדם של האסירים מהאופן בו מופעלות הסמכויות המקבילות בבתי הסוהר המצויים בניהול שירות בתי הסוהר. ברובד האחר טוענים העותרים כי עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר לזכייין פרטי, פוגעת בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי.

כפי שנבהיר בהמשך, תיקון 28, המאפשר את הקמתו של בית סוהר שינוהל ויופעל על ידי תאגיד פרטי, מביא לפגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים שאמורים לרצות את עונשם באותו בית סוהר; וזאת, בשל עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לידי זכייין פרטי הפועל למטרות רווח. משכך, איננו נדרשים להכריע בטענות כבודת המשקל שהעלו העותרים באשר לפוטנציאל הפגיעה 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 במסגרת תיקון 28 בנוגע לאופי הסמכויות המוקנות לעובדי הזכייין, לפיקוח של המדינה על פעילות הזכייין הפרטי, לתמריצים הכלכליים שיעמדו בפני הזכייין ובפני המדינה בכל הנוגע לאופן הפעלת בית הסוהר ולתנאי הסף שנקבעו לכשירותם המקצועית של עובדי

הזכיון. כן העלו העותרים בהקשר זה טענות בדבר הפגיעה בזכויות אדם שנגרמה עקב הפעלת בתי סוהר בניהול פרטי במדינות אחרות, ובמיוחד בארה"ב.

19. כחנו את טענות העותרים המבוססות על החשש מפני פגיעה בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לבתי הסוהר הציבוריים. לעניין זה אנו סבורים כי החששות שמעלים העותרים אינם משוללי יסוד וכי אמנם קיים חשש שמא אופן הפעלת בית הסוהר בניהול פרטי יביא לפגיעה גדולה יותר בזכויות האדם של האסירים ביחס לבתי הסוהר הציבוריים, וזאת נוכח 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 לכלל מסקנה כי על אף שהחששות שמעלים העותרים אינם משוללי יסוד, עניינם הוא בפגיעה עתידית בזכויות אדם, שהפוטנציאל להתרחשותה אינו ודאי; ולפיכך ספק אם די בה כדי להקים בסיס חוקתי לפסילת חקיקה ראשית של הכנסת. בהקשר זה יוער, כי בטענות העותרים בדבר ההשלכות של הפרטת בתי סוהר במדינות אחרות (ובעיקר בארה"ב), אין די כדי לבסס קביעה חד-משמעית ומראש של בית משפט זה, לפיה דרך ההפעלה של בית סוהר בניהול פרטי תוביל בהכרח לפגיעה בזכויות אדם, שהיא באופן משמעותי רבה יותר מהפגיעה בזכויות אדם בבתי סוהר בניהול ציבורי. זאת, הן משום שההסדרים החקיקתיים באותן מדינות שונים מההסדר החקיקתי הקיים בישראל (במיוחד בכל הנוגע למידת הפיקוח של המדינה על הזכיון ולהיקף סמכויות הזכיון) והן משום שהנתונים ההשוואתיים עצמם אינם חד-משמעיים (ראו: Developments in the Law: The Law of Prisons: III. A Tale of Two Systems: Cost, Quality and Accountability Uri Timor, Privatization of ; in Private Prisons, 115 Harv. L. Rev. 1868 (2002) David E. ; Prisons in Israel: Gains and Risks, 39 Isr. L. Rev. 81, 85-88 (2006) Pozen, Managing a Correctional Marketplace: Prison Privatization in the United States and the United Kingdom, 19 J. L. & Politics 253, 271-276 (2003) (להלן: Pozen)). משכך, תתבסס הכרעתנו על ההנחה כי על אף הפוטנציאל הפוגעני עליו 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 לניהול בית סוהר מידי המדינה, הפועלת בשם הציבור, לידי של זכיון פרטי הפועל למטרת רווח, גורמת לפגיעה קשה וחמורה בזכויות האדם הבסיסיות של האסירים לחירות אישית ולכבוד

האדם – פגיעה שיש, כמובן, לבוחנה במשקפי 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, בו נאמר בזו הלשון:

”חירות  
אישית

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

הזכות לחירות אישית הינה ללא ספק מזכויות היסוד המרכזיות והחשובות בכל משטר דמוקרטי, והיא הוכרה בשיטתנו עוד בטרם עוגנה בחוק היסוד. שלילתה של זכות זו היא אחת מהפגיעות הקשות ביותר המתאפשרות במדינה דמוקרטית המקפידה על שלטון החוק ומגינה 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 פיזית, נפשית וערכית כאחד. על מעמדה המיוחד של הזכות לחירות אישית וההשלכות הקשות הנובעות מפגיעה בה עמד השופט זמיר בפרשת צמח:

”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" (ראו, פרשת צמח, בעמ' 261-262; כן ראו: פרשת ע"א, פסקה 28 לפסק הדין).

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

מהוראת סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עולה, כמובן, 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 ונודון לעונש מאסר, אין משמעות הדבר שלא 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 להוראות פסקת ההגבלה (ראו ע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 550 (2002)).

21. מעמדה החוקתי המיוחד של הזכות לחירות אישית והיותה תנאי למימוש זכויות אדם רבות אחרות מביאים לכך שהלגיטימיות של שלילת החירות תלויה במידה רבה בזהות הגורם המוסמך לשלול את החירות ובאופן בו נעשית שלילת החירות. עקרון היסוד החוקתי העומד בבסיס תפיסתנו זו הוא כי במדינה דמוקרטית, המכבדת זכויות אדם, ההצדקה הבסיסית לשלילת חירותו האישית של הפרט נעוצה בכך ששלילת החירות מביאה להגשמת 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 - ולעיתים אף לחייב - את שלילת חירותו של פרט מסוים, יכול להיות ממינים שונים. כך למשל, במקרה הרגיל, כאשר עסקינן בשלילת החירות האישית במסגרת ההליך הפלילי, מתבטא אותו אינטרס ציבורי בתכליותיה השונות של הענישה הפלילית - כגון הרתעה, גמול או שיקום. בנוסף 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), תשל"ט-1979 וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002).

22. לפי תפיסתנו שתפורט להלן, כיוון ששלילת הזכות לחירות אישית תהא מוצדקת אך ורק אם תיעשה במטרה לקדם אינטרס ציבורי חיוני או להגן עליו, השאלה האם הגורם השולל את החירות פועל בראש ובראשונה על מנת לקדם את האינטרס הציבורי (יהא אשר יהא), או שמא בראש מעייניו עומד אינטרס פרטי כלשהו היא שאלה

קריטית הניצבת בגרעין הקשה של הזכות לחירות אישית. התשובה לשאלה האמורה היא בעלת חשיבות ביחס לעצם הלגיטימיות של שלילת החירות. בהתאם לתפיסות 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 אותו 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 תפיסתנו המתוארת לעיל ואת האופן בו חלים עקרונות אלה ביחס לתיקון 28.

23. על-פי יסודות התפיסה המדינית המודרנית, אחד מהגורמים העיקריים שהביאו להתארגנות בני האדם בחברה, תוך הקניית סמכויות פוגעניות שונות לרשויות של אותה חברה, ובפרט לרשויות אכיפת החוק - לרבות הסמכות לכלוא עבריינים מורשעים מאחורי סורג ובריח - הוא השאיפה לקדם את ההגנה על הביטחון האישי והסדר הציבורי. תפיסה זו עומדת בבסיס הגישה של ראשוני ההוגים בהיסטוריה של הפילוסופיה המדינית המודרנית. תומס הובס עמד בחיבורו הקלאסי "לויתן", שפורסם לראשונה בשנת 1651, על מהות תפקידם של "הפקידים הציבוריים" המועסקים על ידי "הריבון":

"לביצוע. - פקידים ציבוריים הם גם כל אלה שייפוי- כוח להם מאת הריבון להביא לידי ביצועם של פסקי- הדין שניתנו, לפרסם את פקודותיו של הריבון, לדכא מהומות, לתפוש ולכלוא עבריינים, ולפעול פעולות אחרות שתכליתן שמירת השלום, כי כל פעולה שהם פועלים על-פי ייפוי כזה, היא פעולתה של הקהילה; ושירותם מקביל לשירותן של הידיים בגוף טבעי" (ראו תומס הובס לויטן (תרגום: יוסף אור, תשכ"ב), 238).

ביטוי נוסף לאופן שבו נתפס בהגות של תורת המדינה המודרנית תפקידה של "החברה המדינית" באכיפת החוק ובענישת העבריינים ניתן למצוא בחיבורו של הפילוסוף האנגלי ג'ון לוק, שפורסם בשנת 1690 - "המסכת השנייה על הממשל המדיני", שבו מציג לוק את עמדתו באשר למתן סמכויות השיפוט בעבירות והענישה עליהן בידי החברה ולא בידי כל אחד מהפרטים בתוכה:

"אולם מאחר שאין חברה מדינית יכולה להתקיים בלי שיהא לה לעצמה כוח-סמכות לשמור על הקנין, ולתכלית זו - גם לענוש את העבירות של כל הנמנים

עליה, על כן אי אתה מוצא חברה מדינית אלא אך ורק במקום שכל אחד מן התושבים ויתר על סמכות טבעית זו ומסר אותה ביד העדה לגבי כל המקרים שבהם אפשר לו לבקש מגן לעצמו בחוק שחוקקה העדה; וכך, מתוך שנפסל כל משפט פרטי של כל אחד מבני החברה בפני עצמו, קונה לה העדה את סמכות השפיטה. על ידי שקובעת העדה תקנות שוות לכל וממנה קצינים לשם ביצוען, פוסקת היא בכל סכסוך שעלול להתגלע בין 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" (ראו ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני (תרגום: יוסף אור, תשי"ט), 65).

תפיסה 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 בו נתפסים מהות המדינה ותפקידיה מאז המאה ה-17 ועד המאה ה-21, הרי דומה כי העיקרון המשטרי הבסיסי, לפיו המדינה באמצעות הגופים השונים הפועלים במסגרתה היא האחראית לביטחון הציבור ולאכיפת החוק הפלילי נותר בעינו במהלך כל אותן שנים, והוא חלק מהאמנה החברתית המקיימת גם את המדינה הדמוקרטית המודרנית. ביטוי לתפיסה 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, פ"ד נב(1) 289, 320 (1998):

"...[ש]היחסים בין הרשות לבין האזרח הם, הלכה למעשה, יחסים דו-סטריים. לכן, לדעתי, כנגד חובת ההגנות 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".



ברמה העקרונית הויכוח בין המצדדים בהפרטת בתי הסוהר והמתנגדים לה נשען במידה רבה על הדיון בשאלה מיהו הגורם המוסמך לבצע שלילת חירות לצורך אכיפת הדין הפלילי, והאם מותר וראוי לסטות מהכלל לפיו הפעלת הכוח לעניין זה היא בידי המדינה בשם הציבור שמכוחו היא פועלת; או שמא ניתן להפקיד כוח זה בידי גורם פרטי, לשם הדוגמא – בעל הון מעוניין. ויכוח זה מתנהל בין מלומדים ברמה האקדמית והציבורית, אך טרם הוכרע בבתי המשפט (ראו: Ira P. Robbins, The Impact of the Delegation Doctrine on Prison Privatization, 35 UCLA L. Rev. 911 (1988); Joseph E. Field, Making Prisons Private: An Improper Delegation of a Governmental Power, 15 Hofstra L. Rev. 649 (1987); Ahmed A. White, Rule of Law and Limits of Sovereignty: The Private Prison in Jurisprudential Perspective, 38 Am. Crim. L. Rev. 111, 134-145 (2001)). מכאן נגזר תפקידה הייחודי של המדינה באכיפת החוק הפלילי ובניהול בתי סוהר ציבוריים לצורך האמור. יפים בעניין זה דבריו של המלומד האמריקאי John J. Dilulio, 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. Dilulio, Jr. "The Duty to Govern: A critical Perspective on the Private Management of Prisons and Jails", Private Prisons and the Public Interest (Douglas C. McDonald, editor, 1990), 155, 175-176. ((Dilulio : להלן :

24. בהתאם לעקרונות המשטר האמורים ועל פי תפיסות היסוד החברתיות והמדיניות של שיטת המשטר בישראל המדינה - באמצעות הממשלה והגופים הכפופים לה – נתפסת כגורם שעליו מוטלת האחריות להבטחת הביטחון והסדר הציבורי ולאכיפת החוק הפלילי. זרועות הביטחון השונות במדינה – ובהן צה"ל, המשטרה, שירות בתי הסוהר ושירות הביטחון הכללי – כפופות למרות הממשלה, וככלל ראשיהן ממונים על ידה (ראו: סעיפים 2 ו-3 לחוק יסוד: הצבא, סעיף 8 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"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, כפיפות זרועות הביטחון השונות למרותה של הממשלה הנבחרת הייתה מאז ומתמיד אחד ממאפייניה הבולטים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מודרנית, וזהו אחד מעקרונות היסוד החוקתיים העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל (לעיגון החוקתי של מעמדם המיוחד של המשרתים בזרועות הביטחון השונות (לרבות שירות בתי הסוהר) ראו: סעיפים 7(8) ו-7(9) לחוק יסוד: הכנסת; וכן פסקת ההגבלה המיוחדת הקבועה בסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

25. בנוסף 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 המרכזיים במנגנון אכיפת המשפט הפלילי במדינה - הסמכות לשלול את חירותם של אלה שהורשעו על-פי הדין ונקבע 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 במסגרת הליך 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 בזכותו החוקתית של אותו אדם לחירות אישית. אולם, הפגיעה בפועל בזכות לחירות אישית מתרחשת יום בכל רגע שבו האסיר נמצא בין כתלי הכלא. אותה פגיעה בזכות לחירות אישית נעשית על ידי הגוף המנהל ומפעיל את בית הסוהר בו שוהה האסיר ועל ידי עובדי אותו גוף, שתפקידם העיקרי הוא להבטיח כי האסיר ירצה כנדרש את עונש המאסר שנגזר עליו (בכפוף, כמובן, להוראות הדין) ויציית לכללי ההתנהגות בכלא, המגבילים אף הם את חירותו האישית.

בישראל הסמכות להעניש אדם שהורשע על-פי הדין ולכלוא אותו בבית סוהר לשם ריצוי עונשו הינה, אם כן, אחת מסמכויותיה המובהקות של המדינה, כאשר על פי החוק הגוף האחראי למימוש תפקיד זה של המדינה הינו 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 הבטחוניים 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, 36 Conn. L. Rev. 879 (2004)).

26. המונופול הנתון למדינה - באמצעות הרשות המבצעת והגופים הפועלים במסגרתה - 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 הפעלת כוח זו הייתה 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 לגיטימיות דמוקרטית, ומדובר היה למעשה בהפעלה פסולה ושרירותית של אלימות. במישור האחר, העובדה שמי שמפעילים את הכוח המאורגן פועלים במסגרת המדינה וכפופים לדינים ולנורמות החלים על מי שפועל במסגרת גופי המדינה ואף לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי במובנו הרחב של מושג זה, יש בה כדי להפחית משמעותית את הסכנה כי הכוח הרב הנתון לאותם גופים ינוצל לרעה, וכי הסמכויות הפוגעניות הנתונות להם יופעלו באופן שרירותי או לקידומן של מטרות זרות. כמובן, ששני המישורים הללו קשורים ביניהם ומשפיעים זה על זה. זאת, שכן הלגיטימיות הדמוקרטית שניתנת לגופים שמפעילים כוח מאורגן בשם המדינה, היא שמאפשרת להם במובן המהותי להפעיל את הסמכויות הנתונות להם כלפי כל אדם. במקביל, בכך שאותם גופים פועלים במסגרת 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 Dilulio בזו 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" (Dilulio, בעמ' 173).

27. לאחר שעמדנו לעיל על העקרון 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 עקרון כללי זה לבין ההסדר שנקבע בתיקון 28. ההוראה המרכזית 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 הזכייין הפרטי, שאמור להקים, לנהל ולהפעיל את בית הסוהר בניהול פרטי. נוסח סעיף 128 יב מופיע בפסקה 11 לעיל, אולם מפאת חשיבותו לענייננו נחזור להלן על נוסח הסעיף:

128 יב. (א) הזכייין אחראי להקמה לניהול ולהפעלה תקינים של בית הסוהר בניהול פרטי ובכלל זה;

"אחריות  
הזכייין

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

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

(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.

(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.

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 שלטענת 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 משך תקופת המאסר, שכן להתנהגותו של האסיר בכלא ישנה 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 מהמפקחים הפועלים בבית הסוהר מטעם שירות בתי הסוהר).

28. הסמכויות הכרוכות בשמירה על הסדר הטוב, המשמעת וביטחון 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 בו מתרחשות (גם כאשר הוא פועל כדין) ועשויות להתרחש הפגיעות הקשות ביותר בזכויות אדם, אותן רשאית מדינה דמוקרטית מודרנית להשית על הנתונים למרותה.

כבר עמדנו על כך שבהתאם לערכי היסוד של החברה והמשטר בישראל הלגיטימיות של הפעלת סמכויות הכרוכות בפגיעה קשה בזכות החוקתית לחירות אישית, נובעת מכך שאותן סמכויות מופעלות מטעם ובשם המדינה, לאחר שהאדם שכלפיו הן מופעלות נשפט והורשע על ידי מערכת המשפט של המדינה. כליאתו של אדם בבית האסורים מבטאת את מיצוי ההליך הפלילי שננקט 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 העקרון המשטרי בדבר המונופול המוקנה למדינה על הפעלת כוח מאורגן לשם

קידום האינטרס הציבורי הכללי. בהקשר זה יש לזכור כי שלב הענישה של עברייני פלוני, שהורשע על ידי בית משפט מוסמך ונגזר דינו למאסר, אינו שלב "יישומי-טכני" בלבד של הדין הפלילי; אלא מדובר בחלק מהותי ובלתי נפרד מההליך הפלילי בו נוקטת המדינה כלפי הפרט, שבלעדיו מאבדים החלקים 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 והפעלת בתי סוהר על המדינה (ראו Field, בעמ' 669).

29. היקף הזכות לחירות אישית והסמכות לפגיעה כדין בזכות זו נגזרים מהעקרונות הבסיסיים של שיטת המשטר בישראל עליהם עמדנו בדבר אחריות המדינה והפועלים מטעמה לשמירה על הסדר הציבורי ולאכיפת החוק הפלילי; אחריות המצדיקה מתן סמכויות נרחבות לפגיעה בזכויות אדם בידי 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 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 תאגיד פרטי הלגיטימיות של עונש המאסר נפגעת; שכן העונש נאכף על ידי גורם המונע בראש ובראשונה משיקולים כלכליים, שהם למעשה שיקולים זרים בכל הנוגע להגשמת 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 האם ניתן להפקיד את הכוח לשלילת החירות בידי גורם הפועל מתוך מטרה לקדם אינטרס שהוא פרטי בעיקרו.

תיקון 28 קובע הסדר שמסמיך תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח לפגוע בזכות החוקתית לחירות אישית; 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 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 ובהפעלתו של בית סוהר, וזאת בשני היבטים. ראשית, המדינה, לאחר שקבעה באמצעות כתי 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 תתרחש באותו בית סוהר פגיעה קשה יותר באסירים עקב התנאים הפיזיים והאמצעים 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 לאופן שבו נשללת החירות. היקפה הרחב של הזכות המוגנת בא לידי ביטוי באופנים שונים והוא המצדיק גם את הרחבת מידת ההגנה עליהם. הזכות לחירות אינה נפגעת רק מעצם שלילתה הטוטלית. מדרג הפגיעה בזכות הוא רחב ומורכב. באופן בו נעשית הפגיעה בזכות החוקתית, בטיב הפגיעה ובעוצמתה יש מטבע הדברים כדי להשפיע על בחינת חוקתיות הפגיעה במשקפי פסקת ההגבלה (ראו והשוו: בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 681-683, 692-693, 694-699 (1999); פרשת מנחם, בעמ' 260-261).

31. בהקשר זה יצוין, כי איננו רואים לקבל את טענת הזכיינית לפיה כל שתיקון 28 קובע הוא בגדר הסתייעות באחר ולא בגדר האצלה או העברה של סמכויות. כידוע, ההבחנה בין הסתייעות של רשות בגורם פרטי לשם ביצוע תפקידיה לבין אצילה של סמכויות לגורם פרטי התפתחה במשפטנו המינהלי, כאשר ההבחנה 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, פ"ד מו(1) 410, 422-424 (1992); בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הוטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202 (2004); יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב', 550-

541, 561-562 (1996)). בנסיבות העניין שלפנינו - אף אם ישנם הבדלים מסוימים בין היקף הסמכויות הנתונות לעובדי הזכייין הפרטי המפעיל את בית הסוהר להיקף הסמכויות הנתונות לסוהרים של שירות בתי הסוהר - הרי בחינה של הוראות תיקון 28 מעלה כי סמכויות רחבות היקף הכרוכות בניהול השוטף של בית הסוהר, לרבות אכיפת הסדר והמשמעת בו, הוענקו לזכייין הפרטי.

הסמכויות הנתונות לזכייין הפרטי אינן סמכויות טכניות בלבד אלא מדובר בסמכויות פוגעניות, הכרוכות באופן שגורתי בהפעלת שיקול דעת מצד מנהל בית הסוהר מטעם הזכייין ומצד העובדים הכפופים לו, שבידיהם שליטה על התנהלות שגרת החיים היומיומית של האסירים בבית הסוהר. זאת ועוד, מטבע הדברים ניהולו והפעלתו של בית סוהר מחייבים התמודדות עם סיטואציות בלתי-צפויות תוך מגע בלתי אמצעי עם האסירים וקבלת החלטות מהירות באופן מיידי, כאשר הפיקוח והבקרה על קבלת ההחלטות ועל אופן הפעלת שיקול הדעת יכולים להיעשות רק בדיעבד. אכן, דומה כי בכל הנוגע להתנהלותם של בתי סוהר פרטיים קיים קושי משמעותי 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*, 75 (2000) 632-633, *Dilulio ; N.Y.U.L. Rev.* 543, בעמ' 176). בנסיבות אלה ברי כי ההסדרים שנקבעו במסגרת תיקון 28 הם בגדר העברה (או למצער האצלה) של סמכויות משירות בתי הסוהר לזכייין הפרטי, שאחראי לניהולו ולהפעלתו של בית הסוהר, ואינם אך בגדר הסתייעות של בעל הסמכות השלטונית בגורם פרטי, כפי שטוענת הזכיינית.

32. נזכיר עוד, כי בטיעוניהן בתשובה לעתירה טענו המשיבות (המדינה והזכיינית) כי ישנם הסדרים נוספים שונים בחוק המאפשרים את הפעלתן של 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, פ"ד נה(3) 79 (2001); בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652 (2003)); האפשרות, הקבועה בסעיף 5 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, למנות אדם פרטי שהוסמך לכך ל"בעל תפקיד" לצורך הוצאתם לפועל של פסקי דין אזרחיים; וקיומם של מוסדות סיעודיים ופסיכיאטריים הפועלים למטרות רווח ושלאנשי הסגל בהם יש שליטה מלאה על ההיבטים השונים של חיי השוהים בהם. שאלת חוקתיותם וחוקיותם של הסדרים אלה אינה מתעוררת בעתירות שלפנינו, ולפיכך איננו 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 ובהפעלתו של בית סוהר, שהן העומדות על הפרק בעתירה שלפנינו (לדיון בשאלת המגבלות החוקתיות וחוקיות המוטלות על תהליך ההפרטה ראו: דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209 (2001); דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461 (2008); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287 (2007); כן השוו: Clayton P. Gillette & Paul B. Stephan III, Constitutional Limitations on Privatization, 46 Am. J. Comp. L. (1998) 481).

33. סיכומם של דברים; המסקנה אליה 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 מעצם טיבה רבה יותר בהשוואה לעוצמת הפגיעה באותה זכות של אסיר שהגוף האחראי לכליאתו הוא גוף ממשלתי שאינו פועל משיקולים דומים; וזאת, גם אם משך המאסר אותו מרצים שני האסירים הללו זהה וגם אם הפגיעה בזכויות האדם המתרחשת בפועל בין כתליו של כל אחד משני בתי הסוהר בהם הם מרצים את עונשיהם היא זהה. נוכח מסקנה זו נשאלת השאלה, אליה נידרש בהמשך, והיא האם ניתן לקבוע כי פגיעה עצמאית זו נעשית כדין בהתאם לפסקת ההגבלה.

הפגיעה של תיקון 28 בזכות החוקתית לכבוד האדם

34. בנוסף 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:

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

על מנת שנוכל לבחון את הטענה בדבר הפגיעה בכבוד האדם הנגרמת כתוצאה מהוראת 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 לאיכות השלטון נ' הכנסת (טרם פורסם, 11.5.06) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון) נקבע כי המודל שאומץ בבית המשפט העליון בכל הנוגע להיקף פרישתה של הזכות החוקתית לכבוד האדם הוא "מודל הביניים"; היינו הזכות לכבוד האדם אינה כוללת אך את 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:

"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 בה 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" (ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, פסקה 35 לפסק דינו של הנשיא ברק).

35. יהא תוכנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם אשר יהא, אין חולק כי הזכות לכבוד חלה ביחס למניעת השפלתו של אדם ומניעת פגיעה בצלם האנוש שלו ובערכו כאדם. הזכות לכבוד האדם הינה זכות ממנה 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) 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, פ"ד לד(3) 294, 298 (1980):

“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 העצור לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו”.

קביעה זו בדבר זכותם של אסירים ועצירים לכבוד האדם קיבלה, כמובן, משנה תוקף עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והפיכתה של הזכות לכבוד האדם לזכות חוקתית-על-חוקית, שאותה חייבת כל רשות שלטונית לכבד. על החשיבות החברתית שיש לייחס להגנה על כבוד האדם של אסירים עמד השופט (כתוארו אז) א' מצא בזו הלשון:

“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 אסירה, מפרה את חובתה, המוטלת עליה כלפי כלל אזרחיה ותושביה, לכבד את זכויות היסוד של האדם” (ראו פרשת גולן, בעמ' 256).

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

כליאתם של אסירים בבית סוהר בניהול פרטי מביאה למצב שבו התכליות הציבוריות המובהקות של המאסר מתערבבות ונמהלות בשיקולים שאינם ממין העניין, הנובעים ממטרה כלכלית פרטית – קרי רצונו של התאגיד הפרטי שמפעיל את בית

הסוהר להשיא את רווחיו הכספיים. כתוצאה מכך יש 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 ומפעיל את בית הסוהר. ודוקו: עצם קיום 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 כתלי הכלא (השוו לעניין הסוגיה של העסקת עובדים בבית הסוהר, בג"ץ 1163/98 שדו"ת נ' שירותו בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001)).

37. הפגיעה המתוארת לעיל בכבוד האדם של האסירים, הנובעת מעצם קיומו של בית סוהר בניהול פרטי, מועצמת מטבע הדברים בשל אופיין הפוגעני של הסמכויות, שתיוקן 28 מאפשר לזכיין הפרטי ולעובדיו להפעיל כלפי האסירים מעבר לפגיעה הטמונה בכליאה כשלעצמה; ובהן, 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 ולקחת דגימות שתן מאסירים. עוד יצוין, כי איננו רואים לקבל את טענת המדינה, לפיה הפגיעה הנובעת מעצם הפעלת המרות כלפי אסיר על ידי עובד חברה פרטית נעוצה בתחושתו הסובייקטיבית של הטוען, אולם אין מדובר בטענה משפטית במהותה. הפגיעה בכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי איננה 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 תיוקן 28 טמון במשמעות החברתית והסמלית המיוחסת לכליאה בבית סוהר בניהול פרטי. על היבט זה של הזכות לכבוד האדם, המייחד אותה לעומת זכויות 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 אם המקור של אותה משמעות סמלית הוא בתוכן הגלוי והמפורש שלה, ובין אם מקורה הוא במוסכמות חברתיות כאלה או אחרות בנוגע למעשה או למוסד האמורים; כל זאת, ללא תלות הכרחית בנתונים האמפיריים 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 (2002) 162).

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

39. תיקון 28 פוגע אמנם, כפי שהסברנו לעיל, בזכות החוקתית לחירות אישית; אולם בנוסף הוא פוגע בפגיעה "עצמאית", כמתואר לעיל, בכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי. זאת, שכן כליאתו של אדם בבית סוהר בניהול פרטי מנוגדת לתפיסה הבסיסית של החברה בישראל (תפיסה עליה 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 והן ברמה הערכית והסמלית – הסרת חלק ניכר מאחריות המדינה לגורלם של האסירים, תוך 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 ומקנות 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 ובריה תוך הפקת רווח כספי מכליאתם (ראו בהקשר זה Ira P. Robbins, Privatization of Corrections: Defining the Issues, 40 (Vand. L. Rev. 813, 826-827 (1987)).

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

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

41. אכן, נכונה טענת המשיבים כי נעשה על ידי המחוקק ניסיון משמעותי לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם הנגרמת על ידי תיקון 28; חשוב לציין כי לא נקבעו במסגרת התיקון הוראות המתירות פגיעה חמורה יותר בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לפגיעה בזכויות האדם של האסירים בבתי הסוהר בניהול ציבורי. בנוסף יש לציין כי סמכויות פוגעניות מסוימות הנתונות לסוהרי שירות בתי הסוהר - ובהן הסמכות לשיפוט משמעתי של אסירים והסמכות להורות על הארכת משך התקופה בה מוחזק אסיר בהפרדה מינהלית מעבר ל-48 שעות - אינן מוקנות לעובדי הזכייין הפרטי. לא זו אף זו, סעיף 128א לפקודת בתי הסוהר, שנחקק במסגרת תיקון 28, מסדיר את האופן בו יחולו הוראות הדין המתייחסות לבית סוהר בניהול ציבורי על בית סוהר בניהול פרטי; ובהקשר זה קובע סעיף 128א(ג)(1) לפקודה כי לאסיר הנתון במשמורת בבית סוהר בניהול פרטי תהיינה כל הזכויות, טובות ההנאה והשירותים הניתנים לאסיר בבית סוהר שאינו בניהול פרטי. זאת ועוד, סעיף 128ט לפקודת בתי הסוהר מחיל על "הזכייין, בעלי השפעה ניכרת בו, המנהל ועובדי הזכייין" את הוראות חוק העונשין, תשל"ז-1977 החלות על עובדי ציבור (השוו דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (טרם פורסם, 2.3.09)). הוראה זו נועדה אף היא להביא להשוואת הנורמות המשפטיות להן 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 המנהלי, בהיותו גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין לפי סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד:

השפיטה. בהתחשב בכך, ומשמוטלות על סמכויות 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. בנוסף להוראות שתוארו לעיל, שנועדו להשוות את מצבם הנורמטיבי של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי לזה של האסירים בבתי הסוהר הציבוריים, נקבעו במסגרת תיקון 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, שכפי הנראה הם מקיפים יותר ממנגנוני הפיקוח הקיימים במדינות אחרות בהן מופעלים בתי סוהר פרטיים במתכונת דומה יש, לכאורה, כדי להפחית את החשש כי הפגיעה בזכויות אדם בבתי הסוהר בניהול פרטי תהיה משמעותית יותר מזו הקיימת בבתי הסוהר של שירות בתי הסוהר (באשר למנגנוני הפיקוח על בתי סוהר פרטיים הקיימים בארה"ב, בריטניה ומדינות נוספות ראו: Pozen, Catherine M. Donnelly, Delegation of Governmental Power to Private ; 281-276 בעמ' Richard W. ; (Donnelly : להלן: Parties – A Comparative Perspective (2007), 105-108 Harding, Private Prisons and Public Accountability (1997), 51-55). בהקשר זה מן הראוי לציין עוד, כי על-פי חזקת החוקתיות ממנה נהנה תיקון 28 עלינו להניח כי מנגנוני הפיקוח שנקבעו במסגרת התיקון יפעלו כראוי; ומכל מקום, הטענות באשר לאופן הפעלתם הן מטיבן טענות שמתאימות לבירור במסגרת עתירה בעלת אופי מנהלי ולא בעתירה חוקתית.

לא נעלם מעינינו כי במסגרת תיקון 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:

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

הוראה זו אכן נועדה לצמצם את החשש כי תמריצים כלכליים שיניעו את הזכיין 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 הזכיין הפרטי, כמו גם ההגבלות השונות על היקף סמכויותיו, כפי שנקבעו במסגרת תיקון 28, מלמדים כי גם המחוקק היה מודע לקושי החוקתי הטמון בהעברת 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 זכיין פרטי. כפי שהובהר בהרחבה בפסקאות 29-30 ו-36-39 לעיל, ומהטעמים שהובאו שם, נוכח עוצמת הפגיעה בזכויות החוקתיות, הנגרמת כתוצאה מעצם העברת סמכויות הכליאה והסמכויות הפוגעניות הכרוכות בהן לידי תאגיד פרטי, אין די בפיקוח ציבורי כדי להסיר את הפגיעה ואת הנזק הכרוך בה. לעניין היחס בין הפגיעה לאפשרויות הפיקוח נשוב בהמשך ביתר פירוט בפסקאות 52-54 להלן.

בחינת עמידתו של תיקון 28 במבחני 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, אנו נדרשים לבחון האם מדובר בפגיעה מותרת. אכן, הזכויות לחירות אישית ולכבוד האדם, כזכויות 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 בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת בזו הלשון:

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." פגיעה בזכויות

פסקת ההגבלה מבטאת את האיזון שנקבע במשפט החוקתי הישראלי בין זכויות הפרט לבין צרכי הכלל וזכויותיהם של פרטים אחרים. היא משקפת את תפיסתנו



החוקתית לפיה 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 כד כבוד היא מגדירה מהם התנאים בהם 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, פ"ד ס(1) 38, 52 (2005); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 546 (2005) (להלן: פרשת המועצה האזורית חוף עזה)). פסקת ההגבלה קובעת כי ארבעה תנאים מצטברים צריכים להתקיים על מנת שפגיעה בזכות חוקתית, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תהיה כדין: הפגיעה בזכות צריכה להיעשות בחוק (או מכוח הסמכה מפורשת בחוק); החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל; על תכלית החוק להיות תכלית ראויה; והפגיעה בזכות החוקתית צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש. היה ואחד מארבעת התנאים הללו אינו מתקיים, משמעות הדבר היא כי הפגיעה בזכות החוקתית אינה כדין, וכי הוראת חוק הפוגעת בזכות החוקתית היא בלתי-חוקתית. משמצינו כי תיקון 28 פוגע בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, עלינו לבחון האם מתקיימים לגבי תנאי פסקת ההגבלה.

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, לפיו החוק הפוגע בזכות החוקתית יהיה הולם לערכי מדינת ישראל, איננו 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 ודמוקרטית" (ראו בג"ץ 5026/04 הנ"ל, בעמ' 53). בעתירתם העלו העותרים טענה כי תיקון 28 אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית בשל פגיעתו בעקרון הפרדת הרשויות. איננו רואים לקבל טענה זו במקרה שלפנינו. אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית כוללים גם את עקרון הפרדת הרשויות וייתכן שפגיעה קשה במיוחד בעקרון זה בחוק פלוני תצדיק קביעה בדבר אי-חוקתיותו של אותו חוק, כיוון שאינו 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; ולפיכך ניתן להניח כי התנאי בדבר הלימה לערכיה של מדינת ישראל מתקיים בתיקון 28.

התנאי השלישי הקבוע בפסקת ההגבלה הוא כי הפגיעה בזכות החוקתית תיעשה לתכלית ראויה. תכליתו של חוק תיחשב לתכלית ראויה, כאשר הוא נועד להגן על זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן (ראו פרשת מנחם, בעמ' 264). מהותה של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה עשויות אף הן להשליך על היותה של תכלית החוק הפוגע "תכלית ראויה" (ראו פרשת עי"א, פסקה 30 לפסק הדין). לטענת המדינה, תכליתו של תיקון 28 היא להביא לשיפור ישיר ועקיף בתנאי הכליאה של האסירים בעלות תקציבית מופחתת. תכלית זו של שיפור תנאי הכליאה של אסירים בישראל - גם אם היא משולבת בתכלית כלכלית - היא תכלית ראויה. 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 בהם תכלית כלכלית זו או אחרת תיחשב לתכלית ראויה המצדיקה פגיעה בזכויות אדם; והכל תלוי בסוג התכלית וחשיבותה לאינטרס הציבורי, ובמידת הפגיעה בזכות החוקתית (ראו למשל: בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 739-740 (2004); בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 10.5.06), פסקה 11 לפסק הדין). כפי שנבחר בהמשך, משקלה של התכלית הכלכלית בתיקון 28 הוא משמעותי ביותר, ובהיבט זה יש כדי להשפיע על האופן בו נבחנת עמידתו של תיקון 28 בדרישת המידתיות - על האיזון 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 תנאי הכליאה, כפי שזו באה לידי ביטוי בתיקון 28, כדי למנוע מהתיקון לעמוד בדרישת התכלית הראויה. מכאן שעלינו לבחון האם האמצעים שנבחרו על ידי המחוקק להגשמת תכליתו הראויה של תיקון 28 מקיימים את דרישת המידתיות.

46. התנאי הרביעי הקבוע בפסקת ההגבלה, שבויתמקד עיקר דיוננו, 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.

בפסיקת 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 אותה הוא נועד להגשים. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לצורך מבחן עלינו לבדוק האם מבין האמצעים האפשריים להגשמת תכלית החוק הפוגע נבחר האמצעי שעוצמת פגיעתו בזכות החוקתית המוגנת היא הקטנה ביותר האפשרית. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות כמוכן הצר. מבחן זה מחייב את קיומו של יחס סביר בין הזכות החוקתית המוגנת לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה (ראו: פרשת מנחם בעמ' 279-280; פרשת התנועה לאיכות השלטון, פסקאות 57-61 לפסק דינו של הנשיא ברק).

שלושת מבחני המשנה המתוארים אינם מחייבים תמיד בחירה באפשרות אחת בלבד לשם הגשמת תכלית החקיקה. במקרים רבים עשויות לעמוד בפני המחוקק מספר אפשרויות הנבדלות ביניהן בעוצמת הפגיעה בזכות החוקתית שעל הפרק ובמידת ההגשמה של תכליות החקיקה הרלוונטיות. כאשר ישנן אפשרויות שונות שעשויות לעמוד בדרישת המידתיות נתון למחוקק מרחב תמרון חקיקתי, המכונה על ידינו "מתחם המידתיות", שבתוכו יכול 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 ידו חורג באופן משמעותי מגדריו של מתחם התמרון החקיקתי הנתון לו והוא בלתי-מידתי באופן ברור (ראו: פרשת מנחם, בעמ' 280; עע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 812-813 (2004); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 550-552).

47. בכל הנוגע למבחן המשנה הראשון של המידתיות – התאמת האמצעי החקיקתי שנבחר לתכלית החקיקה – נסבה המחלוקת בין הצדדים על השאלה האם 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 הפרטת בתי סוהר לבין חיסכון כלכלי, ולטענתם מסקנה זו עולה אף ממחקרים אקדמיים שונים. המדינה גורסת, לעומת זאת, בהסתמך על חוות דעת שהוגשה לוועדת המכרזים של פרויקט בית הסוהר בניהול פרטי, כי הצעתה של הזכיינית שזכתה במכרז צפויה להביא לחיסכון למדינה המוערך בכ-20%-25% בהשוואה לעלות של הפעלת בית סוהר בסטנדרטים דומים, המוקם ומופעל על ידי שירות בתי סוהר; כאשר 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 תנאי הכליאה של האסירים, היא שאלה התלויה מטבע הדברים באופן היישום בפועל של הוראות תיקון

28. במקרה שלפנינו אין מדובר במצב בו על פני הדברים לא קיים קשר רציונלי בין הוראות דבר החקיקה שפוגע בזכות החוקתית המוגנת לבין התכליות אותן 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; ואף אין בידינו לקבוע כי תיקון 28 אינו מסוגל על פניו להגשים את המטרות של חסכון תקציבי ושיפור תנאי הכליאה של האסירים העומדות בבסיסו. לכן, מוכנים אנו להניח לצורך הדיון כי הקשר הרציונלי באשר לתכלית 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 הקמת 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 תנאי 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 ומשמעותיים. המדינה מוסיפה וטוענת כי בעת גיבוש המדיניות בנוגע להפרטת בתי הסוהר נבחן גם "המודל הצרפתי" בתחום זה. בהתאם ל"מודל הצרפתי" להפרטת בתי סוהר (שנוהג במתכונת דומה גם בגרמניה) מתקיים שיתוף פעולה בין המדינה לבין היזם הפרטי בהפעלת בית הסוהר; והוא 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 הפרטת 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 בהפעלת בתי סוהר הוחלט כי ההפרטה תיעשה בהתאם ל"מודל האנגלי" (ולטענת המדינה בהתאם ל"מודל אנגלי משופר"), שבו הניהול של בית הסוהר נמסר ליזם פרטי, שפועל תחת פיקוח של המדינה, המותרת לעצמה מספר סמכויות מצומצם (בעיקר סמכויות שיפוט וענישה). הנימוק העיקרי שהובא בטיעוני המדינה לדחיית "המודל הצרפתי" להפרטת 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 כנגד "המודל הצרפתי" אשר לדעת רבים אינו מביא לידי ביטוי את יתרונות ההפרטה ומעורבותו של הסקטור הפרטי, וכי ההפרדה בין הפונקציות הבטחוניות לפונקציות המנהלתיות מקשה על יצירת מדיניות אחידה וקביעת יעדים. הזכיינית מוסיפה עוד, כי למיטב ידיעתה, בשלב בו שקלה המדינה את יישום "המודל הצרפתי" התגלה קושי רב במציאת גורמים בינלאומיים שיהיו מוכנים להיכנס להשקעה ולשותפות בישראל במודל זה. מטעוניהם אלה עולה, אפוא, כי לשיטת המדינה והזכיינית המודל שאומץ בסופו של דבר בתיקון 28 הוא המגשים בצורה המיטבית את התכליות, אותן נועדה הקניית סמכויות הניהול וההפעלה של בית סוהר לזכיין פרטי להגשים.

49. מתצהיר התשובה של המדינה עולה, אם כן, כי לאחר שנבחנו חלופות אפשריות שונות לגבי אופן ביצוע ההפרטה, שלכל אחת מהן ישנן משמעויות 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 במהותו שלטוני יועברו לעובדי היזם הפרטי, היא מביאה לפגיעה קשה יותר בחירות האישית ובכבוד האדם של האסירים בהשוואה ל"מודל הצרפתי" להפרטת 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 כדי 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 האם אותו אמצעי פוגעני פחות מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר על ידי המחוקק (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.06) (להלן: פרשת עדאלה), פסקאות 88-89 לפסק דינו של הנשיא ברק). המדינה טוענת, בכל הנוגע לקושי ביישום המודל הצרפתי כי מודל זה אינו מגשים את התכלית של שיפור תנאי הכליאה תוך חיסכון תקציבי באותה מידה בה עשויה להיות מוגשמת תכלית זו על ידי תיקון 28. כיוון שאין באפשרותנו לקבוע באיזה אופן פחות פוגעני תתקיים התכלית המשולבת של שיפור תנאי הכליאה תוך חיסכון תקציבי, העומדת לטענת המדינה ביסוד תיקון 28, ומאחר שעניין זה מטבע הדברים טעון הוכחה שאיננה לפנינו, המסקנה המתבקשת מכך היא כי תיקון 28 עומד אף במבחן המשנה השני של המידתיות.

50. מבחן המשנה השלישי של המידתיות הוא מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה הוא במהותו מבחן ערכי ובמסגרתו יש לבחון האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה שחוקתיותו עומדת על הפרק, לבין הנזק לזכות החוקתית הנגרם על ידי אותו דבר חקיקה (ראו: פרשת המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 550; פרשת התנועה לאיכות השלטון, פסקה 60 לפסק דינו של הנשיא ברק). קיומו של יחס ראוי זה נבחן על ידי עריכת איזון בין החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים העומדים בבסיס התועלת הציבורית הצפויה מדבר החקיקה ואל מול מידת הנזק לזכות האדם הנפגעת. במסגרת מבחן משנה זה עלינו לבחון את תוספת התועלת החברתית הצומחת מדבר החקיקה בהשוואה למצב לפני חקיקת החוק לבין תוספת הנזק לזכות החוקתית הנגרמת בעקבות חקיקת החוק (ראו פרשת עדאלה, פסקאות 92-91 לפסק דינו של הנשיא ברק). מבחן המשנה השלישי של המידתיות מניח כי הפגיעה החוקתית עמדה בשני המבחנים הראשונים של המידתיות. הוא מניח כי קיים קשר רציונלי בין דבר החקיקה הפוגע לבין התכלית אותה נועד דבר החקיקה להגשים, וכי האמצעי שנבחר על ידי המחוקק פוגע את הפגיעה הפחותה ביותר האפשרית בזכות החוקתית, הנדרשת לשם הגשמת תכלית החקיקה. בכפוף לקיומן של דרישות אלה בודק מבחן המשנה השלישי האם תכלית החקיקה מצדיקה את האמצעים שנבחרו להגשמתה. על תפקידו המיוחד של מבחן המשנה השלישי של המידתיות עמד הנשיא (בדימ') ברק בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 12.12.06) בזו הלשון:

"קיים שוני מהותי בין מבחן 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, הפגיעה בזכות האדם – יהא שיעורה אשר יהא – מקיימת את תנאי המשנה. מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו 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 התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (ראו בג"ץ 8276/05 הנ"ל, פסקה 30 לפסק הדין).

בפרשה שלפנינו אנו נדרשים, במסגרת מבחן המידתיות במובן 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 במסגרת תיקון 28, עליהן עמדנו בפסקאות 41-42 לעיל, שנועדו להתמודד עם החששות מפני פגיעה בזכויות האדם של האסירים כתוצאה מהעברת סמכויות הכליאה לידי תאגיד פרטי המונע מתוך רצון להשיא את רווחיו הכספיים.

51. בדיוננו לעיל עמדנו בהרחבה על סוג הפגיעה בזכויות אדם שתיקון 28 יצר. בפסקאות 22-30 לעיל פירטנו את המשמעויות המיוחדות של הפגיעה בחירות כתוצאה מהפרטת הכלא. בין היתר, הבהרנו שהפגיעה בזכויות לחרות 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. בנסיבות של בית סוהר בניהול פרטי מתבטאת הפגיעה במיחות ובמהות הגוף שלו הוקנו הסמכויות לפגוע בחירויות בהתאם למתכונת הקבועה בתיקון 28 לפקודת בתי הסוהר.

ציינו את הלגיטימיות הדמוקרטית שיש בהפעלת הכוח בידי המדינה, לשם הגבלת חירותם של פרטים ולשלילת זכויותיהם השונות, כאשר פגיעה זו מבוצעת 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 הפרטת בתי הסוהר, יש הבדל משמעותי בין מצב בו מי שמחזיק במפתחות הכלא זו המדינה בשמו של הציבור ומטעמו, כאשר האסיר הוא אחד מאלה הנמנים עם אותו ציבור; לבין מצב בו מופקד המפתח בידיו של בעל עניין כלכלי המייצג את האינטרס הכלכלי האישי שלו (ראו, Nils Christie, *Crime Control as Industry* (2nd edition, 1994), 104). הבדל זה הוא משמעותי לעניין סוג הפגיעה ועוצמתה. ביצוע מאסר המבוסס על התכלית הכלכלית הפרטית הופך את האסירים, מעצם כליאתם בבית סוהר פרטי, לאמצעי להפקת רווחים כספיים של בעל הזיכיון או מפעיל הכלא; ובכך 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, במסגרת מבחן המשנה השלישי של המידתיות, את מה שמונח מנגד על כפות המאזניים

- התועלת הציבורית אותה נועד תיקון 28 לקדם. המדינה בתצהיר התשובה מטעמה טענה כי תועלת זו היא תועלת משולבת – השגת חסכון 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) להגיע 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). השאלה שניצבה בפניה הייתה באיזה אמצעי עליה לנקוט על מנת להתמודד עם מצוקה זו, ובנסיבות אלה בחרה המדינה באמצעי, שלשיטתה הוא המשתלם ביותר כלכלית לשם התמודדות עם המצוקה האמורה. המטרה שעמדה ביסוד חקיקתו של תיקון 28 וביסוד ההסדרים המיוחדים שנקבעו במסגרתו הייתה, אפוא, מטרה כלכלית. בעינינו זוהי התועלת הציבורית המרכזית אותה ביקש תיקון 28 להשיג וזהו ה- *raison d'être* שבבסיסו; שהרי אלמלא שיקול החסכון הכלכלי היה השיקול המרכזי שעמד בפני המחוקק, לא היה כלל צורך בחקיקת תיקון 28, וניתן היה להתמודד עם בעיית הצפיפות בבתי הסוהר באמצעות הקמת בתי סוהר ציבוריים נוספים או על ידי שיפור בתי הסוהר הציבוריים הקיימים, בהתאם למסגרת הנורמטיבית שהייתה קיימת עד לחקיקת תיקון 28. ניתן, אפוא, לומר על אף שתיקון 28 נולד מתוך שאיפה לשפר את תנאי הכליאה של האסירים, הרי תכליתו של ההסדר החקיקתי הקונקרטי שנבחר כאמצעי להגשמת שאיפה ראויה זו היא השגת חסכון כלכלי רב ככל הניתן עבור המדינה.

חשוב לציין בהקשר זה, כי מנגנוני ההגנה המיוחדים על זכויות האסירים שנקבעו מסגרת תיקון 28, שבהן תולות המדינה והזכיינית את יהבן בתשובותיהן לעתירה, אינם מהווים חלק מהתועלת הציבורית אותה נועד תיקון 28 להגשים. בחינת מנגנונים אלה כמכלול – החל במגבלות מסוימות שהוטלו על סמכויות 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 במסגרת תיקון 28. הנהגתם של מנגנונים אלה מהווה, כפי שצינו 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. לא 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 העברת סמכות הכליאה לזכייין פרטי על מנת להשיג במהלך זה חסכון כספי רב ככל האפשר עבור המדינה. בהקשר זה נוסף עוד, כי אנו סבורים כי קיים קושי מובנה בהערכת התועלת הכלכלית הצפויה למדינה כתוצאה מהפעלת בית הסוהר בניהול פרטי, בוודאי כאשר מדובר בתקופת זיכיון של כמעט 25 שנה. על פני הדברים נוכח מגנוני הפיקוח שעל המדינה להפעיל בהתאם לתיקון 28 נראה כי ניתן להטיל ספק בעצם התועלת הכלכלית שבתיקון 28. עם זאת, ובהעדר אפשרות לקבוע קביעה חד-משמעית כי תיקון 28 אינו צפוי להביא לתועלת כלכלית למדינה, מוכנים אנו לצורך הדיון להניח, כפי שציינו בפסקה 47 לעיל, כי התועלת הכלכלית שבסיס תיקון 28 אכן תוגשם.

53. בבואנו לבחון את שאלת קיומו של יחס ראוי בין התועלת הצפויה מהגשמת תכליתו של תיקון 28 - שיפור תנאי הכליאה תוך חיסכון כלכלי מירבי - לבין הנזק הטמון במתן כוח הפגיעה באסירים בידי זכייין 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 תפיסות עולם שונות בכל הנוגע לסוגיה של היקף תחומי האחריות של המדינה וליחס שצריך להתקיים בין תחומי פעילות שינוהלו על ידי הסקטור הציבורי לתחומים שעיקר הפעילות בהם תיעשה על ידי הסקטור הפרטי. תפיסות 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 ולצקת תוכן להסדרים החוקתיים השונים אינו, כמובן, להכריע בין אידיאולוגיות כלכליות ופוליטיות שונות; אולם, יחד 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 תוך דחיית הארעי והחולף (ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 780 (1993)).

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 בזכייין 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 הזכייין הפרטי סמכויות נרחבות להפעלת כוח שבמהותו הוא כוח שלטוני, איננה 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, והן בכבוד האדם של אותם אסירים במובנו הבסיסי והגרעיני של מושג זה. פגיעה זו היא פגיעה מתמשכת המתקיימת בכל רגע בו אסיר כלוא בבית סוהר בו 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 בכלל; אולם, כפי שצינו בפסקה 43 לעיל, אין במנגנונים אלה כדי להסיר את הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה בעצם העברת סמכויות הכליאה של אסירים לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח. לשון אחר, נוכח החשיבות החברתית הרבה של העקרונות העומדים בבסיס הקניית סמכות הכליאה של אסירים בבתי סוהר והסמכויות הפוגעניות הנגזרות ממנה למדינה ולה בלבד, זאת בהשוואה לתוצאה המתקבלת ממימוש המטרה של שיפור תנאי 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 לעובדה שתיקון 28 מאפשר את הקמתו של בית סוהר אחד בלבד כ"פיילוט", אין כדי להשפיע על הניתוח החוקתי שאנו עורכים. זאת, שכן מבחינת האסירים שאמורים לשהות באותו בית סוהר הפגיעה בזכויות האדם שלהם, הנובעת מכליאתם בבית סוהר בניהול פרטי, נגרמת ללא קשר לשאלה האם ישנם אסירים נוספים הכלואים בבתי סוהר בניהול פרטי (בהקשר זה יוער כי לא הועלתה בפנינו טענה בדבר הפלייתם של אסירים בבית הסוהר בניהול פרטי לעומת האסירים בבתי הסוהר של שירות בתי הסוהר, ולפיכך איננו 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 מהקמה, ניהול והפעלה של בית סוהר בידי זכייין פרטי. תכלית קיומן של רשויות הכליאה מטעם המדינה היא הגשמת הליך 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 ולשיפור תנאיהם של האסירים בישראל; אולם טשטוש הגבולות בין התכלית הראויה הזו לבין כליאה המבטאת גם את התכלית של חיסכון כספי, המאפשר לזכיין 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 תנאי הכליאה של האסירים בישראל ניתנת להשגה גם בדרכים אחרות עליהן הצביעו, כגון הקמת בתי סוהר ציבוריים נוספים או הקמת בתי סוהר שבהם יופרטו הסמכויות, שאינן כרוכות בהפעלת כוח שלטוני כלפי האסירים על ידי עובדיו של הזכיין הפרטי. על פני הדברים נראה כי החיסרון העיקרי הטמון בדרכים אלה מצוי במישור הכלכלי-ניהולי, ומוכנים אנו להניח לטובת המדינה והזכיינית כי המתכונת להפעלת בתי סוהר שאומצה בתיקון 28 תביא לייעילות כלכלית וניהולית רבה יותר בהשוואה לדרכים עליהן הצביעו העותרים. אולם, בבואנו לאזן בין הפגיעה בזכויות האדם של האסירים כתוצאה מכליאתם בבית סוהר בניהול פרטי, הפועל בהתאם למתכונת שנקבעה בתיקון 28, לבין הגשמת התכלית של שיפור תנאי הכליאה תוך יעילות כלכלית וניהולית רבה יותר, ידן של הזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם היא על העליונה. היינו, מהמטעמים שהוסברו לעיל, התועלת לאינטרס הציבורי כתוצאה מהגשמת תכליתו של תיקון 28 - שיפור תנאי הכליאה של אסירים תוך השגת חסכון כספי מירבי בשל השימוש בזכיין 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, כאשר 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.

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 בתנאי פסקת ההגבלה; ומכאן שתיקון 28 הוא בלתי-חוקתי.

57. בטרם נסיים את דיוננו ונבחן את תוצאות אי-החוקתיות של תיקון 28, רואים אנו לנכון להתייחס בקצרה לטענות הצדדים בדבר תופעת הפרטת 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 הפרטת 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.

58. בתי סוהר "מופרטים" פועלים כיום במדינות שונות בעולם, אולם האופן בו נעשית ומוסדרת הפרטה שונה ממדינה למדינה. שוני זה בא לידי ביטוי הן בתחומי הפעילות בתוך בית הסוהר הניתנים להפרטה והן 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 (הן ברמה הפדראלית והן ברמה המדינתית) ובבריטניה. דברי החקיקה השונים המסדירים את הפרטת בתי הסוהר נבדלים זה מזה, בין השאר, בהיקף הסמכויות המסורות לזכייין בתחומים בעלי פוטנציאל להשפעה ניכרת על זכויות האדם של האסירים. בהקשר זה יש לציין, כי הגישה הנוהגת בארה"ב היא כי ניתן להטיל על הזכייין הפרטי את האחריות למלוא ההיבטים הכרוכים בניהול ובהפעלה של בית הסוהר, 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, קביעת כללי המשמעת בבית הסוהר וההכרעה בעבירות משמעת, סיווג האסירים מבחינת ההטבות להן הם זכאים ומידת הפיקוח של המדינה על פעילות הגורם הפרטי (ראו Warren L. Ratliff, *The Due Process Failure of America's Prison Privatization Statutes*, 21 *Seton Hall Legis. J.* 371 (1997)). גם בבריטניה, בדומה לארה"ב, ניתנו לזכייין הפרטי ולעובדיו סמכויות הכרוכות בשמירה על הביטחון והמשמעת בבית הסוהר ובהפעלת כוח כלפי האסירים; אולם, ככלל היקף הסמכויות הנתונות לגורמים פרטיים המפעילים בתי סוהר הוא מצומצם יותר במודל הבריטי בהשוואה למודל האמריקאי. כן נראה כי הפיקוח של המדינה על פעילות בתי הסוהר הפרטיים בבריטניה הוא משמעותי יותר

בהשוואה לרמת הפיקוח המקובלת בארה"ב (ראו Pozen, בעמ' 277-278). מודל שונה להפרטת בתי סוהר אומץ, כפי שציינו בפסקה 48 לעיל בצרפת (וכן בגרמניה). בהתאם למודל הצרפתי לא נמסרו לידי זכיינים פרטיים מלוא התפקידים והסמכויות הכרוכים בניהולו ובהפעלתו של בית סוהר; אלא, כעולה מתגובת הכנסת לעתירה, השירותים הלוגיסטיים בלבד. ההבדלים עליהם הצבענו לעיל במאפייני ההפרטה של בתי סוהר במדינות שונות עשויים, מטבע הדברים, להיות בעלי משמעות בלתי מבוטלת בכל הנוגע לשאלת חוקתיות ההפרטה.

59. מחוות דעת המומחים שהוגשו במסגרת העתירה - חוות דעתו של פרופ' Ira P. Robbins מטעם העותרים וחוות דעתו של פרופ' James F. Blumstein מטעם הזכיינית - עולה כי בתי המשפט בארה"ב לא קבעו עד כה כי איזה מן ההסדרים החקיקתיים השונים הנוהגים בארה"ב בנוגע להפרטת בתי סוהר אינו חוקתי. אכן, דומה כי הנחת המוצא של בתי המשפט בארה"ב בדונם בעניינים הנוגעים לבתי הסוהר המופרטתים הינה כי הפרטתם של בתי הסוהר אינה מעוררת, כשלעצמה, קושי חוקתי כלשהו (דוגמה בולטת לכך היא פסק דינו של בית המשפט הפדראלי לערעורים של ה-7<sup>th</sup> Circuit, שבו הסביר השופט Posner כי אסירים שיעלו טענה חוקתית כנגד העברתם מבית סוהר של המדינה לבית סוהר פרטי "would be foolish to do so"; ראו Pischke v. Litscher, 178 F.3d 497, 500 (7<sup>th</sup> Cir. 1999); לגישה דומה של בתי המשפט הפדראליים לערעורים בארה"ב ראו: Montez v. McKinna, 208 F.3d 862, 866 (10<sup>th</sup> Cir. 2000); White v. Lambert, 370 F.3d 1002, 1013 (9<sup>th</sup> Cir. 2004). כן ראו את פסק דינו של בית המשפט העליון של מדינת אוקלהומה, שבו נדחתה טענה לפיה מתן היתר למחוזות במדינה להתקשר עם גורמים פרטיים לצורך ניהול והפעלה של בתי סוהר הוא בגדר אצילה בלתי חוקתית של סמכויות על ידי המחוקק - Tulsa County Deputy Sheriff's Fraternal Order of Police v. Board of County Commissioners of Tulsa County, 2000 OK 2 (2000). משכך, נראה כי השאלות העיקריות שנדונו בפסיקה בארה"ב בעניין הפרטת בתי הסוהר נסבו על היקף האחריות בנוזיקין של בתי הסוהר הפרטיים והעובדים בהם בהשוואה לבתי הסוהר הציבוריים ועובדיהם (ראו: Richardson v. McKnight, 521 U.S. 399 (1997); U.S. 61 (2001) (Correctional Services Corporation v. Malesko)). יש לציין עם זאת, כי מספר פסקי דין בארה"ב קבעו כי האופי הציבורי של התפקיד אותו ממלאים התאגידים המפעילים בתי סוהר פרטיים מכפיף אותם להוראות החוקה (ראו: Rosborough v. Skelton v. Pri-Cor, Inc., 963 F.2d 100, 101-102 (6<sup>th</sup> Cir. 1991); Management and Training Corporation, 350 F.3d 459 (5<sup>th</sup> Cir. 2003)).

60. עוד יצוין, כי לא מצאנו דיון של בתי המשפט בבריטניה, דרום-אפריקה והאיחוד האירופי, כמו גם של בית הדין האירופי לזכויות האדם, בשאלת חוקתיות הפרטה של בתי-סוהר. מחוות דעתו של פרופ' Jeffery Jowell, שהוגשה על ידי המדינה, עולה כי בפני בתי המשפט האמורים לא הועלו עד כה טענות כנגד חוקתיות הפרטתם של בתי סוהר; כאשר הערכתו של פרופ' Jowell היא כי היה ויועלו טענות מעין אלה בפני אותן ערכאות, הן אינן צפויות להתקבל. זאת, בין היתר, בשל אופייה הכלכלי של הסוגיה והעדר עילה של אי-התאמה להוראות האמנה האירופית לזכויות האדם.

61. ניתן, אפוא, לסכם ולומר כי בחינה השוואתית של הפסיקה בנושא הפרטת בתי סוהר אכן מעלה כי טרם נמצא בית משפט, שקבע כי הפרטתם של בתי סוהר אינה חוקתית. מנגד גם לא מצאנו דיון משמעותי 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 להפרטת בתי סוהר במדינות אחרות בעולם ושל השאלות החוקתיות שמעוררת תופעה זו עשויה לסייע לנו להכריע במקצת מהשאלות המתעוררות במקרה דנן ולהציג בפנינו היבטים נוספים של אותן סוגיות. אולם, בסופו של יום, האופן בו יפורשו חוקי היסוד בכלל וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט נקבע בהתאם לעקרונות היסוד של שיטת המשטר והמשפט בישראל.

62. כפי שצינו בפסקה 53 לעיל, במדינות שונות עשויות להיות תפיסות שונות בנוגע לתפקידיה של המדינה בכלל ושל הממשלה בפרט ולחובות המוטלות עליהן. בתפיסות אלה יש כדי להשפיע על האופן בו נבחנת הסוגיה הקונקרטית של חוקתיות הפרטתם של בתי סוהר. בהקשר זה יצוין, כי הן בארה"ב והן בבריטניה ישנה - בניגוד לישראל - מסורת היסטורית של הפעלת בתי סוהר פרטיים, שיש בה מטבע הדברים כדי להשפיע על האופן בו נבחנת חוקתיות הפרטה של בתי סוהר (ראו: Pozen, בעמ' 257-258; White, בעמ' 122-126). עם זאת יודגש, כי גם במדינות שבהן הופרטו בתי סוהר מדובר בנושא השנוי במחלוקת ציבורית קשה, ואף ישנה כתיבה ביקורתית רבה על הניסיון שהצטבר בהפעלת בתי סוהר פרטיים. החשש העיקרי שמועלה בכתיבה ביקורתית זו הוא כי שיקולים כלכליים ייצרו אצל הגורם הפרטי המפעיל את בית הסוהר תמריץ להגדלת מספר 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 אורך

תקופות המאסר ועל סוגי ורמות הענישה. נציין כי אין לנתק ביקורת זו מההסדרים הקיימים באותן שיטות (ראו למשל: Sharon Dolovich, State Punishment and Private Prisons, 55 Duke L.J. 437, 518-523 (2005); David N. Wecht, Breaking the Code of Prisons, 96 Yale L.J. 815, 829-830 (1987); Deference: Judicial Review of Private Prisons, 96 Yale L.J. 815, 829-830 (1987); Judith Greene "Lack of Correctional Services" in Capitalist Punishment – Prison Privatization & Human Rights (edited by Andrew Coyle, Allison Campbell and Michael J. Gilbert, "How Much Is Too Much"; Rodney Neufeld, 2003), 56-66; Privatization in Criminal Justice" in Privatization in Criminal Justice – Past, Present and Future (edited by David Shichor & Michael J. Gilbert, 2001), 41, 58-65; Donnelly, בעמ' 111-110; White; בעמ' 139-138).

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, איננו 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, פ"ד נב(5) 206, 209 (1998)); אלא שבעניין 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 ישנו קושי לבסס עליו טענות כנגד חוקתיות הפרטתם של שירותים ממשלתיים שונים. מקורו של הקושי האמור הוא בכך שסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה אינו קובע מפורשות תפקידים או תחומי פעילות פרטניים, שהאחריות לביצועם היא אחריות בלעדית של הממשלה. יחד עם זאת, ועל אף הקושי הנזכר – ובמיוחד בהתחשב בתפיסתנו בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי – אנו נוטים לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות, אותן הממשלה כרשות המבצעת של המדינה חייבת לבצע בעצמה ואסור 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, שקבלת 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 והרשות המבצעת. מכל מקום, נוכח התוצאה אליה הגענו איננו נדרשים לקבוע מסמרות באשר לפרשנותו של סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, וניתן להותיר סוגיה זו בצריך עיון. זאת ועוד, העדרה 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 בשאלת אופן הפעלת הביקורת השיפוטית ביחס לחקיקה רגילה הסותרת חוק יסוד משטרי כחוק יסוד: הממשלה. בנסיבות אלה אף איננו 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.

הסעד החוקתי

64. תיקון 28 מנוגד לעקרונות היסוד של שיטת המשטר בישראל, כיוון שהוא מעניק את הסמכויות הפוגעניות הכרוכות בניהול ובהפעלה בית סוהר, שיוחדו עד כה למדינה, לידי 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 בתנאי פסקת ההגבלה בחוק 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.

65. תיקון 28 יוצר הסדר שלם בנוגע להפרטתו של בית סוהר אחד שינוהל ויופעל על ידי תאגיד פרטי. מפסק דיננו עולה כי אי-החוקתיות הטמונה בתיקון 28 נובעת מהעברת סמכויות הכליאה של אסירים והסמכויות 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 האם יש מקום להכריז על בטלותו של תיקון 28 בכללותו. איננו רואים מנוס מתוצאה זו. זאת, משום שההסדר שנקבע בתיקון 28 הוא הסדר מקיף על-פי מבנהו ותוכנו, שהקניית הסמכויות הקשורות להפעלת כוח כלפי האסירים היא חלק בלתי נפרד ממנו; ובנסיבות 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, פסקאות 97-98 לפסק דינו של הנשיא ברק; אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (1994), בעמ' 736-737). בהקשר זה יצוין כי לא נשמעה בפנינו כל טענה בדבר אפשרות להפריד בין הוראות שונות בתיקון 28, ובמהלך בירור העתירה הדיון החוקתי נסב על הוראות תיקון 28 בכללותו. יובהר, כי איננו נוקטים עמדה באשר להסדר החלופי הרצוי תחת תיקון 28; אולם, אנו רואים לציין כי העותרים לא חלקו על 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 שבית משפט זה הגיע לכלל מסקנה כי דבר חקיקה מסוים הוא בלתי-חוקתי, אין זה מתפקידו לקבוע את פרטי ההסדר החוקתי 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, פ"ד נא(4) 367, 415-416 (1997); פרשת צמח, בעמ' 284).

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. איננו נוקטים עמדה באשר לחוקיות ההעברה של פונקציות אחרות במערכת אכיפת 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 ובריח.

66. לאחר שנכתבו הדברים לעיל, באה לעיוני חוות דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה. כמובן 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.

67. לשיטתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה הפגיעה החוקתית הנגרמת על ידי תיקון 28 אינה פגיעה קונקרטיה בזכויות אדם אלא הסיכון הנובע מפוטנציאל הפגיעה הבלתי-מידתית בזכויות האדם של האסיר בבית הסוהר בניהול פרטי, וזאת מעבר לפגיעה הנגרמת לכל אסיר מעצם הכליאה. בחוות דעתה מצביעה חברתי השופטת

פרוקצ'יה על החשש כי השיקולים הכלכליים המניעים את הזכייין הפרטי, שמסור לו כוח המרות השלטוני, והעדר אמצעי בקרה והרתעה, כדוגמת אלה המגבילים את הפעלת כוח המרות על ידי השירות הציבורי, יביאו לפגיעה פוטנציאלית "מהותית, רבת-משקל ומתמשכת" בליבת זכויות היסוד של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי. חששות אלה אינם משוללי יסוד, וכפי שצינתי בפיסקה 19 לעיל אף אני שותפה להם. עם זאת, לשיטתי אילו היה מדובר בפגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות אדם, הרי ספק אם יש בכך כדי להצדיק קביעה שיפוטית בדבר אי-חוקתיותה של חקיקה ראשית של הכנסת. ככלל נוהגים אנו זהירות וריסון בהפעלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. לעיתים אין מנוס מהפעלת הביקורת שיפוטית על חקיקה שיצאה מלפני הכנסת, והמקרה שלפנינו יוכיח; עם זאת, אני סבורה כי הנחת המוצא בביקורת החוקתית היא שאין די בפגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות אדם חוקתיות כדי להביא לביטול חקיקה ראשית של הכנסת.

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 ככלל לא יהיה בפגיעה כזו כדי להצדיק התערבות שיפוטית לביטולה של החקיקה. הבחינה החוקתית של דבר החקיקה תתקיים בשלב של הבחינה התוצאתית, ולאחר שיתברר האופן בו הוא מיושם הלכה למעשה (ראו והשוו: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (3) 464, 484-483 (2005)). 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 בו ייושמו בפועל. 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 בפנינו תשתית ראייתית מספקת לביסוס הכרעה שיפוטית בדבר פוטנציאל הפגיעה של תיקון 28 בזכויות האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי בהשוואה לבתי הסוהר הציבוריים; וודאי שלא הונחה תשתית מספקת על מנת לקבוע כי מתקיימת רמת ההסתברות המוצעת על ידי חברתי השופטת פרוקצ'יה בדבר "אפשרות קרובה, שבהתממשותה נפגעת זכות יסוד חוקתית פגיעה ממשית וקשה" (ראו בסוף פסקה 26 לחוות דעתה). יש לזכור כי במנגנוני הפיקוח שנקבעו במסגרת תיקון 28, יש, לכאורה, כדי להפחית את עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות האדם של

האסירים עליה עמדה חברתי השופטת פרוקצ'יה. ואף 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 תנאי הכליאה של האסירים בבתי הסוהר בישראל. עם זאת, איני סבורה כי בנסיבות העניין וכעולה מתשובת המדינה ניתן לקבוע כי הגדלת רווחת האסיר היא התכלית המרכזית 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 רווחת 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 המרכזית 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 רווחת האסיר כמוצע על ידי חברתי. זאת ועוד, בעיני ישנו חשש כי אם נקבל את נוסחת האיזון המוצעת על ידי חברתי השופטת פרוקצ'יה יהיה בכך כדי לערער במידה רבה את האופן בו מוגדרים גבולות הפגיעה המותרת בזכויות אדם חוקתיות במסגרת פסקת ההגבלה. זאת, שכן ניתן להניח כי במקרים לא מועטים (ובמיוחד כאשר מדובר בדבר חקיקה המקיים את דרישת התכלית הראויה) ניתן "לתרגם" אף את הערך או האינטרס הציבורי, העומד על כפות המאזניים אל מול זכות האדם הנפגעת, לזכות אדם אחרת (ולעניין זה איני רואה חשיבות מיוחדת לכך 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. חוששתני כי בטשטוש מושגי זה טמון פוטנציאל להחלשת עוצמת ההגנה החוקתית על זכויות אדם בשיטתנו המשפטית.

סוף דבר

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, איננו רואים טעם בהשעיית הכרזת הבטלות לעניין הפעלתו וניהולו של בית הסוהר בידי זכייין פרטי. לפיכך, אם תישמע דעתי נקבע כי תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר בטל מיידית מחמת אי-חוקתיותו. למען הסר ספק, יובהר כי איננו

נוקטים עמדה באשר להשלכות הקביעה בדבר אי-חוקתיותו של תיקון 28 על היחסים בין המדינה לזכיינית במישור המשפט הפרטי.

## ה נ ש י א ה

### השופטת ע' ארבל:

מסכימה אני לפסק דינה של חברתי הנשיאה ומצטרפת לאמור בו.

1. בחוות דעתה המקיפה של הנשיאה פורטו בהרחבה התפקידים והסמכויות שהוטלו על הזכייין הפרטי במסגרת החוק 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 רכיב מכונן של ריבונותה. השאלה העומדת במוקד העתירה הינה האם המדינה יכולה להתפרק מתפקידים וסמכויות אלה ולמסור לידי גורמים פרטיים תפקידים וסמכויות 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 הקמת בית הסוהר בניהול פרטי; והחשש הגלום בהפרטת בתי הסוהר לניגוד עניינים בהיבטים שונים.

2. בהסתמך על ההוגים הקלאסיים של תורת המדינה, שאותם סקרה חברתי בחוות דעתה, הסמכות להפעיל כוח כופה של שלילת חירות ושל קביעת מגבלות ניתנה למדינה מכוח "חווה" או "אמנה" חברתית מטפורית שנכרתה בינה לבין האזרחים המתגוררים בה, שבמסגרתה מסרו לה האזרחים מרצונם את הסמכות לשלול חירויות ולעשות שימוש בכוח כופה, בין היתר, לשם הבטחת הגנתם וביטחונם ושמירה על קניינם (ראו סקירה גם בספרו של אלי בר נביא צמיחתה של המדינה המודרנית 68-76, 82-89, 97-108 (1995)). 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 ביסוד הפעלת הסמכות ויש בהן משום הסתלקות של המדינה, גם אם חלקית, מקיום "חלקה" בחווה החברתי והצבתה בפוזיציה של צופה מן הצד אשר אינה מבקשת להגשים יעדים עצמאיים משלה.

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 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 92 (2005) (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" 41 *British Journal of Criminology* 83 (2001)).

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, אינו מחויב לנורמות הגלומות בה, ואינו מבקש בהכרח להגשים את מטרותיה. בכך נחלשת העמדה המוסרית של המדינה כלפי הציבור בכלל, וציבור האסירים בפרט, נחלשת האחריות והמחויבות שהיא חבה כלפי האסירים באופן מעשי, המסתכמות עתה אך בפיקוח עקיף תוך הותרת הזירה בדבר גיבוש 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 כמוכנו הרחב. במצב דברים זה, מאבדת נטילת חירותם של האסירים רכיב מהותי מן ההצדקה העומדת ביסודה.

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

הערך בדבר כבוד האדם, שבו אתמקד, אשר מזה כעשור ומחצה נהנה ממעמד מיוחד של זכות חוקתית על חוקית בשיטתנו המשפטית, טומן בחובו את ההכרה בערך

האדם ואת ההתבוננות באדם כמטרה בפני עצמה (ראו אהרון ברק פרשנות במשפט-פרשנות חוקתית 421 (1994); אהרון ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 277, 280 (1994) (להלן: ברק)). כשם שעולה מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט, אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו, ובלשונו "הציווי המעשי יהיה כדלקמן: עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד" (עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות 95 (תרגום: משה שפי, 1965)). באופן פרטני, כולל הערך בדבר כבוד האדם אגד של זכויות שבהיעדרן אין משמעות להיותו של האדם יצור חופשי (ראו בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, 12.12.05) (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" (ראו בש"פ 3734/93 מדינת ישראל נ' עזאזמי (לא פורסם)). אכן, עם כניסתו אל בין כתלי הכלא, נושא עימו האסיר באמתחתו את מלוא זכויות האדם, זולת אלה הנובעות 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 קיום מטרות המאסר. אין מדובר אך בדברים בעלמא אלא בקביעה הנושאת עימה משמעות אופרטיבית (ראו ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 526 (1992)). 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, סעיף 13). במסגרת זאת 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"צ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518 (2004); ברק, בעמ' 285).

4. ביצוע מאסר בבית סוהר לניהול פרטי כולל פגיעה בזכות לכבוד, שאינה רק פגיעה פוטנציאלית, התלויה בהתממשות חששות קונקרטיים בדבר טיב השירות שיסופק על-ידי המפעיל הפרטי, רמתו ואיכותו, אלא פגיעה המתגבשת ונוצרת בעצם הפעלת סמכויות הכליאה והסמכויות הנלוות להן על-ידי זכיין פרטי.

אכן, אף מעבר לעצם הצבתו מאחורי סורג ובריח, למשך כל תקופת שהייתו של האסיר בין כתלי בית הסוהר כפוף הוא למשטר המותווה על-ידי שימוש בכוח המופעל

עליו בנוגע כמעט לכל אחד ממרכיבי חייו. בתקופת מאסרו, עצמאותו של האסיר ניטלת ממנו, סדר יומו הקפדני מוכתב על-ידי שלטונות הכלא, ונגישותו להגנות שמספק לו הדין מפני פגיעה בזכויותיו עקיפה ומוגבלת. לצד זה, השהייה בכלא עלולה לזמן לאסיר, לעיתים באורח בלתי צפוי, מצבים קונקרטיים של פגיעה מוגברת בזכויותיו בהתקיים נסיבות ותנאים שונים, לרבות האפשרות להחזקתו בהפרדה מינהלית; לחפש על גופו תוך שימוש בכוח, למנוע את פגישתו עם עורך דין בכפוף למגבלות שונות, להיות נתון לבחינה חזותית של גופו בעירום וכיו"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 לתיקון 28, בכפוף לתנאים שונים, גם למנהל בית הסוהר בניהול פרטי.

מתן סמכות להוצאתן לפועל של סמכויות פוגעניות מעין אלה על-ידי מי שנבחר מטעם זכייין פרטי בעל מוטיבציות עסקיות, אשר אינו כפוף למרותה ולפיקוחה הישיר של הרשות השלטונית, לא למסורת הציבורית שלה ולא לכללי ההתנהגות הכתובים והבלתי כתובים, לא לאינטרס הציבורי הרחב ולא לשיקולים שביסוד ביצוע הענישה, שומט את הקרקע תחת הרציונאל המצדיק הפעלת כוח כאמצעי מידתי להגשמת 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 האחריות הישירה ומן הצורך במתן דין וחשבון, והותרת האסיר המצוי ממילא, פעמים רבות, בתחתית הסולם החברתי ובסיטואציה רגישה ופגיעה, לבד לגורלו.

5. זאת ועוד. העברת סמכות הענישה מן המדינה, לגורם שתכליתו המרכזית, מעצם הגדרתו, בהשאת רווחיו, פותחת פתח לשילובם של שיקולים זרים ובלתי רלוונטיים במערך השיקולים שמשקל 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 ותנאים מסוימים (סעיף 128 יח (ג)(1) לתיקון 28); סמכותו של מנהל בית הסוהר להורות על לקיחת דגימת שתן מאסיר, על בחינה חזותית של גופו העירום ועל חיפוש על גופו תוך שימוש בכוח סביר בנסיבות ובתנאים מסוימים (סעיף 128 יח (ג)(4)-(5) לתיקון 28); חובתה של ועדת השחרורים להתחשב בין שאר שיקוליה, עת היא דנה באפשרות קיצור 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) וכיו"ב. בסמכויות אלה טבוע רכיב מרכזי של שיקול דעת הנוגע לפרמטרים ואמות המידה שעל פיהם תופעל הסמכות. הכנסתם של שיקולים כלכליים אל הזירה כשיקולים עצמאיים ואף ראשונים במעלה, מבלי שמסגרת השיקולים מחייבת את יישובם של שיקולי הרווח עם השיקולים העומדים ביסוד הענישה ואופן הפעלתה, מכפיפה את השיקולים שברגיל עומדים בראש התורן לשיקולים עסקיים, ומאפשרת את הגשתם המלאה רק ככל שהם מתיישבים עם התכלית הכלכלית, שמהווה נקודת מוצא. בכך, הופך יעדה העיקרי של הפעלת סמכות הענישה, באופן מוצהר וגלוי, ליעד עסקי; האסירים הופכים למעשה אמצעים להגשתו של יעד זה; ה"לקוחות" שלהם חייב התאגיד העסקי דין וחשבון הינם בעלי מניותיו; גדר השיקולים מוצר ועלול להתעוות; והמטרות הציבוריות שביסוד הענישה הופכות, בלי לרצות בכך, ליעד משני. השאיפה לצמצם עלויות, שעל-פי שוחרי גישת כלכלת השוק, מרוסנת בפעילות עסקית רגילה על-ידי "היד הנעלמה" שבמנגנון השוק החופשי והתחרות, אינה נתקלת במאטריה הנוכחית, נעדרת התחרות (כפי שודאי 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 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 בריאותו 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 שישרת את מעבידו ובכך ישרת את עצמו.  
 בבחירה בין אינטרס המעביד לאינטרס המטופל בחירתו  
 תהיה ברורה (...)  
 ניגוד האינטרסים המובנה הוא בין השאיפה של הגוף  
 המופרט לרווח מקסימאלי לבין האינטרס לשיפורו של  
 איכות השירות בהפרטה. החשש מתחזק כשמדובר  
 באוכלוסיות נזקקות וחלשות. הפרטה לטובת הציבור  
 היא הפרטה שבסופה איכות השירות עולה, שאם לא כן  
 יש מקום לתהות אם ההפרטה היא באמת לטובת  
 הציבור" (עמ' 63).

כאמור, הפגיעה בזכויות האסירים ובראשן בזכות לכבוד, אינה לובשת בהכרח צורה קונקרטי, והיא לאו דווקא גוררת עימה ביטויים ישירים. אכן, לא ניתן לבטל במחי יד, למשל, את החשש כי ככל שמנהלי בית הסוהר בניהול פרטי יבחרו להפחית את עלויותיהם ברכיב השכר של הסוהרים שיעסיקו, יביא הדבר, בין היתר, להעסקת עובדים מנוסים וכשירים פחות, שיתחלפו בתדירות גבוהה, וייתקלו בקושי מוגבר לספק מענה למצבים הרגישים המתעוררים מעת לעת בבית הסוהר. גם החשש מפני עירוב אינטרסים סמויים מן העין, ואף, חלילה, מפני סיכון מוגבר לגלישה לשחיתות, כשהגוף המפעיל את בית הסוהר הינו גוף פרטי, אינו דבר שניתן לפסלו בביטחון מלא. ואולם, 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 שיסופקו על ידי בית הסוהר בניהול פרטי בתחומים כגון טיפול רפואי, טיפולי גמילה, הכשרה מקצועית ושיקום באופן כללי, אשר זוכים, על פניהם, למענה במסגרת החוזה שבין המדינה לבין מפעיל בית הסוהר (ראו יואב פלד הפשע משתלם: מה ניתן ללמוד מהניסיון האמריקאי בהפרטת בתי הכלא (מרכז אדווה, 2002) (להלן: פלד)). אך גם בלא פגיעה נקודתית שעליה ניתן להצביע, יש בהעברת סמכות הפעלת בית הסוהר לידי 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), שכן אפילו הצדק נעשה, אין הוא נראה. אין המדובר בענייני אסתטי גרידא- אלא 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.

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

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 לעיתים לצפות מראש, אלא שקיים ספק גם בדבר יכולתם האמיתית לאתר ולזהות את טיב השיקולים שעמדו ביסוד שימוש באמצעי פוגעני המותר באופן פורמאלי על-פי החוק, ולסכל העדפתם של שיקולים כלכליים, גם כשאלה כוללים פגיעה בזכויות האסירים. לצד זה, יש לזכור כי כפי שכבר צוין, האוכלוסייה שעל הפרק, אוכלוסיית האסירים, הינה, פעמים רבות, אוכלוסייה חלשה במיוחד המצויה בעת שהותה בין כתלי 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 אינפורמציה 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 את החששות הקשורים בו בעינם. בנוסף, מנגנון הפיקוח מספק בכמה ממרכיביו, מעצם טבעו, סעד שלאחר מעשה שלעיתים עלול לחלוף פרק זמן עד שיינתן וימנע את קיומה של פרקטיקה פוגענית. כשעסקינן בגרעין הקשה של זכויות האדם כזה הנוגע לאסירים בעת ריצוי עונשם, עלולה עובדה זו להיות כרוכה במחיר כבד. גם במקומות שבהם עומדת בפני הזכיין הפרטי מערכת של תמריצים שנועדה 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 העברת סמכויות הכליאה והסמכויות הנלוות לכך לידי גורם פרטי. במידה רבה, יש בעצם קביעתו המפורטת של המנגנון האמור כדי להמחיש קושי זה.

7. בית משפט זה חזר ושנה פעמים רבות כי-

"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"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח (2) 826, 832 (1984); עע"א 4463/94 גולן נ' שירותו בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996); בג"צ 355/79 קטלן נ' שירותו בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298 (1980)).

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 הינו אסיר שכבודו נפגע. אסיר המוחזק בבית סוהר שסוהריו נבחרו על-ידי גורם פרטי שמטרתו רווח ושיקוליו עמומים הינו אסיר שכבודו נפגע. אסיר שחירותו נשללת בכל רגע ורגע על-ידי זכייין פרטי, הנהנה משיקול דעת להפעיל נגדו סמכויות מרחיקות לכת הפוגעות בזכויות היסוד שלו הינו 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 שלהשקפתי הפגיעות האמורות בזכויותיהם של האסירים בעקבות הקמתו של בית הסוהר בניהול פרטי עולות 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 להורות על בטלותו של תיקון 28.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניט:

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

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מצטרף לפסק-דינה של חברתי הנשיאה. חברתי קובעת כי העברת 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 הוראות 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 הוראות 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, ומצויה במישור של האמנה החברתית העומדת ביסוד קיומה של המדינה. השתחררות של המדינה מהמונופול המוענק לה בכך 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.

## המשנה לנשיאה

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. הליך זה מביא לכלל ביטוי סוגיה חוקתית כבדת משקל, הנוגעת בגבולות המותר והאסור בשימוש בכח-המרות הנתון בידי המדינה לצורך שמירה על הסדר והבטחון הציבורי, והעברתו לידיים פרטיות. במושג "כח-המרות" בהקשר זה, הכוונה לסמכויות המדינה, הנתונות לה על פי הדין, לקיים את ההליך הפלילי על כל שלביו - חקירה ומעצר, משפט, והחזקה במאסר - תוך שימוש בכח הממסדי המאפשר הגבלת

חירותו של האדם ופגיעה בזכויות יסוד נוספות העומדות לו, ובהן הזכות לפרטיות, לחופש עיסוק, לקניין, ולעיתים אף פגיעה בכבודו כאדם.

2. חברתי, הנשיאה ביניש, פרשה יריעה נרחבת של מחקר וניתוח משפטי בסוגיה מורכבת הנוגעת לקו ההשקה בין אחריות המדינה לשמירת הסדר והבטחון הציבורי במובנה הרחב, לבין ההגנה הבסיסית על זכויות אדם, ובמקרה זה - האדם האסיר, בהקשר לשאלה האם 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 במסגרתו כח-מרות על הפרט, כחלק מהליך אכיפת החוק והענישה הפלילית, אינם ניתנים להעברה לידיים פרטיות. זאת, בשל פוטנציאל הפגיעה בליבת 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.

3. אבקש להעיר את ההערות הבאות באשר לניתוח אופייה של הפגיעה החוקתית הטמונה בתיקון 28 לפקודה, ובעיקר - ביחס לדרך האיזון החוקתי בינה לבין אינטרסים וזכויות מתנגשים לצורך בחינת עמידתה בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

מגבלות הכח השלטוני וריסונו - תורת האיזונים בשימוש בכח השלטוני

4. ההליך הפלילי, על כל שלביו, נתון לסמכותה ולאחריותה של המדינה. האמנה החברתית עליה בנוי המשטר המדינתי-דמוקרטי מניחה כי לצורך הבטחת קיומה של חברה אנושית נדרש סדר ציבורי וגורם שלטוני שיופקד על שמירתו. המדינה אחראית לקיום מערכת נורמטיבית אשר תגדיר את כללי המותר והאסור בהתנהגות האנושית, ותאכוף את כיבודם כנדבך חיוני - שאין בלעדיו - בהגנה על הסדר הציבורי ( H.L.A. (2<sup>nd</sup> ed. 2008). (HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 4-5).

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

6. פוטנציאל הפגיעה בזכויות האדם, הטמון בשימוש בכח-המרות השלטוני במסגרת ההליך הפלילי, מחייב הגדרה קפדנית של גבולות השימוש בכח השלטוני. ואכן, בכללי השימוש בכח השלטון מוטמעת ומובנית מערכת ריסונים, המגדירה את מגבלותיו. קיומו של כח-המרות השלטוני, והמגבלות הטמונות בשימוש בו, עשויים מקשה אחת, ואינם ניתנים להפרדה. הלגיטימיות של השימוש בכח-המרות השלטוני כלפי הפרט ניזונה ממגבלותיו של כח זה. מקורה בתפיסה 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, פסקאות 4-6 לפסק דיני (לא פורסם, 2.3.09)).

7. בצד הנורמות הפליליות המהותיות שנקבעו על ידי המדינה לצורך הבטחת הסדר הציבורי, ניתנו בידיה כוחות אכיפה של נורמות אלה במסגרת ההליך הפלילי. בגדר כוחות אלה, היא הוסמכה 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, ולעיתים פגיעה קשה, בזכויות יסוד של האדם. עלולות להיפגע זכויותיו לחירות ולכבוד, לחופש תנועה, לעיסוק, לקנין ולפרטיות. ההליך הפלילי, והרציונל הבסיסי הטמון ביסודו, בנויים על איזון הכרחי בין כח 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 הכח השלטוני המופעל על האדם הנתון בו, ולהגבילו למידה ההכרחית הנדרשת להשגת תכליתו הראויה.

8. וכך, בכל שלבי ההליך הפלילי, משלב החקירה הפלילית, עבור לניהול המשפט, הענישה והכליאה, מתחייב איזון מתמיד בין השימוש בכח השלטוני הנדרש לאכיפת החוק, לבין ההגנה על זכויות היסוד של החשוד, הנאשם, הנידון והאסיר. רשויות המדינה, המופקדות כל אחת על שלב אחר בהליך הפלילי, מחוייבות בעריכת האיזון המתמיד בין מידת השימוש ההכרחי בכח-המרות השלטוני כלפי הפרט, לבין ההגנה המירבית האפשרית על זכויותיו הבסיסיות כאדם, בהיקף רחב ככל הניתן, ובכפיפות להשגת תכליתו הראויה של ההליך הפלילי. כך הוא ביחס לגורמי המשטרה בשלב החקירה והמעצר של חשוד, כך הוא ביחס לבית המשפט בניהול המשפט ובהכרעה בדין, וכך הוא באשר לגורמי שירות בתי הסוהר ביחס 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*, (2008) 113 LEGAL THEORY (2) 14 (להלן: הראל) (כנוסחו בנספח שצורף להודעת העותרים)).

9. כח האכיפה הנתון למדינה במסגרת ההליך הפלילי הוא כח מוגבל, המתוחם להשגת תכלית האכיפה ולא מעבר לה, ובנוי על תפיסה של מידתיות: אין לפגוע בזכויות אדם במסגרת ההליך הפלילי אלא לקיום אינטרס ציבורי חיוני, ובמידה שאינה עולה על הנדרש במובנו החוקתי של מושג זה. גורמי החקירה המשטרתיים, המופקדים על השימוש בכח החקירה הפלילית ובידיהם סמכויות חקירה, מעצרו וחיפוש, כפופים למגבלות השימוש בכוחות הנתונים להם לצורך הגנה על זכויות הנחקר, ובהן - חירותו, כבודו ופרטיותו. מגבלות כח אלה מוכתבות על ידי צרכי החקירה החיוניים בלבד, וחריגה ממגבלות אלה אינה מותרת (השוו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999)). בניהול המשפט ובענישה, מופקד בית המשפט על האיזון המתמיד בין כח הענישה הנתון בידו כלפי העבריין לבין הדאגה לזכויותיו כאדם, ולשיקומו. ובחוליה האחרונה של ההליך הפלילי - במאסר העבריין - לרשויות בתי הסוהר, כאורגנים של המדינה, מוקנה כח-מרות שלטוני לנקוט כלפי אסירים אמצעים שתכליתם לשמור על הבטחון והסדר בתחומי הכלא ומחוצה לו. כח זה מוגבל אף הוא, במהותו, להכרחי בלבד לצורך השגת התכלית שלמענה הוא מופעל, ואין הרשויות רשאיות להפעילו מעבר למתחייב במקרה נתון. וכך, בבסיס כח-המרות השלטוני, והפעלתו על הפרט, טמון מתח מתמיד בין הבטחת זכויות היסוד של האדם, לבין ההגנה על האינטרס הציבורי בשמירת הסדר והבטחון החברתי.

10. הגבלת כח 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 הזכות לחיים, לחירות, לכבוד, לעיסוק, לקנין ולפרטיות, נועדו להבטיח לא רק את עצם חייו של הפרט אלא גם את איכות חייו ומשמעות חייו על פי התפיסה החוקתית המודרנית. עקרון הגבלת הכח השלטוני משתלב בתפיסה חוקתית כוללת, הבנויה על הכרה כי כדי לקיים חיי חברה תקינים, הכרח הוא לענות על צרכי החברה בסדר ובבטחון ציבורי, ובה-בעת לכבד את זכויות היסוד של הפרט. שילוב זה של הבטחת אינטרס 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 את כל אחד מהערכים הללו לערך יחסי שאינו יכול להתגשם בצורה מוחלטת. עם זאת, ערכים מתנגשים אלה

נובעים מאותו מקור, ומשקפים תפיסה 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, כח האכיפה השלטוני שנועד להגנה על הסדר הציבורי, ומשתקף בהליך הפלילי, מוגבל אך לצורך החיוני ביותר להשגת תכליתו הראויה בהיות השימוש בו כרוך בפגיעה בזכויות אדם. המתח הקיים בין האינטרס הציבורי בשמירה על הסדר והבטחון בחברה לבין ההגנה על זכויותיו הבסיסיות של האדם והחובה לאזן ביניהם הם ממאפייניו הבולטים של המשטר והמשפט החוקתי.

"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 היסוד 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)" מחקרי משפט יג(1) 5, 10 (1996)).

במתח זה בין 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 כח-המרות השלטוני והפעלתו בידי המדינה

11. מקומו של גורם כח-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 הכח הממסדי, כמי שיצרה את כללי השימוש בו, ונושאת באחריות המשפטית, המוסרית והציבורית ליישומם - כל אלה מובילים למסקנה כי אין לנתק בין הגורם השלטוני האחראי ליצירת כללי השימוש בכח, לבין הגורם המפעיל ומיישם אותם, הלכה למעשה.



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

13. זכויותיהם הבסיסיות של הנחקר, הנאשם, הנידון והאסיר במסגרת ההליך 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 בכח הממסדי, פרי האיזון הנדרש בין כח הכפייה השלטוני לבין זכויות היסוד של הפרט, נבחן, הלכה למעשה, בדרך יישומו היומיומי. בהליך הפלילי, לזהות הגורם המפעיל את כח-המרות הממסדי על הפרט חשיבות עליונה בהבטחת האיזון הנדרש ביישומן של מגבלות השימוש בכח.

14. המדינה היא אשר הפעילה מאז ומעולם את כח-המרות השלטוני כלפי הפרט בהליך הפלילי. כמי שגיבשה את נורמות ההתנהגות ומופקדת על אכיפתן, היא הגורם האחראי באופן ישיר על הריסון והמעצורים הנדרשים בהפעלת הכח. היא הגורם האמור לתת דין וחשבון לציבור על אופן ביצוע סמכויותיה בהליך הפלילי, ובקרבה מצויים מטעני החינוך, הידע, הנסיון, הכלים וכלל האמצעים החיוניים לביצוע האיזונים הנדרשים, המכתיבים את מגבלות השימוש בכח. תורת האיזונים בשימוש בכח-המרות השלטוני כלפי הפרט מצויה ב"צופן הגנטי" של הרשות השלטונית. היא אינה מצויה בידיו של גורם אחר, שצמח מחוץ לרשות השלטונית, וחובת האיזונים זרה לשיקוליו, ואיננה חלק מובנה בדרכי פעולתו.

15. יתר על כן, למדינה מנגנון הרתעה אפקטיבי על אופן השימוש בכח-המרות השלטוני בידי אורגנים הפועלים מטעמה, באמצעות הביקורת המינהלית והשיפוטית המופעלת על נציגיה. לביקורת זו כח הרתעה רב מפני שימוש לרעה בכח השלטוני

ובשררה השלטונית בידי נציגי המדינה בשלביו השונים של ההליך הפלילי. קיומו של מנגנון פיקוח זה הוא ערובה חשובה ביותר להבטחת ריסונו ומגבלותיו של כח-המרות השלטוני, המופעל כלפי הפרט הנתון להליך פלילי. אורגן של המדינה המפעיל כח-מרות כלפי הפרט נתון לפיקוח מינהלי של רשויות המדינה, כפוף לכללי אתיקה ומשמעת של השירות הציבורי, וחייב לעמוד בקריטריונים משפטיים קפדניים במסגרת הביקורת השיפוטית על דרך פעולתו (בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410, 424 (1992)). אין פלא, אפוא, כי קיימים סייגים מובהקים לפרשנות משתמעת בדבר קיומה של סמכות אצילה של כוחות שלטוניים לגורמים פרטיים (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב' 562 (1996)). ואמנם, פרשנות משתמעת כזו ננקטת במשורה, ורק כאשר מתגלה צורך ממשי המצדיק זאת (בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 654, 656 (2003) (להלן: ענין חיפה כימיקלים)). ככל שקיימים סייגים לפרשנות משתמעת, המאפשרת אצילת סמכות שלטונית הכרוכה בשימוש בשיקול-דעת מינהלי לגורם פרטי, הרי אצילת סמכות שטמון בה כח-מרות הניתן להפעלה כלפי הפרט בדרך הפוגעת בליבת זכויות האדם שלו, על אחת כמה וכמה. לענין סמכויות החקירה הפלילית נאמר:

"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 [23], 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, פ"ד נט(6) 776, 833-834 (2005) (ההדגשות אינן במקור)).

16. השמירה על גבולות הכח השלטוני המופעל על הפרט בהליך הפלילי על כל שלביו מחייבת עוד כי הפעלתו תהא מנותקת כליל מכל חשש לניגוד עניינים מכל סוג שהוא. עירובו של שיקול זר ובלתי ענייני בהפעלת כח-המרות השלטוני בהליך הפלילי יוצר פוטנציאל סיכון ממשי לעיוות האיזון הנדרש בין צורכי השימוש בכח להשגת תכלית שבאינטרס ציבורי, לבין ההגנה על זכויות היסוד של הפרט. שילובו של שיקול זר באיזון המתחייב בין הצורך הציבורי בשמירת הסדר החברתי וציות לחוק, לבין זכויותיו של אדם לחירות ולכבוד אישי עלול לערער את שיווי המשקל הראוי בין הכוחות השונים הפועלים בענין זה, ולהביא לפגיעה לא ראויה בפרט. הפעלת הכח

השלטוני כלפי הפרט במסגרת ההליך הפלילי אמורה להיות מנותקת כליל משיקולים זרים, ועליה להיעשות תוך מחוייבות מלאה לכללי הריסון בשימוש בכח, אשר בכיבודם תלוי גורלו של האדם הנתון למרותו של השלטון.

17. ואחרון, כח-המרות השלטוני המצוי בידי המדינה ומופעל כלפי האזרח בהליך הפלילי הוא חלק מהסכמה חברתית רחבה לפיה הפעלתו חיונית לשמירת הסדר הציבורי ולקיום חיי חברה תקינים. הסכמה חברתית זו מניחה כי הפעלת כח 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, תוך דאגה לפרט החי בקרבה. אמון ציבורי זה אינו נתון לגורם שמחוץ למערכת הממסדית. גורם פרטי, המפעיל בהליך הפלילי כח-מרות שלטוני על הפרט, אינו פועל כנאמנו של הציבור. מעמדו ופעולותיו אינם נשענים על הסכמה חברתית רחבה, והיזקקותו לשימוש בכח-המרות השלטוני כלפי הפרט אינו זוכה ללגיטימיות החיונית, המאפיינת את השלטון בפעולתו.

הסיכון בהעברת השימוש בכח-המרות השלטוני לידי גורם פרטי

18. העברת השימוש בכח השלטוני לגורם פרטי, שאינו נמנה עם האורגנים של המדינה, נושאת עמה מורכבות רבה במישורים שונים, אף כי היא עשויה להביא עמה, בד-בבד, תועלות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, המשרתות את האינטרס הציבורי בתחומים שונים. כאשר מדובר בהעברת כח שלטוני האוצר בתוכו פוטנציאל ממשי לפגיעה בזכויות אדם מהותיות - ובהן פגיעה בחירות ובכבוד - הקושי בהעברה כזו מקבל מימד חריף במיוחד. האיזון והריסון בשימוש בכח האכיפה בכל שלבי ההליך הפלילי, לצורך הגנה על זכויות האדם, אינם מובטחים בידיו של גורם שאינו נמנה על האורגנים של המדינה. ההגנה על מגבלות הכח אינה מובטחת באותן ערוכות בסיסיות שנועדו להרתיע מפני חריגה בהפעלת הסמכות השלטונית, ומפני שימוש לרעה בה: הגורם הפרטי, המקבל לידי סמכות שלטונית הטומנת בחובה פוטנציאל פגיעה בליבת זכויות הפרט, אינו נטוע במסגרת כללי-הפעולה ואמות-המידה המכתיבים את כללי השימוש בכח-המרות הממסדי, ומנחים את פעולת האורגנים של המדינה. הוא לא צמח ולא חונך במסגרת זו, הוא זר למושגיה, ולא הפנים מעולם את תורת האיזונים בשימוש בכח השלטוני, על מכלול גווניה והיבטיה. תורת האיזונים, המחייבת 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 והמשמעת המוכּנים בשירות המדינה ביחס לעובדיו, והמעצבים את כללי

השימוש בכח השלטוני, אינם חלים לגביו. תורת האיזונים החוקתית, המכוונת את אופן השימוש בכח-המרות השלטוני בכל שלב בהליך הפלילי, איננה חלק מהווייתו של הגורם הפרטי, בהפעילו כח זה.

19. מעבר לכך, בקבלו סמכות הפעלה של כח שלטוני, הגורם הפרטי אינו 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 בהפעלת כח-המרות השלטוני בהליך הפלילי. החדרת גורמי כדאיות למיניהם אל תוככי שיקולי השימוש בכח טומנת בחובה פוטנציאל לפגיעה ממשית בשיווי המשקל הראוי בין השיקולים הרלבנטיים שיש להתחשב בהם לצורך עשיית השימוש בכח (בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, 213 (2004); בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו(2) 537, 540-542 (1982) (להלן: ענין הנפלינג); ענין חיפה כימיקלים, 656; יואב דותן וברק מדינה "חוקיות הפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287, 309-310 (2007)).

20. כאשר כח-המרות השלטוני מופעל בדרך הפוגעת בליבת 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 בליבת זכויות האדם, בידי גורם פרטי, המונע על ידי שיקולי כדאיות משלו, פוגעת בבסיס המוסרי-ערכי שביסוד השימוש בכח השלטוני. על פי יסודות השיטה, כח זה הופקד בידי השלטון מכח הסכמה חברתית רחבה לצורך השגת תכלית מוגדרת, והפעלתו מחייבת הקפדה על אמות-מידה המובנות בתוך השיטה. אין ערובה כי אמות-מידה אלה תישמרנה בידי הגורם הפרטי, וכאשר הסיכון להפרתן עלול לפגוע בליבת זכויות האדם, הופכת העברת הסמכויות, מלכתחילה, לבלתי קבילה מן הבחינה החוקתית. ואחרון, הגורם החוץ-מדינתי, המפעיל כח-מרות שלטוני, אינו נשען בפעולתו על בסיס אמון חברתי רחב הנתון למדינה, כחלק מההסכמה החברתית, המקנה לשלטון סמכות ואחריות לשמירה על הסדר הציבורי. הפעלת כח-המרות בידי גורם חוץ-מדינתי, הפוגעת בליבת זכויות האדם, מלווה באי-אמון ובאי-קבלה מובנים. היא נטולת לגיטימציה חברתית, מוסרית וחוקתית.

21. קיומו של פיקוח מדינתי על אופן הפעלת כח-המרות בידי הגורם הפרטי עשוי להקחות במידה מסוימת את פוטנציאל הפגיעה בפרט, אך אין בו כדי להפחית באופן ממשי את עוצמת הפגיעה הכרוכה בכך. פיקוח כזה הוא, בעיקרו, פיקוח עליון, הפרוש על פני המערכת בכללותה, ומתקשה להקיף, לפני מעשה, את מלוא מרחב הפעולות השוטפות של בעל הסמכות, המתבצעות דרך שגרה. מנגנון פיקוח, מעצם טיבו, מגיב רק לאחר מעשה על פגיעה בלתי חוקתית בזכויות אדם, ומתרכז בהיבט הנורמטיבי הכללי של הפעילות, להבדיל מפעילות השגרה היומיומית, אשר ממנה צפויה סכנת הפגיעה הגדולה בפרט. בהפרטת השימוש בכח-המרות השלטוני, שיקול-הדעת בעשיית שימוש בכח 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 בהפרטת סמכות השימוש בכח-המרות השלטוני, ואין בו כדי להפחית באופן ממשי את פוטנציאל הפגיעה בפרט הצפוי מהפרטה כזו.

22. ניתוק הקשר החיוני, והזיקה המתחייבת, בין הגורם המופקד על הפעלת הכח השלטוני לצורך שמירה על הסדר הציבורי, לבין הגורם שבאחריותו להבטיח את ליבת זכויות היסוד של הפרט אגב השימוש בכח, עלול לפגוע פגיעה עמוקה ביסוד התשתית הדמוקרטית-חוקתית עליה בנוי המשטר המדינתי בישראל. הפקדת כח-המרות השלטוני בהליך הפלילי בידי גורם פרטי טומנת בחובה פוטנציאל פגיעה מהותית כזו.

הפגיעה החוקתית בהעברת כח-המרות השלטוני בניהול בית סוהר לידי גורם פרטי

23. כח-המרות השלטוני, המופעל על הפרט במסגרת ההליך הפלילי, אינו מסתיים עם מתן פסק דין חלוט, הגוזר על אדם עונש. אכיפת פסק הדין במסגרת מאסר היא חוליה נוספת בהליך הפלילי, שבמסגרתה ניתנת לרשות השלטונית סמכות שימוש בכח-מרות לצורך ביצוע פסק הדין, בצד הבטחת הסדר והבטחון הן בתחומי הכלא והן מחוצה לו.

24. על האסיר מוטלות הגבלות אינהרנטיות הנובעות במישרין מעובדת כליאתו. הפגיעה בחירות התנועה, בחופש העיסוק, במימוש הזכות לפרטיות, בזכות הקניין ובזכות הביטוי, הן פועל יוצא ישיר מעובדת מאסרו. אולם באלה לא 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, ולהגן על שלום יושביו ושלום הציבור מחוצה לו. לרשות המנהלת את הכלא נתונים כוחות להטיל הגבלות שונות על אסירים לצורך שמירה על הסדר והבטחון

בתחומיו, כדי להגן על שלום האסירים ועל בטחון המבקרים במקום, וכדי להבטיח את בטחון הציבור מחוץ 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 והבטחון בתחומו. לעיתים, יש להטיל על אסירים הגבלות מטעמים של שיקולי בטחון כלליים של המדינה (בג"צ 2245/06 דוברין נ' שירותו בתי הסוהר (לא פורסם, 13.6.06) (להלן: פרשת דוברין)). השימוש בכח-המרות השלטוני להשגת תכליות אלה מוסיף על הפגיעה הקיימת ממילא בליבת 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 בכח-המרות לצורך זה לעמוד במבחני פיסקת ההגבלה של חוק היסוד. ככל שזכות האדם היא בעלת משקל רב יותר, כך נדרשים טעמים חזקים יותר להצדקת הפגיעה בה. האמצעים הננקטים כלפי אסיר בכלא לשמירת הסדר והבטחון במובנם הרחב אסור להם שיהוו מרכיב נוסף לענישה שנגזרה עליו. מטרתם לשרת תכליות ציבוריות חיוניות, המתחייבות מניהול תקין של בית סוהר (עע"א 4463/94 גולן נ' שב"ט, פ"ד נ(4) 136 (1996) (להלן: ענין גולן); בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984); בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פ"ד מו(5) 72, 81 (1992)). השימוש באמצעים של כח-המרות בניהול בית הסוהר כפוף לתורת האיזונים, החלה על השימוש בכח-המרות השלטוני במהלך ההליך הפלילי על כל שלביו. הקו המנחה בתורה זו נועד להקנות הגנה מירבית על זכויות האסיר לבל תפגענה מעבר למידה ההכרחית להשגת התכלית הציבורית הראויה.

25. הנה כי כן, השימוש בכח-המרות השלטוני בניהול בית סוהר, הכרוך בפגיעה בזכויות-ליבה של האסירים - מעבר לפגיעה הקיימת מעצם הכליאה - כפוף לתורת האיזונים האופיינית לשימוש בכח במהלך ההליך הפלילי על כל שלביו. חוקיות השימוש בכח-המרות בניהול הכלא - שנועד לענות על אינטרס ציבורי - מותנית בהקפדה מירבית על זכויות האסיר לבל תפגענה מעבר למידה ההכרחית לצורך השגת התכלית הראויה. האיזון המורכב בין הזכויות המוגנות של האסיר לבין צרכי מערכת בית הסוהר מצוי באחריותה של הרשות הציבורית, המופקדת על הענישה ועל אכיפתה. הפגיעה המותרת ביתרת זכויות האדם העומדות לאסיר בכלאו מותנית בקיומה של תכלית ציבורית מובהקת המצדיקה את גרימתה, ובמידתיותה (ענין דוברין, בפסקה 23). האחריות לפגיעה כזו בליבת זכויות האדם של האסיר היא כבודה, ומחייבת קיומן של מודעות והכרה מלאות לאמות-המידה המובנות בהתרת פגיעה כזו, לקיום ביקורת מינהלית, אתית ושיפוטית על תקינותה, ובעיקר - להעדרם של שיקולים זרים העלולים

להכתים את שיקול-הדעת הראוי של הגורם הממונה, הנדרש לשקול את ביצוע הפעולה הכרוכה בפגיעה.

26. ההגנה על ליבת זכויות האדם העומדות לאסיר בבית הכלא אינה מתיישבת עם העברת הסמכות להפעלת כח-מרות שלטוני כלפיו לידי גורם פרטי, שיופקד על ניהול בית הסוהר. העברה כזו אינה מתיישבת עם קיומה של מודעות טבועה והפנמה אצל הגורם המוסמך את דבר הצורך בריסונו ובהגבלתו של השימוש בכח 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 ומניעיו. במקרים רבים, יהא זה פיקוח לאחר מעשה, שאין בו כדי למנוע מראש את הפגיעה באסירים, העלולה להיגרם מנקיטת אמצעים מינהליים, משמעתיים וענישתיים שאינם מידתיים. מעבר לכל אלה, הזכייין הפרטי מונחה על ידי שיקולי כדאיות חיצוניים, המכתימים מעצם טיבם את שיקול-הדעת הענייני שיש להפעיל לצורך השימוש בכח בהתאם לתורת האיזונים. ניהול בית סוהר בידי זכייין פרטי, הכרוך בהפעלת כח-מרות על אסירים, עלול להיות מונע משיקולים זרים, ובהם שיקולי יעילות כלכלית ורווחיות, שלצורך הגשמתם קיבל על עצמו את התפקיד. נוכח מציאות זו, עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בזכויותיו של האסיר היא מהותית, רבת-משקל ומתמשכת. היא מכוונת כלפי אוכלוסיה חלשה במיוחד, שהנימנים עליה נפגעו בלאו הכי בזכויות היסוד הנתונות להם, מעצם הרשעתם ועונש המאסר שהוטל עליהם. הסכנה כי שיקולים לא ענייניים ידריכו את הגורם הפרטי בביצוע תפקידו, ובהפעלת כח-המרות על האסירים, היא מיידית וממשית. שיקולי הגברת יעילות כלכלית והעלאת תשומות הרווח של הגורם הפרטי עלולים להביא, למשל, לצמצום בכח האדם המפעיל את בית הסוהר, להורדת רמתו כדי להוזילו, ולהחמרה עקב כך של שיטות הפיקוח על האסירים, תוך 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, בעמ' 25).

27. ומעבר לכל אלה - הפעלת כח-מרות שלטוני בידי זכייין פרטי כלפי אסירים אינה זוכה לאמון ולהסכמה חברתית רחבה כפי שמהותה מחייבת. היא אינה מבטיחה כי מטריית זכויות האדם, הפרושה על כל אדם באשר הוא, לרבות העברייין בכלא, תישמר ותוגן, וכי פגיעה בה תותנה לעולם בתנאים ובסייגים שהשיטה החוקתית מחייבת (ענין דוברין, בפסקה 23; בג"צ 355/79 קטלן נ' שירותות בתי הסוהר, פ"ד לד' (3)

298 (1980)). הפעלת כח-מרות שלטוני בידי גורם פרטי בהקשר שלפנינו כרוכה בפגיעה בחוש הצדק הבסיסי, המורה כי שימוש בכח-מרות כלפי אסירים, שבלאו הכי נפגעו בליכת זכויות האדם הנתונות להם, ייעשה בידי הרשות השלטונית, האמונה על דרישות ריסונו של הכח, והנושאת כלפי הציבור באחריות מלאה - מינהלית, משפטית ומוסרית - לשימוש בכח זה. הגדיר זאת יפה פרופ' הראל במאמרו, באומרו:

"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 behaviour 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" (שם), בעמ' 18).

28. הלגיטימציה המשפטית, והסמכות המוסרית לפגוע בחירות היסוד של האדם באמצעות כליאה, ולהפעיל עליו כח כפייה במסגרת הכלא, מותנות בכך שהפעלת כח-מרות 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 והענישה, ובבסיס המוסרי של הפעלת כח-מרות הממסדי על הפרט החוטא (John J. Dilulio Jr., ) (1988) 66, 79-83 PUB. INT. *What's Wrong with Private Prisons*).

התכלית הטמונה בתיקון 28 לפקודת בתי הסוהר

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



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

”המטרה שעמדה ביסוד חקיקתו של תיקון 28, וביסוד ההסדרים המיוחדים שנקבעו במסגרתו היתה, אפוא, מטרה כלכלית. בעינינו, זוהי התועלת הציבורית המרכזית אותה ביקש תיקון 28 להשיג, וזהו ה- *raison d'être* שבבסיסו; שהרי אלמלא שיקול החסכון הכלכלי היה השיקול המרכזי שעמד בפני המחוקק, לא היה כלל צורך בחקיקת תיקון 28, וניתן היה להתמודד עם בעיית הצפיפות בבתי הסוהר באמצעות הקמת בתי סוהר ציבוריים נוספים, או על ידי שיפור בתי הסוהר הציבוריים הקיימים, בהתאם למסגרת הנורמטיבית שהיתה קיימת עד לחקיקת תיקון 28. ניתן, אפוא, לומר כי על אף שתיקון 28 נולד מתוך שאיפה לשפר את תנאי הכליאה של האסירים, הרי תכליתו של ההסדר החקיקתי הקונקרטי שנבחר כאמצעי להגשמת שאיפה ראויה זו היא השגת חסכון כלכלי רב ככל הניתן עבור המדינה” (שם, פסקה 52).

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

30. להבנתי, תכליתו המרכזית של התיקון לפקודה, כפי שהיא נלמדת מהרקע לחקיקתו ומהקשרם של הדברים, היא לקדם את רווחת האסיר, בדרך של הקטנת הצפיפות הקשה השוררת בבתי הסוהר, השבחת השירותים הניתנים בו, והרחבת תכניות הטיפול והשיקום הפתוחות בפני האסיר. מטרת אלה ניתן היה להשיג באמצעות ההפרטה של ניהול בית הסוהר, שאפשרה, בד בבד, השגת חסכון כספי ניכר למדינה, הנאמד בסכומי כסף ניכרים על פני ציר תקופת הזיכיון, המתפרשת על 25 שנים.

31. מקדמת דנא, מתמודדת מערכת בתי הסוהר עם חובת המדינה להבטיח את זכותו של האסיר לתנאי קיום וחיים בסיסיים בבית הסוהר, כחלק מההגנה על כבודו כאדם גם בעת היותו כלוא בגין עבירה שביצע כנגד 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"צ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים (לא פורסם, 12.2.07) (להלן: ענין רופאים לזכויות אדם)).

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 הבטחוני הקשה והמתמשך, המביא להעלאת מספר העצורים והאסירים הבטחוניים, התרבות מקרי הפשיעה החמורה בישראל, והגידול בהיקף המעצרים של עובדים זרים ושוהים 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 לניהול בתי הסוהר ובתי המעצר, ומקשים על הקצאת אמצעים הנדרשים לשיפור תנאי 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 כיצור הבריאה (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001); בג"צ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 736 (2004); בג"צ 366/03 עמותת מחוייבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פסקאות 14-15 (לא פורסם, 12.12.05); ענין רופאים לזכויות אדם, בפסקה 9). תפיסה 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 מכח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל. זכויות אלה נגרעות מן האסיר רק במידה שהגבלתן מתחייבת באופן הכרחי משלילת חירותו עקב המאסר, ובמידה שהפגיעה בזכות מוגנת הינה על פי יסודות פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד" (ענין רופאים לזכויות אדם, בפסקה 10).

בהיכנסו לכלא, נשללת אמנם חירותו של האדם, אך לא נשלל כבודו (בג"צ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(3) 97, 101 (2004)). סיפוק צרכיו המינימליים של האדם, שהם תנאי-בלעדיו-אין לקיום וחיים 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 ביחס לבני אדם הנתונים למשמורתה, מצויים תחת חסותה, ואשר ביחס אליהם היא נושאת באחריות ישירה ומיידית. השמירה על כבודו של האסיר כאדם חורגת מעבר לעניינו של האסיר כפרט בלבד. היא עניינה של החברה כולה, הנושאת באחריות לעיצוב נורמות המוסר והאתיקה בקרבה, הנוגעות לאדם באשר הוא אדם, והאסיר בכלל זה (ענין גולן, בעמ' 156). כך, הוכרה זכותו הבסיסית של כל אסיר בכלא לישון על מיטה, כחלק מהגנה על כבודו כאדם (ענין רופאים לזכויות אדם, בפסקה 14). נילוים לצרכים בסיסיים אלה גם צורכי אכילה, שתייה, בגדים נקיים, אויר חופשי, זכות למרחב מחייה 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, לענין מימוש זכות כל אסיר למיטה, ענין רופאים לזכויות אדם, שם).

34. מעבר לדאגה לתנאי הקיום המינימליים של אסירים המוחזקים במשמורת, אותם חייבת המדינה לספק גם במגבלות התקציב, קיימים רבדים נוספים של תנאי רווחה לאסיר, המצויים מעבר "לגרעין הקשה" של תנאי המינימום. בכלל רבדים אלה, מצויים עניינים הקשורים להקטנת הצפיפות בכלא, להרחבת מרחב המחיה הפיסי של האסיר בבית הסוהר מעבר לתנאי המינימום הקבועים בנוהלים, לשיפור תכניות הטיפול והשיקום של האסירים, להוספת תוכניות תרבות, העשרה והפעלה, להטבת רמת המזון והטיפול הרפואי, ועניינים נוספים. סיפוק תנאים אלה, המצויים מעבר לאמצעי המינימום שיש חובה לספקם, הוא אופציונאלי בטיבו, ותלוי בסדרי עדיפויות לאומיים המשתקפים בתקציבי מוסדות המדינה. תנאי רווחה אלה לאסיר, החורגים מתנאי המינימום, ראוי שמדינה-רווחה תחתור ללא לאות לספקם לאסיריה. עם זאת, יכולתה לעשות כן תלויה במורכבות כלל הצרכים הלאומיים, ובמיקומו של נושא 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 להגדלת רווחת האסיר, מעבר לתנאי המינימום המתחייבים מכח הדין, איננו מובטח.

35. להבנת, תיקון 28 לפקודה נועד, בעיקרו, לקדם את רווחת האסיר בבית הסוהר מעבר לתנאים המינימליים שאותם חייבת המדינה לספק בלא כל סייג לאסירים בבתי הכלא, בנסיבות בהן הקצאת משאבים תקציביים למטרה זו במסלול התקציבי הרגיל אינה מובטחת. התיקון לפקודה נועד לאפשר את קידום רווחת האסיר מעבר לתנאי המינימום הנתונים והמגיעים לו, תוך חסכון 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 (הצ”ח הממשלה 73, תשס”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, מעבר למינימום נדרש. המדינה מפרטת בתגובתה מיום 24.10.05, ובתגובות מאוחרות יותר, בין היתר, כי מרחב המחיה של אסיר בישראל כיום הינו 2-4.5 מ”ר לאדם, לעומת מרחב של 6-10 מ”ר לאדם, המקובל בעולם; כי חלק ממתקני הכליאה הקיימים הינם ישנים מאוד, ואינם מספקים תנאי מגורים הולמים; וכי גידול קבוע במספר האסירים מדי שנה מחריף את מצוקת התנאים הקיימים. לטענת המדינה, בית הסוהר המופרט יקדם את רווחת האסירים באופן בולט מבחינת שיפור מרחב המחיה של האסיר, וכן בתחומי השיקום והטיפול באסיר, וברמת השירותים הפסיכיים הניתנים בכלא. שטח המחיה הממוצע לכל אסיר יגדל באופן ניכר, והוא הדין בהגדלת מספר העובדים הסוציאליים; תתאפשר הגדלה ניכרת של שעות החינוך לאסירים. בצד שיפורים אלה, יתהווה חסכון כלכלי משמעותי למדינה (תגובה משלימה מטעם המדינה מיום 16.2.06, פסקאות 15-19).

37. הזכייין בתגובתו מיום 29.8.06 מדגיש גם הוא את מכלול השיפורים המתוכננים ביחס לאסירים (פסקה 98 לתגובה). אלה כוללים חינוך פורמלי מוגבר, הגדלת היקף ההעסקה של אסירים בעבודות שונות, העלאת הגמול הכספי עבור העבודה, הגדלת מרחב המחיה הפיסי הרבה מעבר לדרישת המינימום, השבחת המזון, הגדלת מספר ימי ביקורי המשפחה, הגדלת הצוות החינוכי, שיפור הטיפול הרפואי, הגדלת שעות פעילות

לאסירים, ושיפורים נוספים. לטענת הזכייין:

"למעשה, בחינה מדוקדקת... מגלה דווקא, עד כמה עבודת החשיבה המקיפה שנעשתה על ידי המדינה ונציגיה בעיצוב ההתקשרות עם הזכייין, מספקת פתרונות מקיפים וממצים, המשקיטים 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 31.12.07).

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

האיזון החוקתי – היחס בין הפגיעה באסיר עקב הפרטת השימוש בכח השלטוני אל מול השיפור הצפוי בתנאי חייו בכלא

39. הפרטת ניהול בית הסוהר במסגרת תיקון 28 לפקודה מעלה שאלה חוקתית בעלת משמעות כבדת משקל. שאלה זו בתמציתה היא - האם הפגיעה הפוטנציאלית בליבת זכויות היסוד של האסיר, הנגרמת עקב הפרטת כח-המרות השלטוני בניהול בית סוהר, עומדת במבחן המידתיות החוקתית, בשים לב, בין היתר, לתכליתו של תיקון החוק אשר נועדה להגדיל את רווחתו של האסיר מעבר לתנאי המינימום המובטחים לו, ולהביא, בד בבד, חסכון כלכלי למדינה. עומדות זו כנגד זו - הפגיעה הפוטנציאלית בליבת זכויות היסוד של האסיר, הצפויה כתוצאה מהפרטת הכח השלטוני, אל מול התועלת הפוטנציאלית לאסיר הנובעת מהגדלת רווחתו והשבחת תנאי חייו, אגב הסבת תועלת כלכלית לציבור. מהי תוצאת האיזון בין ערכים אלה, ואיזה 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, ערכים וזכויות יסוד, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות ממדרגה ראשונה (בג"צ 73/53 חב' קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, 880 (1953)). יישובו של הניגוד נעשה על דרך האיזון בין הערכים המתחרים, כאשר לכל אחד מהגורמים המתחרים חשיבות ומשקל יחסי משלו. ההכרעה נעשית על בסיס יחסיותם של הערכים המתנגשים זה מול זה.

"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 אומה, 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 פתרון לכל בעיה חוקתית אינן קיימות. במקום שההנחייה האובייקטיבית נפסקת, נשאר המשפטן החוקתי "עם עצמו" ומגיע "רגע האמת שלו". מרגע זה, כוכב הצפון היחיד שינחה את דרכו הוא העקרון החוקתי בדבר הצדק; על המשפטן לשאוף לאותו פתרון הנראה לו כצודק ביותר" (אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית כרך שלישי 71-72 (1994)).

41. התכלית החוקתית בנויה על הערכים והעקרונות שהנורמה החוקתית נועדה להגשים. לעיתים ערכים אלה מובילים 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 נוסחות איזון המתאימות עצמן לרב-גווניות המצבים האפשריים שהחיים מצמיחים, ולאינסוף הניגודים העשויים להתרחש בהם (בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 401 (1984)).

42. בענייננו, נוסחת האיזון החוקתי בין הערכים המתנגשים היא מורכבת במיוחד. מן הצד האחד של המשוואה ניצבת הפגיעה הפוטנציאלית בליבת זכויות האדם של

האסיר - ובמיוחד בזכויותיו לחירות ולכבוד - הטמונה בהפרטת כח-המרות השלטוני בניהול בית סוהר והעברתו מידי אורגן המדינה לידי גורם פרטי. פוטנציאל הפגיעה בפרט הכרוך בהפרטת כח-המרות השלטוני בניהול בית סוהר הוא רב ביותר מהטעמים עליהם עמדתי לעיל. הוא פוגע ושוחק את הערובות המובנות ביסודות השיטה לשמירה על מגבלות הכח וריסונו, החלות על המדינה בהפעלת כוחה השלטוני. פגיעה בערובות אלה, כאשר משמעותן היא אפשרות פגיעה ממשית בליבת זכויות האדם של האסיר, היא בעלת משקל רב במיוחד.

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

44. כנגד הפגיעה הפוטנציאלית הכרוכה בהפרטת כח-המרות השלטוני, העלולה לפגוע בחירותו ובכבודו של האסיר, עומדת תכלית הפרטה, שנילווה לה מימד של השבחת תנאי חייו בכלא. להשבחת התנאים כאמור יש השלכה ישירה על מימושן של זכויות יסוד הנתונות לו. כיצד יש לפתור התנגשות זו, אשר בגרעינה פועלים, מצד אחד, כוחות הפוגעים בזכויות האסיר, ומצד שני, כוחות המיטיבים עמו, ומקדמים את זכויותיו?

45. הדילמה במשוואת איזון זו מורכבת במיוחד. היא אינה דומה לדילמה הטיפוסית שבה מתנגשות זו כנגד זו זכות של פרט אחד כנגד זכות של פרט אחד, או זכות של פרט כנגד אינטרס ציבורי-כללי. במשוואה בענייננו פועלים זה כנגד זה אינטרסים וכוחות נוגדים הנוגעים באותו אדם עצמו - האסיר. האחד - חותר לכיוון ביטול הפגיעה הפוטנציאלית הטמונה בהפרטת כח-המרות השלטוני המופעל כלפיו בבית הסוהר, והשני - חותר לכיוון הותרת החוק על כנו, חרף הפגיעה האמורה, כדי להגדיל את רווחתו, ולהשביח את תנאי החזקתו במשמורת בטווח ארוך. לפנינו התנגשות בין כוחות מנוגדים, הפועלים על האסיר כפרט, כשהאחד חותר למנוע פגיעה בליבת זכויותיו עקב הפרטת הכח המופעל כלפיו, והאחר, הנוגד, מבקש לתרום לרווחתו הפיסית והנפשית שאינה ניתנת להגשמה, לפחות לפי שעה, בדרך אחרת.

האינטרס הציבורי הכללי, המשתקף בחסכון הכספי ובהגברת היעילות הכלכלית למדינה בהקמת בית הסוהר הפרטי, נילוה ונכרך בגורם הגברת הרווחה ושיפור איכות החיים של האסיר בבית הסוהר המופרט.

46. על פי גישת הנשיאה בפסק דינה, שאני מסכימה לה, הבעייתיות המרכזית בהליך האיזון בין הערכים הנוגדים, הנדרש לבחינה החוקתית של תיקון 28, מצוי במבחן המשנה השלישי של המידתיות, כמובנה בפיסקת 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 התפיסה החוקתית כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (בג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הבטחון, פסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 12.12.06)). מבחן המשנה השלישי של המידתיות הוא ערכי במהותו. הוא נועד לענות להתנגשות בין הגורמים הרלבנטיים השונים בדרך שתשקף באופן הראוי ביותר את הערכים החברתיים והמוסריים המעוגנים בקונצנזוס החברתי, שעליו מושתת המשטר הדמוקרטי בישראל.

47. בענייננו, השאלה בהקשרה הערכי היא, מהו היחס המידתי הראוי בין שיפור תנאי חייו של האסיר בכלא, אגב קידום אינטרס כלכלי של ייעול וחסכון למדינה, לעומת עוצמת פוטנציאל הפגיעה בליבת זכויות האדם של האסיר, הטמונה בהפרטת כח-המרות השלטוני, על פי התיקון לפקודה. עריכת האיזון המידתי בין עוצמת הפגיעה בזכויות האסיר על ידי הפרטת השימוש בכח-המרות כלפיו מצד אחד, ושקילתו כנגד התועלת העתידה לצמוח לרווחת האסיר ולציבור בכללו מהקמת בית סוהר פרטי איננה קלה. נדרש להכריע מה גובר על מה במשקלו - עוצמת הפגיעה באסיר הצפויה מהפרטת השימוש בכח-המרות המופעל כלפיו, לעומת חשיבות השבחת תנאי חייו של אותו אסיר במסגרת בית הסוהר הפרטי, שנילווים לה גם חסכון והגברת היעילות בשימוש בכספי ציבור. ניתן להעמיד את השאלה גם כך: האם הגברת רווחת האסיר הצפויה מהתיקון, תוך הסבת תועלת כלכלית למדינה, מקהה את עוצמת פוטנציאל הפגיעה באסיר עקב הפרטת השימוש בכח-המרות במידה כזו ההופכת פגיעה זו לחוקתית בהתאם למבחן המידתיות הצר שבפסקת ההגבלה.



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

49. לטעמי, באיזון זה, שהוא ערכי ביסודו, ההטבה עם רווחת האסיר, המלווה באינטרס ציבורי-כלכלי למדינה, הצפויים מהתיקון לחוק, אינם מקהים מעוצמת פוטנציאל הפגיעה באסיר הטמון בו, עקב הפרטת כח-המרות השלטוני, במידה ההופכת פגיעה זו לחוקתית על פי מבחן המידתיות הצר שבפסקת ההגבלה. ההטבה עם האסיר, ועמה התועלת הכלכלית למדינה אינן שקולות, ואף בטלות בשישים, כנגד עוצמת הפגיעה בליבת זכויות האדם של האסיר, הצפויה מהפקדת כח-המרות השלטוני בידי זכייין פרטי.

50. פוטנציאל הפגיעה בפרט, הטמון בהפרטת כח-המרות השלטוני בהליך הפלילי, הוא עמוק, ונוגע בגרעינו הקשה של ההסדר החברתי, המעניק למדינה את הכח המשפטי והמוסרי להשתמש במרות השלטונית כלפי האזרח, תוך ריסונו וצמצומו של כח זה למינימום ההכרחי, לשם הגנה על ליבת זכויות אדם. המבנה הערכי, המוסרי והמשפטי של המשטר בישראל אינו מתיישב עם העברת כח-המרות השלטוני הכרוך בניהול בית סוהר לגורם פרטי, שפגיעתו בפרט עלולה להיות קשה, וזאת, גם כשמולו עומדת תכלית חיובית וחשובה כשלעצמה, שנועדה לשפר את תנאי חייו הפיסיים של האסיר בכלא, ולהביא עימה גם התייעלות כלכלית וחסכון כספי ציבור. במישור הערכי, חובת ההגנה על ליבת 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 השבחת 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 פוטנציאל הפגיעה בליבת זכויות האסירים, הכרוך במתן כח לזכייין הפרטי להפעיל מרות שלטונית כלפי פרטים הכפופים לו. במשטר חוקתי-דמוקרטי, מחירה של הגדלת רווחת-האדם אינו אמור להשתלם בדרך המסבה פגיעה אפשרית בליבת זכויות-היסוד הנתונות לו. מחיר כזה אינו ראוי, ואינו עומד במבחן החוקתי.

51. פוטנציאל הפגיעה הטמון בהפרטת הכח השלטוני הוא מובנה ובעל עוצמה כזו, שאינו מתיר עריכת ניסוי והסקת מסקנות בעקבותיו. יש לחתור לשיפור רווחתו של האסיר, אך לא במחיר התרת הפעלת אמצעים פוגעניים כלפיו, ופגיעה בליבת זכויותיו, הכרוכות בחקיקה העומדת למבחן בהליך זה.

52. השימוש בכח-המרות השלטוני במסגרת ההליך הפלילי, ככל שהוא פוגע בליבת זכויות האדם של הפרט, צריך להישאר בידיה של הרשות השלטונית, האחראית כלפי הציבור וכלפי יסודות המשטר לדיסונו ולהגבלתו. כך הוא לגבי הכח המשטרתי, כך הוא לגבי הגורם השיפוטי, וכך הוא באשר לרשות המוסמכת לנהל את בתי הסוהר, בהפעילה כוחות-מרות כלפי האסירים.

53. הפרטה של שירותים ציבוריים באמצעות העברת האחריות לאספקתם לידי גורמים פרטיים נעשתה בשנים האחרונות במספר מישורים (דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל(3) 461, 472-473 (2008); אבישי בניש "מיקור-חוץ בראי המשפט הציבורי" משפטים לח(2) 283 (2008)). על התחומים שהופרטו נימנים, בין היתר, הוצאה לפועל של פסקי דין אזרחיים, מאבטחים פרטיים וחברות שמירה, גביית מס ועוד. הבעייתיות העולה בהקשר להפרטת ניהול בית סוהר שונה בתכלית מזו העולה בתחומי ההפרטה האחרים מבחינת היקף השימוש הנדרש בכח-המרות השלטוני כלפי הפרט, ומבחינת עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בליבת זכויותיו החוקתיות.

54. דין הפרטת השימוש בכח-המרות השלטוני בניהול בית סוהר על ידי העברתו לזכייני פרטי להתבטל, אפוא, משאין היא עומדת במבחן המידתיות הצר על פי פיסקת ההגבלה.

55. למותר לומר, כי אין איסור להפריט את כל אותן פעולות וכל אותם שירותים הכרוכים בניהול בית סוהר, אשר אינם מערבים הפעלת כח-מרות שלטוני כלפי אסירים.

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

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

## ש ו פ ט ת

### 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), לפיו הועברו סמכויות הכליאה של אסירים וכן שורה ארוכה של סמכויות פוגעניות הכרוכות בכך לזכייין פרטי. זאת בשל הפגיעה הבלתי חוקתית בזכויות האדם של האסירים לחירות אישית ולכבוד הנובעת מהקמת בית סוהר בניהול תאגיד פרטי, כאמור, בו נתונים האסירים למרותם של עובדי התאגיד.

1. בחוות דעתה עומדת הנשיאה על כך שעל פי תפיסות היסוד של המחשבה המדינית המודרנית המדינה היא המופקדת על אכיפת החוק הפלילי ועל שמירת הסדר הציבורי מכוח האמנה לפיה התארגנו בני האדם כחברה. הנשיאה מוסיפה ומציינת כי תפקיד זה המוטל על המדינה מקפל בתוכו סמכות פוגענית לשלילת חירותם של עבריינים וכי העברת סמכות בסיסית ופוגענית זו לידי גורם פרטי הפועל למטרות רווח נוגדת את האמנה החברתית שעל פיה נמסרו לכתחילה סמכויות אלה לידי המדינה, כי כתוצאה מאותה העברה "מאבד השימוש באותה סמכות חלק ניכר מהלגיטימיות שלו" ונגרמת פגיעה בזכות החוקתית של האסירים לחירות אישית (פיסקה 22 לפסק-דינה של הנשיאה) הנגרמת מעבר לפגיעה הנובעת מן המאסר עצמו ומעצימה אותה (פיסקה 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 לגישה הופכים האסירים "אמצעי להפקת רווחים כספיים על ידי התאגיד שמנהל ומפעיל את בית הסוהר" ומכאן מסקנתה כי "עצם קיום המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם" (פיסקה 36 לפסק-דינה של הנשיאה). טעמיה אלה של הנשיאה מקובלים עלי וכך גם מסקנתה כי אותן פגיעות בחירותם האישית של האסירים ובכבודם אינן עומדות במבחני פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בו מעוגנות זכויות יסוד אלה, בשל היעדר

יחס ראוי בין התועלת החברתית הצומחת מתיקון 28 לבין הפגיעה בזכויות האדם המוגנות של האסירים הנגרמת כתוצאה ממנו.

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 ולתוכנה של אמנה זו (ראו: M.D.A.Freeman, Lloyd's Introduction to W. Friedmann, Legal Theory 117-127 ; Jurisprudence 111-118 (7th ed. 2001) (5<sup>th</sup> ed. 1967); קלוד קליין, "על האמנה החברתית בפני בג"צ" המשפט ה, 189 (2000) (להלן: קליין)). ככלל, נתפסת המדינה כמי שנטלה על עצמה את התפקיד להגן על שלומם, על ביטחונם ועל קניינם של אזרחיה לאחר שאלה ויתרו על זכותם הטבעית להגן בעצמם על אינטרסים 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 ושמירה על ביטחון האזרחים והסדר הציבורי, היא סמכות הכליאה של מי שנמצא אשם בדינו ונגזר לו עונש מאסר, על כל סמכויות העזר הפוגעניות הכרוכות בכך. אכן, כליאתו של מי שהורשע בדינו בתום הליך פלילי הינה החוליה האחרונה ברצף הפעולות המרכיבות את ההליך הפלילי עליו 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 לא מבוטלת יש בה כדי להוות מדד לאפקטיביות של ההליך הפלילי כולו. נוכח 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 ובין האזרחים כמוטבים, התפרקות המדינה מסמכויות הכליאה שהוקנו לה במסגרת האמנה החברתית יש בה משום פגיעה בתנאיה של אמנה זו ובעקרונות היסוד שעליהם מושתתת שיטת המשטר כולה ושעליהם נשענים אזרחים שומרי חוק ונפגעי עבירה שויתרו, כאמור, במסגרת האמנה על הזכות לעשות בעצמם שפטים בעבריינים (להשקפה אחרת - שיש הרואים בה בסיס למשטר טוטליטרי - הגורסת כי האמנה החברתית יכולה להיפגע אך ורק מן הפרט ולא מהריבון, ראו התייחסות: קליין, בעמ' 199).

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 האם הפגיעה בעקרונות היסוד של המשטר הנובעת מהעברת סמכות זו לגורם פרטי - על כל המשמעויות 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 עליהן עמד בית משפט זה בפסיקתו לאורך השנים (ראו: בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 551 (1990); בג"ץ 410/90 בלום נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201, 205 (1992); בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 801-802 (1995); וראו עוד: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 61-62, 67-69 (מהדורה שישית, 2005); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? - הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 177-179 (1997)). ניתן לומר כי הגישה אותה ביטא בית המשפט בהקשר זה הינה כי מהלך של ביקורת שיפוטית על רקע עקרונות יסוד "שאינם חקוקים עלי חוק יסוד" יתכן, אם בכלל, רק במצבים חריגים וקיצוניים במיוחד, כאשר החקיקה של הכנסת חותרת תחת יסודות המשטר עליהן מושתתת המבנה החוקתי כולו. על הזהירות המירבית שיש לנהוג בהקשר זה עומד הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.2006), באומרו:

"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, פסקה 73 לפסק דינו של הנשיא ברק).

והוא מוסיף ומציין שם כי גם אם קיים תחום צר שבמסגרתו ניתן לבחון את חוקתיותו של חוק שלא במסגרת חוקי היסוד, מדובר במקרים מיוחדים ויוצאי דופן אשר בהם פוגע החוק ב"ליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי", למשל "חוק או חוק יסוד אשר ישללו את אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם, פסקה 74; וראו עוד: בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית, 99 (2004)). 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-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461 (2008) (להלן: ברק-ארז); איל פלג ההפרטה כהצברה - גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005)). יחד עם זאת, לא הכל "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-ארז, בעמ' 493-496; יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287, 329-330 (2007)). כפי שצוין לעיל, התפרקות המדינה מסמכויות הכליאה המסורות לה כרשות השלטונית וכמי שמופקדת על שלום הציבור וביטחוננו ועל שמירת הסדר הציבורי והעברתן לגורם פרטי הפועל למטרות רווח, יש בה משום פגיעה בעקרונות יסוד של שיטת המשטר בישראל. יחד עם זאת, אין לומר כי ההסדר הסטטוטורי שבתיקון 28 מהווה פגיעה המאיימת למוטט את עקרונות היסוד שעליהם מושתתת המבנה החוקתי כולו. זאת ביחוד משום שמודל ההפרטה שאומץ באותו תיקון כולל פיקוח הדוק של המדינה אחר פעילותו של הזכיין הפרטי (ראו: סעיפים 128 יט, 128 כא-כד, 128 לב-לח, 128 מא ו- 128 מט 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.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

מצטרף אני לפסק דינה המקיף של חברתי הנשיאה, ולנימוקיה.

השמתם של מי 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 ובריח לא תשתנה באם מדובר בבית סוהר שבניהול פרטי – חומות הכלא הפרטי אינן גבוהות יותר מאשר מקבילותיהן הממלכתיות. אולם מהות בתי הסוהר אינה מתמצית אך בשלילה החירות עצמה, ואין במאפיינם זה, חרף מרכזיותו, כדי לבטא את האופן שבו משמשים בתי הסוהר כמוסד שכל מהותו הינה סנקציה – מוסד שקיומו והכניסה בשעריו מהווים את תגובתה של המדינה להפרת חוק מחוקיה.

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

"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 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**, 235-36 (trans. Alan Sheridan, 1977)).

אכן, בית הסוהר אינו אך החומות המפרידות בין האסיר ובין יתר החברה. על כן, אם ישאל השואל – מאי נפקא מינה בהבחנה בין חומות בבעלות פרטית ובין חומות שבבעלות המדינה? יש לענות כי בשליחתו של העבריין המורשע אל מאחורי חומות בית הסוהר אין המדינה מסיימת את תהליך הענישה, ובמובנים 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 לכחד שלכניסתו אל בית הסוהר מתלוות השלכות רבות מני ספור אחרות על חייו – בין אם מדובר בהגבלות כנגד אורח חייו וכנגד גופו הנדרשות לשם מניעת בריחתו ושמירה על שלום הציבור; קביעת נהלים הנדרשים לשם שמירה על הסדר הציבורי; או שליטה על סדר יומו של הכלוא בהסדרים אחרים הנדרשים מעצם היותו של בית הסוהר מוסד כוללני, הנדרש להתייחס לכל היבטי חייהם של הכלואים בו. לכל אלו מתלווים מנגנוני ענישה פנימיים, ליצירתה ולאכיפתה של המשמעת בבתי הסוהר. אף אם לא נראה בכל אלו משום ענישה במובנה המסורתי, הרי שמהותו של בית הסוהר כמוסד ענישתי סובבת סביב מאפייניו אלו, 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 ובריה.

משכך, העברת ניהול בית סוהר לידיים פרטיות אינה מהווה אך הפרטה של סמכויות הנלוות לענישה או משלימות 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 עמו. כפי שתואר, כל חייהם בינות לכותלי הכלא – מעבר לעצם ההחלטה לאסרם – רוויים בהפעלת כוח ריבוני, המסדיר וממשמע את חייהם ואת גופם. העברת סמכויות אלו 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 לידיו 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 כנגד האסורים, השמתם בהפרדה, בדיקת גופם העירום, כפייתם למתן דגימת שתן, חילוט חפציהם, וחיפוש על גופם, דרך שמירה על הסדר, המשמעת והביטחון 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, לפיו דין תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר הינו בטלות.

## ש ו פ ט

### השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה עם קביעתה של חברתי הנשיאה, לפיה החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 (להלן: החוק) פוגע בפגיעה בלתי-חוקתית בשתי זכויות חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד). מסכימה אני לתפיסתה 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 העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לידי זכיון פרטי הפועל למטרות רווח" (פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה). נוכח חשיבות הסוגיה החוקתית שהתעוררה לפנינו וקיומם של הבדלים מסוימים בזווית ההשקפה, אבקש לפרט את עמדתי.

### הפגיעה בזכויות חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

#### הפגיעה בחירות

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, פ"ד נו(5) 529, 550 (2002)). השאלה "הנקייה" הניצבת לפנינו היא האם 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 יתכנו דרגות שונות: תיתכן פגיעה מזערית, כשהגורם

הפרטי מפעיל סמכויות שלטוניות "טכניות-ביצועיות" (ראו בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410 (1992) (להלן: ענין פיליפוביץ)); ותיתכן פגיעה חמורה, כאשר הגורם הפרטי מפעיל את סמכויותיה העיקריות והפוגעניות של המדינה שיש עמן שיקול דעת רחב.

3. דוקטרינת אצילת סמכויות המינהל מתירה "הסתייעות" של המדינה בגורם פרטי (ענין פיליפוביץ, 429; ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 833 (2005)). דוקטרינה זו חלה בעיקרה במשפט המינהלי (ראו: יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287, 308-311 (תשס"ז) (להלן: דותן ומדינה); דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל(3) 461, 481-482 (2008) (להלן: ברק-ארז)). בהיקש מדוקטרינה זו, 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 (לדרישה לפגיעה שהיא "ממשית" ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 17 לפסק דיני (לא פורסם, 20.8.2008)).

ואולם, בענייננו פועל הזכייין 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. הזכייין מפעיל, בשם המדינה, כוח-מרות שלטוני ממש הכרוך בהפעלת שיקול דעת (על שיקול הדעת כ"חלק החשוב ביותר של הסמכות" ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 546 (1996) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית)). בין היתר, הועברו לידי הזכייין סמכויות שמירת הסדר והמשמעת בכלא ומניעת בריחתם של אסירים (והכל כמפורט בפסקה 31 לפסק דינה של חברתי הנשיאה). הסמכות שהועברה בדבר ניהול הכליאה – הפעלת המרות, הכוח והמשמעת – צבועה בצבע עז של ריבונות המדינה ושיקול דעת בהפעלת הסמכות (ראו והשוו בג"ץ 5009/97 חברת מולטימדיה בע"מ נ' משטרת ישראל, פ"ד נב(3) 679, 693 (1998) (להלן: עניין מולטימדיה); כן ראו Alon Harel "Why only the state may inflict criminal sanctions: The case against privately inflicted sanctions" 14 *Legal Theory* 113, 117 (2008) (להלן: הראל)).

לפיכך החוק איננו מעגן רק "מדיניות של הפרטה" (ראו למשל בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 471 (2001)), אלא הוא משנה את חלוקת הסמכויות השלטוניות של המדינה. דעתי כדעת הנשיאה היא כי סמכויות שטיבן הוא

הפעלת כוח-מרות שלטוני לשם אכיפת המשפט הפלילי ושמירה 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.

4. חברתי מבססת את קביעתה בדבר פגיעה בחירות על הגישה, לפיה 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 היזקקות לעקרון יסוד "משטרי". תפיסתי היא כי נוכח אופיו של ההליך הפלילי, ובראייתי את המאסר כחלק מן ההליך והדין הפלילי, הרי שהעברת האחריות בגינו לידיים פרטיות פוגעת כשלעצמה בחירות כזכות חוקתית בישראל.

5. לגישתי, ההבחנה בין עצם הטלת המאסר לבין ביצועו בפועל היא מלאכותית; המדובר 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" 11 *Current Issues in Crim. Just.* 153, 157, 159, 170 (1999) (להלן: Moyle)). לגישתי הן העונש (הטלת המאסר בגזר דין) והן 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 עליו. הדבר בולט בטיפול בענייני משמעת של אסירים (ראו והשוו Richard Harding "Private Prisons", 28 *Crime and Justice* 265, 273-278 (2001) (להלן: Harding) המובא ב"עמדה מטעם הכנסת" בפסקאות 244-248). ויוזכר כי החוק עלול אף להשפיע במידה מסוימת גם על משך תקופת המאסר עצמו (ראו: פסקה 27 לפסק דינה של חברתי הנשיאה; סעיף 9(7) לחוק שחרור על תנאי ממאסר, תשס"א-2001). אכן, המאסר הוא חלק מן ההליך והדין הפלילי (ראו והשוו לסלי סבה "זכויות האדם ומערכת הענישה" מחקרי משפט יג 183, 188 (1996)). על רקע זה הובעה הדעה כי את סוגית הפרטת בתי הסוהר יש לבחון במסגרת הדין הפלילי ולא במסגרת דיני הפרטה הכלליים:

"[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* 76 (2007) (להלן: Donnelly))

S. Dolovich "State Punishment and private prisons" 55 *Duke L. J.* :ראו גם: (2005) 437, 544-5 (Donnelly בעמ' 256).

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 הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 261 (1999) (להלן: ענין צמח)). באומרנו כי הטלת עונש המאסר וביצועו בפועל בבית הסוהר הם חלק מן ההליך והדין הפלילי, נמצא שגם אופן ביצוע המאסר – לרבות זהותו של מבצע המאסר – "מכוסה" על-ידי הזכות החוקתית לחירות אישית. ההליך הפלילי כולו, לרבות מרכיב ביצוע המאסר בפועל, כפוף למגבלות החוקתיות: "מרבית הפעילות השלטונית בתחומי המשפט הפלילי – בין חקיקתית, בין מינהלית ובין שיפוטית – כפופה עתה לחוקי היסוד. נדרשת חוקתיות של המשפט הפלילי ואכיפתו" (אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 13 (1996) (להלן: ברק הקונסטיטוציונליזציה)). כדברי הנשיא ברק, ההליך הפלילי "קשור מטבע הדברים בקשר אמיץ עם זכויות האדם. הוא מגן על זכותו של כל אדם לכבוד, לשלמות הגוף והרכוש" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 654 (1995); וראו גם בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 81 (1997)).

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

במישור החוקתי, הפגיעה בחירות כזכות חוקתית צריכה לעבור את תנאי 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 מרכזי כמקור לאיזון החוקתי בתחום הפלילי (ברק הקונסטיטוציונליזציה, 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 במילוי תפקידו אינה מקנה לסוהר סמכות לחייב את האסירים לבצע את עבודות ניקוי תאי המאסר בעצמם: "אנו נמצאים כאן בשטח של חירות האזרח, והכלל הוא כי במקרה כזה יש להקפיד הקפד היטב שחירות לא תישלל ממנו אלא במידה ובצורה המשתמעות ברורות מן החוק" (כדברי השופט אגרנט ב-ע"פ 40/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' זיאד, פ"ד יב 1358, 1364 (1958) (להלן: ענין זיאד) ולפיכך "הכרחי להסיק – בהעדר הוכחה נוגדת

– שבגדר האפשרות המעשית היא כי [נקיון התאים] יבוצע באמצעות אנשים שמלאכתם בכך ושיתמנו במיוחד לתפקיד זה" (ענין זיאד, 1635 ג-ד). בכך הוטלה למעשה חובה על המדינה לתפעל את נקיון תאי המאסר בעצמה או מטעמה אך לא על-ידי האסירים עצמם (כל עוד לא נקבע אחרת בחקיקה).

יתירה מזאת ובמישור העיוני. פרשנות חוקתית נעשית מתוך "מבט רחב" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 11.5.2006) (להלן: ענין התנועה לאיכות השלטון)). כך גם ביחס 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, כמובא בספר המחשבה המדינית מבחר כתבים 268 (ברוך זיסר ודוד צור עורכים, 1990)). הערך "חירות" הוא בעל זיקה חזקה לפילוסופיה פוליטית (לסקירה ראו הראל, 117-122; ראו גם (1987) *J. P. Day Liberty and Justice* 101 (להלן: Day)). ה"חירות" היא מרכיב מרכזי בחשיבה ההומניסטית (לחשיבותה של החירות בתפיסת הצדק של רולס ראו: *J. Rawls Political Liberalism* 181 (1993); *Rawls A Theory of Justice* 201-205 (1971) (להלן: Rawls); ראו גם 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 ודוד הד עורכים, תשס"ז)). ה"חירות" היא מרכיב מרכזי בכל הגדרה של דמוקרטיה (להשפעה של הגדרות שונות ל"דמוקרטיה" ו"חירות" על הלגיטימיות של הפרטת בתי סוהר ראו בהרחבה Donnelly, בעמ' 84-96).

בסיס עיוני זה יכול לשמש אותנו בפרשנות הזכות ל"חירות". יש לזכור כי השאלה איננה מהי "חירות" בפילוסופיה הפוליטית של פלוני או בתפיסות המוסר של אלמוני. השאלה הנה, כיצד נתפשת הזכות ל"חירות" בערכיה של מדינת ישראל (ראו והשוו אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 318 (1994) (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 ב-ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל, כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 425 (1995)). אלה הם ערכים המבטאים "תפיסות עומק של החברה המודרנית" (שם, 424; ראו גם *Ronald Dworkin Taking Rights Seriously*).

(1977) 116-117; וכן השוו לתפיסתו של ג'ון רולס בדבר ה- Overlapping Consensus, Rawls בעמ' 144-150, ותפקידו המוסדי של בית המשפט העליון בקביעת ערכים חוקתיים, Rawls בעמ' 227-240).

9. חברתי הנשיאה הזכירה בפסק דינה את דבריהם של שניים מההוגים הקלאסיים של תורת המדינה מן המאה ה-17 – תומס הובס ו-ג'ון לוק. גישה קלאסית זו המתבטאת בפסק דינה – כוחה עמה גם כיום. ביטוי מובהק לגישה הנוהגת במדינה המודרנית, לפיה במסגרת אחריות המדינה לדאוג לסדר הציבורי ולאכוף את הדין הפלילי בתחומה ובעצמה, מופיע בכתביו של מקס וובר, ביחס 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*, in *From Max Weber: Articles in Sociology* 77, 78 (H. H. Gerth & C. Wright Mills eds., 1946))

דומה כי גם אלה הדוגלים בתפיסת "מדינת שומר הלילה", שבה תפקיד המדינה מצטמצם אך ורק להגנה על חיי האזרחים ורכושם, 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 מאוד, 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" (זמיר הסמכות המינהלית (כרך א) 31).

גם הדוגלים ב"קפיטליזם כתנאי הכרחי לחירות" (מילטון פרידמן קפיטליזם וחירות 11 (בתרגום מזל כהן, הוצאת שלם, תשס"ב)) סבורים כי למדינה יש שתי חובות "ברורות ומובנות מאליהן", כדברי מילטון פרידמן:

"[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... החובה השנייה... 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 46 (ערן בר-טל עורך, הוצאת

המרכז הישראלי לקידום חברתי וכלכלי, תשס"ד)  
(להלן: פרידמן החופש לבחור)).

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

"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 לכוון ולקיים מפעלים ומוסדות ציבוריים מסויימים, 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, בעמ' 45-46).

דומה כי על בסיס זה ניתן לומר כי גישה מקובלת היא ש"מכוח עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הליברלית, מוצרים מסויימים חייבים להיכלל בתחום הציבורי באופן שהפרטתם כלל אינה לגיטימית" (דותן ומדינה, 290). דותן ומדינה מציינים שם כי מכוח עקרונות אלה "בוודאי... אסור לנקוט מסחור של ענישה פלילית" (דותן ומדינה, 329-330); ראו גם ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 583 בעמ' 588, 654-655, 660 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) (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 92-93 (2005) (להלן: פלג) והאסמכתאות (שם).

10. לגישתי, בהתבסס על ההוגים הקלאסיים של תורת המדינה אותם 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', ראו חיים כהן המשפט 138 (1996); כן ראו 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" (1958), In Isaiah Berlin *Four Essays on Liberty* (Oxford, 1969)).

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

"[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" (J. Wadham, H. Mountfield, C. Gallagher, E. Prochaska, *Blackstone's Guide to The Human Rights Act 1998*, 168 (Fifth Ed., 2009) (Blackstone's: להלן))

(עוד על מובנים שונים של חירות ראו באופן כללי: Philip Pettit "Law, Liberty and Reason" in *Reasonableness and Law* 109 (G. Bongiovanni, G. Sartor, H. Valentini (Ed., 2009)).

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.

ראשית, ענייננו בתיק זה בהפרטה בהקשר של המשפט הפלילי. הקמה וניהול של בתי סוהר היא חלק מאכיפת החוק וניהול ההליך הפלילי:



"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 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" 15 *Hofstra L. Rev.* 649, 669 (1987) (להלן: Field))

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, 110)

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

"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, 669).

וכן השופט זמיר –

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

המשפט הוא אשר שלח את האסירים אל בין החומות; אך עכשיו, שהחומות סוגרות עליהם, בית המשפט הוא אביהם של אסירים" (דברי השופט זמיר ב-ע"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 7-8 (1998)).

הביקורת השיפוטית ביחס לסמכות מינהלית שכזו איננה רק במישור המשפט המינהלי, אלא גם במישור המשפט החוקתי. כפי שהראיתי, העברה של סמכות "ניהול הכליאה" מן המדינה לגורם פרטי מוטה רווח, היא הוראה מן התחום של המשפט הפלילי העולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית. ככזו עליה לעבור את מבחני פסקת ההגבלה (ראו יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" מחקרי משפט יג 275, 276 (1996)).

יוצר כי גם ביחס לסמכות מינהלית "רגילה" ייתכנו עניינים שעל דרך הכלל ינוהלו על-ידי המדינה בעצמה. כך למשל נפסק, ביחס לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה למנות תובע פלילי, כי "יש לקבוע סוגים של עבירות – ובהן עבירות הליבה של המשפט הפלילי – שבהן נדרש כי ניהול התביעה ייעשה על-ידי הפרקליטות" (בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652, 657 (2003)) 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, 655ה).

12. שנית, ניתן לומר כי החוק שלפנינו הוא ביטוי קיצוני ל"עידן הפרטה" בו אנו מצויים היום" (כדברי חברתי הנשיאה ב-דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פסקה 14 לפסק דינה (טרם פורסם, 2.3.2009), וראו גם שם, פסקאות חז-יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין). לא בכדי העיר השופט חשין בעניין מולטימדיה כי "טרם היגענו להפרטתה של המשטרה. יש לקוות כי אף לא נגיע לכך" (בעמ' 689ב). והנה, במובן מסוים, הגענו.

אלא שבפסק דיננו 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-אדא, 467-478). כל

סוג וכל מקרה יידון לגופו (למודל כולל המוצע בתחום המשפט המינהלי, בהתבסס על עקרון החוקיות, ראו דותן ומדינה, 329-333; למודל כולל המוצע בתחום המשפט החוקתי ראו ברק ארז, 492-498; למודל נוסף, בהתבסס על עקרון "הצברה", ראו פלג, אשר מניח את עצם לגיטימיות ההפרטה, שם, 37, אך מציב שאלות חוקתיות תוך דיון בהצדקות תיאורטיות ל"הצברה", ראו שם, 77-78). דין המשפט הציבורי הוא אחד, אך יישומו עשוי להשתנות מסוג הפרטה אחד למשנהו ועל-פי נסיבות המקרה.

13. אדגיש כי ענייננו בהפרטה ביחס לסמכות 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 ביחס להפרטה של שירותים ממשלתיים במישור האזרחי (להפרטה בתחום הבריאות ראו בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 17.3.2009); להפרטה בתחום הרווחה ראו אבישי בניש, "מיקור חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות מרווחה לעבודה ובעיות כשלי הפיקוח", משפטים לח 283 (2008)). 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" משפט וממשל ד 357, 378 (1998)). זיהויה של "חוקה כלכלית" הוא עניין סבוך שלא נדרש בתיק זה (ראו מדינה החוקה הכלכלית, 588, 654-655, 669; עוד על הקשיים הכרוכים בזיהוי החוקה הכלכלית במישור המוסדי ראו ברק-ארז, 493-494 וכן דותן ומדינה 341-343; על טווח הגישות האידיאולוגיות בעניין זה ביחס למוצרים ציבוריים ראו דותן ומדינה, 301-303; כן ראו גישות שונות שהובעו בעניין זה בפסיקה, בין השאר, ב-ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים, פ"ד נד(2) 433, 446 (2000); ע"א 8558/01 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נז(4) 769, 782 (2003); להרחבה ביחס לפסקי הדין הללו ונוספים ראו פלג, 48-51; כן ראו בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 650-בג (2001)).

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, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997) (להלן: ענין מנהלי ההשקעות)). כל שנאמר בענייננו הוא, בתמצית, כי בתחום המשפט הפלילי, העברת הסמכות לאכיפת החוק הפלילי ולשמירה על הסדר הציבורי בשלב הכליאה, כאשר עסקינן בסמכות בעלת מרכיב דומיננטי של שיקול דעת לשימוש בכוח מרות, מן המדינה לגורם פרטי מוטא רווח, פוגעת בזכות החוקתית לחירות. עליה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

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

15. הלכה היא כי עקרון השוויון הוא חלק מן הזכות החוקתית לכבוד האדם, על-פי "מודל הביניים" שאומץ בפסיקת בית משפט זה ביחס לפרשנות הזכות לכבוד האדם: "ניתן לכלול בגדרי 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" (ענין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק).

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 זכיין מוטה רווח, וקבוצה שניה 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 השניה כיוון שהגורם הפרטי מוטה הרווח אינו כפוף "לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי במובנו הרחב של מושג זה" (כדברי חברתי הנשיאה, פסקה 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 5361/00 פלג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 145, פסקאות 16 ו-18 לדעת הרוב בפסק דינו של המשנה לנשיא מצא (2005)). 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, 300-299, 330).

16. חברתי הנשיאה עמדה בפסק דינה על ניגוד העניינים המובנה. דבריה מקובלים עלי, ואוסיף שני היבטים: ראשית, דפוס הסודיות המסחרית של הזכייין מנוגד לדפוס הציבורי של שקיפות ופתיחות כחלק מרעיון האחריות (Accountability) בלעז, לרעיון זה ראו פלג, 68-69; שנית, וכנובע מכך, פערי המידע בין הזכייין לבין המדינה,

ולו כמפקחת, עלולים להיות מנוצלים לטובת האינטרס העצמי של הזכייין ולרעת האסירים המצויים בחזקתו (רונן מנדלקרן ואריק שרמן "ההפרטה של הביצוע: מיקור חוץ של שירותים חברתיים בישראל", סעיף 2.3, מחקר בפרויקט אחריות המדינה וגבולות ההפרטה (המרכז לצדק חברתי ע"ש חזן במכון ון ליר בירושלים) (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 שהתעשייה הפועלת למטרות רווח לא תשפיע על הכליאה ותעודד אותה" (חיים פרשטמן גבולות ההפרטה, עמ' 25 (הוצאת מכון ון-ליר, 2007) (להלן: פרשטמן)).

וכדברי Donnelly:

"[T]he private interest of maximizing profit may conflict with the public interest in sound correctional policies: private managers in prisons may choose to lower costs by minimizing staff numbers, hiring under-qualified guards, or providing minimally adequate but substandard care" (Donnelly, 91-92)

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, 136). החשש מובנה לתוך שיקול הדעת של הגורם הפרטי. עמד על כך וולצר, בצינונו כי בית סוהר פרטי –

"[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" *New Republic* (April 1985) p. 12)

וכדברי Donnelly:

"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, 110)

17. סעיף 76 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 קובע כי שירות בתי הסוהר יעסוק "בניהול בתי הסוהר, בהבטחת אסירים ובכל הכרוך בכך". ככלל, סמכות "ניהול הכליאה", מעצם טבעה, "מועדת לפורענות". דוגמא מובהקת לחשש זה היא ביחס לעבודות 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 תכלית עבודת האסירים כשיקומית בעיקרה בעוד "האינטרסים הכלכליים הכרוכים בעבודת אסירים אף שהם קיימים, אינם אלא שוליים" (כדברי השופט זמיר ב-בג"ץ 1163/98 שדו"ת נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, 836 ה(2001) (להלן: ענין שדו"ת), וראו גם שס, בעמ' 864 מפי השופטת ביניש: "אסיר... עבודתו מלכתחילה כרוכה במגבלות ואינה לשם עשיית רווח"). לעומת זאת, כאשר הגורם הפרטי אחראי לעבודת האסירים, מתעוררת בעיית ניגוד העניינים המובנה ביתר שאת. האם גם הזכיין הפרטי שותף לתפיסה לפיה "עבודת אסירים משרתת מטרות חשובות מן הבחינה של האסירים, של שירות בתי הסוהר ושל הציבור הרחב" (ענין שדו"ת, 837ג (השופט זמיר)) ? דומה כי התשובה היא בשלילה, כדברי פלג:

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

בסיטואציה זו קיים חשש לניצול לרעה של כוח המרות השלטוני שהועבר ביחס לעבודות אסירים (ראו Warren L. Ratliff, "The due process failure of America's prison privatization statutes", 21 *Seton Hall Legislative Journal* 371, 381 (1997) המובא ב"עמדה מטעם הכנסת" בסעיפים 227-276). חשש זה מתחזק כשמדובר באוכלוסיה חלשה, כבענייננו, ביחס לאוכלוסיית האסירים שחירותם נשללה (ראו פלג, 63). החשש האמור – בהתחשב באופייה ובמהותה של הסמכות שבה מדובר – 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, פ"ד נח(5) 202, 212-213א (2004); דותן ומדינה, 310).

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

"כאשר מתייחסים אל האדם, לא כאל 'תכלית כשלעצמה' אלא כאל 'אמצעי בלבד', פוגעים בערך של כבוד האדם" (עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג 87, 95 (1996)). ההכרה באדם כמטרה ולא כאמצעי קשורה ב"קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם כחלק מ"מודל הביניים" בפרשנות הזכות החוקתית לכבוד האדם (ראו ברק פרשנות חוקתית 407-406, 416). על-פי "מודל הביניים", שאומץ כאמור בפסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" (ברק פרשנות חוקתית, 421). אמנם, עבודות האסירים הן רק חלק ממכלול הפעילות בבית הסוהר, הכולל על-פי החוק אחריות של הזכייין גם לפעילות "הכשרה לעבודה והקניית השכלה" (סעיף 128 יב (א) (3) לחוק), אלא שעובדה זו אינה שוללת את עצם הפגיעה בזכות החוקתית אלא הינה במישור מידתיות הפגיעה.

19. לסיכום: הפגיעה בעקרון השוויון בין האסירים מובנית לתוך אופן הפעלת שיקול הדעת של הגורם הפרטי בהפעילו את סמכות "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 החוק פוגע בשוויון ביחס 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" מחקרי משפט יג 27, 69-68 (1996)). גם על פגיעה זו לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

#### חוקתיות הפגיעה בזכויות – פסקת ההגבלה

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

איני שוללת את האפשרות של שיתוף פעולה בהפעלת בתי סוהר באופן שהוא מידתי – וחוקתי. המשפט המינהלי מאפשר טווח של שיתוף פעולה כאמור בדרגה של "הסתייעות" וזאת גם ללא עיגון מפורש בחקיקה ראשית ("חזקה על החוק שהעניק את הסמכות, כי תכליתו הינה לאפשר לבעל הסמכות להיעזר באחרים לביצוע סמכותו" כאשר היקפה של ההסתייעות "משתנה מעניין לעניין ומתפקיד לתפקיד", ענין פיליפוביץ, 429). העובדה כי בענייננו שיתוף הפעולה עוגן במפורש בחקיקה ראשית, מתירה, לטעמי, מרחב תמרון רחב יותר לרשות המבצעת מעבר ל"הסתייעות" בלבד (למרחב התמרון של המחוקק בחקיקה ראשית ראו ענין מנהלי ההשקעות, 386). אולם מרחב תמרון זה, הנובע מעיגון ההפרטה בחקיקה ראשית חייב לעמוד, נוכח פגיעתו בזכויות חוקתיות, במבחני פסקת ההגבלה לרבות מבחן המידתיות החוקתי:

"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... המגבלה החוקתית המוטלת על המחוקק היא זו הקבועה בפסקת ההגבלה" (בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 794 ו-795 ב(2003) (להלן: ענין שטנגר))

אתמקד אפוא במבחן המידתיות.

מבחן המידתיות

21. "הפגיעה בזכויות האסיר כפופה למבחן המידתיות הכללי" (ענין צמח, 266 ב). את מבחן המידתיות יש לבחון על רקע תכלית החוק. מקובלת עלי עמדת חברתי הנשיאה כי תכלית החוק היא תכלית כלכלית המשולבת בנסיון לשיפור תנאי הכליאה וכי זוהי תכלית ראויה (ראו פסקה 45 לפסק דינה; על הצורך החיוני בשיפור תנאי הכליאה בישראל ראו בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, בייחוד פסקאות 12-14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, 12.2.2007)). השאלה היא, האם האמצעי שנבחר בחוק – הפרטה מסיבית של סמכות ניהול הכליאה הכוללת מרכיב דומיננטי של שיקול דעת לשימוש בכוח מרות – הוא אמצעי מידתי לצורך הגשמת התכלית האמורה. לדעתי המפתח לתשובה לשאלה זו מצוי במבחן-המשנה השני ובמבחן-המשנה השלישי של המידתיות ובממשק ביניהם. אעיר כאן כי מסכימה אני עם קביעתה של חברתי הנשיאה לפיה אמצעי הפיקוח המפורטים בחוק אין בהם כדי להביא, לבדם, לאיזון מידתי ביחס 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 המחקק להשגת התכלית החקיקתית" (ענין מנהלי ההשקעות, 385ה).

ענייננו כאמור בחוק שהוא בתחום הדין הפלילי בישראל. במסגרת שאלת 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" ספר ברק עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 325, 330 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009)). בתהליך הכנת 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 לזכייני סמכויות הבניה 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 שירותי בית-סוהר ציבורי (Loi n°87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire) קובע כי המדינה רשאית להסמיך גורם פרטי לבנות ולהפעיל בית סוהר פרטי, ובלבד שלא יועברו לידי הגורם הפרטי סמכויות הקשורות לניהול, רישום ומעקב של אסירים.

המדובר בקונספציה של "הפרטה חלקית" כחלופה ל"הפרטה מלאה" (ראו Uri Timor "Privatization of prisons in Israel: Gains and Risks" 39 Isr. L. Rev. 81, 102-103 (2006)). קונספציה זו עשויה להרחיב את היקף "ההסתיעות" בגורם פרטי גם לתחומים שאינם טכניים, ובלבד שאלה אינם כוללים את סמכות "ניהול הכליאה". יוער כי חוקתיותו של חוק בקונספציה דומה של "הפרטה חלקית" אושרה בדעת רוב בבית המשפט החוקתי של קוסטה-ריקה (ראו Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia N. 2004-10492 de fecha 28 de septiembre de 2004, אצל יהודה טרואן וליאור בן דוד "הפרטת בתי סוהר במבט משווה: מגמות, 'מודלים' ושאלות חוקתיות" 21-25 (הכנסת - מחלקת מידע ומחקר, 10.8.2006) (להלן: טרואן ובן TIT); כן ראו "עמדה מטעם הכנסת", פסקאות 258-268).

הנימוק העיקרי שהובא בטיעוני המדינה לדחיית חלופה דומה של "הפרטה חלקית" הוא שעל סמך הניסיון שהתגבש בעולם, צפויים קשיים בתיאום התיפעולי ובעיות בחלוקת האחריות בין שירות בתי הסוהר לבין הזכייין (ראו פסקה 18 לתגובה מטעם המשיבים והכלל כמפורט בפסק דינה של חברתי הנשיאה, פסקה 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 ענדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (להלן: עניין ענדאלה), פסקאות 88-89 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 14.5.2006)).

23. לדעתי, טענת המדינה הדוחה חלופה בדמות "המודל הצרפתי", על סמך "הנסיון בעולם", אינה משכנעת. בעניין ענדאלה הציגה המדינה, לדעתי, טעמים כבדי משקל לדחיית החלופה שהוצעה שם והוכיחה כי החלופה שהוצעה שם אינה מעשית כלל נוכח המצב הבטחוני (עניין ענדאלה, פסקה 20 לפסק דיני). בעניינינו 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 אירופאיות כגון צרפת וגרמניה (ראו: טרוואן ובן TIT, 5; Harding, 274). על כן, לטעמי, המדינה לא הצליחה להראות כי "המודל הצרפתי" אינו ישים בישראל. משכך, יתכן שניתן היה לקבוע כבר בשלב זה כי החוק אינו חוקתי כיוון שאין הוא עומד במבחן-המשנה השני. יחד עם זאת, לא יהיה זה נכון, לדעתי, להכריע את סוגיית מבחן-המשנה השני על סמך נטלי הוכחה. השאלה העקרונית על מי מוטל נטל ההוכחה בשלב המידתיות טרם הוכרעה בבית משפט זה וישנן גישות שונות בעניין זה (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקאות 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, 795). בהתחשב במרחב התמרון של המחוקק בחקיקה ראשית, המדינה "צולחת" את מבחן-המשנה השני.

עם זאת, לגישתי, המדינה אינה משתחררת בכך מן הקונספציה של "הפרטה חלקית". קונספציה של "הפרטה חלקית" עשויה לשמש קנה מידה להשוואה ביישום

מבחן-המשנה השלישי של המידתיות. הן הזכייין והן 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); וברוח דומה ציינה באת-כח המדינה בדיון לפנינו, במענה לשאלת בית המשפט מדוע לא בחרה המדינה בחקיקה נוסח "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).

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 הבטחון, פסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 12.12.2006)). זהו מבחן ערכי הדורש יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. כאמור, העותרים, המדינה והזכייין אינם שוללים את חוקתיות הקונספציה של "הפרטה חלקית" ולמעשה היא אינה שנויה במחלוקת (הקונספציה של "הפרטה חלקית" תכונה להלן: החלופה). בנסיבות אלה השאלה היא האם החוק הוא מידתי (במובן הצר) בהשוואה לחלופה. שאלה זו היא בהיקף מצומצם כיוון שכפות המאזניים נבחנות בהשוואה לחלופה. עמד על כך הנשיא ברק:

"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, פ"ד נח(5) 807, 840 (2004); ראו גם אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות:

ההיבט התורתי" ספר ברק עיונים בעשייתו השיפוטית של  
אהרן ברק 39, 60-64 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה  
פסברג עורכים, 2009) (להלן: ברק איזון חוקתי).

על רקע זה יש ליישם את מבחן-המשנה השלישי בענייננו כך: השאלה היא, האם תוספת השיפור בתנאי הכליאה ובחסכון 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.

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

25. כימות "כף הגשמת המטרה", קרי, תוספת השיפור בתנאי הכליאה ובחסכון הכלכלי המתקבלת במעבר מן החלופה אל החוק היא עניין מורכב שהכלים העומדים לבית המשפט לצורך כימותו הם מוגבלים (ראו והשוו דותן ומדינה, 328-329). על הכימות להתחשב, בין היתר, באיכות הכליאה, בשיפור מצוקת הכליאה, בעלות ביצוע העסקה עם הזכייין, בעלות הפיקוח והרגולציה, בעלות התפתחויות לא צפויות וכדומה (ראו מנדלקרן ושרמן, סעיף 2.4). יש הסבורים כי יש להתחשב במסגרת זו גם בעלות הפגיעה ב"העדפות חברתיות", קרי, העובדה כי ישנם אנשים "שאכפת להם" כי השירות יסופק באופן בלעדי על-ידי המדינה:

"ייתכן שיש מקום לראות בשירות בתי הסוהר מוצר שלמעשה כלל הציבור צורך, ובעזרת מוצר זה אוסף הציבור את שלטון החוק... עצם העובדה שהשירות הוא אוניוורסלי היא ערך בפני עצמו שאנו מוכנים לשלם בעבורו. חשוב לנו שלמשלה יהיה מנופול על גופים שיש להם רשות לנקוט אמצעים אלימים מטעם המדינה (כלומר צבא, משטרה, שב"ס וכו'). חשיבות העדפות אלה אינה פחות מההעדפות שלנו לגבי מוצרי הצריכה שאנו צורכים... [איין] לפטור העדפות חברתיות כפחותות ערך" (פרשטמן, 23-24).

דומה כי בנסיבות המקרה שלפנינו, ובהיעדר תשתית עובדתית מספקת להכרעה, כימות "כף הגשמת המטרה" לא מביא לתוצאה חד-משמעית. לא ניתן לקבוע שהמעבר מן החלופה אל החוק מביא בבירור לתוספת קריטית בהגשמת המטרה.

26. לעומת זאת, כימות "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 לזכיון 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 ביחס לעוצמת הפגיעה בזכות החוקתית (ראו והשוו ברק-ארז, 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.

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

הסעד החוקתי

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

”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, 63).

הערה ביחס לכלים נוספים לביקורת שיפוטית חוקתית

29. נוכח הנמקתה של הנשיאה, המקובלת עליו, אין מקום לטעמי להיזקק לכלים נוספים לביקורת שיפוטית חוקתית, בהתבסס – כמוצע על-ידי חלק מחברי להרכב – על עקרונות היסוד של השיטה (ראו בג”ץ 142/89 תנועת לאו”ר – לב אחד ורוח חדשה נ’ יושב-ראש הכנסת, פ”ד מד(3) 529, 551, 554 (1990)) או על האמנה החברתית (ראו ענין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 6 לפסק דינו של המישנה לנשיא (בדימ’) חשין). לדעתי כלים אלה הם בבחינת “מוצא אחרון” שיש להשתמש בהם בזירות ובריסון רב, לא כל שכן, כאשר הפרדיגמה החוקתית המקובלת בשיטת המשפט שלנו, בהתבסס על

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה בו, מביאה לתוצאה זהה. התוכן של האמנה החברתית בישראל – כרעיון הנותן ביטוי למכנה המשותף של החברה – נתון לפרשנויות שונות ואין צורך שנכריע בדבר במקרה שלפנינו (ראו והשוו דעותיהם השונות של הנשיא ברק והשופטים חשין וזמיר ב-בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998)). הם מחייבים חשיבה מעמיקה ביחס לסעד החוקתי כפועל יוצא מהפעלתם. לעת הזו די לטעמי בשימוש באמנה החברתית ככלי לפרשנות הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד.

טיכום

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

## ש ו פ ט ת

### השופט א' א' לוי

1. צר לי, אך לעת הזו לא אוכל להצטרף לעיקר המסקנות אליהן הגיעו חברי, 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 נושא 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 חברי, 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, פ"ד נ(4) 136, 172 (1996)). 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 בעונשו. ככזו, מסור בהגשמתה תפקיד מרכזי 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" משפט ועסקים ב 67, 85 (2005)).

3. אלא שאין לכחד כי במצב הדברים הנוכחי, בשל מצוקות תקציביות ואחרות, מוצא עצמו נושא 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, בעמ' 80). במצב דברים זה, זכויות יסודיות של עצורים ושל אסירים נפגעות השפם והערב, מעשה שיגרה.

עיקרם של דברים סמוי דרך כלל מן העין הציבורית, ועבור רבים הוא גם רחוק מן הלב. אולם צוהר לו מספקות פניות שהונחו לפתחן של ערכאות המשפט, ומציירות תמונה קודרת למדי באשר למתחולל מאחורי הסורגים, וזאת 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 אוורור מספיק" (בש"פ 7053/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 504, 511 (2001)). 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, בפסקה החמישית (טרם פורסם, 12.2.07)). 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' שירות בתי הסוהר (השופטת ד' דורנר) (לא פורסם, 11.3.03)). אלו הן אך דוגמאות אחדות, וראו עוד בג"ץ 5678/02 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם, 9.3.03); בג"ץ 1319/03 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם, 1.3.04); ובג"ץ 572/04 ברי נ' שר המשפטים (לא פורסם, 6.4.05).

שנה אחר שנה משקפים גם דו"חות הסנגוריה 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:

"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](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/SanegoriaZiborit) 7, אתר האינטרנט של משרד המשפטים. לריכוז הדו"חות לשנים 2002-2008: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/SanegoriaZiborit> [/DohotRishmi]

לא רק בתחום התשתיות – סוגיה אקוטית המצויה במרכזה 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, שם). ובאורח מוחשי – "באגף הבידוד האסירים יוצאים מהתא פעם ביום לזמן קצר בלבד וביתרת הזמן נמצאים ספונים בתאם. כתחליף לכיור ולשירותים מקבלים האסירים בקבוק מים אחד ביום וכן בקבוק נוסף ושקית לעשיית צרכיהם" (שם, בעמ' 30); "באגף תאי הצינוק שררו סרחון וצחנה מעוררי קבס" (בעמ' 26); "במהלך הביקור הבחינו אנשי הסניגוריה הציבורית במקקים רבים מתרוצצים בתאים" (שם); "ברוב מתקני הכליאה נאלצים אסירים להתקלח באותו מקום בו עשו לא מכבר את צרכיהם, הם או חבריהם לתא" (בעמ' 29); "ארוחת הצהריים דלוחה עם מבחר דל" (בעמ' 42); "קירות החדר היו מרוחים כולם בכתמי דם ומריחות של חרקים, שנוצרו עקב ניסיונות להיאבק במכת הפשפשים שתקפה את התא" (בעמ' 46). ועל הקושי לשמור על חייו – היש חשוב מכך – של כלוא, אפילו נחוש הוא ליטול אותם בידיו-הוא, עמדנו לצערנו במספר פרשיות לאחרונה, והדברים ידועים.

אמת, אף החוששים מפני תוצאותיה של הפרטה יאלצו 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*, 39 Is. L. Rev. 81, 100 (2006)). גם השופט 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 תקווה 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 האוכלוסין. על חוסר המשאבים מתווספת עוד הנטייה (שהיא לא רק נחלת משפטנים בלבד) לדבוק בנוהגים מקובלים ולחשוש מפני חידושים...". [חיים ה' כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א' 9, 11 (1990)]

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 את 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" (משפט ועסקים לעיל, בעמ' 81). בלא לשגות בהכללות שאינן במקומן, אומר כי נסיבות אלו 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 בענין 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 ממד האחראיות (accountability) שנותר מנת חלקה אף לאחר מסירתו של הזיכיון לידי היזם. והרי פרוץ' זמיר כתב אף את זאת: "יש כבר סימנים להתפכחות מן המחשבה שהפרטה הינה פתרון-קסם לבעיית היעילות של המנהל הציבורי" (שם, בעמ' 83, ה"ש 63). זאת ועוד, בעולם מצויים מחקרים מהם עולה חשש כי ההפרטה ותמריציה יפגעו במוטיבציה לשיקומם של אסירים ובכך יתרמו לגידולה של אוכלוסיית העבריינים במקום לצמצמה (Timor, *Supra*, at p. 83). מחלוקה נטושה באשר ליעילות – לרבות הכלכלית, שבהפרטת בתי-סוהר (*Ibid*, at p. 85). נטען, כי קיומו של בית-סוהר פרטי יעמיק את החשש לקשר פסול בין הון לשלטון (*Ibid*, at p. 91). וראו יואב פלד "[הפשע משתלם: מה ניתן ללמוד מהניסיון האמריקאי בהפרטת בתי סוהר](#)" הסניגור 82 5 (2004); נעמה כרמי ועינת גל "[החטא ועונשו – הפרטת בתי כלא: נייר עמדה](#)" דו"ח עמותת רופאים לזכויות אדם (2005). אך אפשר, מנגד, כי תוצאות קשות אלו לא יתרחשו, ועל כך עשויים להעיד חוות-דעת ומחקרים אחרים, אשר כפי שציינה כבר חברתי, הנשיאה, מסתכמים לא אחת בממצאים סותרים.

5. עיקר הוא בעיני, כי לא לכל אלה כיוונו חברי, אשר ביקשו שלא לעסוק היום במצבן העתידי של הזכויות הנדונות. לגישה זו מצטרף אני במלוא ההסכמה. להשקפתי, ביקורת חוקתית הצופה פני עתיד אפשרית אך משקיימת סבירות גבוהה, שמא אומר גבוהה עד מאד, להתממשותן של ההנחות שבבסיסה. חשש מפני פגיעה עתידית בזכות מוגנת יוכל לשמש בבלימתה-מראש של פגיעה זו – והרי מוטב למנוע את הרע בטרם יתרחש (בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566, 572 (1980)), ובלבד שמצויה לו אחיזה מוצקה די הצורך בנתוני ההווה. זו הסיבה בגינה התקשיתי להשלים עם עמדה אשר יסודה בהידרשות לפוטנציאל הפגיעה בזכויות, שעה שאינך יודע היום מה הסיכויים להתממשותן.

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, מניה וביה, בהעמקת הפגיעה בכבוד האסיר. ממד של השפלה מצוי בדיעתו 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 מפיק 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 חופשיים מטבעם, שווים ועומדים ברשות עצמם, ועל כן אי-אפשר להוציא שום אדם מכלל מצב זה ללא הסכמתו ולעשותו כפוף לשלטונו המדיני של זולתו. הדרך היחידה שבה מותר 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 72 (יוסף אור מתרגם, התשס"ב)).

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 בעיני – ובכך תמים דעים אני עם חברתי, השופטת פרוקצ'יה, לחשוב שההפרטה מתמקדת, מטבעה, באינטרס הכלכלי של הזכייין או בחסכון 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, מייד בפתח הדברים, הצעת החוק שאחריה 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-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומהוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996. 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 בדיוקנות את התחייבויותיו על פי ההסכם שייחתם עמו ועל פי הוראות החוק המוצע".  
 [דברי הסבר להצעת החוק 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 ענין הציבור. הרווח הכספי אינו אלא אמצעי בהגשמת תכליתו של התיקון, היינו, שיפור תנאי הכליאה וייעולה של מערכת בתי-הסוהר. מידת היכולת לקדם תכלית זו תלויה, בין השאר, במנגנוני התמרוץ הנקובים במערך ההסדרים מול הזכייין, ובפעולתם התקינה. דמיון קיים, אפוא, בין התמריץ הכלכלי לזכייין הפרטי לבין תמריצים המשפיעים על פעולתם של פקידי ממשל – קידום בשכר ובדרגה, ענידת דרגות ועיטורים, השתלמויות מקצועיות או צבירתן של זכויות לגמלה. אף אם אניח כי ראשונה יעמיד הזכייין הפרטי לנגד עיניו את תועלתו הכלכלית, הרי אין ענינו של הפיקוח על פעילותו של בית-הסוהר הפרטי, אותו מותר המנהל הממשלתי בידיו, אלא בענין הציבור. "הפיקוח הציבורי על הפעילות הפרטית נועד לשרת את האינטרס הציבורי" (זמיר במשפט ועסקים לעיל, 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 אלו כתוצאה מאותה הפרטה ממש. אך מהו המיקום "הגיאוגרפי" (השופט י' זוסמן בע"א 404/61 סקיבינסקיה נ' יורושיץ, פ"ד טז(1) 347, 363 (1962)) הראוי לעריכתו של מאזן תועלות זה? ניתן לטעון כי מקומה של מלאכת האיזון 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 בגדרם היא תוכשר, קרי, לפסקת ההגבלה. גישה זו אין בידי לקבל.

כחברתי הנשיאה, אף דרכי נשענת על ההכרה כי תיקון 28 לפקודת בתי-הסוהר יצטרך להיבחן, 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 ממדיו של

מעשה הפגיעה בזכות – לא רק מלגו, לאמור את מאזן התועלות והנזקים הקשורים ישירות בזכות, אלא מלבר, היינו, את אלה המקיפים עקרונות ואינטרסים חיצוניים לה.

9. אולם שלא כחברי, סבורני, ראשית, כי אפשר שלא תידרש כלל עריכתו של מאזן תועלות, הכרוך מעצם טיבו בהכרעה ערכית אשר לא הכל יהיו תמימי דעים באשר לתוצאתה. לו נמצא, כי אין בכוחו של התיקון לפקודת בתי-הסוהר להשיג את התכלית לה כיוון (מבחן המידתיות הראשון), או שלחלופין, 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 במקום בו עומד לבחינה חוק של הכנסת, המשקף הכרעות ממדרגה ראשונה – ובמקרה דנן הכרעות של מדיניות כלכלית וחברתית, להן 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 יעשה. כך הוא באשר לסוג המבחן המשמש את הביקורת החוקתית, וכך הוא גם באשר לתכנים הנוצקים אל המבחן בו נעשה שימוש בכל מקרה ומקרה.

יהא הדבר אשר יהא, עיקר הוא בעיני כי פסקת ההגבלה אינה מספקת מדרך-רגל יציב מקום בו 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 בצדה. אלא שעבור חברי אין בכך מאום, באשר דומה כי לגישתם הפגיעה בזכויות שנושאת עמה 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 חברי. כשלעצמי, דומה בעיני כי תוצאה אחרת של מאזן תועלות היא אפשרית, הכל על-פי האופן בו 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 עמן (אך ראו והשוו ע"פ

4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 833 (2005)). דוגמה ראשונה מגיעה מתחום הענישה דווקא, וכוונתי לנשיאתו של מאסר על דרך עבודות שירות, המעוגנת בסימן ב'1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ואינה נעשית בהכרח במוסד ממוסדות המדינה אלא גם במוסדות, שאף כי אינם פועלים בכוונת רווח הם מוגדרים פרטיים. דוגמה נוספת מספק החוק לטיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, אשר מסמך פסיכיאטר מחוזי לאשפז חולי נפש בכפייה גם בבתי חולים פרטיים (סעיף 9 לחוק). דוגמה בולטת נוספת היא הגבייה המנהלית שלפי פקודת המסים (גבייה), אשר במסגרתה ניתנת לרשויות שונות אפשרות להיעזר בחברות גבייה פרטיות, שעל כוח הכפייה שהן מפעילות אין צורך להכביר מלים. השלמה עם הפרטה בפועל של משימות אבטחה ושמירה על מקומות ציבוריים אף היא נחלתנו זה שנים ארוכות, ובפרט בעשור האחרון. והאם הסתייעות בסנגורים מן המגזר הפרטי, במסגרת עשייתה המבורכת של הסנגוריה הציבורית, אינה בבחינת הפרטה דה-פקטו של משימה אותה 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" עיוני משפט ל 461, 473 (2008)). ניתן היה לעמוד על הדומה והשונה 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 וממלאי התפקידים בו, ומנגנוני פיקוח חיצוניים, היינו בקרה באמצעות גופים שאינם חלק ממערך בית-הסוהר. מנגנוני הפיקוח הפנימיים בנויים שכבה על גבי שכבה, כשכל 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 128ט לפקודה). שכבה שנייה ענינה בזהותו ובתפקודו של מנהל בית הסוהר, שמינויו טעון אישור וכפוף לבחינה שוטפת ותקופתית כאחת (סעיף 128ל 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 128טו ו-יט לפקודה). השכבה השלישית של מנגנוני הבקרה מטילה מגבלות דומות על יתר עובדי הזכייין (סעיפים 128כב-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 בו התקבלה תלונה של אסיר הנוגעת לתנאי מאסרו (סעיפים 128-לב-לג לפקודה). מנגנון פיקוח נוסף טמון בהגדרתו של בית-הסוהר בניהול פרטי כגוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9(6) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 (סעיף 128 מא לפקודה). ולבסוף קובע החוק, בסימן י', מנגנון פיקוח מסועף שעניינו ועדה מייעצת לענין זכויות האסירים, שיקומם, רווחתם ובריאותם, המונה ששה חברים ובהם שופט בדימוס של בית-המשפט המחוזי, נציג הסנגוריה 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-נג לפקודה).

10. לצד כל אלה, עוסק ההסכם בהרחבה בשירותים בהם חב הזכייין, לרבות טיפול ושיקום, חינוך, שירותי מזון דת ורפואה; בזכויות האסירים לחופשות, ביקורים והגשתן של תביעות ועתירות בענין תנאי מאסרם (נספח ו' להסכם). מרכיב נוסף בהסכם (נספח יג', שתוכנו המפורט לא הונח בפנינו 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 יימצא 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 השלכה מהותית על הפעלתו (פרק ב.5). בכל מקרה של מעשה, מחדל או הפרה של ההסכם, חייב הזכייין באחריות כלפי המדינה ונציגיה (סעיף 111 להסכם).

בנוסף על המנגנונים 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 המנהלי. על אלה מוסיפים – הכללים המיוחדים להשגות אסירים על החלטות בענינם; כללי המשפט הפרטי, לרבות החלתן של נורמות שמקורן חוקתי-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 בהם מחויבים עובדי המדינה (וראו דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209, 214 (2001); דורי ספיבק "זכויות אסירים ועצירים בעידן ההפרטה הסניגור 95, 40, 43

(2005); בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 460 (1987); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).

ואם בתמריץ כספי דובר לעיל, אוסיף ואעיר כי ספק בעיני אם המתנגדים לחוק הביאו בחשבון הכרעתם מרכיב נוסף, שיסודו בכך שככלל, ובניגוד לממשל הציבורי במרבית ההיבטים, גוף פרטי אינו מוגן מפני תביעות בנזיקין. אין מקום, אמנם, להכריע כבר עתה בשאלה אם מטרת ההגנה שפורש מעל המדינה ושלוחיה חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 יכלה לעמוד או שלא עומדת הייתה לו, לזכיון הפרטי. לענין 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 מפורשות על הזכיון ושלוחיו את הוראות חוק העונשין, התשל"ז-1977 בדומה לעובדי ציבור. ועוד ראו את האמור בנספח להסכם הזיכיון, היינו, כי "ידוע לזכיון כי אסיר זכאי להגיש תביעות [בנוסף 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 הוספה)). 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:

"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" [משפט ועסקים לעיל, בעמ' 91]

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 פרקה עצמה מסמכויותיה כי אם המירה אותן בסמכויות מעולם תוכן חדש, הוא עולם הפיקוח. מנגנונים אלה של ממשל עקיף (שם, בעמ' 89) – צריכים להיבחן 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, פ"ד נה(3) 625, 650 (2001)). 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.

11. תמצית עמדתי היא, אפוא, זו: ימים יגידו. אפשר כי לו הייתה מובאת עתירה זו בפנינו חודשים מספר לאחר שהוחל בהפעלתו של ההסדר, מגלה הייתי כי הצדק עם חברי, 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 זכויות הפרט (איל פלג ההפרטה כהצברה: גופים מופרטים במשפט הציבורי 17 (2005)), 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 בה מצויים אנו היום. ענין לנו, אפוא, בביצה שלא נולדה. אם טוב הוא היום בו באה לעולם אם לאו, אם ראויה היא לאכילה אם לאו, טרם נדע.

דומני, כי טיעון הזכויות לא רק שמקדים 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:

"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". [עיוני משפט ל לעיל, בעמ' 493]

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 מחברי קיימו את הדיון בשאלה זו בגדריה של סוגיית הזכויות, הואיל ולהשקפתם, בהפרתן של המושכלות המוסדיות כשלעצמה יש כדי להעמיק את הפגיעה בזכויות האסירים. ואולם חלק מן ההנמקות אשר שימשו בעמדותיהם של חברי נשען להבנתי על הפסול המצוי בהתפרקותה של המדינה מכוחותיה, ובסטייתה בעקבות כך מן הבסיס עליו מושתת מדינה, הוא רעיון האמנה החברתית. לכך אדרש עתה.

#### 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 של הכוח האלים; יש המייחדים לה פעולות שיש בהן סממנים של ריבונות; ויש המייחדים לה את התפקיד של הספקת טובין ציבוריים". [פרופ' ברק-ארז, שם, שם]. 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. השלכותיה נוגעות לשלל תחומי חיים, לא רק משפטיים. על דרך הכלל, מוטב להשאירה, בין השאר, לפילוסופים ולמלומדים של מדע המדינה. ברם, נוכח עמדה ולפיה ההפרטה כרוכה בפגיעה "המצויה במישור של האמנה החברתית העומדת ביסוד קיומה של המדינה" (חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, לעיל), נראה כי אין מנוס מהתייחסות קצרה לכך.

במוקד הדברים מצוי העקרון 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 כישות עצמאית ונפרדת אלא גם כחלק ממארג אנושי-חברתי גדול יותר, שראש וראשון לביטויו בימינו הוא המדינה הריבונית. בסיס עיוני חשוב לעקרון הריבונות מצוי ברעיון האמנה החברתית, שהוא אבן יסוד בחייה של החברה האזרחית המודרנית.

תורות האמנה החברתית, אשר פותחו במהלך המאות 17-18, מציעות הסבר לשאלה מדוע בחרו בני האדם לזנוח את מצב הטבע ולעבור אל המצב האזרחי, היינו, לחברות בקהילה ולימים – במסגרת מדינית. מתארות הן תהליך בו השכילו, כביכול, בני האדם להבין כי אם יתאגדו הם יוכלו להגן על זכויותיהם הטבעיות באורח מיטבי. על כן, הסכימו להמחות את כוח הכפייה ואת סמכות ההכרעה והשיפוט שעמדו

לרשותם כפרטים בודדים לידיה של ישות אחת – היא הישות המדינית המכונה ריבון – ולשים בה מבטחם כי תפעל בהתאם לרצונם המצרפי.

חרף היותו בא בימים, לא נס ליחו של רעיון האמנה החברתית, ונעשה בו שימוש גם בהתייחס לסוגיות מדיניות בנות זמננו. יחד עם זאת, וכדרכן של תיאוריות פילוסופיות, יישומו המעשי אינו פשוט כלל ועיקר. הוא אמנם מצייד את הדורש במתווה רעיוני רחב – חשוב מאין כמותו – להבנת סוגיות ולניתוחן, אך אינו מכוון 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, פ"ד נב(1) 289, 340 (1998)). בענין שבפנינו, 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.

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 הלך הרוח הריבוני ואת הרצון המצרפי – תמצית הווייתה של התורה כולה (לוק לעיל בעמ' 100, 109; ז'אן-ז'אק רוסו על האמנה החברתית או עקרונות המשפט המדיני 38; 40; 54 (יוסף אור מתרגם, התשס"ז)). ואם כך הוא הדבר, הרי שלא על נקלה יתמוך רעיון האמנה החברתית בביטולו של חוק הכנסת.

היבט אחר ענינו בקשר שבין ריבונות המדינה לבין האופן בו עושה היא שימוש בסמכויותיה. אם נמצאה לו, לריבון, שיטת פעולה שיישומה כהלכה יקדם את שלום האזרחים ואת רווחתם, וזאת שלא בדרך של הסתלקות מן הבמה כי אם באמצעות החלפתו של הביצוע הישיר בבקרה ופיקוח, כלום מתחייב הדבר כי אותה שיטה לא תוכל להתיישב עם הרעיון עליו מיוסדת המסגרת המדינתית? 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 משמעותי משיקול הדעת השלטוני, את יכולת ההכרעה והשיפוט בעניינים שבמהות, ואת החובה העליונה והמתמדת להקפיד על שמירת זכויות האדם, הביטחון האישי והסדר הציבורי. בכך, תוכל המדינה להוסיף ולהגשים את תכליות

קיומה ולמלא את תפקידיה נאמנה. "מדינה מופרטת", בלשון פרופ' זמיר, אינה בהכרח "פחות מדינה":

"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. 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 זו, 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 שיניח 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'". [משפט ועסקים לעיל, בעמ' 82].

המדינה המודרנית היא גוף מתפתח ומשתנה, וההסדרים הנוהגים בה משקפים גם את שינויי העתים, מבלי שהמסקנה המתבקשת מן הדברים היא אובדן 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 המנהלית א 34 (1996)).

כאן המקום להידרש לרעיון, שלעתים נדמה כמשאלת לב בלבד אך אין פירוש הדבר כי אין לחתור להגשמתו, ולפיו דפוס ראוי של הפרטה הוא זה שבגדרו ייתוספו הזכיינים הפרטיים כשותפיהן הפעילים של רשויות השלטון (ברק-ארו בעיוני משפט ל לעיל, בעמ' 469), באורח שיוסיף משקל לחובת הנאמנות הציבורית. יוסיף ולא יגרע. כך, החובות החוקתיות והמנהליות שיחולו על זכיינים אלה מעבר לחובותיהם במישור הפרטי, תהפוכנה גם הן לחלק מן המבנה הרחב והמסועף של המדינה (פלג לעיל; (Gillian Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 Col. L. Rev. (2003)).

13. השניות ביישומן של רעיון האמנה החברתית בסוגיה קונקרטית כזו שבפנינו, נשקפת גם מתוך כתבי ההוגים המרכזיים של התורה, בין היתר באותם חלקים העוסקים בסמכויות הענישה של הריבון. עמדתו של הפילוסוף האנגלי תומס הובס (Thomas Hobbs), אשר היה הראשון להניח את יסודותיה של תורת האמנה החברתית, היא אולי הקרובה ביותר לעמדתם של העותרים. בחיבורו "לויתן" (Leviathan, The Matter, ) (1651) "Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil" 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 175 (יוסף אור מתרגם, התשס"ח)). את מלאכת הענישה, הכוללת גם תפיסת עבריינים וכליאתם, ראה הובס כמנת חלקם הבלעדית של פקידים ציבוריים (שם, 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, 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, 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 הנסיכות ההיסטוריות של התקופה, ממילא מקיפה גם השקפות עולם אשר אינן תואמות – ואף מנוגדות בתכלית – לאלו של המדינה הדמוקרטית המודרנית.

אשוב להגותו של ג'ון לוק, מחבר "המסכת השנייה על הממשל המדיני" ("Second Treatise on Government" (1690)). בהתייחסו לכוח הענישה הוא קבע, כי על כל פרט השותף לאמנה החברתית לוותר על כוחו לענוש את הזולת "כדי שישתמשו בו רק אותם תושבים שיתמנו לכך במיוחד, ורק על-פי הכללים שבני העדה, או באי כוחם הנבחרים לתכלית זו, יבואו לידי הסכם בנוגע אליהם" (לוק לעיל, 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 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 האחריות כלפי איזו רשות אחרת בתוך הקהיליה" (שם, בעמ' 114). שמע מינה, כי אין פסול עקרוני ברעיון של

המחאת סמכויות שלטוניות בתנאים מסוימים, ולכלל קהילה דרכים שונות להגשים באמצעותן את האמנה החברתית עליה היא מושתתת.

דיון קצר ובלתי ממצה זה אחתום בהפניה נוספת למשנתו של הפילוסוף השווייצרי-צרפתי רוֹסוֹ (Jean-Jacques Rousseau). בחיבורו שכבר הוזכר – "על האמנה החברתית" (1762) ("Du Contrat Social, Principes du droit politique"), הוא התייחס למדינה כמצרף עוצמתם, זכויותיהם ורצונותיהם של הפרטים, והפקיד בידיה את הכוח להוביל את החברה לחיי שלום ורווחה, בהתאם לרצון הכלל (רוֹסוֹ לעיל, בעמ' 26 ; 54). אך גם רוֹסוֹ לא ביאר מה תוכן יש לו, לאותו רצון כללי, ומותר להניח כי היה זה מן הטעם שעשוי הוא להשתנות מעת לעת ומחברה אחת למשנתה.

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 דיוויד 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 אוניברסאלית 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 אנארכיה. על כן, מוסיפות החברות האזרחיות להתקיים גם כאשר השליט העומד בראשן אינו עונה על צרכי הציבור באורח מיטבי, ואף כאשר הן נכבשות בידי שליט זר (David Hume, *Of the Original contract*, In: *Moral* ) (Geoffrey Sayre-McCord, ed., 2006) (philosophy 361). גישות ממין זה ניתן למצוא אף אצל פילוסופים בני זמננו, הגורסים כי רעיון האמנה החברתית אינו מגדיר נכוחה את קיומה של החברה המדינית אשר איננה מבוססת על חוזה ממשי בין אזרחיה (Fred D'Agostino, *Contemporary Approaches to the Social Contract*, Stanford Encyclopedia of Philosophy (1996, Rev. 2008), at: <http://plato.stanford.edu/entries/contractarianism-contemporary>). על מגוון ההשקפות באשר לדמותה הראויה של המדינה ניתן היה לכתוב עוד מלים הרבה, ולהזכיר בתוך כך גישות של הגות סוציאליסטית, לדידן רבות מפעולותיה של המדינה אין להפקיר לכוחות השוק, ולעומתן השקפות ליברטריאניות המבקשות לצמצם למינימום את היקף 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" (פלג לעיל, בעמ' 85), ואולם 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 בעקרון 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 אותן 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 המנהלית, שמושאייה הם גורמי ממשל ממונים, הנדרשים לתחום עשייתם לדל"ת אמותיו של החוק ואינם רשאים לחרוג אל מחוץ להסמכה שבו, עוסקת הבחינה החוקתית במקור החוקי עצמו, אם בדרך בה קרם עור וגידים ואם, במקרה המורכב יותר, בתוכנו.

על מקורותיה של הביקורת החוקתית נכתבו מלים 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 ערכאת המשפט ובראשן בית-משפט זה באיפוק רב ומשנה זהירות ביישומה. יש המבקשים לצייר את העיסוק בה כמאבק-טיטאנים על מקורות של השפעה וכוח. לאמתו של דבר, דומה הוא יותר להליכה על קצות האצבעות. ביטוי לכובד משקלה של העשייה החקיקתית ולזה של בית-היוצר ממנו באה, הכנסת, שזור כחוט השני בפסיקותיו של בית משפט זה.

את הרעיון החוקתי לא הגה בית-המשפט העליון מהרהורי לבו. הכנסת היא שציוותה לשיטה המשפטית בישראל את עקרונותיו. מנגנוני השיריון – הצורני והמהותי כאחד, נוצקו אל חוקי-יסוד בידי 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 השיריון שבחוק יסוד: הכנסת (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693 (1969)). את מצוות הכנסת הוא מילא שעה שקבע כי רשימה שעקרונותיה סותרים את הקבוע בסעיף 7 לאותו חוק יסוד, לא תוכל להתמודד בבחירות (ע"ב 1/88 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב (4) 177 (1988)). אחר הוראת הכנסת מילא בית-המשפט כשקבע כי החזקתו של אדם במעצר צבאי ממושך (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג (5) 241 (1999)), או הוראות מעבר פוגעניות להסדרת העיסוק בניהול השקעות (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367 (1997)), אינם מתיישבים עם פסקאות ההגבלה שקבעה הכנסת בחוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק – חוקי יסוד שנוסחו בכוונת מכוון של חברי הכנסת והתקבלו לאחר הליך מקיף של שקילה במליאה ובוועדות.

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, פ"ד מט (4) 221 (1995); בג"ץ 7052/03 עזאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.06)). הלכה שנתגבשה, ושבה ואושררה בשורת פרשות שהונחו לפתחן של הערכאות בקרוב לעשור ומחצה של משפט, היא כי גלום בה גם הכוח לכבילה מהותית, זו הנוגעת לתכני החקיקה ולא רק לרוב בו התקבלה או למאפיינים אחרים שבהליך.

הנה כי כן, אם שיקפה ההכרעה בפרשת ברגמן את מה שניתן לכנות העידן החוקתי הראשון, היינו, כבילת המחוקק להוראותיו של שיריון פורמאלי (וראו גם בג"ץ 410/91 בלוס נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו (2) 201 (1992)), הרי שבעקבותיהם של חוקי היסוד לענין 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 התעוררה אז השאלה, מה באשר להוראות הקבועות בחוקי היסוד האחרים, ומה כוחן של אלו ביחס לחקיקה "רגילה" של הכנסת? השופט י' זמיר התייחס לכך לראשונה בבג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ (3) 57 (1996), בהידרש לכבילה מהותית שנושא עמו 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 המהותי, 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, 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 ענינם בזכויות הפרט, "פסקת הגבלה שיפוטית", באמצעותה ייבחן דבר חקיקה לאורם של ערכי הבסיס שעליהם מושתת חוק היסוד. "מבחנה המשולש של פסקת הגבלה נתפס 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, פ"ד נז(3) 793, 811 (2003)). ראו עוד החלטת הביניים בבג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102, 106 (2003); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 755 (2003); בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 539 (2003); בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, בפסקה הששית לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק (טרם פורסם, 20.9.06); בג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בפסקה 53 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

עם התפתחות זו החל פרק נוסף – שלישי במספר, במשפטה החוקתי של ישראל (וראו אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305, 306 (תשס"ג)). בגדרו, לא זו בלבד שנמצא כי בכוחה של הכנסת, כיוצרת חוקי היסוד, להגן על קביעות יסודיות באמצעותם של כלי שריון פורמאלי-צורני, ולא זו בלבד שבכוחה להגן על זכויות יסוד מפני עשייה שלטונית הגורעת מהן, אלא שערכים חוקתיים נוספים נושאים עמם הגנה מהותית, אשר את גבולותיה נותר עוד לברר. בענין אחרון זה נטען כי הרעיון של פסקת הגבלה הלכתית, השואבת את דמותה מכלי הגבלה אותם ציוותה הכנסת בחקיקת היסוד של הזכויות, הועלה עד כה בהקשרם של ערכים, שאף כי אינם

מעוגנים בחוקי היסוד: חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו, הם מתקשרים 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 352 (2004)]

הסתייגות זו ראוי ליישב עם הקביעה, שלפיה משתרעת הבחינה החוקתית גם על “סדרי שלטון הקבועים בחוק-יסוד (כגון, חוק-יסוד: הממשלה)” (הנשיא ברק בבג”ץ 4593/05 בנק המזרחי הנ”ל, בפסקה הששית), וגם על “קביעה משתמעת מחוקי היסוד (כגון פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת)” (הנשיא ברק בבג”ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ’ הכנסת, בפסקה 73 לפסק-דינו (טרם פורסם, 11.5.06)). 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 עקרון אינו מוחלט כי אם יחסי, מאידך גיסא, לא ראיתי מקום לעריכתה של אבחנה בין ערכים הקשורים בזכויות אדם לבין ערכי-מהות אחרים. מוכן הייתי להניח כי פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו החוקתי, כוחה יהא יפה בהתווית גבולותיה של ההגנה על כל אותם ערכים חוקתיים, לאמור – גם על ערכים חוקתיים המבטאים אינטרס ציבורי חשוב שאין ענינו בזכויות. ואומר עוד את זאת: אינני רואה מקום לחשש כי בעקבות כך ייגרע מעמדן המיוחד של זכויות היסוד במשפטנו (השוו לדברי השופט דורנר בדנ”פ 2316/95 גנימאת נ’ מדינת ישראל, פ”ד מט(4) 589, 645 (1995)). 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 הנ”ל 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 השופט דורנר, שם, 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, בעמ’ 539).

17. אם נדרשתי לכל אלה לא היה זה אלא מן הטעם, שעקרון היסוד עליו מבססת עצמה ההתנגדות להפרטתם של בתי-סוהר – ייחודו של הכוח השלטוני לרשויות

השלטון, עשוי להיתפש כעקרון יסוד חוקתי אף שאין הוא נוגע במישרין לזכויות אדם. כך גם באשר לרעיון ולפיו פגיעה בסמלי השלטון – למשל בכך שאסירים ינוהלו בידי עובדי-זכייין פרטיים אשר לא ילכשו 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 Conceptual Issues*, 37 *Howard Journal of Criminal Justice*. 82, 93 (1998); J. J. Dilulio, *The Duty to Govern: A Critical Perspective in the Private Management of Prisons and Jails*, In: *Private Prisons and the Public Interest* 155, 174 (D. C. McDonald, ed., 1990).

אולם, בגדרי הקונסטרוקציה עליה עמדת זו עתה, היא התנאי לכך כי עקרונות אלה ודומיהם ימצאו את עיגונם באיזו מבין הוראותיהם של חוקי היסוד (שאינם חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק). יטען הטוען, כי אותם עקרונות מבססים עצמם בהוראת הרישא של חוק יסוד: הממשלה, אשר זו לשונה:

1. המהות  
הממשלה היא הרשות המבצעת  
של המדינה.

ברם, דומה כי בצדק ציינו אחדים מחברי, 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 "בסעיף הצהרתי בעיקרו שאינו קובע מפורשות תפקידים או תחומי פעילות פרטניים" (פסקה 63 לפסק-דינה של חברתי, הנשיאה). אף בעיני מרחיק הדבר לכת לצקת לתוכה של הוראה זו הסדרים מוסדיים רחבי היקף, המקימים תשתית לקיומה של החברה המדינית ומשקפים ערכים חוקתיים מוגנים.

מסקנה זו נלמדת, ראשית, 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 ברחל בתך הקטנה, ניתן ללמוד כי כאשר חפצה הכנסת לעשות כן, היא ידעה להגדיר את סמכויות הממשלה באופן מפורש ופרטני.

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

”ההכרזה המרשימה [שבסעיף 1 הנ”ל] אינה מדויקת. אם כוונתה לומר כי הממשלה ממלאת תפקיד של ביצוע חוקים, להבדיל מתפקידי חקיקה ושפיטה, אין זה מדויק, שכן הממשלה מרבה למלא גם תפקידי חקיקה ושפיטה. אם הכוונה לומר שרק הממשלה מבצעת את החוקים, אף זה אינו מדויק, 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 המנהלית לעיל, בעמ’ 328].

גם לו הייתי קורא את הוראת הסעיף כלשונה, הרי שבמשטר דמוקרטי פרלמנטארי, הרשות המבצעת היא הרשות האמונה על ביצוען של הנורמות אשר הוציאה תחת ידיה הרשות המחוקקת (לוק לעיל, בעמ’ 110; רוטו לעיל, בעמ’ 84; אליקים רובינשטיין נתיבי ממשל ומשפט 92 (2003); מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 8 (2002)). 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 אלו, וזאת מבלי 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, שבירורם של אלה חורג מגדריה של פרשה זו, וראוי הוא כי יונח לשעתו. לענין 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.” [עבודה, חברה ומשפט לעיל, בעמ’ 211]

אך גם לו הלכנו לשיטתם של העותרים, כי אז – כך דעתי – היה עלינו להעמיד את העקרון המבוקש למבחנה של פסקת הגבלה הלכתית, ומסקנה שבה הייתה על

מכונה – כי בהיעדר נתונים אותם נוכל להעמיד לבחינתו של כלי משפטי זה, מקדימה הבחינה את זמנה. אם ימצא, 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 עקרון חוקתי, לתפישתם של העותרים, הופר? מטעמים אלה סברתי כי אף בהוראה חוקתית כתובה – חליפתן של הוראות המגנות על זכויות אדם, לא תוכל פסילות של התיקון לפקודת בתי-הסוהר למצוא לה, לעת הזו, אחיזה.

הטיעון בדבר ערכי היסוד של השיטה

18. עמידה על הפסול השורשי, הקיים לדעתם של רבים, בהפקדתה של סמכות הכליאה בידי זכייין 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.

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 לאור<sup>ד</sup>, כלהלן:

”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 חוקי-יסוד משוריינים: האם בכוחו של חוק ‘רגיל’ לקבוע הסדר, הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה? ... 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<sup>ד</sup> נ’ יושב-ראש הכנסת, פ”ד מד(3) 529, 551; 554 (1990)]. וראו עוד ההפניות שם.

למסקנה דומה הגיע הנשיא ברק בפרשת בני הישיבות, בה 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, בפסקה 73 לפסק-דינו). אך אם בעת הזו משמיעים "חיינו הלאומיים" גישה שונה, ביטוי לה נמצא בעמדתו של המישנה לנשיא (בדימ'), השופט מ' חשין, אשר נדרש בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל הנ"ל לחוקתיות של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002. בדבריו, אשר עלו בקנה אחד עם עמדתו בע"א 6821/93 בנק המזרחי (שם, בעמ' 545), הוא כתב:

"הפירמידה המשפטית בנויה על ערכי-העומק של החברה והמדינה. אותם ערכים מזינים בשורשיהן את הנורמות השוררות במדינה, ובלעדיהם לא תיכון המדינה. וגם הכנסת – שהיא עצמה חיה מכוחם – תכוף ראשה לפני אותם ערכים. [יש להכיר ב]אפשרות – אפשרות יוצאת-דופן, אמנם – שעיקרי-יסוד באשר הם יכריעו במחלוקת משפטית החותכת בערכי-יסוד של המדינה". [שם, בפסקה 11 לפסק-דינו]

והוסיף המישנה לנשיא, בהידרש ליחס שבין אותם ערכים של עומק לבין חוקי

היסוד שכבר נחקקו:

"חוקי-היסוד הם החוקים הנעלים במירקם החקיקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקם גם מבחינת עוצמתם הפורמלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים – ואני נמנה עימם – שאין לה לכנסת סמכות מכוננת. ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפיסגת 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 הדימוקרטיה היהודית. אלה הם ה'גבוה מעל גבוה שומר'". [שם, שם]

בן דמותו הקרוב של רעיון זה שימש ביסוד החלטתו של בית-משפט זה, ארבע שנים קודם לפרשת ברגמן, בענין 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 "החותרים תחת קיום המדינה או שלמותה" (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 378 (1965)).

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 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 שמעצם טיבן מבקשות להגשים את המטרה החוקתית, והופכות בשל כך בלבד לחלק מן החוקה (ראו, למשל, ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 583 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); שרון וינטל "פסקאות נצחיות" בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, איל בנבנשתי מנחה, תשס"ו-2005)). כך לדוגמה תצענה תיאוריות, הרואות בחוקה אמצעי לביטוי התיאוריה הפוליטית-כלכלית שעליה מיוסדת קהילה, ולחלופין אמצעי לעיגון הנרטיב עליו היא מושתתת, כי כל מה שהוא חלק מיסודותיה המכוננים של אותה קהילה ייחשב כנורמה על-חוקית, בין אם הוא מנוי במפורש בהוראות החוקתיות ובין אם לאו.

אלא שדומני, כי הידרשות 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 (וראו פרופ' מדינה בספר זמיר לעיל, בעמ' 666). בפרשת בני הישיבות 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 הנ"ל, בפסקה 73 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 חברי 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 הם מתפתחים ומשתנים ככל שדף חדש נכתב מעת לעת בסיפוריה של האומה. קשה בעיני 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 בעיני כי יונח לה, לסוגיה שבמוקד עתירה זו, להיבחן בפרספקטיבה מספקת, שטרם נוצרה בעת הזו.

ועוד, אם בתפישות של יסוד עסקינן, כלום אין מקום לשאלה מה מורים אותנו כיום ערכיה המכוננים של שיטתנו באשר להיקפה הראוי של ביקורת שיפוטית? העוד יפה לענין ההכרעה בעתירה זו גישה ולפיה "הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים" (בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר הנ"ל, בעמ' 554)? סוגיה זו יש ללבן, קודם שיוכרע בה לכאן או לכאן.

שאלת ההפרטה כסוגיה של מדיניות והדיון הציבורי בה

21. איני מבקש כי דברי 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 היותר חלשים של החברה (זמיר במשפט ועסקים לעיל, 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 לאלו בהן עסקתי בחלקם הקודם של דברי, מסתכמות בבסיסו של דבר במדיניות ובהשקפת עולם (וראו יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287, 330 (2007)). ככאלו, 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 (פרופ' מדינה בספר זמיר לעיל, 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. ואולם, מהחלטות בהן 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 הנ"ל, בעמ' 386). אמת, "היקפה הראוי של תופעת ההפרטה [הוא] בדרך-כלל פועל יוצא מהשקפת-עולם חוץ-משפטית. בהתאם לכך,



ההכרעה לגביה תתקבל בזירה הציבורית, ואף ראוי שבדרך-כלל היא לא תופקע מן הספּרה 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 הפרטה" (פרופ' ברק-ארד בעיוני משפט ל לעיל, בעמ' 466).

בענין 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 ולהפרטת 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 והיקף הסמכויות המוענקות לממלאי התפקידים השונים בבית הסוהר הפרטי. נשמעו עמדות משני עברי המתרס ואחד הדיונים אף הוקדש להרצאת מומחה-אורח המתנגד להפרטה (ראו הפרוטוקולים מישיבותיה של ועדת הפנים של ואיכות הסביבה של הכנסת, בין החודשים דצמבר 2003 למרס 2004).

בנסיבות אלו, ושעה שבה מקדימה, כפי שציינתי, הבדיקה החוקתית את זמנה, ראוי היה – וזוהי תשובתי לעותרים – להניח את "התהליך הרעיוני והנפשי", לשון פרופ' זמיר (משפט ועסקים לעיל, 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, פ"ד מט(2) 485, 505 (1995)), 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' לוין, שם, 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 ח"כ מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, 873 (1989); בג"ץ Nimrodi Land 975/89 Development Ltd. נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 157 (1991)). אולם, כבואו לעשות כן ינהג בית-המשפט זהירות וריסון ולא בנקל יכריז על בטלותו של חוק, כמתחייב מעקרון הפרדת הרשויות וממעמדו הרם של בית המחוקקים (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 40 (2004)).

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 בצורה מעמיקה את עמדתם. נקיטתו בידי המשיבים של הליך מוקדם של מכרז, שבמסגרתו הם התחייבו לפצות את הזוכים אם לסופם של דברים לא יצליח תהליך ההפרטה – וכל זאת טרם שאושר החוק, כבלה את שיקול-דעתם של חברי הכנסת, ששוב לא ראו עצמם חופשיים 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. ולבסוף, 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 אלו 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 להביין 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 יסוד להליך אחר שהתקיים בבית-המשפט המחוזי ואף בו נדחו טענותיהם של

המשיגים. הדיון באי חשיפתם של מסמכי המכרז אינו, לפיכך, במהות העניין, מה גם שאינני רואה כיצד הוביל הגילוי החסר לפגם שורשי ועמוק בהליכי החקיקה, המצדיק התערבות שיפוטית. לבסוף, וחשוב מכל, 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 הנ"ל, בעמ' 54). הביקורת השיפוטית מצמצמת עצמה לסילוקו של חשש לפגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של המשטר הפרלמנטארי – סטייה מן העקרונות בדבר הכרעת רוב, חופש הצבעה, שוויון בין המצביעים ופומביות ההליך (שם, שם), וכזה לא מצאתי כי התקיים במקרה שבפנינו. לאור כל זאת, הרי שהטענות בדבר פגמים בהליך החקיקתי לא תוכלנה לעמוד ודינן להידחות.

סיכום של דברים

30. "עד שבית המשפט פוסל חוק" – כתב השופט זמיר – הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה" (בג"ץ 3434/96 הופנונג הנ"ל, 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.

## ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים א' פרוקצ'יה, א' גרוניס, מ' נאור, ע' ארבל, ס' ג'ובראן וא' חיות כנגד 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).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט ת

שופט

שופט

ש ו פ ט ת

שופט

שופטת