

1. חטיבת זכויות האדם, המכללה האקדמית למשפטים
  2. גונדר (בדימוס) שלמה טויזר
- על ידי ב"כ עוה"ד גלעד ברנע ו/או אביב וסרמן ו/או אפי מיכאלי  
מרח' חיים שרם 11/21, ירושלים, 96920  
טל': 02-6436573 פקס: 02-6415662

### העותרים

### נ ג ד

1. שר האוצר
  2. השר לביטחון פנים
- על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים

### המשיבים

### תגובה משלימה מטעם המשיבים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 27.10.05 ולהארכות המועד, מתכבדים המשיבים להגיש תגובה משלימה מטעמם.

### מבוא

1. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי יבוטל החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 (להלן: **החוק**), אשר מסדיר, בבחינת "פיילוט", את הקמתו של בית סוהר אחד (שתפוסתו המרבית 800 מקומות כליאה) בניהול פרטי.

**הערה מקדמית:** למען הנוחות נשתמש בתגובה משלימה זו לעיתים קרובות במונח "הפרטה", למרות שבחוק נשוא העתירה המונח שבו נעשה שימוש הוא "בית סוהר בניהול פרטי". לאור זאת נדגיש כבר כעת, כי במונח "הפרטה" - ככל שהוא מתייחס לחוק נשוא העתירה - אין מכוונים המשיבים כלל ל"הפרטה מלאה", במשמעות שעליה מדברים העותרים. הבחנה זו תחודד בהמשך.

2. במסגרת העתירה ביקשו העותרים גם צו ביניים שיורה למשיבים להימנע מכל הליך נוסף לבניית בית הסוהר האמור, לרבות עצירת הליכי המכרז, וזאת עד להכרעה סופית בעתירה. בקשה זו נדחתה בהחלטת כבוד השופטת ארבל מיום 18.4.05.

3. ביום 23.10.05 הגישו המשיבים את תגובתם לעתירה. במסגרת התגובה התבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה על הסף ולגופה.

דחיית העתירה על הסף התבקשה בשל השיהוי הסובייקטיבי והאובייקטיבי הכבד שבו נגועה העתירה. בתגובה הוסבר כי בעטיו של שיהוי זה, קבלת העתירה תוריד לטמיון מהלך יקר ומורכב ביותר, המתנהל באופן אינטנסיבי מזה זמן רב, ואשר כבר מצוי בשלבים מתקדמים מאוד. בכך ייגרם נזק כבד לאינטרס הציבורי, לאסירים הכלואים ולאילו שצפויים להיכלא (וזאת בשל מצוקת הכליאה הקשה הקיימת בישראל), וכן למגישי ההצעות למכרז, שכלל לא צורפו לעתירה.

דחיית העתירה לגופה התבקשה משום שהחוק נשוא העתירה יצר **מודל ייחודי, אחראי ומבוקר** לניהול בית סוהר בידי גורם פרטי, שזכויות האסירים - ולא רק התועלת הכלכלית - עומדות בראש מעייניו. בתגובה הוסבר כי לחקיקת החוק קדמה עבודת הכנה מקיפה, שלחלקה האחרון היו שותפים גורמים חוץ-פרלמנטריים מגוונים המעוניינים בקידום זכויות האסירים, בהם העותרת 1 ובא-כוחה. בתגובה הובאה סקירה מפורטת (ובלתי ממצה) של מנגנוני הגנה רבים ומשמעותיים שנקבעו בחוק - בין היתר בעקבות הערותיהם של הגורמים החוץ-פרלמנטריים - לשם הבטחת שמירתן של זכויות האסירים. מנגנונים אלה מבטיחים, בין היתר, כי המדינה תוכל לקיים כל העת רמה גבוהה של פיקוח, בקרה והתערבות ביחס לפעולות הזכיין, וכי המהלך כולו יהיה הפיך בכל שלב. מנגנונים אלה אף יוצרים - ומאפשרים ליצור עוד - מערכות תמריצים אפקטיביות, שליליות וחיוביות כאחת, שכתוצאה מהן שמירת זכויות האסירים הופכת להיות אינטרס של הזכיין עצמו. על רקע זה נאמר בתגובה, כי החוק אינו טומן בחובו חשש סביר לפגיעה בזכויות האסירים; וכי לאור מצוקת הכליאה הקשה הקיימת בישראל הוא אף עשוי לקדם את זכויות האסירים מעבר למצבן כיום. על כן, נאמר בתגובה, המדובר בחוק ראוי, שוודאי כי אין כל הצדקה לשקול לנקוט לגביו בצעד החוקתי החרגי, השמור למקרים נדירים וכמוצא אחרון בלבד, של ביטול דבר המחוקק בידי הרשות השופטת. עוד נאמר בתגובה, כי נראה שחששם האמיתי של העותרים מתייחס לדרך שבה יושם החוק בפועל. אלא ששאלת היישום היא נושא אפשרי לעתירה עתידית, בעלת אופי מינהלי, והיא חורגת מגדר העתירה הנוכחית, המכוונת אך ורק כנגד חוקתיותו של החוק.

4. לעילות החוקתיות הספציפיות שעליהן ביקשו העותרים לבסס את פסילת החוק ראו המשיבים להתייחס בתגובתם בקיצור בלבד. עילות אלה הן, לשיטתם, העיקרון שלפיו הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה (סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה), והזכויות לחירות אישית ולכבוד (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

אשר לסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה נטען בתגובה, בין היתר, כי אין בו כל יסוד להבחנה שמנסים העותרים לעשות בין סמכויות שלטוניות "גרעיניות" וסמכויות שלטוניות "שאינן גרעיניות". על כן, אם ניתן, לפי סעיף זה, להפריט סמכויות "שאינן גרעיניות" - כפי שמודים העותרים עצמם - הרי שניתן, מבחינתו של סעיף זה, להפריט גם סמכויות "גרעיניות". גם כאשר הפרטה מסוימת עשויה (שלא כבענייננו) להיחשב לפסולה מבחינה כלשהי - ולפיכך עשויה להתבטל מכוח עילות אחרות, חוקתיות או מינהליות - אין בה כדי לפגוע בעיקרון הקבוע בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה; שכן גם כשהממשלה בוחרת לבצע חלק מתפקידיה (ה"גרעיניים" או ה"לא-גרעיניים") באמצעות גורם פרטי, היא עדיין ממלאת את תפקיד "הרשות המבצעת של המדינה".

אשר לזכות לחירות אישית נטען בתגובה, כי זכות זו נשללת מהאסירים על ידי בית המשפט הפלילי המורה על מאסרם, ולא על ידי החוק נשוא העתירה.

אשר לזכותם של האסירים לכבוד נטען בתגובה, כי החוק אינו יוצר חשש סביר לפגיעה בזכות זו; ומכל מקום ודאי שלא חשש גדול יותר מזה שקיים כיום לגבי פגיעה אפשרית בכבודם של אסירים בבתי סוהר ציבוריים בישראל. עוד נאמר בתגובה, כי אפשר אף שבמנגנוני ההגנה הקבועים בחוק יש כדי ליצור בבית הסוהר בניהול פרטי "סביבת פיקוח" חזקה יותר מזו שקיימת בבתי הסוהר הציבוריים. יתירה מכך: הקמת בית הסוהר בניהול פרטי תקל על מצוקת הכליאה החמורה הקיימת בישראל, ובכך תפחית את הפגיעה בכבודם של אסירים רבים הסובלים כיום מתנאי צפיפות קשים.

5. **המשיבים מבקשים לחזור על כל האמור בתגובתם מיום 23.10.05, ומפנים אליה כאל חלק בלתי נפרד מתגובתם המשלימה הנוכחית.**

6. ביום 27.10.05 התקיים דיון בעתירה, בפני כבוד השופטים ביניש, פרוקציה וגויבראן. מההערות שהשמיע בית המשפט הנכבד במהלך טיעונם של העותרים עלה, לפי הבנת המשיבים, כי בית המשפט לא התרשם מטענות העותרים בדבר פגיעתו הנטענת של החוק בזכויות האסירים. כן עלה, לכאורה, כי בית המשפט נטה לקבל את טענת המשיבים, כי עיקר טענותיהם של העותרים מתייחסות למעשה למישור יישומו של החוק - החורג מגדר העתירה - ולא למישור חוקתיותו של החוק. לאחר שהעותרים סיימו לטעון באריכות, בית המשפט הנכבד כלל לא ראה לנכון לבקש את תשובת המשיבים למרבית טענותיהם. לנקודה אחת התבקשו המשיבים להתייחס, והיא השאלה הכללית שעניינה תיחום הסמכויות השלטוניות הניתנות להפרטה. בהמשך לכך החליט בית המשפט הנכבד, בסיום הדיון, כי המשיבים ישלימו את תגובתם "בהיבט החוקתי של העתירה". בתשובה לשאלת הבהרה שהעלו המשיבים, אישר בית המשפט בעל-פה כי כוונתו היא רק להיבט החוקתי הנוגע לחוק יסוד: הממשלה, ולא לזה הנוגע לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. למותר לציין כי בית המשפט הנכבד נמנע מלהוציא צו ביניים לעצירת הליכי המכרז, שבאותה עת כבר היו בשלב הסופי שלפני בחירת הזוכה. המשיבים אף הודיעו בסיום הדיון, למען הסר ספק, כי הליכי המכרז יימשכו כסדרם.

7. מבנה התגובה המשלימה יהיה כלהלן :

תחילה נעדכן את בית המשפט הנכבד על התפתחויות שאירעו מאז הגשת התגובה מיום 23.10.05. בין היתר נעדכן על מצב יישומו הנוכחי של החוק. במסגרת זו נתייחס גם למידע המעודכן שבידי המשיבים באשר לתועלת שיצמיח החוק לאינטרס הציבורי, הן במישור הכלכלי והן במישור תנאי הכליאה של האסירים.

לאחר מכן נתייחס להיבט החוקתי של העתירה, ככל שהוא נוגע לחוק הנדון בה - הוא החוק המסדיר את הקמתו של בית סוהר בניהול פרטי. במסגרת זו נראה שוב כי מנגנוני ההגנה הרבים שנקבעו בחוק הופכים אותו לחוק ראוי שאינו נגוע בפגם חוקתי כלשהו.

בהמשך נעסוק בשאלת חוקתיותה של הפרטה באופן כללי יותר, במנותק מהחוק נשוא העתירה. במסגרת זו נעמוד תחילה על הבסיס הנורמטיבי לבחינת חוקתיותה של הפרטה, תוך הדגשת ההבחנה בין הפרטה מינהלית (כפי שנגדירה להלן) להפרטה סטטוטורית. מסקנתנו של חלק זה תהיה, כי ככל שהמדובר בהפרטה סטטוטורית אשר אינה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות (וכזה הוא, לדעת המשיבים, החוק נשוא העתירה), הרי שכלל לא ברור מהו הבסיס המשפטי המאפשר את פסילתה בידי בית המשפט. כפי שנראה, סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה אינו יכול, ככלל, לשמש בסיס כזה, והעותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם להצביע על בסיס הולם אחר. לדעת המשיבים, די בכך כדי להוביל לדחיית העתירה.

בחלק הבא נצא מתוך הנחה - שהינה בעייתית, כאמור - כי ימצא בסיס משפטי כלשהו להפעלת ביקורת שיפוטית על הפרטה סטטוטורית, שאינה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות. על בסיס הנחה זו נציע כמה אמות מידה עקרוניות אפשריות ובלתי ממצות להפעלת ביקורת כזו. הקו שינחה אמות מידה אלה הוא, כי הפרטה בכלל, והפרטה שאינה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות בפרט, היא עניין למדיניות ציבורית ולאידאולוגיה כלכלית-פוליטית, ועל כן, ככלל, היא מצויה באופן מובהק בתחומי האוטונומי של המחוקק. לפיכך, התערבותו של בית המשפט בהפרטה סטטוטורית מעין זו תוגבל למקרים נדירים וקיצוניים ביותר.

לבסוף נתייחס לשאלה אם יש מקום ואם ניתן להגדיר מראש ובאופן כוללני "גבולות להפרטה". תשובתנו לשאלה זו תהיה, ראשית, כי השאלה אינה מתעוררת בענייננו ואין מקום שביט המשפט הנכבד יקיים בה דיון חוקתי אקדמי ותיאורטי, המקדים את זמנו והמנותק מהמקרה הספציפי העומד לדיון; ושנית, כי מעבר לאמות המידה העקרוניות שהוזכרו לעיל, אין זה רצוי - וספק רב אם ניתן - להגדיר מראש גבולות כאלה.

**עדכון עובדתי**

8. לעניין מצוקת הכליאה הקשה הקיימת בישראל, ומגוון הפתרונות הניתנים והמתוכננים להינתן לה על ידי המדינה (שאחד מהם הוא בית הסוהר בניהול פרטי), נמסרו לאחרונה לבית המשפט הנכבד נתונים מעודכנים, במסגרת תשובה לצו על תנאי שהוגשה בבג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים**. העתירה האמורה, שהוזכרה גם בתגובת המשיבים מיום 23.10.05 (בסעיף 11), עוסקת בבעיית הלנתם של אסירים על הרצפה. נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לנתונים המובאים שם.

כתב התשובה מטעם המדינה בבג"ץ 4634/04 מיום 11.1.06 מצורף ומסומן **מש/6**.

9. לעניין יכולתם של העותרים (או של כל גורם מעוניין אחר) לבחון את האופן שבו מיושם החוק נשוא העתירה בפועל, במישור המינהלי במקום במישור החוקתי כפי שנעשה בעתירה דנן, נבקש להפנות לפסק דין שניתן לאחרונה על ידי בית משפט זה בע"ם 3637/05 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד האוצר**. גם ערעור זה הוזכר בתגובת המשיבים מיום 23.10.05 (בסעיף 49), ועניינו בחשיפת מסמכי המכרז של בית הסוהר בניהול פרטי. בפסק הדין נקבע:

בעקבות החלטתנו מיום 14.7.05, נמסר למערערת חומר רב אם לא מרבית המסמכים, מתוך מסמכי המכרז, וכיום צומצמה המחלוקת ביחס למסמכים מסויימים בלבד שלא נמסרו, כאשר לטענת המשיבים מדובר בחומר אשר חוסה תחת הפטור הקבוע בסעיף 9 לחוק חופש המידע.

לא ראינו להתערב לעת הזאת כדי להורות למשיבים למסור את החומר הנוסף. התוצאה המעשית של ההסכמה שהושגה במסגרת ערעור זה כי פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים אינו עומד עוד על כנו. אם תתעורר שאלה, אשר לטענת המערערת תצדיק פניה מחודשת לבית המשפט לעניינים מינהליים, היא תוכל לעשות כן וטענותיהם של הצדדים שמורות להם, אם יתקיים הליך חדש.

בכפיפות לאמור, הערעור נדחה.

פסק הדין בע"ם 3637/05 מיום 19.12.05 מצורף ומסומן **מש/7**.

10. ביום 15.11.05 (זמן קצר לאחר הדיון שהתקיים בעתירה דנן) נבחרה הקבוצה הזוכה במכרז להקמתו ולניהולו של בית הסוהר בניהול פרטי. המדובר בקבוצת א.ל.א. ניהול והפעלה (2005) בע"מ, המורכבת מחברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (50%) וחברת מנרב הנדסה ובניין בע"מ (50%), ואשר מלווה בייעוץ מקצועי של "קבלנית ידע" אמריקנית, חברת EMERALD Correctional Management LLC. חברת EMERALD מנהלת כיום חמישה בתי סוהר בטקסס, שבכל אחד מהם למעלה מ-500 אסירים. עוד נציין כי הקבוצה הזוכה מעסיקה כיועצת מקצועית בכירה את מי שכיהנה עד לא מכבר כנציבת בתי הסוהר, רב גונדר (בדימ') אורית אדטו.

11. ביום 2.1.06 נחתם ההסכם עם הקבוצה הזוכה, לתקופת זיכיון של כ-25 שנה, בעלות כוללת המוערכת בכ-1.5 מיליארד ₪ בערכים שוטפים, ובכחצי מסכום זה בערכים מהוונים. בהתאם לתנאי המכרז (וההסכם), תנאי לכניסת ההסכם לתוקף הוא שיינתן לזכיון היתר להקמה, לניהול ולהפעלה של בית הסוהר, מאת נציב בתי הסוהר והחשב הכללי, כאמור בחוק. בימים אלה שוקדים במשרדי הממשלה הרלוונטיים על ניסוח ההיתר.
12. יצוין כי לפי תנאי המכרז, בשל ההשקעה הרבה שנדרשה מצד המציעים להיערכות למכרז ולהגשת הצעותיהם, התחייבה המדינה כי אם המכרז יבוטל לאחר בחירת הזוכה ולפני כניסת ההסכם עימו לתוקף, ישולם לזוכה פיצוי העשוי להגיע עד 1,250,000 ₪. אם יבוטל ההסכם לאחר כניסתו לתוקף, ישולם פיצוי לזכיון בהתאם להשקעותיו בפועל, על פי מנגנוני חישוב שנקבעו במסמכי המכרז.
13. על פי לוח הזמנים המתוכנן של המכרז, כ-32 חודשים מיום כניסת ההסכם עם הזכיון לתוקף צפוי בית הסוהר הניסיוני לקבל אישור הפעלה. שלב האכלוס החלקי של בית הסוהר צפוי להסתיים עד שישה חודשים לאחר קבלת אישור הפעלה.
14. מעת שנודעו פרטיה של ההצעה אשר זכתה במכרז, ניתן לבדוק לפיהם את תנאי הכליאה שבהצעה הזוכה לעומת תנאי הכליאה המקובלים כיום בבתי הסוהר הציבוריים. כמו כן ניתן לבדוק את החיסכון הכלכלי הצפוי למדינה מהמהלך כולו, לעומת ההערכות המוקדמות שנעשו קודם להגשת ההצעות. לכך נפנה עתה.
15. בתגובת המשיבים מיום 23.10.05 (בסעיף 59) נאמר, כי הקו שהנחה את מנסחיהם של מסמכי המכרז הוא, כי "תנאי המקסימום" המקובלים כיום במתקני השב"ס יקובעו כ"תנאי מינימום" במסמכי המכרז, באופן שהמציעים יתחרו ביניהם על שיפורם של תנאים אלה, ללא עלות נוספת למדינה. בהמשך הובאה הדוגמא של מרחב המחיה לאסיר. כפי שצוין בתגובה, מרחב המחיה הממוצע של אסיר במתקני השב"ס עומד כיום על כ-3.4 מ"ר לאסיר (סעיף 11 לתגובה), ואילו מרחב המחיה המקסימלי המקובל בשב"ס עומד על כ-4.5 מ"ר לאסיר (סעיף 59 לתגובה). על כן, בהתאם לקו האמור, מרחב המחיה הממוצע המינימלי שנדרש במסמכי המכרז עלה על 4.5 מ"ר (השוו לתקנה 3(ה) לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997, הקובעת מרחב מחיה מינימלי של 4.5 מ"ר בהתייחס לעצירים, להבדיל מאסירים).
16. ואכן, מבדיקת ההצעה הזוכה עולה, כי על פי התחייבות הזוכה, מרחב המחיה הממוצע בבית הסוהר שיוקם יהיה 5.28 מ"ר לאסיר (בבית הסוהר יהיו שני סוגי תאים: בתא לשני אסירים יהיה מרחב המחיה 6.07 מ"ר לאסיר, ובתא לארבעה אסירים 4.75 מ"ר לאסיר).

17. דוגמא נוספת לשיפור הצפוי בתנאי הכליאה היא היחס שבין מספר העובדים הסוציאליים המטפלים באסירים לבין מספר האסירים. במתקני השב"ס כיום עומד יחס זה על עובד סוציאלי אחד ללמעלה מ-100 אסירים במוצע. לעומת זאת, בבית הסוהר החדש יהיה עובד סוציאלי לכל אגף, כאשר בכל אגף יהיו עד 80 אסירים (במתקני השב"ס כיום יש בכל אגף בין 80 ל-120 אסירים).

18. דוגמא חשובה נוספת היא מספר שעות החינוך (על סוגיו השונים - חינוך פורמאלי, לימודי מחשב, לימודי מדרשה, הכשרה מקצועית) הניתנות לאסירים. המספר הכולל המקסימלי המקובל בשב"ס כיום, של "שעות מתלמד" שנתיות (שהן שעות הוראה כפול מספר התלמידים בכיתה), בכלא של 800 אסירים פליליים מהסוג שיאכלס את בית הסוהר בניהול פרטי, הוא 102,800. מספר זה נקבע כדרישת מינימום בתנאי המכרז. לעומת זאת, בהצעה הזוכה מובטחות בסך הכל 119,200 שעות מתלמד שנתיות - **תוספת של כ-16%** מעבר לדרישת המכרז.

19. בחינת ההצעה הזוכה מעלה עוד, כי היא נושאת עימה לא רק שיפור בתנאי כליאתם של האסירים לעומת התנאים המקובלים היום בבתי הסוהר הציבוריים, אלא גם חיסכון כלכלי משמעותי למדינה.

20. בתגובת המשיבים מיום 23.10.05 (בסעיף 21) צוטטה חוות דעתו של מנהל המחלקה הכלכלית של מרכז המחקר והמידע של הכנסת, אשר הונחה בפני ועדת הפנים של הכנסת במסגרת הליך החקיקה. בחוות הדעת נאמר, בכפוף להסתייגויות שונות ובהתבסס על תחשיבי האוצר (שהם עצמם לא הוגשו לוועדת הפנים כדי שלא לפגוע בהליך המכרז), כי "החיסכון השנתי המהוון הצפוי מהפרטת בית-כלא בעל תקן כליאה של 800 אסירים ינוע **בסביבות 12-15 אחוזים**"<sup>1</sup> (חוות הדעת צורפה לתגובה מיום 23.10.05 וסומנה **מש/4**).

21. כיום, מבדיקת ההצעה הזוכה עולה, כי החיסכון הכלכלי הצפוי למדינה גדול אף יותר. בחוות דעת מיום 8.1.06 של חברת "BDO זיו & האפט ייעוץ וניהול בע"מ", המלווה את ועדת המכרזים הבינמשרדית בתחום ייעוץ פיננסי בהליך המכרז, נאמר:

מבדיקת ההצעה הכספית של המועמד לזכייה למול ההערכות המוקדמות עולה, כי **החסכון למדינה** המגולם בעלות למקום כליאה זמין הכלולה בהצעת המועמד לזכייה למול העלות למקום כליאה בהפעלת בית סוהר בסטנדרטים דומים המוקם ומופעל על-ידי שירות בתי הסוהר, מוערך בכ- **20%-25%**.

מבחינת הנתונים עולה, כי החיסכון במהלך כל תקופת הזיכיון, בהתחשב, בין היתר, בעלות הנובעת מהקמת והפעלת בית-הסוהר על-ידי המועמד לזכייה ובעלות התקציבית המוערכת של הקמה והפעלת בית סוהר

<sup>1</sup> ההדגשה אינה במקור, וכך גם כל ההדגשות בציטוטים שיובאו בהמשך, אלא אם ייאמר במפורש אחרת.

בסטנדרטים דומים על-ידי שירות בתי הסוהר, נאמד בכ-  
**290-350 מליון ₪<sup>2</sup>**.

חוות הדעת הכלכלית מיום 8.1.06 מצורפת ומסומנת **מש/8**.

22. הנה כי כן, מבדיקת ההצעה הזוכה עולה, כי הקמת בית הסוהר נשוא העתירה צפויה **לקדם משמעותית את האינטרס הציבורי, הן מבחינת החיסכון הכלכלי והן מבחינת תנאי הכליאה של האסירים לעומת המקובל היום במתקני השב"ס**. ולמותר לציין כי שיפור תנאי הכליאה של האסירים יקדם לא רק את האינטרס הציבורי, אלא גם את האינטרס הפרטי ואת זכויות האדם של כל אחד ואחד מהאסירים שישהו בבית הסוהר החדש.
23. לסיום פרק זה נשוב ונזכיר, כי בשל השיהוי הסובייקטיבי והאובייקטיבי הכבד שבו לקתה העתירה, ביטול החוק בשלב המתקדם הנוכחי של פרויקט מורכב זה יגרום לנזק כבד - לאינטרס הציבורי, לאינטרס הפרטי של האסירים, וכן לאינטרס של הקבוצה שזכתה במכרז (ואשר לא צורפה לעתירה) - הכל כמפורט בתגובת המשיבים מיום 23.10.05.

### ההיבט החוקתי של החוק הספציפי נשוא העתירה

24. כאמור, העילות החוקתיות שעליהן מבקשים העותרים לבסס את פסילת החוק נשוא העתירה, הן העיקרון שלפיו הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה (סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה), והזכויות לחירות אישית ולכבוד (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).
25. בתגובת המשיבים מיום 23.10.05 הובאה סקירה מפורטת (ובלתי ממצה) של הוראות החוק העיקריות הרלוונטיות לעתירה. לא נחזור כעת על סקירה זו, אלא רק נדגיש את התשובות שיש בהוראותיו השונות של החוק לטענות החוקתיות הנטענות על ידי העותרים.

**נזכיר כי המשיבים נדרשו להתייחס במסגרת התגובה המשלימה רק לעילה העיקרית, שעניינה סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה**. למרות זאת נתייחס בפרק זה בקצרה, בבחינת למעלה מן הצורך, גם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

#### סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה

26. נפתח בעילה שעניינה סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה. **לטענת העותרים**, החוק מביא ללא-פחות מאשר "התפרקות כללית מאחריותה של הממשלה לאכיפת הענישה הפלילית

<sup>2</sup> ההדגשות במקור.

במדינה" (סעיף 90 לעתירה). בכך, לפי הטענה, פוגע החוק במעמדה של הממשלה כ"רשות המבצעת", המעוגן בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה. גם אילו קיבלנו את הפרופוזיציה המשפטית שלפיה הפרטה סטטוטורית של סמכויות שלטוניות עשויה לפגוע בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה - וכפי שנראה בפרק הבא לא כך הוא - הרי שהחוק הספציפי העומד לדיון רחוק מאוד מפגיעה כזו.

27. לטענת "ההתפרקות הכללית", בכל הכבוד, אין שחר. "התפרקות כללית" של הממשלה מאחריותה לאכיפת עונש המאסר הפלילי משמעה, כי המדינה מוסרת אסיר לידיו של הזכייין הפרטי ו"נעלמת". מאותו רגע, הזכייין נכנס לנעליה של המדינה לכל דבר ועניין, מחזיק בכל הסמכויות השלטוניות המוקנות למדינה ביחס לאסירים, ואינו כפוף לכל פיקוח, בקרה או סנקציות מטעם המדינה. למותר לציין כי בין תיאור זה לבין המציאות שיוצר החוק אין כל קשר.

28. למעשה, אפילו "התפרקות חלקית" מאחריותה של הממשלה אין בענייננו. **החוק מותיר על כתפי הממשלה את האחריות המלאה כלפי הציבור לבית הסוהר ולכל המתרחש בו, ובכלל זה לניהול בית הסוהר ולמצבם של האסירים** (מבלי לגרוע מהאחריות המוטלת גם על הזכייין). בית הסוהר נותר חלק בלתי נפרד ממערך הכליאה שבאחריות השב"ס. כל שהחוק עושה הוא לאפשר לממשלה **לממש את אחריותה זו** - כלומר **לבצע** את תפקידה - בדרך שונה מהדרך שנהגה עד כה. דרך זו, שאותה מצא המחוקק כמאוזנת וראויה, היא הדרך של התקשרות עם זכייין פרטי, והסתייעות בו על ידי הסמכתו להפעיל סמכויות שלטוניות שונות הכרוכות בניהולו היומיומי של בית הסוהר. סמכויות רבות אחרות, שלהן השפעה רבה על האסירים ופוטנציאל פגיעה גבוה, כלל אינן מועברות לזכייין. סמכויות אלה ממשיכות להיות מופעלות באופן שוטף על ידי המדינה. בנוסף, על פי החוק, גם בכל הנוגע לסמכויות שכן ניתנות בידי הזכייין, אין המדינה "נעלמת" אלא היא מלווה את הזכייין כל העת. **החוק נותן בידי המדינה מנגנוני פיקוח, בקרה והתערבות מרחיקי לכת**. הוא מאפשר למדינה להפעיל כנגד הזכייין קשת רחבה של סנקציות אפקטיביות, וכן מאפשר לה להיכנס בנעליו של הזכייין בכל עת, באופן חלקי או מלא, זמני או מתמשך. בקיצור, הוא נותן למדינה "שיניים חדות" שיאפשרו לה למצות עד תום את אחריותה כלפי הציבור ביחס למתרחש בבית הסוהר בניהול פרטי.

29. נזכיר שוב, כי אם המדינה תתרשל ולא תעשה שימוש הולם, במקרים המתאימים, בכלי הפיקוח, הבקרה וההתערבות שניתנו לה - **ונראה שמכך למעשה חוששים העותרים** - הרי שזה עשוי להיות עניין **לעתירה אחרת**, בעלת אופי מינהלי ולא חוקתי. ואולם לא יהיה בכך כדי לפגוע בחוקתיותו של החוק.

30. להלן נפרוט דברים אלה לפרוטות, תוך הפניות לסעיפי החוק המרכזיים הרלוונטיים.

31. המחוקק הטיל על שירות בתי הסוהר - הפועל מטעם הממשלה - לעסוק "בניהול בתי הסוהר, בהבטחת אסירים ובכל הכרוך בכך" (סעיף 76 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש],

תשל"ב-1972; להלן: הפקודה). **חובות אלה של השב"ס חלות גם לגבי בית הסוהר בניהול פרטי, המהווה, כאמור, חלק ממערך הכליאה שבאחריותו.**

סעיף 128ז(א) לפקודה קובע, כי "השירות, באישור השר רשאי, לצורך מילוי תפקידיו כאמור בסעיף 76, להסתייע בתאגיד...". הנה כי כן, התקשרותו החוזית של השב"ס עם הזכיין נעשית לא לשם "התפרקות" מתפקידיו אלא דווקא לשם מילויים. מבחינת המחוקק, מי ש"ממלא" את תפקידי השב"ס ביחס לבית הסוהר בניהול פרטי הוא בראש ובראשונה השב"ס, הגם שהוא עושה זאת - באופן חלקי - באמצעות הזכיין. ממילא, מבחינת המחוקק, האחריות כלפי הציבור לביצועם התקין של תפקידי השב"ס בבית הסוהר בניהול פרטי מוטלת, בראש ובראשונה, על השב"ס. אחריות זו היא ההיפך הגמור מ"התפרקות", ולא כל שכן מ"התפרקות כללית". בבסיס החקיקה עמדה התפיסה כי בית הסוהר בניהול פרטי הוא חלק ממערך הכליאה שבאחריות השב"ס, וכי דין האסירים המוחזקים בו כדין אסירים המוחזקים בבית סוהר אחר (סעיף 128יא(א) לפקודה).

32. אחריותם הכוללת של השב"ס והממשלה לנעשה בבית הסוהר בניהול פרטי באה לביטוי חקיקתי מפורש גם בהגדרת תפקידיהם וסמכויותיהם של נציגי בתי הסוהר ושל השר האחראי (כיום - השר לביטחון פנים). נציגי בתי הסוהר מתמנה בידי הממשלה לפי המלצת השר (סעיף 78 לפקודה). סעיף 80(א) לפקודה קובע, כי "בתי הסוהר והסוהרים יהיו בפיקודו, בפיקוחו ובניהולו של הנציב, בכפוף לכל הוראה או הנחיה של השר". סעיף זה חל, בשינויים המחויבים, גם על בית הסוהר בניהול פרטי. מימוש תפקידים אלה של הנציב ושל השר ביחס לבית הסוהר בניהול פרטי נעשה בכמה דרכים.

ראשית, מנהל בית הסוהר מטעם הזכיין אחראי ישירות כלפי הנציב לכל המתרחש בין כותלי הכלא (סעיף 81 בצירוף סעיף 128יח(א) לפקודה), בדומה למנהל בית סוהר ציבורי.

שנית, את הסמכויות המרכזיות המוקנות לנציב ולשר בפקודה ביחס לבתי הסוהר הציבוריים - והמדובר בדרך כלל בסמכויות רבות עוצמה - יכולים הם ככלל להפעיל גם ביחס לבית הסוהר בניהול פרטי.

בין סמכויות אלה יש מקום לציין, בין היתר, את סמכותו של הנציב להוציא את "פקודות השירות" (המורכבות מ"הוראות שירות בתי הסוהר", שלגביהן הוא נזקק לאישור השר, ומ"פקודות נציבות בתי הסוהר" - ראו סעיף 80א ואת הגדרת "פקודות השירות" בסעיף 1 לפקודה). אומנם לפי סעיף 128יא(ב) לפקודה, "פקודות השירות לא יחולו לגבי בית סוהר בניהול פרטי והאסירים הנתונים בו במשמורת, אלא אם כן נקבע אחרת לפי הוראות פרק זה"; ואולם, לפי סעיף 128יא(ג) לפקודה, כל פקודות השירות המיטיבות עם האסירים, וכל פקודות השירות המגבילות את סמכויות סגל בית הסוהר, יחולו גם בבית הסוהר בניהול פרטי.

למותר לציין כי גם ההחלטה בדבר מיון האסירים ושיבוצם לבית הסוהר בניהול פרטי נתונה בידי נציב בתי הסוהר (או מי שהוא הסמיך לכך), ולא בידי הזכייין (סעיף 128 לפקודה).

**שלישית, לנציב ולשר** (וכן לגורמים נוספים מטעם הממשלה) ניתנו בחוק **סמכויות מיוחדות, מרחיקות לכת**, שנועדו להתמודד באופן ספציפי עם המאפיינים הייחודיים של בית הסוהר בניהול פרטי. להלן העיקריות שבסמכויות מיוחדות אלה:

- הסמכות (של הנציב ושל החשב הכללי) להכתיב לזכייין, באופן חד צדדי, תנאים שונים במסגרת **ההיתר** שניתן לו "לשם הקמתו, ניהולו והפעלתו התקינים של בית הסוהר בניהול פרטי, הגנה על שלום הציבור וביטחונו ושמירה על זכויות אסירים" (סעיף 128ח לפקודה). ההיתר מגדיר לזכייין, בין היתר, את ההרשאה המינהלית לפעולתו. זאת, כזכור, **בנוסף** לתנאיו המפורטים של **ההסכם** שנכרת עם הזכייין - במישור החוזי - ואשר גם לגביהם נמצאת המדינה בעמדה המאפשרת לה להכתיב את תנאיה בשל כוח המיקוח העדיף שלה.
- הסמכות (של הנציב ושל החשב הכללי, באישור השר) לבטל את ההיתר, כחלק ממנגנון ה-Step-In המחזיר את סמכויות הזכייין לידי המדינה, עקב הפרת תנאי ההיתר (סעיף 128ט לפקודה).
- הסמכות (של השר) להכפיף את הזכייין לרגולציה מדינתית נוספת על ידי התקנת תקנות בעניין "הפעלתו ואופן ניהולו של בית סוהר בניהול פרטי" (סעיף 132(ב16) לפקודה).
- הסמכות והחובה למנות **צוות של מפקחים שהם סוהרים עובדי מדינה**, אשר תפקידם הוא **פיקוח על מילוי כל הוראות הדין, ההיתר וההסכם בידי הזכייין ומטעמו, בירור תלונות אסירים, וכל תפקיד אחר שיקבע השר** (סעיף 128לב-128לג לפקודה). כזכור, על פי תנאי ההסכם, צוות הסוהרים המפקחים יהיה נוכח פיזית בבית הסוהר, 24 שעות ביממה, 7 ימים בשבוע.
- הסמכות שלא לאשר את מינויים של מנהל בית הסוהר ועובדים מטעם הזכייין (סעיף 128יג(א) ו-128כא(א) לפקודה), וכן הסמכות לבטל את מינויים או להתנות את המשך תוקף המינוי בתנאים (סעיפים 128טז ו-128כד לפקודה). יצוין כי אישור המינוי הוא לפרקי זמן קצובים של 12-24 חודשים (סעיף 128טו ו-128כג לפקודה). סמכויות אלה מאפשרות, בין היתר, שליטה על איכות כוח האדם שיועסק על ידי הזכייין ופיקוח אפקטיבי על אופן מילוי תפקידם.

- הסמכות (של השר, בהמלצת נציב בתי הסוהר), **ליטול באופן זמני או מתמשך את סמכות הניהול של בית הסוהר שבניהול פרטי מאת המנהל**, וכן להורות על מינוי סוהרים בכירים לתפקידים נוספים בבית הסוהר, אף זאת כחלק ממנגנון ה-Step-In (סעיף 128ל לפקודה). בהקשר זה חשוב לציין כי בהתאם לתנאי **ההסכם**, במקרה של הפעלת מנגנון ה-Step-In לתקופה **קצובה**, **הזכיין אינו זכאי לכל פיצוי, אלא להיפך - הוא שנושא בכל העלויות שייגרמו למדינה** עקב מינוי בעלי התפקידים מטעמה בתקופת נטילת הסמכות, ובנוסף - מבלי צורך להוכיח אשם מצידו - מחויב הזכיין בסכום השווה לשיעור הקנסות המירבי לתקופת נטילת הסמכות (לעניין שמירת הסעדים כלפי הזכיין בשל הפרת ההסכם ראו סעיף 128לו(ה) לפקודה). **ממילא - ובניגוד לטענות העותרים - אין המדינה אמורה להירתע כלל מהפעלת אופציה זו**. יצוין כי במקרה של הפעלת מנגנון ה-Step-In **לצמיתות** (Termination), מאחר שהמדינה מקבלת את בית הסוהר לידיה, עליה לשלם לזכיין את שווי השוק של בית הסוהר **בניכוי** כל הקנסות והחיובים שהוטלו עליו בשל הפרת חובותיו, או לשלם לבנק המלווה את הפרויקט את יתרת החוב שנותר הזכיין חייב לו - על פי הסכום הנמוך מבין השניים.

- הסמכות לדרוש מהזכיין להעמיד את מאגרי המידע שלו לרשות השב"ס (סעיף 128מ לפקודה), וכן הסמכות (של הממונה על חופש המידע בשב"ס) לדרוש מהזכיין כל מידע הדרוש לו לצורך מילוי תפקידו (סעיף 128יא(ה) לפקודה).

33. אכן, בידי המנהל מטעם הזכיין ועובדיו נתונות הסמכויות העיקריות הדרושות לצורך ניהולו היומיומי של בית הסוהר בניהול פרטי (וזאת בכפוף למנגנוני הפיקוח המשמעותיים שניתנו בידי המדינה, כפי שיפורט להלן). לכן נקבע, ככלל, כי למנהל מטעם הזכיין יהיו נתונות, לשם ביצוע תפקידיו, "הסמכויות הנתונות למנהל בית סוהר לפי פקודה זו ולפי כל דין אחר" (סעיף 128יח(ב) לפקודה). הוראה זו נדרשה כדי להבטיח את האפקטיביות של מהלך ההפרטה על פי המודל שנבחר על ידי המחוקק (שעליו נעמוד להלן), וכדי שלא לאפשר לזכיין להתחמק, בשעות משבר, מהאחריות המוטלת עליו לניהול כולל של בית הסוהר, בטענה שלא ניתנו לו הסמכויות הדרושות. עם זאת, מהסמכויות שנמסרו לידי המנהל מטעם הזכיין **הוצאו במפורש הסמכויות הבאות**, שהינן בעלות פוטנציאל פוגעני מיוחד ואינן חיוניות לצורך ניהולו השוטף של בית הסוהר (סעיף 128יח(ב) לפקודה):

- הסמכות **לשפוט ולהעניש** אסירים בדן משמעתי ("עבירות בית סוהר").
- הסמכות **לחלט** חפצים שונים שנתפסו בכלא (ראו סעיף 44 וכן את הגדרת "חפץ אסור" בסעיף 1 לפקודה).
- הסמכות **להאריך את תקופת החזקתו של אסיר בהפרדה מינהלית** מעבר ל-48 השעות הראשונות. יצוין כי הסמכות להפריד את האסיר ב-48 השעות הראשונות

ניתנה בידי הזכייין כדי לאפשר לו לטפל במצבי חירום, על פי העילות הקבועות בסעיף 19ב לפקודה: ביטחון המדינה או בית הסוהר, שמירה על שלום או בריאותם של האסיר עצמו או של אסירים אחרים, מניעת "פגיעה ממשית" במשמעת ובאורח החיים התקיין בכלא; "והכל כשלא ניתן להשיג את מטרת ההפרדה בדרך אחרת".

- הסמכות **לפתוח מכתב** שנשלח מאסיר **לחבר כנסת** (ראו סעיף 47ד לפקודה).
  - הסמכות להורות על **העברת אסירים מבית הסוהר למקום אחר** (גם אם אינו בית סוהר) בשל כך ש"אירעה בבית הסוהר מחלה מידבקת" (ראו סעיף 13 לפקודה).
34. **השר רשאי להוסיף** על רשימה זו, **בתקנות**, סמכויות נוספות שיוצאו מידי המנהל מטעם הזכייין (סעיף 132(ב16) לפקודה). כך, למשל, בתקנות בתי הסוהר (בית סוהר בניהול פרטי), התשס"ה-2005 (שצורפו כנספח **מש/5** לתגובת המשיבים מיום 23.10.05; להלן: **תקנות בית סוהר בניהול פרטי**), הוצאו מידי המנהל הסמכויות הבאות:
- הסמכות **לברר תלונות אסירים** (ראו תקנה 4 לתקנות בית סוהר בניהול פרטי ותקנה 24 לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978 (להלן: **תקנות בתי הסוהר**)).
  - הסמכות **לאצול לסוהר סמכויות** שניתנו למנהל בתקנות בתי הסוהר (ראו תקנה 13 לתקנות בית סוהר בניהול פרטי ותקנה 95 לתקנות בתי הסוהר).
35. **הסמכויות שהוצאו מידי המנהל נמסרו ככלל למפקח הראשי**, שהוא כאמור סוהר בכיר מטעם השב"ס, וזאת בנוסף על סמכויותיו של המפקח הראשי כסוהר בכיר (סעיף 128לד(א) לפקודה).
36. יצוין, כי בסעיף 128(ג) לפקודה מפורטות סמכויות נוספות הנתונות למנהל מטעם הזכייין (ואף לעובד זכייין בכיר, אם הסמיכו לכך המנהל, באישור הנציב, ובהתאם להסמכה - ראו סעיף 128(כה2) לפקודה). המדובר בסמכויות אשר מופעלות בבתי סוהר בניהול שב"ס על ידי אנשי סגל זוטרים יותר ממנהל בית הסוהר (סוהר, קצין שירות בתי הסוהר, סוהר בכיר). הענקתן למנהל מטעם הזכייין (ולעובד זכייין בכיר) נועדה דווקא **להחמיר** עם הזכייין: מאחר שהמדובר בסמכויות בעלות פוטנציאל פוגעני, קבע המחוקק שרק לבכירים ביותר מבין עובדי הזכייין יותר להפעילן.
37. על רקע כל הסמכויות המשמעותיות שהושארו בידי המדינה ביחס לבית הסוהר בניהול פרטי, ואשר פורטו לעיל, ברור מדוע לא ניתן להגדיר את המודל הישראלי של בית הסוהר כמודל של "הפרטה מלאה". הפרטה מלאה משמעה העברת כל (או למצער כמעט כל) הסמכויות השלטוניות הכרוכות בהחזקת האסירים לידי הזכייין הפרטי. זהו המודל

המקובל בארצות הברית. מודל "מרוכך" יותר של הפרטה מלאה הוא זה, שבו **סמכויות השפיטה והענישה בדין המשמעתי מושארות בידי המדינה**, וכמעט כל הסמכויות השלטוניות האחרות נמסרות לידי הזכין. זהו המודל המקובל באנגליה וסקוטלנד, ועליו התבססה מלכתחילה ההצעה הישראלית (ראו את תזכיר החוק, נספח ע/2 לעתירה, בעמ' 4; ואת הצעת החוק, נספח ע/4 לעתירה, בעמ' 270). ואולם, בחוק הישראלי שנחקק בסופו של דבר הוכנסו שיפורים רבים מהותיים, אשר נועדו לענות על הבעיות והלקחים שנלמדו מן המדינות האחרות, הן על ידי נציגי המדינה והן על ידי הגורמים החוץ-פרלמנטריים שהשתתפו בהליך החקיקה **ובהם העותרת 1 ובא כוחה**. התוצאה היא כי המודל הישראלי של בית הסוהר הוא מודל ייחודי ומקורי, שאיננו מודל מקובל של הפרטה מלאה.

38. על כל זאת יש להוסיף גם את **מנגנוני הפיקוח, הבקרה והתמרוץ** המשמעותיים שנקבעו בחוק. עיקר תפקידם של מנגנונים אלה הוא לוודא, ראשית, שהזכין לא יחרוג מגדר הסמכויות (המתוחמות) שניתנו לו; ושנית, שסמכויות אלה יופעלו על ידו באופן הולם. **הפקדתם של מנגנונים אלה בידי המדינה, והפעלתם, מהוות אף הן עדות ברורה לכך שהממשלה ממשיכה לתפקד כ"רשות המבצעת" בכל הנוגע לבית הסוהר שבניהול פרטי.**

39. להלן נזכיר את **מנגנוני ההגנה העיקריים שנקבעו בחוק** (סקירה מפורטת יותר שלהם מצויה, כאמור, בתגובת המדינה מיום 23.10.05).

40. נראה כי מנגנון הפיקוח החשוב ביותר שנקבע בחוק הוא צוות הסוהרים המפקחים מטעם השב"ס, בראשות המפקח הראשי, שכבר הוזכר לעיל (סעיפים 128 לב-128 לה לפקודה). כאמור, על פי תנאי ההסכם, לצוות יוקצו משרדים במתקן בית הסוהר, והוא יעקוב **מקרוב** אחר פעילות הזכין, במשמרות, **24 שעות ביממה, 7 ימים בשבוע.**

41. סעיף 128יט לפקודה מחייב את מנהל בית הסוהר לדווח למפקח הראשי בהקדם, ולא יאוחר מתום 72 שעות, על סוגים שונים של אירועים שאירעו בכלא. בין האירועים שקיימת לגביהם חובת דיווח מיידית זו, ניתן למנות שימוש שנעשה על ידי אנשי הזכין בסמכויות שונות בעלות פוטנציאל פוגעני המפורטות בסעיף. כמו כן חלה חובת הדיווח המיידית במקום בו מתעורר חשד כי עובד זכין עבר עבירה או הפר איסור או חובה החלים עליו. בנוסף, יש לדווח מיידית למפקח הראשי גם על בקשה שהגיש אסיר לראיון עם מבקר רשמי, וכן על הגשתה של עתירה על ידי אסיר לבית המשפט. זאת, על מנת שבידי המפקח הראשי מטעם המדינה יהיה מלוא המידע על אודות תלונותיו של האסיר, אף אם אלה לא דווחו על ידי אנשי הזכין, כחובתם. נזכיר כי מעבר לחובת הדיווח, המפקחים נמצאים בבית הסוהר כל העת, ומאחר שחלק מתפקידם הוא לברר תלונות אסירים, מידע בדבר האירועים הנ"ל אמור להגיע אליהם גם במישרין.

42. למפקחים נקבעה בחוק (סעיף 128 לה לפקודה) תקופת צינון מיוחדת של שנתיים קודם שיוכלו להיות מועסקים על ידי הזכין באופן פרטי (וזאת בניגוד לנטען בסעיף 130

לעתירה). זהו מנגנון הגנה שנועד למנוע ניגוד עניינים אפשרי בפעולתם של מפקחים העומדים לסיים את תפקידם.

43. סעיף 128ז(ב) לפקודה קובע, כי **גובה התמורה לזכיון שתיקבע בהסכם לא יותנה במספר האסירים שיוחזקו בפועל בבית הסוהר**. זהו מנגנון הגנה כלכלי משמעותי, המבטיח היעדרו של תמריץ לזכיון לגרום באופן מלאכותי לכך שאסירים יישארו זמן רב ככל האפשר בכלא. לפי תנאי ההסכם, גובה התמורה לזכיון ייקבע לפי **זמינותם** של מקומות כליאה (מאוכלסים או בלתי מאוכלסים) ברמה הולמת, אשר הוגדרה בהסכם.

44. **כלי פיקוח והתערבות רב עוצמה** הקבוע בחוק, ואשר כבר הוזכר לעיל, הוא **ההיתר** לניהול בית הסוהר (סעיף 128ח לפקודה). כאמור, במסגרת ההיתר יכולה המדינה להכתיב לזכיון תנאים באופן חד צדדי, ובסמכותה לבטל את ההיתר ולהיכנס בנעלי הזכיון בכל עת - כחלק ממנגנון ה-Step-In - במקרה של הפרת תנאיו על ידי הזכיון ואי קיום החובות המוטלות עליו (סעיף 128ט לפקודה).

45. **כלי פיקוח והתערבות חזק נוסף**, שאף הוא כבר הוזכר לעיל כחלק ממנגנון ה-Step-In, הוא הסמכות הנתונה למדינה ל**יטול** באופן מלא או חלקי, מתמשך או זמני, את סמכויות הזכיון ולהחזירן לידי המדינה. יצוין כי על אף שסביר להניח כי במנגנון ה-Step-In לא ייעשה שימוש שגרתי, הוא בעל אפקט הרתעתי משמעותי - בין היתר בשל משמעויותיו הכספיות הקשות מבחינת הזכיון, כאמור לעיל - אף כשאינו מופעל הלכה למעשה.

46. החוק קובע כי בשלב זה יוקם רק בית סוהר **אחד** בניהול פרטי (סעיף 128ז(א) לפקודה). קביעה זו היא ביטוי לעובדה שהחוק נחקק במטרה לאפשר בקרה מעמיקה לאורך זמן על הצלחת המודל שעוצב בו, קודם שתיבחן האפשרות ליישם מודל זה - או מודל אחר - על ניהול בית סוהר נוסף. יוער, כי בניגוד לטענת העותרים בעל-פה בעת הדיון, **קביעה זו מופיעה בחוק גופו**, ולא רק בתוספת לחוק. על כן, הרצון להרחיב את תחולת החוק על בית סוהר נוסף יחייב תיקון חקיקה ראשית בכנסת, והנחת דעתה של הכנסת כי אמנם ראוי לעשות כן על סמך ניסיון העבר. כלי בקרה זה צפוי לגרום, בין היתר, לכך שלזכיון יהיה **תמריץ משמעותי** להוכיח שמירה קפדנית על זכויות האסירים, אם ברצונו לעודד את הכנסת להרחיב את תחולת החוק ובכך לאפשר לעצמו לזכות במכרזים נוספים. מנקודת ראותו של הזכיון, אינטרס זה הוא, בראש ובראשונה, אינטרס **כלכלי**.

47. החוק קובע כי תוקם **ועדה מייעצת**, בראשות שופט מחוזי בדימוס ובהשתתפות נציגי ציבור שונים, שהינם בעלי עניין מיוחד בשמירה על זכויות האסירים. תפקיד הוועדה הוא ליעץ לנציב בתי הסוהר, וכן לדווח לשר ולוועדת הפנים של הכנסת, בנושא שמירה על זכויות האסירים בבית הסוהר שבניהול פרטי, ובעניין שיקומם, רווחתם ובריאותם (סעיף 128מט-128נ לפקודה). הוועדה תהיה רשאית לשוחח עם אסירים ולקבל מידע בנושאי תפקידיה (סעיף 128נא). בין היתר, הוועדה תגיש את המלצותיה לעניין הקמת בית סוהר נוסף בניהול פרטי לפני קבלת החלטה בעניין (סעיף 128ג).

48. כאמור לעיל, מינוי מנהל בית הסוהר והעובדים מטעם הזכיון טעון, ככלל, אישור של נציגי המדינה (סעיף 128ג(א) ו-128כא(א) לפקודה). בכך מושגת בקרה מוקדמת של הרשויות על איכות כוח האדם המועסק על ידי הזכיון ועל הכשרתו. בכך מתאפשר, בין היתר, סינונו של מי שלא היה יכול לשמש כמנהל או כסוהר בבית סוהר ציבורי רגיל.
49. כלי פיקוח והתערבות מרתיע ואפקטיבי במיוחד, להבטחת קיום חובותיהם של הזכיון ועובדיו, הוא היכולת להטיל עליהם, בגין הפרת החובות, סנקציות אישיות בשני מישורים. במישור הפלילי קובע החוק כי דין הזכיון, בעלי השפעה ניכרת בו, המנהל ועובדי הזכיון, כדין עובדי ציבור לעניין חוק העונשין (סעיף 128לט לפקודה). במישור המינהלי קובע החוק כי השר או נציב בתי הסוהר (לפי העניין) רשאים לבטל את מינויו של מנהל או עובד מטעם הזכיון, או להתנות את המשך תוקף המינוי בתנאים, בין היתר אם אלה אינם ממלאים את תפקידם כראוי (סעיפים 128טז ו-128כד לפקודה). למותר לציין כי ביטול המינוי ישמש בדרך כלל לא רק כסנקציה עונשית אלא גם כאמצעי התערבות מניעתית להגנת האסירים בעתיד מפני בעל המינוי שבוטל.
50. כלי בקרה חשוב הקבוע בחוק הוא הגדרתו של הזכיון כ"גוף מבוקר" כמשמעותו בסעיף 9(6) לחוק מבקר המדינה, למעט לעניין פעילותו העסקית (סעיף 128מא לפקודה).
51. כאמור לעיל, מאגרי המידע של הזכיון יעמדו לרשות השב"ס ולרשות הממונה על חופש המידע בו. בכך תושג שקיפות רבה של הזכיון, וממילא גם אמצעי פיקוח ובקרה משמעותי על אופן התנהלותו (סעיף 128מ ו-128יא(ה) לפקודה). בנוסף יש גם בהוראות אלה כדי לבטא את התפיסה, שכאמור עמדה בבסיס החקיקה, שלפיה בית הסוהר בניהול פרטי הוא חלק ממערך הכליאה הכולל שבאחריות השב"ס, ודינו של אסיר המוחזק בו כדין כל אסיר אחר.
52. לבסוף נזכיר, כי הכוח הרב שמקנה החוק לנציגי המדינה להכתיב לזכיון תנאים שונים שאינם מפורטים בחוק - כגון במסגרת ההסכם המפורט וההיתר, כפי שצוין לעיל - מאפשר ליצור מנגנוני הגנה רבים נוספים מעבר לאלה שהוזכרו. דוגמא טובה לכך היא מנגנוני התמרוץ הכלכליים שנקבעו בהסכם - מנגנונים שליליים (קנסות); אי תשלום תמורה בגין מקומות כליאה בלתי הולמים, ובמקרים מיוחדים גם מנגנונים חיוביים (בונוסים) - שנועדו להבטיח רמה גבוהה של הקפדה מצד הזכיון על קיום חובותיו. כך, כדי לעודד את הזכיון להשקיע בשיקום האסירים, נקבעו בהסכם בונוסים מיוחדים לעניין זה. הקנסות והבונוסים מתבססים על עשרות רבות של מדדים שהוגדרו בהסכם. בתחום זכויות האסירים והטיפול בהם, הוגדרו למעלה מ-30 מדדים שונים - מספר גבוה בהשוואה למקובל במדינות אחרות.

53. **המשיבים סבורים, כי שילוב מנגנוני ההגנה האמורים, ביחד עם חלוקת הסמכויות בין המדינה לזכיון אשר תוארה לעיל, מבטיחים היעדר כל חשש סביר לפגיעה בזכויות האסירים בבית הסוהר שבניהול פרטי.**

54. על רקע כל האמור לעיל ברור, לדעת המשיבים, עד כמה אין יסוד לטענת העותרים כאילו החוק נשוא העתירה הביא ל"התפרקות כללית מאחריותה של הממשלה לאכיפת הענישה הפלילית במדינה", וכאילו יש בו כדי לפגוע בהיותה של הממשלה "הרשות המבצעת". בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לדחות טענה זו מכל וכל.

#### חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

55. למעלה מן הצורך - על אף שכאמור לא התבקשו לעשות כן - נעבור כעת לעילות המבוססות על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראשית נזכיר, כי נראה שגם העותרים עצמם אינם משוכנעים ב"חוזקה" של טענתם בדבר פגיעתו כביכול של החוק בזכויותיהם של האסירים לחירות אישית ולכבוד. משום כך, הם אינם טוענים, ב"רחל בתך הקטנה", כי החוק, או סעיפים ספציפיים בו, סותרים את חוק היסוד או מנוגדים לו. ניסוחם של העותרים נפתל יותר: "נטען, כי מהשילוב בין הוראות שונות שהתקבלו במסגרת [החוק] ובין נסיבות חיצוניות אחרות, עולה מסקנה כי הוראות התיקון מהוות 'פגיעה' בזכותם החוקתית לכבוד האדם ובזכותם החוקתית לחירות אישית של האסירים" (סעיף 120 לעתירה; ההדגשות אינן במקור).

56. גלוי וברור, כי זכותם של האסירים לחירות נשללה על ידי בית המשפט הפלילי שהורה על מאסרם, ולא על ידי החוק. אסיר המרצה את מאסרו בבית סוהר ציבורי רגיל אינו "בן חורין" יותר מאסיר שירצה את מאסרו בבית סוהר בניהול פרטי. אשר לדוגמאות שמביאים העותרים לפגיעה ב"חירותו האישית" של האסיר - "הזכות לחופשה, לשיחת טלפון ולטיול בחצר" (סעיף 124 לעתירה) - גם אילו הנחנו שאמנם המדובר ב"זכויות" ושעניינן בחירות האישית, הרי שאין כל יסוד לטענה שאסירים בבית הסוהר בניהול פרטי ייהנו מ"זכויות" אלה פחות מאשר אסירים בבית סוהר ציבורי. זאת, באשר פקודות השירות הרלוונטיות לעניין זה חלות גם על בית הסוהר בניהול פרטי, ולאור מנגנוני הפיקוח הרבים הקבועים בחוק, אשר מבטיחים ברמת ודאות מספקת את ניהולו התקין של בית הסוהר בידי הזכיון, לרבות את מתן ה"זכויות" (קרי: טובות הנאה) האמורות.

57. נותרה, אפוא, רק זכותו של האסיר לכבוד. המשיבים אינם חולקים, כמובן, על חובתם להבטיח את כבוד האסירים. אלא שכפי שהראינו לעיל, החוק נשוא העתירה אינו יוצר חשש סביר לפגיעה בזכות זו; ומכל מקום לא חשש גדול יותר מזה שקיים כיום לגבי פגיעה אפשרית בכבודם של אסירים בבתי סוהר ציבוריים בישראל. החוק כולל מנגנונים רבים, חלקם רבי עוצמה, להבטחת שמירתן של זכויות האסירים, ובכלל זה כבודם. אפשר אף שיש במנגנונים אלה כדי ליצור בבית הסוהר בניהול פרטי "סביבת פיקוח" חזקה יותר מזו שקיימת בבתי הסוהר שבניהול שב"ס. יתירה מכך: הקמת בית הסוהר הנוסף (בניהול

פרטי), כלשעצמה, תקל על מצוקת הכליאה החמורה הקיימת בישראל, ובכך תפחית את הפגיעה בכבודם של אסירים רבים הסובלים כיום מתנאי צפיפות קשים.

58. אין אף מקום לטענה כי כבודם של האסירים ייפגע מעצם העובדה שמי שיפעילו כלפיהם סמכויות שלטוניות הכרוכות בניהול בית הסוהר יהיה גורמים פרטיים ולא עובדי מדינה. לדעת המשיבים, מבחינה זאת **אין כל הבדל מהותי** בין "ידיים פרטיות" ל"ידיים ציבוריות". גם מסירת סמכויות שלטוניות אלה (ואחרות) ל"ידיים ציבוריות", קרי - לידהם של סוהרים עובדי מדינה, עלולה - באופן תיאורטי - לפגוע באסירים. **הידיים הפרטיות אינן נושאות עימן "פגם גנטי" כלשהו ההופך אותן מראש ובאופן מובנה לפסולות או לפוגעניות יותר מידיים ציבוריות המפעילות את אותן סמכויות** (השוו: דנג"ץ 5361/00 פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2005(1) 44). הלוא הסוהר של היום יכול להיות עובד הזכייך של מחר, ולהיפך. כשם שסוהר או מנהל בית סוהר שהם עובדי מדינה עלולים לעשות שימוש לרעה בסמכויותיהם (בין היתר באופן העולה כדי פגיעה בכבוד), כך גם עובד או מנהל בית סוהר שבניהול פרטי עלולים לעשות כן. אלה כאלה עלולים להיות מונעים על ידי אינטרסים פרטיים שונים, המנוגדים לאינטרסים הציבוריים שעליהם הם מופקדים.

**הערובה לזכויות האסירים אינה טמונה אפוא בהבחנה שבין ניהול בידי ידיים פרטיות לניהול בידי ידיים ציבוריות, אלא, בראש ובראשונה, במידת הפיקוח האפקטיבי המופעל על ידיים אלה, וכן - כנגזר מכך וכמשלים לכך - במנגנוני התמרוץ המופעלים עליהן.** השאלה החשובה, אפוא, איננה אם החוק מעניק סמכויות שלטוניות לזכייך פרטי ולעובדיו. השאלה החשובה היא אם החוק מספק כלים נאותים - לפחות כמו הכלים הקיימים לגבי סוהרים עובדי המדינה - לפיקוח אפקטיבי על אופן הפעלתן של סמכויות אלה, וליצירת מנגנוני תמרוץ ראויים של מפעיליהן. התשובה לשאלה זו היא בחיוב.

59. יצוין כי תשובה זו הייתה יכולה להיות מספקת, ככל הנראה, גם אילו מלוא הסמכויות השלטוניות הכרוכות בניהול בית הסוהר היו ניתנות בידי הזכייך הפרטי ועובדיו, בדרך של יצירת מודל הפרטה מלאה "אמיתי". זהו, למשל, המצב בארצות הברית. נראה שכלי הפיקוח והבקרה שנקבעו בחוק הישראלי היו יכולים להבטיח שמירה נאותה על זכויות האסירים אפילו במודל הפרטה כזה. ממילא אלה הם פני הדברים במודל הישראלי הייחודי, שבגדרו חלק משמעותי מהסמכויות השלטוניות נותרו בידי המדינה ולא נמסרו לידי הזכייך.

60. אין כל יסוד סביר, אפוא, לחששם של העותרים מפני פגיעה בזכות חוקתית כלשהי של האסירים. בנסיבות אלה אף אין צורך להידרש כלל לטיעוניהם של העותרים לעניין פסקת ההגבלה. מכל מקום, למען הזהירות נטען, כי גם אילו היה ניתן לראות בהוראות החוק משום "פגיעה" כלשהי בזכויות האסירים, הרי שהמדובר ב"פגיעה" העומדת בתנאי פסקת ההגבלה. היא נעשתה לתכליות ראויות - הקלה על מצוקת הכליאה הקשה, השאיפה לשיפור כללי ברמת מערכת הכליאה בישראל והחיסכון הכלכלי; ובהתחשב

במנגנוני הפיקוח, הבקרה וההתערבות האפקטיביים שנסקרו לעיל היא בוודאי נמצאת בגדר "מתחם המידתיות" הרחב, המסור כידוע לשיקול דעתו של המחוקק. לענין המידתיות נזכיר שוב, כי המהלך כולו הוא מהלך ניסיוני, המוגבל לבית סוהר אחד בלבד (סעיף 128ז(א) לפקודה), שתפוסתו עד 800 מקומות ואשר רמת הסיווג של האסירים בו לא תעלה על בינונית (ראו התוספת השלישית לפקודה). כן נציין, כי ליתר ביטחון, והגם שהדבר לא מתחייב מהחוק, הוחלט כי לא יוכנסו לבית סוהר זה אוכלוסיות אסירים רגישות ובעלות צרכים מיוחדים (כגון קטינים, טעוני פיקוח, חולים כרוניים וכיו"ב).

61. לאור כל זאת מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות גם את הטענה לבטלותו של החוק מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

### ההיבט החוקתי הכללי של הפרטת סמכויות שלטוניות

62. נדגיש כבר כעת כי לדעת המשיבים, השאלה הכוללת בדבר גבולותיה החוקתיים של ההפרטה אינה מתעוררת בענייננו. כפי שהראינו, ההסדרים הקבועים בחוק נשוא העתירה הם ראויים, אחראיים ומבוקרים, והם אינם מתקרבים כלל לגבול חוקתי אפשרי כלשהו. המשיבים סבורים, כי לאור אופייה האקדמי של השאלה, ומאחר שעל פי ההלכה הפסוקה אין מקום ככלל לקיים דיון חוקתי תיאורטי המקדים את זמנו, כאשר אין בנמצא מקרה קונקרטי המעורר אותו, הרי שאין מקום כי בית המשפט הנכבד יכריע בנושא במסגרת העתירה דנן.

63. גם לגוף העניין סבורים המשיבים, כי אין זה רצוי - וספק רב אם בכלל ניתן - לקבוע גבולות משפטיים-חוקתיים להפרטה. אף מידת האפקטיביות של הגדרות משפטיות כאלה מוטלת בספק רב. ככלל, זהו נושא שצריך להתלבן ולהיות מוכרע, באופן שוטף ומתמשך, ביחס לכל סוגיה קונקרטית שתתעורר, בזירה הציבורית ולא המשפטית.

64. למרות זאת, לא נפטור עצמנו לחלוטין מדיון בנושא, הגם שדיון זה יהיה, בהכרח, ראשוני וכללי בלבד. בהמשך נציע רשימה בלתי ממצה של אמות מידה עקרוניות, העשויות לסייע בקביעה כי הפרטה מסוימת הינה פסולה או בלתי לגיטימית.

65. אך קודם שנגיע לכך עלינו לבחון **שאלה מקדמית מהותית**: בהנחה שיימצא כי הפרטה מסוימת, שנקבעה **בחוק ייעודי שנחקק לשם כך**, הינה פסולה או בלתי לגיטימית, האם יש בסיס משפטי-חוקתי המאפשר לבית המשפט לבטלה? לבירורה של שאלה זו נפנה עתה.

### הבסיס הנורמטיבי לבחינת חוקתיותה של הפרטה סטטוטורית

66. למונח "הפרטה" (Privatisation, Privatization) ניתנו משמעויות שונות ומגוונות. הכתיבה בנושא, בעיקר בחו"ל, היא רבה, למרות שהמונח עצמו הוא חדש יחסית. פרופ' יצחק כ"ץ, בספרו **הפרטה בישראל ובעולם** (1997), מציין, כי ריבוי ההגדרות והמשמעויות הנוגעות

להפרטה כרוך באופייה של הספרות הרלוונטית, שמתמקדת בדרך כלל יותר בטכניקות השונות ליישומה ופחות במתן הסברים לתופעה ולשורשיה (שם, בעמ' 27). בהיעדר הגדרה מקובלת ל"הפרטה" בספרות, מציע פרופ' כ"ץ (בעמ' 29-30) את ההגדרה הבאה, המורכבת משני ממדים:

- א. מדיניות ציבורית של העברת שירותים, מוצרים ונכסים מניהולו ומבעלותו של הסקטור הציבורי לניהולו ולבעלותו של הסקטור הפרטי.
- ב. תופעה רחבה שלפיה הסקטור הפרטי נוטל על עצמו את ייצורם ואת הספקתם של מוצרים ושירותים שעד כה ייצר וסיפק בלעדית או בעיקר הסקטור הציבורי.

פרופ' כ"ץ מוסיף ומבחין בין משתנים שונים המשפיעים על מהותה של ההפרטה המסוימת העומדת לדין, ובהם השאלה אם המדובר בהפרטה מלאה או חלקית, ואם הכוח המניע אותה הוא אידיאולוגיה פוליטית או שמא משבר כלשהו שבו נתקל הסקטור הציבורי (שם, בעמ' 53-70).

67. עו"ד איל פלג, בספרו **ההפרטה כהצברה - גופים מופרטים במשפט הציבורי** (תשס"ו-2005), יוצא כנגד תפיסות הרואות את ההפרטה כהפיכת הציבורי לפרטי לכל דבר ועניין, ואשר מזהות את ההפרטה עם התפרקות של המדינה מתפקידיה. לדבריו (בעמ' 17):

הסבר מדויק, נכון וצודק יותר יבקש לראות בהפרטה תהליך שבמהותו דווקא מגדיל את פעילות המדינה - הממשלה והמגזר הציבורי כולו. תפיסה זו, שאבקש לכוונתה "הפרטה כהצברה", רואה לנגד עיניה את טובת הציבור יותר מאשר את טובת הגופים המופרטים. לפיה, ההפרטה של פעילות והעברתה לביצוע של גורמים פרטיים אין משמעה כי הממד "הציבורי" שבפעילות עבר מן העולם. **להפך, הביצוע הפרטי הוא רק דרך נוספת לביצועה של הפעילות הציבורית.** הגורם המופרט צריך להיחשב, במקרים רבים, כמבקש לבצע תפקיד ציבורי, ולכן כמי שעטה על עצמו גלימה ציבורית.

בהתאם לכך, מציע פלג את ההגדרה הבאה להפרטה: "מכירת נכס ציבורי, או יצירת הסכם בין המדינה לפרטים מן הציבור הרחב, **לשם סיוע למדינה** בייצור ובהספקת טובין ושירותים ציבוריים" (שם, בעמ' 16). לדבריו, יש לראות בהפרטה פן חדש בהתפתחותה של המדינה המינהלית, המבקשת לספק לציבור מוצרים ישנים וחדשים באופן יעיל יותר (שם, בעמ' 18).

68. הבחנה בסיסית שנבקש לערוך לצורך דיונונו, היא בין אצילה של סמכויות שלטוניות הנתונות על פי דין לרשות המבצעת (השוו: סעיף 33 לחוק יסוד: הממשלה), לגורם פרטי, הנעשית על ידי הרשות המבצעת ללא חוק ייעודי המסדיר אותה, ואשר תוגדר לענייננו כ"**הפרטה מינהלית**"; לבין "**הפרטה סטטוטורית**", שמשמעה הפרטה של סמכויות

שלטוניות מכוח חוק ייעודי מפורש, אשר עבר את כור ההיתוך הדמוקרטי של הרשות המחוקקת. בגדר עתירה זו ענייננו הוא, כמובן, בהפרטה הסטטוטורית ולא המינהלית.

69. כאמור, בדברנו להלן על "הפרטה מינהלית", כוונתנו היא לאצילה של סמכויות שלטוניות הנתונות על פי דין לרשות המבצעת, לגורם פרטי, וזאת בדרך של אקט מינהלי ולא חקיקתי. נדגיש כי יש סוגים נוספים של "הפרטות" המתבצעות על ידי הרשות המבצעת, שאינן כרוכות באצילה של סמכויות שלטוניות הנתונות על פי דין, ועל כן אינן בגדר "הפרטה מינהלית" כמשמעותה האמורה. על כן, הדברים שייאמרו בהמשך לגבי הפרטה מינהלית אינם חלים עליהן.

70. על הפרטה מינהלית של סמכויות שלטוניות חלה מערכת כללים של המשפט המינהלי, שעיקרה דיני האצילה השלטונית למי שאינו עובד ציבור. באופן מסורתי נוטה המשפט להתייחס באורח ביקורתי להפרטה מינהלית של סמכויות שלטוניות (ולמעשה אף לאצילה בכלל של סמכות שלטונית, גם לעובדי ציבור. לסקירה ולביקורת ראו יי זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב', 1996) 532-535, 564-570).

כך, למשל, סעיף 33(ב)-(ג) לחוק יסוד: הממשלה קובע כלל, שלפיו אצילת סמכויות הנתונות לממשלה על פי דין יכולה להיעשות למי שהוא **עובד ציבור**. באותו אופן נקבע בפסיקה, כי "במצב הדברים הרגיל, בו משתמעת הסמכות של רשות שלטונית לאצול את סמכותה לאחר, תהא זו האצלה לעובד מדינה אחר" (בג"ץ 2303/90 **פיליפוביץ נ' משרד המשפטים - רשם החברות**, פ"ד מו(1) 410, בפסקה 19). "הכלל הינו כי מקום שניתנת סמכות למנות אדם כאורגן של רשות מוסמכת או לאצול לו סמכות שלטונית צריך אותו אדם להיות חלק מהרשות השלטונית" (בג"ץ 1783/00 **חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, דינים עליון סד 358, בפסקה 3; בג"ץ 4884/00 **עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים**, פ"ד נח(5) 202, בפסקה 13). ראו גם את הערת האגב שנכתבה לאחרונה לעניין הסמכתם של חוקרים פרטיים כחוקרים מטעם הממונה על ההגבלים העסקיים: ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, תק-על 2005(1) 4756, בפסקה 48.

71. ואולם, עמדה ביקורתית זו של המשפט כלפי אצילת סמכויות שלטוניות הנתונות על פי דין, הוגבלה תמיד אך למצבים שבהם האצילה אינה נעשית מכוחו של חוק המכשיר אותה. כך עולה מסעיף 33(ה) לחוק יסוד: הממשלה. נביא את סעיף 33 במלואו:

#### **אצילת סמכויות**

33. (א) סמכות הנתונה על פי דין לממשלה רשאית הממשלה לאצול לאחד השרים; סעיף זה לא יחול על סמכויות הממשלה לפי חוק-יסוד זה, למעט סמכויות לפי סעיף 32.

(ב) סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 31(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, **לעובד ציבור**.

(ג) סמכות שהממשלה אצלה לשר, למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצלה, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור אם הסמיכה אותו הממשלה לכך.

(ד) בסעיף זה, סמכות הנתונה לממשלה או לשר, לרבות חובה המוטלת עליהם.

(ה) הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה.

כך גם נקבע בפסיקה. ראו, למשל, את דברי כבוד השופט שמגר בבג"ץ 39/82 הנפלינג נ' צילקר, פ"ד לו(2) 537:

אין זה מתקבל על הדעת כי סמכויות סטוטוריות יוענקו לאדם פרטי שאיננו משרת במערכת שכוננה על פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת ואשר מעמדו, חובותיו וזכויותיו מתמצים אך ורק בכך שנמסרו לידי סמכויות ביצוע כפי שהן עולות, למשל מחוק העזר; והוא כמובן כל עוד לא קבע המחוקק מפורשות אחרת.

72. יצוין, כי פסק דין הנפלינג מבטא גישה מחמירה במיוחד בדיני ההפרטה המינהלית. לפי גישה זו, אסורה כל הפרטה מינהלית של סמכות שלטונית הנתונה על פי דין, אם ההפרטה אינה מעוגנת בחוק מפורש המסדיר אותה. לעומת גישה זו קיימת גישה מקלה יותר, המתירה לבצע הפרטה מינהלית כאמור גם כאשר היא מעוגנת במשתמע בחוק מסמך. ביטוי לכך ניתן למצוא בסעיף 33(ה) לחוק יסוד: הממשלה שצוטט לעיל ("אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות"). הגישה המקלה מתבטאת גם בפסק דין פיליפוביץ, שבו מכיר כבוד השופט ברק (בפסקה 19) באפשרות שיתקיימו "נסיבות מיוחדות המאפשרות הסקה (משתמעת) של תכלית חקיקתית המאפשרת אצילה לגורם פרטי".

דוגמא מובהקת נוספת לגישה המקלה מצויה בפסק דינו של כבוד הנשיא ברק בפרשת חיפה כימיקלים הנ"ל. באותו מקרה הכשיר בית המשפט הפרטה מינהלית מרחיקת לכת ובעלת פוטנציאל ברור לפגיעה בזכויות יסוד, הנוהגת בפרקטיקה במשך שנים, של סמכויות התביעה הפלילית בתחומים מסוימים (לעניין זה ראו: א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל - כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות (2005) 1027-1024; בג"ץ 8340/99 גורלי כוחן ושות' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79).

למקרים נוספים, שבהם הכיר בית המשפט בלגיטימיות הפרטתן של פונקציות שלטוניות בידי הרשות המבצעת, הגם שלא בהכרח של סמכויות שלטוניות הנתונות על פי דין, וזאת ברוח הגישה המקלה האמורה, ראו: בג"ץ 5012/97 מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה בע"מ נ' משרד הבריאות, פ"ד נב(1) 49; בג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מו(1) 543; בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשון לציון (1986) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808. כן ראו לעניין זה: י" זמיר, הסמכות המינהלית

(כרך א', 1996) 304-306. לחלוקה שונה בין הגישה המחמירה למקלה ראו: **רובינשטיין ומדינה**, בעמ' 864-865.

73. מכל מקום, החשוב לענייננו הוא כי **לפי שתי הגישות, המחמירה והמקלה כאחת, הפרטה הסטוטורית - כלומר זו הנעשית מכוחו של חוק מפורש - היא בוודאי מותרת.**

74. **אין יסוד אפוא לטענות המנסות להיבנות, לעניין הפרטה הסטוטורית, מן הפסיקה האמורה. בדיני הפרטה המינהלית אין בסיס לפסילתה של הפרטה סטוטורית.** ההיפך הוא הנכון: דיני הפרטה המינהלית לא נועדו, מדעיקרא, לפעול במישור המשפט החוקתי, ועל כן לא ניתן לגזור מהם פסילה של חוקים (השוו: ד' ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח (תשס"א) 209, 222, ה"ש 6; להלן: **זכויות אדם בעידן של הפרטה**).

75. מהו אפוא הבסיס המשפטי המאפשר, בכל זאת, ביקורת שיפוטית על הפרטה סטוטורית? התשובה לשאלה זו ברורה כאשר ענייננו בהפרטה סטוטורית אשר פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות, אשר מעוגנות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם (להלן: **זכויות יסוד חוקתיות**). **אם הפרטה הסטוטורית נמצאת פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות, הרי שהביקורת השיפוטית על החוק המפריט תיעשה, כרגיל, מכוחו של חוק היסוד שבו מעוגנת הזכות החוקתית שנפגעה.** כך, למשל, כאשר הפרטה סטוטורית מסוימת נמצאת פוגעת בכבוד האדם, ניתן יהיה לבחון אותה - ובמידת הצורך אף לפסול אותה - על פי מבחני הרגילים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ודוק: גם במסלול נורמטיבי "פשוט" זה לא ייטה בית המשפט, לגוף העניין, להתערב בחקיקה המפריטה. לא אחת הובהר בפסיקה, כי שאלות של הפרטה והלאמה הן שאלות אידיאולוגיות מתחום המדיניות הציבורית, המסורות ככלל לשיקול דעתן של הממשלה והכנסת, ואשר אינן מסוג הדברים שבית המשפט יתערב בהם. כדברי כבוד הנשיא ברק:

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 פסקת ההגבלה. אכן, חוקי היסוד אינם תכנית לפעולה מדינית קונקרטיית. הלאמה והפרטה עשויים להתקיים במסגרתם.** כלכלת שוק או ניהול מרוכז של הכלכלה עשויים למצוא בה מרחבי מחייה, ובלבד שהפעילות המשקית - הפוגעת בזכויות אדם - תקיים את דרישותיה של פסקת 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.**

(בג"ץ 1715/95 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בפסקה 19)

ראו עוד: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, בפסקה 13 לפסק דינה של כבוד השופטת ביניש; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בפסקה 96 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק.

ובאותה רוח נפסק, בהקשר של הפרטה מינהלית: "בית המשפט לא יורה לראש ממשלה ולחברי ממשלתו אם לנקוט במדיניות של הפרטה או במדיניות של הלאמה. במסגרת סמכותה של הממשלה, עניין הוא לראש הממשלה ולשריו, ולא לבית המשפט, להחליט בו" (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455; בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, תק-על 2003(3) 1982). דברים אלה יפים כמובן ביתר שאת ביחס להפרטה סטטוטורית.

76. מכל מקום, כפי שכבר ציינו, בענייננו אין החוק נשוא העתירה טומן בחובו חשש סביר לפגיעה כלשהי בזכויות האסירים. לא כל שכן, שאין הוא טומן בחובו חשש סביר לפגיעה בזכויותיהם החוקתיות. לפיכך המסלול הנורמטיבי ה"פשוט" לביקורת שיפוטית על הפרטה סטטוטורית אינו רלוונטי לענייננו. נזכיר, כי גם בית המשפט הנכבד הבהיר בעת הדיון שהתקיים בעתירה, בתשובה לשאלת המשיבים, כי התייחסותם המשלימה של המשיבים "להיבט החוקתי של העתירה" נדרשת רק ביחס לטענות הנוגעות לחוק יסוד: הממשלה, ולא לאלה הנוגעות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שעליהן כלל לא התבקשו המשיבים להשיב בעת הדיון).

77. נשאלת אפוא השאלה: האומנם ניתן למצוא בסיס משפטי להתערבותו של בית המשפט בהפרטה סטטוטורית שאינה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות? התשובה לשאלה זו אינה ברורה כלל.

מחד גיסא, ניתן לדמיין מקרים קיצוניים ביותר - הרחוקים מאוד מהמקרה נשוא העתירה - שבהם הכנסת תחליט על הפרטה סטטוטורית הפוגעת באופן מהותי ביסודות המשטר, גם אם אין בה בהכרח פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות. נניח, למשל, כי יחוקק חוק הקובע כי הממשלה רשאית למנות אדם פרטי (שלא ימונה כקצין משטרה) לתפקיד מפכ"ל המשטרה. נניח גם, לצורך הדיון, כי חוק כזה לא יפגע בזכות יסוד חוקתית של איש. למרות זאת, על פני הדברים, נראה כי חוק מעין זה יפגע מהותית ביסודות המשטר הדמוקרטי ועל כן ייתפס כבלתי לגיטימי. לכן מתבקש, לכאורה, כי תימצא דרך משפטית לפסול אותו.

ואולם, מאידך גיסא, כלל לא ברור שמערך חוקי היסוד הקיימים היום אומנם מספק בסיס משפטי איתן לפסילתו של חוק מעין זה, אשר אינו פוגע בזכויות יסוד חוקתיות. כדבריה של פרופ' דפנה ברק-ארז (זכויות אדם בעידן של הפרטה, 210-211):

**חשוב לציין כי בישראל אין הגבלות חוקתיות משמעותיות על היקף הפרטה. 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.**

78. במסגרת העתירה דגן אין לנו צורך לקבוע מסמרות בשאלה הכללית, אם קיים בשיטת המשפט הישראלית בסיס משפטי לפסילתה של הפרטה סטטוטורית בלתי לגיטימית (ותהא הגדרת הלגיטימיות אשר תהא - עניין שאליו נתייחס בהמשך), אשר אינה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות. הבסיס היחיד שהוצע בהקשר זה על ידי העותרים הוא סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, ועל כן עלינו לדון רק בו. **לדעת המשיבים, סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה אינו יכול ככלל לשמש בסיס משפטי לביקורת שיפוטית כזו.**

79. סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה קובע:

#### **המהות**

1. הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה.

הוראה זו אינה לגמרי ברורה ואף אינה לגמרי מדויקת (זמיר, **הסמכות המינהלית**, 328-327). עם זאת ניתן להניח, כי תכליתה היא להגדיר באופן "חגיגי" את טבעה ואת מהותה הבסיסיים של הממשלה ביחס לרשויות השלטון האחרות. זאת, בדומה לסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת - הקובע כי "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה" - אשר מגדיר את טבעה ואת מהותה הבסיסיים של הכנסת (ראו: א' רובינשטיין ור' הר-זהב, **פירוש לחוקי-היסוד - חוק יסוד: הכנסת** (1993, בעריכת י' זמיר) 29). שלא כסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה מצהיר גם על הפונקציה השלטונית המרכזית (אך לא הבלעדית) שממלאת הממשלה ביחס לרשויות השלטון האחרות - **הפונקציה הביצועית** (גם לגבי הכנסת נקבע כי היא "הרשות המחוקקת" ו"בית המחוקקים", אך זאת לא בחוק יסוד: הכנסת. ראו: סעיף 7 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 וסעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט-1949).

סוד גלוי הוא כי הגבולות שבין הפונקציות השלטוניות של רשויות השלטון השונות אינם הרמטיים (ראו למשל: בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר - אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, בפסקה 58 סיפא לפסק דינו של כבוד השופט חשין). כך, למשל, לעיתים קרובות מפעילים הממשלה והאורגנים הפועלים מטעמה, בצד הפונקציות הביצועיות, גם פונקציות חקיקתיות ושיפוטיות (זמיר, **הסמכות המינהלית**, 68, 328; פרשת **רובינשטיין הנ"ל**, בפסקה 20 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק). למותר לציין, כי

ראיית כל המצבים הללו ככאלה ה"פוגעים" בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, והפיכתם, בהינף קולמוס, לבלתי חוקתיים כביכול, אינה מתקבלת על הדעת.

מכל מקום, ענייננו שונה ממצבים אלה. בענייננו לא נטען כי החוק נשוא העתירה מעביר לממשלה פונקציות אשר צריכות להיות מסורות לרשויות השלטון האחרות (השוו: פרשת **קונטרס**, פסקה 59 לפסק דינו של כבוד השופט חשין והאסמכתאות המובאות שם). בענייננו נטען כי החוק מעביר מהממשלה פונקציה ביצועית, שמכוח סעיף 1 לחוק היסוד צריכה להיות מסורה לה באופן בלעדי. בכך, לפי הטענה, טמונה הפגיעה בעיקרון החוקתי הקבוע בסעיף.

80. האומנם יש יסוד לטענה כי הפרטה סטוטורית - ואפילו נראה אותה כבלתי לגיטימית (שלא כמו החוק נשוא העתירה) - עשויה לפגוע בעיקרון החוקתי שלפיו הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה? לדעת המשיבים, התשובה על כך היא ככלל שלילית. ניתן להביא לכך כמה טעמים.

81. **ראשית**, טענה זו נסתרת מתוך חוק יסוד: הממשלה עצמו. כפי שראינו, סעיף 33(ה) לחוק היסוד מתיר אצילה של סמכויות שלטוניות למי שאינו עובד ציבור, ובלבד שכוונה כזו "משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות". סעיף 33(ה) מתיר, אפוא, כל הפרטה (מינהלית) של סמכויות שלטוניות, המבוססת על היתר משתמע בחוק המסמיך. קל וחומר שסעיף זה מתיר כל הפרטה סטוטורית של סמכויות שלטוניות, דהיינו כל הפרטה המבוססת על היתר מפורש בחוק המסמיך, שנחקק במודע ובמכוון למטרה זו. חזקה שיש לפרש את חוק יסוד: הממשלה באופן שייצור הרמוניה פנימית בין סעיפי. לפיכך, חזקה שיש לפרש את סעיף 1 לחוק היסוד באופן שאינו סותר את סעיף 33(ה). מכאן, שאם כל הפרטה סטוטורית מותרת לפי סעיף 33(ה), חזקה היא שכל הפרטה סטוטורית מותרת גם לפי סעיף 1.

82. **שנית**: המודל המקובל של הפרטה סטוטורית אינו מודל שבו המחוקק "מפקיע" תפקידים ביצועיים מידי הממשלה. **המודל המקובל הוא מודל שבו המחוקק משאיר בידי הממשלה את תפקידיה הביצועיים, ורק מסמיך אותה לבצע אותם בדרך של התקשרות עם גורמים פרטיים.** במילים אחרות, המחוקק רק מרחיב את "ארגז הכלים" העומד לרשות הממשלה לצורך ביצוע תפקידיה (השוו לדבריו של פלג, שצוטטו לעיל). הוא אינו לוקח ממנה את הארגז. ממילא אין הממשלה מפסיקה להיות "הרשות המבצעת של המדינה" ביחס לתפקידים אלה.

גם כאשר גורם פרטי פועל מטעמה של הממשלה, הממשלה היא זו שנותרת - מבחינת מבנה המשטר החוקתי ומבחינת האחריות (Accountability, "אחריותיות") כלפי הציבור - זו ש"מבצעת" את התפקיד (וזאת מבלי לגרוע מהאחריות המוטלת במצב זה גם על הגורם הפרטי).

מן הראוי, כמובן, שהחוק המפריט ייתן בידי הממשלה כלים אפקטיביים, לפי העניין וככל הנדרש, לפיקוח ולבקרה הולמים על הדרך שבה הגורם הפרטי פועל מטעמה (ראו: י' זמיר, "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", **משפט ועסקים** ב (תשס"ה) 67; פרשת **עמותת "תנו לחיות לחיות"**, בפסקה 15), כמו גם לביצוע בעצמה של הפעילות במקומו, כגון כאשר אין הוא פועל כראוי. כפי שראינו, כך בדיוק נעשה במסגרת החוק נשוא העתירה.

ואולם, גם כאשר החוק אינו נותן סמכויות וכלי פיקוח מספקים בידי הממשלה, אין פירוש הדבר שהיא מפסיקה להיות "הרשות המבצעת" לעניין זה. **כל עוד היא אשר מחליטה אם להתקשר עם הגורם הפרטי לשם ביצוע התפקיד מטעמה, וכל עוד היא אשר נושאת כלפי הציבור באחריות לאיכות ביצועו של התפקיד, הרי שהיא ממשיכה למלא את פונקציית "הרשות המבצעת" ביחס לתפקיד זה.** כדברי כבוד השופט חשין בפרשת **מתן שירותי בריאות**:

מדינת ישראל היא המממנת את שירותי הבריאות לתלמידים בבתי-הספר, ומשרד הבריאות הוא הנושא באחריות לנתינתם של שירותים אלה. שומה עליו על משרד הבריאות לפקח על השירות הרפואי הניתן, ולוודא כי שירות ראוי הוא. אין כל הכרח - והמחוקק אף לא ציווה עלינו - כי שירותי הבריאות בפועל יינתנו בידי עובדי משרד הבריאות. **שירותים אלה יכולים שיינתנו בידי גוף שלישי - לבר-משרד-הבריאות - ובלבד שהאחריות לביצועו התקין של החוק תיפול על משרד הבריאות.**

דברים אלה, שנאמרו בהקשר של הפרטה מינהלית, יפים מקל וחומר ביחס להפרטה סטטוטורית.

83. **שלישית:** גם לפי שיטתם של העותרים, חלק מן ההפרטות - בין שהן מינהליות ובין שהן סטטוטוריות - מותרות לפי סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה. אלה הן ההפרטות של אותן סמכויות שלטוניות שלפי שיטתם של העותרים אינן "גרעיניות" ו"בעלות מרכיב דומיננטי של כוח שלטוני".

העותרים נאלצים להודות שהפרטות אלה מותרות, כדי לא להגיע לתוצאה אבסורדית השוללת כל הפרטת סמכות שלטונית באשר היא. דא עקא, שסעיף 1 לחוק היסוד הוא הוליסטי. בלשונו ובתכליתו של הסעיף אין כל יסוד לפיצול שמבקשים העותרים לעשות בין סוגים שונים של סמכויות שלטוניות.

**מבחינת הלשון,** הסעיף קובע כי הממשלה היא "הרשות המבצעת" של המדינה. אין אופציה בלשנית המאפשרת להבין את המילים "הרשות המבצעת" כאילו הן מתייחסות לסמכויות שלטוניות "גרעיניות" בלבד. אם הממשלה נותרת "הרשות המבצעת" לאחר הפרטתן של סמכויות שלטוניות "שאינן גרעיניות" - ועל כך, כאמור, אין חולק - הרי

שמבחינה לשונית היא בהכרח נותרת "הרשות המבצעת" גם לאחר הפרטתן של סמכויות שלטוניות "גרעיניות".

**מבחינת התכלית**, כפי שכבר צוין, הסעיף נועד להגדיר באופן "חגיגי" את טבעה ואת מהותה הבסיסיים של הממשלה ביחס לרשויות השלטון האחרות. כפי שטבעה ומהותה הבסיסיים של הממשלה ביחס לרשויות השלטון האחרות אינם משתנים בעקבות הפרטת סמכות שלטונית "שאינה גרעינית", כך הם גם אינם משתנים בעקבות הפרטת סמכות שלטונית "גרעינית".

**תכליתו של סעיף 1 לחוק היסוד אינה נוגעת כלל לסמכות שלטונית פרטנית כזו או אחרת.** היא נוגעת למקומה הכללי של הממשלה במשטר הדמוקרטי, במערך יחסי הכוחות שבין רשויות השלטון השונות. מקום כללי זה אינו מושפע מהפרטה פלונית, בין אם עניינה הוא "גרעיני" ובין אם לאו. **למותר לציין כי בשום מודל דמוקרטי מוכר, ובאף מדינה, הפרטת השירותים הציבוריים אינה מתקרבת אפילו למצב שבו הממשלה מתנערת באמת מתפקידיה השלטוניים העיקריים.** כפי שכבר צוין, גם כשהממשלה מפריטה סמכות שלטונית אין היא מתפרקת בכך מתפקידיה, אלא היא ממשיכה - **מבחינת מבנה המשטר החוקתי והאחריות כלפי הציבור - לבצע אותו, באמצעות הגורם הפרטי הפועל מטעמה.** בדרך כלל, וככל הנדרש, אף נשמרות בידה במקביל סמכויות משמעותיות, לרבות בכל הנוגע לקביעת עקרונות הפעולה של הגורם הפרטי, ביטול ההרשאה שניתנה לו וכיו"ב.

ההבחנה שמבקשים העותרים לערוך בין סוגים שונים של סמכויות שלטוניות שייכת לשלב המתודולוגי הבא - שלב קביעת הלגיטימיות של ההפרטה הקונקרטית הנבחנת. היא אינה שייכת לשלב המקדמי הנוכחי, שבו יש להצביע על בסיס משפטי לעצם התערבותו החוקתית של בית המשפט בהפרטה, שעשויה להימצא (לאחר מכן) כבלתי לגיטימית.

84. **ורביעית**, ובמידה רבה בדומה לטעם הקודם: קבלת טענתם של העותרים הייתה צריכה להוביל לכך שלא רק לגורמים פרטיים לא ניתן היה להעביר סמכויות שלטוניות (בכלל, וסמכויות "גרעיניות" בפרט), אלא גם לגורמים שאינם פרטיים. כך, למשל סמכויות שלטוניות יומיומיות - גם אם הן "גרעיניות" - כמו **הטלת מיסים מוניציפאליים, רישוי עסקים, תכנון ובנייה, תימור, ואכיפתם של כל אלה**, לא היו יכולות להימסר בידי הרשויות המקומיות, אלא היו חייבות להיות מופעלות על ידי הממשלה בעצמה.

מבחינת הגיונו של טיעון העותרים ביחס לסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, אין כל חשיבות לשאלה מיהו הגורם המקבל את הסמכות השלטונית (ה"גרעינית") מידי הממשלה. די בכך שהממשלה אינה מבצעת סמכות זו בעצמה, כדי לפגוע כביכול בעיקרון שלפיו הממשלה היא הרשות המבצעת. למותר לציין את האבסורד שבתוצאה זו. לא ניתן לדמיין כיום תפקוד של ממשלה במדינה מודרנית, ללא הסתייעות אינטנסיבית מצידה בגורמים שאינם חלק מן הממשלה, המפעילים סמכויות שלטוניות (ראו: זמיר, **הסמכות**

**המינהלית**, 273-275); כגון רשויות מקומיות, חברות ממשלתיות, תאגידים ציבוריים וסטטוטוריים, גופים קולגיאליים מעורבים (לווייניים) וגם גורמים פרטיים.

85. **ניתן לסכם ולומר, שהפרטה סטטוטורית, כפי שנדונה לעיל, אינה פוגעת כלל בעיקרון שלפיו הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה, הקבוע בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה. ממילא אין סעיף 1 לחוק היסוד יכול לשמש בסיס נורמטיבי-חוקתי הולם לביקורת שיפוטית על הפרטה סטטוטורית, אפילו כשזו נתפסת (בניגוד למצב בענייננו) כפסולה או כבלתי לגיטימית.**

**בכך אין כדי להשמיע בהכרח כי לא תיתכן דרך משפטית אחרת, שבעזרתה ניתן יהיה לבטל חוק המפריט, באופן פסול, סמכות שלטונית.** אלא שעניין זה, כאמור, חורג מגדר העתירה ועל כן אין לנו צורך להידרש אליו. בענייננו, לא זו בלבד שהעותרים לא הצביעו על דרך משפטית אחרת כזו, אלא שהחוק נשוא העתירה אינו פסול כלל וכלל, וממילא אין השאלה מתעוררת לגביו.

86. **נמצא, אפוא, שככל שהמדובר בהפרטה סטטוטורית אשר אינה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות - וכזה הוא, כאמור, החוק נשוא העתירה - הרי שכלל לא ברור מהו הבסיס המשפטי המאפשר את פסילתה בידי בית המשפט. העותרים, שעליהם היה הנטל להצביע על בסיס משפטי כזה, לא הרימו את הנטל המוטל עליהם. בכך, לדעת המשיבים, די כדי להוביל לדחיית העתירה.**

#### אמות מידה כלליות לבחינת מידת הלגיטימיות של הפרטה סטטוטורית

87. **למעלה מן הצורך, נצא כעת מתוך ההנחה (הבעייתית, כאמור) כי ימצא בכל זאת בסיס משפטי כלשהו להפעלת ביקורת שיפוטית על הפרטה סטטוטורית שאינה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות. על בסיס הנחה זו נציע כמה אמות מידה עקרוניות אפשריות להפעלת ביקורת כזו. השאלה שעליה ננסה לענות היא, מתי הפרטה סטטוטורית של סמכויות שלטוניות עשויה להיחשב לפסולה או בלתי לגיטימית, באופן שיצדיק לשקול את ביטולה בידי בית המשפט. נדגיש שוב כי הדיון שנערך בעניין זה הוא ראשוני וכללי בלבד, ואינו מתיימר להיות ממצה.**

88. **נזכיר, שככל שההפרטה הסטטוטורית פוגעת בזכות יסוד חוקתית, הרי שהבסיס המשפטי ה"טבעי" לביקורת על החוק המפריט יהיה חוק היסוד שבו מעוגנת הזכות. במקרה כזה, אמות המידה לבחינת מידת הלגיטימיות של הפגיעה יהיו מבחניו של חוק היסוד הרלוונטי, שעיקרם תנאי פסקת ההגבלה כפי שפורשו בפסיקה הענפה שעסקה בכך. כפי שכבר צוין, במסגרת זו גזר על עצמו בית המשפט **ריסון רב** בכל הנוגע לשאלות של הפרטה והלאמה. נחזור ונביא את דבריו של כבוד הנשיא ברק שצוטטו לעיל:**

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 פסקת 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 מחייה, ובלבד שהפעילות המשקית - הפוגעת בזכויות אדם - תקיים את דרישותיה של פסקת 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.

וכן: "בית המשפט לא יורה לראש ממשלה ולחברי ממשלתו אם לנקוט במדיניות של הפרטה או במדיניות של הלאמה. במסגרת סמכותה של הממשלה, עניין הוא לראש הממשלה ולשריו, ולא לבית המשפט, להחליט בו" (ראו פסקה 76 לעיל).

89. ריסון מיוחד זה, האופייני למאטריה החברתית-כלכלית של הפרטה, מדגיש ומעצים את הריסון הכללי שגוזר על עצמו בית המשפט ממילא - כחלק מעקרון שלטון הרוב והפרדת הרשויות - בכל הנוגע להתערבות בחקיקת הכנסת, אף אם היא פוגעת בזכויות חוקתיות. כך, למשל, נקבע מפי כבוד השופטת ביניש בפרשת מנחם הנ"ל (בפסקה 13):

נזכור כי לא במהרה יתערב בית-המשפט ויבטל הוראת-חוק שיצאה מבית המחוקקים, שכן "בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם" (השופט זמיר בבג"צ 3434/96 הופנונג הנ"ל, בעמ' 67). בהתאם לכך, הודגש בפסיקתו של בית-משפט זה פעמים רבות כי ביישמו את המבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת הגבלה על חקיקת הכנסת, יפעל בית-המשפט באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון. במיוחד כך הדבר כאשר עניינה של החקיקה העומדת לביקורת חוקתית הוא בתחומי משק וכלכלה בהם כרוכים היבטים חברתיים וכלכליים רחבי-היקף. ... הבחירה בין המטרות ודרכי הפעולה השונות בתחומי משק וכלכלה עשויה להיגזר מהשקפות חברתיות - כלכליות, אשר על אף היותן שונות ואף מנוגדות זו מזו - עשויות כולן להתקיים במסגרת חוקי היסוד. על-פי עקרון הפרדת הרשויות, הבחירה ביניהן נתונה בידי של המחוקק, כל עוד עומדת החקיקה בתנאי פסקת ההגבלה. ... בכך ישמור בית-המשפט על האיזון העדין שבין שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות, לבין הגנה על ערכי יסוד ועל זכויות האדם.

באופן דומה קובעת ההלכה, כי ביטולו של חוק בידי בית המשפט ייעשה כמוצא אחרון בלבד, כאשר אין מכך מנוס ואין כל דרך פרשנית לקיימו כחוק חוקתי. ראו למשל: בג"ץ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, דברי כבוד השופטת ביניש בפסקה 1 לפסק דינה, ודברי כבוד הנשיא ברק בפסקה 5 לפסק דינו.

90. המשיבים סבורים כי גישה זו יפה ביתר שאת, ומתחייב ממנה ריסון שיפוטי כפול ומכופל, במקום שבו אין כל פגיעה בזכות חוקתית. לדעת המשיבים, נקודת המוצא

**צריכה להיות כי הפרטה שאינה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות היא עניין למדיניות ציבורית ולאידאולוגיה פוליטית-כלכלית, ולא להכרעה שיפוטית.** על כן, ככלל, הפרטה כזו מצויה באופן מובהק בתחומיהם האוטונומיים של הגופים הנבחרים - המחוקק (במקרה של הפרטה סטטוטורית) והממשלה (במקרה של הפרטה מינהלית) - שהינם שלוחי הציבור, הנהנים ככאלה מלגיטימיות חברתית והכשירים מוסדית לעסוק בכך.

91. אכן, מגמת ההפרטה עשויה לשאת עימה לעיתים שינויים בלתי מבוטלים באורחות החיים של פרטים במדינה, גם אם אינה פוגעת בזכויותיהם. על כן, לעיתים, יהיה זה ראוי להעביר את ההכרעה בעניין זה למחוקק. כדברי כבוד הנשיא ברק בפרשת **רובינשטיין** (בפסקה 21):

ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של מדינה וצרכיה של חברה צריכות להתקבל על ידי נציגיו הנבחרים של העם. **גוף זה נבחר על ידי העם לחוקק את חוקיו, והוא נהנה, איפוא, מלגיטימיות חברתית בפעולתו זו** (ראו ב' אקצין, תורת המשטרים 238, 244 (1967)). אכן, אחד מהיבטיה של הדמוקרטיה הינו התפיסה, כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על ידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה. **המדיניות של החברה צריכה להתגבש בגוף המחוקק.**

וכן (בפסקה 31):

יש מקרים בהם הרשות המבצעת צריכה להימנע מהכרעות עקרוניות בסוגיות חברתיות בסיסיות, השנויות במחלוקת ציבורית קשה, ולהניח את ההכרעה לרשות המחוקקת. ... יש עניינים, מיוחדים במינם, בהם לא קנתה הרשות המבצעת סמכות לקבל הכרעות עקרוניות בשאלות יסוד המפלגות את החברה הישראלית. יש עניינים כאלה, בהם ההכרעות צריכות להתקבל בכנסת, תוך שהרשות המבצעת צריכה להסתפק במדיניות לביצוען.

משפעלה הממשלה בדרך זו - כפי שעשתה בענייננו על פי הנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה - ומשהעבירה את השאלות החברתיות, הכלכליות והפוליטיות הנוגעות להפרטה מסוימת דרך כור ההיתוך הדמוקרטי של הכנסת, באופן שלא יצר פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, הרי נקודת המוצא שצריכה להדריך את בית המשפט, לדעת המשיבים, היא כיבוד מירבי של הכרעת נבחר העם.

92. **על רקע נקודת מוצא זו סבורים המשיבים, כי התערבותו של בית המשפט בהפרטה סטטוטורית שאינה פוגעת בזכויות חוקתיות צריכה להיות מוגבלת למקרים נדירים וקיצוניים ביותר.**

93. מהן אמות המידה שלפיהן ייקבע אם המדובר באותו מקרה נדיר וקיצוני ביותר המצדיק את התערבותו של בית המשפט?

94. לדעת המשיבים, המקרים הקיצוניים עשויים להיות אלה שבהם ההפרטה הסטטוטורית "מזעזעת את אמות הסיפים" של מבנה המשטר הדמוקרטי ועקרונות היסוד של השיטה. אלה הם אותם מקרים שבהם "דגל שחור" מתנוסס מעל החוק המפריט, וששום מדינה דמוקרטית נאורה לא תוכל להשלים עימם. אלה הם מקרים שבהם "האמנה החברתית" העומדת בבסיס המשטר מתנפצת לרסיסים, באופן שמחייב את הדמוקרטיה - באמצעות בית המשפט - להתגונן מפני שלטון הרוב הפורמאלי גם בהיעדר פגיעה בזכויות החוקתיות של הפרטים (לעניין "הדמוקרטיה המתגוננת" והפרת האמנה החברתית בהקשר של הפרטה, השוו: פלג, בעמ' 71-79, 100-89).

95. למותר לציין כי למשיבים לא ידוע על הפרטה כלשהי בעולם אשר מתקרבת אפילו לקריטריונים מחמירים אלה. למשיבים גם לא ידוע - וכעולה מן העתירה אף לעותרים לא ידוע - על קריטריונים מתונים יותר, שנקבעו על ידי בית משפט חוקתי כלשהו בעולם ככאלה העשויים להצדיק את ביטולה של הפרטה סטטוטורית שאינה פוגעת בזכויות חוקתיות.

96. אין צריך לומר כי הקריטריונים האמורים רחוקים מאוד מלהתקיים ביחס לחוק נשוא העתירה. ממילא אין לנו צורך להעמיק בהם. אף על פי כן נציין, אף זאת למעלה מן הצורך, כי בגיבוש המסקנה אם הקריטריונים המחמירים האמורים מתקיימים - ובכפוף לאמור בהם - נראה שיהיה מקום לבחון מספר שיקולים, ובהם:

**מחד גיסא**, השיקולים המונעים התערבות, ובראשם עקרון הפרדת הרשויות ושלטון הרוב; העובדה שההפרטה אינה פוגעת בזכויות חוקתיות; האופי האידיאולוגי והלא-משפטי הדומיננטי של מאטריית ההפרטה; כשירותו המוסדית והלגיטימציה החברתית של המחוקק - העדיפות בדרך כלל על פני אלה של בית המשפט - להכריע בנושאים הנדונים; וכן התועלת העתידית הצפויה לציבור מההפרטה.

**ומאידך גיסא**, שיקולים העשויים - **באותם מקרים נדירים וקיצוניים** - להצדיק התערבות, ובראשם השאלה האם ההפרטה פוגעת באופן חמור ביותר בפרט או בציבור, בהיבט עקרונות היסוד של השיטה. השאלה אם פגיעה חמורה כזו אומנם מתקיימת תיבחן, מצד אחד, לאור השאלה האם טמון בהפרטה הנדונה **פוטנציאל** פגיעה גבוה; ומצד שני, בשאלה האם קיימים **מנגנונים מאזנים מספקים לניטרולו של פוטנציאל זה** - מנגנונים המותירים בידי המדינה את האחריות הכוללת כלפי הציבור, ומאפשרים לקיים באופן ראוי ואפקטיבי פיקוח, בקרה, התערבות בעת הצורך ותמרוץ של הגורם הפרטי לקיים את חובותיו הציבוריות (ראו: י' זמיר, "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", **משפט ועסקים** ב (תשס"ה) 67, 81-90).

את פוטנציאל הפגיעה של ההפרטה יש לבחון על רקע מאפייניה החברתיים והתרבותיים של החברה בזמן נתון. בהקשר זה יש לזכור, כי מייצגיהם הנאמנים ביותר של המאפיינים החברתיים והתרבותיים של החברה בזמן נתון הינם, ככלל, המחוקקים, אשר נבחרו לשם כך ואשר עומדים על כך למשפט הציבור. כן יש לזכור כל העת, כי היקף הביקורת החוקתית צריך להצטמצם למסגרת צרה ביותר, המגינה על לב ליבו של המשטר הדמוקרטי, ואשר מותירה מרחב תמרון חקיקתי רחב הן למחוקק "קפיטליסטי" (העשוי לעודד את מגמת ההפרטה) והן למחוקק "סוציאליסטי".

97. אינדיקציה חזקה נוספת לכך שאין מקום להתערב בהפרטה מסוימת העומדת לדיון היא העובדה שההפרטה שבה מדובר מקובלת במדינות נאורות אחרות. ככלל, הפרטה ישראלית אשר הולכת בדרך שכבר נסללה על ידי מדינות מפותחות אחרות, אינה צריכה, א-פריורית, לעורר התנגדות חוקתית באשר לקונספציה הכללית המונחת ביסודה (להבדיל מאשר לעניין הסדריה הפרטניים, הטעונים, כמובן, בחינה לגופם). למען הסר ספק יובהר, כי בכך אין כדי לשלול את יכולתו של המחוקק הישראלי, אם ימצא זאת לנכון, להפריט שירות או מוצר ציבורי שלא הופרט עדיין במדינות אחרות; גם אם הפרטה "חדשה" מעין זו תזכה, מטבע הדברים, לבדיקה קפדנית יותר בעת בחינה חוקתית, ככל שתקיים כזו.

98. ככל שמתעוררים ספקות לגבי מידת התועלת העתידית (הכלכלית, החברתית, הניהולית או האחרת) הגלומה בהפרטה הסטטוטורית, נראה כי על בית המשפט לייחס להם משקל מועט בלבד במסגרת ביקורתו על חוקתיות ההפרטה. בדרך כלל אין לבית המשפט כלים טובים יותר מאלה של המחוקק כדי לנבא עד כמה תועיל הפרטה נתונה, אשר יישומה טרם החל הלכה למעשה. על בית המשפט להניח אפוא, ככלל, כי המדובר בהפרטה שגלומים בה יתרונות לחברה, כפי שסבר הגורם המוסמך לכך - המחוקק. העותרים אינם יכולים לצאת ידי חובת ההוכחה המוטלת עליהם, בכך שיעוררו ספקות באשר למידת התועלת של ההפרטה. עליהם להוכיח באופן פוזיטיבי כי לא תהיה תועלת כזו (או כי התועלת תהיה נמוכה באופן משמעותי מהמצופה). כדי לעמוד בדרישה זו, ייתכן שייאלצו להמתין עד שיחל יישומה של ההפרטה בפועל, על מנת שיהיו בידיהם נתוני אמת שיאפשרו לבחון את צדקת הערכותיו המוקדמות של המחוקק.

לעניין זה ניתן להקיש מפסק דינו של ההרכב המורחב שניתן לאחרונה בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פסק דין מיום 12.12.05). באותו מקרה דחה בית המשפט, בשל היעדר תשתית עובדתית-תוצאתית מטעם העותרים, את טענתם כי החוק שקיצץ בגמלאות הבטחת הכנסה פגע בכבוד האדם. לדברי כבוד הנשיא ברק (בפסקה 19):

במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית ..., הנטל על העותרים להראות, שעל אף מכלול השירותים, חיים בארצנו אנשים שכבודם נפגע מפני שתנאי הקיום החומריים שלהם אינם מספיקים. בנטל זה לא עמדו

**העותרים**. ... אכן, אין ספק שיהיה בהפחתת הגמלאות כדי להכביד עוד על חייהם, הקשים ממילא, של הזכאים להבטחת הכנסה. המדינה מניחה כי הכבדה זו תמריץ אנשים להשתלב במעגל העבודה, תצמצם את פרקי הזמן לאורכם מקבלים אנשים הבטחת הכנסה, ולאורך זמן תבטיח רווחה גדולה יותר לציבור כולו ועלייה ברמת חייהם של העניין מתוכו. ... גם הנחות אלה אין בכוחנו לבחון באופן ערטילאי ומופשט. הבחינה היא לעולם קונקרטית ותוצאתית.

וכבוד המשנה לנשיא חשין הוסיף (בפסקה 6): **"חוששני כי פסילת מעשה מחוקק על-פי הנתונים שהונחו לפנינו, תהא שקולה כנגד התערבות קשה ובוטה בסמכויות לא-לנו. איזמל שבידינו איזמל המשפט הוא, והמשפט מטיל עלינו מיגבלות ומוסרות שלא נוכל להם"**.

99. בגדר בחינת מנגנוני הפיקוח והבקרה להם כפוף הגורם הפרטי שקיבל את הסמכות השלטונית, יש מקום, לדעת המשיבים, להביא בחשבון את השאלה **עד כמה כפוף הגורם הפרטי לכללי המשפט המינהלי ולביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק**. ככל שמידת כפיפותו לכללים אלה תהיה רבה יותר, כך תהיה ההפרטה פוגעת פחות, שכן הפרט שייפגע יוכל למצוא סעד ישיר מספק כנגד הגורם הפרטי במסגרת המשפט המינהלי, בדומה לסעד שיכול היה אותו פרט למצוא כנגד הרשות הציבורית בתקופה שלפני ההפרטה.

בהקשר זה, של החלת המשפט המינהלי או חלקים ממנו על הגורמים הפרטיים בעידן של הפרטה, הוצע לעשות שימוש נרחב בדוקטרינת **"הגוף הדו-מהותי"** (ראו: ברק-ארז זכויות אדם בעידן של הפרטה; דפנה ברק-ארז, "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה", עיוני משפט כה (2001) 503; Daphne Barak-Erez, "Constitutional Limitations on Privatization in Israel", Israeli Reports to the XV International Congress of Comparative Law (1999) 317; פלג בספרו הנ"ל, המציע פיתוח של דוקטרינה זו לשם ביצוע מה שמכונה על ידו כ"הצברה" של הגופים המופרטים).

המשיבים תומכים בהצעות אלה; הגם שלדעתם, על פי המשפט הקיים, **גם ללא דוקטרינת "הגוף הדו-מהותי" ניתן לראות את הגורמים הפרטיים המקבלים לידיהם סמכויות שלטוניות ככפופים, במישרין, למשפט המינהלי ולסמכות בג"ץ**. כך עולה מסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, שלפיו "מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ... לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין" (ראו: איל בנבנישתי, "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים", משפט וממשל ב (1994) 11). כך גם עולה, במפורש, מהפסיקה שדנה בדיני ההפרטה המינהלית. כדברי כבוד הנשיא ברק בפרשת **חיפה כימיקלים**: "עם הסמכתו של אדם לשמש כיתובע' הוא הופך להיות 'רשות מוסמכת' לעניין זה. עליו לפעול על פי כללי המשפט הציבורי". וכך גם בפרשת **פיליפוביץ**: "הנאצל הופך, מכוח

ההאצלה, לירשות מוסמכת, והוא נתון, על כן, לביקורת מינהלית ושיפוטית כרשות המאצילה עצמה". גם פרופ' זמיר, בהגדירו מהי "הרשות המינהלית" (הכפופה למשפט המינהלי), מציין כי "הרשות המינהלית היא גוף שיש לו סמכות על-פי דין" (זמיר, **הסמכות המינהלית**, 277).

גורמים פרטיים המקבלים סמכות שלטונית במסגרתה של הפרטה סטטוטורית, הינם בגדר "גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין", ובגדר "גוף שיש לו סמכות על-פי דין". לפיכך, לדעת המשיבים, הם כפופים למשפט המינהלי ולסמכות בג"ץ במישרין, בכל הנוגע להפעלת סמכות שלטונית זו.

**למשיבים נראה כי שיקול זה של הכפפת הגורמים הפרטיים - המקבלים סמכויות שלטוניות - למשפט המינהלי ולבג"ץ, מספק תמיכה משמעותית נוספת להימנעות מהתערבות שיפוטית בעצם ההפרטה הסטטוטורית.**

האם יש מקום במסגרת הדיון בעתירה זו להגדיר גבולות עתידיים להפרטה?

100. נשוב ונדגיש כי לדעת המשיבים, השאלה הכוללנית בדבר גבולותיה החוקתיים של ההפרטה כלל אינה מתעוררת בענייננו. כפי שהראינו בהרחבה, הן במסגרת התגובה מיום 23.10.05 והן במסגרת התגובה המשלימה הנוכחית, ההסדרים הקבועים בחוק נשוא העתירה הם ראויים, אחראיים ומבוקרים, והם אינם מתקרבים כלל לגבול חוקתי אפשרי כלשהו. המדובר, אפוא, בשאלה אקדמית.

על פי ההלכה הפסוקה, אין מקום ככלל לקיים דיון חוקתי בשאלות אקדמיות מעין אלה, ולדעת המשיבים המקרה הנוכחי אינו יוצא מכלל זה. לפיכך סבורים המשיבים כי אין מקום שבית המשפט הנכבד יכריע בשאלת "גבולות ההפרטה" במסגרת העתירה דנן.

101. הלכה בתחום חוקתיות חוקים ופרשנות חוקי יסוד ראוי לה שתפתח עקב בצד אגודל מבלי ליצור מסגרת נוקשה העשויה להימצא בלתי מתאימה להתפתחויות עתידיות ולמגוון המצבים שאין לחזותם מראש. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים כאשר מדובר בסוגיה חדשה, סבוכה ורגישה, שהרשויות השונות צועדות בה את צעדיהן הראשונים. ראוי שנושא כמו זה בו עוסקת העתירה דנן יתפתח בשלבים, נדבך על נדבך.

102. בית משפט נכבד זה נדרש לא אחת בפסיקותיו לסוגיות חדשות וסבוכות מעין אלה והלכה ששבה ויצאה מלפניו קובעת את מידת הזהירות הרבה לה נדרשת הרשות השופטת, בבואה לטפל ולדון בסוגיות חוקתיות.

ראו לעניין זה דברי כבוד השופט זמיר בפרשת **בנק המזרחי הני"ל**, בעמ' 351-352:

בתחום המשפט החוקתי נדרש בית המשפט להלך בזהירות רבה במיוחד כדי שלא ימעד. בתחום זה, יותר מאשר בתחומי משפט אחרים, בית המשפט קובע אורחות חיים. לא פעם, פסקי הדין שלו אינם רק ציוני דרך, אלא הם פורצים דרכים חדשות. הדבר מחייב בדיקה יסודית של פני השטח וראייה לטווח רחוק. ראוי להתקדם בדרך עקב בצד אגודל. קפיצת הדרך עלולה למוטט את היציבות שהיא חיונית להתקדמות.

דברים ברוח זו נאמרו בהקשר להיקף פריסתה של זכות הקניין החוקתית, בפסק הדין בבג"ץ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 202-203, בהקשר לזכות הפרט לתמריץ כספי מאוצר המדינה:

יש גבול לזכות הקניין, גם במשמעות הרחבה של חוק-היסוד, ואין למתוח אותה אל מעבר לגבול. ראו ע"א 6821/93, לעיל, בעמ' 470-471. מהו הגבול?

הגבול אינו ברור. הוא טרם הותווה על ידי בית המשפט, ומוטב שבית המשפט ילך בזהירות, עקב בצד אגודל, כשהוא מתווה את הגבול.

103. בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, תק-על 2002(4) 761, 782, שעסק בסוגיית הפונדקאות, נאמרו הדברים הבאים:

עוד נזכור, כי מדברים אנו בסוגייה חדשה וסבוכה, סוגייה שרב בה הנסתר וטרם נתנסינו בה לעומקה, והרי ידענו כי גם מסע ארוך - בייחוד אל הלא-נודע - תחילתו מיצער. בנסיבות אלו כולן, התפתחות בהדרגה, עקב-בצד-אגודל, התפתחות מידתית, יכולה שתהיה התפתחות ראויה; בוודאי עשויה היא להוות הכרח-לא-יגונה. בתיתנו דעתנו לחידושה ולסביכותה של סוגיית הפונדקאות; בהיותנו מודעים לכך שהמדובר הוא בהתערבות בחקיקה של הכנסת; וביועדנו כי עניינה של האישה היחידה לא נדון לעומקו עד-כה, דומה שלא יהא זה ראוי כי נכריע מיידית וסופית בעניינה של העותרת.

104. בית המשפט הנכבד הטיל על עצמו, אפוא, מגבלות של זהירות ואיפוק בבואו לפרש את חוקי היסוד. שיטת בחינה זו מתבקשת נוכח החדשנות, המורכבות וכובד משקלן של ההכרעות בסוגיות אלה על המשפט, החברה והכלכלה.

בענין **בנק המזרחי** מפנה כבוד הנשיא שמגר לקווים המנחים שפותחו על ידי השופט ברנדייס בעניין Authority Ashwander v. Tennessee Valley 56 S.Ct. 466 (1936) 297 U.S. 288, בהדגישו כי "הגישה העקרונית שבאה לידי ביטוי בכללים והרוח הנושבת מהם ראויים, כאמור, לתשומת לב ולמחשבה, כי הנסיון שנצבר במקומות אחרים, בתחום אשר עליו מדובר כאן, יכול להיות לנו לעזר". וכך תוארו העקרונות המנחים בניתוח חוקתיותה של חקיקה (בפסקה 89):

(א) בית המשפט לא יביע דעתו על חוקתיותה של חקיקה בהליכים בלתי-אדברסריים, כי הכרעה בנושא כאמור היא חוקית רק כחלופה אחרונה וכאשר יש הכרח להכריע במחלוקת אמיתית, רצינית וחיונית (Real, Earnest and Vital) בין בעלי הדין. בין היתר הזכיר, כי מי שנחל כשלון בהצבעה בעת הדיון במוסד המחוקק, אינו יכול לאחר מכן להעביר לבית המשפט את הדיון בשאלת החוקתיות של אקט חקיקתי.

(ב) **בית המשפט אינו נוהג לדון בשאלות בעלות אופי חוקתי אלא אם כן הדבר דרוש באופן החלטי ( Absolutely Necessary) לצורך הכרעה בעניין.**

(ג) **בית המשפט לא יגבש כלל של משפט חוקתי, שהוא רחב יותר מן הנדרש לצורך הכרעה בעובדות הקונקרטיות שבפניו, אשר עליהן יש ליישמו.**

(ד) בית המשפט לא יחליט בבעיה חוקתית, אף אם היא מועלת כיאות, אם יש גם טעם אחר אשר על יסודו ניתן להכריע בעניין נשוא הדיון. אם ניתן להכריע במחלוקת על פי שני טעמים חלופיים, האחד חוקתי ואחר המעוגן בפרשנות החוק או בעקרונות כלליים של המשפט, בית המשפט יחליט רק על יסוד נימוק מן הסוג השני.

(ה) בית המשפט לא יחליט על תוקפו של חוק חרות על יסוד תביעתו של צד שאינו יכול להצביע על כך שהוא נפגע על ידי הפעלתו.

(ו) בית המשפט לא יחליט על חוקתיותו של חוק על יסוד תביעתו של בעל דין שהפיק תועלת מן החוק.

(ז) כאשר תוקפו של חוק של הקונגרס מועלה לדיון ואפילו אם מועלה ספק רציני בדבר חוקתיותו, הרי כלל מנחה מרכזי הוא שבית המשפט יבדוק תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה, אשר לאורה ניתן להימנע מן ההכרעה בשאלה.

דברים אלה מבטאים ריסון שיפוטי הבא להגן על מרקם היחסים העדין שבין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בדרך של כיבוד הדדי שבין הרשויות (לעניין אימוץ כללים אלו ראו גם את דבריו של כבוד השופט חשין בבג"ץ 5503/94 סגל נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נא(4) 529, בפסקה 4).

105. **גם לגוף העניין** סבורים המשיבים, כי מעבר לאמות המידה הכלליות והראשוניות שהוצגו לעיל, **אין זה רצוי - וספק רב אם בכלל ניתן - לקבוע גבולות משפטיים-חוקתיים להפרטה סטטוטורית.**

106. לדעת המשיבים, שאלת גבולות ההפרטה היא עניין דינאמי מאוד, המושפע באופן מכריע משאלות של זמן, מקום, תרבות, אידיאולוגיה, אקלים כלכלי ופרמטרים משתנים ומורכבים אחרים של המציאות האנושית. דברים שלא עלה על דעתו של איש להפריט לפני 20 שנה, נראים היום באופן טבעי, לפחות על ידי חוגים רחבים בציבור, כבני הפרטה.

**מרכז הכובד של שאלת גבולות הפרטה איננו משפטי בעיקרו אלא חברתי-כלכלי.** כפי שלא היינו רוצים שאנשי המשפט יקבעו, לפני 20 שנה, גבולות הפרטות של ימינו, כך אין זה רצוי שאנשי המשפט של היום יגדירו גבולות הפרטות של העשורים הבאים.

107. יתרה מכך, לדעת המשיבים, גם מידת יכולתן של הגדרות משפטיות כאלה להשפיע הלכה למעשה על המציאות, תוך שינוי תהליכים חברתיים גלובאליים רבי עוצמה, מוטלת בספק רב.

108. לפיכך סבורים המשיבים, שככלל, נושא גבולות הפרטה צריך להתלבן ולהיות מוכרע, באופן שוטף ומתמשך, בזירה הציבורית ולא המשפטית.

### סוף דבר

109. לאור כל האמור לעיל, שבים המשיבים ומבקשים מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה על הסף מחמת השיהוי הכבד בהגשתה; ולחלופין לגופה בהיעדר כל עילה חוקתית להתערבות בדבר החקיקה הנדון בה.

היום: י"ח שבט תשס"ו

16 פברואר 2006

**יוכי גנסיין, עו"ד**  
**מנהלת תחום עניינים מינהליים**  
**בפרקליטות המדינה**

**רענן גלעדי, עו"ד**  
**פרקליטות המדינה**