

## העותר הציבורי ובית-המשפט: מסקנות מפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר

אפי מיכאלי

---

פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעתירתה כנגד הפרטת בתי-הסוהר מציב בפני קהילת העותרים הציבוריים שורת סימני דרך משמעותיים הנוגעים לאופן פעולתה של קהילת העותרים הציבוריים. בשניים מהם עוסק מאמר זה.

סימן הדרך הראשון נוגע לשיקולים שעל העותר הציבורי בטרם פנייתו לבית המשפט. במרכז הדיון בהקשר זה השיקול הנוגע לסיכויי ההצלחה של ההליך המשפטי הקונקרטי בבית-המשפט לאור תפקידה של קהילת העותרים הציבוריים בחברה. לטענת הכותב במקרים רבים, פנייה לבית-המשפט הינה בעלת חשיבות רבה גם אם הסעדים המבוקשים במסגרת ההליך המשפטי הקונקרטי אינם מתקבלים בסופו של עניין. משמעותה של מסקנה זו היא כי במקרים מסוימים יש להעניק משקל נמוך לשאלת סיכויי ההצלחה של ההליך המשפטי הקונקרטי, ולבחון את השלכות הדיון המשפטי בנושא וההכרעה בו על-ידי בית המשפט בטווח הזמן הארוך החוצה את גבולותיו של ההליך המשפטי הנקודתי.

סימן הדרך השני המוצג במאמר נוגע לשיתוף הפעולה החשוב בין העותר הציבורי ובין חוקרים בתחום האקדמי ותרומתו של שיתוף פעולה זה למאבקים ציבוריים המנוהלים בבית המשפט. המאמר יציג כיצד שיתוף פעולה מעין זה במסגרת העתירה כנגד הפרטת בתי-הסוהר תרם רבות לניהולה של העתירה ולהצגתו של טיעון מנומק ומבוסס בנושא משפטי עקרוני בו נתקל בית המשפט העליון לראשונה.

---

פסק-דינו התקדימי של בית-המשפט העליון בעתירתה של חטיבת זכויות-האדם במרכז האקדמי למשפט ולעסקים כנגד הפרטת בתי-הסוהר<sup>1</sup> מציב בפני קהילת העותרים הציבוריים שורת סימני דרך משמעותיים. סימני דרך אלה נוגעים לשאלת ניהולם של מאבקים ציבוריים ולאופן פעולתו של העותר הציבורי בצאתו לחפש סעד בבתי-המשפט. במאמר זה אבקש להצביע על שניים מסימני דרך אלו, במטרה להציע נקודת מבט נוספת לבחינת תפקידה של קהילת העותרים הציבוריים ואופן פעולתה בזירה הציבורית.

סימן הדרך הראשון נוגע לשיקולים בדבר עצם ניהולו של מאבק משפטי כחלק ממאבק חברתי רחב. במרכז הדיון תעמוד שאלת סיכויי ההצלחה של ההליך המשפטי הקונקרטי בבית-המשפט לאור תפקידה של קהילת העותרים הציבוריים בחברה. בהקשר זה אבקש לטעון כי פנייה של עותר

ציבורי לבית-המשפט הינה בעלת חשיבות גם אם הסעדים המבוקשים במסגרת ההליך המשפטי הנקודתי אינם מתקבלים בסופו של דבר. משמעותה של מסקנה זו היא שיש להעניק משקל נמוך יותר מזה הניתן במקרים רבים לשאלת סיכויי ההצלחה של ההליך הנקודתי, ולבחון את משמעות העיסוק של בית-המשפט בנושא מתוך תפיסה המעריכה את התרומה שתהיה לפנייה לערכאה השיפוטית בטווח הזמן הרחוק.

סימן הדרך השני שאותו אבקש להניח בפני קהילת העותרים הציבוריים נוגע לתפקיד החשוב שיש לשיתוף הפעולה בין העותר הציבורי ובין חוקרים בתחום האקדמי בהצלחתו של המאבק המשפטי. כפי שאציג במאמר זה, שיתוף פעולה מעין זה במסגרת העתירה כנגד הפרטת בתי-הסוהר תרם רבות לניהולה של העתירה ולהצגתו של טיעון מבוסס ומפורט בנושא משפטי עקרוני שהיווה גם תקדים עולמי. במובן זה, מהווה העתירה כנגד הפרטת בתי-הסוהר הזדמנות מרתקת לבחון את יחסי הגומלין בין קהילת העותרים הציבוריים לבין הקהילה האקדמית ואת חשיבותם של יחסי גומלין אלה ושל העשייה האקדמית לפיתוחו של המשפט.

### מקרה הפרטת בתי-הסוהר

במסגרת החוק לתיקון פקודת בתי-הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 החליטה הכנסת להפריט לראשונה בית-סוהר במדינת ישראל ולאפשר את ניהולו המלא על-ידי זכיין פרטי. מהלך זה הוא חלק מתופעה רחבה יותר המוכרת בשיח הציבורי כתופעת ההפרטה, במסגרתה מועברים נכסים, חברות ומשאבי טבע המצויים בבעלות המדינה לגורמים פרטיים. מדובר בתופעה חדשה יחסית, המתבטאת בשני אפיקים מרכזיים הנבדלים זה מזה. אפיק הפעולה הראשון נוגע להעברתם של נכסים המצויים בידי המדינה – ובכלל זה קרקעות, חברות, מחצבים, אוצרות טבע ומשאבי טבע – לידיהם של גורמים פרטיים. אפיק פעולה שני נוגע להעברת סמכויות מדינתיות לידיהם של גורמים פרטיים, כאשר אלה באים כנעלי המדינה ומפעילים במקומה את שיקול הדעת המנהלי. במסגרת זו מעבירה המדינה לידי גורמים פרטיים סמכויות שונות בתחומי החינוך, התעסוקה, הרווחה, הבריאות ועוד. מהלך הפרטת בית-סוהר בישראל היה המקרה הראשון של העברת הסמכות להפעלת כוחה המאורגן של החברה לידיהם של גורמים פרטיים.

המאבק ככוונה להפריט את בתי-הסוהר התחולל בראשיתו בשירות בתי-הסוהר, במסדרונות משרד האוצר ובמשכן הכנסת. מומחים מהארץ ומהעולם הופיעו בפני ועדת הפנים של הכנסת ומאבק איתנים ניטש בין התומכים בהפרטה מלאה של בתי-הסוהר ובין התומכים בהפרטה חלקית בלבד. ההבחנה בין השתיים נוגעת בעיקר לשאלת זהות הגורם שיוסמך לעשות שימוש בכוחה המאורגן של החברה ולהגביל את חירותו וזכויותיו האחרות של האסיר. על פי מודל ההפרטה החלקית ייוותרו סמכויות אלו בידיהם של סוהרים עובדי מדינה, בעוד שעל-פי מודל ההפרטה המלאה יועברו הסמכויות הללו לידיהם של עובדי הזכיין הפרטי.

משדחו הכנסת והממשלה את ההתנגדויות למהלך, אפיק הפעולה היחיד שנותר למתנגדי ההפרטה היה פנייה לערכאות משפטיות. ההתלבטות המרכזית שעמדה לנגד עיני קהילת העותרים הציבוריים נגעה לאפשרות לקבל סעד של בטלות החוק. מאחר שמדובר היה בעתירה תקדימית בנושא שלא הוכרע על-ידי אף בית-משפט אחר בעולם, היה קושי של ממש לבצע הערכה של סיכוי לקבלת הסעד המבוקש לעומת הסיכונים הכרוכים בהגשת העתירה. יתרה מכך, היו שחששו כי פנייה לבית-המשפט עלולה להזיק למאבק החברתי הכולל כנגד תופעת ההפרטה.<sup>2</sup>

## השיקולים המרכזיים שעמדו בבסיס הגשת העתירה

משהתברר, כשנה לאחר קבלתו של החוק בכנסת, שהמאבק הציבורי במהלך ההפרטה נחל כישלון, ובהיעדר פנייה לבית-המשפט העליון על-ידי גורמים מוכרים בקהילת העותרים הציבוריים, יזמה את הפנייה לבית-המשפט החטיבה לזכויות-אדם במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. החטיבה נטלה אמנם חלק פעיל בהתנגדות למהלך ההפרטה במסגרת הליכי החקיקה בכנסת, אולם הייתה עותרת ציבורית מוכרת פחות באותה עת. למעשה, מדובר היה בפנייה הראשונה לבית-המשפט הגבוה לצדק בעניין כלשהו.<sup>3</sup>

שני שיקולים מרכזיים עמדו לנגד עיניהם של מגישי העתירה. ה**שיקול הראשון** נגע לאופיה של הסמכות המופרטת ולחשיבות ההכרעה בשאלת גבולותיה החוקתיים של תופעת ההפרטה. ביסוד שיקול זה ניצבה התפיסה כי חוק המאפשר העברת סמכויות להקמתו וניהולו של בית-סוהר בידי גורם פרטי מהווה מהלך הפרטה קיצוני, ולפיכך מדובר במקרה מבחן מתאים לשאלה הרחבה יותר בגבולותיה החוקתיים של תופעת ההפרטה, וזאת, גם אם לא יינתן בעתירה הסעד הקונקרטי של ביטול החוק. ה**שיקול השני** נגע להערכות העותרים לגבי סיכויי קבלתן של הטענות החדשניות שנטענו במסגרת העתירה. בהקשר זה סברו העותרים כי אף שמדובר בטענות משפטיות שלא הוכרעו קודם לכן ישירות על-ידי בית-משפט חוקתי כלשהו בעולם, הן מבוססות דיין על מנת שתתקבלנה על-ידי בית-המשפט העליון. הנחת מוצא זו כללה את ההערכה כי לבית-המשפט העליון יש את הכלים לעמוד בראש המחנה החוקתי העולמי ולהורות על בטלות החוק המאפשר את מהלך ההפרטה, על בסיס הטיעונים שהוצגו בעתירה.

אף שלעותרים היה ברור כי הסיכוי לקבלת הסעד המבוקש אינו גבוה, הם ראו לנגד עיניהם את התרומה העשויה לצמוח למאבק החברתי בתופעת ההפרטה מעצם הצגת טענותיהם בפני בית-המשפט והכרעה בהן. מעניין לבחון גישה זו ביחס לעמדתו של המלומד ג'רלד רוזנברג כפי שהיא מוצגת במסגרת המהדורה השנייה לספרו **התקווה החלולה: האם בתי-המשפט יכולים להביא לשינוי חברתי?**<sup>4</sup> לדעת רוזנברג, בתי-המשפט מהווים כלי מוגבל ביותר במסגרת מאבקים לשינוי חברתי, ולכן כל שימוש בהם, כחלק מאסטרטגיה של מאבק לשינוי חברתי, חייב להתחשב במגבלותיהם. לאחר בחינה אמפירית נרחבת ומקיפה, מציג רוזנברג מצבים בהם ניתן להתגבר באופן חלקי על מגבלות אלו, ובכך להפוך את הפנייה לבית-המשפט לכלי אפקטיבי במידת מה במסגרת מאבקים לשינוי חברתי. על-פי רוזנברג, אחד החסרונות של בתי-המשפט ככלי לשינוי חברתי טמון במוגבלותם של הכלים המשפטיים המצויים בידי ובהיעדרם של תקדימים משפטיים עליהם הוא יכול להסתמך בבואו לפסוק לטובת הטיעון שמציג העותר הציבורי (דברים אלה יפים כמובן למקרים בהם העותר הציבורי בוחר לבסס את עמדתו על עמדות משפטיות חדשות, שלא עמדו לבחינתו של בית-המשפט בעבר). רוזנברג מציג את האפשרות לרפא מגבלה זו של בתי-המשפט, ולו באופן חלקי, באמצעות פניות קודמות לבית-המשפט ויצירתה של התדיינות הדרגתית שתהווה בסיס פסיקטי בנושא. על בסיס זה יוכל בית-המשפט להישען בבואו ליתן סעד דרמטי לטובת עותר ציבורי העומד בפניו במסגרת מאבק ציבורי עקרוני.

בהמשך לדברים הללו, ניתן לומר כי העתירה בעניין הפרטת בתי-הסוהר היוותה צעד ראשון בדיון המשפטי-חוקתי בנוגע לתופעת ההפרטה וגבולותיה, צעד אשר יש בו כדי להצית דיון חוקתי ממשי בנושא שלא זכה עד כה להתייחסות ישירה בפסיקתו של בית-המשפט העליון. בצד השקפה זו, דומה כי ניתן להעריך את העתירה גם מנקודת המבט של מבקרי מחקרו של רוזנברג. עיקר הביקורת<sup>5</sup> המופנית כלפי רוזנברג נוגעת לטענה כי בבואו להעריך את תרומתו של ניהול ההליך

המשפטי למאבק הציבורי, מחקרו מתמקד בעיקר בתוצאותיהם של הפסיקה בהליך והסעד שניתן בו. בכך, טוענת הביקורת, ממעיט רוזנברג בערכם של תוצרים אחרים הנובעים מעצם ניהולו של הליך משפטי במסגרת מאבקים ציבוריים, כגון יצירת דיון משפטי וערכי מובנה ומנומק בסוגיות ציבוריות שונות. אכן, רוזנברג מצביע על מגבלותיו של ההליך המשפטי ובעקבות כך על מגבלותיו של בית-המשפט כבואו לסייע בידי קהילת העותרים הציבוריים בניהולם של מאבקים ציבוריים. יחד עם זאת, לפי מסקנותיו הוא, פנייה עקבית לערכאות משפטיות בנושאים ציבוריים – גם במקומות שאין בהם תקדימים משפטיים – תורמת אף היא ליצירתו של מסד משפטי עליו יוכל לסמוך בית-המשפט את הכרעותיו העתידיות כבואו לפסוק לטובת העותר הציבורי. ניתן אפוא לטעון כי לשיטתו של רוזנברג עצמו, פנייה נקודתית לבית-המשפט, גם במקום בו לא קיימת הכרעה משפטית קודמת בסוגיה העקרונית נשוא העתירה, עשויה להוות מסד משמעותי לעתירות עתידיות ולתרום לפיתוח המשפטי – זאת, ללא קשר לשאלה האם יינתן בסופו של דבר הסעד המבוקש. במילים אחרות, ניהול ההליך המשפטי והדיון בטענותיהם של עותרים ציבוריים הינם, במקרים מסוימים, בעלי ערך עצמי ופנימי, בשל תרומתם לבסיס העיוני-משפטי בסוגיה וסלילת הדרך למקרים עתידיים, וזאת, במנותק משאלת הסעד.

התפיסה לפיה במקרים מסוימים על העותר הציבורי להתנתק משיקולים נקודתיים של הצלחה וכישלון ולהביא במניין שיקוליו גם את התמונה הכללית ואת הפיתוח המשפטי העתידי אינה מוכנת מאליה. יתרה מזו, תפיסה זו אינה תואמת את ההווה והלך הרוח בשיח המשפטי הדומיננטי הקיים, המקדש את ההצלחה בהליך הנקודתי ובוחר אותו מזווית הראיה החד-ממדית של סיכויי ההצלחה או הכישלון בקבלתו של סעד ספציפי בתיק נתון. תפיסה מורכבת, רחבה ולטענתי אף שלמה יותר של תפקיד העותר הציבורי, מחייבת ניתוק בין השיקולים קצרי הטווח והתפיסה האומדת הישגים על פי מדד של קבלת הסעד במקרה קונקרטי, לבין השיקולים הציבוריים, החברתיים והמשפטיים ארוכי הטווח, המובילים במקרים מסוימים לתהליכים חברתיים ומשפטיים משמעותיים.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף במקרים שבהם הפנייה לערכאה שיפוטית היא תקוותם האחרונה של העותרים. בהקשר זה ראוי להזכיר את פרשת ארגון מגדלי העופות בישראל<sup>6</sup> אשר פסק-הדין בה ניתן חודשים ספורים לפני הגשתה של העתירה בעניין הפרטת בתי-הסוהר.<sup>7</sup> פסיקה זו מדגימה את המשמעות הגלומה בהתבטאויות ואמירות של בית-המשפט גם מקום בו לא ניתן הסעד המבוקש והעתירה נדחת לגופה. בפרשה זו עתרו העותרים כנגד חוקתיותו של הליך חקיקת חוק ההסדרים.<sup>8</sup> בית-המשפט דחה את העתירה, אך קבע, בין היתר, קביעות שונות וחשובות באשר לפגמים שבהם נגוע הליך חקיקה זה: השימוש בו, לדעת בית-המשפט, אינו מאפשר דיון ראוי בכל סעיף חוק ואינו עולה בקנה אחד עם הליך דמוקרטי תקין. על אף דחיית העתירה, פסק-הדין הציב אפוא בפני הממשלה ובית המחוקקים תמרור אזהרה ברור באשר לשימוש בהליכי חקיקה בעייתיים אלו בעתיד. ניתן אף לקוות לצמצום השימוש בהליך חקיקה זה, ואולי אף לביטולו על-ידי גורמים שונים במערכת השלטונית. כך, למשל, בעקבות פסק-הדין פרסמה היועצת המשפטית לכנסת הנחיות חדשות לגבי חוק ההסדרים,<sup>9</sup> במסגרתן היא מציגה שורת מבחני משנה שבאמצעותם יש לבחון את הכללתן או השמטתן של סוגיות מסוימות בחוק הסדרים. הנה כי כן, מקרה זה הוא אחד מני רבים שבהם לפסיקתו של בית-המשפט הייתה השלכה רחבה ביותר, על-אף שהסעד המבוקש בהליך עצמו לא ניתן.<sup>10</sup>

אלו היו התפיסות שעמדו לנגד עיני העותרים בעת הגשת העתירה כנגד הפרטת בתי-הסוהר. העמדה בה החזיקו העותרים ערב הגשת העתירה הייתה, כי הנזק העלול להיגרם מאי הגשתה של העתירה גבוה מזה העלול להיגרם מהגשתה. במבט כולל ניתן לקבוע שלעתירות מסוג זה שמור מקום משמעותי בהצלחת המאבק הציבורי הכולל שמנהלים עותרים ציבוריים בהגנה על מיעוטים וקבוצות מוחלשות בחברה הישראלית. הן מאפשרות לבית-המשפט לפתח את השיח המשפטי באופן הדרגתי תוך יצירת תשתית פסיקתית מספקת ומשמעותית עבור פסיקות עתידיות. המקרה של המאבק בהפרטת בתי-הסוהר מדגים זאת היטב. במובן זה, פסק-הדין אינו רק הצלחה של העותרת הציבורית הספציפית שניהלה את המאבק, אלא של הפעילות היומיומית הקשה והסיוזיפית לעתים של העותרים הציבוריים ככלל. ללא פעילות זו וללא פסיקותיו הקודמות של בית-המשפט העליון בעניינים הנוגעים להגנה החוקתית על זכויות-אדם בישראל ולמעמדם של חוקי היסוד, לא ניתן היה להגיע להישג שהושג בעתירה זו. נקודת מבט זו היא חשובה ומשמעותית, ועליה להוות חלק אינטגרלי ממערך השיקולים ותהליכי קבלת ההחלטות בקרב קהילת העותרים הציבוריים.

### אקדמיה בשירות המשפט

כפי שתואר בראשית הדברים, מהלך ההפרטה של בתי-הסוהר היה מקרה מבחן טוב בהקשר של שאלת גבולות ההפרטה, בהיותו מקרה שנסיבותיו קיצוניות באופן יחסי ותוצאותיו הרות גורל. אולם מלבד החשיבות הגלומה בעצם הגשת העתירה והעיסוק הציבורי והשיפוטי בנושא, ייחסו העותרים חשיבות רבה גם לקבלת הסעד המבוקש.

אחד הקשיים האובייקטיביים המרכזיים שניצבו בפני העותרים היה אפשרות ההשוואה בין המודלים השונים להפרטת בתי-סוהר בעולם ובין המודל הישראלי. קושי זה נבע מהשוני בהיקף הסמכויות המופרטות, השוני במנגנוני הפיקוח והיעדר היכולת להעריך את תרומתו או עלותו הכלכלית של מהלך ההפרטה. בנוסף, הסוגיה העקרונית שהעלו העותרים בפני בית-המשפט לא זכתה לעיסוק ישיר ומעמיק על-ידי בתי-משפט בעולם. לקשיים אלו התווספה העובדה שגם הכתיבה האקדמית המשפטית בישראל בנוגע לתופעת ההפרטה ככלל ולהפרטת בתי-הסוהר בפרט, הייתה בראשית דרכה. קושי זה זכה להתייחסות במסגרת פסק-דינה של הנשיאה ביניש,<sup>11</sup> בו תואר המצב המשפטי בעולם בהקשר זה. מחוות הדעת שהוגשו לבית-המשפט על-ידי שני הצדדים עולה כי בבתי-המשפט בארצות-הברית, כבריטניה, בדרום אפריקה ובאיחוד האירופי לא נערך דיון של ממש בסוגיה העקרונית שהוצגה בפני בית-המשפט. חסר זה, הן בכתיבה אקדמית והן במשפט ההשוואתי, חייב את העותרים לילך בנתיב שונה מהרגיל. כבר בשלבים הראשונים של גיבוש העתירה ברור היה לעותרים כי מעורבותה של הקהילה האקדמית בהליך הינה משמעותית להצלחתו. לפיכך, ולאור הכישלון היחסי של הניסיון לעורר דיון ציבורי בנושא, התרכזו העותרים בניסיון לעורר דיון אקדמי במטרה להוביל לכתיבה ולעשייה אקדמיות בתחום.

בעת הגשת העתירה זכתה תופעת ההפרטה להתייחסות מצומצמת יחסית במסגרת המחקר האקדמי המשפטי בישראל.<sup>12</sup> השאלות העקרוניות שעלו בהקשר של הפרטת בתי-סוהר, המהווה הפרטה של מרכיב משמעותי במסגרת ההליך הפלילי, לא זכו אף הן כמעט להתייחסות.<sup>13</sup> לאור זאת, ברור היה לעותרים ששיתוף פעולה עם חוקרים מובילים באקדמיה הינו כלי חשוב בניהולה של העתירה ויוכל לסייע לעותרים להציג בפני בית-המשפט את הבסיס העיוני לניתוח הסוגיות התקדימיות שעולות במסגרתה. לצורך כך, כסמוך להגשת העתירה, ערכו העותרים כנס אקדמי, אליו הוזמנו חוקרים מובילים באקדמיה הישראלית שהתבקשו לחוות דעתם באשר לאפשרות

הפרטתו של בית-סוהר בישראל. משנתקבלה עמדת המדינה לגבי הסוגיות העקרוניות שהועלו בעתירה ערכו העותרים כינוס נוסף בפורמט של "שולחן עגול", לצורך ניתוח עמדה זו. במסגרת הכינוס נרשמה נוכחות מרשימה של בכירי החוקרים בתחומי המשפט, הכלכלה, מדעי החברה, מדעי המדינה ודיסציפלינות רלוונטיות נוספות.<sup>14</sup> בהקשר זה ראוי לציין כי לצד המחלוקת החוקתית באשר לאפשרות הפרטתו של בית-סוהר, ניטשה מחלוקת לא פשוטה באשר ליתרונה הכלכלי של ההפרטה. שאלה זו הייתה משמעותית שכן התכלית המרכזית שהוצגה על-ידי המדינה בהקשר של הבחירה במדיניות ההפרטה הייתה כלכלית בעיקרה.

במהלך האירועים הללו, בהם נטלו חלק כאמור חוקרים מובילים באקדמיה הישראלית, הודגשה בבירור בקרב הנוכחים העוצמה הטמונה בשיתוף פעולה בין הפרקטיקה המשפטית לאקדמיה המשפטית לאור הערך המוסף האדיר הגלום בידע האקדמי שהביאו עמם החוקרים, כל אחד מנקודת מבטו, לשם ניתוח ביקורתי של עמדת המדינה בהליך. בחינה משותפת של הסוגיות, לצד היכולת לדון בשאלות העקרוניות שעלו במסגרת העתירה מנקודות מבט שונות, סייעו רבות בגיבושה של עמדה מפורטת ומנומקת בעתירה חשובה מאין כמותה, שמירב הסוגיות הכלולות בה לא זכו כאמור עד אותה העת להתייחסות ממשיית של בתי-המשפט בעולם.

העמדה העמומה אותה הציגה המדינה בתגובתה גרסה כי רק במקרים בהם ההפרטה "מזעזעת את אמות הסיפים" של מבנה המשטר הדמוקרטי ובמקרים בהם "דגל שחור" מתנוסס מעל לחוק המפריט – יש לאסור את התרחשותה.<sup>15</sup> אחת ההתייחסויות החשובות לעמדה זו הוצגה על-ידי הדובר הראשון בכינוס, פרופ' יצחק גלנור, שציין כי חולשתה המרכזית טמונה בהימנעותה מלהיכנס לעובי הקורה בנוגע לשאלת ההפרטה לגופה ובהסתפקותה בהצגת עמדה שטחית באשר למבחן המשפטי שאותו יש להחיל בסוגיית גבולות ההפרטה. תוכנה זו הובילה אל המסקנה שבבסיס החלטת המדינה על ההפרטה לא התקיימה תפיסה עקרונית או חשיבה מעמיקה לגבי תחומים האסורים בהפרטה.

גם דבריו של פרופ' מנחם מאוטנר כללו זווית ראייה חשובה ומעניינת לגבי ניגוד העניינים החל במקרה שגורם פרטי מתבקש להפעיל סמכות שמהותה ציבורית: בבסיסו של הגורם הפרטי מונחים האינטרסים הכלכליים, המהווים את עצם קיומו; ואילו בבסיס הסמכות שעליו להפעיל, מונח האינטרס הציבורי. לדבריו, כל פעולותיו של הגורם הפרטי יתקיימו בגבולות החתירה שלו להשאת רווחיו, ועל-כן הוא לא יהיה מסוגל לקדם את האינטרס הציבורי עליו הוא מופקד. תרומה משמעותית נוספת לחשיבה על הסוגיה ניתן היה למצוא בדבריו של פרופ' איתן ששינסקי, שעסקו במקרים שאינם ניתנים לטיפול משביע רצון במסגרת מערכת חוזית בין המדינה לזכיהן. לטענתו, מערכת חוזית שכזו אינה מספקת כלים טובים דיים לפתור את אי הוודאות הטבעית הגלומה בהפעלת שיקול הדעת הציבורי, כאשר הדוגמה הבולטת לכך היא היכולת לקבוע סטנדרטים באשר להפעלתה של אלימות כלפי האסיר. פרופ' דפנה ברק-ארז ביקרה את עמדת המדינה אשר גרסה כי אין להעניק משמעות מהותית לתוכנו של סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה הקובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". לדבריה, אימוץ עמדה זו לגבי הוראות חוקתיות אחרות יוצרת מצב דברים בו למדינה אין חובה להפעיל גם את סמכויות החקיקה והשפיטה. לעומתם, התמקד פרופ' דני גוטוויץ בתנאי ההעסקה להם זוכה עובד ציבור לעומת התנאים להם זוכים עובדי הזכיהן. לטענתו של פרופ' גוטוויץ, מבנה העסקתו של עובד הזכיהן, השונה באופן מהותי מזה של עובד המדינה, יכול כשלעצמו להשפיע על שיקול הדעת בהפעלת הסמכות באופן שאינו מתיישב עם האינטרס הציבורי. כך לדוגמה, ההגנה התעסוקתית לה זוכה עובד הציבור בנוגע ליכולתו של

המעסיק להביא לפיטוריו במקרה בו זכה העובד לקביעות, עומדת בניגוד לארעיות המאפיינת את העסקתו של עובד הזכייין, והבדל זה עשוי להשפיע על קבלת החלטות של עובד הזכייין באופן הפוגע באינטרס הציבור. גם דבריו של פרופ' יואב פלד בכינוס עוררו עניין רב: הוא הציג את ההפרטה כהליך הפוגע בלגיטימציה הציבורית המוענקת לפעולות בשם אינטרס הציבור, זאת מעצם מעורבותו של גורם פרטי שלו אינטרסים הזרים לאינטרס הציבורי.

רבים מהרעיונות הללו, שהינם פועל יוצר של שיתוף הפעולה הפורה בין האקדמיה המשפטית לפרקטיקה המשפטית, מצאו את דרכם אל עמדת העותרים כפי שהוצגה בפני בית-המשפט – עמדה שבסופו של דבר התקבלה על ידו. יצוין כי כנסים אלו, בהם השתתפו חוקרים מובילים באקדמיה הישראלית, לוו גם במפגשים ושיחות פרטניות עם בכירי החוקרים המשפטיים בתחום המשפט הציבורי בישראל, שיחות אשר תרמו גם הן לעיבוי הטיעון המשפטי שהוצג בפני בית המשפט.

במקביל לקיום הכנסים והפגישות, פנו העותרים לחוקרים מובילים בעולם המתמחים בתופעת ההפרטה וביקשו את התייחסותם הכתובה לסוגיות העקרוניות שעלו במסגרת העתירה. ראוי לציין בהקשר זה כי מעורבותם של חוקרים בינלאומיים החלה עוד בשלב הדיונים בהצעת החוק בוועדת הכנסת, אליהם הוזמנו מומחים עולמיים בתחום ההפרטה לצורך הצגת עמדתם.<sup>16</sup> החשיבות שייחסו העותרים להרחבת האופק הרעיוני והאינטלקטואלי של העתירה נבעה מכך שחלק מהסוגיות העקרוניות שעלו במסגרתה הינן סוגיות אוניברסליות הנוגעות לתפקודן של דמוקרטיה חוקתיות בכל רחבי העולם, ואינן מהוות שאלות נקודתיות שעמן מתמודד המשפט הישראלי לבדו.<sup>17</sup>

בחלוף הזמן, וכתוצאה מן המהלכים שתוארו לעיל, החלה להצטבר כתיבה אקדמית העוסקת בתופעת ההפרטה בישראל, ובכללה גם כתיבה העוסקת באופן ישיר בפן המשפטי של ההפרטה.<sup>18</sup> גם כתיבה זו סייעה רבות להצלחת העתירה ולביסוסן של הטענות העקרוניות שהועלו בפני בית-המשפט במסגרתה. מהלך דברים זה משקף היטב את תפקידה החשוב של האקדמיה המשפטית בפיתוח המשפט. הדברים נכונים ביתר שאת מקום בו מדובר בשאלות תיאורטיות תקדימיות או בשאלות הייחודיות למשפט הישראלי. מקרה הפרטת בתי-הסוהר הינו מקרה בולט בו שיתוף הפעולה של העותרים עם חוקרים מובילים באקדמיה הוביל להצגתו של טיעון מבוסס ומעמיק בפני בית-המשפט, ותרם רבות לקבלתה של העתירה.

מהשתלשלות העניינים כפי שתוארה לעיל עולה מסקנה ברורה בדבר החשיבות הרבה הטמונה בשיתוף פעולה של עותרים ציבוריים עם אנשי אקדמיה בנושאים העולים אגב ניהולם של מאבקים משפטיים. הכתיבה האקדמית מעשירה את הידע המשפטי ומהווה כלי חשוב לפיתוח המשפט. שיתוף פעולה זה יכול להתבצע בראש ובראשונה באמצעות התייעצות עם גורמים אקדמיים טרם הגשתן של עתירות עקרוניות. התייעצות כזו עשויה להרים תרומה משמעותית לרוחב היריעה, לעומק, למבנה האנליטי ולתשתית הרעיונית של עתירות. על שיתוף הפעולה להיות מבוסס על קשר בלתי אמצעי, במסגרתו מתקיימת זדימת מידע מתמדת ודו כיוונית המסייעת לעיבוי ולשיפור הטיעון המשפטי בזמן אמת. לדעתי, גם הצד האקדמי יוצא נשכר ממכניזם זה של שיתוף פעולה, שכן הוא מוסיף למלאכת המחקר האקדמי נדבך נוסף וחשוב: בחינת המשפט וחקר המשפט גם במהלך התרחשות האירועים ולא רק לאחר סיומם, וכן האפשרות להשפיע בזמן אמת על מהלך הדברים. אני סבור שעל המוסדות האקדמיים ליטול חלק משמעותי יותר בניהולן של עתירות עקרוניות שיש בהן כדי לשנות את פני החברה בישראל, כפי שאירע במקרה העתירה כנגד הפרטת בתי-הסוהר.



## הערת סיכום

כידוע, עמדת המדינה כפי שהוצגה בפני בית-המשפט בפרשת הפרטת בתי-הסוהר נדחתה. מעבר לקושי הערכי הטמון בעמדה שהוצגה על-ידי המדינה, לפיה רק הפרטה קיצונית ש"דגל שחור" מתנוסס מעליה תהא אסורה,<sup>19</sup> נראה כי עמדה זו מתחמקת מהתמודדות עם שלל הטענות העקרוניות והחוקתיות שהעלו העותרים. גישה זו של המדינה, המאופיינת בניסיון לחמוק מהתמודדות ישירה עם סוגיות עקרוניות ניתן למצוא גם בעתירות נוספות, והיא טומנת בחובה לקח חשוב לקהילת העותרים הציבוריים בדבר תפקידם בזירה החברתית: עליהם להביא בחשבון את האפשרות שלעתים תיאבק המדינה על דחיית עתירות ציבוריות גם במחיר הצגתן של עמדות מעורפלות, שמטרתן לחלצה מהליך משפטי קונקרטי, וזאת מבלי לבחון לעומקן את מכלול הסוגיות המוצגות במסגרת ההליך. במובן זה, יש לתפוס את פעולתה של פרקליטות המדינה ככזו הממוקדת בהגנה משפטית על פעולות הממשלה וזרועותיה, ולא תמיד ככזו התואמת את מכלול האינטרסים החברתיים והציבוריים. אין בדברים האמורים כל טענה ערכית כלפי פרקליטות המדינה. ניתן אף לראות סוג זה של תפקוד כחלק מחובתה הבסיסית הנובעת מעצם הגדרת תפקידה. יחד עם זאת, תמונת מציאות זו צריכה להכתיב את היערכותה של קהילת העותרים הציבוריים – ארגוני זכויות-אדם, קליניקות משפטיות, עמותות ועותרים ציבוריים פוטנציאליים. ביטוייה המעשי של היערכות כזו הוא הצגה עקבית של טענות במישורים של הגנה על זכויות-אדם, צדק חלוקתי, שוויון וכיוצא בזה, מתוך הנחה שספק אם שיקולים אלו יובאו בפני בית-המשפט על-ידי נציגי המדינה. על טענות אלה להישמע בהתמדה בכל מאבק, עד לקבלת הכרעה השיפוטית המאמצת אותן ומציבה רף נוסף, גבוה יותר, בשיח הציבורי שמבקשת לקדם קהילת העותרים הציבוריים.

## הערות

הכותב ייצג את המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ואת גונדר (בדימוס) שלמה טויזר בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, ניתן ב-19.11.2009) (להלן: ענין המרכז האקדמי) יחד עם עורכי-הדין אביב וסרמן, גלעד ברנע ויעל ברדה. רוב תודות לעופר סיטבון על הערותיו והפניותיו המועילות לכתיבה תיאורטית בתחום עריכת-דין קהילתית ושינוי חברתי. תודה מיוחדת למאיה מארק וליוסי חיות, חברי מערכת כתב העת "מעשי משפט", על הערותיהם המועילות והחשובות לטיטות קודמות של רשימה זו ועל סבלנותם הרבה בעריכתה.

- 1 ענין המרכז האקדמי.
- 2 ראו דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט (3) 461, 495 (2008). המאמר מתייחס לטיעון המוסדי ורומז כי קיימת סכנה בהצגתו במסגרת העתירה בעניין הפרטת בתי-הסוהר:

"הגדרה צרה של תפקידי המדינה לצורך פרשנותו של סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה עלולה להשפיע בעקיפין באופן שלילי על ההניעה (מוטיווציה) של המדינה לפעול בתחומים שמחוץ לגרעין השלטוני".

- 3 לימים זיכתה פנייה זו את חטיבת זכויות האדם במרכז האקדמי למשפט ולעסקים בפרס גורני לארגוני זכויות אדם מטעם העמותה למשפט ציבורי. הפרס הוענק לחטיבת זכויות האדם בשל פעילותה העקבית ופורצת הדרך כנגד הפרטתו המלאה של בית-סוהר בישראל. ראו: <http://goo.gl/vND21>.
- 4 GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHAnGE? (2<sup>nd</sup> ed., 2008). ראו גם להלן בה"ש 5 את התייחסותה החשובה של פרופ' רות גביוון לספר ולהתאמת התזה המוצגת בו למציאות המשפטית-חברתית בישראל.
- 5 נטע זיו "ראיון עם פרופ' הרמן שוורץ, מייסד התוכנית להכשרת מנהיגות משפטית בתחום זכויות האדם והאזרח של הקרן החדשה לישראל" מעשי משפט ב 33, 37 (2009); רות גביוון "התקווה החלולה: האם



- בתי-המשפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג, **מעשי משפט** ב' 15 (2009); אורלי לבל "הפרדוקס של האקטיביזם החוץ משפטי: תודעה משפטית ביקורתית ופוליטיקה לשינוי החברה" **מעשי משפט** א' 63 (2008) (תרגום: זהר כוכבי).
- 6 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(14) (2004), אשר עסק בחוקתיותו של פרק יא (פרק החקלאות) לחוק התכנית הכלכלית לשנת הכספים 2003 ו-2004.
- 7 פסק-הדין בעניין זה ניתן ב-29.4.2004. כאשר עתירת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים הוגשה ב-16.3.2005.
- 8 התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003.
- 9 ראו בעניין זה: הנחיות היועצת המשפטית לכנסת (הנחיה מס' 26 – חוק ההסדרים) (פורסם ביום ט"ז בחשוון, 7 נובמבר 2006) (<http://goo.gl/wJims>). בשנים האחרונות היינו עדים למספר אירועים בהקשר זה. כך לדוגמה, מהצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009 הוצא פרק חשוב ועקרוני הנוגע להסדרת פעולתן של המשטרות העירוניות והועבר להליכי חקיקה רגילים. כשנה מאוחר יותר, בשל התבטאויות נחרצות וברורות של יו"ר הכנסת ה-18, ח"כ ראובן ריבלין, כנגד כוונות הממשלה לכלול פרקים שונים במסגרת חוק ההסדרים לשנים 2011-2012, הוסרו מהצעת החוק מספר נושאים מרכזיים. לא מופרך לראות צעדים אלו כתוצאה ישירה של פסיקת בית-המשפט העליון בפרשת ארגון מגדלי העופות.
- 10 דוגמאות נוספות לדברים אלו הן: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס (3) 464 (2005); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 23.11.2008); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובר" נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 30.3.2006).
- 11 ראו ענין המרכז האקדמי, בסעיפים 57-62 לפסק-דינה של נשיאת בית-המשפט העליון, השופטת דורית ביניש.
- 12 ראו בעניין זה למשל: דפנה ברק-ארוז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209 (2001); איל נבנבנישתי "תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים" **משפט וממשל** ב' 11 (1995); מיכל אגמון-גונן "מניית זהב וההפרטה" **הפרקליט** מא 138 (1993).
- 13 ראו את רשימתו של פרופ' יואב פלד שהיה גם הראשון שהציג בפני העותרים את כוונת המדינה לאפשר הפרטה מלאה של בית-סוהר בישראל: יואב פלד "הפשע משתלם – מה ניתן ללמוד מהניסיון האמריקאי בהפרטת בתי-סוהר" **הסגור** 82 (2004). כמו כן ראו: עופר סיטבון "הפרטת בתי-הסוהר – סיוט שהיה למציאות" **מפנה: במה לענייני חברה** 40 (2003); עופר סיטבון "כאשר גם החירות הופכת לסחורה: על הפרטת בתי-הסוהר במדינת ישראל" **חברה** 12 (2004).
- 14 הכינוס נערך ביום 19 פברואר 2006 במלון שרתון סיטי-טאוור ברמת-גן. פרט לנציגי העותרים, עורכי-הדין אביב וסרמן, אפי מיכאלי וגלעד ברנע, נכחו בכינוס, בין היתר, (לפי סדר א"ב): עו"ד אבישי בניש, פרופ' דפנה ברק-ארוז, פרופ' דני גוטוויין, עו"ד ערן גולן, פרופ' יצחק גל-נור, מר פסח האוספטר, ד"ר צביקה טריגר, ד"ר משה כהן-אליה, פרופ' מני מאוטנר, ד"ר ציפי מילמן, עו"ד עופר סיטבון, עו"ד דורי ספיבק, ד"ר תומר עינת, ד"ר טליה פישר, עו"ד אייל פלג, פרופ' יואב פלד, ד"ר עירית קינן, פרופ' דני רבינוביץ' ופרופ' איתן ששינסקי.
- 15 ראו פסקה 94 ל"תגובה משלימה מטעם המשיבים" שהוגשה לבית-המשפט ביום 16 בפברואר 2006. להלן הדברים:

"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 המקרים שבהם

- 16 'האמנה החברתית' העומדת בבסיס המשטר מתנפצת לרסיסים, באופן שמחייב את הדמוקרטיה – באמצעות בית-המשפט – להתגונן מפני שלטון הרוב הפורמאלי גם בהיעדר פגיעה בזכויות חוקתיות של הפרטים." כך, למשל, לדיון ב-12.1.2004 בוועדת הפנים ואיכות הסביבה בכנסת אשר דנה בהצעת החוק, הזמינו העותרים את פרופ' סטפן נתן, מומחה עולמי בחקר הפרטת בתי-הסוהר בעולם, אשר שטח בפני חברי הוועדה את התפיסה שהובילה אותו במשך השנים להתנגדות עקרונית להפרטת בתי-סוהר.
- 17 בהקשר זה, ראוי לציין את חוות דעתו של פרופ' אירה רובינס שהוגשה מטעמם של העותרים לבית-המשפט, שבה סקירה מפורטת של המצב בתחום הפרטת בתי-הסוהר בארצות-הברית. ראו ענין המרכז האקדמי, בפסקה 59 לפסק-דינה של נשיאת בית-המשפט העליון, השופטת דורית ביניש.
- 18 ראו לצורך הדוגמה: ברק-ארז, לעיל ה"ש 2; יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים 287 (2007); איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי 92 (2005); Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: the Case Against Privately Inflicted Sanctions*, 14(2) LEGAL THEORY 113 (2008); ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה" ספר יצחק זמיר על משפט ממשל וחברה 583, 648-652 (יואב דותן ואריאל כנדור עורכים, 2005); אבישי בניש "מיקור חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיות כשלי הפיקוח" משפטים 283 (2008); Uri Timor, *Privatization of Prisons in Israel: Gains and Risks*, 39 ISR. L. REV. 81, 102-103 (2006).
- 19 ראו לעיל ה"ש 15.