

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
  2. המרכז האקדמי למשפט ועסקים ברמת גן
  3. רופאים לזכויות אדם
- על ידי ב"כ עוה"ד אן סוצ'יו ואח'  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154  
טלפון: 03-5608185; פקס': 03-5608165

וכן על ידי עו"ד סיגל שהב  
מהקליניקות לזכויות אדם במרכז האקדמי למשפט ועסקים  
ת"ד 852, בני ברק 51108  
טלפון: 03-6439911; פקס': 03-6439966

העותרים

נ ג ד

1. השר לביטחון פנים
2. נציב בתי הסוהר
3. שרת המשפטים

על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים  
טלפון: 02-6466687; פקס': 02-6467011

המשיבים

הודעה משלימה מטעם המדינה

פתח דבר

1. ביום 25.1.16, ובתום דיון שני במספר, הורה בית המשפט הנכבד על הוצאת צו-על-תנאי כמבוקש בעתירה. ואלו ראשי הצו-על-תנאי כפי שפורטו בעתירה:

"א. מדוע לא יבטיחו בתוך זמן סביר לכל אסיר ועצור (להלן- "אסיר") שטח מחיה הולם בתא וינקטו את הצעדים הבאים לשם כך:

1. קביעת שטח המחיה ההולם לאסיר.
  2. הכנת תכנית שתקבע את דרכי הפעולה להשגת שטח מחיה הולם לאסיר.
  3. קביעת לוח זמנים בטווח סביר למימוש תכנית שתקבע.
- ב. מדוע לא ינקטו באופן מיידי בצעדים הדרושים על מנת להבטיח לכל אסיר שטח מחיה של 4 מ"ר (ללא שטח השירותים והמקלחת)...".

2. ביום 6.9.16 הוגש כתב תשובה מטעם המדינה, ובו נפרשו בפירוט מכלול הצעדים הננקטים על-ידי הממשלה לשם הקטנת צפיפות בתי הכלא. צעדים אלו, כך פרטה המדינה, כוללים הן פעולות שתכליתן להקטין את מספר הכלואים העתידי, והן פעולות שעניינן בהקמת קרן בינוי ייעודית לבניית בתי כלא. על יסוד פעולות אלו, עמדה המדינה על כך שדין העתירה להידחות, מחמת העדר עילה משפטית למתן הסעדים המבוקשים בה.
3. ביום 11.9.16 הורה בית המשפט הנכבד (כב' הנשיאה מ' נאור) כי על העותרים למסור הודעה בתוך שבעה ימים ולהבהיר בה האם עומדים הם על עתירתם לאור המענים שפורטו בכתב התשובה מטעם המדינה. וזו לשון החלטת בית המשפט הנכבד - "לנוכח המתואר בכתב התשובה מטעם המשיבים, יודיעו העותרים עד ליום 18.9.2016 האם עודם עומדים על עתירתם" (ההדגשה הוספה – הח"מ).
4. ביום 28.9.16 הגישו העותרים הודעה מטעמם, ובה פרטו את טעמי עמידתם על העתירה. לעמדתם, מכלול הפעולות שפורטו בכתב התשובה אינו מעניק מענה לסעדים שהתבקשו במסגרת הצו-על-תנאי.
5. ביום 8.2.17 התקיים דיון שלישי במספר בפני בית המשפט הנכבד, במסגרת התנגדות למתן צו-מוחלט. עיקרו של דיון זה נסוב על השאלה מהן הפעולות שיכולות להבטיח את הקטנת צפיפות בתי הכלא בטווח הזמן הקצר והבינוני, תוך שהמותב הנכבד הבהיר בשאלותיו כי פעולות המדינה שפורטו בכתב התשובה – מבורכות הן – אולם פועלן יורגש בעיקרו בטווח הזמן הארוך.
6. במצב דברים זה, ומשהמדינה היתה קשובה להערותיו של בית המשפט הנכבד לאורכו של ההליך כולו, ביקשה המדינה אפשרות להגיש הודעה מעדכנת נוספת, ובה התייחסות להערות בית המשפט הנכבד. מכאן, הודעת עדכון זו.
7. המדינה תבקש לעדכן, כי בתום עבודת מטה מורכבת, שנעשתה בשירות בתי הסוהר; כמו-גם דיון בפני היועץ המשפטי לממשלה שנדרש לנושא מקרוב; נבחנו, בין היתר, תכנית לבניית מקומות כליאה נוספים במספר מתקנים בסטנדרט גבוה וכן הצעה להגדלת שטח מחייה בבתי סוהר קיימים תוך ניצול מיטבי יותר של תאים קיימים בבתי הסוהר הקיימים.
- עד מועד הגשת הודעה מעדכנת זו טרם עלה בידי המדינה לגבש עמדה סופית באשר לחלופות האמורות ונדרש לכך עוד פרק זמן קצר של שבועיים, שבסופו בכוונת המדינה לעדכן את בית המשפט בדבר תוצאות הבחינה והאופן שבו מוצע לשפר את המצב הקיים.

8. משאמרנו זאת, המדינה תבקש לתדד מספר נקודות במישור המעשי והמשפטי, המצדיקות לדידה את דחיית העתירה.

הילוך הטיעון יעשה כדלקמן: תחילה, נעמוד בתמצית על התשתית הנורמטיבית החולשת על העתירה ועל מכלול הפעולות שהמדינה נוקטת בהן לשם צמצום צפיפות בתי הכלא ושיפור תנאי המחיה. בהמשך, ועל יסוד נוסח הצו-על-תנאי שהוצא בעתירה, תבקש המדינה להבהיר את שגלום מבחינה משפטית בסעדים שהתבקשו, ומדוע סעדים אלו מוקשים הם. לבסוף, תבקש המדינה לפרוט את השיקולים השונים שחולשים על אופן ניהול מערך הכליאה, בכל הקשור לשאלת צפיפות בתי הכלא ומספר מקומות הכליאה. כל זאת, במטרה להעניק בפני בית המשפט הנכבד לבוש מוחשי להשלכות הנלוות לסעדים המבוקשים בעתירה.

### התשתית הנורמטיבית

9. את טענתם בדבר שטח המחיה הראוי לאסיר, לשיטתם, מבקשים העותרים ללמוד ממקורות שונים שנשזרו בעתירה, לרבות מתחום המשפט הבינלאומי. ואולם, המחוקק הישראלי חוקק בחודש מאי 2012 את החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 42), התשע"ב-2012 (להלן: "תיקון 42"). במסגרת תיקון 42 הוסף לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, סעיף 11ב, שכותרתו "תנאי כליאה הולמים", ולשונו כדלקמן:

#### "11ב. תנאי כליאה הולמים

(א) בסעיף זה, "אסיר" – למעט עצור שטרם הוגש נגדו כתב אישום.  
 (ב) אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו.

(ג) אסיר יהיה זכאי, בין השאר, לכל אלה:

- (1) תנאי תברואה הולמים, תנאים שיאפשרו לו לשמור על ניקיונו האישי, טיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו, ותנאי השגחה מתאימים לפי דרישת רופא של שירות בתי הסוהר;
- (2) מיטה, מזון ושמכות לשימושו האישי, והחזקת חפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות;
- (3) מי שתייה וכן מזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו;
- (4) בגדים, מוצרים לשמירה על ניקיון אישי ומצעים בכמות ובתנאים שייקבעו בפקודת השירות;
- (5) תנאי תאורה ואוורור סבירים בתא;
- (6) הליכה יומית באוויר הפתוח, בתנאים ובמועדים שייקבעו בתקנות; זכות זו ניתנת להגבלה מטעמים של שמירה על שלומו של האסיר.

(ד) עיקר זכויות האסירים וחובותיהם במקום המאסר יפורסמו במקום בולט במקום המאסר.

(ה) מבקר המשרד לביטחון הפנים ימסור לשר, אחת לשנה, דין וחשבון על יישום סעיף זה.

(ו) השר רשאי לקבוע בתקנות הוראות לביצוע סעיף זה, וכן הוראות בדבר תנאים נוספים שלהם יהיה זכאי אסיר בבית הסוהר. [ההדגשות הוספו – הח"מ]

10. זאת ועוד, בסעיף 3 לתיקון 42 נקבע מפורשות כי "תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010, כנוסחן ערב תחילתו של חוק זה, יראו אותן כאילו הותקנו לפי סעיף 11ב לפקודה, כנוסחו בסעיף 1 לחוק זה, ואין בתקנות שיותקנו לפי הסעיף האמור כדי לגרוע מתוקפן".
- פרקטיקה חקיקתית ייחודית זו ייבאה למעשה את תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010 (להלן: **התקנות**) אל תוך תיקון 42, ובעשותה כן חישלה הכנסת את הקבוע בתקנות בכור ההיתוך של מעשה חקיקתה. הווה אומר, כנסת ישראל העמידה לנגד עיניה את ההסדרים שפורטו בתקנות וקבעה כי הסדרים אלו ראויים הם לשם יישום וביצוע סעיף 11ב שעניינו ב"תנאי כליאה הולמים" לאסירים. אל חשיבות הכרעה זו במישור הדיון המשפטי עוד נשוב בהמשך. נביט, אפוא, על התקנות גופן שפורסמו ביום 24.5.10.
11. תקנה 2 לתקנות מפרטת את תנאי המאסר ומורה, בתקנה 2(ח) כדלקמן: "השטח הממוצע לאסיר בתא **לא יפחת מארבעה וחצי מטרים רבועים**; חישוב השטח האמור יהיה לפי השטח שבין קירות התא, לרבות שטח השירותים, הכיור והמקלחת, ככל שישנה מקלחת בתא, ומחולק במספר המיטות שבתא". תקנה זו קובעת למעשה את אופן חישוב השטח הממוצע לאסיר בתא.
- תקנה 2(ז) מורה כי "בכל תא לא יהיו יותר מארבע מיטות לאסירים".
12. תקנה 8(ב) קובעת הוראת תחולה להסדרים שנקבעו בתקנה 2, תוך שהיא מורה כדלקמן: "תקנות משנה (ד), (ו) עד (ח) בתקנה 2, **יחולו על מקומות מאסר שתכנון בנייתם החל לאחר יום התחילה, וככל הניתן גם על תכנון השיפוץ של מקומות מאסר קיימים**". יצוין, כי "יום התחילה" הוגדר בתקנה 7 ונקבע ל-30 יום ממועד פרסומן של התקנות.
13. יוער, כי הוראה דומה בנוגע לשטח התא הממוצע לאסיר (4.5 מ"ר) נקבעה קודם לכן, בכל הנוגע לעצורים בלבד, בגדרי תקנה 3(ה)(3) לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים)(תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997. תקנות אלו חלות על עצורים בלבד.
14. הנה כי כן, אמת המידה לשטח התא המינימאלי לאסיר, במסגרת תנאי המחיה ההולמים אותם קבע המחוקק הישראלי, היא זו הקבועה בתקנה 2(ח) לתקנות, ועומדת על 4.5 מ"ר בממוצע לאסיר, בחישוב השטח שבין קירות התא, לרבות שטח השירותים, הכיור והמקלחת, בחלוקה למספר המיטות בתא.
15. ברם, במסגרת האיזון שערך מחוקק המשנה בין כלל השיקולים הרלוונטיים, ובהם הצורך בהגדלת שטח התא הממוצע לאסיר, מן העבר האחד; ומן העבר השני, בין היתר, השקעת המשאבים והתקציבים הנדרשת לצורך הרחבה מיידית של כלל מתקני הכליאה בשירות בתי הסוהר (28 מתקני כליאה, המאכלסים כ-17,040 אסירים), נקבע כאמור כי תקנה 2(ח) תחול אך ורק על מתקני כליאה שתכנון בנייתם החל לאחר כניסתן של התקנות לתוקף, **וככל הניתן גם על תכנון השיפוץ של מתקנים קיימים**.

כאן המקום לציין, כי ההסדר שקבע מחוקק המשנה ושאושר כאמור בחקיקה ראשית בשנת 2012 עוסק, כמובן, גם בתנאי מחיה נוספים זולת שטח התא. לשם השוואה, תקנה 8(ב) אינה קובעת הוראת תחולה דומה בנוגע לתקנות 2(א)-(ג) ו-2(ה) לתקנות, המגדירות אמות מידה לתנאי מחיה הולמים בהיבט תלונות, שירותים, מקלחת, כיור ותאורה. האמור בתקנות אלו מחייב את כלל האגפים בשירות בתי הסוהר למן מועד כניסתן לתוקף.

16. אלו, אם כן, הוראות הדין המרכזיות החלות על המאטריה בה עסקינו. נסקור כעת, בתמצית, את מכלול הצעדים הרבים שננקטו על ידי רשויות המדינה עובר להגשת כתב התשובה על-מנת להביא להגדלת שטח התא הממוצע לאסיר, שיפור תנאי המחיה של האסיר, והקטנת כמות הכלואים בטווח הארוך.

17. **ראשית**, במסגרת גיבוש תקציב המדינה לשנים 2017-2018 הוסכם בין המשרד לבטחון פנים לבין משרד האוצר על הקמת קרן בינוי בשירות בתי הסוהר, אשר נועדה לבינוי בתי סוהר, ואשר תוקם בכפוף ליישום צעדי התייעלות בשירות בתי הסוהר.

**שנית**, שירות בתי הסוהר הכין תכנית בינוי רב-שנתית שבבסיסה שני עקרונות מרכזיים: בניית שני מתקני כליאה חדשים והרחבת מתקן נוסף בסטנדרט תנאי מחיה גבוה, וסגירת שני מתקני כליאה ישנים הבנויים בסטנדרט תנאי מחיה נמוך (וראו פירוט מתקני הכליאה בנספח מש/3 שצורף לכתב התשובה).

**שלישית**, שירות בתי הסוהר הכין תכנית ליישום תיקון 42 לפקודת בתי הסוהר, אשר נועדה להביא לצמצום הרצידיביזם והקטנת כמות הכלואים בטווח הארוך, החל משנת 2023 ואילך. התוספת התקציבית עבור תכנית זו המסתכמת ב- 86 מיליון ש"ח ניתנה כבר בגין השנים 2016-2018, כך שעמידה ביעדי תיקון 42, לרבות לעניין צמצום הרצידיביזם והקטנת כמות הכלואים, אינה מותנית נכון להיום בתוספת תקציבית מעבר לזו שניתנה. בתוך כך, כוללת התכנית ליישום תיקון 42 את הפעולות הבאות:

(א) תוספת 10 כיתות חינוך במרכזי חינוך קיימים, והגדלת מספר האסירים הלומדים בכ- 20%.

(ב) בניית שישה מרכזי חינוך בפריסה ארצית.

(ג) הקמת שני מרכזים חדשים להפרעות קשב (בבית הסוהר דקל בשנת 2016 ובבית הסוהר אופק בשנת 2017), והגדלת מספר האסירים המטופלים בהפרעות קשב בכ- 80%.

(ד) הקמת 17 מחלקות טיפוליות בפריסה ארצית. סוג המחלקה והמיקום יקבעו בהתאם לזיהוי צרכי האסירים, והגדלת מספר האסירים המטופלים במחלקות ב-80%.

(ה) הגדלת מספר האסירים המקבלים טיפול פרטני מעובדת סוציאלית, עד פי שלושה מכמות האסירים המטופלים כיום.

- (ו) הגדלת מספר הקבוצות הטיפוליות, כשהיעד שהוצב הוא הגדלת מספר האסירים המשתתפים בקבוצות טיפוליות בכ-80%.
- (ז) הקמת 11 סדנאות ו-9 כיתות להכשרה מקצועית, בפריסה ארצית, לצד שדרוג 6 סדנאות וכיתה אחת, והגדלת מספר האסירים שיוכשרו מקצועית בכ-80%.
- (ח) שדרוג והקמת 6 מפעלים לתעסוקת אסירים.
- (ט) גיוס 165 אנשי סגל חדשים במהלך השנים 2016-2018, חלקם הארי אנשי טיפול וחינוך; ועוד.

ודוק, על פי הערכת שירות בתי הסוהר עמידה ביעדי תיקון 42 תביא לשילובם של כ-3,000 אסירים בתכניות טיפול אפקטיביות. במצב דברים זה, ההערכה כיום היא, שבחלוף כחמש שנים ממועד השלמת יישום תיקון 42 (קרי, בשנת 2023) שיעור הרצידיביזם בקרב האסירים יירד מ-41.3% כיום, לכדי שיעור של כ-37.75%. משמעות הדבר היא, כי עד לשנת 2023, מספר האסירים החוזרים לרצות עונש מאסר תקטן ב-240 איש, ועד לשנת 2025 יקטן המספר בכ-630 אסירים. מעבר לכך, ההערכה היא כי עד לשנת 2030 (קרי, בתוך כ-13 שנים) מספר הכלואים הכולל יקטן בכ-1,000 אסירים.

יצוין, כי הערכה זו אינה מביאה בחשבון גידול אפשרי במספר הכולל של נאשמים אשר יידונו לעונש מאסר בשנים המתוארות, היות שנכון להיום אין בידי שירות בתי הסוהר נתונים בעניין זה.

**רביעית,** ביום 11.8.16 התקבלה החלטת הממשלה מס' 1840 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל", בה הוחלט על אימוץ עיקרי דוח ועדת דורנר, במטרה לייעל את תחום הענישה ושיקום האסירים בישראל. במסגרת זאת נכללת ההמלצה להרחיב את הפיילוט של בתי המשפט הקהילתיים על מנת לנסות ולצמצם את השימוש בענישה על דרך של מאסר. לצורך כך, הוחלט על הקמת בית משפט קהילתי נוסף עד ליום 1.4.17, וארבעה בתי משפט קהילתיים נוספים עד ליום 1.10.18.

עוד החליטה הממשלה להטיל על משרד המשפטים בשיתוף עם אגף התקציבים ונציבות שירות המדינה לסכם את הקצאת המשאבים הנדרשת לצורך הקמת יחידה למחקר ומידע במשרד המשפטים. יחידת המחקר תעסוק בליווי מחקרי של יוזמות בתחום הענישה, הסברת מדיניות הענישה לציבור; איסוף מידע ומחקר רלוונטי לקביעת מדיניות ענישה וגזרי דין, בחינת יעילותן של דרכי ענישה, הערכת עלות של דרכי ענישה ושיקום, ובחינה מחודשת של העונשים המרביים שבצד העבירות השונות הקבועות בחוק העונשין, תוך ניסיון להתאימם לעקרון ההלימה.

בנוסף, הוחלט לקבוע הוראת שעה בחקיקה, אשר תסמיך את בתי המשפט להמיר עונשי מאסר לתקופה של עד תשעה חודשים, בעבודות שירות (זאת, בשונה מהמצב החוקי דהיום, המאפשר לבית משפט לקבוע כי עונש מאסר ירוצה בעבודות שירות רק במידה ואינו עולה על שישה חודשים).

יובהר, כי מימוש רכיב זה מתוך החלטת הממשלה מחייב הליך של תיקון חקיקה ראשית. הצעת החוק ובה תיקון המאריך את התקופה משישה חודשים לתשעה חדשים מונח בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט, והיא ממתינה לתחילת הדיונים בוועדה להכנתה לקריאה שנייה ושלישית.

במטרה להקטין את שיעור העבריינות החוזרת בקרב בני נוער, הוטל על משרד הרווחה, הרשות לשיקום האסיר ומשרד האוצר לסכם את הקצאת המשאבים הנדרשת במסגרת תקציב המדינה לשנים 2017-2018, לצורך קידום פרויקטים שונים להפחתת עבריינות חוזרת בתחום הנוער והצעירים, והקמת מרכזי נוער אזוריים אשר יעסקו בבניית תכניות שיקום איכותיות בקהילה ובמתן סל שירותים מקצועיים. כל זאת, במטרה להגדיל את מספר המטופלים בתחום הנוער וכן בשיקום אוכלוסיות מורכבות המתאפיינות בשיעור עבריינות חוזרת גבוה.

בנוסף, הוטל על גורמים אלו לסכם את הקצאת המשאבים במסגרת תקציב 2017-2018 לשם מתן דיור הולם שיאפשר שהייה לטווח קצר ובינוני עבור נוער וצעירים שריצו עונש מאסר. לבסוף, הוטל על משרד המשפטים למנות מתאם בין-משרדי למניעת וצמצום עבריינות בקרב בני נוער.

18. מן המקובץ עד כה ניתן לגזור מספר מסקנות ביניים, שמן הראוי שילוו אותנו בהמשך דרכנו. ראשית, המדינה מכירה בכך שקיימת בעיה במישור צפיפות בתי הכלא והיא אינה מתנערת מחובתה ליתן לכך מענה. שנית, המדינה נוקטת בשנה האחרונה, לרבות בחודשים אלו ממש, בשורה ארוכה של פעולות להקטנת צפיפות בתי הכלא. שלישית, המדינה היתה קשובה להערות בית המשפט הנכבד לאורך ההליך, מתוך הבנת כובד ההכרעה והסוגיות שעומדות על הפרק, לצד הצורך בקידום פתרונות שייתרו את הצורך בהכרעה שיפוטית.

משאמרנו זאת, נקרב מבטנו לסעדים המבוקשים בעתירה.

#### מהותם וקשיותם של הסעדים המבוקשים בעתירה

19. הצו-על-תנאי שהתבקש והוצא בעתירה כולל שני ראשים. הראש הראשון של הצו-על-תנאי מנוסח כלפי המשיבים באופן הבא: "מדוע לא יבטיחו בתוך זמן סביר לכל אסיר ועצור [...] שטח מחיה הולם בתא וינקטו את הצעדים הבאים לשם כך: 1. קביעת שטח המחיה ההולם לאסיר. 2. הכנת תכנית שתקבע את דרכי הפעולה להשגת שטח מחיה הולם לאסיר. 3. קביעת לוח זמנים בטווח סביר למימוש תכנית שתקבע" [ההדגשות הוספו – הח"מ].

ואילו הראש השני של הצו-על-תנאי נוקט לשון ותוכן שונים, עת מתבקש סעד שיחייב את המשיבים לנקוט "באופן מיידי בצעדים הדרושים על מנת להבטיח לכל אסיר שטח מחיה של 4 מ"ר (ללא שטח השירותים והמקלחת)...".

20. עיינו הרואות, כי הראש הראשון של הצו-על-תנאי מנוסח באופן שכולל שני מושגי שסתום המייצרים קושי אינהרנטי:

ראשית, מישור הזמן שהוגדר בצו-על-תנאי לנקיטת פעולות המשיבים מוכפף למונחי סבירות, באופן שאינו מייצר מסד ברור ומשותף לתחמת שאלת פרק הזמן הסביר בנסיבות העניין; וממילא אינו מאפשר את חלוקתו לטווחי זמנים במונחים של "קצר", "בינוני" ו"ארוך".

שנית, הסעד המבוקש נוקט באמת מידה מהותית של "שטח מחיה **הולם**" בתא. ברי אפוא כי התיבה הלשונית האמורה מותירה מנעד רחב של אפשרויות פרשניות לתרגום מעשי של "סטנדרט" זה, ובהקשר זה עמדה המדינה בכתב תשובתה על כך שפעולותיה ממלאות אחר הסעד המבוקש (השטח ההולם נקבע בתקנות ונקטו פעולות על-ידי הממשלה להקטנת הצפיפות).

שלישית, ניכר כי בין הראש הראשון של הצו-על-תנאי לבין ראשו השני קיים מתח אימננטי; שכן בעוד הראש הראשון של הצו-על-תנאי נוקט בפרקי זמן "סבירים" ו"בשטח מחיה הולם בתא", אזי הראש השני של הצו-על-תנאי מבקש לקבוע כלל משפטי חדש, לפיו יובטח לכל אסיר שטח מחייה של 4 מטרים, **ללא** שטח השירותים והמקלחת, וזאת בפרק זמן **מיידי**.

21. אם הבנו זאת, נבקש לשוב להוראות החוק החולשות על עניינה של עתירה זו, ובפרט להוראת סעיף 3 לתיקון 42 הקובעת כדלקמן:

**"תקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010, כנוסחן ערב תחילתו של חוק זה, יראו אותן כאילו הותקנו לפי סעיף 11ב לפקודה, כנוסחו בסעיף 1 לחוק זה, ואין בתקנות שיותקנו לפי הסעיף האמור כדי לגרוע מתוקפן" [ההדגשות הוספו – הח"מ].**

ובהמשך, ראינו כי תקנה 8(ב) יצרה הוראת תחולה מפורשת לפיה:

**"תקנות משנה (ד), (ו) עד (ח) בתקנה 2, יחולו על מקומות מאסר שתכנון בנייתם החל לאחר יום התחילה, וככל הניתן גם על תכנון השיפוץ של מקומות מאסר קיימים" [ההדגשות הוספו – הח"מ].**

ולבסוף תקנה 2(ח) לתקנות – עליה חלה הוראת התחולה דלעיל – קובעת כי שטח המחיה לכל אסיר יעמוד על 4.5 מ"ר, כולל השירותים והמקלחת.

22. הנה-כי-כן, לפנינו עתירה חוקתית שהסעדים המבוקשים בה שקולים לסעדים שניתן לדמותם, על דרך המטפורה, לבניין בן שתי קומות.

בקומה הראשונה, מבוקש מבית המשפט הנכבד להורות על ביטול סעיף 3 לתיקון מס' 42, קרי ביטול הוראת חוק ראשית. כל זאת, הואיל וזו הוראת החוק הקולטת באופן ישיר את התקנות, לרבות הוראת התחולה הייחודית הקובעת הן את הסטנדרט ההולם לצפיפות והן את היקף תחולתו העתידי.

ואולם לא בכך מתמצים הסעדים המבוקשים בעתירה, שכן הסעדים המבוקשים בעתירה מכוונים גם לקביעת הוראת חוק חדשה, חלופית לזו שנקבעה בסעיף 3 לתיקון מס' 42. זוהי קומת הסעד השנייה, ובמסגרתה מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד (וראו לעניין זה את הראש השני של הצו-על-תנאי) לקבוע סטנדרט חדש לצפיפות וכן הוראת תחולה חדשה במישור הזמן.

23. ניכר, אם כן, כי הסעדים המבוקשים בעתירה לא נוסחו באופן המשקף את מהותם המשפטית המדויקת, ובהתאם גם הדיונים בפני בית המשפט הנכבד נשאו אופי שונה. בית המשפט הנכבד עמד בהקשרים שונים על המשקל שיש ליתן לנוסח הצו-על-תנאי בהליכים בבית המשפט הגבוה לצדק, ובהקשר זה נבקש להפנות לדבריה של כבי' השופטת (כתוארה אז) נאור, בדעת מיעוט, בבג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע (פורסם באתר הרשות השופטת, 22.6.11), כדלקמן:

"הכלל המחייב הוא אפוא כי בטרם מתקבלת עתירה בבית המשפט הגבוה לצדק יש להוציא צו על תנאי ולאפשר למשיב, אם רצונו בכך, להתנגד באמצעות תצהיר תשובה לעשיית הצו על תנאי, בעניינים בהם הוא עוסק, לצו מוחלט. ודוק: השאלות לגביהן ניתן צו על תנאי תוחמות את גדר הדיון.

"בית המשפט עשוי להעניק לעותר כל אחד מהצווים על-תנאי שאותם ביקש, או חלק מהם. לחלופין, עשוי בית המשפט לנסח את הצווים על-תנאי בעצמו (צו אחד או יותר). בדרך זו מגביל בית המשפט את המחלוקות בין בעלי הדין. בין שבית המשפט ניסח בעצמו את הצווים, ובין שהעניק את הצווים המבוקשים בגוף העתירה, הרי שמרגע שהוצאו הצווים על-תנאי יתנהל הדיון בגדרם של אותם צווים" (אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי - סדרי הדין והראיות בבג"צ 148-149 (טובה אולשטיין עורכת, 2010); כן ראו והשוו תקנה 7(6) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000).

24. אם התעכבנו על נקודה זו, אין זאת אלא כדי לחדד את קשיותם של הסעדים המבוקשים בעתירה.

25. אשר לקומת הסעד הראשונה, הרי שאין כל חידוש בסעד המבוקש במסגרתה. דא עקא, שדיון חוקתי בשאלת חוקתיות סעיף 3 לתיקון מס' 42 לא מוצה. כך, למשל, המדינה תטען כי לא ניתן למצות את הדיון בשאלת שטח המחיה המינימאלי הניתן לכל אסיר, במונחי הזכות לקיום אנושי מינימאלי בכבוד, מבלי להידרש לשאלת שטח המחיה האפקטיבי העומד לרשות האסיר הפלילי בעת תקופת ריצוי מאסרו. שטח מחיה אפקטיבי זה גדול לאין שיעור מזה המתוחם בתא הכליאה, שכן אסיר פלילי נתון שעות בלתי מבוטלות מדי יום בחצרות הטיולים, בספריית בית הסוהר, בתעסוקה, במפעלים היצרניים, בהכשרות מקצועיות, בפעילויות פנאי, חינוך, ועוד.

26. אשר לקומת הסעד השנייה, הרי שהיעתרות לסעד המבוקש בה, נושאת במהותה אופי של חקיקה שיפוטית. כלומר, לא רק ביטול תיקון סעיף 3 לתיקון 42, אלא חקיקת הסדר חלופי תחתיו בדרך פסיקתית.

חקיקה שיפוטית כגון זו, ודומה כי לכך מכוונים העותרים בראש השני של הצו-על-תנאי המבוקש על ידם (4 מטרים, ללא מקלחת ושירותים, באופן מידי), מעוררת קשיים דוקטרינריים משמעותיים. הלכה ידועה היא, כי בית המשפט הנכבד אינו מעניק סעד חוקתי המורה לכנסת לחוקק, וכי סעד כגון זה שמור לבית המחוקקים. בהקשר זה, ראו למשל, את פסק הדין בבג"ץ 129/13 אקסלרוד נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 26.1.14) שנסוב על היעדרו של הסדר להכרה בנישואים אזרחיים. וכך, נקבע בסעיף 2 לפסק דינם של הנשיא (בדימוס) גרוניס והמשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור:

"2. [...] אין חדש בעתירה דנא ביחס לעתירות הנזכרות. ברי, כי הפתרון לבעיה הקשה צריך לבוא על דרך חקיקה של הכנסת. ברם, אין בידי בית המשפט להורות למחוקק לחוקק חוק. קיים הבדל תהומי בין ביטולו של חוק בשל פגם חוקתי לבין ציווי על המחוקק להסדיר נושא כלשהו בחקיקה".

לפיכך, אפילו יקבע כי סעיף 3 לתיקון 42 - אשר יונק את הוראת התחולה הקבועה בתקנה 8(ב) לתקנות - אינו חוקתי, הרי שיש להשיב לכנסת את הסוגיה ולאפשר לה לקבוע הסדר חלופי. וראו בהקשר זה את קביעותיו של כב' השופט פוגלמן בבג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.14), בפסקה 195:

"195. התוצאה היא אפוא כי פרק ד' לחוק אינו חוקתי גם בשל מה שאין בו. חסר זה בחוק - היעדרה של מגבלת זמן לשהייה במרכז והיעדרן של עילות שחרור ממנו - אינו ניתן להשלמה על ידי בית משפט זה. בצדק מציין חברי בדונו בסעיף 30 לחוק כי אילו היינו קובעים אנו את תקופת המשמורת המרבית היינו נמצאים כמי ששמים עצמם בנעלי המחוקק, ואין זה תפקידנו כשופטים (פסקה 15 לחוות דעתו). נכון הדבר גם ביחס לפרק ד' לחוק. הסדר נורמטיבי שנועד לתכליות שהתיקון נועד להגשים, המאפשר שלילת חירות של אדם לתקופה של שלוש שנים (וזאת בהינתן מועד פקיעתה של הוראת השעה) - תקופה שהיא בלתי מידתית כשלעצמה - אינו חוקתי מהטעמים שהובהרו בפירוט בחוות דעתי. אין זה תפקידו של בית המשפט "לקצר" את תקופת השהייה שנקבעה על ידי המחוקק

הראשי או להוסיף לפרק ד' לחוק עילות שחרור כראות עיניו. במצב דברים זה – אין מנוס מביטולו המלא של ההסדר, באופן שיאפשר למחוקק, אם יחפוץ בכך, להביא תחתיו הסדר אחר הכולל תקופה מרבית מידתית להחזקה במרכז השהייה ועילות לשחרור ממנו". [ההדגשה הוספה – הח"מ]

27. עוד ידענו, כי מקום שבו בית המשפט שוקל האם וכיצד לקבוע נורמה חדשה באמצעות חקיקה שיפוטית, הרי שהוא מביא בחשבון את טיבה של הנורמה החדשה, מורכבותה בחיי המעשה, השלכותיה על תקציב המדינה, השתלבותה בסביבתה הנורמטיבית הקרובה לה, השפעותיה על הסדרים נורמטיביים אחרים; ועוד.

כך, למשל, נבקש להפנות - על דרך ההיקש - לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין מתן סעד חוקתי מסוג Reading In, שנועד להרחיב את ההסדר החוקי הקיים על מנת למנוע הפלייה. בית המשפט הנכבד קובע בענין זה, כי בטרם ישים עצמו בנעליה של הרשות המחוקקת, הרי ששומה עליו להתחשב במידת ההיתכנות האופרטיבית של השינוי המתבקש. לעניין זה, נפנה לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8300/02 נאסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.12), וכך קובעת הנשיאה (בדימוס) ביניש בפסק דינה:

"59. [...]

חשוב לציין כי בצד נכונות בתי המשפט בקגדה ובארצות הברית לעשות שימוש בדוקטרינת ההרחבה, הוצבו בצידה מספר סייגים להפעלתה. כך, למשל, נקבע כי בטרם יבחר בית המשפט בתרופה זו, עליו לתת דעתו לשאלות הבאות: מה מידת ההרחבה הנדרשת; האם הרחבת ההסדר פשוטה לביצוע (פרשת Schachter, עמ' 19-20); מה תהא עלותה (שם, עמ' 21); והאם ההרחבה מגשימה את כוונת המחוקק מבלי שתהא בה התערבות יתירה במרקם החקיקה (שם, 20-21)".

28. כמו-כן, נבקש לחדד טיעונינו בכל הקשור לתקדימיות הנלווית לסעד המבוקש ב"קומה השנייה", שכן העותרים מבקשים למעשה מבית המשפט הנכבד לקבוע באמצעות חקיקה שיפוטית את שטח המחיה המינימאלי לכל אסיר, וזאת לכאורה כנגזרת מכוח זכות לקיום אנושי בכבוד. זאת, בשונה למשל, מן הטענה כי אמצעי חקיקתי כלשהו פוגע בסטנדרט קיים שנקבע על ידי הממשלה והכנסת. עמד על הבחנה זו הנשיא (בדימוס) ברק בפסק הדין המפורסם בעניין קיצוץ קצבאות הבטחת ההכנסה, תוך שנקבע בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005):

"24. נמצא אפוא כי כל עוד לא עלה בידי המשיבים להראות אחרת, התיקונים שנערכו בחוק הבטחת הכנסה וסעיפים 7 ו-10 להחלטת הממשלה פוגעים פגיעה בלתי מידתית בזכות לקיום אנושי בכבוד. מהו אפוא הסעד החוקתי שלו זכאים העותרים? שאלה זו קשה היא. לבית משפט זה אין כלים העשויים לשמשו ב"תרגומה" של הזכות לקיום אנושי בכבוד לערכים מספריים. לא עוד אלא שדרך קביעת גובהה של גמלת הבטחת הכנסה

והתוויית הסדרים סוציאליים אחרים מערבים הכרעות ערכיות כמו גם הכרעות במומחיות: "...שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לו לשופט להיזהר מהפעלתם" (א' ברק שיקול דעת שיפוטי [45], בעמ' 255).

ברם מה שנכון באשר לבית המשפט אינו נכון באשר למשיבים. בית המשפט אינו מסוגל לקבוע ערך מספרי או כלי מדידה אחר שיש בו כדי להבטיח הגנה נאותה לזכות לקיום אנושי בכבוד. לכך מסוגלים המשיבים. זוהי חובתם. עליהם למלאה. אינני מבקש להביע כל עמדה באשר לאופן שבו יגשימו המשיבים חובתם זו. עומדת לפנייהם קשת רחבה של אפשרויות לגיטימיות. בצדק מציינים הם כי "ישנן דרכים רבות ומגוונות בהן יכולה מדינה לספק רשת מגן אחרונה לאלו הנזקקים לה. דרכים אלו, אופן חישובן וטיבן הן עניין הנתון לממשלה ולכנסת, בין היתר, מכיוון שלהן המידע המלא באשר למשאבים וליכולות המדינה, בנוסף כמובן לצרכיה השונים" (סעיף 12 לתגובה המשלימה מטעם המשיבים מיום 26.11.2003).

ער אני לקשיים שעליהם עמדו המשיבים, ובהרחבה יתרה, בדבר קביעת רף המינימום לקיום אנושי בכבוד, אשר נסיגה ממנו תיחזה כבלתי חוקתית. ברם אין לבלבל קושי מתודולוגי בחשיפת הרף לקיום אנושי בכבוד באמירה נורמטיבית כי רף כזה אינו קיים. ככל שאין מחלוקת – ואין מחלוקת – כי קיימים תנאי קיום מסוימים שנסיגה מהם פוגעת בזכות לקיום אנושי בכבוד, כי אז מוטלת על המשיבים החובה (החויבית) להקנות להם הגנה, והחובה (השלילית) להימנע מפגיעה בהם. חובה זו, על היבטה השלילי כמו גם על היבטה החיובי, אינה יכולה להיות מוגשמת אם אין יודעים מה הם תכניה.

מן האמור נובע כי על המשיבים מוטלת החובה לכלכל שינויים שהם מבקשים להכניס בהסדרים המשמשים בהבטחת הזכות לכבוד האדם באופן שיוסיף ויקנה הגנה ממשית לזכות זו, ובשים לב למעמדה הנורמטיבי. אכן, הזכות לקיום אנושי בכבוד זכות יסוד חוקתית היא. החובה לכבדה אינה מסתיימת בהצהרות חגיגיות. ההכרח להקנות לה הגנה אינו מתמצה באמירות עיוניות. אם נגרוס אחרת, כי אז נימצא מרוקנים את הזכות לקיום אנושי בכבוד מתוכן ממשי; כי אז תסוכל היכולת לקיים ביקורת שיפוטית על מעשי שלטון וחקיקה הפוגעים (כנטען) בזכות לקיום אנושי בכבוד".

29. הלכות אלו הולמות הן לענייננו, במיוחד לאור מורכבותה של השאלה העומדת על הפרק. שאלה זו ניצבת בטבורו של צומת דרכים המפגיש בין עולמות תוכן שונים מתחום המשפט, המוסר, הכלכלה והאדריכלות – אשר היכולת לאזן ביניהם מסורה באופן טבעי בידי הרשות המבצעת והמחוקקת.

30. כאן המקום לעצור ולהבהיר כי אין בדברים האמורים כדי להמעיט ולו במקצת מחובתה של המדינה להבטיח שטח מחיה הולם לאסירים. אסירים אינם מאבדים מכבודם כמלוא הנימה, ומחובתה של המדינה להבטיח ששטח המחיה יהיה הולם. ואכן, כעולה בפירוט רב מכתב התשובה, כך פועלת המדינה ולא בכדי הורה בית המשפט הנכבד לעותרים להבהיר האם עומדים הם על עתירתם לאחר הגשת כתב התשובה.

בצד זאת, הזכויות החוקתיות במשפטנו אינן מוחלטות אלא יחסיות. יחסיות זו משמיעה מתוכה פנימה את הצורך לאזן את הזכויות החוקתיות אל מול אינטרסים נוגדים וצרכי השעה, שלעיתים מקצצים בכנפי הזכות. סוד גלוי הוא כי רבות הן הסוגיות שהמדינה היתה חפצה בפתרון המלא, כאן ועכשיו.

כך באשר לצפיפות בבתי כלא מסוימים, כך באשר לצפיפות בתי החולים על מחלקותיהם השונות, כך בשירותי הרווחה שניתנים למוחלשות שבאוכלוסיותיה של החברה הישראלית, כך בכיתות הלימוד בבתי ספר, כך בעניין הרחבת סל התרופות שהינו מציל חיים – והרשימה עוד ארוכה.

אלא שתקציב לפתרון מידי, כאן ועכשיו, של כל הסוגיות לא ימצא – והמקרה שלפנינו מלמד היטב על הדילמה הנלווית לפועלה של צבת הזכויות והאינטרסים. ברי כי השלמת השינוי והפתרון תיארך זמן רב ותחייב הקצאת משאבים רבה, שלא כולה מצויה בעת הנוכחית.

בעניין אחרון זה, נשוב ונפנה למפורט בכתב התשובה, שם צוין כי על פי הערכת שירות בתי הסוהר, הבטחת שטח תא ממוצע של 4.5 מ"ר לכל אסיר, על אתר (בניגוד לאיזון שנקבע בתקנה 8(ב) לתקנות), תצריך בינוי מקומות כליאה חדשים בהיקף נרחב; ריווח מקומות כליאה קיימים, בהיקף כולל של כ- 9,000 מיטות כליאה, ובעלות כוללת המוערכת בתקציב חד פעמי של כ- 2.7 מילארד ₪, וכן משאבים נוספים להפעלה שוטפת.

ואין צורך להכביר מילים במשמעות הסטת תקציבים כה משמעותית, אשר יש בה כדי לפרום ולהרכיב מחדש את סדרי העדיפות הלאומיים, כפי שאלו משתקפים מהתקציב הדו-השנתי עליו החליטה הכנסת.

31. משהגענו עד הלום, יקשה השואל וישאל – כלום לא ניתן לפתור את בעיית צפיפות בתי הכלא, מושא העתירות, בדרכים אחרות, שאינן כרוכות בהסטת תקציבים כה משמעותית? התשובה לכך מורכבת, הרבה יותר מכפי שהיא נחזית לראשונה, והיא מחייבת פתרון רב-קודקודי, המשלב אמצעים שונים, כפי שפורט בכתב התשובה. נרחיב קמעא טיעוננו בנקודה זו.

### מורכבות השיקולים החולשים על ניהול מערך הכליאה

32. עוד בטרם נפנה לשיקולים החולשים על ניהול מערך הכליאה, נבקש להזכיר - כפי שפורט בכתב התשובה - כי ממדידה שערך מינהל התכנון בשירות בתי הסוהר **במהלך שנת 2013**, עולה כי שטח התא הממוצע בכלל שירות בתי הסוהר עומד על **3.16 מ"ר** בממוצע לאסיר.

כ-21% מהאסירים בכלל שירות בתי הסוהר מוחזקים בתאים בהם שטח התא הממוצע לאסיר עולה על 4.5 מ"ר; כ-18% מהאסירים מוחזקים בתאים בהם שטח התא הממוצע לאסיר נע בין 4 ל-4.5 מ"ר; כ-7% מהאסירים מוחזקים בתאים בהם שטח התא הממוצע לאסיר נע בין 3.5 ל-4 מ"ר; כ-13.5% מהאסירים מוחזקים בתאים בהם שטח התא הממוצע לאסיר נע בין 3 ל-3.5 מ"ר; וכ-40.5% מהאסירים מוחזקים בתאים בהם שטח התא הממוצע נמוך מ-3 מ"ר. יוער, כי מדידה כגון דא בכל רחבי שירות בתי הסוהר נערכת אחת לארבע שנים, ואורכת כשישה חודשים.

33. נתונים אלו מלמדים בברור על השונות הקיימת בצפיפות בתי הכלא, והדבר אף התחדד בדיון האחרון שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד, תוך שחלק מרכזי מן הדיון נסוב על הצורך במתן פתרון לקבוצת האסירים המוחזקים בתאים ששטחם הממוצע לאסיר נמוך מ-3 מ"ר.

בין יתר הפתרונות שהועלו במהלך הדיון על-ידי חברי המותב הנכבד, ניתן למנות, למשל, שינוי באופן שיבוץ האסירים וניודם בין מתקני כליאה צפופים יותר למתקני כליאה מרווחים יותר; שחרור מוקדם של אסירים ועל ידי כך הפחתת מספר האסירים הנתונים במתקני הכליאה ועוד. פתרונות מוצעים אלו נשקלו על-ידי המשיבים 1-2 אולם בפועל נמצאו כבלתי מתאימים, לאור השיקולים שימננו להלן.

**ראשית**, קיימת אבחנה בין רמות הביטחון של מתקני הכליאה (מירבי ובינוני). אבחנה יסודית זו מכתיבה את אופן שיבוצם של אסירים בהתאם לטיב העבירות, חומרתן ונסיבותיהן ובהתאם לרמת המסוכנות הנשקפת מן האסירים לציבור. אבחנה זו מגבילה מטבע הדברים את יכולת הניוד ועירוב האסירים בין כלל מתקני הכליאה השונים.

**שנית**, אסירים ביטחוניים מוחזקים בנפרד מאסירים פליליים בהתאם להוראות סעיפים 1.1 ו-4.4 א לפקודת נציבות 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים". אוכלוסיית האסירים הפליליים נחלקת אף היא למספר קבוצות: אסירים שפוטים, עצורים, קטינים ובגירים. ככלל, שפוטים מוחזקים בנפרד מעצורים, בהתאם להוראת סעיף 10(ב)(1) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: "פקודת בתי הסוהר"); אסירים אזרחיים מוחזקים בנפרד מאסירים פליליים, בהתאם להוראת סעיף 10(ב)(3) לפקודת בתי הסוהר; אסירים שנידונו לראשונה לריצוי עונש מאסר בפועל מוחזקים בנפרד מאסירים המרצים מאסר שני ואילך, בהתאם להוראת סעיף 10(ב)(4) לפקודת בתי הסוהר; וקטינים מוחזקים בנפרד מבגירים, בהתאם להוראות סעיפים 13 ו-34 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.

אף בתוך אוכלוסיית העצורים הפליליים קיימת חלוקה נוספת בין עצורים מנהליים ועצורים אחרים. גם כאן, נדרש בהתאם לדין להחזיק עצורים מנהליים בנפרד מאסירים ועצורים אחרים (סעיף 14 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979).

**שלישית**, אסירים פליליים מסווגים לתת קבוצות נוספות, כגון: אסירים טעוני הגנה, אסירים טעוני פיקוח ואסירי השגחה, המוגדרים ככאלו בשל סיכון לאובדנות. אסירים הנמנים עם תת קבוצות אלו מוחזקים, ככלל, באגפים נפרדים. חלוקה נוספת נעוזה בהחזקתם של אסירי הפרדה בהפרדת יחיד או בהפרדה אחרת (הפרדה זוגית), באגפים נפרדים.

**רביעית**, אסירים הנמנים על ארגוני פשיעה שונים לא יוחזקו ככלל ביחד, וזאת על רקע יריבויות וסכסוכים בין ארגוני פשיעה. הוא הדין במשפחות פשע וכיוצא בזאת.

**חמישית**, בכל רגע נתון, שירות בתי הסוהר מחויב להותיר עתודות כליאה פתוחות, שיאפשרו במקרה הצורך מתן מענה למבצעים משטרתיים או צבאיים רחבי היקף, שנלווים אליהם עצורים רבים. צורך זה קיים הן ביחס לעצורים פליליים ובטחוניים והן ביחס לעצורים מנהליים.

**שישית**, שירות בתי הסוהר נדרש להעניק מענה לאסירים שפוטם המצויים בהליכי טיפול, חינוך, שיקום, תעסוקה והכשרה מקצועית; כאשר מתקני הכליאה השונים נבדלים לעתים בשירותים האמורים הניתנים בהם. שונות זו מייצרת אף היא מגבלה ביחס לניוד פנימי של אסירים בין מתקני כליאה שונים במאפייניהם.

34. אל מול מורכבות זו, נוקטת המדינה במגוון רחב של אמצעים להקטנת צפיפות בתי הכלא, כפי שפורט בכתב התשובה. כפי שביקשנו לעדכן בפתח הודעת עדכון זו, המאמצים להשגת סיכום תקציבי כולל, כמפורט לעיל, נמשכו עד למועד כתיבת שורות אלו – ואף בכך יש כדי ללמד על החשיבות שמייחסת המדינה לנושא, כמו-גם על מורכבותו האדירה.

עוסקים אנו במארג של שיקולים משפטיים, לוגיסטיים, תכנוניים, ביטחוניים וכלכליים. האיזון בין כלל שיקולים אלו מסור בידי הממשלה, כמי שבידי משרדיה הידע המקצועי והיכולת לגבש את מדיניותה הכוללת בתחום הכליאה. מעשה מרקחה זה אינו חסין כמובן מפני ביקורת שיפוטית, אולם ככלל דומה כי התערבות בית המשפט הנכבד בבעיה רב-קודקדית תעשה במקרים קיצוניים בלבד. היטיב לבטא זאת כבי' השופט זמיר בבג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, (2001):

19" אפשר לחלק את הבעיות הבאות להכרעה במסגרת הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי לשני סוגים עיקריים: בסוג הראשון נכללות בעיות שניתן למקדן בהתמודדות בין שני גורמים מרכזיים: שתי נורמות או שני אינטרסים או שתי דרכים [...] בדרך-כלל בעיה מסוג זה צריכה תשובה של כן או לא, מותר או אסור, זה או זה, כך או כך. לכן אפשר לכנותה בעיה דו-קודקדית, משל יש לה שני ראשים שצריך לבחור ביניהם. זוהי בעיה טיפוסית לביקורת שיפוטית. ניתן להכריע בה באמצעות כלל משפטי, כגון נוסחת איזון הקובעת את היחס בין שתי הנורמות או בין

שני האינטרסים המתמודדים. ההכרעה בבעיה כזאת היא, על-פי רוב, תפקיד הולם לבית-משפט.

בסוג השני נכללות בעיות המורכבות ממספר ניכר של גורמים: נורמות, אינטרסים ודרכים. כל אחד מאלה ראוי להתחשבות בדרך לפתרון המתגבש, וצריך לקבל ביטוי בפתרון שיינתן. בעיה כזאת היא רב-קודקודית. [...]. בעיה מסוג זה לא ניתן לפתור בתשובה של כן או לא, מותר או אסור, זה או זה. לכן גם קשה מאוד, ואולי אף אי אפשר, לפתור אותה באמצעות כלל משפטי או בנוסחת איזון. כדי לפתור אותה צריך להכין תכנית שתהיה מורכבת מן האינטרסים המעורבים בבעיה, כל אחד לפי מהותו ומשקלו, מעשה פסיפס. זהו תפקיד מובהק לרשות מנהלית, שיש לה התמחות וכלים הנדרשים לפתרון הבעיה, והיא יכולה לפעול באופן גמיש, תוך התייעצות ותיאום בין הגורמים המעורבים בעניין. זה אינו תפקיד הולם לבית-משפט" [ההדגשות הוספו – הח"מ].

על הלכה זו חזר ושנה בית המשפט הנכבד במספר רב של הזדמנויות, תוך שהוא שב ומדגיש את מתחם שיקול הדעת הרחב העומד לממשלה ולכנסת בגיבוש מדיניותה לפתרון בעיות רב-קודקודיות; ובהתאמה את הריסון הרב שמפעיל בית המשפט הנכבד בביקורתו השיפוטית על מדיניות מסוג זה. כך, למשל, קבעה כבי' השופטת (כתוארה אז) נאור בבג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 9.6.11) (להלן: עניין פורום הערים העצמאיות):

3" הבעיות שנידונו בפני המינהל כעולה מן העתירות שלפנינו הן בעיות רב-קודקודיות, כפי הביטוי היפה שטבע בזמנו השופט זמיר (בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 644-645 (2001); וראו עוד: בג"ץ 3677/09 איגוד שמאי ביטוח ישראל נ' המפקח על ביטוח ושוק ההון (פורסם בנבו), 7.12.2010)). כבכל מקרה של בעיות רב-קודקודיות המצריכות הכרעות מורכבות ואיזון בין אינטרסים שונים, היקף ההתערבות של בית משפט זה בהחלטות הרשות המוסמכת, הוא מצומצם. אין פתרון קסם כזה או אחר לבעיות שסקרה חברתי השופטת ארבל, בהקשרים שונים – אפשר כך ואפשר אחרת" [ההדגשות הוספו – הח"מ].

35. קביעות אלו הולמות הן במיוחד לאור מורכבות מערך הכליאה במדינת ישראל, בהשוואה לנעשה בחלק ממדינות העולם אליהן נשאו העותרים עיניהם. כך, למשל, בין הפתרונות שהוצעו על-ידי העותרים במסגרת הראש השני של הצו-על-תנאי נמנו גם שחרור אסירים, קביעת חלופות מאסר שונות וכיוצא באלה פתרונות שאולי ננקטו בעולם ושענינם בצמצום אוכלוסיית האסירים.

פתרונות מן הסוג האמור אינם יכולים להוות פתרון מהיר לסעד השני שהתבקש על-ידי העותרים, בין היתר, לנוכח העובדה כי 36 אחוז מכלל האסירים המוחזקים במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר הם אסירים ביטחוניים. אסירים אלו נמנים עם הקבוצה בה ממוצע השטח לכל אסיר הוא מתחת ל-3 מ"ר. ביתס לקבוצה זו, הפתרון חייב להיות שונה מפתרונות שהומלצו כגון: הקטנת מספר הכלואים, מציאת חלופות ענישה, שחרור מוקדם וכיוצא בזאת; ועל כן הוא מצוי ברובו בתחום הגדלת שטח המחיה באמצעות בינוי או שיפוץ המתקנים הקיימים.

לפיכך, ואף שבחינה השוואתית של הנעשה בעולם, מהווה מקור השראה לניתוח ההסדרים המדינתיים, הרי שהיא חייבת להיעשות בזהירות, תוך התחשבות בנסיבות הייחודיות של מערכת המשפט הלוקלית.

בית המשפט הנכבד הבהיר זאת לא אחת, תוך הדגשת שונות מרחב התמרון החוקתי הפרטיקולארי, הנובע מן הנסיבות וההסדרים הנורמטיביים הייחודיים למדינת ישראל. יפה לענייננו זה קביעתה של הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, (פורסם בנבו, 29.8.11):

"כאמור, אפשר שראוי היה, למרות הנטל הכבד הכרוך בהשוואת מעמד המדינה לגופים אחרים, להחיל עליה אותם כללים, כפי שנהוג בשיטות משפט שונות המוכרות לנו. העותרים אף היפנו לדין החל במדינות שונות לפיו מתאפשרת בהן הגשת תובענות ייצוגיות נגד המדינה. כאמור, יתכן שיש בכך משום הסדר רצוי בהתחשב ביתרונות התובענה הייצוגית. לצד זאת, יש לזכור כי אל מול החשיבות שבלימוד מן המשפט ההשוואתי "כל מוסד משפטי הוא חלק מסביבתו החברתית, ויש לקיימו על רקע מכלול ההסדרים המשפטיים והחברתיים שבהם הוא צמח (פרשת א.ש.ת., עמ' 271; אהרן ברק מידתיות במשפט 512-511 (2010))" [שם, פסקה 36; ההדגשה הוספה]

עוד הבהיר בית המשפט הנכבד, לא אחת, כי אף שראוי להיעזר במשפט המשווה וללמוד ממנו השראה, אזי למחוקק הישראלי נתון מרחב תמרון חוקתי פרטיקולארי, הנובע מן הנסיבות וההסדרים הנורמטיביים הייחודיים למדינת ישראל. יפה לענייננו זה קביעתה של הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, (פורסם בנבו, 29.8.11):

"כאמור, אפשר שראוי היה, למרות הנטל הכבד הכרוך בהשוואת מעמד המדינה לגופים אחרים, להחיל עליה אותם כללים, כפי שנהוג בשיטות משפט שונות המוכרות לנו. העותרים אף היפנו לדין החל במדינות שונות לפיו מתאפשרת בהן הגשת תובענות ייצוגיות נגד המדינה. כאמור, יתכן שיש בכך משום הסדר רצוי בהתחשב ביתרונות התובענה הייצוגית. לצד זאת, יש לזכור כי אל מול החשיבות שבלימוד מן המשפט ההשוואתי "כל מוסד משפטי הוא חלק מסביבתו החברתית, ויש לקיימו על רקע מכלול ההסדרים המשפטיים והחברתיים שבהם הוא צמח" (פרשת א.ש.ת., עמ' 271; אהרן ברק מידתיות במשפט 512-511 (2010)). ברם, כאמור, השאלה הטעונה הכרעה בעתירות שלפנינו אינה עוסקת בתבונת החוק אלא אם קיימת עילת התערבות חוקתית." [שם, פסקה 36; ההדגשה הוספה]

כך על דרך הכלל, מקום בו בוחן בית המשפט הנכבד את שאלת חוקתיותו של הסדר חקיקתי פרטיקולארי, וכך בפרט כאשר שוקל בית המשפט הנכבד ליתן סעד שבמהותו מהווה חקיקה שיפוטית בתחום מורכב כגון זה שלפנינו.

סיכום

36. הודעת עדכון זו שמה לעצמה מספר מטרות.

ראשית, ובכך העיקר, להציג בפני בית המשפט הנכבד את מאמצי המדינה להציג מענה הולם להערותיו באשר לצורך במתן פתרון לבעיית צפיפות בתי כלא שונים, בטווח הזמן הקצר והבינוני. בכך עסק חלקה הראשון של ההודעה.

שנית, לעמוד על מהותם המדויקת של הסעדים שהתבקשו בעתירה במישור הדיון החוקתי, במטרה לחדד ולדייק את מרחב הדיון המשפטי.

שלישית, להציג בפני בית המשפט הנכבד את מורכבות ניהול מערך הכליאה בישראל, תוך התייחסות למורכבות השיקולים העומדים על הפרק ומדוע פתרונות השוואתיים שנחזים להיות רלוונטיים אינם מתאימים בהכרח - בתנאי הארץ ותושביה - לחלק לא מבוטל מאוכלוסיית הכלואים בישראל.

37. העובדות המפורטות בהודעה זו, בסעיפים 7, 15 (פסקה ראשונה), 17 (עד סוף עמוד 6), 30 (פסקה אחרונה), 32, 33, 35 (פסקה שניה) ו-36 (פסקה ראשונה), נתמכות בתצהירו של ראש אגף המטה בשירות בתי הסוהר, גונדר אילן מלכא, בשם המשיב 2.

רון רוזנברג, עו"ד  
סגן בכיר במפקליסות המדינה

היום, ו' בניסן תשע"ז  
02 באפריל 2017