



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4252/17

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט י' אלרון

העותרים: 1. חה"כ ד"ר יוסף ג'בארין
2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי בישראל

נ ג ד

המשיבים: 1. הכנסת
2. שירות בתי הסוהר
3. השר לביטחון פנים

עתירה למתן צו על-תנאי

בשם העותרים: עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד מונא חדאד

בשם המשיבה 1: עו"ד אביטל סומפולינסקי

בשם המשיבים 2-3: עו"ד אבי מיליקובסקי; עו"ד הדס ערון

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. עתירה זו מכוונת כלפי הגבלת האפשרויות של חברי הכנסת לבקר אסירים ביטחוניים, בכלל זה את האסיר הביטחוני מרואן ברגותי.

2. ברקע להגשת העתירה עומדת החלטת ועדת הכנסת מיום 20.12.2016 שבמסגרתה נקבע, כי יאסר על חברי כנסת לבקר אסירים ביטחוניים, זאת בעקבות פרשת ח"כ (לשעבר) באסל גטאס מהרשימה המשותפת, אשר נחשד (ומאז הואשם והורשע) בהברחת טלפונים ניידים ומסרים כתובים למחבלים הכלואים בישראל. עוד נקבע בהחלטה, כי יו"ר הכנסת, יו"ר ועדת הכנסת ויו"ר הוועדה לענייני ביקורת המדינה יוכלו

לבחור מספר בעלי תפקידים מקרב חברי הכנסת – קואליציה ואופוזיציה – שלהם תינתן הרשאה לקיים ביקורים אצל אסירים ביטחוניים. בהתאם להחלטה זו, הודיע השר לביטחון הפנים בהחלטתו מיום 4.5.2017, כי ארבעת חברי הכנסת אשר יורשו לבקר אסירים ביטחוניים בבתי הסוהר הם: רוברט אילטוב, מאיר כהן, בצלאל סמוטריץ' ואוסאמה סעדי. החלטתה של ועדת הכנסת, עוגנה במסגרת סעיף 5(א) לפקודת נציבות בתי הסוהר 03.13.00 "מפגש של חבר כנסת עם אסירים בבית-הסוהר" (להלן: פקודת הנציבות): "חברי הכנסת אשר יורשו להיפגש עם אסיר/ים ביטחוניים על מנת להבטיח פיקוח פרלמנטרי נאות על תנאי כליאתם, יהיו מקרב בעלי התפקידים מבין חברי הכנסת לגביהם הוחלט כי יורשו לבקר אסיר/ים ביטחוניים. רשימה כאמור תומצא לנציבות בתי הסוהר על ידי השר לבטחון הפנים, לאחר תיאום עם יושב ראש הכנסת". בהמשך, נערך בפקודת הנציבות עדכון נוסף, ובמסגרתו נקבעו הגבלות נוספות אשר יוטלו על ביקורי אסירים ביטחוניים. בכלל אותן הגבלות, הוראת סעיף 5(ז): "המפגשים בין חברי הכנסת כאמור בסעיף קטן א' לעיל, לבין אסיר/ים ביטחוניים, ייעשו בליווי סגל בית הסוהר". בעטיין של ההחלטות האמורות, נדחו מספר בקשות שהגיש העותר 1, ח"כ ד"ר ג'בארין, לבקר את האסיר מרואן ברגותי. משנדחו בקשותיו, הוגשה העתירה שלפנינו.

3. בעתירתם טוענים העותרים, כי דחיית בקשת ח"כ ג'בארין לבקר את האסיר ברגותי, כמו גם אסירים ביטחוניים אחרים, "מהווה פגיעה קשה בחסינותו כחבר כנסת לנוע בחופשיות בתחומי המדינה, זכות המעוגנת בסעיף 9 לחוק חסינות חברי כנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951. בנוסף, הסירוב הינו פגיעה בזכות לפעול בחופשיות ובעצמאות במסגרת מילוי תפקידו ולצורך קיומה של ביקורת פרלמנטרית" (פסקה 4 לעתירה). בייחוד אמורים הדברים, שעה שאותם אסירים שובתים רעב, והפיקוח על הנעשה במתקני הכליאה נחוץ אז, ביתר שאת. בעתירתם, תוקפים העותרים הן את החלטת ועדת הכנסת מיום 20.12.2016, הן את עיגונה במסגרת פקודת הנציבות. לגישתם, החלטות אלו עומדות בסתירה להוראת סעיף 9(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן: חוק החסינות או החוק), הוראה אשר מעגנת את זכותם של חברי הכנסת לנוע בחופשיות בשטחי מדינת ישראל. העותרים גורסים, כי לא יתכן שפקודת הנציבות המהווה 'הנחיה מנהלית', תגביל את זכויותיו של חבר כנסת, כאשר זכויות אלו הוענקו לו בחקיקה ראשית. עוד טוענים העותרים, כי אין בסיס חוקי לכך שהשר לביטחון הפנים הוא אשר יקבע מיהם חברי הכנסת המורשים לבקר אסירים ביטחוניים. לדבריהם, "ככל שהרשות המבצעת היא שתתחיל לקבוע לפי שיקול דעתה המוחלט מי מבין חברי הפרלמנט רשאי לבקר אסירים, נפגע עקרון הפרדת הרשויות, כאשר חוק החסינות מבקש להבטיח עצמאות לפרלמנט ולחבריו מפני התערבות בקביעת סדרי עבודתם של חברי הכנסת" (פסקה 20 לעתירה). הוראה זו מפרה לשיטתם את השוויון שבין חברי הכנסת: "כמו חשיבות עקרון 'לכל אחד קול אחד' בהצבעה בכנסת, כך גם לעניין יתר זכויותיהם של חברי

הכנסת, ביניהם הזכות לחופש התנועה, להם הם זכאים באופן שווה" (פסקה 45 לעתירה). עוד טוענים העותרים נגד ההוראה שנקבעה במסגרת סעיף 5(ז) לפקודת הנציבות, ולפיה המפגשים שבין חברי הכנסת, לבין האסירים הביטחוניים, יערכו בליווי שב"ס. לגישתם, "יש בהגבלה זו, יחד עם כל העדכון של הסעיף, בכדי להצביע בהכרח כי יכולתם של חברי כנסת לבצע ביקורת פרלמנטרית בעניין תנאי כליאתם של האסירים הביטחוניים מתאינת" (פסקה 28 לעתירה). לבסוף נטען, כי ההחלטות האמורות מביאות לפגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם של חברי הכנסת, ובייחוד בזכויותיהם של חברי הכנסת הערבים "אשר נוהגים לבקר אצל אסירים ביטחוניים, שכן לא נעשית בדיקה פרטנית לגבי כל מקרה ומקרה, שהינו אמצעי הנתון בידי המשיבים ושפגיעתו פחותה" (פסקה 53 לעתירה).

4. ביום 28.5.2019 הוגשה תגובה מקדמית מטעם הכנסת ובמסגרתה נטען, כי להחלטה שנתקבלה בוועדת הכנסת אין כל תוקף מחייב כלפי הממשלה, אלא מעמד הצהרתי בלבד. בשל כך, אותה החלטה איננה נתונה לביקורת שיפוטית, ואין מקום להכריז על בטלותה. הכנסת גורסת, כי החלטותיהם של השר לביטחון הפנים ונציבות שב"ס נתקבלו מכוח הפעלת שיקול דעתם, ולא מכוחה של החלטת ועדת הכנסת. עוד צויין, כי ביום 16.5.2017 פנה ח"כ בצלאל סמוטריץ' ליו"ר הכנסת, וביקש לבטל את החלטת ועדת הכנסת. לדברי ח"כ סמוטריץ', "מקרי שוליים שבהם חברי כנסת עושים שימוש לרעה בחסינותם לא מצדיקים בשום אופן את הגבלת החסינות והצרת מרחב הפעולה של כלל חברי הכנסת" (פסקה 14 למכתבו).

5. תגובה מקדמית מאת שב"ס והשר לביטחון הפנים (להלן: המשיבים 2-3) הוגשה ביום 30.5.2017, ובמסגרתה ניתנה התייחסות הן לבקשה הפרטנית לבקר את האסיר ברגותי, הן לטענות הכלליות שהועלו ביחס לחוקיות ההחלטות שניתנו על-ידי ועדת הכנסת והשר לביטחון הפנים. אשר לבקשה הפרטנית נטען, כי יש לדחותה על הסף, נוכח סעד חלופי בדמות הגשתה של עתירת אסיר. בכל הנוגע לטענות הכלליות שעלו בעתירה נטען, כי בהתאם להלכה שנקבעה בבג"ץ 8102/03 ח"כ זהבה גלאון נ' שר הביטחון (20.1.2011) (להלן: עניין גלאון), בית הסוהר מסווג כ'רשות היחיד', ומשכך לא מוקנה לחבר כנסת חופש תנועה בלתי מוגבל בשטחו. המשיבים 2-3 הדגישו, כי נוכח סד הזמנים הדחוק, ובשל העובדה שאין דחיפות מיוחדת בעתירה, התייחסותם לטענות הכלליות – הובאה בתמצית.

6. בדיון שהתקיים ביום 21.12.2017 התחדדה השאלה שעומדת בלב המחלוקת שבין הצדדים – ישומו של סעיף 9(א) לחוק החסינות, סעיף אשר במסגרתו עוגנה זכותם של חברי הכנסת לנוע בחופשיות ברחבי המדינה, מכוח חסינותם: "שום הוראה האוסרת או המגבילה את הגישה לכל מקום במדינה, שאינו רשות היחיד, לא תחול על חבר הכנסת,

אלא אם היה האיטור או ההגבלה מטעמים של בטחון המדינה או של סוד צבאי". העותרים מזה, והמשיבים 2-3 מזה, הציגו עמדות שונות באשר לסיווגו של בית הסוהר. לגישת העותרים, בית הסוהר עונה להגדרת 'רשות הרבים', שכן "ענייננו במקום אשר לציבור האנשים קיימת זכות גישה אליו – מציבור עורכי הדין המבקשים לבקר את האסירים, לבני המשפחות של האסירים המבקשים לבקר את יקיריהם, לכלל חברי הכנסת המבקרים אסירים פליליים" (פסקה 9 לתגובת העותרים מיום 12.2.2018). לפיכך הם סבורים, כי לחברי הכנסת נתונה הרשות לנוע בין כתלי בית הסוהר בחופשיות. מנגד טוענים המשיבים 2-3, כי בית הסוהר עונה להגדרת 'רשות היחיד', "שכן לקהל כולו, ואף לחלק ממנו, אין 'זכות' להיכנס אליו" (פסקה 8 להודעה המשלימה מטעם משיבים 2-3, מיום 17.1.2018). בעמדתם הסתמכו, בין היתר, על עניין גלאון, אשר במסגרתו אימץ בית המשפט את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה "אין בהוראת סעיף 9 לחוק חסינות חברי הכנסת כדי להצביע על כוונה לאפשר לחבר כנסת כניסה למתקן משטרתי או למתקן כליאה". בהתאם לאמור, סבורים המשיבים 2-3, כי הוראת סעיף 9(א) לחוק, אינה מאפשרת לחברי כנסת, להיכנס ללא הגבלה לבתי הסוהר.

7. בהודעתו המשלימה מיום 24.1.2018, הביע היועץ המשפטי לכנסת עמדה ממצעת. לדידו, מחד גיסא, אין לאפשר תנועה בלתי-מוגבלת של חברי הכנסת בבתי הסוהר; מאידך גיסא, יש לאפשר להם למלא את תפקידם, לפקח באופן נאות על שירות בתי הסוהר, ועל הנעשה במתקניו. לפיכך הודיע, כי בכוונתו "לבוא בדברים עם גורמי הממשלה הרלוונטיים על מנת לנסות ולהגיע להסדר מאוזן שיביא בחשבון את השיקולים הביטחוניים והמערכתיים הנוגעים לעניין מחד גיסא, ואת החובה לאפשר פיקוח פרלמנטרי נאות, מאידך גיסא" (פסקה 10 להודעתו המשלימה). בשל הנכונות שהביע היועץ המשפטי לכנסת לבוא בדברים עם נציגי הרשות המבצעת, ולנסות לגבש הסדר מאוזן, קבעו בהחלטתנו מיום 26.2.2018, כי ב"כ המשיבים יגישו הודעת עדכון לגבי התפתחויות כאמור.

8. מאז שניתנה ההחלטה המורה למשיבים למסור עדכון מטעמם, הוגשו על-ידי המשיבים 2-3, מספר בקשות להארכת מועד, ובמסגרתן עדכנו על ישיבות רבות שנערכו לצורך גיבוש ההסדר. כך, בבקשה מיום 7.6.2018 צויין, כי "בעניינים נשוא העתירה התקיימה ישיבה בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-חוקתי) בהשתתפות כלל גורמי המדינה הרלוונטיים, ובעקבותיה עודם מתקיימים מגעים בין גורמי המדינה הרלוונטיים". בבקשת ארכה נוספת מיום 12.7.2018, עדכנו המשיבים 2-3 על פניית השר לביטחון הפנים ליו"ר הכנסת, בבקשה לקבל את עמדתו בסוגיה שעל הפרק. כמו כן, עדכנו המשיבים 2-3 על אודות ישיבה רבת משתתפים שהתקיימה ובחנה את הדברים.

9. לאחר ישיבות רבות והתייעצויות שעסקו בנושא אצל המשיבים, ואשר בהן נכחו הגורמים הצריכים לעניין, הוגשה ביום 18.1.2019 הודעה מעדכנת מטעם המשיבים 3-2, ובמסגרתה הוצג המתווה שגובש. מתווה זה כולל התייחסות לשני סוגי ביקורים: האחד – ביקור חבר כנסת במתקן כליאה לצורך מפגש עם אסיר ביטחוני מסוים (להלן: ביקור פרטני); השני – ביקור כללי של חבר כנסת במתקן כליאה (להלן: ביקור כללי). במתווה מוצע, כי ביקור פרטני, "יתאפשר לנציג אחד מכל סיעה מסיעות הכנסת, לגביו החליטה הסיעה לעניין זה, כי הוא נציגה. ביקור כאמור יתקיים בכפוף להגשת פניה בנדון, ולשיקול דעת פרטני שיופעל על ידי הגורם המוסמך". ביקור כללי לעומת זאת, יהיה פתוח לכלל חברי הכנסת, בכפוף להגשת פניה מראש, ובהתאם לשיקול דעת של הגורמים המוסמכים לכך. אשר לאופן שבו יפוקחו המפגשים, הובהר "כי כל מפגש של חבר כנסת במתקן כליאה עם אסיר ביטחוני (בין אם במסלול הראשון, ובין באופן אגבי במסגרת המסלול השני), יתקיים בדרך של פיקוח על התנהלות המפגש, באופן שנוכחותו/ליוויו של איש הסגל מטעם שירות בתי הסוהר, תאפשר לו התערבות במידת הצורך". צוין, כי המתווה המוצע יעוגן במסגרת סעיף 5 לפקודת הנציבות.

10. ביום 23.1.2019 התקיים דיון לפנינו, במסגרתו חזרו הצדדים על טענותיהם באשר לפרשנותו של סעיף 9(א) לחוק החסינות – אלה בכה, ואלה בכה. כמו כן, חזר ב"כ העותרים על טענתו לפיה, ההחלטה להגדיר נציג אחד מכל סיעה שיהיה מורשה לבקר אסירים ביטחוניים, היא החלטה שרירותית. לדבריו, על-פי הפסיקה, כל חבר כנסת משמש כיחידה עצמאית, והניסיון להתייחס לסיעה כ'מקשה אחת' – שגוי. באת-כוח הכנסת גרסה, כי המתווה החדש שהוצע על-ידי הממשלה, טוב יותר מן ההצעות שהוצעו קודם לכן. אך לצד זאת, ישנם שני קשיים שמוסיפים להתקיים גם במתווה המוצע: האחד – התייחסות המתווה לסיעה כישות אחת; השני – פיקוח שב"ס על ביקורו של חבר הכנסת בבית הסוהר. פיקוח זה, לשיטת הכנסת, "יכול לעורר בעיות במובן חסינות חבר כנסת". בא-כוח המשיבים 3-2 חזר על המתווה המוצע, והסביר שהוא מאזן אל-נכון בין השיקולים השונים: השיקול הביטחוני מחד גיסא, אל מול הצורך בפיקוח פרלמנטרי נאות, מאידך גיסא. אשר לאופן שבו יפוקח הביקור על-ידי שב"ס, הסביר בא-כוח המשיבים 3-2, כי סוגיה זו טרם הוסדרה באופן מלא. לאחר שמיעת טענות הצדדים, קבענו: "המתווה המתגבש להסדרת סוגיית ביקור חברי כנסת אצל אסירים בטחוניים, טוב מקודמו, אך עדיין כמסתבר מדברים שנאמרו בדיון אתמול, ישנן כמה שאלות פתוחות שטעוונות דיון והכרעה אצל המשיבים 2 ו-3 בטרם ניתן יהיה לעגן את המתווה כתיקון לסעיף 5 לפקודת נציבות בתי הסוהר מס' 03.13.00. הודעת עדכון מטעם המשיבים 2 ו-3 תוגש אפוא בתוך 90 ימים".

11. בהגיע המועד שנקבע להגשת הודעת העדכון (2.5.2019), הגישו ב"כ המשיבים 3-2 בקשה למתן ארכה, ובמסגרתה עדכנו על אודות הפעולות שנקטה הממשלה מאז שנערך הדיון השני בעתירה: "בעקבות הדיון, נדרשו הגורמים הרלוונטיים – הן אצל המשיבים 3-2 והן במשרד המשפטים – לסוגיה שטעונו דיון והכרעה כאמור; כחלק מכך, בין היתר, הוכנה חוות דעת משפטית מפורטת מטעם המשיבים 3-2, ולאחר מכן נבחנו הדברים על ידי כלל גורמי ייעוץ וחקיקה הרלוונטיים. כל זאת, במסגרת שיח לליבון הדברים בין גורמי המדינה הרלוונטיים בדרג המשפטי, המקצועי והמיניסטרילי, אשר החל כידוע עוד בשלבים קודמים של ההליך, ולובן בעקבות ההערות שהועלו בדיון. כעת, משהושלמה בחינת הסוגיה על-ידי כלל הגורמים הרלוונטיים, צפויה הסוגיה לעלות להכרעה סופית של היועץ המשפטי לממשלה". ביום 3.6.2019 הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המשיבים 3-2, ובמסגרתה נמסר כי היועץ המשפטי לממשלה בחן את המתווה המוצע ואישר אותו. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, המתווה המוצע מאזן אל-נכון בין שיקולי ביטחון המדינה והשמירה על הסדר בבית הסוהר מחד גיסא, לבין הצורך בסיוע לחברי הכנסת במילוי תפקידם הפרלמנטרי מאידך גיסא. היועץ המשפטי לממשלה נתן דעתו, בין היתר, על האופן שבו יבוצע הפיקוח על המפגשים וקבע, "כי אין מניעה שפגישה של חבר כנסת עם אסיר ביטחוני, בהתאם למסלול הראשון תתנהל תחת פיקוח על התנהלות המפגש, באופן שנוכחותו של הגורם המפקח תאפשר לו התערבות במידת הצורך. הקשבה לשיח כאמור תתאפשר במצבים מיוחדים, אם הדבר מתחייב לנוכח שיקולים ביטחוניים ממשיים המצדיקים זאת. נציב שירות בתי הסוהר יקבע בפקודה הוראות לעניין הפיקוח, בשים לב לאמור לעיל". בהודעתם חזרו המשיבים 3-2 על עמדתם, כי דין העתירה להידחות, ולחלופין להימחק, שכן לאור המתווה המוצע והתיקון הצפוי בפקודת הנציבות, הסעדים שנתבקשו בעתירה אינם רלבנטיים עוד.

12. ביום 21.6.2019 ביקשו העותרים והיועץ המשפטי לכנסת להגיש תגובות משלימות מטעמם להודעת העדכון שהגישו המשיבים 3-2; ובהחלטה מיום 23.6.2019 הותר להם להגיש את תגובותיהם. בתגובתם המשלימה מיום 2.7.2019 טענו העותרים, כי בהודעת העדכון מטעם המשיבים 3-2, אין כל חדש, כשהלכה למעשה הם מוסיפים להתעלם מקשיים שהועלו במסגרת הדיון. העותרים גורסים, כי המתווה המוצע "בלתי חוקתי ולא חוקי [...] הפוגע במעמדו של חברי הכנסת מבלי להישען על חקיקה מפורשת וברורה".

13. בתגובה משלימה מטעם היועץ המשפטי לכנסת נטען, כי "המתווה המעודכן אינו נותן את המשקל הראוי לתפקיד חברי הכנסת כמפקחים על הרשות המבצעת, ועל כן יש לערוך בו שינויים נוספים" (פסקה 4). לעמדתו, קיים קושי בכך שהמתווה המוצע מונע ממרבית חברי הכנסת להיפגש באופן בלתי אמצעי עם אסירים ביטחוניים, להתוודע מקרוב

למצבם, ולעמוד על תנאי כליאתם. כמו כן, על-פי המתווה המוצע, הביקורים יבוצעו בליווי פיקוח הדוק של שב"ס, ומידת האפקטיביות של הביקורים – תיפגע. היועץ המשפטי לכנסת הדגיש, כי בניגוד לעמדת העותרים, לגישתו, "ניתן להבין את הצורך בהטלת מגבלות על מפגשים כאמור [...] ואולם, הגבלות אלה צריכות להיות מידתיות ולתת את המשקל הראוי לחובתה של הרשות המבצעת לאפשר לחברי הכנסת למלא את תפקידם" (פסקה 5). לשיטתו, המתווה המוצע כיום, איננו מידתי, שכן הוא אינו מגביל את פעילותם של חברי הכנסת, אלא מונע מרובם את האפשרות לפקח על הנעשה בקרב האסירים הביטחוניים. עוד טוען היועץ המשפטי לכנסת, כי ההחלטה אינה מבוססת על נתונים עובדתיים, שכן כמות המפגשים שעורכים חברי הכנסת אצל אסירים ביטחוניים, פחותה בהרבה מזו הנערכת בקרב אסירים פליליים. מכאן, שביקורי חברי הכנסת הנערכים אצל אסירים ביטחוניים אינם יוצרים "הכבדה יתרה על רשויות בתי הסוהר". לבסוף, הדגיש היועץ המשפטי לכנסת, כי אין תקדים לפיקוח פרלמנטרי במודל סיעתי. פעילותם של חברי הכנסת במסגרת סיעות, נוגעת בעיקרה להתנהלות הפנימית של הכנסת, לא לפיקוח על פעילותה של הרשות המבצעת. היועץ המשפטי לכנסת מוסיף, כי אין זה ברור מדוע על-פי המתווה המוצע כלל הסיעות זוכות לייצוג זהה, תוך התעלמות מגודלה של הסיעה. נוכח כל האמור לעיל, "עמדת היועץ המשפטי לכנסת היא כי נדרש לערוך שינויים נוספים בהסדר המוצע".

14. ביום 4.2.2020, הגישו המשיבים 2-3 את התייחסותם לתגובתו המשלימה של היועץ המשפטי לכנסת. תחילה ציינו, כי בדיון שהתקיים ביום 23.1.2019, הציעו נציגיהם שבית המשפט יעיין בעמדה החסויה של גורמי הביטחון, "ואולם בסופו של דבר בית המשפט הנכבד לא עיין בעמדה זו, לאור כך שהעותרים סירבו לתת לכך את הסכמתם". לעמדת המשיבים 2-3, סירובם של העותרים – מקים חזקה שהמתווה התקבל כדין, על בסיס אותו חומר חסוי. אשר לטענת היועץ המשפטי לכנסת, לפיה נשללת ממרבית חברי הכנסת האפשרות לפקח על הנעשה בבתי הסוהר הביטחוניים, טוענים המשיבים 2-3 כי טענה זו אינה נכונה. לדבריהם, על-פי המסלול הראשון במתווה – ביקור פרלמנטרי כללי – רשאים כלל חברי הכנסת לפקוד את בתי הסוהר הביטחוניים, בכפוף להגשת בקשה מתאימה. המשיבים 2-3 חזרו והבהירו, כי היה ובמהלך הביקור הכללי, יקרה בדרכו של חבר הכנסת אסיר ביטחוני מסוים – יתאפשר המפגש הפרטני ביניהם, "בדרך של פיקוח על התנהלות המפגש". הודגש, כי גם היועץ המשפטי לכנסת "אינו כופר [...] בצורך להטיל מגבלות מיוחדות על מפגשים של חברי כנסת עם אסירים ביטחוניים" (פסקה 16), אלא שהוא מציע מגבלות שונות מאלה שהציעו המשיבים 2-3. דא עקא, "בחירת המגבלות הספציפיות שנועדו להגשים את צורכי הביטחון ולאזן בינם לבין השיקולים האחרים המתנגשים בענייננו, היא פרוגרטיבה הנתונה לגורמי הרשות המבצעת" (שם). לפיכך,

טוענים המשיבים 2-3, כי משנתקבלה על-ידי היועץ המשפטי לכנסת העמדה העקרונית, לפיה יש צורך בהטלת הגבלות על המפגשים, ומשאותן הגבלות אינן חורגות ממתחם המידתיות – אין מקום להתערבות שיפוטית. המשיבים 2-3 מוסיפים, כי פרטי המתווה מגשימים את תכליתו, שכן צמצום הביקורים הפרטניים – יפחית את הסיכון הביטחוני האינהרנטי שנשקף מן המפגש בין אסירים ביטחוניים, לבין גורמי חוץ.

דיון והכרעה

15. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים מזה ומזה, אלו שבכתב ואלו שבעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה, כי דין העתירה להידחות. בדיונים שהתקיימו לפנינו התחוור, כי אין מקום להוסיף ולדון בטענות הפרטניות שהועלו בעתירה, שכן קיים להם, לעותרים, סעד חלופי בדמות הגשת 'עתירת אסיר' פרטנית. במהלך הדיונים תהינו, אם הסעד המבוקש בעתירה עולה בקנה אחד עם רצונו של האסיר מרואן ברגותי, שכן הבקשה לא הגיעה מצדו, ודעתו בעניין כלל לא נשמעה. אין לעותרים אפוא זכות עמידה במה שנוגע לאסיר ברגותי. ככל שיחפוץ בכך, ואם תהיה לו עילה לעשות כן, יוכל ברגותי להגיש כאמור עתירת אסיר פרטנית בבית המשפט לעניינים מינהליים. נוכח האמור, השאלה שנתרה להכרעתנו, היא שאלת חוקיותו של המתווה שהוצע על-ידי המשיבים 2-3, בעניין ביקורי חברי כנסת אצל אסירים ביטחוניים.

16. במסגרת סעיף 9(א) לחוק החסינות, נקבעה כאמור זכותם של חברי הכנסת להתהלך בכל מקום במדינה, אלא שזכותם זו סויגה למקומות שאינם רשות היחיד. חופש התנועה של חברי הכנסת, תחום אפוא ל'רשות הרבים' לבדה. הצדדים לעתירה נחלקו בשאלה, אם בתי הסוהר מסווגים כ'רשות הרבים', או שמא כ'רשות היחיד'. שאלה זו כבר נדונה והוכרעה על-ידי בית משפט זה, במסגרת עניין גלאון. באותה פרשה קבע בית המשפט, כי בית הסוהר מוגדר כ'רשות היחיד', וממילא גישת חברי הכנסת אליו – מוגבלת. בקביעותיו אלו, נסמך בית המשפט על הנחייתו המפורטת של היועץ המשפטי לממשלה לגבי היקף הזכויות המוקנות לחבר כנסת מכוח סעיף 9 לחוק. בהנחיה זו נקבע, כי "סעיף 9 בא להבטיח כי מעשי המינהל, המסייג כניסת קהל למקום, מתנה אותו בתנאים וכיו"ב – לא יחולו על חבר הכנסת, היינו כל עוד יכול אפילו חלק מן הקהל לגשת למקום מסויים, חלקו של חבר הכנסת תמיד עמו. לשון אחרת, סעיף 9 שולל זכותן של רשויות השלטון לקבוע איסורים והגבלות שיחולו על חבר כנסת (פרט לאיסור וההגבלה הבטחוני והצבאי, כאמור בסעיף). אם הנך בא להגביל את תנועת הקהל במקום מסויים בשל אירוע... הרי אין דבר זה חל על חבר הכנסת; מקום אליו רשאי חלק מהציבור להגיע, יכול גם הוא להגיע. אולם אין הסעיף בא להקנות זכויות כניסה למקום אליו שום 'חלק מן הציבור' אינו זכאי להיכנס" ("חסינות חברי הכנסת" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.406, 5-6 (תשל"ג)).

אשר לבתי סוהר נקבע בהנחיה, כי "אין בסעיף 9 לחוק חסינות חברי הכנסת כדי להצביע

על כוונה לאפשר לחבר כנסת כניסה למתקן משטרתי או למתקן כליאה". הנה כי כן, בית משפט זה כבר ישב על המדוכה בסוגיה זו, והכריע כי בתי הסוהר באים בכלל 'רשות היחיד', ומשכך – ההרשאה הניתנת לחברי הכנסת במסגרת סעיף 9(א) לחוק החסינות, אינה מאפשרת להם כניסה בלתי מוגבלת לבתי הסוהר. כפי שיפורט להלן, לא מצאתי טעם המצדיק לשנות מאותה הלכה.

17. הגדרה מפורשת למונח 'רשות הרבים', מצויה בהוראת סעיף 1 לחוק שמירת הנקיון, התשמ"ד-1984: "רשות הרבים" – כל מקום שהציבור רשאי להשתמש בו או לעבור בו או שהציבור משתמש בו עובר בו למעשה". לכאורה, 'רק' בשמירת הנקיון עסקינן, אך השכל הישר מורה כי ניכרים דברי טעם ואמת בהגדרה זו, גם מעבר לחוק שמירת הנקיון. בתי הסוהר לסוגיהם, אינם חוסים תחת הגדרה זו. הציבור אינו מורשה להלך בבתי הסוהר בחופשיות, ללא קבלת אישור מקדים; הציבור גם איננו נוהג כך למעשה. רשות הרבים היא מקום שהציבור מהלך בו בחופשיות. "אי זו היא רשות הרבים? מדברות ועיירות ושווקים ודרכים המפולשין להן" (משנה תורה, שבת, פרק יד, הלכה א). בתי הסוהר, על-פי טבעם, הם מקומות שהתנועה בהם מוגבלת. הם מוקפים חומה גבוהה, דלתיים ובריא; השמירה בהם מוקפדת, ממילא הציבור אינו מהלך בהם כבתוך שלו. שב"ס הוא המוציא והמביא, לו מסור שיקול הדעת לבחון מי יבוא בשעריהם, ואימתי. משחופש התנועה בבתי הסוהר תחום ומוגבל כל כך, לא נוכל לסווגם כ'רשות הרבים'. בהקשר אחר, החדרת כלבי נחיה לתחומי בית הסוהר, נדרש השופט (דאז) י' זמיר לסווג את שטחו של בית הסוהר, וכך אמר: "חוק איסור הפליית עיוורים המלווים בכלבי נחיה, תשנ"ג-1993, קובע בסעיף 3(א) כך: 'לא תוגבל זכותו של עיוור להיכנס למקום ציבורי ולהשתמש בכל מתקן המצוי בו, ולא תוגבל זכותו להשתמש בתחבורה ציבורית, בשל היותו מלווה בכלב נחיה'. סעיף 1 לחוק מגדיר 'מקום ציבורי' לאמור: 'כל מקום הפתוח לקהל הרחב, לרבות משרדי הממשלה והשלטון המקומי, בתי מלון, אכסניות, מתקני קמפינג, מסעדות, בתי קפה, תיאטרון, קולנוע, אולמות ומתקני ספורט'. בית סוהר אינו נמנה עם המקומות המפורטים בהגדרה. אמנם ההגדרה באה לרבות ולא למצות, וכך אפשר שגם מקום אחר, אשר אינו נמנה עם המקומות המפורטים בהגדרה ייחשב מקום ציבורי. עם זאת, פירוט המקומות בהגדרה נותן תמונה כללית על סוג המקומות שהיו לנגד עיני המחוקק. כל המקומות האלה פתוחים לכל אדם לבוא ולצאת כרצונו, לצורך שהות קצרה, ולא לצורך מגורים במשך שנים. האם בית סוהר נמנה על סוג זה של מקומות? וגם אם נתעלם לחלוטין מפירוט המקומות, 'מקום ציבורי' חייב להיות, על-פי ההגדרה, 'מקום הפתוח לקהל הרחב'. וכי יש מקום סגור יותר מבית סוהר? אכן, בהתחשב בתכלית החוק, יש מקום לפרשנות מרחיבה. אולם גם לפרשנות מרחיבה יש גבול. פרשנות האומרת כי בית סוהר הוא מקום פתוח לקהל הרחב עוברת את הגבול" (עע"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 5-6 (1998)). נוכח האמור לעיל, סבורני כי אין מקום לסטות מן ההלכה שנקבעה בעניין גלאון. בתי הסוהר 'רשות היחיד' המה,

חסינותם של חברי הכנסת איננה משתרעת עליהם. כניסת חברי הכנסת למתקני הכליאה, מותנית אפוא באישור שב"ס ובפיקוחו.

18. יחד עם זאת, אין להתעלם מן העובדה שבית הסוהר, על-פי טבעו, רחוק מעינו הפקוחה של הציבור, ובשל כך גובר הצורך בפיקוח פרלמנטרי אפקטיבי על המתרחש והנעשה בתוכו. אשר על כן, ככלל, המדיניות אשר ננקטת על-ידי שב"ס כלפי ביקורי חברי הכנסת במתקני הכליאה – מרחיבה למדי, כך צריך שיהיה, והלכה למעשה שב"ס כמעט ולא מצר את צעדיהם של חברי הכנסת בעת ביקוריהם בבתי הסוהר. כך למשל, נקבע בסעיף 1 לפקודת הנציבות: "חבר כנסת רשאי מכוח תפקידו להיפגש עם אסירים ועצורים וזאת בתנאים ובמגבלות שיפורטו בפקודה זו [...] לחבר כנסת המבקר בבתי הסוהר, יוגש מלוא הסיוע תוך הקפדה על מילוי הנחיות פקודה זו". שונה המצב ביחס לאסירים ביטחוניים אשר בנוגע אליהם הטילה פקודת הנציבות מגבלות נוספות מעבר לאלו שנקבעו לגבי אסירים פליליים. כאשר, כפי שתואר לעיל בהרחבה, בעקבות אירוע ח"כ (לשעבר) באסל גטאס, תוקנה פקודת הנציבות, המגבלות שהוטלו על ביקורי אסירים ביטחוניים הורחבו עוד יותר, נקבע מתווה אשר מצמצם באופן משמעותי את היקף חברי הכנסת הרשאים לבקר אצל האסירים הביטחוניים, והודקה מידת הפיקוח על ביקוריהם.

19. השתלשלות העניינים העובדתית אשר תוארה לעיל מלמדת, כי תהפוכות רבות עברו על נוסח המתווה מאז שניתנו החלטותיהם של ועדת הכנסת והשר לביטחון הפנים, ועד אשר היגענו הלום. בית משפט זה נתן את 'חסותו' לתהליך, על מנת לדרכן את קידומו. המתווה המוצע כעת, גובש לאחר ישיבות והתייעצויות מרובות שבהן השתתפו אנשי המקצוע הרלבנטיים. במהלך אותן ישיבות הושקעה מחשבה רבה בשאלה, כיצד נכון יהיה לאזן בין השיקולים השונים הניצבים אלו מול אלו. כך, שמן העבר האחד יתאפשר לחברי הכנסת לפקח על עבודת הרשות המבצעת בצורה נאותה, ומן העבר האחר תובטח שמירה על הצרכים הביטחוניים במתקני הכליאה. הדברים לובנו ונתבררו בשום שכל ובדעת נבונה על-ידי נציגי הממשלה אשר באו בדברים עם נציגי הכנסת, גם קולם של העותרים נשמע, ולאחר שהוחלפו נוסחים שונים, הוצע לבסוף המתווה שהוצג על-ידי המשיבים 2-3. מתווה זה נבחן על-ידי היועץ המשפטי לממשלה וקיבל את אישורו.

20. משנוכחנו לדעת, כי המתווה המוצע גובש לאחר עבודת הכנה מעמיקה ויסודית, תוך שיתוף כל גורמי המקצוע הרלבנטיים, ושקילת מכלול השיקולים הצריכים לעניין, וכשהפועל היוצא – המתווה – הולם, לא מצאתי כי קיימת עילה מבוררת המצדיקה את התערבותנו. כאמור, אין לחברי הכנסת זכות מוקנית לפקוד את בתי הסוהר כל אימת שירצו וללא כל הגבלה. תפיסה זו מוסכמת, הן על היועץ המשפטי לכנסת, הן על המשיבים 2-3. אכן, בין היועץ המשפטי לכנסת, לבין המשיבים 2-3, נתגלעו אי-אלו

מחלוקות בשאלת ההגבלות שיוטלו, ומינון, אלא שבהקשר זה מקובלת עלי עמדת המשיבים 2-3, כי שב"ס הוא אשר הופקד על ניהול בתי הסוהר, ולו האחריות על הנעשה בהם. ממילא, הוענקה לו הסמכות לשקול את שיקוליו הפנימיים, ולקבוע מיהם הרשאים להיכנס אל תחומי בית הסוהר, אימתי, ולמשך כמה זמן. יתכן שניתן היה להגיע למתווה טוב יותר מזה שמונח לפנינו כעת. אולם, בביקורת על החלטה מנהלית עסקינן, לפיכך לא נבוא בנעלי הרשות המנהלית, ולא ניטול את סמכויותיה. יפים לעניין זה, דברים שהשמיע הנשיא (דאז) א' ברק: "האחריות על ניהול בית הסוהר מוטלת על נציב בתי הסוהר. בית המשפט אינו מנהל את בתי הסוהר. הביקורת השיפוטית היא ביקורת חוקיות החלטת הנציב. בית המשפט אינו שואל עצמו כיצד היה הוא – אילו הוטל עליו תפקיד הנציב – נוהג בעניין. בית המשפט שואל עצמו אם החלטת הנציב היא סבירה..." (רע"ב 2529/97 מדינת ישראל נ' אוזן, פסקה 4 (21.4.1997)). משאלו הם פני הדברים, אין מניעה כי הנוסח שהובא לפנינו, יעוגן בפקודת הנציבות. זאת ועוד: כשיים לב לסירוב העותרים לעיון בית המשפט בחומר החסוי, קמה חזקה, שלא נסתרה, כי המתווה הנדון, שבבסיסו איזונים בין השיקולים המתנגשים, מבוסס כדין על עמדתם החסויה של גורמי הביטחון, כך או כך, לא קמה עילה להתערבותנו.

21. למעלה מן הצורך אעיר, בהתייחס לטענות שהועלו ביחס למידת הפיקוח על ביקורי חברי הכנסת, כי בנסיבות, מידת הפיקוח שנקבעה ביחס לביקורי חברי הכנסת – הולמת. עיון בהוראת סעיף 45(ב) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 מעלה, כי פגישתו של אסיר עם עורך דינו, תעשה "באופן המאפשר פיקוח על תנועותיו של האסיר". הוראה זו אשר מתייחסת הן לאסיר 'רגיל', הן לאסיר ביטחוני, מגבילה את זכותו המעין-חוקתית של אסיר להיוועץ עם עורך דינו (ראו והשוו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2006)). דומני, כי אם זכותו של אסיר להיוועץ בעורך דינו הוגבלה והוכפפה לפיקוחו של שב"ס חרף מעמדה, הרי שגם ביקורי חברי הכנסת יכולים להעשות בכפוף לביקורתם ולפיקוחם של נציגי שב"ס.

22. לא למותר לציין, כי יש טעם בדבריו של היועץ המשפטי לכנסת, על כך שעל-פי המתווה המוצע, ניתן משקל זהה לכלל הסיעות, ללא קשר לגודלן. אך דומה, כי תשובת המשיבים 2-3 לעניין זה – מקהה במידת מה את הקושי, שכן המסלול הראשון המוצע במתווה, פתוח לכלל חברי הכנסת, ובנסיבות מסוימות, יכול ובמסגרתו יתרחשו אף מפגשים פרטניים בין חברי כנסת, לבין אסירים בטחוניים. יתרה מכך, זאת נזכור, הכנסת היא בית המחוקקים – הידע והכלים הנדרשים לצורך שינוי בחקיקה – נתונים לה, והסמכות – לעשות כטוב בעיניה.

23. אציע אפוא לחברי לדחות את העתירה, ובנסיבות העניין לא לעשות צו להוצאות.

24. בהתייחס לחוות דעתו של חברי השופט ג' קרא: לשיטתו, לא נפל פגם בסבירותו של ההליך, באופן שבו נתקבלה החלטת השר לביטחון הפנים לתקן את פקודת הנציבות, להגביל את ביקורי חברי הכנסת אצל האסירים הביטחוניים. לדבריו, "השיקולים שנשקלו בקבלת ההחלטה על שינוי המדיניות הם שיקולים רלוונטיים וענייניים". מחלוקתנו נתחמה אפוא לשאלה, אם המשיבים 2-3 העריכו נכונה את המשקל שיש ליתן לכל אחד מן האינטרסים שניצבים על כפות המאזנים. לעמדת חברי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה, שכן המשקל שניתן לזכות הפיקוח הנתונה לחברי הכנסת – הוערך בחסר; השיקול הביטחוני – בִּיתר. דעתי שונה. נימקתיה לעיל. משנחה דעתנו כי לא נפל פגם בדרך קבלת ההחלטה המנהלית, ומשעסקינן בהחלטתו של דרג נבחר – השר לביטחון הפנים, שוב אין אנו נדרשים לבחון את סבירותה התוכנית-מהותית של ההחלטה, להעריך ולאמוד את שיקוליה ומידותיה (על ההבחנה בין סבירות הליכית לסבירות מהותית, ראו, יואב דותן "שני מושגים של סבירות" 1997 שמגר (חלק א) 417, 426 (אהרן ברק ואחרים עורכים, התשס"ג)).

25. כפי שהראה חברי השופט קרא, הוסמך השר לביטחון הפנים לאשר לנציב שב"ס, להוציא "הוראות כלליות שיקבעו עקרונות לעניין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה" (סעיף 80א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971). בענייננו, בעקבות מעשה שהיה, החליט השר לביטחון הפנים כי נדרש שינוי במדיניות הנוגעת לביקורי חברי כנסת בבתי הסוהר הביטחוניים. לשם כך, גובש מתווה אשר יסדיר סוגיה זו. במהלך גיבוש המתווה נדרש השר למכלול השיקולים והאינטרסים הצריכים לעניין, ונתן לכל אחד מהם את המשקל, שלשיטתו, ראוי לו. משעשה כן, בשקילה, ללא משוא פנים, אין הצדקה מצידנו לבכר איזון אחר על פני האיזון שעשה השר. הכרעה בדבר המידה והמשקל שיש להעניק לכל אחד מן האינטרסים המתרוצצים לפנינו, הריהי הכרעה ערכית בעיקרה. אין מדובר בשאלות שבפתרון ישנו יתרון לבית משפט זה, על פני הדרג הנבחר. במקרים מסוימים גילה המחוקק דעתו, כי ערך מסוים עולה בחשיבותו על ערכים אחרים, והעניק לו מעמד שונה. אולם, לבד מאותם מקרים שנתפרשו בכתובים, ככלל אין סיפק בידי הכלים השיפוטיים שברשותנו ליתן מענה לשאלת מעמדם של ערכים המתגושים ביניהם.

26. יתרון של ממש נודע להכרעתו של דרג נבחר בשאלות של מדיניות, באיזון בין ערכים: "אין לבית המשפט מנדט להתערב בהכרעות עקרוניות שנעשו על ידי גופים המייצגים

והאחראים בפני הציבור. קביעת המדיניות הציבורית נעשית על ידי עימות הכוחות והאינטרסים של קבוצות שונות בחברה (דרך ההליך הדמוקרטי), ולא על ידי גזירת פתרונות מתוך עקרונות מקדמיים מופשטים. לכן, כאשר בית המשפט מתערב בהכרעות של הרשות המבצעת – שאינן חורגות מתחום ההסמכה החקיקתית – נוצרה סכנה של פגיעה בעקרון הייצוג והאחריות בפני הציבור, כמו גם בעקרון הפרדת הרשויות (יואב דותן הנחיות מינהליות 515 (1996)).

27. יתרה מזאת. דומה כי גם אם על דרך הכלל, מלאכת האיזון והשקילה היתה מסורה בידי בית המשפט, הרי שבעניין דנן לא קיימת אפשרות לעשות כן. כאמור, העותרים סירבו לכך שנקיים דיון במעמד צד אחד, אשר במסגרתו נוכל להיחשף למידע המודיעיני החסוי שנאסף. בנסיבות אלו, על סמך מה נוכל לקבוע כי השיקול הביטחוני נאמד ביתר, בעוד ששיקולים אחרים נאמדו בחסר? משנשללה מאיתנו האפשרות לעמוד על הצרכים הביטחוניים הצריכים לעניין, סבורני, כי אין בידינו, גם אם נרצה בכך, לעמוד על משקלם של האינטרסים השונים ולהכריע ביניהם. לא נסתרה אפוא חזקת תקינות המעשה המינהלי, שבגדרו נשקלו כדבעי השיקולים הצריכים לעניין.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

במוקד העתירה סוגיית מפגשים של חברי כנסת עם אסירים ביטחוניים במתקני כליאה, כחלק מהפיקוח הפרלמנטרי על רשויות בתי הסוהר.

העובדות

1. עד שנת 2017, כל חברי הכנסת היו זכאים להיפגש עם אסירים במתקני כליאה, כאשר ההסדר לגבי מפגש של חבר כנסת (להלן: ח"כ) עם אסיר פלילי ומפגש של ח"כ עם אסיר ביטחוני היה זהה בעיקרו (להלן: מדיניות המפגשים הקודמת).

בהחלטה מיום 20.12.2016, הביעה ועדת הכנסת את עמדתה, לפיה יש לאסור ביקורים של חברי כנסת אצל אסירים ביטחוניים משיקולים ביטחוניים; כי ביקורים אצל אסירים ביטחוניים אינם חוסים תחת חסינותם וזכויותיהם של חברי הכנסת בשל הפגיעה שעלולה להיגרם לביטחון המדינה; וכי יש למנות מספר מצומצם של חברי כנסת שהם

בלבד יוכלו לקיים ביקורים אצל אסירים ביטחוניים כדי להבטיח פיקוח פרלמנטרי נאות על תנאי כליאתם. ההחלטה התקבלה על רקע פרשת ח"כ (דאז) באסל גטאס מ"הרשימה המשותפת", אשר ניצל לרעה את חסינותו והחדיר טלפונים ניידים לאסירים ביטחוניים בכלא ואשר הורשע בכך על פי הודאתו.

מדיניות המפגשים הקודמת שונתה בשנת 2017, עת תוקנה פקודת נציבות בתי הסוהר 03.13.00 "מפגש של חבר כנסת עם אסירים בבית-סוהר" (להלן: פקודת הנציבות), באופן שמנע כמעט לחלוטין את האפשרות של חברי כנסת להיפגש עם אסירים ביטחוניים. התיקון להוראת סעיף 5 לפקודת הנציבות עיגן את מדיניות השר לביטחון פנים, ש"גובתה" במסקנות ועדת הכנסת מיום 22.12.2016, כי יש למנוע כניסתם של חברי כנסת לבתי כלא לצורך ביקור אסירים ביטחוניים, למעט ארבעה חברי כנסת שזהותם נקבעה על ידי השר בתיאום עם יו"ר הכנסת, יו"ר ועדת הכנסת ויו"ר הוועדה לביקורת המדינה של הכנסת. אותם ארבעה חברי כנסת יורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים, וזאת כדי לאפשר פיקוח פרלמנטרי על תנאי כליאתם. משמעות התיקון לפקודת הנציבות היא שהרוב המוחלט של חברי הכנסת אינם מורשים, באופן גורף, להיפגש עם אסירים ביטחוניים. תיקון זה גם קבע מגבלות על הביקור בבתי הסוהר של ארבעת חברי הכנסת שהורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים, כך שהמפגשים ייעשו בליווי סגל בית הסוהר. השר לביטחון פנים נסמך על החלטת ועדת הכנסת הנ"ל וביום 4.5.2017, הודיע לנציבת שירות בתי הסוהר (להלן: שב"ט) מיהם ארבעת חברי הכנסת שיורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים. בכנסת ה-20, רשימה זו מנתה ארבעה חברי כנסת – שניים מהקואליציה ושניים מהאופוזיציה.

2. העתירה נסבה על סירוב (נציבות) שירות בתי הסוהר לאשר לח"כ ג'בארין, העותר 1 (להלן: העותר), לבקר את האסיר הביטחוני מרוואן ברגותי. הכניסה לבית הכלא לשם מפגש עם האסיר הביטחוני נמנעה מהעותר מכוח הוראת סעיף 5 לפקודת הנציבות.

בעתירה התבקשו מספר סעדים: סעד "פרטני" לאפשר לעותר להיפגש עם האסיר ברגותי וסעדים כלליים של ביטול החלטת ועדת הכנסת מיום 20.12.2016 וכן ביטולו של סעיף 5 לפקודת הנציבות בהיותו נוגד את סעיף 9(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן: חוק החסינות) המקנה לחברי כנסת, לטענת העותרים, חופש תנועה, ומשום שהוראת סעיף 5 בנוסחה לאחר התיקון איננה מאפשרת לחברי הכנסת לבצע את תפקידם ולפקח על הרשות המבצעת (במקרה זה, שירות בתי הסוהר) בהיותה גורפת, שרירותית ובלתי מידתית. נטען, כי הוראה זו פוגעת בשוויון בין חברי הכנסת, מבלי שנעשית בדיקה אינדיבידואלית.

3. התגובה המקדמית מטעם המשיבה 1 (להלן: הכנסת) מיום 28.5.2017, הבהירה כי החלטות ועדת הכנסת ב"כובעה" כמפקחת על פעולות הממשלה ושלא במסגרת הליכי חקיקה – הן החלטות הצהרתיות-דקלרטיביות, אשר אין להן תוקף משפטי מחייב. בתגובה המקדמית מטעם המשיבים 2 ו-3 (להלן: המשיבים או המדינה) מיום 30.5.2017, הובהר כי קיים סעד חלופי של הגשת עתירת אסיר לבית המשפט המחוזי.

4. בית המשפט קיים שני דיונים בעתירה. הדיון הראשון, שהתקיים ביום 21.12.2017, התמקד בתחולתו של סעיף 9(א) לחוק החסינות על הסוגייה ובשאלה הפרשנית האם מתקן כליאה הוא "רשות הרבים" או "רשות היחיד".

5. בהודעה משלימה מטעם המשיבים מיום 17.1.2018, נטען כי לפי פרשנות בית המשפט לסעיף 9(א) לחוק החסינות, החוק אינו מקנה לחבר כנסת "זכות" גישה או כניסה למתקן כליאה וכי אף היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) פירש את הוראת הסעיף כך ופרשנות זו התקבלה על ידי בית המשפט בבג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987) (להלן: עניין מיעארי) ובבג"ץ 8102/03 ח"כ גלאון נ' שר הביטחון, פס' 32 (20.1.2011) (להלן: עניין גלאון). זאת, מאחר שמתקן כליאה אינו בגדר "רשות הרבים", כמשמעות התיבה בחוק החסינות. נטען, כי דין העתירה להידחות.

6. לעמדת היועץ המשפטי לכנסת, כמפורט בהודעה משלימה מטעמו מיום 24.1.2018, גם אם סעיף 9(א) לחוק החסינות חל על כניסת חברי כנסת לכלא, הוא אינו מקנה לחברי הכנסת זכות בלתי מוגבלת להיכנס לבתי כלא לצורך ביקור אסירים בכלל, ואסירים ביטחוניים בפרט. עם זאת, בין מכוח הוראת סעיף 9(א) לחוק החסינות ובין מכוח זכותם וחובתם של חברי הכנסת לפקח על הרשות המבצעת ובכלל זה על שירות בתי הסוהר, יש לקבוע הסדר לגבי ביקור חברי כנסת אצל אסירים ביטחוניים. על הסדר זה לאזן כראוי בין השיקולים הביטחוניים הנוגעים לעניין ושיקולים מערכתיים נוספים, לבין הצורך לאפשר לחברי הכנסת למלא את תפקידם ולאפשר פיקוח פרלמנטרי. לעמדת היועץ המשפטי לכנסת, ספק אם ההסדר הקבוע בסעיף 5 לפקודת הנציבות כפי שתוקן במאי 2017 – משקף איזון כאמור ולכן יש בכוונת היועץ המשפטי לכנסת לבוא בדברים עם הממשלה כדי להגיע להסדר מאוזן.

7. בהודעה מעדכנת מטעם המשיבים מיום 20.1.2019, נכתב כי בכוונת המשיבים לשנות את המתכונת הקיימת הקבועה בסעיף 5 לפקודת הנציבות ביחס לביקורי חברי הכנסת במסגרת תפקידם אצל אסירים ביטחוניים (להלן: המתווה המעודכן או המתווה המוצע), דבר המייתר את העתירה. זאת, באמצעות תיקון לסעיף 5 לפקודת הנציבות אשר יעגן את המתווה המוצע על ידי המשיבים. המתווה המוצע כולל שני מסלולים: המסלול הראשון מסדיר ביקור של חבר כנסת במתקן כליאה לצורך מפגש עם אסיר ביטחוני מסוים (בכפוף להגשת פנייה ולשיקול דעת פרטני של שב"ס) (להלן: המסלול הפרטני). ביקורים כאלו יתאפשרו לנציג אחד בלבד מכל סיעה מסיעות הכנסת (שהסיעה תבחר) (להלן: ח"כ נציג הסיעה), תוך פיקוח על התנהלות המפגש, באופן שנוכחות הגורם המפקח (איש סגל מטעם שירות בתי הסוהר) תאפשר לו התערבות, במידת הצורך.

המסלול השני מסדיר ביקור פרלמנטרי כללי של חבר כנסת במתקן כליאה (להלן: מסלול הביקור הכללי) ומיועד לבקרה על תנאי הכליאה של כלל האסירים במתקני הכליאה. לכלל חברי הכנסת יתאפשר לקיים ביקור כללי (בכפוף להגשת פנייה ולשיקול דעת פרטני של שב"ס). כל מפגש של חבר כנסת במתקן כליאה עם אסיר ביטחוני באופן אגבי במסגרת הביקור הכללי, יתקיים בדרך של פיקוח על התנהלות המפגש באופן שנוכחות או ליווי איש הסגל מטעם שירות בתי הסוהר, יאפשרו לו התערבות במידת הצורך.

יתר על כן, המפגש של חברי הכנסת נציגי הסיעות שיוורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים, יהיה בפיקוח הדוק של גורם בשירות בתי הסוהר, "באופן שנוכחותו של הגורם המפקח תאפשר לו התערבות במידת הצורך". המשיבים מוסיפים ומציינים, כי לשב"ס יינתן שיקול דעת רחב בעת הפעלת סמכותו, במסגרתו יובאו בחשבון שיקולים הנוגעים לאופן ניהול מתקן הכליאה ולסדרי ניהול המתקן ושיקולי ביטחון הכרוכים בכך.

לעמדת המשיבים, המתווה המוצע מהווה איזון סביר, ראוי ומידתי בין כלל השיקולים הרלוונטיים, שעיקרם בראש ובראשונה שיקולי ביטחון המדינה, לנוכח הסיכון הנשקף מקיום המפגשים האמורים עם האסירים הביטחוניים (ולצד ההלכה הפסוקה בדבר חזקת המסוכנות שלהם ובפרט לגבי קשר שלהם עם החוץ); שיקולי ניהול מתקן הכליאה, ביטחון בית הסוהר, הסדר והמשמעת בו; השיקול של סיוע לחברי הכנסת במילוי תפקידם הפרלמנטרי, אך לא מעבר לכך. המדינה הודיעה כי היא תציג, בהסכמת העותרים, לעיון בית המשפט את עמדת גורמי הביטחון בנוגע למתווה המוצע בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד.

לעניין אופן הפיקוח על המפגשים, עדכנה המדינה בהודעת עדכון מיום 2.6.2019, כי היועמ"ש הכריע כי אין מניעה שפגישה של חבר כנסת עם אסיר ביטחוני בהתאם למסלול הראשון תתנהל תחת פיקוח על התנהלות המפגש, באופן שנוכחות הגורם המפקח תאפשר לו התערבות במידת הצורך. הקשבה לשיח כאמור תאפשר במצבים מיוחדים, אם הדבר מתחייב לנוכח שיקולים ביטחוניים ממשיים המצדיקים זאת. נציב שירות בתי הסוהר יקבע בפקודה הוראות לעניין הפיקוח בשים לב לאמור לעיל.

8. בדיון השני שהתקיים בעתירה ביום 23.1.2019, הוצגו עיקרי המתווה המוצע. בנוסף, המדינה הציעה כי בית המשפט יעיין בעמדתם החסויה של גורמי הביטחון במעמד צד אחד. בית המשפט לא עיין בעמדה משום שהעותרים לא הסכימו לכך.

9. העותרים, בתגובתם מיום 2.7.2019 להודעות המשיבים, חזרו על עמדתם לפיה המתווה המוצע אינו חוקתי בהיותו מנוגד לחוק החסינות, פוגע במעמד חברי הכנסת מבלי להישען על חקיקה מפורשת, אינו לתכלית ראויה ואינו מידתי בהיותו גורף.

10. עמדת היועץ המשפטי לכנסת, כמפורט בתגובה המשלימה מטעמו מיום 7.7.2019, היא כי המתווה המעודכן שמציעים המשיבים אינו נותן משקל ראוי לתפקיד של חברי הכנסת כמפקחים על הרשות המבצעת. לפיכך, יש לערוך שינויים נוספים במתווה המוצע. הביקורים של חברי הכנסת במתקני כליאה נעשים כחלק מהפיקוח שלהם על הרשות המבצעת. מפגשים של חברי כנסת עם אסירים הם מרכיב חיוני במלאכת הפיקוח. חרף זאת, המתווה המעודכן אינו מייחס לכך משקל מתאים מפני שהוא מונע ממרבית חברי הכנסת, באופן גורף, את האפשרות להיפגש עם אסירים ביטחוניים. בנוסף, מודל הפיקוח ה"סיעתי" המוצע אינו תואם את אופי הפעילות של הסיעות בכנסת, אשר אינן עוסקות כ"סיעות" בפיקוח על הממשלה. כמו כן, ביחס לקבוצה המצומצמת של חברי כנסת המורשים להיפגש עם אסירים ביטחוניים, המתווה כולל פיקוח הדוק של גורמי שב"ס על המפגשים באופן הפוגע ביכולת האפקטיבית של חברי הכנסת לפקח על תנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים מכיוון שנוכחות גורמי שירות בתי הסוהר אינה מאפשרת מפגש חופשי ובלתי אמצעי עם האסיר. לעמדת היועץ המשפטי לכנסת, אף ששיקולים ביטחוניים יכולים עקרונית להצדיק הגבלות על המפגשים באופן המצדיק מתווה שונה למפגשים עם אסירים ביטחוניים לעומת מפגשים עם אסירים פליליים, נדרש שההגבלות תהיינה מידתיות ותיתנה את המשקל הראוי לחובתה של הרשות המבצעת לאפשר לחברי הכנסת למלא את תפקידם. מניעה גורפת ממרבית חברי הכנסת להיפגש עם אסירים ביטחוניים וכן פיקוח הדוק על המפגשים – פוגעים ביכולתם של חברי הכנסת

למלא את תפקידם. לעמדת היועץ המשפטי לכנסת, חוות דעת היועמ"ש משנת 1984 (המאוזכרת בעניין גלאון) מבהירה כי סוגיית הפיקוח של חברי הכנסת על תנאי הכליאה אינה מתמצה בפרשנות לסעיף 9(א) לחוק החסינות.

11. בתגובה מטעם המשיבים מיום 4.2.2020 לתגובה המשלימה מטעם היועץ המשפטי לכנסת, עמדת המשיבים היא כי לאחר שהדברים נבחנו על ידי כלל הגורמים הרלוונטיים בדרג המשפטי, המקצועי והמיניסטרילי, המתווה המוצע שהציגה המדינה הוא איזון סביר, ראוי ומידתי בין כלל השיקולים הרלוונטיים, שעיקרם בראש ובראשונה בשיקולי ביטחון מובהקים (וזאת אף בהתאם לסיפת סעיף 9(א) לחוק החסינות), כמו גם בשיקולי מתקן הכליאה, ביטחון בית הסוהר, הסדר והמשמעת בו, לצד השיקול שעניינו סיוע לחברי הכנסת בקשר לביקור בבית הסוהר לצורך עבודתם הפרלמנטרית, אך לא מעבר לכך. כל זאת, משאימץ בית המשפט בעניין גלאון את פרשנות הנחיית היועמ"ש לסעיף 9 לחוק החסינות. לכן, ההסדר הכולל, על שני מסלולי הכניסה שבו, אינו מהווה שלילה גורפת מחברי הכנסת לקיים בקרה פרלמנטרית על תנאי הכליאה. לטענת המשיבים, עמדת היועץ המשפטי לכנסת מתמקדת במסלול הראשון למתווה המוצע בלבד, והיא לא נותנת משקל מספק לקיומו של מסלול הביקור השני במתווה, המאפשר לכלל חברי הכנסת לקיים ביקור כללי בבתי הסוהר בהם מוחזקים אסירים ביטחוניים. בפני השר לביטחון פנים ויתר גורמי המדינה, הוצגה עמדה מטעם גורמי הביטחון באשר לפוטנציאל הסיכון לביטחון המדינה הנשקף מהמפגשים האישיים.

בחירת המגבלות היא פרוגרטיבה הנתונה לגורמי הרשות המבצעת במסגרת אחריותם על ניהול מתקן הכליאה, ביטחון בית הסוהר, הסדר והמשמעת בו ובשים לב לשיקולי ביטחון המדינה. לעמדת המשיבים, המגבלות על המפגשים הן מידתיות ומאפשרות קיומה של ביקורת פרלמנטרית ראויה ואפקטיבית, ולכן אין מקום להתערבות שיפוטית במגבלות ובאיזונים עליהם החליטו גורמי המדינה המוסמכים ואשר נקבעו לאחר דיונים ושיח בין גורמי הממשלה הרלבנטיים. כמו כן, עמדת המדינה עולה בקנה אחד עם פסק הדין בעניין גלאון, בו בית המשפט קיבל את עמדת המדינה ואת פרשנות היועמ"ש בהנחיות היועמ"ש, ואישר את מידתיותו של הסדר המתיר רק לחלק מוגדר מביין חברי הכנסת לבקר במתקן כליאה ביטחוני, לאור האיזון הנדרש מול צרכי הביטחון – בדומה, לטענת המשיבים, לטעמים שביסוד המתווה המוצע, על שני מסלוליו. בנוסף, המתווה המוצע הוא מיטיב לעומת ההסדר שעמד בתוקף בעת הגשת העתירה מאחר שהוא הרחיב את המספר מארבעה חברי כנסת בלבד – לנציג אחד מכל סיעה מסיעות הכנסת במסלול הפרטני ולכל חברי הכנסת במסלול הכללי.

לטענת המשיבים, סירוב העותרים לכך שבית המשפט יעיין בחומר החסוי של עמדת גורמי הביטחון במעמד צד אחד, מקים חזקה שהמתווה המוצע התקבל כדין על בסיס אותו חומר חסוי (ראו, למשל: דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' עליאן, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (9.9.2019)). ביחס לטענת היועץ המשפטי לכנסת להעדר הלימה בין תכלית ההסדר לבין פרטיו – לאור חזקת המסוכנות האינהרנטית הנובעת מקיום קשר עם החוץ על ידי אסירים ביטחוניים, שהוכרה בהלכה הפסוקה, צמצום מספר חברי הכנסת שיורשו לפגוש אסירים ביטחוניים בהתאם למסלול הפרטני, ייתן ביטוי הולם לכלל השיקולים ובראשם ביטחון המדינה. ביחס לטענת היועץ המשפטי לכנסת בדבר הפגיעה באפקטיביות הביקורת על תנאי הכליאה בשל אופן הפיקוח על המפגש במסגרת המסלול הפרטני, טוענים המשיבים כי המסלול הפרטני מגביל הקשבה לשיח ל"מצבים מיוחדים".

דיון והכרעה

12. לאחר עיון במכלול טענות הצדדים ובחומר שנפרש לפניי ושקילת הדברים, הגעתי לכלל דעה כי יש מקום להוציא צו על-תנאי, כמפורט בפס' 44 לחוות דעתי.

13. פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר) מסדירה את פעילותם של בתי הסוהר. סעיף 80א לפקודת בתי הסוהר, שכותרתו "הוצאת פקודות השירות", קובע את סמכותו של הנציב לקבוע הוראות ולהוציא פקודות, כדלקמן:

"(א) הנציב יוציא, באישור השר, הוראות כלליות שיקבעו עקרונות לעניין ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה (להלן – הוראות שירות בתי הסוהר).
(ב) הנציב יוציא פקודות כלליות שיקבעו פרטים בנושאים האמורים בסעיף קטן (א) (בפקודה זו – פקודות נציבות בתי הסוהר)".

מכוח סמכותו זו, הוציא נציב בתי הסוהר את פקודת הנציבות. יצוין, כי "בית משפט זה נוהג לסווג את פקודות הנציבות כהנחיות מינהליות או כ'נהלים'" (רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 59 לפסק דינו של השופט י' דנציגר וההפניות שם (7.10.2010) (להלן: עניין יונס)).

"גלגוליה" של המדיניות בעניין מפגש של חברי כנסת עם אסירים ביטחוניים כפי שהיא מתבטאת בפקודת הנציבות ובמתווה המוצע

14. סעיף 1 לפקודת הנציבות קובע כי "חבר כנסת רשאי מכוח תפקידו להיפגש עם אסיר/ים ועצורים וזאת בתנאים ובמגבלות שיפורטו בפקודה זו".

15. כניסת ח"כ לבית סוהר לשם מפגש עם אסיר מחייבת תיאום מראש. נדרש אישור לשכת נציב בתי הסוהר למפגש, אישור שיינתן תוך "איזון בין הצורך לאפשר לחבר הכנסת למלא את תפקידו מחד גיסא, לבין החובה להבטיח שמירה על אורח חיים תקין ומשמעת בבית הסוהר מאידך גיסא, והכל בשים לב לעיקרון השוויון". המפגשים ייערכו "בחדר שיוקצה לשם כך באחד ממשרדי הנהלת בית הסוהר". נציב בתי הסוהר רשאי למנוע מפגש שאושר "מטעמים של בטחון המדינה או בטחון בית הסוהר והמשמורת הבטוחה של האסיר/ים". ההסדרים המתוארים בפסקה זו – לא השתנו במסגרת התיקונים האחרונים שנעשו בפקודת הנציבות והם חלים הן כשמדובר במפגש של ח"כ עם אסיר ביטחוני והן כשמדובר במפגש של ח"כ עם אסיר פלילי (כאשר ביקורים של אסירים ביטחוניים מתואמים ליום אחד קבוע בשבוע). נקבע גם כי "אין לערוך חיפוש במסמכיו של חבר הכנסת, למעט חיפוש באמצעות מגנומטר ידני ומשקף מגנומטר".

16. התיקונים האחרונים של פקודת הנציבות נעשו בימים 9.5.2017, 30.4.2017 ו- 3.4.2014.

בפקודת הנציבות בנוסחה לפני התיקון הנתקף בעתירה זו (נוסח המעודכן ליום 3.4.2014), הייתה קבועה מדיניות המפגשים הקודמת. מדיניות המפגשים הקודמת חלה על כל חברי הכנסת ולגבי כל האסירים – ביטחוניים ופליליים, כך שהסדרי הביקור של חברי כנסת אצל אסירים ביטחוניים היו זהים בעיקרם להסדרי הביקור שלהם אצל אסירים פליליים (כשמדובר בביקור של אסיר ביטחוני, נקבע בנוסף כי ביקורים אלו יתואמו ליום אחד קבוע בשבוע). לפי מדיניות זו, "ככלל, המפגשים בין חברי כנסת לאסירים יהיו מפגשים אישיים..." (בסעיף 4(א)). נקבע כי "פגישת חבר כנסת עם אסיר או אסירים בהתאם לאמור תתבצע בתנאים שיאפשרו סודיות השיחה עם האסיר/אסירים אך תוך כדי נקיטת אמצעים שיאפשרו פיקוח על תנועות והתנהגות האסיר/אסירים בעת הפגישה" (בסעיף 4(ט)) (ראו גם: אוריאנה אלמסי תנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים במתקני הכליאה של שב"ט 18 (הכנסת - מרכז המחקר והמידע, 16.8.2015); אוריאנה אלמסי ביקורי בני משפחה וחברי כנסת אצל אסירים ועצורים בכלא 14-16 (הכנסת - מרכז המחקר והמידע, 30.5.2012)).

17. בתיקון פקודת הנציבות מיום 30.4.2017, תוקן סעיף 5 לנוסח הדומה מאוד לנוסחו הנוכחי של סעיף 5(א) לפקודת הנציבות. לאחר התיקון מיום 9.5.2017, נוסחו הנוכחי של סעיף 5 לפקודת הנציבות ואשר נתקף בעתירה זו, שכותרתו "ביקור ח"כ אצל אסיר ביטחוני", קובע כך:

"על אף האמור בפקודה זו, ביקש חבר כנסת להיפגש עם אסיר/ים בטחוני/ים, יחולו ההוראות הספציפיות כדלקמן:
 א. חברי הכנסת אשר יורשו להיפגש עם אסיר/ים ביטחוניים על מנת להבטיח פיקוח פרלמנטרי נאות על תנאי כליאתם, יהיו מקרב בעלי התפקידים מבין חברי הכנסת לגביהם הוחלט כי יורשו לבקר אסיר/ים ביטחוניים. רשימה כאמור תומצא לנציבת בתי הסוהר על ידי השר לבטחון הפנים, לאחר תיאום עם יושב ראש הכנסת. [...]
 ז. המפגשים בין חברי הכנסת כאמור בסעיף קטן א' לעיל, לבין אסיר/ים ביטחוניים, ייעשו בליווי סגל בית הסוהר" (ההדגשות הוספו).

בהתאם להסדר הקיים בהוראת סעיף 5 לפקודת הנציבות, חברי הכנסת שיורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים, יהיו רק חברי הכנסת המנויים ברשימת חברי הכנסת לגביהם הוחלט כי יורשו לבקר אסירים ביטחוניים. כך, הרוב המוחלט של חברי הכנסת אינם מורשים, באופן גורף, להיפגש עם אסירים ביטחוניים. יתר על כן, הוחלו מגבלות על אופן המפגשים בבית הסוהר של ארבעת חברי הכנסת שהורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים.

18. עם זאת, וכמפורט בפסקה 7 לעיל, המשיבים הודיעו כי בכוונתם לשנות את המתכונת הקיימת הקבועה בסעיף 5 לפקודת הנציבות ביחס למפגשים של חברי הכנסת במסגרת תפקידם עם אסירים ביטחוניים במתקני כליאה. זאת, באמצעות תיקון (עתיד) להוראת סעיף 5 לפקודת הנציבות אשר יעגן את המתווה המעודכן המוצע. יש לציין כי מאז הוצג בחודש ינואר 2019 המתווה המוצע, לא בוצע כל תיקון בהוראת סעיף 5 לפקודת הנציבות. המתווה המוצע כולל שני מסלולים: המסלול הפרטני מסדיר ביקור של חבר כנסת במתקן כליאה לצורך מפגש עם אסיר ביטחוני מסוים (בכפוף להגשת פנייה ולשיקול דעת פרטני של שב"ס): ביקורים כאלו יתאפשרו לנציג אחד בלבד מכל סיעה מסיעות הכנסת (שהסיעה תבחר), תוך פיקוח על התנהלות המפגש, באופן שנוכחות הגורם המפקח (איש סגל מטעם שירות בתי הסוהר) תאפשר לו התערבות, במידת הצורך. הקשבה לשיח בין חבר הכנסת לאסיר הביטחוני תאפשר במצבים מיוחדים, אם הדבר מתחייב לנוכח שיקולים ביטחוניים ממשיים המצדיקים זאת. נציב שירות בתי הסוהר יקבע בפקודה הוראות לעניין הפיקוח בשים לב לאמור לעיל.

מסלול הביקור הכללי מסדיר ביקור פרלמנטרי כללי של חבר כנסת במתקן כליאה ומיועד לבקרה על תנאי הכליאה של כלל האסירים במתקני הכליאה: לכלל חברי הכנסת יתאפשר לקיים ביקור כללי (בכפוף להגשת פנייה ולשיקול דעת פרטני של שב"ס). כל מפגש של חבר כנסת במתקן כליאה עם אסיר ביטחוני באופן אגבי במסגרת הביקור הכללי, יתקיים בדרך של פיקוח על התנהלות המפגש באופן שנוכחות או ליווי איש הסגל מטעם שירות בתי הסוהר, יאפשרו לו התערבות במידת הצורך.

19. בשלב זה, ראוי לגדר את מוקד הדיון בשל ההתפתחויות העובדתיות המתוארות שחלו בעת שהעתירה הייתה תלויה ועומדת בפני בית משפט זה ואשר צמצמו את היריעה שנפרשה עם הגשת העתירה. ההכרעה בבקשת העותר להיפגש עם האסיר ברגותי תיגזר מההכרעה בעניין המדיניות החדשה. לעניין זה, יש סעד חלופי של הגשת עתירת אסיר פרטנית לבית המשפט המוסמך. הסעד של ביטול החלטת ועדת הכנסת אינו רלוונטי עוד משתגובתה המקדמית של הכנסת הבהירה כי החלטות ועדת הכנסת ב"כובעה" כמפקחת על פעולות הממשלה ושלא במסגרת הליכי חקיקה – הן החלטות הצהרתיות-דקלרטיביות, אשר אין להן תוקף משפטי מחייב (ראו, למשל: בג"ץ 8379/06 פ"כ אילטוב נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה (2006)). לפיכך, החלטות השר לביטחון פנים ונציבות שירות בתי הסוהר נעשו מכוח הפעלת שיקול דעתם וסמכותם שלהם, ולא מכוחה של החלטת ועדת הכנסת, אשר אינה מחייבת את הרשות המבצעת. מכאן, שבשלב זה נותרה על הפרק סוגיית חוקיותו של המתווה המוצע שגיבשה המדינה (וההסדר הקיים) בעניין מפגשים של חברי כנסת עם אסירים ביטחוניים.

פקודת הנציבות וחוק החסינות

20. העותר טען כי סעיף 5 לפקודת הנציבות נוגד את סעיף 9(א) לחוק החסינות המקנה לחברי כנסת חופש תנועה. המשיבים, מנגד, הסתמכו על עניין גלאון, בו בית המשפט קיבל את עמדת המדינה ואת פרשנות היועמ"ש בהנחיות היועמ"ש, ואישר כמידתי הסדר המתיר רק לחלק מוגדר מבין חברי הכנסת לבקר במתקן מעצר ביטחוני טודי, לאור האיזון מול צרכי הביטחון ובדומה – לטענת המשיבים – לטעמים העומדים ביסוד המתווה המוצע.

21. סעיף 9(א) לחוק החסינות, שכותרתו "חופש התנועה בתחום המדינה", קובע כי:

"שום הוראה האוסרת או המגבילה את הגישה לכל מקום במדינה, שאינו רשות היחיד, לא תחול על חבר הכנסת, אלא אם היה האיסור או ההגבלה מטעמים של בטחון המדינה או של סוד צבאי" (ההדגשות הוספו).

בעניין מיעארי נקבע כי:

"יש להניח, שסעיף 9(א) מקנה לחבר הכנסת רשות לגשת לכל מקום ציבורי, היינו מקום בו לציבור או לחלק ממנו זכות גישה אליו... הוראת הסעיף האמור אינה מאפשרת לשלול מחבר הכנסת את הגישה לציבור בוחריו ואוסרת על שלילת הגישה מחבר הכנסת (במגבלות שכבר נזכרו) למקומות ולאירועים שבהם נוכחותו אינה רצויה למישהו. זכות זו רבת ערך היא לחבר-כנסת במילוי תפקידו ככזה" (שם, בעמ' 282 ו-199).

בעניין גלאון נקבע כי סעיף 9(א) לחוק החסינות לא הקנה לחברי הכנסת זכות מראש לבקר במתקני מעצר (שם, פס' 34) וכי:

"סעיף 9(א) נועד להגן על חופש התנועה של חברי כנסת, הדרוש להם לשם מילוי תפקידם ולצורך קיומה של ביקורת פרלמנטרית (ראו, למשל, אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 686 (מהדורה שישית, 2005)). לשם כך, הוקנתה לחברי כנסת חסינות מפני הגבלות על חופש התנועה. עיקרה של החסינות הקבועה בסעיף 9(א) היא למנוע את כפיפותם של חברי הכנסת למגבלות מסוימות שעשויות להיות מוטלות על חופש התנועה של הציבור כולו. הוראת סעיף 9(א) היא רחבה וכוללנית. על כן, הפעלתה בכל מקרה לגופו מחייבת עריכת איזון בין מכלול האינטרסים הרלוונטיים (ראו, רובינשטיין ומדינה, שם). כאמור בטיעוני המדינה, הוראת סעיף 9(א) פורשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בהנחייה מס' 21.406. בהנחיית היועץ נקבע כי הוראת סעיף 9(א) לא נועדה להקנות לחבר הכנסת זכות לבקר במקום שהציבור כולו מנוע מלבקר בו. אלא, מטרת סעיף 9(א):

'להבטיח כי מעשי המינהל, המסייג כניסת קהל למקום, מתנה אותו בתנאים וכיו"ב – לא יחולו על חבר הכנסת, היינו כל עוד יכול אפילו חלק מן הקהל לגשת למקום מסויים, חלקו של חבר הכנסת תמיד עמו. לשון אחרת, סעיף 9 שולל זכותן של רשויות השלטון לקבוע איסורים והגבלות שיחולו [על] חבר כנסת (פרט לאיסור וההגבלה הבטחוני והצבאי, כאמור בסעיף). אם הנך בא להגביל את תנועת הקהל במקום מסויים בשל אירוע... הרי אין דבר זה חל על חבר הכנסת; מקום אליו רשאי חלק מהציבור להגיע, יכול גם הוא להגיע. אולם אין הסעיף בא להקנות זכויות כניסה למקום אליו שום 'חלק מן הציבור' אינו

זכאי להכנס' ('חסינות חברי הכנסת' הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.406, 5-6 (תשל"ג)).
 בהמשך קובע היועץ המשפטי לממשלה מפורשות כי 'אין בסעיף 9 לחוק חסינות חברי הכנסת כדי להצביע על כוונה לאפשר לחבר כנסת כניסה למתקן משטרה או למתקן כליאה' (שם, עמ' 7). מהטעמים שפורטו לעיל, ונוכח תכליתה של הוראת סעיף 9, שנועדה להבטיח את חופש התנועה של חברי הכנסת, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מקובלת עלינו" (שם, פס' 31-32; ההדגשות הוספו).

22. בעניין גלאון, נדונה סוגיית ביקורם של חברי כנסת במתקן מעצר שפעל בתוך בסיס צבאי סודי. מתקן המעצר שימש לצרכי חקירה ובמקרים חריגים, להחזקה במשמורת. המדינה טענה שם, כי לו חברי הכנסת היו רשאים לבקר במתקן המעצר באופן חופשי, היה נחשף מיקום המתקן והדבר היה גורם לנזק ממשי לביטחון המדינה. באותו עניין, בית המשפט קיבל את עמדת המדינה, לפיה האיזון בין האינטרסים מצדיק הגבלה על מספר חברי הכנסת שיוורשו לבקר במתקן המעצר, וכי יש להסתפק באפשרות לביקור רק לחברי הכנסת החברים בוועדת המשנה לשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון.
 נקבע כי:

"האיזון שנערך על יסוד הוראת החוק מבטיח כי מצד אחד ישמר האינטרס הציבורי בקיומה של ביקורת פרלמנטרית על מתקן המעצר, ובכלל זה, כפי שציינה גלאון בטיעוניה, הבקרה על כי לא מופרות בו זכויות העצורים. אולם, מצד שני עומד האינטרס הציבורי בשמירה על חשאיות מיקומו הפיסי של מתקן המעצר עקב צרכים בטחוניים מובהקים וחיוניים שהוצגו לבית המשפט. באיזון בין שני האינטרסים הציעה המדינה כי היא תאפשר ביקור של חברי כנסת החברים בוועדת המשנה לשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון. אנו סבורים כי איזון זה ראוי. הוא מאפשר בקרה פרלמנטרית מבלי לסכן את הטעמים הביטחוניים העומדים ביסוד שמירת חשאיות מיקומו הפיסי של מתקן המעצר. זאת, בשל העובדה שחברי ועדת המשנה מעצם תפקידם נחשפים לסודות המדינה. משקבענו כי יש צורך ביטחוני ממשי בגינו נשמרת החשאיות באשר למיקומו הפיסי של מתקן המעצר, אין לומר כי האיזון אותו עורכת המדינה בין הצורך בקיומה של ביקורת פרלמנטרית ובין שמירה על הצורך הביטחוני, אינו מידתי" (שם, פס' 33; ההדגשה הוספה).

23. הנה כי כן, פסיקת בית המשפט בעניין גלאון אינה מבססת את טענת המדינה לפיה האיזון שערך שב"ס בענייננו הוא בהכרח מידתי. כפי שנקבע בעניין גלאון, נדרש איזון בין מכלול האינטרסים הרלוונטיים בכל מקרה לגופו. בעניין גלאון, היה מדובר במתקן כליאה סודי ביטחוני כך שהיה שיקול ביטחוני של שמירת סודיות מיקומו הפיסי של מתקן המעצר. האמצעי שהציעה המדינה שם היה כי רק חלק מסוים מחברי הכנסת

יוכל לבקר במתקן המעצר – חברי הכנסת אשר חברים בוועדת המשנה ואשר ממילא נחשפים, מכוח תפקידם בוועדה, לסודות מדינה. כלומר, באותו עניין הייתה חפיפה ומתאם בין חברי הכנסת שנבחרו לבקר במתקן המעצר לבין הטעם הביטחוני שביסוד המניעה מכל שאר חברי הכנסת לבקר במתקן המעצר. בית המשפט קבע כי האיזון שנעשה, לפיו רק חברי הכנסת החברים בוועדת המשנה לשירותים חשאיים של ועדת החוץ והביטחון יוכלו לערוך ביקורים במתקן המעצר, הוא ראוי מאחר שהוא אפשר בקרה פרלמנטרית מבלי לסכן את הטעמים הביטחוניים העומדים ביסוד שמירת חשאיות מיקומו הפיסי של מתקן המעצר. לעומת זאת, בענייננו מדובר בבית סוהר שמיקומו איננו סודי כך ששיקול ביטחוני כזה אינו קיים. לכן, האיזון שנעשה בעניין גלאון איננו רלוונטי לענייננו.

24. כדי להכריע בסוגייה בענייננו, אין צורך להכריע בשאלת תחולתה של הוראת סעיף 9(א) לחוק החסינות ובמסגרת זו בשאלה האם מתקן כליאה הוא בגדר 'רשות היחיד' (כטענת המשיבים) או 'רשות הרבים' (כטענת העותרים) כאמור בסעיף 9(א) לחוק החסינות (השוו: ברע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל, פס' 68 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (18.2.2020). נאמרו הדברים הבאים לגבי הכותל המערבי אמנם, אך עדיין יש בהם כדי ללמד על המורכבות שעשויה להיווצר במקרים מסוימים בסיווג בין 'רשות הרבים' ל'רשות היחיד':

"מדובר אמנם בחלל חיצוני, אך לא במקום ציבורי רגיל'. הרגישויות הרבות הסובבות את הכותל, מרכזיותו בדיון הציבורי והמגבלות השונות שחלות עליו – כמו גם תחושת הדחיפות שאפיינה את חקיקתו של חוק שיגן עליו, במקביל להחלת הדין הישראלי במקום – מלמדות כי אין זה מקום שהוא 'רשות הרבים' הגם שהוא 'ציבורי', ומנגד ברי כי אין זה מקום 'פרטי'. הדעת נותנת שההסדרה של הפעילות במקומות מסוג זה יכולה להיות שונה מאשר זו הנוהגת ברחוב".

גם לו ייקבע כי מתקן כליאה עולה בגדר "רשות הרבים", ואיני קובע מסמרות בדבר, הוראת סעיף 9(א) לחוק החסינות אינה מקנה לחברי הכנסת זכות בלתי מוגבלת להיכנס למתקני כליאה וזאת בשל הסיפא להוראת סעיף 9(א) אשר מאפשרת הטלת מגבלות על הגישה מטעמי ביטחון המדינה.

25. יצוין, כי חוות דעת היועמ"ש יצחק זמיר מיום 8.4.1984 בנושא פגישות של חברי כנסת עם אסירים ועצירים, עליה מסתמכים המשיבים, קובעת כי:

“...חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, יש לו מטרה מוגבלת ואין הוא מכסה את כל תחום הפעילות של חברי הכנסת ואת כל מערכת הקשרים בין חברי הכנסת לבין רשויות הממשלה. בלי קשר לחוק זה, מן הראוי לסייע לחברי הכנסת למלא את תפקידיהם, ובמיוחד מן הראוי שהממשלה, על כל שלוחותיה, תסייע להם בכך במידת האפשר וההולם את הנסיבות של כל ענין. בהתאם לכך מן הראוי לאפשר לחבר כנסת לבקר בבתי הסוהר ובבתי מעצר, כדי לעמוד על התנאים השוררים בהם, וכן לבקר אסירים ועצירים, כדי לשמוע את טענותיהם או משאלותיהם. השאלה היא מה הם התנאים וההסדרים לעריכת ביקורים אלה.

[...]

דעתי שהיא שמן הראוי לקבוע הסדר מיוחד לענין זה... שיאפשר לחברי הכנסת לערוך ביקורים אצל עצורים ללא טרדה יתירה וללא שיהוי מיוחד. מן הראוי שהסדר כזה גם ינחה את הרשויות המוסמכות לענין זה לנהוג בכל מקרה בגמישות ומתוך נכונות להקל על חבר הכנסת המבקש לבקר אסיר או עציר, תוך התחשבות בשיקולים של סדרי הבטחון, צרכי החקירה וסדרי העבודה בבתי הסוהר ובבתי המעצר. אני סבור שצוות משותף לכנסת ולמשרד הפנים יוכל לגבש הסדר מניח את הדעת לענין זה” (ההדגשות הוספו).

שינוי המדיניות: המעבר ממדיניות המפגשים הקודמת אל המדיניות החדשה בהסדר הקיים ובמתווה המוצע

26. יוער, כי אף שהמתווה המוצע טרם עוגן כתיקון לפקודת הנציבות, אתיחס להלן להסדר הקיים בפקודת הנציבות ולמתווה המוצע (שניהם יחד, יכוננו להלן: המדיניות החדשה). אמנם, המתווה המוצע הוא הסדר “מיטיב” לעומת ההסדר הקיים בפקודת הנציבות, אך שניהם (הקיים – הקובע רשימה סגורה של ארבעה חברי כנסת שיורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים; והמתווה המוצע – לפיו חברי כנסת נציגי סיעה יורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים) מהווים שינוי מדיניות לעומת מדיניות המפגשים הקודמת (להלן: שינוי המדיניות).

מדיניות המפגשים הקודמת (שחלה עד לתיקון פקודת הנציבות בשנת 2017) לא הבחינה בין ביקורים של חברי כנסת אצל אסיר ביטחוני או פלילי. לפי מדיניות המפגשים הקודמת, כל חברי הכנסת היו זכאים להיפגש עם אסירים במתקני כליאה, כאשר ההסדר לגבי ביקור של אסיר פלילי וביקור של אסיר ביטחוני היה זהה בעיקרו. לעומת זאת, המדיניות החדשה יצרה הבחנה בהסדרים של מפגשים של חברי כנסת עם אסירים פליליים (לגביהם אין הגבלות לגבי מספר חברי הכנסת הרשאים להיפגש עמם) לעומת מפגשים של חברי כנסת עם אסירים ביטחוניים (יש הגבלות משמעותיות לגבי מספר חברי

הכנסת הרשאים להיפגש עמם). לפי המדיניות החדשה המגולמת במתווה המעודכן, ח"כ נציג הסיעה יורשה להיכנס למתקן כליאה כדי להיפגש עם אסירים ביטחוניים.

27. הנה כי כן, מדיניותו של שב"ס השתנתה. כעיקרון, רשות מינהלית רשאית לשנות מדיניות שאימצה בעבר והיא אף חייבת לבחון את הצורך בשינוי כזה מעת לעת (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 204 ואילך, 257-258 (2010) (להלן: ברק-ארז)). על רשות מינהלית המבצעת שינוי מדיניות להקפיד לעשותו על יסוד שיקולים ענייניים, ללא הפליה, ולעמוד בדרישות של סבירות ומידתיות (ראו, למשל: בג"ץ 8297/15 הרדי נ' שירות בתי הסוהר, פס' 6, 9 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז וההפניות שם (18.8.2019) (להלן: עניין הרדי)), בו נדונה מדיניות שב"ס בעניין ביקורים במתקני כליאה בימי שבת, שנהגה משך עשרות שנים ובוטלה באופן חד, ללא עבודת מטה של ממש). יש להקפיד ביתר שאת על ההליך התקין כשמדובר בסטייה ממדיניות נוהגת. לענייננו גם יפים הדברים שנקבעו בעניין הרדי, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז: "שירות בתי הסוהר לא הצליח לזרות אור על תהליך קבלת ההחלטות שעמד ביסוד השינוי האמור. זאת, אף שהדבר מתבקש בנסיבות שבהן נקטע רצף מושרש של מדיניות אחרת" (ראו גם: דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שירות בתי הסוהר (14.4.2015) (להלן: עניין צלאח), פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור ("אף שהחלטות מינהליות אינן סופיות, וניתן לשנותן עקב סיבות שונות, יש להצביע על אינטרס ציבורי המצדיק את השינוי")).

28. המשיבים טענו כי שינוי המדיניות נעשה לאחר שנערך איזון בין שיקולי הביטחון ושיקולי ניהול מתקן הכליאה, ביטחון בית הסוהר, הסדר והמשמעת בו, לבין השיקול שעניינו סיוע לחברי הכנסת בקשר לביקור בבית הסוהר לצורך עבודתם הפרלמנטרית. המשיבים הדגישו, כמקור לשינוי המדיניות, את האירוע במסגרתו ח"כ לשעבר באסל גאטס החדיר, בין היתר, טלפונים ניידים לאסירים ביטחוניים בכלא ואשר הורשע בכך על פי הודאתו.

המשיבים טוענים, כי פוטנציאל הסיכון לביטחון המדינה הנשקף מהמפגשים האישיים של חברי כנסת עם אסירים ביטחוניים הוא רב יותר. לטענתם, לשיקולי ביטחון המדינה יש מעמד בכורה באיזון, לנוכח הסיכון הנשקף מקיום מפגשים של חברי כנסת עם האסירים הביטחוניים ולצד ההלכה הפסוקה בדבר חזקת המסוכנות של אסירים ביטחוניים ובפרט לגבי קשר שלהם עם החוץ. לכן מוצדק, לטענתם, להפחית את מספר חברי הכנסת שיורשו לפגוש אסירים ביטחוניים בהתאם למסלול הפרטני. יצוין, כי המשיבים לא נימקו כיצד ערכו את האיזון, מעבר לאמירות כלליות לפיהן האיזון הוא סביר ומידתי וכי לשיקולי הביטחון משקל מכריע וכי עמדת גורמי הביטחון באשר למתווה המוצע תוצג בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד.

לטעמי, החומר הסודי והביטחוני, ככל שהוא מתייחס למסוכנות הנשקפת מהאסירים הביטחוניים, אינו רלוונטי לצורך הכרעה בעתירה משזו נקודת ההנחה בפסיקה (כמפורט להלן בפסקה 36). יש להניח כי החומר הסודי אף אינו מתייחס לחברי הכנסת באופן כללי. לכן, שיקול ביטחוני כללי שאינו מתייחס לחשש בטחוני ספציפי מחבר כנסת ספציפי אינו מבסס מניעה גורפת של ביקורים.

השיקולים הרלוונטיים

29. המשיבים שקלו שלושה שיקולים הנוגעים לעניין בעת עריכת האיזון הנ"ל. נבחן להלן את שלושת השיקולים.

השיקול הראשון: האינטרס הציבורי של ביטחון המדינה

אין חולק בדבר חשיבותו של האינטרס הציבורי של ביטחון המדינה. בבג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית (25.4.2004) נכתב כי:

"ואכן, הביטחון הוא ערך יסודי בחברתנו. ללא ביטחון לא ניתן לשמור על זכויות אדם ואינטרסים מוגנים אחרים. אך בדומה לזכויות האדם אף ערך זה אינו מוחלט; נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו" (שם, פס' 6).

יפים לענייננו הדברים הבאים שנכתבו בדג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (9.9.2019) (להלן: עניין עליאן):

"שומה עלינו לזכור כי 'שיקולי ביטחון' אינם יכולים לשמש מילת קסם, באופן הגובר בכל מקרה על זכויות אדם. יפים לענייננו הדברים הבאים מפי הנשיא (בדימוס) אהרן ברק (אהרן ברק "זכויות אדם וביטחון לאומי" משפטים ל"ח(1) 29, 40 (תשס"ח)):

'לעתים קרובות נתקל בית המשפט בטענה של הרשות המבצעת כי שיקולי הביטחון הם שהביאו לפעולה השלטונית, תוך פנייה לבית המשפט להסתפק בכך. אין להיענות לבקשה זו. 'שיקולי ביטחון' אינם מילת קסם, ועל בית המשפט לעמוד על כך כי שיקולי הביטחון יוצגו בפניו. עליו להשתכנע כי אכן שיקולי ביטחון עומדים ביסוד הפעילות נגד הטרור ולא שיקולים אחרים; עליו להשתכנע בכך שבמסגרת אמצעי הביטחון ננקטו האמצעים הפוגעים במידה פחותה בזכויות האדם. אכן, במשפטים הרבים בענייני ביטחון שהתנהלו בבית המשפט העליון שמענו לא פעם את עדויותיהם של בכירי

המפקדים הצבאיים. גם ראשי שירותי הביטחון העידו בפנינו. את העתירה כנגד הפעילות הביטחונית דחינו רק אם שוכנענו, באיזון הכולל, כי השיקול הביטחוני הוא הדומיננטי, וכי האמצעי הביטחוני הוא מידתי" (שם, פס' 28 לחוות דעתי).

השיקול השני: ניהול מתקן הכליאה, ביטחון בית הסוהר, הסדר והמשמעת בו

שיקול זה כמו מדבר בעד עצמו. אין חולק, כי שיקול ניהול מתקן הכליאה, ביטחון בית הסוהר, הסדר והמשמעת בו הוא שיקול רלוונטי. יתרה מכך, שיקול זה מצוי בליבת הסמכות והמומחיות של שב"ס. בעע"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 7 (1998) (להלן: עניין גולן), נקבע כי:

"ניהול בית סוהר הוא תפקיד מורכב מאוד. כשם שהוא דורש עוצמה רבה, כך הוא מחייב גם רגישות רבה. הוא דורש שמירה על הסדר ועל הביטחון, ועם זאת הוא מחייב שמירה על כבוד האדם, ומעבר לכך אף הכנה של האסיר לחיים תקינים בחברה לאחר בית הסוהר. הסמכות של שירות בתי הסוהר אינה דומה, מבחינת המהות וההיקף, לסמכות מינהלית רגילה".

השיקול השלישי: האינטרס הציבורי בקיומם של ביקורים של חברי כנסת במתקני כליאה כחלק מתפקידם הפרלמנטרי לפקח על הרשות המבצעת

אינטרס ציבורי זה מכיר בחשיבות קיומה של ביקורת פרלמנטרית אפקטיבית של הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת, כעיקרון בסיסי של המשטר הדמוקרטי (ראו, באופן כללי: חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה - תמונת מצב והצעה לרפורמה (מחקר מדיניות 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009) (המחברים מציינים כי אחד התפקידים החשובים ביותר המסורים לרשות המחוקקת במשטר הדמוקרטי הוא הפיקוח שלה על הרשות המבצעת. הפיקוח הפרלמנטרי מופעל באמצעות כלים מוסדיים שונים, כגון ועדות, מוסד ביקורת המדינה, תקציב המדינה, שאילתות והצעות לסדר היום); עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019) (להלן: דו"ח ביזור סמכויות) ("לסיכום, הכנסת אמורה להיות רשות שמפקחת על הרשות המבצעת, אך בפועל — גם מבחינת הכלים שיש לה וגם מבחינת הפעלתם של כלים אלו הלכה למעשה — הפיקוח שלה רופף למדי. בד בבד, לממשלה יש כלים להשפיע על רוב הפעילות בכנסת משום הרוב הקואליציוני המובנה שלה במליאת הכנסת ובכל הוועדות

המחוקקות. יש בכך כדי לפגוע בביזור הסמכויות ובמימוש הרציונל של איזונים ובלמים, שהוא הגבלת כוחה של הממשלה" (שם, עמ' 79)).

הביקורים של חברי הכנסת במתקני כליאה נעשים במסגרת תפקידם הפרלמנטרי של פיקוח על הרשות המבצעת. במסגרת זו חברי הכנסת מקיימים פיקוח ובקרה על רשויות בתי הסוהר ובכלל זה על דרכי הטיפול שלהם באסירים, על תנאי הכליאה של האסירים ועל תקינות ניהולם של בתי הסוהר. מפגשים של חברי כנסת עם אסירים הם מרכיב חיוני במלאכת הפיקוח. פקודת הנציבות עצמה מכירה בכך מפורשות: סעיף 1.א. לפקודת הנציבות קובע כי "חבר כנסת רשאי מכוח תפקידו להיפגש עם אסיר/ים ועצורים וזאת בתנאים ובמגבלות שיפורטו בפקודה זו" וסעיף 2.א. לפקודת הנציבות קובע כי מטרתה של פקודת הנציבות היא "הסדרת אופן כניסת חבר כנסת בתוקף תפקידו, תוך שמירה על כללי האבטחה הנהוגים בבתי הסוהר" (ראו גם: עניין גלאון, פס' 33 (על האינטרס הציבורי בקיומה של ביקורת פרלמנטרית על מתקן המעצר)). המתווה המוצע פוגע באינטרס ציבורי ששב"ס עצמו הכיר בו בפקודת הנציבות. הצורך בפיקוח פרלמנטרי אפקטיבי על מתקני כליאה הוא אינטרס של כלל הציבור ושל האסירים.

ביקורים במתקני כליאה מגבירים את השקיפות ואת האחריות לגבי המתרחש במתקני הכליאה וזאת לצורך הגנה על זכויות אדם. הדבר חשוב בפרט מאחר שאסירים הם אוכלוסייה מוחלשת. כך, למשל, בדו"ח "תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר בשנים 2017-2018: סיכום הממצאים העיקריים העולים מ-50 דוחות הביקורת שערכו אנשי הסניגוריה הציבורית באשר לתנאי המעצר והמאסר ושמירת זכויות העצורים והאסירים ב-29 מתקני כליאה שבאחריות שירות בתי הסוהר וב-13 מתקני מעצר בבתי משפט" (משרד המשפטים - לשכת הסניגור הציבורי הארצי, 2019) נכתבו הדברים הבאים הממחישים את חיוניות הפיקוח על תנאי הכליאה במתקני הכליאה:

"מהאמור ברוח זה עולה שבמתקנים שבאחריות שירות בתי הסוהר, אשר נבדקו במהלך השנים 2017-2018 על ידי אנשי ונשות הסניגוריה הציבורית, אותרו מספר הפרות קשות של זכויות כלואים. התמונה המצטיירת בחלק מבתי הסוהר היא עגומה: תנאי הפרדה ובידוד קשים; צפיפות בלתי נסבלת; שימוש לא מידתי בכבילה; תנאים קשים ברכבי ההובלה; תנאים תברואתיים ירודים, מצב היגיני גרוע ובעיית מזיקים; תנאי אוורור בלתי נאותים; מחסור בציוד בסיסי לאסירים; ליקויים בקשר לאיכות המזון וכמותו; ליקויים במתן טיפול רפואי ועוד. [...]

אוכלוסייה נוספת אשר סובלת במיוחד מתנאי כליאה קשים היא הכלואים המסוגלים כביטחוניים. כלואים אלה מוחזקים בתנאי צפיפות קשים במיוחד, ואינם זוכים לטיפול סוציאלי או למסגרות תעסוקה וחינוך".

ראו גם:

Michele Deitch, *Special Populations and the Importance of Prison Oversight*, 37 Am. J. Crim. L. 291 (2010); Opening Up a Closed World: A Sourcebook on Prison Oversight, 30(5) Pace L. Rev. (2010); Anne Owers, *Submission to Vera Commission*, 22 Wash. U. J.L. & Pol'y 231 (2006);

בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (13.6.2017), בו נדונו תנאי הכליאה של אסירים ועצורים, ונקבע במסגרתו שטח המחיה המינימלי אשר יוקצה לכל אסיר ועצור.

יצוין, כי לא רק חברי כנסת אמונים על פיקוח על מתקני הכליאה. סעיפים 72-71 לפקודת בתי הסוהר עוסקים בביקורים רשמיים בבתי הסוהר מכוח מינוי השר לביטחון פנים או מכוח כהונה (למשל, של יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה ויו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת ושל שופטי בית המשפט העליון והיועמ"ש). הנחיית היועמ"ש מספר 4.1201 שכותרתה "ביקורים במתקני כליאה" קובעת כי היא חלה על ביקורים במתקני כליאה בכלל (בתי סוהר, בתי מעצר ותאי מעצר בתחנות משטרה), כאשר מטרת הביקורים היא לבדוק את התנאים במתקן הכליאה, דרכי הטיפול בכלואים בהם ואת ניהולו התקין של מתקן הכליאה וההתאמה להוראות הדין ולהוראות אחרות. ההנחייה מחילה את הכללים בעניין ביקורים הקבועים בפקודת בתי הסוהר גם על בתי המעצר. פקודת נציבות 03.04.00 (יום עדכון 25.6.2017) בעניין "מבקרים רשמיים בבתי הסוהר" מטרתה להגדיר את סמכויות וסדרי הביקור של המבקרים הרשמיים ואת אחריותו של שב"ס בכלל הקשור לעבודתם (בסעיף 3). פקודה זו קובעת את סמכויותיו של המבקר הרשמי וקובעת כי "לשם ביצוע תפקידו, רשאי מבקר רשמי להיכנס לכל מקום בבית הסוהר ולשוחח עם כל אסיר, אף שלא בנוכחות מפקד בית הסוהר או גורם אחר" (בסעיף 8(ב)).

30. הנה כי כן, השיקולים שנשקלו בקבלת החלטה על שינוי המדיניות הם שיקולים רלוונטיים וענייניים. עם זאת, היותם של השיקולים שנשקלו רלוונטיים – אין משמעות שהאיוון שערכו המשיבים נעשה כדין.

ביקורת שיפוטית על החלטות השב"ס

31. ההלכה הפסוקה קבעה כי לשב"ס מתחם סבירות ומתחם מידתיות רחבים יחסית (ראו, למשל: עניין יונס, פס' 69 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; עניין הר"י פס' 37 לפסק דינו של השופט ד' מיןן וההפניות שם. ראו גם: ע"א 5537/02 מדינת ישראל נ' סרטאוי (10.11.2003) ("בדרך כלל יימנע בית המשפט מלהתערב בהחלטות שלטונות בתי הסוהר המתבססות על הנסיון המקצועי הייחודי הכרוך בניהול בתי סוהר"); בג"ץ

703/19 א.מ.בי.איי פארמה בע"מ נ' משרד הבריאות, פס' 20 וההפניות שם (26.8.2019) (כשמדובר בהחלטה בעלת אופי מקצועי מובהק הנתונה לסמכותה ולמומחיותה של הרשות – הנטייה תהא שלא להתערב בהחלטת הרשות)). בעניין גולן נקבע כי:

"ההבדל במהות הסמכות ובהיקפה צריך להתבטא גם במהותה ובהיקפה של הביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות. כמו בהפעלת הסמכות, כך גם בהפעלת הביקורת השיפוטית על הסמכות, נדרשים איזון ורגישות יותר מן הרגיל. מצד אחד, בגלל התלות הגדולה של אסירים בסוהרים, ומחמת החשש מפני שימוש לרעה בכוח שבידי הסוהרים, כוח שמופעל מאחורי חומות גבוהות, יש צורך כפול ומכופל בביקורת של בית-המשפט על שירות בתי הסוהר. [...]

מהות הסמכות של ניהול בית סוהר, משום שהיא מורכבת כל כך, מחייבת את בית-המשפט בזהירות רבה, שלא יצמצם את מיתחם הסבירות של שירות בתי הסוהר באופן שימנע ניהול תקין של בית הסוהר" (שם, בעמ' 7-8).

על אי-סבירותה ואי-מידתיותה של המדיניות החדשה

32. אני סבור כי המדיניות החדשה איננה עומדת במבחן הביקורת השיפוטית בהיותה חורגת ממתחם הסבירות ובהיותה בלתי מידתית.

33. אי-סבירות פירושו חוסר איזון פנימי בהחלטה (ראו, למשל, באופן כללי: בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע (22.6.2011); בג"ץ 5999/10 זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 16 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן וההפניות שם (29.11.2011) ("רשות מינהלית מחויבת להפעיל את שיקול-דעתה בתום-לב, על יסוד שיקולים ענייניים, בשוויון, בסבירות ובמידתיות. [...] החלטה החורגת ממתחם הסבירות היא החלטה שניכר בה כי הרשות לא נתנה דעתה לכלל השיקולים הרלוונטיים או שלא ניתן משקל ראוי לשיקולים מסוימים, כך שהאיזון הפנימי בין השיקולים המרכיבים את ההחלטה מעוות"); ברק-ארז, בפרק 20). חוסר האיזון מתבטא במשקל היחסי שהעניק שב"ס לשיקולים הרלוונטיים ובכך שהמתווה המוצע (וודאי ההסדר הקיים בפקודת הנציבות) משקף איזון המעלה מספר לא מבוטל של קשיים. מקובלת עליו עמדת היועץ המשפטי לכנסת כי המתווה המוצע לוקה בחוסר סבירות מהותי מאחר שלא ניתן המשקל הראוי והמתאים לשיקול בדבר האינטרס הציבורי במילוי תפקידם הפרלמנטרי של חברי הכנסת לפקח על הרשות המבצעת.

34. באפשרותו של חבר הכנסת "הבודד" לפקח על תנאי הכליאה של אסירים ביטחוניים. היות שרק חברי כנסת נציגי הסיעות בכנסת יורשו להיפגש עם אסירים

ביטחוניים ולפקח על תנאי כליאתם, המתווה המוצע מונע ממרבית חברי הכנסת את אפשרות הפיקוח. הפחתה זו של מספר חברי הכנסת שיורשו לקיים מפגשים עם אסירים ביטחוניים מתנגשת חזיתית עם ההלכה הפסוקה, אשר קבעה כי חבר הכנסת הוא "יחידה חוקתית" עצמאית. כך, בבג"ץ 1843/93 סגן השר פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מ"ט(1) 661, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק (1995), נקבע כי:

"לעניינו יש להדגיש את השמירה על עצמאותו של חבר הכנסת, כחלק מהאפשרות לקיים פעילות פרלמנטרית ראויה הדרושה לשמירה על המבנה הדמוקרטי של המשטר... אכן, ביסוד החסינות העניינית עומד הצורך להבטיח את פעילותו הפרלמנטרית החופשית של חבר הכנסת. פעילות זו מהווה יסוד חשוב במבנה הדמוקרטי שלנו. 'חבר-כנסת' הוא 'יחידה חוקתית'. עצמאות פעולתו, ויכולתו לגבש את השקפתו בעניינים שעל סדר היום הפרלמנטרי, חיונית למבנה המשטר החוקתי. הם מבטיחים את פעולתה התקינה של הכנסת, ועמה את פעולתו התקינה של המשטר החוקתי כולו" (ההדגשות הוספו).

בבג"ץ 5131/03 ח"כ ליצמן נ' יו"ר הכנסת, פס' 13 (17.8.2004), נקבע לעניין ערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי המונחים ביסוד הליך החקיקה:

"בצד ערכיה של הדמוקרטיה הפורמלית מונחים ערכיה של הדמוקרטיה המהותית. הם מבטאים בענייננו, בין השאר, שוויון בין חברי הכנסת. כולם מקבלים אותו מידע; לכל אחד קול אחד; לכל חבר כנסת מובטחות על בסיס של שוויון זכויותיו החוקתיות כאדם וכחבר כנסת... בצד כל אלה עומדת חובת האמון של חבר הכנסת. אכן, כל חבר כנסת פועל כנאמן הציבור כולו. עליו להבטיח את אמון הציבור בכנסת. עליו להגשים את נאמנותו לכלל הציבור" (ההדגשות הוספו).

מכאן, כי כל חבר כנסת כשלעצמו – וסך הכל 120 חברים במספר – פועל כנאמן הציבור (ראו גם: סוזי נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור" משפטים לא 433, 474-486 (התשס"א)). בבג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865, פס' 39 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2005), נקבע כי:

"...הבטחת פעילותו התקינה של הגוף המחוקק. תכלית זו מרכזית היא במסגרת החסינות הדיונית. אמת, תכלית דומה קיימת גם לעניין החסינות העניינית, עם זאת תוכנה של תכלית זו שונה בשני המקרים. לעניין החסינות העניינית נועדה תכלית זו לאפשר את חופש הפעולה של חבר-הכנסת במילוי משימותיו הפרלמנטריות. לעניין החסינות הדיונית נועדה תכלית זו למנוע התנכלות לחבר-

הכנסת על-ידי הרשות המבצעת. מטרתה להגן על הכנסת מפני הטרדה שאין לה צידוק ענייני של חבר-הכנסת והנובעת מטעמיה הפסולים של הרשות המבצעת... תכלית זו מתמקדת ביחסים שבין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. 'כללי החסינות – ובחסינות הדיונית עסקינן – באו בעיקרם כדי לאפשר לכנסת פיקוח ושליטה על הרשות המבצעת' (ההדגשה הוספה).

ראו גם: בג"ץ 12002/04 ח"כ מח'ול נ' הכנסת, פ"ד ס (2) 325, 336-337 (2006); בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (17.8.2016); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט (2) 14 (2004) (לפיו יש לאפשר לכל חברי הכנסת להשתתף בהליכים הפרלמנטריים הנדרשים לשם מילוי תפקידים אלה); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017), בו נאמר כי "עקרון ההשתתפות בא להגן על האפשרות שיש לחבר-הכנסת ועל זכותו למלא את תפקידו, בעוד שגישת 'הליך החקיקה הנאות' מטילה עליו חובה למלא את תפקידו" (שם, פס' 68 לפסק דינו של השופט נ' סולברג המצטט מעניין מגדלי העופות המאוזכר שם בסוגיית נפקותם של פגמים בהליכי החקיקה); ראו גם: נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס מדריך למחוקק 159, 222 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015) לעניין פונקציית הפיקוח של הכנסת.

המדיניות החדשה פוגעת בחברי הכנסת משום שהיא מונעת מהם את האפשרות לקיים מפגשים עם אסירים ביטחוניים כדי לפקח על תפקוד שירות בתי הסוהר ולוודא כי לא מופרות זכויות אדם של האסירים הביטחוניים במתקני הכליאה. לכן, אין המדובר אך ב"סיוע" בלבד לחברי הכנסת, כפי שטענו המשיבים. מקובלת עליי בעניין זה עמדתו של היועץ המשפטי לכנסת, לפיה המשיבים לא נתנו את המשקל הראוי לכך שמחובתו של שב"ס לאפשר לגוף המפקח עליו למלא את תפקידו. יודגש גם, כי מפגשים של חברי כנסת במתקני כליאה הותרה בעבר כפרקטיקה רבת שנים. הסטייה המהותית מהפרקטיקה הנוהגת מדגישה את הפגיעה.

35. בנוסף, ה"מנגנון הפיקוחי" שנבחר במתווה המוצע הוא פיקוח פרלמנטרי במודל "סיעתי", באופן חסר תקדים ושאינו תואם את אופן התנהלות הכנסת וחברי הכנסת. בבג"ץ 10451/08 סיעת קדימה בכנסת נ' יושבת ראש הכנסת, פס' 22-25 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (23.2.2011), נאמרו הדברים הבאים:

"פעילותה הפוליטית של המפלגה בכנסת מתבצעת באמצעות נציגיה הנבחרים. במקרה הרגיל, חברי הכנסת

שנבחרו מטעם מפלגה פועלים יחדיו כ'סיעה' המייצגת את המפלגה (אשר צידון בית הנבחרים – מורה נתיבי הכנסת בחקיקה ובמשל 117-126 (מהדורה רביעית, 1966)). מכלול פעילותם של חברי הכנסת משויך, באמצעות זיקתם הסיעתית, למפלגות שהשתתפו בבחירות המיוצגות על ידי הסיעות. [...]

בין המפלגה לבין נציגיה קיימים יחסים מורכבים של זיקה מצד אחד, ואי-תלות מצד שני [...]. מורכבות יחסים זו מתבטאת, בין היתר, בכוחם וזכותם של חברי הכנסת לפעול בניגוד לעמדת חבריהם לסיעה ולמפלגה, לפרוש מן הסיעה, או 'להתפלג' ממנה".

כמוסבר בתגובות מטעם היועץ המשפטי לכנסת, מודל הפיקוח ה"סיעתי" של ח"כ נציג הסיעה – אינו תואם את אופי הפעילות של הסיעות בכנסת, אשר אינן פועלות כ"סיעות" בפיקוח על הממשלה. למעשה, אין הצדקה להגבלת הפיקוח הפרלמנטרי של חברי הכנסת באמצעות הסיעות. מודל הפיקוח ה"סיעתי" שנבחר הוא שרירותי והוא רק מקדם תכלית של צמצום מספר חברי הכנסת שיורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים. פעילות חברי הכנסת במסגרת סיעות הכנסת נוגעת בעיקרה להתנהלות הפנים-פרלמנטרית של הכנסת ואיננה נוגעת לממשק של הכנסת עם הרשות המבצעת. הסיעות בכנסת אינן מפקחות כ"סיעות" על הרשות המבצעת. הפיקוח נעשה על ידי מליאת הכנסת, ועדות הכנסת וחברי הכנסת. לכן, ראוי כעיקרון לאפשר לכל חבר כנסת לבצע את תפקידו ולא להגביל את פעילותו הפיקוחית באמצעות הסיעה. הבחירה במודל הפיקוח ה"סיעתי" יוצרת קבוצה שרירותית של חברי כנסת שרק הם יורשו לפקח על תנאי הכליאה של אסירים ביטחוניים. מודל זה מכתוב שמכל סיעה ייבחר נציג אחד שיוכל לבקר אסירים ביטחוניים, וזאת אף על פי שהסיעות אינן שוות בגודלן. מודל הפיקוח ה"סיעתי" הוא שרירותי גם מכיוון שמספר הסיעות בכנסת וגודלן הוא דינאמי, מקרי ומשתנה מכנסת לכנסת ובמהלך כהונת הכנסת. הנה כי כן, אין הצדקה לבחירה באמצעי הפוגעני של מודל הפיקוח ה"סיעתי". ממילא, חבר הכנסת הוא שעורך את הביקורים, ולא סיעה.

36. המדיניות החדשה מבחינה בין קבוצת האסירים הפליליים לקבוצת האסירים הביטחוניים, כך שהיא מגבילה את מספר חברי הכנסת הרשאים להיפגש עם אסירים ביטחוניים. מגבלה כמותית זו על מספר חברי הכנסת שיכולים להיפגש עם אסירים פליליים – אינה קיימת. מנגד, מדיניות המפגשים הקודמת לא כללה הבחנות כאמור (למעט בסוגיות "טכניות" יחסית כמפורט).

גישה זו, המבחינה בין קבוצת האסירים פליליים לקבוצת האסירים הביטחוניים, עולה מפקודת נציבות 03.02.00 "כללים ביחס לאסירים ביטחוניים" (מיום עדכון

1.12.2019), אשר קובעת בסעיף 1.ב. כי "ככלל, באסירים השפוטים או עצורים בגין עבירות נגד ביטחון המדינה, קיים פוטנציאל ממשי לסיכון ביטחון המדינה בכלל ולסיכון הסדר והמשמעת בבתי הסוהר בפרט...". גישה דומה ניתן למצוא באמירותיו של השופט י' דנציגר בעניין יונס:

"האינטרס הנוסף שמוזן ל'משוואת האיזון' בעניינם של אסירים ביטחוניים הוא כאמור האינטרס של השמירה על ביטחון המדינה. אינטרס זה מצדיק הטלת מגבלות נוספות על קשריהם של אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לבית הכלא, הן מחמת הרקע האידאולוגי העומד מזומנות בבסיס העבירות בהן הורשעו המעלה את הסבירות כי הם יפעלו להגשים את האידאולוגיה בה הם דוגלים גם במהלך תקופת כליאתם, והן בשל המסגרות המאורגנות אשר לרוב הם משתייכים אליהן והדומיננטיות של מסגרות אלה באגפים הביטחוניים. מנקודת המבט של ביטחון המדינה, יש הצדקה לצמצום מהותי של קשרי אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לבית הכלא" (שם, פס' 75).

בעניין יונס, הוסבר השיקול הביטחוני בכך שיש צורך בצמצום הקשר של אסירים ביטחוניים עם העולם שמחוץ לכלא. כך, למשל, יש לצמצם מקרים בהם האסירים הביטחוניים יעבירו מסרים אל החוץ, לרבות באמצעות מבקרים "תמי לב" שלהם (שם, פס' 73). גם השופטת א' פרוקצ'יה התייחסה לאסירים הביטחוניים: "בעניינם החשש לפגיעה בבטחון המדינה, ואפשר אף החשש לפגיעה בסדר ובמשמעת בכלא, הינם בעלי משקל מיוחד" (שם, פס' 7) וכי "במציאות הבטחונית שבה מצויה ישראל, אין פסול ביצירת קטיגוריה נפרדת של אסירים בטחוניים, עליהם תחול מערכת כללים מיוחדת, הכוללת הגבלות שונות המוטלות על מי שנמנה עליה, בין היתר בענין ביקורים" (שם, פס' 10). ברע"ב 4878/06 מדינת ישראל נ' סמיר (13.9.2006) נקבע כי:

"כידוע, ההלכה בעניין אסירים שביצעו עבירות ביטחונית קובעת, כי ניתן ללמוד במקרים רבים מנסיבות ביצוע העבירה ומהרקע האידאולוגי שהוביל לה, על מסוכנותו של האסיר בהווה... עם זאת, חשוב להדגיש, כי אין מדובר בקביעה חד-משמעית בדבר מסוכנותם של מי שביצעו עבירות ביטחוניות, אלא אך הנחה שבעובדה העומדת כנגדם" (פס' 16 לפסק דינו של השופט ט' ג'ובראן).

ביסוד ההסדרים הייחודיים החלים על אסירים ביטחוניים בפקודות הנציבות, עומדת חזקת מסוכנות של אסירים ביטחוניים (ראו, למשל: רע"ב 4588/17 מדינת ישראל

נ' פלוני (31.7.2017)). בעניין צלאח, עלתה השאלה האם החלטת שב"ס לשנות ממדיניות רבת שנים, לפיה ניתנה לאסירים ביטחוניים האפשרות להירשם ללימודים במסגרת האוניברסיטה הפתוחה, ולשלול באופן גורף מכלל האסירים הביטחוניים את האפשרות ללמוד במסגרת האוניברסיטה הפתוחה – בעוד זכות זו ניתנת לאסירים הפליליים – היא כדין. לעמדת הנשיאה מ' נאור, "...הכיר בית משפט זה בכך שמאפייניהם של אסירים ביטחוניים עשויים להצדיק הבדלים בתנאי מאסרם, בהשוואה לאסירים אחרים [...] עם זאת, החלטה להטיל מגבלות מיוחדות על אסירים ביטחוניים אינה יכולה להיות שרירותית. ככל החלטה מינהלית, גם החלטה כזו צריכה לעמוד באמות מידה של סבירות ומידתיות" (שם, פס' 14-15; ההדגשה הוספה); פס' 14 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס; עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 492, 499-500 (1996)). כלומר, לפי ההלכה הפסוקה יש בסיס להבחנה הכללית בין קבוצת האסירים הביטחוניים לפליליים. עם זאת, ניתן ללמוד מכך גם לענייננו כי לא ניתן להטיל מגבלות שרירותיות בעניין מפגשים של חברי כנסת עם אסירים ביטחוניים.

37. המשיבים הדגישו את האירוע בגינו הורשע ח"כ לשעבר באסל גאטס (ת"פ 36995-03-17 (שלום באר שבע) מדינת ישראל נ' באסל גאטס) כמקור לשינוי המדיניות. עם זאת, יש בעייתיות מובנית בכך שמעשיו של חבר כנסת אחד יצדיקו שינוי מהותי של הפרקטיקה הנוהגת. מבחינה זו, נדמה כי המדיניות החדשה מהווה "ענישה קולקטיבית" של כלל חברי הכנסת בגין מעשיו של חבר כנסת אחד ש"סרח" וניצל לרעה את החסינות. זאת, אף על פי שאין בסיס כללי לחשד שחברי כנסת ינצלו לרעה את החסינות המוענקת להם כחברי כנסת ואת האמון לו הם זוכים כנבחרי ציבור, וכל חבר כנסת "עומד בחזקתו". ח"כ בצלאל סמוטריץ' התייחס לכך במכתבו מיום 16.5.2017 ליו"ר ועדת הכנסת, לאחר תיקון סעיף 5 לפקודת הנציבות וקביעת ההסדר הקיים: "פקודת שב"ס המצ"ב משקפת ככל הנראה את 'הסדר החדש' שמבקשים בשב"ס להנהיג, והוא חמור, משפיל ומבוזה - הן את הכנסת כמוסד והן את הפיקוח הפרלמנטרי שלו מחויבים חברי הכנסת... מקרי שוליים שבהם חברי כנסת עושים שימוש לרעה בחסינותם לא מצדיקים בשום אופן את הגבלת החסינות והצרת מרחב הפעולה של כלל חברי הכנסת כפי שנעשה במקרה זה".

38. עילת המידתיות בוחנת את האיזון בין המטרה לבין האמצעי המשמש להשגתה (ראו, באופן כללי: בג"ץ 4427/16 בדראן נ' מתאם הפעולות בשטחים, פס' 41 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן וההפניות שם (21.11.2019)); ברק-ארז, בפרק 21; עניין גלאון, פס' 23 לחוות דעתי זו). המתווה המוצע מגביל את מספר חברי הכנסת שרשאים להיפגש עם אסירים ביטחוניים. אין מתאם או יחס ישיר בין המטרה (הפחתת הפוטנציאל לסיכון ביטחוני) לאמצעי שנבחר (הפחתה משמעותית של מספר חברי הכנסת שיוורשו להיפגש

עם אסירים ביטחוניים) משום שאין מתאם ישיר בין מספר חברי הכנסת שיוורשו לערוך מפגשים עם אסירים ביטחוניים לבין מידת הסיכון הביטחוני מהמפגשים.

39. המדיניות החדשה מונעת באופן גורף, ממרבית חברי הכנסת, לבקר אסירים ביטחוניים. מניעה גורפת ממרבית חברי הכנסת של האפשרות להיפגש עם אסירים ביטחוניים – פוגעת ביכולתם של חברי הכנסת לקיים פיקוח פרלמנטרי אפקטיבי. כך, עלולים להיפגע ה"איזונים והבלמים" שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. המתווה המוצע מונע, מהרוב המוחלט של חברי הכנסת, באופן מוחלט את הפעילות הפיקוחית של חבר הכנסת שבמפגש עם אסירים ביטחוניים. "אכן, כל הסדר גורף 'נחשד' בכך שאין הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשל האפשרות לבחון באופן אינדיבידואלי את הפרטים הנכללים בקבוצה הרלבנטית" (עניין '111, פס' 74. באותו עניין, שב"ס סירב לאפשר לאסירים ביטחוניים לקבל ביקורים של מי שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה); בג"ץ 4427/16 בדראן נ' מתאם הפעולות בשטחים, פס' 47 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (21.11.2019) ("כידוע, העיקרון שלפיו בדיקה פרטנית הנשענת על נתוניו הקונקרטיים של הפרט היא פוגענית פחות ומידתית יותר מאיסור גורף מקובלת בפסיקת בית משפט זה"). בבג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית (25.4.2004), נקבע כי הסירוב הטוטלי היה שרירותי (פס' 8) וכי:

"הסירוב הטוטלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האזור – לרבות כאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה – מלמד כי מלאכת האיזון בין שיקולי הביטוי והמידע ושיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כל-פנים האיזון שנעשה אינו כדין... סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודות עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור – לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה – הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי" (שם, פס' 7).

ובעניין עליאן נאמר כי:

"פועל יוצא של 'כלל' גורף ופוגעני של מניעת ההשתתפות בקבורה ומניעת זכויות הביקור מהמשפחות לגבי כל הגופות שהוחלט שהן עולות בגדר החריגים – הוא כי החלטות אלו של המפקד הצבאי נגועות בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות מהותיים. קיומה בפועל של 'מדיניות' זו שנקבעה מראש של העדר זכויות ביקור וזכות השתתפות בלוויה מתוך מטרה בלעדית ליצור כלי להפעלת לחץ נוסף, כך שלא תתאפשר בחינה פרטנית בכל מקרה ומקרה האם ניתן לאפשר זכויות השתתפות בלוויה וביקור בקבר למשפחות – מלמדת על הפעלה בלתי תקינה ושרירותית של שיקול הדעת המינהלי (על הסכנה שבפגיעות גורפות, השו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות

המיעוט הערבי נ' שר הפנים, בפסקה 21 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (14.5.2006)) " (פס' 27 לפסק דיני).

בענייננו, המדיניות החדשה אף איננה קובעת חריג להסדר הגורף שיאפשר גמישות (השוו: בעניין הררי, המדיניות כללה מנגנון שאפשר גמישות במקרים פרטניים (שם, פס' 44 לפסק דינו של השופט ד' מין); עניין יונס, פס' 75 ("המשיב ראה לנכון להעמיד חריג לכלל [הכלל צמצם את מספר המבקרים את האסיר הביטחוני – ג'.ק.] אותו קבע... סבור אני כי התנאים הקבועים [...] להחלת החריג הינם סבירים". באותו עניין, החריג איפשר התייחסות פרטנית לאסיר הביטחוני הספציפי ובחן את שאלת המשך הקשר בין האסיר הביטחוני לבין הארגון העוין שהוא היה בקשר עמו עובר לביצוע העבירה שבגינה נאסר)). כאן המקום להזכיר כי גם לפי מדיניות המפגשים הקודמת, נציב בתי הסוהר רשאי למנוע מפגש שאושר "מטעמים של בטחון המדינה או בטחון בית הסוהר והמשמורת הבטוחה של האסיר/ים"; הסדר שכאמור לא השתנה (ראו בפסקה 15 לעיל).

40. מן האמור לעיל עולה כי המדיניות החדשה היא בלתי סבירה ובלתי מידתית.

אופן הפיקוח על התנהלות המפגשים של חברי כנסת עם אסירים ביטחוניים

41. לפי מדיניות המפגשים הקודמת, מפגש של חבר כנסת עם אסיר תבצע בתנאים שיאפשרו סודיות השיחה עם האסיר אך תוך כדי נקיטת אמצעים שיאפשרו פיקוח על תנועות והתנהגות האסיר בעת הפגישה. לעומת זאת, לפי המתווה המוצע, מפגשים של חברי הכנסת נציגי הסיעות עם אסירים ביטחוניים יהיו בליווי ותחת פיקוח הדוק של גורם בשירות בתי הסוהר "באופן שנוכחותו של הגורם המפקח תאפשר לו התערבות במידת הצורך" וכי "הקשבה לשיח כאמור תאפשר במצבים מיוחדים, אם הדבר מתחייב לנוכח שיקולים ביטחוניים ממשיים המצדיקים זאת". המשיבים מסרו כי נציב שירות בתי הסוהר יקבע בפקודה הוראות לעניין הפיקוח בשים לב לאמור לעיל. במאמר מוסגר יצוין, כי במהלך הדיון לפנינו התבקשו המשיבים להסביר את כוונתם בצמד המילים "הקשבה לשיח"; כלומר, האם הקשבה לשיח תיעשה בידיעת חבר הכנסת והאסיר או שמא המדובר בהאזנת סתר הנעשית שלא בידיעתם. כאן המקום להזכיר כי סעיף 2א(א) לחוק החסינות קובע כי "חבר הכנסת יהיה חסין בפני האזנת סתר", כאשר ניתן יהיה לקבל היתר להאזנת סתר לחבר כנסת במקרים המפורטים בסעיף 2א(ב) לחוק החסינות. לא נתקבל מהמשיבים מענה המניח את הדעת בעניין זה והם בחרו להותיר את הדברים בעמימותם. מקובלת עליי עמדת היועץ המשפטי לכנסת, לפיה בהעדר מתווה מפורט בנושא לא ניתן להביע

עמדה ברורה בנושא מהותי זה וכי עולה חשש כי הן ההסדרה הקיימת והן ההסדרה המוצעת כוללות פיקוח הדוק של גורמי שב"ס על המפגש, באופן שעלול לפגוע ביכולת האפקטיבית של חברי הכנסת לפקח על תנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים.

בטרם סיום

42. יודגש, וזה העיקר, כי העתירה מתייחסת להסדר הקיים ואף הצו על-תנאי שלעמדתני יש להוציא – מתייחס להסדר הקיים, שהוא ההסדר החוקי העומד בתוקף כיום, באשר המשיבים לא ביטלו אותו. מסיבות אלו, שלא כעמדתו של חברי השופט י' אלרון בחוות דעתו, אני סבור כי יש להכריע בעתירה. מאז שהציגו המשיבים את המתווה המוצע בינואר 2019 ועד עתה – שנה וחצי מאוחר יותר, לא עיגנו המשיבים את המתווה המוצע בפקודת הנציבות ואף לא קבעו מועדים לעיגון עתידי של המתווה המוצע. בכך, נדמה שהמשיבים "מושכים בחבל משתי קצותיו": מחד גיסא, המשיבים עצמם הסכימו כי יש לתקן את ההסדר הקיים הקבוע בסעיף 5 לפקודת הנציבות. מאידך גיסא, המשיבים הציעו את המתווה המוצע אך נמנעו במשך שנה וחצי מלעגן אותו בפקודת הנציבות. עם זאת, הדיון השני שהתקיים בעתירה ביום 23.1.2019, עסק במתווה המוצע. גם הצדדים לעתירה הביעו בפירוט את עמדתם לעניין חוקיות המתווה המוצע (ראו: בפס' 8-11 לחוות דעתי). כך, בתגובת המשיבים מיום 4.2.2020, עמדת המשיבים הייתה כי לאחר שהדברים נבחנו על ידי כלל הגורמים הרלוונטיים בדרג המשפטי, המקצועי והמיניסטריאלי, המתווה המוצע שהציגה המדינה הוא איזון סביר, ראוי ומידתי בין כלל השיקולים הרלוונטיים. המשיבים ציינו כי כוונתם "לפעול לשינוי סעיף 5 לפקודת הנציבות מושא ענייננו, כך שישקף את המתווה האמור" (שם, פס' 3 לתגובת המשיבים). מסיבות אלו, גם אם הנוסח המדויק של המתווה המוצע הוא טנטטיבי וטרם קרם עור וגידים, הרי שהמהות של המתווה המוצע ועיקריו הוצגו ופורטו במסגרת העתירה באריכות והצדדים התייחסו אליהם בתגובות ובהודעות שהוגשו מטעמם. יוער, כי השופט אלרון מציין כי "כך, במקרה דנן, הכרעה באשר לחוקיות המתווה על ידי בית משפט זה עלולה לקטוע את הליך ההידברות בין הכנסת לבין המשיבים, תוך התערבות בהליך קבלת החלטות של הרשות המבצעת וביחסיה עם הרשות המחוקקת" (פס' 5 לחוות דעתו). יוער כי הליך ההידברות בין הכנסת לרשות המבצעת הסתיים זה מכבר. הצדדים אף לא עדכנו את בית המשפט כי מתקיים ערוץ של הידברות ביניהם, באשר כלה ונחרצה מעם המשיבים כוונתם להטמיע את המתווה המוצע בפקודת הנציבות בבחינת כזה ראה וקדש.

43. לאחר קריאת דברי חברי השופט נ' סולברג שנכתבו בתגובה לאמור בחוות דעתי (פס' 24-25 לחוות דעתו), אבקש להעמיד דברים על מכונם. אין בחוות דעתי כל

התייחסות להליך או לדרך קבלת החלטתו של השר לביטחון פנים. החלטות של השר לביטחון פנים, כמו גם של נציב שב"ס – נתונות לביקורת שיפוטית (לביקורת שיפוטית על החלטת שר, ראו, למשל: בג"ץ 3842/18 מכלוף נ' השר לביטחון פנים (19.2.2020)). קביעתו של נציג אחד מכל רשימה כמי שיכול לנצל את זכותו לביקור בבתי הסוהר במקום לאפשר זאת לכל 120 חברי הכנסת, כשהדבר נעשה בהחלטתו של נציב שב"ס, עם כל הכבוד, אינה הכרעה מקצועית שבתחום מומחיותו. חוות דעתי לא בחנה את הליך קבלת ההחלטה בעניין תיקון פקודת הנציבות וקבלתה של המדיניות החדשה. התייחסותי התמקדה במישור שיקול הדעת: השיקולים להחלטה, הסבירות והמידתיות. הצדדים לא טענו לפגמים בהליך המינהלי, אלא תקפו את סבירותה של המדיניות החדשה ואת מידתיותה. המשיבים אף לא סיפקו נתונים לעניין הליך קבלת ההחלטה לתקן את פקודת הנציבות (לרבות הטעמים לתיקון), מעבר לכך שההחלטות בעניין שינוי מדיניות המפגשים של אסירים ביטחוניים עם חברי הכנסת נעשו על רקע פרשת ח"כ (דאז) באסל גאטס שניצל לרעה את חסינותו (עניין הררי, בפס' 27 לעיל). תשתית עובדתית שעומדת ביסוד קבלת ההחלטה צריכה להיקבע על בסיס מכלול העובדות והנתונים הרלוונטיים (ראו, למשל: עניין הררי, פס' 47 לפסק דינו של השופט ד' מיןץ וההפניות שם). מכל מקום, אירוע עובדתי אחד של ח"כ שניצל לרעה את חסינותו אינו עולה כדי "שיקול מדיניות" במהותו. המשיבים אף לא נימקו כיצד נערך האיזון שבבסיס המדיניות החדשה, מעבר לטענה הכללית שלשיקולי הביטחון ניתן משקל מכריע. יתרה מזאת, הסמכות בעניין פקודת הנציבות נתונה לנציב (כמפורט בפס' 13 לחוות דעתי) ולכן איני מקבל את עמדת חברי לפיה "אין אנו נדרשים לבחון את סבירותה התוכנית-מהותית של ההחלטה...". זאת, מאחר שהדבר עומד בניגוד למושכלות יסוד של המשפט המינהלי.

100 דבר

44. מטעמים אלה, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מוציאים צו על-תנאי בעתירה ומורים למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 5 לפקודת נציבות בתי הסוהר 03.13.00 (ההסדר הקיים), כך ששב"ס ימשיכו לנהוג לפי מדיניות המפגשים הקודמת. באשר למתווה המוצע, וכפי שציינתי לעיל אין כדי לשנות מהתוצאה וזאת מהטעמים שפורטו.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

1. אני מסכים עם חברי השופט סולברג כי אין לקבל את העתירה, אולם לו תישמע דעתי נורה על מחיקתה.

כפי שפירוטו חבריי בהרחבה, לאחר הגשת העתירה חל שינוי במדיניות שירות בתי הסוהר והשר לביטחון פנים (להלן: המשיבים), ובכוונתם ליזום תיקון של הוראות סעיף 5 לפקודת נציבות בתי הסוהר 03.13.00 "מפגש של חבר כנסת עם אסירים בבתי-סוהר" (להלן: פקודת הנציבות).

בנסיבות אלה, אני סבור כי העתירה מיצתה עצמה – ועל כן יש להורות בשלב זה על מחיקתה תוך שמירת זכויות העותרים בעניין חוקיות ההסדר החדש, לאחר שיעוגן בפקודת הנציבות.

2. באשר למחלוקת שנפלה בין חבריי בעניין חוקיות המתווה המוצע לתיקון סעיף 5 לפקודת הנציבות, הרי שלטעמי חבריי הקדימו את המאוחר.

בשלב זה, אין חולק כי אין לפנינו את נוסח הסעיף המתוקן הסופי, אשר עשוי לעבור שינויים נוספים בהמשך. על כן, העתירה בגלגולה הנוכחי, המופנית כלפי חוקיות המתווה, אינה בשלה – ועלינו להימנע מלקבוע מסמרות בסוגיה זו שכן נוסח הסעיף הסופי שיעוגן בפקודת הנציבות טרם קרם עור וגידים.

לטעמי, מאמצי חבריי לבחון את חוקיות המתווה לתיקון פקודת הנציבות כבר בשלב מוקדם זה הביא, בסופו של דבר, לחוסר התאמה בין מסקנותיהם והסעדים המוצעים על ידם, לבין המצב העובדתי כפי שהשתקף בפנינו לאחר הדיון בעתירה.

כך, חברי השופט סולברג סבור כי "אין מניעה כי הנוסח שהובא לפנינו יעוגן בפקודת הנציבות". אולם, בהודעת המשיבים שהוגשה ביום 20.1.2020, הודגש כי המתווה שהוצג לפנינו "אינו בבחינת נוסח סופי", וממילא לא נדרשנו לקבוע אם ניתן לאמצו בפקודת הנציבות כלשונו.

לעומתו, חברי השופט קרא סבור כי ישנם קשיים משמעותיים במתווה, וכי חלקים ממנו לא פורטו בפנינו באופן המאפשר את בחינת חוקיותם. על כן, לשיטתו יש להוציא צו על-תנאי בעתירה המורה למשיבים "להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 5 לפקודת נציבות בתי הסוהר" כפי שמופיע במתכונתו הנוכחית. אולם, המשיבים עצמם כבר הסכימו כי יש לתקן את סעיף 5 לפקודת הנציבות – וממילא איני רואה טעם לדרוש לעת הזו את שינויו.

3. לגישתי, עלינו להימנע בשלב זה מדיון בתיקון הסעיף לגופו. בחינה מוקדמת של חוקיות המתווה על ידי בית משפט זה, עוד בטרם עוגן בפקודת הנציבות, תהווה התערבות לא ראויה בשיקול דעת המשיבים, העלולה אף לפגוע במערכת האיזונים שבין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת.

4. עקרון הפרדת הרשויות מחייב כי כל אחת משלוש הרשויות תקפיד שלא להסיג את גבולן של האחרות. מבלי להרחיב יתר על המידה באשר למשמעויותיו ופרשנויותיו, די לציין כי בהתאם לעקרון זה על המחוקק לקבוע את המסגרת המשפטית שבה תוכרע סוגיה משפטית מסוימת בכפוף למגבלות הדין; על הרשות המבצעת לפעול בתוך אותה מסגרת משפטית שנקבעה לה; ואילו תפקידו של בית המשפט לקבוע אם הרשויות אכן פועלות כדין בתוך המסגרת המשפטית האמורה – תוך ששמורה לו הזכות לקבוע את פרשנותו המחייבת של הדין.

עם זאת, כפי שהדגיש הנשיא מ' שמגר:

”אם התיאוריה, המאפשרת דיון בערכאות השיפוט בכל עניין, תתממש באופן תדיר, היינו: אם כל נושא ... יוכרע בפורום השיפוטי לפי מבחני החוקיות הפורמאלית או לפי מבחני סבירות שבית המשפט חורץ את הדין לגביהם, יהיה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התיפקוד של הרשויות האחרות” (בג”ץ 910/86 רסלר נ’ שר הביטחון, פ”ד מב(2) 519, 441 (1988). ראו גם את דברי חברי השופט נ’ סולברג בעע”מ 4662/11 מדינת ישראל נ’ זוהר, פסקה 6 (19.6.2012).

אכן, אין חולק כי לבית משפט זה סמכויות רחבות. לא בכדי שאלות הנוגעות לתחומי גבולות הביקורת השיפוטית מצויות בלב השיח הציבורי; ולמרבה הצער, הלגיטימציה של פסיקות בית משפט זה מאותגרת פעם אחר פעם לנוכח טענות לדריסת רגלו בתחומים שראוי להותיר לשיקול דעת הרשויות האחרות.

אולם, במקרים רבים אין צורך להידרש לדיון מורכב באשר לשאלת היקף הביקורת השיפוטית שיש להפעיל על החלטות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – ודי להקפיד כי בית משפט זה לא יידרש לסוגיות אשר לא בשלה העת להכריע בהן.

כך, יימנע בית המשפט מהפעלת ביקורת שיפוטית כאשר הדבר אינו הכרחי, באופן שיבטיח כי הצעותיו ועמדותיו של בית המשפט לא יכבלו את עצמאותן של הרשויות האחרות בהליך קבלת החלטתן (ראו גם בג”ץ 5744/16 בן מאיר נ’ הכנסת,

פסקאות 2–3 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (27.5.2018); בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 6 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (17.9.2014); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פסקה 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (5.2.2012).

הדבר נחוץ במיוחד במקרים שבהם מתנהלת בפני בית המשפט "עתירה מתגלגלת" אשר במסגרתה מקבלת המדינה את טענות העותרים באופן חלקי ומציעה מיוזמתה מתווה לתיקון דרכיה (ראו למשל בג"ץ 8730/03 שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר, פסקאות 43–47 (21.6.2012)). במקרים אלו עצם מעמדו של בית משפט זה אשר מלווה את הצדדים עד להטמעת המתווה המתוקן שנוי במחלוקת, בין היתר בשל מעורבותו בהליך קבלת ההחלטות של רשויות המדינה (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 1887–1892 (2014)).

בעייתיות זו מחריפה לטעמי עת מכריע בית המשפט בלב הסוגיה שבמחלוקת לאחר שהוצע בפניו מתווה כללי לתיקון דרכי המדינה, ובטרם יושם המתווה בפועל ופרטיו לא נקבעו – שהרי יש בכך כדי לקבוע סוף פסוק בטרם השלימה המדינה את הליך קבלת ההחלטות.

5. כך, במקרה דנן, הכרעה באשר לחוקיות המתווה על ידי בית משפט זה עלולה לקטוע את הליך ההידברות בין הכנסת לבין המשיבים, תוך התערבות בהליך קבלת ההחלטות של הרשות המבצעת וביחסיה עם הרשות המחוקקת.

אומנם, היועץ המשפטי לממשלה קבע כי לגישתו המתווה המוצע חוקי. אולם, לנוכח התנגדות היועץ המשפטי לכנסת וחלק מחברי הכנסת משני צדי הקשת הפוליטית למתווה, יש טעם לסברה כי הותרת שאלת חוקיותו לבחינה לאחר שיעוגן בפקודה תאפשר לכנסת ולרשות המבצעת להמשיך להידבר ולעצב את פרטי הסעיף המתוקן באופן אשר עשוי לייתר את העתירה לחלוטין.

6. המסקנה שלפיה יש להימנע בשלב זה מהכרעה בעניין חוקיות התיקון המוצע לפקודת הנציבות, מקבלת משנה תוקף לאור העובדה כי המחלוקת שלפנינו מבטאת התנגשות מהותית בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת – אשר לכתחילה, מוטב כי תיושב ללא התערבותו של בית משפט זה.

שאלת חוקיות המתווה המוצע עוסקת באופן הפעלת הפיקוח הפרלמנטרי על פעולותיה של הרשות המבצעת באמצעות שירות בתי הסוהר – ועל כן מצויה בלב ליבה

של מערכת היחסים שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. התנגשות זו בין שתי הרשויות אף באה לידי ביטוי בכך שהמחלוקת בענייננו ניטשת בין חברי כנסת והיועץ המשפטי לכנסת לבין שר בממשלה והיועץ המשפטי לממשלה (ראו והשוו לבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) נ' ממשלת ישראל, פסקאות 49–51 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014)).

לדידי, הסדרת מערכת היחסים בין הרשות המחוקקת למבצעת, ראוי שתבצע על ידי שתי רשויות אלה; ואילו התערבותו של בית משפט זה במערכת היחסים ביניהן, ראוי שתיעשה במשורה וכמוצא אחרון (ראו גם בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, לו(2) 197, 202 (1982)).

לא יכולה להיות מחלוקת כי פתרון מוסכם בין הכנסת לבין הרשות המבצעת באשר לאופן הפעלת הפיקוח הפרלמנטרי על שירות בתי הסוהר, עדיף עשרות מונים על פני פתרון שייכפה עליהן מתוקף הכרעה שיפוטית.

7. אשר על כן, לו תישמע דעתי נורה על מחיקת העתירה תוך שמירת זכויות העותרים לטעון נגד חוקיות ההסדר החדש לאחר שיעוגן בפקודת הנציבות.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של אב בית הדין השופט נעם סולברג.

ניתן היום, כ"ב בתמוז התש"פ (14.7.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט