

**העותרים :**

1. אבנר הררי
2. א' הררי
3. ס' א'
4. נ' א'
5. א' ב'
6. ל' ב'
7. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד טל חסין ו/או דן יקיר ו/או אבנר  
פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או  
גיל גן-מור ו/או עביר גובראן דכוור ו/או משכית  
בנדל ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רוני פלי  
ו/או סנא אבן ברי ו/או ספיר סלוצקר עמראן

**מהאגודה לזכויות האזרח בישראל**

רח' נחלת בנימין 75 תל אביב  
טל': 03-5608151 ; פקס': 03-5608165  
דוא"ל [talh@aci.org.il](mailto:talh@aci.org.il)

- נ ג ד -

**המשיב :** שירות בתי הסוהר

ע"י פרקליטות המדינה  
משרד המשפטים, ירושלים

**עתירה לדין נוסף**

בהתאם להחלטת כב' הרשם רון גולדשטיין מיום 8.9.2019 על הארכת מועד להגשת  
הבקשה, מוגשת בזאת עתירה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון מיום  
18.8.2019, בבג"ץ 8297/15 הררי נ' שירות בתי הסוהר (להלן: "פסק הדין").

העתק פסק הדין בבג"ץ 8297/15 מיום 18.8.2019 מצורף ומסומן א'.

העתק החלטת כב' הרשם מיום 8.9.2019 מצורף ומסומן ב'.

## מבוא

1. ביום 18.8.2019 ניתן פסק הדין בעתירתם של אסירים, הוריהם וילדיהם, אשר ביקשו להשיב את יום השבת למצבת ימי ביקור משפחות בבתי הכלא בישראל. העתירה נדחתה ברוב דעותיהם של השופטים מינץ והנדל, כנגד דעתה החולקת של השופטת ברק-ארז.
2. פסק הדין קובע שתי הלכות חדשות:

האחת, רשות מנהלית רשאית לשנות מדיניות ארוכת שנים שנהגה בה, ולקבל החלטות המשליכות על רבבות בני אדם ופוגעות באורח קשה בזכויותיהם, בזכאויותיהם וברווחתם - ללא כל בדיקה מוקדמת וללא תשתית עובדתית אשר תהווה מצע ובסיס להחלטה על שינוי המדיניות. הלכה זו סותרת הלכה עתיקת יומין, שמצאה ביטויה בפסיקה ענפה, ואשר עסקה בסבירות שיקול הדעת המנהלי, קבעה סטנדרטים להפעלתו, ועמדה על החובה בגיבוש תשתית עובדתית איתנה בטרם קבלת החלטה מנהלית. כך בכלל, וכך בפרט כאשר החלטה הופכת על פניה מדיניות שנהגה עשרות שנים, אף שלא חל כל שינוי בנסיבות שהצדיק את ביטולה.
3. השנייה היא הקביעה אשר מעניקה בכורה מוחלטת לרווחתם ולזכויותיהם של הסוהרים ובני משפחתם על פני רווחתם וזכויותיהם של אסירים, הוריהם, בני זוגם וילדיהם; החלטה אשר קובעת כי רק הראשונים זכאים ליהנות מערכו החברתי של יום השבת כיום משפחה, סותרת אף היא הלכה פסוקה, לפיה פגיעה בזכויות אסירים תעשה רק במידה הנדרשת לצורך השגת אינטרס נוגד, כבד משקל, ובתנאי שתתיישב עם עקרונות המשפט המנהלי והחוקתי. פסק דין אשר מקנה עדיפות מוחלטת לשמירת השבת של סגל הכלא – אף שחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, החריג סוהרים מתחולתו – על פני יושביו ובני משפחותיהם, אינו מתיישב עם הלכה זו.
4. פסק הדין עסק בהחלטה מסוימת וברשות מנהלית מסוימת - שירות בתי הסוהר. אולם ההכרעה בו, והכשרתה של החלטה מנהלית אשר התקבלה ללא כל בדיקה מוקדמת, היוועצות עם גורמים רלבנטיים, איסוף נתונים, דיון בכל אלה ושקילתם אל מול אינטרסים מתנגשים בטרם קבלת החלטה על שינוי מדיניות חד, משליכה על אופן קבלת החלטות של כל רשות מנהלית באשר היא. כך גם ההכשר שניתן בו לבכר במובהק את טובתה ורווחתה של אוכלוסייה אחת על פני האחרת, ללא טעמים ברורים שיצדיקו זאת, אך בשל שיקול הדעת הרחב המסור לרשות.
5. בשל אלה – הכרעה שעומדת בסתירה מובהקת להלכות קודמות, ובשל השלכותיה הרחבות, היורדות לשורשי המשפט המנהלי, ומשום השלכותיה החברתיות הקשות והפוגעניות, נובעים חשיבותו, חידושו וקשיותו של פסק הדין. מכאן גם העתירה לקיום דיון נוסף בהליך.

## ואלה נימוקי הבקשה:

### תמצית הרקע העובדתי

6. בקיץ 2014 נתלו בבתי הסוהר בישראל מודעות המבשרות לאסירים ולבני משפחותיהם כי החל באוגוסט 2014 ייסגרו בתי הסוהר לביקורים בשבתות. עד לשינוי מדיניות גורף זה, ומאז קום המדינה, נמנה יום שבת על ימי הביקור הקבועים בכלא, ימי ביקור אשר עוגנו בפקודת נציבות שב"ס 04.42.00 "סדרי ביקור אצל אסירים" (להלן: "פקודת סדרי ביקור"). בינואר 2015, חצי שנה לאחר סגירת בתי הכלא לביקורים בשבתות, תוקנה אף הפקודה ויום שבת נמחק ממצבת ימי ביקור אסירים.
7. ביום 3.12.2015 הוגשה העתירה, בה התבקש צו על תנאי אשר יורה למשיב, שירות בתי הסוהר (להלן: "המשיב" או "שב"ס"), לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטתו ומדוע לא יושב אל כנו ההסדר לפיו יום השבת הנו אחד מימי הביקור הקבועים בבתי הסוהר בישראל. העותרים עמדו על כך שבני משפחות אסירים נמנים, ככלל, על האוכלוסיות החלשות בישראל, ואשר ביקור בכלא בימי חול מחייב אותם להפסיד שעות עבודה, ועשוי להביא לפיטוריהם; על טובת ילדיהם הקטינים של האסירים, אוכלוסייה בסיכון, אשר ההסדר החדש מאלצם להעדר מימי לימודים, מתייגם במערכת החינוך, ולחלופין גורם להם לוותר על קשר עם ההורה הכלוא; על כך שכמחצית מאוכלוסיית הכלא אינה יהודית; ועל האינטרס הציבורי במימוש ביקורים בשל משמעותם לשיקום אסירים והשבתם לחברה. העותרים הזכירו, כי חוק שעות עבודה ומנוחה חריג סוהרים מתכולתו, וטענו כי ההחלטה הפוגעת בזכות לחיי משפחה של האסירים ובני משפחותיהם ובכבודם, אינה סבירה ואינה מידתית.
8. בתגובתו המקדמית לעתירה טען המשיב, כי בימי שבת פועלים בתי הסוהר במתכונת כוח אדם מצומצמת; כי התרת הביקורים משמעה תגבור משמעותי של הסגל ופגיעה בסוהרים ובני משפחתם שלא יוכלו לבלות את השבת יחדיו; כי סגירת הכלא בשבתות ניווטה סוהרים לביצוע עבודות אבטחה בהיקף גבוה מזה שבתקופה בה הותרו ביקורים; כי בשל העדר תחבורה ציבורית בשבת בני משפחה רבים ממילא אינם יכולים לממש את הביקור (טענה שהופרכה מאוחר יותר), וכי במקביל להחלטה על ביטול ביקורי השבת הוארכו שעות הביקורים באמצע השבוע ובימי שישי. המשיב עמד על ערכו החברתי של יום השבת כיום מנוחה לסוהרים, טען כי מניין הביקורים הכולל לא פחת בעקבות המדיניות החדשה, וקבע כי בשל כל אלה, ההחלטה על שינוי המדיניות מצויה במתחם הסבירות.
9. עם זאת, בעקבות הגשת העתירה החליט המשיב לבחון בקרב האסירים אם נחוצה הרחבה של ימי הביקור, כך שיתאפשרו גם ביקורי שבת במקרים פרטניים וחריגים, ותיקון הפקודה בהתאם. בחינה זו, וגלגוליה המאוחרים, כונתה "הפיילוט".

10. בדיון הראשון שהתקיים בעתירה ביום 13.7.2016 הביע בית המשפט הנכבד את הסתייגותו ממדיניות המשיב, ואף מן הפיילוט ומתנאיו, אך בטרם הוצאת צו על תנאי נאות לאפשר למשיב לבחון הרחבה יזומה של הפיילוט. בהחלטתו קבע כבי"ה הרכב (בראשות השופט דנציגר, שלאחר פרישתו הוחלף בשופט מינץ) כך:

**"לאחר ששמעה את הערותינו, ביקשה באת כוח המשיב שנאפשר למשיב לקיים התייעצות עם הגורמים המוסמכים במשיב, באשר להרחבה יזומה של הפיילוט, המתנהל מזה כחודשיים בכלל מתקני הכליאה... עם קבלת ההודעה והתגובה לה נחליט בעניין המשך הטיפול בעתירה, לרבות באפשרות צו על תנאי כמבוקש".**

11. מאז ועד לדיון הרביעי והמסכם בעתירה, עסקו הודעות המשיב, תגובות העותרים להן, ובעקבותיהם גם הדיונים בעיקר בפילוט, בהרחבתו, בשיפוצו ובשכלולו, בקשיים שעורר ובממצאיו. דיון אחר דיון ביקר בית המשפט הנכבד את דפוסי הפיילוט, את האוכלוסייה שנדגמה, את השאלות שביקשו המשיבים להפנות לאסירים ולבני משפחותיהם, את היעדרן של שאלות רלבנטיות, ופעם אחר פעם הביע דעתו שיש לערוך בפילוט תיקונים.

12. עוד עסקו הדיונים בניסיון להתחקות אחת התשתית העובדתית שהובילה להחלטה על הפסקת ביקורי השבת בכלא, ובפרט בהיעדרה. כך, למשל, בדיון השלישי שהתקיים ביום 5.11.2017 שאלה השופטת ברק-ארז, בתגובה לטענת המשיב כי הפעיל שיקול דעת סביר: **"איך סביר אם לא עשיתם בדיקה? על מה התשתית העובדתית על פיה התקבלה ההחלטה?"** (עמ' 7 לפרוטוקול הדיון), ובהמשך: **"לא בכדי דיברתי על התשתית העובדתית... עדיין לא הבנתי מה הייתה עבודת המטה שהובילה לקבלת ההחלטה, ואלו עובדות היו לנגד שירות בתי הסוהר? מה הייתה התשתית העובדתית של ההחלטה?"**

13. כך גם בדיון העוקב והאחרון, שהתקיים ביום 26.2.2019. בהתייחסה להחלטה על ביטול ביקורי השבת, שאלה השופטת ברק-ארז: **"האם יש החלטה בכתב על הדבר הזה? האם הייתה ישיבה מסודרת בה התקבלה ההחלטה?"** ובהמשך: **"יש פה מיעוט פרטים, מאוד מעורר שאלות לגבי איך זה התקבל."** (עמ' 5-6 לפרוטוקול). הדברים מצאו ביטויים בפסק דינה של השופטת ברק-ארז (על כך בהמשך).

### **פסק הדין שבמוקד הבקשה**

14. ביום 18.8.2019 ניתן פסק הדין, והעתירה נדחתה ברוב דעות. השופט מינץ חזר, בין היתר, על העמדה שרווחת בפסיקה לפיה ביקורי משפחות אינן זכות אלא טובת הנאה, וקבע כי התיקון לפקודת הביקורים - אשר אינו שולל מאסירים קבלת ביקורים - אינו פוגע בזכותם למשפחה. עוד נקבע בפסק דינו של השופט מינץ, כי למשיב "מתחם סבירות ומתחם מידתיות רחבים" בשל מורכבות ניהול בתי הסוהר,

וכי האיזון שערך המשיב בין הצורך באבטחת בתי הסוהר ורצון שבי"ס לאפשר לסוהרים לבלות את יום השבת עם משפחתם, לבין האינטרס הציבורי בקיומם של ביקורים סדירים בבתי הסוהר ובסיוע לאסירים לממשם – הוא איזון ראוי, שאין מקום להתערב בו.

15. משקל בהכרעה ניתן לכך שפקודת הביקורים "אינה קובעת איסור מוחלט על ביקורים בשבת". בהקשר זה נקבע, כי "חזקה על מנהלי בתי הסוהר ומפקדי המחוז שיתירו ביקורים גם בשבת במקרים המתאימים" (פסקה 44 לפסק דינו של השופט מינץ). זאת על אף עמדתו העקבית של המשיב במהלך ההליך, לפיה לא יתאפשרו ביקורי שבת בכלא.

16. אשר לאופן הפעלת הסמכות המנהלית וקבלת ההחלטה, נקבע בפסק דינו של השופט מינץ, כי "אכן, על מנת שרשות ציבורית תמלא את תפקידה כהלכה, עליה לדאוג תחילה שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו לפנייה. שכן, באין תשתית עובדתית הולמת לא כל החשוב והדרוש להכרעה בעניין יהיה לנגד עיניה של הרשות" (פסקה 46), אך בשל כך ש"בעתירה לא נשמעה כל טענה לגבי פגמים בהליך המנהלי", בית המשפט לא נדרש לסוגיה.

17. השופט הנדל הצטרף לשופט מינץ. שופטי הרוב אף מצאו בממצאי הפיילוט ובנתונים שונים שהציג המשיב תמיכה בעמדתו, לפיה ההחלטה הגורפת על ביטול ביקורי השבת ותיקון פקודת הביקורים אינם מקימים כל עילת התערבות.

18. שונה בתכלית הייתה דעת המיעוט של השופטת ברק-ארז. המחלוקת התמקדה באופן שבו התקבלה החלטת המשיב, והוגדרה בפסק דינה של השופטת ברק-ארז כך: "האם ההחלטה, שלה השלכות כה משמעותיות על חייהם של אסירים ובני משפחתם, התקבלה על בסיס תשתית עובדתית ראויה, והאם נשקלו כלל השיקולים הצריכים לעניין בטרם הוכרעה" (פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). התשובה לכך, קבעה השופטת, היא שלילית:

**"עד עתה, מספר שנים לאחר הגשת העתירה, 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." (פסקה 6 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז).**

19. השופטת ברק-ארז סקרה את הטעמים שהציג המשיב להחלטה על שינוי המדיניות, מצאה כי מדובר בטעמים ענייניים, אך הוסיפה וקבעה כי ראוי היה לבחון מה המשקל היחסי שניתן לטעמים אלה, אשר מאז ומעולם אפיינו את המשטר הנוהג בכלא אך לא הביאו לביטול ביקורי השבת, אל מול טעמים נגדיים (הדגש אינו במקור). אלא שבהעדר הליך בדיקה עובר להחלטה, או למצער כל ראיה לו, לא ניתן לבחון זאת. ובלשונה של השופטת ברק-ארז:

"פרט זה הוא חשוב ורלוונטי במיוחד לשאלה כיצד התקבלה ההחלטה, ומה קדם לה... מדיניות שנהגה משך עשרות שנים בוטלה באופן חד, ללא עבודת מטה של ממש. יש בכך להטריד, אף מעבר להקשר הנוכחי שבו אנו עוסקים. שינוי מדיניות אינו אמור להיות מצב של "נעשה ונשמע" – קודם נעשה ואז נשמע ונברר כיצד השפיע ומה היו תוצאותיו." (סעיף 8 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז).

20. בשל כל אלה, קבעה השופטת ברק-ארז כי ההחלטה, במתכונת שבה התקבלה, "מעוררת קשיים במידה שהצדיקה למצער הוצאת צו על תנאי".

## טעמי העתירה לדין נוסף

### א. חובת הרשות המנהלית לבסס החלטותיה על תשתית עובדתית מוצקה

21. כאמור בפתח הדברים, פסק הדין מתיר לרשות מנהלית לקבל החלטות גורפות, פוגעניות, המשנות באבחה מדיניות שנהגה עשרות שנים, ללא שהציגה כל ראיות לצורך בשינוי וללא ביסוס תשתית עובדתית עובר להחלטה. במהלך ההליך לא הוצגו פרוטוקולים של דיונים שהתקיימו אצל המשיב, נתונים שנשקלו, התייעצויות שנערכו עם גופים מומחים רלבנטיים, ובהם הרשות לשיקום האסיר, סקר צרכים שכולל אף את סגל בית הסוהר (אשר ייתכן שיש בו מי שחפץ בעבודה בשבת), ושיעור העובדים היהודים בקרב הסוהרים. לבית המשפט לא הוצגו הערכות שהתבצעו בדבר היקף הפגיעה בקטינים ילדי אסירים הלומדים ששה ימים בשבוע ובבני זוג עובדים, חלקם מפרנסים יחידים, או ראיות לבחינת חלופות מידתיות משלילה מוחלטת של ביקורים בשבת. המשיב אף לא טען כי חל שינוי בנסיבות, המצדיק את שינוי המדיניות.

22. בכך, סוטה פסק הדין סטייה מהותית מהלכה פסוקה ומושרשת היטב, המעוגנת ביסוד המשפט המנהלי, ואשר מכתובה את אופן הפעלת שיקול הדעת של רשויות מנהליות בקבלת החלטות בכלל, ובפרט כאלה שהשלכותיהן רחבות ופוגעניות. פעם אחר פעם, הכרעה אחר הכרעה, שב ועיגן בית המשפט את חובתה של רשות מנהלית לבסס החלטותיה על תשתית עובדתית איתנה, על נתונים שנאספו ועובדו כהלכה (ר', בין היתר, בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 49 (1983) (להלן: "עניין ברגר"); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997) (להלן: "עניין חורב"); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-425 (1994) (להלן: "עניין יורונט"); רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.5.2012) סעיף 32 (להלן: "עניין פלוני"); בג"ץ 5134/14 התנועה לאיכות השלטון בישראל נגד מועצת מקרקעי ישראל (פורסם

בנבו, 14.11.2016) (להלן: "עניין התנועה לאיכות השלטון"); בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.11.2009).

23. תשתית עובדתית מספקת להחלטת רשות מנהלית כוללת איסוף מידע ונתונים מבוססים, מהימנים ומספקים לקבלת ההחלטה (עניין יורונט, עמ' 423-425). רק משהונחה תשתית עובדתית מלאה ואמינה יכולה רשות לקבל החלטה מושכלת ולפעול על פיה. כפי שנקבע בעניין ברגר:

"תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות), ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית." (עמ' 50 לפסק הדין).

וכן:

"הלכה כתובה ומסורה היא, שעד אשר מחליטה רשות החלטה האוצלת על זכויות הפרט - החלטה אינדיבידואלית או החלטת מדיניות כללית - שומה עליה לאסוף את הנתונים שלעניין, לבור את הבר מן התבן, לנתח את הנתונים, לשקול אותם, לעמוד על משמעות ההחלטה המוצעת ועל תוצאותיה המשוערות, ורק אז לעשות מעשה... בקובעם מדיניות שקבעו - ובדרך שקבעו - חטאו המשיבים לכלל-יסוד זה בעשיית המינהל." (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג' 728 (2) (1999) פסקה 48 לפסק הדין של השופט חשין).

ר' גם: בג"ץ 7738/04 מזרחי נ' שר הרווחה (פורסם בנבו, 17.01.2007) פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ארבל; ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז' (4) 106, 100 (1993); בג"ץ 4681/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים-גוש צפון, פ"ד נא' (4) 679, 685 (1997).

24. זאת ועוד. פסק הדין מכשיר החלטה אשר פוגעת בנוחותם של האסירים ובני משפחותיהם, בטובות ההנאה המוקנות להם ומכרסמת באורח ניכר בזכותם למשפחה. כבר נפסק, כי פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים

מהימנים ומשכנעים במיוחד (עניין יורונט, 425), וכי ככל שהשלכותיה של החלטת הרשות פוגעניות יותר כך נדרשת הקפדה יתרה, דווקנית ונוקשה על הבסיס העובדתי ששימש לה ועל האיזונים שהתבצעו עובר לקבלתה. בהתאם נקבע, כי "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-11 (פורסם בנבו, 15.5.1985), עמ' 251).

25. כך גם שעה שהחלטה משנה סדרי עולם, והופכת על פניה מדיניות שנהגה עשרות בשנים. על מנת להצדיק שינוי חד, דרמטי, במדיניות נוהגת נדרשת הרשות להציג אף שינוי בנסיבות אשר הביא לביטול המדיניות והחלפתה, כפי שנפסק בעניין **חורב**:

**"האם בנסיבות המקום התחולל שינוי משמעותי בנסיבות בשנים האחרונות? מן החומר שהוצג בפנינו עולה, כי התשובה היא בשלילה... לא הוצבע בפנינו על כל נתון, אשר יש בו כדי להצדיק סטייה מן ההסדר אשר נוהג זה שנים ברחוב בר-אילן. לא הוצבע על כל שינוי רלוונטי במצב הדברים בשטח, אשר הצדיק עיון מחודש בהסדר זה."** (עניין **חורב**, פסקאות 31, 34 לפסק דינו של השופט אור).

ור' גם: עניין **התנועה לאיכות השלטון**, פסקה 33 לפסק דינה של השופטת ברון.

26. פסק הדין, אשר מתיר שלילה גורפת של ביקורי שבת, אף חורג מהתפיסה הרווחת בבית משפט זה, לפיה פגיעה בזכויות האדם של האסיר בכלא, שלילתו, הגבלתו, או פגיעה בהן מותרת רק על יסוד נימוקים ענייניים, במקום שאינטרס ציבורי בעל משמעות כבדת משקל מצדיק זאת ו"אך במידה הנדרשת לצורך השגת האינטרס הנוגד, ולא מעבר לכך" (בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 13.6.2006) פסקה 13 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 337/84 **הוקמה נ' שר הפנים**, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984)).

27. לעקרונות אלה אין זכר בפסק הדין. בכך יש חריגה מהותית מנורמות מושרשות בגוף פסיקה ענף.

### **ב. הצדקתה בדיעבד של החלטה מנהלית**

28. עוד טעם מוצאים העותרים לקיום דיון נוסף ולצורך להעמיד הלכה על מכונה, על שום שדומה כי פסק הדין מושא עתירה זו אינו עומד לבדו, והוא המשכה של מגמה בפסיקה העדכנית, המתירה לרשויות לקבל החלטות ולהוציאן אל הפועל ללא תשתית עובדתית, בין היתר על יסוד בדיקות מאוחרות והצדקת ההחלטות בדיעבד. נסביר.



29. ביום 17.9.2018 ניתן פסק הדין בבג"ץ 7016/16 עדאלה – המרכז הערבי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שרת המשפטים (פורסם בנבו, 17.9.2018) (להלן: "עניין עדאלה"). באותו עניין נתקפה חוקיות תיקון שערכה שרת המשפטים לתקנות סדר הדין בבית הדין לעבודה, אשר קבע שתובע שאינו תושב או אזרח יחויב, ככלל, בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות הנתבע – מעסיקו הישראלי. במסגרת ההליך התברר כי בפני שרת המשפטים לא עמדה תשתית עובדתית, המלמדת על כך שעובדים שאינם ישראלים אינם משלמים הוצאות משפט שנפסקות לחובתם, או כי הם מנצלים לרעה את ההליכים בבית הדין, או כי יש כלל צורך בתקנה, להוציא דרישתם של חקלאים מן הבקעה, שנתבעו ונמצאו חייבים לשלם לעובדיהם הפלסטינים, לחסום את התביעות נגדם. העתירה נדחתה משבית המשפט פסק כי התקנה סבירה ומידתית. באשר להיעדרה של תשתית עובדתית נפסק, כי קשה היה לאסוף כזו משום שהתביעות מסתיימות בפשרות, אך לצד זאת העיר בית המשפט (מפי השופט סולברג):

**"... גבי דידי, ספק רב אם היה צורך להתחקות אחר התשתית העובדתית שהובילה להתקנת התקנה. לאחר שבאה התקנה לאוויר העולם, המוקד הוא בשאלת סבירותה. משנמצאה התקנה סבירה ומידתית, כבנדון דידי, שוב אינני רואה מקום להרהר אחר הנתונים העובדתיים שברקע להתקנתה."** (סעיף 26 לפסק הדין).

30. פסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף הוא המשכה של מגמה זו. בעניין עדאלה בית המשפט אמנם לא ביסס הכרעתו על היעדרה של תשתית עובדתית בקובעו שדי בזו שהיתה וכי יש קושי אינהרנטי באיסופה, ואולם העיר, כי ממילא אין צורך ומקום להרהר אחריה משנמצא כי המעשה המנהלי סביר ומידתי. בענייננו מגמה זו – ולפיה אין חובה לאסוף תשתית עובדתית משבית המשפט מוצא את ההחלטה סבירה לגופה – הפכה הלכה.

31. סוגיה נוספת, שעלתה גם היא בעניין עדאלה, היא עניין הפיילוט. כאמור בפתח הדברים, מרגע שהותר למשיב לבצע פיילוט לבדיקת הצורך בביקורי משפחות בשבת, עסק עיקר ההליך בפיילוט, בכשלו, בשיפורו ובממצאיו. האם נחוץ היה כלל פיילוט לצורך הכרעה בעתירה? שופטי הרוב נחלקו בתשובה. השופט מינץ קבע, כי אינו משוכנע שעריכת סקרים בקרב אוכלוסיית האסירים רלוונטית להכרעה ונדרשת לה, אך מצא בממצאיו תמיכה לשלילת הביקורים, ואילו השופט הנדל פסק כי "נוף עתירות הבג"ץ בעלי גוונים רבים, ואין לשלול פתרונות יצירתיים למקרים מתאימים", וכי "דווקא בכוחו של הפיילוט להוסיף נתונים משמעותיים ומוחשיים לבחינת הסוגיה לעומת הערכות שלא נבדקו במבחן המציאות". השופטת ברק-ארז קבעה בהתייחסה אליו, כי "כאשר מדובר בנושא כה משמעותי ובשינוי כה חד במדיניות – ההקפדה אמורה להיות רבה במיוחד", זאת מאחר ש"בענייננו לא הובא כל ניסיון אחר לבסס את ההחלטה ולהפסיק את ביקורי המשפחות בשבת. לא צורך

כל מחקר התומך בהחלטה, ולא הייתה כל התייחסות לשינוי נסיבות המלמד על הצורך העדכון המדיניות בעת הזו".

32. הפיילוט, אם כך, היווה ניסיון להצדיק בדיעבד את החלטת המשיב על מניעת ביקורים בבתי הסוהר בשבת. ההכשר שניתן בפסק הדין לרשות מנהלית לבסס תשתית עובדתית להצדקת החלטה פוגענית **לאחר שזו התקבלה וכבר מיושמת**, מתיר למעשה הצדקה בדיעבד של החלטות שעשויות להיות שרירותיות, גחמתיות כמעט, תהיה פגיעתן אשר תהיה.

33. פרקטיקה זו, שניצניה ניכרו כבר בעניין **עדאלה** (גם שם המשיבים נדרשו לערוך בדיקות ועוד בדיקות משך מספר דיונים בפני בית המשפט להצדקת מדיניותם, לאחר שזו יצאה זה מכבר אל הפועל), מהווה חידוש מסוכן ומדרון חלקלק, שהשלכותיו מעקרות מתוכן את חובת הרשויות מכוח המשפט המנהלי. תחת לבחון את דיות הראיות שעמדו בבסיס ההחלטה המנהלית, מאפשר בית המשפט לקבץ לאחר שהחלטה התקבלה והמדיניות שונתה, זאת בתנאי כמובן שיימצא מי שיקבול עליה. הבעייתיות שבכך מתעצמת נוכח כך שמטבע הדברים, ובאורח אנושי ביותר, הצדקה מאוחרת תיטח בהכרח להנחת המבוקש: ההחלטה מוצדקת, שינוי המדיניות התבקש.

34. ולסיום פרק זה, התייחסות קצרה לפיילוט עצמו. בית המשפט אכן אינו מומחה לשיטות מחקר, גם העותרים לא. אולם משעה שנדרש בית המשפט הנכבד לסקרים, למחקרים ולנתונים אמפיריים, ואף עמל במהלך הדיונים ובהחלטותיו על הפיכתם לכאלה שישקפו מהימנה את המציאות - על בחינת הממצאים והערכתם לעמוד בסטנדרטים מינימליים של מהימנות ותקפות. אלה אינם מאפשרים, למשל, להותיר על כנה את המסקנה לפיה אין צורך בהשבת ביקורי שבת לכאורה בשל כך שרוב האסירים לא קיבלו ביקורי שבת, אף ששאלה בדבר מועד תחילת ריצוי המאסר לא נשאלה כלל (משול הדבר למסקנה לפיה אין צורך בכביש 6 על סמך שאלה שבחנה את השימוש בו בטרם נסלל). זוהי דוגמא אחת בלבד. ונזכיר, כי הקפדה יתרה על בחינת מחקר וממצאיו נדרשת, כאמור, במיוחד במקום שבו היא נועדה לבחון מדיניות שכבר יצאה אל הפועל.

35. גם בנושא זה נחלק בית המשפט הנכבד בעמדותיו. בעוד השופטים מינץ והנדל מצאו בממצאי הפיילוט שהציג המשיב תמיכה בטענה לפיה ביקורי שבת בבתי הסוהר אינם נחוצים, עמדה השופטת ברק-ארז על הכשלים המרובים בו וקבעה:

**"ספק רב בעיני אם המידע שנאסף במסגרת זו היה מספק לצורך ביסוס תשתית עובדתית ראויה לשינוי ההחלטה בדבר מועדי הביקור בכלא" (פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).**

אלא שכאמור תשתית עובדתית אחרת, קודמת להחלטה, לא הייתה בנמצא כלל.

### ג. של מי השבת הזו בכלל

36. קשיותו של פסק הדין אינה מתמצה אך בהליך המנהלי ובסתירת הלכות אשר מתוות את אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשויות. מורכבותו וקשיותו מתבטאות במחלוקת נוספת שהתגלעה בין שופטי הרוב והמיעוט, ואשר עסקה בשאלה אשר הוגדרה בפסק דין המיעוט כך: **"האם השבת היא גם עבור אסירים ובני משפחתם?"** בפסק דינו של השופט מינץ נקבע, כי "אין כל פסול ברצונו של המשיב לאפשר לסוהרים רבים ככל האפשר ליהנות ממנוחה ביום השבת, יום המנוחה הלאומי, יחד עם בני משפחותיהם" (פסקה 41 לפסק הדין), וכי "שמירת שלומם והגנת זכויותיהם של אנשי סגל וסוהרים המופקדים על ניהול בתי הסוהר הם שיקולים רלבנטיים" (שם, הדגש אינו במקור).

37. העותרים אינם מזלזלים כמובן ברווחתם של סגל הכלא ובני משפחתם, ובערכו החברתי של יום השבתון הרשמי במדינה כיום מנוחה ובילוי משפחתי, מאפיין מובהק של השבת בישראל. נהפוך הוא. אלא שתכליתו של יום השבתון הרשמי במדינה, הערכים הגלומים בו והיכולת לממשם, מוקנית גם לאסירים ובוודאי לבני משפחתם - אוכלוסייה המונה רבבות בני אדם, אשר דומה שנשתכחה מלב דעת הרוב בפסק הדין. לשון אחר: פסק הדין קבע, כי "עונג שבת" משפחתי הנו זכות. ככזו, היא מוקנית גם לאסירים, לילדיהם, לבני זוגם ולהוריהם. ביטול ביקורי משפחות בשבת אינו מאפשר את מימושה.

בהקשר זה, קבעה דעת המיעוט כך:

**"דווקא בתחום הרגיש של מתכונת הפעולה בזירה הציבורית ביום השבת, תחום שבו יש הרבה הבנות ומסורות שאינן כתובות עלי ספר מאז קום המדינה ואף לפני כן, ניתן היה לצפות ליתר רגישות והקפדה באשר לשינוי של "סדרי עולם". קל וחומר כאשר מדובר באוכלוסייה שהיא מטבע הדברים מוחלשת... למעשה, השאלה העומדת ברקע הדברים, וכאן אני חוזרת למקום שבו פתחתי את דברי – בשאלה האם יום השבת הוא יום של מנוחה ומשפחה גם עבור אוכלוסיית האסירים..."** (פסקה 17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

38. המענה שניתן לכך בפסק הדין הוא "לא". קידושו של יום השבת, על ערכו החברתי והמשפחתי, לסגל הכלא בלבד, תוך שלילתו מאסירים ומבני משפחותיהם, מהווים חלק מקשיותה של ההלכה. אף בשל כך, סבורים העותרים, מתבקש דיון נוסף בעתירה.

בשל כל אלה, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון נוסף בהלכות שנקבעו  
בפסק הדין.

היום, 23.9.2019

---

דן יקיר, עו"ד

---

עודד פלר, עו"ד

---

טל חסין, עו"ד

בי"כ העותרים