

## הסיפור של הפרטת בתי הסוהר: על פרדוקס הריסון השיפוטי

אפי מיכאלי\*

מטרתה של רשימה זו היא לבחון את הנסיבות שהובילו את בית המשפט להכריע בשאלה המשפטית במקרה של הפרטת בתי הסוהר כארבע שנים וחצי לאחר שהוגשה העתירה, ולתאר את הפעולות של הגורמים השונים אשר הובילו לתוצאה במסגרתה נדרשה המדינה לפצות את הזוכה במכרז לניהולו של בית הסוהר הפרטי במאות מיליוני שקלים. הטענה שאבקש להציג ברשימה זו היא כי האירועים הייחודיים, שהתרחשו באופן טבעי ויזום על ידי המדינה והכנסת, ובעיקר אופן ניהול ההליך על ידיהן, הם אלה שהובילו לתוצאה האמורה. כפי שאראה, מדיניות של ריסון שיפוטי מצידו של בית המשפט, כאשר השאלות המשפטיות היו מונחות במלואן בפניו עם הגשתה של העתירה וחלוף הזמן הובילו ליצירתן של עובדות חדשות אשר העמידו את הקושי להורות על ביטולו של החוק ללא השלכות כלכליות משמעותיות. כמו כן אדון בהרחבה על קיומו של פרדוקס במדיניות הריסון השיפוטי של בית המשפט – שאותו אכנה "פרדוקס הריסון השיפוטי" – אשר בא לידי ביטוי במקרים מסוימים שבהם איפוק מצידו של בית המשפט, המפורש באופן מוטעה על ידי גורמי השלטון, עלול להביא להתערבות שיפוטית שעלולה להיתפס כחוצת גבולות, כאשר בית המשפט ביקש לנהוג באיפוק. אצביע גם על שני מופעים שונים של פרדוקס זה הן במישור ההשלכות הכלכליות האפשריות והן בנוגע לשחיקת יכולותיהם של שומרי הסף לעצור מהלכים שונים בהיעדר כלים משפטיים מתאימים בשל מדיניות של ריסון שיפוטי מוטעה. אראה גם כי לרשות בית המשפט עומדים כלים נוספים לניהולם של הליכים מסוג זה אשר יש בהם כדי להוביל להכרעות מהירות יחסית בסוגיות עקרוניות ולהימנע מהפרדוקס האמור. עוד אראה כי בעשור שלאחר מתן פסק הדין השימוש של בית המשפט בכלים אלה הולך וגובר וזאת, כך נראה,

\* ייצג עם עוה"ד גלעד ברנע, אביב וסרמן ויעל ברדה את המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ואת גונדר (בדימוס) שלמה טויזר בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג (2) 545 (2009). תורה לקוראת האנונימית על הערותיה החשובות שתדמו רבות למאמר זה. תודה נוספת לעורכי וחברי מערכת כתב העת "מעשי משפט" על סבלנות ומקצועיות אין קץ. הדברים המוצגים ברשימה זו הינם על אחריות הכותב בלבד.

תוך הבנה כי דחיית הכרעות בשאלות משפטיות עלולה לגרום לנזקים שיש להימנע מהם ככל שניתן.

## מבוא

פסק דינו התקדימי של בית המשפט העליון<sup>1</sup> בעתירתה של חטיבת זכויות האדם במרכז האקדמי למשפט ולעסקים כנגד התיקון לפקודת בתי הסוהר<sup>2</sup> המאפשר ניהולו של בית סוהר בידי זכייין פרטי, היה לאחת הסוגיות החוקתיות המורכבות ביותר שעימן התמודד בית המשפט העליון בישראל בעשורים האחרונים. סוגיה זו דרשה מבית המשפט להכריע בנושא חדש, שלמיטב בדיקתי, לא הובא עד אותה העת בפני אף בית משפט בעולם. השאלה שעמדה בפני תשעת שופטי בית המשפט העליון הייתה האם העברת סמכות הניהול המלאה של בית סוהר לידיה של חברה פרטית המונעת משיקולי רווח, עומדת בהוראות חוקי היסוד. העותרים, ובראשם המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, הציגו בפני בית המשפט שני נתיבים שבהם ניתן היה לפסוע ולהורות על פסילת החוק, שהיווה את צעד ההפרטה הקיצוני ביותר שנרשם במדינת ישראל מאז היווסדה. כפי שיפורט במאמר זה, החלטות בית המשפט העליון נתפסו על ידי העותרים כתוצאה של מדיניות של ריסון שיפוטי התופסת את חזית הבמה, במיוחד כאשר על המדוכה עתירה שבמסגרתה נדונות שאלות שהן כלכליות-חברתיות באופיין או שאלות שלהן השלכות כלכליות משמעותיות. על רקע זאת בלטה במיוחד הכרעתו של בית המשפט העליון, אשר הורה, ברוב של שמונה מול אחד, על ביטול הוראת החוק שנדונה בעתירה, וקבע כי העברת הסמכות המלאה לניהול בית סוהר לידיו של גורם פרטי המונע משיקולי רווח מהווה, כשלעצמה, פגיעה בלתי-מידתית בחירות ובזכות לכבוד האדם של האסיר. לכאורה, מדובר בצעד שאינו מבטא מדיניות של ריסון שיפוטי. אך מבט מקרוב מראה כי התמונה מורכבת יותר. בפרקים הבאים אבקש להראות כי בעת ניהול ההליך, בית המשפט העליון נקט מדיניות מובהקת של ריסון שיפוטי וזאת על רקע לחצים רבים ומגוונים מצד המדינה והכנסת לדחות הכרעות ביניים בהליך, מקום בו השאלות המשפטיות שעמדו להכרעה היו ידועות וברורות כבר בתחילתו. הצגת הדברים תאפשר מבט מעמיק ורחב יותר על ההליך המשפטי בעניין פרשת הפרטת בתי הסוהר כחלק מניסיון להבין את תופעת המשפט בכלים נוספים מלבד ניתוח ההכרעה השיפוטית כשלעצמה. זרם זה מוכר בכתיבה הענפה על "משפט וחברה" והוא מבקש לבחון את תופעת המשפט גם באמצעות ניתוח ההליכים שהובילו לתוצאה המשפטית (בשונה מניתוח התוצאה המשפטית כשלעצמה). בחינת ההליכים הללו מאפשרת גיבוש של תמונה מלאה יותר ביחס לתופעת המשפט ומאפשרת את ביסוסן של תובנות חשובות ומשמעותיות ביחס לתוצאות המשפט.<sup>3</sup> אבקש להשתמש בכלים אלה כדי להראות כי את המקרה של הפרטת בתי הסוהר יש להבין גם על רקע ניתוח ההליכים שהובילו את בית

המשפט העליון לפסוק כפי שפסק, וכי ניתוח זה מאפשר גיבושה של תמונה מורכבת ביחס לאופן הפעלת הביקורת השיפוטית במקרה שלפנינו.

פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין הפרטת בתי הסוהר פורסם כארבע שנים וחצי לאחר שהוגשה העתירה. צו הביניים בהליך ניתן כחצי שנה קודם לכן – כארבע שנים לאחר הגשתה של העתירה – זמן קצר לאחר שהמשיכים הודיעו לבית המשפט כי הזכיין הפרטי שעתיד היה להפעיל את בית הסוהר, השלים את בניית המבנה והוא פועל גם במישורים נוספים כחלק מהיערכותו להפעלת בית הסוהר. כפי שאראה, דחיית מתן צו הביניים למועד מאוחר נבעה מבקשות חוזרות ונשנות של המשיבים, בראשם המדינה והכנסת, לדחות כל הכרעה אופרטיבית בהליך וזאת כדי לאפשר למדינה להמשיך בהליך ההפרטה המתוכנן, ובכלל זה להשלים את בנייתו של מתקן הכליאה. בדברים הבאים אעמוד על חלק מהאירועים שליוו את ניהול הליך הבקשים האמורים ואראה כי המדינה, בשיתוף פעולה של הכנסת, דחקה בבית המשפט לדחות את מתן צו הביניים בהליך, וזה מצידו, תוך שהוא נוקט ריסון ואיפוק, נענה לבקשות המדינה והכנסת גם כאשר הטעמים לבקשות אלה לא היו נקיים מספקות וגם כאשר הסיכון הכלכלי שנטלה המדינה היה משמעותי ביותר.

כפי שאראה, תוצאת הדברים היא פרדוקסלית במהותה, שכן ריסון שיפוטי של בית המשפט בעת ניהול ההליך הוביל בסופו של עניין להכרעה שיפוטית אשר עשויה להיתפס על ידי רבים כחוצת גבולות. פרדוקס זה יכונה במאמר "פרדוקס הריסון השיפוטי", ובעניין הפרטת בתי הסוהר הוא הוביל לתוצאה אשר עלולה להיתפס כמתערבת יתר על המידה וכבלתי-אחראית מבחינה כלכלית. בדבריי אטען כי לו היה בית המשפט עוצר את הליך ההפרטה בשלבים מוקדמים יותר של ההליך המשפטי, ייתכן וניתן היה למזער את הביקורת הציבורית שהופנתה כלפי פסיקת בית המשפט כזו שגרמה להוצאות כלכליות משמעותיות – שבאו לידי ביטוי בפיצוי שניתן לזכיין לאחר ביטול הוראת החוק, וביקורת זו הייתה מצטמצמת להיבטים המשפטיים שבה בלבד. כפי שאראה, לפרדוקס הריסון השיפוטי מופע נוסף מלבד זה הכלכלי. פרדוקס זה עלול לבוא גם לידי ביטוי גם במישור פועלם של שומרי סף שונים אשר נסמכים במקרים רבים במהלך ביצוע תפקידם על פסיקותיו של בית המשפט העליון. כך, ריסון שיפוטי מוטעה בהליכים מסוימים עלול להביא להתערבות שיפוטית רחבה כאשר מדיניות ריסון שיפוטי קודמת אינה מפורשת נכון על ידי גורמים שונים במגרש הדמוקרטי. במסגרת מופע זה של פרדוקס הריסון השיפוטי אבקש להראות כי לעיתים הימנעותו של בית המשפט ממתן הכרעות בשאלות משפטיות שונות המובאות לפתחו, יוצרת מרחב משפטי שממנו נעדרים כלים משפטיים מרסנים המאפשרים תפקוד יעיל של שומרי הסף בריסונם של שליחי ציבור, וכך עלולות שאלות אלה לחזור לבית המשפט אך בעוצמה רבה יותר. בעניין זה אטען כי באופן פרדוקסלי, יותר הכרעות אשר בעבר היו נעצרות על ידי שומרי הסף אשר היו להם הכלים המתאימים והמעמד הנדרש לעוצרן, מגיעות לפתחו של בית המשפט וזה ניצב בפני שאלות דומות לאלה שהובאו לפתחו בעבר כאשר בחר לרסן עצמו מהכרעה,

אך בעוצמה רבה יותר, והוא נאלץ, בלית ברירה, להוציא תחת ידו הכרעות אשר עלולות להיתפס כמרחיקות לכת.

הפרק הראשון יציג את הרקע להגשת העתירה. בפרק השני אעמוד על השלבים השונים של ניהול העתירה וההכרעות בה. אבחן את הסוגיות שעלו בתקופה שקדמה להגשת העתירה ואת התלבטויותיה השונות של העותרת בטרם הגשתה. כן אעמוד על הליך הדיון בעתירה ועל תוצאותיהם של כל אחד מהדיונים בעתירה, תוך אזכור עמדתה של המדינה בנושא והאופן שבו השפיעו הכנסת והמדינה על דחיית ההכרעה בעתירה עד למועד מאוחר בהליך. אדון גם במועד מתן צו הביניים בהליך ובהכרעת בית המשפט בעתירה. בפרק השלישי אעמוד על מה שמכונה במאמר זה "פרדוקס הריסון השיפוטי". אדון במהותו של הפרדוקס ובשני מופעים מרכזיים שלו – הכלכלי וזה הנוגע לשחיקת מעמדם של שומרי הסף. בפרק זה אביא גם כמה דוגמאות למקרים שאירעו לאחר שהתקבלה ההכרעה בעניין הפרטת בתי הסוהר, שמהם ניתן ללמוד כי ביכולתו של בית המשפט לנהוג באופן שונה במקרים בעלי השלכות ציבוריות רחבות וכי יש ביכולתו לצמצם את השלכותיו של פרדוקס הריסון השיפוטי.

## א. הרקע להגשת העתירה

בעשורים האחרונים מקומם של התאגידים הפרטיים בחיינו הולך וגדל. פרט למגע בשוק החופשי ובשוק העבודה, אנו נתקלים בתאגידים במקומות שבעבר פעלה בהם המדינה. בתי ספר פרטיים, שירותי בריאות פרטיים, כוחות שיטור מקומיים, חברות גבייה פרטיות, מנגנוני תביעה הנעזרים בגורמים פרטיים, אלה רק מקצת המקרים שבהם הופך התאגיד לחלק מהנוף החברתי ומפעיל עבור המדינה סמכויות שבעבר הפעילה בעצמה. העברת הסמכויות הללו לידי גורמים פרטיים היא חלק מתופעה רחבה יותר שכוללת גם העברת נכסים, חברות ומשאבי טבע המצויים בבעלות המדינה לגורמים פרטיים. תופעה זו מכונה לרוב "הפרטה"<sup>4</sup>, והיא באה לידי ביטוי במספר רב של מופעים. כך לדוגמה, הפרטה מתייחסת להעברתם של נכסים המצויים בידיה של המדינה – ובכלל זה קרקעות, חברות, מחצבים, אוצרות טבע ומשאבי טבע – לשימושם או לבעלותם של גורמים פרטיים. תופעה זו גם מתייחסת להעברתן של סמכויות מדינה לידיהם של גורמים פרטיים הבאים בנעליה של המדינה ומפעילים עבורה את שיקול הדעת המינהלי. במסגרת זו, מעבירה המדינה סמכויות שונות וביניהן סמכויות בתחומי החינוך, התעסוקה, הרווחה ובריאות. בדומה למדינות נוספות בעולם,<sup>5</sup> בתחילת שנות האלפיים צעדה מדינת ישראל צעד משמעותי נוסף וביקשה להעביר לידיים פרטיות את הסמכות המלאה לניהולו של בית סוהר. זאת על רקע צפיפות גדלה והולכת בבתי הסוהר בישראל.<sup>6</sup> צעד זה, שקיבל את תמיכתה של הכנסת במסגרת תיקון פקודת בתי הסוהר<sup>7</sup> היה הראשון שביקש להעביר סמכויות להפעלתו של הכוח השלטוני המאורגן כחלק ממנגנון אכיפת החוק לידיהם של גורמים פרטיים. כך, ביקש המחוקק להעביר סמכויות המצויות בגרעין תפקידה של המדינה הריבונית, אשר להעברתן לידיו של גורם פרטי היבטים חוקתיים ישירים.<sup>8</sup>

הצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר, התקבלה בשנת 2004 לאחר כמה דיונים בנושא בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. על פי ההוראה המרכזית בתיקון לפקודה, שירות בתי הסוהר רשאי, באישור השר ולצורך מילוי תפקידיו כאמור בפקודת בתי הסוהר, "להסתייע בתאגיד שהוא חברה על פי חוק החברות" שמתקיימים לגביו כמה תנאים כקבוע בחוק, "ולשם כך להתקשר עמו בהסכם הקמה, ניהול והפעלה של בית סוהר אחד שפרטיו מנויים בתוספת השלישית".<sup>9</sup> לפיכך התיקון מאפשר לשירות בתי הסוהר לבחור בזכייך אשר יקים, ינהל ויפעיל, למשך 22 שנים, בית סוהר בניהול מלא ובו 800 מקומות כליאה. לעובדי הזכייך תינתן, בין היתר, שורה של סמכויות הכוללות גם שימוש בכוח כלפי אסירים ובכלל זה חיפוש פולשני. על הזכייך למנות מנהל לבית הסוהר בהתאם לתנאים הקבועים בתיקון לחוק וסמכויותיו יהיו כשל מנהל בית סוהר על פי הפקודה, למעט כאלה המנויות בתיקון לחוק.<sup>10</sup> בתיקון לחוק נקבע מנגנון לנטילת הסמכויות לניהול בית הסוהר והשבתן לידי המדינה בהתאם לתנאים שנקבעו בו.<sup>11</sup> כבר בשלב זה נראה היה כי הוראות החוק המאפשרות העברתן של סמכויות אלה לידי גורם פרטי אינן הולמות את המבנה החוקתי של מדינת ישראל, וכי יש מקום למצוא את הדרך להביא לביטולן.

## ב. הגשת העתירה, ניהולה וההכרעות בה

### 1. התקופה שקדמה להגשתה של העתירה

העתירה בעניין התיקון לחוק המאפשר ניהולו של בית סוהר על ידי חברה פרטית הוגשה במהלך שנת 2005, כשנה לאחר אישורו של התיקון לחוק על ידי הכנסת. מדובר היה בעתירה הראשונה שהוגשה על ידי העותרת, חטיבת זכויות האדם במכללה האקדמית למשפטים (לימים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים). עו"ד וסרמן, שגם ניהל באותה עת את הקליניקות המשפטיות של חטיבת זכויות האדם, ייצג אותה בדיונים בהצעת החוק בכנסת והיה הרוח החיה מאחורי מהלכי ההתנגדות המרכזיים להצעת החוק. לאחר אישורו של התיקון לחוק ביקש עו"ד וסרמן לפעול להגשתה של עתירה לבג"ץ כנגד התיקון. כך, במשך חודשים רבים מאז התקבל התיקון בכנסת, התייעץ עו"ד וסרמן עם גורמים שונים וביקש לבחון את הסיכויים והסיכונים בהגשתה של עתירה ואת האפשרות כי גורמים מרכזיים בקהילת העותרים הציבוריים וארגוני זכויות האדם יצטרפו למהלך. ניסיונותיו של עו"ד וסרמן לא בישרו טובות. כל הארגונים והגורמים שאליהם פנה השיבו פניו ריקם והעריכו כי אין סיכוי להתערבותו של בית המשפט בנושא. הטענה המרכזית שבה נתקל הייתה כי מאחר שאין עוד אסירים אשר זכויותיהם נפגעות, אין מדובר בפגיעה בזכויות האדם, שכן, לא בשלה העת לקבוע כי קיימת פגיעה בזכויות בטרם אלה נכנסו בשעריו של בית הסוהר בניהול פרטי. לפיכך, על פי הטענה, אין מקום לעתירה על בסיס זה.<sup>12</sup> יש לזכור כי בעשור שקדם לאישורו של התיקון לחוק בכנסת חלו תמורות משמעותיות במשפט החוקתי בישראל. במהלך תקופה זו התבססה

סמכותו של בית המשפט העליון לערוך ביקורת שיפוטית על חוקים ובית המשפט העליון השתמש בסמכותו זו בכמה מקרים.<sup>13</sup> לפיכך, ניתוח הסוגיה המשפטית בראי פסיקות העבר והניסיון לבחון את הסוגיה בכלים אלה הייתה מתבקשת.

באחד הערבים בתחילת שנת 2005 ביקש עו"ד וסרמן להתייעץ איתי בנושא. באותה העת שימשתי בתפקיד הוראה זוטר בקורס דיני חוקה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. במשך שעה ארוכה סיפר לי עו"ד וסרמן על המקרה שעד אותה עת הכרתי מכותרות העיתוננים בלבד. התסכול שהביע בפניי היה גדול. עם זאת היה ניכר שהוא נחוש למצוא דרך לקדם את העניין לקראת הגשתה של עתירה והוא ביקש את עזרתי. לאחר הפגישה היה ברור לי כי הטענה שהושמעה בפניו כל כך הרבה פעמים ביחס לסיכויי ההתערבות של בית המשפט, הביטה לאחור על פסיקות העבר וביקשה ללמוד מהן על העתיד. ככלל, זו הדרך הנכונה לבחון סוגיות משפטיות, אך היא גם מתכון די בטוח לקיבוע מחשבותי. לאחר פגישתנו נראה היה שהפיצוח לא יבוא ממבט על פסיקות העבר, אלא מניתוק המחשבה המשפטית מכבלי העבר וממגבלות המוכר ובחינת הנושא בפני עצמו. אימוץ דרך מחשבה שכזו אפשר ניתוח חופשי של השאלה המשפטית ללא מגבלה טקסטואלית או אחרת, תוך הבנה כי בסופו של עניין, אם ימצא העיגון הרעיוני המתאים, תיבחן היתכנותו בראי הטקסט החוקתי הקיים והתפיסה המשפטית המקובלת. השאלה שעלתה הייתה פשוטה – האם קיימת מגבלה כלשהי על פגיעה בזכויות אדם שאינה נובעת מניתוח התוצאה הפוגענית אלא מתמקדת באופן הפעלת הסמכות לפגוע. התשובה הובילה מייד להתמקדות במיהות הגוף הפוגע ולא בתוצאותיה האפשריות של הפעולה. כך, התחדדה אצלי המסקנה כי הנושא המרכזי בהליך ההפרטה, הניצב בבסיסו של התיקון, נוגע לזהותו של הגוף שאליז מועברות הסמכויות לשימוש בכוח שלטוני. בשעות הערב המאוחרות של אותו היום יצרתי קשר עם פרופ' משה כהן-אליה, לימים נשיא המרכז האקדמי למשפט ולעסקים,<sup>14</sup> ובאותה העת מורה למשפט חוקתי וחבר הסגל האקדמי במרכז. הצגתי בפניו את הרעיון המשפטי המתמקד במיהות הגורם המפעיל את הסמכות ולא בתוצאות האפשריות של הפעלתה. הצבעתי בפניו על האפשרות לבסס טיעון משפטי המשלב בין החלק המוסדי של חוקי היסוד לזה העוסק בהגנה על זכויות האדם תוך הפניה לסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה" ולסעיפים הרלוונטיים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. "זו מחשבה מרעננת" הייתה תגובתו של פרופ' כהן אליה. המיקוד בזהותו של הגוף המפעיל את הסמכות לשימוש באלימות והשאלה האם המדינה יכולה להתפרק מסמכות זו ולהעבירה לגורם פרטי, ללא קשר לתוצאות הפעלת הסמכות, נראה לו ככיוון המאפשר לתקוף את החוק כבר בשלב זה, עוד בטרם הוקם בית הסוהר בפועל. לאחר שיחה קצרה שבה דנו בסיכונים וביסיון שבטיעון המשפטי, פניתי לשוחח עם עו"ד וסרמן והצגתי גם בפניו את הרעיון. לשמחתי, גם הוא ראה ברעיון כיוון מחשבה חדש על הנושא וסיכמנו כי נקדם את הגשתה של העתירה על בסיס זה. לאחר ימים אחדים הצגנו את הטיעון המשפטי גם בפני פרופ' קלוד קליין, מי שהיה באותה העת דקן בית הספר למשפטים

במרכז. פרופ' קליין אמר כי לדעתו הטיעון שהצגנו משכנע והוא גיבה את ההחלטה לקדם את הגשת העתירה.

החלטה זו לא הייתה פשוטה כלל ועיקר. הסיכון המרכזי בהגשת העתירה היה בכך שבית המשפט העליון ידחה אותה, ולכך יהיו השלכות לא מעטות על האפשרות לשנות את הוראת החוק ככנסת ולהוביל לביטול מהלך ההפרטה. החשש היה שיהיו כאלה שיראו בפסיקה הדוחה את העתירה כאישור משפטי למהלך העברת סמכויות להפעלת כוח לידי של גורם פרטי – עניין שהיה בו כדי להשפיע גם על מהלכי הפרטה דומים בעתיד, כגון הפרטת כוח שיטור במשטרת ישראל, הפרטת כוח לחימה בצבא ההגנה לישראל ומהלכי הפרטה נוספים המערבים העברתן של סמכויות לשימוש בכוח לידיהם של גורמים פרטיים. לצד סכנה זו, נלוו להגשת העתירה גם סכנות נוספות ברמה של העותרת עצמה, שכאמור הייתה זו עתירתה הראשונה כעותר ציבורי. כישלון בעתירה זו היה יכול להשפיע על המשך פועלה במרחב הציבורי ואף לגרום לנזקים כלכליים לא מבוטלים למוסד אשר בסופו של יום מציע את שירותיו בתחום הוראת וחקר המשפט. היתרונות בהגשת העתירה היו גם הם לא מבוטלים. ראשית, היתרון הישיר הטמון בעצירת המהלך עצמו. הן מבחינה משפטית והן מבחינה ציבורית. שנית, הצלחה בעתירה כה משמעותית היה בה כדי לחזק את מעמדו של המוסד ותפיסתו בעיני הציבור, במיוחד על רקע הימנעותם של גורמים אחרים מנקיטת מהלך דומה. להצלחה בניהול ההליך היו גם יתרונות תקשורתיים לא מבוטלים למוסד עצמו ולפיתוח המשפט החוקתי בישראל וכן יתרונות נוספים אחרים.

הכוונה להגשת העתירה פורסמה בציבור והפכה לפומבית. בעקבות כך פנה גונדר (בדימוס) שלמה טויזר, שהיה בעברו מפקד כלא באר שבע ומילא שורה של תפקידים בכירים בשירות בתי הסוהר, לעו"ד וסרמן. לאחר כמה פגישות ושיחות החליט טויזר להצטרף לעתירה כעותר. מצוידים ברוח הגבית שניתנה לנו מראשי המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ועל בסיס המידע שנמסר לנו מטויזר, ניגשנו לכתוב את העתירה אשר התבססה על שני יסודות מרכזיים: היסוד האחד, התייחס להוראות המוסדיות בחוקי היסוד ובראשן אלה הנוגעות להיותה של הממשלה הרשות המבצעת של המדינה.<sup>15</sup> במסגרת טיעון זה ביקשנו לשכנע, כי הסמכות השלטונית להפעלת כוחה המאורגן של החברה בהפעלתם של בתי סוהר, נתונה לממשלה שהיא הרשות המבצעת של המדינה. על פי הטענה, מדובר בסמכות גרעינית אשר העברתה תפגע בעיקרון שלפיו הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. בבסיס טיעון זה מונחות התפיסות היסודיות ביותר של האמנה החברתית שלפיה מעניקים הפרטים למדינה, ורק לה, את הלגיטימציה להפעיל כוח שלטוני בשם אינטרס הציבור לשם שמירה על שלטון החוק ואכיפתו, והיא אינה יכולה להעביר סמכות זו לגורם שאינו שלטוני. היסוד השני, התייחס להוראות חוקי היסוד בדבר ההגנה החוקתית הניתנת לזכות לכבוד האדם ולחירותו.<sup>16</sup> טענו, כי בעניין החוק שאפשר העברתן של סמכויות לניהולו של בית סוהר לידי של גורם פרטי, יש להתמקד בזהותו של הגורם הנוטל זכויות האסיר בשם האינטרס הציבורי ופוגע בהן,

וכי עצם העברת הסמכות לידי של גורם פרטי פוגעת בזכויות האסירים, ללא כל קשר לכחינת תוכנה של ההחלטה הפוגעת או לפוטנציאל הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת. טענה זו כללה בתוכה קביעה כי הקניית סמכויות לפגוע בזכויות אדם לזכיין פרטי ולעובדיו בחקיקה ראשית היא פסולה, שכן סמכויות אלה נתונות לממשלה, ורק היא יכולה להפעיל – בשם אינטרס הציבור – את כוחה המאורגן של החברה.

## 2. הגשת העתירה ותוצאות הדיון הראשון בה

עם הגשת העתירה היה ברור לכל המעורבים כי אם תתקבל, היא עשויה לרשום תקדים משפטי משמעותי בהיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל. בבוקר הגשת העתירה במרס 2005 הגענו עו"ד וסרמן ואני לבית המשפט העליון בלווייתם של גונדר (בדימוס) טויוזר ופרופ' קליין. לצד הבקשה לצו על תנאי בעתירה, הוגשה לבית המשפט גם בקשה לצו ביניים המבקשת לעצור את כל ההליכים שנדרשו להעברתו של בית סוהר לניהול פרטי, ובכלל זאת הקפאת התקשרותה של המדינה עם כל גורם ומניעת התחייבויות כספיות של המדינה עם גורמים שלישיים בהיותו של התיקון בטל. הגשתה של בקשה לצו בשלב זה הייתה חשובה לטעמנו, שכן עד אותה עת לא התחייבה מדינת ישראל בהתחייבות משמעותית לאף גורם פרטי שהיה מעורב או עתיד היה להיות מעורב בהליך המכרז. לכן, הנזק הכלכלי שהיה נגרם באותה העת למדינה היה מצומצם עד מאוד. סברנו, כבר עם הגשת העתירה, שיש מקום לברר את השאלה המשפטית מוקדם ככל שניתן ועוד בטרם יצירתה והרחבתה של החשיפה הכלכלית של מדינת ישראל בהליך, ולכן עמדנו על הוצאתו של צו ביניים שיקפיא את הליכי ההפרטה עד להכרעה בשאלות המשפטיות שעל הפרק. סברנו גם כי כל העובדות הנדרשות לצורך ההכרעה ניצבו בפני בית המשפט כבר בעת הגשת העתירה ולכן אין צורך בכירור עובדתי מעמיק ביחס לשאלות העקרוניות שהוצגו בה. לכן, האמנו כי נכון שהעתירה תתברר במהרה ורק לאחר הכרעה בשאלות העקרוניות ובמקרה שהעתירה תידחה, תוכל המדינה להמשיך בהליך ההפרטה.

העתירה הועברה לניהולה של עו"ד יוכי גנסין, באותה עת פרקליטה בכירה במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה (לימים, היועצת המשפטית של שירות בתי הסוהר). בתגובת המדינה לעתירה באפריל 2005 ביקשה המדינה מבית המשפט כי זה ידחה את העתירה בשלל טענות. בדבריה טענה המדינה כי התיקון לחוק מהווה "פיילוט" המבקש להעביר בית סוהר אחד לניהולו המלא של גורם פרטי. כפי שעולה מהדברים, לאחר התערבותו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד אליקים רובינשטיין (לימים, המשנה לנשיאת בית המשפט העליון) אשר היה זה שחייב את הממשלה לעגן את המהלך בחקיקה, נערך בכנסת "הליך חקיקה אינטנסיבי"<sup>17</sup> ובמקביל לדיונים בכנסת "התקיים שיח ציבורי נרחב בנושא, הן באמצעי התקשורת והן בכנסים שנערכו במוסדות אקדמיים".<sup>18</sup> עוד עולה מתגובת המדינה לבקשה לצו ביניים כי עד לאותה העת טרם הסתיים הליך בחירתו של הזכיין, וכי עלות המדינה בהליך המכרז הסתכמה בסך של "כמיליון וחצי דולר",<sup>19</sup> כמו כן התברר כי המדינה התחייבה בפני שלוש קבוצות המתמודדים במכרז כי אם יבוטל



המכרז "ישולם לכל אחד מהם פיצוי בסך 500,000 דולר".<sup>20</sup> על פי עמדת המדינה באותה העת, חשיפתה של המדינה במונחים כלכליים ישירים עמדה על מספר בודד של מיליוני דולרים לו ניתן היה צו ביניים כבר בשלב זה. אך כפי שנראה, חשיפה כלכלית זו תלך ותעצים ככל שיתקדם הפרויקט. לאחר הגשתה של תגובת המדינה כאמור, דחתה השופטת ארבל את בקשת העותרים לצו ביניים.<sup>21</sup>

כאן המקום לציין כי העתירה עוררה עניין ציבורי והיה ברור כי קיים פוטנציאל שהכרעה עקרונית בעתירה תהווה אבן דרך משמעותית ביחסו של בית המשפט לתופעת ההפרטה, אשר עד אותה עת הלכה והתרחבה בקרב תחומי חיים רבים. כמו כן קיבלנו גם פניות לא מועטות מעורכי דין וממשפטים שהביעו עניין בהליך. אחד מעורכי הדין שיצרו קשר עם עו"ד וסרמן היה עו"ד גלעד ברנע. חודשים אחדים לאחר מכן ובשל הקשר שנוצר, הוחלט לצרפו לצוות עורכי הדין שייצג בעתירה. מאוחר יותר צורפה גם עו"ד יעל ברדה לצוות המייצג.

דיון ראשון בעתירה התקיים באוקטובר 2005 בפני הרכב השופטים ביניש, פרוקצ'יה וג'ובראן. ימים אחדים קודם לכן הגישה המדינה את תגובתה לקראת הדיון, ועדכנה כי לאחר כמה דחיות במכרז, באוגוסט 2005 הגישו שתי קבוצות את הצעותיהן וכי ככל הנראה בתחילת נובמבר 2005 צפוי להיבחר הזוכה ועימו יחתם הסכם בהתאם לתנאי המכרז.<sup>22</sup> חשוב להעיר, כי מסמכי המכרז היו חסויים ברובם ובשום שלב של ניהול ההליך לא הוצגו לעותרים או לבית המשפט המנגנונים המדויקים שנקבעו, אם נקבעו, לפיצוי הקבוצה הזוכה במכרז לאחר כניסתו של ההסכם לתוקף. כך שבפועל הגורם היחיד שהיה ער להיקף החשיפה האמיתי במונחים כלכליים לביטול החוק הייתה המדינה עצמה – ובפרט משרד האוצר אשר אמוץ היה על גיבושו של ההסכם – והיא לכדה נטלה על עצמה את הסיכון הכלכלי הטמון בביטול החוק לכל אורך ההליך. כפי שנראה בהמשך, סיכונים אלה הלכו וגברו, הלכו והעמיקו, עם התקדמותה של העתירה ועם התעקשותן של המדינה והכנסת על דחיית ההכרעה בעתירה עד לאחר מתן ההיתר להקמת בית הסוהר ועד השלמת בנייתו של מבנה בית הסוהר, בחלוף כארבע שנים לאחר הגשת העתירה.

יום הדיון הגיע. אולם ג' בבית המשפט העליון היה מלא מפה לפה. לדיון מטעם המדינה התייצבו שניים – עו"ד גנסיין ועו"ד רענן גלעדי שהיה חתום גם הוא על תגובת המדינה שהוגשה לבית המשפט ימים ספורים טרם הדיון. לתחושת העותרים ניכר היה שנציגי המדינה הגיעו לדיון בביטחון מלא כי העתירה תידחה. תחושה זו התבססה הן על טענת השיהוי שהוצגה על ידי המדינה בתגובתה, אשר התבססה על כך שהעתירה הוגשה לבית המשפט כשנה לאחר פרסומו של התיקון לחוק, והן על הערכת נציגי המדינה כי הבסיס המשפטי שהוצג בעתירה אינו מספק. הדיון החל בשורה של שאלות שהפנה הרכב השופטים לעותרים. שאלותיהם ביחס לעילות הסף וביחס לעמדה העקרונית שהוצגה בעתירה, לצד דחיית הבקשה לצו ביניים בהליך, הגבירו את החשש בקרב העותרים כי עמדת השופטים אינה נוטה לטובתם. לאחר שנשמעו טיעוני העותרים,

פנה הרכב השופטים לבאי כוח המדינה. אלה השיבו לשאלות ביחס להליכים שהובילו לקבלתו של החוק וביחס להליכי המכרז, ונראה היה שהרכב השופטים, ברובו, מהנהן בסיפוק למשמע חלק מהתשובות. בשלב מסוים יצאה עו"ד גנסין מהאולם כאשר נדרשה להתייצבות בהליך שהתנהל באולם אחר. מעט לאחר מכן החלו השופטים להקשות על נציג המדינה בשאלות העקרוניות שעלו במסגרת העתירה וזאת תחת ההבנה כי דחייתה של העתירה בשלב מוקדם זה לצד היעדר עמדה עקרונית מעמיקה מצד המדינה ביחס לגבולות ההפרטה, עלולים להתפרש על ידי גורמים מסוימים במדינה כמתן אור ירוק להליכי הפרטה משמעותיים נוספים אשר עלולים שלא לפסוח על רשויות שלטון אחרות כגון הצבא, המשטרה ובתי המשפט. רק לאחר שהיה ברור כי קידומה של הצעת החוק לא נסמכה על עמדה עקרונית וסדורה כאשר לגבולות ההפרטה ביחס להעברתן של סמכויות לשימוש בכוח שלטוני לגורמים שאינם שלטוניים, נראה היה שהסוגיה העקרונית תופסת את קדמת הבמה. כאשר שבה עו"ד גנסין לאולם היה ברור כי הרכב השופטים ממשיך ומקשה בעניין היעדרה של עמדה סדורה מצד המדינה באשר לשאלה ביחס לגבולות ההפרטה. כל מאמציהם של נציגי המדינה להשיב את המטוטלת לצידה האחר עלו בתוהו. בתום הדיון החליט הרכב השופטים כי באי כוח המדינה ישלימו את תגובתם ביחס ל"היבט החוקתי של העתירה"<sup>23</sup> וכי לעותרים תינתן האפשרות להגיב להשלמת הטיעון ולאחר מכן יחליט בית המשפט בדבר המשך הטיפול בעתירה. מרגע זה ואילך ברור היה, לפחות בצד העותרים, כי לבית המשפט עניין ממשי בשאלות העקרוניות העולות במסגרת העתירה וכי טענות הסף שהוצגו על ידי המדינה יתפסו מעתה ואילך מקום צדדי בניהול ההליך. כפי שיובהר להלן, נקודת זמן זו היא חשובה שכן היא אפשרה למדינה להעריך מחדש את מצבה בניהול ההליך לאור שאלות השופטים ולבחון מחדש את הסכם ההתקשרות עם הזוכה העתידי שכן, כאמור, זה טרם נחתם.

### 3. תגובת המדינה: דוקטרינת "דגל שחור" והדיון השני בעתירה

לאחר כמה דחיות, בפברואר 2006 הגישה המדינה את תגובתה המשלימה בעניין השאלות החוקתיות שעלו בעתירה. אחת הנקודות המעניינות למקרא תגובתה בעניין השאלות המהותיות שעלו במסגרת העתירה, נוגעת לאופן שבו פירשה המדינה את מה שאירע בדיון שצוין לעיל בבית המשפט. בדבריה מציינת המדינה כי להבנתה, במהלך הדיון לא התרשם בית המשפט מטענות העותרים בדבר פגיעתו הנטענת של החוק בזכויות האסירים. כמו כן להתרשמותה, בית המשפט נטה לקבל את טענתה שלפיה עיקר טענות העותרים התייחסו למישור יישומו של החוק – החורג מגדר העתירה – ולא למישור חוקתיותו של החוק. עוד ציינה המדינה בתגובתה האמורה, כי להבנתה, השאלה שעמדה לפתחה הייתה שאלה כללית שעניינה תיחום הסמכויות השלטוניות הניתנות להפרטה כעניין החורג מגדר העתירה ולכן הודיעה המדינה כי הליכי המכרז יימשכו כסדרם.<sup>24</sup> כאשר ביקשה המדינה להתמודד בתגובתה הכתובה עם השאלות החוקתיות שעלו בעתירה, ניכר היה כי עמדתה מעורפלת. כך, טענה המדינה כי:

המקרים הקיצוניים עשויים להיות אלה שבהם ההפרטה הסטטוטורית "מזעזעת את אמות הסיפים" של מבנה המשטר הדמוקרטי ועקרונות היסוד של השיטה. אלה הם אותם מקרים שבהם "דגל שחור" מתנוסס מעל החוק המפריט, וששום מדינה דמוקרטית נאורה לא תוכל להשלים עימם. אלה הם מקרים שבהם "האמנה החברתית" העומדת בבסיס המשטר מתנפצת לרסיסים, באופן שמחייב את הדמוקרטיה – באמצעות בית המשפט – להתגונן מפני שלטון הרוב הפורמאלי גם בהיעדר פגיעה בזכויות החוקתיות של הפרטים.<sup>25</sup>

כפי שניתן לראות, עמדת המדינה לא הציעה כל תבחין של ממש להבחנה הנדרשת. הדוקטרינה שהציעה המדינה לבית המשפט התמצתה בשאלה האם "דגל שחור" מתנוסס מעל פעולת החקיקה המאפשרת הפרטה. מדובר בעמדה חלולה מכל תבחין או מאפיין ולפיכך, נראה היה לנו העותרים כי אין למדינה תשובה מספקת לשאלות החוקתיות שעלו בעתירה. מעבר לכך, בשלב זה היה כבר ברור כי בבסיס ההחלטה לקדם את הליך החקיקה לא ניצבה תזה סדורה, רצינית ומעמיקה ביחס לגבולות ההפרטה, כפי שניתן היה לצפות.

בהמשך הדברים, ובניגוד לציפיית השופטים לקבלת תשובה מפורטת ומעמיקה בשלב זה של ההליך לאחר קיומו של הדיון ולאחר השאלות המשמעותיות שהציב הרכב השופטים בפני נציגיה, הצהירה המדינה בתשובתה כי מעבר לאמות המידה הכלליות בתגובה, אין זה רצוי לקבוע גבולות משפטיים-חוקתיים להפרטה.<sup>26</sup> ברוח הדברים האמורים המשיכה המדינה במלאכה וטענה כי שאלת גבולות ההפרטה היא עניין המושפע מפרמטרים משתנים של המציאות האנושית, וכי מרכז הכובד של שאלה זו איננו משפטי בעיקרו אלא חברתי-כלכלי.<sup>27</sup> הנה כי כן, המדינה, בדרכה המעורפלת, ביקשה למסמס את השאלות העקרוניות שהוצגו בפניה תוך ניסיון להוביל את בית המשפט לדחות את העתירה. בתגובה שהוגשה מטעם העותרים מאוחר יותר, בחודש אפריל 2006, עמדנו על הקושי האמור והצבענו על כך שהמדינה חומקת מהצגתה של תזה סדורה לעניין השאלות החוקתיות שעלו בעתירה וזאת לצד פירוט טענות נוספות ביחס לאמור בעמדת המדינה. בתגובתה זו אף עדכנה המדינה את בית המשפט כי כשלושה שבועות לאחר הדיון שתואר לעיל, נבחרה הקבוצה הזוכה במכרז להקמתו ולניהולו של בית סוהר בניהול פרטי.<sup>28</sup>

עוד עדכנה המדינה את בית המשפט כי כחמישה שבועות לאחר הדיון נחתם ההסכם עם הקבוצה הזוכה, לתקופת זיכיון של כ-25 שנה, בעלות כוללת המוערכת בכ-1.5 מיליארד ש"ח בערכים שוטפים, ובכחצי מסכום זה בערכים מהוונים. כמו כן ציינה כי בהתאם לתנאי המכרז (וההסכם), תנאי לכניסת ההסכם לתוקף הוא שיינתן לזכיין היתר להקמה, לניהול ולהפעלה של בית הסוהר, מאת נציב בתי הסוהר והחשב הכללי, כאמור בחוק. בהמשך עדכנה המדינה את בית המשפט כי לפי תנאי המכרז, התחייבה המדינה כי אם המכרז יבוטל לאחר בחירת הזוכה ולפני כניסת ההסכם עימו לתוקף, ישולם לזוכה פיצוי העשוי להגיע עד 1,250,000 ש"ח. אם יבוטל ההסכם לאחר כניסתו

לתוקף, ישולם פיצוי לזכייין בהתאם להשקעותיו בפועל, על פי מנגנוני חישוב שנקבעו במסמכי המכרז. כפי שעלה מהדברים, לאחר קיומו של הדיון בעתירה ולאחר שהיה ברור כי קיימות שאלות משפטיות כבדות שעולות במסגרתה, הייתה למדינה שהות מסוימת לתיקונו של ההסכם ולשילובה של הוראה הולמת ביחס לאפשרות ביטולו של החוק על ידי בית המשפט. אך המדינה בחרה שלא לנקוט פעולה כלשהי בנושא. עוד עולה מהדברים כי מתן ההיתר להקמת בית הסוהר הוא הנקודה שממנה והלאה מנגנוני הפיצוי הקבועים בהסכם ייכנסו לתוקף. לפיכך, נראה היה כי בנקודה זו, לאחר חתימת ההסכם ובהנחה כי לא ניתן לשנות את תנאיו, קיים אינטרס ראשון במעלה מצד המדינה לקדם את ההכרעה בעתירה ככל שניתן כך שהיא תינתן בטרם מתן היתר לזוכה במכרז וזאת כדי שלא להגדיל את חשיפתה הכלכלית של המדינה באופן ניכר, כפי שעולה מהאמור. כפי שאראה בהמשך, היתר הקמה כאמור ניתן רק ביום 15 במרס 2007,<sup>29</sup> למעלה משנתיים ימים לאחר הגשתה של התגובה האמורה, כאשר במשך כל אותה תקופה הובילה המדינה את בית המשפט לדחות את הכרעתו בעתירה.

כתוצאה מהשאלות העקרוניות שעלו בדיון בנוגע לגבולות ההפרטה ולהיבטים החוקתיים שעלו במסגרת העתירה החלטנו לנסות ולהעמיק את מעורבותם של אנשי אקדמיה בכירים בנושא ולערוך כינוס ייחודי שנועד לבחון באופן ממוקד את השאלות החוקתיות שעלו ביחס לגבולות ההפרטה. מיעוט הכתיבה בנושאים הממוקדים שעלו בעתירה הוביל אותנו לפנות לשורה של גורמים אקדמיים מדיסציפלינות שונות בבקשה כי יציגו את עמדתם בעניין. הכינוס נערך בפברואר 2006 ונכחו בו עשרות מומחים מתחומים שונים – משפטנים, כלכלנים, אנשי מדע המדינה ואחרים.<sup>30</sup> במהלך הכינוס חלק מהנוכחים התייחסו אופן ישיר לעמדת המדינה וביקרו אותה בחריפות כמו גם את היעדרה של תזה מעמיקה ורצינית שעליה מתבססת המדינה בשאלות החוקתיות שעמדו על הפרק. חלק מהדברים שעלו בכינוס עובדו על ידינו ושולבו בתגובה שהגשנו אנו לתגובת המדינה.

בשלב הזה היה ברור בצד העותרים כי התיק מתקדם לקראת נקודת הכרעה משמעותית. ואכן כך היה – ימים אחדים לאחר הגשתה של תגובת העותרים החליט הרכב השופטים ביניש, פרוקצ'יה וג'ובראן על הרחבת ההרכב לשבעה שופטים. בשלב זה כל דברי הפרשנות של המדינה ביחס לעמדתו של בית המשפט בנושא, כפי שאלה באו לידי ביטוי בתגובת המדינה כאמור, הפכו ללא רלוונטיים עוד. ההחלטה על הרחבתו של ההרכב סימנה דבר ברור אחד – בית המשפט העליון סבור היה כי יש מקום להכריע בשאלות החוקתיות שעלו במסגרת העתירה וכי שאלות אלה דורשות את קיומו של ההליך בפני הרכב מורחב של שופטים, שכן מדובר בסעד של בטלות חקיקה הנוגע לשאלות יסוד במשפט החוקתי בישראל.

הדיון בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים התקיים בחודש יוני 2006. המדינה טענה בפני בית המשפט כי היות ומדובר בהוראת חוק שיצאה תחת ידיה של הכנסת, יש להביא לידיעתה כי מתקיימת עתירה המבקשת לבטל את החוק ומן הראוי לאפשר

לכנסת להתייצב כמשיבה בהליך ולהציג את עמדתה. למיטב ידיעת העותרים, הייתה זו הפעם הראשונה בהיסטוריה של המשפט הישראלי שהמדינה ביקשה באופן מפורש את התייצבותה של הכנסת בעתירה אשר ביקשה לבטל הוראת חוק. אעיר בעניין הזה כי הזמנה זו שירתה את המדינה בניסיונותיה להביא לדחיית ההכרעות בעתירה. באמצעות מהלך זה ביקשה המדינה לצרף להליך גורם נוסף אשר יתנגד לקבלת העתירה וזאת מתוך הנחה כי הכנסת לא תוכל להציג עמדה משפטית אשר תוביל לביטולו של החוק. בתום הדיון, לאחר שמיעת עמדות הצדדים, הוחלט על ידי בית המשפט כי לאור טיעוני המדינה בעניין ייצוגה של הכנסת התבקשו המשיבים להפנות את תשומת ליבה של יושבת ראש הכנסת לעתירה. כמו כן הוחלט כי הזוכה במכרז תצורף כמשיבה לעתירה. אחת ההחלטות הדרמטיות של בית המשפט במהלך הדיון הייתה הוצאת צו על תנאי בהליך.<sup>31</sup> מייד לאחר שהחלטה זו התקבלה ביקשנו בעל פה מבית המשפט לחדש את הבקשה למתן צו ביניים שיורה על עצירתו של הליך ההפרטה. בד בבד, החליט בית המשפט על הרחבתו של ההרכב משבעה שופטים לתשעה.<sup>32</sup> בית המשפט אפשר למשיבים להגיש את עמדתם בבקשה ולעותרים להגיב לה תוך תקופה קצובה. אזכיר כי בשלב זה כבר הסתיימו הליכי בחירת הזכיין והחלו הפעולות לקראת בנייתו של בית הסוהר בהתאם להסכם שנחתם. לצד זאת, בשלב זה טרם ניתן היתר לבנייה, שכפי שתואר לעיל הוא משמעותי ביחס להיקף החשיפה הכלכלית שבפניה ניצבת המדינה במסגרת ההליך. בשלב זה של הדיון המשפטי, לאחר שהוצא צו על תנאי בהליך ולאחר שהיה ברור לכל הצדדים כי בית המשפט העליון עתיד לעסוק בשאלות החוקתיות הכבדות שעלו בעתירה, הייתה יכולה המדינה לבקש מבית המשפט להאיץ את הטיפול בעתירה ולהביא להכרעה מוקדם ככל שניתן, וזאת בטרם הוצאתו של היתר להקמת בית הסוהר אשר על פי ההסכם עם הזוכה יוביל לסיכון כלכלי בלתי-ידוע במקרה של ביטול החקיקה על ידי בית המשפט.

אך האירועים בפועל התקדמו באופן שונה. בתגובתה, התנגדה המדינה לבקשה להוצאתו של צו ביניים, ואף ציינה במפורש כי גם אם העתירה תתקבל בסופו של דבר, הרי שמהצירוף של החוק, ההיתר (לאחר שיינתן), הסכם הזיכיון ודיני החוזים השלטוניים הכלליים, עולה כי פרויקט בית הסוהר בניהול פרטי יהיה הפיך בכל שלב.<sup>33</sup> ובהמשך הדברים הוסיפה כי היא מעדיפה לשאת בתשלום לזכייין בעתיד במקרה שהעתירה תתקבל בסופו של דבר, מאשר שהפרויקט יעצר בשלב הנוכחי על ידי צו ביניים, על כל המשמעותיות הקשות העוללות לנבוע מכך.<sup>34</sup> הנה, המדינה, בעיניים פקוחות, ביקשה מבית המשפט הנכבד לדחות את הבקשה לצו ביניים באותה העת שכן היא נטלה על עצמה את מלוא האחריות לתוצאותיה האפשריות של ההחלטה.

בתגובת העותרים שהגשנו בחודש יולי 2006 עמדנו על הפערים העצומים בין חשיפתה הכלכלית של המדינה בשלב זה של ההליך אשר עמדה על סכום של כמה מיליוני שקלים בודדים, לבין מידת החשיפה הצפויה לה אם ימשך ההליך.<sup>35</sup> לנגד עינינו עמדה התהייה מדוע בוחרת המדינה לדחות את ההכרעה העקרונית בשאלות שעולות

בעתירה ובמקביל להביא עצמה למצב של חשיפה מוגברת לפיצוי כספי גבוה יותר לזכיין שנבחר. זאת כאשר בשלב זה של ההליך המשפטי היה ברור לכול כי בית המשפט מתכוון לבחון באופן יסודי את הסוגיות החוקתיות שהתיקון לחוק מעלה. החשש היה כי המדינה מבקשת ליצור מציאות שבה מידת החשיפה הכלכלית שבה היא נתונה תהיה גדולה, וזאת לצורך יצירת לחץ על בית המשפט בכואו להכריע בסעדים המבוקשים בעתירה ותוך כך ליצור מצב שבו מלוא כובד האחריות יוטל על בית המשפט ויהיה עליו להתחשב בסיכון הכלכלי שיייווצר בעקבות הכרעתו. לטעמנו, נכון היה לפעול אחרת ולא להוביל למצב שבו החשיפה הכלכלית מתעצמת ושעלול להקשות על בית המשפט לקבל הכרעה שיפוטית בהליך. לשיטתנו, נכון היה דווקא לפעול למצב שבו השאלות המשפטיות תבוררנה מוקדם ככל שניתן בד בבד עם צמצום חשיפתה של המדינה לנזקים העלולים להיגרם מביטול התיקון לחוק.

ביולי 2006 דחה בית המשפט את הבקשה למתן צו ביניים בהליך. כך קבע בית המשפט:

הליכי הקמתו והפעלתו של בית הסוהר עתידיים להימשך זמן רב. ההכרעה בעתירה לגופה תינתן בטרם יסתיימו הליכים אלה, ובטרם יועברו סמכויות שלטוניות לידי גוף פרטי. בנסיבות אלה, אין כל נזק שעשוי להיגרם לעותרים בתקופת הביניים המצדיק מתן צו ביניים. המשיבים עצמם מודעים כמובן לקיומה של העתירה ולהשלכותיה האפשריות.<sup>36</sup>

בהחלטה זו, כמו בהחלטות קודמות, ציין בית המשפט את העובדה כי המדינה הייתה מודעת להשלכות האפשריות של קבלת העתירה. ייתכן אף שבהחלטתו הסתמך בית המשפט על אמירתם המפורשת של באי כוח המדינה שלפיה המדינה מעדיפה לשאת בתשלום לזכיין בעתיד. אך עם זאת, ייתכן שעל בית המשפט היה לפעול לקידום בירורו של ההליך כשם שעשה במקרים אחרים, כפי שאראה בהמשך, שבהם מצא לנכון, בנקודות דומות בהליך המשפטי, לקדם את ההליכים באופן מהיר לכדי הכרעה. הדברים נכונים במיוחד לאור המצב שנוצר שלפיו בחר בית המשפט להוציא צו על תנאי בהליך, כאשר ברור היה כי התקדמות נוספת של הפרויקט עלולה להוביל לחשיפה מוגברת של המדינה מבחינה כלכלית. כפי שאראה מייד, האיפוק והריסון שנהג בית המשפט בנקודה זו נמשך גם בנקודת הכרעה נוספת בהליך, כאשר היו בפני בית המשפט כל הכלים העובדתיים והמשפטיים לקבלתה של הכרעה בנושא.

#### 4. מעורבות הכנסת והשלכותיה

באוגוסט 2006, עם התייצבותה של הכנסת כמשיבה בהליך בדיון שנערך בעתירה בעניין הפרטת בתי הסוהר, הזדמנה האפשרות לעיון גם במישור מערכת היחסים שבין בית המשפט לכנסת בנוגע לטענות לפסלות חקיקה.<sup>37</sup> בעמדה שהגישה לבית המשפט עמדה הכנסת על היבטים שונים של התיקון לחוק הנדון במסגרתה של העתירה. מדובר במסמך מרשים ומקיף אשר הרחיב את הדעת באשר להיבטים שונים של הסוגיה המשפטית.

לצד המחמאות אציג כעת את אחד המהלכים המרכזיים אשר הובילו בדיעבד לדחיית שמיעתה של העתירה למועד מאוחר יותר, כך שבסופו של עניין פסק הדין בעתירה ניתן למעלה משלוש שנים לאחר הדיון האמור. עמדת הכנסת הציגה טענה שלפיה על בית המשפט לדחות את העתירה ולמצער, לדחות את שמיעתה בשל הצורך בקיומו של "שיח ציבורי" בנושא גם בכנסת. הכנסת ציינה כי לאחר אישורו של התיקון לחוק הוגשו שתי הצעות חוק פרטיות אשר מבקשות להביא לביטולו של התיקון לחוק הנדון במסגרת העתירה, ועל בית המשפט להימנע מהתמודדות עם העתירה כפי שהיא על הסעד הנדרש בה גם בשל סיבה זו.<sup>38</sup> עמדת הכנסת, כפי שהוצגה בדברים, הייתה ברורה. לתפיסתה, "בעת הזאת, ומשהדיון הציבורי בשאלת ההפרטה בכלל, מחד גיסא, ובשאלת הפרטת בית הסוהר בחוק הספציפי העומד לבחינה, מאידך גיסא, צפוי להידון בכנסת, לא יהיה זה נכון להידרש לעתירה ולסעד הנתבע בה".<sup>39</sup> הכנסת קראה לבית המשפט לנהוג בריסון מרבי ולהתחשב בעצם קיומן של הצעות חוק בנושא, בהיותו ער לכך שהכרעה משפטית בעניין, זהירה כלל שתהיה, עלולה להוביל להסגת גבולה של הרשות המחוקקת ולפגוע בדיון הציבורי שייערך בנושא בין כתליה.<sup>40</sup> בדבריה המשיכה הכנסת והציעה כי הדיון העקרוני ייערך בכנסת ויכלול בחינה רחבה וכוללת של סוגיית ההפרטה וקביעת גבולותיה.

למקרא הדברים התמיהה בצד העותרים הייתה גדולה. העתירה, כזכור, עסקה בתיקון לחוק אשר התקבל בכנסת זה מכבר והדיון הציבורי בו הושלם בעצם חקיקתו תוך שוועדת הכנסת דנה בהצעת החוק בכמה דיונים ואישרה אותה. היועץ המשפטי לממשלה נדרש לסוגיה. המשרד לביטחון הפנים, משרד המשפטים, משרד האוצר וגורמי שלטון אחרים היו מעורבים עד צוואר בהליך ההפרטה. וכעת מבקשת הכנסת לחזור לקיומו של דיון ציבורי בשל שתי הצעות חוק פרטיות שהוגשו במטרה להביא לביטול התיקון – תיקון אשר זרועות השלטון כולן, ובכלל זה ממשלת ישראל, תומכות בו תמיכה מלאה.

עניין זה מעלה שאלה רחבה יותר בנוגע למעמדן הנורמטיבי של הצעות חוק. לאחרונה עסקה החוקרת כל יוסף בשאלת מעמדן הנורמטיבי של הצעות חוק ועמדה, בין היתר, על היתרונות והחסרונות שבמתן מעמד דיוני, נורמטיבי או אחר להצעות חוק.<sup>41</sup> בדבריה עומדת יוסף על היתרונות הדיוניים שמוקנים למדינה כאשר זו משתמשת בהצעות חוק הנדונות בכנסת במסגרת ניסיונות הגנתה על עמדתה בהליך שונים. לטענתה של יוסף, העובדה כי עצם קיומן של הצעות חוק מוביל פעמים רבות להשגחה, דחייה או מחיקה של הליכים משפטיים היא חיובית בעיקרה, בראש ובראשונה משום שהיא מקדמת את הדו-שיח החוקתי בין הכנסת לבין בית המשפט העליון. כמו כן היא מקדמת ערכים כדוגמת יעילות ומהווה הכרה במקצועיותם של הגורמים האמונים על קידום החקיקה. אולם בד בבד, לעמדתה של יוסף, יש לתופעה זו חסרונות בולטים, כגון היעדר ידיעה על גורלה של יוזמת החקיקה, פגיעה בעקרון שלטון החוק, פגיעה במתדיינים, פגיעה בוודאות ומתן כוח דיוני רב בידי המדינה.<sup>42</sup> באותה העת סברנו, וכך גם הודענו לבית המשפט, כי המקרה של התיקון לפקודת בתי הסוהר חייב מתן משקל זניח לקיומן של

הצעות החוק שהוצגו על ידי הכנסת, שכן הן מבקשות לתקן חקיקה שהתקבלה על ידי הכנסת לאחר שורה של דיונים, היא זכתה לתמיכתה הבלתי-מסויגת של הממשלה אשר מקדמת את יישומה ואף מתנגדת לעתירה שהוגשה כנגדה, ומכאן סברנו שסיכוייה היו נמוכים ביותר. נראה כי בית המשפט היה ער לדברים הללו עד תום, אך משיקולים של יחסים בין הרשויות בחר להיענות לקריאה זו של הכנסת ולדחות את שמיעתה של העתירה.<sup>43</sup> לצד הדחייה ציין בית המשפט כי אין בהחלטתו להביע כל עמדה באשר לתוצאות העתירה וכי היא מעוררת "בעיות כבדות משקל" וכי כל פעולה אשר תיעשה מתוקף הוראת החוק, תהא כפופה להכרעה בעתירה בבוא העת.

האכזבה הייתה קשה. כך, בקיץ 2006 קיבל בית המשפט שלוש החלטות גורליות במסגרת ניהול העתירה. האחת היא הוצאתו של צו על תנאי, השנייה היא דחיית הבקשה המחודשת למתן צו ביניים והשלישית היא קבלת בקשת המדינה והכנסת לדחיית שמיעת העתירה למועד מאוחר. אין זה ברור אם בית המשפט היה ער לעוצמות הביקורת שהוא יספוג בעתיד מצד נבחרי ציבור ופקידים בכירים ביחס להתמהמהות במתן ההחלטה בהליך ועד כמה דחיית ההכרעה בעתירה תדבק בו, אף על פי שהמדינה והכנסת הובילו ולחצו כי כך תנוהל העתירה על ידו.

אכן, כפי שהצהירה הכנסת בעמדתה, במקביל לדיונים בעתירה הונחו על שולחנה כמה הצעות חוק אשר ביקשו להביא לביטולו של התיקון לחוק אשר נדון בעתירה. שתי הצעות חוק הונחו על שולחן הכנסת ביולי 2006.<sup>44</sup> הדיון בהן התקיים במליאת הכנסת בשני מועדים. עיון בדברי הכנסת מיום זה מראה כי הצעות חוק אלה הוסרו מסדר היום בדיון מוקדם במליאה ולא התקיים לגביהן כל "שיח ציבורי" או דיון ציבורי כאמור בעמדת הכנסת.<sup>45</sup> כך, נראה כי הצהרות הכנסת בפני בית המשפט העליון בדבר עריכתו העתידית של שיח ציבורי כאמור לא עמדו במבחן המציאות.<sup>46</sup> לאחר דחיית הצעות החוק בנושא החליטה יו"ר הכנסת חה"כ דליה איציק לפתוח בהליך נוסף ופרסמה "קול קורא לדיון ציבורי בנושא הפרטה".<sup>47</sup> שורה של עמדות הוגשו במענה לפנייתה של יו"ר הכנסת, כידוע, למרכה האכזבה, לא נעשה דבר בעניין והבטחת יו"ר הכנסת לקיומם של ימי עיון מקיפים התפוגגה לה.

לאחר החלטת בית המשפט לדחות את שמיעת העתירה, המשיכו המדינה והזוכה במכרז לקדם במרץ את הליכי יישום החוק. בהמשך, ניתן לזוכה ההיתר לבנית בית הסוהר. כפי שהובהר קודם לכן, בעת מתן ההיתר נכנסו לתוקף מנגנוני הפיצוי שנכללו בהסכם עם הזכייין והיקף הפיצוי במקרה של ביטול החוק ייקבע מעתה ואילך, כאמור, בהתאם להם.

דיון נוסף בעתירה נקבע ליולי 2007. ימים בודדים בטרם הדיון הגישה הכנסת הודעה לבית המשפט ובה ביקשה לעדכן כי הצעות החוק הפרטיות שעליהן דיווחה בעבר לא צלחו את מסלול החקיקה, לצד הודעה זו הגישה גם בקשה לדחיית מועד הדיון בעתירה. במקביל עדכנה היועצת המשפטית של הכנסת כי יו"ר הכנסת פנתה לציבור ב"קול קורא" וכי בדעתה לקיים שיח ציבורי בנושא הפרטה. לצד האמור ולאור היקף



החומרים שנשלחו לכנסת במסגרת ה"קול הקורא", ביקשה היועצת המשפטית לכנסת לדחות את הדיון בעתירה. הרכב השופטים דחה בתום הדיון שנערך בסופו של עניין את בקשת הכנסת, וקבע כי אין בדיון כדי למנוע מהכנסת כל דיון שהיא מבקשת לקיים בשאלת ההפרטה בכלל והפרטת בית סוהר בפרט. עוד נקבע על ידי בית המשפט כי אם תבקש הכנסת לדון בחוק מחדש היא כמובן, סוכרנית לעשות כן.<sup>48</sup> נראה היה כי סכלנותו של בית המשפט פוקעת. בחלוף שנה מאז התקבלה ההחלטה על דחיית שמיעתה של העתירה ולאחר שהצעות החוק שנדרונו לא צלחו את הליך החקיקה, ולאחר שניתן ההיתר לבנייתו של המבנה, נראה היה כי בית המשפט נחוש היה לקדם את ההליך וכי גם הליך ה"קול קורא", שפרסמה יו"ר הכנסת, לא הוביל לדחייה נוספת בשמיעתה של העתירה. ביוני 2008 הונחו על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק נוספות המבקשות להביא לכיטול הליך ההפרטה.<sup>49</sup> הצעות חוק אלה לא קודמו לאור ביטולן על ידי המציעים. במסגרת דיון בבקשת פטור מחובת הנחה בהצעת החוק שהוביל חה"כ ארדן עסקה חה"כ יחימוביץ' באופן ייצוג עניינה של הכנסת במסגרת ההליך המשפטי. להלן הדברים שאמרה בנושא:

בחודש הראשון לכהונתה של הכנסת הוזגה הצעת חוק כמעט זהה להצעתו של חבר הכנסת ארדן. כיוון שאני מתנגדת להפרטה של בתי הכלא וחושבת שמדובר בגוף מדינתי שסמכות המדינה צריכה להיות בו ובודאי לא קבלן פרטי. הצעת החוק הוזגה יחד עם חברי הכנסת דוד אזולאי מש"ס, יחד עם דב חנין מחד"ש ויחד עם גאלב מג'דלה ממפלגתי. לתדהמתנו, במהלך הדיון בבג"צ נגד הפרטת בתי הסוהר, באה היועצת המשפטית נורית אלשטיין ואמרה שהנושא עודנו בדיון ציבורי בכנסת ועל כן לבג"צ אסור להכריע. הבאנו את ההצעה להצבעה והיא נפלה כיוון שיש רוב אוטנטי בכנסת הזו נגדה. אז נמשך הדיון ושוב באה נורית אלשטיין, איני יודעת את מי היא מייצגת לצורך העניין.<sup>50</sup>

בהמשך הוסיפה חה"כ יחימוביץ' דברים המתייחסים לאופן שבו לדעתה נעשה שימוש בהצעת החוק של חה"כ מג'דלה. בהתייחסה למציעים אמרה שכאשר הם הבינו "שהם משמשים כלי בידי מטרות מסוימות, משכו גם הם את הצעות החוק שלהם".<sup>51</sup> ביחס לאופן הצגת עמדתה של הכנסת בהליך בפני בית המשפט אמרה חה"כ יחימוביץ' כי היועצת המשפטית לכנסת עדכנה את בית המשפט כי "הדיון הציבורי עדיין לא תם, למרות שהצעות החוק נפלו ולמרות שהם נמשכו, כי יש סימפוזיון בכנסת בנושא ההפרטה". ביחס לדיון הציבורי בנושא ההפרטה שאותו קידמה יו"ר הכנסת אמרה חה"כ יחימוביץ' כי "עד עצם היום הזה לא התקיים, כשהוא משמש גם מעצור בדרך להכרעת בג"צ".<sup>52</sup> בהמשך הדברים הוסיפה כי היועצת המשפטית לכנסת אמרה לה כי "היא מתכוונת לגרום לחברי כנסת נוספים להגיש שוב את החוק".<sup>53</sup> לדבריה של חה"כ יחימוביץ' הדבר נועד כדי להמשיך ולהזין את הדיון הציבורי כדי לדחות את הכרעתו של בית המשפט בנושא.<sup>54</sup>

מבלי להידרש לגופן של הטענות, אני סבור שהדברים מעידים על חיסרון מובהק הטמון במתן מעמד מרכזי להצעות חקיקה במסגרתו של ההליך המשפטי המתנהל

בפני בית המשפט. מתן מעמד מרכזי שכזה, עלול להפוך את ההליך השיפוטי למושפע יתר על המידה על ידי ההתרחשויות הפוליטיות בכנסת ועלול להוביל לשימוש בכלי זה לצורך השפעה על ההליך השיפוטי משיקולים פוליטיים. לצד זאת, אני סבור כי בסופו של עניין את הצעות החוק הגישו חברי הכנסת עצמם שהם סוברניים ואחראיים למעשיהם ואפשר שהם חשבו כי אכן ראוי שהנושא יפתח לדיון מחודש בכנסת ויוכרע על ידה ולא על ידי בית המשפט. המגשה בעניין זה היה, לטעמי, של בית המשפט אשר לא השכיל לשקלל את אופיין של הצעות החוק, משקלן וסיכויי קבלתן, בעוד הממשלה החלה בהליך ההפרטה ועמדה מאחוריו במלוא הכוח.

אשר למוסד היועץ המשפטי לכנסת ולמעורבותו בהליך זה, חשוב לציין כי תפקידו של היועץ המשפטי לכנסת הוא מורכב. בשל היריבות המובנית בין חברי הכנסת השונים, קיים קושי בזיהוי הגורם האמיתי שאותו מייצג היועץ המשפטי לכנסת. אך משמדובר בהצעת חוק שהתקבלה על ידי הכנסת בשלוש קריאות, אך זה מובן שהיועץ המשפטי לכנסת יעשה הכול כדי להגן על מעשה החקיקה, אלא אם כן בולט בו פגם חוקתי. אנו סברנו כי אף על פי שהיועצת המשפטית לכנסת סבורה הייתה כי יש להורות על דחיית העתירה מן הטעם שהיה מקום לקיומו של דיון ציבורי בכנסת בנושא, הייתה עליה החובה להציג בפני בית המשפט את הסיכוי הנמוך לכך שדיון ציבורי זה, ככל שיתקיים, יוביל לשינוי החקיקה וכי האפשרות שהצעת חוק פרטית תורה על ביטולו של הליך הפרטתו של בית סוהר פרטי היא נמוכה מאוד. דברים אלה היו ידועים היטב גם ליועצת המשפטית לכנסת וגם ליושבת ראש הכנסת שפעלו להביא לדחיית העתירה או לכל הפחות לדחיית שמיעתה, אך הם לא נשמעו באופן ישיר על ידן במסגרת ההליך המשפטי.

##### 5. מתן צו הביניים והכרעת בית המשפט

בחלוף כשנה וחמישה חודשים מאז קיומו של הדיון האחרון בעתירה הגיעו לידינו ידיעות שלפיהן בנייתו של בית הסוהר מצויה בשלבי סיום. בהתאם למידע האמור, הגשנו מטעם העותרים בקשה לבית המשפט כי זה יורה על קידומו של ההליך.<sup>55</sup> בפברואר 2009 הורה בית המשפט למשיבים להגיש "הודעה מעדכנת בדבר קצב ההתקדמות של הקמת בית הסוהר החדש, והמועד הצפוי לתחילת הפעלתו". לאחר שהודעות עדכון מטעם המשיבים הוגשו לבית המשפט ובהן אושרה הידיעה כי בניית בית הסוהר עומדת בפני סיום, הורה בית המשפט למשיבים לנמק מדוע לא יינתן צו ביניים בהליך כך שהחברה שזכתה במכרז "תימנע מכל פעולה מלבד השלמת הקמתו של המבנה המיועד לבית הסוהר".<sup>56</sup> לאחר קבלת עמדות המשיבים, הוציא בית המשפט צו ביניים בהליך שלפיו המשיבים לעתירה יימנעו מהפעלתו של בית הסוהר בניהול פרטי וכי "הצו יעמוד בתוקפו עד להחלטה אחרת".<sup>57</sup> בית המשפט מציין בהחלטתו כי בנסיבות שתוארו בהודעות העדכון מטעם המשיבים, שלפיהן חלה התקדמות גם ב"פעולות שונות מעבר להקמתו הפיזית של מבנה בית הסוהר", הסיכון בכך רובץ על כתפיהם של המשיבים שכן הם היו "מודעים לכך שאין הכרעה בשאלת חוקתיותו של תיקון מס' 28".

החלטת בית המשפט התקבלה בקרב העותרים בסיפוק רב. כך, באחת, התהפך הגלגל. המדינה, שעד אותה עת ביקשה לדחות את ההכרעה בהליך מתוך אסטרטגיה שלפיה כל דחייה תביא להגדלת הלחץ על בית המשפט, הפכה עורה. ביוני 2009 הגישה המדינה בקשה "להחשת פסק הדין" ובה פירטה את הנזקים הגדלים והולכים הנובעים, לשיטתה, מחלוף הזמן עד למתן הכרעה בהליך. כעת, משניתן צו הביניים והאסטרטגיה של באי כוח המדינה עמדה בפני קריסה והנזקים לזכייני הלכו ונערכו ללא כל גידור מצד המדינה בהסכם, קריאות השבר מצידה של המדינה ביחס לנזקים הכלכליים הצפויים מעיכוב במתן פסק הדין הגיעו לשיאים חדשים. עוד באותו יום הוציא מלפניו בית המשפט החלטת ובה ציין כי "השאלה העומדת להכרעה בעניין זה היא שאלה כבדה" וכי "פסק הדין מצוי בהכנה, המתמשכת בהתאם לרצינות הסוגיה". עם זאת, ציין בית המשפט כי הוא "מודע לצורך לסיים את הטיפול בעתירה בהקדם".<sup>58</sup>

ביום 19 בנובמבר 2009, כארבע שנים וחצי מאז שהוגשה העתירה, פרסם בית המשפט את פסק הדין אשר קיבל ברוב של שמונה שופטים מול אחד את העתירה והורה על פסילתו של תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר. הנתיב הראשון שהוצע לבית המשפט נגע להוראות המוסדיות בחוקי היסוד ובראשן, ההוראות הנוגעות להיותה של הממשלה הרשות המבצעת של המדינה.<sup>59</sup> באופן פורמלי, בית המשפט בחר שלא לפסוע בנתיב זה, אף על פי שהותיר בצריך עיון את השאלה בדבר אפשרות של פסילת חוק על בסיס טיעון חוקתי זה.<sup>60</sup> הנתיב האחר שהוצע – ובו בחר בית המשפט – נגע להוראות חוקי היסוד בדבר ההגנה הניתנת לזכויות לכבוד האדם ולחירותו.<sup>61</sup> במסגרת נתיב זה, השאלה המתמקדת בזהותו של הגורם הנוטל את זכויות האסיר ופוגע בהן בשם האינטרס הציבורי, בשונה מבחינת תוכנה של ההחלטה והיקף פגיעתה בזכות המוגנת ובשונה מבחינת הפוטנציאל לפגיעה עתידית בזכויות האסירים הגלום בעצם העברת הסמכות לידי של גורם פרטי. בבסיס פסיקתו התקדימית של בית המשפט מונחת התפיסה, כי ההגנה החוקתית על זכויות אדם במדינה דמוקרטית נוגעת גם למהותו ומיהותו של הגורם המפעיל את שיקול הדעת שתוצאתו היא נטילה של החירות האישית ופגיעה בכבודו של האסיר. ברוב של שמונה מול אחד קבע בית המשפט, כי קיימת מגבלה חוקתית על העברתה של סמכות המדינה לפגוע בזכויות אדם מוגנות בשם האינטרס הציבורי לידיהם של גורמים פרטיים. בכך, פסע בית המשפט צעד נוסף בפיתוח ההגנה החוקתית על זכויות האדם. כפי שצוין לעיל, באופן פורמלי, הותיר בית המשפט בצריך עיון את השאלה בדבר אפשרות של פסילת חוק על בסיס הטיעון החוקתי-מוסדי.<sup>62</sup> כך, נמנע בית המשפט העליון מחרישתו של שדה חוקתי חדש הנוגע לעיגונם של עקרונות חוקתיים מוסדיים במסגרת חוקי היסוד. כל זאת, אף שהבסיס הרעיוני שעליו השתיתו שופטי הרוב את פסיקתם נטוע עמוק בתפיסה מוסדית הנוגעת לתפקידה של המדינה והיקף התפרסותה ולאופיו של המוסד או הגורם שיש באפשרותו להביא לפגיעה בזכות חוקתית בשמו של האינטרס הציבורי. לפיכך, אף שבית המשפט ניתח עמדה זו על בסיס ההגנה החוקתית

המוקנית לזכות לחירות ולכבוד האדם, נראה כי מדובר בטענה שמקורה בהיקף תפקידה של המדינה הריבונית במרחב הדמוקרטי.

ככלל, נראה היה לנו העותרים כי פסיקתו של בית המשפט בעניין זכתה לתמיכה רחבה יחסית בציבור. לאורך כל השלבים בהליך המשפטי לא פסק העיסוק התקשורתי בסוגיה. היו שביכו את פסילתו של החוק במישור היחסים בין בית המשפט לכנסת בעניין סמכותו של בית המשפט לביטול חוקים, אך בהיבט הצר של העברת הסמכות לניהולו המלא של בית סוהר לידי זכייין פרטי, ובכלל זה סמכויות שונות להפעלתו של הכוח השלטוני, נראה היה לנו העותרים כי הציבור סבר ככלל כי בית המשפט מנע בצדק את המהלך. אעיר, כי לכל אורך ההליך, עיסוקן של העיתונות הכללית והעיתונות הכלכלית בנושא העידו, לטעמי, על המשקל שניתן להכרעתו של בית המשפט העליון בפרשה זו ביחס להמשך היחסים בין המדינה למגזר הפרטי בכל הנוגע להפרטה של סמכויות שנוהלו בעבר על ידי המדינה. חלק מכך הודות לפעולות שונות ומגוונות מצד העותרים, בזירה התקשורתית ובזירות אחרות אשר סיפקו את הגיבוי המלא, על כל המשתמע מכך, לקידומו של הנושא בספֶרה הציבורית.

בסופו של עניין, במרס 2010, נחתם הסכם בין הזוכה לבין המדינה המסדיר את סיום הפרויקט. על פי דיווחי החברות לבורסה, סכום הפיצוי הכולל עמד על 279 מיליוני שקלים לפני מע"מ.<sup>63</sup> בתמורה לתשלום הסכום האמור יועבר מתקן הכליאה שהוקם, על כל המערכות שהותקנו בו, לשירות בתי הסוהר. הביקורות כלפי בית המשפט לא פסקו גם בשלב זה.

### ג. פרדוקס הריסון השיפוטי

קיים קושי של ממש בהגדרתה של תופעת "הריסון השיפוטי".<sup>64</sup> יש שיטענו כי כבר בעצם הבחירה במונח "ריסון" מקופלת תפיסת עולם.<sup>65</sup> יש הרואים בה הבעת יחס של כבוד מצידו של בית המשפט כלפי רשויות השלטון האחרות. יש הטוענים כי היא מבוססת על שיקולים מוסדיים והיא נועדה לשמר את מעמדו של בית המשפט כמוסד עצמאי ולסייע בהפרדת הרשויות ושמירת מעמדם של מוסדות השלטון האחרים. ויש המבינים אותה כמדיניות הנוגעת למשקל שמעניק בית המשפט לעמדת זרועות השלטון האחרות. ככל שהמשקל גבוה יותר – נכונותו של בית המשפט להתערב תהא נמוכה יותר ו"הריסון" השיפוטי ייתפס כגדול יותר. על פי גישה זו, מדובר באמת מידה אשר מאפשרת לרשות מרחב טעות גדול יותר. טעם נוסף לאחיזה במדיניות של ריסון שיפוטי בא לידי ביטוי במקרים שבהם עולים נושאים הקשורים למדיניות חברתית-כלכלית, ואז הטענה היא כי מדובר לרוב בעניין של מדיניות ולפיכך ראוי כי מעורבותו של בית המשפט תהיה מצומצמת ככל שניתן.<sup>66</sup> לצד אלה, קיימים מקרים מיוחדים שבהם עמדתה של הרשות השלטונית אינה נכונה משפטית, ואז נראה כי ראוי שהשיקולים בעד הריסון השיפוטי, יפנו מקומם לקביעה שיפוטית המבקשת להעמיד את הגישה המשפטית הנכונה על מכונה. כפי שעולה במאמר זה, בעניין המקרה של הפרטת בתי

הסוהר, השאלה המשפטית שעל הפרק הייתה ידועה לכול כבר עם הגשתה של העתירה. את התשובה לשאלה האם צדקו המדינה והכנסת שהצטרפה אליה בטענות התומכות בדחיית העתירה, ניתן היה לספק עוד קודם הליך המכרז ובטרם נבנה המבנה שעתידי היה לאכלס את בית הסוהר הפרטי. מכאן, אבקש לטעון, כי מדיניות של ריסון שיפוטי במסגרת ניהול ההליך, כאשר בית המשפט סבר כי המדינה שוגה מבחינה משפטית, לא הייתה הולמת ונתפסה כפרדוקסלית במהותה.

### 1. מופע ראשון – ההשלכות הכלכליות המיוחסות להכרעות בית המשפט

לאחר פרסומו של פסק הדין, עסקו חיצו הביקורת המרכזיים בשאלת היקף הפיצוי שלו יזכה הזכייין וזאת על בסיס החשש שפיצוי זה יהיה גבוה שכן ההסכם עם הזכייין לא כלל, כאמור, כל התייחסות לאפשרות ביטולה של החקיקה על ידי בית המשפט. אעיר, כי היעדרו של מנגנון ברור לפיצוי הזוכה במקרה זה שימש גם את המדינה וגם את הזוכה עצמו להפעלת לחץ תקשורתי בעניין עוד בטרם ניתן פסק הדין. כך, לאורך ניהולו של ההליך, תדרכו אנשי האוצר גורמים שונים בתקשורת בעניין והתנדבו להעריך את הפיצוי שיינתן לזכייין במקרה של ביטול החקיקה בלמעלה ממיליארד שקלים.<sup>67</sup> מדובר כמוכח בצעד בלתי-שגרתו שבמסגרתו צד להסכם מתנדב להעריך ביתר את הנזקים שיגרמו לצד האחר, וזאת לצורך ביסוסו של טיעון לעניין חוסר הכדאיות הכלכלית בביטול החקיקה. הנה, דווקא היעדרו של מנגנון פיצוי ברור בהסכם עם הזכייין הפך לכלי בידי אנשי האוצר להפעלת לחץ תקשורתי כנגד ביטול החקיקה בטרם ניתן פסק הדין.

לאחר שפורסם פסק הדין, נראה היה שבית המשפט סופג לבדו את הביקורת על היקף החשיפה הכלכלית בעניין בשל היעדר הוצאתו של צו ביניים בהליך, וזאת גם על ידי מי שבמועדים הרלוונטיים היו בין אלה שתמכו בבקשות לדחיית ההכרעות בהליך ולדחיית מתן צו ביניים מטעם המדינה. אחד מהגורמים האלה היה החשב הכללי במשרד האוצר בין השנים 2003 עד 2007, פרופ' ירון זליכה, אשר לאחר פרסום פסק הדין היה מי שייחס לו את האמירה שלפיה "התנגדות להקמת בית הכלא והשאלה החוקתית לא התעוררו היום, בג"ץ כבר דן בנושא ובחר שלא לעצור את הליכי ההקמה, ואני תמה מדוע ההחלטה ניתנה דווקא בעת הזו".<sup>68</sup> בהמשך מיוחסים לפרופ' זליכה גם הדברים הבאים:

לא ברור לי מה השתנה מאז העתירות הקודמות שנדחו ונאזו שבג"ץ התבקש על ידי מתנגדי הפרויקט לתת צו מניעה לעצירת הפרויקט ובחר שלא לעשות זאת. בהחלטה הזו הוא בעצם אפשר את השלמת הקמת בית הכלא, וזה הולך לעלות למדינה הרבה מאוד כסף עכשיו. היה אפשר להקטין את הנזק אם הפרויקט היה נעצר קודם, חבל, אני לא יכול להבין את זה.<sup>69</sup>

הביקורת בנושא כלפי בית המשפט נשמעה אף לאחרונה על ידי החוקרים ד"ר הלל סומר ופרופ' גיא זיידמן<sup>70</sup> אשר מבקרים את בית המשפט ביחס להתנהלותו בהליך גם ביחס לעיתוי הוצאתו של צו הביניים בעתירה.

על פי הביקורת, נראה היה כי בית המשפט נתפס כמי שהיה באפשרותו לעצור את הפרויקט בשלביו המוקדמים וכך למנוע חלק ניכר מהפיצוי ששולם לזוכה. כאן ראוי לעמוד על הפרדוקס הבולט שנוצר ביחס להתנהלותו של בית המשפט בהליך. פרדוקס זה בא לידי ביטוי כאשר מדיניות ברורה ומפורשת של ריסון שיפוטי מצד בית המשפט המבכרת אי-התערבות על פני התערבות, גם כאשר הסיכונים הולכים וגדלים, נתפסה מאוחר יותר כבלתי-אחראית עת הואשם בית המשפט על שלא עצר את ההליך במועד מוקדם יותר. כך מתגלה הפרדוקס שבריסון השיפוטי בהליך זה במופעו בהיבט של ההשלכות הכלכליות של הכרעות בית המשפט.

כפי שהובהר בדברים הקודמים, בית המשפט נהג באיפוק ובריסון שיפוטי מובהק עת נענה בשלוש הזדמנויות שונות לבקשות המדינה לדחות הכרעות בהליך שנדון במקרה של הפרטת בתי הסוהר. בפעם הראשונה היה זה מייד לאחר הגשת העתירה, כאשר בית המשפט התבקש על ידי העותרים להוציא מלפניו צו ביניים המבקש לעצור את כל ההליכים שנדרשו להעברתו של בית סוהר לניהול פרטי, ובכלל זאת הקפאת התקשרותה של המדינה עם כל גורם ומניעת התחייבויות כספיות של המדינה במסגרת זו. חשוב להזכיר כי בעת שהוגשה העתירה לבית המשפט, הליך המכרז לבחירתו של הגורם הפרטי שיפעיל את בית הסוהר טרם הסתיים וחשיפתה הכלכלית של המדינה כלפי צדדים שלישיים הייתה מוגבלת עד מאוד. כזכור, השופט ארבל דחתה את הבקשה לצו ביניים בשלב זה. בפעם השנייה היה זה מייד לאחר הוצאתו של צו על תנאי בהליך ולאחר שהמדינה הפצירה בבית המשפט שלא לעצור את הליך הקמת המבנה בתגובתה לבית המשפט לקראת הדיון הראשון בעתירה באוקטובר 2005. בתגובתה עדכנה המדינה כי לאחר כמה דחיות במכרז, באוגוסט 2005 הגישו שתי קבוצות את הצעותיהן למכרז וכי בנובמבר 2005 צפוי היה להיבחר הזוכה מביניהן, שעיימו ייחתם הסכם בהתאם לתנאיו המפורטים של המכרז.<sup>71</sup> במסגרת זו ציינה המדינה כי היא התחייבה מראש לקבוצות המשתתפות במכרז "כי אם יבוטל המכרז טרם בחירת הזוכה, ישולם לכל אחד מהם פיצוי העשוי להגיע עד 500,000 ₪".<sup>72</sup> עוד עלה מהדברים כי "אם המכרז יבוטל לאחר בחירת הזוכה ולפני כניסת ההסכם עימו לתוקף, ישולם לזוכה פיצוי העשוי להגיע עד 1,250,000 ₪. אם יבוטל ההסכם לאחר כניסתו לתוקף, ישולם פיצוי לזכיין בהתאם להשקעותיו בפועל, על פי מנגנוני חישוב שנקבעו במסמכי המכרז".<sup>73</sup> מהדברים האמורים עולה כי מנגנון הפיצוי הקבוע בהסכם שטרם נחתם באותה העת עם הזכיין, לא כלל כל הסדר מתוחם ומגודר למקרה שבו הליך הפרטה יבוטל על ידי בית המשפט. עוד עלה, כי גם בשלב זה, לא סברה המדינה כי יש מקום לעדכן את תנאי ההסכם שעתיד להיחתם עם הקבוצה הזוכה וכי מנגנון הפיצוי לאחר כניסתו של ההסכם לתוקף נותר כשהיה.<sup>74</sup> אף שמדובר היה בשלב מוקדם יחסית של ההליך שבמסגרתו חשיפת המדינה במונחים של סיכון כלכלי היו נמוכים, דחה בית המשפט בשנית את בקשתנו לצו ביניים והפעם בהחלטתו של הרכב מורחב של בית המשפט. בפעם השלישית היה זה כאשר

בית המשפט נענה לבקשת המדינה והכנסת לערוך "דיון ציבורי" בשאלת ההפרטה כפי שפורט לעיל, והחליט לדחות את שמיעתה של העתירה בלמעלה משנה.

חשוב להעיר, כי מסמכי המכרז היו חסויים ברובם ובשום שלב של ניהול ההליך לא הוצגו לעותרים או לבית המשפט המנגנונים המדויקים שנקבעו, אם נקבעו, לפיצוי הקבוצה הזוכה במכרז לאחר כניסתו של ההסכם לתוקף. כך, בפועל, הגורם היחיד שהיה ער להיקף החשיפה האמיתי במונחים כלכליים במקרה של ביטול החוק על ידי בית המשפט הייתה המדינה עצמה – ובפרט משרד האוצר אשר אמון היה על גיבוש ההסכם. המדינה לבדה נטלה על עצמה את הסיכון הכלכלי הטמון בביטול החוק לכל אורך ההליך. סיכונים אלה הלכו והעמיקו עם התקדמותה של העתירה ועם התעקשותן של המדינה והכנסת על דחיית ההכרעה בעתירה עד לאחר מתן ההיתר להקמת בית הסוהר ועד להשלמת בנייתו של המבנה, בחלוף כארבע שנים לאחר הגשתה של העתירה. רצונה של המדינה לדחות את ההכרעות בשאלות המשפטיות עד לאחר השלמת הבנייה ופעולותיה השונות במסגרת ניהול ההליך מעלות תהיות לגבי תפקודם של שומרי הסף במקרה זה ובעיקר ביחס לתפקודם של באי כוח המדינה והכנסת באסטרטגיה הלוחצת שנקטו כאשר ביקשו לדחות את ההכרעה בעתירה למועד מאוחר. עם מובילי מדיניות זו נמנים לא רק נציגי פרקליטות המדינה והייעוץ המשפטי לכנסת, אלא גם שולחיהם וביניהם החשב הכללי באוצר, היועץ המשפטי לממשלה ויו"ר הכנסת. כך, בשליחות רצונם לדחות את ההכרעות בשאלות המשפטיות למועד מאוחר ככל שניתן, ניצלו באי כוח המדינה והכנסת את מדיניות האיפוק של בית המשפט העליון במסגרת ניהול ההליך, מהלך אשר הוביל לנזקים כלכליים לא מבוטלים אשר נלוו לביטול החקיקה והשפיעו על האופן שבו נתפס תפקודו של בית המשפט העליון במקרה זה. כך, כאמור, נקלע בית המשפט לפרדוקס בניהול ההליך שלפיו מדיניות של איפוק וריסון שיפוטי נתפסה בקרב רבים בציבור ובקהילה המשפטית כבלתי-אחראית.

עניין זה הוא משמעותי להבנת תפקודם הלקוי של שומרי הסף שהיו אמונים על גיבוש וניסוח ההסכמים עם הזכיין שעתיד היה להפעיל את בית הסוהר בניהול פרטי ובראשם החשב הכללי באוצר, נציב שירות בתי הסוהר, היועץ המשפטי למשרד האוצר והיועץ המשפטי לממשלה. גורמים אלה היו, מצד אחד, ערים לקיומה של העתירה ולהשלכותיה האפשריות ומצד שני לא נקטו כל צעד אופרטיבי או אחר, ככל שידוע בשלב זה, למתן מענה הולם לאפשרות ביטול החקיקה על ידי בית המשפט. צעד זה היה בר ביצוע שכן, כאמור, בשלב שבו הוגשה העתירה ובשלבם מאוחרים יותר של ניהול ההליך, טרם נבחר הזוכה במכרז וטרם נחתם כל הסכם בנושא וחשיפת המדינה במונחים כלכליים הייתה מצומצמת. מנקודת המבט של העותרים וככל שידוע בנושא עד כה, לא הייתה כל מניעה לשלב בטיטת ההסכם הוראה הולמת בנושא בטרם חתימתו. הכישלון החרוץ בניהול הסיכונים מצד המדינה ומצד שומרי הסף שעסקו בנושא מתעצם לאור התנגדותה המתמשכת של המדינה להביא את ההליך להכרעה מוקדמת ככל שניתן. כך, המשיכה המדינה להעמיק את חשיפתה הכלכלית תוך שהיא מתנגדת להוצאתו של

צו ביניים, ועשתה ככל העולה בידה לדחות את ההכרעה העקרונית בנושא עד לאחר השלמת הקמתו של מבנה בית הסוהר.

על פני הדברים נראה היה כי בניגוד לתפקודה בפועל – דווקא היה למדינה בהליך זה אינטרס ראשון במעלה להביא להכרעה מהירה בשאלות המשפטיות. בנקודה זו אבקש להקדיש מעט מהיריעה גם למורכבות נוספת שלא נעלמה מעינינו בשלב זה של ניהול ההליך. כפי שתואר בדבריי הקודמים, בתגובת המדינה לבקשתנו להוצאתו של צו ביניים, לאחר שניתן צו על תנאי בהליך, ציינו באי כוח המדינה כי המדינה "מעדיפה לשאת בתשלום לזכיין בעתיד במקרה שהעתירה תתקבל בסופו של דבר". אין מדובר באמירה פשוטה. לכאורה, וכפי שצוין לעיל, אינטרס המדינה חייב בירורן של השאלות המשפטיות במהירות האפשרית וזאת תוך צמצום הסיכון הכלכלי שבביטול החוק. לכן, ייתכן כי לנגד עיניהם של נציגי המדינה עמד שיקול נוסף במסגרת ניהולו של ההליך המשפטי. שיקול זה נגע למערכת היחסים בין משרדי הממשלה השונים ולמערך הכוחות ביניהם, בטרם ההחלטה על קידומה של החקיקה ובמיוחד ככל שהדבר נגע ליחסים בין משרד האוצר למשרד לביטחון-פנים ולשירות בתי הסוהר ביחס לאפשרות תקצוב הקמתו של בית סוהר נוסף. כאן המקום להדגיש, כי למרות הצורך להתמודד עם מצוקת הצפיפות בבתי הסוהר בישראל, שירות בתי הסוהר לא שש בתחילה להסכים למהלך שביקש להעביר סמכות לניהול בית סוהר לידי גורם פרטי. אך משהובן כי סדר העדיפויות הכלכלי של מדינת ישראל לא מאפשר איתורו של תקציב להקמתו של בית סוהר נוסף על ידי המדינה, נותרה בידו הברירה לתמוך במהלך ההפרטה, או להמשיך ולהתמודד עם מצוקת הצפיפות ללא פתרון בדמותו של הקמת בית סוהר נוסף.<sup>75</sup> אפשר שעמדת המדינה בהליך התחשבה במורכבות זו ובידיעה כי אלמלא קידומו של הפרויקט באמצעות המגזר הפרטי או עצירתו בטרם הושלמה בניית המבנה, ייתכן שלא יימצא המימון להקמתו של בית סוהר נוסף באותה העת. אם אכן היה ממש, ולו חלקי, בהשערות אלה ניתן להבין במעט את עמדת באי כוח המדינה בניהולו של ההליך ואת רצונם להביא לדחייה בהכרעה בעתירה ובדחיית הוצאתו של צו ביניים עד לאחר השלמת בניית המבנה. זאת מתוך התפיסה שאם תושלם הבנייה על ידי הזוכה, יגדלו הסיכויים כי הוא יופעל בסופו של עניין על ידי שירות בתי הסוהר, גם במקרה של קבלת העתירה.

הדברים האמורים מקהים במקצת את הביקורת המוטחת במאמר זה באשר להתנהלות באי כוח המדינה בהליך, אך מנגד אפשרות זו מעלה שורה של תהיות אחרות ביחס לכך. מכל מקום, גם במצב דברים זה, אני סבור כי לא הייתה כל מניעה מעדכון ההסכם במועד הראוי כך שהיקף הפיצוי במקרה של פסילת החוק בטרם החלה הפעלת בית הסוהר על ידי הזכיין, תהא מתוחמת וברורה ותכלול, לכל היותר, רק את הוצאות הזוכה בעין ולא מעבר לכך. אם מקבלים את ההערות האמורות, אזי גם החלטתנו של בית המשפט בנקודת הזמן הזו תרמה בסופו של דבר להקמת המבנה אשר משמש היום כמתקן כליאה המופעל על ידי שירות בתי הסוהר, ובמובן זה, אם היה הרכב השופטים ער לנושא או



לא, במבחן התוצאה, הדבר השפיע על יכולתו של שירות בתי הסוהר להתמודד עם מצוקת הכליאה בישראל בסופו של עניין.

## 2. מופע שני – שחיקת מעמדם של שומרי הסף

בעניין הפרטת בתי הסוהר התגלה הפרדוקס שבניסון השיפוטי בתוך ההליך עצמו וביחס בין החלטות הביניים של בית המשפט לבין הכרעתו הסופית. אך לפרדוקס הטמון במדיניות של ריסון שיפוטי מופע נוסף, והוא בא לידי ביטוי בהליכים משפטיים שונים המתנהלים בפני בית המשפט הנוגעים לשאלות משפטיות דומות. במקרים אלה, איפוק שיפוטי בהליכים מסוימים עלול להביא להתערבות שיפוטית רחבה כאשר מדיניות האיפוק אינה מפורשת באופן ראוי על ידי גורמים נוספים במגרש הדמוקרטי, כגון נבחרי ציבור ובעלי תפקידים ברשויות השלטון השונות. כך, מוביל לעיתים הריסון השיפוטי להיעדר הכרעה ישירה וברורה בשאלות העולות בפני בית המשפט. על רקע היעדר הכרעה שיפוטית זו עלולים שומרי סף שונים למצוא עצמם בלא הכלים הנדרשים לריסונן של החלטות המתקבלות על ידי רשויות השלטון המפרשות את ההתערבות של בית המשפט כמתן רשות לפעול כפי שפעלו בעבר וזאת גם אם, לדוגמה, בית המשפט בפסיקתו קובע כי החלטות אלה פגומות אך לא מורה על פסילתן. בין שומרי סף אלה ניתן למנות את היועץ המשפטי לממשלה, יועצים משפטיים במשרדי הממשלה השונים, היועץ המשפטי לכנסת, יועצים משפטיים לוועדות הכנסת, פקידים בכירים וגורמי ביקורת שונים במשרדי הממשלה. כך, עלול להישחק מעמדם של שומרי הסף אשר עומדים לעיתים בפני שליחי ונבחרי ציבור בידיים ריקות, ואלה מקדמים את מבוקשם ללא מעצור. באופן פרדוקסלי, החלטות פגומות אלה של רשויות השלטון השונות, אשר ראוי היה כי יעצרו על ידי שומרי הסף בהינתן כלים משפטיים מתאימים לעוצרם, מגיעות לפתחו של בית המשפט שוב. בית המשפט בתורו, ניצב בפני אותן שאלות משפטיות – אשר לגביהן נקט בעבר מדיניות של ריסון שיפוטי – בעוצמה רבה יותר מזו שהובאה בפניו בתחילה ונאלץ, בלית ברירה, להוציא תחת ידו הכרעות אשר עלולות להיתפס כבלתי-אחראיות וחוצות גבולות.

מקרה שכזה אירע בהכרעות של בית המשפט העליון בעניין התקציב הדו-שנתי. בפרשה הראשונה שהגיעה לפתחו של בית המשפט בעניין – פרשת בר-און<sup>76</sup> – דחה בית המשפט בהרכב מורחב את הטענה לבטלותו של תיקון זמני בדרך של הוראת שעה לחוק-יסוד: משק המדינה אשר ביקש לאפשר את אישורו של תקציב דו-שנתי לשנים 2011-2012, בניגוד לקביעה המפורשת בחוק היסוד כי תקציב המדינה יהיה תקציב שנתי. בית המשפט נקט בעניין זה מדיניות של ריסון שיפוטי ודחה את העתירה תוך שהוא מציב מבחנים משפטיים שסימנו את הדרך לפסלותו של תיקון דומה בעתיד. פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת בר-און הובן על ידי גורמי שלטון שונים ככזה שאינו אוסר על תיקון זמני לחוק-יסוד: משק המדינה המאפשר קבלתו של תקציב דו-שנתי. כך, במשך כמה שנים לאחר מכן, וחמש פעמים ברציפות, תיקנה הכנסת את

חוק-יסוד: משק המדינה באופן דומה אשר אפשר אישורו של תקציב דו-שנתי.<sup>77</sup> כנגד התיקון שעסק בתקציב לשנים 2017-2018 הוגשה עתירה נוספת אשר התבססה על פסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת בר-און, פרשת התקציב הדו-שנתי.<sup>78</sup> כפי שהוצג בעתירה, במהלך הדיונים בכנסת, ביקש תחילה היועץ המשפטי לכנסת לעצור את התיקון, אך זאת ללא הצלחה.<sup>79</sup> לאחר שנערכו שינויים מסוימים בהצעת החוק, הסכים היועץ המשפטי לכנסת לתמוך בהצעת החוק<sup>80</sup> והתיקון אושר בסופו של עניין. במהלך הדיונים בעתירה בפני בית המשפט הודה היועץ המשפטי לכנסת, אשר הופיע בעצמו בדיון, כי הכלים שקבע בית המשפט בפרשת בר-און לא אפשרו לו ולגורמים אחרים לעצור את מאוויי השלטון באישורו של תקציב דו-שנתי. מדבריו ניתן היה להבין כי רק פעולה ממוקדת וברורה של בית המשפט יכולה לעצור התנהלות זו. וכך אכן היה – בית המשפט העליון בהרכב של שבעה שופטים הורה על פסילתו של התיקון תוך השהיית בטלותו כך שבפועל התיקון ימשיך ויעמוד. הכרזה זו על בטלותו של התיקון במישור הנורמטיבי היוותה הכרעה שיפוטית ברורה שממנה ניתן ללמוד כי תיקונים זמניים דומים בעתיד נדונים לפסילה. בפועל, הייתה זו הפעם הראשונה שבה בית המשפט פסל תיקון לחוק יסוד. במקרה זה, הימנעותו של בית המשפט מהצבת תמריכים ברורים בנושא לעתיד לבוא בפרשת בר-און, תוך מתן כלים משפטיים מרסנים שישמשו את שומרי הסף, הובילה לחזרת העניין לבית המשפט בהליך מאוחר יותר והכרעתו בעניין נתפסה כתקדימית וכזו המפרה את מערכת האיזונים בין בית המשפט, הכנסת והממשלה. כאן נגלו שוב פניו של פרדוקס הריסון השיפוטי, והפעם במופע אחר שלו הנוגע לשחיקת מעמדם של שומרי הסף. ריסון שיפוטי בפרשת בר-און הוביל לחולשת שומרי הסף וביניהם היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לכנסת, אשר הביאו בתורם להיעדרם של כלים משפטיים לעצירת קבלתו של תקציב דו-שנתי בתיקון לחוק יסוד בהוראת שעה. הוראה זו נפסלה על ידי בית המשפט תוך הכרזה על השהיית בטלותה שנתפסה כהתערבות בלתי-הולמת בחקיקת הכנסת.

### 3. שינוי מדיניות בית המשפט לאחר פרסום פסק הדין

ניתוח התנהלותו של בית המשפט העליון במקרים אחרים מאז הסתיימה הפרשה בעניין הפרטת בתי הסוהר, בעיקר בנושאים בעלי היבטים כלכליים, אפשר שיצביע על שינוי מדיניותו של בית המשפט בניהול הליכים משפטיים שבהם עולות שאלות משפטיות מובהקות שלהן השלכות כלכליות משמעותיות. במקרים אלה השתמש בית המשפט בכלים דיוניים מגוונים במסגרת ניהול ההליך, כך שהכרעות שיפוטיות התקבלו במועד שבו לא נגרם נזק בלתי-נדרש במונחים כלכליים. המקרה הראשון שעליו אבקש להצביע הוא התמודדותו של בית המשפט העליון עם העתירות בעניין יצוא הגז.<sup>81</sup> העותרים תקפו את מדיניות הממשלה בנושא יצוא הגז, וטענתם המרכזית, שבאמצעותה ביקשו לשכנע את בית המשפט, הייתה כי החלטה בנושא מהווה "הסדר ראשוני" ומחייבת הסדרתו בחקיקה ראשית של הכנסת. העותרים טענו כי החקיקה הקיימת במסגרת חוק הנפט<sup>82</sup> אינה

מספקת שכן היא אינה מפורשת וקונקרטית די הצורך. בהבינו את המשמעות הכלכלית הכבדה של השאלות המשפטיות שעלו בעתירה, קיבל בית המשפט שורה של החלטות ביניים שאפשרו קיומו של הליך מהיר בעניין. ראשית, ההחלטה על הרחבתו של הרכב השופטים התקבלה בסמוך לעריכתו של הדיון בעתירה. הדיון בפני הרכב מורחב של בית המשפט בנושא נקבע חודשים אחדים לאחר הדיון הראשון והוא התנהל במתכונת דיונית שלפיה הוצא צו על תנאי בהליך, אף שצו על תנאי פורמלי לא הוצא. מתכונת זו מחייבת את הסכמתה של המדינה לזירוז הדיון כפי שהציע בית המשפט. כמו כן, מייד לאחר סיומו של הדיון האחרון בעתירה, הודיע בית המשפט על הכרעתו תוך שהוא דוחה את פרסום הנימוקים למועד מאוחר יותר. כך, בשורה של החלטות דיוניות, קידם בית המשפט את הכרעתו בהליך באופן שמצמצם את השפעתו על מהלכי הרשות המבצעת בנושא. תוצאת ההליך הייתה דחייתה של עתירה ברוב של חמישה שופטים מול שניים, כך שכל ניהול ההליך, משלב הגשת העתירה ועד לפרסום הכרעתו של בית המשפט, ארך כארבעה חודשים ובחלוף שבעה חודשים נוספים פורסמו נימוקי פסק הדין.<sup>83</sup>

מקרה נוסף שבמסגרתו קיבל בית המשפט שורה של הכרעות דיוניות אשר הובילו להכרעה מהירה יחסית בהליך, היה מקרה פסילתו של מתווה הגז.<sup>84</sup> במקרה זה הוגשו לבית המשפט שורה של עתירות כנגד החלטת הממשלה שכונתה "מתווה הגז", אשר כללה הוראות ביחס לניהול משק הגז למול גורמים מסוימים אשר החזיקו בזכויות שונות לפי חוק הנפט ביחס לניהול משק הגז שלחופי ישראל. גם בהליך זה היה בית המשפט ער לצורך בהכרעה מהירה יחסית בשל השפעת ההליך על הוודאות במשק הגז הטבעי בישראל, ולפיכך קיבל שורה של הכרעות דיוניות במסגרת ההליך שאפשרו קידומה של הכרעה בנושא. בדומה למקרה של יצוא הגז, גם במקרה זה נוהל ההליך המשפטי בפני בית המשפט במתכונת כאילו הוצא צו על תנאי. באי כוח המדינה הערימו תחילה קשיים על מהלך זה, אך לבסוף נענו להצעתו של בית המשפט בעניין. הדיונים בהליך התקיימו במהירות יחסית ובמסגרתם אף נקצב זמן מוגדר לכל גורם להציג את עמדתו, לרבות לראש הממשלה אשר הופיע בפני בית המשפט בהליך. פסק דינו המלא של בית המשפט, על נימוקיו, ניתן כחמישה חודשים לאחר הגשת העתירה הראשונה בעניין מתווה הגז לאחר שזה אושר בממשלה.

עינינו הרואות כי כאשר בית המשפט מבקש לקדם הכרעות בהליכים מסוימים, הדבר מתאפשר תוך חודשים ספורים בלבד. נראה כי למרות הביקורת האפשרית, דרך זו היא הכרחית במקרים מסוימים וזאת כדי למנוע ביקורת על בית המשפט ולפיה יש בפעילותו כדי לעכב מתן הכרעות בהליכים משמעותיים במשק הישראלי. הנה כי כן, לבית המשפט קיימים מגוון כלים דיוניים ואחרים שבהם הוא יכול לנקוט במסגרת הליכים המובאים בפניו: עריכתו של דיון בעתירות כאילו ניתן צו על תנאי, קיומם של דיונים תכופים בהליכים נדרשים, מיקוד השאלות המשפטיות במסגרת צווים שונים הניתנים בעת ניהול ההליך, קביעתו של סד זמנים קצר וברור לקידומו של ההליך המשפטי, פרסום הכרעה תוך דחיית פרסום הנמקות הפסיקה. נראה כי ככלל, שימוש מושכל בכלים אלה תורם

לצמצום הביקורת על בית המשפט באשר לניהולם של הליכים משפטיים ארוכים כדוגמת המקרה של פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר הנדון ברשימה זו.

## סיכום

בניהול ההליך בעניין הפרטת בתי הסוהר נהג בית המשפט העליון באיפוק שיפוטי מובהק וזאת לאור בקשות חוזרות ונשנות מטעם המדינה והכנסת לדחות את ההכרעה בהליך למועד מאוחר ככל שניתן, כדי לאפשר את השלמת בנייתו של מבנה בית הסוהר. בסופו של עניין, מבחינה ציבורית, נראה כי את מרבית הביקורת ביחס לעיכוב בפרסומה של ההכרעה ספג בית המשפט וזאת למרות היענותו לבקשות המדינה והכנסת בנושא. התנהלותו של בית המשפט בעניין זה מובילה למסקנה כי קיימים מקרים שבהם איפוק וריסון שיפוטי – בין בניהול ההליך ובין בהכרעות בהליכים שונים – עלול להתברר כפרדוקסלי. כך, ריסון שיפוטי מתוך כוונה לצמצם את התערבות בית המשפט במלאכתן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, עלול להוביל להתערבות שיפוטית בהכרעותיהן של רשויות אלה בעתיד. לפרדוקס הריסון השיפוטי שאותו תיארתי ברשימה זו עלולות להיות השלכות שונות. עמדתי על ההשלכות הכלכליות האפשריות ועל ההשלכות ביחס למעמדם וליכולתם של שומרי סף שונים לעמוד מול גורמי השלטון ולמנוע החלטות שאינן על פי דין.

בכמה מקרים שלאחר מתן פסק הדין בעתירה האמורה, השתמש בית המשפט בכלים דיוניים מגוונים לצורך קידומן של הכרעות בהליכים שהובאו בפניו כאשר ברור היה כי הכרעתו נדרשת בהקדם. ראוי כי בית המשפט ימשיך ויבחן שימוש בכלים דיוניים נוספים לצורך בירורם האפקטיבי והיעיל של הליכים משפטיים, כאשר הדבר נחוץ, וכך אפשר שבעתיד יימנעו מקרים שבהם ניתן יהיה להצביע על הפרדוקס המתואר ברשימה זו.

## הערות

- 1 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד סג (2) 545 (2009) (להלן: בג"ץ הפרטת בתי הסוהר).
- 2 פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 28), התשס"ד-2004, ס"ח 348 |להלן: פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 28).
- 3 ראו לעניין זה Alexander T. Henson & Kenneth F. Gray, *Injunction Bonding in Environmental Litigation*, 19 SANTA CLARA L. REV. 541 (1979); Catherine Albiston, *The Rule of Law and the Litigation Process: The Paradox of Losing by Winning*, 33 LAW & SOC'Y REV. 869 (1999); נטע זיו "עריכת דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות ביצוג קבוצות מיעוט בישראל?" *משפט וממשל* ו 129 (2001).
- 4 ראו דפנה ברק-ארוז "זכויות האדם בעידן של הפרטה" *עבודה, חברה ומשפט* ח 209 (2001); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" *משפטים* לז 287 (2007); דפנה ברק-ארוז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" *עיוני משפט* ל 461-478 (2008); איל פלג *ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי* (2005); הילה שמיר "הפרטה: המדינה, השוק ומה שבניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית הסוהר הפרטי" *עיוני משפט* לה 747 (2013); בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410 (1992);

- בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(3) 652 (2003); בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5), 202 (2004).
- 5 Uri Timor, *Privatization of Prisons in Israel: Gains and Risks*, 39 Is. L. Rev. 81 (2006)
- 6 ראו לעניין זה בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים, פ"ד סב (1) 762 (2007); בש"פ 7053/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 511, 504 (2001); רע"ב 818/03 זרקה נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 11.3.2003); בג"ץ 5678/2002 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים (פורסם בנבו, 9.3.2003); בג"ץ 1319/2003 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לבטחון פנים (פורסם בנבו, 1.3.2004); בג"ץ 572/2004 ברי נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 6.4.2005); Timor, לעיל ה"ש 5, בעמ' 81, 100; חיים ה' כהן 'ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א 9, 11 (1990).
- 7 פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 82), לעיל ה"ש 2.
- 8 ראו לעניין זה דבריה של נשיאת בית המשפט העליון בפתיחת פסק דינה בבג"ץ הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 1, ולפיהם: "ההסדר שנבקע בתיקון 28 מביא להעברת סמכויות יסוד של המדינה בתחום אכיפת החוק – סמכויות הכליאה – שהפעלתן כרוכה בפגיעה מתמדת בזכויות אדם, לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח".
- 9 ס' 128 לפקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 28), לעיל ה"ש 2.
- 10 ראו לעניין זה ס' 128 יב (א), 128 יב(א), 128 יב(א)(2), 128 יח, 128 כו, 128 כז, 128 כח לפקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 28), לעיל ה"ש 2.
- 11 ראו לעניין זה ס' 128 ט לפקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 28), לעיל ה"ש 2.
- 12 הפעולה המשפטית היחידה שננקטה בנושא ביקשה להביא לחשיפתם של מסמכי המכרז להעברת ניהולו של בית סוהר לידי גורם פרטי. ראו ע"מ 3637/05 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד האוצר, תק-על 2005 (4) 3390.
- 13 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1031/99 חיים אורון נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 26.3.2002).
- 14 לימים היה זה פרופ' כהן-אליה שאישר ותמך בעתירות נוספות שבהן הייתי מעורב אשר הוגשו מטעם המרכז האקדמי למשפט ולעסקים וביניהן: העתירה בעניין יצוא הגז הטבעי – בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 21.10.2013); העתירה בעניין פסקת היציבות במתווה הגז – בג"ץ 7588/15 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016); העתירה בעניין התקציב הדו-שנתי – בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2017).
- 15 ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.
- 16 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.
- 17 סעיף 13 לעמדת המדינה מיום 11.4.2005.
- 18 שם, בס' 14.
- 19 שם, בס' 30.
- 20 שם, בס' 40. אעיר כי אף שבתגובה זו צוין הסכום בדולרים, בתגובה מאוחרת יותר תוקנה הטעות והמדינה עדכנה כי מדובר בסכום בשקלים (ראו להלן התייחסות לתגובת המדינה מיום 23.10.2005).
- 21 החלטת השופט ארבל בבג"ץ הפרטת בתי הסוהר (החלטה בבקשה למתן צו ביניים מיום 18.4.2005), ולפיה: "לאחר שעיינתי בנימוקי העותרים ובתגובת המשיבים לבקשה למתן צו ביניים, איני מוצאת ליתן צו ביניים".
- 22 פסקה 5 לתגובת המדינה מיום 23.10.2005.
- 23 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר (החלטה מיום 27.10.2005).

- 24 ס' 6 לתגובת המדינה מיום 16.2.2005. אבקש להעיר כי הצגת הדברים באופן הזה, בשונה מאופן התרשמותם של העותרים מהדיון, הייתה נוחה למדינה לצורך הצדקתה – לכל הפחות בפני עצמה – את המשך ניהול הליכי המכרז.
- 25 שם, בס' 94.
- 26 שם, בס' 105.
- 27 שם, בס' 106.
- 28 מדובר היה בקבוצת א.ל.א. ניהול והפעלה (2005) בע"מ, המורכבת מחברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (50%) וחברת מנרב הנדסה ובניין בע"מ (50%), ואשר מלווה בייעוץ מקצועי של "קבלנית ידע" אמריקנית חברת EMERALD Correctional Management LLC.
- 29 היתר להקמה, לניהול ולהפעלה של בית סוהר בניהול פרטי, י"פ התשס"ז 5641, 2011.
- 30 אפי מיכאלי "העותר הציבורי ובית המשפט: מסקנות מפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר" מעשי משפט ג 163, 169-167 (2010).
- 31 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר (החלטה מיום 18.6.2006): "ניתן בזה צרעל-תנאי, המחייב המשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יוחלט כי חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, אינו חוקתי שכן הוא נוגד את: (א) הוראות חוק-יסוד: הממשלה (ראו בעיקר סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה). (ב) הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בעיקר סעיפים 1, 5, 8)".
- 32 שם.
- 33 ס' 42 לעמדת המדינה מיום 25.6.2006.
- 34 שם.
- 35 ראו ס' 5 לתגובת העותרים מיום 2.7.2006. כזכור, מסמכי המכרז בהקשר זה לא נחשפו. המידע הזמין היחיד שעמד לרשותנו היה תגובת המדינה בהליך ודיווחי החברות השותפות בחברה שנבחרה לבורסה. כך לדוגמה, מדו"ח תקופתי לשנת 2005 של חברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ עולה כי "סך התקבול השנתי אשר החברה צפויה לקבל בגין הפעלת בית הסוהר למשך כ-22 שנים, מוערך בכ-64 מיליון ש"ח (לא כולל מע"מ), לכל אחת משנות ההפעלה המתוכננות. כן זכאית המציעה למענק הקמה של כ-47 מיליון ש"ח (לא כולל מע"מ), אשר ישולם למציעה עם תום ההקמה וקבלת האישור להפעלת בית הסוהר" (עמוד 102).
- 36 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר (החלטה מיום 12.7.2006).
- 37 אעיר כי במסגרת חוק הכנסת (תיקון מס' 23), התשס"ח-2008, ס"ח 205 הוסף סעיף 1ג לחוק, ולפיו על בית המשפט שבפניו מתנהל הליך הדרוש בירור תוקפו של חוק, על בית המשפט להזמין את הכנסת להתייצב בהליך והיא תוכל להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו.
- 38 ס' 11 לעמדת הכנסת מיום 25.8.2006.
- 39 שם.
- 40 שם.
- 41 בל יוסף "אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה" עיוני משפט מ 253 (2017).
- 42 בדבריה מציעה יוסף מודל לבחינת מעמד הצעות החוק והצורך בקציבתו, אפשרות דחייתה המפורשת של הצעת החוק, היותה של הצעה בשלב רשמי, היתכנות הליך החקיקה, היקף הפגיעה בצדדים להליך המתן מעמד משפטי להצעת החוק ובחינת רגישותה וציבוריותה של הסוגיה שעל הפרק (שם, בעמ' 308).
- 43 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר (החלטה מיום 31.8.2006).
- 44 האחת, הצעת חוק לתיקון פקודת בתי-הסוהר (ביטול הקמתו של בית-סוהר בניהול פרטי), התשס"ו-2006, פ/1205/17 של חה"כ דוד אזולאי וחה"כ שלי יחימוביץ'. השנייה, הצעת חוק לתיקון פקודת בתי-הסוהר (ביטול הפרטות), התשס"ו-2006, פ/1248/17 של חה"כ רב חנין, חה"כ רן כהן, חה"כ דוד אזולאי, חה"כ חנא סוידי, חה"כ ואסל טאהא, וחה"כ מוחמד ברכה.
- 45 פרוטוקול ישיבה מס' 92 של הכנסת ה-17, 32-27 (31.1.2007).
- 46 יצוין כי הצעת חוק נוספת לתיקון פקודת בתי-הסוהר (ביטול הקמתו של בית-סוהר בניהול פרטי), התשס"ז-2006, פ/1705/17 של חה"כ ראלב מג'אדלה, חה"כ מיכאל מלכיאור וחה"כ נאדיה חילז

- הונחה ביום 13.11.2006 על שולחן הכנסת. הטיפול בהצעת חוק זו נעצר לאחר שחה"כ מג'אדלה ביטל את הצעת החוק.
- 47 ראו [https://www.knesset.gov.il/docs/heb/law\\_department.htm](https://www.knesset.gov.il/docs/heb/law_department.htm). ב"קול קורא" צוין כי "בשנים האחרונות הלכה והתרחבה מגמת הפרטה בישראל. במסגרת הליכי החקיקה וסמכויות הפיקוח על הרשות המבצעת נדרשת הכנסת לדון ולהכריע בסוגיות השונות העולות בנושא זה. על כן, הוחלט לקיים דיון ציבורי רחב, שבמסגרתו יישמעו מגוון העמדות בשיח הציבורי בנושא הפרטה. במסגרת הדיון הציבורי, מבקשת יושבת-ראש הכנסת לקיים סדרת ימי עיון מקיפים שיעסקו בהיבטים השונים העולים מסוגיית הפרטה, בשיקולים העומדים בבסיס המגמה, בתוצאותיה ובהשלכותיה על המשטר, על אופייה של החברה ועל הכלכלה בישראל. התחומים שבהם תבקש הכנסת לדון הם בין היתר, הפרטה בשירותי הבריאות והרווחה; הפרטה בשירותי הביטחון (כוחות הביטחון – צבא, משטרה, בתי-הסוהר); הפרטה בתחומי התשתיות והפרטה בתחומי החינוך".
- 48 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר (החלטה מיום 8.7.2007).
- 49 הצעת חוק לתיקון פקודת בתי-הסוהר (ביטול הקמתו של בית סוהר בניהול פרטי), התשס"ח-2008, פ/3735/17 של חה"כ גלעד ארדן, חה"כ איתן כבל וחה"כ משה כחלון, וביום 16.6.2008 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק לתיקון פקודת בתי-הסוהר (ביטול הקמתו של בית סוהר בניהול פרטי), התשס"ח-2008, פ/3763/17, בהובלתו של חה"כ רב חנין.
- 50 פרוטוקול ישיבה מס' 255 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-17, 13 (21.7.2007).
- 51 שם.
- 52 שם.
- 53 שם.
- 54 שם.
- 55 בקשת העותרים למתן החלטה מיום 4.12.2008.
- 56 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר (החלטה מיום 3.3.2009).
- 57 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר (צו ביניים מיום 18.3.2009).
- 58 בג"ץ הפרטת בתי הסוהר (החלטה מיום 4.6.2009).
- 59 ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.
- 60 ראו לעיל ה"ש 1, פס' 63 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
- 61 ס' 1,5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.
- 62 ראו לעניין זה מיכל טמיר ואסף הראל "על כבוד האדם והפרטה, בעקבות בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (2009)" משפטים מא 663 (התשע"ב).
- 63 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ דוח מייד, פרויקט בית הסוהר הפרטי – עדכון לגבי חתימת הסכם להסדרת סיום הפרויקט (2010).
- 64 גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות, על ביקורת-שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסדיות" ספר אליהו מצא 219 (א' ברק ואח' עורכים, 2015); PAUL DALY, A THEORY OF DEFERENCE IN ADMINISTRATIVE LAW: BASIS, APPLICATION AND SCOPE (2012).
- 65 אהרן ברק מירתייות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 448 (התש"ע).
- 66 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978).
- 67 ראו לעניין זה דיווח בנושא המביא דברים שנמסרו על ידי אנשי האוצר שלפיהם עלות ביטולו של בית הסוהר הפרטי תעמוד על 1.5 מיליארד שקלים: אדריאן פילוט "האוצר: עלות ביטול הכלא הפרטי – 1.5 מיליארד שקל" כלכליסט 9.3.2008. ראו גם תגובה מצד העותרים המנתחת את העניין ועומדת על הכשלים בהערכת היתר של האוצר בנושא: גלעד ברנע "כמה באמת יעלה לנו ביטול של הפרטת בתי הסוהר?" הארץ 23.4.2008.
- 68 נעמה סיקולר וליאור גוטמן "זליכה על ביטול הכלא הפרטי: בג"ץ הגשים את חלומנו הרטוב של לבייב" כלכליסט 22.11.2009.
- 69 שם.

- Hillel Sommer & Guy Seidman, *Courts, Prisons, Budgets and Human Dignity: An Israeli Perspective*, 8 L. J. Soc. JUST. 135, 186 (2017). ראו דבריהם ביחס לזמן הארוך שחלף עד להכרעתו של בית המשפט בפרשה: "The delays in this case are much harder to explain. The constitutional questions posed by the petitioners were black or white questions: Either the operation of the private prison is an unacceptable violation of the human dignity of the prisoners or it is not. Given the final holding, it is difficult to understand the Court's longtime refusal to grant an interim injunction, and, indeed, the passage of years until the ruling was finally made." ובהמשך הם מתייחסים לניסיונות החקיקה בכנסת שביקשו להביא לביטולו של החוק ומבקשים להעריך את משקלם של ניסיונות אלה: "Here, there was no real mediation in the courtroom. True, there was an attempt by the opposition in the Knesset to repeal Amendment 28. But this was a longshot, not really an effort by the State itself, and cannot really justify the long delay and its very expensive cost".
- 70 ס' 5 לתגובת המדינה מיום 23.10.2005.
- 71 כפי שעולה מהדברים מדובר בסכום בשקלים ולא בדולרים כפי שצוין בתגובה שקדמה לכך. ראו לעיל ה"ש 20.
- 72 ראו ה"ש 22, סעיף 44.
- 73 שם.
- 74 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 118 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-16, עמ' 26 (29.12.2003), אשר דנה בהצעת החוק שנדונה בהליך, ובה התבטאו בכירים שליוו את הפרויקט מצד שירות בתי הסוהר, ובראשם גונדר (בדימוס) חיים גליק, שמהם ניתן היה להבין כי הדרך היחידה באותה העת למימון הקמתו של בית סוהר היא באמצעות גורם חיצוני למדינה אשר יבנה ויפעיל את בית הסוהר למשך זמן (שם, בעמ' 26). מהדברים ניתן היה להבין כי בנייתו של בית סוהר נוסף באותה תקופה על ידי המדינה הוערכה בעלות של כ-150 מיליון שקלים (שם, בעמ' 5) אשר סדר העדיפויות של המדינה לא אפשר את איתורו של תקציב זה ולפיכך בנייתו של בית סוהר באותה העת התאפשרה רק בשיתוף המגזר הפרטי באמצעות מנגנון BOT (Build, Operate, Transfer) המקובל בפרויקטי תשתית (שם, בעמ' 24). בישיבה זו הציג נציג האוצר גם את התפיסה ביחס לשאלה מדוע – מבחינה כלכלית – לא נכון היה לקיים מכרז רק ביחס לבניית מתקן בית הסוהר עצמו, בשונה מהמכרז שנעשה בסופו של עניין אשר כלל לא רק את הקמתו של המתקן, אלא גם את הפעלתו המלאה, כפי שהתקבל בחקיקה, על פני תקופה כוללת של 25 שנים. נציג האוצר השיב כי כריכת הפעלתו של בית הסוהר עם הקמתו תביא, לתפיסת קובעי המדיניות במשרד האוצר, להקמתו של מתקן ראוי שכן כאשר "משלבים את ההפעלה עם ההקמה, היזם מקים את הבניין כך שהוא יודע שהוא צריך להפעיל את זה 25 שנה, והוא מקים את זה נכון" (שם, בעמ' 27).
- 75 בג"ץ 4908/10 רוני בראון נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 7.4.2011).
- 76 ראו להלן ה"ש 78 פס' לג לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין.
- 77 בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2017). כותב רשימה זו ייצג את העותרת בעתירה זו יחד עם עורכי הדין חגי קלעי ונדב דישון.
- 78 פרוטוקול ישיבה מס' 341 של ועדת הכספים, הכנסת ה-17, 17-15 (23.5.2016).
- 79 פרוטוקול ישיבה מס' 422 של ועדת הכספים, הכנסת ה-17, 5 (25.7.2016).
- 80 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014). כותב רשימה זו ייצג חלק מהעותרים בעתירה זו יחד עם עו"ד ד"ר ערן צין ועו"ד ד"ר עופר סיטבון.
- 81 סעיף 33 לחוק הנפט, התשי"ב-1952, ס"ח 322.
- 82 העתירה בהליך זה הוגשה ביום 24.6.2013 והחלטת בית המשפט על דחיית העתירה, בלא נימוקים, התפרסמה ביום 21.10.2013. כתשעה חודשים לאחר מכן, ביום 2.7.2014 פורסמו נימוקי בית המשפט במלואם. ראוי לציין כי שימוש בכלי זה של פרסום הכרעה ללא נימוקים אינו חסין מביקורת. כאשר מתפרסמת הכרעה בלא נימוקים הדבר פוגע באפשרותו של גורם שיפוטי אחד להתרשם מעמדתו הכתובה של גורם שיפוטי אחר ולשקול את שינוי דעתו בנושא. הדברים יפים במיוחד כאשר קיימות



עמדת רוב ועמדת מיעוט כפי שהיה במקרה זה. במקרים אלה, ככל שהדבר מתאפשר, יש לאפשר לכל גורם שיפוטי לעיין בעמדת חברו וזאת לצורך השלמת הליכי שקילת הדברים בטרם מגיע הגורם השיפוטי להכרה סופית.

84 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016). ביום 9.11.2015 הוגשה לבית המשפט העתירה הראשונה כנגד המתווה לאחר שזה אושר בממשלה (בג"ץ 7588/15 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל. כותב רשימה זו ייצג חלק מהעותרים). לאחר הגשתה של עתירה זו הוגשה בקשה לתיקון עתירה בבג"ץ 4374/15 עוד בטרם אישורו של מתווה הגז בממשלה ובהליכים שהובילו לאישורו של מתווה הגז. לאחר שבית המשפט אפשר לעותרים בבג"ץ 4374/15 לתקן את עתירתם ולהפנות את טיעוניהם כנגד המתווה לאחר שאושר, צורפה עתירה זו לעתירה בבג"ץ 7855/15.

