

* A Hebrew translation of the article is brought at the end of the English version.

Behind Bars

The Decision of the High Court of Justice to Cancel the Privatization of the Prisons Has Imprisoned the Entrepreneurs in a Prison of Uncertainty



November 2009, an Article by [Adv. Moriel Matalon](#), Managing Partner of Gornitzky & Co., Israel

The judgment of the Supreme Court, which cancelled the establishment of private prisons in Israel, may well have brought satisfaction to all the human rights advocates in Israel – but it has dealt a critical blow to the business community, which ever since the 'Aprofim' ruling has been living with the feeling of legal uncertainty. An even stronger blow has been dealt to the development of our worn-out infrastructures.

Without going into the substantive question as to whether the prisons should be privatized and whether private persons or companies should be given the governmental authority to keep prisoners in custody, the handing down of such a dramatic decision more than five years after the law was enacted, and after the proverbial “horse has bolted from the stable”, is a serious blow to the stability of the law in Israel. “To every thing there is a season, and a time to every purpose under the heaven,” (Ecclesiastes III). Late justice is not always justice.

The Privatization of Prisons Law in Israel (Amendment No. 28 to the Prisons Ordinance) was passed five and a half years ago – in March 2004. This was after the conducting of legislative proceedings which had gone on for about two years – neither in a mysterious nor obscure manner, and not even as part of the Economic Arrangements Law.

The correct and appropriate time to attack the constitutionality of the Law would have been shortly after it was approved by the Knesset. However, an entire year passed, and only in March 2005 was a petition filed against the Law. The first hearing at the High Court of Justice was held seven and a half months later. Another hearing was held in June 2006 – more than two years after the enactment of the Law. At these hearings, the Supreme Court (in its original composition and in its extended composition) refrained from issuing an interim order that would prevent the tender from being conducted or the tender winner from being selected or the prison from being established.



Uncertainty with Regard to the Durability of the Knesset's Laws

Because no interim order was issued – the business community was entitled to rely on the Knesset's law, and this is indeed what it did. The tender was published, the tender proposals were submitted, contracts were signed, companies and a substantial number of people changed their situation (for good or for bad) based on the Law and the tender.

After the franchisee won the tender in November 2005 (one and a half years after the enactment of the Law and eight months after the filing of the petition) – financial closing was completed. Banks and investors invested their capital, based on the Law and the undertakings of the State pursuant to the Law. At this point in time, the franchisee and its contractors began to construct the facility and also to complete it.

From the moment the cornerstone was laid to the completion of the construction of Israel's first ever private prison (and perhaps its last), the media gave the venture extensive coverage, and there was no indication whatsoever of the legal tsunami that was looming. Only this year – in March 2009, when the prison has almost been completed – was an interim order issued to prevent the operation thereof.

Imagine the situation in which a certain entrepreneur wishes to construct an apartment building in Tel Aviv. He buys the land, applies for a building permit, and obtains it. And yet some other person has a claim against the venture – with regard to the nature of the rights of ownership or with regard to the construction rights, or any other claim for whose sake the Courts exist. The party making the claim “has time on his side”. He procrastinates somewhat in his application to the legal instances, and when he does indeed apply to them – the Tel Aviv Court does not allow his application and does not issue an injunction.

The entrepreneur completes the purchase, completes the construction and sells the apartments to you and me. And then, all of a sudden, on a warm winter's day, the Court in Tel Aviv decides to cancel the venture. Can you conceive of such a thing? Would we not all cry out that there is also a season and a time for the Court – however honorable it may be – to hand down its decisions. Is the Court in Jerusalem subject to a different law?!

The Supreme Court explains, in the introduction to this historic ruling, that “the delay which has occurred in writing this judgment up to this point in time arose from the complexity of the issues at stake, which raise constitutional questions of the utmost importance, which have not yet been decided in our case law”; and also the Court wishes to let the Knesset exhaust the legislative proceedings and the public discourse of the issue of the privatization ...



Is this indeed the case? Which of these considerations was not known to the Supreme Court in 2005, when the petition was brought before it? Why did it not determine, then, the season and the time for the Knesset to change its mind, and subsequently give its decision? And all of this – before the tender was won. Or at the very least, why did the Court – due to the importance of the matter, its complexity, the novelty inherent therein – not issue an interim order already in 2005, which would have prevented the severe legal instability which has befallen us at the present time?

As a person who has been involved (as the legal advisor – at times, on behalf of the state authorities and at times, on behalf of the entrepreneur) in some of the largest infrastructure

projects in Israel – such as the Trans-Israel Highway, the Tel Aviv Light Railway, the construction of desalination plants and tenders for power stations – I can attest to the great difficulty involved in getting the leading companies from around the world to come to Israel and to take part in the construction and financing of these projects.

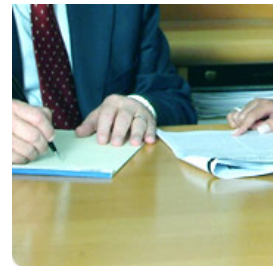
This being the situation, the time that is necessary for the legislation, for the publication of the tender and for the financial closing is significantly longer than in most enlightened countries; and this is also true due to security-related and political risks, antiquities and the human bones from the graves of the righteous, and various other reasons. And on top of all that, there is always the fear of endless foot-dragging in the courts. And now, to add to all of that, there is also the uncertainty regarding the durability of the Knesset's laws.

We Will All Pay the Price

The decision of the Supreme Court of last week has perhaps taken the prisons out of the hands of the private entrepreneurs, but at the same time, it has “imprisoned” the entrepreneurs in a legal prison of uncertainty. They won't come here any more.

This far-reaching decision of the Supreme Court might also turn out to be an “own goal” in the discussion on setting up a constitutional court. It is the worst nightmare of anyone who believes, as I do, in the supreme and exclusive importance of the Supreme Court. In most European countries, there is a special body which is authorized to conduct a constitutional review of the Parliament's laws. However, in most of the enlightened countries, it is also common practice – to impose an extreme limitation on the period of time which is appropriate for attacking the Parliament's laws.

This is the case, for example, with the German constitutional court. The law in Germany determines that after the legislature has approved a law, then a window is open, for a few weeks only, during which time petitions may be filed – should there be any such petitions – against the said law. The constitutional court convenes, discusses the implications one way or the other, and hands down its ruling. Only then does everyone benefit from the ability to act with legal stability.



In Israel, it would appear that the security-related and political instability to which we are already condemned is not sufficient, and now, yet another element has been added to it, that of business and legal instability, in the face of the Supreme Court's new decision.

And we will all pay the price for this. We will pay it on the roads, on the trains, in the power stations – because all of these projects will now be waiting for entrepreneurs, who are in absolutely no hurry to reach our neck of the woods.

** Advocate Moriel Matalon is the Managing Partner of Gornitzky & Co. He is likely to be an interested party in relation to the issues in this article.*

A Hebrew translation of the Article:

מאחורי סורג ובריח



החלטת בג"ץ לביטול הפרטת בתי-הסוהר כולאת את היזמים בכלא של חוסר הוודאות.

נובמבר 2009, מאמר מאת ע"ד מוריאל מטלון, השותף המנהל במשרד גורניצקי

פסק הדין של בית המשפט העליון, שביטל את הקמת בתי-סוהר פרטיים בישראל, הסב אולי נחת-רוח לכל שוחרי זכויות האדם בישראל - אך הנחית מכה אנושה על הקהילה העסקית, אשר מאז הלכת אפרופים חיה תחת תחושת אי-ודאות משפטית. מכה קשה עוד יותר הונחתה על פיתוח התשתיות היגעות שלנו.

בלי להיכנס לשאלה המהותית אם ראוי להפריט את בתי-הסוהר ולתת לאדם פרטי או לחברה את הסמכות השלטונית לבצע את האחזקה במשמורת של אסירים, מתן החלטה דרמטית כזאת יותר מ-5 שנים לאחר שחוקק החוק ולאחר ש"הסוסים ברחו מן האורווה" היא מכה חמורה ליציבות המשפט בישראל. "לכל זמן ועת לכל חפץ תחת השמיים". (קהלת ג'). צדק מאוחר אינו תמיד צדק.

החוק להפרטת בתי-הסוהר בישראל (תיקון 28 לפקודת בתי-הסוהר) התקבל לפני 5.5 שנים - במארכ 2004. זאת, לאחר הליכי חקיקה אשר נמשכו כשנתיים - לא במסתורין ולא במחשכים ואפילו לא במסגרת חוק ההסדרים.

הזמן הנכון והראוי לתקוף את חוקתיותו של החוק היה סמוך לאחר שאושר על-ידי הכנסת. אך שנה שלמה חלפה, ורק במארכ 2005 הוגשה עתירה נגד החוק. דיון ראשון בבג"ץ התקיים 7.5 חודשים אחר-כך. עוד דיון התקיים ביוני 2006 - יותר משנתיים לאחר חקיקתו. בדיונים אלה נמנע בית המשפט העליון (בהרכב המקורי ובהרכב מורחב) מהוצאת צו ביניים המונע ניהול המכרז או זכייה בו או הקמת בית-הסוהר.

חוסר ודאות בעמידותם של חוקי הכנסת

משלא ניתן צו ביניים - היתה הקהילה העסקית רשאית להסתמך על חוק הכנסת, והיא אכן עשתה כן. המכרז פורסם, הוגשו הצעות, נחתמו חוזים, חברות וציבור גדול שינו את מצבם (לטובה או לרעה) על סמך החוק והמכרז. לאחר שהזכיין זכה במכרז בנובמבר 2005 (שנה וחצי אחרי חקיקת החוק ו-8 חודשים אחרי הגשת העתירה) - התבצעה סגירה פיננסית. בנקים ומשקיעים שמו הונם על סמך החוק והתחייבויות המדינה שעל-פיו. אז התחילו הזכיין וקבלניו להקים את המתקן ואף להשלימו.



מהנחת אבן-פינה ועד לסיום הקמת מבנה בית-הסוהר הפרטי הראשון (ואולי האחרון), עסקה התקשורת במיזם למכביר, ואין רמז על אודות הצונאמי המשפטי הממשמש ובא. רק השנה - במארכ 2009, כשבית-הסוהר כמעט הושלם - הוצא צו ביניים המונע את הפעלתו.

שוו לנפשכם מקרה שבו יזם פלוני מבקש להקים בניין דירות בתל-אביב. הוא רוכש קרקע, מבקש היתר בנייה ומקבלו. והנה למאן דהוא אחר יש טענה נגד המיזם - לעניין טיב זכויות הבעלות או לעניין זכויות הבנייה, או כל טענה אחרת אשר לשמה יש בתי משפט. לטוען "יש זמן". הוא מתמהמה קצת בפנייה לערכאות, וכשהוא אכן פונה אליהן - בית המשפט התל-אביבי לא נעתר לבקשה ואינו מוציא צו מניעה.

היזם משלים את הרכישה, משלים את הבנייה ומוכר את הדירות לי ולך. ואז לפתע, ביום חורף חמים, מחליט בית המשפט בתל-אביב לבטל את המיזם. הייתכן כדבר הזה? האם לא נזעק כולנו כי גם לבית המשפט - מכובד כשיהיה - יש זמן ועת לתת את החלטותיו. האם לזה שבירושלים דין אחר?!

מסביר בית המשפט העליון בפתיח להכרעה ההיסטורית הזאת, כי "העיכוב שחל בכתובת פסק דין זה עד עתה נבע ממורכבות הסוגיות העומדות על הפרק, המעוררות שאלות חוקתיות בעלות חשיבות ניכרת שטרם הוכרעו בפסיקתנו"; וגם מרצונו של בית המשפט לתת לכנסת למצות את הליכי החקיקה ואת הדיון הציבורי בתופעת ההפרטה...

האומנם? מה מן השיקולים הללו לא היה ידוע לבית המשפט העליון בשנת 2005, כשהעתירה הובאה לפניו? מדוע לא קבע אז זמן ועת לכנסת להימלך בדעתה, ולאחר מכן נתן את החלטתו? הכול טרם הזכיה במכרז. או למצער, מדוע לא נתן בית המשפט - בשל חשיבות העניין, מורכבותו, החידוש שבו - צו ביניים כבר בשנת 2005, אשר היה מונע את אי-היציבות המשפטית הקשה שבה לקינו עתה?

כמי שהיה מעורב (כיועץ משפטי לעיתים מטעם רשויות המדינה ולעיתים מטעם היזם) בפרויקטים מן הגדולים ביותר בתחום התשתיות בישראל - ככביש חוצה ישראל, הרכבת הקלה בתל-אביב, הקמת מתקני ההתפלה ומכרזים לתחנות-כוח - אני מעיד עד כמה קשה לקבץ לישראל את החברות המובילות בעולם כדי שייטלו חלק בהקמה ובמימון של אותם הפרויקטים.

משכך, הזמן הנדרש לחקיקה, לפרסום המכרז ולסגירה הפיננסית הוא רב יותר במידה ניכרת ממרבית המדינות המתקונות. גם בגלל סיכונים ביטחוניים ומדיניים, עתיקות ושלדים של קברי צדיקים ועוד. ועל כל אלה נוסף תמיד החשש מפני סחבת בבתי המשפט. ועתה גם חוסר הוודאות בעמידותם של חוקי הכנסת.

את המחיר נשלם כולנו



ההחלטה של בית המשפט העליון מהשבוע שעבר מוציאה אולי את בתי-הסוהר מידי היזמים הפרטיים, אך היא "כולאת" את היזמים בבית-הסוהר המשפטי של חוסר ודאות. הם כבר לא יבואו לכאן.

החלטה מרחיקת-לכת זו של בית המשפט העליון יכולה להוות גם "גול עצמי" בדיון על הקמת בית משפט לחוקה. הוא חלום הבלהות של כל מי שמאמין, כמוני, בחשיבות עליונותו ובלעדיותו של בית המשפט העליון. ברבות ממדינות אירופה קיים גוף מיוחד אשר מוסמך להעביר ביקורת חוקתית על חוקי הפרלמנט. אולם כלל נקוט ברוב המדינות המתוקנות - הגבלה קיצונית של הזמן הראוי לתקיפת חוקי הפרלמנט.

כך, למשל, בית המשפט הגרמני לחוקה. הדין בגרמניה קובע כי לאחר שבית המחוקקים אישר חוק, נפתח חלון בן מספר שבועות בלבד, ובו מוגשות עתירות - אם ישנן - נגד אותו חוק. בית המשפט לחוקה מתכנס, דן בהשלכות לכאן או לכאן, ופוסק. או אז נהנים כולם מהיכולת לפעול ביציבות משפטית.

אצלנו, לא די באי-היציבות המדינית-ביטחונית שנגזרה עלינו. עתה נוסף לו עוד נדבך של אי-יציבות משפטית-עסקית לנוכח החלטת בית המשפט העליון החדשה.

את המחיר על כך נשלם כולנו - בכבישים, ברכבות, בתחנות-הכוח - כל אלה יחכו ליזמים אשר לא ימהרו להגיע למחוזותינו.

*** עו"ד מוריאל מטלון הוא השותף המנהל של משרד גורניצקי, והוא עשוי להיות בעל עניין בחלק מהנושאים המובאים.**