



הכנסת

מחלקת מידע ומחקר

**הפרטת בתי סוהר במבט משווה:  
מגמות, "מודלים" ושאלות חוקתיות**

**מוגש ליועצת המשפטית לכנסת,  
עו"ד נורית אלשטיין**

הכנסת, מחלקת מידע ומחקר

קריית בן-גוריון, ירושלים 91950

טל': 02 - 640 8240

פקס: 02 - 649 6103

ט"ז באב תשס"ו

10 באוגוסט 2006

**כתיבה: יהודה טרואן ועו"ד ליאור בן דוד**

אישור: עו"ד הודיה קין, ראש צוות [www.knesset.gov.il/mmm](http://www.knesset.gov.il/mmm)

## תמצית

מסמך זה הוכן לבקשת היועצת המשפטית לכנסת, לקראת דיון בבית המשפט העליון בירושלים בנושא ההפרטה של בתי הסוהר (בג"צ 2605/05, **חטיבת זכויות האדם, המכללה האקדמית למשפטים ואח' נגד שר האוצר ואח'**). המסמך כולל שלושה חלקים שבהם נבחנות במבט משווה הסוגיות הללו: א. מגמות עולמיות בהפרטת בתי הסוהר; ב. מודלים להפרטת בתי סוהר; ג. הצגת השאלות החוקתיות המרכזיות ודיון בהן. במסגרת זו נבחנת גם פסיקת בית המשפט העליון של קוסטה ריקה בנושא; ככל הנראה, זהו המקרה היחיד בעולם עד היום בו הכריע בית משפט באופן מקיף בסוגיית חוקתיות ההפרטה.

### 1. מגמות בעולם בנוגע להפרטת בתי סוהר

באמצע שנות ה-80 של המאה ה-20 החלה ארצות-הברית ליישם מדיניות של הפרטת בתי סוהר. אופציית ההפרטה של בתי הסוהר, שנחשבה בעיני רבים כאלטרנטיבה יעילה יותר למערכת הכליאה הציבורית ואף חסכונית ממנה, הלכה ויושמה בארצות הברית ברמה הפדראלית, המדינתית והמקומית גם יחד. בשנת 2000 בתי הכלא הפרטיים בארצות הברית אכלסו כ-120,000 אסירים, שהיוו 6% מכלל אוכלוסיית האסירים בארצות-הברית.<sup>1</sup> באותה עת, 158 בתי סוהר פרטיים פעלו ברחבי 30 מדינות בארצות-הברית.<sup>2</sup> בעקבות ארצות-הברית, מדינות רבות (בריטניה, אוסטרליה, ניו-זילנד, דרום-אפריקה, צרפת, ישראל, קוסטה ריקה, ואחרות) אימצו אף הן מודלים שונים של הפרטת בתי סוהר. מגמת ההפרטה, בצורה זו או אחרת, נמשכת גם כיום במקומות שונים בעולם. כך למשל, בפרו, מתוכננים לקום שני בתי סוהר חדשים שימומנו, יתוכננו, ייבנו ויופעלו באופן פרטי, זאת לאחר שמשדד המשפטים הפרואני הגיע למסקנה שעדיפה הפרטה מלאה על-פני הפרטה חלקית, מאחר ומודל ההפרטה החלקית יגרום לקשיים בכל הנוגע לחלוקת הסמכויות התפעוליות.<sup>3</sup> בגרמניה, החליטה מדינת סקסוניה התחתונה להקים בית סוהר פרטי-למחצה שעתיד להיפתח ב-2010, זאת בעקבות מדינת הסה (Hesse) שפתחה לאחרונה בית סוהר פרטי-למחצה, בטענה שעלותו תהיה זולה ב-15% מעלות בית סוהר המופעל לגמרי בידיים ציבוריות.<sup>4</sup> בצד נתונים אלה, קיימים גם מחקרים ונתונים אחרים, המצביעים על "בלימה" במגמת התרחבות ההפרטה של בתי סוהר, הן בארצות-הברית והן במדינות אחרות. ריצ'ארד פ. קאלפ (Culp) למשל, טוען כי למרות המספר המרשים של מתקני כליאה פרטיים שנפתחו בארצות-הברית במהלך שנות ה-90, בשלהי אותו עשור נראה כי מומנטום התנופה של הפרטת בתי הסוהר נעצר.<sup>5</sup> לדבריו, במרוצת שנות ה-90

<sup>1</sup> Clifford J. Rosky, "The Privatization of Punishment, Policing and Military Force in Liberal States", *Connecticut Law Review* 36, spring, 2004, 879, p. 903.

<sup>2</sup> Richard F. Culp, "The Rise and Stall of Prison Privatization: An Integration of Policy Analysis Perspectives", *Criminal Justice Policy Review*, Volume 16, Number 4, December 2005, pp. 412-442, p. 412.

<sup>3</sup> אתר האינטרנט Prison Privatisation Report International, <http://www.psir.org/justice/PPRI7172.htm>, תאריך כניסה: 7 באוגוסט 2006.

<sup>4</sup> <http://www.psir.org/justice/PPRI7172.htm>

<sup>5</sup> Culp, p. 412.



ובראשית שנות ה-2000 החלו מדינות שונות בארצות-הברית להגביל את השימוש בבתי כלא פרטיים, תחילה על-ידי הגבלת העברתם של אסירים ממדינה אחת לבתי כלא פרטיים במדינה אחרת, ובהמשך על-ידי צמצום השימוש בבתי הכלא הפרטיים גם בנוגע לכליאת אסירים ועצירים מקומיים. כך למשל בקולוראדו, שבה 13.7% מאסירי המדינה הוחזקו במתקני כליאה פרטיים, הועבר חוק האוסר הפרטה של בתי כלא המסווגים כבעלי דירוג ביטחוני גבוה, שבהם מוחזקים אסירים מסוכנים. במקביל גם מגביל החוק את השימוש הכללי במתקני כליאה פרטיים לתקרה של 30% מכלל המיטות לאסירים בבתי הכלא במדינה. גם באוקלהומה, שבה בבתי כלא פרטיים הוחזקו כמעט 30% מכלל האסירים במדינה, הומלץ לקבוע תקרה שתגביל את השימוש במתקני כליאה אלה.<sup>6</sup>

קאלפ מציין, שבמפנה המאה ה-21 גברה ההתנגדות להפרטת בתי הסוהר והחלו להישמע בארצות-הברית ביקורות על המהלך מחוגים ציבוריים מגוונים. בין מבקרי ההפרטה החדשים היו ארגונים דתיים שונים, כמו למשל הכנסייה הפרסביטריאנית בארצות-הברית, שב-1999 אימצה באופן רשמי עמדה המתנגדת להפרטת בתי הסוהר, בהיותה "התנערות של הממשלה מאחריותה ודרך מאוסה לעשיית רווחים באמצעות הענשת אסירים". לארגונים הדתיים חברו כמה ארגוני סטודנטים בארצות-הברית שנקטו בפעולות להחרמת שירותיהן של חברות עסקיות שהחזיקו בתי כלא פרטיים. למחאה זו הצטרפו גם כמה מהאוניברסיטאות במדינה.<sup>7</sup>

קאלפ מוסיף, שבשלהי שנות ה-90, היקבעות שיעור הגידול של אוכלוסיית האסירים בארצות-הברית והפחתת הפיקוח השיפוטי הפדראלי על בתי כלא מדינתיים הביאו להחלשת חלק גדול מהמוטיבציה שעמדה מאחורי המהלך של הפרטת בתי הסוהר. תקריות בין אסירים לסוהרים שהתרחשו במתקני כליאה פרטיים הביאו באותה עת להגבלות שונות על היקף השימוש בבתי כלא פרטיים בארצות-הברית. במפנה המאה ה-21 הלכה והתגבשה קואליציה רחבה למדי נגד המשך ההפרטה של בתי הכלא והצלחתה מסמנת ששיקולים אתיים ומוסריים בכל הנוגע לבתי סוהר פרטיים ישפיעו על קביעת המדיניות העתידית בתחום זה.<sup>8</sup>

עדות לבלימת התפשטותה של מגמת ההפרטה עולה גם מתוך הדוח לשנת 2005 של APCCA (Asian and Pacific Conference of Correctional Administrators). על-פי הדוח, בתי הכלא החדשים שנבנים או מתוכננים כיום הם על-פי רוב ציבוריים ולא פרטיים. במובן זה, כפי שצוין כבר בדוח לשנת 2004, נראה שניהול בתי סוהר בידי המגזר הפרטי נמצא בתקופה של התייצבות ולא של התפשטות. בכמה מדינות שכבר אימצו מודלים של ניהול בתי סוהר בידי המגזר הפרטי המומנטום נעצר. למרות שכמה בתי סוהר פרטיים באוסטרליה עדיין פועלים בהצלחה ועודם יעילים מבחינה כלכלית, הרי שכמה בתי כלא אחרים במדינה עברו מידיים פרטיות לידיים ציבוריות. במדינת ויקטוריה כמה בתי כלא מיועדים להיות מופעלים בהתאם למודל השיתופי, המשלב בין המגזר הציבורי לפרטי, כאשר המגזר הפרטי יהיה אחראי

<sup>6</sup> Ibid, p. 430.

<sup>7</sup> Ibid, p. 433.

<sup>8</sup> Ibid, p. 435.

על תכנון, הקמה, מימון ואחזקה של בתי כלא חדשים ואילו המגזר הציבורי יהיה אחראי על ניהולם.<sup>9</sup> באונטריו שבקנדה התקבלה לפני מספר חודשים החלטה, שבתום מהלך ניסיוני שבו הוקמו במקביל שני בתי-סוהר זהים – אחד בניהול פרטי ואחד בניהול ציבורי – החוזה עם המפעיל הפרטי לא יחודש ובית-הסוהר יועבר למפעיל הציבורי.<sup>10</sup>

**בניו-זילנד** נחקק ב-2004 חוק (The New Zealand Corrections Act 2004) ששם קץ לכריתת חוזים נוספים לניהול פרטי של בתי סוהר ובית הכלא המרכזי של אוקלנד עבר לאחרונה מניהול פרטי לניהול ציבורי. עם זאת, ככל הנראה, מגמות אלה בניו-זילנד (וכנראה גם באוסטרליה) משקפות שינויים בפילוסופיה הפוליטית יותר מאשר ביצוע כושל של הפרטה. לעומת המדינות הללו, **קוריאה ויפן** מהוות חריג למגמה הכללית האמורה, כאשר בשנים האחרונות שתי המדינות נקטו צעדים בכיוון של הפרטת בתי הכלא. קוריאה חוקקה חקיקה שמאפשרת הפעלה של בתי סוהר פרטיים ועל-פי התכנון, הקמת בית כלא שכזה תושלם ב-2008. גם ביפן מתוכננת הקמתם של בתי כלא במימון פרטי.<sup>11</sup>

## 2. "מודלים" שונים להפרטה

### 2.1 מודלים - רקע

המושג "בית-סוהר פרטי" הוא שם כללי המורה על מגוון נרחב מאוד של הסדרים, שלעיתים המפריד ביניהם רב על המשותף. מגוון זה נגזר משני פרמטרים לפחות:<sup>12</sup>

- **התחומים המופרטים**, ובהם מימון, תכנון, בנייה ותפעול/ניהול בית-הסוהר;
- **מידת עצמאותם של המפעילים הפרטיים** בכל תחום, למשל:
  - כאשר **מימון** בית-הסוהר מוטל על המפעיל הפרטי – האם מדובר בשיתוף פעולה מימוני בין המפעיל הפרטי לבין המדינה, או שהמימון כולו מוטל על המפעיל הפרטי?
  - כאשר **תכנון** בית-הסוהר מסור לאחריות המפעיל הפרטי – האם ניתן לו חופש פעולה נרחב להפעיל שיקול דעת תכנוני עצמאי,<sup>13</sup> או שעליו לעמוד במפרט טכני מדוקדק שקבעה המדינה?

<sup>9</sup> APCCA Conference Report (Seoul, Republic of Korea), September 2005, pp. 17-18, 51. הדוח מופיע באתר האינטרנט של הארגון: [www.apcca.org](http://www.apcca.org), תאריך כניסה: 30 ביולי 2006.

<sup>10</sup> [http://ogov.newswire.ca/ontario/GPOE/2006/04/27/c1439.html?lmatch=&lang=\\_e.html](http://ogov.newswire.ca/ontario/GPOE/2006/04/27/c1439.html?lmatch=&lang=_e.html), תאריך כניסה: 10 באוגוסט 2006.

<sup>11</sup> APCCA Conference Report (Seoul, Republic of Korea), September 2005, pp. 17-18, 51.

<sup>12</sup> לכך ניתן להוסיף לפחות פרמטר אחד נוסף, והוא מידת הפיקוח של המדינה על התחומים המופרטים. אולם בכדי לפשט את הדברים בחרנו במסגרת הטיפולוגיה המוצעת להלן לכלול למעשה את מידת הפיקוח כמרכיב של מידת עצמאותו של המפעיל; בהינתן תנאים שווים, אם במקום א' הפיקוח הדוק מן הפיקוח במקום ב', אנו נאמר בהתאם כי מידת העצמאות במקום א' קטנה מזו שבמקום ב'.

<sup>13</sup> חירות תכנונית יכולה להינתן, למשל, במסגרת הנחיות תכנון כלליות, מה שמכונה design briefing או design programming. על יתרונות ובעיות אפשריות של תכנון במתכונת זו של בית-סוהר מופרטים, ראה: Giustina G.S.

○ כאשר **תפעול/ניהול** בית-הסוהר מסור למפעיל הפרטי – האם התפעול כולל רק שירותים לוגיסטיים ומנהליים (למשל תחזוקה, משאבי-אנוש, אדמיניסטרציה), או שמה גם שירותים מקצועיים לרווחת האסיר (למשל שיקום, בריאות, הכשרה תעסוקתית), ואולי אף סמכויות נוספות כגון שמירת הביטחון, סיווג אסירים, הליכים משמעתיים, הערכת תפקוד האסיר, וכדומה? ואם מדובר בסמכויות נרחבות מעין אלו – עד כמה הדוקים הפיקוח והמעורבות של המדינה בנעשה בין כתלי בית-הכלא?

## 2.2 מודלים: הלכה למעשה

### תחומי הפרטה

תחומי האחריות שנמסרו למפעילים הפרטיים משתנים ממקום למקום ומתקופה לזולתה. להלן כמה דוגמאות:

- בארה"ב הפרטת בתי-סוהר התהוותה כפתרון למצוקה התקציבית בשנות ה-80 של המאה ה-20, שעה שהמדינות השונות נדרשו להקים בתי-סוהר חדשים בקצב מואץ נוכח גידול חד במספר האסירים; לאור האילוצים התקציביים **נטתה** הפרטה בארה"ב עוד מראשיתה לכלול אלמנטים מימוניים, וכן הפרטה של כל שאר התחומים (על-פי מודל כללי המכונה DCFM – Design, Construct, Finance, Manage). עם זאת יודגש, כי היו בארה"ב גם הפרטות של בתי-סוהר קיימים, אשר לא הייתה מעורבת בהן הקמה של מוסדות חדשים,<sup>14</sup> ועל כן מטבע הדברים לא כללו תכנון, מימון והקמה של בתי-הסוהר.
- יצוין כי לאור הביזור הרב המאפיין את הממשל האמריקאי אין בארה"ב דגם אחיד של הפרטה שנקבע על-ידי השלטון המרכזי; אדרבא, קיים ערב רב של דגמים שמאפייניהם נקבעים ברמה הפדראלית, המדינתית והאזורית.
- אף באוסטרליה התמונה מורכבת ולא-אחידה, בין השאר כפועל יוצא מביזור שלטוני. בשונה מארה"ב, מדינות קווינסלנד וניו-סאות' וילס שבאוסטרליה לא סבלו ממגבלות תקציביות משמעותיות כאשר החלו להפריט את בתי-הסוהר, ולכן בהקמת בתי-הסוהר המופרטים הראשונים בחרו להשאיר את המימון וכן את התכנון וההקמה בידי המדינה; ההפרטה התבצעה אך ורק בתפעול בית הסוהר. עם זאת, הפרטות נוספות שהתרחשו מאוחר יותר במדינות אלה כללו גם את תחומי התכנון, ההקמה והתפעול של בתי-הסוהר (DCM – Design, Construct, Manage), אולם מימון ההקמה נותר ציבורי.<sup>15</sup> במדינת ויקטוריה, לעומת זאת, הפרטת בתי-הסוהר כללה את כל התחומים האמורים – לרבות מימון הקמת בית-הסוהר – במתכונת ה-

---

Consoli, "Prescriptive versus non-prescriptive prison design briefs: Architect responses to interpreting Australian private prison design briefs", *Facilities* 23(5/6), pp 216-225, 2005

Richard Harding, *Private Prisons and Public Accountability*, Buckingham: Open University Press, 1997,<sup>14</sup> pp. 12-13

<sup>15</sup> Ibid, pp.13-14

DCFM הרווחת בארה"ב. כאמור, כיום במדינת ויקטוריה מיועדים כמה בתי כלא להיות מופרטים באופן שהמגזר הפרטי יהיה אחראי על תכנון, הקמה, מימון והחזקה של בתי כלא חדשים, ואילו המגזר הציבורי יהיה אחראי על ניהולם ותפעולם;<sup>16</sup>

- **בריטניה** ארבעת בתי-הסוהר המופרטים הראשונים כללו הפרטה של סמכויות תפעול/ניהול בלבד, אולם בהפרטות הבאות אומץ דגם של הפרטה בכל התחומים – תכנון, הקמה, מימון ותפעול/ניהול של בתי-הסוהר;<sup>17</sup>
- **בצרפת** הופרטו התכנון והקמה (אך לא המימון) של בתי-סוהר; יוזמה להפריט אף את ניהול בתי-הסוהר נגדעה בעודה באיבה, וכך תחום זה נותר בידי עובדי המדינה. עם זאת, תחומים ניהוליים אחדים הועברו לידיים פרטיות, בהם שירותים לוגיסטיים למיניהם, הכשרה מקצועית ותוכניות חינוך לאסירים;<sup>18</sup>
- מתכונת הפרטה הדומה לזו שבצרפת קיימת כיום גם **בגרמניה**.<sup>19</sup>

להלן טבלה להמחשת מגוון צורות ההפרטה בין ובתוך המדינות השונות, בכל הקשור לתחומים המופרטים:

| מדינה      | האזור/שנה                            | תפעול/ניהול | בנייה | תכנון | מימון |
|------------|--------------------------------------|-------------|-------|-------|-------|
| אנגלו-סקסי | ארה"ב                                | •           |       |       |       |
|            | בריטניה                              | •           | •     | •     | •     |
|            | 4 בתי סוהר ראשונים                   | •           |       |       |       |
|            | בתי סוהר שהוקמו מאוחר יותר           | •           | •     | •     | •     |
|            | אוסטרליה                             | •           |       |       |       |
|            | קוינסלנד וניו-סאות' וילס: המשך המהלך | •           | •     | •     |       |
|            | ויקטוריה                             | •           | •     | •     | •     |

<sup>16</sup> Ibid, ibid

<sup>17</sup> Ibid, ibid

<sup>18</sup> Ibid, p. 151; Stephan Nathan, "The European Market for Privatised Correctional Services: Developments and Implications", Workshop at the EPSU Standing Committee on National and European Administration on Prison Services, Luxembourg May 2005

<sup>19</sup> Ibid

|   |   |   |   |                  |            |
|---|---|---|---|------------------|------------|
|   |   |   |   | ויקטוריה (מיועד) | קונטיננטלי |
| • | • | • |   | דרום-אפריקה      |            |
| • | • | • | • | ניו-זילנד        |            |
|   | • | • | • | צרפת             |            |
|   | • | • | • | גרמניה           |            |

### מידת עצמאותם של המפעילים הפרטיים

הטבלה שלעיל ממחישה את מגוון צורות ההפרטה השונות בכל הקשור לתחומים המופרטים, אך נעלם ממנה מישור מהותי נוסף: **מידת העצמאות של המפעילים בכל תחום ותחום**. כך, למשל, גם במקומות בהם הופרט התחום המימוני, ישנו מגוון עצום של הסדרים מימוניים אפשריים (למשל BOT, PFI, PPP), וצירופים שונים של חלוקת הנטל והאחריות בין המדינה למפעיל הפרטי. בחירת מודל כזה או אחר עשויה להשפיע לא רק על העלויות עבור הקופה הציבורית, אלא אף עשויה להשפיע על היכולת של המדינה להחזיר לידיה את האחריות על בתי-הסוהר, באם תחליט בשלב עתידי להפוך את תהליך ההפרטה על פיו.

השלכות עשויות להיות גם למידת העצמאות בתחומים הנוספים. **תחום הפרטה רגיש ומהותי במיוחד הוא ניהול/תפעול בית-הסוהר**. הפרטה של סמכויות ניהול/תפעול כלשהן רווחת מאוד, אולם הסמכויות המדויקות ומידת הפיקוח שונים עד מאוד בין (ואף בתוך) מדינות. כך, למשל, למרות הדמיון הצורני בין ההפרטה בצרפת לבין ההפרטה שהתקבלה בסופו של דבר בקווינסלנד שבאוסטרליה (בשני המקרים הופרטו כל התחומים זולת המימון, שנתר ציבורי), הרי שעדיין ישנם הבדלים מהותיים בין שני המקרים, בודאי בכל הקשור לסמכויות ניהול/תפעול בית-הסוהר: בצרפת הופרטו שירותים לוגיסטיים בעיקרם, שעה שבקווינסלנד הופרטו אף כל ההיבטים של ניהול חיי האסיר, ובכלל זה נקיטת הליכים משמעותיים, מיון אסירים וסיווגם.<sup>20</sup> בבריטניה הוקנו למפעילים סמכויות נרחבות, אולם זאת תחת פיקוח הדוק של המדינה, באמצעות מפקח היושב דרך קבע בבית-הסוהר.

אין ספק כי להיקף סמכויות הניהול/התפעול ולכוח של המפעיל הפרטי להשפיע על חיי האסירים ישנן השלכות מוסריות וחוקתיות מרחיקות לכת. דיון בהקשר החוקתי של סוגיות אלו יובא בהמשך המסמך.

<sup>20</sup> Paul Moyle, "Separating the allocation of punishment from its administration: Theoretical and empirical observations", *British Journal of Criminology* (2001) 41, 77-100.

יצוין כי בדיון הציבורי בישראל רווחת הטיפולוגיה של המשרד לביטחון פנים, לפיה בעולם קיימים שלושה מודלים מרכזיים של ניהול בתי-סוהר בשילוב המגזר הפרטי, אולם דומה כי התמונה למעשה מורכבת יותר. להלן ציטוט ישיר של אפיון שלושת המודלים על-פי המשרד לביטחון פנים:<sup>21</sup>

- **המודל הצרפתי** – מקיים הפרטה חלקית בכך שניהול בית הסוהר והביטחון נמצא באחריות השירות הציבורי. הקבלן הפרטי בונה את המתקן ומספק תמיכה לוגיסטית וטיפולית באסיר (תחזוקה, מזון, ביגוד וכו');
- **המודל הבריטי** – מודל של הפרטה מלאה במסגרתו היזם מקים ומפעיל את כל מערכות הכליאה לרבות אחריות למימוש זכויות האסירים. המדינה מעורבת בכל מתקן באמצעות אדם או צוות בתפקיד בקרה ופיקוח (comptroller) המהווה גם סמכות שיפוט וענישה;
- **המודל האמריקאי** – מייצג את צורת ההפרטה המלאה ביותר, כאשר ליזמים יש את מלוא הסמכויות כולל ענישה של האסירים כדי לנהל את בית הסוהר.

אפיון זה נכון בכל הקשור לצרפת, אך הוא גם מפשט ומשטיח כמה מורכבויות בנוגע לבריטניה, וביתר שאת בנוגע לארצות-הברית. כפי שראינו, בתוך בריטניה וכל שכן בתוך ארה"ב - שבה ביזור שלטוני נרחב - קיים מגוון של מודלים, ולא מודל יחיד כזה או אחר. זאת ועוד, בארה"ב בשנים האחרונות ניכרת מגמה של הגברת הרגולציה והידוק הפיקוח על בתי-הסוהר הפרטיים, עד שיש טוענים כי בתי-הסוהר הפרטיים בארה"ב הופכים לבבואות של בתי-הסוהר הציבוריים. בתוך כך דומה כי חלה התקרבות מה בין לפחות חלק מן המודלים האמריקאים ל"מודל הבריטי", שבו הפיקוח נחשב הדוק יותר.

### 3. שאלות חוקתיות

#### 3.1 מגבלות חוקתיות על הפרטה בארצות-הברית

במאמר מ-1998, קלייטון פ. גילט (Gillette) ופול ב. סטפן (Stephan) טוענים, כי למרות מקומה המרכזי של החוקה במשפט האמריקאי ובחיים הציבוריים בארצות-הברית, ועל אף תפקידם הפעיל של בתי המשפט במדינה (ובמיוחד בית המשפט העליון של ארצות-הברית) כמפרשי החוקה, **עד כה בתי המשפט אמרו מעט מאד בכל הנוגע לסוגיית ההפרטה**.<sup>22</sup> לדבריהם, חלק מההסבר לכך הוא גודלו הקטן באופן יחסי של המגזר הציבורי בארצות-הברית. לטענתם, גם לפני שדה-רגולציה והפרטה הפכו לאופנתיים מבחינה פוליטית בשלהי שנות ה-70, ארצות-הברית אפשרה לחברות פרטיות לבצע תפקידים שבמדינות רבות אחרות הם נחלתן של חברות בבעלות המדינה.

<sup>21</sup> מתוך: <http://www.mops.gov.il/BP/OnTheAgenda/PrisonPrivatization/WorldOverview>, תאריך כניסה: 8 באוגוסט 2006.

<sup>22</sup> Clayton P. Gillette & Paul B. Stephan III, "Section IV: Constitutional Limitations on Privatization", *The American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 481.

הסבר נוסף, לדבריהם, למיעוט ההגבלות החוקתיות על הפרטה נוגע למרכיבים מהותיים יותר של המשפט החוקתי בארצות-הברית. הכותבים מסכימים עם טענתו של דין קאס (Cass), לפיה **ארצות-הברית אין קונצנזוס ברור בכל הנוגע לשאלה אילו פונקציות הן באופן מהותי או בלעדי פונקציות של הממשלה**.<sup>23</sup> לטענתם, בהתאם לאמור לעיל, סקירת החלטות של בית המשפט העליון בארצות-הברית מעלה, כי קשה לזהות פונקציה כלשהי שאופיינה מבחינה חוקתית כפונקציה ציבורית אינהרנטית. במיוחד, **אין בנמצא החלטה כלשהי שמצהירה באופן חד משמעי ששירות ממשלתי מסוים אינו יכול להימסר בדרך של חוזה (contracted out) לידי ספקים פרטיים**.<sup>24</sup>

זאת ועוד, כידוע, במסגרת שיטת הממשל הפדראלי, לכל מדינה בארצות-הברית יש גם חוקה משלה. לדברי ג'ילט וסטפן, **על-פי רוב במדינות השונות אין מגבלות חוקתיות המונעות מחברות פרטיות לעסוק בפעילויות שבאורח מסורתי נכללות בגדר סמכויותיה של המדינה**, אם כי ישנן דוגמאות להוראות חוקתיות ספציפיות שדורשות **קיומה של פרוצדורה** מסוימת בקשר להליך הפרטה. מעבר לכך, קיימים הבדלים משמעותיים בין חוקותיהן של המדינות השונות ואופן פרשנויותיהן בבתי המשפט. במצב דברים זה, קשה עוד יותר לקבוע הכללות בכל הנוגע להיקף ההפרטה המותר בארצות-הברית. לדברי המחברים, ניתן רק לומר שבהעדר מגבלות פדראליות על פרקטיקת ההפרטה, הנושא מוסדר בחוקיה של כל מדינה ומדינה וחל לגביו משפטה של אותה מדינה.<sup>25</sup>

ג'ילט וסטפן טוענים, כי ההגבלה המשמעותית ביותר על הפרטה עולה מן הפרשנות המשפטית שניתנה לחוקותיהן של מדינות שונות, שתכליתה למנוע העברה של סמכויות שנועדו במקורן לרשות המחוקקת. מגבלה זו ידועה כ"**דוקטרינת אי-ההעברה**" (או אי-ההאצלה – "The **non-delegation doctrine**"). למרות שדוקטרינה זו מעולם לא נקבעה במפורש בחוקת ארצות-הברית, בית המשפט העליון קבע את העיקרון לפיו הקונגרס אינו רשאי להאציל את סמכויותיו לזרועות אחרות של הממשל או לגופים פרטיים. שורשי הדוקטרינה נעוצים הן בסעיף 1 לחוקה האמריקאית והן בתיקון ה-5 ובתיקון ה-14 לחוקה זו. על-פי אירה רובינס (Robbins), שני העקרונות הגלומים בסעיפים אלה – עקרון הפרדת הרשויות ועקרון ההליך ההוגן – קשורים זה לזה, שכן שניהם משמשים למניעת שימוש שרירותי בכוח. לפיכך, לדבריו, המטרה העומדת ביסודה של דוקטרינת אי-ההעברה היא לספק הגנה נגד מתן כוח בלתי מרוסן להפעלת שיקול דעת. במסגרת דוקטרינת אי-ההעברה, על-פי רוב בית המשפט העליון השתמש בטיעון של הפרדת רשויות בהתייחסו להאצלת סמכויות לסוכנות או לגוף ציבורי כלשהו; בעוד שסוגיית ההליך ההוגן שימשה אותו בבוחנו האצלת סמכויות לצדדים פרטיים.<sup>26</sup>

ברמה הפדראלית, כפי שמציין רובינס, דוקטרינת אי-ההעברה מזה שנים רבות אינה זוכה לתשומת לבם של בתי המשפט. הפעם האחרונה שבה בית המשפט העליון של ארצות הברית עשה בה שימוש כדי לבטל

<sup>23</sup> Ibid, p. 482.

<sup>24</sup> Ibid, ibid.

<sup>25</sup> Ibid, p. 493.

<sup>26</sup> Ira P. Robbins, "The impact of the delegation doctrine on prison privatization", **UCLA Law Review** 35, June 1988, 911, p. 916.

חקיקה שעניינה האצלת סמכויות לגוף פרטי היתה ב-1936.<sup>27</sup> מאז, טוען רובינס, בתי המשפט הפדראליים קיבלו, לעתים ללא כל התייחסות לסוגיה, העברה של סמכויות פדראליות לידיהם של שחקנים פרטיים. הוא אף מציין, כי ב-1974 השופט מרשל (Marshall) כתב, כי "הדוקטרינה האמורה ננטשה למעשה על-ידי בית המשפט לכל מטרה פרקטית".<sup>28</sup>

בניגוד לרמה הפדראלית, ברמת המדינות זכתה הדוקטרינה לאריכות ימים רבה יותר. גילט וסטפן מציינים, שהדוקטרינה שימשה בראש ובראשונה למנוע מהמחוקקים להעביר את סמכויותיהם לגופי משנה פוליטיים, או למנוע מאותם גופי משנה פוליטיים העברה נוספת של תפקידיהם (או סמכויותיהם) לגופים ציבוריים אחרים. כך למשל, על-פי הדוקטרינה האמורה, ממשל מקומי שהוסמך בידי המחוקק לקבוע סטנדרטים של דיור לא יהיה רשאי להסמיך גוף ציבורי אחר לקבוע אילו סטנדרטים יאומצו באותו מקום. מגבלות אלה, לטענת גילט וסטפן, יחולו לפחות באותה עוצמה על ניסיונות להעביר פונקציות ציבוריות לגופים פרטיים.<sup>29</sup> יתרה מכך, לדבריהם, הפסיקה בעבר הוכיחה כי ניתן להשתמש בדוקטרינה גם במקום בו חוקת המדינה אינה כוללת הוראה מפורשת בנושא זה.<sup>30</sup>

דוקטרינת אי-ההעברה עלתה בצורה מפורשת בהקשר של הפרטה במקרה שבו פקודה עירונית דרשה מבעלים (פרטיים וציבוריים כאחד) של בתי מגורים לספק שומרי ביטחון. התובעים, בעלים של בנייני דירות, טענו שהפקודה מעבירה אליהם שלא כדין את חובתה של העירייה לספק הגנה משטרתית. בית המשפט הסכים שעל העירייה אכן חלה חובה שכזו, חובה שהיא בלתי ניתנת להעברה. עם זאת, בית המשפט הגיע למסקנה שהעירייה רשאית לחייב צדדים פרטיים לסייע לה במילוי חובה זו, כל עוד היא אינה עושה "העברה סיטונאית" ("wholesale transfer") של תפקידה הציבורי לגופים פרטיים.<sup>31</sup>

רובינס מוסיף, כי על-אף הדוקטרינה האמורה, בתחומים רבים בתי המשפט התירו לישויות פרטיות להפעיל סמכות שניתן לאפיינה כמשיקה לשלילת אינטרסים של קניין או חירות; ואפילו בנושאים שנחשבים באופן מסורתי לכאלה המשתייכים לתחום קבלת ההחלטות הציבוריות, בתי המשפט הפגינו יחס סובלני כלפי העברה רחבה של כוח חקיקתי (lawmaking power) לידי גופים פרטיים.<sup>32</sup>

לדברי גילט וסטפן, כמה מחוקות המדינות ניתנות לפרשנות לפיה קיימת בהן דרישה שמחייבת את המדינה למלא פונקציות מסוימות. ואולם, הם ממשיכים, **הדרישה שהמדינה תספק שירות כזה או אחר או תבצע תפקיד מסוים אינה מעניקה למדינה מונופול על אספקת אותו שירות או על ביצוע אותו תפקיד.** תחת זאת, המדינה רשאית להתחרות עם ספקים פרטיים או להתקשר בחוזה עם ספק פרטי של

<sup>27</sup> פסק הדין בפרשת *Carter v. Carter Coal Co*.

<sup>28</sup> Robbins, "The impact of the delegation doctrine on prison privatization", p. 914.

<sup>29</sup> Gillette & Stephan, p. 493.

<sup>30</sup> טענה זו נסמכת במאמר על מקרה שבו בית המשפט העליון של ורמונט הסתמך על עיקרון אי-ההעברה, שהוצג על-ידי השופטים כעיקרון "מושרש היטב", על אף העובדה שחוקת מדינת ורמונט לא כללה שום איסור כלשהו על העברה נוספת של סמכויות. Ibid, p. 494.

<sup>31</sup> Ibid, p. 495.

<sup>32</sup> Ira P. Robbins, "Symposium: Privatization of Prisons: Privatization of Corrections: Defining the Issues", *Vanderbilt Law Review*, 40, May 1987, p. 824. Subcommittee on Courts, Civil Liberties and the Administration of Justice of the House Committee on the Judiciary, 99th, Congress 1st Session, עדות שניתנה ב-13 בנובמבר 1985.

שירות מסוים. לדבריהם, ניתן לפרש את המנדט החוקתי ככזה שרק דורש שהמדינה תבטיח את קיומם של השירות או התפקיד הנדונים. כך למשל, למעשה כל חוקות המדינות דורשות את קיומם של בתי ספר ציבוריים בחינם. בעוד שהוראות אלה עשויות למנוע מהמדינה לזנוח את תפקידה לספק חינוך, הן אינן מונעות מבתי ספר פרטיים מלהתקיים לצד בתי הספר הציבוריים ולהתחרות עמם. יתרה מכך, טוענים המחברים, הדרישה לחינוך ציבורי חינם אינה מונעת בהכרח מהמדינה מלהתקשר בחוזה עם חברות פרטיות לשם מתן חינוך, כל עוד החינוך הזה מוצע לציבור ללא תשלום וכל עוד הוא עומד בסטנדרטיים חוקתיים. כמו כן, לשיטתם, הדרישה החוקתית למתן חינוך ציבורי אף אינה בהכרח מחייבת שהמחנכים יהיו עובדי ציבור. הם מוסיפים, כי ניתן גם לטעון, שמבחינת הדרישות החוקתיות, המדינה יוצאת ידי חובתה אם היא מתקשרת בחוזה עם גורם פרטי להפעלת בתי ספר ציבוריים. **כל עוד אין מדובר בהפרה של איסורים נגד העברה בלתי-ראויה (improper delegation), הפרטה באמצעות התקשרות חוזית עם גורמים פרטיים כמעט ואינה נתקלת בממשלים חוקתיים.**<sup>33</sup>

מסקנתם של גילט וסטפן היא, שהוראות החוקה של ארצות-הברית, כמו גם הפרשנות שניתנה להן בבתי המשפט, מצביעות על כך שרק פונקציות מעטות חייבות להתבצע באופן בלעדי בידי גופים ממשלתיים, בין אם ברמת המדינה, ובין אם ברמה הפדראלית. גם באותם תחומים שבהם הממשלה עשויה להיזדרש למלא תפקיד, נראה כי נותרת בידי האפשרות להתקשרות חוזית עם גורמים חיצוניים פרטיים, כל עוד ההסדרים החוזיים מגבילים את שיקול הדעת של אותם גורמים פרטיים. במידה והן בכלל קיימות, מגבלות חוקתיות על הפרטה הן על-פי רוב פרוצדוראליות ולא מהותיות.<sup>34</sup>

### 3.2 מן הכלל אל הפרט: שאלת חוקתיות ההפרטה של בתי סוהר בארצות-הברית

כבר באמצע שנות ה-80, עם התפתחות מגמת ההפרטה של בתי כלא בארצות-הברית, החלו להישמע ביקורות מכיוונים שונים נגד מהלך זה. חלקן התמקדו בסוגיות החוקתיות שמעוררת שאלת ההפרטה. פרופ' אירה רובינס (Robbins), מראשי ומראשוני המתנגדים להפרטת בתי הסוהר, הצביע על שתי שאלות חוקתיות עיקריות הנוגעות להפרטת בתי הסוהר:<sup>35</sup>

השאלה הראשונה שהציג רובינס היתה, האם פעולותיה של ישות פרטית המפעילה מתקן כליאה מהוות "פעולת מדינה" ("state action")? חשיבות שאלה זו טמונה בכך שכאשר צד פרטי נאשם בהפרה או בצמצום של זכויות המעוגנות בחוקתה או בחוקיה של ארצות-הברית, על התובע להראות, בהתאם ל-Federal Civil Rights Act, שאותו צד פרטי פעל במסגרת של "פעולת מדינה". הסיבה לכך היא מהותית: התיקון ה-5 והתיקון ה-14 לחוקת ארצות-הברית, שאוסרים על הממשלה להפר זכויות חוקתיות פדראליות ומבטיחים הליך משפטי הוגן (due process of law), חלים רק על פעולותיהם של הממשל הפדראלי ושל ממשלי המדינות ולא על פעולותיהם של גופים פרטיים. כדי להטיל חבות משפטית בשל

<sup>33</sup> Gillette & Stephan, pp. 500-501.

<sup>34</sup> Ibid, ibid.

<sup>35</sup> Robbins, "Privatization of Corrections: Defining the Issues", p. 813.

הפרה או צמצום של זכויות חוקתיות יש צורך להראות כי אותו גוף פרטי פעל "under color of state law" או במילים אחרות, שפעולתו היא בגדר "פעולת מדינה". על סמך ניתוח הפסיקה בארצות-הברית השיב רובינס בחיוב לשאלה זו. מסקנתו היתה שפעולות של גופים פרטיים המבצעים תפקידים ומפעילים סמכויות שהמדינה העבירה לידיהם מהוות "פעולת מדינה".<sup>36</sup>

השאלה החוקתית השנייה שהעלה רובינס, אשר בה מתמקד דיונו, היא למעשה השאלה המקדימה והרחבה יותר: **האם העברת סמכויות כליאה לידי גוף פרטי היא כשלעצמה פעולה חוקתית?** במילים אחרות, האם הממשלה מוסמכת להעביר לידי גופים פרטיים סמכויות שעניינן פונקציות ממשלתיות מסורתיות וחשובות כמו סמכויות כליאה?

רובינס, כמו מלומדים אחרים, פנה בהקשר זה לדוקטרינת אי-ההעברה שהוזכרה לעיל. בשנות ה-80 העלה רובינס רעיונות שונים, בנוגע לאופן שבו עשויים בתי המשפט בארצות-הברית לעשות שימוש בדוקטרינת אי-ההעברה בהקשר של דיון בחוקתיות ההפרטה של בתי הסוהר. לצורך כך הוא הבחין בין האופן שבו פורשה הדוקטרינה האמורה בבתי המשפט הפדראליים, לבין הפרשנות שניתנה לה בבתי המשפט המדינתיים. במישור הפדראלי סבר רובינס, כי הביקורת החקיקתית עשויה להתמקד בשאלות סטרוקטוראליות. רובינס טען, למשל, כי אם ניסוח הליכים פרוצדוראליים משמעותיים, כמו גם השליטה על הליכים אלה, יהיו בידיה של סוכנות ממשל האחראית על בתי סוהר, בתי המשפט עשויים לתמוך בהצלה, מתוך ראיית החברה הפרטית כמי שניתנה לה סמכות על הוצאה לפועל של החוק. לעומת זאת, טען, אם יצירתם של כללי משמעת ניתנה בידי החברה הפרטית, או אם נמסרה לידיה השליטה על ההליכים המשמעותיים, קיים סיכוי לכך שבית המשפט יקבע כי האצלת הסמכויות איננה חוקתית.<sup>37</sup>

ברמת המדינה, טען רובינס, ייתכן כי המחוקקים יאמצו קוד משמעותי שיוצע על-ידי חברה פרטית שניהול בית הסוהר נמסר לידיה. תיקונים בקוד פרטי שכזה לא יוכלו לחייב את האסירים אלא אם כן זכו לאישורם של המחוקק או של סוכנות הממשל הרלוונטית. עוד ציין רובינס, כי בתי המשפט המדינתיים בדרך כלל מבטלים חוקים ותקנות מנהליות שמאצילות סמכויות שיפוטיות לצדדים פרטיים, במקום בו אין הוראה כלשהי המאפשרת ביקורת שיפוטית על החלטותיה של החברה הפרטית.<sup>38</sup>

מעבר לכך סבר רובינס, כי בהחלט ניתן לטעון, שלמעשה כל מה שנעשה במוסד טוטאלי שמור (כמו בית סוהר) על-ידי הממשל או הממונה מטעמו הוא ביטוי חשוב של מדיניות הממשל, ועל כן אינו צריך

<sup>36</sup> Robbins, "Privatization of Corrections: Defining the Issues", pp. 818-822. לדין בשאלת החבות המשפטית של גופים פרטיים המנהלים בתי סוהר ופועלים "under color of state law" ובאפשרות לתבוע מהם פיצוי כספי בשל הפרת זכויות חוקתיות של אסירים ראו: Demetria L. McCain, "Malesko v. Correctional Services Corp. in the Second Circuit: Pursuing Damages for Constitutional Violations by the Private Prison Industry", 44 *Howard Law Journal*, spring, 2001, p. 399. בפרשה זו מדובר היה באסיר שתבע שני שומרים, שלטענתו כפו עליו מגבלות פיזיות קשות, גרמו לו נזק ושללו ממנו זכויות חוקתיות. השומרים היו עובדיה של חברה פרטית, שמכוח חוזה עם מדינת טנסי, ניהלה את בית הסוהר בו הוחזק האסיר. בית המשפט נדרש לשאלה האם אותם שומרים המועסקים בידי החברה הפרטית רשאים להתגונן בטענה של חסינות, אשר הייתה חלה לגביהם לו היו בגדר עובדי מדינה. ראו: Gillette & Stephan, pp. 483-489.

<sup>37</sup> Ira P. Robbins, "The impact of the delegation doctrine on prison privatization", *UCLA Law Review* 35, June 1988, 911, p. 951.

<sup>38</sup> Ibid, p. 952.

**להיות מואצל.** כשם שסביר שלא נפריט את בתי המשפט הפליליים שלנו, טען רובינס, אולי כדאי גם שלא נפריט את בתי הכלא. ואולם רובינס עצמו ציין, כי גם אם הפרטה של בתי סוהר אינה צעד חכם מבחינת המדיניות הציבורית, אין פירוש הדבר שהאצלת פונקצית הכליאה לחברה פרטית היא בהכרח בלתי-חוקתית.<sup>39</sup> על-אף התבססותו הנרחבת על דוקטרינת אי-ההאצלה, רובינס הכיר בכך, שהשאלה האם הפרטה של בתי סוהר היא בלתי-חוקתית מכוח דוקטרינה זו היא שאלה קשה, שאין עליה תשובה חד משמעית.<sup>40</sup>

לאורך השנים אנו מוצאים התייחסות חוזרת ונשנית לדוקטרינת אי-ההעברה בכתובה האקדמית שעסקה בחוקתיות ההפרטה של בתי סוהר בארצות-הברית.<sup>41</sup> עם זאת, היו גם מי שחלקו על ההישענות על דוקטרינה זו כבסיס לתקיפת הסוגיה הנדונה כאן. וורן ל. ראטליף (Ratliff), למשל, טוען כי בהגדרה, הפרטה של בתי סוהר משמעותה העברה של כוח ציבורי לישויות פרטיות. לדבריו, **הפרטה כשלעצמה אינה בלתי-חוקתית, אלא שהיא טומנת בחובה את הסכנה שאותן ישויות פרטיות יעשו שימוש לרעה בכוח הציבורי כדי לשרת את מטרותיהן שלהן.**<sup>42</sup> ראטליף דוחה את דוקטרינת אי-ההעברה כבסיס לתקיפת חוקתיות ההפרטה של בתי סוהר. לדבריו, המלומדים שעד כה מתחו ביקורת על חוקתיות ההפרטה של בתי הסוהר מיקדו את טענותיהם בדוקטרינה זו וגרסו **שהפרטת בתי סוהר איננה חוקתית מאחר ומשמעותה העברה של פונקציות ליבה ממשלתיות לתאגידים שאינם ממשלתיים.**

ראטליף מציע לזנוח את דוקטרינת אי-ההעברה, שכן מדובר בדוקטרינה שהיא חסרת כוח חיות. הוא מזכיר, כי בתי המשפט הפדראליים מזה זמן רב הפסיקו כמעט לגמרי לעשות בה שימוש וקיים קונצנזוס רחב גם בבית המשפט וגם באקדמיה על כך שהדוקטרינה הזאת פחות או יותר הלכה לעולמה. משום כך סבור ראטליף כי דוקטרינה זו היא בסיס רעוע למדי לניתוח חוקתיות ההפרטה של בתי סוהר. תחת זאת הוא מציע **למקד את ההתייחסות אל חוקי ההפרטה של בתי הסוהר בדרישות הפרוצדוראליות המבוססות בצורה חזקה יותר על הסוגיה החוקתית של הליך הוגן.** לטענתו, בעוד שבית המשפט הניח לדוקטרינת אי-ההעברה להתאדות, הוא לא היסס מלאכוף נורמה פרוצדוראלית בסיסית, שלדבריו הינה מרכזית לרעיון החוקתי של הליך הוגן: **אלו שניתן בידיהם כוח שלטוני חייבים להיות מי שאינם בעלי עניין כלכלי בדבר** (financially disinterested).<sup>43</sup>

מסקנתו של ראטליף היא שפקידי ממשל חסרי פניות חייבים לשלוט בהחלטות שיפוטיות ובהחלטות הקובעות כללים בנוגע לזכויות אסירים במסגרת בתי כלא הפועלים למטרות רווח. בהתחשב באינטרסים הכלכליים של גורמים פרטיים המפעילים בתי סוהר, הליך הוגן מחייב, לטענת המחבר, שחוקי הפרטה של בתי סוהר יגבילו בצורה קפדנית את סמכותם של אותם גורמים פרטיים להצר את

<sup>39</sup> Ibid, ibid.

<sup>40</sup> Robbins, "Privatization of Corrections: Defining the Issues", p. 824.

<sup>41</sup> דוגמה להתייחסות שכזו אנו מוצאים, למשל, אצל לאורה סוזן פאריס (Farris), שטענה כי ההפרטה של בית הכלא טולסה (Tulsa County Jail שבמדינת אוקלהומה, עליה הוחלט ב-1997, היא הפרה של סטנדרט אי-ההעברה הנהוג במדינה זו. ראו: Laura Suzanne Farris, "Private Jails in Oklahoma: An Unconstitutional Delegation of Legislative Authority", 33 **Tulsa Law Journal**, Spring / Summer, 1998, p. 959.

<sup>42</sup> Warren L. Ratliff, "The due process failure of America's prison privatization statutes", **Seton Hall Legislative Journal** 21, 1997. 371, p. 381.

<sup>43</sup> Ibid, pp. 383-384.

זכויות האסירים. כדי לקיים הליך הוגן אין די בהצבת דרישות פורמאליות לכך שגורמים אלה יקבלו החלטות "אובייקטיביות" בדבר זכויותיהם של אסירים, שכן צדק חייב לא רק להיעשות אלא גם להיראות. לפיכך, ההטיה הכלכלית של חברות פרטיות העוסקות בניהול בתי סוהר צריכה למנוע מהן מליטול על עצמן סמכויות של קביעת מועדי שחרור, קביעת כללי משמעת, קבלת החלטות בעניינים משמעתיים, קביעת סיווגים ביטחוניים, פיקוח על משימות עבודה או מתן קרדיטים על עבודה. בכל אותם תחומים מכריעים, שליטה ממשית וסופית על כל ההחלטות צריכה להיות נתונה בידי פקיד ממשלתי בלתי-תלוי.<sup>44</sup>

ראטליף, אם כך, מדבר על סימון גבולות חוקתיים ברורים יותר, בתוך היבטים שונים של הליך המאסר. מטרתם של אותם גבולות היא מניעת הפעלה של שיקול דעת בידי גורמים פרטיים בתחומים מכריעים שבהם החלטה כזאת או אחרת עשויה לפגוע בזכויותיהם של האסירים. סימון הגבולות הזה מתבסס על העיקרון החוקתי של הליך הוגן, שבמסגרתו, החלטות והכרעות בנושאים אלה הנוגעים לזכויות אסירים, אינן יכולות להתקבל בידי מי שנגוע באינטרסים כלכליים.

יחד עם זאת, ראטליף מוכן לקבל גם קיומם של מצבים יוצאים מן הכלל: במקרים חריגים, הוא טוען, יהיו מפעיליו הפרטיים של בית הסוהר רשאים מבחינה חוקתית למלא תפקיד מסוים בתחומים אלה, במיוחד במצבי חירום. כך למשל, מפעילים פרטיים של בית סוהר יהיו רשאים לפעמים להציע כללים חדשים, בכפוף לבקרה ולאישור של פקיד ממשלתי; או שהם יהיו רשאים לבדוד באופן זמני אסיר אלים, עד אשר פקיד ממשלתי יוכל להעריך את אשמתו או חפותו של אותו אסיר ולקבוע לו עונש הולם.<sup>45</sup>

מסקנתו הסופית של ראטליף היא שהממשל הפדראלי וממשלי המדינות רשאים להתקשר התקשרות חוזית עם תאגידים פרטיים כדי ליישם מדיניות ענישה, אך אסור להם להעניק לאותם מפעילי בתי כלא בעלי אינטרס כלכלי שיקול דעת לקביעת כללים או סמכות שיפוטית בכל הנוגע לחירויותיהם של אסירים. המסקנה הנוספת שהסיק ראטליף מבחינה של חוקי הפרטת בתי הסוהר במדינות השונות של ארצות-הברית היא כי רובם המכריע אינו מקיים את הדרישות האמורות של הליך הוגן, כלומר את הרחקת הגורמים הפרטיים מאותם תחומים של שיקול דעת שבהם, לשיטתו, אסור להם להיות מעורבים; ועל כן הוא גם קובע כי מרבית החוקים הללו הם בלתי-חוקתיים.<sup>46</sup>

דבריו של ראטליף מקבלים חיזוק בדוח שפורסם ב-1998 הקובע, כי ההתנגדויות בארצות-הברית לעצם המהלך של הפרטת בתי הסוהר מטעמי האצלה חוקתית הן בעלות פוטנציאל קטן יחסית. ראשית, נטען, כי אבד הכלח על דוקטרינת ההאצלה החוקתית הפדראלית, אשר התבססה על עקרונות של הפרדת רשויות. בנוסף לכך, קובע הדוח, כמעט ואין לה שום תחולה ישירה לגבי האצלה לגורמים פרטיים. מחברי הדוח כותבים, כי באופן כללי, הפרטה נתפסת על-פי רוב בעיקרה כהאצלה של פונקציות אדמיניסטרטיביות מסוימות הקשורות למאסר. בהתאם לכך, רק האצלה של פונקציות "חקיקתיות" (

<sup>44</sup> Ibid, p. 398.

<sup>45</sup> Ibid, pp. 398-399.

<sup>46</sup> Ibid, pp. 423-424.

rulemaking) ושל סמכויות שיפוטיות שנועדו באופן ישיר להפעלת כוח שלטוני דורשת בטחונות חוקתיים מיוחדים לשמירה על הליך הוגן ותהיה נתונה לביקורת שיפוטית מוגברת.<sup>47</sup>

על-פי מחברי הדוח, נראה כי אותן דרישות חוקתיות להליך הוגן – שלעתים קרובות נכללות תחת הכותרת הרחבה יותר של "האצלה" (כמו אצל רובינס, למשל) – מחייבות שסוגים מסוימים של סמכויות חקיקה וסמכויות שיפוט יישמרו בידיים ציבוריות. מבחינה פרקטית, בדרך כלל משמעות הדרישות להליך הוגן היתה שהאצלת סמכויות לידיים פרטיות מותרת, כאשר תפקידו של הגורם הפרטי כפוף לפיקוח ציבורי הולם ו/או לאישור. בהקשר זה, תקיפת ההפרטה מטעמים של הליך הוגן או האצלה שאינה חוקתית עשויה להתקבל, אם למשל, לרשויות הפרטיות המנהלות את הכלא ניתנת זכות המילה האחרונה בפונקציות כדוגמת קביעת כללי שחרור או קבלת החלטות משמעותיות.<sup>48</sup>

עוד נאמר בדוח, כי על בתי המשפט עדיין לקבוע, האם האינטרס **הפוטנציאלי** החזק של זכיינים פרטיים בהגדלה מקסימאלית של אוכלוסיית האסירים בבתי הכלא הפרטיים, ימנע את כשירותם לעסוק בקביעת כללים או בקבלת החלטות שיש להם השפעה ישירה על אינטרסים של האסירים הקשורים לשחרורם מהכלא. בדוח מצוין, כי מדינות רבות בארצות-הברית הנהיגו חקיקה שנועדה לשמר בידי המגזר הציבורי קביעתם של כללים וקבלת החלטות סופיות בסוגיות הקשורות לשחרור מהכלא. מדינות אחרות משמרות את הפונקציות הללו בחוזה ההפרטה עצמם. ברוב המקרים, ההוראות הסטטוטוריות או החוזיות מחייבות שהחלטות או המלצות ראשוניות, גם אם הן נקבעו בידי מפעילים פרטיים של בתי כלא, יהיו נתונות לאישור סופי או לאשרור על-ידי רשויות ציבוריות.<sup>49</sup>

כאמור, רובינס עצמו, שכבר עם ראשית צמיחת ההפרטה של בתי הכלא בארצות-הברית בחן את חוקתיות המהלך מבעד לאספקלריה של דוקטרינת אי-ההעברה, התייחס במידה לא מבוטלת של ספקנות לפוטנציאל ההצלחה של ביקורת חוקתית זו בבתי המשפט האמריקאיים. בחלוף השנים התברר, כפי שמעידים המקורות שפורטו לעיל, כי הספקנות היתה במקומה. יתרה מכך, בין אם הבסיס החוקתי הפוטנציאלי לתקיפת ההפרטה של בתי הסוהר בארצות הברית נעוץ בדוקטרינה זו או אחרת, עובדה היא שעד היום לא ניתנה פסיקה ברורה בארצות הברית השוללת את חוקתיות הפרטת בתי הסוהר. רובינס עצמו מעיד על כך: לדבריו, הפרטת בתי הסוהר הייתה נעלמת **אילו** היו לנו פסיקות חד-משמעיות של הרשות השופטת, הקובעות שכליאה פרטית מפירה את חוקת ארצות-הברית ו/או חוקה של מדינה כלשהי בארה"ב, בהיותה העברה בלתי-חוקתית של כוח שלטון (unconstitutional delegation of power). למרות שלדעתו ניתן להעלות טיעון חזק ותקף בדבר העדר חוקתיות, **נכון להיום**, קובע רובינס, **למעלה משני עשורים לאחר פתיחתם של בתי סוהר פרטיים בארצות-הברית, לא ניתנו פסיקות שכאלה**, בשל העובדה שעד היום אף בית משפט בארצות-הברית לא הכריע בשאלת החוקתיות של הפרטת בתי הסוהר. לטענת רובינס, ההסבר להעדר פסיקה שכזו נעוץ בכך, שכאשר במסגרת תביעות נגד חברות פרטיות שמנהלות בתי סוהר מועלות השאלות החוקתיות – שלדעתו, אם היו מגיעות לכלל הכרעה שיפוטית היו

Abt Associates Inc., **Private Prisons in the United States: An Assessment of Current Practice**, July 16, 1998, p. 57.

**Ibid**, p. 58.

**Ibid**, *ibid*.

להן השלכות הרסניות, לא רק לגבי החברה (המנהלת את בית הסוהר) אלא לגבי כלל תעשיית ההפרטה של בתי הסוהר - החברות הפרטיות מגיעות להסדרים עם התובעים ומסיימות בכך את ההתדיינות המשפטית, מבלי שהסוגיות החוקתיות של ההפרטה יגיעו לכלל הכרעה שיפוטית.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> <http://www.psir.org/justice/PPRI7172.htm>



### 3.3 סימון הגבולות החוקתיים: הבחנה בין הקצאת העונש לבין ניהולו

ראינו עד כה, כי בניגוד לגישה הרואה את רעיון הפרטת בתי הכלא כרעיון בלתי-חוקתי מיסודו, בשל עצם העברת כוח שלטוני בלעדי של המדינה (כליאת אסירים) לידיים פרטיות, קיימות גם גישות אחרות, המבקשות לתחום גבולות חוקתיים שמתייחסים בצורה פרטנית יותר לפונקציות שונות שמרכיבות את הליך המאסר הפלילי. מאמרו האמור של ראטליף מייצג גישה שכזו, המנסה לשרטט את אותם גבולות חוקתיים תוך הסתמכות על העיקרון החוקתי של הליך הוגן. המאמרים שייסקרו להלן מעגנים את סימון הגבולות הללו תוך יצירת זיקה בין עיקרון ההליך ההוגן להבחנה בין הקצאת העונש לניהולו.

פול מויל (Moyle)<sup>51</sup> טוען, כי תיאורית החוזה החברתי מאפשרת להגדיר גבולות להעברת סמכויות המדינה בהקשר של הפרטת בתי הכלא, שכן תיאוריה זו מספקת דרך מועילה להצדקת **הבחנה בין הקצאת העונש לבין ניהולו** (allocation of punishment לעומת administration of punishment).<sup>52</sup> לדבריו, כמעט ואין חולק על כך שלמדינה יש תפקיד מרכזי בקביעת ענישה, כאשר ההסכמה לעניין זה מבוססת על התפיסה לפיה הסמכות החוקית להעניש נמצאת בידי המדינה. ואולם, למרות הסכמה זו, קיימת מחלוקת בכל הנוגע לאיזון היחס בין הקצאת הענישה לבין ניהול העונש. ההפרטה של ניהול בתי הסוהר העלתה סוגיות שונות הנוגעות לשאלה האם קיימים גבולות בכל הנוגע למתן אפשרות למגזר הפרטי לבצע ענישה (to perform punishment).<sup>53</sup>

כפי שמציין מויל, על-פי רוסו (Rousseau), אמנה חברתית קיימת בין חברי הקהילה לבין נציגיהם הפוליטיים. לשיטתו, פונקציות ליבה מסוימות חייבות להישמר בשליטה ישירה של הממשל. אמנה חברתית טומנת בחובה הסכם בין המדינה לבין אזרחיה, וסמכות הממשל להעביר את סמכויותיו לגופים פרטיים שאינם ממשלתיים קשורה קשר הדוק לחובתו להחזיק באותן פונקציות ליבה. ואולם פונקציות הליבה הללו קשות לזיהוי. השאלה המרכזית מנקודת מבט זו היא איך לזהות את אותן סמכויות ממשל שאינן ניתנות להעברה במסגרת של משטר דמוקרטי. לפיכך, תיחום הגבולות של סמכות הממשל להאציל אספקטים מסוימים של תפקידיו וסמכויותיו בתחום המשפט הפלילי הוא שאלה מהותית בכל דיון על הפרטה של מוסדות כליאה.<sup>54</sup>

מויל מדגיש, כי בהקשר של הפרטה, לא זו בלבד שהאמנה החברתית היא רק הסבר תיאורטי אחד מבין כמה לשאלה כיצד ומדוע מופעל כוח חברתי, אלא שגם הפרשנויות למשמעותה של האמנה נתונות כשלעצמן למחלוקות תיאורטיות. לוגאן (Logan), שבחן את משמעות האמנה החברתית בארצות-הברית, טען שהפרטת ניהולם של מתקני כליאה אינה מפירה את תיאוריית האמנה החברתית של רוסו. לשיטתו, כאשר מפרקים את המשפט הפלילי לסדרה של פעולות ספציפיות או לפונקציות ולתתי-פונקציות, אין זה כה ברור שכל אחת מאותן משימות (הקשורות לתחום המשפט הפלילי) חייבת להיות נחלתה הבלעדית של המדינה. בהתאם לגישתו זו, לוגאן זיהה שורה של אספקטים של מערכת המשפט הפלילי שכבר עברו

<sup>51</sup> פול מויל הוא מומחה למשפט פלילי מאוניברסיטת אוסטרליה המערבית (University of Western Australia)

<sup>52</sup> Paul Moyle, "Separating the allocation of punishment from its administration: Theoretical and empirical observations", *British Journal of Criminology* (2001) 41, 77-100.

<sup>53</sup> Ibid, p. 77.

<sup>54</sup> Ibid, pp. 78-79.

"דרגות שונות של הפרטה" והגיע למסקנה לפיה **האצלת תפקידים וסמכויות תיחשב למוגזמת כאשר המדינה מאבדת שליטה אפקטיבית ומוותרת על כוח כה רב עד כדי כך שהיא חדלה מלהיות מדינה**. לשיטת לוגאן, כפי שטוען מויל, הפרה של האמנה החברתית תתרחש, אפוא, רק אם קיימת האצלה מוחלטת מצד המדינה של כל מערכת הטיפול בעבריינים שלה, לרבות החלטות התכנון והתפעול של אותה מערכת, לידיה של חברה פרטית. רק צעד קיצוני שכזה יוביל להגדרתה כהאצלה מוגזמת.<sup>55</sup>

מויל מבקר את גישתו של לוגאן. לדבריו, על-פי לוגאן, אין **מגבלה איכותנית** (qualitative limit) להעברת הסמכויות, כלומר אין סוג של פונקציה או של סמכות שלעולם אינה יכולה להיות מואצלת. לפיכך פונה לוגאן לבחון האם קיימת **מגבלה כמותית**, כלומר לא איזו פונקציה יכולה להיות מואצלת אלא "כמה" ממנה ניתן להאציל. ואולם, טוען מויל, כאן בדיוק טמונה המכשלה בטענתו של לוגאן. שכן השאלה הכמותית, כלומר איזו "כמות" של סמכות מסוימת ניתן להאציל תלויה בזיהוי איכותני של הסמכויות השונות מלכתחילה. במילים אחרות, כדי לתת תשובה לשאלת המגבלה הכמותית, יש צורך לזהות מראש מרכיבים חשובים בהליך הכליאה, למשל הליך קבלת ההחלטות שעשוי להשפיע על אסירים, רמת הביטחון של האסיר, איכות הסביבה של האסיר ומשך תקופת המאסר שלו. מורכבויות ההליכים הללו, טוען מויל, צריכות להיבחן במסגרתן של שיטות משפט פרטיקולאריות. על-פי מויל, את המגבלות הכמותיות על האצלת התפקידים והסמכויות, אם הן בכלל קיימות, יש לזהות באמצעות בחינה מקרוב של הפעלת שיקול הדעת וההקשר שבה היא מתקיימת. המודל של לוגאן, טוען מויל, מניח הפרדה ברורה בין גזירת הדין (קביעת העונש) לבין מאסר (ניהול העונש). לטענת מויל, להבחנה ברורה שכזו ניתן להגיע רק מתוך סיווג המאסר כהליך מונוליטי פשוט.<sup>56</sup>

מויל מציין, כי **הגישה האירופית-קונטיננטאלית**, בניגוד לזו הצפון אמריקאית או האנגלו-סקסית של המשפט המקובל, **מדגישה את אחריות המדינה לא רק להקצאת הענישה אלא גם לניהולה**. ההבדל בין הגישות הללו נובע מחשיבותה ההיסטורית של המדינה בתרבות הפוליטית של אירופה הקונטיננטאלית, אשר מחייבת סף גבוה הרבה יותר של אחריות ישירה מצד המדינה לטיפול בעבריינים. בהקשר זה מצטט מויל מדבריו של יונג (Jung), לפיהם "במסורת האירופית-קונטיננטאלית, המדינה נחשבת לערובה הראויה לסדר ציבורי ולסטנדרטים שוויוניים. מצד שני, התפיסה השלטת, למרות כמה שיעורים מרים, היא שהמדינה ניתנת לשליטה ופיקוח טובים יותר מאשר אנשים פרטיים".<sup>57</sup>

על-פי מויל, כדי לתחום גבולות להאצלת סמכויותיה ותפקידיה של המדינה, אין צורך בהכרח לאמץ את הגישה האירופית-קונטיננטאלית, שכאמור, מרחיבה את אחריות המדינה גם לניהול העונש. מויל טוען למעשה, כי **ניתן לקבוע את גבולות האצלת סמכויות המדינה גם מתוך אותה הבחנה בין הקצאת ענישה לבין ניהולה**. את ההבחנה הזאת יש לבחון בצורה אמפירית, בהליכים ספציפיים של קבלת החלטות, תוך התייחסות לאותם תחומים מורכבים שבהם **מרכיבים של הקצאת העונש וניהולו מתערבבים זה בזה**.

---

C. H. Logan, **Private Prisons: Cons and Pros**, New York: Oxford University Press, 1990, p. 60, quoted by <sup>55</sup> Paul Moyle, pp. 80-82.

<sup>56</sup> Ibid, p. 81.

H. Jung, "Introductory Report", **Privatisation of Crime Control, Collected Studies in Criminological Research**, vol. XXVII, Strasbourg: Council Of Europe, 1990, p. 10, cited by Moyle, p. 82. <sup>57</sup>

מויל טוען, בהסתמכו על תיאוריית האמנה החברתית, כי ההסכם שקיים בין האזרחים לבין השלטון משמעותו לא רק מתן סמכות לאחרון להפעיל כוח כפיה, אלא גם הטלת הגבלה על האפשרות להאציל את אותו כוח. לטענתו, האצלה של פונקציות מסוימות כמו, סיווג (קלסיפיקציה) של אסירים, פונקציות משמעותיות ועוד מדללות את ההסכם האמור בין האזרחים לשלטון. ככל שההסכם הזה מתדלדל, ככל שהוא מתרוקן מתוכו, כך הולך ונשמט הבסיס לקיומו.<sup>58</sup>

מויל חולק על ההשקפה המסורתית, לפיה חלוקה בין הקצאת העונש לבין ניהולו מתרחשת בעת מתן גזר הדין, כלומר ההשקפה לפיה לאחר מתן גזר הדין אנו מצויים בשלב ניהול העונש. לגישתו, הפרטת ניהולם של בתי סוהר מחייבת בחינה מחודשת של החלוקה הזאת. טענתו של מויל היא שמאסר אינו מסתכם בניהול העונש. בחינת המציאות האמפירית (כפי שערך מויל בבתי הכלא של קווינסלנד, אוסטרליה), מגלה שאותה הפרדה בין הקצאת העונש לניהולו אינה מביאה בחשבון את המרכיבים הסוציו-פוליטיים והמשפטיים של קבלת החלטות במסגרת הליך המאסר. במילים אחרות, בדיקה אמפירית של מערכת כליאה נתונה מגלה, שהליך המאסר עצמו טומן בחובו מרכיבים ברורים של הקצאת עונש.<sup>59</sup>

מויל טוען, כי הליכים של קבלת אסיר למתקן כליאה ושל קביעת סיווגו, כמו גם החלטות בענייני משמעת, הם הליכים מורכבים שמערבים הפעלה של שיקול דעת. למגזר הפרטי אין לא סמכות משפטית ולא סמכות סוציו-פוליטית להקצאה של ענישה.<sup>60</sup> בדיקה והערכה אמפיריים של הליכי קבלת החלטות במסגרת חקיקה שעוסקת בהליך הכליאה, מדגימה עד כמה קשה להפריד בין הקצאת העונש לבין ניהולו. **מנקודת מבט רגולטורית, המטרה הבסיסית היא להבטיח שאנשים המועסקים על-ידי חברות פרטיות אינם ממוקמים בעמדה שבה עליהם להפעיל שיקול דעת, אשר משפיע במידה ניכרת על נגישות אסירים לפריבילגיות או מטיל עליהם עונשים.** עמדה זו מחייבת הערכה מקרוב של אפקט ההחלטות המתקבלות בידי אותם אנשים. למשל, אם כתוצאה מהחלטה גישתו של אסיר לפריבילגיות מופחתת או שהוטל עליו עונש, אזי אותה החלטה כרוכה בהקצאת ענישה (ולא רק בניהולה). במילים אחרות, **הקצאת עונש מתרחשת במקום בו מופעל שיקול דעת שיש בו פגיעה באסיר.** פגיעה שכזו עשויה להתבטא באובדן פריבילגיה שהאסיר יכול היה ליהנות ממנה.<sup>61</sup>

מויל מדגיש כי האמור לעיל מתייחס רק למצב שבו קבלת ההחלטה מסורה בידי של עובד פרטי. כאן קושר מויל בין שאלת האצלתן של סמכויות ממשל לידיים פרטיות לבין סוגיית ההליך ההוגן של המאסר. "הליך הוגן", לגישתו, אינו נוגע רק לפרוצדורות שעל-פיהן הוא מתבצע, אלא גם ליחסים הסטרוקטוראליים שעלולים ליצור פוטנציאל או הנחה מראש של הטיה בקבלת החלטות, הטיה לכיוונם של אינטרסים כספיים-מסחריים.<sup>62</sup> על כן, לגישתו של מויל, אין די בקביעת פרוצדורות להליך תקין שיחולו על גופים פרטיים כשם שהם חלים על גופים ציבוריים, אלא יש להתייחס להיבט הסטרוקטוראלי

Moyle, p. 83. <sup>58</sup>

Ibid, pp. 87-88. <sup>59</sup>

Ibid, pp. 94-95. <sup>60</sup>

Ibid, p. 95. <sup>61</sup>

Ibid, p. 84. <sup>62</sup>

ולהבטיח, כאמור, שגורמים פרטיים לא ימוקמו באותן עמדות של קבלת החלטות, שבהן עלולה להתקיים הטיה של האינטרס הציבורי לטובת אינטרסים כספיים פרטיים.

המודל שמויל מציע מתבסס, אפוא, על ההבחנה בין הקצאת העונש לבין ניהולו, אך לשיטתו, ההבחנה הזו צריכה להביא בחשבון את אותם צמתים שבהם נפגשים שני המרכיבים הללו בהליך המאסר, כך שניתן יהיה לאזן ביניהם. כך, למשל, בתחום של נקיטת הליכים משמעתיים נגד אסירים, מעורבותו של הגורם הפרטי (העוסק בניהול העונש) צריכה להיות מוגבלת לכל היותר להגשת התלונה, כאשר משלב זה ואילך הטיפול המשמעותי ייעשה בידי גורם ציבורי והאחריות להליך הזה תיוותר בידי המדינה (העוסקת בהקצאת ענישה). בהתאם לכך, גם בתחומים אחרים (כמו למשל, קבלה ושחרור מהכלא, סיווג, הפרדה והעברה של אסירים ושימוש בכוח ממית) יש צורך לבחון ולהעריך הליכי קבלת החלטות, כדי לזהות איך ניתן להגביל את מעורבותו של המגזר הפרטי, כך שעובדיו לא יעסקו בהקצאת ענישה. הקצאת ענישה, על-פי מויל, אינה מוגבלת להחלטות שמאריכות את משך המאסר, אלא היא כוללת גם החלטות שמשפיעות במידה ניכרת על איכות חייו של האסיר בהיותו במאסר.<sup>63</sup>

ריצ'רד הרדינג (Harding)<sup>64</sup> מצטרף במידה מסוימת לגישתו של מויל. במאמר מ-2001, הוא מתייחס, בין השאר, לשאלה האם סמכויות כליאה הן פונקציית-ליבה של המדינה (a core state function).<sup>65</sup> לדבריו, מלומדים אמריקאים ואירופים שונים טענו, כי תפקיד הכליאה הינו, או לפחות עליו להיות, בלתי-ניתן להאצלה (non-delegable). הרדינג מצטט בהקשר זה מדבריו של רדזינוביץ' (Radzinowicz), לפיהם "בדמוקרטיה המבוססת על שלטון החוק ועל מחויבות למתן דין וחשבון ציבורי, אכיפת החקיקה הפלילית... צריכה להיות אחריותה הבלתי-מדוללת של המדינה".<sup>66</sup> לדברי הרדינג, רדזינוביץ' ואחרים מדגישים, מה שנתפס בעיניו כגישה אירופית (קונטיננטאלית) למהדרין לתפקידה של המדינה, גישה הרואה במדינה הרבה מעבר ל- 'service institution'. אין זה מפתיע, לטענתו, שהמדינה האירופית שהתקרבה עד כה הכי קרוב ליישום הפרטה, צרפת, אימצה מודל של בתי סוהר פרטיים-למחצה, בהם סמכויות ההחזקה במשמורת (custodial functions) נותרות בשליטה בלעדית של רשויות המדינה ורק ה"אכסניה", הבריאות, הרווחה והפעלת תוכניות שונות הופרטו. הרדינג סבור כי מודל זה משקף במידה רבה את הגישה האירופית.<sup>67</sup>

הרדינג מצייין, כי לא רק באירופה אלא גם בארצות-הברית ישנם המצדדים בגישה לפיה למדינה יש סמכויות ליבה שאינן ניתנות להאצלה (the nondelegable core function approach). בהקשר זה הוא מצייין את DiIulio שטען שכדי לשמור על לגיטימיות ועל משמעות מוסרית, הסמכות למשול מאחורי הסורגים, לשלול מאזרחים את חירותם, להטיל עליהם אמצעי כפייה ואף להרוגם חייבת להישאר בידיהן של רשויות הממשל. ללא קשר לשאלה איזו תיאוריה של תורת ענישה נמצאת באופנה, המסר לפיו אלו

<sup>63</sup> Ibid, pp. 96-97.

<sup>64</sup> פרופ' הרדינג שימש כמפקח מעצרים (inspector of custodial services) באוסטרליה-המערבית (Western Australia). הוא אף חיבר את הספר (Private Prisons and Public Accountability (New Brunswick, N.J.: Transaction, 1997).

<sup>65</sup> Richard Harding, "Private Prisons", **Crime and Justice** 28, 2001, 265, pp. 273-278.

<sup>66</sup> Ibid, p. 274.

<sup>67</sup> Ibid, ibid.

המנצלים לרעה את החירות צריכים לחיות בלעדיו הוא היסוד שעליו בנוי כל מיתקן כליאה; והמסר הזה צריך להיות מועבר על-ידי הקהילה הנפגעת של אזרחים שומרי חוק באמצעות סוכניה הציבוריים לאדם הכלוא.<sup>68</sup>

אילו טענות נגדיות, שואל הרדינג, ניתן להעלות אל מול הטענות הללו? ראשית, לדבריו, קיימת **הבחנה בין הקצאת העונש לבין ניהולו. הפונקציה הראשונה, לדבריו, ללא ספק בלתי-ניתנת להעברה, שכן** שילוב בין מדינה ריבונית למערכות פרטיות של משפט פלילי הוא תרתי דסתרי. לעומת זאת, **הפונקציה השנייה, כלומר ניהול העונש, ניתנת להעברה, עם בטחונות הולמים, מאחר והיא אינה כוללת הקצאת ענישה נוספת שבסמכות המדינה, אלא היא "הליך טכני וניטראלי מבחינה מוסרית שנועד להבטיח** שהעונש שכבר הוטל מוצא לפועל בהתאם לחוק ולהליך הוגן".<sup>69</sup>

ואולם הרדינג, בדומה למויל, מציע אף הוא לבחון האם חלק מהמשימות המועברות לידי מפעילי הפרטיים של בית הסוהר כחלק מניהול העונש, משמעותן האמיתית היא בעצם הקצאת ענישה. בהקשר זה בולטים לדבריו שני תחומים: טיפול בענייני משמעת וסיווג אסירים.

בנוגע למשמעת טוען הרדינג, שמבחינה פורמאלית, ענישה בגין התנהגות בלתי-הולמת בתוככי הכלא אינה בגדר הקצאת ענישה על עבירות פליליות. במונחים מופשטים, אין כאן הפרה של ההבחנה בין הקצאת ענישה לבין ניהולה. עם זאת, יש לזכור שאסיר, יותר מאזרח חופשי, נמצא בסיטואציה שבה הוא נתון למשטר של תקנות המגובות בסנקציות. שלילת חדשות של חירות, הגבלות על פריבילגיות, דרגות קפדניות יותר של כליאה, כל אלה שקולים להקצאת ענישה בתוך אותו מיקרוקוסמוס סוציולוגי פרטיקולארי. בהתאם לכך, טוען הרדינג, **אם רוצים לשמור על אותה אבחנה בין הקצאה לניהול של ענישה, ענייני משמעת צריכים להיות מטופלים באופן ישיר בידי רשויות המדינה**.<sup>70</sup>

לדברי הרדינג, זהו אכן המצב **בבריטניה**, שבה בכל בתי הכלא הפרטיים סמכות השיפוט בענייני משמעת מסורה בידי פקידים ציבוריים שעובדים במקום. החלטות שיפוטיות בענייני משמעת, המשפיעות על זכויות האסירים בתוך הכלא, ניתנות, אם כך, בשם המדינה ובסמכותה, בהתאם לאותם קריטריונים הנהוגים בבתי הכלא הציבוריים בבריטניה.

כמובן, טוען הרדינג, על המפעיל לנהל את הכלא במובן היומיומי והוא אינו יכול להיות מתוקן ומבוקר באורח תדיר בידי הרשות הציבורית. משמעות הדבר, כי באורח בלתי נמנע, הניהול היומיומי של הכלא מחייב גם הטלת "עונשים ניהוליים קלים", כמו למשל הפרדה זמנית של אסירים, הגבלות על זכויות ביקורים, השעיה של פריבילגיות עבודה, הוצאה מתוכנית זו או אחרת, וכן הלאה. מטעמים פרקטיים, טוען הרדינג, מפעיל הכלא חייב להיות רשאי להטיל סנקציות שכאלה ישירות. מבחינה פילוסופית,

J. J. DiIulio. **No Escape**. New York: Basic Books, 1991, p. 197, quoted by Harding, p. 274. <sup>68</sup>

Ibid, p. 275. <sup>69</sup>

Ibid, ibid. <sup>70</sup>

לדבריו, עשוי להיות קו הפרדה דק בין האמור לעיל לבין הקצאת ענישה, אך במונחים פרקטיים, הוא סבור, ההבחנה ברורה די הצורך.<sup>71</sup>

התחום השני לבחינת ההבחנה בין הקצאת עונש לבין ניהולו הוא סוגיית סיווגם של האסירים. לדברי הרדינג, לסיווגו של אסיר יכולה להיות השפעה מרחיקת לכת על איכות חייו במהלך המאסר ועל סיכויו לסיימו בטרם ריצוי מלוא עונשו. לפיכך הוא סבור כי יש פגם בהאצלה למגזר הפרטי של סמכויות הנוגעות לסיווגם של אסירים.

הרדינג טוען, כי בארצות-הברית, הדיון על פונקציות-ליבה של המדינה שאינן ניתנות להפרטה שבק חיים, כמעט עוד בטרם הספיק לצמוח. לדבריו, יעיל יותר יהיה למקד את הדיון סביב שאלת ההקצאה והניהול של העונש, בתחומים בהם מתעוררות סוגיות מוחשיות ושיפור חובת הדיווח הוא בר השגה.<sup>72</sup>

### 3.4 חוקתיות ההפרטה על-פי בית המשפט העליון של קוסטה ריקה

תחילת הגבולות החוקתיים של הפרטת בתי סוהר, מתוך התייחסות לפונקציות השונות המרכיבות את הליך המאסר, באה לידי ביטוי לא רק בדיונים אקדמיים. מלאכה זו היתה גם מלאכתו של בית המשפט העליון של קוסטה ריקה, אשר דן בחוקתיות ההפרטה של בית הכלא בפוקוסי ( Centro Penitenciario de Pococí). על-פי המידע שבידנו, מקרה זה הוא המקיף בעולם עד היום, בו הכריע בית משפט בסוגיה החוקתית של הפרטת בתי כלא.<sup>73</sup> פסק הדין, שניתן ביום 28 בספטמבר 2004, ייסקר להלן.<sup>74</sup>

ב-2002 הוגשה עתירה לבית המשפט העליון של קוסטה ריקה נגד חוקתיות הפרטתו של בית הכלא האמור, הפרטה שבמסגרתה התכנון, הבניה, המימון, התחזוקה וההפעלה של בית הכלא נמסרו לידי חברה פרטית בע"מ. מגישי העתירה, ובראשם האומבודסמן של קוסטה ריקה, טענו, בין השאר, כי ההפרטה מפירה עקרונות חוקתיים של הפרדת רשויות המדינה, של אי-העברת סמכויות ציבוריות, ושל הליך הוגן. עוד נטען בעתירה, כי ההפרטה נוטלת את הסמכויות שהוענקו לרשות המבצעת ומעבירה לחברה הפרטית תפקידים וסמכויות ששייכים באופן בלעדי למדינה. לגישת העותרים, מדובר בכוח

<sup>71</sup> Ibid, p. 276.

<sup>72</sup> Ibid, p. 278.

<sup>73</sup> כך על-פי סטפן נתן (Stephen Nathan), כפי שציין בתשובתו לפניית מחלקת המידע והמחקר של הכנסת, ב-31 ביולי 2006. סטפן נתן נחשב למומחה בעל שם עולמי בתחום הפרטת בתי הסוהר והוא העורך של אתר האינטרנט Prison Privatisation Report International, <http://www.psiru.org/ppri.asp>, ב-12 בינואר 2004 הופיע נתן בפני ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת במסגרת דיוניה בהצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 36) (בית סוהר בניהול פרטי), התשס"ד-2003. ראו: אתר האינטרנט של הכנסת, <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2004-01-12.html>, תאריך כניסה: 8 באוגוסט 2006.

<sup>74</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia N. 2004-10492 de fecha 28 de septiembre de 2004, correspondiente al Expediente N. 02-08633-0007-CO. Acción de inconstitucionalidad, Caso José Manuel Echandi Meza, Defensor de los Habitantes de la República, contra la Licitación Pública Internacional número 02-2001 y el acto de adjudicación de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación y Mantenimiento del Centro Penitenciario de Pococí, a la empresa "Management and Training de Costa Rica, Sociedad de Responsabilidad Limitada".

שלטוני שהפעולות הנגזרות ממימושו אינן מושא להתקשרות חוזית, מאחר והן משימות ותפקידים של המדינה ולא ניתן להעבירן באמצעות זיכיון. לא כל שירות ציבורי, טענו העותרים, ניתן למסירה בזיכיון; והדבר נכון לגבי שירותים כמו הגנה וביטחון המדינה, מיסוי, הגירה, שיטור וכליאה. ביצוע עונש במסגרת האדמיניסטרטיבית הוא באחריות הרשות המבצעת, והדבר כולל את הטיפול באנשים שנשללה חירותם, מיקומם (בכלא זה או אחר), פיקוח ומשמורת עליהם. כמו כן קבלו העותרים על כך שההליך המשמעותי לגבי אסירי הכלא, יתנהל בערכאה הראשונה באופן בלעדי על-ידי בעלי תפקידים בחברה הזכיינית, מה שמהווה, לטענת העותרים, האצלה בלתי לגיטימית של סמכויות הנוגעות לניהול הליכים משמעותיים, בניגוד להוראות החוקה.

### **השופטים, בדעת רוב (חמישה נגד שניים) דחו את העתירה ואישרו את חוקתיות ההפרטה.**

בהסתמכם, בין השאר, על סעיף 9 לחוקה הפוליטית של קוסטה ריקה<sup>75</sup> קבעו השופטים, כי אם רשויות המדינה והגופים הציבוריים אינם רשאים אפילו להעביר בינם לבין עצמם את סמכויות השלטון ( las potestades del imperio) שהוקצו להם, קל וחומר שהסדר המשפטי יתקשה לסבול מצב בו אותן סמכויות ביצוע חד-צדדיות יופעלו באופן ישיר בידי אנשים פרטיים. בית המשפט מדגיש, שישויות פרטיות, גם כאשר הן הוסמכו לבצע תפקידים ציבוריים (זכיינים, גורמים מורשים, מנהלים בעלי עניין), אינן מורשות בשום אופן לבצע תפקידים שמשמעותם הפעלת סמכויות שלטוניות. לפיכך קובע בית המשפט, כי אם במקרה הנדון הועברו לזכיינית סמכויות שלטוניות, ללא ספק עמדנו בפני פגם חוקתי.

עוד הוסיף בית המשפט, כי ברור שרבות מהפעולות שמתחייבות מניהול מערכת בתי הכלא כוללות את השימוש בסמכויות שלטוניות של המדינה, מאחר והן מאפשרות למדינה לפעול נגד רצונם של אלה שנשללה חירותם ונגד צדדים שלישיים, לרבות מתן הכשר לעשיית שימוש בכוח פיסי, במקרים יוצאי דופן, במטרה להבטיח חיים משותפים הולמים בתוך הכלא, להבטיח יישום אפקטיבי של העונש, ולהגן על זכויותיהם של אלה שנשללה חירותם, של הסוהרים, וכו'. אם באמצעות הליך של התקשרות חוזית שמטרתו פעולה שכזו, המדינה מאבדת סמכות כלשהי מבין סמכויות השלטון שלה, תוך האצלת מילוי תפקידיה הבלעדיים לגורם אחר, הענקת סמכויות שכזו תהיה מנוגדת למשפט החוקתי. ואולם, על-פי קביעת שופטי הרוב, לא זה היה דינו של המקרה הנדון.

במקרה של הפרטת בית הכלא בפוקוסי היה על הזכיינית למלא משימות שונות, שכללו לא רק את התכנון, הבניה והתחזוקה של הכלא, אלא גם את הפעלת המתקן, דבר הכולל, כפי שציין בית המשפט, פונקציות שקשורות לביטחון, להפעלת תוכניות, לטיפול באסירים ולעבודות סיוע לרשויות של שירות בתי הסוהר ולרשויות נוספות. כאן עשו שופטי הרוב הבחנה ראשונית בין המשימות השונות שהוטלו על הזכיינית. לגבי משימות התכנון, הבניה והתחזוקה של מתקני כליאה קבעו שופטי הרוב, כי הגם שמדובר בתפקידים שהם תפקידיה של המדינה, דבר אינו מונע שביצוע משימות אלה יימסר באמצעות זיכיון לצד שלישי, לרבות לידיים פרטיות. בשים לב לאינטרס הציבורי, סברו השופטים שניתן להקצות פעולות אלה

<sup>75</sup> בסעיף נקבע, בין השאר, כי הממשל של הרפובליקה מורכב משלוש רשויות שונות ועצמאיות זו מזו - המחוקקת, המבצעת והשופטת - ואף אחת מהן אינה רשאית להאציל את מילוי התפקידים השייכים לה ( Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias).

לארגון או לחברה בעלי ניסיון עשיר בבניה ובתחזוקה של תשתיות בתי כלא, מבלי שתשמע מכך בשום צורה שהיא העברה של סמכויות השמורות באופן בלעדי לממשל.

לעומת זאת, סברו שופטי הרוב, כי סוגיית הסמכויות והתפקידים של **ניהול בית הכלא**, שאף הם נועדו להתבצע על-ידי הזכיינית, ראויה לתשומת לב מיוחדת. זאת מאחר וישנן **סמכויות מסוימות הקשורות לניהול בתי כלא, שבהיותן ביטויים לכוח (שלטון) המוחלט של המדינה (Imperium estatal) הן אינן יכולות להימסר לידיים פרטיות.**

במקרה הנדון, להבנת שופטי הרוב, כולל כתב הזיכיון הוראות שונות שקובעות כנורמה כללית את שימורן, בידי המדינה, של סמכויות שלטוניות שונות שלה בכל הנוגע לניהול בית הכלא בפוקוסי. קריאה שיטתית של סעיפי כתב הזיכיון מגלה, על-פי השופטים, הכרה מפורשת בכך שניהול פעולות הכלא והפעולות הקרימינולוגיות הוא סמכותה של המדינה, ואילו **התפקיד שממלאת הזכיינית בתחומים אלה מוגבל לשיתוף פעולה בלבד (un mero colaborador)**. על-פי קביעת שופטי הרוב, **כל אותן סמכויות שמערבות הפעלת סמכויות שלטון של הממשל, או שמשמעותן קבלת החלטות סופיות המכבידות על האסירים בכלא, נשמרו בידי רשויותיה המוסמכות של המדינה**. כך הדבר, על-פי השופטים, באשר לשימוש הישיר בכוח, לקבלת החלטות בנוגע להערכת אסירים, להפעלת סמכויות משמעותיות וכו'. כל הפונקציות הללו לא הועברו לחברה הזכיינית.

נושא זה, קובעים השופטים, לאור חשיבותו, דורש ניתוח זהיר של ההוראות הכלולות בכתב הזיכיון בכל הנוגע להיבטים שבהם הוסמכה הזכיינית לבצע תפקידים שיש בהם שיתוף פעולה ישיר עם תפקידי מנהל הכלא והתפקידים הקרימינולוגיים של המדינה; וזאת כדי לקבוע אם קיימים סעיפים מיוחדים שסותרים את הנורמות הכלליות שהוזכרו לעיל. בהתאם לכך, פונה בית המשפט בשלב זה לבדיקת תקפותו של כתב הזיכיון תוך התמקדות בעיקר בשלושה תחומים אלה: ניהול הביטחון בתוך בית הכלא, ביצוע הערכה לאסירים והפעלת סמכות לענישה משמעותית.

באשר לניהול הביטחון בתוך הכלא, קובע בית המשפט כי מדובר בתפקיד שבו המדינה עושה את השימוש השגרתי ביותר בסמכויות השלטון שלה כדי לאכוף על האסירים מילוי אחר תקנות המוסד בו הם כלואים, כדי להבטיח את השגת המטרות של שלילת חירותם וכדי לערוב לביטחונם של כל הנמצאים בכלא: אסירים, אנשי צוות וצדדים שלישיים. אמנם, קובעים שופטי הרוב, כתב הזיכיון מסדיר את חלוקת העבודה כך שהביטחון בתוך הכלא שייך לזכיינית, בעוד המדינה שומרת לעצמה תפקידי שמירה ופיקוח על המתחם החיצוני של הכלא, אך **כדי שהוראות אלה יעלו בקנה אחד עם המשפט החוקתי יש לפרשן באופן הבא**: לא ניתן להבין אף אחד מבין הסעיפים הנוגעים בנושא זה כאילו הוא מתיר לזכיינית לאכוף את החלטותיה או את החלטותיו של כל סובייקט אחר על האסירים. שימוש פרופורציונאלי בכוח וכפיה ישירה יכולים להתבצע אך ורק כתגובות מיידיות נגד ביצוע עבירות, או כפעולות הגנה שנועדו לשמור על אינטרסים מוגנים מבחינה משפטית (bienes jurídicos) של הזכיינית או של אחרים, בין אם מדובר בביטחונם של האנשים השוהים במתחם הכלא (כלואים, מבקרים, בעלי תפקידים ואחרים) ובין אם מדובר במניעת בריחה של אסירים, העברה של דברים אסורים, הרס או גניבה של נכסים וכיו"ב. אם כך, השימוש בכוח, כאשר יש בו צורך כדי לאכוף מילוי התקנות, ללא פגיעה באינטרסים האמורים, לא יכול להתבצע על-ידי הזכיינית אלא על-ידי רשויות שירות בתי הסוהר המוצבות בבית הכלא של פוקוסי. הקונצפט של "מצבי חירום", אשר על-פי כתב הזיכיון ראויים להתערבות של הרשויות

המשטרות המוצבות במתחם החיצוני של הכלא, צריך להתפרש ככל סיטואציה שבה יש צורך בשימוש בכוח כדי להבטיח את החיים ההולמים בכלא, מבלי שנהיה ניצבים בפני אחד מאותם מקרים יוצאי דופן שהוזכרו לעיל, שבהם עובדי הזכיינית רשאים לפעול בכוחות עצמם כדי לעצור מעשה עבירה. בכל מקרה אחר של סיטואציה המעמידה בסכנה את הדו-קיום ההולם בתוך הכלא, עובדי הזכיינית צריכים להגביל עצמם לביצוע פעולות אלה: בחינת המתרחש; ניסיון לפתור את הבעיה בדרכי שלום; דיווח על המתרחש לרשויות שירות בתי הסוהר כדי שהללו יפעלו לפתרון העניין; העברת דוחות מתאימים לרשויות הממונות על ההערכה ועל המשטר המשמעותי של האסירים; והצעת שירותי סיוע לסוכני המשטרה – שירותים שאין משמעותם הפעלה ישירה של סמכויות שלטוניות. אשר על כן, שירות בתי הסוהר צריך להיות נוכח במתחם החיצוני של בית הכלא באופן קבוע ובכוח אדם מספק, כדי שיוכל להתערב בנעשה בתוך הכלא כל אימת שנדרש הדבר. במצב דברים זה, בכל הקשור לתפקידים האמורים, בית המשפט מעריך כי לא נעשתה העברה של סמכויות השמורות למדינה, כל עוד סעיפי כתב הזיכיון המתייחסים לפונקציות של שמירת הביטחון, ניהול האסירים ופעולות של סיוע לרשויות שירות בתי הסוהר יפורשו בהתאם לאמור לעיל.

באשר לסמכויות הזכיינית הנוגעות להערכת אסירים, מציין בית המשפט כי אכן נמסרו לה סמכויות שכאלה, שנועדו לביצוע באמצעות צוות מקצועי מטעמה. על-פי הזיכיון, בעלי תפקידים מטעם הזכיינית נדרשים להעביר לרשויות המינהל והמשפט המלצות הנוגעות להערכת התנהגותם ומאפייניהם של האסירים בכלא, כדי שהרשויות הציבוריות האמורות יקבלו את החלטות הנדרשות בנוגע לדרגת הכליאה של האסירים, זכאותם לקבל הטבות מסוימות וכו'. גם בהיבט זה מעריך בית המשפט כי לא הועברו לזכיינית סמכויות ציבוריות כלשהן השמורות למדינה; וזאת בכפוף לפרשנות לפיה, אותו צוות מקצועי הנמצא בכלא מטעמה יפעל בסיוע הרשויות הציבוריות, תוך אימוץ קריטריונים טכניים שאמינותם גבוהה, קריטריונים שעליהם יוכלו להתבסס הרשויות כדי לקבל את החלטותיהן.

ניתן להעיר בהקשר זה, כי גישתו של בית המשפט שונה במידה רבה מזו של מויל. בניגוד למויל, נראה כי שופטי הרוב בבית המשפט העליון של קוסטה ריקה, אינם "מוטרדים" מההיבט הסטרוקטוראלי, דהיינו מעצם הצבתו של הגורם הפרטי, הזכייני, בעמדת כוח משמעותית, עמדה שבמסגרתה הוא מספק חוות דעת והמלצות העוסקות בהערכת אופיים ותפקודם של האסירים. ניתן להניח, כי להמלצות אלה יש משקל רב בקביעת החלטות שהשפעתן רבה על תנאי המאסר של האסיר ובכוחן אף להשליך על משך מאסרו. שופטי הרוב של בית המשפט לא מונעים את הצבת הגורם הפרטי בעמדת כוח שכזו. תחת זאת הם מתמקדים בהסדרת ההיבט הפרוצדוראלי של ההליך ההוגן: הכפפתו של הזכייני לקריטריונים המקובלים במינהל הציבורי.

באשר להפעלת סמכויות משמעותיות, ההסדר שנקבע בכתב הזיכיון מאפשר לזכיינית להפעיל הליכים משמעותיים כלפי אסירים שהפרו את הכללים הנהוגים בכלא. פעולת הרשויות הציבוריות במקרה זה היא סופית במהותה. עוד נקבע במסגרת הזיכיון, כי על החלטות הזכיינית בנוגע ליישום משטר הסנקציות על האסירים ניתן לערער בפני רשויות הממשל המתאימות. גם בהקשר זה, קובעים שופטי הרוב, יש לפרש את הוראות כתב הזיכיון בהתאם למשפט החוקתי. ההוראות האמורות היו חסרות תוקף אילו הן היו מעבירות לזכיינית סמכות ענישה כלשהי. בית המשפט מדגיש, כי אילו כך היה הדבר, משמעות ההסדר היתה העברה של סמכויות שלטוניות השמורות למדינה, בניגוד להוראות החוקה

הפוליטית. גם כאן סבורים שופטי הרוב, כי ניתן להעניק לסעיפי כתב הזיכיון פרשנות שתואמת את הטקסט החוקתי. למעשה, קובעים השופטים, לא ניתן להבחין בפגם חוקתי כלשהו, כל עוד מובן שלזכיינית מוענקת סמכות לכונן את ההליכים האדמיניסטרטיביים, כאשר בידי המדינה נשמרות בשלמותן סמכויות ההחלטה שלה בנוגע להתחלתם ולסיומם של הליכי הענישה המשמעתיים. תפקיד הזכיינית צריך להיות מוגבל לתפקידו של גוף שמוביל או מכוון את ההליך, עם סמכות מספקת לנהל את התיק (שנפתח בגין המקרה), לאסוף את ההוכחות הנדרשות, ולהוציא דוח סופי, שאף יכול להכיל המלצות בנוגע להחלטה הראויה להתקבל במקרה הקונקרטי. אף על-פי כן, יהיו אלה הרשויות הציבוריות המוסמכות שיידרשו לקבל את ההחלטה המתאימה בכל מקרה, החלטה שאותה יהיו רשאיות לבסס על ההמלצות הלא-מחייבות שהגישו אנשי הצוות של החברה הזכיינית.

**לאור כל האמור לעיל, פסק בית המשפט העליון של קוסטה ריקה, כי כל עוד יפורשו ויישמו הוראות הזיכיון השונות בהתאם לפסק הדין, הרי שהן חוקתיות. בכך דחה בית המשפט את העתירה ואישר את חוקתיות מהלך ההפרטה של בית הכלא בפוקוסי.**

**שני שופטי המיעוט סברו כי במקרה הנדון אכן הועברו לזכיינית סמכויות השמורות באופן בלעדי לממשל. לשיטתם, מנקודת המבט החוקתית, עיקרון החוקיות הפלילית חובק את כלל המרחבים הקשורים להפעלת זכות הענישה של המדינה, החל משלב התווית תוכנית הקרימינליזציה הראשונית, כלומר שלב החקיקה הפלילית, עובר דרך שלב המשפט וכלה בשלב ביצוע הענישה. בהתאם לעיקרון הלגאליות החוקתית בתחום הפלילי, טענו שופטי המיעוט, לא ניתן לתת תוקף להגבלת המדינה אך ורק לתפקיד של פיקוח סופי בנושאי שמירת הסדר והביטחון.**

הם מדגישים, כי לידי הזכיינית הועברה המשמורת בכל המתחם הפנימי של בית הסוהר והיא הוסמכה להשתמש בכוח ולבצע תפקידים מהותיים של סדר ושיטור. הסמכה שכזו מתירה לה להגדיר ולנהל את ההליכים והפרמטרים של המשמורת הפנימית בכלא ואת הפיקוח היומי עליהם; ובאופן כללי היא מעבירה לידיה את האחריות על השליטה הפנימית על הנעשה בכלא. לדעת שופטי המיעוט, מדובר בחציית גבולות חוקתיים בכל הנוגע להאצלת סמכויות השייכות למדינה ולסתירת עיקרון הלגאליות החוקתית בתחום הפלילי. עיקרון זה מעניק למדינה לא רק את הסמכות לשמור על הסדר והביטחון במתקני הכליאה, אלא גם לשמור על ביטחונם ושלמותם הפיסית של האסירים, מאחר ומדובר בפונקציות של ניהול וביצוע העונש, שבשום מקרה אינן ניתנות להעברה לידי של המפעיל הפרטי. השארת סמכויות שיוריות בידי המדינה בכל הנוגע לשמירת המתחם החיצוני של הכלא, לגישתם של שופטי המיעוט, היא אקט בלתי חוקתי. בעניין זה, יש לציין, מתחו שופטים אלה ביקורת נוקבת על עמדת שופטי הרוב, שבמקום לעקור תפיסות וחוקים בעלי פגמים חוקתיים ברורים, הם בחרו בדרך של הכשרת הפגמים שבחוק, על-ידי הענקת פרשנות להוראותיו שאין לה אחיזה בטקסט.

גם בתחומים אחרים סברו שופטי המיעוט כי ההפרטה במקרה הנדון חצתה גבולות חוקתיים לגיטימיים. כך למשל, בנוגע לסיווגם של האסירים, להעברתם, להפחתת עונשיהם ולשחרורם מהכלא. מחד, מציינים השופטים, חוזה הזיכיון קובע שהממשל אינו רשאי להעביר לזכיינית את הסמכויות בתחומים אלה. מאידך, סעיף אחר בחוזה מציין כי חוקי המדינה מחייבים שסמכויות ותחומי אחריות מסוימים יישמרו בידי המדינה ורשויותיה, כמו ההחלטה הסופית בנושאי סיווג, העברה, הפחתת עונשים ושחרור. לגישת שופטי המיעוט, המדינה אינה רשאית להסתפק רק באחריות על ההחלטה הסופית בתחומים האמורים.

