



אוניברסיטת תל אביב
הפקולטה למשפטים
לימודי תואר שני
שנת הלימודים תשס"ט – סמסטר ב'

בחינה בקורס משפט ציבורי בעידן הפרטה - מועד א' -

מרצה - עו"ד איל פלג

נקודות עיקריות לפתרון

הערה כללית – הערות של הבדוק על הבחינה משמעותן התכתבות עם התלמיד/ה ולא בהכרח הורדת ניקוד. הורדת הניקוד מפורטת בכל שאלה. קראו את הפתרון באופן מדויק. ויודגש: במקרים רבים נבחן/נת דן/ה בסוגיה שהיה צורך לדון בה. עצם העובדה שהדיון נעשה מזכה בניקוד, אך לא בהכרח במלוא הניקוד על הסוגיה. לעיתים ניתן לנבחן ניקוד על דברים שכתב בתשובה לשאלה, אף שאנו גרסנו שהדבר אינו העיקר בו ראוי להתרכז, ומשום כך לא פרטנו את הדבר בפתרון זה.

1. כיצד תפיסת השותפות מפרשת קונטרס מתקשרת לדיון בהצברה? הגבלת מקום - עד 10 שורות. 10%. כ- 15 דקות.

פתרון-

- תפיסת השותפות (לעומת תפיסת היריבות). שותפות בין הפרט למדינה.
- הטעון הוא שהפרטה מגבירה את הפוטנציאל היומיומי של שותפות בין הפרט לרשות. יותר גורמים יעסקו ביצור ציבורי.
- האומנם הגברת שותפות או שרק בודדים (בעלי החבר המופרטת) יפעלו בשותפות? אולי גם העובדים בחברה כחלק מן השותפות ומאידך אולי הנאמנות שלהם תהא רק לתאגיד?

2. "עידן הפרטה מביא עימו שגשוג חוזי ומחשבות חוזיות שונות". חוו דעתכם והמחישו עמדת הדובר בהתאם לחומר שנלמד בקורס. הגבלת מקום - עד עמוד. 20%. כ- 35 דקות.

פתרון – נקודות לדיון –

- רמה יומיומית של שגשוג חוזי בעידן של הפרטה – סוגים של הפרטה – הפרטה במכירה (מחשה מכירת חברות ממשלתיות) מול הפרטה בחוזים – חוזיות - חוזה החוזה/אאוטסורסינג (המחשה – איסוף אשפה, תוכנית ויסקונסין, כליאה).
- מחשבות חוזיות על מהות היחסים בין המדינה והפרט – ההפרטה כשכתוב של האמנה החברתית כחוזה. המחשה למשל בעניין הרווחה. סכנה של הפרת האמנה החברתית כחוזה – ביצירת שלטון פרטי, בהרס מדינת הרווחה. ניתוח חוזי של האמנה החברתית כחוזה.
- מימוש תפיסת ההצברה בחוזי הפרטה – חוזה הפרטה כחוזה רשות – אינטרס ציבורי, קיום להלכת ההשתחררות?, פרשנות של חוזה הפרטה, חוזה רשות לטובת צד שלישי?

3. חוו דעתכם לגבי סוגיות מן המשפט הציבורי העולות מסיפור קצר זה. יודגש – יש לדון בקיצור רב בכל סוגיה -

שר האוצר ורונית, מנכ"לית חברת דואר ישראל בע"מ (חברה ממשלתית) נפגשו. בפגישה החליטו שכדי לייעל את מערכת הדואר הישראלית תתקשר חברת הדואר עם קבלנים פרטיים בחוזה כדי שהם יפעילו במקומה את שירותי הדואר ברחבי המדינה ובין היתר יקבעו את מינון חלוקת הדואר בישובים שונים. פרטי הפגישה הודלפו לתקשורת ונשמעה ביקורת העמותה למינהל תקין ש"לא יתכן ששינוי בסיסי בשירות חיוני יעשה בחזרי חדרים, וזאת בלי לדבר על העברת שיקול הדעת

הרחב לקבלן הפרטי באופן שיכול להשפיע על זכויות אדם". שר האוצר רוננית נרתעו מהביקורת והחליטו שעדיף לקבוע את הרפורמה בדואר בחוק ההסדרים כי זה בטוח "יהיה תקין יותר". החוק נתקבל וחברת הדואר התקשרה בחוזה, בין היתר, עם חברת חבילה מהירה בע"מ. בחוזה הוסכם כי הקבלן יעסוק בהעברת חבילות בכל שטח מדינת ישראל. לאחר כחודשיים של הפעלת הפרויקט הגיעו לרונית, כרשות המפקחת, שתי תלונות – 1. תלונתו של דורון לפיה "קיבלתי חבילה מהורי בחו"ל. כשהדואר הביא את החבילה היה ברור לי שחיטטו בחבילה. כשפניתי לקבלן בתלונה הוא לא טרח לענות לי". 2. תלונת הישוב אירוסים שבגליל לפיו "אנו מקבלים חבילות רק פעם בשבוע. מדוע? בחיפה ובקריית חבילות מועברות מידי יום". רונית פנתה לקבלן לקבלת הבהרות לגבי התלונות. למחרת קיבלה תשובה לפיה "זה ברור שאנו חברה פרטית וכגוף פרטי אנו קובעים את מתכונת פעולתנו ובין היתר את לוח הזמנים שלנו". הגבלת מקום - עד עמוד. 35%. כ- 45 דקות.

נקודות אפשריות לדיון –

- טיעון היעילות העומד בלב ההצדקה להפרטה.
 - הכוונה להתקשר עם קבלנים שונים – ייעול ביצירת תחרות. יעילות למי? האם הציבור בכללותו יפיק מכך תועלת או יעילות רק לתאגיד המופרט?
- הביקורת על הפגישה –
 - הטיעון בדבר הפרטה הנעשית במחטף ללא דיון ציבורי אמיתי. עקרון שיתוף הציבור/ההשתתפות כעקרון-על בדמוקרטיה.
 - ביקורת עקרונית על הפרטה המעבירה שיקול דעת מהותי לגורם פרטי. אין המדובר רק בהסתייעות טכנית/היעזרות אלא בהעברת שיקול דעת מהותי, כאן לחברה פרטית, אשר תקבע את הסדרי חלוקת דואר.
 - ניתן לטעון שרלוונטיות כאן הזכות לפרטיות (נניח שגוף פרטי יודע מתי וכמה קוראים לי למילואים, למה אני מנוי ועוד). הדואר הוא גם כלי הקומוניקציה עם הסביבה וקשור ביכולת שלך לתקשר עם הסביבה (משנה חשיבות בקרב אוכלוסיות שאינן משתמשות באינטרנט – מבוגרים, חרדים ועוד). אם כן, לא ברור כלל אם ראוי שגוף פרטי יהיה בעל שיקול דעת רחב כשאינטרסים ציבוריים כאלו מעורבים.
- עיגון הרפורמה בחוק ההסדרים –
 - כאשר תיעשה ההפרטה בחקיקה המדובר בדבר ראוי יותר – חשיבותה של הפרטה בחקיקה. קביעתו של הסדר ראשוני אצל המחוקק הראשי להבדיל ממצב בו הרשות המינהלית תקבע את ההסדר הראשוני.
 - מן הצד השני - מתכונת חוק ההסדרים כמתכונת חקיקה בעייתית.
- התקשרות בחוזה – האם קודם היה מכרז – הליך הפרטה הוגן ושוויוני.
- רונית כמפקחת – אנו לומדים כי ההסדר החקיקתי קבע את החברה הממשלתית כגוף מפקח, רגולטור שבין היתר מברר תלונות על הגוף הפרטי/מופרט. חשיבות של פיקוח לאחר ההפרטה – זהו אתגר הרגולציה.
- תלונת דורון – הדיון בפגיעה בזכות לפרטיות (ראו לעיל). דיון בשאלה האם חלה על הגוף המופרט חובת ההנמקה החלה על גוף ציבורי? לחילופין דיון בשאלת האחריותיות
- תלונת הישוב מעלה כוכב – שאלת החלת עקרון השוויון ואיסור ההפליה על הגוף המופרט?
- תשובת הקבלן, שהוא גוף פרטי – זו הסכנה של הסיווג כפרטי. האם הוא לא גוף דו-מהותי? למשל – מבחן התחליף.

4. מהו טיעון ההפרטה כהצברה במובן הצר והרחב? בנוסף הצגי את עמדת הגורמים הבאים לגבי ההפרטה ולגבי תפיסת ההצברה - א. הניאו-ליברל. ב. איש השמאל המבקר את תופעת ההפרטה. ג. משפטן הדבק בפתרון לבעיות ההפרטה באמצעות המשפט הפרטי (לגבי הצגי רק את עמדתו לגבי הצברה וכן בקרי את עמדתו).
הגבלת מקום - עד עמוד וחצי, 35%, כ- 50 דקות.

פתרון-

נקודות אפשריות לדיון-

א. הצגת טיעון ההצברה –

הצברה במובן הצר - טעמים התומכים בהחלת כללים מן המשפט הציבורי על גופים מופרטים שעה שהם מבצעים פעילות שלטונית-ציבורית.
הצברה במובן הרחב - משמעותה היא הטלת כללים ציבוריים רבים על תהליכי ההפרטה - החל ביזום ההפרטה ברשויות השלטון, השאלה החוקתית (האם הפרטה מסוימת לגיטימית), הליך חקיקתי ומינהלי ראוי (למשל מכרז שוויוני), ביקורת על הרגולטור המפקח על התעשייה המופרטת וכן גם תחולה ישירה של כללים מן המשפט הציבורי על הגוף המופרט עצמו.
הערה - המסר שהועבר בשיעור היה הצברה במובן הצר והרחב כפי שתואר לעיל, ואולם במקרים מתאימים נתקבלו גם הצעות אחרות שנבחנו הציגו למהו "רחב" לעומת "צר" ביחס להצברה.

ב. עמדה ניאו-ליברלית - הסבר התפיסה הזו הדוגלת במדינה קטנה, צמצום רווחה והתערבות המדינה, אמונה בשוק, קבלת אי-שוויון וכיו.
ביקורתם האפשרית - הצברה לדידם תפגע בעקרון החירות והאוטונומיה לתאגיד, תמנע את ההבטחה הגלומה בהפרטה ליתר יעילות.

ג. עמדה שמאל המבקר את ההפרטה -

1. הביקורת הרדיקלית ואף מרכזיסטית - תפיסה שהמדינה צריכה לייצר, הפרטה כבעייתית - מביאה להצבר הון ומכירת נכסי המדינה בזול.
 2. ביקורת שמאל מרוככת יותר גורסת שהפרטות מסוימות אינן לגיטימיות - כגון של סמכויות גרעיניות - בג"צ הפרטת בתי-הסוהר.
- ההפרטה כיוצרת שלטון פרטי ומפרה את האמנה החברתית.
 - 3. עמדה ביחס להצברה - ביקורת אפשרית -
 - מבחינת השמאל הרדיקלי ההצברה יכולה להיתפס כבעייתית כי נותנת הכשר להפרטה. בנוסף ההצברה בעייתית בשל כשלי פיקוח - מאמר בניש.
 - הצברה קשיחה תוכל לנטרל סכנות רבות שבהפרטה.

ד. עמדה המשפטן התומך במשפט הפרטי - טענתו תהיה כי המשפט הפרטי יכול להשיג את ההצברה באמצעות מודל התחולה העקיפה של השופט ברק.

- העמקה בעמדה זו ובביקורתה כפי שהוצגה בשיעור - האומנם המשפט הפרטי נותן תשובה מספקת? מהותית מדובר בסכנת שלטון פרטי ומשפטו של שלטון הוא משפט ציבורי בתחולה ישירה, כך גם סכנה לפגיעה בכבוד מן הראוי שתביא לתחולה ישירה. כלומר מן הבחינה המהותית - כפי שלמדנו בקורס - מוצדקת תחולה ישירה.
- מבחינת דין מצוי לא ברור מה מחלחל ודי ברור שהיקף ההצברה יהיה דל יותר מתחולה ישירה של המשפט הציבורי. כמו כן תחולה עקיפה תלויה בקיום חוזה שלא תמיד קיים בין הפרט לגורם המופרט.