

אורי
2010

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

בחינה בקורס משפט ציבורי בעידן ההפרטה - מועד ב' –

מרצה - עו"ד איל פלג
נקודות עיקריות לפתרון

הערה כללית – הערות של הבוחק על הבחינה משמעותן התכתבות עם התלמיד/ה ולא בהכרח הורדת ניקוד. הורדת הניקוד מפורטת בכל שאלה. קראו את הפתרון באופן מדוקדק. 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. במקרים רבים 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. מהי המשמעות של מושג ההצברה?
הגבלת מקום - עד 10 שורות. 10%. כ- 15 דקות.

פתרון-

- הצברה במובן הרחב – 3 השאלות של המשפט הציבורי – הלגיטימיות החוקתית, הליך הפרטה הוגן ותקין, השאלה מה יהיה אחרי ההפרטה – אתגר רגולציה ושאלת תחולת משפט ציבורי על הגוף המופרט.
- הצברה במובן הצר – השאלה שהרחבנו בה במיוחד - שאלת תחולת משפט ציבורי על הגוף המופרט.
- הצברה כסוג של פשרה – הכרה בלגיטימיות של הפרטות רבות אך הכפפתן למשפט הציבורי + פשרה במובן שמכירים במניע הרווח כלגיטימי.

2. "בהתאם לתפיסת ההפרטה כהצברה יש להחיל את כל כללי המשפט המינהלי על הגוף המופרט". חוו דעתכם על האמור בהתאם לחומר שנלמד בקורס.
הגבלת מקום - עד עמוד. 20%. כ- 35 דקות.

פתרון – נקודות לדיון –

- עמדת הדובר מפנה לשאלת היקף ההצברה (וזאת להבדיל מן השאלה האם מוצדק להצביר גופים מופרטים).
- לא ברור אלו כללים מן המשפט הציבורי חלים ואיך יחולו (בהנחה שהם חלים). ראו למשל פרשת און (עמ' 149 לספר ההפרטה כהצברה).
 - למשל יחולו כללי ההליך או רק כללי שיקול הדעת?
- התפיסה שהצגנו בכיתה היא שלא יחול אוטומטית כל המשפט הציבורי, אלא התחולה תיגזר מ-
 - קודם כל לפי אלו הצדקות היו להצברה הגוף – האם רק סכנת פגיעה בכבוד או גם סכנה לשלטון פרטי יומיומי?
 - סוג ההפרטה – במכירה מול בחוזה שירותים.
 - הקושי לפקח – ככל שיותר קשה יותר ככלי הצברה?
 - מידת פגיעות האוכלוסייה המטופלת?
 - עלות הכלל?
 - תחולת הכלל כנגזרת של מידת הרלבנטיות של הכלל לפעילות הגוף המופרט.
- הרחבה - דיון קצר בכללים שונים של משפט ציבורי – עמ' 158 – 167 לספר.

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

עיריית בית שמש נקלעה לגרעון תקציבי ולכן מועצת העיר החליטה לסגור את בית הספר התיכון העירוני החל משנת הלימודים הקרובה (תש"ע). מאיה, ראש העיר, נפגשה עם ראובן, יו"ר עמותת חינוך יהודי. השניים סיכמו כדלקמן – 1. עמותת "חינוך יהודי" (שהינה עמותה שהוקמו על-ידי חסידי מקאוניץ) תפעיל את בית-הספר במקום רשויות המדינה. 2. בלימודים יושם דגש על לימוד קודש, אך לא יוזנחו לימודי המדעים והכל "בהתאם לשיקול דעתה של הנהלת העמותה". מאיה שמחה וחשבה לעצמה "מצוין, זו הפרטה ראויה שכן היא עדיין מאפשרת לבנות ובני העיר לבחור ללמוד בבית שמש. כלומר חופש הבחירה לא נפגע".

תלמידי התיכון חזרו ללימודים והופתעו ממערכת השעות החדשה שכללה לימודי דת מוגברים. לאחר מספר ימים נשלח דניאל הביתה וסיפר לאימו רינה ש"הכריחו אותי להתפלל בבית-ספר". רינה טלפנה למנהל בית-הספר שהשיב לה - "אנו עמותה. אנו חייבים הסברים רק להנהלת העמותה ואם יש לך טענות כנגד ההחלטה תפני לרב העמותה". לאחר שהרב שמע את עמדתה של רינה הוא אישר את הרחקת ראובן, ולכן רינה פנתה לאגף הפיקוח במשרד החינוך. המפקח האחראי על בית הספר, שהינו ידידו משכבר הימים של נשיא עמותת חינוך יהודי, אישר את ההרחקה. המפקח הדגיש גם כי לפי המשפט המינהלי העמותה נהנית מחזקת התקינות המינהלית.

הגבלת מקום - עד עמוד. 35%. כ- 45 דקות.

פתרון –

נקודות אפשריות לדין –

- זוהי הפרטה בחוזה, אך ניראית יותר כהפרטה במחדל שבה מדובר ביציאה של המדינה מפעילות מה שמאפשר לגורם פרטי להיכנס כתחליף.
- הסכנה של העברת שיקול דעת רחב לגוף הפרטי.
- טיעון ידוע בעד הפרטה – מגדילה את יכולת הבחירה, אבל כאן לא מתממשת כי זה בית הספר היחיד בעיר. ההפרטה לא הגדילה את הבחירה.
- נערך דיון ציבורי בהפרטה משמעותית זו! במועצת העיר?
- העמותה גורסת שהיא גורם פרטי, שהיא לא מחויבת במתן הסבר ולמעשה בהנמקה ובאחריותות.
- הפניה לרב העמותה –
 - יכות הטיעון ממומשת כאן. הרחבה – זה רק שימוע מאוחר.
 - יעולה גם פגם שהערר נשאר למעשה בתוך העמותה. אין הפרדת רשויות.
- אתגר הפיקוח - במקרה דנן הרגולטור שבוי משום משוא פנים (הידידות עם נשיא העמותה)? שיקולים זרים שלו?
- תחולה לחזקת התקינות על העמותה? נראה כי ההצברה מחילה חובות ולא פריבילגיות לטובת הגוף הפרטי.

4. מאיה טוענת: "ההפרטה היא תהליך שלא משאיר עתיד ורוד למשפט הציבורי". איל משיב: "להיפך, מדיניות ההפרטה דווקא מביאה עימה מחשבות חדשות על המשפט הציבורי ופיתוחו".

חוו דעתכם ביחס לעמדות הדוברים.
הגבלת מקום - עד עמוד וחצי, 35%, כ- 50 דקות.

פתרון

נקודות אפשריות לדין

עמדת מאיה –

- המשפט הציבורי עוסק במערכת היחסים שבין הפרט ובין המדינה. עידן ההפרטה משמעותו הבסיסית היא העברת נכסים ושירותים של המדינה לגורמים פרטיים. עידן שכזה כמו מכוון לצמצום בהיקפה של המדינה ופעילותה - יותר פעילות עוברת למגזר הפרטי והצד השני של המטבע הוא בצמצום הפעילות של המדינה ובעיקר הזרוע המבצעת – רשויות המנהל. בהסתכלות ראשונית הדבר טומן בחובו עתיד לא ורוד למשפט הציבורי ובעיקר למשפט המינהלי, שהוא המשפט החל על רשויות המנהל. מצב בו אין רשויות מנהל (נניח עוד 10 שנים של הפרטות) יכול לעלות מחשבה כי כעת אין עוד צורך במשפט המינהלי. כאן עתיד לא ורוד משמעו היעלמות צורך בענף משפטי זה.

- לגבי דיני זכויות האדם - האם עידן הפרטה מגלם בחובו צמצום בדיני זכויות האדם שהרי הזכויות הם בעיקר מול המדינה (ראו פסקאות הכיבוד בחוקי היסוד) וההפרטה מעבירה את הפעילות לגורמים פרטיים ואם הם חייבים בכיבוד זכויות אדם הרי זה בהיקף מצומצם יותר, בתחולה עקיפה ולא ישירה ותוך תפיסה בסיסית של שוויון בכוחות (הנחה בסיסית במשפט הפרטי).
- עתיד לא ורוד גם במובן שפחות גופים יתפסו תחתיו. עידן הפרטה כעידן נאו-ליברלי - סכנה לנסיגה אחורה בהתפתחות משפט ציבורי - למשל חזרה לאחור בדיני החלחול ובדיני הגופים הדו-מהותיים (ראו למשל עמ' 42 לספר ההפרטה כהצברה). בנוסף לכך גופים מופרטים יטענו שהם פרטיים ולימינם עומדות הזכויות החוקתיות. האם התאגיד המופרט זכאי ליהנות מכל ההגנות החוקתיות כגון חופש העיסוק, כבוד, חירות (ובמובן זה הצברה שלו תהווה פגיעה בזכויותיו ולכן אולי לא חוקתית?).

עמדת איל

- ההפרטה מביאה עימה מחשבות ואתגרים חשובים העומדים בפני מלומדי המשפט הציבורי בעידן הפרטה. על המשפט הציבורי להתחדש, להתפתח, לצאת מקיבעונו. יש לפתח תפיסה משפטית המקבילה להתפתחויות שעוברות על המדינה. על המשפט הציבורי להתאים את עצמו לעידן הפרטה.
 - תפיסת הפרטה כהצברה היא מודל אפשרי להתאמת המשפט הציבורי לעידן זה. המדובר בפרויקט של חינוך משפטי - לא רק של סטודנטים למשפטים, כי אם גם של מחוקקים, רשות מבצעת שפועלת להפרטה ושל הציבור הרחב וכל אזרח בו. חינוך משפטי כמובן של התאגיד המופרט עצמו. זהו חינוך לביצוע ההפרטה במתכונת ראויה (בהליך ראוי), חינוך לתפיסה כי העובדה שנכס עבר לבעלות פרטית לא אומר שעצם הפעילות היא פרטית. המהות של הפעילות נשארה ציבורית ופשוט בעידן זה מכירים באפשרות של רווח כספי מפעילות זו, ואולם התאגיד המופרט צריך להבין כי הוא זכאי לרווחיו רק לאחר שקיים את חובותיו הציבוריות כראוי, תוך חיזוק מצבת הזכויות של האזרח. ההבטחה שבהפרטה היא בשיפור המצב הקיים והציבור לא מסכים להפרטה שמפחיתה מצבת זכויותיי יחסית למצב טרם ההפרטה.
 - מחשבות חדשות על המשפט הציבורי בהקשר הפרטה - מחשבות המתפצלות לפחות לסוגיות הבאות -
 - 1. השאלה החוקתית - האם חוקתי להפריט תחום מסוים.
 - 2. שאלת הליך ההפרטה ההוגן והשוויוני.
 - 3. אתגר הרגולציה - האתגר לפתח רגולציה/פיקוח על הגופים המופרטים. הרחבה - פיקוח שיפוטי על הרגולטור ופעולתו.
 - 4. אתגר ההצברה של הגוף המופרט עצמו -
 - ראויה הצברה מראש - בחקיקה ובחווה ההפרטה. הצברה בפסיקה אפשרית בעיקר כשמתברר שההצברה בחקיקה היתה חלקית ובפני בית- המשפט עומד סכסוך קונקרטי. זהו אם כן אתגר של חינוך המחוקק להבין כי תפקידו לא מסתיים בהפרטה עצמה, אלא יש חשיבות גם מה יהיה לאחר ההפרטה.
 - אתגר ההצברה קשור בפיתוח דיני חוזה הרשות, שהרי ההפרטה מולידה שגשוג חוזי. יש לפתח את דיני חוזה הרשות, פרשנותו הייחודית, הלכת השתחררות ממנו וכו'.
 - הצברה בפסיקה תביא, למשל, להכרה בגוף המופרט כגוף דו-מהותי.