

המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים

מאת
דפנה ברק-ארז*

תקציר

המאמר דן במשמעותם של תהליכי הפרטה מהיבטו של המשפט הציבורי (החוקתי והמנהלי). הדיון בנושא מתחייב לנוכח התרחבותה של תופעת ההפרטה בארץ ובעולם. הטענה המוצגת במאמר היא שההיערכות להפרטה אינה יכולה להסתפק בהתאמות דוקטרינריות מסוימות: ההפרטה היא תהליך מרכזי אשר משנה את דפוסי הפעולה של המדינה ורשויותיה, ולכן מחייב חשיבה מחדש על המשפט הציבורי. לצורך כך מוצעת הבחנה בין שלוש שאלות שונות שתופעת ההפרטה מעוררת. השאלה הראשונה מתייחסת לגבולות ההפרטה, דהיינו, אם קיימות הגבלות לגבי סוגי הפעולות או סוגי הסמכויות שניתן להפריט. השאלה השנייה מתייחסת להליך ההפרטה. בהקשר זה יש לבחון מהן ההגבלות שצריכות לחול על יישום ההחלטה העקרונית להפריט. השאלה השלישית מתייחסת לתוצאות ההפרטה. כאן יש לשאול מהו המשטר המשפטי שיחול על פעילויות מופרטות, ובמיוחד אם יחולו עליהן הגבלות מיוחדות מעבר לכללים הרגילים של המשפט הפרטי.

בעקבות המבוא, חלקו השני של המאמר עוסק בפרישת המתכונות השונות של ההפרטה בישראל, הנידונות תחת הכותרת "מודלים של הפרטה". בהקשר זה נטען כי תחומי ההפרטה רחבים מכפי שמקובל לחשוב, וכוללים הקמת חברות לצורך פעילות בעלת אופי עסקי; מכירה של חברות בבעלות ציבורית; תמורות במדיניות ההחכרה של מקרקעי ישראל; ביצוע פעילות שלטונית באמצעות קבלנים פרטיים (מיקור-חוץ); הקמת תשתיות ציבוריות באמצעות יזמים פרטיים; רישוי והענקת זכויות בתחומים חדשים; יצירת מרחב לפעילות פרטית באמצעות פעילות שלטונית מצומצמת; הספקת שירותים בתשלום; מסחור של המרחב הציבורי; ומילוי תפקידים ציבוריים באמצעות המגזר השלישי.

בחלק השלישי של המאמר מוצגת הגישה המסורתית של המשפט הציבורי לתופעת

* פרופסור מן המגזר, מופקדת הקתדרה למשפט וביטחון ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לישי בלנק, יעקב בן-שמש, ערן גולן, רענן גלעד, נטע זיו, יצחק זמיר, שי לביא, ברק מדינה, טליה פישר, איל פלג, רועי קרייטנר, איסי רוזן-צבי, דוד שור ולמשתתפים בסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב על הערותיהם. תודות גם לדנה אפרתי על עזרתה.

ההפרטה. גישה זו התבססה על עמדה של ניטרליות חוקתית ביחס להפרטה. היא הכירה בכך שההפרטה עשויה להוליד שאלות משפטיות מסוימות, אך בעיקרו של דבר צידדה בהתערבות משפטית ושיפוטית מצומצמת בהחלטות בתחום זה, תוך התמקדות בהיבטים יישומיים של טוהר מידות ושוויון בתחרות על הזדמנויות הפרטה.

החלק הרביעי של המאמר מצביע על "נקודות העיוורון" של הדיון המסורתי בנושא, תוך התייחסות לשאלות משפטיות נוספות שיש לבחון ביחס ליוזמות הפרטה. לצורך כך מוצגות שאלות שונות שטרם זכו בהתייחסות מספיקה, לרבות הדיון החוקתי בגבולות ההפרטה; בחינתו של הליך ההפרטה לא רק מהיבטם של הצדדים המתחרים על ההזדמנויות העסקיות הנובעות ממנה, אלא בעיקר מבחינת הציבור הרחב (למשל, מהיבט של החובה לבסס יוזמות הפרטה על מדיניות ולהנהיגן במסגרת הליך שיהיה בו מרכיב של שיתוף הציבור); ושכלול הפיקוח על הגופים המופרטים (באמצעות רגולציה חקיקתית, מכרזית וחוזית, מעבר לדיון המסורתי של הפסיקה בתופעת הגופים הדו-מהותיים). הדיון מניח כי גם במסגרת התפיסה שלפיה ראוי להציב גבולות חוקתיים להפרטה, תחום הנושאים הניתן להפרטה הוא רחב. בהתאם לכך מובהר כי מירב תשומת-הלב צריכה להיות מוקדשת להליך ההפרטה ולפיקוח על הגופים המופרטים. פרק הסיכום חוזר לנקודת-המוצא של הדיון: ההפרטה תמשיך כנראה להיות תופעה מכרזית בחיי הכלכלה והחברה בישראל, כמו-גם במדינות מערביות אחרות. ההכרה בכך מחייבת היערכות מחודשת של המשפט הציבורי. היערכות זו אמורה לגבש במהלך הזמן תחום חדש: המשפט הציבורי של ההפרטה.

א. מבוא: ההפרטה בישראל

1. המעבר להפרטה בניהול המדינה
2. המעבר להפרטה בספרות המשפטית

ב. מודלים של הפרטה

1. הקמת חברות לצורך פעילות בעלת אופי עסקי
2. מכירה של חברות בבעלות ציבורית
3. תמורות במדיניות ההחכרה של מקרקעי ישראל
4. ביצוע פעילות שלטונית באמצעות קבלנים פרטיים (מיקור-חוץ)
5. הקמת תשתיות ציבוריות באמצעות יזמים פרטיים
6. רישוי והענקת זכויות בתחומים חדשים
7. הפרטה על-דרך מחדל באמצעות פעילות שלטונית מצומצמת
8. הספקת שירותים בתשלום
9. מסחור של המרחב הציבורי
10. מילוי תפקידים ציבוריים באמצעות המגזר השלישי

ג. הגישה המסורתית להפרטה

1. גבולות ההפרטה: הגבלות רופפות
- (א) נקודת-מוצא של ניטרליות חוקתית

- (ב) עקרון חוקיות המנהל
- (ג) הגבלות לגבי אצילה לגופים פרטיים
- (ד) הגבלות לגבי העברת זכויות לגורמים זרים
- 2. הליך הפרטה: שוויון הזדמנויות והגינות
 - (א) שוויון הזדמנויות וחובת המכרז
 - (ב) הגינות בהליך המנהלי: תשתית עובדתית והאיסור של ניגוד עניינים
- 3. הפיקוח על גופים מופרטים
 - (א) רגולציה פסיקתית: גופים דו־מהותיים
 - (ב) רגולציה מנהלית מכוח חקיקה
 - (ג) חקיקה לשם הגנה על אינטרסים לאומיים ובטחוניים
- ד. אתגר הפרטה
 - 1. גבולות הפרטה: הגבלות חוקתיות וחקיקתיות
 - (א) גבולות הפרטה במשפט החוקתי: המישור המוסדי ומישור הזכויות
 - (ב) גבולות הפרטה במשפט המנהלי: חקיקה והסדרים ראשוניים
 - 2. הליך הפרטה: שיתוף, דמוקרטיה וביקורת על תנאי העסקה
 - (א) החובה לגבש מדיניות
 - (ב) שיתוף בהליך המנהלי
 - (ג) זכויות עיון וחופש מידע
 - (ד) ביקורת שיפוטית על שקילות התמורה וכדאיות העסקה
 - (ה) ביקורת שיפוטית על תנאי המכרז מבחינת השלכותיהם הציבוריות והחברתיות
 - (ו) עידוד התחרות
 - (ז) הפרטה על־דרך מחדל והקשיים המיוחדים שהיא מעוררת
 - 3. הפיקוח על גופים מופרטים: חיזוקן של מתכונות הפיקוח
 - (א) רגולציה פסיקתית: הגדרת התחום של גופים דו־מהותיים
 - (ב) רגולציה חקיקתית: חיזוק אמות־המידה לרגולציה בחקיקה
 - (ג) רגולציה מכרזית: פיקוח על תנאי המכרז וזכות העמידה של מתחרים
 - (ד) רגולציה חוזית: תמריצים חוזיים ואכיפה חוזית
- ה. סיכום: לקראת משפט ציבורי של הפרטה

א. מבוא: הפרטה בישראל

מאמר זה מבקש לדון באתגרים שתופעת הפרטה מציבה בפני המשפט הציבורי בישראל הן במישור החוקתי והן במישור המנהלי.¹ המשפט הציבורי הוא המשפט החל על רשויות

1 תופעת הפרטה משמעותית במקביל גם בהקשרם של ענפי משפט אחרים, כגון משפט העבודה. למשל, העברת הבעלות במפעלים לידי גורמים פרטיים מעוררת שאלות שעניינן

השלטון. מכיוון שההפרטה נהפכה לתופעה מרכזית בזירה השלטונית, על המשפט הציבורי להתאים את עצמו לתמורות שהיא מחוללת ברשויות, וכן לפתח נורמות שיחולו על יוזמות ההפרטה ויכוונו את עיצובן.² החסר הקיים בדיון משפטי רחב בתופעת ההפרטה ניתן להמחשה באמצעות הדגמה מן התהליך ההפוך של הלאמה. הלאמה של נכסים או של תחום פעילות נחשבת, לכל הדעות, סוגיה בעלת היבטים משפטיים, על-פי-רוב חוקתיים, בעיקר בשל ההשלכות הצפויות על זכויות קניין והתקשרויות חוזיות. באותה מידה, גם תהליך של הפרטה אינו רק עניין של מדיניות, אלא נושא שיש לו היבטים משפטיים מובהקים.

1. המעבר להפרטה בניהול המדינה

ישראל, כמו מדינות מערביות אחרות, עוברת תהליך של הפרטה. משנות השמונים ואילך תמכו כל ממשלות ישראל במדיניות של הפרטה, בעוצמות משתנות, ובכך סטו מן המדיניות שמשלה בכיפה במהלך שלושים השנים הראשונות של המדינה. בעבר תמכה מפלגת העבודה, שנהנתה מהגמוניה פוליטית רציפה עד לשנת 1977, במעורבות ממשלתית משמעותית בחיים הכלכליים.³ מדיניות זו נבעה הן מאידיאולוגיה והן מן האילוצים שאפיינו את שנותיה הראשונות של המדינה (הצורך ביצירת מקומות עבודה למהגרים הרבים

שמירת זכויות העובדים, פיטורים ועוד. לשביתות שפרצו בעקבות יוזמות הפרטה ראו, למשל, דב"ע (ארצי) נב/4-17 מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית, פד"ע כו 87 (1993); דב"ע (ארצי) נג/4-4 ההסתדרות הכללית – בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פד"ע כה 367 (1992); דב"ע (ארצי) 41-92/97 התאחדות העובדים בעיריית תל-אביב-יפו – עיריית תל-אביב-יפו, פד"ע לא 109 (1997). להיבטים של שיתוף העובדים בהליכי הפרטה ראו, למשל, דב"ע (ארצי) 3-7/98 מועדים – משרד הבטחון, מדינת ישראל, פד"ע לג 441 (1998). לשאלות שעניינן החילופים בזהות המעבידים כתוצאה מהפרטה ראו בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח"מ (6) 481 (2004).

ניתן להוסיף כי המציאות של הפרטה צפויה להשפיע גם על התפתחותו של המשפט הפרטי. באופן ספציפי יותר, מעורבותם של גופים פרטיים בפעילות בעלת היבטים ציבוריים עשויה להשפיע על פיתוח המשפט הפרטי באופן שייתן ביטוי לאחריות החברתית של גופים אלה ולמחויבותם להגן על זכויות אדם. התפתחות מסוג זה תשתלב בהכרה הקיימת בכך שלזכויות האדם יש תחולה (אם כי עקיפה ומסויגת) בתחום המשפט הפרטי. ראו, למשל, אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות במשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994).

2 לדיון בהפרטה כאתגר מרכזי של המשפט המנהלי והוראתו, השוו דפנה ברק-ארו "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" עיוני משפט כה 503 (2001).

3 ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993); מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645 (2002).

שהגיעו לישראל, השאיפה לכוח ייצור עצמאי של נשק לשם סיפוק צורכי הביטחון של ישראל ועוד). בעקיפין היא הושפעה גם מן העובדה שהיא לא הייתה זרה למקובל במדינות רבות של אירופה המערבית. בהתאם לכך, הממשלה הקימה, החזיקה בבעלותה וניהלה תעשיות מרכזיות, וכן הפעילה שירותים חברתיים נרחבים בתחומים של רווחה, בריאות וחינוך. לעיתים המעורבות הממשלתית נעשתה במישרין, באמצעות פעילותם של משרדי הממשלה, ולעיתים היא נעשתה באמצעות חברות שנשלטו על-ידי הממשלה ושימשו בפועל כידה הארוכה. חוק החברות הממשלתיות, אשר הסדיר את פעילותן של חברות המצויות בשליטתה של הממשלה וניסה לתת להן אופי עצמאי יותר ומובחר, נחקק בשלב מאוחר יחסית.⁴ במקביל, גם ענף המקרקעין נשלט בעיקרו על-ידי הממשלה, בזכות בעלותה ברוב המקרקעין שבשטחי המדינה והודות לחקיקה שמסרה מקרקעין אלה, וכן את המקרקעין של הקרן הקיימת לישראל ושל רשות הפיתוח, לניהולו של מנהל מקרקעי ישראל.⁵ מדיניות זו אף התבססה על העיקרון החוקתי האוסר להעביר את הבעלות במקרקעין אלה.⁶ לעובדות אלה הייתה השלכה לא-מבוטלת לא רק על ההיבטים המסחריים של ענף המקרקעין, אלא גם על תחום הדירור.

בניגוד מוחלט למסורת זו, ישראל נעה כעת לעבר אימוץ הולך וגובר של מדיניות הפרטה. מעבר זה נתמך הן על-ידי שינויים פנימיים שחלו במדינה עצמה והן על-ידי מגמות בין-לאומיות גלובליות. במישור הפנימי, העמדה הסוציאליסטית (ולו החלקית) שבה החזיקו ממשלות ישראל הראשונות איבדה את מקומה השולט. למן המהפך של שנת 1977 הונהגו ממשלות ישראל בעיקר על-ידי מפלגת הליכוד, אשר נטתה באופן מסורתי לעבר כלכלה פרטית ומעורבות ממשלתית מצומצמת במשק, לפחות באופן פורמלי. במקביל, גם במפלגת העבודה עצמה נחלשה במידה רבה התמיכה במדיניות ממשלתית ריכוזית. כמו-כן, הניסיון המצטבר לימד כי חלק מן הפעילויות הכלכליות שנשלטו על-ידי הממשלה לא נוהלו באופן יעיל. במקביל השפיעו על תהליכי הפרטה גם גורמים חיצוניים: ההשפעה התרבותית והכלכלית של ארצות-הברית; מגמות הפרטה במדינות מערביות נוספות, בעיקר באירופה (כגון מדיניות הפרטה באנגליה בתקופת שלטונה של מרגרט תצ'ר); ופתיחת השווקים הבין-לאומיים לתחרות חופשית.

2. המעבר להפרטה בספרות המשפטית

הכתיבה המשפטית כבר החלה להתייחס לתופעת הפרטה ולמשמעויותיה במשפט הציבורי. עם זאת, עד כה התמקד הדיון בהתאמתו של המשפט הציבורי לקושי כזה או אחר שהפרטה מעוררת. ברוח זו נידונו שאלת ההחלה של נורמות ציבוריות על גופים מופרטים,⁷

4 חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח 132 (להלן: חוק החברות הממשלתיות).

5 חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, ס"ח 57 (להלן: חוק מינהל מקרקעי ישראל).

6 על-פי הוראותיו של חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח 56.

7 ראו דפנה ברק-ארז "תאגידיים ציבוריים" עיוני משפט יט 273 (1995) (להלן: ברק-ארז "תאגידיים ציבוריים"); דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה

החשיבות הנודעת לחקיקה מסמיכה בתחום ההפרטה⁸ וכן יוזמות הפרטה ספציפיות.⁹ לעומת זאת, המאמר הנוכחי מניח כי ההפרטה אינה רק תופעה המחייבת התאמות מסוימות במשפט הציבורי, אלא תהליך מרכזי שמחייב חשיבה מחדש עליו, תוך חתירה לפיתוח ענף משפטי מיוחד (בתוך המשפט הציבורי) שיתמודד עם האתגרים המגוונים הנובעים מהפרטה של הפעילות הציבורית.¹⁰ לצורך כך, המאמר מציע מתווה ראשוני לפיתוח המשפט הציבורי של ההפרטה.

מטרתו של המאמר היא להציע מסגרת כוללת לדיון בשאלות שתופעת ההפרטה מעוררת בתחום המשפט הציבורי. המסגרת המשפטית אמורה לשקף את מורכבותם של האתגרים החברתיים והכלכליים שההפרטה טומנת בחובה. היא אמורה להתאים לקבלתן של החלטות שמשמעותן אינה רק ניהולית, אלא גם חלוקתית ואורחית.¹¹

באופן ספציפי יותר, הגישה המוצעת לדיון בתופעת ההפרטה מבוססת על הבחנה בין שלוש שאלות שונות שהיא מעוררת. השאלה הראשונה מתייחסת לגבולות ההפרטה, דהיינו, אם קיימות הגבלות לגבי סוגי הפעולות או סוגי הסמכויות שניתן להפריט. השאלה השנייה מתייחסת להליך ההפרטה. בהקשר זה יש לבחון מהן ההגבלות שצריכות לחול על יישום ההחלטה העקרונית להפריט (דוגמת החובה לגבש מדיניות בנושא הפרטה או החובה להנהיג שקיפות בהליכי הפרטה). השאלה השלישית מתייחסת לתוצאות ההפרטה. כאן יש לשאול מהו המשטר המשפטי שיחול על פעילויות מופרטות, ובמיוחד אם יחולו עליהן הגבלות מיוחדות מעבר לכללים הרגילים של המשפט הפרטי.

המאמר אינו מציג עמדה נורמטיבית באשר להיקפה הראוי של תופעת ההפרטה. כפי

8 ומשפט ח 209 (2001) (להלן: ברק-ארו "זכויות אדם בעידן של הפרטה"); איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005).

9 ראו יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" (צפוי להתפרסם במשפטים לז' (2007)).

10 להפרטה בתחום של תוכניות רווחה ראו אבישי בניש "יישום 'תוכנית ויסקונסין' בישראל – היבטים משפטיים" עבודה, חברה ומשפט יא 121 (2005) (להלן: בניש "תוכנית ויסקונסין"); אבישי בניש "מיקור חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" (צפוי להתפרסם במשפטים) (להלן: בניש "מיקור חוץ").

11 לשם השוואה, במהלך השנים פותחו דיני המכרזים כתת-ענף משפטי בפני עצמו, על רקע ההכרה במורכבות הנובעת הן מן הטכניקה של הליך המכרז והן מן המגוון של שיקולי המדיניות שמעצבים אותו (החתירה לתועלת בהתקשרות, מצד אחד, ולנורמות ציבוריות של שוויון והגינות, מצד אחר). כפי שיובהר בהמשך, תופעת ההפרטה מורכבת יותר, ויש לה השלכות על כלל תחומי החיים במדינה. ההכרה בכך צריכה להשפיע על פיתוח המשפט שיחול עליה.

12 לחשיבות הנודעת להתאמתו של ההליך המנהלי לקבלת החלטות שיש להן השלכות חלוקתיות כלל-חברתיות, השוו דפנה ברק-ארו "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות" המשפט י 291 (2005).

שיוסבר בהמשך, שאלה זו היא בדרך-כלל פועל יוצא מהשקפת-עולם חוץ-משפטית.¹² בהתאם לכך, ההכרעה לגביה תתקבל בזירה הציבורית, ואף ראוי שבדרך-כלל היא לא תופקע מן הספירה הפוליטית על-ידי הזירה המשפטית. חשוב לשמור על ההבחנה בין הצגת השקפה אזרחית באשר לפעולות שלא ראוי להפריט לבין הצגת עמדה משפטית באשר לפעולות שאסור להפריט. הצבתם של גבולות משפטיים בעלי אופי חוקתי אינה אמורה להיות דרך ההתמודדות הטיפוסית עם כלל יוזמות ההפרטה.

בהמשך למבוא זה, ועל-מנת להניח את המצע לקיומו של הדיון הנורמטיבי, יוצגו בפרק השני של המאמר דפוסי ההפרטה השונים, שיידונו תחת הכותרת "מודלים של הפרטה". בהמשך לכך תוצג בפרק השלישי של המאמר הגישה המסורתית של המשפט הציבורי לתופעת ההפרטה. גישה זו אומנם הכירה בכך שההפרטה עשויה להוליד שאלות משפטיות מסוימות, אך בעיקרו של דבר צידדה בהתערבות משפטית ושיפוטית מצומצמת בתהליכים של הפרטה, תוך התמקדות בהיבטים "ישומיים" של טוהר מידות ושוויון בתחרות על הזדמנויות הפרטה. הפרק הרביעי של המאמר יעסוק ב"נקודות העיוורון" של הדיון המסורתי בנושא, תוך התייחסות לשאלות משפטיות נוספות שיש לבחון ביחס ליוזמות הפרטה. את המאמר יחתום סיכום, שימקם את הדיון בהקשר הרחב יותר של פיתוח משפט ציבורי של הפרטה.

ב. מודלים של הפרטה

על-מנת להציע מסגרת כוללת לדיון בתופעת ההפרטה, יש להקדים ולאפיין אותה. רבים מזהים את מדיניות ההפרטה עם תהליכים של העברת בעלות בנכסים של הממשלה – על-פי-רוב חברות ממשלתיות – לבעלות פרטית. זיהוי זה נובע מכך שההיבטים המוצהרים הראשוניים של מדיניות ההפרטה התמקדו בהעברת בעלות בנכסים, כמו-גם מכך שההפרטה במתכונת זו זכתה בהסדר חקיקתי ברור בעקבות תיקון שהוסיף פרק בנושא ההפרטה לחוק החברות הממשלתיות¹³ (להבדיל מחלק ממתכונות ההפרטה האחרות, אשר נותרו סמויות יותר, ומכל מקום, לא זכו בחקיקה מסודרת או בעלת בולטות ציבורית). לאמיתו של דבר,

12 חשוב להדגיש כי לעיתים גם תפיסות משפטיות עשויות להשפיע על העמדה הנקטת ביחס להחלטות הפרטה מסוימות. למשל, נקיטת עמדה ביחס לתופעה של הפרטת שירותים חברתיים צפויה להיות מושפעת מתפיסת-עולמו של המתבונן על תופעה זו ביחס למעמדן המשפטי של זכויות חברתיות. עם זאת, במקרים רבים ניתן להגן על זכויות חברתיות גם באמצעות הספקת שירותים על-ידי גופים פרטיים במימון מדינתי. לכן, בעיקרו של דבר, העמדה ביחס לגיטימיות של ההפרטה (להבדיל ממתכונתה) צפויה להיות מושפעת בעיקר מתפיסות חוץ-משפטיות.

13 פרק 11 לחוק החברות הממשלתיות, שהוסף בחוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 7, התשנ"ג-1993, ס"ח 162).

תופעת ההפרטה מורכבת בהרבה, ובהתאם לכך, אין בספרות הגדרה מוסכמת לגביה.¹⁴ באופן כללי, ניתן לומר כי הפרטה היא מדיניות המכוונת להפחתת המעורבות הממשלתית בחיי הכלכלה והחברה. מטרה זו יכולה להיות מושגת תוך שימוש באמצעים מגוונים, לרבות שכירת שירותיהן של חברות פרטיות לשם מילוי תפקידים ציבוריים שהמדינה סבורה כי היא מחויבת לספק,¹⁵ פתיחת הדלת לפעילות פרטית בתחומים חדשים באמצעות סבילות (פסיביות) שלטונית ועוד. פרק זה מיועד להציג את ריבוי הפנים של תופעת ההפרטה בישראל.¹⁶

מודעות לביטויים השונים של תופעת ההפרטה הינה חיונית מכמה טעמים. ראשית, הגדרת תחומיה של תופעה חדשה במציאות החברתית והציבורית היא תנאי מקדמי להיערכות משפטית מתאימה לקראתה. שנית, ההתמודדות הלא-מספקת עם תופעת ההפרטה קשורה לכך שכמה תופעות שונות נכרכו תחת אותו שם. בחלק מן המקרים ההפרטה היא הוצאה של הרשויות מפעילות בתחומים שלגביהם מתגבשת הכרה בעדיפותם של מנגנוני השוק. במקרים אחרים ההפרטה משאירה את האחריות ואף את הניהול בידי הרשויות, ומתבטאת רק במעבר להספקת שירותים חברתיים על בסיס עקרונות שוקיים ובנסיגה מן המחויבות להספקה שווה ואוניוורסלית שלהם.

הדיון בפרק זה מציג קשת רחבה של מצבים המהווים פנים שונים של תופעת ההפרטה. חלק מהם קרובים יותר לגרעין של תופעת ההפרטה, וחלקם נמצאים יותר בשוליה. על-כן השאלות המתעוררות במסגרתם אינן אחידות ואף אינן נשאלות בעוצמה זהה. אולם יש בין המצבים השונים נקודות דמיון חשובות – הגדלת חלקם של גורמים פרטיים בפעילות בחיי

14 ראו יצחק כ"ץ הפרטה בישראל ובעולם 23-30 (1997). כן ראו: Paul Starr, *The Meaning of Privatization*, 6 YALE L. & POL'Y REV. 6 (1988).

15 התשובה לשאלה אילו שירותים הרשויות רואות את עצמן מחויבות לספק משתנה הן בהתאם להשקפת-העולם לגבי מידת מחויבותה של המדינה לאזרחיה בתחומים שונים (נושא שבגיניו הזכויות החברתיות נחשבות לעיתים שנויות במחלוקת) והן בהתאם לתפיסה הכלכלית של שירותים מסוימים כ"מוצרים ציבוריים". גם באשר לתפיסה של שירותים מסוימים כ"מוצרים ציבוריים" עשויה להתעורר מחלוקת. כך, למשל, המגדלור נתפס באופן מסורתי כאחד המקרים הקלאסיים של מוצר ציבורי, אולם בהמשך נמתחה ביקורת על תפיסה זאת, תוך הצבעה על דוגמות להפעלתם של מגדלורים פרטיים במהלך ההיסטוריה. ראו: Ronald H. Coase, *The Lighthouse in Economics*, 17 J. L. & ECON. 357 (1974); David E. Van Zandt, *The Lessons of the Lighthouse: "Government" or "Private" Provision of Good*, 22 J. LEGAL STUD. 47 (1993).

16 ההבחנה המוצעת כאן בין המתכונות השונות של ההפרטה מבוססת על דיון בנושא בדות שהוכן לקראת הכנס הבין-לאומי למשפט השוואתי שהתקיים בשנת 2002. ראו: Daphne Barak-Erez, *Applying Administrative Law to Privatization in Israel*, ISRAELI REPORTS TO THE XVI INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW 47 (2006). עם זאת, בשל קצב ההתפתחויות בתחום ההפרטה, ההבחנות המובאות במאמר הנוכחי מפורטות יותר ושונות בחלק מפרטיהן מן הדיון שנכלל בדות.

הכלכלה והחברה; שיתוף-פעולה אינטנסיבי של הרשויות עם גורמים פרטיים; והחלתו של היגיון שוקי-פרטי על פעילותן של הרשויות. ראוי לציין כי מאחר שבשלב זה מטרת הדיון היא תיאור פניה השונים של תופעת הפרטה, הוא מקבל כנקודת-מוצא את המסורת השלטונית של מדינת-ישראל לגבי מידת מעורבותן של הרשויות בתחומי פעילות שונים. נסיגתן של רשויות מפעילות בתחומים שבהם הן היו פעילות בעבר תיחשב להפרטה.¹⁷

1. הקמת חברות לצורך פעילות בעלת אופי עסקי

את ניצניה של מדיניות הפרטה ניתן לזהות בפרקטיקה של הקמת חברות לצורך ייזום של פעילות עסקית על-ידי הרשויות, קרי, על-ידי חברות ממשלתיות¹⁸ כאשר מדובר בפעילות של השלטון המרכזי, או על-ידי חברות עירוניות כאשר מדובר בפעילות של רשויות מקומיות.¹⁹ אכן, באופן היסטורי ביטאה הקמתן של חברות ממשלתיות רבות דווקא את מעורבותו הגבוהה של השלטון המרכזי בחיי הכלכלה, אם גם תוך בחירה במסגרת

17 במילים אחרות, הצגת פניה השונים של הפרטה אינה מבוססת על הנחה נורמטיבית לגבי היקף פעילותן של המדינה ורשויותיה. הצגת המודלים נעשית תוך התייחסות להקשר הישראלי, ומבחינה זו היא משקפת את ההיסטוריה של מוסדות השלטון במדינת-ישראל. עם זאת, המודלים מתאימים באופן עקרוני גם לדיון בשיטות משפט אחרות (בכפוף לשינויים באופן יישום, בהתחשב בהיסטוריה השלטונית שלהן). כך, למשל, במדינת-ישראל נקודת-המוצא לדיון בשירותי החינוך והבריאות היא מחויבות ציבורית ארוכת-שנים להספקתם. בארצות-הברית, לעומת זאת, חינוך פרטי ושירותי בריאות פרטיים היו תמיד תופעות מרכזיות, ולא רק תולדה של הפרטה מאוחרת. ראוי להוסיף כי הדיון אינו כולל מודלים אפשריים נוספים של הפרטה אשר לעת עתה לא נעשה בהם שימוש בישראל, דוגמת הענקת "שוברים" לרכישת שירותים במקום הספקה ישירה של השירותים על-ידי הרשויות עצמן. לשיטת השוברים ראו: Michael J. Trebilcock et al., *Government by Voucher*, 80 B.U. L. REV. 205 (2000).

18 לפי חוק החברות הממשלתיות. עם זאת, בית-המשפט העליון פסק כי חוק החברות הממשלתיות אינו צריך להתפרש כמונע את הממשלה מלהקים ולנהל תאגידים שאינם עונים על ההגדרה של "חברה ממשלתית" (כהגדרתה בס' 1 לחוק זה) מבחינת דפוסי השליטה בה. בהתאם להגדרה, חברות ממשלתיות הן רק אלה שהממשלה מחזיקה ביותר מ-50% ממניותיהן, או שיש באפשרותה למנות יותר מ-50% מן הדירקטורים בהן. ראו בג"ץ 5684/91 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מו(1) 536 (1992) (להלן: עניין ברזילי). במקרה זה כוונה העתירה כלפי יוזמה חדשה של משרד הבריאות ל"תיאגוד" של בתי-חולים ממשלתיים. היוזמה התבססה על העברתם של בתי-החולים הממשלתיים (הנחשבים לחלק ממשרד הבריאות) לפעולה במתכונת של חברות עצמאיות, אשר לא ייחשבו לחברות ממשלתיות בשל כך שדפוסי השליטה בהן יהיו שונים מאלה שנזכרים בחוק. באופן ספציפי יותר, הכוונה הייתה להקים חברות שבעלי המניות בהן יהיו אישי ציבור. בית-המשפט דחה את העתירה, ופסק כי חוק החברות הממשלתיות אינו מתווה דרך בלעדית לייסודן של חברות על-ידי הממשלה.

19 לפי ס' 249(30) ו-249 לפקודת העיריות [נוסח חדש], נ"ח 197 (להלן: פקודת העיריות).

משפטית המתאימה לפעילות עסקית – מסגרת החברה.²⁰ אולם בהמשך שימשה פעילותן של חברות ממשלתיות וחברות עירוניות בסיס ליוזמות הפרטה. ראשית, קיומן של חברות אלה יוצר פיתוי מתמיד להעברת תחומי פעילות מן הרשויות אל החברות שבשליטתן. כאשר פעילות מסוימת עוברת לניהולה של חברה, היא מאורגנת מחדש במתכונת המכוננת להפקת רווחים.²¹ במקרים רבים הדרך להשגת מטרה זו היא גביית תשלום תמורת שירותים אשר בעבר סופקו ללא תמורה.²² שנית, כאשר הבשילה המדיניות של מכירת נכסים לגורמים פרטיים, הדרך הנוחה ביותר למימושה הייתה מכירת מניותיהן של חברות ממשלתיות למשקיעים פרטיים. כאשר פעילות ממשלתית המיועדת להפרטה לא התנהלה באמצעות חברה, הצעד הראשון בכיוון זה היה ארגונה במסגרת של חברה ממשלתית (כאשר מכירת מניותיה של החברה נועדה להיות השלב הבא בתהליך, כפי שיפורט בהמשך).²³ המעבר לפעילות באמצעות תאגידים, המדגישה יותר שיקולים של רווחיות, ניתן להדגמה באמצעות היוזמה ל"תיאגוד" בתי החולים הממשלתיים.²⁴ במישור המקומי ניתן להצביע על המעבר לניהול מערכת המים והביוב באמצעות חברות בבעלותן של הרשויות המקומיות.²⁵ (אשר בהמשך יוכלו למכור את שליטתן בחברות אלה).²⁶

20 ראו דו"ח הוועדה להכנתה של הצעת חוק חברות ממשלתיות (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"א) 10. דוח הוועדה, ששימש רקע לחקיקתו של חוק החברות הממשלתיות, מציין כי באופן מסורתי הוקמו החברות הממשלתיות בישראל כאמצעי להתערבותה של הממשלה בחיי הכלכלה.

21 בעיקרו של דבר, הפקת רווחים היא האתוס המרכזי של ניהול חברות. ברוח זו, חוק החברות הממשלתיות מבהיר כי חברה ממשלתית, להבדיל מרשות מנהלית, אמורה להנחות את עצמה במקרה הרגיל לאורם של שיקולים עסקיים. ס' 4(א) לחוק קובע בעניין זה: "חברה ממשלתית תפעל לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת לפעול חברה לא-ממשלתית, זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הוועדה, שיקולי פעולה אחרים; הוראה זו לא תחול על חברה ממשלתית שמסמכי היסוד שלה אוסרים חלוקת רווחים."

22 לדוגמה, לגביית "דמי עגינה" על-ידי החברה הכלכלית של אילת ראו בג"ץ 6662/94 חורש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 372 (1992).

23 למשל, השלב הראשון של הרפורמות בתחום הטלפוניה נעשה על-ידי העברת פעילותו של משרד התקשורת בתחום זה לחברת בוק בע"מ (להלן: בוק), שהוקמה כחברה ממשלתית. החוק שחולל את השינוי היה חוק הבזק, התשמ"ב-1982, ס"ח 218 (להלן: חוק הבזק). חוק זה עבר שינויים רבים במהלך השנים, ובהמשך שונה גם שמו לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת).

24 ראו עניין ברזילי, לעיל ה"ש 18.

25 לפי ס' 3-4 לחוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001 (להלן: חוק תאגידי מים וביוב).

26 לפי ס' 74 ו-76 לחוק תאגידי מים וביוב. ראו עוד אלון טל "זרימה טבעית: שאלות ותשובות בדבר התאמת חוק המים למציאות סביבתית חדשה" מחקרי משפט כג 317, 360-361 (2007).

2. מכירה של חברות בבעלות ציבורית

המדיניות של מכירת חברות המצויות בבעלותן של רשויות, בעיקר חברות ממשלתיות, היא מן הגילויים היותר מוכרים של תופעת ההפרטה. בפועל, החל בשנות השמונים מכה המדינה את אחזקותיה בחברות ממשלתיות רבות.²⁷ כאמור, על-מנת להיערך לאתגר זה תוקן חוק החברות הממשלתיות, והוסף בו פרק ח'¹, שכותרתו היא "הפרטה".²⁸ על-פי תיקון זה, הוקמה ועדת השרים להפרטה, אשר בראשה עומד ראש הממשלה, וחברים בה גם שר האוצר ושר המשפטים.²⁹ תפקידה של הוועדה הוא להחליט אם לייעד חברה ממשלתית להפרטה, וכן לקבוע את השיטה שבה היא תופרט. השיטות הנזכרות לעניין זה הן מכירת מניות ממשלתיות, דילול אחזקותיה של הממשלה, הנפקת מניות, מכירת נכס משמעותי השייך לחברה ועוד.³⁰ אף שהוועדה היא המחליטה את ההחלטה הסופית, את התפקיד הפעיל יותר בהליך ההפרטה ממלאת רשות החברות הממשלתיות. גוף זה, אשר הוקם במקור על-מנת לפקח על פעילותן של החברות הממשלתיות,³¹ מתמקד כיום בהכנתן של חברות ממשלתיות להפרטה.³² על-פי התיקון לחוק, הרשות מכינה הצעות להפרטה ומגישה אותן לוועדת השרים להפרטה.³³ הלכה למעשה הופרטו במהלך השנים חברות ממשלתיות רבות, ובכלל זה חלק מ"חברות-הדגל" של מערך החברות הממשלתיות.³⁴

3. תמורות במדיניות ההחכרה של מקרקעי ישראל

הפרטת מקרקעין מחייבת התייחסות נפרדת בשל ההסדר החוקתי המיוחד החל על מקרקעי ישראל, אשר אינו מאפשר את העברת הבעלות בהם במקרה הרגיל.³⁵ קריאת ההגבלה החוקתית כפשוטה הייתה יכולה להוביל למסקנה שהפרטת מקרקעי ישראל אינה אפשרית. אולם למעשה, גם מקרקעי ישראל עוברים תהליך משמעותי של הפרטה, אם כי זו אינה משתרעת בדרך-כלל על העברת הבעלות הפורמלית במקרקעין. בפועל חלק ניכר ממקרקעי ישראל, במגזר העירוני ובמגזר החקלאי כאחד, מוחכרים לתקופות ארוכות למטרות פרטיות מגוונות, לרבות מגורים, מסחר ויזמות. ההחכרה נעשית במתכונת המותרת בידי המדינה יכולת שליטה מוגבלת מאוד בפעילות הנעשית במקרקעין. בעלותה של המדינה במקרקעין אלה היא אפוא בעלות ציבורית ערטילאית, בעוד השליטה הממשית

27 באופן כללי ראו שלמה אקשטיין, בן-ציון זילברפרב ושמעון רוזביץ הפרטת חברות בישראל ובעולם (1998).

28 פרק זה כולל את ס' 59א-159 לחוק.

29 ס' 59 לחוק החברות הממשלתיות.

30 ס' 59 לחוק החברות הממשלתיות.

31 ס' 51-56 לחוק החברות הממשלתיות.

32 ס' 54 לחוק החברות הממשלתיות.

33 ס' 59ב(ב) לחוק החברות הממשלתיות.

34 למשל: בתחום התקשורת - בוק; ובתחום התעופה - אל-על.

35 ס' 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל.

במקרקעין היא פרטית לחלוטין. יתר על כן, המגמה הכללית לגבי שטחים נרחבים של מקרקעי ישראל היא מעבר משימושים חקלאיים לשימושים מסחריים, הכרוכים בהשקעה אשר משנה את פני המקרקעין³⁶ ובכך הופכת את האפשרות של שינוי השימושים בהם בתום תקופת ההחכרה לבלתי-מציאותית בעליל.³⁷ ניתן להוסיף כי במגזר העירוני החל כבר תהליך של הפרטה גם במישור הפורמלי, על-דרך העברת הבעלות לחוכרים של נכסי מגורים משפחתיים.³⁸

4. ביצוע פעילות שלטונית באמצעות קבלנים פרטיים (מיקור-חוק)

מתכונת נוספת של הפרטה מתבטאת בצמצום הדרגתי של הפעולות המנהליות הנעשות באמצעות רשויות השלטון עצמן, לצד פנייה גוברת לשכירת קבלנים פרטיים לשם ביצוען של עבודות. ראשיתה של ההפרטה מסוג זה התבטאה קודם-כל בהעברת פעילות טכנית בעלת היבטים ברורים של ביצוע גרידא לידי קבלנים פרטיים, בתחומים דוגמת בנייה,

36 דוגמה קיצונית לשימוש המשנה את מצב המקרקעין, נוסף על בנייה ופיתוח, מתייחסת לפעילות פרטית של מחצבות, אשר כפופה כמובן להיתרים על-פי דין. בהקשר זה ניתן דווקא להצביע על מגמה של הגברת הפיקוח על הפעילות בתחום החציבה. ראו, למשל, ע"א 1805/00 מחצבות כנרת (שותפות מוגבלת) נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 63 (2001).

37 גם בעבר הוחכרו מקרקעי ישראל לגורמים פרטיים, ובכלל זה לאגודות השיתופיות החקלאיות (הקיבוצים והמושבים), אשר החזיקו בפועל בעתודות קרקע גדולות. עם זאת, על רקע ההגבלות שהוטלו על השימושים בקרקע (בעיקר לשימושים חקלאיים), ולנוכח התפיסה הרווחת שלפיה ההחזקה בקרקעות היא לשם קידום מטרות לאומיות, לא שינוי החכרות אלא את מעמדן הציבורי של הקרקעות. לעומת זאת, כאשר הקרקעות מוחכרות לצורכי בנייה ופיתוח לתקופות זמן ארוכות, זיקתן של מנהל מקרקעי ישראל אליהן נותרת פורמלית בלבד, ואף השוק מתייחס אליהן, במידה רבה, כאל קרקעות פרטיות (אף שהבעלות בהן לא השתנתה). לתיאור ההתפתחויות במקרקעי ישראל כ"הפרטה זוחלת" ראו גם דפנה ברק-אור "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" עיוני משפט כא 613 (1997).

38 תהליך זה החל חרף ההגבלות על העברת בעלות בקרקעות. חוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, ס"ח 56, קובע רשימה סגורה של מצבים חריגים שבהם מותרת העברת בעלות במקרקעי ישראל. החריג היחיד מביניהם אשר רלוונטי להעברת הבעלות בבתים ובדירות במגזר העירוני הוא זה הקבוע בס' 72(7) לחוק: "העברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח למטרת פיתוח לא-חקלאי, או העברת מקרקעין כאלה שהם קרקע עירונית, ובלבד ששטח כל ההעברות מכוח פסקה זו יחד לא יעלה על מאתיים אלף דונם." נוסחו המקורי של סעיף זה התייחס ל"מאה אלף דונם". ככלל, קיימת עמימות לגבי היקפם של הנכסים שהועברה בהם בעלות מאז נכנסה החקיקה בנושא זה לתוקף. מכל מקום, החוק תוקן על-מנת להתאים את עצמו למדיניות החדשה במסגרת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2006), התשס"ו-2006, ס"ח 306 (בס' 12 לחוק זה).

איסוף אשפה, הסעת תלמידים והפעלת שירותי מחשוב מסוגים שונים.³⁹ עם זאת, היא קיימת גם בתחומים נוספים, לרבות כאלה שמערבים הפעלת שיקול-דעת. הסמכתם של עורכי-דין פרטיים לפעול כתובעים מטעם המדינה נהייתה במהלך השנים לפרקטיקה מקובלת.⁴⁰ באופן הדרגתי החלה ההתקשרות עם גורמי חוץ להשתרע גם על תחומים חדשים, כגון הפעלתם של שירותי גבייה.⁴¹ בהמשך התרחשה "קפיצת מדרגה" נוספת שהעבירה לידי גורמים פרטיים תפקידים שלטוניים שיש בהם הן מימד משמעותי של שיקול-דעת, והן היבט של ניהול מערכת, כגון הפעלת המערך של טיפול במובטלים באמצעות תאגיד פרטי, ביוזמה המכונה "תוכנית ויסקונסין",⁴² והפעלת בית-סוהר חדש באמצעות תאגיד פרטי.⁴³

5. הקמת תשתיות ציבוריות באמצעות יזמים פרטיים

מתכונת מיוחדת של התקשרות עם גורמים פרטיים מתמקדת בהקמת תשתיות חדשות באמצעות יזמים, אשר לא רק מבצעים את עבודות הבנייה, אלא גם פועלים כמשקיעים וכמפעילים של התשתיות, לאחר הקמתן, מכוח זכויות מיוחדים. בהקשר זה, שיתוף-הפעולה עם היזמים הפרטיים נובע בעיקר מן הרצון להשיג מימון פרטי להקמת התשתיות בשלב הראשון. בעלי הזכויות, הנושאים בעלות הקמתו של הפרויקט, מבטיחים את החזר ההשקעה ברווח באמצעות ניהולו של הפרויקט במשך תקופה ארוכה, שבה הם גובים מן הציבור אגרה תמורת השימוש בתשתית החדשה. במסגרת מודל זה, המכונה BOT (Build, Operate and Transfer), המשקיע הפרטי בונה את התשתית על חשבונו (Build), מפעיל אותה במשך תקופה ארוכה מובטחת מראש (Operate), ובסופה מעביר את הבעלות או את השליטה בתשתית לידי המדינה (Transfer).⁴⁴ הדוגמות המובהקות לשימוש במודל זה הן

- 39 ראו, למשל, בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410 (1992) (להלן: עניין פיליפוביץ).
- 40 השופט ברק התייחס לפרקטיקה זו בפסק-דינו בבג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(3) 654 (2003) (להלן: עניין חיפה כימיקלים). לדבריו, "אלפי משפטים פליליים נוהלו בישראל על-ידי תובעים אלה. הטלת ספק בחוקיותה של פעילות רחבת היקף זו תגרור אחריה תוצאות קשות ביותר אשר ישבשו את מערכות אכיפת החוק הפלילי". שם, בעמ' 656.
- 41 למכרו למתן שירותים של גביית חובות עירוניים ראו עע"ם 2690/06 מ.ת.א.ר. מחשוב תכנון וארגון בע"מ נ' עיריית אשדוד (טרם פורסם, 2.5.2006).
- 42 ראו פרק ז לחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004, ס"ח 99. לדיון בתוכנית זו ראו בניש "תוכנית ויסקונסין", לעיל ה"ש 9.
- 43 ראו חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, ס"ח 348. התיקון הוסיף בפקודת בתי-הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1972, נ"ח 459 (להלן: פקודת בתי-הסוהר) את פרק 22 שכותרתו היא "בית סוהר בניהול פרטי".
- 44 לפירוט נוסף של מודלים להפרטת תשתיות ראו אייל ידוב הפרטת תשתיות – מבוא לבניית שותפויות ציבוריות-פרטיות (2001).

מן התחום של סלילת כבישים חדשים – כביש חוצה ישראל⁴⁵ וכן מנהרת הכרמל.⁴⁶ דוגמות נוספות קיימות בתחום של מפעלי מים וביו.ב.⁴⁷ גם המיזם של הקמת בית-סוהר מופרט, שהוזכר לעיל, כולל היבט של הקמת תשתיות במתכונת של BOT, אך הוא אינו מוגבל לכך, אלא מערב גם היבטים של מילוי תפקידים שלטוניים על-ידי היזם הפרטי בתקופה שלאחר השלמתה של עבודת הבנייה.

6. רישוי והענקת זכויות בתחומים חדשים

הגדלת המרחב של הפעילות הפרטית מתאפשרת גם על-ידי הענקת רישיונות לגופים פרטיים לפעול בתחומים חדשים – הן תחומים חדשים לחלוטין (שנולדו כתוצאה מהתפתחויות טכנולוגיות) והן תחומים שנשלטו בעבר על-ידי משרדי ממשלה או גופים ציבוריים אחרים (ומבחינה זו הם חדשים בספרה העסקית). את הדוגמות הברורות ביותר לתופעה של הפרטה באמצעות רישוי (על שני פניה) ניתן להביא מתחום התקשורת. בעבר הייתה הממשלה הגורם היחיד שפעל בתחום הבזק. מערכת הטלפוניה נחשבה כמונופול טבעי, ונוהלה במישור על-ידי משרד התקשורת (שקודם לכן נקרא משרד הדואר). בהמשך התבטאה ההפרטה בתחום זה לא רק בהעברת פעילותו של המשרד בתחום הטלפוניה והבזק לחברה ממשלתית, שקיבלה רישיון כללי רחב לפעול בתחום זה,⁴⁸ אלא גם בכך שכמה שנים לאחר-מכן הוצרו תחומי הרישיון של החברה הממשלתית וניתנו רישיונות לחברות פרטיות שהחלו לפעול לצידה. תהליכים דומים התרחשו בתחום התקשורת האלקטרונית. בעבר נוהלו תחנות הרדיו וערוץ הטלוויזיה היחיד באמצעות רשות השידור, אשר פעלה

45 חוק כביש אגרה (כביש ארצי לישראל), התשנ"ה-1995, ס"ח 490.

46 חוק כבישי אגרה (מנהרות הכרמל), התשנ"ה-1995, ס"ח 493.

47 ראו, למשל, ע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590 (2003) (להלן: עניין קל בנין). באופן כללי ראו נחום בן-אליא הפרטת תשתיות מים וביו.ב – בין יוזמה מקומית למדיניות ממלכתית (1998).

48 לפי הנוסח המקורי של ס' 50 לחוק הבזק, הייתה בזק אמורה להיות החברה היחידה שתפעל כבעלת רישיון להפעלת מערכת טלפונים כלל-מדינתית ושירות שיחות בין-לאומיות. בלעדיות זו של בזק נשחקה בהדרגה. השלב הראשון היה תיקון של ס' 50 שהוציא את שירותי הטלפונים הסלולריים ואת שירותי השיחות הבין-לאומיות מתחום הבלעדיות של בזק (ס' 26 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ג-1992, ס"ח 10, 19 (תיקון עקיף לחוק הבזק, התשמ"ב-1982)). בהמשך בוטל ס' 50 כליל (ס' 30 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), התשנ"ט-1999, ס"ח 90, 113 (תיקון עקיף לחוק הבזק, התשמ"ב-1992)), בהותירו את בזק ללא בלעדיות מובטחת. כיום מופעלת טלפוניה חוטית גם על-ידי חברת הכבלים "הוט". ראו רשיון כללי להוט טלקום שותפות מוגבלת למתן שירותי בזק פנים-ארציים ניחים. הרשיונות שניתנו לפי ס' 4 לחוק הבזק ניתנים לעיון באתר משרד התקשורת. ראו www.moc.gov.il/moc/doa_iis.dll/Serve/item/English/1.1.21.10.1.html

כתאגיד סטטוטורי לפי חוק רשות השידור.⁴⁹ כיום, לפי חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו,⁵⁰ פועלים בישראל ערוצי טלוויזיה מסחריים, תחנות רדיו אזוריות וכן שידורי טלוויזיה בכבלים ובלוויין – כולם בבעלות פרטית.

תחום נוסף שנפתח לתחרות הוא ענף התחבורה הציבורית, שבו שלטו בעבר בעיקר שני הקואופרטיבים הגדולים אגד ודן. עם השנים נפתחו חלק מקווי התחבורה הציבורית (בין קווים חדשים ובין קווים קיימים) לתחרות באמצעות מכרזים.⁵¹ אומנם, מכיוון שאגד ודן אינם רשויות מנהליות, ואף אינם נשלטים על-ידי רשויות, ניתן לטעון כי הרפורמה בענף התחבורה הציבורית רק עיצבה מחדש תחום שנשלט על-ידי גורמים פרטיים גם בעבר. אולם בפועל התאפיינה פעילותם של אגד ודן במעורבות ממשלתית גבוהה, באמצעות סבסוד שנועד להבטיח, בין היתר, הפעלתם של קווים לא-רווחיים לפרפריה.

המגמה של הפרטה באמצעות רישוי חודרת בהדרגה גם לתחום של שירותים חברתיים. התופעה של רישוי מוסדות לטיפול באוכלוסיות נזקקות (קשישים ונכים) אינה חדשה. לצידה מתהווה תופעה של רישוי גם בתחומים נוספים, כגון החינוך. בהקשר זה מוגשות למשרד החינוך פניות של בתי-ספר פרטיים המבקשים לקבל רישיון. לעת עתה משרד החינוך אינו נוטה לתמוך ביוזמות אלה, אך התנגדות זו אינה נחרצת תמיד. בתי-ספר פרטיים חדשים שנפתחים מצטרפים למוסדות חינוך פרטיים רבים שפועלים בישראל זה שנים – הן בחינוך הקדם-בית-ספרי (גנים ומעונות) והן בחינוך הדתי.

ההבדל המרכזי בין הפרטה באמצעות מיקור-חוץ לבין הפרטה באמצעות רישוי הוא בכך שכאשר הרשות פונה למיקור-חוץ, היא מכירה עדיין באחריותה הבסיסית לספק את השירות (למשל, הסעות לתלמידים). לעומת זאת, הפרטה באמצעות רישוי נעשית בדרך-כלל בתחומים שבהם הרשות אינה רואה עצמה אחראית להספקת השירות (לדוגמה, בתחום של דיור מוגן לקשישים).

7. הפרטה על-דרך מחדל באמצעות פעילות שלטונית מצומצמת

לעיתים תרומתה של המדינה להפרטתו של תחום מתבטאת בכך שהממשלה ורשויות אחרות מפסיקות לפעול בו, ובכך מפנות את המקום ליוזמות פרטיות. תחום החינוך ומערכת הבריאות מספקים דוגמות טובות, אף שבאופן רשמי הם אינם מיועדים להפרטה. אדרבה, במישור הפורמלי, אלה שני תחומי פעילות שאופיים הציבורי מובהק ביותר. העיקרון של חינוך-חובה הינם עוגן בחוק סמוך לאחר הקמת המדינה;⁵² ובתחום הבריאות

49 חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ס"ח 106.

50 חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990, ס"ח 58 (להלן: חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו).

51 ראו בג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 705 (1999).

52 חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, ס"ח 287.

יזמה הממשלה את חוק ביטוח בריאות ממלכתי,⁵³ המבטיח ביטוח בריאות לכל על-פי סל שירותים אחיד. אולם בשל הלחצים הקבועים על תקציבי הרווחה במדינה, הביורוקרטיה עוברת לשימוש בטכניקות לא-פורמליות של הגבלת זכויות בתחומים אלה.⁵⁴ בתחום החינוך נדרש כעת תשלום בעבור שיעורי תגבור ולימודי העשרה, הניתנים בתוך מערכת החינוך הציבורית במסגרת מה שמכונה לעיתים "חינוך אפור",⁵⁵ ובהשכלה הגבוהה החלו לפעול מכללות פרטיות.⁵⁶ גם בתחום הבריאות קיימים תחומים רבים שנתרו פרוצים לכניסתם של גורמים פרטיים, כגון ענף הטיפול הסייעודי בקשישים, שאינו מכוסה על-ידי החוק.⁵⁷ בתחום הבריאות התפתחו גם יוזמות פרטיות שנועדו להשלים את הכיסוי החלקי בלבד של הטיפולים והתרופות במסגרת "סל הבריאות". אוכלוסיות רחבות מבוטחות כיום במסגרת ביטוחי בריאות משלימים, המכונים מערכת בריאות מופרטת למחצה לצידה של מערכת הבריאות הרשמית. בבתי-החולים הציבוריים ניתנים – בצורה רשמית ולא-רשמית – שירותי רפואה פרטיים (שר"פ) תמורת תשלום נוסף, וכן מתאפשר "קיצור תורים" באמצעות הסדרים שונים (דוגמת תרומה ל"קרן מחקרים").⁵⁸ בתחומים אלה ההפרטה מבטאת אפוא לא רק ביטוי לנסיגה של המדינה מביצוע הפעילות, אלא גם נסיגה מן המחויבות לשוויון חברתי.⁵⁹

לעיתים הפעילות השלטונית החסרה אינה תוצאה של נסיגה משירות שסופק בעבר ברמה גבוהה יותר, אלא נובעת מהימנעות של הרשויות ממתן מענה לצורך ציבורי חדש שלא היה קיים בעבר. דוגמה לכך היא האבטחה הפרטית של מסעדות ומקומות בילוי. האבטחה של מקומות אלה מבטאת צורך אמיתי של האוכלוסייה האזרחית לזכות ברמת הגנה גבוהה יותר לנוכח התגברותן של התקפות הטרור של מחבלים מתאבדים. זהו צורך חדש, וכאשר הוא נוצר, נמנעה הממשלה מליטול על עצמה אחריות להתמודדות עימו. התוצאה היא שהתחום נותר פתוח לפעילותן של חברות אבטחה פרטיות.

- 53 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156.
- 54 להרחבה ראו דפנה ברק-ארו "מדינת הרווחה בישראל – בין חקיקה לביורוקרטיה" עבודה, חברה ומשפט ט 175 (2002).
- 55 לתשלומי הורים במערכת החינוך, ראו גם בג"צ 6914/06 ארגון הורים ארצי [ע"ר] נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, התרבות והספורט (טרם פורסם, 14.8.2007).
- 56 לדיון בהתפתחות זו ראו בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט – יו"ר המועצה להשכלה גבוהה (טרם פורסם, 5.12.2007).
- 57 בתחומים אלה המעורבות הנותרת של הרשויות היא באמצעות רישוי, כפי שהוסבר בפרק משנה 6 לעיל.
- 58 לדיון מפורט יותר בדפוסי ההפרטה במערכת הבריאות ראו דני פילק "מסחורה של מערכת הבריאות – תהליך ראוי או שגוי?" משפט ועסקים ו 277 (2006).
- 59 לדינמיקה של היוקקות לשירותים פרטיים כאשר השירותים הציבוריים אינם ברמה מספקת, ראו גם: Clayton P. Gillette, *Opting Out of Public Provision*, 73 DENV. U. L. REV. 1185 (1996).

8. הספקת שירותים בתשלום

הפרטה של תחום פעילות מתרחשת גם כאשר הרשות המנהלית ממשיכה לפעול בו אך בוחרת לגבות תשלום בעבור שירותיה. כפי שכבר צוין, לעיתים תופעה זו שלובה בהעברת תחומי פעילות מן הרשות לתאגיד הנמצא בשליטתה ומתנהל כמשק תקציבי סגור בהתאם לשיקולי רווח והפסד עסקיים.⁶⁰ אולם הפרטה מסוג זה יכולה להיעשות גם על-ידי גביית תשלומים במישרין על-ידי הרשויות עצמן בעבור שירותים שניתנו בעבר ללא תמורה כספית (תוך שימוש במימון שמקורו במערך המיסוי הכללי).⁶¹

התופעה של גביית תשלומים בעבור שירותים שבעבר לא היו כרוכים בעלויות מבחינת האזרח באה לידי ביטוי בהקשרים שונים, ובכלל זה גביית תשלום בעבור כניסה לפארקים ציבוריים ולמשאבי סביבה אחרים.⁶² על-פי-רוב התשלום נדרש תמורת שירותים הניתנים ברמה גבוהה יותר מן הסטנדרט הציבורי המקובל, כמו בהקשר של שירותי רפואה פרטיים בבתי-חולים ציבוריים (או אף תוכניות לימודים חוץ-תקציביות במוסדות להשכלה גבוהה, שבהן נגבה שכר לימוד גבוה יותר תמורת לימודים בתנאים נוחים יותר).

9. מסחור של המרחב הציבורי

פעילותן של הרשויות סימנה באופן מסורתי תחום שהיה חף מפעילות מסחרית. בניגוד לכך, בתנאים של מחסור בתקציב, הרשויות מאמצות בהדרגה מתכונת פעולה שמכניסה

60 ראו לעיל ה"ש 21.

61 דוגמה זו מאפשרת להפנות מבט נוסף אל ההבחנה המסורתית של דיני המיסים בין מס, אגרה ומחיר. ראו, למשל, בג"ץ 198/75 מנהל עזבון מושקוביץ נ' ראש עיריית בתים, פ"ד ל(1) 281, 297 (1975). כאשר הרשות גובה מס, אין כל זיקה בין התשלום לבין שירות כלשהו הניתן למשלם המס. ניתן אפוא לומר שכאשר הרשות מספקת שירותים על-סמך הכנסות ממיסים, היא פועלת במתכונת ציבורית מובהקת. בצד האחר ניצבת החלופה של גביית תשלום בעבור שירותים במתכונת של מכירה וקנייה. כאשר הרשות פועלת במתכונת זו, היא פועלת במתכונת פרטית מובהקת. בתווך קיימת האפשרות של גביית אגרה. כאשר הרשות גובה אגרה, קיימת זיקה מסוימת בין התשלום לבין הספקת השירות, אך היחס ביניהם אינו ישיר. מבחינה זו, פעילות המבוססת על גביית אגרה מייצגת התרחקות מסוימת מן המצב הציבורי המובהק, אך ללא הפרטה מלאה שלה.

62 ראו, למשל, בג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210 (2004) (להלן: עניין פארק רעננה). בעקבות המחאה שעוררה גביית דמי הכניסה לפארקים, הוסדר הנושא בחקיקה בתיקון לפקודת העיריות [נוסח חדש]. החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 109), התשס"ז-2007, ס"ח 124, הוסיף על האמור בס' 249(8) לפקודה הוראה שלפיה "...לא ייגבו דמי כניסה לאותם מקומות, בחוק עזר או בכל דרך אחרת, לרבות באמצעות הטלת אגרה, מס, היטל או תשלום כלשהו (בפסקה זו – דמי כניסה) ואולם רשאי השר להתיר לעירייה לגבות דמי כניסה למקומות כאמור במקרים חריגים, ולפי כללים שקבע באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת".

היבטים מסחריים גם למרחב הציבורי. למשל, כאשר רשויות גובות תשלום בעבור פרסומים על-גבי שלטי-חוצות, הן מבצעות למעשה הפרטה של המרחב הציבורי. כתוצאה מכך עיצובו של המרחב הציבורי נקבע, בין היתר, על-פי משאלותיהם והעדפותיהם של גורמים שיכולים לשלם בעבור פרסום ברשות הרבים. בדומה לכך, כאשר מתאפשרת הצבתן של פרסומות וחסויות במוסדות חינוך כנגד תמורה כספית, מתרחשת הפרטה חלקית של המרחב הציבורי של בית-הספר, אשר קודם לכן היה חף ממעורבותו של מנגנון השוק.⁶³

10. מילוי תפקידים ציבוריים באמצעות המגזר השלישי

סוג נוסף של הפרטה הוא שיתוף-פעולה ממוסד בין השלטון לבין עמותות וקרנות מן המגזר השלישי (ארגונים של החברה האזרחית) לשם מילוי תפקידים שהשלטון היה אמור למלא בעצמו בתנאים של רווחה תקציבית גדולה יותר. כך, למשל, ניתנים שיעורי העשרה לתלמידים מאוכלוסיות מוחלשות באמצעות קרן קר"ב, בשיתוף-פעולה עם משרד החינוך אך לא במימונו. דוגמה נוספת היא היעזרותם של גורמי הרווחה בעמותות המסייעות לנזקקים. שיתוף-הפעולה בין הרשויות לבין גופים מן המגזר השלישי אינו צריך אומנם להיחשב בכל מקרה כהפרטה, אך הוא עולה כדי הפרטה כאשר הוא ממוסד ונהפך לחלק מן המערך הציבורי דה-פקטו.

ג. הגישה המסורתית להפרטה

נקודת-המוצא המסורתית לדיון בתופעת ההפרטה הייתה שזהו עניין של מדיניות, אשר המשפט צריך לצמצם את התערבותו בו. בהתאם לכך הצטמצם העיסוק המשפטי בתופעת ההפרטה ל"איים" של הגבלות,⁶⁴ להבדיל מתפיסה שיטתית של ההפרטה כתופעה המחייבת היערכות מחודשת של המשפט הציבורי. פרק זה יציג את האופן ה"רוזה" שבו נידונה תופעת ההפרטה במסגרת המשפט הציבורי המסורתי, על-מנת לחשוף את הטעון השלמה וחשיבה מחדש.

1. גבולות ההפרטה: הגבלות רופפות

ככלל, עמדתו המסורתית של המשפט הישראלי בסוגיה של גבולות ההפרטה (הן מהיבטו של המחוקק והן מהיבטו של השופט) הייתה שההחלטה אם להפריט פעילות מסוימת אינה מעוררת שאלות משפטיות. ההגבלות המעטות שהוחלו על החלטות הפרטה נבעו מזיהוין

63 להצעת חוק פרטית המכוונת לאסור פעילות מסוג זה ראו הצעת חוק איסור פעילות מסחרית בבתי ספר, התשס"ז-2007, ה"ח הכנסת 92.

64 מטפורה זו שאולה מפסק-דינו של השופט ברק בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 125 (1985).

של בעיות ספציפיות, כגון ניגוד עניינים או התגוננות מפני גורמים עוינים, כמפורט בהמשך.

(א) נקודת-מוצא של ניטרליות חוקתית

התפיסה כי בחירה בדרך של הפרטה היא עניין שבמדיניות גרידא השפיעה על בית-המשפט העליון לאמץ עמדה של ניטרליות חוקתית לגביה. השופט ברק חיווה את דעתו כי חוקי-היסוד של המדינה יכולים לדור בכפיפה אחת עם מחוקק קפיטליסטי או סוציאליסטי,⁶⁵ בכפוף לחריג המיוחד שעניינו איסור העברת הבעלות במקרקעי ישראל.⁶⁶ עמדה זו נראית סבירה ככל שהפרטה מתייחסת למכירת נכסים בעלי משמעות כלכלית גרידא על-ידי המדינה. אין ספק שלמכירתן של חברות ממשלתיות רבות לא הייתה כל משמעות חוקתית, והיא ביטאה מעבר בכיוון של כלכלה ריכוזית פחות. מעבר זה יכול לעורר תמיכה או מחלוקת, אך אלה יהיו מבוססות על השקפת-עולם כלכלית גרידא. לעומת זאת, כפי שיוסבר בהמשך, ככל שתופעת ההפרטה משנה את פניה וחודרת גם לעבר יצירת תחליפים לשירותים חברתיים מובהקים, התייחסות זו אל ההפרטה מחייבת בחינה מחודשת.⁶⁷

(ב) עקרון חוקיות המנהל

במקרים מסוימים נחשבה פעילות של הרשויות במתכונת עסקית כחורגת ממסגרת

65 בעבר חיווה השופט ברק את דעתו כי חוקי-יסוד: חופש העיסוק אינו מצדד במדיניות כלכלית מסוימת, ובכלל זה גם לא לגבי סוגיית ההפרטה. לדבריו, "בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי. מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן, חוקי היסוד אינם תכנית לפעולה מדינית קונקרטית. הלאמה והפרטה עשויים להתקיים במסגרתם. כלכלת שוק או ניהול מרוכז של הכלכלה עשויים למצוא בה מרחבי מחייה, ובלבד שהפעילות המשקית - הפוגעת בזכויות אדם - תקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה". בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997).

66 ראו לעיל ה"ש 35.

67 בעבר, כאשר תופעת ההפרטה הייתה מוגבלת יותר, סברתי אף אני כי בדרך-כלל המשפט החוקתי אינו אמור להטיל הגבלות על עצם ההחלטה להפריט, אלא להתמקד רק בשאלות שעניינן תוצאות ההפרטה. ראו: Daphne Barak-Erez, *Constitutional Limitations on Privatization in Israel*, ISRAELI REPORTS TO THE XV INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW 317 (1999); ברק-ארו "זכויות אדם בעידן של הפרטה", לעיל ה"ש 7. כפי שמוסבר בהמשך המאמר, הדפוסים החדשים של תופעת ההפרטה אינם מאפשרים עוד לדבוק בגישה שההפרטה אינה מעוררת שאלות משפטיות, אלא רק שאלות מתחום המדיניות הכלכלית.

סמכויותיהן, ולכן כמנוגדת לעקרון חוקיות המנהל. עם זאת, האפשרות להסתמך על עקרון חוקיות המנהל כאמצעי להגבלת ההפרטה תלויה מאוד בהגדרת סמכויותיהן של הרשויות בחקיקה הקיימת. התוצאה היא שרק במקרים חריגים יחסית נפסלו יוזמות הפרטה מטעם פורמלי זה. כך, למשל, נפסק שרשות השידור אינה יכולה למכור זמן שידור למפרסמים, מאחר שפעילות מסחרית זו חורגת מתחומי ההסמכה שלה על-פי חוק.⁶⁸ עם זאת, בדרך-כלל, פיתוח של פעילות מסחרית או מעין-מסחרית על-ידי גופים שלטוניים לא נחשב כמנוגד לחוק שמכוחו הם פועלים. בהקשר זה יש להזכיר שמשרדי הממשלה השונים אינם פועלים מכוח חוק המגדיר את תחומי הפעילות המדויקים של כל אחד מהם.⁶⁹ נוסף על כך אימץ בית-המשפט גישה מתירנית לגבי פיתוח של פעילות שוקית על-ידי רשויות מנהליות כאשר זו מיתוספת על פעילותן הרגילה – למשל, בהקשר של גביית תשלום בעבור כניסה לפארק ציבורי אשר נבנה כתוספת לגנים הציבוריים הרגילים הפועלים בתחומי העיר.⁷⁰ לעיתים החקיקה עצמה נותנת ביטוי לאפשרות של הספקת שירותים בתשלום, כמו בהקשר של אבטחת אירועים על-ידי המשטרה באמצעות קניית שירותי שיטור נוספים.⁷¹ במקרים

68 בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337 (1987).

69 כדברי השופט זוסמן בבג"ץ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2004 (1961): "המדינה לא הוקמה על-פי מסמך – חוק או תעודה – המקצה לה תפקידים מסויימים ואוסר עליה למלא אחרים. לגבי מעשיו של עובד מדינה פלוני עלולה להתעורר השאלה, אם היה מוסמך לעשות את אשר עשה או אם חרג ממסגרת סמכותו... עיסקה גם יכול שתהא חורגת מגדר כוחותיה של חברה, עירייה, או תאגיד אחר, אך לא מגדר כוחותיה של המדינה שאינם מוגדרים ומוגבלים."

70 דוגמה זו נידונה בעניין פארק רעננה, לעיל ה"ש 62. דוגמה נוספת ניתן להביא מן היוזמה לאפשר הנצחה נוספת בתשלום במסגרת "יד ושם". יוזמה זו אושרה כחוקית בפסיקה. ראו בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353 (1994). עם זאת, בסופו של דבר בוטלה ההנצחה בתשלום בשל תרעומת ציבורית. מעניין להשוות גישה מתירנית זו ביחס למכירת שירותים – דהיינו, ביחס להכנסותיהן של רשויות – לגישה הדוקנית מאוד שאומצה ביחס לפירושן של סמכויות הנוגעות בהוצאותיהן הכספיות של רשויות. ראו ע"א 9657/03 מגן דוד אדום בישראל נ' הממונה על השכר והסכמי עבודה במשרד האוצר, פ"ד נח(6) 794 (2004).

71 ראו ס' 102 לחוק המשטרה (דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים והוראות שונות) (תיקון), התשס"ו-2006, ס"ח 155, שהחליף את ס' 36 לפקודת המשטרה [נוסח חדש]. לפרשנותם של הסדרים אלה ראו בג"ץ 402/89 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מג(2) 179 (1989); בג"ץ 5009/97 חברת מולטימדיה בע"מ נ' משרתת ישראל, פ"ד נב(3) 679 (1998); בג"ץ 10148/06 מועדון הכדורגל א.ג. ביתר ירושלים (2001) בע"מ נ' משרתת ישראל – מחוז ירושלים (טרם פורסם, 13.12.2006). פסיקה זו מבוססת על כמה הבחנות: בין אירועים שנכפים על הפרט ואשר טופלו באופן מסורתי על-ידי המשטרה לבין אירועים שהפרט עצמו יוזם; בין אירועים "פרטיים" לבין פעילות

שבהם גביית התשלום הוסדרה בחקיקה, הסתפקה הפסיקה רק בהקפדה על כך שזו תיעשה בהתאם לתנאים שנקבעו בחקיקה המסמיכה.⁷² נוסף על כך, בהתאם לעקרון חוקיות המנהל נקבע כי הענקת זכויות בלעדיים על-ידי הרשויות תיעשה רק במקרים שבהם קיימת הסמכה חוקית לכך (בשל פגיעתם בחופש העיסוק).⁷³ תחילה הובעה בפסיקה הדעה שהענקת זכויות בלעדיות אינה מהווה בעיה כאשר היא נעשית תוך שמירה על שוויון הזדמנויות,⁷⁴ אך בהמשך נקבע כי גם בהקשר של מכרז אי-אפשר לתת זכויות בלעדיות ללא הסמכה בחוק.⁷⁵

(ג) הגבלות לגבי אצילה לגופים פרטיים

מקור נוסף להטלת הגבלות מסוימות על מסגרת ההפרטה היה החוקה נגד אצילת סמכויות שלטוניות שיש עימן שיקול-דעת לגורמים פרטיים. עמדה בסיסית זו נגד אצילה של סמכויות שיקול-דעתיות נבעה הן מחששות הקשורים להעדר כפיפותם של גורמים פרטיים לכללי המשמעת והאתיקה של השירות הציבורי והן מן החשש מפני מצבים של ניגוד עניינים (לנוכח הסיכון של הטיה בהפעלתן של סמכויות בהתאם לאינטרסים כלכליים או אחרים של הגורם הפרטי). עמדה זו הוצגה כבר בשלב מוקדם יחסית בעניין הנפלינג,⁷⁶ בנוגע להפעלת סמכויות אכיפה באמצעות מתנדבים, בכפוף לאפשרות לסטות מן הכלל בחקיקה מפורשת.⁷⁷ בהמשך היא אושרה שוב בכמה הזדמנויות נוספות, תוך הבחנה בין סמכויות שיקול-דעתיות, אשר אין לאצול אותן לגורמים פרטיים, לבין הסתייעות מותרת בגורמים אלה בעניינים טכניים-ביצועיים.⁷⁸

הכלל נגד אצילה לגורמים פרטיים יכול להיחשב באופן חלקי אף כעיקרון חוקתי, ולא רק כדוקטרינה מנהלית, בהתחשב בכך שחוק-יסוד: הממשלה קובע כי אצילת סמכויות

במישור הציבורי, דוגמת הפגנות; ובין אירועים שאינם למטרת רווח לבין אירועים נושאי רווח.

72 כך, למשל, בבג"ץ 8375/03 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' המועצה האזורית חוף הכרמל, פ"ד נח(2) 97 (2003), התבססה העתירה נגד גביית תשלום בכניסה לחוף ים על כך שהיא לא נעשתה בהתאם לתנאים הקבועים בס' 6(א) לחוק הסדרת מקומות רחצה, התשכ"ד-1964. עתירה זו לא נידונה לגופה, לאחר שנקבע כי הסמכות לדון בה מסורה לבית-המשפט לעניינים מנהליים.

73 ראו, למשל, בג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד יא 1490 (1957).

74 ראו בג"ץ 337/72 צור נ' ראש מדור הקניות של משטרת ישראל, פ"ד כז(1) 309 (1973).

75 ההלכה העדכנית בעניין זה נקבעה בבג"ץ 734/88 התאחדות בעלי המלאכה והתעשייה, אשקלון נ' עיריית אשקלון, פ"ד מג(3) 665 (1989).

76 בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו(2) 537 (1982).

77 בלשונו של השופט שמגר שכתב את פסק-הדין: "והוא, כמובן, כל עוד לא קבע המחוקק מפורשות אחרת." שם, בעמ' 541.

78 עניין פיליפוביץ, לעיל ה"ש 39; ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 833 (2005) (להלן: עניין בורוביץ).

של שר צריכה להיות, במקרה הרגיל, לעובד ציבור.⁷⁹ אולם יש לשים לב להיקף התחולה המצומצם של ההוראה החוקתית: ראשית, היא חלה רק על אצילת סמכויות שניתנו לשרים; שנית, היא כפופה לאפשרות של סטייה ממנה "אם כוונה אחרת משתמעת".⁸⁰

(ד) הגבלות לגבי העברת זכויות לגורמים זרים

הגבלות אחרות ביחס להחלטות הפרטה נובעות מן החשש מפני העברת הבעלות בנכסים בעלי משמעות לאומית (דוגמת מערכת החשמל או תעשיות חשובות) לידי גורמים שעלולים להתגלות כעוינים. חשש זה רלוונטי הן ביחס למכירה הראשונית של הנכסים והן ביחס למכירתם בשלב מאוחר יותר על-ידי הבעלים הפרטי לידי צדדים שלישיים. שלב המכירה הראשונית קל יותר לשליטה מאחר שהרשויות יכולות להתנות אותה בתנאים מסוימים שחייבים להתקיים אצל הרוכש (דוגמת אזרחות). השליטה בהעברות מאוחרות של הנכסים בהמשך היא קשה יותר, משום שבשלב זה הבעלות כבר אינה בידי הרשויות. לצורך כך פותחו מנגנונים שעניינם הגבלות ביחס להעברת נכסים שיש בהם אינטרס לאומי לידי צדדים שלישיים, גם בשלב שבו הבעלות בנכסים היא כבר פרטית. מנגנונים אלה הם "מניית זהב", שמקנה למדינה (או לרשות מרשויותיה) זכות וטו ביחס לעסקות עתידיות,⁸¹ או חקיקה הקובעת תנאים להעברת בעלות במניותיה של החברה המופרטת. בחקיקה קיימות דוגמות הן לתנאים המתבטאים בדרישה פרוצדורלית לאישור של הרשויות לצורך העברת הבעלות במניות והן לתנאים שעניינם דרישות מהותיות לגבי זהותו של רוכש המניות (דוגמת תנאים של אזרחות או תושבות).⁸² הסדר כללי יותר לגבי השליטה בתאגידים

79 ס' 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח 158.

80 ס' 33(ה) לחוק יסוד: הממשלה.

81 ראו מיכל אגמון "מניית זהב" והפרטה" הפרקליט מא 138 (1993). במנגנון זה נעשה שימוש בהפרטת כימיקלים לישראל בע"מ (ס' 6.20 לתשקיף החברה).

82 פרק 2 לחוק החברות הממשלתיות (שהוסף בו מכוח תיקון שנכלל בחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), תשס"ג-2003, ס"ח 386), מאפשר להכריז בצו כי למדינה יש אינטרסים חיוניים בחברה שעוברת הפרטה, ולקבוע בהקשר זה הגבלות שונות, לרבות בעניין העברת השליטה בחברה לצווים מכוח הסדר זה, הכוללים הגבלות לגבי העברת הבעלות בחברות, ראו צו החברות הממשלתיות (הכרזה על אינטרסים חיוניים למדינה בעשות אשקלון תעשיות בע"מ), תשס"ה-2005, ק"ת 848; צו החברות הממשלתיות (הכרזה על אינטרסים חיוניים למדינה בחברת בית הזיקוק לנפט - אשדוד בע"מ), התשס"ו-2006, ק"ת 968; צו החברות הממשלתיות (הכרזה על אינטרסים חיוניים למדינה בחברת בתי זיקוק לנפט בע"מ), תשס"ז-2007, ק"ת 510.

נוסף על כך קיימים הסדרים בתחום זה בחוקים ספציפיים. לפי ס' 74 לחוק התקשורת, ראש הממשלה ושר התקשורת רשאים לקבוע בצו כי שירות בוק המפורט בו הוא שירות חיוני, ובהמשך לכך לקבוע הגבלות שונות לגבי הבעלות בו. ראו צו הבוק (קביעת שירות חיוני שנותנת "בוק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ), התשנ"ז-1997. נוסף על כך, חוק

בטחוניים נחקק בחוק מיוחד.⁸³ הבעיה של רכישת מקרקעין על-ידי גורמים עוינים אינה נדרשת לחקיקה, לעת עתה, הודות לעיקרון של איסור העברת הבעלות במקרקעי ישראל ליד גורמים פרטיים.⁸⁴

2. הליך הפרטה: שוויון הזדמנויות והגינות

(א) שוויון הזדמנויות וחובת המכרז

העיסוק המסורתי בתופעת הפרטה, מנקודת-מבטו של המשפט הציבורי, התמקד בשאלות של שוויון הזדמנויות. בהקשר זה, השאלה העיקרית שנידונה הייתה כיצד המשפט (על-פי-רוב במישור המשפט המנהלי) מבטיח כי ההזדמנויות החדשות שנפתחו בעידן הפרטה יוקצו באופן מיטבי – הן מן ההיבט של הזכות לשוויון והן מן ההיבט של מקסום התועלת הכלכלית של הפרטה (למשל, באמצעות מכירה לקונה שיציע את המחיר הטוב ביותר בעבור נכס ממשלתי). הדיון בשאלה זו קיבל חיזוק לנוכח ההכרה בכך שהחלטות התקשרות בנושא של הפרטה יוצרות פיתוי משמעותי לקבלת החלטות משיקולים זרים ופסולים – החל במשוא פנים ביחס למקורבים וכלה בשחיתות המבוססת על קבלת טובות-הנאה.⁸⁵

התקשורת כוללת הגבלות שונות לגבי הבעלות בבעלי רישונות לפי החוק. ס' 2ח6, שעניינו רישיון לשידורי כבלים, קובע כי אחד התנאים לקבלת רישיון לשידורי כבלים הוא שמבקש הרישיון "הוא אזרח ישראלי ותושב ישראל, או הוא תאגיד הרשום בישראל, ולעניין רישיון כללי לשידורי כבלים, 26% לפחות מכל סוג של אמצעי השליטה בתאגיד כאמור מוחזקים בידי אזרח ישראלי ותושב ישראל". ס' 2כ6, שעניינו שידורי חדשות, קובע ביחס למפיק חדשות עצמאי כי "השליטה או אמצעי השליטה במבקש לא יוחזקו בידי מי שאינו אזרח ישראלי או תושב בה; אולם השר רשאי לקבוע שיעור של אמצעי שליטה מסוג כלשהו שרשאי להחזיק בהם מי שאינו אזרח ישראלי או תושב בה, ובלבד ששיעור זה לא יעלה על שליש מאמצעי השליטה מאותו סוג". ס' 6מז קובע, כאחד התנאים לעניין הרישיון לשידורי לוויין, כי בעל הרישיון יהיה "אזרח ישראלי או תושב ישראל, או אם הוא תאגיד רשום בישראל – אמצעי השליטה בו, במישרין או בעקיפין, בשיעור שקבע השר בתקנות כאמור בסעיף 6מח(ג), מוחזקים בידי אזרח ישראלי או תושב ישראל". בעבר נידונו שאלות פרשניות בנוגע למשמעותה של דרישת השליטה בחברות בתחום השידור בע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97 (2001) (להלן: עניין חדשות ישראל). ס' 76 לחוק תאגידי מים וביוב כולל הסדר מפורט פחות, שרק מכפיף את העברת השליטה בתאגיד שהחוק מסדיר לאישור מנהלי.

83 חוק התאגידיים הביטחוניים (הגנה על אינטרסים ביטחוניים), התשס"ו-2006, ס"ח 174.

84 לסוגיה של מכירת מקרקעין לזרים השוו: Joshua Weisman, *Restrictions on the Acquisition of Land by Aliens*, 28 Am. J. Comp. L. 39 (1980).

85 ראו, למשל: SUSAN ROSE-ACKERMAN, *CORRUPTION AND GOVERNMENT – CAUSES, CONSEQUENCES AND REFORM* 35–38 (1999).

העיקרון הבסיסי שנקבע בפסיקתו של בית-המשפט העליון בתחום זה הוא שכל הקצאה של נכסי ציבור צריכה להיות מבוססת על הזדמנויות שוות. על-כן, ככלל, שום התקשרות אינה יכולה להיעשות ללא תחרות, בין באמצעות מכרז פתוח ובין בדרך אחרת.⁸⁶ עיקרון זה זכה בחיזוק ובעיגון סטטוטורי עם חקיקתו של חוק חובת המכרזים בשנת 1992.⁸⁷ באופן כללי, החובה לקיים שוויון הזדמנויות בהליכי הפרטה, לעיתים אף באמצעות פרסומו של מכרז, זכתה בהתייחסות נרחבת בחקיקה ובפסיקה, יותר מכל היבט אחר של הנושא, כפי שמדגים הדיון בהמשך.

1. הקמת חברות לצורך פעילות בעלת אופי עסקי – השאלה של שוויון הזדמנויות אינה מתעוררת בדרך-כלל במצבים שבהם הרשות בוחרת להקים חברה ולפעול באמצעותה, משום ששיתוף-הפעולה של הרשות עם חברה זו נחשב להעדפה לגיטימית.⁸⁸ לעומת זאת, היא מתעוררת ברוב המצבים האחרים שזוהו כמופעים של הפרטה, כפי שיפורט להלן.

2. מכירה של חברות בבעלות ציבורית – הליך מכירתן של מניות בחברות הנשלטות על-ידי רשויות כפוף, באופן עקרוני, לחובת השוויון הכללית. חובה זו חלה חרף

86 ראו בעיקר בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (1992); בג"ץ 6176/93 אליקים 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מח(2) 158 (1994). השופט ברק הניח את היסודות להכרה בעיקרון של שוויון הזדמנויות כבר בכמה פסקי-דין קודמים, אך באותה עת הייתה עמדה זו שנויה במחלוקת פסיקתית. ראו בעיקר בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729 (1980); בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980).

87 חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, ס"ח 114 (להלן: חוק חובת המכרזים).

88 מטעם זה, ההתקשרויות בין הרשות לבין החברה שבשליטתה פטורות, במקרה הרגיל, מחובת מכרז. כך, למשל, לפי תק' 3(5) לתקנות חובת מכרזים, התשנ"ג-1993, ק"ת 826 (להלן: תקנות חובת המכרזים), התקשרות של הממשלה עם חברה ממשלתית פטורה מחובת המכרז כאשר "החברה הממשלתית מהווה על פי מסמכי היסוד שלה ועל פי החלטת הממשלה שהקימה אותה, זרוע לביצוע מטלות ישירות ומוגדרות של הממשלה וההתקשרות נעשית לשם ביצוע מטלות אלה; או – החברה מבצעת מטלה או שירות שהוטלו עליה לפי דין, או מספקת שירות או מצרך חיוניים לציבור, וההתקשרות נעשית לשם ביצוע מטלה או שירות אלה" (ובהתקיים התנאים הנוספים המפורטים בתקנה זו).

עם זאת, במקרים שבהם התנאים לפטור מחובת מכרז אינם מתקיימים, יהיה אפשר לתקוף את ההחלטה להתקשר ללא מכרז. ראו, למשל, בג"ץ 5012/97 מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה בע"מ נ' משרד הבריאות, פ"ד נב(1) 49 (1998). במקרה זה הוגשה העתירה נגד הספקת שירותי הבריאות בבתי-הספר באמצעות העמותה "האגודה למען שירותי בריאות הציבור" מבלי שנערך מכרז. משרד הבריאות טען כי הוא אינו חייב לקיים מכרז, משום שהעמותה פועלת כידו הארוכה – 65% מתקציבה בא מתקציב המדינה, בוועד המנהל שלה מכהנים עובדים של המשרד בהווה ובעבר, והיא מעסיקה עובדים במערכת הבריאות. אף-על-פי-כן התקבלה העתירה, משום שלא התקיימו התנאים לפטור ממכרז.

הספק לגבי חלוקתה של חובת מכרז פורמלית עליו. חוק חובת המכרזים חל על עסקות ב"טובין", ב"מקרקעין" וב"שירותים". על-כן, לכאורה, ניתן לטעון כי הוא אינו חל על מכירת מניות, שהן בגדר "זכויות".⁸⁹ יתר על כן, לפי תקנות חובת המכרזים שהוצאו מכוח החוק, כל העסקות הנוגעות באשראי, בהון מניות, בהשקעות כספיים ובשירותי בנקאות פטורות ממכרז.⁹⁰ פטור זה אינו ספציפי לעסקות של מכירת מניות בחברות ממשלתיות, אך הוא רלוונטי בהחלט גם ביחס אליהן. מכל מקום, הלכה למעשה, רשות החברות הממשלתיות מטפלת בהפרטות באמצעות הליך תחרותי המתקיים בין רוכשים פוטנציאליים של חבילת מניות או באמצעות הנפקה לציבור, והיא אף חייבת לעשות כן – אם לא מכוח חקיקה, אזי מכוח העקרונות שנקבעו בפסיקה.

3. תמורות במדיניות ההחכרה של מקרקעי ישראל – בכל הנוגע לעסקות במקרקעי ישראל, עסק הדיון המשפטי הן בהחלטה של חובת השוויון הכללית שהוכרה בפסיקה והן בתחולתו של חוק חובת המכרזים. למעשה, הפסיקה שהחילה את חובת השוויון על התקשרויות חוזיות של רשויות, גם בהעדר חובת מכרז פורמלית, התפתחה בהקשר של הקצאות מקרקעין על-ידי המנהל.⁹¹ לאחר שנקבעו התקדימים המרכזיים בתחום זה, נכנס לתוקף חוק חובת המכרזים, אשר אף מוסיף עליהם באמצעות קבלת העיקרון הבסיסי של חובת מכרז. עם זאת, בפועל, התקנות שהותקנו מכוחו פוטרות סוגי עסקות רבים של מנהל מקרעי ישראל מן החובה לקיים מכרז פתוח.⁹²

השאלה של שוויון הזדמנויות בבחירת החוכרים עולה גם כאשר ההתקשרות של המנהל נעשית באמצעות גורם מתווך, דוגמת אגודה שיתופית או תאגיד אחר שנוטל על עצמו את התפקיד של בחירת המתיישבים על הקרקע. בעניין קעדאן⁹³ נקבע כי מנהל מקרקעי ישראל מנוע מלשתף פעולה עם תאגיד אשר מנהיג מדיניות מפלה בבחירת החוכרים.⁹⁴

חשוב להוסיף כי על-פי פסיקתו החדשה של בית-המשפט העליון, משמעותה של החובה לקיים שוויון בניהול מקרקעי ישראל אינה רק החובה לקיים שוויון בין פרטים,

89 לפי ס' 3 לחוק הפרטות, התשמ"א-1981, ס"ח 302, "טובין" הם "נכסים מוחשיים".

90 תק' 3(14) לתקנות חובת המכרזים פוטרת מחובת מכרז כל "התקשרות בעיסקה שעניינה מתן אשראי או קבלתו, השקעת כספים, קבלת שירותים בנקאיים, מכירה או רכישה של ניירות ערך, או פעולות אחרות בשוק ההון; ובלבד שהחשב הכללי או מי שהוא הסמיך אישר זאת". ראו לעיל ה"ש 86.

91 ראו תק' 25 לתקנות חובת המכרזים. יש לציין כי על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון, פטורים אלה נחשבים רשות, ולא חובה. ראו ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749 (1995).

92 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

94 ניתן להוסיף כי בכל הנוגע לבחירת המתיישבים במסגרת הרחבות המושבים נפסק כי עמדתה של האגודה השיתופית לגבי המועמדים היא בגדר המלצה בלבד. ראו ע"א 3962/97 בארותיים, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' ארד, פ"ד נב(4) 614 (1998).

שבה מתמקדים דיני המכרזים ואיסור ההפליה המסורתית, אלא גם החובה לקיים צדק חלוקתי, אשר מדגישה את הפן של שוויון קבוצתי ומתמקדת בשאלת נגישותם של משאבי הקרקע שהופקדו בידי המנהל לקבוצות שונות בחברה הישראלית. ההכרה בעקרון הצדק החלוקתי באה לידי ביטוי בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בעתירתה של הקשת הדמוקרטית המזרחית⁹⁵ נגד ההחלטות לאפשר פיתוח מואץ של הקרקעות החקלאיות לצורכי מגורים ומסחר.⁹⁶ עתירה זו קשורה במישרין לנושא ההפרטה, מאחר שהמשמעות המעשית של שינוי ייעודן של הקרקעות החקלאיות הייתה הפרטה דה-פקטו שלהן באמצעות חכירה לתקופות ארוכות ומעבר לשימושי קרקע שהיו כרוכים בהשקעות פרטיות בתשתיות.

4. ביצוע פעילות שלטונית באמצעות קבלנים פרטיים (מיקור-חוזן) – החובה להקפיד על שוויון הזדמנויות בין מתקשרים ואף לקיים מכרז פורמלי באה לידי ביטוי ברור בהקשר של התקשרות עם קבלנים חיצוניים לצורך ביצוע מטלות ספציפיות. בעיקרו של דבר, מסירת עבודות לביצועם של גורמים חיצוניים נידונה בפסיקה כעניין שההכרעה בו מעוררת שאלות של יעילות כלכלית בלבד.⁹⁷

5. הקמת תשתיות ציבוריות באמצעות יזמים פרטיים – כל הדרישות המחייבות לגבי שוויון ופרסום מכרזים חלות אף ביתר שאת ביחס להתקשרויות המורכבות ובעלות המשמעות הכספית הנרחבת בתחום של הקמת תשתיות. בהתאם לכך, גם בקשר לפרויקטים מסוג BOT הרשויות נוהגות לפרסם מכרזים.⁹⁸ עם זאת, ראוי לציין כי דיני המכרזים הציבוריים טרם עברו תהליך מלא של התאמה לאופיין המורכב של ההתקשרויות במתכונת זו. כך, למשל, טרם הובהר באיזו מידה, אם בכלל, יש מקום

95 עתירתה של הקשת הדמוקרטית המזרחית התמקדה בטענה שההחלטות בנושא שינוי הייעוד של הקרקע החקלאית חילקו את פירותיהם של משאבים ציבוריים לפלה קטן יחסית של החברה, ובכך תרמו להרחבת הפערים החברתיים. לעתירה זו התלוו עתירות נוספות שהוגשו על-ידי קבוצות וגופים נוספים, דוגמת החברה להגנת הטבע.

96 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002) (להלן: עניין שיח חדש). על-פי פסק-הדין, החלטותיה של מועצת מקרקעי ישראל בנושא זה היו פגומות מאחר שהן לא התחשבו בעקרון הצדק החלוקתי, ובאופן ספציפי יותר – בהשפעה שלהן על חלקים שונים של האוכלוסייה בישראל. החלטות אלה היטיבו בצורה לא-פרופורציונלית עם קבוצות מסוימות (החוכרים הנוכחיים) על-חשבון קבוצות אחרות והאינטרס הציבורי בכללותו (שעל-פיו היה ראוי לשמור את מקורות המקרקעין לעתיד, ולהימנע משימוש-יתר במקורות נדירים אלה). ראו עוד ברק-ארוז, לעיל ה"ש 11.

97 בהתאם, נפסק כי רשות יכולה לחזור בה מהחלטה למסור עבודה לביצוע חיצוני כאשר העבודה יכולה להיעשות במחיר נמוך יותר במסגרת המנהל הציבורי עצמו. ראו בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כח(2) 449 (1974).

98 להתדיינויות שעניינן מכרזים בנושא של הקמת תשתיות לפי המודל של BOT או מודל דומה, ראו ע"א 5161/99 מירום (ב"ש) נ' עיריית באר שבע (לא פורסם, 12.1.2000); עניין קל בנין, לעיל ה"ש 47.

- לדרגת גמישות גבוהה יותר במכרזים שמתאפיינים במורכבות טכנית גבוהה ובריבוי פרטים.⁹⁹
6. רישוי של פעילות פרטית בתחומים חדשים – החובה להקפיד על שוויון הזדמנויות חלה גם בהקשר של חלוקת רשיונות לפעילות בתחומים חדשים. חוק חובת המכרזים חל אומנם רק במצבים של התקשרות חוזית של רשויות, להבדיל מהענקת רשיונות, אולם הליכי הרישוי כפופים לעיקרון הפסיקטי של שוויון הזדמנויות (שיכול להיות מוגשם בדרך של מכרז או בדרך אחרת).¹⁰⁰ מעבר לכך, החקיקה הספציפית שחלה על הפעילות בתחומים החדשים כוללת במקרים רבים הוראות שעניינן עריכת מכרז.¹⁰¹
7. הפרטה על-דרך מחדל באמצעות פעילות שלטונית מצומצמת – הרחבת תחומיה של הפעילות הפרטית על רקע נסיגה ברמת הפעילות הממשלתית לא נידונה בדרך-כלל מן הזווית של שוויון הזדמנויות. כאשר הרשויות מותירות את המרחב לשוק החופשי, הן נמנעות מלבצע פעילות, ובהעדר פעילות אין לכאורה משמעות לחובה לנהוג בשוויון. אולם הצגה זו של הדברים אינה מדויקת. כך, למשל, במקרים רבים הפעילות הפרטית כביכול מתקיימת בתוך מתקנים ציבוריים (דוגמת חוגים של החינוך האפור המתקיימים בתוך מוסדות חינוך). במקרים מסוג זה על הרשויות להבטיח שוויון הזדמנויות בנגישותם של המתקנים הציבוריים ובהפעלתם. דוגמה להעדר התמודדות הולמת עם האתגר של שוויון הזדמנויות בהקשר של פעילות בתוך נכסים ציבוריים, ואף תוך שימוש בצידו ציבורי, ניתן להביא מ"קרנות מחקר" הפועלות בבתי-החולים הציבוריים. קרנות מחקר אלה, שיש להן אישיות משפטית מובחנת מזו של בית-החולים, עושות שימוש בצידו של בתי-החולים מבלי שנדרשו להתחרות על הזדמנות זו. מבחינה מעשית, פעילותן של קרנות המחקר מוגנת לעת עתה מפני תחרות באמצעות הוראות-המעבר של חוק חובת המכרזים, שפטרו התקשרויות קודמות מחובת ההזדמנות השווה.¹⁰²
8. הספקת שירותים בתשלום – הסוגיה של גביית תשלום בעבור שירותים אינה מעוררת שאלות מתחום דיני המכרזים. עם זאת, כמו כל פעילות אחרת של הרשויות, גביית התשלומים אמורה להיעשות על-פי כללים שוויוניים.¹⁰³

99 שאלה זו התעוררה, למשל, בכל הנוגע להיקפו של הליך ההבהרות במכרז מסוג זה. ראו עניין קל בנין, שם.

100 להבטחת שוויון באמצעות הגרלה של רשיונות ייבוא ראו בג"ץ 5871/92 מישראל בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד מז(1) 521 (1993).

101 ס' 38 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו קובע חובת מכרז. לעומת זאת, ס' 20 לחוק הבוק (תיקון מס' 25) מקנה שיקול-דעת בעניין זה. לפסיקה בנושא מכרזים בתחום התקשורת ראו, למשל, ע"מ 5678/01 שידורי עדן בע"מ נ' אפיק רום – הערוץ הישראלי החדש בע"מ, פ"ד נו(1) 917 (2001); עניין חדשות ישראל, לעיל ה"ש 82.

102 ס' 4 לחוק חובת המכרזים (תיקון מס' 3), התשנ"ג-1993, ס"ח 108. ראו בג"ץ 4721/94 קר שרותי רפואה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נא(1) 29 (1995).

103 בהקשר זה עשויות להתעורר שאלות שעניינן הבחנה בין שוויון פורמלי לשוויון מהותי. כך, למשל, בעניין פארק רעננה, לעיל ה"ש 62, התשלום בעבור הכניסה לפארק הציבורי החדש

9. מסחור של המרחב הציבורי – כאשר הרשות מקצה זכויות בתשלום במרחב הציבורי, הקצאה זו חייבת להיעשות על בסיס של שוויון הזדמנויות. בהתאם לכך, גם לפני חוק חובת המכרזים נפסק כי הבחירה במפרסמים בתשלום אמורה להיעשות על בסיס של תחרות.¹⁰⁴
10. מילוי תפקידים ציבוריים באמצעות המגזר השלישי – לכאורה, כאשר גורמים פרטיים תורמים משאבים המאפשרים לרשות למלא את תפקידיה, שאלת שוויון ההזדמנויות אינה מתעוררת, משום שלהענקה יש אופי של טובת-הנאה לרשות (להבדיל מתחרות על הזדמנויות עסקיות). עם זאת, ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם יותר מגורם אחד יבקש לשתף פעולה עם הרשות ולהתחרות על הזדמנות זו (למשל, מטעמים של יוקרה או מטעמים אידיאולוגיים).

(ב) הגינות בהליך המנהלי: תשתית עובדתית והאיסור של ניגוד עניינים

מעבר לחובה לקיים שוויון הזדמנויות בהפרטה (ולביטוייה הקונקרטיים בחקיקה המעגנת את חובות המכרז), ההחלטות בהליך ההפרטה כפופות לכל שאר הכללים המעצבים את ההליך המנהלי. מבין כללים אלה, הדגישה הפסיקה המסורתית את החובה לבסס החלטות על תשתית עובדתית ואת האיסור של ניגוד העניינים. כל החלטה מנהלית חייבת להיות מבוססת על תשתית עובדתית.¹⁰⁵ חובה זו רלוונטית במיוחד ביחס להחלטות הפרטה, אשר צריכות להיות מבוססות על בדיקת נתוני השוק, על כדאיות כלכלית וכולי. גם אם בית-המשפט מוגבל ביכולתו לבקר את תוכן ההחלטות בנושאים אלה, הוא יכול לאכוף על הרשות לקיים תהליך מסודר של בדיקה עובדתית לפני שהיא יוצאת לדרך עם יוזמות הפרטה.¹⁰⁶ הגבלות נוספות ביחס להליך ההפרטה נובעות מהאיסור של ניגוד עניינים, שהוא כללי-יסוד במשפט הציבורי.¹⁰⁷ איסור זה הופעל במלוא חומרתו בהקשר של מכרזים.¹⁰⁸ נוסף על כך הוא חל גם על החלטות אחרות שעניינן העברת עושר לגורמים פרטיים. כך, למשל, נקבע כי בעלי עניין בהחלטותיה של מועצת מקרקעי ישראל אינם יכולים להשתתף בתהליכי קבלת ההחלטות בה.¹⁰⁹

ברעננה נגבה רק ממי שאינם תושבי רעננה. בית-המשפט סבר שהחלטה זו סבירה.

104 בג"ץ 570/82 נעמה – פרסום בשילוט בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד (לו) 372 (1983).

105 ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994).

106 ראו, למשל, עניין אגד, לעיל ה"ש 51.

107 ראו בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566 (1980).

108 ראו, למשל, בג"ץ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה(2) 265 (1990). פסק-הדין עסק במכרו המחשוב של מערכת בתי-המשפט.

109 ראו בג"ץ 5575/94 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל, משרד הבינוי והשיכון, פ"ד מט(3) 133 (1995).

3. הפיקוח על גופים מופרטים

בסיומו של הליך ההפרטה מתעוררות שאלות משפטיות ביחס לטיבו של המשטר המשפטי שיחול על הפעילות המופרטת. הפסיקה עסקה בשאלה זו באמצעות פיתוח ההלכות הנוגעות בגופים דו-מהותיים, ואילו החקיקה התמודדה עימה באמצעות קביעת הסדרים רגולטיביים שחלים בתחומים כלכליים שונים שבהם מתקיימת פעילות פרטית.

(א) רגולציה פסיקתית: גופים דו-מהותיים

במחצית השנייה של שנות השמונים של המאה העשרים הכיר בית המשפט העליון בכך שגם גופים שהוקמו כתאגידיים לפי כללי המשפט הפרטי, ואשר אינם רשויות מנהליות, יכולים להיחשב כגופים ציבוריים שיחולו עליהם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי. גופים אלה הוגדרו כדו-מהותיים כדי לבטא את אופיים המשולב, שיש לו היבטים פרטיים והיבטים ציבוריים כאחד. בראשית דרכה התייחסה פסיקה זו בעיקר לחברות שהשליטה בהן היא ממשלתית, דוגמת חברת החשמל.¹¹⁰ עם זאת, הטעם להחלת המשפט הציבורי במקרים אלה לא היה עצם הבעלות הממשלתית, אלא שיקולים מהותיים שעניינם סוג הפעילות של החברה, מעמדה המונופוליסטי וכדומה.¹¹¹

ההלכות שהתפתחו בכל הנוגע לגופים דו-מהותיים רלוונטיות במיוחד לגבי פעילויות שעברו הפרטה, משום שבמקרים רבים פעילויות אלה הן בתחומים בעלי אופי ציבורי או משמעות ציבורית. בשל האופי הציבורי שהשתמר בהן, במישור המהותי, הן מועמדות לתחולתם של דיני הגופים הדו-מהותיים. עם זאת, קיים קושי בהפעלתן של הלכות אלה, משום שהפסיקה טרם הגדירה מהם תנאי הסף להכרה בגוף כדו-מהותי. כמו-כן, החובות המוחלות על גופים מסוג זה הן חובות בסיסיות בלבד, שעניינן עקרונות היסוד של המשפט הציבורי, להבדיל מ"פרטיו ודקדוקיו".¹¹²

(ב) רגולציה מנהלית מכוח חקיקה

הפיקוח השוטף על פעילותם של הגופים המופרטים, כמו-גם על פעילותם של גופים שהיו פרטיים מאז ומעולם, נעשה על-ידי רשויות מנהליות שהוסמכו לכך בחקיקה. במהלך שנות ההפרטה הוקמו בישראל גופים רגולטיביים נוספים, והמדינה המנהלית עברה בהדרגה

110 בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987) (להלן: עניין מיקרו דף).

111 ראו ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995). להרחבה ראו ברק-ארו "תאגידיים ציבוריים", לעיל ה"ש 7; ברק-ארו "זכויות אדם בעידן של הפרטה", לעיל ה"ש 7.

112 הבחנה זו בין עקרונות היסוד לבין פרטי הדין נטבעה בפסק-דינו של השופט ברק בעניין מיקרו דף, לעיל ה"ש 110, בעמ' 463.

למתכונת פעילות שבה לפיקוח יש תפקיד ראשון במעלה.¹¹³ כפי שהסביר השופט זמיר, "התפרקות המדינה מן התפקיד של ספק שירותים ומצרכים צריכה להיות מלווה בפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים על-ידי המשק הפרטי. השוק החופשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית... דווקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים".¹¹⁴ דוגמה לחקיקה רגולטיבית חדשה בתחום שיש בו ציפיות להפרטה ניתן להביא מן התחום של משק החשמל.¹¹⁵ ההפרטה של חברת החשמל עצמה, באמצעות מכירת מניותיה של הממשלה בה, אינה נראית עדיין באופק. עם זאת, החוק החדש מניח את הבסיס לתהליכי ההפרטה בתחום על-ידי הבחנה בין הרישוי לייצור חשמל לבין הרישוי בתחום של הולכת החשמל – הבחנה שפתחה את הדרך לפעילות של גורמי ייצור עצמאיים. הפרדה דומה בין הייצור להולכה אומצה בהפרטת משק הגז הטבעי.¹¹⁶

(ג) חקיקה לשם הגנה על אינטרסים לאומיים ובטחוניים

כאשר מתקיימת פעילות מופרטת בתחום חיוני לציבור, אין די בהגבלת זהותו של בעל הזכויות בה, אלא חשוב לשמר גם את כוחה של הרשות לתת הוראות מסוימות לגבי אופן ניהולה, ומכל מקום להבטיח את רציפות השירות.

הפעלתם של שירותים חיוניים, גם כאשר הם נמסרו למפעילים פרטיים, מובטחת בישראל הן במסגרת ההסדרים הכלליים לגבי שעת חירום והן באמצעות חקיקה ספציפית. ראשית, הממשלה יכולה להתקין תקנות לשעת חירום בנושאים שונים מכוחו של חוק-יסוד: הממשלה,¹¹⁷ ובכלל זה בכל הנוגע להפעלת שירותים חיוניים. מעבר לכך, במהלך השנים נחקקו דברי חקיקה שעניינם מתן שירותים חיוניים בשעת חירום (למשל, בתחום התקשורת ובתחום משק החשמל).¹¹⁸ בהמשך הוסף פרק מיוחד לחוק החברות הממשלתיות (פרק ח2) שעניינו "הגנה על אינטרסים חיוניים של המדינה",¹¹⁹

113 לתפקידי הפיקוח של הרשויות ראו יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005).

114 בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 650 (2001).

115 חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996, ס"ח 208 (להלן: חוק משק החשמל).

116 ראו בג"ץ Samedan Mediterranean Sea 5812/00 נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, פ"ד נה(4) 312 (2001). במקרה זה לא קיבל בית-המשפט העליון את עתירתה של יצרנית גז שביקשה להתיר לה לבנות מערכת הולכה. בהמשך לכך נחקק חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002, שאימץ עקרונות דומים.

117 ס' 39 לחוק-יסוד: הממשלה.

118 ס' 74-74 לחוק התקשורת; ס' 58 לחוק משק החשמל.

119 כפי שכבר צוין לעיל בה"ש 82, הסדר זה מאפשר הטלת הגבלות על העברת הבעלות בחברות מופרטות. עם זאת, הוא מאפשר להטיל על חברות בהפרטה גם סייגים ומגבלות אחרים שאינם נוגעים בשאלת הבעלות. כך, למשל, צו החברות הממשלתיות (הכרוז על אינטרס חיוני למדינה באל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ), תשס"ה-2005, ק"ת 158, קובע (בס' 3 לצו) כי "אל על

ונחקק חוק התאגידים הביטחוניים (הגנה על אינטרסים ביטחוניים), תשס"ו-2006.

חוק יבוא בשר ומוצריו, תשנ"ד-1994, הוא דוגמה מיוחדת לחקיקה שמטילה הגבלות על פעילות שעברה הפרטה. הצורך בחקיקתו של חוק זה, האוסר יבוא בשר לא-כשר לישראל, התעורר רק לאחר שהממשלה החליטה להפריט את יבוא הבשר לישראל, ולכן לא יכלה עוד להבטיח את כשרותו של הבשר המיובא באמצעות ההחלטות שקיבלה כיבואנית בלעדית.¹²⁰

ד. אתגר הפרטה

הדיון עד כה העלה כי התפתחות המציאות החדשה של הפרטה הביאה עימה גם הסדרים משפטיים שהטילו הגבלות מסוימות על יוזמות הפרטה. הוא גם המחיש כי העיסוק המשפטי בתופעת הפרטה לא ביטא חשיבה כוללת על הנושא, אלא רק טיפול נקודתי בסוגיות מסוימות. הנושאים שזכו במירב תשומת-הלב נגעו במערכת היחסים שבין הרשות המפריטה לבין המשתתפים בהליך הפרטה (וכן בהיבטים של זכויות העובדים בהקשר של דיני העבודה).¹²¹ לעומת זאת, לא התקיים כמעט דיון בהשלכותיו של הליך הפרטה על הציבור הרחב. היבט זה של הפרטה בא לידי ביטוי מסוים בהחלטה של החוקה נגד אצילת סמכויות שיש עימן שיקול-דעת לגורמים פרטיים ובתחולה העקרונית של ההלכה בדבר גופים דו-מהותיים על הגופים המופרטים. אולם נושאים אלה נותרו בשוליו של הדיון בתופעת הפרטה.

בהמשך לכך, מאמר זה מבקש להציג התייחסות כוללת יותר לשאלות-היסוד שיש להתמודד עימן במסגרת דיון שיטתי בנושא הפרטה. הדיון יסתייע בהבחנה שכבר הוזכרה בין שלושה מישורים שונים של הגבלות: ההגבלות החלות על יכולתן של הרשויות להפריט פעילויות מסוימות; ההגבלות החלות על הליך הפרטה (מבחינת תהליך קבלתן של החלטות שעניינן הפרטה); וההגבלות שחלות על פעילותם של הגורמים המופרטים לאחר השלמתו של הליך הפרטה.

חשוב להדגיש כי המסגרת המוצעת לדיון אינה אמורה לבוא במקום התייחסות ספציפית לכל יוזמת הפרטה באופן שיביא בחשבון את מאפייניה הייחודיים, דוגמת התחום המיועד להפרטה (אכיפה פלילית, חינוך, בריאות ועוד), המאפיינים המוסדיים של הפעילות עובר להפרטה (ריכוזיות במסגרת המדינה או מבוזרת לרשויות המקומיות) וכולי.

תעסיק, בכל עת, אנשי צוות אוויר ישראלים, ובישראל אנשי צוות קרקע ישראלים, שהם בעלי הכשרה ורישוי כנדרש להפעלת הנכסים החיוניים, והכל במספר שלא יפחת מהנדרש להפעלה רציפה ובו זמנית של כל הנכסים החיוניים בשעת חירום או צורך ביטחוני.

120 לשאלת חוקתיותן של הגבלות ביחס לייבוא בשר טרף ראו בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (1993); בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996).

121 ראו לעיל ה"ש 1.

1. גבולות ההפרטה: הגבלות חוקתיות וחוקתיות

כפי שצוין, ההנחה המסורתית של המשפט הציבורי הייתה שההחלטה בשאלה מה ניתן להפריט אמורה להיות פרי של השקפת-עולם חוץ-משפטית, ולא תולדה של אילוצים משפטיים. הנחה זו מחייבת עיון נוסף. אכן, כפי שצוין בפתח הדברים, אין ספק שהחלטות על הפרטה מבטאות מדיניות, וכי במקרה הרגיל אין להפקיע אותן מן התחום הפוליטי ולהעבירן אל הזירה המשפטית. אולם גם כאשר זו הנחת-היסוד, יש לבחון אם המוסכמה שלפיה שאלת ההפרטה היא שאלה של מדיניות בלבד נכונה תמיד או שמא גם לגישה זו יש מגבלות. האם ניתן להפריט את הצבא? האם ניתן להפריט את בתי-המשפט? האם ניתן (מבחינה משפטית) להפריט את האחריות הכללית לפעילות בשדה מסוים – למשל, להעביר את האחריות לניהול תחום הבריאות ולפיקוח עליו לידי תאגיד פרטי (שיחליף לעניין זה את משרד הבריאות)?

הדיון בהגבלות החוקתיות ביחס להפרטה מתבקש גם משום שלמרות הכסות הפורמלית של ניטרליות חוקתית, חקיקתם של חוקי-היסוד נתנה חיזוק עקיף לדרישה להפריט תחומי פעילות שנשלטו בעבר על-ידי רשויות מנהליות. מפעם לפעם מגיעות לבג"ץ עתירות שבמרכזן הדרישה להרשות לגופים פרטיים לפעול בתחומים שבהם קיים מונופול הנשלט על-ידי הרשויות.¹²² פסיקתה המסורתית של בית-המשפט העליון הקפידה עם הרשויות כאשר אלה העניקו זיכיון בלעדי לגורם פרטי אחד,¹²³ אך לא במצבים שבהם הן שמרו את המונופול בידיהן. בעקבות חקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, המאפשר ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה הפוגעים בחופש העיסוק, נפתח הפתח לביקורת גם על מונופולים המוחזקים בידי השלטון. קביעה שיפוטית כי המונופול השלטוני פוגע בחופש העיסוק באופן שאינו עומד בדרישותיה של פסקת ההגבלה מתפקדת כמנוף להפרטת הפעילות באותו תחום. תמורה זו אינה שלילית בהכרח, ויש תחומים שבהם היא צפויה לתרום לייעול ולחיסכון במשאבים.¹²⁴ עם זאת, היא מלמדת כי בניגוד לסברה המקובלת, לחוקי-היסוד

122 ראו בג"ץ 7428/01 איגוד לשכות המסחר בישראל נ' שרת התעשייה והמסחר (טרם פורסם, 9.6.2005) (להלן: עניין איגוד לשכות המסחר) (עתירה לאפשר גם למעבדות פרטיות לבדוק את התאמתם של טובין מיובאים לתקן הישראלי, ולא רק למכון התקנים); בג"ץ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין נ' המועצה המקומית אעבלין (טרם פורסם, 12.12.2006) (להלן: עניין שותפות המגדלים אעבלין) (עתירה לאפשר את הפעלתו של בית-המטבחים שברשות מקומית על-ידי גורם פרטי, ולא על-ידי המועצה).

123 ראו לעיל ה"ש 75.

124 מעניין להשוות בהקשר זה בין שתי הדוגמות שהובאו לעיל בה"ש 122. בעניין איגוד לשכות המסחר נדחתה העתירה לאפשר עריכתן של בדיקות התאמה לתקן הישראלי באמצעות מעבדות פרטיות. בית-המשפט הסביר כי הפרטתה של הבדיקה עלולה להעמיד את המעבדות הפרטיות במצב של ניגוד עניינים, ואף לגרום לתחרות במתכונת של "מירוץ לתחתית" (לנוכח העובדה שהיבואנים צפויים להעדיף את המעבדות המחמירות פחות). לעומת זאת, בעניין שותפות המגדלים אעבלין נדחתה עמדתה של הרשות המקומית שלפיה הבטחתם של תנאים תברואתיים בבית-מטבחים חייבת להיעשות על-דרך הפעלתו באמצעות הרשות

יש משמעויות לא-ניטרליות ביחס לסוגיית ההפרטה. דווקא על רקע זה מתבקש לבחון אם חוקי-היסוד כוללים גם הגבלות פוטנציאליות ביחס ליוזמות הפרטה. כבסיס לדיון בשאלה של גבולות ההפרטה יש לזכור כי על-מנת לבצע הפרטה של פעילות המעוגנת בחוק (למשל, שירות הכליאה, המופעל על-ידי שירות בתי-הסוהר) נדרשת פעילות חקיקתית של הכנסת, ועובדה זו כשלעצמה מהווה הגבלה אפקטיבית של גבולות השינוי, מאחר שניתן לצפות להסתייגות ציבורית מהפרטה מקיפה. אולם תשובה זו אינה מספקת מכמה בחינות. ראשית, מתעוררת השאלה מה יהיה הדין בנסיבות שבהן שינויים מסוג זה יתקבלו על דעתה של הכנסת (כפי שאכן קרה בתחומים מסוימים, כגון הפרטת בתי-הסוהר, שיצאה לדרך מכוח חקיקה ספציפית). שנית, מתעוררת השאלה מה הדין ביחס לפעילות שמלכתחילה לא הוסדרה בחקיקה (דוגמת פעילות המתנ"סים) ולכן הפרטתה אינה נדרשת כביכול לחקיקה. חשוב כמובן להבחין בין שתי שאלות אלה. הראשונה מביניהן היא שאלה מתחום המשפט החוקתי, ואילו השנייה היא שאלה מתחום המשפט המנהלי.

(א) גבולות ההפרטה במשפט החוקתי: המישור המוסדי ומישור הזכויות

השאלה של גבולות ההפרטה במשפט החוקתי מתעוררת בשני מישורים. במישור המוסדי השאלה היא אם קיימות פעולות שאינן ניתנות להפרטה כלל, בהיותן חלק בלתי-נפרד ממהותה של המדינה. במישור הזכויות השאלה היא אילו הפרטות פוגעות בזכויות-יסוד באופן שאינו עומד במבחנים חוקתיים. עם זאת, כפי שיובהר בהמשך, למרות ההכרה בחשיבותו של הדיון החוקתי בגבולות ההפרטה, יש להגביל את היקפו. השיח החוקתי אינו אמור להחליף את השיח הציבורי. על-כן עקרונות חוקתיים צריכים לשמש אמצעי להגבלת ההפרטה רק במקרים קיצוניים יחסית.

1. המישור המוסדי – קביעת גבולותיה של ההפרטה מן ההיבט המוסדי היא משימה קשה, ככל שהכוונה לקביעתן של הגבלות משפטיות (ולא לגיבושה של תיאוריה פוליטית שתשמש בסיס לוויכוח בזירה הציבורית). ראשית, אין הסכמה לגבי הגדרת הגרעין המינימלי לפעילותה של כל מדינה. מגוון הדעות בתחום זה הוא רחב – החל בתפיסה של מדינת "שומר הלילה", המספקת בעיקר ביטחון אישי, מצד אחד,¹²⁵ וכלה בתפיסה עשירה של מדינת-רווחה מפותחת, מן הצד האחר, כאשר בתוכם קיימות גישות רבות נוספות. יש המייחדים למדינה את הפעלתו של הכוח האלים; יש המייחדים לה פעולות שיש בהן סממנים של ריבונות; ויש המייחדים לה את התפקיד של הספקת טובין ציבוריים. הקושי לגבש עמדה משפטית בנושא נובע גם מן האופן השונה שבו נתפסת המשימה המופרטת. בתחום החינוך, למשל, המצדדים בהפרטה סבורים כי השירות של לימוד והשכלה ניתן להספקה על-ידי גורמים פרטיים, בכפוף לפיקוח מדינתי.¹²⁶

המקומית. נפסק כי ניתן להשיג מטרה זו גם באמצעות פיקוח תברואתי מטעם הרשות על הפעילות הפרטית. ההשוואה בין המקרים מלמדת כי בית-המשפט נוטה לקבל את הגישה התומכת במתן רשיונות לפעילות פרטית כל עוד הפיקוח עליהן נותר בידי השלטון.

125 ראו: ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1992).

126 מילטון פרידמן, שדגל בהחלת העקרונות של שוק חופשי גם בתחום החינוך, הציע מתווה

לעומת זאת, המתנגדים להפרטה מצביעים על כך שהיעדים של חינוך אזרחי דמוקרטי ושוויוני עלולים להישחק ולהיעלם אם שירותי החינוך יסופקו על-ידי גורמים פרטיים (אף אם הם יהיו נתונים בפיקוח).¹²⁷ שנית, לא ברור כלל עד כמה תועיל הגדרה של תחום הפעילות שאינו ניתן להפרטה: לנוכח חילוקי-הדעות בנושא, הגדרה זו צפויה להיות צרה למדי.¹²⁸

ניתן להדגים את השאלה של גבולות ההפרטה במישור המוסדי באמצעות העתירה שהוגשה נגד היוזמה להקמת בית-סוהר בניהול פרטי בישראל.¹²⁹ העתירה העלתה את הטענה העקרונית כי ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה מורה כי "הממשלה היא הרשות המבצעת", וכי משמעותה של הוראה זו היא שהממשלה חייבת לפעול בעצמה בהפעלת ה"גרעין" של סמכויות הביצוע. לשיטתם של העותרים, גרעין זה כולל את תחום הכליאה, הקשור לאכיפתו של המשפט הפלילי, שהינו מסמני הריבונות

פעולה להנהגת חינוך פרטי כדלקמן: "ממשלות יכולות לדרוש רמת לימוד מינימלית שתמומן על ידי שוברים אם יוצא הסכום על שירותי חינוך 'מאושרים'. ההורים יהיו אז חופשיים להוציא סכום זה, וכל סכום נוסף שהם יתנו בעצמם, לשם השגת שירותי חינוך מידי מוסד 'מאושר' על פי בחירתם. חברות פרטיות הפועלות לשם רווח או מוסדות שלא למטרת רווח יוכלו לתת את שירותי החינוך. תפקיד הממשל יצטמצם, והוא רק ידאג לכך שבתי הספר יענו על כמה תקני מינימום כמו הכללתו של חומר לימוד משותף מינימלי בתכניות הלימוד שלהם – בדיוק כשם שהוא מפקח היום על מסעדות כדי להבטיח שהן עומדות בתקני מינימום של תברואה." ראו מילטון פרידמן קפיטליזם וחירות 85 (מזל כהן מתרגמת, התשס"ב).

127 הגשמת המטרות האזרחיות-הדמוקרטיות של החינוך תלויה באופן שבו בתי-הספר מנוהלים, ובכלל זה באופן שבו מוגשמת בהם אינטגרציה (לא רק בפן הפורמלי של קבלת תלמידים לבית-הספר, אלא גם במישור הניהול השוטף – למשל, באופן שבו נעשית החלוקה לכיתות ולקבוצות-לימוד). ראו איימי גוטמן חינוך דמוקרטי 83-84 (אמיר צוקרמן מתרגם, 2002). לפי גישה זו, החינוך הוא יעד חברתי בפני עצמו, ולכן התערבות המדינה אינה יכולה להצטמצם למניעה של נזקים או הונאה לגבי איכות השירות המסופק, כמו בדוגמה של פיקוח על מסעדות, המובאת בדבריו של פרידמן. כפי שמסבירה גוטמן: "ההשוואה מרמזת על כך שאמות המידה החינוכיות המשותפות שלנו לא נועדו אלא למנוע מבתי הספר לגרום נזק פיזי לילדים או לטעון באופן כוזב שהם עוסקים בחינוך. אילו היה ענייננו הציבורי בפיקוח על בתי ספר מקביל לענייננו בפיקוח על מסעדות, כפי שפרידמן מציע, קשה היה להסביר מדוע עלינו לסבסד חינוך בית-ספרי לכל ילד. תנאי הכרחי להצדקת סבסוד ציבורי לבתי ספר – אך לא למסעדות – הוא העובדה שלאורחים יש עניין חשוב ומשותף בחינוך אזרחי העתיד." שם, בעמ' 83.

128 לשם השוואה, ניתן להצביע על כך שחילוקי-הדעות בנושא היקפן הראוי של הזכויות החברתיות הובילו לפרשנות מינימליסטית של הזכות לקיום בכבוד. ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (שרם פורסם, 12.12.2005).

129 בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם, המכללה האקדמית למשפטים נ' שר האוצר (תלויה ועומדת).

המסורתיים.¹³⁰ טענה זו מדגימה הן את הפוטנציאל הגלום בביקורת חוקתית מוסדית של חקיקת הפרטה והן את מגבלותיה. גם אם תתקבל הטענה העקרונית כי ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה אוסר על הממשלה להפריט חלק מסמכויותיה, וגם אם תתקבל טענה זו באופן ספציפי לגבי סמכויות כליאה, כולן או מקצתן, לא יהיה אפשר לטעון בהצלחה טענה דומה לגבי רוב הנושאים האחרים העומדים במרכזן של יוזמות הפרטה עכשוויות בתחומים כגון חינוך, בריאות ורווחה. יתר על כן, הגדרה צרה של תפקידי המדינה לצורך פרשנותו של ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה עלולה להשפיע בעקיפין באופן שלילי על ההניעה (מוטיווציה) של המדינה לפעול בתחומים שמחוץ לגרעין השלטוני.

בכל מקרה, מבחינת שלביה של הביקורת החוקתית, גם אם תתקבל העמדה שלפיה יוזמת הפרטה מסוימת היא בתחומו של הגרעין הביצועי, וכי גרעין זה אסור להפרטה לפי חוק-יסוד: הממשלה, יהיה צריך עדיין להתמודד עם השאלה אם ניתן לחרוג מן הנורמה החוקתית תוך עמידה בדרישותיה של פסקת ההגבלה השיפוטית (כלומר, בכפוף לבדיקה שהחריגה היא על-פי חוק, לתכלית ראויה, הולמת את ערכיה של מדינת-ישראל ואינה בלתי-מידתית).¹³¹ בהקשר זה נודעת חשיבות להיקפה של ההפרטה שמדובר בה. אין דומה הפרטה של שירותים מסוימים המסופקים לבית-כלא, או אף לצבא, להפרטה מקיפה של האחריות בתחומי פעילות אלה.¹³²

- 130 לשם השוואה, ניתן להצביע על כך שהפסיקה נקטה עמדה חשדנית לגבי האפשרות להסמיך אנשים שאינם עובדי ציבור כחוקרים פליליים. בעניין בורוביץ, לעיל ה"ש 78, הוסבר (אם כי לא במישור החוקתי) כי "משום אופייה המיוחד של הפונקציה החקירתית, שהפעלתה כורכת חשש לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט, מן הראוי להפקידה בידי עובדי ציבור". שם, בעמ' 833. כמו-כן ניתן ללמוד מן הפסיקה על אימוץ מדיניות של צמצום ההיוקקות לעורכי-דין פרטיים לצורך הגשת כתבי-אישום פליליים (אם גם מבלי שפרקטיקה זו נשללה לחלוטין). ראו בג"ץ 8340/99 גורלי כוחן ושות' – משרד עורכי-דין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79 (2001) (במקרה זה התייחס בית-המשפט למדיניות המצמצמת כאל מדיניות "ראויה"). עם זאת, בית-המשפט העליון לא פסל את האפשרות של הסמכת עורך-דין מהמגזר הפרטי כ"תובע" לצורך ס' 12(א)(1)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43. ראו עניין חיפה כימיקלים, לעיל ה"ש 40. דוגמה מטרידה להעברה דה-פקטו של סמכויות אכיפה לגורמים פרטיים ניתן למצוא בתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974. לפי תק' 5(ה), מעביד המעסיק עובד זר "יהיה אחראי ליציאתו... עם תום עבודתו אצלו". הלכה למעשה, קביעתה של חובה זו עלולה אף להוביל לתופעות של הפעלת כוח על עובדים זרים. ראו, למשל, ע"פ 2480/04 ליביו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 21.4.2005). עם זאת, גם בהעדר אכיפה בדרכים פסולות, מתעוררת השאלה העקרונית אם ניתן לשתף את מעבידיהם של העובדים הזרים באכיפת יציאתם מן הארץ עם תום תקופת עבודתם בישראל.
- 131 להפעלתה של פסקת הגבלה שיפוטית ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(3) 793 (2003).
- 132 ההפרטה הנרחבת יחסית של פעילות על-ידי צבא ארצות-הברית הייתה נושא לביקורת לאחר

דוגמה נוספת לשאלה החוקתית המוסדית ניתן להביא מן התחום של סמכויות שפיטה. בדומה לחוק-יסוד: הממשלה, גם חוק-יסוד: השפיטה אינו מתייחס במפורש לסוגיית ההפרטה. יתר על כן, חוק-יסוד: השפיטה קובע שסמכויות שפיטה יופעלו על-ידי בתי-משפט וטריבונלים שייקבעו בחוק.¹³³ לכאורה, קביעה זו אינה מנוגדת לאפשרות שהחקיקה תכיר בהסדר של בית-משפט מופרט. גם כאן נראה שההכרעה צריכה להיות מבוססת על תפיסה עקרונית באשר למהותו של הליך השפיטה, שצריך להיות חף מתמריצים כלכליים. הקפדה על הליך כזה אינה עולה בקנה אחד עם שיפוט על-ידי אדם שיש לו אינטרס בכך שהרשויות ימשיכו להעביר אליו דיון בסכסוכים.¹³⁴

התחום של סמכויות חקיקה אינו מוסדר עדיין בחוק-יסוד המיוחד לכך (למרות הדיונים בהצעות רבות לחקיקתו של חוק-יסוד: החקיקה). כאשר זה יחקק, הוא צפוי לכלול הגבלות מוסדיות גם ביחס להפרטתן של סמכויות חקיקה, כגון הקביעה שהסמכות לחוקק חקיקת-משנה תופקד בידי של עובד ציבור.¹³⁵

2. מישור הזכויות – במישור ההגנה על זכויות חוקתיות יש לבחון אם יוזמות הפרטה צפויות לפגוע בזכויות-יסוד, ואם כן – אם פגיעה זו עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה.

השלכותיהן של יוזמות הפרטה על זכויות אדם צריכות להיבחן ביחס למכלול הרחב של זכויות-היסוד החוקתיות המוכרות כיום במשפט הישראלי – הן החירויות הקלאסיות והן הזכויות החברתיות. למשל, הפרטה של סמכויות אכיפה וענישה מהווה איום-בכוח על החירות והכבוד. טענות מסוג זה נטענו גם בהקשרה של העתירה נגד הקמתו של בית-סוהר מופרט. באופן ספציפי יותר, החשש הוא שהפעלת בית-סוהר על-ידי גורם פרטי, החותר להפקת רווחים, תפגע בהכרח בחירותם ובכבודם של אסירים באופן שאינו מידתי, בשל החתירה המתמדת למקסום הרווח של הזכין. לכאורה, ניתן לתת

שהגיעה אל אור הזרקורים במלחמת עירק, ראו, למשל: Martha Minow, *Outsourcing Power: How Privatizing Military Efforts Challenges Accountability, Professionalism, and Democracy*, 46 B. C. L. REV. 989 (2005).

133 ס' 1 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח 78.

134 מעניין כי אף לפי גישתו הקפיטליסטית של מילטון פרידמן, המצדדת במעורבות מינימלית של המדינה בחיי הכלכלה והחברה, אחד מתפקידיה המובהקים הוא הגדרתן של זכויות הקניין ופירושן. לדבריו, "ארגונה של הפעילות הכלכלית באמצעות חליפין חופשיים מבוסס על ההנחה שאנו דאגנו, באמצעות הממשל, לשמירה על חוק וסדר כדי למנוע מאדם אחד לכפות את רצונו על אחר; לאכיפת חוקים שנחתמו באופן חופשי; להגדרת משמעות זכויות הקניין, לפירושן ולאכיפתן; ולקביעתה של מסגרת מוניטרית". ראו פרידמן, לעיל ה"ש 126, בעמ' 28. לגישה המצדדת בהפרטה נרחבת יותר של המשפט – הן במישור השפיטה והן במישור החקיקה – ראו טליה פישר "הפרטת המשפט: כינונו של סדר משפטי פרטי" עיוני משפט (בחוברת זו).

135 כך, למשל, לפי ס' 11(ב) להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשס"א 556, 557: "חוק יכול שיסמך גם רשות או גוף שהוקמו בחוק, או נושא משרה או ממלא תפקיד בהם, להתקין תקנות לביצוע החוק או לענין אחר שנקבע בהסמכה."

מענה לחשש זה באמצעות הפעלת מנגנוני פיקוח משמעותיים מצד הרשויות על הפעלתו של בית-הסוהר המופרט (או כל פעילות מופרטת אחרת).¹³⁶ אולם ניתן גם לסבור כי יש סמכויות שעצם הפעלתן על-ידי גורמים פרטיים, אפילו תחת פיקוח, כרוכה בפגיעה לא-מידתית בזכויות (כך, למשל, קשה להעלות על הדעת פיקוח אפקטיבי על התנהלותו היומיומית של בית-הסוהר).¹³⁷ מענה אחר לבעיה יכול להיות מבוסס על יצירת תמריצים כלכליים להגנה על זכויות האסירים, אך גם הפעלתם של אלה אמורה להיות תלויה בפיקוח חיצוני על הפעילות השוטפת של בית-הסוהר, שאינו צפוי להיות הדוק מספיק.

הדוגמה של הפרטת השפיטה (במקרים שבהם הצדדים לא בחרו בעצמם בהליך של בוררות או גישור) מחייבת דיון בפגיעה בזכות-יסוד אחרת: זכות הגישה לערכאות. הפעלה של סמכויות שפיטה על-ידי גורמים פרטיים, אשר חשופים יותר להשפעות חיצוניות ונהנים מעצמאות פחותה, צריכה להיחשב לפגיעה בלתי-מידתית בזכות הגישה לערכאות.¹³⁸ טענה מסוג זה הועלתה בקשר למנגנונים של קביעת הפיצויים במסגרת יישומה של תוכנית ההתנתקות. בהקשר זה נטען כי קביעת שיעור הפיצויים על-ידי ועדות שיושבים בהן פקידים ממנהלת ההתנתקות (אשר בשל תפקידם נחשבים לבעלי עניין) מהווה פגיעה בלתי-חוקתית בזכות הגישה לערכאות.¹³⁹ בסופו של דבר לא זכתה שאלה זו בליבון מלא, לאחר שנפסק כי הכרעותיהן של ועדות הזכאות בעניין שיעור הפיצויים אינן שיפוטיות, משום שהן רק מיישמות קריטריונים

136 להדגשת הפן של פיקוח כתנאי לחוקתיות הפרטה ראו: Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367 (2003).

137 ראוי לאזכר בהקשר זה את כשלונן של הרשויות האמריקאיות לפקח על ניהולו של מתקן הכליאה אבו-גרייב בעירק, אשר הופעל באמצעות קבלן פרטי. ראו: Steven L. Schooner, *Contractor Atrocities at Abu Ghraib: Compromised Accountability in a Streamlined, Outsourced Government*, 16 STAN. L. & POL'Y REV. 549 (2005). להרחבה בנושא של כשלי פיקוח ראו בניש "מיקור חוץ", לעיל ה"ש 9. במקביל, אין להתעלם מכך שבעיית הפיקוח על תנאי הכליאה קיימת גם בהתייחס לבתי-סוהר ממשלתיים.

138 בהקשר זה קיים הבדל מכריע בין בוררות שהצדדים בוחרים בה לבין בוררות כפויה (או הליך משפטי מופרט אחר הנכפה על הצדדים). מעבר לכך, יש מקום לדיון פרטני במצבי-ביניים. למשל, יש הבדל בין בוררות כפויה לבין גישור כפוי (משום שהליך גישור אינו מאפשר כפיית הכרעה על הצדדים). לדיון בהצעות להנהיג חובות גישור ראו דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט (ועדה בראשות השופטת מיכל רובינשטיין, יולי 2006) (הוועדה המליצה על תוכנית נסיונית שבמסגרתה תוטל על בעלי-הדין חובת התייצבות בישיבה שתנוהל על-ידי מגשר, שבה יבחנו הצדדים את שאלת התאמתו של הסכסוך לגישור).

139 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 605 (2005) (להלן: עניין חוף עזה).

שנקבעו בטבלות סטטוטוריות.¹⁴⁰ אולם חשוב לציין כי בית-המשפט הפגין פתיחות לטענה כי הפעלת סמכויות שפיטה על-ידי גורמים בעלי אינטרס עשויה להיחשב בעייתית מבחינה חוקתית. במקביל יש לציין כי קיימת מסורת של מעורבות גורמים פרטיים בהליכי שפיטה בעניינים מסוימים (למשל, בהקשר של מינויים לוועדות ערר וטריבונלים מנהליים שונים).¹⁴¹

גם גביית תשלום בעבור שירותים שמספקות רשויות עלולה להוות חריגה מן הסטנדרט החוקתי המחייב לגבי היקף ההגנה על זכויות-יסוד. בפסק-דין בעל חשיבות עקרונית הבהיר בית-המשפט העליון כי התנייתו של רשיון הפגנה בסידורי אבטחה שונים שימומנו על-ידי מארגני ההפגנה מהווה פגיעה בזכות-היסוד לחופש הביטוי, אשר להגנה עליה יש גם היבטים פוזיטיביים.¹⁴² בדומה לכך, להפרטות בתחום השירותים החברתיים עלולה להיות השלכה על כיבודן של זכויות חברתיות. כך, למשל, יהיה צריך לבחון אם הפרטה של שירותים בתחום הבריאות או החינוך נעשית באופן שמבטיחה את נגישותם האוניוורסלית (ברמה המתחייבת מעקרון כבוד האדם). בהתאם לאמת-מידה זו, ברור כי לא כל הפרטה של שירות חברתי תהיה כרוכה בהפרה חוקתית (למשל, בנסיבות שבהן השירות מסופק על-ידי גורם פרטי אך במימונה של המדינה או בסבסוד מטעמה).

(ב) גבולות ההפרטה במשפט המנהלי: חקיקה והסדרים ראשוניים

הפסיקה המסורתית בתחום המשפט המנהלי נהגה לא לפסול יוזמות עסקיות של הרשויות כל עוד הן לא חרגו במפורש ממסגרת החוק. עמדה בסיסית זו הביאה לידי כך שהסוגיה של גבולות ההפרטה לא נידונה כשאלה משפטית גם במישור המנהלי. יואב דותן וברק מדינה מציעים לאמץ גישה שונה שלפיה כל פעילות של הפרטה תחייב חקיקה. הצורך לפנות לערוץ החקיקתי צפוי לתרום לקיומו של דיון ציבורי סביב יוזמות הפרטה, אגב הליך החקיקה בכנסת.¹⁴³

הדרישה לחקיקה ביחס להחלטות הפרטה מרכזיות מבוססת על הפסיקה המחייבת עיגונם של "הסדרים ראשוניים" בחקיקה,¹⁴⁴ ויישומה במקרים מתאימים אכן צפוי לתרום לדיון

140 שם, בעמ' 606-607.

141 ראו חוק בתי דין מינהלתיים, תשנ"ב-1992, ס"ח 90. להוראות שעניינן איסור ניגוד עניינים של חברים בבתי-הדין המנהליים ראו ס' 9-10 לחוק זה.

142 בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (טרם פורסם, 12.12.2006).

143 דותן ומדינה, לעיל ה"ש 8.

144 הדרישה לעיגונם של הסדרים ראשוניים בחקיקה התחזקה בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנים האחרונות. ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 27.2.2006). עם זאת, בחלק מן המקרים נותרה ההתייחסות לחשיבותם של הסדרים ראשוניים בגדר משפט רצוי בלבד. ראו, למשל, בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459 (1999); עניין שיח חדש, לעיל ה"ש 96.

הציבורי בנושא. עם זאת, היא אינה יכולה לספק מענה שלם לאתגרי ההפרטה. ראשית, היא אינה ישימה ביחס למקרים הרבים שבהם החקיקה הקיימת מאפשרת פעילות גם באמצעות גורמים פרטיים או תוך גביית תשלום, והמעבר להפרטה מתבטא רק בהפעלתם הלכה למעשה של הסדרים חקיקתיים "רדומים"¹⁴⁵. שנית, היא אינה נותנת מענה לקושי מרכזי שהתגלה בשנים האחרונות – ביסוסן של יוזמות הפרטה על הסדרים שנחקקו בכנסת, אך בהליך מהיר וללא דיון ציבורי מספיק.¹⁴⁶ כידוע, חרף ההכרה באפשרות של התערבות בחקיקה שלא עברה הליך ראוי, המקרים שבהם יעשה זאת בית המשפט אמורים להיות נדירים, אם בכלל.¹⁴⁷ שלישית, הדרישה לחקיקה נראית לא מעשית ביחס לשינויים המוצגים כ"ארגוניים" גרידא, כגון העברת האחריות לשירותי "טיפת חלב" מן המדינה לקופות החולים. מטעמים אלה הדרישה לבסס יוזמות הפרטה על חקיקה יכולה להיות חשובה בחלק מן המקרים, אך אינה יכולה לספק מענה שלם להתמודדות עם מלוא מורכבותה של תופעת ההפרטה.

2. הליך ההפרטה: שיתוף, דמוקרטיה וביקורת על תנאי העסקה

כאשר מדובר בפעילות שניתן להפריט באופן עקרוני, נודעת חשיבות עליונה לתהליך שבו מתקבלת ההחלטה על ביצוע ההפרטה. בהקשר זה יש לפתח כללי משפט שיחייבו כי החלטות על הפרטה יתקבלו בהליך פתוח שיבטיח קיום דיון ציבורי בנושא, תוך שיתוף רחב

145 למשל, בתחום השיטור. ראו לעיל ה"ש 71.

146 הדברים אמורים הן בחקיקה בנוגע לבית-סוהר בניהול פרטי (לעיל ה"ש 43) והן בחקיקה בנוגע לתוכנית ויסקונסין (לעיל ה"ש 42). מעניין שבתחום הכליאה כבר הייתה בפקודת בתי-הסוהר הוראה שהכירה לכאורה באפשרות להסמיך "אדם" שאינו סוהר (כלומר, אדם שאינו נמנה עם שירות בתי-הסוהר) לתפקיד סוהר בכיר. יוזמת ההפרטה לא התבססה על פרשנות רחבה של הוראה כללית זו, אלא על חקיקתו של תיקון מפורט לפקודת בתי-הסוהר. עם זאת, לחקיקה לא התלווה דיון ציבורי של ממש. על רקע זה נענה בית המשפט לבקשת המשיבים להשהות את הדיון בעתירה נגד החוק, על-מנת לאפשר את השלמתו של הדיון בחוק. ראו בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 31.8.2006). טענת המשיבים, כפי שנוסחה על-ידי בית המשפט, הייתה כי "ראוי לאפשר להליכי החקיקה שנפתחו בכנסת למצות עצמם, ובאמצעותם להגדיר את השיח הציבורי בעניין נושא העתירה". בית המשפט נענה לכך, והחליט כי "דין הבקשה להתקבל... בעוד שישה חודשים תימסר לנו הודעה משלימה... על פי תוכנה נחליט על אופן המשך הטיפול בעתירה". ניתן להביא דוגמות נוספות לשינויים שעוגנו בחקיקה ללא דיון ציבורי של ממש, כגון הפרטתו של בנק הדואר, המשמש בעיקר משקי-בית ועסקים קטנים, מכוח הוראות בחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004, ס"ח 70, 71.

147 ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

ומסירת המידע המשמש בסיס להחלטות לידי הציבור.¹⁴⁸ כמו־כן, נוסף על העיסוק המסורתי בשוויון ובהגינות בהתייחסות אל המתמודדים השונים על עסקת הפרטה, יש לבחון אם הליך קבלת ההחלטות התחשב בהשלכותיה של החלטת הפרטה על איכות השירותים הניתנים לציבור ועל התמורה שהרשות מקבלת במסגרת העסקה (במונחים מוחלטים, ולא רק בהשוואה להצעות אחרות שהיו לפניו).

(א) החובה לגבש מדיניות

על־מנת שהחלטות הפרטה יתקבלו באופן מושכל, יש להכיר בחובה המוטלת על רשויות לגבש מדיניות עקרונית בנושא של הפרטה לפני שהן מתקשרות בחווי הפרטה ספציפיים. ברגיל, לא מוטלת על רשויות מנהליות חובה לקבוע קריטריונים לפעילותן.¹⁴⁹ עם זאת, יש מצבים שביחס אליהם הוטלה חובה כזו – למשל, בהתייחס לחלוקה של תמיכות מנהליות¹⁵⁰ או להקצאתה של קרקע ציבורית.¹⁵¹ בשל ההיבטים החלוקתיים הברורים של החלטות הפרטה, יש להחיל עליהן את ההלכה המחייבת לבסס פעולה על קריטריונים. כך, למשל, הרשות תהיה חייבת לגבש מדיניות עקרונית בנושא של מסירת בתי־ספר לניהולם של גורמים פרטיים לפני שתאפשר כריתת חוזה בנוגע להפרטתו של בית־ספר מסוים באמצעות התקשרות עם רשת חינוך פרטית.¹⁵² הצורך בפיתוח זה של ההלכה עולה מן ההתדיינות בעניין ההחלטה למסור את ניהולו של בית־הספר התיכון הממלכתי היחיד בעיר שדרות לניהולה של רשת אמי"ת. מהיבטם של העותרים, החלטה זו הייתה קשה במיוחד מאחר שרשת החינוך שקיבלה לניהולה את בית־הספר ידועה כבעלת אופי דתי. בית־המשפט דחה את העתירה באופן קונטקסטואלי מאוד, תוך התייחסות להצהרות ששמע מפי המשיבים בדבר הכוונה לשמור על צביונו הממלכתי של בית־הספר. עם זאת, הוא ציין גם כי "יש לנהוג זהירות רבה כאשר רשות חינוך מקומית מתפרקת מסמכויותיה ומעבירה ניהול מוסד חינוכי

148 להצעות ברוח זו בכל הנוגע לתהליכי קבלת ההחלטות בנוגע למקרקעי ישראל, השוו ברק־ארז, לעיל ה"ש 11. החלטת העקרונות של שיתוף ושקיפות על הליכי הפרטה חייבת להיעשות תוך מודעות למגבלות של שיתוף הציבור בהליך המנהלי. פתיחת ההליך להשתתפות של קבוצות־אינטרסים מנוצלת באופן אפקטיבי יותר על־ידי שחקנים מנוסים ובעלי אמצעים, וכרוכה בעלויות. ראו, למשל, דפנה ברק־ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד 369, 405-412 (2000) (להלן: ברק־ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי"). אף־על־פי־כן, להתייחסות אל הפרטה כאל סוגיה "ניהולית" שאינה מעניינה של הציבור כלל יש השלכות חמורות אף יותר.

149 ראו, למשל, בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 74 (1997).

150 בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705 (1989).

151 בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 228 (2000).

152 החובה לגבש מדיניות אינה סותרת בהכרח את האפשרות לכלול במסגרת המדיניות יסוד של הדרגתיות וניסוי – למשל, באמצעות התחלה במסגרת מצומצמת וניסויית. אולם כאשר אלה פני הדברים, יש להגדיר את מטרותיו של השלב הראשון ואת ההליך שבו תיבחן השאלה אם הוא עלה יפה.

לידי עמותה... בענין זה מן הראוי שמשרד החינוך יגבש עמדה עקרונית באשר למדיניות המנחה את הרשויות לענין זה.¹⁵³ דברים אלה הוצגו בגדר ה"ראוי". ניתן לצעוד צעד נוסף קדימה ולהכיר בחובה משפטית לגבש מדיניות בנושאים של הפרטה לפני שזו יוצאת לדרך.¹⁵⁴ הדגשת החובה לגבש מדיניות בנושא של הפרטה נותנת ביטוי לכך שכל הפרטה היא שינוי של מצב קיים. שינוי של סטטוס-קוו קיים אינו בהכרח שלילי. עם זאת, הוא מחייב חשיבה ודיון. החובה לגבש מדיניות בנושא של הפרטה מחליפה את ההתמקדות בשאלת ה"מינימום" שהמדינה חייבת לספק בחובה להצדיק את השינוי (גם כאשר המדינה מוסיפה לספק את המינימום הנדרש ממנה).

(ב) שיתוף בהליך המנהלי

הציפייה לשיתוף הציבור בהחלטות שעניינן הפרטה מתיישבת עם המגמה הכללית של חיזוק המימד הדמוקרטי בהליך המנהלי.¹⁵⁵ על-מנת לשיתוף תהיה משמעות, יש להבטיח פרסום מוקדם של יוזמות הפרטה, לפני שהוחל בביצוען, כדי לאפשר הגשת תגובות והתנגדויות. לפי שעה, המשפט המנהלי אינו מכיר בחובה כללית לפרסם הצעות החלטה לשם קבלת תגובות. החובה לאפשר טיעון נגד החלטות שהרשות עומדת לקבל מוגבלת כיום להחלטות הנוגעות באנשים ספציפיים שעלולים להיפגע, וזאת במסגרת התפיסה הקלסית של כללי הצדק הטבעי. לעומת זאת, ההלכה המסורתית של בית-המשפט לא הכירה בזכות טיעון בהליכי התקנת תקנות או נגד החלטות "ריבוניות".¹⁵⁶ בנסיבות אלה הדרך להבטחת

153 בג"ץ 7947/05 יו"ר ועד ההורים של העיר שדרות נ' שרת החינוך התרבות והספורט (לא פורסם, 28.8.2005).

154 דוגמה נוספת שניתן להזכיר כאן היא קביעתו של בית-המשפט העליון (בהרכב שכלל את השופטים ביניש, ריבלין וגרוניס) כי יש להתוות כללים להשתתפותם של עובדי מדינה באירועים פרטיים של גורמים מסחריים. הלכה למעשה, ארגון של כנסים על-ידי גורמים מסחריים בנושאים הקשורים לשירות הציבורי מהווה, בחלק מן המקרים, הפרטה של תחום ההסברה או איסוף המידע. ראו בג"ץ 11529/05 אריאל נ' סגן בכיר לחשב הכללי משרד האוצר (טרם פורסם, 1.1.2006) (להלן: עניין אריאל). במקרה זה נידונה עתירה נגד השתתפותם של עובדי מדינה בכנס מחשוב שאורגן על-ידי חברות מסחריות. בין היתר הועלו טענות נגד אי-שיתופם של גורמים מסוימים בכנס. בנסיבות העניין סבר בית-המשפט כי אין מקום להתערבותו, אך הוסיף וקבע כי העתירה מעוררת שאלות עקרוניות חשובות. בהקשר זה הוסיפו השופטים: "מן הראוי כי ייקבעו הוראות מיוחדות בעניין זה, אשר ינחו עובדי מדינה כיצד לנהוג ויבטיחו שמירה על כללי מינהל תקין במעורבות מטעם המדינה."

155 ראו ברק-ארוז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי", לעיל ה"ש 148.

156 ראו בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493 (1958). לביקורת על גישה זו ראו רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאו, פ"ד מח(4) 70 (1994). לאישור ההלכה המסורתית, לעת עתה, ראו עניין חוף עזה, לעיל ה"ש 139, בעמ' 719. לביקורת על פסיקה זו ראו ברוך ברכה "זכות הטיעון: גם בהליכי התקנת תקנות? בעקבות בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל" מאזני משפט ו 423 (2007).

שיתוף הציבור בהליכי הפרטה יכולה להתבסס על החלופות הבאות: עדכון ההלכה הכללית של המשפט המנהלי כך שיתחייב פרסום מוקדם של החלטות מדיניות בעלות אופי עקרוני לשם קבלת תגובות, או גיבוש הנחיה עקרונית של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לפרסום מוקדם של יוזמות הפרטה. יהיה נכון גם לעדכן את ההלכה הספציפית שחלה בתחום של הליכי התקנת תקנות, ולדרוש הליך של פרסום הצעת תקנות לשם קבלת תגובות מן הציבור.¹⁵⁷ עם זאת, אין די בדרישה להכרה בעיקרון של שיתוף הציבור בהליכים פורמליים של התקנת תקנות. במיוחד בתחום של הפרטה, פרטים חשובים רבים נקבעים לא בחוק או בתקנות, אלא ברשיון שניתן לגורם הפרטי או בחוזה שנעשה עימו (ובמקרים שבהם התקיים מכרז – גם בתנאי המכרז שקדם להתקשרות בחוזה). לכן אי-אפשר להסתפק בהתייחסות לפרסום יזום של הצעת תקנות, אלא יש להקפיד גם על פרסום מוקדם של תנאי המכרז, החוזה והרשיון. גם תנאים אלה עשויים לכלול עניינים בעלי משמעות ציבורית (למשל, צפיפות המגורים בבית-סוהר מופרט). לעת עתה, המצב בתחום זה רחוק מלהשביע רצון. לא זו בלבד שאין פרסום אקטיבי של תנאי המכרזים באופן שמאפשר פיקוח ציבורי, הרשויות אף אינן נעדרות בקלות לבקשתם של גורמים לקבל עותקים של מסמכי מכרז ללא התשלום הנגבה ברגיל מן המשתתפים.¹⁵⁸

157 גם כיום, לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, "רצוי לתת פרסום מוקדם לטיטת תקנות הקובעת הסדר ראשוני ומקיף, שיש בו חידוש משמעותי או השפעה ממשית על ציבור ניכר". ראו "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100, 38 (התשס"ד).

158 דוגמה להתדיינות שנסבה על דרישה לעיון במסמכים של מכרז הפרטה ניתן להביא מן המקרה של המכרז להקמת בית-סוהר מופרט. כאשר פנתה האגודה לזכויות האזרח בבקשה לעיין במסמכי המכרז, היא נענתה כי יותר לה לעיין בחלק מן המסמכים, וגם זאת רק במשרדה של ועדת המכרזים ומבלי לקבל עותק. העתירה בנושא נדחתה על-ידי בית-המשפט לעניינים מנהליים, אם כי בצירוף המלצה לאפשר לעותרת לעיין על-דרך צילום בחלק מן המסמכים (בחלקים המתייחסים לזכויות אסירים, לטיפול באסיר ולשירותים לאסיר, להבדיל מן החלקים שמתייחסים לניהולו של בית-הסוהר). ראו עת"ם (מחוזי ת"א) 2898/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד האוצר (לא פורסם, 24.3.2005). על פסק-הדין הוגש ערעור, שהביא לידי סיום ההתדיינות ללא הכרעה עקרונית בנושא. ראו ע"ם 3637/05 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד האוצר (לא פורסם, 19.12.2005). בפסק-הדין הקצר שניתן בעניין זה הוסבר כי "בעקבות החלטתנו... נמסר למערערת חומר רב אם לא מרבית המסמכים, מתוך מסמכי המכרז, וכיום צומצמה המחלוקת ביחס למסמכים מסויימים בלבד שלא נמסרו, כאשר לטענת המשיבים מדובר בחומר אשר חוסה תחת הפטור הקבוע בסעיף 9 לחוק חופש המידע. לא ראינו להתערב לעת הזאת כדי להורות למשיבים למסור את החומר הנוסף. התוצאה המעשית של ההסכמה שהושגה במסגרת ערעור זה כי פסק הדין של בית המשפט לעניינים מנהליים אינו עומד עוד על כנו. אם תתעורר שאלה, אשר לטענת המערערת תצדיק פניה מחודשת לבית המשפט לעניינים מנהליים, היא תוכל לעשות כן וטענותיהם של הצדדים שמורות להם, אם יתקיים הליך חדש".

יש לציין כי כאשר יוזמת ההפרטה מבוססת על חוק, הליך החקיקה עצמו, כהליך פומבי, מגלם בחובו פוטנציאל לשיתוף הציבור (באמצעות הופעה לפני ועדות הכנסת, פעילות ציבורית או פעילות של שדולות). אולם, כפי שהוסבר, אי-אפשר לצפות לחקיקה חדשה ביחס לכל יוזמת הפרטה, ולכן נודעת חשיבות מרבית לעיצוב ההליך המנהלי באופן שיבטיח דיון גם בפעולות הפרטה שאינן מעוגנות בחקיקה. כמו-כן, גם במקרים שבהם תהיה חקיקה ראשית, אין לצפות שזו תעסוק בכל פרטיה של יוזמת ההפרטה, להבדיל מן "ההסדרים הראשוניים" לגביה. זאת, בשעה שדווקא הפרטים עשויים להיות מהותיים מאוד להבהרת משמעותו של המהלך והשפעתו הצפויה על זכויות אדם.

(ג) זכויות עיון וחופש מידע

לשם קידום הדמוקרטיזציה של הליך ההפרטה, אין די בכך שהציבור יוכל ליטול בו חלק באמצעות הגשת התנגדויות ותגובות. שיתוף במובנו המהותי חייב להיות מושתת על מידע. על-כן דמוקרטיזציה של הליך ההפרטה חייבת להיות מבוססת על שיתופו של הציבור המעוניין בפרטי ההתקשרות עם הגורם הפרטי – הן בתנאי ההתקשרות המיועדת והן בתנאי ההתקשרות כפי שנעשתה. הבאת פרטי ההתקשרות לידיעת הציבור חשובה הן לשם הערכה של שקילות התמורות בעסקה המעבירה נכסים ציבוריים או שירותים ציבוריים לידיים פרטיות, והן כדי לאפשר פיקוח על עמידתו של המתקשר הפרטי בסטנדרטים שנקבעו בהתקשרות לגבי השירותים שהוא נותן לציבור (באותם מקרים שבהם ההפרטה אינה כוללת רק מרכיב של מכירת נכסים). למשל, חשוב לדעת מהי איכות התזונה שמפעיל של כלא מופרט התחייב לספק. זהו נושא מתאים לדיון ציבורי, ואין ספק שהוא ראוי למעקב ציבורי.

העברת המידע לציבור ביחס להפרטות חייבת להיעשות הן באופן אקטיבי, דהיינו באמצעות פרסום יזום של הרשויות עצמן, והן באופן סביל (פסיבי), כלומר, כתגובה על פנייה בבקשה לאפשר עיון בתנאי מכרז או בתנאי התקשרות.

עד כה נטו הרשויות לא לחשוף לפני הציבור הרחב את פרטי ההתקשרות שלהן עם גורמים פרטיים – בעיקר כדי להגן על המידע העסקי של המתקשרים עימן, ולעיתים גם כדי לשמור על הסודיות מהיבטו של האינטרס הציבורי (למשל, בכל הנוגע למידע על-אודות מערך הביטחון בבית-סוהר מופרט).¹⁵⁹ לעמדה זו, שמעולם לא נוסחה באופן שיטתי, יש להתנגד ככל שהיא מוצגת כעמדה עקרונית (להבדיל ממצבים שבהם היא מתייחסת לאילוצים מיוחדים של סודיות). ברוב המקרים פרטי ההתקשרות עם הגורם הפרטי צריכים להיות פתוחים לעיונו של הציבור, על-מנת לאפשר דיון ופיקוח ציבוריים על הליך ההפרטה. ניתן אף לומר שהחזקה צריכה להיות לטובת הגילוי, ובאותם מקרים שבהם הרשות מעוניינת להימנע מלמסור את פרטי ההתקשרות עליה להציג טעמים מפורטים ביחס לבקשתה להסתיר מידע. למעשה, הנורמה של שקיפות מקובלת בעולם המסחרי ביחס לעסקות שיש לציבור הרחב עניין בהן, כגון בתחום של ניירות-ערך.¹⁶⁰ יש ללמוד מכך

159 נושאים אלה עלו במסגרת ההתדיינות בנושא, שפרטיה מובאים לעיל בה"ש 158.

160 חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, מחיל דרישות גילוי נרחבות ביחס לפרסום תשקיפים.

ולהחיל עקרונות של שקיפות גם על עסקות של הפרטה. עד כה טרם פורסמו לציבור באופן יזום חוזי הפרטה או מכרזי הפרטה. יתר על כן, ברוב המקרים הגיעו בקשות לגילוי תוכנם של חוזי הפרטה לכלל התדיינות שיפוטית.¹⁶¹ מצב זה אינו מניח את הדעת. על-מנת לשנותו, על בית-המשפט העליון לבטא מדיניות נחושה הן בגיבושן של החובות בדבר פרסום יזום והן בכל הנוגע ליישומם של דיני חופש המידע בתחום של הפרטה. בהקשר זה ראוי לציין, למשל, כי במקרה של הפרטת בית-הספר התיכון בשדרות טענו העותרים כי "נוסחו הסופי של ההסכם הובא לידיעתם רק בימים אלה".¹⁶²

(ד) ביקורת שיפוטית על שקילות התמורה וכדאיות העסקה

באופן עקרוני, בית-המשפט יכול לבקר לא רק את הליך קבלת ההחלטות שהוביל להתקשרות בחוזה הפרטה, אלא גם את סבירותה של ההתקשרות עצמה מבחינת שקילות התמורה שקיבלו הרשויות וכדאיותה הכלכלית של העסקה. כאשר ההתקשרות היא תחרותית, כמו במסגרת של מכרז, שקילות התמורה מובטחת – לפחות באופן חלקי – הודות לקיומה של תחרות. לעומת זאת, במקרים שבהם מתאפשרת התקשרות ללא תחרות, השאלות הנוגעות בשקילותה של התמורה מתעוררות במלוא חומרתן. הנורמה העיקרית שיכולה לשמש בסיס לביקורת על תוכן העסקה היא עילת הסבירות. מאחר ששקילותה של התמורה נקבעת על-סמך חוות-דעת מקצועיות, ולנוכח מתחם הסבירות הרחב שניתן לרשויות בתחומים של מקצועיות כלכלית, המדיניות השיפוטית הנוהגת בתחום זה צפויה להוביל להתערבות בעסקות בשל העדר שקילות ראויה או בשל כך שהעסקה אינה כדאית מבחינה אחרת רק במקרים יוצאי-דופן במיוחד.¹⁶³ בניגוד לכך, הבנת המשמעות המיוחדת של

161 ראו ע"א 6576/01 החברה לייזום מיסודה של סי.פי.אם. בע"מ נ' לירן, פ"ד נו(5) 817, 822 (2002) ("המידע שנתבקש על-ידי המשיב הוא מידע בעל אופי ציבורי מובהק. הלוא המדובר בתנאי התקשרות חוזית בין רשות ציבורית לבין גורם עסקי-פרטי ובפרטי התשלומים שהעביר הגורם העסקי לרשות מכוח החוזה. בחתימתה על חוזה כזה פועלת הרשות כשלוחתו של הציבור, ובהיעדר טעמים מיוחדים שבכוחם להצדיק מסקנה אחרת, זכאי הציבור – וזכאי כל יחיד מיחידיו – לדעת מה הם תנאי ההתקשרות וכיצד הללו מבוצעים"); בג"ץ 9474/00 גל נ' ראש-עיריית חיפה, פ"ד נט(3) 714, 720 (2004) ("כאשר המדובר בגוף פרטי שהתקשר עם רשות ציבורית לשם ביצוע פעילות בעלת אופי שלטוני, ובשאלת חשיפתם של מסמכים הנוגעים לפעילות זו, הרי שאין שוני עקרוני בין מערכת האיוונים המתחייבת מהוראות חוק חופש המידע לבין זו המתבקשת מתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים)").
כן ראו עת"ם (מחוזי ים) 353/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (טרם פורסם, 19.12.2006) (עתירה שנסבה על הדרישה לגלות את עיקרי התחייבויותיהן של זכייניות הטלוויזיה המסחרית. הרשות השנייה החליטה להיענות לבקשה זו, אך ההליך נמשך בשל התנגדותן של הזכייניות, אשר נדחתה בסופו של דבר על-ידי בית-המשפט).

162 ראו לעיל ה"ש 153.

163 כך, למשל, בבג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 10.5.2006) נדחתה עתירה שתקפה שני הסכמים: הסכם שעניינו הרשאה לחברת בתי

עסקות הפרטה גדולות צריכה להוביל לפתיחות רבה יותר להפעלתה של ביקורת שיפוטית ממשית גם בנושאים אלה.

**(ה) ביקורת שיפוטית על תנאי המכרז מבחינת השלכותיהם
הציבוריות והחברתיות**

להבדיל מן הדגש המסורתי של דיני המכרזים, שהתמקדו בהגינותם של תנאי המכרז מבחינת המשתתפים בו, בהקשר של הפרטה נודעת חשיבות רבה לבחינת השלכותיהם של תנאי המכרז על רמתם של השירותים שניתנים באמצעות גורמים פרטיים (כמו גם על תנאי ההעסקה של עובדיהם). למשל, הצבת רף נמוך ביחס לאיכותם ולהכשרתם של העובדים שיספקו את השירות צריכה להיחשב בעייתית, גם אם היא צפויה לתרום לחיסכון תקציבי. עד היום פסל בית המשפט העליון הצעות שהיו זולות באופן חסוד, בהגדרו אותן תכסיסניות או אף לא-רציניות.¹⁶⁴ חשוב להרחיב את תחומי הביקורת על תנאי המכרז כך שתתייחס גם לחשש שהצעות זולות יובילו להספקת שירותים לציבור באיכות ירודה (ובמקרים רבים גם לפגיעה בזכויותיהם של עובדי החברה שזכתה בהתקשרות).¹⁶⁵ הביקורת השיפוטית על תנאי המכרז תהיה כפופה, כמובן, להגבלות הרגילות הנובעות ממתחם הסבירות. עם זאת, ביקורת מוגבלת בהיקפה עדיפה על העדרה של ביקורת. חשוב להוסיף כי הדיון בעתירות הנוגעות בפן החברתי של תנאי המכרז הינו אפשרי כיום לנוכח המדיניות המרחיבה בכל הנוגע לזכות העמידה גם בתחום של דיני מכרזים.¹⁶⁶

זיקוק לנפט בע"מ (בו"ן) להשתמש במתקני הזיקוק לתקופה של חמישים שנים נוספות לאחר תום תקופת הזיכיון המנדטורי שמכוחו פעלה; והסכם נוסף שלפיו רכשה המדינה את מניותיה של החברה לישראל בבו"ן במחיר גבוה. כל השופטים מתחו ביקורת על התנהלותה של המדינה בקשר להסכמים אלה, אך בסופו של דבר נמנעו מלהתערב וכיבדו את מתחם הסבירות של הרשויות בהחלטות על עסקות כלכליות מעין אלה. בדומה לכך, בבג"ץ 6273/05 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 17.9.2006) נדחתה עתירה אחרת נגד מכירתן של מניות המדינה בבית זיקוק לנפט אשדוד בע"מ (בו"א). במקרה זה טענה התנועה לאיכות השלטון כי אין מקום להעניק לרוכש בעלות במקרקעין שבית-הזיקוק ומתקניו פועלים בהם, אלא רק זכות חכירה ארוכת-שנים, אשר תאפשר למדינה לקבל לידיה את המקרקעין אם ישונה ייעודם. פסק-הדין ציין כי האינטרס הציבורי שעליו הציב העותרים – אופן השימוש במשאב הקרקעי המוגבל לטובת הדורות הבאים – הוא חשוב, אך בסופו של דבר קבע כי החלטת הממשלה אינה "כה בלתי סבירה עד שתצדיק ביטולה על ידי בית המשפט". שם, בפס' 14.

164 ראו ע"מ 687/04 ינון – תכנון יעוץ ומחקר נ' רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל (טרם פורסם, 15.6.2006); ע"מ 5933/05 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, אגף רכש והתקשרויות (טרם פורסם, 3.8.2006).

165 ראו עוד אבישי בניש ורועי צרפתי "כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד ברכישת שירותים עתירי כוח אדם" מעשי משפט א 93 (2008).

166 ראו בעיקר ע"א 8416/99 אי.איי.אם אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי (1999) בע"מ

(7) עידוד התחרות

הדיון בהליך ההפרטה חייב לכלול – לרווחתו של ציבור האזרחים – גם התייחסות לייעוד של קיום תחרות במשק לאחר השלמת ההפרטה. לעיתים קביעתם של הסדרים המבטיחים תחרות עשויה להתחייב מן ההגנה החוקתית על חופש העיסוק.¹⁶⁷ אולם גם ללא קשר לכך ראוי שההגנה על התחרות בשוק המופרט תדגיש את החתירה לשירות איכותי במחיר הוגן למי שנזקקים לאותו שירות (ולאו רק את הפן הפורמלי של זכויות המתחרים בהליך ההפרטה). חלק מן ההיבטים של עידוד התחרות מוסדרים במסגרת החקיקה הספציפית החלה על הענף המופרט (דוגמת הוראות שעניינן הפרדת השליטה בתחומים שונים של הפעילות בענף, כגון ייצור והולכה),¹⁶⁸ ומכל מקום נתונים לתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים הכלליים.¹⁶⁹ אולם הסדרים אלה אינם ממצים את הפעולות הדרושות להבטחת האינטרס הציבורי בתחרות בהקשר של הפרטה.

הלכה למעשה, השיקול של עידוד תחרות בא לידי ביטוי בפסיקה שעסקה בסוגיות של הפרטה, אך לא תמיד באופן עקבי. כך, למשל, הוא השפיע על הפסיקה שהכירה בלגיטימיות של רגולציה מן הסוג של "הגנת ינוקא", כלומר, הענקת תנאים עדיפים לבעל רישיון חדש שצריך להיכנס לשוק ולהתחרות בגורמים קיימים.¹⁷⁰ לעומת זאת, פסקי-דין אחרים לא הגנו באופן מספק על התחרות בשוק המופרט בכך שדחו את תחולתו של עקרון

- נ' מפעל הפיס, פ"ד נד(3) 425 (2000) (להלן: עניין אי.איי.אם אלקטרוניקס). עם זאת יש להעיר כי עד כה נידונו בפסיקה בהקשר זה עתירות שהתייחסו להסרתן של הגבלות שהוטלו על זכות העמידה של גורמים בעלי אינטרס כלכלי ישיר בתוצאות המכרו.
- 167 במישור העקרוני יש מקום להבחנה בין הגנה על חופש העיסוק של כל אחד מן המתחרים בשוק לבין הגנה על התחרות החופשית לטובת הציבור הרחב. השוו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001). אולם בפועל, הפסיקה בתחום המשפט החוקתי פירשה את חופש העיסוק באופן רחב, שכולל הגנה גם על התחרות החופשית. לביקורת על פרשנות זו ראו אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג 229 (2000).
- 168 השוו לעיל ה"ש 116 והטקסט הנלווה אליה.
- 169 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128.
- 170 ראו בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661 (1995) (הגבלות ברשיון בזק כדי לאפשר פתיחתה של תחרות); בג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 705 (1999) (הגבלת יכולתה של אגד להשתתף במכרזים על קווי תחבורה שנפתחו לתחרות); בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423 (1999) (הגבלת יכולתן של חברות הכבלים להציע תבילות ערוצים בתקופה שבה החלו שידורי הלוויין, אשר הציעו שירות זה); בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451 (2000) (הגבלת אפשרותם של זכייני ערוץ 2 להשתתף במכרו שהתפרסם לגבי הערוץ המתחרה, ערוץ 10).

חופש העיסוק ביחס להפרטתם של "תפקידים שלטוניים"¹⁷¹. על-מנת להבטיח קיומה של תחרות (לרווחתו של הציבור), ראוי להרחיב את תחולתו של חופש העיסוק גם לתחומים אלה. השפעה אחרת של הממשלה על התחרות באה לידי ביטוי בקביעת תנאי-סף לרכישת מוצרים או שירותים בשווקים שבהם הממשלה היא גורם הרכש העיקרי או היחיד. בנסיבות אלה תנאי-הסף הממשלתיים מתפקדים בפועל כחסמים לעיסוק בתחום, ולכן נודעת חשיבות רבה לביקורת שיפוטית עליהם (מן הפרספקטיבה של חופש העיסוק).¹⁷²

עידוד התחרות עלול לעמוד במתח עם האינטרסים של הממשלה כבעלת נכסים המעוניינת בהפרטתם במחיר מרבי. ככל שמכירתם של נכסים ממשלתיים נעשית כשהיא מלווה בזכויות-יתר ובבלעדיות המוענקות לרוכש, כן התמורה שתקבל בגינם צפויה לעלות (אך במקביל ניתן לצפות לכך שהרוכש יספק לציבור שירותים במחיר גבוה מדי או באיכות לא-מספקת). דוגמה לכך ניתן להביא מהליך ההפרטה של חברת אל-על. החלטת הממשלה בנושא הצהירה על מדיניות של שמירת הבלעדיות של אל-על בנתיבים אוויריים שונים, באופן שתרם לאטרקטיביות שלה. העתירה נגד החלטה זו נדחתה על יסוד ההכרה בלגיטימיות של השמירה על יציבותה של אל-על לצורך הצלחתו של הליך ההפרטה.¹⁷³

171 ראו בג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד (מו) 543 (1992); בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ (1986) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808 (1995).

172 פסק-דין חשוב שהולך בכיוון זה הוא בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673 (1999). במקרה זה נידונו קריטריונים להכרה באבחונים של ליקויי למידה על-ידי משרד החינוך שהורו כי יוכר רק אבחון של פסיכולוג חינוכי מומחה. בית-המשפט קיבל את הטענה שקריטריונים אלה פגעו בחופש העיסוק, בהתחשב בכך ש"למדינה מונופול על ההעסקה או על השימוש בתוצרי העיסוק, והימנעותה מלהעסיק שוללת את אפשרות העיסוק". שם, בעמ' 682. לעומת זאת, בבג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נח(5) 890 (2004), נדחתה עתירתו של מאמן כלבים נגד הקריטריונים שנקבעו לסבסוד עלויות האילוף וההחזקה של כלבי-נחייה, אשר הגבילו את הסבסוד רק לכלבים שאומנו על-ידי מאמנים שרכשו את השכלתם בתחום זה בחוץ-לארץ. במקרה זה לא הוכרה הטענה של פגיעה בחופש העיסוק של העותר, על יסוד הקביעה כי "לא נפסל העותר מלעסוק במקצוע שבחר בו, אלא נמנע ממנו הסבסוד הציבורי" (שם, בעמ' 897), למרות שליטתה של המדינה בשוק הרלוונטי (בהתחשב בהעדפה הברורה לרכישת כלבי-נחייה במתכונת שתסבסד על-ידיה).

173 בג"ץ 10089/01 ארקיע קווי תעופה ישראלים בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נח(4) 207 (2004). השופט אור הסביר בעניין זה כך: "התכלית שעמדה ביסוד ההחלטה האחרונה – קידום הפרטתה של אל-על – הינה תכלית ראויה, בהתחשב באופיו של שוק התעופה הסדירה הישראלי ובצרכים התעופתיים המיוחדים של מדינת ישראל ככלל, וכפי שאלה התקיימו ביום קבלת ההחלטה האחרונה. מדינת ישראל נמצאת במצב גיאופוליטי ייחודי. עיקר קשריה הינם עם מדינות שאינן גובלות עימה, והיציאה היבשתית מישראל הינה בלתי אפשרית, או למצער קשה. התוצאה היא ששער הכניסה המרכזי לישראל הנו דרך האוויר. בעוד שבעתות

בהמשך, חרף האמור בהחלטה המקורית, התקבלה החלטה חדשה שפתחה חלק מנתיבי התעופה מישראל ואליה לתחרות. גם העתירה נגד ההחלטה החדשה (הפעם מטעמה של חברת אל-על) נדחתה, על יסוד הקביעה כי ההחלטה המקורית לא גילמה הבטחה, והייתה כפופה לעיקרון הכללי של שינוי מדיניות בהתאם לנסיבות המשתנות.¹⁷⁴ דוגמה זו מלמדת כי הטיפול בנושא של קביעת הסדרים תחרותיים כחלק מהליך ההפרטה טרם זכה בגיבוש. דרך אפשרית לשיפור המצב השורר בתחום זה יכולה להיות פיתוח חובה להכין חוות דעת בנושא השלכתה של ההפרטה המתוכננת על התחרות במשק, על-מנת שהנושא יזכה בהתייחסות מפורטת בכל החלטה שתתקבל. כמו-כן, מאחר שהחלטה על מכירתה של חברה שנהנתה מהיבטים (רבים או מסוימים) של בלעדיות כאשר הייתה בבעלות המדינה מעמידה את הממשלה במצב של ניגוד עניינים – בין שאיפתה למקסם את הרווח מן המכירה לבין האינטרס הציבורי בתחרות – ראוי להעניק את הסמכות לקביעת ההסדרים שיחולו על ההיבטים התחרותיים של ההפרטה לממונה על ההגבלים העסקיים, ולא לממשלה (על-דרך תיקון מתאים בחקיקה).¹⁷⁵

(ז) הפרטה על-דרך מחדל והקשיים המיוחדים שהיא מעוררת

המתכונת של הפרטה על-דרך מחדל, כלומר באמצעות סבילות מנהלית המותרת מקום לפעילות פרטית, מעוררת שאלות מיוחדות. קשה יותר לבקר חוסר פעילות מאשר לבקר פעילות. כך, למשל, בהתייחס לדוגמה של הפרטת בית-הספר בשדרות, ניתן לתהות מה היה קורה אילו החליטה הרשות על סגירתו של בית-הספר התיכון הממלכתי בעיר, בכפוף להתחייבות לאפשר לבני העיר ללמוד בבתי-ספר אחרים בסביבה, ובמקביל הייתה רשת חינוך פרטית יוזמת פתיחתו של בית-ספר תיכון חדש בעיר. התוצאה של פעולה בדרך זו הייתה דומה מאוד להעברה ישירה של בית-הספר התיכון לידיה של הרשת הפרטית. למרות הדמיון, במקרה זה לא היה ניתן לדבר על חובה לפרסם את פרטי ההתקשרות בין הרשות המקומית לבין הרשות הפרטית. מקרה קשה אף יותר הוא זה שבו הרשות נמנעת מהקמת בתי-ספר נוספים, מאחר שבפועל קיים היצע של בתי-ספר פרטיים. כדי להתמודד עם קשיים אלה יש לאפשר ביקורת שיפוטית גם על מצבים של סבילות מנהלית. למשל, יש לבחון אם הרשות בדקה אם צורכי החינוך של בני העיר אכן זוכים במענה במסגרות

שיגרה חלק גדול מהתעופה אל ישראל וממנה נעשה באמצעות שירותיהן של חברות זרות, הרי שבעתות חירום פוסקת כמעט לחלוטין התעופה האווירית הזרה אל ישראל וממנה... בנסיבות אלה אינטרס הציבור הינו בקיומה של חברת תעופה מסחרית גדולה ויציבה, שתחזיק בבעלותה מטוסים בכמות מספקת שתענה על כל צורכי המדינה. שם, בעמ' 217.

174 בג"ץ 900/06 אליעל נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' משרד התיירות (טרם פורסם, 22.8.2006).

175 למעשה, ניגוד העניינים הפוטנציאלי בין תפקידיה הציבוריים של הממשלה לבין שיקוליה כבעלת נכסים עשוי להתקיים גם ללא קשר להפרטה. עם זאת, ניתן לשער שניגוד עניינים זה יחריף במצבים של הפרטה, כאשר הממשלה מעוניינת למקסם את רווחיה ממכירת נכסים. ראוי להוסיף כי החשש לניצול לרעה של המונופול גובר כאשר הוא מופעל על-ידי גורם פרטי.

הפרטיות (למשל, בהתייחס לשאלה אם הן דתיות או חילוניות ואם אפיוניהן תואמים את צורכי האוכלוסייה ביישוב). במקרים אלה הסיכוי להתערבות שיפוטית יהיה גדול יותר אם יהיה אפשר להצביע על תקלה בהליך (כגון אי-בדיקה של צורכי היישוב). לעומת זאת, בכל הנוגע לשיקול-הדעת המנהלי עצמו, ניתן לצפות להכרה שיפוטית בכך שמתחם הסבירות של הרשות בהקשר זה הוא רחב.

3. הפיקוח על גופים מופרטים: חיזוקן של מתכונות הפיקוח

לשאלות שעניינן הפיקוח על הגופים המופרטים יש חשיבות עליונה, משום שהן נוגעות בהתנהלות המתמשכת של אותן פעילויות שעברו הפרטה. בהנחה שתחומים לא-מבוטלים של פעילות ציבורית אכן יופרטו בסופו של דבר, חרף המחלוקות בנושא, חיוני במיוחד לקיים דיון שיכלול התייחסות לתוצאות ארוכות-הטווח של ההפרטה.¹⁷⁶ עד כה התבססו ההגבלות שהוטלו על פעילותם של הגופים המופרטים, בעיקר על החלתן של חובות מתחום המשפט הציבורי על גופים שנחשבו לדו-מהותיים, וכן על רגולציה של הפעילות המופרטת (הן הרגולציה המיוחדת לאותו ענף והן ההסדרים הכלליים לגבי פעילות שיש בה אינטרס לאומי או בטחוני). חשוב לבחון את ההצעות לשיפור מתכונות פיקוח אלה.

באופן ספציפי יותר, יש לתת את הדעת לא רק לגיבושה של ההלכה הפסוקה בנושא של גופים דו-מהותיים, אלא גם לשכלולם של מנגנוני הרגולציה הנובעים מן החקיקה, מן המכרז ומן ההתקשרות החוזית עם המתקשר הפרטי. ראשית, חשוב שהן החקיקה המפריטה והן חוזה ההפרטה יגדירו באופן מדויק את חובותיהם של הגופים המופרטים כלפי מי שנוזקים לשירותיהם (לרבות בהתייחס להיקפה של החובה לספק את השירות באופן אוניוורסלי). הגדרות כאלה יחסכו במידה רבה התמודדות עם השאלות שנתרו עמומות בפסיקה.¹⁷⁷ שנית, בעוד שהפסיקה בנושא של גופים דו-מהותיים התמקדה בהגנה על חובותיהם של גופים אלה כלפי פרטים מסוימים, חשוב להסדיר את הליכי קבלת ההחלטות בגופים דו-מהותיים גם מן ההיבטים של שקיפות ושיתוף הציבור (כלומר, מן הבחינה הדמוקרטית, להבדיל מהגנה על יחידים מפני פגיעה בזכויותיהם).¹⁷⁸ כמובן, גם לאחר הטלת החובות הנוספות על הגופים המופרטים, תהיה פעילותם שונה מזו של גופים ציבוריים, לטוב ולרע, לנוכח מנגנוני התמריצים השונים שמשפיעים עליהם

176 לטיעון בזכות ההתמקדות בפיקוח על פעילותם של הגופים המופרטים בתחום הציבורי בהקשר האמריקאי, ראו: Martha Minow, *Partners, Not Rivals — Privatization and the Public Good* (2002).

177 לטיעון בזכות חיזוק הרגולציה של הגופים המופרטים גם בחקיקה ובחוזה ההפרטה, לצד החובות הנובעות מן הפסיקה, ראו פלג, לעיל ה"ש 7.

178 הכתיבה בארצות-הברית התמקדה במידה רבה בחששות לגבי תהליכי קבלת ההחלטות בגופים המופרטים. ראו, למשל: Jody Freeman, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* 331 (David Dyzenhaus ed., 1999).

והאטוס הארגוני השונה שלהם. לסיכום, מטרתו של חלק זה בדיון היא לבחון את תהליך ה"הצברה" של הגופים המופרטים, דהיינו את הכפפתם לנורמות ציבוריות ולפיקוח ציבורי, לצד תהליך ה"הפרטה" שעבר על המרחב הציבורי.¹⁷⁹

(א) רגולציה פסיקתית: הגדרת התחום של גופים דו-מהותיים

עקב-אכילס של ההלכה בנושא של גופים דו-מהותיים הוא העדר תפיסה ברורה לגבי גבולותיה, מעבר להכרה ההיולית בעיקרון שתחולת המשפט הציבורי אינה משתרעת רק על רשויות מנהליות בהתאם להגדרה המסורתית שלהן. ההלכה הבסיסית בנושא זה נקבעה אומנם כבר בשנות השמונים של המאה העשרים, בעניין מיקרו דף,¹⁸⁰ אך עד כה נמנע בית-המשפט העליון באופן עקבי מלהגדיר את תחומי תחולתה כמו-גם את המשמעות המדויקת של הפעלתה. באופן ספציפי יותר, הפסיקה נמנעה מלקבוע מהם השיקולים שמכוחם ראוי להחיל על גוף פרטי את עקרונות המשפט הציבורי. פסקי-הדין מציינים שיקולים שונים שצריכים להשפיע על הכרה בגוף כדו-מהותי, אך מבלי להבהיר את משקלם היחסי כמו-גם את חיוניותם בכל מקרה ומקרה. בעניין מיקרו דף עצמו מנה השופט ברק כמה שיקולים התומכים בהכרה בחברת החשמל כגוף דו-מהותי: חיוניותו של השירות שהיא מפעילה, אופייה המונופוליסטי והפקדתן של סמכויות סטטוטוריות בידיה. אולם מה הדין במקרים שבהם אין מתקיימים כל השיקולים הללו יחדיו? האם קיימים שיקולים נוספים שיש להידרש אליהם? בעניין קסטנבאום¹⁸¹ הסכימו כל השופטים כי יש להכיר בחברה קדישא כגוף דו-מהותי, אך ביססו מסקנה זו על שיקולים שונים. השופט אלון סבר כי השיקול המכריע לעניין זה הוא אופיו הציבורי של השירות המופעל על-ידי חברה קדישא.¹⁸² השופט שמגר הדגיש הן את אופיו של השירות והן את אופייה המונופוליסטי במידה רבה של חברה קדישא שעניינה נידון בתחומי העיר ירושלים.¹⁸³ השופט ברק, לעומת זאת, סבר שראוי לבסס מסקנה זו על כך שחברה קדישא מפעילה סמכויות סטטוטוריות.¹⁸⁴

גם בכל המקרים האחרים שבהם הגיעה הסוגיה לדיון בפסיקה נמנע בית-המשפט באופן עקבי מלקבוע את תחומי תחולתה של ההלכה בנושא של גופים דו-מהותיים, והסתפק בהצגת שיקולים שראוי להביא בחשבון לעניין זה. הוהירות השיפוטית מובנת לנוכח החשש מקביעת מסמרות בתקופה שבה המציאות של הפרטה נמצאת עדיין בשלבי גיבוש. אולם היא גם מכניסה מימד מטריד של אי-ודאות לנושא הפיקוח על הגופים המופרטים. על-כן חשוב לגבש את ההלכה בתחום זה. במיוחד יש להצטער על הימנעותו של בית-

179 השוו: Jody Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, 116 HARV. L. REV. 1285 (2003).

פלג, לעיל ה"ש 7.

180 לעיל ה"ש 110.

181 לעיל ה"ש 111.

182 שם, בעמ' 491.

183 שם, בעמ' 484.

184 שם, בעמ' 518.

המשפט מלהכריע בעניינם של גופים שהמאפיינים של פעילותם ברורים, דוגמת המוסדות הציבוריים להשכלה גבוהה.¹⁸⁵

באשר לתכנים הרצויים של ההלכה, מוצע להכיר בגוף כדו־מהותי בהתקיים אחד משני התנאים הבאים: כאשר הוא משמש תחליף דה־פקטו לפעילות ציבורית (למשל, כאשר זהו בית־ספר פרטי יחיד בתחומי יישוב שאין בו מוסד חינוך ציבורי)¹⁸⁶ או כאשר מידת מעורבותן של הרשויות בניהולו של הגוף הפרטי היא משמעותית (למשל, באמצעות מימון משמעותי של הפעילות הפרטית).¹⁸⁷ הגדרה זו תאפשר את החלת המשפט הציבורי על גופים המהווים תחליף לפעילותו של השלטון,¹⁸⁸ מבלי לפגוע בחופש הפעולה של תאגידים הפועלים בספרה הציבורית לצידן של הרשויות, ולא במקומן (למשל, פעילות של חינוך משלים במסגרות פרטיות בשעות אחר־הצהריים).

(ב) רגולציה חקיקתית: חיזוק אמות־המידה לרגולציה בחקיקה

הרגולציה הפסיקתית שיצרו דיני הגופים הדו־מהותיים מתייחסת להכפפתם של גופים אלה רק לעקרונות הבסיסיים של המשפט הציבורי. על־כן נודעת חשיבות מרכזית לתכנים של החקיקה המסמיכה את הרשויות לפקח על פעילותם של גורמים פרטיים. חקיקה זו יכולה וצריכה לכלול חובות מפורטות יותר.

בישראל קיימת כמובן חקיקה רגולטיבית, לרבות בתחומים שעברו הפרטה.¹⁸⁹ אולם יש

185 ענייניו של הטכניון הושאר בצריך עיון בעע"ם 7151/04 הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל נ' דין, פ"ד נט(6) 433 (2005).

186 אמת־מידה זו מחייבת כמובן תפיסה מהותית לגבי הנושאים שיש להגדירם כציבוריים. על־פי תפיסתי, פעילות פרטית הינה תחליף לפעילות ציבורית כאשר היא מופקדת על שירות שהספקתו היא בגדר זכות־יסוד חברתית (דוגמת חינוך או בריאות).

187 לפירוט ראו ברק־ארו "תאגידים ציבוריים", לעיל ה"ש 7.

188 ראו, למשל, ע"ב (אזורי י"ם) 1506/06 רג'בי – תוכנית מהל"ב, ועדת ערר (טרם פורסם, 14.6.2006). פסק־דין זה של השופט איל אברהמי נדרש לתחולתו של המשפט הציבורי על החלטותיו של מתכנן יעדים תעסוקתי של תאגיד פרטי הפועל בתחום של שילוב אנשים בעבודה במסגרת תוכנית ויסקונסין. לשיטתו, מאחר שהענקת גמלאות היא פונקציה הנמצאת "בליבה של העשייה המינהלית", יש להחיל על מי שמפעיל אותה את "הדין האישי" של הפעילות המנהלית, וזאת באופן נרחב. לדבריו: "לנוכח היקף הסמכויות שניתן לתאגיד, ובשים לב למהות הגמלאות ומטרתן יש לאמר שיחולו כל כללי המשפט המינהלי על התאגיד ועובדיו אלא אם יוכח במקרה קונקרטי שיש הצדקה לסטות מהם. במערכת יחסיו עם משתתפי התוכנית יהיה חייב, מתכנן היעדים התעסוקתי, לפעול אפוא, לפי כללי המשפט המנהלי הן ביחס להליך והן ביחס לתוכן ההחלטות שינתנו. דהיינו עליו יהיה לפעול לפי כללי הצדק הטבעי, ליתן זכות טיעון, לא לפעול תוך משוא פנים, לנהוג בהגינות, בתום לב, יאסר עליו לשקול שיקולים זרים, החלטותיו יצטרכו לעבור את מבחני הסבירות, המידתיות ואסור שיהיו נגזרות באפליה." (שם, בפס' 21; ההדגשה במקור).

189 יתר על כן, פסיקתו העדכנית של בית־המשפט העליון נתנה משמעות לאחריותן הרשויות

להקפיד שחקיקה זו תהיה מפורטת ומקצועית. במילים אחרות, נדרשים הסדרים ראשוניים לא רק לגבי עצם הרשות להפריט (שנידונה תחת הכותרת "גבולות ההפרטה"), אלא גם לגבי ההסדרים החלים לאחר השלמתו של תהליך ההפרטה (הסדרים שעניינם הפיקוח מצד המדינה, מצד אחד, והכללים החלים על התנהלותם השוטפת של הגופים המופרטים, מצד אחר).

היבט חשוב נוסף של הרגולציה החקיקתית צריך להיות קביעתם של מנגנוני פיקוח אפקטיביים על החלטותיהם של בעלי התפקידים בגוף המופרט, לרבות ביקורת שיפוטית, כאשר ההפרטה מתייחסת להספקתם של שירותים חברתיים. הבטחת האפשרות של ביקורת אפקטיבית על תהליכי קבלת ההחלטות בגוף המופרט צריכה להיות אחד המרכיבים של הדיון בשאלת חוקיותה של ההפרטה (מבחינת השלכותיה על זכויות היסוד של מקבלי השירות). גיבושה של רגולציה חקיקתית מפורטת לגבי הפעילות המיועדת להפרטה חיוני גם מבחינה נוספת. חשיפת קשיים בתהליך גיבושם של מנגנוני הפיקוח על הפעילות המיועדת להפרטה יכולה להביא לידי שקילה מחדש של ההחלטה להפריט פעילות זו.

ההכרה בחשיבותם של מנגנוני הביקורת על פעילותם של הגופים המופרטים קשורה, באופן חלקי, לאופיים של רבים מבין גופים אלה. לעיתים קרובות מדובר בתאגידיים גדולים, לאו דווקא בשליטה ישראלית. תאגידיים מסוג זה אינם צפויים להיות קשובים לביקורת ציבורית, אלא אם כן יהיו מחויבים לתהליכי קבלת החלטות המבוססים על גילוי מידע וזכויות השתתפות.

נוסף על מנגנוני הפיקוח, ההסדרים בחקיקה צריכים להתייחס להליכי קבלת ההחלטות בגופים המופרטים בנושאים דוגמת הענקת זכות טיעון (למי שנוקקים להחלטותיו של הגוף המופרט) והזכות לקבלת מידע (כדי לאפשר דיון ציבורי בפעילותו). נושא נוסף שטעון הסדרה בחקיקה הוא ניהולם של מאגרי מידע ציבוריים באמצעות חברות מחשוב ותאגידי מידע פרטיים. אומנם, היעזרות בשירותיהם של גורמים פרטיים בתחום של ניהול מאגרי מידע שייכת לתחום הטכני הלא-בעייתי לכאורה (להבדיל מהעברת החלטות שיש עימן שיקול-דעת לגורמים פרטיים). אולם למעשה, לשליטה במידע יש השלכות משמעותיות על הספרה הציבורית. ראשית, ניהולם של מאגרי המידע באופן פרטי עלול להביא לידי כך שבקשות לעיון במידע יהיו כרוכות בעלויות נכבדות.¹⁹⁰ שנית, ניהולו של מאגר מידע

המפקחות על-דרך הכרה באחריות בנויקין גם בהתייחס לרשלנות בהפעלתן של סמכויות פיקוח. ראו ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם, 25.5.2006).

190 דוגמה זו מבוססת על פנייה של התנועה לחופש המידע אל משרד הפנים בבקשה לקבל פלט מחשב של נתונים סטטיסטיים שונים לגבי הרישום במנהל האוכלוסין. מאגר המידע של מנהל האוכלוסין מנוהל כיום באמצעות גורם פרטי. תשובתו של משרד הפנים במקרה זה הייתה שהפקת המידע תחייב תשלום של 37,000 שקל (על-פי התכתבות של מנכ"ל התנועה לחופש המידע מיום 25 ביולי 2005). לפי תקנות חופש המידע (אגרות), התשנ"ט-1999, ניתן לחייב את מבקש העיון לשאת בעלויות הטיפול וההפקה הכרוכות בבקשת העיון.

המשמש לצרכים ציבוריים על-ידי גוף פרטי מחייב הסדרים ברורים באשר לדרכי העיון של כל פרט במידע המוחזק לגביו ובאשר לדרישה לתיקון (במצבים של טעות).¹⁹¹

(ג) רגולציה מכרזית: פיקוח על תנאי המכרז וזכות העמידה של מתחרים

בעיה שחוזרת על עצמה בהקשרים שונים של הפרטה היא אי-עמידתו של הזוכה במכרז בהתחייבויות ובתנאים שנטל על עצמו (בדרך-כלל תנאים והתחייבויות שהוגדרו במסגרתו של מכרז הפרטה).¹⁹² הפרה זו של התנאים פוגעת בשוויון ההודמנויות מול המתחרים האחרים, אך עיקר נזקה מתבטא דווקא בכך שהאזרחים הנוקמים לשירות המופרט מקבלים שירות בתנאים נחותים יותר. בשלב זה הרשות האחראית לשירות המופרט נתונה בלחצים מצידו של הגורם הפרטי, הטוען לאי-יכולת לעמוד בתנאי המכרז או ההתקשרות. על-מנת ליצור משקל-נגד למערכת הלחצים המופעלת על-ידי המתקשר (או היוזם) הפרטי, חשוב להכיר בזכות עמידה רחבה לתקיפתן של החלטות המוותרות על חלק מתנאי ההתקשרות או הזיכיון המקוריים. באופן עקרוני, העותרים הטבעיים נגד החלטות כאלה הם אזרחים מן השורה או ארגוני זכויות המייצגים אותם. עם זאת, מבחינה מעשית, יש להניח כי בעלי האינטרס החזק ביותר להגשת העתירה הם המתחרים העסקיים של הגורם הפרטי – הן מתחרים שהשתתפו במכרז והפסידו בו והן מתחרים פוטנציאליים (שלא השתתפו במכרז המקורי, בין היתר בשל אי-יכולתם לעמוד בתנאים שהרשות ויתרה עליהם בדיעבד). למתחרים העסקיים יש בדרך-כלל גם האמצעים הדרושים לניהול עתירות מסוג זה באופן מוצלח, הודות למשאבים הכספיים ולמשאבי הידע העומדים לרשותם. בנסיבות אלה חשוב להכיר באופן רחב בזכות העמידה של המתחרים העסקיים של אותם גורמים פרטיים שזכו במכרזי הפרטה. דיני המכרזים הציבוריים תומכים בכך במידה רבה, הודות להתפתחויות שחלו בהם בתחום של זכות העמידה.¹⁹³ עם זאת, נראה שיש להרחיב אף יותר את זכות העמידה בהקשר של מכרזי הפרטה, כך שתחול גם על מתחרים פוטנציאליים וכן תשתרע גם על-פני התקופה שלאחר סיום המכרז.

(ד) רגולציה חוזית: תמריצים חוזיים ואכיפה חוזית

לצד הרגולציה הפסיקתית והחקיקתית נודע תפקיד חשוב גם למנגנון החוזי של הפרטה. במקרים רבים הפרטה מבוססת על התקשרות חוזית עם הגוף הפרטי שמפעיל שירות ציבורי. לכן, להגדרת חובותיו של הגורם הפרטי במסגרת החוזה שנעשה עימו יש חשיבות רבה מן ההיבט של הגנה על זכויות אדם בתקופה של הפרטה. ניתן להביא לכך כמה דוגמות. ראשית, חוזה הפרטה קובע את תנאי העבודה והשכר של העובדים המועסקים על-ידי

191 להשוואה ראו: ROBERT O'HARROW JR., NO PLACE TO HIDE 125–129 (2005) (התייחסות לשימוש של הרשויות בארצות-הברית במאגרי מידע פרטיים לא-מהימנים).

192 טענות מסוג זה עולות באופן שכיח בהתייחס לזכיינים של ערוצי הטלוויזיה המסחרית בישראל.

193 ראו עניין אי.איי.אם אלקטרוניקס, לעיל ה"ש 166.

הקבלנים של השירות המופרט, או לפחות יכול לכלול הוראות בנושא זה. חשוב להקפיד שיעילותה של ההפרטה לא תתבסס על הפרה של חוקי-המגן וזכויות העובדים. לכן מכרזים של הפרטה וחוזים של הפרטה צריכים לכלול תנאי-סף שעניינם תשלום שכר-מינימום וקיום הוראותיהם של חוקי-המגן.¹⁹⁴ שנית, חוזה ההפרטה צריך לכלול הוראות שיבטיחו את נגישותם השווה של השירותים המופרטים או של טובות-ההנאה הצומחות מהם.¹⁹⁵ הפרתן של כל אחת מן התניות הללו תהווה הפרה של החוזה שנעשה עם הרשות.

החוזה צריך לכלול גם הוראות מפורטות בנושא זכויותיהם הפרוצדורליות של מקבלי השירותים המופרטים (זכויות טיעון, זכויות עיון ועוד). הפרה של הוראות אלה תוכל להיאכף לא רק על-ידי הרשות עצמה, אלא גם על-ידי מקבלי השירות, וזאת במסגרת העיקרון החוזי של תביעת המוטב לפי חוזה לטובת צד שלישי.¹⁹⁶

בחלק מן המקרים חוזה ההפרטה צריך לקבוע גם מנגנוני פיקוח על המחירים שייגבו על-ידי הגורם הפרטי. אכן, במקרים רבים ההפרטה נועדה לפטור את הרשויות מקביעת מחירים ולהפקידה בידי השוק. אולם יש פעילויות מופרטות בתחומים שאין בהם שוק (או שאין בהם שוק משוכלל), ויש גם פעילויות מופרטות אחרות שעניינן הספקת שירותים חיוניים שנגישותם חייבת להיות מובטחת. למשל, כאשר הרשות מוסרת לידי של תאגיד פרטי את ניהולו של מאגר מידע ציבורי, דוגמת מרשם האוכלוסין, יש להסדיר מראש את עלויות העיון במאגר זה באופן שלא יסכל את הזכות למידע.¹⁹⁷ בעיות אחרות נוגעות בהסדרה מראש של סוגיית הספקתם של שירותים חיוניים, דוגמת מים, לאנשים חסרי אמצעים.

עניין נוסף שיש חשיבות מרכזית להסדרתו בחוזה ההפרטה הוא הפיצוי למתקשר הפרטי במקרה שבו הרשות מחליטה לבטל את חוזה ההפרטה. קיימת סכנה שהאפשרות של תשלום פיצויים משמעותיים במקרה של החלטה לחזור מיוזמת ההפרטה תמנע את השינוי, גם במקרה שבו מתגבשת דעה כי ההפרטה לא הוכיחה את עצמה.¹⁹⁸

194 לפי שעה הדין בנושא זה אינו ברור. יש מכרזים הכוללים הוראות בנושא של זכויות עובדים, אך אין הלכה כללית המחייבת לבחון את היתכנותה של התמורה החוזית מבחינת קיום הוראותיהם של חוקי-המגן. ראו גם לעיל פרק-משנה 2(ה).

195 נושא הנגישות השווה נזכר בעניין אריאל, לעיל ה"ש 154, שלגביו העירו השופטים: "כאשר מדובר בכנסים דוגמת הכנס נשוא העתירה, אשר זיקתם למגזר הציבורי כה גדולה, שכן עניינם המרכזי הוא הצגת אינפורמציה של גופים שונים במגזר הציבורי והשתתפות עובדי המדינה בהם היא, למעשה, תנאי הכרחי לעצם עריכתם, מן הראוי כי המדינה תהיה מעורבת בתנאי ארגוןם ותנאי ההשתתפות בהם גם אם הכנס נערך בידי גוף פרטי, ובין היתר תבטיח את מידת נגישות הציבור למידע הנמסר בהם."

196 ס' 34 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118.

197 ראו לעיל ה"ש 190.

198 שאלה כזו יכולה להתעורר בהתייחס ליוזמה להפרטת בתי-הסוהר. החוק מכיר באפשרות של מינוי מנהל ממונה לבית-סוהר בניהול פרטי במקרה של אי-סדרים חמורים בו, כאמור בסעיף 128ל' לפקודת בתי הסוהר. בנוסף לכך, סעיף 128ל' לפקודה מבהיר כי הסדר זה אינו

ה. סיכום: לקראת משפט ציבורי של הפרטה

ההפרטה תמשיך כנראה להיות תופעה מרכזית בחיי הכלכלה והחברה בישראל, כמו גם במדינות מערביות אחרות. עובדה זו מחייבת היערכות של המשפט הציבורי – לא רק בעיצוב הפרטים והכללים הספציפיים של הדין, אלא גם בהיבט העקרוני. בשלב זה נראה כי השיח המשפטי בנושא פוסע עדיין את צעדיו הראשונים.

לשם התמודדות ראויה עם אתגר זה יש מקום להבחין בין שלושה מישורים של הדין: גבולות ההפרטה, תהליך ההפרטה והפיקוח על המערכת המופרטת לאחר השלמתו של תהליך ההפרטה. החקיקה והפסיקה עסקו בשאלות אלה, אך לא באופן שיטתי, ותוך התמקדות בעיקר בסוגיות של שוויון הזדמנויות ויעילות ביישום ההפרטה. המאמר הצביע על החסרים הקיימים בדיון המשפטי המסורתי בסוגיה – אשר התמקד בהיבטים של שוויון והגינות בהתייחסות אל המתחרים המתמודדים על ההזדמנויות העסקיות שמדיניות ההפרטה מזמנת, ולא התייחס כמעט להשלכותיה של מדיניות זו על הציבור הרחב – ובהמשך לכך העלה הצעות להשלמת החסר. הצעות אלה אמורות לגבש, במהלך הזמן, תחום חדש: המשפט הציבורי של ההפרטה. חלק מן הדיון הוקדש לסוגיה של גבולות ההפרטה. עם זאת, סביר להניח כי העיסוק בגבולות ההפרטה ישרטט מסגרת רחבה למדי של תחומים שניתן להפריטם. בנסיבות אלה יש להקדיש את מירב תשומת-הלב להליך ההפרטה (שאותו יש להכפיף לחובות שונות, דוגמת החובה לגבש מדיניות וכן חובות פומביות שונות) ולפיקוח על הגופים המופרטים.

גורע "מסמכות הנציב והחשב הכללי לבטל את ההיתר או את ההסכם ומסמכות הנציב לנהל ולהפעיל את בית הסוהר בניהול פרטי בעצמו או באמצעות זכיון אחר, והכל בהתאם להוראות ההסכם ועל פי כל דין" (כלומר, גם ללא הפרה). עם זאת, החוק עצמו אינו מתייחס לשיעור הפיצוי במקרים אלה. לפי כתב התשובה של המדינה שהוגש בעתירה הנוכרת לעיל בהערה 129 במקרה של ביטול ההסכם מחמת הפרתו על-ידי הזכיון הוא יהיה חייב לפצות את המדינה "בגין כל הנזקים, ההוצאות והעלויות שנגרמו או ייגרמו לה בגין הפרת ההסכם על ידי הזכיון וביטולו"; ואילו במקרה של ביטול שלא מחמת הפרה המדינה תהיה חייבת בתשלום לפי שווי השוק של בית הסוהר. עמדת המדינה היא, אפוא, שבנסיבות אלה, ההסכם אינו מרתיע מפני ביטולו של החוזה על-ידיה. מבלי להכריע בעניין זה, ראוי לציין, כי האפשרות של התדיינות מול הזכיון הפרטי בקשר לביטולו של ההסכם מהווה גורם מרתיע בשל חוסר הוודאות הכרוך בה. כמו כן, יש טעם לפגם בכך שעקרונות הפיצוי לא נקבעו בחוק, אלא רק בהסכם.

