



# ההפרטה וגבולותיה היבטים משפטיים

:: עופר סיטבון

עמדה של פסיכיות שיפוטית, שההצדקה לה היא כפולה: ראשית, חוסר לגיטימציה ציבורית – ביהמ"ש אינו נבחר וליכוד ולפיכך הוא אינו אמור לעצב ולקבוע את אופיה של מדיניות כלכלית וחברתית; שנית, חוסר כשירות מוסדית – להבדיל מהמחוקק, לביהמ"ש אין ראייה המתאימה לשקילת השיקולים המקצועיים, החברתיים והכלכליים הכרוכים בסוגיה. בישראל, בה נשלטת למעשה הרשות המחוקקת על-ידי הרשות המבצעת, משמעות הדבר היא שבפועל, הסמכות להחליט על מדיניות ההפרטה נתונה לממשלה. עובדה זו בלטה, בדיוני הכנסת על הפרטת בתי הסוהר.

בישראל, בה נשלטת למעשה הרשות המחוקקת על-ידי הרשות המבצעת, משמעות הדבר היא שבפועל, הסמכות להחליט על מדיניות ההפרטה נתונה לממשלה. עובדה זו בלטה, בדיוני הכנסת על הפרטת בתי הסוהר.

אולם, הגישה הפסיכית היא בעייתית, שכן היא מתעלמת מכך שמדיניות הפרטה אינה נייטרלית. יש לה השלכות חלוקתיות ברורות, הפוגעות בזכויותיהם של מיעוטים ושל קבוצות חלשות, שביהמ"ש אמור להיות, לפחות לפי האתוס שלו, הגוף שמגן עליהם.

שאלת ההפרטה מהווה נושא חדש בפסיקת בתי המשפט לנוכח העובדה שמדיניות ההפרטה המסיבית הופיעה רק ב-20 השנים האחרונות. בעבר הכירו בתי המשפט בסמכותן של הרשויות להסתייע בגופים פרטיים במהלך ביצוע התפקיד השלטוני – למשל, בעבודות של פינוי אשפה, של המתת חתולי רחוב ואפילו של גביית ארנונה. עם זאת, נקבע כי הסמכות והאחריות חייבות להישאר בידי הרשות הציבורית. האפשרות של הפרטת הסמכויות השלטוניות עצמן לא עלתה כמעט, ובכל מקרה היא הוגבלה למקרים בהם נקבע בחוק במפורש כי ניתן להעביר סמכויות שלטוניות לגורם פרטי. מאז חקיקתם של חוקי היסוד בנושאי זכויות האדם בשנת 1992, לא די בקיומו של חוק, אלא עליו לעמוד בתנאים החוקתיים הקבועים בחוקי היסוד. חוק שלא

שאלת ההפרטה וגבולותיה היא שאלה בעלת מטען אידיאולוגי ברור. ההכרעה בין תפיסה נאו-ליברלית של "ממשלה קטנה" (מדינת "שומר לילה") לבין מדינת רווחה סוציאל-דמוקרטית או משק קומוניסטי בבעלות ציבורית, היא הכרעה פוליטית בין תפיסות עולם כלכליות וחברתיות קוטביות. על-כן, הפן המשפטי של שאלות אלו הוא משני. מכל מקום, הניסיון לרתום את מערכת המשפט למאבק במדיניות ההפרטה מבטא תפיסה פרוגרסיבית, הרואה במערכת זו כלי מרכזי ואפקטיבי בהובלת שינוי חברתי.

בהמשך, אנסה לשייט בין מחוזות הדין המצוי כיום בישראל לבין הדין הרצוי, בעיניי.

חשפט מצוי

נתחיל בציטוט מתוך פסק-דין שכתב אהרן ברק:

"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... קביעת המדיניות החברתית נתונה למחוקק, והגשמתה נתונה לממשלה, להם ניתן מרחב של תימרון חקיקתי."

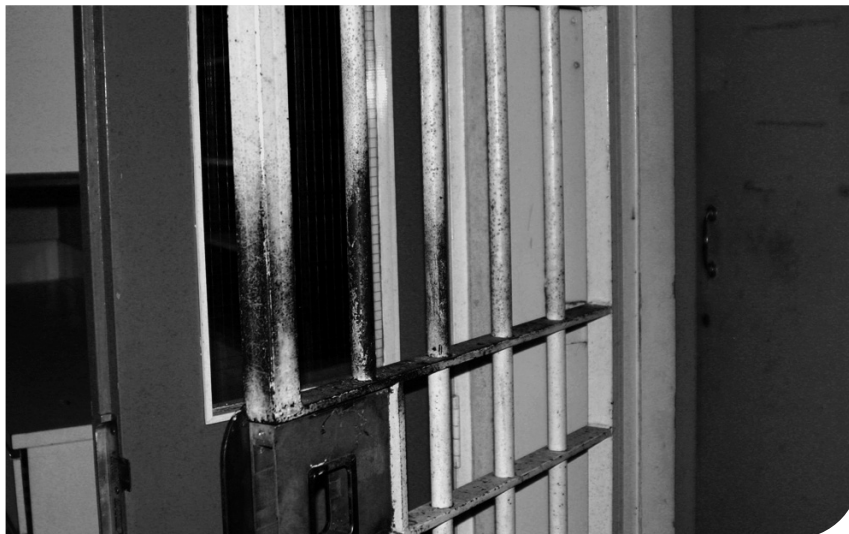
נקודת המוצא שלפיה הסמכות להחליט ולעצב מדיניות הפרטה נתונה לרשות המחוקקת היא

בתי־המשפט ושירות בתי־הסוהר – ואותם אסור להפריט. טיעון זה, בשונה מהראשון, הוא עקרוני־כללי יותר, בהיותו נוגע ללב הדיון על גבולות הפרטה ולא רק למאפיינים ספציפיים להפרטת בתי הסוהר. הקושי האפשרי שבשימוש בקו טיעון זה הוא הסתמכותו על התפישה הרזה של המדינה כ'שומר הלילה', מבית המדרש הליברלי־קיצוני.

יוצר כי המדינה, בתשובתה לעתירה, טענה כי, ככלל, ניתן לדבר על גבולות להפרטה רק כאשר מתנוסס מעליה "דגל שחור", והביאה כדוגמא מצב שבו ימונה אדם פרטי למפקח המשטרה. כזכור, הדיון בעתירה נדחה למשך ששה חודשים, לנוכח קיומן של הצעות חוק פרטיות (של הח"כים יחימוביץ, אזולאי וחנין) הקוראות לבטל את הפרטת בתי הסוהר, וזאת כדי לאפשר את קיומו של דיון ציבורי בנושא.

**משפט מינהלי** – קרי, בחינת השאלה האם וכיצד פעלו רשויות המינהל השונות במסגרת הסמכויות המוקנות להן מכוח חוק. בהקשר של בחינתה של מדיניות הפרטה ושל גבולותיה, ניתן לחשוב על שני כיוונים של בחינה כזו. האחד – פרוצדורלי, כלומר, בחינת הליך ביצוע הפרטה – האם היתה לרשות תשתית עובדתית מספקת לקבלת ההחלטה? האם הרשות התייעצה עם גופים רלוונטיים – אנשי מקצוע, גורמים שעתידיים להפגע – בטרם החליטה להפריט? האם ההחלטה על ביצוע הפרטה התקבלה ללא שיקולים זרים? והשני – מהותי, קרי, מהם החובות המוטלות על הגוף המופרט והאם הן מבטיחות בידוע נאות.

מבחינת המוסר הפוליטי, ככל שיותר ויותר פונקציות שלטוניות מופרטות ומועברות לאחריותם של תאגידים, מתחדדת השאלה האם וכיצד עליהם לשאת באחריות דיווח (accountability) כלפי הציבור. מדובר בגופים עסקיים שאינם נבחרים, פעילותם אינה שקופה והשיקולים המנחים אותם הם שיקולים כלכליים של מקסום הרווח. למעשה, נוצר כאן "גרעון דמוקרטי". הבעיה מתחדדת כתוצאה מכך שמדובר לא פעם בתאגידים רב־לאומיים שיכולת הפיקוח עליהם היא מועטה ומסובכת. פתרון אפשרי לבעייתיות זו – שניתן על־ידי הפסיקה – הוא יצירת קטגוריה של "גופים דו־מהותיים", בעלי פן פרטי (מאוגדים כחברה) וציבורי (מבחינת אופי התפקיד). למשל – חברת החשמל, חברה קדישא, מפעל הפיס, האוניברסיטאות, הסוכנות היהודית. גופים אלה כפופים לנורמות ציבוריות – חובת פעולה בשוויון, סבירות, הגינות, נאמנות לציבור.



יעמוד בדרישות אלו – יבוטל על־ידי בית המשפט. אין זה מפתיע, אפוא, שהעתירה נגד החוק המאפשר את הקמתו של בית סוהר פרטי הגיעה לבחינת ביהמ"ש העליון, תוך שהיא נסמכת על חוקי היסוד.

**בחינתה של מדיניות הפרטה ושל גבולותיה יכולה להיעשות בשני כיוונים:**

**משפט חוקתי** – קרי, בחינת השפעתה של הפרטה על זכויות אדם ועל עקרונות המשטר. זה המסלול שבו צעדה העתירה נגד הפרטת בתי הסוהר, שהתבססה על שני טיעונים חוקתיים מרכזיים. הטיעון האחד התייחס לפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של האסירים. לפיו, הפגיעה בזכויות האסירים שגורמת להפרטה נובעת מהשילוב בין אופיין הרגיש של הסמכויות המופרטות (שליחה לצינוק, נטילת דגימת שתן, חיפוש גופני), דרישות הסף הנמוכות באיזו המשרות שבמסגרתן ניתן להפעיל את אותן סמכויות רגישות, הפיקוח המינימלי של המדינה על המפעילים הפרטיים ויכולתה המוגבלת להיכנס בנעליו של הגורם הפרטי במקרה של הפרת התחייבויותיו. הטיעון השני התייחס לפגיעה ב'חוק־יסוד: הממשלה'. לפיו, הואיל והממשלה היא "הרשות המבצעת של המדינה", ישנן 'סמכויות גרעיניות', כדוגמת הסמכויות הנוגעות לאכיפת החוק ולגביית מיסים, המצויות בליבת ריבונותה, ושאותן אסור לה להפריט. עמדה זו מבוססת על התפיסה הפוליטית הקלסית של אנשי ההגות וובר והגל, הרואים במונופול הלגיטימי על השימוש באלימות את לב־ליבה של מהות המדינה. לפי תפישה זו, הסדר הציבורי מופקד אך ורק בידי המוסדות המדינתיים לאכיפת החוק – המשטרה, התביעה הכללית,

המדינה, בתשובתה לעתירה, טענה כי, ככלל, ניתן לדבר על גבולות להפרטה רק כאשר מתנוסס מעליה "דגל שחור", והביאה כדוגמא מצב שבו ימונה אדם פרטי למפקח המשטרה.

מצב בו גופים פרטיים המונעים משיקולי רווח ינסו להעמיס עלויות על הציבור. לאורך זמן, אימוצה של עמדה כזו עשוי להצביע על מעבר מגישה הרואה את התאגידים כמחוייבים אך ורק לבעלי המניות שלהם, לגישה המטילה עליהם מחוייבות גם כלפי גורמים אחרים.

אופן שיתוף הציבור יכול להיעשות בצורות שונות, ובניהן: פומביות של דיונים מכריעים בנושא; פרסום פומבי של השיקולים והמסקנות שהובילו לקבלת ההחלטה ומתן אפשרות תגובה לציבור; צירוף נציגי ציבור/ארגונים אזרחיים לשלבים השונים של מימוש ההפרטה. בתקופת הפעולה של הזכיון יש לחייב פרסום דו"חות מעקב תקופתיים, אולי באמצעות רשות ציבורית מפקחת; ליצור מנגנון אפקטיבי לכירור תלונות האזרחים; לחייב פיקוח של מבקר המדינה; ולהבטיח חובת שקיפות והנמקה של החלטות בעלות השפעה ציבורית.

#### סיכום

גם אם הסוסים כבר ברחו מהאורווה, ומדיניות ההפרטה היא כבר חזון נפרץ במקומותינו, שהמאבק נגדו חייב להיעשות, בראש ובראשונה, בחזית הפוליטית – עדיין, המשפט יכול, על אף מגבלותיו, לסייע בעיצוב 'גבולות הגיזרה' החדשים, בעיקר באמצעות "הצברה" – הטלת חובות משפטיות, שהוטלו בעבר על גופים ציבוריים, על התאגידים המופרטים.

למעשה, הרחבת האופי "הציבורי" של החובות המוטלים על התאגידים מקבלת משמעות וחשיבות רבה יותר בעידן הגלובליזציה הנוכחי שבו עוצמתם הכלכלית של תאגידים קרבה ומשתווה לזו של מדינות, והפוטנציאל שלהם לפגוע בזכויותיהם של בני אדם התלויים בהם ממומש באופן תדיר. אם מביאים בחשבון גם את אופן הזמן האינסופי של התאגיד, את משאביו הכלכליים העצומים ואת עמידותו המבנית, הלא-אנושית, ללחצים – מבינים את ההכרח המתחייב בריסונו ואת הצורך בעידכון התפיסות הליברליות הקלסיות ביחס לתפקיד המדינה. המדינה כבר אינה בהכרח הגוף החזק ביותר שמפניו יש להישמר ושאת כוחו יש להגביל, שכן גם 'שחקנים' פרטיים, על-לאומיים באופיים, יכולים לפגוע פגיעה קשה בזכויות האדם ולהשפיע על הקצאת זכויות. מן הראוי, איפוא, להניח לשאלת זהותה של הישות שמפניה יש להתגונן, ולהתמקד בצורך להגן באופן אפקטיבי על זכויות האדם, ועל החברה בכללותה.

האם המצב בישראל כיום מצדיק הרמת ידיים? גם אם בחלק מהחזיתות נראה שהמאבק אבוד וגם אם (כגישתו של ברק) אכן לא ראוי שהמאבק על ההפרטה יוכרע בזירה המשפטית, עדיין נותר לו תפקיד משמעותי. למעשה, בעידן הנוכחי, על מערכת המשפט להתכונן ליום שלאחר ההפרטה ולפעול, כפי שכינה זאת המשפטן איל פלג, ככיוון של הצברה – הטלת חובות ציבוריות על הגופים המופרטים. בהקשר זה, נקודת המוצא הראויה צריכה להיות שאף אם, במציאות הנוכחית, ההפרטה נתפסת כפתרון לגיטימי, ואף אם יש מקום לשיתוף של גורמים פרטיים בייצור ציבורי, יש להכפיפם ל"חישוקים" מסויימים של רגולציה חברתית. גם לאחר ההפרטה, השירות אינו הופך לפרטי ואסור שיהיה כפוף לשרירות ליבו של בעל הקניין הפרטי.

בהקשר זה, חשוב במיוחד לפעול הן במישור המהותי והן במישור הפרוצדורלי:

**במישור המהותי יש לקבוע – ולאכוף – כללים שימנעו מהגופים הפרטיים לנצל לרעה את הסמכויות השלטוניות המועברות לידיהם. יש לחייב מתן שירות אוניברסלי גם בעידן ההפרטה, לפעול למניעת אפליה ולהבטיח הגנה על זכויות הפרט המקבל שירות ועל זכויות העובדים בגוף המופרט, לאחר תהליך ההפרטה.**

**במישור הפרוצדורלי – גם אם מערכת המשפט אינה נראית כאתר המתאים לעצירת תהליכי ההפרטה, ניתן לחשוב על כיווני פעולה אחדים שניתן להגדירם כהכרחיים בעת ביצוע הפרטה, בוודאי של שירותים ציבוריים חיוניים. נקודת המוצא היא כי יש צורך להבטיח שהליכי ההפרטה יהיו שקופים ונתונים ככל האפשר לדיון ציבורי. הבסיס לכך נובע ממספר טעמים. בין היתר, עולה הטענה שאימוץ גורף של מדיניות ההפרטה ביחס לשירותים בסיסיים (בתי סוהר, חינוך, רווחה, מים, חשמל, דואר...) מהווה שינוי של "האמנה החברתית" שעומדת בבסיס קיומה של המדינה – ולכן לא יתכן שהדבר ייעשה ללא דיון ציבורי מקיף. בנוסף, נטען שיש צורך לחזק את הדמוקרטיה ההשתתפותית באמצעות הבטחת השתתפות הציבור בתהליכי קבלת החלטות. זמינותה המתמדת של האפשרות לערער על פעולת הריבון עשויה להבטיח קבלה (ומימוש) של החלטות שקופות ותבוניות, שיצמצמו את השפעתן של קבוצות אינטרס, ואף יצמצמו את החשש לשחיתות וללחצים מצד הזכיינים. פיקוח ציבורי אמור להגן על האינטרס הציבורי, ולמנוע**

מבחינת המוסר הפוליטי, ככל שיותר ויותר פונקציות שלטוניות מופרטות ומועברות לאחריותם של תאגידים, מתחדדת השאלה האם וכיצד הם יכולים לשאת באחריות דיווח (accountability) כלפי הציבור... למעשה, נוצר כאן "גרעון דמוקרטי".

נקודת המוצא הראויה צריכה להיות שאף אם, במציאות הנוכחית, ההפרטה נתפסת כפתרון לגיטימי, ואף אם יש מקום לשיתוף של גורמים פרטיים בייצור ציבורי, יש להכפיפם ל"חישוקים" מסויימים של רגולציה חברתית.

עופר סיבובן  
הוא דוקטורנט  
למשפטים וחבר  
קיבוץ תמוז

✉ ofer@tamuz.org.il