

**מדינת ישראל  
משרד המשפטים**

**מחלקה ייעוץ וחקיקה  
(כלכלי-פיסකלי)**

29 אוקטובר 2009



לכבוד,  
עו"ד מיכל פינצ'יק  
האגודה לזכויות האזרח

שלום רב,

**הណון: הנחיות בנוגע להליני הפרטה**

לביקשת הייעוץ המשפטי לממשלה, התבקשתי לחשב לפניהם בנוגע "הנחיות בנוגע להליני הפרטה", מיום 08.10.08. זאת, כבר לפני מספר חודשים, ולאחר שהתקיימה בוחנה של מכלול הבהירים המוצגים במכתבם לעניין הצורך משרדיה הממשלה החדשניים בנושאיהם המנוויים במכתבכם. לצערי הרבה, בשל טעות טכנית לא נשלחה אליכם התשובה שהוכנה מטעםינו באותה העת. נא קיבלו התנצלותי לעניין זה.

לגופו של עניין, נבקש להתייחס, במספר הבiterals, למתווה העקרוני של פנוייתך וכן לפרטיה ולמボוקש במסגרתה:

א. אכן, סוגיות הקשורות בהיקף החובה המוטלת על הרשות השולטונית בתחוםים שונים בכך שאלות הנוגעות לאופן ההסורה של פעילות גופים פרטיים בתחוםים ובתחומים אחרים, מצויות במרכזו של הדיון הציבורי בשנים האחרונות, לרבות נוכחות פעולות מסוימות של הפרטה בהן נקבעה הממשלה. השאלות המתעוררות זו, בין היתר, בעלות הבiterals משפטיים, ואל אלה אנו נדרשים מעת לעת, בהקשרים הרלוונטיים.

ב. יחד עם זאת, להבנתנו, פנויותכם למתן הנחיה כללית לעניין הליני הפרטה, מובסת למעשה על תפיסה רחבה ביותר של מושג הפרטה. כידוע, המונח הפרטה משמש בשיה הציבורי והמשפטי בשנים האחרונות באופן נרחב. עט זאת, דומה שלא אחת השימוש בו נעשו בהקשרים שונים ובמוגנים שונים. כך, ספק בדיינו אם נכון לכלול את הנסיבות בו במיקור חוץ בתחוםים טכניים או בקבלה שיורתי דפוס, נקיון או אחזקה להם נדרשים משרדיה הממשלה פנימה, בסל אחד עם מכירה של חברות ממשתיות עסקיות; ואת אלה במשותף עם מתן זכויות ורשויות לפעילויות עסקית, בתחוםים טכנולוגיים חדשים, ואשר לא בוצעה קודם לכן על ידי הממשלה. הדיון הציבורי כולל לעיתים את כל אלה ואחרים, תחת קורת גג אחთ ובמובן אחד, וכך אף פנויותכם. ספק בדיינו אם ניתן לגוזר

- לגביו כלל המרחיב האמור בפנויותכם אמירות כלויות, וספק גדול עוד יותר בעיננו אם אמירות כלויות אלה מצדיקות גם מתן הנחיות כלויות למשרדיה, מטעמו של הייעץ המשפטי לממשלה, במגוון התחומים המנווי על ידכם.
- ג. נקיים כבר עתה ונבהיר כי אף אנו בדעה שיש מקום למתן הנחייה למשרדיה בהחלטים משפטיים מסוימים, ולגבי פעולות הכרוכות ב"מגזרים" של תחום הפרטה במובנו הרחב, אף עוסקים בכך. אך קודם לכן, נבקש להרחיב עוד מעט בעניין הקושי הכללי:
- ד. כאמור, אנו רואים קושי תיאורטי לכלול בסל אחד את מגוון ההייבותים של פעילות הממשלה כאמור כמפורט על ידכם, לאבחן כהפרטה, ולדון בהם בנפרד ובmobach מפעולת השוטפת של הרשות השלטונית להגשת חבותיה ואחריותה, במוגבלות תקציבית ובשים לב לצורך לקבוע סדרי עדיפות.
- ה. ראשית, גם קודם לשימוש במונח הפרטה, נאלצת הממשלה לקבל החלטות ולבצע פעולות בעלות אופי דומה והדוגמאות רבות. וכך, למשל הבנתנו, השאלה בדבר קיומה של חובה שלטונית לספק שירות מסוים והיקפה של חובה זו, לצד אימוץ דרכי שונות למימושה, לרבות באמצעות גופים חיוניים לממשלה, לבנו ויושמו, גם קודם שהוחל בהליכים שימושתיים למכירת נכסים של הממשלה, כמו חברות ממשלתיות. היגניטים המשפטיים של סוגיות אלה פותחו, בין היתר, במסגרת הדיון אודות זכויות יסוד ובצד פיתוח עקרונות המשפט המנהלי.
- ו. שנית, העקרונות עליהם מボוקש בפנויותכם להגן בהליכים המוגדרים כהפרטה, חלים לא אחת גם על פעולות הממשלה אחרות. עקרונות היסוד של המשפט המנהלי חלים על כלל פעולות המנהל, במקרה, על כלל פעולות המנהל להתבצע בסביבות, בעניינים, תוך שיקילת מכלול ההייבותים הנוגעים לעניין ולהבטחת האינטראס הציבורי. הדבר אינו אמר במה שכלל בגדירה של הפרטה בלבד, תהיה אשר תהיה הגדרתה, אלא בכלל פעולות המנהל. כך גם עקרונות המשפט המנהלי בדבר האצת תפקידים בעלי שיקול דעת, ועקרונות החוקיות.
- ז. קבלת החלטות על טמך מדיניות כוללת כמו גם שיתוף הציבור בהליכי קבלת החלטות הינםrediichi חשיבות, לרבות להבטחת טיב הליכי קבלת החלטות. בהקשר זה יזכירו עקרונות המנהל הציבורי וחליכי קבלת החלטות שארגון - OECD מדיר כ- RIA, ואשר השפיעו גם על תבנית ההנשה של הצעות החלטה לממשלה. מטמי - OECD מתייחסים להליך קבלת החלטות, שיתוף הציבור, הצגת חלופות, עליות והשלכות, לגבי מכלול הרגולציה הממשלתית ולא בתחוםים קונקרטיים בלבד.

ח. דעת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהובעה כבר בעבר<sup>1</sup>, בעניין גבולות ההפרטה, אגב העתירה בנגד החוק המאפשר את הקמתו של בית סוהר בניהול פרטי, רלוונטיות בעיננו גם להבטים אחרים של סוגיות ההפרטה והנהיות שניתן לקבוע לנכיה:

"אין זה מעשי לנסות לבש ולנסח תורה שלמה השאלה של גבולות ההפרטה. ראוי להדרש לסוגיה הСПציפית בלבד לנסות ולהתווות עקרונות כלליים באופן גורף. העתירה מעלה שאלה מהותית מרכבת, ועל בית המשפט להתמודד עמה על בסיס דיון בכל נושא בפני עצמו, ומתוך ההתמודדות זו, לאחר כמה החלטות, לבסס תפיסה כוללת יותר. זה לא מעשי לניצות לייצר תורה שלמה וסודורה על אוויות גבולות ההפרטה, מכיוון שלא הרי הפרטת בתיה הסורה כהפרטת טיפות החלב או הפרטת מוקד החירום של המשטרה. לנוכח מציאות זו ראוי לאמץ מידת צניעות מסוימת, ולהידרש לסוגיה הСПציפית והמסובכת זו בלבד לנסות ולהתווות עקרונות שהיו טובים לכל סוג של הפרטה".

בהתאם, מקל וחומר, גם לעניין הנחיה כולנית במכלול ההבטים המוצעים ביחס למכלול הפעולות המיויחסות כאמור למומח הפרטה.

ט. מאידך, להבנתנו, מן הבהיר הפרקטוי-יישומי, הסוגיות המועלות בפנייכם אין נטולות מענה גם היום. על הקשרים הכלליים המזוכרים לעיל, יש מקום גם להזכיר גם את אלה:

- חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה – 1975, כולל,\_CIDOU, פרק הפרטה וכן פרק בדבר הבנות האינטראיסים הציבוריים חינויים בחברה המופרטת. הליך ההפרטה נקבע בכפוף להחלטת ממשלה בעניין זה, והוא – כמו גם פרק ההבטחה של אינטראיסים חינויים – עוסק בעיקר בהליכים לקבלת החלטות או להוצאה צוים להגנה על אינטראיסים חינויים, בהתאם. יצוין כי הגדרת אינטראיס חינויי כוללת גם את "הבטחת רציפות אספקת הנאותה של שירותים חינויים לציבור" ו"פיקוח על השליטה במחצבים או באוצרות טבע, ניצולים ופיתוחם"<sup>2</sup>. כן נקבע להזכיר כי חברות ממשתיות אין בהכרח נתנות שירות ציבור או משפיעות באופן ישיר על זכויות אדם.

- הסדרה בתחוםים חדשים, שנוצרו עקב שינויים ואשר מטבע הדברים לא הייתה בהם, עד כה, מעורבות ממשלה – בכלל, הסדרת תחומי חדשים אינה כלולה, להבנתנו, בוגדרה של הפרטה. עצם ההסדרה של תחום יכול שתעשה גם ביחס למתחם השירות על ידי גורמים ממשתיים, או ביחס לעיסוק בתחום שהעיסוק בו איינו בתחום תפקידי הממשלה. יתרה מכך, זיהוי האינטראיס הציבורי המצדיק התערבות בתחום, הוא, בכלל, בסיס להסדרתו, ובה בעת גם בטיס לקביעות גבולות ההתערבות בו. משאותר והוגדר האינטראיס הציבורי, תבקש ההסדרה

<sup>1</sup> בראיון בכתב העת "מעשי משפט", כרך א', ינואר 2008, עמ' 37, בעמ' 39  
<sup>2</sup> סעיף 59 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה - 1975

להבטיח את התקיימותו, לרבות באמצעות הענקת סמכויות להסדרה לרוגטטור להסדיר ולפקח על בעל הרשיון. נכון כאמור לעיל, יתכו בחתול מזכים שהסדרה של תחום חדש כאמור לא תחייב חקיקה ראשית ואם קיימת סמכות רלוונטיות לעניין זה, כמו הסמכות להתר מטען שירות בזק<sup>3</sup>, וקימת הגנה מספקת על פיו לאינטראס הציבורי הרלוונטי שנמצא, אין צורך לקבוע הסדרה קונקרטית לשירותנים הנוספים שפותחו טכנולוגית. בכלל, בין אם מפורטים על ידי המשרד הרלוונטי מסמכי מדיניות לגבי מתן הרשויות, ובודאי מקום שעומד לרשות הציבור רק נושא הרשויות שניתנו למפעלים, עומדת לציבור אפשרות ללקחת חלק בבדיקות ובפיקוח על מלאי חובותיו של בעל הרשיון זכויותיו של מקבל השירות.

- הסדרה של מתן שירותים לציבור בידי גורמים פרטיים, בתחוםי תשתיות או בתחוםים בהם תacen פגיעה בזוכיות אדמה, לרבות במסגרת פרויקטים לשיטוף המgor הכספי (PPP ובכלל גם BOT) – לא עצם היותו של פרויקט בשיטוף המgor הכספי מצדיק חקיקה. אלא, חקיקה יכול ותדרש כאשר התחום בו מוסדר מתן השירותים לציבור בידי גורמים פרטיים, עניינו במימוש נגישות וזכויות. כמובן, עשויים להיות מקרים בהם נתנו כי מתן השירות בידי גורם פרטי, אינה אפשרית, לרבות מטעמים של ריגשות השירות או המידע הרלוונטי, היקף שיקול הדעת הנדרש לצורך ביצוע התפקיד ואפשרות הפגעה בזכויות האדם ושלום הציבור. בהקשר זה בא לידי שימוש המונח "גבולות ההפרטה", ועמדת היוזץ המשפטי למשלה, כפי שהובאו לעיל.
- אכן, מ豁כים מסוימים, בין אם כתוצאה מהסדרה של תחום חדש ובין אם כתוצאה משיטוף המgor העסקי במתן שירות, מחייבים עיגון בחקיקה, בין היתר על פי עקרונות המשפט המנהלי. כך מובע על ידיינו ומישום בהסדרים שונים. יתרה מכך, חלק ניכר מן ההסדרים שמוצע על ידכם לכלול ב"חקיקת ההפרטה" מצוים כבר כulos בחקיקה המסידירה פעילות בתחוםי משק שונים, בין אם נסועות כהפרטה ובין אם לאו. הסדרים אחרים, מעוגנים לעיתים שלא באמצעות חקיקה ראשית, כמו צו אינטראסים חיווניים בחברות ממשלתיות או הויתר שנקבע ביחס לבית הסחר בניהול פרטי. קרי, לגבי חלק מן ההסדרים, די, לעמדתנו, נאישור הרשות המבצעת והפיקוח מטעמה, ואין צורך באישורים פרטיים של המחוקק. לדוגמה, ספק אם נכון לדרוש את אישור המחוקק, בכלל, לקבע הקונקרטיות של מחاري השירות.
- יא. בצד זאת, נשוב ונDIGISH כי, לעמדתנו, לא כל מיקור חזק נדרש לעיגון קונקרטי בחוק, ולאחר כל הפרטה של חברה ממשלטיבית קונקרטית בהתאם להליכי ההפרטה הקבועים בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה – 1975. אף איננו בעמדה כי קביעת סדרי עדיפויות תקציביים שימושם קיצוץ בתקציב פעילות המענקה שירות לאורה, מחייבת חקיקה

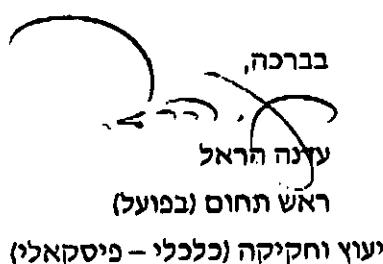
<sup>3</sup> חוק התקשרות (כזק ושירות), התשמ"ב - 1982

נפרדת בנוספּח לחוק התקציב בו נקבע הקיצוץ. ודאי שאינו בעמده כי על אף הוראות חוק הדריכים (שילוט), התשכ"ו – 1966, כל החלטה קונקרטית לאישור שילוט בדרכים עירוניות ובין-עירוניות על פיו נדרשת לחקיקה.

**לשיבות** - נבקש לשוב ולהודיעת לכמם על פניותכם. עם זאת, ספק רב בעיננו אם ניתן להתייחס למכלול רחב כל כך של פעולות ולהבחין מפעולות ממשלה אחרות, בהנחייה בעלת ממשמעות ישומית בהבטים משפטיים בנסיבות הנחיה הייעץ המשפטי לממשלה. אלא, הטיפול הפרטני בהבטים מסוימים ובסוגיות משנה בתחום ה הפרטה, עדין לעמדתו, על פניו ההנחיה הכלכלנית על פי הגדירה הרחבה המוצעת.

עת זו קיימים הסדרים מוחים לא מעטים, לרבות בחקיקה ראשית, כמו לעניין הפרטה של חברות הממשלתיות וההגנה על אינטרסים חיווניים. כמו כן, מסגרת ההסדרה בחקיקה של הפעולות בתחום משק שונים, מגוונים הרישוי והפיקוח על בעלי רישיונות, הבחת הזכויות של מקבלי שירות, ולרבות בתחום שלא הוסדרו עד כה. כך גם חלק מן התחומים החברתיים.צד אלה, הנושא ראוי לדיון קובלאי-זחיר בלבד ולמתן הנחיה בהבטים קונקרטיים, לרבות תוך שימוש בעקרונות ה חוקתיים, עקרונות המשפט המנהלי ועקרון ה חוקיות.

סוגיות החיבור לניהול פרטי של הקמה, החזקה והפעלה של בית סחר בניהול פרטי, מצויה בפניו של בית המשפט העליון. החרעה בסוגיה זו עשויה להיות הנחיה גם בשאלת גבולות ה הפרטה. לאחר שתנתן הכרעת בית המשפט העליון בעירה זו, ולאורה, נשוב ונבחן את ה הסתכלות הכלכלת המוצעת על ידכם, וכן את ההסדרים אשר יש מקום לקבוע, לרבות אלה המוצעים על ידכם.



העתקים:  
אבי ליכט, המשנה לייעץ המשפטי לממשלה (כלכלי – פיסקאלי)  
לשכת הייעץ המשפטי לממשלה