

מסמך רקע בנושא הפרטה

כתב: עופר סיטבון

1. מבוא

דיון בסוגיית הפרטה וגבולותיה איננו פשוט, שכן מדובר, בראש ובראשונה, בשאלה בעלת מטען אידיאולוגי ברור. ההכרעה בין תפיסה של "מדינת שומר לילה" הדוגלת במעורבות ממשלתית מינימלית לבין מדינת רווחה סוציאל-דמוקרטית, ומה שנגזר מהכרעה זו באשר למידת חיוניותה של מדיניות הפרטה, היא הכרעה פוליטית בין תפיסות עולם כלכליות וחברתיות קוטביות. אשר על כן, הפן המשפטי של שאלות אלו הוא משני. יחד עם זאת, הניסיון שהצטבר בעולם ביחס להפרטה; התרחבותה של מדיניות הפרטה בישראל; ובולטותה הגוברת בשיח הציבורי, בייחוד לנוכח העתירה התלויה ועומדת כנגד הפרטת בתי הסוהר, מעוררים ביתר שאת את הצורך לבחון את היבטיה המשפטיים של מדיניות הפרטה ואת היחס שבינה לבין פגיעה בזכויות אדם.

2. רקע היסטורי

הקמת מדינת הרווחה היתה, לצד תכנית מרשל, האחראית המרכזיות ל"נס הכלכלי" של שיקום אירופה לאחר מלחמת העולם השנייה, והגיעה לשיאה בשנות ה-70. מרכיביה המרכזיים כללו, מחד, מעורבות ממשלתית עמוקה בפעולתו של השוק (בהתאם לגישתו של קיינס) והלאמה של משאבים ציבוריים חשובים (בעיקר תעשיות ושירותי תשתית); ומאידך, הוצאה של שירותים ציבוריים מסויימים (חינוך, בריאות, רווחה, דיור) משוק הסחורות (תהליך המכונה **דה-קומודיפיקציה**), והפיכתן לזכויות חברתיות המוענקות לכל האזרחים באופן אוניברסלי. מדינת הרווחה הגיעה לשיאה, גם בישראל, בשנות ה-70, ומאז היא נתונה במשבר הולך ומחריף שנגרם, בין השאר, עקב משברי הנפט, עליית האבטלה וכישלונה של המדיניות הקיינסיאנית המסורתית להתמודד עמה ותהליכי הגלובליזציה (פתיחת השווקים, הסרת הפיקוח על תנועות ההון, עליית כוחם של תאגידים רב-לאומיים...). משבר זה הוביל לביקורת חריפה בקרב הוגים שמרנים כנגד "המדינה האומנת" (nanny state) שמסירה את האחריות האישית מן הפרט ומובילה לניצול לרעה של מערכות התמיכה הנדיבות. כן נטען כי מדינת הרווחה אינה ישימה יותר משיקולים כלכליים, הן בשל פגיעתה בכושר התחרות של המדינה בשוק הגלובלי, והן לנוכח הגידול הרב בהוצאות הפנסיה והבריאות לנוכח השינוי במגמות הדמוגרפיות. השמרנים הציעו, והחל מסוף שנות ה-70, עם היבחרותם של תאצ'ר ורייגן, אף החלו ביישום מדיניות המכונה 'ניאו-ליברלית', שהתבססה בראש ובראשונה על העיקרון של 'ממשלה קטנה'. משמעותו המעשית של עקרון זה היתה הקטנת כוחה של המדינה והעברת אחריות וסמכויות, שהיו נתונות בעבר בידי הממשלה, לידי של המגזר העסקי. זאת, מתוך אמונה שהדבר יוזיל את השירות וייעל אותו. אחד היסודות המרכזיים במדיניות זו היה הפרטה מאסיבית של חברות ממשלתיות ושל שירותים ציבוריים.

בישראל היוו המהפך הפוליטי של 1977 ותכנית הייצוב הכלכלית של שנת 1985 את נקודות המפנה המרכזיות בתהליכי פירוק מדינת הרווחה והרחבת מדיניות ההפרטה. תכנית זו מיסדה את עקרונות הגישה הניאו-ליברלית בישראל - צמצום המעורבות הממשלתית בכלכלה, ליברליזציה של שוק ההון והאצת תהליכי ההפרטה - והגיעה לשיאה תחת מדיניותו הכלכלית של בנימין נתניהו בשנים 2003-2005. החל משנות ה-90 אנו עדים להפרטה מואצת של גופים כמעט בכל תחומי המשק – תקשורת (הקמת הטלוויזיה המסחרית, הקמת ערוצי הכבלים והלוויין, הקמת חברות הטלפון הסלולארי, הפרטת "בזק"), תעופה (הפרטת "אל-עלי"), ספנות (הפרטת "צים" ומספנות ישראל), תשתיות (הפרטת הנמלים, בתי הזיקוק, כימיקלים לישראל)¹, תחבורה (הקמת כביש חוצה ישראל)², בנקאות (הפרטת בנק הפועלים, בנק דיסקונט, בנק המזרחי) ועוד³. בשנים האחרונות החלו תהליכי ההפרטה לזלוג גם לכיוון השירותים החברתיים ("תכנית ויסקונסיין", למשל)⁴ ומוסדות אכיפת החוק (שיטור)⁵, תביעה⁶, כליאה⁷, צבא⁸ והגנת העורף⁹.

בשנת 2005 הוגשה לבג"ץ עתירה תקדימית כנגד החוק המאפשר להקים בישראל בית-סוהר פרטי, שהעלתה לדיון ציבורי את שאלת גבולות ההפרטה¹⁰. בג"ץ שקיים מספר דיונים בעתירה, עתיד לפרסם את פסק-דינו בשנת 2008¹¹. במקביל, הקיצוצים הגדולים בתקציבים החברתיים יצרו תהליך שאותה מכנה פרופ' דפנה ברק-ארז 'הפרטה במחדל'¹² שבמסגרתו

¹ יום לאחר שרכש את בז"ן אשדוד תמורת 3.5 מיליארד שקל, אמר הרוכש, איש העסקים צדיק בינו, כי "המדינה לא הייתה צריכה למכור את בתי הזיקוק, וגם לא את אל על ובזק". הוא הוסיף ש"אנחנו עדיין נמצאים במלחמה על קיומנו, ולא כדאי היה להעביר נכסים אסטרטגיים לידיים פרטיות. השלב הבא זה להפריט את צה"ל". למה בכל זאת קנה בינו את בז"ן אשדוד? "כי מכרו" – שי ניב "מוכרים בלבד" **גלובס** 1.3.2007. על המאבק סביב הפרטת חברת החשמל ראו - סבר פלוצקר "משק החשמל: הפרטה לשם הפרטה?" **YNET** 5.6.2003; מירון רפפורט "ידיים על השאלטר" **הארץ** 20.4.2007; מיכאל בינסטוק "הפרטת חברת החשמל תזויל את מחיר החשמל" **הארץ** 2.5.2007; אמנון פורטוגלי "הפרטה מביאה רק קריסות ומעילות" **הארץ** 10.5.2007.

² באחרונה עלתה הצעה להטלת אגרת גודש בנתיבי איילון. אבי בר-אלי "ועדה ממשלתית תבדוק הטלת אגרת גודש בתל-אביב" **הארץ** 1.3.2007; פאר וייסנר "אגרת גודש: איילון פרטי לעשירים" **הארץ** 7.3.2007; אבי בר-אלי "כביש לעשירון העליון" **הארץ** 22.8.2007. בכתבה זו הופיע ציטוט מעניין מפיו של יריב פילוסוף, מנכ"ל החברה שזכתה במכרז להפעלת הנתיב שבו תונהג אגרת גודש: "בניגוד לכביש 6 שמחיריו בפיקוח, והוא מקבל אליו כל נוסע - בנתיב המהיר אני גם מונופול וגם יכול לבצע אפליה בכניסה. תמחור הנסיעה הפוטנציאלי הגיע למספרים גבוהים. זה יהיה פרויקט מדהים".

³ ראו להרחבה יעל חסון "שלושה עשורים של הפרטה" **מרכז אדווה** (נובמבר 2006); שמשון ביכלר ויהונתן ניצן **מרווחי מלחמה לדיבידנדים של שלום** (2002).

⁴ רותי סיני "בלי דיון, המדינה הפריטה רוב שירותי הרווחה" **הארץ** 28.1.2007; רותי סיני "בין רווחה לרווחים: האם הפרטת השירותים החברתיים מוצדקת?" **הארץ** 4.2.2007; רותי סיני "האם מעונות פרטיים למפגרים זולים יותר? ומי משלם את המחיר?" **הארץ** 1.3.2007; איילת ברק-מדינה "הפרטת מערך שירותי האומנה" **מ.מ.מ.** של הכנסת (יולי 2002); שרה צונובר "הפרטת בתי-החולים הגריאטריים" **מ.מ.מ.** של הכנסת (ספטמבר 2003); שלי לוי "הפרטת מעונות פנימייה הממשלתיים לאנשים עם פיגור שכלי" **מ.מ.מ.** של הכנסת (ינואר 2007).

⁵ אלי סניור "בקרוב בראשון לציון: משטרה פרטית" **YNET** 31.1.2005; שחר אילן "מסתמן: חוק שיאפשר להשכיר שוטרים לגורמים פרטיים" **הארץ** 11.7.2007.

⁶ יובל יועז "הפרקליטות יוצאת למאבק נגד תכנית ההפרטה של השר רמון" **הארץ** 15.6.2006; רותי סיני "התמ"ת מפריט את סמכותו לתבוע מעסיקים עבריינים" **הארץ** 27.3.2007; יובל יועז "פרידמן שוקל להפריט את פעילות פרקליטות המדינה בתחום המשפט האזרחי" **הארץ** 26.4.2007.

⁷ לדיון מקיף בהפרטת בתי הסוהר ראו את גליון 33 של כתב-העת "ארץ אחרת" (אפריל-מאי 2006).

⁸ מירון רפפורט "מחסומים בקבלנות" **הארץ** 28.9.2007.

⁹ דן מרידור ואחי "העורף כחזית – היבטים כלכליים לנוכח השינוי באופי העימותים" (פרסום לקראת פורום קיסריה ה-15; המכון לדמוקרטיה, 2007); תני גולדשטיין "דן מרידור: הפרטת הביטחון פוגעת באזרחים" **YNET** 28.7.2007.

¹⁰ יו"ר הכנסת פרסמה "קול קורא" בנושא ההפרטה, שבעקבותיו הגיעו לכנסת ניירות עמדה רבים בנושא - <http://www.knesset.gov.il/legaldept/privatization/heb/index.htm>.

¹¹ בג"ץ 2605/05 **חטיבת זכויות האדם, המכללה האקדמית למשפטים נ' שר האוצר**.

¹² דפנה ברק-ארז " המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** ל (עתיד להתפרסם, 2008).

שירותים שהמדינה העניקה בעבר בחינם עברו קומודיפיקציה, והם ניתנים כיום בתשלום על-ידי גופים פרטיים¹³.

3. הפרטה וזכויות אדם¹⁴:

ההחלטה להפריט שירות מסוים אינה משחררת את המדינה מאחריותה להבטיח את השמירה על זכויות האדם אלא, במידה רבה, אף מגבירה אותה. ישנם שירותים שהנגישות אליהם היא כה חיונית למימושן של זכויות בסיסיות (למשל - גישה לחימום חשמלי בחורף יכולה להיות תנאי למימוש הזכות לבריאות), עד כי כל פגיעה בהם יכולה להחשב להפרה של זכויות האדם המוגנות על פי המשפט הבינלאומי. אמנם, אין נובע מכך בהכרח שהמדינה היא הגוף היחיד שעליו לספק שירותים אלו, אולם, בהתאם למשפט הבינלאומי, המחויבות הראשונית לכבד (respect), להגן (protect), לממש (fulfill) ולקדם (promote) זכויות אדם מוטלת על המדינה¹⁵. לפיכך, עליה להבטיח שאופי הבעלות על השירות לא יפגע בהיקף השירות, במידת הנגישות אליו ובאיכותו. כמו-כן, מוטלת עליה החובה לאמץ מדיניות שתפעל בכיוון של שיפור מתמיד ורציף של תנאי החיים של אוכלוסייתה. בהקשר של הפרטת שירותים ציבוריים, אחריות זו מטילה על המדינה מספר חובות:

(א) **כיבוד** – המדינה אחראית לכך שאזרחיה יוכלו להנות מזכויות האדם הנוגעות לשירות המופרט. על כן, עליה לנסח את חוזה ההפרטה באופן שיתאם את נורמות זכויות האדם הרלוונטיות ושיבטיח אחריותיות מצד ספק השירות הפרטי; עליה להקים מנגנון **רגולציה** של השירות המופרט (למשל, מבחינת ההיבטים הצרכניים והסביבתיים), ולהבטיח את נגישותו ואת שקיפותו; כאשר הספק הפרטי אינו עומד בתנאים שסוכמו עימו, על המדינה להחזיר לידיה את האחריות על השירות, ולתבוע מן הספק הפרטי תשלום פיצויים וקנסות.

(ב) **הגנה** – המדינה מחויבת להגן על אזרחיה מפני הפרה של זכויות האדם שלהם. חובה זו מחייבת בפרט מתן הגנה מיוחדת לקבוצות מוחלשות. בהקשר של תהליך הפרטה, על המדינה להבטיח, למשל, שהספקים הפרטיים יעמדו בנורמות של שוויון ואי-הפליה (למשל כלפי עובדים, צרכנים, אנשים בעלי מוגבלויות), ויימנעו מפגיעה בנגישות לשירותים חיוניים (כמו, למשל, אספקת מים או חשמל) על בסיס יכולת כלכלית. חובה זו מתעצמת כאשר עצם השירות המופרט מהווה זכות אדם מוכרת (למשל, חינוך או דיור).

¹³ תופעה זו בולטת מאוד בתחומי החינוך והבריאות. לתחום הבריאות ראו איל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" בתוך יורם רבין ויובל שני (עורכים) **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 437 (2004); איל גרוס "בריאות רופפת" **הארץ** 19.3.2007; יורם גבאי "בריאות למיליונרים או בריאות לכולם?" **הארץ** 27.6.2007. לתחום החינוך ראו אור קשתי "תוגת החינוך הציבורי: בין הפרטה להתפרקות" **הארץ** 24.8.2007.

¹⁴ בפרק זה נעזרתי בנייר עמדה של ארגון אמנסטי אינטרנשיונל משנת 2005 - <http://www.amnesty.org/en/library/info/POL34/003/2005>

¹⁵ לדיון בטיפולוגיה זו, ראו -

http://www.amnestyusa.org/Report_Human_rights_for_human_dignity/3_Obligations_under_internati
[onal_law/page.do?id=1102190&n1=3&n2=29&n3=231#n72](http://www.onal_law/page.do?id=1102190&n1=3&n2=29&n3=231#n72) והמקורות המובאים שם.

(ג) מימוש וקידום – החובה המוטלת על המדינה לממש את זכויות האדם כוללת גם את חובתה לסייע בקידומן. חובה זו מחייבת אותה לאמץ צעדים פוזיטיביים שיאפשרו, למשל, ליחידים ולקהילות להשתתף בהליך ההפרטה (האם זה זכות אדם?) או לקבל מידע אודותיו, אך גם לשם הבטחת הנגישות והזמינות לשירותים חיוניים, גם לאחר ההפרטה (למשל, באמצעות פיקוח ותמחור פרוגרסיבי של מחיר המים עבור אוכלוסיות החיות בעוני).

לצד חובותיה של המדינה, העמקתם של תהליכי ההפרטה מעוררת בשנים האחרונות גם את שאלת חובותיהם של שחקנים לא-מדינתיים, ובראשם התאגידים שממלאים יותר ויותר תפקידים שהם בעלי state-like impact¹⁶. הבעיה מחמירה כמובן כשמדובר בתאגידים רב-לאומיים, שזהותם ונאמנותם המדינתית היא מעורפלת. עובדה זו מחדדת את שאלת "הגרעון הדמוקרטי" - כיצד להבטיח אחריותיות מצדם של גופים עסקיים שאינם נבחרים, שפעילותם אינה שקופה ושמונחים משיקולי מקסום רווחים ולא משיקולי טובת הציבור – אך גם, ובעיקר, את השאלה כיצד להבטיח שפעולת התאגידים לא יפגעו בזכויות האדם: שליטה על מאגר מידע רגיש, למשל, מאיימת על הזכות לפרטיות, בין אם היא בידיים ציבוריות ובין אם היא בידיים פרטיות. זאת, כמובן, סטייה מהגישה הליברלית הקלאסית שראתה את הייעוד המרכזי של זכויות האדם בהגנה על האזרח מפני כוחה של המדינה.

שאלה מרכזית נוספת – שאותה מעוררת בחזות העתירה הנוכחית נגד הפרטת בתי הסוהר - היא שאלת **הגבולות של ההפרטה**. שאלה זו היא בעלת פן כפול: **ראשית**, האם, בשם זכויות האדם, ניתן להצביע על תחומים - 'סמכויות הליבה' של הפונקציה השלטונית - שאותם **אסור** למדינה להפריט? כך, למשל, אפילו לדידם של חסידיה של 'מדינת שומר הלילה' המינימלית, המדינה היא שצריכה להחזיק בידיה את סמכות אכיפת החוק כלפי אזרחיה. האם המדינה - שהיא, כהגדרתו הידועה של מקס וובר, בעלת המונופול הממוסד על הפעלת האלימות - יכולה להפריט את פעולות השיטור? את מערכת התביעה? את מערכת המשפט? את מערכת הכליאה? את הצבא? יצויין כי בתשובתה לעתירה נגד הפרטת בתי הסוהר, הכירה המדינה עקרונית בקיומם של גבולות כאלו¹⁷. **שנית**, האם ישנם תחומים שבשל מורכבותם הרבה, אין להפריטם שכן לא ניתן ליצור מנגנון אפקטיבי להבטחת ההגנה על זכויות האדם לאחר ההפרטה (כפי שנטען, למשל, על-ידי מבקריה של "תכנית ויסקונסין")?

4. הפרטה בישראל

א. אופני ההפרטה

פרופ' דפנה ברק-ארז מגדירה הפרטה כ"מדיניות המכוונת להפחתת המעורבות הממשלתית בחיי הכלכלה והחברה", ואשר מתאפיינת בהגדלת חלקם של גורמים פרטיים

¹⁶ Carl J. Mayer, *Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights*, 41 *Hastings L.J.* (1990), 577, 659.

¹⁷ המדינה הציעה, בהקשר זה, את מבחן "הדגל השחור". הדוגמה שניתנה היתה מינוי אדם פרטי למפק"ל.

בפעילות בחיי הכלכלה והחברה ובהחלתו של היגיון שוקי-פרטי על פעילותן של הרשויות¹⁸. הגדרה רחבה זו מאפשרת לה מיפוי של אופני ההפרטה השונים המוכרים בישראל, שהבולטים שבהם הם:

(1) **מכירת חברות בבעלות ציבורית**. לא פעם, עצם הקמתן של חברות - ממשלתיות או עירוניות - לצורך פעילות בעלת אופי עיסקי שימשה כבסיס להפרטה עתידית¹⁹. גם תיאגודם של בתי החולים הממשלתיים או של מערכות המים העירוניות מבטאים מגמות דומות.

(2) **ביצוע של פעילות שלטונית באמצעות קבלנים פרטיים (מיקור חוץ)** - החל מפעילות טכנית (איסוף אשפה, הסעת תלמידים והפעלת שירותי מחשוב מסוגים שונים), דרך פעילות הנושאת עימה היבטים של שיקול-דעת (למשל - שירותי גבייה), ועד להעברת תפקידים שלטוניים שיש בהם מימד משמעותי של שיקול דעת (תכנית ויסקונסין או הפרטת בתי הסוהר).

(3) **הקמה ותפעול תשתיות ציבוריות באמצעות יזמים פרטיים (BOT)** - היזם בונה את התשתית על חשבונו (Build), מפעיל אותה במשך תקופה ארוכה מובטחת מראש (Operate) ובסופה מעביר את הבעלות או השליטה בתשתית לידי המדינה (Transfer)²⁰. דוגמא בולטת לשימוש במודל זה היא בתחום של סלילת כבישים חדשים²¹.

(4) **רישוי והענקת זכויות בתחומים חדשים**. הן כאלו שנולדו בשל התפתחויות טכנולוגיות (שוק התקשורת) והן כאלו שהיו בעבר בשליטה ציבורית (תחבורה ציבורית²²). בנוסף, משטר הרישוי מחלחל גם לתוך השירותים החברתיים - רישוי מוסדות לטיפול באוכלוסיות נזקקות (קשישים, אנשים עם מוגבלויות, משפחות אומנה) אך גם רישוי גובר של בתי-ספר פרטיים. בשונה מאשר במיקור-חוץ, שבו הרשות מכירה באחריותה הבסיסית לספק את השירות (למשל, הסעות לתלמידים), הפרטה באמצעות רישוי נעשית, בדרך-כלל, בתחומים שבהם הרשות אינה רואה עצמה, מלכתחילה, כאחראית להספקת השירות, ומתייחסת אליו כאל שירות שיש לרכשו בשוק (כמו בתחום של דיור מוגן לקשישים).

(5) **'הפרטה במחדל' - צמצום הפעילות השלטונית (באמצעות קיצוץ תקציבי או הגבלת זכויות באמצעים ביורוקרטיים)** גם כאשר הביקוש לשירות הציבורי ממשיך להתקיים²³. בקטגוריה זו ניתן לכלול גם את ההימנעות ממימון צרכים חדשים (מאבטחים במסעדות ובמקומות בילוי, למשל), שמבטאת נסיגה של המדינה מביצוע הפעילות, אך גם נסיגה מן המחויבות לשוויון חברתי.

¹⁸ ברק-ארז, לעיל הערה 7.

¹⁹ דוגמה עכשווית היא הניסיון להפריט את רשות הדואר - יהושע סימון "פוסט טראומה" **גלובס** 25.7.2006; רוני סיני "את הדואר עוד לא הפרטנו" **הארץ** 4.5.2007. לאחרונה נכשל הניסיון להפריט את חברת המתניסים - עידו אפרתי "סופית: החברה למתניסים לא תופרט" **ynet** 19.2.2006.

²⁰ לפירוט נוסף של מודלים להפרטת תשתיות, ראו: אייל ידוב **הפרטת תשתיות - מבוא לבניית שותפויות ציבוריות-פרטיות** (2001).

²¹ חוק כביש אגרה (כביש ארצי לישראל), תשנ"ה - 1995; חוק כבישי אגרה (מנהרות הכרמל), תשנ"ה - 1995.

²² ליאור ברון "חברות התחבורה הציבורית נגד שאול מופז: דורשות לזרז את הפרטת קווי אגד ודן" **גלובס** 29.5.2007; נוגה דגן-בוזגלו ויעל חסון "הפרטת התחבורה הציבורית - זול זה לא הכל" **הארץ** 20.6.2007; אבי בר-אלי "ההפרטה הצליחה" **הארץ** 26.6.2007.

²³ ראו למשל את המקרה של אחות בית הספר - ראלי סער "לאן נעלמו אחיות בתי הספר (ואתן החיסונים)?" **הארץ** 10.9.2006; יובל אזולאי "מהיום: אגודה תספק שירותי הבריאות לתלמידים בבתי-ה"ס" **הארץ** 11.4.2007; ראו גם לאחרונה את בג"ץ 10794/05 **לנדאו נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ב-26.8.2007).

נסיגה זו באה לידי ביטוי גם במיסוד הגובר של שת"פ בין הממשלה לבין ארגוני החברה האזרחית, ובהעברה נמשכת של תפקידים לידיהם²⁴.

אופנים אחרים של הפרטה מתבטאים בהספקה בתשלום של שירותים שניתנו בעבר בחינם (כמו גישה לפארקים או לחופים), במדיניות החכרה ארוכת טווח של מקרקעי ישראל למטרות מסחר ויזמות שהופכת את הבעלות הציבורית עליהם לערטילאית וכן באמצעות הפרטה מתמשכת של נחלת הכלל הציבורית²⁵. לבסוף, ניתן לציין גם את התרבותן של "קהילות מגודרות" שמבקשות למנוע מעבר ציבורי חופשי במתחם מגוריהן²⁶.

ב. הדין המצוי:

פרופ' ברק-ארז מציעה לבחון את שאלת ההפרטה בשלושה מישורים: גבולות ההפרטה; אופיו של תהליך ההפרטה; והפיקוח על הגוף המופרט לאחר השלמת תהליך ההפרטה²⁷. ככלל, החקיקה והפסיקה עסקו בהיבטים אלו באופן חלקי בלבד. עמדתו הבסיסית של המשפט הישראלי ביחס למדיניות ההפרטה היא של פאסיביות ונייטרליות שיפוטיות²⁸, משני טעמים עיקריים: **חוסר לגיטימציה ציבורית** - ביהמ"ש אינו נבחר ציבור ולפיכך הוא אינו אמור לעצב ולקבוע את אופיה של מדיניות כלכלית וחברתית; **וחוסר כשירות מוסדית** - להבדיל מהמחוקק, לביהמ"ש אין ראייה המתאימה לשקילת השיקולים המקצועיים, החברתיים והכלכליים הכרוכים בסוגיה. ברם, בעוד שניתן אולי לקבל עמדה פאסיבית זו בכל הנוגע למכירתן של חברות ממשלתיות שההיבט הדומיננטי בפעילותן הוא כלכלי, הרי שככל שתהליכי ההפרטה מתרחבים גם לתחום השירותים החברתיים, עולה חשיבותם של שיקולים חלוקתיים ושל פגיעה בזכויות אדם, ביחוד של אוכלוסיות מוחלשות, וכתוצאה מכך עולה החשיבות שבבחינה **משפטית** של הסדרי ההפרטה. גם העובדה שחוק-יסוד: חופש העיסוק עשוי לאפשר לתקוף מונופולים שלטוניים בטענת פגיעה בחופש העיסוק יכולה ליצור מנוף להפרטה שלהם, ומחלישה את הטענה בדבר הנייטרליות של חוקי-היסוד²⁹.

בעבר, הכירו בתי המשפט בסמכותן של הרשויות להסתייע בגופים פרטיים במהלך ביצוע התפקיד השלטוני - למשל, בעבודות של פינוי אשפה, ואף 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 הותרה רק במקרים שבהם קיים חוק מפורש³⁰. מאז חקיקת חוקי היסוד ב-1992, על החוק לעמוד גם לבחינה חוקתית. ואכן, העתירה

²⁴ לתיאור הגידול המתמשך במספרן של עמותות ופעילותן ראו, למשל, רותי סיני "במצב כל כך גרוע, גם החילונים מקימים ארגוני צדקה" **הארץ** 26.3.2003

²⁵ ראו דניאל מישורי "שילוט ושליטה: עתירת 'פעולה ירוקה' כמאבק על נחלת הכלל" **מעשי משפט** א 109 (2008)

²⁶ המקרה הידוע ביותר היה בפרוייקט "גבעת אנדרומדה" ביפו, שם פסק, בסופו של דבר, בית המשפט נגד סגירת המתחם: ה"פ 200681/04 **עמותת יפו לזכויות אדם נ' גבעת אנדרומדה ניהול בע"מ** (ניתן ב-1.8.2007).

²⁷ ברק-ארז, לעיל הערה 7.

²⁸ ביטוי לכך ניתן בדבריו של הנשיא לשעבר 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 קונקרטי. 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, והגשתה נתונה לממשלה, להם ניתן

מרחב של תימרון חקיקתי" (בג"צ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא (4) 367, 386)

²⁹ ברק-ארז, לעיל הערה 7.

³⁰ ברק-ארז, לעיל הערה 7.

כנגד הפרטת בתי הסוהר נסמכה גם על חוקי היסוד³¹. בתי המשפט פיתחו גם את משפט 'הגופים הדו-מהותיים' שלפיו גם תאגידיים שהוקמו לפי כללי המשפט הפרטי עשויים להיות כפופים לעקרונות המשפט הציבורי, בהתאם לאופי פעילותם, מעמדם המונופוליסטי ועוד³².

ג. הדין הרצוי

גם אם המאבק על מדיניות ההפרטה יוכרע בזירה הציבורית-פוליטית, עדיין נותר לזירה המשפטית תפקיד משמעותי. האתגר המשפטי והחברתי המרכזי שמציבה ההפרטה נובע מן הצורך לשרטט מחדש את הגבול בין התחום הפרטי לבין התחום הציבורי. אף אם במציאות הנוכחית, ההפרטה נתפסת כפתרון לגיטימי, יש להכפיפה ל"חישוקים" מסויימים של רגולציה חברתית. **איל פלג** - הרואה בהפרטה גורפת של שירותים בסיסיים משום שינוי בסיסי של "האמנה החברתית" המחייב דיון ציבורי מקיף - מציע להטיל חובות ציבוריות על הגופים המופרטים (שאותה הוא מכנה 'הצברה'³³). כפי שנאמר גם לעיל, התרחבותה של מדיניות ההפרטה והעמקת תפקידם של תאגידיים באספקת שירותים ציבוריים מחייבות שינוי בגישה המטילה אך ורק על המדינה את האחריות להבטיח את השמירה על זכויות האדם. **יש להגן באופן אפקטיבי על זכויות האדם, בלי קשר לזהותה של הישות שמפניה יש להתגונן.**

ניתן לחשוב על מספר כיווני פעולה שניתן לשלב ביניהם, תוך שימוש באמצעי פעולה שונים, ציבוריים ומשפטיים, וכמובן, **תוך הקצאת משאבים ליישומם:**

1. במישור המהותי:

- יש להגדיר בצורה ברורה מהן הסמכויות השלטוניות שהמדינה מותירה באחריותה הישירה (הסמכויות ה'גרעיניות'), ובאלו מקרים היא רשאית להסתייע בגורמים פרטיים;
- יש לקבוע כללים שימנעו מהגופים המופרטים לנצל לרעה את הסמכויות השלטוניות המועברות לידיהם: גם לאחר ההפרטה, השירות אינו הופך לפרטי ואסור שיהיה כפוף לשרירות ליבו של בעל הקניין הפרטי;
- יש לצמצם ככל האפשר את ההשלכות החלוקתיות של ההפרטה: בשירותים שיוגדרו כחיוניים, למשל, יש לחייב את הגופים המופרטים להעניק שירות אוניברסלי, ולמנוע תלות בשאלת היכולת הכלכלית של האזרח לממנם;
- יש לאכוף על הגופים המופרטים חובות של שקיפות ומתן מידע, ולמנוע מהם להסתתר מאחורי טיעונים בדבר 'סודות מסחריים';
- יש לפעול למניעת אפליה ולהבטיח הגנה על זכויות הפרט המקבל שירות;
- יש להגן על זכויות העובדים בגוף המופרט ולהבטיח להם רשת ביטחון תעסוקתית, בעת הליכי ההפרטה ולאחריהם;

³² ברק-ארז, לעיל הערה 7.

³³ איל פלג הפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005).

- יש לבחון מחדש את הגישה המקנה לתאגידיים זכויות חוקתיות³⁴, לפחות ככל שהם ממלאים תפקידים ציבוריים.

2. במישור הפרוצדורלי :

- בעת ההחלטה להפריט יש להבטיח כי תישקל גם שאלת השפעת ההפרטה על זכויות האדם (בדומה לעריכת 'סקר סביבתי' בהחלטות תכנוניות);
- יש להבטיח שקיפות מירבית של הליכי ההפרטה ושל פרטי ההתקשרות עם הגוף הפרטי. כך תובטח הגנה טובה יותר על זכויות האדם של הציבור כולו;
- יש להבטיח נגישות והשתתפות מהותיות של הציבור בעת קבלת החלטה על הפרטה: פומביות של דיונים מכריעים בנושא; פרסום השיקולים והמסקנות שהובילו לקבלת ההחלטה ומתן אפשרות תגובה לציבור; צירוף נציגי ציבור/ארגונים אזרחיים לשלבים השונים של מימוש ההפרטה;
- במהלך תקופת ההפרטה יש לחייב פרסום דו"חות מעקב תקופתיים, אולי באמצעות רשות ציבורית מפקחת; ליצור מנגנון אפקטיבי לבירור תלונות האזרחים ולקבלת מידע; להכפיף את הגופים המופרטים לביקורתו של מבקר המדינה; ולהבטיח חובת שקיפות והנמקה של החלטות בעלות השפעה ציבורית.

³⁴ בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, ניתן ב-20.9.2006). לניתוח ביקורתי של פסק-הדין ראו עופר סיטבון "על בני-אדם, תאגידיים ומה שביניהם – האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידיים?" **קרית המשפט** (עתיד להתפרסם, 2008)

ניתן לחלק את הטענות בויכוח אודות ההפרטה לשני סוגים - כלכליים ואידיאולוגיים:

א. טיעונים כלכליים

1. בעד:

הטיעון הכלכלי העיקרי בזכות ההפרטה הוא **שיפור היעילות**. טיעון זה נובע מההנחה שבעלות פרטית יוצרת תמריץ לשמירה ולניהול טובים יותר של הנכס מאשר בעלות ציבורית³⁶. יעילותו של הניהול הפרטי מתבטאת בכך שהוא מכוון, מחד, לקיצוץ בהוצאות תפעול עודפות (באמצעות פיטורי עובדים, ביטול הסכמים קיבוציים, אי-חידוש ציוד, צמצום בהוצאות בטיחות ועוד), ומאידך, להגדלת הכנסות (באמצעות שיווק אגרסיבי יותר, העלאת מחירים ועוד) - והכל במטרה למקסם את רווחיו. סכנת פשיטת הרגל שמרחפת כל העת כחרב דמוקלס מעל לראשה של חברה פרטית, מחייבת את מנהליה לניהול זהיר וחסכוני יותר מאשר בחברה ממשלתית החסינה מפני סכנה זו.

מדיניות הפרטה מעודדת גם את התחרות המשקית ומצמצמת את 'החסינות' הזו שיוצרים המונופולים הממשלתיים, ואשר מעוותים את הפעילות המשקית. התחרות אמורה לפעול להורדת המחיר לצרכן ולהגדלת אפשרויות הבחירה שלו, ותהליכי הגלובליזציה, המתבטאים בכניסתן של חברות זרות לשווקים המקומיים, מאפשרים את הרחבת התחרות על ליבו של הצרכן. ההפרטה והתחרות מובילות גם לשיפור השירות לצרכן.

לבסוף, התמלוגים מההפרטה מגדילים את הכנסות הממשלה ומסייעים בצמצום החוב התקציבי.

2. נגד:

מתנגדי ההפרטה טוענים כי אין ערובה לכך שחברה פרטית תהיה יעילה יותר מחברה ממשלתית, וכי, בכל מקרה, יש לכלול בגדריו של מושג היעילות לא רק את הגידול ברווחים אלא גם את ההשלכות חברתיות והסביבתיות של ההפרטה. מכל מקום, אם אמנם המגזר הפרטי אכן יעיל יותר, הרי שסביר כי יצליח לרכוש את הנכסים המופרטים בזול, וכך ייצא שכרו של הציבור בהפסדו - הן משום הקושי להשיב את המצב לקדמותו; הן בשל אובדן ההכנסות הנגרם למדינה; והן בשל פגיעתה בשירותים הציבוריים ובזכויות האזרחים להנות מהם³⁷.

קיומם של מונופולים ממשלתיים איננו שלילי בהכרח: ראשית, 'הבזבוז' שנגרם כתוצאה מפעילותם הוא, לא פעם, תוצר של החלטה מודעת, שהתקבלה באופן דמוקרטי, לסבסד שירות משיקולים חברתיים. שנית, הודאות והיציבות מהן נהנות החברות הממשלתיות יכולה להגדיל את

³⁵ לדיון מעמיק יותר ראו ברק-ארוז, לעיל הערה 7; חסון, לעיל הערה 3; חיים פרשטמן "גבולות ההפרטה" מחלוקות בכלכלה – מכון ון ליר (2007).

³⁶ אחד ההסברים הידועים לכך ניתן במאמרו הידוע של גרט הרדין על "הטרגדיה של נחלת הכלל" (1968) שמדגים כיצד בעלות ציבורית על 'מוצר ציבורי' (כדוגמת אחו למרעה) מובילה לניצול-יתר ולדלדול שלו.

³⁷ אם, מנגד, המדינה מסוגלת להגן על נכסיה ולמכרם בערך מתאים - הרי שמרבית הטעמים המצדיקים הפרטה אינם מתקיימים.

האטרקטיביות שלהן בגיוס עובדים ובגיוס הון, למשל. שלישית, הפרטתם של מונופולים טבעיים, בעיקר בתחום התשתיות, אינה מגבירה את התחרות במשק אלא רק מחליפה מונופול ממשלתי במונופול פרטי³⁸. יתרה מזו: הגברת תחרות אינה פונקציה הכרחית של אופי הבעלות בחברה, ועל כן אין לזהות בינה לבין הפרטה³⁹. הוא הדין גם לגבי שיפור השירות לאזרח - לעיתים הוא הורע בעקבות הפרטה, בעוד שהוא התייעל דווקא תחת תאגידים ממשלתיים.

טיעונים אידיאולוגיים:

1. בעד:

הטיעון האידיאולוגי המרכזי המצדד בהפרטה, הקשור בטבורו לטיעוני היעילות, הוא טיעון 'הממשלה הקטנה' שלפיו ראוי להקטין את משקלה של הממשלה בפעילות המשקית, להעביר את מרבית תפקידיה לידיו של המגזר העסקי, ולהותיר בידיה רק תפקידים של פיקוח ורגולציה. הסיבות לכך מגוונות: ההפרטה נתפסת ככלי לצמצום כוחו הכלכלי של הממשל ולמניעת שחיתות מצד פקידיה; מנגנון הפיקוח של השווקים יעיל לא פחות, ואולי אף יותר, ממנגנון הפיקוח הפוליטי; למגזר הפרטי יש תמריצים רבים יותר לשקול את שיקולי הטווח הארוך, לעומת פוליטיקאים שטווח הראייה שלהם מושפע משיקולים אלקטורליים; והאמונה כי ההפרטה מועילה לצמיחה הכלכלית - הקטנת המגזר הציבורי והגמשת שוק העבודה (לנוכח צמצום כוחם של האיגודים המקצועיים) מביאים לגידול ברווחי החברות, שבתורם מגדילים את הכנסות המדינה ממיסוי ומעודדים השקעות נוספות מצדם של בעלי ההון. שחרור תחום מניהול ממשלתי גם מפנה עבור המשקיעים אפשרויות השקעה בתחום, ומאפשר מימוש טוב יותר של זכויות הקניין שלהם.

2. נגד:

תהליך ההפרטה שוחק את המגזר הציבורי לטובת המגזר הפרטי, ובכך מצמצם את יכולתה של הממשלה להשתמש באמצעים הקיינסיאניים המסורתיים של מעורבות ממשלתית המקדמת צדק חלוקתי והשקעה בתחומים בעלי חשיבות, שאינם רווחיים, שבהם למגזר הפרטי אין עניין (אגב, השקעת משאבים ציבוריים במניעה מלכתחילה (למשל, רפואה מונעת), מניבה לא פעם גם חסכון תקציבי ניכר). בנוסף, הקטנת כוחה של הממשלה מגדילה את כוחם של בעלי ההון ומשעתקת, בשל העברת הנכסים הבין-דורית, את הפערים החברתיים.

הטענה כי על הממשלה להסתפק בתפקידי פיקוח ורגולציה - אירונית: היא מבטאת הסתמכות של תומכי ההפרטה על הניהול הציבורי, שבעייתיותו הלכאורית היתה המניע העיקרי למהלכי ההפרטה. הניסיון מלמד גם שיחידות הפיקוח והאכיפה הממשלתיות נמצאות לרוב בתת-תקצוב משמעותי⁴⁰. יתרה מזו: לא פעם פיקוח יעיל על הגופים המופרטים אינו מתאפשר לנוכח התופעה, המוכרת בספרות, שבה גופים אלו 'לוכדים' (Capture) את גופי הרגולציה וגורמים להם להגן על האינטרסים של התעשייה עליה הם מפקחים, במקום על האינטרס הציבורי המופשט. תופעה זו מלמדת גם מדוע הפרטה אינה בהכרח הכלי היעיל ביותר למניעת שחיתות, שכן ככל שמעמיקה

³⁸ למעשה, תהליכי ההפרטה בישראל מתאפיינים בעיקר ביצירת ריכוזיות פרטית במקום הריכוזיות הממשלתית - ביכלר וניצן, לעיל הערה 3.

³⁹ פרשטמן, לעיל הערה 28.

⁴⁰ ראו למשל: דו"ח מבקר המדינה 257; רותי סיני "פקחים חדשים - אין", [הארץ](#) 10.5.2007; רותי סיני "6,600 מפגרים במעונות - ורק 7 מפקחים" [הארץ](#) 9.3.2007.

מדיניות ההפרטה, גדלה יכולתם של בעלי ההון לפתות את נציגי הממשלה המנהלים את הליכי ההפרטה, במשרות ובכיבודים עתידיים, לאחר פרישתם מהמגזר הציבורי.

שוק עבודה 'גמיש' שאותו מקדמת מדיניות ההפרטה מתבטא גם באובדן הביטחון התעסוקתי, בתחלופת עובדים גבוהה הפוגעת ביזיכרון המוסדי של השירות הציבורי וכן בגידול בשיעורי העוני ובהעמקת הפערים החברתיים. טיעון זה גם מתעלם מכך שעובדי ציבור הם, לרוב, בעלי מוטיבציה כנה ואידיאליסטית לסייע לאזרחים, יותר מאשר עובדים במגזר הפרטי.

הפרטה עשויה ליצור אמנם גידול בנתוני התל"ג, אך היא אינה מבטאת בהכרח גידול בשגשוגו של המשק. אם הצמיחה אינה יעד בפני עצמה, אין לראות בהשפעת ההפרטה על הצמיחה הצדקה להפרטה, ומכל מקום, צמיחה ניתן ליצור גם באמצעים אחרים, פרוגרסיביים יותר⁴¹.

נימוק חשוב נוסף שמעלים מתנגדי ההפרטה הוא הפגיעה בריבונות המדינתית באמצעות העברת נכסים ציבוריים לידיים פרטיות, בייחוד כאשר ההפרטה נעשית לידיהם של בעלי-הון זרים שמידת המחויבות שלהם כלפי האוכלוסייה המקומית קטנה אף יותר מזו של בעלי-ההון המקומיים. הדבר בולט בעיקר בהפרטה של תעשיות בטחוניות או של משאבי טבע נדירים. הטענה לפגיעה בריבונות עולה, מכיוון אחר, גם במקרים של הפרטת תפקידים שלטוניים מובהקים, ובראשם אלו הכרוכים באכיפת החוק; הפרטת המונופול המדינתי על האלימות מהווה הפרה של האמנה החברתית שבין האזרח לבין מדינתו. יתרה מזו, מהות הדמוקרטיה היא יכולתו של הציבור להשפיע על פעולות הממשל באמצעות זכות הבחירה שלו. ברגע שהממשל מפריט חלק מפעילויותיו, קטנה האחריותיות שלו בפני הציבור, ובכך מתפורר הרעיון הדמוקרטי⁴².

⁴¹ ראו, למשל – <http://www.vanleer.org.il/Data/UploadedFiles/econsoc/1/dispute6.pdf>

⁴² פלג, לעיל הערה 31.