

הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי[§]

מאת

הילה שמיר*

תקציר

בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, אשר פסל חקיקה שהתירה את הקמתו של בית-סוהר פרטי, נחשב פסק-דין שחולל מהפכה בדיני ההפרטה בישראל בשל היותו פסק-הדין הראשון שבו עסקו שופטי בג"ץ בשאלת גבולותיה הראויים של ההפרטה. פסק-הדין התקבל בתמיכה גורפת בציבוריות הישראלית. מאמר זה מציע קריאה ביקורתית של פסק-הדין, ומפתח כלים חלופיים לחשיבה על מערכת היחסים בין המדינה והשוק בעת הנוכחית.

המאמר טוען כי פסק-הדין אינו מציע חידוש מהותי בעניין היחס הראוי בין הפרטי לציבורי, אלא מהווה תמונת-ראי של עמדת משרד האוצר שמניבה את מדיניות ההפרטות הנרחבת בישראל בשלושת העשורים האחרונים. התפיסה שביסודן של שתי העמדות המנוגדות מבטאת גישה שניתן לכנותה "פטישיזם מוסדי", שלפיה מוסדות השוק והמדינה מהווים ספרות שונות ונפרדות זו ומזו, בעלות מאפיינים מובהקים, קבועים ושונים באופן חד וקל לזיהוי. בעוד עמדת משרד האוצר היא כי השוק בהכרח עליון על המדינה ועל-כן יש לקדם מדיניות הפרטה נרחבת, בית-המשפט בפסק-דין שירות בתי-הסוהר מבטא את העמדה כי המדינה עדיפה באופן אינהרנטי על השוק (לפחות בתחום הכליאה), ולכן קובע כי הקמת בית-הסוהר הפרטי אינה חוקתית.

המאמר מבקש לאתגר את הפטישיזם המוסדי שאליו נקלע הדיון המשפטי והציבורי בנושא ההפרטה בישראל. המאמר טוען כי המדינה והשוק הם מוסדות דינמיים, אשר תוכנם, כמו גם היחסים ביניהם, אינם יציבים וקבועים, ומציע כי על-מנת לענות על האתגרים שמדינת הרווחה ניצבת בפניהם, יש מקום לבחון מחדש את ההנחות הבסיסיות לגבי המדינה והשוק, כמו גם את תפקידה של המדינה ביצירתו ובעיצובו של השוק בעידן של הפרטה.

* מרצה בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לדפנה ברק-אראז, לחנוך דגן, לצילי דגן, לאריאל פורת, לטליה פושר, לאמיר פז-פוקס ולאורי אהרונוסון על הערותיהם המועילות, ולרבקה אלקיים, לאוהד סומך ולשלי פסטרנק על עזרתם במחקר. המחקר נהנה מתמיכתו של מרכז-על ע"ש צגלה למחקר בינתחומי של המשפט, והוצג בפורום חוקרים למשפט, גלובליזציה והמרחב הטרינסלאומי, בחסות מרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטת תל-אביב. תודתי למשתתפי הפורום על הערותיהם המועילות.

§ המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית-המשפט העליון (בדימוס) אליהו מצא, ועתיד להתפרסם גם בספר אליהו מצא (בהוצאת עיוני משפט ונבו).

גישה מקובעת פחות כלפי המדינה והשוק, טוען המאמר, תאפשר להתמקד בעיצוב מערכת יחסים ראויה בין מוסדות אלה, תוך יצירת מערכי רגולציה אשר יבטיחו, ככל שניתן, את הפקת המיטב החברתי משני המוסדות.

מבוא

- א. הפרטה בישראל – סקירה כללית
 1. הטיעונים הפרדיגמטיים בעד ונגד הפרטה
 2. הדיון המשפטי בהפרטה
- ב. פסק־דין שירות בתי־הסוהר
 - ג. בין הפרטי לציבורי
 1. האומנם השוק והמדינה מובחנים זה מזה באופן חד?
 2. האומנם למדינה ולשוק יש תוכן קבוע ואחיד?
 - (א) מערך שירותי בריאות התלמיד
 - (ב) תוכנית "מרווחה לעבודה"
 - (ג) ניתוח מקרי-המבחן
 3. האם שיקול־הדעת של עובד ציבור שונה מזה של עובד בגוף פרטי?
 4. דיון ומסקנות

סיכום

מבוא

בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר¹ הכריעו לראשונה שופטי בג"ץ ביחס לגבולותיה הראויים של הפרטה בישראל, כאשר פסלו חקיקה שהתירה הקמתו של בית־סוהר פרטי. עד לפסק־דין זה נגעה ההתמודדות המשפטית עם סוגיית ההפרטה בישראל בתהליכי קבלת ההחלטה, ולא בעצם ההחלטה להפריט. בתי־המשפט התמודדו עם טענות נגד הפרטה באופן נקודתי, על בסיס כללי המשפט המנהלי, ונמנעו מלהכריע אם תוצאות ההפרטה עשויות לפגוע בזכויות־יסוד, בנימוק שעיצוב מדיניות ההפרטה מצוי בידי הרשויות המחוקקת והמבצעת, ועל־כן הכרעה שבוחנת את תוכן ההחלטה חורגת מתפקידו המוסדי של בית־המשפט. פסק־דין שירות בתי־הסוהר הציע שינוי גישה משמעותי ביחס לפסיקה קודמת, כאשר בחן את ההפרטה וקבע כי עצם העברתה של סמכות הכליאה לידיים פרטיות פוגעת בכבוד האדם של האסיר.

בעוד במובן מסוים חולל פסק־הדין מהפכה בגישתו של בית־המשפט אל מדיניות ההפרטה בישראל, במובן חשוב אחר פסק־דין זה אינו מציע כל חידוש. פסק־הדין משחזר ומהווה תמונת־ראי של עמדת משרד האוצר שמניבה את מדיניות ההפרטות הנרחבת בישראל

1 בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, דינים עליון 2009(112) 135 (להלן: פסק־דין שירות בתי־הסוהר).

בשלושת העשורים האחרונים.² התפיסה שביסודן של שתי העמדות המנוגדות מבטאת גישה שניתן לכנותה "פטישיזם מוסדי", שלפיה מוסדות השוק והמדינה מהווים ספרות שונות ונפרדות זו ומזו, קרי, ספרות בעלות מאפיינים מובהקים, קבועים ושונים באופן חד וקל לזיהוי. אני שואלת את המונח "פטישיזם מוסדי" מכתבתו של רוברטו אונגר, שמגדיר את המונח כך: "the belief that abstract institutional conceptions, like political democracy, the market economy, and a free civil society, have a single natural and necessary institutional expression".³ בעוד עמדת משרד האוצר היא כי השוק בהכרח עליון על המדינה ועל־כן יש לקדם מדיניות הפרטה נרחבת, בית־המשפט בפסק־דין שירות בתי־הסוהר מבטא את העמדה כי המדינה עדיפה באופן אינהרנטי על השוק (לפחות בתחום הכליאה), ולכן קובע כי הקמת בית־הסוהר הפרטי אינה חוקתית.

במאמר זה ישמש פסק־דין שירות בתי־הסוהר מקרה־מבחן על־מנת לבחון ולאתגר את הפטישיזם המוסדי שאליו נקלע הדיון המשפטי והציבורי בנושא ההפרטה בישראל. המאמר מציע כי ההבחנה בין הפרטי לציבורי, בין השוק למדינה, הינה הבחנה מרכזית וחשובה, שכן המדינה והשוק מציעים היגיון מוסדי⁴ וטעמי פעולה שונים לפרטים הפועלים במסגרתם. עם

2 יעל חסון "שלושה עשורים של הפרטה" מרכז אדווה 5 (2006) www.adva.org/uploaded/privatization.pdf. חסון מציינת כי "מדיניות ההפרטה הפכה לחלק מרכזי במצען של המפלגות הגדולות, כמו גם לתכנית פעולה ממשית של הפקידות הבכירה במנגנון המדינה". ביטוי לגישה זו ניתן למצוא גם בדבריו של אורי יוגב, מי שהיה הממונה על התקציבים באוצר במהלך השנים 2002–2004, שלפיו "צריך לשנות את דרך החשיבה בכל התחומים. להפריט את החינוך, את הבריאות, את בתי־הכלא, את המתנסים, את הטיפול הסוציאלי; בקיצור, כל מה שזו... רק בעלים פרטיים רוצים ויודעים איך ליעל ולשפר את השירותים. המדינה לא רוצה ולא יודעת כיצד לעשות את זה". לוי מורב "בית הסוהר הפרטי יהיה פרויקט הרגל שלנו" ארץ אחרת 33 (2006) [acheret.co.il/?cmd=articles.134&act=read&id=447](http://www.acheret.co.il/?cmd=articles.134&act=read&id=447). להרגמה נוספת של מדיניות זו ראו את התבטאותו של שר האוצר לשעבר אברהם הירשזון לפני חברי ועדת הכספים של הכנסת שלפיה "הגיע הזמן שננהל את המדינה כמו שמנהלים עסקים פרטיים". ועדת הכספים "שר האוצר: הגיע הזמן שננהל את אוצר המדינה כמו שמנהלים עסקים פרטיים" אתר הכנסת (הודעה לעיתונות, 3.7.2006) portal.knesset.gov.il/Com2ksafim/he-IL/Messages/news_6471.htm.

3 ראו ROBERTO UNGER, WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME 7 (1996). הבנה זו של המונח שונה מהשימוש שהכלכלן אמרטיה סן עושה ברעיון זה כאשר הוא מדבר על Institutional Fundamentalism. ראו: AMARTYA SEN, THE IDEA OF JUSTICE 79–86 (2009). סן מבקר את העיסוק הפטישיסטי במוסדות ובתהליכים במקום בצדק מהותי. הגדרה זו חורגת מהביקורת שאני מצייגה כאן, הנוגעת לא בפטישיזם שבעצם העיסוק במוסדות, אלא בסוג מסוים של חשיבה מקובעת, סטטית ודרמטיניסטית על מוסדות חברתיים שונים.

4 אני משתמשת במונח "היגיון מוסדי" באותו מובן שבו תורנטון ואוקסיו משתמשים במונח בכתבתם, קרי, כמונח המתייחס ל־"socially constructed historical patterns of material practices, assumptions, values, beliefs, and rules by which individuals produce and reproduce their material subsistence, organize time and space, and provide meaning to their social reality". ראו: Patricia Thornton & William Ocasio, *Institutional Logics and the Historical Contingency of Power in Organizations: Executive Succession*

זאת, מדובר במוסדות דינמיים, אשר תוכנם, כמו־גם היחסים ביניהם, אינם יציבים וקבועים. הטענה במאמר היא כי על־מנת לענות על האתגרים שמדינת הרווחה ניצבת בפניהם, יש מקום לבחון מחדש את ההנחות הבסיסיות לגבי המדינה והשוק, ולהבין את תפקידה של המדינה ביצירתו ובעיצובו של השוק גם בעידן של הפרטה. גישה כזו תאפשר להתמקד בחלוקת עבודה ראויה בין המוסדות הללו ובפיתוח שיתופי־פעולה ביניהם, תוך יצירת מערכי רגולציה⁵ אשר יבטיחו, ככל שניתן, את הפקת המיטב החברתי משני המוסדות.

חלקו הראשון של המאמר מציג בקצרה את הדיון בהפרטה בישראל. חלקו השני של המאמר מתאר את פסק־דין שירות בתי־הסוהר, שהיווה נקודת מפנה בדיון המשפטי על הפרטות בישראל. חלקו השלישי של המאמר מציג קריאה ביקורתית של פסק־הדין לאור דיון תיאורטי בדבר ההבחנה בין הספירה הפרטית לספירה הציבורית. הדיון בהבחנה בין הספרות מחולק לשלוש שאלות. השאלה הראשונה בוחנת את ההנחות בדבר היות השוק והמדינה ספרות שונות ונפרדות. המאמר מטיל ספק בהנחות אלה, בין היתר, לנוכח הכתיבה בדבר עלייתה של המדינה הרגולטורית, אשר מאתגרת את ההבחנה המסורתית בין הספירה הפרטית לבין זו הציבורית. השאלה השנייה בוחנת את ההנחה כי למדינה ולשוק יש תוכן קבוע ואחיד. המאמר מערער על הנחה זו באמצעות דיון בשלושה מקרי־מבחן של הפרטה בישראל: הניסיון להקים בית־סוהר פרטי; הפרטתם של שירותי בריאות התלמיד; ויצירת מערך "מרווחה לעבודה", אשר הופעל על־ידי זכיינים פרטיים. השאלה השלישית היא אם אכן יש הבדל מהותי בין שיקול־הדעת של עובד ציבור לבין זה של עובד בגוף פרטי. בחלק זה המאמר נסמך על מחקרים בנושא תרבות ארגונית בבירוקרטיות פרטיות וציבוריות הבוחנים את האופן שבו "פקידי־קצה" (street-level bureaucrats) מפעילים את שיקול־דעתם. מחקרים אלה מצביעים על מורכבות וריבוי של המערכים המוסדיים המשפיעים על אופן ההפעלה של שיקול־הדעת בגופים פרטיים וציבוריים. בפרק הסיכום המאמר קורא לדחיית הפטישיזם המוסדי, ולחשיבה מחודשת על ההבחנה בין הספרות הפרטית והציבורית ועל תפקידו של המשפט בעיצוב מערכת היחסים ביניהן.

in the Higher Education Publishing Industry, 1958–1990, 105 Am. J. Soc. 801, 804 (1999).

5 ברגולציה כוונתי ל"כינון, הגבלה או הכוונה של פעילות באמצעות קביעת סטנדרטים, ניטור ואכיפה על ידי גופים מנהליים באמצעות חקיקה בינלאומית (סטנדרטים, הסכמים בינלאומיים), חקיקה משנית (דרך תקנות בירוקרטיות) או חקיקה שלישונית (נהלים והנחיות מנהליות)". דוד לוי־פאור, נעם גדרון וסמדר מושל "הגירעון הרגולטורי של עידן ההפרטה" מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי עמ' 4 למאמר (אמיר פז־פוקס ויצחק גל־נור עורכים, עתיד להתפרסם ב־2013), נגיש בכתובת hazan.kibbutz.org.il/cgi-webaxy/sal/sal.pl?lang=he&ID=969775_hazan&act=show&dbid=categories&dataid=4 (הספר להלן: **מדיניות ההפרטה בישראל**). על הגדרה זו אני מוסיפה אף רגולציה שנעשית על־ידי המחוקק באמצעות חקיקה ראשית.

א. הפרטה בישראל – סקירה כללית

החל בשנות השמונים נוקטות ממשלות ישראל מדיניות של הפרטה נרחבת בשלל תחומים.⁶ בין התחומים המופרטים ניתן למצוא את תחומי הרווחה והשירותים האישיים, החינוך, הבריאות, התשתיות והדירור, וכן תחומים שנחשבים באופן קלסי כמצויים בליבת אחריותה של המדינה, כגון ביטחון,⁷ כליאה,⁸ היבטי ענישה⁹ ואף תכנון מדיניות החברתית-הכלכלית של המדינה.¹⁰

בליבה של סוגיית ההפרטה מצויה השאלה מהם גבולות אחריותה של המדינה ואילו תחומי אחריות ופעילות מוטב שתמלא המדינה אל מול החברה האזרחית, המשפחה והשוק הפרטי. משמעותה של מדיניות ההפרטה, במובנה הרחב, היא הסטת הגבול בין המגזר הציבורי לבין המגזר הפרטי ו"הפחתת המעורבות הממשלתית בחיי הכלכלה והחברה".¹¹ הסטת גבול זו יוצרת שיתופי פעולה ושילובים רבים ומגוונים בין המגזר הפרטי לבין המגזר הציבורי, אשר כוללים רמות שונות של שליטה ציבורית בפעילות מופרטת. על-כן המונח "הפרטה" מהווה מונח-סל, שכולל בתוכו שלל קונפיגורציות של מערכות יחסים בין המדינה לשוק. ההפרטה המלאה ביותר באה לידי ביטוי בהעברת בעלות בנכסים ממשלתיים לידיים פרטיות, כפי שנעשה, למשל, ביחס לבזק, לצים ולבתי-הזיקוק לנפט.¹² אך ייתכנו הפרטות

-
- 6 דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 465-464 (2008).
- 7 ראו, למשל, גלעד ברנע ויעל ברדה "תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר" מעשי משפט ג 145, 157-158 (2010) (הדנים בהפרטת רכיבים ממעבר-הגבול היבשתיים); חסון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18 (הדנה בהפרטת התעשיות הבטחוניות תע"ש ותע"א); אמיר פז-פוקס וזהר כוכבי "בין הציבורי לפרטי: הפרטות והלאמות בישראל – דו"ח שנתי 2010" 7-8, 43-51 (מכון ון ליר, 2011) (הדנים בהפרטת התעשיות הבטחוניות ובהפרטת המרכיבים הבטחוניים הבאים: שיטור ואבטחה, מרכז ההדרכה של משטרת ישראל, בניית קריית ההדרכה של צה"ל בנגב, פיקוח אלקטרוני על מעצר וקו הייצור של טנק המרכבה).
- 8 בהקשר זה יש לציין לא רק את הניסיון להפריט את שירות בתי-הסוהר (פסק-דין שירות בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 1), אלא גם את העובדה שהמקלטים מעגן ואטלס, המיועדים לקורבנות סחר בכני-אדם, מופעלים על-ידי עמותות, ושהגנת המקלטים הוטלה על חברה פרטית, אשר נשכרה על-ידי המשטרה ומתודרכת על-ידיה. ראו דפנה הקר ואורנה כהן דו"ח מחקר – המקלטים בישראל לנשים ולגברים שורדי סחר בכני אדם 50-52, 84-85 (2012).
- 9 ראו פסק-דין שירות בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש ופס' 9 לפסק-דינו של השופט לוי.
- 10 אלה לוי-יניריב "אומ"ץ למבקר: לבטל מרכז בינלאומי של לשכת ראש הממשלה" גלובס 3.4.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000635575. לסקירה נרחבת של הפרטות בשנת 2010 ראו פז-פוקס וכוכבי, לעיל ה"ש 7.
- 11 ברק-ארז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 468.
- 12 חסון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13-15.

חלקיות יותר, כגון ביצוע פעילות ממשלתית על-ידי קבלנים פרטיים (מיקור-חוץ)¹³ – דרך אשר מקובלת ביחס לשירותים חברתיים;¹⁴ רישוי והענקת זכויות לגורמים פרטיים בתחומים חדשים;¹⁵ או אף הפרטה סמויה יותר, אשר באה לידי ביטוי בצמצום הפעילות השלטונית או המימון השלטוני, המוביל להתעוררותו או ליצירתו של שוק המספק את הצרכים שקודם לכן סיפקה המדינה.¹⁶ ריבוי סוגי ההפרטה משמעו שאימוצה של מדיניות הפרטה אינו מעשה חד-ממדי, אלא נושא פנים מגוונים והשלכות שונות בכל מקרה ומקרה, ומן הסתם גם רושם מידות משתנות של הצלחה.¹⁷

לצד מדיניות ההפרטה הנרחבת ננקטו לאורך השנים גם כמה צעדי הלאמה, קרי, מהלכים שהסיטו את הגבול בין המדינה לשוק תוך הגדלת המעורבות הממשלתית בחיי החברה והכלכלה. חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, בשנת 1995, והכללת טיפולי שיניים לילדים בסל הבריאות, בשנת 2009, הן דוגמות לנושאים שעברו מהתחום הפרטי אל התחום הציבורי.¹⁸ נוסף על כך, מהלכים להפרטת טיפות-החלב, הרכבת הקלה של גוש דן, החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה,¹⁹ תוכנית "מרווחה לעבודה" (שעוד אשוב אליה

- 13 אבישי בניש "מיקור-חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" **משפטים** לח(2) 283, 287-293 (2008).
- 14 ראו יוסף קטן "הפרטה חלקית של שירותי רווחה אישיים" **עיצוב מדיניות חברתית בישראל – מגמות וסוגיות** 101, 113-117 (אורי אבירם, ג'וני גל ויוסף קטן עורכים, 2007).
- 15 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 474-475 (הדנה בהפרטה על-דרך מתן זכויות בתחום התקשורת). להצעות למדיניות שתפעל בכיוון ההפוך של שילוב גופים ציבוריים בתחום שהוענקו בו רישיונות לגורמים פרטיים ראו, למשל, גילעד נס "הממשלה אישרה: חברת החשמל תיכנס לשוק התקשורת" **כלכליסט** 6.3.2011; יובל רויטמן "להפוך את המדינה לשחקנית בענף הסלולר" **The Marker** 10.1.2011 www.themarket.com/markets/1.600002.
- 16 ברק-ארז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 475-476.
- 17 אסא מרון "מגמות ותהליכי הפרטה בשירותים החברתיים בישראל" **מדיניות ההפרטה בישראל**, לעיל ה"ש 5 (העוסק במגוון השלכותיה של ההפרטה, ומבהיר כי "השינויים שהתרחשו בשירותי החינוך, הרווחה, הבריאות והדיוור בישראל, מצביעים על תהליכי הפרטה מגוונים וכך גם לגבי השלכותיהם על צביון המערכות הציבוריות").
- 18 לדיון ב"הלאמות" חלקיות אלה, המלוות הפרטות מתמשכות, ובתמהיל הפרטי-ציבורי שנוצר בהן ראו נתן סמוך "חוק ביטוח בריאות ממלכתי – הסדרה, פיקוח ואכיפה" **משפט ועסקים** ו 133 (2007); גור עופר וברוך רוזן "מערכת הבריאות בישראל: הישגים, בעיות והשלמת הרפורמה" **הרפורמה במערכת הבריאות: עבר, הווה, עתיד** (הכנס הכלכלי השנתי התשיעי, נייר-עמדה 29, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001); דוד חגיניץ ואילנה גראו "הפרטה במערכת הבריאות" **מדיניות ההפרטה בישראל**, לעיל ה"ש 5; אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 437 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); דני פילק "השפעת המשפט על מסחורם של שירותי הבריאות בישראל" **מעשי משפט** ב 167 (2009); דנה שוורץ-אילן **בין רווחה להפרטה: התפתחות ביטוח בריאות בישראל** 140-162 (2011); בג"ץ 10017/09 קרן דולב לצדק רפואי נ' ממשלת ישראל, דינים עליון 2010 (86) 1020.
- 19 לדיון בהלאמתן של הרכבת הקלה של גוש דן ושל החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה ראו פוקס וכוכבי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 57-58.

בהמשך) וכמובן הקמת בית הסוהר הפרטי – כל אלה מהווים דוגמות ליוזמות הפרטה שלא יצאו אל הפועל ונותרו בניהול ציבורי.

1. הטעונונים הפרדיגמטיים בעד ונגד הפרטה

ניתן לתאר באופן סכמטי שתי פרדיגמות ביחס לסוגיית ההפרטה: הפרדיגמה התומכת והפרדיגמה המתנגדת. שתי התפיסות מתבססות על הבנות שונות של האופן שבו שחקנים שוקיים פועלים במסגרת המדינתית. חלק זה יציג סקירה כללית של העמדות המרכזיות הללו.²⁰

במסגרת דיון זה, הימין הכלכלי סבור ככלל כי הפרטות הן "טובות", ותומך בהפרטה מתוך תפיסה המאמינה ביעילותו ובמוסריותו של "השוק החופשי". לפי גישה זו, המגזר הממשלתי מתאפיין בניהול כושל ולא-יעיל, בחוסר גמישות ניהולית בשל יחסי עבודה נוקשים, ובמנגנונים ביורוקרטיים מנופחים שכרוכים ברמות הוצאה גבוהות ובכבוז משאבים. המרפא לבעיות אלה של המגזר הציבורי מצוי בהעברת תחומי פעילות לשוק הפרטי. השוק הפרטי מקדם יעילות שכן הוא מבטיח תחרות – בין שמדובר בתחרות של ספקים מול צרכנים פרטיים או בתחרות של זכיינים אל מול מכרזי המדינה. התערבות של רגולטורים תהיה מוצדקת במצב של כשל שוק, אך בשוק משוכלל ותחרותי על המדינה להימנע מ"להתערב". בשוק משוכלל תעודר התחרות את יכולת הבחירה של הצרכנים, ותביא לידי הספקתו של מוצר איכותי וזול יותר. על-כן הפרטה תוביל להתנהלות יעילה, לגמישות ניהולית ולחדשנות בפיתוחה וביישומה של מדיניות. קידום היעילות ישפר בסופו של יום את מצבם של כלל האזרחים, שכן גם מי שמוגבל ביכולתו לשלם ייחנה מהוזלת מוצרים, מחדשנות ומשיפור באיכות. מעבר ליעילות השוק, תומכי ההפרטה רואים בשוק גם מנגנון חלוקה מוסרי, שכן הוא מקדם את האוטונומיה של הפרטים, מעודד את אפשרותם לתעדף הוצאות וצרכים, ומרחיב את אפשרויות הבחירה והזדמנויות הבחירה בחייהם.

השמאל הכלכלי, לעומת זאת, סבור כי הפרטות הן "רעות", מתוך תפיסה כי יש תחומים שאינם מתאימים להיגיון השוקי, המבוסס על יכולת לשלם ועל הפקת רווחים, וכי בהקשר שוקי ניתן להשיג צדק חלוקתי רק על-ידי התערבות ממשלתית בשוק. נדרשת התערבות ממשלתית בפעילות השוק שכן הרעיון של "שוק משוכלל" הוא כמעט תמיד אידיאה רחוקה. במציאות שווקים מתאפיינים בשלל כשלי שוק. למשל, פעמים רבות שווקים אינם פועלים באופן יעיל ואינם מקדמים אוטונומיה צרכנית בשל העדר מידע, בעיות של שיתוף-פעולה או ריכוזיות השוק. לפי גישה זו, בעלות ציבורית משמעה שימוש במשאבים ופעולה לטובת הציבור. בהפרטה המדינה מתפרקת מאחריותה כלפי האזרחים ומפקירה אותם לכוחות השוק, דבר שיוצר אי-שוויון בין עשירים לעניים. השוק מובל על-ידי עיקרון אחד, הוא עקרון הפקת הרווח, שאינו מתיישב בהכרח עם טובת הציבור, כפי שחסידי הגישה תופסים אותה, ואשר משפר בהכרח את מעמדם של מי שיכולים לשלם בהשוואה לאלה שידם אינה משגת. מלבד העמקת הפערים בחברה, התוצאה המתבקשת היא רידוד שפת הזכויות, שכן זכות היא בדיוק מה שמגיע לאזרח מעצם מעמדו, ללא קשר להשתתפותו או להצלחתו בשוק.

20 לתיאור כללי של עמדות אלה ראו גם איל פלג הפרטה כהצברה 24-36 (2005); רוני סיני "ארבע ברותות על הפרטה" *The Marker* 6.2.2007 1.416929 www.themarket.com/misc/1.416929.

הדיון הציבורי בהפרטה משקף אם כן ויכוח על תפקידה של המדינה מזה ועל תפקידו של השוק מזה, וויכוח זה נוטה להציב תמונה דיכוטומית של השוק והמדינה כשתי ספרות המתקיימות בנפרד זו מזו ומנוגדות זו לזו.

2. הדיון המשפטי בהפרטה

בעקבות כתיבתה של דפנה ברק־ארז מקובל לדבר על שלוש נקודות מפגש בין הדיון המשפטי לבין מדיניות ההפרטה:²¹ הראשונה נוגעת בעצם ההחלטה להפריט תחום אחריות אשר עד עתה נטלה אותו המדינה על עצמה; השנייה נוגעת באופן קבלת ההחלטות במסגרת גיבושה של מדיניות ההפרטה; והשלישית נוגעת במידת הפיקוח על ההפרטה ותוצאותיה. עד לאחרונה הפגינו בתי־המשפט בישראל נכונות להתערב, ולו באופן מוגבל, בשלבים השני והשלישי, קרי, באופן ההפרטה ובמידת הפיקוח. הם עשו זאת באמצעות כלים קלסיים של המשפט המנהלי, כגון דיני המכרזים, הנוגעים בדרכי פעילותן של רשויות השלטון בעת קבלת החלטות והקצאת זכויות; וכן רגולציה הנעשית על־ידי בית־המשפט עצמו באמצעות דוקטרינת הגופים הדומהותיים. בדונם בשתי סוגיות אלה הפעילו בתי־המשפט את כלי המשפט המנהלי מבלי לתת את הדעת לאתגרים המיוחדים שתופעת ההפרטה מעוררת ולשינוי שהיא מחוללת במרקם היחסים שבין הפרטי לציבורי.²² עד לפסק־דין שירות בתי־הסוהר נתפסה השאלה הראשונה – אם ניתן לבצע הפרטה מסוימת, ואם יש תחומים שאי אפשר להעביר לידיים פרטיות – כשאלה פוליטית, חוץ־משפטית (או כלל־הפחות שאלה שמתחם הסבירות שהמשפט המנהלי מחיל לגביה הוא רחב ביותר), אשר מצויה במחלוקת אידיאולוגית מתמדת הנוגעת בתפיסת תפקידיהן של המדינה ושל כלכלת השוק,²³ ועל־כן

21 ברק־ארז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 478-479.

22 ראו, לדוגמה, את הדיון המשפטי בשאלת מידת הפיקוח של בית־המשפט על ועדות הערר בתוכנית ויסקונסין, אשר יידון להלן ליד ה"ש 122-123. את תחילת שינויה של מגמה זו ניתן לראות בפסיקה האחרונה בנושא הפרטתם של שירותי בריאות התלמיד. ראו דיון מפורט להלן ליד ה"ש 111.

23 לפסיקה שמדגימה את עמדת בג"ץ שלפיה על בית־המשפט להימנע מהתערבות בקביעת סדר עדיפויות כלכלי ראו בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005). בשני פסקי־הדין בית־המשפט קובע כי למדינה אין רק דרך אחת למלא את חובתה להבטיח קיום בכבוד של פרטים, וכי בית־המשפט לא יורה למדינה איזה משטר של מדינת רווחה לאמץ. אף שפסקי־דין אלה אינם עוסקים בהפרטות, הם משקפים את העמדה הבסיסית שלפיה בית־המשפט אינו הערכאה המתאימה לקבלת החלטות בסוגיות המערבות שיקולים "פוליציטריים", כלומר, "שיקולים שאין להם נקודת אחיזה אחת אלא המבוססים על ריבוי של נקודות אחיזה ועל משתנים שהשלכותיהם רבות ומגוונות". בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 572 (2005). ראו את הדיון שם, בעמ' 572-573, שבו מקבילים השופטים בין תוכנית בעלת אופי חברתי־כלכלי לבין תוכנית לאומית־בטחונית־מדינית, ומזהירים מפני החלפת שיקול־דעתו של המחוקק בשיקול־דעתו של בית־המשפט.

ההכרעה בה מסורה למחוקק או למשרדי הממשלה, ולא לבית-המשפט.²⁴ מלבד הטיעון בדבר אופיו הפוליטי של הנושא, נימקו בתי-המשפט את החלטתם גם בטיעון מוסדי, שלפיו הרשויות המחוקקת והמבצעת מצוידות בכלים מתאימים יותר לאומדן השלכותיה של ההפרטה, ובית-המשפט אינו המוסד המתאים לבירור אפירי ולחיזוי תוצאותיהם העתידיות של מהלכי הפרטה.²⁵ עתירות נגד חוקיות או חוקתיות של הפרטות הובאו לא אחת על-ידי ארגוני החברה האזרחית לפתחם של בתי-המשפט, ונדחו ברובן המכריע מטעמים אלה.²⁶

24 Daphne Barak-Erez, *The Private Prison Controversy and the Privatization Continuum*, 5 L. & ETHICS HUM. RTS. 138, 139, 144 (2011).

25 ראו, למשל, את הערתו של השופט חשין בבג"ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 23, פס' 6, כי "פסילת מעשה מחוקק על-פי הנתונים שהונחו לפנינו, תהא שקולה כנגד התערבות קשה ובוטה בסמכויות לא-לנו. איזמל שבידינו איזמל המשפט הוא, והמשפט מטיל עלינו מיגבלות ומוסרות שלא נוכל להם".

26 ראו בג"ץ 11193/07 עמותת "כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים" נ' המוסד לביטוח לאומי, דינים עליון 2010(173) 1353 (דחיית עתירה נגד הפרטת המענה הטלפוני בביטוח הלאומי, בקביעה, בין היתר, כי "אופן מתן השירות הוא עניין הנתון להכרעת מדיניות ושיקולים ניהוליים שונים של המשיבים. כלולים בו גם שיקולים תקציביים ושיקולי עלות תועלת ברמה שאינה בידי בית-המשפט" – שם, פס' 5); בג"ץ 10794/05 לנראו נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2007(43) 1430 (דחיית עתירה נגד החלטת משרד החינוך לא לספק שירותי עזרה ראשונה לתלמידי בתי-הספר בדרך של נוכחות קבועה ורציפה של אחות מוסמכת בבית-הספר, בנימוק ש"גם אם נוטה אני לקבל את הטענה כי על המדינה מוטלת החובה לספק לבתי הספר שירותי עזרה ראשונה, הרי שאלת היקפה של החובה, אשר אינה מוגדרת בתקנות או בחוק, היא שאלה מורכבת שאין אני רואה להיזקק לה בנסיבות העתירה שלפנינו" – שם, פס' 12). העתירות הבאות נדחו גם הן מאותו טעם: בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652 (2003) (שבו טענו העותרים כי ליועץ המשפטי לממשלה אין הסמכות למנות אדם מחוץ לשירות הציבורי לתובע בהליך פלילי); בג"ץ 10270/07 האגודה לזכויות החולה נ' הכנסת, דינים עליון 2007(66) 170 (שבו נדחתה בקשת העותרים למנוע את הכללתו בחוק ההסדרים של שינוי חקיקה שלפיו ייאסר על קופות-החולים לכלול תרופות מצילות חיים כחלק מתוכניות השב"ן (שירותי בריאות נוספים) שהן מציעות לציבור; יש לציין כי בסופו של דבר נקבע האיסור בשנת 2008 בתיקון 38 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי – ראו ס' 10(ב)(4) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994); בג"ץ 1083/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות (לא פורסם, החלטה מיום 25.2.2007) (שם דחה בית-המשפט בקשה למתן צו-ביניים בעתירה נגד התקשרות המשרד עם גורם פרטי בהסכם להספקת שירותי בריאות לתלמיד); דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, דינים עליון 2009(23) 1307 (שבו דן בית-המשפט בשאלה אם מאבטח במנהל האוכלוסין המועסק באמצעות מיקור-חוץ נחשב "עובד ציבור" לצורך חוק העונשין. פסק-הדין אינו עוסק ישירות בחוקיות ההפרטה, אך הוא רלוונטי לענייננו בשל עיסוקו בהשלכותיה של ההפרטה על מרקם השירות הציבורי. בפסק-דינו מכיר בית-המשפט בחשיבות ההפרטה ובמקומה המרכזי במציאות הישראלית העכשווית, אולם ממשיך בסירובו להכריע ערכית בסוגיה זו, אף כאשר הסוגיה משליכה על הדין הפלילי); בג"ץ 2249/08 נור מד בע"מ נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2010(106) 810 (שבו נדחתה עתירה למתן אישור להקמת בית-חולים פרטי, בקביעה כי

ב. פסק־דין שירות בתי־הסוהר

פסק־דין שירות בתי־הסוהר, שבו פסל בג"ץ לראשונה מהלך של הפרטה, נחשב נקודת מפנה בהתפתחותו של הדיון המשפטי – ובעקבותיו גם של הדיון הציבורי – במדיניות ההפרטות הישראלית. במאמר זה אשתמש בפסק־דין שירות בתי־הסוהר כהזדמנות לחשוב על תפקידו של המשפט בעיצוב מערכת היחסים שבין הפרטי לציבורי בישראל. אטען כי פסק־הדין משקף את הפטישיזם המוסדי שאליו נקלע הדיון המשפטי והציבורי בנושא ההפרטה בישראל. בפרק זה אציג את עיקרי פסק־הדין, ובפרק הבא אשתמש בפסק־הדין כנקודת מוצא לדיון מקיף יותר בשאלת עיצובם של היחסים בין המדינה והשוק בעת הזו. ב־24 במרס 2004 עבר בכנסת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד–2004,²⁷ אשר מכוחו עמד לקום בית־סוהר פרטי. הצעת החוק גובשה לאחר התלבטויות בקרב מקבלי החלטות במשרד האוצר, במשרד לבטחון פנים ובשירות בתי־הסוהר.²⁸ משהוחלט לקדם את ההפרטה, נבחנו שלושה מודלים: המודל הצרפתי, המודל האנגלי והמודל האמריקני. המודל הצרפתי, המצומצם ביותר, מאפשר מיקור־חוץ של שירותים לוגיסטיים – כגון שירותים פְּרִי־פואיים ושירותי מזון – ליזם פרטי, אך ניהולו והפעלתו של בית־הסוהר נותרים בידי המדינה ועובדיה. המודל האמריקני, הרחב ביותר, מאפשר הפרטה של כל פעילות בית־הסוהר, ובכלל זה של סמכות הענישה בין כותלי המתקן. לפי המודל האנגלי, היום מקבל לידי אדם סמכויות הניהול והתפעול של בית־הסוהר, אך סמכויות הפיקוח והענישה נותרות בידי המדינה. בתחילת הדרך נבחר המודל הצרפתי, ולבסוף אומצה גרסה של מודל־הביניים האנגלי.²⁹

על־פי עמדת המדינה בבג"ץ, החוק הישראלי ביקש להציע "מודל אנגלי משופר" המגביל את הפגיעה של הזכיין הפרטי בזכויות האסירים, וזאת באמצעות הגבלת הסמכויות של הזכיין הפרטי ועובדיו, השוואת הנורמות המשפטיות החלות על עובדי הזכיין לאלה החלות

"בסופו של יום, האחריות הציבורית לבריאות העם, כשמה של הפקודה, מוטלת על המשיב, וכאמור לא ראינו בפעולתו אי סבירות מן הסוג המחייב התערבות. על כן איננו נעתרים לעתירה" – שם, פס' כו).

לצד זאת ראוי לציין כי במספר קטן של החלטות חרג בית־המשפט מגישתו זו. נוסף על פסק־דין שירות בתי־הסוהר, לעיל ה"ש 1, שיידון בהרחבה במאמר זה, ראו, למשל, בש"פ 7445/09 מדינת ישראל נ' עבאס, דינים עליון 2009 (83) 119 (שבו נקבע כי "באפשרות של חלופת מעצר אשר רק מי שידו משגת יוכל לזכות בה – טמונה בעייתיות. הדבר פוגע בעקרון השוויון בין עצורים" – שם, פס' 10).

27 ס"ח 348 (להלן: תיקון 28).

28 אורי תימור "ההפרטה נעצרה ונאסרה" צוהר לבית הסוהר: עבירות ועונשים בישראל – תיאוריה ויישום 13, 39 (2010).

29 דני בירן "בית הסוהר של הזכיין" רואים שב"ס – בטאון שירות בתי הסוהר 8, 9–10 (22.9.2003) (ריאיון עם רמ"ט שב"ס גונדר חיים גליק), נגיש בכתובת www.ips.gov.il/NR/rdonlyres/E340E894-A9DD-4034-A689-6E537D263530/0/privatization.pdf; פסק־דין שירות בתי־הסוהר, לעיל ה"ש 1, פס' 48 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.

על עובד ציבור מן המניין, והקמת מערך פיקוח מקיף על פעולותיו של הזכייין הפרטי, הכולל את האפשרות לשלול את זכונו במקרה של הפרת דרישות החוק או תנאי הזיכיון. בהתאם, תיקון 28 העניק לעובדי הזכייין הפרטי סמכויות מקבילות לאלה של סוהרי שב"ס, במטרה שיוכלו לשמור על הסדר, המשמעת ובטחון הציבור בבית־הסוהר, ולמנוע בריחת אסירים ממשמורת.³⁰ כך, למשל, לעובדי בית־הסוהר הפרטי ול"מאבטחי אסירים" (המקבילים לסוהרים בשירות בתי־הסוהר) הוקנתה הסמכות להחזיק את האסיר בהפרדה מנהלית לפרק־זמן של עד 48 שעות, להורות על בחינה חזותית של גופו העירום של אסיר, להורות על ביצוע דגימת שתן, לעשות שימוש בכוח סביר לשם עריכת חיפוש על גופו של אסיר, ולמנוע מפגש עם עורך־דין בהתאם לסעיף 45א לפקודת בתי הסוהר, התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי־הסוהר).³¹ עם זאת, סמכויותיהם של עובדי בית־הסוהר הפרטי היו פחותות מסמכויותיהם של עובדי שב"ס. כך, למשל, לעובדי בית־הסוהר הפרטי לא ניתנה סמכות שיפוט בעברות משמעת בבית־הסוהר, וגם לא הסמכות להאריך את תקופת החזקתו של אסיר בהפרדה מנהלית מעבר ל־48 שעות.³² נוסף על כך, החוק קבע מעין "השוואת זכויות" בין אסירים בבית־סוהר פרטי לבין אלה שבבית־הסוהר הציבורי,³³ והגדיר את עובדי הזכייין כעובדי ציבור לצורך תחולתו של חוק העונשין.³⁴ הוראה זו, בשילוב עם נכונותם של בתי־המשפט להטיל חובות מן המשפט הציבורי על גופים דומהותיים, הביאה בפועל לידי השוואת הנורמות המשפטיות שהוחלו על עובדי הזכייין הפרטי לאלה המוחלות על עובדי שב"ס.³⁵ לבסוף, החוק הקים יחידת פיקוח ייעודית של השב"ס שתפעל בין כותלי בית־הסוהר הפרטי, וקבע סמכויות פיקוח ביחס למינוי בעל־תפקידים בבית־הסוהר הפרטי וחובות דיווח נרחבות ביחס לאירועים שונים, ביניהם כל שימוש באלימות נגד אסיר.³⁶ בעתירתם לבג"ץ טענו העותרים כי העברת בית־סוהר לידיים פרטיות אינה חוקתית משני טעמים. ראשית, הם טענו שהניסיון עם בתי־סוהר פרטיים בעולם מלמד כי ההפרטה מובילה לפגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים, וכי פגיעה זו אינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.³⁷ שנית, הם טענו כי סוגיות ענישה וכליאה מצויות

30 ס' 128 כו לתיקון 28.

31 ס' 128 כז-כח לתיקון 28.

32 ס' 128 כז לתיקון 28.

33 ס' 128 יא(ג)1 לתיקון 28. הסעיף קבע כי "אסיר הנתון במשמורת בבית סוהר בניהול פרטי זכאי לכל הזכויות, טובות ההנאה והשירותים הניתנים לאסיר לפי פקודות השירות על פי אמות המידה הקבועות בהן, לרבות בנושאי שירותי בריאות, טיפול, רווחה, הכשרה לעבודה והקניית השכלה, תגמול בעבור תעסוקה ותנאי תעסוקה". ס' 128 יא(ד) לתיקון 28 מוסיף כי "לענין תעסוקת אסירים בתוך בית סוהר בניהול פרטי, דינו של אסיר בבית סוהר בניהול פרטי כדין אסיר בבית סוהר שאינו בניהול פרטי."

34 ס' 128 לט לתיקון 28.

35 Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 INT'L J. CONST. L. 690, 710-711 (2010).

36 ס' 128 לב-128 לה לתיקון 28.

37 פסק־דין שירות בתי־הסוהר, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.

בליבת אחריותה של המדינה על-פי סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה,³⁸ ועל-כן המדינה אינה רשאית להתנער מאחריותה זו ולהעבירה לידי גוף פרטי בעל תמריצים כלכליים. שופטי ההרכב נמנעו מלבסס את הכרעתם על טענתם השנייה של העותרים, וזאת הן מן הטעם שסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה הינו סעיף הצהרתי בלבד והן בשל הקושי להגדיר בדיוק מהו אותו "גרעין קשה" של פעילות ממשלתית.³⁹ טענתם הראשונה של העותרים, בדבר פגיעה בזכויות אדם, התקבלה על-ידי שמונת שופטי הרוב בשני נימוקים שונים. שופטי הרוב, ובראשם הנשיאה ביניש, קבעו כי העותרים לא הוכיחו מבחינה עובדתית שהפרטת בית-הסוהר תוביל בהכרח לפגיעה רבה יותר בזכויות חוקתיות של אסירים שיוחזקו במתקן הפרטי, בהשוואה לפגיעה הקיימת בבתי-סוהר ציבוריים.⁴⁰ דעת הרוב מתבססת על-כן על נימוק דאונטולוגי – במובן זה שאין צורך בהוכחה אמפירית כדי להגן עליו או לסתור אותו – שלפיו הפגיעה בזכויות האסירים מצויה בעצם העברת הסמכות לידיים פרטיות. כפי שנימקה הנשיאה:

"הגענו למסקנה כי עצם העברת הסמכויות לניהול בית סוהר מידי המדינה, הפועלת בשם הציבור, לידי של זכין פרטי הפועל למטרת רווח, גורמת לפגיעה קשה וחמורה בזכויות האדם הבסיסיות של האסירים לחירות אישית ולכבוד האדם."⁴¹

ובהמשך:

"עצם קיום המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם, ופגיעה זו בכבוד האדם של האסירים אינה תלויה במידת הפגיעה בזכויות אדם המתרחשת בפועל בין כתלי הכלא."⁴²

פסק-דינה של הנשיאה מבהיר כי לא החשש לפגיעה פוטנציאלית בזכויות אסירים עקב תנאי הכליאה הוא שמכריע את הכף, אלא עצם העברת הסמכות לידיים פרטיות היא שמהווה פגיעה בזכויות אסירים. אומנם כל כליאה מהווה פגיעה בזכות לחירות אישית הקבועה בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אבל פגיעה כזו היא לגיטימית כאשר היא נעשית על-מנת לקדם אינטרס ציבורי ולהגן עליו. כאשר הגורם השולל את החירות מונע על-ידי אינטרס כלכלי, הפגיעה בחירות האסיר מאבדת חלק ניכר מהלגיטימיות שלה.⁴³

38 שם, פס' 3. ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".
 39 פסק-דין שירותו בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 1, פס' 63. השוו שם, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת חיות ופס' 17 לפסק-דינו של שופט המיעוט השופט לוי (בעוד הנשיאה מוכנה להותיר את שאלת "הגרעין הקשה" בצריך עיון, השופטת חיות מביעה עמדה חדה יותר שלפיה "קיים קושי למצוא בהוראת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה עיגון חוקתי לסמכות הכליאה כסמכות שלטונית גרעינית שאינה ניתנת להעברה", ועמדה דומה מביע גם השופט לוי).
 40 שם, פס' 19 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש ("על אף הפוטנציאל הפוגעני עליו הצביעו העותרים, לא הוכח מבחינה עובדתית-אמפירית כי אופן ההפעלה של בתי סוהר פרטיים מביא בהכרח לפגיעה רבה יותר בזכויות האדם של האסירים מזו הקיימת בבתי סוהר ציבוריים").

41 שם.

42 שם, פס' 36 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

43 שם, פס' 22 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

מכיוון שהפגיעה בזכויות האסירים לכבוד ולחירות נובעת מעצם ההפרטה, ולא מתוצאותיה, כל אמצעי הפיקוח שיינקטו לא יוכלו לרפא את הפגם הבסיסי שבהפרטה.⁴⁴ אם כן, הפגיעה החוקתית נובעת מכך שהכליאה מונעת על-ידי אינטרסים כלכליים ופריטיים.⁴⁵ השופטת פרוקצ'יה, בדעת יחיד, הסכימה עם התוצאה של דעת הרוב, אך ביססה את ההכרעה בדבר אי-חוקקיותה של ההפרטה על תוצאותיה הצפויות של ההפרטה. בניגוד לעמדת הנשיאה, שלפיה מטרתו העיקרית של התיקון היא חיסכון כלכלי, לגישתה של השופטת פרוקצ'יה, לצד תכלית החיסכון הכלכלי, תיקון 28 "נועד, בעיקרו, לקדם את רווחת האסיר בבית הסוהר מעבר לתנאים המינימליים שאותם חייבת המדינה לספק... בנסיבות בהן הקצאת משאבים תקציביים למטרה זו במסלול התקציבי הרגיל אינה מובטחת".⁴⁶ בהתחשב בתכליות אלה של החוק, האיזון החוקתי המתבקש הינו מורכב, ומחייב איזון קפדני בין התועלת הפוטנציאלית לאסיר מהגדלת רווחתו לבין הפגיעה הפוטנציאלית בזכויותיו כתוצאה מההפרטה. באיזון זה מצאה השופטת כי הפוטנציאל החיובי הביטטי של רווחת האסיר והחיסכון הכלכלי בטל בשישים לעומת פוטנציאל הפגיעה בזכויות האסיר,⁴⁷ וזאת משום שהעברת הסמכות לידיים פרטיות מגדילה את הסיכוי להפרת זכויות ולשימוש לרעה בכוח.⁴⁸ הקמת בית-סוהר פרטי תוביל על-כן, קובעת השופטת פרוקצ'יה, לפגיעה לא-מידתית בזכויות האדם של האסירים.⁴⁹

הנמקתה של השופטת פרוקצ'יה מעוררת קשיים אחדים. ראשית, המידע האמפירי בעולם, ובפרט ביחס למודל האנגלי, אינו מלמד כי כל בתי-הסוהר הפרטיים גורמים לפגיעה יתרה בזכויות אסירים.⁵⁰ שנית, אף אילו היה הניסיון בעולם חד-משמעי, לא היה הדבר

44 שם, פס' 54 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. הנשיאה מבחירה כי הפגיעה אף אינה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה. אומנם, ההפרטה נעשתה בחוק, והתכלית המשולבת של חיסכון כלכלי, מחד גיסא, ושיפור בתנאי הכליאה של האסירים, מאידך גיסא, הינה תכלית ראויה. אולם ההפרטה אינה עומדת במבחן המידתיות במובן הצר, משום שהתועלת החברתית הגלומה בחיסכון ושיפור תנאי הכליאה אינה גוברת על הנוק שבהפרטה. כפי שקובעת הנשיאה (שם): "מסקנתנו היא כי הנוק המתואר לעיל – הפגיעה המועצמת בזכויות המצויות בגרעין הקשה של זכויות האדם אינו שקול כנגד התועלת – ככל שזו מצויה – בחיסכון הכלכלי הצפוי מהקמה, ניהול והפעלה של בית סוהר בידי זכין פרטי."

45 פסק-דינה של הנשיאה ביניש קיבל את הסכמתם המלאה של המשנה לנשיאה ריבלין והשופטים נאור, ארבל, ג'ובראן וחיות. השופט גרוניס הסכים אף הוא לתוצאה, אך תלה את אי-חוקקיותו של החוק אך ורק בפגיעה בזכות לחירות. בהתייחס בהמשך לדעת הרוב, אני מכוונת לפסקי-דינם של שופטים אלה.

46 פסק-דין שירות בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 1, פס' 35 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

47 שם, פס' 50 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

48 שם, פס' 26 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

49 שם, פס' 54 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

50 בעוד המידע ביחס לארצות-הברית אכן מלמד כי הפרטת בית-סוהר במודל האמריקני מגדילה את הסיכון לפגיעה בזכויות אסירים, הניסיון האנגלי אינו מראה זאת באופן מלא. למקרה האמריקני ראו יואב פלד "הפשע משתלם: מה ניתן ללמוד מהנסיון האמריקאי בהפרטת בתי סוהר" (מרכז אדוה, 2000) www.adva.org/uploaded/prisonsprivatization.pdf. למקרה

מלמד בהכרח על המקרה הישראלי, בשל הרגולציה הייחודית והמקיפה שהציע תיקון 28. שלישית, בהתחשב בכך שהמדינה שקלה מודלים שונים ובחנה לעומק את השלכותיה של ההפרטה, תוך שקילת שיקולים של טובת האסיר ותנאי הכליאה, ובהינתן שלא התקבלו טענות העותרים ביחס לטיב השיקולים שנשקלו או לאיכות המחקר שעל בסיסו הן התקבלו, מתעוררת השאלה אם היכולות המוסדיות של הרשויות המחקר והמבצעת נופלות מאלה של בית-המשפט בקבלת הכרעה מעין זו.⁵¹ על-אף הבעיות שהכרעה כזו מעוררת מבחינת יכולות מוסדיות והפרדת רשויות, ההנמקה התוצאתנית של השופטת פרוקצ'יה מבטאת נכונות לבדוק לגופו של עניין את הטענות בדבר חסרונותיו של זכיין פרטי בהפעלתו ובניהולו של בית-סוהר פרטי בהשוואה למדינה, ולפסוק בהתאם. על-אף הקשיים שפסיקה זו של השופטת פרוקצ'יה מעוררת, חשיבותה נעוצה בכך שהיא יוצרת מבנה לניתוח חוקתיותן של הפרטות גם בתחומים אחרים בעתיד, אשר מתבסס על בחינה קונקרטית ואמפירית של השלכות ההפרטה, ולא על הנחות אפריוריות בדבר טבעה של המדינה מול השוק, כפי שעושה דעת הרוב.

השופט לוי, בדעת מיעוט, חזר על הגישה המסורתית של בתי-המשפט להפרטה, שלפיה ההכרעה בדבר עצם ההפרטה מצויה בידי מעצבי המדיניות, ולא בידי בג"ץ. בג"ץ, לגישתו, יוכל להתערב לאחר שבית-הסוהר הפרטי יוקם, שכן רק לאחר יישום ההסדר יהיה אפשר לבחון את מאזן התועלות הגלום בפסקת ההגבלה. ההכרעה מראש אינה אפשרית מן הטעם שההגנה החוקתית אינה מפני פגיעה פוטנציאלית, אלא מטרתה למנוע פגיעה ודאית. לגישתו, אין לפסול מראש את האפשרות שהעברת הסמכות לידיים פרטיות תוביל לשיפור מקצועי ולהתייעלות כלכלית, וזאת בעיקר לנוכח תנאי הכליאה הקשים של האסירים כיום, מחד גיסא, ומנגנוני הפיקוח הפנימיים והחיצוניים שנקבעו בחוק, מאידך גיסא.⁵² כמו-כן מצביע השופט לוי על הפרטות נרחבות של "סמכויות גרעיניות" שכבר נעשו במדינה, ביניהן מאסר על-דרך עבודות שירות (שאינן מתקיימות בהכרח במסגרת גוף ציבורי), האפשרות לאשפו חולי נפש בכפייה בבתי-חולים פרטיים, השימוש בחברות גבייה פרטיות על-ידי רשות המיסים, הפקדת השמירה על מקומות ציבוריים בידי חברות שמירה ואבטחה פרטיות והסתייעות בסנגורים פרטיים בסנגוריה הציבורית.⁵³ השופט לוי טוען, אם כן, כי פסילת הפרטות של שירות בתי-הסוהר אינה אפשרית בשלב שבו אי-אפשר עדיין לדעת מה יהיו תוצאותיה המעשיות של ההפרטה המוצעת,

הבריטי ראו, למשל: Clifford J. Rosky, *Force, Inc.: The Privatization of Punishment, Policing, and Military Force in Liberal States*, 36 CONN. L. REV. 879, 946 (2004).

51 ראו Medina, לעיל ה"ש 35, בעמ' 701.

52 ראו פסק-דין שירות בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 1, ס' 9 לפסק-דינו של השופט לוי.

53 שם. לרשימה זו ניתן להוסיף את התיקון שהתקבל באחרונה לחוק ההוצאה לפועל שמאפשר עריכת בדיקה על-ידי חוקר פרטי בעבור ההוצאה לפועל בדבר יכולתו של החייב לשלם. ראו ס' 68 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ופרק 3 לתקנות ההוצאה לפועל, התש"ם-1979.

וזאת במיוחד לנוכח מצבם הקשה של האסירים במערך הכליאה הציבורי הקיים, מחד גיסא, ולנוכח ההפרטה של סמכויות שלטוניות אחרות שכבר נעשתה במדינה, מאידך גיסא.⁵⁴ על-אף חילוקי-הדעות המאפיינים את הציבוריות הישראלית ביחס לביקורת שיפוטית של בג"ץ על חקיקה וביחס להתערבותו של בג"ץ בהחלטות שיש להן השלכות כלכליות, זכה פסק-דין שירות בתי-הסוהר בתמיכה ציבורית נרחבת בקרב פוליטיקאים מכל קצות הקשת הפוליטית.⁵⁵

ג. בין הפרטי לציבורי

הכרעתו של בית-המשפט, בדעת הרוב, מתבססת על טיעון דאונטולוגי שלפיו עצם העברת האחריות לכליאה לידיים פרטיות מהווה פגיעה בזכויות אסירים. פסק-הדין מניח הנחות אפריוריות ביחס לתכונותיהם של המדינה ושל השוק, ובאופן משתמע גם ביחס להפרדה החדה בין הספרה הפרטית לספרה הציבורית. הנחות אלה, בדבר מאפייניו של השוק הפרטי והנגדתו לבעלות ציבורית, הן שמאפשרות את הקביעה כי עצם ההפרטה, בלא קשר להשלכותיה בעולם המעשה, פוגעת בכבוד האדם של האסירים. טענתי במאמר זה היא כי גישתו הדאונטולוגית של בית-המשפט מבטאת פטישיזם מוסדי, כלומר, הנחות אקסיומטיות שלפיהן השוק הוא לעולם שוק – דהיינו, פועל למטרות רווח ואינו ניתן לריסון או לשליטה – ואילו המדינה היא לעולם מדינה, קרי, פועלת לטובת הציבור ומצוידת ביכולות פיקוח מוגבלות בלבד על המתרחש בספרה הפרטית.⁵⁶ פרק זה מציע ניתוח חלופי, תוצאתני, של הדיון בהפרטה, ומבקש לטעון כי על-מנת להשתחרר מחשיבה מקובעת על הספרות הפרטית והציבורית, ראוי שהדיון המשפטי והציבורי במערכת היחסים שבין המדינה לשוק יתמקד בתוצאות שאליהן יובילו מערכים מוסדיים שונים. כפי שמציע המשפטן רלף מייקלס:

"Do we not care more about good versus bad governance than we care about state versus non-state governance? And if we do, is the difference state/non-state or the difference public/private really

54 בסיכום דבריו אומר השופט לוי (שם, פס' 30 לפסק-דינו): "לא שוכנעתי, לעת הזו, כי תחת ידו של המחוקק יצאה תקלה שאין לה תקנה. דומני, כי זהו המקרה שבו מוטב היה להעדיף תחילה ריסון שיפוטי ולאפשר לכנסת, לדיון הציבורי, ולניסיון החיים המצטבר – לומר את דברם."

55 גלעד גרוסמן ופנחס וולף "תמיכה מקיר לקיר – החלטת בג"ץ אמיצה" וואלה! חדשות 19.11.2009. news.walla.co.il/?w=/21/1610548

56 אף שדעת הרוב בפסק-דין שירות בתי-הסוהר מתבססת על כך שהגוף הפרטי מונע על-ידי שיקולים כלכליים, אציין כי לצורך מאמר זה אין משמעות להבחנה בין גוף פרטי שפועל למטרות רווח לבין מוסד ללא כוונת רווח (מלכ"ר). כפי שיובהר בתת-פרק 3, כוונת הרווח של המוסד הינה רק אחד מבין התמריצים הרבים שמשליכים על אופן הפעלת שיקול-הדעת של העובד, וזאת בין שהוא עובד בגוף פרטי או ציבורי. לגישתי, היות הגוף מלכ"ר אינה מבטלת בעיות של ניגוד עניינים שעשויות להתעורר כתוצאה מאינטרסים כלכליים, ועל-כן אין הצדקה ליצירת סטנדרט משפטי שונה בהפרטות לשני סוגי הגופים. לעניין זה ראו: Jane C. Schlicht, *Piercing the Non-Profit Veil*, 66 MARQ. L. REV. 134, 136–140 (1982)

the prime criterion by which to assess governance?... Instead of the formal and artificial differentiation state/non-state, we should look for functional differentiations between different modes of governance."⁵⁷

ההנחה שביסוד העמדה שבג"ץ מביע בפרשת *שירות בתי הסוהר* – כי ניתן להבחין בקלות בין הפרטי (השוק) לציבורי (המדינה), וכי מדובר בשתי ספרות מובחנות באופן מובהק – הינה הנחה שעוררה ביקורות נרחבות בספרות המשפטית.⁵⁸ ההבחנה בין הפרטי לציבורי היא הבחנה רבת פנים. למשל, את המונח "ציבורי" ניתן להבין בשלוש דרכים לפחות: (א) כל מה שקשור למדינה; (ב) כל מה שקשור לתהליכים ציבוריים ולהתרחשות פומבית; (ג) כל מה שמחוץ לתחומי הספירה האינטימית של הבית והמשפחה.⁵⁹ כל אחד משלושת מובניו השונים של ה"ציבורי", המבחינים אותו מה"פרטי", שנוי במחלוקת. המובן הראשון (שלגביו ארחיב בהמשך), שלפיו הציבורי הוא כל מה שקשור למדינה, מעלה שאלות בשל הקושי לדעת היכן בדיוק המדינה מתחילה והיכן היא נגמרת, בהינתן העובדה שכללים משפטיים הם שמכוננים את כללי הרקע בשוק – בעיקר באמצעות המשפט הפרטי – והם אף אלה שמגדירים את המתחם הפרטי.⁶⁰ המובן השני, שלפיו הציבורי הוא כל מה שקשור לתהליכים ציבוריים ולהתרחשות פומבית, אינו ברור ויציב, משום שפעמים רבות המדינה עצמה היא שיוצרת ומגדירה את המרחב הציבורי והתהליכים המתרחשים בו. כך, למשל, מקום העבודה נחשב פרטי משום שהוא קניינו הפרטי של בעל העסק, אך הוא ציבורי ביחס למוסד המשפחה, שכן בעבור העובדים מקום העבודה הוא מרחב חשוב של ביטוי, חברות והשתתפות במרחב הציבורי.⁶¹ שניות זו מעוררת שאלות שונות המחייבות הכרעת מדיניות שתאזן בין ההיבטים הפרטי והציבורי של מתחם זה.⁶² המובן השלישי, שלפיו הציבורי הוא

-
- Ralf Michaels, *The Mirage of Non-State Governance*, 2010 UTAH L. REV. 31, 33. 57
 השו' Medina, לעיל ה"ש 35, בעמ' 709-710: "An even more serious difficulty is the Court's reliance on a seemingly clear-cut distinction between 'private' and 'public' actors. Theorists and lawyers alike face notorious difficulties in their efforts to draw the line between private and public. In fact there is no clear division, but rather a continuum, between private and public entities" 58
 בין המדינה לבין השוק, למקומה של המדינה כגורם ממסחר (קומודיפיקטיבי) ולמאפיינים הדומים בין עסקות בשוק מזה לבין רגולציה מדינתית מזה ראו: Tsilly Dagan & Talia Fisher, *The State and the Market – A Parable: On the State's Commodifying Effects*, 3 PUBLIC REASON 44 (2011).
 Martha Minow, *Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion*, 59 116 HARV. L. REV. 1229, 1229–1230 (2003).
 Frank H. Easterbrook, *The State of Madison's Vision of the State: A Public Choice Perspective*, 107 HARV. L. REV. 1328, 1328 (1994) 60
 Morton J. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 61 1423, 1426 (1982).
 ההבחנה בין פרטי לציבורי במקום העבודה מתעוררת, למשל, ביחס לשביתות. ההלכה היא כי ככלל עובדים אינם יכולים להשבית את מקום העבודה במחאה על פעולה של המדינה ("שביתה פוליטית"), אלא רק בגין פעולה של המעסיק ("שביתה כלכלית"). ברונו בהבחנה 62

כל מה שחיצוני לספֵרה האינטימית של הבית והמשפחה, עורר ביקורות משמעותיות של כותבות פמיניסטיות, אשר חשפו את מהותה האידיאולוגית של ההבחנה, שנועדה לשמר את ההיררכייה המגדרית בתוך התא המשפחתי, והראו כי הגבולות בין הפרטי לציבורי אינם טבעיים או הכרחיים, אלא גמישים ומשתנים.⁶³

בעקבות ביקורות נוקבות אלה ייתכן שהבנה הולמת יותר של היחס בין הפרטי לציבורי אינה כדיכוטומיה ובה שתי ספרות נפרדות, אלא כספקטרום רציף של אפשרויות שלאורכו פזורים המוסדות השונים, כשבכל אחד מהם הפרטי והציבורי משמשים בערבוביה ובמינונים שונים.⁶⁴ אין משמעותן של ביקורות אלה שאי־אפשר לדבר באופן תיאורטי על "טיפוסים אידיאליים" של "פרטי" ו"ציבורי", שיש להם היגיון, תכונות ומאפיינים שונים.⁶⁵ ניתוח כזה עשוי להיות בעל חשיבות, שכן באמצעות תיאור מאפייניהן השונים של הספרות שבקצות הספקטרום יהיה אפשר לחשוב על חלוקת התפקידים הראויה ביניהן בנקודות השונות לאורך הספקטרום. עם זאת, דיון כזה לעולם יישאר תיאורטי, שכן הביקורות מלמדות אותנו כי במציאות יש להתייחס בחשדנות להנחות הדיכוטומיות ביחס למאפייניהם של הפרטי והציבורי. כך, למשל, גם המדינה יכולה לפעול באופן יעיל, ולא רק השוק, ומאידך גיסא, לעיתים השוק מהווה מנגנון חלוקתי צודק יותר מהמדינה.⁶⁶ כמו־כן, למדינה יכולה להיות השפעה ממסחרת (קומודיפיקטיבית) על מערכות יחסים ועל פעילות אנושית, ומאידך גיסא, לעיתים יכולתו של היחיד להשפיע על אופי הפעילות בשוק אינה פחותה מיכולתו לעשות כן במסגרת ציבורית, ולא פעם היא אף גוברת עליה.⁶⁷ על־כן ההבחנה החדה והגסה בין

בין שביתה פוליטית לבין שביתה כלכלית, יצר בית־הדין קטגוריית־ביניים של "שביתה מעין־פוליטית", הנוגעת בהחלטת ממשלה שמשפיעה באופן ישיר על תנאי העבודה ויחסי העבודה של העובדים ואשר בגינה ניתן לשבות באופן מידתי. ראו, למשל, בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי, פ"ד מט(2) 485 (1995); עס"ק (ארצי) 23/07 חברת החשמל לישראל בע"מ – ההסתדרות הכללית החדשה דינים ארצי לעבודה 2007(50) 1023; ס"ק 20/07 מדינת ישראל נ' ארגון המורים בכתי הספר העל יסודיים בסמינרים ובמכללות (לא פורסם, החלטה מיום 4.12.2007).

63 Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983).

64 השוו Dagan & Fisher, לעיל ה"ש 58, בעמ' 44–46, המראות כי רגולציה מדינתית, ממש כמו כוחות השוק, עשויה להשפיע על יחסים חברתיים באופן ממסחר. דגן ופישר מבהירות כי ההנחה המקובלת שלפיה השוק ממסחר מערכות יחסים ואילו המדינה נותרת ניטרלית לגביהן אינה נכונה, ומעלות שאלות בדבר ההבחנה החדה המקובלת בספרות בין ספֵרה שוקית לבין ספֵרה שאינה שוקית.

65 לדיון נרחב בהיגיון המוסרי השונה של המדינה והשוק ובמשמעויותיו ראו: Patricia H. Thornton & William Ocasio, *Institutional Logics*, in THE SAGE HANDBOOK OF ORGANIZATIONAL INSTITUTIONALISM 99 (Royston Greenwood et al. eds., 2008).

66 ראו, למשל: Ian Ayres & Joel Waldfogel, *A Market Test for Race Discrimination in Bail Setting*, 46 STAN. L. REV. 987 (1994) (המנתחים מחקר שמעיד כי נטייתו של מערכת המשפט להפלות קבוצות מיעוט בקביעת ערבות גדולה מזו הקיימת בשוק תחרותי).

67 לדיון בדוגמות להשפעתה הממסחרת של המדינה ראו Dagan & Fisher, לעיל ה"ש 58, וכן: Tsilly Dagan & Talia Fisher, *Rights for Sale*, 96 MINN. L. REV. 96–106 (2011).

הפרטי לציבורי מסווה יותר משהיא חושפת, נוטה לתמוך בטיעונים בעד שימור הסטטוס-קוו, ואינה משקפת נכונה את המציאות המוסדית הדינמית והמורכבת שמאיינת מדינות רווחה בתר־תעשייתיות בעת הזו.

בהינתן הבנה זו של היחס בין הפרטי לציבורי, אין זה מדויק להבין הפרטה כמעבר בין שני מצבים בינריים – מן הציבורי אל הפרטי. הפרטה משמעה שינוי של מרקם היחסים ואופן שיתוף־הפעולה בין הפרטי לציבורי על־ידי הגברת מעורבותם של גופים פרטיים או אף על־ידי שינוי אופייה של הפעילות המדינתית באופן שמדמה את השוק הפרטי (כגון גביית תשלום בעבור שירותים מסוימים, הצבת יעדי תפוקה מדידים וכולי).⁶⁸ ראינו, למשל, כי בהקשר של בתי־הסוהר קיימים כמה מודלים של הפרטה. מעצבי המדיניות בממשלה דחו את המודל האמריקני של הפרטה מלאה בשל החשש לפגיעה בזכויות אסירים, והתלבטו בין המודל הצרפתי, שמבוסס על מיקור־חוץ של פונקציות בבתי־הסוהר בעוד מערך הכליאה הבסיסי נותר בידי עובדי מדינה, לבין המודל האנגלי, שמבוסס על העברת הפונקציה לידי יזם פרטי תוך יצירת מנגנון פיקוח מדינתי. הנשיאה ביניש מבהירה כי פסק־הדין אינו פוסל את אימוץ המודל הצרפתי,⁶⁹ אולם דעת הרוב אינה מבהירה מה הבסיס לקבלה אפשרית של מודל הפרטה אחד ולדחייתו של אחר, שכן ההנמקה מציגה קביעה גורפת שלפיה עצם העברתה של סמכות הכליאה לידיים פרטיות פוגעת בזכויותיהם של האסירים. הנמקה זו אינה מסייעת להבין מה ייחשב סמכות כליאה ומה לא. למשל, האם רופא פרטי שמטפל בתחומי בית־הכלא או מעסיק פרטי שמעסיק אסירים בתחומי בית־הסוהר – שניהם גורמים אשר מעצם תפקידם נוטלים חלק במערך הכליאה – יהוו אף הם פגיעה בכבוד האסיר? קשה לחלץ מהנמקה מרכזית זו של פסק־הדין קווים מנחים ברורים ביחס לסוגיית הכליאה, וממילא גם ביחס להפרטות של שירותים ציבוריים אחרים. כמו־כן, הקביעה כי עצם העברתה של סמכות הכליאה לגורם פרטי היא שמהווה פגיעה בכבוד האדם מתעלמת מהקשרים ההדוקים שקיימים בין הפרטי לציבורי במערכות מדינתיות, ביניהן מערכת אכיפת החוק והענישה כיום,⁷⁰ וכן מהפוטנציאל הטמון בתכנון מוסדי שיאפשר להפיק את המירב ממאפייניהם של שני המוסדות.

68 ראו, למשל, רחל אלתרמן "מי ימלא גבורות מקרקעי ישראל? בחינה של ההצדקות להמשך הבעלות המקומית על מקרקעין" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 265 (חנוך דגן עורך, 1999) (אשר מציגה קשת של כלי מדיניות קרקעית המפורזים על־פני הרצף שבין שוק ללא התערבות לבין בעלות ציבורית, ומראה כי ההנחה שבעלות ציבורית מלאה מבטיחה הגנה מיטבית על מוצרים ציבוריים ושומרת על משאבים מיוחדים לדורות הבאים אינה נכונה); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 96-104 (2005) (המבהיר כי קניין פרטי כולל בתוכו גם הגנה על ערכים ציבוריים, אשר עלולים להיפגע דווקא בעלות ציבורית).

69 ראו פסק־דין שירות בתי־הסוהר, לעיל ה"ש 1, פס' 65 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.
70 מעבר לדוגמות המופיעות לעיל ליד ה"ש 53, עירוב בין הפרטי לציבורי במערך הכליאה מתקיים כבר כיום בכל הנוגע בהעסקת אסירים על־ידי מעסיקים פרטיים בין כותלי בית־הסוהר, במסגרת תעשיות שב"ס, ואף מחוץ להם. לדיון בסוגיה זו ראו בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001), וכן את מאמרה של פאינה מילמן סיוון "עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי – בעקבות עשור לבג"ץ שדות" (צפוי להתפרסם בעיוני משפט לו, 2013).

אחת מהשלכותיו של הפטישיזם המוסדי על הכרעתה של דעת הרוב בפסק־דין שירות בתי־הסוהר, ועל ההתייחסות האקדמית לנושא ההפרטות, היא עיסוק־היתר במשמעותה הסמלית של הפרטה.⁷¹ הטענה בהקשר זה היא כי גם בהעדר בחינה מדוקדקת של השלכות ההפרטה, עצם הטלת האחריות לתחומים מסוימים על גורם פרטי מהווה, באופן סמלי, התנערות של המדינה מאחריותה, מרוקנת את פעולת הגוף הפרטי מלגיטימיות ציבורית, ובתחומי־ליבה, דוגמת כליאה, אף מביאה לידי פגיעה בכבודו של הפרט. הדיון במשמעות הסמלית של הפעלת סמכות על־ידי גוף פרטי או ציבורי טומנת בחובה את ההנחה האפריורית כי יש משמעות אחידה וקבועה לכל אחת מהספרות, במנותק מן המציאות.⁷² דיון זה מעצים לכן את המיתולוגיה של ההבחנה בין הפרטי לציבורי, נוטה לעשות אידיאליזציה של הציבורי ודמוניזציה של הפרטי, ומהווה ביטוי לפטישיזם מוסדי, שמתמקד בהבחנה מדומיינת במנותק מהצורך לבחון את הניואנסים של המציאות המוסדית.

הפטישיזם המוסדי המאפיין את ההבחנה החדה בין הפרטי לציבורי ואת ההנחות האפריוריות ביחס לשוק ולמדינה נוטה, ראשית, להתעלם מהתלות ההדדית שקיימת בין המדינה והשוק; שנית, להתכחש לעובדה שהמוסדות אינם חד־ממדיים ואינם בעלי תוכן קבוע יציב ואחיד; ושלישית, להעצים את ההבחנה בין עובדי ציבור לבין עובדי המגזר הפרטי, תוך דחיקת היסודות הדומים המאפיינים "פקידי־קצה" בשני המגזרים בהקשר של אופן הפעלת שיקול־הדעת. לכך אעבור עתה.

1. האומנם השוק והמדינה מובחנים זה מזה באופן חד?

גישת הריאליזם המשפטי עמדה על הקשר ההדוק שבין המדינה לבין השוק, ועל הקושי להפריד בין תכונותיהם של השוק והמדינה בשל התלות ההדדית העמוקה בין המוסדות, כבר בבקורות מוקדמות מתחילת המאה העשרים. לפי גישה זו, אי־אפשר לדבר על "שוק חופשי", שבו פרטים מבטאים את העדפותיהם האוטונומיות ללא כל כפייה, שכן כללי המשפט הפרטי, ובעיקר דיני הקניין ודיני החוזים, משפיעים על כוח המשא־ומתן בשוק הפרטי.⁷³ דיני הקניין ודיני החוזים קובעים את כללי המשחק או את כללי־הרקע של השוק ה"חופשי", אשר לאורם נעשית חלוקת המשאבים והזכויות בשוק הקפיטליסטי.⁷⁴ תלותו של הפרטי

71 פסק־דין שירות בתי־הסוהר, לעיל ה"ש 1, פס' 38 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש; Rosky, לעיל ה"ש 50, בעמ' 970–963; Medina, לעיל ה"ש 35, בעמ' 701–704 (המתאר את הטעון הסמלי ומצביע על בעיות אחרות הטמונות בו בהקשר הספציפי של כליאה וענישה).

72 Alexander Volokh, *Prisons, Privatization, and the Elusive Employee-Contractor Distinction*, 41–45 (Emory Legal Studies Research Paper No. 12-208, 2012), available at ssrn.com/abstract=2010584.

73 Robert Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470–479 (1923); Duncan Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1349 (1982).

74 Duncan Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!* 15 LEGAL STUDIES FORUM 327 (1991).

בציבורי והאוטונומיה החלקית בלבד של השוק מגבילות את המשמעויות הנורמטיביות שיש להבחנות הנוקשות בין השוק למדינה ובין הפרטי לציבורי.⁷⁵ הטענה בדבר תלות הדדית בין המדינה לשוק מקבלת משנה תוקף במדינות הרווחה הקפיטליסטיות בתקופה הברית-עשייתית, שבהן הספרות הפרטית והציבורית מעורבות בשלל שיתופי-פעולה⁷⁶ וקשורות זו לזו בעבותות של רגולציה. בחקר מדינת הרווחה מקובל להבחין בין שלושה סוגים של מדינות רווחה קפיטליסטיות: המודל הליברלי, שארצות-הברית משמשת דוגמה מרכזית לו, נשען בעיקרו על השוק לצורך הספקת רווחת הפרט; המודל הסוציאלי-דמוקרטי, שמאפיין את המדינות הסקנדינביות, נשען על המדינה; והמודל הקורפורטיסטי, שמאפיין את מדינות הקונטיננט האירופי, נשען על המשפחה ועל מוסדות קורפורטיסטיים (כגון ארגוני עובדים והתארגנויות על בסיס מקצועי).⁷⁷ קיימת כתיבה נרחבת על ההשלכות החלוקתיות והמאפיינים המוסדיים של שלושת המודלים, אך החשוב לענייננו הוא שכל אחד מהם מייצג חלוקת עבודה שונה בין מוסדות המדינה, השוק והמשפחה (או באופן רחב יותר – החברה האזרחית), ומיישם מודלים שונים של רגולציה ופעילות במסגרת כלכלת שוק קפיטליסטית. בעוד חלוקת העבודה בין המוסדות השונים והדומיננטיות של כל מוסד במסגרתה שונות בכל אחד מהמודלים, בכל אחד מהם יש תלות הדדית בין שלושת המוסדות, ומתקיימים שיתופי-פעולה ורגולציה מדינתית, אשר מביאים לידי כך שפעולתו של כל מוסד מושפעת באופן עמוק ומעוצבת מחדש בשל פעילות-הגומלין עם המוסדות האחרים.

מחקרים במדינות רווחה מערביות מראים כי גורמים רבים – ביניהם מחסור במשאבים, שינויים דמוגרפיים (כגון הזדקנות האוכלוסייה וירידה ברמות הילודה), שינויים במבנה התא המשפחתי, שינויים בשוק העבודה ובטכנולוגיה וכן השלכותיה של הגלובליזציה על מערכת היחסים שבין המדינה לבין המגזר העסקי – יצרו אתגרים חדשים למדינות רווחה, אשר מרחיבים את היקף פעילותן ואת עלויות ההספקה של צורכי התושבים.⁷⁸ לחצים אלה, מפנים ומחוץ, גורמים לשינוי מערכת היחסים בין המדינה, השוק והמשפחה בכל אחד משלושת המודלים שתוארו לעיל.⁷⁹ לנוכח שינויים אלה נדרשת חשיבה על חלוקת עבודה מוסדית חדשה ותצורות מוסדיות חדשות ושונות מאלה שהתאימו לשוק הקפיטליסטי הברית-עשייתית של לאחר מלחמת-העולם השנייה, בתקופת התפתחותה של מדינת הרווחה המודרנית.

75 Horwitz, לעיל ה"ש 61.

76 Minow, לעיל ה"ש 59, בעמ' 1242–1240; Martha Minow, *Partners, Not Rivals: Redrawing the Lines between Public and Private, Non-Profit and Profit, and Secular and Religious*, 80 B.U. L. REV. 1061, 1063–1075 (2000).

77 GOSTA ESPING ANDERSEN, *THREE WORLDS OF WELFARE CAPITALISM* (1990).

78 Paul Pierson, *Introduction: Investigating the Welfare State at Century's End*, in *THE NEW POLITICS OF THE WELFARE STATE* 1, 2–4 (Paul Pierson ed., 2001).

79 GOSTA ESPING ANDERSEN, *SOCIAL FOUNDATIONS OF POST INDUSTRIAL ECONOMIES* 4–6, 16–31 (1999); Paul Pierson, *Coping with Permanent Austerity: Welfare State Restructuring in Affluent Democracies*, in *THE NEW POLITICS OF THE WELFARE STATE* 410, 431–456 (Paul Pierson ed., 2001).

הניאורליברליזם ומדיניות ההפרטה שמלווה אותו מספקים מערך אחד של תשובות לאתגרים שפוקדים את מדינת הרווחה. מערך זה נשען על משטר הרווחה הליברלי, אשר מציב את השוק במרכז. הישענות הולכת וגוברת על השוק, בסגנון המודל הליברלי, נהפכה בעשורים האחרונים לדרך רווחת במדינות רבות במערב להתמודדות עם המשבר של מדינת הרווחה. במדינות רבות מתלווה למענה זה יצירת מערך רגולטורי אינטנסיבי, שנתפס כנוגדן אפשרי לסיכוני ההפרטה המבטיח תחרותיות, מחד גיסא, והגנה על האינטרס הציבורי, מאידך גיסא.⁸⁰ התפתחותה של המדינה הרגולטורית,⁸¹ שבמסגרתה גופים רגולטוריים מעצבים פרקטיקות שוקיות ומגבילים את אופני הפעולה בשוק,⁸² מאתגרת את ההבחנות בין הפרטי לציבורי, שכן במדינה כזו קשה עוד יותר לזהות הגיונות הכרחיים שונים של המדינה והשוק.⁸³ בעקבות התפתחותה והתחזקותה של המדינה הרגולטורית בעשורים האחרונים, נהפכו המדינה והשוק לשלובים זה בזה בתחומים רבים ומרכזיים, עד כדי כך שפעמים רבות ההבחנה בין השניים מלאכותית.

80 לוי־פאור, גדרון ומושל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1.

81 המונח "מדינה רגולטורית" נטבע במקור תוך התייחסות לטרנספורמציה שחלה בעיצוב המדינה האמריקנית בסוף המאה התשע־עשרה. ראו: Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, *The Rise of the Regulatory State*, XLI J. ECON. LIT. 401 (2003). במסגרת ממשל רגולטורי המדינה מתפקדת כמפקחת, מתאמת ומעצבת של השוק, וזאת להבדיל מממשל שמספק שירותים באופן ישיר וחיצוני לשוק. מודל זה התפשט והתרחב למדינות נוספות בעולם, ובעשורים האחרונים הוא מוצא את ביטויו גם באירופה ובמדינות נוספות. ראו: David Levi-Faur, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, 598 ANNALS (2005). על המודל החדש של מדינת הרווחה כמדינה רגולטורית ראו: Deborah Mabbett, *The Regulatory Rescue of the Welfare State* (Jerusalem Papers in Regulation & Governance, Working Paper No. 28, 2010), available at regulation.huji.ac.il/papers/jp28.pdf.

82 דוגמות מובהקות לכך בעולם ובישראל הינן בשוק הביטוח. ראו: *Notes – Public-Private Partnerships and Insurance Regulation*, 121 HARV. L. REV. 1367 (2008); ירון אליאס דיני ביטוח 1503–1511 (2009) (אשר דן בהקמת מערכי פיקוח ממלכתיים על שוק הביטוח, ומסביר את תפקידו של המפקח על הביטוח בישראל). אך אין ספק שגם שוקי התקשורת, ניירות־הערך והמשאבים ברוב מדינות העולם המערבי משמשים דוגמות לאופן שבו השוק והמדינה שלובים זה בזה. ראו, למשל: Hanan Haber, *Regulating for Welfare: Varieties of Regulatory Welfare Regimes in the Israeli, British and Swedish Electricity Sectors* (2010), available at gradcon.huji.ac.il/2010/HaHa.pdf.

83 החלת המשפט הציבורי על גופים מופרטים מוכנת על־ידי כותבים אחדים מן האקדמיה כמהלך אשר מחד גיסא מרחיב את תחום פעילותו של המגזר הפרטי אך מאידך גיסא משקף תהליך של "הצברה", המחדיר את נורמות המשפט הציבורי אל השוק הפרטי ומרחיב את נורמות תקינות המנהל וכללי הצדק הטבעי אל מחוץ לגררי המדינה. ראו, למשל: Jody Freeman, *Public Values in an Era of Privatization: Extending Public Law Norms Through Privatization*, 116 HARV. L. REV. 1285 (2003); פלג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 105–169.

יצירתם וחיזוקם של מנגנוני פיקוח ורגולציה – כגון המפקח על הבנקים, המפקח על הביטוח ושוק ההון, הרשות להגבלים עסקיים, תפקידו המתחזק של משרד התקשורת כמפקח על שוק התקשורת בארץ ועוד – מעידים על התפתחותה, גם אם האיטית והחלקית, של המדינה הרגולטורית בישראל.⁸⁴ באופן דומה, דוקטרינת הגופים הדו־מהותיים שהתפתחה במשפט המנהלי, שלפיה יש להחיל את עקרונות המשפט המנהלי גם על גופים פרטיים הממלאים תפקיד בעל אופי ציבורי, משקפת מענה משפטי אחד להתפתחות זו.⁸⁵ עלייתה של המדינה הרגולטורית משמעה מעבר מהמודל הוותיק של מדינת רווחה, המבוסס על בעלות ציבורית על משאבים, על מנהל ציבורי ריכוזי ועל הספקה ישירה של שירותי רווחה על-ידי המדינה, למודל שבו עיקר הבעלות היא פרטית, תפקידה של המדינה הוא רגולציה של השוק, ושירותי הרווחה עוברים אף הם מיקור-חוץ שמלווה רגולציה. בעוד יש הרואים במעבר למודל זה את סופה של מדינת הרווחה,⁸⁶ אחרים סבורים כי זה המודל שיאפשר את המשכייתה.⁸⁷ לפי גישתם של האחרונים, השינוי במשטרי הרווחה משמעו שינוי במערכת היחסים בין המדינה לשוק ובחלוקת התפקידים בין המוסדות, שאחד מביטוייו הוא התחזקותו של ממשל רגולטורי וחלולו אל מדינת הרווחה.⁸⁸ מכאן שהססת הגבול בין הפרטי לציבורי והרחבת ההישענות על השוק אינן מובילות בהכרח להיעלמותה של המדינה מהספרה השוקית, ואף לא לצמצום מעורבותה.⁸⁹

2. האומנם למדינה ולשוק יש תוכן קבוע ואחיד?

ההנחות האקסיומטיות שלפיהן השוק הוא לעולם שוק, דהיינו פועל למטרות רווח ואינו ניתן לריסון או לשליטה, ואילו המדינה היא לעולם מדינה, קרי פועלת לטובת הציבור ומצוידת ביכולות פיקוח מוגבלות בלבד על הנעשה בספרה הפרטית, לוקות בכשלים משמעותיים.⁹⁰ הטיעון בעד הפרטה ובדבר עליונות השוק נוטה לצייר קריקטורה של המדינה כגוף לא-יעיל, מסורבל ובזבזני. זוהי קריקטורה בלבד, שהרי לעיתים המדינה דווקא מוכיחה

84 לוי-פאור גדרון ומושל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7-17 (העוסקים בגירעון הרגולטורי בשוק ההון הישראלי).

85 ראו דפנה ברק-ארוז **משפט מנהלי** כרך א 11-15 (2010) וההפניות המקיפות שם.

86 Peter Taylor-Gooby, 'Hollowing Out' versus the New Interventionism – Public Attitudes and Welfare Futures, in THE END OF THE WELFARE STATE?: RESPONSES TO STATE RETRENCHMENT I (Stefan Svallfors & Peter Taylor-Gooby eds., 2002).

87 Mabbett, לעיל ה"ש 81. מִבְּט מאמינה שהמערך הרגולטורי הציל את מדינת הרווחה משקיעה, משום שהוא "enhanced the robustness of the welfare state in the face of international market integration" (שם, בעמ' 1).

88 לדוגמה בהקשר הישראלי ראו מימי אייזנשטרט וזאב רוזנהק "הפרטה ודפוסי מעורבות חדשים של המדינה: תוכנית הטיעוד בישראל" **ביטחון סוציאלי** 60, 113, 115-117, 122-124 (2001).

89 SASKIA SASSEN, LOSING CONTROL? SOVEREIGNTY IN AN AGE OF GLOBALIZATION 1-33 (1996).

90 יצחק גל-נור "מדיניות ההפרטה – על מי נטל ההוכחה?" **מדיניות ההפרטה בישראל**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1-5 למאמר.

יכולת ניהולית גבוהה יותר מזו השוקית, ופעמים רבות מופקדים בידיה דווקא אותם תחומים שהשוק התחרותי אינו ממהר למלא. באופן דומה, ההנחה ביחס ליעילות השוק מבוססת אף היא על הכללות גסות, שכן השוק משופע בכשלים שעלולים למנוע הקצאת זכויות מיטבית בכל התחומים (בשל כשלי מידע, קשיים בשיתוף-פעולה ועוד), ולהוביל לפעולה מסורבלת, ביורוקרטית ולא-יעילה. על-כן פעילות בשוק אינה מבטיחה בהכרח תחרותיות, וללא תחרות אין כל ערובה לכך שהעברת תחום אחריות לשוק תוליד יעילות, איכות וחדשנות.⁹¹ לעומת זאת, הטיעון בעד עליונות המדינה ונגד ההפרטה נוטה לצייר תמונה אידילית של המדינה, המניחה כי המדינה פועלת תמיד ובהכרח לטובת קידומו של אינטרס הציבור.⁹² נוסף על כך, הטיעונים בעד הותרת האחריות בידי המדינה ונגד הפרטה נוטים להתעלם מכך שהפרטה אינה מובילה בהכרח להתפרקות מלאה של המדינה מאחריותה, ומכך שלעיתים דווקא השוק, לפחות כאשר הוא במיטבו, הינו מוסד דמוקרטי שמאפשר השתתפות, נגישות, בחירה ויכולת השפעה לפרטים.⁹³

מערך הכליאה הציבורי הקיים כיום בישראל מהווה דוגמה לבעייתיות של ההנחה האקסיומטית בדבר יתרונה האינהרנטי של המדינה בהספקת שירותים ציבוריים. אין כמעט גורם בישראל שסבור כי תנאי הכליאה השוררים כיום בבתי-הסוהר הציבוריים הינם ראויים. דוח תנאי המעצר והכליאה של הסנגוריה הציבורית משנת 2009-2010 כולל, בין היתר,

91 ראו, למשל: JORG FLECKER ET AL., PRIVATISATION OF PUBLIC SERVICES AND THE IMPACT ON QUALITY, EMPLOYMENT AND PRODUCTIVITY (2009). המחקר בחן את השפעות ההפרטה והליברליזציה של שירותים ציבוריים (חשמל, דואר, תחבורה ציבורית ושירותי בריאות) בשש מדינות – אוסטרליה, בלגיה, גרמניה, פולין, שוודיה ואנגליה. נמצא כי תוצאות ההפרטה אינן אחידות, ותלויות במידה ניכרת בצורת ההפרטה וכן ברגולציה ובפיקוח המדינתיים שהתלוו אליה. החוקרים מצאו כי בעוד הפרטות מסוימות שיפרו את איכות השירות ויעילותו, והגבירו את נגישותו, במקרים אחרים דווקא השירות המדינתי שקדם להפרטה היה יעיל יותר.

92 המחקר בנושא תיאוריית הבחירה הציבורית (public choice) – גישה אשר מנתחת את הליך קבלת ההחלטות הפוליטי בכלים כלכליים – מוקדש בחלקו לתיאוריית קבוצות-אינטרסים (interest-group theory). על-פי גישה זו, תוצאות ההליך הציבורי מושפעות פעמים רבות מקבוצות-אינטרסים, שפועלות להשאת האינטרס העצמי שלהן. המחקר בתחום מראה כי פעולה ציבורית אינה מיועדת בהכרח לקדם את טובת הציבור בכללותו, אלא פעמים רבות היא תוצר של הלחצים שהפעילה קבוצה מסוימת המבקשת לקדם את ענייניה. ראו: MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965); David Austen-Smith, *Interest Groups: Money, Information, and Influence, in* PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 296 (Dennis C. Mueller ed., 1997). לדיון בתיאוריית הבחירה הציבורית בהקשר הישראלי ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" קרית המשפט ז 115 (2008). גם שיטת הממשל הישראלית אינה חפה כמובן מלחצים של קבוצות-אינטרסים. אחד מביטוייה הבולטים של התופעה הוא השפעתם הגוברת של השתדלנים (לוביסטים) בהליכי חקיקה ועיצוב מדיניות. ראו יואב המר ומשה כהן-אליה "שתדלנות וההליך הדמוקרטי" עיוני משפט לג 593 (2011).

93 ראו Dagan & Fisher, לעיל ה"ש 67, בעמ' 99-105 (המדגימות את יכולתו הפוטנציאלית של מערך שוקי לקדם ערכים של השתתפות דמוקרטית של פרטים, אוטונומיה ועצמיות). ראו גם Ayres & Waldfoegel, לעיל ה"ש 66.

תיאור של אלימות, איומים ויחס משפיל ומזלזל של סוהרים כלפי אסירים, ענישה קיצונית וכבילה לא־מידתית, צפיפות קשה, תנאים היגייניים ותברואתיים לקויים, תנאי אוורור לא־נאותים, ליקויים בכמות המזון ובאיכותו, ליקויים במתן טיפול רפואי ועוד.⁹⁴ דיווח על בעיות אלה ועל רבות אחרות ניתן למצוא בדוחות שפרסמה הסנגוריה הציבורית בנושא בעשור האחרון וכן בפסיקת בתי־המשפט בנושא זכויות אסירים.⁹⁵

אין משמעות הדבר בהכרח שהפתרון המתאים לכשלים המערכתיים הוא הפרטה. ניתן וחשוב לשפר את המערך הציבורי, ולו מפני שהמערך הפרטי, במקרה הישראלי, לא תוכנן במטרה לספק פתרון כולל, ורוב־רובם של האסירים היו ממשכים לשהות במתקני כליאה ציבוריים גם יצאה ההפרטה לדרך.⁹⁶ פתרון יסודי מחייב, אם כן, השקעת משאבים בשינוי ארגוני, הגדלת התקציב השוטף של שירות בתי־הסוהר וכן הרחבת מנגנוני הפיקוח והבקרה

94 הסנגוריה הציבורית תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר ומשטרת ישראל בשנים 2009–2010 (2011) 87763C09-FBC3- www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/87763C09-FBC3-46A6-A885-B5557CB25C3E/0/Doch20092010.pdf

95 דוחות בדבר תנאי המעצר, המאסר והכליאה שפרסמה הסנגוריה הציבורית בעשור האחרון ניתן למצוא בכתובת www.justice.gov.il/MOJHeb/SanegoriaZiborit/DohotRishmi/ dohot. לפסקי־דין העוסקים בתנאי הכליאה הקשים של אסירים ראו, למשל, בג"ץ 5392/04 רופאים לזכויות האדם נ' נציב שירות בתי הסוהר, דינים עליון 2004(42) 594 (העוסק באלימות של סוהרים כלפי אסירים); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לר(3) 294 (1979) (העוסק בזכות האסיר לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762 (2007) (העוסק בזכות האסיר לתנאי חיים בסיסיים, לרבות מיטה ללינת לילה); בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826 (1984) (העוסק בזכות הבחירה של האסיר); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004) (העוסק בזכות ההיוועצות של האסיר); בש"פ 7053/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 504 (2001) (העוסק בזכות העציר לתנאי מעצר מינימליים); בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536 (1980) (העוסק בזכותו של אסיר בטחוני למיטה); רע"ב 10/06 אטיאס נ' שירות בתי הסוהר, דינים עליון 2006(28) 899 (החלטה מיום 9.5.2006) (העוסקת בזכות האסיר לא להיות מוחזק בתנאי הפרדה לתקופה ממושכת); בג"ץ 7015/10 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, דינים עליון 2011(58) 115 (העוסק בכבילת אסירים למיטותיהם); בג"ץ 881/78 מוצלאח נ' מפקד כלא דמון, פ"ד לג(1) 139 (1979) (העוסק בזכותו של אסיר קטין לחינוך); עת"א (חי') 10-04-2010 חנון נ' שירות בתי הסוהר, דינים מינהלי 2010(76) 1214 (העוסק בתנאי מאסר לא־הולמים ובהתעללות באסירים). ראו גם שורה של פסקי־דין שעוסקים באלימות של סוהרים כלפי אסירים: ת"פ (רמ') 2429/04 מדינת ישראל – פרקליטות מחוז מרכז נ' רחום, דינים שלום 2008(80) 901; ת"פ (רמ') 2267/08 מדינת ישראל – פרקליטות מחוז המרכז נ' מסקאלה, דינים שלום 2010(144) 448; ת"פ (נצ') 2408-02-08 מדינת ישראל נ' אל דין, דינים שלום 2009(53) 1450; ת"פ (נת') 3059/05 מדינת ישראל נ' שיבלי, דינים שלום 2005(63) 745; ת"פ (חי') 1257/06 פרקליטות מחוז חיפה – פילי נ' שוי, דינים שלום 2006(49) 974.

96 ראו בירן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 9 (שם מבהיר המרואיין גונדר גליק כי התוכנית להפרטת בתי־הסוהר לא כיוונה להפרטה של כלל המערך של שירות בתי־הסוהר; בשלב הראשון דובר

על התנהלות הסוהרים בבתי-הסוהר הקיימים. עובדת היות הסוהרים עובדי ציבור אינה מונעת את הצורך בפיקוח הדוק על המתנהל בבתי-הסוהר. עם זאת, אין לשלול את האפשרות שהפרטה מושכלת תספק פתרון, ולו חלקי, לבעיות המערכתיות הבעורות.⁹⁷ אף ללא קשר לשאלת ההפרטה, מצבם של בתי-הסוהר הציבוריים בישראל מבליט את העובדה שהפקדת אינטרס ציבורי בידי המדינה אינה מביאה בהכרח לידי הגשמתו על הצד הטוב ביותר.⁹⁸ מכך אין ללמוד, כמובן, שהפקדת האחראיות בידי גורמים שוקיים תניב בהכרח תוצאה טובה יותר. בגלל ההפרטה שפקד את ישראל בשלושת העשורים האחרונים יש שלל דוגמות להשלכותיה השליליות של ההפרטה, לאי-התאמתו של השוק להספקת שירותים בהעדר רגולציה מתאימה, ולפגיעה בזכויות הנובעת מהספקת שירות על בסיס אינטרס כלכלי.⁹⁹ שתי דוגמות בולטות הן הפרטתו של מערך שירותי בריאות התלמיד ותוכנית "מרווחה לעבודה". אתעכב על שתי דוגמות אלה, לצד דוגמת הכליאה הציבורית בישראל והניסיון להקים בית-סוהר פרטי, על-מנת ללמוד מהן על אתגריה של ההפרטה, על הפוטנציאל הטמון בה, על גבולותיה ועל מקומו של בית-המשפט בסוגיה זו. שתי הדוגמות, כמו מקרה בית-הסוהר הפרטי, הינן דוגמות של הפרטה על-דרך הענקת זיכיון בלעדי, אך מותלה, בלוויית פיקוח ריכוזי. שיטה זו מקדמת תחרות רק בשלב המכרז, ולאחר-מכן מעניקה מונופול זמני לבעל הזיכיון, אשר בשל הזיכיון הבלעדי אינו חשוף לתחרות מצד גורמים אחרים בשוק עד לסוף תקופת המכרז. כמו-כן, שתי הדוגמות, בדומה למקרה של בית-הסוהר הפרטי, הינן תוצר-לוואי של דלדול תקציבי ארוך-שנים של המערך הציבורי, שגרם בסופו של דבר

בניסוי של הפרטת בית-סוהר אחד, והצלחת הניסוי הייתה מובילה להפרטה של 10% לכל-היותר ממערך הכליאה בישראל).

97 ראו, למשל, את התייחסותה של השופטת פרוקצ'יה ליכולתו הפוטנציאלית של בית-הסוהר הפרטי להקטין את הצפיפות השוררת בבתי-הסוהר על-ידי הרחבת מרחב המחיה המוקצה לכל אסיר, ולשפר באופן ניכר את תנאי החיים של האסירים על-ידי הגדלת מספר העובדים הסוציאליים בכלא, הגדלת מספר שעות החינוך לאסירים, שיפור הטיפול באסירים ושיקומם, וכן שיפור רמת השירותים הפיזיים הניתנים בכלא. פסק-דין שירות בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 1, פס' 36 לפסק-דין של השופטת פרוקצ'יה.

98 ברברי על אינטרס ציבורי בנושא מסוים, אין אני מניחה כי קיים בהכרח אינטרס ציבורי יחיד וקל לזיהוי. חלק חשוב מהתהליך הפוליטי הוא זיהוי של צרכים, תרגומם לאינטרסים ציבוריים ועיצוב הצעדים הראויים לשם קידומם. לדיון בתהליך הפוליטיזציה של צרכים ראו: Nancy Fraser, *Struggle over Needs: Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late-Capitalist Political Culture, in WOMEN, THE STATE, AND WELFARE: HISTORICAL*

99 ראו, למשל, חסון, לעיל ה"ש 2; פז-פוקס וכוכבי, לעיל ה"ש 7; נגה דגן-בוזגלו היבטים של הפרטה במערכת החינוך 4-6 (מרכז אדוה, 2010); פילק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 167-171.

להתהוות מערך ציבורי עתיר כשלים ומגבלות, אשר הפרטה נתפסה כפתרון ראוי לו.¹⁰⁰ כפי שאבהיר בהמשך, הפרטתו של מערך שירותי בריאות התלמיד מהווה דוגמה להפרטה מהירה ובלתי-מושכלת של מערך קיים, מבלי להביא בחשבון את היתרונות והחסרונות המוסדיים היחסיים של המדינה והשוק וכן את צורכי המערכת, וללא יצירת מערך פיקוח נלווה. באופן דומה, תוכנית "מרווחה לעבודה" מהווה דוגמה ליצירת מערך חדש במדינת הרווחה באמצעות גוף פרטי, תוך קביעת מערך תגמול בעייתי לזכיין ומנגנון פיקוח חלקי בלבד, אשר לא הותאמו לריסון המאפיינים הבעייתיים של השוק הפרטי, אלא דווקא עודדו אותם. שלוש ההפרטות, זו לצד זו, מציירות תמונה מורכבת של מהלכי ההפרטות בישראל, מאפשרות להסיק מסקנות לגבי כשלי ההפרטה ואפשרות תיקונם, ומבהירות כי מקומו המתאים של בית-המשפט ביחס להפרטה הוא בבחינה משולבת של שלוש שאלות-הליבה: זו הנוגעת בעצם ההחלטה להפריט, זו העוסקת בהליך קבלת ההחלטה וזו המתמייחסת לדרך הפיקוח על הגוף המופרט. אם אנו זונחים את הפטישיזם המוסדי, אזי אי-אפשר לדון בשאלות אלה בנפרד זו מזו.

(א) מערך שירותי בריאות התלמיד

מערך שירותי בריאות התלמיד¹⁰¹ עבר תהליך הפרטה הדרגתי, שכלל דלדול תקציבים חמור שהסתיים במיקור-חוץ של שירותי בריאות התלמיד לתאגידים פרטיים.¹⁰² ההפרטה על-דרך מיקור-חוץ נעשתה במכרז. בשנת 2007 זכתה בו האגודה למען שירותי בריאות

100 ייתכן שהתופעה של דלדול משאביו של השירות הציבורי אינה אלא כלי במסגרת מדיניות מכוונת של האוצר שנועדה להקל הפרטות. ראו בהקשר זה את דבריו של אורי יוגב, לשעבר הממונה על התקציבים באוצר, לעיל בה"ש 2. עם זאת, תופעה זו מעלה שאלה מרכזית הנוגעת באפשרות קיומה של מדינת רווחה לנוכח המשברים הכלכליים והתייקרותם של מנגוני הרווחה בעקבות הזדקנות האוכלוסייה ולחצי הגלובליזציה. לדיון בשאלה זו ראו Pierson, לעיל ה"ש 79.

101 שירותי בריאות התלמיד מיועדים לתלמידי כיתות א-ט, וכוללים חיסונים, בדיקות רפואיות, חינוך לבריאות, ייעוץ לתלמידים, למורים ולהורים בענייני בריאות, הכנת תוכניות לקידום בריאות, פיקוח וייעוץ בנושאי תברואה ומתן שירותי עזרה ראשונה לתלמידים. ראו דגן-בוזגלו, לעיל ה"ש 99, בעמ' 16. למידע נוסף ראו "שירותי בריאות לתלמיד" חוזר מנכ"ל סח 1, 2-2.1 (התשס"ח) cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/2/2-1/HodaotVmeyda/H-2008-1-2-1-2.htm.

102 מבקר המדינה "משרד הבריאות – מתן שירותי הבריאות לתלמיד ועבודת המטה בדבר העברתם לביצוע בידי גוף חיצוני" דוח שנתי 60 א 343, 345 (2010) (לעניין דלדול המשאבים המבקר מתאר כי "בשנת 2001 הוקצו כ-79 מיליון ש"ח, ובשנת 2006 – כ-60 מיליון ש"ח בלבד, אף שבאותן שנים גדל מספר התלמידים בכ-10%. הקטנת התקציב הביאה לצמצום תקן האחיות והרופאים. עקב כך נעשו פחות פעילויות שהיה נהוג לעשות במסגרת שירות זה. הדבר גרם כרסום מתמשך בתפקוד האחיות כגורם בריאות מרכזי בבית הספר").

הציבור (שהינה מוסד ללא כוונת רווח), ובשנת 2010 – חברת נטל¹⁰³. כיום המשך ההפרטה מוטל בספק, ומשרד הבריאות שוקל להשיב את השירות לידי המדינה.¹⁰⁴ מיקור-החוץ הביא לידי כך שהנוכחות הקבועה של אחות בכל מוסד חינוכי הופסקה, ובמקום זאת החלו ביקורים תקופתיים של אחיות שונות בכל פעם, לצורך מתן חיסונים ושירותים אחרים, שהיקפם צומצם. השלכה אחת של מהלך זה, אשר משרדי האוצר והבריאות לא נתנו לה את דעתם מראש, הייתה העדר גורם מקצועי להספקת שירות עזרה ראשונה בבתי-הספר. משרדי הבריאות והחינוך מצאו פתרון לסוגיה זו רק בהתערבות בג"ץ, ובעלות נוספת ובלתי-צפויה של עשרות מיליוני שקלים בשנה.¹⁰⁵ דוח מבקר המדינה משנת 2010 מצא כי ההפרטה בשנת 2007 נעשתה בחופזה, ללא היוועצות עם גורמים במשרד החינוך, ללא קביעת מנגנוני פיקוח ובקרה, ומבלי שהניבה את החיסכון הכספי המיוחל.¹⁰⁶ לאחר מיקור-החוץ של שירותי בריאות התלמיד ירדה איכות השירות, והשירות ניתן למספר קטן יותר של תלמידים. נמצאו כשלים אחדים בהספקת השירות, ביניהם איכות לקויה של בדיקות השמיעה, אחסון ושינוע לא-ראויים של תרכיבי חיסון, אי-דיווח ראוי ואי-קיום תשתית לניהול סיכונים ולהפקת לקחים.

הפרטת שירותי בריאות התלמיד צריכה להציב תמרוך אזהרה – אך לא בהכרח תמרוך עצור – בפני התומכים במהלכי ההפרטה. היא מלמדת כי העברת שירות לידיים פרטיות – אף כאשר מדובר בגופים שאינם למטרות רווח¹⁰⁷ – טומנת בחובה סיכון לפגיעה חמורה באיכות השירות, באינטרס הציבורי ובזכויות הפרט, וכל זאת תוך הגדלת ההוצאה הציבורית על השירות.

העברת האחריות לידי גוף פרטי לא הציעה במקרה זה פתרון-קסם לבעיות הקשות שליוו את מערך שירותי בריאות התלמיד, אלא אף החריפה אותן והולידה שורה של בעיות

103 ראו מבקר המדינה, שם, בעמ' 349-350. בשנת 2011 נפטלה נטל¹⁰³ מהספקת השירותים בשל אי-עמידתה בתנאי המכרז. ראו ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, דינים עליון 2011(30) 6.

104 ראו דן אבן "בוטל המכרז להפעלת שירותי האחיות בבתי הספר" הארץ 17.1.2012 (המתאר את האיום של הסתדרות האחיות לפתוח בשביתה אם לא תבוטל הפרטתם של שירותי בריאות התלמיד, ואת הודעתו של סגן שר הבריאות יעקב ליצמן כי המשרד החליט לבטל את המכרז לבחירת הספק שייתן את השירות, ושוקל עתה את ההסדרה ארוכת-הטווח של שירותי בריאות התלמיד).

105 בג"ץ 10794/05 לנדאו נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2007(43) 1430. בעקבות פסק-דינו של בג"ץ נקשרה המדינה בחוזה עם מד"א, בעלות של 20 מיליון ש"ח לשנה, לשם הספקת שירותי עזרה ראשונה בבתי-הספר, וזאת נוסף על עלות ההיקשרות עם הגוף שמספק את שירותי בריאות התלמיד השוטפים. ראו מבקר המדינה, לעיל ה"ש 102, בעמ' 360-361.

106 מבקר המדינה, שם, בעמ' 356 (המבאר כי החיסכון הצפוי ממיקור-החוץ היה 7 מיליון ש"ח, אולם בסופו של דבר הייתה העלות למדינה גבוהה בעשרות מיליוני שקלים מהעלות קודם להפרטה).

107 האגודה למען שירותי בריאות הציבור הינה מוסד ללא כוונת רווח שהקים משרד הבריאות. ראו www.aguda.co.il/about-us.html

חדשות וחמורות פי כמה.¹⁰⁸ בהתחשב בכך אין זה מפתיע אולי שבאחד מפסקי-הדין שעסקו במכרוז עם חברת נט"י העיר השופט רובינשטיין כי להפרטה עלולים להיות חסרונות, ועודד את המדינה לחזור בה מן המהלך, ברומזו כי "ישנו ספק אם שירות מעין זה צריך להיות מופרט מטבעו... ובודאי אין לומר כי אין מקום להפרטות כאלה או אחרות, אך המכרוז נשוא ענייננו מזכיר (סעיף 3.2) את אחריות משרד הבריאות לשירותי רפואה לתלמידים לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994... ובאת כוח המדינה הזכירה אפשרות זו של שיבה לשירות ישיר על-ידי משרד הבריאות גם בטיעון בפנינו. ראיתי לנכון לשוב ולהזכירה".¹⁰⁹ בג"ץ חזר על אמירה זו בפסקי-הדין האחרון בפרשה נכון למועד פרסומו של מאמר זה, הפעם ביחס לעתירה נגד העברת האחריות הראשונית לידי האגודה למען שירותי בריאות הציבור. בפסקי-דין זה הבהיר השופט מלצר כי על משרד הבריאות לבחון היטב "האם אין מקום שמשרד הבריאות עצמו ישוב ויתן את השירותים האמורים".¹¹⁰ בג"ץ הוסיף כי אף שאין כל הכרח ששירותי בריאות התלמיד יינתנו על-ידי עובדי משרד הבריאות, האחריות ליישום החוק כהלכתו מצויה בידי משרד הבריאות. לצורך הבהרת אחריות זו, וללא קביעת מסמרות בשאלה אם עמד משרד הבריאות בחובות אלה בנסיבות המקרה, פירט השופט מלצר כי האחריות להספקתם של שירותי בריאות התלמיד טומנת בחובה שתי חובות-משנה: לקיים פיקוח הולם על שירותי בריאות התלמיד, ולדאוג לתקצוב מספק של מערך שירותי הבריאות.¹¹¹ פסיקה זו מהווה צעד ראשוני חשוב – גם אם באופן שאינו מחייב בנסיבות המקרה – לקראת עיצוב אחריותה של המדינה כלפי שירותים מופרטים.

נדמה שמקרה זה, יותר משהוא מלמד איזה שירות אי-אפשר להפריט מעצם "טבעו", מלמד דווקא על חשיבות פיתוחם של כלים שיפוטיים שיאפשרו לבקר את אופן קבלת ההחלטה להפריט ואת מנגנוני הפיקוח שהוקמו בעת ההפרטה, ומצביע על הקשר ההדוק בינם לבין עצם ההחלטה להפריט. מקרה זה מלמד כי על הרשות לשקול מהלכי הפרטה בזהירות, תוך לימוד מקיף של התחום המופרט, על מכלול מרכיביו – אילו צרכים הוא ממלא, אילו חלופות עומדות על הפרק, מה היתרונות והחסרונות של כל אחת מהחלופות, ומהם האופנים שבהם גוף פרטי עשוי לשפר את השירות, אם בכלל – וכל זאת תוך שימת לב לשאלה אם המדינה תוכל לפקח באופן אפקטיבי על הספקת השירות ודרכי ביצועו, ולתקצב את פעילותו באופן ראוי. כל אלה לא נעשו ביחס לשירותי בריאות התלמיד.

108 רוני לינדר-גנץ "ההפרטה נכשלה: אם תפרוץ מגיפה בישראל – זה יהיה באחריותי" The Marker 13.6.2011 www.themarker.com/news/1.654827.

109 עניין מתן שירותי בריאות בע"מ, לעיל ה"ש 103, פס' ב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

110 בג"ץ 1083/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות – מדינת ישראל, דינים עליון 2012 (61) 74, פס' 18 לפסק-דינו של השופט מלצר.

111 שם, פס' 16. לצעד חשוב נוסף בהתפתחות הפסיקה בנושא אחריותה של המדינה לתקצוב הולם של שירותים מופרטים ראו גם בג"ץ 8730/03 שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר, דינים עליון 2012 (78) 1004 (העתירה הופנתה נגד מדיניותו של משרד הבריאות לא לעדכן את מודד יוקר הבריאות, שהינו בין הגורמים המשפיעים על תקצובן של קופות-החולים. השופט ג'ובראן, על דעת כל שופטי ההרכב, קבע כי התנהלותו של משרד הבריאות ביחס לעדכונו של מודד יוקר הבריאות הינה בלתי-סבירה, והדגיש את אחריותו של משרד הבריאות לתקצוב מלא והולם של שירותי הבריאות שקופות-החולים מספקות).

המקרה של שירותי בריאות התלמיד מעיד הן על העדר תכנון לטווח ארוך בהליך ההפרטה והן על גירעון רגולטורי חריף, קרי, אי-יצירה של מנגנוני תמרוץ ומערכי פיקוח על הגוף הפרטי הזוכה במכרז.¹¹²

(ב) תוכנית "מרווחה לעבודה"

מקרה אחר של הפרטה בעייתית הוא הפעלת הפיילוט של תוכנית "מרווחה לעבודה" על-ידי זכיינים פרטיים. תוכנית "מרווחה לעבודה" (הידועה בכינויה "תוכנית ויסקונסין") נועדה לסייע בשילובם בעבודה של מקבלי גמלאות הבטחת הכנסה החייבים במבחן תעסוקה. התוכנית החליפה את תנאי הקבלה של גמלת הבטחת הכנסה שבחוק הבטחת הכנסה במערך שמטרתו להעניק למקבלי הגמלה הכשרה, תמיכה ותמריצים להשתלבות בשוק העבודה.¹¹³ התוכנית כללה שיטה של "מקלות וגזרים": אי-שיתוף פעולה עם התוכנית משמעו שלילת הגמלה, בעוד שיתוף פעולה עם התוכנית יכול להוביל לתגמול מעל ומעבר לגמלה הבסיסית. התוכנית נחקקה בפרק "שילוב מקבלי גמלאות בעבודה" בחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004, והחלה לפעול כניסוי ביישובים אחדים בשנת 2005. שמה הראשון של התוכנית היה מהל"ב ("מהבטחת הכנסה לתעסוקה בטוחה"). לאחר ביקורות נרחבות על תפקודה היא עוצבה מחדש, ובשנת 2007 המשיכה את פעולתה עם שם חדש – "אורות לתעסוקה" – ואף הורחבה לכמה אזורים נוספים.¹¹⁴ אולם בשנת 2010,

112 ראו לוי-פאור, גדרון ומושל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1 (המתארים את הגירעון הרגולטורי שמאפיין את מהלכי ההפרטות בישראל).

113 למידע על אופן הפעלתה של התוכנית ראו מכון ברוקדייל מחקר הערכה של תכנית מהל"ב (2007); מכון ברוקדייל הערכה של תכנית אורות לתעסוקה ממצאי המחקר: דוח סופי (2010) (להלן: מכון ברוקדייל 2010). לכתביה שסוקרת את מנגנוני הערר והערעור ואת הכשלים שהתעוררו בתוכניות "מהבטחת הכנסה לתעסוקה בטוחה" (מהל"ב) ו"אורות לתעסוקה" ראו אבישי בניש "יישום 'תוכנית ויסקונסין' בישראל – היבטים משפטיים" עבודה, חברה ומשפט יא 121 (2005) (להלן בניש "יישום 'תוכנית ויסקונסין'"); אבישי בניש "נגישות לצדק בשירותי רווחה: מאפייני השימוש בוועדות ערר על-ידי משתתפי 'תוכנית ויסקונסין' נגישות לצדק חברתי בישראל 255 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009) (להלן: בניש "נגישות לצדק בשירותי רווחה").

114 במעבר מתוכנית מהל"ב לתוכנית "אורות לתעסוקה" נעשו השינויים הבאים: (1) בשל הקושי של האוכלוסייה המבוגרת להשתלב בשוק העבודה, רוככו הדרישות כך שבני ארבעים וחמש עד חמישים שהופנו לתוכנית חויבו להשתתף בה רק במשך חודשיים ולאחר-מכן יכלו לבחור לעזובה. מופנים בני חמישים ומעלה היו פטורים מהשתתפות בתוכנית, והוחזרו לשירות התעסוקה. (2) בשל הקושי של עולים, אקדמאים, אנשים עם מוגבלות ומקבלי גמלאות ותיקים להשתלב בשוק העבודה במסגרת התוכנית, פותחו בעבורם מסלולים מיוחדים. (3) הוענקו תמריצים כספיים למקבלי גמלה שהשתלבו בעבודה והתמידו בה, אם שכרם עלה על 850 ש"ח בחודש או אם הם הצליחו להגדיל את שכרם באותו סכום. (4) תוקן מערך התמריצים לחברות כך שהן תוגמלו בעיקר על השקמות איכותיות, מבחינת גובה השכר ואורכה של תקופת ההעסקה, ופחות על הפחתת מספרם של מקבלי הגמלאות. ראו מכון ברוקדייל 2010, שם, בעמ' 17.

בעקבות ביקורות נוקבות על אופן התנהלותם של הזכיינים הפרטיים ועובדיהם במרכזי התעסוקה,¹¹⁵ הופסק הניסוי.¹¹⁶ עתה משרדי האוצר והתמ"ת שוקדים על יצירת מערך חדש של תוכניות "מרווחה לעבודה".¹¹⁷ ככל גלגוליה השונים של התוכנית, וגם בהצעת החוק שביקשה להחיותה לאחר ביטולה, הופעלו מרכזי התעסוקה שבהם מיושמת התוכנית על-ידי חברות פרטיות. החוק הפקיד בידי "מתכנני היעדים התעסוקתיים", עובדי החברות הפרטיות, סמכויות נרחבות להצבת תנאים לקבלת הקצבה וכן לשלילתה.¹¹⁸

שתי הביקורות המרכזיות שהופנו נגד תוכנית "מרווחה לעבודה", לפני ביטולה, נגעו באופן התגמול של מפעילי מרכזי התעסוקה ובפיקוח הלכתי על הסמכויות הנרחבות שהוענקו למתכנני היעדים התעסוקתיים ועל איכות ההכשרות ותוכנן. לעניין התגמול, במסגרת תוכנית מהל"ב תוגמלו החברות הפרטיות שהפעילו את מרכזי התעסוקה על בסיס הקיצוץ בגמלאות. שיטת תמרוץ זו, בשילוב עם שיקול-הדעת הרחב שהופקד בידי מתכנני היעדים התעסוקתיים, הובילה לשלילת גמלאות מהירה וגורפת ממקבלי קצבאות, באופן ששירת את האינטרס הכלכלי של החברה, אך לא את האינטרס החברתי בשילוב "מובטלים כרוניים" במעגל העבודה. הדבר תוקן לכאורה בתוכנית "אורות לתעסוקה", שבה רווחי החברות נקבעו בעיקר על בסיס השמה איכותית – השמות ארוכות יותר בעבודה משתלמת יותר – ופחות

- 115 ראו, למשל, את הסרט הדוקומנטרי "ויסקונסין", אשר תיעד את הבעיות שהתעוררו בהפעלת התוכנית. yes.walla.co.il/?w=2/7844/1654639.
- 116 צבי זרחיה ועידו סולומון "טוב או רע למובטלים? מכבים את 'אורות לתעסוקה' The Marker 30.4.2010 www.themarker.com/career/1.565737.
- 117 הצעת חוק שילוב מקבלי גמלאות בעבודה (הוראת שעה), התשע"א-2010, ה"ח הממשלה התשע"א 541.
- 118 סמכויותיו הנרחבות של מתכנני היעדים התעסוקתיים נקבעו בס' 41, 42, 44 ו-45 לחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004. סעיפים אלה מעניקים לו סמכות ביחס להשמה בעבודה, להכנת תוכנית אישית למשתתף, להפניית משתתף לשירות בקהילה, לפיקוח על עמידתו של המשתתף במטלות התוכנית ולאישור השתתפותו בתוכנית. ראו עב' (י-ם) 1506/06 רג"ב – תוכנית מהל"ב, ועדת הערר, דינים אזורים לעבודה 2006(35) 893, פס' 16 לפסק-דין של השופט אברהמי (שם נאמר כי מתכנני היעדים התעסוקתיים אחראים ל"תוכנית האישית, נושאה, העניינים שאותם ילמד המשתתף, סוג ההסבה המקצועית לה יזכה, טיב הפתרונות שיוצגו בקשר להשגחה על ילדיו, שירותי ההסעה שיתנו לו, השלמת ההשכלה שתוצע לו, טיב הבדיקות אותן עליו לעבור, ו[ו]טיב המידע אותו עליו למסור למתכנני היעדים"); ע"ע (ארצי) 68/07 לוגסי – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, דינים ארצי לעבודה 2007(28) 136; בניש "יישום 'תוכנית וויסקונסין'", לעיל ה"ש 113, בעמ' 135-136 (המסביר כי אומנם סמכותו של מתכנני היעדים לשלול גמלה הינה למעשה רק הסמכות להמליץ למוסד לביטוח לאומי על שלילתה, אך נראה כי מבחינה מעשית הסתמכו פקיד המוסד לביטוח לאומי על אישור ההשתתפות שסיפק מתכנני היעדים התעסוקתיים, ולא הפעילו שיקול-דעת עצמאי בהחלטותיהם לגבי שלילת גמלה (ס' 45(ב)).

על בסיס החיסכון בתשלום הגמלה.¹¹⁹ אך יש הטוענים כי עיוות התמריצים הבסיסי לא השתנה גם בעקבות שינוי זה.¹²⁰

עניין הפיקוח על סמכויותיו של מתכנן היעדים התעסוקתי נידון בכמה פסקי־דין שעסקו בערעורים על שלילת גמלה. בדומה להליכי הפיקוח ביחס להחלטות של עובדי שירות התעסוקה והביטוח הלאומי, משתתף בתוכנית היה זכאי לערער על החלטתו של מתכנן היעדים התעסוקתי לוועדת ערר שהוקמה מכוח החוק, וכן לערער על החלטתה של ועדת הערר לבית־הדין האזורי לעבודה.¹²¹ כאמור, מערך פיקוח זה דומה למערך הפיקוח הנהוג ביחס להחלטות של פקידים בביטוח הלאומי ובשירות התעסוקה, ובפסיקה התעוררה השאלה אם פיקוחו של בית־הדין לעבודה על ההחלטות ומידת התערבותו בהן יעמדו על כנם גם ביחס להחלטותיהם של מתכנני היעדים התעסוקתי, עובד הזכייני הפרטי, ושל ועדת הערר. בית־הדין הארצי לעבודה רחה את עמדתו של בית־הדין האזורי בירושלים שלפיה בנסיבות המקרה יש הצדקה לפיקוח מוגבר על התנהלותם של עובדי הזכייני,¹²² והבהיר כי הוא אינו נכון ליטול על עצמו תפקיד פיקוח נרחב יותר ביחס לערעורים על החלטותיה של ועדת הערר בהשוואה לתפקידו המסורתי ביחס להחלטותיהם של פקידים לשכת התעסוקה.¹²³ פסיקה זו

119 מכון ברוקדייל 2010, לעיל ה"ש 113, בעמ' 17.

120 שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם, והקשת הדמוקרטית המזרחית – שיח חדש כשלי תכנית וויסקונסין בישראל והצעות אלטרנטיביות – מסמך תגובה להמלצות ועדת יערי 32–33 (ניצן גלבווע־תנעמי עורכת, 2008) (להלן: כשלי תכנית וויסקונסין) ("קושי נוסף הטמון בתמריצים על השמה הוא עידוד מגמת העבודה תחילה", והעדפה של החברות המפעילות להשים משתתפים בכל עבודה שימצאו, על פני השקעה בשיפור רמת ההשכלה, הכישרים ושאר מאפייני ההון האנושי של המשתתפים"). על־פי מחקר של מכון ברוקדייל, השמה איכותית נחשבה השמה בעבודה לתקופה של שמונה חודשים (מכון ברוקדייל 2010, לעיל ה"ש 113, בעמ' 77). אולם יש להביא בחשבון שתקופה זו מאפשרת השמה בחברות כוח־אדם ללא השתלבות ארוכת־טווח במקום עבודה יציב, שכן על־פי ס' 12 לחוק העסקת עובדים על ידי חברות כוח אדם, התשנ"ו–1996, עובד חברת כוח־אדם ייקלט כעובד מן המניין במקום העבודה של המשתמש בפועל רק לאחר תשעה חודשי העסקה.

121 זכות הערר והערעור קבועות בס' 46–47 לחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004. ועדת הערר הורכבה משלושה חברים על־פי מפתח מקצועי – מומחה בתחום התעסוקה, עובד סוציאלי ואיש משק וכלכלה – ולפחות שניים מהם היו צריכים להיות עובדי ציבור. ס' 46(ד) לחוק קובע כי ועדת הערר תפעל, בהתאמות הקבועות בו, כבית־משפט לעניינים מנהליים. לניתוח מקיף של הליכי הערר והערעור, ושל השימוש בהם במסגרת התוכנית הישראלית, ראו בניש "נגישות לצדק בשירותי רווחה", לעיל ה"ש 113, בעמ' 256–259, 264–289.

122 ראו עניין רג'בי, לעיל ה"ש 118, פס' 19, שם קבע בית־הדין האזורי לעבודה בירושלים כי "ראוי ונכון להפעיל ביקורת קפדנית יותר ממה שהיתה בעבר, עת נדונו ערעורים על החלטת ועדת הערר של שירות התעסוקה, הואיל ועסקינן, כאמור, במי שאינם עובדי ציבור (אף אם הוחלו עליהם חלק מהחובות), ובתאגיד פרטי שמפיק טובות הנאה, מחסכון בתשלום הגמלה". כאמור, הלכה זו נהפכה על־ידי בית־הדין הארצי לעבודה בפרשת לוגסי, לעיל ה"ש 118.

123 בפסק־דין לוגסי, לעיל ה"ש 118, בפס' 33 לפסק־דינו של השופט צור, קבע בית־הדין הארצי לעבודה כי "אכן, בשל המאפיינים הייחודיים של הגופים המפעילים את תכנית מהל"ב, יש מקום לבחון מקרוב את פעולתם ולהקפיד עימם ואולי אף ביתר שאת, אך מטרה זו אינן להשיג

מלמדת על חשיבות העמידה מראש על תפקידה של הערכאה השיפוטית המפקחת, על-מנת להבהיר אם שיקול-דעתו של עובד הזכייין זהה בחוסנו לזה של עובד הציבור. הצעת החוק משנת 2010 מנסה להתמודד עם בעיית שיקול-הדעת הרחב שבידי עובדי הזכייין הפרטי, על-ידי הגבלתו והפקדת הסמכות לשליטת גמלה בידי עובד ציבור בלבד.¹²⁴ כאמור, בשנת 2010, בעקבות התנגדות נחרצת של ארגוני החברה האזרחית ובשיתוף-פעולה עם כמה חברי-כנסת,¹²⁵ החליטה ועדת העבודה והרווחה של הכנסת על סיומו של הניסוי. עם זאת, מחקר של מכון ברוקדייל שליווה את הניסוי, ופורסם לאחר ביטול התוכנית, קבע כי לתוכנית היו אחוזי הצלחה לא-מבוטלים: בסך-הכל נרשם שיפור של 9.6% במצבם התעסוקתי של משתתפי התוכנית, כלומר, בשיעור העסקתם ובגודל משרתם.¹²⁶ יש לציין כי בניסוי הושקעו סכומים גדולים פי כמה בכל משתתף ביחס לסכום המושקע בכל מקבל הבטחת הכנסה בשירות התעסוקה.¹²⁷

- בדרך של 'עירוב תחומים' בין תפקידה וסמכויותיה של ועדת הערר לבין אלה של בית הדין לעבודה. טוב נעשה אם נקפיד כולנו עם הגורמים המפעילים את תכנית מהל"ב אך, עם זאת, נקפיד גם על חלוקת העבודה הנכונה בין הגורמים המוסמכים לבקר את פעולתם."
- 124 ס' 15 להצעת חוק שילוב מקבלי גמלאות בעבודה (הוראת שעה), התשע"א-2010. אומנם, גם במתכונתה הקודמת של התוכנית הופקדה סמכות השליטה במסגרתה בידי הביטוח הלאומי, ועמדתו של מתכנן היעדים הייתה בגדר המלצה בלבד. אולם מחקרים הראו כי הלכה למעשה שימש הביטוח הלאומי חותמת-גומי להחלטותיהם של מתכנני היעדים. ראו כשלי תכנית וויסקונסין, לעיל ה"ש 120, בעמ' 32.
- 125 הארגונים המרכזיים שפעלו נגד התוכנית הם העמותה לסנגור קהילתי, האגודה לזכויות האזרח, שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם, והקשת הדמוקרטית המזרחית. חברי-הכנסת המרכזיים שתמכו בהפסקת התוכנית במתכונתה באותה עת היו חיים כ"ץ, שלי יחימוביץ' ואילן גילאון.
- 126 מכון ברוקדייל 2010, לעיל ה"ש 113, בעמ' 67. נשמעו ביקורות ביחס למדדים ששימשו לאומדן התוכנית במחקר זה, ובמרכזן התהיות מהי "השמה ארוכת-טווח" ומהו "שכר מספק". הביקורת המרכזית המהותית נגד התוכנית, בארץ ובעולם, היא שהשתלבות בעבודה לא-יציבה בשכר שעודנו נמוך אינה ערובה להשתתפות ארוכת-טווח בשוק העבודה, וגם לא לשינוי משמעותי במבנה שוק העבודה שיבטיח שיפור בתנאי חייהם של המשתתפים בתוכנית. במילים אחרות, התוכנית מפחיתה אולי את מספר הזכאים לגמלת הבטחת הכנסה, אך אינה מחלצת מעוני. ברם, ביקורת זו הינה נגד מהות התוכנית, ואינה קשורה לסוגיית ההפרטה. לסקירה כללית של בעיות אפשריות בתוכניות אלה ושל הפוטנציאל הטמון בהן ראו ג'וני גל "מרווחה ללא עבודה לעבודה עם יותר רווחה" ביטחון סוציאלי 69, 5, 9-8 (2005).
- 127 לפי הערכה של האגודה לזכויות האזרח, בתוכנית "אורות לתעסוקה" הושקעו סכומים גדולים פי ארבעה-עשר מתקציבו של שירות התעסוקה בעבור מקבלי הבטחת הכנסה. ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל ושות' "לא, אדוני השר!" – תכנית 'אורות לתעסוקה' לא עומדת במבחן עלות תועלת! לא פותרת את בעיות התעסוקה! לא מחלצת מעוני!" (2009) www.acri.org.il/he/?p=1074. ניתן לטעון כי אילו הועברו הכספים שהושקעו בתוכנית וויסקונסין למערך מקביל שהיה מופעל על-ידי שירות התעסוקה, היה אפשר להגיע לאחוזי הצלחה דומים.

ההתנגדות הציבורית והפוליטית הנרחבת לתוכניות "מרווחה לעבודה" נבעה ככל הנראה לא רק מהתוצאות הלכה למעשה של התוכנית, כי אם גם מאופן ההפרטה ומן הפגיעה בזכויות הפרט במהלכה. התנגדות זו דומה באופייה להתנגדות הציבורית להקמת בית-סוהר פרטי ולתגובה הציבורית התומכת בדעת הרוב בפסק-דין שירות בתי-הסוהר.

עם זאת, נדמה כי הבעייתיות שעוררה תוכנית "מרווחה לעבודה" אינה נובעת, לפחות לא באופן בלעדי, מהיסוד המובהק של ההפרטה – הפעלת המרכזים על-ידי זכיינים פרטיים – אלא מהמודל החדש שתוכנית זו מציעה למדינת הרווחה, אשר מאתגר את ההבחנה בין ההיגיון המוסדי של המגזר הפרטי לבין זה של המגזר הציבורי. תוכנית "מרווחה לעבודה" מייצגת מודל חדש של מדינת הרווחה, ראשית, משום שהיא מייצרת מנגנון המרכז בידים מתכנן היעדים התעסוקתי את מירב שיקולי-הדעת, כמו-גם את הסמכות להשתתף סנקציות מרחיקות-לכת, ושנית, משום שהיא בנויה על הצבת יעדים ברורים ומדידים לכאורה, הדומים ליעדים המוצבים על-ידי חברות בשוק הפרטי, אשר מציעות לעצמן מטרות ברורות כגון השאת הרווחים והגדלת מספר הלקוחות.¹²⁸ יעדים כגון צמצום מספרם של מקבלי הקצבה או עמידה במסכות של השמה ארוכת-טווח הינם יעדים ברורים וקלים למדידה, אשר אינם נסמכים על הסתכלות על רווחתו הכוללת של מקבל הקצבה. גישה זו של הצבת יעדים ברורים וקלים למדידה הולכת ופושטת במדינה הרווחה הישראלית, וניתן למצוא לה ביטוי, למשל, במדידת הצלחתם של בתי-ספר באמצעות מבחני המיצ"ב ובכחינת פעילותה של המשטרה באמצעות המדר של מספר המעצרים שנעשו.¹²⁹ מדרים מעין אלה ממקדים את תשומת-הלב ביעד ברור, מבלי לתת את הדעת לכך שמדר זה כשלעצמו אינו מלמד בהכרח על הצלחה או כישלון, שכן מוסדות נוטים להתאים את עצמם לעמידה במדרים. כך, עלייה באחוזי המעצר יכולה ללמד כי המשטרה מטרידה יותר את האוכלוסייה במעצרי-שווא או לחלופין שחלה עלייה ברמות הפשיעה, ובכל מקרה היא אינה מלמדת כשלעצמה דבר על הצלחת המשטרה בלחימה בפשיעה. באופן דומה, הצלחה במבחני המיצ"ב יכולה להיות תוצר של הרחקת הילדים המתקשים מבית-הספר ביום הבחינה או של השקעת שעות הוראה ארוכות בהכנה למבחנים אלה על-חשבון שעות הוראה בתחומים אחרים, ואינה מעידה בהכרח על עלייה ברמת ההוראה במערכת החינוך. בעיות אלה הינן תוצר של החדרת היגיון שוקי לכאורה¹³⁰ אל מערכים מוסדיים ציבוריים, אשר משנה את ה"די-אן-איי הארגוני" של

128 Matthew Diller, The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion, and Entrepreneurial Government, 75 NYU L. REV. 1121, 1172–1186 (2000).

129 טלילה נשר "לקראת פתיחת שנת הלימודים: כמה בחינות צריך תלמיד לעבור בחודשיים?" הארץ 28.8.2011; אברהם פרנק "מדיניות סטנדרטים בחינוך – מרוב מדידות אין זמן לחנך עבודה שחורה" (12.7.2011) www.blacklabor.org/?p=35056; אורי סלונים "מדידת ביצועים בשירות הציבורי" 1 (כנס הרצליה השנתי ה' 11 – מסמך מסכם, 2011) [www.herzliyaconference.org/_Uploads/dbsAttachedFiles/Ori2\(1\).pdf](http://www.herzliyaconference.org/_Uploads/dbsAttachedFiles/Ori2(1).pdf).

130 השימוש בהצבת יעדים ברורים ומדידים הוא עיקרון שוקי רק לכאורה, שכן הוא מאפיין מערכים רגולטוריים רבים של המדינה. ראו Dagan & Fisher, לעיל ה"ש 58, בעמ' 52 (הדנות בהחדרת היגיון אובייקטיבי ליחסים חברתיים, אשר מלווה דרך קבע רגולציה מדינתית – מה שיוצר מסחור באמצעות רגולציה).

השירות הציבורי ומהווה דוגמה נוספת לכך שבמציאות המוסדית בישראל של היום ההבחנה החדה בין פרטי לציבורי הולכת ומתמוססת.

לסיכום, בתוכנית "מרווחה לעבודה", ריכוז שיקול-הדעת בידי מתכנני היעדים התעסוקתי, והצבת יעדים חדים, ברורים וקלים לניטור שמשפיעים על תגמולו של הזכייין, העלו את החשש שמתכנני היעדים התעסוקתיים ינצלו לרעה את כוחם. חששות אלה היו יכולים להיות רלוונטיים במידה דומה גם אילו הופעלה התוכנית על-ידי עובדי לשכת התעסוקה, אך אין ספק שהם הוחרפו בשל המתכונת המופרטת ולנוכח ניגוד העניינים המובנה של הזכייין בין השאת רווחיהם של בעלי המניות לבין קידום האינטרס החברתי. אם כן, גם הבעיה הנגלית מתוכניות "מרווחה לעבודה" אינה נובעת בהכרח מעצם ההפרטה, אלא מאופן ההפרטה. גם במקרה זה עולה הצורך ביצירת תמריצים שיקדמו את האינטרס הציבורי וינטרלו את ניגוד העניינים, וכן בכניית מערך פיקוח תוך עיצוב ברור של תפקידו הייחודי של בית-המשפט בפיקוח על השירות המופרט.

(ג) ניתוח מקרי-המבחן

הדוגמות של שירותי בריאות התלמיד ותוכניות "מרווחה לעבודה" מלמדות כי העברת האחריות לידי גורם פרטי עלולה ליצור בעיות רבות, וכי בניגוד לתפיסה המקובלת, מנגנוני השוק אינם נוטים לגייס את עצמם באופן ספונטני לטובת קידום האינטרס הציבורי. לכן ראוי לקדם הפרטה רק לאחר שהובטח – אם ניתן להבטיח זאת – כי יתרונותיו היחסיים של השוק אכן פועלים לטובת האינטרס הציבורי. טענתי היא כי ראוי לכן שהדיון המשפטי יתמקד בשאלה תוצאתנית, הבוחנת את השלכותיו של השינוי המוסדי: האם מהלך של הפרטה (או מהלך הפוך של הצברה) טומן בחובו יתרונות בהשוואה למצב הקודם מבחינת הספקתו של השירות הנבחן, והאם ניתן להבטיח כי מהלך כזה יקדם את האינטרס הציבורי? הפרטתם של שירותי בריאות התלמיד ותוכנית "מרווחה לעבודה" מלמדות על הצורך בתכנון ארוך-טווח וביצירת מנגנוני פיקוח; על החשיבות שבכניית מערך תמריצים נאות לגוף הפרטי; על הצורך לעצב מנגנונים של הפעלת שיקול-הדעת באופן שיתיר בידי עובדי מדינה החלטות מיוחדות שנראה כי מערך התמריצים עלול להטותן אם הן יתקבלו על-ידי הגוף הפרטי; ועל החשיבות שבהפעלת מערכי פיקוח ורגולציה קפדניים הן על עובדי מדינה והן על עובדי הגופים הפרטיים.

רגולציה מתאימה שמבטיחה פיקוח ושליטה של המדינה במהלכי הפרטה, על-מנת לקדם את האינטרס הציבורי ולאזן את חסרונותיו של השוק הפרטי בהספקת שירותים ציבוריים, עשויה להוות פתרון לחלק מהבעיות שמאפיינות הפרטה. במקומות רבים בעולם רגולציה מפותחת ומתוחכמת נחשבת חלק בלתי-נפרד ממהלכים של הפרטה,¹³¹ אם כי בישראל, כפי שהראו הדוגמות, מגמה זו טרם השתרשה.¹³² עם זאת, רגולציה אינה יכולה להתמודד עם כל בעיות ההפרטה. רגולציה מחייבת מנגנוני אכיפה, ובהקשרים רבים האכיפה אינה יכולה

Jacint Jordana, David Levi-Faur & Xavier Fernández i Marín, *The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, 44 COMP. POL. STUD. 1343 (2011), available at cps.sagepub.com/content/44/10/1343.full.pdf+html

132 לוי-פאור, גדרון ומושל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 27-30.

להיות מושלמת. ראשית, ניתן להניח שגם מנגנוני פיקוח נרחבים לא יוכלו למנוע כל הפרת זכויות בבית־הסוהר הפרטי, ממש כשם שאי־אפשר למנוע באופן מלא כל הפרת זכויות בבית־סוהר ציבורי.¹³³ שנית, יש להביא בחשבון שהרגולציה תוכל להיות אפקטיבית יותר ככל שההפרטה תחול על תחומים מוגדרים היטב אשר תפוקותיהם מדידות ושיקול־הדעת המעורב בהם מוגבל. בתחומים שאינם מקיימים תנאים אלה, דוגמת שלושת מקרי־המבחן שנידונו לעיל, יש להקפיד במיוחד על פיתוח מנגנוני רגולציה ופיקוח שייתנו מענה טוב ככל האפשר לצורך בעיצוב אופן הפעלתו של שיקול־הדעת על־ידי עובדי הגוף המופרט. לבסוף, יש לתת את הדעת לסיכון השכיח שהרגולטור ייפך ל"שבוי" באינטרסים של בעל הזיכיון, ולנסות להפחית סיכון זה ככל האפשר.¹³⁴ לאחר בחינה זו ייתכן שנגלה כי מערך הפיקוח שנוצר אינו מספק או כי מנגנוני הפיקוח הנרחבים הנדרשים הופכים את ההפרטה למסורבלת ויקרה מדי. סיבות אלה יכולות להעמיד בספק את עצם הבחירה בהפרטה או לכל־הפחות את פורמט ההפרטה שנבחר. אף שרגולציה – קרי, יצירת מנגנוני פיקוח ועיצוב תמריצים – אינה יכולה לספק פתרונות מושלמים לבעיות ההפרטה, ניתן לומר כי אי־אפשר לבצע הפרטה ללא מערך רגולטורי הולם שיפעל למניעת כשלים שרצוי וניתן לחזות ולמנוע מראש.

שלוש דוגמות ההפרטה מלמדות כי לפחות ככל שהדבר נוגע בהפרטה על־דרך זיכיון (מיקור־חוז), זניחת הפטישיזם המוסדי בדבר קיומן של הבחנות "טבעיות" בין המדינה לבין השוק מחייבת להעביר את מרכז־הכובד של הניתוח המשפטי של הפרטות משאלת עצם ההפרטה לשתי השאלות האחרות: הליך קבלת ההחלטה ודרך הפיקוח על הגוף המופרט. אין זה אומר שהשאלה הראשונה, בדבר עצם ההפרטה, אינה רלוונטית כלל. אך המשמעות היא שהדיון בה אינו עומד בפני עצמו, אלא תלוי בהכרח בדיון בשתי השאלות הבאות, הנוגעות בהליך קבלת ההחלטה ובדרכי הפיקוח על הגוף המופרט. על־כן, לגישתי, אי־אפשר לבחון את שלוש השאלות בנפרד זו מזו. אם מקבלים את העמדה כי ההבחנה בין הפרטי לציבורי אינה בינרית, טבעית וזהה בכל מקרה, אזי לשאלת חוקיותה של עצם ההפרטה יש משמעות מועטה בלבד אם היא אינה מנותחת לאור השאלה כיצד התקבלה ההחלטה, ובעיקר מה תהיה מידת הפיקוח על הגוף המופרט.

מסיבה זו אני סבורה כי ביקורת שיפוטית שעוצרת בשאלת עצם ההחלטה להפריט אינה ראויה, אף לא במקרי־קצה. אם אנו מרפים מהנחות אפריוריות ביחס לטבעם של השוק והמדינה, אזי פסילת עצם ההפרטה נעשית כרוכה בבחינתם של הליך קבלת ההחלטה ושל מנגנוני הפיקוח על השלכותיה, ואין לה קיום בנפרד ממנה. במישור הדיון הפוליטי ייתכן שניתן – ואף ראוי – למצוא הצדקות מתחום תורת המוסר והמדינה שיתמכו בפטישיזם מוסדי, לפחות ככל שהדבר נוגע בתחומי־הליכה של תפקידי המדינה. אך במסגרת הדיון בין כותלי בית־המשפט, אם התקיים הליך קבלת החלטות ראוי ואם הוקמו מנגנוני פיקוח נאותים שמאפשרים פיקוח אפקטיבי, אזי בעייתיותה של "עצם ההפרטה" ממילא מתאינת במישור המשפטי. לפי גישה זו, אין בסיס לדיון משפטי בשאלת עצם ההפרטה ובה בלבד, כפי שעשה

133 ראו לעיל ה"ש 94–95 והטקסט שלידן.

Michael E. Levine & Jennifer L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Towards a Synthesis*, 6 J. L. ECON. & ORG. 167 (1990)

בית־המשפט בפסק־דין שירות בתי־הסוהר,¹³⁵ שכן ההבחנה בין שלוש השאלות אומנם חשובה מבחינה תיאורטית אך מלאכותית מבחינה מעשית. המילה "הפרטה" כשלעצמה מלמדת אותנו מעט מאוד על טיב ההתרחשות בעולם המעשה ועל השלכותיה האפשריות. כפי שהובהר לעיל, להפרטה פנים רבים וצורות מגוונות, ולכן הדיבור "הפרטה" כשלעצמו חושף מעט מאוד.

נוסף על כך, ברוננו בשאלת הפיקוח ובשאלת אופן קבלת ההחלטה, על בית־המשפט לפתח כלים דוקטריניים ואמות־מידה שמתאמים לאתגרים הייחודיים ששאלת ההפרטה מעוררת. הדיון המנהלי הקלסי בסוגיות כגון עקרון חוקיות המנהל, עצמאות שיקול־הדעת, החובה להפעיל שיקול־דעת וההליך המנהלי נועד בעיקרו להתמודד עם מערכת היחסים שבין הדרג הפוליטי לבין הדרג המנהלי וחלוקת הסמכויות בתוך הרשות פנימה, מחד גיסא, ועם הגבלת הסמכות המנהלית, מאידך גיסא.¹³⁶ הדיון המשפטי בהפרטה מחייב התמודדות ישירה עם מערך חדש של אתגרים הנוגעים בעיצובה של מערכת היחסים בין המדינה לבין השוק. אתגרים אלה מצריכים חשיבה מחודשת על טיבן ותוכנן של הפעולה המנהלית ושל פעולתם של גופים פרטיים, ועל הכלים המשפטיים להסדרתן. התמקדות בשאלת עצם ההפרטה אינה מאפשרת לעסוק באתגרים אלה כלל. עם זאת, גם בהותרת המשפט המנהלי כמות שהוא, ללא פיתוחו ועדכונו בהתאם להתפתחויות המוסדיות, אין די. לכן הדיון המשפטי בהפרטה ראוי שישלב את שלוש השאלות: בחינה משפטית של עצם ההפרטה הינה רלוונטית רק לאור אותם היבטים שלגביהם לבית־המשפט יש יכולת מוסדית כמו־גם יכולת לפתח כלים ממשיים לביצוע ביקורת שיפוטית אפקטיבית, קרי, על־ידי שכלול ושיפור הדוקטרינה ככל שהדבר נוגע בהליך קבלת ההחלטה ובמערך הפיקוח על ההפרטה. בית־המשפט הוא המומחה להשיב על שאלות אלה, והוא אף נהנה מעדיפות מוסדית על המחוקק או על הרשות המבצעת ביחס אליהן.¹³⁷

135 Barak-Erez, לעיל ה"ש 24, בעמ' 150-151.

136 ראו ברק־ארז, לעיל ה"ש 85, בעמ' 97, 159, 262.

137 שאלת הדוקטרינה המשפטית המתאימה ליצירת מנגנונים אלה של פיקוח וביקורת שיפוטית חורגת מגבולותיו של מאמר זה. לדיון בדוקטרינות קיימות ובדוקטרינות אפשריות ראו יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים 1 (2007). דותן ומדינה סוקרים את דוקטרינת אצילת הסמכויות, את הפיקוח על פעילותם של ספקים של מוצר או שירות שהופרטו, את ההסמכה בחוק להפרטת שירות מסוים המאופייין כ"שירות־חובה" ואת חובת המדינה לספק שירותים במימון ציבורי. כמו־כן הם דנים בשימוש בהגבלות חוקתיות המוטלות לכאורה על הפרטה מכוח הזכות החוקתית לקיום בכבוד, ודוחים שימוש זה. דותן ומדינה מציעים כי מכיוון שברוב המקרים עצם ההחלטה להפריט הינה פוליטית, ולא משפטית, על החלטות אלה לעמוד רק בדרישות הליכיות שיבטיחו את רמת האחריות הדמוקרטית. לדירם, במקרים אלה יש לדרוש חקיקה. כשלעצמי, איני בטוחה שנדרשת חקיקה. ייתכן בהחלט שהבטחת הליך קבלת החלטה ראוי, מן הזן שתואר לעיל, תוך שיתוף הציבור ובעלי האינטרס מתוכו בקבלת ההחלטה, ושקילת מלוא השיקולים הרלוונטיים, יכולה להיות מספקת, אך דיון מקיף בשאלה זו לא יתאפשר במסגרת מאמר זה. לדיון בפסיקה גרמנית ברוח הביקורת השיפוטית המוצעת כאן ראו אבישי בניש "בג"ץ וקיום בכבוד: אפשר גם אחרת" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010) www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/196.aspx

3. האם שיקול-הדעת של עובד ציבור שונה מזה של עובד בגוף פרטי?

אחת הסיבות המרכזיות להפרטות היא "הגמשת" כוח העבודה והפחתת עלויות השכר.¹³⁸ על-כן ברקעו של הדיון בסוגיית ההפרטה עומדת מהות ההבחנה בין עבודה בשוק הפרטי לבין עבודתם של עובדי ציבור. ההנחה כי מנהליו ועובדיו של הזכייין הפרטי יחתרו להשאת רווחים, ולא לקידום ההגנה על האינטרס הציבורי, היוותה את אחד הנימוקים החשובים לפסילת ההפרטה בפסק-דין שירות בתי-הסוהר.¹³⁹ היש אכן הבדל בין הפעלת שיקול-הדעת על-ידי עובד מדינה לבין הפעלתו על-ידי עובד בגוף פרטי?¹⁴⁰ לדעתי, התשובה

Jörg Flecker & Christoph Hermann, *The Liberalization of Public Services: Company Reactions and Consequences for Employment and Working Conditions*, 32 *ECON. & IND. DEMOCRACY* 523 (2011). בהקשר הישראלי ראו אמיר פז-פוקס "עובדים בעידן של הפרטה" *מדיניות ההפרטה בישראל*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 2-3 למאמר. פז-פוקס מתאר את מדיניות מיקור-החוץ העקבית של המדינה בעשרים השנים האחרונות, שבמסגרתה הוחלפו עובדים שהועסקו ישירות על-ידי המדינה בעובדים המועסקים על-ידי צד שלישי (חברת כוח-אדם או קבלן שירותים). בבסיסה של מדיניות זו עומד "הרצון להקטין את גודלו של המגזר הציבורי, השאיפה לעקוף את האיגודים המקצועיים מתוך צמצום ההחלה של הסכמים קיבוציים, והרצון להגמיש את הארגון ולהתאימו לאילוצים כלכליים וטכנולוגיים" (שם, בעמ' 2). בשלב הראשון, בשנות השמונים, בוצע מהלך זה בקרב עובדי המדפיס הממשלתי, בקרב חלקים מעובדי מע"ץ ובתחום שירותי הניקיון והאחזקה במשרדי הממשלה. בהמשך, מרחיב פז-פוקס, "ניתן אישור להעסקת עובדי קבלן בתחומים ייעודיים, כגון מזכירות ושירותים. בשל היעדר פיקוח ובקרה על מגבלה זו, החלו משרדי הממשלה להעסיק עובדי קבלן במגוון רחב של תחומים. בתחילה הועברו, כאמור, רק תחומים פריפריאליים לביצוע באמצעות עובדי קבלן, ואילו התחומים המוגדרים 'ליבה' הלכו והצטמצמו עם הזמן. כך הועברו עבודת הקלדנות בבתי המשפט לידי קבלני כוח אדם, וברשויות המקומיות מועסקים אחיות, רופאי שיניים, עובדים סוציאליים ומהנדסים דרך קבלני כוח אדם... בתחום החינוך, מורים הועסקו דרך חברה קבלנית, בתחילה במסגרת תוכנית לימודים נוספת (תל"ג) ולאחר מכן (בניגוד להנחיות מנכ"ל משרד החינוך) כמורים מן השורה המלמדים מקצועות חובה במשרה מלאה" (שם, בעמ' 3).

139 פסק-דין שירות בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 1, פס' 19, 36-37.

140 בהקשר זה טען אלון הראל כי צדק בית-המשפט בפסיקתו בעניין שירות בתי-הסוהר לא מנימוקיו-הוא, אלא מן הטעם שבעוד אורח פרטי חייב "לשקול באופן עצמאי את צדקת העונש שהטילה המדינה", עובד ציבור נדרש לציות עיוור למדינה, משום שהוא בחר לאמץ את תכליות המדינה ולפעול בהתאם להכרעותיה. מטעם זה, רק עובד ציבור יכול להיות סוהר, מפני ש"כבודו של העבריין מחייב שעונשו יושט עליו על ידי המדינה בעקבות הפעלת רצון שיש לייחס למדינה ולא לפרט אחר". אלון הראל "על מגבלות ההפרטה (בעקבות בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר)" *משפטים על אתר ב*, 1, 2-3 (התש"ע) mishpatimonline.files.wordpress.com/2011/09/mishpatimonline0201.pdf. עמדה זו מעוררת שאלות אחדות בדבר הנחות-היסוד של הראל ובדבר עומק ההבדל בין העובד הפרטי לבין העובד הציבורי. ראשית, ההנחה בדבר הציות העיוור של עובד המדינה אינה משכנעת לנוכח חובתו של עובד המדינה להפעיל שיקול-דעת עצמאי בעת מילוי פקודות - חובה שגם הראל עצמו אינו מתכחש לה (שם, בעמ' 19). שנית, לפחות על-פי דוקטרינת המשפט

לכך שלילית מבחינת מהות הפעולה, אך עשויה להיות חיובית בהינתן תנאי העבודה של העובד בגוף המופרט.

מבחינת מהות הפעולה, יש לזכור כי המדינה אינה יכולה לפעול אלא באמצעות אנשים, וכי עובדי ציבור מקבלים את מעמדם מתוקף חוזה העבודה.¹⁴¹ הם פועלים ומפעילים את שיקול־דעתם כעובדי ציבור, אך הם מונעים על־ידי מגוון של מניעים ואינטרסים. הכתיבה מלמדת כי הכוחות המשפיעים על האופן שבו מופעל שיקול־הדעת של "פקידי־הקצה" (street-level bureaucrats) – עובדי המדינה שאמונים על יישום המדיניות במסגרת מפגשם הישיר עם לקוחותיו של השירות הציבורי – הם רבים ומגוונים. הפעלת שיקול־הדעת של פקידי־הקצה תלויה במבנה המוסדי שבו הם עובדים, במידה שבה הם יכולים להשמיע את קולם בתהליך קבלת ההחלטות, בתמריצים שמוצבים להם ובמידת הפיקוח על פעולתם.¹⁴²

המנהלי, עובד בגוף מופרט שממלא תפקיד ציבורי כפוף למשפט הציבורי במלואו, ולפיכך מבחינה משפטית שיקול־דעתו אינו שונה מזה של עובד הציבור. ראו Barak-Erez, לעיל ה"ש 24, בעמ' 154; Medina, לעיל ה"ש 35, בעמ' 710. לבסוף, לא ברור כלל מדוע מי שמשלם את שכרו של העובד הוא שמכתיב את מידת מחויבותו המוסרית של העובד לפעולה שהוא מתבקש לבצע, וזאת במנותק ממהות הפעולה. הניתוח הפורמליסטי שהראל מציע בהקשר זה מנותק ממחקר על־אודות תרבות ארגונית שמעיד כי פקידי־קצה בגופים ציבוריים מפעילים שיקול־דעת במנותק מן המדיניות המוצהרת של מעסיקם – הפרטי או הציבורי – ופעמים רבות אף בניגוד לה, וזאת בין מטעמים של התנגדות מצפונית למדיניות, בין מטעמים של העדפות אישיות ובין מטעמים אחרים, כגון ניגוד עניינים מוסדי. ראו: MICHAEL LIPSKY, STREET-LEVEL BUREAUCRACY: DILEMMAS OF THE INDIVIDUAL IN PUBLIC SERVICE 16–25 Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions*, 14 LEGAL THEORY 113 (2008); Alon Harel & Ariel Porat, *Commensurability and Agency: Two Yet-to-Be-Met Challenges for Law and Economics*, 96 CORNELL L. REV. 749, 767–780 (2011).

141 ראו את דיונו של Volokh, לעיל ה"ש 72, בעמ' 5–6, המדגיש כי: "the state" isn't the president or the governor; it's not a legislator, or the set of all legislators, or even the set of all government employees. It's a network of relationships among people... A state needs a corporeal manifestation to do anything in the world... government can only 'act' by turning to people outside of government. It doesn't just need agents – it has no physical existence without them. And these agents, by and large, are attached to it by means of market transactions. Sometimes these transactions are called 'employment contracts,' and the agents become 'employees'; sometimes the process is called 'contracting out,' and the agents become 'contractors'

142 JAMES Q. WILSON, VARIETIES OF POLICE ;53-48, 33-29, בעמ' 140, לעיל ה"ש 140, LIPSKY BEHAVIOR – THE MANAGEMENT OF LAW AND ORDER IN EIGHT COMMUNITIES 2–15, 278–299 (1968); JAMES Q. WILSON, BUREAUCRACY: WHAT GOVERNMENT AGENCIES DO AND WHY THEY DO IT 23–28 (1989); MICHAEL CROZIER, THE BUREAUCRATIC PHENOMENON 13–50 (1964); William Simon, *Legality, Bureaucracy, and Class in the Welfare System*, 92 YALE L.J. 1198, 1223–1245 (1983).

אופן ההפעלה של שיקול-דעתם מושפע גם מגורמים אישיים, כגון מידת הקרבה החברתית- הכלכלית שלהם לקהל לקוחותיהם, מערכת היחסים שלהם עם התושבים ודעותיהם הקודמות על קבוצות אוכלוסייה שונות. מבחינת חקר הביורוקרטיה – הפרטית או הציבורית – אין כל הוכחה ברורה להנחה שעובד מדינה שוקל שיקולים שונים בהכרח מאלה הנשקלים על-ידי עובד בשוק הפרטי.

עם זאת, מסגרת חוזית שונה, תנאי עבודה שונים ואתוס מקצועי שונה אשר מבחינים בין השוק הפרטי לבין המגזר הציבורי מעצבים את המבנה המוסדי של העבודה, וזה אכן משפיע כאמור על אופן הפעלתו של שיקול-הדעת.¹⁴³ רבים מעובדי הציבור נהנים מקביעות במקום עבודתם, מהגנתו של ארגון עובדים¹⁴⁴ ומביטחון תעסוקתי.¹⁴⁵ מאפיינים אלה מאפשרים לעובד להשמיע את קולו במקום העבודה בלא חשש מתמיד מפני פיטורים, ויוצרים ערוצי הידרורות קבועים בסביבה תומכת יחסית מבחינתו של העובד. אי-השוויון בתנאי העבודה בין עובדי המדינה לפני ההפרטה לבין עובדי הגוף הפרטי לאחר ההפרטה הינו חלק חשוב ביצירת ההבחנה בין הפרטי לציבורי, ובהתאם מעצב את תפקודו של הגוף המופרט.¹⁴⁶ עם זאת, מרכיבים אלה אינם אינהרנטיים,¹⁴⁷ וייתכן שניתן לפתור אותם, ולו באופן חלקי, על-ידי מערך רגולטורי שישווה את רוב תנאי העבודה של העובדים לאחר הפרטה, שנעשתה על-דרך מיקור-חוקן, לזו של עובדי מדינה.¹⁴⁸ דבר זה יכול להיעשות במסגרת דבר החקיקה שקובע את ההפרטה, באמצעות מכרו או באמצעות הסכם קיבוצי שיחול על עובדי מדינה

143 Volokh, לעיל ה"ש 72, בעמ' 6-7.

144 אם כי סוהרים אינם נהנים מהגנות אלה – ראו חוק שירות בתי הסוהר, התשמ"א-1981, הקובע כי סוהרים אינם יכולים להתארגן בארגון עובדים. ראו ס' 129א לפקודת בתי-הסוהר.

145 תקנות שירות המדינה, ס' 82.3. תקנות אלה מלמדות כי קביעות אין משמעה שאי-אפשר לפטר את העובד, אך פיטורים אלה יכולים להיעשות רק מטעמים מוגדרים, בהליך קבוע וידוע מראש, ותוך משא-ומתן עם ועד העובדים. מטרתן של דרישות אלה בתקשי"ר היא להבטיח שפיטורי עובדים ייעשו רק במקרי-קצה יוצאי-דופן. בשל הקושי של המעסיק הציבורי לפטר עובדים במסגרת הליך זה, נהוג לראות עובדים בעלי קביעות כעובדים שככלל אי-אפשר לפטרם.

146 בתי-הדין לעבודה נטו עד כה להימנע מהכרה במדינה כמעסיקה לאחר שתחום שהיה באחריותה עבר מיקור-חוקן. ראו ע"ע (ארצי) 116/03 מדינת ישראל, משרד החינוך – חג'בי, דינים ארצי לעבודה 2006 (8) 709; ע"ע (ארצי) 273/03 שוואב – מדינת ישראל, משרד החקלאות, דינים ארצי לעבודה 2006 (62) 693; ע"ע (ארצי) 410/06 המוסד לביטוח לאומי – פאהום, דינים ארצי לעבודה 2008 (71) 802; ע"ע (ארצי) 478/09 חסידים – עיריית ירושלים, דינים ארצי לעבודה 2011 (11) 329. עם זאת, הקביעות בפסק-דין חסידים פותחות פתח להכרה במדינה כמעסיקה כאשר מדובר במצב דברים שבו "מתכונת העסקתו (של העובד), כפי שהייתה בפועל, פוגעת בדרך כלשהי בזכויותיו או גורעת מהן" (פס' 26 לפסק-דינה של השופטת דוידובי-מוטולה). לתחילתה של מגמה זו ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 602/09 משרד החינוך – העמותה לפיתוח אקדמי של מדע ותרבות, דינים ארצי לעבודה 2012 (8) 1488.

147 Volokh, לעיל ה"ש 72, בעמ' 9.

148 ראו, לדוגמה, תע"א (אזורי ת"א) 1752/08 בירן – מדינת ישראל משרד הבריאות, דינים אזורי לעבודה 2011 (56) 1386, פס' 54 לפסק-דינו של השופט איטח (בית-הדין בחן שאלה זו ביחס להפרטת העסקתן של אחיות בבתי-הספר דרך החברה לבריאות הציבור, ומצא שנעשתה

ועל עובדי גופים פרטיים הממלאים פונקציות ציבוריות.¹⁴⁹ השוואת תנאים מעין זו עשויה פעמים רבות לשמוט את הקרקע מתחת הגיון ההפרטה, אם התכלית המרכזית היא הוזלת עלויות על-ידי הפחתת זכויות העובדים. במובן זה אין לראות בתוצאה כזו נזק גדול מדי, אלא דרך מועילה למניעת הפרטות שכל תכליתן היא פגיעה בזכויות העובדים.¹⁵⁰

הבעיה המרכזית שמתעוררת ביחס להשוואת תנאי העבודה של עובדי הגוף המופרט נוגעת בקביעות במקום העבודה. אחת הסיבות שמוזכרות פעמים רבות כמניע מרכזי להפרטות ולמיקור-חוץ היא הגמישות הניהולית שהמעבר להעסקה פרטית מאפשר, קרי, האפשרות לפטר ולשכור עובדים ביתר קלות וללא ההגבלות שמטילים הסכמים קיבוציים בשירות הציבורי. מסיבה זו השוואת תנאים מלאה, ובכלל זה קביעות במקום העבודה, עשויה לשמוט את הקרקע מתחת הגיונם של חלק ממהלכי הפרטה, אשר במובנים אחרים עשויים להיות לגיטימיים וראויים. המתח שבין היתרון הגלום בביטחון התעסוקתי לעובד לבין החיסרון הטמון בהעדר הגמישות למעסיק הינו אתגר שהשירות הציבורי כולו ניצב בפניו בעת הזו, בעיקר לנוכח הנסיונות להפחית את היקף מיקור-החוץ במדינה. פתרון אפשרי לבעיה זו – אם כי כזה שיחייב היערכות מתאימה, לכל-הפחות מבחינת ההסכמים הקיבוציים ותנאיהם של מרכזי המדינה – הוא הבניה מחדש של מוסד הקביעות כך שישלב במסגרתו מערכי תמרוץ לעובדים, מחד גיסא, ויפתח פתח להרחבת אפשרותו של המעסיק לפטר בנסיבות קבועות ומוסכמות מראש, מאידך גיסא.

4. דיון ומסקנות

המדינה והשוק אינם נפרדים זה מזה באופן מלא. אם ההיגיון המוסדי של המדינה והשוק אינו אחיד, קבוע ויציב, ואם ההבחנה בין עובדי מדינה לבין עובדים בשוק הפרטי אינה אינהרנטית, אזי עלינו להירתע מאורח חשיבה דיכוטומי על ההבחנה בין שתי הספרות. למעשה, המשפט המנהלי הישראלי עצמו נתן ברגעים שונים ביטוי גם לתפיסות רכות יותר של ההבחנה מדינה-שוק (למשל, בפיתוח דוקטרינת-גבול ביחס לגופים דו-מהותיים), כך שהפוטנציאל הדוקטרינרי כבר זמין לנו, ובכוחו לבסס הן הטלת חובות משפטיות על גופים פרטיים והן הטלת חובות משפטיות חדשות (וחשובות לא פחות) של פיקוח ורגולציה על הגופים הציבוריים. זניחת העמדות הקוטביות – או הפטישיזם המוסדי – ביחס למדינה ולשוק משמעותה שאי-אפשר להניח הנחה אפריורית בדבר עדיפותה ועליונותה של המדינה על השוק או לחלופין בדבר עליונותו של השוק על המדינה. ההסדר המוסדי בין המדינה והשוק

השוואת תנאים: "לא מצאנו כי מתכונת העסקתן של התובעות גרעה מתנאי עבודתן. הזכויות שלהן הוצמדו לאלו של עובדות המדינה, ולא עלתה טענה כי איוו מזכויותיהן קופחה".

149 בשביתת העובדים הסוציאליים בשנת 2011 ניסו העובדים להגיע להסדר מסוג זה. אחת מדרישותיהם הייתה הרחבת ההסכם הקיבוצי בצו הרחבה, כך שיחול גם על עובדי שירותים שהופרטו והועברו לידי עמותות. המאמץ להשוואת התנאים נחל כישלון. מיטל יסעור בית-אור "פשרה מהירה מדי". מה כולל הסכם העוס'ים? ynet 29.3.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4049079,00.html

150 פז'פוקס, לעיל ה"ש 138, בעמ' 3-4; גיא דוידוב "העסקה עקיפה" עבודה, חברה ומשפט יב (2010) 191.

שיצרו מדינות רווחה בתר־תעשייתיות¹⁵¹ אינו ממילאי, הכרחי או בלתי־משתנה. עלייתה של המדינה הרגולטורית מלמדת על כך, שכן היא מעמידה בספק לא רק את ההנחה שלמדינה ולשוק יש תוכן אחיד, אלא גם את ההנחה שניתן בכל מקרה להבחין באופן חד וברור בין המדינה והשוק. ההיסטוריה מלמדת שחלוקת העבודה בין הפרטי לציבורי הינה תוצר של שינויים כלכליים, חברתיים ופוליטיים. אנחנו מצויים כאחד מרגעי השינוי בדפוסי היחסים בין מוסדות חברתיים שונים, ומנקודת־מבט זו מרכז־הכובד של הדיון בהפרטה אינו יכול להתבסס על אקסיומות דיכוטומיות בדבר המדינה והשוק. הפרטה ורגולציה אינן התשובה היחידה לאתגרים שמדינת הרווחה ניצבת בפניהם.¹⁵² עם זאת, התנגדות לשינוי ודבקות במדינת הרווחה של אמצע המאה העשרים, תוך היאחזות בהנחות מקובעות בנוגע ליחסי מדינה-שוק ולתוכנם של כל אחד מהמוסדות, אינן מספקות אף הן מענה הולם לאותם אתגרים.

לנוכח הקשר ההדוק והמתמיד בין המוסדות, השאלה המרכזית שמדינת הרווחה ניצבת בפניה כיום היא כיצד לעצב מחדש את מערכת היחסים בין המדינה והשוק באופן שיגן על האינטרס הציבורי, מחד גיסא, ויעודד השתתפות, תחרות ויעילות, מאידך גיסא.¹⁵³ הנחה מקובעת בדבר "טבעם" של המוסדות הללו, שבאמצעותם אנו מנהלים את חיינו, מגבילה מאוד את יכולתנו לשפרם. לכן יש צורך בחשיבה דינמית על היתרונות והחסרונות של שני המוסדות, תוך הבנה שהם אינם מנותקים ונפרדים זה מזה, אלא פועלים בהכרח תוך התייחסות הדדית ועל־כן משפיעים זה על זה ושלובים זה בזה.

סיכום

הדיון הציבורי והמשפטי בהפרטה נוטה להיגרר להנחה כי לשוק ולמדינה יש מאפיינים ותכונות קבועים, בלתי־משתנים. עמדה זו, שאני מכנה אותה במאמר "פטישיזם מוסדי", באה לידי ביטוי באופן בולט בדעת הרוב בפסק־דין שירות בתי־הסוהר.¹⁵⁴ לגישתה של דעת הרוב בפסק־הדין, עצם העברתה של סמכות הכליאה לידיים פרטיות ביטאה פגיעה בזכות האסירים לכבוד. פסק־דין זה מבטא אומנם גישה משפטית חדשה להפרטה, כזו המוכנה להתערב בעצם ההחלטה להפריט, אולם בד בבד הוא מבטא גם גישה מסורתית ומקובעת

151 במדינות שונות התפתחה חלוקת עבודה שונה, שיצרה משטרי רווחה שונים או סוגים שונים של קפיטליזם. ראו ANDERSEN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 26-33; PETER A. HALL & DAVID, SOKSICE, VARIETIES OF CAPITALISM: THE INSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF COMPARATIVE ADVANTAGE 17-33 (2001).

152 ראו, למשל, Pierson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 425-427. פירסון ממפה את דרכי ההתמודדות של מדינות רווחה בתר־תעשייתיות עם הקשיים הכלכליים והפוליטיים שהן ניצבות בפניהם. לצד מסחור־מחדש (recommodification) והגבלת עלויות, אשר מובילים מדינות רבות לנקיטת צעדי הפרטה, הוא עוסק גם בתגובות מסוג של "כיול־מחדש" (recalibration) - התאמת מערכי רווחה לצורכיהם המשתנים של האזרחים.

153 ELISABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 141-163 (1993) (הדנה במגבלותיו המוסריות של השוק ובאתגר של מיצוי התועלות שבשוק מבלי לשאת בחסרונותיו).

154 לעיל ה"ש 1.

ביחס למערכת היחסים שבין המדינה לבין השוק, כזו המניחה כי מדובר בשתי ספרות נפרדות בעלות מאפיינים שונים, וכי ניתן בנקל להבחין ולהפריד ביניהן.

סירובו של בית־המשפט בפרשת שירות בתי־הסוהר להכיר במציאות המורכבת של ההפרטה ובמערכת היחסים המשתנה שבין המדינה לבין השוק הינו מצער, משום שבכך החמיץ בית־המשפט הזדמנות להטביע חותם משמעותי יותר – ברגע קריטי בהתפתחותה של כלכלת הרווחה הישראלית – על מדיניות ההפרטה הנרחבת בישראל, ככל שהיא נוגעת בתחומים אחרים מלבד כליאה, ולהדריך את המדינה ביצירת יחסים עם גופים מופרטים. על־מנת לעשות כן, היה על בית־המשפט להשתחרר מהפטישיזם המוסדי ולהכיר בכך, מחד גיסא, שהשוק הקפיטליסטי אינו משוחרר מכבלי המדינה, ומאידך גיסא, שהמדינה, באמצעות כלי הרגולציה, מסוגלת למשול בפעילות השוק, ובפועל משפיעה על עיצובם של כללי המשחק בשוק באמצעות כללי המשפט הפרטי. משמעותו של מהלך כזה תהיה הכרה בכך שהפרטה אין משמעה הרמת ידיים ונסיגה של המדינה מתחום פעילות קודם, אלא יצירת מערך כוחות חדש שבמסגרתו המדינה נותרת כוח חשוב ומשמעותי, אשר אמור להמשיך להגן על ערכים ציבוריים באמצעות מערכים רגולטוריים. המערכים הרגולטוריים אינם רק כלים טכניים מעולם המשפט המנהלי, שמסתפקים בתיקון כשלי שוק. רגולציה יכולה לייצר כלים שיבטיחו השתתפות פוליטית, צדק חלוקתי ושימוש מיטבי במנגנונים שוקיים לקידום ערכים דמוקרטיים.

מרבית ההיסטוריה של ההפרטות בישראל מוכיחה כי ממשלת ישראל שבוייה אף היא בפטישיזם מוסדי. עמדת משרד האוצר כי השוק עליון ככל על המדינה, וכי יש להפריט כל מה שניתן במטרה ליצור "מדינה קטנה", מבטאת תפיסה שלפיה עצם העברת האחריות לשוק תניב מיד, ובאופן הכרחי, שיפור ביעילות ובאפקטיביות של השירות או המוצר המסופקים. גישה זו גרועה לא פחות – ואולי אף מסוכנת יותר – מן העמדה אשר דבקה בעליונות המדינה.

מערך הפיקוח שפותח ביחס לבית־הסוהר המופרט היה, מנקודת־מבט זו, צעד בכיוון הנכון לקראת הכרה בכך שעל־מנת לקיים הפרטה שתקדם את האינטרס הציבורי, יש לשלב בה מערכי תמרוץ מחושבים ומערכי פיקוח נרחבים. על־כן הימנעותו של בית־המשפט מבחינת מערכי הפיקוח באופן דקדקני הינה החמצה מצערת במיוחד. מהלך כזה היה יכול להיות צעד חשוב בפיתוח תורת משפט רגישה ומורכבת לבחינת עיצוב היחסים שבין המדינה לשוק, המשקפת הבנה כי יחסי המדינה והשוק אינם טבעיים ואינם סטטיים. אנו מצויים עתה באחת מתקופות השינוי הרבות של מערכת יחסים זו, הבאה לידי ביטוי הן בביקורת על מהלכים של הפרטה והן בתוכניות הלאמה, אשר על־אף נדירותן נסבות במהותן סביב אותו גבול עמום שבין הפרטי והציבורי. לבית־המשפט יכול להיות תפקיד מרכזי בהבנייתה מחדש של מערכת היחסים באופן שייתן מענה לשינויים המתרחשים בשוק, בפוליטיקה, בחברה ובכלכלה, מחד גיסא, ויקדם ערכים ואינטרסים ציבוריים, מאידך גיסא. כדי למלא תפקיד זה, על בית־המשפט לפתח תורת משפט חדשה שתתאים לאתגרים שהמדינה הרגולטורית ניצבת בפניהם בעידן של הפרטה.