

לא מוסדר, ולא במקרה: כשלים מובנים באסדרת (רגולציה) שירותים ציבוריים מופרטים חלקית

מאת

אמיר פז-פוקס ורון מנדלקרן*

העשורים האחרונים מאופיינים בהגברת מעורבותם של גופים פרטיים בהספקת שירותים ציבוריים בישראל ובעולם במסגרת הליך המכונה "מיקור חוץ" (contracting-out) או "הפרטה חלקית". את התפיסה שמנחה את ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים אפשר לכנות "מודל הניהול המדינתי", ולפיה הפרטה זו אינה מגבילה את שיקול הדעת המינהלי, כלומר את סמכות הניהול הבלעדית, של המדינה באשר לשירותים המופרטים. אולם בפועל מתועדים כשלים מובנים בהסדרתם של שירותים מופרטים ובפיקוח עליהם, אשר מלמדים על כרסום בסמכות הניהול הבלעדית של המדינה. במאמר זה אנו מצביעים על שני כוחות שלובים שיש בהם כדי לתרום לכרסום זה: ראשית, הדין המשפטי הנוהג מציב מגבלות ותמריצים שיש בהם כדי להביא דווקא להתרחקות המדינה מפיקוח הדוק על שירותים מופרטים; שנית, מאפייניהם של שירותים ציבוריים ומבנה שוק ההספקה שלהם עשויים להביא להעברה בפועל של עוצמה ניהולית לקבלנים הפרטיים ולכרסם בשיקול דעתה הבלעדי של המדינה, או במילים אחרות, באחריות המדינה כלפי השירותים הציבוריים שהיא אמונה עליהם. מצב זה מחייב לטעמנו בחינה מחדש של המודל הקיים של הספקת השירותים הציבוריים ושיקולת מודלים חלופיים דוגמת מודל "הממשל המשותף".

מבוא. א. הניהול המדינתי של שירותים ציבוריים מופרטים חלקית. 1. הפרטה חלקית של שירותים ציבוריים; 2. מודל הניהול המדינתי; ב. כשלים במימוש מודל הניהול המדינתי. 1. כשלי ההסדרה והפיקוח; 2. מוגבלותו של הדיון האקדמי הקיים בנושא כשלי ההסדרה והפיקוח; 3. הצברה כפתרון לא מספק; 4. סיכום ביניים; ג. המשפט כגורם המכונן את כשלי ההסדרה והפיקוח. 1. יחסי עובד-מעביד; 2. אחריות משפטית במקרים של נזקים; ד. מ"ניהול מדינתי" ל"הפרטה החלקית של הניהול" – מערך יחסי העוצמה בין המדינה לקבלנים. 1. שירותים ציבוריים והדינמיקה של העברת

* אמיר פז-פוקס הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו וחוקר אורח ב־ Centre for Socio-Legal Studies באוניברסיטת אוקספורד; רון מנדלקרן הוא עמית פוסט-דוקטורט של קרן פולונסקי במכון ון-ליר בירושלים. שניהם חוקרים במיזם "אחריות המדינה וגבולות ההפרטה" במרכז לצדק חברתי ע"ש יעקב חזן במכון ון-ליר בירושלים. המחברים מודים למערכת משפטים ולשופטי המאמר על הביקורת המעמיקה שגרסאות קודמות של המאמר זכו לה.

עוצמה לקבלנים; 2. השלכות מבנה שוק ההספקה של שירותים ציבוריים; 3. תרומתו של בית המשפט לשינוי יחסי העוצמה שבין המדינה לקבלנים; סיכום.

[...] התפרקות המדינה מן התפקיד של ספק שירותים ומצרכים צריכה להיות מלווה בפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים על-ידי המשק הפרטי. השוק החופשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית [...] דווקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים.¹

מבוא

זמן קצר לפני חתימת מאמר זה ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון באחת הסוגיות הרגישות ביותר המלוות את תופעת מיקור החוץ: שירותי בריאות התלמיד, או בלשון השגורה: אחות בית הספר.² אף שמיקור חוץ זה נכשל, גם לגישתם של בכירי משרד הבריאות עצמו,³ ואף שהוא נוגע בתחום רגיש מעין כמוהו – בריאותם של תלמידי ישראל – לא נמצאה דרך המלך להשיב שירות מפואר זה לתפארתו. אף שבג"ץ דחה את העתירה (של ההסתדרות הרפואית בישראל), הוא עמד נכונה על המרכיבים שהביאו לכישלון מיקור החוץ.

[...] דומה שהמדינה לא הדגימה שבחירתה במיקור החוץ של שירותי הרפואה המונעת שולבה בפיתוח יכולת פיקוח ובקרה אפקטיבית על ספק השירותים, שירותים שאין צורך להרחיב בחשיבותם לציבור הנזקקים להם. [...] מתכונת ההתקשרות בין משרד הבריאות לאגודה נעדרת כמעט כליל, את ההיבט התחרותי, שהיה עשוי אולי לקדם את היענות האגודה למאמצי הפיקוח וההסדרה המופעלים על ידי משרד הבריאות. אם לא די בכך, משרד הבריאות הדגים אף חוסר גמישות ביכולת להתנתק מנותן שירותים, גם כאשר הלה לא ביצע לכאורה את עבודתו כהלכה, כפי

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

2 בג"ץ 1083/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012).

3 לפי נתוני משרד הבריאות, לאחר ההפרטה – כ-30% מתלמידי ישראל אינם מחוסנים. לדברי מנכ"ל משרד הבריאות: "המשרד ספג ניסיונות כושלים. אנחנו רוצים להביא שירות טוב למדינת ישראל ועד כה נכשלנו בזה ואנחנו מביאים משנה לשנה שירות לא טוב לישראל. ברור שדרוש חשבון נפש". ראו רוני לינדר-גנץ "ההפרטה נכשלה: 'אם תפרוץ מגיפה בישראל – זה יהיה באחריותי'" **TheMarker** www.themarker.com/news/1.654827 13.6.2011.

שמושרד הבריאות עצמו טען ביחס לאגודה [...] מכאן שספק השירותים
ודאי לא יכול היה להתרשם כי "נקודות היציאה" הקבועות בהסכם מיקור
החוץ הן משום חרב חדה המונחת לו על צווארו, למקרה שלא יבצע את
מלאכתו נאמנה.⁴

פיקוח ותחרות – אלו המרכיבים שאותם מאתר בית המשפט העליון כתנאים הכרחיים
לכינון אחריות המדינה ולהספקה הולמת של שירות מופרט. שני המרכיבים הללו היו
חסרים בהפרטת שירותי הבריאות לתלמיד. ולטעמנו – לא במקרה.

פסיקת בג"ץ האחרונה בעניין שירותי הבריאות לתלמיד היא נדבך נוסף בביקורת
מדיניות ההפרטה החלקית בישראל. מאמר זה מבטא חיבור כפול לפסיקה זו – הן באשר
למה שנאמר בה והן באשר למה שלא נאמר בה. ראשית, הפסיקה עוסקת בפגיעה
באחריות המדינה לשירות בשל כשלי התחרות שמהם נבעו כשלי הפיקוח. המאמר טוען
כי הפרטתם של שירותים ציבוריים רבים מועדת להתרחש בתנאים של תחרותיות מוגבלת
שצפויים להגביל את יכולת הפעולה של המדינה במגעה עם הקבלנים. שנית, ובהתייחס
למה שדווקא לא נאמר בפסק הדין, המאמר דן בחלקן של הנורמות המשפטיות ובחלקן
של בית המשפט עצמו בהגבלת הפיקוח וההסדרה של שירותים ציבוריים המסופקים
באמצעות הפרטה חלקית ובעידוד המדינה לצמצם עוד יותר את אחריותה בפועל
לשירותים מופרטים. נבקש אפוא לטעון כי הנסיבות שהובילו לפסיקת בית המשפט
בעניין שירותי הבריאות לתלמיד אינן מקריות אלא קשורות ללחצים מוסדיים ומבניים.

העוצמה היתרה של קבלנים המספקים שירותים ציבוריים מזה וקוצר ידה של המדינה
שבשמה הם פועלים מזה כבר נדונו בספרות. תרומתו של המאמר היא בהפניית הזרקור
אל ההקשר המוסדי-משפטי שבתוכו נערכת ההתקשרות החוזית בין המדינה לקבלני
השירות, כאחד ממקורותיו של דפוס היחסים הזה. הניתוחים הביקורתיים שנערכו עד
היום של תופעת מיקור החוץ של שירותים ציבוריים אינם יכולים להסביר את הכשלים
המבניים, שעליהם נצביע בהמשך, בפיקוח ובהסדרה של שירותים ציבוריים מופרטים.
הדבר נכון הן באשר לביקורות מתונות יחסית, שמניחות שאפשר להתמודד עם הסוגיה
באמצעות עיצוב הולם של הכללים הפורמליים של ההתקשרות (בכללן הניתוח הכלכלי
של "בעיית הסוכן" והדיון המשפטי ב"הצברה"), והן באשר לביקורות רדיקליות,
שמניחות שבסופו של דבר רשויות המדינה תמיד יכפיפו את עצמן לאינטרסים של
הקבלנים הפרטיים ולא לאינטרס הציבורי הכללי שאותו הן מתיימרות לשרת (זהו הקו
המחבר בין תאוריית "הרגולטור השבויה" (regulatory capture) מימין ובין תפיסות
ביקורתיות של המשפט משמאל).

בחינת ההקשר המוסדי-משפטי נעשית באמצעות הישענות על התאוריה המוסדית
החדשה, אשר חותרת להבנת ההשלכות של כללי המשחק שבהם פועלים שחקנים

4 עניין ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 2, פס' 25 לפסק דינו של השופט מלצר.

פוליטיים על פעולת השחקנים.⁵ כללים אלו מורכבים ממערכת של הסדרים פורמליים (ובהם חקיקה, פסיקה וכללי מינהל והתקשרויות חוזיות) ולא פורמליים (נורמות ניהוליות ומסורת של יחסים בין שחקנים שונים). התאוריה המוסדית החדשה צופה שהסדרים אלו ייצרו מערך של תמריצים ונורמות פעולה מקובלות שיגבילו את פעולתם של השחקנים או יעודדו אותם לאמץ דפוסי פעולה מסוימים. לעומת הביקורות שהוזכרו לעיל, התאוריה המוסדית החדשה מניחה כי אין די בבחינת חוזה ההתקשרות לכשעצמו כדי להבין את מערך היחסים בין המדינה לבין קבלני השירותים; יש לבחון את כלל ההסדרים הפורמליים והלא פורמליים שבמסגרתם מיושם החוזה. בה בעת אי אפשר להניח שהמדינה תמיד תכפיף עצמה לאינטרסים של הקבלנים הפרטיים מבלי לבחון את האופן והמידה שבהם ההסדרים המוסדיים הקיימים אמנם מאפשרים את קיומו של מצב כזה.

לפיכך תרומתו המרכזית של המאמר היא באיתור ההקשר המוסדי-משפטי שבתוכו מתנהלת ההתקשרות החוזית כגורם שעשוי להיות לו חלק בהסבר כשלי ההסדרה והפיקוח. מחד גיסא הסדרים משפטיים מסוימים עלולים לתמרץ את המדינה להרחיק את עצמה מהשירותים שהופרטו חלקית ולהימנע מפיקוח אפקטיבי עליהם, ומאידך גיסא הסדרים משפטיים אחרים ומבנה התחרות בשוק ההספקה של שירותים מסוימים עשויים להקשות על המדינה ליישם מדיניות אסדרה במגזר עם קבלני השירות גם כאשר היא תרצה בכך.

כאן ראוי לציין שהמאמר אינו עוסק בשאלות הנוגעות בטיב השירות עצמו או בהשוואת איכותם של שירותים המסופקים ישירות על ידי הממשלה לזו של שירותים ציבוריים המסופקים באמצעות הפרטה חלקית. איננו דנים גם בשאלה עד כמה בכלל רצוי שהמדינה תהיה מוסד שמכווין את חיינו ועד כמה יש להרחיב את פעולתו של השוק כמקום שבו האזרחים יכולים לבוא לידי ביטוי כפרטים. המאמר מבקש להצביע על תנאים מסוימים שבהתקיימותם עשויה ההבטחה הגלומה בהפרטה החלקית של שירותים ציבוריים – אם קיימת – להתגשם באופן מוגבל בלבד, בשל הפער הקיים בין היומרה

5 זוהי הצגה תמציתית מאוד של ספרות רחבה ומגוונת. סקירות וניתוחים תיאורטיים בולטים כוללים: Peter A. Hall & Rosemary C. R. Taylor, *Political Science and the Three New Institutionalisms*, 44 POLITICAL STUDIES 936 (1996); Sven Steinmo & Kathleen Ann Thelen, *Historical Institutionalism in Comparative Politics*, in STRUCTURING POLITICS: HISTORICAL INSTITUTIONALISM IN COMPARATIVE ANALYSIS 1 (Sven Steinmo, Kathleen Ann Thelen & Frank Longstreth eds., 1992); Sven Steinmo, *Historical Institutionalism*, in APPROACHES AND METHODOLOGIES IN THE SOCIAL SCIENCES: A PLURALIST PERSPECTIVE 150 (Donatella Della Porta & Michael Keating eds., 2008); Paul J. DiMaggio & Walter W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, 48 AM. SOC. REV. 147 (1983).

שהמדינה ממשיכה לנהל באופן בלעדי את השירותים המופרטים לעומת המציאות של כשלים מובנים בפיקוח ובהסדרה של שירותים מופרטים.

המאמר נחלק מכאן ואילך לארבעה חלקים עיקריים: בחלק א מוצגת תופעת ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים תוך התייחסות למאפייניה העיקריים, להיקפיה הנרחבים והמתרחבים (בהדגשת המתרחש בישראל) ולמה שנכנה כאן "מודל הניהול המדינתי", הכורך את הנחות היסוד שעומדות בבסיס יישומה. חלק ב מציג את כשלי ההסדרה והפיקוח בהפרטה החלקית של שירותים ציבוריים ודן בעקבות זאת באי-יכולתן של הביקורות הקיימות בספרות לעמוד על הכשלים הללו. חלק ג של המאמר דן בתמריצים שמתעוררים עקב המצב המשפטי הנתון, ובכללם התמריץ של המדינה להרחיק את עצמה מניהול ופיקוח הדוק על השירות כדי להימנע מאחריות משפטית במסגרת דיני העבודה ודיני הנזיקין בשל השירותים המופרטים, כמו גם על יכולתה המוגבלת של ה"ההצברה" של שירותים מופרטים חלקית לתת מענה מספק לתמריצים שליליים אלו. בחלקו הרביעי של המאמר אנו דנים בהשלכות מאפייניהם של שירותים ציבוריים על היווצרות תלות של המדינה בקבלני שירות ובהעברת העוצמה הניהולית שעשויה להיגזר מיחסי תלות אלו, כמו גם בכללי המשחק הנוהגים בשוק ההספקה של שירותים ציבוריים, ובאופן שבו כללי משחק אלו עשויים למתן – או להחריף – את ההעברה של עוצמה ניהולית לקבלנים הפרטיים. בסיוכום המאמר נידונה בקצרה החלופה לניהול ההספקה של שירותים ציבוריים מופרטים המוצעת במודל "הממשל המשותף".

א. הניהול המדינתי של שירותים ציבוריים מופרטים חלקית

1. הפרטה חלקית של שירותים ציבוריים

שירותים ציבוריים הם אותם שירותים שגופי המימשל – המרכזי או המקומי – אחראים להספקתם. שירותים אלו עשויים להיכלל במגוון תחומים, כגון שירותי ביטחון (לדוגמה שיטור), שירותים מינהליים (רישום אוכלוסין), שירותים כלכליים (תשתיות, תחבורה) ושירותים חברתיים (שירותי רווחה אישיים). שירותים ציבוריים רבים הם בגדר "מוצרים ציבוריים" (public goods) שהספקתם במסגרת השוק צפויה להיות לא יעילה כלכלית, כלומר מתקיים בעניינם "כשל שוק", על פי רוב משום שאי אפשר להגביל את השימוש בהם או את ההנאה מהם באמצעות מנגנון המחירים (non excludability) או משום שהשימוש בהם או ההנאה מהם על ידי פרט אחד אינם גורעים מאלו של פרט אחר (non rivalry). אולם שירותים ציבוריים אחרים הם בגדר "מוצרים ציבוריים ערכיים" (merit goods), במובן זה שהספקתם הציבורית אינה נובעת מכשל שוק זה או אחר אלא מהעדפה חברתית אשר מבוטאת באמצעות המנגנונים הדמוקרטיים – לספקם באופן ציבורי. שירותי ביטחון ומשפט, כמו גם תשתיות תחבורה ומניעת זיהום אוויר הם דוגמה

ל"מוצרים ציבוריים" רגילים; שירותי חינוך ורווחה הם דוגמה ל"מוצרים ציבוריים ערכיים".⁶

בקטגוריה של שירותים חברתיים, שבהם יעסוק המאמר בהרחבה יחסית, אפשר לכלול את השירותים שמטרתם לספק צרכים שהחברה רואה בהם מינימום הכרחי לרווחתם של הפרטים בתוכה ולתפקודם המשותף. מהם אותם צרכים בסיסיים? התשובה אינה חד-משמעית, והיא משתנה על פי ההקשר התרבותי וההיסטורי.⁷ עם זאת קיימת הסכמה נרחבת למדי כי התחומים הרלוונטיים הם חינוך, בריאות, רווחה וביטחון סוציאלי, תעסוקה, שיכון, ובישראל – גם קליטת עלייה.⁸ חלק מהצרכים הללו מסופקים על ידי מנגנונים אחרים של מדינת הרווחה, ובפרט במסגרת מערך הקצבאות שמופעל בישראל על ידי המוסד לביטוח לאומי. אולם חלק אחר של הצרכים הללו אי אפשר לספק באמצעות תמיכות כספיות בלבד, והוא מחייב הימצאותם של שירותים זמניים, דוגמת שירותי בריאות, מקלטים ומסגרות דיור לחוסים או מרכזי הכשרה מקצועית.⁹ כפי שיידון ביתר הרחבה בחלק ד, לשירותים ציבוריים רבים, ולשירותים חברתיים בפרט, מאפיינים שמייחדים אותם ממוצרים ושירותים רבים המסופקים על ידי השוק. מאפיינים אלו כוללים את היותם של שירותים אלו מתמשכים ומורכבים; את הקושי להגדיר ולמדוד את איכותם במדויק; את היותם כפופים לשינויים מתמידים; את היות מקבלי השירות שותפים בהספקתם; את קיומה של תלות של מקבלי השירות בנוכחות השירות, ולפיכך יכולת הפיקוח של מקבלי השירות על טיב השירות היא מוגבלת במיוחד.¹⁰

במדינות רבות, ובהן ישראל, הממשלה ממלאת את מחויבותיה בתחום השירותים הציבוריים באמצעות "מיקור חוץ". באופן המובהק ביותר, תופעה זו קיימת בתחום

- 6 RICHARD A. MUSGRAVE, THE THEORY OF PUBLIC FINANCE: A STUDY IN PUBLIC ECONOMY 6–14 (1959); ראו גם יצחק גל-נור, אמיר פז-פוקס ונעמיקה ציון "מבוא" הפרטה ורגולציה בישראל (יצחק גל-נור ואמיר פז-פוקס עורכים, צפוי להתפרסם ב-2013).
- 7 ג'ון קרייר ואיאן קנדל "מדינות רווחה, צרכים אנושיים אוניברסליים ורווחה אנושית אובייקטיבית: פרספקטיבות של מדעי החברה וראייה סוציו-לגלית" ביטחון סוציאלי 53, 36, 56 (1999).
- 8 הקצאת משאבים לשירותים חברתיים 139–140 (יעקב קופ עורך, מרכז טאוב, 2006); מבקר המדינה דו"ח שנתי 55 – לשנת 2004 ולחשבונית שנת הכספים 2003, 726 (2005) (להלן: מבקר המדינה 2005); אמנת האומות המאוחדות בנושא זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec.16, 1996, 993 U.N.T.S. 3 (1966).
- 9 Welfare Policies, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF POLITICAL SCIENCE 2742 (Leonardo Badie, Dirk Berg-Schlosser & Leonardo Morlino eds., 2011).
- 10 יחזקאל הונפדר "מדינת הרווחה במעבר: מה יהיה תפקיד מגזר המלכ"רים?" ביטחון סוציאלי 70, 13, 27 (2005); David M. Van Slyke, Agents or Stewards: Using Theory to Understand the Government-Nonprofit Social Service Contracting Relationship, 17 J. PUB. ADMIN. RES. & THEORY 159–160 (2007).

הרווחה,¹¹ אולם היא חודרת במידה רבה גם לתחומים חברתיים נוספים (חינוך ובריאות) וכן לפעילויות שבעבר היו דוגמאות מובהקות לשירותים המסופקים ישירות על ידי הממשלה.¹² דפוס זה של הפרטה זכה לכינויים רבים, ובהם המונח האנגלו-אמריקאי contracting out, שמדגיש את היחסים החוזיים שעומדים בבסיסו בין הממשלה לבין הקבלנים הפרטיים, או "הפרטת הביצוע",¹³ שמדגיש את חלוקת התפקידים בין הממשלה כמתווה ומממנת את השירות לבין הקבלן המבצע שמספק את השירות בפועל. כפי שיובהר במאמר, לדידנו שתי התפיסות האמורות לעיל אינן מדויקות די צורכן, ולפיכך בחרנו כאן להשתמש, בעקבות פרופ' יוסי קטן, במונח "הפרטה חלקית של שירותים".¹⁴

בשל היקפה ועומקה קשה להפריז בחשיבותה ובמשמעותה של ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים בעשורים האחרונים. במדינות רבות ההפרטה החלקית של שירותים היא דפוס ההפרטה הדומיננטי ביותר.¹⁵ למשל, בארצות הברית יותר מחצי מהטובין והשירותים הציבוריים ממומנים באופן ציבורי אך מסופקים באופן פרטי,¹⁶

11 ליהיה להט וגל טלית תהליך בהתהוות או שינוי הכרחי? רגולציה בשירותי הרווחה האזרחיים בישראל 15 (נייר מדיניות, מרכז טאוב, 2011); להשלכות המיוחדות של מיקור חוץ של שירותים חברתיים ראו אבישי בניש "מיקור-חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות 'מרווחה לעבודה' ובעיית כשלי הפיקוח" משפטים לח 283, 298–300 (2008).

12 רונן מנדלקרן ואריק שרמן "הפרטה של שירותים חברתיים באמצעות מיקור חוץ" הפרטה ורגולציה בישראל (יצחק גלנור ואמיר פז-פוקס עורכים, צפוי להתפרסם ב-2013); יוסף קטן "הפרטה חלקית של שירותי רווחה אישיים" עיצוב מדיניות חברתית בישראל – מגמות וסוגיות 101 (אורי אבירם, גוני גל ויוסף קטן עורכים, 2007); 75 Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 543, 595 (2000) N.Y.U. L. REV. (להלן: Freeman, *The Private Role*); 569, 594 (2001) LESTER M. SALAMON, *The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction*, 28 FORDHAM URB. L.J. 1611, 1615 (2000).

13 מנדלקרן ושרמן, לעיל ה"ש 12.

14 קטן, לעיל ה"ש 12. הביטוי המקובל באנגלית הוא כאמור contracting-out, אולם ביטוי זה טרם זכה לתרגום שגור בעברית (אם כי ראוי לציין את הצעתו של איל פלג – "חוזיות" – בספרו ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי 19 (2005)), זאת בניגוד ל-outsourcing. במסגרת המאמר נשתמש במונחים "מיקור חוץ", "הפרטה חלקית" ו"הפרטה" לחלופין (ראו גם Jon D. Michaels, *Privatization's Pretensions*, 77 U. CHI. L. REV. 717, 717 (2010)); אלא אם יובהר במפורש אחרת, בכל המקרים הכוונה היא להפרטה חלקית כפי שהיא מוגדרת להלן, בטקסט הצמוד לה"ש 25–27.

15 GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009) (להלן: Freeman & Minow).

16 Michele Gilman, *Legal Accountability in an Era of Privatized Welfare*, 89 CAL. L. REV. 569, 594 (2001); Lester M. Salamon, *The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction*, 28 FORDHAM URB. L.J. 1611, 1615 (2000).

ולעומת אמצע שנות השבעים של המאה העשרים, אז הופקדו 40% מהתפקידים הציבוריים בידי עובדי השירות הציבורי, בשנת 2010 עמד שיעור זה על 17.29% בארצות הברית בולט השימוש במיקור החוץ בעיקר בתחום השירותים החברתיים.¹⁷ מצב דומה מתקיים בישראל, שבה, כפי שמציין זעירא, "[...] סוג זה של הפרטה הוא משמעותי יותר מאשר הפרטה המתבצעת באמצעות מכירתן של חברות ממשלתיות, שכן סכומי הכסף שבהם מדובר, [...] גדולים הרבה יותר".¹⁹ אף שאין מתפרסמים נתונים שוטפים באשר להיקפי השירותים שרוכשת הממשלה בתחומי המדיניות השונים, קיימים מדדים כלכליים שנותנים מידע מספק בעניין זה. מדד אחד הוא הפער שבין הגידול השנתי הממוצע בהוצאה הציבורית האזרחית הכוללת לבין הגידול השנתי של חלק הקניות (הכולל את ההוצאה על קניית שירותים, כלומר על מיקור חוץ) ושל חלק העבודה (כלומר ההעסקה הישירה של עובדים) בתוך הוצאה זו. בין 1981 ל-2007 גדל חלק הקניות בממוצע ב-8.0%, לעומת גידול ממוצע של 1.7% של חלק העבודה ו-3.4% של ההוצאה הכוללת. בעקבות זאת גדל חלק הקניות בצריכה הציבורית האזרחית מ-12% ב-1980 ל-39% ב-2007, ובד בבד פחת משקל השכר בממשלה הרחבה בצריכה הציבורית האזרחית מ-75% בממוצע בראשית שנות השמונים ל-57% בממוצע מסוף שנות התשעים.²⁰

התגברות חשיבותה של תופעת ההפרטה החלקית בשנים האחרונות נובעת לא רק מהגידול המתמיד בהיקפיה אלא גם מהחלטה על תחומי שירות חדשים ועל היבטים או מרכיבים בשירות שלא היה נהוג להפריטם בעבר.²¹ השירותים שבהם מתקיימת הפרטה חלקית, או שקיימים ניסיונות לספק אותם באמצעות הפרטה חלקית, הן בישראל והן במדינות אחרות, התרחבו לבתי סוהר, שיטור, אבטחה, ולאבטחת וניהול מידע למוקדי

JOHN DONAHUE & RICHARD ZECKHAUSER, COLLABORATIVE GOVERNANCE: PRIVATE ROLES FOR PUBLIC GOALS IN TURBULENT TIMES 9 (2011).

Paul Seidenstat, *Theory and Practice of Contracting Out in the United States*, in CONTRACTING OUT GOVERNMENT SERVICES 3, 8–10 (Paul Seidenstat ed., 1999).

יוסף זעירא "מסוציאליזם לקפיטליזם? מעורבות הממשלה במשק הישראלי" מדינה וקהילה 56, 55 (משה נאור עורך, התשס"ד).

מנדלקרן ושרמן, לעיל ה"ש 12, ס' 3.2. מגמות דומות בתחום שירותי הרווחה מתוארות על ידי שלמה סבירסקי ויעל חסון שירותי רווחה אישיים בעידן של צמצום תקציב (מרכז אדוה, 2008). כך לדוגמה, בשנת 2008 תקציב משרד הרווחה לרכישת שירותים היה כ-2.7 מיליארד ש"ח מתוך כ-4.8 מיליארד ש"ח סה"כ תקציב המשרד (כלומר כ-56% מסך תקציב המשרד, ושיעור גבוה בהרבה מהוצאת המשרד על שירותים בלבד) (ריאיון של רון מנדלקרן עם מר חנן פריצקי, מנהל אגף התקציבים במשרד הרווחה (27.10.2008); ראו גם מבקר המדינה (2005), לעיל ה"ש 8, בעמ' 727.

21 בניש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 292.

שירות וחירות טלפוניים.²² כמו כן ההפרטה החלקית של שירותים כוללת, בחלק מהמקרים, הפרטה של מנגנוני איסוף מידע, הפרטה של היבטים בניהול השירות (כמו ניסוח מכרז וחוזו), הפרטה של חלקים בתהליך קביעת המדיניות באמצעות שיתוף חברות ייעוץ והפרטה של הליכי הבקרה והפיקוח עצמם.²³

היבט נוסף של התרחבות תופעת ההפרטה החלקית הוא השינוי באופי הגופים הפרטיים שעמם המדינה מתקשרת לצורך הספקת שירותים חברתיים. בעבר משמעותה של הפרטה חלקית הייתה בעיקר מעורבות של עמותות וגופים הפועלים שלא למטרת רווח, ואילו היום מקומם של חברות ותאגידים הפועלים למטרת רווח הופך להיות יותר ויותר מרכזי.²⁴

מה מיוחד בתבנית זו של מיקור חוץ ככלל, ושל שירותים ציבוריים בפרט? למותר לומר שרשויות ציבוריות מתקשרות עם גורמים "פרטיים" (קרי לא ממשלתיים) באופנים שונים ומגוונים. יתר על כן, חוקרים של המשפט הציבורי מקבצים בכפיפה אחת את ניתוח הפעולה של מיקור חוץ עם התקשרויות מסוג שונה, מסוג מתן רישיון או זיכיון.²⁵ אף שבשני המקרים המדינה מסדירה תחום פעולה מסוים ומביאה את האינטרסים שלה לידי ביטוי תוך שימוש בכלי החוזי, קיים ביניהם הבדל החשוב למדי לענייננו. באופן גס הבדל זה בא לידי ביטוי ב"כיוון הזרימה" של הכסף. אפשר שהמדינה תרכוש "שירותי חינוך" מבית ספר פרטי (קרי לממן הפעלתו במלואה), אולם תמורת פעולה בתחום הגז או התקשורת חברות פרטיות משלמות עבור הזכות לפעול בתחום. תמונת הראי ניכרת מנקודת מבטו של האזרח: במקרה של מיקור חוץ הוא אינו נדרש לשלם עבור השירות (ולמצער אינו נדרש לשלם במלואו), אולם כאשר מוענק רישוי או זיכיון לחברה פרטית, האזרח נדרש לשלם עבור השירות לחברות המפעילות אותו.

חשוב להדגיש שאין מדובר בהבחנה על בסיס תחום אלא בהבדל בתפיסה העמוקה של המדינה את תפקידה. טלו לדוגמה שתי מדינות המשתמשות בקבלנים פרטיים להספקת שירותי בריאות, אך כל אחת מהן עושה זאת אחרת מחברתה. מדינה אחת

22 Sharon Dolovich, *How Privatization Thinks*, בתוך Freeman & Minow, לעיל ה"ש 15, בעמ' Martha Minow, *Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability*, 128 *Professionalism and Democracy*, שם, בעמ' 110.

23 DONAHUE & ZECKHAUSER, לעיל ה"ש 17, בעמ' 141; מנדלקרן ושרמן, לעיל ה"ש 12; Matthew Diller, *The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion, and Entrepreneurial Government*, 75 N.Y.U. L. REV. 1121, 1130 (2000); Jody Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, 116 HARV. L. REV. 1285, 1309 (2003). (להלן: Freeman, *Extending*).

24 מנדלקרן ושרמן, לעיל ה"ש 12; סבירסקי וחסון, לעיל ה"ש 20.

25 למשל: דפנה ברק-ארוז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל A.C.L DAVIES, *THE PUBLIC LAW OF GOVERNMENT* (2008) 479, 475–472, 461 CONTRACTS 10–16 (2008).

מוציאה מכרזים לגופים פרטיים המבקשים לספק שירותי בריאות באופן שהצעות הקבלנים מפרטות את השירותים שהם יספקו תמורת המימון הממשלתי. כפי שנראה בהמשך, המימון הממשלתי מאפשר למדינה להעמיד דרישות בתחום הספקת השירותים הישירה (איכות השירות, זמן המתנה וכו') וכן בתחומים נוספים (איסור גבייה ממטופלים; שירות אוניברסלי ללא אפליה). המדינה השנייה, לעומתה, פותחת לקבלנים את האפשרות לספק שירותים רפואיים במסגרת תנאי רישיון נקובים. במקרה כזה, למשל, המדינה עשויה להעדיף שוק חופשי לגמרי, שבו יתחרו הקבלנים על כיסם ורצונם של מטופלים, ובתמורה לרישיון – ישלמו למדינה תמלוגים מרווחיהם.

נמצא אפוא שבמקרה הראשון, של מיקור חוץ, העברת הכסף מצביעה על תפיסתה של המדינה את אחרייתה לכך שאזרחיה יקבלו שירות, מוצר או טובין איכותיים. השימוש בקבלנים פרטיים להספקת השירות (חינוך, בריאות, רווחה או למעשה – גם כליאה או אבטחה) נעשית, לפחות לפי המודל האידאלי, לאחר שהנוגעים בדבר הסיקו כי בדרך זו תתקבל התמורה הטובה ביותר לכסף הציבורי (price per value).²⁶ המדינה למעשה מתיימרת לנהל את הספקת הטובין גם אם היא אינה מספקת אותו ישירות. לעומת זאת במתן רישיון או זיכיון המדינה מבקשת להסדיר שוק, או תחום פעילות מסוימת בשוק, באופן שימקסם את הרווחה לאזרחים. יש לציין כי מיקור חוץ יכול להתקיים גם באמצעות שיטת שוכרים (ואוצ'רים), שמאפשרים קיומו של מעין שוק שבמסגרתו יכולים מקבלי השירות לבחור בין קבלני שירות שונים, אולם מבלי שהדבר ישפיע על המחר שהם ישלמו עבור השירות.²⁷ לפיכך עצם קיומה או אי-קיומה של בחירה של לקוחות בקבלן השירות אינה מבחן טוב להבחנה בין מיקור חוץ לבין מתן רישיון או זיכיון, וכיוון הזרימה של הכסף מהמדינה לספקי השירות, אם ישירות ואם דרך השוכרים של זכאי השירות, שכאמור משקף את האחריות של המדינה לשירות, הוא קנה המידה הטוב ביותר להבחנה בין מיקור חוץ להסדרים אחרים.

26 שם, בעמ' 35–37.

27 ההבחנה בין שני דפוסי מיקור החוץ מקבילה להבחנה בין שני סוגי הפרטה בכלל: מונעת צד-ביקוש ומונעת צד-היצע. ראו הזנפלד, לעיל ה"ש 10. לפיכך מתמקד המאמר בשירותים ציבוריים שלא עברו מסחר. השוו ליואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287 (2007). ראו גם דיון אצל MUSGRAVE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15, בהבחנה בין מצב א, שבו המדינה שולטת בכל אמצעי הייצור אבל ההספקה היא באמצעות השוק, לבין מצב ב, שבו כל אמצעי הייצור נמצאים בשוק אבל המדינה קונה את כל המוצרים ומחלקת אותם בחינם לאזרחים. "מיקור חוץ" או הפרטה חלקית משקפים קיום חלקי של מצב ב; מתן רישיון או זיכיון משקפים קיום חלקי של מצב א.

2. מודל הניהול המדינתי

בבסיס ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים עומדת הנחת יסוד בסיסית, שלפיה גם במצב של הפרטה נשמרים גבולות ברורים בין השוק ("פרטי") לבין המדינה ("ציבורי"). אפשר לתאר את ההפרטה החלקית כמצויה על גבי רצף אשר בקצה האחד שלו מצויה ההספקה (והמימון והניהול, כמובן) הישירה של שירותים ציבוריים על ידי המדינה, ובקצה השני מצויה הפרטה מלאה בפיקוח מינימלי של המדינה. על אף הקווים הברורים המבחינים בין שני מצבי הקיצון (ובכלל זה מיקור החוץ, הנמצא בתווך) קיים מרכיב עקרוני המשותף להם: התייחסות הברור בין הספרה הציבורית (אשר בשני המצבים קובעת מדיניות ומפקחת) ובין הספרה הפרטית-עסקית (אשר במצב השני אחראית לביצוע). תיחום זה, בין הפרטי לציבורי, הוא למעשה הבסיס לתפיסה שמנחה את ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים, שאותה נכנה כאן "מודל הניהול המדינתי", ושלפיה המדינה היא הסמכות הבלעדית לקביעת מאפייני השירות, לבחירת הקבלן ולאיתור קבוצות האוכלוסייה הזכאיות לקבל את השירות.²⁸

באופן כללי, היומרה של המדינה "לנהל" באופן בלעדי את השירות הציבורי (גם כשהוא מסופק על ידי קבלן פרטי) מניחה, ראשית, כי קיים דבר-מה ייחודי בגוף הקרוי "מדינה", וכי מדינה זו יכולה לשמור על יחסים מובחנים עם גופים פרטיים כשמסגרת ההתקשרות ביניהם מוסדרת בחוזה. מהו אפוא המיוחד ב"מדינה" לעניין ניהול השירותים הציבוריים? ראשית, המדינה פועלת כ"נאמן הציבור" בבואה להגן על אינטרסים ציבוריים כלליים, בנקיטת פעולות אשר גופים פרטיים בשוק אינם יכולים או אינם מעוניינים לבצע. פעולות אלו כוללות למשל גביית מסים, שיטור, שפיטה וכליאה, ניהול מלחמות וחתימה על אמנות.²⁹ גם אם רכיבים (טכניים בעיקרם) של פעולות אלו מועברים לביצוע לגופים פרטיים, ההחלטה על נקיטתם ועל האופן שבו ינקטו נתונה בידי המדינה. הסיבה המוכרת לתפיסה זו היא שרצונו של הגוף האמורפי הקרוי "מדינה" מוצא לפועל בידי ממשלה נבחרת. כך, לפחות על פי המודל האידיאלי, נשמרת "אחריות" (accountability) פוליטית.³⁰ העברת סמכויות ההכרעה, קביעת המדיניות או תפקידי ליבה לגופים פרטיים מעוררת אפוא קשיים במישור החוקתי והפוליטי, שכן אלו אינם חבים בחובות אמון כלפי הציבור. המסקנה מתיאור תמציתי זה היא שהמדינה חייבת להקפיד ולשמור על מאפייני המובחנים והמובהקים ביחס לקבלנים הפרטיים, ולהקפיד על היררכיה ברורה ביניהם. אלפרד סטפן (Stepan) מציין, ברוח ההולמת את זו של מקס ובר, כי

28 בניש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 290.

29 DAVIES, לעיל ה"ש 25, בעמ' 64–67.

30 להסבר על אודות המונח והשלכותיו למקרים של הפרטה בכלל והפרטה חלקית בפרט ראו בניש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 295 ה"ש 41; דותן ומדינה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 329–334.

The state must be considered as more than the "government". It is the continuous administrative, legal, bureaucratic and coercive systems that attempt not only to structure relationships *between* civil society and public authority in a polity but also to structure many crucial relationships within civil society as well.³¹

מודל הניהול המדינתי מעוגן בתפיסת אחריותה העקרונית והמלאה של המדינה לניהול שירותים ציבוריים, אם מופרטים ואם מסופקים על ידיה ישירות. מתפיסה זו של אחריותיות נגזר שהמדינה אינה אמורה לאבד מסמכות הניהול גם בהעברת הביצוע של שירות לידיים פרטיות, ומצופה ממנה לשמר סמכות ושליטה בלעדיות. תפיסה זו באה לידי ביטוי בדבריו של בית המשפט העליון, ולפיהם: "[...] אין זה מתקבל על הדעת, כי סמכויות סטטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאיננו משרת במערכת שכוננה על-פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת, ואשר מעמדו, חובותיו וזכויותיו מתמצים אך ורק בכך שנמסרו לידי סמכויות ביצוע [...]"³².

שימור סמכות הניהול הבלעדית של המדינה, או האיסור על כבילת שיקול הדעת המינהלי, יש להדגיש, הוא עקרון יסוד במשפט המינהלי הישראלי. במסגרתו מצווה הרשות לשקול כל העת את דרך הפעולה הראויה, ואם יש להפעיל את הסמכות, ואם כן – באיזה אופן.³³ עיקרון זה הנחה גם את ועדת קוברסקי, אשר ניסחה בסוף שנות השמונים את אחד הדוחות המכוננים של מדיניות ההפרטה החלקית של שירותים (במסגרת המלצות לרפורמה רחבה יותר במינהל הציבורי הישראלי) ואשר מסקנותיה אומצו על ידי ממשלת ישראל בשנת 1992.³⁴ בהתאם למסקנות הוועדה נקבע בהחלטת הממשלה כי: "העברת השירות לגורמים שמחוץ לממשלה לא תפגע בסמכויות שלטוניות של

ALFRED STEPAN, THE STATE AND SOCIETY: PERU IN COMPARATIVE PERSPECTIVE xii 31
Theda Skocpol, *Bringing the State Back in: Strategies of Analysis in* מצוטט אצל
Current Research, in BRINGING THE STATE BACK IN 7 (Peter Evans, Dietrich
Rueschemeyer & Theda Skocpol eds., 1985).

32 בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' צילקר, פ"ד לו(2) 537, 541 (1982). וראו גם בדברי השופט דורנר: "[...] אצילת סמכות, בכלל, ואצילתה לגוף פרטי, במיוחד, הינה כדין רק ככל שבידי הרשות המוסמכת המקורית נותרת אפשרות אפקטיבית לפיקוח על הגוף הנאצל. בהאצלה סמכותה לאחר אין הרשות המינהלית רשאית להתפרק לגמרי מסמכות זו ולהותיר את הנאצל לגבש בעצמו את אמות המידה לביצועה" (ראו בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, פס' 15 לפסק דינה של השופטת דורנר (2004)).

33 דפנה ברק האחריות החוזית של רשויות המינהל 71 (התשנ"א). ראו גם דיון בדוקטרינת אצילת סמכויות המינהל אצל דותן ומדינה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 306–312.

34 החלטה 2708 (תמ/61) של הממשלה ה-24 "דו"ח ועדת קוברסקי: קריטריונים להעברת שירותים ותפקידים המבוצעים על ידי הממשלה לגורמים חוץ ממשלתיים או ביטולם" (9.4.1992).

הממשלה, בסמכויותיה לקבוע מדיניות וסדרי עדיפויות לאומיים, בסדרי מינהל תקינים ובאפשרות לפקח על מתן השירות.³⁵

על פני הדברים, לא היה צורך בנוסחים חריפים אלו של בית המשפט העליון, של ועדות מרכזיות ושל החלטות הממשלה. היה אפשר לצפות שלרשות יהיה אינטרס עצמאי (קרי שאינו נקבע על ידי גופים חיצוניים) לפעול לשם הסדרה ופיקוח פעילותו של הקבלן, גם כשקיימות הנחות שונות באשר לתוכנו של אינטרס זה. הנחה אפשרית אחת היא שרשויות המדינה פועלות למען סיפוק מרבי של האינטרס הציבורי ומתקשרות בחוזים עם קבלנים כדי להשיג את התוצאה האיכותית ביותר בדרך היעילה ביותר. אם נקודת מוצא זו תתקבל, יש מקום לאמון לא מבוטל ברצון הרשות המינהלית לפקח באופן הדוק על הביצוע, כדי שהיעד יושג.

הנחה אחרת עשויה לראות במדינה כעומדת במקום שאינו שונה מכל צד לחוזה, ולפיכך מבקשת לוודא שהיא מקבלת את התמורה שהיא משלמת עבורו. "חוזי רשות",³⁶ לפי תפיסה זו, הם קודם כל חוזים בין שני צדדים להספקת טובין, אשר נלווה להם רובד נוסף, שנובע מזהות (אחד) המתקשרים.³⁷ אם כן, ככל גוף רציונאלי, המדינה תשתמש גם בסמכויות הפיקוח והאכיפה שברשותה כדי לקבל את המוצר הטוב ביותר שביכולתה להשיג.

אולם גם אם נניח שתפיסתם של פקידי הציבור ונבחריו צינית יותר, במובן זה שהם פועלים למען טובתם האישית, היה אפשר לצפות שהם יבקשו למקסם את התועלת של המיזם. ברוח גישת הבחירה הציבורית (public choice),³⁸ אפשר לטעון שפקידי ציבור יהיו מעוניינים בראש ובראשונה בחיזוק מעמדם, ונבחריו ציבור יהיו מעוניינים להיבחר מחדש, ודאגתם היחידה תהיה לקצור את פירות ההצלחה של המיזם. גם בכך אפשר להסתפק כתמריץ לפיקוח והסדרה הולמים. זאת, כיוון שהנחה מסתברת של פקידי ממשל ושל נבחריו ציבור תהיה שהציבור בכללותו לא יתעניין בהסדרים החוזיים הפרטניים או בזהות המדויקת של בעלי התפקידים. הצלחה במיזם (שיקום נכי נפש, או בניית גשר) תיחשב להצלחה של הרשות השלטונית הרלוונטית, ואילו כישלון עלול לפגוע קשה במוניטין של כל המעורבים במיזם.³⁹ לפיכך יש מקום לסברה שלרשות השלטונית אינטרס מרכזי בהצלחת המיזם.

35 שם, ס' ב'1.

36 גבריאלה שלו חוזי רשות בישראל (1985); ברק, לעיל ה"ש 33.

37 DAVIES, לעיל ה"ש 25, בעמ' 70–72.

38 ראו למשל JAMES BUCHANAN & GEORGE TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (1962).

39 לדיון עדכני במוניטין כתמריץ לפעולה של רשויות ביורוקרטיות ראו Daniel P. Carpenter & George A. Krause, *Reputation and Public Administration*, 72 PUB. ADMIN. REV. 26 (2012); Moshe Maor, *Organizational Reputation and Jurisdictional Claims: The Case of the U.S. Food and Drug Administration*, 23 GOVERNANCE 133 (2010).

אם כן, קיימים עוגנים משפטיים ברורים ל"מודל הניהול המדינתי" ולחובת שימור שיקול הדעת המינהלי בפרט, כמו גם תמריצים למימושם. אולם נשאלת השאלה באיזו מידה יישומה של חובה זו אפשרי במצב של הפרטה חלקית. לשאלה זו אפשר למצוא מענה בספרות מדע המדינה, ובתוכה בספרות המינהל הציבורי. ההנחה שלפיה הפרטה חלקית של שירותים יכולה להתקיים תוך שימור שיקול הדעת המינהלי נטועה בהבחנה של ספרות זו בין "ניווט" (steering) לבין "חתירה" (rowing), או בין תכנון וקבלת החלטות לבין ביצוע בפועל.⁴⁰ הבחנה זו, על נוסחיה השונים, תואמת הנחות יסוד מקובלות באשר לפונקציות השונות שמגזר ציבורי מדינתי יכול וצריך למלא במסגרת מודל הניהול המדינתי, ובעיקר באשר ליכולת להבחין בין פונקציות אלו, אנליטית ומעשית. עד שנות השבעים תאמו במידה זו או אחרת, לפי התיאור המקובל, המדינות המתועשות את מודל "מדינת הרווחה" (הקיינסיאנית),⁴¹ ואילו בעשורים האחרונים אנו חוזים במעבר לעבר "המדינה החוזית", או "המדינה הרגולטורית", שבהן אוזנות רשויות המדינה בהגה הספינה – מובילות, מתדיינות, קובעות את הדרך, אך מותירות את החתירה בפועל – כלומר את היזמות ואת הספקת השירותים – לחברה האזרחית ולשוק שבתוכה.⁴²

לא זו אף זו: לאור ההבחנה בין ניווט וחתירה מדגישה ספרות המינהל הציבורי ומדע המדינה כי אחת ממטרות הפנייה להפרטת שירותים ציבוריים נוגעת לניסיון להגביר את יכולת הניווט של הרשות דווקא באמצעות השתחררות מפעילויות חתירה, בין השאר באמצעות השתחררות מהכללים המגבילים את השירות הציבורי ומהקשיים שכרוכים בהתמודדות עם דרישותיהם של ועדי עובדים בעלי עוצמה.⁴² ואמנם, גם עדויותיהם של

Nicholas Deakin & Kieron Walsh, *The Enabling State: The Role of Markets and Contracts*, 40 74 PUB. ADMIN. 33 (1996). כפי שהם מציינים, זוהי הפרדה שתואמת הפרדות מסורתיות בתחום המנהל הציבורי, בין תכנון וקבלת החלטות לבין ביצוע בפועל. ראו גם Hillel Schmid, *Rethinking the Policy of Contracting Out Social Services to Non-Governmental Organizations: Lessons and Dilemmas*, 5 PUB. MGMT. REV. 307 (2003).

Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, 17 J. PUB. POL'Y 139, 143–155 (1997); Jacint Jordana & David Levi-Faur, *The Politics of Regulation in the Age of Governance*, in *THE POLITICS OF REGULATION: INSTITUTIONS AND REGULATORY REFORMS FOR THE AGE OF GOVERNANCE* 1, 8–11 (Jacint Jordana & David Levi-Faur eds., 2004).

עמנואל סוואס (Savas) הוא אחד מהמייצגים הבולטים והמשפיעים של גישה זו. ראו לדוגמה Emanuel S. Savas, *Privatization and the New Public Management*, 28 FORDHAM URB. L.J. 1731, 1736 (2000). ראו גם משה מאור "הערכת התוצאות וההשלכות של רפורמות הניהול הציבורי החדש" הניהול הציבורי החדש – ערכת הדרכה בנושא רפורמה במינהל הציבורי 72 (מוטי טליאס עורך, 2002); Graeme Hodge, *Contracting Public Sector Services: A Meta-Analytic*

רבים בתוך המינהל הציבורי מלמדות שהפנייה להפרטה החלקית של שירותים ציבוריים נועדה להגביר את היכולת לממש את שיקול הדעת המינהלי באמצעות השתחררות מהכבלים שצוינו לעיל.⁴³

כיצד תפיסה ניהולית זו אמורה לבוא לידי ביטוי מעשי? כלי הניהול הבסיסיים של שירותים מופרטים במסגרת מודל הניהול המדינתי הם המכרז והחוזה.⁴⁴ ככאלו, משפטים לא מעטים רואים בהם רכיבים מרכזיים במנגנון שעשוי להבטיח הליך הוגן, שקיפות ושותפות של הציבור.⁴⁵ את המכרז והחוזה "עורכים פקידי הרשות הציבורית, אשר מטרתיהם ואינטרסיהם בעריכת חוזי הרשות מזוהים, וצרכים להיות מזוהים, עם האינטרס הציבורי [...]. חוזי רשות מבטאים אינטרס ציבורי, ומיועדים לקדם את טובת הציבור. זוהי ההצדקה לקיומם."⁴⁶ המכרז והחוזה אמורים לאפשר למדינה – וליתר דיוק, כפי שמצינת גבריאלה שלו, לנציגיה – להגדיר את השירות ואת אופן הספקתו באופן שיהיה תואם את מטרות המדינה, אם באמצעות בנייה של מכרז ראשוני מפורט מאוד, או באמצעות בנייה של מכרז גמיש שמאפשר למדינה לקיים משא ומתן עם קבלני שירות פוטנציאליים.⁴⁷

בפועל אמור שימור שיקול הדעת המינהלי של רשויות המדינה האמונות על השירותים המסופקים באמצעות הפרטה חלקית לבוא לידי ביטוי בשני ערוצי פעולה עיקריים: הסדרת השירותים ופיקוח עליהם. משרד מבקר המדינה, שבשנים האחרונות עסק רבות בשירותים ציבוריים (ובפרט בשירותים חברתיים) המסופקים באמצעות מיקור חוץ, הגדיר את שני אפיקי הפעולה כך: "אסדרה – קביעת כללים והנחיות לחברות לפני

; *Perspective of the International Evidence*, 57 AUSTL. J. PUB. ADMIN. 98, 102 (1998)
Deakin & Walsh, לעיל ה"ש 40, בעמ' 45.

43 כך עולה מדבריהם של פקידי ציבור בדיונים שונים בוועדות הכנסת כמו גם בראיונות שונים שערכנו. ראו לדוגמה את דבריו של מר יאיר זילברשטיין (רפרנט רווחה וביטוח לאומי, אגף התקציבים, משרד האוצר) בפרוטוקול ישיבה מס' 70 של הוועדה לפניות הציבור, הכנסת ה-17, 16–17 (5.12.2007); את דבריו של מר משה שיאון (מנכ"ל משרד הרווחה) בפרוטוקול ישיבה מס' 137 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-17, 3–4 (9.1.2007); ריאיון של רונן מנדלקרן עם מר מנחם וגשל, המשנה למנכ"ל משרד הרווחה (18.3.2012), ועם מר אבנר זקן, סגן מנהלת האגף לטיפול באדם המפגר במשרד הרווחה (5.10.2008) (להלן: ריאיון עם אבנר זקן); ריאיון של המחברים עם מר רביב סובל, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר (23.6.2008); מירב ארלוזורוב "מפריטים את המפגרים – ובהצלחה רבה" הארץ חדשות Online 12.9.2006 www.haaretz.co.il/misc/1.1136139. ראו גם דיון במקרי המבחן אצל מנדלקרן ושרמן, לעיל ה"ש 12.

44 בניש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 289.

45 ראו למשל Diller, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1198.

46 גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 31 (1999) (ההדגשה הוספה – אפ"פ ור"מ).

47 Carsten Greve, *Exploring Contracts as Reinvented Institutions in the Danish Public Sector*, 47 PUB. ADMIN. 153 (2000).

הפעלת התכנית ועדכונם השוטף במהלך תקופת הניסוי לאור הניסיון שהצטבר בה; [...] פיקוח ובקרה – אכיפת החוק, הוראות החוזים וההנחיות והנהלים [...]”⁴⁸. בלשון פשוטה: אפיק ההסדרה עוסק בהגדרתם ובעדכונם של הכללים שבמסגרתם מתנהל השירות המופרט; אפיק הפיקוח עוסק בבקרה על קיומם הנאות של כללים אלו. למעשה, הפיקוח וההסדרה משרתים זה את זה שכן מחד גיסא הפיקוח נעשה לאור ההסדרה ומאידך גיסא אפיק ההסדרה מוכרח להישען על המידע הנצבר באפיק הפיקוח והבקרה. ההסדרה והפיקוח מהווים יחד מה שכינו הוד ואחרים “רגולציה בתוך המדינה”, היינו אסדרה (רגולציה) של גופי מדינה מסוימים בפעולתם של גופי מדינה אחרים או גופים חוץ-מדינתיים שפועלים מטעם המדינה.⁴⁹

ב. כשלים במימוש מודל הניהול המדינתי

1. כשלי ההסדרה והפיקוח

אף על פי ששימור שיקול הדעת המינהלי הוא עקרון יסוד משפטי ומעשי בבסיס הפנייה להספקת שירותים באמצעות הפרטה חלקית, נראה מהתיאור שיובא להלן כי ההפרטה החלקית של שירותים כרוכה בפגיעה מתמדת בעיקרון זה. מהמקרה הישראלי, שבו אנו מתמקדים כאן, עולה כי באופן מעשי ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים רצופה כשלים חוזרים ונשנים הן באפיק ההסדרה והן באפיק הבקרה והפיקוח. ראוי להדגיש כי אין בכוונתנו לטעון שמדובר בכישלון מוחלט, או שפיקוח והסדרה אפקטיביים אינם מתקיימים כלל. אולם כפי שעולה מהדוגמאות שיובאו להלן, גם אין מדובר במקרים ספוראדיים או זניחים, ויתר על כן מדובר בתופעה מבנית אשר יוצרת פער בין היומרה לשמירת הפיקוח וההסדרה של השירות לבין המציאות בשטח. למעשה, גם הרשויות המפקחות עצמן מודעות לבעיות היסודיות בפיקוח ובהסדרה.⁵⁰

הדיון להלן נשען על דוחות שנתיים ומיוחדים של מבקר המדינה שהוחל בפרסומם משנת 2005 בתחומי הרווחה, השיכון, הבריאות והתעסוקה, כלומר במגוון שירותים חברתיים. כמו כן נעזרנו בדוחות של גופים שונים שעסקו בסוגיות של פיקוח והסדרה של שירותים חברתיים מופרטים. הכשלים שיפורטו להלן נכונים לתקופה שבה התפרסמו

48 מבקר המדינה היבטים אחדים של תכנית מהל"ב (“תכנית ויסקונסין”) 42 (2007) (להלן: מבקר המדינה היבטים אחדים). ראו גם מבקר המדינה (2005), לעיל ה"ש 8, בעמ' 726.

49 CHRISTOPHER HOOD ET AL., REGULATION INSIDE GOVERNMENT: WASTE-WATCHERS, QUALITY POLICE, AND SLEAZE-BUSTERS 8–9 (1999). ראו גם להט וטלית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 17.

50 כפי שאפשר ללמוד מעבודתם של להט וטלית, שם.

הדוחות.⁵¹ הדיון יתחלק לכשלים בתחום הפיקוח ולכשלים בתחום ההסדרה, שכפי שציינו לעיל, הם שני אפיקי הפעולה העיקריים שבאמצעותם מיושם בפועל, או אמור להיות מיושם, שיקול הדעת המינהלי.

הכשל הראשון בצד הפיקוח נוגע לאי-הקפדה על נהלים בסיסיים באשר למסגרת הפורמלית שבה אמורים להתנהל השירותים. נמצא כי הן במשרד הרווחה והן במשרד הבריאות לא היה פיקוח חשבונאי ותקציבי בהיקף המתחייב לפי החלטות הממשלה (במקרה של משרד הרווחה ההיקף בפועל היה כ-10% ביחס להיקף המתחייב בהחלטות הממשלה);⁵² כי לרבים מהמעונות לזקנים הפועלים מטעם משרד השיכון ומשרד הרווחה ולרבים ממוסדות הפנימייה לאנשים הסובלים ממוגבלויות בתחומים שונים הפועלים מטעם משרד הרווחה לא היה רישיון עסק;⁵³ כי בחלק מהמסגרות שפועלות מטעם משרד הרווחה נגבו תשלומי הורים בניגוד להוראות.⁵⁴

הכשל השני בצד הפיקוח הוא השקעת חסר של משאבים תקציביים ואחרים בפעולות הפיקוח והבקרה שנוגעות ישירות לשירותים גופא, שבעקבותיה אין זרימה תקינה של מידע על אודות השירותים לרשויות המדינה. הדבר בא לידי ביטוי בראש ובראשונה בהיקף מצומצם של מפקחים ובעקבות זאת באי-עמידה בתקנות ובנהלים באשר לתדירות הביצוע של ביקורות ומהלכי פיקוח אחרים. כשל זה התגלה בפיקוח על מגוון תחומי פעילות של משרד הרווחה, ובכללם שירותי דיור ותעסוקה לאנשים עם פיגור, לאנשים הלוקים באוטיזם, לנפגעי נפש ולנוער בסיכון.⁵⁵ כך לדוגמה מציין מבקר המדינה באשר לפיקוח משרד הרווחה על הוסטלים ללוקים באוטיזם: "[...] בשנת 2010 לא קיימו המפקחות המחוזיות של השירות כל בקרה בארבעה (17%) מתוך 24 המעונות שבאחריות השירות. ב-16 (67%) מעונות אחרים מתוך ה-24 נעשתה רק בקרה אחת

51 אם כי מדוחות המעקב של מבקר המדינה באשר לדוח משנת 2005 (מבקר המדינה דו"ח שנתי 57ב – לשנת 2006 ולחשבונות שנת הכספים 2005 (2007) (להלן: מבקר המדינה (2007)) ודו"ח שנתי 59ב – לשנת 2008 ולחשבונות שנת הכספים 2007 (2009) (להלן: מבקר המדינה (2009))) עולה כי מעט, אם בכלל, מממצאי הביקורת המקורית תוקנו.

52 מבקר המדינה (2005), לעיל ה"ש 8, בעמ' 722–723, 731–734; מבקר המדינה (2007), לעיל ה"ש 51, בעמ' 646.

53 מבקר המדינה (2005), לעיל ה"ש 8, בעמ' 739–742; מבקר המדינה (2007), לעיל ה"ש 51, בעמ' 647; מבקר המדינה דו"ח ביקורת שנתי 62 לשנת 2011 ולחשבונות שנת הכספים 2010, 925, 931–932 (2012) (להלן: מבקר המדינה (2012)).

54 מבקר המדינה (2005), לעיל ה"ש 8, בעמ' 743–744; מבקר המדינה (2007), לעיל ה"ש 51, בעמ' 649; מבקר המדינה (2012), לעיל ה"ש 53, בעמ' 932–933.

55 מבקר המדינה (2005), לעיל ה"ש 8, בעמ' 755–757; מבקר המדינה (2007), לעיל ה"ש 51, בעמ' 646; מבקר המדינה (2009), לעיל ה"ש 51, בעמ' 931–934; מבקר המדינה (2012), לעיל ה"ש 53, בעמ' 926. ראו גם להט וטלית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 37, ובאשר לתחום המועדוניות לילדים ונוער בסיכון בעמ' 44–45.

במהלך אותה שנה.⁵⁶ גם בנוגע לפיקוח של משרד התמ"ת על אודות "תכנית ויסקונסין" בזמן שתכנית זו פעלה נמצא כי היקף הפיקוח מצומצם מאוד, וכי בסופו של דבר "המשאבים שהוקצו לבקרה לא היו הולמים".⁵⁷

השקעת חסר במשאבי בקרה ופיקוח באה לידי ביטוי גם במוגבלותן ואף העדרן במקרים מסוימים של מערכות מידע ממוחשבות שמאפשרות ריכוז של המידע מספקי השירות השונים. בתכנית ויסקונסין התעוררו, בייחוד בשלבי ההפעלה הראשונים של התכנית, בעיות ניכרות בזרימת המידע ממרכזי התעסוקה הפרטיים לגופי הפיקוח הממשלתיים.⁵⁸ בתחום הדיוור הקהילתי לאנשים עם פיגור לא הייתה כלל מערכת מידע מרכזית.⁵⁹

הכשל השלישי בצד הפיקוח נוגע להיעדר מדיניות פיקוח מערכתית. כך לדוגמה מציין מבקר המדינה בדבר פיקוח על מעונות לאנשים עם פיגור: "נמצאו ליקויים מהותיים בכל הנוגע לנושא הפיקוח: כל מפקח עובד לפי תכנית עבודה משלו וקובע בעצמו את סדר העדיפויות של הנושאים הנבדקים; תחומים מסוימים הנוגעים לטיפול בחוסים אינם נכללים בתכנית הפיקוח [...] הפיקוח נעשה על פי אמות מידה סובייקטיביות [...] ; [למפקח] קושי לעקוב אחר התנהלות המעון ולהעריך את השינויים שנעשו באופן הטיפול".⁶⁰ גם בתחום ההוסטלים ללוקים באוטיזם נמצא שאין נוהלי עבודה מערכתיים של פיקוח: "בהיעדר נהלים לא נקבעו, בין היתר, נושאי הבקרה שיש להתמקד בהם, אופן הבקרה ותדירותה".⁶¹ בהמשך לכך, להט וטלית מדווחות באשר להפרטה החלקית של דיוור בקהילה לאנשים עם פיגור שכלי ומועדוניות לילדים ונוער בסיכון במשרד הרווחה כי העמימות בהגדרת תפקידי המפקח יצרה מצב שבו מפקחים שונים פועלים בשטח באופנים שונים.⁶²

הכשלים בצד ההסדרה נוגעים להליכי קביעת נהלים ולהקפדה על יישומם. אשר לתכנית ויסקונסין קבע מבקר המדינה כי "מינהלת מהל"ב לא קבעה נוהלי עבודה בסיסיים מבעוד מועד. במהלך התכנית היא אמנם פעלה לשיפורה בקביעת הנחיות ובהכנסת תיקונים, אך אלה נעשו באיחור, בייחוד בכל הנוגע לשמירה על זכויותיהם של

56 מבקר המדינה (2012), לעיל ה"ש 53, בעמ' 926.

57 מבקר המדינה היבטים אחדים, לעיל ה"ש 48, בעמ' 43. בפרט המבקר מצא פיקוח ובקרה לא מספקים בתחום "השירות בקהילה" (בעמ' 33) ועל הליך הרישום שמוביל לשלילת גמלה (בעמ' 42); יש לציין שבמקרה של המעונות לאנשים עם פיגור הוגדל מערך הפיקוח לאחרונה.

58 הוועדה הציבורית-מדעית לעניין תכנית השילוב של מקבלי גמלאות קיום במעגל העבודה המלצות להמשך הפעלת תכנית השילוב של מקבלי גמלאות קיום במעגל העבודה בישראל 159 (2007) (להלן: הוועדה הציבורית-מדעית).

59 להט וטלית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 39–40.

60 מבקר המדינה (2009), לעיל ה"ש 51, בעמ' 942–943.

61 מבקר המדינה (2012), לעיל ה"ש 53, בעמ' 926.

62 להט וטלית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 26, 35–36, 41, 44.

המשתתפים. גם משקבעה המינהלה נהלים, לאחר שהפיקה לקחים מהבקרה שקיימה, לא היו בידיה האמצעים לאכוף על החברות את יישומן.⁶³ בניגוד למקרה של תכנית ויסקונסין, שבעת כתיבת הדברים הללו הייתה תכנית חדשה בשלבי ניסוי, מיקור חוץ בשירותי הרווחה מתבצע זה שנים ארוכות. למרות זאת מצא מבקר המדינה כי בחוץ מיקור החוץ במשרד הרווחה לא הוגדרו אמות מידה של בקרת איכות כמו גם תמריצים וסנקציות.⁶⁴ גם להט וטלית מצינות שבשירותי הרווחה שאותם הן חקרו לא הייתה למפקחים סמכות מעשית להטיל סנקציות.⁶⁵

מקרה בולט במיוחד של כשל באסדרה נוגע לאי־יישומה של "שיטת הרף", שיטת פיקוח ובקרה מקיפה על מסגרות דיור חוץ־ביתי הפועלות בפיקוח משרד הרווחה. לפחות במקרה של המעונות לחוסים הפועלים במסגרת האגף לטיפול באדם המפגר אי־יישומה של שיטת הרף נבע מהתנגדות של מפעילי המעונות הפרטיים (העסקיים) המאורגנים במסגרת ועד.⁶⁶ זהו גם כמובן כשל פיקוח יסודי, שנוגע לבעיות שצוינו לעיל בדבר היעדר ריכוז מידע ופעילות בקרה מערכתית. אולם מדובר גם בכשל הסדרתי במובן זה שהמדינה התקשתה להביא את קבלני השירות לפעול על פי נהלים שקבעה. אף שבמוקד הדיון נמצא המקרה הישראלי על מאפייניו הייחודיים, ראוי לציין כי עדויות בדבר כרסום בשיקול הדעת המינהלי מגיעות גם ממערכות ממשליות אחרות, ובראשן מהמדינות שהובילו את ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים: ארצות הברית ובריטניה. כך לדוגמה קובע דונלד קתל באחת העבודות הבולטות בהקשר זה:⁶⁷

In its eager pursuit of the competition prescription, government has—for a remarkable variety of reasons—too often surrendered its basic policymaking power to contractors.⁶⁸

63 מבקר המדינה היבטים אחדים, לעיל ה"ש 48, בעמ' 14. ראו גם הוועדה הציבורית-מדעית, לעיל ה"ש 58, בעמ' 137.

64 מבקר המדינה (2005), לעיל ה"ש 8, בעמ' 747–748; מבקר המדינה (2007), לעיל ה"ש 51, בעמ' 644.

65 להט וטלית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 40.

66 מנדלקרן ושרמן, לעיל ה"ש 12.

67 מצוטט אצל DONALD F. KETTL, SHARING POWER: PUBLIC GOVERNANCE AND PRIVATE MARKETS 13 (1993). ראו גם R.A.W. Rhodes, *The New Governance: Governing Without Government*, 44 POLITICAL STUDIES (1996).

68 Kettl הסתמך בין השאר על דוח ה-GAO General Accounting Office האמריקאי, שלפיו "When contracting out, agencies should not relinquish government control to contractors, KETTL, as appears to have happened in some instances", לעיל ה"ש 67, שם.

בדומה לכך מציינים דיקין וולש כי:⁶⁹

Instead of a hierarchical relationship between the federal government and its agents, what exists in practice is a far more complex bargaining relationship in which the federal government has the weaker hand.

ובחזרה לעדויות מהמקרה הישראלי: כשלי הפיקוח וההסדרה שתוארו לעיל מלמדים על פער מובנה בין עקרון שימור שיקול הדעת המדינתי במסגרת שירותים מופרטים למימוש בפועל של עקרון זה. נציין כאן כי הבעיות שתוארו לעיל אינן משקפות תופעות חמורות יותר של ניגוד עניינים מובהק, שגם להן יש תיעוד,⁷⁰ או תופעות של שחיתות.⁷¹ בשאר חלקי המאמר נדון בהרחבה בקשר האפשרי שבין כשלים אלו להקשר המוסדי שבתוכו נטועות ההתקשרויות החוזיות בין ספקי שירותים ציבוריים לרשויות המדינה ובפרט בנורמות המשפטיות הנוהגות ובמבנה שוק ההספקה של השירותים. אולם קודם לכן נדון להלן בכמה גישות ביקורתיות מרכזיות בעניין הפרטת שירותים ובאי-יכולתן לתת מענה או הסבר לדפוסי הכשלים שצוינו לעיל.

2. מוגבלותו של הדיון האקדמי הקיים בנושא כשלי ההסדרה והפיקוח

הספרות האקדמית לא נותרה אדישה לבעיות ולכשלים הטמונים בהפרטה החלקית של שירותים ציבוריים. אולם זרמיו השונים של הדיון האקדמי הענף העוסק בסוגיה, במישורין ובעקיפין, אינם מציעים הסבר או מענה לכשלים שתוארו לעיל. נסקור להלן שניים עיקריים – בעיית הסוכן וסוגיית השבי הרגולטורי – ובתת-הפרק הבא נייחד את הדיון למענה שלישי, החביב על משפטנים רבים – ההצברה. ההתייחסות המקיפה ביותר לכשלי ההפרטה החלקית ולפתרונות שאפשר להציע להם מגיעה מהספרות הכלכלית שדנה ב"בעיית הסוכן" (או "הנציג") (principal-agent)

69 Deakin & Walsh, לעיל ה"ש 40, בעמ' 42, מצטטים את Lester M. Salamon, *Rethinking Public Management: Third-Party Government and the Changing Forms of Government Action*, 29 PUBLIC POL'Y 255, 260 (1981) (ההדגשה הוספה – אפ"פ ור"מ).

70 מבקר המדינה (דו"ח שנתי 61 לשנת 2010 ולחשבונות שנת הכספים 2009, 1012–1010 (2011) (להלן: מבקר המדינה (2011))) מתאר חשש לניגוד עניינים בהליך הבקרה אחר יישום תכנית היל"ה במשרד החינוך, כאשר אחת החברות הקבלניות שנשכרו כקבלן משנה (של הקבלן הראשי, החברה למתנ"סים) השתתפה גם בהליך הבקרה של התכנית (מטעם משרד החינוך). מבקר המדינה (מבקר המדינה (2005), לעיל ה"ש 8, בעמ' 750–751) מדווח על מפקחת שפיקחה על מוסד שהפעיל עמותה מסוימת בזמן שבעלה מילא תפקיד בכיר באותה עמותה.

71 ראו לדוגמה Elisabetta Iossa & David Martimort, *Post-Tender Corruption and Risk Allocation: Implications for Public-Private Partnerships* (CEIS Tor Vergata Working Paper No. 195, 2011), available at <http://ssrn.com/abstract=1846507>.

(problem). הדיון התאורטי בבעיית הסוכן מניח כי האינטרסים של שני הצדדים להתקשרות החוזית – הסוכן (קבלן השירות) והמנהל (הרשות המדינתית) – אינם זהים ואף עשויים להיות מנוגדים. הסוכן, ששואף לקבל את שכרו תוך צמצום מאמציו לכדי מינימום, ושפועל במצב שבו קיים לטובתו פער מידע בגלל מגבלת משאבי הפיקוח של המנהל, עלול לפעול שלא על פי תנאי החוזה ("סיכון מוסרי" או בלועזית moral hazard).⁷² לפיכך דנה הספרות הענפה בתחום בהשלכותיהן של מערכות תמריצים שונות במסגרת חוזי ההתקשרות להספקת שירותים על התנהגות קבלני השירות ובאופן שבו אפשר ליצור מערכת תמריצים שתביא את קבלן השירות (הסוכן) לפעול לטובת האינטרס הציבורי, דהיינו למען מטרות המדינה (המנהל).⁷³

מידת האפקטיביות שבה יוכלו מכרו וחווה הולמים לפתור את בעיית הסוכן תלויים במידה רבה בקיומה של תחרות. תחרות במובנה הפשוט אמורה להתקיים כמובן בשלב המכרז (tendering). עם זאת ההנחה היא שהאפקטיביות של חוזה מיקור חוץ של שירותים תותנה בקיומו של איום תחרותי (ex post competition), כלומר בהימצאותם של ספקי שירות חלופיים, שאליהם תוכל המדינה לפנות אם הספקים הקיימים אינם מבצעים את השירות באופן שהולם את רצונה.⁷⁴ לפי התאוריה הכלכלית אפשר ליהנות מפירות התחרות גם אם אין תחרות (competition) של ממש בין ספקי השירות אם מתקיימת תחרותיות (contestability). ב"תחרותיות" הכוונה למסגרת שוקית שבמסגרתה הקבלן אמנם נהנה ממעמד מונופוליסטי בתחומו, אך הממשלה יכולה להחליף אותו בקבלן אחר לפי רצונה.⁷⁵

72 Salamon, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1631–1630; DONAHUE & ZECKHAUSER, לעיל ה"ש 17, בעמ' 31; Freeman, *The Private Role*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 606.

73 ELLIOTT D. SCLAR, YOU DON'T ALWAYS GET WHAT YOU PAY FOR: THE ECONOMICS OF PRIVATIZATION (2000); Trevor L. Brown, Matthew Potoski & David M. Van Slyke, *Managing Public Service Contracts: Aligning Values, Institutions, and Markets*, 66 PUB. ADMIN. REV. 323, 325 (2006); Oliver Hart, Andrei Shleifer & Robert W. Vishny, *The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons*, 112 Q.J. ECON. 1126 (1997); Oliver E. Williamson, *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*, 87 AM. J. SOC. 548, 552–554 (1981).

74 Fredrik Andersson & Henrik Jordahl, *Outsourcing Public Services: Ownership, Competition, Quality and Contracting* (Research Inst. Industrial Econ. Working paper No. 874, 2011), Williamson, לעיל ה"ש 73.

75 WILLIAM J. BAUMOL, JOHN. C. PANZAR & ROBERT. D. WILLIG, CONTESTABLE MARKETS AND THE THEORY OF INDUSTRY STRUCTURE 5, 413–414 (1988); עומר דקל מחקר השוואתי בנושא התקשרות המדינה במכרז לצורך רכישת שירותי סעד (לא פורסם, הוגש למשרד העבודה והרווחה, 2000) היא דוגמה לניתוח הסוגיות הללו בהקשר של מיקור חוץ של שירותים חברתיים בישראל.

אין ספק כי חלק מהעדויות האמפיריות באשר לכשלי ההפרטה החלקית תואמות היטב את הכשלים שבהם דנה ספרות בעיית הסוכן,⁷⁶ אולם למרות זאת אין בידיה של ספרות זו כדי להאיר את כשלי הפיקוח וההסדרה שהוצגו לעיל. הכשלים השונים בערוץ הפיקוח אינם משקפים קיומו של פער מידע לטובת קבלני השירות שאותו הם מנצלים לטובתם, אלא פעולה לוקה בחסר מצד המדינה. גם רבים מהכשלים שצוינו בערוץ ההסדרה נובעים ממחדל של רשויות המדינה. חלק מכשלי ההסדרה אמנם קשורים בקיומה של תחרותיות מוגבלת, אולם כפי שיידון בהרחבה בפרק ד, גם במצב של תחרות או תחרותיות כלכלית עשויים להיווצר יחסי תלות בין קבלני השירות למדינה שעשויים להחליש את השפעותיה של תחרות כזו.

זרמים ביקורתיים יותר חולקים על הנחת העבודה הבסיסית של מודל הניהול המדינתי בדבר קיומה של הבחנה נקייה ואנליטית בין ה"מדינה" לבין ה"שוק". הן גישת "הרגולטור השבוי" (המזוהה לרוב עם הצד הימני של המפה החברתית-כלכלית) והן גישות ביקורתיות למשפט (המזוהות לרוב עם הצד השמאלי של אותה מפה) מפקפקים ביכולתם של גורמי ממשל למקסם את האינטרס הציבורי.⁷⁷

מצד הניתוח הכלכלי גורסת גישת "הרגולטור השבוי" (regulatory capture; ידועה גם כ"תאוריה הכלכלית של הרגולציה") כי רשויות המדינה, שאמורות לכאורה לדאוג לאינטרס הציבורי ולמנוע משחקנים הפועלים בשוק לנצל לרעה את עוצמתם הכלכלית על חשבון הציבור, פועלות למעשה דווקא לקידום האינטרסים של אלו שהן היו אמורות לרסן ולהגביל.⁷⁸ לפי גישה זו, האסדרה שהמדינה מחילה בפועל על השוק נובעת מהמפגש בין הביקוש של קבוצות אינטרס כלכליות לאסדרה שתפעל לטובתן לבין ההיצע של אסדרה שיכולה מערכת החקיקה לספק. המשמעות הרדיקלית של טענה זו היא שהאסדרה המדינתית היא לא חיצונית לדינמיקה הכלכלית של השוק אלא היא למעשה תוצר של הדינמיקה של השוק.

למשפטים תפיסה זו אמורה להיות מוכרת, שכן היא נוסחה לפני כמעט מאה שנה על ידי אסכולת ה"אליזם" המשפטי, אשר החוסים בצלה הדגישו בדיוק את היעדר היכולת לתחום באופן ברור או ניטרלי את הקו בין התחום הפרטי לציבורי.⁷⁹ הריאליסטים

76 במקרה של תכנית ויסקונסין עלתה בדוח מבקר המדינה דוגמה לבעיית "הסיכון המוסרי": בדוחות הפעילות של מרכזי התעסוקה "נופחו" היקפי שעות הפעילות של משתתפי התכנית כדי שיתאימו להיקפים הנדרשים לפי החוזה (מבקר המדינה היבטים אחדים, לעיל ה"ש 48, בעמ' 35–37).

77 Freeman & Minow, לעיל ה"ש 15, בעמ' 564–571.

78 George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 THE BELL J. OF ECON. & MGMT. SCIENCE 3 (1971). ראו גם Jean-Jacques Laffont & Jean Tirole, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, 106 Q. J. ECON. 1089 (1991).

79 לניסוח ממוקד של גישה זו ראו למשל את תקצירי המאמרים האלה בקובץ AMERICAN LEGAL REALISM: Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in AMERICAN LEGAL REALISM 101 (William W. Fisher III, Morton J. Horwitz &

ביססו את גישתם על תפיסה תאורטית רחבה יותר, שכללה את היעדר האפשרות להבחין בין כוח ציבורי לכוח פרטי כל עוד זכויות קניין וזכויות חוזיות נוצרות על ידי המדינה ונאכפות על ידה.⁸⁰ התובנות הנכוחות של הגישה הריאליסטית השפיעו גם על חוקרים מהזרם המרכזי. פיטר קיין (Cane) למשל מציין שה"ציבורי" וה"פרטי" "Have become inextricably inter-woven in a process better analogized to the scrambling of an egg than to the weaving of a two-stranded rope"⁸¹.

הגישה הביקורתית למשפט, מצידה, לא הסתפקה רק בתובנה זו אלא המשיכה בפיתוח ההשלכות של חיבור ה"ציבורי" עם ה"פרטי", או אם תרצו – בין "שלטון" ל"הון". הגישה רואה במשפט כלי המקנה לגיטימציה לגופים פוליטיים ולא מוסד המאתגר או המרסן אותם. ככזה, המשפט (ובכלל זה – המכניזם של אסדרה, מכרז וחווה) עוטה על יחסי הכוח הקיימים בחברה כסות של ניטרליות והגנה על זכויות של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות בשעה שאין לו כל נכונות או רצון לפעול כך.⁸²

כפיפות ה"שלטון" ל"הון" מקבלת ביטוי קונקרטי בהקשר של ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים במושג "מהפך העוצמה" של ספרות המינהל הציבורי. מהפך העוצמה משקף מצב שבו אף שרשמית המדינה ממשיכה לקבוע את מדיניות הספקת השירות, למעשה המדיניות נקבעת על ידי הקבלנים הפרטיים שמחזיקים בידע. זאת משום שהפרטת השירותים מביאה לצמצום היכולת המקצועית של הממשלה ולצמצום הזיכרון הארגוני שלה.⁸³ במצב זה הקבלנים ולא המדינה הם שקובעים למעשה את המרכיבים והסטנדרטים של השירות המסופק, וממילא יכולתה של המדינה לנהל את השירות

80 Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*; Thomas A. Reed eds., 1993) בתוך

AMERICAN LEGAL REALISM, שם, בעמ' 109; Louis L. Jaffe, *Law Making by Private*

Groups, בתוך AMERICAN LEGAL REALISM, שם, בעמ' 115.

81 Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367, 1446 (2003)

82 Peter Cane, *Accountability and the Public/Private Distinction*, in PUBLIC LAW IN A

MULTI-LAYERED CONSTITUTION 247, 248 (Nicholas Bamforth & Peter Leyland eds.,

2003).

83 MORTON J. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780–1860*, 30 (1977);

ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT* 5–8 (1986)

ראו דיון אצל יוסי כורזים-קורושי, שלווה ליבוביץ והלל שמיר "ההפרטה החלקית של שירותי אומנה

– סוגיות ולקחים בתום ארבע שנות הפעלה" ביטחון סוציאלי 70, 56, 72 (2005), וגם אצל Schmid,

לעיל ה"ש 40, למשל בעמ' 315; Damian Grimshaw, Steve Vincent & Hugh Willmott, *Going*

Privately: Partnership and Outsourcing in UK Public Service, 80 PUB. ADMIN. 475, 495

(2002).

מצטמצמת דרמטית.⁸⁴ המשמעות של מצב זה היא שהמדינה הופכת להיות כלי בידוי הקבלנים ולא להפך. במונחי גישת הסוכן, המנהל הופך להיות למעשה כפוף לסוכן.⁸⁵ אם כן, לפי הגיון הביקורות הרדיקליות מימין ומשמאל, גם בהקשר של שירותים ציבוריים מופרטים צפויה האסדרה המדינתית לפעול לטובת הקבלנים המפוקחים. אך דומה כי גם ביקורת זו אינה יכולה להאיר את הכשלים שעליהם הצבענו. ראשית, משום שכשלים אלו אינם משקפים בהכרח פעולה לטובת הקבלנים. שנית, וחשוב יותר, משום שבניגוד למצבים המתוארים בתאוריות הרגולטור השבוי מזה ובגישות המשפט הביקורתיות מזה, הכשלים שתוארו לעיל משקפים פגיעה של רשויות המדינה באינטרס שהוא שלהן במובהק (על פי התמריצים החיוביים למימוש מודל הניהול המדינתי, שצוינו לעיל) ולא רק באינטרס ציבורי כללי.

3. הצברה כפתרון לא מספק

לצדה של הספרות הכלכלית העוסקת בהשלכותיה של "בעיית הסוכן" ובפתרונותיה האפשריים התפתחה הספרות המשפטית של ה"הצברה" (publicization). מוקד ספרות ההצברה הוא השלכות ההפרטה על פרטים ועל זכויותיהם – הן בהקשר של פגיעתה האפשרית של ההפרטה בערכי המינהל הציבורי, כמו שוויון והליך הוגן, והן בהקשר של ההשלכות של הפרטת שירותים שכוללת העברת סמכויות שלטוניות שהקבלן יוכל להפעיל כלפי אזרחים אף על פי שהוא אינו פועל כנאמן הציבור.⁸⁶ נקודת מוצא זו מובילה חוקרים לא מעטים של המשפט הציבורי לראות בהפרטה ובמיקור החוץ סכנה רבה, בשל החשש שהוצאת פונקציות מרכזיות מידי המדינה תביא לנתק בין האזרחים

84 לתופעה דומה, אם כי בסיטואציה של הסדרת שוק ולא של מיקור חוץ, ראו Shauhin A. Talesh, *The Privatization of Public Legal Rights: How Manufacturers Construct the Meaning of Consumer Law*, 43 L. & SOC'Y REV. 527 (2009).

85 בהקשר דומה מציין Schmid, לעיל ה"ש 40, בעמ' 315, כי המדינה והקבלנים למעשה תלויים הדדית זה בזה. הקבלנים אמנם תלויים במדינה, שמספקת להם מימון, אולם מנגד תלויה המדינה בתשתית הנחוצה להספקת השירות – תשתית פנים-ארגונית ובין-ארגונית, תשתית ידע – שאותה מחזיקים בידיהם הקבלנים. אחת ההשלכות של מצב זה, מציין שמיד, היא העברת היוזמה באשר לעדכון ולהתאמה של השירות, בשל טכנולוגיות חדשות או צרכים משתנים, לקבלנים.

86 אנשי המשפט הציבורי מודאגים מפגיעה בזכויות פרוצדורליות ובכללי הצדק הטבעי, ובכלל זה שקיפות, קבלת החלטות רציונלית, הוגנות וכו'. פרספקטיבה זו בוחנת לא אם הפרטה היא אפקטיבית מבחינת עלות-תועלת אלא אם היא פוגעת ביסודות חוקתיים ובנורמות של המשפט הציבורי. הרעיון שמניע ביקורת זו – הממשלה היא נאמן הציבור ופועלת למען האינטרס הציבורי. ראו Daphne Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 SYRACUSE L. REV. 1169, 1189–1192 (1994); בניש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 309–301, DONAHUE & ZECKHAUSER, לעיל ה"ש 17, בעמ' 15; פלג, לעיל ה"ש 14.

לבין מבצעי השירות. סכנה זו, אשר כונתה "גירעון דמוקרטי" (the democracy deficit),⁸⁷ נובעת מהענקת כוח ציבורי לגוף פרטי, בלא הכפפתו ל"אחריות" (accountability).⁸⁸ כיוון שבתי המשפט נרתעים מהקביעה שעצם ההחלטה להפריט אינה חוקית (ופסק דינו של בית המשפט העליון, אשר ביטל את הקמתו של בית סוהר פרטי,⁸⁹ הוא בבחינת היוצא מן הכלל שמעיד על הכלל), בוחרים אלו החוששים מהשלכות ההפרטה באפשרויות שהן "מסדר שני" (second best). להלכה ולמעשה מבקשים הם לעקוף את ההתמודדות עם עצם ההחלטה להפריט או לבצע מיקור חוץ. במקום התמודדות זו מציעים אלו החוששים מהשלכות ההפרטה שק טובין אשר בכוחו למלא, או לכסות, את הגירעון הדמוקרטי: המשפט הציבורי. לפי תפיסה זו, אשר כונתה "הצברה", העברת תפקידים ציבוריים לגופים פרטיים אינה יכולה להיעשות בלא שיעברו עמם גם עיקרי המשפט המנהלי, ובכך יכפיפו את הגופים הפרטיים לעקרונות של הליך הוגן, שוויון, זכויות יסוד, שקיפות ועוד. המימון הציבורי של התכניות אמור לאפשר, לדעתם, את כבילת פעילותו של הקבלן הפרטי לערכים ציבוריים נורמטיביים נוספים, מקידום קבוצות אוכלוסייה מוחלשות, דרך הגנה על הסביבה, תנאי העסקה הוגנים ועוד. זהו מימון שעשוי להיות מותנה (with strings attached) בקידום אינטרסים חברתיים מסוימים. המסקנה המתבקשת עשויה להיות בעלת חשיבות רבה: באופן הנוגד את הרוח הביקורתית השגורה בדבר מהלכי ההפרטה – הפרטה חלקית יש בה כדי להביא להרחבת עוצמתה של המדינה ולא לנסיגתה.⁹⁰ כך כותבת מינאו:

It should not be controversial to insist that public values follow public dollars. When the government funds programs, the government should be able to set terms and conditions.⁹¹

ברמה המוסדית אפשר לראות בבית המשפט מוקד מוסדי אשר בכוחו ובאחריותו לדאוג להצברה של קבלנים פרטיים בפועלם מטעם גופי ממשל בביצוע תפקידים ציבוריים. ככזה, בית המשפט הוא, להלכה ולמעשה, חלק מהמארג הרגולטורי. ואכן, לא מפתיע

Alfred C. Aman, Jr., *Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law*, 49 UCLA L. REV. 1687, 1692 (2001) 87

ראו לעיל ה"ש 30. 88

בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים (ע"ר) 58-026630-2, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009); ראו לדוגמה אלון הראל "על מגבלות ההפרטה (בעקבות בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר) משפטים על אתר ב 1 (2010). 89

Metzger, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1453–1454; Freeman, *Extending*, לעיל ה"ש 23. 90

MARTHA MINOW, *PARTNERS, NOT RIVALS: PRIVATIZATION AND THE PUBLIC GOOD* 142 91
(2002).

שערוץ האסדרה השיפוטית, המבוצע דרך בתי המשפט, נחשב בעיני חלק מהכותבים לרכיב העיקרי בהליך הפיקוח.⁹²

אף על פי שגישה זו אטרקטיבית למדי, ממבט ראשון, יש בה כמה קשיים: ראשית, לכניסה של בתי המשפט למנגנון הרגולטורי, וביתר שאת להסתמכות הרבה עליהם, השלכות נורמטיביות ופרקטיות לא פשוטות. רוצה לומר – גם התומכים בהצברה אינם טוענים שהחקיקה, תנאי המכרז או החוזה מחייבים את החלת עקרונות המינהל, המשפט או אף האינטרסים הציבוריים על הגוף הפרטי. הטענה היא ש"המשפט" צריך להחיל את אותם עקרונות. מידת ההחלה, היקפה ועומקה ייבחנו, מטבע הדברים, בכל מקרה לגופו, שהרי לא סביר שדין "תמיכה" כלכלית מצומצמת בעמותה שמסייעת לקשישים (למשל), בלא כל העברת אחריות ממשלתית לקביעת זכויות או התערבות כלשהי מצד המדינה, כדין מימון מלא במסגרת מיקור חוץ של פעילות שנעשתה עד אז במסגרת משרד הרווחה ועל ידי עובדי המשרד.⁹³ בניגוד למסקנה העולה מהספרות אפוא הצברה אינה מהלך דיכוטומי, של החלה או אי-החלה של המשפט הציבורי, כתלות בהיקף המעורבות הציבורית ובעוצמתה בפעילות הגוף הפרטי. לאורך זמן מצב כזה עשוי לגרור עמימות, חוסר שוויון ואולי אף תמריצים שליליים.

שנית, הציפייה ש"הצברה" תמלא את החסר הגלום במונח "הגירעון הדמוקרטי" מגלמת, דווקא לגישת המצדדים בה, חוסר תאימות בין איתור הבעיה לפתרון המוצע. כפי שמשמע מהמונח, "הגירעון הדמוקרטי" מכוון לכשלים במנגנוני קבלת ההחלטות באשר לקביעת המדיניות. מי שאמורים להיות מוטרדים מכשל או גירעון שכזה הם כלל אזרחי המדינה. והנה, החלת המשפט הציבורי היא (אולי) פתרון נאה, אולם לבעיה אחרת לגמרי: החשש לפגיעה בזכויות מקבלי השירות או, לכל היותר, זכויותיהם של גופים אחרים המתחרים על אספקת השירות. נבהיר.

לעומת ההצברה, שהיא מנגנון אשר מחיל נורמות משפטיות על גופים המאוגדים במשפט הפרטי, מיקור החוץ עלול להביא לשינויים ניכרים באופן הספקת השירות, אך שינויים אלו לא ייפלו לקטגוריות משפטיות מוכרות, ועל כן לא ייתפסו במסגרת פתרון ההצברה ולא יהיו נתונים לטיפולו של בית המשפט. מעניין שדווקא שינויים אלו, כך נראה לנו, מגלמים את הגירעון הדמוקרטי בטהרתו. כך למשל סוגיה מורכבת למדי, אשר טרם זכתה לטיפול יסודי בישראל, היא יכולתם של גופים פרטיים לכפות את הערכים העומדים ביסוד פעולתם על השירות הממומן בכספים ציבוריים. זקאהאור ודונהיו מכנים

92 Gilman, לעיל ה"ש 16.

93 זהו הטיעון שנטען (ונדחה) בפרשת R v. Leonard Cheshire Found., [2002] EWCA (Civ.) 366, [2002] All E.R. 936 (Eng.). לעמדה שונה, ולפיה כל התקשרות של גוף ציבורי עם גוף פרטי מביאה להחלת המשפט הציבורי על הגוף הפרטי, ראו Paul Craig, *Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review*, 118 L.Q. REV. 551 (2002).

תופעה זו (בתרגום חופשי) "העברת שיקול הדעת הערכי" (preference discretion).⁹⁴ תופעה זו בולטת מאוד בארצות הברית, שם עמותות ותאגידים רבים המספקים שירותים חברתיים (חינוך, בריאות ורווחה) מזוהים עם גופים דתיים. לעתים תהליך זה נעשה בהדרגה, תוך שהקבלן מגביר את כוחו ובכך את תלות המדינה בנכונותו לספק את השירות, בתנאים שלו. מרת'ה מינאו למשל מתארת כיצד סדרה של מיזוגים הביאה לכך שבאחת הערים במדינת אורגון נותרה רק קליניקה אחת לביצוע הפלות, כיוון שכל השאר הועברו לידיים של גופים קתוליים. זאת אף על פי שבעיר זו שיעור האוכלוסייה הקתולית הוא 4.4% בלבד.⁹⁵ לעומת זאת במקרים אחרים ה"מדינה" (ולמעשה משרד ממשלתי קונקרטי, פקיד ציבור או ראש עירייה) עשויה לבצע מיקור חוץ ולאפשר לעמותה לשלוט במשאב חיוני מתוך מטרה ברורה להעצים את כוחה של התפיסה שאותה מקדמת העמותה ואשר תואמת את השקפת עולמו של מי שהעביר לה את הסמכות. העברת האחריות בגן הלאומי "עיר דוד" בירושלים המזרחית לעמותת הימין אלע"ד תוך העברת מימון עתק למטרה זו היא דוגמה מובהקת לתופעה זו בישראל.⁹⁶

הביקורת השלישית על גישת ההצברה היא תלוית הקשר. באופן ספציפי העובדה שגישת ההצברה פותחה בארצות הברית אינה מקרית. התפיסה החוקתית האמריקאית מקפידה על הפרדה הרמטית (ככל האפשר) בין העקרונות המשפטיים החלים במגזר הציבורי לבין אלו החלים במגזר הפרטי. גופים במגזר הפרטי אינם כפופים לעקרונות חוקתיים ומנהליים אשר להם כפופות רשויות השלטון. לפיכך הפרטה ומיקור חוץ נושאים עמם, באמת ובתמים, סכנה מהותית לשינוי בדין החל. כדי למצוא מזור לסכנה זו ולהחזיר את הדין הקודם על מכוננו, מוצעת גישת ההצברה. לא למותר לציין שמצב דומה קיים באנגליה, שם אף על פי שהחקיקה מחייבת החלת נורמות ציבוריות על גופים פרטיים המבצעים תפקידים ציבוריים,⁹⁷ בתי המשפט עושים מאמץ ניכר כדי לצמצם את כפיפות הקבלנים למשפט הציבורי.⁹⁸ למשל, בית הלורדים קבע שהחלטת מוסד סיעודי המופעל על ידי עיריית בירמינגהם להוציא דיירת בשל התנהגות משפחתה בשעת ביקורים, אינה כפופה לביקורת שיפוטית, כיוון שתפקיד המוסד לא היה "ציבורי" במובהק.⁹⁹ אימוץ גישת ההצברה באנגליה תהיה אפוא מהפכה לא מבוטלת בדין הנוהג.

94 DONAHUE & ZECKHAUSER, לעיל ה"ש 17, בעמ' 58–60, 93–95.

95 MINOW, לעיל ה"ש 91, בעמ' 14.

96 מירון רפפורט עסקה אפלה בסילוואן 23–24, 36–37 (עיר עמים, 2009); אלעד לשם ואמנון פורטוגלי הפרטת גנים לאומיים בישראל: גן לאומי עיר דוד כמקרה מבחן 3–4 (מכון ון ליר, 2012); טל קולקה, אפרת כהן-בר ושרי קרניש מציבורי ללאומי: גנים לאומיים בירושלים המזרחית (עמותת 'במקום', 2012).

97 Dawn Oliver, Human Rights Act, 1998, c. 42, § 6, schs. 3(b), 5 (Eng.) ; לניתוח הסוגיה ראו

.Functions of a Public Nature Under the Human Rights Act, 2004 PUB. L. 329

98 DAVIES, לעיל ה"ש 25, בעמ' 245.

99 YL v. Birmingham City Council, [2007] UKHL 27, [2008] 1 A.C. 95 (Eng.)

ברם המצב בישראל שונה באופן מהותי. הפסיקה הישראלית פיתחה את הקטגוריה של גופים דו-מהותיים, אשר להם מאפיינים ציבוריים ופרטיים, לפני למעלה מ-20 שנה.¹⁰⁰ כפי שציינה לפני כעשור דפנה ברק-ארז: "[...] חיוני להכיר בכך שבהמשך הדרך לא תיחשב עוד תופעת הגופים הדו-מהותיים למגזר מצומצם המתקיים בשוליו של המשפט המינהלי. היא תהיה תחום מרכזי להבנת פעילותו העדכנית של המינהל הציבורי, ובהתאם לכך גם לדיון משמעותי במשפט המינהלי".¹⁰¹ ואכן, החלת עקרונות המשפט הציבורי על אוניברסיטאות, בתי חולים או בתי ספר אשר אינם מופעלים ישירות על ידי המדינה אינה מחייבת כל שינוי בדוקטרינות המוכרות במשפט הישראלי. מכאן שהתפתחות מערך התמריצים הקיים נעשה למעשה על רקע "הצברה" שרירה וקיימת לפחות בנוגע לגופים ציבוריים למחצה, וקשה לראות בה פתרון לקשיים שפורטו לעיל.

4. סיכום ביניים

התמריצים החיוביים לפיקוח והסדרה אפקטיביים ואי-יכולתן של הגישות הקיימות להאיר את הכשלים שהצבענו עליהם, מציפים את השאלה מדוע המדינה אינה פועלת באופן נחרץ יותר לשם יישום מודל הניהול המדינתי ולשם שימור שיקול הדעת המינהלי הבלעדי גם (ואולי – דווקא) במצב של הפרטה חלקית, ובנוסף: אם קיימים דחפים ותמריצים שדווקא במסגרת הפרטה חלקית מרחיקים את המדינה עוד יותר מהשירות ומחלישים את רצונה ויכולתה לנקוט פיקוח והסדרה אפקטיביים. לדידנו התשובה חיובית, ובלחצים הללו נדון בשני פרקי המאמר הבאים.

ג. המשפט כגורם המכוון את כשלי ההסדרה והפיקוח

כפי שצוין לעיל, תרומתם של חוקרי המשפט לדיון בהפרטה חלקית נופלת, ככלל, באחת משתי קטגוריות ברורות: בקטגוריה האחת מצויים משפטים האמונים על חשיבות ההבחנה בין הספרה הציבורית לספרה הפרטית, ואשר רואים בכשלי ההפרטה, אם אלו

100 בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מז(2) 464 (1992); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995); ע"א 674/89 טורטן נ' ההתאחדות לספורט בישראל, פ"ד מה(2) 718, 728–729 (1991); ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667 (1993). ראו איל בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב 11 (1994); דותן ומדינה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 313.

101 דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" עיוני משפט כה 503, 519 (2001).

קיימים, מקרים נקודתיים המחייבים פתרון דרך האפיק המשפטי. כך, בחינת מכרז נתון או חוזה נתון הכולל האצלת סמכות שלטונית גורפת, תזכה לביקורת של בית המשפט ותחייב תיקון. בקטגוריה השנייה מצויים משפטים המטילים ספק גורף באפשרות להפריד הפרדה ברורה בין הספרות האמורות, וטוענים שהמשפט נעדר יכולת להיות משקל שכנגד לכוחות העסקיים השובים את המגזר הציבורי. אנחנו כאמור סוברים ששתי הגישות הללו לוקות בחסר. בניגוד לגישה הראשונה, אנו גורסים שכשלי הפיקוח וההסדרה אשר חלק קטן מהם תואר לעיל, אינם נקודתיים ואינם ניתנים לתיקון בדרכים משפטיות. ובניגוד לגישה השנייה, איננו ספקנים באופן גורף באשר ליכולת המשפט לשנות מציאות, ובכלל זה – מציאות עסקית וכלכלית.

אנו מציעים לראות במשפט, במקרים מסוג זה, "חיצוני" (exogenous) למערכת היחסים שבין הרשות המינהלית לבין הקבלן, אשר מגיבים לתכתיביה וגם מעצבים את תכניה.¹⁰² מדובר למעשה במקרה פרטי של תופעה כללית האופיינית לאסדרה "קשיחה" (top-down). אסדרה שכזו עלולה להוביל, אם אינה מתוכננת כראוי, ל"התנהגות אסטרטגית" (strategic behavior) של הצד הכפוף לה כדי להימנע מחלק מהשלכותיה.¹⁰³ מקס ובר הכיר ביכולתם המרשימה של אלו הפועלים בשוק והמבקשים להימנע מאסדרה. בניגוד לרגולטורים, אשר מגיבים לאט לשינויים בדפוסי ההתנהגות של השחקנים בשוק,¹⁰⁴ השחקנים מגיבים במהירות ובאפקטיביות גם לצעדים רגולטיביים אשר נראים ראויים ומדויקים במקום ובזמן שהם מתוכננים.¹⁰⁵ מבין הנורמות המשפטיות החשובות למניפולציה נבקש לבחון כאן שתי ספרות של המשפט הפרטי – דיני העבודה ודיני הנזיקין – ולהצביע על השלכותיהם על הסוגיה הנדונה בלב המאמר.

102 Talesh, לעיל ה"ש 84, בעמ' 534.

103 Metzger, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1432; Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 262, 348 (2004), לעניין דיני הגנת הסביבה.

104 שם, בעמ' 319.

105 כדבריו: "[...] those who continuously participate in the market intercourse with their own economic interests have a far greater rational knowledge of the market and interest [in the] situation than the legislators and enforcement officers whose interest is only ideal [...] It is those private interested parties who are in a position to distort the intended meaning of a legal norm to the point of turning it into its very opposite [...]". MAX WEBER, ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY 38 (Max Rheinstein ed., Edward Shils & Max Rheinstein trans., 1967).

1. יחסי עובד-מעביד

אחד היעדים המרכזיים של מיקור החוץ הוא הרצון להגדיל את גמישות הפעולה בשוק העבודה.¹⁰⁶ מה המשמעות של "גמישות" זו? המגזר הציבורי כפוף להסכמים קיבוציים, לפיקוח של גופים רגולטוריים ולכללי תקנון שירות המדינה. בפני מנהלים במגזר הציבורי עומדים קשיים רבים יותר אם ברצונם להעסיק עובדים באופן זמני בשל צרכים נקודתיים; להעסיק עובדים קבועים באופן חלקי או באופן שונה מהרגיל (לדוגמה העסקה מהבית); לנייד עובדים מתפקיד לתפקיד; להתאים את שכר העבודה לתפוקה וליכולת התשלום ברגע נתון.¹⁰⁷

כיצד אפוא יביא מיקור החוץ לגמישות התעסוקתית הנכספת? מיקור חוץ מביא לשינוי בתבנית ההעסקה, ממערכת יחסים דו-צדדית למערכת יחסים תלת-צדדית. לעומת העבר, אז עובדי הניקיון, האבטחה והשירותים הועסקו ישירות על ידי הארגון אשר נודע כ"משתמש" (למשל: הבנק או המדינה), הרי כעת מתקיים למעשה אופן העסקה משולש.¹⁰⁸ העובדים עשויים להיחשב לעובדים של הקבלן, המצוי בקשרים חוזיים-עסקיים עם המשתמש. החוזה העסקי בין המשתמש לבין הקבלן ניתן לחידוש או להפסקה לפי התנאים הקבועים בו. יתר על כן, תנאי החוזה בין הקבלן לבין עובדיו מאפשרים ניתוק היחסים בתנאים נוחים בהרבה מאלה שבמגזר הציבורי. הגמישות מושגת אפוא בשתי צלעות של המשולש.

אין זה המקום לבחון אם הגמישות האמורה אכן מושגת בהסדרים של מיקור חוץ.¹⁰⁹ עיקר ענייננו בכך שכדי להשיג את אותה הגמישות התעסוקתית מתקשרת המדינה בחוזים שמטרתם עקיפת הסכמים קיבוציים, אשר אלמלא נכנס הקבלן לתמונה, היו חלים על העובד. היות שהסכם קיבוצי חל, במקרה הרגיל, על כל העובדים במפעל של מעביד נתון,¹¹⁰ אחת הדרכים האפקטיביות להדרת עובדים מסוימים מתחולת ההסכם הקיבוצי

106 חיים פרשטמן גבולות ההפרטה 22 (מכון ון ליר, 2007); אמיר פז-פוקס "עובדים בעידן של הפרטה" הפרטה ורגולציה בישראל (יצחק גלנור ואמיר פז-פוקס עורכים, צפוי להתפרסם ב-2013).

107 אמירה גלין "על התיקון בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו?" עבודה, חברה ומשפט ח 103 (2001).

108 מרדכי מירוני "מיהו המעביד – הגדרת יחסי עובד-מעביד בתבניות העסקה מודולריות" עיוני משפט ט 505 (1983); רות בן-ישראל "מיקור חוץ (outsourcing) 'מתמקרים' החוזה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת – המרת העסקה הפורמלית בעסקה האוטנטית" שנתון משפט העבודה 5 ז 5 (1999).

109 דוח מבקר המדינה לשנת 2009 למשל מציין כיצד הפך משרד הבריאות לתלוי לחלוטין בעמותה בשם "האגודה למען שירותי בריאות הציבור" כיוון "שמרב כוח האדם הרפואי והפרה-רפואי הפנוי התרכז בידיה, וכך אף התעצם כוחה התפעולי-עסקי כספק מעין בלעדי של שירותים אלה". ראו מבקר המדינה (2009), לעיל ה"ש 51, בעמ' 477.

110 דב"ע (ארצי) לא-4 בנק אוצר לחייל בע"מ – מרכז הסתדרות הפקידים, פד"ע ב 260 (1971).

היא הקביעה שעובדים מסוימים שעובדים אצל מעביד נתון אינם עובדים של אותו מעביד. מכאן ברורה המסקנה שמיקור חוץ בישראל מונע בעיקר מהרצון [...] להוזיל את עלות העבודה למעסיקים על ידי עקיפת התחייבויות המעסיק המעוגנות בהסכמים קיבוציים [...].¹¹¹ ואכן, צודקים יואב דותן וברק מדינה בקבעם כי [...] למיקור-חוץ של שירותים ציבוריים השלכות לא מבוטלות, במיוחד בכל הנוגע למעמדם של עובדי הרשות וליחסי העבודה בתחום השירות הציבורי.¹¹²

האינטרס של המדינה אפוא ברור. מנגד כמובן עומדים האינטרסים של עובדים אשר רואים כיצד ההתקשרות בדרך של מיקור חוץ מביאה לשלילת זכויותיהם שהיו מעוגנות בהסכם קיבוצי, אלו שיש מקום להניח שהיו מוענקות להם אילו היו מועסקים ישירות. כעת אם היה מדובר "רק" בתוצאה בעייתית מבחינת העובדים, שהיא תוצר של מערכת קשרים עסקית-לגיטימית, אפשר שלא היה מקום להתערבות משפטית. ברם בתי הדין לעבודה החלו לנסות ולהבחין בין מקרים כאלו, שבהם המערכת העסקית היא "אותנטית", ומטרתה קניית שירותים מגופים חיצוניים, לבין מערכת חוזית משולשת "פיקטיבית", אשר כל מטרתה לשלול את זכויותיהם של עובדים ולהציג מצג כאילו העובדים מועסקים על ידי קבלן, אך למעשה מדובר בצינור פורמלי להעברת כספים. באחד המקרים מסוג זה קבע בית הדין הארצי לעבודה, כי –

מעסיקים רבים, ובהם זרועות המדינה, עובדים באמצעות קבלנים, חברות כוח אדם, לתקופות ארוכות [...] העסקת עובדים לתקופות ארוכות בלתי קצובות באמצעות חברת כוח אדם מוציאה עובדים אלו מתחום ההגנה שמשפט העבודה הקיבוצי אמור לתת להם [...] אותו עובד לא יזכה לטובות הנאה ולהגנה שעובד של המשתמש זוכה להן. גם הפסקת עבודתו אצל המשתמש פשוטה היא באשר אין ההסכמים וההסדרים הקיבוציים החלים על עובדי המשתמש חלים על עובדי חברות אלו. עובד כזה אף לא יזכה לקביעות, דבר שהיה אמור לזכות בו על-פי הסכם קיבוצי, הסדר קיבוצי או צווי הרחבה אילו היה עובדו של המשתמש. המשתמש מסיר אפוא את המטרייה המגנה של משפט העבודה הקיבוצי מהעובד. לא יחולו עליו גם כללים של פיטורים שלא כדין אצל המשתמש, כמו כללים של פיטורים כלכליים. הוא למעשה עושה contracting out מההסכם הקיבוצי. הדבר נוגד את הרעיון המוכח במשפט העבודה.¹¹³

111 גלין, לעיל ה"ש 107, בעמ' 108.

112 דותן ומדינה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 293.

113 דב"ע (ארצי) נז/3-54 לנקרי – א.נ.ש. חברה להחזקת נכסים והשקעות בע"מ, פד"ע לו 361, 364–365 (2000) (ההדגשה הוספה – אפ"פ ור"מ).

ואכן, במקרים לא מעטים פונים עובדים המועסקים באמצעות חברות קבלניות לבתי הדין לעבודה, אשר בפניהם עומד האתגר הגדול, שעיקרו הצורך לקבוע אם אופן ההעסקה באמצעות מיקור חוץ הוא "אותנטי", ואז ייחשב העובד למועסק על ידי חברת כוח האדם או קבלן השירותים לכל דבר ועניין, או "פיקטיבי", ואז ייחנה העובד מזכויות המוקנות בהסכמים קיבוציים.¹¹⁴

אולם כאן אנו מגיעים לנקודת המפתח של ניתוח זה: ככלל ברצינות העולה מתוך הפסיקה קיים ממד טרגי ככל שהדבר נוגע לזכויות עובדים ותנאי העסקתם. זאת כיוון שבבסיס הקריטריונים להבחנה בין מיקור חוץ אותנטי לפיקטיבי עומד העיקרון הפשוט הזה: ככל שהעובד "קשור יותר" למקום העבודה של המשתמש, כך יש לראות בו עובד של המשתמש, ואילו ככל שהעובד "מנותק יותר" מההוויי היום-יומי של מקום העבודה, יש לראות בו רק ספק שירותים המתקשר עם העסק בהתקשרות עסקית. כך, המבחנים של פסק הדין המכונן בעניין כפר רות,¹¹⁵ אשר נועדו במקור לקבוע אם יש לראות בעובד קבלן עובד של המשתמש, משמשים במידה לא מבוטלת כדי להבחין בין עובד קבלן אותנטי לבין עובד של קבלן פיקטיבי.¹¹⁶ בין המבחנים הרלוונטיים אפשר לציין את אלו: בידי מי הכוח לפטר את העובד ובפני מי עליו להתפטר; מי קיבל את העובד לעבודה ומי קבע והסדיר את תנאי התקבלותו אליה; מי קובע את מכלול תנאי

114 המחלוקת העיקרית שנתגלתה בפסיקה עניינה הזכות לביטחון תעסוקתי, או "קביעות". במקרים אחדים בית הדין קבע שהמדינה אינה יכולה להעלות טענה זו לאחר שנים רבות של העסקת העובדים, שכן בכך תצא נשכרת מחטאה שלה. ראו ע"ע (ארצי) 1189/00 לוינגר – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.10.2000); ע"ע (ארצי) 168/05 נקש – מדינת ישראל – משרד התקשורת (פורסם בנבו, 9.4.2006); ע"ע (ארצי) 326/03 מדינת ישראל – משרד הבריאות, המרכז לבריאות הנפש – צ'פקוב (פורסם בנבו, 20.4.2006). ראו גם גיא דוידוב "העסקה עקיפה" עבודה, חברה ומשפט יב 191 (2010). עם זאת נראה שההלכה אשר התגבשה בבית הדין לעבודה מחייבת הכרה במעמד מיוחד: תנאי העבודה שלו יושוו לאלו של עובד מדינה, למעט זכויות ייחודיות אשר יימנעו ממנו, ובהן קביעות ופנסיה תקציבית, כיוון שלא התקבל לעבודה באמצעות מכרז ולא עבד בתקן. ע"ע (ארצי) 273/03 שוואב – מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 2.11.2006); ע"ע (ארצי) 410/06 המוסד לביטוח לאומי – פאהום (פורסם בנבו, 2.11.2008); עב' (אזורי י-ם) 1596/05 מויאל – מדינת ישראל – משרד הרווחה (פורסם בנבו, 26.10.2008).

115 דב"ע (ארצי) נב/3-142 אלהרינאט – כפר רות, פ"ד כד (1) 535 (1992).

116 הלכת כפר רות כוללת למעשה שני חלקים עיקריים: הראשון הוא ה"חזקה" שלפיה המשתמש הוא המעסיק; החלק השני הוא המבחנים המפורטים. גורלו של כל חלק היה שונה למדי מזה של החלק האחר. החזקה נתערערה עם השנים, ובעיקר בפסיקה שלאחר כניסתו לתוקף של ס' 12א לחוק העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 (ראו למשל ע"ע (ארצי) 472/09 גולן – או. אר. אס משאבי אנוש בע"מ (פורסם בנבו, 12.9.2010); עניין פאהום, לעיל ה"ש 114, פסק דינו של השופט צור; ע"ע (ארצי) 478/09 חסידים – עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 13.1.2011)), ואילו המבחנים של כפר רות נשארו בעינם ונתקבעו גם בבתי הדין שכפרו באיתנות החזקה. עם זאת בפרשת חסידים הוספו "מבחני עזר", כלשון בית הדין הארצי לעבודה, ואלו יפורטו להלן.

עבודתו של העובד, לרבות שכרו והנלווים לשכרו; מי נותן חופשות לעובד וממי עליו לבקש את אישור חופשותיו; מי חייב לשאת בתשלום שכרו של העובד (כעניין שבמהות ולא כ"צינור" להעברת כספים); למי הבעלות על הציוד, החומרים או הכלים המשמשים את העובד בעבודתו.

מבחינת הפסיקה הרלוונטית, כמו גם משיחות עם עובדים ומעסיקים החשופים לתחום השירותים המופרטים¹¹⁷ (לדוגמה שכזו ראו להלן), עולה תמונה ברורה: מבחינת כפרות אינם נתפסים בעיניהם רק כפרספקטיבה לבחינת המציאות התעסוקתית הקיימת אלא גם כהנחיה לתכנון צעדיהם באופן שירחיק עצמם מעובדי הקבלן באופן מודע. למשל, מעסיקים נמנעים מכל קשר מקצועי או אישי עם עובדים של הקבלן כדי לא ליצור ולו מראית עין של השתייכות העובד למקום העבודה של המשתמש.¹¹⁸ דוגמה מוחשית למצב דברים זה אפשר לראות בתיאור השתלשלות העניינים במסגרת התביעה של קלדניות אשר הועסקו, באמצעות קבלן שירותים, ברשות המסים.¹¹⁹ השופט רוזנפלד מתארת כיצד "עד למועד הגשת הבקשה לסעד זמני על ידי התובעות דנן, ישבו חלק מן הקלדניות, התובעות בתיק זה, באותו החדר יחד עם הקלדניות עובדות המדינה. מיד בסמוך להגשת הבקשה לבית הדין 'הופרדו הכוחות' כך, שב'חדר הקטן' יושבות שש הקלדניות עובדות המדינה, ו'בחדר הגדול' יושבות התובעות".¹²⁰

יותר מעשר שנים לאחר מכן הגיעה לטיפולו של אחד המחברים כאן פנייה מעובדות המועסקות במחלקה לשירותים חברתיים באחת העיריות הגדולות בישראל דרך חברה קבלנית.¹²¹ לאחר קבלת ייעוץ משפטי התקבלה במחלקה הנחיה שעובדות הקבלן אינן רשאיות להיכנס למחלקה, להשתמש במחשבי המחלקה או להשתתף בשיבות הצוות. בשום שלב לא הוסתר המניע העיקרי להנחיה זו, אשר פוגעת באופן ברור וחד-משמעי

117 המקרים פורטו על ידי סטודנטים לתואר שני בשיעורים אשר יוחדו לנושא זה, הן בקורס לתואר שני בבית הספר לעבודה סוציאלית והן בקורס לתואר שני בחוג ללימודי העבודה, באוניברסיטת תל-אביב. המרצה בשני הקורסים היה ד"ר אמיר פז-פוקס.

118 דוגמה מעניינת למצב "תודעתי" זה מופיעה בדוח מבקר המדינה לשנת 2010. בבחנו את אופן ההתקשרות של המוסד לביטוח לאומי עם "מעריכים עצמאיים" האמונים על קביעת התלות של נתמכים, מציין המבקר כי "זה שנים שהמוסד ער [...] להמשך העסקת היועצים במתכונת הקיימת, דבר העלול ליצור יחסי עובד-מעביד ולא יחסי מזמין-נותן שירות, כפי שהם צריכים להיות. למרות זאת, עד מועד סיכום הביקורת לא קבע המוסד חלופות למתכונת הקיימת להפעלתו של מערך המעריכים והיועצים, כגון התקשרות באמצעות חברה חיצונית" (ההדגשות הוספו – אפ"פ ור"מ). ראו מבקר המדינה (2011), לעיל ה"ש 70, בעמ' 223.

119 עב' (אזורי י-ם) 2513/00 זריפה – מדינת ישראל – משרד האוצר, שע"מ (פורסם בנבו, 21.12.2005).

120 שם, פס' 6.4 לפסק הדין.

121 דואר אלקטרוני מאת מר שרון לוזון, חבר מועצת עיריית תל-אביב, לאמיר פז-פוקס (4.4.2012), (15:33).

בתפקוד התקין של המחלקה – למנוע בסיס לטענה כאילו העובדות הללו מועסקות, הלכה למעשה, על ידי העירייה. יתר על כן, יחס זה אינו תחום למסגרת המקצועית בלבד. מעסיקים, גם בשל סיבה זו, החלו למנוע מעובדי הקבלן ליהנות מהתנאים הנלווים הניתנים לעובדי החברה (אכילה בחדר האוכל, הסעות למקום העבודה וממנו, שימוש במקלחות של סגל העובדים ועוד).¹²²

מה המסקנה של דינמיקה זו? אמירה גלין (לעניין חברות כוח אדם) ושרון רבין-מרגליות (לעניין חברות שירותים) כבר העלו את האפשרות שניסיונות כנים לגמרי להגביר את הפיקוח על תבניות העסקה משולשות, בדרך של חקיקה ובדרך שיפוטית, כדי להגן על זכויות העובדים, הובילו מעסיקים לשנות את מאפייני ההעסקה שוב ושוב כדי לא "להיתפס בחכתם" של המבחנים המשפטיים. לטענת רבין-מרגליות למשל, החמרת האכיפה על העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם הובילה להעברת העובדים אל החלל המשפטי של קבלני שירותים שאינו מוסדר (לעת עתה) ובכך הרעה את מצבם של אותם עובדים.¹²³ כאן נבקש להסב את תשומת הלב לא רק לזכויות הקונקרטיות של העובדים המעורבים אלא גם להשלכות של החלת הנורמות המשפטיות החדשות על אסדרתה של עבודת הקבלן. בחינת מבחני כפר רות, שתפקידם לקבוע אם מדובר באופן העסקה אותנטי או פיקטיבי, מעלה כי קיים מכנה משותף שעובר ביניהם כחוט השני: מידת הקשר של ה"משתמש" (במקרה זה: העירייה או המשרד הממשלתי) עם עובדי הקבלן. יתר על כן, אחד המבחנים מחייב לבדוק במפורש אם המשתמש מפקח על עבודת עובדי הקבלן. פיקוח הדוק יביא למסקנה שמדובר בתבנית העסקה פיקטיבית. הרי לנו אפוא תמריץ ברור, יציר כפיו של משפט העבודה, לצמצום הפיקוח של הגוף הממשלתי על עבודת עובדי הקבלן.

על רקע האמור מעניין לראות סנונית ראשונה אשר מעופה שונה מכיוון הרוח אשר תוארה זה עתה. בעניין חסידים מציעה השופטת דוידוב-מוטולה סדרה של "מבחני עזר" (כלשונה) למבחנים המוצעים בעניין כפר רות.¹²⁴ ברם בלב אותם מבחני עזר מצוי רציונל הסותר במובהק את המבחנים המקוריים. אלו כוללים את השאלות האלה: אם העובד מפסיד ייצוג ארגוני בשל מיקור החוץ; אם משמעותו של מיקור החוץ היא הדרתו של העובד מתחולת צווי הרחבה או הסכמים קיבוציים; אם מיקור החוץ פוגע בכבודו

122 שרון רבין-מרגליות "חברות השירותים, מזמיני השירותים ובעיקר מה שביניהם: על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים" מחקרי משפט כה 525, 542 (2009). לדוגמאות מסוג זה ראו ארי ליבסקר "עופר, מאחוריך" כלכליסט 21.4.2011 www.calcalist.co.il/local/ articles/0,7340,L-3515446,00.html; דברי ח"כ שלי יחימוביץ בפרוטוקול מס' 876 של ועדת הכספים, הכנסת ה-18, בנושא "דו"ח הממונה על השכר בעניין עובדי קבלן בשירות הציבורי" www.shelly.org.il/print/5902 (2.11.2011).

123 גלין, לעיל ה"ש 107, בעמ' 106; רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 122, בעמ' 544.

124 עניין חסידים, לעיל ה"ש 116, פס' 29 לפסק הדין.

של העובד באמצעות בידודו ופגיעה בתחושת השייכות שלו; אם מיקור החוץ פוגע באפשרויות קידומו והתפתחותו המקצועית של העובד; אם מיקור החוץ פוגע באפשרות העובד לקיים מערכת יחסים אישית ואנושית עם מעסיקו באופן סביר לפי סוג העיסוק שבו מדובר.¹²⁵

כפי שאפשר לראות, ה־Raison d'être של המבחנים הללו, בניגוד לאלו של כפר רות, קושר את מידת ההדרה וההרחקה של העובד עם מידת חוסר הלגיטימיות של מיקור החוץ. במילים אחרות, הרחקה של העובד (למקום עבודה פיזי אחר, למסגרת חוזית אחרת, לפיקוח של מנהל אחר) הייתה מגדילה את הסיכוי להכשרת מיקור החוץ, אך מבחנים אלו רומזים שהרחקה כאמור היא בבחינת טעם לפגם חמור במיקור החוץ עצמו. כדוגמה אפשר לציין את העובדים המועסקים דרך עמותות, אשר הוזכרו לעיל. על עובדים אלו מוסמכים מנהלים מטעם העמותה, אשר מקבלים אותם לעבודה, קובעים את שכרם, את חופשותיהם, ומוסמכים לפטרם. לכאורה לפי המבחנים המסורתיים מדובר במיקור חוץ אותנטי של שירותים. ברם דווקא היעדר הייצוג הארגוני שלהם; מניעת זכאותם לזכויות מכוח ההסכמים הקיבוציים שמהם נהנים עובדי הרשויות המקומיות ומשרדי הממשלה; הניתוק שלהם ממערך הרווחה הכללי; מניעת אפשרותם לקידום במסגרת שירותי הרווחה – כל אלו עשויים להצביע על הפסול שבמיקור חוץ מסוג זה. אימוץ מבחני חסידיים ולא אלו של כפר רות היה עשוי להוביל למערך שונה של תמריצים, באופן מהותי: לפי מבחני כפר רות מידת ההרחקה (ולפיכך היעדר הפיקוח) מקטינה את הסיכוי שבית הדין יקבע שמיקור החוץ הוא פיקטיבי, ואילו לפי מבחני חסידיים, הרחקה והיעדר קשר עם העובדים יגדילו את הסיכוי שבית הדין יקבע שמדובר

125 בשל הבלבול הניכר בשיח הציבורי בנושא ראוי להדגיש שנושא אכיפת הזכויות החוקיות של העובדים אינו מעיד על מגמה שונה. מגמה זו באה לידי ביטוי הן בחקיקה (ראו את החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב–2011) והן בפסיקה (ראו עב' (אזורי ת"א) 3054/04 שמואלוב – משה פונס שרותי נקיון ואחזקה בע"מ (פורסם בנבו, 10.12.2006)). שיח זה, שעיקרו "התעניינות בזכויות עובדים", חשוב כשלעצמו, אולם אינו רלוונטי לענייננו, משני טעמים: ראשית, מכיוון שהן עניין שמואלוב והן החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה עוסקים בהפרות החוק (שכר מינימום, הפרשות לפנסיה וכד'). אף שתופעת הפרת חוקי המגן בקרב העסקת עובדי הקבלן היא תופעה מוכרת ומתועדת, אין הכרח (ואף אין טענה) שהמדינה מעוניינת בכך. במילים אחרות, המדינה עשויה בהחלט להיות בעלת אינטרס שהקבלן לא יפר את זכויות המינימום של עובדיו, ובר בזמן להיות בעלת אינטרס שעובדים אלו לא ייהנו מהזכויות הניתנות לעובדי מדינה מהשורה, מכוח הסכמים קיבוציים וכו'. שנית, וחשוב יותר, מעביד יכול "להתעניין" ואף "לפקח" על זכויות (המינימום) של עובדי הקבלן כדי שאלו יספקו את הדרישות החוקיות בלא שהדבר יהיה "פיקוח" על עבודת העובדים, באופן שפיקוח זה יקים (או עלול להקים) את הבסיס להכרה ביחסי עובד–מעביד. כך, המעסיק (למשל נציג החשב הכללי) עשוי לבקש את תלושי השכר של עובדי ספק השירותים, ועדיין אין בכך משום "פיקוח ושליטה" על עבודת העובדים באופן הנגזר מדרישות הפסיקה כדי להקים יחסי עובד–מעביד.

בעובדי המדינה. ברם נראה שבתי הדין לעבודה לא הראו עד כה שבפניהם בחירה אידאולוגית. למשל, בשני פסקי דין אשר ניתנו לאחרונה על ידי בית הדין הארצי לעבודה מוזכרים מבחני כפר רות בצד "מבחני העזר" של חסידים, והקביעות שמיקור החוץ של משרד החינוך (בעניין אלוני)¹²⁶ ושל המוסד לביטוח לאומי (בעניין דין)¹²⁷ אינו יכול לעמוד נסמכו על הפרמטרים האמורים של כפר רות. כך קובעת השופטת דוידוב-מוטולה בעניין אלוני:

יישום המבחנים שנקבעו בעניין כפר רות מלמד, לפיכך, כי בחירת המדריכים נעשתה הלכה למעשה על ידי משרד החינוך; הכוח לפטר היה, מבחינה מהותית, בידי משרד החינוך; וקביעת השכר ותנאי העבודה נעשתה, הלכה למעשה, על ידי משרד החינוך. [...] המדינה היא אף שקבעה את התכנים של עבודת המדריכים, העבירה להם השתלמויות ופיקחה על עבודתם – גם אם בחלק מהתקופה נעשה הפיקוח על ידי מפקחים ש"הועברו" אף הם לידי הספקים.¹²⁸

גם בעניין דין הסתמכה השופטת דוידוב-מוטולה על כך ש"[...] המוסד הוא שערך למשיבים מבחני קבלה לעבודה; הוא שהחליט על הצבתם בתפקיד וניודם לפי הצורך; הוא שקבע את תנאי השכר והתנאים הנלווים; הוא שהנחה את המשיבים מבחינה מקצועית באופן יומיומי [...] הקשר בין המשיבים לבין המוסד התקיים ברציפות וללא הפסקה, גם כאשר התחלפו חברות כוח האדם".¹²⁹

יש להדגיש: אף שבהחלט ייתכן שתוצאת פסק הדין בעניין אלוני היא ראויה, המבחנים המשמשים את בית הדין קובעים תמריצים אשר עשויים (ואולי אף צפויים) להנחות את התנהגות מזמין השירות (במקרה זה משרד החינוך) בעתיד. אם במקרה זה העובדה שהמדינה קבעה את תוכני העבודה של המדריכים, פיקחה על עבודתם ושמרה בידה את הסמכות לפטר הייתה שיקול חשוב שהוביל למסקנה – שאינה על דעת משרד החינוך – שמדובר במיקור חוץ "פיקטיבי", אזי המסקנה המתבקשת היא שכדי להפכו למיקור חוץ "אותנטי" על משרד החינוך להימנע מקביעת התכנים, מפיקוח על העבודה ומשמירה בידו את הכוח לפטר את העובדים. כך, גיא דוידוב מסביר שרכישת שירותי מחשוב על ידי משרד החינוך מגוף פרטי עשויה להיות [...] הפרטה שאין בה כל פסול

126 ע"ע (ארצי) 602/09 מדינת ישראל – משרד החינוך – העמותה לפיתוח אקדמי של מדע ותרבות (פורסם בנבו, 24.1.2012) (להלן: עניין העמותה לפיתוח אקדמי).

127 ע"ע (ארצי) 6818-10-10 המוסד לביטוח לאומי – דין (פורסם בנבו, 24.4.2012).

128 עניין העמותה לפיתוח אקדמי, לעיל ה"ש 126, פס' 41 לפסק הדין.

129 עניין דין, לעיל ה"ש 127, פס' 28 לפסק הדין.

משפטי", אך הבעיה נוצרת כאשר "[...] המעסיק הציבורי אינו מעוניין באמת לוותר על השליטה בעובדים ובאופן ביצוע העבודה".¹³⁰

והנה דוגמה מובהקת שהגיעה לידיעתנו סמוך לחתימת מאמר זה: כחלק מהניסיון לקדם את המלצות הוועדה לשינוי כלכלי חברתי (ועדת טרכטנברג) החליטה ממשלת ישראל לקדם מסגרות לימודים בשעות אחר הצהריים (צהרונים) לכלל התלמידים בגני הילדים ובכיתות א עד ג. עוד החליטה הממשלה שיישום ההחלטה יבוצע באמצעות התקשרות עם קבלן חיצוני. ביוני 2012 פורסם מכרז, אשר מקיף 81 רשויות מקומיות במעמד חברתי-כלכלי נמוך, וההפעלה אמורה להגיע להיקף מלא בשנת 2016, בעלות של 2.35 מיליארד ש"ח לשנה.¹³¹ המכרז קובע מפורשות שהקבלן הוא המעסיק של העובדים המועסקים במסגרות המסלומות, וכי אין יחסי עבודה בינם לבין משרד החינוך, והם לא ייהנו מזכויות המוענקות לעובדי מדינה.¹³² ברם המכרז אינו מסתפק בכך, ובמה שנראה כמודעות מלאה למבחני כפר רות קובע המכרז כי הקבלן יפעל ממשרדיו תוך איתור, גיוס והצבת כוח אדם על ידי ועל חשבוננו.¹³³ כמו כן נקבע כי עובדי הקבלן מנועים מלשבת במשרדי משרד החינוך, להשתמש באמצעים ובציוד של המשרד, להשתמש בנייר רשמי של המשרד, לחתום על מסמכים בשם משרד החינוך ולהשתמש בתארים השמורים לעובדי המשרד.¹³⁴

אולם הסוגיה מרחיקת הלכת ביותר נוגעת לסוגיית הפיקוח על עובדי התכנית. בהקשר זה קובע המכרז כי הגוף המרכזי המבצע את פעילות "[...] מעקב ופיקוח אחר ביצוע בפועל של הפרויקט" הוא... הקבלן עצמו!¹³⁵ כיוון שפיקוח הדוק יחייב נוכחות במקום (בית הספר), וכיוון שנוכחות זו – אם תבוצע על ידי עובד משרד החינוך – עלולה לגרור טענה בדבר יחסי עובד-מעביד בין עובדי התכנית לבין משרד החינוך, נבנתה במקרה זה קונסטרוקציה חדשנית (לפחות למיטב ידיעתנו) שבמסגרתה יעסיק הקבלן רכז מקרב מורי בית הספר אשר יהיה אחראי (במשרה חלקית) מטעמו ליישום התכנית.¹³⁶ בנוסף, תחום האחריות של הקבלן, כמתואר במכרז, רחב ומקיף: הוא אשר מקים את "מטה הפרויקט" אשר מנהל את הגופים השונים, הוא בוחר קבלני משנה בתחום המנהלי והפדגוגי, הוא מעסיק רכזים יישוביים ואזוריים, אשר אחראים לפיקוח

130 דוידוב, לעיל ה"ש 114, בעמ' 215.

131 אתי וייסבלאי יישום מסקנות הוועדה לשינוי כלכלי-חברתי (ועדת טרכטנברג): מסגרות לימודיות משלימות לשעות אחר-הצהריים באמצעות משרד החינוך 2 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2012); משרד החינוך "מכרז מס' 17/6.2012: הפעלת מערך כולל של מסגרות יום לימודיות ותוכניות תוספתיות (מיל"ת)" (להלן: מכרז מיל"ת).

132 שם, ס' 6.5.

133 שם, ס' 6.1.

134 שם, ס' 6.2.

135 שם, ס' 5.21.1.

136 שם, ס' 4.6.14.

על התכנית ביישובים שבהם פועלת התכנית.¹³⁷ אף שהמכרז מקנה סמכויות למשרד החינוך לבצע פיקוח, דוח של מרכז המחקר והמידע של הכנסת מגלה כי "לא צפוי שיגויסו מפקחים נוספים לשם פיקוח על המסגרות המשלימות שיופעלו בתוכנית",¹³⁸ וכי בכוונת המשרד, בשלב כלשהו, לבצע מכרז לביצוע בקרה על הפעלת התכנית. בכוונה זו להפרטת הפיקוח והבקרה אנו מוצאים את הדוגמה המובהקת של רצון המדינה להרחיק עצמה מהשירות, ואף מהפיקוח עליו.

לסיכום נקודה זו, אנו מוצאים שבהקשר של משפט העבודה שילובם של שני גורמים מגביר את הסכנה ל"כשל מובנה" במערך הפיקוח על השירותים הציבוריים. ראשית, ההעדפה הארגונית הנתונה מביאה את הרשויות לבחור במודע ובמוצהר, משיקולים שונים, שלא להעסיק עובדים ישירות. העדפה זו מנומקת ומעוגנת בכתבי טענות אשר הרשויות מגישות לבתי הדין לעבודה. למשל, בעניין דיין, אשר הוזכר לעיל, טען המוסד לביטוח לאומי שהמחסור בתקנים הוא שיקול לגיטימי ומרכזי בהעדפה למיקור חוץ של עבודות המחשוב.¹³⁹ שנית, במצב המשפטי הנתון, הנסמך על מבחני כפר רות, מידת השליטה והפיקוח של הרשות על עבודת העובדים מצויה ביחס ישר לסיכוי שהרשות תיחשב למעסיקתם. החיבור של ההעדפה הארגונית הנתונה עם המצב המשפטי הנתון מוביל לאותו "כשל מובנה". מכאן ששינוי אחד מן השניים עשוי גם להוביל לשינוי מערך התמריצים ולהסרת הכשל. אפשר למשל להעלות על הדעת את האפשרות של נטישת חלק ממבחני כפר רות באופן שמידת הפיקוח והשליטה של הרשות על עבודת העובדים לא תהיה תבחין בקביעת יחסי עובד-מעביד.¹⁴⁰ עם זאת חשוב להזכיר שהמבחנים הללו התבססו על רקע הצורך האמיתי להבחין בין מיקור חוץ "אותנטי" ל"פיקטיבי", קרי: בין צורך ארגוני אמיתי לבין מיקור חוץ שכל תפקידו לצמצם את זכויות העובדים.¹⁴¹ יש לציין שקביעה כאמור תגדיל את האפשרות למיקור חוץ פיקטיבי, קרי את הסכנה שהרשות תהיה מעסיקה "אמתית" של העובדים, אבל לצורך זכויותיהם הם ייחשבו לעובדי הקבלן.

2. אחריות משפטית במקרים של נזקים

דיני העבודה הם לא הספרה המשפטית היחידה אשר קושרת בין פיקוח הדוק מצד המדינה לבין סיכון לחבות כלכלית שלה. גם דיני הנזיקין מנביעים תמריצים שליליים המביאים את הגופים הרגולטוריים, אם הם פועלים באופן רציונלי, להימנע מפיקוח הדוק

137 שם, ס' 4.6.

138 וייסבלאי, לעיל ה"ש 131, בעמ' 17–18.

139 עניין דיין, לעיל ה"ש 127, פס' 17, 20 לפסק הדין.

140 זו כפי הנראה עמדת הנשיא אדלר כפי שהיא באה לידי ביטוי בעניין שוואב, לעיל ה"ש 114, פס' 5 לפסק דינו.

141 בן-ישראל, לעיל ה"ש 108, בעמ' 37.

על הקבלנים הפרטיים. למעשה, קיים קשר, שכמובן אינו מקרי, בין שתי הדיסציפלינות בעניין זה, שכן אם תתגבש עילה לתביעה בנוזיקין, וכן יסתבר שיש לראות בעובדי הקבלן עובדי מדינה, אזי תקל הדרך לקבוע את אחריות המדינה כאחריות שילוחית לפעולתו של עובד ציבור.¹⁴² גם תמונת הראי עשויה להיות נכונה. באנגליה, למשל, ציין בית המשפט לערעורים, אגב אורחא, כי מעמד העובד משליך לא רק על זכויותיו, אף שאלו חשובות כשלעצמן.¹⁴³ והוא ממשיך:

An employer is vicariously liable for injury to others caused by an employee's carelessness, and is required by statute to insure against it; but an enterprise will have no such liability for harm done by somebody working for it who is not an employee.¹⁴⁴

בישראל, לעומת זאת, תמונת העולם פחות דיכוטומית. גם אם המדינה מצליחה להרחיק עצמה, די הצורך, מקביעה שעובדי הקבלן הם עובדיה שלה, אין בכך כדי למנוע כליל תביעה בנוזיקין בגין התרשלות בעבודתה כרגולטור של השירות המופרט.¹⁴⁵ חשבו על המצבים המטרידים האלה: חוסה נפטר בעת שהותו במעון לאנשים עם פיגור; אדם הלוקה בנפשו התאבד במסגרת מופרטת של דיור מוגן; תלמידים אשר לא חוסנו על ידי חברה פרטית (אשר הייתה מופקדת על חיסונם) לקו במחלה קשה. בכל המקרים הללו לא תהיה טענה שהמדינה חבה ישירות, אולם האם אפשר לקבוע אחריות עקיפה שלה בשל כישלון תפקידה כרגולטור?¹⁴⁶ ובמילים אחרות, האם קיים קשר בין סמכות הפיקוח לבין חובת הזהירות ברשלנות?¹⁴⁷

142 על בסיס ס' 13 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]; "אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית 419, 443–463 (ג' טדסקי עורך, מהדורה שנייה, התשל"ז); יואב דותן "האחריות הנוזיקית של עובד-הציבור המפעיל סמכויות של שיקול-דעת" משפטים טו 245, 275–276 (1985); אמנון רובינשטיין ודניאל פרידמן "אחריות עובדי ציבור בנוזיקין" הפרקליט כא 61, 75 (1965); ישראל גלעד דיני הנוזיקין – גבולות האחריות כרך שני 1195–1196 (2012).

143 217 [2004] EWCA (Civ) Dacas v Brook Street Bureau (UK) Ltd., 1196–1195 (2012).
144 שם.

145 נדגיש שענייננו כאן אינו באחריותה הכללית של הרשות בנוזיקין. לסוגיה זו ראו את הדיון הרחב והמקיף אצל גלעד, לעיל ה"ש 142, בפרק 11. למעשה, גם הסוגיה הצרה יותר, שעניינה אחריות הרשות בנוזיקין בשל פועלה כרגולטור (למשל אחריות המפקח על הביטוח למחדל של תאגיד ביטוח), רלוונטית רק על דרך ההיקש. שכן ענייננו במקרה שבו הרשות התקשרה בחוזה עם ספק לביצוע שירות ציבורי, והיא גם אמורה לפקח על פעולתו.

146 Freeman, *The Private Role*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 619.

147 ע"א 684/76 אייל נ' פוקסמן, פ"ד לא(3) 349, 360 (1977); ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לו(3) 757, 764 (1983).

בטרם נגיע לשאלת הרשלנות, חשוב לציין שתשובה מסויימת לשאלת אחריות המדינה כצד לחוזה מצויה בסעיף 15 לפקודת הנזיקין. הסעיף קובע כי, ככלל, [...] העושה חוזה עם אדם אחר, שאיננו עובדו או שלוחו, על מנת שיעשה למענו מעשה פלוני, לא יהא חב על עוולה שתצמח תוך כדי עשיית אותו מעשה". אולם הסעיף ממשיך וקובע כי הוראה זו לא תחול באחת מאלה:

- (1) [...]
- (2) הוא התערב בעבודתו של בעל חוזהו באופן שגרם לפגיעה או לנזק;
- (3) הוא הרשה או אשרר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק;
- (4) הוא היה אחראי מכוח חיקוק לעשיית המעשה שביצעו מסר לקבלן עצמאי.

אפשר לראות אפוא שהן ס"ק 2 והן ס"ק 3 הם מקרה מיוחד של דרישת הקירבה (proximity) המקימה את חובת הזהירות ברשלנות, וככזו מגבשת "יחסים מיוחדים" בין האזרח לבין הרשות, אף שביניהם נמצא ספק השירות.¹⁴⁸ עם זאת יש לשים לב שדרישות אלו גם יוצרות מסגרת תמריצים אשר מובילה לכיוון דומה למדי לזה שפורט לעיל: רשות ציבורית המתקשרת בחוזה עם ספק להספקת שירות ציבורי לא תחוב בנזיקין במקרה שהספק או מי מעובדיו גרם לנזק, אלא אם כן עובדי הרשות התערבו בפעולת הספק או אישרו את המעשה שגרם לנזק. מכאן משתמע, שוב, שככל שירחיקו עצמם עובדי הרשות מפעולת הספק, כך הבסיס לקביעה שהרשות תהיה מוגנת מפני אחריות בנזיקין טוב יותר.

לעתים כמובן סמכות הפיקוח היא סטטוטורית, ועל כן טבועה ברשות המינהלית ואינה ניתנת לצמצום בדרך של מניפולציה (קרי: על ידי הימנעות מפיקוח כדי להימנע מחבות). במקרים מסוג זה, קובע סעיף 15(4), תוטל אחריות בנזיקין גם אם הרשות לא פעלה, כיוון שהיה מצופה שתפעל והיה בכוחה לפעול. על פני הדברים, סעיף 15(4) עשוי היה להיות "הגביע הקדוש", אשר מייתר כל בחינה של ריחוק או קירבה של הרשות, במסגרת ביצוע בפועל או פיקוח על הקבלן. שהרי מה קל מלומר שהמדינה "אחראית" לתחום החינוך,¹⁴⁹ הבריאות¹⁵⁰ ולשירותי הרווחה (מכוח חקיקה מקיפה בנושא), גם כשהיא מוסרת את ביצוע הפעילות לקבלני משנה, ובכך אחראית בנזיקין במקרים שהקבלן גורם במעשיו לנזק כלשהו. והנה, באופן מעט מפתיע, הפסיקה הבוחנת סעיף זה בהקשר של מיקור חוץ של שירותים חברתיים כמעט אינה קיימת.¹⁵¹ למעשה,

148 גלעד, לעיל ה"ש 142, בעמ' 1058.

149 מכוח חוק לימוד חובה, התש"ט-1949 וחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953.

150 מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

151 התייחסות אגבית מצויה בסוף פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן אשר עוסק במכרז למיקור חוץ של שירותי בריאות התלמיד. ראו בג"ץ 5012/97 מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה בע"מ נ' משרד

כפי שנראה מסקירת הפסיקה להלן, גם כאשר מתעוררת סוגיה המצויה בלב מערכת החינוך או הרווחה, בית המשפט נמנע מ"דרך הקיצור" של סעיף 15(4) ובוחר בנתיב הארוך של הוכחת מעורבות המדינה בהספקה, בייצור או בפיקוח הדוק.

מכאן שיש צורך להרחיב מעט את היריעה, ולבחון את אחריות המדינה ברשלנות בשל פועלה כרגולטור.¹⁵² כאן נמצא שאף שהפסיקה אינה חד־משמעית באשר לתנאים לקיום האחריות, סוגיית השליטה (הפורמלית או המעשית) של המדינה על אספקת השירות תמיד מקבלת ביטוי. בפרשת לוי נקבע כי קשה להכיר ב"קירבה" בין הצדדים מקום שבו הקשר בין השלטון לאזרח מתמצה בפיקוח בלבד, וקל יותר להכיר ב"קירבה" כזו מקום שהפעילות השלטונית כוללת בחובה [...] לא רק פיקוח כי אם גם שליטה על מהלך האירועים ועל נקיטת האמצעים הנדרשים.¹⁵³ ישראל גלעד מבהיר כי אף שהגישה המצמצמת של הלכת לוי עודנה ניכרת בפסיקה, הרי שנראה שאנחנו כבר בעיצומה של תקופה חדשה, בה ניכרת הרחבה של אחריות המדינה.¹⁵⁴

פסק דין אשר, כפי הנראה, משקף את העידן של האחריות המרחיבה ניתן בעניין עיריית חיפה. במקרה זה הוטלה אחריות על רשויות ניקוז, על עיריות ועל המדינה על שלא מנעו נזקי רכוש שנגרמו משטפונות שנבעו מכמות חריגה של משקעים.¹⁵⁵ בית המשפט קבע, למעשה, כי האחריות על העירייה ועל המדינה תוטל כיוון ש"מדובר בפיקוח הדוק ביותר אשר אף אם אינו מגיע כדי שליטה בפעילותן של רשויות הניקוז [...] די בה ברמת פיקוח זו כדי לבסס יחסי 'שכנות' ו'קירבה' בין המדינה כמפקחת ובין

הבראות, פ"ד נב(1) 49, 74 (1998). בתי המשפט נדרשים לסעיף זה, אם כי לא תכופות, בהקשר של אחריות המדינה לתשתיות ולנזקים שנגרמו לתשתיות על ידי קבלנים. ראו למשל ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד סב(1) 803, פס' 35 לפסק דינו של השופט לוי (2007); ת"א (מחוזי נצ') 682/95 מוסא נ' מדינת ישראל – משרד המסחר והתעשייה (פורסם בנבו, 19.6.2003); פסיקה זו אושרה בע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, פ"ד סא(3) 603, פס' 2, 4 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2006) (אף שהערעור נסב רק על סוגיית הפיצויים, ולא על שאלת האחריות). ייתכן בהחלט שהימנעות הפסיקה מלהשתמש בסעיף זה נובעת מכך שבתחום השירותים החברתיים קשה לקבוע את אחריותה של המדינה "מכוח חיקוק" לבצע את המעשה. למעשה, עמדות מסוג זה נשמעו לעתים במסגרת טענה כללית שלפיה למדינה אסור לבצע מיקור חוץ של שירותים שונים, שכן היא מחויבת לעשותם בעצמם. טענות אלו, כידוע, נדחו על ידי בית המשפט כלאחר יד.

152 יש לציין, שוב, שאין מדובר במקרים של הפרטה חלקית של שירותים, ועל כן הם נעדרים את הממד החוזי ואת ממד המימון המאפיינים את תופעת ההפרטה החלקית.

153 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 69 (1994).

154 גלעד, לעיל ה"ש 142, בעמ' 1031; למסקנה חריפה יותר, שלפיה [...] נטיית בתי המשפט הישראליים לכיוון הרחבת אחריותם של נתבעים ציבוריים ברורה ואינה שנויה במחלוקת", ראו תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק" הפרקליט נא 443, 470 (2011).

155 ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.5.2006).

הניזוקים הרלוונטיים¹⁵⁶. בדומה, בפרשת עיריית ירושלים נ' מימוני קובע הנשיא (בדימ') ברק את אחריות עיריית ירושלים לנזקו של רוכב אשר נפגע במהלך רכיבה בחוות סוסים אשר פעלה בלא רישיון.¹⁵⁷ בבחינת חובת האחריות המושגית קובע הנשיא ברק כי לא די בסמכות הסטטוטורית המוטלת על העירייה כדי להטיל חבות בנזיקין, אלא יש לבחון, בנוסף אליה, גם "שליטה, פיקוח, כוח, הסתמכות וצפייה" של הרשות בעסק הנתון לפיקוח.¹⁵⁸ יתר על כן, בבחינת חובת הזהירות הקונקרטית מציין הנשיא ברק כי העירייה יודעה על התנהלות החווה, כי הפקחים ביקרו בה וכי מסיבות אלו היה עליה לצפות את הנזק.

נסיים סקירה זו בשני פסקי דין אשר נראים קרובים יותר לענייננו, שכן הם עוסקים בסיטואציות שבהן המדינה מממנת את הספקת השירות הציבורי, ובמקרה הראשון – אף מתקשרת בחוזה עם ספק פרטי.

בעניין שתיל התקבלה תביעה לאחריות המדינה בגין נזקים שנגרמו לפרחים בשל מליחות יתר של המים אשר סיפקה מקורות.¹⁵⁹ השופט לוי ביסס את "יחסי השכנות הדרושים לגיבושה של חובת זהירות" של המדינה על כך שלא רק שהמדינה הייתה מחויבת בפיקוח הדוק על פי דין, אלא על כך שתפקידה, לגופו של עניין, "[...] חרג במידה ניכרת ממלאכת הפיקוח גרידא" שכן המדינה הייתה "[...] שחקן מרכזי בפרשה, ממד השליטה שנלווה לפעולותיה, וההסתמכות שיצר המצב שהציגה, כולם מקימים את יחסי השכנות הדרושים לגיבושה של חובת זהירות".¹⁶⁰ בעניין אל קאדר¹⁶¹ קיבל השופט עמית את הטענה בדבר אחריותם של משרד החינוך ושל עיריית טייבה לפגיעה בתלמיד בשיעור ספורט, לאחר ששער כדורגל ניתק וקרס עליו. אחריותה של העירייה התגבשה על רקע העובדה שהיא ערכה בדיקה כנדרש, הייתה מודעת לליקויים הרלוונטיים אך התרשלה בתיקונם.¹⁶² מצב עובדתי דומה שרר גם כאשר לחבות משרד החינוך, וכאן הנמקת בית המשפט חשובה עוד יותר לענייננו. השופט עמית קבע כי אף שהוא אינו סבור שיש להרחיב את אחריות משרד החינוך לכל ליקוי בטיחותי בכל בית ספר בארץ, "[...] משקיימה הרשות הציבורית פיקוח ומצאה ליקויים ואף התריעה על הליקויים, שומה עליה לעקוב ולוודא כי הליקוי תוקן".¹⁶³ השופט עמית מצטט בהסכמה את מאמרו של יואב דותן, ולפיו "לעיתים קרובות הרשות מחויבת בנזיקין לאחר

156 שם, פס' 38 לפסק הדין.

157 ע"א 10668/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (פורסם בנבו, 14.12.2006).

158 שם, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

159 עניין שתיל, לעיל ה"ש 151.

160 שם, פס' 41.

161 ע"א 7008/09 עבד אל רחים נ' עבד אל קאדר (פורסם בנבו, 7.9.2010).

162 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט עמית.

163 שם, פס' 31 לפסק דינו של השופט עמית.

שקיימה פיקוח בתחום הרלוונטי והתריעה על הליקויים, אך אלה לא תוקנו, והרשות לא אכפה את יישום מסקנות המפקח מטעמה".¹⁶⁴

לסיכום נקודה זו: קיימים מקרים ספורים בלבד שבהם רשויות נתבעות בגין אחריות למחדלים שנגרמו במוסדות פרטיים הממלאים בשבילן תפקיד ציבורי, וגם אלו מסתיימים, כך נראה, בפשרה. עם זאת סקירת המקרים שבהם הרשויות נתבעות בגין אי-מילוי תפקידן כרגולטור מצביעה על חשיבות דרישת הקרבה, או "היחסים המיוחדים", בין הרגולטור לבין הניזוק, כדי לגבש את האחריות. גם דרישה סטטוטורית לפיקוח, אשר מאפיינת שירותים ציבוריים לא מעטים, אינה מספיקה כדי להקים את האחריות. בתי המשפט בוחנים את פעילות הרשות במקרה הקונקרטי ומצדיקים את השתתפות האחריות (אם כך נדרש) בכך שהרשות פעלה, הלכה למעשה, באופן רשלני: היא בדקה ולא יישמה; ידעה על המחדל אך לא תיקנה אותו; נציגיה היו בישיבות הרלוונטיות אך לא מילאו את המצופה מהם. אף שאין לומר בשלב זה שקיימים ממצאים אמפיריים בדבר קשר סיבתי בין תשתית משפטית זו לבין הרצון לבצע את המינימום ההכרחי, אנו רואים לנכון להפנות את תשומת הלב לשני מקרים שיש בהם כדי להצביע על החשש המובע כאן.

המקרה הראשון התעורר במסגרת תביעה של זוגות אשר הפסידו כספים רבים לאחר התמוטטות עמותה אשר פעלה בתחום האימוץ הבין-לאומי.¹⁶⁵ התובעים ביקשו שבית המשפט יקבע את אחריות משרד הרווחה בשל כשלי הפיקוח שאפשרו את התמוטטות העמותה. התובעים ביקשו להוכיח שמדובר בהפרטה חלקית "בלבד", או בהפרטה "עם אסדרה", ואילו נציגת משרד הרווחה הסבירה כי לשיטתה תפקיד המדינה "[...] מתמצה לכל היותר בפיקוח על כספי הערכות".¹⁶⁶ מדברי נציגת משרד הרווחה משתמעת ההבנה שככל שתרחיק עצמה מהפיקוח על הפעילות השוטפת של העמותה, כך תקטין את הסיכון שהמדינה תחוב בנזיקה של התובעים.

המקרה השני בא לידי ביטוי בריאיון שערך אחד מכותבי מאמר זה עם אחד מבכירי משרד הרווחה. מהריאיון עולה שבמקרה של מחדל חמור מצד הקבלן לא זו בלבד שמדינת ישראל תעשה כל שביכולתה כדי להימנע מלהיתפס כצד הנתבע, היא למעשה תצטרף לניזוקים בתביעה נגד הקבלן(!)¹⁶⁷ לדוגמה, חוזה ההתקשרות של מעונות הפנימייה לאנשים עם פיגור קובע כי "המפעילים [הקבלן] מצהירים כי הם האחראים לחוסים ולבטחונם במשך כל תקופת שהותם במעון. והם יהיו האחראים לכל נזק או

164 שם; דותן, לעיל ה"ש 142, בעמ' 276 (ההדגשה הוספה – אפ"פ ור"מ).

165 ת"א (מחוזי ת"א) 1113/04 ש.ג. נ' מדינת ישראל – משרד הרווחה (פורסם בנבו, 20.3.2011).

166 שם, פס' 17, וכן ראו פס' 19, 20 לפסק הדין.

167 ריאיון של רונן מנדלקרן עם מר גדעון שלום, לשעבר מנהל שירות הפנימייה באגף לטיפול באדם המפגר במשרד הרווחה והשירותים החברתיים (19.6.2008) (להלן: ריאיון עם גדעון שלום).

פגיעה בחוסים מכל סוג שהוא¹⁶⁸. לשון אחרת – המדינה למעשה אינה רואה עצמה אחראית לפקח על אסדרת השירות במובן האמיתי והמלא. במקום זאת היא רואה עצמה צרכן של השירות, לקוח, בעלת מעמד זהה לזה של האזרח או לכל היותר – צד לחוזה אשר לא קיבל את השירות אשר נדרש על פי החוזה.¹⁶⁹ חלק זה עסק בעיקר באופנים שבהם מערכת המשפט מעודדת את המדינה להגביל – או לצמצם – את היקפם ועומקם של ההסדרה והפיקוח של השירותים המופרטים. החלק הבא דן באופן שבו יחסי התלות והכוח שאפשר שייווצרו בין המדינה לקבלנים, לטובת הקבלנים, עשויים להגביל את יכולת המדינה לנקוט צעדי ניהול ופיקוח גם כאשר היא תרצה בכך.

ד. מ"ניהול מדינתי" ל"הפרטה החלקית של הניהול" – מערך יחסי העוצמה בין המדינה לקבלנים

היבט נוסף של ההתקשרות בין המדינה לקבלני שירות הוא מערך יחסי התלות בין המדינה לבין הקבלנים, שממנו נגזר מערך יחסי העוצמה בין הצדדים והמסגרת המוסדית שבה נתונים יחסים אלו. טענתנו המרכזית בחלק זה של המאמר היא שמאפייניהם של שירותים ציבוריים עשויים, במצב של הפרטה חלקית, ליצור תלות של המדינה בקבלן השירות באופן שיגביל את עוצמתה ואת סמכותה באשר לניהול היבטים מרכזיים של השירות. נוסף על כך, דווקא חיזוק תפקידו של בית המשפט כרגולטור, במצב של הפרטה חלקית, עשויה לתרום גם היא להגברת עוצמתם של קבלני השירות. מצב זה נוגד את הנחת היסוד הבסיסית של הפרטה חלקית או מיקור חוץ של שירותים, שלפיה גם בהפרטה חלקית המדינה משמרת סמכויות בלעדיות באשר לניהול השירות. כמו כן, כללי המשחק של שוק הספקת שירותים ציבוריים עשויים גם הם להשפיע על מצב יחסי התלות, כלומר להחריפו או למתנו.

1. שירותים ציבוריים והדינמיקה של העברת עוצמה לקבלנים

באמצעות סקירת אותם מאפיינים של שירותים ציבוריים שעשויים לתרום להעברת עוצמה לידי הקבלנים מתבררת הדינמיקה שעומדת מאחורי העברת העוצמה והסמכויות

168 סעיף 5 לחוזה התקשרות לדוגמה נמסר למחברים על ידי מר אבנר זקן, סגן מנהלת האגף לטיפול באדם המפגר במשרד הרווחה (5.10.2008). ס' 28 מוסיף וקובע כי "מוצהר בזה במפורש כי המפעילים בלבד אחראים לכל נזק ו/או אובדן אשר יגרם לכל אדם או תאגיד או רכושם כתוצאה מקיום, תפעול, ניהול ואחזקת המעון וכל הפעולות הנובעות או כרוכות מכך".

169 באנגליה מונעת החקיקה מהמדינה לחסות בצלו של החוזה כדי להימנע מחבות כלפי מקבלי השירות: Deregulation and Contracting Out Act, 1994, c. 40, § 72, sch. 72(2) (Eng).

לעיל מהמדינה לקבלני השירות. סקירה זו יכולה לשמש בסיס להבחנה בין סוגים שונים של שירותים ציבוריים ולמידת הסבירות שהפרטה חלקית שלהם אמנם תביא להעברת עוצמה ניהולית לקבלני שירות. הסקירה שתובא להלן מתבססת במידה רבה על המחקר הכלכלי המקובל – בפרט בתחום כלכלת עלות העסקה (transaction cost economics). אולם היא מבוססת גם על הנחת ה־"contested exchange", שלפיה במסגרת האינטראקציה בין שחקנים בשוק אפשר שיהיו גם יחסי כוח ולא רק, כפי שמניחה הכלכלה הנאורקלאסית, יחסי חליפין בין שחקנים שווים (free exchange).¹⁷⁰ בהינתן הנחה זו, חוזה אינו רק כלי פורמלי מופשט. אופן יישומו במסגרת ניהולם של שירותים ציבוריים ומידת האפקטיביות שלו ככלי ניהולי יהיו תלויים ביחסי העוצמה שבין שני הצדדים לחוזה.¹⁷¹

כפי שכבר ציינו לעיל, במשטר של שירותים ציבוריים מופרטים המכרו והחווה הם הכלים המרכזיים של ניהול השירות המופרט. ג'ודי פרימן מפתחת את תפקיד החוזה בתוך מארג השירותים המופרטים ורואה בו לא רק כלי משפטי-קונקרטי אלא גם מטפורה למערכת יחסים ארוכת טווח שמכוננת את הסכמות היסוד של הצדדים ובו בזמן מאפשרת את השינויים בהעדפותיהם.¹⁷² למעשה, היא אומרת, "המערכת החוזית" כוללת גם הסכמות מפורשות ומשתמעות שהן רחבות מהחוזה המקורי ופרשנויות של הוראות חוזיות שהן תוצר של פעולות הצדדים בשטח. תיאור זה נראה קרוב למדי לתופעת "חוזה היחס" (relational contract) אשר פיתח איאן מקניל (Macneil).¹⁷³ מקניל הסביר שהאפקטיביות של החוזה כמכניזם ממשלי (governance mechanism) תלויה בכמה מאפיינים, ובהם גמישות (הימנעות מיישום קפדני), הדדיות (reciprocity) – חילופין לתועלת משותפת) וסולידריות (הרחבת ההדדיות אל מערכת היחסים בין הצדדים ככל שחולף הזמן).

ברם, מקניל מדגיש בבירור שעל מאפיינים אלו, ה"רכים" יותר, לחבור למסגרת קשיחה הכוללת כמה מאפיינים נוספים – ואולי אף להיסמך עליה. החשוב שבהם הוא ההבדלה (discreteness). מאפיין זה בא לידי ביטוי, באופן אידאלי, במצב שבו קיים ניתוק בין התקשרות הצדדים לבין כל התרחשות שקדמה לה או שבאה בעקבותיה.¹⁷⁴ אף שיעד זה אינו ניתן להשגה בשלמותו, חשיבותו כאדיאל אינה ניתנת לערעור. בהיעדר כל הבחנה בין המסגרת הפורמלית לבין מערכת היחסים בין הצדדים הופכת ההתקשרות

Samuel Bowles & Herbert Gintis, *The Revenge of Homo Economicus: Contested Exchange and the Revival of Political Economy*, 7 J. ECON. PERSP. 83 (1993).

Grimshaw, Vincent & Willmott 171, לעיל ה"ש 83, בעמ' 477.

Freeman, *The Private Role* 172, לעיל ה"ש 12, בעמ' 574–571.

IAN R. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS* 64–70 (1980).

שם, בעמ' 60.

ההדדית לאשליה גרידא.¹⁷⁵ אל ההבדלה מתווספים עוד מאפיינים, ובהם תכנון (planning), אשר מפחית את חוסר הוודאות באשר להתפתחויות עתידיות; הסכמה כבסיס לחיובים; הגבלת מרחב הבחירה העתידית על יסוד ההסכמות שהושגו; שלמות התפקידים (role integrity) אשר תשמור על יציבות באשר לתפקידים החברתיים; הגדרת מערכת יחסי הכוחות – מי כפוף למי; לגיטימיות האמצעים שאפשר שיינקטו.¹⁷⁶ בהיעדר תנאי סף קשיחים אלו, הבהיר מקנל, היחסים החוזיים אינם ראויים לשמם ככאלו. עם זאת, מרוח הדברים משתמע שהתוויית מסגרת חוזית-משפטית לפי הכללים האמורים, המגשרת בין כללים נוקשים לגמישות וערכים "רכים", צפויה להוביל לתוצאות חיוביות.

ברם, ניתוח אנליטי זה אינו מביא בחשבון את האינטרסים הפרטיקולריים של הצדדים לחוזה. אין חוזה עבודה סטנדרטי (שהוא מקרה פרדיגמטי של חוזה יחס)¹⁷⁷ דומה להתקשרות עסקית ארוכת טווח, ואין שני אלו דומים ל"חוזי רשות" המבקשים להסדיר הספקתם של שירותים ציבוריים,¹⁷⁸ כדוגמת אלו מושא דיוננו. מאפייניהם של שירותים ציבוריים – או לפחות של חלקם – הם הסיבה הבסיסית שבגללה לא תוכל המדינה – במקרים הרלוונטיים – להפעיל עוצמה ניהולית וסמכות בלעדית בעניינם. בכך אנו מכוונים לכך שמקבלי השירות הם חלק מ"גורמי הייצור" של שירותים (זאת בניגוד למוצרים רגילים); לקיומה של מחויבות חוקית של המדינה בדבר השירות, שהיא שונה מהותית מהמחויבות החוזית של קבלן השירות; לייחודיותם של שירותים ציבוריים ולהיעדרו של שוק "רגיל" שבו הם מסופקים; להיותם ארוכי טווח וכרוכים באי-ודאות בטווח הארוך.

טענתנו היא שכאשר מאפיינים אלו מתקיימים בשירות ציבורי כלשהו, הרי שהם עשויים להגביל בפועל את סמכות הניהול הבלעדית של המדינה, משום שיש בהם כדי לגרוע באופן דרמטי מיכולתה של המדינה להחליף בפועל קבלן שירות. במילים אחרות, מאפיינים אלו של שירותים ציבוריים עשויים לצמצם את האיום התחרותי על הקבלנים. במצב זה, כפי שיובהר להלן, ההתקשרות החוזית אינה משקפת עוצמה בלעדית של המדינה באשר לשירות, אלא יוצרת "כבילה א-סימטרית" (asymmetric lock-in) של המדינה באשר לקבלן השירות. כבילה א-סימטרית משקפת מצב שבו לאחד הצדדים

PETER VINCENT-JONES, THE NEW PUBLIC CONTRACTING: REGULATION, 175 RESPONSIVENESS, RELATIONALITY 263 (2006).

176 להרחבה ראו Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1973).

177 ראו למשל Katherine Van Wezel Stone, *Policing Employment Contracts Within the Nexus-of-Contracts Firm*, 43 U. TORONTO L.J. 353, 362 (1993); Guy Davidov, *The Principle of Proportionality in Labour Law and its Impact on Precarious Workers* (unpublished manuscript) (on file with author).

178 שלו חוזי רשות בישראל, לעיל ה"ש 36; ברק, לעיל ה"ש 33.

להתקשרות אינטרס או צורך חזק יותר מאשר לצד השני להמשיך בהתקשרות, ונובעת ממנה עוצמה חזקה יותר של הצד שתלוי פחות בהמשך קיום ההתקשרות.¹⁷⁹ כבילה זו היא הבסיס ליכולתו של קבלן השירות להשפיע על ניהול השירות בפועל בשל העוצמה שהוא נהנה ממנה במצב זה לעומת המדינה, וממילא פוגעת בסמכות הניהול הבלעדית של המדינה.

(א) שירותים הם לא מוצרים/טובין

בשנים האחרונות מכירה הספרות הכלכלית, ובמידה מוגבלת מאוד גם הספרות המשפטית,¹⁸⁰ בהיותם של שירותים שונים מהותית מטובין רגילים בכך שמקבלי השירותים הם חלק מ"גורמי הייצור" של השירותים. במילים אחרות, השירות מיוצר בתהליך של יחסי גומלין בין ספק השירות לבין מקבלי השירות. לפיכך, מקבלי השירותים הם חלק מ"תהליך הייצור", לפחות במובן זה שנדרשים ההסכמה ושיתוף הפעולה שלהם, ולעתים גם ההשתתפות הפעילה שלהם.¹⁸¹

מלבד הצורך בהכרה בשוני זה שבין רכישת טובין לרכישת שירותים, שנדמה שיש להקדיש לו תשומת לב רבה יותר בתהליכי ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים, אפשר שהוא ישליך גם על יכולתה של המדינה להחליף קבלן שירות כלשהו. ראשית, שוני זה משליך על עלות ההחלפה של ספק שירות, שתהיה גבוהה יותר מאשר במקרה של החלפת מוצר. במסגרת שירותית מעורב תהליך של התאמה בין ספק השירות החדש למקבלי השירות שקל יותר לכמת את עלויותיו (כדוגמת משך הזמן שנדרש לצורך תהליך ההתאמה הזה) בצד עלויות שקשה יותר לכמתן (כדוגמת המשאבים הרגשיים שנדרשים מצד מקבלי השירות). שוני זה משליך גם על רמת אי-הוודאות שכרוכה בהחלפתו של קבלן שירות, מכיוון שאי אפשר לדעת בוודאות מה יהיה טיב האינטראקציה שבין ספק מסוים ללקוח או לקוחות חדשים גם אם יש לנו אינדיקציות לגבי אינטראקציה מוצלחת בין אותו ספק ללקוחות אחרים בעבר. נציין כי מידה מסוימת של יחסי גומלין בין מקבלי שירות לספקי שירות קיימת בכל סוגי השירותים, אולם היא בולטת במיוחד בשירותים

Chris Lonsdale, *Post-Contractual Lock-in and the UK Private Finance Initiative (PFI)*: 179
The Cases of National Savings and Investments and the Lord Chancellor's Department, 83
 PUB. ADMIN. 67 (2005). לונסדיל מציין כי אף שתופעת ה"כבילה" של הממשלה לזכיון זכתה
 להתייחסות במסגרת ספרות "כלכלת עלות העיסקה", הספרות אינה מתייחסת להשפעה של יחסי
 העוצמה בין הצדדים לחוזה. כמו כן, כפי שיובהר מהדיון להלן, ההבחנה בין מצב שבו חוזה הסתיים
 פורמלית ועומד בפני הארכה לבין מצב שבו חוזה טרם הסתיים היא לא מהותית בהקשר זה.
 Einat Albin, לתרומה חשובה לדיון בדבר הייחוד של תחום השירות, בהקשר של יחסי העבודה, ראו
Labour Law in a Service World, 73 MODERN L. REV. 959 (2010).
 Peter Hill, *Tangibles, Intangibles and Services: A New Taxonomy for the Classification of*
Output, 32 CANADIAN J. ECON. 426 (1999); Jean Gadrey, *The Characterization of Goods*
and Services: An Alternative Approach, 46 REV. INCOME & WEALTH 369 (2000).

חברתיים שמושתתים על אינטראקציות בין-אישיות וחברתיות, כמו חינוך ושירותי רווחה. בשירותים מסוג זה החלפה של ספקי שירות עשויה להיות כרוכה בעלויות רגשיות, שכמובן קשה מאוד לכמתן אף על פי שהן עשויות להיות כבדות משקל.¹⁸²

(ב) המחויבות החוקית של המדינה שונה מהותית מהמחויבות החוזית של הקבלן חלק ניכר מהשירותים הציבוריים מסופקים באחריות המדינה מתוקף מחויבות חוקית ומהותית להספקת השירות. מחויבות זו שונה שינוי יסודי מהמחויבות החוזית של קבלן שירות כלשהו שנשכר לצורך הספקתם. דמיינו, לדוגמה, מצב של הפרטה חלקית של בית סוהר שבמהלכו מחליט קבלן לסגור את בית הסוהר שהוא מפעיל. גם בהנחה שהפרטה מסוג זה של חוזה ההתקשרות מוגדרת הפרה קשה וגוררת קנס כבד, ההשלכות מבחינתו של קבלן השירות הן כלכליות בעיקרן. אולם ההשלכות מבחינתה של המדינה תהיינה כבדות יותר, ובעיקר שונות במהותן, ולכן לא ברור כלל אם אמנם יהיה אפשר לכמתן. הפסקת פעולתו של בית סוהר תהווה פגיעה חריפה במחויבויות החוקיות והחוקתיות של המדינה. גם אם החוזה משית עלויות כלכליות כבדות על קבלן השירות, עדיין ייתכן שתחשיב כלכלי במצבים מסוימים יביא אותו להפסיק את הספקת השירות, אפשרות שיש להניח שהמדינה אינה יכולה להרשות לעצמה כלל, שכן התרחשותה עלולה לגרור מחירים כבדים במונחי לגיטימציה פוליטית וסדר חברתי.¹⁸³

הפער בטיב המחויבות לשירות קשור לשאלת המוניטין של הצדדים להתקשרות. לפי תאוריית כלכלת עלות העסקה (transaction cost economics), המוניטין של שני הצדדים לעסקה הוא מרכיב מרכזי בתפקוד של חוזים לטווח ארוך. רצונם של שני הצדדים לשמור על המוניטין שלהם אמור לתמרץ אותם לפעול לטובת קיום ההתקשרות באופן שיוסיף לשרת את האינטרסים של שני הצדדים.¹⁸⁴ אבל ההנחה הזו תלויה בהיות חשיבותו של המוניטין שווה לשני הצדדים. כאשר צד אחד מוטרד פחות משיקולי מוניטין משום שהוא מניח שמוניטין גרוע ישפיע עליו פחות, או שיש סיכוי נמוך יותר שתפקוד גרוע שלו ייחשף, השפעתו של החשש לפגיעה במוניטין על התנהלותו תהיה נמוכה יותר.

182 כך לדוגמה מדווחים עובדים סוציאליים על אובדן האמון של נערים ונערות שחוו החלפות חוזרות ונשנות של ספקי שירות בתחום קידום הנוער. ראו אמיר פז-פוקס וענבל שלוסברג "מה שומר על השומרות? עובדים סוציאליים בעידן של הפרטה" ביטחון סוציאלי 90, 221 (2012).

183 וסט וקרי דנים בסיטואציה דומה שאמנם התרחשה במסגרת הפרטה חלקית של מוסדות חינוך בבריטניה. ראו Anne West & Peter Currie, *The Role of the Private Sector in Publicly Funded Schooling in England: Finance, Delivery and Decision Making*, 36 POL'Y & POL. Will Woodward, *How Schools Learned a Hard Lesson on the Private Sector*, THE GUARDIAN (Apr. 30, 2003), www.guardian.co.uk/uk/2003/apr/30/zpolitics.schools.

184 Charles W. L. Hill, *Cooperation, Opportunism, and the Invisible Hand: Implications for Transaction Cost Theory*, 15 ACAD. MGMT. REV. 500 (1990).

לפיכך עוצמתו של צד זה לחוזה ביחס לצד השני תהיה רבה יותר.¹⁸⁵ השוני בין המחויבות החוקית והחוקתית של המדינה בהספקת שירותים ציבוריים מסוימים (כלפי אזרחיה) לעומת המחויבות החוזית של קבלן השירות (כלפי המדינה) מעלה את השאלה מי ישלם את המחיר, במונחי מוניטין, על אי-עמידה של קבלן השירות בתנאי ההתקשרות – הקבלן או המדינה, ובאיזו מידה.

(ג) ייחודיותם של שירותים ציבוריים

שירותים ציבוריים רבים הם ייחודיים, והמשלה היא ה"לקוח" העיקרי או היחיד שמעוניין לרכוש אותם. ייחודיות השירות הממשלתי נובעת מאופיו (מוקד חירום של הביטוח הלאומי, לדוגמה) או מהיקפיו הגדולים (חלוקת ערכות מגן לכלל האוכלוסייה, לדוגמה). שירותים ציבוריים שהם ייחודיים "נתפרים" למעשה לפי מידות הממשלה, שכן בשונה ממוצרי "מדף" סטנדרטיים, הם אינם קיימים מלכתחילה בשוק.¹⁸⁶ במקרים רבים שירותים מסוג זה מחייבים גם השקעה ייחודית לשם הקמתם (asset specificity).¹⁸⁷ ייחודיותם של שירותים ציבוריים משליכה גם על עלותה של החלפת קבלן שירות (switching costs), כלומר על השאלה כמה משאבים נדרשים כדי למצוא קבלן שירות חדש ולכונן מחדש התקשרות חוזית, מהי עלות ההעברה של השירות מהקבלן הנוכחי לקבלן החדש ומהו משך הזמן שנדרש מהקבלן החדש להגיע לרמת שירות נאותה.¹⁸⁸ עלות גבוהה יותר של החלפת קבלן שירות צפויה להגביר את תלותה של המדינה בקבלן השירות הקיים.

(ד) שירותים ציבוריים הם ארוכי טווח ומאופיינים בחוסר ודאות בטווח הארוך

יכולתו של הספק לנצל לטובתו מצבים של עלויות החלפה גבוהות – בשל ייחודיות השירות המסופק ומהסיבות האחרות שצוינו לעיל – תגבר ככל שמדובר בשירות שהוא ארוך טווח ושיש בעניינו אי-ודאות. זאת משום שבשירותים כאלו צפויים להתקיים יותר מצבים של משא ומתן מחודש על החוזה, שבהם הספק אמנם יוכל לנצל את כוחו העדיף

185 Grimshaw, Vincent & Willmott, לעיל ה"ש 83, בעמ' 497–498.

186 Salamon, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1665.

187 Lonsdale, לעיל ה"ש 179; SCLAR, לעיל ה"ש 73; Hugh Mosley & Els Sol, *Contractualism in Employment Services: a Socio-Economic Perspective*, in CONTRACTUALISM IN EMPLOYMENT SERVICES: A NEW FORM OF WELFARE STATE GOVERNANCE 1, 3–4 (Els Sol & Mies Westerveld eds., 2005).

188 ראו גם Brown, Potoski & Van Slyke, לעיל ה"ש 73, בעמ' 325. דוגמה מההקשר הישראלי מספק מבקר המדינה, שמציין כי הפסקת ההתקשרות של משרד הרווחה עם עמותה שהתגלה שהיא חדלת פירעון הביא להפסקה של כשנה בהספקת שירותי סיוע לחירשים (מבקר המדינה (2005), לעיל ה"ש 8, בעמ' 748–749).

לטובתו.¹⁸⁹ זאת בין השאר משום שהגדרת השירות ומרכיביו עשויים לאורך זמן להשתנות ולהתעדכן לאור מגוון משתנים, בכללם שינויים חברתיים או הצטברות ידע חדש. במצב שקיימת בו תלות של המדינה בקבלנים, אם במצב של חידוש התקשרות ואם במהלך התקשרות קיימת, משא ומתן מחודש יכול להתרחש גם בנושא עדכון מרכיבי השירות (ולא רק המחיר שלהם).¹⁹⁰

מסקנתנו היא שמאפיינים אלו של השירותים הציבוריים מצמצמים את האיום התחרותי כלפי הקבלנים, ולפיכך יוצרים, או מגבירים, את תלות המדינה בקבלנים. תלות זו מביאה להתבססות עוצמתם של הקבלנים ביחס למדינה. עוצמה זו מאפשרת לקבלנים חלק נכבד בניהול השירות ולא רק בהוצאתו לפועל. לפיכך באותם שירותים שמתקיימים בהם המאפיינים שצוינו לעיל, ובייחוד באותם שירותים שמתקיימים בהם מאפיינים אלו בדרגה גבוהה,¹⁹¹ ניהול השירות בפועל יתבצע על ידי המדינה והקבלנים. אין בכך כדי לומר שהמדינה תאבד בהכרח את כל עוצמתה ואת סמכויותיה בניהול השירות. אולם גם העברה חלקית, ובוודאי העברה נכבדת, של סמכויות ניהול עומדת בניגוד להנחות היסוד של ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים שצוינו בראשית הדברים.

משמעות האמור לעיל היא אחת המסקנות החשובות של מאמר זה: שינוי יחסי התלות והעברת עוצמה לקבלנים מביאים ליצירת פער ניכר בין ההתקשרות הפורמלית לבין האופן שבו תמומש התקשרות זו בפועל. אמנם באפשרות המדינה לכלול בחוזה ההתקשרות מרכיבים שיבטיחו לכאורה הימנעות ממצב של כבילה א-סימטרית כמתואר לעיל, וייתנו בידיה כלים שיאפשרו לה לצמצם את המחירים הכרוכים בהפסקת ההתקשרות.¹⁹² אולם הדינמיקה כאן מעידה שעורכי דין אינם יכולים לשלוט בדינמיקות מוסדיות. אפילו ניסוח מורכב, מדויק, פתלתל ומחושב לא ימנע את שינוי יחסי התלות והעברת העוצמה המתוארים. שינויים אלו יביאו לכך שבמצבים מסוימים מחיר הפסקת ההתקשרות יהיה גבוה כל כך, ואף קשה לכימות מבחינה כלכלית, עד כי ההגנה של מנגנונים כאלו על האינטרסים של המדינה תהיה מוגבלת מאוד.¹⁹³ לפיכך כפי שלונסדיל מדגיש, קיים הבדל בין הסטטוס המשפטי-פורמלי של היחסים בין הצדדים לחוזה לאופן הפורמלי שבו מוגדרות אפשרויותיו של כל אחד מהצדדים לצאת מהיחסים הללו או לנקוט צעדים נגד הצד השני, לבין היכולת המעשית לממש אפשרויות אלו.

189 Lonsdale, לעיל ה"ש 179, בעמ' 72–73.

190 Grimshaw, Vincent & Willmott, לעיל ה"ש 83, בעמ' 492; West & Currie, לעיל ה"ש 183, בעמ' 204.

191 ברור לדוגמה שאין דינם של שירותי חינוך כדינם של שירותי רישוי רכב בהקשר של מעורבות הלקוחות בייצור השירות.

192 לדוגמה, דקל, לעיל ה"ש 75, דן במגוון רחב של מנגנונים שאפשר להשתמש בהם בהפרטת שירותים חברתיים, ובכללם מנגנון הפרדות, מנגנון הארכת חוזה, מנגנון פתרון סכסוכים ומנגנון הכנסת שינויים.

193 Lonsdale, לעיל ה"ש 179, בעמ' 74–75.

בתנאים של כבילה א-סימטרית הסטטוס המשפטי-פורמלי עלול להיות במידה רבה אקדמי, או תאורטי, בלבד.¹⁹⁴

2. השלכות מבנה שוק ההספקה של שירותים ציבוריים

השפעת המאפיינים שצוינו לעיל עשויה להתמתן או להחריף על פי כללי המשחק שחלים בפועל על שוק הספקתם של השירותים הציבוריים בתחום זה או אחר. כללי המשחק והנורמות הנוהגות הם מה שמוגדר "מבנה מוסדי" בתאוריה המוסדית החדשה (new institutionalism) ובייחוד בקרב גישות המוסדיות ההיסטורית (historical institutionalism), והמוסדיות הסוציולוגית (sociological institutionalism).¹⁹⁵ כללים אלו הם בגדר "מוסד" משום שיש בהם כדי לנתב, לאפשר, לתמוך או לרסן התנהגות או פעולה של השחקנים שפועלים במסגרתם. לפיכך הם מורכבים הן מהכללים הפורמליים והן מהנורמות הלא רשמיות המקובלות, שכן לשני ההיבטים הללו צפויות להיות השלכות על פעולתו של השחקן.

שאלת קיומו של איום תחרותי נותרת הנקודה הקריטית שיש לבחון באשר לאפשרות קיומה של תלות המדינה בקבלנים. לאור זאת יתמקד הדיון בקשר שבין המבנה המוסדי או כללי המשחק של שוק האספקה של שירותים ציבוריים ומידת קיומו של איום תחרותי. חשיבותם של כללי המשחק – לפי המוסדיות ההיסטורית והמוסדיות הסוציולוגית – נובעת מכך שבסופו של דבר פעולתם של שחקנים מאופיינת במקרים רבים לא רק בתגובה רציונלית ומחושבת למבנה התמריצים שניצב בפניהם – שבו התמקדו למעשה בסעיף הקודם – אלא גם באפשרות היותה מושפעת דרמטית מהנורמות שמקבלים על עצמם השחקנים הפועלים בשוק.

שלוש השאלות המרכזיות שיש לשאול באשר לכללי המשחק המקובלים של שוק הספקתם של שירותים ציבוריים הן אלה:¹⁹⁶

194 שם, בעמ' 77. ראוי להדגיש שבמוקד הדיון כאן שירותים שהממשלה משלמת עליהם מחיר מלא. אם קיימת שותפות בין הגופים שמספקים את השירות במימון, גוברת תלותה של המדינה בהם ומצטמצמת יכולתה להסדיר את השירות ולפקח עליו. כך עולה במובהק מעבודתם של ברי-ניר וגל בנוגע לעמותות המספקות שירותי רווחה לזקנים Dorit Bar-Nir & John Gal, *Who Has the Power? The Role of NPOs in Local Authorities*, 22 VOLUNTAS 1 (2011); מדרח מבקר המדינה לגבי פעילות קרן קרב בשיתוף משרד החינוך (מבקר המדינה (2012), לעיל ה"ש 53, בעמ' 663); וממחקרן של ליהיא להט וגל טלית על מועדוניות לילדים ונוער בסיכון (לעיל ה"ש 11, בעמ' 46).

195 ראו גם לעיל ה"ש 5 והטקסט הצמוד לה.

196 לדין במבני יחסים שונים בין המדינה לבין השוק ובכללי המשחק הנגזרים מהם ראו Vivien A. Schmidt, *Putting the Political Back into Political Economy by Bringing the State Back in Yet Again*, 61 WORLD POL. 516 (2009); Marc Schneiberg, *Combining New*

1. באיזו מידה מאופיינת נתח השוק המופרט בנורמות תחרותיות? ובאיזו מידה מחילה עליו המדינה נורמות כאלו?
 2. האם המדינה מתפקדת כספק שירות חלופי? כלומר האם ובאיזו מידה המדינה מפעילה שירותים ציבוריים או ממשיכה לספקם בעצמה?
 3. מה תפקיד בית המשפט בעיצובם המחודש של יחסי העוצמה בין המדינה לבין הקבלן?
- שלוש השאלות, נדגיש, מתייחסות הן לשירותים הציבוריים בכלל והן לכל אחד מענפי השירות בפרט. להלן נדון בשאלות אלו תוך התייחסות להקשר הישראלי.

(א) מידת קיומן של נורמות תחרותיות בנתח השוק המופרט מהם כללי המשחק החלים על נתח השוק המופרט ומהי השפעתם של כללים אלו על מידת קיומו של איום תחרותי? שאלה ראשונה שצריכה להישאל היא אם ובאיזו מידה נהגת הממשלה בפועל להפסיק, או לא להאריך, התקשרויות עם קבלני שירות קיימים ולהחליפם באחרים.¹⁹⁷ אפשר להניח כי האיום התחרותי על הקבלנים יגבר ככל שהחלפתם של קבלני שירות תהיה מקובלת יותר.¹⁹⁸ לרצון הספק להיבחר מחדש על ידי הקונה, כלומר המדינה, צפויה להיות השפעה ניכרת על אופי התנהלותו. כאשר קבלן השירות יודע שהוא אמנם עומד לבחירה מחדש, ושקיימת אפשרות ממשית שיוחלף בקבלן שירות אחר, הוא צפוי להשקיע מאמץ רב יותר בסיפוק דרישות המדינה – גם כאשר השירות המסופק נושא חלק מהמאפיינים שצוינו לעיל, כמו ייחודיות או עיגון במחויבות חוקית של המדינה. לפיכך כאשר הקבלנים למעשה אינם עומדים לבחירה מחדש, צפויה עמדת המדינה בעניינם להיחלש מאוד.

שאלה נוספת שיש לשאול בהקשר זה היא אם מתקיים שיתוף פעולה בין קבלני שירות שונים בתחום שירות כלשהו, ואפשר להניח כי ככל ששיתוף הפעולה בין הקבלנים יגבר, כן תגבר יכולת המיקוח שלהם עם המדינה ויצטמצם האיום התחרותי עליהם, וממילא הסמכות הניהולית של המדינה.¹⁹⁹ דוגמה מאלפת בהקשר זה, גם היא

Institutionalisms: Explaining Institutional Change in American Property Insurance, 20 SOC. FORUM 93 (2005).

197 בהתחשב בכך שמיקור החוץ אינו כולל בתוכו מרכיב של תחרות של קבלני השירות על הלקוחות (ראו לעיל ה"ש 27 והטקסט הצמוד לה).

198 Steven Rathgeb Smith, *Transforming Public Services: Contracting for Social and Health Services in the US*, 74 PUB. ADMIN. 113 (1996). לצורך העניין אין זה משנה מה תהיה עילת ההחלפה; נודעת חשיבות לעצם העובדה שהחלפתו של קבלן היא אפשרית (או לא) אם כי סביר להניח שככל שעילת ההחלפה תהיה עניינית יותר, כן תגבר האפקטיביות של ההשפעה.

199 לדין בתנאים לפעולה קולקטיבית ראו את עבודתו הקלסית של אולסון MANCUR OLSON, JR, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS* (1971).

משירותי הדיור החוץ-ביתי לאנשים עם פיגור בישראל, היא התנגדותו של ועד מעונות הפנימייה העסקיים להחיל במסגרותיו שיטת פיקוח חדשה – "שיטת הרף" – שאותה ביקש משרד הרווחה להכניס למסגרות הטיפול שבאחריותו.²⁰⁰ במסגרת משא ומתן דרש הוועד פיצוי בתמורה לשינוי זה בהגדרת הפיקוח על השירות, והתוצאה בפועל הייתה עיכוב בן כמה שנים ביישום השיטה במעונות הפנימייה העסקיים (בהשוואה למועד היישום במעונות הממשלתיים והמלכ"רים). בכך, למעשה, קבע הקבלן את תנאי הפיקוח.²⁰¹

(ב) מקום המדינה בהספקת שירותים ציבוריים

במצב שבו המדינה מתפקדת כספק של חלק מהשירותים הציבוריים או של נתח מסוים בתוך ענף שירותים כלשהו, היא בבחינת חלופה – גם אם מוגבלת – לקבלנים הפרטיים. זוהי חלופה משום שהמדינה ממשיכה במצב זה להחזיק תשתית ארגונית עצמאית שיכולה לאפשר לה התמודדות יעילה יחסית במצב של החלפת קבלן שירות, ולפיכך היא צפויה לתרום להפחתת התלות של המדינה בקבלנים ולהגברת האיום התחרותי. עם זאת, חלופה זו מוגבלת לפי משקלו היחסי של נתח השוק של המדינה לעומת נתח שוק ההספקה הפרטית. אם נחזור לדוגמה של שירותי הדיור החוץ-ביתי, אי אפשר להפריד בין הנוהג להפסיק את ההתקשרות עם הקבלנים הטובים פחות לבין העובדה שבעבר היה נתח הממשלה בהספקת השירות למעלה מ-50%. המדינה החזיקה תשתית ארגונית חלופית ענפה, ואמנם השתמשה בתשתית זו כאשר הפנתה חלק ניכר מהדיירים במעונות הפנימייה שנסגרו על ידיה למעונות הממשלתיים.

גם לנורמות המקובלות באשר לסוגיה זו עשויה להיות השפעה על מידת קיומו של איום תחרותי. כאשר ברור שהתפיסה שמנחה את המגזר הציבורי היא שהאספקה הישירה של שירותים אינה יעילה, או פשוט בלתי אפשרית עקב לחצים תקציביים, אידאולוגיים או אחרים, המסר לקבלנים הוא שבסופו של דבר מבחינתם מוסר רובד אחד של תחרות – עם המדינה. כאן חוזרת ונשאלת השאלה אם למרות היעדר החלופה המדינתית – בפועל וכאפשרות שאפשר להעלותה על הדעת – מתקיימת בין הקבלנים עצמם תחרות אפקטיבית. על סמך המאפיינים שנדונו לעיל של שירותים ציבוריים אפשר להניח שככלל התחרות תהיה מוגבלת יחסית למוצרים או לשירותים אחרים.

ראוי לציין את השינוי הרב שחל בעשורים האחרונים בישראל בנורמות שמנחות את המגזר הציבורי בהקשר זה. ראשית, חלקם של השירותים הציבוריים המופרטים, כפי שצוין בראשית המאמר, הולך ומתרחב. בתחום שירותי הרווחה, שבו התקיים "משק

200 ראו לעיל ה"ש 66 והטקסט הצמוד לה. לעניין "שיטת הרף" ראו שמעון שפירן ודפנה פרומר "בקרת איכות בעידן של הפרטה: בדיקת יישום שיטת הרף בפנימיות" ביטחון סוציאלי 84, 105 (2010).

201 ראו והשוו Talesh, לעיל ה"ש 84.

רווחה מעורב" של גופי הספקה ממשלתיים ופרטיים,²⁰² חל צמצום דרמטי של השירותים הניתנים ישירות על ידי המדינה.²⁰³ בד בבד התחזקות הנורמה של הסתמכות על קבלני שירות פרטיים הביאה להתרחבות לא רק של נתח ההפרטה החלקית בתוך שירותים שכבר נעשתה בהם הפרטה, דוגמת שירותי רווחה, ולסגירה או למאמצי סגירה של גופי ההספקה הממשלתית הישירה,²⁰⁴ אלא גם להרחבת טווח השירותים שבו מיושמת או נשקלת הפרטה.²⁰⁵ הדוגמה הבולטת ביותר בהקשר זה היא כמובן תכנית הקמתו של בית סוהר פרטי; דיקין וולש מציינים בהקשר הבריטי כי זוהי דוגמה לתחום שירות שלפני כמה שנים לא היה אפשר להעלות על הדעת שיפורט,²⁰⁶ ונראה כי דברים אלו נכונים גם לישראל.

בהיבט הנורמטיבי באה לידי ביטוי מגמה זו בהעדפה כמעט אוטומטית של הספקה באמצעות הפרטה על הספקה ישירה. דיקין וולש טוענים בהקשר זה, באופן מוקצן אמנם אך כזה שיש בו יותר מקורטוב של אמת, שיש כאן משום מעגל שוטה, שכן ההתמודדות עם הבעיות שנוצרות בגלל הפנייה להסדרים מבוססי-שוק בהספקת שירותים ציבוריים מתבססת על הרחבת ההישענות על הסדרים מסוג זה.²⁰⁷

A. Doron & H.J. Karger, *The Privatization of Social Services in Israel and its Effects on* 202
Israeli Society, 2 INT'L J. SOC. WELFARE 88 (1993)

203 כמובן, שינוי זה קשור ישירות למגוון הסיבות והנסיבות שבשלן מקודמת ההפרטה החלקית של שירותים ציבוריים, ובכללן לחצים תקציביים והתבססות העמדה שלפיה יש לצמצם את היקף ההוצאה הציבורית במשק, כמו גם הניסיון לצמצם את היקף עובדי המדינה ואת עוצמתם של איגודי העובדים שלהם. ראו לדוגמה קטן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 121.

204 שבאים לידי ביטוי בהחלטות ממשלה רבות, ובהן החלטה 2708 (תמ/61) של הממשלה ה-24 "דו"ח ועדת קוברסקי": קריטריונים להעברת שירותים ותפקידים המבוצעים על ידי הממשלה לגורמים חוץ ממשלתיים או ביטולם" (9.4.1992); החלטה 171 של הממשלה ה-28 "העברת יחידות לגופים חוץ ממשלתיים (מרכזי הכשרה מקצועית ועוד)" (22.8.1999); החלטה 677 של הממשלה ה-29 "עבודה ורווחה – העברת יחידות לגופים חוץ ממשלתיים" (2.9.2001); החלטה 2330 של הממשלה ה-29 "מיקוד ההכשרה המקצועית" (30.7.2002); החלטות 2454 ו-2466 של הממשלה ה-30 "העברת יחידות לגופים חוץ ממשלתיים" ו"מעבר למיקור חוץ בשירותי הבריאות הממשלתיים" (15.8.2004); החלטות 450, 476 של הממשלה ה-31 "שיפור מערך ההכשרה המקצועית", "שיפור השירות במעונות הפנימייה במשרד הרווחה" (12.9.2006); החלטות 2209 ו-2210 של הממשלה ה-31 "רפורמה במעונות הממשלתיים במשרד הרווחה והשירותים החברתיים", "שיפור מערך ההכשרה המקצועית ושילוב עובדים ישראלים בענפי התעשייה" (12.8.2007).

205 לסקירה מפורטת ראו מנדלקרן ושרמן, לעיל ה"ש 12, כמו גם, לדוגמה, החלטה 486 של הממשלה ה-31 "בחינת מודל השירות במשטרת ישראל ובשירות בתי הסוהר והתייעלות פנימית" (12.9.2006) והחלטות 2237 ו-2240 של הממשלה ה-31 "התייעלות במשרד לביטחון הפנים", "בחינת מבנה יחידות בממשלה" (12.8.2007).

Deakin & Walsh, לעיל ה"ש 40, בעמ' 36.
 שם. 207

ואמנם, בהקשר הישראלי, נראה שתפיסה זו חדרה כה עמוק, עד שגם כאשר מנכ"ל משרד הרווחה והשירותים החברתיים מכיר לכאורה בחשיבות המשך מעורבותה של המדינה כספקית שירותים מתחרה לגופים הפרטיים, בקבעו כי "בתחום הטיפול יש יתרונות וחסרונות לכל אחד מהמגזרים. הדבר הטוב ביותר הוא יצירת תמהיל נכון בין שלושם, כדי ליצור תחרות של שיפור תמידי ביניהם", מסקנתו היא ש"תפקידו של משרד הרווחה צריך להישאר בתחום של קביעת הסטנדרטים, התקצוב והבטחת כוח האדם האיכותי שיבצע את הטיפול".²⁰⁸

3. תרומתו של בית המשפט לשינוי יחסי העוצמה שבין המדינה לקבלנים

כפי שהוזכר לעיל, הקשיים הרבים המתגלים בערוץ האסדרה המינהלית הובילו רבים לתמוך, כברירת מחדל ואף כהעדפה נורמטיבית, בערוץ האסדרה השיפוטית, המבוצע דרך בתי המשפט, כרכיב חשוב בהליך הפיקוח.²⁰⁹ אולם העברת חלק ניכר ממעמסת האסדרה, על תכניה והיקפה, דווקא אל בית המשפט אינה נטולת קשיים. חשש אחד בהקשר זה הוא שבתי המשפט יירתעו מהעמסת מטלה זו על כתפיהם. אמנם, בית הדין האזורי לעבודה בירושלים קבע, בעניין רג'בי,²¹⁰ כי יש לנקוט "ביקורת [שיפוטית – אפ"פ ור"מ] קפדנית" על תאגידים המפעילים את תכניות הרווחה לעבודה (ויסקונסין), בשל ניגוד העניינים המובנה בפעולתם ובשל העובדה שהם מפיקים טובות הנאה חומריות תוך ניצול סמכויות ציבוריות,²¹¹ אלא שעמדה זו לא החזיקה מעמד זמן רב. בית הדין הארצי קבע, בעניין לוגסי, כי גישת בית הדין בעניין רג'בי "אינה מקובלת", וכי "טוב נעשה אם נקפיד כולנו עם הגורמים המפעילים את תכנית מהל"ב אך, אם זאת, נקפיד גם על חלוקת העבודה הנכונה בין הגורמים המוסמכים לבקר את פעולתם".²¹² אולם בכך לא סגי. ייתכן בהחלט שלא זו בלבד שבתי המשפט נרתעים מלדחוק את המפקחים המינהליים לפעילות יתר, הם אף מקשים עליהם לבצע את תפקידי הפיקוח והטלת הסנקציות באותם מקרים שבהם הם רואים לנכון לעשות זאת. הסבר לתופעה זו עשוי להיות טמון בערכים אשר המשפט מביא לידי ביטוי בבואו לבצע אסדרה

208 מירב ארלוזורוב "מנכ"ל משרד הרווחה: 'שירות מופרט אינו פחות טוב משירות ממלכתי'" *TheMarker* 10.8.2011 1.680658 www.themarker.com/career/1.680658.

209 Gilman, לעיל ה"ש 16.

210 עב' (אזורי י-ם) 1506/06 רג'בי – תוכנית מהל"ב ועדת ערר (פורסם בנבו, 14.6.2006).

211 שם, בעמ' 10–11.

212 ע"ע (ארצי) 68/07 לוגסי – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, פס' 33 לפסק דינו של השופט צור (פורסם בנבו, 30.5.2007); ראו יישום הגישה המתונה בעניין עב' (אזורי חי') 2419/06 מופיד – מדינת ישראל/משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, בפס' 28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.5.2008), שם קבע בית הדין כי "[...] הכלל הוא שבית הדין אינו מחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הועדה, אלא במקרים חריגים ומיוחדים".

בתת-מערכות אחרות.²¹³ אל מול האינטרסים הציבוריים, המיוצגים על ידי נבחרי הציבור ופקידיו (גם אם לא באופן מושלם), יעמידו הזכיינים אינטרסים כגון אינטרס ההסתמכות, חופש החוזים (שעליהם חתמו) וחופש העיסוק (לנהל את ענייניהם כפי שהם רואים לנכון). אל מארג זה עשויות להצטרף זכויות נוספות (חינוך, בריאות, וכו') כתלות במקרה הנדון, כפי שנראה מיד. בתי המשפט, האמונים על המערך הערכי הנגזר מזכויות אלו והנבנה מהן, נוטים לא פעם לקבל תביעות של שחקנים מהמגזר הפרטי כמגן וכחבר מפני ניסיונות לקדם את האינטרסים הציבוריים.²¹⁴

הדוגמה הראשונה ממשיכה את הדיון בתכנית מהל"ב. כאמור, בעניין לוגסי צימצם בית הדין הארצי לעבודה את היקף הביקורת השיפוטית על התכנית. על פני הדברים, היה אפשר להניח שהרתיעה הכללית מהתערבות אמנם תגרום שבתי הדין לא יכפו על גורמי הפיקוח לפעול כאשר הם חדלים מלעשות כן, אולם הם גם ינקטו אותה פסיביות כאשר המנגנון הרגולטורי המינהלי מחליט לנקוט עמדה הנוגדת את זו של הקבלנים. אולם לא כך התפתחו הדברים. הסתמכות בתי הדין האזוריים לעבודה על עניין לוגסי הובילה לקבלת ערעורים על החלטות ועדת הערר אשר היטיבו עם לקוחות התכנית, תוך קביעה שוועדת הערר חרגה מגדר הסמכות שלה לבקר את נוהלי התכנית.²¹⁵ באימוץ פרשנות זו נטרלו בתי הדין לעבודה גם את סמכות ועדת הערר לפקח באופן מהותי על עבודת המרכזים הפרטיים והגוף המנהל אשר התקשר עמם.

דוגמה שנייה בהקשר זה היא תחום הדיור החוץ-ביתי לאנשים עם פיגור בישראל, שבו חל שינוי דרמטי בנורמות התחרותיות. עד המחצית השנייה של שנות השמונים לא הייתה הפסקת פעולתם של קבלני שירות פרטיים חריגה במסגרת מדיניות שבה הוחלפו תמידית ספקי השירות הגרועים ביותר,²¹⁶ ואילו בעשרים השנים האחרונות לא הופסקה פעילותו של אף אחד מהקבלנים.²¹⁷ פקיד בכיר במשרד הרווחה מציין כי אחת הסיבות לשינוי זה היא המעבר מהתקשרויות שההיבט החוץ-הפורמלי שלהן היה מוגבל, להתקשרויות פורמליות. דווקא שינוי זה הגביר את יכולתו של קבלן שירות כלשהו לפנות לבית המשפט ובכך "לגבות מהמדינה מחיר" אם תבקש לא להאריך את ההתקשרות

213 Lobel, לעיל ה"ש 103, בעמ' 323.

214 לדוגמאות נוספות מתחום זה ראו אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג 229 (2000).

215 עב' (אזורי י-ם) 2290/08 תוכנית מהל"ב – מורוזוב (פורסם בנבו, 27.10.2008); עב' (אזורי ב"ש) 2287/08 מדינת ישראל – משרד התמ"ת – ברקו (פורסם בנבו, 16.3.2009).

216 ראיונות של רון מנדלקרן עם ד"ר מאיר חובב, לשעבר מנהל השירות לאדם המפגר במשרד הרווחה (22.9.2008; 29.4.2012).

217 ראו גם להט וטלית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 27. אם כי לאגף לטיפול באדם המפגר יש אפשרות להשפיע על שיעור הרווח של קבלן שירות באמצעות ויסות מספר החוסים החדשים המופנים אליו. ריאיון עם אבנר זקן, לעיל ה"ש 43.

עמו.²¹⁸ בעבר היה בכוחו לסגור מעון לאנשים עם פיגור בקלות רבה יחסית בשל הפרות מחויבויותיו, אולם הציפייה הברורה שהקבלן "ייקח את המשרד לבית המשפט" מרפה את ידיהם של הרגולטורים ומובילה אותם לחפש פתרונות אשר ישאירו, בסופו של דבר, את הקבלן במקומו תוך צמצום היקף הסנקציות המתבקש.²¹⁹

דוגמה שלישית נוגעת לעניין בית הספר הייחודי "חברותא", אשר החל לפעול בשנת 2009 בהבטיחו חוויית למידה שטרם הוכרה בארץ במחיר שטרם הוכר בארץ (כ-35,000 ש"ח לתלמיד לשנה). והנה, לאחר שנים שבהן משרד החינוך אישר, ואף עודד, הקמת בתי ספר "ייחודיים" בישראל, החלו אנשי המשרד להרהר שנית בהשלכות הרוחב של בתי הספר הללו, ובפרט בעובדה שהם מושכים אליהם את התלמידים הטובים מבתי הספר הממלכתיים, ובכך מדרדרים את רמתם.²²⁰ לפיכך בחודש יוני 2010 דחה משרד החינוך את בקשת חברותא לרישיון ולהכרה, בנימוק שפעילות בית הספר צפויה לפגוע באינטגרציה וברמת בתי הספר הציבוריים באזור. הערר שהגיש חברותא התקבל, בנימוק שדחיית בקשה לרישיון צריכה להיעשות על בסיס ראיות חד-משמעיות ומהימנות לפגיעה במערכת החינוך הציבורי, ואלו לא הוצגו.²²¹ משרד החינוך לא אמר נואש ועירער על החלטה זו בפני בית המשפט המחוזי בישוב כבית המשפט לעניינים מינהליים. אולם כעת הוא עמד בפני אתגר קשה עוד יותר – בית הספר כבר פועל שנתיים. הורים, ילדים ומורים מביעים את אמונם בו ומבקשים לממש את זכותם ללמוד, ללמד או לשלוח את ילדיהם (לפי העניין) לבית הספר. ואכן, בחודש יוני 2011 דחה בית המשפט המחוזי את הערעור של משרד החינוך, בקבלו את נימוקי ועדת הערר והוסיף עליה את הנימוק שזכות ההורים לבחור את חינוך ילדיהם היא בעלת "משקל עודף", ולכן אין לפגוע בה אך בשל אפשרויות תאורטיות.²²² חודשים ספורים לאחר מכן דחה בית המשפט המחוזי בתל-אביב את בקשת משרד החינוך לסרב להכיר בבית ספר פרטי מהעדה הנוצרית-אורתודוקסית, מנימוקים דומים.²²³

218 ריאיון עם גדעון שלום, לעיל ה"ש 167.

219 שם.

220 להסבר על אודות ההבחנות בין סוגי בתי הספר ולניתוח הפרשה ראו תמי הראל בן שחר רגולציה של בתי ספר פרטיים ייחודיים (נייר עמדה, מכון ון ליר, 2012); יש להדגיש שמקרה חברותא אינו דוגמה מובהקת של הפרטה חלקית, במובן שבו עוסק מאמר זה, אולם נראה לנו שהדוגמה רלוונטית לצורך הנקודה הנטענת כאן.

221 ערר (ועדת ערר פיקוח על בתי ספר) 12/2010 חינוך למנהיגות – חברה לתועלת הציבור נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 9.11.2010).

222 עמ"נ (מחוזי ת"א) 52641-12-10 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' חינוך למנהיגות – חברה לתועלת הציבור בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.2011).

223 עמ"נ (מחוזי ת"א) 12302-07-11 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' העמותה למען כנסיית מר ג'יריס – כפר יאסיף (פורסם בנבו, 18.10.2011).

סיכום

סוגיית מיקור החוץ של שירותים חברתיים מעוררת אגד רחב של קשיים: אידיאולוגיים, חברתיים, מוסריים ומשפטיים. מבקרי מיקור החוץ בתחומים הללו טוענים, בקול רם, ברור ומעט פולמוסי, כי בהפריטה את השירותים הללו, ולו באופן חלקי, מסירה המדינה את אחריותה מטיפול במצוקות המשמעותיות ביותר של קבוצות האוכלוסייה המוחלשות ביותר. תומכי המדיניות, נבחרי ציבור, פקידים ואחרים דוחים בתוקף את האשמה ומצביעים על מחויבותה של המדינה לפקח על הסטנדרטים הראויים של השירות. המבקרים משיבים שפיקוח זה אינו נעשה בפועל. המצדדים מודים בכך בצער ומתחייבים בקול רפה לעשות כל שאפשר לשפר את הפיקוח. המבקרים מנידים ראשם בחוסר אמון. וכך אנו סובבים בריקוד שאין לו סוף.

מאמר זה ביקש להצביע על הממד המעט-טרגי (ולעתים בעל השלכות טרגיות של ממש)²²⁴ בשיח זה. אכן, יש גרעין של אמת בטענות שני הצדדים. המדינה התנערה מאחריותה, במובן הפשוט ביותר. במקרים רבים מאוד היא אינה מנהלת באופן אמיתי את השירותים שהיא מממנת. עם זאת, במקרים רבים קיימת כוונה לנהל את השירות. הטענות בדבר שבי רגולטורי והפקרה מכוונת של השירות בידי הקבלנים הן קלות מדי, גם אם לעיתים הן נכונות. ייתכן בהחלט שניהול אמיתי של השירות על ידי המדינה היה אפשרי גם אם מי שאינם עובדי מדינה יסעדו קשישים ויחנכו נוער בסיכון. אולם ניהול זה היה מחייב מעורבות מדינתית גדולה בהרבה מזו שלה אנו עדים.

המאמר בחן מנגנונים שתורמים להעברתה של סמכות ניהולית בעניין שירותים מופרטים לקבלני הביצוע. מדובר בשני כוחות מקבילים, אשר לכאורה אין ביניהם קשר אמיתי. מצד אחד, מערכת המשפט והנורמות המשפטיות הנוהגות מתמרצות את התרחקות המדינה מהשירותים המופרטים ואת הפגיעה בפיקוח על השירותים המופרטים שנגזרת מכך, ומצד אחר, הובהר כיצד מבנה ה"שוק" של השירותים הציבוריים צפוי להגביר את עוצמתו של קבלן השירות ביחס למדינה, ולפיכך את השפעתו הפוטנציאלית על חוזה ההתקשרות וממילא על השירות.

עלינו לציין כי לא התימרנו לקבוע כאן מסמרות באשר לעוצמת הקשרים הסיבתיים בין מבנה השוק של הספקת השירותים והנורמות המשפטיות הנוהגות מזה לבין כשלי הפיקוח וההסדרה מזה. קביעה באשר לטיבם ועוצמתם המדויקת של קשרים אלו צריכה להסתמך על מחקר אמפירי מסודר, שבמישור האקדמי מחקרי יש חשיבות רבה שאמנם ייערך. אולם מחד גיסא, וכפי שהראינו בפרק ב, הדיונים האקדמיים בהפרטה החלקית אינם יכולים להאיר את כשלי ההסדרה והפיקוח שעליהם הצבענו, ומאידך גיסא הגופים המוסדיים שעליהם הצבענו הם כאלו שיש להם פוטנציאל להסביר את הכשלים האלו. כמו כן, הדוגמאות שהבאנו בניתוח הדברים מלמדות כי קיימות אינדיקציות לא מבוטלות

224 לעניין זה ראו פז-פוקס ושלוסברג, לעיל ה"ש 182.

בדבר הקשרים שבין הגופים המוסדיים שהדגשנו כאן לבין התנהגות המדינה מזה וקבלני השירות מזה.

המאמר מתייחס הן לדינמיקה שעשויה להתרחש ברמת המיקרו, כלומר ברמת התקשורת של קבלן מסוים עם המדינה, והן להקשר הרחב שבתוכו נטועות ההתקשרויות הללו. לפיכך דן המאמר בהשלכותיהם של היבטי הנזיקין ודיני העבודה על התנהגות המדינה בעניין חוזה ההתקשרות הבודד כמו גם בהשלכות של מאפייניו של שירות ציבורי ספציפי על יחסי התלות שבין המדינה לקבלן שירות מסוים לאור המבנה של שוק הספקתו של אותו שירות.

ניתוח זה של הכוחות הפועלים אמור כמובן לענות בבירור על העמדה הבלתי סבירה בעינינו, הנשמעת בעיקר על ידי משפטנים חובבי הפרטה, כאילו ההצלחה והכישלון ביד החוזה (של ההתקשרות). בהתחשב בתנאים המוסדיים שבהם נטועים היחסים בין הקבלן ובין המדינה, הנבנים על רקע מערכת הכוחות אשר תוארה, מובן מאליו כי אין בידי החוזה והמכרז כדי להבטיח את שימור סמכות הניהול הבלעדית של המדינה. האם הכוחות שבהם התמקדנו, אשר מרחיקים את המדינה מזה ומחלישים אותה ביחס לקבלני השירות מזה הם הכוחות היחידים הפועלים? ככל הנראה לא. גם התמריצים השונים שאמורים להניע את המדינה להמשיך את שיקול הדעת הבלעדי שלה באשר לשירותים שהיא מספקת לאזרחיה מוסיפים לפעול. אולם יש להכיר בכך שבניגוד להנחת היסוד של הפרטה החלקית ושל תומכיה, החוזים עלולים להיות חרב פיפיות, וכי ברבות השנים החוזים עצמם עלולים להשתנות באופן שיהפוך את הסמכות הניהולית של הקבלנים להלכה ולא רק לפרקטיקה נהוגה.

האם אפשר להציל את מודל הניהול המדינתי? או במילים אחרות, עד כמה הכשלים שתוארו לעיל הם בלתי נמנעים? האם שינוי של כללי המשחק עשוי למנוע את הדינמיקות שנדונו לעיל? אפשר להעלות על הדעת אימוץ נורמות משפטיות שלא יעודדו את המדינה להתרחק מהשירות. לדוגמה, שינוי דיני העבודה ודיני הנזיקין באופן כזה שאחריות המדינה לתחומים אלו תישמר גם במקרה של שירותים מופרטים, וכך המדינה ממילא לא תוכל "ליהנות" מההתרחקות משירותים אלו. אולם כאן המקום להזכיר כי התרחבות היקף ההתקשרות בשנים האחרונות עם קבלני שירותים במגוון תחומים התרחשה בד בבד עם הקשחת הנורמות המשפטיות בדבר העסקת עובדי חברות כוח אדם. יתר על כן, למערכת המשפט (ולחברה בכללותה) אינטרס אמיתי להבחין בין מיקור חוץ "אותנטי" למיקור חוץ "פיקטיבי", כאשר זה האחרון מתאפיין בכך שכל מטרתו להרחיק את העובדת מזכויותיה אך לא ממחויבויותיה (למזמין השירות). אם המבחנים המשפטיים ישתנו באופן כזה שהמדינה תוכל לשלוט בעבודת העובדים, ועם זאת לא להיחשב למעסיקתם, תפתח הדרך להכשרת מיקור חוץ פיקטיבי, לפחות באופן שבו הוא מובן היום.

המצב מן העבר השני, של התרחבות העוצמה דה פקטו של הקבלנים לעומת המדינה, מסובך ובעייתי לא פחות. הלחצים שהצבענו עליהם בהקשר זה נובעים בראש ובראשונה

מאופיים של רבים מהשירותים הציבוריים. במילים אחרות, אלו הם לחצים מובנים במלוא מובן המילה. אולם כפי שצינו לעיל, למבנה שוק ההספקה של שירות זה או אחר עשויה להיות השפעה ניכרת על מידת העוצמה שמועברת בפועל לקבלנים, והשאת נתח גדול דיו של הספקת השירות בידי המדינה עשויה לחזק את סמכות הניהול שלה. דומה שזו אפשרות שיש לבחנה ביתר רצינות לא רק על ידי התומכים בהספקה ישירה על ידי המדינה של שירותים ציבוריים, אלא בייחוד על ידי מצדדי ההפרטה החלקית.

בנקודה זו נזכיר כי אחת התשובות הקלות של מבקרי ההפרטה היא לדרוש את החזרת כל השירותים הציבוריים – ובפרט החברתיים – לידי המדינה. יש חן רב בפשטותה של דרישה זו, אולם אנו בדעה שיש מקום להכיר בכך שהיא לא דווקא ישימה. נציגי המדינה אינם מעוניינים בכך, וחלקים רבים מאוד בקרב האזרחים אינם מעוניינים בכך. ואולי גם יש דבר מה בטענה ששלושים שנות הפרטה (והפרטה חלקית) הביאו לפריחה אדירה של החברה האזרחית ולמעורבותם של רבים ורבות, מצוינים וטובים פחות, בתחום השירותים החברתיים. כשלעצמה זו אינה תוצאה שלילית. הספקנות המודרנית באשר להיות המדינה בעלת הידע והכישורים בכל התחומים הרלוונטיים (ואולי אף ספקנות באשר לאפשרות קיומו של ידע כזה בכלל) מעודדת, ואולי אף מחייבת, פלורליזם רעיוני ומעשי. מנגד ההפרטה (גם החלקית) הובילה לכך שאפשר להצביע היום על מערכות שלמות המתפקדות במסגרת תמריצים מעוותים תוך ניצול מחפיר של עובדים, טיפול ברמה נמוכה מאוד והיעדרות המדינה כנוכחות משמעותית.

אז בבואנו לענות על השאלה "כיצד נמשיך מכאן", ראוי לענות על שאלה מקדמית. פרידריך ניטשה הוא שציין, חד ואכזרי, כי "שכחת הכוונות היא טיפשות שכיחה ביותר".²²⁵ אז מה ניסינו להשיג? פעם אחר פעם מבהירים מצדדי ההפרטה שמטרתה היא שיפור יכולת הניהול. ודוק: מטרת ההפרטה (לפחות בתחום השירותים החברתיים) אינה "ההפרטה עצמה" אלא שיפור יכולתה של המדינה לנהל את השירותים החברתיים, ועל כן – את השירות עצמו.²²⁶ בשלב כלשהו בדרך נראה שנשכחה מטרה ראויה זו, ותהליכים המזינים את עצמם גורמים למדינה להתרחק יותר ויותר מהשירות עצמו, באופן שמכשיל בבירור את יכולתה לנהל אותו. על כן התשובה המתבקשת לשאלה "לאן הולכים", או ביתר דיוק: "לאן להוביל את המדינה", היא פנימה, עמוק לתוך השירות. אבל כיוון שיתכן בהחלט שעידן הניהול וההספקה הבלעדיים חלף ואיננו עוד, ייתכן שיש מקום לחשוב על מודל חדש, משותף ומשתף.

זכור, ביסוד מודל הניהול המדינתי מצויה ההנחה המפרידה בין ניהול ציבורי לביצוע פרטי, ובאופן כללי – בין הציבורי והפרטי. אל מול הנחה זו, המודל של ממשל

225 פרידריך ניטשה "הנודד וצלו" אנושי, אנושי מדי – ספר לחופשיים ברוח 400, 476 פס' 206 (יעקב גוטשלק ואדם טננבאום מתרגמים, יעקב גולומב עורך, 2008).

226 ראו לעיל ה"ש 43 והטקסט הצמוד לה.

משותף מבוסס על הנחת מוצא שונה למדי. לפי הנחת מוצא זו, המגובה אמפירית ותאורטית, הגבולות בין התחום הפרטי לציבורי טושטשו עד לבלאי הכר. גופים פרטיים לא רק משמשים מוציאים לפועל של מדיניות אלא גם מכוננים אותה, מעשה יום ביומו. מנגד, גם כשהמדינה מתיימרת "לשמור מרחק" ולהסתפק בפקיח על הביצוע, מעורבותה גדולה הרבה יותר, והיא שותף פעיל בהחלטות ברזולוציה הגבוהה ביותר. בגרסה זהירה יותר, ה"פרטי" וה"ציבורי" שומרים על זהויותיהם הנפרדות, אבל עבודתם שלובה ומשותפת ואינה בנויה על אינטרסים נוגדים.²²⁷ מצב זה תואם את ההשקפה שלפיה אי אפשר להחיל על הספקת שירותים ציבוריים בימינו את הקטגוריות הדיכוטומיות של העבר, וכי הספקת שירותים ציבוריים מאופיינת כיום בקיום משולב ועמוס סתירות של מסגרות הייררכיות, שוקיות ושיתופיות.²²⁸ זאת ועוד, שיתוף הפעולה בין הגופים הפרטיים והציבוריים נתפס כבסיס פורה ליזמות משותפת, להרחבת ההזדמנויות התעסוקתיות של עובדים שיכולים לנוע בחופשיות רבה יותר בין ארגונים, ובסופו של דבר להוזלת עלויות באמצעות ניצול היתרונות היחסיים של כל אחד מהגופים.²²⁹

ברמה הנורמטיבית קיימת מגמה להכיר בטשטוש זה ולנסות להתבסס פחות על אסדרה מלמעלה למטה, ויותר על שיתוף פעולה בין בעלי עניין (stakeholders).²³⁰ מדובר, אולי בהשראת מכניזמים המוכרים במשפט העבודה (המוסדר היטב בהסכמים קיבוציים בין ארגוני העובדים ובין המעסיקים, ולא בדרך של חקיקה ראשית) על אלה:²³¹ שיתוף פעולה עמוק בקביעת סטנדרטים, באינפורמציה ובמדידים להצלחה, בין המגזר הציבורי, העסקי והשלישי.

כיוון זה נשמע מבטיח. משפטנים, כלכלנים ואנשי מינהל רואים במודל הממשלי יורש טבעי למודל הרגולטורי, שכן הוא מתייחס לשינויים במטרות וביכולות של אסדרה משפטית מבלי לקלוט את החסרונות המרכזיים של תכתיבים מהותיים. התפיסה הממשלית משנה את האופן שבו המשפט שולט למשטר דינמי, רפלקסיבי וגמיש.²³² עקרונותיה מקדמים את יכולות האסדרה העצמית של המערכות שאתן היא מתקשרת. היא מגלמת את השפעתה של "הכלכלה החדשה" על התיאוריה המשפטית בהטמיעה תכונות שוקיות אל תוך הספרה הציבורית, ובו בזמן מייבאת ערכים ציבוריים אל תוך המגזר העסקי. כתומכים בגישה זו מצטרפים גם חלק מהמבקרים העקיבים של הפרטת

227 Salamon, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1633.

228 Grimshaw, Vincent & Willmott, לעיל ה"ש 83, בעמ' 477 וההפניות שם.

229 שם, בעמ' 476.

230 Lobel, לעיל ה"ש 103, בעמ' 298–299.

231 OTTO KAHN-FREUND, KAHN-FREUND'S LABOUR AND THE LAW (Paul Davies & Mark

Freedland eds., 3rd ed. 1983).

232 Lobel, לעיל ה"ש 103, בעמ' 284 ובכלל; Salamon, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1634–1636.

שירותים חברתיים. אלו החלו, ממש בשנים האחרונות, להראות שההצלחות של פרקטיקות של הפרטה היו למעשה יישום מודל של "ממשל משותף", והן לא הוכרו ככאלו.²³³

לכל הפחות אפשר לומר שמודל זה נוסך אופטימיות, בוודאי אל מול המציאות האפרורית. מודל הניהול המשותף, אשר עשוי להישען על פרקטיקות של "שיתוף הציבור", המוכרות בעיקר מהתחום העירוני, אמור להוביל למעורבות אזרחית אמיתית לא רק בשלב ה"התנגדות" או ה"פיקוח", אלא גם בשלבי הייזום, התכנון, הניהול והביצוע. הספקטרום של בעלי העניין האמורים אמור להתרחב גם הוא ולכלול לא רק את הקבלן ונציגי המדינה אלא גם את ארגוני העובדים, את לקוחות השירות (או נציגיהם), את ארגוני החברה האזרחית ואת הקהילה המקומית, לפי העניין.

אולם מלבד האופטימיות האמורה נראה שקיימת סיבה מדוע המודל אינו מועתק ביסודיות רבה יותר למקרים נוספים: איננו יודעים כיצד הדבר נעשה.²³⁴ ודוק: לא במובן הטכני, אלא במובן המהותי: התיאוריה מוצגת כרגע בהפשטה יתרה, ואפשרי בהחלט שהסיבה העיקרית להצלחה טמונה בזהות האנשים הקונקרטיים אשר היו מעורבים. ניסיון לבנות את המודל באופן קונקרטי יבהיר שרוב הנסתר על הגלוי: כיצד באמת יתנהלו השירותים והמיזמים? מי באמת יהיה מעורב? מה יהיה מנגנון קבלת ההחלטות? מי יהיה "אחראי" במובן האמתי לכישלון?²³⁵ וכיצד יתנהל המשפט בעניין מודל זה? לכל הפחות, לפנינו בסיס למחקר עתידי.

מלבד זאת חשוב להדגיש שהכתיבה הקיימת המקדמת את מודל הממשל המשותף אינה מציעה פתרונות מלאים לקשיים שהועלו במסגרת מאמר זה. על כן בהציענו את כיוון המחשבה של הממשל המשותף כאפשרות מעניינת לפיתוח עתידי, אין בכוונתנו לומר שאימוצו יפתור, באבחה אחת, את הכשלים המוכרים במודל הניהול המשותף. לכל היותר בכוונתנו לומר שמדובר בפריגמה חלופית אשר פיתוחה עשוי להיות מבטיח אם יביא בחשבון את הצורך בהתמודדות עם הכשלים השוקיים והמשפטיים אשר תוארו לעיל. חשיבה מחודשת על היחסים בין המגזר הפרטי למגזר הציבורי, על השילובים הראויים ביניהם בתחום המימון, הניהול וההעסקה בהקשר הכלכלי והמשפטי, אולי תביא ליצירת מסגרות חדשות של הספקת שירותים המשלבים את אחריות המדינה עם מעורבות המגזר הלא ממשלתי ועם שותפות החברה האזרחית והאזרחים מקבלי השירותים, בלא לחזור על שגיאות העבר.

233 Donahue & Zeckhauser, לעיל ה"ש 17, בעמ' 19.

234 שם, בעמ' 21.

235 Salamon, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1670–1673.