

בית המשפט ובית הדין לעבודה כשחקנים רגולטוריים בעידן ההפרטה

לילך ליטור,
הדרה בר-מור
וגילה מנחם*

המאמר בוחן את התפקיד שממלאים בתי המשפט בישראל, המפקחים פיקוח שיפוטי על זירת השירותים המופרטים כחלק מהמדינה הרגולטורית. לבתי המשפט מאפיינים המייחדים אותם לעומת הרגולטורים והשחקנים הפוליטיים. היותם גופים האמונים על זכויות אדם וניתוקם מאינטרסים קואליציוניים הופכת את בתי המשפט לגורם ראשון במעלה במערך ההגנה על פרטים בעידן ההפרטה. הפסיקה ותוצאותיה אינם זהים לרגולציה שמעוצבת על ידי המחוקק והממשל. יתרונה בכך שהיא אינדיבידואלית יותר, ומיושמת אקס פוסט ובהתאם לנסיבות.

המחקר מצא כי במציאות של הפרטות בתי המשפט בישראל פיתחו תפקיד משמעותי בזירה הרגולטורית. הדבר נעשה באמצעות פסיקה בעלת אופי רגולטורי, הכוללת קביעת סטנדרטים והכוונת התנהגות.

נמצא כי מערכת המשפט בישראל אמצה עקרונות גישה פונקציונלית מרחיבה, לעומת הגישה האורגנית שניכרת בבתי המשפט באנגליה וארצות הברית. הגישה האורגנית, מאפשרת פיקוח שיפוטי רק על גופים בעלי מאפיינים ציבוריים וקשר לרשויות. הגישה הפונקציונלית, מתבססת על התפקיד שהגוף הפרטי ממלא, ומאפשרת פיקוח גם על גופים ללא זיקה לממשל.

עם זאת, הגישה בפסיקה אינה אחידה. יש להבחין בין הפסיקה בבתי הדין לעבודה שפניה לטובת הגנה על זכויות העובדים ומקבלי שירותי בריאות וביטחון סוציאלי תוך אימוץ גישה פונקציונלית מקיפה, לבין הגישה המצמצמת יחסית של בתי המשפט הכלליים, שלרוב אמצו גישה אורגנית. ככל שבתי המשפט הכלליים יאמצו אף הם גישה פונקציונלית, האפשרות לשמר את ערכי הדמוקרטיה בעידן ההפרטה תגדל.

מבוא

הפרטת הפעילות הממשלתית בישראל היא תופעה מכוונת שנועדה להפחית את המעורבות הממשלתית בכלכלה ובחברה. ההפרטה הובילה ברוזמנית לשני תהליכים: הפעלה של פונקציות הנתפסות כממלכתיות הוטלה על תאגידים שאינם בעלות מלאה או חלקית של

* המאמר מוקדש לזכרו של פרופ' זאב סגל ז"ל – מורה דרך וידיד יקר. לילך ליטור היא דוקטור, מרצה באוניברסיטה הפתוחה בחטיבה למשפט ציבורי ובתכנית ללימודי דמוקרטיה, וכן מרצה למשפט ציבורי בחוג למדיניות ציבורית באוניברסיטת תל אביב. הדרה בר-מור היא ראשת התכנית לתואר שני בלימודי משפט, המכללה האקדמית נתניה. גילה מנחם היא פרופסור, ראש התכנית למנהלים בחוג למדיניות ציבורית באוניברסיטת תל אביב. המחברות השנייה והשלישית הרימו תרומה שווה למאמר זה.

המדינה – וכתוצאה מכך תאגידים אלה נהפכו למעורבים בגיבוש וביישום של מדיניות ציבורית; ובו בזמן התעורר צורך לפתח מנגנוני רגולציה לפעילות של תאגידים אלה, מאחר שמערכת התמריצים והאילווצים שבמסגרתה הם פועלים שונה לחלוטין מהמסגרת הציבורית שבה בוצעו הפונקציות שהוטלו עליהם קודם להפרטה.

מאמר זה מבקש לבחון את התפקיד שבית המשפט ממלא כשחקן רגולטורי המפקח פיקוח שיפוטי הדוק על זירת השירותים הציבוריים המופרטים. על פי הגדרה מקובלת, רגולציה היא פעולה ביורוקרטית הכוללת קביעת כללים, ניטור ואכיפה של כללים אלה.¹ במציאות של הפרטות, רגולציה משמעה גיבוש של כללים מחייבים עבור גופים מהסקטור הפרטי המבצעים פונקציות ממשליות והכוונה של התנהגותם.² אמנם, בתי המשפט אינם מבצעים פעולת רגולציה פר סה, אך כפי שטען לוי-פאור, לבתי המשפט עשוי להיות תפקיד משמעותי בזירה הרגולטורית.³

במאמר זה נטען כי בתי המשפט גיבשו פסיקה בעלת אופי רגולטורי כלפי תאגידים המספקים שירות ציבורי מופרט, הכוללת סטנדרטים והכוונת התנהגות. בעידן ההפרטות, פסיקה בעלת השפעה רגולטורית מיושמת בדרך ההצברה (Publicization), היינו: החלה של הנורמות הציבוריות הנדרשות מרשויות המנהל על התאגידים המספקים שירותים מופרטים.⁴

המחקר האמפירי, שבמסגרתו נבחנו פסקי דין העוסקים בשירותים מופרטים, ביקש לברוק כמה שאלות:

א. האם בפועל, בעידן ההפרטות, בתי המשפט בישראל אכן פועלים כמוסדות רגולטוריים המבקשים לשמר את הנורמות הציבוריות ולכפות להן את התאגידים הפועלים בזירה הציבורית?

1 דוד לוי-פאור מגדיר רגולציה כך: "The ex-ante bureaucratic legislation of prescriptive rules and the monitoring and enforcement of these rules by social, business and political actors on other social business and political actors. These rules will be considered as regulation as long as they are not formulated directly by the legislature ...or the courts... This does not mean that for other scholarly purposes they shouldn't be included, nor does it mean that legislatures or courts are not important engines for regulatory purposes and of course it does not mean that legislators or courts cannot be critical actors in the regulatory space". David Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 3 (David Levi-Faur ed., 2011).

2 John Braithwaite Cary Coglianese & David Levi-Faur, *Can Regulation and Governance Make a Difference?*, in REGULATION AND GOVERNANCE 1 (2007)

3 Levi-Faur, לעיל ה"ש 1.

4 איל פלג ההפרטה כהצברה: גופים מופרטים במשפט ציבורי (2005); Jody Freeman, *Public Values in an Era of Privatization: Extending Public Law Norms through Privatization*, 116 (5) HARV. L. REV. 1285 (2003); דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461 (2008).

ב. האם הלכו בתי המשפט בישראל בעקבות הפסיקה באנגליה וארצות הברית ואימצו גישה אורגנית-נאו ליברלית, שלפיה דרושים סמכות סטטוטורית או קשר הדוק לממשל כתנאי לרגולציה – או שמא פנו לגישה הפונקציונלית הרחבה יותר שאינה דורשת תנאים אלה?

המחקר בחן גם את פועלם של בתי הדין לעבודה כגופים רגולטוריים אל מול בתי המשפט הכלליים:

ג. בבתי הדין לעבודה יושבים – בצד שופט מקצועי דומיננטי – גם נציגי ציבור. אלה אינם שופטים מקצועיים, והם "מייצגים" לכאורה גופים בעלי אינטרסים העלולים להוביל להימנעות מגיבוש רגולציה מספקת. האם בכל זאת אפשר לומר שבתי הדין פיתחו תפקיד רגולטורי?

ד. האם יש הבדל בין גישת בתי הדין לעבודה לגישת בתי המשפט הכלליים באימוץ תפיסה אורגנית או פונקציונלית, על רקע המאפיינים של כל אחת מהערכאות כמוסדות רגולטוריים? האם הדבר מתבטא בפועל בהיקף נרחב יותר של פסיקה משפטית בעלת אופי רגולטורי?

במאמר נבקש לטעון כי מבחינה נורמטיבית, בד בבד עם העברת נתחים גדולים מהפעילות הציבורית לגופים פרטיים, יש מקום להרחבת התפקיד הרגולטורי של בתי המשפט.⁵ תפקיד זה לא נועד להחליף את הרגולציה המנהלית או את הפרלמנט, אלא להשלימה ולהציב לה גבולות. הוא נועד להתמודד עם הכשלים הכרוכים בפעילות הרגולטורית של מוסדות פוליטיים ועם קיומו של גירעון רגולטורי מנהלי וחיקיתי. בתי המשפט כמוסדות לא פוליטיים, שמכהנים בהם שופטים מקצועיים, הם גורם מתאים לגיבוש תהליך הצברה – תהליך רגולטורי שמטרתו לשמר את נורמות המשפט הציבורי ואת זכויות האדם בשירותים הציבוריים המופרטים. פיקוח רגולטורי מסוג זה נדרש במיוחד בעת שפונקציות ציבוריות מועברות לידיים פרטיות ומתעורר חשש לקיפוח של זכויות הפרט ושל האינטרס הציבורי, ובעת שהפרלמנט והרגולציה המנהלית אינם נותנים מענה לחשש זה. עוד נטען במאמר כי גם בבתי הדין לעבודה, שבהם מכהן שופט מקצועי מומחה בתחום לצדם של נציגי ציבור ייצוגיים, נשמרים היתרונות של מוסדות שיפוטיים כשחקנים רגולטוריים.

המאמר כולל שבעה פרקים. הפרק הראשון יעסוק בעלייה של מודל המדינה הרגולטורית ובתפקוד בתי המשפט ובתי הדין כשחקנים רגולטוריים. פרק זה יציג גם גישות נורמטיביות ואמפיריות לשאלה בדבר מידת ההתאמה של ערכאות שיפוטיות לשמש גוף רגולטורי בעידן ההפרטות. בפרק השני נדון בשתי גישות לגיבוש פסיקה בעלת אופי רגולטורי – גישה אורגנית וגישה פונקציונלית – וביישומן בפסיקה בארצות הברית ובאנגליה. בפרק השלישי נעסוק בהתפתחות של פסיקה בעלת השפעה רגולטורית בישראל ובשאלה אם פסיקה זו היא מהטיפוס האורגני או מזה הפונקציונלי. הפרק הרביעי יתאר את הגישה המצמצמת יחסית של בתי המשפט בישראל להצברה, היינו: להחלה של נורמות ציבוריות על התאגידים המספקים שירותים מופרטים. הפרק החמישי יבחן את המאפיינים של בתי הדין לעבודה בישראל וידון בייחודם כמוסדות רגולטוריים בהשוואה

לבתי המשפט הכלליים. בפרק השישי נדון בגישה הפונקציונלית הרחבה של בתי הדין לעבודה לגיבוש פסיקה בעלת מאפיינים רגולטוריים. הפרק השביעי הוא מבט על בית המשפט כשחקן מרכזי בזירה הרגולטורית. סיכום המאמר יסקור את מעמדן של ערכאות שיפוטיות כשחקנים רגולטוריים בעידן המדינה הרגולטורית.

א. מודל המדינה הרגולטורית ותפקיד בתי המשפט כמוסדות רגולטוריים

1. התפקיד הרגולטורי של בתי המשפט

בשנים האחרונות התרחב מאוד העניין המחקרי, כמו גם הציבורי, בהשלכות של תהליכי ההפרטה ומיקור החוץ של שירותים ציבוריים. השאלות בתחום המדיניות הציבורית נכללות תחת הסוגיה המכונה "התרוקנות המדינה" (Hollowing out of the state).⁶ השאלות נוגעות לחשש מאבדן היכולת של המדינה להבטיח את האינטרס הציבורי באספקת השירותים המופרטים, היינו: הבטחת האופן שבו יסופק השירות הציבורי וקבלת החלטות הנוגעת לפונקציות שלטוניות;⁷ השאלות נוגעות גם להמשך הקיום של עקרונות הדמוקרטיה וערכי היסוד הציבוריים.⁸ התערורות השאלות נעוצה בעובדה שפונקציות ציבוריות מתבצעות על ידי גופים חוץ-ממשליים שאינם כפופים למנגנונים הממלכתיים-דמוקרטיים, הכוללים איוונים, כלמים והגבלות המבטיחים את שלטון החוק. תאגידי אלה לוקים בהיעדר אחריותיות חוקתית (Constitutional Accountability)⁹ שמשמעותה, לכאורה, היעדר מחויבותם לנורמות החוקתיות החלות במגזר הציבורי. לפיכך, פועלם למקסום רווחים כלכליים – כמו גם נאמנותם, הנתונה בדרך כלל לבעלי המניות בתאגיד ולא לציבור הרחב – מובילים לחשש לפגיעה בזכויות של מקבלי השירות ובאיכותו. הקושי מתחדד כאשר מועברות לתאגידים מופרטים סמכויות שלטוניות שיש עמן שיקול דעת רחב (כפי שאירע, למשל, בתכנית מהל"ב, שם ניתנה לתאגידי הפרטיים ולפקידיהם סמכות לשלול קצבאות הבטחת הכנסה). הטלת סמכויות כאלו על תאגידי

Rhodes R.A.W., *The Hollowing Out of the State: The Changing Nature of the Public Service in Britain*, 65(2) THE POL. Q. 138, (1994); Rhodes R.A.W., *The New Governance: Governing Without Government*, 44(4) POL. STUD. 652 (1996)

David H. Rosenbloom & Suzanne J. Piotrowski, *Outsourcing the Constitution and* 7
Administrative Law Norms, 35(2) THE AM. REV. OF PUB. ADMIN. 103 (2005)
וליהיא להט "הון חברתי, משילות, דמוקרטיה ותפוקות מדיניות: ניתוח מושגי והערות על
ההקשר הישראלי" סוציולוגיה ישראלית ז 397 (2006).

דפנה ברק-אראז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה חברה ומשפט ח 209 (2001); Avishai
Benish & David Levi-Faur, *New Forms of Administrative Law in the Age of Third Party Government*, 90(4) PUB. ADMIN. 886 (2012)

Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103(6) COLUM. L. REV. 1367 (2003);
Gillian E. Metzger, *Private Delegations, Due Process and the Duty to Supervise*, in
GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND THE AMERICAN DEMOCRACY 291 (Jody
Freeman & Martha Minow eds., 2009)

"מופרטים" מעוררת חשש כפול: הראשון נובע מהיעדר כפיפותם לנורמות הציבוריות ולכללי המשמעת והאתיקה של השירות הציבורי, והשני נוגע להיווצרות מצבים של ניגוד עניינים והטיה בפעולת התאגיד בהתאם לאינטרסים של הגורם הפרטי. הכוח הרב הנמסר לתאגידים פרטיים עלול להשחית ומוכיל לצורך גובר בפיקוח שיגן על מקבלי השירות ועל העובדים.¹⁰ מעבר לכך, הפרטה של שירותים ציבוריים כגון שירותי חינוך והקמת בתי ספר פרטיים עלולה להוביל לאי-צדק חלוקתי ולפגיעה בקבוצות מוחלשות.¹¹ תאגידים פרטיים עשויים לבכר הספקת שירות לקבוצות חזקות¹² או לספקם באופן לא שוויוני ולפגוע בזכויות של פרטים מקבוצות שוליים.¹³ לפיכך, חוקרים גורסים כי המאפיינים הכרוכים בפעילות התאגידים בעידן ההפרטה מצביעים על צורך בהתפתחות פסיקה בעלת אופי רגולטיבי של הצברה כמכשיר מרכזי לריסון כוחם השלטוני העודף.¹⁴ בהקשר זה נטען כי יש מקום לגבש הגבלות מיוחדות על פעילויות ציבוריות מופרטות באופן שימנע מהתאגידים ניצול לרעה של כוחם השלטוני, וזאת מעבר לכללים הרגילים של המשפט הפרטי.¹⁵

התפתחות התפקיד הרגולטיבי של בית המשפט היא חלק מהתמורות המתחוללות בדגם המדינה. באירופה שלאחר מלחמת העולם השנייה התגבש מודל המכונה בספרות המחקרית "מודל המדינה הפוזיטיבית".¹⁶ על פי מודל זה, שאומץ גם בישראל בעת הקמתה ובעשורים הראשונים לקיומה, המדינה מרכזת בידיה משאבים רבים כדי לספק שירותים ציבוריים באופן ישיר. חלק מהחוקרים טוענים, כאמור, כי בעקבות מגמת ההפרטות והעברת פונקציות ציבוריות לשחקנים חוץ-ממשליים, ועקב התלות ההולכת וגוברת של המדינה בשותפים אלה, נפגמה יכולתה לעצב תהליכי מדיניות וליישם.¹⁷ מנגד טוענים חוקרים אחרים¹⁸ – כפי שנטען אף במאמר זה – כי על אף ההעברה של פונקציות ציבוריות לשחקני שוק וחברה אזרחית לא חלה התרוקנות של המדינה; לדידם, בד בבד עם תופעת ההפרטות התפתח מודל של מדינה רגולטורית.¹⁹ תפיסות מוקדמות ראו את עליית המדינה

10 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 4, בעמ' 481, 490.

11 ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, הפרדות ואי שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח 347 (2004).

12 ש.ם.

13 פלג, לעיל ה"ש 4.

14 Metzger, לעיל ה"ש 9; Freeman, לעיל ה"ש 4; פלג, לעיל ה"ש 4; ברק-ארוז, לעיל ה"ש 4.

15 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 4.

16 Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Cases and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, 17(2) J. PUB. POLICY 139 (1997).

17 H. Brinton Milward. & Keith Provan, *Managing the* ;6 לעיל ה"ש Rhoades R.A.W *Hollow State: Collaboration and Contracting*, 5(1) PUB. MGMT. REV. 1 (2003).

18 Gerry Stoker, *Governance as Theory: Five Propositions*, 50 INT'L Soc. Sci. J. 17 (1998); Scott Burris Michael Kempa & Clifford Shearing, *Changes in Governance: A Cross Disciplinary Review of Current Scholarship*, 41 AKRON L. REV. 1 (2008).

19 Giandomenico Majone, *The Rise of a Regulatory State in Europe*, 17(3) W. EUR. POL. 19 (1994); Majone ;77 לעיל ה"ש 16.

הרגולטורית כמחליפה את מודל המדינה הפוזיטיבית.²⁰ אולם לאחרונה הציע לוי פאור תפיסה מורכבת יותר, שאינה כורכת בהכרח את עליית של המדינה הרגולטורית בדעיכת המדינה הפוזיטיבית.²¹ דגם המדינה הרגולטורית מתאפיין בכך שהסמכות לגיבוש רגולציה מוקנית למוסדות מדינה לא נבחרים (Nonmajoritarian Institutions). מוסדות אלה הם סוכנויות רגולציה המורכבות מפקידים ביורוקרטים ומקצועיים להבדיל משחקנים פוליטיים, או בתי משפט שהם מוסדות לא פוליטיים.

לכן, על אף העברת פונקציות ציבוריות לשחקני שוק וחברה אזרחית המדינה לא "התכווצה". תחת דגם הממשל המסורתי של המדינה הפוזיטיבית – שבו שמרה המדינה על כוחה באמצעות הספקה ישירה של שירותים ציבוריים – צמח דגם ממשל חדש. למרות תהליכי ההפרטה ולמרות השילוב של שחקנים לא ממשליים בתהליכי המדיניות, מעמד המדינה משתמר באמצעות המערכת הרגולטיבית המתרחבת שבה יש לבתי המשפט תפקיד מרכזי כמוסדות מדינה לא נבחרים. באמצעות הביקורת השיפוטית כלפי התאגידים משתמר כוחה של המדינה בשווקים המופרטים ונעשה מאמץ להמשך לקיים ערכים ציבוריים שהם חלק מתפיסת הדמוקרטיה.

2. הלגיטימציה של פסיקה בעלת אופי רגולטיבי

מאחר שהתהליך של גיבוש מדיניות בתחום הרגולציה מבוסס על אימוץ של תפיסות חברתיות וכלכליות מסוימות, אזי הוא צריך לכאורה להיקבע על ידי המחוקק והממשל בהתאם לעקרון הפרדת הרשויות. לפיכך, קביעת מדיניות רגולטיבית על ידי מוסדות לא נבחרים כמו בתי המשפט מעוררת שאלה של הלגיטימיות דמוקרטית. בעוד שהלגיטימיות של השחקנים הפוליטיים נגזרת מהיותם גופים נבחרים המייצגים את הציבור ואת רצונו, עיצוב מדיניות על ידי מוסדות לא נבחרים איננו מסתמך בהכרח על עמדות שזכו לאמון הבוחר.

לטענתנו חרף היותו של בית המשפט מוסד שאינו נבחר בהתאם לכללי הפוליטיקה הדמוקרטית – ואולי דווקא משום כך – הוא גוף מתאים לגיבוש רגולציה כלפי גופים הממלאים פונקציות מופרטות.²² הספרות מספקת תשתית פרדיגמטית לטיעוננו זה. להלן יוצגו גישות ותאוריות אחדות התומכות בגישה זו ויידונו שיקולים המבססים את תפקידם הרגולטיבי של בתי המשפט בעידן ההפרטה. ראשית נדון בחסרונות הרשות המחוקקת כגוף רגולטורי ובכשלים הכרוכים בפעילות של מוסדות רגולטוריים מקרב הרשות המבצעת. במסגרת זו נעסוק בצורך לגבש פסיקה בעלת אופי רגולטיבי בהתחשב בגירעונות הרגולטוריים הנובעים מהיעדר רגולציה מספקת מצד רשויות אלה. לאחר

20 Majone לעיל ה"ש 19, שם; Majone, לעיל ה"ש 19.

21 דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה הרגולטורית" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 23 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ודוד לוי-פאור עורכים, 2016).

22 Elizabeth Palmer, *Should Public Health be a Private Concern? Developing a Public Service Paradigm in English Law*, 22(4) OXFORD J. LEGAL STUD. 663 (2002); Giandomenico Majone, *Europe's Democratic Deficit: The Question of Standards*, 4(1) Eur. L. J. 5 (1998)

מכן נציג שתי תאוריות – תאוריית ההעברה המוסדית ותאוריית החוקתיות המודרנית – התומכות בתפקיד של בתי המשפט כמוסדות רגולטוריים. בהקשר זה יפורטו תחילה טיעונים מעשיים המצדדים בתפקיד הרגולטיבי של בתי המשפט ואחריהם יובאו טיעונים נורמטיביים לכך על יסוד שתי התאוריות האמורות. בהמשך יוצגו טיעונים נוספים הבוחנים את התפקיד הרגולטורי של בתי המשפט, בהתבסס על גישת הבחירה הציבורית.

(א) הכשלים בפעולות הרשות המחוקקת והמבצעת והגירעון הרגולטורי

אחד הגורמים המרכזיים לצורך בגיבוש של פיקוח שיפוטי על הפרטות נובע מכשלים בפועלם של המחוקק והמנהל הציבורי עצמם כגופים רגולטוריים, ומגירעון רגולטורי שנוצר בשל היעדר רגולציה חקיקתית ומנהלית מספקת.²³

המחוקק הישראלי נמנע מעיגון מספק של נורמות ציבוריות בחקיקה המסדירה הפרטות.²⁴ כך, אין כל הסדרה בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ב-1975 לכפיפות של חברה ממשלתית מופרטת לנורמות מנהליות.²⁵ על פי רוב, גם בחוקים ספציפיים שהסדירו הפרטות קונקרטיות אין עיגון מספק של חובות ציבוריות. כך, החוק להפרטת שירות התעסוקה, במסגרת תכנית מהל"ב, כלל לא הטיל על החברה הזכיינית נורמות ציבוריות, למעט חובה מינורית להתייעץ עם מקבל השירות בעת קביעה של תכנית אישית.²⁶

תהליכים חברתיים וכלכליים הובילו לירידה בנטייה לכצע רגולציה מצד המחוקק.²⁷ התהליך נובע בחלקו מהשפעת הגלובליזציה ומהאפשרות של התאגידים לנייד הון בקלות. מקורו בשאיפת המחוקק למשוך משקיעים פוטנציאליים ממדינות זרות ולהימנע מנטישה של תאגידי הון מקומיים לטובת מדינות בעולם השלישי. בשל כשלים אלה – הכרוכים בתפקיד המחוקק כרגולטור – נוצר הצורך לפקח באמצעות שימוש בכלים אחרים כגון פסיקה בעלת אופי רגולטיבי.

פלאג טוען²⁸ כי על פי רוב ייטה המחוקק לפעול להבטחה של מטרות ההפרטה – יעילות השירות וכלכליות הפעלתו – כדי שההפרטה תצלח. שיקולים של הבטחת כלכליות עשויים להוביל, למשל, להתיר לתאגיד להימנע מהספקת שירות כשזו איננה מוכיחה את עצמה מבחינה כלכלית כמשיאה רווחים. כך קורה כשעלות ההספקה לצרכנים היא גבוהה, למשל באזורים מרוחקים.

הצורך בפיקוח שיפוטי מתעורר גם בשל קשיים של פקידי המנהל לגבש רגולציה במסגרת חקיקת-משנה, ובישראל גם בשל היעדר סוכנויות רגולטוריות ייעודיות שתפקידן

23 Metzger, לעיל ה"ש 9.

24 פלאג, לעיל ה"ש 4.

25 חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח 132.

26 ס' 42(ב) לחוק המדיניות הכלכלית לשנת 2004 (תיקוני חקיקה) התשס"ד-2004, ס"ח 70 (להלן: חוק מהל"ב); פלאג, לעיל ה"ש 4.

27 Majone, לעיל ה"ש 19.

28 פלאג, לעיל ה"ש 4.

להסדיר פעולות של שירותים מופרטים (סוכנויות כאלה פועלות, למשל, בארצות הברית).²⁹ לדעת לוי פאור ושותפיו, היעדר סוכנויות כאלה בישראל מוביל לגירעון רגולטורי.³⁰ מעבר לכך, גיבוש רגולציה על ידי הרשות המבצעת כרוך בכשלים שבגינם נוצר צורך בפעולה פסיקתית בשדה הרגולציה. אחד הכשלים בהקשר זה מכונה "הרגולטור השבוי",³¹ כלומר: הרגולטור נהפך ל"שבוי" בידי התאגידים המפעילים את השירות המופרט באופן שאינו מאפשר לו לגבש רגולציה ראויה. התאגידים שמספקים שירות לאורך זמן מרכזים בידם מידע רב ומפתחים מקצועיות בהספקת השירות.³² לעומתם, פקידי הממשל מאבדים את המומחיות הנוגעת להספקת השירות ואת הנגישות למידע באופן שאינו מאפשר להם לקיים פיקוח יעיל.³³ כשל שני הוא הקרבה שנוצרת במשך הזמן בין פקידי המנהל לתאגידים. קרבה זו עלולה להביא להזדהות של הפקידים עם האינטרסים של הגוף הפרטי ולא עם אלה של מקבל השירות.³⁴ כשל שלישי משתקף בעובדה שהגורם שיוס את ההפרטה – המינהל הציבורי – הוא גם זה שמפקח על תוצאותיה. הדבר עשוי להוביל לניסיון של המערכת הפוליטית להצדיק את מהלך ההפרטה ולחזקו.

כשלים אלה, המאפיינים את אופן הפעולה של פקידי המנהל והמחוקקים כרגולטורים, מצביעים על חוסר יכולתם לבצע רגולציה אפקטיבית ויוצרים צורך בפיקוח מצד בתי המשפט עצמם.³⁵

מעבר לכשלים של המחוקק ושל הממשל כמוסדות רגולטוריים, המצדיקים פיקוח שיפוטי, יש לתת את הדעת על כך שרגולציה מנהלית זו אינה מתאימה באופן מיטבי

29 דוד לוי-פאור, סמדר מושל ונועם גדרון הגרעון הרגולטורי של עידן ההפרטה (מכון ון ליר, 2010); אמיר פז פוקס וזהר כוכבי בין הציבורי לפרטי: הפרטות והלאמות בישראל (מכון ון ליר, 2011).

30 לוי-פאור, מושל וגדרון, שם.

31 יוסי כרוזים-קורשי, שלווה ליבוביץ והלל שמיד "ההפרטה החלקית של שירותי אומנה – סוגיות ולקחים" בטחון סוציאלי 70, 56 (2005); רונן מנדלקרן ואריק שרמן ההפרטה של הביצוע: הספקת שירותים חברתיים באמצעות מיקור חוץ (מכון ון ליר, 2010).

32 אבישי בניש "מיקור חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תוכנית מ"רווחה לעבודה" ובעיית כשלי פיקוח" משפטים לח(1) 283 (2008).

33 במחקרים בצבא ארצות הברית נמצא כי כאשר מיקור-חוץ רווח, הידע בארגון הציבורי אובר בתחומים מסוימים. כתוצאה מכך אין בנמצא עובדים בארגון הציבורי המחזיקים בידע מספק לצורך פיקוח ראוי על הקבלנים החיצוניים. Major Kevin P. Steins & Lieutenant Colonel (ret.) Susan L. Turley, *Uncontracting: The Move Back to Performing In-House*, 65(1) A.F. L. Rev. 145 (2010).

34 בהפרטת המעונות לחוסים נמצא כי האגף לטיפול במפגר אינו פועל כגורם לעומתי אלא כרגולטור ידירותי, מתוך מטרה ליצור שיתוף פעולה עם מפעילי המעונות. מנדלקרן ושרמן, לעיל ה"ש 31.

35 נטען כי החברות והארגונים המספקים שירותים מופרטים בתחום הסייעוד חדלו למלא תפקיד של שחקן משני הפועל על פי הוראות של הרשויות ונהפכו לשחקן ראשי המגביל את יכולת הרשויות לגבש מדיניות. כך עלה בידם למנוע זמן רב פרסום של מכרז חדש בתחום זה: יוסף קטן "הפרטת השירותים החברתיים בישראל: המקרה של שירותי הרווחה האישיים" הפרטה ומסחר בחינוך הציבורי בישראל 237, 237-266 (אורית איכילוב עורכת, 2010).

לעיסוק בסוגיות של זכויות אדם ושימור ערכי יסוד ציבוריים, שהן משפטיות באופיין.³⁶ רגולציה מנהלית זו גם הולמת פחות את הצורך להבטיח את האינטרס הציבורי של אספקת השירות המופרט באופן תקין ואחיד, בהיעדר משוא פנים ומתוך הגנה על הזכויות של יחידים ושל קבוצות.

בהקשר זה גם נטען כי החוזה והמכרז, המשמשים במסגרת הרגולציה המנהלית, אינם מתאימים בהכרח לעיגון של נורמות ציבוריות; הם מתאימים יותר להשגת מטרות של יעילות כלכלית.³⁷ כאשר ההפרטה זולגת לעבר שירותים חיוניים לציבור כגון בריאות וחינוך, הרגולציה צריכה להסדיר היבטים של חשש לקיפוח של זכויות אדם ושל זכויות חוקתיות על ידי התאגידים.

הקושי של המוסדות הפוליטיים – המחוקק והרשות המבצעת – בגיבוש רגולציה, והצורך ברגולציה שתתן מענה לסוגיות משפטיות לא כלכליות, יוצרים צורך אקוטי בפיקוח שפוט. התאוריות שיידונו להלן מצדדות בכך.

(ב) טיעונים מעשיים בעד השתתפות של בתי המשפט בזירה הרגולטורית

תאוריית ההעברה המוסדית (Delegation Theory of Institutional Design) גורסת כי מבחינה מעשית בתי המשפט, שהם מוסדות א-פוליטיים, יותר מתאימים ממוסדות פוליטיים לגיבוש רגולציה מסוג הצברה.³⁸ יש לכך כמה טעמים: ראשית, מוסדות לא פוליטיים, כמו בתי המשפט, מתאפיינים בגמישות יחסית וביכולת התאמה לנסיבות משתנות. בניגוד לנורמות הנקבעות בערוץ הפוליטי, שהן כוללניות ולא מתאימות למקרים ספציפיים, למוסדות לא נבחרים יש אפשרות להתאים את הנורמה לנסיבות מיוחדות. רגולציה של השוקים דורשת אפשרות לגמישות של הנורמות הנקבעות ולהתאמתן למציאות משתנה ולנסיבות מיוחדות.

אפשר אמנם לטעון שבתי המשפט מתאפיינים בחוסר יכולת לפעול ex ante וביכולת דלה לאכוף את פסיקותיהם, ושפעולה של בתי המשפט ex post לוקה בחוסר ודאות משום שהכלל הרגולטורי נקבע רק בדיעבד; אך בפעולה ex post טמונים גם יתרונות. ראשית, יש לזכור כי גם קביעת מדיניות רגולטורית ex ante לוקה באי-ודאות בשל חוסר היכולת לצפות את המתרחש בעתיד וכן בשל חוסר יכולת לאסוף מידע מלא על המתרחש בשוקים. לעומת זאת, גיבוש נורמות ex post בבתי המשפט נעשה במציאות שבה ההתפתחויות שחלו בעבר ידועות וברורות וכל המידע פרוס לפני השופט. מעבר לכך, מדיניות רגולטורית הנקבעת ex ante היא כוללנית, נוטה להיות כלכלית באופייה, נסמכת על חישובי עלות-תועלת מבט על ואינה מאפשרת התמודדות עם בעיות נקודתיות. לעומת זאת, ברק-ארוז מדגישה כי אופי הפיקוח השיפוטי על גופים המספקים שירות מופרט מתמקד בהגנה על חובותיהם של

36 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 4, בעמ' 479.

37 בניש, לעיל ה"ש 32.

38 Mark Thatcher & Alec Stone Sweet, *Theory and Practice of Delegation to Non Majoritarian Institutions*, 25(1) W. EUR. POL. 1 (2002)

גופים אלה כלפי פרטים מסוימים ובהגנה על יחידים מפני פגיעה בזכויותיהם.³⁹ ליחידים אלה ניתנת זכות טיעון רחבה בבתי המשפט, המביאים בחשבון את נקודת המבט של הפרט. שנית, קביעת נורמות בנושאי רגולציה על ידי שחקנים פוליטיים כרוכה בעלויות הואיל ונושאים אלה שנויים בדרך כלל במחלוקת, ולכן יש להשקיע משאבים כדי להשיג הסכמות בין קבוצות פוליטיות.⁴⁰ פנייה לערוצים משפטיים אמנם כרוכה אף היא במשאבים, אך פחות מאלה הנדרשים כדי לגבש הסכמה במערכת הפוליטית. יתרה מזו: במערכת הפוליטית והמנהלית לעתים כלל אי-אפשר לגבש הסכמות – לא כל שכן נורמות – בשל הריחוק הרב בעמדות הצדדים.

טיעון נוסף נוגע לסוגיית המומחיות. בניגוד לסוכנויות רגולציה בירוקרטיות המורכבות לרוב ממומחים ומאנשי מקצוע בתחום הרלוונטי, אפשר לטעון שיש קושי בכך שבתי המשפט אינם גופים המתמחים בתחום מקצועי ספציפי ומומחיותם מוגבלת לידע משפטי, מצב שהוא לכאורה חיסרון בגיבוש רגולציה. נגד טיעון זה אפשר להשיב כי בפועל בתי המשפט מגשרים על פערים אלה באמצעות מומחים מקצועיים; כמו כן, על הצורך בהתמחות אפשר לענות גם על ידי הקמת בתי משפט ייחודיים לתחום הרגולציה וההפרטות או על ידי הקמת מחלקה ייעודית בבתי המשפט המחוזיים. כך, למשל, פועלת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב: יושבים בה שופטים המתמחים בתחומים של ממשל תאגידי, ייעוץ השקעות וניירות ערך,⁴¹ העוברים הכשרה מקצועית מתאימה. הקמה של בתי משפט ייעודיים עשויה לעורר חשש לבעיית הרגולטור השבוני: העובדה שהשופטים ובאי-הכוח של התאגידים (שהם מושא רגולציה) הם שחקנים קבועים עלולה להוביל ליחסים ידידותיים קולגיאליים ולהזדהות של השופטים עם העמדות של נציגי התאגידים. חשש זה נראה משמעותי פחות כשעוסקים בשופטים שקידומם נבחן על פי שקולים מקצועיים ובהתאם לטיב השפיטה, ונמדד על פי יכולתם לתת מענה הולם לסוגיות משפטיות ועל פי תוצאות ההליך (תוצאות הנבחנות תדיר גם בערעורים).

יתרה מזו: פעולת בתי המשפט כשחקנים רגולטוריים מתבטאת ביישום של נורמות ציבוריות ועוסקת בנושאים משפטיים שבהם השופטים בקיאים (כמו זכויות אדם ודרישה להליך תקין). עשייה רגולטורית מסוג זה אינה עוסקת במדיניות ועל כן אינה דורשת מומחיות בתחומים ספציפיים של מדיניות או בסוגיות כלכליות.

(ג) טיעונים נורמטיביים בעד השתתפות של בתי המשפט בזירה הרגולטורית

תאוריית החוקתיות המודרנית (Modern Constitutionalism) גורסת כי לבתי המשפט יש מקום מרכזי במאבק להגנת הדמוקרטיה בעידן ההפרטות, חרף העובדה שהם אינם גופים נבחרים.⁴² על פי תאוריה זו, במציאות של הפרטה על בית המשפט לפעול ליישום חובות ציבוריות (שהן ברובן יציר הפסיקה) ללא חשש מפגיעה בעליונות הפרלמנט, ותפקידם

39 ברק־ארז, לעיל ה"ש 4, בעמ' 509.

40 Majone, לעיל ה"ש 19.

41 ס' 42 – 42 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984.

42 Murray Hunt, *Constitutionalism and the Contractualization of government*, in The Province of Administrative Law 21-39 (Michael Taggart ed., 1997).

אינו מתמצה באכיפת החוק. הלגיטימיות של התפקיד השיפוטי בגיבוש רגולציה נובעת מהעובדה שבתי המשפט פועלים לשימור הערכים הציבוריים. תפיסה זו של החוקתיות המודרנית עומדת בניגוד לתפיסת החוקתיות הדסיאנית (Deceyan Constitutionalism), שלפיה בתי המשפט כפופים לפרלמנט ועליהם לאכוף את חוקי הפרלמנט.⁴³ התאוריה הדסיאנית מתארת את הנורמות החוקתיות באנגליה, המעגנות עקרונות של משפט מנהלי – שהן יציר בית המשפט – כנחותות ומדגישה את עליונות הפרלמנט; היא אינה רואה את המשפט המנהלי ואת הדרישות הפרוצדורליות של הליך תקין כחלק מערכי היסוד של החברה.⁴⁴ התפיסה הדסיאנית מדגישה את הנורמות הנוגעות להגנה על הקניין הפרטי כעיקרה של החוקתיות,⁴⁵ ורואה את הנורמות החוקתיות הנוגעות למשפט הפרטי, ומגינות על הקניין הפרטי ועל החירות האישית, כנורמות הבסיסיות שיש להבטיח. בניגוד לכך, תאוריית החוקתיות המודרנית גורסת כי בעידן ההפרטות בתי המשפט אינם צריכים להסתפק בשמירה על הסדר הפרטי ובאכיפה של זכויות קניין אלא עליהם לפעול למימוש נורמות ציבוריות.⁴⁶

אם כן, הדמוקרטיה בעידן ההפרטות אינה צריכה להתבסס רק על המודל הפוליטי ועל עליונות הפרלמנט בקביעת נורמות אלא לחתור למימוש ערכים ציבוריים.⁴⁷ בעידן זה נראה כי לבתי המשפט יש תפקיד רגולטורי להגן על זכויות הפרט מפני גופים בעלי כוח ועוצמה שלטונית. במציאות זו הרגולציה הפסיקתית היא מימוש של ערכי היסוד הדמוקרטיים הניצבים מעל אינטרסים פוליטיים נקודתיים שבאים לעתים לידי ביטוי בחקיקה.⁴⁸ בתי המשפט הם מוסדות מקצועיים המנותקים מאינטרסים פוליטיים, ממערך הלחצים מצד גורמים בשוק ומקשרים לבעלי ההון. מחויבותם לשיקול דעת אובייקטיבי ולערכים של שוויון ואי־הפליה הופכת אותם למתאימים במיוחד לגיבוש רגולציה שתגן על קבוצות שוליים, על קבוצות מוחלשות ועל יחידים. תפקיד הרגולציה הפסיקתית הוא לבחון גם שיקולים אחרים של צדק חברתי והגינות, מתוך שימור ערכים דמוקרטיים שהיו קיימים בשירות הציבורי ערב ההפרטה ולשם הגנה על קבוצות מוחלשות.⁴⁹ תפקיד זה של המערכת השיפוטית מתחדד לנוכח השלכות חלוקתיות של פעולת התאגידים בעידן ההפרטה.

- 43 תפיסת החוקתיות הדסיאנית הותוותה על ידי התיאורטיקן האנגלי בשנת 1885, A. V. Dicey, :1885 INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION (1959)
- 44 H.W. Arthurs, *Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business*, 171 OSGOOD HALL L.J. 1 (1979)
- 45 Murray Hunt, *The Human Rights Act and Legal Culture: The Judiciary and the Legal Profession*, 26(1) J.L. & SOCIETY 86 (1999)
- 46 Hunt, לעיל ה"ש 42.
- 47 Palmer, לעיל ה"ש 22, בעמ' 667-668.
- 48 זאב סגל וליילך ליטור **אקטיביזם ופאסיביזם שיפוטי** (2008).
- 49 Gavin W. Anderson, *Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism*, 17(1) CAN. J. L. JURISPRUDENCE 31 (2004)

3. פועלם הרגולטורי של בתי המשפט ותאוריית הבחירה הציבורית

בשונה מגישת החוקתיות המודרנית, שלפיה בתי המשפט פועלים לצורך שימור של ערכים ציבוריים, חוקרים המתבססים על גישת הבחירה הציבורית מפנים תשומת לב להיבטים נוספים בפעילות הרגולטורית של בית המשפט וטוענים כי בתי המשפט מונעים מאינטרסים נוספים⁵⁰ כגון שימור כוחם. תאוריית הבחירה הציבורית כוללת בין היתר שני טיעונים: הטיעון הראשון מושתת על ההנחה שהפרט, כיצור רציונלי, פועל מתוך מטרה למקסם את תועלתו האישית. התאוריה גורסת כי מקבלי ההחלטות בממשל פועלים משיקולים פוליטיים ומתוך מטרה לקדם את האינטרסים שלהם ולא מתוך שאיפה להגשמת האינטרס הציבורי.⁵¹ לפי הטיעון השני מתקיימות "עסקאות" בין קבוצות בחברה ובין לבין פוליטיקאים. קבוצות מסוימות משפיעות על קבלת ההחלטות מעבר למשקלן בחברה ומעבר למשקל שראוי שיהיה להן מבחינת האינטרס הציבורי. כתוצאה מכך המדיניות המתקבלת אינה משקפת את טובת הכלל אלא בעיקר משפרת את מצב הקבוצות שהשכילו להתארגן היטב.

אם כן, תאוריית הבחירה הציבורית מציעה הסברים נוספים לאינטרס של בתי המשפט בגיבוש מעמד כמוסד רגולטורי דומיננטי. לכאורה, אינטרסים פרטיים כלכליים או אינטרסים פוליטיים אמורים להשפיע במידה פחותה על שופטים משום שהם אינם עומדים לבחירה, נהנים ממשרה קבועה, אינם מורשים לעבוד בד בבד עם תפקידם כשופטים ולרוב אינם עוזבים את כס השיפוט לטובת תעסוקה אחרת. עם זאת, שופטים עלולים להיות מושפעים משיקולים של שימור מעמדם המונופוליסטי כגוף רגולטורי מוביל ומשאיפה להגדלה של עוצמתם ושל יכולת ההשפעה שלהם על חיי הכלכלה והחברה בעידן ההפרטות.

כך אפשר להסביר את פועלם של בתי המשפט גם על רקע אינטרסים הקשורים לניהול ההליך השיפוטי.⁵² אחד האינטרסים בהקשר זה הוא השאיפה של השופטים להשאיר בידיהם שיקול דעת מרבי. בהתאם לגישת הבחירה הציבורית אפשר לטעון כי הנטייה של בתי המשפט ליישם נורמות ציבוריות נובעת מרצונם לגבש כללים "גמישים" "ופתוחים" המשאירים בידיהם שיקול דעת רחב. חלק מהנורמות הציבוריות – סבירות ומידתיות, למשל – הן נורמות גמישות ויישומן מאפשר להשאיר בידי בתי המשפט שיקול דעת רחב בקביעה אם התקיימו במקרה מסוים דרישות הנורמה הציבורית.⁵³

מהטיעון השני של גישת הבחירה הציבורית, שהובא לעיל, נובע גם שמתן אפשרות למערכת השיפוטית לשמש כשחקן רגולטורי דומיננטי עשוי להגביר את ההשפעה של קבוצות מאורגנות ספציפיות ושל אינטרסים צרים על עיצוב המדיניות.⁵⁴ הסיבה לכך נעוצה

Janet Cooper Alexander, *Judges' Self Interest and Procedural Rules: Comment on Macey*, 23 J. LEGAL STUD. 647 (1994); Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize?*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 1 (1993) 50

.Patrick McAuslan, *Public Law and Public Choice*, 51(6) Mod. L. Rev. 681 (1988) 51

Cooper, לעיל ה"ש 50. 52

גיא דוידוב "עקרון המידתיות בידי העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008). 53

.Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 HASTINGS L.J. 355 (1998) 54

בעובדה שעתירה לבית המשפט דורשת משאבים, ידע והיזקקות לשירות של עורכי-דין יקרים, ועל כן פנייה לערכאות היא נגישה יותר לקבוצות אינטרס חזקות. ההצלחה בבית המשפט נגזרת לא רק מכמות המשאבים אלא גם מניסיון בליטיגציה, ועל כן לקבוצות מאורגנות שהן במצב פוליטי וכלכלי טוב יותר מאחרות יש סיכויים רבים יותר להשפעה על ההליך המשפטי.

גורם נוסף לכך שפעילות הרגולציה של בתי המשפט עשויה להוביל להגשמת אינטרסים צרים ספציפיים נגזר מהשיטה המשפטית האדוורסרית. בתי המשפט מוגבלים בפועלם ואינם יכולים לגבש מדיניות אלא במסגרת סכסוך הבא לפנייהם, ולכן החלטתם מושפעת מסוג המקרים שמונחים לפתחם. במסגרת זו רק קבוצות שהן בעלות מעמד בדין ושיש להן עילה לתביעה עשויות לפנות לבית המשפט, ואפשרות הגישה לערכאות אינה פתוחה לכול. כך, רק אינטרסים צרים מסוימים באים לידי ביטוי בהליך המשפטי.⁵⁵ קושי נוסף טמון בכך שבתי המשפט פועלים בהתאם לעילות ולסעדים שהתבקשו בכתב התביעה ואינם חופשיים להכריע כאוות נפשם, מעבר למסגרת הצרה שנוסחה על ידי בעלי הדין.⁵⁶ עם כל זאת, דווקא גישת הבחירה הציבורית עצמה משמשת פרדיגמה להצדקת התפקיד של בתי המשפט כמוסדות רגולטוריים, במיוחד לצורך הגנה על קבוצות השוליים המתקשות להתארגן. התאוריה מלמדת כי לבתי המשפט יש תפקיד מרכזי בשמירה על האינטרס הציבורי גם בעידן ההפרטה, כמו גם תפקיד מרכזי בהגנה על זכויות של קבוצות שהשפעתן הפוליטית ויכולתן להתארגן קטנה. על פי גישת הבחירה הציבורית, מערכת דמוקרטית היא מסגרת שבה קבוצות לחץ – בעיקר אליטות של בעלי הון – משיגות את מטרותן על ידי שכנוע הממשל לא לגבש רגולציה מספקת כלפי שירותים מופרטים. התאגידים משקיעים הון רב במערך של לחצים ובפעולות של לובי בקרב פוליטיקאים ורגולטורים מנהליים כדי להביא לגיבוש מדיניות העולה בקנה אחד עם האינטרסים שלהם. על כן נוצר צורך אקוטי בפיקוח שיפוטי על פועלם של הגופים המופרטים – כדי לאזן את הקושי הטמון בהליך הפוליטי המאפשר לקבוצות חזקות להשפיע על המדיניות המתקבלת.⁵⁷

יתרה מזו: על פי תאוריית הבחירה הציבורית, רגולטורים פוליטיים ומנהליים פועלים בזירה הרגולטורית מתוך שיקולים פוליטיים ולשם הגשמת אינטרסים אישיים. חלקם אף עשויים להימנע מגיבוש רגולציה מתוך שאיפה להשתלב בעתיד בתאגיד מושא הרגולציה. לעומת זאת, אופיים הא-פוליטי של בתי המשפט מונע אפשרות של השפעה פוליטית עליהם או אפשרות של פעולה מתוך אינטרס אישי כזה. על אף החשש ששופטים יושפעו במידה מסוימת משיקולים חיצוניים – למשל: שיקולים הנוגעים לניהול ההליך השיפוטי או שיקולי יוקרה ומוניטין – מדובר בהשפעות שוליות שאינן משמעותיות במרבית המקרים.⁵⁸ זאת, מאחר שפועלם של השופטים מוגבל ומוכתב על ידי כללים משפטיים גם במקרים

55 ש.ם.

56 יוצא מן הכלל בהקשר זה סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982, המאפשר להרשיע על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום אך הוכחו במהלך הדיון.

57 Jack M. Beenan, *Public Oversight of Public/Private Partnerships*, 28(5) *FORDHAM URB. L.J.* 1357 (2001); איל בנבנישתי "תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב (1994).

58 אהרן ברק "תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית" עיוני משפט כא 13 (1997).

של לאקונה בחקיקה. חוקי יסוד, אמנות בין-לאומיות, ערכי היסוד של השיטה המשפטית, תקדימים וכללים פרוצדורליים – כולם מגבילים את מלאכת השיפוט של השופטים, החייבים להכריע בגדריהם והכרעתם משקפת את המצב המשפטי לאשורו. מעבר לכך, בחירתם של שופטים בישראל בהליך נטול פניות וקידומם על סמך יכולתם המקצועית בלבד מכתיבים גם הם את אופי השיטה. על כן, מטבע הדברים במרבית המקרים אפשר לצפות לשיטה מקצועית לגופו של עניין.

התפקיד הרגולטורי של בתי המשפט מתחדר לנוכח המסקנות העולות מגישת הבחירה הציבורית. פועלם הרגולטורי של בתי המשפט ליישום נורמות ציבוריות עשוי להוות משקל נגד חשוב לפעילות האינטרסנטית הפרטית ולפעולות הנובעות מאינטרסים פוליטיים ואישיים של רגולטורים בערוץ הפוליטי והמנהלי.

ב. שתי גישות לתחולת הרגולציה: גישה פונקציונלית וגישה אורגנית

בספרות העוסקת בפסיקה בעלת אופי רגולטורי יש שתי גישות מרכזיות באשר לתחולת המשפט הציבורי בהפרטות.⁵⁹ לפי הגישה האורגנית יישום של נורמות ציבוריות הוא לגיטימי רק כשיש זיקה קרובה בין המדינה לבין ספק השירות או כשיש למדינה כוח לקבוע את דרך פעולתו. על פי גישה זו, כפיפות למשפט הציבורי תיתכן כלפי גוף שנתפס כאורגן של המדינה או כלפי גוף הכפוף לשליטת המדינה ומכאן גם שמה – הגישה האורגנית.⁶⁰ לפי גישה זו, גופים שמקור סמכותם אינו נובע מחקיקה ואין להם זיקה הדוקה לרשויות הציבור לא יוכרו ככפופים לרגולציה. זיקה הדוקה לרשויות ושליטת המדינה על פעולות התאגיד מתקיימות כשהמדינה מעורבת בניהול או כשיש בעלות ציבורית חלקית. בהתאם לגישה זו, לא די בהענקת סמכות בחוזה למיקור-חוץ כדי לגבש אופי ציבורי.

במילים אחרות: הלגיטימציה לרגולציה נובעת מהקשר למדינה. הגישה מכונה גם "גישת מקור הכוח" והיא רואה גופים שמקור כוחם נובע מסמכות בחוק ככפופים למשפט הציבורי. זו גישה בעלת פריסה צרה יחסית מאחר שההצברה מתרחשת רק כלפי גופים שנתפסים כאורגנים של המדינה או שמקור כוחם בחוק עצמו.

לעומתה, הגישה הפונקציונלית דוגלת בהחלת נורמות ציבוריות כלפי כל גוף שמבצע פונקציה ציבורית, יהיו קשריו כלפי המדינה אשר יהיו. הגישה הפונקציונלית היא רחבה יותר מאחר שעצם ביצוע של פונקציה ציבורית מצדיק לכשעצמו רגולציה.⁶¹ כך, רגולציה מתאפשרת גם כלפי גופים שאינם מספקים שירות על פי סמכות סטטוטורית וכלפי גופים שאין לממשל שליטה על פעילותם. בעקבות הפרטות גופים רבים מבצעים פעולות

S.A De Smith., H. Woolf. & J. Jowell, JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION (5th 59
Gillian S Morris, *Employment in Public Services*: ;22 לעיל ה"ש Palmer, ed. 1995)

The Case of Special Treatment, 20(2) OXFORD J. LEGAL STUD. 167 (2000)

שם. 60

De Smith, Woolf. & Jowell, לעיל ה"ש 49. 61

שלטונית שטמון בהן כוח ודי בכך כדי להצדיק החלה של חובות מיוחדות,⁶² שיענו על החשש לשימוש לא תקין בכוח זה ולפגיעה בחירויות הפרט.⁶³

1. מבט השוואתי: אנגליה וארצות הברית: בין גישת התועלתנות לגישה הנאו-ליברלית-ליברטריאנית

בפסיקה האמריקנית והאנגלית הונחו בעבר יסודות לתפיסה פונקציונלית רחבה, אך בסופו של דבר לא הצליחה התפיסה הפונקציונלית לקנות אחיזה של ממש בפסיקה האנגלו-אמריקנית. התפיסה הפונקציונלית מתבססת על גישת התועלתנות של מיל,⁶⁴ שלפיה העילה שמכוחה מוסדות המדינה רשאים להתערב בענייני הפרט היא למנוע ממנו להזיק לאחרים. עיקרון זה, המכונה גם "עקרון הנזק", מוגדר כאחד היסודות לחשיבה הליברלית-דמוקרטית.⁶⁵ תפיסת התועלתנות מצדיקה התערבות של המדינה בקניין של תאגידים פרטיים כשנמסרת בידיהם עוצמה שלטונית העשויה לפגוע בזכויותיהם של פרטים – מקבלי שירות מופרט ועובדים. תאגידים אלה פועלים למעשה במרחב הציבורי ועוסקים בקניין הציבורי במובן הרחב, ומכאן ההצדקה להשית עליהם חובות מיוחדות.

עם זאת, בתי המשפט במשפט האנגלי ובמיוחד במשפט האמריקני נקטו לרוב גישה אורגנית מצמצמת, המונעת תחולה של נורמות ציבוריות בהפרטות. גישה אורגנית צרה זו נובעת מתפיסות נאו-ליברליות-ליברטריניות מבית מדרשו של נוזיק.⁶⁶ גישות אלה רואות את זכות הקניין הפרטי ואת חירות הפרט לפעול בקניינו באופן חופשי כערך עליון. לדידן, לכל יחיד יש זכות טבעית ליהנות מפירות כישוריו הטבעיים והישגיו האישיים ומפירות השקעתו ומשאביו. כך, יש להימנע מהטלת חובות יתר על גופים פרטיים ויחידים באופן המונע מהם פעולה חופשית ואוטונומית בקניינם הפרטי. גישות אלו מצדדות בהגנת יתר על זכות הקניין של תאגידי ההון, תוך זניחת ההגנה על הזכויות של מקבלי השירות והעובדים בשירותים המופרטים. כתוצאה מכך, רוב בתי המשפט באנגליה ובמיוחד בארצות הברית – כמוסדות המבוססים על תשתית של משטר נאו-ליברלי – שאפו להקטין את המעורבות בענייני יחידים ותאגידים שאינם שייכים למדינה ונמצאים מחוץ לשליטתה הקניינית. לכן הם נקטו בדרך כלל גישה אורגנית צרה של התערבות רגולטורית, וזו יחדיה למצבים שבהם הייצור או מתן השירות נעשו בשיתוף ישיר עם המדינה או מכוח סמכות בחוק.

Rosenbloom & Piotrowski, לעיל ה"ש 7, *Jody Freeman & Martha Minow, Introduction: Reforming the Outsourcing Debates, in GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY 1* (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009)

Stephanie Palmer, *Public Functions and Private Services: A Gap in Human Rights Protection*, 6(3-4) J. CONST. L. 585 (2008)

JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (1890)

Bhiku Parekh, *The Cultural Particularity of Liberal Democracy*, 40 POL. STUD. 160 (1992)

ROBERT NOZIK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974)

(א) אנגליה: בין הגישה האורגנית לגישה הפונקציונלית

באנגליה הונחו בעבר יסודות ליישום הגישה הפונקציונלית, הן בנוגע לתחולה של נורמות ציבוריות במסגרת ביקורת שיפוטית מנהלית (Judicial Review) והן בתביעות על פי חוק זכויות האדם (Human Rights Act 1998, להלן: HRA).⁶⁷ הגישה הפונקציונלית שהחלה להתפתח אפשרה להכיר גם בגופים פרטיים שסמכותם אינה סטטוטורית ככפופים למשפט הציבורי. בפרשת *Datafin*⁶⁸ נקבע כי גוף רגולטורי עצמאי שביצע פונקציה ממשלית כפוף לביקורת שיפוטית מנהלית, אף שסמכותו לא נבעה מחקיקה או מהתקשרות חוזית עם הרשות. אותה פרשה עסקה בוועדה שעסקה בהסדרה של השתלטויות ומיזוגים של חברות בבורסה לניירות ערך. הכללים שקבעה הוועדה נתפסו על ידי המדינה כמחייבים כלפי החברות שפעלו בשוק ההון. באותה פרשה בית המשפט האנגלי נטש את הגישה האורגנית וראה את הגוף הפרטי ככפוף לביקורת שיפוטית מנהלית ולנורמות ציבוריות אף שכוחו אינו נובע מסמכות בחוק.

עם זאת, למרות התפתחות ניצנים של מגמה פונקציונלית, הגישה האורגנית היא הרווחת באנגליה. בפסיקה מאוחרות יותר סירבו בתי המשפט להמשיך בדרך שהותוותה בפרשת *Datafin* וכדרך כלל אימצו גישה אורגנית שאינה מאפשרת כפיפות של גופי רגולציה עצמאיים לנורמות ציבוריות במסגרת ביקורת שיפוטית מנהלית (Judicial Review). כך היה, למשל, בפרשת *Aga Khan* שעסקה במועדון מרוצי סוסים שנתן שירות של עריכת מרוצים. בית המשפט האנגלי סירב לראות את המועדון ככפוף לביקורת שיפוטית מנהלית בשל היעדר סמכות סטטוטורית ומשום שההתקשרות עם המועדון הייתה על בסיס חוזי – מצב השולל אפשרות לרגולציה פסיקתית.

הגישה האורגנית מאפיינת גם את הפסיקה שלאחר חקיקת חוק זכויות האדם (Human Rights Act, 1998) על אף הפתח שפתח החוק לגישה פונקציונלית.⁶⁹ רגולציה בהתאם לגישה האורגנית במסגרת יישום חוק זכויות האדם נקבעה בעניין שירותים מופרטים בפרשת *Donaghue*. באותה פרשה נפסק כי תאגיד מופרט, שהיה בעבר בבעלות העירייה וסיפק שירותי דיוור, כפוף לזכויות של המשפט הציבורי.⁷⁰ התאגיד ביקש לפנות דיירת ונקבע כי הפינוי פוגע בזכות הדיירת לפרטיות ולחיי משפחה.⁷¹ ההנמקה התבססה על כך

67 Human Rights Act, 1998 c. 42 § 6 (Eng.). סעיף זה קובע כפיפות של רשות ציבורית (Public Authority) לזכויות מהמשפט הציבורי המועגנות באמנה האירופית לזכויות אדם.

68 *Regina v. Panel of Takeovers and Mergers ex parte Datafin*, [1987] EWCA (Civ), Q.B.815.

69 Stephanie Palmer, *Public Private and the Human Rights Act 1998: An Ideological Divide*, 66(3) CAMBRIDGE L.J. 559 (2007). סעיף 6(3)(b) מגדיר רשות ציבורית ככוללת כל גוף המבצע פונקציה ציבורית באופן שפותח פתח לגישה פונקציונלית.

70 *Teresa Donoghue v. Poplar Housing and Regeneration Community Association* [2004] UKSC, 4 All ER 183 (appeal taken from Eng.). באותה פרשה נקבע כי פינוי הדיירת עצמו הוא קיום של פונקציה ציבורית כמשמעותה בחוק HR.

71 Right to respect for private life, family, Human Rights Act, 1998 c. 42 § 8 (Eng.). home.

שהתאגיד קיבל סמכויות סטטוטורית על פי חוק והוא כפוף לשליטה הדוקה של העירייה.⁷² נקבע כי לא די בפיקוח של רשות מנהלית על פעולת התאגיד או בסמכות הנובעת מקשר חוזי במיקור-חוץ כדי לבסס מהות ציבורית. בפסק הדין אומצה גישה אורגנית צרה שלפיה נדרשת סמכות בדין של הגוף המבוקר, קשר הדוק של אותו גוף לרשויות ומידה של שליטה מצד הרשות על הפעולה הנדונה כדי להכפיפו לנורמות ציבוריות.

בפסקי דין רבים העוסקים במוסדות סיעודיים פרטיים נמנעו בתי המשפט באנגליה מקביעת כפיפות לנורמות ציבוריות. כך, למשל, גופים שהפעילו מוסד סיעודי פרטי בהתקשרות חוזית עם העירייה לא הוכרו ככפופים למשפט ציבורי.⁷³ בפרשה זו נאבקו הדיירים נגד סגירה של מוסד שבו התגוררו בטענה לפגיעה בזכותם לפרטיות ולחיי משפחה. נפסק כי הסמכות של הרשות המקומית לספק שירותי דיור במוסד אמנם נקבעה בחוק, אך לא די בכך: הסמכות ניתנה למלכ"ר שהפעיל את המוסד בחוזה למיקור-חוץ עם הרשות ולא הוענקה לו סמכות בחוק עצמו. על כן נקבע, בהתאם לגישה האורגנית, כי אותו מלכ"ר אינו כפוף לנורמות הציבוריות של חוק HRA. בית המשפט הבחין בין חקיקה שמעניקה לגוף סמכויות ומאפשרת לו לבצע פונקציות ציבוריות לבין חקיקה שרק מסמיכה את הרשות להתקשר בחוזים עם גופים פרטיים. נפסק כי לא די בהענקת סמכות לגוף פרטי בחוזה שנכרת עם רשות ציבורית כדי לגבש מהות ציבורית.⁷⁴

(ב) ארצות הברית: גישה אורגנית כלפי מקבלי שירות

בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע בעבר כי יש אפשרות להכיר בגוף ככפוף לנורמות ציבוריות אם הוא מבצע פונקציה ציבורית⁷⁵ – The Public Function Test. ברבות הימים ניתן למבחן זה פירוש מצמצם מאוד, שלפיו אם מבחינה היסטורית השירות לא ניתן בלעדית על ידי המדינה, לא תתאפשר החלה של חובות ציבוריות. לא די בכך שגוף מספק שירות שניתן בעבר על ידי המדינה כדי להכיר בו ככפוף לרגולציה. למעשה, בית המשפט בארצות הברית היה נכון להכיר בעיקר בגופים שהואצלה להם סמכות להספקת שירותים הכרוכים בהפעלת כוח כמבצעים פונקציה ציבורית.⁷⁶ גופים אלה אחראיים לביצוע בחירות, לניהול ערים פרטיות, לשיטור, לכיבוי אש, לבתי סוהר ולגביית מס – כולם גופים שפעולותיהם עשויות לקפח את זכויות הפרט בשל הכוח המיוחד הנתון בידיהם. על פי

72 העירייה הקימה את האגודה לצורך הספקת השירות, קבעה את המדיניות של הספקת השירות וחמישה מהדירקטורים של האגודה היו חברי עירייה. העירייה גם קבעה את דרך ההתנהלות ואופי השירות שיינתן לדיירת.

73 R on the application of Heather and others v. Leonard Cheshire [2002] 2 All ER 936 EWCA Civ 366

74 שם.

75 המבחן הפונקציונלי נקבע לראשונה בפרשה שעסקה בניהול ערים פרטיות, ראו Marsh v. Alabama 326 U.S. 501 (1946). נפסק כי ערים אלו כפופות לתיקון הראשון לחוקה.

76 Flag Bros. Inc v. Brooks 436 U.S. 149, 158-9, 163-4 (1978). בפרשה זו נקבע כי תאגידים האחראיים על כיבוי אש, על גביית מסים ועל חינוך פרטי ייחשבו כמבצעים פונקציה ציבורית משום שפעולות אלה בוצעו מסורתית על ידי המדינה.

רוב, תפקידים אלה אף בוצעו מסורתית באופן בלעדי על ידי המדינה ועל כן הם עומדים במבחן הפונקציה הציבורית.⁷⁷ אכן, גישה אורגנית צרה נהוגה גם בארצות הברית במסגרת דוקטרינת מעשה מדינה (State Action Doctrine), המאפשרת רגולציה רק כלפי גופים הכפופים לשליטה מהותית של המדינה.⁷⁸ גישה זו מתבטאת ביישום של המבחן הדומיננטי בפסיקה – מבחן הקשר ההדוק (The Nexus Test), הדומה לגישה האורגנית. על פי מבחן הקשר ההדוק נדרש קשר קרוב בין התאגיד לבין הרשות השלטונית (Sufficiently Close Nexus or Symbiotic Relationship). בהתקיים קשר כזה הגוף נתפס כשחקן מדינה הכפוף לנורמות ציבוריות. המבחן בודק אם שליטת הרשות היא הדוקה עד כדי כך שאפשר לומר שפעולת התאגיד היא למעשה פעולה של המדינה עצמה. על פי גישה זו, מימון במסגרת התקשרות חוזית עם המדינה אינו מגבש לרוב אופי ציבורי לגוף⁷⁹ גם אם הוא מהווה את מרבית תקציבו של הגוף, שכן עדיין אין שליטה מספקת של המדינה על פעולותיו.⁸⁰ לכאורה, על פי גישת הקשר ההדוק, פיקוח מנהלי או מתן רישיון היו עשויים לאפשר רגולציה פסיקתית כלפי התאגידים המספקים שירותים מופרטים; אך על פי הפרשנות הצרה שניתנה לגישה זו לא די בהם לגיבוש מהות ציבורית גם אם יש בפיקוח כללים מנהליים מפורטים.⁸¹

- 77 למשל, שירותי הכליאה וניהול בתי סוהר בוצעו היסטורית על ידי המדינה בלבד ועל כן הם נתפסים כסמכות שלטונית מובהקת; נקבע כי בית הכלא הפרטי ועובדיו נתפסים כשחקני מדינה (state actors). *West v. Atkins* 487 U.S. 42 (1988).
- 78 Metzger, לעיל ה"ש 9.
- 79 Cory A. DeCresenza, *Rethinking the Effect of Public Funding on the State Actor Status of the Private Schools in first Amendment Freedom of Speech Actions*, 59(3) *Syracuse L. Rev.* 471 (2009). כך, מוסדות פרטיים המספקים שירותים ציבוריים במימון חלקי של המדינה לא הוכרו כשחקני מדינה למשל, בפרשת *Blum* לא הוכר מוסד סיעודי פרטי, שנהנה ממימון ציבורי ניכר, כגוף הכפוף לנורמות ציבוריות. באותה פרשה החליט המוסד להעביר חוסה לאגף אחר שרמת הטיפול בו נמוכה יותר. הדבר נעשה ללא שימוע וללא מתן התראה מוקדמת (Notice and hearing). התאגיד פעל במסגרת תכנית Medicaid, היה כפוף לפיקוח מנהלי הדוק ופעולותיו נעשו לאחר קבלת רישיון מהמדינה. הפיקוח כלל דרישה לדיווח שוטף על מצב המטופלים והגשת משוב תקופתי של הערכת מצבם. *Blum v. Yaretsky* 457 U.S. 991 (1982).
- 80 Martha Minow, *Lawyering for Human Dignity*, 11(1) *AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y. & L.* 143 (2003).
- 81 בפרשת *Jackson* ניתקה חברת השמל פרטית אשה מרשת החשמל משום שלא עמדה בתשלומים. האשה עתרה, תוך שימוש בסעיף 1983 לחוק הציבורי המאפשר תביעות נזיקין כלפי הרשויות בעקבות הפרת זכויות חוקיות (1964) § 1983 (1964), *Civil Rights Act*, 42 U.S.C. בטענה שהיה על החברה לערוך לה שימוע. נקבע כי לא די בפיקוח מנהלי כדי ליצור מהות ציבורית וכדי לגבש קשר הדוק (Nexus). זאת, אף שבאותו מקרה הפיקוח כלפי חברת החשמל הפרטית היה הדוק והיא אף שימשה מונופול. ראו *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* 419 U.S. 345, 358 (1974).

ג. גופים דו־מהותיים בישראל: גישה אורגנית או פונקציונלית?

בישראל של שנות השמונים, בעידן שקדם להפרטות, גיבשו בתי המשפט נכונות ליישם נורמות ציבוריות על גופים מסורתיים שכונו "גופים דו־מהותיים" – גופים פרטיים בעלי זיקה לשלטון ומאפיינים ציבוריים. כך נקבעה תחולה כזו לגבי חברות ממשלתיות המספקות שירות חיוני כמו חברת החשמל וכלפי גופים דו־מהותיים מסורתיים נוספים כמו לשכת עורכי־הדין, ההסתדרות הכללית, מפעל הפיס ועוד.⁸²

הנכונות להחיל נורמות ציבוריות על גופים אלה התבססה על דוקטרינת הרואליות הנורמטיבית. פרשת מיקרודף⁸³ מהגימה יישום של דוקטרינה זו כלפי גוף שנמצא עדיין בבעלות ממשלתית וטרם הופרט. בפרשה, העוסקת בחברת החשמל שהיא חברה ממשלתית, נקבע כי המבחן לתחולת נורמות ציבוריות אינו המעטפת הארגונית של הגוף אלא התפקיד הפונקציונלי שהוא מקיים בשליטתו על אחד מגורמי הייצור המרכזיים במדינה. אמנם בפרשה זו יושם המשפט הציבורי על גוף בבעלות ממשלתית ותחת שליטה ממשלתית על הניהול, אולם היא פותחת פתח להתגבשות עתידית של פסיקה רגולטורית כלפי גופים בבעלות פרטית הפועלים להספקת שירות מופרט. במילים אחרות: נפתח בה פתח לגישה רחבה ופונקציונלית המושתתת על בחינת התפקיד ועל מהות השירות, ללא קשר למידת הזיקה של הגוף לרשויות השלטון.

הפתח שנפתח כאמור ליישום של תורת הרואליות הנורמטיבית כשיר לשמש מנגנון לגיבוש פסיקה בעלת אופי רגולטורי בנוגע לתאגידים המספקים שירות מופרט.⁸⁴ תחולה של נורמות ציבוריות על גופים דו־מהותיים מסורתיים היא קלה יותר ומוצדקת בנקל, לנוכח הבעלות הציבורית בגופים אלה או הזיקה הישירה שלהם לרשויות הממשל. כמו כן, השירות שהם נותנים מופנה לציבור הרחב כשירות ציבורי ממלכתי – עניין המחזק את המהות הציבורית לעומת הגופים המופרטים שפעמים רבות מספקים שירות פרטי וולונטרי לקבוצה מצומצמת. יתרה מזו: בעוד הגופים הדו־מהותיים המסורתיים פועלים פעמים רבות להגשים מטרת ציבוריות וחברתיות, הגופים המופרטים פועלים למטרות רווח כלכלי. הגופים הדו־מהותיים המסורתיים – כמו, למשל, הסוכנות היהודית, מוזיאונים וקופת חולים הפועלת לספק שירותי רפואה ציבורית – חולשים גם על נכסים השייכים לציבור, ועל כן מאפייניהם הציבוריים בולטים. לעומת זאת, תאגידים המספקים שירות מופרט – כמו שירותי רפואה פרטית – פועלים לכאורה בתוך קניינם הפרטי.

עם זאת, הפרמטרים שגובשו בפרשת מיקרודף כלפי חברה ממשלתית (שהיא גוף דו־מהותי מסורתי) עשויים להיות בסיס לפיתוח של פסיקה רגולטורית בהפרטות, גם אם לא הייתה בפרשה התייחסות מפורשת לבעלות הציבורית עצמה אלא רק לקריטריונים העשויים להתקיים גם בהפרטות.⁸⁵

82 אסף הראל גופים דו־מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008).

83 בג"ץ 731/86 מיקרודף נ' חברת החשמל פ"ד מא(2) 449 (1987).

84 פלג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 145.

85 דפנה ברק־ארו "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט 273 (1995).

אם כן, אפשר להסיק שגיבוש תורת הדואליות הנורמטיבית בעידן שטרם ההפרטה ויישומה כלפי הגופים הדרו־מהותיים המסורתיים פתחו פתח להתגבשות מגמה של הצברה כלפי הגופים הפועלים בזירת השירותים המופרטים. להלן נבחן את המגמה שהתפתחה בישראל ליישום נורמות ציבוריות בשירותים מופרטים במסגרת פסיקה בעלת אופי רגולטורי, ובאילו מידה היא נושאת מאפיינים של גישה אורגנית או פונקציונלית.

ד. ביקורת שיפוטית בשירותים מופרטים בישראל

1. יישום של נורמות ציבוריות

שאלת המחקר הראשונה ביקשה לבדוק האם בפועל, בעידן ההפרטות, בתי המשפט בישראל אכן פועלים כמוסדות רגולטוריים המבקשים לשמר את הנורמות הציבוריות ולכפוף להן את התאגידים הפועלים בזירה הציבורית. אשר לשאלה זו, נמצא שאפשר לזהות בישראל תהליך של הצברה באמצעות פסיקה בעלת אופי רגולטורי. הבחינה של יישום הנורמות הציבוריות כלפי גופים המספקים שירות מופרט מתייחסת הן לסוגיות הנוגעות לעובדיהם והן למקבלי השירות. המחקר בוצע במאגרי פסיקה משפטיים משנת 1990 ועד שנת 2012 באמצעות חיפוש של מילות מפתח העוסקות בנורמות ציבוריות (רשימת מילות המפתח מפורטת בנספח ב'). מסקנות המאמר מתבססות על מחקר זה ומתייחסות רק למילות החיפוש הספציפיות שנבחנו במסגרתו). במחקר נמצאו כ־90 פסקי דין שדנו בגופים שגובשה בהם רגולציה פסקי הדין שנמצאו מפורטים בנספח א').

יישום של נורמות ציבוריות נבחן באמצעות דוקטרינות הנוגעות לתחולה ישירה ולתחולה עקיפה של המשפט הציבורי ובאמצעות תורת הגופים הדרו־מהותיים. התחולה הישירה היא יישום ישיר של נורמות מנהליות על גופים פרטיים;⁸⁶ התחולה העקיפה היא יישום המשפט הציבורי באמצעות כלי המשפט הפרטי, בעיקרם תום הלב ותקנת הציבור.⁸⁷

2. התפתחות של גישה פונקציונלית בפסיקה הישראלית

ממצאי המחקר, כפי שיוצגו בהמשך, מלמדים כי בניגוד לגישה האורגנית הצרה שהתפתחה באנגליה וארצות הברית, בפסיקה הישראלית אומצה לרוב גישה פונקציונלית בנוגע לרגולציה בהפרטות. המגמה הפונקציונלית מתבטאת בתחולה של נורמות ציבוריות כלפי מגוון גדול של גופים, תוך נכונות להכיר גם בגופים שאינם מקיימים את תנאי הגישה האורגנית ככפופים למשפט הציבורי. חלק מהתאגידים הכפופים לנורמות ציבוריות בפסיקה הישראלית הם גופים הפועלים על פי דין או בעלי זיקה לממשל ותיכנן כלפיהם רגולציה גם על פי הגישה האורגנית; חלקם עשויים להיות כפופים לרגולציה רק על פי הגישה הפונקציונלית. נבחן כעת כמה דוגמאות לגופים מסוגים שונים ואת הרגולציה שהתפתחה כלפיהם.

Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 13 (Daniel Friedman & Daphne Barak-Erez eds., 2001)

87 אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993).

(א) מוסדות חינוך פרטיים

בפסיקה הישראלית התפתחה רגולציה כלפי מוסדות חינוך פרטיים שאינם משתייכים לחינוך הציבורי-ממלכתי. חלק מבתי הספר הפרטיים עשויים להיות כפופים לרגולציה גם על פי הגישה האורגנית הצרה, בשל העובדה שהוענקה להם סמכות למתן שירותי חינוך בחוק החינוך הממלכתי.⁸⁸ מקל וחומר הכירה בהם הפסיקה, שאימצה גישה רחבה, ככפופים לנורמות ציבוריות. בעניין כל ישראל חברים נפסק כי בית ספר פרטי, שהוא מיזם משותף של העירייה ושל גורמי שוק, כפוף לנורמות ציבוריות. בין השאר נקבע הדבר בהסתמך על בעלות ציבורית מסוימת ועל ניהול ציבורי חלקי – מחצית מהדירקטורים היו מטעם עיריית תל אביב והמחצית האחרת מטעם בית הספר אליאנס. שיתוף של גורמי ציבור בבעלות ובניהול של תאגיד עשוי לחזק את האפשרות לרגולציה אף בהתאם לגישה האורגנית הצרה, אך באותה פרשה הדגיש בית הדין במיוחד את הנימוק הפונקציונלי, שלפיו עסקינן בגוף המספק שירות ציבורי של חינוך.⁸⁹ בפרשת בוסי נקבעה רגולציה מטעמים פונקציונליים גם כלפי רשת הגנים של אגודת ישראל, שהיא מוסד מוכר שאינו רשמי. בפרשה זו נפסק כי הרשת נתפסת כגוף דר-מהותי משום שהיא מאגדת מוסדות העוסקים במתן שירותי חינוך לציבור וממומנת במידה רבה מכספי ציבור.⁹⁰

תחולת הנורמות הציבוריות הוכרה לא רק כלפי מוסדות החינוך המוכר שאינו רשמי, הכפופים לחוק החינוך הממלכתי ושואבים ממנו את סמכותם, אלא גם כלפי מוסדות הפטור. מוסדות אלה פטורים מפיקוח של משרד החינוך, אינם מיישמים את תכנית הליכה של המשרד ואינם כפופים לחוק החינוך הממלכתי. מוסדות הפטור אינם מתוקצבים אלא פועלים במימון עצמי, מצב המוביל לכך שהקשר שלהם לרשויות רופף יותר. אף על פי שרגולציה כלפיהם לא תיתכן על פי הגישה האורגנית – בהיעדר פעולה על פי סמכות בחוק – על פי רוב נקבעה כלפיהם רגולציה באמצעות גישה פונקציונלית. כך, הכפפתו של בית ספר ממוסדות הפטור לנורמות ציבוריות על היבטים פונקציונליים הושתתה בפרשת טבקה על מהות השירות הציבורי שהמוסד מספק – פעילות חינוכית בעלת אופי ציבורי.⁹¹

(ב) מיזמי תשתיות מופרטות

רגולציה פסיקתית התפתחה גם כלפי מיזמי תשתיות מופרטות המשותפים למדינה ולגופים פרטיים. מיזמים אלה הוקמו בשיטת B.O.T (Build, Operate, Transfer), שבה הגורם הפרטי מממן ומבצע את הקמת התשתיות ומפעיל את הפרויקט לפרק זמן מסוים; בתום התקופה הפרויקט עובר לידי המדינה.

88 חוק החינוך הממלכתי, התשי"ג-1953, ס"ח 131; תקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד-1953, ק"ת 399 קובעות קריטריונים להכרזה על מוסד חינוך כמוסד מוכר שאינו רשמי; ס' 28 לחוק הפיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969 מסדיר את דרכי ההקמה וההפעלה ואת מנגנון הפיקוח על בתי ספר מוכרים שאינם רשמיים.

89 ע"ע (ארצי) 1123/00 בית ספר כל ישראל חברים – ציוזנר (פורסם בנבו, 27.6.2001).

90 ע"ע (ארצי) 203/09 רשת הגנים של אגודת ישראל – בוסי (פורסם בנבו, 2.10.2011).

91 בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק נ' שרת החינוך פרופ' יולי תמיר, פס' 21-31 לפסק דינה של השופטת רוזנפלד (פורסם בנבו, 31.8.2010).

דוגמא לכך היא הרגולציה כלפי החברה הזכיינית בכביש שש – כביש האגרה. החוק קובע את סמכות החברה הזכיינית לספק שירותים.⁹² כפיפות הזכיינית לרגולציה עשויה להתקיים גם על פי הגישה האורגנית, מעצם העובדה שהוענקה לה סמכות בדין; מקל וחומר החברה נתפסת ככפופה לנורמות ציבוריות על פי הגישה הרחבה שהתקבלה בפסיקה. בעניין נאסר נערך דיון בועדת הערר של כביש שש בשאלה אם החברה היא גוף דומהותי.⁹³ בית המשפט המחוזי קבע כי עסקינן בגוף הכפוף לנורמות מוגברות. אמנם רגולציה כלפי הזכיינית תיתכן גם בהתאם לגישה האורגנית, אך הערכאות השיפוטיות מנמקות פעמים רבות את הרגולציה תוך שימוש בסממנים פונקציונליים. כך בפרשת פורת התייחסה ההנמקה לכך שמדובר בגוף הממלא פונקציה שלטונית במקום המדינה ולכך שהמדינה מקיימת פיקוח מנהלי על גוף זה.⁹⁴

(ג) תאגידים הפועלים במיקור־חוץ

פסיקה בעלת אופי רגולטורי נקבעה בפסיקה גם בנוגע לתאגידים הפועלים במיקור־חוץ להספקת שירותים צבוריים מופרטים. תאגידים אלה נבחרים במכרז של הרשות הציבורית ופועלים מכוח חוזה שכרתו עמה. לרוב לא תיתכן רגולציה על פי הגישה האורגנית הצרה כשהבסיס להספקת השירות המופרט הוא התקשרות חוזית במיקור־חוץ. תאגידים הפועלים במיקור־חוץ הם, למשל, חברות המספקות שירותי תכנון, רישום מידע ואבטחה לרשויות על סמך התקשרות חוזית, חברות המספקות שרותי גבייה ואכיפה במיקור־חוץ, שירותי סיעוד לקשישים בביתם ומעונות מופרטים לחוסים.

דוגמא לתאגידים הפועלים במיקור־חוץ שהתגבשה כלפיהם הצברה בפסיקה הישראלית הן חברות שפעלו במסגרת תכנית מהל"ב:⁹⁵ במקרה זה הופרט שירות אוניברסלי של הבטחת הכנסה שיש לגביו זכאות בחוק – דבר מחזק את המהות הציבורית. הפרשת שירות התעסוקה וכן הסמכויות השלטוניות של התאגידים נקבעו אמנם בחוק עצמו, אך התאגידים נבחרו במכרז והתקשרו עם המדינה בהסכם למיקור־חוץ. כך, על אף הענקת הסמכות בחוק, התנאים המפורטים והעברת הסמכויות הקונקרטריות נקבעו בחוזה עם המדינה. מערכת המשפט בישראל פיתחה פיקוח שיפוטי משמעותי כלפי תאגידים שהתקשרו עם הרשות במיקור־חוץ; למעשה חלק ניכר מסמכויותיהם הוסדר בחוזה ההתקשרות עם הרשות. בעניין לוגסי דן בית הדין לעבודה בעניינו של אדם שנשללה ממנו קצבה חודשית בשל אי־התייצבות לכדיקת רופא, על רקע היעדרותו מקורס הכנה לעבודה בטענה שהוא חולה. ההנמקה התבססה על היותו של התאגיד מספק שירות ציבורי ובעל סמכויות

92 חוק כביש אגרה (כביש ארצי לישראל), התשנ"ה-1995, ס"ח 1545.
 93 ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מרכז) 180/03 נאסר נ' דרך ארץ היוויז, פס' 21 (פורסם בנבו, 19.11.2003); בר"ע (מחוזי ת"א) 1173/04 דרך ארץ נ' נאסר (פורסם בנבו, 27.6.2005).
 94 בר"ע (מחוזי חי') 979/06 פורת נ' וועדת הערר על פי חוק כביש אגרה (פורסם בנבו, 27.8.2008).
 95 פרויקט מהל"ב היתה תכנית ניסיונית שבמסגרתה הופרט מערך ההשמה של בלתי־מועסקים על ידי שירות התעסוקה בכמה אזורים. התכנית הופעלה מכוח חוק המדיניות הכלכלית לשנת 2004 (תיקוני חקיקה) התשס"ד-2004, ס"ח 70.

שלטוניות.⁹⁶ בפרשת רג'בי ערערה אשה לבית הדין לעבודה על החלטה לשלב אותה בעבודה שלטענתה אינה מתאימה למגבלותיה הרפואיות. בפרשה נפסק כי עת עסקינן בפעילות של הענקת גמלאות ושלילתן ובהבטחת קיום לאזרחי המדינה, אנו נתונים בלב העשייה המנהלית.⁹⁷ עוד נקבע כי לבתי הדין לעבודה יש תפקיד מרכזי בבקרה על התכנית: בית הדין הדגיש כי פיקוח שיפוטי על התאגיד הזכייין יוביל לאמון ציבורי בשירות המופרט וכי הוא תנאי להצלחתו.

(ד) גופים פרטיים המעניקים שירותי בריאות וסיעוד באמצעות הסדר חוזי עם מקבלי השירות: ביטוח משלים של קופות חולים ומוסדות סיעודיים פרטיים

שירותי סיעוד אינם נכללים בסל הבריאות הממלכתי ואינם ניתנים על ידי קופות החולים אלא על ידי גופים פרטיים. מרביתם מספקים את שירותי הסיעוד במימון חלקי של משרד הבריאות, הניתן לקשיש על פי קריטריונים מסוימים. המוסדות הפרטיים לדיוור מוגן פועלים על פי רישיון של משרד הבריאות אך אינם נהנים מסמכות סטטוטורית.

שירותים פרטיים של ביטוח משלים ניתנים לפלח מצומצם באוכלוסייה וממומנים מכספי המבוטחים. הזיקה הציבורית שלהם פחותה מהשירותים האוניברסליים שקופות החולים מממנות מכספי המדינה לכל האוכלוסייה ומכוח החוק.⁹⁸ על כן, ההצדקה לרגולציה כלפי הביטוח המשלים פחותה מזו העומדת כלפי קופת החולים, שהן גוף דו-מהותי מסורתי. עם זאת, הקשר ההדוק של הביטוח המשלים לקופת חולים, התקנון החוזי הסטנדרטי ומתן האישור לתקנון על ידי משרד הבריאות מחזקים את האפשרות ואת הציפייה לרגולציה.

ככל שעסקינן ברגולציה שיפוטית כלפי הביטוח המשלים או כלפי מוסדות סיעודיים פרטיים, אנו עוסקים ברגולציה כלפי גופים שהקשר של מקבל השירות עםם הוא חוזי. ההתקשרות החוזית בין הצדדים מושתתת על תקנון המשמש בסיס ליחסים החוזיים. רגולציה של גופים אלה עומדת בניגוד לגישה האורגנית של הפסיקה באנגליה, שלפיה החוזה שבין התאגיד לבין מקבל השירות הוא למעשה מקור הסמכות של התאגיד, גם אם התאגיד הוסמך לפעול בדין. לכן הגישה האורגנית אינה מאפשרת לקבוע במצבים כאלה כפיפות לרגולציה. יתרה מזו: לפי הגישה באנגליה, כאשר מקבל השירות עשוי לקבל סעד מכוח דיני החוזים עצמם – קטנה ההצדקה לתחולת המשפט הציבורי. אמנם האפשרות למתן שירותי רפואה באמצעות ביטוח משלים נקבעה בחוק, אך החוק קובע רק את כשרותן של קופות החולים לספק שירותים משלימים ולא מעבר לכך.⁹⁹ ההסדרים והשירותים

96 ע"ע (ארצי) 68/07 לוגסי – משרד התעשייה והמסחר (פורסם בנבו, 30.5.2007).

97 עב' (אזורי י-ם) 1506/06 רג'בי – תוכנית מהל"ב, פס' 21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.6.2006).

98 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 1469.

99 ס' 1(10) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 קובע את האפשרות של קופת חולים לספק שירותי בריאות פרטיים נוספים. ס' 7 קובע כי שירותי הבריאות הציבוריים הם רק השירותים הכלולים בסל הבריאות, והם אינם כוללים את שירותי הבריאות הנוספים הנכללים בביטוח המשלים.

הספציפיים נקבעים בתקנון החוזי עצמו. אם כן, במקרה כזה קשה לגבש רגולציה בהסתמך על הגישה האורגנית.

הגישה בפסיקה הישראלית רחבה יותר מהגישה האורגנית הנהוגה באנגליה, והיא מאפשרת רגולציה שיפוטית גם כשהקשר עם מקבל השירות הוא קשר חוזי וולונטרי. בפרשת שיבר¹⁰⁰ נפסק כי הכפפות לנורמות ציבוריות נובעת מכך שקופת חולים היא גוף דומהותי והיא מחויבת בהתנהגות הגונה וראויה כלפי כלל מבוטחיה – לא רק אלה שהצטרפו אליה לקבלת סל הבריאות הבסיסי מכוח חוק הבריאות, אלא גם אלה שהצטרפו לביטוח המשלים שהיא משווקת.

(ה) עמותות וארגונים וולונטריים המספקים שירותים חברתיים

עמותות וארגונים וולונטריים מהמגזר השלישי פועלים עצמאית בזירת השירותים הציבוריים המופרטים וממלאים את החלל שהשאירה המדינה בתחומים שונים. סמכויותיהם אינן קבועות בחוק והם אינם קשורים בחוזה עם המדינה, ועל כן לא תיתכן כלפיהם רגולציה על פי הגישה האורגנית. גופים אלה אף אינם נהנים מסמכויות המוענקות להם במסגרת חוזה למיקור-חוץ, ולכן האפשרות לגבש כלפיהם רגולציה על פי הגישה האורגנית מצומצמת אף יותר. למרות זאת גילתה לעתים הפסיקה בארץ נכונות לגבש רגולציה פסיקתית גם כלפי גופים כאלה, תוך אימוץ גישה פונקציונלית מרחיבה.

(ו) חברות ממשלתיות מופרטות ותאגידים המספקים שירותים ציבוריים-מסחריים מכוח זיכיון

חברות ממשלתיות מופרטות ותאגידים שונים מספקים שירותים ציבוריים-מסחריים של utilities – אלו חברות לתקשורת קווית וסלולרית, אינטרנט, תעופה, חשמל וכדומה. החברות פועלות תחת פיקוח מנהלי ומכוח רישיון מטעם המדינה, אך לא די בפרמטרים אלה כדי ליצור כפיפות לנורמות ציבוריות על פי הגישה האורגנית. לעומת זאת, על פי הגישה הפונקציונלית החברות מספקות שירותים חיוניים הנתפסים כבעלי עניין לציבור, דבר המצדיק תחולה של נורמות מיוחדות.¹⁰¹ ההצדקה לרגולציה עשויה להתחזק אם אותם גופים פועלים באופן מונופוליסטי.¹⁰² כפי שנראה להלן, יש בישראל הבדל בין גישת בתי המשפט הכלליים לעניין גופים אלה, שהיא גישה אורגנית מצמצמת, לבין הגישה הפונקציונלית של בתי הדין לעבודה כלפיהם.

100 עב' (אזורי ת"א) 1770/01 שיבר – שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 30.7.2001).
 101 Adrienne Heritier A., *Market Integration and Social Cohesion: The Politics of Public Services in European Regulation*, 8(5) J. EUR. PUB. POL 825 (2001).
 102 Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75(3) N.Y. L. REV. 543 (2000).

3. רתיעה מרגולציה פסיקתית בבתי המשפט הכלליים: גישה אורגנית חלקית

(א) גישה אורגנית בבתי המשפט הכלליים כלפי תאגידים הפועלים במיקור-חוזן

בתי המשפט הכלליים לרוב אינם נכונים לגבש רגולציה על סמך פרמטרים פונקציונליים של התקשרות חוזית עם הרשות או מימון ציבורי, ועל כן הם נמנעים לרוב מרגולציה כלפי תאגידים הפועלים במיקור-חוזן. במקרים חריגים בלבד נקבעה במערכת הכללית רגולציה הנוגעת לגופים כאלה.¹⁰³ כך, למשל, לעתים הפעילו בתי המשפט הכלליים גישה אורגנית כלפי תאגידים הפועלים במימון ציבורי למתן שירותי חינוך במיקור-חוזן באופן שמנע גיבוש רגולציה על רקע היעדר סמכות בחוק. בפרשת שאהין סירב בית המשפט לקבוע כי מכון פרטי להכשרת מנהלים לבתי ספר ייחשב כגוף ציבורי. המכון הוא מיזם משותף של משרד החינוך וקרן יד לנדיב, בהתאם להסכם שיתוף פעולה שנחתם בין שני הצדדים. תפקיד המכון הוא לקדם מדיניות שמשרד החינוך מגבש בדבר שיפור התפקוד של המנהלים. באותה פרשה עתר אדם שלא התקבל לתכנית ההכשרה. נפסק כי "המכון אינו בגדר אותם גופים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, כאשר אין בנמצא כל דין המטיל על המכון את תפקיד ניהול התוכנית להכשרת מנהלים, לרבות מיון מועמדים לתוכנית. כאשר תפקיד זה הוטל על המכון מכוח הסכם עם הרשות בלבד."¹⁰⁴

(ב) חברות ממשלתיות מופרטות ותאגידים המספקים שירותים ציבוריים מסחריים

בתי המשפט במערכת הכללית גילו ספקות באשר למעמד של חברות המספקות שירותים ציבוריים-מסחריים (utilities) מופרטים ועל פי רוב יישמו בהקשרים אלה גישה אורגנית. בפרשת מור, שעסקה בשירותי תקשורת מופרטים, לא התייחסה דעת הרוב לאפשרות להכיר בחברות האינטרנט כגופים בעלי מאפיינים ציבוריים. השופט רובינשטיין בדעת המיעוט גרס כי החברות אמנם אינן גופים ציבוריים לכל דבר, אך הן מתאפיינות במהות ציבורית מסוימת. לדבריו:

103 מקרים חריגים שבהם נקבעה בבתי המשפט הכלליים רגולציה כלפי גופים הפועלים במיקור-חוזן נוגעים, למשל, ליישום של חובות גילוי של מסמכי המכרז והחווה שבין הרשות לבין גוף המספק שירותי תכנון, רישום ומידע. הדרישה למסירת המידע לציבור מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 הובילה לקביעה כי על הרשות לפרסם את החווה שנחתם עם הגופים הפרטיים. חובת הפרסום כוונה למעשה לרשות הציבורית עצמה והושתתה על חובתה כנאמן הציבור לפרסם חוזים שהתקשרה בהם. נפסק כי במקרים שבהם תאגיד בוחר להתקשר עם רשות ציבורית הוא אינו יכול להסתתר מאחורי הטענה שבעסקה מעורב גוף פרטי ולמנוע מהרשות פרסום של מסמכי ההתקשרות; ראו ע"א 6576/01 החברה לייזום בע"מ נ' לירן, פ"ד (5) 817 (2002).

104 עת"ם (מינהליים י-ם) 1898/09 שאהין נ' המכון למנהיגות בית ספרית (פורסם בנבו, 14.12.2009).

ספקיות האינטרנט הן חברות למטרות רווח הפועלות מכוח רישיון מיוחד [...] אומנם, פעולה מכוח רישיון כשלעצמה אינה הופכת את פעילות אותו גוף לפעילות מתחום המשפט הציבורי. אך ברי כי גם אין הספקיות אדם פרטי. הספקיות מספקות שירות לציבור. נמסר לידן משאב ציבורי. הן משתמשות בתשתיות בזק קיימות. ככאלה הן נושאות בחובות כלפי הציבור – חובות שאין אדם פרטי נושא בהן. יש בהן אפוא, אם לא משום דרמהויות, משום מהותיות מורכבת. קרי: ממד נוסף של חובות.¹⁰⁵

בעניין ברוש¹⁰⁶ סירב בג"ץ לראות את תאגיד התקשורת קשת כגוף בעל מהות ציבורית, אך השופט רובינשטיין העיר כי "חלות עליה [קשת] נורמות התנהגות שבדין ובכללים ויש בה רכיבי דרמהויות".

ה. הייחוד של בתי הדין לעבודה כמוסד רגולטורי

היעדר הנכונות של המערכת הכללית לגבש רגולציה מקיפה בולטת במיוחד כשבוחרים את גיבוש הרגולציה בבית הדין לעבודה. ערכאה זו הפגינה רגולציה פסיקתית יותר רחבה מזו שהתפתחה במערכת בתי המשפט הכללית. לעומת בתי המשפט הכלליים, בתי הדין לעבודה ממלאים מקום משמעותי בגיבוש רגולציה בהפרטות ולהלן נדון בייחודם. לבתי הדין לעבודה – מערכת בעלת סמכות ייחודית לדון ביחסי עבודה ובביטוח בריאות – שני מאפיינים ייחודיים. הראשון הוא ההרכב המיוחד של מותב בית הדין, הכולל נציגי ציבור שאינם שופטים מקצועיים. אלה באים מסקטור העובדים ומסקטור המעסיקים והם בעלי סמכויות שיפוט מלאות ומעורבים בכל שלבי ההכרעה השיפוטית. תכלית ההרכב המיוחד הייתה הצורך במומחיות של הגורמים היושבים בדין והקמת טריבוניל שיהיה מקובל על הצדדים ליחסי העבודה.¹⁰⁷ המאפיין השני הוא גמישות פרוצדורלית – גמישות בשיטה האדוורסרית, גמישות מירבית בסדרי הדין והראיות ופישוט של הליכי הדין כחלק מעקרון הנגישות לציבור המתדיינים.¹⁰⁸ שני המאפיינים הללו – נציגי ציבור וגמישות פרוצדורלית – משפיעים על התפיסה של בתי הדין את תפקידם כמוסד שנועד לגבש פסיקה רגולטורית לשם הסדרת ההתנהלות של צדדים ביחסי עבודה ובצריכת שירותי בריאות.

1. ההשפעה של נציגי הציבור על הכרעות בתי הדין

עם זאת, תפקודם של בתי הדין לעבודה כמוסדות המורכבים מנציגי ציבור ונוטלים לעצמם תפקיד רגולטורי עלול לעורר ספקות ואף אנטגוניזם באשר לסמכותם זו. מתעורר חשש לכאורה שלפיו שילוב של נציגי ציבור יוביל לפוליטיזציה של השפיטה ולהטיות בשיפוט באופן שיפגע בכשירות של בית הדין להפעיל סמכות רגולטורית. בהקשר זה, כל אחד מהצדדים הנזקקים לבית הדין מעורר חשש לייצוג יתר של האינטרסים של הצד

105 רע"א 4447/07 מור נ' ברק א.ט.ס. לשרותי בזק, פס' לא-לב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 23.7.2013).

106 בג"ץ 2097/09 ברוש נ' שידורי קשת (פורסם בנבו, 8.3.2009).

107 משרד המשפטים דין וחשבון הועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה (2006).

108 ס' 32-33 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ס"ח 553 (להלן: חוק בית הדין לעבודה).

השני: העובדים מעלים חששות לייצוגייתר של קבוצות חזקות ותאגיד הון בבית הדין ואילו המעסיקים מביעים ספקות באשר לאובייקטיביות של בית הדין כמותב המורכב מנציגי עובדים ושופטים בעלי נטיות "סוציאליות". אכן, הטיות של נציגי הציבור לטובת אינטרסים של המעסיקים ושל בעלי ההון עלולות למנוע גיבוש פסיקה רגולטורית מספקת ולהימנעות מהגנה משמעותית על זכויות הפרט, ואילו הגנת יתר על עובדים עלולה לפגום במעמד המעסיקים כבעלי פרוגטיבה ניהולית. כן מתקיים חשש מתמיד שלפיו הכרעה של הנציגים בניגוד לעמדת השופט המקצועי – לעתים מחוסר הבנה של הסוגיות המשפטיות – עלולה להוביל לעיוות הדין.

סוגיית השיתוף של נציגי ציבור כמותב של בית הדין נמצאת בדיון מתמשך. הטעמים המצדדים בעיצוב של בית דין לעבודה כטריבונל שיפוטי, המבוסס על מותב הכולל שופט מקצועי ונציגי ציבור, מדגישים את תרומתם של נציגי הציבור לדיון המשפטי כדלקמן: ראשית, לנציגי הציבור ידע ומומחיות בתחומים רלוונטיים שאינם נחלתם של השופטים המקצועיים. דיינים בעלי מומחיות בתחום מסוים עשויים ביתר קלות לאתר פגמים בשיקול הדעת בעת קבלת החלטות רגישות בשירותים מופרטים ולמנוע מהתאגידים להשתמש לרעה בכוחם השלטוני.¹⁰⁹ שנית, נציגי הציבור קרובים לשטח ומביאים תובנות מניסיונם בתחום הנדון. המעורבות של נציגי הציבור אף תורמת לכך שיוכאו בחשבון ויידונו גם שיקולים חברתיים, כלכליים ולבר-משפטיים.¹¹⁰ שיקולים אלה חשובים במיוחד בגיבוש של פסיקה רגולטיבית, העוסקת מעצם טבעה בנושאים שאינם בהכרח משפטיים. שלישית, השילוב של נציגי ציבור אף תורם לנגישות של המוסד השיפוטי והופך אותו לירידותי יותר – ובכך מפחית את תחושת הניכור כלפי הערכאה השיפוטית. גופים שהם מושא לפסיקה בעלת אופי רגולטורי נוטים לקבל טוב יותר כללים הנקבעים בשיתוף נציגים מטעם הסקטור שבו הם נמנים. רביעית, שילוב של נציגי ציבור תורם ללגיטימציה של המערכת השיפוטית כמוסד רגולטורי ולאמון הציבור בה. השופטים עצמם עשויים לחוש חופש רב יותר לקבוע כללים רגולטוריים מרחיקי-לכת בעת שיושבים בצד נציגי ציבור המקנים להליך לגיטימציה מסוימת.¹¹¹ שיתוף של נציגים המייצגים פלגים מהחברה אף יוצר תחושת הוגנות וצדק פרוצדורלי;¹¹² שילובם בהליך עשוי לפתור את בעיית חוסר הלגיטימיות הדמוקרטית הנלווית לפעילות של מוסדות לא נבחרים, שלכאורה אינם משקפים בהחלטותיהם את רצון הרוב. כך, שיתוף גורמים פוליטיים שמייצגים את החברה האזרחית תורם למימוש התפיסה בדבר שלטון הרוב, שהיא עקרון יסוד בדמוקרטיה.¹¹³ נוסף על כך, שילוב של נציגי ציבור תורם גם לנגישות של ההליך לקבוצות מוחלשות.

109 אבישי בניש "נגישות לצדק בשירותי רווחה מאפייני השימוש בוועדות ערר על ידי משתתפי 'תוכנית ויסקונסין' נגישות לצדק חברתי בישראל (ג'וני גל ומימי איזונשטדט עורכים, 2009).

110 סטפן אדלר "נציגי ציבור בבית הדין לעבודה: מטרם, תפקידם והשפעתם" שנתון משפט העבודה ב 10 (1999).

111 גיא דוידוב ורעות בגס שמר "נציגי ציבור בבית הדין לעבודה: תפקידם ותרומתם הלכה למעשה" ספר אלישבע ברק-אוסוסקין (2012).

112 ש.ם.

113 ש.ם.

לפרטים מקבוצות שוליים קל יותר לשטוח את טענותיהם לפני מותב שיושבים בו נציגים הקרובים אליהם במידה מסוימת. ייתכן שגם בית הדין נוטה להפעיל פיקוח שיפוטי הדוק יותר כלפי הגופים המופרטים משום שהוא רואה את עצמו כמגן על העובדים החלשים אל מול התאגידים, והשתתפות מותב של נציג ציבור מטעם העובדים מחזקת תחושה זו. על אף טיעונים תומכים אלו, המציאות בשטח אינה תמיד אופטימלית. מחקר שנערך לאחרונה מעלה כי הנוכחות של נציגי ציבור בהליך השיפוטי נמוכה בהרבה מהמעמד המרכזי שנוטים לייחס להם. על פי רוב הם אינם יוצאים נגד עמדתו של השופט המקצועי, ורק במקרים חריגים השופט המקצועי נמצא כמיעוט בהכרעת הדין.¹¹⁴ במקרים רבים נציגי הציבור כלל אינם נוכחים בהליך או שרק אחד מהם מתייצב לדיון, במיוחד בערכאה הנמוכה של בית הדין האזורי.¹¹⁵ כך העובדה שבדין יושב שופט מקצועי היא משמעותית יותר ולמעשה משפיעה מאוד על אופי ההליך השיפוטי. אכן, הדומיננטיות של השופט המקצועי בהליך בבית הדין מונעת מצבים שבהם יירתע בית הדין מגיבוש פסיקה רגולטורית לנוכח אינטרסים של תאגידי הון. העובדה שהשופט המקצועי נוטל חלק משמעותי יותר בהליך מונעת פוליטיזציה והטיות של ההליך השיפוטי ומשווה לערכאה זו אופי דומיננטי של מוסד שיפוטי מקצועי.

במחקר הנוכחי נמצא כי נוכחות של נציגי הציבור לא מנעה הכפפה נרחבת של תאגידים לנורמות ציבוריות ולזכויות עובדים. אמנם ממצאים אלה מחזקים את המסקנה בדבר יכולתו המוגברת של בית הדין לעבודה להסדיר התנהלות של מקומות עבודה בהתאם לנורמות ציבוריות, אך הם גם מחלישים במידה מסוימת את הטענה בדבר התרומה של נציגי הציבור למעמד הייחודי של בית הדין לעבודה.

2. גמישות פרוצדורלית

כאמור, המאפיין הייחודי השני של בתי הדין לעבודה הוא אי-כפיפותם לסדרי הדין והראיות הנוהגים במערכת הכללית והגמישות הנהוגה בהם באשר לשיטה האדוורסרית הרגילה.¹¹⁶ יש לזכור, כי בית הדין לעבודה אף מוסמך להכריע בדין "בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק".¹¹⁷ אם בתי המשפט הכלליים מוגבלים בגיבוש רגולציה על ידי עילות התביעה, וגבולות הדיון נגזרים מכתבי הטענות שניסחו הצדדים, מגבלות אלו אינן חלות בבתי הדין לעבודה, הרשאים לחרוג מכתבי הטענות ולדון גם בסוגיה שאינה נזכרת בהם. מכאן הגמישות הרבה של בתי הדין, המאפשרת להם לגבש רגולציה ללא מגבלות הנגזרות מאופיו האדוורסרי של ההליך.

יתרה מזו: ההליכים בבית הדין לעבודה הם פשוטים ולא פורמליים. התובעים זכאים להופיע לפני הטריבונול השיפוטי בעצמם (ללא ייצוג משפטי) או בייצוג של ארגון עובדים; מסמכי פתיחת ההליך מנוסחים בצורה פשוטה ובמרבית המקרים אין הכרח בהשכלה משפטית – לרוב מדובר במסמכים אחידים שאפשר למלא בכתב יד; גם האגרה הכרוכה

114 ש.ם.

115 ש.ם.

116 ס' 31-32 לחוק בית הדין לעבודה.

117 ס' 33 לחוק בית הדין לעבודה.

בפתיחת תיק היא נמוכה מאוד בהשוואה לאגרה הנגבית בבתי המשפט. אם כך, העלויות של גיבוש פסיקה רגולטיבית בבית הדין לעבודה הן נמוכות בהרבה מאלו הכרוכות בהליך משפטי בערכאות הכלליות. על פי חישובי עלות-תועלת, המביאים בחשבון עלויות כלכליות ותשומות אחרות, יש עדיפות לטריבונלים שבהם ההליכים פשוטים.¹¹⁸ כאשר העלויות של גיבוש פסיקה רגולטורית בטריבונל השיפוטי נמוכות, ההיקף שלה רחב יותר. לסיכום: הישיבה בדין של נציגי ציבור, הגמישות הפרוצדורלית, האגרה הנמוכה, האפשרות לפתוח בהליך ללא ייצוג ובעלויות זניחות – כל אלה מגבירים את הנגישות למשפט ואת היקף הפסיקה הרגולטורית.

3. השלכות אופיו של תחום יחסי העבודה על התהליך הרגולטורי

גורם נוסף שעשוי להסביר את ההיקף הכולט של הפעולה הרגולטורית של בית הדין הוא העובדה שהתחום שבו בית הדין עוסק – יחסי עבודה – הוא מעצם טבעו רגולטורי יותר וקל להצדיק בו התערבות בקניין הפרטי. ביחסי עבודה יש פער מובנה בכוח המיקוח בין העובד לתאגיד המעסיק, ופער זה יוצר לגיטימציה להתערבות של המערכת השיפוטית לצורך איזונו; חקיקת המגן בתחום מחזקת את יכולת ההתערבות ביחסים שבין הצדדים. עלינו להדגיש כי התהליך הרגולטורי המתרחש בבתי הדין לעבודה מיושם תמיד כלפי סוג מצומצם ומוגדר של יחסים – יחסי עבודה וביטוח בריאות – ואילו בתי המשפט הכלליים עוסקים בקשת רחבה יותר של נושאים. הסמכות הייחודית של בתי הדין לעבודה והתחום הצר שבו הם עוסקים טומנים בחובם פוטנציאל להפעלת "חסות" של בתי הדין על האוכלוסיות הפונות אליהם.

להלן נבחן את השפעת המאפיינים הייחודיים של בתי הדין לעבודה על אימוץ גישה מרחיבה בכל הנוגע לגיבוש פסיקה בעלת אופי רגולטורי.

1. פסיקה מקיפה בענייני רגולציה בבתי הדין לעבודה: יישום גישה פונקציונלית רחבה

בניגוד למגמה הצרה יחסית בפסיקת בתי המשפט הכלליים, שלעתים אף גילו בפסיקתם גישה אורגנית, בבתי הדין לעבודה התפתחה מגמה פונקציונלית נרחבת שהובילה לפסיקה מקיפה בעלת אופי רגולטורי. הגישה המרחיבה של בתי הדין לעבודה כוללת נכונות להפעלת הצברה כלפי מגוון גדול של סוגי גופים, ובכלל זה תאגידים שאינם פועלים על פי סמכות סטטוטורית ואינם קשורים בקשר הדוק לממשל. להלן נסקור כמה סוגי גופים שאינם מושא להצברה על פי הגישה האורגנית, אך בכל זאת נקבעה כפיותם לנורמות ציבוריות בהתאם לגישה הפונקציונלית שאימצו בתי הדין.

1. תאגידים הפועלים במיקור-חוץ

בבתי הדין לעבודה התפתחה ביקורת שיפוטית בנוגע לתאגידים הפועלים במיקור-חוץ. לגופים אלה לא הוענקה סמכות בדין וכל כוחם נובע מחוזה עם הרשות, ובתי הדין מגבשים

118 בניש, לעיל ה"ש 109.

לגביהם רגולציה על סמך פרמטר פונקציונלי של מימון ציבורי. לעתים מצטרף לכך גם קריטריון של פיקוח מנהלי או של מטרות ציבוריות המשוות לגופים אלה אופי ציבורי. גישה פונקציונלית כזו ננקטה, למשל, כלפי תאגידים המפעילים מעונות לחוסים הלוקים בשכלם הפועלים במיקור-חוץ. לעניין המימון הכספי כבסיס להצברה כלפי תאגידים אלה נקבע בפרשת ירמי כי העמותה היא גוף דרמהוטי שעיקר תקציבו, אם לא כולו, מקורו בכספי ציבור.¹¹⁹ בפרשת גליקסמן נקבע – בהסתמך על גישה פונקציונלית הבוחנת את התפקיד והמטרות הציבוריות של הגוף הנבחן – כי עמותה המפעילה מעון פרטי היא גוף דרמהוטי. נפסק כי גם אם לא הייתה קמה לה הכנסה מכל קופה ציבורית, די בכך שמדובר בגוף בעל משמעות ציבורית מבחינת תוכנו ותפקודו: מדובר במוסד ופנימיה חינוכיים בעל מסר ציבורי הפועל לטובת הכלל.¹²⁰ כבסיס לרגולציה הדגיש בית הדין גם את הפיקוח המנהלי, המתבטא בין השאר בהגשת דוחות למשרד הרווחה. בתי הדין גיבשו גישה של הצברה גם כלפי גופים מסחריים המספקים שירותי חינוך והדרכה בבתי הספר. בפרשת שרקי נקבע – לגבי פירמה עסקית הפועלת במיקור-חוץ בבתי ספר ומספקת חוגי העשרה של דרמה ומחול – כי העובדה שהחברה פעלה מכוח סמכות שנבעה מחוזה עם משרד החינוך יוצרת כפיפות לנורמות ציבוריות. נפסק כי אין להתייחס אל הנתבעת כאל חברה פרטית לחלוטין ויש להביא בחשבון כי היא פועלת מטעם משרד החינוך בבתי ספר ציבוריים ועל בסיס תקציבים ציבוריים.¹²¹

2. עמותות וארגונים וולונטריים המספקים שירותים חברתיים

בית הדין גיבש רגולציה גם כלפי עמותות וארגונים וולונטריים מהמגזר השלישי המספקים שירותים מופרטים. הסמכויות של גופים אלה אינן קבועות בחוק והם אינם קשורים בחוזה עם המדינה, ועל כן לא תיתכן כלפיהם רגולציה על פי הגישה האורגנית. עם זאת, בית הדין היה נכון להכיר בהם ככפופים לנורמות ציבוריות בהתאם לגישה הפונקציונלית, בהתבסס על פרמטר של פעולה למטרות ציבוריות. כך, בפרשת לינדר, התבססה רגולציה כלפי ארגון לקידום ציבור הנכים על כך שתכלית הארגון אינה רווח כי אם הגשמת הזכויות הסוציאליות של חבריו.¹²²

חלק מהעמותות המספקות שירותים מופרטים נהנות מתקציב ציבורי, מצב המחזק את האפשרות לרגולציה פסיקתית על פי הגישה הפונקציונלית. בעניין האגודה למען הקשיש הופעלה רגולציה בהסתמך על פרמטר זה ונקבע כי אין ספק שהעמותה עונה להגדרה של גוף המספק שירות חינוכי לציבור. היא מתוקצבת על ידי המוסד לכיטוח לאומי ומשרד

119 כש"א (אזורי ת"א) 8770/07 ירימי – על"ה עזר לילד הנכה, פס' 16-20, 40-41 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.11.2007).

120 ס"ע (אזורי י-ם) 46598-10-10 גליקסמן – אלווין ישראל (ע"ר) (פורסם בנבו, 21.11.2010).

121 עב' (אזורי ת"א) 4286/06 שרקי – מרמנת ארגון וניהול פרויקטים בע"מ, פס' 19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.8.2007).

122 ע"ע (ארצי) 355/99 לינדר – ארגון נכי תאונות עבודה, פ"ד לז 846 (2002).

העבודה והרווחה ואף נתונה לפיקוח של גופים אלה, וכן היא הוקמה כדי לספק שירותים לאוכלוסיית הקשישים בקריית גת, בין היתר שירותי סיעוד ומזון.¹²³

3. גופים פרטיים המעניקים שירותי סיעוד ורפואה בהסדר חוזי: מוסדות פרטיים לדיור מוגן

בפסיקת בתי הדין לעבודה התפתחה גם רגולציה כלפי מוסדות פרטיים של דיור מוגן המספקים שירותי סיעוד, תוך יישום פרמטר של מימון ציבורי. תאגידי אלה מספקים שירותים על סמך התקשרות חוזית עם מקבל השירות. עצם קיומו של חוזה עם מקבל השירות שולל רגולציה על פי הגישה האורגנית הנוהגת באנגליה. עם זאת התפתחה בבית הדין לעבודה גישה של הצברה המתבססת על העובדה שהתאגידים מספקים שירות ציבורי ועל מתן הרישיון על ידי המדינה, תוך יישום גישה פונקציונלית. בפרשת **בטחיש**, שדנה בעניינו של מוסד פרטי לדיור מוגן, הודגש כי את השירות שהוא מספק אפשר להגדיר כדרימהותי בשל שליטתו על אמצעי ייצור חיוני ועל הספקתו לציבור, וכן בשל התפקיד שהוא ממלא.¹²⁴ בית הדין הדגיש גם את היותו של הגוף מלכ"ר המיועד מטבעו למטרות ציבוריות.

4. חברות ממשלתיות מופרטות ותאגידי המספקים שירותים ציבוריים מסחריים

עוד התפתחה בפסיקת בתי הדין לעבודה – בהתאם לגישה הפונקציונלית – רגולציה כלפי גופים המספקים שירותים ציבוריים-מסחריים על פי רישיון מטעם המדינה (utilities). לא די בפיקוח מנהלי ובמתן רישיון על ידי המדינה כדי לבסס רגולציה על פי הגישה האורגנית. בתי הדין פיתחו רגולציה כלפי גופים אלה על פי הגישה הפונקציונלית, בהתבסס על פעילותם בהספקת שירות חיוני.

בפרשת **שמעוני** קבע בית הדין לעבודה את הכפיפות של חברת אל על המופרטת לנורמות ציבוריות. החברה הייתה במשך שנים רבות בבעלות של מדינת ישראל והייתה חברה ממשלתית על כל המשתמע מכך; נפסק כי בשנים האחרונות היא אמנם עברה תהליך של הפרטה אך היא עדיין גוף דרימהותי. מחד גיסא היא חברה ציבורית הנסחרת בבורסה ופועלת בהתאם לרישיון שניתן לה על פי חוק, ומאידך גיסא היא מספקת שירותי הטסת נוסעים לציבור בישראל ופועלת על פי רישיון שניתן לה שהוא משאב ציבורי.¹²⁵ בניגוד לגישה המצמצמת של בתי המשפט הכלליים נקטו בתי הדין לעבודה גישה מרחיבה גם באשר לרגולציה כלפי תאגידי המספקים שירותי תקשורת מופרטים. כך, למשל, בפרשת מאיר נקבעה כפיפות של חברת בזק בינלאומי המופרטת לנורמות ציבוריות.

123 עב' (אזורי ת"א) 9875/04 משה – האגודה למען הקשיש (פורסם בנבו, 8.5.2006); עב' (אזורי ת"א) 9429/04 האגודה למען הקשיש – בן מוחא, פס' 103 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.8.2007).

124 עב' (אזורי נצרת) 1099/06 בטחיש – קסטוריה דטרה סנטה, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בתקדין, 31.8.2008).

125 בש"א (אזורי ת"א) 7469/05 שמעוני – אל על בע"מ (פורסם בנבו, 19.9.2005).

ההנמקה הפונקציונלית לרגולציה התייחסה לכך שהחברה עוסקת במתן שירותי תקשורת בין-לאומיים ושירותי אינטרנט, ומכאן שהיא גוף המשרת ציבור רחב היקף ומהווה גוף דו-מהותי הנושא אופי ציבורי מובהק.¹²⁶

ניכר פער משמעותי בין הנכונות של בתי המשפט הכלליים ליישם נורמות ציבוריות על גופים פרטיים הממלאים פונקציות ציבוריות לבין זו של בתי הדין לעבודה, שבהם הנכונות לגבש פסיקה בעלת אופי רגולטורי גדולה בהרבה. העשייה הרגולטורית של בתי הדין לעבודה מקיפה יותר מזו של בתי המשפט הכלליים גם בהיבטים נוספים. כחלק מהמקרים בתי הדין נטשו לא רק את הגישה האורגנית אלא גם את זו הפונקציונלית והיו נכונים ליישם נורמות ציבוריות כלפי גופים פרטיים לחלוטין. מגמה זו בולטת מאוד בבתי הדין לעבודה וחרוגה מאוד בבתי המשפט הכלליים; היא מעידה על פיקוח שיפוטי מקיף של בתי הדין כלפי התאגידים ועל שאיפה לרסן את כוחם. היקף כזה של הצברה וזליגה של הנורמות הציבוריות אל המרחב הפרטי מטשטש למעשה את הגבול בין הפרטי לציבורי. הנכונות ליישום נורמות ציבוריות אחרות כלפי מעסיקים פרטיים לחלוטין באה לידי ביטוי בעיקר בסוגיית הפיטורין. כך, למשל, נקבע כי זכות הטיעון עומדת לכל עובד בעת פיטוריו וכלפי כל מעסיק.¹²⁷ נורמה ציבורית נוספת שיושמה גם היא כלפי מעסיקים פרטיים היא חובת ההיוועצות בארגון העובדים במקום עבודה מאורגן¹²⁸ בעת פיטורי צמצום קולקטיביים כתוצאה מהליך הבראה ובעת שינוי מבני והפרטה.¹²⁹

ז. מבט על בית המשפט כשחקן מרכזי בזירה הרגולטורית

מהמחקר הנוכחי עולה כי בתי המשפט בכלל ובתי הדין לעבודה בפרט נהפכו למסודות רגולטוריים מרכזיים המקיימים פיקוח שיפוטי הדוק כלפי השווקים המופרטים, תוך אימוץ גישה פונקציונלית.

דומה כי את תופעת הפיכתו של בית המשפט בישראל לשחקן דומיננטי בזירה הרגולטורית אפשר להבין בעיקר על רקע הגירעון הרגולטורי בישראל. גירעון זה, המתבטא במיוחד בהיעדר סוכנויות רגולציה ייעודיות, עשוי להסביר את הצורך בכניסתו של בית המשפט לזירה הרגולטורית.¹³⁰ בארצות הברית ובאנגליה נוצרו – בד בבד עם הפרטת השירותים הציבוריים – מנגנוני רגולציה מתאימים בדמות סוכנויות רגולציה ביורוקרטיות עצמאיות, הפועלות על פי חוק ובמנותק מהמנהל הציבורי ונותנות מענה לצורך בפיקוח מצד המדינה על השירות המופרט. פועלן של סוכנויות הרגולציה הייעודיות באנגליה

126 עב' (אזורי ת"א) 2926/05 מאיר – בזק בינלאומי בע"מ, פס' 11 לפסק דינה של השופטת סאמט (פורסם בנבו, 21.6.2006).

127 ע"ע (ארצי) 415/06 מלכה – שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 15.7.2007).

128 דב"ע (ארצי) 3-7/98 מועדים – משרד הביטחון (פורסם בנבו, 2.12.1998).

129 הנכונות ליישם נורמות ציבוריות אחרות כלפי גופים פרטיים מתבטאת גם ביישום של זכויות חוקתיות. אמנם נכונות זו באה לידי ביטוי גם בבתי המשפט הכלליים, אך היא בולטת במיוחד בבתי הדין לעבודה. ראו Guy Mundlak, *Fading Corporatism: Israel's Labor Law and* Industrial Relations in Transition, 62(1) CORNELL L. REV. 135 (2008).

130 לוי-פאור, שילה וגדרון, לעיל ה"ש 29.

ובארצות הברית והיעדר הצורך במנגנוני רגולציה אלטרנטיביים עשויים להסביר מדוע לא התפתחה במשפט האנגלו אמריקני פסיקה בעלת אופי רגולטורי משמעותי וכיצד אומצה גישה אורגנית צרה נאו-ליברלית.

אפשר להסביר את הפיכתו של בית המשפט בישראל לשחקן מרכזי בשדה הרגולציה גם על רקע מאפיינים כלליים של מערכת המשפט הישראלית, הנוטה לאקטיביזם שיפוטי בולט מאז סוף שנות השמונים.¹³¹ אקטיביזם שיפוטי זה בא לידי ביטוי בענפי המשפט לסוגיהם ויש בו כדי להסביר את הנכונות של מערכת המשפט ליישם נורמות ציבוריות כלפי תאגידים המספקים שירות מופרט. האקטיביזם השיפוטי מתבטא, בין השאר, באימוץ של מושגי שסתום גמישים כמו סבירות, מידתיות ותום לב, ואלה משאירים בידי בית המשפט שיקול דעת רחב ומרחב ליצירתיות; יש בכך כדי להסביר את היישום של כללים דומים – "גמישים ופתוחים" – בשירותים המופרטים. תופעת האקטיביזם השיפוטי באה לידי ביטוי גדול אף יותר בבית הדין לעבודה, הפועל ליצירת דין ביצירתיות שיפוטית גדולה מזו של בתי המשפט הכלליים.¹³² תופעת האקטיביזם השיפוטי הכולט של בית הדין לעבודה עשויה להסביר גם את נטייתו הרחבה לפסיקה בעלת אופי רגולטורי בעידן ההפרטה.

סיכום

העברת פונקציות ממשליות לשחקני שוק ולחברה האזרחית בעידן ההפרטות מעוררת שאלות כגון אם הצליחה המדינה לשמר את יכולתה להבטיח את האינטרס הציבורי ואם עלה בידיה להמשיך ולקיים את הערכים הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי. במאמר זה נטען כי למרות מגמת ההפרטות ולמרות גרירת הרגליים של הרגולטורים ושל הפרלמנט שהביאה ליצירת חלל רגולטורי, התפתחה בישראל פסיקה בעלת אופי רגולטורי שיצרה כלים להמשך קיומם של ערכי היסוד הציבוריים. במחקר נמצא כי בין השנים 1990 ועד 2012 יישמה הפסיקה נורמות ציבוריות בהפרטות בכ־90 פסקי דין.

בישראל, במסגרת הפסיקה בשדה הרגולציה, יש מעבר ממודל של מדינת רווחה פוזיטיבית למודל של מדינה רגולטורית. במודל הפוזיטיבי שלטה המדינה בחברה בעצמה, באמצעות בעלות ציבורית על מפעלים ומתן שירותים ציבוריים. בעידן הנוכחי העבירה המדינה סמכויות ממשליות לתאגידים, אך בה בעת היא מבצעת רגולציה כלפי תאגידים אלה. מודל המדינה הרגולטורית מתאפיין בגיבוש רגולציה על ידי מוסדות לא נבחרים שהם מוסדות מקצועיים ולא פוליטיים.¹³³ אמנם המדינה צמצמה לכאורה את אחיזתה במשק, אך כך בכך נוצרו אמצעים לשימור יכולתה לפקח על עיצוב המדיניות הציבורית

131 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993).

132 סגל וליטור, לעיל ה"ש 48.

133 Giandomenico Majone, *The Regulatory State and its Legitimacy Problems*, 22 W. EUR. POL. 1 (1999); Sylvia Walby, *The New Regulatory State: The Social Powers of the European Union*, 50(1) BRIT. J. SOC. 118 (1999)

ועל יישומה ולשימור ערכי הדמוקרטיה. לפיכך לא הובילה ההפרטה להתרוקנות המדינה ולהתפתחות דגם של מדינה "מינימלית", "אורגנית" או נאו-ליברלית.

בתי המשפט הם אחד המוסדות הלא נבחרים המרכזיים הפועלים בזירה הרגולטורית בעידן ההפרטות. העשייה הרגולטורית של בתי המשפט אינה זהה למדיניות שמעצבים המחוקק והממשל; היא אינדיבידואלית יותר ומיושמת בהתאם לנסיבות. בעידן ההפרטות יש לבתי המשפט – כגופים לא נבחרים – יתרון דמוקרטי כמוסדות רגולטוריים על פני גופים פוליטיים כמו המחוקק והממשל. האופי המיוחד של בתי המשפט כמוסדות מקצועיים והיעדר התלות שלהם בבעלי ההון עשויים לאפשר להם לגבש פיקוח הדוק כלפי התאגידים. היותם גופים האמונים על זכויות אדם וניתוקם מאינטרסים פוליטיים וקואליציוניים הופכת את בתי המשפט לגורם ראשון במעלה במערך ההגנה על הפרטים בחברה בעידן ההפרטות.

הפסיקה בישראל אימצה גישה פונקציונלית עקרונית ביחס לפועלם של בתי המשפט בשדה הרגולציה. גישה זו רחבה יותר מהגישה האורגנית הנהוגה בפסיקה בארצות הברית ובאנגליה. יש בה נכונות ליישום נורמות ציבוריות כלפי גופים שאינם עשויים להיות כפופים להצברה על פי הגישה האורגנית – גופים שאינם מפעילים סמכות שלטונית על פי דין, אינם בבעלות ציבורית חלקית ואינם תחת שליטה ציבורית על הניהול. ייתכן שאחד הגורמים לגישה שאומצה בישראל הוא הגירעון הרגולטורי המאפיין את הרשות המבצעת והמחוקקת בישראל.¹³⁴

עם זאת, הגישה בפסיקה אינה אחידה ויש הבחנה בין העשייה הרגולטורית המקיפה בבתי הדין לעבודה לבין הגישה המצמצמת של בתי המשפט הכלליים. בתי המשפט הכלליים מעדיפים את הגישה האורגנית, עם חריגות מרחיבות במקרים מיוחדים; לעומתם התקבלה בבתי הדין לעבודה הגישה הפונקציונלית המאפשרת להחיל נורמות ציבוריות על מגוון גדול של סוגי גופים. בתי המשפט הכלליים גיבשו גישה של הצברה בעיקר כלפי גופים העשויים להיות כפופים לנורמות ציבוריות גם על פי הגישה האורגנית הצרה; לעומת זאת יושמה בבתי הדין לעבודה גישה פונקציונלית מקיפה שלעתים אף חרגה לעבר יישום מקיף של נורמות ציבוריות גם כלפי גופים פרטיים לחלוטין.

כאשר בתי הדין לעבודה מפעילים תהליך של "הצברה" הם אינם מחויבים לסדרי הדין והראיות החלים בבתי המשפט הכלליים; נוסף על כך מכהנים בהם נציגי ציבור בצד שופטים מקצועיים. שני מאפיינים אלה יוצרים מודל מיוחד של מוסד משפטי המשלב את מאפייני השיפוט המקצועי עם היתרונות הגלומים בשיתוף גורמים פוליטיים. הניתוק של בתי הדין לעבודה מהשיטה האדוורסרית מאפשר להם גמישות רבה בגיבוש כללים רגולטוריים המותאמים למקרים קונקרטיים ולנסיבות משתנות.

היותו של בית הדין ערכאה המתמחה באופן ייחודי בתחום יחסי העבודה תורמת ליכולתו לפעול לגיבוש פסיקה רגולטורית המגשימה את ייעודו של בית הדין כגוף שאמור לערוך "משפט צדק" בין שני צדדים בעמדות כוח שונות זו מזו. לטעמנו, גם בתי המשפט הכלליים יכולים להרחיב את היקף הפסיקה בעלת האופי הרגולטורי שהתפתחה בבתי הדין לעבודה באופן שיסייע לשמור על ערכי היסוד הציבוריים בעידן ההפרטות. נראה כי

134 לוי-פאור, שילה וגדרון, לעיל ה"ש 28.

הקמה של בתי משפט ייחודיים דוגמת בתי המשפט הכלכליים – שבהם שופטים מתמחים בנושאים מסוימים ומקבלים בהם הכשרה מיוחדת – עשויה לסייע להרחבת היקף העשייה הרגולטורית של בתי המשפט. בבתי משפט ייחודיים אלה אפשר יהיה לשלב גם כהונה של נציגי ציבור דוגמת נציג ארגוני צרכנים ומנגד נציג של לשכת המסחר או התאחדות התעשיינים. פועלם של נציגי ציבור, שיהיו בעלי כוח פחות מזה של השופט המקצועי, עשוי לתרום ליכולת של הערכאה השיפוטית לפעול בשדה הרגולציה.

בעידן המדינה הרגולטורית המערכת המשפטית ממלאת תפקיד חשוב בצמצום התופעה של התרוקנות המדינה וביצירת כלים לשימור הערכים הציבוריים הבסיסיים. התפתחות פסיקה מקיפה בעלת אופי רגולטורי כלפי מגוון גדול של סוגי גופים מגבשת פיקוח משמעותי על פעולות מופרטות; פשיטא שיישום של גישה פונקציונלית רחבה יגדיל את כושר הבקרה של המדינה על גיבוש ויישום מדיניות בשווקים המופרטות. פסיקה בעלת אופי רגולטורי משאירה בידי המדינה את היכולת לבחון את הליך קבלת ההחלטות בתאגידים ואת האפשרות להבטיח כי פועלם עולה בקנה אחד עם הנורמות הציבוריות.

נספח א'

יישום גישה פונקציונלית או אורגנית בערכאות שיפוטיות

קטגוריה	שם פסק הדין	מראה מקום	סוג הערכאה המשמשת כמוסד הרגולטורי	סוג הגוף
גישה אורגנית: גיבוש רגולציה על פי הגישה האורגנית				
			מוסדות חינוך פרטיים/לא רשמיים	
1	ועד פוריה	בג"ץ 4363/00	בתי המשפט הכלליים	
2	נוער כהלכה	בג"ץ 1067/08	בתי המשפט הכלליים	
3	אסולין	עב' 2227/02	בית הדין לעבודה	
4	בן נון	ע"ע 109/08	בית הדין לעבודה	
5	כל ישראל חברים	ע"ע 1123/00	בית הדין לעבודה	
6	רנה קסאן	עב' 2990/08	בית הדין לעבודה	

סוג הגוף	סוג הערכאה המשמשת כמוסד הרגולטורי	מראה מקום	שם פסק הדין	קטגוריה
	בית הדין לעבודה	ע"ע 1571/04	כהן	7
	בית הדין לעבודה	בש"א 1689/06	קהת	8
	בית הדין לעבודה	תע"א 424/06	אוחנה	9
מיזמי תשתית מופרטים				
	בתי המשפט הכלליים	בר"ע 180/03	נאסר	10
	בתי המשפט הכלליים	בר"ע 979/06	פורת	11
				גישה אורגנית: הימנעות מגיבוש רגולציה בהפעלת גישה אורגנית
	בתי המשפט הכלליים	בג"ץ 2097/09	ברוש	1
	בתי המשפט הכלליים	רע"א 4447/07	מור	2
	בתי המשפט הכלליים	ת"א 1218/97	אריאלי	3
	בתי המשפט הכלליים	4298/93	ג'בארין	4
	בתי המשפט הכלליים	עת"מ 1024810/11	בית הספר האפיסקופי	5
	בהמ"ש הכלליים	עת"מ 1898/09	שאהין	6

קטגוריה	שם פסק הדין	מראה מקום	סוג הערכאה המשמשת כמוסד הרגולטורי	סוג הגוף
גישה פונקציונלית				חברה ממשלתית/ עירונית מופרטת, תאגידים הפועלים על פי זיכיון ושירותים ציבוריים חיוניים (utilities)
1	גולדברג	ע"ע 1067/02	בית הדין לעבודה	
2	מאיר	עב' 2926/05	בית הדין לעבודה	
3	גבאי	בש"א 4279/07	בית הדין לעבודה	
4	הממונה על ההגבלים	ה"ע 801/08	בתי המשפט הכלליים	
5	צים	עס"ק 400024/98	בית הדין לעבודה	
6	הולשטיין	עב' 2539/03	בית הדין לעבודה	
7	ויינטראוב	בש"א 811/03	בית הדין לעבודה	
8	ששון	תע"א 236/08	בית הדין לעבודה	
9	ב' א'	בש"א 2688/05	בית הדין לעבודה	
10	סורירי	עב' 10043/05	בית הדין לעבודה	
11	יוחנן	רע"א 894/06	בתי המשפט הכלליים	
12	כור	ע"ע 300286/98	בית הדין לעבודה	
13	תבל	ו"ע 2071/01	בתי המשפט הכלליים	
14	התנועה לחופש המידע	עת"מ 353/06	בתי המשפט הכלליים	

סוג הגוף	סוג הערכאה המשמשת כמוסד הרגולטורי	מראה מקום	שם פסק הדין	קטגוריה
	בית הדין לעבודה	ע"ע 659/07	לוי	15
	בתי המשפט הכלליים	בג"ץ 1064/94	קומפיוטסט	16
	בתי המשפט הכלליים	ע"פ 4420/10	פלוריס	17
	בתי המשפט הכלליים	ה"פ 110/06	מרכז הקונגרסים	18
	בית הדין לעבודה	עס"ק 2/03	מרכז הירידים	19
	בתי המשפט הכלליים	ת"א 16528/07	שלבי	20
	בית הדין לעבודה	עב' 1897/03	קליין	21
	בית הדין לעבודה	עב' 6836/03	שלוח	22
	בית הדין לעבודה	בש"א 7469/05	שמעוני	23
תאגידים במיקור-חוץ				
	בית הדין לעבודה	בש"א 8770/07	ירמי	24
	בית הדין לעבודה	ס"ק 46598/10	גליקסמן	25
	בתי המשפט הכלליים	ת"פ 3686/05	מזרחי	26
	בתי המשפט הכלליים	ת"מ 119/07	שהרבן	27
	בית הדין לעבודה	עב' 3223/07	דברשוילי	28
	בית הדין לעבודה	ע"ע 68/07	לוגסי	29
	בית הדין לעבודה	עב' 1506/06	רג'בי	30
	בית הדין לעבודה	עב' 2419/06	מופיד	31
	בית הדין לעבודה	עב' 1543/06	אגפילי	32

קטגוריה	שם פסק הדין	מראה מקום	סוג הערכאה המשמשת כמוסד הרגולטורי	סוג הגוף
33	ארגון המהנדסים	עת"מ 1880/04	בתי המשפט הכלליים	
34	תוכנה לעניין	עת"מ 484/02	בתי המשפט הכלליים	
35	אליאספור	ת"א 648/95	בתי המשפט הכלליים	
36	שפייר	ע"א 2299/99	בתי המשפט הכלליים	
37	לירן	ע"א 657601	בתי המשפט הכלליים	
38	שרקי	עב' 4286/06	בית הדין לעבודה	
39	שמן	עת"מ 2032/04	בתי המשפט הכלליים	
40	מטב	ע"ע 583/06	בית הדין לעבודה	
41	מעורד	עב' 8383/06	בית הדין לעבודה	
42	דניאל	עב' 300038/98	בית הדין לעבודה	
43	מודיעין אזרחי	בש"א 1684/04	בית הדין לעבודה	
44	כהן	דנ"פ 1098/07	בתי המשפט הכלליים	
45	פינטו	בר"ע 806/06	בית הדין לעבודה	
46	בן יצחק	ת"פ 11962/01	בתי המשפט הכלליים	
47	אדווה צפון	עב' 10355/06	בית הדין לעבודה	
				שירותי רפואה וסיעוד בהתקשרות חוזית עם מקבל השירות
48	שיבר	עב' 1770/01	בית הדין לעבודה	

סוג הגוף	סוג הערכאה המשמשת כמוסד הרגולטורי	מראה מקום	שם פסק הדין	קטגוריה
	בית הדין לעבודה	עב' 1770/01	לב	49
	בתי המשפט הכלליים	ה"פ 850/03	רון	50
	בית הדין לעבודה	ע"ע 1091/00	שטרית	51
	בית הדין לעבודה	עב' 7053/00	יוסף	52
	בית הדין לעבודה	בש"א 2106/08	ג'דן	53
				54
	בית הדין לעבודה	עב' 2299/08	הרצוג	55
	בית הדין לעבודה	עב' 1955/99	שליט	56
	בית הדין לעבודה	עב' 1545/00	בי"ח המשפחה הקדושה	57
	בית הדין לעבודה	דב"ע נו/ 182-3	שערי צדק	58
	בית הדין לעבודה	עב' 2307/03	הדסה	59
	בתי המשפט הכלליים	עת"מ 1149/02	קר שרותי רפואה	60
	בתי המשפט הכלליים	בש"א 21177/04	גינדי	61
	בית הדין לעבודה	תע"א 3886/09	פסקל	62
	בית הדין לעבודה	בש"א 427/07	עדאקי	63
	בית הדין לעבודה	עב' 1099/06	בטחיש	64
	בתי המשפט הכלליים	רע"א 185/97	מלגרום	65
ארגונים וולונטריים וארגוני מגזר שלישי				

קטגוריה	שם פסק הדין	מראה מקום	סוג הערכאה המשמשת כמוסד הרגולטורי	סוג הגוף
66	לינדר	ע"ע 359/9	בית הדין לעבודה	
67	בן מוחא	עב' 1223/00	בית הדין לעבודה	
68	משה	עב' 9875/04	בית הדין לעבודה	
69	פרויד	עב' 1341/98	בית הדין לעבודה	
70	שטרן	עב' 10926	בית הדין לעבודה	
71	לוי	בש"א 1805/01	בית הדין לעבודה	
72	ויצ"ו	בש"א 2142/08	בית הדין לעבודה	
73	חפץ	עב' 1936/03	בית הדין לעבודה	
74	קרן אשקלון	עב' 4062/01	בית הדין לעבודה	
75	קייטלין	ד"מ 6054/05	בית הדין לעבודה	
76				מוסדות חינוך שהם מוסדות פטור
77	טבקה	בג"ץ 7426/08	בתי המשפט הכלליים	
78	אלקסלסי	עת"מ 1320/03	בית המשפט הכלליים	
79	עמותת משכן מאיר	בש"א 1829/07	בית הדין לעבודה	
80	בוסי	עב' 5646/03 ע"ע 203/09	בית הדין לעבודה	
81	יפה	עב' 8338/00	בית הדין לעבודה	

נספח ב'

מילות מפתח ששימשו לאיתור פסקי הדין במאגרי פסיקה

ראשית, נבחנו נורמות מנהליות כדלקמן: חריגה מסמכות, חוסר סמכות\עקרון חוקיות המנהל, שוויון\הפליה\משוא פנים, סבירות, הוגנות, מידתיות, שיקולים זרים, ניגוד עניינים, גילוי\שקיפות, עיון, פרסום, הנמקה, זכות טיעון\חובת שימוע\חובת היוועצות\זכות לייצוג\כללי הצדק הטבעי, חופש מידע\חוק חופש המידע, שיתוף הציבור.

שנית, נבחנו נורמות ציבוריות הנוגעות לזכויות אדם מהמשפט הציבורי כדלקמן: פרטיות, חירות אישית, כבוד האדם\כבוד, חופש דת, הליך הוגן, קניין, חופש עיסוק, חופש תנועה, חופש ביטוי, חופש הפגנה, הזכות לקיום בכבוד והזכות לבריאות.

שלישית, נבחנו נורמות ציבוריות ספציפיות החלות ביחסי העבודה של רשויות הציבור (ואינן חלות כלפי מעסיקים פרטיים או חלות במידה פחותה ושונה) כדלקמן: חוק הגנה על עובדים חושפי שחיתויות, מכרזים וגם עובדים, שביתה בלתי מוגנת, אכיפת חוזה עבודה\ביטול פיטורים, שביתה פוליטית, חובת שימוע בניוד עובד וגם מקום עבודה מאורגן, חובת היוועצות בנציגות לא פורמלית.

נבחרו פסקי דין שבהם אחת מהנורמות הציבוריות הנ"ל יושמה בהפרטות. רביעית, נבחנו מילות מפתח הנוגעות לתחולת נורמות ציבוריות פליליות כדלקמן: שוחד, גילוי בהפרת חובה על ידי עובד ציבור, הסתרת מידע בידי עובד ציבור, הוצאת מסמך ממשמורת, דרישות כוזבות של עובד ציבור, גניבה בידי עובד ציבור, שימוש לרעה בכוח המשרה, עובד ציבור שיש לו זיקה פרטית, מרמה והפרת אמונים, אי מילוי חובה רשמית, זיוף בידי עובד ציבור, מתן שוחד, הפרעה לעובד ציבור, העלבת עובד ציבור, תווך בשוחד ותמורה אסורה לבעל השפעה, עבירה כלפי קיום שירותים ציבוריים ותקיפת עובד ציבור.

חמישית, נבחנו מילות מפתח הנוגעות לאופן התחולה של המשפט הציבורי: דו מהותי, תום לב ותקנת הציבור. נבחרו פסקי דין שבהם מילות המפתח יושמו לצורך תחולת נורמה ציבורית בהפרטות.

שישית, נעשה חיפוש באמצעות מילות המפתח הפרטה\הופרט\מופרט, מיקור חוץ וקבלן שירותים. נבחרו פסקי דין שבהם הייתה תחולה של נורמה ציבורית.