

## תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים

### איל בנכנשת\*<sup>1</sup>

א. מבוא. ב. תחולת הדין המינהלי: המשפט המצוי; 1. העדר הכוונה בחקיקה; 2. אמת-המידה המוסדית ואמת-המידה הפונקציונלית; 3. פיתוח אמת-המידה הפונקציונלית בפסיקה; 4. סקירה השוואתית. ג. החלת הדין המינהלי על גופים פרטיים – שיקולי מדיניות; 1. מותר הדין המינהלי על הדין הפרטי; 2. מושג שלטון החוק; 3. שלטון החוק וגישת ה"בחירה הציבורית (Public Choice); 4. גישת הבחירה הציבורית והגופים ה"דו-מהותיים"; 5. סיכום-ביניים. ד. היקף תחולת הדין המינהלי: קווי מתאר למבחן. ה. סיכום.

#### א. מבוא

מהו היקף תחולתו של הדין המינהלי מבחינת סוגי העניינים והגופים הכפופים לו? שאלה זו היתה קשורה בעבר לשאלת היקף סמכותו של בג"ץ: מקובל היה שהדין המינהלי הוא מערכת דינים השמורה לבג"ץ.<sup>1</sup> קשר זה אפשר ליישם לצורך שאלת תחולת הדין את הוראות סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, שקבעו את היקף סמכותו של בג"ץ. משגיתקה הפסיקה קשר זה והפרידה בין שאלת הדין לשאלת הדין,<sup>2</sup> הובלט העדרה של הסדרה

\* מרצה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

תודתי נתונה לד"ר זוהר גושן, ד"ר אלון הראל, פרופ' יצחק זמיר, ד"ר אריאל פורת, וחברי מערכת "משפט וממשל" שקראו טיוטות של הרשימה והעירו הערות מועילות מאוד.

1. בג"צ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות פ"ד סז 20. על סוגיה זו ראו גם ד' ברק-ארנו, "אתריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות גורמטיבית", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 275, 290-293.

2. בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' פ"ד מא (2) 449.

סטטוטורית בנושא היקף תחולתו של הדין המינהלי. וכך מתעוררות שאלות אחרות: האם ניתן לתקן העונן, שקשר את שאלת הדין לשאלת הדין, מביא להרחבת היקף תחולתו של הדין המינהלי? מהן אמות-המידה לתחולת דין זה? האם ניתן להחיל את הדין המינהלי בצורה "גמישה", דהיינו להפריד בין עקרונות היסוד שלו לבין שאר פרטיו ורקדוקיו, ולהחיל את העקרונות בלבד (וכיצד להבחין בין שני אלה)? אלו שאלות, שהפסיקה נדרשת ועוד תידרש אליהן.

חשיבותן של שאלות אלו גדלה בתקיפה שבה השלטון משיל מעליו סמכויות ותפקידים שונים, עקב מדיניות ההפרטה.<sup>3</sup> המשך יישומה של מדיניות זו תגביר את תופעת הגופים הפרטיים הממלאים תפקידים ציבוריים, ותחדד את שאלת כפיפותם לביקורת שיפוטית על-פי כללי המשפט המינהלי.

במאמר זה אדון בשאלות אלו על רקע שלושה פסקי-דין, שנתן בג"ץ בשנים האחרונות: מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' (להלן, מיקרו דף);<sup>4</sup> חברת קדישא גחשיא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום (להלן, חברה קדישא);<sup>5</sup> והמוסד החינוכי הממלכתי דתי העל יסודי לבנות "בית רבקה ואח' נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל ואח' (להלן, הסוכנות היהודית).

יש לציין, כי בתקופה האחרונה מתחזקת הנטייה להכיר בתחולתן של נורמות חוקתיות על בני אדם וגופים הפועלים בתחום המשפט הפרטי.<sup>7</sup> זוהי מגמה שונה, שאינה קשורה במישרין במגמה של הרחבת הדין המינהלי על גופים פרטיים בשל תפקידיהם הציבוריים, שהיא נושא מאמר זה. עם זאת, יש קשרי גומלין בין שתי מגמות אלו, שכן הרחבת תחולת הנורמות החוקתיות במישור המשפט הפרטי משפיעה במידת מה על נחיצות החלתו של הדין המינהלי על גופים פרטיים.<sup>8</sup>

## ב. תחולת הדין המינהלי: המשפט המצוי

### 1. העדר הכוונה בחקיקה

1. נקודת המוצא של הפסיקה בסוגיית היקף תחולת הדין היא סעיף 15 (ד) (2) לחוק יסוד: השפיטה, המסמיך את בג"ץ, בין השאר, לבקר את פעולותיו של גוף פרטי הממלא
2. לאתרונה נתקבל תיקון לחוק החברות הממשלתיות, המסדיר את הפרטתן של חברות אלה: חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 7), התשנ"ג-1993, ס"ח 1430.
3. לעיל, הערה 2.
4. חברת קדישא גחשיא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום פ"ד מו (2) 464.
5. בג"צ 4212/91, המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" ואח' נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל ואח' (טרם פורסם).
6. ראו את עניין חברה קדישא; תיק שו/1000-3 יחיאל נ' פלשתיין פוסט כע"מ, (בבית-הדין האזורי לעבודה בירושלים, ב-25.4.93; טרם פורסם); א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, עורך - י' זמיר (1993) 163; פ' רדאי, "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכח", משפטים (עומד להתפרסם).
7. על קשר זה ראו גם תת-פרק ג.1 להלן.

תפקיד ציבורי על-פי דין? כפי שנראה בהמשך, גם כיום שומר בית-המשפט על זיקה בין סמכותו לרון לבין תחולת הדין, אם כי הוא מכיר בכך שזיקה זו אינה הכרחית. אמנם, קביעת הסמכות גררה אחריה בעבר את קביעת הדין החל.<sup>10</sup> תוצאה זו נבעה מהתפיסה, שבג"ץ הוא הרשות השיפוטית היחידה המוסמכת לבקר את הממשל ולבטל את החלטותיו, ומכאן שבדין בבג"ץ יש להחיל את הדין המינהלי, להבדיל מהדינים בבתי-המשפט האזרחיים, שבהם תהא לדין המינהלי תחולה מוגבלת.<sup>11</sup> אך משעברה הבהנה זו מן העולם והשתרש העיקרון שלפיו "המשפט המינהלי הוא אחד ובתי-המשפט הם רבים",<sup>12</sup> אין בסעיף 15 (ד) לחוק בתי-המשפט, שכל עניינו שאלת הסמכות, משום מדריך בלעדי לפתרון שאלת התחולה של הדין המהותי, המתעוררת לא רק בבג"ץ אלא גם בבתי-המשפט האזרחיים ובערכאות נוספות.<sup>13</sup> למעשה מתברר, כי במשפט הישראלי הפוזיטיבי לא קיימת הוראה סטטוטורית, המתווה את תחולת הדין המינהלי. נכונותו של בית-המשפט להרהר בעניין הסוכנות היהודית באפשרות להחיל את הדין המינהלי גם על גוף משולל תפקידים על-פי דין, שלבג"ץ אין סמכות כלפיו לפי סעיף 15 (ד) (2), מדגישה את העדרו של מבחן סטטוטורי בשאלת תחולת הדין המינהלי.

אמנם יש בסיס לטענה כי ניתן לאמץ כנקודת מוצא את מבחן הסמכות המצוי בסעיף 15 (ד) (2) לצורך קביעת היקף תחולתו של הדין המינהלי, וזאת כי "קשר זה בין סמכות לדין הוא טבעי. בדרך כלל, משעניק המחוקק לבית-משפט סמכות לרון בסוגיה פלוגית,

9. סעיף זה קובע כדלקמן: 15 (ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק:  
"1)...

(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידים ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול";  
10. הלכת בית אריה רחובות (לעיל, הערה 1).

11. מטעם זה הבחינה הפסיקה בין סמכותם של בתי-המשפט האזרחיים להכריז על בטלותם של אקטים מינהליים "בטלים" (void), לבין העדר סמכות מצידם לבטל פעולות שהפגם שנפל בהם אינו עולה כדי בטלות (אקטים "ניתנים לביטול" או voidable): ע"א 183/69 עיריית פתח-תקה ואח' נ' טחן, פ"ד כג (2) 398; ע"א 256/70 פרידמן ואח' נ' עיריית חיפה, פ"ד כד (2) 577. על סוגיה זו ראו י' זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (1982) 19-57.

12. ראו, למשל, בג"צ 341/80 דווק ג' בכר, פ"ד לה (2) 197; עניין מיקרו דף, עניין הסוכנות היהודית.

13. לתחולת הדין המינהלי בבתי-משפט וטריבונילים שונים ראו עניין מיקרו דף, עמ' 459. לתחולת הדין המינהלי בבית-הדין לעבודה ראו בג"צ 785/86, בשג"צ 230/87 מצגר ג' בת הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא (3) 352, 356; בג"צ 399/92 המועצה המקומית אבו סנאן ג' שר החינוך והתרבות ואח' (טרם פורסם) וכן מ' גולדברג "פסיקת בית הדין לעבודה על פי עקרונות המשפט המינהלי", (עומד להתפרסם בספר גבורות ללנרוי).

בלא שניתן לו דין חקוק לפיו נדון, ממילא אצל לו את הסמכות ליצור הלכות שיפוטיות בעניין נושא הסמכות.<sup>14</sup> אך יש לזכור שסעיף 15 הנזכר יכול לשמש לצורך זה כנקודת מוצא בלבד. סעיף זה, שלפי הגישה הרווחת כיום אינו אלא הוראה פרוצדורלית, אינו יכול לספק תשובה מלאה לשאלת תחולת הדין המהותי, שהרי "יש להבחין בין שאלת הסמכות לשאלת הדין, שתי שאלות אלה נפרדות הן. שיקולי המדיניות העומדים ביסודן שונים הם."<sup>15</sup>

כפי שיתברר בהמשך, הפסיקה מוכנה להינתק ממבחני סעיף 15 לצורך הסוגיה של תחולת הדין המינהלי. אולם אין תמימות דעים בין השופטים לגבי המבחן או המבחנים החלופיים. פסקי-הדין אינם מתיימרים לפתח תיאוריה כללית לגבי היקף תחולת הדין המינהלי על גופים פרטיים. יש בהם התייחסות קוואיסיטית לגופים הפרטיים הספציפיים ולפעולות שהם מבצעים, וקשה למצוא בהם מכנה משותף.

## 2. אמת-המידה המוסרית ואמת-המידה הפונקציונלית

הפסיקה בעניין זה מתווה שתי אמות-מידה, שמקורן בסעיף 15 (ד) (2) לחוק יסוד: השפיטה, והמגדירים את היקף תחולתו של הדין המינהלי. ראשית, ישנה אמת-המידה המוסרית, לפיה חובות המשפט המינהלי חלות על רשויות השלטון לסוגיהן, דהיינו רשויות המדינה, הרשויות המקומיות ופקידיהן.<sup>16</sup> חובות אלה חלות בין אם הרשות פועלת במסגרת תפקיד שהחוק הגדירו במפורש, ובין אם היא פועלת מכוח סמכויות הממשל הכלליות, ואף במסגרת פעולותיה בתחום המשפט הפרטי.<sup>17</sup> הטעם לתחולה זו הוא כפול: הכפיפות לסמכות שהוגדרה בחוק נובעת מעיקרון שלטון החוק;<sup>18</sup> הכפיפות לדין המינהלי במסגרת ביצוע פעולות אחרות, לרבות פעולות מתחום המשפט הפרטי, נובעת מהעיקרון שהרשות השלטונית פועלת בכל תחומי פעולתה כנאמן של הציבור כולו.<sup>19</sup>

אמת-המידה השניה שעל-פיה נבחנת הכפיפות של גופים לדין המינהלי היא אמת-המידה הפונקציונלית, הקובעת שהחובות המשפט המינהלי חלות גם על "גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין". הכוונה היא כמובן ל"דין" ה"מסמיך" את הגוף הפרטי להפעיל "פונקציות שלטוניות", להבדיל מהוראת דין המקנה לגוף זה רשיון לפעול (כגון רשיון לבנייה, לבית-עסק וכדומה).<sup>20</sup> החלת הדין מכוח אמת-מידה זו נובעת מעיקרון שלטון החוק, המחייב כל מי שהוסמך על-פי דין.

14. מיקרו דף, עמ' 458.

15. מיקרו דף, עמ' 460.

16. מתוך סעיף 15(ד)(2). ראו לעיל, הערה 9.

17. בג"צ 262/62 פרץ נ' כסר שמריהו, פ"ד טז 2101.

18. על עיקרון זה ראו להלן, תת-פרק ג.2.

19. הדין המינהלי הוא הכלי לפיקוח על נאמנות זו; בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים נ'

ממשלת ישראל, פ"ד לד (2) 729, 746.

20. בג"צ 126/84 גלבע ואח' נ' מפעל הפיס ואח', פ"ד לט (4) 68, 7.

שתי אמות-המידה – המוסרית והפונקציונלית – מתווים את תחולת המשפט המינהלי אף בהקשרים גוספים. כך, השיקול המוסרי ניכר בנכונות הפסיקה להחיל את מערכת דיני המינהל הציבורי על פעולתו של גוף שהתאגד כגוף פרטי, אלא שלמעשה – לפי מבחני השליטה והמימון – הוא חלק מרשויות השלטון.<sup>21</sup> הטעם הוא, שללא הרחבה זו תוכלנה רשויות השלטון להתחמק מחובותיהן באמצעות מטך ההתאגדות הפרטית.<sup>22</sup> טעם זה מדרוך גם את המצדדים בהחלת הדין המינהלי על חברות ממשלתיות.<sup>23</sup>

### 3. פיתוח אמת-המידה הפונקציונלית בפסיקה

עניין מיקרו דף, שנפסק לפני כחמש שנים, מבשר את ראשית נכונותו של בג"ץ להתוות את קווי המתאר לפיתוחה של אמת-המידה הפונקציונלית, ולהחיל את החובות מתחום המשפט המינהלי על פעולתם של גופים פרטיים, שלהם תפקידים ציבוריים על-פי דין, גם כאשר הם פועלים שלא במסגרת תפקידים אלה.<sup>24</sup> פסק-הדין חברה קדישא, שניתן

21. בג"צ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ ואח', פ"ד כו (1) 118, 121, 122; בג"צ 160/72 אחים שרבט, חברה לבניין בע"מ נ' האגודה למען הזקן באזורי העמקים בישראל, ואח', פ"ד כו (1) 620, 628; עניין מפעל הפיס (לעיל, הערה 20, שם). שאלת מקור המימון הביאה לתוצאה שונה בשני מקרים שעסקו בהתקשרות חונית של תאגיד עירוני. כאשר מקור המימון היה העיריה, ביקר בג"צ התקשרות באמצעות תאגיד כזה ללא עריכת מכרז כנדרש לפי תקנות העיריות (מכרזים), תשל"ח-1977 בג"צ 313/82 צוקר ואח' נ' עיריית תל-אביב ואח' לא פורסם; לעומת זה, כאשר מקור המימון של עסקה פלוגית היה התאגיד העירוני, ובית-המשפט לא התרשם שהיה חשש ל"עקיפת" חובת העיריה לערוך מכרז, לא הוכרה חובה כזאת ביחס לאותה עסקה (ת"א (ים) 747/91, המ' 1878/9 סלעית ארומים בע"מ נ' מוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ לא פורסם).

22. בנוסף לדוגמות שהובאו לעיל בהערה 21 סיפא, ראו גם את הדוגמה של חברת נצ"ב נתניה בע"מ, שהוקמה על-ידי ראש עיריית נתניה וסגניו כדי לעקוף את הצורך באישור שר הפנים לעסקה בין עיריית נתניה ויום פרטי. בית-המשפט ראה את העירייה אחראית לפעולות התאגיד, ותייבה בגין עסקה שעלתה על שרטון: ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ ואח', פ"ד מ (3) 29.

23. ראו בעניין זה את עניין מיקרו דף, וכן את פסקי-הדין רמט ושרבט (לעיל, הערה 21) וכן בג"צ 159/81, 184 חברת מיור ואח' נ' חברת נתיבי איילון בע"מ פ"ד לה (3) 596. פרופ' ברוך ברכה, בספרו משפט מינהלי (1987), 10-11, הערת שוליים 6, מדגיש את גורם הניסיון להתחמקות מביקורת בבואו לנמק מדוע יחול הדין המינהלי על חברות ממשלתיות. על תחולת הדין המינהלי על חברות ממשלתיות ראו גם דיון נא/1-3 מפעלי ים המלח בע"מ; ד"ר יהודה פרידנברג – דוד שיינין פד"ע כ"ב 271; י' גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בחברה (1989) 489, הערת שוליים 1. ייתכן שטעם זה היה בבסיס החלת חובת עריכת המכרז גם על חברות ממשלתיות: חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, סעיף 2.

24. למרות שבאותו עניין דובר בתברת החשמל, שהיא חברה ממשלתית, יש לרעיון הנאמנות

לאחרונה, מייצג נכונות ברורה לנטוש את המבחן המוסדי ולהחיל את הדין המינהלי גם על גוף שאין לשלטון כל שליטה בו. לעומתם, פסק-הדין בעניין הטוכנות היהודית, האחרון בשלושת פסקי-הדין, משקף לכאורה נסיגה ממגמה זו.

עניין מיקרו דף עסק במכרו שערכה חברת החשמל לישראל. בג"ץ קבע שהמקום הראוי לבחינת השאלות שהועלו בפניו הוא בית-המשפט האזרחי, אך הוסיף וקבע כי בית-המשפט האזרחי שידון בנושא יחיל בצד הדין האזרחי גם את עקרונות היסוד של הדין המינהלי (אך לא את הדין המינהלי "על מלוא היקפו ודקדוקיו"). החלת עקרונות יסוד אלו, שיגברו על הוראות הדין האזרחי במקרה של סתירה, הוסברה באופיין ובתפקידן המיוחדים של חברת החשמל, המהווה בשל כך "יצור כלאיים".

השיקולים שהביאו את בית-המשפט להחיל בעניין מיקרו דף את עקרונות הדין המינהלי על חברת החשמל הם בעיקרם שלושה: "קיומן של סמכויות שלטוניות [אם כי בנושאים שאינם קשורים לנושא העתירה], הענקת זכיון בלעדי מהמדינה, והשליטה על אמצעי יצור חיוני.<sup>25</sup> האם שלושת תנאים אלה הם הכרחיים? דומה שהתשובה לכך היא שלילית.<sup>26</sup> בהמשך דבריו מרחיב השופט ברק לגבי שתי התכונות האחרונות. הוא מפתח את אמת-המידה הפונקציונלית, באומרו כי "בעיניי אין שוני מהותי, מבחינת הפעילות במשפט הפרטי, בין חברת החשמל לבין רשות השידור או רשות הנמלים. הדמיון הפונקציונלי עולה על השוני הארגוני."<sup>27</sup> כמו כן הוא מדגיש את חובת הנאמנות של מקבל הזיכיון הבלעדי לא רק כלפי הרשות שהעניקה לו זיכיון זה אלא כלפי שולחה, הציבור הרחב: "מי שקיבל זיכיון מהציבור, צריך להתנהג כלפי הציבור באופן המצדיק הענקת זיכיון זו."<sup>28</sup> בולטת בהעדרה ההתייחסות לקיום השליטה הממשלתית בחברת החשמל כמשתנה רלוונטי לעניין תחולת הדין המינהלי. רעיון הנאמנות של בעל הזיכיון הבלעדי חוק דיו לעמוד בזכות עצמו. יש בו כדי לבסס את הרחבת תחולת הדין המינהלי אף ביחס לחברות שאינן בשליטת הממשלה.

בעניין חברה קדישא נסוב הדיון על חוזה שנכרת בין החברה קדישא לבין אלמן, שביקש לקבור את רעייתו בחלקה שבחוקת המערערות, בהר המנוחות שבירושלים. השאלה היתה האם חל הדין המינהלי על היחסים שבין הצדדים, ומשפיע על תוכנו של החוזה.<sup>29</sup>

שבבסיס ההצדקה שניתנה שם להחלת הדין המינהלי, השלכה גם על גופים פרטיים אחרים.

על-כך ראו להלן, תת-פרק ג.4.

25. מיקרו דף, עמ' 462.

26. בעניין חברה קדישא מציין השופט ברק כי הוא משאיר ב"צריך עיון" את השאלה, אם קיום הסמכויות הסטטוטוריות הוא תנאי הכרחי (שם, (517).

27. מיקרו דף, עמ' 462.

28. שם, 262-263.

29. לחוזה, הערוך ב"טופס רישום הזמנת קבורה", צורף דף הסבר שבו נרשם כי לפי תקנות המערערות "הכתב שעל המצבה יהיה כתוב אך ורק באותיות עבריות ללא ספרות וללא ציור או תמונה". כשביקש האלמן להניח מצבה על קבר אישתו התגלעה מחלוקת: רצונו לתרוט על-גבי המצבה את שם המנוחה בלועזית ולציין תאריך אזרחי, נתקל בהתנגדותה של

שלושת שופטי ההרכב ענו בחיוב על שאלה זו: הוראות הדין המינהלי (אם כי לא כולן, ולא במלוא עוצמתן) חלות על המערערת, בשל היותה "גוף דו מהותי".  
לאור ניתוחו של השופט ברק במיקרו דף, היה ניתן אולי לצפות למענה בשאלה האם, לשיטתו, תהיה תחולה לדין המינהלי גם על גוף גטול כל תפקיד ציבורי על-פי דין, ובלבד שהוא בעל זיכיון ייחודי וממלא פונקציה חיונית. כזכור, בדברי השופט ברק במיקרו דף ניתן להבחין בנטייה לענות בחיוב על שאלה זו, לאור ההדגשה הניתנת בפסק-הדין לאמת-המידה הפונקציונלית ולרעיון הנאמנות. אולם, בחוות דעתו בעניין חברה קדישא מבכר השופט ברק שלא להרחיב בהיבט זה, אלא דווקא לבטח את מעמדה של החברה קדישא בזיקה להוראות סעיף 15(ד)2 לחוק יסוד: השפיטה, ולבחון האם לחברה קדישא תפקידים ציבוריים על-פי דין.

השופט ברק מגיע למסקנה חיובית בהסתמך בעיקר על תקנות המסמיכות חברות בעלות רשיון קבורה "לעשות כל פעולה סבירה הדרושה למען קבורת נפטר יהודי", וכן על הרשות הניתנת להן בתקנות להטיל, באישורו של שר הדתות, אגרת שירותים על מקימי מצבות.<sup>30</sup> שתי תכונות אלו מבחינות בין בעלי רשיון "סתם", שאינם כפופים לדין המינהלי, לבין החברות לענייני קבורה. בשל העובדה שלחברה קדישא לא היה זיכיון בלעדי מהמדינה, ושאין היא שולטת על אמצעי ייצור חיוני (שתיים משלוש תכונותיה הרלוונטיות של חברת החשמל)<sup>31</sup> יש מקום לסברה שהדגשת הסמכויות הסטטוטוריות של החברה קדישא היתה הדרך היחידה, אליבא דשופט ברק, לפרוס את רשתו של הדין המינהלי עליה. לפי גישתו יש משנה חשיבות להגדרת השלב, שבו הגוף הדו-מהותי, עקב "מכלול הסמכויות השלטוניות ... במשקלן המצטבר.. חוצה את הגבול שבין משפט פרטי לבין משפט ציבורי."<sup>32</sup> דומה כי להבדיל מחוות הדעת בעניין מיקרו דף, אין בחוות דעתו של השופט ברק בחברה קדישא משום התוויית קווים מנחים בסוגיה זו, אלא יותר ניתוח אד הוק, שקשה לחלץ ממנו מבחן כללי להיקף התחולה של הדין המינהלי.

הנשיא שמגר, בעניין חברה קדישא, אינו מנתח את מעמדה של חברה קדישא לאור סעיף 15(ד)2. במקום זאת, הוא מציין שיקולים אחרים, שיחד מצדיקים, לדעתו, את החלת הדין המינהלי: המונופול שיש, לפי דעתו, לחברה קדישא, התפקיד הציבורי החשוב שלה, והעובדה שהיא עושה זאת שלא על מנת לקבל שכר.<sup>33</sup> הנשיא אף מזכיר כשיקול

---

החברה קדישא, שהסתמכה על הוראות החוזה. לאתר דין ודברים, במסגרת ההליך המשפטי שנקט האלמן בבית-המשפט המחוזי, נסוגה המערערת מהתנגדותה לרישום התאריך האזרחי. עם זאת, המערערת עמדה בתוקף על התנגדותה לכתוב את שם המנוחה בלועזית. כשנדחתה בבית-המשפט המחוזי ערערה החברה קדישא לבית-המשפט העליון. הערעור נדחה ברוב דעות, אם כי בסוגיה, שבה עוסק מאמר זה, היתה תמימות דעים.

30. חברה קדישא, עמ' 518.

31. ראו לעיל, סמוך להערה 25.

32. חברה קדישא, עמ' 518.

33. חברה קדישא, עמ' 484. לביקורת השופט ברק על כמה משיקולים אלה ראו שם, 517.

נוסף את הנסיבות הקשות בהם נמצא "מי שבא ביגונו כדי להסדיר את קבורת יקירו,"<sup>34</sup> ובכך מצביע על קיומו של אינטרס ציבורי בהסדרה שלטונית של התקשרויות אלה, בדרך של החלת הדין המינהלי. ככל הנראה, לגישתו של הנשיא שמגר, הצטברותן של הנסיבות הללו היא שהכריעה את הכף לטובת החלת הדין המינהלי, ועל כן אף מחוות דעת זו קשה להסיק מסקנות שתהייה להן תחולה על מקרים אחרים.

באותה פרשה מפנה המשנה לנשיא אלון אל הוראות סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. אין הוא מבחין בין הסמכה לבין הרשאה,<sup>35</sup> בציינו שחברה קדישא נכנסת לתחולת הסעיף משום שהיא בעלת רשיון לקבור. השופט אלון אינו מקבל כנכונה את הטענה שהחברה היא בעלת מונופול, אך מדגיש את תפקידה הציבורי החשוב מאין כמוהו.<sup>36</sup> לכאורה, ניתן ללמוד מעמדתו של השופט אלון כי הוא רואה בחיוב את החלת הדין המינהלי על גוף פרטי, בעיקר מהטעם, שגוף זה ממלא תפקיד ציבורי חיוני.

נדמה איפוא כי שלוש הדרכים, שבהן בחרו השופטים ללכת בפסק-דין זה, לא תובלנה תמיד למסקנה אחת. קשה למצוא להן מכנה משותף, מלבד הרצון – ואם תרצו, חוש המומחיות של השופט – המוביל אותם בסופו של דבר לאותה תוצאה.

השאלה המקדמית, שהתעוררה בעניין הסוכנות היהודית, היתה שאלת סמכותו של בג"ץ להעביר תחת שבט ביקורתו פעולות של הסוכנות היהודית.<sup>37</sup> לאחר שבחן את טיבה של הסוכנות היהודית ואת מקור הסמכות לפעולותיה, קבע בית-המשפט שאין בחוק הסמכה לפעולתה, וגם אין היא פועלת מכוח אצילתן של סמכויות הממשלה. לאור זאת, ותוך הסתמכות על מבחני סעיף 15(דא) לחוק יסוד: השפיטה, פסק בית-המשפט, שאין הסוכנות כפופה לביקורתו. עם זאת, השאיר בית-המשפט ב"צריך עיון" את השאלה האם בשל האפשרות שהסוכנות פועלת בעניין העתירה כגוף "דו-מהותי", היא כפופה להוראות מתחום הדין המינהלי שיאכפו עליה בתי-המשפט האזרחיים.

מבין שלושת פסקי-הדין בסוגיה, פסק-הדין בעניין הסוכנות היהודית הוא המעורפל ביותר בשאלת תחולת הדין המינהלי על גוף "דו מהותי". להבדיל מעניין מיקרו דף, שבירר שאלה זו לפני שהובאה בפני בית-המשפט האזרחי, לא הגחה בג"ץ בעניין זה את בית-המשפט האזרחי איזה דין להחיל. פסק-הדין נוטש את הניקת בין שאלת תחולת הדין המינהלי לבין הוראת הסמכות שבסעיף 15(דא) לחוק יסוד: השפיטה, אך בשל השארת השאלה ב"צריך-עיון" אין הוא מתיימר להציע מבחן חלופי ברור. במקום זאת מוצגים כמה שיקולים, היפים למקרה המיוחד של הסוכנות. כדברי המשנה לנשיא אלון,

34. שם, שם.

35. השופט ברק מדגיש את ההבחנה בין פעולה על-פי רשיון לבין פעולה של ביצוע פונקציות שלטוניות על-פי הסמכה (שם, שם).

36. חברה קדישא, עמ' 490-491.

37. "בית רבקה", מוסר חינוכי השייך למוסדות חסידות חב"ד, המטפלת גם בילדי צ'רנוביל, סירב, על-פי החלטת תנועת חב"ד, לטפל בעולים מאתיופיה שלא עברו גיור לחומרה. עקב כך הפסיקה הסוכנות היהודית לתמוך במוסדות החינוך של חב"ד, לרבות ב"בית רבקה", שעתרה לבג"ץ בטענה שמדיניות זו מפלה אותה לרעה.



ייתכן ומקום יהא להסיק במקרה דגן שהסוכנות פועלת בנושא העתירה כגוף דו-מהותי, מכוח שיתוף הפעולה בינה לבין ממשלת ישראל, מהותו הציבורית המובהקת של נושא קליטת העלייה וקיבוץ הגלויות, וכיוצא באלה. ואולי גם המונח "אמנה", שפירושו ברית (ראה והשווה נחמיה, י, א) ולא חוזה והסכם בלבד, משקל מה יש לו.<sup>38</sup>

למעשה, המסקנה העולה מפסק-הדין היא, שהיקף תחולת הדין המינהלי הוא נושא הנתון לשיקול דעתו של בית-המשפט, ומעטים הם המשתנים התוחמים את היקפו של שיקול דעת זה.

המכנה המשותף של שלושת פסקי-הדין הנדונים הוא הנכונות להכיר בנסיבות מסוימות בתחולת הדין המינהלי על פעולות ציבוריות של גוף פרטי, שאינן על-פי דין. עוד משותפת להם הנכונות להחיל את הדין המינהלי באופן "גמיש", כלומר, להחיל רק עקרונות נבחרים של הדין המינהלי, ללא הקפדה על קיום כל הוראותיו. אך מעבר לכך קשה לחלץ מפסקי-הדין טעמים או מבחנים ברורים להחלת הדין המינהלי.

בעוד שבעניין מיקרו דף הוקם בסיס רעיוני חשוב להתפתחות הפסיקה בנושא היקף תחולת הדין, הנסמך על הדמיון הפונקציונלי ועל זיקת הנאמנות בין בעל זיכיון בלעדי לבין הציבור, הפסיקה המאוחרת יותר אינה נענית לאתגר. במקום קביעת קווים מנחים, ניכר בגישות השונות של השופטים הן בעניין חברה קדישא והן בסוכנות היהודית מגמה להפעיל שיקול דעת אד-הוק, שבו כל שופט מדגיש את גישתו הייחודית. אמנם יש המדגישים את החשיבות הציבורית של תפקידי הגוף הפרטי המסוים, אולם ספק רב אם מבחן זה יכול להיות בלעדי: מרבית הגופים שעליהם עשוי, לכאורה, לחול הדין המינהלי, ממלאים תפקיד ציבורי חשוב.<sup>39</sup> אשר לתנאי המונופולין, אף הוא עשוי לכאורה להצדיק את הכפפתו של גוף פרטי לכללי הדין המינהלי,<sup>40</sup> אך כפי שעולה מחוות דעתו של השופט אלון בעניין חברה קדישא, אין זה תנאי הכרחי. שיקול הדעת השיפוטי הרחב מגביל את היכולת לצפות פסיקה עתידית. יכולת צפייה זו חשובה במיוחד למתכנני ההפרטה של שירותים ציבוריים שונים, שהיו עד כה באחריות גופים שלטוניים.

#### 4. בחינה השוואתית

במדינות דמוקרטיות אחדות עמדו בתי-משפט על הצורך להחיל את עקרונות הדין המינהלי על פעילותם של גופים פרטיים "דו-מהותיים" משוללי סמכויות על-פי דין.<sup>41</sup>

38. הכוונה לאמנה שבין הסוכנות לבין ממשלת ישראל מיום 22.6.79, שבה מוגדרים תפקידי הסוכנות.

39. את משוכת תנאי ה"חשיבות הציבורית" עברו למעשה כל הגופים הפרטיים, ששאלה זו עלתה לגביהם בפסיקה.

40. השופט ברק בעניין מיקרו דף, עמ' 462; השופט שמגר בעניין חברה קדישא, עמ' 484.

בצרפת, למשל, ההלכה היא שתאגידים המספקים שירותים לציבור מכוח זיכיונות שהעניקה להם המדינה, כפופים להוראות הדין המינהלי בכל הקשור להספקת שירותים אלה.<sup>42</sup> גם גופים פרטיים אחרים, המבצעים תפקידים ציבוריים מכוח הסכם עם הרשות או בהרשאתה, כמו גופים המספקים שירותי בריאות, ואף חברת התעופה Air France, מוגדרים, לעניין תפקידים אלה, כגופים מינהליים שעליהם חל הדין המינהלי.<sup>43</sup> בית-המשפט לערעורים באנגליה נדרש לפני שנים מספר לשאלת תחולת הדין המינהלי על גוף פרטי, שפעל שלא על-פי דין. אותו גוף - ה"ועדה להשתלטויות ומיזוגים" (Panel on Takeovers and Mergers) - פעל בתחום שלא הוסדר על-ידי הרשות, ולכן פעולתו לא היתה טעונה רשיון.<sup>44</sup> זהו גוף לא מאוגד, ללא אישיות משפטית וללא סמכויות שלטוניות, שהורכב משנים-עשר חברים שהתמנו לתפקידם על-ידי גופים פיננסיים פרטיים וציבוריים. תפקידה של הוועדה על-פי כללי ה"סיטי" של לונדון (City Code on Takeovers and Mergers), היה לפקח על ביצוע כללים אלה. לכללים לא היה תוקף של חוק, אך מי שביקש ליהנות מהמסחר במניות ב"סיטי" של לונדון היה חייב לפעול על-פיהם.<sup>45</sup> כך רוכזו בידי גוף זה סמכויות רבות. בית-המשפט הגיע למסקנה בדבר סמכותו לבקר את החלטות הגוף על סמך העובדה, שללא הסכמת השלטונות לא היה יכול גוף זה לפעול. היתה כאן, כך קבע, הסמכה במחיל לפעולה בתפקיד ציבורי חשוב:

[The Panel] is without doubt performing a public duty and an important one. This is clear from the expressed willingness of the Secretary of State for Trade and Industry to limit legislation in the field of take-overs and mergers and to use the panel as the centerpiece of his regulation of the market. The rights of the citizens are indirectly affected by its decisions, some, but by no means all of whom, may in technical sense be said to have assented to this situation, e.g. the members of the Stock Exchange. [...] Its source of power is only partly based upon moral persuasion and the assent of institutions and their members, the bottom line being the statutory powers exercised by the Department of

41. ראו מיקרו דף, עמ' 462.

42. A. Laubadere, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traite de Droit Administratif* Vol. I, (12e edition, Paris, 1992) 746-757.

43. ראו לובדר ואח', שם, 761-758.

44. *Reg. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc.*, [1987] Q.B. 815.

45. לתיאור גוף זה ראו שם, 826-824.

Trade and Industry and the Bank of England. In this context I should be very disappointed if the courts could not recognise the realities of executive power and allowed their vision to be clouded by the subtlety and sometimes complexity of the way in which it can be exerted.<sup>46</sup>

פסק-דין זה עושה כברת דרך נוספת בכיוון החלת הדין המינהלי על גופים פרטיים, מעבר לפסיקה הישראלית שנסקרה לעיל. צעד זה הוא פועל יוצא של המציאות בתחומי המינהל והפוליטיקה, המחייבת אותנו לראות את מגוון פעולות השלטון בראייה רחבה: גם פעולות המתבצעות מכוח העברה סמויה או העברה במחדל של תפקידים, ראיות להיבחן על-פי קריטריונים של הדין המינהלי. הדיון להלן יתמקד במציאות זו, ויבקש להסיק ממנה מסקנות בשאלת תחולת הדין המינהלי.

### ג. החלת הדין המינהלי על גופים פרטיים – שיקולי מדיניות

מרגע שמפסיקים לראות בתנאי של קיום סמכויות על-פי דין תנאי הכרחי להחלת הדין המינהלי, קשה לתחום את היקף תחולת הדין המינהלי על גופים שאינם מהווים חלק אינטגרלי של מוסדות השלטון. ואכן, כיצד נגדיר מהי הפעילות הראויה להיבחן על-פי הדין המינהלי? מה שנתפס בחברה אחת כעניין פרטי נתפס בחברה אחרת כעניין ציבורי מובהק. יתר על כן, מדיניות ההפרטה והדה-רגולציה של השירותים הציבוריים, המאפיינת מדינות שונות מאז תחילת שנות ה-80, מלמדת שתפיסות חברתיות לגבי מהות התפקיד הציבורי משתנות עם הזמן, והן מושפעות מעמדות פוליטיות ואידיאולוגיות של תת-קבוצות בכל חברה נתונה. האם גם המבחן המשפטי של תחולת הדין המינהלי יכול שיהיה צמוד לתפיסה חברתית ברגע נתון?<sup>47</sup> מעבר לאי הבהירות שיוצר מבחן כזה, יש באימוצו משום ויתור מראש על הניסיון ליתן טעם להחלת הדין המינהלי על פעולות פרטיות כאלו.

הדרך האחרת, שתיבחן ברשימה זו, תתחקה אחר הטעמים להחלת הדין המינהלי על גוף פרטי – שאינו נשלט או ממומן על-ידי השלטון, ושתחומי פעולתו אינם בגדר ביצוע תפקיד ציבורי על-פי דין – ותנסה להסיק מטעמים אלה מסקנות לעניין היקף התחולה

46. שם, 839-838 (השופט דונלדסון, G.M.R.). וראו גם את דברי השופט ללויד, שם, 849: [T]here has been an implied devolution of power. Power exercised behind the scenes is power nonetheless."

47. ראו P. Cane, *An Introduction to Administrative Law* (Second ed., Oxford, 1992) at 17: "Perhaps ... we should say that public law ought to govern the exercise of public functions whether by governmental or non-governmental bodies. But how are we going to decide whether a function is a public one or not? The discussion so far might suggest the following definition: a public function is a function peculiar

הרצוי של הדין המינהלי. ההנחה העומדת בבסיסה של דרך זו היא, ששאלת היקף התחולה של הדין המינהלי היא בעצם שאלה היורדת לשורשו של הדין עצמו, ותלויה ביעדיו. אך לפני שניגש לשאלה זו, מן הראוי להבהיר מה הרבותא בהחלת הדין המינהלי.

### 1. מותר הדין המינהלי על הדין הפרטי

מה מותר הדין המינהלי על הדין הפרטי? מה עומד מאחורי השאיפה להרחיב את היקף תחולת הדין המינהלי כלפי גופים פרטיים? אמנם, עוצמה רבה טמונה בתביעה להטיל פיקוח ציבורי על גופים פרטיים המבצעים תפקידים ציבוריים, גם אם אין התפקידים מוסדרים על-פי דין, אך עדיין נותר לקבוע את כלי הביקורת המשפטיים המתאימים לפיקוח זה. לפי המגמה המסתמנת לאחרונה, גם גופים פרטיים כפופים לעקרונות חוקתיים בסיסיים.<sup>48</sup> אם תתבסס מגמה זו, יוכל בית-המשפט להחיל עקרונות אלה על הגופים הפרטיים, לרבות אלה הממלאים גם תפקידים ציבוריים, ללא צורך בהחלת הדין המינהלי.<sup>49</sup> בהנחה שכך יהיה, מה תהא הרבותא בהחלת הדין המינהלי?

הערך המוסף של הדין המינהלי הוא כפול: בביקורת על הליך קבלת ההחלטות, להבדיל מהביקורת על ההחלטה עצמה, ובאפשרות לשיתוף הציבור בהליכי הביקורת השיפוטית. הדין המינהלי בוחן לא רק את תוצאתו של ההליך – אם הוא פוגע בזכויות יסוד או לוקה בשיקולים זרים – אלא גם כיצד נתקבל: האם מקבלי ההחלטות הסתמכו על מערכת נתונים מספקת?<sup>50</sup> האם נתנו למי שעלולים להיפגע מההחלטה הזדמנות לטעון את טענותיהם? האם פעלו ללא גיגוד עניינים? מעבר לרצון להבטיח את השמירה על זכויות האזרח, המטרה הניצבת בבסיס בחינת הליך קבלת ההחלטות היא לשמור על ההגינות כלפי הציבור וכלפי הנפגעים מההחלטה, ועל אמונו של הציבור בגוף המחליט.<sup>51</sup> כמו כן, נועדת בחינת ההליך להבטיח שתוצאתו תהיה ראויה: שמא שיקולים זרים או אי איכפתיות כלפי אינטרסים של אחרים, ימנעו מהגוף המחליט לשקול את כל החלופות האפשריות

to government, or a function not peculiar to government the performance of which has an important impact on society at large. This definition, however, does not enable us to say which functions are public functions, but only to give a reason why certain functions are classified as public. In the end, the question of whether a function is a public one is a political question which may not always be answered in the same way. This can be appreciated by considering how, in different countries and at different times, the provision of health care, education, and other essential services, such as electricity and transport, has been subject to varying degrees of public control."

48. ראו לעיל, הערה 7.

49. ומקרה חברה קדישא יוכית, שכן שופטי הרוב קבעו כי דרישת החברה היתה פסולה בין אם החברה היא גוף הכפוף לדין המינהלי ובין אם לאו.

50. בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לו (3) 29; בג"צ 256/8 מדאינווסט מרכז רפואי נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד (1) 19.

ולבחור מביניהן את הראויה ביותר.<sup>52</sup> במלים אחרות, גם אם הגוף הפרטי מצווה שלא לפגוע בחירויות היסוד המוכרות במשפט הציבורי, יתייחסו חובות אלו לפלח צר ממגוון עילות הביקורת של הדין המינהלי. להחלת הדין המינהלי יכולה איפוא להיות תרומה נכבדה במתן כלים לביקורת הליך קבלת ההחלטות אצל הגוף הפרטי הציבורי. התרומה האחרת הגלומה בהחלת הדין המינהלי נעוצה בזמינותה של הביקורת המשפטית ובשיתופו של הציבור. העותר לסעד המבוסס על הדין המינהלי אינו נדרש לבסס עילה כתובע במשפט הפרטי.<sup>53</sup> זכות העמידה נתונה לעותר הציבורי, גם אם לא יראה שנפגע אינטרס המיוחד לו או לשכמותו, ולעתים לא יידרש להראות שנפגע כלל.<sup>54</sup> לעתירה תלויה ועומדת יוכלו להצטרף "משיבים ציבוריים", שיש להם עניין בתוצאות הביקורת השיפוטית.<sup>55</sup> לפי פסק-דין עקרוני שניתן לאחרונה, גם בבית-המשפט האזרחי תוכר זכות העמידה של ה"תובע הציבורי" בעילה מינהלית כנגד רשות מוסמכת.<sup>56</sup> בהעדר "יחסי קרבה" המוכרים במשפט הפרטי בין העותר הציבורי לבין הגוף הפרטי הממלא תפקידים ציבוריים, יש לשאלת תחולת הדין המינהלי חשיבות מכרעת: פעולות של הגוף הפרטי, שאינן מקנות זכות תביעה במשפט הפרטי, אך שיש להן השלכה על רווחתו של הפרט, ניתנות לתקיפה בבית-המשפט.

ייתכן, כמובן, שבנסיבות מסוימות או לצרכים מסוימים, החלת הדין המינהלי איננה מוסיפה על כלי הביקורת הקיימים. כך, למשל, יכול להיות המצב כאשר דיני ההגבלים

C. Sunstein, "Interest Groups in American Public Law," 38 *Stanford L. Rev.*, 52 (1985) 29, 61.

51. ראו, למשל, בג"צ 595/89 שמעון ואח' נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים ואח', פ"ד מד (1) 409, 414; בג"צ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לו (2) 505, 519.

53. בבג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 429, עומד השופט ברק על ההבחנה בין "העותר ההוהפלדיאני", לבין עותר אחר שאינו יכול להצביע על זכות שיש לו כלפי הרשות השלטונית (ראו עמ' 440). כדברי השופט ברק (שם) דיני המעמד פותחו לצורך העותרים שאינם "עותרים הוהפלדיאניים".

54. ראו בג"צ 852/86 אלוני ואח' נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1; בג"צ 6163/92, 6177 איזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', (טרם פורסם).

55. על צירוף משיבים ציבוריים ראו עניין אלוני ואח' (לעיל, הערה 54), 31.

56. בג"צ 2743/93 יצחק נ' רשות ניירות ערך ואח' (טרם פורסם). באותו עניין פנה העותר לבג"ץ כנגד החלטה של הרשות לניירות ערך. בג"ץ הפנה את העותר לבית-המשפט המחוזי, תוך שהוא מפרש את הביטוי "הרואה עצמו נפגע על-ידי הרשות" בסעיף 14א לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 בויקה הדוקה לדיני המעמד בבג"ץ. בית-המשפט קובע כי "אין זה סביר לקבוע כי אין לעותר מעמד במסגרת סעיף 14א לחוק, אך יש לו מעמד בפני בית-המשפט הגבוה לצדק. עלינו ליצור הרמוניה בין דיני המעמד בפני הערכאות השונות." פסק-דין זה משתלב במגמה לאפשר ביקורת בבתי-המשפט האזרחיים על-פי הדין המינהלי.

העסקיים נותנים תשובה הולמת לפעילותו של גוף "דו-מהותי" מונופוליסטי.<sup>57</sup> אם יהיה ניתן לעצב עילה המבוססת על המשפט הפרטי, ייתכן שהביקורת על-פי הדין המינהלי תהיה חיונית פחות.<sup>58</sup> אך עצם קיומה של חפיפה נורמטיבית כזאת אינה פסולה. העדרה המוחלט של נורמה היא בעייתית שבעתיים.

יכולה להישמע גם הטענה שאין מקום להכביר את כללי הדין המינהלי על הגוף הפרטי, וכי הכתובת לבירור קובלנות הציבור כלפי פעולות גוף זה היא אותה הרשות, שאיפשרה לו לפעול, בין במעשה – בהענקת רשיון או זיכיון – ובין במחדל, בהשארת תחום מסוים לפעילות "פרטית", למרות שדרושה הסדרה ציבורית, על-פי הדין המינהלי. טענה זו מניחה שהביקורת העקיפה – כלפי הרשות, בשל פעילות הגוף הפרטי יכולה להגן כראוי על האינטרסים הציבוריים. אין צורך לאשש עובדתית הנחה זו, שכן ממה נפשך: אם הביקורת העקיפה יעילה, כי או מן הסתם יאכף הדין המינהלי על הגוף הפרטי. בנסיבות אלה, ההכרה באחריות הישירה לא תעלה ולא תוריד לגוף המבוקר, אך היא יכולה לחסוך מאמץ לרשות המינהלית ולמנוע סרבול בירוקרטי מיותר. ומאידך גיסא, אם הביקורת העקיפה איננה יעילה דייה כי או ודאי שאין להסתפק בה, ויש צורך בביקורת ישירה.

## 2. מושג שלטון החוק

עמוד השדרה של הדין המינהלי הוא עיקרון הסמכות או שלטון החוק, דהיינו הרעיון שאין לה, לרשות המינהלית, יותר סמכויות ממה שהחוק העניק לה.<sup>59</sup> לתוך עיקרון פורמלי זה נארג מכלול של כללים מהותיים. גם כללים אלה, מכללי הצדק הטבעי ועד לשיקולים המותרים למקבלי ההחלטות, מוסברים כקשורים למונח הסמכות, שהרי אין להניח שהמחוקק הסמיך את הרשות לסטות מעקרונות יסוד אלה.<sup>60</sup>

מושג שלטון החוק הוא המושג המרכזי המתווה את תחולת הדין המינהלי על גופים שלטוניים, וזאת מפני שהוא מבטא את הקשר שבין הציבור לשלטון. באמצעות עיקרון זה

57. המסגרת הנורמטיבית של חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, מתמקדת באיסור על ניצולה המסחרי של עמדת הכוח: רמת סחירים גבוהה, איכות נמוכה, כמות לא מספקת של המוצר או היקף השירות, וקיום תחרות לא הוגנת בין בעל המונופולין לבין אחרים, הן עילות להתערבות של בית-הדין להגבלים עסקיים (סעיף 30 לחוק). בנוסף לכך מוטלת חובה על בעל המונופולין שלא לסרב סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין (סעיף 29). היוזמה להליכים נמצאת בידי הממונה או ארגון צרכנים יציג. על-פי סעיף 50 דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות החוק, כדין עוולה בנויקין.

58. פיתוח המשפט הפרטי לכיוון של תרמוניה עם המשפט הציבורי יכול לתרום להרחבת הפיקוח המשפטי, שלא בדרך של סיווג הגוף הפרטי לגוף הפועל כרשות שלטונית. על מגמה זו ראו לעיל, הערות 7 ו-48.

59. בג"צ 1/49 בזרנו נ' שר התחבורה, פ"ד ב' 80.

60. ראו, לדוגמה, בג"צ 953/87 פורז נ' מועצת עיריית תל-אביב, פ"ד מב (2) 309.

מבקש הציבור להבטיח שרשויות השלטון לא יחרגו מהסמכויות שהקנה להן. זהו עיקרון המתאר שני גופים מובחנים היטב: הציבור מכאן, והרשויות מכאן.<sup>61</sup> מבחינה היסטורית מקורה של תפיסה דיכוטומית זו במגנה כרטא, שהגנה על זכויות האצולה האנגלית מפני המלך.<sup>62</sup> תורתו של מונטסקייה, שהשפיעה רבות על עיצוב התפיסה של המשטר הדמוקרטי, הדגישה אף היא את חשיבותו של עקרון שלטון החוק כשומר על זכויות הנשלטים מפני השליט.<sup>63</sup> גם תפיסתו של המשפטן האנגלי דייסי, שתרתם רבות לעיצוב המשפט הציבורי באנגליה בתחילת המאה העשרים, התבססה על מובן דיכוטומי זה של שלטון החוק.<sup>64</sup> על רקע תפיסה זו, ניתן לתאר את המשפט המינהלי כמכוון למנוע מרשויות השלטון לחרוג מסמכויותיהם וכבעל התפקיד לכוונן לפעול באופן שישרת את טובת הציבור.

לענייננו, עקרון שלטון החוק במוכנו זה אינו נותן טעם להחלת הדין המינהלי על גופים פרטיים. גופים אלה אינם בעלי תפקידים על-פי דין, והדיכוטומיה של הפרט מול השלטון מעמידה אותם דווקא בצד של הפרטים ולא בצד השלטון. גם גופים הנשלטים על-ידי הממשל, כגון חברות ממשלתיות או עירוניות, ייחשבו גופים פרטיים לצורך זה, לגבי הפעולות שהם מבצעים ללא שימוש בסמכויות שלטוניות, ולפי גישה זו לא יחול הדין המינהלי על פעולותיהם אלה.

### 3. שלטון החוק וגישת "הבחירה הציבורית" (Public Choice)

העיקרון הנוסף המנחה את היקף תחולתו של המשפט המינהלי הוא, שהרשות השלטונית פועלת כנאמן של הציבור.<sup>65</sup> מכוח נאמנות זו, גם אם פעולת הרשות איננה בנושא המוגדר בחוק, סמכויותה אינן לא מוגבלות, והיא כפופה לדין המינהלי המכוון את פעילותה. לצרכינו יש לשאול מיהו הנאמן שיחולו עליו הוראות הדין המינהלי: האם גם גופים פרטיים שאינם פועלים על-פי דין יוכלו להיחשב ככאלה?

תורת הבחירה הציבורית (Public Choice) גורסת כי קבוצות לחץ אינטרסנטיות משפיעות על הליך קבלת ההחלטות בבית המחוקקים או ברשות המבצעת, ועקב כך

61. לדיון במשמעויותיו השונות של מושג שלטון החוק ראו את אסופת המאמרים: A. Hutchinson and P. Monahan (eds.), *The Rule of Law – Ideal or Ideology* (Toronto, 1987).

62. A. Hutchinson and P. Monahan, "Democracy and the Rule of Law," in *The Rule of Law*, supra note 62, 97, at 102.

63. J. Shklar, "Political Theory and the Rule of Law," in *The Rule of Law*, supra note 61, 1, 4-5.

64. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 402-409 (7th ed., London, 1908); Hutchinson and Monahan, supra note 61, at 105; Shklar, supra note 61, at 5-6.

65. ראו, למשל, את פסקי-הדין פרץ נ' כפר שמריהו (לעיל, הערה 17), מרכז הקבלנים והבונים (לעיל, הערה 19).

מתקבלות החלטות התואמות את רצונן של קבוצות אלו; החלטות שאינן עולות בקנה אחד עם טובת "הציבור", ובייחוד עם רצונותיהם של אותם חלקים בציבור שהשפעתם הפוליטית קטנה.<sup>66</sup> ההשתתפות בבחירות היא רק היבט אחד, אולי ההיבט הפחות חשוב, של ההליך הדמוקרטי, כפי שטען איש מדע המדינה הנורבגי רוקאן:

[V]otes count in the choice of governing personnel, but other resources decide the actual policies pursued by authorities.<sup>67</sup>

תורת הבחירה הציבורית מבוססת על בחינתם של אנשי הכלכלה ותורת המדינה את תהליכי החקיקה והמינהל בדמוקרטיות המערביות. לבחינה זו השלכות חשובות באשר לתפיסת תפקידו של בית-המשפט המפקח על פעולות הממשל.<sup>68</sup> בית-משפט זה נקרא להגדיר מחדש את תפקידו: לא עוד לבחון אם הממשלה קיבלה את ההחלטה ה"נכונה" על-פי החוק, אלא אם הממשלה איזנה כראוי את השפעתם וכוחם של בעלי האינטרסים וקבוצות הלחץ השונות. על בית-המשפט לבחון שמא בשל ההשפעה האינטרסנטית על הליך קבלת ההחלטות פגעו חברי בית המחוקקים או מקבלי ההחלטות ברשות המבצעת, במגזרים שאינם מיוצגים כדבעי (ביניהם, בדרך כלל, ציבור הצרכנים, הקשישים, העניים, בני המיעוטים, וכן הדורות הבאים).<sup>69</sup> בתי-המשפט נקראים לעמוד על המשמר מפני שימוש לרעה בכוח הפוליטי בעשיית מעשה או בהימנעות ממנו. כרשות עצמאית, שחבריה

G. Stiegler, "The Theory of Economic Regulation," 2 *Bell J. Eco. & Management Sci.* 3, (1971); W. Landes & R. Posner, "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective," 18 *J.L. & Econ.* 875, 877 (1975): "[L]egislation is supplied to groups or coalitions that outbid rival seekers of favorable legislation. [...] In short, legislation is "sold" by the legislature and "bought" by the beneficiaries of the legislation."

A. Jordan and J. Richardson, *Government and Pressure Groups in Britain*, (Oxford, 1987).

S. Rokkan, "Norway, Numerical Democracy and Corporate Pluralism", in R. Dahl, ed., *Political Opposition In Wesern Democracies* (New Haven, 1966) 70 at 106.

J. Macey, "Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model," 86 *Column. L. Rev.* (1986) 223.

ולהשקפתו של השופט ברק בסוגיה זו ראו א' ברק, *פרשנות במשפט*, כרך שני: *פרשנות החקיקה* (1993) 179-180.

D. Farber and P. Frickey, *Law and Public Choice*, 142-143 (Chicago, 1991).

P. McAuslan, "Public Law and Public Choice," 51 *Modern Law Rev.* (1988) 681.



אינם עומדים לבחירה מחדש ואינם נתונים להשפעות פוליטיות וכלכליות אחרות, משמש בית-המשפט מגן מפני הסכנות הטמונות בהליך הפוליטי, ומאזן בין הכוחות שהשכילו להתארגן ולהשפיע לבין אלה שמסיבות שונות לא השכילו לתרגם את עמדתם להשפעה פוליטית.<sup>70</sup> ככל שההליך חשוף יותר להשפעת בעלי העניין, וככל שהוא משפיע על ציבור שלא זכה ליטול חלק בהליך, הפיקוח של בית-המשפט צריך להיות הדוק יותר.<sup>71</sup> גישת הבחירה הציבורית איננה זרה למציאות הישראלית, וניתן להראות כי היא עולה בקנה אחד עם פסיקת בג"ץ, אף שמעולם לא יושמה במפורש. אמנם האידיאולוגיה הפוליטית בישראל מדגישה לעתים את ההתכוונות לאינטרס הכללי, בעוד שאינטרסים סקטוריאליים אינם זוכים ללגיטימציה. אך מבט מפוכח יותר על פעילות בית המחוקקים והממשלה מגלה שתהליכים רבים מושפעים על-ידי קבוצות לחץ פנים וחץ פרלמנטריות, כמו למשל המפלגות הדתיות, המגזר הביטחוני, השדולה החקלאית, התעשיות הכבדות, ההסתדרות הכללית, הבנקים וחברות הביטוח. ניתן לטעון כי פסיקת בית-המשפט העליון בנושאים שונים של המשפט הציבורי מצביעה על המודעות של שופטיו כלפי הליכי קבלת ההחלטות, ועל הבנת ההשלכות של הליכים אלו על תפקיד בית-המשפט. טענה זו מתבססת על כך, שפסיקת בג"ץ בתחומים אחרים עולה בקנה אחד עם גישת הבחירה הציבורית (אם כי, כמובן, ישנם שיקולים נוספים שהביאו את בג"ץ להגיע לאותן מסקנות).

דוגמה בולטת לפסיקה כזו היא החלטת בג"ץ בפרשת שליט.<sup>72</sup> דעת הרוב בפרשה זו לא התבססה על הכרעה שיפוטית בשאלה "מיהו יהודי?", אלא בחנה בצורה דווקנית את גבולות הסמכות של הרשות המינהלית. הפועל היוצא של פסיקה זו היה העברת ההכרעה בשאלה זו מהרשות המבצעת למחוקק, באופן שכוחה של קבוצת הלחץ ה"דתית", שהיתה מעוניינת בצמצום הגדרת ה"יהודי", יאוזן בדיון פומבי. גם בפרשנותה של "החקיקה הדתית" מקפיד בית-המשפט עם הכנסת, כאשר הוא דורש ממנה להגדיר במפורש הוראות שהושגו בהשפעת סיעות המייצגות אינטרסים סקטוריאליים והמגבילות את הרוב החילוני,

70. אך ראו את עמדתם של לנדס ופוזנר (לעיל, הערה 66) 892, הרואים בביקורת השיפוטית מכשיר לאכוף "עסקות חקיקתיות" לטובת קבוצות לחץ, שהיו חזקות דיו כדי להשיג חקיקה זו. כמו כן ראו את דברי מקאוסלן (לעיל, הערה 69) 693, הרואה גם בשופטים קבוצה של בעלי עניין בהשלכות פסיקתם על מעמדם בחברה.

71. בפסיקת בית-המשפט בארה"ב, בבקרים החלטות מינהליות, ניכרת ההבנה לצורך לאזן את ההליך הפוליטי לטובת הקבוצות שייצוגן לוקה. לסקירות ברות זו ראו, למשל, R. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law," 88 Harv. L. Rev. 1667, 1711-1790 (1975); (זנסטין לעיל, הערה 52). לסקירה הטוענת לנסיגה מגישה זו בארה"ב ראו M. Garland, "Deregulation and Judicial Review," 98 Harv. L. Rev. 505 (1985).

72. בג"צ 58/68 שליט ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד כג (2) 477.

ומפרש "נגד המנסח" הוראות יכולות להשתמע לשתי פנים.<sup>73</sup> גם בנושא זכות הטיעון וזכות העמידה משקפת פסיקתו של בג"ץ מודעות לדאגתם של אנשי הבחירה הציבורית. ההרחבה וההעמקה של זכות הטיעון בפני גופים מינהליים,<sup>74</sup> ומתן ההודמנות לציבור הרחב ליזום ביקורת שיפוטית תוך הרחבת זכות העמידה,<sup>75</sup> עונים על הצורך – שעליו מצביעה גישת הבחירה הציבורית – בהגדלת ההודמנות לשתף את הציבור בהליך המינהלי וביקורת על הליך זה, כדי לאזן את ההשפעה של קבוצות לחץ. כפי שנראה בהמשך, גישת הבחירה הציבורית מאירה את הפעילות הפרטית ציבורית באור אחר. גישה זו מסבירה מדוע התפיסה ההיסטורית של רעיון שלטון החוק שתוארה לעיל, המתארת דיכטומיה בין ה"ציבור" ל"שלטון", אינה נותנת תמונה מלאה של מגוון תהליכי קבלת ההחלטות בתורה המודרנית. כפי שאטען בהמשך, גישת הבחירה הציבורית מנמקת את הצורך בביקורת משפטית גם על פעילות פרטית מסוימת, אפילו אם מבחינה פורמלית אין היא על-פי דין.

#### 4. גישת הבחירה הציבורית והגופים ה"דר-מהותיים"

מקובל לומר שמדינת הרווחה המודרנית מתאפיינת בהרחבת תפקידי השלטון במגזרי המשק השונים. רשויות השלטון מתערבות במכלול הפעילות החברתית בין בדרך של פעולה עצמית ובין בדרך של הסדרת פעילותם של אחרים.<sup>76</sup> הרחבה זו הביאה גם להרחבתה ולהעמקתה של הביקורת השיפוטית על רשויות אלה על-פי הדין המינהלי. בשל הפניית תשומת לבם של המשפטנים לביקורת על רשויות השלטון, ועקב השימוש ברטוריקה של "שלטון החוק",<sup>77</sup> נדחקה אל שולי הבימה התופעה המקבילה של פעולה שלטונית באמצעות או תוך הסתייעות בגופים פרטיים, חיצוניים מבחינה מוסדית למערכת השלטונית.

תופעת השימוש בגופים פרטיים להסדרתה של פעילות חברתית אינה נטולה סיכונים חברתיים, כפי שעולה מהתיאור של תופעה זו, שאנשי מדע המדינה מכנים "קורפורטיזם":

73. ראו, לדוגמה, את בג"צ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים ואח', פ"ד מד (2) 673. אם כי ניתן כמובן להציג גישה זו כגישה המונעת על-ידי הרצון לשמור על חירויות הפרט.

74. ראו, למשל, בג"צ 701/81 מלאך נ' ירד הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, פ"ד לו (3) 1. וכן ההקפדה עם תוצאות הפרת זכות הטיעון: ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 337, וד"נ 12/81 ש' שפירא ושות' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 645.

75. ראו, למשל, את העתירות הציבוריות אלוני ואח', ואייזנברג ואח', הנזכרות לעיל, הערה 54.

76. על מטרות ההתערבות וההסדרה המינהלית ראו R. Pierce, S. Shrapiro, P. Verkhil, *Administrative Law and Process* 10-20 (2nd ed., New York, 1992); R. Baldwin and C. McCrudden, *Regulation and Public Law* (London, 1987) 3-31.

77. ראו לעיל, תת-פרק ג.2.

[A 'corporatist arrangement' is an] institutionalized pattern which involves an explicit or implicit bargain (or recurring bargaining) between some organ of government and private interest groups (including those promoting 'ideal interests' – 'causes'), one element in the bargain being that the groups receive certain institutionalized or ad hoc benefits in return for guarantees by the groups' representatives that their members will behave in certain ways considered to be in the public interest.<sup>78</sup>

דוגמות להסדרים כאלה באנגליה הן ארגונים של בעלי מקצוע כגון רופאים, עורכי דין ומנהגים, שעקב "עסקות" שעשו עם השלטון קיבלו את המוגנות על שירותים מסויימים, ובתמורה התחייבו לשמור על רמתם המקצועית. "עסקות" בעלות אופי דומה נעשו בארץ, למשל, עם קואופרטיב "אגד", קופות החולים, חברות קדישא השונות והסוכנות היהודית. לתופעה זו נוספת בשנים האחרונות מגמת ההפרטה: צמצום המעורבות הממסדית בחיי המשק, תוך מכירת נכסי הממשל לגופים פרטיים. מגמה עכשווית זו דוחקת מאז תחילת שנות ה-80 את גישת מדינת הרווחה, שדגלה בהגברת המעורבות השלטונית בחיי המשק, בעוד שבעבר זוהתה מגמת ההפרטה יותר מכול עם ראש ממשלת בריטניה לשעבר, מרגרט תאצ'ר, כיום זוהי מגמה רווחת במדינות רבות בעולם, וככל הנראה היא עוד תגבר בשנים הקרובות.<sup>79</sup> מגמה מקבילה בארצות-הברית הינה צמצום המעורבות השלטונית בחיי המשק בדרך של ביטול הפיקוח המוסדי שהוטל על פעילויות פרטיות שונות (de-regulation).<sup>80</sup> גישת הבחירה הציבורית היא ששיכנעה בדבר התועלת שבהפרטה, עקב טענתה, שמטרת ההסדרה הציבורית – ניטרול בעלי עניין בירי מערכת מינהלית המסוגלת לדאוג ל"טובת הכלל"<sup>81</sup> – אינה ניתנת להגשמה, היות שמערכת זו, בנוסף לסרבול הבירוקרטי שלה, לעולם לא תהיה חסינה ללחצים של קבוצות בעלות השפעה.<sup>82</sup>

78. C. Crouch and R. Dore, "Whatever Happened to Corporatism?", in C. Crouch and R. Dore eds., *Corporatism and Accountability* (Oxford, 1990) 1 at 3.

79. ראו את הדו"ח המיוחד של השבועון הבריטי אקונומיסט: "Privatisation – Selling the State," *The Economist*, 21.8.93, 16-18.

80. על המשמעויות המשפטיות של ההבחנה בין הפרטה לדה-רגולציה ראו N. Lewis and I. Harden, "Privatisation, De-regulation and Constituionality: Some Anglo-American Comparisons", *Northern Ireland Legal Quarterly* (1983) 207.

לניתוח פסקי-דין בארה"ב שבדקו את חוקיות הדה-רגולציה של נושאים שונים, ראו גרלנד, (לעיל, הערה 71).

81. על ההסברה שנותנת גישת הבחירה הציבורית לתופעת ההסדרה השלטונית של הפעילות הפרטית ראו פירס ואח' (לעיל, הערה 76) 15-19.

82. מקאוסלן (לעיל, הערה 69) 689. לתיאור ביקורתי של מדיניות ההפרטה ראו P. Dunleavy,

האתגר שתופעות הקורפורטיזם וההפרטה מציבות למשפטנים הוא בשאלה, אם ניתן להחיל פיקוח משפטי על פעילותם של גופים פרטיים מעין אלה, ואם כן, כיצד לבצע זאת הלכה למעשה.

תופעות הקורפורטיזם וההפרטה, שתוארו לעיל, אינן נובעות דווקא מרצונו של הממשל להתחמק מביקורת שיפוטית. במקרים רבים ההסתמכות על גופים פרטיים נובעת מכניעה ללחץ שמפעילות קבוצות של בעלי עניין, ותוצאת ההסתמכות זו אינה שומרת בהכרח על אינטרסים של חלקים נרחבים של הציבור. גישת הבחירה הציבורית מדגישה כי ההסתמכות הממשל על פעולת גופים פרטיים, כמו גם החלטותיו מה להפריט, כיצד להפריט וכיצד לפקח על הגוף המופרט, אינן נטולות העדפה של אינטרסים פרטניים על פני אינטרסים של רבים אחרים שייצוגם בהליך הפוליטי נחות יותר.<sup>83</sup> בשל הצורך לאזן את פגמי ההליך הפוליטי, צריכות החלטות אלה להיות כפופות לביקורת ציבורית.<sup>84</sup> החלטת הרשות למסור לאחריותו של גוף פרטי שירות חיוני לציבור מעניקה לו כוח כלכלי ופוליטי. לעתים אין בית-המשפט מתיר לרשות להעניק כוח זה לגוף פרטי.<sup>85</sup> אך

"Explaining the Privatisation Boom: Public Choice versus Radical Approaches"

64 Public Administration (1986) 13.

83. דאנלייו (לעיל, הערה 63) 19-30. התיקון האחרון לחוק החברות הממשלתיות העוסק בהפרטתן (ראו לעיל, הערה 3), משאיר לשיקול דעתה של ועדת שרים לענייני הפרטה (שלפי סעיף 59א לחוק המתוקן תבריה הם ראש הממשלה, שר האוצר ושר המשפטים) הממשלה רשאית לצרף לוועדה זו עד שני חברים נוספים) את ההחלטה מה להפריט וכיצד, ואינו מתווה את העקרונות שעל-פיהם תחליט הוועדה. ראו סעיף 59ב: "ועדת השרים רשאית להחליט על הפרטה של חברה ממשלתית: בהחלטה כאמור תקבע ועדת השרים את דרכי ההפרטה של החברה,..." נדמה שהסמכה רחבה זו אינה נותנת מענה הולם לחשש לקיום ניגוד עניינים מסוים בין עמדת הרשות המפריטה לבין טובת הציבור. חשש זה נובע מהרצון של הרשות לקבל את התמורה המרבית עבור הנכס המופרט, בה בעת שככל שהגוף המופרט יהיה כפוף יותר לביקורת ציבורית, וכל שיהיה משולל מעמד מונופוליסטי וחשוף לתחרות בשוק החפשי, כן תפחת התמורה שהרשות המפריטה תקבל עבורו.

84. חשוב לבחון בהקשר זה את הלקחים שהופקו בבריטניה לאחר עשור של הפרטה. כפי שמסכם השבועון הבריטי אקונומיסט בגיליונו מיום 24.7.93, עמ' 16: "It is not so much the principle of privatising utilities that is being questioned... but the manner in which the privatised companies are subsequently regulated. That they need regulation is clear: somebody has to prevent a private owner of a natural monopoly from awarding himself monopoly profits. [...] [W]herever there is room for competition, it is preferable to regulation. But where a regulator is needed, his independence must be tempered by accountability – especially to consumers".

85. פסיקת בג"צ העבירה תחת שבט ביקורתה אצילת סמכויות מאת הרשות לגופים פרטיים. כך, העדר השליטה הציבורית על אנשים פרטיים הביא את הנשיא שמגר לשלול מינוי של אדם פרטי למפקח מטעם עיריית אסקלון: בג"צ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד

גם אם החוק מתיר זאת, השימוש בו חייב להיות תחת פיקוח ציבורי.<sup>86</sup> היות שהגופים הפרטיים האלה אינם נתונים, בדרך כלל, לפיקוח פרלמנטרי ואינם חלק מהמערכת הבירוקרטית, גדלה חשיבותה של הביקורת השיפוטית כאמצעי חשוב בידי החברה להבטיח שאינטרס הציבור לא ייפגע.<sup>87</sup> כללי הדין המינהלי, המאפשרים ביקורת על הליכי קבלת ההחלטות, ומקנים הזדמנות לציבור הרחב לזיום ביקורת זו, יכולים לספק כלים הולמים לפיקוח שיפוטי. ואכן, בהתייחסם להפרטת השירותים לציבור בבריטניה (בין השאר הופרטו שם שירותי התקשורת, הגז, המים והחשמל), הביעו מומחים למשפט מינהלי באנגליה את הדעה שראוי שגופים מופרטם הממלאים תפקידים ציבוריים יהיו כפופים לביקורת שיפוטית על-פי עקרונות המשפט המינהלי, אף שאינם חלק מהמערכת המינהלית ואינם מבצעים את תפקידיהם אלא על-פי סמכות בדין.<sup>88</sup>

גישת הבחירה הציבורית מסייעת לביסוס התביעה להחיל את הדין המינהלי על גופים פרטיים מסוימים. זאת משום שגישה זו שוברת את הדיכוטומיה הקיימת בבסיס מושג שלטון החוק שתואר לעיל, ומסבירה מדוע ההבחנה בין גופים פרטיים למוסדיים היא מלאכותית במידה רבה: המערכת הדמוקרטית אינה מבוססת על מתח אנכי בין השלטון לבין הציבור, אלא היא מסגרת אופקית, שבה קבוצות לחץ שונות מתחרות להגשים את רצונותיהן על-ידי השפעה על רשויות השלטון. מחמת גישה זו יש חשיבות לא רק לסמכויות המוקנות בדין לשלטון, אלא גם לסמכויות שאינן קיימות; לפעילויות החברתיות שבחר השלטון

ואח', פ"ד לו (2) 537; וראו גם ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל נ' ההתאחדות לכדורגל, פ"ד מה (5) 89. לעומת זאת, בשל שיקול הדעת המוגבל שנותר לגוף הפרטי הנאצל, והעדר חשש כלשהו לניגוד עניינים, אושרו במקרים אחדים אצילה של סמכויות טכניות: כג"צ 2303/90 פילפוכין נ' משרד המשפטים - רשם החברות, פ"ד מו (1) 410; וראו גם כג"צ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מו (1) 543. על נושא זה בפסיקה האמריקנית ראו את דברי זנסטין (לעיל, הערה 52) 60.

N. Lewis, "Corporatism and Accountability: The Democratic Dilemma," in *86 Corporatism and Accountability*, supra note 78, p. 63, at 81: "In so far as private or voluntary groupings assume tasks which are matters of pressing public concern, then it seems to me to follow that they owe constitutional allegiance to our collective belief-system. They become, with government, subject to canons of public accountability."

87. ראו לואיס, שם, 94, 98-97. N. Lewis, "Regulating Non-Government Bodies: Privatization, Accountability, and the Public-Private Divide," in J. Jowell and D. Oliver eds., *The Changing Constitution*, (2nd ed., Oxford, 1989) 219, 230.

88. H. Woolf, "Public Law - Private Law: Why the Divide?," *Public Law* (1986) 220, 224-225; G. Borrie, "The Regulation of Public and Private Power," *Public Law* (1989) 552, 558-564. תשובה הולמת לאתגר, שמציבים התאגידים הפרטיים המופרטם: "After Privatisation: Quis Custodiet Ipsos Custodes?" *Public Law* J.F. Garner, (1990) 336, 337.

להסדיר, כמו גם לתחומים שהשלטון בחר שלא להתערב בהם ולהשאירם ללא ביקורת מוסדית. מאותו הטעם אין הצדקה להבחין בין ביקורת על מעשי הרשות לבין ביקורת על גופים פרטיים, המבצעים פונקציות ציבוריות ללא פיקוח מוסדי, תוך הסתמכות על פגמי ההליך הפוליטי המקנים להם עמדות כוח. גישת הבחירה הציבורית תומכת איפוא בהרחבת ההגדרה של הנאמן לצורך החלת הפיקוח המשפטי על-פי כללי הדין המינהלי: גם גופים פרטיים הפועלים פעולות החיוניות לציבור, שלא מכוח הסמכה חוקית אלא תוך ניצול עמדות כוח ייחודיות, ייראו כנאמני הציבור, ולכן יהיו נתונים לביקורתו, בין השאר, באמצעות בתי-המשפט.

##### 5. סיכום-ביניים

על-פי גישת הבחירה הציבורית, הריכוזומיה, המצויה בבסיס הרעיון של שלטון החוק המגן על הפרט מפני הרשות, איננה מספקת. המערכת הדמוקרטית אינה מבוססת על מתח בין השלטון לבין הציבור. היא מהווה מסגרת שבה קבוצות לחץ שונות מתחרות להגשים את רצונותיהן. מקצת קבוצות אלו משיגות את מטרתן על-ידי שכנוע הממשל שלא לפעול או לוותר על פיקוח מוסדי קיים. יש צורך בפיקוח שיפוטי על פעילותן של קבוצות אלו, הפועלות באמצעות גופים פרטיים בעניינים בעלי חשיבות לציבור כולו, וזאת כדי לאזן את הקושי הסבוע בהליך הדמוקרטי המאפשר לקבוצות לחץ לזכות בהישגים. המשפט המינהלי מספק מסגרת לביקורת משפטית הולמת. לכן, ככלל, אין להירתע מלהחילו גם על גופים פרטיים המבצעים תפקידים ציבוריים שלא על-פי הסמכה בדין.

#### ד. היקף תחולת הדין המינהלי: קווי מתאר למבחן

המסקנות מהדין בפרק הקודם על מקור עוצמתם של הגופים ה"דו-מהותיים" מצביעות על הצורך בהחלת הדין המינהלי על גופים פרטיים בתחומי פעילות מסוימים. אמנם, קשה לסכם מסקנות אלה בדרך של הגדרת מבחן נוקשה לתחולת הדין המינהלי. עם זאת, יש בהן כדי לתמוך בקביעה כי ראוי שהדין המינהלי יחול על פעולות של גופים פרטיים, שהרשות המינהלית החליטה להפקיד בידיהם פרטיות, למרות שפעולות אלו עשויות להשפיע באופן מהותי על אינטרס הציבור בכללותו או על אינטרסים של קבוצות שונות בציבור. בדרך כלל ניתן יהיה בנסיבות כאלה להצביע על "עסקה" פורמלית או לא-פורמלית בין הרשות לגוף הפרטי, באמצעותה קיבל הגוף הפרטי שליטה בתחום פעילות מסוים תמורת התחייבות לשמור על רמת תפקוד נאותה.<sup>89</sup> מובן שמבחן זה אינו יכול לתת א-פריורי תשובה לגבי כל גוף וכל פעילות: הגדרת מהות "ההשפעה המהותית" איננה חדה וברורה, וגם קשה לעתים להוכיח את הקשר הסיבתי בין הלחץ שהפעיל הגוף הפרטי לבין מדיניות הרשות.

89. מבחן זה עולה מפסיקתו של בית-המשפט לערעורים האנגלי (לעיל, הערה 44). על "עסקת" מעין אלה ראו לעיל, תת-פרק 3.1.

ככל שמעמדו של הגוף קרוב יותר למונופול, השפעתו על אינטרסים ציבוריים גדלה, בעוד שתנאי תחרות מפחיתים את התלות הציבורית גוף זה ומקטינים את אפשרויותיו לנצל את מעמדו לרעה. בעניינים שבהם אינטרס הציבור חלש יותר, ובעניינים שבהם אין בעמדת הכוח של הגוף הפרטי משום חשש לפגיעה בקבוצות בציבור, אין הצדקה להכבדת הדין המינהלי על הגוף הפרטי. לפיכך יש לבחון את התנאים בכל מקרה לגופו, תוך הפנמת האזהרה שגישת הבחירה הציבורית משמיעה לנו. מבחן זה מאפשר לקבוע כי גוף פרטי מסוים יהיה כפוף להוראות הדין המינהלי בעניין מסוים בלבד, להבריל מהחלה גורפת של הדין על מכלול פעולותיו.<sup>90</sup>

החלת חובות מתחום הדין המינהלי על גוף פרטי אינה גוררת בהכרח גם הענקת זכויות יתר לגוף זה, כמו היכולת להשתחרר מחוזים שלטוניים.<sup>91</sup> הטעם להכרה ביכולת ההשתחררות מחוזים שלטוניים, הנובעת מחובת הרשות שלא לכבול מראש את שיקול דעתה,<sup>92</sup> לא יחול על הווייה של גופים פרטיים, אם אין הדין המינהלי מציב דרישה שכוון לגביהם. בעוד שעיקרון אי כבילת שיקול הדעת הוא עיקרון חשוב לגבי גוף המפעיל סמכויות סטטוטוריות, חשיבותו פחותה לגבי פעילה שלא על-פי הסמכה שכוון.

ניתן ליישב את המבחן המוצע עם הדין המינהלי הפוזיטיבי, ועם הגדרת סמכותו העניינית של בג"ץ. לאור העובדה שהרשות המוסמכת אפשרה, במעשה או במחדל מכוון, את פעילותו הציבורית של הגוף הפרטי, ניתן לראות גוף זה כפועל על-פי הסמכת הרשות המוסמכת, דהיינו "על-פי דין" במובן סעיף 15(ד) (2) לחוק יסוד השפיטה.<sup>93</sup> אף פסיקתו של השופט ברק בעניין מיקרו דף, המתארת את היחס בין הגוף הפרטי לבין הציבור כיחס של נאמנות, והמצדיקה בשל כך את החלת הדין המינהלי, תואמת עם המבחן המוצע.<sup>94</sup> הגוף הפרטי הינו נאמן הציבור, אם נציגי הציבור במוסדות השלטון בחרו להסדיר פעילות מסוימת באמצעותו.

המבחן המוצע כאן תומך בהחלת הדין המינהלי על חברת החשמל, כפי שנעשה בעניין מיקרו דף, ועל חברה קדישא גחשא, כפי שנעשה בעניין חברה קדישא. אולם מבחן זה אינו עולה בקנה אחד עם המגמה העולה מפסק-הדין בעניין הסוכנות היהודית. אמנם,

90. ראו דברי השופט אלון בעניין חברה קדישא, עמ' 493, המבחין בין פעולתה של החברה קדישא בתחום פעילותה הציבורית לבין פעילותה בשכירת רכב וכיוצא באלה דברים הנחוצים לה במהלך עבודתה. אולם יש מקום לטענה שגם כשגוף כזה פועל בעניין שאינו ציבורי במישורו, אך יש במעשיו כדי להשפיע על הציבור, למשל במקרה שגוף בעל מונופולין נוהג בפזרנות ובעקבות זאת מעלה את מחיר שירותיו, או אם הוא מפלה בין ספקי שירותים, כי אז נפגע אינטרס ציבורי באופן המצדיק התערבות שיפוטית.

91. ד' ברק-ארו, במאמרה (לעיל, הערה 1) 292-293, מעוררת שאלה זו.

92. בג"צ 311/60 י' מילר, מהגרס (סוכנות ליבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח' פ"ד טו 1989, 2005.

93. לניתוח זה ראו את פסק-הדין של בית-המשפט לערעורים האנגלי (לעיל, הערה 44, שם).

94. ראו לעיל, הערה 28.

בעניין אחרון זה לא סתם בג"ץ את הגולל על האפשרות להחיל על הסוכנות את הדין המינהלי בהתדיינות בבית-משפט אזרחי, אלא שחוסר הנכונות להכיר בסמכות בג"ץ לבקר את פעולותיו של גוף זה, והשארת שאלת תחולת הדין המינהלי ב"צריך עיון" (להבדיל מהקביעה המפורשת במקרה המקביל של מיקרו דף) ייתכן שמצביעים על העדר הכרה בחשיבותו של הפיקוח הציבורי עליו. אם קריאה זו של פסק-הדין היא נכונה, הוא ראוי לביקורת: כאשר ממשלת ישראל מחליטה להימנע מטיפול בנושאים בעלי חשיבות ציבורית ממדרגה ראשונה, כגון קליטת עלייה או התיישבות חקלאית ברחבי הארץ, ומאפשרת לגופים אחרים לפעול בשטח זה באמצעות שליטה ומימון חיצוניים, ולהשפיע בכך על ענייניהן של קבוצות שונות בציבור, גותר בית-המשפט המוסד השלטוני היחיד אשר בכוחו להפעיל ביקורת ולהגן על קבוצות העלולות להיפגע מגופים אלה. גישת הבחירה הציבורית עשויה ללמדנו כי בוותרו על סמכות זו מתחמק בית-המשפט ממילוי תפקידו כמוסד מאזן בין קבוצות האינטרסים השונות, ופותח פתח מסוכן לקבוצות הלחץ האינטרסנטיות להשיג את מבוקשן תוך עקיפה מודעת, ובהסכמת השלטון, של חובות השלטון כלפי בעלי האינטרסים השונים בציבור. אי החלת הדין המינהלי על הסוכנות היהודית, הפועלת בחלל המשפטי הריק שיצרה הממשלה, ככל הנראה במכוון, תצמצם את הפיקוח על פעולות שמן הראוי שיהיו תחת ביקורת שיפוטית המייצגת את כלל רצונות הציבור. יש לקוות איפוא שכאשר תובא העתירה נגד הסוכנות בלבוש חדש לבית-המשפט האזרחי, הוא לא ירתע מהחלת הדין המינהלי על פעולותיה.

## ה. סיכום

הבסיס לביקורת השיפוטית על-פי הדין המינהלי אינו רק המתח האנכי הקיים בין ה"שלטון" לבין הציבור, אלא גם הצורך במוסד שיאזן בין קבוצות בעלי האינטרסים השונות, המתחרות ביניהן על ההשפעה על ההליך הדמוקרטי. הביקורת השיפוטית צריכה איפוא לחול לא רק על הפעולות המבוצעות מכוח סמכות הקבועה בחוק, אלא גם על פעולות המתאפשרות מהחלטה של הרשות שלא לפעול. בשל כך ראוי לקיים ביקורת שיפוטית על ההחלטה להפריט שירותים ציבוריים, כמו גם ביקורת על החלטות הגופים הפרטיים לאחר ההפרטה. בעידן של הפרטה יש ל"הפריט" גם את מושג שלטון החוק ולראותו לא רק כמתאר דיכוטומיה אנכית בין השלטון לציבור, אלא גם כמסדיר את התחרות האופקית על משאביה המוגבלים של החברה, וכמפקח על גופים פרטיים שהשכילו לקבל מרשויות השלטון שליטה על משאבים אלה. עקב כך אני טוען כי ניתן ורצוי להחיל את הוראות הדין המינהלי – ולפחות את עקרונות היסוד שלו – על פעולות של גופים פרטיים אלו.