

פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים

דפנה ברק-ארז*

א. בעיית המעשה העשוי. ב. הצורך בפיצויים והחסר בפיצויים מינהליים. ג. דיני המכרזים הציבוריים כמקרה פרטי. ד. הלכת הפיצויים בבג"צ בראשיתה. ה. הלכת הפיצויים בבג"צ בהתפתחותה. ו. סמכות השיפוט בענייני מכרזים. ז. פיצויים בדיני מכרזים בבתי-המשפט האזרחיים. ח. פיצויים במשפט המינהלי ופיצויים בבג"צ. ט. התפתחויות במשפט האנגלי. י. סיכום.

א. בעיית המעשה העשוי

המשפט המינהלי מגן על זכויותיו של היחיד מפני הרשות. הגנה זו באה לידי ביטוי, קודם כול, בצווים הפררוגטיביים הניתנים על-ידי בג"צ. במלים אחרות, הזכויות מתחום המשפט המינהלי מוגנות באמצעות הסעד האפקטיבי והחזק שהמשפט מכיר בו – הציווי. אולם, לסעד הציווי יש גם נקודת תורפה, ההופכת את ההגנה על הזכויות לחסרה. ההגנה על זכויותיו של הפרט מפני הרשות היא הגנה מלאה רק מלכתחילה. אורח, היודע מבעוד מועד כי זכויותיו עתידות להיפגע, יכול לעתור לבג"צ ולבקש צו שימנע את הפגיעה. כך למשל, אם המשטרה מסרבת לתת רשיון הפגנה משיקולים זרים, ובהתנהגותה זו פוגעת בזכותו של הפרט לחופש ביטוי ולחופש הפגנה, ניתן לעתור לבג"צ נגד החלטת הסירוב ולקבל ממנו סעד. וזה דבר המתרחש מדי יום ביומו.

אורח שנשלל ממנו זיכיון, מבלי שניתנה לו זכות טיעון נגד ההחלטה, יכול אף הוא לעתור לבג"צ ולקבל סעד. סעד זה יהיה אפקטיבי כל עוד לא ניתן הזיכיון לאחר. גם בכך אין רבותא. קיימות דוגמות רבות לעתירות, המוגשות נגד החלטות פגומות, והמביאות לשינויין. שונים הם פני הדברים במצבים שבהם אפילו צו של בג"צ אינו יכול להשיב את הנעשה, כמו למשל, כאשר הזיכיון כבר ניתן לאחר. בעיה זו של "המעשה העשוי" אינה משנית, והיא מותירה מגזר שלם של מקרים חסר הגנה משפטית. התוצאה המעשית היא,

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

שהזכויות מתחום המשפט המינהלי הן בעלות תוקף מוגבל, הנדחה מפני כוחם של חיי המעשה.¹ בעיה זו ופתרונותיה ייבחנו במאמר זה הן מן ההיבט של המקרה הפרטי – מכרזים ציבוריים, והן מן ההיבט הכללי.

ב. הצורך בפיצויים והחסר בפיצויים מינהליים

בנסיבות שבהן קיים מעשה עשוי, הסעד המתאים הוא פיצויים. את הגעשה כבר אין להשיב, אך ניתן לפצות בגין הנזק שנגרם. בדיני הנזיקין המסורתיים, השבת המצב לקדמותו בדרך של פסיקת פיצויים היא עניין שבשגרה – הפיצויים הם הסעד העיקרי בדיני הנזיקין.² סביר היה להניח, שאלה יהיו פני הרברים גם כאשר הזכות המופרת היא בתחום המשפט המינהלי. אולם מן הכתובים עולה מצב שונה.

המשפט המינהלי המסורתי לא הכיר בסעד כספי. לעתים היתה הפעולה המינהלית הפגומה בסיס לתביעת פיצויים, אך זאת רק כאשר התקיימו יסודותיה של אחת העולות מתחום דיני הנזיקין. משום כך ניתן הסעד הכספי רק בחלק קטן מאוד של פעולות מינהליות פגומות. דיני הנזיקין הכלליים נותנים ביטוי לזכות להגנה על שלמות הגוף (בעולת התקיפה), לחירות התנועה (בעוולה של כליאת שווא), לזכות לקניין (העולות בפרק 1 לפקודת הנזיקין), וכן לזכות לפרטיות (המוגנת כיום בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981).³ בשנים האחרונות ניתן להוסיף על כך שימוש מורחב יותר בעולות המסגרת – רשלנות והפרת חובה חקוקה. אולם בכך עדיין לא ניתן מענה שלם לצורך בפיצויים בתחום המינהלי.⁴

החסר בפיצויים בגין פעולות מינהליות פגומות הוא פרי מורשתו של המשפט המינהלי האנגלי. ניתן לו ביטוי בפסק-דינו הידוע של Lord Wilberforce בעניין Hoffman-La Roche & Co. A.G. v. Secretary of State for Trade and Industry.⁵ לדבריו:

In truth when the court says that an act of administration is voidable or void but not ab initio this is simply a reflection of a conclusion, already reached on unexpressed grounds, that

1. לבעיית המעשה העשוי בפסיקת בג"צ ראו, למשל, בג"צ 22/49 סבו נ' המושל הצבאי, יפו, פ"ד ב 701 ובג"צ 47/49 מטוסיאן נ' הממונה על מחוז ירושלים ואח', פ"ד ד 199 (הנכסים כבר נמסרו לצד שלישי); בג"צ 217/51 דנקנר נ' עיריית פתח-תקה, פ"ד ו 45 (הנכס כבר נהרס).
2. סעיף 74 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח 266 (להלן, פקודת הנזיקין).
3. ס"ח 128.
4. ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113.
5. (1975) A.C. 295.

the court is not willing in casu to give compensation or other redress to the person who establishes the nullity. Underlying the use of the phrase in the present case, and I suspect underlying most of the reasoning in the Court of Appeal, is an unwillingness to accept that a subject should be indemnified for loss sustained by invalid administrative action. It is this which requires examination rather than some supposed visible quality of the order itself. In more developed legal systems this particular difficulty does not arise. Such systems give indemnity to persons injured by illegal acts of the administration... There is clearly an important principle here which has not been elucidated by English law, or even brought into the open.⁶

ג. דיני המכרזים הציבוריים כמקרה פרטי

הצורך בסעד הפיצויים והחסר בו בתחום המשפט המינהלי כאו לירי ביטוי בפסיקה הענפה בתחום המכרזים הציבוריים.⁷ עתירות שנסבו על נושא המכרזים זימנו מקרים רבים שבהם התברר כי הזכייה במכרז נשללה מן העותר שלא כדין. במקרים אלה הסעד הראשון הוא הציווי – צו לביטול החלטתה של ועדת המכרזים (להעביר את הזכייה לעותר או לבטל את המכרז כולו, על-פי העניין).⁸ אולם, לעתים, הציווי אינו אפשרי, מאחר שנוצר מצב של מעשה עשוי. כאלה היו העובדות ביסוד פסק-הדין המפורסם בבג"צ 292/61 *מת אריזה רחובות בע"מ ואח' נ' שר החקלאות ואח'*.⁹ העתירה במקרה זה כוונה נגד אי זכייתה של ההצעה הזולה ביותר, שהוגשה במסגרת מכרז לביצוע עבודות קטיף. בג"צ הגיע לכלל מסקנה שהדין עם העותרת, וכי היתה ראויה לזכות במכרז. אולם בינתיים נחתם חוזה עם המתחרה, שוועדת המכרזים החליטה על זכייתה. זו עשתה את כל ההכנות הדרושות

⁶ Ibid., at pp. 358-359.

ההחלטות להשלמתו של החסר הקיים בתחום הסעדים המינהליים הותמצה, לאחר שכתב המינוי של ה-Law Commission בנושא הסעדים במשפט המינהלי התייחס רק לסעדים המסורתיים בתחום הביקורת השיפוטית. ראו Report on Remedies in Administrative Law (1976) No. 73.

⁷ לדיני המכרזים הציבוריים באופן כללי, ראו "זמיר" דיני מכרזים ציבוריים" הפרקליט כ (תשכ"ד) 403, 226; ש' הרציג דיני מכרזים (מהדורה שנייה, 1990).

⁸ לתוצאות של פגמים במכרז, ראו בג"צ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד לו (1) 651.

⁹ פ"ד טז 20.

לביצוע העבודות, ואף החלה בהן. כמו כן, עונת הקטיף והשיווק של פרי ההדר היתה כבר בעיצומה. בג"צ סבר כי בנסיבות שנוצרו, ובעיקר נוכח הפגיעה הצפויה לזוכה, אין הוא יכול לקבל את העתירה.

השופט ברנזון הסביר את דחיית העתירה: "לא גצדק אם ניתן צו שיהיה בו משום עשיית עוולה לה. אין מתקנים עוול בעוול".¹⁰ לפיכך, הסתפק בית-המשפט במתן צו, שהכריז על בטלותה של ההחלטה שקיבלה ועדת המכרזים. תוצאה זו, כמובן, אינה מניחה את הדעת. השופט ברנזון הביע את מורת רוחו ממנה, והוסיף: "בעבר הביע בית-משפט זה בכמה הודמנויות את המשאלה למחוקק לשקול את תיקון החוק אשר יאפשר לו לתת תרופה שלמה במקרים שלאחר המעשה; אולי מותר לנו להשתמש בהודמנות זו כדי לחזור על המשאלה הנ"ל".¹¹

אכן, בחיי המעשה חזר ונחשף החסר בסעד המשלים – סעד הפיצויים – בתחום המכרזים הציבוריים, ונתגלה כחסר מטריד במשפט המינהלי. בנוסף לכך, התפתחויותיהם של דיני המכרזים הציבוריים ושל דיני הפיצויים היו שלובות זו בזו, כמעט ללא הפרד. מבחינות רבות היו דיני המכרזים הציבוריים ערש התפתחותם של הפיצויים המינהליים.

ד. הלכת הפיצויים בבג"צ בראשיתה

פסק-הדין המפורסם של השופט ברנזון בבג"צ 102,101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון ואח',¹² שהכיר באפשרות שבג"צ יפסוק פיצויים, נועד להתמודד עם הבעיה של נזק שאיגו ניתן לתיקון. גם מקרה זה נסב על מכרז. העתירה הוגשה על-ידי חברות בנייה, שזכו במכרז לבצע עבודות סלילה. על אף זכייתן, הוחלט שלא להתקשר עמן בחוזה, לאחר שהתבררה האפשרות של ביצוע עצמי (באמצעות מע"צ). השופט ברנזון הכיר בצדקתה של ההחלטה המינהלית, שלא למסור את העבודה לעותרות בנסיבות החדשות שנוצרו. עם זאת, דעתו לא היתה נוחה מן הפגיעה בעותרות. הוא החליט להתעמת עם השאלה: האם בג"צ יכול לפסוק להן פיצויים?

השופט ברנזון ראה בשאלה זו בעיה של סמכות. לגבי דידו היתה השאלה: האם בג"צ מוסמך לפסוק פיצויים, בנוסף לסעדים האחרים שהוכרו בעבר כמצויים בתחום סמכותו? בהתאם לכך, בחן פסק-הדין את השאלה באספקלריה של סעיף החוק שבו מעוגנת סמכות השיפוט של בג"צ – סעיף 7 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957,¹³ שהיה לסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.¹⁴ דעתו של השופט ברנזון היתה, כי הסעיף מלמד ש"אין כל הגבלה על הסעדים שבית-משפט זה יכול להושיט לאורח הנפגע על-ידי מעשה או מחדל של רשות

10. שם, 31.

11. שם, 32.

12. פ"ד כח (2) 449 (להלן, בינוי ופיתוח).

13. ס"ח 148.

14. ס"ח תשמ"ד 78. ראו עניין בינוי ופיתוח (לעיל, הערה 12) 455.

ממלכתית או ציבורית. כל תרופה וכל סעד, שיישרו בעיני בית-משפט זה והנראים לו כדרושים לעשיית צדק, הם בהישג ידו.¹⁵ בהמשך הדברים מובהר, כי סמכותו הרחבה של בג"צ יכולה לשמש בסיס גם לפסיקת פיצויים מחוץ למסגרות המשפטיות המוכרות:

ברוב המקרים של המקרים המגיעים כדין לבית-משפט זה, לא מתעוררת כלל שאלה של אחריות לפי דיני החוזים או לפי דיני הנזיקין. אף-על-פי-כן עשוי האזרח להיפגע ולסבול נזק כתוצאה מפעולה בלתי-כשרה או בלתי-נאותה או מהימנעות מפעולה שלא כדין או מאיחור בלתי-סביר ובלתי-מוצדק בעשיית הפעולה, ומן הצדק שגם במקרים אלה תישא הרשות באחריות כדי לפצות על הפגיעה או הנזק שנגרם. בכך נתקרב לאחריות מינהלית כללית של הממשל, ובמקרה של נזק הנגרם עקב התנהגות שלא כשורה, לא הפרט הנזוק יישא בו, כי אם הגוף אשר בשמו, למענו או מטעמו הוא נגרם.¹⁶

פסק-הדין, שהיו שותפים לו גם השופט זוסמן ממלא-מקום הנשיא (כתוארו אז) והשופט עציוני, יצא מיסוד הסמכות ויצר בסיס אחריות חדש. הוא מצדד בפסיקת פיצויים גם מעבר למגבלותיהם של דיני הנזיקין והחוזים, ובכך מכיר, למעשה, בעילה חדשה. כמקור השראה להליכה בדרך זו שימש המשפט המינהלי הצרפתי, שאחד מיסודותיו הוא הכרה באחריות מיוחדת ללא אשם המינהל. עם זאת, תחומיה המדויקים של ההלכה המוצעת אינם ברורים.

השופט ברנזון עצמו כתב שאת פסיקת הפיצויים על-ידי בג"צ צריך יהיה לפתח "בהדרגה ובוהירות, נדבך אחרי נדבך".¹⁷ כמו כן, הוא הבהיר שפיצויים אלה ייפסקו על-פי אמות-מידה שונות מאלה הנוהגות לגבי פיצויים בתחום המשפט הפרטי, המבוססים על הוכחת נזק. לדבריו, יהיו אלה פיצויים שייפסקו על-פי אומדן כללי, כמתחייב מהיותם סעד של צדק, שנפסק על-ידי בג"צ כטפל לדיון בעתירה: "אם לתביעה רגילה של פיצויים על נזקן פני העותרות מועדות, כי או לא בית-משפט זה הוא המקום המתאים לכך, הן לפי סדר הדין הנוהג בו והן לפי מהות הסעד שהוא מסוגל להושיט 'למען הצדק'. לכל היותר, נפסוק פיצוי על-פי אומדן כללי ביותר בלי לדקדק יתר-על-המידה בפרטים, וגם לא נשתמש בהכרח במאזני הצדק שלנו באבני הבוחן הרגילות להערכת הנזק".¹⁸

15. שם, 455-456.

16. שם, 456.

17. שם, 458.

18. שם, 459.

חשיבותו של פסק-הדין היתה בנכונות העקרונית לשבור את "מחסום הכסף" בהגנה על הזכויות המינהליות.¹⁹ נכונות זו הביאה גם לראשיתה של הכרה בבסיס אחריות חדש, ולכן הוא מסמן צעידה בכיוון חשוב. עם זאת, ניתן להשיג על חלק לא מבוטל מיסודותיה של ההנמקה השיפוטית. באשר ליסוד התיאורטי, יש לומר, כי היה צריך להניח בבסיסו של הדיון בפיצויים המינהליים את שאלת ההכרה בעילה חדשה, ולא את סוגיית הסמכות. סמכות לפסוק פיצויים אינה מלמדת, כשלעצמה, על קיומה של אחריות מהיבט המשפט המהותי. בהתייחס לפרטיה של ההלכה, ניתן להוסיף ולתהות, האם פיצויים מכוחה של תורה כזו צריכים להיות פיצויים כלליים, שאינם משקפים את נזקו של הנפגע? אם לא יהיה בהם פיצוי אמיתי, כיצד יוכלו להגשים את התכלית שלשמה נוצרו – הגנה על הזכות המינהלית? כמו כן, ניתן להשיג על ייחודו של סעד הפיצויים המינהליים לבג"צ, כפי שעוד יתברר בהמשך לגבי התפתחויות פסיקתיות שהביאו לדיון בנושאים מינהליים גם בבתי-המשפט האזרחיים.²⁰

מכל מקום, אל להם לפרטי הביקורת להסיח את הדעת מן העיקר: פריצת הדרך החשובה הביאה להכרה עקרונית בפיצוי חלופי, כאשר לא ניתן להושיט לנפגע סעד באמצעות ציווי. האמור בעניין בינוי ופיתוח היה יכול לשמש יסוד מספיק לפיתוחה של תורת פיצויים מינהלית משלימה, אילו התגבשה בבית-המשפט העליון תמימות דעים נחושה בנושא. אולם ההתפתחות בכיוון זה לא היתה מובנת מאליה או מוסכמת על הכול.

ה. הלכת הפיצויים בבג"צ בהתפתחותה

להלכת בינוי ופיתוח לא היה המשך כשמעותי בפסקי-הדין הבאים, שדנו באפשרות של פסיקת פיצויים בבג"צ והיו, בדרך כלל, פסקי-דין בנושא מכרזים ציבוריים. אכן, ההלכה לא בוטלה, אולם התבטחה שהיתה צפונה בה לא התממשה. מקצת השופטים התנגדו לפסיקת פיצויים על-ידי בג"צ, ואחרים רק הביעו ספקות לגביה. אלה כאלה ייחדו התייחסותם בעיקר להיבט הסמכות. במהלך השנים החלו הפיצויים שלא על-פי אומדן מרויך ללבוש צביון של פיצויים סמליים בלבד – פיצויים כמעט נומינליים. במאמר מפרי עטו נודמן לשופט ברנזון עצמו להביע את אכזבתו מכך שלא נמצאו ממשיכים לשיטתו. לדבריו: "למרבה הצער, לא נתמלאה ציפיה זו מאז; במשפטים שנדונה בהם שאלת הפיצוי הכספי, לא זו בלבד שלא נעשה המאמץ הדרוש לבסס סעד זה כהלכתו, אלא שהוא בוובו במידה רבה, ונותר כמעט ערטילאי וחסר משמעות מעשית".²¹

19. זה הביטוי שטבע פרופ' זמיר בהקשר להלכת בינוי ופיתוח. ראו 'זמיר השפיטה בעניינים מינהליים' (1982) 194. עם זאת, פרופ' 'זמיר כיוון דבריו לשבירת "מחסום הכסף" מהיבט סמכותו של בג"צ, ואילו כאן מודגש החידוש העקרוני של שבירת "מחסום הכסף" מבחינת המשפט המינהלי המהותי.

20. ראו להלן, סעיף ו.

21. צ' ברנזון, "בג"ץ כפוסק פיצויי נזקים", ספר יצחק כהן (1989) 280, 281.

שאלת הפיצויים עלתה בבג"צ 358/77 דרון נ' עיריית ירושלים ואח'.²² במקרה זה, החליטה ועדת המכרזים שלא למסור את העבודה לעותר, למרות שהיה בעל ההצעה הזולה ביותר. העותר ביקש לבטל את החלטת הוועדה ולקבוע שהוא הזוכה, או לחלופין – לחייב את העירייה בפיצוי. השופט אשר, שלפסק-דינו הצטרפו השופטים בן פורת ואלון (כתוארם אז), הוצרך להתמודד עם הלכת בינוי ופיתוח. גישתו היתה, שסעד הפיצויים בבג"צ אמנם קיים, אך הוא סעד מצומצם בהיקפו, שצריך להיות "בבחינת סעד יוצא-דופן בבית-משפט זה".²³ הוא הסביר כי:

זוהי מעין תורת "פיצויים כלליים", שאינה מבוססת על בסיס אחר וזלת הרגשת הצדק שבלב השופט וטבעה זה של התורה החדשה מחייב זהירות והתאפקות רבתי מצדו של בית-המשפט העושה שימוש בה.²⁴

בסיכומו של דבר, הוחלט "להסתפק בקביעת פיצוי צנוע ההולם את נסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן. מצאנו במעשה ועדת המכרזים שיקול בלתי-נכון אך לא הוכח העדר תום-לב מצדה, והפיצוי ההולם את התנהגותה חייב להיות בסכום סמלי".²⁵ נקל לראות, כי אף שפסק-הדין מבוסס על הלכתו של השופט ברנזון, הוא מצמצם את היקפה ואת משמעותה. יסוד החסר שבהלכה מודגש יותר מיסוד הזכות, והפיצוי הכללי הפך לפיצוי סמלי מובהק.

גם במתכונת צנועה זו היו שהתנגדו לפיצוי מכוחו של בסיס אחריות חדש. כאמור, ההתנגדות באה לידי ביטוי ברור בפסק-דינו של השופט ויתקון בבג"צ 35/78 י.שי-פ.א.ב. חברה קבלנית לעבודות בניין בע"מ נ' עיריית ירושלים ואח'.²⁶ במקרה זה, בית-המשפט היה יכול להימנע מהתייחסות לשאלת הפיצוי, מאחר שלגופו של עניין לא נמצא פסול בהתנהגותם של המשיבים: העותרת נעדרה את הכושר המקצועי הנדרש. עם זאת, השופט ויתקון ראה לנכון לתת ביטוי להתנגדותו העקרונית לפיצויים במתכונת של הלכת בינוי ופיתוח, ושמר את עיקר היצי ביקורתו לבעייתיות שביצירת עילה חדשה, ולא לשאלת הסמכות. ואמנם, מבחינת הניתוח המשפטי, צדק השופט ויתקון בהגדרת מהותו של הדיון, וכך הסביר:

נפתרה אמנם שאלת סמכותו של בית-משפט זה, אך טרם נפתרה השאלה, מה היא בעצם עילת התביעה לפיצויים... אף מי שאינו מתקומם, עקרונית, נגד יצירת דין חדש בדרך של "חקיקה

22. פ"ד לב (1) 729 (להלן, דרון).

23. שם, 732.

24. שם, שם.

25. שם, 736.

26. פ"ד לב (2) 581 (להלן, ישי פאב).

שיפוטית" מוכרח לשאול את עצמו מנין לנו הבסיס לחיוב הרשויות
הציבוריות למיניהן לפצות את האזרח על כל מעשה או מחדל
שלטוני בלתי-תקין.²⁷

על הסתייגות בסיסית זו הוסיף השופט ויתקון ביקורת שהתייחסה גם להיבטים
המעשיים של ההלכה. לדבריו, ואף בכך צדק במידה רבה, "בלי דרישה וחקירה זו כל
הערכת הנזק לא תהיה אלא השערה בעלמא".²⁸

השופט ויתקון השכיל למקד את פסק-דינו בלב העניין. ובכל זאת, המסקנות שהגיע
אליהן על יסוד הניתוח המשפטי הנכון, אינן הכרחיות. אכן, ההכרה בעילה חדשה אינה
פשוטה, ואינה יכולה לנבוע מאליה מעובדת קיומה של סמכות שיפוט. אולם אין היא
בהכרח לא אפשרית, ואין לדחותה על הסף. פסיקת פיצויים על דרך של השערה והערכה
היא בעייתית, אך החלופה לה אינה צריכה להיות שלילה גורפת של דרך הפיצוי.

מכל מקום, עמדתו השוללת של השופט ויתקון לא היתה להלכה. שני השופטים
האחרים לא הצטרפו לחלק זה של פסק-דינו, שבאופן רשמי נכתב אגב אורחא בלבד.
הנשיא זוסמן כתב בקיצור מיוחד: "אין אני רואה חובה לעצמי להעלות על כתב, בהערת
אגב נוספת, את דעתי בסוגיה זו גופה; המעוניין בכך יוכל לנחש ולא יטעה".²⁹ דבריו אלה
כוונו, כמובן, להשתתפותו בהרכב השופטים שקבע את הלכת בינוי ופיתוח. השופט לוין
נמנע מנקיטת עמדה כלפי ההלכה, משום שהדברים לא היו צריכים לדיון, ורק ציין כי "לא
מן הנמנע הוא שהיא טעונה בדיקה נוספת".³⁰

השגות לגבי ההלכה, ולחלופין – חתירה לצמצום היקפה, באו לידי ביטוי גם בפסק-
דינו של ממלא מקום הנשיא (כתוארו אז) השופט י" כהן בבג"צ 346/81 ס.ע. רינגל בע"מ
נ' מועצה מקומית כרמיאל ואח'.³¹ השופט כהן תיאר את הלכת בינוי ופיתוח כזו שהדעות
חלוקות לגביה, והוסיף שדעתו שלו כדעת השופט ויתקון בעניין ישי פאב.³² הוא גרס, כי
"יש להשתמש בסמכות זו במקרים מיוחדים בלבד, כאשר ביכולתו של בית-המשפט לקבוע
את כל העובדות הנחוצות לשם פסיקת פיצויים".³³ וכי מטעם זה, ממילא אין לפסוק
פיצויים לעותר. השופטת בן פורת (כתוארה אז) והשופט בייסקי הסכימו עם פסק-דינו של
השופט כהן, מבלי להבהיר אם הסכמתם מתייחסת רק לנסיבות המקרה או גם להסתייגות
הכללית מן ההלכה. אולם השופטת בן פורת היתה שותפה גם לפסק-דינו של השופט אשר
בעניין רדון, שבו ההלכה לא נשללה, אלא הוגדרה באופן מצמצם בלבד.

27. שם, 585-586.

28. שם, 586.

29. שם, 588.

30. שם, שם.

31. פ"ד לה (4) 825 (להלן, רינגל).

32. שם, 831.

33. שם, שם.

לצד ההתנגדות התקיפה ניתן להצביע על פסקי-דין נוספים, המתייחסים לפסיקת הפיצויים בבג"צ כאל חלק מן המשפט הנוהג, מבלי לברר את יסודותיה התיאורטיים.³⁴ פסק-דין חשוב, שחזר ואישר את ההלכה, ניתן על-ידי השופט ברק בבג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח'.³⁵ דא עקא, גם הוא לא שפך אור על השאלה שבלב העניין – שאלת העילה, ובמידת מה הוא אף טשטש אותה. בבואו לבחון את סוגיית הפיצוי הסביר השופט ברק, בצדק רב, כי:

יש להבחין בעניין זה בין שלוש שאלות נפרדות, אשר לא פעם מתערבבות זו בזו: האחת היא שאלה של סמכות, דהיינו – אם מוסמך בית-המשפט הגבוה לצדק ליתן סעד של פיצויים; השנייה היא שאלה של עילה, דהיינו – מהו הדין הסובסטנטיבי, המצמיח זכות לפיצויים; השלישית היא שאלה של שיקול דעת, היינו – אם ראוי לו לבית-המשפט להפעיל את סמכותו במקום שקיימת עילה.³⁶

את שאלת הסמכות פטר השופט ברק כנקייה מספקות.³⁷ בהתייחס למישור שיקול הדעת, הוסיף השופט ברק והסביר, כי סעד הפיצויים נתון באופן מובהק לשיקול דעתו של בג"צ, בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה. בעניין זה מקובלת עליו הגישה, הגורסת מתן סעד כספי על-ידי בג"צ רק "במקרים יוצאי דופן".³⁸ לעומת זאת, אין בפסק-הדין תשובה לבעיית העילה, והוא גם אינו מציע כל הנחייה בהקשר זה. במלים אחרות, השופט ברק הציג את השאלות הנכונות, אך נמנע מלהשיב עליהן.³⁹

34. ראו בג"צ 89/80 אוהיון נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לר (2) 530:

בג"צ 654/81 אלקרט נ' שר הפנים והמשרה ואח', פ"ד לו (2) 611.

35. פ"ד לו (4) 85 (להלן, מיגדה).

36. שם, 96.

37. שם, 97-99.

38. שם, 100.

39. השופט ברק הוסיף ושאל כך:

"חידושו של השופט ברנזון בעניין יצירתה של עילה חדשה אכן מעורר שאלות יסוד באשר להיקף האחריות המינהלית מחד גיסא ולכוח התקיפה של בית-המשפט מאידך גיסא. היכול בית-המשפט הגבוה לצדק ליצור הלכות שיפוטיות, המטילות אחריות לתשלום פיצויים מתוך לנורמות, המקובלות בדין הפרטי, ומעבר להן? האם יצירתה של אחריות זו רצויה היא? מה גבולותיה של האחריות? האם היא מוטלת רק על המדינה או גם על עובד הציבור שפעל בשמה? שאלות אלה ואחרות דורשות פתרון, כטרם ניתן יהיה ליתן תשובה כוללת לשאלת העילה. כשם שרחוק אני מלומר כי טעה השופט ברנזון בבג"צ 102,101/74, כן

ההימנעות המוחלטת של השופט ברק מנקיטת עמדה ביחס לשאלה המרכזית היתה מאכזבת. אמנם, הימנעות מהבעת דעה בסוגיות מהותיות – שאינן צריכות לדיון – רצויה בדרך-כלל; אולם קיים ספק רב אם התייחסות לשאלת העילה היתה מיותרת בעניין מיגדה. השופט ברק סבר כך, משום שהעותרת ביקשה פיצוי לפי עילה מוכרת מתחום המשפט הפרטי.⁴⁰ אולם עיון נוסף בדברים מראה, ששיקול זה אינו מתיישב עם הלכתו של השופט ברנוון בעניין בינוי ופיתוח.

הלכה זו נועדה, מעצם הגדרתה, לחול בנסיבות שבהן לא עומדת לעותר עילה מתחום המשפט הפרטי. השופט ברנוון כיוון אותה למקרים, שבהם ללא פסיקת פיצויים על-ידי בג"צ ישאר העותר נטול סעדים. הוא לא התכוון לאפשר פסיקת פיצויים, כמתבקש בנסיבות שבהן קיים חוק סעד. לעומת זאת, האישור שניתן להלכת בינוי ופיתוח בעניין מיגדה הכיר במשתמע באפשרות של פסיקת פיצויים בבג"צ בנסיבות שבהן ניתן לתבוע אותם בבית-משפט אזרחי.

גישה זו סותרת, במידת מה, את האמור בהלכה המקורית. היא מסיטה את מרכז הכובד של ההלכה מן המהות לסמכות, בעוד שמלכתחילה היה הדיון בסמכות רק אילן שהשופט ברנוון נתלה בו. מבחינה זו, פסק-דינו של השופט ויתקון בעניין ישי פאב מדויק יותר מפסק-דינו של השופט ברק בעניין מיגדה, גם אם מסקנותיו אינן מקובלות לגופם של דברים.

ללא הכרעה בשאלה העקרונית – שאלת העילה – הפכה הלכת הפיצויים בבג"צ להלכה בעלת משמעויות מעשיות מוגבלות, שלא לומר שוליות. לאחרונה חזרה ונדונה ההלכה בעתירה נוספת בענייני מכרזים בבג"צ 2167/90 מיקרונט בע"מ נ' משרד החינוך והתרבות.⁴¹ ההצעה שהגישה העותרת במסגרת המכרז נדחתה שלא כדין, בעוד שלמעשה היתה צריכה לזכות. העתירה לביטולה של ההחלטה התקבלה, אך צומצמה כך שתחול רק על הסחורה שעדיין לא סופקה על-ידי החברות, שזכו במכרז שלא כדין ופעלו על סמך זכיותן. בקשת הפיצויים התייחסה לרכישה שהיתה כבר בגדר מעשה עשוי. אף-על-פי-כן נדחתה הבקשה. השופט אור, שכתב את פסק-הדין, חזר והכיר בסמכותו של בג"צ לפסוק פיצויים.⁴² אולם הוא הוסיף והסביר כי: "בכל מקרה תתעורר השאלה, אם העילה לפסוק פיצויים ושיעורם של הפיצויים הראויים נתלבנו די הצורך".⁴³ כמו כן, בעקבות הלכת מיגדה, הוא קבע ש"רק במקרים חריגים ייטה בית-המשפט הגבוה לצדק לפסוק פיצויים

רחוק אני מלומר, כי הדין עמו. השאלה היא סבוכה, ואין זה רצוי כלל ועיקר לבחון אותה, בלא שהכרעה בה דרושה לצורך העניין.

שם, 99.

40. שם, 99-101.

41. פ"ד מה (1) 45 (להלן, מיקרונט).

42. שם, 55.

43. שם, שם.

במקרה של הליכי מכרז פסולים.⁴⁴ בהלכה כזו אין, כמובן, פתרון לבעיה של פיצויים מינהליים – לא דיני מכרזים ולא בהקשרים מינהליים אחרים.⁴⁵

ו. סמכות השיפוט בענייני מכרזים

ההתפתחויות בתחום סמכות השיפוט מציבות סימני שאלה נוספים באשר למעמדה של הלכת הפיצויים בבג"צ. בשנים האחרונות גברה הנטייה השיפוטית להעביר עניינים מינהליים לשיפוט בבתי-משפט אורחיים, בעיקר כדי להקל את העומס המוטל על בית-המשפט העליון.⁴⁶ אחד הביטויים המרכזיים של מדיניות זו היה העברת הדיון בעניינים של מכרזים ציבוריים לבתי-המשפט האזרחיים בבג"צ, כמו במקרה 991/91 פסטרנק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח'.⁴⁷ השופט ברק בחן את השיקולים התומכים בהשאת הדיון בענייני מכרזים בידי בג"צ ואת השיקולים התומכים בהעברת הדיון בהם לבתי-המשפט האזרחיים. מחד גיסא, עמדו לזכות הדיון בבג"צ מהירות הדיון, הצווים הפרוגטיביים האפקטיביים, וכוחו לקבוע תקדימים מחייבים, שיש בהם כדי לקדם את דיני המכרזים. מאידך גיסא, הוצגו שיקולים כבדי משקל התומכים בהעברת הדיון לבתי-המשפט האזרחיים: תהליך מתאים לבירורן של שאלות עובדתיות, קיום מערכת סעדים מספקת – סעדים כספיים וסעדים הצהרתיים, וכן ניסיון מספק גם בתחום פיתוח המשפט (בכפוף לביקורת השיפוטית של בית-המשפט העליון).

בשנים האחרונות חל שינוי באיוון השיקולים האלה, עקב תמורות שחלו במערכת המשפטית בישראל: עומס העבודה המוטל על בג"צ, פיתוח הסער ההצהרתי בבתי-המשפט האזרחיים כתחליף לצו עשה, והשלמת התפתחותם של דיני המכרזים עצמם. בנסיבות אלה בשלה העת למהלך של העברת הדיון בענייני המכרזים לבתי-המשפט האזרחיים. הלכת פסטרנק צופנת בחובה בהמשך הדרך גם את הפוטנציאל של העברת עניינים מינהליים נוספים לבתי-המשפט האזרחיים.⁴⁸

העברת הדיון בענייני מכרזים לבתי-המשפט האזרחיים מחייבת, בין השאר, דיון מחודש בהלכת הפיצויים בבג"צ. אמנם, פסק-הדין בעניין פסטרנק כלל אינו מתייחס לשאלת הפיצויים המינהליים, ואף אינו מתיימר לצמצם את היקף סמכותו של בג"צ. אולם, מן ההיבט המעשי, העתירות שבהן נדונה בעיקר הלכת הפיצויים בבג"צ – עתירות

44. שם, שם.

45. כן ראו בג"צ 535/88 קסקס ואח' נ' ראש עיריית לוד ואח', פ"ד מג (4) 455.

46. ראו, למשל, בג"צ 159/81 חברת מיור בע"מ ואח' נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, פ"ד לה (3) 596; בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד

מא (2) 449.

47. פ"ד מה (5) 50 (להלן, פסטרנק).

48. ראו, למשל, רע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח (טרם פורסם); ובאופן יותר כללי: יי זמיר "מכרזים ציבוריים בבית-משפט אזרחי", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 197.

המכרזים, שוב לא תידונה בבג"צ. מתעוררת איפוא שאלה כפולה: ראשית יש לשאול, מה תהיה המסגרת לפסיקת פיצויים בהליכים שייסובו על ענייני מכרזים בבתי-המשפט האזרחיים? בהמשך לכך מתעוררת השאלה הרחבה יותר, האם הלכת הפיצויים בבג"צ הפכה למיותרת?

ז. פיצויים בדיני מכרזים בבתי-המשפט האזרחיים

העברת הדיון בענייני מכרזים לבתי-המשפט האזרחיים מעוררת את השאלה: האם בדין האזרחי יש בסיס לפסיקת פיצויים בדיני מכרזים?⁴⁹ התשובה לשאלה זו היא חיובית. מאז חקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973⁵⁰ ברור, כי השלב הטרם-חוזי אף הוא שלב משפטי, והפרת הנורמות המחייבות במסגרתו מהווה בסיס להטלתם של חיובים כספיים. השאלה בדבר פסיקת פיצויים בגין הפרה של תנאי המכרז נדונה בע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ ואח',⁵¹ בהתייחס למכרז של חברה פרטית, המשיבה. המערערות, שהגישו הצעות במסגרת המכרז, תבעו פיצויים בגין העדפתה של מציעה אחרת, בניגוד לתנאי המכרז.⁵² תביעתן התקבלה, אך נפסקו להן פיצויים שליליים בלבד (בשיעור ההוצאות שנגרמו להן).⁵³

במכרז נכלל התנאי ש"אין הנהלת המוסד מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא"⁵⁴. על כן לא היה מקום לפסיקת פיצויים חיוביים, שיתנו ביטוי גם להיבט של מניעת רווח: "בהעדר קשר סיבתי בין ההפרה לבין אי-כריתת החוזה, אין מקום לפיצויים בגין הנוזק, הנובע מאי-כריתתו של החוזה".⁵⁵ בנסיבות אלה ניתן היה להשאיר ב"צריך עיון" את השאלה העקרונית של היקף הפיצויים.⁵⁶ המסגרת הנורמטיבית לפסיקתם של פיצויים אלה היתה של הדין האזרחי – סעיף 12 לחוק החוזים, שעניינו

49. במסגרת עקרון הדואליות הנורמטיבית. דאו, למשל, בג"צ 840/79, המ 830/79, 860 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לר (3) 729; ובאופן יותר כללי: ד' ברק-ארז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 275.

50. ס"ח 118 (להלן, חוק החוזים).

51. פ"ד לו (1) 533 (להלן, ע"א בית יולס).

52. מציעה זו הוערפה, למרות שלא צירפה ערבות כנדרש, בעקבות משא ומתן שנוהל עמה בלבד.

53. בעניין זה נחלקו הדעות, אם הנוזק כולל רק את עלותה של הערבות הבנקאית (כדעתו של השופט ש' לוין, בדעת מיעוט) או משתרע גם על שאר ההוצאות שהוצאו בקשר למשא ומתן (כדעתו של השופט ברק, בדעת הרוב).

54. ראו ע"א בית יולס (לעיל, הערה 51) 540.

55. שם, 553.

56. שם, 552-553.

חובת תום הלב או הדגם של חוזה נספח.⁵⁷ אמנם בפרשה זו קוים דיון נוסף, אך הוא לא נסב על שאלת הפיצויים, אלא על מעמדו של עקרון השוויון במכרז הפרטי.⁵⁸ מפסק-הדין בע"א בית יולס ניתן היה ללמוד, שעם העברת ענייני המכרזים הציבוריים לבתי-המשפט האזרחיים יחול שינוי משמעותי גם בטיב הפיצויים שייפסקו בעניינם: לא עוד פיצויים סמליים, אלא פיצויים המשקפים את נזקו האמיתי של התובע. השאלה המתעוררת בשלב זה היא: מהו נזקו האמיתי של התובע? האם אמנם נזק מסתכם רק בהוצאות שהוצאו לצורך ההשתתפות במכרז, או שמא יש מקום לפסיקת פיצויים חיוביים – פיצויי ציפייה (או קיום)? כדי לענות על כך יש לחזור ולעמוד על ההבדלים בין המכרז הפרטי למכרז הציבורי.

אחד מעקרונות היסוד של דיני המכרזים הציבוריים הוא, שדין ההצעה הזולה ביותר לזכות. כלומר, לבעל ההצעה הזולה ביותר יש זכות לזכות במכרז – זכות מתחום המשפט המינהלי (בכפוף לכמה חריגים).⁵⁹ זכות זו מיוחדת למכרז הציבורי, ונובעת ממעמדו המיוחד של עקרון השוויון בו. במכרז פרטי קיימת חובה לנהוג תום-לב במציעים, אך כפי שנקבע בד"ג בית יולס, תום-לב אין משמעותו בהכרח שוויון. עולה מכך, שבדרך כלל, זכיותו של בעל ההצעה הזולה ביותר במכרז ציבורי היא ודאית. כאשר הזכייה נשללת ממנו, נשללים ממנו גם רווחי הזכייה. משתמע מכך, שכאשר ההחלטה הפגומה של ועדת המכרזים שוב אינה ניתנת לשינוי, יש לפצות את המציע גם על שווייה של הזכייה שנשללה ממנו ולפסוק לו פיצויי ציפייה.

פסיקתם של פיצויי ציפייה למציע במכרז ציבורי, שזכיותו נשללה ממנו שלא כדין, הוכרה בע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ ואח'.⁶⁰ במקרה

57. שם, שם.

58. דא"ג 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח'. פ"ד מג (1) 441 (להלן, ד"ג בית יולס).

השאלה שעלתה בדיון הנוסף היתה: האם גם במכרז פרטי חייב בעל המכרז לנהוג שוויון במציעים? בנסיבות העניין, השאלה היא: האם מותר היה לנהל משא ומתן רק עם אחת המציעות. ההלכה שנקבעה בפסק-דינם של שופטי הרוב היתה, שעיקרון השוויון אינו מחייב במכרזים פרטיים. ההלכה נקבעה כנגד דעת מיעוט עקרונית של הנשיא שמגר והשופט ברק. בכך זכתה לאישור בערעור האזרחי דווקא דעת המיעוט של השופט ש' לויין.

59. ראו בג"צ 148/64 קציף בע"מ נ' עיריית אילת ואח', פ"ד יח(3) 423. לדברי השופט זוסמן: "מטבע הדברים זכאי המציע הזול ביותר לצפות לכך, שבעל המכרז יקבל את הצעתו אפילו ההפרש בינו ובין מתחרהו אינו גדול אלא אם כן קיימת סיבה מוצדקת לבכר על פניו מציע אחר. בעל המכרז רשאי לדחות את ההצעה הזולה ביותר ולקבל הצעה גבוהה יותר, ובלבד שינהג כך מתוך נימוק השייך לענין. באין נימוק לכך פועל בעל המכרז בשדירות-לב, אם הוא מקבל את ההצעה היקרה, אף אם ההפרש בינה ובין ההצעה הזולה היה קטן."

היה קטן."

שם, 425.

60. טרם פורסם (להלן, מליבו).

זה, חברת החשמל – המערערת – גמנעה מלהתקשר עם החברה המשיבה, שהצעתה היתה הזולה ביותר. בנסיבות המקרה לא התקיים אף אחד מן ההריגים, שבגינם היה ניתן להימנע מהתקשרות עם המציע הזול ביותר. בית-המשפט העליון דחה את כל הטענות שנועדו להצדיק את התנהגותה של חברת החשמל. בנסיבות אלה עלתה מחדש ובמלוא עוצמתה שאלת הפיצויים בעניין המכרו הציבורי.

בפסק-דין עקרוני הכיר השופט חשין בזכאות לפיצויים מלאים – פיצויי ציפייה, שייתנו ביטוי מלא גם לרווח שנמנע בשל אי הזכייה במכרו. פסק-הדין מבוסס על דיני המכרזים הציבוריים, ומשלים את הוצאתם מן הכוח אל הפועל. אם קיימת זכות לזכות במכרו, מן הדין לפצות על הפגיעה בה. זו התוצאה המתחייבת מכך: מניעת הזכייה מן המציע הזכאי לה מהווה הפרה של החוזה הנספח שבין בעל המכרו למציעים. כאשר המכרו הוא ציבורי, כולל החוזה הנספח, יש לכבד את ההתחייבות להתקשר עם המציע הזול ביותר.⁶¹

דרך אחרת להגיע לתוצאה דומה, והיא המעניינת יותר בהקשר הכללי של המשפט המינהלי, גורסת שהפרה של זכות צריכה לזכות בסעד מתאים – כך לגבי כל זכות, וכך גם לגבי זכות מתחום המשפט המינהלי. הסעד הולך אחר הזכות.

השופט חשין דוחה את הגישה, שלפיה מעמדו של סעד הפיצויים בתחום המשפט המינהלי הוא נחות. לדבריו, "אין ולא כלום בטענת חברת החשמל, כי סעד הפיצויים במשפט המינהלי כרעיו רזות וחלשות". אמנם, בפסק-דינו של השופט ברק בעניין מיגדה הושארה שאלת העילה המינהלית ב"צריך עיון", אך כאשר תביעת הפיצויים נדונה בבית-המשפט האזרחי לא היה עוד מקום להיסוסים: "העילה המהותית קיימת – ב'בוא' מן המשפט המינהלי שפותח בבג"צ – ואילו את הסעד מספק בית-המשפט המוסמך: UBI IUS IBI REMEDIUM – הלך הסעד אחר הזכות".

ה. פיצויים במשפט המינהלי ופיצויים בבג"צ

פסק-הדין בעניין מליבו ממשיך בתגובה מחודשת את המהפכה בתחום הפיצויים המינהליים, שהחל בה השופט ברנזון בעניין בינוי ופיתוח. חשיבות פסק-הדין היא בשני מישורים: הפרטי והכללי. ראשית, הוא שב ומכניס שינוי חשוב בדיני המכרזים הציבוריים עצמם. שנית, וזה העיקר, הוא שב ומכניס את סעד הפיצויים אל זירתו של המשפט המינהלי, וללא תלות בסמכות השיפוט של בג"צ.

החידוש בתחום דיני המכרזים הציבוריים הוא, כי במקרים שבהם לא יהיה ניתן לחייב את הרשות להעניק את הזכייה במכרו לזכאי לה, יהיה ניתן לחייב אותה בתשלום פיצויים, שייתנו ביטוי מלא לקיומה של זכות בתחום המשפט המינהלי לזכות במכרו. במקרים אלה יתוקן במלואו נזקו של המציע, שזכותו נשללה ממנו. הוא לא יצטרך עוד להסתפק בפיצוי חלקי, כללי או סמלי.

61. השופט חשין מדגיש, כי: "במכרו הנשלט בידי המשפט הפרטי בלבד, עשוי תוכנו של החוזה הנספח להיות שונה".

הלכת בינוי ופיתוח חידשה בכך שזיכתה את הנפגע בפיצוי. הלכת מליבו משלימה וקובעת, שפיצוי זה יהיה פיצוי מלא ובזכות. מעתה אין סער הפיצויים תלוי עוד בסמכות החסד של בג"צ. אדרבה, פטיקת הפיצויים במתכונת החדשה והמלאה מתאפשרת דווקא הודות להעברת הדיון בעניינים מינהליים לבתי-המשפט האזרחיים, אשר הוסמכו לכך במפורש על-ידי המחוקק והאמונים על פטיקת פיצויים.⁶² במלים אחרות, הלכת הפיצויים בבג"צ, שנולדה מלכתחילה לצרכיו של המכרז הציבורי, תפסיק להיות בעלת משמעות מעשית בנושא מכרזים ציבוריים. הדרך המלך בעניין המכרזים הציבוריים תהיה תביעת פיצויים כהליך אזרחי, שיתקיים בפני בית-משפט אזרחי. מבחינה זו, פסק-הדין החדש יחסית בעניין מיקרונט, שבו נתבקש בג"צ לפסוק פיצויים בעניינו של מכרז, הוא שירת הברבור של יישום ההלכה בתחום המכרזים הציבוריים.

אולם חשיבותה של הלכת מליבו חורגת מן ההקשר המידי של דיני המכרזים הציבוריים. היא נותנת תוקף לרעיון כללי ורחב יותר: גם במשפט המינהלי קיים צורך בסעד של פיצויים במקרה של הפרת זכויות. החסר בסעד זה מורגש, ויש להשלימו. אמנם לצורך השלמת החסר ניתן להשתמש בכלים מתחום המשפט הפרטי (כאופן ספציפי, נדרש השופט חשין לרעיון של חווה נספת). אולם הדבר אינו הכרחי. ניתן גם ללכת בדרך ישירה יותר, ולהכיר בכך שהסעד הולך אחר הזכות, כפי שכבר נקבע בהקשר אחר, בע"א 140/53 ארמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי.⁶³ אלה הם פני הדברים בתחום המשפט האזרחי, ואלה צריכים להיות פני הדברים גם בתחום המשפט המינהלי. הזכות מתחום המשפט המינהלי אינה זכות נחותה, ואף היא ראויה להגנה.

אם כן, מהו מעמדה הנוכחי של הלכת הפיצויים בבג"צ? האם משמעות הדברים היא, שאין בה עוד צורך? התשובה לשאלה זו היא מורכבת. בהקשר של מכרזים ציבוריים שוב אין להלכה חשיבות מעשית. מעבר לכך, גם בהקשרים אחרים של המשפט המינהלי יש לשאוף לכך, שהפיצוי על הנזק שנגרם (אם נגרם) על-ידי הרשות יהיה פיצוי מלא שייפסק בעניין של זכות בבתי-המשפט האזרחיים. עם זאת, סמכותו המיוחדת של בג"צ לפסוק פיצויים עורגה קיימת. היא נשארת על כנה, אך צריכה להיות מופעלת כסמכות מיוחדת-שיודית, שתמומש במקרים חריגים. הכוונה היא למקרים, שבהם נודעת חשיבות לפטיקת פיצויים כדי לספק את הצורך של הפרט בהכרה כי נגרם לו עוול. סמכות זו אינה יכולה להיות תחליף לפטיקת פיצויים מלאים, מכוח הדין, במקרים שבהם הפרת הזכות גרמה לנזק ממשי.

62. סעיף 75 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198.

63. פ"ד ט 1666.

ט. התפתחויות במשפט האנגלי

הצורך להגן על זכות בתחום המשפט המינהלי גם באמצעות סעד כספי הוכר אף בשיטות משפט אחרות. ניתן היה לחזור ולהזכיר כאן את דיני הנוזיקין המינהליים בצרפת.⁶⁴ אולם מעניין יותר להיווכח שמסקנה דומה מתגבשת במשפט האנגלי, שממנו שואבים הן המשפט המינהלי והן דיני הנוזיקין בישראל.

המשפט המינהלי המסורתי באנגליה לא הכיר בסעד כספי. זכויות הפרט זכו להגנה כספית, במידת האפשר, רק על-ידי שימוש בעוולות הכלליות הרגילות מתחום דיני הנוזיקין.⁶⁵ אולם, במשך השנים, חזרה להתפתח בדיני הנוזיקין באנגליה עוולה נוספת, שעניינה תביעה בגין פעולה שלטונית פסולה – היזק במילוי תפקיד ציבורי (misfeasance in public office). כפי שיתברר, ההכרה בעוולה זו התפתחה כהשלמה חיונית להגנה על הפרט מפני השלטון באמצעות הצווים הפרווגטיביים.

העוולה של misfeasance in public office מכירה בזכות התביעה נגד בעלי תפקידים מינהליים, שהשתמשו בסמכותם המינהלית בזרז (יסוד נפשי שמשמעותו תיבחן בהמשך). ראשית התפתחותה של עוולה זו מיוחסת לתקדים שנקבע בעניין *Ashby v. White*.⁶⁶ במקרה זה הוגשה התביעה לאחר שנמנע מן התובע להשתתף בבחירות, למרות שהיה זכאי לכך. כאשר נדונה התביעה בפני ה-King's Bench, היא נדחתה, כנגד דעתו החולקת של השופט Holt. בבית הלורדים נהפכו היוצרות, והתקבלה דעת המיעוט. נקודת המוצא של פסק-הדין שפסק השופט Holt היתה, שהתביעה נסבה על הפרתה של זכות חשובה. הוא דחה את הרעה, שלפיה לא נגרם לתובע כל נזק או שהנזק הוא בבחינת *de minimis*. עקב חשיבותה של הזכות, על שיטת המשפט להגן עליה. את השופט הנחתה ההשקפה המסורתית של המשפט המקובל, שלפיה שיטת המשפט מגינה על זכות באמצעות סעד מתאים.⁶⁷ במהלך המאה ה-19 יושמה העוולה במקרים נוספים, ולא הוגבלה למסגרת הנסיבתית של פגיעה בזכות לבחור.⁶⁸

64. L.N. Brown & J.S. Bell, *French Administrative Law* (Oxford, כללי: 1993) 174-192. 4th ed., 1993.

65. ראו, למשל, הדוגמות של תביעות בגין trespass ב- *Wilkes v. Wood* (1763) 98 E.R. 489; *Cooper v. The Board of Works for the Wandsworth District*, (1863) 143 E.R. 414.

66. 126 E.R. 92 (1703).

67. לדברי השופט Holt:

"If the plaintiff has a right, he must of necessity have a means to vindicate and maintain it, and a remedy if he is injured in the exercise or enjoyment of it; and indeed it is a vain thing to imagine a right without a remedy; for want of right and want of remedy are reciprocal."

Ibid., at p.136

68. ראו *Williams v. Lewis* (1797) 170 E.R. 229; *Whitelegg v. Richard* (1823) 107 E.R.

בראשית המאה ה-20 הוטל צל כבד של ספק על קיומה של העוולה בשל פסק-הדין בעניין *Davis v. Bromley Corporation*.⁶⁹ פסק-דין זה קבע שאין יסוד לתביעה נגד רשות ציבורית בגין החלטה שקיבלה בתחום סמכותה הפורמלית, גם אם פקידיה הונעו על-ידי מניע לא-כשר. פסק-הדין לא הביא לשינוי ההלכה, אך ציין את הפיכתה של עוולת ה-*misfeasance in public office* לעוולה שולית יחסית במשך כמה עשרות שנים.⁷⁰ מאז ניתנו פסקי-דין בעיקר בקנדה ובאוסטרליה, שבהם התקבלו תביעות נזיקין בגין התנהגות זדונית של אנשי רשות.⁷¹ אחר-כך החלו שוב להופיע פסקי-דין, שהכירו בקיומה המשפטי של עוולת ה-*misfeasance in public office*. תחילה היו אלה פסקי-דין של מועצת המלכה (Privy Council), אך בהמשך ניתנו פסקי-דין דומים גם במשפטים באנגליה עצמה. כיום כבר לא ניתן לערער על קיומה של העוולה במשפט האנגלי, ובשנים האחרונות נעשה בה שימוש גובר והולך.

פסק-הדין הראשון, שראוי להזכירו כאן, ניתן בעניין *Asoka Kumar David v. M.A.M.M. Abdul Kader*.⁷² במקרה זה טען התובע, שבקשתו לקבל רשיון להפעלת בית-קולנוע נדחתה שלא כדין ובזדון. בתחילה נדחתה התביעה על הסף מחוסר עילה, על יסוד הדעה שלא ניתן להגיש תביעת פיצויים בגין סירוב להעניק רשיון, והסעד היחיד בנסיבות אלה הוא הסעד הפרדוגטיבי. בית הלורדים, בכשירותו כמועצת המלכה, קיבל את הערעור, תוך שלילת ההסתמכות על פסק-הדין בעניין *Davis*. שיקול הדעת הסטטוטורי אינו בלתי מוגבל, ולכן הפרתה של החובה לפעול במסגרת המגבלות החלות עליו עשויה להצמיח זכות תביעה. הובהר כי אין יסוד לשלילה גורפת של האפשרות לתבוע בגין פעולות שלטוניות פסולות.

פסק-הדין החשוב הבא של מועצת המלכה ניתן בעניין *Dunlop v. Woolahara Municipal Council*.⁷³ התובע היה בעלים של חלקה, שזכויות הבנייה בה הוגבלו מכוח החלטות שקיבלה הרשות המקומית. על סמך עצה משפטית מוטעית שניתנה לרשות, היא קיבלה החלטות שחרגו מסמכותה. כמו כן, היא לא אפשרה לתובע לסעון נגד ההחלטות עובר לקבלתן. הבעלים תבע פיצויים בגין ההפסדים שגרמו לו ההחלטות, שהתקבלו ללא סמכות. *Lord Diplock*, שכתב את פסק-הדין, קבע, כי בהעדר זדון אין מקום לקבל תביעה המבוססת על העוולה של *misfeasance in public office*. אולם בהתייחסו לעוולה

E.R. 300; *Partridge v. The General Council of Medical Education and Registration of the United Kingdom* (1890) 25 Q.B.D. 90.

.69. 1 K.B. 170 (1908) (להלן, *Davis*).

.70. פסק-הדין הבא, שניתן להצביע עליו בהקשר זה, ניתן לאחר כמה עשרות שנים.

.71. ראו *Smith v. East Elloe Rural Council District* (1956) A.C. 736. לקנדה,

ראו *McGillivray v. Kimber* (1915) 26 D.L.R. 164; *Roncarelly v. Duplessis*

16 D.L.R. (2d) 689 (1959). לאוסטרליה, ראו *Farrington v. Thomson and Bridgl*

V.R. 86 (1959).

.72. 3 All E.R. 57 (1963).

.73. 1 All E.R. 1202 (1981).

הגדיר אותה "the well-established tort of misfeasance by a public officer in the discharge of his public duties"⁷⁴ בכך הוא נתן אישור מחדש לקיומה של העוולה, למרות דרך החתחתים שעברה בפסיקה.

בפסיקה המודרנית נעשה הדיון המקיף ביותר בעוולה בפסק-דינו החשוב של בית-משפט לערעורים בעניין *Bourgoin S.A. v. Ministry of Agriculture Fisheries and Food*⁷⁵ במקרה זה הוגשה התביעה נגד משרד החקלאות הבריטי, בעקבות ביטולו של רשיון לייבא בשר הודו מצרפת לאנגליה. הטעם הרשמי לביטול היה הצורך להתגונן מפני התפשטות לאנגליה של מחלת עופות. התובעים טענו כי, למעשה, האיסור נועד להגן על החקלאות המקומית מפני יבוא מתחרה בענף זה, תוך הפרה של ההתחייבויות כלפי הקהילה האירופית. בהליך שהתקיים בפני בית-המשפט האירופי נקבע, שביטול הרשיון היה פסול. בהמשך לכך הגישו הנפגעים תביעת פיצויים במערכת המשפט האנגלית המקומית. אחת האפשרויות לביסוס התביעה היתה על יסוד עוולת ה- *misfeasance in public office*. לא נטען שם, שהשר פעל מתוך כוונה רעה להזיק ליבואנים. בית-המשפט היה צריך להכריע בשאלה, אם די בכך שידע כי פעולתו חרגה מן המטרות שעליהן היה מוסמך להגן, וכי יש בה כדי לפגוע בתובעים. השופט Mann, שדן בתביעה בערכאה הראשונה (Queen's Bench Division), השיב על שאלה זו בחיוב. לדבריו, מפסק-הדין בעניין *Dunlop* עולה, שהיסוד הנפשי של ידיעה מספיק לגיבוש העוולה של הזיק במילוי תפקיד ציבורי. השופט Mann ביסס את מסקנתו גם על שיקולים של מדיניות. לגישתו, קיימת הצדקה להטיל אחריות לא רק כאשר הפעולה נעדרת הסמכות נועדה להזיק, אלא גם כאשר נעשתה בידיעה שאין סמכות לעשותה ושהיא עלולה לפגוע בתובע.⁷⁶ עמדתו של השופט Mann אומצה על-ידי שופטי בית-המשפט לערעורים. גם הם לא מצאו להבחין בעניין זה בין זדון במוכן הצר לבין ידיעה.⁷⁷

בית הלורדים דן בעוולה בעניין *Calveley v. Chief Constable of the Merseyside Police*⁷⁸ הפעם היו התובעים שוטרים, שננקטו נגדם הליכים משמעתיים. אחר מן התובעים טען, כי המופקר על חקירתו פעל מתוך שיקולים זרים, וכי פעולותיו מגבשות אחריות במסגרת העוולה של *misfeasance in public office*. הטענה נדחתה ללא דיון מעמיק ביסודותיה של העוולה. Lord Bridge of Harwich הסביר, שהעוולה חלה בנסיבות שבהן היה פגם בהפעלתה של סמכות. השוטר שנטען לגביו כי הונע על-ידי

⁷⁴ Ibid., at p. 1210.

⁷⁵ 3 All E.R. 585 (1985).

⁷⁶ Ibid., at p. 602.

⁷⁷ הסביר השופט Oliver:

"If an act is done deliberately and with knowledge of its consequences, I do not think that the actor can sensibly say that he did not 'intend' the consequences or that the act was not "aimed" at the person who, it is known, will suffer them."

⁷⁸ Ibid., at p. 624.

⁷⁸ 1 All E.R. 1025 (1989).

מניעים לא כשרים, לא הפעיל כל סמכות כלפי הנתבע. מי שהחליט על השעייתו של התובע בזמן החקירה היה ממונה, שכשרות מניעיו לא היתה שנויה במחלוקת; ואילו דיווחיו של השוטר על מהלך החקירה לממונים עליו לא היו פעולות שנעשו בתוקף סמכותו כלפי הנחקר. לכל היותר, יכלו אלה לשמש בסיס לתביעה של לשון הרע נגדו, אם היה בהם פסול.⁷⁹ עם זאת, מעניין לציין, שבאין צורך לבחון את פרטיה של העוולה, תיאר אותה Lord Bridge of Harwich באופן רחב מן המקובל. לדבריו, העוולה מתבצעת כאשר מופעלת סמכות "in bad faith or possibly without reasonable cause".⁸⁰

לאחרונה נדרש בית-המשפט לערעורים פעם נוספת לעיולה של misfeasance in public office בעניין Jones v. Swansea City Council,⁸¹ פסק-הדין נסב על החלטה של מועצת רשות מקומית לדחות בקשה של שוכרים להשתמש בנכס של הרשות למטרה שונה מזו שצוינה בחוזה השכירות. השוכרים טענו כי ההחלטה נבעה מאיבה אישית כלפיהם, שמקורה ביריבות פוליטית, וכי בכך בוצעה כלפיהם העוולה של misfeasance in public office. בית-המשפט לערעורים קיבל את התביעה. בפסק-הדין הוסבר, כי לאור פסקי הדין בעניין Dunlop ובעניין Bourgoin אין עוד ספק באשר למעמדה המבוסס של העוולה במשפט האנגלי. אי הבהירות שנותרו לגביה מתייחסות רק לתחומי תחולתה של העוולה. בהתייחס לנסיבות המקרה פסק בית-המשפט לערעורים, כי העוולה חלה גם על הפעלה של סמכות שאינה סטטוטורית, אלא נובעת מחוזה.⁸² ואמנם, הערעור שהוגש על פסק-הדין לבית הלורדים התקבל.⁸³ אולם בית הלורדים סמך את יריו על הניתוח המשפטי שבפסק-הדין. הערעור התקבל על סמך הקביעה העובדתית, שלא הוכח יסוד הודון.

התפתחותה המחודשת של עיולת ה-misfeasance in public office מבטאת באופן ברור את הצורך שחשפו חיי המעשה – להגן על האזרח מפני פעולות מינהליות לא תקינות לא רק באמצעות הסעדים הקלטיים של המשפט המינהלי, הצווים הפרוגטיביים, אלא גם באמצעות סעד כספי. עוולה זו אינה חלק מן המשפט הישראלי, המכיר בעילות תביעה בנוזיקין על יסוד חקיקה בלבד.⁸⁴

מנקודת מבטו של המשפט הישראלי, ההתייחסות להתפתחות המחודשת שחלה במשפט האנגלי חשובה מצד ההכרה בחסר המשותף לשתי השיטות, ולא דווקא מצד אימוץ הפתרון שהוצע בו. עם זאת, הפתרון האנגלי מעורר למחשבה, שגם במסגרת המשפט הישראלי ניתן לשקול פתרון משלים מתחום דיני הנוזיקין. מבחינת מטרתם, דיני הנוזיקין מיועדים לפצות על פגיעה באינטרסים שהוכרו על-ידי החברה כאינטרסים מוגנים.⁸⁵ הם

⁷⁹ Ibid., at pp. 1031-1032.

⁸⁰ Ibid., at p. 1031.

⁸¹ 3 All E.R. 162 (1989).

⁸² Ibid., at p. 174.

⁸³ ראו Jones v. Swansea City Council (1990) 3 All E.R. 737.

⁸⁴ ראו ע"א 153/54 ידר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1246.

⁸⁵ ראו י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין, דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית, עורך – ג' סדסקי, (מהדורה שנייה, 1977) 25-26.

יכולים לשמש כלי משפטי מתאים להגנה על זכויות הפרט כלפי הרשות לא פחות משהם משמשים להגנה על אינטרסים "ותיקים" יותר. בהעדר חקיקה חדשה בתחום דיני הנזיקין, ניתן לשקול פתרון שיהיה מעוגן בעוולות המסגרת של פקודת הנזיקין [נוסח חדש].⁸⁶ הפרת חובה חקיקה יכולה להימצא בהפרת הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד.⁸⁷ רשלנות יכולה להימצא בהריגה מסטנדרטים ראויים של תקינות מינהלית וכיבוד זכויות אזרח.⁸⁸

י. סיכום

במשפט המינהלי היה חסר מתמשך בסעד פיצויים משלים, כאשר העוול שנגרם לא ניתן להשלמה באמצעות ציווי. בפסק-דינו של השופט ברנזון בעניין בינוי ופיתוח הבשילה הנכונות לפסוק פיצויים על-ידי בג"צ במסגרת סמכותו השיקול-דעתית הרחבה. אולם יותר משהיה בפסק הדין פתרון לבעיה היתה בו הכרה בצורך להגן על הזכות המינהלית גם באמצעות סעד פיצויים. הזיקה שיצר פסק-הדין בין הסעד הכספי לסמכות בג"צ, שהיתה העוגן שבו נאחו השופט ברנזון, הביאה, בסופו של דבר, לעיכובים ולהיסוסים בפיתוח ההלכה. הפיצויים בבג"צ הפכו לפיצויי חסד סמליים. בכך לא היה, כמובן, דין, ויעיד היישום החסר של ההלכה בדיני המכרזים הציבוריים.

עם ההתפתחויות החדשות שחלו בתחום סמכות השיפוט בעניינים מינהליים, נפתחו אופקים חדשים לפסיקת פיצויים. בבתי-המשפט האזרחיים, הדנים היום ביותר ויותר עניינים מינהליים, פסיקת פיצויים היא עניין שגרתי ומובן מאליו.

בתחום דיני המכרזים הציבוריים כבר ניתן להצביע על ההשפעה המבורכת של ההתדיינות בבית-המשפט האזרחי. על-פי הלכת מליבו ייפסקו פיצויים מלאים למציע שהיה ראוי לזכות במכרז הציבורי, וזכייתו נשללה ממנו שלא כדין. גם הזכות המינהלית ראויה להגנה מלאה. כפי שנאמר בהקשר אחר, הגיעה העת "לקחת את הזכות המינהלית 'ברצינות'... זו יצאה כבר מתקופת 'הילדות', והרי היא זכאית למעמד שווה ערך כמו כל זכות משפטית אחרת."⁸⁹

86. נ"ח 266.

87. חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 114; וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

88. השווה א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגרופר על המשפט הציבורי (1993) 163.

89. דברי השופט ברק בבג"צ 170/87 אסולין ואח' נ' ראש עיריית קריית-גת ואח', פ"ד מב (1) 692, 678.