

## משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין

דפנה ברק-ארז

א. מבוא. ב. נקודת-מוצא של הפרדה. ג. מהפרדה לעירוב תחומים – הדואליות הנורמטיבית: 1. מכרזים של רשויות שלטוניות; 2. חוזים של רשויות שלטוניות; 3. נזיקין של רשויות שלטוניות; 4. תאגידים של רשויות מינהליות. ד. מהפרדה להתקרבות: 1. המשפט הציבורי – אימוץ תפיסות של המשפט הפרטי; 2. המשפט הפרטי – אימוץ תפיסות של המשפט הציבורי. ה. משפט ציבורי ומשפט פרטי בעידן של הפרטה.

### א. מבוא

ההבחנה בין התחום ה"פרטי" לתחום ה"ציבורי" מבית-מדרשה של החשיבה הליברלית היא מן ההבחנות המושרשות במשפט. באותה מידה היא אף מפורסמת לשמצה כנוחה למניפולציה ולהשפעה אינטרסנטית, בהתאמה שרטוטו של הקו המבחין בין התחום הפרטי לתחום הציבורי משתנה מעת לעת, ולעתים אף נמחק כליל.<sup>1</sup> חרף ההסתייגויות, מקובל להכיר בקיומה של הבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי, לפחות ככל שזו מתייחסת לשוני בנורמות החלות על רשויות-השלטון, מצד אחד, ועל אנשים פרטיים (לרבות תאגידים), מצד אחר. מאמר זה בוחן את מערכות-הדינים הנפרדות החלות על רשויות-השלטון ועל אנשים פרטיים בישראל. תחילה מוצג בו השוני בתכנים ובדרכי ההתפתחות של מערכות-דינים אלה, ואילו בהמשך נבחנות בו השפעות-הגומלין ביניהן.

### ב. נקודת-מוצא של הפרדה

עמדת-המוצא של שיטת-המשפט בישראל תאמה את ההבחנה המתוארת בין משפט ציבורי למשפט פרטי. הבחנה זו היתה מבוססת קודם-כול על שוני בין הנמענים (נשאי המשפט) של שני התחומים. המשפט הציבורי (הכולל את המשפט המינהלי והחוקתי) חל על רשויות-השלטון; המדינה והרשויות שהוקמו מכוח חוק. המשפט הפרטי (המקיף את דיני החיובים,

\* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לאריאל פורת על הערותיו החשובות.

1. ראו: Henry J. Friendly, "The Public-Private Penumbra - Fourteen Years Later", 130 U. Pa. L. Rev. 1289 (1982).

הקניין והתאגידים) חל על אנשים טבעיים וכן על תאגידים שאנשים התאגדו בהם באופן וולונטרי, להבדיל מתאגידים סטטוטוריים.<sup>2</sup> בהמשך לכך, המשפט הציבורי והמשפט הפרטי הסדירו פעולות משפטיות שונות באופיין. רשויות שלטוניות פעלו בתוקף הכוחות והסמכויות שהוקנו להן בחוקים, באמצעות הוצאת צווים, מתן רשיונות והתקנת תקנות. לפעולות אלה אופי חד-צדדי, והן טבועות בחותמו של אי-שוויון בין הרשות בעלת הסמכויות ובין הפרטים הנתונים להפעלתן. לעומת זאת, בעיקרו של דבר הפעילות בתחום המשפט הפרטי היא וולונטרית ומתקיימת בין צדדים, שהנחת-היסוד לגביהם היא שוויון משפטי (אם כי לא שוויון כלכלי). דפוסי הפעילות האופייניים בתחום המשפט הפרטי מחייבים שיתוף-פעולה בין הצדדים הנוגעים בדבר, על דרך התקשרות בחוזה או הקמת חברה. בהמשך לכך, מעשה שיש בו פגיעה בקניין או באינטרס מוגן אחר של הוולת נחשב בדרך-כלל לעוולה בנוזקין שיש לפצות בגינה. ההבחנה בין ממלכת המשפט הציבורי לממלכת המשפט הפרטי התחדדה בישראל בשל הגישה המסורתית בנושא חלוקתן של סמכויות השיפוט בעניינים ציבוריים. בהתאם לזו, התדיינות בעניינים מינהליים וחוקתיים היו מסורות במקרה הרגיל לבית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. לעומת זאת, התדיינות שעניינן סכסוכים מתחום המשפט הפרטי נידונו בבתי-המשפט האזרחיים – בתי-המשפט המחוזיים ובתי-משפט השלום.<sup>3</sup> ההבחנה היתה אפוא לא רק הבחנה של דין, אלא גם הבחנה של סמכות שיפוט. בישראל תולדת-משנה של ההבחנה היתה גם דפוסי התפתחות שונים ונפרדים של המשפט הציבורי ושל המשפט הפרטי. המשפט הציבורי התפתח מראשיתו כ"משפט מקובל" על דרך של פסיקה; בתחילת הדרך – בהשראתם של עקרון שלטון החוק וכללי המשפט המינהלי שנשאבו ממסורתו של המשפט האנגלי; ובהמשך הדרך – על יסוד פיתוח עצמאי של עקרונות הגינות וסבירות פסיקתיים. עד היום, למרות מפעל חוקי-היסוד,<sup>4</sup> הוא נותר בעיקרו של דבר משפט לא חקוק. לעומת זאת, בתחום המשפט הפרטי, שבו היתה מסורת של חקיקה עוד בתקופת השלטון העות'מני, קודמו יוזמות חקיקה רבות, אשר בנו בהדרגה את המשפט הפרטי כתחום סגור ושלם והן ידועות כמפעל "הקודיפיקציה האזרחית החדשה".<sup>5</sup>

2. פרופ' ברכה מבהיר, כי הגדרת תחומי תחולתו של המשפט המינהלי מבוססת על מבחן ארגוני: "המשפט המינהלי הוא משפטן של רשויות המינהל" (ברוך ברכה, משפט מינהלי (כרך א, הוצאת שוקן, תשמ"ז), 13).
3. לתיאוריה של גישה זו (תוך ביקורת) ראו יצחק זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, 1975), 1-2.
4. מפעל חקיקתם של חוקי-היסוד הגיע להבשלה נוספת בשנים האחרונות, כאשר החל לעבור מן ההיבט המבני לעיוגון החוקתי של זכויות-היסוד. לפי שעה הדברים אמורים בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90; ובחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.
5. ראו אהרן ברק, "הוצאת פתיחה – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג (תשנ"ג-תשנ"ד) 5.

הצגתה של ההבחנה הברורה בין המשפט הציבורי ובין המשפט הפרטי עשויה לעורר תמיהה בשל גישתו המסורתית של המשפט האנגלי, שלפיה עקרון שלטון החוק מחייב כי דין אחד יהיה לכול, ומכאן שלא יהיה דין נפרד לשלטון. זה היה הטעם להסתייגותו המפורסמת של Dicey מן המשפט המינהלי הקונטיננטלי (בעיקר הצרפתי), שבו חלות מערכת דינים שונה, ואף מערכת שיפוט נפרדת, על המינהל הציבורי.<sup>6</sup> אולם הסתייגות זו הלכה והשתכחה ככל שהתרחבו סמכויותיהן ותחומי פעילותן של רשויות השלטון גם באנגליה.<sup>7</sup>

יש שהממלכות הנפרדות נדמו כנושקות זו בזו, כאשר רשויות השלטון ניסו לשלוח את ידן בפעילות בעלת צביון מסחרי, אשר התבטאה בעיקר בכריתת חוזים שהיו דרושים להן. חוזים מסוג זה הקשו על יישומה של ההבחנה הברורה בין תחומי תחולתם של המשפט הציבורי והפרטי. היותו של החוזה מתכונת פעולה של המשפט ה"פרטי" הצדיקה לכאורה פנייה אליו, כלומר: אל דיני החוזים. לעומת זאת, אופיו ה"ציבורי" של אחד הצדדים לחוזה אמור היה להביא לפנייה אל המשפט הציבורי. כדי למנוע עירוב תחומים, גרס בית המשפט העליון בתחילת דרכו, כי במקרים אלה יש להכריע בין תחולת המשפט הציבורי לתחולתו של המשפט הפרטי בהתאם למהותה של הפעולה, היינו: אם ראוי לסווגה כשלטונית או כמסחרית. אם הפעולה הוכרה כ"שלטונית", הוחל עליה המשפט הציבורי, והוא בלבד. לעומת זאת, אם נחשבה לפעולה "מסחרית", הוחל עליה המשפט הפרטי לבדו.<sup>8</sup> בהתאם לכך ניתנו פתרונות משפטיים שונים, ואף הפוכים, למצבים עסקיים דומים שאליהם נקלעו רשויות מינהל ואנשים פרטיים. פתרונות אלה התאפיינו בחובות הגינות גבוהות יותר שהוטלו על הרשויות, מחד גיסא, אך גם בפריבילגיות ובכוחות נוספים שאלה יכלו להפעיל, מאידך גיסא. כך, למשל, במקרים רבים הרשות המינהלית, החייבת בדיני המכרזים הציבוריים, לא היתה בתחורין לבחור את הצד שעמו תקשר בחוזה על-פי העדפות סובייקטיביות, כמו מתקשר פרטי, אך יכלה להשתחרר מן החוזה שכתרה על סמך עילות ביטול או טענות בטלות מיוחדות מתחום המשפט הציבורי.

### ג. מהפרדה לעירוב תחומים - הדואליות הנורמטיבית

ההפרדה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי החלה להתערער בשל קשיים תיאורטיים ומעשיים ביישום ההבחנה בין פעולות "שלטוניות" של המינהל הציבורי ובין פעולות

6. ראו: Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*

(Reprint of 8th ed. from 1915, Liberty Fund, Indianapolis, Indiana, 1982), 120-121.

7. כבר בשנת 1915 הצביע Dicey עצמו על צמצום הפערים בעמדות המוצא של המשפט האנגלי והמשפט הצרפתי, בהשוואה לאלה שנידונו במהדורה הראשונה של ספרו בשנת 1885. ראו שם, Ixvi-Ixi.

8. סיווג זה נעשה בהשראתה של ההבחנה הקונטיננטלית בין המדינה כשלטון לבין המדינה כ-fiscus, ראו, למשל, בג"ץ 311/60 מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 1989 (להלן: בג"ץ מילר), עמ' 2001.

"מסחריות" שלו. מן הבחינה התיאורטית קשה להשלים עם הקביעה, שהשלטון מבצע פעולות מסחריות לשמן. משרדי הממשלה אינם גופים הפועלים למטרת רווח ולפיכך אין בהם מקום לפעולה שתכליתה מסחרית בלבד. השקעת הממשלה בהקמתו של מפעל כדי לתרום לכוח הייצור או להיצע התעסוקה קשורה בטבורה לצד השלטוני, גם אם היא נעשית במתכונת מסחרית, ואולי אף נושאת רווח (לעיתים). יתר על כן: מעמדו של השלטון וסמכויותיו משליכים בהכרח על יכולת הפעולה המסחרית שלו. רשויות-המינהל אינן מפרידות בין תפקודן השלטוני לבין פעולותיהן במגזר העסקי. אלה כאלה בעשות מתוך זיקה הרדית ומשפיעות האחת על רעותה. הקושי התיאורטי משליך על הצד המעשי של יישום ההבחנה. כיצד נגדיר פעולה שהיא "שלטונית" או לחלופין "מסחרית"? מבחן אחד העולה בבירור מן הספרות עניינו השאלה, האם החוזה מסדיר הפעלתה של סמכות סטוטורית (כדוגמת סמכות הפקעה או סמכות רישוי)? כשלונו של המבחן כפול: מחד גיסא, בהחמצתם של חוזים שענינם פעילות שלטונית בתחומי הסמכות השיורית של הממשלה,<sup>10</sup> או אף תוך שימוש בסמכויות-עזר;<sup>11</sup> מאידך גיסא, בהדגשתו של אלמנט העשוי להיות בשוליה של העסקה (למשל: התחייבות שלא להפקיע אגב עסקת-חליפין במקרקעין).<sup>12</sup> הלכה למעשה, מקרים רבים מדי אינם מתאימים ליישומה של ההבחנה החדה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, כמו, למשל, "חוזי הפרוגרמה", שמשרד הבינוי והשיכון מתקשר בהם עם קבלנים. חוזים אלה נעשים במתכונת מסחרית מובהקת ומעורבים בהם אינטרסים כלכליים כבדי-משקל. עם זאת, ההתקשרות בהם נובעת מיעדים שלטוניים מובהקים מבחינת קידום של פתרונות דיור ועידודה של ההתיישבות באזורים מסוימים.<sup>13</sup>

כשלונה של ההבחנה הנוקשה בין הפרטי לציבורי הביא בשלב מוקדם-יחסית לדחיקה הדרגתית של רגליה. כנקודת-התפנית אפשר לראות את בג"ץ 262/62 פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר שמריהו,<sup>14</sup> שבו נידון סירובה של המועצה המקומית להשכיר אולם ציבורי שבבעלותה לשם קיומן של תפילות חג בנוסח רפורמי. זו טענה שסירובה הוא בגדר הפרוגרטיבה שלה כבעלת-נכסים, וממילא נמצא בתחום המסחרי, שבו היא נהנית מתופש פעולה. הטענה נדחתה במישור העקרוני על יסוד הקביעה, שהרשות חייבת לנהוג על-פי הנורמות המחייבות אותה כרשות שלטונית (כלומר: הנורמות מתחום המשפט הציבורי) גם בפעולותיה הפרטיות-מסחריות כביכול. לשם כך פיתח השופט זוסמן

9. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, תחום (כרך א, הוצאת אבירם, תשנ"א), 355.

10. סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח תשנ"ב 214.

11. סעיף 17 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ס"ח 302.

12. דוגמא זו מבוססת על עובדותיו של בג"ץ 30/51 בלבן ואח' נ' עיריית ת"א ואח', פ"ד ו 257 (להלן: בג"ץ בלבן).

13. מעניין לציין, שחווה מסוג זה היה הבסיס לאחד מפסקי-הדין החשובים שנתן בית-המשפט העליון בתחום דיני החוזים בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט (2) 265.

14. פ"ד טז 2101.

את תפיסת ה"נאמנות" של הרשות כלפי הפרט - הרשות היא נאמן הציבור, וכל שבידיה מוחזק בנאמנות עבורו (בין בתחום הפרטי בין בתחום הציבורי).<sup>15</sup> מן הבחינה העקרונית, אפשר היה לראות בכך את סיומה של ההבחנה בין הפרטי לציבורי, תוך חתירה להחלתן המשותפת של נורמות המשפט הציבורי לצדן של גורמות מן המשפט הפרטי. עם זאת, כוחה של המסורת רב ולא במהרה דעכו הדיה של ההבחנה. כנגד רישומה של המסורת התייצב בהמשך השופט ברק, החל בפסק-דינו הידוע בבג"ץ 840/79, ה"מ 830/79 ואח' מרכז הקבלנים והבוזנים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח',<sup>16</sup> אשר תרם לדיון בנושא את מושג הדואליות הנורמטיבית. משמעותה של הדואליות הנורמטיבית היא הכרה בתחולה המשותפת של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי באותם הקשרים שבהם הרשות נוקטת למתכונות פעולה שצמחו בבית גידולו של המשפט הפרטי. במקרים אלה המשפט הפרטי צריך לחול, בשל סוג הפעולה (מכרו, חוזה, פעילות באמצעות חברה בע"מ); אך גם המשפט הציבורי צריך לחול, בשל מיהותו של מבצע הפעולה (רשות שלטונית).

נקודת-המוצא המחודשת של דואליות נורמטיבית משמשת כיום בסיס לדיון בפעולותיהן של הרשויות בתחום המשפט הפרטי.<sup>17</sup> עם זאת, אין בה פתרון-קסם לשאלות המתעוררות באשר לפעולותיהן של הרשויות בתחום המשפט הפרטי, אלא רק הכוונה ראשונית.<sup>18</sup> כאמור, המשפט הפרטי והמשפט הציבורי מבוססים על הנחות-יסוד שונות: המשפט הפרטי - על עקרונות של אוטונומיה אישית ושוויון של הצדדים; המשפט הציבורי - על כוחו העודף של השלטון והדגשה של האינטרס הציבורי. המתח ביניהם במצבים של תחולה משותפת מוכתב אפוא מראש, ובית-המשפט צריך לפלס דרך בין גישות מנוגדות, שכולן רלבנטיות מלכתחילה.

#### 1. מכרזים של רשויות שלטוניות

המכרזים של רשויות שלטוניות נשלטו במשך שנים ארוכות, באופן כמעט בלעדי, על-ידי נורמות מתחום המשפט הציבורי, ואילו המשפט הפרטי כמעט שלא הותיר בהם את רישומו. טעם מרכזי למצב דברים זה היה ההזנחה היחסית של ההליך הטרנס-חוזי במסגרת

15. שם, 2115.

16. פ"ד לד (3) 729.

17. מעת לעת הדיה של ההבחנה המסורתית עדיין ניכרים בפסקי-דין מסוימים, שעניינם זיהוים של החוזים הנידונים בהם כשלטוניים. אולם הדבר מוצא את ביטויו רק בטרמינולוגיה, ואילו הלכה למעשה, המשטר המשפטי החל הוא זה של דואליות נורמטיבית. ראו, למשל, ע"א 250/88 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' עיריית באר-שבע, פ"ד מג (4) 488, עמ' 492.

18. בעבר המשלתי אותו ל"מצפן שבאמצעותו יש לחפש את הפתרון המשפטי" (דפנה ברק-ארו, "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים - דואליות נורמטיבית", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 275, עמ' 276).

דיני החוזים המסורתיים. אלה הגנו על החוזה המוגמר, אך הותירו חופש רב יחסית בשלב הקודם להתקשרות, שבו נאסרו רק התנהגויות החורגות משורת היושר, בעיקר הטעיה או תרמית ממש. בנסיבות אלה דיני המכרזים הציבוריים שהתפתחו בשנות החמישים והשישים, לפני חקיקתו של חוק החוזים החדש,<sup>19</sup> שאבו את השראתם בעיקר מעקרונות ההגיונות והשוויון המחייבים את הרשויות הציבוריות בכל אשר תלכנה.<sup>20</sup> ראוי לציין, כי באותה עת גם החקיקה לא היתה מקור השראה של ממש להתפתחותם של דיני המכרזים הציבוריים. נושא המכרזים לא זכה כמעט להתייחסות חקיקתית, להוציא חובות מכרז סטטוטוריות שחלו במגורים מסוימים, בעיקר בתחום המוניציפלי.<sup>21</sup> טעם נוסף למרכויות השפעתו של המשפט הציבורי על תחום דיני המכרזים היה, שעתירות בנושאים אלה נידונו באופן מסורתי רק בבג"ץ, היינו: בפני הערכאה האמונה על הפעלתו של המשפט הציבורי. בשנים האחרונות דיני המכרזים עוברים תפנית של ממש, הגם שעקרונות היסוד שלהם בותרו כשהיו. קודם-כול, בעקבות חקיקתו של חוק החוזים, שהנהיג את החובה לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה בתום-לב ובדרך מקובלת – התפתחה במשפט הפרטי מערכת דינים עגפה שחלה בשלב הטרומי-חוזי.<sup>22</sup> אף היא יכולה כעת לשמש מקור השראה להתפתחותם של דיני המכרזים הציבוריים.<sup>23</sup> עם זאת, מאחר שנורמות ההגיונות והשוויון הנובעות מן המשפט הציבורי מחמירות יותר מעקרון תום-הלב החוזי, תרומתו העיקרית של המשפט הפרטי אינה גובעת דווקא מהתפתחות זו. חשיבותה של הפנייה למשפט הפרטי באה לידי ביטוי בעיקר בפיתוחו של מערך סעדים מגוון יותר, הכולל גם פסיקת פיצויים, במקרים מתאימים (בעוד שפסיקתו המסורתית של בג"ץ בתחום זה הוגבלה לשימוש בסעד הציווי).<sup>24</sup> יתרון זה של הפנייה למשפט הפרטי בא לידי ביטוי בע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ ואח',<sup>25</sup> שבו נפסקו לראשונה פיצויים חוזיים מלאים למציע במכרז ציבורי שהזכייה נמנעה ממנו שלא כדין. התפתחות זו עולה בקנה אחד עם תמורה גוספת, שעניינה העברת הדיון בענייני המכרזים לבתי-המשפט האורחיים, בעקבות בג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח'.<sup>26</sup> כיום אפוא

19. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.
20. לתחילת גיבושם של דיני המכרזים ראו יצחק זמיר, "דיני מכרזים ציבוריים", הפרקליט כ (תשכ"ד) 226, עמ' 403.
21. למשל: סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש], תשכ"ד-1964, דמ"י 197.
22. סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) (לעיל, הערה 19).
23. כך, למשל, בע"א 207/79 רביב משה ועות' בע"מ ואח' נ' בית יולט בע"מ ואח', פ"ד לו (1) 533, כתב השופט ברק, כי "השלב הטרומי חוזי אינו שלב טרום משפטי" (שם, 542). בהמשך לכך, סקר את מערך הנורמות החלות בשלב זה – מתחום דיני הנזיקין, דיני עשיית עושר ולא במשפט ודיני החוזים (שם, 543).
24. ראו דפנה ברק-ארוז, "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 35, עמ' 35-38.
25. פ"ד מז (1) 667 (להלן: ע"א מליבו).
26. פ"ד מה (5) 50.

ענייני המכרזים נידונים בפני בתי-משפט שכללי הדיון הנוהגים בהם, כמו גם נסיון עבודתם, מתאימים להתמודדות עם שאלות של פסיקת פיצויים.<sup>27</sup>

מקור חדש נוסף להתפתחותם של דיני המכרזים הוא חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992,<sup>28</sup> שהרחיב את חובת המכרז גם על השלטון המרכזי ובכך השלים את ההכרה הפסיקתית בחובתן של רשויות לאפשר הודמנות שווה בהתמודדות על ההתקשרות עמן.<sup>29</sup> לחובה שבחוק חריגים רבים הקבועים בתקנות.<sup>30</sup> עם זאת, בעקבות חקיקתו, המכרז הפך לגורמה הציבורית היסודית. חוק חובת המכרזים לא נועד להכניס שינויים בעקרונות היסוד של דיני המכרזים. כפי שמעיד שמו, תכליתו המוצהרת היתה מצומצמת לקביעת נורמה חדשה של חובת מכרז. כלל העקרונות שנקבעו בפסיקה אמורים היו להישאר בעיקרו של דבר בלא שינוי. אולם התקנות שנחקקו על-פי החוק הגדירו גם הליכים ונהלים לקיומם של המכרזים שיתפרסמו מכוחו, והסדרים אלה משפיעים על התפתחותם של דיני המכרזים. התפתחות במתכונת זו אפשר להדגים מפסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר ואח',<sup>31</sup> שבו נידונה השאלה, האם אפשר לקיים משא-ומתן במסגרת מכרז, שבו ניתנה על כך הודעה מראש. דיני המכרזים המסורתיים הטילו איסור מוחלט על כל סוג של משא-ומתן שיכול לשמש פתח פוטנציאלי לפגיעה בשוויון.<sup>32</sup> אף-על-פי-כן נטתה השופטת שטרסברג-כהן להשיב על שאלה זו בחיוב, בהשראתן של התקנות שהותקנו לפי חוק חובת המכרזים, המכירות באפשרות של קיום משא-ומתן במכרזים מסוימים.<sup>33</sup> תקנות אלה לא חלו במישורן על המכרז שנידון בפני בית-המשפט ופורסם מטעמה של רשות מקומית. פסק-הדין חושף את המתח המתמיד שביסוד המכרז הציבורי: כיצד לקיים מסגרת שתבטיח שוויון והגינות כלפי המתמודדים ויחד עם זאת לא תהיה נוקשה ומאובנת מכדי לשרת את מטרותיה הכלכליות של הרשות בעלת-המכרז.<sup>34</sup>

27. ראו עוד פרק ד (1) (ג) להלן.

28. ס"ח 114.

29. ראו בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (1) 421; בג"ץ 5023/91, כשג"ץ 5409/91 פורז ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מו (2) 793.

30. ראו בעיקר תקנה 3 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, ק"ת 826.

31. פ"ד נ (4) 206.

32. בג"ץ 688/81 מיגרה בע"מ נ' שר הבריאות ואח', פ"ד לו (4) 85.

33. תקנה 7 לתקנות חובת המכרזים (לעיל, הערה 30).

34. פסק-הדין חשף את המתח שביסוד הסוגיה, אך לא הביא ליצירתה של תפיסה מגובשת באשר לה. השאלה שנידונה נותרה בלא הכרעה של ממש. השופט טירקל נטה להצטרף לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן, אם כי בהסתייגות; ואילו השופט טל חלק על גישתה והדגיש את חשיבותו של האיסור המסורתי על משא-ומתן במכרז.

## 2. חוזים של רשויות שלטוניות

בשלב החווי המתח בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי חריף אף יותר. המשפט הציבורי, שפניו לחופש פעולתה של הרשות בשם טובת הכלל, צפוי להתנגד לכבילתה של הרשות בחוזה שאינו רצוי לה עוד. מנגד, תפיסות-היסוד של דיני החוזים מקדשות את החוזה ואת כיבודו בלא פשרות. אלה מגמות שאינן יכולות לדור בכפיפה אחת, בתחילה נדמה היה, שידו של המשפט הציבורי על העליונה, ונקודת-המוצא של הדיון היתה "סמכות עדיפה על חוזה".<sup>35</sup> בהתאם לכך, חוזה שהרשות התקשרה בו לא חייב אותה למעשה, מאחר שהתחייבות הכובלת את שיקול-הדעת השלטוני בעתיד נחשבה לבטלה.<sup>36</sup> עמדה זו שובה בתחילה את הלב במידת המחויבות הגבוהה שהיא מגלה לטובתו של הציבור, אולם לאמיתו של דבר היא בעייתית ביותר. היא מסבה עוול חריף לפרט המתקשר עם הרשות ועלולה להרתיע מפני התקשרויות עם הרשויות (או לחלופין, לייקר התקשרויות אלה במידה ניכרת, שתשקף את עלות הסיכון). על-כן הוסטה נקודת-האיזון בהמשך לעבר הכרה עקרונית בתוקפן של ההתקשרויות החוזיות של השלטון, בכפיפות לכווח להשתחרר מהן בהתקיים "צורכי ציבור חיוניים"<sup>37</sup> – מבחן המופעל כיום במתכונת המקובלת של אינטרסים.<sup>38</sup> המשמעות המעשית של המעבר משלילת תוקפו של החוזה לבחירה בנוסחה של חוזה תקף, הכפוף לכוח ההשתחררות השלטונית, היא במישור הסעדים. במקרה של השתחררות מחוזה הפרט הנפגע זכאי לפיצוי – אמנם, לא פיצוי חוזי רגיל המשקף את אינטרס הציפייה שלו, אך לפחות פיצוי המשקף את חסרון-הכיס שנגרם לו, בשיעורו של אינטרס ההסתמכות.<sup>39</sup> מבחינה זו דיני החוזים של רשויות שלטוניות מבטאים את עקרון הדואליות הגורמטיבית במיטבו, בכך שהם מאפשרים הגנה על האינטרס הציבורי, אך לא דוחקים לחלוטין את ההגנה על האינטרס של המתקשר הפרטי.<sup>40</sup>

35. יצחק הנס קלינגהופר, משפט מינהלי (מפעל השכפול, תשי"ז), 118.
36. כך נפסק בג"ץ בלבן (לעיל, הערה 12), שבו נדחתה עתירה נגד הפרתה של התחייבות שלא להפיק. השופט זוסמן הסביר: "ההתחייבות הזאת מכוונת, איפוא, לחייב את העירייה באי-מילוי הובה סטטוטורית. מקום שטובת הכלל דורשת הקמת גן ציבורי, דורש החוזה שהדבר לא יקום. התחייבות כזאת מנוגדת לטובת הציבור והיא בטלה מעיקרה" (שם, 260).
37. בג"ץ מילר (לעיל, הערה 8), 2002.
38. ראו בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב ואח', פ"ד מ (2) 393.
39. פשרה זו נרמזה כבר בתחילת הדרך (ראו בג"ץ מילר (לעיל, הערה 8), 2005), וזכתה לאישור גם בפסיקה החדשה (ראו ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין ואח', פ"ד מד (3) 769, עמ' 776).
40. לדיון נוסף בחוזים של רשויות מינהליות ראו גבריאלה שלו, חוזי רשות בישראל (הוצאת אבישר, תשמ"ה); דפנה ברק-ארוז, האחריות החוזית של רשויות המינהל (הוצאת בורסי, תשנ"א).



## 3. נזיקין של רשויות שלטוניות

הדיון בהיקף האחריות הנזיקית של רשויות שלטוניות הוא תחום מפגש נוסף של המשפט הפרטי והציבורי. בהקשר זה השאלה המרכזית השנויה במחלוקת עניינה אחריותו בנזיקין של רשויות בגין הפעלת סמכויות שלטוניות שיש עמן שיקול-דעת. אחריות נזיקית "רגילה" של רשויות בגין נזקי גוף או רכוש שהן גורמות להם כאחד האדם (למשל: במסגרת תאונת-דרכים שמעורב בה רכב בבעלותה של הממשלה) אינה שנויה במחלוקת כבר עשרות בשנים. אמנם, עמדת-המוצא של המשפט האנגלי גרסה חסינות מוחלטת של הכתר מאחריות. אולם כמו במדינות רבות אחרות, גם בישראל נדחקה חסינות זו לשוליים בעקבות שקיעתה של השקפת-העולם הפוליטית שהיא נתנה להם ביטוי. בישראל בוטל הפטור הגורף של המדינה מאחריות בנזיקין בשנת 1952.<sup>41</sup> עם זאת, החקיקה לא הסירה מעל הפרק את השאלה הקשה של היקף האחריות בגין נזקים הנגרמים בשל הפעלת שיקול-דעת שלטוני ברשלנות (בעיקר במסגרת סמכויות רישוי ופיקוח). בד"ג 6/66 שחאדה נ' חילו ואח'<sup>42</sup> שלל בית-המשפט לחלוטין קיומה של אחריות בנזיקין בגין הפרה של חובות "ציבוריות" המוטלות על הרשויות.<sup>43</sup> תפיסה זו השתנתה בהמשך, ובסופו של דבר נשללה לחלוטין בפסיקתו של השופט ברק.<sup>44</sup> אולם פסיקה זו לא יכלה כמובן למחוק את עובדת קיומם של קשיים מיוחדים הנלווים לאחריות נזיקית רחבה של השלטון, כגון החשש מהרתעת-יתר של פקידי ציבור או הפיכתה של המדינה למעין מבטחת של כלל הפעילות המשקית (בתוקף העובדה שהיא מפעילה שיקול-דעת פיקוחי לגביה).<sup>45</sup> פסק-דינו של הנשיא שמגר בע"א 915/94 מדינת ישראל נ' לוי ואח'<sup>46</sup> הוא ביטוי חדש לכך שקשיים אלה זוכים עדיין להכרה ולהתייחסות שיפוטית. פסק-הדין נסב על תביעה שהתבססה על טענה בדבר רשלנותו של המפקח על הביטוח בהפעלת סמכויותיו באשר

41. חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, ס"ח 339. על-פי סעיף 3 לחוק זה, הפטור מאחריות בנזיקין מותנה בקיומה של סמכות (או לפחות, טעות בתום-לב באשר למסגרת הסמכות), ומכל-מקום אינו חל על רשלנות. בפסיקה פורש תנאי הסמכות כמכוון לא רק לקיומה של סמכות פורמלית, אלא גם להפעלתה בהתאם לכללי המשפט המינהלי. ראו ע"א 404/80 בני עטרות מרשב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לח (4) 30, עמ' 48.

42. פ"ד כ (4) 617.

43. שם, 624.

44. ראו בעיקר ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר ואח', פ"ד לו (3) 757; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113.

45. ישראל גלעד, "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור - חלק ראשון", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 339; ישראל גלעד, "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור - חלק שני", משפט וממשל ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 55 (להלן: גלעד, "האחריות בנזיקין - חלק שני").

46. פ"ד מח (3) 45 (להלן: ע"א לוי).

לחברת ביטוח שכשלה (והותירה ניווקים בלא מקור פיצוי). במקרה זה אימץ בית המשפט גישה זהירה ודחה את התביעה, תוך הכרה מחודשת בקיומם של שיקולי מדיניות כנגד הטלתה של אחריות בהקשרים "שלטוניים".<sup>47</sup> עם זאת, מוקדם להעריך את השפעתו של פסק-הדין על התפתחותן של המגמות בעניין אחריותן של רשויות בנויקין. השאלה המתעוררת היא, האם פסק-הדין הוא ציון-דרך המסמן חזרה ליתר-זהירות בהטלת אחריות על רשויות מינהליות,<sup>48</sup> או שהוא מעיד רק על עובדות המקרה שבהן לא נמצא בסיס לטענת ההתרשלות שהועלתה נגד הרשות.<sup>49</sup>

מנגד, נשמעים גם קולות הקוראים להרחבה נוספת של אחריותן הנויקית והמעין-נויקית של רשויות, בלא תלות בדיני הנויקין הרגילים, בשל חובותיו המיוחדות של השלטון לנהוג בהגינות ובשוויון, בהשראתם של דיני הנויקין המינהליים הנוהגים בצרפת.<sup>50</sup> מגמה זו של הרחבת האחריות המוטלת על רשויות שלטוניות נמצאת לכאורה בסתירה לחששות המקננים אף באשר לאחריות המבוססת על עקרונות הנויקין הרגילים. אולם ייתכן שאפשר ליישב בין הדברים. כאשר רשות שלטונית פוגעת בזכויות האזרח פגיעה ישירה, חשוב להטיל עליה אחריות רחבה בגין הנוקים הנגרמים. במקרים כאלה הסעד הכספי רק משלים את ההגנה הקיימת במשפט הציבורי על זכויות-היסוד של הפרט כנגד השלטון. בהתאם לכך, אפשר לראות בה אחריות הויקתית בגין עוולה הויקתית.<sup>51</sup> במקביל עדיין אפשר לסבור, כמו בע"א לוי, שיש מקום לזהירות מפני הפיכתה של הרשות למבטחת-על בגין נזקים שגרמו פרטים לפרטים אחרים, כאשר מעורבותו של השלטון בסוגיה מתבטאת רק בקיומן של סמכויות פיקוח.

#### 4. תאגידיים של רשויות מינהליות

במהלך השנים החלו רשויות מינהליות להשתמש גם בכלי ההתאגדות הפרטית-זוולונטרית ולפעול באמצעות חברות (ועמותות) שנרשמו על-פי דיני התאגידיים. בישראל תופעה זו מוצאת את ביטויה בעיקר בפעילותן של חברות ממשלתיות,<sup>52</sup> ובמישור המוניציפלי – בהקמתן של חברות עירוניות.<sup>53</sup> הקמת התאגידיים נועדה לאפשר לרשויות לבצע פעולות בעלות גוון מסחרי, תוך שימוש במסגרות משפטיות שהותאמו לפעולות כדוגמתן ובלא

47. שם, 82-83.

48. ראו גלעד, "האחריות בנויקין – חלק שני" (לעיל, הערה 45), 64-78.

49. ראו אריאל פורת, "דיני נויקין – עולות הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ז (אריאל רוזן-צבי – עורך, הוצאת פפירוס, 1997) 373, עמ' 409-415.

50. ראו יואב דותן, "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 97.

51. ראו דפנה ברק-ארוז, עולות הויקתיות (הוצאת בורסי, תשנ"ד).

52. ראו חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ס"ח 132.

53. ראו סעיפים 249(30) ו-249א לפקודת העיריות (לעיל, הערה 21).

מוסרותיו של המשפט הציבורי. על-פי המבחן הארגוני, החברות המוקמות על-ידי רשויות אינן גופים הנתונים לעולו של המשפט הציבורי. עם זאת, הפעולה באמצעותן היא חלק מן המערך השלטוני, ויש טעם לפגם כאשר אינה נתונה לפיקוח ולמגבלות. החקיקה הקיימת בתחום זה נותנת ביטוי לכך, שפיקוח וסייגים אכן צריכים להישמר, אך אינה מקיפה את הנושא באופן מגיח את הדעת. על חברות בשליטתה של הממשלה חל חוק החברות הממשלתיות. אולם חוק זה אינו מסדיר את שאלת תחולתו של המשפט הציבורי עליהן,<sup>54</sup> ובית-המשפט העליון אף פסק, כי אינו חל על כל צורות השליטה של הממשלה בתאגידים.<sup>55</sup> בתחום המוניציפלי הבעיה ניכרת עוד יותר, ורוב השאלות הנוגעות לפעילותן של החברות העירוניות אינן מוסדרות כלל.

בית-המשפט העליון החל למלא את החלל הנורמטיבי שהיה לגבי פעילותן של חברות מטעם השלטון באמצעות הרחבתו של עקרון הדואליות הנורמטיבית. באופן יותר ספציפי הכיר בית-המשפט בתחולתו של המשפט הציבורי גם על גופים המשמשים ידה הארוכה של הממשלה או תחליף דה-פקטו לתאגיד סטוטורי, והכפיף גם אותם לעולו (נוסף על דיני התאגידים של המשפט הפרטי, החלים עליהם ממילא). ראשיתה של הלכה זו עוד בבג"ץ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים ואח',<sup>56</sup> שבו גידונה שאלת סמכותו של בג"ץ באשר לגופים שאינם רשויות מינהליות (בנסיבות העניין - החברה לשיקום הרובע היהודי). בהמשך זכתה תחולתו של המשפט הציבורי המהותי על חלק מן החברות הממשלתיות להכרה מפורשת (גם בלא תלות בשאלת סמכותו של בג"ץ) - החל בבג"ץ 731/86, בשג"ץ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח',<sup>57</sup> עם זאת, חשוב לשים לב שפסקי-דין אלה לא נסבו על תאגידים ממשלתיים אופייניים, כי אם על חברות בעלות עוצמה וחשיבות ציבורית מיוחדות בישראל; ואף עליהן החילו רק את עקרונות-היסוד של המשפט המינהלי, ולא את כל פרטיו.<sup>58</sup>

## ד. מהפרדה להתקרבות

הדיאלוג שמקיימים המשפט הציבורי והמשפט הפרטי אינו מתייחס רק לתחולתם המשותפת במקרים שבהם השלטון נכנס לזירתו של המשפט הפרטי. צמצומה של ההפרדה הנוקשה בין תחומים אלה ניכר גם בהקשרים נוספים. המשפט הפרטי החל לאמץ תפיסות-יסוד שבעבר היו רחוקות ממנו גם לגבי מערכות-יחסים משפטיות בין אנשים

54. סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות (לעיל, הערה 52) רק מאפשר לממשלה להחליט על החלתם של כללי המשפט המינהלי על "חברה ממשלתית שאחת ממטרותיה היא לספק

לציבור מצרכים או שירותים שלא על מנת להפיק רווחים".

55. בג"ץ 5684/91 ברזילי נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מו (1) 536.

56. פ"ד כו (1) 118.

57. פ"ד מא (2) 449.

58. שם, 463.

פריטיים; ולהיפך: המשפט הציבורי מאמץ בהדרגה תובנות מן המשפט הפרטי גם בנוגע למערכות-יחסים "שלטוניות" שבין הפרט לרשות (הנסבות על הפעלתן של סמכויות סטטוטוריות).

### 1. המשפט הציבורי - אימוץ תפיסות של המשפט הפרטי

המשפט הציבורי מאמץ בהדרגה תובנות מן המשפט הפרטי בכיוון של חיוק ההגנה על הפרט מול כוחו של השלטון. כאמור, נקודת-המוצא הבסיסית של המשפט הציבורי גרסה קיומו של אי-שוויון בסיסי בין השלטון לבין הפרט. אי-שוויון זה פעל בעיקרו של דבר לטובת הרשות, שנהנתה מחופש פעולה שלטוני במסגרת החוק. אכן, הפרט לא היה מופקד לכל שרירות שלטונית. זכויות האזרח שנכתבו גם במגילת הזכויות הבלתי-כתובות היו למפורסמות ואף נאכפו.<sup>59</sup> אולם חרף ההכרה בחירויות-היסוד של הפרט, תפיסת הזכות במשפט הציבורי נותרה חלשה במובנים מסוימים. פנייה אל המשפט הפרטי תורמת להגדרתן של נקודות-התורפה במעמדה של הזכות במשפט הציבורי ולחיוקן.

#### (א) הגנה על אינטרסים כלכליים

באופן מסורתי ההגנה על אינטרסים רכושיים וכלכליים זוהתה עם המשפט הפרטי, ואילו המשפט הציבורי הוגבל להגנה על חירויות-יסוד. אכן, מערך החירויות כולל בתוכו גם את זכות הקניין (שממנה נגזרת ההגנה מפני נטילה שלטונית). אולם התפיסה הקלאסית של הקניין לא כללה את האינטרסים הכלכליים ברשיונות ובהטבות מינהליות. אלה נחשבו במשך שנים רבות לפריבילגיה מטעם השלטון, שברצונו נותן וברצונו לוקח. תפיסה זו אינה משקפת את מרכזיותם של אינטרסים אלה במדינה המודרנית, שבה השלטון מחזיק בסמכויות פיקוח ורישוי רבות-עוצמה. אחד הביטויים המפורסמים לחשיבות הנודעת להגנה על האינטרסים הכלכליים שמקורם בשלטון הוא הטיעון שלפיו אף הם סוג של קניין - "הקניין החדש".<sup>60</sup> גם המשפט הציבורי בישראל עבר בהדרגה מתפיסה של פריבילגיות לתפיסה של זכויות (כמקובל במשפט הפרטי). אין להתפלא על כך, שאף הטיעון העדכני בדבר הקניין (החדש) זכה לאחרונה להכרה בפסיקתו של בית-המשפט העליון (אם כי תוך הבחנה בין ההגנה ההוקתית על קניין זה לבין ההגנה על זכויות הקניין המסורתיות).<sup>61</sup>

אמצעי ראשון במעלה להגנה על אינטרסים כלכליים הוא עילת האפליה. כיום בית-המשפט אינו נכון עוד להשלים עם מידה שונה של שיתוף-פעולה שלטוני או של הטבה מטעם השלטון ביחס לאנשים שונים, גם במצבים שבהם מלכתחילה אין זכות לקבלם. בעבר נדחתה עתירתו של עיתונאי שלא זכה לשיתוף-פעולה מצד יחידת דובר צה"ל, מאחר שהסיוע

59. בג"ץ 1/49 בדרינו ואח' נ' שר-המשטרה ואח', פ"ד ב 80; בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ה 399.

60. Charles A. Reich, "The New Property", 73 *The Yale L.J.* (1963-1964) 733.

61. בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר (טרם פורסם).

לתקשורת נחשב ליוזמה שהשלטון נוקט לטובתו, ואינו ניתן על-פי דין.<sup>62</sup> אולם פסיקה זו שוב אינה משקפת את עמדתה של הפסיקה. בית-המשפט הכיר בזכות לתבוע טובת-הנאה על בסיס של שוויון, גם כאשר אין זכות חוקית לקבלה מלכתחילה;<sup>63</sup> וכך גם הכיר במפורש בזכותם של עיתונאים לזכות לשיתוף-פעולה שלטוני ללא אפליה, כמו חבריהם.<sup>64</sup> לאחרונה נדחתה במפורש גם העמדה שלפיה ישנה פריבילגיה שלטונית לקיים רמה נמוכה של שיתוף-פעולה עם כלי-תקשורת סורר.<sup>65</sup> פסיקה זו, המבוססת על עקרון השוויון, אינה מוגבלת רק להגנה על אינטרסים כלכליים. אולם בהקשר זה נודעת לה חשיבות מיוחדת. כאשר האפליה שוללת מאדם זכות המגיעה לו על-פי דין, יכול הוא לקבל סעד בגין הפגיעה בזכות זו, אף מבלי להיוקק לטענת האפליה. לעומת זאת, כאשר הפגיעה היא באינטרס כלכלי שאינו עולה לכדי זכות, הסעד השיפוטי מבוסס בעיקר על עילת האפליה.

במקרים אחרים ההגנה על האינטרס הכלכלי של הפרט חוסה תחת כנפיה של ההגנה על אינטרס ההסתמכות. זו קיימת לא רק במקרים שבהם הרשות פועלת בתחום המשפט הפרטי (ומתקשרת, למשל, בחוזה מינהלי), אלא גם בהקשרים שלטוניים מובהקים (כמו החלטה לבטל רשיון, שחייבת להביא בחשבון בין השאר גם את הסתמכותו של הפרט).<sup>66</sup> כפי שיפורט בהמשך, הנכונות השיפוטית להגן גם על אינטרסים כלכליים (ולא רק על חירויות יסוד) זוכה למשנה-משמעות, בשל התפתחות נוספת בתחום דיני הסעדים, המכירים כיום גם באפשרות של פסיקת פיצויים בגין אי-תקינות מינהלית. להתפתחות זו כמובן משמעות מיוחדת בהקשרים שבהם השלטון פוגע באינטרסים בעלי שווי כלכלי (אם כי לא רק בהם).

#### (ב) קליטת סעדים מן המשפט הפרטי

על-פי גישתו המסורתית של המשפט המינהלי האנגלי, ההגנה על זכויות מתחום המשפט הציבורי הוגבלה לסעד הציווי. אמנם, זהו הסעד השיפוטי החזק ביותר, אולם במקרים שבהם לא היה אפשר לתתו (בעיקר בשל התגבשותו של מעשה עשוי) הזכות נותרה חשופה, בלא אפשרות לפנות לסעד הכספי כחלופה. זאת, בניגוד גמור לתורת הסעדים של המשפט האזרחי, המכירה תמיד בזכות לפיצויים ומסייגת את הזכות לציווי. במצב דברים זה חל בהדרגה שינוי, הודות לנכונותו של בית-המשפט "לייבא" את ההגנה הכספית על הזכות מתחום המשפט הפרטי גם אל התחום הציבורי. נכונות זו באה תחילה לידי ביטוי בהלכה החדשנית שהכירה בסמכותו של בג"ץ לפסוק פיצויים במקרים מתאימים.<sup>67</sup> מתכונת הדיון בבג"ץ לא אפשרה שימוש נרחב בהלכה, אשר בסופו של דבר

62. בג"ץ 29/62 כהן נ' שר-הבטחון ואח', פ"ד טז 1023.

63. בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו (1) 191.

64. בג"ץ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה ואח', פ"ד לה (3) 589.

65. בג"ץ 181/96 הוצאת עיתון "הארץ" ואח' נ' הרמטכ"ל, פ"ד נ (5) 45.

66. דפנה ברק-ארו, "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי", משפטים כז (תשנ"ו-תשנ"ז) 17.

67. בג"ץ 101/74 ואח' בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כח (2) 449.

נותרה בשוליו של המשפט המינהלי. אולם בהמשך, בעקבות ההעברה ההדרגתית של התדיינויות מינהליות לבתי-המשפט האזרחיים, חדלו המגבלות המיוחדות לבג"ץ להיות מרכזיות בסוגיה. כך, בע"א מליבו יכול היה השופט חשין לסכם ולומר, כי "העילה המהותית – קיימת ב'יבוא' מן המשפט המינהלי שפותח בבג"ץ – ואילו את הסעד מספק בית-המשפט המוסמך: *ubi ius ibi remedium* – הלך הסעד אחר הזכות".<sup>68</sup> רותב היריעה של ההלכה משתרע גם מעבר לתחום הספציפי של דיני המכרזים, שבו דן פסק-הדין.<sup>69</sup> המשמעות הרחבה יותר של הדברים היא, כי במקרים שבהם אי-אפשר (או לא ראוי) לבטל את החלטתה של הרשות, יכול עדיין להיות מקום לפיצוי על הנוקים שפעולתה גרמה.<sup>70</sup> כמובן, הפנייה אל מערך הסעדים המקובל במשפט הפרטי צריכה להיעשות באופן מושכל ובהתאמה לשיקולים המיוחדים לתחום הציבורי. כך, למשל, חרף קליטתו של הסעד הכספי במשפט הציבורי, עליו להמשיך ולהעניק עדיפות ברורה לסעד הציווי, בשל הערך המיוחד הנודע לאכיפתו של שלטון החוק על השלטון.<sup>71</sup>

גם התפתחויות אחרות בתחום תורת הסעדים המינהליים הושפעו, ולו באופן חלקי, מדוקטרינות שהיו מוכרות עוד קודם-לכן במשפט הפרטי. כוונת הדברים לחלחול ההדרגתי של תורת ההשתק ותורת הבטלות היחסית אל המשפט הציבורי.

דוקטרינת ההשתק, המגינה על הסתמכותו של אדם על מצג שיצר כלפיו וולתו (כך שיוצר המצג אינו יכול להתכחש לו), מקובלת וידועה במישור המשפט הפרטי. לעומת זאת, בהקשר השלטוני הפנייה אליה בעייתית ביותר, שכן המשמעות של אכיפת מצג על הרשות עלולה להיות מתן תוקף לפעולה שלטונית שנעשתה בלא סמכות. על-כן לפי שעה הגישה המייצגת את פסיקתו של בית-המשפט העליון בסוגיה זו מתנגדת לקבלתה של טענת השתק.<sup>72</sup> לצדה ישנן גם גישות אחרות, המדגישות את ההגנה הנוחצת על הפרט במקרים שבהם נעשה כלפיו מצג.<sup>73</sup> כאן חשוב לציין, כי גם חתירה להגנה מלאה על

68. ע"א מליבו (לעיל, הערה 25), 687.

69. ראו לעיל, ליד הערה 25.

70. כך, למשל, בבג"ץ 903/87 מצגר נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מב (2) 773, שבו נדחתה עתירה לאכיפתה של הבטחה מנהלית, הוסיף השופט ש' לוי: "אם כי הגענו למסקנה, שדין העתירה להידחות בתחום המשפט הציבורי, אין הדבר כן בתחום המשפט הפרטי...". (שם, 776). בשל התפתחותה של ההכרה בסעד הכספי כחלק מן המשפט הציבורי אין עוד צורך לסווג את האפשרות של תביעת פיצויים כשייכת למשפט הפרטי דווקא.

71. ראו ברק-ארוז (לעיל, הערה 51), 166-167; דפנה ברק-ארוז, "משפט מינהלי – סקירה והתפתחות", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ז (אריאל רוזן-צבי – עורך, הוצאת פפירוס, 1997), 307, עמ' 325-328.

72. ראו, למשל, בבג"ץ 640/78 בוריס קצאן את יוסף הרשטיג, חברה לבנין ולהנדסה בע"מ נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון עיר נתניה ואח', פ"ד לד (2) 1.

73. אריאל כנדור, תורת ההשתק במשפט המינהלי (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, תשנ"ד).

הסתמכות סבירה אינה מחייבת את אכיפתו של המצג שגרר הסתמכות, כאשר נלקחת בחשבון זמינותו של הסעד הכספי. סעד זה יכול לפתור את בעיית העוול שנגרם לפרט, בלא פגיעה חזיתית בשלטון החוק (אם כי תוך גריעה מתקציבה של הרשות).<sup>74</sup> גם להתפתחותה של תורת הבטלות היחסית במשפט הציבורי ויקה למשפט הפרטי, אם כי במידה פחותה. ויקה זו מתבטאת בכך שקליטתו של רעיון הבטלות היחסית במשפט הציבורי לוחה במודעות לכך שלרעיון זה יש כבר אחיזה במשפט הפרטי, בעיקר בדיני החוזים (שבהם תוצאת הבטלות של חוזה פסול ניתנת לריכוך, בהתאם לשיקול-דעתו של בית-המשפט).<sup>75</sup> במלים אחרות: בית-המשפט ראה בבטלות היחסית עיקרון החוצה תחומי משפט. בתחום המינהלי משמעותה של הבטלות היחסית היא, שתוצאות ההפרה של כלליו משתנות בהתאם לנסיבות העניין. לא כל הפרה, אפילו היא חמורה, תביא לתוצאה של בטלות, ולבית-המשפט מסור שיקול-דעת להכיר בתוקפה של הפעולה חרף הפגם שנפל בה. גישה זו זכתה בשנים האחרונות לתמיכה לא-מבוטלת בפסיקתו של בית-המשפט העליון.<sup>76</sup> אף-על-פי-כן היא בעייתית. משמעות הרחבתה של הבטלות היחסית לתחום הציבורי היא מתן חוקף לפעולות שיש בהן פגיעות בלתי-חוקיות בזכויות, כאשר על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט העוול ניתן לתיקון. כלומר: בית-המשפט מוחל על הפגיעה בפרט. ההגנה על זכויותיו כלפי השלטון - הזכויות מתחום המשפט הציבורי - הופכת כך להגנה רופפת.<sup>77</sup> האנלוגיה לדיני החוזים כלל אינה מובנת מאליה וצריכה להיעשות בזהירות. דין הבטלות של החוזה הבלתי-חוקי נובע משיקולים של טובת הכלל, וכאשר בית-המשפט מוחל על תוצאת הבטלות הוא מצמצם את מידת ההגנה על האינטרס הציבורי למען עשיית הצדק במקרה הפרטי. לעומת זאת, כאשר מופעלת תורת הבטלות היחסית בתחום המשפט הציבורי, בית-המשפט מוחל על זכות הפרט ומצמצם את ההגנה עליה בשם טובת הכלל.

#### (ג) מעבר מהתדיינות בג"צית להתדיינות אזרחית

במשך שנים רבות היתה ההתדיינות בבג"ץ אפיון מובהק של המשפט הציבורי. המשפט הציבורי היה המשפט שחל בבג"ץ, ובג"ץ היה הכתובת הכמעט בלעדית להתדיינות המינהלית (אם כי עניינים מינהליים הגיעו לעתים גם לבתי-משפט אחרים, למשל: על דרך של תקיפה עקיפה).<sup>78</sup> ריכוז זה של ההתדיינות בבג"ץ התגלה בהדרגה כבלתי-רצוי.

74. ראו ברק-ארו (לעיל, הערה 66), 39-43.

75. ראו סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי). דוגמא נוספת היא סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי) (לעיל, הערה 19), הקובע את דינו של חוזה למראית-עין.

76. ראו, למשל, בג"ץ 2683/93 ואח' עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מו (5) 832; בג"ץ 2683/92 מכבים - ישוב קהילתי במודיעים ואח' נ' הוועדה לבנייה למגורים במחוז המרכז, פ"ד מח (1) 535.

77. ראו רפנה ברק-ארו, "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי", משפטים כד (תשנ"ד-תשנ"ה) 519.

78. כללית ראו זמיר (לעיל, הערה 3).

ראשית, הוא הטיל על בג"ץ עומס התדייגויות בלתי-אפשרי, שבסופו של דבר עמד לרועץ אף למתדיינים הזקוקים לסעד מהיר ויעיל. שנית, הוא כפה על כלל ההתדייגויות המינהליות את כללי הדיון הבג"ציים, שאינם מתאימים לכלל העתירות באותה מידה. הם אינם מאפשרים בירור עובדתי של ממש וממילא אינם יפים להכרעה בשאלות של הערכת פיצויים (כאשר אלה נדרשים).<sup>79</sup> שיקולים אלה הביאו להתפתחות הדרגתית בכיוון של העברת חלק מן ההתדייגויות המינהליות לבתי-המשפט האזרחיים. בחלק מן המקרים שינויים אלה התבססו על דברי חקיקה ספציפיים ש"הוציאו" עניינים מסוימים מן הכלל הבג"צי והפקידו אותם בידי בית-משפט אחר.<sup>80</sup> במקרים אחרים התמורה עוגנה רק בפסיקה תקדימית, שכיוונה את העותרים לפנות אל בתי-המשפט האזרחיים בעניינים שבעבר נידונו בבג"ץ כמו, למשל, ענייני המכרזים<sup>81</sup> וענייני התכנון והבנייה<sup>82</sup> (שהוסדרו בינתיים גם בחקיקה).<sup>83</sup> כך הבשילה בהדרגה תפיסה חדשה לגבי השיפוט בעניינים מינהליים, שלפיה בג"ץ ימשיך לדון כערכאה ראשונה רק בעתירות בעלות חשיבות ציבורית מיוחדת.<sup>84</sup> התוצאה היא אפוא, שהמשפט המינהלי שוב אינו "מבודד", אלא נידון בבתי-המשפט הרגילים ככל תחום משפטי אחר. אפשר להעריך, שהתפתחות דיונית זו תגביר אף היא את המגמה של התקרבות דוקטרינרית בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי בעניינים מסוימים.<sup>85</sup>

## 2. המשפט הפרטי – אימוץ תפיסות של המשפט הציבורי

במקביל להשפעתו של המשפט הפרטי על המשפט הציבורי ישנה גם מגמה הפוכה שעניינה חלחול עקרונות ותפיסות-יסוד מן התחום הציבורי אל התחום הפרטי.

79. ראו תקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984, ק"ת 2321.
80. כמו, למשל, ערעורים בנושאים של רישוי עסקים (לפי סעיף 7א לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968, ס"ח 204); ועתירות אסירים (לפי סעיף 6א לפקודת בתי-הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, דמ"י 459).
81. ראו לעיל, ליד הערה 26.
82. בג"ץ 1921/94 סוקר ואח' נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, פ"ד מח (4) 237.
83. הכוונה לחוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 43), תשנ"ה-1995, ס"ח 450, שהוסיף בחוק העיקרי את פרק יו.
84. מגמה זו התבטאה בהצעת חוק בתי-משפט לעניינים מינהליים, תשנ"ז-1997, ה"ח 102, ותמכה בה גם ועדת אור בנושא הרפורמה במערכת בתי-המשפט. ראו דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל (תשנ"ז), 77-82. הצעת החוק הערכנית בנושא זה היא הצעת חוק השיפוט בעניינים מינהליים – בית-משפט מחוזי בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, תשנ"ט-1999.
85. להרחבה בנושא סמכות השיפוט בעניינים מינהליים והקשר בינה לבין הדין המהותי ראו ברק-ארז (לעיל, הערה 71), 307-334.



## (א) תום-לב והגינות

תפיסות-היסוד של המשפט הפרטי האנגלו-אמריקני נמנעו מהגדרות רחבות של נורמת ההתנהגות הראויה. הדרישות שכוונו כלפי נושאי המשפט הפרטי הוגבלו לאיסורים קונקרטיים: בניזקין – על גרימת נזק באשם; ובהזויים – על הפרת חוזה או על הטעיה ותרימות. בניגוד קוטבי לכך, במשפט הציבורי ההגינות נחשבה לחובה בסיסית המוטלת על הרשות ביחסיה עם הפרט, שממנה נגזרות בהמשך החובות הקונקרטיות, בבחינת "ואידך זיל גמור". למעשה, הניגוד בין שני התחומים היה כפול: הן באשר למעמדה של חובת ההגינות (שהוכרה רק במשפט הציבורי) הן באופיה החד-צדדי של חובה זו שחלה רק על הרשות השלטונית (להבדיל מאופיין ההדדי של החובות במשפט הפרטי).

התפתחותו של המשפט הפרטי בישראל מטשטשת את עוצמתו של הניגוד בינו לבין המשפט הציבורי, אם כי לא מעלימה אותו כליל. כיום ההגינות שוב אינה נחלתו הבלעדית של המשפט הציבורי. בתחום המשפט הפרטי היא זכתה להכרה במסגרת עקרון תום-הלב, הקובע סטנדרטים של התנהגות ראויה גם ביחסים בין פרטים, שיש ביניהם קשר משפטי (כדוגמת חוזה, או אף משא-ומתן לקראת כריתתו).<sup>86</sup> עם זאת, חובת ההגינות הנובעת מעקרון תום-הלב אינן מוחקות את ההבחנות הקיימות בהקשר זה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי. הן רק מצמצמות את הפער ביניהם. ראשית, במישור ההגדרתי נשמרת במשפט הציבורי ההבחנה בין חובת תום-הלב לבין חובת ההגינות הרחבה יותר. ההבחנה המקובלת לגבי חובת תום-הלב המוטלת על הרשות הציבורית היא, שזאת חובה בעלת משמעות סובייקטיבית במובן של יושר-לב בלבד, להבדיל מזדון.<sup>87</sup> תפיסה זו אינה ממעטת את חובותיה של הרשות השלטונית, הכוללות תכנים אובייקטיביים מובהקים. אולם הגדרת הסטנדרטים הראויים לפעולתה של הרשות מסווגת לגדרם של עקרונות אחרים שמחייבים אותה, ובראשם ההגינות והסבירות. שנית, מבחינה מעשית, חובת ההגינות המוטלת על הרשות המינהלית היא חובה יתירה המוטלת עליה במיוחד, מכוח מעמדה ועוצמתה, בעוד הפרט אשר כלפיו היא פועלת אינו חייב בה. זהו חוסר-איוון המשקף את חוסר-האיוון הקיים מבחינת יחסי העוצמה של הצדדים. לאחרונה נידון אופיה האי-סימטרי של חובת ההגינות הציבורית בפסק-דינו העקרוני של בית-המשפט העליון בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ.<sup>88</sup> במקרה זה נחלקו דעות השופטים באשר לשאלה, האם גם על האורח מוטלת חובת הגינות כללית כלפי הרשות. השופט זמיר היה היחיד מבין השופטים שנכון היה להשיב על השאלה בחיוב, ואף הוא – מתוך הכרה בכך שחובת ההגינות של הפרט אינה משתווה בהכרח לגורמת ההגינות הגבוהה המוטלת על הרשות. שני השופטים האחרים, ברק ותשין, לא היו מוכנים לצרף את תמיכתם אף לתפיסה מתונה זו של חובת הגינות כללית המוטלת על הפרט, מתוך חשש לחירויות הפרט מול השלטון. לכל היותר נכון היה השופט ברק להכיר בחובות הגינות ספציפיות שהפרט חייב בהן. מחלוקת זו כמובן לא היתה מתעוררת מעיקרא בתחום

86. מכוח סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי) (לעיל, הערה 19).

87. בג"ץ 376/81 לוגסי ואח' נ' שר התקשורת ואח', פ"ד לו (2), 449, עמ' 459-460.

88. פ"ד נב (1) 289.

המשפט הפרטי, אשר בו נקודת-המוצא היא שכל הצדדים הם שווי מעמד (גם כאשר מבחינה כלכלית וחברתית זוהי פיקציה גמורה). בהתאם לכך, עקרון תום-הלב מחייב את כולם.

### (ב) הגנה על זכויות אזרח

כמו עקרון ההגינות, גם כיבודן של זכויות הפרט נחשב לעול נוסף שהמשפט הציבורי בלבד מטיל כמשקל-נגד לעוצמתו של השלטון. התביעות לשוויון, לחופש ביטוי ולחירויות נוספות היו מאז ומתמיד תביעות כלפי השלטון – נאמנו של הציבור. הן לא הוצגו לפרטים אחרים, שמכוח זכותם לאוטונומיה אישית יכולים היו שלא לכבדן. בשנים האחרונות נשמעות קריאות-תיגר כנגד הבחנה זו, בשל מודעות גוברת והולכת לפוטנציאל של פגיעה בזכויות מצד גורמים פרטיים, שאוצרים בידיהם עוצמה חברתית וכלכלית רבה. כך, בתחום דיני העבודה נקלט הערך של שוויון ככלל משפטי מחייב במסגרת חקיקה מפורשת.<sup>89</sup> השאלה היא, באיזו מידה השוויון הוא עיקרון מחייב גם מחוץ לדל"ת אמותיה של חקיקה מסוג זה? בפסק-דינו הנודע של בית-המשפט בד"ג 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח"י<sup>90</sup> גרסה דעת הרוב, כי עקרון תום-הלב אינו כולל בחובו את ערך השוויון, ובאופן יותר ספציפי דחתה את הטענה העקרונית בדבר תוקפו המחייב של עקרון השוויון במכרזים פרטיים. אולם הדיון הנוסף בבית-המשפט העליון לא סתם את הגולל על השאלה, שלגביה נכתבה דעת-מיעוט חשובה של השופטים שמגר וברק. הסוגיה חזרה במהרה אל סדר-יומו של בית-המשפט העליון (מחוץ להקשר המידי של דיני המכרזים) בע"א 294/91 חברת קדישא גחשיא קהילת ירושלים נ' קסטנבאום.<sup>91</sup> בפסק-דינו של השופט ברק במקרה זה מוצעת גישה חדשה באשר לתוקפן המחייב של זכויות אזרח גם במערכות-יחסים פרטיות, כחלק מפרשנותם של "מושגי-השסתום" המעצבים אותן, כדוגמת תום-לב ותקנת הציבור.<sup>92</sup> בנסיבות העניין לא היה צורך להכריע בסוגיה העקרונית, משום שחברה קדישא הוכרה על-ידי השופטים כגוף ציבורי, החייב ממילא בכיבודם של עקרונות-היסוד של המשפט הציבורי. אולם הדיון של ברק בע"א קסטנבאום לא שכנו. עמדתו של השופט ברק זכתה לאחר-מכן לפיתוח במאמר שכתב בנושא,<sup>93</sup> והיא משמשת אתגר שהמשפט הישראלי נדרש להתמודד עמו. הנטייה הברורה היא לכיוון הכרה ברלבנטיות של זכויות אזרח גם למערכות-יחסים פרטיות, וחקיקתם של חוקי-היסוד החדשים<sup>94</sup> נחשבת כמקור תמיכה נוסף בה (הגם שאלה כלל אינם נוקטים עמדה מפורשת

89. בעיקר חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38.

90. פ"ד מג (1) 441.

91. פ"ד מו (2) 464 (להלן: ע"א קסטנבאום).

92. שם, 530.

93. אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 163.

94. הכוונה לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ולחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעיל, הערה 4).

בסוגיה), מכל-מקום, השאלה החשובה יותר היא: מתי ובאיוז מידה? כך, למשל, פרופ' רדאי הביעה תמיכה בהחלת זכויות האזרח גם על מערכות יחסים כמשפט הפרטי מתוך עמדת-מוצא של רגישות לפערים סוציו-אקונומיים, ובכך היא חולקת על האופי הניטרלי של הגישה שהוצעה על-ידי פרופ' ברק.<sup>95</sup>

### (ג) גופים פרטיים כגופים ציבוריים

פריצת הגבולות בין התחום הפרטי לתחום הציבורי מתבטאת גם בנכונות גוברת והולכת של בית-המשפט העליון להחיל את המשפט הציבורי על תאגידים פרטיים, אשר מבחינה מהותית ממלאים תפקידים ציבוריים. התפתחות זו אינה תלויה בדיון העקרוני בשאלת תחולתן של זכויות האזרח גם במערכות-יחסים פרטיות, אלא עוסקת בשרטוט-מחדש של הגבול בין הפרטי לציבורי, על-פי מבחן מהותי, ולא על-פי מבחן ארגוני-פורמלי. כפי שכבר צוין, את השלב הראשון של התפתחות זו ציינה הפסיקה שהחילה משטר של דואליות נורמטיבית על חלק מן התאגידים הנשלטים על-ידי רשויות שלטוניות ומשמשים ידן הארוכה.<sup>96</sup> שלב זה לא היה קריאת-תיגר כוללת על הסיווג המסורתי בין הפרטי לציבורי, מאחר שאפשר היה לראות בו הרחבה של רעיון הרמת המסך. החלת המשפט הציבורי על תאגיד כדוגמת חברת-התשלום, בשליטתה המלאה של הממשלה, אינה כרוכה בהטלת נטלים נוספים על בעלי שליטה פרטיים. אולם המשך דרכה של הפסיקה מבהיר, כי ישנה נכונות להכיר גם באופיים הציבורי של גופים בבעלות פרטית, כאשר יש לפעילותם צביון ציבורי, למשל: מבחינת הפונקציות שהם ממלאים. כך נפסק בע"א קסטנבאום, שבו הכיר בית-המשפט העליון באופיה הציבורי של חברה קדישא.<sup>97</sup> פסק-דין זה הוא פתח לפסיקה תקדימית בעניינם של תאגידים הממלאים תפקיד מרכזי בחיים הציבוריים בישראל. עם זאת, בית-המשפט העדיף לפי שעה להימנע מהכרעות אופרטיביות לגבי שורה של גופים פרטיים-ציבוריים שבאו לפניו, ככל הנראה בשל חשש ממשמעויותיה מרחיקות-הלכת של החלטה תקדימית.<sup>98</sup> מכל-מקום, חשוב לחזור ולהדגיש כי פסיקה זו אינה מבטלת את ההבחנה בין התחום הפרטי לתחום הציבורי, אלא רק משרטטת מחדש את קו-הגבול, ששוב לא ייקבע רק על-פי מבחנים פורמליים של בעלות ציבורית או פעולה מכוח חוק מקים. מבחינות רבות היא רדיקלית פחות מן הטענה הרחבה יותר בדבר החלתן של זכויות האזרח על גופים פרטיים, שלהם אין זיקה ציבורית מיוחדת.<sup>99</sup>

95. פרנסס רדאי, "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח", משפטים כג (תשנ"ד) 21.

96. ראו לעיל, פרק ג (4).

97. ראו לעיל, ליד הערות 91-92.

98. ראו בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל ואח', פ"ד מז (2) 661; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט (3) 196.

99. ראו עוד דפנה ברק-ארו, "תאגידים ציבוריים", עיוני משפט יט (תשנ"ד-תשנ"ה) 273.

## ה. משפט ציבורי ומשפט פרטי בעידן של הפרטה

יחסי הגומלין בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי עומדים בפני שינוי מערכות נוסף בתקופה זו של הפרטה. עם הקמתה, התאפיינה ישראל במדיניות ריכוזית ומתערבת של השלטון בחיי המשק והכלכלה. גישה זו נשחקה במשך הזמן, ובשנים האחרונות נזנחה באופן חגיגי (גם אם לא תמיד למעשה) בשם מדיניות של הפרטה. מדיניות ההפרטה אמורה להתבטא קודם-כול בהעברה של גופים המצויים בבעלות ציבורית לידי בעלים פרטיים בין על דרך מכירת מניות בחברות הנשלטות עליידי רשויות בין באמצעות תיאגוד של גופים ממשלתיים, ובהמשך – מכירת מניותיהם של תאגידים אלה. מתכונת אחרת של הפרטה היא צמצום פעילותן של רשויות מינהליות וביצוע תפקידיהן באמצעות חברות פרטיות, שתפעלנה כקבלניות מטעמן (contracting out).<sup>100</sup> במלים אחרות: ההפרטה אמורה למפות מחדש את התחום הציבורי על דרך צמצום התחום שבו פועלות הרשויות במישרין, והרחבת פעילותם של גופים פרטיים בנושאים שבעבר נחשבו ציבוריים. מבחינה זו היא צפויה לפתוח לדיון חדש חלק מן הנושאים שנבחנו עד כה או לפחות לחדד חלק מן השאלות שנשאלו. במיוחד היא תחדש במשנה-עוצמה את הדיון בהחלתן של חובות מתחום המשפט הציבורי על גופים פרטיים, שיהליפו בפעילותם רשויות מינהליות. לכאורה אפשר להקשות ולשאול, האם הגבלה כזו על הפעילות המופרטת אינה עומדת בסתירה למטרותיה של ההפרטה, שביסודה התירה לייעילות במתכונת פרטית לכל דבר ועניין? אולם נראה, שיש להבחין בין סוגים שונים של פעילות מופרטת. ישנה פעילות כלכלית שהממשלה שלחה בה את ידה בעבר בשל היעדר השקעות פרטיות ומטעמים של השקפת-עולם ריכוזית, ואין בה מימד של חשיבות חברתית (מעבר להשפעה המובנת על היצע מקומות-העבודה במשק). פעילות מסוג זה לא תוכף לעולן של חובות נוספות על אלה שנושאים בהן גופים פרטיים מן השורה, ובעבר הציבורי שלה יש לראות עובדה היסטורית גרידא. שונים הם פני הדברים בנוגע לפעילות שלה חשיבות חברתית וציבורית, כמו שירותי חינוך או שירותי בריאות. גם אם תימצא הצדקה כלכלית להפרטה של שירותים מסוג זה, עדיין לא יהיה זה נכון להוציאם מן התחום הציבורי, וחשוב יהיה להחיל על הספקתם נורמות ציבוריות של שוויון והגינות (גם מעבר למידה שעקרונות אלה מחייבים במשפט הפרטי, חרף ההתפתחויות בו).

מבחינת פעילותן של הרשויות בתחום המשפט הפרטי, מדיניות ההפרטה אמורה להביא לגידול במספרן ובהיקפן של ההתקשרויות החוזיות בין השלטון לגורמים פרטיים. ההפרטה מתבצעת על-פי רוב באמצעות חוזים – חוזים למכירת נכסים של הרשויות או חוזים נמשכים עם קבלנים. חוזים אלה יהיו בדרך-כלל תולדה של מכרזים, שיהיו גדולים

100. להגדרות השונות של המושג "הפרטה" ראו יצחק כ"ץ, הפרטה בישראל ובעולם (הוצאת פקר, 1997), 23-30. ההגדרה המשמשת במסגרת הדיון בהפרטתן של חברות ממשלתיות מופיעה כיום בסעיף 1 של חוק החברות הממשלתיות (לעיל, הערה 52) בעקבות חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 7), תשנ"ג-1993, ס"ח 162.

ומתוחכמים יותר, כדי שההפרטה אכן תשיג את מטרתיה - בין מבחינת התשלום הראוי לממשלה המוכרת את נכסיה בין מבחינת ביצועם הראוי של השירותים הניתנים לציבור על ידי קבלנים וזכיינים מטעם השלטון.

במישור השלטוני, ההפרטה תחייב את הגברתו של הפיקוח שמפעילות רשויות המינהל על פעילותם הכלכלית של גופים פרטיים. כאשר יותר ויותר פעולות חיוניות למשק ולחברה מופקדות בידיהם של גורמים פרטיים, ההצדקה לפיקוח השלטוני גוברת. מבחינות רבות בעלות ממשלתית היא תחליף לרגולציה,<sup>101</sup> וממילא, כאשר זו אינה קיימת, הרגולציה הופכת להיות סוגיה מרכזית לדיון. התוצאה הצפויה היא התערבות שלטונית מוגברת במערכות-יחסים פרטיות לכאורה, למשל: בין זכיינים של שירותים ציבוריים חיוניים לבין הנוקקים לשירותים אלה. במלים אחרות: הזכויות במערכת הפרטית לכאורה תהיינה, יותר מאשר בעבר, תולדה של משטר הפיקוח המינהלי. כתופעת-לוואי של התפתחות זו תחזור ותתעורר הבעיה של אחריות הרשות בנוזקין בגין התרשלות בפיקוח על פעילות כלכלית של גופים פרטיים.

Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform* (Harvard University Press, 1982), 181-183.  
Cambridge, Massachusetts, 1982).

---

---