

עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם

יואב דותן*

א. הצגת הבעיה. ב. התפתחויות בדין הקיים. ג. תחולה עקיפה על יחסים בין פרטים. ד. תחולה ישירה על יחסים בין פרט לבין רשות מינהלית. ה. דיני הפיצויים המינהליים במשפט הצרפתי. ו. סיכום.

א. הצגת הבעיה

האם קיימת במשפט הישראלי האפשרות להגיש תובענה לסעד כספי בבית-משפט רגיל, כאשר התובענה נסמכת על עילת תביעה שמקורה בדיני המשפט הציבורי; או שמא חייב התובע, כדי לזכות בסעד כזה, להוכיח אחת מעילות התביעה המוכרות במשפט הפרטי?

אבהיר את השאלה באמצעות הדוגמה הבאה: ראובן צועק ומפריע לתהלכה שעורך שמעון, ובכך פוגע בחירותו להפגין. לוי השומר עומד מנגד ואינו מונע מראובן מלפגוע בחירותו של שמעון. האם יוכל שמעון להגיש תובענה כספית כנגד ראובן, לוי והמדינה – מעבדתו של לוי – בגין הפגיעה בחירותו? האם תובענה כזו חייבת להיות נסמכת על עילת תביעה מיכרת בדין האזרחי וכגון אחת העוולות המעוגנות בפקודת הגזיקין [נוסח חדש], או שמא יש להכיר בזכותו של שמעון לפיצויים ישירות מעצם הפגיעה בחירותו, וללא תלות בתנאים הנדרשים כדי לבסס עילת תביעה אזרחית, כגון עילה לפי פקודת הגזיקין?

קבלת האפשרות האחרונה פירושה כי בירי שמעון מצויה עילת תביעה עצמאית: הפרת חירות ההפגנה שלו, המאפשרת לו לזכות בסעד של פיצוי כספי, גם אם לא התקיימו באותו מקרה נסיבות המקימות לו עילת תביעה כלשהי על-פי דיני הגזיקין האזרחיים המוכרים.

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

ניתן להרחיב ולהציג את השאלה כך: האם לעקרונות מן המשפט הציבורי (במקרה זה: חירות ההפגנה) עשויה להיות במקרים מסוימים תחולה ישירה במשפט הפרטי, או שמא ניתן להחיל אותם רק באופן עקיף, דרך המסגרות המוכרות של המשפט הפרטי?¹

ב. ההתפתחויות בדין הקיים

העיסוק בעילת התביעה "הציבורית" היה עד לאחרונה מצומצם ביותר בפסיקת בתי-המשפט בישראל.² אולם לאחרונה חלו התפתחויות בשלושה תחומים של המשפט הציבורי בישראל, שהשפעתן המצטברת מחוקת את האפשרות להכיר בקיומן של עילות ציבוריות. ההתפתחות החשובה הראשונה היא "המהפיכה החוקתית" הפוקדת את שיטתנו המשפטית. עם קבלתם של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוענק לכמה וכמה זכויות אדם מעמד על-חוקי.³ עיגון החירויות האלו בחוק והעלאת מעמדן הנורמטיבי, מעלה על הפרק את השלכותיהן על המשפט האזרחי הן במישור היחסי בין בני אדם פרטיים והן ביחס לאפשרות להרחיב את מעגל הסעדים על הפרת הזכות ביחסים שבין הפרט לרשויות המינהל.⁴

המישור השני שבו חלו לאחרונה התפתחויות חשובות, הוא סמכות השיפוט בעניינים מינהליים. בשנים האחרונות הולכת וגוברת הנטייה להעביר עניינים מינהליים מבג"ץ אל בתי-המשפט האזרחיים. עקב כך תובענות רבות, שעילתן במשפט הציבורי, מובאות כיום בפני בתי-המשפט האזרחיים ולא בפני בג"ץ.⁵ בעוד שבבג"ץ מתמצית ההגנה על זכויות הפרט במתן צווים וסעד הפיצוי על "מעשה עשוי" הוא שיורי ונדיר, בבתי-המשפט הרגילים פיצויים הם סעד עיקרי הניתן דרך שגרה. גם ההליך של בית-המשפט האזרחי

1. כניסוחו של השופט ברק ע"א 294/91 חברת קדישא גחשא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 530; ראו גם א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהוטר על המשפט הציבורי (1993) 163.
2. פסק-דין שפתח פתח לאפשרות כזו היה בג"צ 101/74, 102 בינוי וסיתח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כח (2) 449. לתיאור ההשלכות של פסק-דין זה על המשפט הישראלי ראו ד' ברק-ארוז, "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 35.
3. ראו א' ברק (לעיל, הערה 1) 166.
4. מגמות כאלו קיימות בשיטות משפט רבות שבהן חירויות היסוד מעוגנות בחוקה. לסקירה השוואתית מקיפה בעניין זה ראו א' ברק, שם, 180 ואילך.
5. התהליך וסיבותיו מתוארים במאמרה של ברק-ארוז (לעיל, הערה 2), וכן אצל י' זמיר, "מכרזים ציבוריים בבית-המשפט האזרחי", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 197. ראו גם בג"צ 991/91 ססטרנק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מה (5) 50; בג"צ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי "בית רבקה" ואח' נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל ואח' (טרם פורסם); בג"צ 4306/93 חלפון ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, תל-אביב, (טרם פורסם). על בג"צ 4303/93 ראו י' זמיר, "ענייני תכנון ובנייה – לבית-המשפט האזרחי", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 257.

מותאם מבחינת אופיו והכלים העומדים לרשותו להכריע בדבר אחריות משפטית לגבי מה שנעשה בעבר, להעריך נזקים ולחשבו. לרשות בית-המשפט האזרחי, הדין בעניין מינהלי, עומדים איפוא כלים וסעדים שאינם עומדים לרשות בג"ץ.⁶ גם עובדה זו מעוררת את השאלה: מהם המסגרות המהותיות (דהיינו, הדינים והעילות) שבגינן יעשה שימוש בכלים אלה?

ההתפתחות השלישית, המשליכה על נושא הדיון, היא פסק-דינו החדש של בית-המשפט העליון בע"א 700/89 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ ואח'.⁷ בפסק-דין זה הכיר בית-המשפט העליון בכך שמי שנמנעה ממנו, שלא כדון, וכייה במכרו, זכאי לפיצויים מלאים על אוברן הרווח הצפוי מביצוע העבודה. והחשוב ביותר, לענייננו, הוא שהוכח לפיצויים הוכרה על-ידי בית-המשפט העליון על בסיס העילה המינהלית, שנוצרה בפסיקה קודמת של בית-המשפט בפסק-הדין הידוע בעניין בינוי ופיתוח.⁸ כדברי השופט חשין:

דרוקר [המשיבה] זכאית לפיצוי בגין אותו חוזה שנשלל ממנה, ועילתה היא מתחום המשפט המינהלי אשר עקרונותיו התנחלו – ולימים אף יכו שורש – בבית המשפט האזרחי.⁹

פסק-הדין בעניין מליבו מעורר בכל עוזן שאלות אחרות ביחס למעמד ולהיקף של עילת התביעה הציבורית במשפט הישראלי: האם יש לראות את ההכרה בעילה המינהלית שם כדין מיוחד לריני המכרזים, או שמא יש בכך פתח לפיתוח עילות ציבוריות נוספות? מהם התחומים שבהם יש מקום (אם בכלל) לפיתוח עילות כאלו במסגרת תובענות המובאות בפני בתי-המשפט האזרחיים? ומהם השיקולים שצריכים להנחות את בתי-המשפט, שעה שהם נדרשים להכריע בסוגיה מעין זו? שאלות אלו דוחקות במיוחד משום שני המישורים האחרים של ההתפתחות שתוארו לעיל, ובמיוחד על רקע ההתפתחות במשפטנו החוקתי.

6. דיון נרחב בסוגיית הפיצויים, כפועל יוצא של העברת השיפוט מבג"ץ לבתי-המשפט האזרחיים מצוי אצל ברק-ארז (לעיל, הערה 2). ראו גם י' זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (1975) 80 ואילך.

7. ניתן ביום 17.3.93 (טרם פורסם).

8. לתיאור התפתחות הדין בעניין זה ראו אצל ברק-ארז (לעיל, הערה 2) סעיפים ד-ה.
9. פסקה 32 לפסק-הדין. לצד העילה המינהלית קבע בית-המשפט כי עומדת לזכות המשיבה גם עילת תביעה אזרחית מכוח "החוזה הנספח", שיוצר הליך המכרז עצמו (פסקות 33-34 לפסק-הדין). כמו כן העלה בית-המשפט את האפשרות כי לזכות הנפגע מהפרת כללי המכרז יעמדו גם עילות נוספות שיקנו לו סעד של פיצויים בשיעור הרווח הצפוי, וגם עילת תביעה מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ועילת תביעה בנויקין (פסקה 35 לפסק-הדין).

למראה השלב הראשוני, שבו מצוי הדין בנושא זה אצלנו, דומה שלא ניתן להשיב תשובה כוללת ומלאה לשאלות אלו. עם זאת ניתן להצביע על שיקולים כלליים אחרים, הצריכים להנחות את בתי-המשפט בנושא זה. הטענה המרכזית היא שהבחירה בין דגם התחולה הישירה לבין דגם התחולה העקיפה צריכה להיות תלויה, בראש וראשונה, במיחות הצדדים הנוגעים לעניין: בעוד שבמישור היחסים שבין בני אדם פרטיים לבין עצמם יש שיקולים כבדי משקל להימנע מפריצת המסגרות של המשפט הפרטי, ביחסים שבין הפרט לבין הרשות הציבורית אין מנוס מלהכיר, במקרים מסוימים, בעילות תביעה ציבוריות.

ג. תחולה עקיפה על יחסים בין פרטים

השאלה אם יש תחולה לנורמות מהמשפט הציבורי (כגון: עקרון השוויון, האיסור לפגוע בכבוד האדם וחירותו¹⁰ ועוד) על היחסים שבין אדם לחברו עדיין לא זכתה להכרעה ברורה בפסיקת בתי-המשפט.¹¹ אך גם אם תתקבל הגישה, המחייבת החלה כזו של עקרונות מהמשפט הציבורי על יחסים בין פרטים, עדיין אין פירוש הדבר כי תהליך זה צריך להתבצע מחוץ לכל הדינים והמסגרות הקבועות במשפט הפרטי עצמו. הטענה העיקרית כנגד יישום מרחיב מדי של הנורמות הציבוריות מעבר לתחום המחיה "הטבעי" שלהן – היחסים שבין הפרט לרשות השלטונית, היא שתהליך כזה מהווה, כשלעצמו, פגיעה בזכויות יסוד של הפרט שכנגדו נאכף העיקרון מהמשפט הציבורי, והוא בבחינת התערבות מוגזמת של הממסד השלטוני (המחוקק או בית-המשפט, הפועל בעניין זה כמחוקק) בענייניו של הפרט.

כך, לדוגמה, אם יקבע בית-המשפט כי עקרונות ההגנות והשוויון של דיני המכרזים הציבוריים יחולו גם על הליך התקשרות באמצעות פרסום מכרז על-ידי חברה פרטית, ניתן לטעון שיש בכך משום התערבות יתר בכללי המסחר של השוק החופשי ופגיעה בחופש ההתקשרות של בעל המכרז.¹²

10. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 4: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו, ועל כבודו". בהתאם לכך קובע חוק-יסוד: חופש העיסוק בסעיף 1: "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע, או משלח יד". ראו א' ברק (לעיל, הערה 1) 170-171.

11. ראו המחלוקת בין השופטים ברק ואלון בשאלה זו בפסק-דין בעניין קסטנבאום (לעיל, הערה 1) 529 ואילך ועמ' 514 לאותו פסק-דין.

12. ראו דעת המיעוט של השופטים שמגר וברק בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רכיב משה ושות' בע"מ ואח', פ"ד מג (1) 441, שלפיה אסור לבעל המכרז לנהל משא ומתן רק עם כמה מהמציעים במכרז, באופן הפוגע בשוויון שבין שאר המתחרים. ואולם הרוב בפסק-דין זה התליט כי אין להחיל את עקרון השוויון, ואתו האיסור לנהל משא ומתן רק עם כמה מהמציעים, על מכרז שפרסמה חברה פרטית.

להתערבות כזו יש השלכות שליליות במישור הכלכלי, משום שהיא עלולה להרתיע גורמים פרטיים מלהשתמש במכרו כאמצעי התקשרות בחוזים (ובכך יש משום פגיעה במבחר האמצעים העומדים לרשות הפרט, השואף לנצל במלואם את האפשרויות העומדות לרשותו, ועקב כך גם פגיעה ביעילות המשק בכללו.¹³ ניתן לטעון כי התערבות כזו היא גם לא לגיטימית, משום שהיא נעשית אגב "חקיקה שיפוטית", הפוגעת בציפיות הפרט המתקשר ובחופש ההתקשרות שלו.¹⁴

הטענות כנגד החלתן של נורמות "ציבוריות" ביחסים שבין אדם לחברו קיימות גם כאשר ההחלה נעשית בצורה עקיפה, דרך המסגרות הקיימות בדיני המשפט הפרטי.¹⁵ כך, לדוגמה, השאלה אם ראובן, המפריע לשמעון להפגין, יחויב לפצות את שמעון, עשויה להיבחן במסגרת עוולת הרשלנות שבפקודת הנוזיקין, על המגבלות וההסדרים הקבועים בפקודה, שהובהרו בפסיקה במשך השנים באשר להפעלתה של העוולה (תחולה עקיפה). ואולם, אם תתקבל ההשקפה כי לזכות ראובן קמה עילת תביעה "עצמאית", שאינה קשורה כלל בדיני הנוזיקין הקיימים (תחולה ישירה), תהיה בכך פריצת מסגרות לא רצויה ומיותרת. המסגרות הקיימות בדין האזרחי אצלנו הן רחבות וגמישות דיין כדי לקלוט נורמות מן המשפט הציבורי. הן כוללות "מושגי סתום" רבים, כגון: "תום-לב", "רשלנות", "תקנת הציבור" וכיוצא באלה. מושגים אלה מאפשרים לעשות איזון בין הנורמות הללו (לאחר קליטתן) לבין ערכים מתנגשים אחרים (כגון חופש התקשרות מסחרית). תהליך איזון כזה נעשה באמצעות הכלים שמעמיד הדין הפרטי לרשות בית-המשפט.¹⁶ כאמור, ניתן לטעון כי גם הליך האיזון השיפוטי המתואר עשוי להיות לא רצוי בהקשרים מסוימים (כגון לגבי התערבות, בחופש ההתקשרות של הצדדים בעסקה מסחרית). אך הכרה באפשרות להחיל נורמות אף מחוץ למסגרות הרחבות הללו, עלולה להגביר עוד יותר את הפגיעה ביציבות הדין ובציפיותו (שהם שיקולים מרכזיים בכל הנוגע לתחום המשפט הפרטי),¹⁷ וליצור שיבושים ואי התאמות במשפט הפרטי.¹⁸ עקב

13. Jackson & Korman, "Secured Financing and Priorities among Creditors" 88 Yale L.J. (1979) 1143, 1147-1148. ניתן להציג את השקפת שופטי המיעוט בעניין בת יולט, כמתייחס אך ורק לפרשנות של ציפיות הצדדים למכרו (ראו דברי השופט ברק במאמרו, לעיל הערה 1, עמ' 485-486) אך בכך לא יהיה כדי לשנות הרבה את המסקנות המובאות בטקסט. זאת משום שעצם קביעה שיפוטית כזו, אפילו היא מובאת כקביעה פרשנית, העשויה להיות תלויה בנוסח הנאי המכרו, עדיין עלולה להרתיע גורמים בשוק הפרטי מלעשות שימוש כלשהו במכשיר של מכרו, דבר שיוביל, כאמור, לתוצאות השליליות המתוארות.

14. כדברי השופט אלון (לעיל, הערה 11) 477.

15. ויוכיח המקרה של פסק-הדין בית יולט, שבו התבססה דעת המיעוט על הטענה שעקרון השוויון במכרו פרטי נובע מעקרון תום-הלב בדיני החוזים.

16. ראו א' ברק, (לעיל, הערה 1) 193-196.

17. ראו D.J. Galligan, Discretionary Powers (Oxford, 1986) 85-99.

18. דוגמה לשיבושים כאלה היא ההלכה שנפסקה בע"א 140/53 ארמה נ' לוי, פ"ד ט 1666,

גמישותן הרבה של המסגרות הקיימות במשפט הפרטי, דומה כי קשה למצוא צידוק לתחולה ישירה של נורמות מן המשפט הציבורי על יחסים בין בני אדם פרטיים.

ד. תחולה ישירה על יחסים שבין הפרט לבין רשות מינהלית

שאלת ההכרה בעילות מהמשפט הציבורי בתובענות "אזרחיות" קיימת גם כאשר אחד הצדדים בתובענה הוא רשות שלטונית. ואולם דומה כי השיקולים שצריכים להכריע במקרה כזה שונים בתכלית מאלה שנדונו בסעיף הקודם. טענתי היא כי השימוש בכללי המשפט הציבורי ובטענות הלקוחות מהמשפט הציבורי בתובענות כספיות כנגד רשויות מינהל, עשוי להיות לגיטימי ורצוי ובמקרים מסוימים אף הכרחי.

אקדים הבהרה באשר למהות ולמקור של חלק ניכר מ"העילות הציבוריות" הללו. כאשר שמעון (בדוגמה שהובאה בפתח המאמר) תובע את המשטרה בגין עמידתה מנגד בעת שנפגעה חירותו להפגין, תובענתו נסמכת על עילה המוכרת בדין שלנו: חירות ההפגנה, שממנה נובעת חובתה של המשטרה למנוע מהמון מתפרע להטיל "וטו" על הבעת דעה חופשית מצד המפגינים.¹⁹ אין כאן כל חידוש של יצירת עילה חדשה בידי בית-משפט (בניגוד למצב שנדון בסעיף הקודם). החידוש הוא רק בכך שבית-המשפט האזרחי מעניק לתובע טעד של פיצויים בגין הפרת החובה המוכרת בדין.²⁰

זאת ועוד, גם כאשר בית-המשפט מכיר בעילה חדשה העומדת לזכות האזרח, אין בכך בהכרח משום "פריצת מסגרות" הקיימות בדין המינהלי, אלא להיפך, הדבר עשוי להיות תוצאה טבעית ומתבקשת של קיום מסגרות המשפט הציבורי עצמו. טלו, לדוגמה, את הכלל שלפיו רשות מינהלית רשאית, כשיש צורך ציבורי חיוני, להשתחרר מחוזה שכרתה.²¹

מימוש זכות ההשתחררות של הרשות עלול לגרום נזק לצד שהתקשר עמה, ועקב כך מתעוררת שאלת זכותו לפיצוי. הכרה שיפוטית בזכות כזו אינה יכולה להיעשות על-פי

שבו הכיר בית-המשפט בעילה "מעין נזיקית" העומדת לרשות מי שנפגע ממתן רשיון בנייה שלא כדין לשכנו, וזאת במקום לנסות ולהגיע לתוצאה דומה דרך המסגרות הקיימות של דיני הנזיקין (השוו ע"א 416/58 ג'רעון נ' סלימן, פ"ד יג 916, 921). להתפתחות בעניין זה ראו י' זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (לעיל, הערה 6) 51-55.

19. בג"צ 148/79 סער ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח', פ"ד לד (2) 169; בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לה (2) 293, 404-412.

20. נקודה זו הודגשה גם בפסק-דינו של השופט חסין בעניין מליבו (לעיל, הערה 7) כדבריו: "הלך הסעד אחרי הזכות", עמ' 27 בפסקה 32 לפסק-הדין. וראו גם ברק-ארז (לעיל, הערה 2) סעיף ה.

21. בג"צ 311/60 י' מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 1989; בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב ואח', פ"ד מ (2) 393.

הדין החוזי הרגיל, משום שההשתחררות אינה הפרה של החוזה וממילא לא קמה זכותו של המתקשר לפיצוי בשל הפרת החוזה.²² ואולם גם עצם האפשרות להשתחרר אינה חלק מהדין החוזי הכללי. אין היא אלא מאפיין מיוחד של החוזה השלטוני, שעוגן בפסיקת בית-המשפט העליון. ההכרה בזכות לפיצויים היא תוצאה טבעית ומתבקשת של ההכרה בזכות להשתחרר. היא מגשימה איזון נאות בין אינטרס הכלל לאינטרס הפרט, ואין כל מניעה שיעשה על-ידי בתי-המשפט. הפה שהתיר לרשות המינהלית להשתחרר מהחובה בנסיבות מסוימות, הוא זה הצריך להכיר בזכותו של הפרט המתקשר לפיצוי נאות באותן נסיבות.²³ טענות נוספות לטובת אקטיביזם שיפוטי בהכרה בזכות האזרח לסעד של פיצויים על סמך עילות מהמשפט הציבורי מבוססות על המאפיינים של המשפט בישראל. ככלל, ניתן לומר כי ספר החוקים שלנו חסר ביותר בכל הנוגע לתחום של אחריות רשויות השלטון בתחום האזרחי. אין אצלנו דבר חקיקה, המסדיר באופן כולל את סוגיית חווי הרשות.²⁴ העקרונות המיוחדים לחוזים אלה פותחו בפסיקת בתי-המשפט, כאשר הדין החוזי הכללי משמש להם כנקודת מוצא.²⁵ גם כאשר קיימים הסדרים סטוטוריים מיוחדים לגבי רשויות המינהל (כגון אלו המתייחסים לאחריות רשויות המינהל ושלוחתיהן בנוזיקין ולחסינויותיהם), הרי הם בדרך כלל מקוטעים, חסרים ואנכרוניסטיים במידה רבה.²⁶ נחזור לתובענתו של שמעון, המפגין כנגד המדינה – מעבידתו של לוי השוטר. אם יבקש שמעון למצות את סעדיו כנגד המדינה בדרך של תובענה נזיקית, ייתקל בכמה וכמה דינים המגבילים אפשרות כזו. על-פי חוק הנוזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, המדינה חסינה כנגד כל תובענה שאינה כרוכה ברשלנות.²⁷ הוראה זו

22. ג' שלו, *חחי רשות בישראל* (1985) 109-110; ד' ברק, *האחריות החוזית של רשויות המינהל* (1991) 175.

23. ראו דיון במצב הדין הצרפתי בסוגיית השתחררות, להלן בסעיף ה.

24. ראו א' פוזנר, "חוק החוזים המינהליים – כורח המציאות" *משפטים* יב (תשמ"ג) 506. גם בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, אין התייחסות של המחוקק לסוגיית הפיצויים, והעניין מושאר להסדרה באמצעות פסיקת בתי-המשפט.

25. הכוונה לעיקרון הדואליות הנורמטיבית הידוע. ראו בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 *מיקרו דף ג' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח'*, פ"ד מא (2) 449, 461-463. וכן ד' ברק (ולעיל, הערה 22) 33 ואילך.

26. פקודת הנוזיקין [נוסח חדש] סעיפים 6, 7, 8; חוק הנוזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952. לדוגמות לחוסר ההתאמה בין התיקונים השונים בתחום זה ולשיבושים שהדבר גורם ראו, למשל, ע"א 507/79 סעיף 7ב לחוק הנוזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952. דוגמה נוספת לחוסר, לא מוצדק, בעניין זה היא העובדה שהמדינה בשלוחיה חסינים בנוזיקין מכל פעולה מעוללת, שאינה רשלנית. היינו, רשויות המינהל נהנות מחסינות רחבה כנגד תובענה בגין העוולות הנקובות בפקודת הנוזיקין, למעט עוולת הרשלנות. ראו בעניין זה הדיון להלן.

27. חוסר האפשרות לתבוע את המדינה, שלא בשל התנהגות רשלנית, נובע גם מהוראת סעיף

מונעת מן התובע לנצל כלים אחרים, חוקים יותר, שדיני הנזיקין הכלליים מעמידים לרשותו, כגון העוולה של הפרת חובה הקוקה.²⁸ ואמנם, השאלה אם במצבים מעין אלו יש מקום להעמיד לרשות התובע את מלוא הכלים של דיני הנזיקין, היא שאלה נכבדה המחייבת לשקול שיקולי מדיניות מורכבים. אך הדין הקיים שולל על הסף את האפשרות שבית-המשפט יתחיל בתהליך שקילת האינטרסים ואיזונם ומכדיע מראש לטובת המדינה ונגד האזרח התובע. נוצר איפוא מצב שבו המדינה נהנית מיתרונות בולטים בתחום דיני הנזיקין בהשוואה לכל נתבע אחר.

מצב דברים זה לקוי מכמה בחינות: ראשית, יש כאן פער לא מובן בין חוק העילה הציבורית המשמשת בסיס להענקת סעדים של ציווי, לבין מעמדה כמבססת עילה של פיצוי כספי. פער זה אינו רצוי גם משום שסעד הפיצויים מאפשר לחלק באופן גמיש יותר את משא הנטלים בין הצדדים, ומאשר סעד של ציווי באיזון האינטרסים שנעשה בין הפרט לבין הרשות המינהלית.²⁹ שנית, קשה להבין מדוע רווקא בתחום היחסים שבין הפרט לבין הרשות השלטונית נשללת מבית-המשפט במקרים רבים האפשרות להיות הגורם שיאזן בין האינטרסים של הצדדים, ויצור את הדין בדרך של פיתוח הדרגתי. ההתנגדויות להתערבות שיפוטית יוצרת, בתחום היחסים המשפטיים בין אנשים פרטיים, אינן חלות על מערך היחסים שבין הפרט לבין הרשות: החשש מפני פגיעה בחופש ההתקשרות או מפני יתר רגילציה של פעילות מסחרית אינו רלוונטי, משום שחופש ההתקשרות של הרשות

71 (א) לפקודה, המעניקה לשוטר, כעובד מדינה, חסינות על כל מעשה שעשה בתחום סמכותו כדין או שעשהו בתום-לב כסבור שהוא פועל בתחום סמכותו כדין ושאינו רשלני. החסינות המוענקת לשוטר מונעת אפשרות להחיל אחריות באופן שילוחי על המדינה. השוו 'י דותן, "האחריות הנזיקית של עובד ציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת" משפטים טו (תשמ"ה) 245, 255-257.

28. סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. התובע יכול אמנם לתבוע את המדינה בעוולה של הפרת חובה חקוקה, אך זאת רק בתנאי שיוכיח כי התנהגות השוטרים היתה נגועה בהתרשלות וקרי, בהתנהגות החורגת מסמנדרט סביר, ולהבדיל מהוכחת יסודות עוולת הרשלנות. ראו ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לח (3) 337, 345; ע"א 211/82 ננס נ' פלורו, פ"ד מ (1) 210, 218. הדישה זו נוטלת למעשה את העוקץ מהיכולת לעשות שימוש יעיל בעוולה של הפרת חובה חקוקה, שיסוד ההתרשלות אינו נמנה, באופן רגיל, עם יסודותיה. מניעה נוספת לתבוע בעוולה שהפרת חובה חקוקה במקרה הנדון נובעת לכאורה מהעובדה שחירות ההפגנה לא עוגנה עד כה במשפטנו בחיקוק, ולכן, למרות חשיבות הזכות במישור הציבורי, אין היא מוגנת במישור הנזיקי על-ידי העוולה האמורה. השוו דותן (לעיל, הערה 27) 283-285.

29. האנומליה שבמצב בולטת עוד יותר בשל העובדה שבחקיקה בתחום אחריות המדינה בולטת דווקא הכוונה - אם בכלל ניתן לייחס למחוקק שיצר את החיקוקים השונים כוונה כלשהי - להקשות על מתן סעדים של ציווי כנגד המדינה ורשויותיה. ראו סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, השולל את סמכותו של בית-משפט רגיל לתת צו עשה או צו לא-תעשה כנגד המדינה.

המינהלית הוא ממילא מוגבל, ופעילותה הכלכלית ממילא אינה כפופה אך ורק לכוחות השוק החופשי; גם הטענה כי אקטיביזם שיפוטי עלול לפגוע ביציבות הדין ובציפיותו אינה נהנית בתחום המשפט הציבורי מהעוצמה המתלווה אליה בתחום המשפט הפרטי.³⁰ זאת ואוד, דווקא הרשות המינהלית נהנית מעמדה נוחה מאוד בכל הנוגע לקידום פני החשש מפני התערבות שיפוטית העלולה לסכן אינטרסים חיוניים שלה. זאת משום שהרשות, במקרה של פסיקה "שלא ניתן לעמוד בה", יכולה בקלות יחסית לזווג הליכי חקיקה שיתקנו את המעוות, ומרחב הפעולה שלה בהקשר זה גדול הרבה יותר משל מגזר פרטי כלשהו הנפגע מפסיקה כזו.

המסקנה המתבקשת היא שבתחום זה של המשפט הציבורי, רצוי שבת-המשפט יפגינו גישה אקטיביסטית באשר להכרה באחריות רשויות המינהל כלפי הפרט וחיוכם בתשלום פיצויים, כאשר הנסיבות העובדתיות ושיקולי המדיניות תומכים בפסיקה כזו. לעתים ניתן לעשות זאת בעזרת הכלים שהחקיקה בנושא זה מעמידה לרשות בית-המשפט,³¹ אך במקרים שהחוק החרת אינו נותן פתרון נאות, בית-המשפט רשאי להפגין יצירתיות על-ידי גזירת סעד פיצויים מעילה שמקורה במשפט הציבורי המהותי (כפי שנעשה בעניין מליבו).

יתרה מזו, קיימים מצבים, שבהם אין מנוס מכך שבית-המשפט לא רק יעניק לתובע את הרשות המינהלית סעד של פיצויים בגין הפרת חובה קיימת בדין המינהלי המהותי, אלא גם ייצור כלל מהותי חדש במשפט המינהלי, על מנת להסמיך עליו סעד של פיצוי.³² המצבים המעוררים צורך כזה בצורה החריפה ביותר הם אלו שבהם יש מקום לפצות את הפרט, למרות שאין כל אשם בפעולה המינהלית. כך לדוגמה, במקרה שבו המינהל משתמש בזכותו הלגיטימית להשתחרר מחוזה שלטוני; או במקרה שבו נושא הפרט בנוק בשל מעשה שנעשה לטובת הכלל, אך אין שום חוק חרות המעניק לו זכות לפיצויים. במצבים כאלה מתעוררת שאלת האחריות המינהלית אך ורק בהקשר של סוגיית הפיצויים, וזאת מבלי שניתן להצביע על הפרת חובה כלשהי מתחום המשפט הציבורי על-ידי

30. ראו גליגן, לעיל, הערה 17.

31. דוגמה טובה לכך יכולה להיות הפיתוח המהיר של אחריות רשויות המינהל בנויקין במסגרת עוולות הרשלנות בפסיקת בית-המשפט העליון, ראו ע"א 862/82 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לה (3) 337; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113; ע"א 209/85 עיריית קריית אתא נ' אילינקו, פ"ד מב (1) 190; ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני-ברק, פ"ד מג (3) 343.

32. השוו עם ברק (לעיל, הערה 1) 205, הטוען כי במקרים שבהם הכלים הקיימים במשפט הפרטי אינם מספקים פתרון נאות לקליטת נורמות המשפט הציבורי, יש לפתח כלים חדשים כאלה, במסגרת המשפט הפרטי. כדבריו: "אם...דין של דוקטרינות...של המשפט הפרטי קצרה מלהושיע, יש ליצור דוקטרינות חדשות של משפט פרטי, אשר ישמשו מנוף להתדרת זכויות האדם החוקתיות למשפט הפרטי. כך נשמר העיקרון של הכלים השלובים והמעבר (העקיף) (ההדגשה שלי) של זכויות האדם החוקתיות אל תוך המשפט הפרטי."

הרשות. דומה שבמקרים אלה יש מקום להיוקק לתפיסה של "תחולה ישירה", באופן שיאפשר פיתוח פסיקתי של כלל מינהלי מיוחד, כדי להעניק לפרט סעד של פיצויים.³³ למתקשה להשתכנע שבת-המשפט שלנו יכולים וצריכים לפתח את דיני הפיצויים במשפט הציבורי, ממש כשם שהשכילו לפתח את הדין הציבורי הכללי, וכתוצאה נגזרת מעקרונותיו המהותיים, מוצע שיפנה מבטו אל שיטת המשפט המינהלי בצרפת. המשפט המינהלי בצרפת דומה למשפט בישראל מבחינות מסוימות. כמו בישראל, הדין המינהלי בצרפת נוצר ופותח - ברובו - באמצעות פסיקת בתי-המשפט המינהליים. בתי-המשפט הכירו ברבים מן ה"עקרונות הכלליים" (principes generaux du droit) של המשפט הציבורי, לרבות עקרון השוויון,³⁴ חופש המצפון,³⁵ איטור רטרואקטיביות של פעולות מינהליות ועוד.³⁶ כמו בישראל, המעמד הנורמטיבי של העקרונות האלה מאפשר להם לגבור על פעילות מינהליות (לרבות חקיקת משנה) אך נסוגים בפני חקיקה ראשית.³⁷

עקרונות אלה של המשפט הציבורי שימשו בסיס לבתי-המשפט המינהליים לפתח הלכות לגבי חובת הרשות לשלם פיצויים לפרט, שנפגע עקב פעולה מינהלית. החובה לתשלום פיצויים (במישור החוזי וגם במישור הנזיקי) פותחה הן לגבי מצבים שבהם יש אשם בהתנהגות המינהלית (קרי, היא מהווה הפרה של החוזה עם המתקשר הפרטי, או שהיא כרוכה ברשלנות, בהפרת חובה שבדין וכיוצא באלה במישור הנזיקי), אך גם לגבי מצבים מסוימים, שבהם התנהגות המינהל לא היתה כרוכה באשם (היינו, בהשתחררות חוקית מחוזה, או בפעולה שאינה מהווה הפרה של דין כלשהו, אך בכל זאת גרמה נזק לתובע).

במישור הנזיקי המינהליים פותחה ההכרה בחובת הרשות לשלם פיצויים ללא אשם, בין השאר, מכוח עקרון השוויון. תפיסה זו גורסת כי כאשר הפעולה המינהלית, הנעשית לטובת הכלל, גורמת לפגיעה בפרט, נזקו של הפרט צריך להתחלק, מכוח עקרון השוויון, בין כלל האזרחים, וזאת על-ידי מתן פיצוי לפרט מקופת הציבור. בשל תפיסה זו הוכרה,

33. בעבר הבעתי את הדעה כי עיגון הכלל המשפטי של אחריות מינהלית ללא אשם מחייבת התערבותו של המחוקק (ראו, דותן, לעיל, הערה 27, עמ' 257). אלא שההתפתחויות במשפטנו המינהלי, אוולת ידו של המחוקק בעניין זה בעשור השנים שעברו מאו נכתבו הדברים, והתוודעות לעמדת המשפט המינהלי הצרפתי (ראו להלן) הובילו אותי לשנות את דעתי בעניין.

34. C.E. Sect. 9.5.51, Societe des Concerts du Conservatoire, Rec. 151 וראו גם M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolve, B. Genevois, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (9e ed., 1990) 453 et seq.

35. Ass. 1.4.49, Chaveneau, Rec. 161.

36. C.E. Sect. 9.3.51, Societe du Journal L'Aurore, Rec. 289 וראו לונג (לעיל, הערה 30) 400 ואילך.

37. F. Dreyfus & F. D'arcy, Les Institutions Politiques et Administratives de la France (Economica, 3e ed., 1989) 158.

למשל, זכותם לפיצויים של מי שנפגעו פגיעה כלכלית עקב עבודות ציבוריות שבוצעו בשכנות למקום מגוריהם או עסקם, או בשל פעולה מינהלית (כגון שינוי בסדרי התנועה) שפגעה במקור הכנסתם.³⁸

לא למותר לציין כי התפיסה של פיצויים ללא אשם מכוח עקרון השוויון קיבלה גושפנקה במשפטנו. בפסק-דינו הירוע של בית-המשפט העליון בבג"צ 101/74, 102/74, בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון ואח',³⁹ סקר השופט ברנזון את הדין הצרפתי, ובהשראתו הוכרה האפשרות להעניק פיצויים בבג"ץ לעותרת. אולם, אף שבמקרה זה אכן דובר בנסיבות שבהן התנהגות הרשות היתה ללא אשם (קרי: ביטול כרו, שהעותרת זכתה בו, כדי לחסוך בהוצאה הציבורית), לא מוצתה האפשרות לפתח עיקרון זה בפטיקה מאוחרת יותר.⁴⁰

בתחום החוזים המינהליים הכיר הדין הצרפתי בזכותה של הרשות המינהלית, כשיש צורך ציבורי המחייב זאת, לשנות את תנאיו של החוזה השלטוני או להשתחרר ממנו כליל. ואולם, כפועל יוצא של הזכות האמורה של המינהל הוכרה זכותו של הצד השני לקבל פיצויים על נזקיו. הפיצויים בעקבות ההשתחררות כוללים, במקרים מסוימים, לא רק את המרכיב השלילי (בגין הפסד הוצאות) אלא גם את המרכיב החיובי של אובדן הרווח הצפוי מהחוזה שפקע.⁴¹ גם בתחום זה, פיתוח הדינים לגבי חוזים מינהליים בכלל, וסוגיית ההשתחררות והסעדים בנינה בפרט, היא תוצר מובהק של פיתוח עצמאי של בתי-המשפט המינהליים בצרפת.⁴²

38. R. Chapus, *Droit Administratif General* (Tome 1, Montchrestein, 5e ed., 1990) 920, 921-932. מקור נוסף לחובה לשלם פיצויים ללא אשם הוא כאשר פעולות המינהל הציבורי יוצרת סיכון, ראו שם, 903 ואילך. ראו גם Brown & Garner, *French Administrative Law* (Oxford, 4th ed., 1993).

39. פ"ד כח (2), 449, עמ' 457-458.

40. על התפתחות הדין בעניין זה ראו ברק-ארז (לעיל, הערה 2) סעיפים ד וז. ראו גם צ' ברנזון, "בג"צ כפוסק פיצויי נזיקין", ספר יצחק כהן (1989) 280, 281.

41. A. de Laubadere, F. Moderne, P. Delvolve, *Traite des Contrats Administratifs* (Tome 2, L.J.D.A., 2e ed., 1984) 669-670 (לעיל, הערה 38) 817, 820; לונג (לעיל, הערה 34) 141.

42. J.D.B. Mitchell, *The Contracts of Public Authorities* (London, 1954) 164-166. הבסיס העיוני להכרת הסמכות לשנות את חוזה הרשות ולהתאימו לצורכי הציבור הוא "עיקרון כללי" נוסף של המשפט המינהלי בצרפת: חובתה של הרשות המינהלית להמשיך, בכל תנאי, ולספק את השירות שעליו היא מופקדת לציבור, ראו מיטשל שם, 171-172, והשוו לונג (לעיל, הערה 34) 141.

1. סיכום

בתי-המשפט בישראל השכילו ליצור בהדרגה, אך גם בתנופה, את המשפט הציבורי שלנו בבחינת "יש מאין". אך מסיבות הקשורות בעיקר במסגרת שבה התנהל התהליך (קרי, בג"ץ) פותחו (כמעט) אך ורק דיני הציווי המינהליים.⁴³ דומה כי עתה, בד בבד עם העברת חלק ניכר מהשיפוט בעניינים מינהליים לבתי-המשפט האזרחיים, הגיעה השעה להתחיל לפתח באותה תנופה גם את דיני הפיצויים המינהליים. יש לקוות כי התקדים שנקבע בעניין מליכו יהיה אבן-פינה לבניין שעוד יבנה, ולא יושם הצידה כאבן שאין לה הופכין.

43. לתיאור התהליך ראו ברק-ארז, סעיפים ד, ה וז.