

תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי

מאת

פרופ' דניאל פרידמן *

האפשרות, שרשות ציבורית תבצע פעולות משפטיות שהן בגדר המשפט הפרטי מוכרת מקדמת דנא. המשפט הרומי הבחין בין אוצרו של הקיסר (Fiscus) לבין אוצר הממלכה (ararium), שנמצא בשליטתו של אותו קיסר, והבחנה בין פעולה של רשות ציבורית, הפועלת כשלטון, לבין פעולתה במישור המשפט הפרטי מוכרת עד היום בשיטות משפט רבות.¹

ראוי להדגיש, כי ההבחנה בין פעולותיה של הרשות במישור הפרטי לפעולותיה במישור הציבורי מוכרת בדין, הגם שבשני המקרים מדובר בפעילות המבוצעת על ידי הרשות לצורך תפקידה או בקשר אליו. נמחיש זאת על ידי דוגמא המתייחסת לאישיות משפטית טבעית, אשר הוענקו לה סמכויות במישור הציבורי ועם זאת היא מבצעת במסגרת תפקידה הציבורי פעולות שהינן בתחום המשפט הפרטי. כך, נניח שהוענק לאדם מעמד של Corporation Sole. במסגרת זו הוענקו לו סמכויות שלטוניות מסוימות דוגמת הסמכות לתת רשיונות או אף להפקיע רכוש. הפעלת סמכות שלטונית זו היא, כמובן, בגדר המשפט הציבורי. מאידך גיסא, עשויות פעולות אחרות של אותו אדם, אף אם נעשו בקשר לתפקידו, להיאר בתחום המשפט הפרטי, כגון, כאשר הוא רוכש מבנה לצרכי משרדו או שהוא מוזמין מונית שתסיע אותו לצורך עבודתו. בהקשר זה ראוי להצביע על ההבחנה בין הזמנת מונית או רכישת מבנה לצרכיו הפרטיים של אותו אדם לבין הזמנה או רכישת כאמור, הנעשים במסגרת תפקידו. זאת, אף כי בשני המקרים עשויה הפעולה המשפטית להכלל בגדר המשפט הפרטי. מפאת העדר מיון אחר נגדיר את הפעולות מן הסוג הראשון (רכישת לצורך פרטי-עצמי) כנכללות בגדר המשפט הפרטי הטהור.

פעילות כזו, במישור הפרטי הטהור, אפשרית כאשר הרשות הציבורית הינה אישיות משפטית טבעית, היינו כאשר אדם המשתייך לרשות המחוקקת (חבר כנסת), המבצעת (דוגמת שר) או השופטת, רוכש בכספו נכסים לו או לבני ביתו. מובן, כי לגבי אישיות משפטית מלאכותית, דוגמת מדינה או עירייה, היוגקת את כל קיומה מן המשפט הציבורי, קשה בכלל לתאר ביצוע עיסקה משפטית שתיכלל בגדר המשפט הפרטי הטהור, במובן דלעיל. שהרי בניגוד לאישיות משפטית טבעית, קשה להניח שיש לגוף ציבורי דוגמת

* ברצוני להודות לפרופ' ז' זמיר על הערותיו לכתב היד של מאמר זה.
1 ראה קלינגהופר, משפט מינהלי, עמ' 114 ואילך.

תחולתן של חובות על רשות ציבורית

עירייה צרכים שאין להם כל קשר לתפקידה². מאידך גיסא, עשויה גם אישיות משפטית מלאכותית לבצע, בקשר לתפקידה, פעולות שהינן בגדר המשפט הפרטי. לאור האמור לעיל, ננסה למיין את פעולותיה המשפטיות של רשות ציבורית, בהתאם להשתייכותן למשפט הציבורי או הפרטי³:

(א) פעולות שיש בהן שימוש בסמכות שלטונית-נורמטיבית, מכל סוג שהוא, בין אם הפעולה קובעת נורמה כללית או אינדיבידואלית. פעולות אלה הן בתחום המשפט הציבורי.

(ב) פעולות "מעורבות", היינו פעולות המכילות יסודות מן המשפט הפרטי ויחד עם זאת יש בהן הפעלה או התחייבות להפעלה של סמכות שלטונית-נורמטיבית. מדובר, למשל, בפעולה הנערכת לפי עקרונות המשפט הפרטי, אך עם זאת היא נוגעת לדרכי הפעלתה או אי הפעלתה של סמכות שלטונית-נורמטיבית. כך, בבג"צ 30/51 בלבן נ' עיריית תל-אביב, פד"י ו' 257, נדון חוזה שבו התחייב אדם פרטי להעביר לעירייה חלקת אדמה מסויימת. בתמורה לכך התחייבה העירייה להעביר לאותו אדם חלקת אדמה אחרת. כמו כן, התחייבה העירייה "לא להפקיע את החלקות (שהבטיחה להעביר) אחרי העברתם במשרד רישומי הקרקעות". בפנינו איפוא עיסקה מעורבת. מחד גיסא, מופיעה העירייה כאדם סתם, העושה עיסקה של חילופי קרקע בקרקע. עם זאת, עוטה העירייה על עצמה אדרת נוספת הלקוחה מן המשפט הציבורי והיא מתחייבת, כחלק מן התמורה בעיסקה, שלא להפעיל סמכות שלטונית-נורמטיבית שהוקנתה לה⁴.

(ג) פעולות משפטיות של רשות שלטונית, הנעשות בקשר לתפקידה, אך אין בהן הפעלת סמכות נורמטיבית. היינו, מדובר במקרים בהם פועלת הרשות לצורך עגינה ותפקידיה, אך היא מופיעה כפרט המבצע פעולה משפטית שהיא בגדר המשפט הפרטי. ראוי להדגיש, כי גם במקרה כזה חייבת הרשות השלטונית לשאוב מן המשפט הציבורי את הכוח או היכולת לבצע פעולה כזאת. אולם הפעולה עצמה היא בתחום המשפט הפרטי. כך, למשל, גניח שעירייה חתמה על שטר חוב במסגרת עיסקה מסחרית שהיא בתחום המשפט הפרטי. דיני שטרות נכללים בתחום המשפט

2 עם זאת, תיתכן פעולה "פרטית טהורה" של אישיות משפטית מלאכותית, שהוקמה בגדר המשפט הפרטי, וזאת אף אם הוענקו לה סמכויות מסויימות בתחום המשפט הציבורי. כך למשל, נניח שהוענקו לחברה, שהוקמה במסגרת המשפט הפרטי, סמכויות מסויימות מתחום המשפט הציבורי. בד בבד ממשיכה החברה בביצוע עסקיה הפרטיים. עסקים אלו עשויים להישאר בתחום המשפט הפרטי "הטהור", כשם שהדבר אפשרי לגבי אישיות משפטית טבעית.

3 השווה גם למיין שנערך ברובינישטיין ופרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנויקין", הפרקליט, כ"א, עמ' 61.

4 השווה גם בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פד"י ט"ו 1989, וכן בג"צ 121/68 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י כ"ב (2) 551. ראה גם את דבר השופט "כהן בג"צ 90/67 קבילו נ' המועצה המקומית חצור, פד"י כ"א (2) 204, 210. סוג זה של פעולות נדון בהרחבה בספרות. ראה קלינגהופר, משפט מינהלי, עמ' 118 ואילך, וכן Mitchell, *The Contracts of Public Authorities*

הפרטי, אולם תוקפו של השטר (ואולי אף תוקף העיסקה כולה) מותנה בכך שניתן לעירייה כוח המסמיך אותה לחתום על שטרות. כוח זה צריכה העירייה לשאוב מן המשפט הציבורי. אולם, העובדה – כשלעצמה – שהסמכות או הכוח לביצוע עיסקה מסוימת מקורם במשפט הציבורי, אין משמעותה בהכרח כי הפעולה המשפטית, הנעשית מכוח סמכות זו, נכללת אף היא בתחום המשפט הציבורי.⁵

ד) פעולות הנמצאות בתחום המשפט הפרטי הטהור במובן שתואר לעיל.

במסגרת רשימה זו נדון בפעולות שהן בגדר הקטגוריה השלישית.

לגבי קטגוריה זו הובהר לא אחת הדעה, כי דינה של הרשות הציבורית במקרים אלו הוא כדינו של הפרט, וכי זכויות הצדדים וחובותיהם נהתכים על יסוד עקרונות המשפט הפרטי ולא על יסוד עקרונות המשפט הציבורי. וכך נאמר בספרו של פרופ' קלינגהופר על משפט מינה לי (עמ' 114):

"אך רשות יכולה גם להופיע לא כבעלת סמכויות אלא כבעלת זכויות וחובות לפי המשפט האזרחי, והוא כאשר החוק מקנה לה מעמד במשפט האזרחי ובמידה שהוא מקנה לה אותו. מקום והיא באה במגע משפטי עם הפרט על יסוד מעמדה זה, הרי אין היא שלטון, אלא צד פרטי. על היחסים בינה לבין הפרט חל אז המשפט האזרחי-הפרטי ולא המשפט הציבורי".⁶

ובנושא זה אמר השופט זוסמן:

"הכל מסכימים כי בענין אזרחי ניתן למדינה כושר לחוב בחוזה, על פי המשפט הפרטי, ומשהתקשרה בחוזה כזה, דין החוזה כדין חוזהו של כל אדם אחר. אלה הם חוזים שנעשו על ידי המדינה לא בתור ממשל או שלטון אלא – בלשון משפטית קונטיננטלית – בתור "fiscus".⁷

למרות לשון רחבה זו עשויה להיות למשפט הציבורי השפעה על פעולת הרשות בתחום המשפט הפרטי. השפעה זו עשויה להיות בשני כיוונים מנוגדים. מחד גיסא, הענקת זכויות יתר לרשות בתחום המשפט הפרטי ומאידך גיסא, הטלת חובות על הרשות, העולות על אלו המוטלות על הפרט, המבצע פעולה משפטית דומה בתחום המשפט

5 השווה לדברי השופט ברנזון בהמר' 180/56 פיינברג נ' המועצה המקומית נפתתיים, פד"י י"א 209, 211 וכן זמיר, "דיני מכרזים ציבוריים", הפקלים, כ', עמ' 226, 231.

6 השווה גם לדברים שנאמרו בפסה"ד האמריקאי בענין *Lynch v. United States* 292 U.S. 571, 78 L. ed. 1434, 1440 (1934).

"When the United States enters into contract relations, its rights and duties therein are governed generally by law applicable to contracts between private individuals".

הדברים מובאים ע"י Mitchell בספרו הנ"ל והם נדונו על ידו בעמ' 144 ואילך. לענייננו יצויין רק שהם נאמרו בהקשר לשאלה אם השלטון נהנה מזכות יתר כלשהי, בקשר לחוזים שנעשו על ידו, ולא בהקשר לשאלה אם מוטלות על הרשות חובות נוספות, מכוח המשפט הציבורי.

7 בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פד"י ט"ו 1989, 2001. השווה גם לדברי השופט לנדוי בבג"צ 194/56 ון בירוף נ' מנדל אנה השיכון, פד"י י"א 659, 665.

הפרטי. במסגרת רשימה זו אתרכו באפשרות השניה⁸ במטרה להראות, כי גם כאשר הרשות מבצעת פעולות משפטיות שהינן בגדר המשפט הפרטי, חלים עליה, בנוסף לעקרונות המשפט הפרטי, גם עקרונות אחדים שמקורם במשפט הציבורי. בנושא זה חשוב להקדים הערה הגועת לסמכותם של בתי המשפט הנוגעים בדבר. התפתחותם של כללי המשפט הציבורי בישראל קשורה קשר הדוק לבית המשפט הגבוה לצדק ולצווים הניתנים על ידיו. כתוצאה מכך הפכה שאלת תחומי סמכותו של בג"צ לנושא מרכזי בתחום המשפט המינהלי בישראל, וכמעט ניתן לומר, כי הדין המינהלי המהותי מבצבץ אצלנו מבין חרכי סוגיית סמכותו של בג"צ. אך חשוב שלא להפריז בנטייה זו, הן משום שאין זה רצוי כי כללי הפרוצדורה יאפילו על עקרונות הדין המהותי⁹, והן משום שאין להתעלם מכך שבמקרים רבים מוסמכים גם בתי משפט אחרים לדון בשאלות מתחום המשפט הציבורי¹⁰. מכל מקום, ברשימה זו אתרכו בדין המהותי ושאלת הסמכות תיבחן רק באותם מקרים בהם היא עשויה לזרות אור על התפתחות הדין המהותי.

חופש החוזה, זכויות הקניין ועקרונות המשפט הציבורי

הרעיון של חופש החוזה נמנה על עקרונות היסוד בדיני חיוכים, כשם ששליטת האדם בנכסיו וזכותו לעשות בהם כרצונו נמנים על עקרונות היסוד שבדיני הקניין. הדין האנגלי אף מרחיק לכת בהכירו, במקרים אחדים, שזכותו של אדם לפעול במישור המשפט האזרחי הפרטי איננה נשללת רק בשל מניעים פסולים בשימושה¹¹.

- 8 אשר לאפשרות הראשונה ראה הערות 39-42 להלן וטקסט לאותן הערות.
- 9 בלשונו של פרופ' רובינשטיין: "ריבוי פסקי הדין בשאלת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק הפך להיות בעת האחרונה סימן היכר של המשפט המינהלי בישראל. אין זה סימן היכר שראוי להשתבח בו, שכן בסופו של דבר התדיינות בשאלת הערכאה היא שולית לשאלות המהותיות השנויות במחלוקת בין הצדדים". ראה מאמרו בעיוני משפט, כרך ב', עמ' 261. ראה גם זמיר, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל, בעמ' 238.
- 10 השאלה עשויה להתעורר כשאלה שבגררא כאמור בסעיף 35 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. ראה, למשל, את דברי השופט לנדוי בבג"צ 326/65 רכבי נ' מנהל מקרקעי ישראל, פד"י כ' (2) 490, 495 וכן ע"א 120/60 הלפרין נ' קוצינסקי, פד"י ט"ז 705, ובעיקר את פסקי הדין של השופט זוסמן בע"א 183/69 עיריית פ"ת נ' תחן, פד"י כ"ג (2) 398 וע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פד"י כ"ד (2) 577. אך השאלה עשויה להתעורר גם במישורין, בעיקר אם מכירים בכוחו של בית משפט מחוזי ליתן פסק דין הצהרתי בנושא שהוא בתחום המשפט הציבורי. ראה, למשל, ע"א 436/62 עיריית רמת גן נ' תיק, פד"י י"ז 1262 וע"א 322/70 עיריית תל-אביב-יפו נ' סוכנות לאמנים, פד"י כ"ד (2) 588.
- 11 לדיון מקיף בסוגיה זו ראה צלטנר, "שימוש לרעה בזכות", עיוני משפט, כרך ב', עמ' 467. עם זאת, מסתמנת בחקיקה הישראלית גישה שונה. ראה סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, סעיף 4 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. השווה גם לפסק דינו של השופט קיסטר בע"א 230/68 קרני נ' כהן, פד"י כ"ג (1) 142, 147-148; ע"א 276/69 הילקוביץ נ' אלויס (ישראל) בע"מ, פד"י כ"ד (1) 85, 90, ע"א 242/70 משעול הכרף נ' גרובנר, פד"י כ"ד (2) 692, 702 (אולם נימוקיהם של השופטים האחרים בנקודה זו היו שונים), וע"א 550/71 שרעבי נ' מרטקובסקי, פד"י כ"ז (2) 309, 314 (דעת יחיד).

גישה זו כפופה לסייגים והגבלות – אפילו בתחום המשפט הפרטי. חופש החוזה איננו חופש מוחלט; הוא מוגבל על ידי עקרונות המבוססים על תקנת הציבור וניתן אף לתאר מקרים בהם יהוייב אדם, מכוח הדין, להתקטר בחוזה¹². כן קיימות הגבלות שונות בדבר כוחו של אדם לגבי קנייניו. דיון מפורט בסוגיה זו הורג מן המסגרת הנוכחית. לענייננו די לציין, כי גישתו הבסיסית של המשפט הציבורי שונה בענין זה תכלית שינוי מן הגישה המקובלת במשפט הפרטי. המשפט הציבורי איננו מתיר לרשויות השלטון להפלות, לפעול מתוך מגיעים פסולים, או אף לנהוג בחוסר סבירות. והדברים הבאים מפי השופט זוסמן ממחישים היטב את ההבחנה שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי:

”אורח פרטי רשאי להתיר לפלוני את השימוש ברכושו ולגרש את אלמוני, יהיו נימוקיו אשר יהיו. אך רשות ציבורית איננה רשאית לנהוג כך והיא איננה רשאית לקבוע כי לפלוני מותר לבוא במחיצתה ואילו לאלמוני יהא הדבר אסור... עיינינו הרואות: בעוד שאורח פרטי רשאי ”להפלות” בין פלוני לבין אלמוני ולכור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומגיעיו בלתי סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית”¹³.

תוצאה זו, לפיה רשות ציבורית המבצעת פעולה, שהינה לכאורה, בתחום המשפט הפרטי, כפופה לפחות לעקרונות אחדים מתחום המשפט הציבורי, הושגה, במקרים רבים, על ידי כך שאותה פעולה סווגה כמשתייכת לתחום המשפט הציבורי, שכן רק לעתים נדירות הכירו בתי המשפט בישראל בגלוי בכך שרשות ציבורית כפופה לעקרונות המשפט הציבורי גם כאשר היא פועלת בתחום המשפט הפרטי¹⁴.

כך, בבג”צ 292/61 בית אריזה רחובות נ’ שר החקלאות ואח’, פס”ד ט”ז 20, ערך משרד החקלאות מכרו לביצוע עבודות אריזה ושיווק של פרי בפרדסים השייכים למשרד החקלאות. העותרת השתתפה במכרו, אך לא זכתה בו, למרות שהצעתה היתה הנמוכה ביותר. קיים ספק אם העובדה שמשרד החקלאות העדיף למסור את העבודה לחברה אחרת (חברת ”יכין”) הקנתה לעותרת עילת תביעה בתחום המשפט הפרטי¹⁵. העותרת

12 ראה הערה 24 להלן וטקסט לאותה הערה. ראה גם הערה 11 לעיל.

13 בג”צ 262/62 פרץ נ’ כפר שמריהו, פד”י ט”ז 2101, 2114–2115.

14 ואכן קיימות אימרות לא מעטות, מהן משתמע שדינה של רשות ציבורית, הפועלת בתחום המשפט הפרטי, איננו שונה מדינו של כל אדם אחר. ראה, למשל, בג”צ 345/61 אל כאזן נ’ מנהל רשות השידור, פד”י ט”ו 2364, 2366, אשר גדון בו להלן. עם זאת, גראה לנו כי אין לראות דברים אלו כפוטרים את הרשות מחובות שמקורן במשפט הציבורי, דוגמת החובה שלא לנהוג בהפליה בלתי מוצדקת.

15 אמנם, נראה הדבר כי ניתן לראות במכרו התחייבות מכללא לנהוג לפי הכללים המתחייבים מעצם עריכתו, ואולי אף לקבל את ההצעה הטובה ביותר עבור עורך המכרו. אפשר להגות כי במקרים רבים נאותו המשתתפים ליטול חלק במכרו על יסוד הבטחה שכזו. ראה זמיר, ”דיני מכרזים ציבוריים”, הפרקליט, כ’, עמ’ 226, 230. בדרך זו, ניתן, אולי באמצעות התאוריה של ”חווה נספח”, לחייב את עורך המכרו במיטור הפרטי-אזרחי. השווה שלו, ”חווה נספח”, משפטים, כרך א’, עמ’ 577. הקושי בכך נעוץ בתנאי, אשר מקובל לכלול במרבית המכרזים, ואשר לפיו אין בעלי המכרו מתחייבים לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא. ראה בג”צ 292/61 בית אריזה רחובות נ’ שר החקלאות, פד”י ט”ז 20, 27. שאלה היא אם תנאי כזה אמנם שולל בכל מקרה את עילת התביעה במישור האזרחי-פרטי, או שמא יש

תחולתן של חובות על רשות ציבורית

פנתה איפוא לבג"צ בהסתמכה על עילה מתחום המשפט הציבורי, היינו, על כך שהעדפתה של חברת "יכין" מהווה הפלייה בלתי מוצדקת. בתשובה העלה בא כוח המדינה את הטענה, כי הענין איננו בסמכותו של בג"צ. המדובר הוא בפעילות עסקית רגילה של בעל רכוש, שהינה בתחום המשפט הפרטי, ולא פעולה שלטונית, הנכללת בגדר המשפט הציבורי. לכן יש להפנות את התביעה לבית משפט אחר (היינו, בית המשפט המחוזי). אין צורך לומר, כי טענה זו בדבר סמכות בית המשפט, הגראית כטענה פורמלית, משמשת כסות לטענה מהותית, אשר טבעי הדבר כי לא היה למינהל ענין להבליטה. לשאלה איזה הוא בית המשפט המוסמך, אין, כמובן, חשיבות מיוחדת אלא אם כן נוהגים בתי המשפט השונים לפי עקרונות מהותיים שונים. במקרה הנוכחי נראה כי ההנחה היתה שביית המשפט המחוזי ינהג לפי עקרונות המשפט הפרטי, המכיר בחופש החוזים, ומתיר לאדם להפלות בין אנשים שונים המבקשים להתקשר אתו בחוזה.¹⁶

בית המשפט דחה את טענת בא כוח המדינה, בצינונו (שם, עמ' 29), כי "מחמת פעילותה הכלכלית, המשקית והחברתית של הממשלה ההולכת ורבה, וחדירתה לשטחי החיים השונים, הולכים ומטשטשים יותר ויותר הגבולות שבין פעולות השלטון כבעל שלטון לבין פעולותיו כבעל עסק ונכס".

לעיצומו של ענין נקבע, כי הפעילות הנוגעת בדבר היא בתחום המשפט הציבורי אף שאין היא נובעת מהוראות חוק או מחובה סטטוטורית של הרשות. לאמיתו של דבר נראה, כי בית המשפט סבר שהשאלה של מכרו ואופן הטיפול בו שייכת, בכל מקרה, לתחום המשפט הציבורי.

משסווגה השאלה כשייכת לתחום המשפט הציבורי נפתחה הדרך לקביעה לפיה היתה ההחלטה למסור את העבודה ל"יכין" שלא כדין, באשר היתה מבוססת על הפלייה בלתי מוצדקת. פסק דין זה משקף את ההלכה לפיה, משנקטה הרשות בהליכי מכרו, הרי היא כפופה לעקרונות המשפט הציבורי¹⁷, ואין היא רשאית, דרך משל, לסרב מטעמים בלתי סבירים לקבל את ההצעה הטובה ביותר מבחינתה. הלכה זו כוחה יפה, בין אם היתה הרשות זייבת לפרסם מכרו ובין אם לאו. ניהון, כמובן, להסביר הלכה זו בכך שדיני מכרו הם בתחום המשפט הציבורי, אף אם החוזה עצמו נמצא בתחום המשפט הפרטי. הסבר זה איננו משכנע— וכי מדוע יעבור נושא שהינו בתחום המשפט הפרטי לתחום של המשפט הציבורי, רק משום שהרשות נקטה בפרוצדורה מסויימת לשם קבלת הצעות?¹⁸

לפרשו על דרך הצמצום ולהותיר בדרך זו אפשרות של תביעה אזרחית במקרים אחדים. דיון בשאלה זו חורג מתחומי רשימה זו.

16 אולם אין זה ברור אם הנחה כזו אמנם מבוססת כל צרכה. השאלה היתה מתעוררת אילו היתה העותרת מבקשת מבית המשפט המחוזי פסק דין הצהרתי המכריז כי ההחלטה להעדיף את החברה המתחרה היתה החלטה פסולה (וזהי, לאמיתו של דבר, ההצהרה שניתנה על ידי בג"צ). האם לצורך מתן הצהרה כזו רשאי היה בית המשפט המחוזי לדון לאור עקרונות המשפט הציבורי? דברים אלו ממחישים את חשיבותה של הגישה המהותית, היינו מהי מערכת הדינים שהרשות הציבורית כפופה להם, להבדיל מן השאלה איהו הטריבוטל שידון בענין.

17 ראה גם את דברי השופט זוסמן בבג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמרייהו, פד"י ט"ו 2101, 2114.

18 ראה גם זמיר, "דיני מכרזים ציבוריים", הפרקליט, כ', עמ' 226, 231.

התשובה לכך נעוצה, כאמור, לדעתי, בכך שהרשות כפופה תמיד לפחות לחלק מכללי המשפט הציבורי, וזאת גם כאשר היא פועלת בתחום המשפט הפרטי. לכן, אפילו מדובר בחוזה שהינו בתחום המשפט הפרטי, עדיין כפופה הרשות, בשלב הטרומ-חוזי, לכללי המשפט הציבורי¹⁹. העובדה, שהרשות בחרה לפרסם מכרז, איננה מניחה מצב זה ואיננה גוררת לפתע את תחולת המשפט הציבורי בשטח חדש. הרשות כפופה למשפט הציבורי, בין אם נקטה בהליכי מכרז ובין אם לאו. חשיבותם של הליכי מכרז נעוצה, לפי דעה זו, לא בכך שהם "מייבאים" את דיני המשפט הציבורי לתחום נוסף, אלא בכך שהם קובעים דפוס ברור ומוגדר להתנהגותה של הרשות הציבורית. משום כך, טובים סיכוייו של בעל ההצעה הטובה ביותר לזכות בחוזה עם הרשות הציבורית. יתרה מזאת, אם תדחה ההצעה, יעמוד לרשותו של בעל ההצעה הטובה ביותר חומר ראיתי הטוב להוכחת עילה מתחום המשפט הציבורי, דוגמת הפלייה בלתי מוצדקת או שימוש בשיקולים שאינם סבירים²⁰. אך, כאמור, לדעתי, חל המשפט הציבורי בשטח זה גם אם לא פורסם מכרז, אלא שהוכחת עילה מתחום המשפט הציבורי, בהעדר הליכי מכרז, יעלה בידי העותר להוכיח עילה מתחום המשפט הציבורי, כגון שהופלה מטעמי מין, אמונה או השקפה דתית²¹, או שהרשות מסרבת, ללא צידוק, לקיים הכטחה שניתנה לו²².

בהמשך הדברים נבחון את תחולתו של עקרון זה בקטגוריות אחדות בהן עשויה השאלה להתעורר.

חוזים של רשות ציבורית

במסגרת זו אתייחס רק לחוזים של רשות ציבורית, אשר מבחינת נשוא החוזה ותוכנו נכללים, לכאורה, בתחום המשפט הפרטי, דוגמת חוזים לקניית רכוש או מכירתו, הזמנת

19 כפי שנראה להלן, הרי הרשות משיכה להיות כפופה לכללי המשפט הציבורי גם לאחר קשירת החוזה.

20 ואכן ניתן למצוא בפסיקה דוגמאות רבות לכך שעלה בידי אחד המשתתפים במכרז להוכיח בבג"צ כי הצעתו היתה ראויה שתתקבל וכי סרובה של הרשות להתקשר עמו לא היה מוצדק. במקרים רבים מסוג זה חוייבה הרשות לזכות חוזה עם אותו משתתף. ראה, למשל, בג"צ 134/72 רמיר חברה קבלנית נ' עיריית ט"ת, פד"י כ"ו (1) 183 והאסמכתאות המובאות במאמרו של זמיר שאזכר לעיל. כמו כן, גורר לפעמים פגם בהליכי מכרז את ביטול המכרז כולו. בנושא זה ראו רובינשטיין, "דינו של פגם במכרז", עיוני משפט, ב', עמ' 214.

21 בג"צ 262/62 פריץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פד"י ט"ו 2101, ובג"צ 421/71 יפ"אורה בע"מ נ' רשות השידור, פד"י כ"ה (2) 741, 743 (מול האות ג'). השווה גם לבג"צ 363/71 המובא בהערה 32 להלן.

22 הבטחה של הרשות עשויה להינתן במסגרת חוזה מחייב, אשר יקנה לצד שכנגד עילת תביעה במישור האזרחי. אולם אף אם אין הדבר כך, עשויה הפרת הבטחה כזו, ללא צידוק סביר, להיות מנוגדת לכללי המשפט הציבורי. ראה את דברי השופט לנדוי בבג"צ 326/65 סרבי נ' מינהל מפרקטי ישראל, פד"י 490, 494 (אותיות ג'-ה') שבסופם נשאה, אמנם, השאלה פתוחה. ראה גם בג"צ 74/62 בוסקובסקי נ' שר האוצר, פד"י ט"ו 2229 ובג"צ 11/63 יפ"און (מוצרי הדר) בע"מ נ' שר המפחר והתעשייה, פד"י י"ו 737, 744. אך ראה בג"צ 270/65 אישכר בע"מ נ' שר האוצר, פד"י כ' (1) 388, בו נדחתה העתירה למרות שהופרה הבטחה אשר ניתנה לעותרת.

תחולתן של חובות על רשות ציבורית

עבודות וכדומה. דיון בחוזים, המכילים התחייבות לגבי הפעלת סמכות שלטונית-גורמטיבית, חורג מתחומי רשימה זו.

בפסיקה מקובלת ההבחנה בין השלב המכונה "טרום-חוזי" לבין השלב המתחיל מרגע כריתת החוזה ואילך. בענין זה הובעה בישראל לא אחת הדעה, לפיה השלב הטרום חוזי הוא בתחום המשפט הציבורי, וכפוף לביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק, אך מרגע כריתת החוזה הלים כללי המשפט הפרטי, היינו דיני החוזים הכלליים והנושא הוא בתחום בתי המשפט הרגילים. כך, למשל, נאמר מפי השופט ברנזון בבג"צ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר התקלאות פד"י ט"ז 20, 30:

"נשוא הדיון שלפנינו הוא המכרו ואופן הטיפול בו. זהו שלב מוקדם לעשיית חוזה ולמסירת העבודה הכלולה במכרו, ושלב זה ודאי שמקומו בשטח המשפט הציבורי. רק אם וכאשר ייעשה חוזה בעקבות המכרו עם המציע שזכה בו, יעברו יחסים חדשים אלה אל שטח המשפט הפרטי"²³.

בפתח הדיון ברצוני להציג את התיזה לפיה, על אף האמור לעיל, אין הבדל בענין תחולתם של המשפט הפרטי והציבורי, בין השלב הטרום-חוזי לשלב החוזי. בשני המקרים כפופה הרשות הציבורית הן לכללי המשפט הפרטי והן לכללים שמקורם במשפט הציבורי. ההבדל בין שלבים אלה נעוץ בכך, שבשלב הטרום-חוזי קיימת רק במקרים נדירים עילת תביעה שמקורה במשפט הפרטי. משום כך, נדמה כאילו כפופה הרשות בשלב זה, רק למשפט הציבורי. לעומת זאת, בשלב החוזי המצב הוא הפוך, היינו המשפט הפרטי מסדיר, בדרך כלל, בצורה משביעת רצון את מערכת היחסים בין הצדדים. זכותו של האזרח אשר התקשר בחוזה עם הרשות, מוכרת במשפט הפרטי (דיני חוזים), המעמיד לרשותו, במקרה הצורך, אמצעים מספיקים כדי להגן על זכות זו, ואילו השאלה של תביעה על יסוד עילה מן המשפט הציבורי כמעט שאיננה מתעוררת. משום כך, עלול להתקבל הרושם כאילו בשלב החוזי כפופה הרשות הציבורית רק לעקרונות המשפט הפרטי. אולם, כאמור, לדעתי, אין הדבר כך. רשות שלטונית, הכפופה לעקרונות המשפט הציבורי בשלב הטרום-חוזי, איננה משתחררת מהם בשלב החוזי. נבחן שאלה זו ביתר פירוט.

השלב הטרום-חוזי – דיני החוזים מושתתים על ה"אוטונומיה של הרצון". העקרון הכללי הוא שאיש אינו חייב להתקשר בחוזה, ומי שמעונין לכרות חוזה חפשי לבחור לו את בן זוגו, מבין אלו המוכנים להתקשר אתו. משום כך, אין אדם זכאי להתלונן על כך שפלוגי מסרב לערוך עמו חוזה, למכור לו גכס, להשכיר לו דירה או לקבלו לעבודה. עקרון זה כפוף ליוצאים מן הכלל מעטים. כך, למשל, לפי המשפט המקובל

23 דברים אלו צוטטו בבג"צ 344/69 כדורי נ' המועצה המקומית תל-מינר, פד"י כ"ג (2) 620, והם נחמכים על ידי פסיקה עניפה. השווה גם בג"צ 100/51 אחמד נ' ועדת העירייה נצרת, פד"י ה' 775, 778, בג"צ 187/55 כמזאל נ' שר הבטחון, פד"י ט' 1936, בג"צ 262/62 פרוץ נ' כפר שמריהו, פד"י ט"ז 2101, 2114, בג"צ 177/70 זכאי נ' שר השכונ, פד"י כ"ד (2) 35 ו-יע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פד"י 577, 582. אמנם, במקרים אלו נדונה השאלה בדרך כלל מן האספקט הפרוצדורלי (היינו האם הנושא הוא בסמכות בג"צ) אף כי מידי פעם אוזכר גם האספקט המטריאלי (ראה, למשל, דברי השופט זוסמן בבג"צ 262/62 הנ"ל). בסוגיה זו ראה גם קלינגהופר, משפט מינהלי, עמ' 134 ואילך.

חייב מי שעוסק ב"Public calling" דוגמת מוביל ציבורי, לשכר את כל הפונים אליו.²⁴ כן ניתן לתאר התערבות חקיקתית בחופש החוזים, העשויה לצמצם או לבטל את האפשרות של אדם לסרב להתקשר בחוזה מסוג מסויים. לקטגוריה זו ניתן לשייך גם את החוקים, אשר נתקבלו במדינות שונות, והאוסרים הפלייה מטעמי גזע, מין או דת. איסור זה עשוי לחול על פעולות שונות בתחום המשפט הפרטי, דוגמת השכרת נכסים או מכירתם.

כמו כן, עם פתיחת משא-ומתן בין הצדדים עשויה לחול עליהם אחריות בקשר לאופן ניהול המשא ומתן והצהרות או התחייבויות שניתנו במהלכו. כך, למשל, קובע סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), חשל"ג-1973, כי ב"משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". על הפרת חובה זו צפוי הצד להתחייב בפיצויים כאמור בסעיף 12(ב) לחוק. כן ניתן לתאר מקרים בהם יהוייב אדם בעוולה של מרמה או אף של מצג שווא רשלני בגין הצהרות בלתי נכונות שמסר במסגרת המשא ומתן. יהרה מזאת, הבטחות שניתנו במהלך המשא ומתן, עשויות להגיע לכדי חוזה עצמאי ונפרד.²⁵

מובן, כי כל העקרונות הללו, שמקורם במשפט הפרטי, חלים על הרשות הציבורית הפועלת בשלב הטרומ-חוזי, ואין כל מגיעה שהצד שכנגד יתבע את הרשות על יסוד עילת תביעה, שמקורה במשפט הפרטי, בקשר למעשה שנעשה על ידה בשלבי המשא ומתן.

אולם, כאמור, ההגנה הניתנת לצדדים, במסגרת המשפט הפרטי בשלב הטרומ-חוזי היא מוגבלת בהיקפה. בנסיבות אלו בולט התפקיד שממלא המשפט הציבורי בשלב זה של יחסי הצדדים. בענין זה ניתן לערוך שתי הבחנות יסודיות. האחת, בין המקרה בו קיימת הוראה חוקית או מינהלית לגבי השלב הטרומ-חוזי (בעיקר חובה עריכת מכרז) לבין המקרה שבו חובה כזו איננה קיימת. השנייה, בין המקרה שבו מדובר בעיסקה חד-פעמית, שאין לה דפוסים קבועים, לבין המקרה שבו עשויה הרשות לתווך פעמים רבות על אותה פעולה לפי דפוס פחות או יותר קבוע. במקרה הראשון, שבו קיימת הוראה חוקית לגבי השלב הטרומ-חוזי, זכאי, כמובן, האדם המעוניין לדרוש מן הרשות שתנגח בהתאם לפרוצדורה הקבועה בחוק. המדובר בעיקר בחובה לקיים מכרז. כידוע, אין בישראל דבר חקיקה כללי המחייב בכל מקרה את הרשויות המינהליות לכרות חוזה באמצעות מכרז. עם זאת, קיימות הוראות מרובות, הנוגעות לחוזים מסוגים שונים, אשר לגביהם מורה החוק על עריכת מכרז.²⁶ הוראות כאלו מבטיחות למי שממלא אחר התנאים המוקדמים הנדרשים כדי להשתתף במכרז, כי תינתן לו הזדמנות לכך.²⁷

24 Prosser, *The Law of Torts*, 4th ed., 339

25 בנושא זה ראה מאמרה של ג' שלו שאווכר בהערה 15 לעיל.

26 זמיר, "דיני מכרזים ציבוריים", הפרקליט, כ', עמ' 226. כמו כן קיימות במקרים רבים "הוראות פנימיות" המורות על עריכת מכרזים לגבי עסקאות מסוגים שונים. אשר לאפשרות העומדת לפרט להסתמך על "הוראה פנימית" כזו, ראה, למשל, בג"צ 160/58 שניידר נ' רשות הפיתוח, פד"י י"ג 891, 895, בג"צ 60/63 אליהו נ' עמידר, פד"י י"ז 1973, 1983 ובג"צ 143/64 ארטו נ' עמידר, פד"י י"ח (3) 51, 57.

27 קיימת, אמנם, אפשרות כי דבר חקיקה, המחייב את הרשות לנהוג לפי פרוצדורה מסוימת, יפורש כמיועד להנחות את הרשות בלבד, מבלי להעניק לפרט המעוניין זכות תביעה או

כמו כן, אם החליטה הרשות לערוך מכרז, אף שאיננה חייבת לעשות כן, הרי יחולו עליה כללי המכרז שבתחום המשפט הציבורי. כפי שצויין לעיל, נעוץ, לדעתי, ההסבר להלכה זו בעיקרון רחב וכללי, אשר לפיו רשות ציבורית, הפועלת במישור הפרטי, איננה משתחררת על ידי כך מן החובות המוטלות עליה מכוח המשפט הציבורי.

קשיים ניכרים התעוררו במקרים שלגביהם לא נקבעה הוראה חוקית, המחייבת מתן הזדמנות ליטול חלק בשלב הטרומי-חוזי. בלשון כללית ניתן לומר, כי בתי המשפט לא פיתחו עקרון כללי, המחייב את הרשות לאפשר לכל אדם להשתתף במשא ומתן טרום-חוזי בנושא שהוא מעוגן בו. כך, בבג"צ 270/65 אשכר בע"מ נ' שרי האוצר והתחבורה פד"י (1) 388, היתה העותרת בעלת רשיון למכירת סחורות פטורות ממס באולם מס' 1 בשדה התעופה לוד, והיא ביקשה רשיון למכירת סחורות כאלו גם באולם מס' 2. בענין זה הודיע לה משרד התחבורה, כי אין בדעתו להעניק רשיונות נוספים לפתיחת חנות באולם מס' 2, אך אם יחול שינוי בהחלטה זו, ייעשה הדבר על דרך של מכרז. אולם, כעבור זמן, מסר משרד התחבורה רשיון לחנות באולם מס' 2 לחברה אחרת, שהיתה כבר בעלת חנות באותו אולם. העתירה לחייב את המדינה לקיים מכרז לגבי חנות זו נדחתה ונפסק, כי "אין חובה מוטלת על פי דין על הממשלה, כמנהלת נכסי המדינה, לפרסם מכרזים בטרם תעניק רשיונות להשתמש בנכסים אלו"²⁸.

במקרה אחר התעוררה השאלה בהקשר לחוק להסדר הימורים בספורט, תשכ"ז-1967, שמכוחו גיחנה למועצה להסדר הימורים בספורט סמכות בלעדית לארגן ולערוך הימורים בספורט. מועצה זו מסרה את ביצוע ההימורים לחברה בשם ספורטוטו ישראל בע"מ. העותרת היתה חברה שנוסדה במגמה לארגן הימורים על תוצאות תחרויות ספורט, והיא דרשה כי תנתן לה הזדמנות שווה לקבלת הזכות להפעיל תכנית הימורים, שהיתה, לדעתה, טובה יותר מזו שמפעילה החברה המתחרה. העתירה נדחתה. השופט ויתקון ציין כי "לא עלה בידי העותרת להראות לנו אסמכתא כלשהי המחייבת עריכת מכרז במקרה כגון זה... ואין אני רואה מקום למכרז מבהינה מעשית, שכן אין אני סבור כי שיטת המכרזים, הרצויה בכל המקרים השגרתיים, נאה גם למקרה המיוחד הזה"²⁹.

למרות האמור לעיל, נראה לנו כי אף בהעדר הוראה המחייבת עריכת מכרז, עדיין

זכות עמידה לכפות ביצוע פרוצדורה זו. אולם נראה כי בישראל מקובלת ההשקפה לפיה הוראה המחייבת רשות ציבורית לקיים הליכים מסויימים לצורך מסירת עבדות או רכישת ציוד מעניקה, בדרך כלל, למי שכשיר להשתתף בהליכים אלו זכות עמידה לדרוש קיום הפרוצדורה החוקית. תעיד על כך הפסיקה הענפה בסוגיית המכרזים. ראה, למשל, בג"צ 299/67 כהן נ' עיריית רחובות, פד"י כ"ג (1) 150 וכן מאמרו של זמיר שאוכר בהערה 5 לעיל.

28 עמ' 392 לפסק הדין. שאלה נוספת שהתעוררה במשפט זה נוגעת לאי קיום ההבטחה שניתנה לגבי קיום מכרז. בנקודה זו אדון להלן.

29 בג"צ 18/68 ישראל פוטבולשולס בע"מ נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פד"י כ"ב (1) 683, 688. ראה גם בג"צ 204/69 כן עזר ובניו נ' התעשייה הצבאית, פד"י כ"ג (2) 143, בו פירסמה התעשייה הצבאית מכרז לשווק פרי ואריותו וערכה הסכם לשנה אחת עם החברה שזכתה בו. בתום השנה חידשה התעשייה הצבאית את החוזה ללא עריכת מכרז חדש, בנימוק שלפי הערכתה אין סיכוי להשיג תנאים יותר נוחים במכרז חדש. העתירה של חברה מתחרה לחייב עריכת מכרז חדש נדחתה, לאחר שבית-המשפט לא שוכנע כי שיקול זה של התעשייה הצבאית היה שיקול מופרך.

כפופה הרשות הציבורית בענין שבפנינו לעקרונות הכלליים של המשפט הציבורי. אמנם, העובדה שהרשות גמנה מעריכת מכרז כשלעצמה, אין בה משום הפרה של כללי המשפט הציבורי, שהרי במקרה כזה אין הרשות חייבת בעריכתו. עם זאת, ניתן לתאר מקרים בהם, חרף העדר הוראה המחייבת עריכת מכרז, תהא הרשות הציבורית חייבת, מכוח המשפט הציבורי, לתת לאדם המעונין הזדמנות ליטול חלק במשא ומתן הטרנס-חוזי, ואף להתקשר עמו בחוזה. בענין זה יש חשיבות להבחנה שאזכרה לעיל בין עיסקה חד פעמית, שאין לה דפוסיים קבועים, לבין עיסקה העשויה לחזור פעמים רבות לפי דפוס פחות או יותר קבוע. מבחינה עיונית אין אמנם משמעות רבה להבחנה זו שכן, לדעתנו, כפופה הרשות בשני המקרים לעקרונות המשפט הציבורי. אולם, הבחנה זו הינה בעלת חשיבות מעשית רבה. שכן, במקרה שמדובר בעיסקה חד פעמית, אשר איננה נערכת לפי דפוס קבוע, יתקשה העותר להוכיח, כי כאשר הרשות העדיפה אחד ממתחריו, עשתה זאת תוך הפרת כללי המשפט הציבורי. לעומת זאת, במקרה של עיסקה המבוצעת על ידי הרשות פעמים רבות, לפי דפוסיים קבועים, עשויה העובדה, שהרשות מוכנה להתקשר בעיסקה זו עם אנשים מסויימים אך מסרבת להתקשר עם אחרים, ללמד על אפליה פסולה, או על שימוש בשיקולים זרים. במקרה כזה ניתן לתאר אפשרות שבית המשפט יצווה על הרשות לתת לפרט הנוגע בדבר הזדמנות הוגנת להתקשר עמה, ואולי אף לחייבה בעריכת מכרז.³⁰

בבג"צ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח (פד"י י"ג 891) התעוררה שאלת מכירתה של דירה השייכת לרשות הפיתוח. העותרים, אשר התגוררו בדירה זו, טענו כי רשות הפיתוח מבקשת למכור את הדירה לאדם אחר, מבלי שניתנה להם זכות קדימה לרכוש את הדירה בתנאים שווים. במקרה זה היה מדובר בפעולה, שהיא, מנקודת ראותה של הרשות הציבורית, פעולה סטנדרטית, הנעשית לפי דפוסיים קבועים. זאת, משום שרשות הפיתוח הינה בעלת נכסים רבים, המושכרים לאנשים שונים. אין תימה, שנקבעו כללים הנוגעים למכירתו של רכוש זה, ואכן, לפי הוראות משרד האוצר צריך היה לתת לדיירים זכות קדימה ברכיבת דירותיהם.

רשות הפיתוח התגוננה בטענה, כי מכירת נכס מנסיה היא עיסקה מסחרית, שבתחום המשפט הפרטי, ועל כן איננה כלל בסמכות בית המשפט הגבוה לצדק. עוד נטען, כי בהעדר הוראה חוקית המקנה לעותרים זכות לרכישת הדירה, אין הם זכאים לדרוש כי הנכס יימכר להם. אשר לטענה הראשונה, הרי כבר עמדנו על כך, כי טענה זו איננה נוגעת רק לשאלת סמכות בג"צ, אלא היא משמכת מסווה לטענה מהותית, לפיה פטורה הרשות מלנהוג בענין זה בהתאם לעקרונות המשפט הציבורי. הטענה השניה כרוכה בטענה הראשונה. על פי המשפט הפרטי אין אדם זכאי לדרוש שאדם אחר יתקשר עמו בחוזה, בניגוד לרצונו של האחרון.³¹ מאידך גיסא, המשפט הציבורי מכיר בעקרון האוסר הפליה בלתי מוצדקת. משום כך, עשוי המשפט הציבורי לחייב רשות ציבורית להתקשר בהסכם עם אדם בניגוד לרצונה. זאת, כאשר הסירוב להתקשר מהווה הפליה בלתי מוצדקת בהשוואה לאנשים אחרים שאתם מוכנה הרשות להתקשר באותן נסיבות.

30 השווה בג"צ 370/65 רובינשטיין ושות' בע"מ נ' מנהל מרקטי ישראל, פד"י כ' (4) 20, שבו ניתן צו המחייב שלא למכור קרקע באזור מסויים אלא באמצעות מכרז, אם כי צו זה ניתן לאחר שהמשיבה הודתה כי זוהי, אמנם, מדיניותה וכי תנהג לפי מדיניות זו.
31 זאת, בכפוף ליוצאים מן הכלל בודדים שצויינו בהערה 24 לעיל, ובטקסט לאותה הערה.

התעוררה איפוא השאלה, אם רשות הפיתוח כפופה בענין הנדון לעקרונות המשפט הציבורי, שאלה, שכאמור, כרוכה אצלנו בשאלת סמכותו של בג"צ. בית המשפט העליון לא היה אמנם מוכן להכיר בעקרון כללי בדבר כפיפותה של הרשות הציבורית לעקרונות המשפט הציבורי, גם כשהיא פועלת בגדר המשפט הפרטי. במקום זאת, ננקטה בענין הנדון הטכניקה שאזכרה לעיל, לפיה סווגה פעולה הנכללת, לכאורה, בגדר המשפט הפרטי, כשייכת לתחום המשפט הציבורי. השופט ברנזון ציין, כי סמכויותיה הענייניות של רשות הפיתוח כוללות רכישת נכסים ומכירתם וכי אלו הם "מעיקרי התפקידים של רשות הפיתוח...". לאור זאת, הוסיף השופט (עמ' 893 לפסה"י): "לן, למשל, קנתה רשות הפיתוח בית לשיכון משרדית, או מכרה בית כזה, הייתי אומר... שזוהי פעולה עיסקית מאחר שהיא טפלה לעיקר ונעשתה על ידיה כדי לאפשר לה ולסייע בידה בביצוע תפקידיה הענייניים. אבל רכישת נכסים ומכירת נכסים כמטרות בפני עצמן — שאני. כאן ממלאת היא תפקיד ציבורי שהוטל עליה או שנחאפשר לה על פי דין ומקומו בתחום המשפט הציבורי".

כסווגה הפעולה כמשתייכת לתחום המשפט הציבורי, נפתחה הדרך להכיר בזכותם של העותרים להסתמך על עילות תביעה שבתחום המשפט הציבורי³², אם כי לעיצומו של דבר נדחתה העתירה, לאחר שנקבע כי נשלחה לעותרים הצעה לרכישת הדירה. הציטטה מפסק הדין שלעיל מצביעה על כך, שבית המשפט ראה להבחין בין רכישת נכסים ומכירתם כמטרות בפני עצמן, לבין רכישה "לצורך פרטי", דוגמת קניית בית לשיכון משרדית של רשות הפיתוח. אנו סבורים, כי יש ערך מעשי מסויים להבחנה בין פעולה חד פעמית, דוגמת קניית מבנה משרדים לרשות הציבורית, לבין פעולה החוזרת ונשנית פעמים רבות. הבחנה זו נעוצה בעיקרה בכך, שפעולה בעלת אופי חד פעמי איננה נעשית לפי דפוס קבוע. לעומת זאת, מתפתחים, בדרך כלל, דפוסים מוגדרים לגבי פעולה החוזרת ונשנית. סטייה מדפוסים אלה — בהעדר סיבה סבירה המצדיקה סטייה כזו — עשויה להצביע, לעתים, על הפרת כללי המשפט הציבורי.

אולם, נראה לנו כי אין מקום להסיק מהבחנה זו, כי לגבי פעולה "לצורך פרטי", דוגמת זו שהובאה לעיל, פטורה הרשות מכללי המשפט הציבורי. ואכן, השאלה שבה והתעוררה בבג"צ 262/62 פ"ד נ' פ"ד שמריהו (פ"ד"י ט"ז 2101). במקרה זה ביקשו העותרים לערוך תפילה בציבור באולם השייך למועצה המקומית, אך המועצה סירבה להעמיד את האולם לרשותם, מאחר שתפילתם היתה בנוסח, אשר כונה בפיהם בשם "מינהג ונוסח היהדות המתקדמת". אף במקרה זה טענה המועצה המקומית כי מדובר ב"פעולה פרטית" וכי היא איננה חייבת לעשות חוזה עם כל מי שמבקש לשכור את האולם, אלא היא רשאית לבחור לה עם מי תתקשר. לפי טענה זו לא ביצעה המועצה "פעולה שלטונית כלשהי, אלא

32 השווה גם בג"צ 363/71 טחנות קמח דגן בע"מ נ' ש"ר המסחר והתעשייה, פ"ד"י כ"ז (1) 292 שבו חוייב משרד המסחר והתעשייה לערוך חוזה עם חברה פרטית. זאת, כאשר היה ברור כי החוזה שימש לביצוע תפקיד שלטוני, היינו פיקוח הממשלה על משק החיטין בארץ. הסתבר כי הממשלה מרכזה בידה את כל יבוא החיטה ואף קונה את כל החיטה מן היבול המקומי. הממשלה מוכרת את החיטה, לפי מכסות, לטחנות הקמח ואלו מוכרות את תוצרתן במחיר שנקבע על ידי השלטונות. בנסיבות אלו אין תמה שבג"צ התערב כאשר הוברר לו כי שתיים מן הטחנות הופלו לרעה מבחינת מכסת החיטה שהממשלה היתה מוכנה למכור להן.

אך פעולה אזורית פרטית גרידא, ואין מצב(ה) שונה ממצבו של כל בעל נכסים פרטי, המוכר ומשכיר מגנסיו ועושה בהם כרצונו, ואין מתערבים לחייב אותו להשכיר לפלוני ושלא להשכיר לפלמוני או בכלל לעשות דבר שלא מרצונו הטוב"³³.

בענין זה הסתמך בא כוח הרשות המקומית על ההבחנה שנעשתה בענין שניידר בין מכירת נכסים שהינם בגדר תפקידיה הציבוריים של הרשות, לבין פעולה בנכסיה ה"פרטיים". אולם הבחנה זו לא היה בה כדי לסייע לרשות המקומית.

השופט כהן הטיל ספק ביעילות ההבחנה בין פעולה מסחרית או אזורית של הרשות לבין פעולה שלטונית או ציבורית. ההבחנה הקובעת לצורך פיקוח בג"צ היא בין פעולה של הרשות לפי דין לבין פעולה שלא על פי דין. ולצורך הענין שבפניו קבע, כי המועצה מלאה תפקיד על פי דין.

אולם חשיבותו העיקרית של פסק הדין נעוצה בכך, שבית המשפט הכיר בכוחו לפקח על רשות ציבורית אף אם אין היא פועלת על פי דין ואף אם פעולתה נכללת בתחום המכונה כתחום המשפט הפרטי. בענין זה הצביע השופט כהן על סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, המעניק לבג"צ כוח כללי להעניק סעד למען הצדק, זאת בתנאי שהענין איננו בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר. אולם תחולתו של סעיף 7(א) מותנית בכך שאין לבית משפט אחר סמכות לדון בענין. בעניינינו אין ספק שיש לבית המשפט המחוזי סמכות לדון בתביעה כלפי הרשות המקומית להשכרת נכס. הקושי נעוץ לא בהעדר סמכות שיפוט של בית המשפט המחוזי, אלא בהעדר עילת תביעה במישור הפרטי-האזרחי, כלפי מי שמסרב להשכיר נכס³⁴.

לעניינינו חשובה דעתו של השופט זוסמן, לפיה רשות ציבורית איננה פטורה מן החובות שמקורן במשפט הציבורי, אפילו היא מבצעת פעולה הנכללת, לכאורה, בתחום המשפט הפרטי. ואלה דבריו (עמ' 2115 לפסק הדין):

"בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של גאמן כלפי הציבור, ובתור שכוח חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שוויים, ומשפרה עקרון יסוד זה הפלתה אורח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הגובעות ממנו גובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה".

דוגמא מעניינת לסוגיה שבפנינו יכולה לשמש פעולתה ה"פרטית" של רשות השידור בענין פרסום הודעות. רשות השידור גוהגת לשדר, תמורת תשלום, הודעות ומודעות בכפוף לכללים שנקבעו על ידה. אף בענין זה מדובר בפעולה בעלת אופי מסחרי החוזרת

33 ראה את פסק דינו של השופט כהן בעמ' 2107. השווה גם לטענה שהעלתה העירייה הגתבעת במשפט *Hillside Community Church v. The City of Tacoma*, 455 P. 2d 350 (1969) אשר נדון בו להלן.

34 יתרה מזאת, במקרים אחדים הוכרה סמכותו של ביהמ"ש המחוזי ליתן פס"ד הצהרתי על יסוד עילה מתחום המשפט הציבורי (ראה הערה 10 לעיל). האם פירוש הדבר כי היה בכוחו של ביהמ"ש המחוזי ליתן הצהרה כי סירובה של הרשות המקומית, בענין פרץ ג' כפר שמריהו, הנ"ל, להשכיר את הנכס היה שלא כדין?

וגשנית לפי דפוסים קבועים. מתעוררת השאלה, האם רשות השידור כפופה, בענין זה, לעקרונות המשפט הציבורי, דוגמת איסור הפלייה בלתי מוצדקת, או שמא דינה כדין אדם פרטי הרשאי לסרב להתקשר עם אנשים שאינם נראים לו. השאלה התעוררה בבג"צ 345/61 אל כאזן ב' מנהל רשות השידור, פד"י ט"ו 2364. במקרה זה סרבה רשות השידור לשדר הודעה של המבקש על קיומו של כינוס יהודי-ערבי בתביעה לביטול הממשל הצבאי, והעותר דרש לחייב את הרשות לשדר את ההודעה האמורה. התברר, שהרשות נהגה לשדר רק הודעות מטעמן של מוסדות ציבור כגון עיריות, מועצות מקומיות ואף מפלגות. אילו היתה ההודעה מוגשת מטעמה של מפלגה כלשהי לא היתה רשות השידור נמנעת מלשדרה. בנסיבות אלו גקבע, כי לא הוכח פסול כלשהו בהתנהגותה של רשות השידור. אגב אורחא התעוררה השאלה, אם יש בכלל מקום לכפות את רשות השידור לקבל הודעות שאיננה רוצה לפרסמן, ובמילים אחרות, האם הענין נמצא בתחום שיפוטו של בג"צ. אף במקרה זה הוצגה השאלה מן האספקט הפרוצסואלי שלה, היינו האם הענין נמצא בגדר סמכותו של בג"צ. זאת, כאשר מאחורי השאלה הפרוצסואלית מסתתרת השאלה המהותית, האם רשות השידור כפופה, בענין הנדון, לעקרונות המשפט הציבורי. בענין זה אמר השופט כהן (שם עמ' 2366):

"למעשה אין ענין זה של שידור ההודעות אלא ענין מעין-מסחרי: שירות השידור קבע לו מחירים אשר בהם הוא "מוכר" רגעים ספורים בשעות השידור לפרסום מודעות, והוא קבע לו גם לקוחות מסויימים אשר להם מוכן הוא למכור זמן משעות השידור לפרסום ההודעות. המבקש הציע לרשות השידור לעשות אתו חוזה, אשר על פיו תשדר רשות השידור את הודעתו, והמבקש ישלם את מחיר השידור, אבל ההצעה לא נתקבלה על ידי הרשות ושום חוזה לא נעשה ביניהם. מאחר ואין דיין אשר מחייב את רשות השידור לעשות חוזה עם כל דיכפין, אלא רשאי הוא לבחור לו את בעלי-חוזיו, אין אני רואה כיצד בית משפט זה יוכל להתערב".

כבר הבענו את הדעה לפיה כפופה הרשות הציבורית— גם כאשר היא פועלת במישור הפרטי— לפחות לחלק מעקרונות המשפט הציבורי. לפיכך, אפילו רשאי הגוף הציבורי "לבחור לו את בעלי-חוזיו", אין הוא רשאי, לדעתנו, לעשות זאת על יסוד קריטריונים המנוגדים למשפט הציבורי, דוגמת אלו המבוססים על הפליה בלתי מוצדקת³⁵. מסקנה זו עולה בבירור מפסק הדין בענין פריץ ב' כפר שמריהו, שנדון לעיל. ואכן, השופט ויתקון הכיר בענין אל כאזן בכך שהעותר היה זכאי להסתמך על העילה של הפליה פסולה, אילו היה בידו להוכיחה. ונראה כי גם הנשיא אולשן הכיר באפשרות זו, אם כי לא נקט עמדה סופית בשאלת סמכותו של בג"צ לדון בענין.

השאלה שבה והתעוררה בבג"צ 421/71 יפ"אורה בע"מ נ' רשות השידור, פד"י כ"ה (2) 741, בו סרבה רשות השידור לשדר פרסומת של חברה מסחרית, משום שאחת מן המילים שנכללו בפרסומת לא נראתה לרשות השידור. השופט ת. כהן חזר על הדעה שהביע במשפט אל כאזן לפיה רשאי שירות השידור "לבחור לו את בעלי-חוזיו". עם זאת, היה מוכן לסייג דעה זו על יסוד פסק הדין בענין פריץ ב' כפר שמריהו באמרו "שכל הפליה מטעמי מין, דת, אמונה, דעה פוליטית וכל כיוצא באלה, אסורה לכל רשות הפועלת

35 השווה בענין זה לפסקי-הדין האמריקאיים בענין *Hillside Community Church v. Tacoma* 455 P. 2d 350 (1969) ו- *Buckley v. Meng*, 230 N.Y. Sup. 924 (1969) אשר ידונו להלן.

על פי דין". לכן אם היה הסירוב נובע מטעמי גזע, דת, אמונה, דעה או אזרחות, הרי שבג"צ היה מתערב, גם לדעת השופט ח' כהן, אף שמדובר בענין "מסחרי". השופט ח' כהן הסכים לדחיית העתירה לגופה, משום שהיא איננה מגלה הפליה או שימוש בשיקולים זרים. זו היתה גם דעתו של השופט עציוני, אשר ציין כי בנסיבות אלו איננו רואה מקום לנקוט עמדה בשאלה אם יש לראות ברשות השידור כאילו פעלה כחברה מסחרית גרידא.

מענין להשוות התפתחות זו לגישה שהתפתחה בדין האמריקאי בענין חובותיהן של רשויות ציבוריות הפועלות בגדר המשפט הפרטי.

גם בפסיקה האמריקאית ניתן למצוא אימרות המבטאות את ההשקפה, כי דינה של רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי איננו שונה מדינו של הפרט. כך, למשל, ב- *Perkins v. Lukens Steel Co.*, 310 U.S. 113, 84 II. Ed. 1108, 1114 (1940) נאמרו בבית המשפט העליון של ארה"ב הדברים הבאים:

"Like private individuals and businesses, the government enjoys the unrestricted power to produce its own supplies, to determine those with whom it will deal, and to fix terms and conditions upon which it will make needed purchases".

דברים אלו נאמרו בהקשר לטענות אשר הועלו לגבי אופן הפעלתו של ה-*Public Contracts Act, 1936*, אשר קבע, כי על ספקים של הממשלה לשלם שכר מינימום לעובדיהם, המועסקים בקשר לביצוע החוזה עם הממשלה. אין להניח כי משמעות הדברים היא, שהשלטון, בבואו להתקשר עם האזרח, חפשי לנהוג בשרירות או להתעלם מזכויות אזרח המוענקות בחוקה של ארה"ב³⁶.

כך ב- *Hillside Community Church v. Tacoma*, 455 P. 2d 350 (1969) נדונה שאלה אנלוגית לזו שהתעוררה בענין רשות השידור שלנו. במקרה זה ביקשה העותרת שיתר לה להציג באוטובוסים של העיר טקומה פרסומת המצדדת בהפסקת המלחמה בוויטנאם. מסתבר כי העיר נהגה אמנם להציג תמורת תשלום מודעות בשירות האוטובוסים שהופעל על ידה, אולם סרבה להציג את הפרסומת בנושא הנוגע לסיום מלחמת וויטנאם. טענת הנתבעת היתה וזה לטענה שהושמעה אצלנו במשפטי בית האריות רחובות, שניידר זפרין, היינו, כי העיר מפעילה את מערכת התחבורה כאישיות פרטית בעלת רכוש ולא כגוף שלטוני ("in a proprietary or private capacity, as opposed to governmental capacity"). טענה זו נדחתה מכל וכל. תשובת בית המשפט מפי Hunter C.J. היתה (עמ' 352 לפסה"ד):

"The general rule of the law is that a state or municipality cannot avoid the constitutional limitations upon state action by claiming the shield afforded propriety functions" (עמ' 353 לפסה"ד):
 "The general rule of the law in this respect is that while a state is

36 לאמיתו של דבר קיימת בארה"ב חקיקה המחייבת הן את הממשלה הפדרלית והן את השלטונות בדרגים המקומיים בעריכת מכרזים, הוראות אלו (בכפוף ליוצאים מן הכלל אחדים) חלות על רובם המכריע של החוזים לרכישת אספקה או שירותים שנעשים על ידי השלטון. ראה: "Public Works and Contracts", 64 *Am. Jur.*, 2d § 34-35.

תחולתן של חובות על רשות ציבורית

under no duty to make its public facilities available for private purposes, if it elects to do so, it must make them available on a non-discriminatory basis and with due regard to the constitutional right of free expression.”

דוגמא נוספת מן הפסיקה האמריקאית (מדינת ניו-יורק) יוכל לשמש פסה"ד בענין *Buckley v. Meng*, 230 N.Y. Sup. 924 (1969).

במקרה זה ביקש העותר לקיים סידרת הרצאות ודיונים באודיטוריום של Hunter College, השייך לעירית ניו-יורק, אולם נתקל בסרובם של שלטונות הקולג' להשכיר לו את האולם. מתברר, כי בעבר נהגו השלטונות להשכיר לו את המקום, אלא ששנה אחת קודם לכן הושמעה, במסגרת הדיונים שקיים העותר, הרצאה של מר ז'ק סוסטל, שדגל ב"אלג'יריה צרפתית". ההרצאה עוררה התנגדות בחלק מן הציבור ואף גרמה להצבת שלטים במחאה נגדה (picketing). אי לכך החליטו שלטונות הקולג' שלא להשכיר את האולם לעותר, וזאת במסגרת מדיניות שלא להעמיד את המקום לרשות מה שנראה להם כגוף פוליטי (political group), המבקש לדון בנושאים שנויים במחלוקת, אשר כלפיהם קיימת התנגדות של חלקים ניכרים בציבור.

בית המשפט דחה את עמדתם של שלטונות הקולג' בציינו, כי מה שאין השלטון רשאי לעשות במישרין אין הוא רשאי להשיג בדרכי עקיפין. השלטון איננו רשאי להשתק את המיעוט על ידי הטלת איסור על חופש הדיבור, ואין הוא יכול להשיג תוצאה זו בעקיפין, על ידי שירשה לאלו המייצגים את דעת הרוב להשתמש במתקנים השייכים לציבור ויאסור זאת על אלו המביעים את דעת המיעוט.

ראוי להביא את הדברים הבאים שנאמרו בעמ' 933 לפסה"ד :

“Thus, while there may be no duty to open the doors of the school houses for uses other than academic—and I have some doubt even as to this proposition—once they are opened they must be opened under conditions consistent with constitutional principles”³⁷.

השלב החוזי

הזכרנו לעיל את הדעה לפיה מרגע כריתת החוזה חלים כללי המשפט הפרטי, היינו דיני החוזים הכלליים, והנושא הוא בתחום בתי המשפט הרגילים³⁸. אך כאמור, לדעתי, ממשיכים לחול על הרשות במקרה זה, לפחות חלק מן הכללים שמקורם במשפט הציבורי.

37 ראה גם: *Jones v. Board of Regents of Arizona University*, 436 F. 2d 618 (1970). ראה לעומת זאת: *Jones v. District of Columbia Armory Board*, 438 F. 2d 138 (1970), בו הכירו בחוקיות פעולתו של המנהל שסרב להשכיר מקום למטרת אסיפה, שהיתה עשויה לגרום להתפרעות, וזאת בתקופה שהמשמר הלאומי היה עסוק במטרות אחרות. אך השאלה עצמה נבחנה לאור שיקולים של המשפט הציבורי ונמצא כי לא היתה הפליה בלתי מוצדקת. ראה גם: *Adderley v. State of Florida*, 358, U.S. 39, 17 L. Ed. 2d 149 (1966), שבו נקבע כי השלטון איננו חייב להעמיד את שטח בתי הסוהר לרשותם של מפגינים וכי אין לאזרח זכות להפגין דווקא במקום זה.

38 ראה הערות 6, 7 ו-23 לעיל וכן הטקסט לאותן הערות. מדובר בחוזים שבקטגוריה (ג) אשר אוזכרה בפתח מאמר זה, דוגמת חוזים מסחריים, עסקיים או כאלו הנוגעים לרכוש, להבדיל מחוזים הנוגעים לסמכות שלטונית של הרשות.

מטבע הדברים הוא, שהשאלה תתעורר רק לעתים נדירות. זאת, משום שדיני החוזים מסדירים, בדרך כלל, את יחסי הצדדים בצורה משביעת רצון, והזכויות שנקבעו בחוזה מוגנות על ידי המשפט הפרטי. שאלת תחולתן של חובות מתחום המשפט הציבורי תתעורר אפוא רק לעתים נדירות. בענין זה נבחן את הקטגוריות הבאות:

(א) הפרט מסתמך על זכות שהוקנתה לו בחוזה, אך הרשות מסתמכת על חסינות מסוימת שהוקנתה לה בחוק בתוקף היותה רשות ציבורית. דוגמא חשובה לקטגוריה זו מתייחסת לחסינות המדינה בפני ביצוע בעין או צו מניעה. נמצא שבתחום זה מוגבלים הסעדים של הפרט כלפי המדינה, במקרה של הפרת חוזה, לסעדים אחרים, העשויים להיות פחות יעילים, דוגמת פיצויים או פסק דין הצהרתי. חסינות זו איננה חלה על בג"צ.³⁹

(ב) כמו כן קיימת אפשרות, שהרשות הצבורית תשוחרר מביצוע חוזה, שהינו בתחום המשפט הפרטי, על יסוד עקרונות מתחום המשפט הציבורי. בעוד שבקטגוריה (א) דלעיל דובר בהגנה פרוצסואלית העומדת לרשות בפני סעד מסויים, הרי שבקטגוריה הנוכחית מדובר בפטור מהותי מביצוע החוזה. בגדר קטגוריה זו נכלל, למשל, המקרה שבו עורכת הרשות הציבורית מכרז ובעקבות המכרז היא כורתת חוזה עם אחד מן המשתתפים. אולם משתתף אחר פונה לבג"צ ומוכיח כי יש להכיר בו כמי שזכה במכרז. במקרה כזה נראה כי אם יחייב בג"צ את הרשות להתקשר עם המשתתף שפנה לבית המשפט, יגרור הדבר ביטול החוזה הראשון ושחרורה של הרשות מן החובה לבצעו.^{39א} כן עשויה השאלה להתעורר במקרה שבו נמנע ביצוע החוזה עקב פעולה של הרשות במישור הציבורי. כך הדבר, למשל, כאשר עורכת הרשות חוזה במישור הפרטי, אך כעבור זמן היא מתקינה תקנה, מכוח סמכות שהוענקה לה בחוק, ובעקבות זאת הופך ביצוע החוזה לבלתי חוקי או בלתי אפשרי. במקרה כזה אין בפנינו סיכול מובן המקובל בדיני חוזים במשפט הפרטי, שהרי ה"סיכול" הינו תולדה של פעולה יוזמה של אחד המתקשרים.⁴⁰ עם זאת נראה, כי קיומו של חוזה, כשלעצמו, איננו יכול, בדרך כלל, למנוע בעד הרשות מלהפעיל את סמכויותיה במישור הציבורי.⁴¹ שאלה זו הינה אנלוגית לשאלה המתעוררת במקרה שבו עורכת הרשות הסכם מפורש להגבלת סמכותה במישור הציבורי (הסכם שכונה בתחילת המאמר כ"עיסקה מעורבת") שאף לגביו נראה כי באין הוראה חוקית הקובעת אחרת, אין כוחו של החוזה יפה למנוע מהרשות שימוש בכוחות שהוענקו לה במישור הציבורי.⁴²

39 ההוראה בענין זה קבועה בס' 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל-דין), תשי"ח-1958.

39א השווה בג"צ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות, פד"י ט"ז 20, 31 ובג"צ 316/63 גזית ושחם נ' רשות הנמלים, פד"י י"ח (1) 172 בשאלת זכותו של המתקשר שחוזהו בוטל, לקבל פיצוי על הוצאותיו, ראה בג"צ 316/63 הנ"ל בעמ' 181.

40 השווה בענין זה לס' 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971.

41 שאלה זו נדונה בהרחבה ב-Mitchell, *The Contract of Public Authorities*, ראה בעיקר עמ' 144 ואילך. בשאלה אם זכאי האזרח במקרה כזה לפיצויים השווה לדברי השופט זוסמן בבג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פד"י ט"ו 1989, 2005.

42 ראה את האסמכתאות שהובאו בהערה 4 לעיל ובטקסט לאותה הערה.

תחולתן של חובות על רשות ציבורית

(ג) הפרט מסתמך על זכות שהוקנתה לו בחוזה, אך התרופות שמעמידים לרשותו דיני חוזים אינן יעילות די הצורך. דוגמא בולטת לכך יוכל לשמש הכלל, שלא ינתן ביצוע בעין כדי לכפות ביצוע חוזה לשירות אישי.

(ד) הפרט תובע זכויות מעבר לאלו שהוקנו לו בחוזה, או שהוא דורש שהרשות תוותר על זכות שהוקנתה לה בחוזה.

בפתח הדברים אצייע על ההבדל היסודי שבין קטגוריות (א) ו-(ב) לבין קטגוריות (ג) ו-(ד). בשתי הקטגוריות הראשונות מדובר בזכות יתר כלשהי, העומדת לרשות מכוח המשפט הציבורי⁴². לעומת זאת, מדובר בקטגוריות (ג) ו-(ד) בחובות המוטלות על הרשות מכוח המשפט הציבורי, מעבר לחובות החוזיות שנטלה על עצמה הרשות במסגרת המשפט הפרטי. דיון בשתי הקטגוריות הראשונות חורג איפוא ממסגרת רשימה זו, ואסתפק לגביהן בהערות אחרות.

אשר לקטגוריה הראשונה ניתן לטעון, כי אם החוק מקנה למדינה חסינות בפני סעדים מסויימים, בתביעות המתנהלות בבתי המשפט הרגילים, אין זה מן הראוי לעקוף חסינות זו באמצעות פניה לבג"צ. לשון אחרת, תביעה בגין הפרת חוזה מקומה בבית-משפט השלום או בית המשפט המחוזי (בהתאם לענין). העובדה שהתביעה מוגשת נגד המדינה, שהינה צד לחוזה, איננה מעלה ואיננה מורידה⁴³. עם זאת, ניתן לתאר מקרים בהם תהיה הסתמכות על חסינות זו מנוגדת לעקרונות המשפט הציבורי. כך, למשל, נניח שהמדינה ערכה סידרה של חוזים מאותו סוג עם מספר בני אדם (עם כל אחד בנפרד), כגון שהתחייבה למכור לכל אחד מהם דירה או חלקת קרקע. כעבור זמן מבצעת המדינה את כל החוזים למעט במקרה אחד שבו היא מסרבת לבצעו בנסיבות המהוות הפליה בלתי מוצדקת. מותר להגיש, כי במקרה זה ניתן יהיה לפנות לבג"צ כדי לכפות את המדינה לבצע בעין את התחייבותה. אם אמנם כך הדבר, הרי שכללי המשפט הציבורי עשויים, במקרים מסויימים, למנוע בעד המדינה מלהסתמך על חסינות שגועדה להגן עליה בפני תביעות בתחום המשפט הפרטי⁴⁴.

בענין הקטגוריה השנייה אציין, כי מדובר במקרה בו מסתמכת הרשות על כללי המשפט הציבורי לצורך שחרורה מחיוב בתחום המשפט הפרטי. הדעת גותנת, כי במקרה כזה תוכל הרשות לזכות בפטור רק אם נעשה שימוש כדין בסמכויות מתחום המשפט הציבורי, ולא אם הוא נעשה תוך הפרת כללי המשפט הציבורי, דוגמת הכלל האוסר הפלייה בלתי מוצדקת או פעולה מהמת מניע פסול.

הקטגוריה השלישית דומה לקטגוריה הראשונה בכך שהתרופות מתחום המשפט הפרטי אינן די יעילות מגקדת ראותו של התובע. אולם היא שונה ממנה בכך, שאין מדובר ביתרון מיוחד המוענק לרשות הציבורית. דינה של הרשות, לפחות בתחום המשפט

⁴² בענין זכויות היתר של המדינה כשהיא פועלת בתחום המשפט הפרטי השווה גם מזרחי, "הפרייוליגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקודת הפרשנות", משפטים, ה', עמ' 135, 147-148.
⁴³ בג"צ 63/59 אלידין נ' מדינת ישראל, פד"י י"ג 1165, בג"צ 7/70 אנאי נ' שר החקלאות, פד"י כ"ד (1) 127, 129.

⁴⁴ השווה בג"צ 47/59 אליכסיב נ' סקייד הנביה משרד מם הכנסה, פד"י י"ג 1097, וכן את ההסבר שניתן להלכה זו ב"זוסמן, סררי הריון האורח, מהדורה 4 עמ' 24. ראה גם את הדברים שנאמרו בבג"צ 171/70 זכאי נ' שר השיכון, פד"י כ"ד (2) 35, 36 (אותיות ד-ר').

הפרטי, איננו שונה מדינו של כל אדם אחר, שאף הוא נהנה, בהיותו נתבע, מן העובדה שאין נוהגים לאכוף התחייבות לשירות אישי.

נבחון, דרך משל, את המקרה שבו החליטה רשות ציבורית לפטר אחד מעובדיה. פיטורין אלו יכול שיהיו הפרת חוזה העבודה ויכול שיהיו בהתאם לו. במקרה האחרון אין לעובד המפוטר, למעשה, סעד במישור המשפט הפרטי, שהרי הרשות נהגה בהתאם לתנאי החוזה. אך גם אם הפיטורין מנוגדים לחוזה, עלול העובד הנפגע להיווכח, כי הסעד שמעמיד לרשותו המשפט הפרטי, איננו יעיל במידה מספקת מגודת ראותו. זאת, משום שבשטח זה נוהג אצלנו מזה שנים רבות הכלל לפיו אין כופים על מעביד להעסיק עובד שאיננו רוצה בו, כשם שאין כופים על עובד לעבוד במקום עבודה שאיננו חפץ בו. בלשונו של השופט זוסמן בע"א 413/68 קניג נ' קופת הוליים, (פד"י כ"ג (1) 627, 629):

"ברם זכותו של מעביד היא לפטר עובדו, ובאין הוראה סטטוטורית המתנה זכות הפיטורין בתנאים, הפיטורין תופסים אפילו לא היו מוצדקים. תרופתו של עובד שנפגע על ידי פיטורין לא מוצדקים היא לתבוע פיצויים. בית המשפט לא יכפה על המעביד להעסיק עובד שהוא איננו רוצה בו".⁴⁵

יצוין, כי במקרה זה לא ביקשה העובדת סעד של ביצוע בעין אלא הסתפקה בסעד של פסק דין הצהרתי, כאשר מטרת ההצהרה היתה לכפות על מעבידה להוסיף ולהעסיק אותה. אולם בית המשפט קבע, כי אין זה מן הראוי שהסעד של פסק דין הצהרתי ישמש למטרה זו.

רקע זה של המשפט הפרטי חשוב להבנת ההתפתחות שחלה בנדון זה בתחום המשפט הציבורי.

העקרון הכללי שנקבע בפסקי דין רבים, בנוגע לתביעותיהם של עובדי ציבור כלפי הרשות המעסיקה אותם, הוא, כי הענין הוא בסמכות בג"צ כאשר "העותר טוען שהוא רשאי לכהן במשרה ציבורית, כגון שהוא קובל על שפוטר ממנה שלא כדין... או שהתפטרותו לא היתה התפטרות... כיוצא בזה, כאשר העותר טוען שהוא זכאי להתמנות עובד מדינה לאחר שעמד בבחינות עקב מכרז שנתפרסם...".⁴⁶ לעומת זאת, כאשר העובד טוען כי לא הוענקו לו מלוא הזכויות המגיעות לו, כגון שמשכורתו לא שולמה לו — הרי, שבדרך כלל נפסק כי הענין איננו בתחום סמכותו של בג"צ, ועל העותר לפנות לבתי המשפט הרגילים.⁴⁷

להבחנה זו בין סכסוך הנוגע לשאלת קיומם של יחסי עבודה עם רשות ציבורית לבין סכסוך הנוגע מיחסי עבודה קיימים, הוצעו הסברים שונים. כך, למשל, נאמר כי הואיל

45 השווה גם לפסק דינו של הנשיא אגרנט בע"א 638/70 איחוד בתי ספר טכניקום נ' ארלה, פד"י כ"ה (2) 679, 689 ואילך. כן ראה סע' 3(2) לחוק התוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. דיון בגישה שבתיה"ד לעבודה עשויים לנקוט בנושא זה, ובפיקוח בג"צ על פסיקתם של בתי"ד אלו, חורג מתחומי עבודה זו.

46 דברי השופט זוסמן בבג"צ 209/68 שמיני נ' נציג שירות המדינה, פד"י כ"ב (2) 673, 681. ראה גם בבג"צ 290/65 אלטגר נ' עיריית רמת גן, פד"י כ' (1) 29 ובג"צ 90/67 קבילו נ' המועצה המקומית הצור, פד"י כ"א (2) 204.

47 בג"צ 296/65 עמר נ' נציג שירות המדינה, פד"י כ' (1) 456, ובג"צ 388/66 שמיני נ' נציבות שירות המדינה, פד"י כ' (4) 735 ובג"צ 90/67 הג"ל.

וסמכותו של שר לפטר עובד משרדו מקורה בהוראות סימן 14 ו-15 לדבר המלך במועצתו, הרי שמדובר בהפעלת סמכות שהיא בתחום המשפט הציבורי.⁴⁸ שאלה דומה התעוררה לגבי פיטורי עובדים ברשות מקומית, ואף בענין זה יש והשאלה סווגה כשייכת לתחום המשפט הציבורי. כך, בבג"צ 290/65 אל-תגר נ' עיריית רמת גן, פד"י כ' (1) 29, פנה העותר בעתירה נגד העירייה, שהעסיקה אותו, ואשר החליטה לפטר. העירייה העלתה; בין היתר, את הטענה כי "השלטון אינו פועל כאן כשלטון אלא כמעביד, ואין סיבה סבירה להבדיל ולהפלות לענין זה בין מעביד שהוא רשות מקומית ובין מעביד פרטי; והאדם שזכויותיו עלולות להיפגע אינו בבחינת "אזרח" העומד בפני רשות שלטונית, כי אם עובד העומד בפני מעבידו" (עמ' 33 לפסק הדין). הטענה נדחתה⁴⁹. השופט כהן ציין כי "בבוא העירייה לפטר עובד מעובדיה היא משתמשת בסמכות על פי דין... ואם כי מעשה פיטורין שכזה גם תוצאות חוזיות לו שזירתן במשפט הפרטי, אין בכך בלבד כדי לגרוע מן העובדה שהמדובר הוא בסמכות סטטוטורית" (עמ' 34 לפסק הדין). אך מה דינו של עובד רשות ציבורית, שהודיע על התפטרותו ולאחר מכן חזר בו וטען שהתפטרות איננה "תופסת". בענין זה נפסק, כי הענין נתון לשיפוטו של בג"צ גם אם נושא ההתפטרות הוא בגדר חוזה העבודה שבין הצדדים. נאמר כי:

"בית משפט זה ראה את עצמו מאז ומתמיד מוסמך לדון במקרים של פיטורי עובדי ציבור למיניהם ואינני רואה הבדל בכך שהבקשה שלפנינו גובעת ממעשה התפטרות ולא ממעשה פיטורים. טיפולה של העירייה בפיטורי עובדים ובקבלת התפטרותם הוא בגדר מילוי תפקיד שהוטל עליה בדין"⁵⁰.

הסבר אחר שניתן להציע הוא, כי השאלה אם רשאי אדם לכהן בתפקיד ציבורי היא שאלה השייכת לתחום המשפט הציבורי שהרי יש לציבור כולו ענין בנושא⁵¹. אך גם זה איננו הסבר מלא. גיתן, אולי, לקבל הסבר זה לגבי עובדי ציבור בעלי תפקידים מיוחדים

48 השווה בג"צ 27/51 כהן נ' שר החקלאות, פד"י ז' 1085, 1091-1092.

48 טענה זו, שהועלתה במשפט אל-תגר איננה שונה במהותה מזו שהועלתה במשפטי בית-האריזה רחובות, שניידר ופריץ שנדונו לעיל, ואף במשפטים אלו לא נתקבלה על דעת בית המשפט.

49 בג"צ 322/61 עושני נ' עיריית ירושלים, פד"י ט"ז 2117, 2125 (מפי השופט ברנזון). ראה גם בג"צ 218/65 גבאי נ' עיריית ירושלים, פד"י כ' (1) 41 (הסכמת עובד לפיטוריו מן העירייה). מענין הדבר שהמשפט המנהלי בישראל, שהתבסס בראשיתו על עקרונות שנשאבו מן הדין האנגלי, פיתח בשטח זה גישה עצמאית ושונה לחלוטין מזו המקובלת בדין האנגלי. בישראל נהנים עובדי צבור מהגנה ניכרת, המושתתת על עקרונות המשפט הציבורי, ואף נקבע כי אין לפטר עובד צבור מבלי לשמרו, ראה בג"צ 290/65 אל-תגר נ' עיריית רמת גן, פד"י כ' (1) 29 (אולם שאלה היא אם הלכה זו כוחה יפה מקום שהפיטורין אינם מחמת דופי בעובד, אלא למשל, מטעמי צמצום בהיקף הפעילות של הרשות, ראה עמ' 38-39 לפסה"ד). יתרה מזאת, נפסק אצלנו כי פיטורין שנעשו על ידי רשות מקומית שלא נתנה לעובד הזדמנות להשמיע דברו הינם בטלים לחלוטין, שכן מדובר בהפרת כללי הצדק הטבעי, ראה ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן פד"י כ"ג (2) 398.

50 השווה לדברי השופט זוסמן בבג"צ 915/68 שמחי נ' נציב שירות המדינה, פד"י כ"ב (2) 687, 681 (מול האות ה), וכן לנימוקים שהובאו בבג"צ 29/55 דייז נ' שר הדתות, פד"י ט' 997 להכרה במעמדו של העותר בענין בחירת רבנים ראשיים.

או בעלי סמכויות מכוח החוק, אולם ספק אם לגבי עובדים אחרים עולה האינטרס הציבורי בנושא על האינטרס הקיים לגבי פעולות אחרות של הרשות במישור הפרטי.

נראה לי, כי ההסבר לגישתו של בג"צ נעוץ בכך שהסעד המוענק בתחום המשפטי הפרטי במקרים של ניתוק קשר העבודה איננו יעיל די הצורך. משום כך הותר לתובע לפנות במקרים אלו לבג"צ, תוך הסתמכות על כללי המשפט הציבורי. במילים אחרות, ליקויו של המשפט הפרטי, מנקודת ראות התובע, הוא שהבליט את תפקידו של המשפט הציבורי בשטח זה. אך לאמיתו של דבר ניתן בפסיקה זו ביטוי לעקרון הכללי, לפיו אף אם היחסים בין העובד לרשות הציבורית, המעסיקה אותו, מושגתים על הסכם שהוא בתחום המשפט הפרטי, הרי עדיין כפופה הרשות לעקרונות המשפט הציבורי, ואין היא חופשית לנהוג בניגוד לעקרונות אלו. זאת, בין אם תנאי החוזה מתירים לה לנהוג כך ובין אם לאו.

העולה מגישה זו הוא, כי ניתן לתאר מקרים בהם יוכל העובד-התובע להסתמך על כללי המשפט הציבורי, גם אם השאלה איננה נוגעת לפיטורין או לקבלה לעבודה. משום כך נראה לי, כי יש לקבל בענין זה את הדברים הבאים שנאמרו מפי השופט כהן בבג"צ 209/68 שמחי נ' נציב שירות המדינה, פד"י כ"ב (2) 673, 677 :

"לדעתי אין לקבוע מסמרות בכגון דא. תביעות עובדי המדינה לתשלום שכרם או להכרה בזכויות סיווגם או דירוגם, וכיוצא באלה תביעות כספיות במהותן, יופנו בדרך כלל אל בית המשפט המוסמך; אף על פי כן, לא הייתי מוציא מכלל אפשרות שבית-משפט זה יזקק לעתירה אפילו בענין שכזה, והוא אם מתעוררת שאלה של המשפט הציבורי שענינה חורג מן האינטרס הכספי או האחר של עובדים אלה או אחרים, באשר הוא ענין הנוגע או העשוי לנגוע, לכלל ולניהול התקין של עניני המדינה".

בינתיים חלה התפתחות בסוגיה זו, בעקבות קבלתו של חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969. סעיף 24(א) לחוק קובע כי "לבית דין אזרחי תהא סמכות יחודית לדון—(1) בתובענות בין עובד ומעביד שעילתן ביחסי עובד ומעביד, לרבות השאלה בדבר עצם קיום יחסי עובד ומעביד ולמעט תובענה שעילתה בפקודת הגזיקין האזרחיים 1944".

כשלעצמי, אינני סבור שכונת הוראה זו היתה לשנות את הדין בסוגיה שבפנינו, או לגרוע מסמכותו של הבג"צ. נראה לי כי השימוש במילים "סמכות יחודית" שבסעיף הנ"ל, כל כוונתן היתה לשלול את סמכותם המקבילה של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי.

לשון אחרת, השינוי נעוץ בכך שתביעות, אשר קודם נדונו בבתי משפט רגילים, או בטריבונלים מיוחדים, דוגמת בית הדין לביטוח לאומי, יידונו בבית הדין לעבודה, מבלי שהדבר יגרע מסמכות בג"צ. אך כאשר התעוררה השאלה בבג"צ נפסק, כי חוק בתי הדין לעבודה שלל את סמכות בג"צ בענינים אלו, וכי יש להפנות תביעות מסוג זה, שבין עובד לרשות ציבורית המעסיקה אותו, לבית הדין לעבודה. זאת, למעט בשלב הטרנס-חוזי, היינו, כאשר הצדדים פעלו לקראת קשירת יחסי עובד-מעביד, אך יחסים

תחולתן של חובות על רשות ציבורית

אלו לא נקשרו למעשה. שכן, במקרה כזה אין מדובר בתביעה שעילתה "ביחסי עובד ומעביד" כאמור בסעיף 24(א)(1) הנ"ל.⁵¹

אך בעיני השאלה המכרעת איננה השאלה הפרוצדוראלית בדבר הטריבוטל המוסמך לדון בתביעה, אלא השאלה המהותית, היינו, אם זכאי עובד המועסק ברשות ציבורית להסתמך, בתביעה נגד מעבידתו, על עילת תביעה שמקורה במשפט הציבורי דוגמת הפלייה, שימוש בשיקולים פסולים וכו', או שמא הוא מוגבל לעילות תביעה מתחום המשפט הפרטי.

התשובה לשאלה זו היא, לדעתי, חד-משמעית. לא יתכן שהמחוקק התכוון לכך שהקמת בתי הדין לעבודה תגרע מזכויותיהם של עובדים ברשויות ציבוריות או תשחרר את הרשות הציבורית מלנהוג, בשטח זה, לאור כללי המשפט הציבורי. המסקנה הבלתי נמנעת היא, כי מבחינת הדין המהותי לא חל בנידון זה כל שינוי. אם אמנם כך הדבר, גשאלת השאלה איזהו הטריבוטל שבכותו לדון, במקרים אלו, בעילת תביעה המשותתת על המשפט הציבורי. אפשרות אחת היא, כי בג"צ יהיה מוכן לבחון מחדש את ההלכות שפורטו לעיל ואשר בהן נקבע כי הנושא הנדון הוצא מגדר סמכותו. אפשרות אחרת היא, כי בתביעות בין עובד לרשות ציבורית המעסיקה אותו, יוכל בית הדין לעבודה לדון לא רק בעילה החוזית, אלא גם בזה המשותתת על המשפט הציבורי, ואין ספק כי אפשרות זו עמדה לנגד עיני בג"צ באותם פסקי דין בהם קבע כי אין לו סמכות לדון בנושא.⁵² כך בבג"צ 344/69 כדורי נ' המועצה המקומית תל-מונד, פד"י כ"ג (2) 621, החליטה המועצה המקומית בה הועסק העותר להעבירו מתפקיד של מזכיר וגובר לתפקיד אחר ולפרסם מכרו לקבלת מזכיר וגובר אחר. לטענת העותר באה החלטה זו כדי לתת תוקף להסכם קואליציוני לתת את המשרה כפרס לנאמן של אחת הסיעות המשתתפות בקרי-אליציה. בג"צ, בקבעו שהענין איננו בסמכותו, ציין כי:

"אם יש יסוד לטענתו (של העותר) כי החלטת ההעברה אינה כדין, כי או איננו רואים כל סיבה מדוע לא יוכל בית הדין לעבודה, אם ימצא לנכון, להשתמש בכותותיו הנ"ל כדי למנוע מהמועצה לקיים את המכרו כל זמן שענינו של העותר לגופו לא נחתך סופית על ידי בית הדין".

מדובר איפוא בטענה, כי החלטת המועצה "אינה כדין". ונראה כי אין ספק שמונח זה מתייחס לאפשרות שהחלטה מנוגדת לכללי המשפט הציבורי, ולא דוקא לכך שאיננה מתיישבת עם הנאי ההסכם שבין הצדדים.⁵²

51 ראה בג"צ 344/69 כדורי נ' המועצה המקומית תל-מונד, פד"י כ"ג (2) 620, ובג"צ 7/70 אגאי נ' שר החקלאות, פד"י כ"ד (1) 127 שנפסק ברוב דעות. בענין זה נראית לנו, כאמור, דעת המיעוט של השופט ויתקון. ראה גם בג"צ 221/69 פלוגי נ' שר הבטחון, פד"י כ"ד (1) 365 וכן ברכה, "סמכות בג"צ וסמכות בית-הדין לעבודה", הפרקליט, כ"ו, עמ' 552 וכרך כ"ז 87, וגרינברג, "לענין תיחוס סמכויות בג"צ ובית הדין לעבודה", משפטים, ב, עמ' 622.

52 ראה גם בבג"צ 7/70 אגאי נ' שר החקלאות, פד"י כ"ד (1) 127. במקרה זה היה מדובר בעתירה נגד המדינה שלגביה קיים ספק אם מוסמך בית הדין לעבודה ליתן סעד על דרך של צו עשה או צו מניעה. זאת, לאור סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחיים (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958. אולם אפילו כך הדבר, נראה כי העותר יכול לבוא על סיפוקו באמצעות פסק דין הצהרתי ודבר זה צויין במפורש בבג"צ 7/70 הנ"ל. יצויין כי בבית הדין

אולם, קשיים עשויים להתעורר במקרה שהיה פגם בפעולת הרשות, אך הפעולה לא הייתה בטלה לחלוטין אלא רק ניתנת לביטול. ספק רב אם במקרה האחרון יכול פסק דין הצהרתי של בית דין לעבודה להביא לבטלות הפעולה. קושי דומה קיים כאשר מתעוררת השאלה בענין שבגררא, כגון כאשר עובד שפוטר תובע את שכרו בטענה שפיטוריו לא היו כדין. האם יוכל בית דין לעבודה לפסוק לזכותו כאשר היו הפיטורים ניתנים לביטול אך לא בטלים לחלוטין? א.⁵²

פעולה של רשות ציבורית בתחום המשפט הפרטי שאיננה בגדר חוזה

האמור לעיל לגבי תוזים של רשות ציבורית, כוחו יפה גם לגבי פעולה משפטית אחרת של הרשות שהינה בתחום המשפט הפרטי, כגון מתן רשיון להשתמש בנכס "פרטי" של הרשות, אף אם הרשיון לא ניתן במסגרת הסכם מחייב. כאמור, גם במקרה זה יחול, לדעתי, העקרון הכללי לפיו, במתן רשיון, כאמור, או בביטולו כפופה הרשות לפחות לחלק מעקרונות המשפט הציבורי. מכאן, שאם יש בידי הרשות נכס שהוא בבעלותה "הפרטית", לא תוכל הרשות למשל, להתיר לאנשים מסויימים לבקר בו ויחד עם זאת, לאסור על אנשים אחרים, בניסיון שיש בהן הפלייה פסולה, מלהכנס לתוכו.⁵³ דוגמא למתן רשיון להחזקת מקרקעין של רשות ציבורית יוכל לשמש פסק הדין בבג"צ 326/65 סרבי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י כ' (2) 490. במקרה זה היו העותרים מפוני שכונת מנשיה בתל-אביב, שהועברו לישטה שהיה שייך לנפקדים ובתור שכזה הוקנה למינהל מקרקעי ישראל. בשנת 1949 התפרסמה הודעה מטעם משרד ראש הממשלה,

לעבודה הובעה הדעה כי הוא מוסמך ליתן צו מניעה נגד המדינה. ראה ל/5-2 הסתדרות המהנדסים נ' נציבות שירות המדינה, פד"ע ב' 58, אולם השאלה לא נבחנה בבג"צ. 52 א השווה לפסקי דינו של השופט זוסמן בע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פד"י כ"ד (2) 577, 584 (מול האות א') וע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן, פד"י כ"ג (2) 398. עם זאת, ראוי להצביע על כך ששאלה אנלוגית התעוררה לגבי תביעות הנוגעות לבניה או שימוש במקרקעין בניגוד לחוק. הכלל הוא כי הסמכות לדון בתביעה נתונה לבית המשפט האזרחי. במסגרת זו יכול בית המשפט לדון, כענין שבגררא, גם בשאלת חוקיותו של הרשיון (דוגמת רשיון בניה), אם הוצא רשיון כזה לנתבע. ראה בג"צ 16/50 איגרא רמא נ' עיריית תל-אביב, פד"י ה' 229 ובג"צ 286/66 כהן ודפני נ' הועדה הבקומית לתכנון של העיר אילת, פד"י כ"א (1) 81. אולם, מה הדין אם הרשיון איננו בטל אלא ניתן לביטול? נראה כי בע"א 120/60 הלפרין נ' קוצנינסקי, פד"י ט"ו 705 הנית בית המשפט שגם במקרה כזה ניתן יהיה לדון בנושא כענין שבגררא. בלשונו של השופט ברנזון בעמ' 709 לפסה"ד: "לדעתי כל טענה שהיתה פתוחה לפני בית המשפט הגבוה לצדק לפסילת הרשיון פתוחה גם בבית המשפט המוסמך האחר".

53 השווה בג"צ 262/62 פריץ נ' כפר שמריהו, פד"י ט"ז 2101, שבו ניתן, כנראה, הרשיון לשימוש בנכס באמצעות חוזה. אולם מבג"צ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, פד"י ט"ז 1023 עולה כי קיימים אינטרסים מסויימים של הפרט, עליהם לא יגן בג"צ באשר אין הם עולים לגדר "זכות". נמצא כי אף אם הרשות פעלה לגבי קטגוריה זו, תוך הפרת עקרונות המשפט הציבורי — אין לאורח סעד. אפשרות אחרת היא לומר כי מפס"ד זה עולה כאילו קיים תחום מסויים בפעולות הרשות עליו לא חלים העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי. דיון בסוגיה זו חרג מתחומי רשימה זו.

תחולתן של חובות על רשות ציבורית

ממנה השתמע, כי תושבים אלו לא יפוננו ממגוריהם עד אשר יושכנו במקום קבוע. לאחר מכן מכר מינהל מקרקעי ישראל את השטח בו התגוררו העותרים לחברה פרטית, אשר הציעה לעותרים סכום כסף כדי שיפנו את הקרקע. אולם נראה כי נתגלו חילוקי דעות ביחס לגובה הסכום ואותה חברה הגישה תביעה לפינוי. תביעה זו הוגשה בשם מינהל מקרקעי ישראל, שהקרקע היתה עדיין רשומה בשמו.

העותרים פנו לבג"צ וביקשו, בין היתר, למנוע מהמינהל להתיר לחברה הפרטית להשתמש בשמו לצורך תביעת הפינוי (תביעה שהתנהלה בבית המשפט האזרחי).

השופט קיסטר, בדעת מיעוט, סבר שיש לקבל אותו חלק מן העתירה המצווה על המינהל שלא לתבוע פינוי העותרים, אלא אם יודה בזכותם לדיור אקוילנטי ויציע לביית המשפט לקבעו. השופט לנדוי דן בשאלה אם הבטחה של רשות ציבורית מעניקה לאורח עלית תביעה בתחום המשפט הציבורי, אך שאלה זו נשארה פתוחה. לעיצומו של דבר סבר השופט לנדוי כי יש לבטל את הצו-על-תנאי, זאת מן הטעם ש—

”אם יש לעותרים טענות צודקות נגד התביעות לסילוק יד, על פי הבטחות שניתנו להם בעבר, יוכלו להתגונן בטענות אלה בפני התביעות בבית משפט השלום, ובכלל זה גם בטענות שיסודן בהפרת חובה ציבורית על ידי המינהל, כי הרי לפי סעיף 35 של חוק בתי המשפט, תשי”ז-1957, מוסמך בית המשפט לברר גם טענה כזאת כשאלה שבגררא” (ההדגשה שלי ד.פ.).

השופט כהן סבר אף הוא כי יש לבטל את הצו על תנאי, בציינו כי כל השאלות השנויות במחלוקת יוכלו להתברר בבית המשפט המוסמך.

סיכומו של דבר, אף שהיה מדובר בנכס ”פרטי” של הרשות, הרי שנראה כי הן לדעת השופט קיסטר (דעת המיעוט) והן לדעת השופט לנדוי, כפיפה הרשות, בכל הנוגע לאפשרות ביטול הרשיון, לכללי המשפט הציבורי³⁵.

הערות סיכום

כפי שניסיתי להראות לעיל, הרי, לדעתי, כפופה רשות ציבורית לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי, גם כאשר היא פועלת בתחום המשפט הפרטי; זאת בנוסף לכפיפותה לעקרונות המשפט הפרטי. משמעות הדבר היא כי גם כאשר הרשות פועלת במישור הפרטי היא חייבת ברמת התנהגות גבוהה יותר מזו המוטלת על הפרט בנסיבות דומות. זאת, משום שהרשות כפופה גם בענין זה למערכת עקרונות נוספת, שמקורה במשפט הציבורי, ואשר איננה חלה על הפרט. אם אמנם כך הדבר, נשאלת השאלה, היש, בענין

³⁵ אראה גם בג”צ 729/69 מילר נ’ עיריית הרצליה, פד”י כ”ד (1) 37, 39, שבו חוייבה עירייה, כבעלת רכוש, ליתן את הסכמתה לבקשה של בעלי מוניות לקבלת רשיון לתחנת מוניות. חיובה של העירייה היה מבוסס על עקרונות המשפט הציבורי. בית-המשפט קבע: “בסירובה (של העירייה) לתתם על בקשת הרשיון של העותרים להפעלת התחנה יש משום שימוש בכוחה כבעלת רכוש הציבור למטרה זרה לענין, דהיינו להפעלת לחץ פסול על העותרים כדי שאלה יפעילו את קו השירות שאין בידם להפעילו”. זוהי, איפוא, דוגמא נוספת להטלת חובה, מן המשפט הציבורי, לגבי רכוש שבבעלותה של רשות ציבורית.

זה, הבדל בין פעולת הרשות בתחום המשפט הציבורי לפעולתה בתחום הפרטי. בקשר לכך אצביע על הנקודות הבאות:

- (א) כאשר הרשות פועלת בתחום המשפט הפרטי, הרי היא כפופה בראש ובראשונה לדין האזרחי הכללי, וחלק גיכר מן השאלות המתעוררות עשויות להפתר בתחום זה. כמו כן, במקרים בהם מהווה התנהגות הרשות הן הפרה של הדין האזרחי והן הפרה של המשפט הציבורי, קרוב לודאי שהמתלוקת תחתך בתחום המשפט הפרטי. זאת משום שהעובדה כשלעצמה שקיים סעד אלטרנטיבי בתחום המשפט הפרטי עלולה לגרום לדחיית העתירה לסעד בבג"צ.⁵⁴
- שאלת תחולתו של המשפט הציבורי מתעוררת, בדרך כלל, באותם מקרים בהם לא עומדת לרשות הפרט עילה מתחום המשפט הפרטי ופעמים אף כאשר הסעד בתחום המשפט הפרטי איננו יעיל די הצורך.⁵⁵
- (ב) לעומת זאת, כאשר מדובר בפעולה של רשות ציבורית בתחום המשפט הציבורי-גורמטיבי, דוגמת התקנת תקנות, מתן רשיון לפי חיקוק וכו', הרי היא כפופה בראש ובראשונה למשפט הציבורי ורק במקרים נדירים התעוררה שאלה של תביעה אזרחית נגד הרשות בגין הפרת חובה מתחום המשפט הציבורי.⁵⁶
- (ג) כאשר פעולתה של הרשות היא בתחום המשפט הפרטי, הרי, בדרך כלל, לא קיימת פרוצדורה מינהלית או הליכים מינהליים שעל הרשות למלא.⁵⁷ כמו כן, אין לפרט, בדרך כלל, זכות מוקנית לכך שהרשות תתקשר אתו בתחום המשפט הפרטי. כפיפותה של הרשות בעניינים אלו היא איפוא רק לאותם עקרונות כלליים של המשפט הציבורי העשויים לחול בגסיבות.⁵⁸ דוגמת איסור הפליה בלתי מוצדקת,

54 עם זאת, יתכן הדבר, לפחות במקרים אחדים, שהפרט יוכל להסתמך בבית המשפט האזרחי גם על טענות מתחום המשפט הציבורי. זאת בין בתביעה לפסק דין הצהרתי ופעמים אף בדרך אחרת. השווה לדיון בבג"צ 326/65 כרבי נ' מינהל בפרקטי ישראל, פד"י כ' (2) 490, וכן לדיון בתביעות של עובדי ציבור שנערך לעיל.

55 במקרים רבים נאמר, אמנם, כי העובדה כשלעצמה, שבית משפט אזרחי איננו מוסמך ליתן צו ביצוע בעין או צו מניעה נגד המדינה, איננה מצדיקה בהתערבות בג"צ. ראה את האסמכתאות שבהערה 43 לעיל. עם זאת, נראה כי כאשר הדין האזרחי המהותי איננו מאפשר סעד של אכיפת הזכות (אף לא באמצעות פסק דין הצהרתי) ניתן יהיה להשיג סעד כזה על סמך עילה מתחום המשפט הציבורי (אם עומדת לעותר עילה כזו). השווה לדיון שנערך לעיל בסוגיה של העסקת עובדים ברשות ציבורית.

56 האפשרות לפיה תקנה הפרת חובה מתחום המשפט הציבורי, עילת תביעה בנויקין, נדונה ב"רובינשטיין ופרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנויקין", הפריקליט, כ"א, עמ' 61.

57 להוציא הוראת הנוגעות לכשירותה של הרשות לביצוע הפעולה שהיא בתחום המשפט הפרטי, וכן הוראות הנוגעות לקביעתו של האדם המוסמך מטעמה לחתום על החוזה וכו'.

58 שאלה היא אם חובת ההנמקה, שנקבעה בחוק לתיקון סדרי המינהל (הגמקות), תשי"ט-1958, חלה על סירוב לבקשה הנוגעת לפעולת הרשויות שהיא בתחום המשפט הפרטי. לכאורה התשובה היא שלילית שהרי סעיף 2 לחוק מדבר במקרה שבו "נתבקש עובד הציבור בכתב להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין...". עם זאת יצוין, כי המונח "סמכות על פי דין" המופיע בסעיף 7(ב) לחוק בתי הדין הפליליים (זהו הסעיף הדין בסמכות בג"צ), זכה לא אחת לפירוש רחב ביותר. ראה, למשל, בג"צ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר התקלאות, פד"י ט"ז 20 ובג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שבריהו, פד"י ט"ז 2101. דיון מפורט בשאלה זו חורג מהמסגרת שבפנינו.

תחולתן של חובות על רשות ציבורית

איסור על פגיעה בזכות יסוד של הפרט (דוגמת חופש המצפון, חופש הדת וכו'), וכן איסור על שימוש שלא בתום לב בזכויות מתחום המשפט הפרטי⁵⁹. משום כך, טבעי הדבר ששאלת קיומה של עילה מתחום המשפט הציבורי לגבי פעולה של הרשות בתחום המשפט הפרטי תתעורר רק במקרים נדירים יחסית. עם זאת, חשוב להכיר בכך שהרשות כפופה לעקרונות המשפט הציבורי גם כאשר היא פועלת במישור הפרטי, וכי אין היא נהנית בשטח זה מאותו חופש המוקנה לפרט בניהול עניניו.

59 לפי גישה זו קיים כלל של המשפט הציבורי האוסר על רשות ציבורית להשתמש שלא בתום לב בזכות שיש לה בתחום המשפט הפרטי. נראה כי כלל זה עולה מפסקי דין דוגמת פריץ נ' כפר שמריהו, פד"י ט"ז 2101 וכן בג"צ 729/69 שהובא בהערה 53 לעיל.