

שלושה מושגים של דואליות נורמטיבית

מאת

רון פוליאק*

תקציר

הטענה בהערת הפסיקה היא, כי פסק דינו של השופט עמית ב-רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל אתגר את דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית בישראל, דוקטרינה החותרת למיזוג נורמטיבי בין הדין המהותי במשפט הציבורי והדין המהותי במשפט הפרטי (דואליות נורמטיבית ממוזגת). תחת הגישה השלטת, החותרת למציאת מכנה משותף מאחד בין שתי מערכות הדינים, משתמעת מפסק דינו של השופט עמית פרשנות חדשה. פרשנות זו מעדיפה הכרעה במקרים מסוימים על בסיס הדין המהותי של המשפט הציבורי בלבד, תוך יצירת חסימה דיונית ומהותית של תביעה מקבילה במשפט הפרטי (דואליות נורמטיבית שוללת). המאמר מבקר גישה זו ומציע גישה, המכירה בלגיטימציה של ליבון מקביל של עלות התביעה השונות בכל מערכת דינים מבלי להידרש לשוות להן תוצאה אחידה (דואליות נורמטיבית מקבילה). השקפת המאמר היא כי גישה זו מתיישבת טוב יותר עם ההכרה של השיטה המשפטית בתכליות השונות של מערכות הדינים. לבסוף מתמודד המאמר עם ביקורות אפשריות נגד הגישה המוצעת, הנוגעות בין היתר לקוהרנטיות של השיטה ולחשש מפני הכרעות דיוניות סותרות, ומציע מודל מעשי ליישומה.

* ד"ר למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודה לנשיא בית המשפט העליון (בדימו') פרופ' אהרן ברק, לרקטור האוניברסיטה העברית פרופ' ברק מדינה, לפרופ' יואב דותן ולמערכת עיוני משפט על הערות מצוינות. הכתוב משקף את עמדתו האישית בלבד.

מבוא

- א. הדואליות הנורמטיבית
- ב. פרשת גליק ומשמעותה
 - 1. פסק דינו של השופט עמית
 - 2. הערכת פסק דינו של השופט עמית
 - 3. פרשנות פסק דינו של השופט עמית כבסיס לגישה חדשה של דואליות נורמטיבית שוללת
 - 4. ביקורת על גישת הדואליות הנורמטיבית השוללת
- ג. הגישה המוצעת: דואליות נורמטיבית מקבילה
 - ד. דיון ביקורתי בגישה המוצעת
 - 1. הקוהרנטיות של השיטה
 - 2. אילוצים קונקרטיים
 - 3. המישור המעשי

סיכום

מבוא

האם הימנעות מהגשת עתירה לבג"ץ בדרישה לביטול החלטה מנהלית שגרמה לתובע נזק מצדיקה דחייה של תביעה אזרחית לפיצויים שהגיש התובע נגד הרשות המנהלית שפגעה בו? בית המשפט העליון השיב על שאלה זו בחיוב, בדעת רוב, בעניין גליק נ' משטרת ישראל¹. נפסק כי הימנעותו של גליק מלעתור לבג"ץ נגד החלטתה של משטרת ישראל למנוע את עלייתו להר הבית, אף שהחלטה גרמה לו נזק, מצדיקה את דחייתה של תביעת פיצויים שהגיש בעילה נזיקית. השופט עמית, אשר כתב את פסק הדין העיקרי של דעת הרוב, ערך ניתוח מעמיק של עילות התביעה השונות הקיימות במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי והכיר במושג חדש של "עוולה היברידי", שהיא, בלשונו, "עוולה ששורשיה יונקים ממי התהום של המשפט המינהלי אך גזעה וענפיה תחומים בעוולת הרשלנות"². לאור אפיון זה של התביעה קבע השופט עמית כי חלה בעניינה חובת הקטנת הנזק, ומשלא עמד בה התובע – דין תביעתו להידחות.

פסק הדין בעניין גליק מעורר מחדש את הדיון באחת הדוקטרינות החשובות החלות על רשות שלטונית הפועלת במשפט הפרטי, היא הדוקטרינה של דואליות נורמטיבית. הביטוי "דואליות" (נורמטיבית), שמשמעותו הלשונית היא "כפילות" או "שניות" (נורמטיבית), הוא כשלעצמו אינו מנביע יסודות ברורים לדוקטרינה משפטית. לרעיון של דואליות יש משמעות שונה בהקשרים מדעיים שונים; בחלקם

¹ רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 19.1.2017).

² שם, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית.

משמש הרעיון בסיס להבחנה בין מרכיבים נפרדים, ולעיתים לכריכה בין מרכיבים התלויים זה בזה.³ מהי משמעותו של רעיון זה בהקשר המשפטי? פסק הדין שהוליד את הדוקטרינה בישראל הכיר בדואליות הנורמטיבית כ"אמת פשוטה".⁴ אכן, מבחינה לשונית המשמעות הפשוטה של הדוקטרינה היא תחולה כפולה של שתי מערכות דינים, אך אין נובעת מכך עמדה ברורה בשאלת היחס שבין שתיהן. מהו למשל הדין, כאשר שתי מערכות הדינים מצביעות על תוצאות שונות – האחת, שלפיה לרשות התובע עומדת עילת תובענה חוזית או נזיקית, והאחרת שלפיה יש לרשות המנהלית טענת הגנה (כגון השתחררות מחוזה או חסינות בנזיקין)? האם הזכות לפיצוי במשפט הפרטי מותנית בקביעה שהיה פגם בעילה ציבורית? ומה נובע מכך לעניין הזכות לפיצוי בגין הפרה של כלל במשפט הציבורי – האם חל עליה כלל של התיישנות מן המשפט הפרטי? המונח "דואליות" לבדו אינו מספק לנו תשובות על השאלות הללו. הדיון שיערך בעניין גליק מבקש להסיק ראשית תשובה להן. נקודת המוצא לדיון היא, כי דואליות נורמטיבית משמעה שהחלטת הרשות המנהלית כפופה הן לנורמות של המשפט הפרטי הן לנורמות של המשפט הציבורי.⁵ ביישום דוקטרינה זו, בתי המשפט נדרשים לבחון את נסיבות המקרה ולהכריע בו על פי נורמות הקבועות בשתי מערכות של דין מהותי החלות בהקשרו – דין המשפט הפרטי הרלוונטי (חוזים, נזיקין, קניין, עשיית עושר) ודין המשפט הציבורי הרלוונטי (המנהלי והחוקתי). בתי המשפט נדרשים לגשר על הפערים הרעיוניים שבין מערכות הדין המהותי, שכן נסיבות המקרה כפופות לנורמות שונות לאורכה של ההבחנה שבין המשפט הציבורי, כמשפט שעוסק בשלטון (או במישור האנכי של היחסים שבין השלטון לבין הפרטים), לבין המשפט הפרטי, כמשפט המסדיר את המישור האופקי שבין הפרטים.⁶ בכך משמשת הדוקטרינה כלי חשוב לא רק ברטוריקת ההנמקה של פסקי הדין, אלא גם ככלי קיבול חשוב לשיקול דעת שיפוטי לפיתוח נורמות חדשות. החידוש העיקרי בפסק דינו של השופט עמית הוא בקביעה, כי דין תביעה אזרחית בעוולה ההיברידית כרוך – במישור הדיוני – בדרישה למיצוי הליכים בעתירה נגד פגם מנהלי בהחלטה השלטונית, ואם נדחתה העתירה – ככלל דינה של התביעה האזרחית להידחות לגופה מחמת מעין מעשה בית דין.

הערת פסיקה זו כוללת סקירה קצרה של הפרשה, תוך התמקדות בפסק דינו של השופט עמית וניתוח ביקורתי שלו. הטענה הראשונה היא תיאורית. אטען כי ניתוח גישתו של השופט עמית באשר לדין החל על עוולות היברידיות מלמד על תפיסה חדשה של דואליות נורמטיבית. על פי תפיסה זו, שאבקש לכנותה "דואליות

³ "דואליזם" אלאן בולק ואוליבר סטאליבראס מלון פונטנה למחשבה מודרנית 107-108 (אלי שאלתיאל עורך, 2004).

⁴ בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745 (1980) (להלן: עניין מרכז הקבלנים).

⁵ בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 890 (2004).

⁶ חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 1, 3-2, 7, 77, 82-83 (2019).

נורמטיבית שוללת", כאשר בית המשפט סבור שהמקרה שלפניו ראוי שיוכרע על פי אמות המידה המהותיות של המשפט הציבורי, תנוהל ההתדיינות על פי הנורמות המשפטיות של תחום זה, והן יחסמו – ולמעשה יכריעו – את התביעה במשפט הפרטי.

הטענה השנייה היא ביקורתית. אטען כי הדוקטרינה של מעשה בית דין, שהשופט עמית התבסס עליה אינטואיטיבית בהנמקת תפיסתו, אינה משמיעה לנו את הכלל אשר הוא ביקש להסיק. למעשה גם הדין הכללי ועקרונות היסוד של השיטה אינם תומכים בגישה של דואליות נורמטיבית שוללת. טענתי היא כי ישנם טעמים טובים לחידוש דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית לכיוון אחר, שאבקש לכנותו "דואליות נורמטיבית מקבילה", ובו שתי מערכות הדינים פועלות אוטונומית ובמקביל. כיבוד האוטונומיה של כל דין להגיע לתוצאה אשר הולמת את תכליותיו הוא ערובה להמשך פיתוח המשפט, הן בכל ענף בנפרד והן כמכלול עשיר של השיטה המשפטית. פיתוח הדוקטרינה בכיוון זה מייתר למעשה את המושגיות של עולות "היברידיות"; מושגיות זו אינה תורמת להשלטת סדר מתבקש בתחום השפעות הגומלין שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, ועיקרה במישור הרטורי בניסיון להגיע לתוצאה הנחזית להיות קוהרנטית בכל אחת ממערכות הדינים. הגישה המוצעת כאן קוראת לשחרר את בית המשפט מאילוץ זה, ומכירה בלגיטימציה של תוצאה שונה בכל אחת ממערכות הדינים. פיתוח רעיוני זה עשוי להוביל להבחנה מדויקת ועמוקה יותר בין מערכות הדינים, בניגוד לניסיונות לקרב ביניהן במישור הרטורי (לרבות המושגיות של עולה היברידית) ובמישור התוצאה (לרבות תוך שימוש באינטואיציה של מעשה בית דין). יש להכיר בכך, שתוצאה שונה בכל דין אינה עולה בהכרח כדי סתירה משפטית שיש ליישב. הכרה זו בעיניי היא שתגשים נכונה את הרצון, שעליו עמד השופט עמית בכתיבתו האקדמית, להשליט סדר ולשרטט קווי גבול ברורים יותר בין שתי מערכות הדינים.

בהתחשב באופייה של הרשימה כהערת פסיקה, לא אעסוק כאן בסוגיות נלוות לדוקטרינת הדואליות הנורמטיבית; לא אעסוק בדואליות נורמטיבית החלה בענפים שונים של המשפט הפרטי עצמו (חוזים, נזיקין, קניין, עשיית עושר); ובפרט, לא אעסוק בהבחנות בין סוגי אחריות של רשויות מנהליות מכוח עילות שונות במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי. אתמקד בהיבטים הנזיקיים בלבד, בשל ההסתמכות על פסק הדין בעניין גליק. יתר על כן, לא אעסוק בפירוט במישורי התקיפה הפרוצדורליים של החלטה מנהלית ובסמכויות השיפוט של בתי המשפט, משום שהערת הפסיקה מתמקדת בדואליות נורמטיבית מהותית, מצב שבו חולשות על מקרה מסוים שתי מערכות של דין מהותי, ולא בדואליות פרוצדורלית, מצב שבו חולשות על מקרה מסוים שתי מערכות של דין דיוני. עם זאת אצביע על כך, שפסק דינו של השופט עמית כורך שלא לצורך בין דואליות מהותית לדואליות פרוצדורלית תוך שימוש המעורר קושי בדוקטרינה של מעשה בית דין, מבלי לבסס כדבעי את יסודותיה, ואבקש לנתק כריכה זו. לבסוף, לא איכנס למחלוקת התיאורטית בדבר תקפותה של

ההבחנה שבין "הפרטי" ל"ציבורי"⁷, ולא אדון במשמעויות התיאורטיות השונות של ה"ציבורי"⁸. הערת הפסיקה מבוססת על ההכרה הפוזיטיבית בשיטת המשפט הישראלית⁹ (בדומה להכרה הפוזיטיבית בשיטות משפט אחרות¹⁰) בהבחנה שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי ובשוני שבין תכליות הדינים, מבלי לערוך דיון מפורט בשיקולי המדיניות שבבסיס העילות הרלוונטיות.

הערת הפסיקה בנויה כך: בפרק הראשון אציג את דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית השלטת במשפט הישראלי. אראה כי גישה זו מבוססת על הנחת מוצא ולפיה ישנו מתקל דינים בין הדין הציבורי לדין הפרטי, וכי על רקע זה יש להבין את דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית השלטת כניסיון שיפוטי לפתור – או לפחות לרכך – את מתקל הדינים באמצעות "מיזוגם" של הדינים במישור התוצאה. הבחירה של השיטה המשפטית בפתרון "ממזג" למתקל משמיעה דחייה של פתרון אפשרי אחר, והוא הקניית עדיפות לאחת ממערכות הדינים. תובנה זו בדבר ההכרעה של השיטה המשפטית חושפת את פוטנציאל החידוש בפסק דינו של השופט עמית, אשר הולך בדרך מעשית המעדיפה את אחת ממערכות הדינים. בפרק השני אנתח את פסק דינו של השופט עמית ואטען, כי תפיסת הדואליות הנורמטיבית העולה ממנו היא של דואליות "שוללת". אעמוד על חסרונותיה של גישה זו. בפרק השלישי אציע לפתח תפיסה חלופית שאכנה דואליות "מקבילה", ואעמוד על הצדקותיה ועל יתרונותיה. בפרק הרביעי אבקש להתמודד עם ביקורות אפשריות נגד הגישה המוצעת.

א. הדואליות הנורמטיבית

בפרק זה אציג את דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית, השלטת במשפט הישראלי, בתכלית הקיצור. איני מבקש לסקור כאן סקירה ממצה של הפסיקה הקיימת ולחלץ מתוכה דוקטרינה משפטית סדורה. אתבסס כאן על הספרות הקיימת, המאפיינת את הדוקטרינה הקיימת, כבסיס לאפיון של פסק הדין שבו עוסקת הערת הפסיקה במפת הדין הקיים. פרק זה ישמש מצע לניתוח ביקורתי של פסק הדין (בפרק ב) ונקודת מוצא להצעה לפיתוח עתידי של הדוקטרינה (בפרקים ג ו-ד).

⁷ להצגת ההבחנה התיאורטית ולדיון ביקורתי בה, ראו: Alon Harel, *Public and Private Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW 1040 (Markus D. Dubber & Tatjana Hörnle eds., 2014); הילה שמיר "הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי" *עיוני משפט* לה 747, 763 (2013).

⁸ יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" *עיוני משפט* לה 419, 497 (2016).

⁹ פאינה מילמן-סיון "עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי, בעקבות עשור לבג"ץ שדות" *עיוני משפט* לו 317, 351 (2013).

¹⁰ ראו Hugh Collins, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, in CONSTITUTIONALIZATION OF EUROPEAN PRIVATE LAW 26 (2014).

דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית השלטת בישראל קובעת, כי החלטה של רשות מנהלית¹¹ כפופה לשתי מערכות של דין מהותי: עקרונות היסוד של המשפט הציבורי,¹² בהתחשב בגוף המפעיל את הסמכות כגוף ציבורי שהוא נאמן הציבור,¹³ והמשפט הפרטי, בהתחשב במהות הפעולה. במובן זה הדואליות הנורמטיבית חלה על פעולותיהן של הרשויות תוך שימוש בכלים המשפטיים ובמסגרות המשפטיות שפותחו במשפט הפרטי.¹⁴ התחולה הכפולה יוצרת מתח ביישום העקרונות של כל תחום במקרה מסוים, לנוכח נקודות המוצא השונות של כל תחום¹⁵ ולנוכח ההכרה של שיטת המשפט בישראל בשוני זה.¹⁶ מתח זה הפך את הדואליות הנורמטיבית, בלשונה של דפנה ברק-ארז, ל"אתר של מתקל דינים":¹⁷ התנהלות מסוימת של הרשות המנהלית עלולה להיחשב פגומה – ואולי אף פסולה – לפי דין אחד, אך מותרת לפי דין אחר. כך למשל, החלטה מסוימת של רשות עשויה להיחשב לבלתי-סבירה על פי אמות המידה של המשפט המנהלי ועם זאת לא תעלה כדי עוולה נזיקית, משום שמבחינה הסבירות שבתי המשפט מיישמים לצורך ביקורת שיפוטית מנהלית אינם חופפים במלואם למבחני הסבירות בניזיקין.¹⁸

אחת הדרכים להתמודד עם המתקל היא להימנע ממנו באמצעות מיתון פוטנציאל ההתנגשות, באופן שעוקף את ההבחנה שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי. דרך זו מתמקדת בניתוח ההשפעה ההדדית שיש לנורמות הקבועות בתחום אחד על הנורמות בתחום השני,¹⁹ תוך חתירה למיזוג נורמטיבי של הדינים (להלן: דואליות נורמטיבית ממוזגת). המיזוג מבוסס על מציאת המכנה המשותף המאחד של התחומים ועל השיקול הפרשני השואף לקוהרנטיות נורמטיבית בשיטה בכללותה.²⁰ הצורך בנימוק ההכרעה השיפוטית כמוצדקת באופן הרמוני על פי שתי מערכות הדינים יחדיו מוביל לא אחת לרטוריקה שיפוטית, שלפיה "אף שהדרך שונה, התוצאה היא אחת", ולכן "אין צורך לבחור בין שתי הדרכים או לקבוע ביניהן סולם עדיפויות".²¹

11 ס' 2 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000.

12 עניין **מרכז הקבלנים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 746.

13 ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – המינהל הציבורי 526-527 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

14 ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ג 5 (2013) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי**).

15 חני אופק-גנדלר "המעביד כגוף דו-מהותי" **ספר סטיב אדלר** 155, 156-157 (2016).

16 דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי: תחומי גבול והשפעות גומלין" **משפט וממשל** ה 95, 96-95 (1999).

17 ברק-ארז **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 21.

18 עניין **גליק**, לעיל ה"ש 1, בפס' 24 לפסק דינו של השופט עמית.

19 דפנה ברק-ארז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" **משפט וממשל** א 275, 294 (1994) (להלן: ברק-ארז "דואליות נורמטיבית"); ע"א 276/09 **טאבא נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 13-14 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 2.1.2011).

20 בג"ץ 1635/90 **זרדיבסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה(1) 749, 839 (1991).

21 ע"א 6705/04 **בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים**, פס' 34 ו-36 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 22.1.2009).

בפסיקה ישנן לא מעט דוגמאות לדרך זו,²² אשר מחזקות את מה שברק-ארוז כינתה "תהליכים של התקרבות" בין הדינים,²³ כבסיס לפיתוח ולחידוש של הדינים עצמם. כך, בתחום המשפט הציבורי הסירו בתי המשפט קלסיפיקציות מסורתיות אשר בעבר הקלו על הרשות השלטונית, דוגמת ההבחנה שבין חוזים מסחריים לחוזים שלטוניים, והחילו עליה נורמות חדשות, כגון הלכת ההשתחררות מחוזה מנהלי²⁴ ואף עילות חדשות בתוך הענף הרלוונטי, כגון עילת ההשבה בגין גבייה שלא-כדין בידי רשות²⁵ ועילת תביעה כספית בגין הפרת הבטחה מנהלית.²⁶ באופן דומה אפשר להצביע על חלק מסוים בפסק דינו של השופט עמית בעניין גליק שעניינו הדיון בעוולות "היברידיות" כהמשך של קו זה, אשר רותם את מיוזג הדינים כדי נורמה חדשה "היברידית".²⁷

דומה כי הבסיס הרעיוני לגישת הדואליות הנורמטיבית הממזגת הוא בתפיסה מאחדת למשפט אשר מדגישה את חשיבותה של הקוהרנטיות בשיטה המשפטית.²⁸ לפי תפיסה זו, הכללים בדינים השונים נדרשים להתאים זה לזה, ובין חלקיה של השיטה צריכה לשרור הרמוניה.²⁹ תורת הפרשנות התכליתית, אשר קנתה שביטה הן במשפט הפרט³⁰ והן במשפט הציבורי³¹ ואשר כוללת פנייה אל תכליות

22 ע"א 4872/17 המועצה המקומית זכרון יעקב נ' מאיר אפרת אחזקות בע"מ, פס' 34-35 ו-43 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 9.10.2018); בג"ץ 634/11 באשה נ' מדינת ישראל התביעה הכללית, פס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.7.2011); ע"מ 5666/09 עיריית פתח תקווה נ' ישיר איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ, פס' 27-28 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 21.6.2011); רע"א 10565/07 עיריית עיר הכרמל נ' כמאל, פס' 8-9 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 17.2.2009); ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 694 (1993).

23 דפנה ברק-ארוז אורח-נתין-צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה 242-252 (2012).

24 ע"א 4893/14 זועבי נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, פס' 45 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 3.3.2016); ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 528-526 (2000); דפנה ברק-ארוז "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית – מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" המשפט יא 111 (התשס"ז).

25 דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פס' 43 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס (פורסם בנבו, 14.4.2015) (להלן: עניין שירותי בריאות כללית).

26 ע"א 4228/11 מנצור נ' מדינת ישראל, פס' 31, 38 ו-46-50 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 15.12.2014).

27 עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 32 ו-45 לפסק דינו של השופט עמית.

28 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530 (1992) ("שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט").

29 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 63-64 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית) ("המפתח הלכה שיפוטית אחת מפתח את כלל ההלכות השיפוטיות").

30 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה 79-84 (1993) (להלן: ברק פרשנות במשפט כרך ב).

31 בג"ץ 2386/11 צאלח נ' מנהל הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין, פס' 41 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (פורסם בנבו, 14.12.2017).

אובייקטיביות ואל עקרונות היסוד של השיטה, וכן תורת התחולה העקיפה, אשר מזרימה את זכויות האדם אל תוך המשפט הפרטי,³² סייעו להגשמתם של תהליכי מיוזג אלה בכלים פרשניים. בדיני הנזיקין מהלך המיוזג הנורמטיבי היה עמוק יותר, כיוון שהוא הוביל לעיצוב מחדש של הנורמות הנזיקיות המסורתיות, אשר נתבקשו "להכיל" את ההשפעות של המשפט הציבורי לתוך המסגרות הקיימות ואף ליצור מסגרות חדשות, כגון פגיעה באוטונומיה,³³ באופן שהוביל להרחבה של גבולות האחריות של רשויות מנהליות בנזיקין.³⁴

דרך אחרת להתמודד עם המתקל היא לנסות בכל זאת "לפתור" אותו באמצעות קביעת סולם עדיפויות בין הדינים, ולמעשה להכריע את הדואליות הנורמטיבית. מי שהולכים בדרך זו מבקרים את גישת הדואליות הנורמטיבית כלוקה בטשטוש גבולות³⁵ ואת הבדיקה הכפולה על פי שתי מערכות הדינים כ"טורח" וכבזבז משאבים מיותר.³⁶ הגישה החלופית דוגלת בהתמודדות ישירה עם המתקל ובהעדפת דין מסוים.³⁷ אפשר למצוא דוגמאות לדרך זו בפסיקה המדגישה את השוני שבין מושגי השסתום בשתי מערכות הדינים והמתמקדת בהכרעת נסיבות המקרה על פי הדינים של מערכת אחת.³⁸ פסיקה בכיוון זה מחלישה את מגמת ההתקרבות שבין הדינים. כפועל יוצא של גישה זו נשמרים הגבולות המסורתיים שבין מערכות הדינים, ומצטמצם הפוטנציאל של פיתוח המשפט בדרך של "ייבוא" של פעולה מנהלית אל תחומי המשפט הפרטי. באופן דומה אפשר להצביע על חלק אחר בפסק דינו של השופט עמית בעניין גליק; חלק זה עניינו הדיון בטעמים נגד "ייבוא" של פעולה

32 אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" מבחר כתבים כרך ג 609 (2017).

33 כראש נזק או כעוולה עצמאית. ראו ע"א 2278/16 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 21-24 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.3.2018).

34 בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד השיכון, פ"ד נט (4) 241, 284 (2004); דפנה ברק-ארוז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (התשס"ט). טעמים טיפוסיים בהקשר זה מנקודת המבט של המשפט הציבורי הם חיזוק ההגנה על זכויות אדם ופיזור נזק הוגן. דיון מפורט בשיקולים אלה חורג ממסגרת המאמר. להרחבה, ראו רונן פוליאק פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות 240, 298 (2017) (להלן: פוליאק פיצוי).

35 יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" דין ודברים ו 17 (2011) (להלן: עמית "טשטוש תחומים").

36 יצחק זמיר "דיני חוזים מנהליים: ענף של המשפט המנהלי?" משפט וממשל יח 333, 397 (2017) (להלן: זמיר "חוזים מנהליים").

37 לתמיכה בגישה זו, ראו שם, בעמ' 412 ("ראוי להעביר את החוזים המנהליים מן התחום של המשפט הפרטי אל התחום של המשפט המנהלי") וכן בעמ' 396 ("אין זה רצוי שעל עניין אחד יחולו דינים שונים, במיוחד אם הם שייכים לענפי משפט שונים כל-כך כמו המשפט הפרטי והמשפט המנהלי") ובעמ' 397 ("באופן עקרוני... על עניינים מנהליים צריך לחול בדרך-כלל המשפט המנהלי, ולא המשפט הפרטי, ולא רק בשאלת חוקיותה של החלטה מנהלית, אלא גם בשאלת הסעד בגין אי-חוקיותה של החלטה כזו"). מדברים אלה עולה תפיסה החותרת להכריע את "השניות הנורמטיבית" (בלשונו של פרופ' זמיר).

38 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פד לה (1) 421, 432-433, 443-444 (1980); ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז (3) 757, 765 (1983).

מנהלית אל תחומי המשפט הפרטי, כהמשך של קו זה המדגיש את קו הגבול שבין הדינים דווקא והתומך בצמצום גבולות האחריות של רשויות מנהליות בנוזיקין.³⁹ בפרק הבא אבקש לטעון, כי חשיבותו של פסק הדין של השופט עמית היא במישור זה. אטען כי לא רק שפסק הדין משרטט קו גבול ברור יותר בין שתי מערכות הדינים (בהמשך ישיר לכתיבתו האקדמית של השופט עמית), אלא שהוא גם נושא עימו פוטנציאל להבנה חדשה של הדואליות הנורמטיבית עצמה – תפיסה של דואליות נורמטיבית שוללת, אשר בדומה לדרך הנזכרת בפסקה הקודמת מבקשת לפתור את המתקל בהעדפתה של אחת ממערכות הדינים. ואולם הן התפיסה השלטת של דואליות והן התפיסה החדשה לוקות בכך שהן מניחות כי תוצאה שונה ביישום מערכות הדינים על מקרה מסוים היא "בעיה"; גישת הדואליות הנורמטיבית הממוזגת מטשטשת את הבעיה (כחלק מטשטוש הגבולות), ואילו הגישה החדשה שואפת לפתור את הבעיה (בבכרה ענף אחד על משנהו). ואולם אני סבור שההנחה כי מדובר בבעיה אינה מבוססת, ולמעשה תוצאה שונה ביישום מערכות הדינים המהותיות על מקרה מסוים כלל אינה "בעיה". ההפך הוא הנכון; תוצאה שכזו היא ביטוי מתבקש לעושר הרעיוני ולפלורליסטיות של שיטת המשפט הישראלית. טענתי היא, כי הניסיון להביא לתוצאה אחת ביישום מערכות הדינים המהותיות מושתת על תפיסה אוטופית של קוהרנטיות של השיטה, והוא עלול לדכא את פוטנציאל הפיתוח של הדין המהותי בכל אחד מן הענפים בפני עצמו וכפועל יוצא גם בשיטה בכללותה. הדרך הנכונה בעיניי היא דרך שלישית, שאכנה "דואליות נורמטיבית מקבילה". דרך זו מבנה את דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית מחדש כפלטפורמה לפיתוח אוטונומי של מערכות הדינים (כמוסבר בפרק ג), תוך הכרה בכך שמסקנה בדבר תוצאה שונה בכל מערכת דינים היא מסקנה לגיטימית, שעשויה להיות נכונה בנסיבותיה, בכפוף לאילוצים מסוימים (כמוסבר בפרק ד).

ב. פרשת גליק ומשמעותה

תחילתה של פרשת גליק בהחלטת משטרת ישראל לאסור על יהודה גליק לעלות להר הבית בשל חשש להפרת הסדר ולפגיעה בביטחון. גליק לא תקף את ההחלטה בבג"ץ, אלא פנה בתביעה אזרחית לפיצויים בעילת רשלנות בטענה כי המשטרה פגעה בשמו הטוב ובפרנסתו. בית משפט השלום דן בתביעה לגופה וקבע, כי המשטרה התרשלה בהחלטתה בהיעדר הצדקה לאסור על גליק לעלות להר הבית,

³⁹ עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 33 לפסק דינו של השופט עמית. הטעמים העיקריים שזכרו הם החשש להרתעת יתר של הרשות ועלות התדיינות גבוהה, לרבות ריבוי התדיינות והטלת עומס כספי על הקופה הציבורית. דיון מפורט בשיקולים אלה תורג ממסגרת המאמר. להרחבה, ראו פוליאק פיצוי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 114-118. לטענה כי שיקולים אלה ואחרים אינם מצדיקים שלילה של הכרה בעילת תביעה כספית מנהלית כחלק מהדין המהותי של המשפט המנהלי, ראו רוני פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי" עיוני משפט לח 271, 310-303 (2016) (להלן: פוליאק "הזכות המנהלית").

ופסק לגליק פיצוי בסך 500,000 שקלים חדשים. בערעור המשטרה לבית המשפט המחוזי נפסק כי המשטרה התרשלה בהחלטתה, אך מטעם שונה מהטעם שקבעה הערכאה הראשונה, והוא כי במשך שנתיים עמד האיסור בתוקפו מבלי שהמשטרה בחנה את הצדקתו מעת לעת. לצד זאת קבע בית המשפט המחוזי, כי יש להפחית את הפיצוי שנפסק לסך של 85,000 שקלים חדשים בהתחשב בכך שגליק לא עמד בחובת הקטנת הנזק, מאחר שהוא לא הגיש עתירה לבג"ץ בבקשה לבטל את ההחלטה. בית המשפט העליון החליט לדון בבקשת רשות הערעור של גליק כערעור, ופסק בדעת רוב כי יש לדחות את הערעור.

את דעת הרוב הוביל השופט יצחק עמית, אשר קבע כי דיון בתביעה הנזיקית מחייב חשיפת מהותה של התביעה – טענה לפגמים מנהליים בהחלטת המשטרה; לפיכך היה על גליק למצות תחילה את ההליך המנהלי בדרך של עתירה לבג"ץ בביקורת שיפוטית על החלטת המשטרה, לפני הגשת התביעה האזרחית. משלא עשה כן הוא עקף את דרך המלך של ביקורת שיפוטית מנהלית, ומשכך, כמו גם משיקולי מדיניות הבאים לצמצום את אחריותן של רשויות ציבור בנזיקין ביישום של מבחני עוולת הרשלנות עצמה – דין תביעתו להיכשל לגופה. השופט זילברטל הצטרף לתוצאה של השופט עמית בקובעו, כי דין תביעתו של גליק להיכשל על הסף ללא בירור הטענות כלפי אופן התנהלות המשטרה לגופן, כיוון שמקומן של טענות אלה בערכאה המנהלית. המשנה לנשיאה רובינשטיין, בדעת המיעוט, קבע כי האפשרות לערוך ביקורת שיפוטית מנהלית על החלטת המשטרה אינה מצדיקה שלילת בירור ענייני של תביעה אזרחית בגין ההחלטה. לשיטתו, די בכך שהתובע יפנה אל הרשות המנהלית שקיבלה את ההחלטה בבקשה שתשנה ממנה, ומשעשה כן, הרי סלולה בפניו הדרך לפנות בתביעה אזרחית אשר תידון לגופה. לגישתו של השופט רובינשטיין דין תביעתו של גליק להתקבל לגופה, תוך הפחתה ניכרת של סך הפיצוי.

1. פסק דינו של השופט עמית

פסק דינו של השופט עמית בפרשת גליק מתבלט בניסיון הרציני לקבוע מבחנים לסיווג ולהכרעה בין עילות התביעה במשפט הפרטי לבין העילות במשפט הציבורי ולשרטט קו גבול ברור ביניהן. דומה שאת פסיקתו יש לקרוא על רקע כתיבתו האקדמית שקדמה לפסק הדין, אשר חתרה לשרטט קווי גבול בין מערכות הדינים.⁴⁰ טענתו העיקרית בהקשר זה היא כי טשטוש הגבולות בין מערכות הדינים, שבא לידי ביטוי בין היתר בעלייתה של דוקטרינת העוולות החוקתיות, גורע מעקרונות הוודאות המשפטית.⁴¹ להשקפתו יש לשאוף לצמצם את הפגיעה בעיקרון זה בדרך של תיחום

⁴⁰ ראו: עמית "טשטוש תחומים", לעיל ה"ש 35, בעמ' 24, 34; יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247 (בועז סנג'רו עורך, 2007); יצחק עמית "הצעת חוק איסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו-1996" הפרקליט מג' 223, 227 (התשנ"ז).

⁴¹ להדגשת עקרון הוודאות המשפטית, ראו עמית "טשטוש תחומים", לעיל ה"ש 35, בעמ' 38.

סדור של העילות במערכות הדינים ושל שיבוץ כל מקרה לעילה הנכונה. דוגמה מובהקת ליישום גישתו זו נמצאת בכתיבתו הביקורתית על ההיזקקות לרעיון של פגיעה באוטונומיה כנגזרת של עקרונות כלליים ושל זכויות חוקתיות (כבוד האדם), חלף הידרשות לדוקטרינות ספציפיות שקיימות בדיני הנזיקין המסורתיים.⁴²

בפסק דינו בפרשת גליק פרס השופט עמית את משנתו לסיווג העילות במשפט הציבורי מול העילות במשפט הפרטי,⁴³ תוך חתירה להבחנה ברורה ביניהן, בכונה להנחות את בית המשפט המוסמך לדון בעילה המתאימה ביותר ל"טיפול" בסוגיה לפי נסיבותיה.⁴⁴ לגישתו, הבחירה בעילה המתאימה תלויה במהות הטענה של התובע.⁴⁵ בכך הלך השופט עמית בדרכו של השופט מישאל חשין ז"ל, אשר בפסק דין שעסק אף הוא בדואליות נורמטיבית כתב, כי "בבואנו להכריע אילו נורמות יחולו על הליך פלוני, לא כינויו של הליך יקבע... טעמו של יין הוא ביין המצוי בתוכו של קנקן, ולא בתווית שהושמה על הקנקן. נזנה אפוא את התוויות, ונבדוק כל טענה וטענה לגופה".⁴⁶

על פי המבחן שטבע – שהוא מבחן של עילה⁴⁷ ולא מבחן של סעד – סיווג השופט עמית שמונה סוגים של עילות תביעה לפיצוי נגד רשויות מנהליות. מתוך השמונה, חמש העילות הבאות הן עילות במשפט הפרטי, הכפופות לדין המשפט הפרטי, אשר המכנה המשותף שלהן הוא יסוד האשם:⁴⁸ (א) התרשלות של הרשות בכובעה הפרטי; (ב) התרשלות של הרשות כמעוללת בכשירותה הציבורית; (ג) התרשלות של הרשות במסגרת סמכויות האסדרה, הרישוי והפיקוח הנתונות לה; (ד) התרשלות של הרשות תוך הפרת נורמה מנהלית שיש עימה אשם; (ה) התרשלות של הרשות הפוגעת שלא כדין בזכות חוקתית, פגיעה שיש עימה אשם. לצד עילות אלה הגדיר שם השופט עמית את שלושת העילות הבאות במשפט הציבורי, הכפופות לדין

⁴² יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" ספר שטרסברג כהן 645, 474 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2017).

⁴³ פסק הדין חשוב בהקשרים נוספים אשר גם במסגרתם זכה לניתוח ביקורתי, בדגש על היחס שבין ביקורת שיפוטית ישירה לבין ביקורת שיפוטית עקיפה (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד 2700-2695 (2017) (להלן: זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד)) ועל היקף אחריות המדינה בנוזיקין (גיא אלון ועידו פורת "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנוזיקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?" **הארץ דין** יג 60, 71 (התשע"ט)).

⁴⁴ במקרה הקונקרטי קבע השופט עמית, כי "שאלת חוקיותו של המעשה המינהלי – שלילת הזכות של המבקש לעלות להר הבית – היא שניצבה במרכז התביעה שהוגשה 'בזמן אמת' (עניין **גליק**, לעיל ה"ש 1, בפס' 3 לפסק דינו).

⁴⁵ שם, פס' 4 לפסק דינו.

⁴⁶ ע"א 6926/93 **מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ**, פ"ד מח(3) 749, 773 (1994).

⁴⁷ במונח "עילה" הכוונה היא לשילוב קונקרטי של עובדות ושל דין מהותי המקנה זכות לסעד. הדין מהותי – במשפט הפרטי או במשפט הציבורי – הוא היוצר את העילה (ע"א 8438/09 **רובאב חברה לנכסים בע"מ נ' אחים דוניץ בע"מ**, פס' 17 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 19.4.2012)).

⁴⁸ עניין **גליק**, לעיל ה"ש 1, בפס' 18 ו-19 לפסק דינו של השופט עמית.

המשפט הציבורי, אשר המכנה המשותף שלהן הוא היעדר יסוד האשם: (א) הרשות הפרה נורמה מנהלית ללא אשם; (ב) הרשות פגעה שלא כדין בזכות חוקתית ללא אשם במישור המשפט המנהלי; (ג) הרשות פגעה שלא כדין בזכות חוקתית ללא אשם במישור המשפט החוקתי.

2. הערכת פסק דינו של השופט עמית

החתימה של השופט עמית לאמץ מבחן מהותי לסיווג התביעה תחת מבחן המתמקד בבחירתו הסובייקטיבית של התובע נכונה בעיניו. ואולם פסק הדין אינו כולל הכוונה מספקת לזיהוי המאפיין ה"מהותי". השופט עמית מכנה תביעה שניתן לבססה הן על עילה נזיקית והן על עילה מנהלית⁴⁹ עוולה "היברידית", ומותיר לבית המשפט שיקול דעת רחב באשר לסיווגה. הוא קובע כי שאלת הסיווג היא שאלה מורכבת וכי ישנן בעניינה גישות שונות, אשר מחייבות את בית המשפט "להרכיב שני זוגות משקפיים"⁵⁰. בסופו של דבר, מן האפיון הרטורי של העוולה כ"היברידית" אין נובעת הלכה מחייבת לטובת אחד התחומים, ונסיבות המקרה הקונקרטי הן שהכריעו לטובת דחייתה של התביעה.⁵¹ ואולם אין בכך כדי לגרוע מן העניין המשפטי שעוררה פרשת גליק, וכפי שאטען בהמשך אף לא מן הפוטנציאל התקדימי שלה, על פי פרשנות מסוימת, לשנות את כיוון הילוכה של דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית.

פסק דינו של השופט עמית הולך לכאורה בתלם גישת הדואליות הנורמטיבית ה"ממזגת", כיוון שהוא נוקט את דרך הפעולה של קליטת כללים של המשפט הציבורי לתוך המסגרות המסורתיות של דיני הנזיקין. במקרה זה נקלט הכלל המנהלי בדבר חובת מיצוי הליכים מול הרשות המנהלית לתוך המסגרת הרעיונית של חובת הקטנת הנזק כטענת הגנה בנזיקין,⁵² בדרך של הטלת חובה על התובע להגיש קודם עתירה לערכאה מנהלית. השופט עמית הראה כי דרך פעולה זו פועלת לשני הכיוונים, וכי היא אינה חייבת להוביל בהכרח להרחבת גבולות האחריות של רשויות ציבור. משמעות הכלל האמור הייתה דחיית התביעה הנזיקית נגד הרשות וצמצום אחריותה.

⁴⁹ להגדרת "עילה מינהלית", ראו זמיר הסמכות המינהלית כרך ד, לעיל ה"ש 43, בעמ' 2918.

⁵⁰ עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 32 לפסק דינו של השופט עמית. למטפורה דומה, ראו ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, מחוז ירושלים, פ"ד נג' (1) 743, פס' 5 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1999).

⁵¹ עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 2 ו-6 לפסק דינו של השופט זילברטל. השופט זילברטל ביקש במפורש שלא להכריע בשאלות הגדולות שבהן דנו השופט עמית והמשנה לנשיאה רובינשטיין, אלא להתבסס על נסיבות המקרה הייחודיות. מטעם זה נדחתה הבקשה לדיון נוסף בפסק הדין: דנ"א 1523/17 גליק נ' משטרת ישראל, פס' 11 להחלטתה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 27.7.2017). ראו גם רת"ק (מחוזי ב"ש) 29885-01-18 מולדבסקי נ' שירות בתי הסוהר, פס' 46 לפסק דינו של השופט אינפלד (פורסם בנבו, 7.3.2019).

⁵² בעקבות דפנה ברק-ארוז עוללות חוקתיות 27 (1993).

השופט עמית עמד במפורש על כוונתו לצמצם את גבולות האחריות בנזיקין⁵³ בהמשך למגמה המסתמנת בשנים האחרונות.⁵⁴

פרשת גליק מלמדת אפוא כי הדואליות ה"ממזגת" הנוהגת עשויה לשמש פלטפורמה להתקרבות של הדינים גם בדרך של צמצום גבולות האחריות. אכן, הדואליות הממזגת מאפשרת להזרים לדיני הנזיקין הן כללים שתוצאתם הרחבת היקף האחריות (כגון פיתוח רעיון הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין בהשראה חוקתית או פיתוח רעיון העולה המנהלית כעולה נזיקית בפרשנות מרחיבה של דרישת האשם בעולת הרשלנות⁵⁵) והן כללים שתוצאתם צמצום היקף האחריות (כגון הדרישה למיצוי ביקורת שיפוטית מנהלית כתנאי סף או כתנאי מהותי לדיון ענייני בתביעה אזרחית בעולת הרשלנות, כאמור בדעת הרוב בפרשת גליק, או פיתוח חובת הקטנת הנזק בתביעה בעולת רשלנות בהשראת הדרישה למיצוי ההליכים הנוהגת במשפט המנהלי, כאמור בדעת המיעוט בפרשת גליק). כללים אלה, אשר נקלטים בדין המהותי, מעשירים את המסגרות המסורתיות של דיני הנזיקין – עולת הרשלנות וחובת הקטנת הנזק – בשיקולי מדיניות אשר מעצימים את שיקול הדעת השיפוטי ביישומן. בדרך זו הדואליות ה"ממזגת" היא אחת הפלטפורמות היעילות להעצמת שיקול הדעת השיפוטי באשר לדין המהותי במשפט הפרטי, וגישות שיפוטיות שונות – ואף סותרות – יכולות לחיות בקרבה, כפי שעולה מפסקי הדין של שלושת השופטים בפרשת גליק.

פסק דינו של השופט עמית בפרשת גליק מלמד עוד על ניסיון לשרטט קו גבול ברור בין התחומים בדין הדיני. השופט עמית קבע, כי על התובע ב"עולה היברידית"⁵⁶ למצות הליכים בבית המשפט המוסמך לדון בעניינים מנהליים לביטול ההחלטה הפוגעת. רק בהינתן מעשה עשוי שאי-אפשר לתקנו במישור המנהלי⁵⁷ יהיה התובע ראוי לתבוע את נזקו בבית המשפט המוסמך האזרחי בעילה מוכרת במשפט הפרטי.⁵⁸ מהלך זה כורך בין הדואליות הנורמטיבית, שעניינה הדין המהותי שיחול על

⁵³ עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 145 לפסק דינו של השופט עמית.

⁵⁴ חיה זנדברג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המוטטלת" הפרקליט נב 3, 36-39 (2014).

⁵⁵ ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005) (להלן: עניין אבנעל). לדיון בפסק הדין, ראו פוליאק "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 39, בעמ' 301-302.

⁵⁶ כהגדרתה בעניין גליק, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית.

⁵⁷ לרבות כאשר האפשרות לפנות לעראכה המנהלית "אינה מעשית". שם, בפס' 41.

⁵⁸ שם, פס' 32, 35 ("שיוריי") ו-43. הדרישה המקדמית להצביע על מעשה עשוי אף היא נתונה לפרשנות, ויישומה תלוי בנסיבות העניין. בהקשר זה מעניין לציין כי גליק לא שקט על שמריו, ותביעה נזיקית נוספת שהגיש, בנסיבות דומות, התקבלה לאחר שבית המשפט שוכנע כי הדרישה למעשה עשוי התקיימה ולכן אין מניעה לבירור התביעה הנזיקית לגופה. הטעם לכך היה, שהחלטה אשר מנעה את כניסתו של גליק להר הבית (במקרה אחר) "ניתנה סמוך למועד העלייה המבוקשת... לפיכך לא היתה אפשרות מעשית בסד הזמנים הקצר לפנות לבית משפט כלשהו". משהוכחה רשלנות המשטרה בקבלתה היא חויבה לפצותו בסך 7,500 שקלים חדשים

המקרה, לבין הדואליות הפרוצדורלית, שעניינה הדין הדיוני וסמכויות השיפוט של הערכאות השונות.⁵⁹

כריכה זו מעוררת קושי בעיניי. השופט עמית בא לחדד, אך נמצא מטשטש את הגבול שבין הדואליות הנורמטיבית לדואליות הפרוצדורלית. תורת הדואליות הנורמטיבית היא תורה של דין מהותי, כלומר מצב שעל מקרה מסוים חולשות שתי מערכות של דין מהותי. היא שונה מדואליות פרוצדורלית, שהיא מצב שעל מקרה מסוים חולשות שתי מערכות של דין דיוני.⁶⁰ הלכה מבוססת היא כי הדין המהותי החל על המקרה אינו תלוי בערכאה שהסכסוך נדון בה.⁶¹ הניסיון לפתור בעיה מסוימת בדין המהותי – פוטנציאל התנגשות בין מערכות הדינים – אינו צריך לעבור דרך שינוי ההלכה הנוהגת בדין הפרוצדורלי, בייחוד כאשר אין מדובר כלל ב"בעיה" בדין המהותי הדורשת פתרון (כפי שאטען בפרק ד תחת הכותרת "הקוהרנטיות של השיטה").

אפשר לטעון כי כריכה זו נובעת מן המבנה הייחודי של מערכת המשפט הישראלית, מערכת הכוללת ערכאות שונות המתנהלות לפי סדרי דין שונים, הנדרשות להתאים את עצמן לדין שעל בסיסו הן שופטות. אולם יש לשים לב לכך, כי השופט עמית לא נימק את הכריכה האמורה בשיקולים מבניים של השיטה המשפטית, אלא

(ת"א (שלום י-ם) 6637-09-14 גליק נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פס' 31 ו-93 לפסק דינה של השופטת מילר (פורסם בנבו, 18.1.2019)).

⁵⁹ במישור של סמכות השיפוט העניינית של הערכאות השונות מתרוצצים מבחנים שונים בחיתוכים של סמכויות בג"ץ מול בתי המשפט האזרחיים, מול בית המשפט לעניינים מנהליים ומול בתי הדין לעבודה: מבחן "התכלית הסופית" (בג"ץ 6199/18 מזרחי נ' מפכ"ל משטרת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט קרא (פורסם בנבו, 21.10.2018); מבחן "הדומיננטיות" (ע"א 9379/03 צ'רני נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 822 (2006); רע"א 3062/16 קלמן נ' מועצה אזורית דרום השרון, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 21.4.2016)); מבחן יסוד ההליך (רע"א 3354/08 המטה למען ארץ ישראל ע"ר נ' ניצב אהרון פרנקו משטרת ישראל, פס' 6 (א) להחלטת השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 17.4.2008)); מבחן "ילך הטפל אחר העיקר" (בג"ץ 4381/97 מייזליק נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, פתח תקוה, פ"ד נא(5) 385, 397-396 (1997); דני"א 1918/18 פלוני נ' פלונית, פס' 7 להחלטת הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 29.5.2018)).

⁶⁰ רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 5.5.2015) (להלן: עניין אבו אלקיעאן) (בדעת מיעוט אך לא בעניין זה, ראו דני"א 3959/15 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל – מנהל מקרקעי ישראל, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 17.1.2016) (להלן: דני"א אבו אלקיעאן)).

⁶¹ עניין מרכז הקבלנים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 745; בג"ץ 341/80 דוויק נ' מנהל שירותי הדואר, פ"ד לה(2) 197, 200 (1980); בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, 250 (1994) ("בית המשפט האזרחי ידון בעניין נושא העתירה על-פי המשפט המינהלי ולא על-פי המשפט האזרחי. כמובן, אין מניעה כי בצד המשפט המינהלי יוחל גם המשפט האזרחי, אם יסודותיו מתקיימים"); בג"ץ 4837/12 פלוני נ' השר לביטחון פנים, פס' 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 19.11.2013) ("בתי המשפט הם רבים, אך המשפט המינהלי הוא אחד"); דני"א אבו אלקיעאן, לעיל ה"ש 60, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה נאור; ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 20.

בשיקולים של דין מהותי ושל חשיפת מהות הטענה של התובע.⁶² גישתו של השופט עמית מבקשת לפתח את דין הדואליות הנורמטיבית המהותית בדרך של דואליות שוללת, שתוצאתה דחיית התביעה הנזיקית לגופה. אין להוסיף לכך את המורכבות של דואליות נורמטיבית פרוצדורלית אשר מעוררת בעיות אחרות, שאינן נובעות מפרוטנציאל מתח בין הדינים המהותיים, אלא ממתחים בין שיקולי המדיניות של דיני הפרוצדורה עצמם (כך למשל, הבעיה של ציד הערכאות⁶³ והבעיה של היעדר קו גבול ברור בין נושאים שהם בסמכות השיפוט המקבילה של בג"ץ לבין נושאים שהם בסמכות הייחודית⁶⁴). עם הבעיה של הדין המהותי אפשר להתמודד בהבניה נכונה של היחס שבין מערכות הדינים באמצעות פיתוח דוקטרינות שונות של דואליות נורמטיבית כמוצע כאן (ממזגת, שוללת או מקבילה). עם הבעיה של הדין הפרוצדורלי יש להתמודד באמצעות ניתוח של שיקולי המדיניות ושל תכליות דיני הפרוצדורה עצמם,⁶⁵ אשר עשויים לתמוך בשינוי במבנה של בתי המשפט בישראל ושל סמכותם. אחד הפתרונות שניתן לשקול הוא ריכוז של כל סוגי התביעות בבית משפט אחד – בערכאה דיונית – כך שהן יתבררו יחד, מבלי להבחין בין סוגי העילות.⁶⁶ אך אין לקשור בין עניין זה לבין דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית המהותית; הבעיות שונות, הפתרונות שונים.

יודגש, כי איני חולק על ההיגיון שבבסיס פסק דינו של השופט עמית, שלפיו נכון לערוך מבחן מהותי לסיווג התביעה. איני חולק גם על הצורך המעשי בשרטוט קו גבול ברור בין מערכות הדינים, תוך מיפוי עילות התביעה השונות וסיווגן. גם המיפוי שהציע השופט עמית נכון בעיניי. אלא שכל אלה אינם מכתיבים את הפרשנות שאימץ השופט עמית לדוקטרינת הדואליות הנורמטיבית. לצורך ביסוס טענתי זו, אבקש להעמיק בפסק דינו ובייחוד במיפוי העילות שערך. בסעיף הבא אבקש להצביע על כך שלמיפוי זה יש רובד סמוי, אשר לא פותח דיו בפסק הדין, וממנו עולה פרשנות חדשה של הדואליות הנורמטיבית עצמה, פרשנות אשר מעוררת קשיים משלה.

3. פרשנות פסק דינו של השופט עמית כבסיס לגישה חדשה של דואליות נורמטיבית שוללת

⁶² עניין גליק, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית ("על בית המשפט להרים את המסך" מעל התביעה ולהתחשב במהותה").

⁶³ רע"א 3698/11 שלמה תחבורה בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, פס' כד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.9.2017).

⁶⁴ בג"ץ 991/91 פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50, 60 (1991); ע"א 23/85 גולדשטיק נ' כהן, פ"ד מ(4) 587, 583 (1986); בג"ץ 8856/18 פלונית נ' שר הביטחון, פס' 22-25 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 20.1.2019).

⁶⁵ יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 498 (2015).

⁶⁶ אני מבקש להודות לקורא החיצוני של הרשימה אשר העלה רעיון זה.

הדואליות הנורמטיבית כהבנתה עד כה הותירה את בתי המשפט בדילמה, כיצד לנהל את המתח שבין שמונה העילות שפירט השופט עמית בדין המהותי. בדילמה זו קבע השופט עמית, כי עתירה בערכאה מנהלית עשויה במקרים מסוימים להוות "מעין מעשה בית דין" שיחסום תביעה כספית לפיצויים.⁶⁷ זהו כלל משפטי חדש לחסימה של תביעה נזיקית, והוא מצדיק בחינה בכובד ראש. מדובר בתנועת מלקחיים, המשקפת על פניה חסימה כפולה: ראשית, חסימה דיונית של התביעה הנזיקית, בדרישה למיצוי הליכים בעתירה מנהלית; שנית, חסימה מהותית (דחייה לגופה) של התביעה הנזיקית כאשר נדחתה העתירה המנהלית מחמת מעין מעשה בית דין. גישה זו, היוצרת חוליית קישור בין ההליכים בענפים השונים תוך שימוש ברעיון של "מעין מעשה בית דין", מעניקה למעשה עדיפות במישור המהותי לעילות תביעה מנהליות, ובכך מעצבת מחדש את המונח דואליות נורמטיבית.

אומנם השופט עמית נזהר מלטעון שמדובר במעשה בית דין, ובחר להשתמש בביטוי "מעין מעשה בית דין". המילה "מעין" מרמזת אולי שהשופט עמית אינו סבור שאכן מדובר במעשה בית דין, וכל שביקש הוא היה לחשוף את מהותה של התביעה של גליק. ואולם לשם הקביעה הסיווגית כי תביעתו של גליק היא עתירה ציבורית במסווה של תביעה פרטית די להסתמך על הכלל הרחב, ברוח דבריו של השופט חשין ז"ל, שלפיו לא כינויו של הליך יקבע אלא מהותו האובייקטיבית (שתקבע בידי השופט) ולא הסובייקטיבית (כבחירתו של התובע). דומה כי לשימוש בנימוק של "מעין מעשה בית דין" נועדה תכלית אחרת, והיא ביסוס התוצאה של דחיית התביעה לגופה. אכן, עצם סיווג התביעה כציבורית או כפרטית אינו מלמד דבר על דינה של התביעה. לשם כך היה על השופט עמית להתבסס על דוקטרינה של דין מהותי, והוא בחר להסתמך כאן על דוקטרינת מעשה בית דין. במילים אחרות, הדוקטרינה של מעשה בית דין היא חוליית הקישור שבין ההיגיון אשר בבסיס פסק דינו (מבחן מהותי לסיווג התביעה) לבין התוצאה המעשית של חסימה מהותית של התביעה לגופה. על כן יש להביט בדוקטרינה זו בכובד ראש, ולא לאפשר למילה "מעין" להמעיט ממשקלה כציר חשוב בהנמקת פסק הדין.

הקושי בנקודה זו הוא שהשופט עמית לא נימק את גישתו בדבר חסימה מהותית בניתוח מדוקדק של דוקטרינת מעשה בית דין ויסודותיה, אלא בהערכה – אינטואיטיבית במידה רבה – של הדרך המשפטית והמעשית הראויה שבה על הפרט להתמודד עם פגיעות שלטוניות בו. לדבריו של השופט עמית, אילו פנה המבקש בעתירה לבג"ץ, הייתה פרקליטות המדינה מבקשת את תגובת המשטרה, והמשטרה הייתה כבר נדרשת (או מונחית) לחזור ולבחון את עמדתה באופן שהיה עשוי לייתר את התביעה או לפחות את הנזק.⁶⁸ מדברים אלה ומן הכריכה של הדואליות הנורמטיבית המהותית עם הדואליות הנורמטיבית הפרוצדורלית עולה כלל של ברירת דין, אשר מבכר את המסלול המנהלי כדין המהותי שיש לגזור לאורו את דין התביעה

⁶⁷ עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

⁶⁸ שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט עמית.

(לפחות בכל הנוגע לסוג של תביעה לפיצוי בזיקה להחלטה מנהלית כפי שהיה בנסיבות פרשת גליק). קריאה זו מתיישבת עם גישתו העקרונית של השופט עמית, הדוגלת בצמצום אחריותן של רשויות הציבור בניזקין, ואפשר לסכמה בכלל העקרוני הבא: בכל הנוגע להחלטות מנהליות, כפיפותן לדואליות נורמטיבית מהותית אינה שוללת את מעמד הבכורה של דין המשפט הציבורי בבחינתן, והפעלתו עשויה לחייב חסימה מהותית של התביעה בעילה הנוזיקית. הדיון שלהלן ייערך על בסיס פרשנות זו של דבריו של השופט עמית. הפוטנציאל התקדימי הגלום בגישה עקרונית זו מחייב העמקה באשר לבסיסה הרעיונית ובאשר לקשיים שהיא מעוררת.

מה אם כן יכול להיות הבסיס הרעיוני לכלל העקרוני האמור? שני בסיסים רעיוניים היו עשויים לשרת את השופט עמית, אך הוא לא נדרש להם. אפשרות אחת הייתה להתבסס על פרשנות של דין המשפט הציבורי כהסדר ה"גובר" על דין המשפט הפרטי.⁶⁹ השופט עמית לא בחר בדרך זו, ולא אימץ כלל הכרעה גורף לטובת אחד התחומים. האפשרות האחרת הייתה להתבסס על הכלל השולל ככל סעדים בגין אותה פגיעה.⁷⁰ השופט עמית לא בחר בדרך זו. הטעם לכך הוא כי כלל זה רלוונטי כאשר התכליות המונחות ביסוד כל עילה הן דומות,⁷¹ אלא שכאן התכליות הן שונות.⁷² העילה במשפט הציבורי נועדה לתכלית של קידום ממשל תקין, של אישוש ההכרה בזכויות חוקתיות ושל הרתעה מפני הפרתן,⁷³ בעוד שהעילה במשפט הפרטי נועדה להשבת המצב לקדמותו⁷⁴ במובן של הטבת הנזק שנגרם שלא כדין.⁷⁵ אכן, למשפט הציבורי ערכים מוספים על ערכי המשפט הפרטי.⁷⁶ זיהוי התכלית העומדת בבסיס

⁶⁹ כפי שקבע השופט עמית בהקשרים אחרים, אך בכיוון ההפוך, עת פירש הסדר במשפט הפרטי כהסדר שלילי: רע"א 3359/18 מדינת ישראל נ' אדם, פס' 3 לפסק דינו (פורסם בנבו, 2.9.2018); ע"א 10015/17 רוה נ' מדינת ישראל – רשות האכיפה והגבייה, פס' 12 לפסק דינו (פורסם בנבו, 10.10.2018).

⁷⁰ ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 269 (1988) (להלן: עניין אדרס).

⁷¹ שם, בעמ' 262-265.

⁷² כפי שכתב השופט עמית בעצמו בעניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 10 לפסק דינו ("לדין המינהלי, כפי שעוצב וגובש בפסיקת בתי המשפט לאורך השנים, ייחוד משלו, הן במישור המהותי והן במישור הדיוני"). לגישה דומה תוך הסתמכות על פסק דינו של השופט עמית בעניין גליק, ראו ע"א 4291/17 אלפריח נ' עיריית חיפה, פס' 14 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 6.3.2019).

⁷³ אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 322 (2017) (להלן: ברק "תורת הסעדים").

⁷⁴ ע"א 10064/02 מגדל"חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, פס' 33 לפסק דינו של השופט ריבלין (2005).

⁷⁵ אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוזקי גוף: דין הנוזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243, 250 (1983); אריאל פורת נוזיקין כרך א 55-68 (2013). לתכליות נוספות של דיני הנוזיקין, ובהן הגדרה עצמית ושיויון מהותי, ראו דגן ודורפמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 22-24.

⁷⁶ איל בנבנישתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב 11, 24-22 (1994).

העילה הקונקרטית עשוי להיות מורכב,⁷⁷ אך יש בו כדי לתרום ליישום נכון של הדין המהותי (תוך מתן פרשנות תכליתית למושגי שסתום בו⁷⁸).

טענתי היא, כי השופט עמית ביסס את גישת החסימה על הבנת עומק בדבר ייחוד התכליות של המשפט הציבורי בכותבו, כי "לא התכליות ושיקולי המדיניות של הדין המינהלי (והחוקתי) כתכליות ושיקולי המדיניות של דיני הנזיקין".⁷⁹ מהי משמעות הדברים בנוגע לדוקטרינת הדואליות הנורמטיבית המהותית? לכאורה פסק הדין נוקט רטוריקה של דואליות נורמטיבית ממוזגת, בקובעו כי אי-מיצוי ההליך המנהלי צריך להיות מתורגם להימנעות מהקטנת נזק שסופה שלילה מלאה של תביעת הפיצוי הנזיקי.⁸⁰ ואולם אני סבור, כי הכלל העקרוני בדבר "חסימה" שעליו עמדתי לעיל, בשילוב ההנמקה לו, אשר מבוססת על ייחודו של המשפט הציבורי כדין מהותי ועל זכות הקדימה שניתנה לו במישור הפרוצדורלי באופן המחייב מיצוי הליכים במסגרתו, עשויים ללמד על עיצוב מחדש של הדואליות הנורמטיבית עצמה. מכלל החסימה נובע כי בכל הנוגע לשלוש העילות במשפט הציבורי, אשר המכנה המשותף שלהן הוא היעדר יסוד האשם,⁸¹ רגליה של "העולה ההיברידית" אינן שוות מעמד; הבכורה ניתנת לעילה המנהלית שבליבו יש כדי לחסום את ליבון העילה הנזיקית. מכלל החסימה העקרוני נובעת דואליות שוללת ולא דואליות ממוזגת. בעוד שגישת הדואליות הממוזגת מבקשת "להכיל" את המשפט הציבורי לתוך המשפט הפרטי, כך שהכרעה בתובענה לגופה נעשית על פי הדין המהותי של המשפט הפרטי, בא כלל זה ומעניק את הבכורה למשפט הציבורי ככזה החוסם דיון בעילה במשפט הפרטי ופיתוח שלה. בראייה זו, גישת החסימה חותרת להכרעת השניות ולבחירה בענף משפטי אחד שיחלוש על המקרה הנדון.⁸²

להבנה שכזו של הדואליות הנורמטיבית, ככל שתשרש ותוביל לתוצאה המתוארת, עלולה להיות השלכה מרחיקת לכת. הכפפת הזכות לפיצוי במשפט הפרטי

77 עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 25, בפס' 33 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

78 דוגמת ההבחנה שבין הסבירות המנהלית לסבירות הנזיקית. ראו ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פס' 42 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 25.5.2006) ("אין] מקום לחפיפה מוחלטת בין שני תחומים אלה, נוכח התכליות השונות המונחות ביסודם ונוכח כללי הריסון המהווים נקודת מוצא לעניין הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי לעומת עיקרון השוואת המעמד המהווה נקודת מוצא לעניין אחריותה של הרשות הציבורית בדיני הנזיקין").

79 עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 31(ה) לפסק דינו של השופט עמית.

80 שם, פס' 39-40 לפסק דינו.

81 הכוונה היא לעילות אלה: הרשות הפרה נורמה מנהלית ללא אשם; הרשות פגעה שלא כדין בזכות חוקתית ללא אשם במישור המשפט המנהלי; הרשות פגעה שלא כדין בזכות חוקתית ללא אשם במישור המשפט החוקתי (שם, פס' 18 לפסק דינו).

82 ראו את הפולמוס שבין פרופ' גבריאלה שלו לפרופ' יצחק זמיר, אשר היו שותפים לדעה כי דרושה הכרעה בין הענפים אך נחלקו בדעותיהם בעניין זהות הענף החולש: גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 14, 17-23 (1999); יצחק זמיר "גבריאלה שלו: חוזי רשות בישראל" משפטים טז 543, 546-548 (1987); זמיר "חוזים מנהליים", לעיל ה"ש 36, בעמ' 411-410.

לקביעה שהיה פגם במשפט הציבורי עלולה לצמצם את הזכות לפיצוי בשיטה בכללותה, כיוון שהיא חוסמת א-פריוורית ליבון של נסיבות אלה בעילות תביעה של המשפט הפרטי, אשר אינן חופפות לעילות הפגמים במשפט הציבורי. כפועל יוצא מכך היא גם מצמצמת את פוטנציאל הפיתוח של קטגוריות חדשות לפיצוי בכלים שהם אינהרנטיים למשפט הפרטי. היא עלולה להפוך את ההכרעה בעילה מוכרת במשפט הפרטי לנגררת אחר ביקורת שיפוטית במישור המנהלי, שהיא כשלעצמה מוגבלת בעילות סף שונות (דוגמת שיהוי וניקיון כפיים). מהלך זה עלול להסתכם בפגיעה באפקטיביות של ההגנה על זכויות הפרט והותרתו נטול סעדים.⁸³ המהלך אינו עולה בקנה אחד עם החובה המוטלת על בתי המשפט "לפתוח בפני כל אדם דרך ראויה לקבלת סעד הולם, לרבות פיצוי כספי, על פגיעה שלא כדין בכל זכות, ובייחוד על פגיעה כזאת שנעשתה על ידי רשות מינהלית מטעם הציבור".⁸⁴

בסעיף הבא אבקש לבקר את גישת הדואליות הנורמטיבית העולה מפסק דינו של השופט עמית, אשר כיניתי בסעיף הנוכחי "דואליות נורמטיבית שוללת", הפעם על בסיס הנחות היסוד שלה עצמה. אטען כי הגישה שגויה מן הטעם שאין היא מתיישבת עם חוליית הקישור שעליה היא מתבססת – דוקטרינת מעשה בית דין. בפרק הבא אוסיף לכך ביקורת מתודולוגית, ואטען כי הבנת העומק בדבר ייחודו של המשפט הציבורי הייתה צריכה להוביל לגישה אחרת של דואליות נורמטיבית, אשר אבקש לכנותה "דואליות נורמטיבית מקבילה".

4. ביקורת על גישת הדואליות הנורמטיבית השוללת

הביטוי "מעין מעשה בית דין" אינו יכול לטשטש את העובדה, כי מדובר בדוקטרינה מוכרת בדין אשר יש לה יסודות שהכרחי לבססם כדי להקים מסקנה משפטית בדבר מעשה בית דין שיחסום תביעה. הדוקטרינה של מעשה בית דין מבוססת על רעיון סופיות הדיון. ביסודה מונחת התפיסה כי לאחר שעניין נדון בערכאה משפטית מוסמכת – תוך שניתן לכל אחד מן הצדדים יומו בבית המשפט – הכרעה שיפוטית סופית שהתקבלה כדין היא מחייבת, ומכוחה נוצר מחסום דינוי המונע התדיינות משפטית חוזרת באותו עניין. לדוקטרינה זו, שכוחה יפה הן בהליכים אזרחיים והן בהליכים מנהליים, שני ראשים – השתק עילה, אשר מונע התדיינות נוספת בעילות שנדונו בהליך שהוכרע, והשתק פלוגתא, אשר מונע התדיינות חוזרת במחלוקות עובדתיות ומשפטיות שנדונו ושנקבע בעניינן ממצא פוזיטיבי בהליך שהוכרע.⁸⁵ בחינה דקדקנית של דוקטרינה זו מלמדת, כי לא ניתן להסיק ממנה את כלל החסימה שנקבע בפסק דינו של השופט עמית בפרשת גליק.

⁸³ לחשש מפני הותרת הפרט נטול סעדים, לחומרותו ולהדגמתו בפסיקה, ראו פוליאק "הזכות המנהלית", לעיל ה"ש 39, בעמ' 300, ה"ש 171.

⁸⁴ זמיר הסמכות המינהלית כרך ד, לעיל ה"ש 43, בעמ' 2932.

⁸⁵ לתחולת הדוקטרינה בהליכים מנהליים, ראו: בג"ץ 4800/19 ועד שכונת צור באהר נ' מנהל קשת צבעים (הגדר), פס' 7 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 22.9.2019); בר"ם

הכלל הנוגע להשתק עילה קובע, כי במקרה שתביעה נדונה לגופה והוכרעה בידי בית משפט מוסמך, בית המשפט לא ייזקק לתביעה נוספת בין אותם הצדדים או חליפיהם אם היא מבוססת על עילה זהה.⁸⁶ השאלה אם מדובר בעילה זהה תלויה בבחינת האינטרס המוגן שנפגע בשתי התביעות.⁸⁷ זהו מבחן "הזכות המוגנת": אם מעשה אחד של הנחבע גרם לפגיעה בשתי זכויות מוגנות נבדלות של התובע, יראו בכך שתי עילות שונות, אשר ניתן להגיש בגינן שתי תביעות נפרדות, למרות חפיפה ואף זהות בין העובדות המרכזיות המבססות אותן.⁸⁸ ההבחנה שנקבעה בפסק דינו של השופט עמית בפרשת גליק בין חמש העילות במשפט הפרטי לבין שלוש העילות במשפט הציבורי מושתתת בדיוק על הבחנה שכזו, בין הזכות המוגנת במשפט הציבורי (שכיניתי במקום אחר "הזכות המנהלית"),⁸⁹ אשר נקבעת בהתאם לתכליות המשפט הציבורי ואשר הפרתה אינה כרוכה בהוכחת אשם שדבק ברשות המנהלית) לבין הזכות המוגנת במשפט הפרטי (אשר נקבעת בהתאם לתכליות המשפט הפרטי ואשר הפרתה כרוכה בהוכחת אשם⁹⁰).

אכן, שלוש העילות שמנה השופט עמית במשפט הציבורי שונות מחמש העילות שהוא מנה במשפט הפרטי בכך שהן מבססות הגנה על "הזכות המנהלית" אשר עומדת בבסיסה של העילה המנהלית⁹¹ ואשר הפרתה אינה כרוכה באשם, להבדיל מן העילות במשפט הפרטי המבוססות על אשם.⁹² ברור כי כאשר לא ניתנה הכרעה בשאלת הפרתה של הזכות הזו, אין מקום להשתיק את ההתדיינות בה.⁹³ אך גם כאשר ניתנה הכרעה בשאלת הפרתה של הזכות הזו בערכאה מנהלית, אין בכך כדי להשתיק את הדיון בעילה רלוונטית במשפט הפרטי. אם ההכרעה הייתה כי הזכות הופרה, הרי בכך יצרה הערכאה המנהלית עילה חדשה – פגם בהחלטת הרשות על פי אמות

704/19 רשימת "אלחודה" נ' ועדת הבחירות עארה-ערעה, פס' 23 להחלטתה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 21.2.2019); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי דינוי כרך ד, 475-474 (2017). לתחולתה בהליכים אזרחיים, ראו רע"א 5138/18 עוואד נ' נשר, פס' 12 להחלטתו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 16.10.2018).

86 שם, פס' 16 להחלטתו של השופט גרוסקופף; ע"א 246/66 קלוזנר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583 (1968).

87 ע"א 1545/08 מוסקונה נ' סולל בונה בע"מ, פס' 7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 4.3.2010).

88 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 496, 501.

89 פוליאק "הזכות המנהלית", לעיל ה"ש 39, בעמ' 279-281.

90 רונן פוליאק "כבוד האדם ותרופתו" משפטים מז 179, 206 סמוך לה"ש 164 (2018) (להלן: פוליאק "כבוד האדם ותרופתו").

91 זמיר הסמכות המינהלית כרך ד, לעיל ה"ש 43, בעמ' 2919.

92 ברק "תורת הסעדים", לעיל ה"ש 73, בעמ' 394.

93 ע"א 1835/11 אבני נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 17.11.11).

המידה של המשפט המנהלי – ועל כן מבחן זהות העילות כלל אינו מתקיים.⁹⁴ אם ההכרעה הייתה כי הזכות המנהלית לא הופרה, הרי אין נובעת מכך מסקנה באשר לעילה הנזיקית, שכן עליה להיבחן לגופה לפי יסודותיה שלה. כך למשל, המדינה אינה יכולה לסמוך את טענתה כי נהגה בסבירות ולא התרשלה בטיפולה בעניין מעצרו של מבקשי מקלט רק על כך שבג"ץ לא נעתר לבקשתם של מבקשי המקלט ולא הורה על שחרורם.⁹⁵ על רקע זה אפשר לומר, כי בנסיבות אלה גם התכלית שבבסיס השתק העילה ככלל דיוני – להביא לסיומם של סכסוכים בין מתדיינים במלואם ובאופן סופי⁹⁶ – אינה מתקיימת, כיוון שמהות העתירה לבג"ץ היא תקיפת החלטה של רשות מנהלית ולא יישוב סכסוכים בין צדדים פרטיים.⁹⁷

תנאי לתחולתו של השתק פלוגתא הוא, כי יהיה דמיון בין סדרי הדין הנוהגים בכל אחת מן הערכאות הדנות בתביעות⁹⁸ כדי שיהיה אפשר לקבוע שניתנה לבעל הדין הזדמנות הוגנת להעלות את טענותיו.⁹⁹ קביעה בדבר דמיון בין סדרי הדין מחייבת בחינה דקדקנית של הראיות ושל החומרים שהוצגו בפני הערכאה הראשונה שדנה בתביעה, כדי להבטיח כי השתק הפלוגתא לא ימנע את יומו של בעל הדין בבית המשפט לטעון את טענותיו באשר לפלוגתא שהוכרעה נגדו. בחינה זו אינה יכולה להתבסס על הערכה קטגורית של סדרי הדין, אלא היא תיערך על פי נסיבות כל מקרה ומקרה.¹⁰⁰ גם אם בית המשפט הגיע למסקנה כי השתק פלוגתא הוא מוצדק, אין משתמע מכך בהכרח השתק עילה, שיסודותיו שונים. כלומר, נוכח השוני שבין העילות אין בהכרח בכוחו של השתק פלוגתא "לחסום" את הדיון בעילה רלוונטית לגופה. לפיכך בדוגמת מבקשי המקלט שלעיל פתוחה בפניהם הדרך להגיש נגד הרשות השלטונית (במקום העתירה לבג"ץ או נוסף לה) תביעה אזרחית בערכאה המוסמכת לסעדים כספיים ואחרים בעילות המוכרות במשפט הפרטי.¹⁰¹

⁹⁴ רוזן-צבי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 653; ע"א 457/87 קרטין נ' מדינת ישראל, פ"ד (מד) 4, 643, 650 (1990).

⁹⁵ ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעדי, פס' 23 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 15.12.2011). ראו בדומה: בג"ץ 6414/15 ענק הבטיחות נ' משרד התקשורת, פס' 40 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 15.8.2016).

⁹⁶ ע"א 4576/17 Air Via OOD נ' השטיח המעופף בע"מ, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 18.12.2018).

⁹⁷ בג"ץ 9110/11 אסתר נ' אשחאול מושב עובדים, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 4.9.2012). להמחשת גישה זו, ראו למשל בג"ץ 972/14 דיב נ' שר הביטחון, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 4.9.2019) ("מובן כי אין אנו נוקטים עמדה [בשאלה – ר' פ'] שאליה יידרש בית המשפט האזרחי המוסמך... קביעותינו בהליך המנהלי לא יהיו מעשה בית דין בשאלה אחרונה זו. טענות הצדדים כולם שמורות להם בהקשרים אלה").

⁹⁸ רוזן-צבי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 651.

⁹⁹ שם, עמ' 654.

¹⁰⁰ עניין סעדי, לעיל ה"ש 95, בפס' 19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

¹⁰¹ שם, פס' 18.

לסיכום הדברים, הרי בכל הקשר יש לבחון את תכליותיו של הדין הרלוונטי אשר הוליד את העילה כדי להסיק אם דחייתה של עילה מסוימת משתיקה עילה אחרת.¹⁰² דווקא ההכרה של השופט עמית בשמונה עילות תביעה, אשר משמיעה שונות ביניהן, תומכת בדחיית האינטואיציה של "מעין מעשה בית דין". דוקטרינה זו אינה משמיעה בהכרח את הכלל שלכאורה ביקש השופט עמית להסיק ממנה (על פי הפרשנות המוצעת לפסק דינו ברשימה זו). בחינת יסודות הדוקטרינה של מעשה בית דין שוללת כלל הכרעה ולפיו אם הגיע בית המשפט המוסמך למסקנה כי נסיבות המקרה ראוי שיוכרעו על פי אמות המידה המהותיות של המשפט הציבורי, ההתדיינות תנוהל על פי הנורמות המשפטיות של תחום זה והן "יחסמו" – ולמעשה יכריעו – את התביעה במשפט הפרטי. הכרה בכובד ראש בשוני שבין תכליות הדינים תומכת בהסקת מסקנות שונות ונכונות בכל אחת ממערכות הדינים, לא רק באשר לעצם הפיצוי אלא גם באשר לגובהו ולדרכי הוכחתו.¹⁰³

בפרק הבא אבקש לבסס את הטענה, כי המסקנה שצריכה להיגזר מן ההכרה בשוני שבין תכליות הדינים¹⁰⁴ צריכה להוביל לתפיסה של דואליות מקבילה. אטען כי תפיסה שכזו תזין פיתוח רעיוני אורגני של כל אחת מן העילות במשפט המקובל בישראל. הפרק הבא יוקדש להגדרת גישה זו, להצדקתה ולהבחנה בינה לבין תפיסת הדואליות הנורמטיבית הנוהגת.

ג. הגישה המוצעת: דואליות נורמטיבית מקבילה

על פי גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה, עילת התביעה בכל דין תידון ללא תלות בקיומה – הממשי או הפוטנציאלי – של עילה בדין אחר. מערכות הדינים קיימות זו לצד זו, וקו הגבול ביניהן אין משמעו שלילה או חסימה של אחד התחומים אלא פיתוח אורגני¹⁰⁵ של כל תחום בגבולותיו. זהו קו המסמן "חלוקת עבודה" עקרונית בין התחומים. חלוקת העבודה אינה מושתתת על "השלטת סדר" לכל אורך הגבול. מצד אחד היא מושתתת על הכרת ההבדלים שבתכליות הדינים ועל ההכרה בתועלת שבקטגוריזציה מסוימת (לא הרמטית), החיונית להמשך הפיתוח ההדרגתי של הדין המהותי בכל תחום. מן הצד האחר היא מושתתת על זכותו של הפרט למצות את יומו בבית המשפט בעילות המוכרות בדין, כנגזרת של זכות הגישה לערכאות,¹⁰⁶

¹⁰² ישראל גלעד "עילת התובענה בהתיישנות האזרחית: מושא ההתיישנות, מושגיות מול קונקרטיזציה וכוח התביעה" **שערי משפט** ט 9, 23-24 (התשע"ח).

¹⁰³ ע"א 5161/12 **כרמלי ג' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' מב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 8.2.2016).

¹⁰⁴ שעליו עמדתי לעיל, בטקסט שבין ה"ש 72-80.

¹⁰⁵ ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 64-65.

¹⁰⁶ רוזן-צבי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 494; יצחק זמיר "ביקורת עקיפה על החלטות מינהליות" **ספר דורית ביניש** 359, 412 (איתי בר-סימן-טוב, קרן אזולאי, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018) (להלן: זמיר "ביקורת עקיפה").

ועל האוטונומיה של כל תחום להגיע לתוצאה משלו, שהיא עצמאית ולא-מחייבת כלפי תחומים אחרים (בכפוף לדוקטרינות אחרות כמו מעשה בית דין).¹⁰⁷ במובן זה ההכרעה בתחום אחד אינה חוצה בהכרח את הגבול לתחומים האחרים. כפועל יוצא מכך, ההתפתחות של העילות במשפט הציבורי היא אורגנית ובלתי-תלויה בעילות או בהגנות של המשפט הפרטי.

גישה זו תואמת את תפיסת היחס שבין עילות שונות כחוק המשפט הפרטי, שלפיה התובע רשאי ככלל להגדיר כרצונו את עילת תביעתו¹⁰⁸ כמו גם את זהות הנתבע, וכל עילה תיבחן בחינה עצמאית ולגופה.¹¹⁰ שיטת המשפט הישראלית מכירה בכך, שקיום עילה בענף משפטי אחד במשפט הפרטי איננו שולל עקרונית את קיומה של עילה בענף אחר¹¹¹ בגין מסכת עובדתית אחת (בכפוף לכלל השולל כפל סעד בגין אותה פגיעה). תמונת המראה של גישה זו מנקודת המבט של הרשות המנהלית כנתבעת היא, שבכל תביעה הרשות רשאית להעלות טענות הגנה המוכרות בדין הרלוונטי, והן יידונו עצמאית ולגופן.¹¹²

הדואליות הנורמטיבית המקבילה מבקשת להחיל הגיון זה בנוגע לגבול שבין עילות במשפט הפרטי לעילות במשפט הציבורי. גם כאן, במעבר מעילה אחת לעילה אחרת, אפשר שדרישות מסוימות כגון אשם ייפלו.¹¹³ על כן, מן העובדה שנדחתה עילת תביעה לפיצוי בנזיקין (מבוססת אשם) אין נובע כי יש לדחות תביעה לפיצוי במשפט הציבורי (שאינה מבוססת אשם). אין זה בבחינת "קל וחומר". היסק של "קל וחומר" מבוסס על שני מצבים שניתן להשוות ביניהם על בסיס מצע משותף, בבחינת "מרובה המכיל את המעט";¹¹⁴ אולם כאשר מדובר בשתי קונספציות שונות –

¹⁰⁷ John Bell, *Foreword, in* THE UNITY OF PUBLIC LAW – DOCTRINAL, ראו THEORETICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES v (Mark Elliott, Jason N.E. Varuhas & Shona Wilson Stark eds., 2018)

¹⁰⁸ איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 377 (1990); רע"א 2389/18 לארי נ' עיריית נצרת עילית, פס' 26 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 10.5.2018).

¹⁰⁹ ע"א 7115/14 סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 3.7.2017).

¹¹⁰ רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 457-459, 289 (1998).

¹¹¹ דניאל פרידמן ואלון שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 146, 544 (מהדורה שלישית, 2015). ראו גם עניין אדרס, לעיל ה"ש 70, בעמ' 263 ("מלשון ה'הן' של ההסדר הספציפי אין ללמוד בהכרח 'לאו' לגבי מצבים אחרים שאינם נופלים למסגרתו").

¹¹² כך למשל לעניין טענת התיישנות ושיהוי בדין האזרחי (ע"א 5110/05 מדינת ישראל נ' שטיינברג, פסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.1.2007)) ולעניין טענת שיהוי בדין המנהלי (ע"מ 8968/14 שטרית נ' עיריית טבריה, פס' 5 ו-14 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 31.8.2017)).

¹¹³ ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, לט (1) 113, 126 (1985) (להלן: עניין גורדון).

¹¹⁴ עופר גרוסקופף אופקים חדשים במשפט – הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 113 (2002).

בתכליתן ובדרישותיהן – אין לגזור ביניהן גזרה שווה.¹¹⁵ חמשת העילות הנזיקיות שמיפה השופט עמית בעניין גליק מבוססות על קונספציה של אשם, ואילו שלושת העילות במשפט הציבורי בסיסן הרעיוני אחר ואינו נשען על עקרון האשם, כך שגזרת "קל וחומר" אינה ממין העניין. כאשר המטריה שונה, בעל דין רשאי לפעול במסלולים שונים כדי להשיג את מבוקשו, ואין מסלול אחד שולל את משנהו.¹¹⁶

למעשה, במקום שהפיתוח של עילת המשפט הציבורי ייעשה אוטונומית כחלק מן ה"סילבוס" של המשפט הציבורי, באה הדואליות הנורמטיבית הממזגת ו"מכילה" את הפיתוח ל"סילבוס" של המשפט הפרטי באמצעות פרשנות של יסודות העילה המוכרת במשפט הפרטי.¹¹⁷ פרשנות שכזו עשויה להוביל להרחבה של האחריות של רשויות מנהליות בדיני הנזיקין, אך גם לצמצומה. ה"הכלה" מעניקה לגיטימציה להכרעת המחלוקת על פי אמות המידה של דיני הנזיקין, והן כשלעצמן עשויות להתפרש פירוש מחמיר או מקל. כך, בדעת הרוב בפרשת גליק הוכרעה המחלוקת על פי אמות המידה של דיני הנזיקין (פרשנות של עקרון הקטנת הנזק), והתביעה נדחתה.¹¹⁸ באופן התומך במגמת צמצום האחריות של רשויות המדינה בנזיקין.¹¹⁹ אך גם תוצאה שונה הייתה אפשרית – במסגרת הפרדיגמה של הדואליות הממזגת – אילו בחר בית המשפט לפרש עיקרון אחר בדיני הנזיקין (פרשנות של עקרון האשם). במתכונת זו שוב היו דיני הנזיקין "כובשים" תחום זה, אך התוצאה לגופה של תביעה הייתה עשויה להיות הרחבה של גבולות האחריות.

הפרדיגמה המקבילה אינה כרוכה ב"הכלה" שכזו, ומכאן עולה יתרון שלה על הפרדיגמה הממזגת. בפרדיגמה המקבילה תידון עילת התביעה בכל דין ללא תלות בקיומה – הממשי או הפוטנציאלי – של עילה בדין השני. אין בה מוטיבציה ואין הצדקה לפרשנות ברמת הפשטה גבוהה החותרת לתוצאה דומה בעילות השונות. גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה מכירה בכך שרמת הפשטה שכזו, אשר אינה רגישה דיה לדקויות הדין הנזיקי, עלולה לפגוע בפיתוח האורגני של העילה על פי תכליות דיני הנזיקין. היא מכירה בכך שחזקה ככל שתהיה החתירה לקוהרנטיות, מונחי השסתום "רשלנות" (נזיקית) ו"חוסר סבירות" (מנהלית) אינם חופפים. הדבר נכון לשני הכיוונים: רשלנות במשפט הפרטי אין משמעה חוסר סבירות במשפט הציבורי, וחוסר סבירות במשפט הציבורי אין משמעה בהכרח רשלנות במשפט הפרטי.¹²⁰

115 ע"מ 3719/13 ש.מרדכי עבודות עפר בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון, פס' 28 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר ופס' 7-10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 6.9.2018).

116 ע"מ 5089/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנק ישראל, פס' 9, 19 ו-28 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 30.5.2018).

117 ברק-ארז "דואליות נורמטיבית", לעיל ה"ש 19, בעמ' 287-289.

118 עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 39 לפסק דינו של השופט עמית.

119 כמוסבר בצדק שם, בפס' מא ו-מג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

120 ע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 29.6.2008).

יתרון נוסף בדוקטרינת הדואליות הנורמטיבית המקבילה הוא בכך, שיש בכוחה להסביר פרקטיקה פסיקתית אשר מלווה דחייה של תביעה שהוגשה בעילה מוכרת במשפט הפרטי בהותרת פתח להגיש תביעה נפרדת ב"עילה מנהלית" מבלי לתת בה סימנים ברורים, ולהפך.¹²¹ כפי שטענתי במקום אחר, פסקי דין מן הסוג הזה מלמדים על כך שהשיטה המשפטית אינה רואה בהפניה לדין המהותי של המשפט הציבורי משום "עקיפה" של הדין המהותי של המשפט הפרטי,¹²² אלא דווקא השלמה שלו.¹²³ מהלך זה אפשרי לאור תפיסת העילות כעילות מקבילות,¹²⁴ שכל אחת מהן עומדת בפני עצמה ומגשימה בדרכה את הזכות החוקתית לסעד הולם. כפי שטענתי במקום אחר, זכות זו היא המסגרת המאחדת לתורת הסעדים החוקתיים בישראל.¹²⁵

לסיכום פרק זה, הנה דוגמה אשר עשויה להמחיש את ההבדלים שבין שלושת הגישות. אברהם הוא הבעלים של חנות בתוואי המתוכנן של הרכבת הקלה, והכנסותיו נפגעו מהעבודות המתבצעות בתוואי. אברהם הגיש תביעה כספית נזיקת לבית משפט השלום בטענה, כי העבודות נמשכות פרק זמן ארוך מדי וכי התמשכותן עולה כדי רשלנות המצדיקה פיצוי בגין הנזק הממשי שנגרם לו. בית משפט השלום דחה את התביעה לגופה בקביעה, כי על פי אמת המידה של עוולת הרשלנות לא הוכח אשם בהתנהלות הרשות השלטונית (סטייה מסטנדרט הסבירות הנזיקי), ואין לומר כי התמשכות העבודות עולה כדי רשלנות.¹²⁶

על פי גישת הדואליות הנורמטיבית הממזגת, בית משפט עשוי להידרש גם לשאלה אם יש הצדקה ליישם בנסיבות אלה את דוקטרינת העוולות החוקתיות ולהטיל על הרשות השלטונית "אחריות מנהלית" כחלק ממערכת הדינים של המשפט הפרטי.¹²⁷ על פי גישת הדואליות הנורמטיבית השוללת, דין התביעה שהוגשה באחת

121 ראו: ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 1, 23 (2004); ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע, פ"ד סז(1) 25, 52-55 (2014). בכיוון ההפוך, כלומר דחייה של עתירה בערכאה מנהלית תוך הותרת פתח להגיש תביעה אזרחית, ראו: בג"ץ 734/19 הבייל נ' משרד הביטחון, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 11.11.2019) ("ההליך הבג"צי אינו מותאם לדיון בשאלות של פסיקת פיצויים, במקרה הרגיל... המדינה הותירה את הדלת פתוחה לבירורן של תביעות מתאימות"); בג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים, פס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן ("מבלי לקבוע מסמרות אם התביעה שתוגש תהיה לפיצוי נזיקי או לפיצוי בגין עוולה מנהלית"). לדוגמאות נוספות לפרקטיקה שיפוטית המסלילה דרישת פיצוי בהליכים מנהליים בגין פעולה שלטונית שלא כדין למסלול של תביעה אזרחית על פי אמות המידה של המשפט הפרטי, ראו פוליאק פיצוי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 222-223, ה"ש 341-339.

122 לפיתוח טענה זו, ראו פוליאק "הזכות המנהלית", לעיל ה"ש 39, בעמ' 303-305.

123 לנימוק עמדה זו ראו שם, עמ' 314.

124 ראו שם, עמ' 278, 305, 314 בה"ש 234.

125 לפיתוח טענה זו, ראו פוליאק "כבוד האדם ותרופתו", לעיל ה"ש 90, בעמ' 200.

126 ראו, בנסיבות דומות אך לא זהות: ע"א 3464/05 פז חברת נפט בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד התחבורה, מחלקת עבודות ציבוריות, פס' 9-10 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 12.7.2006).

127 לאפשרות זו, ראו ברק-ארז משפט מנהלי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 419, ה"ש 93.

מחמשת העילות של המשפט הפרטי¹²⁸ תלוי בין השאר בשאלה מקדמית, אם פנה אברהם לערכאה מנהלית בעתירה לסעד מנהלי רלוונטי, דוגמת צו מניעה להפסקת העבודות או צו "עשה" לשיפור ההנגשה לחנות שבבעלותו, באופן שהיה עשוי להקטין את נזקו. ככל שהוא לא פנה כאמור, הרי ההכרעה בערכאה המנהלית עשויה להיות "מעין מעשה בית דין" שיחסום את התביעה הנזיקית בבית משפט השלום. כך יהיה במקרה שבית המשפט שוכנע, כפי ששוכנע השופט עמית בעניין גליק, כי נסיבות המקרה מלמדות שמהותה של התביעה היא בחינה של סבירות ההחלטה של הרשות השלטונית (בין במישור ההליך התכנוני ובין במישור של יישומו בזיקה לסדרי התנועה והנגישות לעסקים שבתוואי התוכנית). אפיון זה של מהות התביעה משמעו, כי מדובר בסוגיה מנהלית וכי על אברהם לפסוע תחילה בדרך המלך ולא "לעקוף" את ההליך המנהלי המתבקש.¹²⁹

על פי גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה, אין מניעה עקרונית לברר בהליך אחד את כל סוגי התביעות בשתי מערכות הדינים, בכפוף למגבלות של סמכות שיפוט עניינית (שאינן קשורות לדין המהותי). עילתו של אברהם עשויה להימצא הן בחמשת העילות המוכרות במשפט הפרטי והן בשלושת העילות של המשפט הציבורי.¹³⁰ השאלה אם אברהם פנה תחילה לערכאה מנהלית אינה מכרעת (אף שעשויה להיות לה נפקות ביישום כללים רלוונטיים של הדין המהותי, דוגמת חובת הקטנת הנזק). מכל מקום אין בה כשלעצמה כדי לחסום את זכות הגישה שלו לערכאה המוסמכת לדון בעילת תביעתו לגופה. ככל שבמישור הדיני התביעה הוגשה לערכאות שונות (כתוצאה ממגבלות של דואליות נורמטיבית פרוצדורלית), בחינה של יסודות הדוקטרינה של מעשה בית דין לגופה עשויה להצדיק חסימה של אחת העילות. הפרק הבא יוקדש לדיון בטענות נגד הגישה המוצעת ובאילו ציפים הנגזרים מהן ביישום הפרדיגמה המקבילה.

ד. דיון ביקורתי בגישה המוצעת

אל מול היתרונות שמנתי לעיל, גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה מעוררת גם קשיים שיש מקום להתמודד עימם. אפשר להעלות שלוש טענות מרכזיות נגד הגישה המוצעת. הראשונה עניינה החשש מפני פגיעה בקוהרנטיות של השיטה.

¹²⁸ על פי המיפוי של השופט עמית מדובר בעילה מסוג ב (התרשלות של הרשות כמעולת בכשירותה הציבורית) או ד (התרשלות של הרשות תוך הפרת נורמה מנהלית שיש עימה אשם) (ראו את עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 18 לפסק דינו של השופט עמית).

¹²⁹ לגישה המייחדת את דרך המלך בנסיבות דומות להליך המנהלי, אך מבלי לנעול את שערי דיני הנזיקין, ראו רע"א 88/17 ברדה גולן נ' ראש עיריית תל אביב (פורסם בנבו, 9.5.2018).

¹³⁰ במקום אחר עמדתי על כך, שאחת העילות הרלוונטיות לנסיבות אלה במשפט הציבורי היא פגיעה בזכות החוקתית המטילה נטל חריג על הפרט. ראו: רונן פוליאק "הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים" משפט וממשל יח 279, 296-298, 308-319 (2017); רונן פוליאק "פיצויים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות – תשובה לפרופ' אהרן ברק" משפטים על אתר יב 271, 276-277 (2019).

השנייה עניינה אילוצים קונקרטיים והתאמות נדרשות במישור הדיוני. השלישית עניינה החשש מפני פגיעה ביעילות הדיונית. אדון בהן כסדרן, תוך הצעת תשובות אפשריות. טענתי המרכזית היא כי ביקורות אלה עשויות להצדיק אילוצים קונקרטיים בפיתוח הגישה המוצעת, כמו גם התאמות נדרשות במישור הדיוני, אך אין בהן כדי לשלול את הגישה המוצעת כחלופה רעיונית עדיפה על גישת הדואליות הנורמטיבית הממזגת.

1. הקוהרנטיות של השיטה

טענת נגד מרכזית היא במישור התיאורטי, ולפיה אימוץ גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה תפגע בקוהרנטיות של השיטה. כיוון שהכללים בדינים השונים אינם מתאימים זה לזה, הרי הוויתור על הניסיון לקרב ביניהם (טשטוש ההבדלים, מיזוג והכלה של דין אחד למשנהו או יצירת העדפה ביניהם) פוגע בהרמוניה שבין החלקים השונים של השיטה ומביא ל"מתקל" בין מערכות הדינים במישור התוצאה.

תשובתי לטענת נגד זו היא בשלושה מישורים. ראשית, אני סבור כי הגישה המוצעת לא תביא לחוסר קוהרנטיות בשיטה. תוצאה שונה בכל מערכת דינים איננה "מתקל" שיש ליישבו, אלא *מסקנה לגיטימית* של הפעלת שתי מערכות הדינים. שיטתנו המשפטית אינה רואה בתוצאות שונות בהקשרים אחרים פגיעה בהרמוניה בין החלקים השונים של השיטה. כך, שיטתנו המשפטית עשויה לאפיין פעולה מסוימת כמותרת לפי דיני החוזים, אך פגומה – ואולי אף פסולה – לפי דיני עשיית עושר, ואין בכך כדי לגרוע מן הקוהרנטיות של המשפט הפרטי.¹³¹ שיטתנו עשויה לאפיין פעולה מסוימת כמותרת לפי דיני המשפט המנהלי (המתמקדים באופי פעולתה של המדינה), אך פגומה – ואולי אף פסולה – לפי דיני המשפט החוקתי (המתמקדים בפגיעה בפרט¹³²), ואין בכך כדי לגרוע מן הקוהרנטיות של המשפט הציבורי.¹³³ כך גם אין מניעה לאפיין פעולה מסוימת כמותרת לפי דיני המשפט הפרטי, אך פגומה – ואולי אף פסולה – לפי דיני המשפט הציבורי (או להפך), ואין בכך כדי לגרוע מן הקוהרנטיות של השיטה בכללותה.¹³⁴

כך למשל, אין לראות חוסר קוהרנטיות בקביעה כי מדיניות מסוימת של רשות מנהלית אינה עולה כדי הפרת חובה חקוקה או רשלנות, אך בה בעת כי היא פגומה כיוון שהיא מפרה אינטרס מוגן במשפט המנהלי (דוגמת ציפייה¹³⁵ או שוויון¹³⁶) או

¹³¹ ראו פרק ג לעיל.

¹³² אסף וינר "קניין חדש תוצרת הארץ – אימוץ דוקטרינת הקניין החדש בישראל ורציונות המשפטית והחברתית" **משפטים** מז' 365, 402, 405-406 (2018).

¹³³ לדיון ביחס שבין המשפט המנהלי למשפט החוקתי ובייחוד בזיקה לעקרונות השוויון, ראו פוליאק **פיצוי**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 209-210, 225.

¹³⁴ השוו: ברק "תורת הסעדים", לעיל ה"ש 73, בעמ' 393-395.

¹³⁵ דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" **עיוני משפט** כז' 209 (2003).

כיוון שהיא פוגעת שלא כדין בזכות חוקתית.¹³⁷ באותה מידה בג"ץ יכול לקבוע כי אין עילה להתערבות בהחלטה של רשות מנהלית, אך אין להקיש מכך כי לא תקום עילה מוכרת במשפט הפרטי (דוגמת רשלנות¹³⁸). הפרדיגמה המקבילה מסוגלת "לחיות" עם תוצאות אלה כתוצאות לגיטימיות, כיוון שהיא מכבדת את השוני שבין תכליות הדינים הרלוונטיים ותומכת בפיתוח אורגני של כל נורמה משפטית בהקשרה.

זוהי אם כן המשמעות המייחסת משקל להכרה בשוני שבין תכליות הדינים: הכרה בלגיטימציה לפיתוח שונה של כל עילה על פי תכליותיה ובקיומן של נוסחאות איזון נבדלות בכל תחום.¹³⁹ אומנם נוסחאות איזון נבדלות עשויות להוביל לתוצאה שונה בכל תחום, אך משמעות הדברים איננה כי השיטה אינה קוהרנטית. המשמעות היא כי המשפט הוא סבוך¹⁴⁰ וכי איננו מדע מדויק.¹⁴¹ המשמעות היא רגישות להקשר החברתי של הדין, אשר מחייב כללי איזון שונים העשויים להשתנות מהקשר להקשר.¹⁴² המשמעות היא הכרה בשיקול דעת שיפוטי בפיתוח המשפט ובפרשנות הדין.¹⁴³

שנית, גם אילו פגעה הצעתי בקוהרנטיות של השיטה, קוהרנטיות אינה חזות הכול. קוהרנטיות עשויה לתרום לוודאות המשפטית. אלא שהשיטה המשפטית אינה צריכה לחתור רק לקוהרנטיות ולוודאות. עליה לחתור להגשמת עקרונות יסוד נוספים, ובהם צמצום הפגיעה בזכויות הפרט,¹⁴⁴ לרבות זכויותיו הדיוניות, וזכותו ליומו בבית המשפט לליבון עילות מוכרות בדין. עקרונות היסוד של השיטה, לרבות עקרון הקוהרנטיות, צריכים לבוא לידי ביטוי בעיצוב ענפיו של עץ העילות במשפט (בדין הפרטי אלו עילות תביעה ובדין הציבורי אלו עילות של ביקורת שיפוטית), ולא בהעתקת שורשיו מתחום אחד לתחום אחר באופן שמכריע את הדואליות ומעדיף עילות מסוימות (בדין מסוים) ושולל עילות אחרות (בדין אחר).

136 בג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך, פ"ד נט(5) 595, 591, 577 (2005).

137 בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פס' 64 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2011).

138 ע"א 9211/09 איווטסט בע"מ נ' דריזין, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 4.7.2012).

139 לפיתוח טענה זו, ראו פוליאק "הזכות המנהלית", לעיל ה"ש 39, בעמ' 298-301. ראו גם ברק, **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 63.

140 שם, עמ' 211.

141 השוו: ע"פ 10153/07 קייסי נ' מדינת ישראל, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 30.7.2012).

142 לפיתוח הקשרי-תחומי של המשפט המנהלי, ראו: איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** 36 (2013); וינר, לעיל ה"ש 132, בעמ' 403; יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219, 240 (2017).

143 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך א – תורת הפרשנות הכללית 416 (1992) (להלן: ברק **פרשנות במשפט** כרך א).

144 ע"ע 1621/08 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' חטיב, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 30.1.2011).

שלישית, קוהרנטיות מושלמת אינה מעשית. בראייה ריאליסטית, השאיפה לקוהרנטיות, להרמוניה ולוודאות של הדינים, כך שיתאימו זה לזה משל יוצרו ב"תקן אחיד" (compatible), היא אוטופית ולא-מעשית.¹⁴⁵ אין לתת לשאיפה זו משקל כבד מדי ואין מקום לכפיית תפיסה לא-מציאותית של הרמוניה.¹⁴⁶ הניסיונות להגשים שאיפה זו עלולים לעלות במחיר של ניתוח המקרה הקונקרטי ברמת הפשטה גבוהה מדי. גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה מתעקשת שלא לראות תוצאות שונות ביישום התכליות השונות כ"סתירה", גם אם במבט ראשון הן נחזות ככאלה. מסקנה בדבר סתירה מחייבת הערכה, כי העילות אינן מתיישבות "לכל אורך הדרך" וכי הן אינן יכולות "לדור זו לצד זו".¹⁴⁷ כלום אין העילה המנהלית יכולה לדור לצד העילה הנזיקית? לדעתי התשובה על כך שלילית. עילות אלה משלימות זו את זו בכפוף לאילוץ שלא יינתן כפל פיצוי.¹⁴⁸ בכוחו של המשפט הציבורי להוסיף על הנורמות הקבועות במשפט הפרטי¹⁴⁹ ולהשלים אותן, ואין בכך סתירה לנורמה שנקבעה במשפט הפרטי.¹⁵⁰

ההשתחררות מתפיסה אוטופית של קוהרנטיות עשויה ללמד לא מעט על הבגרות של השיטה¹⁵¹ ועל אופייה הפלורליסטי.¹⁵² גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה מתיישבת היטב עם שלוש תורות פלורליסטיות שקנו שביתה בשיטת המשפט הישראלית. הראשונה היא תורת הפרשנות התכליתית, שהיא תורת הפרשנות השלטת בשיטתנו.¹⁵³ כיוון שתורת פרשנות זו משתרעת על כל הפעולות המשפטיות¹⁵⁴ והיא מתאימה לפיתוח של כל תחום בפני עצמו לאור תכליותיו, ניתן להתאימה להבניה קונסטרוקטיבית של השיטה בכללותה תוך הכרה בתתי-תכליות שונות לכל תחום.¹⁵⁵ התורה השנייה היא תורת הדואליות הפרוצדורלית, המכירה בכך שכל בית משפט

145 חיים כהן **המשפט** 133 (מהדורה שנייה, 1996); מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" **משפט וממשל** ט 223, 246-247 (התשס"ו).

146 ברק **פרשנות במשפט** כרך ב, לעיל ה"ש 30, בעמ' 335, 341.

147 בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, 779 (1995).

148 עניין **אבנעל**, לעיל ה"ש 55, בפס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

149 עניין **רגב**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 528.

150 בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 274 (2000) ("היא חלה אפוא גם"); ע"א 8702/06 **מדינת ישראל נ' הנאמן הציבורי בתפקידו כנאמן בהקדש נאמנות התיאטרון**, פס' 33 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 9.6.2011). ראו גם ברק "תורת הסעדים", לעיל ה"ש 73, בעמ' 396.

151 השוו': Anthony J. Colangelo, *A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization*, 49 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 1, 7 (2016).

152 השוו': William Burke-White, *International Legal Pluralism*, 25 MICH. J. INT'L L. 963, 963 (2004).

153 רפי רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" **משפטים על אתר** יב 67, 68 (2018).

154 אהרן ברק **פרשנות במשפט – החוזה כרך ד** 48 (2001).

155 השוו': ברק **פרשנות במשפט** כרך א, לעיל ה"ש 143, בעמ' 418-419.

בישראל מוסמך לפתח את העילות בדין המהותי.¹⁵⁶ התורה השלישית היא תורת המשפט המקובל הנוהגת בישראל. זוהי שיטת משפט "מעורבת",¹⁵⁷ המכירה הן במשפט מקובל פרטי¹⁵⁸ והן במשפט מקובל ציבורי.¹⁵⁹ לסיכום, מנקודת המבט של שיטת המשפט בכללותה, העובדה כי בנסיבות מסוימות פיצוי מתחייב מכוח עילה מוכרת במשפט הציבורי ולא מכוח עילה מוכרת במשפט הפרטי (שיסודותיה לא התמלאו בנסיבות העניין)¹⁶⁰ אין משמעה בהכרח פגיעה בקוהרנטיות של השיטה. כך גם להפך; העובדה כי בנסיבות מסוימות פיצוי מתחייב מכוח עילה מוכרת במשפט הפרטי ולא מכוח עילה מוכרת במשפט הציבורי (שיסודותיה לא התמלאו בנסיבות העניין)¹⁶¹ אין משמעה בהכרח פגיעה בקוהרנטיות של השיטה. ככל שנוצרת תחושה של מתח בין תוצאות קונקרטיות של יישום הדינים השונים על מקרה מסוים, התמודדות נכונה תהיה למשל באמצעות פיתוח תפיסה עשירה של דואליות נורמטיבית מקבילה, המכירה בלגיטימציה של הדינים להתפתח לאור תכליותיהן, בכפוף לאילוצים קונקרטיים. לאילוצים אלה יוקדש הסעיף הבא.

2. אילוצים קונקרטיים

מן הסעיף הקודם עולה המסקנה, כי מעצם העובדה שתפיסת הדואליות הנורמטיבית המקבילה אינה מחויבת לדרישת קוהרנטיות חזקה (לפחות לא במידה שבה מחויבת הדואליות הנורמטיבית הממוזגת) אין נובע כי משמעה דה-קונסטרוקציה של השיטה כ"קונפדרציה של תחומי משפט", משל יצוירו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי כ"איים" שאין גשרים ביניהם. הדואליות המקבילה, ככל דוקטרינה משפטית, כפופה לעקרונות היסוד של השיטה. עקרונות אלה משפיעים על עיצובה ומבססים אילוצים קונקרטיים באשר לגבולות התפרסותה.

¹⁵⁶ עניין פלונים, לעיל ה"ש 61 ("המשפט המינהלי הוא אחד").

¹⁵⁷ אהרן ברק "חמישים שנות משפט בישראל" **מבחר כתבים** כרך א 237, 243 (2000); אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" **הפרקליט** מ 197, 209 (1992).

¹⁵⁸ ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 214; אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 306-305 (2003); אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" **הפרקליט** לט 267, 280-281 (1990).

¹⁵⁹ אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" **משפט וממשל** יז 9, 16, 44-40 (2016); אהרן ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" **המשפט** א 45, 52-53 (1993). ראו גם בג"ץ 578/80 **גנאים נ' מואסי**, פ"ד לה (2) 29, 38 (1980). לפיתוח הרעיון של משפט מקובל מנהלי, ראו פוליאק "הזכות המנהלית".

¹⁶⁰ למצב עניינים זה, ראו אהרן ברק "פיצויים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפטים על אתר** יב 263, 264 (2019).

¹⁶¹ זהו מצב העניינים הטיפוסי בחמשת העילות של המשפט הפרטי אשר נזכרות בפסק דינו של השופט עמית ואשר מבוססות על הוכחת עקרון האשם. עקרון האשם אינו תמיד רלוונטי במשפט הציבורי, משום שלשיטתי עילות הפיצוי אשר במסגרתו צריכות להתבסס על אמות מידה חוקתיות (ראו פוליאק **פיצוי**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 477-481).

כזהו הכלל, שכבר הוזכר לעיל,¹⁶² אשר שולל כפל סעד בגין אותה פגיעה. אם ניתן סעד כספי במשפט הפרטי שכבר ענה בנסיבות העניין גם על התכליות הרלוונטיות למשפט הציבורי, עשוי הדבר להצדיק דחייה על הסף של התביעה לפיצוי במשפט הציבורי. אם הוא לא ענה עליהן, דינה של העילה במשפט הציבורי להתברר לגופה ובמקביל, בכפוף לאפשרות לנכות מסכום הפיצוי שייקבע, אם תתקבל התביעה, את הסכום שנפסק כתביעה האזרחית בכל הנוגע לרכיבי העילה שתכליתם חופפת.¹⁶³ זאת ועוד, הדואליות הנורמטיבית המקבילה אינה מתעלמת מדוקטרינות אחרות הקיימות בשיטה. כאן הכוונה היא לדוקטרינה של מעשה בית דין, שעל אופן יישומה הראוי במסגרת הדואליות המקבילה עמדתי לעיל.

על אלה אפשר להוסיף אילוץ שהוא אימננטי לתורה שעניינה פיתוח המשפט. ההתדיינות בעילה אחת עשויה להוביל לתקדים שיפתח את הנורמות החלות במסלול זה. ככל שהפיתוח המשפטי של תחום מסוים בתקדימיו יהיה עשיר ומורכב יותר, כך עשוי להיזנח העניין – וגם התמריץ – בפיתוח נורמות בתחום אחר, הן בעיני המתדיינים והן בעיני בית המשפט. במצב שכזה עשויה עילה אחת להפוך לדומיננטית בשיטה, והלכה למעשה לגבור על עילה אחרת או לייתהרה, כיוון שניתן בה מענה לצורכי המתדיינים. תהליך היסטורי דומה עבר על עולות פרטיקולריות במשפט הפרטי אשר פינו את מקומן לעולות מסגרת.¹⁶⁴ בשלב זה קשה להעריך אילו מן העילות שבמשפט הציבורי או במשפט הפרטי יעברו תהליך שכזה, בייחוד לאור העובדה שהעילה המנהלית היא רק בראשית דרכה.

3. המישור המעשי

ההכרה בניהול מקביל של עילות שונות במשפט הפרטי לא עוררה בעיה של סמכות שיפוט, כיוון שסמכות השיפוט בעילות אלה נתונה לבית משפט אחד (אזרחי). גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה מעוררת קושי במישור הפרוצדורלי, כיוון שמדובר בעילות הכפופות למסגרות דיוניות שונות, נוכח סמכויות השיפוט הנבדלות במסלול הציבורי ובמסלול הפרטי. מצב זה מעורר חשש מעשי בדבר כפל התדיינות והכרעות סותרות שעמן יש להתמודד. גם כאן אין בחששות כדי לשלול את הגישה המוצעת, אלא לתמוך באימוץ כללים מנחים לניהול ההליכים השונים. שיקולים של יעילות דיונית והימנעות מפני הכרעות סותרות עשויים להצדיק עיכוב של דיון באחת העילות במישור הפרוצדורלי כך שאחת העילות תידון רק בשלב מאוחר יותר,¹⁶⁵ ולחלופין, ככל שהדבר אפשרי במגבלות של סמכות השיפוט – ליבון של כלל הטענות במאוחד בהליך אחד. ואולם אין בכוחם לחסום א-פריורית – דיונית או

¹⁶² ראו את הטקסט הסמוך לה"ש 67.

¹⁶³ פוליאק "הזכות המנהלית", לעיל ה"ש 39, בעמ' 306.

¹⁶⁴ עניין גורדון, לעיל ה"ש 113, בעמ' 124-126.

¹⁶⁵ בדומה לדיון בהקשר של תובענות ייצוגיות: בר"ם 6085/16 עיריית חיפה נ' בכובד ראש בע"מ, פס' 6 להחלטת השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 27.11.2016).

מהותית – ליבון של כל אחת מן העילות על פי הדין המהותי שלה. אשר לחשש מפני הכרעות סותרות בערכאות השונות, הרי גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה אינה מעוררת כאן בעיה ייחודית. הדרך של שיטת המשפט להתמודד עם חשש זה היא באמצעות מנגנון הערעור – במעלה סולם הערכאות – עד לגיבושו של תקדים מחייב.¹⁶⁶ הוא הדין באשר להכרעה בין הגישות השונות של דואליות נורמטיבית, סוגיה שמטבע הדברים תתעורר תחילה בערכאות הדיוניות, עד שתגיע – כך יש לקוות – לפתחו של בית המשפט העליון, שיידרש להכריע בין הגישות בשבתו כערכאת ערעור היוצרת תקדים מחייב.

על פי הגישה המוצעת, במישור המהותי בית המשפט המוסמך אשר מקבל תביעה בעניין פרטי הנושק לציבורי נדרש לסווג את העילות השונות כ"ציבוריות" או כ"פרטיות".¹⁶⁷ במישור הפרוצדורלי הדיון בעילות יתנהל על פי סדרי הדין הצמודים לסמכות השיפוט העניינית של בית המשפט המוסמך. בפרדיגמה זו עצם העובדה שעילה מסוימת אשר שייכת לתחום מסוים נדונה בערכאה מוסמכת ונדחתה לגופה אינה צריכה להוביל בהכרח לחסימה – דיונית או מהותית – של העילה השייכת לתחום השני, אלא אם הדבר מתחייב על פי סדרי הדין ועל פי סמכות השיפוט (הקבועים במפורש בחקיקה או מכוחה¹⁶⁸). זוהי ההבחנה בין הזכות לבקש סעד, שהיא זכות אדם בדין המהותי, לבין הסמכות לתת סעד, שהיא סמכותו של בית המשפט המוסמך, ושני אלה נובעים ממקורות שונים.¹⁶⁹

עוד במישור המעשי, ניתן להעלות את החשש כי גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה תחשוף את הרשויות המנהליות להליכים משפטיים רבים. ואולם טענה זו אינה רלוונטית, משום שהיא מחטיאה את אפיון הדואליות המקבילה כדוקטרינה מהותית ולא כדוקטרינה פרוצדורלית. הגישה המוצעת ברשימה זו אינה פועלת במישור הדיוני, ואין לה השלכה ישירה על העולם של סמכויות השיפוט ושל חלוקת העבודה בין הערכאות השונות. מבחינה עקרונית אין מניעה ליישם את הדואליות

¹⁶⁶ בין אם הוגשה התביעה לבית משפט השלום ובין אם לבית המשפט לעניינים מנהליים, ליבונה בסופו של דבר בבית המשפט העליון כערכאת ערעור עשוי להוליד תקדים מחייב, בדומה למתכונת שיצרה את פסק הדין העקרוני שניתן בפרשת גליק, בכפוף לטעמים שונים שעוללים לעכב מבחינה מעשית יצירת תקדימים מסוג זה בבית המשפט העליון. לטעמים אלה, ראו דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט' 103, 133-135 (2006).

¹⁶⁷ בטיפולוגיה של הלכת גליק, עילות א-ה יידונו על פי המשפט הפרטי ועילות ו-ח יידונו על פי המשפט הציבורי.

¹⁶⁸ ראו ס' 12(ב)(3) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, שלפיו ניתן להגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון על דחיית בקשה לדחות תובענה מנהלית על הסף מחמת מעשה בית דין. הוראה זו משמיעה סמכות לבית המשפט לעניינים מנהליים לדחות תובענה מנהלית על הסף מחמת מעשה בית דין. כפי שהוסבר לעיל (טקסט סביב ה"ש 98), קביעה בדבר מעשה בית דין צריכה להתבסס על ניתוח הדמיון בסדרי הדין החלים על התביעות השונות, והיא אינה פשוטה נוכח השוני בסדרי הדין החלים על תובענה מנהלית לעומת עתירה מנהלית (ראו עע"ם 7401/14 **קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה**, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 9.9.2015)).

¹⁶⁹ זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד, לעיל ה"ש 43, בעמ' 2891.

הנורמטיבית המקבילה ולדון בעילות שונות במסגרת הליך משפטי אחד ובערכאה אחת. יתר על כן, דווקא אימוץ של גישת הדואליות הנורמטיבית המקבילה במישור המהותי עשוי לחזק את הקריאות לפשט את כללי סמכות השיפוט העניינית בעניינים מנהליים במישור הדיוני, כך שבתי המשפט האזרחיים והמנהליים יוסמכו שניהם לדון בעילות משני התחומים בשבתם כערכאה ראשונה. בספרות הוצעו דרכים מספר להסמכה שכזו באופן פרשני. כך, באשר לעילה ה"מנהלית" נטען כי אפשרית פרשנות ולפיה בתי המשפט האזרחיים מוסמכים לבררה,¹⁷⁰ ואילו באשר לעילה ה"אזרחית" נטען כי אפשרית פרשנות ולפיה בתי המשפט המנהליים מוסמכים לבררה.¹⁷¹ דיון מאוחד בעילות השונות עשוי להתאפשר בערכאה אחת – אם לא בערכאה הדיונית¹⁷² אזי לפחות בשלב הערעור לבית המשפט העליון, בין כערעור אזרחי, בין כערעור מנהלי ובין כערעורים מאוחדים.¹⁷³ פרשנות אחרת עלולה לחייב – לטעמי שלא לצורך – את פיצול התביעה בין שתי ערכאות,¹⁷⁴ תוך פגיעה בעילות ההתדיינות.

סיכום

הדיון בפסק דינו של השופט עמית בפרשת גליק ביקש להתוות דרך להמשך פיתוחה של דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית ולבסס טענה פשוטה, שלפיה קביעה משפטית כי התנהלות מסוימת של רשות מנהלית היא פגומה – ואולי אף פסולה – לפי דין אחד אך מותרת לפי דין אחר היא קביעה משפטית לגיטימית, שאין צורך למזג אותה או לשלול אותה. הקביעות הללו עשויות לחול במקביל ואף להשלים אחת את השנייה. פסק דינו של השופט עמית שימש נקודת המוצא להעלאת טענה עקרונית זו, אשר אינה תלויה בהכרח בפסק הדין, שכאמור לא קבע הלכה מחייבת בנושא. כאן המקום להוסיף ולומר, כי אם טעיתי בפרשנותי את דבריו של השופט עמית בפסק הדין, האחריות לכך כולה שלי, ולוואי שיהא שכרי בהעמדת הלכה על מכונה.

¹⁷⁰ עניין אבו אלקיעאן, לעיל ה"ש 60, בפס' לב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח, פס' 10-11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 12.4.2015); רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פס' 16-17 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 26.4.2010). לתמיכה בכיוון זה, ראו זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד, לעיל ה"ש 43, בעמ' 2894-2895, 2928.

¹⁷¹ כקבוע בתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000. ראו זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד, לעיל ה"ש 43, בעמ' 2894, 2924-2925. לתמיכה בכיוון זה, ראו שם, עמ' 2930-2932.

¹⁷² שם, ראו בטקסט סביב ה"ש 66.

¹⁷³ עע"ם 2414/17 קלדרון נ' חלמיש חברה ממשלתית עירונית לדיור לשיקום ולהתחדשות, פס' 39, 41, 48, 60 ו-77 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 13.2.2018); עניין אבו אלקיעאן, לעיל ה"ש 60, בפס' לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ובפס' 5 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

¹⁷⁴ זמיר "ביקורת עקיפה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 370.

אבקש לחתום את הרשימה בלוואי נוסף, מתוך דבריו של השופט זילברטל, אשר הצטרף לפסק דינו של השופט עמית בדחיית תביעתו של גליק ואשר הזכיר¹⁷⁵ את משאלתו של השופט חיים כהן ז"ל ולפיה "לוואי וירבו סעדים לאזרחי ישראל נגד השלטונות".¹⁷⁶ אכן, המסגרת הרעיונית המוצעת ברשימה זו הופכת את שמונה העילות שנקבעו בפסק דינו של השופט עמית בפרשת גליק לעילות חלופיות ומקבילות, אשר יש בכוחן להעשיר את ארגז הכלים שבידי הפרט וכן את שיטתנו המשפטית – מבלי לפגוע בקוהרנטיות שלה. בכך ביקשתי להגשים את משאלתו של השופט חיים כהן ז"ל, אך בשינוי אחד, הוא הלוואי שבעילות להבדיל מן הלוואי שבסעדים.

¹⁷⁵ עניין גליק, לעיל ה"ש 1, בפס' 6 לפסק דינו של השופט זילברטל.

¹⁷⁶ ע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד כד(2) 577, 587 (1970).