

הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי

מאת

רון פוליאק*

תקציר

המאמר עוסק בניתוח עיוני-תאורטי ובהתוויה של דרכי יישום אפשריות להענקת סעד כספי בגין הפרה של כללי המשפט המנהלי במסגרת הליך התקיפה המנהלי בישראל. המאמר דן בהצדקות למתן סעד זה לאור שני שיקולים עיקריים: החסר בהגנה על הזכות המנהלית המכוונת לטובת הפרט באמצעות עילות המשפט הפרטי, והשוני בין תכליות הדינים של המשפט הפרטי והמשפט המנהלי. הסעד הכספי המוצע מתאים להקשרים מנהליים מובהקים כחלק מיישום מידתי של דוקטרינת הבטלות היחסית. המאמר מציע קווים כלליים להענקת סעד כספי בדגש על עיצוב מגבולותיו, מתמודד עם שיקולים כבדי משקל נגד הגישה המוצעת, ומציג את ייחודה בהשוואה למסגרות אחרות לפסיקת סעד כספי כגון דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית ותורת העוולות החוקתיות.

מבוא

א. הסעד הכספי המנהלי בדין הקיים

1. הסעד הכספי בעניינים מנהליים עד לחקיקת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים
 2. הסעד הכספי לאחר חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים
- ב. הזכות המנהלית כבסיס רעיוני לעילה מנהלית לסעד כספי
1. זכות מנהלית: מהי?
 2. זכות מנהלית: מה אינה?

(א) צומת הכרעה ראשון: האם הנורמה המנהלית מכוונת לטובת הפרט או לטובת הציבור הרחב?

(ב) צומת הכרעה שני: האם הנורמה המנהלית עולה כדי זכות חוקתית?

3. הזיקה בין מושג הזכות המנהלית לסעד הכספי המנהלי
4. הסעד הכספי המנהלי ודוקטרינת הבטלות היחסית
5. הסעד הכספי המנהלי והתחשבות בשיקולים ציבוריים
6. טרמינולוגיה: העילה המנהלית והסעד הכספי המנהלי
7. השוני בין תכליות הדינים
8. סיכום ודוגמה

ג. טעמים נגד הכרה בסעד כספי מנהלי

1. עקיפת הגבולות של דיני הנזיקין
- (א) עוולת הרשלנות
- (ב) עוולת הפרת חובה חוקה

* ד"ר למשפטים. בעת קבלת המאמר לפרסום עמית-מחקר ותלמיד לתואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודה לברק מדינה, יואב דותן, עומר דקל ויהודית דורי-דסטון על הערות מועילות לגרסה קודמת ולמערכת עיוני משפט, במיוחד לעורך הראשי אביחי דורפמן, לעורכת עירית אולמן ולחברי המערכת נתנאל חבאני, גל נורסקי ועדי שוחט על הערות מעמיקות ועריכה נפלאה.

2. כפל פיצוי
3. הרתעה והרתעת-יתר
4. פסיקת הסעד הכספי המנהלי באה על חשבון קופת הציבור
5. האם מוסד התובענה המנהלית שולל את פיתוח הסעד הכספי המנהלי?
סיכום

מבוא

נחמיה הוא יושב-ראש ועדה ממונה מטעם משרד הפנים בעיר מסוימת שפוטר בהחלטת שר הפנים. בדיון בעתירה נגד ההחלטה קבע בג"ץ כי ההחלטה התקבלה תוך הפרת זכות הטיעון של נחמיה וכי כתוצאה מכך נגרמו לו נזקים ובהם פגיעה בשמו הטוב. עם זאת, מטעמים שונים נפסק כי אין מקום לפסיקת סעד של ציווי להשבתו לתפקיד. בג"ץ הפנה את הדיון בשאלת הסעד הכספי לערכאה האזרחית. התביעה האזרחית של נחמיה לשיפוי נזקיו, על בסיס ממצאים אלו, נדחתה בקביעה שלא הוכחה רשלנות שלטונית. האם יש הצדקה להעניק לנחמיה סעד כספי מכוח המשפט המנהלי בגין פגיעה שלא כדין בזכות הטיעון שלו?¹

ראובן צבר מספר רב של נקודות בגין עברות תנועה. רשות הרישוי החליטה לשלול את רישיון הנהיגה שלו. בדיון בעתירה נגד שלילת הרישיון הגיע בית המשפט לעניינים מנהליים למסקנה שההחלטה התקבלה בשיהוי של שלוש שנים, עקב עיכוב ברישום הנקודות. נקבע כי רשות הרישוי הפרה את חובתה לפעול במהירות הראויה וכי לראובן נגרם נזק כתוצאה מאי-יידועו במועד על רישום הנקודות. עם זאת, מטעמים שונים נפסק כי אין מקום לפסיקת סעד של ביטול החלטת הרשות וכי התנהלותה אינה נגועה ברשלנות. האם יש הצדקה להעניק לראובן סעד כספי מכוח המשפט המנהלי בגין פגיעה שלא כדין בזכותו שהרשות המנהלית תפעל במהירות הראויה?²

שתי דוגמאות אלה נועדו להמחיש שאלה רחבה יותר: האם יש הצדקה לסעד כספי בגין עצם הפרת נורמה של המשפט המנהלי, בנסיבות שבהן לא מתקיימות עילות תביעה אזרחיות לפסיקת פיצוי אך נגרם לפרט נזק עקב התנהלות הרשות המנהלית? האם יש לאפשר לפרט – נוסף על האפשרות לעתור לקבלת ציווי – לתבוע את הרשות בתובענה כספית "מנהלית"? הדיון בספרות בשאלה זו נוטה, בעקבות ליבון הסוגיה בדיני הנזיקין, להתמקד בשיקול ההרתעה של רשויות ציבוריות. במאמר זה אבקש לפתח שיקול אחר המבוסס על רעיון הזכות המנהלית.

הדין הקיים מכיר בשלוש דרכים להגשת תביעה כספית נגד רשות מנהלית:³ תביעה כספית בבית משפט אזרחי (או בבית משפט מוסמך אחר כגון בית הדין לעבודה), המחייבת הוכחת עילות תביעה אזרחיות (להלן: "תביעה כספית רגילה"); עתירה לבג"ץ, שבמקרים נדירים מתבקש בה גם סעד כספי; ותובענה מנהלית לפי התוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים,

¹ השוו בג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 7.7.2010) (להלן: עניין דורון).

² השוו עת"ם (מנהליים חי') 16886-09-09 חכים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.11.2009).

³ ראו הגדרת "רשות מנהלית" בס' 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000. המאמר לא עוסק בשאלת היקף התחולה של המשפט המנהלי על גופים פרטיים או דו-מהותיים שאינם רשות מנהלית כהגדרתה כאמור, וגם לא בתביעות אישיות נגד עובדי ציבור.

התש"ס-2000. המאמר מבקש לסרטט את הגבולות בין שלוש דרכים אלה. קו הגבול נשען על הצדקה עקרונית לתביעה כספית נגד רשות מנהלית בעילה השונה מהעילות האזרחיות החלות בתביעה כספית רגילה. אטען שיש להכיר בעילה שלא זכתה עד כה לפיתוח מספק – הפרה של חובות המוטלות על רשות מנהלית מכוח המשפט המנהלי, בין שאלה כללים ובין שאלה עקרוניות, בין שהם קבועים בחקיקה ובין שהם קבועים בפסיקה (להלן: **נורמה של המשפט המנהלי**) – גם בנסיבות שבהן ההפרה אינה עולה כדי עוולה מוכרת במשפט הפרטי (נזיקית, חוזית או בדיני עשיית עושר). ההצדקה לכך מעוגנת ברעיון הזכות המנהלית שיידון במאמר. רעיון זה מבקש "להצמיד" סעד כספי להפרת נורמה של המשפט המנהלי שאין לה מקבילה במשפט הפרטי והיא אינה נעשית בזיקה לרכיב אזרחי (ולכן לא חלה עליה דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית). מדובר בהצדקה חלופית להצדקות המקובלות בדין האחריות של רשויות הציבור במשפט הפרטי. בהמשך המאמר אבהיר את היחס בין הצדקות אלה ואטען כי הן עשויות להתקיים בו-זמנית ובלבד שלא יינתן לתובע כפל פיצוי.

החלופה השלישית בדין הקיים היא כאמור האפשרות להגיש תובענה מנהלית. תחילתה – אף אם לא בשם זה ממש – ביצירה שיפוטית של שנות התשעים, עת פסק השופט חשין בפרשת **מליבו** כי הפרה של דיני המכרזים כשלעצמה עשויה לשמש עילה לפסיקת פיצוי.⁴ בשנת 2000, עם הקמת בתי המשפט לעניינים מנהליים, הכיר המחוקק לראשונה במוסד "התובענה המנהלית שעילתה במכרז".⁵ היה זה מהלך קודיפיקטיבי ליוזמה השיפוטית – להכיר במוסד חדש לפסיקת סעד כספי במשפט המנהלי.⁶ עם זאת, המחוקק לא הבהיר את הבסיס הרעיוני של מוסד זה. הוא לא הכריע אם עילת התובענה המנהלית מעוגנת במשפט המנהלי או במשפט הפרטי, שאלה לא זכתה להכרעה חד-משמעית בפרשת **מליבו**⁷ ואף לא אחריה.⁸

שאלת הבסיס הרעיוני לפסיקת סעד כספי בהקשרים מנהליים חשובה משום שהיא מגדירה את עילת התביעה, ובהתאם לכך גם את הנסיבות ההולמות הענקה של סעד כספי כחלק מתורת הסעדים של הביקורת השיפוטית המנהלית. אם העילה היא אזרחית, היא "קולטת" את אמות-המידה לפיצוי המקובלות במשפט הפרטי ומחילה אותן על הרשות הציבורית, לעתים תוך התאמות מסוימות, כפי שהתפתחה, למשל, סוגיית האחריות של רשויות הציבור בנזיקין. לעומת זאת, אם העילה היא מנהלית, גבולותיה (כמו גם עצם הצדקתה) לא הוגדרו עד כה בבירור בפסיקת בג"ץ. לכאורה, עמימותה מותירה כר נרחב לפיתוח חקיקה שיפוטית המרחיבה את גבולות האחריות של רשויות הציבור. כפי שאטען, ההכרה החקיקתית במוסד התובענה המנהלית אינה מגבילה את המשך פיתוח העילה המנהלית בפסיקה משום שמוסד התובענה המנהלית עניינו

⁴ ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 688 (1993) (להלן: עניין מליבו).

⁵ סעיף 3(5) ופרט (1) לתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

⁶ עע"ם 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 6.1.2013) (להלן: עניין קוטלרסקי). לאופיו הקודיפיקטיבי של החוק ראו מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000" **משפט וממשל** ו 233, 238 (התשס"א) (להלן: מזוז).

⁷ דפנה ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" **משפט וממשל** ב 35, 48 (התשנ"ד) (להלן: ברק-ארז "פיצויים").

⁸ עניין קוטלרסקי, לעיל הי"ש 6, פס' ה-ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עע"ם 3879/09 יהלומית פרץ עבודות בניין ופיתוח בע"מ נ' משרד האוצר – מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 2.6.2014).

בהקשרים של דואליות נורמטיבית.⁹ הוא אינו חל בהקשרים מנהליים מובהקים שביחס אליהם יש לפתח עילה מנהלית עצמאית. הסעד הכספי המוצע בעילה זו הוא באשר להחלטה מנהלית שלא כדון, קרי: כזו הכרוכה בהפרת נורמה של המשפט המנהלי אך לא דווקא בנסיבות שבהן הוכח אשם של הרשות.¹⁰

זה סדר הצגת הדברים במאמר: תחילה אסקור בקצרה את הדין הקיים באשר לסעדים כספיים במשפט המנהלי; לאחר מכן אדון בבסיס הרעיוני להצדקת הסעד הכספי המנהלי; אסביר את רעיון הזכות המנהלית ואת השוני בין תכליות הדינים במשפט הפרטי לעומת המשפט המנהלי; בהמשך אפרט טענות אפשריות נגד הגישה המוצעת ואבקש להתמודד עמן; לבסוף אסכם את הגישה המוצעת.

א. הסעד הכספי המנהלי בדין הקיים

1. הסעד הכספי בעניינים מנהליים עד לחקיקת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים

בתחילת שנות השבעים של המאה הקודמת שבר בג"ץ את "מחסום הכסף" והכיר בסמכות להעניק סעד כספי במסגרת עתירות לבג"ץ.¹¹ העילה לפסיקת הסעד הכספי נותרה בצריך עיון:¹² העילה שכונתה "מנהלית" לא זכתה לפיתוח רעיוני. בד בבד גבר זרם העתירות לבג"ץ בעניינים שהעלו טענות "אזרחיות", שלעתים נלוו אליהן גם שאלות של סעד כספי. בהדרגה כיוון בג"ץ את הדין בטענות הכספיות לערכאות הדיוניות האזרחיות.¹³ בתחילת שנות השמונים קבע בג"ץ במפורש כי בית המשפט המחוזי מוסמך לדון ב"זכות לפיצויים במשפט הפרטי" בגין הפרה של כללי המשפט המנהלי.¹⁴ בכך הובהר כי עילה **אזרחית** לפיצוי הנטענת נגד רשות מנהלית – למשל טענה בדבר רשלנות או הפרת חוזה – תידון על פי אמות-המידה של המשפט הפרטי, אך בכל הנוגע לעילה **מנהלית** לפיצוי הנטענת נגד רשות מנהלית – קרי: בגין הפרת נורמה של המשפט המנהלי שאין לה עילה במשפט הפרטי – נותר הדבר "בצריך עיון". בג"ץ היה הערכאה המנהלית היחידה (באותה עת) שדנה בטענות מעין אלה, והוא הסתפק בקביעה שהסעד הכספי ייפסק רק במקרים יוצאי דופן.¹⁵ בה בעת המשיך בג"ץ להעביר לטיפול בית המשפט המחוזי "חטיבות" של עניינים מנהליים בעלי זיקה לעילות תביעה במשפט הפרטי כגון תכנון ובנייה ומכרזים. בין השאר הוסמך בית המשפט המחוזי לדון בשאלת ההתקיימות של עילת פיצוי במשפט הפרטי בהקשרים אלה.¹⁶

⁹ דפנה ברק-ארז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" **משפט וממשל** א 275 (תשנ"ב) (להלן: ברק-ארז "דואליות נורמטיבית").

¹⁰ Susan P. Sturm, *A Normative Theory of Public Law Remedies*, 79 GEO. L.J. 1355, 1360 (1990) (להלן: Geoff McLay, *Remedies for Breaches of 'Public' Obligations: The Equality Principle Meets*; (Sturm *the Welfare State and the New Constitutionalism*, in THE LAW OF REMEDIES: NEW DIRECTIONS IN THE COMMON LAW 387 (Jeff Berryman and Rick Bigwood eds., 2010) (להלן: McLay).

¹¹ בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון**, פ"ד כח(2) 449 (1974). לביטוי "מחסום הכסף" ראו יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** 194 (1987).

¹² בג"ץ 688/81 **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(4) 85, 100 (1982) (להלן: עניין **מיגדה**).

¹³ מזוז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 235.

¹⁴ עניין **מיגדה**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 100.

¹⁵ שם.

¹⁶ מזוז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 237-238; ברק-ארז "פיצויים", לעיל ה"ש 7, בעמ' 45.

לקראת סוף שנות התשעים נוצר מצב שבו הערכאות הדיוניות האזרחיות יישמו נורמות מנהליות באופן שהביא לטשטוש הייחודיות של השיפוט המנהלי.¹⁷

בצד המסלול שתואר לעיל בדמות העברת "חטיבות", נותר בעינו המסלול של תביעה כספית רגילה בערכאה אזרחית (לרבות בית משפט השלום) בעילות של המשפט הפרטי. אפשר להגיש לערכאה זו תביעה כספית רגילה נגד רשות מנהלית במגוון תחומים שאינם משקפים "חטיבות" אלו. כידוע, רשויות מנהליות כפופות הן למשפט הציבורי והן למשפט הפרטי, החל עליהן מאז "שעתו היפה" של המשפט הישראלי¹⁸ שבה נקבע "עקרון השוואת המעמד".¹⁹ עיקרון זה קובע את התחולה של המשפט הפרטי על גורמים פרטיים ושלטוניים גם יחד. לפי עיקרון זה, הרשות המנהלית היא ככל גוף אחר לעניין הגשת תביעה נגדה, בכפוף להגנות ולחסינויות מסוימות של המדינה ועובדיה²⁰ ובכפוף להסדרים פרטניים נוספים במשפט הפרטי הרלוונטי (נזיקין, חוזים, קניין, עשיית עושר), הקובעים דינים מיוחדים ביחס למדינה או לרשויותיה.²¹ עקרון השוואת המעמד חל רק על פעולותיה הפרטיות של הרשות המנהלית²² ולא על פעולותיה השלטוניות המובהקות,²³ המוסדרות על ידי המשפט המנהלי.²⁴ בהתאם לכך נולדה העילה ה"מנהלית" לפסיקת סעד מנהלי כספי בבג"ץ בלי להיזקק לעקרון השוואת המעמד. על רקע זה יש לבחון אם ההכרעה החקיקתית בסוגיית סמכות השיפוט – בדמות הקמת בתי משפט לעניינים מנהליים – הביאה לשינוי בדין המהותי.

2. הסעד הכספי לאחר חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים

בסוף שנות התשעים החליט המחוקק להתערב במגמת הטשטוש של ייחודיות השיפוט המנהלי והקים ערכאה ייעודית. ערכאה זו נועדה ליישם את המשפט המנהלי בעניינים מנהליים רבים במקום בג"ץ, תוך שלילת סמכותם של בתי המשפט האזרחיים להוסיף ולדון בעניינים אלה.²⁵ בכך הביע המחוקק את דעתו שפיתוח מערכת הדינים של המשפט המנהלי צריך להיעשות על ידי ערכאות מנהליות בראשות בג"ץ ושיש להפריד בין הערכאות המנהליות לערכאות האזרחיות. להפרדה זו ניתן ביטוי בחוק בשני הקשרים: הראשון הוא הקשר דינוני – הגדרת סמכות השיפוט של בתי משפט לעניינים מנהליים;²⁶ ההקשר השני הוא מהותי – נקבע כי בתי המשפט לעניינים

¹⁷ שם, בעמ' 54.

¹⁸ ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 135 (1985).

¹⁹ ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1027-1028 (2012) (להלן: גלעד כרך ב).

²⁰ סעי' 3 ו-7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

²¹ בין בחקיקה (למשל סעי' 2 ו-6(ב) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979) ובין בפסיקה (למשל הסדרת דיני חוזים מנהליים: בג"ץ 634/11 באשה נ' מדינת ישראל-התביעה הכללית, פס' 17-23 ו-35 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.7.2011); ע"א 9073/07 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פס' 18, 26-29 ו-39 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 3.5.2012)). מיפוי של הסדרים פרטניים אלה חורג ממסרת המאמר.

²² רע"א 7484/05 United States of America נ' שוחט, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 18.10.2010).

²³ גלעד כרך ב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1103; ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 69 (1994) (להלן: עניין לוי).

²⁴ דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך א 15 (2010) (להלן: ברק-ארז מינהלי).

²⁵ מזוז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 247.

²⁶ ס' 1 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

מנהליים יפעלו בהתאם "לעילות ולסעדים" של המשפט המנהלי כפי שפותחו בבג"ץ.²⁷ עם זאת, המחוקק לא יכול היה להתעלם ממקבץ של דינים שפותחו בערכאות האזרחיות בתחום דיני המכרזים ולכן הגדיר בתוספת השלישית לחוק המחוקק מונח משפטי חדש: "תובענה מנהלית".²⁸ בכך הכיר המחוקק בסוג ראשון ויחיד באותה תקופה של תובענה כזו – "תובענה מנהלית שעילתה במכרז". בעת חקיקת החוק לא הוכרה תובענה מנהלית בהקשרים אחרים. מאז לא השתנתה התוספת השלישית, למעט מכוח חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, שהכיר בתובענה מנהלית ייצוגית והביא לתיקון עקיף של התוספת השלישית.²⁹

איזו פרשנות ניתנה בפסיקה למוסד החדש של תובענה מנהלית? מושג התובענה המנהלית שעילתה במכרז עוגן כפרט הראשון בתוספת השלישית. הדבר הכתיב במידה רבה את הקונספציה הכללית של תובענה מנהלית כביטוי לתביעה כספית בהקשר של דואליות נורמטיבית בלבד, ולא כביטוי למסגרת רעיונית רחבה יותר של תביעה כספית בגין עצם ההפרה של נורמה מנהלית. הפיתוח הפסיקתי של התובענה המנהלית שעילתה במכרז קירב את הסעד הכספי שניתן בה לקוטב האזרחי של הדואליות הנורמטיבית ואפיין אותו כ"פיצוי" (הסתמכות או קיום).³⁰ מקורה של תפיסה זו נעוץ בגישה שקדמה לחוק, שלפיה דיני המכרזים הם ביטוי לדואליות נורמטיבית עם רכיב בולט של דיני חוזים.³¹ הסעד הכספי נתפס, הלכה למעשה, כנטוע במערכת התרופות של דיני החוזים ולא כביטוי לעילה "מנהלית" המצדיקה סעד כספי. עיקר ההתדיינות ביחס לתובענה המנהלית שעילתה במכרז התמקד בסמכות השיפוט ולא בהצדקה הרעיונית לפסיקת הסעד הכספי.³²

החוק, כפי שפורש בפסיקה, הלכה למעשה "הקפיא" את פיתוח הסעד הכספי בגין פעולה מנהלית מובהקת. אינני טוען כי בהיעדר החוק היה בג"ץ ממשיך לפתח את הנושא. המאמר אינו עוסק בהערכה ספקולטיבית אלא בטענה נורמטיבית, שלפיה ראוי היה להמשיך ולפתח את הנושא (משיקולים שיפורטו). הטענה בעד פיתוח גישה כזו צריכה כמובן להתמודד עם הדין הקיים, שלפיו – טרם חקיקת החוק – נמנע בג"ץ מפיתוח סעד כספי בגין פעולה מנהלית מובהקת. אפשר לטעון שבג"ץ "השתכנע" כי אין הצדקה לפסיקה כזו. הסבר פשוט זה מטיל על הטוענים בעד פסיקת סעד כספי בעניינים מנהליים מובהקים, את הנטל לבסס הצדקה רעיונית לפסיקת סעד כספי. לכך יוקדש החלק הבא של המאמר, שיעסוק ברעיון הזכות המנהלית כבסיס להכרה בעילה מנהלית עצמאית לסעד כספי בגין הפרת נורמות של המשפט המנהלי בפעולה מנהלית מובהקת.

²⁷ סי' 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

²⁸ סי' 5(3) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

²⁹ סי' 3, 9 ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. סעיפים אלו מתייחסים ל"תביעת השבה נגד רשות".

³⁰ עע"מ 9423/05 **רשות השידור נ' קטימורה בע"מ**, פסי' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס וכן פסק דינה של הנשיאה בניש (פורסם בנבו, 13.8.2007) (להלן: עניין **קטימורה**); עע"מ 5487/06 **סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל** בע"מ, פסי' 18 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 12.4.2009). ראו גם: עומר דקל **מכרזים** כרך ב 321 (2006) (להלן: **דקל**).

³¹ בג"ץ 632/81 **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(2) 673, 679 מול האות א (1982); עע"מ 10065/08 **חברת עתיר בע"מ נ' מדינת ישראל**, פסי' 25 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 7.7.2013).

³² עניין **קוטרסקי**, לעיל ה"ש 6, פסי' 32(ג) לפסק דינו של השופט עמית; רע"א 11224/04 **המועצה המקומית פרדסיה נ' בלוזנר**, פ"ד נט(5) 473 (2005); רע"א 6590/05 **עירית אשדוד נ' שמעון צרפתי בע"מ** (פורסם בנבו, 19.9.2005).

כבר כעת אבקש להציב סימן שאלה סביב ההסבר הפשוט, שלפיו "השתכנע" בג"ץ כי אין הצדקה לפסיקת סעד כספי כזה. במישור הפוזיטיבי נראה כי ההפך הוא הנכון: אפשר למצוא בדין הקיים "איתותים" התומכים בפיתוח סעד כספי כזה. כך, למשל, הביעה הנשיאה ביניש עמדה אוהדת, בלי להכריע, כלפי פיתוח הרעיון של סעד כספי בגין הפרה של נורמות המשפט המנהלי.³³ סגנית הנשיא אלישבע ברק הביעה עמדה דומה, התומכת בהכרה ב"התנהגות שלא כדין של השלטון [כ]עילה נפרדת המצדיקה את פיצויו של האזרח".³⁴ אמנם, מלבד הקשרים אלה – שאפשר לאפיינם כהקשרים של דואליות נורמטיבית – לא הייתה אמירה פוזיטיבית בהקשר של פעולה מנהלית מובהקת, אך גם לא הובעה עמדה נחרצת נגדה. העילה ה"מנהלית" נותרה תלויה ועומדת ללא הצדקה ברורה וללא גבולות ברורים. מצב זה של עילות מקבילות – עילה אזרחית ועילה מנהלית שלא הוגדרה כל צורכה – חייב את השופטים בערכאות השונות לבחון את ההבדל בין העילות. לרוב הביאה בחינה זו להתחמקות; לעתים נפסק כי ממילא מתקיימות עילות תביעה של המשפט הפרטי כך שהכרעה בעילה ה"מנהלית" מתייתרת;³⁵ לעיתים נפסק כי עילות תביעה של המשפט הפרטי אינן מתקיימות, תוך הותרת האפשרות להגיש תביעה נפרדת בעילה מנהלית בלי לתת בה סימנים.³⁶ לדעתי, אפשר לראות בהצטברות ה"איתותים" האלה קריאה לפיתוח רעיוני של סעד כספי מנהלי. פסיקה זו מהשנים האחרונות מעלה אפשרות סבירה שבג"ץ ירחיב את הסעדים הכספיים שיפסוק, אך היעדר ההכרעה בשאלה העקרונית בדבר הצדקת הסעד הכספי המנהלי וגבולותיו היא כאבן רחיים על המשך פיתוח (או שמא "פיצוח") הסוגיה.

הנורמה המנהלית שהפרתה נדונה במאמר זה היא נורמה החלה על פעולה מנהלית מובהקת שאין לה מקבילה במשפט הפרטי (להלן: **פעולה מנהלית מובהקת**). ביחס לפעולה כזו אציע לאמץ גישה חדשה – של סעד כספי מנהלי – על בסיס שיקולי מדיניות שאבקש לכלול ברעיון הזכות המנהלית. ההבחנה בין נורמות מנהליות "מעורבות" שיש להן זיקה לעקרון הדואליות הנורמטיבית לבין נורמות מנהליות מובהקות הייתה בעבר הבחנה מרכזית במשפט המנהלי, שהבחין בין פעולה שלטונית מובהקת לבין פעולה שלטונית מסחרית.³⁷ לכאורה, הבחנה זו נזנחה והוחלפה בדוקטרינת הדואליות הנורמטיבית,³⁸ אולם יש לשים לב שדוקטרינה זו באה להדגיש בעיקר את תחולת הנורמות של המשפט המנהלי על פעולה שלטונית מסחרית.³⁹ בכך באה הדוקטרינה להרחיב את מצודתו של המשפט המנהלי⁴⁰ בלי לזנוח את ההכרה במתחם של פעולה שלטונית מובהקת. אכן, "דואליות נורמטיבית משמשת כיום בסיס לדיון בפעולותיהן של הרשויות בתחום המשפט הפרטי".⁴¹ היא לא באה לשנות מהדין המנהלי החל על פעולותיהן בתחום המנהלי

³³ ע"מ 7357/03 רשות הנמלים (לשעבר רשות הנמלים והרכבות) נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2) 145, 167 (2004) ("אין מדובר בעילה נזיקתית או חוזית דווקא אלא בעילה מינהלית הנעוצה בהתנהגות הרשות"). ראו גם בעניין קטימורה, לעיל ה"ש 30, פסק דינה של הנשיאה ביניש.

³⁴ ע"ע (ארכי) 306/99 כהן – מדינת ישראל, פד"ע לח 1 (2002).

³⁵ ע"מ 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193, 207-208 (2005) (להלן: עניין אבנעל).

³⁶ עניין דורון, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן ("מבלי לקבוע מסמרות אם התביעה שתוגש תהיה לפיצוי נזיקי או לפיצוי בגין עוולה מינהלית").

³⁷ בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר-התחבורה, פ"ד טו 1989, 2001 (1961).

³⁸ בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729 (1979).

³⁹ דפנה ברק-ארז אזור-נתין-צרכן – משפט ושלטון במדינה משנתה 235 (2012) (להלן: ברק-ארז אזור-נתין-צרכן).

⁴⁰ ע"מ 7752/12 אסל נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' ל"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2.11.2014).

⁴¹ ברק-ארז אזור-נתין-צרכן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 236.

המובהק, כמו החלטה בענייני רישוי;⁴² תחום זה כפוף לרעיון הזכות המנהלית שאבקש להגדיר להלן.

ב. הזכות המנהלית כבסיס רעיוני לעילה מנהלית לסעד כספי

1. זכות מנהלית: מהי?

לא אחת הובע בפסיקה רצון לחזק את מה שכונה "הזכות המנהלית",⁴³ אולם טיבה של זכות זו לא הובהר די צורכו. האם יש לפרט זכות מנהלית, או שמא חובת הרשות המנהלית לפעול כדין ובהתאם לנורמות המשפט המנהלי מופנית כלפי הציבור כולו ולא כלפי פרט ספציפי? ואם מוכרת זכות מנהלית המוקנית לפרט – האם היא שונה מזכויות משפטיות אחרות כגון זכות חוזית? בפסקאות הבאות אבקש להשיב לשאלות אלה ולטעון כי רעיון מגובש בדבר זכות מנהלית עשוי לשמש טעם טוב להכרה בסעד כספי בגין הפרה של נורמות המשפט המנהלי, ללא תלות בהתקיימות עילה של המשפט הפרטי.

מהי זכות מנהלית? הזכות המנהלית מגלמת חובה המוטלת על הרשות המנהלית כלפי הפרט לקיים את הנורמות של המשפט המנהלי. על פי רוב נקבעו נורמות אלו בפסיקה כמשפט מקובל מנהלי,⁴⁴ אגב מקרים קונקרטיים שבהם עתר פרט נגד רשות בגין פגיעה מנהלית בו.⁴⁵ אכן, רבות מהנורמות של המשפט המנהלי הוכרו בנסיבות של פגיעה בפרט מסוים. דוגמה מובהקת לכך היא כללי הצדק הטבעי במסגרת ההליך המנהלי דוגמת זכות הטיעון, זכות העיון, החובה לגבש תשתית עובדתית⁴⁶ והאיסור על משוא פנים וניגוד עניינים.⁴⁷ כללים אלה עניינם בהליך המנהלי והם מכוונים להגנת הפרט.⁴⁸ אם כן, הזכות המנהלית של הפרט היא המקבילה של החובה המנהלית הבאה לידי ביטוי בכללים אלה. הזכות המנהלית היא זכות משפטית המוקנית לפרט ומגלמת את זכאותו כלפי הרשות המנהלית כי זו לא תגרום לו פגיעה, עוול או נזק בגין הפרת חובותיה המנהליות. בהתאם לגישת הזכות המשפטית כאינטרס,⁴⁹ הזכות המנהלית משקפת אינטרס פרטי מוגן של הפרט⁵⁰ (להלן: מאפיין הזכאות).

⁴² לסמכות רישוי כסמכות שלטונית מובהקת ראו שם, בעמ' 244; ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 127 מול אות השוליים ה (1991).

⁴³ בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988) (להלן: עניין אסולין); בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה, פ"ד מח(5) 630, 641 מול אות השוליים ג (1994).

⁴⁴ לביטוי "משפט מקובל מנהלי" ראו בג"ץ 578/80 גנאים נ' מואסי, פ"ד לה(2) 29, 38 (1980); ברק-ארז אזור-נתין צרכן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 232-233.

⁴⁵ דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 416 (2013) (להלן: ברק-ארז כלכלי).

⁴⁶ יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 992 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: זמיר כרך ב).

⁴⁷ ברק-ארז מינהלי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 461 ו-530. ראו גם יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 225, 341-342 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).

⁴⁸ זמיר כרך ב, לעיל ה"ש 46, בעמ' 992 ("תקיפת החלטה מינהלית בעילה של הפרת הכללים המסדירים את ההליך המינהלי היא על פי רוב דרך בטוחה ומבטיחה לצורך הגנה על זכויות האדם"); ברק-ארז מינהלי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 462 ("המבחן הבסיסי לתחולתם של כללי הצדק הטבעי מתייחס לפוטנציאל הפגיעה הטמון בהחלטה מבחינת מי שהחלטה חלה עליו").

⁴⁹ לגישת האינטרס ולגישות מתחרות ראו: Alon Harel, *Theories of Rights*, in BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 191, 193-195 (Martin P. Golding & William A. Edmundson

ביחס לכל נורמה של המשפט המנהלי יש לבחון אם המושא שלה הוא פרט או קבוצה קטנה מוגדרת. ככל שפרט או קבוצה קטנה מוגדרת כאמור מזוהים כמושא הנורמה, פסיקה של הסעד הכספי המנהלי בגין הפרת הנורמה היא מוצדקת, כפי שיפורט בסעיף הבא, וזאת גם בהיעדר עילה אזרחית או נסיבות של דואליות נורמטיבית. די בהפרה של נורמה מנהלית כדי להצדיק מתן סעד כספי מנהלי ביחס לפעולה מנהלית מובהקת, ובלבד שמדובר בנורמה מנהלית המגנה על אינטרס של הפרט באופן המבסס זכות מנהלית.

נורמה מנהלית המגנה על זכות מנהלית נועדה למנוע גרימת נזק לפרט עקב החלטה שלא כדין של הרשות המנהלית (להלן: **מאפיין הסיבתיות המנהלית**).⁵¹ הפרה של נורמה כזו עלולה לגרום לפרט נזק.⁵² הסעד הכספי המנהלי, כפי שיוגדר במאמר זה, נועד לתקן את הנזק שנגרם לפרט שלא כדין עקב הפרה של נורמה מנהלית על ידי רשות מנהלית; הוא ניתן בגין הנזק האקטואלי. נזק זה משקף את הזכאות האישית של הפרט הנפגע ולכן הוא צריך לבטא את נזקו האישי-קונקרטי ולא אמת-מידה אוניברסלית-מופשטת.⁵³ אם לא נגרם לפרט נזק אקטואלי – לא קמה פגיעה בזכות המנהלית. אמת-מידה אוניברסלית, המשקפת את הנזק שנגרם ל"אדם סביר" להבדיל מהאדם התובע, עשויה להיות מוצדקת ביחס להפרת נורמות של המשפט המנהלי המכוונות לטובת הציבור הרחב. כאמור, הגישה המוצעת אינה מבססת סעד כספי מנהלי בזיקה להפרה של נורמות כאלה.

לאור האמור אפשר לצמצם את ההגדרה של הזכות המנהלית ולומר מה אינה זכות מנהלית.

2. זכות מנהלית: מהי אינה?

(א) צומת הכרעה ראשון: האם הנורמה המנהלית מכוונת לטובת הפרט או לטובת הציבור הרחב?

הזכות המנהלית אינה ממצה את כל חובות המשפט המנהלי. אפשר כמובן להצביע על חובות מנהליות שנקבעו בפסיקה, המכוונות לטובת הציבור הרחב ולא דווקא לטובת פרט ספציפי. כך,

Leif Wenar, *The Nature of Rights*, 33 PHIL. & PUB. AFF. 223, 223, 244; (להלן: Harel); eds., 2005) (2005). זו הגישה הרווחת ביחס לזכויות במשפט הציבורי: LORENZO ZUCCA, CONSTITUTIONAL DILEMMAS- CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN EUROPE AND THE USA 37 (2007) (להלן: JEREMY WALDRON, *Rights in Conflict*, in LIBERAL RIGHTS 203 (1993).); (ZUCCA

⁵⁰ עע"ם 1038/08 **מדינת ישראל נ' געאביץ**, פס"ט לפרט דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.8.2009) (כללי הצדק הטבעי נועדו להגן על "אינטרס מוגן" של הפרט).

⁵¹ לדרישת הסיבתיות בהקשרים אחרים במשפט המנהלי ראו: יואב דותן "הקשר הסיבתי במשפט המינהלי" **ספר מישאל חשין** 261 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009).

⁵² *Sturm* לעיל ה"ש 10, בעמ' 1388: "The right or interest is defined to consist of a particular injury, and the remedy consists of redressing that injury" (ההדגשות הוספו).

⁵³ Jenny Steele, *Damages in Tort and Under the Human Rights Act: Remedial or Functional Separation?*, 67 CAMBRIDGE L.J. 606, 623-625, 630-634 (2008) (להלן: Steele). הדרישה לנזק קונקרטי-אקטואלי עולה בקנה אחד עם ההצדקה בדבר הפרה של נורמה המכוונת לטובת הפרט (להבדיל מנורמה המכוונת לטובת הציבור הרחב). פיצוי בגין נזק קונקרטי-אקטואלי תואמת את הרעיון של "ילך הסעד אחר הזכות" כעיקרון של משפט מקובל בהתדיינות אדברסרית, באופן שמעניק לגיטימציה להענקתו על ידי הרשות השופטת גם ללא הסמכה חקיקתית. זאת, בניגוד לפגיעה מופשטת ללא הוכחת נזק שפיצוי בגינה מחייב חקיקה.

למשל, המשפט המנהלי מדגיש את עקרון שלטון החוק כיעד מרכזי.⁵⁴ לכאורה, דגש זה עשוי לאפיין את רוב החובות של המשפט המנהלי כמונונות להגן על הציבור הרחב ולא דווקא על פרטים; אולם תמונה דיכוטומית זו היא פשטנית מדי ואינה משקפת נכונה את המשפט המנהלי הנוהג.

טרם המהפכה החוקתית בכלל – וטרם המהפכה של הגמשת זכות העמידה במשפט המנהלי בפרט – נקבעו עילות הביקורת של המשפט המנהלי בעיקר בפסיקה, בעתירות קונקרטיות שבהן טען הפרט כי פעולה שלטונית פגעה בו שלא כדין. המשפט המנהלי מגן לא רק על זכויות אדם או על זכויות חוקתיות אלא על מסגרת אינטרסים רחבה יותר: על אינטרסים פרטיים מוגנים של יחידים ושל קבוצות.⁵⁵ לאחר המהפכה של הגמשת זכות העמידה "נמהל" המינון של עתירות אלה בבג"ץ בעתירות "ציבוריות".⁵⁶ אלה העלו על פי רוב טענה בדבר אי-חוקיות שלטונית בשם העיקרון הרחב של שלטון החוק ולא דווקא בזיקה לאינטרס פרטי מוגן. בעקבות ההגמשה של דרישת העמידה כבר לא נדרשו העותרים להצביע על פגיעה אישית, ממשית וישירה בעותר ספציפי.⁵⁷ הנורמות המנהליות שהונחלו בעתירות ציבוריות אלה – בראשן עילת הביקורת המודרנית של חוסר-סבירות⁵⁸ – מחייבות בדיקה קפדנית יותר, שמא אפשר להכלילן תחת מושג הזכות המנהלית. אין בכך כדי לגרוע מקורפוס הדינים שהתפתח קודם לכך ושמשך לחול גם כיום בדבר אינטרסים פרטיים מוגנים במשפט המנהלי.

לצורך הגדרה מדויקת יותר של הזכות המנהלית, נראה שאפשר ונכון יהיה לאמץ את מבחן הדומיננטיות ולהבחין בין נורמות של המשפט המנהלי המכוונות בעיקר לטובת הציבור הרחב לבין נורמות של המשפט המנהלי המכוונות בעיקר לטובת פרטים. נורמה מנהלית עשויה לשרת אינטרסים שונים, פרטיים וציבוריים, ובמהלך פרשני יש לנסות לאתר את האינטרס העיקרי שעליו היא באה להגן.⁵⁹ נורמות המכוונות בעיקר לטובת הציבור הרחב לא ייחשבו לכאלה המבססות זכות מנהלית (להלן: **צומת הכרעה מס' 1**). כאלו הן, למשל, נורמות שמקורן בחובות רגולטוריות שנקבעו בחקיקה, שהפרשנות המקובלת להן רואה אותן כמיועדות לטובת הציבור הרחב.⁶⁰ גם נורמות מנהליות שנקבעו בפסיקה, המשקפות דומיננטיות של אינטרס חברתי קולקטיבי בשם עקרון שלטון החוק (העשוי להשפיע בעקיפין על רווחת הפרט, דרך ההשפעה של

⁵⁴ יואב דותן **הנחיות מינהליות** 302 (1996); ברק-ארז **מינהלי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 97. ראו גם: Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281, 1284, 1302 (1976).

⁵⁵ ברק-ארז **מינהלי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 19 ("כללי המשפט המינהלי מיועדים להגנה על אינטרסים של יחידים ושל קבוצות, גם כאשר אלה לא זכו להכרה כזכויות, ולא כל שכן – כזכויות יסודיות").

⁵⁶ זו הגיעה לשיאה בבג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441, 472 (1988), אך למעשה ניתן לה ביטוי קודם לכן; ראו בג"ץ 1/81 **שירן נ' רשות השידור**, פ"ד לה(3) 365, 372-373 (1981) (להלן: עניין **שירן**).

⁵⁷ בג"ץ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(2) 485, 506 (1990).

⁵⁸ עניין **שירן**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 382-383.

⁵⁹ Richard H. Fallon, *Individual Rights and The Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343, 349-350, (1992) Andrew Edgar, *Procedural Fairness for Decisions Affecting the Public*; (Fallon: להלן: 352-353 (1992) *Generally: A Radical Step towards Public Consultation?*, 33 UNIVERSITY OF TASMANIA LAW REVIEW 56, 61 (2014).

⁶⁰ עניין **לוי**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 85. ראו בענייני תכנון ובנייה: ע"א 5522/12 **דוויק נ' רלב"ג**, פס' 13 ו-15 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 27.7.2014) (להלן: עניין **דוויק**).

החברה⁶¹), אינן צריכות להיחשב כמקנות לפרט זכות מנהלית.⁶² בהכללה, אלו הן הנורמות המנהליות בדבר עקרון החוקיות ועקרון הסבירות או המידתיות. הגיוני לפרש את עליות הביקורת על שיקול הדעת המנהלי כמוונות בעיקר לטובת הציבור, לאור ההלכה הרואה את שיקול הדעת השלטוני כמכוון – מכוח חזקת החוקיות המנהלית⁶³ – לטובת הציבור כולו.⁶⁴ במישור הרעיוני, מושג הזכות המנהלית אינו יכול לשמש בסיס רעיוני לפסיקת סעד כספי מנהלי בגין הפרה של נורמות מנהליות אלה. מובן כי אין בכך לשלול הכרה בבסיס רעיוני אחר העשוי להצדיק סעד כספי מנהלי גם בגין הפרה של נורמות אלה. גם במישור המעשי, המדינה היא המייצגת של הציבור הרחב. נראה שסעד כספי ביחס להפרה של נורמות אלה יהיה בבחינת העברה של סכום כסף מכיס אחד של הרשות הציבורית לכיס אחר שלה.⁶⁵

השיח על "זכות מנהלית" צריך להתייחס אפוא לנורמות של המשפט המנהלי שמושאן הוא פרט ספציפי או קבוצה מוגדרת. ההיבט הדומיננטי של נורמות אלה מכוון לקידום האינטרס של הפרט, קרי: להשפיע על הרווחה של פרט ספציפי באופן ישיר וניתן לכימות (גם אם יש להן תרומה עקיפה לשלטון החוק כאינטרס ציבורי כללי).⁶⁶ הזכות המנהלית נועדה להגן על רווחה זו. דיון בהגדרת מובן הרווחה של הפרט חורג ממסגרת המאמר.⁶⁷ כאמור, לגישתי מדובר בסעד כספי בגין נזק אקטואלי שגרע מהרווחה הסובייקטיבית של הפרט.⁶⁸ הסעד הכספי המנהלי נועד לתקן את הפגיעה, העוול או הנזק שנגרמו לפרט שלא כדין על ידי רשות מנהלית. יוזכר, כי על פי מאפיין הסיבתיות (לעיל), מוטל על הפרט הנטל להוכיח קשר סיבתי בין ההחלטה השלטונית הפגומה לבין הנזק האקטואלי שנגרם לו, קרי: הנזק הממוני שהוכח.⁶⁹ זה "שוויון" הזכאות המוגנת על ידי רעיון הזכות המנהלית וממנו יש לגזור גם את היקף הסעד הכספי המנהלי.

⁶¹ ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 227 (2012) (להלן: גלעד כרך א).
⁶² ראו Fallon, לעיל ה"ש 59, בעמ' 355, המתייחס ל-'systemic' interests in avoiding abuse of government power or the collection of excessive power in the hands of government-interests that are shared by nearly everyone לגישתו (שם, בעמ' 364-365) גם אינטרסים כאלה עשויים להיות מאופיינים, בנסיבות מסוימות, כאינטרס של הפרט.

⁶³ בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817, 839 (2003).

⁶⁴ עניין לוי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 81.

⁶⁵ אם כי אפשר להעלות כאן הצעות יצירתיות: מנגנון שייעד את הכספים למטרה מסוימת או "קנס" שיוטל על רשות ספציפית, ייגרע מתקציבה ויועבר למדינה. סוגיות אלה מעוררת שאלות מוסדיות. בין היתר, ייעוד הכספים בדרך זו עשוי לחייב הקמה של מנגנון אדמיניסטרטיבי חדש וחקיקה שתקנה לו סמכות מתאימה. הגישה המוצעת אינה נדרשת לכך משום שבעל הזכות המנהלית הוא הפרט ולא הציבור (ראו להלן).

⁶⁶ גלעד כרך א, לעיל ה"ש 61, בעמ' 227 ("האינטרס הפרטי מתמקד במה שמשפיע על רווחת הפרט באופן ישיר, ואילו האינטרס הציבורי מתמקד במה שמשפיע על רווחת הפרטים באופן עקיף דרך ההשפעה על החברה") (ההדגשות במקור). לאיזון בין אינטרס פרטי לבין אינטרס חברתי (ציבורי) לאור התכליות של דיני הנזיקין ראו: אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275, 294-297 (2000).

⁶⁷ לסקירת הגישות השונות ראו גלעד כרך א, לעיל ה"ש 61, בעמ' 226. יש גם גישה של רווחה אובייקטיבית: Daphna Lewinsohn-Zamir, *The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law*, 78 N.Y.U. L. REV 1669, 1703-1705 (2003).

⁶⁸ ל"רשימה" מייצגת של אינטרסים של רווחה סובייקטיבית במשפט הציבורי ראו: Fallon, לעיל ה"ש 59, בעמ' 355-353 Charles Fried, *Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test*, 76 HARV. L. REV. 755, 756-757 (1963).

⁶⁹ אפשר לשקול הכרה גם בנזק משני מסוג של פגיעה באוטונומיה, בהיקש מהדין הנהוג בסוגיה זו בדיני הנזיקין. ראו יובל פרוקצייה ואלון קלמנט "הסתמכות" קשר סיבתי ונזק בתובעות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט לו 7, 40-39 (2014). בסוג נזק זה אנו כבר נכנסים לתחום של דוקטרינת העוולות החוקתיות, לנוכח ההצדקה המקובלת לפסיקת נזק מסוג זה הנטועה בפגיעה בזכות חוקתית. ראו ע"א 7731/11 צוריאל אגודה שיתופית להתיישבות חקלאית בע"מ נ' אביטן, פסי' 20 לפסק דינו של השופט עמית (15.8.2013) (להלן: עניין צוריאל); ראו גם אסף יעקב

לכאורה אפשר להצביע על מיעוט של נורמות מנהליות המכוונות לטובת פרט ספציפי. אלו הן בעיקר נורמות במישור ההליך המנהלי, להבדיל ממישור הסמכות או שיקול הדעת. אולם, יש לתת את הדעת על כך שבשנים האחרונות הולך וגובר העיסוק של המשפט המנהלי בטענות של עותר ספציפי. ביטוי לכך ניתן בהתחדשות של הדרישה לזכות עמידה. כיום הולכת וגוברת ההקפדה על סייגים מסוימים בדיון בעתירות ציבוריות כגון דרישה לנפגע ישיר,⁷⁰ דרישה להצגת עובדות קונקרטיות⁷¹ והימנעות מהכרעה בעתירות כוללניות המוגשות בשם שלטון החוק, בין שהן מוגשות על ידי עותר ציבורי⁷² ובין שהן מוגשות על ידי עותר בעל נגיעה מסוימת לעניין.⁷³ ברוח זו, בג"ץ גם מגלה חשדנות כלפי עתירות "קיבוציות" של עשרות עותרים. אף שעתירות אלה הן עתירות של פרטים הטוענים לפגיעה קונקרטית ולא לאינטרס ציבורי של שלטון החוק, בג"ץ נוטה לחייב את העותרים להגיש עתירות פרטניות שיבהירו את ייחודיות הטענות ביחס לכל עותר ועותר בנפרד.⁷⁴

בג"ץ ממשיך כמובן לדון בעתירות ציבוריות, אך המגמה המסתמנת – הקפדה יתרה על רכיב הקונקרטיות במישור הדיוני של עתירות אלה – עשויה להצביע על מיקוד חדש בפיתוח המשפט המנהלי המהותי. מיקוד זה מכוון יותר מבעבר לבחינת החוקיות של השפעת ההחלטה המנהלית על העותר הספציפי בהתאם לעול, לפגיעה ולנזק שגרמה לו ההחלטה המנהלית. כשם שהייתה הלימה בין ההכרה בעתירות ציבוריות לבין עליית עילות הביקורת השיפוטית המודרניות, המבוססות על עקרון שלטון החוק במובן הרחב, כך עשויה להתעורר מגמה הפוכה, היוצרת הלימה בין הדגש שניתן לפגיעה הקונקרטית בפרט לבין פיתוח של עילות ביקורת שיפוטית, המבוססות על הזכות המנהלית ועל האינטרסים המוגנים של הפרט במסגרתה. מיקוד זה עשוי להביא להרחבת ההיקף של הנורמות המנהליות המכוונות בעיקר לפרט ספציפי או לקבוצה מוגדרת (להיקף הקבוצה המוגדרת אתיחס בהמשך המאמר). שינוי המיקוד עשוי להביא להכרה בנורמות מנהליות חדשות, בצד כללי הצדק הטבעי, שיבטאו "זכאות" מסוימת של הפרט כלפי הרשות השלטונית. נורמות כאלה הן מועמדות טבעיות להצטרף לבסיס הרעיוני של הזכות המנהלית.

אפשר לתהות מדוע לא קמה זכות מנהלית בגין הפרת נורמה של המשפט המנהלי בהקשר של עקרון החוקיות או עקרון הסבירות. הטעם לכך הוא שאל מול החובה המנהלית המכוונת לציבור לא קמה זכות מנהלית של פרט מזוהה וספציפי. הכניסה לשערי "כללי הצדק הטבעי" – הדוגמה המובהקת לנורמה מנהלית המכוונת בעיקר לטובת הפרט – מחייבת להוכיח פגיעה באינטרס אישי

ויוני לבני "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה" עיוני משפט לז' (2014). הגישה המוצעת במאמר זה אינה מכוונת להגנה על זכויות חוקתיות (להלן: צומת הכרעה מס' 2).

⁷⁰ בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעי' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 1.4.2007); בג"ץ 1103/10 המשרד לענייני אסירים ומשוחזרים ברשות הפלסטינית נ' השר לביטחון פנים, ס' 4 לפסק דינו של השופט דניאל (פורסם בנבו, 23.2.2011).

⁷¹ בג"ץ 6819/12 שמיר נ' פקידת סעד ארצית, פס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 31.7.2013); בג"ץ 2111/11 זר נ' משרד הרווחה, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 18.9.2011).

⁷² בג"ץ 2324/11 גיל נ' שר החינוך, פס' 11-13 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 26.4.2011).

⁷³ בג"ץ 5442/11 שומינוב נ' שר האוצר – משרד האוצר (פורסם בנבו, 18.8.2011).

⁷⁴ בג"ץ 8366/05 קעקור נ' מדינת ישראל, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 23.12.2005); בג"ץ 4547/11 גרינברג נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' 1(ג) להחלטה של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 14.10.2011).

וישיר של הפרט,⁷⁵ כך שאל מול החובה של הרשות המנהלית ניצבת הזכות של הפרט. לעומת זאת, ככלל, הכניסה בשערים של כללי הסמכות ושיקול הדעת במשפט הישראלי אינה מחייבת להוכיח פגיעה באינטרס אישי וישיר של הפרט. הזכות לאכיפת כללים אלה, ואולי אף לפיצוי בזיקה אליהם, היא של הציבור הרחב ולא של פרט ספציפי. מדובר בפגיעה באינטרס ציבורי ולא באינטרס פרטי. פגיעה שלא כדין באינטרס ציבורי בהחלט עשויה להצדיק מתן סעד כספי, אך ההצדקה לכך אינה נובעת ממושג הזכות המנהלית כהגדרתה במאמר זה אלא בהצדקות אחרות שדיון בהן חורג ממסגרת המאמר.

ודוק: לא מן הנמנע כי תהיה חפיפה בין אינטרס פרטי לבין אינטרס ציבורי, כך שההצדקה שעליה עמדתי באשר לזכות מנהלית תחול בתחום חפיפה זה. דוגמה לכך היא זכות העיון הפרטית. זכות זו מעוגנת בהלכה הפסוקה והיא נחשבת לכלל צדק טבעי,⁷⁶ אך היא חופפת בחלקה את זכות העיון הציבורית⁷⁷ שהוכרה מאוחר יותר, בסעיף 1 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. זכות העיון הפרטית לא התייתרה בעקבות חקיקת חוק חופש המידע והיא ממשיכה לחול במקביל לחוק, באופן שמרחיב את זכות העיון של הפרט אף מעבר לגבולות של חוק חופש המידע.⁷⁸ בכל הנוגע לתחום זה – העודף ביחס לחוק – אפשר לדבר על זכות העיון הפרטית בזיקה לאינטרס פרטי בלבד. על פי הגישה המוצעת, הפרה של הזכות המנהלית המוקנית לפרט בזיקה לאינטרס פרטי זה, המוגן בנורמה המנהלית בדבר זכות העיון הפרטית, עשויה להצדיק סעד כספי מנהלי. בכל הנוגע לתחום שיש בו חפיפה בין זכות העיון הפרטית לזכות העיון הציבורית, רעיון הזכות המנהלית עשוי לשמש הצדקה לסעד כספי מנהלי בזיקה להפרה של האינטרס הציבורי החופף לאינטרס הפרטי.

במונח "אינטרס ציבורי" הכוונה לאינטרס של הציבור הרחב כולו. יש כאן דקות מסוימת: בין הקצוות של אינטרס ציבורי כזה לבין אינטרס פרטי אפשר לדבר על אינטרס קבוצתי של ציבור מסוים, הניתן לזיהוי ולתיחום כבעל אינטרס פרטי משותף. קו הגבול בין אינטרס פרטי "אותנטי" (לרבות כזה המשותף לקבוצה מסוימת) לבין אינטרס ציבורי "בתור שכזה", של הציבור הרחב כולו, איננו חד וחלק.⁷⁹ האם אינטרס פרטי "אותנטי" עשוי להיות משותף לקבוצה מסוימת של אלפי אנשים ולהיכלל בהגדרה של "זכות מנהלית"? המשפט המנהלי הישראלי נוטה להשיב על כך

⁷⁵ ברק-ארז מיינהלי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 467-469.

⁷⁶ עע"ם 3908/11 מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט נ' עיתון זה מרקר עיתון הארץ בע"מ, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 93/06 ד.נ. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 2.8.2011) (זכות העיון הפרטית היא זכות מנהלית).

⁷⁷ רע"א 291/99 ד.נ.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004).

⁷⁸ עע"ם 2398/08 מדינת ישראל – משרד המשפטים נ' סגל, פס' 53 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 19.6.2011) ("לא מן הנמנע כי האיזון במסלול זכות העיון הפרטית – מחוץ לגדרי חוק חופש המידע – יהיה רחב יותר"); עע"ם 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל – המשרד לביטחון פנים, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 20.11.2013) ("אין בחוק חופש המידע למנוע דיון במישור של זכות העיון הפרטית, אשר ממשיכה לחול במקביל"); עע"ם 7744/10 המוסד לביטוח לאומי נ' מנגל, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 15.11.2012).

⁷⁹ ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לו(1) 113, 142 (1982) (להלן: עניין ועקנין). דילמות דומות מתעוררות בשאלת הגבול בין זכות חוקתית לבין אינטרס ציבורי. ראו: אורן גזל-איל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97 (2011). לגישתם שיקול חשוב הוא מידת הפגיעה הישירה בפרט (שם, בעמ' 139 ו-143). לגישה שונה ודיון ראו: ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה יתיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47, 84 (2009); אלון הראל "פתח דבר: מה צריך המשפט למשפט ומדוע?" עיוני משפט לו(2) סעיף א.1. (2014). כך או כך, עיינו בקו הגבול בין שני אינטרסים (פרטי וציבורי) ולא בין זכות (חוקתית) לאינטרס (ציבורי). הסעד הכספי בגין הפרה של זכות חוקתית מוסדר בדוקטרינת העולות החוקתיות.

בשליה, ובאמצעות הרחבת ההגדרה של אינטרס ציבורי – לאפיין אינטרס פרטי כזה (המשותף לאלפי אנשים) כציבורי. אם כן, אינטרס ציבורי איננו רק אינטרס של הציבור הרחב "בתור שכזה", אלא גם אינטרס של ציבור גדול דיו – גם אם לא מדובר בציבור הרחב כולו.⁸⁰ על רקע פרשנות מקובלת זו נראה שיש להימנע מהחלה של רעיון הזכות המנהלית על ציבור רחב של אלפי אנשים. גם אם מדובר בהפרת נורמה של כללי הצדק הטבעי ביחס לציבור כזה, הפרשנות האמורה נוטה להפוך את הכמות לאיכות ולאפיין את הנורמה – היוצרת אינטרס פרטי "אותנטי" לאלפי אנשים – כנורמה המכוונת למעשה לציבור הרחב. מטעם זה גם לא מוכרת זכות טיעון לציבור רחב (למשל בהקשר של התקנת תקנות⁸¹). מנגד, אם מדובר בעשרות אנשים ניתנים לזיהוי, שיש להם אינטרס פרטי "אותנטי" שהוא אכן משותף – הגישה המוצעת מכוונת להענקת סעד כספי לכל הנפגעים הישירים מהחלטה, לפי שיעור נזקם.

על כך יש להוסיף כי ציבור רחב כזה (של אלפי אנשים) עשוי להיכנס באמות-המידה הדיוניות של חוק תובענות ייצוגיות, המעניקות לרשות המנהלית זכויות-יתר מסוימות המאפשרות לה להדוף את התביעה הכספית. בג"ץ פסק כי אמות-מידה אלה הן חוקתיות.⁸² תביעה של ציבור רחב לסעד כספי, המתבססת על פגיעה באינטרס פרטי מוגן של חברי הקבוצה, אמורה להיות מתועלת לפי התוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים למסלול של "תובענה מנהלית ייצוגית" בבית המשפט לעניינים מנהליים;⁸³ אולם תובענה מנהלית ייצוגית מוכרת כיום רק בתחום צר של דואליות נורמטיבית, בנסיבות של תביעת השבה נגד רשות בגין גבייה שלא כדין.⁸⁴ תביעה כאמור מבוססת על עילה של המשפט הפרטי מכוח דיני עשיית עושר.⁸⁵ אם תכיר הפסיקה בעילה מנהלית עצמאית, כמוצע במאמר זה, עשויה להתעורר השאלה אם יחול עליה ההסדר הדיוני של חוק תובענות ייצוגיות, לרבות המסלול של תובענה ייצוגית מנהלית. לכאורה, לאור לשונו של חוק תובענות ייצוגיות התשובה היא בשלילה: אי-פשר להגיש תובענה ייצוגית מנהלית בהקשרים נוספים מלבד תביעת השבה,⁸⁶ ובכלל זה גם הקשרים של הפרת נורמה מנהלית מובהקת. כפי שיובהר בהמשך המאמר, תביעה לסעד כספי מנהלי בהקשרים אלה תוגש לבג"ץ, שהוא הערכאה המוסמכת לפיתוח הסעד הכספי המנהלי כסעד מן הצדק. סביר כי בג"ץ יפעיל על עתירות מסוג זה את אמות-המידה הדיוניות שלו בדבר הקפדה על קונקרטיזציה והגבלה על עתירה "קיבוצית" (לעיל). סביר להניח שהוא יעשה זאת באופן שהלכה למעשה ייחד את הסעד הכספי המנהלי בהתאמה לבסיס הרעיוני שהוצע, כלומר: הבסיס של הזכות המנהלית להגן על אינטרס מוגן של פרט ספציפי או קבוצה קטנה בלבד. אמת-המידה הדיונית בבג"ץ הולמת אפוא את אמת-

⁸⁰ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 433 לפסק דינם של שופטי הרוב (2005). פסק הדין פירש את המונח "נורמה כללית" כפי שהוגדר בע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 701 (1956).

⁸¹ ע"א 810/06 שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל אגף המכס ומע"מ, פס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 7.9.2008).

⁸² בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פס' 5-6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 29.8.2011).

⁸³ פרט 2 לתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

⁸⁴ פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

⁸⁵ בעילת טעות שבדין: ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית, פס' 31 ו-37 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2009) (להלן: עניין עיריית ירושלים). בפסק הדין נקבע שיש להכיר גם בעילה עצמאית של גבייה בחוסר סמכות (שם, פס' 38 ו-42-45). קביעה זו נתונה לדין נוסף (דני"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פס' 2 להחלטת הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 10.1.2010)).

⁸⁶ סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

המידה המהותית שהוצעה לעיל, שלפיה יש להגביל את בעלי הזכות המנהלית הרשאים לעתור לסעד כספי מנהלי לפרט ספציפי או לקבוצה קטנה, ולהימנע מהחלה של רעיון הזכות המנהלית ביחס לציבור רחב.⁸⁷

הדיון בפסקה הקודמת הדגיש מאפיין נוסף – **ייחודיות הנזק בזיקה לגודל הקבוצה**. מאפיין זה עשוי לסייע בזיהוי הבעלים של הזכות המנהלית: פרט וקבוצה קטנה (יש זכאות) או ציבור רחב והציבור הרחב (אין זכאות). כאמור, סיווג זה איננו פשוט לביצוע. ככל הכרעה משפטית הוא תוצר של פרשנות נסיבות העניין ושיקול דעת שיפוטי;⁸⁸ אך אין להירתע מכך: יש בשיטה המשפטית כלים מתאימים להכרעה. פרשנות כזו נהוגה ביחס לנורמות של המשפט הפרטי.⁸⁹ אין מניעה להפעיל פרשנות כזו גם ביחס לנורמות של המשפט המנהלי והדבר גם נעשה בפועל.⁹⁰ ביחס לכל נורמה של המשפט המנהלי יש לבחון אם היא מכוונת, בעיקר, להגן על אינטרס פרטי או על אינטרס ציבורי. נורמות לא מעטות יבטאו הגנה על שני האינטרסים, כפי שהסברתי בדוגמה של זכות העיון, אך בכל זאת יש לנסות ולאתר מה האינטרס המוגן הדומיננטי.⁹¹ מעצם העובדה שהנורמה מטילה חובה על רשות מנהלית לא נובע כי יש לאפיין את הנורמה אוטומטית ככזו המכוונת לטובת הציבור הרחב.⁹² בהתאם, יש להימנע מהכללה לכיוון השני, שלפיה כל נורמה המטילה חובה על רשות מנהלית מכוונת למעשה לטובת פרט ספציפי, בהינתן הקונסטרוקציה שלפיה הרשות המנהלית היא נאמן הציבור על כל פרטיו.⁹³ כאשר המסקנה הפרשנית היא שמדובר בנורמה המכוונת בעיקר להגנה על אינטרס פרטי (לטובת הפרט או קבוצה קטנה), נפתח פתח לסעד הכספי המוצע בגין הפרתה. כימות הסעד הכספי בגין הנזק שנגרם לפרט עקב הפרת נורמה כזו איננו מעורר קושי, משום שהנזק איננו מפוזר על הציבור הרחב אלא ממוקד בפגיעה קונקרטית בפרט מסוים שהוא בעל הזכות המנהלית.⁹⁴ אפיון הנורמה כמכוונת לטובת הפרט עולה בקנה אחד עם אפיון הנזק לפי הגישה המוצעת, שהוא כזכור נזק אקטואלי ולא כוללני או ספקולטיבי.

⁸⁷ סביר להניח כי ניסיון להגיש לבג"ץ עתירה כזו – שאינה אלא תובענה מנהלית ייצוגית בהקשרים שחוק תובענות ייצוגיות לא מכיר בהן במפורש – יידחה, גם אם בג"ץ לא יקבע שחוק תובענות ייצוגיות קובע הסדר שלילי משתמע ביחס לעילה שבבסיס העתירה. זאת, בשל היעדר ייחודיות של הנזק ביחס לגודל הקבוצה, וכן בשל טעם מעשי – חוסר-ההתאמה של הבירור העובדתי בבג"ץ להליכים כאלה. דיון בסוגיה חורג ממסגרת המאמר, משום שמדובר כאמור בעילה של דואליות נורמטיבית ולא בפעולה שלטונית מובהקת. ככל שבג"ץ יבחר לדון בטענות מסוג זה, יש טעמים טובים להוביל את הדיון בה לכיוון של הסדר פשרה. להצעה ברוח זו, של מודל מורכב לפשרה בתובענות ייצוגיות מנהלית במסגרת ההתדיינות מנהלית (להבדיל מהתדיינות אזרחית), ראו: Sturm, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1427.

⁸⁸ השוו בג"ץ 4077/12 פלוגית נ' משרד הבריאות, פס' 23-24 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.2.2013).

⁸⁹ עניין ועקנין, לעיל ה"ש 79, בעמ' 141-142.

⁹⁰ עניין דוויק, לעיל ה"ש 60, פס' 10 ו-13-15 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור. השוו בר"ם 1560/13 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 22.7.2014) (להלן: עניין מגן).

⁹¹ השוו ליישום מבחן הדומיננטיות בהקשר של סמכות שיפוט: עע"ם 8582/05 מועצה מקומית סאג'ור נ' המרכז לטניס בישראל, פס' 2 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 13.12.2006).

⁹² עניין ועקנין, לעיל ה"ש 79, בעמ' 141.

⁹³ שם, בעמ' 142.

⁹⁴ עניין מגן, לעיל ה"ש 90, פס' 31, 39 ו-41 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם: דנ"ם 5358/14 מ. מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, פס' 25-27 להחלטת המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 24.12.2014).

המסקנה של צומת הכרעה מס' 1 היא שיש זכות מנהלית ביחס לנורמות של המשפט המנהלי שנועדו להגן על פרטים ולהשפיע ישירות על רווחתם. מסקנה זו מעוררת כמובן את שאלת היחס בין ההגנה על אינטרסים מוגנים של הפרט באמצעות המשפט הציבורי לעומת הגנה עליהם באמצעות המשפט הפרטי. אדון בסוגיה זו בהמשך המאמר.

(ב) צומת הכרעה שני: האם הנורמה המנהלית עולה כדי זכות חוקתית?

כעת נדון בהשפעת המהפכה החוקתית על המשפט המנהלי, ובין השאר במיקוד הגובר והולך שלו בעילות ביקורת המבטאות זכות אישית של הפרט כלפי השלטון. לכאורה, שיח הזכויות החוקתיות מתיישב היטב עם עילות ביקורת שיפוטית שביטאו כבר לפני המהפכה החוקתית הגנה על אינטרס של הפרט (דוגמת כללי הצדק הטבעי). אפשר לטעון שאלה כלולים בזכות החוקתית להליך הוגן כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם.⁹⁵ אולם, אליה וקוץ בה: כאשר שיח הזכויות החוקתיות הוא רחב כל כך נותר מרחב צר יחסית לזכות המנהלית. לעת הזו לא הכריעה הפסיקה במפורש לטובת חפיפה מלאה כזו אלא רק הניחה כי היא אפשרית.⁹⁶ התפיסה הנוהגת גוזרת את ההגנה על הזכות להליך מנהלי הוגן מההגנה על הזכות החוקתית המסוימת שהחלטה המנהלית פגעה בה, כך שבכל אופן דרושה פגיעה בזכות חוקתית כלשהי.⁹⁷ מלבד העובדה שמדובר בפרשנות המייחסת לכללי הצדק הטבעי חשיבות אינסטרומנטלית בלבד, באופן המעורר בעיות שונות,⁹⁸ לא תמיד קמה פגיעה בזכות חוקתית כלשהי. מכאן, שלא כל אינטרס מוגן במשפט המנהלי מוגן בהכרח גם במשפט החוקתי. גם כשאפשר להצביע על זכות התקפה בשני המישורים – החוקתי והמנהלי – כגון הזכות לשוויון, יש נטייה להבחין בין הזכות החוקתית לשוויון לבין הזכות המנהלית לשוויון⁹⁹ באופן השומר על הייחוד של המשפט המנהלי. אינני מתיימר להגדיר את קו הגבול בין המשפט החוקתי למשפט המנהלי במישור הפוזיטיבי, וספק אם קו גבול ברור כזה ניתן לסרטוט. בעידן הפרשנות התכליתית של הזכויות החוקתיות בישראל, שהביא להכרה דה-פקטו בזכויות בלתי-מנויות,¹⁰⁰ אי-אפשר להסתמך על קו גבול פורמלי הקורא את חוקי היסוד כפשוטם וממקם את הזכות המנהלית כשירית לזכויות החוקתיות המנויות. מטרת הדברים בשורות הבאות היא להראות שההגדרה של "הזכות המנהלית" צריכה לייחד את עצמה מהזכות החוקתית

⁹⁵ אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ונאותה** כרך ב 876-878 (2014). לתמיכה באפיון הזכות המנהלית כ"זכות יסוד" ראו יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המנהלי" **ספר אור** 741, 745 (אהרן ברק, רון סוקול, עודד שחם עורכים, 2013). זמיר מתח ביקורת על כך שהזכות המנהלית "נמצאת עד היום במצב של נחיתות בהשוואה לזכות האזרחית" (שם), ולגישתו יש לחזקה באמצעות הפחתת העוצמה של עילות הסף ושל חזקת החוקיות (שם, בעמ' 747). הגישה המוצעת במאמר משלימה הצעה זו מכיוון אחר – מישור הסעד השיפוטי בכלל והסעד הכספי בפרט.

⁹⁶ בג"ץ 4128/02 **אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל**, פ"ד נח(3) 503, 519 (2004).

⁹⁷ ברק-ארו **מינהלי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 496.

⁹⁸ שם, בעמ' 496-497.

⁹⁹ עע"ם 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פס' 40 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.9.2010) (להלן: עניין **הבית הפתוח**); אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" **ספר שמגר מאמרים** חלק א 287, 289, 308 (אהרן ברק ואחרים עורכים, 2003); דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ב 678-680 (2010). כתבתי "נטייה" משום שיש גישה אחרת, שלפיה "שוויון הוא שוויון"; ראו: עניין **הבית הפתוח**, שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹⁰⁰ הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257, 261-263 (1997).

(להלן: **צומת הכרעה מס' 2**). זאת, בהתחשב בכך שחפיפה מלאה בין מושג הזכות המנהלית למושג הזכות החוקתית עלולה לייתר את שאלת ההצדקה לסעד הכספי המנהלי לאור קיומה של דוקטרינה אחרת החולשת על כך, היא דוקטרינת העוולות החוקתיות.¹⁰¹

לגישתי, הזכות המנהלית איננה זכות חוקתית. לא מדובר בחובה שלטונית הנובעת מהוראות החוקה ומקנה זכויות יסוד לפרט, אלא בחובה שלטונית (הנובעת לרוב מפסיקה בתחום המשפט המנהלי) המקנה לפרט זכאות מסוימת כנגד רשות מנהלית. לעיל, בצומת הכרעה מס' 1, הצעתי כי זכאות כזו עניינה השפעה ישירה על רווחת הפרט. הגדרה זו עשויה לכלול לא מעט זכויות חוקתיות. צומת הכרעה מס' 2 מחייב להגדיר את הזכות המנהלית באופן צר יותר, ככזו החלה ביחס לאינטרס פרטי מוגן שאינו עולה כדי זכות חוקתית. דוגמה מובהקת לאינטרס פרטי כזה – שאינו עולה כדי זכות חוקתית אך מוגן בנורמה של המשפט המנהלי המכוונת לטובת הפרט – היא אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפייה במשפט המנהלי.¹⁰² ככל שמדובר בהסתמכות או ציפייה סבירים,¹⁰³ אפשר להצביע על אינטרס פרטי מוגן של הפרט שפגיעה שלטונית בו שלא כדין מצדיקה סעד כספי מנהלי לתיקון הנזקים שגרמה לו ההפרה, וזאת על בסיס רעיון הזכות המנהלית. זאת, כאמור, ככל שמדובר בפעולה שלטונית מובהקת.¹⁰⁴ אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפייה משקפים לרוב הגנה על אינטרסים כלכליים בני-כימות שאינם עולים בהכרח כדי זכות חוקתית,¹⁰⁵ כך שהדרישה להוכחת נזק כספי אקטואלי אינה אמורה לעורר קושי.

בכל הנוגע לאינטרס מוגן העולה כדי זכות חוקתית חלה כאמור דוקטרינת העוולות החוקתיות. הגישה המוצעת לא נועדה לגרוע מדוקטרינה זו אלא להוסיף עליה.¹⁰⁶ למעשה, הגישה המוצעת אינה נוגעת במישרין לדוקטרינת העוולות החוקתיות, שכן היא עוסקת בהפרת **נורמות** של המשפט המנהלי ולא בהפרת **זכויות** חוקתיות. עם זאת, הגשמת התכליות של המשפט המנהלי היא כמובן חלק מהגשמת התכליות של המשפט הציבורי ככלל,¹⁰⁷ כך שיש להבהיר ביתר דיוק את קו הגבול בין הזכות המנהלית לבין הזכות החוקתית. דיון מפורט בסוגיה זו, היורדת לשורש ההבחנה בין אינטרסים לזכויות בכלל, חורג ממסגרת המאמר. לצורך מאמר זה יכוון המושג "זכות חוקתית"

¹⁰¹ דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103 (2005). דוקטרינה פסיקתית זו מוכרת גם בארצות-הברית: Gene R. Nichol, *Bivens, Chilicky, and Constitutional Damages Claims*, 75 VA. L. REV. 1117, 1141 (1989). בצד הדוקטרינה הפסיקתית יש הסמכה חקיקתית לפסיקת סעד כספי בגין פגיעה בזכות חוקתית של הפרט בהקשרים מסוימים, בעיקר פגיעה בשוויון. לדיון בחקיקה זו וביחס בין סעד הציווי לסעד הכספי בהקשרים אלה ראו: נמרוד אברמוב ועמרי רחום-טוויג "אכיפה בהעדר חוזה מחייב ופריזמת ההסכמה – מבט תרופתי על חוקי איסור הפליה" **עיוני משפט** לח (2015). מאמרי זה אינו עוסק בפרשנות הפיזי שנקבע במפורש בחוקי איסור הפליה או בחוקים אחרים (ראו רע"א 4672/14 **גליק נ' מדינת ישראל**, פס"י יא ו-יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.1.2015)) אלא בהצעה לדוקטרינה פסיקתית לפיזי כחלק ממשפט מקובל מנהלי.
¹⁰² ראו דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" **משפטים** כז 17 (1996); דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" **עיוני משפט** כז 209 (2003).

¹⁰³ עת"ם (מנהליים י-ם) 32073-08-11 **עזבון בריג נ' קצין התגמולים**, פס"י 23 לפסק דינו של השופט יגאל מרזל (פורסם בנבו, 1.12.2011). השוו: עת"ם (מנהליים י-ם) 45652-06-14 **עופר נ' משרד הבינוי והשיכון**, פס"י 41 ו-43 לפסק דינו של השופט דראל (פורסם בנבו, 7.7.2014) (הפניית העותרים לתביעת נזקי הסתמכות "בהליך נפרד" תוך הבעת תקווה שהרשות המנהלית תמצא "את הדרך הנאותה להיטיב את מצבם של העותרים שנגרמה להם עוגמת נפש לא מבוטלת"). תודה לעו"ד שחר קטוביץ שהסב את תשומת לבי לפסק הדין.

¹⁰⁴ ברק-ארז **אזרח-נתיני-צרכן**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 244.

¹⁰⁵ שם, בעמ' 243-244.

¹⁰⁶ שם, בעמ' 240.

¹⁰⁷ ברק-ארז **מינהלי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 16-17.

לזכות משפטית (במובן של אינטרס כאמור לעיל) המעוגנת בטקסט חוקתי¹⁰⁸ או שהוכרה כבעלת מעמד חוקתי בדין הקיים.¹⁰⁹ לעומת זאת, המושג "זכות מנהלית" יכוון לזכות משפטית המגלמת אינטרס מוגן של הפרט, שאינה בעלת מעמד חוקתי בדין הקיים. הזכות המנהלית מגנה על מגוון רחב של אינטרסים – אישיים, חברתיים וציבוריים.¹¹⁰ ההגנה על אינטרסים אלה נעשית על ידי נורמות חקוקות תת-חוקתיות או נורמות פסיקתיות של המשפט המנהלי. בכפוף להגדרה כללית זו¹¹¹ אוסיף כמה הערות שיתמקדו בהקשר הנקודתי של הסעד הכספי.

ראשית, מנקודת המבט של הדין הקיים, ה"קפיצה" של אינטרס מוגן ממישור המשפט המנהלי למישור המשפט החוקתי אינה מובנת מאליה. במישור המשפט המנהלי הכיר בית המשפט העליון במפורש בסעד כספי מנהלי בפרשות **בינוי ופיתוח בנגב**¹¹² ו**מליבו**.¹¹³ הדיון בהצדקה הרעיונית הוא שהיה חסר, ומאמר זה מבקש להשלים חסר זה. מנגד, במישור המשפט החוקתי מצטיירת הסתייגות מהכרה מפורשת בסעד כספי בגין הפרה של זכויות חוקתיות חרף קיומה של הצדקה רעיונית סדורה.¹¹⁴ **שנית**, דוקטרינת העוולות החוקתיות קשורה קשר הדוק לדיני הנזיקין ולאמות-המידה הנזיקיות.¹¹⁵ למעשה מדובר ב"ענף" של דיני הנזיקין. הגישה המוצעת מתייחדת בכך שהיא אינה תלויה באמות-המידה של דיני הנזיקין: היא תלויה בהוכחת הפרה של נורמה של המשפט המנהלי המכוונת לפרט. לפי הגישה המוצעת, הסעד הכספי המנהלי מוצדק בנסיבות המשקפות פגיעה שלא כדין בזכות המנהלית, אך לא דווקא רשלנות. בהמשך המאמר אתיחס בהרחבה לשאלת ה"עקיפה" של דיני הנזיקין. **שלישית**, ככל שיש לראות את דוקטרינת העוולות החוקתיות (בצדק) כחלק ממסגרת סעדים חוקתית ולא רק כחלק מדיני הנזיקין, היא מעוררת שאלות נוספות: האם היא מכוונת בעיקר לרשות המחוקקת או לרשות המבצעת? האם יש שיקולים מוסדיים מצמצמים שהם ייחודיים לביקורת שיפוטית חוקתית, כגון הדיאלוג בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת? מה האופי של הביקורת השיפוטית החוקתית – יישומית או מופשטת? דיון ממצה בשאלות אלה חורג ממסגרת המאמר. סוגיות אלה עשויות להביא לכך שהיקף הסעד הכספי בגין הפרה של זכות חוקתית יהיה נמוך יותר מהיקף הסעד הכספי בגין הפרה של אינטרס מוגן במשפט המנהלי שאינו עולה כדי זכות חוקתית. מסקנה כזו אינה צריכה להפתיע – אף שאינני מבקש לטעון שהיא בהכרח נכונה – בהתחשב בכך שעקרון הריסון במשפט החוקתי הוא הדוק יותר מעקרון הריסון במשפט המנהלי.¹¹⁶

Christopher McCruden, *Judicial Comparativism and Human Rights*, in COMPARATIVE LAW: A HANDBOOK 371, 372 (Esin Orucu and David Nelken eds., 2007).

¹⁰⁹ ZUCA; RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 93, 109, 127 (1986). לעיל ה"ש 49, בהקדמה חלק Xii.

¹¹⁰ Fallon, לעיל ה"ש 59, בעמ' 352.

¹¹¹ Harel, לעיל ה"ש 49, בעמ' 192.

¹¹² פרשת **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ**, לעיל ה"ש 11.

¹¹³ עניין **מליבו**, לעיל ה"ש 4.

¹¹⁴ ברק-ארז **כלכלי**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 429-430.

¹¹⁵ שם, בעמ' 422.

¹¹⁶ בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2005); דפנה ברק-ארז "מהפיכת השפיטות: הערכת מצב" **הפרקליט** נ 3, 18 (התשס"ח).

3. הזיקה בין מושג הזכות המנהלית לסעד הכספי המנהלי

מדוע הזכות המנהלית מצדיקה פסיקת סעד מנהלי כספי דווקא ולא סעד אחר? בעבר פסק בג"ץ כי הזכות המנהלית "זכאית למעמד שווה ערך כמו כל זכות משפטית אחרת".¹¹⁷ בהתאם, חל עליה העיקרון של המשפט המקובל "ילך הסעד אחר הזכות" (ubi ius, ibi remedium).¹¹⁸ הן הפסיקה¹¹⁹ הן הספרות¹²⁰ העוסקת במשפט המנהלי משתמשות בעיקרון זה כדי להצדיק פסיקה של סעד כספי מנהלי. אפשר להרהר במוסכמה זו ולטעון כי רעיון זה, כשלעצמו, איננו קונקלוסיבי באשר לסעד הספציפי שיש להתאים לזכות המנהלית, אלא רק מבטא את השאיפה "להצמיד" סעד כלשהו להפרה כשלעצמה.¹²¹ סעד כספי הוא רק אחת החלופות המתאימות.¹²² ההגדרה שהצעת לזכות מנהלית פותחת צוהר לבחינה מדויקת יותר של הסעד המתאים בגין ההפרה. אין הכוונה לסעד כספי המהווה תחליף לסעד הציווי: קביעה כזו קולטת את ההצדקה לפסיקת ציווי והיא אינה ייחודית לסעד הכספי. סעד כספי כחלופה לציווי הוא רעיון מוכר הן במשפט הפרטי (דיני התרופות) והן במשפט הציבורי (בנסיבות של מעשה עשוי¹²³). הגישה המוצעת שונה: לפיה הסעד הכספי המנהלי מוצדק לא רק בנסיבות שבהן סעד הציווי הוא בלתי-אפשרי אלא גם בנסיבות שבהן הוא בלתי-ראוי, קרי: גם בנסיבות שבהן סעד הציווי נשלל מטעמים טובים אך רעיון הזכות המנהלית מחייב ללוות מסקנה זו בפסיקת סעד כספי מנהלי.¹²⁴

משמעות הקביעה שהזכות המנהלית היא כ"כל זכות משפטית אחרת" היא שהזכות המנהלית זכאית גם לאותה "חבילת סעדים" הניתנת בגין הפרה של זכויות משפטיות אחרות (חוזיות, נזיקיות וקנייניות). כשם שזכויות אלה מתאפיינות בהגנה על האינטרס הפרטי של הפרט, כך גם הזכות המנהלית, כהגדרתה לעיל, מתאפיינת בהגנה על האינטרס הפרטי של הפרט. הסעד הכספי המנהלי הוא סעד לגיטימי לצורך הגנה על אינטרס זה, והבחירה בו צריכה להתחשב בשתי סוגיות עיקריות. הסוגיה הראשונה היא אם יש לסעד הכספי המנהלי עדיפות על פני סעד הציווי (שלא בנסיבות של מעשה עשוי, שבהן ממילא ציווי הוא בלתי-אפשרי). גם במשפט הפרטי יש, כמובן, שיקולים עקרוניים לבחירה בין סעד כספי לבין סעד ציווי, אולם שיקולים אלה אינם מתאימים להתדיינות המנהלית.¹²⁵ עדיפות הסעד הכספי בדיני החוזים, למשל, מיוחסת לנסיבות

¹¹⁷ עניין אסולין, לעיל ה"ש 43, בעמ' 692. ראו גם: בג"ץ 2148/94 גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון ויושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 573, 604 (1994).

¹¹⁸ ROBERT E. RODES JR., CLASSIC PROBLEMS OF JURISPRUDENCE 94 (2005).

¹¹⁹ עניין מליבו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 687.

¹²⁰ יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" משפט וממשל ב 97, 102 ו-105 (1994); ברק-ארז כלכלי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 414. רעיון זה ניצב גם בבסיס של דוקטרינת העוולות החוקתיות: Alfred Hill, *Constitutional Remedies*, 69 COLUM. L. REV. 1109, 1112-1113 (1969).

¹²¹ Owen M. Fiss, *Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 50 (1979).

¹²² LISA TORTELL, MONETARY REMEDIES FOR BREACH OF HUMAN RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY 167 (2006) ("once it has been established that a right has been breached, the monetary remedy is considered as one of a number of remedial options").

¹²³ דפנה ברק-ארז *עוולות חוקתיות* 41-47 (1993); ברק-ארז כלכלי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 391.

¹²⁴ ברק-ארז *אזרח-נתיני-צרפתי*, לעיל ה"ש 39, בעמ' 245 ("במקרים שבהם אי-אפשר (או לא ראוי) לבטל את החלטתה של הרשות, עדיין יכול להיות מקום לפיצוי על הנזקים שפעולתה גרמה") (ההדגשה הוספה).

¹²⁵ שם ("הפנייה אל מערך הסעדים המקובל במשפט הפרטי צריכה להיעשות באופן מושכל ובהתאמה לשיקולים המיוחדים לתחום הציבורי").

שבהן ראוי לנפגע "לנתק את תלותו במפר ולממש בעצמו, באמצעות כספי הפיצויים, את תכלית החוזה" ובכך "לשרת גם צורך נפשי של הנפגע להביא את קשריו עם המפר לידי גמר" ולהביא ל"ניתוק הקשר העסקי שבין הצדדים".¹²⁶ שיקולים אלה אינם רלוונטיים להכרעה בין פיצוי לציווי במשפט המנהלי, שבו הפרט אינו יכול להעניק לעצמו זכאות שמקורה בסמכות שלטונית (למשל: להעניק לעצמו רישיון) ובכך "לנתק" את יחסיו עם הרשות המנהלית.¹²⁷ מובן גם שלא מדובר ביחסים עסקיים אלא, כפי שהצעתי להגדיר לעיל, בנסיבות של פעולה שלטונית מובהקת. הבחירה בין סעד הציווי לבין הסעד הכספי המנהלי צריכה להיעשות לאור שיקולים האופייניים למשפט הציבורי (ראו סעיף ב.4).

הסוגיה השנייה היא שאלת היחס (או מידת החפיפה) בין הזכות המנהלית לבין הזכויות המשפטיות האחרות במשפט הפרטי. כאשר יש חפיפה מלאה בין הזכות המנהלית לבין זכויות משפטיות של הפרט במשפט הפרטי, אין צורך לפתח מסגרת חדשה של סעד כספי מנהלי. ביחס לשיקול זה יש לזכור שענייננו בנסיבות שבהן מדובר בפעולה מנהלית מובהקת. בנסיבות אלה אין עילה אזרחית רלוונטית העשויה להקנות לפרט סעד כספי במשפט הפרטי. יתרה מזו: במקרה הרגיל הזכות המנהלית איננה חופפת במלואה את הזכות המשפטית של הפרט במשפט הפרטי, משום שהיא מבוססת על תכליות אחרות (ראו סעיף ב.7). השוני בתכליות הדינים עשוי להביא למסקנה שאבקש לנמק בהמשך המאמר, שלפיה הסדר שלילי במשפט הפרטי, השולל עילת תביעה פרטית לפסיקת סעד כספי נגד רשות מנהלית, איננו מחייב לאמץ מסקנה זהה במשפט המנהלי.

4. הסעד הכספי המנהלי ודוקטרינת הבטלות היחסית

באלו נסיבות אפוא אפשר להצדיק עדיפות לסעד הכספי המנהלי על פני ציווי משיקולים של משפט מנהלי? הציווי והסעד הכספי המנהלי הם חלק מתורת הסעדים במשפט המנהלי, ושניהם כאחד עשויים לחזק את ההגנה על הזכות המנהלית.¹²⁸ את השיקולים העקרוניים להכרעה בין ציווי לסעד כספי יש להבין על רקע תורת הסעדים השלטת בתחום המשפט המנהלי – דוקטרינת הבטלות היחסית.¹²⁹ דוקטרינה זו התמסדה בתקופת הזוהר של עילות הביקורת המודרניות, בראשות עילת הסבירות,¹³⁰ תוך שהיא מנסה להגמיש את עוקצן של עילות ביקורת אלה במישור המעשי. לכאורה יש בכך כדי לענות, ולו באופן חלקי, על הביקורת שנמתחה עליהן במישור הלגיטימציה שלהן.¹³¹ אולם, כפי שהסבירה ברק-ארז, הצלחת הדוקטרינה במשימה זו נעשתה

¹²⁶ גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני החוזים – התרופות – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 292-293 (2009) (להלן: **שלו ואדר**).

¹²⁷ Sturm, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1362.

¹²⁸ ברק-ארז "פיצויים", לעיל ה"ש 7, בעמ' 54.

¹²⁹ בג"ץ 3017/05 **חברת הזרע (1939) בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, משרד הפנים**, פס' 36 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (פורסם בנבו, 23.3.2011).

¹³⁰ מקובל לייחס את דוקטרינת הבטלות היחסית לשופט יצחק זמיר, שקידם ופיתח דוקטרינה זו בשורה של פסקי דין מנחים באמצע שנות התשעים: דפנה ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המנהלי: על מחירן של זכויות" **ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה** 283, 285 (יואב דותן ואריאל בנדור – עורכים, התשס"ה) (להלן: ברק-ארז "בטלות יחסית"). בתקופה זו כבר הוכרה בישראל עילת הביקורת של חוסר סבירות מנהלית מתחילת שנות השמונים (יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר מאמרים** חלק א 417, 420 (אהרן ברק ואחרים עורכים, 2003)), לעילת ביקורת מרכזית (שם, בעמ' 424) חרף מהפכנותה והביקורת שספגה בתחילת דרכה (שם, בעמ' 421).

¹³¹ ברק-ארז "בטלות יחסית", לעיל ה"ש 130, בעמ' 317.

במחיר של צמצום היקף ההגנה הראוי על האינטרסים המוגנים של הפרט במישור הסעד, לרבות ביחס לעילות הביקורת המסורתיות. עילות אלה אף הן כפופות לדוקטרינה של בטלות יחסית.¹³² החלת דוקטרינה זו על כללי הצדק הטבעי¹³³ פגעה במישרין במושג ההגנה של כללים אלה – הזכות המנהלית של הפרט. ביקורת מוצדקת זו (בצד ביקורות אחרות¹³⁴) לא הביאה לזניחת הדוקטרינה,¹³⁵ אך היא צריכה להביא ל"כוונון" מחדש שלה בכל הנוגע לעילות הביקורת השיפוטית המכוונות להגנה על הזכות המנהלית. הגישה המוצעת מכירה אפוא בתוקף של דוקטרינת הבטלות היחסית,¹³⁶ אך קוראת לשינוי בדרך יישומה באמצעות הרחבת ההכרה בסעד הכספי המנהלי.

הכוונון המוצע הוא הרחבת האפשרות להחיל במסגרת דוקטרינת הבטלות היחסית גם סעד כספי מנהלי, בנסיבות שבהן בית המשפט סבור כי סעד הציווי אינו ראוי. תכלית ההכרה בסעד הכספי המנהלי היא חיזוק ההגנה על הזכות המנהלית בהתחשב בשני שיקולים. ראשית, האינטרסים הציבוריים המצדיקים שלילת של סעד הציווי אינם מצדיקים בהכרח שלילה של הסעד הכספי, שהוא חודרני פחות מבחינת הרשות המנהלית. ההגנה על הזכות המנהלית באמצעות סעד כספי מנהלי כרוכה לרוב בהתערבות פחותה בשיקול הדעת השלטוני בהשוואה לצווים שיפוטיים, המורים לרשות לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה,¹³⁷ במיוחד כשהפגיעה הנטענת היא בפרט יחיד או בקבוצה קטנה.

שנית, גם אם האינטרסים הציבוריים מצדיקים שלילה של סעד הציווי ביחס לעילות הביקורת המודרניות (המכוונות לטובת הציבור הרחב), הם אינם בהכרח מצדיקים זאת ביחס לעילות הביקורת המכוונות לטובת הפרט. יישום הדוקטרינה הוא אחיד על כל עילות הביקורת של המשפט המנהלי, באופן שאינו רגיש דיו להגנה הדרושה לאינטרסים של הפרט.¹³⁸ במונחים של המאמר הנוכחי, היישום אינו רגיש דיו לזכות המנהלית. הכרה בהצדקה רעיונית של זכות מנהלית עשויה להביא להתאמה מחדש של יישום הדוקטרינה באמצעות הכרה בסעד הכספי כדרך

¹³² שם, בעמ' 300, 315 ו-319.

¹³³ בג"ץ 1135/93 טריידט ס.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"ד מח(2) 622, 634-635 (1994). בהקשר של איסור על ניגוד עניינים: בג"ץ 7767/07 אסרף נ' שר הפנים, פס' 17 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.3.2008).

¹³⁴ יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1993). דותן הציע לייחד את דוקטרינת הבטלות היחסית למצבים של תקיפה עקיפה, שבהם בולט יתרון הגמישות של דוקטרינה זו (שם, בעמ' 628-631).

¹³⁵ בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן (22.8.2010).

¹³⁶ בכך הצעתי שונה מזו של ברק-ארז "לזנוח את המינוח ולומר בפשטות: על בית המשפט לפסול פעולה מנהלית שנעשתה תוך הפרה של אחד מעקרונות המשפט המנהלי" (ברק-ארז "בטלות יחסית", לעיל ה"ש 130, בעמ' 320). ברק-ארז ביססה את גישתה על טעם דומה – ההגנה על זכויות חוקתיות (שם, בעמ' 286-287) ואחרות (שם, בעמ' 314). עם זאת, אין בהצעתה דיון מפורש במושג הזכות המנהלית (למעט שם, בעמ' 313, בטקסט שליד ה"ש 123) ובהצדקה להכיר בהקשר זה בסעד כספי מנהלי.

¹³⁷ ברק-ארז כלכלי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 414. שיקול זה רלוונטי גם לרשלנות של רשויות ציבור: אריאל פורת "דיני הנויקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 222, 264 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1992). כתבתי "לרוב" משום שהטענה הכללית איננה בהכרח נכונה: רצף של סעדים כספיים נגד רשויות עשוי להשפיע יותר על המדיניות השלטונית מאשר ציווי (ראו גלעד כרך ב, לעיל, ה"ש 19, בעמ' 1036). הדבר תלוי בין היתר בהיקף הסעד הכספי ובתדירות פסיקתו, כמו גם במתחם התמרון שסעד הציווי מתיר לרשות. ראו דיון בשאלת ההרתעה בסעיף 3.3. להלן.

¹³⁸ ברק-ארז "בטלות יחסית", לעיל ה"ש 130, בעמ' 306.

"לפצות" על חסר זה בהגנה הדרושה לאינטרסים של הפרט.¹³⁹ המבנה של דוקטרינת הבטלות היחסית, הנשען על יסודות מרכזיים של איזון וגמישות,¹⁴⁰ מאפשר ליצור הקבלה בין החלטה של סעד הציווי מחד גיסא לבין פיתוח של סעדים חדשים במשפט המנהלי מאידך גיסא. כך אפשר להשיג תמהיל טוב יותר של סעדים לצורך הגנה על הזכות המנהלית ולהביא ל"תפירה" מהודקת יותר של הסעד.¹⁴¹ דרך זו אף משקפת תפיסה עשירה יותר של דוקטרינת הבטלות היחסית בהשוואה ליישומה כיום. הגמישות הדוקטרינרית מתקיימת כיום בעיקר ביחס לתוקף ההחלטה המנהלית.¹⁴² השאיפה של הדוקטרינה להוביל פתרונות ביניים¹⁴³ מוגשמת לרוב באמצעות דחיית המועד שבו תיכנס החלטה לתוקף.¹⁴⁴ אפשר להגשים שאיפה זו באמצעים נוספים, למשל, כמוצע במאמר זה, באמצעות שילוב סעד כספי מנהלי בצד ההכרעה בשאלת התוקף של החלטה המנהלית.

מסקנה חשובה עולה מהדיון: פסיקת הסעד הכספי המנהלי היא ביטוי לשיקולים מובהקים של שלב הסעד במשפט המנהלי, כפי שהם באים לידי ביטוי בדוקטרינת הבטלות היחסית, ולא לשיקולים האופייניים לקביעת מסגרת האחריות של רשויות ציבור במשפט הפרטי.¹⁴⁵

5. הסעד הכספי המנהלי והתחשבות בשיקולים ציבוריים

ההגנה על הזכות המנהלית איננה תכלית בפני עצמה. היא אמצעי להגשמת כלל התכליות של המשפט המנהלי, לרבות האינטרסים הציבוריים והמטרות החברתיות שהוא נועד להגשים.¹⁴⁶ אכן, "הכרה בקיומה של זכות היא עניין אחד. קביעת מערכת אמצעים כיצד להגשימה, היא עניין אחר לגמרי".¹⁴⁷ יש אפוא להתחשב גם באינטרסים ציבוריים רלוונטיים. ההתחשבות באינטרסים הללו נעשית בשני שלבים. השלב הראשון הוא שלב ההצדקה של הפגיעה בזכות מנהלית. זה השלב שבו בית המשפט קובע אם הוכחה הפרה של הזכות המנהלית,¹⁴⁸ קרי: פגיעה שלא כדין באינטרס מוגן של הפרט. כאן באים לידי ביטוי שיקולים ציבוריים לצורך הצדקת הפגיעה בזכות המנהלית. בית המשפט עשוי להגיע למסקנה שמטעמים אלה לא הופרה זכות מנהלית, ובהתאם – שאין הצדקה לסעד כספי מנהלי.

השלב השני מתרחש לאחר שהגיע בית המשפט למסקנה שהזכות המנהלית הופרה. בשלב זה אין לשקול שוב את האינטרסים הציבוריים שהובאו כהצדקה לפעולת הרשות הפוגעת בפרט,¹⁴⁹

¹³⁹ עניין דורון, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן ("ראוי בנסיבות המקרה, בעידן של 'בטלות יחסית', לבכר שימוש בסעד של פיצוי כספי על פני בטלות של החלטה").

¹⁴⁰ יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 395 (2012).

¹⁴¹ Fallon, לעיל ה"ש 59, בעמ' 352.

¹⁴² ברק-ארז "בטלות יחסית", לעיל ה"ש 130, בעמ' 284.

¹⁴³ שם, בעמ' 290.

¹⁴⁴ בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 112, 120-121 (2000).

¹⁴⁵ Sturm, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1364.

¹⁴⁶ ברק-ארז מינהלי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 20, 26-28.

¹⁴⁷ אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 251, ה"ש 55 (1987).

¹⁴⁸ ראם שגב חופש הביטוי הצדקות וסייגים 22 (2008).

¹⁴⁹ Sturm, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1398.

אלא לשקול אינטרסים ציבוריים מערכתיים-מוסדיים הייחודיים לשלב הסעד.¹⁵⁰ בית המשפט עשוי להגיע למסקנה שמטעמים אלה יש להימנע מפסיקת סעד. שיקולים אלה אופייניים להצדקה של מה שמכונה "ריסון" שיפוטי במישור הסעד. למעשה, אלו הם אותם שיקולים מערכתיים-מוסדיים שנשקלים בדרך כלל בדוקטרינת הבטלות היחסית. שקילתם מאפשרת להגיע למסקנה שיש להימנע הן מציווי והן מפסיקת סעד כספי מנהלי. כך יקרה, למשל, בנסיבות שבהן האינטרס של הפרט הוא בעל משקל נמוך יחסית.¹⁵¹

ההתחשבות בשיקולים מערכתיים-מוסדיים אלה ראויה. עם זאת, בשלב הסעד על בית המשפט לבחון שמא התחשבות בהם עלולה לפגוע יתר על הדרוש ברעיון הזכות המנהלית. יש לבחון אם אפשר להשיג את התכלית שבבסיס שיקולים אלה תוך פגיעה פחותה בזכות המנהלית, למשל באמצעות פסיקה של סעד כספי מנהלי (בצד הימנעות מציווי). לפי גישה זו, הסעד הכספי המנהלי הוא הכרחי במצבים שבהם אמנם אין מקום לפסיקת ציווי – אך פסיקת הסעד הכספי המנהלי דרושה כדי לשקף פגיעה מידתית בזכות המנהלית (להלן: **רעיון הפגיעה המידתית בזכות המנהלית**). רעיון זה מקורו בתפיסה שלפיה עקרון המידתיות חל גם על הרשות השופטת, כך שעליה להימנע מפגיעה בלתי-מידתית באינטרסים של הפרט.¹⁵²

זו אפוא הגישה המוצעת: בשלב הסעד יבחן בית המשפט איזה סעד המגשים במידה הטובה ביותר את תכלית ההגנה על הזכות המנהלית. הימנעות ממתן סעד כלשהו עלולה להוות פגיעה בלתי-מידתית בזכות המנהלית. השימוש בסעד הכספי המנהלי אמור להביא לתוצאה מידתית יותר, מבחינת היקף ההגנה על הזכות המנהלית, ולתת מענה סביר לאינטרסים המערכתיים-מוסדיים שהצדיקו מלכתחילה שלילה של סעד הציווי. המענה המידתי עשוי להיות מתן אפשרות לרשות המנהלית להמשיך בפעולתה (הימנעות מציווי) תוך חיוב שלה בסעד כספי מנהלי בגין הפרת הזכות המנהלית.¹⁵³

לסעד הכספי המנהלי עשויה להיות תרומה נוספת להעשרה של דוקטרינת הבטלות היחסית. דוקטרינה זו מייחסת משקל רב לעוצמת ההפרה.¹⁵⁴ הפרה חמורה מביאה לרוב לבטלות,¹⁵⁵ אך לעתים גם להימנעות מבטלות.¹⁵⁶ נראה כי הטעמים התומכים בהענקת הסעד הכספי המנהלי מתחזקים מאוד ביחס להפרה חמורה שאינה מביאה לבטלות. אפשר לצפות שהמקרים המובהקים ליישום הגישה המוצעת יהיו כאלה שבהם מדובר בהפרה חמורה של נורמה מנהלית המכוונת לטובת הפרט. כאמור, שיקולים מערכתיים-מוסדיים עשויים להצדיק במקרים אלה

¹⁵⁰ John C. Jeffries, *The Right-Remedy Gap in Constitutional Law*, 109 YALE L.J. 87, 105 (1999).

¹⁵¹ Fallon, לעיל ה"ש 59, בעמ' 379 ("Not all interests are equally important or fundamental").

¹⁵² יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** ט 39, 95 (2005).

¹⁵³ זאת בהתחשב בכך שבהשוואה לסעד של ציווי (לעיל), הסעד הכספי המנהלי הוא סעד חודרני פחות מבחינת השפעתו על שיקול הדעת של הרשות המנהלית. לכן, שיקולים מערכתיים שהצדיקו שלילה של סעד הציווי עשויים להיות בלתי-משכנעים לצורך שלילה של סעד מתון יותר מבחינת פגיעתו בשיקולים הללו.

¹⁵⁴ ע"ע" 1386/04 **המועצה הארצית לתכנון ובנייה נ' עמותת נאות ראש העין, ע"ר, פסי' 37** לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 20.5.2008).

¹⁵⁵ בג"ץ 161/80 **מלון סן טרופז בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד לד(4) 709, 711 (1980).

¹⁵⁶ ברק-ארז **אזרח-נתיין-צרכן**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 246 ("לא כל הפרה, אפילו היא חמורה, תביא לתוצאות של בטלות"); ברק-ארז "בטלות יחסית", לעיל ה"ש 130, בעמ' 312 ("בית-המשפט הפעיל את עקרון הבטלות היחסית דווקא כאשר ההפרה הייתה בעניינים מהותיים ביותר").

התגברות על השיקול של עוצמת ההפרה באופן המביא ל"יחסיות" הבטלות (קרי: שימור תוקף ההחלטה המנהלית), אך אין בהם כדי לשלול השלמה של מסקנה זו באמצעות הסעד הכספי המנהלי הדרוש לפי הרעיון של מידתיות הפגיעה בזכות המנהלית.

6. טרמינולוגיה: העילה המנהלית והסעד הכספי המנהלי

בסיום חלק זה מתבקשת הערה טרמינולוגית: המונח שבו השתמשה הפסיקה בשאלת הסעד הכספי במשפט המנהלי הוא "עילה מנהלית".¹⁵⁷ לפי הגישה המוצעת טרמינולוגיה זו אינה מדויקת: העילות המנהליות הן עילות הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי, וביחס אליהן הגישה המוצעת אינה משנה דבר. השימוש במונח "עילה מנהלית" נועד לכאורה להבהיר כי כשם שיש עילות תביעה אזרחיות (לסעדים כספיים) יש להכיר גם בעילת תביעה מנהלית (לסעדים כספיים). הלכה למעשה, הכרה בעילה כזו אינה דרושה. עילות הביקורת השיפוטית המנהלית קיימות; מה שדרוש הוא לחדד את היחס בין עילות הביקורת השיפוטית לבין הסעד המתאים בגין הפרתן, לאור מושג הזכות המנהלית. על פי הגישה המוצעת, עילות הביקורת השיפוטית שעוסקות בהגנה על אינטרסים מוגנים של הפרט הן עילות ביקורת שיפוטית המוצדקות מכוח רעיון הזכות המנהלית. הפרתן מקימה "עילה מנהלית" לתבוע סעד כלשהו – ציווי, פיצוי או סעד אחר. העילה המנהלית היא אפוא ההפרה של הזכות המנהלית.¹⁵⁸ עילה מנהלית זו עשויה להביא לפסיקת סעד כספי מנהלי, אך הדבר אינו הכרחי. לא דרושה כאן תורה של עילות אלא תורה של סעדים, שתבהיר את הנסיבות ההולמות את הסעד הכספי המנהלי בגין הפרה של הזכות המנהלית. בסעיף הקודם ביקשתי להציע שיקולים רלוונטיים לתורה כזו תוך כוונון הדוקטרינה השלטת במישור הסעדים במשפט המנהלי כיום – דוקטרינת הבטלות היחסית.

ככל שמתקיימות נסיבות שבהן יש עדיפות לסעד כספי על פני ציווי, כפי שהוצעו בהתבסס על רעיון הפגיעה המידתית בזכות המנהלית, יש הצדקה לסעד כספי מנהלי. הצדקתו נטועה בהפרה של מה שכינתי "הזכות המנהלית" ולא בהפרה של אמות-המידה של המשפט הפרטי. הסעד הכספי המנהלי איננו תלוי בעקרון האשם או בעקרונות אחרים של המשפט הפרטי; יש לו הצדקה ישירה בעיקרון שלפיו "ילך הסעד אחר הזכות" – ביחס לזכות המנהלית. זהו סעד כספי מנהלי ולא פיצוי חוזי, נזיקי או אחר (שהוא נגזרת של אמות-המידה של המשפט הפרטי). מובן, שעל שיטת המשפט לוודא כי הפרט התובע אינו זוכה בכפל פיצוי. לכך אדרש בהמשך המאמר.

7. השוני בין תכליות הדינים

בסעיף ב.3 לעיל טענתי, כזכור, כי הזכות המנהלית איננה חופפת במלואה את הזכות המשפטית של הפרט במשפט הפרטי משום שהיא מבוססת על תכליות אחרות. בסעיף זה אבקש להרחיב על אודות השוני בין תכליות הדינים.

¹⁵⁷ עניין מיגדה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 99-100.

¹⁵⁸ Sturm, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1389: "the possibility of deducing the remedy solely from the violation".

בפתח הדברים יוזכר כי ענייננו בזכות מנהלית ביחס לפעולה מנהלית מובהקת, קרי: כזו שאין לה מקבילה במשפט האזרחי. למעשה, היא נטולת רכיב אזרחי. בנסיבות שיש בהן רכיב אזרחי אפשר להצביע על חפיפה, ולו חלקית, בין הזכות המנהלית לבין זכות משפטית אחרת,¹⁵⁹ או לפחות על מסגרת אחידה לקביעה של היקף ההגנה על זכות זו – דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית. כך, למשל, זכותו של הפרט ביחס לחובות שלטוניות החלות על חוזים מנהליים איננה זכות מנהלית (כהגדרתה במאמר זה) משום שהחובה המנהלית היא בזיקה ליחסים חוזיים בין השלטון לפרט. להחלטה שלטונית המפרה את החוזה המנהלי שלא כדין יש מקבילה במשפט הפרטי באמצעות עילת תביעה חוזית. זאת, גם אם מידת ההגנה על האינטרס המוגן של הפרט "נחתכת" לבסוף, במישור הסעד, תוך התחשבות בזכויות-יתר שלטוניות המשקפות הגנה על אינטרסים ציבוריים כגון אלה המגולמים בהלכת ההשתחררות.

אשר לזכות המנהלית ביחס לפעולה מנהלית מובהקת, העמדה שזכתה לביטוי בפסיקה היא, כזכור, שהיא זכאית למעמד שווה-ערך כמו כל זכות משפטית אחרת. על בסיס עמדה זו אפשר לטעון כי "מסננות האחריות" של המשפט הפרטי מגבילות את פיתוח הסעד הכספי המנהלי בדיוק לאמות-המידה של המשפט הפרטי. לדעתי טענה זו אינה נכונה. בניגוד לגישת הפסיקה, יש הבדל בין זכות מנהלית (ביחס לפעולה מנהלית מובהקת) לבין זכות במשפט הפרטי ("זכות פרטית"). ההבדל נובע מכך שתכליות הדינים שונות.¹⁶⁰ אמות-המידה להגנה על זכות פרטית הן תוצר של תכליות המשפט הפרטי, המתאפייני ברציונלים ובשיקולי מדיניות הייחודיים לו.¹⁶¹ שיקולים אלה נבחנים לאור התכלית המרכזית הקלאסית של התדיינות אזרחית אדברסרית – הכרעה בסכסוך.¹⁶² מנקודת המבט של המשפט הפרטי, הם עשויים להצדיק פסיקת סעד כספי בגבולות מסוימים,¹⁶³ אך גבולות אלה אינם מחייבים את המשפט המנהלי, שבהתאם לגישה המוצעת המתמקד במושג הזכות המנהלית¹⁶⁴ ובאיזון שלה אל מול שיקולים אחרים.¹⁶⁵

¹⁵⁹ לחפיפה מלאה ראו: עניין **אבנעל**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 207-208.

¹⁶⁰ ע"א 9656/08 **מדינת ישראל נ' סעזי**, פס' 23 לפסק דינה של השופטת חיות וכן פסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 15.12.2011); ע"א 2906/01 **עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ**, פס' 42 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 25.5.2006); בג"ץ 9198/02 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סג(1) 352, פס' 20 לפסק דינה של השופטת נאור (2008); ע"א 2648/09 **גיל אימפורט בע"מ נ' מדינת ישראל אגף המכס והמע"מ**, פס' יח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.5.2011); ע"א 9313/08 **אופנברג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו**, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 7.9.2011). לשוני בין האינטרסים והערכים המובאים בחשבון במשפט הפרטי לעומת אלו המובאים בחשבון במשפט החוקתי ראו: אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 363, 409 (2012) (להלן: ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי").

¹⁶¹ דיון בשיקולי מדיניות אלה, המותאמים לתכליות המשפט הפרטי, חורג ממסגרת המאמר. למטרות דיני הנזיקין ראו: **גלעד** כרך א, לעיל ה"ש 61, בעמ' 224-51, 415-291; אריאל פורת **נזיקין** כרך א 85-23 (2013); Avihay, Dorfman, *What is the Point of the Tort Remedy*, 55 AM. J. JURIS. 105, 105-108 (2010).

¹⁶² J. A. Jolowicz, *Civil Litigation: What's It For?*, 67 CAMBRIDGE L.J 508 (2008).

¹⁶³ לטיפולוגיה המצמידה נסיבות הולמות לסעד כספי במשפט הפרטי להצדקות שונות ראו: Hanoch Dagan, *Remedies, Rights, and Properties*, 4 JOURNAL OF TORT LAW 1, 10-14 (2011).

¹⁶⁴ בלי לגרוע, כמובן, מהתחשבות מצטברת בתכליות נוספות של המשפט הציבורי כגון שמירה על שלטון החוק.

¹⁶⁵ Richard H. Fallon, Jr. and Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1792 (1991) (להלן: Fallon and Meltzer).

אמנם, שיקולי מדיניות שמתעוררים במשפט הפרטי (כגון צדק מתקן¹⁶⁶ והכוונת התנהגות והרתעה¹⁶⁷) עשויים להיות רלוונטיים גם למשפט המנהלי, אך מכך לא נובע כי אלה השיקולים הרלוונטיים היחידים או שמשקלם היחסי וחשיבותם צריכים להיות זהה במשפט המנהלי. ההבדל בין תכליות הדינים מחייב שינויים – "שינויים מחויבים" – במעבר מעילות התביעה במשפט הפרטי לעילות הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי, ובהתאמה גם במעבר מתורת הסעדים במשפט הפרטי (דיני התרופות) לתורת הסעדים המנהלית. לתנאים המקדימים להכרה באחריות במשפט הפרטי לא צריכה להיות "תחולה ישירה" במשפט המנהלי. התחולה שלהם היא רק "תחולה עקיפה". כשם שהדינים של המשפט הציבורי, כאשר הם מוזרמים למשפט הפרטי, עוברים שינויים מחויבים המרככים אותם¹⁶⁸ (לפי דוקטרינת התחולה העקיפה¹⁶⁹), כך הדינים העוסקים באחריות של רשויות ציבור במשפט הפרטי, כאשר הם מוזרמים למשפט המנהלי, עוברים שינויים מחויבים המרככים אותם. הריכוך מתחייב מהרציונלים הייחודיים למשפט המנהלי, שאותם ביקשתי להבנות במאמר זה סביב רעיון הזכות המנהלית. התכליות הן שונות ולכן גם ההצדקה לסעד הכספי וגם גבולותיו – שונים.¹⁷⁰

תובנה זו מסיעת להבין את הדין הקיים. כידוע, לא תמיד המסגרות הקיימות במשפט הפרטי מתאימות לקליטת נורמות של המשפט הציבורי, וכתוצאה מכך הן לא מעניקות לנורמות אלה את מידת ההגנה הדרושה מנקודת המבט של הזכות המנהלית. כך נוצר פער בין ההגנה שניתנת לזכות המנהלית בכלים של המשפט הפרטי לבין ההגנה שצריכה להינתן לה מנקודת המבט של המשפט הציבורי, שהיא רחבה יותר.¹⁷¹ כידוע, לא כל הפרה של נורמה של המשפט המנהלי עולה כדי רשלנות,¹⁷² גם אם מדובר בהפרה חמורה של נורמה מנהלית.¹⁷³ הכפפה של תורת הסעדים של המשפט המנהלי לגבולות האחריות במשפט הפרטי היא בעייתית מטעם נוסף: היא מזיקה לפיתוח

¹⁶⁶ ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, פס' 28 לפסק דינו של השופט אור (1999); שלו ואדר, לעיל ה"ש 126, בעמ' 22-23.

¹⁶⁷ ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167, 191 מול האות ב (2004).

¹⁶⁸ למשל, בהיעדר קביעה חקיקתית מפורשת ההלכה היא שהיקפו של עקרון השוויון במשפט הפרטי מצומצם יותר מאשר במשפט הציבורי. ראו דעת הרוב בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989); ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 160, בעמ' 389; ברק-ארוז אזהר-נתין-צרכן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 250-251.

¹⁶⁹ אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); דפנה ברק-ארוז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנויקין: המהפכה השקטה" קריית המשפט ח 11, 25 (התשס"ט).

¹⁷⁰ השוו בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 843 (1999) ("המשקל שיש לתת לשיקולים ולאיינטרסים השונים עשוי להשתנות בהתאם לתחום הרלוונטי (משפט פרטי או ציבורי) ובהתאם להקשר הספציפי. בהתאם לכך עשוי להשתנות גם האיזון הסופי"); דני"א 1595/06 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה, פס' 38 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 21.3.2013).

¹⁷¹ Steele, לעיל ה"ש 53, בעמ' 616-617. פער כזה, המותיר את הפרט נטול סעדים בנסיבות שבהן הרשות השלטונית הפרה את הזכות המנהלית, עלול להיחשב גם בלתי-חוקתי. פגיעה שלטונית המותירה את הפרט נטול סעדים עלולה להיות פגיעה שלא כדון בזכות החוקתית לכבוד האדם (השוו ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע, פס' 27-28 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 18.6.2014)) וייתכן שגם בזכות החוקתית לגישה לערכאות (השוו ע"א 6426/13 קבוצת עזריאלי בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פס' 10-11 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 25.8.2014)). מכאן הצורך "לאזן" בין עילות הסף במשפט המנהלי לבין הזכות החוקתית לגישה לערכאות (עע"ם 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 28.12.2014)).

¹⁷² ע"א 9173/11 יעל"א השקעות בנכסים נ' עיריית ירושלים, פס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2013.9.18); ע"א 4371/13 לסרי נ' משטרת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 14.12.2014); ברק-ארוז כלכלי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 413.

¹⁷³ רע"א 3675/09 מדינת ישראל – משרד הבטחון נ' דאוד, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 11.8.2011).

המשפט המנהלי עצמו. כך, למשל, התפיסה שלפיה הפרה של דיני המכרזים מהווה הפרה של חובת תום הלב במשפט הפרטי יצרה עיוות של הנורמה המנהלית המקורית. לא כל הפרה של דיני המכרזים נעשית בחוסר תום לב במובן החוזי, ורק חלק מהכללים של דיני המכרזים ניתנים להסבר על ידי תפיסות של המשפט הפרטי.¹⁷⁴ הנזק כאן הוא הדדי: הלחץ המתמיד להרחבת גבולות האחריות בנוזיקין, הנתקל בביקורת מצד מלומדים של דיני הנוזיקין, הוא במידה רבה תוצר של אותו חסר הקיים בסעד כספי מנהלי במישור המשפט המנהלי.¹⁷⁵

הדיון במאמר בסוגיית השוני בין תכליות הדינים לא בא למצות את הסוגיה המורכבת של הגבול בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי.¹⁷⁶ במישור התאורטי, עצם הקיום של גבול כזה שנוי במחלוקת: יש הטוענים להיעדרו¹⁷⁸ ויש הטוענים לצורך לסרטטו מחדש.¹⁷⁹ המאמר מניח כנקודת מוצא את העמדה של המשפט הפוזיטיבי הישראלי, שלפיו הבחנה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי היא מקובלת¹⁸⁰ ואף מחודדת לאור ייחוד השיפוט בעניינים מנהליים לערכאות המנהליות בראשות בג"ץ.

8. סיכום ודוגמה

אבקש לתמצת את הדרך עד כה. הזכות המנהלית עניינה הגנה על נורמות של המשפט המנהלי שמושאן הוא פרט ספציפי או קבוצה קטנה. היא אינה עוסקת בהגנה על נורמות שעניינן שלטון החוק (במובן של הגנה על הציבור הרחב בכללותו), שנראה כי ציווי יהיה סעד הולם יותר במקרה של הפרתן (ראו צומת הכרעה מס' 1). הזכות המנהלית איננה חלה ביחס לנורמות מנהליות המשקפות זכות חוקתית (שביחס אליה חלה דוקטרינת העוולות החוקתיות; ראו צומת הכרעה מס' 2). הסעד הכספי המנהלי ייבחן אך ורק ביחס לזכות מנהלית זו. בעבר חיזק בג"ץ את האינטרסים הציבוריים שבבסיס המשפט המנהלי באמצעים שנועדו להקל על החסמים בדרך להגשמת הזכות המנהלית, כגון הגמשת עילות הסף. המהלך המוצע ביחס לסעד הכספי המנהלי הוא מהלך משלים מהצד השני, המבקש להרחיב את הסעדים הדרושים לחיזוק האינטרסים הפרטיים שבבסיס הזכות המנהלית.

לאורך הדיון בהצדקת הסעד הכספי המנהלי התייחסתי למאפיינים היוצרים גבולות לפסיקת הסעד הכספי המנהלי, וזאת טרם הדיון בטענות הנגד שיערך בסעיף הבא. זה המקום להביא רישום תמציתי של הדברים. הנטל להוכחת הדרישות הבאות מוטל על הפרט:

¹⁷⁴ דקל, לעיל ה"ש 30, בעמ' 276.

¹⁷⁵ ברק-ארז כלכלי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 390.

¹⁷⁶ Yoav Dotan, *The "Public", the "Private", and the Legal Norm of Equality*, 20 CAN. J. L. & SOC'Y. 207, 209 (2005); Hila Shamir, *The Public/Private Distinction Now: The Challenges of Privatization and of the Regulatory State*, 15 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 1 (2014).

¹⁷⁷ מיכאל בירנהק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט טכנולוגיה** 28-29 (התשע"א).

¹⁷⁸ ראם שגב "פרטיות – משמעותה וחשיבותה" **פרטיות בעידן של שינוי** 25 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2012).

¹⁷⁹ יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" **דין ודברים** ו' 17 (2011); Steele, לעיל ה"ש 53, בעמ' 629-630.

¹⁸⁰ דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" **משפט וממשל** ה' 95, 95 (1999).

א. קיום של "זכות מנהלית":

1. הזכות המנהלית קיימת ביחס **לנרמנות של המשפט המנהלי המכוונות בעיקר להגן על פרטים** ולא על הציבור הרחב (שיקול "הזכאות").

2. הזכות המנהלית משקפת אינטרס מוגן של הפרט (להבדיל מאינטרס ציבורי) אך איננה זכות חוקתית.

ב. ההחלטה השלטונית שהפרה את הזכות המנהלית היא **החלטה שלטונית מובהקת** (להבדיל מהחלטה שלטונית שיש לה מקבילה במשפט הפרטי בנסיבות של דואליות נורמטיבית).

ג. על הפרט להוכיח כי ההחלטה השלטונית האמורה מהווה **הפרה** של נורמה מנהלית רלוונטית (החלטה שלטונית שלא כדין).

ד. יש **נזק כספי אקטואלי**.

ה. הנזק הנ"ל **ייחודי** לפרט. תנאי זה עשוי להתקיים גם אצל **קבוצה קטנה** של עותרים, אך לא כזו השקולה לקבוצה שעשויה להגיש תובענה ייצוגית מנהלית או לציבור רחב (לרבות הציבור הרחב כולו) שאין לו נזק ייחודי (שיקול ייחודיות הנזק בזיקה לגודל הקבוצה).

ו. הנזק הנ"ל נגרם **כתוצאה** מההחלטה המנהלית (שיקול הקשר הסיבתי המנהלי).

ז. הסעד הכספי המנהלי כפוף ל**רעיון הפגיעה המידתית בזכות המנהלית**. הענקתו צריכה לשקף פגיעה מידתית יותר בזכות המנהלית בהשוואה לחלופה של הימנעות מציווי בלבד, תוך מתן מענה סביר לאינטרסים הציבוריים המערכתיים-מוסדיים שהצדיקו את ההימנעות מציווי.

כפי שאפשר להתרשם, גבולות אלה נבדלים מגבולות האחריות של המשפט הפרטי והם עשויים להביא לתוצאה שונה מזו המתקבלת במשפט הפרטי. גבולות אלה הם "מסננות האחריות" של המשפט המנהלי. מדובר בגבולות צרים אך ניתנים להשגה; אבקש להמחיש זאת בדוגמה. נניח שהחלטה של מוסד תכנון ובנייה התקבלה מתוך ניגוד עניינים, אך בית המשפט הגיע למסקנה שאין להורות על ביטול ההחלטה.¹⁸¹ העותרים אינם טוענים לנזק לציבור הרחב כגון נזק של פגיעה באיכות הסביבה, אלא לנזק ישיר הנגרם להם כגון שינוי מצב לרעה עקב ההחלטה (למשל, משום שההחלטה ביטלה החלטה קודמת שהעניקה לעותרים אחוזי בנייה). עוד נניח כי ניגוד העניינים לא עלה כדי רשלנות והוא לא מבסס עילת תביעה אזרחית אחרת. האם יש הצדקה לפסיקת סעד כספי מנהלי בנסיבות אלה?

¹⁸¹ השוו לנסיבות בג"ץ 9485/08 עזרא נ' ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים (ולנת"ע), פס' 19-21 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 30.1.2012). העותרים לא ביקשו סעד כספי (שם, פס' 7-8 לפסק הדין).

התשובה תלויה בכמה שיקולים שאליהם התייחסתי לעיל. מאחר שהייתה הפרה של נורמה של המשפט המנהלי נראה שיש הצדקה לכאורית לסעד כלשהו. הסעד עשוי להיות ציווי (המורה לרשות המנהלית לפעול בדרך מסוימת) או פסיקת סעד כספי מנהלי לתיקון הנזק שנגרם לעותרים בגין הפרת הזכות. גם אם ישלול בית המשפט את סעד הציווי מטעמים של בטלות יחסית, לא מתבקשת מכך בהכרח שלילה של הסעד הכספי המנהלי. לעת הזו הדין הקיים אינו מכיר בתובענה ייצוגית מנהלית בנסיבות אלה; הוא מכיר רק בתביעת השבה בגין גבייה שלא כדין, שלא בוצעה כאן. אשר למסלול של סעד כספי מנהלי בבג"ץ, נראה כי ככל שמדובר בקבוצה גדולה של תובעים, יביאו השיקולים בדבר עתירה קיבוצית והקושי להצביע על נזק אקטואלי וייחודי לפרט לדחיית הבקשה לסעד כספי מנהלי.¹⁸² בהנחה שמדובר בקבוצה קטנה יותר, מסדר גודל ההולם תובענה מנהלית ייצוגית, תנאי מקדמי לפסיקת הסעד הכספי המנהלי הוא הוכחה שהנורמה המנהלית בדבר איסור על ניגוד עניינים נועדה להעניק להם – ולא לציבור הרחב – זכאות. ככל שתנאי זה הוכח, והוכח גם נזק אקטואלי וייחודי לפרט או לקבוצה, שנגרם כתוצאה מהפרת הנורמה האמורה – נפתחת הדרך לפסיקת סעד כספי מנהלי. בשלב זה יש להוכיח דבר מה נוסף, כאמור, בהתאם לרעיון הפגיעה המידתית בזכות המנהלית. הסעד הכספי המנהלי יהא מוצדק ובלבד שהוא משקף פגיעה מידתית יותר בזכות המנהלית בהשוואה לחלופה של הימנעות מציווי, תוך מתן מענה סביר לאינטרסים הציבוריים המערכתיים שהצדיקו את ההימנעות מציווי. ככל שהקבוצה גדולה יותר והיקף הנזקים מההחלטה השלטונית שאפשר ליחס להפרת הנורמה הוא רחב יותר, השיקולים הציבוריים האמורים גוברים והם עשויים להוביל גם לשלילת הסעד הכספי המנהלי. כזכור, שיקולים אלה מבססים גם את הגבלת האחריות של רשויות הציבור בתביעות כספיות בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות. המקרה המתאים אפוא לפסיקת סעד כספי מנהלי בנסיבות אלה הוא יוצא-דופן, אך עדיין אפשרי ככל שמדובר בפרט ספציפי או בקבוצה קטנה היכולה להוכיח נזק אקטואלי וייחודי, תוך מתן מענה סביר לאינטרסים הציבוריים האמורים. פסיקת סעד כספי מנהלי בשיעור מופחת, המביא בחשבון שיקולים תקציביים של הרשות המנהלית,¹⁸³ עשויה לקיים את הדרישה למידתיות. הפחתה כזו מעוגנת בשיקול הדעת הרחב של בג"ץ לפסוק סעד מן הצדק באופן שאיננו חופף בהכרח את מלוא היקפה של הזכות המנהלית.

ג. טעמים נגד הכרה בסעד כספי מנהלי

בחלק הקודם הצגתי את הצדקת הסעד הכספי המנהלי ואת גבולותיו. הגישה המוצעת מעוררת שורה של שאלות שעמן אבקש להתמודד בחלק זה. תחילה אדון בטענות-נגד עקרוניות: חשש מפני עקיפת דיני הנזיקין, חשש מפני כפל פיצוי, חשש מפני הרעת-יתר של רשויות ציבור והחשש הנלווה מפני פגיעה בקופת הציבור. לאחר מכן אבקש לבחון אם ההסדר החקיקתי הקיים בסוגיית התובענה המנהלית מקים טעם נוסף לשלילת הגישה המוצעת.

¹⁸² Sturm, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1361, ה"ש 18.

¹⁸³ בדומה ליישום של רעיון "הגנת התקציב" של הרשות המנהלית בדיני עשיית עושר. ראו: עניין **עיריית ירושלים**, לעיל ה"ש 85, פס' 47-50 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם: שם, פס' 44 (קביעה שאפשר להתחשב בשיקולים שבבסיס רעיון הגנת התקציב ביישום דוקטרינת הבטלות היחסית).

1. עקיפת הגבולות של דיני הנזיקין

טענת-נגד בדבר עקיפת הגבולות של דיני הנזיקין מחייבת התייחסות לשתי העוולות העיקריות המוכרות בתביעה נזיקית רגילה נגד רשויות ציבור: עוולת הרשלנות ובמידה פחותה (אם בכלל; ראו להלן) העוולה של הפרת חובה חקוקה. ההתמקדות שלי בגבולות דיני הנזיקין ולא בגבולות של דינים אחרים במשפט הפרטי נובעת מכך שדיני הנזיקין הם הדינים העיקריים¹⁸⁴ במשפט הפרטי המתאימים לחול על פעולות שלטוניות מובהקות כהגדרתן במאמר זה, באופן הגוזר את גבולות האחריות ביחס לפעולות אלה משיקולים שהם בעיקר שיקולים של המשפט הפרטי.¹⁸⁵

(א) עוולת הרשלנות

הביקורת העיקרית על הגישה המוצעת היא שמדובר בפריצה של גבולות האחריות שפותרו במשך שנים בדיני הנזיקין של רשויות ציבור.¹⁸⁶ היא עלולה ליצור "מסלול עוקף" לדיני האחריות המוכרים בתביעה אזרחית רגילה ובכך לגרור חוסר-ודאות. העקיפה איננה רק של ההלכות שגובשו בעניין אלא גם של החסינות הקבועה בסעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), שלפיה אחריות המדינה תקום רק ברשלנות.

טענת-נגד זו, אף שהיא מתבקשת וכבדת-משקל, לא מעניקה משקל מספק לשוני בין תכליות הדינים שעליו עמדתי לעיל. כך, למשל, אחד הטעמים העיקריים להגבלת האחריות של רשויות הציבור בנזיקין הוא הטענה בדבר הנחיתות המוסדית של הערכאות האזרחיות בהטלת אחריות על רשויות ציבור, אחריות השקולה לביקורת שיפוטית.¹⁸⁷ שיקול זה כמובן איננו תקף לגבי הסעד הכספי המנהלי שלפי המודל המוצע ייפסק בבג"ץ. אשר לטענה שהגישה המוצעת עלולה ליצור בפועל מסלול עוקף על ידי יצירת אמת-מידה חדשה לאחריות המתבססת על הפרה של נורמה מנהלית, התשובה היא, בעקשנות מה, שלא מדובר ברף של "אחריות" ולכן לא מדובר בעקיפה. ההסדרה הפסיקתית – כמו גם החקיקתית – של גבולות אחריות המדינה בנזיקין היא הסדרה של גבולות האחריות במשפט הפרטי; היא איננה הסדרה של עילות הביקורת השיפוטית במשפט הציבורי והסעדים בגינן. היא אינה יכולה לשלול את סמכות בג"ץ – סמכות בעלת מעמד חוקתי¹⁸⁸ – לפסוק סעד מן הצדק ולפתח את דוקטרינת הבטלות היחסית כחלק ממשפט מקובל מנהלי. אמת, שיקולים של אחידות וקוהרנטיות בשיטת המשפט עשויים להצדיק ריסון שיפוטי בפסיקת הסעד הכספי המנהלי, אך הם אינם שוללים את שיקול הדעת השיפוטי להענקתו, שמקורו בסמכות שהוכרה כבר בשנות השבעים כשבג"ץ היה מודע כמובן לקיומו של סעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה). בסופו של דבר, גם אם טענה-תשובה זו אינה משכנעת, אין מנוס מתשובה נוספת: כל הרעיון של הסעד הכספי המנהלי המוצע הוא לענות על פער, או חסר,

¹⁸⁴ דיני הקניין חלים גם הם על פעולות שלטוניות מובהקות. הדוגמה הפרדיגמטית היא כמובן הפקעה: פעולה שלטונית המקיימת את דיני ההפקעות – המחייבים תכלית ציבורית ופיצוי – היא פעולה כדין, ולכן היא אינה מעוררת את הסוגיה של סעד כספי מנהלי, שכהגדרתו במאמר זה עוסק בפעולה שלטונית שלא כדין.

¹⁸⁵ גלעד כרך ב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1027.

¹⁸⁶ לפירוט הטעמים השונים להגבלת האחריות של רשויות ציבור בנזיקין ראו: שם, בעמ' 1040-1057.

¹⁸⁷ שם, בעמ' 1043.

¹⁸⁸ ס' 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. ראו גם בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לזכויות בוגר" נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 102, 107 (2003).

הקיים במידת ההגנה של שיטת המשפט בכללותה על הזכות המנהלית. דהיינו, להכיר באפשרות להעניק סעד כספי (מנהלי) בדיוק באותן נסיבות שבהן המשפט הפרטי לא מעניק סעד, ובלבד שמתקיימות כמובן ההצדקות העקרוניות לפסיקת סעד כזה – רעיון הזכות המנהלית והשוני בין תכליות הדינים. החשש מעקיפת הגבולות התרופתיים שהוכרו בחקיקה איננו מונע בהכרח הכרה פסיקתית בתרופות חדשות כשהמענה התרופתי הקיים איננו הולם.¹⁸⁹

תשובה נוספת עניינה בגבולות שהוצעו במאמר זה: גם אם נאמר כי הגישה המוצעת אינה מכבדת את גבולות דיני הנזיקין (ולכך, כאמור, יש טעם טוב נוכח השוני בין תכליות הדינים), הרי שאין להסיק מכך שהיא נטולת גבולות. הגישה המוצעת תחומה למידות ההגנה על הזכות המנהלית (כהגדרתה לעיל בהתאם לשני צומתי ההכרעה), וכפי שהוצע היא כוללת "מסננות אחריות" שנועדו להבטיח כי הענקת הסעד הכספי המנהלי תהיה מרוסנת. אלו כזכור המגבלות הרבות שפורטו בפרק הקודם. אמנם מגבלות אלה אינן חופפות את המגבלות של דיני הנזיקין, אך הן עשויות להבטיח ריסון שיפוטי רב באופן שמקטין את החשש מיצירת מסלול עוקף.

חשוב להבהיר כי לפי הדין הקיים דיני הנזיקין חלים, כאמור, גם ביחס לפעולות שלטוניות מובהקות. הגישה המוצעת אינה באה לגרוע מכך. ביחס לכל פעולה שלטונית מובהקת יחולו בו-זמנית הן דיני הנזיקין והן הגישה המוצעת ביחס לסעד כספי מנהלי. נקודת המוצא של המאמר היא שהפעולה השלטונית המובהקת אינה עולה כדי רשלנות וכי לעותר אין סעד במשפט הפרטי. בנסיבות אלה, התחולה המקבילה של המודל המוצע ושל דיני הנזיקין עשויה בכל זאת להביא לפסיקת סעד כספי מנהלי, וזאת בגין ההצדקה הנפרדת בדבר הפרת הזכות המנהלית. נוכח השוני בתכליות הדינים אין קושי במסקנה זו. העיצוב המדוקדק של גבולות הסעד הכספי המנהלי, כפי שהוצע לעיל, מבטיח כי לא יהא זה מסלול עוקף שיאיים על הניתוב של רוב המקרים לגבולות המוכרים של דיני הנזיקין. קשה לקבוע מראש כי הדבר יביא לפריצת גבולות האחריות. הדבר תלוי במידה רבה באופן יישומן של "מסננות האחריות" של הסעד הכספי המנהלי. על פני הדברים, בחינת מסננות אלה מלמדת כי לא מדובר בהכרח בהיקף רחב יותר של סעד כספי בהשוואה לדיני הנזיקין.

(ב) עוולת הפרת חובה חקוקה

טענת-נגד מרכזית נוספת היא שדיני הנזיקין בכל זאת עשויים לתת מענה הולם להפרה של נורמות המשפט המנהלי באמצעות תביעה אזרחית רגילה בעילה של "הפרת חובה חקוקה".¹⁹⁰ טענה זו שונה מטענת-הנגד הקודמת: היא גורסת שהגישה המוצעת מיותרת, משום שבמקום לפנות לפיתוח שיפוטי של סעד כספי מנהלי בבג"ץ אפשר, בפשטות, ללכת במתווה הסטטוטורי החרוש של הפרת חובה חקוקה. לפי טענה זו, נורמות המשפט המנהלי נחשבות ל"חובה חקוקה" – והנה כבמטה-קסם, הפרה של נורמות המשפט המנהלי תזכה למלוא קשת הסעדים הכספיים של דיני הנזיקין.

¹⁸⁹ השוו עניין צוריאל, לעיל ה"ש 69, פס' 4-5 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

¹⁹⁰ לתנאי עוולה זו ראו רע"א 5379/95 "סהר" חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נא(4) 464, 474 (1997).

הקושי בטענת-נגד זו הוא שהתפיסה המקובלת דוחה את התזה שלפיה נורמות של המשפט המנהלי הקבועות בחקיקה¹⁹¹ או בפסיקה¹⁹² הן "חיקוקים" במובן של סעיף 63 לפקודת הניזקין. התפיסה המקובלת היא שהנורמות המנהליות מכוונות לטובת הציבור הרחב ולא כלפי פרטים מסוימים.¹⁹³ כאשר הוטלה אחריות בגין עוולה זו על רשויות ציבור היא הייתה במהותה "מבוססת-אשמה" ו"היה אפשר להטילה גם בעוולת הרשלנות".¹⁹⁴

תשובה זו מעוררת לכאורה קושי חדש. האין העובדה שדיני הניזקין שוללים סעד כספי בגין הפרת חובה חקוקה לנוכח התפיסה המקובלת, שוללת את האפשרות שהמשפט המנהלי יכיר בסעד כספי כזה? לדעתי – לא בהכרח. כפי שכתבתי לעיל בקשר לעקיפת הגבולות של עוולת הרשלנות, לדינים יש תכליות שונות ולכן אפשר להגיע למסקנה שונה מנקודת המבט של המשפט המנהלי. שלילת הסעד הכספי בגין הפרת חובה חקוקה בהקשר של רשויות מנהליות מתבססת במידה רבה על סעיף 3 לחוק אחריות המדינה.¹⁹⁵ כפי שהוסבר לעיל, סעיף זה, המגביל את אחריות המדינה בניזקין לעוולת הרשלנות בלבד, אינו שולל את פוטנציאל הפיתוח של הסעד הכספי המנהלי שבשיקול דעת בג"ץ. כשם שאין לראות בפסיקת סעד כספי מנהלי עקיפה של סעיף 3 האמור לצורך גבולות עוולת הרשלנות, אין לראות בו עקיפה של ההלכה, המתבססת על סעיף זה, לצורך גבולות העוולה של הפרת חובה חקוקה.

מובן כי שינוי של התפיסה המקובלת, באופן המפרש חלק מהנורמות של המשפט המנהלי מכוונות לטובת פרטים ולא לטובת הכלל, עשוי לפתוח פתח ליישום רחב יותר של עוולת הפרת חובה חקוקה.¹⁹⁶ מהלך כזה אכן עשוי ליתר חלק מהגישה המוצעת. מבחינתי אין בכך קושי: הדבר החשוב הוא חיזוק ההגנה על הזכות המנהלית, שהיא ההצדקה העקרונית לסעד הכספי המוצע; השאלה אם הדבר ייעשה באמצעי דוקטרינרי של דיני הניזקין או באמצעות פיתוח דוקטרינה נפרדת של הסעד הכספי המנהלי היא משנית.

2. כפל פיצוי

מן המענה שהצעתי לטענת-הנגד העקרונית בדבר עקיפה של גבולות האחריות בניזקין אפשר לגזור טענת-נגד נוספת. כזכור, טענתי שיש מסלול מקביל אך לא עוקף: אין מניעה להגיש תביעה אזרחית רגילה בגין רשלנות לפי אמות-המידה של המשפט הפרטי בערכאה אזרחית, ובצדה, ביחס לאותן נסיבות, להגיש עתירה לסעד כספי מנהלי בבג"ץ. מתעורר לכאורה חשש מפני כפל פיצוי.

¹⁹¹ בג"ץ 535/88 קסקס נ' ראש עיריית לוד, פ"ד מג(4) 453, 458-457, 459 (1989). הוא הדין לגבי נורמות של המשפט החוקתי: ראו ע"א 10508/08 דור זהב חברה לקבלנות בנין והשקעות בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה, פס' 54 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 4.2.2010) שם נפסק כי חוקי היסוד בעניין זכויות האדם אינם בסיס לתביעה נזיקית בגין הפרת חובה חקוקה.

¹⁹² ענין לוי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 90.

¹⁹³ גלעד כרך ב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1063-1064.

¹⁹⁴ שם, בעמ' 1238. ראו, לדוגמה, תא"מ (שלום כ"ס) 29187-05-12 לב נ' מדינת ישראל המשרד לשרותי דת, פס' 24 לפסק דינו של השופט קרשן (פורסם בנבו, 4.9.2014).

¹⁹⁵ ענין לוי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 90.

¹⁹⁶ למשל ת"א (מחוז חי') 653/02 ח. יעקבי בניה והשקעות נ' עיריית חדרה, פס' 34 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 31.10.2005) ("ייתכן כי הפרה של חובה ספציפית, כמו החובה ליתן היתר בנייה, עשויה להצמיח עילת תביעה כנגד ועדה לתכנון ובנייה, אם מכוח עוולת הרשלנות ואם מכוח הפרת חובה חקוקה").

התשובה לטענה זו היא שמבחינת הדין הכללי במשפט הישראלי, אין מניעה עקרונית להכיר בעילות תביעה שונות ובלבד שלא יינתן כפל פיצוי.¹⁹⁷ אכן, כפי שכתבה בצדק ברק-ארז:

אין מניעה לבסס תביעה על יותר מעילה אחת. כשם שמסכת עובדתית אחת יכולה לשמש בסיס לאחריות על-פי יותר מעוולה אחת בפקודת הנזיקין, כך גם יכולה אותה מסכת עובדתית לשמש בסיס לאחריות הן על-פי עוולה מפקודת הנזיקין (כגון רשלנות) והן על-פי עילת תביעה מן המשפט הציבורי, בכפוף לכך שהניזוק לא יפוצה בשיעור העולה על נזקו.¹⁹⁸

השאלה היא כמובן כיצד להימנע מכפל פיצוי. דומה כי בענייננו התשובה פשוטה: הנסיבות שבהן מתעוררת הצדקה לפסיקת סעד כספי מנהלי – הפרת נורמה של המשפט המנהלי ביחס לפעולה מנהלית מובהקת – הן לרוב נסיבות שממילא אין כמותן במשפט הפרטי ולכן מלכתחילה לא מתעוררת עילה מן המשפט הפרטי (או שהפיצוי הקבוע בה הוא אפס לאור גבולות דיני הנזיקין). לכן, החשש האמתי איננו מפני כפל פיצוי אלא מעקיפת הגבולות של דיני הנזיקין, ולכך כבר התייחסתי.

3. הרתעה והרתעת-יתר

לפי טענת-נגד אפשרית נוספת, גם אם פסיקת סעד כספי מנהלי איננה בלתי-לגיטימית מטעמים של עקיפת גבולות דיני הנזיקין, היא עלולה להביא בפועל לפסיקת סעד במצבים שבהם לא ניתן סעד במשפט הפרטי והדבר עלול להביא להרתעת-יתר של הרשות המנהלית.

חשוב להבחין כאן בין הרתעה אופטימלית להרתעת-יתר. בכל הנוגע להרתעה אופטימלית, מדובר בשיקול התומך בגישה המוצעת. מנקודת המבט של הפרט, התכלית של הסעד הכספי המנהלי היא כאמור לתקן את הנזק שנגרם לו כתוצאה מן הפגיעה שלא כדין בזכות המנהלית; ואילו מנקודת המבט הציבורית, הסעד הכספי המנהלי עשוי להגשים מטרה נוספת – הרתעה אופטימלית של הרשות המנהלית מפני החלטות הפוגעות שלא כדין בזכות המנהלית.¹⁹⁹ הסעד הכספי המנהלי עשוי להביא להפנמת הנזק בגין הפעולה שלא כדין על ידי הרשות המנהלית ולתרום לצמצום הפרות של נורמות המשפט המנהלי. הדיון בתכלית נוספת של הרתעה – בצד התכלית של חיזוק ההגנה על הזכות המנהלית – חורג ממסגרת המאמר. אינני טוען כי שיקול ההרתעה אינו לגיטימי אלא שהוא איננו עומד בבסיס הרעיוני של הגישה המוצעת. הרעיון של הזכות המנהלית מכוון בעיקרו להגנה על האינטרס האישי המוגן של הפרט, והגשמת מטרות

¹⁹⁷ עניין **אבנעל**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 204.

¹⁹⁸ ברק-ארז **כלכלי**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 420.

¹⁹⁹ Fallon and Meltzer, לעיל ה"ש 165, בעמ' 1788-1789.

אחרות (ציבוריות וחברתיות) היא תכלית משנית. ככל שמדובר בהרתעה אופטימלית, השיקולים אינם מוציאים זה את זה משום שאפשר לתקן את הנזק שנגרם לפרט ובה בעת לנסות לכוון את התנהגות הרשות. הדיון להלן יתמקד בחשש מפני גלישה מהרתעה אופטימלית להרתעת-יתר באופן שעלול להיהפך משיקול תומך לשיקול נגד סעד כספי, בין שהצדקתו נעוצה ברעיון של הזכות המנהלית (כפי שאני מציע) ובין שהיא נעוצה בשיקול אחר (כגון הרתעה אופטימלית).

אשר להרתעת-יתר: אכן, אל מול תכלית החיזוק של ההגנה על הזכות המנהלית ניצב החשש מפני הרתעת-יתר. אפשר לומר כי ב"איזון" זה יד השיקול הערכי בדבר הזכות המנהלית על העליונה, בהתחשב בגישה העקרונית הראויה בעיני שלפיה שיקולים כלכליים אינם מכריעים כשאל מולם ניצב שיקול ערכי.²⁰⁰ אולם, בשאלת ה"איזון" האמור עשויות להיות גישות עקרוניות אחרות ואיני מבקש לבסס עמדתי רק על הכרעה כזו. במקום זאת אבקש להסב את תשומת-הלב למחקרים שנעשו בנושא, שלפיהם גם מנקודת המבט של הניתוח הכלכלי הטהור, מידת ההרתעה של רשויות מנהליות על ידי סעדים כספיים אינה עולה בהכרח כדי הרתעת-יתר, ולעתים אף אינה עולה כדי הרתעה כלל.²⁰¹ כך או כך, מידת ההרתעה שנויה במחלוקת ומחייבת בחינה אמפירית שאינני מתיימר לערוך כאן.²⁰² שורה של מחקרים מעלה ספק שמא הרשות המנהלית פועלת רק – או בעיקר – על בסיס תמריצים כספיים ביחס להתנהגות בעבר (להבדיל מצו המכוון כלפי עתיד²⁰³). במקרים רבים היא פועלת על בסיס תמריצים אחרים כגון תמריצים של טובת הציבור²⁰⁴ ומשיקולים תדמיתיים²⁰⁵ או פוליטיים.²⁰⁶

בהנחה שהסעד הכספי המנהלי מרתיע באופן כלשהו את הרשות המנהלית²⁰⁷ אפשר לחזור לשיקול הערכי, שאין לוותר עליו מהר מדי. בהחלט אפשר לטעון כי התיוג כהרתעת-יתר איננו אלא עמדה ערכית שלפיה מידת ההרתעה אינה ראויה בהתחשב בשיקולים שונים. זהו ויכוח ערכי. אפשר לומר שלא מדובר בהרתעת-יתר אלא בהרתעה ראויה, כזו שנותנת משקל ראוי לתכלית של שיפור ההגנה על הזכות המנהלית באמצעות הרחבת קשת הסעדים שניתן לפסוק עקב הפרת נורמות מנהליות. לפי גישה זו יש לחזק את התכלית העיקרית בדבר ההגנה על הזכות המנהלית – גם אם היא מושגת במחיר של מינון "יתר" של התכלית המשנית (הרתעה).

²⁰⁰ לגישה זו ראו: ברק מדינה "משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565, 635 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012). הגישה של המשפט הישראלי, כפי שהיא משתקפת בע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004), היא שהשיקול הערכי והשיקול הכלכלי נבחנים יחדיו תוך הדגשה ש"האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי" (שם, בעמ' 511).

²⁰¹ לדיון ביקורת בשיקול ההרתעה בהקשר של תביעות השבה נגד רשות ראו: אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגביה לא חוקית" משפטים לח 445, 470-469 (2008).

²⁰² PETER H. SCHUCK, Suing Government (1983).

²⁰³ McLay, לעיל ה"ש 10, בעמ' 404-408.

²⁰⁴ חמדני וקלמנט, לעיל ה"ש 201, בעמ' 469.

²⁰⁵ ברק-ארז כלכלי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 393, ה"ש 15.

²⁰⁶ לדיון בשאלות אלה מנקודת המבט של סעדים בגין הפרה של זכויות חוקתיות ראו: Daryl J. Levinson, *Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs* 67 U. CHI. L. REV. 345 (2000); וגם Sturm, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1378, ה"ש 126.

²⁰⁷ המאמר אינו עוסק בהרתעה אישית של עובדי ציבור. לסוגיה זו ראו בג"ץ 4284/08 קלפנר נ' חברת דואר ישראל בע"מ, פ"ד סג(3) 766, פסי לז-לט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2010); ע"א 1649/09 פלקסר נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פסי' 23 ו-37 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 11.8.2014).

יתרה מזו ועיקר: "מסננות האחריות" שהוצעו לעיל באשר לנסיבות פסיקת הסעד הכספי המנהלי מחלישות את החשש מפני הרתעת יתר. אחת החשובות שבהן היא, כזכור, להגביל את הסעד הכספי המנהלי לנסיבות שבהן דרישתו מועלית על ידי פרט ספציפי או קבוצה קטנה. ייחוד הסעד הכספי לגורמים אלה, ולא לציבור רחב או לציבור הרחב בכללותו, מחליש את עצמת שיקול ההרתעה בכלל ואת החשש מפני הרתעת-יתר בפרט. ככל שנוותר חשש מפני הרתעת-יתר אפשר להתמודד עמו בקביעת שיעור הסעד הכספי. אני סבור כי מדובר בשיקול-נגד הפועל בעיקר במישור של היקף הסעד הכספי ולא במישור הצדקתו העקרונית.²⁰⁸ אל נוכח רעיון מידתיות הסעד הכספי (לעיל), על בית המשפט לתת מענה סביר לאינטרסים המערכתיים-מוסדיים שהצדיקו מלכתחילה את ההימנעות מציווי, כך שבשורה התחתונה שיעור הסעד הכספי עשוי להיות מופחת.²⁰⁹

אפשר לענות גם על השיקול הנלווה על פי רוב לטענה בדבר הרתעת-יתר – שיקול ההצפה. ככל שעד חדש, גם יצירתו של סעד כספי מנהלי עשויה להביא לעלייה בכמות ההתדיינויות המנהליות. שיטת המשפט הישראלית דחתה טענות הצפה בהקשרים אחרים, ונראה שעמדה זו רלוונטית גם כאן.²¹⁰

4. פסיקת הסעד הכספי המנהלי באה על חשבון קופת הציבור

טענת-נגד נוספת מעלה את השאלה אם ראוי להשתמש בכספי הציבור – שכידוע המנהל מחזיק בהם כנאמן²¹¹ – כדי לשלם לפרט בגין הפגיעה בו שלא כדין. פסיקת סעד כספי מנהלי מקופת הרשות המנהלית מצמצמת כמובן את תקציבה, שנועד להגשים תכליות ראויות לטובת הציבור הרחב.²¹² הגשמת תכלית ראויה אחת (חיזוק ההגנה על הזכות המנהלית) מושגת במחיר פגיעה בהגשמת תכלית ראויה אחרת, כפי שנקבעה על ידי הרשות המנהלית.

טענה זו אינה משכנעת. אם לוקחים טענת-נגד זו ברצינות, היא שוללת את כל מתווי הסעד הכספי נגד רשויות ציבור בשיטת המשפט, לרבות הסעד הכספי מסוג פיצוי שניתן בזיקה לדואליות נורמטיבית כגון תובענה ייצוגית מנהלית, וכן ביחס לעילות תביעה אחרות מהמשפט הפרטי. שיטת המשפט הישראלית שוללת עמדה קיצונית כזו. השיטה מייחסת לשיקול התקציבי משקל בהתדיינות אזרחית ומנהלית, אך לא מדובר בשיקול יחיד וגם לא בשיקול מכריע. ככל שהבסיס הרעיוני לפסיקת הסעד הכספי המנהלי הוא מוצדק, עליו לגבור על השיקול התקציבי שהוא משני. שיטת המשפט הישראלית הכריעה בהקשרים דומים כי "זכויות אדם עולות כסף"²¹³

²⁰⁸ לעמדה זו ביחס לעולות חוקתיות ראו ברק-ארוז **כלכלי**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 395 (החששות מפני הרתעת-יתר צריכים לבוא "בחשבון לצורך התווית פרטיהם של ההסדרים המשפטיים בתחום זה, אך לא להתבסס עליהם לשם שלילת ההכרה העקרונית בתביעות פיצויים נגד רשויות").

²⁰⁹ לגישה דומה בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג – ביחס להפרה של זכויות אדם – ראו: Steele, לעיל ה"ש 53, בעמ' 614.

²¹⁰ ע"א 429/82 **מדינת ישראל נ' סוהן**, פ"ד מב(3) 733, 741 (1988); רע"א 1565/95 **סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ**, פ"ד נד(5) 638, 657 (2000).

²¹¹ **גלעד כרך ב**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1056.

²¹² שם, בעמ' 1036, ה"ש 54; חמדני וקלמנט, לעיל ה"ש 201, בעמ' 470.

²¹³ דגני"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 355 (2000).

ויש לומר בהשאלה כי גם הזכות המנהלית "עולה כסף".²¹⁴ השיקול של גריעה מתקציב הרשות עשוי לתמוך בריסון שיפוטי בדומה לריסון השיפוטי הנהוג בהקשרים של התערבות בהחלטות שלטוניות בעלות משמעות פיסקלית וכלכלית במשפט החוקתי,²¹⁵ וכנהוג בהקשרים אחרים של המשפט המנהלי בישראל.²¹⁶ מדובר בריסון ולא בחסימה א-פריורית של האפשרות לפתח את הסעד הכספי המנהלי. כפי שהצעת, הריסון עשוי לבוא לידי ביטוי באימוץ גישה מתונה ביחס לשיעור הסעד הכספי המנהלי, תוך מתן מענה סביר לשיקולים תקציביים של הרשות המנהלית.

לסיכום: לגישה המוצעת יש טענות נגד כבדות משקל. ההכרעה לטובת הסעד הכספי המנהלי צריכה להיות מודעת לטענות נגד אלה. המענה שניתן לטענות אלה במאמר הוא ראשוני. ההכרעה לטובת הסעד הכספי המנהלי היא הכרעה המבוססת במידה רבה על איזון ערכי המשקף תפיסות עומק בשאלת הגבול (או היעדר הגבול) בין המשפט המנהלי לבין המשפט הפרטי. במאמר זה ביקשתי לאזן בין הטענות בעד ונגד הסעד המנהלי הכספי ולהציע מתווה מורכב להצדקת הסעד הכספי המנהלי. מתווה זה כולל, בהשאלה, "מסננות אחריות" סביב הרעיון הבסיסי של הזכות המנהלית. לא הסתרתי כי הגדרת הזכות המנהלית משקפת "צומתי הכרעה" ערכיים. הגישה המוצעת מבקשת לצלוח את טענות-הנגד ולהביא לשיפור עצמת ההגנה על הזכות המנהלית, שהיא בעיניי תכלית חשובה ומרכזית של המשפט המנהלי.

5. האם מוסד התובענה המנהלית שולל את פיתוח הסעד הכספי המנהלי?

טענת-הנגד הבאה היא קונטינגנטיות לשיטת המשפט הישראלית, שיש בה הכרה חקיקתית מפורשת במוסד התובענה המנהלית. לפי טענת-נגד זו, ההסדרה החקיקתית של הסוגיה מהווה הסדר שלילי המונע פיתוח של הסעד הכספי המנהלי כמשפט מנהלי מקובל. טענת-נגד היא פוזיטיביסטית ולא עקרונית. לגישתי, אפשר למצוא דרך פרשנית ליישב את הגישה המוצעת עם הדין הקיים.

בדין הקיים נפסק כי החוק קובע הסדר שלילי ביחס לאפשרות לפתח תובענות מנהליות חדשות בפסיקה.²¹⁷ לגישתי, הפרשנות הראויה של פסיקה זו היא להחילה רק ביחס לסמכות בית המשפט לעניינים מנהליים ולא ביחס לסמכות בג"ץ. פרשנות זו נובעת הן מנקודת מבט חיצונית לחוק והן מתוכו. אשר לנקודת המבט החיצונית, גם אם רעיון הסעד הכספי המנהלי בבתי המשפט לעניינים מנהליים מוגבל לגבולות המוכרים בחוק של התובענה המנהלית, הוא אינו שולל את סמכותו של בג"ץ (סמכות רחבה בעלת מעמד חוקתי מכוח סמכותו בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה) לפסיקת

²¹⁴ השוו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 147, בעמ' 250 ("אם רשות ציבורית מפרה את החוק, מחובתו של בית המשפט לצוות עליה לקיים את החוק, גם אם משמעות הדבר היא הוצאה כספית").

²¹⁵ בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012). כך גם במשפט החוקתי בארצות-הברית: Fallon, לעיל ה"ש 59, בעמ' 380.

²¹⁶ בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר, פס' 69 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 23.9.2007).

²¹⁷ ע"מ 325/07 קשר בניין השרון בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה-כפר סבא, פס' 17 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 5.3.2009).

סעד מן הצדק, ובכלל זה את סמכותו לפתח את רעיון הסעד הכספי המנהלי במסגרת משפט מקובל מנהלי בבג"ץ. החוק קולט את הדין הכללי ביחס ל"עילות ולסעדים" מנהליים כפי שנקבעו בבג"ץ ולא להפך. ההכרה בעילות ובסעדים חדשים ביחס לפעולות שלטוניות מובהקות נתונה לסמכות בג"ץ²¹⁸ והיא אינה מותנית בהכרה חקיקתית תת-חוקתית בתובענות מנהליות חדשות. התוספת השלישית, כמו התוספות האחרות לחוק, לא נועדה ליצור עילות מהותיות חדשות אלא רק להסדיר את סמכות השיפוט בעניינים מנהליים. היא לא נועדה להסדיר את שאלת "העילה המנהלית" ביחס לעניינים מנהליים מובהקים. סוגיה זו נותרה לפיתוח פסיקתי בבג"ץ.

אשר לנקודת המבט הפנימית, סעיף 8 לחוק קובע כי "בית משפט לעניינים מנהליים ידון בעתירה מנהלית ובערעור מנהלי בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק". קביעה זו היא אסמכתה חקיקתית תת-חוקתית לסמכותו הבלבדית של בג"ץ לפתח עילות וסעדים במשפט המנהלי המהותי כמשפט מקובל מנהלי.²¹⁹ הדגש שניתן בחוק ליחודיות השיפוט המנהלי²²⁰ איננו מתמצה במאפיינים הייחודיים למלאכת השפיטה המנהלית. ההכרעה בעד הקמת ערכאה ייחודית שבה ישבו שופטים מנהליים שהוסמכו לכך במיוחד,²²¹ וידונו לפי הדין המנהלי המהותי²²² ולפי סדרי דין מנהליים,²²³ היא מכלול המשקף תפיסה עמוקה שלפיה פיתוח הדין המנהלי המהותי צריך להיעשות בערכאות המנהליות בראשות בג"ץ.²²⁴ מכלול זה עולה בקנה אחד עם המוסכמה החוקתית שלפיה פיתוח המשפט הציבורי בכלל והמשפט המנהלי בפרט נעשה בישראל בתקדימים שיפוטיים בבג"ץ.²²⁵ החוק העשיר את פוטנציאל הפיתוח של המשפט המקובל המנהלי באמצעות התוויה של שני מסלולים לדיאלוג ברמה התת-חוקתית: דיאלוג אנכי פנימי בתוך הרשות השופטת בין הערכאות המנהליות ביחס למשפט המנהלי המהותי,²²⁶ ודיאלוג אופקי חיצוני בין הרשות השופטת למחוקק להסדרת מישור סמכות השיפוט וסדרי הדין, באמצעות המנגנון הקבוע בסעיף 7 לחוק בדבר תיקון התוספות השונות לחוק.²²⁷ על רקע זה נדחה הרעיון לקבוע בחוק רשימה מפורטת של עילות וסעדים בדין המהותי:²²⁸ פיתוח רשימה כזו נתון להכרעת בג"ץ.

²¹⁸ ע"א 5796/08 ארגון פועלים להתיישבות שיתופית בנווה ימין נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' 14 ו-17 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 29.12.2011).

²¹⁹ בכך שלל המחוקק "מרוץ סמכויות" בין בג"ץ לבין בית המשפט לעניינים מנהליים בפיתוח עילות וסעדים חדשים במשפט המנהלי, מרוץ שעלול היה לפגוע בוודאות במשפט המנהלי המהותי. על החשש מפני בחירה אסטרטגית של עותרים בבתי משפט ראו: Vincy Fon and Francesco Parisi, *Litigation and the Evolution of Legal Remedies: A Dynamic Model*, 116 PUB. CHOICE 419 (2003).

²²⁰ מזוז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 240.

²²¹ סעיף 3 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

²²² סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

²²³ סעיף 13 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

²²⁴ ע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט(6) 241, 248 (2005) (להלן: עניין שבדרון). ראו גם: מזוז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 250.

²²⁵ ברק-ארז כלכלי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 416, ה"ש 80.

²²⁶ מזוז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 251.

²²⁷ שם, בעמ' 247.

²²⁸ שם, בעמ' 250-251.

לסיכום: מוסד התובענה המנהלית שהוכר בחקיקה אינו צריך לשמש בסיס – וגם לא הגבלה – לפיתוח תורה של סעדים כספיים בגין הפרה של נורמות המשפט המנהלי בהקשרים מנהליים מובהקים. הפרשנות המוצעת מייחדת לכל אחד מהמסלולים הבאים תפקיד שונה, כדלקמן:

מסלול התובענה המנהלית – סעד כספי בזיקה לדואליות נורמטיבית: תובענה מנהלית, הנדונה בבית המשפט לעניינים מנהליים, היא לעת הזו תובענה לסעד כספי בזיקה לדואליות נורמטיבית. תובענה זו מוכרת בעניינים המנויים בתוספת השלישית לחוק בלבד. אופיו של הסעד הכספי בתובענה כזו הוא בזיקה לרכיבים אזרחיים שהם חלק מן הדואליות הנורמטיבית, ועל פי רוב הוא ייפסק בהתאם לאמות-המידה המקובלות של סעדים כספיים במשפט הפרטי.²²⁹

מסלול עתירה לסעד כספי בבג"ץ – סעד כספי מנהלי בעניינים מנהליים מובהקים: בצד כל האמור, הגישה המוצעת מבקשת לחדש את האפשרות שהוכרה בבג"ץ כבר בשנות השבעים – לתבוע סעד כספי בעניינים מנהליים מובהקים הנדונים בבג"ץ. החידוש במודל המוצע אינו ביחס לסמכות בג"ץ אלא ביחס להצדקת הסעד הכספי המנהלי על בסיס רעיון הזכות המנהלית ועיצוב אמות-המידה והגבולות לפסיקתו. פיתוח הסעד הכספי המנהלי הוא חלק מפיתוח מתמשך של המשפט המקובל המנהלי בבג"ץ.

מסלול התביעה האזרחית הרגילה – פיצוי בהתאם לעילות התביעה של המשפט הפרטי: הגישה המוצעת אינה גורעת ממסלול התביעה האזרחית בערכאות הדיוניות האזרחיות, המבוסס על עילות תביעה של המשפט הפרטי נגד רשויות ציבור. זאת, במצבים שבהם אפשר לאפיין את הפעולה השלטונית כבעלת רכיבים אזרחיים, בין באופן מלא (כבעלת מקבילה לפעולה פרטית) ובין באופן חלקי (דואליות נורמטיבית).

סיכום

סוגיית הסעד הכספי המנהלי מעסיקה את בתי המשפט בישראל במשך עשרות שנים. אף שלא הייתה הכרעה מובהקת לטובת מה שכונה "עילה מנהלית" לפסיקת סעד כספי, גם לא הסתמנה הכרעה נגדה. הדגש של המשפט המנהלי בשיטה הישראלית ניתן, עד כה, לפיתוח עילות הביקורת השיפוטית ולא לפיתוח תורת סעדים, למעט העיסוק בדוקטרינת הבטלות היחסית, שלא נקטה עמדה חד-משמעית בשאלת ההתאמה של הסעד הכספי לעילות הביקורת. במאמר טענתי כי העיכוב בפיתוח תורת הסעד הכספי המנהלי נובע מהקושי לאתר בסיס רעיוני להצדקתה.

הסעד הכספי המנהלי הוא אחד הכלים החשובים להגשמת סמכותו של בג"ץ לפסוק לפרט סעד מן הצדק. במאמר ביקשתי לסרטט קווים לפיתוח תורת סעדים עשירה יותר בהשוואה ליישום הרווח של דוקטרינת הבטלות היחסית, באופן הצפוי להעניק הגנה טובה יותר למה שכיניתי "הזכות המנהלית". אמנם, מבחינה מושגית אפשר לקיים משפט מנהלי גם בלא סעד כספי מנהלי, אולם זהו משפט מנהלי טוב פחות. הוא טוב פחות מבחינת העומק של הסעדים האפשריים ומבחינת הגמישות בהפעלתם. ניסיתי להראות כי משפט מנהלי ללא סעד כספי מנהלי

²²⁹ עניין שבדרון, לעיל ה"ש 224, בעמ' 249 ובעמ' 265.

הופך גם את שיטת המשפט כולה לטובה פחות, משום שהסעדים הקיימים בתחומים אחרים בשיטה אינם מעניקים הגנה מספקת לזכות המנהלית.

חיזוק הזכות המנהלית דרוש במיוחד כיום, במצב עניינים שבו השיח של המשפט הציבורי – בעיקר בהשפעת הדומיננטיות של תחום המשפט החוקתי – נוטה להתמקד בהיקף של זכויות (בעיקר זכויות חוקתיות) ולא בעצמת ההגנה הדרושה לזכויות אלה.²³⁰ האתגר העיקרי הניצב לפני הזכות המנהלית איננו במישור היקפה (קרי: הכרה באינטרסים מוגנים של הפרט במסגרתה). אינטרסים רבים מוכרים בגדרי נורמות שונות של המשפט המנהלי. האתגר מצוי במישור הסעד, במיוחד לאחר התבססותה של דוקטרינת הבטלות היחסית. החשש מפני הזנחה של פיתוח הסעדים הדרושים להגנה על זכויות – משפטיות, מנהליות וחוקתיות כאחד – איננו ייחודי לישראל והוא קיים גם במשפט הבינלאומי²³¹ ובשיח החוקתי במדינות אחרות.²³² על רקע זה בולטת החיוניות של פיתוח שיח מורכב יותר של הסעד המנהלי.

לפי הגישה המוצעת, הקביעה שסעד הציווי אינו מוצדק איננה סוף פסוק. יש לבחון השלמה של קביעה כזו באמצעות פסיקת סעד כספי מנהלי, תוך התחשבות ברעיון הפגיעה המידתית בזכות המנהלית ובאמות-המידה שהוצעו. הסעד הכספי המנהלי שונה מן הסעד הכספי האזרחי (פיצויים או השבה), הנגזר מהאינטרס המוגן של הפרט בגדרי המשפט הפרטי ותכליתו תלויה בדין הרלוונטי (נזיקין, חוזים או עשיית עושר). אמת-המידה המוצעת לפסיקת הסעד הכספי המנהלי מחייבת קביעה שיפוטית שהרשות השלטונית פעלה שלא כדין והפרה נורמה של המשפט המנהלי, המכוונת בעיקרה לטובת הפרט. זו אינה צריכה להיות בהכרח הפרה המשקפת רשלנות שלטונית.

הגישה המוצעת אינה חפה מקשיים. שיקולי-נגד לא מעטים עומדים נגדה ודוקטרינות מתחרות שקנו שביתה במשפט הישראלי בוחשות בקדירה. במאמר הצגתי את הדילמות השונות (צומתי ההכרעה) ואת הקשיים (טענות-הנגד), אך גם את הפתרונות האפשריים להם ובעקבותיהם גם קווים ראשוניים להצדקת הסעד הכספי המנהלי וליישומו. ההתחשבות בשיקולי-הנגד ובתחום ההתפרשות של הדוקטרינות הקיימות מביאה לכך שתחום ההתפרשות של המודל המוצע אינו רחב. לכאורה אפשר לטעון שגם אם הסעד המנהלי הכספי מוצדק תאורטית אין בו צורך מעשי, או שגבולותיו המוצעים במאמר מביאים לכך שהוא חל על "קבוצה ריקה". איני סבור כך. הגישה המוצעת משקפת מקרים לא רבים, אך גם לא יוצאי-דופן. במקרים אלה הגישה המוצעת חיונית. אלו הם מקרים ש"צלחו" את כל המשוכות בצומתי ההכרעה וביחס אליהם נותר הסעד הכספי המנהלי כאמצעי היחיד להגנה על הזכות המנהלית. פסקי הדין שהזכרתי, שהותירו את הסעד הכספי המנהלי "בצריך עיון", אינם מלמדים בעיניי על היעדר צורך בסעד זה אלא על הקושי לפתח עילה חדשה על כל דקדוקיה וסייגיה.

²³⁰ Fallon and Meltzer, לעיל ה"ש 165, בעמ' 1800.

²³¹ Keith Ewing, *Human Rights*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES 298, 298 (Peter Cane and Mark Tushnet eds., 2003) ("Universal interest in human rights is matched only by a universal failure to respect them").

²³² David Rudovsky, *Running in Place: The Paradox of Expanding Rights and Restricted Remedies*, 2005 U. ILL. L. REV. 1199, 1202 (2005).

לסיום אבקש לחזור לדוגמאות שהבאתי בתחילת המאמר. בשני המקרים מדובר בעתירה של אדם פרטי ולא של קבוצה, ובהפרת נורמה של המשפט המנהלי שאינה עולה כדי זכות חוקתית. אף שהחלטות השלטוניות פגעו בפרט שלא כדין, נשלל סעד הציווי משיקולים של בטלות יחסית. כמו כן לא מדובר במקרים של רשלנות, כך שאין הצדקה לפסיקת סעד כספי בתביעה אזרחית רגילה. משחלפנו על פני משוכות רבות אלה, ניצבת השאלה של הסעד הכספי המנהלי בטהרתה. לפי הגישה המוצעת, מקרים אלה עשויים להצדיק פסיקת סעד כספי מנהלי שתכליתו הגנה על הזכות המנהלית, ובכך לתקן את הנזק שנגרם ל"זכאות" הפרט המגולמת בנורמות מנהליות אלה המכוונות לטובת הפרט – הנורמה של זכות טיעון²³³ והנורמה של יידוע בזמן סביר.²³⁴ על פי הגבולות שהצעתי לפסיקת הסעד הכספי המנהלי, ייתכן שבסופו של דבר יימנע בית המשפט מפסיקתו. דרושים יותר פרטים כדי לבחון את עצמת ההפרה ואת הוכחת הנזק.²³⁵ אכן, יישומה של הגישה המוצעת תלוי – בדומה לעילות התביעה האזרחיות ולעילות הביקורת של המשפט המנהלי – בנסיבות הקונקרטיות של העניין.

כל אחת מהדילמות שנבחנו במאמר היא סוגיה סבוכה בפני עצמה; כל משוכה במסלול מחייבת "קפיצה" מסוימת. מידת השכנוע במהלכים אלה תלויה במידה רבה בתפיסות עומק ביחס לגבולות (או להיעדר הגבולות) בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי. המאמר נועד לחדש את העיסוק בסוגיית הסעד הכספי במשפט המנהלי – גלגל שהומצא על ידי השופט ברנזון בפרשת **בינוי ופיתוח בנגב** ושוכלל על ידי השופט חשין בפרשת **מליבו**. זאת, תוך פיתוח של מרחב תמרון ייחודי לסעד הכספי המנהלי בין הדוקטרינות האחרות המשיקות לו במשפט הישראלי, באופן שיביא לחיזוק ההגנה על הזכות המנהלית בישראל.

²³³ לשקילת האפשרות לסעד כספי בגין הפרת נורמה זו ראו רע"א 8735/04 **כלוף נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב**, פס' ו(4)ג) להחלטת השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.7.2005). בבתי הדין לעבודה מוכר פיצוי בגין נזק בלתי-ממוני בנסיבות של הפרת נורמה זו, ראו: דב"ע (ארצ'ל) נג/3-144 **משרד החינוך, מדינת ישראל – מצגר**, פד"ע כו 563 (1994) שניתן בעקבות בג"ץ 903/87 **מצגר נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מב(2) 773 (1988).

²³⁴ אמנם נפסק כי הפרת החובה המנהלית לפעול במהירות הראויה אינה הפרת חובה חקוקה (ע"א 1661/09 **שינברגר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקוה**, פס' 37 ו-42 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו 27.10.2011)). פסיקה זו אינה שוללת את הגישה המוצעת משום שפסיקת הסעד הכספי המנהלי אפשרית כאמור במסלול מקביל. לפי הגישה המוצעת, בהתחשב בכך שהנורמה בדבר מהירות ראויה היא נורמה מנהלית מובהקת (**זמיר** כרך ב, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1098) המכוונת בנסיבות מסוימות לטובת הפרט (שם, בעמ' 1093; בג"ץ 1999/07 **גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המלחמה בלבנון 2006**, פ"ד סב(2) 123, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007)), הפרתה עשויה להצדיק סעד כספי גם בהיעדר עילה נזיקית. ראו גם **זמיר** כרך ב, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1112.

²³⁵ בת"א (שלום-ראש"ל) 43836-12-10 **דורון נ' מדינת ישראל – משרד הפנים**, פס' 41 לפסק דינו של השופט ארניה (פורסם בנבו, 31.8.2014) הביא הברור העובדתי את הערכאה הדיונית לפסוק סעד כספי מכוח דוקטרינה אחרת – דוקטרינת ההבטחה המנהלית.