

## הרשות הציבורית במשפט הפרטי

מאת

אהרן ברק\*

### הקדמה

השנה היא 1975. הן המשפט הציבורי<sup>1</sup> הן המשפט הפרטי<sup>2</sup> עוברים בשנות השבעים התפתחויות ניכרות, עם זאת ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי מקובלת ומבוססת באותה עת.<sup>3</sup> למשפט הציבורי דינים משלו הנידונים בבית המשפט הגבוה לצדק. למשפט הפרטי דינים משלו בבתי המשפט האזרחיים. כאשר גוף ציבורי פועל במשפט

- \* נשיא בית המשפט העליון בדימוס.
- 1 התפתחות רבה ניכרת בכינונם של חוקי יסוד. ראו חוק-יסוד: הממשלה ב-1968, ס"ח התשס"א 158, חוק-יסוד: משק המדינה ב-1975, ס"ח התשל"ה 206 וחוק-יסוד: הצבא ב-1978, ס"ח התשל"ו 154. בפסיקה ראו למשל בג"ץ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673 (1975); בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון, פ"ד ל(3) 309 (1976); על המשפט החוקתי באמצע שנות השבעים ראו אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (1974).
  - 2 בשנות השבעים הוחקו כמה חוקים חשובים בתחום האזרחי שהחליפו את המגילה. ראו חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16; חוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, ס"ח 160; חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, ס"ח 184; חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118; חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973, ס"ח 172; חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, ס"ח 110. כמו כן הוחקו באותו עשור חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 234; חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, ס"ח 42. התפתחות הפסיקה אשר פירשה את חוקי החוזים החדשים אך החלה. ראו ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (1977); ע"א 217/75 לוי נ' נחול, פ"ד כט(2) 309 (1975); ד"נ 17/75 נחול נ' לוי, פ"ד ל(3) 113 (1976); ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד ל(1) 441 (1982); ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מד(1) 441 (1989); לפסיקה בנויקין ראו ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975); ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976).
  - 3 ראו דפנה ברק ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה 95 (1999).

הפרטי, חלים עליו דיני המשפט הפרטי, והם בלבד. כאשר גוף פרטי פועל במשפט הציבורי, חלים עליו דיני המשפט הציבורי, והם בלבד. הבחנה חדה זו בין ציבורי לפרטי זועזעה במידה ניכרת כבר בתחילת שנות השישים בעניין פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו.<sup>4</sup> עם זאת התפיסה המסורתית המשיכה לעמוד בעינה. על רקע זה בא מאמרו של פרופ' ד' פרידמן. התזה המרכזית של המאמר היא זו:<sup>5</sup>

“לדעתי, כפופה רשות ציבורית לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי, גם כאשר היא פועלת בתחום המשפט הפרטי; זאת בנוסף לכפיפותה לעקרונות המשפט הפרטי. משמעות הדבר היא כי גם כאשר הרשות פועלת במישור הפרטי היא חייבת ברמת התנהגות גבוהה יותר מזו המוטלת על הפרט בנסיבות דומות. זאת משום שהרשות כפופה גם בעניין זה למערכת עקרונות נוספת, שמקורה במשפט הציבורי, ואשר איננה חלה על הפרט”.

גישה זו נקלטה במהירות רבה במשפט הישראלי. היא שימשה בסיס לתורת “הדואליות הנורמטיבית”.<sup>6</sup> היא נוהגת עד ימינו אלה. ברשימתי זו אעמוד בקצרה על קו הטיועון של המאמר, לאחר מכן אבחן את השפעתו בפיתוח הפסיקה. אסיים את רשימתי בכיווני ההתפתחות העתידה של התזה של פרידמן.

## המאמר

בתחילת המאמר ממיין פרידמן את פעולותיה של הרשות הציבורית בהתאם להשתייכות למשפט הציבורי או הפרטי. מיון זה משתרע על ארבעה סוגים של פעולות: (א) שימוש

- 4 בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115 (1962): “בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שוים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כרין, הרי זו עילה להתערבותו של בית משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מהדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית – משפט זה”.
- 5 דניאל פרידמן “תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות הפועלת במשפט הפרטי” משפטים ה 621, 598 (1975).
- 6 ראו דפנה ברק-ארו “אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית” משפט וממשל א 215 (2003); אסף הראל גופים דו-מהותיים – בין קניין הפרט לקניין הציבור 112 (חיבור לשם קבלת התואר “דוקטור לפילוסופיה”, אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2006).

בסמכות שלטונית נורמטיבית; (ב) פעולה מעורבת שיש בה הפעלת סמכות שלטונית הקשורה למשפט הפרטי, כגון חוזה לא להפקיע מקרקעין; (ג) פעולות במשפט הפרטי בקשר לתפקיד השלטוני אך שאין בהן הפעלת סמכות שלטונית; (ד) פעולה בתחום המשפט הפרטי הטהור. המאמר עוסק בסוג הפעולות השלישית (ג). במסגרת סוג פעילות זה "עשויה להיות למשפט הציבורי השפעה על פעילות הרשות בתחום המשפט הפרטי"<sup>7</sup>. השפעה זו יכולה להיות בהענקת זכות-יתר לרשות בתחומי המשפט הפרטי. השפעה זו יכולה להיות ב"הטלת חובות על הרשות העולות על אלו המוטלות על הפרט, המבצע פעולה משפטית דומה בתחום המשפט הפרטי"<sup>8</sup>. המאמר שלפנינו עוסק בסוג ההשפעה השני.

במסגרת המשפט הפרטי נוהג העיקרון של חופש הפעולה. אדם פרטי רשאי לפעול מכל מניע שהוא. לא כן הרשות הציבורית שעה שהיא פועלת במשפט הפרטי. לעתים סווגה פעולת הרשות כשייכת למשפט הציבורי, ובכך נמצא צידוק להגבלות עליה. כך הדבר בכל הנוגע לטיפול של הרשות הציבורית בהליכי מכרז. פרידמן מבקר צידוק זה. לדעתו, ההסבר לדין זה הוא בגישה הכללית שלפיה "הרשות כפופה תמיד לחלק מכללי המשפט הציבורי, וזאת גם כאשר היא פועלת בתחומי המשפט הפרטי"<sup>9</sup>. על כן חלה כפיפות זו הן בשלב הטרם-חוזי הן לאחר שהחוזה נכרת. כן חלה כפיפות זו לפעולות של הרשות הציבורית במשפט הפרטי שאינן בגדר חוזה, כגון מתן היתר לשימוש בנכס כאשר ההיתר ניתן שלא במסגרת הסכם מחייב. כפיפות זו תהא רלוונטית במקום שהתנהגותה של הרשות הציבורית אינה מפרה דין אזרחי, וסעדו של הצד השני הוא במשפט הציבורי בלבד. זאת ועוד: כפיפותה של הרשות הציבורית לכללי המשפט הציבורי היא "רק לאותם כללים של המשפט הציבורי העשויים לחול בנסיבות, דוגמת איסור אפליה בלתי מוצדקת, איסור על פגיעה בזכות יסוד של הפרט (דוגמת חופש המצפון, חופש הדת וכו') וכן איסור על שימוש שלא בתום לב בזכויות מתחום המשפט הפרטי"<sup>10</sup>.

## השפעתו של המאמר

עם פרסומו השפיע המאמר על העוסקים במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי גם יחד. הייתי אחד מאלה. גישתו של פרידמן תאמה את גישתי בכמה עניינים חשובים: ראשית, היא קבעה עיקרון כללי תחת הבחנות אינדיווידואליות. נמצא הקו המקשר בין החלטות שיפוטיות שונות; נמצאה אמת המידה הראויה המקשרת אותם. כושרו האנליטי של פרידמן

7 פרידמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 600.

8 שם.

9 שם, בעמ' 604.

10 שם, בעמ' 622.

מוצא את ביטויו היפה בהכללה זו. שנית, נפרץ הגבול שהפריד בין משפט ציבורי למשפט פרטי; שלישית, נבנה נדבך נוסף<sup>11</sup> בתפיסה כי הרשות הציבורית ועובדיה הם נאמני הציבור. נאמנותם זו חלה על כל פעולותיהם, בין אלו שבגדר המשפט הפרטי ובין אלו שבגדרי המשפט הציבורי.

גישתו של פרידמן השפיעה על פסיקתו של בית המשפט העליון.<sup>12</sup> לא חלפו אלא שנים, ועמדתו של פרידמן מצאה דרכה לבית המשפט העליון. היה זה בפסק דיני בעניין מרכז הקבלנים והבונים.<sup>13</sup> עמדתי באותה פרשה על חובותיה של המדינה לפעול בהגינות תוך שפירטתי חובות אלה. לאחר דברים אלה הוספתי:<sup>14</sup>

“חובות אלה מוטלות על הרשות השלטונית שעה שהיא מפעילה סמכות סטטוטורית... אך חובות אלה אינן מוגבלות למקרים בהם מפעילה המדינה, באמצעות הרשות המוסמכת הפועלת במסגרתה, סמכות סטטוטורית. חובות אלה מוטלות על המדינה בכל פעולה ופעולה שהיא עושה. הן חלות על כל החלטה והחלטה והן חלק מכל שיקול דעת המופעל על-ידיה. אין כל יסוד הגיוני להבחין בין החלטה מכוח סמכות סטטוטורית מיוחדת, לבין החלטה מכוח סמכויות המינהל הכלליות. אלה כאלה מופקדות בידי המדינה בנאמנות, ואלה כאלה חייבות להיות מופעלות בהגינות. על כן חייבת המדינה לפעול על פי הכללים הנזכרים. בין אם היא פועלת כשלטון, ומפעילה סמכות חד-צדדית, ובין אם היא פועלת כפיסקוס (fiscus) ומתקשרת בהסכמים. בשני המקרים עניין לנו באקט מינהלי הלושב צורה

- 11 הנדבכים הראשונים נבנו שנים מספר לפני כן. ראה פסק דינו של השופט חיים כהן בבג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325 (1971).
- 12 ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 276. המחברת מפנה אל "מאמר מפתח" אשר שימש בסיס לעקרון הדואליות הנורמטיבית.
- 13 בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729 (1980). קדם לפרשה זו פסק הדין בבג"ץ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הביטחון, מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 706, 715 (1981), שבו ציינתי כי "יהא בית-המשפט שיכריע בסכסוך שיתעורר אשר יהא, הדין המהותי החל על פעילותה של המדינה הוא אחד, ואין הוא משתנה על-פי בית-המשפט בו נדון הסכסוך. דין מהותי זה משמעותו שעל המדינה לפעול בהגינות (מהותית ודיונית), ביושר, בסבירות, תוך שוויון ובתום לב, שלא בשרירות, שלא בדרך של ניגוד עניינים ושלא בדרך מפלה. אחדות זו של הדין מקורה בעובדת היסוד כי המדינה ועובדיה פועלים בנאמנות עבור הציבור כולו... מעמד מיוחד זה של המדינה ועובדיה מטיל עליהם את החובות האמורות, בין אם הם פועלים בתחומי המשפט הציבורי ומפעילים סמכות סטטוטורית, ובין אם הם פועלים בתחומי המשפט הפרטי, אם בדרך של אקטים חד-צדדים (הטבות), ואם בדרך של אקטים דו-צדדים (הסכמים)".
- 14 בג"ץ 840/79, לעיל ה"ש 13, בעמ' 746.

ופושט צורה, אך לא הצורך הוא הקובע אלא המהות היא הקובעת (ראה פרידמן 'תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במשפט הפרטי', משפטים, כרך ה', עמ' 598).

זוהי "הדואליות הנורמטיבית" שעמדתי עליה במספר ניכר של פסקי דין.<sup>15</sup> מאז עניין מרכז הקבלנים והבונים צוטט מאמרו של פרידמן במספר ניכר של פסקי דין של בית המשפט העליון<sup>16</sup> ושל בתי המשפט האחרים.<sup>17</sup> הוא היה גורם מרכזי אשר השפיע על פיתוחה של הפסיקה בסוגיה זו. הוא השפיע רבות עליי. השפעה ניכרת זו של המאמר התאפשרה, בין השאר, בשל שני טעמים: ראשית, הפסיקה של בית המשפט העליון, שהכירה בתחולה מוגבלת של המשפט הציבורי על פעולות הרשות הציבורית במשפט הפרטי, עמדה בפני שוקת שבורה. לא ניתן לקבוע כי על משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה (כגון דיני המכרזים) חלות הוראותיו של המשפט הציבורי, ואילו על החוזה שנכרת בעקבות משא ומתן זה אין המשפט הציבורי חל. נדרשה גישה חדשה; נתבקשה אמת מידה עקרונית אשר בכוחה להשתרע על כל פעולותיה של הרשות הציבורית במשפט הפרטי. גישתו של פרידמן סיפקה את כל אלה. שנית, מעמדה של הרשות הציבורית כנאמן הציבור הכה שורשים.<sup>18</sup> דיני ההגינות והיושר המאפיינים נאמנות זו הפכו להיות משפטה

15 המונח "דואליות נורמטיבית" הופיע לראשונה בבג"ץ 492/79, לעיל ה"ש 13, בעמ' 716. על הדואליות הנורמטיבית ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 6; הראל, לעיל ה"ש 6.

16 ראו בבג"ץ 578/80 גנאים נ' מואסי, פ"ד לה (2) 29, 41 (1980); בבג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא (2) 449, 460 (1987) (השופט א' ברק); בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 838, 749 (1991) (השופט א' ברק); ע"א (הנשיא מ' שמגר); רע"א 1784/98 עמידר – החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' מנדה, פ"ד נג (4) 315, 332 (1999) (השופט ח' אריאל); ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד (5) 506, 526 (2000) (הנשיא א' ברק); ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה (4) 28, 44 (2001) (השופט א' פרוקצ'יה).

17 ה"פ (מחוזי ת"א) 1400/00 קל בניין בע"מ נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ, פורסם במאגר נבו (2002); ע"א (מחוזי י"ם) 4071/98 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' דנקנר השקעות בע"מ, פורסם במאגר נבו (2000); המ' (מחוזי י"ם) 6791/97 קניאל נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פורסם במאגר נבו (1998); ת"א (מחוזי י"ם) 902/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' פלונית, פ"מ התשנ"ו (ג) 265, 290 (1996); ת"א (שלום טב) 1499/01 דורני נ' מינהל מקרקעי ישראל, פורסם במאגר נבו (2006); ת"א (שלום כ"ש) 1019/00 ד. רוטשטיין חברה לבניין ונכסים בע"מ נ' עיריית בית-שמש (לא פורסם, 25.1.2004); ת"א (שלום עפ') 2916/01 בנגד חברה להנדסה ובניה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל – מחוז צפון, פורסם במאגר נבו (2002); דיון (ארצי) נג/3-160 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ – דנילוביץ, פד"ע כו (1) 339, 352 (1993).

18 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 309 (2004).

ה"אישי"<sup>19</sup> של הרשות הציבורית. משפט אישי זה מלווה אותה בכל אשר תלך. הוא טמון בתיקן של כל עובד ציבור,<sup>20</sup> והוא מלווה אותו בפעולתו בשדה המשפט הציבורי ובשדה המשפט הפרטי גם יחד.

## המשפט הציבורי החל בפעולות הרשות הציבורית במשפט הפרטי

הרשות אינה גוררת עמה לתחומי המשפט הפרטי את כל דיניו של המשפט הציבורי על פרטיהם. פרידמן ציין במאמרו כי בפעולתה במשפט הפרטי כפופה הרשות הציבורית "לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי".<sup>21</sup> התחולה היא אפוא של עקרונות היסוד. על עקרונות יסוד אלה עמדתי בעניין מרכז הקבלנים והבונים בישראל.<sup>22</sup> הם כוללים בין השאר:<sup>23</sup>

"לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר-לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות".

בהפעלתם של עקרונות אלה יש להתחשב כמובן באופייה ה"פרטי" של המאטריה. לא הרי חובה של הרשות הציבורית בפעילותה במשפט הציבורי כהרי חובתה בפעילותה במשפט הפרטי. אופייה של המסגרת המשפטית (ציבורית-פרטית) משפיע על תוכנה של המסגרת הנורמטיבית. אמת, חובת הנאמנות של הרשות הציבורית היא אחת, עם זאת הדרישות הנגזרות ממנה כאשר הרשות הציבורית פועלת במשפט הציבורי שונות מהדרישות הנגזרות ממנה כאשר הרשות הציבורית פועלת במשפט הפרטי. החובה היא אחת. פרטיה משתנים על פי הנסיבות. רמת ההגינות, הסבירות ותום הלב הנדרשים מהרשות הציבורית בפעילותה במשפט הציבורי שונים מהרמה הנדרשת כאשר הרשות הציבורית פועלת במשפט הפרטי. כך למשל בכל פעולותיה חייבת הרשות הציבורית לפעול בסבירות. תוכנה של דרישה זו – המשקף איזון בין ערכים מתחרים<sup>24</sup> – משתנה מעניין לעניין. הוא מושפע, בין השאר, מהסביבה הנורמטיבית שבמסגרתה פועלת חובה זו. אחד הנתונים המרכיבים את הסביבה הנורמטיבית הוא ההבחנה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי. לא הרי דרישות

19 בלשונה של פרופ' שלו: ראו גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 17 (2000).  
20 השו"ב בג"ץ 393/82 אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 811, 785 (1983).  
21 פרידמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 621.  
22 בג"ץ 840/79, לעיל ה"ש 13.  
23 שם, בעמ' 746.  
24 ראו ברק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 250.

הסבירות המוטלות על הרשות הציבורית בהפעילה סמכות שלטונית בגדרי המשפט הציבורי, כהרי דרישות הסבירות המוטלות עליה כאשר היא אינה מפעילה סמכות שלטונית אלא פועלת ככל פרט אחר בגדר המשפט הפרטי.

### חובתה של הרשות הציבורית בהשוואה לחובתו של הפרט

רמת ההתנהגות אשר המשפט הפרטי העמיד בפני הפועלים במסגרתו (בין פרטים ובין רשויות ציבוריות) הייתה, בעת כתיבת מאמרו של פרידמן, נמוכה למדי. אותה עת (1975) טרם התפתח עקרון תום הלב אשר הוחדר למשפטנו ב-1973.<sup>25</sup> כמוכן, האיסור על הטעיה היה טבוע עמוק במשפט הפרטי.<sup>26</sup> איסור זה התבסס על כוונת התרמית. מדיני הרשלנות היה ניתן לגזור את החובה שלא להתרשל במשא ומתן החוזי. לא נגזרה מדיני הרשלנות החובה האובייקטיבית לפעול בהגינות בעת המשא והמתן ובטרם ביצוע החוזה. אכן, גישתו של פרידמן – וגישתה של הפסיקה שאימצה אותו כמה שנים לאחר מכן – יצרה פער ניכר בין חובתה של הרשות הציבורית בפעולתה במשפט הפרטי לבין חובתו של הפרט בפעולתו במשפט הפרטי. ביטוי לפער זה נתן השופט זוסמן בעניין פריץ, באמרו:<sup>27</sup>

“לא הרי דין רשות ציבורית כדין אזרח פרטי. אזרח פרטי שולט בכיפה שלו והוא בן חורין לקבוע, עם מי יתקשר בחוזה פלוני ועם מי ימאן. לא כן הרשות הציבורית... אזרח פרטי רשאי להתיר לפלוני את השימוש ברכושו ולגרש את אלמוני ויהיו נימוקיו אשר יהיו. אך רשות ציבורית אינה רשאית לנהוג כך... בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, אסורה ההפליה מטעם רשות ציבורית”.

פער זה הצטמצם במשך השנים. חובת תום הלב הטילה מגבלות על פעולותיו של הפרט בתחומי המשפט הפרטי. אין הוא “שולט בכיפה שלו”. אמת, על האדם הפועל במשפט הפרטי אין מוטלת חובת הנאמנות כלפי המתקשרים עמו, עם זאת עקרון תום הלב שולל ממנו את הכוח לפעול כרצונו ביחסים אלה. נדרשת ממנו רמת הגינות המשקפת את תפיסות

25 בסעיפים 12, 39 ו-61 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. ניצנים ראשוניים לעקרון תום הלב הוכרו לפני כן בחקיקה ובפסיקה: ראו סעיף 6 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח 98, וכן אייל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 160 (1987).

26 ראו סעיף 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, ס"ח 266. ראו גם סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

27 בג"ץ 262/62, לעיל ה"ש 4, בעמ' 2114.

היורש של החברה הישראלית באשר ליחסים בין בני אדם במשפט הפרטי. אכן, "החוק אינו דורש כי הצדדים יהיו מלאכים זה לזה. אך החוק דורש כי הצדדים לא יהיו זאבים זה לזה. דרישתו של החוק היא כי האדם לאדם – אדם."<sup>28</sup>

חובת ההגינות הנגזרת מעקרון תום הלב עשויה לחייב את פלוני להתקשר עם אלמוני.<sup>29</sup> אמרתו של השופט זוסמן בעניין פרץ כי "אזרח רשאי להפלות בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאיתם יעסוק, אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי־סבירים", שוב אינה משקפת במלואה את המשפט הפרטי שלנו. מעקרון תום הלב ניתן לגזור בתנאים מסוימים את החובה שלא להפלות.<sup>30</sup> עמדתי על כך בעניין בית יולס:<sup>31</sup> "עשוי עקרון תום הלב להתבטא בדרישה של שוויון, ופעולה מפלה עשויה להיחשב כפעולה שלא בתום לב". דברים אלו היו דעת מיעוט. יש לקוות כי גישתו של בית המשפט העליון בעניין זה תשתנה. יהא עניין זה כאשר יהא, עקרון תום הלב המודרני מטיל מגבלות ניכרות על חופש הבחירה של הפרט בגדרי המשפט הפרטי. כך לעניין יחסיו של הפרט עם פרטים אחרים. כך גם כאשר ליחסיו של הפרט עם הרשות השלטונית. שאלה שטרם נבחנו לעומקה היא מהי חובת ההגינות של הפרט כנגד השלטון. חובה זו נבחנה בעניין קונטרם<sup>32</sup> בגדרי המשפט הציבורי. בעניין זה נבחנה השאלה בדבר היקף חובתו של האדם הפונה לרשות הציבורית ומבקש ממנה להפעיל את סמכותה השלטונית. לא נבחנה בעניין קונטרם השאלה אם בתחומי המשפט הפרטי מוטלת על הפרט חובת הגינות מיוחדת – מעבר לזאת המוכרת ביחסיו עם פרטים אחרים – ביחסיו עם הרשות השלטונית. גם אם חובה כזו תוכר בעתיד – אם במסגרת עקרון תום הלב ואם מחוצה לו – היא בוודאי לא תשווה לחובת ההגינות המוטלת על הרשות הציבורית כלפי הפרט. אכן, הרשות הציבורית היא נאמן של הציבור. חובתה כלפי הפרט היא חובת הגינות מוגברת. היא דומה, אך לא זהה, לחובת ההגינות שנאמן חייב נהנה; שאפורטופוס חייב כלפי פסול דין; שדירקטור חב לחברה; ששלוח חייב לשולחו.<sup>33</sup> אלה הן "מידת החסידות"<sup>34</sup> שאינן נדרשות מפרט בדרך כלל. דרישה

- 28 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 473 (1987).
- 29 ראו ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278 (1988); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבנייה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002).
- 30 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית 694 (1994). ראו גם נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א 131 (1993). לביקורת גישתי ראו גבריאלה שלו "השפעת חוק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קרית המשפט א 41 (2001).
- 31 ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד מד(1) 441, 479 (1989).
- 32 בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 (1998). ראו גם ברק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 312.
- 33 על חובות מוגברות אלה, ויחסן לחובת ההגינות העולה מעיקרון תום הלב, ראו ברק, לעיל ה"ש 28, בעמ' 473.
- 34 ראו ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 635, 617 (1979) (השופט מ' אלון).



מוסרית גבוהה כזו עשויה לפגוע "ביציבות חיי המסחר".<sup>35</sup> אכן, עקרון תום הלב קובע רמה "מינימלית"<sup>36</sup> של הגינות. נמצא כי הפער הניכר שעמד בעקבות עניין פרץ<sup>37</sup> ובעקבות מאמרו של פרידמן, בין חובת הרשות הציבורית כלפי הפרט לבין חובת הפרט כלפי הרשות הציבורית, צומצם במידה רבה. עם זאת פער מסוים עדיין קיים ועומד. כל עוד פער זה לא התבטל, קמה ועומדת השאלה אם מוצדק הוא, מבחינת המדיניות המשפטית, לכבול את ידיה של הרשות הציבורית בגדר המשפט הפרטי ולמנוע ממנה את החופש שהוא מנת חלקם של אלה הבאים עמה במגע. האם לא ראוי הוא לדרוש מהפרטים הבאים במגע עם הרשות הציבורית בגדר המשפט הפרטי, והנהנים מחובת האמון המוגברת המוטלת עליה כלפיהם, חובת הגינות מוגברת כלפי הרשות הציבורית? גם אם חובה מוגברת כזו תוכר – וקיימים שיקולים נוגדים בעניין זה – היא לא תוכל להשתוות לחובתה של הרשות הציבורית כלפי הפרט. פער מסוים יתקיים תמיד. הוא משקף את מעמדה של הרשות הציבורית אשר ידה השלטונית חזקה היא, אך לעתים היא קשורה לה מאחור.<sup>38</sup> האם נרצה אחרת? אך מהו שיעורו של פער זה? תשובה על כך נוכל למצוא בוודאי במאמר חדש מפרי עטו של פרידמן אשר מוזמן לבקר מחדש את מאמרו החשוב.

- 35 השופט מ' לנדוי בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 249 (1977).
- 36 Robert S. Summers, "The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization", 67 *Cornell L. Rev.* 810 (1982).
- 37 בג"ץ 262/62, לעיל ה"ש 4.
- 38 ראו בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999).

