

תרופות וסעדים במשפט המנהלי

בסמכות בית משפט מנהלי לפסוק כל סעד ממש כמו כל ערכאה אחרת, אולם בפועל הסעדים מוגבלים יותר מאשר בערכאות אחרות.

תסקיה

חוק יסוד : השפיטה

חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס' 75

בג"ץ 1715/97 - לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר . פ"ד נא(4), 367 (סעיפים 65-70 לפסק דינו של ברק).

התוצאה המתבקשת ממסקנה, כי הוראות אינן מידתיות, הינה בשינויין. שינוי זה יקבע הסדרים חדשים. שינוי מעין זה בהוראות המעבר הוא מסמכותו של המחוקק. בית המשפט אינו יכול להוסיף להוראות המעבר טקסט הקובע אחרת. בית המשפט רשאי לערוך ניתוח בגוף החוק, ולהפריד בין החלק התקף לבין החלק הבטל, רק אם החלקים השונים ניתנים להפרדה וזאת אם החלק התקף עומד על רגליו הוא וממשיך להגשים את התכלית החקיקתית.

חוק תיקי השקעות מטיל על כל אדם המבקש לעסוק בניהול תיקי השקעות את החובה לעמוד בבחינות מקצועיות. המידתיות של הסדר זה אמורה היתה להיקבע בהוראות המעבר. הוראות המעבר לא עמדו במשימתן, ובטלותן היא תוצאתה של קביעתנו, כי ההסדרים שנקבעו בהן לעניין הבחינות אינם מידתיים. הסדר הבחינות המוטלות על העוסקים הישנים כתנאי לקבלת רשיון על ידם, אינו מידתי, ועל כן בטל. כל עוד לא ייקבע הסדר מידתי באשר לחובת הבחינות של העוסקים הישנים (טריים וותיקים כאחד), לא ניתן לדרוש מהם עמידה בבחינות כתנאי למתן רשיון מנהל תיקים.

כל עוד הכנסת לא תחוקק הוראות מעבר חדשות ומידתיות, אין לדרוש מעוסקים ישנים, כתנאי למתן רשיון עוסק, עמידה בבחינות (למעט הבחינה באתיקה מקצועית). תוצאה זו משנה את ההסדר הקיים באופן מהותי. המידתיות אינה דורשת העמדת כל העוסקים הישנים במדרגה של היעדר תחולה של חובת הבחינות עליהם. ניתן להבחין בין עוסקים ישנים שונים, תוך קביעת משטר בחינות מידתי.

שליה מלאה של חובת הבחינות מכל העוסקים הישנים הוא מצב משפטי חדש שמן הראוי הוא כי המחוקק ייתן עליו את הדעת. לשם כך דרושה, כמובן, שהות אשר תאפשר לכנסת לשקול את האפשרויות העומדות לרשותה, בלא שתצטרך לעשות כן על רקע חקיקה שאינה כוללת הוראות בדבר חובת הבחינות. כל אלה מצדיקים הכרה בתקופת ביניים, אשר בה יעמדו הוראות המעבר בתוקף, כדי שהכנסת תוכל לגבש את עמדתה תוך זמן סביר. בצד ההצהרה כי הוראות המעבר בכל הנוגע לבחינות בטלות - אשר בעקבותיה תבוא ההצהרה על ביטול חובת הבחינות לעוסקים הישנים (למעט הבחינה באתיקה מקצועית) - נוסף ונקבע כי כניסתן לתוקף של הצהרותינו אלה תושעה עד ליום 31.12.1997.

התוצאות אליהן הגענו הן ארבע: ראשית, הוראות המעבר שבסעיף 48 לחוק תיקי השקעות בכל הנוגע לחובת הבחינות אינן מידתיות, ועל כן בטלות. שנית, כל עוד לא יוחקו הוראות מעבר מידתיות, תגרום התחולה האקטיבית של חוק תיקי השקעות, ללא הוראות מעבר מידתיות, חובת בחינות בלתי מידתית על העוסקים הישנים. חובת בחינות זו - כתנאי למתן רשיון למנהל תיקים - אינה חוקתית ועל כן בטלה. שלישית, הכנסת מוסמכת כמובן לקבוע הסדר מידתי חדש להוראות המעבר, ובכך להציל את הוראות המעבר בכל הנוגע לחובת הבחינות - מבטלות; רביעית, כאשר הכנסת תקבע הסדר חדש להוראות מעבר, הוא ייכנס לתוקף במקום סעיף 48 לחוק תיקי השקעות. אם ההסדר ייקבע על ידי הכנסת לפני ה-1.1.1998, לא ייווצר חלל בתחולת החוק מבחינת הזמן וההיקף. ובינתיים, עד יום ה-1.1.1998 יכולים כל העוסקים הישנים להמשיך בעיסוקם מכוח הרשיונות הזמניים שניתנו להם לפי הסדר הביניים.

בג"צ 688/81 - מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח'. פ"ד לו(4), 85 (סעיפים 16-25 לפסק דינו של השופט ברק).

בעקבות קבלת העתירה לגופה, מבקשת העותרת לחייב את המשיבים בפיצויים עבור נזקיה, המוערכים על ידה ב-46,350 דולר של ארצות-הברית.

יש להבחין בין שלוש שאלות נפרדות: האחת היא שאלה של סמכות, דהיינו - אם מוסמך בית המשפט הגבוה לצדק ליתן סעד של פיצויים; השנייה היא שאלה של עילה, דהיינו - מהו הדין הסובסטנטיבי, המצמיח זכות לפיצויים; השלישית היא שאלה של שיקול-דעת, היינו - אם ראוי לו לבית-משפט להפעיל את סמכותו במקום שקיימת עילה.

כיום מוסמך בית המשפט הגבוה לצדק לפסוק פיצוי כספי, לפי הוראת חוק בתי המשפט; בעניין שלפנינו, העתירה מצויה בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, שכן עניין לנו במכרז, שביט-משפט זה מוסמך לדון בו, חרף ההיבטים של משפט פרטי המצויים בו. משמצוי עניין המכרזים בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, והעתירה מכוונת כנגד החלטה שלא כדין של הרשות הציבורית, הרי מוסמך בית המשפט לפסוק פיצויים לעותר.

נפרדת לחלוטין משאלת הסמכות היא שאלת העילה, כלומר הזכות המשפטית לפיצויים לה טוען העותר, והחובה המשפטית לתשלום פיצויים, המוטלת על הרשות הציבורית. אם מעשה הרשות מהווה עוולה או הפרת חוזה, מצויה העילה המבוקשת. בעניין שלפנינו, אין העותרת מבקשת פיצוי בגין עילה המתבססת על אחריותו המינהלית הכללית של המימשל, אלא מבקשת היא פיצוי בגין הפרת חוזה.

יתכן שבא לפני בית המשפט עניין מינהלי, הנתון בגדר סמכותו כדין, ובמסגרת דיונו הגיע בית המשפט למסקנה, כי הרשות הציבורית פעלה שלא כדין ובהתנהגותה זו הפרה את זכותו, אם בדרך של הפרת חוזה אם בדרך של מעשה נזיקין ואם בדרך אחרת. בנסיבות אלה, מוסמך בית המשפט הגבוה לצדק לפסוק פיצויים, ואף עילה לפסיקת פיצויים קיימת, והשאלה היא אם בית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו.

לפני בית המשפט הגבוה לצדק עומדות שלוש אפשרויות: האחת, לפסוק פיצויים כמבוקש; השנייה, לדחות את העתירה לפיצויים תוך השארת הדלת פתוחה לפני העותר, כדי שיוכל לפנות לבית המשפט המוסמך; שלישית, לפסוק, כי זכותו של העותר לפיצויים התגבשה, תוך הפנייתו לבית המשפט המוסמך להערכת הנזק. במקרה הרגיל יפנה בית-משפט זה את העותר לבית המשפט המוסמך.

המסגרת הדיונית בה פועל בית המשפט הגבוה לצדק, והכלים הדיוניים העומדים לרשותו אינם מתאימים, בדרך כלל, לבחינתן של שאלות הקשורות בהערכת הנזק. בעניין שלפנינו, אין אנו יכולים להכריע ללא קביעת תשתית עובדתית, המחייבת הגשת ראיות וגביית עדויות. לכן אין אנו קובעים כל דבר בסוגיית הפיצויים, לא בשאלת האחריות ולא בשאלת הערכת הנזק, תוך שהדלת פתוחה לפני העותרת, אם רצונה בכך, לפנות לבית המשפט המוסמך בעניין זה. כאמור, העתירה מתקבלת, אך אין אנו פוסקים כל פיצוי לעותרת.

אלחנן טננבוים נחטף ע"י החיזבאללה לאחר שהגיע ללבנון. המחלוקת בין בעלי הדין בפנינו התמקדה בשאלה אם קיימת תשתית ראייתית לכך שאם יפורסמו נסיבות הגעתו ללבנון, עלול הדבר להביא לפגיעה בחייו או בשלמות גופו.

השאלה היא האם יש להכיר בזכותו של אזרח לסעד חוקתי עצמאי מקום בו נפגעה זכותו המעוגנת בחוקי היסוד. בענייננו מדובר בזכויות יסוד הראויות לעוצמת הגנה גבוהה - הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף. יתכן שבמקום בו זכויות יסוד לחיים ולשלמות הגוף עלולות להיפגע, ובהיעדר דבר חקיקה מיוחד הקובע תרופה בגין פגיעה זו, קמה עילת תביעה חוקתית למנוע את הפגיעה.

לא נדרשת הוכחה ברמה של "ודאות קרובה" בדבר הסיכון לפגיעה בחיים ובשלום הגוף של טננבוים, כדי שהמערערים יזכו בסעד המבוקש על ידם. שבגלל עצמת הזכות נשוא ההגנה, די בכך שקיימת אפשרות סבירה לפגיעה בה כדי שבית המשפט יפעל להגנה עליה. חוזרים אנו, איפוא, לשאלה, אם קיימת תשתית לקיומו של סיכון לפגיעה כאמור, אם יותר הפרסום בו מעוניינים המשיבים.

לנוכח כלל הראיות, אין בפנינו תשתית של ממש בדבר קיום הסיכון לו טוענים המערערים. על פי נסיבות המקרה, ניתן לצאת מהנחה שגורמי החיזבאללה יודעים אל נכון את הנסיבות בהן הגיע טננבוים ללבנון. החשש שהגירסה בעניין זה, אשר תפורסם על ידי המשיבים 1 ו-2, עלולה לגלות עובדות חדשות לגורמים אשר טננבוים מוחזק על ידם, הוא רחוק ובלתי סביר. מה גם, שבעניין זה נעשו פרסומים רבים בכלי התקשורת הבינלאומית, לרבות באינטרנט. קשה להניח שדווקא פרסום הדבר על ידי המשיבים, יגרום למה שפרסומים קודמים לא גרמו. גם לטענה על פיה פרסום כאמור עלול לחבל או לפגוע בהשתכללות המשא ומתן לשחרור שבויים ונעדרים על ידי החיזבאללה, לא הונחה תשתית עובדתית עליה נוכל לסמוך. הערעור נדחה.

תופעת הנשירה הסמויה של תלמידים מבתי הספר באה לידי ביטוי בכך, שתלמידים אינם משתתפים באופן מלא בתהליך הלימודי, עד למצב של נשירה מוחלטת ממסגרת הלימודים. לצורך התמודדות עם תופעה זו הסדיר החוק את פעולתם של קציני ביקור סדיר. בעיית נשירת תלמידים בגילאי לימוד חובה בישובים במגזר הערבי והבדווי בדרום הינה חריפה במיוחד; חרף זאת, למגזר זה הוקצה מספר קטן של תקנים שאינו עומד ביחס לתקנים שהוקצו למגזרים אחרים של האוכלוסייה.

תפקידו של הקב"ס לטפל בתופעות של ילדים בגיל חינוך חובה ובתלמידים שאינם מקיימים קשר רציף עם בית הספר, ולדאוג לשילובם במערכת החינוך. בין היתר, עליו לקיים סיורים באיזור ולפעול לאיתור ילדים שאינם מבקרים בבית הספר, ולקיים קשר עם הגורמים השונים המטפלים בנוער חריג. בצד קציני ביקור סדיר, קימת מערכת דיווח ארצית שבמסגרתה נדרש בית הספר לדווח על תלמידים שנשרו ועל ילדים חייבי רישום שלא נרשמו.

במגזר היהודי הוקצו בפועל כ- 34% בלבד מהתקן לקב"סים, ועלו במגזר הערבי-בדווי הוקצו כ- 25% ממנו. מבקר המדינה התריע על חריפותה של בעיית הנשירה של תלמידי המגזר הערבי-בדווי בדרום בכל רמות הלימודים החל בגן הילדים. המבקר עומד על כך שלאור שיעור הנשירה הגבוה יותר במגזר הערבי מספר המשרות שיש להקצות למגזר הערבי צריך להיות אף גבוה יותר מזה המוקצה למיגזר היהודי.

עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של המשטר החוקתי. אי השוויון בא לידי ביטוי ביצירת אבחנה בין אדם לאדם או בין עניין לעניין מטעמים לא רלבנטיים. פעמים, דווקא החתירה להחלת ערך השוויון המהותי מצדיקה התייחסות שונה ומאבחנת בין מגזרים שונים, תוך מתן העדפה לנזקק וגריעה מבעל היכולת. בענייננו, גם בהינתן העובדה כי התקן הראוי הפך במערכת החינוך כולה נתון בלתי מעשי, עדיין קיים פער ניכר בין רמת התקנים המוקצת במיגזר היהודי והמגזר הערבי-בדווי. החלת ערך השוויון במדיניות ההקצאה מחייב, איפוא, הקצאת תקנים רבים יותר לאזורים ולמגזרים בהם בעיית הנשירה חמורה יותר.

האוכלוסייה הערבית-בדווית בדרום נזקקת באופן ענייני למשרות קבס"ים במידה מוגברת ביחס למגזר היהודי בארץ כולה ובמחוז הדרום בפרט. היה מקום כי בהחלת מדיניות הרשות הציבורית תינתן עדיפות ברורה להקצאת תקנים לקבס"ים במגזר הערבי-בדווי בדרום ביחס למגזר היהודי בדרום. אולם בפועל הוקצה להם תקן נמוך באופן משמעותי מזה של המגזר היהודי, הן בדרום והן בכלל איזורי הארץ.

השונויות בענייננו הינה רלבנטית, והיא מעמיקה ומעצימה את טענת ההפלייה, ונדרש תיקון הפער כדי להגיע לשוויון. יש לחתור ביישום השוויון ליצירת בסיס אמיתי להזדמנויות שוות. הדבר מחייב מתן חיזוק-יתר לקבוצות הנזקקות, כדי להשוות את נקודת הפתיחה שלהן עם הקבוצות בעלות היכולת. עם זאת, בהחלת הביקורת השיפוטית לצורך החדרת השוויון, על בית המשפט להתחשב בגורמים שונים המשפיעים על עיתוי ההתערבות השיפוטית והיקפה.

לא את כל השינויים ולא את כל התמורות החברתיות הראויות ניתן להשיג במלואם מיד, וגישור פערים שנפערו לאורך דורות רבים אינו מתרחש בהינף יד וקולמוס. גישור על פערים עמוקים, תולדת מציאות רבת-שנים, מחייב תשתית של סדרי עדיפויות של קודם ומאוחר; הוא מחייב

הקדמת העיקר ואיחורו של הטפל, כדי להבטיח שתיקונו של עוול אחד לא יצור, מבלי משים, עוול אחר; הוא מחייב קביעת מיתחם זמן סביר להגשמת יעד השוויון המיוחל והתחשבות, בין השאר, ביעדים חברתיים חשובים ומורכבים נוספים וקביעת סדר עדיפות ביניהם.

אין מחלוקת בין הצדדים בדבר חובת המדינה לפעול לגישור על פני פערים בין מגזרים שונים כדי להסיר מצב של הפלייה. אך לא אחת מתמקדת השאלה בהיבט הקצב הנדרש להגשמת החובה לפעול להשגת השוויון המהותי בין הקבוצות. בענייננו, השינוי במדיניות כבר החל, אף כי בהיקף מצומצם.

לא ראינו מקום, בעיתוי זה, להתערב במדיניות הרשות המוסמכת בדרך של מתן צו מוחלט לחייבה כיום להגדיל את מספר תקני קבסי"ם במגזר הערבי-בדווי מעבר למכסה שהוגדלה לאחרונה, וזאת מהטעמים הבאים: ראשית, התקן המקורי שהוקצה קודם למתן התוספת למגזר הערבי-בדווי לא אויש במלואו. ההסבר שניתן לכך הוא כי נוצר קושי באיוש משרות חלקיות לתפקידי קבסי"ם במגזר הערבי. שנית, תפקיד הקב"ס במערכת זו, חרף חשיבותו הגדולה, איננו בעל משמעות מרכזית ומכרעת במניעת התופעה, אלא הוא מהווה מרכיב אחד מבין מרכיבים שונים.

משכך, חרף הפער בהקצאת תקני קבסי"ם במגזרים השונים, אין מדובר בעניין שחשיבותו ומשקלו מכריעים באופן המחייב תיקון מיידי ומלא של הפער, תוך שלילת תהליך הדרגתי של תיקון אי השוויון. על יסוד האמור, ובכפוף לדברים האמורים לעיל, העתירה נדחית, אך המדינה מחוייבת בהוצאות העותרים.

הערת העורך: לעניין אחד לא התייחס פסק-הדין, אפילו לא בהערת אגב, והיא השאלה בשביל מה יש בכלל צורך במגזר ערבי נפרד במשרד החינוך.

חברת החשמל פירסמה מיכרז להקמת מיבנה בתחנת הכוח באשקלון. המציעים היו, מהזול ליקר: דרוקר(מליבו), א.לוי, ארנסון ובן-יקר גת. אנשי חברת החשמל מנפגשו עם כל אחד מן המציעים, ובעקבות אותן פגישות נשתנו הצעות המחירים. תוך כדי כך שינתה חברת החשמל את גם פרטי המכרז, ובסוף החליטה כי הזכאית במיכרז היא לוי, אך לאחר שזו חזרה בה מהצעתה שונתה ההחלטה, העבודה נמסרה לבן-יקר, והוחלט לחלט את הערבות שלוי הפקידה. בית המשפט המחוזי החליט, כי דרוקר היתה אמורה לזכות במיכרז וכן הינה זכאית היא לפיצוי בגין נזק, אך לא בגין אובדן העיסקה, ואילו לוי זכאית כי תוחזר לה הערבות שחולטה. על פסק-דין זה באו הערעור והערעור שכנגד.

בכתב התביעה תבעה דרוקר פיצויים עבור הוצאות הכנת המיכרז וההשתתפות בו; אובדן הרווח הצפוי מביצוע העבודה; ופגיעה במוניטין ובשמה הטוב של החברה. בית המשפט העניק לדרוקר פיצוי אך בראש הנזק הראשון ודחה את הפיצוי בשני ראשי הנזק האחרים. הצעת דרוקר היתה הזולה ביותר ועל כן זכאית היתה, לכאורה, לזכות במיכרז, ומכאן סלולה הדרך לזכות אותה בפיצוי על יסוד הנחות-עובדה אלו.

מאחר ובמקרה זה העבודה כבר בוצעה, יש לפסוק לדרוקר פיצוי כדי ההפסד שנשאה בו. מקור משפטי שני לזכותה של דרוקר - בצידה של העילה המינהלית - הוא אותו מיבנה משפטי הקרוי "חווה נספח" (או "חווה נלווה" או "חווה טרומי" או "חווה מוקדם"), לאמור, אותה מיסגרת נורמטיבית שיוצר הליך המיכרז הוא-עצמו. שיעור הרווח שנמנע מדרוקר היה 5% מהצעתה במיכרז, לפי מדד תחילת העבודה ולהפרשי ריבית כחוק החל באמצע תקופת הביצוע המשוערת. דרוקר תבעה פיצויים גם בגין פגיעה במוניטין ונזק כללי, אך לא הונחה תשתית עובדתית ראויה לפסיקת פיצויים בראשי נזק אלה.

לעניין לוי, נהגה חברת החשמל שלא-כדין שעה שתוך הליכי המיכרז שינתה את תנאיו. זכייתה של לוי במיכרז היתה תלויה, מתחילתה, על בלימה, וממילא לא היתה חברת החשמל זכאית לחילוט הערבות בעת שלוי חזרה בה מהצעתה.

בשאלת ההוצאות, בתחילת הערעור הורה רשם בית משפט זה לחברת החשמל כי תגיש הודעת ערעור כדין ולא כפי שהגישה. בסיום הדיון הגישה גם סיכומים לא כפי שהוחלט, ואלה משתרעים עלפני 11 עמודים, ואלה כתובים בצפיפות קשה, ברווח אחד בין השורות ובלא להשאיר שוליים ראויים, וצירפה להם נספח הקרוי "תמצית עובדתית", והוא מיסמך המחזיק 11 עמודים נוספים, אשר לאמיתם של דברים מהווה חלק בלתי נפרד מן הסיכומים בכתב. בסיכומי תשובתה שוב הגישה עשרה עמודים צפופים ונעדרי שוליים כמעט לחלוטין.

צו של בית המשפט - וכך הוא צו באשר לסיכומים בכתב - יש לקיימו ככתבו וכלשונו. על דרך זה מוצאים עצמם עורכי-דין המקיימים צו וידם על התחתונה, שבאי-כוח הצד-שכנגד מפליגים בטענותיהם ללא היתר. מצב דברים זה יוצר אי-שוויון מובהק בין בעלי הדין, ואין צורך להאריך על אי-הצדק שנוצר. יש שתי אפשרויות: האחת שבית המשפט יחזיר את הסיכומים למחברם, אגב הטלת הוצאות כבודות לזכות הצד-שכנגד ולאוצר המדינה; והאחרת, שבית המשפט יתעלם מן הסיכומים. חלופה זו האחרונה לא תעלה אלא לעיתים רחוקות בלבד, אך אין לשלול אותה על

הספ.

הרכבת הוציאה מכרז בעניין הרחבת המסילה בדרום. נכתב כי אמת המידה המקצועית תורכב ממספר חלקים וכן המשקל באחוזים שיינתן לכל מרכיב, אך פירוט זה לא פורסם במסמכי המכרז. הזוכה היתה חברת ברן, וכנגד החלטה זו הוגשה עתירה לבית המשפט המחוזי, אשר קבע כי הרכבת לא נהגה בשוויון בכך שקבעה את אמת המידה של שביעות רצון קודמת, וכי שיטת החישוב היא פגומה. בית המשפט קבע שיטת חישוב משל עצמו, לפיה חברת צומת היתה צריכה לזכות במכרז, אולם שיטת החישוב שקבע בית המשפט המחוזי לא היתה ידועה לצדדים לפני שפורסם פסק הדין. משבחר בית המשפט להציע דרך משלו במקום ועדת המכרזים ולהכריע על פיה, אין החלטתו יכולה לעמוד ודינה להתבטל.

בשל הפרת החובה מצד הרשות, וכן בשל הנזק שנגרם, מן הראוי לקבוע בנסיבות המתאימות כי יש לפצות את מי ממשלתפי המכרז שניזוק, גם אם אין הפגמים שנמצאו מביאים בסופו של דבר לפסילת המכרז. עילה זו מצדיקה קביעת פיצוי מסוים למי שניזוק מהתרשלותה של הרשות בניסוח המכרז, או מאופן ניהולו, התרשלות שהיא בעוצמה פוגענית באופן ממש. הטלת האחריות על הרשות לתשלום פיצוי בשל נזקים שנגרמו עקב פגם בניסוח המכרז תעודד את הרשות לערוך את מכרזיה באופן קפדני יותר ומכך תהנה הרשות וירוויח הציבור כולו. במקרה שלפנינו היה בדרך בה נהגה הרכבת בפרסום המכרז פגם המקים עילה לפיצוי הנפגעת.

ככלל, היקף אחריותה של הרשות בגרימת הנזק וכן טיבו ומידתו של הנזק שנגרם תלויים, כמובן, בנסיבותיו של כל מקרה ונתונים להערכתו של בית המשפט. ייתכן והנזק יהא ההוצאות שהוציא המשתתף בהכנת הצעתו וייתכן גם כי הנזק יבוא לידי ביטוי בהוצאות שהוציא המשתתף בתקיפת המכרז, לאחר שהתגלו בפניו הפגמים שנפלו בניסוחו.

בנסיבות העניין שלפנינו, אף כי לא הוכחה מידת הנזק שנגרם לצומת מאופן ניסוח תנאי המכרז, אנו מוצאים לנכון לקבוע כי בגין ההוצאות שנגרמו לצומת כתוצאה מהפגמים שנפלו במכרז שפרסמה הרכבת יש לפצותה בסכום של 150,000 ₪. הערעור מתקבל.

המערערת היא יבואנית, שהתקשרה עם חברה זרה להפצת הנעליים המיוצרות על ידיה במזרח הרחוק. באותה עת קבעו הרשויות מדיניות יבוא לנעלי ספורט ממדינות המזרח הרחוק, לפיה ינתנו רשיונות יבוא על דרך של הקצאת מכסות ליבואנים ויונהגו מחירי מינימום. כעבור זמן קצר פורסמה כתבה עיתונאית אודות המערערת, בה נטען כי ייבאה בעבר נעליים מתוצרת המזרח הרחוק, בהצהירה כי יובאו מאיטליה, ובכך הפחיתה את נטל המס המוטל על סחורה מיובאת ואף נמנעה מהצורך בקבלת רשיון יבוא. בעקבות הכתבה נפתחה חקירה כנגד המערערת. זו הגישה תביעה נגד המדינה בית המשפט המחוזי, שקבע כי המשיבים פיקחו בצורה דווקנית על עמידתם של המערערת במכסה, בניגוד לפיקוח על מתחרותיה, אך לא הוכח הנזק שנגרם עקב האכיפה המפלה. בעקבות זאת פסק בית המשפט למערערת פיצוי בגין "נזק כללי", שאינו ניתן לכימות ולחישוב, המבטא את הפגיעה הטמונה בהתייחסות המפלה של המשיבים, ומכאן הערעור והערעור שכנגד.

המערערת לא ביססה קיומה של אכיפה מפלה. לרשויות המינהל תקציב מוגבל לאכיפת המדיניות המוטוויית. על כן, מדיניות אכיפה שונה מחברה לחברה כשלעצמה אינה מהווה אפליה. תהא זו הפליה אם ננקטת אכיפה שונה מתוך שרירות או מתוך מטרה פסולה, אך לא שרירות אלא חשדות בדבר עבירות על חוקי היבוא הן שעמדו ביסוד מדיניות האכיפה של המשיבים. המשיבים השתהו בהסרת הפיקוח הקפדני לאחר שהם עצמם החליטו שאין בו צורך, ונגרמו נזקים רכושיים המתבטאים בהוצאות אחסנה, עלייה בעלויות האשראי בשל העיכוב בשחרור הסחורה ומכירתה, אובדן שעות עבודה ובפגיעה בשמם הטוב של המערערת.

פשיטות חוקרי המכס ומע"מ נעשו עקב החשדות שיוחסו למערערת בעניין ניפוח המחירים; פעולות אלה מצד הרשויות אכן העלו חשדות של ממש לניפוח מחירים. פיקוח הדוק אינו מהווה, ככזה, התנכלות. על הטוען לקיומה של התנכלות להראות, כי הפיקוח ההדוק אינו מוצדק בנסיבות העניין ונעשה מטעמים פסולים.

יחד עם זאת, אין להתעלם מכך שהתנהלות המשיבים היתה פגומה. המערערת הוטעתה לחשוב, כי הסירוב הראשוני להקצות לה רשיון יבוא נובע ממדיניות כללית של הרשות, שמטרתה הגנה על תוצרת הארץ. היתה זו התנהלות מודעת כדי למנוע מהמערערת להיערך לתוצאת החקירות שנוהלו כנגדה. בהתנהלותם זו פעלו המשיבים שלא כדין, שעשויה להקים אחריות בנוזקין, אם המשיבים התרשלו כלפי המערערת וגרמו לנזק.

החובה הכללית שלא להתרשל כלפי מי שחבים לו חובת זהירות מוטלת גם על המדינה ועל פקידיה. מתן הנמקה שגויה ושלילת זכות הטיעון מן האזרח אינה עולה בקנה אחד עם סטנדרט ההתנהגות הראוי של הרשות. בענייננו היה עליהם למסור למערערת את הסיבה האמיתית שבגינה לא הוקצה להם רשיון היבוא. תחת זאת נמסרה למערערת הנמקה שגויה. הוא הדין לגבי שלילת זכות הטיעון. במתן ההנמקה השגויה ובשלילת זכות הטיעון פעלו המשיבים כפי שרשות סבירה לא היתה פועלת באותן נסיבות. התנהלותם היא בבחינת התרשלות.

פעולה בלתי סבירה במישור המנהלי עשויה להוות פעולה רשלנית במשפט הפרטי. לעיתים אלה שני צדדיו של אותו מטבע. כך הוא המצב במקרה שלפנינו. מתן נימוקים לא נכונים ואי מתן זכות טיעון בנסיבות העניין אינם תואמים את כללי המשפט המנהלי. בד בבד הם מהווים- ביחסים בין

עובד הציבור לבין האזרח הבא עמו במגע- פעולה רשלנית במסגרת דיני הנזיקין. בגין הפרת הדין המנהלי יחולו התרופות המנהליות. בגין הפרת חובת הזהירות בניזיקין יחולו התרופות האזרחיות, ובלבד שלא יינתנו סעדים סותרים במהותם או כפל פיצוי. אין עוולת רשלנות ללא נזק. ההתנהגות הרשלנית של המשיבות לנזק בר-פיצוי על פי עוולת הרשלנות.

במקרה שלפנינו הנזק שנגרם כתוצאה מהתרשלות המשיבים הוא לא-רכושי. נזק זה יכול להילמד, בין השאר, מעצם ההפרה הבוטה של חובת ההגינות. מתן הנמקה שגויה ושלילת זכות טיעון עלולים, בנסיבות מסוימות, לפגוע בפרט ולגרם לנזק לא רכושי. כאשר פרט פלוני בא במגע עם רשות מנהלית ועובדיה בעניין הנוגע לו הוא זכאי ליחס ענייני והוגן. כאשר מופרת חובה זו, וכאשר ניתנת הנמקה שגויה תוך שלילת זכות הטיעון, עשוי להיגרם לו נזק לא רכושי בר-פיצוי בניזיקין. כזה הוא המקרה שלפנינו, בו הסבו המשיבים נזק לא רכושי למערערת.

לעניין גובה הפיצוי, הרי שלאור המסקנה כי לא קמה אחריות בגין אפליה באכיפה, יש להפחית את הפיצוי הכולל שנפסק בבית המשפט המחוזי. המערערת זכאים, אפוא, לפיצוי בגין נזקי המשיבים מהשתהות בהסרת האכיפה (נזק רכושי) ובגין נזקי שלילת זכות הטיעון ומתן ההנמקה השגויה (נזק לא רכושי).

הוכחת הנזק לצורך פסיקת פיצויים בגין נזק רכושי היא תנאי הכרחי אך לא מספיק לקביעת הפיצוי. על הניזוק מוטלת החובה להוכיח את הנתונים העובדתיים, מהם ניתן להסיק את הפיצוי, דהיינו, את הערך הכספי של החזרת המצב לקדמותו. משהמערערת לא הוכיחה את הוצאות האחסנה והחקירה שנגרמו עקב ההשתהות בהסרת הכוכבית, אין מקום לפסיקת פיצוי על דרך של אומדנא. לעומת זאת, מקום בו קשה להוכיח בדיוק ובוודאות את גודל הנזק, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הניזוק. לפיכך, יש לאמוד את הפיצוי על הפגיעה במוניטין על דרך של אומדנא. ל הפיצוי לבטא את השם הרע שיצא למערערת בעקבות סימון הכוכבית למערערת בקרב ציבור הצרכנים והמשווקים של נעלי המערערת, וזאת ביחס למכלול הפגיעה בשם כתוצאה מסירוב המשיבים להקצות להם רשיון יבוא. יש להעמיד את הפיצוי על 10,000 ₪, בצירוף ריבית והצמדה.

לעניין גובה הפיצוי בגין נזקי המערערת כתוצאה ממתן הנמקה השגויה ושלילת זכות הטיעון, יצוין כי קביעת הפיצוי בגין נזק לא ממוני קשה היא. הן בשל הקושי האינטלקטואלי שביסוד ראש נזק זה, הן בשל הקושי להעריך בערכים כספיים את שיעורו של נזק מסוג זה. בה בעת, העיקרון של החזרת המצב לקדמותו, חולש גם על ראש נזק זה ומחייב, על כן, פיצוי הולם בגינו. על רקע הסכום הכולל של הפיצוי, יש להעמיד את הפיצוי על 30,000 ₪. סכום זה מבטא את הפגיעה במערערת כתוצאה מהתנהלותה הרשלנית של המשיבים בעניינם, אך אינו מופרז ביחס לנזקם הרכושי.

לעניין העוולה המנהלית, במקרה שלפנינו הנזקים בגינם נפסקו פיצויים נזיקיים חופפים את הנזקים עליהם עשויה לחול העוולה המנהלית, ואין צמקום לקבוע פיצוי נוסף. הערעור נדחה; הערעור שכנגד מתקבל בחלקו.

כשנקבע שהחווה מפלה, לעתים אין מקום לפסול את החווה כולו, וניתן להסתפק בפסילת החלק הבלתי חוקי, תוך הפרדתו מהחלק החוקי. אולם טכניקה זו אינה אפשרית בעניין שלפנינו. אילו קבעו ההסכם הקיבוצי וההסדר הקיבוצי כי עובד קבוע זכאי לטובת הנאה עבור מי שמצוי עמו בשותפות לחיים, למעט שותף בן אותו מין, ניתן היה למחוק את ההוראה הממעטת, ובכך להחזיר את השיוויון על כנו. אך הטקסט החוזי בענייננו הוא שונה. אין הוא מאפשר ניתוח בגוף הטקסט, המפריד בין החלק הבריא לבין החלק החולה.

סעד אפשרי הוא בטלות ההסדר החוזי בדבר טובת ההנאה. התוצאה תהיה, מבחינתו של העותר, "תמות נפשי עם פלישתים": העותר לא יקבל אך גם הידועים בציבור בני מין שונה לא יקבלו. תוצאה זו אינה סבירה בנסיבות העניין. מדוע ייגרע חלקם של ידועים בציבור בני מינים שונים? במה חטאו אלה? בצדק ציין בית הדין הארצי לעבודה, כי העותר עצמו לא ביקש תרופה זו. מכאן שהתרופה הראויה במצב דברים זה היא זו של הענקת טובת ההנאה גם לאלה החיים חיים משותפים והם בני אותו מין.

השימוש בתרופה זו אינה עניין מכני. יש לבדוק בכל מקרה אם ההרחבה אפשרית. יש לבחון אם היא פשוטה לביצוע, ואם אין בה התערבות יתירה במרקם החקיקתי. יש להתחשב בהשפעות התקציביות. טובת הנאה המוענקת בחוק לקבוצה שולית, אין בה כדי להצדיק מתן תרופה חוקתית בדרך של הרחבת התרופה לקבוצה גדולה ומהותית. אין גם לנקוט בטכניקה זו כדי להטיל חובות על קבוצות אוכלוסיה שהחוק היפלה אותן לטובה בכך שלא הטיל עליהן חובות אלה. כדי למנוע ביטול זה ניתן לדרוש מהמעביד כי יימנע מההפליה האסורה. הימנעות זו תשתכלל, כאשר המעביד יחוייב להעניק את טובת ההנאה לעובד שהופלה לרעה. בכך אין משנים את ההסכם שבין הצדדים. תוכנו של זה נקבע על-ידי הצדדים לחווה והם שולטים עליו, ויכולים לשנותו.

כשם שמכוח העליונות הנורמטיבית של החוקה (או חוק היסוד המשוריין) ניתן להרחיב את היקף התחולה של הוראת חוק, כן ניתן להרחיב, מכוחו הנורמטיבי של החוק את היקף התחולה של הוראות בהסכם קיבוצי או בהסדר קיבוצי. התאמה זו אינה מצדיקה ביטול ההסדר החוזי הקיים. התאמה זו תוגשם על-ידי מתן טובת הנאה לסוג המופלה לרעה. הרחבה זו תואמת את התבנית החוזית. היא מוסיפה קבוצה קטנה של נהנים, ואינה מטילה, על כן, מעמסה תקציבית של ממש. נעשה צדק, ונראה שנעשה צדק. העתירה נדחת. התיק חוזר לבית הדין האזורי לעבודה, כאמור בפסק-דינו של בית הדין הארצי לעבודה.