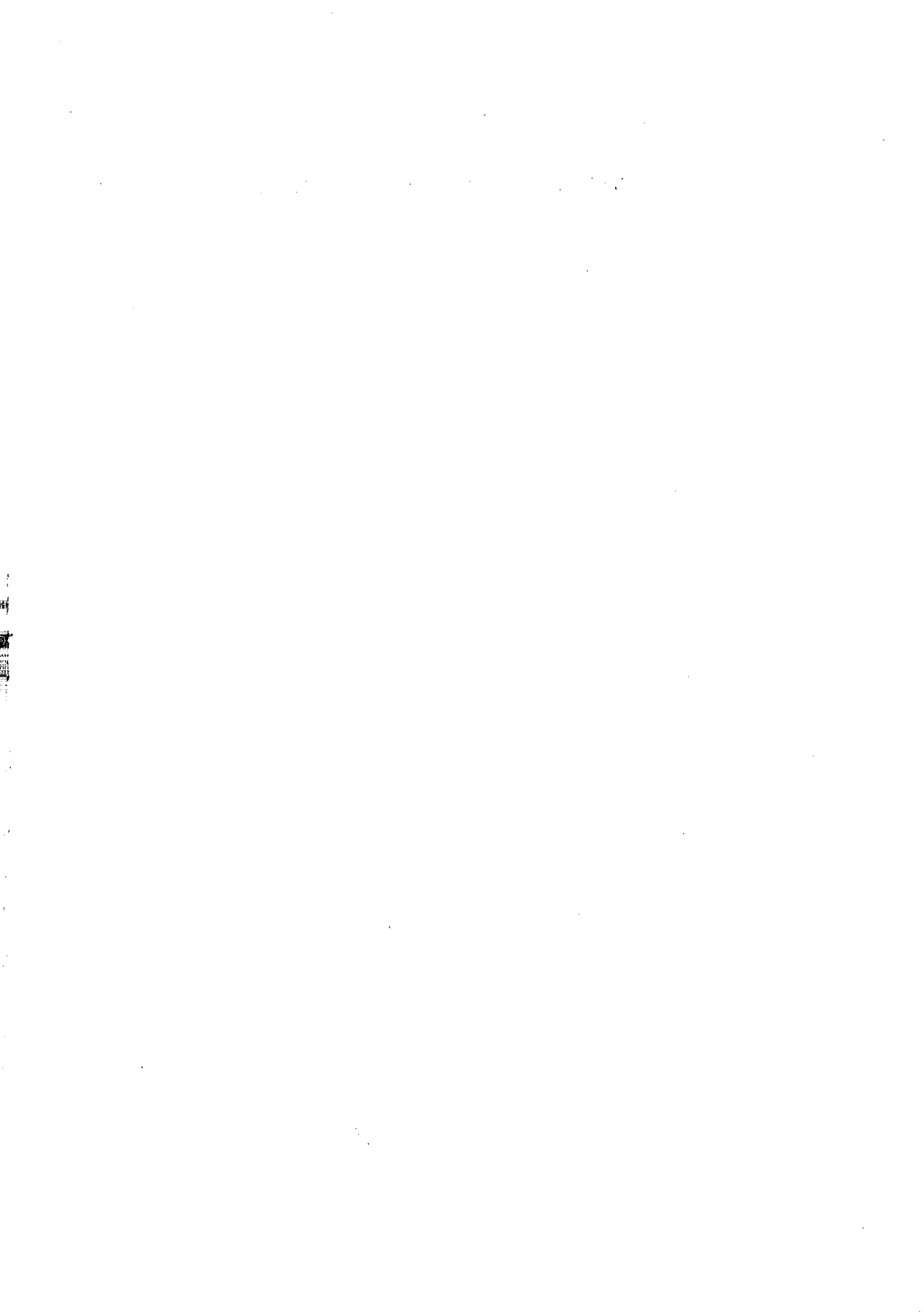


אברהם וינרוט / חברות ממשלתיות



ד"ר אברהם וינרוט

חברות ממשלתיות

תחולת המשפט המינהלי

עורך טכני: שלמה פרץ

בורסי הוצאה לאור של ספרי משפט



All Rights Reserved



כל הזכויות שמורות למחבר

אין לצלם, להעתיק ולעשות

כל שימוש מסחרי

מבלי לקבל אישור בכתב

מאת הוצאת בורסי

רח' אחר העם 20, תל-אביב

טל: 03-5177610

נדפס בישראל

תשנ"ה-1995

להוריי
לרעייתי שושי
לילדיי יואל ואסתי

תוכן העניינים

פתח דבר 15

מבוא 17

פרק א

חובות האמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב

א. פתח דבר 31

ב. נשוא הדיון - הצגת השאלה במישור הפורמלי 32

ב(1) סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות - מספר אופציות פרשניות 32

ב(2) החלופה הפרשנית הראשונה 32

ב(3) החלופה הפרשנית השנייה 40

ב(4) קשיי הבחירה 48

ג. ההבדל הנורמטיבי בין משפט פרטי למשפט ציבורי 51

ג(1) פתח דבר 51

ג(2) חובת תום הלב החוזית 51

ג(3) השוני הנורמטיבי בין דיני החוים לבין המשפט הציבורי 56

ג(4) חובת האמון בדיני חברות 62

ג(5) השוני הנורמטיבי בין דיני החברות למשפט הציבורי 77

ד. הצגת השאלה במישור המהותי -

יחסי האמון כמקור להבחנה בין גוף פרטי לגוף ציבורי 87

ה. סיכום 94

פרק ב יחסי אמון כתוצאה מתפקיד הדורש לאזן בין אינטרסים

א. מבוא 97

ב. יחסי אמון - אימתי? 98

- ב(1) ההלכה הפסוקה באנגליה ובארצות הברית 98
- ב(2) יחסי אמון בעת שליטה על הזולת - ההלכה הפסוקה בישראל 102
- ב(3) יישום ההלכה ביחס לחברות ממשלתיות 106
- ב(4) יישום ההלכה בדבר יחסי האמון בנוגע לחברת החשמל 108

ג. פסק הדין בעניין Bromley London Borough Council 111

ד. ניתוח פסק דין Bromley -

מקור נורמטיבי חדש לחובת אמון אלטרואיסטית 115

ה. המודל המוצע ביחס לחברות הממשלתיות 117

- ה(1) יישום הלכת Bromley ביחס לחברות הממשלתיות 117
- ה(2) החובה לאזן כראוי בין אינטרסים - כמהות המשפט הציבורי 119
- ה(3) מעין "הלכת השתחררות" כתוצאה מחויבת מן המקור הנורמטיבי ליחסי האמון 120
- ה(4) המודל המוצע ביחס לחברות ממשלתיות 123

ו. מותר חובת האמון החדשה על פני טשטוש הגבולין

- השורר בין משפט פרטי למשפט ציבורי 127
- ו(1) אזור מפורז וקו גבול חד 127
- ו(2) יישום המודל המוצע ביחס להלכת בית יולס נגד רביב 129

ז. סיכום 138

פרק ג מטרות הקמתן של חברות ממשלתיות על ידי הממשלה ומסקנות מתבקשות

א. מבוא 143

- ב. מטרת הקמתם של תאגידים לאומיים במדינות שונות 147
- ב(1) מניעים אידיאולוגיים להקמת תאגידים ממלכתיים 147
 - ב(2) מניעים פרגמטיים להקמת תאגידים ממלכתיים 156
 - ב(3) מניעים פוליטיים להקמת תאגידים ממלכתיים 161
 - ב(4) אילוצים שונים כמניע לבעלות בתאגידים ממלכתיים 163
 - ב(5) סיכום 165

ג. מסקנות ועדת מוזס לעומת מסקנות ועדת ברק 167

ד. ההשלכות הנורמטיביות הנובעות ממיצוי מטרתה של חברה ממשלתית
והאפשרות להפריטה ולחושפה לתחרות חופשית 175

ה. הערת סיום -

ההשוואה בין החברה הממשלתית לבין התאגיד הסטטוטורי
והשלכותיה 181

ו. מסקנת הדברים 183

פרק ד הזיקה שבין החברה הממשלתית לבין הממשלה

א. מבוא 189

ב. החברה הממשלתית והממשלה 192

- ב(1) "בכיסו" - החלטות בנושאים כלכליים 192
- ב(2) "בכוסו" - גילוי מידע חיוני 203
- ב(3) "בכעסו" - דינו של הפוגם בשרשרת הדיווח 207
- ב(4) השליטה הממשלתית במינוי אנשי המפתח 208
- ב(5) ביקורת פנימית וביקורת חיצונית 213
- ב(6) סמכויות הממשלה כנציגת בעל המניות 215

- ב(7) פיקוח באמצעות רשות החברות הממשלתיות 216
ב(8) חוק הפיקוח 219
ב(9) סיכום 221

ג. החברה הממשלתית - חברה או ממשלתית? 226

- ד. התוויית קווי פעולה לא עסקיים לחברה הממשלתית 240
ד(1) סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות - ההזן הנלמד מכלל הלאו 240
ד(2) "שיקולי פעולה אחרים" 243
ד(3) הוראות חוק הממחישות את השוני הנורמטיבי 247

ה. מסקנת הדברים 251

פרק ה

התאגיד הממלכתי בקנדה, באנגליה ובארצות הברית

א. מבוא 259

ב. התאגידים הלאומיים בקנדה 264

- ב(1) הגדרה 264
ב(2) טעמי הקמה 265
ב(3) דרכי הקמה 266
ב(4) מיון התאגידים הממלכתיים לסוגים עיקריים 269
ב(5) הזיקה לממשלה 270
ב(6) מעמדן המשפטי של החברות הממשלתיות בקנדה 271
ב(7) מבחן השליטה והמסקנה המתבקשת 274
ב(8) "שלוח הכתר" - נפקויות 277
ב(9) שליטת הממשלה באמצעות דיני הנאמנות 281
ב(10) סיכום 282

ג. התאגידים הממלכתיים באנגליה 284

- ג(1) פתח דבר 284
ג(2) הגדרה 285
ג(3) הפעילות שמבצעים התאגידים הממלכתיים 288
ג(4) אופיו ומאפייניו של התאגיד הממלכתי 292
ג(5) מתן הוראות על ידי השר הממונה 295

- ג(6) מעמדו המשפטי של התאגיד הממלכתי באנגליה 299
ג(7) החלת כללי המשפט הציבורי על התאגיד הממלכתי 301
ג(8) מסקנת הדברים 304

ד. התאגידים הממלכתיים בארצות הברית 301

- ד(1) פתח דבר 306
ד(2) סמכויות הקמה ודרכי הקמה - רקע היסטורי 308
ד(3) מהותו של התאגיד הממלכתי 313
ד(4) מעמדו המשפטי של התאגיד הממלכתי 315
ד(5) מתחם השיקולים להגדרתו של גוף כזרוע הארוכה של הרשות 320
ד(6) מסקנת הדברים 324

ה. סיכום 326

פרק 1 ההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי והשלכותיה ביחס לחברות הממשלתיות

א. מבוא 331

ב. הגדרת תחומי תחולתו של המשפט הציבורי 333

ג. הרחבת תחומי פעילותה של המדינה כמניע להחלת המשפט הציבורי 338

ד. החלת כללי המשפט המינהלי באנגליה

עקב התערבות הממשלה במשק 342

ה. המבחן המוצע להחלת כללי המשפט הציבורי בישראל 354

ו. "תפקיד ציבורי על פי דין" - הנאמנות כלפי הציבור 359

ו(1) חידושו של כב' השופט זוסמן 359

ו(2) הדין המהותי ומקום הדין 362

ו(3) ההלכה הפסוקה 363

ו(4) סיכום 370

ז. יישום המבחן המוצע להחלת כללי המשפט הציבורי
בכל הנוגע לחברות ממשלתיות 371

ת. סייגים הנובעים מעקרון חוקיות המינהל 375

ט. התפתחות בחקיקה המקרבת את החברה הממשלתית
למישור תחולת המשפט הציבורי 387

י. סיכום 392

פרק ז תחום הדמדומים בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי ומיקומן של החברות הממשלתיות

א. מבוא 397

ב. השימוש בעקרונות היסוד של השיטה 399

- ב(1) חובת השוויון כקו גבול בין משפט ציבורי למשפט פרטי 399
- ב(2) חלחול נורמות מן המשפט הציבורי לתחומי המשפט הפרטי 401
- ב(3) הקשיים שבהם נתקלת שיטת התחולה העקיפה 408
- ב(4) חוקי היסוד וחובת הפרט לנהוג בשוויון 411
- ב(5) אימתי ניתן להשתמש בעקרונות היסוד של השיטה 414
- ב(6) המסקנה המתבקשת 416

ג. חירויות הפרט אל מול חובת השוויון בארצות הברית 418

- ג(1) חירות הפרט כנגד השקפת עולמה של החברה 418
- ג(2) העדר "תחולה עקיפה" של נורמות בארצות הברית ובקנדה 420
- ג(3) דרך הביניים המתבקשת 422

ד. הפתרון המוצע והסולם הנורמטיבי המתהווה 424

ה. סיכום 427

פרק ח פיקוח בג"צ על חברות ממשלתיות

- א. פתח דבר 433
- ב. התערבות בג"צ בתחום המדיניות הכלכלית 436
- ג. פעילות "פרטית" ופעילות "ציבורית"
ברשות המינהלית ובחברה הממשלתית 443
- ד. "תפקיד ציבורי על פי דין" - ניתוח 450
ד(1) "תפקיד ציבורי" מהו? 450
ד(2) "על פי דין" 454
ד(3) פעילות וולונטרית "על פי דין" 459
- ה. "תפקיד ציבורי על פי דין" - יישום במסגרת ההלכה הפסוקה 462
ה(1) פסק דין "דמט" בע"מ 462
ה(2) פסק דין האחים שרבט 472
ה(3) פסק דין חברת החשמל 474
ה(4) פסק דין מיקרו דף 476
ה(5) מסקנת הדברים 482
- ו. סיכום 485

פרק ט תחולתן של נורמות ספציפיות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות

- א. מבוא 489
- ב. הבטחה מינהלית 492
ב(1) הגנת השאלה 492
ב(2) הלכת סאיטקס - מקור הכלל והגיגונו 493
ב(3) תיחומה של הלכת סאיטקס בפסיקה מאוחרת יותר 497
ב(4) השתחררות מהבטחה מינהלית 509
ב(5) יישום הלכת סאיטקס ביחס לחברות ממשלתיות 516

ג. "הלכת ההשתחררות מחוזה רשות" 521

- ג(1) הצגת הבעיה 521
- ג(2) הגיונה של "הלכת ההשתחררות מחוזה רשות" 522
- ג(3) ההשתחררות מחוזה רשות בהלכה הפסוקה 524
- ג(4) יישום הלכת ההשתחררות מחוזה רשות ביחס לחברות ממשלתיות 537
- ג(5) סיכום 540

ד. חובת ההנמקה 544

- ד(1) סגולותיה וטעמיה של חובת ההנמקה 544
- ד(2) חובת ההנמקה בהלכה הפסוקה באנגליה ובישראל 545
- ד(3) עיגון חובת ההנמקה בנורמה החקוקה 548
- ד(4) יישום לגבי חברות ממשלתיות 549
- ד(5) היקש מסוגיית גילוי המסמכים 551
- ד(6) סיכום 552

ה. מסקנת הדברים 554

פרקי הדיון הרצוי

- י(1) המשפט הציבורי כהישג נורמטיבי 559
- י(2) תפקידים היוצרים מטבעם חובת אמון 562
- י(3) המודל העיוני שהצענו 563
- י(4) ציפיות הציבור וגדרי חובת האמון 566
- י(5) הנוסחה הטכנית להחלת כללי המשפט הציבורי 569
- י(6) המודל המוצע והליך הפרטה 572
- י(7) החברה הממשלתית והתאגיד הסטטוטורי בישראל ובארצות המשפט המקובל 574
- י(8) יישום המודל המוצע ביחס לנורמות ספציפיות של משפט ציבורי 577
- י(9) מסקנת הדברים 580

מפתחות 585

פתח דבר

בספר זה ימצא המעיין, זה בצד זה, סקירה נרחבת בדבר מהותה של החברה הממשלתית, בצד העקרונות לתחולתו של המשפט המנהלי. הספר מבוסס על עבודת דוקטורט, אשר יוחדה לבדיקת מהותה של החברה הממשלתית ומידת כפיפותה לכללי המשפט הציבורי, והוא נותר נאמן לגישת המחקר, שעמדה בבסיס כתיבתו, שכן מטרתו אינה רק לסכם דברים, אלא להביא לפני הקורא גם את הניתוח המשפטי.

הספר סוקר את מטרות הקמתן של החברות הממשלתיות, ואת ההשלכות הנורמטיביות המתבקשות מכך. פרק נרחב הוקדש לבחינת הזיקה ההדוקה שבין החברה הממשלתית לבין הממשלה, לרבות המבנה הפנימי של החברות הממשלתיות ואמצעי הפיקוח עליהן. כמו כן, ימצא המעיין בחינה של עקרונות ספציפיים מן המשפט המנהלי, כגון: החובה לקיים הבטחה מנהלית, הלכת ההשתחררות מחוזי רשות, חובת ההנמקה וכיוצא באלה עקרונות יסוד במשפט המנהלי, ויישום של עקרונות אלו בכל הנוגע לגופים מסוגן של החברות הממשלתיות.

נוסף לכך, התיחסנו לחובות האמון העשויות לחול על הדירקטורים ונושאי המשרה בחברות הממשלתיות, למבחנים שעל פיהם נקבעת הכפיפות לפיקוח בג"צ, לתחום הדמדומים הקיים בין משפט ציבורי למשפט פרטי, ולמיקומן של חברות ממשלתיות במערכת המשפטית האמורה, בעידן של הפרטה.

תודתי מסורה לפרופ' אריאל רוזן-צבי דיקאן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, ולד"ר אירית חביב-סגל שהינחו אותי נאמנה. כמו כן מסורה תודתי לפרופ' ארווין קוטלר, ולאוניברסיטת מק-גיל (McGill) במונטריאול קנדה, אשר בין כתליה נכתב חלק ניכר של הדברים.

"אם אין קמח אין תורה". הוצאת "בורסי" ניחנה באנשים נפלאים, שהוציאו לאור ספר זה במקצועיות וביעילות. תודתי למר שלמה פרץ שלא חסך מאמץ וניצח על המלאכה ולגב' שרה שאולסקי שעברה על הדברים בעין ביקורתית, מיומנת, צופייה ונמרצת.

ע' וינש א/ג'

מבוא

1. הוועדה שהקימו שרי המשפטים והאוצר להכנתה של הצעת חוק חברות ממשלתיות, בראשות פרופ' א' ברק,¹ תיארה את הרקע ההיסטורי בהליך הכלל עולמי של התפתחות התאגידים הלאומיים ובכללם החברות הממשלתיות, כתנועת מטוטלת הנעה מקיצוניות אחת לשנייה, ובסופו של דבר - נעצרת באמצע הדרך.

2. בשלב הראשון התנהלה הפעילות העסקית של המדינה (כגון בתחום שירותי הרבבות והדואר) כמחלקה ממשלתית.

הסדר זה לקה מטבעו בכשלים ביורוקרטיים, בהעדר גמישות ובהעדר יחזמה עסקית. ואולם, בדרך זו הובטח פיקוח הדוק וצמוד מצד הרשות המבצעת וביקורת פרלמנטרית.

זוהי נקודת המוצא והקיצוניות האחת בתנועת המטוטלת. היא איפיינה את ראשית הדרך, כאשר המדינות תפסו את תפקידיהן העיקריים בהסדרת יחסי החוץ ובשמירה על הביטחון ואילו מעורבותן בתחום הפעילות העסקית היתה מצומצמת.

הטמעת פעילות עסקית זו במנגנון הממשלתי לא היתה מורכבת, והקמתן של מסגרות נפרדות לפעילות העסקית לא היתה חיונית, לנוכח ממדיה המצומצמים של פעילות זו.

3. בשלב השני, בד בבד עם השינוי בתפיסה הכללית של המדינות את תפקידיהן, ומעורבותן הגדלה והולכת בתחום הכלכלי, בעיקר לאחר המשברים הכלכליים, שאירעו בשנות השלושים של המאה ה-20, נכחו ממשלות רבות לדעת כי רצוי ליצור מסגרות נפרדות למען הפעילות העסקית של המדינה.

תהליך זה תואר² כדלקמן:

'הרחבת שטחי הפעולה של הממשלות וחדירתן לתחום הביצוע של תפקידים כלכליים, אילצו אותן ליצור מוסד חדש, שיבשר למילוי

1 ד"ח הוועדה להכנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות, בראשות פרופ' א' ברק (האוניברסיטה העברית ירושלים, תשל"א-1970) (להלן: ועדת ברק) עמ' 9-10.

2 משרד מבקר המדינה, "ביקורת המדינה באיגודים ממשלתיים", 1957, עמ' 18.

תפקידים נוספים אלה. הדעה כי, למוסד זה יש להעניק מידה נאותה של עצמאות, נבעה מההכרה שהמבנה והנוהל של משרדי הממשלה אינם הולמים עוד את הצרכים המתרחבים והולכים, ולפיכך יש להבטיח, שגוף החייב לשמש את כלכלת המדינה ע"י מילוי תפקיד מישקי, יוכל לפעול באורח עצמאי.

פירושו של דבר, במסגרת מסויימת, שנקבעה מראש, יוכל להחליט ולבצע החלטות - על אחריותו הוא.

גוף כזה מן הדין שלא יהא נאלץ לפעול במסגרת של תקציב ממשלתי, שאינו מתאים לפעולות מסחריות ותעשייתיות וכן לא יהא תלוי בכל אותן התקנות הכספיות החלות על משרדי הממשלה.

4. בשלב זה, עברה המטוטלת אל הקיצוניות השנייה ונצרו התאגידים הסטוטוריים בארצות הברית ובאנגליה, והחברות הממשלתיות בקנדה, אירופה, אסיה ואמריקה הלטינית. גופים אלו נהנו מעצמאות רבה שאיפשרה נקיטת יוזמות עסקיות וגמישות מרבית. ואולם, לתהליך זה היה מחיר כבד. הוא הוביל להעדר פיקוח ממשלתי על הפעילות העסקית של המדינה. המסגרות העצמאיות אכן הסירו את כבלי הביורוקרטיה, אך העדר הפיקוח הוליד מטבעו תופעות שליליות. ההליך לא יכול להיעצר בנקודה זו, ואכן המטוטלת נעה שוב.

5. **בשלב השלישי** - חזרה המטוטלת שוב לנקודת המוצא. ההרגשה היתה כי הממשל מאבד שליטה על התאגידים הממלכתיים ואלו מרכיבים כוח רב - ללא פיקוח ציבורי.³ לנוכח תחושה זו חוקק בארצות הברית ה-Government Corporation Control Act משנת 1945, ובקנדה הוגבר במידה ניכרת ביותר הפיקוח הממשלתי. כתוצאה מצעדים אלו אכן הושב על כנו הפיקוח הציבורי ההדוק. דא עקא, שגם להליך זה היה מחיר כבד והוא - עצמאותה וגמישותה של הפעילות העסקית של המדינה. כתוצאה מכך נעה המטוטלת שוב.

3 גם בישראל חוקק חוק החברות הממשלתיות לאחר שנצרך לחץ של דעת הקהל בעקבות פרשיות של הפסדים גדולים בחברות בבעלות המדינה ואי הקפדה על נהלים תקינים או על טוהר מידות. הציבור חש כי תקלות אלו נבעו מעצמאות היתר שממנה נהנו החברות הממשלתיות ומהעדר ביקורת מספקת. משום כך תר המחוקק אחר פתרון ונקבע חוק החברות הממשלתיות. בהקשר זה מציין פרופ' י' אהרוני בספרו חברות ממשלתיות בישראל ובעולם (גומא, ספרי מדע ומחקר, ציריך) מוציאים לאור בע"מ, (1978) בעמ' 147, את הפסדיה הגדולים של "ורד" חברה בת של "מקורות"; את הבעיות שנתעוררו בחברת "נתיבי נפט", שכל מניותיה היו ביד המדינה הוביאו להקמת ועדת חקירה בראשות כ"י השופט א' יתקן, ואת המעילות שאירעו ב"חברה לישראל" ("פרשת צורי"), שחלק (קטן) ממניותיה היו ביד המדינה.

6. בשלב הרביעי נעשה ניסיון לתור אחר דרך ביניים, אשר תשלב בין פיקוח ושליטה ממשלתית מחד גיסא, לבין עצמאות וגמישות עסקית מאידך גיסא. ועדת ברק ציינה בהקשר זה, בראשית שנות השבעים (בעמ' 10 לדו"ח):

"אמצעות במו ארגונינו וגרמניה מבקשות לגבש דפוסי חקיקה שיבטיחו את שליטת המדינה ואת האוטונומיה גם יחד. בריטניה מבקשת למצוא איזון זה בתעשיות המולאמות שלה. זהו גם השלב בו מצויה המחשבה הישראלית בסוגיה זו".

בשלב זה הכינה ועדת ברק הצעת חוק חברות ממשלתיות והצעה זו אכן שימשה בסיס להכנת חוק החברות הממשלתיות תשל"ה-1975.⁴

7. ועדת ברק ציינה עם הכנת הדו"ח כי: המטוטלת נעצרה באמצע הדרך. מכאן ניתן היה להסיק, כי באנו אל המנוחה ואל הנחלה והמטוטלת לא תנוע עוד. דא עקא, שהארץ לעולם נוע תנוע, ואנו מצויים כעת בעיצומו של הליך כלל עולמי של הפרטה.⁵ הניסיון המצטבר גרם לכך שלא תשרור שביעות רצון כלפי פעילויות עסקיות שהממשלה מעורבת בניהולן ובעקבותיו החל תהליך שבו מסיגות הממשלות לאחור את מידת מעורבותן במשק.

8. ככלל, ציפיות האזרח כי הממשלה תמצא תרופה לכל מכאוב כלכלי ותקטין באופן יעיל את הסיכון מפני אבטלה, עוני, מחלות וכיו"ב - הולכת ופוחתת. מדיניות הסעד לא נזנחה, אך בכל הנוגע לתחום העסקי, שבה לשרור, במידה מסוימת, מדיניות של "laissez faire", הגורסת כי פעילות

4 חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ספר החוקים 770, כה בתמו תשל"ה, 4.7.1975. זיקתו של חוק זה להצעת החוק שניסחה ועדת ברק מובהרת במבוא להצעת חוק החברות הממשלתיות, תשל"ג-1973, ה"ח 1067 כו באייר תשל"ג, 29.5.1973 בעמ' 314.

5 כך למשל, באנגליה שבה הולאמו תעשיות רבות, בתקופת שלטון מפלגת הלייבור בשלהי שנות הארבעים ובשנות החמישים, חל מהפך תחת שרביטה של ראש הממשלה מטעם המפלגה השמרנית, גב' מ' טאצ'ר והחל תהליך הפרטה אינטנסיבי בשנת 1979. ראה:

J.F. Garner and B.L. Jones Administrative Law (London, Butterworths, 1985, 6th ed. 297.

גם בישראל אומצה בעקרון גישה זו, ומדיניות הממשלה לגבי מכירת חברות ממשלתיות באה לידי ביטוי כבר בתקציב המדינה לשנת 1979 (עמ' 23), בו נאמר כהאי לישנא:

1. מדיניות הממשלה היא לצמצם, ככל הניתן, את מעורבותה הישירה בפעילות המשקית, תוך הגרלת משקלו של הסקטור העסקי. במסגרת מדיניות זו תמכור הממשלה, בשלמותן או בחלקן, חברות שבבעלותה. הכוונה לחברות, שפעולתן הסדירה אינה מחייבת בעלות ממשלתית, או שהממשלה יכולה להחזיק בהן שיעור מניות נמוך מהקיים. מכירה של חברה ממשלתית תעשה בתנאי שיובטח מחיר נאות וימצאו קונים בעלי ידע וכלים לקידומה. תנתן עדיפות למכירת חברות תמורת מטבע חוץ. חברות יימכרו רק לאחר אישור המכירה ע"י ועדת השרים לענייני כלכלה ובאישור ועדת הכספים.
2. חברות שהשלימו את ביצוע תפקידן יפורקו.

אינטנסיבית ומעורבות יתר של הממשלה במשק אינה לברכה, שכן לכוחות השוק יש מהלך עצמאי יעיל, ומעורבות ממשלתית משבשת אותו ויוצרת תנאים לא טבעיים לפעילותו. משום כך השקפה רווחת היא כי בכל הנוגע לכלכלה, עדיף משק חופשי ויעיל על פני מעורבות ממשלתית, המביאה בכנפיה ביוורקרטיה ואף פוליטיזציה וכיוצא באלה חולאים. על הממשלה לשוב ולהתמקד על כן, בהתאם לגישה זו, בתחומים הקלסיים של הסדרת יחסי החוץ ובטחון האזרחים, ולדעת את גבולות יכולתה לסייע ולהועיל בתחום הכלכלי.

9. נמצא כי המטוטלת נעה שוב. הגישה הרווחת כעת היא כי הממשלה אינה מסוגלת לענות על כל הצרכים⁶ וכי אף אם מוצאת הממשלה לנכון לכוון את המשק לפסים מסוימים, הרי שמוטב כי תעשה כן בעקיפין: בדרך של מתן סובסידיות, מענקים, הלוואות וערבויות, באמצעים מוניטריים ואף באמצעות פיקוח על המחירים, אך לא בדרך של מעורבות ישירה במפעלים עסקיים שונים. השקפה זו קיבלה מימד מעשי ביותר, עם התפתחותו והתעצמותו של הליך הפרטה כלל עולמי.

10. חזרתה של המטוטלת אל נקודת המוצא שלה, הופכת את החברה הממשלתית לכלי שהשימוש בו מעורר תהיות.

החברות הממשלתיות הן יצור כלאיים אשר פיקוח ציבורי ואמות מידה של ניהול המאפיין גוף פרטי משמשים בו בערבוביה.

ועדת ברק ציינה כי זהו שביל זהב בין הפרטה מלאה לבין ניהול על ידי הממשלה. ואולם, נשאלת השאלה, מדוע נחוץ שביל זהב כאשר שתי הדרכים שמימינו ומשמאלו עדיפות על פניו ויש רק לבחור ביניהן בכל מקרה ומקרה?

11. כך למשל, תחומי פעילות אשר המדינה רואה כחשובים לביצוע באמצעות אורגנים של הרשות, מן הראוי לכלול במסגרת המשרדים הממשלתיים,

6 R. Dussault and L. Borgeat *Administrative Law A – Treatise* (translated by M. Rankin) (Carswell, Toronto, 1985, 2nd ed, Vol. 1) 9:

"Although it was first praised as indispensable and beneficial the increasing role of the Administration in our society has provoked changes in attitude, as it seems obvious that the state alone will not be able to meet all needs. The period of economic decline also makes us aware that its resources are not unlimited and that it must evolve in a direction toward more effective and rational management of public funds. Critics have gone even further, claiming that the very essence of the democratic system is at stake... Therefore it is felt that, in the first place, expansion of the state must be slowed down".

בדי שתשרור לגביהן אחריות מיניסטריאלית וכדי שתקציבן ייכלל בתקציב המדינה המבוקר על ידי הכנסת. (אם אכן הספקת החשמל לדוגמא, הינה נושא שיש חשיבות לאומית בי ניהול על ידי המדינה - מדוע שהדבר לא יופקר בידי משרד האנרגיה, על האחריות המיניסטריאלית הברוכה בכך.) ומאידך גיסא, תחומי פעילות למען הציבור, הניתנים לניהול על ידי גורמים פרטיים, אין בל סיבה שלא להעביר לידיים פרטיות ולהשיג בכך שתי מטרות:

א. ניהול המצטיין בדרך כלל ביתר מעוף ויוזמה, בעילות ובחיסכון בעלויות מיותרות.

ב. גיוס הון מן הציבור, אשר ירכוש את הבעלות בגופים אלו בכסף מלא, באשר יראה בהם מקור לא אכזב להפקת רווחים.

12. ואכן, הממשלה החלה בתהליך של הפרטת המשק, שהינו תהליך מקובל בארצות רבות. כך הונפקו בבורסה לניירות ערך מניות של "בוק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, כך עוסקת המדינה בתהליך של מכירת הבנקים והונפקו מניות בנק הפועלים בע"מ, וכך הובעה כוונה למכור את חברת כ.י.ל., את חברת מ.ת.מ. ועוד.⁷

איזו הצדקה קיימת אם בן לקיומו של אותו יצור כלאיים המכונה: חברה ממשלתית? או שהפעילות ראויה לניהול על ידי הממשלה או שהינה ראויה לניהול על ידי גורמים פרטיים, אך מדוע והיכן תפעל חברה ממשלתית?

13. משהתקדמה החשיבה הכלכלית לשלב שבו פתוחה הדרך להעביר מפעלים מבעלות המדינה לידיים פרטיות מתעוררת השאלה: "אם בן למה זה אנוכי?"⁸ מכיון שהבעלות הציבורית והפיקוח הציבורי ניתנים

7 לאחרונה פורסמה הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקן מס' 8) (הפרטה), התשנ"ג-1993, הצעת חוק 2185, כב בסיף התשנ"ג, 14.6.1993, במבוא להצעת חוק זו נאמר:

"הממשלה רואה בהפרטת חברות ממשלתיות מרכיב חיוני בשכלול פעילות המשק הלאומי, הגברת יעילותו וצמיחתו. במטרה ליישם מדיניות זו - הקימה הממשלה בחדש מאי 1991 ושבה ועשתה זאת גם בחדש יוני 1992 - ועדת שרים מיוחדת לעניני הפרטה, הפועלת בסמכות הממשלה.

בשנים 1991-1992 קיבלה ועדת השרים החלטות בדבר הפרטת 20 חברות, בדרך הקטנה או דילול שיעור החזקות המדינה בהון, באופן מלא או חלקי, זאת מתוך כ-40 חברות ממשלתיות עסקיות - פעילות, להן יש כ-40 חברות בת וחברות מסוגפות; בשנת 1993 קיבלה ועדת השרים האמורה החלטות בדבר הפרטת שתי חברות נוספות."

8 בראשית, כה כב. השאלה נשאלה שם ביחס לגוף שאופיין לכאורה במהיות סותרות (ראה רש"י, שם). הישוב לשאלה זו היה נערך בידיעה כי המדובר בשני גופים נפרדים. הנה כי כן, דרך ביניים מעוררת מטבעה את השאלה מדוע אין להעדיף בכל מקרה נתון, אחת מן האלטרנטיבות הברורות, מאחת משתי הקצוות.

להמרה בבעלות פרטית, מדוע נחוצה מדעיקרא דרך ביניים זו של חברות ממשלתיות?

כל עוד שררה שביעות רצון מתפקוד הממשלה במעורבותה המשקית, לא הגיעה שאלה זו לידי מיצוי. ואולם, משהחל הליך ההפרטה וניתן לערוך הבחנה ברורה בין החברות שניתן להעבירן לידיים פרטיות לבין חברות שאין אפשרות לעשות כן ויש להותירן בידי המדינה,⁹ מתעוררת במלוא עוצמתה השאלה: לשם מה נחוצה דרך הביניים של פעילות באמצעות חברות ממשלתיות, כאשר שתי הדרכים האלטרנטיביות, מכל צד, טובות הימנה, ויש צורך רק לבחור ביניהן בכל מקרה ומקרה?

14. זאת ועוד, עדיפותה של החברה הממשלתית על פני המחלקה הממשלתית בולטת במיוחד במקרים שבהם על הפעילות להתבצע תוך גילוי יוזמה וגמישות עסקית, כגון כאשר החברה מצויה בתנאים של תחרות חופשית.

בהקשר זה יצוינו למשל דבריו של פרופ' קורי (Corry) כי המאפיין את המינהל הציבורי הינו השגרה והדפוס המחשבתי, הנובעים מן הצורך של מינהל תקין בקביעתם של סדרים קבועים. ואולם, קיבעון זה אינו מתיישב עם פעילות עסקית הדורשת יוזמה ונמרצות:

"Any human organization operating on such a scale that policy must be executed by subordinates, is necessarily cursed with the rigidity of rules.

...wherever men have learned to govern their rulers, this incubus has weighed heavily on state administration. Tradition grows immensely strong here, feeding on the ceremonial of state, and new tasks have to be performed in old ways. So when governments begin to operate public utilities, they turn the dynamics of trade into the statics of routine administration".¹⁰

9 תעשיות בטחוניות, למשל, סביר להניח כי ייוותרו בבעלות המדינה ולא יעברו לידיים פרטיות על אף תהליך ההפרטה.

10 Perry) מוסיף ומציין כי המחלקה הממשלתית כלל אינה בנויה לניהול פעילות עסקית, מה עוד שביצוע פעילות זו באמצעות מחלקה ממשלתית, חושף אותה להשפעות פוליטיות ומונע גיט כוח אדם טוב באמצעות תשלום משכורות גבוהות.

J.H. Perry Proceedings of Eighth Annual Conference of Institute of Public Administration of Canada, pp. 146-147:

"...government departments are neither by structure, nor tradition, designed for carrying on

15. מאידך גיסא, אין ספק כי המחלקה הממשלתית עדיפה על פני החברה הממשלתית, מבחינת הביקורת ההדוקה על פעילותה. ביקורת זו נחוצה במיוחד באשר המדובר במונופול, או בחברה המכתיבה את תנאי השוק. במקרים אלו אין בדרך כלל בעיה בתחום ההכנסות והפקת הרווחים של החברה, גם במסגרת של מחלקה ממשלתית, ואדרבה, בראש המעיינים עומד הצורך לבקר על הוצאה נכונה וקפדנית של המשאבים והכספים הנצברים בה. ואולם, גם בנסיבות אלו, כדי לייעל את השירות, וכדי לקדם יחזמות עסקיות, תוך גיוס כוח אדם מקצועי ומיומן, הועדפה החברה הממשלתית על פני המחלקה הממשלתית.
16. נמצאת למד כי כאשר נבחרה דרך הביניים של ניהול על ידי חברות ממשלתיות, תוך הותרת אמצעי ביקורת עקיפים בלבד בידי הממשלה, הועדפה היעילות הכלכלית על פני הביקורת הציבורית.
17. דא עקא, שהמשכו של קו חשיבה זה מוביל להליך ההפרטה. החברה הממשלתית אכן יעילה יותר מן המחלקה של משרד ממשלתי, אך היא נופלת ביעילותה מן החברה הפרטית ולו מן הטעם הפשוט שאין מי שיכסה את הפסדיה וימנע את פירוקה במקרה של כישלון עסקי.¹¹ העדפת היעילות על הביקורת הציבורית הביאה בכנפיה את המגמה הכלל עולמית להפריט חברות ממשלתיות, שאין הכרח להותירן בבעלות המדינה. נמצא כי העדפת היעילות הכלכלית על פני הביקורת הציבורית המוחלטת, שהביאה להקמת חברות ממשלתיות, מביאה לכאורה גם לפירוקה של מסגרת זו עד כי מתעוררות תהיות בדבר התועלת המופקת הימנה.

commercial activities... The commercial world is said to require greater initiative, flexibility, independence and freedom from red pen, than can be assured in a government department, and the separate board or corporation achieves this end, both in day to day operation and in the hiring of staff. The desire to remove a function from politics and to attract business men who are familiar with corporate entity... and incidentally to pay them salaries higher than the civil service level - are also given as reasons".

Davies "The Efficiency of Public Versus Private Firms, The Case of Australia's Two Airlines" 11
14 J. of Law and Econ. (1971) 149; L. De Alessi "An Economic Analysis of Government Ownership and Regulation; Theory and Evidence from the Electrical Power Industry" 19 Public Choice (1974) 1; Zardkoohi "A Test of the Property Rights - Theory of the Firm; Water Utilities in the United States", 21 J. of Law and Econ. (1978) 395; A.A. Alchian and R.A. Kessel "Competition, Monopoly and the Pursuit of Money in Aspects of Labor Economics (National Bureau of Economic Research, ed., Princeton, Princeton Univ. Press, 1962); A.A. Alchian Some Economics of Property (Santa Monica, Rand Corporation Study, 1961) 231-236.

18. ההצדקה להותרת פעילות עסקית של המדינה בידי חברות ממשלתיות, מחייבת למצוא ייחודיות מסוימת בפעילותן של חברות אלו, תוך העלתן מדרגה של דרך ביניים בין מגמות שונות והגדרתן במבנה בעל תכונות וסגולות ייחודיות משלו.

השאלה היא אם כן מהי התכונה הייחודית לחברות ממשלתיות, אשר ממנה נובעת זכות הקיום של מסגרת זו?

19. התשובה לשאלה זו עשויה להימצא, לדעתנו, בתחום הכפיפות לנורמות מן המשפט הציבורי. הרשות הציבורית הינה אכן פחות יעילה מבחינה כלכלית מרשות הפרט. ואולם, הרשות הציבורית מאופיינת בנורמות התנהגות גבוהות, המתבטאות בכללי המשפט הציבורי, האוסרות הפליה, שרירות לב ומחייבות מתן הנמקה ורמה גבוהה מאוד של תום לב. הרצאת פעילות מסוימת מידיים ציבוריות אל התחום הפרטי, מפקיעה את תחולתן של נורמות אלו.

זהו המחיר הערכי של היעילות והוא מלווה את הליך הפרטה.

20. מחיר זה אינו כבד מדי מקום שבו קיימת תחרות חופשית. במצב זה, זקוק היצרן ונותן השירות לצרכנים. אם פעולותיו תהיינה בנות עוולה, והציבור יחוש כי לא נהגו עימו בהגינות או בסבירות, יפנה הציבור הישר אל זרעותיו המושטות של המתחרה העסקי. התחרות החופשית מהווה במקרים אלו, במידה רבה, פתרון מעשי יעיל להעדרן של נורמות משפטיות גבוהות.

ואולם, הפרטה מסיבית, אשר תיעשה אף ביחס לפעילות שאין אפשרות לחושפה, מחמת טבעה וטיבה, לתנאים של שוק חופשי ופתוח, תגרום להסרתן של נורמות ההתנהגות אשר להן כפוף גוף ציבורי, חאת בלא שתנאי השוק ייגנו על הצרכן. היעילות העסקית אכן גוברת על הצורך בפיקוח ציבורי ומחייבת הפרטה. ואולם, במקרה זה מתנגשת היעילות העסקית בצורך להבטיח כי השירות או המוצר המסופקים לציבור הרחב, יסופקו באופן הוגן וסביר ולא ייחשפו לשרירות לב ולהפליה, שהרי גוף פרטי רשאי לעשות כרצונו בהעדר תחרות חופשית ובהעדרה של כפיפות לנורמות של המשפט הציבורי.

משום כך, אם נסיק כי החברה הממשלתית כפופה לנורמות מן המשפט הציבורי הרי שבכך עשויה להימצא תכונה ייחודית המצדיקה ומחייבת את קיומן של חברות אלו גם בעידן שבו המטוטלת נעה לכיוון של הפרטה.

21. לא זו אף זו, תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות לא בהכרח תהא זהה לתחולתן בכל הנוגע למחלקה הממשלתית. מכאן עשוי לנבוע יתרון ייחודי נוסף של החברה הממשלתית. המחלקה של המשרד הממשלתי כפופה לנורמות של משפט ציבורי בפעילותה העסקית, מחמת עצם מהותה. נורמות אלו יחולו על כן על המחלקה הממשלתית בכל אשר תפנה ובכל אשר תפעל ואף בעת שההשלכות הנובעות מכך במישור העסקי הינן קשות. מקום שבו נובעת תחולתן של הנורמות מן המשפט הציבורי מחמת עצם מהותו של הגוף הנדון, הרי שמשורת הדין של המשפט הציבורי לא ניתן להשתחרר, יהא אופי הפעילות ויהיו הנסיבות אשר יהיו. לעומת זאת, החברה הממשלתית הינה גוף עסקי, אשר מידת כפיפותו לנורמות של משפט ציבורי טעונה בדיקה. כפי שנראה להלן, מחד גיסא, זוהי חברה האמורה לפעול במתכונת של גוף פרטי, משל היתה זו חברה רגילה, ומאידך גיסא, זוהי זרוע ביצועית של הממשלה לביצוע מדיניותה בתחום מסוים. ביחס לחברה זו ייתכן כי התוצאה תהא כי היא אינה כפופה לכל הנורמות מן המשפט הציבורי וכי לא בכל הנסיבות היא חייבת לפעול לפיהן.

22. זאת ועוד, כפי שראינו, חברות ממשלתיות המרכזות בידיהן ערצמה המאפשרת להן להכתיב את תנאי השוק, מן הראוי לכאורה להכפיף לכללי המשפט הציבורי, כדי שהפרט הנוקק לשירותיהן לא יהא חשוף לשרירות ולהפליה. בחברות אלו אין גם חשש רב כי כללי המשפט הציבורי יפריעו לניהול יעיל של עסקיהן ולהתמודדות עם תנאי שוק חופשי - שהרי באמור השוק אינו כה חופשי ויש בידיהן לעצב את תנאיו. לעומת זאת, בחברות ממשלתיות הנאלצות להתמודד בתנאים של שוק חופשי, עשויים כללי המשפט הציבורי להוות הגבלה ממשית שתעמוד לרועץ במאמץ הכלכלי, ואילו החשש כי הפרט יהא חשוף לשרירות ולהפליה אינו רב, שהרי בידו לקבל את המוצר או השירות מן המתחרה העסקי.¹²

12 ביחס למקרים אלו, הדעת נותנת כי אם בפועל לא תופרטנה חברות ממשלתיות, שניתן להפריטן ולחושפן לתחרות חופשית, לא יהא מקום להירתע מהכפפתן לנורמות של משפט ציבורי. במקרה זה, אם יכבדו כללים אלו על פעילותן של החברות האמורות, הרי שיהא בכך משום תמריץ נוסף לממשלה להפריטן, באשר עם הפרטתן יופטרו חברות אלו מתחולת הנורמות של המשפט הציבורי.

23. משום כך, אילו היה ניתוח משפטי, בשאלת כפיפותן של חברות ממשלתיות לכללי המשפט הציבורי, מוביל למסקנה כי החברות הממשלתיות כפופות לנורמות מן המשפט הציבורי באופן מוגבל ומסויג, דהיינו כפיפות לכללי המשפט הציבורי שאינה נובעת מחמת עצם מהותן של חברות אלו, אלא מכוח התפקיד המוטל עליהן, אשר בנסיבות שבהן מחייבת הוצאתו לפועל של תפקיד זה להשתחרר מחובות המשפט הציבורי - תהא החברה הממשלתית מופטרת מחובות אלו, הרי שהיה בכך כדי למצוא ייחוד לחברות הממשלתיות, המצדיק את קיומן ככלי המנוהל בהתאם לנורמות משפטיות מיוחדות המשותף לו יתרונות ייחודיים.

24. ואכן, ניתוח שיטתי הוביל אותנו למסקנה כי החברה הממשלתית כפופה לנורמות מן המשפט הציבורי, במקום שבו לא קיימים תנאים של שוק חופשי, ומאידך גיסא, פטורה החברה הממשלתית מנורמות אלו במקום שבו מחייבים זאת תנאי השוק. נמצא כי קיים תחום, חשוב ביותר, שבו החברה הממשלתית עולה על שתי האלטרנטיבות, הפרטית והציבורית גם יחד.

העדיפות על פני גוף פרטי נעוצה בכך שיוסר החשש מפני שרירות והפליה פסולה, מקום שבו לא קיימת תחרות חופשית. זאת לנוכח תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות.

והעדיפות על המחלקה הממשלתית ועל התאגיד הסטטוטורי מצויה הן ביעילות היחסית של החברה הממשלתית, כהשוואה למחלקה של משרד ממשלתי, והן בכך שיהא בידה להשתחרר מנורמות אלו של המשפט הציבורי, כאשר צרכים עסקיים חיוניים, המתרחשים ונוצרים מעת לעת, מחייבים זאת. גמישות זו אינה קיימת ביחס לרשות הציבורית גופה, שבה נובעת תחולתם של כללי המשפט הציבורי ממהותו של הגוף המבצע את הפעילות ולא ממהות התפקיד שממלא הגוף האמור.

25. בפרקים הבאים יפורט ניתוח שיטתי זה, תוך שאנו סוקרים את עקרונות תחולתו של המשפט המינהלי ובוחנים את מהותה של החברה הממשלתית. בהקשר זה נתייחס לסיטואציות שונות של יחסי אמון ולתוצאות הנובעות מקיומן, למבחנים על פיהן נקבעת הכפיפות לפיקוח

בג"צ, לתחום הדמדומים הקיים בין משפט ציבורי למשפט פרטי, ולמיקומן של חברות ממשלתיות במערכת המשפטית האמורה, בעידן של הפרטה. לבסוף נפנה ליישום הדברים האמורים בכל הנוגע לנורמות ספציפיות מן המשפט המינהלי, כגון הבטחה מינהלית, חובת הנמקה והלכת ההשתחררות מחוי רשות.

פרק א

חובות האמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב

- א. פתח דבר
- ב. נושא הדיון – הצגת השאלה במישור הפורמלי
ב(1) סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות – מספר אופציות פרשניות
ב(2) החלופה הפרשנית הראשונה
ב(3) החלופה הפרשנית השנייה
ב(4) קשיי הבחירה
- ג. ההבדל הנורמטיבי בין משפט פרטי למשפט ציבורי
ג(1) פתח דבר
ג(2) חובת תום הלב החוזית
ג(3) השוני הנורמטיבי בין דיני החוזים לבין המשפט הציבורי
ג(4) חובת האמון בדיני חברות
ג(5) השוני הנורמטיבי בין דיני החברות לבין המשפט הציבורי
- ד. הצגת השאלה במישור המהותי –
יחסי האמון כמקור להבחנה בין גוף פרטי לגוף ציבורי
- ה. סיכום

א. פתח דבר

1.1 האם חלות על חברות ממשלתיות חובות מן המשפט הציבורי? האם מותר לחברה הממשלתית להפלות לטובה או לרעה לקוח מסוים, במחיר השירות, בטיבו, בתנאי האשראי וכיו"ב, כפי שגוף עסקי רשאי ונוהג לעשות, או שמא יש לראות בחברה הממשלתית זרוע ביצועית של הממשלה הכפופה לאותן נורמות התנהגות החלות ביחס לאורגן ציבורי, וממילא לא יעלה על הדעת כי תעשה כן?

1.2 מטבע הדברים, מנסה המעיין, אשר שאלה זו מוצגת לפניו, להמחיש את הדברים, והוא משווה לנגד עיניו חברות ממשלתיות ספציפיות המוכרות לו. דא עקא, שההדגמה כשלעצמה אינה מקדמת את העיון הרציונלי לנובח השוני הקיים בין החברות הממשלתיות השונות. כך למשל, קשה לקבל גישה לפיה תוכל חברת החשמל או חברת "בזק" להפלות בין צרכנים. אך האם נכונים הדברים באותה מידה גם לגבי החברה הממשלתית למדליות ולמטבעות, המבקשת להעניק תנאי אשראי נוחים יותר למזיאותן יוקרתי או לאספן בעל שם, המעוניין לרכוש סדרת מטבעות מסוימת? לכאורה, המענה לשאלה שהצגנו, בדבר תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, חייב להיות מענה אחיד המתיחס לכלל החברות הממשלתיות באופן שווה, שהרי מבחינה נורמטיבית יש לכולן אותה מהות משפטית, וכפי שעוד נראה להלן, לא מצינו בחוק מאבחנים כלשהם בין סוגים שונים של חברות ממשלתיות.

תשובה אינטואיטיבית הנובעת מראיית חברה ממשלתית מסוימת בדוגמא לכלל החברות, עלולה להוביל לתוצאות שאינן נבונות ביחס לכלל החברות הממשלתיות ושאין רצויות.

1.3 ואכן, השאלה דנא הינה במידה רבה עניין למדיניות משפטית רצויה, באשר המבנה החוקי הקיים מאפשר לעצב פתרונות מגוונים. להצגת מבחר האפשרויות, נפתח בניתוח השאלה במישור הפורמלי ובבחינתן של מספר אלטרנטיבות פרשניות לסעיף החוק המהווה את המסגרת הנורמטיבית הישירה של נשוא הדיון. בבחינת אלטרנטיבות פרשניות אלו יש כדי להבהיר ולהציג באחת את הפרובלמטיקה של הנושא.

ב. נשוא הדיון - הצגת השאלה במישור הפורמלי

(1) סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות - מספר אופציות פרשניות

1.4 בסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, נקבע כדלקמן:

"(א) חברה ממשלתית תפעל לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת לפעול חברה לא ממשלתית זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הוועדה (ועדת הכספים של הכנסת - ו' א') שיקולי פעולה אחרים.

הוראה זו לא תחול על חברה ממשלתית שמסמכי היסוד שלה אוסרים חלוקת רווחים.

(ב) בחברה ממשלתית שאחת ממטרותיה היא לספק לציבור מצרכים או שירותים, שלא על מנת להפיק רווחים, רשאית הממשלה להחליט שתפעל בהשגת מטרה זו, לפי הכללים המחייבים אדם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין".

מדי משמעות הקביעה כי על החברה הממשלתית לפעול לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת חברה שאינה ממשלתית? כאן, נפתחות לפני המעיין כמה וכמה אופציות פרשניות. נציג להלן את העיקריות שבהן.

(2) החלופה הפרשנית הראשונה

1.5 בפשטות, כאשר נקבע בסעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות כי החברה הממשלתית תפעל לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת חברה לא ממשלתית, הרי שמשמעות הדברים היא לכאורה, כי ביחס לחברה

1 חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ס"ח 770, כה בתמו תשל"ה, 4.7.1975. חוק החברות הממשלתיות התקבל בכנסת ביום 24.6.1975. בסעיף 72 לחוק נקבע כי תחילתו בתום שישה חודשים מקבלתו בכנסת, דהיינו, מיום 25.12.1975.

(מפאת היקף החומר המובא בתמיכה לדברים, וכדי שהמעין לא ייאלץ לפנות לפרקים אחרים כדי לתור אחר מקורות שונים, ציינו להלן בכל פרק ופרק את האיכוור המלא של המקורות הנוכרים בו, מלבד חוק החברות הממשלתיות, אשר ייקרא להלן, בכל הפרקים, חוק החברות הממשלתיות או (החוק).

ממשלתית חלות נורמות של משפט פרטי הנוהגות ביחס לחברות פרטיות, והמתירות לחברה, כגוף פרטי, להעדיף שיקולים עסקיים ותועלתניים על פני שיקולים נורמטיביים ודרך התנהגות המאפיינת גוף ציבורי.

1.6 פרשנות זו מתיישבת לכאורה גם עם המגמה הכללית שמתווה חוק החברות הממשלתיות ואשר בסעיף 2 שבו נקבע:

”בכפוף להוראות חוק זה, תחול על חברה ממשלתית פקודת החברות, ולמונחים שבחוק זה תהיה המשמעות הנודעת להם בפקודת החברות.”²

לאמור, החברה הממשלתית היא חברה לכל דבר ועניין והמחוקק הדגיש (בסעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות), את הצד הפרטי של חברה זו כצד הדומיננטי בכל הנוגע לניהולה. מכאן עולה לכאורה כי אמת המידה החייבת לעמוד בראש מעייני מנהלי החברה הממשלתית בהתוויית דרכה היא טובת החברה ובמיוחד: השאת רווחיה.³

סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות מהווה לכאורה הנחיה ברורה למנהלי החברות הממשלתיות, בי ינהגו בחברות אלו כחברות פרטיות ויתעלמו מן העובדה כי הבעלות על החברות הממשלתיות אינה מצויה, בחלק הארי שלה, בידיים פרטיות.⁴

2 על אף שסעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות מתייחס לתחולתה של פקודת החברות, נראה כי הכוונה היא לדיני החברות בכללותן, לרבות הפסיקה הרבה בתחום זה, שהרי פקודת החברות מסדירה רק חלק מדיני החברות.

לעניין זה ראה: י' גרוס דיני חברות, החוק והפסיקה (תאגידיים, תשל"ב) 1-7; י' גרוס דירקטורים ונושאי משרה בחברה (המכון למחקר עסקים בישראל, אוניברסיטת תל-אביב, 1989) 492.

3 פרופ' א' פרוקציה, במאמרו "הבעלות על הפירמה וסייגיה" משפטים כב(2) (תשנ"ג) 301, מצייץ, בעמ' 344, כי ה"מטה-תאוריה" המאפיינת את דיני החברות כלולה בשורש האטימולוגי של החברה.

"המלה האנגלית 'company' גורדה מן הקידומת 'com', שפירושה 'ביחד' ומן המלה הלטינית 'panis' - לחם. החברה היא אימוא האירגון שבו מטבים לשולחן אחד ובוצעים לחם. נדמה אותה איפוא לאכסניה של סטודים... קדם כל, אין בה מקום אלא לסטודים בלבד. אלה שאין להם מקומות מטביב לאותו שולחן אינם זכאים להשתתף בסעודה. מכאן פשר הספקנות באשר למוסד הפילנטרופיה התאגידית. המזון המוגש בסעודה הוא לחם (panis). מטרת הסעודה היא לשבור את הרעב. אין לה מטרת רווחיות, כלל חברתיות או כלל אנושיות. מכאן המגמה של השאת רווחי החברה כמונקציות המטרה הלגיטימית - היחידה - של קיום התאגיד."

4 הקפדה על המזות העסקית של החברה הממשלתית ניתן להסיק לכאורה גם מן החתור שהוציא מנהל לשכת החברות הממשלתיות עוד ביום 28.9.1962 האוסר עליהן לתרום לגופים, וולת הקרנות הלאומיים. כמו כן תצוין בהקשר זה החלטת ועדת השרים לכלכלה, מיום 25.6.72, המגבילה חברות ממשלתיות במתן תרומות. עם זאת, מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, מיום 16.3.72, עולה כי האיסור על חברות ממשלתיות לתרום נובע מן הרצון למנוע לזות שפתיים ולנוכח ההכרה כי כספי החברות הממשלתיות שייכים בעיקרם למדינה.

1.7 אכן, סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות מאפשר לממשלה, במקרים מסוימים ובכפוף לביקורת פרלמנטרית, לסטות מן הכלל ולהכתיב לחברה ממשלתית מסוימת שיקולים אחרים. וכך נקבע באופן גורף בסעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות גם ביחס לכלל החברות הממשלתיות, אשר מסמכי היסוד שלהן אוסרים חלוקת רווח. ואולם, אלו הם היוצאים מן הכלל, בעוד שהכלל הרחב שאותו מתווה סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות הוא כאמור, כי החברה הממשלתית תתנהל בדרך שבו מנוהל גוף פרטי.

1.8 לקביעה זו יש לכאורה השלכה ברורה על תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי, החלות רק על גופים ציבוריים ואינן חלות על גופים פרטיים. קביעתו של סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות כי החברה הממשלתית תתנהל כגוף פרטי, מתפרשת בהתאם לדרך זו ככוללת קביעה לפיה בנייהול חברה זו לא ינהגו בהתאם לשיקולים הנורמטיביים (כגון איסור הפליה) המאפיינים גוף ציבורי, והשיקול העסקי הוא השיקול היחיד הרלוונטי.

1.9 לא זו אף זו, בסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות נקבע כי בחברה אשר בין מטרתיה נכללת מטרה לספק מוצר או שירות שלא על מנת להפיק רווח, ניתן בידי הממשלה שיקול הדעת להחליט כי - בכל הנוגע להשגת מטרה זו - תפעל החברה לפי הכללים המחייבים אדם הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין".

ודוק, המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" זהה לקריטריון שנקבע בסעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה, כמקנה סמכות לבג"צ לבקר פעילותם של גופים שונים.⁵

נמצאת למד לכאורה, כי הכללים החלים ביחס לאדם הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין", דהיינו, כללי המשפט הציבורי אשר על פיהם דן בג"צ ומבקר את הגופים הכפופים לביקורתו, אינם חלים על חברה ממשלתית

5 בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה נקבע כדלקמן:

(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק. בשבתו כאמור, ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק, ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.
(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבס"ק (א), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק:

(1) לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או שנאסרו שלא כדין.

(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידהן, ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין...".

בדרך כלל, אלא אם כן התקבלה החלטה יוצאת דופן של הממשלה, על פי היוצא מן הכלל הקבוע בס"ק 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות.⁶ ואף במקרה זה יחולו הנורמות של המשפט הציבורי אך ורק בכל הנוגע לפעילויות החברה הממשלתית האמורה, הנעשות לשם השגת המטרה הספציפית של הספקת המצרך או השירות הניתנים לציבור ללא כוונת רווח.

1.10 לפי חלופה פרשנית זו, הרי שכל עוד שלא התקבלה החלטת ממשלה כאמור בסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות, תהא ההתייחסות אל החברה הממשלתית כאל חברה פרטית לכל דבר ועניין, והיא לא תהא כפופה לכללי המשפט הציבורי. מסקנה זו נכונה לכאורה לגבי כל סוגי החברות הממשלתיות, אלא אם כן נפלו לגדר אחד מן היוצאים מן הכלל הקבועים בסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, והיא נובעת מקביעת המחוקק, אשר השווה כאמור את החברה הממשלתית אל החברה הפרטית.

1.11 יתרה מכך, תוצאה זו יכולה אף להיות מוצגת כאחת מן המטרות, אשר לשמן מוקמת מלכתחילה החברה הממשלתית, וכאחד מן הטעמים להעברת פעילות בתחום מסוים מן המנגנון הממשלתי למתכון פעילות של חברה. לאמור, בהתאם לקו חשיבה זה, אחד מן הטעמים להעברת הפעילות המסוימת מן המנגנון הממשלתי אל החברה הממשלתית הינו לאפשר ניהולה של פעילות זו על פי הקריטריונים החלים ביחס לחברה פרטית ולשחררה מן הכפיפות לכללי המשפט הציבורי.⁷ ואכן, כך מוצאים אנו ביחס לתאגידים הלאומיים באנגליה, בספרו של פרופ' ווייד (Wade) על משפט מינהלי:⁸

6 אי תחולתם של הכללים האמורים מלמדת לכאורה, כי לא זו בלבד שלבג"צ אין סמכות, אלא שאף הכללים של המשפט הציבורי שעל פיהם דן בג"צ (ואף בתי המשפט האזרחיים, במקרים מסוימים) אינם חלים על החברות הממשלתיות.

ויושם אל לב, סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות אינו מתייחס לסמכות בג"צ ולהגדרת החברה כגוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" אלא לכללים החלים על גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין. ואולם, לכאורה הדברים קל וחומר, כי ביחס לחברה שאינה צריכה לפעול בהתאם לדין המהותי החל על גופים ציבוריים, גם אין לבג"צ סמכות פיקוח, שהרי אילו היתה החברה ממלאת "תפקיד ציבורי על פי דין", הרי שגם הכללים החלים על גוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין", היו חלים עליה ממילא - אף בלא החלטה מיוחדת של הממשלה.

7 אם כי כשאנו משווים לנגד עינינו חברות ממשלתיות, המספקות שירות חיוני לציבור (Public Utility), כגון חברת החשמל לישראל בע"מ או "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, וכיו"ב, הרי שקשה מאוד לקבל תוצאה לפיה יותר לחברות אלו להפלות בין צרכנים או ספקים.

8 Sir William Wade Administrative Law (Clarendon Press, Oxford, 1992 6th ed.) 155 עם זאת, יצוין כי הדוגמא המובאת שם על ידי פרופ' ווייד בעניין זה, אינה מתייחסת למישור הנורמטיבי ולקביעה מה הם הכללים החלים על החברה הממשלתית, אלא לכריתת חוים ולדרך הפעולה אשר חברה שכזו יכולה ורשאית לבחור בה, כדי "להתחמק" מתחולתו של המשפט הציבורי.

"It could indeed be said that the public corporation is sometimes used as a device for taking some administrative activity outside the range of administrative law".

1.12 התוצאה המתקבלת מפרשנות זו לסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות הינה אם כן אפשרית ולגיטימית והיא מתיישבת לכאורה גם עם מבנה החוק ועם הקונספט הכללי של העברת פעילות מסוימת מן המנגנון הממשלתי אל החברה הממשלתית. ואולם האם אלטרנטיבה פרשנית זו הינה רצויה?

לכאורה, פרשנות שכזו של סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות עלולה, אם אין מוצאים לה נקודת איוון מסוימת, להביא לתוצאה קיצונית שאין הדעת סובלתה. אם אכן אין כללי המשפט הציבורי חלים על החברה הממשלתית באופן מוחלט, ויש להתייחס אליה, לכל דבר ועניין, כאל חברה פרטית, הרי שמותר לכל חברה ממשלתית, בכל מקרה, להפלות בין שווים, לנהוג בשרירות לב ולעשות כבתוך שלה במשאבים שנמסרו לידיה. כך תוכל, למשל, "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, להחליט כי אינה מתקינה טלפונים לכל מי ששם המשפחה שלו מתחיל באות מסוימת, חב' "אל על" נתיבי אויר ישראל בע"מ תוכל להחליט, בלא הצדקה עניינית כלשהי, למכור כרטיסי טיסה אך ורק במחיר מופקע לציבור ממגזר מסוים, וחברת החשמל לישראל בע"מ תוכל להימנע מהספקת חשמל לצרכנים שאינם אהודים על כלל הציבור. האם תוצאה זו מתקבלת על הדעת?

1.13 בהקשר זה יש לזכור כי המשפט הציבורי אינו מהווה רק מערכת של

ואף ביחס לכך מצוין פרופ' ווייד בי ימים יגידו אם שיטה זו תמשיך להיות מקובלת:

"An illustration is the regulation of commercial television and sound broadcasting. The Independent Broadcasting Authority is in substance a licensing authority, controlling the transmission of programmes by commercial programme companies. But it operates this control by way of ordinary contracts, made simply as business transactions with the companies, so that what are in effect statutory licensing powers, which should be subject to the rules of administrative law, are disguised as private business. ...in 1980, when new contracts were being awarded, the IBA refused to renew them with two companies, and also insisted upon company reorganisations, under a procedure which was basically a private negotiation, without statutory rules or public hearings or published reasons or right of appeal. Naturally there have been complaints that this was arbitrary government patronage instead of fair and public procedure with ministerial responsibility to Parliament. In the United States, by contrast, the allocation of radio and television channels is controlled by a government licensing agency which holds elaborate public hearings in accordance with published rules and subject to the Administrative Procedure Act of 1946 and judicial review. The British technique saves much formality and expense, but it remains to be seen whether it will continue to be acceptable" (ו' א')

כללים פורמליים. קיים מערך שלם של התנהגויות שהינו נסבל ומוכן ביותר כאשר נוקט בו אדם פרטי והוא בלתי נסבל לחלוטין כאשר נוקט בו גוף ציבורי. היטיב להגדיר הבחנה זו פרופ' ווייד המציין בהקשר זה כדלקמן:

"The powers of public authorities are therefore essentially different from those of private persons. A man making his will may, subject to any rights of his dependants, dispose of his property just as he may wish. He may act out of malice or a spirit of revenge, but in law this does not affect his exercise of his power. In some way a private person has an absolute power to... release a debtor, or where the law permits, to evict a tenant, regardless of his motives. This is unfettered discretion... but, it is wholly inappropriate to a public authority, which possesses powers solely in order that it may use them for the public good".⁹

1.14 לאמור, אדם פרטי רשאי לשקול שיקולים אמרוציונליים ובכלל זה גם שיקולים הנובעים מייצרי נקם, האת בל עוד נופלים מעשיו במסגרת החוק, ואינם פוגעים בנורמות של תום לב ודרך מקובלת. גוף פרטי רשאי לבחור לו עם מי ברצונו לבוא במגע עסקי, על פי נטיותיו האישיות.¹⁰ הוא גם רשאי לנהוג בשרירות לב או ברוחב לב, למצות את הדין או לפעול לפנים משורת הדין, בלא כל סיבה אובייקטיבית. הרשות הציבורית, לעומת זאת, אינה יכולה להרשות לעצמה לפעול ממניעים אמרוציונליים. רגשי נקם וכיו"ב מניעים אישיים - הם מלהזכיר. מניעים אלו, שהינם לגיטימיים אצל הפרט, מוגדרים כשרירות לב אצל הרשות הציבורית. הרשות הציבורית חייבת לנהוג בהתאם לסטנדרטים רציונליים הוגנים וקבועים.

1.15 נמצא בי הפרשנות המוצעת לסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, לפיה תוגדר החברה הממשלתית בגוף פרטי, לכל דבר ועניין, מכניסה לכאורה

⁹ Sir William Wade, *ibid*, p. 399. עם זאת, בישראל קיימת, כפי שנראה להלן, התקרבות של כללי המשפט הפרטי אל עבר כללי המשפט הציבורי והתנהגות שרירותית או מפלה עשויה להיארס בנסיבות מסוימות גם כשנוקט בה גוף פרטי. עם זאת, ההבחנה שרירה וקיימת במוכן זה שהפרט רשאי לבחור בקור פעולה מבחן שיקולים אמרוציונליים שונים ובלא חובת הנמקה ואילו הרשות הציבורית מנתנה מכך.

¹⁰ גוף פרטי רשאי, למשל, להתיר לפלוני את השימוש ברכושו ולגרש את אלמוני ויהיו נימוקיו אשר יהיו, בעוד שרשות ציבורית אינה רשאית לעשות כן; בג"צ 1/49 בזירנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 83. כפי שערך נראה להלן, אף לדעת הסוברים כי גם חברה פרטית רשאית לשקול שיקולים של טובת הציבור, אין היא חייבת לעשות כן, והיא רשאית להתעלם מנורמות המשרתות את טובת הציבור, לנוכח העדפת מניעים עסקיים או אף ללא כל עילה, ובלבד שהתנהגותה אינה מפירה חוק או נורמות אובייקטיביות של תום לב.

חברות אלו לקטגוריית הגופים, אשר הכל מותר להם, אלא אם כן נאסר בחוק. ונשאלת השאלה: האומנם ייתכן כדבר הזה? האם סביר להסיק כי החברה הממשלתית תוכל לפעול כגוף פרטי, ממניעים אמוציונליים ואישיים וכיו"ב? ובכלל, האם ייתכן לפרש את סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות כפתיחת פתח כפתחו של אולם לפני הרשות, לנתב פעילויות למסגרת ארגונית, שבה היא משוחררת מכל הנורמות שמתווה בית המשפט בבואו לפקח על פעולות הרשות?

1.16 לא זו אף זו, גם אם נצא מנקודת הנחה לפיה אחת ממטרות הקמתה של החברה הממשלתית היא לאפשר לפעילות מסוימת להתנהל כשהיא חופשית מכבלי המשפט הציבורי, מתחייבת הצבת גבולות לקביעה זו, שאם לא כן מדוע לא בוצעה הפרטה מלאה והפעילות הושארה בידי גוף הנשלט על ידי הממשלה? הן לא ייתכן כי העברת הפעילות ממחלקה ממשלתית לחברה ממשלתית תביא לידי כך שהפעילות תוכל להתנהל על פי קריטריונים של משפט פרטי תוך שחרור מוחלט מכבלי המשפט הציבורי, וזאת על אף שהפעילות לא הועברה לידיים פרטיות, ונותרה בידי חברה המצויה באופן ניכר בבעלות המדינה ובשליטת הממשלה.

1.17 ויצוין, מותר הגוף הפרטי על הרשות הציבורית המתיר לו לפעול מטעמים אמוציונליים כמתואר לעיל, הינו בכך, שהגוף הפרטי בתוך שלו הוא עושה ואילו הרשות הציבורית פועלת עבור זולתה.¹¹

בהתאם לכך השאלה הניצבת לפנינו במישור הרציונלי של הדברים הינה כדלקמן: אכן, המחוקק קבע כי את החברה הממשלתית יש לנהל לפי שיקולים עסקיים כשם שמנוהלת החברה הפרטית. לחברה הממשלתית יש גם אישיות משפטית משלה, כשם שיש לחברה הפרטית. ואולם, האם התוצאה הנובעת מכך היא, כי כל מה שמצוי בידי החברה הממשלתית

11 כך מוצאים אנו בבג"צ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עוה"ד בירושלים, פד"י כה(1) 225, בעמ' 331, מפי כב' השופט ח' כהן:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסדבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל ומשלה אין לה ולא כלום, כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן..." (ההדגשה הוספה).

השאלה הנשאלת היא, האם ייתכן כי החברה הממשלתית תעשה כבתוך שלה, ברצותה תעניק וברצותה תסרב? ומנגד, האם ניתן לראותה כנאמן שכל אשר יש לה מופקד בידיה רק עבור הציבור, ומשלה אין לה כלום?

כמו כן ראה דבריו של פרופ' וייד המסכם את הקטע האמור (לעיל הערה 8), באומרו כי:

"It is only where powers are given for the personal benefit of the person empowered that the discretion is absolute. Plainly this can have no application in public law".

וראה גם: D. Foulkes *Administrative Law* (Butterworths, London, 1990, 7th ed.) 174-177.

מצוי בדידה, עבור עצמה, וממילא רשאית היא לעשות בו כבתוך שלה, תוך התעלמות מכללי המשפט הציבורי? או שמא על אף הקביעה כי יש לה אישיות משפטית משל עצמה, וכי יש לנהלה בהתאם לדרך המקובלת במשפט הפרטי, הרי שכל סמכות ומשאב שנמסרו לחברה הממשלתית, מוחזקים בידה עבור הציבור הרחב?

1.18 שאלה זו טעונה ליבון ועיון מדוקדק ובכך נעסוק להלן. ואולם, הכרעה חדה בשאלה זו, כפי העולה מדרך הפרשנות המוצע לסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, לפיה לא יחולו כלל כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית, מובילה לתוצאה שאינה רצויה, שכן בהתאם לפרשנות זו תוכל לכאורה החברה הממשלתית להפלות ולפעול בשרירות וממניעים זרים.

1.19 זאת ועוד, ועדת ברק, אשר בדקה את הנושא, ציינה כי ציפייתו הסבירה של האזרח היא שהחברה הממשלתית תתנהג עימו על פי אותם עקרונות אלמנטריים של צדק טבעי המחייבים את המדינה.¹² התוצאה מפרשנות סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות באופן המשווה את החברה הממשלתית לגוף פרטי גם בנוגע להחלה של נורמות מן המשפט הציבורי, לא זו בלבד שיש בה כדי להתיר לחברה הממשלתית להפלות ולנהוג בשרירות אלא שהיא מביאה גם להפרה של ציפיות הציבור מן החברה הממשלתית, שהינן ציפיות סבירות ולגיטימיות. משום כך קשה להניח כי זו אכן היתה כוונת המחוקק.

12 דין וחשבון הוועדה להכנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות, בראשות פרופ' א' ברק (האוניברסיטה העברית בירושלים, המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, 1970), (להלן: דו"ח ועדת ברק), בעמ' 48:

"כאשר המדינה מבצעת פעולה עסקית באמצעות מחלקותיה, מוטלת עליה החובה לפעול ללא הפליה ועל בסיס של שוויון (בג"צ 262/92 פ"ד ג' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד י"ז טז 2101). כמו כן, מוטלת עליה בסוגיות מסוימות חובת המכר. לעניין סמכות סטטוטורית, מוטלת על הפקיד הפועל מטעמה חובת הנמקה. (חוק לתיקון סדרי המנהל (הנמקות) תשי"ט-1958). כאשר אותה פעולה מתבצעת באמצעות חברה ממשלתית, המוקמת על פי פקודת החברות, נופלות חובות אלו.

לעיתים הדבר מוצדק, ומתיישב עם הגישה העקרונית כי חברה ממשלתית חייבת לפעול כמו כל חברה לא ממשלתית באותו ענף, אך יש דבר זה גורם לתוצאות לא רצויות. האם מתקבל על הדעת שמשרד השיכון יהיה כפוף לעקרונות השוויון ואיסור הפליה שצוינו לעיל, אך חברות השיכון המוקמות על ידו, תהיינה מטורות מכך? בעיני הציבור חברות השיכון הללו זהות למשרד השיכון? (ההדרגה הסופה).

בהקשר זה יש לזכור כאמור (בה"ש 4 למבוא) כי דו"ח ועדת ברק עמד בבסיס ניסוח חוק החברות הממשלתיות. לסקירה מקפת ביחס לרקעו החקיקתי של חוק החברות הממשלתיות, ראה ספרו של פרופ' י' אהרוני חברות ממשלתיות בישראל ובעולם (גומא, ספרי מדע ומחקר, צ'ריקובר מציאים לאור בע"מ, 1978) בעמ' 145-148.

1.20 כלל יסודי הוא כי חוק מהווה יצירה נורמטיבית הבאה להגשים תכלית חברתית והוא ביטוי למדיניות.¹³ אם התוצאה שאליה מוביל פירוש מסוים, אינה תוצאה רצויה, הרי שיש לחתור למציאת אלטרנטיבה פרשנית אחרת, אשר תוביל להגשמת התכלית החברתית הרצויה.

כמו כן, הלכה פסוקה היא כי כאשר קיימות מספר אפשרויות לפרש חוק, הרי שיש לבחור בו שעולה בקנה אחד עם נוחות, היגיון, צדק ועקרונות מקובלים.¹⁴

נפנה על כן לבחינת אלטרנטיבה פרשנית לסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות.

ב(3) החלופה הפרשנית השנייה

1.21 קיימת אפשרות לפרש את סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, כמתייחס ל"שיקולים עסקיים" בלבד. בהתאם לדרך זו, סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות אינו מתייחס לנורמות המשפטיות החלות על החברה הממשלתית, ובכללן החובה לנהוג בסבירות, בתום לב, ללא משוא פנים, ללא הפליה, על פי כללי הצדק הטבעי וכיו"ב, אלא להכרעות הכלכליות העומדות לפני החברה הממשלתית.

נבהיר דברינו: החברה הממשלתית מצויה בדילמה מובנית. היא מופקדת על אינטרס ספציפי אך נשלטת במידה רבה על ידי הממשלה, המופקדת על כלל התופעות הכלכליות, החברתיות והלאומיות של המשק. לממשלה יש לעיתים אינטרס כי החברה הממשלתית תפעל בהתאם לשיקוליה הלאומיים או הכלכליים הכוללים, על אף שאלו אינם עולים בקנה אחד עם ניהול כלכלי ויעיל המתמקד אך ורק באינטרס הספציפי שעליו מופקדת החברה הממשלתית.¹⁵ לדילמה זו התייחס המחוקק בסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות ואילו בנשוא הדיון שלנו, בדבר

13 א' ברק שיקול דעת שינוטי (פפירוס, בית ההוצאה לאור באוניברסיטת תל-אביב, 1987) 90-91, בהסתמך על: ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' מ"ש רחובות, פ"ד לט(2) 70; ע"א 481/73 רזונברג ע"ד מנהל עזבון אלזה ברגמן נ' שטסל, פד"י כט(1) 505, 516; ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פד"י לח(3) 701, 715; ע"פ 71/83 שרון נ' מדינת ישראל, פד"י לח(2) 757, 770.

14 כב' השופט ש' ו' חשין בבג"צ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית בא"י נ' שרת העבודה, פד"י ו' 237.

15 לסקירה בדבר ההתמודדות עם דילמה זו במדינות שונות בעולם, ראה פרופ' אהרוני בספרו הנזכר (לעיל הערה 12), בעמ' 81-87.

תחולתן של נורמות משפטיות שונות על חברות ממשלתיות - לא אמר את דברו.

1.22 בהתאם לאלטרנטיבה פרשנית זו נקבע בסעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות כי בחברה ממשלתית ינהגו לפי שיקולים עסקיים בדומה לחברה לא ממשלתית. ומשמעות הדבר, כי יש לראות בחברה הממשלתית משק סגור, המתנהל על פי שיקולים אשר ישאו את טובת החברה, ובהתעלם משיקולים כלל משקיים ומשיקולים לאומיים העומדים בסתירה לשיקול זה. בהתאם לכך, גם אם קיים, למשל, צורך כלל משקי, להוריד את שיעורי האינפלציה, לא תספק החברה הממשלתית מוצר או שירות במחיר הפסד, מתוך מטרה להשפיע על שיעור עליית מדד המחירים לצרכן.

וגם אם קיים צורך כלל משקי להוריד את שיעור האבטלה, לא תעסיק החברה הממשלתית עובדים לא נחוצים.¹⁶ ואולם, לפי דרך זו קביעתו של

16 בכך אימץ המחוקק את המלצות הוועדה שמונתה בדצמבר 1965, על ידי האגודה הישראלית למדעי המדינה, בראשות ד"ר ז' מחס, לבחינת ניהול המפעלים העסקיים של המדינה (להלן: ועדת מחס, בעמ' 25:

"אחד היעדים (של החברות הממשלתיות - ו' א') החייב להיזכר כאן במפורש, הוא השאיפה לרווחים. השאיפה לרווחים לא תהיה בדרך כלל מניע לממשלה לייסד חברה. מאידך, כאשר מתכוונים לנהל פעילות עסקית במסגרת של חברה יהיה זה בדרך כלל רצוי לכלול את השאיפה לרווחיות בין היעדים. שאיפה זו מהווה מניע חיוני ליצירת גישה עסקית ותחשיב עסקי, ובכך היא מגבירה את התמריצים לשיפור הפעולה ולהגברת היעילות.

כמובן, גם כאשר לחברה מטיימת אך יעד של השגת רווחים, עליה לשאוף ליעילות מכסימלית ולהבטיח בדרך זו שההכנסות יכסו את ההוצאות במידת האפשר.

לעיתים קרובות עשוי להיווצר ניגוד בין יעד הרווחיות ויעדים אחרים של החברה (בתחום קביעת מחירים או ביצוע פעולה 'בלתי משתלמת' מבחינה עסקית). כמו שכבר הציעה הוועדה לבידוק מימצאי דו"ח מבקר המדינה על האיגודים, הדרך הטובה ביותר תהיה, לעיתים קרובות, מתן תשלום מיוחד מתקציב המדינה לביצוע פעולות מסוימות, הממלאות יעדים ממלכתיים, על מנת לסלק סתירה בין היעדים".

בדומה לכך המליצה ועדת ברק, לעיל הערה 12, בעמ' 26:

"הדירקטורים של החברה הממשלתית חייבים לפעול לפי מה שנראה להם בתום לב בטובתה של החברה הממשלתית. כאשר הם נתקלים בקונפליקט בין טובתה של החברה לבין טובתו של אינטרס מחוץ לחברה, לרבות האינטרס של המדינה, עליהם להכריע בקונפליקט לטובת מה שנראה להם בתום לב כאינטרס של החברה הממשלתית".

להשוואה ראה גם:

A.H. Hanson Public Enterprise, A Study Of Its Organisation And Management In Various Countries (Based on documents prepared for a United Nations Seminar, held in Rangoon, March 1954) (International Institute of Administrative Sciences, Brussels, 1955) p. 13:

"In the Soviet Union, the creation of the 'TRUST', the semi-autonomous enterprise or group of enterprises, has been the result of the tension between overall state planning based on the almost universal state ownership of industry and the need for decentralisation of management and a check on competitive efficiency. In the absence of the profit motive, it became doubly important to establish enterprises which would have separate budgets, separate accounting systems and therefore be subject to individual efficiency checks".

סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות אינה נוגעת במאומה לשאלה אם יחולו על החברה הממשלתית כללי המשפט הציבורי.

1.23 אכן, אם נגיע למסקנה כי יש להחיל על החברה הממשלתית נורמות של הגינות וסבירות כראוי לגוף ציבורי, ייתכן שיהיה לכך מחיר כלכלי. ואולם במקרה זה ההתלבטות תהא שונה לחלוטין מזו המוכרעת בסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות. סעיף 4 לחוק הכריע בין שני שיקולים כלכליים (של ראיית החברה הממשלתית כמשק סגור, מול ראיית החברה הממשלתית כחלק מן המכלול המשקי), ואילו אנו דנים בשאלה ערכית, אם יש לוותר על הצלם הציבורי של החברה הממשלתית כאשר הדבר כרוך בתשלום מחיר כלכלי ובוויתור על השגת רווח חומרי.

1.24 למען שלמות התמונה נתאר את המערכת הכוללת, שמתווה סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, בהתאם לדרך פרשנות זו, על ארבע הקטיגוריות השונות הכלולות בה:

א. הכלל הגדול - בתחום העסקי תנוהל החברה הממשלתית כגוף פרטי ושיקוליה העסקיים יועדפו על פני שיקולים כלל משקיים או לאומיים. בהתאם לכך קובע סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות כי החברה הממשלתית תנוהל לפי קווי פעולה המכוונים להשאת טובתה היא והבוחנים כל דבר ועניין מנקודת הראות שלה בלבד.

ב. היוצא מן הכלל - סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות קובע כי הממשלה רשאית לקבוע קווי פעולה אחרים - באישור ועדת הכספים של הכנסת. סעיף זה הינו מעין "שסתום לחץ" המאפשר לממשלה לחרוג מדרך הניהול העסקית, ולהביא לידי ביטוי את העובדה כי המדינה היא הבעלים של מרבית המניות בחברה הממשלתית או בעלת הזכות למנות יותר מחמישים אחוז מן הדירקטורים.¹⁷ סעיף זה נועד למלא אחר ציפיית הציבור כי החברה הממשלתית:

לעומת זאת מתוארים התאגידים הממלכתיים באנגליה בספרם של -

O.H. Phillips and P. Jackson *Constitutional and Administrative Law*, (Sweet and Maxwell, London 1978, 6th ed. 547:

"They exercise public functions... primarily for the benefit of the public and not for profit".

כמו כן מעניין הוא בהקשר זה הניתוח הכלכלי של סוגיה זו כפי שנעשה על ידי פרופ' הנסון (Hanson): R.H. Hanson *Managerial Problems in Public Enterprise* (Asia Publishing House, New York, 1962) 132-134.

17 בשני מקרים מפורסמים עשתה הממשלה שימוש בסמכות שמקנה לה סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות.

א. החלטה מס' 573 של ממשלת ישראל מיום 2.5.81, לפיה:

"תתרום לתעסוקה, לכללי התנהגות אתית ההולמים עובדי ציבור, לבטחון המדינה, לביזור אזורים נחשלים ולפיתוח טכנולוגיות חדישות... אם החברה תפעל בהתאם לאינטרס העיסקי בלבד, רבים יטענו שאין כל צורך בבעלות המדינה" (ההדגשה הוספה).¹⁸

בחברות ממשלתיות שהוחל בהפרטתן ומניותיהן הונפקו בבורסה לניירות ערך בישראל או בחוץ לארץ, אין עוד הצדקה להותיר בידי הממשלה את הסמכות להכתיב לחברה לפעול בדרך לא כלכלית, ואכן הוחלט לסייג את תחולתו של סעיף 4(א) לגביהן.¹⁹ אילו היתה משמעותו של סעיף 4(א) לחוק כי החברה הממשלתית פטורה מתחולתן של נורמות משפטיות אלא אם כן קבעה הממשלה, באישור ועדת הכספים של הכנסת, כי היא כפופה להן, כפי העולה מן האלטרנטיבה הפרשנית הראשונה לסעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות, הרי שלא מסתבר בי בעת הנפקת מניות, בחוץ לארץ או בישראל, היתה הממשלה מובנה להתפרק מסמכותה להכפיף חברות ממשלתיות, העוסקות בהספקת מוצר או שירות חיוני, לנורמות הבסיסיות על המשפט הציבורי, אשר מן הראוי כי יפעלו לפיהן. האפשרות לבטל את תחולתו של סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות, בעת גיוס הון, אשר גם לאחר ביצועו מוגדרת החברה

"בהתאם לקווי היסוד של מדיניות הממשלה... ובנאמנות להסכם הקואליציוני... מטוסי חברת התעופה הלאומית, לא ימראו, לא יטוּסו ולא ינחתו, בשבת ובמנוחה".

בעניין זה ראה בג"צ 270/82 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פד"י (2) 669.

ב. החלטה מס' 1500 של ממשלת ישראל, מיום 6.4.86, בה נקבע כי יש:

"לקבל את ערעורו של שר המסחר והתעשייה... ולהעביר לירוחם את משרדי ההנהלה של חב' פוספטים בנגב בע"מ, עפ"י סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות".

לביקורת על החלטות ממשלה אלו, אשר לכאורה אינן מתוות מדיניות, אלא מורות לחברה הממשלתית באופן ספציפי לנקוט בפעולה מסוימת, או להימנע מפעולות מסוימות, על אף שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם שיקול עסקי, ראה: א. גרא "שיקולי וכללי פעולתה של חברה ממשלתית" (עבודת גמר לשם קבלת תואר שני במשפטים, בהנחיית פרופ' י' גרוס, אוניברסיטת תל-אביב, 1987) עמ' 34-39. כמו כן ראה, י' גרוס דירקטורים ונושאי משרה בחברה, (לעיל הערה 2), בעמ' 490, המציין כי במקום שבו מופעל סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות, אף להסתפק בהחלטה השוללת שיקולים עסקיים יש לקבוע שיקולים וקווי פעולה אחרים לפיהם תפעל החברה.

בהקשר זה תציגנה גם החלטות ועדת השרים לענייני כלכלה, כל/51 מיום 13.3.77, כל/67 מיום 19.2.84 וכל/85 מיום 21.2.84, שעניינן העדפת רכישות מתוצרת ישראל על פני יבוא, כל עוד שהאיכות המחיר עומדים בקריטריונים שנקבעו; וראה ספקותיו של מר גרא (שם, בעמ' 39), בדבר תחולתן של הוראות אלו, בעקבות פגמים שנפלו בקביעתן.

פרופ' י' אהרונז' בספרו, לעיל הערה 12, בעמ' 14.

לעניין זה ראה חוק החברות הממשלתיות (תיקון), התשמ"ד-1986, ס"ח 1181. הצעת החוק חברי הסבר פורסמו בה"ח 1978 התשמ"ז, עמ' 210. תיקון זה התייחס להנפקת מניות בחוץ לארץ. כמו כן ראה חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 2), התשמ"ט-1989, ס"ח 1279, התשמ"ז, עמ' 68, המחיל הוראה זו אף ביחס להנפקת מניות בישראל. תיקון זה יושם למשל בעת הנפקת "בוק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, ביום 23.5.1991 (ראה סעיף 6.18 לתשקיף חברת "בוק").

כ"חברה ממשלתית", מצביעה לכאורה, כשלעצמה, כי סעיף 4(א) לחוק מתייחס להכרעות כלכליות ולא למישור הנורמטיבי.

ג. "חברות האוסרות על חלוקת רווחים" - התייחסות לחברות אשר במסמכי היסוד שלהן נאסרה חלוקת רווחים מצינו גם במסגרת פקודת החברות.²⁰ בהקשר זה נמצא כי בחוק החברות הממשלתיות נקבעה הוראה דומה לזו המצויה ביחס לחברות פרטיות, שעניינן מוסדר במלואו בפקודת החברות ואשר תכליתן אינה הפקת רווח אלא קידום המסחר, האמנות, המדע, הדת, הצדקה, או כל מטרה מועילה אחרת. התנאי העיקרי להיכללות בקטיגוריה זו הינו כי כל רווחיהן של חברות אלו משמשים לקידום המטרה הציבורית האמורה ונאסר עליהן לשלם דיווידנד.^{20א} חברות אלו הן חברות פילנטרופיות ואך ברור הוא כי אין להפעילן בהתאם לשיקולים עסקיים, אף כאשר הן מוגדרות כחברות ממשלתיות.²¹

ד. "חברה שאחת ממטרותיה היא הספקת שירות או מצרך ללא כוונת רווח" - בחברה זו הספקת שירות או מצרך מסוים קודמים לשיקול העסקי, והחברה מחויבת לספקם אף כאשר השירות או המצרך כרוכים בהפסד כלכלי. זוהי קטיגוריה של חברות אשר מטבען הן משיקות למנגנון הממשלתי.

חברות אלו הן למעשה "חברות לתועלת הציבור" (Public Utility)²² וממילא בהתאם להחלטת הממשלה יחולו עליהן החובות החלות על

20 סעיף 32 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983. כמו כן ראה סעיפים 32-34 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979.

20א חברות אלו יוגדרו כ"חברה ללא כוונת רווח" ולעיתים אף כ"מוסד ציבורי" ותוכנה להתייחסות מיוחדת ביני המס; לעניין זה ראה גם: א' וינרוט מיסוי מוסדות ללא כוונת רווח (מס הכנסה ומע"מ), (הוצאת חושן למשפט, 1992).

21 פרופ' י' גרוס בספרו (לעיל הערה 2) מציין כי ביחס לחברות ממשלתיות אלו מתעוררת השאלה, מה יהיו שיקולי הפעלתן, שכן השמטת השיקול העסקי מותירה אותן לכאורה בוואקום תפעולי. ואולם, דומנו כי אין כל הבדל בהקשר זה בין החברה הממשלתית לבין חברה פרטית מאותו סוג, ושתייהן נופלות לגדר "חברות לתועלת הציבור", כמשמעותו של מונח זה בחוק הנאמנות, תשל"ט-1979. חברות אלו יש לנהל לשם השגת יעדיהן הפילנטרופיים בהתאם לקבוע במסמכי ההתאגדות שלהן ובהתאם לקוי הפעולה המנחים פעילותן של כל מוסד פילנטרופי.

22 בהצעת החוק (הערות שוליים 4 בפרק המבוא, בעמ' 315 (להלן: הצעת החוק) מוגדרת מהותה של החברה הממשלתית כדלקמן:

"אין היא מחלקה ממשלתית (כמו הרכבת או הדואר) ולא תאגיד סטטוטורי (כמו בנק ישראל או המוסד לביטוח לאומי). אין היא נהנית מן החסינויות ואינה כפופה לחובות של המנגנון הממשלתי. רק חברה ממשלתית היא לתועלת הציבור (חברה שמטרתה לספק לציבור מצרכים או שירותים שלא על מנת להפיק רווחים) רשאית הממשלה לחייב שתנהג בדרך שעובדי הציבור חייבים לנהוג" (ההדגשה (הוספה).

"אדם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין". ואולם, האם משמעות הדבר כי חברה זו לא תופעל כלל על בסיס עסקי? דומנו כי מן הראוי שחברה זו תשאף גם כן להתנהל ביעילות ועל פי שיקולים עסקיים - לבד מן הצורך לספק את המוצר או השירות שעל הספקתו היא מופקדת אף בנסיבות שבהן הדבר אינו רווחי.²³

1.25 סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות מציב לכאורה קושי לפני אלטרנטיבה פרשנית זו לסעיף 4(א) לחוק, בכל הנוגע לנשוא הדיון, שכן עולה ממנו לכאורה כי רק ביחס ל"חברות לתועלת הציבור" יחולו נורמות מן המשפט הציבורי, ואף זאת רק כאשר הממשלה החליטה להחיל נורמות אלו, מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות.

ומכלל הן שומע אתה לאו. מן היוצא מן הכלל האמור עולה, לכאורה, כי בכל שאר המקרים אין הנורמות של המשפט הציבורי, הנוהגות ביחס למי שממלא "תפקיד ציבורי על פי דין", חלות על החברה הממשלתית, שהרי אם תאמר כי נורמות אלו חלות ממילא על כל חברה ממשלתית, מה הצורך בקביעת ממשלה מכוח סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות בכל הנוגע לחברות ממשלתיות מסוימות בלבד?

1.26 דומנו על כן, כי אין ספק שעל החברה הממשלתית לא חלות כל הנורמות מן המשפט הציבורי הנוהגות ביחס לגוף "הממלא תפקיד ציבורי על פי דין" ורק בעקבות החלטת ממשלה מכוח סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות, מושווה מעמדה של חברה ממשלתית שהינה בגדר "חברה לתועלת הציבור" למעמדה של הרשות הציבורית. ואולם, תחולה חלקית זו של נורמות מן המשפט הציבורי על כלל החברות הממשלתיות, לבד מן החברות שלגביהן הוחל סעיף 4(ב) לחוק, עשויה להיות חלקית, במובן זה, שלא כל הנורמות מן המשפט הציבורי יחולו על כל חברה ממשלתית. והיא גם עשויה להיות חלקית במובן זה, שלא בכל הנסיבות יחולו הנורמות של המשפט הציבורי על כלל החברות הממשלתיות, ובנסיבות מסוימות יותר לחברה הממשלתית להשתחרר מתחולתן של נורמות אלו, כגון כאשר צרכים כלכליים חיוניים מחייבים זאת.

23 בהקשר זה מעניינת לציין הסתייגותו של ח"כ קורפו, לקטיגוריה של חברות האוסרות חלוקת רווחים, ואשר לדעתנו יש ליישמה, כאמור, ביחס לקטיגוריה רביעית זו: "הרי אין הוראה שחברה זו צריכה להפסיד. יש הוראה שהיא לא צריכה לחלק רווחים. אם כן, למה היא לא צריכה לפעול מתוך שיקולים עסקיים? היא יכולה לפעול מתוך שיקולים עסקיים, היא יכולה להרוויח, רק לא תחלק רווחים, מי אומר שצריך תמיד להפסיד ולנסות את ההפסדים מתקציבי המדינה" (דברי הכנסת, תשל"ה-1975, עמ' 3187).

1.27 בהתאם לחלופה זו, יתפרש סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות כמעניק סמכות לממשלה לקבוע ביחס לחברות ממשלתיות, שהינן בגדר "חברות לתועלת הציבור", כי דינן יהא לחלוטין כדין רשות ציבורית וכי הן תהיינה כפופות בכל מקרה ובכל הנסיבות לכל כללי המשפט הציבורי. סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות מאפשר אם כן להשוות לחלוטין, מבחינת תחולתן של הנורמות המשפטיות, את מעמדן של חברות ממשלתיות מסוימות למעמדן של מחלקות ממשלתיות. ואולם, מכללו של הן זה נלמד רק לאו מצומצם ביותר ביחס לאי תחולתן של נורמות אלו על כלל החברות הממשלתיות.

1.28 אופציה פרשנית זו פותחת לפנינו שלל אפשרויות ומכוחה ניתן להגיע לאחת מן המסקנות החלופות הבאות:

א. כל עוד לא התקבלה החלטת ממשלה בהתאם לסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות, יחולו על החברה הממשלתית חלק מן הנורמות של המשפט הציבורי. הקביעה אילו נורמות יחולו ואילו לאו, מסורה בידי בית המשפט, אשר יעצב את גודי כפיפותן של החברות הממשלתיות לכללי המשפט הציבורי, בעניין של מדיניות שיפוטית.

ב. כל עוד לא התקבלה החלטת ממשלה בהתאם לסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות, יחולו על החברה הממשלתית כל כללי המשפט הציבורי - אך זאת רק ככל שכללים אלו אינם סותרים לצרכים עסקיים של החברה הממשלתית. לאמור, בהתאם לחלופה זו, החברה הממשלתית לא תובל לעשות "כבתוך שלה", והיא תהא כפופה לכללי המשפט הציבורי - אך כללים אלו יידחו מפני צרכים עסקיים של החברה ובנסיבות שבהן יש סתירה בין צורך עסקי **כלשהו של החברה הממשלתית** לבין שיקול נורמטיבי, מכל מין וסוג שהוא, יכריע השיקול העסקי.

ג. כללי המשפט הציבורי יחולו באופן עקרוני על החברה הממשלתית, ולא יידחו מפני כל שיקול עסקי, אלא יהא צורך לבחון בכל מקרה ומקרה לגופו את המחיר העסקי שהחברה הממשלתית נדרשת לשלם מול "המחיר" המוסרי והנורמטיבי ולאזן ביניהם. חומרת ההפרה של כללי המשפט הציבורי לסוגיהם תישקל לעומת ההפסד העסקי הצפוי מהחלת נורמת ההתנהגות הספציפית שבה עסקינן ובהתאם לכך ייקבע אם כפופה החברה הממשלתית באותו מקרה לכללי המשפט הציבורי, או שבידה להשתחרר מכלל מסוים מבין כללי המשפט הציבורי במקרה הספציפי הנדון. לפי חלופה זו נמצא כי רק חברה ממשלתית הנכללת בגדר סעיף 4(ב) לחוק החברות

הממשלתיות ואשר הממשלה החליטה להחיל לגביה את כללי המשפט הציבורי חייבת בשמירת נורמות אלו בכל מחיר. בשאר החברות הממשלתיות, יש בבל מקרה ומקרה לאזן ולשקול "שכרה של נורמה כנגד הפסדה".

חלופה זו שונה מקודמתה בכך, שהכלל החל ביחס לחברות הממשלתיות אינו מאפשר להן להמיר "בכורה בנוזד ערשים" ולהשתחרר מכללי המשפט הציבורי בכל מקום שנגרע, במשהו, מרווחי החברה. יש צורך במחיר כלכלי שיהא "שווה בנזק המלך" ויצדיק את "המחיר המוסרי" המשולם בעת שהחברה סוטה מכללי המשפט הציבורי ומן הרמה הנורמטיבית המושתת באמצעות כללים אלו.²⁴ חלופה זו הינה המועדפת לדעתנו כפי שעוד נראה להלן.

ד. החברה הממשלתית משווית על ידי חוק החברות הממשלתיות לגוף פרטי הפטור לחלוטין מחובות המשפט הציבורי, אלא אם כן החל היוצא מן הכלל מכוח החלטת ממשלה, בקבוע בסעיף 4(ב) לחוק.

בהתאם לפרשנות זו, מתייחס סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות לשיקולים עסקיים בלבד ומכריע בין אינטרסים כלכליים ולא בין נורמות משפטיות. ואולם, גם לפי דרך מוצעת זו, ניתן להגיע לאותן המסקנות שאליהן מובילה האופציה הפרשנית הראשונה, שכן בהתייחסותו למישור השיקולים הכלכליים המתנגשים קובע למעשה סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות כי לחברה הממשלתית מהות של גוף פרטי וממילא נובע מכך גם בן כי חובות המשפט הציבורי לא יחולו עליו. גוף שהינו בעל אישיות משפטית נפרדת, הדואג לרווחתו הוא, ומתעלם מצורכי הציבור במישור הכלכלי, החברתי והלאומי, אינו יכול מבחינה מהותית להיחשב לגוף ציבורי.

ומשניתנה לגוף זה הרשות להיות אוטונומי לחלוטין, שוב אין להבחין בין האינטרס הציבורי במישור הכלכלי, לבין האינטרס הציבורי בתחום ציפיותיו הסבירות של הציבור כי החברה הממשלתית תפעל בהתאם לרמה נורמטיבית מסוימת. לפי קו חשיבה זה, החברה הממשלתית היא אכן גוף פרטי העושה כבתוך שלו.²⁵

24 חלופה זו מציעה להחיל בסוגיה זו, פתרון הדומה ביסודו ל"הלכת ההשתחררות מחיי רשות". דהיינו, כשם שנקבע כי הרשות מחויבת באופן עקרוני לכבד את החיים שהיא צד להם, ועם זאת הלכה פטוקה היא כי בנסיבות ספציפיות, כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת, רשאית הרשות המינהלית להשתחרר מחובתה זו, לנוכח אופיה הציבורי, הרי שעל אותו משקל, תהא החברה הממשלתית כפופה לכללי המשפט הציבורי במישור העקרוני. ואולם, לנוכח אופיה העסקי, היא תהא רשאית להשתחרר מכבלים אלו, בנסיבות ספציפיות, כאשר צרכים עסקיים חיוניים יחייבו זאת.

25 וראיה נוספת לדבר: אם מהווה החברה הממשלתית גוף ציבורי, שמכוח מהותו ראוי להחיל את כללי המשפט הציבורי, האם יעלה על הדעת כי נורמות ערכיות לא יחולו כשאין הדבר משתלם מבחינה כספית? אין זאת אלא שהחברה הממשלתית אינה רשות ציבורית מבחינת מהותה, וממילא בין

1.29 נמצאת למד כי מבחינה פורמלית פתוחות לפני המעיין מספר אופציות פרשניות המאפשרות לו להגיע לכמה וכמה תוצאות אפשריות, וזאת הן מבחינת לשון החוק והן מבחינת הגיונם של דברים. הבחירה בין אופציות פרשניות אלו הינה לכאורה עניין למדיניות משפטית רצויה ולבחירת מהותה של החברה הממשלתית, כאשר סקירת השאלה במישור הפורמלי מעמידה אותנו על עומקה של הדילמה הניצבת לפנינו. מחד גיסא, קיים אינטרס ציבורי, ואף ציפייה סבירה מצד הציבור, כי החברה הממשלתית תתנהל על פי נורמות של צדק והגיונות, האוסרות הפליה, שרירות לב, חריגה מכללי הצדק הטבעי וקבלת החלטות בלתי סבירות.²⁶ ומאידך גיסא, קיים אינטרס ציבורי כי החברה הממשלתית תפעל על פי שיקולים עסקיים, משל היתה גוף פרטי, ותתעלם מכל שיקול העומד בסתירה לחתירתה להפיק רווחים ולבצע עסקים כדרך שמתנהל גוף פרטי.

ב(4) קשיי הבחירה

1.30 ההכרעה בסוגיה דנא הינה מורכבת. הפסיקה טרם אמרה את דברה בסוגיה זו, מלבד במקרה ספציפי אחד. הטעם לכך נעוץ ככל הנראה בעובדה, כי הכרעה חדה בשאלה זו עלולה להיות כרוכה בהשלכות כלכליות וחברתיות מרחיקות לכת. יש לזכור כי החברה הממשלתית צועדת ממילא על חבל דק. היא נקרעת בין מגמות סותרות ותפקידה לגשר בין הצורך העסקי שלה, המחייב כי תהא עצמאית ותשקול את שיקוליה העסקיים בלבד, לבין הצורך כי באמצעותה תוגשם מדיניות ממשלתית כוללת וכי המשאבים הלאומיים שהושקעו בה אכן יגשימו מטרה זו.²⁷

כשהדבר מוצדק מבחינה עסקית ובין אם לאו. אין החברה הממשלתית כפופה כלל לכללי המשפט הציבורי אלא אם כן נתקבלה החלטת ממשלה בהתאם לסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות. הנה כי כן, אופציה זו מציבה קו עקבי מבחינה הגיונית, ועימו נתמחד בהמשך הדברים.

26 ראה פרופ' י' אהרוני בספרו, לעיל הערה 12, בעמ' 185: "הן בחברה ממשלתית, הן כאשר הממשלה משקיעה במניות של חברה, מצפה הציבור מחברה זו לא רק להשגת יעדים כלכליים אלא גם לשמירה על מערכת כללים מסוימת אם כשטח הניהול העסקי, אם כשטח המגע עם הקהל הרחב, אם לגבי פרסום מידע ואם לגבי טהור המידות".

בהקשר זה יצוץ גם פסק הדין בבג"צ 29/62 שלום כהן נ' שר הבטחון, פד"י טו 1023, בו קבע כב' השופט ויתקן, בעמ' 1028, כי: "אספקתם של מצרכים ושירותים חיוניים בצורה הוגנת, בתנאים השווים לכל נפש, וללא ניצול מעמד מונופוליסטי - כל אלה הם דברים המשמשים את טובת האזרח. הוא מעוניין בהם ומכאן וכותו לדרוש את ביצועם כהלכה" (ההדגשה הוספה).

27 בהצעת חוק החברות הממשלתיות, לעיל הערה 22, בעמ' 314, הוגדרה דילמה מובנית זו כבעיה המרכזית שעמדה לפני מחוקק חוק החברות הממשלתיות: "הבעיה המרכזית שלפני המחוקק בפרשת החברות הממשלתיות היא האיזון בין הצורך להשאיר בידי חברות אלה את הגמישות העסקית והתפעולית הדרושה להשגת מטרותיהן המשקיות, לבין הדרישה להבטיח למדינה, על רשויותיה השונות, את הפיקוח המתחייב לנוכח כספי הציבור הרבים המושקעים בחברות אלה ולנוכח המשימות הממלכתיות המוטלות עליהן".

החברה הממשלתית ניחנה "בדואליות פונקציונלית", ובלשונו של ד"ר א' ירין:²⁸

"All public corporations have a dual nature: they are instruments of a national policy, but they are autonomous units with legal independance and certain aspects of commercial undertakings".

1.31 השאלה אם תחול על גוף שכזה גם "דואליות נורמטיבית" והוא יחויב לפעול כגוף ציבורי הכפוף לכללי המשפט הציבורי, נוסף לכללי המשפט הפרטי החלים עליו, מהווה לכאורה התערבות באיזון המתבקש בין הפונקציות הסותרות שהחברה הממשלתית נדרשת לתמן ביניהן, והטיית הכף לעברו של הצד הציבורי בהגדרתה של החברה הממשלתית.

1.32 זאת ועוד, הכרעה בשאלה דנא אסור כי תתעלם ממורכבות נוספת של הבעיה. החברות הממשלתיות אינן עשויות מעור אחד. לא הרי חברה ממשלתית שתכליתה רווח כהרי חברה שתכליתה היחידה השגת יעד לאומי; ולא הרי חברה ממשלתית שהינה מונופול כהרי חברה המתמודדת עם חברות מתחרות ובתנאי שוק קשים בישראל או בחוץ לארץ, ולא הרי חברה הניזונה מן התקציב הלאומי כהרי חברה עצמאית שאינה סמוכה על שולחן הממשלה; ולא הרי חברה שבידה הופקדו משאבים לאומיים, אשר הספקתם חיונית לציבור, כהרי חברה שאין בידה מאומה משל הציבור, או שהשפעתה על כל יחיד ויחיד מוגבלת.²⁹

1.33 הכרעה נורמטיבית חדה בשאלה דנא, המותחת קו ומביאה בחשבון רצף אחד של נקודות ושיקולים, עלולה להתעלם מצרכים ספציפיים של חברות ממשלתיות מסוג אחר ומקיומם של שיקולים שונים ואחרים בחברות ממשלתיות שונות, שאינן פועלות במסגרת קווי הפעולה האמורים. נמצא כי לא זו בלבד שלשון החוק מגלה פנים לכאן ולכאן, אלא שקביעת מסגרות אחידות של דין רצוי אף היא אינה פשוטה, שכן הרצוי לחברות ממשלתיות מסוג אחד יעורר קשיים בחברות אחרות.

28 ראה: W. Friedman and J.F. Garner *Government Enterprise - a comparative study* (British Institute of International and Comparative Law, London, 1970).

פרק 14 ייחד לחברות ממשלתיות בישראל ונכתב על ידי ד"ר א' ירין ז"ל.
29 להבחנה בין סוגים שונים של חברות ממשלתיות ראה פרופ' י' אהרני בספרו, לעיל הערה 12, בעמ' 33 ובעמ' 234-238. כמו כן ראה מ' טל, "משפט מנהלי" - רשימות לפי הרצאותיו של ד"ר נ. זמיר (האוניברסיטה העברית בירושלים) עמ' 13. ואולם, על אף קשת רחבה זו של סוגים ותת סוגים של חברות ממשלתיות שונות, לא מצינו בחוק החברות הממשלתיות הבחנה כלשהי בין חברות ממשלתיות אלו.

1.34 משום כך נפנה להלן לבחינת השאלה דנא במישור הנורמטיבי, ולמציאת התוצאה הראויה מבחינה משפטית לנוכח מהות יחסיה של החברה הממשלתית עם הציבור הרחב. משיימצא הדין הראוי במישור הנורמטיבי נפנה לבחור באחת מן החלופות הפרשניות דלעיל, תוך שאנו חותרים ליישומו של פתרון שיהא בו בית קיבול, אשר יאפשר להתחשב בצרכים הספציפיים של חברות ממשלתיות מסוגים שונים.³⁰

30 ואכן, כפי שנראה להלן, הגורם המבחין בין גוף פרטי לבין גוף ציבורי מבחינת הנורמות השונות החלות על גופים אלו, עשוי לשמש גם כמקור ליצירת מודל משפטי, אשר יתווה רמה ערכית רצויה ומחייבת, ועם זאת יאפשר, במישור המעשי, להתחשב בשיקולים ספציפיים של חברות ממשלתיות מסוגים שונים הפועלות בתנאים שונים.

ג. ההבדל הנורמטיבי בין משפט פרטי למשפט ציבורי

ג(1) פתח דבר

1.35 "לראשונים היתה החכמה להבדיל בין העניין הציבורי לעניין הפרט ובין קודש לחול".³¹ ואכן, הבדלה זו דורשת מומחיות, באשר קו הגבול שקבעו ראשונים בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי הולך ומיטשטש, הולך ונמחק, עניין שבו עוד נדון בהרחבה להלן. עם זאת, קיים הבדל מהותי - במישור הנורמטיבי של הדברים - בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. על הבדל זה ניתן לעמוד עת שנבחן את מעמדה הנורמטיבי של החברה הממשלתית כחברה וכגוף מן המשפט הפרטי. נסקור על כן להלן את החובות החלות על החברה הממשלתית כחברה ובתוך כך נראה - מה עוד חסר לנו מבחינה נורמטיבית ומדוע נחוצה הכרעה בשאלה אם כפופה החברה הממשלתית לכללי המשפט הציבורי.

ג(2) חובת תום הלב החוזית

1.36 החברה הממשלתית מוקמת מכוח החלטת הממשלה, ועם זאת קובע סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות כי זוהי חברה אשר דיני החברות חלים עליה. הדבר מתבטא בין השאר בכך שיסודה מעוגן במסגרת של מסמכי התאגדות: תזכיר ותקנות, כאשר סעיפים 7 ו-8 לחוק החברות הממשלתיות קובעים כי תוכנם של מסמכי יסוד אלו נקבע על ידי הממשלה, המעצבת בהחלטתה בדבר הקמת החברה הממשלתית גם את מטרותיה ואת דרך פעולתה.

במסגרת דיני החברות החלים על החברה הממשלתית חל גם סעיף 23 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, הקובע לאמור:

"התזכיר והתקנון שנרשמו מחייבים את החברה וכל חבר בה, כאילו נעשו בידי החברה ובידי כל חבר מחבריה, לפי הענין, וכאילו כלולים בהם התחייבויותיהם, של החברה ושל כל חבר בה, לרבות נמחיו,

³¹ "Fuit haec sapientia quondam Publica privatis secernere, sacra profanis." Horatius *De arte poetica*, 396-397.

יורשיו ומנהלי עובדיו לקיים את הוראות התזכיר והתקנון בכפוף להוראות פקודה זו.³²

1.37 בעקבות הוראה נורמטיבית מקבילה, קבעה הפסיקה האנגלית כי יש לראות בתזכיר ובתקנון של החברה משום חוזה.³³

הפסיקה הישראלית צעדה בעקבות הפסיקה האנגלית האמורה וקבעה כי לתזכיר ולתקנון החברה יש אופי חוזי. הלכה זו נקבעה בפסקי דין רבים³⁴ ובעניין ברדיגו קבע כב' הנשיא שמגר קטיגורית כי:

"מכח סעיף 19 לפקודת החברות התזכיר והתקנות הם חוזה בין בעלי המניות לבין עצמם ובין החברה לחבריה".³⁵

32 לסעיף זה קדם סעיף 19 לפקודת החברות משנת 1923 בו נקבע: "משנרשמו תזכיר החברה ותקנותיה, יהיו אלה מחייבים את החברה ואת חבריה, באותה מידה כפי שהיו מחייבים אילו נערכו ע"י כל חבר וע"י החברה, וכאילו הכילו הסכם מצד כל חבר, יורשיו, מוציאים לפועל, מנהלי עובדיו והבאים מכחו ומצד החברה, לקיים את כל הוראות התזכיר והתקנות בכפוף להוראות פקודה זו" (ההדגשה הוספה).

בנוסף זה של הפקודה מופיעה המלה "הסכם" ("Covenant"). ואולם גם בנוסח החדש בו נשמט, משום מה, המונח הסכם מן הסעיף המקביל, נקבע כי התזכיר והתקנון יחייבו את החברה ואת חבריה כאילו נעשו בידיהם וכאילו החילו את התחייבויותיהם, ומכאן עולה האלמנט החוזי של התזכיר והתקנון.

33 פסק הדין המנחה בסוגיה זו, ואשר בעקבותיו צערת הפסיקה עד היום הוא: *Hickman v. Kent* [1915] 1 Ch. D. 881.

למקורות אנגליים נוספים בסוגיה זו, ראה בספרה של פרופ' צ' כהן, בעלי מניות בחברה - זכויות תביעה ותרופות (לשכת עורכי הדין ההוצאה לאור, 1992) פסקה 12, ה"ש 70.

34 C.A. 385/43 *Hevrat Mataei Eretz Israel Kafrisin Ltd. v. Joshua Rakover Lipschutz* [1944] All. E.R. 325; ע"א (ת"א) 135/48 ביר נ' רובין, פס"מ ד 182; ע"א 343/54 קרונוגולד נ' סינדיקט א"י לבעלי מכוניות מושא בע"מ, פד"י ט 943, 945; המ" 1576/61 מוזק נ' מיצארון בע"מ, פס"מ ל 327, 330; ע"א 591/73 עוזיאל בשיסט נ' אגודת הכורמים של יקבי ראש"צ וזכרון יעקב בע"מ, פד"י (1) 759, 762; ע"א 332/73 יעקב ואח' נ' נתן שלום ואח', פד"י (1) 361, 363; ע"א 87/755 א' את ה' פויכטוונגר בע"מ נ' אשר פויכטוונגר בע"מ ואח' פד"י כט(2) 85, 88; ע"א 10/75 יגאל לביב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ ואח', פד"י ל(3) 225, 228; ע"א 189/76 מפלגת העבודה הישראלית נ' אביתר לוי ואח', פד"י לא(2) 265; ד"נ 39/80 ברדיגו ואח' נ' ד.ג.ב. טקסטיל בע"מ ואח', פד"י לה(4) 197. לעומת זאת ראה פסק דינו של כב' השופט י' כהן בע"א 82/73 כונסי נכסים של חב' הרמן הולנדר בע"מ נ' בנק ישראלי לתעשייה בע"מ, פד"י כח(2) 68, 77, וביקורתה של פרופ' צ' כהן על פסק דין זה בספרה הנזכר, כעמ' 28-29. כמו כן ראה לעניין זה את עבודת הדוקטור של צ' כהן "מהותם המשפטית של התזכיר והתקנות", עמ' 25 ואילך.

35 ד"נ 39/80, שם בעמ' 205 לפסק הדין. ההתייחסות הינה לסעיף 19 לפקודת החברות משנת 1929, שהובא לעיל (הערה 32). התפיסה החחית איפשרה בפסק דין זה לאמץ גישה ליברלית לדיני החברות, ולקבע כי דיני החברות יתפרשו כהוראות דיספוזיטיביות כשהכלל השולט בכיפה, גם בדינים אלו, הוא "חופש החחים". לניתוח הסתירה שגישה זו יוצרת, עם עקרון שלטון הרוב בדיני החברות, המאפשר לשנות הסכמות שהושגו על דעת הכל באמצעות דעת הרוב - ראה: א' חביב-טגל "דיני חברות" (סקירת התפתחויות בחקיקה ובפסיקה בתחום דיני החברות בשנת תשנ"א-1991) ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"א בעריכת פרופ' א' חון-צבי, הוצאת ועד מחס תל-אביב, לשכת עורכי הדין בישראל, 1992) 2, 22-25. כמו כן ראה: L.A. Bebchuck "Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments", 102 *Harv. L. Rev.* (1989) 1820.

בב' השופט ברק קבע בפסק דין זה (בעמ' 215 לפסק הדין):

"אפילו נראה - כפי שיש לדעתנו לראות - בתזכיר ובתקנות חוזה סטטוטורי שהוא חוזה 'Sui generis', הרי מכח הוראתו של סעיף 19 לפקודת החברות, יש לראות את התזכיר והתקנות כמחייבים את החברה והחברים באותה מידה, כאילו נעשה בידי בעלי המניות והחברה".³⁶

1.38 נמצאת למד, כי על אף שמסמכי ההתאגדות הם מסמכים סטטוטוריים, המקימים אישיות משפטית חדשה ונפרדת, הרי שבמהותם משקפים מסמכים אלו חוזה בין המתאגדים לבין עצמם ובינם לבין החברה המוקמת. בהתאם לגישה זו מקור ההתחייבויות והזכויות המשפטיות של בעלי המניות, הנולדות עם הקמתו של התאגיד, נעוצה בהסכמה שבין המתאגדים.³⁷ הגדרת החברה כרצף של חושים וראיית החברה הממשלתית כחברה לכל דבר ועניין - גם לעניין הגדרת מסמכי היסוד שלה כמשקפים מערכת חונית כאמור, מביאים לידי הכרה בקיומו של חוזה, המגולם במסמכי ההקמה של החברה הממשלתית, ואשר הצדדים לו הם: החברה הממשלתית, המדינה ולעיתים בעלי מניות נוספים. נמצא כי ביסוד הקמת החברה הממשלתית, קיימים יחסים חוזיים בין החברה

36 לראיית בעלי המניות כמצטרפים לחחה, אל מול ההשקפה הרואה בתזכיר ובתקנות חוזה sui generis, כמו גם לראיית החברה ככזו לחחה באופן נורמטיבי - ראה פרופ' צ' כחן בספרה, לעיל הערה 33, בעמ' 42-30. לעומת זאת, ראה בהקשר זה דעתו של פרופ' א' פרוקצ'יה בספרו דיני חברות חדשים בישראל (הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1989) 106-114, הגורס כי החברה היא בראש ובראשונה מוסד המשמש גלעין להתארגנות כלכלית של החברים בו, היוצר רשת סמיכה של אינטרסים משותפים בינו לבין הוולת. לדעתו, החלה של הדוקטרינות החחיות הקלטיות על מוסד זה, בדבר הבטלות (Voidness) או הנפסדות (Voidability) כתוצאה מפגם בחחה - לא תעלה על הדעת. כך למשל לא ייתכן לקבוע כי החברה לא קמה, או תחולל להתקיים, עקב פגם בכריתת החחה, או עקב אי קיומו של תנאי, או בסיטואציות שבהן החחה נוגד את החוק, או את המוסר, או את תקנת הציבור, או כתוצאה מהפרה יסודית, שהרי החברה עצמה, להבדיל ממסמכי היסוד שלה, היא מוסד ולא חיוכו. בהסתמך על קיומו של מוסד זה הושקעו כספים בחברה על ידי נושים ובעלי מניות ונוצרה סביבה מערכת ציפיות לגיטימיות, שלא מתקבל על הדעת להעבירן מן העולם בדרך המקוצרת של ביטול החיוב.

עצם העובדה כי ישנן דוקטרינות חחיות, יסודיות ביותר, שאין להחילן על החברה, מביאה לדעת פרופ' פרוקצ'יה למסקנה כי אין להגדיר את מסמכי היסוד של החברה כחחה ממש. תחת זאת מציע פרופ' פרוקצ'יה לקבוע כי מסמכי היסוד הם "חיוכו". (רעיון ברוח זהה הביע גם פרופ' ג' פרוקצ'יה ז"ל במאמרו "תחולת חוק החחים (חלק כללי) על תזכיר ותקנות של חברה" עיוני משפט ה (תשל"ז) 491).

הגדרת התקנן כ"חיוכו" פותחת לדעתו של פרופ' א' פרוקצ'יה פתח להחלה סלקטיבית של דיני החחים, באמצעות "הצינור" של סעיף 61(ב) לחוק החחים. במסגרת זו לא יעברו העילות לבטלות החחה, אך יעברו: ההכרה בזכויותיו של צד שלישי, הדינים הנוגעים לריבוי חייבים ונושים (תרופות האכיפה הפיצויים שילמדו בדרך של היקש), דין הקיח וכן - החובה לקיים חושים בתום לב.

37 בהקשר זה יצוין גם מאמרו הנודע של פרופ' קח (Coase) המבהיר כי הטעם העיקרי להקמת חברה, הוא הרצון לחסוך בעלויות החחיות, הכרוכות בהפעלת מכניזם דומה באמצעות רצף של חחים. ראה: Ronald H. Coase "The Nature of the Firm" 4 *Economica* (London School of Economics and Political Science, 1937) 386, 390-392.

הממשלתית מחד גיסא, לבין הציבור הרחב (בדמות המדינה המופקדת על האינטרסים של הציבור ופועלת בשמו), מאידך גיסא.³⁸ החברה הממשלתית מצויה אם כן במערכת של יחסים חוזית עם הציבור הרחב.

1.39 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), קובע, כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה³⁹ ובקיום חיוב הנובע מחוזה⁴⁰ יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. בכך קבע המחוקק ערך יסוד בהתנהגותם של צדדים הקשורים ביניהם בקשר חוזי או אף בקשר טרום חוזי, כאשר האחד מסתמך על רעהו וסובר כי הלה נוהג בו בהגינות. חובה זו לנהוג בתום לב יוצרת סטנדרט של התנהגות הוגנת, הנובעת מהסתמכות זו.⁴¹ חובת ההגינות שמשרה עקרון תום הלב יוצרת לכאורה בסיס משפטי משותף של עקרונות יסוד הנוהגים הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי.

ואכן עקרון תום הלב הפך להיות לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו

38 המעבר לפיסיסה החחית איפשר למלומדים, העוסקים בניחוח כלכלי של המשפט, לסטות מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת, שהרי החברה אינה משקפת עוד ישות הקיימת מכוח רצונו של הריבון אלא מכוח רצונם של המתאגדים ומטמכי היסוד של החברה הנתנים לה חיים, מתקיימים רק ככל שהם מהווים "אוסף של חיים" בין המתקשרים. גישה זו אינה מתיישבת לכאורה עם המגמה העולה בפסיקה לפתח את תורת האורגניזם, המדגישה את האישיות המשפטית הנפרדת של החברה ומייחסת לחברה פעולות שביצעו אורגנים שלה, אף בלא להזיק לתורת האחריות השילוחית, שאינה מתאימה למהות האישית של האחריות הפלילית. תיאוריה זו גם אינה מתיישבת לכאורה עם העובדה שהחברה עצמה הינה צד לחוזה האמור ב"אופן נורמטיבי", מכוח קביעתו של החוק בסעיף 23 לפקודת החברות. לעניין זה ראה ד"ר א' חביב-טגל, לעיל הערה 35, בעמ' 26-27 בהתייחס לע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל פד"י (4) 364. סתירה זו מתחזקת לכאורה במונח ביחס לחברה ממשלתית שבה הריבון, בהחלטתו, הוא המקום את החברה הממשלתית ומחיל עליה נורמות של חוק החברות הממשלתיות.

39 סעיף 12 לחוק החתים (חלק כללי) תשל"ג-1973. לניחוח הוראה זו ראה:
מ' ראבילו "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 Culpa in Contrahendo" קובץ ההוצאות בימי עיון לשופטים תשל"ה (תשל"ו) 57, 115; מ' ראבילו, פרקים בינוי חיובים: מן המשפט הרומי אל חוק החוזים החדש (תשל"ז); ד' אבן "Culpa in Contrahendo" עיוני משפט א (תשל"א) 328; פלפל "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה" עיוני משפט ה (תשל"ד) 608; ג' שלו "סעיף 12 לחוק החוזים תום לב במשא ומתן" משפטים ז (1976) 118; דויטש "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב" מחקרי משפט ד (תשמ"ה) 39; פלפל, "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן" עיוני משפט יא (1986) 307; כהן "פדוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו (1986) 13.

40 סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
וראה: א' ידן "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה" קובץ ההוצאות בינוי עיון לשופטים תשל"ה (תשל"ו) 50; הופר "תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה", משפטים ו (תשל"ו) 397; וזממן "תום לב בינוי חוזים - הויקה לדין הגרמני", עיוני משפט ו (תשל"ח) 485; פרידמן "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור", עיוני משפט ז (תשל"ט) 431; ד' פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973: הויקה לדין הגרמני" הפרקליט לו (1984) 53.

41 בהקשר זה ראה ע"א 230/80 פנידור נ' קסטרו, פד"י (2) 713; ד"נ 7/81 פנידור נ' קסטרו פד"י (4) 673, בהם הוחלה חובת תום הלב לא רק על הצדדים בכוח, או בפועל, לחוזה, אלא גם על כל מי שקשור בעקיפין בלבד וחלקו מתמצה במעורבות פעילה בניהול המשא ומתן.

המשפטית⁴² והוחל גם מחוץ לתחום החוזי, מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים.⁴³ גישתו של בית המשפט העליון היא, כי יש ליתן לעיקרון זה תחולה רחבה ביותר, במגוון רחב ביותר של נושאים.⁴⁴ בית המשפט משתמש בעקרון תום הלב כדי לקבוע נורמה אובייקטיבית המשקפת את ציפיותו הסבירה של הציבור באשר להתנהגות הראויה של הצדדים לחוזה האמון. בהקשר זה מציין פרופ' ברק:

"תום-לב אינו מעמיד דרישה נפשית של חוסר ודון אלא מציג אמת מידה אובייקטיבית להתנהגות ראויה. אמת מידה זו יונקת מתפיסה אתית בדבר התנהגות ראויה של בעלי חוזה שיש להם אינטרסים נוגדים אך תכלית משותפת... זאת ועוד, בקביעת רמתה של ההתנהגות הראויה, על בית המשפט לקבוע אותה רמה, מבין רמות אפשריות שונות, התואמת לדעתו את ציפיותיו של הציבור הישראלי הנאור מהמשתתפים במערך החוזי. בכך ניתן גם להפחית את מגרעותיה של הרטוריקה הציפויית" (ההדגשות הוספו).⁴⁵

1.40 הגדרת היחסים המשפטיים שבין החברה הממשלתית והציבור הרחב, באמצעות המדינה המהווה בעל מניות מרכזי בה, כיחסים חוזיים, גוררת לכאורה את תחולתו של עקרון תום הלב על מערכת יחסים זו. ועיקרון זה מטיל על החברה הממשלתית נורמות התנהגות של הוגנות והגינות, באשר בהתאם לנורמה האתית החלה על מערכת חוזית זו הוקמה החברה

42 ראה למשל ע"א 838/75 ספקטור נ' צרמתי, פד"י לב(1) 231; ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פד"י לג(1) 617; בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לה(1) 828; ע"א 391/80 לסרסון נ' שוכן עובדים בע"מ, פד"י לח(2) 237, 264; וראה דעתה של ד"ר ד' פלפל (לעיל הערה 40) כי עקרון תום הלב הפך להיות עיקרון על בשיטתנו המשפטית.

43 ע"א 402/176 אזרניקוב נ' מדינת ישראל, פד"י לא(1) 270; בר"ע 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פד"י לה(3) 449; בג"צ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פד"י לו(2) 1; ע"א 789/82 עזרא נ' מוגרבי, פד"י לו(4) 565; ע"א 700/81 פז נ' פז, פד"י לח(2) 736. עקרון תום הלב הוחל גם ביחס לדיני עבודה בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, שם, ואף ביחס לדיני קניין, ע"א 810/82; "זול בו" נ' זיידה פד"י לו(4) 737, בו נעשה שימוש בעקרון תום הלב כסייג כללי לשלטון בעלי רוב החלקים במקרקעין משותפים.

44 לדעת כב' השופט ברק יש בעקרון תום הלב גם כדי להטיל על הצדדים חובות שזכך לא בא בחתה ואשר ביצתן נחוץ להגשמת החתה, כגון חובת גילוי ומסירת ידיעות וחשבונות, או חובת הדרכה באשר לשימוש בנכס. בכך חלוק עליו המשנה לנשיא, כב' השופט אלון, הסבור כי יש להבחין בין יישום עקרון תום הלב לבין תוכנו הנורמטיבי. לענין זה ראה פס"ד לסרסון (לעיל הערה 13) וכן ע"א 188/84 "צור" חברה לביטוח בע"מ נ' חדר, פד"י מז(3) 1.

45 א' ברק שיקול דעת שיוטני, לעיל הערה 13, בעמ' 470. כמו כן ראה שם, בעמ' 469: "במתן תוכן נורמטיבי לעיקרון תום הלב ממלא השופט תפקיד נורמטיבי יוצר. תפקיד זה כולל בחובו התאמה של הדין למציאות החברתית. על כן, יש להעניק לעיקרון תום הלב משמעות גמישה, שתאפשר לו להתמודד עם הבעיות השונות שמציאות החיים המשתנים מעלה... יש לומר גם לענין תום הלב, כי הקטגוריות של תום לב לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים".

הממשלתית, ובהתאם לנורמה זו עליה להתנהל. החלת חובה על החברה הממשלתית, הנובעת מעצם מהותה כחברה, לנהוג בתום לב עם הציבור הרחב, עשויה לשמש אם כן כלי יעיל בידי בתי המשפט להחלת רמה נורמטיבית הולמת, ועם זאת יש בה כדי להביא בחשבון צרכים ייחודיים של חברות ממשלתיות מסוגים שונים, שהרי המדובר בחובה אשר באמצעותה נתנו בתי המשפט ביטוי לציפיות הציבור בכל הנוגע לנורמת ההתנהגות הראויה בין שני צדדים ספציפיים, במערכת נתונים עובדתית נתונה.

החלת נורמות של הוגנות והגינות מכוח עקרון תום הלב, מאפשרת לכאורה לקבוע סטנדרט הולם של התנהגות, בהתאם לציפיות הציבור מן החברה הממשלתית בשל מעמדה הציבורי המיוחד של חברה זו בעיני הציבור. כמו כן מאפשר עיקרון זה להתחשב בתפקיד הספציפי ובתנאים שבה מצויה החברה הממשלתית המסוימת שלפנינו, שהרי לאלו תהא כמוכן השלכה על ציפיות הציבור באשר להתנהגותה הראויה של חברה זו.

האם ניתן להסיק מעקרון תום הלב, כשהוא מיושם ביחס לחברה הממשלתית, אשר לגביה עומדים ציפיות הציבור בדרגה גבוהה ביותר, כי נובעים הימנו חובות המקבילות לאלו החלות במסגרת המשפט הציבורי?

ג(3) השוני הנורמטיבי בין דיני החוזים לבין המשפט הציבורי

1.41 ההצעה להחיל נורמות של תום לב על גופים שלטוניים עוררה מחלוקת עקרונית בבית המשפט העליון, בבג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת.⁴⁶

כב' השופטים שמגר ובן-פורת גרסו כי החובה לנהוג בתום לב מוטלת על הרשות מכוח עקרונות כלליים בלבד.⁴⁷ ואילו כב' השופט אלון גרס כי גם לגבי גוף ציבורי עשוי להימצא מקור החובה לנהוג בתום לב אף בנורמה החקוקה הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים, לנוכח "צינור השאיבה" של הוראות חוק החוזים להסדרים משפטיים אחרים הקבוע בסעיף 61(ב) לחוק החוזים.⁴⁸

46 בג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פד"י (2) 449. לעניין זה, ראה דעתו של כב' הנשיא שמגר בעמ' 455 לפסק הדין, דעתה של כב' מ"מ הנשיא השופטת בן-פורת, בעמ' 465 לפסק הדין דעתו של כב' השופט (כתוארו אז) אלון, בעמ' 452 לפסק הדין.

47 חובת הרשות לנהוג ביושר, בהגינות ובתום לב נקבעה עוד בטרם שנחקק חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. לעניין זה ראה למשל בג"צ 379/71 לוי נ' עיריית מתח תקוה, פד"י (1) 785.

48 יסוד המחלוקת בין השופטים בעניין זה היה: אם תכליתו הראויה של סעיף 61(ב) לחוק החוזים הינה

1.42 בהקשר זה יצוין כי גישתו של כב' השופט אלון, לפיה יש להחיל נורמות של תום לב שנקבעו בחוק החוזים אף על הרשות הציבורית, הוותותה למעשה באופן כללי עוד קודם לכן, על ידי כב' השופט זוסמן במאמר ובשני פסקי דין.⁴⁹ להשקפתו של כב' השופט זוסמן, המתבססת על הדעה הרווחת בדין הגרמני, שהיווה מקור השראתי חשוב לקביעת חוק החוזים, ניחן עקרון תום הלב בתחולה דיסציפלינרית ויש להחילו גם בתחומי המשפט הציבורי. לא זו אף זו, המגמה האמורה קיבלה ביטוי רחב בפסיקת בית המשפט העליון, בכל הנוגע למכרזים של הרשות המינהלית, אשר הוגדרו כקשר חוזי המחיל נורמות חזיות, בהיותם הזמנה להציע הצעות.⁵⁰

1.43 כנגד גישתם של כב' השופטים זוסמן ואלון כי יש להחיל את עקרון תום הלב הקבוע בחוק החוזים כמקור נורמטיבי להחלת כללי המשפט הציבורי, ציינה פרופ' ג' שלו,⁵¹ בביקורתה על פסק הדין בעניין לוגסי, כי יש חשיבות למקור ביסוסה של החובה, שכן יש נפקות בין חובת תום הלב הנוהגת במשפט הציבורי לבין חובה זו כשהיא מעוגנת במשפט הפרטי. ההבדלים הם, הן בדרגת החיובים והן במהות החיובים:

"1. שוני בדרגה: מידת תום הלב הנדרשת במשפט הציבורי היא מחמירה ותובענית מזו הנדרשת במשפט הפרטי. והדבר גם מובן בזוכרנו את ההנחות השונות המהוות נקודת מוצא למערכות הדינים השונות. המשפט הפרטי מתבסס על שוויון לכאורה של הצדדים, ואילו המשפט הציבורי מניח מראש אי שוויון כזה, בין המינהל והפרט, ושואף לתיקונו. הואיל וכך, נדרשת מן הרשות מידה גבוהה יותר של ישר והגינות מזו הנדרשת מן היחיד.

להחיל את הנורמות של חוק החוזים, שהינן נורמות של משפט פרטי, אף בתחום המשפט הציבורי ואם ניתן לבסס כללים של משפט ציבורי על בסיס עקרונות השאובים מן המשפט הפרטי. המישור הפורמלי של הדין האמור, אינו מתעורר בסוגיה דנא, כאשר ראיית מסמכי ההתאגדות של החברה כרצף של חוזים, מאפשרת להחיל את דיני החוזים באופן ישיר על היחסים החוזיים השוררים כאמור בין החברה הממשלתית לבין הציבור, ללא היקפות לסעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ואולם, לפי דעתו של פרופ' פרוקציה בספרו הנזכר (לעיל הערה 36), הרואה במסמכי ההתאגדות "חיוב" אשר דיני החוזים חלים לגביהם רק מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים, הרי שההחלטות המובעת בפס"ד לוגסי חלה לכאורה אף כאשר אנו מבקשים, במקרה דנא, לשאוב את תורת תום הלב, באמצעות סעיף 61(ב) לחוק החוזים, אל תוך המערכת "החיובית" השוררת בין הציבור לבין החברה הממשלתית המגולמת במסמכי היסוד של החברה הממשלתית.

49 J. Zusman "Forecast of Problems in the Laws of Contracts" (1976) Tel-Aviv University Studies 49
In Law, 7 ע"א 402/176 אורניקוב, לעיל הערה 43; בג"צ 640/77 ברנובסקי נ' מנהל אגף המכס והבלו, פד"י (לב) 75.

50 ראה למשל בג"צ 924/75 בן חיים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י (ל) 412, 415; בג"צ 482/79 חברה מלוגית נ' משרד הבטחון, פד"י (ד) 706, 716.

51 G. Shalev "Good Faith in Public Law", 18 Isr. L. Rev. (1983) 127

2. שוני במהות: הנורמות המתחרות, הפרטית והציבורית, ממלאות את החובה לנהוג בתום לב בתוכן שונה. הדבר נובע מפירוש שונה שניתן למושג 'תום לב' בהקשרים המשפטיים השונים. הדרישה לתום לב של רשות ציבורית פורשה כדרישה סובייקטיבית, המציבה נורמה מוסרית, אשר משמעותה: יושר והגינות.⁵² לעומת זאת פורשה אותה דרישה לגבי גוף פרטי כדרישה אובייקטיבית או אובייקטיבית בעיקרה.⁵³

רשות ציבורית שנהגה בתום לב, כלומר ביושר ובהגינות, אם כי לא בסבירות, עשויה למלא אחר דרישות תום הלב. ולא כך הוא לגבי אדם פרטי.⁵⁴

1.44 ואולם, שוני זה בדרגה ובמהות בין חובת תום הלב החלה על הרשות לבין חובת תום הלב החלה על הפרט, אינו נוגע לנו לכאורה - כשלעצמו, שכן מאותו מקור נורמטיבי יכול להילמד עיקרון כולל, אשר ייושם באופן שונה לגבי הפרט ובאופן שונה לגבי מי שהציבור מצפה הימנו כי ינהג כמקובל ביחס לרשות מינהלית.

יישום עקרון תום הלב ותרגומו למישור של נורמות קונקרטיות נעשה כפי שראינו לעיל, בהתאם לציפייתו הסבירה של הציבור בישראל באשר להתנהגותם הראויה של הצדדים הספציפיים לחוזה הנתון.⁵⁵ ואם כן,

52 ע"א 60/80 בנק א"י בריטניה בע"מ (במירוק) נ' מדינת ישראל - משרד השיכון, פד"י לח(3) 589, 599-598.
 53 בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, לעיל הערה 43, בעמ' 835; ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאנקר, פד"י לת(2) 113, 120.
 54 ג' שלו הווי רשות בישראל (אבישר, התצאה לאור ירושלים, תשמ"ה) 84. וכן ראה ג' שלו דיני הווי (דין, התצאה לאור בע"מ, ירושלים, תש"ן) 662-660. מכיון שכך גורסת פרוף' שלו, כי כשם שלגבי פעולות הרשות הציבורית בתחומי המשפט הפרטי חלה "דואליות נורמטיבית" לפיה כפופה הרשות לתחולה בו זמנית של שתי מערכות הדינים: הציבורית והפרטית (בג"צ 492/79 חברה פלוגית נ' משרד הבטחון, לעיל הערה 50, בעמ' 716; בג"צ 341/80 דוויק נ' בכר, פד"י לה(2) 197), כך במקביל כאשר פועלת הרשות הציבורית - במישור המשפט הציבורי - חלות עליה בו בזמן שתי החובות השונות של תום הלב, זו שמקורה במשפט הפרטי, האת המיוחדת לרשות הנובעת מכללי המשפט הציבורי. משני מקורות אלה כאחד, נובעת חובת הרשות לקיים את התחייבויותיה החחיות בדרך מקובלת ובתום לב, כאשר לכל מקור נורמטיבי כללים ייחודיים משלו בדרגה ובמהות. פרוף' שלו, גורסת על כן (בעמ' 85 בספרה חווי רשות בישראל) כי המשפט הציבורי המחיל על הרשות את החובה לנהוג בהגינות, על כל הנובע מחובה זו, מהווה את הדין האישי של הרשות, החל עליה בכל פעולותיה, לרבות התקשרויותיה החחיות. לעומת זאת, המשפט האורחי, הכולל את חובת תום הלב, חל על חתי הרשות, כדין המהותי הנובע ממהות הקשר המשפטי שנוקם בין הצדדים. משום כך, כאשר "מתנגשות" חובות אלו, יחולו, במקרי התנגשות הדינים, כללי המשפט הציבורי, בהיותם "דין מיוחד" (Lex specialis) - הדין האישי של הרשות.

55 הנורמה "האובייקטיבית" החלה בכל הנוגע לחובת תום הלב, ביחסים שבין הפרט לרעהו, אינה אלא קביעה כי עקרון תום הלב אינו מוגבל לציפייה הסבירה של הצדדים הספציפיים לחוזה, אלא חובה הנוסקת מעבר לכונת הצדדים הסובייקטיביים ומשקפת את ציפייתו הסבירה של כלל הציבור בישראל באשר להתנהגותם הראויה של הצדדים לחוזה. עם זאת, ציפייה זו מביאה בחשבון, מטבע הדברים,

מכיוון שחלה חובת תום הלב על החברה הממשלתית ביחסיה עם הציבור הרחב, הרי שמכאן ואילך פתוחה הדרך ליצור הבחנה בין רמת ההתנהגות הראויה התואמת לרמת הציפיות של הציבור, במקום שבו הצדדים לחוזה הם שני פרטים, לבין רמת ההתנהגות הראויה, התואמת לרמת הציפיות, כאשר אחד הצדדים לחוזה הוא - החברה הממשלתית המזוהה בעיני הציבור עם הרשות המינהלית, כאשר במקרה האחרון חלות נורמות הזוהות למעשה לאלו החלות במסגרת המשפט הציבורי, וזאת אף ללא קביעה נורמטיבית כי החברות הממשלתיות כפופות לכללי המשפט הציבורי.⁵⁵

1.45 ואולם, קיים שוני בין דיני החוזים לבין המשפט הציבורי הנובע מן השוני היסודי בקונספט היורד לשורש ולמהות החובה של גוף פרטי לנהוג בתום לב, לעומת מהות החובה של הרשות הציבורית לנהוג בהגינות. השוני הקונספטואלי הוא היוצר את רמות היישום השונות בדרגה ובמהות שאותן מציינת פרופ' שלו, והוא היוצר קושי להסיק קיומן של נורמות מן המשפט הציבורי מכוח עקרון תום הלב החוזי. נבהיר דברינו.

1.46 ביסוד חובת תום הלב עומדת ההנחה כי בעל החוזה נכנס למערך ההתקשרות החוזית מתוך רצון להגשים את האינטרס של עצמו, ולא את האינטרס של בעל דברו. חובת תום הלב באה להבטיח כי הגשמה עצמית זו תיעשה בצורה הוגנת, כיאה לחברה תרבותית. רמת ההתנהגות הנדרשת במסגרת חובת תום הלב החוזית, מבוססת אם כן על ההנחה כי בעל החוזה אינו פועל מתוך מניע אלטראיסטי, אלא מבקש לקדם את ענייני האישי. חובת תום הלב קובעת על כן רק רמה מינימלית של הוגנות, אשר מתחתיה לא יכול לרדת אף אדם הדואג להשיא את טובתו הוא.⁵⁶

גם את סגולותיהם הייחודיות של הצדדים לחוזה הנתן ואת נסיבות כריתתו. משום כך, און להסיק כי בכל הנוגע לרשות הציבורית משמעות חובת ההגינות הינה סובייקטיבית גרידא, שכן אף במסגרת זו אמת המידה משקפת את ציפיותו הסבירה של כלל הציבור בישראל, באשר להתנהגותם הראויה של אנשי הרשות.

55 א' וראה א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן, 71, בעמ' 84:

"לפנינו, אפוא, עיקרון מרכזי בדיני החוזים בפרט ובשיטה המשפטית שלנו בכלל, אשר באמצעותו ניתן להתאים את דיני החוזים למציאות החברתית. כנגד העוצמה והתחכום של אחד המתקשרים החזיים וכנגד חוסר השוויון שבין המתקשרים עומדת חובתו של כל מתקשר חזי לפעול בתום לב. באמצעותה של חובה זו עשוי בית המשפט להבטיח הגינות בסיסית ביחסים החזיים. אכן, עקרון תום הלב ממלא בדיני החוזים פונקציה שהיא דומה לזו שממלאים עקרון הסבירות וההגינות במשפט המינהלי. זהו עיקרון גמיש אשר באמצעותו ניתן לגשר בין המציאות החברתית לבין הדין" (ההדגשה הוספה).

56 א' ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 13, בעמ' 473:

Summers "The General Duty of Good Faith - Its Recognition and Conceptualization", 67 Cornell

שונה הדבר לחלוטין לגבי חובת ההגינות העומדת בבסיס כללי המשפט הציבורי. חובה זו אינה מבוססת על ההנחה בדבר קיומם של אינטרסים נוגדים של שני צדדים שונים החותרים איש להשאת טובתו הוא. הרשות הציבורית אינה מצויה ביחס של יריבות עם הציבור, שיש לקבוע לה גבולות של טעם טוב. אדרבה, החובה לנהוג בהגינות אשר עליה מושתת המשפט הציבורי נובעת מן ההנחה כי לרשות הציבור אין משלה ולא כלום. אין לרשות אינטרס עצמי משלה ובידה הופקד האינטרס של זולתה. זוהי חובת הגינות שונה לחלוטין - אלטרואיסטית.⁵⁷

1.47 הבחנה דומה מצוין פרופ' ברק בכל הנוגע להבדל שבין חובת האמון החלה בדיני חברות לבין חובת תום הלב בקיומו של חיוב הנובע מחוזה:

"חובת תום הלב החוית קובעת סטנדרט מינימלי של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם - אדם.⁵⁸ לעומת זאת, חובת האמון קובעת סטנדרט גבוה של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם - מלאך.⁵⁹ חובת תום הלב החוית מבוססת על כלי משחק הוגן בין יריבים. חובת האמון בחברות אינה מבוססת על יריבות בין המנהל לבין החברה. חובת האמון מבוססת על אינטרס אחד ויחיד, בעל החובה צריך להגן על האינטרס של זולתו, המופקד בידו ולהגשימו. מבחינה זו דומה חובת האמון בחברות לחובת ההגינות במשפט המינהלי"⁶⁰ (ההדגשה הוספה).

L. Rev. (1982) 810, 834: "A requirement of good faith is a minimal standard rather than a height".

כמו כן ראה ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (בורסי, תל-אביב, 1982) בעמ' 336: "ניתן לגרום כי במונח מסויים מושתת כל חחה על אמון, כי כל הטלת תפקיד על אדם מבוססת על אמונה שיבצע את המוטל עליו כראוי... גירסה זו מתחוקת, במידת מה, ע"י הכללים בדבר חובת תום הלב בדיני חוים... בכל זאת, לא כל חובה חוית מטילה על החייב חובת אמון... ודרישת תום הלב אמילו נראה בה דרישה כללית, מעין 'עקרונן גג' - איננה מגיעה כדי חובת אמון כמובנה בדין" (ההדגשה הוספה).

57 ראה ברק שיקול דעת שימוטי, שם, בעמ' 474-475, כמו כן יצויינו בהקשר זה דבריה של: F. Frenkel, "Fiduciary Law" California L. R. (1983) 795, 830:

"Two aspects of moral behavior are important to understanding the moral dimensions of Fiduciary Law. First, moral behavior is altruistic. The moral person serves other members of the society and contributes to society generally. He treats his own interests in a way that benefits others, and he prefers the community to the self..."

58 "אדם לאדם אדם" - דהיינו, גוף בעל אינטרסים משלו, אשר לגיטימי כי יגן עליהם, כל עוד שהדבר לא בא "על חשבון" הזולת.

59 "אדם לאדם מלאך" - במונח של אדם ללא אינטרס עצמי משלו, אלטרואיסט, המבצע את שליחותו עבור הזולת כאשר אין לו משלו ולא כלום.

60 ברק, שיקול דעת שימוטי, לעיל הערה 13, בעמ' 496. בעניין זה ראה גם דבריו של השופט קרדחו בפס"ד Meinhard v. Salmon 149 N.Y. 458, 464 (1908):

"Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the

1.48 בהתאם לכך, נמצא כי כאשר אנו מבקשים לבחון אם חלים על החברה הממשלתית נורמות מן המשפט הציבורי - הרי שאנו שואלים למעשה, אם יש מקום להחיל נורמות של הגינות שהינן גבוהות יותר מן המינימום, נורמות של התנהגות אלטרואיסטית המאפיינת יחסי אמון שבהם פועל מי שמשלו אין לו ולא כלום.

תשובה לשאלה זו לא נוכל אם כן לקבל מעקרון תום הלב בחושים, המחיל נורמות נמוכות יותר - כמתחייב מן העובדה כי תכליתו להסדיר רמת התנהגות הולמת בין יריבים הדואגים איש איש לאינטרס העצמי שלו.⁶¹ מכאן נובע הצורך לבחון אם חל המשפט הציבורי על החברה הממשלתית.

1.49 עם זאת, דבריו האחרונים של כב' השופט ברק בדבר קיומו של דמיון בין חובת ההגינות האלטרואיסטית, העומדת בבסיס המשפט הציבורי, לבין חובת האמון המוטלת על מנהלים ובעלי מניות שליטה בחברה עשויים להביא לכאורה לכלל מחשבה כי מכיון שהחברה הממשלתית הינה חברה לכל דבר ועניין, (סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות קובע כאמור כי תחול לגבי החברה הממשלתית פקודת החברות), ומכיוון שבהתאם לדיני החברות חייבים האורגנים של החברה הממשלתית, המופקדים על נכסי החברה ועל ניהולה, חובת אמון לחברה וחובה זו יוצרת נורמות התנהגות אלטרואיסטיות, הרי שאם נגיע למסקנה כי האורגנים של החברה הממשלתית חייבים חובת אמון גם לציבור הרחב, אשר האינטרס שלו מיוצג ומגולם במסגרת המדינה, שהינה בעל המניות העיקרי בחברה הממשלתית, נמצא כי בידינו לכאורה, מקור נורמטיבי להחלת חובה על החברה הממשלתית לנהוג עם הציבור בהתאם לנורמות מקבילות אלו

morals of the market place. Not honesty alone but a punctilio of an honour the most sensitive, is then the standard of behaviour. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate. Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty... only thus has the level of conduct for fiduciaries kept at a level higher than that trodden by the crowd".

61 ואכן, כפי שנראה להלן, כאשר קבע כב' השופט ברק בבג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חב' החשמל לישראל בע"מ, פד"י מא(2) 449, 480, כי על חברת החשמל חלות נורמות מן המשפט הציבורי, נגזר מכך כי היא תחויב ברמה גבוהה יותר של תום לב בהתקשרויותיה, מאשר חובת תום הלב הכללית החלה בדיני חושים. וכך נקבע בעמ' 463 לפסק הדין:

"כל חברה, הפועלת בתחומי המשפט הפרטי, חייבת לפעול בתום לב. משמעותו של תום לב זה בתחום המשא והמתן החחי הינה, הגינותו של גוף הפועל למען האינטרסים שלו. זו הגינותו של יריב. לא כן חברת החשמל. ממנה אנו דורשים תום לב ברמה גבוהה יותר. זוהי הגינותו של הנאמן על האינטרס הציבורי."

ממילא, לא ניתן באמצעות חובת תום הלב "הסטנדרטית" של דיני החתום, ליתן מענה לשאלה אם חלות נורמות אלו, של נאמן על האינטרס הציבורי, על כלל החברות הממשלתיות.

החלות במסגרת המשפט הציבורי. זאת אף ללא צורך בקביעה נורמטיבית כי החברה הממשלתית כפופה לכללי המשפט הציבורי. נבחן על כן הנחות אלו, אחת לאחת, ונראה מהו השוני הנורמטיבי הקיים בין דיני החברות לבין המשפט הציבורי ואשר מחמתו נחוצה הכרעה בשאלה דנא.

ג(4) חובת האמון בדיני חברות

1.50 באנגליה הוטלה חובת אמון על דירקטורים של חברה, עוד בשנת 1742, בפסק דינו של לורד הרדוויק (Hardwicke) בעניין *Charitable Corpn. v. Sutton*⁶² בפסק דין זה נקבע כי הדירקטורים הפרו חובת אמון שהוטלה עליהם. כמו כן, בשנת 1853 קבע השופט Romilly בעניין *York and North Ry. v. Hadson*⁶³:

"The directors are persons selected to manage the affairs of the company for the benefit of the shareholders. It is an office of trust which, if they undertake, it is their duty to perform fully and entirely..." (ההדגשה הוספה).

62 בהקשר זה ראה גם פסק הדין בעניין *Charitable Corpn. v. Sutton* (1742) 2 Atk 400

Re German Mining Co. ex p. Chippendale (1853) 4 De G.K. & G. 19

63 *York and North Midland Ry v. Hadson* (1852) 16 Beav. 485

הגישה הרווחת היא כי המדובר היה במוסד הנאמנות ממש ולא בחובות מקבילות שנקבעו בפסיקה בסיטואציות של יחסי אמון. זאת מכיון שכל עוד שהחברה לא לבשה צורה של אישיות משפטית נפרדת, הרי שהסכם ההתאגדות הפקיד את הדירקטורים כנאמנים על רכוש בעלי המניות שהתאגדו. לעומת זאת, L.C.B. Gower *Gower's Principles of Modern Company Law* (London, 2nd. ed.) 471 מצייין, בהערות שוליים 4, כי הגיונה של הלכה זו נבע מכך, כי החברה עצמה מחויקה בנכסיה בנאמנות עבור בעלי מניותיה. ומשום כך ראתה הפסיקה במנהלי החברה, שמונו על ידי בעלי המניות, כנאמנים קונסטרוקטיביים. סברה זו, אשר עלה על דעתנו לעשות בה שימוש בכל הנוגע לחברות הממשלתיות שהופקדו בידיהן כספי ציבור, נדחית מכל וכל על ידי ד"ר סילי (Sealy), הגורס כי אין אפשרות לראות בחברה עצמה נאמן של בעלי המניות, מכיון שבאותה עת שררה ההלכה כי החברה רשאית לחרוג מן המטרות שנקבעו בתזכירה ובתקנונה על ידי בעלי המניות (*Mayor of Colchester v. Lowten* 1813, 1. V&B 226).

ואם כן לא ניתן לראות במקרה הנדון בעניין *Charitable Corpn.* משום הפרת אמון מצד החברה, אשר תוקן באופן קונסטרוקטיבי על מנהליה. בנוסף, אילו היתה הפרת האמון מצד המנהלים פועל יוצא מחובת האמון של החברה כלפי בעלי מניותיה, הרי שהתובעים בעניין *Charitable Corp.* היו אמורים להיות בעלי המניות שכלפיהם מופנית חובת האמון, ולא החברה. ואכן, סברה זו אינה נוכרת עוד במהדורה החדשה (החמישית) לספרו של גאואר:

L.C.B. Gower *Principles of Modern Company Law* (London, Sweet and Maxwell, 1992) 550 (להלן: גאואר בספרו).

וראה: Sealy "The Director as Trustee" (1967) *Camb. L. J.* 83, Keeton 5 *C.L.P.* (1950) 11; Cooke, "Corporation, Trust and Company" (Manchester, 1950) 110-111, 154; Finch & Long "The Fiduciary Relation of the Dominant Shareholders" 9 *Hasting L. Rev.* (1958) 306

1.51 אכן, בפסק הדין האנגלי המפורסם בסוגיה זו, בעניין *Percival v. Wright*⁶⁴ סירב בית המשפט להטיל אחריות על דירקטורים שרכשו מניות מחברים בחברה פרטית, מבלי לגלות להם מידע, שהיה חיוני לקביעת המחיר.⁶⁵ כמו כן, לא ראה בית המשפט כל פגם נורמטיבי בהתנהגות הדירקטורים.

בית המשפט ביסס את פסיקתו בעניין זה, על היעדרה של חובת אמון של הדירקטורים כלפי בעלי מניות אינדוידואליים ועל חובתו לדאוג אך ורק ל"טובת החברה בכללותה".⁶⁶

מן ההלכה הזו היו שהסיקו, כי המשפט המקובל אינו מכיר בקיומה של חובת אמון של הדירקטורים כלפי בעלי המניות. הלכה זו זכתה משום כך לביקורת נוקבת.⁶⁷ מכל מקום, פס"ד *Percival v. Wright* היווה, ככל

⁶⁴ *Percival v. Wright* (1902) 2 ch. 421

וראה לעומת זאת: *Stanley v. Moore*, [1891] 17 V.L.R. 289;

Richard Brady Franks Ltd. v. Price (1937) C.L.R. 112, 143: "...the fiduciary duty of the

"director is to the company and the shareholders

ד"ר א' חביב-סגל במאמרה על "דיני חברות" לעיל הערה 35 מבחירה, בעמ' 6, בי הרציונל המסתתר

מאחרי הלכת *Percival v. Wright* נסמך על מורשת ההפרדה שבין שיקולי תועלת, הכרוכים במגמה

להתפיח את העוגה הכוללת, לבין שיקולי חלוקת העוגה העומדים בבסיס האינטרס של בעלי המניות.

חובת הדירקטורים על פי גישה זו הינה, לפעול לטובת החברה בכללותה, דהיינו לטובת כלל בעלי

המניות שבהווה ושבעתיד ובהתעלם משיקולי חלוקה אינטרסטיים של קבוצה זו או אחרת של בעלי

המניות. לעניין זה ראה פסק דינו של שומר המגילות, הלורד אברשד (Evershed) בעניין: *Greenhalgh*

[C.A.] (1951) Ch. 286, 291 *v. Arderne Cinemas*.

לפיו החברה אינה אלא פיקציה המבטאת את

מכלול האינטרסים של כלל בעלי המניות, שבהווה ושבעתיד. כמו כן ראה:

Hohfeld "The Individual Liability of Stockholders and the Conflict of Laws" 9 Col. L. Rev.

(1909) 492.

65 חוק ניירות ערך המגביל שימוש במידע פנים לא חל בסיטואציה האמורה, מכיון שחוק זה מתייחס

רק לחברות שמניותיהן הוצעו לציבור על פי תשקיף או הנסחרות בבורסה לניירות ערך ונמצאות בידי

הציבור. למקבילה בישראל ראה סעיף 52 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 (ס"ח 541, תשכ"ח, עמ'

234, מיום 22.8.68).

66 מחובתם של בעלי המניות כלפי החברה, כמשקפת את כלל בעלי המניות, ומהיעדרה של חובת אמון

כלפי בעלי מניות אינדוידואליים, נובע האיסור החל על דירקטורים בחברה לפעול לטובת אינטרס

ספציפי של בעל מניות כלשהו, שאינו תואם את טובת כלל בעלי המניות. לעניין זה ראה:

Parker v. Daily News Ltd. [1962] ch 927 בו אסר בית המשפט על דירקטורים להחליט על תשלום

פיצויי פיטורין גבוהים לעובדים, בטרם שהחברה נכנסת למצב של פירוק, לנוכח העובדה כי השיקול

המכריע בהחלטת הדירקטורים היה טובת העובדים ולא טובת החברה. בהקשר זה ראה גם: *Dodge*

668 (1919) 178 N.W. *v. Ford Motors Co.*, בו נדונה החלטה של נשיא החברה, הנרי פורד, לקצץ

בריווינגים שאמורים היו לקבל בעלי המניות, ולהפנות את הרווחים שיווצרו כתוצאה מהקיצוץ

לצורך העסקת מספר גדול יותר של עובדים בחברה. בית המשפט קבע כי בהחלטתם הפרו הנרי פורד

והדירקטורים שתמכו בדעתו את חובתם לפעול להגדלת רווחי החברה, ולא לשיפור רווחתו של ציבור.

כמו כן גרין פסק הדין בעניין *Re W. & M. Roith Ltd.* [1967] W.L.R. 432 בו נקבע כי הסכם פנסיה,

אשר תכליתו להבטיח זכויותיה של אלמנת אחד הדירקטורים, בטל מכיון שהדירקטורים לא ראו את

טובת כלל החברה לנגד עיניהם.

67 ראה למשל: *L.C.B. Gower Principles of Pennington, Company Law* (5th ed. 1985) p. 683

: *Moderna Law* (London, Sweet & Maxwell, 1992, 5th ed. pp. 552-553

"The *Percival v. Wright* rule was severely criticised by the Cohen Committee (Cmd 6659 Paras.

הנראה, מקור השראה לקביעתו הקטיגורית של כב' השופט לובנברג ז"ל בת"א 2603/56 "המשווק" ואח' נ' קופל ואח', כי "מנהלי חברה נאמנים הם לחברה אך אינם נאמנים לבעלי המניות האינדוידואליים".⁶⁸

1.52 הגיונה של הלכת **Percival v. Wright** נעוץ בתורת האישיות המשפטית הנפרדת שממנה נהנית החברה. בהיות החברה אישיות משפטית נפרדת הרי שחובת האמון הינה כלפי החברה כגוף העומד בפני עצמו, ובהתעלם מטובת בעלי המניות שיצרו גוף זה. כמו כן יצוין, כי בתי המשפט באנגליה סירבו לחלוטין להכיר בזכותו של נושא משרה בחברה, שמונה על ידי קבוצת בעלי מניות מסוימת, לפעול לקידום עניינם, כאשר פעילות זו אינה נובעת מתוך מטרה להשיא את טובת החברה כמשקפת את האינטרס של כלל בעלי המניות.⁶⁹

1.53 ועם זאת, בכל הנוגע ליחסי אמון, מכיוון שבסופו של דבר מופקדים הדירקטורים על כוחות שהינם ברי השלכה ישירה על בעלי המניות, ולנוכח הציפיות הלגיטימיות של בעלי המניות מן הדירקטורים והסתמכותם עליהם, התפתחה ההלכה ונקבע כי על אף האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, קיימת חובת אמון מצד נושאי המשרה

86 and 87) and forthrightly rejected by the **Jenkins Committee** in one of its bolder moods (Cmd. 1749 Paras. 89 and 99)".

כמו כן ראה: 16.19 (1972) "Insider Trading in Israel and England" Yoran; פרוץ' א' פרוקצ'יה במאמרו "הבעלות על הפירמה וסייגיה" משפטים כב(2) (תשיג) 301, מצוין בהקשר זה כי מכיוון שהעוגה, שנושאי המשרה אמורים להתפייח, היא החברה כולה, המוגדרת כמכלול בעלי התביעות בה, הרי שעל ידי ריקון כיסיהם של בעלי המניות האינדוידואליים בחברה, בטוח **Percival v. Wright**, קטן שווי מכלול התביעות בחברה, שבעלי המניות האינדוידואליים בוודאי נמנים בקהלם, ומכאן מתבקשת המסקנה כי יש להגדיר את החובה הכללית כמתייחסת גם להשאת טובתם של בעלי מניות אינדוידואליים.

ואכן, גם אם האינטרס הכולל, להשיא את כלל העוגה, עלול לסתור לאינטרס של בעל מניות אינדוידואלי המעוניין דווקא בחלוקת העוגה, ואזי מועדף האינטרס הכולל, ברור כי פגיעה בבעל המניות האינדוידואלי, שאין לה תרופה במסגרת חובות האמון המוטלות על הדירקטור, מורידה את ערך ההשקעה בחברה, ויחד עימה יורד ערך העוגה כולה. ומכאן בהכרח כי חובת האמון המחייבת לטובת החברה במכלול, מחייבת להימנע ממעשה כפי שנעשה בעניין **Percival v. Wright**.

68 בת"א 2603/56 "המשווק" ואח' נ' קופל ואח', פסי"מ טו 372, בעמ' 376 לפסק הדין. כמו כן ראה בעמ' 377 לפסק הדין: "יקוצרו של דבר, מנהל הוא נאמן לחברה במובן מסויים אך אין לומר עליו כי הוא נאמן לבעלי המניות".

69 לעניין זה ראה למשל: **Boulting v. A.C.T.A. T** (1963) 2 Q.B. 606, 626, בו קבע הלורד דינג ביחס לעצם המיני של דירקטור על ידי קבוצת בעלי מניות בעלי אינטרס מסוים:

"There is nothing wrong in it. It is done every day. Nothing wrong, that is, so long as the director is left free to exercise his best judgment in the terms of the company".

כמו כן ראה: 62 Ch. **Charterbridge Corp. v. Lloyds Bank** (1970); וראה גם המלצת ה: **Bullock Committee**, Cmnd. 6706, ch. 8, para 40. לעומת זאת, בקוד שנישח פרוץ' גוארר למדינת גאנה, בשנת 1963, נקבע (בסעיף 203(3) לקוד המוצע), כי נושא משרה בחברה רשאי להביא בחשבון את טובתם הדידהית של בעלי המניות שמיני אותו לתפקידו.

בחברה אף כלפי בעלי המניות באופן ישיר.

וכך מתאר פרופ' ניגן (Nigan) תהליך זה:

"The principle that the fiduciary duty of the directors is towards the company was born out of the notion that the company was a legal person by itself. In this view, it was but natural that those who were in control of its property and assets and carried on business on its behalf, should be responsible to it for their deeds and misdeeds. Gradually, when the interest of the shareholders as distinct from the company, came to be recognized, it was held... that the directors are responsible to the shareholders under certain circumstances..."⁷⁰

1.54 ואכן, התפתחות זו קיבלה אף גושפנקא חוקית. חוק החברות האנגלי תוקן בשנת 1980 ונקבע בו מפורשות כי הדירקטור חייב לשקול בין יתר שיקולי אף את שיקולי בעלי המניות. בסעיף 46 לחוק החברות האנגלי משנת 1980⁷¹ נקבע לאמור:

"(1) The matters to which the directors of a company are to have regard in the performance of their function shall include the interests of the company's employees in general as well as the interests of its members (ההדרגשה הוספה).

(2) Accordingly the duty imposed by this section on the directors is owed by them to the company (and the company alone) and is enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors".

70 54 (1964) *Nigan Current Problems of Corporation Law*. ד"ר א' חביב-סגל במאמרה הנוכח לעיל הערה 35 מציינת, בעמ' 7, כי ככל שמתבססת התפיסה החזית של החברה המסחרית, כן מסתברת מלאכותיותה של ההפרדה בין החברה לבין "משקיעיה" ומתברר כי יש מקום להכיר בחובות אמן אינדיבידואליות גם כלפי משקיעים שונים בחברה. הבעיה בקונספט זה היא, לדעתה, כי משנפרץ הסכר, ומוכרות חובות כלפי קבוצות משקיעים מסוימות, לא ברור כלל מה הן ההתחייבויות הבסיסיות, שעל נושאי המשרה למלא בלפי כל אחת מקבוצות המשקיעים, ואיוו פעולה תיחשב להפרה של חובותיהם. מכל מקום, לפי גישה זו, מתבצעת מעין "הרמת מסך", שהיא התוצאה המתבקשת "מהורדת" מסמכי ההתאגדות לרמה של רצף חזי.

71 סעיף מקביל (סעיף 309) נקבע בחוק החברות האנגלי משנת 1985. לניתוח סעיף זה ככולל אף חיוב לפעול לטובת הנושים, כל עוד שהחברה סולבנטית, ראה גאואר בספרו (לעיל הערה 63), בעמ' 555-556, בהסתמך על פסק דינו של הלורד דיפלוק (Diplock) בעניין: *Walker v. Lohrho Ltd. v. Shell Petroleum* (1980) 1 W.L.R. 627 H.L. p. 634. כמו כן ראה: *Wimborne* (1976) 50 A.L.J.R. 446.

1.55 מס"ק 46(1) לחוק החברות האנגלי משנת 1980 עולה אם כן כי חובת האמון קיימת גם כלפי בעלי המניות בחברה, אף כי מס"ק 46(2) לחוק זה עולה לכאורה כי רק החברה רשאית לקבל סעד בגין הפרת חובת האמון האמורה.

מכל מקום, לנוכח השינוי שהתרחש בהלכה הפסוקה בסוגיה זו סבור פרופ' גאואר, כי יש לפרש סעיף זה באופן רחב ומותר לנושאי המשרה בחברה לדאוג לא רק לבעלי המניות אלא אף לציבור ככלל. ובלשונו:

"And so long as the company remains a going concern the company's best interests may well be served by having regard to the other interests; dissatisfied customers and an aggrieved public or Government Department are not conducive to the future prosperity of the company. Hence it is generally possible to justify charitable donations and even political contributions".⁷²

נמצאת למד כי באנגליה קיימת באופן ברור חובת האמון של הדיירקטור בחברה כלפי בעלי מניותיה. יסודה של חובה זו היה בהתפתחות שחלה בהלכה הפסוקה והחל משנת 1980 היא מעוגנת אף בפקודת החברות.

1.56 בארצות הברית, ההלכה הפסוקה היא כי לדיירקטור אין חובת אמון כלפי בעל מניות ספציפי, למעט בנסיבות מיוחדות, שבהן המנהל מנצל מידע פנים שברשותו כדי להטעות בעל מניות אחר, שהינו חף מן המידע האמור,⁷³ או כאשר זכותו של בעל מניות מסוים נפגעת עקב התנהגות בלתי ראויה של דיירקטור.⁷⁴

72 גאואר בספרו, לעיל הערה 63, בעמ' 556.

73 *St. Louis Union Trust Co. v. Merrill Lynch Pierce, Fenner & Smith Inc.* (CA. 8 Mo) 562, F2d 1040; *Umstead v. Durham Hosiery Mills. Inc.* (MD NC) 578 F Supp. 342; *State Teachers Retirement Bd. v. Flour Corp.* (SD NY) 566 F Supp. 939; *Hill v. Thomas* (KY) 462 SW 2d 922; *Shermer v. Baker* 2 Wash app. 845, 472 p 2d 589; *Young v. Columbia Oil Co.* 110 W Va 364 158 SE 678.

בהקשר זה יצויין במיוחד פסק הדין בעניין: *Strong v. Rapide* 213 U.S. 419 (1904) 430, בו רכש דיירקטור, בזהות נסתרת, את מניות החברה שבה כיהן, במחיר נמוך, בידעו כי מחירו יעלה עקב מימוש תוכנית למכירת נכסי החברה. בעלי המניות טענו כי עסקה זו בוצעה תוך הפרת חובת האמון כלפיהם, ופנו לבית המשפט כי יכריזו על ביטולה. בית המשפט אכן קבע כי העסקה בטלה, שכן בנסיבות העניין היה הדיירקטור חייב לגלות את העובדות המיוחדות, אשר השפיעו על עליית ערכן של המניות.

74 *McGivern v. AMASA Lumber Co.* 77 Wis 2d. 241, 252, NW 2d 371; *Rose v. Schantz*, 56 Wis 2d. 222, 201 NW 2d. 593.

בהתאם להלכה זו, גם אם קיימת חובת האמון של הדירקטורים כלפי כלל בעלי המניות, כקולקטיב, אין היא קיימת כלפי בעל מניות אינדיווידואלי.⁷⁵ לא זו אף זו, גם כאשר חוק של מדינה מסוימת קובע במפורש את דבר קיומה של חובת האמון של הדירקטור, כלפי החברה וכלפי בעלי מניותיה,⁷⁶ אין בכך כדי ליצור חובת אמון כלפי בעל מניות אינדיווידואלי, ולאחרון יש זכות לתבוע את הדירקטור אך ורק בתביעה נגזרת - דהיינו, בתביעה בשם החברה ולא בשמו הוא.⁷⁷

1.57 ועם זאת, על אף שאין אפשרות לראות את הדירקטור כמי שחב חובת אמון כלפי בעל מניות ספציפי, מסוכמת ההלכה ב-American Jurisprudence⁷⁸ באופן שאינו מותיר כל ספקות באשר לחובת האמון של הדירקטור בחברה כלפי בעלי המניות ככלל, וכדלקמן:

"Clothed with the power of controlling the property and managing the affairs of the corporation, without let or hindrance, as to third persons, the directors and officers are its agents, but as to the corporation itself, equity holds them liable as trustees.⁷⁹ **Indeed, it is the view frequently and broadly taken that the officers and directors of a corporation are, at least in substance and in many respects, trustees for the corporation or its stockholders**"

(ההדגשה הוספה).

1.58 נמצאת למד כי הן באנגליה והן בארצות הברית מוכרת חובתם של הדירקטורים בחברה כלפי בעלי המניות ככלל, וזאת לנוכח העובדה כי בידי נושאי המשרה של החברה מצויים כוחות, אשר באמצעותם יש בידם

75 American General Ins. Co. v. Equitable General Corp. (ED Va) 493 F Supp 721; Richardson v. Arizona Fules Corp. (Utah) 614 p 2d 636.

76 כך למשל נקבעה בחוק החברות של מדינת North Carolina חובת אמון של נושאי משרה בחברה, בוו הלשון:

"Officers and directors shall be deemed to stand in a fiduciary relationship to the corporation **and to its shareholders** and shall discharge the duties or their respective positions in good faith, and with that diligence and care which ordinarily prudent people would exercise under similar circumstances in like positions" (ההדגשה הוספה) (N.C. Bus Corp. Act, sec. 33-13-150).

77 Beyer v. F. & R. Oilfield Contractors Inc. (LA app. 3d. Cir) 407 So 2d. 15
בהקשר זה ראה גם: א' ברק "היקף התערבותו של בעל המניה בניהול החברה על ידי מנהליה, כחו של בעל המניה לתבוע בשל הפרת זכות על ידי מנהליה" הפרקליט כה 486.

78 American Jurisprudence 2d Vol. 18B. 1963; וראה רשימת פסקי הדין הנזכרת שם (בהערות שוליים 19), בנוגע לחובת האמון של דירקטורים כלפי בעלי המניות בחברה.

79 לעניין זה ראה גם פסק הדין Alexander v. Hillman 296 U.S. 222, 80 L Ed 192, 56 S Ct 204, בו נקבע כי בעת כינוס נכסיה של חברה, ינהגו בדירקטורים כאילו היו נאמנים של הנושים ובעלי המניות ויבחנו את התנהגותם בהתאם לנומרות אלו.

להשפיע על נכסי בעלי המניות. לבעלי המניות יש על כן ציפייה סבירה כי הדירקטורים ושאר נושאי המשרה בחברה, ינהגו כלפיהם על פי נורמות התנהגות מסוימות של אמון וזהירות. ואכן הסתמכות זו, והחשש מפני ניצול לרעה של הכוחות המופקדים בידי נושאי המשרה בחברה יוצרים יחסי אמון בין נושאי משרה אלו לבין בעלי המניות.

1.59. בישראל נפסקה ההלכה כי הדירקטורים בחברה הינם "במידה מסוימת" נאמני החברה. כך קובע כב' השופט ש' ז' חשין ז"ל⁸⁰ כי:

"מנהלי החברה... במידה מסוימת הם נאמני החברה וכמנהלים עליהם לכוון את מעשיהם לטובת החברה ורק לטובתה".

ואכן, הגדרת יחסי הדירקטור והחברה כיחסי אמון קלטיים מעוררת קשיים, כפי שעוד נראה להלן, ואולם, בכפוף לסייג זה, הרי שהוכרה חובת האמון של המנהלים בחברה כלפי החברה, גם במשפט הישראלי, במספר רב מאוד של פסקי דין.⁸¹

בכך אימצה למעשה הפסיקה הישראלית את ההלכה האנגלית המפורטת לעיל, בדבר קיומם של יחסי אמון הנובעים מן התלות של בעלי המניות בחברה בנושאי המשרה בה, לנוכח הכוחות והסמכויות המופקדים בידיהם.⁸²

80. המ' 100/52 חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ נ' אגיון, פד"י 1, 887, 889.

81. ע"א 247/47 חברת בית חולים "רפאל" בע"מ נ' פעילן, פד"י 57, ע"א 210/53 שמשון בע"מ נ' איזן, פד"י 1, 1767, 1777; ע"א 267/55 טוקטלו נ' שמשון בע"מ, פד"י יא 1569, 1579 (מפי כב' השופט לנדוי); ע"א 67/77 קרסו נ' קרסו פד"י לא(3) 236, 238; ע"א 52/79 סולימני נ' בראונר, פד"י לה(3) 617, בו איפשר בית המשפט ברוב דעות להגיש תביעה נגורת, בגין טענת כי מנהל הפר את חובת האמון שלו כלפיה; ת"א (נצרת) 765/80 רובינשטיין נ' רוזנברג, פס"מ תשמ"ב (א) 1332. ובפרט, תוך הפניה למאמרו של ד"ר סילי, ראה פסק הדין בעניין קוטוי ואח' נ' בנק פויכטונגר, פד"י לח(3) 253. כמו כן ראה: י' גרוס דיני גמירות ערך ובורסה (1973) עמ' 217 ואילך. בשולי הדברים יצוין כי סעיף 425 לחוק העונשין תשל"ז-1977, מייחד עבירה ספציפית של "הפרת אמונים" למנהל או עובד של תאגיד.

82. כרם חוק הנאמנות תשל"ט-1979 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית ירושלים, 1983), בעמ' 36, גורס כי מכיוון שמנהל בחברה מחויב לפעול בנכסי החברה לטובתה, הרי שזוהי "זיקה לנכס לטובת נהנה" במובן סעיף 1 לחוק הנאמנות. משום כך, לדעתו של כרם, המנהל בחברה חב חובת אמון לחברה לא רק מכוח ההלכה הפסוקה בעניין סטוגיית יחסי האמון אלא מכוח מוסד הנאמנות, וכמשמעותו של המונח "נאמן" בחוק הנאמנות תשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות). לדידו, מכיוון שמעמון המשפטי של תקנת ההתאגדות של החברה מוסדר בחוק (פקודת החברות) הרי שניתן לראות במנהל, בשמשו כאורגן של החברה, כנאמן על פי חוק. כמו כן ראה בהקשר זה צ' כהן "חובת הזהירות של הדירקטור בחברה הרשומה" מחקרי משפט ח (1980) 134, וכן: Scott The Law of Trusts (3rd ed. vol. 1) 63.

Scott "The Fiduciary Principles", 37 Calf. L. Rev. (1949) 539.

פרופ' פרוקצ'יה, בספרו דיני חברות חדשים לישראל (לעיל הערה 36, בעמ' 335-338), חולק על כרם וגורס כי לפחות מקצת מן החובות שבחוק הנאמנות אינן מתאימות ליחסי הדירקטור והחברה. תפקידו של הנאמן הוא, לדידו, תפקיד סטטי של שמירת נכסים המבוסס על אישיותו של הנאמן והשולל כל

1.60 זאת ועוד, בע"א 283/62 הסס נ' לסלו⁸² נדון מקרה בו שיכנע בעל מניות, שכיהן גם כדירקטור בחברה, את "שותפתו" לחברה - בעלת מניות ודירקטורית, שבעלה אך זה נפטר, לחתום על החלטה הקובעת כי הוא יכהן כמנכ"ל החברה וכי יהיה רשאי לחייב בחתימתו היחידה את החברה. ככלות שבעת ימי האבל על מות בעלה, התעשתה בעלת המניות וביקשה לחזור בה מהסכמתה זו. בית המשפט קיבל את הבקשה, בקובעו כי מחמת היחסים המשפטיים שהיו קיימים בין בעלת המניות לדירקטור, חב הלה חובת אמון כלפיה. לפיכך נקבע כי היתה מוטלת על הדירקטור החובה לאפשר לתובעת להיוועץ באדם בלתי תלוי לפני חתימתה על המסמך האמור, ולהפנות את תשומת ליבה לתוצאות האפשריות של החתימה על המסמך.

מפסק הדין בעניין הסס נ' לסלו משתמעת סטייה מן הקו ששרר באותה עת בפסיקה האנגלית, בעקבות פסק הדין הנזכר בעניין *Percival v. Wright*, שכן מפסק דין זה עולה לכאורה כי קיימת חובת אמון של המנהלים בחברה כלפי בעלי המניות, ואף כלפי בעל מניות אינדיוידואלי.⁸³ עם זאת יצוין, כי בעניין הסס נ' לסלו בוטל המסמך האמור בעיקר מחמת נסיבותיה המאוד מיוחדות של החתימה עליו (בתוך שבעת ימי האבל). אכן, משתמעת מפסק דין זה מגמה ברורה להחיל חובת אמון של הדירקטור בחברה אף כלפי בעל מניות אינדיוידואלי, ואולם דברים מפורשים בהקשר זה לא נאמרו בפסק הדין.

1.61 מגמה זו לא קיבלה ביטוי מפורש בפסיקה וההלכה בעניין זה לא התפתחה כמלוא הנימה במשך זמן רב. ואולם, לאחרונה חלה התפתחות חשובה ביותר בדין הנהוג בישראל בסוגיית חובת האמון של נושאי המשרה בחברה. התפתחות זו הינה מקבילה להליך שחל באנגליה, בה הוסדרה כאמור לאחרונה בחקיקה סוגיית יחסי האמון של הדירקטור כלפי החברה (ובעלי המניות) - בעוד שקודם לכן הוסדרה סוגיה זו רק בהלכה הפסוקה.

סיטואציה של התנגשות אינטרסים. לעומת זאת, תפקידו של הדירקטור הינו תפקיד דינמי הכרוך בנטילת סיכונים. משום כך, הדינים החלים על הנאמן אינם יכולים לשמש בסיס להתוויית חובות האמון של הדירקטור בחברה.

פרופ' פרוקציה גורס על כן כי היחסים שבין החברה לבין נושאי המשרה בה הינם יחסים של מעין שליחות, ועל כן חובות האמון המפורטות בסעיף 8 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק השליחות), חלות בשניונים המחויבים כלפי הדירקטור בחברה.

לעניין זה ראה גם ע"א 434/74 לשם נ' הדרימ (הוד השרון) בע"מ, פד"י לו(1) 825; א' ברק "דוקטרינות מדיני חברות דיני שליחות" הפרקליט כד 39; א' ברק "חוק השליחות ותורת האורגנים" עיוני משפט 302 ב.

82 ע"א 283/62 הסס נ' לסלו, פד"י יז 758.

83 ראה לעניין זה גם א' פרוקציה "פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות" משפטים ח (תשל"ז) 13.

ההסדר המשפטי בדבר אחריות נושאי משרה בחברה עבר בשנת תשנ"א-1991 רפורמה חקיקתית, בשני תיקונים מרכזיים בחוק.

החוק לתיקון פקודת החברות (אחריות מנהלים) (תיקון מספר 4), תשנ"א-1991 (להלן: תיקון מספר 4)⁸⁴ הסדיר מחדש את אחריות המנהלים במסגרת חובת הנאמנות וחובת הזהירות. בתיקון מספר 4 קבע המחוקק באופן ברור את חובת האמון של הדירקטור כלפי החברה ואף הותיר פתח לפרשנות, המאפשר להסיק כי חובת אמון זו קיימת גם כלפי בעלי המניות, כפי שנראה להלן. כמו כן, חוקק חוק העונשין (תיקון מספר 32), תשנ"א-1991,⁸⁵ אשר שינה את בסיסי האחריות הפלילית של נושאי משרה, והטיל עליהם אחריות בעיקר בגין אי גילוי פרטי מידע שהינו רלוונטי לציבור בעלי המניות.

1.62 הצורך בתיקון מספר 4 הובהר בדברי ההסבר להצעת החוק כדלקמן:⁸⁶

"תיווסף הוראה מפורשת המטילה על נושא משרה חובת אמונים כלפי החברה, בדומה לחובה המוטלת על שלוח בסעיף 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965. ההוראה מפרטת מספר מקרים מובהקים של פעולות המהוות הפרת חובת אמונים. חובה זו היא החובה העיקרית המוטלת על נושא משרה בחברה. בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע, בדומה לקבוע בסעיף 96 כ"ה (ב), כי הוראה זו אינה שוללת אפשרות לקיומה של חובת אמונים לפי דין או חוזה כלפי אדם אחר, לרבות כלפי בעל מניות" (ההדגשות הוספו).

1.63 ואכן, חובת האמון שנקבעה במסגרת תיקון מספר 4 הוסיפה את סעיף 96 לפקודת החברות והינה מנוסחת כדלקמן:

"(א) נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה ובכלל זה...

(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר."

84 ס"ח תשנ"א 132. כמו כן יצוינו לעניין זה שני תיקונים נוספים בפקודת החברות שנחקקו מאז תיקון מס' 4: חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 5), תשנ"א-1991, ס"ח תשכ"א 216 (להלן: תיקון מס' 5); וחוק לתיקון פקודת החברות (מס' 7), התשנ"ב-1992, ס"ח תשנ"ב 151.

85 ס"ח תשנ"א 104. עניין זה חורג מנשוא דיוננו.

86 הצעת חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 4), התשנ"ג-1990, ה"ח 1981, טו באדר התשנ"ג 13.3.1990, דבר הסבר לסעיף 96כז.

השאלה מיהו אותו "אחר" אשר לטובתו תוכרנה חובות האמון - נותרה פתוחה להכרעת הפסיקה.

1.64 ד"ר א' חביב-סגל⁸⁷ מציינת בהקשר זה, כי במבט צופה פני עתיד נראה שהרחבה זו תשמש את בתי המשפט בראש ובראשונה כדי להתעלם מהבחנות מלאכותיות שבין החברה לבין בעלי מניותיה, וכדי להחיל חובות אמון אישיות של נושאי המשרה בחברה כלפי בעלי המניות.⁸⁸

1.65 אכן, פתיחת הדלת באורח רחב בפרשנות המונח "כלפי אדם אחר", עשויה לזמן כניסתם של אלמנטים נוספים לגדר חובת האמון, כך שתיווצר חובת אמון של נושאי המשרה בחברה כלפי עובדיה, כאשר יש הטוענים בהקשר זה כי בשם שהחברה אינה יכולה לייצר דבר ללא ההשקעה ההוגנת של בעלי המניות, כך אין היא יכולה לייצר דבר ללא תשומות של עבודה. לפי תפיסות אלו, הגדרת חובות האמון (והזהירות) של הדירקטורים כמתייחסות רק אל בעלי המניות מבטאת השקפה גרגסיבית המבקשת להנציח, מטעמים של תפיסת עולם פוליטית, את כוחם של המעמדות עתירי ההון ואת כפיפותו היחסית של הסקטור העסקי.⁸⁹ בדומה לכך, פתיחת הדלת להכרה בחובת אמון של נושאי משרה בחברה כלפי בעלי המניות עלולה לפתח טיעון, לפיו אין מקום להבדיל בין בעלי המניות לבין הנושים, שהרי הפירמה משתמשת באופן שווה בהון המגויס באמצעות הקצאת מניות ובהון המגויס באמצעות נטילת הלוואות. ועם זאת, קיימות מספר דרכים לסינון בין הנכנסים בפתחה של חובת האמון הקבועה בתיקון מספר 4 לפקודת החברות.⁹⁰ ומכל מקום, אין בכך כדי

87 ד"ר א' חביב-סגל, במאמרה הנזכר על ההתפתחות בידי החברות שאירעו בשנת תשנ"א, לעיל הערה 35, בעמ' 7.

88 יוחסם אל לב, בתיקון מס' 4 התכונן המחוקק להסדיר גם את תחום יחסי האמון, אשר ראוי כי ישרוד ביחסים שבין החברה הממשלתית ונושאי המשרה בה. מסקנה זו עולה מדברי ההסבר להצעת החוק לחיקוק פקודת החברות (מס' 5), התשנ"א-1991, הצעות חוק 2074, יא באב התשנ"א, 22.7.91, הנועד בין השאר להתאים את תיקון מס' 4, כך שיאפשר גם לחברות ממשלתיות להקים ועדת ביקורת. נמצא כי המחוקק התכוון באופן ברור להחיל את תיקון מס' 4 אף ביחס לחברות ממשלתיות, ואף נעשו ההסדרים החיוניים לשם כך, במסגרת תיקון מס' 5.

89 Hadden, *Company Law and Capitalism*, (2nd ed., 1977) 439 ff.

90 ראה פרופ' א' פרוקציה במאמרו הנזכר "הבעלות על הפירמה וסייגיה" (לעיל הערה 67) המבחין בין זכותם של בעלי המניות לתבוע דיווידנד מן החברה, שהינה חובה שיווית הקיימת רק לאחר שהחברה משלמת לנושים את נשיים ולעובדים את שכרם, ואפילו למניות הבכורה את הדיווידנד הקצוב המגיע להם. לבין זכותם של כל התובעים השונים, שהינה בסכומים קצובים - על פי המוסכם. לאחרונים אין כל אינטרס שהחברה תרוויח מעבר לסכום הדרוש לכיסוי החוב כלפיהם. רק לבעלי המניות יש אינטרס כי החברה תרוויח ככל שרק ניתן, כאשר זכותם בכספים השיוויים הינה בלתי מוגבלת. משום כך, לבעלי המניות יש מה להפסיד מביצועים תת-אופטימיים של החברה (הם העומדים בסוף התור לשם קבלת הכספים) הם גם אלה שיש להם הכי הרבה מה להרויח מביצועים משופרים של החברה. איכות הניהול משפיעה אם כן באופן המירבי על בעלי המניות. הבחנה זו, היא המהווה לדעתו של פרופ'

להוות עילה לנעילת דלת בפני פירוש הסעיף האמור בפקודת החברות, באופן שיילמד הימנו דבר קיומה של חובת אמון של נושאי המשרה בחברה כלפי בעלי המניות, אשר חובת האמון כלפיהם מתבקשת לנוכח יחסי התלות הברורים וההסתמכות עליהם על ידי בעלי המניות, המצפים מהם כי המנהלים ישיאו את השקעתם בחברה.

1.66 נמצאת למד, כי מעת שחוקק תיקון מספר 4, מצוי בידינו מקור נורמטיבי להחלתה של חובת אמון ביחסים שבין הדירקטורים ונושאי המשרה בחברה לבין בעלי מניותיה. מהות החובה היא: החלת נורמות הכורכות אחריות בכוח המצוי בידי המנהל בחברה, כאמצעי להפחתת הסיכון הנובע מהפקדת כוחות וסמכויות בידי נושאי המשרה בחברה, ואשר לדרך ניצולם יש השלכות ישירות ומרחיקות לכת על הונם של בעלי המניות. חובה זו דורשת מן הדירקטורים ונושאי המשרה בחברה לנהוג בהתאם לנורמות התנהגות כראויות למי שמופקד על ענייני זולתו. דוק, ההתייחסות הינה לחובת אמון כלפי האינטרס הציבורי ולא רק לחובת אמון כלפי האינטרס הכלכלי של הציבור כבעל מניות בחברה. מכאן עולה לכאורה כי חובת אמון זו אין משמעה רק השאת התשואה הכלכלית של בעלי המניות אלא כי הדירקטור בחברה מסוג זה מחויב לפעול גם בנושאים החורגים מדיני ממונות והנוגעים לטובת הציבור ככלל, בכל קשת הנושאים הנחשבים בעיני הציבור "לאינטרס הציבורי".

1.67 ויצוין, בכל הנוגע לחברה הממשלתית, המוקמת לשם השאת טובת הציבור, חובת האמון של הדירקטורים כלפי בעלי המניות עשויים להתפרש כמכוונים לנורמות של טובת הציבור ככלל ולא רק להשאת רווחיו הכלכליים של הציבור כבעל המניות העיקרי בחברות אלו. קביעתו של סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, כי החברות הממשלתיות ינהלו בהתאם לשיקול העסקי הנוהג בחברות לא ממשלתיות, אינה משנה תוצאה זו, שהרי גם בחברות עסקיות, מקובלת היא גישתו של פרופ' דוד (Dodd), לפיה החברה הינה חברה בקהילייה ולא רק מכשיר להפקת רווח. ואם זהו הכלל בחברה העסקית, הרי שבכל הנוגע לחברה שהציבור הרחב הוא בעל מניותיה, המסקנה המתבקשת היא כי חובת האמון של נושאי המשרה כלפי בעלי המניות תתבטא בחובה להגשים את ציפיות הציבור לא רק במישור הכלכלי אלא אף במישור הנורמטיבי של התנהגות החברה.

פרוקציה את הטעם לכך שבעלי המניות ולא נושים או עובדים או ספקים הם הממנים את הדירקטורים. לדידו, ההבחנה המתבקשת בין בעלי המניות לכל שאר הקהילות אינה בגדר הפליה או העדפה פוליטית אלא ביטוי פשוט לפתרון היעיל ביותר מבחינה כלכלית.

עם זאת, לנוכח הוראת סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, סביר יהא להניח כי נורמות אלו יידחו מפני שיקולים עסקיים של החברה הממשלתית, עת שתארע התנגשות בין האינטרס הכלכלי של החברה הממשלתית לבין האינטרס הנורמטיבי.

1.68 ואכן, דברים מפורשים בהקשר זה מציין פרופ' שוורץ (Schwartz)⁹¹ באומרו:

"The governing board of a public corporation occupies a different position from that of any other body. It has far wider responsibilities than the board of a commercial company, for the directors of the latter are essentially the representatives of the shareholders whereas the board of a public corporation is entrusted with duties to the employees, the government, and to the nation".

1.69 בעניין זה יש לציין כי ביחס לחברות הממשלתיות לא יתעוררו עוד הדיו של הוויכוח עתיק היומין שהתקיים בין פרופ' מ' דוד (Merrick Dodd) לבין פרופ' א' ברלי (Adolf A. Berle).

פרופ' ברלי הציע תיזה לפיה כל כוחותיה של החברה ושל הנהלתה, בין כוחות מכוח חוק ובין כוחות מכוח התקנון, אמורים להיות מצאיים לפועל אך ורק לטובת בלל בעלי המניות ובהתעלם משיקולים לבר כלכליים הנוגעים להשאת טובתו של הציבור הרחב.⁹²

"...all powers granted to a corporation, or to the management of a corporation, or to any group within the corporation, whether derived from statute or charter or both, are necessarily and at all times exercisable only for the ratable benefit of all the shareholders as their interest appears."

פרופ' דוד הסכים עם פרופ' ברלי בכך שהדירקטורים אינם חבים חובת

91 H. Schwartz "Governmentally Appointed Directors in a Private Corporation - The Communications Satellite Act of 1962" 79 Harv. Law Rev. 350 בהקשר זה ראה גם מ' ינברג "חובת האמן של דירקטור בחברה הממשלתית" (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, בהדרכת פרופ' ג' פרוקציה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 1973) 94-95, המקורות הנוספים המובאים שם בתמיכה לגישה זו.

92 A.A. Berle "Corporate Powers As Powers in Trust" 44 Harv. L. R. (1931) 1049 The Savoy Hotel Limited and The Berkeley Hotel Company Limited Investigation under section 165(b) of the Companies Act 1948; Report of Mr. E. Milner Holland Q.C. (London, 1954) 16.

אמון זולת לחברה ולבעלי מניותיה, ועם זאת לגישתו, אין לפרש חובת אמון זו כלפי בעלי המניות כמיועדת אך ורק להשאת רווחיהם הכלכליים. לדעתו, החברה הינה מכשיר כלכלי הניחן גם בתפקידים חברתיים בצד מטרות הרווח, והיא מהווה אורח החי בקהילתו, אשר שומה עליה כי טובת הכלל תהא לנגד עיניה.⁹³

פרופ' ברלי השיב על כך, כי על אף שהוא אוהד את השקפתו של פרופ' דוד, הרי שאין הוא מסכים לה. לדידו, החברה הינה גוף מסחרי המיועד להפיק רווחים. זו כל תכליתה. הא ותו לאו:

"You cannot abandon emphasis on the view that business corporations exist for the sole purpose of making profits for their stockholder, until such time as you are prepared to offer a clear and reasonably enforceable scheme of responsibilities to someone else".⁹⁴

M. Dodd "For Whom Are Corporate Managers Trustees?" 45 Harv. L. R. (1932) 1145, 93 1147-1148:

"Public opinion, which ultimately makes law, has made and is today making substantial strides in the direction of a view of the business corporation as an economic institution which has a social service as well as profit making function...".

במאמר אחר נטה פרופ' דוד להסכים עם השקפתו של פרופ' ברלי, בררוציות מסוימות, אך הביע ספק עד כמה חובת האמון של הדירקטורים ניתנת לאכיפה - אף בתחום הפקת הרווחים, לענין זה ראה: M. Dodd "Is Effective Enforcement of the Fiduciary Duties of Corporate Managers Practicable?" 2 University of Chicago Law Rev. (1935) 194, 206.

— Hutton v. West Cork Ry. 23 ch. D. 654, 673: למקבילה באנגליה ראה:

"There are to be no cakes and ale except such as are required for the benefit of the company".

בוקשר דנא יצוין כי פרופ' דוד הסתמך במאמרו על ההשקפה שרווחה באותה עת, כפי שזו קיבלה ביטוי בדבריו הידועים של מנב"ל חברה ממשלתית (חברת החשמל), מר Owen D. Young:

"If there is one thing a lawyer is taught it is knowledge of trusteeship and the sacredness of that position. Very soon he saw rising a notion that managers were no longer attorneys for stockholders; they were becoming trustees of an institution.

If you will pardon me for being personal, it makes a great difference in my attitude toward my job as an executive officer of the General Electric Company whether I am a trustee of the institution or an attorney for the investor. If I am a trustee, who are the beneficiaries of the trust? To whom do I owe my obligations?

My conception of it is this: That there are three groups of people who have an interest in that institution. One is the group of fifty-odd thousand people who have put their capital in the company, namely, its stockholders. Another is a group of well toward one hundred thousand people who are putting their labour and their lives into the business of the company. **The third group is of customers and the general public. Customers have a right to demand that a concern so large shall not only do its business honestly and properly, but, further, that it shall meet its public obligations and perform its public duties - in a word, vast as it is, that it should be a good citizen.**"

A.A. Berle "For whom Corporate Managers Are Trustees: A note" 45 Harv. L. Rev. 1365, 1367. 94

1.70 במשך השנים הלכה והתגברה ההשקפה החברתית הגורסת כי החברה אינה מכשיר המיועד אך ורק להפיק רווחים, אלא ניתן לראות בה חלק אינטגרלי מן הקהילה, הרשאי שלא להסיט את עיניו מן האינטרס הציבורי. כך השתררה דעה רווחת כי הנהלת החברה מופקדת על האינטרסים של "ארבעת עמודי התווך של התעשייה": הון, עבודה, ניהול והקהילה,⁹⁵ ומכאן נובעת חובת אמון של נושאי המשרה בחברה להשיא את טובתם המרבית של בעלי המניות, של העובדים ושל הציבור בכללותו. השתרשותו של קו חשיבה זה, גרמה לפרופ' ברלי להודות בספרו, כי מציאות החיים הביאה אותו להכרה בתיאוריה של פרופ' דוד⁹⁶ זאת ועוד, בשנת 1978 הוקמה בארצות הברית ועדת מומחים, על ידי המכון האמריקני לחקיקה. ועדה זו פירסמה דו"ח בשנת 1982, המאמץ את גישתו של פרופ' דוד.⁹⁷

1.71 נמצאת למד כי בארצות הברית, על אף היות החברה גוף עסקי, רשאים מנהלי החברה להביא בחשבון שיקולים אתיים, ולאזן בין הרמה הנורמטיבית הראויה לבין שיקולים עסקיים טהורים. כמו כן, באנגליה, שונה כאמור החוק בשנת 1980 באופן הקובע מפורשות כי הדירקטורים חבים חובת אמון לציבורים נוספים, מלבד החברה עצמה. כתוצאה משינוי

95 מונח זה טבע W.L. Mackenzie King ראש ממשלת קנדה:
Empire Club of Canada, Toronto, March 13, 1919.

96 Berle "The 20th Century Capitalist Revolution" (1954) p. 169
"has been settled (at least for the time being) squarely in favor of Professor Dodd's contention".
כמו כן ראה:

Berle & Warren, *Cases and Materials on the Law of Business Organization* 1948 1102-1111.
לעניין זה ראה גם:

Gower "Corporate Control: The Battle for the Berkeley" 68 *Harvard Law Rev.* (1985) 1176.
במאמר זה מביע פרופ' גאואר את התמיהה כי אף אם נניח שאכן חייבים הדירקטורים לאזן לרווחתם של בעלי המניות, העובדים והציבור בכללותו, האם סביר להניח כי בתי המשפט יאכפו על דירקטורים נורמות פעולה שאינן עסקיות? הכיצד ניתן אם כן לכלול שיקולי פעולה לא עסקיים בין חובות האמון של נושאי המשרה בחברה כלפי הציבור הרחב?
עד על ויכוח ברלי ודוד, ראה:

Weiner "The Berle-Dodd Dialogue on the Concept of the Corporation" 64 *Co.L.L.Rev.* (1964) 1458.

כמו כן ראה מאמרו הנוכח של פרופ' א' פרוקציה "הבעלות על הפירמה וסייגיה" (לעול הערה 67), המצדד בגישתו המקורית של פרופ' ברלי, בכל הנוגע לפילטרופיה התאגידית, וזאת מטעמים של יעילות כלכלית, שכן תאגידים (ונהגות הפירמה) מנדבים את כספם של צדדים שלישיים, הלא הם בעלי המניות, עובדי היוצרת מערכת שיקולים לא יעילה.

"The American Law Principles of Corporate Governance and Structure": 30 *Restatement and Recommendations, Tentative draft No. 1* (1982). 97

כמו כן ראה סעיף 203(3) להצעת חוק החברות שניסח פרופ' גאואר למדינת אגוה (Code) Companies:
"In considering whether a particular transaction or course of action is in the best interests of the company as a whole, a director may have regard to the interests of the employees, as well as the members of the company".

זה רשאים, ואף חייבים, הדירקטורים להביא בחשבון שיקולים לבר עסקיים בניהול החברה.

1.72 סביר על כן להניח כי כשם שבאנגליה הביא עיגון ההלכה הפסוקה בסוגיית יחסי האמון של המנהלים בחברה, במסגרת של חוק חרות, לאימוץ גישתו של פרופ' דוד, (שהיא כאמור הגישה הרווחת בארצות הברית), כך יהא גם בישראל. דומנו על כן כי בעקבות תיקון מספר 4 הקובע את דבר קיומה של חובת אמון מצד נושאי המשרה בחברה כלפי החברה וגם "כלפי אדם אחר", תאומץ גישתו של פרופ' דוד גם בישראל, והפרשנות שתניתן למונח זה תהא, כפי שמציעה ד"ר א' חביב-סגל, כי קיימת חובת אמון של מנהלי החברה גם כלפי בעלי המניות. לדעתנו, סביר להניח כי חובה זו תוחל אף כלפי הציבור הרחב, כשהמנהל בחברה רשאי לשקול גם שיקולים לבר כלכליים של השאת טובת הציבור. דברים אלו יהיו נכונים במיוחד בחברה שבה הציבור הוא גם בעל המניות, והמדינה המייצגת את האינטרס הקולקטיבי של הציבור מחזיקה בחלק הארי ממניות החברה.

1.73 ואכן, חובתם של דירקטורים לפעול לטובת הציבור מקבלת משנה תוקף – בכל הנוגע לחברות, אשר תכליתן לשרת את הציבור הרחב. ביחס לחברות אלו, תתבטא גישתו של פרופ' דוד בראיית הדירקטורים כמופקדים על טובת הציבור, במובן הרחב של מונח זה. כך למשל, מציין Afterman בספרו כי חובות האמון של דירקטורים בחברות ציבוריות גדולות, הן כלפי האינטרס הציבורי.⁹⁸

האורגנים בחברה הממשלתית חבים אם בן חובת אמון רחבה ביותר כלפי הציבור הרחב. ואם בן, נשאלת השאלה האם לפנינו עקרון יסודי, מן המשפט הפרטי, המיועד ליצור נורמה משפטית הנותנת מענה לציפיות הציבור, ואשר יש בו כדי להחיל כללי התנהגות מקבילים לאלו הנוהגים במשפט הציבורי או שמא אין די בחובה זו כדי להחיל על החברה הממשלתית חובות אמון ברמה נורמטיבית המקבילה לזו החלה במסגרת כללי המשפט הציבורי?

Allen B. Afterman *Company Directors and Controllers (Their Duties to The Company and the Shareholders)* (Australia, 1970) 48. 98

ג(5) השוני הנורמטיבי בין דיני החברות לבין המשפט הציבורי

1.74 פרופ' גאואר מציין בספרו כי הדירקטורים בחברה אינם "נאמנים" במובן של מוסד הנאמנות. ואולם, לדידו חלות על הדירקטורים חובות אמן מכוח דיני השליחות.

ובלשונו של פרופ' גאואר, בעמ' 550-551 לספרו:

"Nevertheless, to describe directors as trustees seems today to be neither strictly correct nor invariably helpful.⁹⁹ In truth, directors are agents of the company rather than trustees of its property. But as agents they stand in a fiduciary relationship to their principal, the company.¹⁰⁰

The duties of good faith which this fiduciary relationship imposes are virtually identical with those imposed on trustees, and to this extent the description 'trustee' still has validity. It is when we turn to the duties of care and skill that the trustee analogy breaks down. The duty of the trustees of a will or settlement is to be cautious and to avoid risks to the trust fund. The managers of a business concern must take risks in an attempt to earn profits for the company and its members. Hence the duties of directors can conveniently be discussed under two heads: (1) fiduciary duties of loyalty and good faith (analogous to the duties of trustees stricto

99 המונח "נאמנות" אינו תורם לבחירת בסוגיה זו, שכן לא כל דיני הנאמנות חלים ביחס לדירקטורים. בעניין זה מפנה פרופ' גאואר לדבריו של השופט Romer בפסק הדין בעניין:

Re City Equitable Fire Insurance Co. [1925] ch. 407, 426: "It has sometimes been said that directors are trustees. If this means no more than that directors in the performance of their duties stand in a fiduciary relationship to the company, the statement is true enough. But if the statement is meant to be an indication by way of analogy of what those duties are, it appears to be wholly misleading. I can see but little resemblance between the duties of a director and the duties of a trustee of a will or of a marriage settlement".

100 להחלת חובות נאמנות מדיני הנאמנות והשליחות על הדירקטור ראה גם את פסקי הדין הבאים:

Flitcroft's Case (1882) 21 Ch. D. 519; **Re Anglo-French Co-operative Society, ex p. Pelly** (1882) 21 Ch. D. 492; **Re Faure Electric Co.** (1888) 40 Ch. D. 141; **Re Oxford Benefit Building and Investment Society** (1886) 35 Ch. D. 502; **Leeds Estate Building and Investment Company v. Shepherd** (1887) 36 Ch. D. 787; **Masonic and General Life Assurance Company v. Sharpe** (1892) 1 Ch. 154; **Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)** (1968) 1 W.L.R. 1555; **Karak Rubber Co. Ltd. v. Burden (No. 2)** (1972) 1 W.L.R. 602.

sensu), and (2) duties of care and skill (differing fundamentally from the duties of normal trustees)".

1.75 דוק, פרופ' גאואר מעדיף להגדיר את המנהל כשליח של החברה מאשר כנאמן על נכסיה, לנוכח מהות תפקידו, הכולל צורך בנטילת סיכונים עסקיים, תפקיד המתיישב עם מוסד השליחות ואינו מתיישב עם מוסד הנאמנות. ההימנעות מלהגדיר את המנהל כנאמן מיועדת אם כן, לדידו, בראש ובראשונה לאפשר לדירקטור לפעול בחופשיות, בהתאם לשיקול דעתו בדבר טובת החברה.

1.76 גם בארצות הברית מצינו את הגדרת חובתו של מנהל בחברה בארצות הברית כפי שהינה מובאת בתוך (Corpus Juris Secundum Vol. 19, 103 sec.) (761) "כמעין" יחסי אמון:

"A director occupies a fiduciary or quasi fiduciary relation to the corporation and its stockholders. While not a technical trustee, a director occupies a position of trust, and is frequently termed a trustee, his duties being analogous to those of a trustee towards cestui que trust...".

נראה כי השימוש במונח **Quasi Fiduciary** בכל הנוגע למעמדו של מנהל החברה בארצות הברית, לא נקבע בכדי. הוא נובע מכך שהפסיקה בארצות הברית קבעה, כי הדירקטור אינו חייב בכל החובות "הרגילות" המוטלות במסגרת של יחסי אמון. כך למשל, מי שמצוי בסיטואציה של יחסי אמון מנוע מלהיות בעל אינטרס אישי כלשהו בתחום עיסוקו. ואולם, הגבלה זו אינה קיימת ביחסי דירקטור והחברה שבהנהלתו:

"Yet, by the very nature of corporate life, a director has a certain amount of self-interest in everything he does. The very fact that the director wants to enhance corporate profit is in part attributable to his desire to keep shareholders satisfied so that they will not oust him".¹⁰¹

101 *Johnson v. Trueblood* 629 f2d 287. לראיית האינטרס האישי של הדירקטור בהשאת הישגי החברה שבניהולו, כדי לשמור על תפקידו ועל רמת שכרו בחברה זו, וכדי להשיג מוניטין טובים שיועילו לרמת שכרו לימים, בעת שיעבור לפירמות אחרות, ראה גם: Jensen and Meckling "Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", 3 *J. Fin. Econ.* (1976) 305; De-Alessi, "Private Property and the Dispensation of Ownership in Large Corporations" 28 *J. Fin.* (1973) 89.

בהקשר זה יציין אינטרס אישי נוסף של הדירקטור בהשאת רווחי החברה. אם מניות החברה נסחרות

הדירקטור בחברה מפיך שכר וטובות הנאה מכהונתו ומכאן האינטרס האישי המובנה הכרוך בתפקיד זה. משום כך אין אפשרות להגדיר יחסים אלו כיחסי אמון מובהקים שבהם נאסר כל אינטרס אישי, והם מוגדרים רק כ"מעין יחסי אמון".

1.77 לכאורה, ניתן היה לגרוס בי המדובר ביחסי אמון ולא רק ב"מעין יחסי אמון", ואילו האינטרס האישי לא נאסר רק מכיוון שהדירקטור (או כל נושא משרה אחר בחברה) יעדיף לעשות ככל שביכולתו כדי להצליח, אף בלא סנקציות משפטיות, וזאת כדי לשמור על רמת שברו ועל תפקידו. והכלל הוא כי כאשר קיים אמצעי כלכלי או משפטי המונע שימוש בכוח שהופקד בידי אדם לרעת זולתו, לא מחייבים יחסי האמון את החלת הנורמה האוסרת על אינטרס אישי.¹⁰²

ואולם, בהקשר זה יש להבחין בין חובת הזהירות לבין חובת הנאמנות של הדירקטור בחברה, כפי שהדברים מובהרים בספרו של פרופ' פרוקציה.¹⁰³ דירקטור החורג מחובת הזהירות פוגע באינטרס של החברה, אך אינו משפר את מעמדו. אדרבה, רמת שכרו ותפקידו מוטלים בסיכון. לעומת זאת, דירקטור או מנהל המפירים את חובות האמונים שלהם לחברה, עושים זאת בדרך כלל, על מנת לשפר את רווחתם האישית, חרף קיומו של אינטרס תאגידי סותר. משום כך, נקשרה, ככל הנראה, חובת הנאמנות בידי עשיית עושר ולא במשפט, המתרכזים בהתעשרותו העצמית של המפר. מעתה מובן, כי בעוד שניתן לסמוך על מנגנוני השוק האמורים, כעל וסתי התנהגות לעניין חובת הזהירות, הרי שיעילותם של מנגנונים אלו מוטלת בספק בסוגיית חובות האמון. ממילא, לנוכח העובדה כי הדירקטור משמש בתפקיד שבו יש לו אינטרס אישי, כאשר כרוך בכך סיכון מפני ניצול לרעה של סמכות, ועם זאת, יחסי האמון אינם אוסרים סיטואציה זו, הרי שמן ההכרח הוא לומר בי יחסים אלו הינם רק "מעין יחסי אמון" ולא יחסי אמון ממש.¹⁰⁴

בבורסה, הרי שתוצאתו של כישלון עסקי תתבטא, בתנאים של שוק יעיל, בירידת ערך המניות שיהפכו עקב כך מטרה נוחה להצעות רכש. שינויים בהרכב בעלי המניות יתלוו, בדרך כלל, בשינויים בהנהלה ובדירקטוריון. כישלון עסקי בחברה בורסאית עלול אם כן לעלות לדירקטור בכסאו, ומכאן האינטרס האישי המובהק שלו. לעניין זה ראה: Fischel "Efficient Capital Market Theory, The Market For Corporate Control and The Regulation of Cash Tender Offers" 57 Tex. L. Rev. (1978).

102 כפי שנראה להלן לנוכח מאמרה של פרופ' פרנקל, הנזכר בהערה 57 לעיל.

103 א' פרוקציה בספרו דיני חברות חדשים לישראל, לעיל הערה 36, בעמ' 334. בכך חולק פרופ' פרוקציה על התמיהה המובעת בספרו של Pennington Company Law (5th ed., 1985) 547. בדבר הפער הגדול הקיים בין הסטנדרט הנדרש מן הדירקטור במסגרת חובת הזהירות שלו, לעומת זה הנדרש לעניין חובות האמון שלו.

104 חובת האמון נובעת מציפיותם של בעלי המניות מן הדירקטור, שענייני החברה נמסרו לניהולו, כי

1.78 על אף האמור, נכון יהא לומר כי ככלל בארצות הברית מוצאים אנו גישה מקבילה לזו המתוארת על ידי פרופ' גאוואר באנגליה, לפיה הדירקטור אינו מוגדר כנאמן (במובן המוסדי של מונח זה). זו גם אינה המערכת הקלסית של "יחסי אמון", ואולם, הדירקטור חב חובת נאמנות לחברה מכוח היותו במידה רבה שלוח של החברה.

1.79 ואולם, כפי שנראה להלן, חובת אמון זו של נושאי המשרה בחברה, אינה מוגדרת כ"יחסי אמון" אלא רק כ"מעין יחסי אמון" מטעם נוסף, טעם שהינו מהותי אף יותר מעניין השכר שעברו פועל נושא המשרה בחברה. נפרט נקודה זו, שכן היא המבחינה בין החובות המוטלות על דירקטור מכוח דיני החברות לבין מהות חובת האמון העומדת בבסיס המשפט הציבורי.

1.80 על מהותם של יחסי האמון מצד הדירקטור כלפי החברה ובעלי מניותיה, עמד בהרחבה פסק הדין האוסטרלי בעניין *Mills v. Mills*.¹⁰⁵ באותו עניין התקבלה החלטה בדירקטוריון חברה, אשר משמעותה היתה כי כוח ההצבעה של דירקטור מסוים יגדל. הדירקטורים ציינו כי לדעתם החלטה זו משרתת את טובת החברה.

לפני בית המשפט נטען כי דין ההחלטה בטלות, מכיוון שעל הדירקטורים לראות לנגד עיניהם רק את טובת החברה ולהדחיק את האינטרס האישי שלהם לקרן זווית, ואילו ההחלטה להגדיל את כוחו של הדירקטור

יעשה כמיטב יכולתו להשיא את טובת החברה כדי שיוכלו הם לקטוף את פירות רווחיה. לשם יישומה של ציפיה זו הופקדו סמכויות וכוחות בידיו של הדירקטור ומכאן נובעת חובת האמון שלו כלפי החברה. וכך מנתחת ההלכה האמורה בארצות הברית בתוך —

American Jurisprudence (2d vol. 18B sec. 1689):

"In a broad sense, the directors and officers of a corporation are its agents. While they may not be in a strict sense trustees, it is well established that they occupy a fiduciary or more exactly a quasi-fiduciary, relation to the corporation and its stockholders. They may not lawfully divest themselves of their fiduciary duty in a contract. This fiduciary duty arises from the fact that **shareholders are owners of the corporation and they expect to share in its profits**, and when a director or officer benefits himself at the expense of the corporation, he breaches his duty to the shareholders by preventing them from realizing their expectation to share fairly in the corporate fortunes" (ההדגשות הוספו).

— כמו כן ראה פרופ' דוד במאמרו —

"For Whom are The Corporate Managers Trustees", *supra* note 93, p. 1146:

"The corporation as a distinct legal person is now conceived of as carrying on the business and making the contracts, and the directors and other agents are fiduciaries for it. The sole function of the corporation is however, conceived to be the making of profit for its stockholder members...".

.*Mills v. Mills* (1938) 60 C.L.R. 150 (Aust. H.C) 162-165, 185-186 105

האמור, היתה מונעת גם מאינטרס אישי. בהקשר זה נטען כי חובת האמון של הדירקטור כלפי החברה היא חובה אלטרואיסטית ואם דירקטור מפר חובתו זו ומביא בחשבון גם שיקולים אישיים הריהו נוהג בחוסר תום לב.

המבקש הסתמך על פסיקה אשר ביטלה החלטתם של דירקטורים בדבר הנפקת מניות, ואשר מטרתה הבלעדית היתה לשמור על מעמדם.¹⁰⁶ המבקש טען כי דין דומה צריך לחול, גם כאשר דירקטור מערב את טובתו האישית בין השיקולים שהוא שוקל לטובת החברה. לטענתו, בסיטואציה שבה יש לדירקטור גם אינטרס אישי כלשהו בהחלטתו, הרי שאם טוען הדירקטור כי על אף האינטרס האישי האמור בנשוא ההחלטה, הוא נהג בתום לב ושקל אך ורק את שיקולי החברה, נטל הראיה מוטל עליו.¹⁰⁷

1.81 ואולם, בית המשפט דחה טענות אלו מכל וכל. בהקשר זה קבע בית המשפט כי חובת האמון של דירקטורים בחברה איננה חובה אלטרואיסטית. דירקטורים הינם במקרים רבים בעלי המניות של החברה. במקרים מסוימים אף נדרשים דירקטורים להיהפך לבעלי מניות בחברה על ידי רכישת מניות בשיעור מסוים, כתנאי לכשירותם לשמש כדירקטורים. מניות אלו מכונות על כן "מניות הכשרה". התקנון קובע בחברות אלו את חובת רכישת "מניות הכשרה", מתוך מטרה ברורה כי הדירקטורים ינהלו את החברה, כשהאינטרס האישי שלהם כלול בה. תופעה ברוכה היא אם בן, כאשר הדירקטור רואה בנייהול ענייני החברה אינטרס אישי שלו. משום כך, אין לפרש את חובת האמון של הדירקטורים כמחייבת אותם לפעול לטובת החברה בלבד, תוך איסור להביא בחשבון אינטרסים אישיים שלהם. אדרבה, חלק ניכר מהחלטותיהם של דירקטורים שהינם גם בעלי מניות בחברה, אם לא כולן, משפיע במישרין או בעקיפין על אינטרסים אישיים שלהם. זוהי דרכה הטבעית של חברה, ותהא זו התעלמות מן המציאות ויצירת קשיים לא רגילים אם יידרש מדירקטורים שלא להתייחס בין שיקוליהם גם לאינטרסים האישיים שלהם. קביעת נורמה שכזו עלולה לגרום לקשיים בלתי רגילים ואף לשתק את הנהלותיהן של חברות רבות. בלל משפטי, לפיו יהא על דירקטורים להביא בחשבון רק שיקולים של טובת החברה תוך התעלמות

Fraser v. Whalley (1864) 2 Hem & M. 10; 7 E.R. 361; *Punt v. Symons & Co. Ltd.* (1903) 2 ch. 106 506; *Piercy v. Mills & Co. Ltd.* (1920) 1 ch. 77.

Re Gresham Life Assurance Society; Ex parte Penney (1872) 8 ch. app. 446; *Richard Brady Franks Ltd. v. Price* (1937) 58 C.L.R. 112; *Australian and Metropolitan Life Assurance Co. Ltd. v. Ure.* (1923) 33 C.L.R. 199.

להשוואה ראה ע"א 667/76 לי גליקמן בע"מ ואח' נ' א.מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2) 287, 281.

מטובתם שלהם, מוביל לדעת בית המשפט בעניין Mills - לדרך ללא מוצא.

1.82 זאת ועוד, בית המשפט בעניין Mills מציין כי יש לזכור שלעיתים קרובות הדירקטורים הם בעצמם בעלי מניות בחברה וממילא הם נוגעים בדבר.¹⁰⁸ ועם זאת הופקד בידיהם הכוח להכריע. דירקטורים נדרשים לעיתים להחליט בנושאים הנוגעים ליחסים שבין החברה לבין בעלי מניותיה, ואף לנושאים הנוגעים אך ורק לבעלי המניות. יש והחלטותיהם של הדירקטורים מהוות הכרעה בין אינטרסים של שתי קבוצות בעלי מניות ואינן נוגעות כלל לטובת החברה; מובן כי הכרעה זו מבוססת בעיקר על שיקולים אישיים. ועם זאת, הופקד כוח ההכרעה בידי הדירקטור. נמצאת למד כי הדירקטור אינו נדרש להיות אלטרואיסט, שאם לא כן היה נמנע הימנו מלעמוד במצב שבו עליו להכריע בסוגיה שבה מעורבים אינטרסים אישיים שלו.

הקריטריון לבחינת פעילותם זו של הדירקטורים היא, בהכרח, אך ורק - מידת ההגינות של ההחלטה, במסגרת היחסים שבין בעלי המניות לבין עצמם. ואולם, אין כל אפשרות לייחס חוסר תום לב לדירקטור על כי פעל לקידום אינטרס אישי שלו כבעל מניות בחברה.

1.83 משום כך, קבע בית המשפט בעניין Mills:

"A director who holds one or both classes of such shares is not, in my opinion, required by the law to live in an unreal region of detached altruism and to act in a vague mood of ideal abstraction from obvious facts which must be present to the mind of any honest and intelligent man when he exercises his powers as a director. It would be setting up an impossible standard to hold that, if an action of a director were affected in any degree by the fact that he was a preference or ordinary shareholder, his action was invalid and should be set aside (ההדגשה הוספה).

1.84 פסק הדין האוסטרלי בעניין Mills נסמך בקביעתו זו באילנות גבוהים. בפסק הדין האנגלי Hirsch v. Sims,¹⁰⁹ קבע בית הלורדים כי אם

108 וראה סעיפים 96 כט-לו לפקודת החברות (נסח חדש), התשמ"ג-1983, לפיהם מותר לדירקטור אף לסחור עם החברה, ובלבד שבנסיבות אלו הוא לא יחליט בשם החברה אלא יביא את הדבר להחלטתם של אורגנים אחרים שלה, שישקלו את הדבר מנקודת המבט של טובת החברה בלבד.

109 Hirsch v. Sims (1894) A.C. 654, 660-661

הדירקטורים האמינו בכנות ובסבירות כי החלטתם משרתת את טובת החברה, אין לראות בהחלטתם פגם של מעילה באמון, רק מכיוון שהחלטתם משרתת גם אינטרס עצמי שלהם.

השאלה היא במקרים אלו, מהו המניע העיקרי ('The Moving Cause') בהחלטת הדירקטור. אם המניע העיקרי הוא טובת החברה, הרי שאין כל פגם בדבר, שהדירקטור הביא בחשבון, בין השאר, גם את שיקוליו האישיים.¹¹⁰

1.85 משהותר לדירקטור לשקול גם את טובתו הוא, ובלבד ששיקול זה אינו המניע העיקרי להחלטתו, אלא טובת החברה, ומשהותר לדירקטור לעמוד במצב שבו עליו להחליט בעניין שגם טובתו האישית תלויה בו, ברור ומובן מאליו הוא, כי חובת האמון שחב הדירקטור לחברה איננה חובה אלטרואיסטית המחייבת להתעלם לחלוטין משיקולים אישיים ולהימנע ממצבים של ניגודי אינטרסים. ואכן, ההלכה בהקשר זה מסוכמת על ידי פרופ' גאואר (בעמ' 554 לספרו הנ"ל) כדלקמן:

"Despite the separate personality of the company it is clear that directors are not expected to act on the basis of what is for the economic advantage of the corporate entity, disregarding the interests of the members.¹¹¹ They are, for example, clearly entitled to recommend the payment of dividends to the members and are not expected to deny them a return on their money by ploughing back all the profits so as to increase the size and wealth of the company. **If, as will normally be the case, the directors themselves are shareholders, they are entitled to have some regard to their own interests as shareholders and not to think only of the others**".¹¹²

1.86 להבהרת הגיונם של דברים נציין כי אף בהתאם לגישתו של פרופ' דוד (Dodds), לפיה רשאית החברה לשקול שיקולים של טובת הכלל בהיותה אזרח החי בקהילתו, הרי שברור עם זאת כי תכליתה הראשונה של

110 לעניין זה ראה גם דבריו של לורד שאו (Shaw) בעניין *Hindle v. John* (1919) 56 Sc. L. R. 625

111 בהקשר זה מצוין פרופ' גאואר את פסק דינו של לורד אברשד (Evershed), בעניין: *Greenhalgh v. Arderne Cinema* (1951), *supra* note 64, p. 291, ביחס לחובתם של בעלי מניות, בהצבעותיהם באסיפה הכללית:

"...the phrase 'The company as a whole' does not (at any rate in such a case as the present) mean the company as a commercial entity as distinct from the corporators".

לדעתו של פרופ' גאואר נכונים דברים אלו באותה מידה גם ביחס לדירקטורים.
112 ראה לעניין זה מקבילה בפסיקה האמריקנית, פס"ד *Johnson v. Trublood* (CA 3 Pa) 629 F2d 287

החברה היא הפקת רווחים. ובמערכת כלכלית, הכלל הטוב ביותר הוא "יהי ממון חברך חביב עליך - כשלך". הדירקטור פועל באופן הטוב ביותר, כשהוא מבטא אינטרס אישי שלו. משום כך, מחייבת מהותה הכלכלית של החברה לאפשר לבעלי המניות לשמש בעצמם גם כדירקטורים חלף בחירת דירקטור מטעמם, לאפשר מתן תשלום לדירקטורים כ"בונוס" על פועלם - מניות בחברה, ולאפשר קביעה בתקנון החברה אשר תחייב לרכוש מניות הכשרה, כתנאי לכשירות לשמש כנושא משרה בחברה. המטרה היא כי מי שפועל מטעם החברה ישא בכך, במידה מסוימת, גם את טובתו הוא, ובכך יזוהה בעיניו האינטרס של החברה עם האינטרס האישי שלו. זיהוי זה בין האינטרסים מותר ורצוי הוא, שכן זהו המניע הטוב ביותר להשאת טובת החברה מבחינה כלכלית, והחברה היא בעיקר: מכשיר כלכלי שתכליתו הראשונה היא הפקת רווח.

זאת ועוד, הדירקטור רשאי להביא בחשבון אף אינטרס אישי שלו שאינו מתנישב לכאורה עם טובת החברה והעומד מעברו השני של המתרס, ובלבד שאין זה המניע העיקרי בהחלטתו. כך למשל, בדוגמא המובאת על ידי פרופ' גאואר, כאשר טובת החברה היא להשאיר בה את כל הרווחים שהופקו באותה שנה, רשאי דירקטור להביא בחשבון את האינטרס האישי שלו כבעל מניות, בהחלטתו כדירקטור בחברה, בהכריעו בשאלה האם יש לחלק דייוידנד אם לאו.

1.87 נמצאת למד כי יחסי האמון של הדירקטורים כלפי בעלי המניות אינם יחסים אלטרואיסטיים. לא זו בלבד שהדירקטור מועסק בשכר ופעילותו בחברה מונעת מאינטרס אישי, אלא שחובת האמון כלפי החברה ובעלי מניותיה מבוססת על מטרה משותפת: להשיא את רווחי החברה, ובכפוף לכך אין הוא נדרש להתעלם מן האינטרס האישי שלו.¹¹³ אדרבה,

113 גישה שונה לחלוטין מביע השופט ברק בעניין קוסי נ' פויכטוונגר פד"י (ח) 253. בעמ' 279 לפסק הדין מצייין כב' השופט ברק את דבריו של השופט שיינטג (Shientag) בפסק דין משנת 1940 בעניין Litwin v. Allen 25 N. supp. 2d. 667 לפיו המנהל בחברה:

"...Owes loyalty and allegiance to the company - a loyalty that is undivided and an allegiance that is influenced in action by no consideration other than the welfare of the corporation. Any adverse interest of a director will be subject to the scrutiny rigid and uncompromising. He may not profit at the expense of his corporation and in conflict with its rights; he may not for personal gain divert unto himself the opportunities which in equity and fairness belong to his corporation. He is required to use his independent judgment. In the discharge of his duties a director must, of course, act honestly and in good faith..." (ההדגשה הוספה).

בהתאם לפסק דין זה חובת האמון של המנהל הינה אלטרואיסטית באופן מובהק. תמהו רק כיצד ימומש עיקרון זה בחיי המעשה, לניכח היותם של דירקטורים לעיתים מוזמנות גם בעלי מניות בחברה ולניכח מערכת השיקולים שנגמט בפסק הדין האוסטרלי בעניין Mills שהובא לעיל. ואולם אף פרופ' ברק, המאמץ גישה זו, מצייין בספרו שיקול דעת שיפוטי (לעיל הערה 45) בעמ' 496:

אינטרס אישי זה הוא במקרים רבים התמריץ הטוב ביותר של הדירקטור לקדם את טובת החברה, כשההנחה היא כי אם יש לדירקטור אינטרס אישי בחברה, הרי שחזקה כי ידאג באינטנסיביות למצוא את הדרך הטובה ביותר להשיא את רווחי החברה.

1.88 כאמור, הנורמות הקבועות במשפט הציבורי הן כאמור נגזרת מרמת התנהגות ערכית היוצאת מנקודת הנחה אלטרואיסטית ואילו חברה היא מנגנון כלכלי, אשר חובת האמון הצומחת בגדרו אינה שוללת מן הדירקטור את האפשרות לשקול בין השאר שיקולים אישיים ובלבד שהחלטותיו יכוונו בעיקר להשאת רווחי החברה. הסקת נורמות של משפט ציבורי מחובות האמון העומדות בבסיס המשפט הפרטי, תוך ניסיון "למתוח" אותן לדרגות גבוהות יותר, בהתאם לציפיות הציבור מן הגוף הספציפי הנדון - אינה מתאפשרת. אין אלו הבדלים של רמה בין הנורמות השונות, אלא הבדלים של איכות בין חובות אלטרואיסטיות לבין חובות המכירות בלגיטימיות האינטרס העצמי של בעל המשרה.¹¹⁴

"חובת האמון בחברות אינה מבוססת על יריבות בין המנהל לבין החברה. חובת האמון מבוססת על אינטרס אחד ויחיד, ובעל החובה צריך להגן על האינטרס של זולתו, המופקד בידו ולהגשימו. מבחינה זו דומה חובת האמון בחברות לחובת ההגנות במשפט המנהלי. שתיהן קובעות רמת התנהגות גבוהה מהמינימלית. שתיהן מבוססות על ההנחה כי בעל החובה אינו דואג לאינטרס עצמי משלו, אלא מופקד הוא על אינטרס של זולתו.

עם זאת, אף חובות אלה אינן זהות זו לזו. לא הרי האינטרס הציבורי של המשפט המנהלי, כהרי האינטרס המסחרי של דיני חברות, השוני במהות האינטרס מצמיח שוני בהיקפן של החובות המוכרות על פי דיין" (ההדגשה הוספה).

114 פרופ' ברק, בספרו שיקול דעת שיפוטי (שם בעמ' 496), מגיע לאותה מסקנה עצמה, בכל הנוגע לנשוא דיונו. גם לדעתו של פרופ' ברק אין אפשרות להסיק קיומן של נורמות מן המשפט הציבורי מכוח קיומן מן הסוג שעליו מושתתים יחסי אמון של דיני חברות. אך לדעתו מדובר בחובות בעלות מהות זהה, אלטרואיסטית, והשוני ביניהן נעוץ באינטרס המוגן באמצעותם. לדידו של פרופ' ברק, האינטרס שעליו מופקד המנהל בחברה הוא אינטרס עסקי ולא ציבורי ומכאן טבע השוני בין המסגרות הנורמטיביות השונות. אנו צעדנו בדרך שונה מזו של פרופ' ברק בכל הנוגע לשתי הנקודות האמורות.

ראינו כי לפי גישתו של פרופ' דוד, שהינה הגישה הרווחת, ובמיוחד בהתאם לביטוי שקיבלה השקפה זו בחברות הפועלות למען הציבור, ואשר הציבור הוא בעל המניות העיקרי בהן, ייתכן גם ייתכן כי חובות האמון של הדירקטור בחברה כלפי בעלי המניות יתייחסו לא רק לאינטרס עסקי אלא גם לאינטרס הציבורי. ובכל הנוגע לנקודה השנייה הרי שלטכנאית הנמקותיו של פסק הדין האוסטרלי בעניין Mills (המקובלות גם על פרופ' גאואר) דומות כי קיים שוני בין מהות חובות האמון, העומדת בבסיס המשפט הציבורי, לבין חובת האמון הנהגת בדיני חברות, כאשר האחרונה אינה חובה אלטרואיסטית, והדירקטור אינו מחויב להתנהג בהתאם לנורמות המחייבות מי שאין לו משלו ולא כלום. משום כך סבורים אנו כי לא ניתן להסיק מסקנות ברבר תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי לטובת קיומה של חובת האמון המוחלטת ביחס לדירקטור מכוח דיני החברות.

עם זאת, מכיוון שבשתי הנקודות האמורות גם יחד בכל הנוגע למהות חובות האמון בדיני חברות ובכל הנוגע למטרתיהן של חובות אלו, הגענו לתוצאות שונות, נמצא כי ההבדל בין הדרך שבה צעדנו אנו לבין זו שבה צועד פרופ' ברק אינו מוליד שוני בתוצאה בנוגע לנשוא דיונו, ובהקשר זה המסקנת הן אותן מסקנות.

זאת נוסף לעובדה כי במסגרת החובות המוטלות על דירקטור מכוח דיני החברות הרגילים, ברור כי במקום שבו נוצרת התנגשות בין נורמות ערכיות הנובעות מחובת האמון כלפי הציבור כבעל המניות, לבין חובת האמון כלפי החברה לפעול להשאת רווחיה, יגברו השיקולים העסקיים של טובת החברה על השיקולים הנורמטיביים של חובת ההגינות העומדת בבסיס המשפט הציבורי.

זאת בניגוד למשמעות הרגילה של "דואליות נורמטיבית" המחילה על הרשות המינהלית חובה לפעול הן על פי נורמות של משפט ציבורי והן על פי נורמות של משפט פרטי, בפעולותיה במישור המשפט הפרטי.¹¹⁵

1.89 בשלב זה ברורה היא אם כן ההבחנה הנורמטיבית הקיימת בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי וברור כי לא ניתן להגיע למסקנה ראויה ביחס לשאלה אם חלים כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית בלא ניתוח מעמיק של שאלה זו. מכאן הצורך הנורמטיבי, לבחון את השאלה: האם חלים כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית.

115 לעניין זה ראה בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חב' החשמל לישראל בע"מ, לעיל הערה 61, בעמ' 461: "לא נותרה לנו אלא השאלה אם, בצד כללי המשפט האזרחי, יש מקום להטיל על חב' החשמל, בפעולותיה בתחום המשפט הפרטי, כגון משא ומתן לכריתת חוזה, נורמות של המשפט הציבורי, באופן שאם קיימת סתירה בין השניים יד המשפט הציבורי על העליונה" (ההדגשה הוספה).

ד. הצגת השאלה במישור המהותי - יחסי האמון כמקור להבחנה בין גוף פרטי לגוף ציבורי

1.90 מן האמור לעיל עולה כי במישור המהותי, השאלה אם כפופה החברה הממשלתית לכללי המשפט הציבורי אם לאו, הינה: האם משולה החברה הממשלתית לגוף פרטי אשר בידו לעשות כבתוך שלו, או שמא יש לראות בה גוף הפועל למען הציבור, המחויב לפעול באופן אלטרואיסטי כמי ש"אין לו משלו כלום".¹¹⁶ ובמילים אחרות, האם מהווה האישיות המשפטית הנפרדת של החברה הממשלתית מסך, אשר אם לא יורם תהא משמעותו כי הכוחות נמסרו בידיה של החברה הממשלתית "For the personal benefit of the person empowered"¹¹⁷ לאמור, כי החברה הממשלתית תהא רשאית לעשות בכוחות אלו כרצונה, משל היתה גוף פרטי לכל דבר ועניין, ובלבד שתנהל את התחום שהופקד בידיה בעילות המרבית וככל שרק ניתן בלא להיזקק לתמיכה ממשלתית.

1.91 לכאורה ברור כי אם החברה הממשלתית מהווה זרוע ביצועית של הממשלה, הרי שכשם שהממשלה פועלת למען הציבור וחייבת בכללי המשפט הציבורי, כך חלים כללים אלו על החברה הממשלתית, שאינה אלא ידה הארוכה. ואולם, עוד בטרם שאנו מכריעים בשאלה באמצעות "קריעת המעטה" של האישיות המשפטית הנפרדת של החברה הממשלתית, ובוחנים מי "מושך בחוטים" וכיצד, דומנו כי גם במסגרת המעטה העצמאי של החברה הממשלתית בידינו להכריע בשאלה זו.

1.92 בנקודה זו מגיעים אנו למהות הדברים וליסוד ההבחנה הקיימת בין הגוף הציבורי לבין הגוף הפרטי. כפי שנראה בהרחבה להלן, המשפט הציבורי מורכב מכללים רבים, ובהם חובת השוויון ואיסור ההפליה, חובת ההנמקה, החובה לקיים הבטחה מינהלית, ומאידיך גיסא היכולת להשתחרר מחוזי רשות. לחלק גדול מכללים אלו אין מקבילה במשפט הפרטי.

מדוע קבעה הפסיקה שורה של נורמות בכל הנוגע לגוף ציבורי והחילה

116 כפי שהדברים הוגדרו על ידי כב' השופט ח' כהן בבג"צ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עוה"ד בירושלים, לעיל הערה 11.
117 כלשונו של פרופ' ווייד, המובאת בהערה 11 לעיל.

עליו את החובה לפעול לפי כללים של צדק טבעי¹¹⁸ בהגינות¹¹⁹, בסבירות¹²⁰ ביחס נכון בין מטרה לבין האמצעי הננקט¹²¹ תוך הקפדה על האיסור של משוא פנים¹²² ועל האיסור של ניגוד עניינים¹²³ וכיו"ב, בעוד שרוב רובן של חובות אלו, המשקפות את הצורך לפעול בצדק ובהגינות, לא נקבעו עד הלום במסגרת המשפט הפרטי?

1.93 בעבר היתה גישה של הפסיקה, כי דבר חקיקה המעניק סמכות שלטונית, מכיוון מן הסתם להסמיך את הרשות לפעול בסבירות ובהגינות בלבד. ההנחה היא כי פעולות הנובעות משרירות לב לא נכללו, ככל הנראה, במסגרת כוונת המחוקק בעת שהפקיד סמכויות ביצוע שונות בידי הרשות. החובות האמורות הוטלו אם כן על הרשות מכוח הנחה פרשנית של בתי המשפט בדבר מטרת החקיקה, שהעניקה סמכויות לרשות המבצעת. ומכאן נובעת המסקנה כי לנורמות אלו אינן בסיס בכל הנוגע לגוף פרטי, שאינו פועל מכוח חוק מסמיך, אלא מכוח חירותו האישית, לפיה מותר לו לעשות ככל אשר תאבה נפשו כל עוד שהדבר לא נאסר בחוק.

- 118 בג"צ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת לצורך החוק להסדר תפיסת מקרקעין בשעת היום, פד"י ט 459; בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פד"י יב 1493; בג"צ 685/78 עומרי מחמדו נ' שר החינוך והתרבות, פד"י לג(1) 776; ש' שטרית "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ז) 42.
- 119 בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פד"י לד(3) 729; בג"צ 685/78, שם, בעמ' 746; ע"א 241/81 שמן תעשיות בע"מ נ' חברת הבלין בע"מ, פד"י לט(1) 561, 577.
- 120 בג"צ 389/80 דמי זהב נ' רשות השידור, פד"י לה(1) 421; בג"צ 127/80 אודם נ' ראש עיריית ת"א יפו, פד"י לה(2) 118; בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פד"י לה(3) 365; בג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת פד"י לו(3) 349; בג"צ 281/82 אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, פד"י לו(1) 95; בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פד"י לו(3) 29; בג"צ 145/83 הרמתי נ' עיריית ת"א-יפו, פד"י לו(4) 505; בג"צ 323/84 רשף נ' רשות השידור, פד"י לח(2) 586; בג"צ 508/83 מעוף גתיבי אויר בע"מ נ' שר התחבורה, פד"י לח(3) 533; בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י מא(1) 421; בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פד"י מב(4) 617; בג"צ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פד"י מב(4) 529; בג"צ 256/88 מדיאנדרוסט סרבי רפואי הרצליה בע"מ נ' משרד הבריאות, פד"י מד(1) 19; בג"צ 657/89 גולרשמיט נ' מועצת הרבנות הראשית, פד"י מד(1) 622; מ' שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי", משפטים יב (תשמ"ג) 102; א' זמיר "עילת אי הסבירות במשפט המנהלי", משפטים יב (תשמ"ד) 91; מ' לנדוי "על שפיות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5; ז' סגל "משפט מנהלי" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"א (בעריכת פרופ' א' רוזן-צבי, הוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, 1992) 125-126; ד' קרצ'מר "ארבעים שנה למשפט היציבורי" משפטים יט (תש"ן) 551; ג' זמיר "המשפט היציבורי מהפכה או התפתחות" משפטים יט (תש"ן) 563.
- 121 בג"צ 344/89 ח.ס.ה. נ' שר התעשייה והמסחר, פד"י מד(1) 456; בג"צ 299/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פד"י מד(3) 317; ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי" הפרקליט לט (תשנ"א) 507.
- 122 בג"צ 174/54 שימל, לעיל הערה 118; בג"צ 293/64 חסין נ' הרשות המוסמכת, פד"י יט(1) 572; בג"צ 279/60 אולמי גיל בע"מ נ' סער, פד"י טו 679.
- 123 בג"צ 531/79 סיעת הליכוד נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פד"י לד(2) 566; בג"צ 9/82 וירשובסקי נ' שר המשפטים, פד"י לו(1) 645; בג"צ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הבטחון, פד"י לו(2) 505; בג"צ 244/86 רביבו נ' ראש המועצה המקומית אופקים, פד"י מב(3) 183; בג"צ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הירום במשרד הפנים, פד"י מד(1) 409; א' ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י (1980) 11.

דא עקא, שאין עוד להשתמש במקור הנורמטיבי של חובות אלו כאמצעי להבחין בין הרשות הציבורית לבין רשות היחיד, שכן חובות המשפט הציבורי התפתחו במשך הזמן והתנתקו מקיומו של חוק מסמך זה או אחר, עד שכיום שוב אין רואים בהן הנחות פרשניות בלבד.

כיום רואים בנורמות של המשפט הציבורי חובות כלליות, שהפכו לחלק מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית והן חלות ביחס לכל פעולה של הרשות (חקיקתית, שיפוטית, מינהלית), **בין אם היא מעוגנת בהוראת דין ספציפית, ובין אם מקורה בסמכויות המינהל הכלליות.**¹²⁴ משום כך חלות חובות אלו אף על פעולות של הרשות הציבורית, שאינן שואבות מכוח חוק מסמך כלשהו, כגון: מכרזים שהרשות מבצעת, סובסידיות שהרשות נותנת ופעילויות שהרשות מבצעת בתחומי המשפט הפרטי.¹²⁵ מכיוון שנורמות אלו אינן תלויות בקיומו של חוק מסמך כלשהו והן אף משקפות עקרונות שהפכו להיות חלק מעקרונות היסוד של השיטה, הדרא קושיה לדוכתא, מדוע וכיצד זה אין נורמות התנהגות בסיסיות אלו חלות על גוף פרטי גם כן?¹²⁶

1.94 תשובה ברורה לשאלה זו נתן כב' השופט זוסמן בבג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו.¹²⁷

"בעוד שאזרח פרטי רשאי "להפלות" בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאיתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי סבירים,

124 א' ברק, שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 13, בעמ' 478-497; בג"צ 531/79 סיעת הליכוד נ' מועצת עיריית פתח תקווה, לעיל הערה 123, בעמ' 573; בג"צ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לה(2) 649.

125 א' ברק, שם, שם; בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, לעיל הערה 12, בעמ' 2115; בג"צ 492/79 חברה פלוגית נ' מדינת ישראל, פד"י לה(3) 706; בג"צ 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פד"י לו(2) 673; בג"צ 281/82 אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, לעיל הערה 120; א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הניקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן, ירושלים, תשד"מ, 71, 78.

126 עם זאת, אין לכאורה להחיל את החובה לנהוג בסבירות, בכל הנוגע לגוף פרטי, לטכח מהותה של חובה זו. לאמור, משמעות החובה לנהוג בסבירות היא כי על הרשות להפעיל את שיקול דעתה באופן המגשים את מטרת החקיקה, דהיינו, באופן המאזן בצורה ראויה בין השיקולים השונים העומדים ביסוד שיקול הדעת שניתן לרשות השלטונית בדבר חקיקה, ובכלל זה בין ערכים המגינים על הציבור לבין ערכים המגינים על הפרט (ראו: א' ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 12, בעמ' 479; בג"צ 840/79 בעניין דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פד"י לה(1) 421, 447). ממילא, אך מובן הוא, לכאורה, כי אין להחיל את החובה לבצע איוון זה בין מטרת החוק לבין צורכי הפרט, ביחס לגוף פרטי שאינו פועל מכוח חוק כלשהו. ואולם, בחברה ממשלתית הפועלת מכוח חוק החברות הממשלתיות יש לכאורה מקום להחלת החובה לאזן בין מטרות החוק, שמכוחו פועלת החברה הממשלתית ואשר לשם הגשמת תכליתו הוקמה, לבין צורכי הפרט, ואין לשלול את תחולתה של החובה לנהוג בסבירות, מחמת מהותה של נרמנה זו.

לעיל הערה 12, בעמ' 2115. 127

אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שוויים. ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית משפט זה, ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעים ממנו הינם פועל יוצא של הוראות הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה¹²⁸ (ההדגשה הוספה).

חובת האמון היא העומדת אם בן ביסוד הנורמות מן המשפט הציבורי, והיא המבחינה בין רשות היחיד לבין הרשות הציבורית.

1.95 פרופ' ברק מסכם גישה זו באומרו: ¹²⁹

"הרשות הציבורית היא נאמנו של הציבור... על כן חייבת הרשות לנהוג בהגינות. אין זו הגינות של יריבים, אלא הגינות של מי שמצויים באותו צד של המיתרס. מאמת מידה זו נגזרו בעבר כללי שיקול הדעת המינהלי (תום לב, מטרה זרה, הפליה), שאינם אלא כללי הגינות מינהלית עניינית.¹³⁰ אמת מידה זו אינה מוגבלת אך לאלה (לנורמות האמורות - ו' א'). היא עוצרת בחובה כוחות נוספים, אשר טרם נוצלו,

128 סמכות בג"צ על פעילותה של הרשות הציבורית בתחום המשפט הפרטי, נובעת מן העובדה כי גם כאשר הגוף הציבורי אינו ממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" כמובן הקלסי ופועל בתחום המשפט הפרטי, הרי שהוא פועל כנאמן של הציבור. נאמנות זו הוטלה עליו מכוח הדין והפעילות מכוחה מהווה כשלעצמה מילוי של "תפקיד ציבורי על פי דין" ומכאן סמכותו של בג"צ לבקר פעילות זו. שיקול זה ייחזק להלן בפרק שייחוד לביקורת בג"צ על חברות ממשלתיות.

129 א' ברק, שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 13, בעמ' 480. כמו כן ראה א' ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י (תשמ"ט) 11:

"אדם המנהל את ענייניו שלו רשאי לנהלם ככל העולה על רוחו ולעשות בהם כטוב בעיניו ובלבד שלא ייפגע ולא ייזק זולתו. שונה הדבר כאשר אדם מנהל את ענייניו של הזולת ולא את ענייניו הוא. במסגרת זו אין אני רשאי לעשות ככל העולה על רוחי. לא רק שאסור לי לפגוע ולהזיק לזה שאת ענייניו אני מנהל, אלא שהחברה המאורגנת מטילה עלי את החובה לפעול מתוך אמון ונאמנות. עלי להחניק ולדכא את האינטרס האישי שלי, ועלי לפעול כשנגד עיני האינטרס של זה שלמעני אני פועל... למעלה מאת, אסור לי להימצא במצב שבו עלול להיות ניגוד אינטרסים בין האינטרס של זה שלמעני אני פועל ובין אינטרס אחר כלשהו" (ההדגשה הוספה).

130 לראיית חובת ההגינות כערך יסוד מרכזי, אשר ממנו נגזרים כללים משפטיים רבים, מפנה פרופ' ברק למאמרו של Miller:

"The Science of Law: The Maturing of Jurisprudence into Fundamental Principles of Fairness" 13 West St. U. L. Rev. (1986) 367.

כמו כן מפנה פרופ' ברק לדברי השופט סימונד (Viscount Simonds) בפרשת *Scruttons v. Midland Silicones* [1962] 1 All E.R. 1, 7: "The Law is developed by the application of old Principles to new circumstances. Therein lies its genius".

וראה דברי השופט Show בעניין: (1854) 67 Mass, 263 *Norway Plains Co. v. Boston & Me. R.R.*

ואשר מהם ניתן לגזור הלכות חדשות, שיש בהן כדי ליתן תשובה לבעיות המתעוררות".

1.96 ואולם, יושם אל לב: בדברים אלו כשלעצמם, אין עדיין כדי להבהיר את ההבחנה שבין גוף פרטי לבין גוף ציבורי, אלא רק להגדיר באופן שונה את השאלה, שכן מעתה נשאלת השאלה: מהו הגורם ההופך את הרשות הציבורית לנאמן של הציבור, בהבדל מן הפרט שאינו נאמן? זאת ועוד, הרי גם במסגרת המשפט הפרטי מצינו חובות כלפי הזולת, כגון חובת תום הלב וחובת האמון הקיימת במסגרת דיני החברות? במה מיוחדת איפוא חובת האמון שחבה הרשות הציבורית כלפי הפרט, שמחמתה חלים כללי המשפט הציבורי?

התשובה לשאלה מדוע חלים יחסי נאמנות רק על גוף ציבורי היא, כפי שכבר ראינו לעיל, כי הרשות הציבורית לא נוצרה אלא כדי לשרת את הכלל ומשלה אין לה ולא כלום.¹³¹ כל אשר יש לרשות הציבורית לא הופקד בידיה עבור עצמה - אלא בנאמנות עבור הציבור. לעומת זאת, ליחיד יש ישות עצמאית משלו וכל אשר לו לשמו ולכבודו נברא. ביחס לפרט יש לומר, בפרפרזה למאמר חז"ל, כי לפיכך נברא אדם (הראשון) יחיד בעולמו, כדי להדגיש את ייחודיותו של כל פרט ופרט, הרשאי לגרוס כי "בשבילו נברא העולם".¹³² לגוף הפרטי זכות קיום כמי שעומד בפני עצמו וחכותו לחשוב כי כל העולם נברא עבורו, ולא הוא נברא כדי להביא תועלת לעולם. גם כשיש לפרט חובה כלפי זולתו, אין זו חובה אלטראיסטית ולא נשלל ממנו החופש לפעול על פי העדפות אישיות ומתוך חירות פרטית להקצות את משאביו כרצונו, לבוא במגע עסקי עם אנשים לפי העדפותיו האישיות, ולהחליט החלטות שרירותיות מבלי צורך לנמק וליתן דו"ח למאן דהוא. זהו כאמור המבדיל בין גוף פרטי לבין גוף ציבורי.

131 בג"צ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עוה"ד בירושלים, לעיל הערה 116, מפי כב' השופט ח' כהן. בהקשר זה יפה היא ההשוואה למקורות מן המשפט העברי בהן מוגדרת השררה על הציבור כשעבוד לציבור, באשר לפרנס אין משלו ולא כלום: "כמדומין אתם ששררה אני נתן לכם? עבדות אני נתן לכם", מסכת הוריות דף י, ע"א. ואכן, מנהיגי הקהל כונו בשם: "נאמנים", כאשר שם זה מבטא את מהות סמכותם, כנאמנים ולא כבעלים על השררה שהופקדה בידם, על כל הטבע מחובת נאמנות זו. (לעניין זה ראה למשל: שו"ת הרשב"א, חלק ג, שצ"ח; שו"ת הריב"ש, ל"ג; שו"ת התשב"ץ, חלק א, ל"ג; שו"ת הרשב"ש רפ"ז; שו"ת הר"ן, ס"ד). ובלשונו של כב' השופט אלון בבג"צ 4666/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד"י מה(ו) 28, 34: "עד שנעשה איש ציבור - הריהו ברשות עצמו. משנעשה איש ציבור, הריהו ברשות הציבור. הוא ברשות הציבור ואין הציבור ברשותו. השררה שמקבל עליו - כדי שהציבור יידנה ממנה ולא כדי שהוא יידנה ממנה. על פרנס המתמנה - לפרנס את הציבור, ולא הוא, הפרנס, יתפרנס מן הציבור ויתגאה עליו". (מעניין לציין כי בפס"ד דקל הובאו עקרונית אלו, בכלל הנוגע למינוי דירקטור - בחברה ממשלתית).

132 סנהדרין, דף ל"ז, עמוד א.

1.97 השאלה הנשאלת על כן ביחס לחברה הממשלתית הינה, אם ניתן או לא ניתן לומר כי "אין לה משלה ולא כלום", לנוכח האישיות המשפטית הנפרדת, שבה ניחנה. העובדה כי החברה הממשלתית הושוותה לגוף פרטי שיש לו אינטרסים משלו, אשר מחמתם הריהו רשאי להתעלם מטובת הכלל, מלמדת לכאורה על אפשרות לגרוס כי החברה הממשלתית אינה נאמן של הציבור אלא "משק סגור" שהציבור הקים, והטיל עליו להתנהג כגוף פרטי, עד כי אין לראותו כמי שחייב לציבור חובות אמון כלשהן.

1.98 נגדיר אם כן את מטרתנו העיונית כדלקמן:
עלינו לברר אם קיים מקור נורמטיבי להחלת חובות אמון אלטרואיסטיות על החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב,¹³³ שכן קיומם של יחסי אמון מסוג זה, הם העומדים ביסוד כללי המשפט הציבורי.

1.99 לאמור, קיומם של יחסי אמון בין החברה הממשלתית לבין הציבור הרחב מהווה למעשה את נקודת המבחן והצופן, שפיענוחו נדרש כדי לפתור את השאלה דנא במישור הנורמטיבי. אם קיים בסיס משפטי ליצירת חובות אמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב, הרי שהפועל היוצא מכך יהא, כי החברה הממשלתית תהא חייבת לפעול על פי כללים בסיסיים של הגינות, כמתחייב מיחסי אמון אלו.

לעומת זאת, אם נסיק כי אין בנמצא מקור נורמטיבי לחובות אמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב, הרי שדרך עיון זו הכזיבה ויהא עלינו לשוב (בידיים ריקות) אל נקודת המוצא ולהסתפק בבחינת מהות

133 עם זאת יצוין כי החלת חובות אמון, מחמת מקור נורמטיבי מסוים, עשויה להשפיע על גדריה של חובת אמון זו והיא למעשה רק פותחת את הדיון תוך שהיא מתמקדת במישורים חדשים של השאלה החדשה המתעוררת. לעניין זה ראה דבריו של השופט פרנקפורטר בפס"ד –

Securities Comm. v. Chancery Corp. (1942) 318 U.S. 80, 85: "To say that a man is a fiduciary only begins analysis. It gives direction to further inquiry: to whom is he a fiduciary? What obligation does he owe as a fiduciary? In what respect has he failed to discharge these obligations? And what are the consequences of his deviation from duty?"

חובת האמון היא ערך הבסיס שממנו שאובים כללי המשפט הציבורי. ואולם, הקביעה בדבר קיומה של חובת אמון אינה סופו של תהליך החשיבה המשפטית, אלא אך תחילתו, ועל בית המשפט מוטל לקבוע את היקפו, תוכנו ומגבלותיו של ערך זה. ראה א' ברק שיקול דעת שופטי, לעיל הערה 13 בעמ' 492. מכאן כי גם לאחר שנמצא מקור נורמטיבי להחלת חובות אמון על החברה הממשלתית, הרי יישאלו השאלות: מה הם תחומיה של חובה זו? האם יש במקור נורמטיבי זה כדי ליצור חובה הכוללת את כל כללי המשפט הציבורי? והאם כללים אלו חלים בכל מקרה או שמא יש במקור נורמטיבי זה כדי להציב גבולות לכללי המשפט הציבורי, הטבעיים מחובת האמון האמורה, בדרך שתביא אותנו לבחור באחת מן החלופות שמינו בסעיף 26 לעיל, ותנחה אותנו אימתי יחולו חובות אלו על החברה הממשלתית ואימתי תוכל החברה להשתחרר מהן?

החברה הממשלתית בדרך של "הרמת מסך", דהיינו, באמצעות בחינה פונקציונלית של מידת היות החברה הממשלתית זרוע ביצועית של הממשלה, המבצעת את מדיניותה הקשורה אליה בזיקות שונות של תקציב, מינויים, מידע וכיו"ב.

עלינו לפנות על כן לבחינת השאלה: אם קיים מקור נורמטיבי, להחלת חובת אמון על החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב, באשר שאלה זו היא העומדת בבסיס הדברים.

ה. סיכום

1.100 ההכרעה בשאלה אם כפופה החברה הממשלתית לכללי המשפט הציבורי, תיתכן בשני מישורים:

א. במישור המשפט הפוזיטיבי - בבחינת מהותה של החברה הממשלתית כגוף נפרד או כזרוע ביצועית של הממשלה, הנשלטת על ידה ומבצעת את מדיניותה.

ב. ברמה הנורמטיבית - בחינת מהותה של מערכת היחסים הקיימת בין החברה הממשלתית לבין הציבור הרחב והאפשרות להגדירה כמערכת של יחסי אמון. בהקשר זה ראינו כי אם קיימים יחסי אמון הרי שנובעת מהם החובה לנהוג בהגינות, שהיא החובה העומדת ביסוד כללי המשפט הציבורי.

השאלה היא על כן אם מהווה החברה הממשלתית גוף הפועל עבור הציבור ומשלו אין לו ולא כלום, או שמא יש לה אינטרסים עצמיים משלה, וממילא זכאית היא לנהוג כגוף פרטי לכל דבר ועניין.

בפרקים הבאים נתמקד בשני מישורים אלו.

פרק ב

יחסי אמון כתוצאה מתפקיד הדורש לאזן בין אינטרסים

- א. מבוא
- ב. יחסי אמון – אימת?
(1) ההלכה הפסוקה באנגליה ובארצות הברית
(2) יחסי אמון בעת שליטה על הזולת – ההלכה הפסוקה בישראל
(3) יישום ההלכה ביחס לחברות ממשלתיות
(4) יישום ההלכה בדבר יחסי האמון בנוגע לחברת החשמל
- ג. פסק הדין בעניין **Bromley London Borough Council**
- ד. ניתוח פסק דין **Bromley** – מקור נורמטיבי חדש לחובת אמון אלטרואיסטית
- ה. המודל המוצע ביחס לחברות הממשלתיות
(1) יישום הלכת **Bromley** ביחס לחברות הממשלתיות
(2) החובה לאזן כראוי בין אינטרסים – כמהות המשפט הציבורי
(3) מעין "הלכת השתחררות" –
כתוצאה מחויבת מן המקור הנורמטיבי ליחסי האמון
(4) המודל המוצע ביחס לחברות ממשלתיות
- ו. מותר חובת האמון החדשה על פני טשטוש הגבולין השורר בין משפט פרטי למשפט ציבורי
(1) איזור מפורז – וקו גבול חד
(2) יישום המודל המוצע ביחס להלכת בית יולס נגד רביב
- ז. סיכום

א. מבוא

2.1 לנוכח הפניית הזרקור העיוני לשאלת יחסי האמון, וההכרה בעובדה כי מבחינה נורמטיבית התשובה לשאלה אם יש להחיל את כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות נעוצה במישור יחסי האמון, נפנה לסקירת המקורות הנורמטיביים המקובלים ליצירתם של יחסי אמון, ובתוך כך תמוקד הזווית העיונית במישור המהותי ותתחדד.¹

נפתח על כן בסקירת ההלכה שנקבעה באנגליה ובארצות הברית בכל הנוגע לסוגיית "יחסי האמון", כפי שזו מוצגת במאמריהם היסודיים של ד"ר סילי (L.S. Sealy) ופרופ' פרנקל (Frenkel) על הנושא.²

1 לראיתו של מכלול עיוני כ"גן מבוכה" (לכירינת), אשר שביליו מטוענים וטבוכים זה בזה, עד שהנכנס לגן סב על עקביו ואינו מוצא קו אחד המוביל למטרה ספציפית, אלא אם כן ניתנת בידו האפשרות לראות את הגן מלמעלה, ממעוף הציפור, מזווית שבה נפרש לגד עיניו המכלול כולו - בפרספקטיבה, כדי שיוכל לפענח את הצופן, ואחר כך ליישמו בגן בבחירת מערכת שבילים מסוימת, ראה מסילת ישרים (רבי משה חיים לוצאטו, איטליה, המאה ה-18), פרק ג.

2 L.S. Sealy, "Fiduciary Relationships" (1962) *Camb. L.J.* 69; L.S. Sealy "Some Principles of Fiduciary Obligation" (1963) *Camb. L.J.*

ב. יחסי אמון – אימתי?

ב(1) ההלכה הפסוקה באנגליה ובארצות הברית

2.2 באנגליה שימש המונח "נאמן" לתיאור שורה של יחסים, שבבסיסם ניצבים יחסי אמון. כך ביטא מונח זה את המצב המשפטי שנוצר בעת שהאחד הפקיד בידי רעהו רכוש, או בסיטואציה שבה סמך אדם על רעהו בביצוע פעולה מסוימת, או כאשר האחד סמך על עצתו של רעהו,³ ואף כאשר סמך אדם על מצגו של רעהו כי הוא נוהג עימו בהגינות. בתי המשפט באנגליה העניקו "סעד מן היושר" בכל פעם שחובת אמון שכזו הופרה.⁴ מפסיקה זו עולה כי המונח "נאמנות" פורש כמתייחס למצב שבו אדם סומך על זולתו, בין בנושאים שברכוש ובין בכל עניין אחר. כך למשל הוגדרה אף אפוטרופסות על ילד כנאמנות, ומכאן מצא בית המשפט מקור לסמכותו להתערב בבחירת בית ספר ראוי לילד.⁵

2.3 בשלב השני פינה את מקומו שיקול הדעת, אשר התבסס על עקרונות כלליים של מתן סעד מן היושר, לכללים קונקרטיים, והמונח "נאמן" יוחד למערכת של יחסים ספציפיים, שבהם קיימת זיקה לנכס מסוים, כאשר כללים אלו מקימים כללי התנהגות קבועים ומסוימים. יחסי האמון הכלליים נותרו איפוא בלא כלים משפטיים שיתנו להם ביטוי, על אף הדמיון הרב השורר בין מערכות היחסים. כך נוצרה הבחנה במשפט האנגלי בין המונח נאמנות (Trust) לבין המונח יחסי אמון (Fiduciary), כאשר המונח "נאמנות" מתייחס לזיקה של אדם לנכס מסוים שהופקד בידיו, ואילו "יחסי האמון" הם המונח הכולל, הטומן בחובו הן את הדינים הספציפיים והמוגדרים של מוסד הנאמנות והן את כל שאר חובות האמון למיניהן.⁶ עם זאת, מאוחר יותר החילה הפסיקה את אותם הסעדים,

3 לשם השוואה בעניין זה ראה "ולפני עֵזר לא תתן מְכַשֵּׁל" (ויקרא יט, יד) "לפני הסומא כדבר, לא תתן עצה שאינה הוגנת לו. אל תאמר מכור שדך וקח לך חמור ועתה עוקף עליו ונטלה הימנו" (רש"י, שם - על פי "תורת כהנים").

4 *Filmer v. Gott* (1774) 4 Bro. P.C. 230; *Gartside v. Isherwood* (1788) 1 Bro C.C. 558, 560

5 Lord Macclesfield in: *Duke of Beaufort v. Berty* (1921) 1 P. Wins 703, 704: "...as the court would interpose, where the estate of a man was devised in trust, so would it a fortiori concern itself, on the custody of a child's being devised to a guardian, who was but a person entrusted in that case...".

6 Lord Eldon in: *Cholmondeley v. Clinton* (1821) 4 Bli. 1, 96: "...there is vast difference between things in which we give the same denomination, I mean trusts. ...You have relations formed between individuals in the matters in which they deal with each other, in which you can hardly

שנקבעו ביחס למוסד הנאמנות, גם ביחס למישור הכולל של יחסי האמון, כאשר הכלל הוא, כי הסעדים, שמקנה החוק בדיני הנאמנות חלים אף ביחסי האמון הכלליים. ובלשונו של השופט פריי (Fry):

"What is a fiduciary relationship? It is one in respect of which if a wrong arise, the same remedy exists against the wrongdoer on behalf of the principal as would exist against a trustee on behalf of the cestui que trust".⁷

2.4 המונח "יחסי אמון", מהווה אם כן ביטוי למכלול של יחסים משפטיים ובתי המשפט עשו בו שימוש ביחס לקשת רחבה מאוד של אירועים, שנדרשה בהם קביעה נורמטיבית. בהתאם לכך נקבעו בפסיקה האנגלית ארבע קטיגוריות עיקריות⁸ של יחסי אמון, אשר מערכות יחסים שונות נופלות לגדר אחת או כמה מהן:

א. מקום שבו קיימת שליטה על נכסי הזולת. קטיגוריה זו של יחסי אמון קרובה מאוד למוסד הנאמנות, והיא רחבה ביותר.⁹

say that one of them is a trustee... and yet you cannot deny, that to some intents and some purposes one is a cestui-que-trust and the other a trustee".

Re West of England and South Wales District Bank ex. parte Dale & Co. (1879) 11 Ch. D. 772, 778.

ואולם, בה בעת שלגבי מוסד הנאמנות נקבעו כללים ברורים ומוגדרים מראש, הרי שבכל הנוגע למכלול הרחב של מצבי יחסי האמון, יש לבחון בכל מערכת יחסים ספציפית, אלו מן הסעדים הנכללים בדיני הנאמנות ראויים לאימוץ גם ביחס למערכת היחסים הנדונה. לפיכך, הקביעה כי קיימים יחסי אמון אינה מבטאת אלא ממצא לפיו יש להחיל ביחס למקרה האמור חלק מסוים מדיני הנאמנות. ואולם, גרזיו של חלק זה נתונים להכרעה שיפוטית. בהקשר זה הזוהר בית המשפט באנגליה מפני הליכת שני אחר נוסחאות מילוליות וקבע כי ההכרעה בדבר תחולתם של סעדים שונים צריכה להיות נגזרת ממהותן של חובות האמון שהופרו. ראה:

Coomber v. Coomber (1911) 1 Ch. D. 723, 728. (By Fletcher Moulton L.J.).

8 סיטואציה נוספת של יחסי אמון מצויה ביחסים של בנקאים, רופאים, עורכי דין וכיו"ב לבין קהל לקוחותיהם, וממנה נובעת החובה שלא לחשוף מידע חסוי. ואולם, יחסים אלו אינם נמנים בקטיגוריה נפרדת (ממשית), שכן הפסיקה ראתה בדרך כלל בחובה זו פועל יוצא מהתחייבות חוזית, מפורשת או מכללא, בין בעלי מקצועות אלו לבין הפונים אליהם, לפיה יישמר המידע הנמסר להם חסוי. בדרך זו העניקה הפסיקה במקרים אלו סעדים המקובלים בדיני חוים (פיצויים, צווי מניעה וכיו"ב), בגין הפרת הסודיות המקצועית. כך למשל פסק הדין:

Cf. Tournier v. National Provincial Bank (1924) 1. K.B. 461; **Carter v. Palmer** (1842) 8 CL & F 657, 707; **Rob v. Green** (1895) 2 QB 315.

לעומת זאת, שימוש במידע החסוי לטובת הבנקאי, הרופא או עורך הדין המחזיק בו, או מכירתו, נדונה במסגרת הקטיגוריות הראשונה והשנייה של חובות האמון המפורטות להלן. לעניין זה ראה:

Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver (1942) 1 All E.R. 378; **Beaumont v. Boulton** (1802) 7 VES 599.

9 מחובת אמון זו צמחה הוכות למתן חשבונות. זכות זו נדרשה בהתקיים אחד משלושה תנאים אלו:

א. בחשבונות משותפים; ב. כשהחישוב מסובך; ג. כשקיימים יחסי אמון. לעניין זה ראה:

Foley v. Hill (1848) 2 H.L. Cas. 28; **Ashburner, Principles of Equity** (2nd ed., 1933) 349.

ביחס לקטיגוריה הראשונה בכלל, ראה גם פסק דינו של הלורד מקגותן (MacNaghten) בעניין **Lyell**

ב. הקטיגוריה השנייה - מקום שבו נדרש אדם לבצע פעולה עבור זולתו. מקום שבו אדם מתחייב מרצונו¹⁰ או נדרש מכוח מעמדו החוקי, לבצע פעולה בשם זולתו או עבור זולתו, נוצרים יחסי אמון בין המבצע לבין מי שהפעולה מבוצעת עבורו, וזאת אף כאשר אין נשוא הפעולה נכס כלשהו.¹¹

ג. יחסי משלח ושליח.¹²

ד. כוח להשפיע על הזולת. מקום שבו יש יכולת השפעה בלתי הוגנת של צד על רעהו, הדבר מביא לבטלות ההתקשרות ביניהם, מכיוון שכוח ההשפעה של האחד על רעהו יוצר יחסי אמון בינו לבין רעהו. ניצול יחסי אמון אלו לטובתו האישית של בעל הכוח מפירה את חובת האמון.¹³

v. Kennedy (1889) 14 app. Cas. 437, 463

במסגרת יחסים אלו קיימת שליטה על נכסי הזולת אך לא זיקה ובוודאי שלא בעלות בנכסים אלו. משום כך לא ניתן לרדת לנכסים אלו מכוח עקיבה (Tracing) מחמת חובות של המחזיק בהם. ומשום כך, לא תהא גם כל נפקות לעניין נכסים אלו כתוצאה ממותו והעדר כושר פרעונו של המחזיק בהם, בדומה להלכות שנקבעו בהקשר זה ביחס למוסד הנאמנות.

C.F. Scott "The Fiduciary Principle" (1949) 37 Calif. L. R. 539, 540: "A fiduciary is a person who undertakes to act in the interest of another person. It is immaterial whether the undertaking is in the form of a contract. It is immaterial that the undertaking is gratuitous" (ההדגשה הסופה)

בהתאם לכך, כאשר דירקטורים נכחים בישיבת דירקטוריון ומקבלים החלטה שיש לה השפעה על נכסי החברה, הם מצויים במסגרת יחסי האמון הכלולים בקטיגוריה הראשונה, ואילו כאשר הם נמנעים מלהחליט או נעדרים מישיבות, הם עלולים להפר את חובתם מכוח יחסי האמון הכלולים בקטיגוריה השנייה. פעולה הגוונה בניגוד אינטרסים לא תחייב את מי שעבורו נעשתה. על עושה הפעולה, החב חובת אמון לזולתו, מוטלת גם החובה לגלות מה הן טובות ההנאה שהפיק במהלך ביצוע הפעילות עבור זולתו, וזאת בין אם השתכללה גם חובה להעביר את פירות ההנאה האמורים למי שעבורו שפעל, ובין אם לא קיימת חובה שכזו. לעניין זה ראה גם:

Att-Gen v. Goddard (1929) 98 L.J.K.B. 743; Reading v. Att-Gen (1951) A.C. 507; Whitchote v. Lawrence (1798) 3 Ves. 740, 750; Ex-p. Lacey (1802) 6 VES. 625, 626, (by J. Lord Eldon); Rothschild v. Brookman (1831) 5 BLI (N.S.) 165; Fine Industrial Commodities Ltd. v. Powling (1954) 71 R.P.C. 253.

דוגמא קלסית לקטיגוריה זו היא פסק הדין בעניין Keech v. Sanford (1721) Sel. Cas. T. King 61 בעניין זה התבקש אדם לפעול להארכת חכירה של נכס מסוים עבור פלוני וטען כי נכשל במשימתו. לאחר מכן הלך אותו אדם וחבר את הנכס לעצמו. לטענתו לא היה הוא מנע מלעשות כן רק מכיוון שקדם לכן שימש כשליחו של אחר שחפץ באותו נכס. בית המשפט קבע כי חווה החכירה שכתר אותו אדם, בשמו הוא, יקנה את זכות החכירה למי שביקש ממנו מלבחזרזילה לדאוג להארכת הסכם החכירה, שכן במצב של יחסי אמון אסור היה עליו לפעול באותו עניין עבור עצמו. מפסיד Sanford הוסק כלל רחב יותר לפיו כל חובר מצוי במצב של יחסי אמון עם בעל הבית. ועם זאת, קטיגוריה זו הינה מצומצמת מאוד מטבעה, ובלשונו של ד"ר סילי במאמרו, לעיל הערה 2: "The third use is ... indeterminate and probably merely descriptive".

אם כי יש החולקים על השימוש בתיאורית יחסי האמון בהקשר זה: Winter Law of Fiduciary Relationship and Resulting Trusts (3rd ed., 1955); Salmond & Williams Contracts (1945) 291; Winder "Undue Influence and Fiduciary Relationship" 4 The Conveyancer (N.S. 1940) 274.

הצד השווה לקטיגוריות אלו מלמד כי מוסד יחסי האמון הינו כלי משפטי, אשר בתי המשפט באנגליה עשו בו שימוש נרחב ביותר, בכל עת שבה פועל אדם עבור זולתו ומופקד על אינטרסים לא לו, ובכל מקום שבו רכש לו אדם יתרון על פני זולתו, מכוח האמון שרחש לו הזולת.

2.5 בדומה לכך מצינו במאמרה המקיף של פרופ' תמר פרנקל,¹⁴ כי בארצות הברית ניכרת מגמה של התפתחות רבה ביישום של נורמות הנובעות מיחסי אמון (בנוסף ובמובחן ממוסד הנאמנות). פרופ' פרנקל גורסת כי תופעה זו נעוצה בהתרחבות הידע במקצועות השונים, המחייבת אנשים להתמחות בתחומים מאוד ספציפיים, ואשר כתוצאה מכך נוצרים יחסי תלות בשירותי הזולת ובידע הייחודי המצוי ברשותו, בתחומים רבים והולכים. אכן, היותו של השוק פתוח לתחרות באופן המאפשר לבחור בין שלל נותני השירות, וכמובן, היכולת לבקר את מעשיהם, מפחיתה את יחסי התלות. ועם זאת, מעצם ההיזקקות הגדלה והולכת לשירותי הזולת בתחומים המחייבים ידע ומומחיות, מחייבת החלה נרחבת של יחסי אמון.

2.6 פרופ' פרנקל מציינת כי החלת נורמות משפטיות והברה בקיומם של יחסי האמון מצויה בארצות הברית בשני מקרים אופייניים אלו:

א. אדם הפועל עבור זולתו ובא בנעליו בדאגה לאינטרס של זולתו. בשונה מדיני החוזים שבהם כל צד דואג לאינטרס העצמי שלו, הרי שבמערכת של יחסי אמון מנוע הפועל עבור זולתו מלהביא בחשבון את האינטרס העצמי שלו.

ב. לאדם הפועל עבור זולתו הוענקו כוחות, דהיינו, האפשרות לפעול באופן המשפיע על הזולת, חאת במטרה אחת ויחידה - לאפשר לו לפעול ביעילות המרבית עבור זולתו. כל חריגה ממטרה זו, עולה בדי חוסר סמכות.

2.7 יחסי אמון קיימים אם כן במצב שבו יש לאדם אחד שליטה על זולתו,

14 T. Frenkel "Fiduciary Law" 71 California Law Review (1983) 795

1 Weinrib "The Fiduciary Obligation" 25 U. T. L. J. (1975) 1 ; כמו כן ראה:

P. Finn *Fiduciary Obligations* (1977); Davis: "Judicial Review of Fiduciary Decision making some Theoretical Perspectives" 80 Nw. U. L. Rev. (1985) 1;

S. Shepard *The Law of Fiduciaries* (1981); E. Winter *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationship and Resulting Trusts* (3rd ed., 1955); Shepard "Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationship" 97 Law Q. Rev. (1981) 51.

(Shepard ו-Frenkel דוגלים באסכולה לפיה מן הראוי שלא להגוים בייחודיותו של כל אחד מסוגי יחסי האמון וכי יש להדגיש את המשותף ביניהם.)

לנוכח העובדה כי הוא מופקד על טובתו ופועל במקומו לשם השגת תכלית זו. שליטה זו בזולת יוצרת סיכון פן ינצלו הכוחות לרעה. סיכון זה הוא בלתי נמנע, שכן הענקת הכוחות נחוצה כדי שאדם אחד יוכל לפעול עבור זולתו, בתחום שבו אין הזולת יכול לפעול עבור עצמו. כדי למנוע את החשש כי אותו אדם שקיבל כוחות אלו לידו יתפתה לעשות בהם שימוש לרעה, נקבעו בפסיקה הדינים והנורמות הנובעים מקיומם של יחסי האמון.¹⁵

2.8 יחסי אמון משמעם, איפוא, יחסים שבהם פועל אדם עבור זולתו, ומופקדים בידי נכסים של זולתו, או אפשרות לפעול באופן המשפיע על זולתו. בסיטואציה זו, החילה הפסיקה חובות מסוימים - בהתאם לטיב היחסים - המקבילים לאלו החלים במוסד הנאמנות, כדי למנוע שימוש לרעה בכוחות אלו. החובות האמורים מוחלים רק ככל שאין בנמצא כלים אחרים, כלכליים או משפטיים, להסרת הסיכון מפני שימוש לרעה בכוחות אלו. במקרים אלו הוחלו כתוצאה מקיומם של יחסי אמון נורמות משפטיות הכרוכות בחובה לפעול בהגינות, בשקידה ובהתאם למה שנקבע בין הצדדים כי האחד יעשה למען זולתו. מחובת ההגינות האמורה נובעת גם החובה שלא לפעול במצב של ניגוד אינטרסים, ונובע האיסור החל על הפועל עבור זולתו, לקדם גם אינטרס אישי שלו או לפעול ממניעים של השאת טובתו הוא.

ב(2) יחסי אמון בעת שליטה על הזולת - ההלכה הפסוקה בישראל

2.9 מוסד הנאמנות בישראל מסדיר מערכת של יחסים שבהם קיימת: "זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת".¹⁶ מוסד זה מוגבל אם כן ליחסים המתמקדים בזיקה לנכס מסוים. המונח "זיקה" משמעו: "קשר, יחס, יחס של תלות",¹⁷ זיקה זו אינה מבטאת בהכרח בעלות, אך היא מבטאת יחסים של שליטה על נכס של הזולת ויחס של תלות. ש' כרם, בספרו על חוק הנאמנות, מבהיר בהקשר

15 עם זאת, יחסי האמון מביאים לתוצאה משפטית בלתי יעילה מבחינה כלכלית, ועל כן יצמחו מהם נורמות משפטיות רק עד כמה שאין אפשרות למנוע את השימוש לרעה בכוחות האמורים באמצעים אחרים - משפטיים או חברתיים. משום כך מציעה פרופ' פרנקל מודל יעיל יותר מבחינה כלכלית, של יחסי אמון סובייקטיביים, המיועדים למנוע את הסיכון האמור תוך תשלום מחיר כלכלי נמוך ככל האפשר.

16 סעיף 1 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות).

17 מילון א' אבן שושן, ערך "זיקה" (ההדגשה הוספה).

זה¹⁸ כי מי שניתנה לו הרשאה למכור נכס, לא הוקנתה לו בכך זכות בנכס, אך נוצרה זיקה בינו לבין הנכס, המהווה: "כביכול, יחס של תלות הנכס בו, שכן מורשה הוא (הנאמן - ר' א') למכרו ומכירת הנכס על ידו תהיה תקפה".

יחסי תלות אלו, הנובעים מהפקדתו של אדם על השאת טובתו של רעהו, מוסדרים בחוק הנאמנות אך ורק בכל הנוגע ל"זיקה לנכס".¹⁹

2.10 ואלם, בצד מוסד הנאמנות המוסדר בחוק ומתייחס כאמור אך ורק ל"זיקה לנכס", התפתחה גם בישראל, בדומה להתפתחות שנסקרה לעיל בפסיקה באנגליה ובארצות הברית, ההכרה של הפסיקה במונח "יחסי אמון" כמקור נורמטיבי עצמאי להחלת חובות שונות ונורמות של התנהגות ראויה, הדומות במהותן לנורמות שקבע המחוקק ביחס ליחסי התלות המוסדרים במסגרת מוסד הנאמנות. בהקשר זה מצוין פרופ' ד' פרידמן בספרו דיני עשיית עושר ולא במשפט²⁰ כי הקטיגוריות שבהן הוכרו יחסי אמון (Fiduciary Relationship) הינן רחבות ביותר ואינן מהוות רשימה סגורה. עם זאת, חובת האמון מושתתת על יסוד עיוני ברור, והיא מיועדת למנוע שימוש לרעה בכוח, כאשר אדם אחד הוסמך לנהל את ענייני זולתו.

2.11 פסק הדין הראשון, אשר קבע בישראל את דבר קיומן של חובות מכוח יחסי אמון (Fiduciary Relationship), שכאמור הינן רחבות יותר ממסגרתו

18 ש. כרם, חוק הנאמנות תשל"ט-1979, (פירוש לחוקי החכים, בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1983) בעמ' 36. מוסד הנאמנות מוגדר על ידו שם (בעמ' 35) כדלקמן: "נאמנות היא הזיקה של מי שניתנת לו האפשרות, ומוטלת עליו החובה, לפעול לטובת מישהו או משהו זולתו. היא שונה מהשאילה והשכירות. למשל, כאשר לשואל או לשוכר ניתנות האפשרות והזכות לפעול בנכס לטובת עצמם. והנאמן דומה לשימר, שיש לו זיקת החזקה בנכס ומוטלת עליו החובה להחזיק בו לטובת מישהו זולתו. הנאמן שונה מהשומר הן ביכולת לפעול בנכס והן בחובות המוטלות עליו. נאמנות היא איפוא זיקה, יחס משפטי, אך היא ישות משפטית".

להגדרה שונה של מוסד הנאמנות ראה י' ויסמן "אבני נגף בחוק הנאמנות" עיוני משפט ז 282.

19 ובלשונו של כרם, שם בעמ' 37:
 "זיקה לנכס היא תנאי לקיומה של נאמנות. אין נאמנות קיימת אלא אם קיימת זיקה לנכס, כל עוד היא קיימת ובמידה שהיא קיימת. חייל, למשל, עשוי לשמש נאמן - כשיש לו זיקה לנכס המדינה, לדוגמה, כשהוא מפעיל ציוד צבאי. אך הוא משמש נאמן כשהוא צועד במסדר, או הולך לקולנוע, גם כשהוא לבוש מדים. אין בפעולות אלו זיקה לנכס מנכסי המדינה".
 זאת בהסתמך על פסק הדין בעניין Reading v. Attorney General (1951) A.C. 507 (H.L.E.), בו התייחס בית המשפט באנגליה למעשיו של חייל, שנעשו על ידו שלא במסגרת התפקיד, כאל פעולתו של נאמן.

20 ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (בורסי, תל-אביב, 1982) 341-334. כמו כן ראה ד' פרידמן חוסמת לספר דיני עשיית עושר ולא במשפט (בורסי, תל-אביב, 1982) 74-77.

התחומה של מוסד הנאמנות (Trust), ניתן על ידי כב' השופט י' כהן בע"א 793/76 לוקמן נ' חיים שיף.²¹ באותו מקרה נדון עניינו של בעל מניות (מר לוקמן) בחברה שהיתה בעלים של מלון, אשר הודיע לשאר בעלי המניות בחברה, תושבי מקסיקו, כי יעשה כמיטב יכולתו למצוא קונה למלון במחיר הולם. בעלי מניות אלו גם מינו נציג בישראל למכירת המלון, אשר ניהל מגעים עם מר חיים שיף לרכישת המלון והתקיים משא ומתן על המחיר. באותה עת נפגש מר לוקמן עם מר שיף וסיכם עימו כי יחדל ממגעיו עם גורמים אחרים למכירת המלון להם, ולקבלת הצעות טובות יותר מהם, ובלבד שיובטח לו כי יקבל ממר שיף בגין מניותיו הוא סכום מסוים.

כב' השופט י' כהן קבע כי ההסכם בין מר לוקמן לבין מר שיף נכרת תוך הפרת חובת אמון מצד מר לוקמן ולכן אין הוא בר אכיפה. אכן, מר לוקמן לא היה שלוח בעלי המניות בחוץ לארץ, במובן של חוק השליחות. ואולם, חובת האמון המצויה בחוק השליחות חלה גם "על צורות שונות של ייצוג, כאשר אדם נתמנה לפעול בשמו של אחר, אך אינו מורשה לחייב את הממנה בחוזה להעביר את נכסיו או באופן ישיר לשנות את מצבו המשפטי בדרך כלל, אלא בעניינים שוליים".²² בהקשר זה קבע כב' השופט י' כהן כי חובת הנאמנות קיימת במגוון רב של יחסים משפטיים ואינה מוגבלת רק ליחסי שולח ושלוח. הנסיבות המתוארות בהן סמכו בעלי המניות בחוץ לארץ על מר לוקמן כי יעשה כמיטב יכולתו למצוא קונה **שירבה במחיר**, הקימו לדעת כב' השופט י' כהן יחסי אמון מסוג זה.

2.12 קיומם של יחסי אמון, היוצרים חובות נאמנות, שוכללה עד למאוד בפסיקתו של כב' השופט ברק, אשר עשה שימוש נרחב בכלי משפטי זה להחלתן של נורמות שונות. כך השתית כב' השופט ברק את האיסור המוטל על עובד ציבור להיות במצב של ניגוד עניינים, על יחסי האמון השוררים בין עובד הציבור לבין הציבור (וזאת נוסף על כללי הצדק הטבעי האוסרים על משוא פנים). בהקשר זה קבע השופט ברק בבג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה²³ כדלקמן:

"הדין מכיר בכך כי במקרים מסוימים נתון אדם במצב של אמון (loyalty) כלפי רעהו. זהו הדין ביחסים שבין שלוח לבין שולחו, בין מנהל לבין התאגיד, בין נאמן לבין הנאמנות.

21 ע"א 793/76 לוקמן נ' חיים שיף, פד"י (2) 533, 557.

22 5 Bowstead On Agency Law (4th ed.).

23 בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פד"י (2) 566 בעמ' 570

לפסה"ד. כמו כן ראה: א' ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד משפטיים" (תשי"מ) 11.

רשימת מצבים אלה אינה סגורה והיא: 'קיימת במגוון רב של יחסים משפטיים' (דברי השופט י' כהן בע"א 793/76).

נראה לי כי המשותף למצבים אלה הוא כי בידי של אדם הופקד אינטרס של אחר, אשר על הפעלתו הוא אמון (...וההסתמכות הינה על מאמרו הנזכר של ד"ר סילי, "Fiduciary Relationship" - ו' א').

קיים החשש כי כח ללא פיקוח וריסון, יביא לידי שימוש לרעה באותו כח. מטרתם של כללי האמון היא, בין השאר, ליצור פיקוח ולהטיל ריסון על בעל הכח בהפעלתו של הכח" (ההדגשה הוספה).

2.13 עיקרון זה הובא לידי ביטוי חד במיוחד, על ידי כב' השופט ברק בעניין קוסיו נ' בנק פויכטוונגר.²⁴ בפסק דין זה ציין כב' השופט ברק כי המנהל חב חובת אמון לחברה לנוכח הכוח המופקד בידו. "כח ללא אחריות משול להפקרות".²⁵

דיני העונשין ודיני הנוזיקין אינם מספיקים כדי להתמודד עם כוח זה ולהביא לריסונו. התרופה המשפטית לבעיה זו נמצאת על כן במושג יחסי האמון, המיועד להטיל פיקוח ואחריות על המחזיק בכוח זה. "עקרון האמון הוא בעל תחולה רחבה, הוא חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כח ושליטה על זולתו" (עמ' 277-278 לפסק הדין), ומכיוון שכך, חל עיקרון זה בכל הנוגע ליחסי מנהל החברה והחברה שבהנהלתו. מעקרון האמון גזר כב' השופט ברק כלל משפטי מרחיק לכת. המניה הינה נשוא קניינו הפרטי של בעליה. ועם זאת בעל מניות שבידו כמות מניות המקנה לו שליטה בחברה, חב חובת אמון לחברה.²⁶ משום כך אין בעל מניות השליטה ראשי למכור את מניותיו באופן שיפגע בטובת החברה:

"ישאל השואל: חובת אמון זו של בעל המניות מאין היא נובעת במשפטנו? התשובה כבר ניתנה על ידינו. עקרון מוכר וידוע הוא במשפטנו²⁷ כי אף בעל מניות השליטה נתון במסכת של חובות אמון, הבאה לשמור על בעל הכח מפני השימוש לרעה בכוחו".

24 ע"א 817/79 קוסיו ואח' נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ ואח', פד"י (לח) 253. כמו כן ראה: Hetherington, "Defining the Scope of Controlling Shareholders' Fiduciary Responsibilities" 22 Wake Forest L. Rev. (1987) 9.

25 א' פרוקציה "פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות" משפטים ח (תשל"ז) 13, 17.

26 לעיל הערה 24, בעמ' 284-285. כמו כן ראה בהקשר זה: Finch & Long, "The Fiduciary Relation of the Dominant Shareholders" 9 Hasting L. Rev. (1958) 306.

27 יישומו של עיקרון זה בפסיקה מצוי לכאורה רק בפסקי הדין הנוכחים החלתה של הלכה זו גם על בעל מניות שליטה, שהחברה היא במונן מסוים "שלו" הינה, לכאורה, חידוש גדול שאינו כה מוכר וידוע במשפטנו. ואולם כב' הנשיא שמגר דחה בקשה לקיומו של דיון נוסף בעניין זה, בקובעו כי שורשי

זהו אם כן מקרה שבו הוגבלה זכותו של הפרט לעשות בשלו, כבתוך שלו, לנוכח קיומן של חובות אמון כלפי זולתו.

2.14 אם נסכם את ההלכה שנקבעה בישראל במישור זה נמצא כי הפסיקה הכירה בקיומם של יחסי אמון בכל מקום שבו מצויים בידי אדם כוחות המאפשרים לו לשלוט על רעהו. במקרים אלו מתעורר החשש כי, כלשונו של כב' השופט ברק בפסק דין קוסוי: "כח ללא אחריות סופו שרירות". משום כך, כאשר אין אמצעים אחרים לפקח על כוח זה, נעשה שימוש בחובת האמון כאמצעי משפטי המאפשר להחיל נורמות, אשר יחייבו את מי שהכוח המופקד בידי לעשות בו אך ורק שימוש ראוי ולטובת בעל הכוח. הפסיקה הכירה בקיומם של יחסי אמון, ביחס לאדם שפעל עבור זולתו (הנמצא בחוץ לארץ) למציאת רוכש למניותיו, ביחס לעובד ציבור שמסורים בידיו סמכויות שלטוניות, ביחס למנהל בחברה אשר מוסרות ניווטה נמסרו לידי הנאמנות ואף בכל הנוגע לבעל מניות שליטה בחברה העלול להזיק לחברה - בעת מכירתה.

ב(3) יישום ההלכה ביחס לחברות ממשלתיות

2.15 האם יש להסיק מן ההלכה הפסוקה בסוגיית יחסי האמון, כפי שנסקרה לעיל, כי חלה חובת אמון גם ביחסיה של החברה הממשלתית עם הציבור הרחב?

אין ספק כי בידי החברה הממשלתית, או לפחות בידי חלק מן החברות הממשלתיות, מצוי כוח רב. אין גם ספק כי מן הראוי להבטיח כי כוח זה לא יופעל בשרירות. ואולם, האם נחוצים יחסי אמון כדי להבטיח מטרה זך²⁸

ההלכה האמורה נעוצים בהלכה הקיימת, ואין היא חורגת מן הציפיות הסבירות של בעלי הדין: 'החובה של מנהל לנוהג באמון היתה זמן רב ביסודה ובמהותה בגדר נרוב חשוב של דיני החברות שלנו'. ראה ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק פויכטוונגר, פד"י (4) 505 (ההודגשה דוספרה).

28 הנורמות הנובעות מיחסי האמון מיועדות, כאמור, לפתור בעיה של סיכון מפני ניצול לרעה של כוח. רק כשאין פתרון אחר שיביא למניעתה של סכנה זו, נבעות מיחסי האמון נורמות משפטיות המטילות אחריות כאיון לכות. ואולם, בהימצאן של דרכים אלטרנטיביות לא נבעות מיחסי האמון נורמות משפטיות כפי שציגה פרופ' פרנקל (סעיף 2.6 לעיל), וכמו כן ראה בהקשר זה דברי כב' השופט ברק בעניין קוסוי נ' פויכטוונגר (סעיף 2.14 לעיל). החברה הממשלתית נתונה, כפי שנראה להלן, בסד הדוק ביותר של פיקוח אינטנסיבי המבוצע על ידי שורה של גורמים: מבקר המדינה, רשות החברות הממשלתיות, השר הממונה, ועדת הכספים של הכנסת ועוד. כלל לא ברור על כן אם, משנקבעו מנגוני פיקוח אלו, קיימת עדיין סכנה מוחשית של ניצול לרעה של סמכויות, אשר לא ניתן למצוא לה מענה בלא החלת נורמות משפטיות כתוצאה מקיומם של יחסי האמון.

ושאלת השאלות: בכל המקרים שבהם נמצא צורך לאון בין כוח לבין אחריות, המדובר היה באדם שהיה מופקד על אינטרס של זולתו.

פרופ' פרנקל הגדירה את המאפיין הראשון של יחסי האמון כמערכת של יחסים שבהם בא אדם בנעלי זולתו - כדי לפעול עבור זולתו.²⁹ ואולם, האם פועלת החברה הממשלתית עבור זולתה? הן יש לה אישיות משפטית נפרדת ובסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות נקבע כי עליה להתנהל כמשק סגור ובהתעלם מצרכים כלל לאומיים. האם אין לומר כי המחוקק העניק לחברה הממשלתית כוחות שונים, כדי שתפעל בהם לטובתה היא, בהניחו כי התוצאה הסופית מדאגתה של החברה לטובתה משיאה את טובת הציבור?

2.16 חובת האמון העומדת בבסיס החובות מן המשפט הציבורי נובעת כאמור מן ההנחה כי בעוד שהפרט "שולט בכיפה שלו"³⁰ הרי שהרשות הציבורית פועלת עבור אחרים, כנאמן שלהם. שאלתנו היתה על בן אם פועלת החברה הממשלתית עבור הזולת וחבה חובת אמון כלפי הציבור, או שמא יש לראות בה גוף הרשאי לפעול כחברה פרטית לכל דבר ועניין. בהקשר זה פנינו להלכה הפסוקה שנקבעה במישור החלת יחסי האמון במערכות יחסים שונות. דא עקא שגם כאן מתעוררת שאלה זהה שהרי ההלכה הכללית בדבר חובות האמון הנובעת מקיומן של יחסי תלות ואשר תכליתה למנוע ניצול לרעה של כוח ושליטה, נקבעה עד כה בפסיקה בישראל רק במקום שבו מופקד אדם על אינטרס של אחר. בהתאם לכך, כדי לדעת אם חלים יחסי אמון כאמור, עלינו לקבוע תחילה עמדה בשאלה אם הופקדה החברה הממשלתית על אינטרסים של אחרים על אף שהוקנתה לה אישיות משפטית נפרדת ועל אף שטובתה הועדפה על טובת הציבור הרחב.

2.17 נמצא כי כדי להכריע בשאלה אם חלות נורמות של משפט ציבורי על חברות ממשלתיות, עלינו להשיב לשאלה אם חברות אלו הפועלות כמשק סגור, פועלות עבור עצמן או עבור הציבור הרחב. ובה במידה, כדי להשיב לשאלה אם הלכת יחסי אמון המחילה נורמות שונות של הגינות

29 ראה פרופ' פרנקל (בסעיף 2.6 לעיל) וכן אימוץ עקרונות אלו בפס"ד טיעח הליכוד בעיריית תתח תקוה (סעיף 2.13 לעיל). כמו כן ראה א' ברק שיקול דעת שיוטוי (פפירוס, בית ההוצאה באוניברסיטת תל-אביב, 492 (1987): "מבאן הגישה ההלכתית, כי מו שכידו הכח לשלוט על רכושו של אחר, למען אחר, חב לו אמון. זהו עיקרון כללי" (ההדגשה הוספה).

30 כלשון כב' השופט זוסמן בעניין פרץ נ' כפר שמריהו, פד"י טו 2101, 2114.

(אשר מהן נובעים כללי המשפט הציבורי) חלה ביחסי החברה הממשלתית והציבור הרחב, עלינו להכריע באותה שאלה גופה.

2.18 הניסיון להסיק מסקנות בכל הנוגע לנשוא הדיון מן המקורות המובהקים והרגילים להחלת יחסי אמון ומן ההלכה הפסוקה בסוגיית יחסי האמון, משולה אם כן לניסיון של אדם להרים את עצמו בשרוכי נעליו, ואין אפשרות לפנות אל ההלכה האמורה בדבר קיומם של יחסי האמון בעת שליטה של הזולת, כדי לקבוע מהי מהותה של החברה הממשלתית.

אדרבה - ההכרעה בשאלה דנא הינה לכאורה תנאי מקדים להחלת ההלכה בדבר קיומם של יחסי אמון בעת שליטה על הזולת, בכל הנוגע ליחסי החברה הממשלתית והציבור הרחב.³¹

מן ההכרח אם כן לפנות למקורות נורמטיביים אחרים כדי להכריע בשאלה זו.

2.19 עם זאת יצוין, כי ההלכה האמורה, בדבר קיומן של נורמות הנובעות ממצב של יחסי אמון השוררים בעת שנמסרה בידי אחד השליטה על זולתו, כבר נתנה את אותותיה במקרה של חברה ממשלתית מסוימת.

ב(4) יישום ההלכה בדבר יחסי האמון בנוגע לחברת החשמל

2.20 בבג"צ 731/82 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ³² קבע כב' השופט ברק, כי בעוד שאין הוא מכריע בשאלה אם חלות נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות ככלל, הרי שיש בידו להכריע בכל הנוגע למעמדה של חברת החשמל. לגבי חברת החשמל חלות הנורמות של המשפט הציבורי ויש לראות בה נאמן של הציבור:

"חברת החשמל כמזה כרשות הציבור, על כן עליה לפעול בהגינות

31 עם זאת, מכיוון שיסודה של ההלכה בדבר יחסי האמון קיימת אף בעת שאדם פועל בשל עצמו, אך נדרש לעשות מעולה מסוימת לטובת הזולת (ראה דברינו לעיל, בפירוט הקטיגוריה השנייה בניתוח ההלכה הפסוקה באנגליה בסוגיית יחסי האמון) הרי שההיגיון הבסיסי של ההלכה, בהבדל מאימוצה עד כה בישראל, קיים אף בנסיבות פעולתה של החברה הממשלתית, אשר אינה אלא גוף, אשר תכליתו בסופו של יום, להשיא את טובת הציבור. קיומה של הקטיגוריה השנייה ביחסי האמון, כנגזרת מערכי היסוד של השיטה, עשוי להביא להחלתם של כללים אלו גם בישראל, שהרי דרכה של הפסיקה לשאוב מערכי יסוד של השיטה כללי משנה חדשים באופן שיחאימו לצורכי החברה. ראה א' ברק, שיקול דעת שיפוטני, לעיל הערה 29, בעמ' 232-233 ובעמ' 486.

32 בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פדי מא(2) 449.

ובסבירות, מתוך שוויון וללא הפליה. מי שקיבל זיכיון מהציבור, צריך להתנהג כלפי הציבור באופן המצדיק הענקת זיכיון זו. אין בעל הזיכיון עושה בו כבתוך שלו. הוא עושה למען הציבור, ועל בן הוא חב לו חובות מן המשפט הציבורי".

2.21 אכן, מבחינה ארגונית המדובר בחברה שהינה בת אישיות משפטית נפרדת, אך מבחינה פונקציונלית ניתן שירות חיוני לציבור, כפי הניתן על ידי רשות סטטוטורית, והדמיון הפונקציונלי בין חברת החשמל לבין תאגידי סטטוטוריים (רשות השידור או רשות הנמלים) עולה לדעת כב' השופט ברק על השוני הארגוני, השורר בין חברת החשמל כחברה ממשלתית לבין התאגידי הסטטוטוריים.³³ משום כך נקבע כי יש לראות בחברת החשמל נאמן של הציבור, אשר כללי המשפט הציבורי חלים עליו - אף בפעילות שמבצעת חברה זו בתחום המשפט הפרטי.

2.22 ואולם, מהו המבחין בין חברת החשמל לבין חברות ממשלתיות אחרות? הן גם לחברות ממשלתיות אחרות הוענקו כוחות, מדוע אם כן לא מצא לנכון בית המשפט לקבוע ביחס לכלל החברות הממשלתיות כי כוחות אלו ניתנו להן בנאמנות למען הציבור ולא לטובת עצמן כאישיות משפטית נפרדת, אשר טובתה הכלכלית קודמת בעיניה לטובת הציבור? מדוע לא הוחלו הנורמות מן המשפט הציבורי על כלל החברות הממשלתיות, בה בעת שנורמות אלו הוחלו על חברת החשמל? תשובה לשאלות אלו ניתנת בפסק הדין האמור בעניין מיקרו דף (בעמ' 462) וכדלקמן:

"המייחד את חברת החשמל הוא שהצטברו בה מספר תכונות, המשוות אותה, לענין הדין החל על פעולותיה, לתאגידי הסטטוטוריים. תכונות אלו הן בעיקר: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זכיון בלעדי מהמדינה, והשליטה על אמצעי יצור חיוני (החשמל). חברת החשמל היא Public Utility ובתור שכזו יש לה מעמד מיוחד".³⁴

33 להבחנה שבין המבחן הפונקציונלי למבחן הארגוני, בקביעת מהותו של גוף, לצורך החלת נורמות מן המשפט המינהלי, ראה להלן פרק 7, סעיפים 7.5-7.15.

34 בעניין זה מצוטטים דברים של כב' השופט שמגר (כתוארו אז) בע"א 732/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פד"י לא(2) 281, 294. לפיו לאור מהות משימותיה ומעמדה הכללי הציבורי של חברת החשמל, נחשב המנכ"ל בחברה זו למי שנושא תפקיד בשירות הציבור. בהקשר זה ציין כב' השופט שמגר כי חברת החשמל היא חברה: "המספקת שירות חיוני לציבור הרחב וזיקתו של כל תושב אליה היא משמעותית ויום יומית". הבאת פסק דין זה בהקשר דגא מלמדת, כי לדעת כב' השופט ברק, מן הראוי להחיל על חברת החשמל חובת נאמנות, מכוח העובדה כי מצוי בידיה זיכיון שהציבור תלוי בו.

2.23 עם זאת יש להבין, מהו המייחד סמכויות שלטוניות ושליטה על אמצעי ייצור חיוני, על פני כל כוח אחר המצוי בידי החברות הממשלתיות האחרות? מדוע יוצר כוח שלטוני יחסי אמון בעוד שלגבי כוחות אחרים נותר הדבר בספק?

דומנו כי התשובה לשאלה זו הינה כי בכל הנוגע לסמכות שלטונית, כמו גם בכל הנוגע לשליטה על אמצעי ייצור חיוני, אין אפשרות לומר כי הרשות פועלת עבור עצמה. ביחס לסוג זה של כוחות מן ההכרח הוא לומר כי החברה הממשלתית פועלת עבור זולתה. התלות של הציבור בשירותים חיוניים כמו חשמל,³⁵ ובהפעלת כוחות שלטוניים, אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם מסקנה, לפיה הוקנו כוחות אלו לחברה הממשלתית כדי שתוכל לעשות בהם כבתוך שלה. כשם שיש צורך לרסן כוח הנובע משליטה בזולת, כך מוטל על גוף להצדיק את קבלתו של זיכיון שהכל תלויים באופן ניצולו, באמצעות תחולתן של נורמות הולמות המאפיינות גוף ציבורי.

2.24 נמצאת למד כי כשם שיחסי תלות יוצרים יחסי אמון המיועדים למצוא איזון לכוח ולכורכו באחריות מקבילה, כך מובילים יחסי התלות, הנובעים מחיוניותו של המצרך או השירות או הכוח השלטוני, להחלתה של חובת אמון העומדת בבסיס הנורמות של המשפט הציבורי. בהקשר זה גובר המישור הפונקציונלי על המהות הארגונית, ועל אף שמדובר בחברה ממשלתית, אשר טרם הוכרע אם לנוכח מהותה יש לה משלה מאומה או שכל אשר לה מסור בידיה עבור הציבור הרחב, הרי שבכל הנוגע לשירות חיוני או כוח שלטוני המסורים בידה ברור כי חלות עליה הנורמות מן המשפט הציבורי, באשר אנו מסיקים כי אלו לא ניתנו לאיש - לטובתו הוא.

ואולם, בתשובה זו יש די רק ביחס לחלק מאוד מצומצם של החברות הממשלתיות, ואילו אנו תרים אחר פתרון נורמטיבי לשאלה הכוללת.

³⁵ יחסי תלות אלו מאפיינים את הקשר שבין הציבור לבין מספר חברות ממשלתיות נספות מלבד חברת החשמל, ועל כן סביר להניח כי ההלכה האמורה תוחל גם לגביהן. כשיגיעו הדברים לידי מבחן. כך סביר מאוד להניח כי ההלכה האמורה תוחל, באותה מידה, על כל חברה ממשלתית, אשר בידה מוטפול והמספקת שירות חיוני לציבור (Public Utility).

ג. פסק הדין בעניין Bromley London Borough Council

2.25 פסק הדין האנגלי בעניין **Bromley London Borough Council v. Greater London Council**³⁶ עורר סערה ציבורית באנגליה, והלורד דינג מצא לנכון להבהיר את החלטתו - לאחר פרישתו. סוגיה זו פותחת לפנינו צוהר לחובת אמון חדשה פרי הפסיקה, וממנה יתד ופינה למציאת הכרעה נורמטיבית לסוגיא דנא.

2.26 העובדות בפס"ד **Bromley** היו כדלקמן: בשנת 1981 נערכו בחירות למועצה העליונה של העיר לונדון. מפלגת העבודה האנגלית (להלן: מפלגת הלייבור) הודיעה במצעה, בי אם תזכה בבחירות אלו, הרי שנציגיה יביאו להחלת תעריפי התחבורה הציבורית בלונדון (אוטובוסים ורכבת תחתית) בלא פחות מאשר 25%. מפלגת הלייבור זכתה בבחירות, הנציגים שנבחרו מטעמה ראו עצמם מחויבים למצע המפלגה וההבטחה קויימה. תעריפי התחבורה הציבורית בלונדון הופחתו בהוראת המועצה העליונה של העיר לונדון בשיעור של 25%.

דא עקא, בכך נשמט ממועצת העיר מקור הכנסה עצום. כדי להשלים את הפער, פנתה מועצת העיר אל 35 המחוזות השונים ודרשה מהם לגבות מס עירוני בסכום מקביל, לכיסוי הגירעון התקציבי שנוצר עקב החלת תעריפי התחבורה הציבורית. מועצות אלו נאלצו להיענות לצו, בחוסר רצון בולט, והתכוונו להעלות את המיסים העירוניים. ואולם, במחוז אחד (**Bromley**) התעוררה התמרמרות קשה במיוחד כנגד העלאת המיסים העירוניים. במחוז זה לא היתה כלל רכבת תחתית והחלת תעריפי התחבורה הציבורית לא השפיעה במידה רבה על תושביו.

משום כך, ערער מחוז **Bromley** על הצו שהוציאה מועצת העיר לונדון, והצו המורה על העלאת המיסים העירוניים הובא על ידי מחוז זה לערכאות.

2.27 בבית המשפט נבחן הצו האמור של מועצת העיר לונדון, בשלושה מישרים:

Bromley London Borough Council v. Greater London Council (1982) W.L.R 62 36
(להלן: פס"ד **Bromley London Borough Council** או פס"ד **Bromley**).

- א. סמכות מועצת העיר להזיל תעריפיו של שירות מסוים - מטעמים שאינם כלכליים.
- ב. סבירות ההחלטה להזיל תעריפים של שירות מסוים, שממנו נהנה חלק מן האוכלוסייה - כשהדבר בא על חשבון כלל משלמי המיסים.
- ג. לגיטימיות תחושת המחויבות לקיים הבטחה לציבור הבוחרים - האם שיקול זר שאינו ממין העניין הנדון, או שמא שיקול מותר וענייני.^{36א}

להלן נתמקד באספקט השני בלבד, הנוגע לנו.

- 2.28 לורד דנינג קבע בהקשר זה, כי גם אם היתה מועצת העיר לונדון מוסמכת לפעול להזלת תעריפי הנסיעה בתחבורה הציבורית, מטעמים שאינם כלכליים, הרי שההחלטה לעשות כן מפירה את האיזון בין האינטרסים השונים שהרשות מופקדת עליהם, ועל כן היא בלתי סבירה. ובלשונו (בעמ' 68 לפסק הדין):

"The GLC (Greater London Council – W.A.) owed a duty both to the travelling public and to the ratepayers. Its duty to the travelling public is to provide an integrated, efficient and economic service at reasonable fares. Its duty to the – ratepayers is to charge them as much as is reasonable and no more. In carrying out those duties, the members of the GLC have to balance the two conflicting interests – the interest of the travelling public in cheap fares – and the interest of the ratepayers in not being overcharged. The members of the GLC have to hold the balance between these conflicting interests. They have to take all relevant considerations into account on either side. They must not be influenced by irrelevant considerations. They must not give undue weight to one consideration over another, lest they upset the balance. They must hold the balance fairly and reasonably. If they come to a decision which is, in all the

^{36א} בהקשר זה קבע לורד דנינג קביעה שעוררה סערה ציבורית קשה. לדבריו (שם, בעמ' 69):

"A manifesto issued by a political party – in order to get votes – is not to be taken as gospel. It is not to be regarded as a bond, signed, sealed and delivered... very few of the electorate read the manifesto in full... when they come to the polling booth, none of them vote for the manifesto... it seems to me that no party can or should claim a mandate and commitment for any one item in a long manifesto. When the party gets in power, it should consider any proposal or promise afresh – on its merits – without any feeling of being obliged to honour it or being committed to it".

and unreasonable, then the courts can and³⁷ circumstances, unjust should interfere".

2.29 עניין זה נדון גם בבית הלורדים, ואף שם נקבע כי ההחלטה האמורה של מועצת עיריית לונדון - אינה סבירה.

לא זו אף זו, חוסר סבירות זה הוגדר כהפרת חובת האמון של הרשות כלפי הציבור הרחב. ובלשונו של לורד Wilberforce:

"Furthermore, in deciding to proceed to make a grant to support the fare reduction, ...it acted in breach of its fiduciary duty... It failed to hold the balance between the transport users and the ratepayers as it should have done".³⁸

2.30 באמור, פס"ד Bromley הביא להעלאת תעריפים וקבע כי אין חיוב לקיים הבטחה הכלולה במצע מפלגה, ועל כן עורר סערה ציבורית קשה. לורד דנינג מצא לנכון, לימים, להבהיר החלטתו זו בספרו The Closing Chapter.³⁹ וכך מנתח לורד דנינג את פסק הדין של בית הלורדים בעניין זה (בעמ' 139 לספרו האמור):

"There has emerged of late a duty on a public authority – in carrying out its public law functions – to hold the balance fairly between competing sections of the public. Just as a trustee is under a duty to hold an even hand between beneficiaries and not favour one above the other, so also is a public authority under a duty to hold the balance fairly between the competing interests under its care. Because of the analogy with trusts, it is called a fiduciary duty. This important principle was upheld by the House of Lords in the London Transport fares case, Bromley London Borough Council v. Greater London Council. It is of much importance both in its legal and political aspects" (ההדגשות הוספו).

37 בעקבות קביעה זו החליט לורד דנינג (שם, בעמ' 70) כי דין החלטת מועצת העיר להתבטל, שכן אין להשלים עם חיוב המוטל על תושבי עיר אחת כדי לתת מתנות חינם לציבור הרחב, בכל רחבי המדינה. לא הוגן להטיל מס על תושבי לונדון, ולהחיל תעריפי שירותי תעבורה, שבה משתמשים מיליוני אנשים הבאים מחוץ ללונדון לעיסוקיהם השונים. בכך יש כדי להעניש את תושבי לונדון. לכן, בוטלה ההחלטה ותעריפי התחבורה הציבורית - הועלו.

38 שם, בעמ' 99.

39 Lord R.T. Denning The Closing Chapter (London, Butterworths, 1983) pp. 131-144

2.31 לאמור, הלורד דנינג מסיק מפס"ד **Bromley**, בו נקבע כי הפרת האיזון בין האינטרסים השונים שהרשות מופקדת עליהם מהווה הפרת אמון, כי הרשות השווותה לנאמן (במובן של מוסד הנאמנות הקבוע בחוק). ההיקש לנאמן הינו בכך, כי כשם שהנאמן על נכסיהם של מספר נהנים חייב לאזן באופן הוגן בין האינטרסים הנוגדים של מי שעל רכושם הוא מופקד, ואסור לו להעדיף אינטרס של אחד מהם על פני זולתו באופן לא הוגן, כך חייבת הרשות לאזן בצורה הוגנת בין האינטרסים הנוגדים שהיא מופקדת עליהם. מחמת היקש זה לדיני הנאמנות מכונה חובה זו של הרשות לאזן בין אינטרסים כחובת אמון. בפסק זה רואה לורד דנינג חידוש משפטי חשוב.

2.32 ודוק, עד כה מצינו חובת אמון כללית, פרי הפסיקה, החלה ביחס לכל פעולה של הרשות לנוכח העובדה כי מופקדים בידיה כוחות השייכים לזולת (לציבור הרחב). כדי למנוע את החשש פן ינוצלו כוחות אלו לרעה, יצרה הפסיקה איזון בין כוח לבין אחריות והחילה חובת אמון. בחובת אמון זו אין משום חידוש, היא חלה במיגוון של יחסים משפטיים שבהם מופקד אדם על כוחות המשפיעים על זולתו, ולא נדרש ההיקש למוסד הנאמנות כדי לקבוע חובה זו.

בפס"ד **Bromley** נקבעה חובת אמון חדשה, הנובעת מהיקש למוסד הנאמנות ואשר הגיונה הוא: כי מי שהופקד בידיו תפקיד לשמור על איזון בין אינטרסים סותרים חייב לעשות כן בהגינות, כשם שהנאמן חייב לעשות בסיטואציה מקבילה. יחסי אמון אלה אינם נובעים מן השליטה על הזולת, אלא מחמת התפקיד שהוטל על הרשות, לאזן בין אינטרסים סותרים. מי שתפקידו לאחוז במשקולת - חייב לאחוז בה בהגינות ואסור לו להטות את הכף - אף בלא קשר ליחסי התלות של הצדדים בכוחות המסורים בידו. חובת אמון זו אינה נובעת מן התלות באחוז המשקולות, אלא מעצם תפקידו כאחוז במשקולת.

2.33 זהו אם כן מקור חדש לחובת אמון, אשר יסודו בהיקש למוסד הנאמנות ומטרתו לקבוע כי כל מי שתפקידו לאזן בין אינטרסים נוגדים יהא מחויב לעשות כן בהגינות. הנורמות של ההגינות הנדרשות במקרה זה, נובעות מהגדרת התפקיד של הרשות ליצור איזון בין האינטרסים הספציפיים שעליהם הופקדה. נורמות אלו אינם נעוצים בשליטה על הכוחות למען הזולת, אלא בתפקיד המעין שיפוטי שהוטל על הרשות לאזן ולהכריע בין שיקולים ואינטרסים נוגדים.

ד. ניתוח פסק דין Bromley – מקור נורמטיבי חדש לחובת אמון אלטרואיסטית

2.34 מפס"ד Bromley, כפי שמנתח אותו הלורד דינג בספרו **The Closing Chapter**, עולה אם כן כי קיימת חובת אמון חדשה, פרי הפסיקה, של הרשות הציבורית כלפי הציבור הרחב, הנלמדת בדרך של היקש ממוסד הנאמנות והחלה כתוצאה מן התפקיד המחייב לאזן בהגינות בין אינטרסים נוגדים.

אין זו חובת אמון היוצאת מנקודת הנחה כי לרשות אין משלה ולא כלום, אלא חובת אמון הנובעת מחמת עצם אופיו המעין שיפוטי של תפקיד האיזון בין האינטרסים, שעליהם הופקד אדם או גוף מסוים.

2.35 דוק, גם ביסודה של חובת אמון זו עומדת החובה לנהוג בהגינות. חובה זו, הנובעת מן התפקיד המעין שיפוטי של יצירת איזון בין אינטרסים נוגדים, הינה באופן מובהק, ומחמת עצם טיבה וטבעה: חובה אלטרואיסטית. למעשה, זהו האלטרואיזם בטהרתו, המאפיין מי שנושא בתפקיד שיפוטי. במקרה זה נדרשת חובת הגינות ברמה המרבית, אף בלא קיומם של יחסי תלות בהם שולט האחד על נכסי זולתו או על כוחותיו, כאשר לו עצמו אין בהם ולא כלום.

2.36 וכאן מגיעים אנו לחידוש הגדול הנובע מהגדרת מהותם של יחסי אמון אלו, כנובעים מן התפקיד המעין שיפוטי כאמור, ולפיו: האוחז במאזניים חייב לנהוג בהוגנות, גם אם על אחת מכפות המאזניים מונח אינטרס אישי שלו. בשעת השקילה והאיזון בין האינטרסים השונים נדרשת הגינות אלטרואיסטית, המתעלמת מן העובדה שהכרעה נוגעת גם לאינטרסים אישיים של המכריע. חובת ההגינות האלטרואיסטית נובעת במקרה זה מן התפקיד השיפוטי ולא מהיותו של האוחז במשקל אדם ניטרלי שאין לו משלו ולא כלום. הנורמה שבה עסקינן במקרה זה מחייבת שמירה על מידת הגינות ברמה הגבוהה ביותר, כיאה למי שאינו עוסק בשלו. ואולם, נורמה זו נובעת מן התפקיד המעין שיפוטי ולא מן העובדה כי אכן במסגרת התפקיד האמור לא נדרשת הכרעה ביחס לאינטרס אישי של בעל התפקיד.

- 2.37 נמצאת למד כי קיימת חובת אמון אלטרואיסטית, שאינה יוצאת מנקודת הנחה כי לגוף הגדון אין משלו ולא כלום, וזוהי חובה הנובעת ממהותו של התפקיד ולא ממהותו של הנושא בתפקיד. חובת אמון זו, שהתחדשה בפס"ד **Bromley** בהתאם להסברו של לורד דנינג, מאפשרת לנו להכריע בסוגיה דנא במישור הנורמטיבי, מבלי לצאת מנקודת הנחה כי לחברה הממשלתית אין משלה ולא כלום. די לנו בכך כי נסיק כי החברה הממשלתית מופקדת על אינטרסים נוגדים שעליה לאזן ביניהם, כדי שיהא בידינו מקור נורמטיבי להגדרת יחסיה עם הציבור במילוי חובת איזון זו, כיחסי אמון אלטרואיסטיים הנובעים מן התפקיד המעין שיפוטי שהיא ממלאת בביצוע תפקידה זה.
- 2.38 השקפה זו הינה אכן חידוש גדול, ומשנקבעה בפס"ד **Bromley**, דומנו כי נגלתה לפנינו דרך לקבוע נורמת התנהגות מתאימה לפעולתה של החברה הממשלתית. הבסיס הנורמטיבי שאחריו תרנו, לא זו בלבד שנמצא, אלא שהעובדה כי המדובר בחובת אמון הנובעת ממהות התפקיד ולא ממהותו של הגוף הנושא בתפקיד, מאפשרת גם להתוות רמה ערכית רצויה ומחייבת, וגם להותיר מקום לשיקולים ספציפיים של חברות ממשלתיות מסוגים שונים, הפועלות בתנאי שטח שונים, כפי שנראה להלן.

ה. המודל המוצע ביחס לחברות הממשלתיות

ה(1) יישום הלכת Bromley ביחס לחברות הממשלתיות

2.39 קיומה של חובה לנהוג בהגינות, כתוצאה מקיומם של יחסי אמון אלטרואיסטיים, שאינם נובעים מכך שלרשות אין משלה ולא כלום, אלא מחמת תפקידה המעין שיפוטי של הרשות לאזן בין אינטרסים נוגדים, פותרת את הקונפליקט דלהלן, הקיים ביחס לחברה הממשלתית.

מחד גיסא, קביעה לפיה לחברה הממשלתית אין משלה ולא כלום וכל אשר יש לה מוחזק בנאמנות למען הציבור - על אף היותה חברה שפקודת החברות חלה עליה, לרבות הכלל בדבר קיומה של אישיות משפטית נפרדת, ועל אף קביעתו של סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות כי שיקולי הפעלתה של החברה הממשלתית יושוו לאלו של חברה שאינה ממשלתית - היא קביעה מרחיקת לכת. ברור מדוע נמנעו בתי המשפט מלקבוע כך עד כה.

מאידך גיסא, פטור בלא כלום אי אפשר וקביעה, לפיה פטורה החברה הממשלתית לחלוטין מכללי המשפט הציבורי ובי מותר לה להפלות בין שווים ולנהוג בשרירות, אף כאשר צרכים כלכליים אינם מחייבים זאת, הינה גם כן קביעה מרחיקת לכת.

ואולם, בעקבות הלכת Bromley, שוב אין צורך לקבוע כי לחברה הממשלתית אין משלה ולא כלום כדי להחיל עליה חובת אמון כלפי הציבור הרחב. בפסק דין זה מצינו מקור לקיומם של יחסי אמון אלטרואיסטיים, שאינם נובעים מן השליטה על נכסי הזולת. חובה זו עשויה לחול אם כן גם על מי שמופקד על השאת טובתו הוא, ובלבד שהוטל עליו תפקיד לאזן בין אינטרסים מתנגשים. תפקיד זה עליו למלא בהוגנות ובהגינות, כפי המתחייב מעצם מהותו של התפקיד, לאזן בין אינטרסים ולאחוז במשקולת כראוי.

2.40 ואכן, החברה הממשלתית היא כלי, שכל תכליתו לאזן בין אינטרסים. המחוקק יצר כלי משפטי זה במחשבה תחילה: לאפשר לממשלה לנהל אינטרס לאומי מסוים תחת עינה הפקוחה, אך מחוץ למערכת האורגנים שלה. מצד אחד, תכליתה של העברת פעילות זו לגוף משפטי נפרד, הינה

לנהל את הפעילות ביעילות, במשק סגור השואף להיות כלכלי, יעיל ואף עצמאי ככל שניתן ובלתי תלוי במשאבים לאומיים. ומצד שני, הממשלה לא הפקיעה את הטיפול בתחום האמור מרשות הרבים, אלא הותירה אותו בידי גוף המוחזק על ידי הציבור, ומצוי בהשגחתו ובמידה רבה בשליטתו.

לא זו אף זו, בנסיבות מסוימות מזהה הציבור, שהינו גם בעל המניות הראשי בחברה הממשלתית את פעילות החברה עם פעילות הממשלה, המיישמת באמצעות חברה זו את מדיניותה. אך טבעי והגיוני הוא כי החברה הממשלתית תיתפס בעיני הציבור כגוף החייב לשמור על תדמית הולמת ועל ערכים של יושר והגינות שהציבור מצפה להם מגוף ציבורי. ושוב מאידך גיסא, חלילה לנו מלהחיל על החברה הממשלתית מגבלות ביוורקרטיות העלולות לפגום בכושרה הכלכלי ובגמישות פעולתיה, בעת התמודדותה בשוק החופשי על צרכיו הדינמיים.

2.41 תפקידה של החברה הממשלתית הינו על כן: לאזן בין האינטרס הציבורי, לרבות האינטרס של הציבור כי החברה הממשלתית תנהג בהתאם לציפיותו ותפעל בדרך ההולמת מבחינה ערכית רשות ציבורית, לבין האינטרס לנהוג כחברה עסקית המתנהלת כמשק סגור ודואגת לרווחיותה ולעצמאותה. מפס"ד **Bromley** נמצאת למד כי חובה זו לאזן בין אינטרסים נוגדים גוררת בעקבותיה חובת אמון. ומכאן ניתן להסיק כי על החברה הממשלתית מוטל לערוך איזון זה בין האינטרסים הנוגדים המופקדים בידיה - בנאמנות, כפי שנאמן, אשר בידי מופקדים אינטרסים של נהנים שונים, מחויב לאזן ביניהם בהגינות, ביושר ובלא משוא פנים.

2.42 הלכת **Bromley** ניתנת אם כן ליישום בכל הנוגע לחברה הממשלתית ויישומה אף מתבקש לנוכח מהות התפקיד המוטל באופן מובנה על החברה הממשלתית, אשר האיזון בין אינטרסים נוגדים הוא, כפי שנראה להלן, מן הטעמים העיקריים לעצם הווייתה. בכך נמצא לפנינו מקור נורמטיבי, אשר ממנו נובע כי קיימים יחסי אמון בין החברה הממשלתית לבין הציבור הרחב, המחייבים את החברה הממשלתית לנהוג בנאמנות בביצוע תפקידה האמור, על כל חובות ההגינות הנובעות מכך. חובות אלו הן חובות אלטרואיסטיות, כאשר החברה הממשלתית ממלאת בהקשר זה שני תפקידים. האחד - להגשים את הפעילות אשר לשמה הוקמה חברה זו, והשני - מיקדמי: לאזן בין האינטרס הפרטי שלה להפיק רווחים מרביים ולהשתחרר מכבליהן של חובות משפטיות מכל מין וסוג שהוא, ככל שרק ניתן, לבין האינטרס הציבורי הכולל את הצורך לפעול בהתאם

לרמה נורמטיבית הולמת. באיזון זה, הנעשה בעת שנקבעת דרך פעילותה של החברה הממשלתית ובטרם שהחברה פועלת הלכה ולמעשה, מוטל עליה לפעול בהגינות, שאינה הגינות בין יריבים. אכן, אין זו ההגינות הנוהגת ביחס למי שנמצא באותו צד של המתרס ביחד עם הציבור. אך זו הגינות של שופט, הנמצא מעל צידיו השונים של המתרס ומאזן ביניהם, על פי צורכיהם האמיתיים של שני הצדדים בנסיבות הספציפיות שלפניו.

2.43 **נמצא כי משמעותה של חובת האמון האמורה, כשאנו באים ליישמה בכל הנוגע לחברה הממשלתית היא, כי על החברה הממשלתית לאון בהגינות המרבית בין האינטרס הציבורי - לרבות האינטרס של הציבור כי החברה תפעל בהתאם לנורמות של משפט ציבורי, לבין האינטרס שלה עצמה, להשתחרר בכל שניתן מכבלים ולדאוג לרווחתה המקסימלית כאישיות משפטית נפרדת. ואולם, כאמור, חובת האמון האמורה אינה נובעת מן האובייקטיביות הנדרשת ממי שפועל לטובת הזולת ללא אינטרס עצמי - אלא מחמת עצם הגדרתו של התפקיד המוטל על החברה הממשלתית כתפקיד שתכליתו לאון ולגשר בין אינטרסים נוגדים.⁴⁰**

ה(2) החובה לאון כראוי בין אינטרסים - במהות המשפט הציבורי

2.44 **ההכרה בקיומה של חובת אמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב, מכוח התפקיד המוטל עליה באורח מובנה לאון בין אינטרסים נוגדים, ובהתאם להגיונו של פס"ד Bromley, מתווה נורמה התנהגותית, המכפיפה למעשה את החברה הממשלתית לכללי המשפט הציבורי. זאת, לא רק מחמת החובה לנהוג בהגינות בעת ביצוע האיזון האמור, הגינות שעליה מושתתים כללי המשפט הציבורי, אלא גם מכיוון שהמשפט הציבורי אינו אלא מערכת של כללים שתכליתה להביא לביצועו של איזון ראוי בין תפקוד הרשות המינהלית ויעילותה, לבין ציפיותו של הפרט כי יתנהגו עימו בהתאם לרמה נורמטיבית הולמת. זהו היסוד המוסד והתכלית של המשפט הציבורי והוא זהה לחובה המוטלת על החברה הממשלתית לאון בהגינות בין האינטרסים השונים שהופקדו בידיה.**

40 **בהקשר זה, יש לזכור כי על אף היותה של החברה הממשלתית גוף בעל אישיות משפטית נפרדת, האמורה לפעול כמשק סגור, הרי שבסופו של יום, חלק הארי של רווחיה שייך לציבור, שהרי המדינה היא בעל המניות העיקרי בחברה הממשלתית. גם השאת רווחי החברה מהווה על כן, במידה רבה, אינטרס ציבורי. משום כך, בעת שהחברה הממשלתית נדרשת לאון בין שיקולים של טובת החברה לבין שיקולי טובת הציבור, יש כאן במידה רבה איזון בין שני אינטרסים ציבוריים, אשר רק למראית עין האחד מהם הוא אינטרס "שלה" והשני הוא אינטרס של הציבור.**

2.45 כך מוצאים אנו כי כבי' השופט ברק מגדיר את המשפט הציבורי⁴¹ כשדה קרב שבו נאבקים האינטרסים של המינהל הציבורי להגשים את מטרותיו להבטחת אינטרס הציבור, עם האינטרסים של היחיד לשמור על זכויותיו. תפקידה של הרשות הציבורית הוא לאזן בין אינטרסים מתנגשים אלה, על פי תפיסתה שלה את לשון החוק ומטרתו. תפקידה של הרשות השופטת בהקשר זה, הוא לבדוק אם איזון זה נעשה כדין. במקום שהאיזון של הרשות השופטת שונה מהאיזון של הרשות המינהלית, על הרשות השופטת להתערב ולומר את דברה - וזהו המשפט הציבורי.⁴²

2.46 לשם בחינת סבירותה של החלטה מינהלית, על בית המשפט לאתר את הערכים המבטאים את מטרת החקיקה ולאזן ביניהם על פי מטרה זו. ערכים אלה משתנים כמובן מחוק לחוק ומשקלם היחסי משתנה מחוק לחוק. בעיקרו של דבר משקפים ערכים אלה בדרך כלל את האינטרס הציבורי, מחד גיסא, ואת האינטרס של הפרט, מאידך גיסא, וכללי המשפט הציבורי הנקבעים על ידי בית המשפט מכוונים את הרשות למציאת נקודת האיזון ביניהם בצורה סבירה והוגנת.

2.47 בהתאם לכך, החובה המוטלת על החברה הממשלתית לאזן באופן הוגן וראוי בין האינטרס הספציפי שעליו היא מופקדת, לבין צורכי הפרט הבא עימה במגע - ובהם האינטרס של הפרט כי יפעלו עימו באורח הוגן כיאה לרשות ציבורית, אינה אלא מהות המשפט הציבורי, והיא זהה לחובה המוחלטת על כל גוף שלטוני לנהוג בהגינות ובסבירות.

2.48 הקביעה כי החברה הממשלתית חבה חובת אמון כלפי הציבור הרחב, בעת האיזון בין האינטרסים השונים שעליהם היא מופקדת, מהווה אם כן הכרעה נורמטיבית בשאלה בה עסקינן, ונובעת הימנה, הן במישור הפורמלי והן במישור המהותי, התוצאה לפיה כפופה החברה הממשלתית לכללי המשפט הציבורי.

ה(3) מעין "הלכת השתחררות" כתוצאה מחויבת מן המקור הנורמטיבי ליחסי האמון

2.49 על אף מסקנתנו בדבר כפיפות החברה הממשלתית לכללי המשפט

41 בג"צ 389/80 דפו זהב נ' רשות השידור, פד"י לה(1) 421, 447; וכן א' ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 29, בעמ' 482.

42 ראה בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמטרה, פד"י לד(2) 169.

הציבורי, מסתבר לאור מקורה של חובת האמון החלה על החברה הממשלתית, כי קיים שוני רב בין כללי המשפט הציבורי המוטלים על הרשות הציבורית לבין הכללים שיחולו כתוצאה מחובת האמון האמורה על החברה הממשלתית.

אכן, הרמה הנורמטיבית הנדרשת והכללים הנגזרים הימנה הינם שווים. אלו כללים המחייבים התנהגות סבירה וברמה עליונה של הגינות, בהתאם למטרות הספציפיות של האינטרס הציבורי שעליו מופקדת הרשות. ואולם, כאשר המקור הנורמטיבי הוא יחסי אמון הנובעים משליטה על הזולת וממהותו של גוף כמי שאין לו משלו ולא כלום, הרי שמשורה זו - אין להשתחרר. זוהי רמה ערכית, אשר הרשות הציבורית המופקדת על האינטרס של זולתה חייבת למלא אחריה, ויהא אשר יהא המחיר הכלכלי שיהא עליה לשלם בגין מילוי חובתה לפעול בהתאם לסטנדרט הערכי האמור.

לא כן הדבר כשמדובר בחובה לאון בהגינות בין אינטרסים. איזון בין אינטרסים תלוי מטבע הדברים במשקלם המשתנה של האינטרסים השונים שביניהם יש לאון, לנוכח הנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה, ולעיתים יהא זה הוגן מצידה של החברה הממשלתית להעדיף את השיקול העסקי על פני השיקול הנורמטיבי המתנגש עימו, לנוכח העובדות העומדות על הפרק.

העובדה כי חובת האמון שבה עסקינן אינה נובעת ממהות הגוף הנדון כמופקד על אינטרסים ציבוריים, אלא ממהות התפקיד, מחייבת התחשבות בצרכים הספציפיים המתעוררים בעת ביצועו של תפקיד זה. וכאן נפתח הפתח להחלת כללי המשפט הציבורי תוך מתן ביטוי לצורכיהן הייחודיים של חברות ממשלתיות שונות.

2.50 בהתאם לאמור מתגבש והולך מודל, אשר לפיו חלה על החברה הממשלתית חובת אמון כלפי הציבור הרחב אשר ממנה נגזרים כללי המשפט הציבורי. ואולם, חובה זו אינה מוחלטת, והיא מתבטאת בדרישה לאון בהגינות בין האינטרסים שעליהם היא מופקדת ושלשם הוקמה, לבין האינטרס של הציבור כי החברה הממשלתית תפעל בהתאם לנורמות ראויות. איזון זה פירושו כי יובאו בחשבון גם שיקולים עסקיים. ברור כי איזון הוגן אינו מתבטא בהכרעת הכף לעולם לצד הנורמטיבי של הכף, שאם לא תאמר כן אין זה איזון, אלא הכרעה קבועה לטובת אינטרס אחד.

מן החובה המוטלת על החברה הממשלתית לאזן באופן הוגן בין האינטרסים השונים, לא עולה אם כן כי בכל מקרה היא עליה להכריע לטובת הנורמות שהציבור מצפה מן החברה הממשלתית כי תפעל על פיהן, ובנסיבות מסוימות היא בידה להשתחרר מנורמות אלו ולהעדיף על פניהן את צרכיה העסקיים. נמצא כי כאשר צרכים עסקיים חיוניים יחייבו את החברה הממשלתית לסטות מכללי ההתנהגות שמכתיב המשפט הציבורי, היא זה מוצדק אם החברה הממשלתית תהא משוחררת מכללים אלו, שכן זו המשמעות האופרטיבית של איזון נאות והוגן בין האינטרסים המתנגשים, באותו מקרה ספציפי על נסיבותיו המיוחדות.

2.51 הפתרון הנורמטיבי המוצע מביא אם כן לתוצאות האופרטיביות הבאות:

א. החברות הממשלתיות יוכפפו מבחינה עקרונית לחובות המשפט הציבורי ויהיו מחויבות להגשים את ציפיות הציבור מהן במישור הנורמטיבי.

ב. מכיוון שתחולת כללי המשפט הציבורי במקרה זה נובעת מחובת האמון השוררת בעת ביצוע התפקיד המובנה של החברה הממשלתית לאזן בין אינטרסים, הרי שהחברה הממשלתית תוכל להשתחרר מחובות המשפט הציבורי, כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת, וכאשר גם באיזון הוגן בין האינטרסים נוטה הכף לטובת האינטרס העסקי של החברה הממשלתית.

2.52 ויצוין, תוצאות אופרטיביות אלו מהוות מודל, שהוחל והופעל כבר על ידי כב' השופט זוסמן בסוגיה משפטית אחרת. כפי שנראה להלן, המערכת השיפוטית נתקלה כבר בקונפליקט דומה ועיצבה פתרון מסוג זה בתחום חוזי הרשות. הקונפליקט שנוצר בסוגיה זו היה כדלקמן.

מחד גיסא, ברור היה כי ממשל מודרני אינו יכול לנהל את פעילויותיו באורח יעיל, חסכוני ואמין בלא התקשרות בחוזים ובלא כיבוד החוזים שבהם הוא מתקשר. הערך של כיבוד חוזה הינו ערך עליון, הן מבחינה נורמטיבית והן מבחינה חברתית, ומן הדין כי יחול במיוחד על הרשות, אשר לא יעלה על הדעת כי תוכל לנהוג באופן שאינו אמין והוגן.

ומאידך גיסא, לא מסתברת באותה מידה נוסחה משפטית המובילה למסקנה בדבר הגבלת שיקול הדעת ומרחב התמרון בפעילות הרשות לטובת הכלל, מחמת קיומה של התחייבות חוזית כלפי מאן דהוא ספציפי, שניתנה בנסיבות ספציפיות בעבר. יש לאפשר על כן לממשל ריבוני לנהל

מדיניות גמישה ומתואמת לשינויי העיתים והצרכים, ובלבד שהמודד העליון לפעילותו הוא טובת הכלל.

שיקולים נוגדים אלה מגיעים לידי עימות חזיתי במקרים שבהם הרשות, מטעמים המעוגנים בטובת הציבור, כורתת חוזה, והנסיבות שהתפתחו לאחר מכן מלמדות כי טובת הציבור מחייבת לפעול בניגוד למוסכם. במקרים אלה, ניצבים זה כנגד זה צרכי השלטון התובעים התרת החוזה וטובת הפרט המחייבת את קיומו.

2.53 בכל הנוגע לקונפליקט זה בין האינטרסים הסותרים נקבעה "הלכת ההשתחררות מחוזי רשות". בהתאם להלכה זו הרי שהכלל הרחב הוא כי הרשות מחויבת באופן עקרוני לכבד חוזים שאותם היא כורתת ובהעדרו של נימוק מיוחד, יש להקפיד על קיומו של חוזה, באופן מיוחד, כשהצד לחוזה שבו עסקינן הינו הרשות הציבורית.

ועם זאת, מותירה הלכה זו אפשרות לחרוג מן הכלל האמור ומתירה לרשות להשתחרר מחוזה, כאשר "צרכי ציבור חיוניים אינם מתיישבים עם קיומו ועם מילוי תנאיו" (להלן: "הלכת ההשתחררות מחוזי רשות").⁴³ המודל המוצע על ידינו להחלת כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות במישור העקרוני, בכפוף ליכולת להשתחרר מחובות אלו כאשר צרכים עסקיים חיוניים יחייבו לעשות כן, דומה אם כן במהותו, לפתרון שכבר מופעל להלכה ולמעשה בפסיקה בכל הנוגע להשתחררות מחוזי רשות.

ה(4) המודל המוצע ביחס לחברות ממשלתיות

2.54 החברות הממשלתיות ניחנו כאמור ב"דואליות פונקציונלית" וכל תכליתן לאון בין הרצון לשמור על פעילות מסוימת תחת עינה הפקוחה של הממשלה לבין הרצון לנהל פעילות זו באורח עסקי ויעיל.

43 בג"צ 311/60 מילר מהגרס (סוכנות ויכוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פד"י טו 1989, 2005, מפי כב' השופט זוסמן. הלכה זו אומצה בסדרה של פסקי דין: בג"צ 242/70 לביב נ' שר האוצר, פד"י כד(2) 313, 315; בג"צ 124/79 צובא נ' שר הבטחון פד"י לד(2) 752, 754; ע"א 64/80 בנק איי בריטניה בע"מ (במירוק) נ' מדינת ישראל - משרד השיכון, פד"י לח(3) 589, 600; בבג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פד"י מג(ג) 393, 400, הוחלה הלכה זו גם על השתחררות מעסקת טיעון. לעניין זה ראה בהרחבה: ג' שלו, דיני חוזים (דין, הוצאה לאור בע"מ, ירושלים, תש"ן) בעמ' 662, 667. עניין זה גם ידחף להלן.

"הדואליות הנורמטיבית" המחייבת החלת נורמות מן המשפט הציבורי, נוסף לנורמות מן המשפט הפרטי, על רשות ציבורית כשהיא פועלת בתחום המשפט הפרטי, אינה תואמת תמיד לגוף הניחן בדואליות פונקציונלית.

כאמור, גם קיים קושי לראות בחברה הממשלתית גוף שאין לו כל אינטרס אישי משלו ואשר יש להכפיפו לנורמות אלטרואיסטיות, אף במקום שבו מחייבים צורכי החברה לסטות מכללים אלו.

משום כך, אין אנו מציעים להגיע למסקנה כי לחברה הממשלתית אין משלה ולא כלום, והמודל המוצע אינו כופה דואליות נורמטיבית בכל תנאי, אלא שואף אליה ונכון להשתחרר ממנה, כשהפונקציה העסקית של החברה הממשלתית מחייבת זאת.

2.55 אנו מציעים על כן פתרון מקביל לזה שנקבע בפסיקה בכל הנוגע ל"הלכת ההשתחררות מחוזי רשות", ולפיו יחולו כללי המשפט הציבורי על כלל החברות הממשלתיות, ועם זאת, יינתן ביטוי לצרכים ספציפיים של חברות שונות, בכך שכאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים לסטות מכללי המשפט הציבורי תוכל החברה הממשלתית להשתחרר מחובות אלו ביחס לאותן נסיבות. וכאמור, לדעתנו, מודל זה מתחייב לנוכח המקור הנורמטיבי של חובת האמון, אשר מכוחו מציעים אנו להסיק את דבר תחולתם של כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית (פס"ד Bromley).

בהתאם להלכה זו תהא החברה הממשלתית מחויבת לאזן בין האינטרסים הנוגדים שעליהם היא מופקדת - בהגינות ובסבירות. ואולם, איזון זה משמעו כי יש להביא בחשבון גם את טובת החברה הממשלתית ואת צרכיה הספציפיים - בכל מקרה ומקרה, וכי בנסיבות מסוימות יגברו צרכים עסקיים אלו על הכללים הנורמטיביים של המשפט הציבורי.

2.56 לפי המודל המוצע, תאומץ הלכת Bromley ותקבע חובת אמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב במונח זה שעליה לאזן בהגינות ובסבירות בין האינטרסים המופקדים בידה. איזון זה יהא מחויב בטרם שהחברה הממשלתית תנקוט בדרך פעולה מסוימת, ובמסגרת זו יבואו לידי ביטוי הן האינטרס העצמי שלה כחברה לכל דבר ועניין, ובכלל זה האינטרס להיות משוחררת מכבלים חופשית לעשות כאוות נפשה לשם

השאת רווחיה, והן האינטרס הציבורי ובכלל זה ציפיות הציבור כי החברה הממשלתית תפעל כיאה לגוף ציבורי.

חובת אמון זו מביאה לתחולתם העקרונית של כללי המשפט הציבורי, בהתאם לציפיות הציבור. ועם זאת תוכר זכותה של החברה הממשלתית להשתחרר מכללים אלו, באותם המקומות שבהם מחייבים צרכים עסקיים חיוניים לסטות מהם. כל עוד שהאזון בין האינטרסים הנוגדים הינו סביר והוגן, אל לנו להלין על חברה ממשלתית זו. בכך ממלאים אנו אחר העיקרון במישור הנורמטיבי ומחילים על החברה הממשלתית נורמות הולמות (כפי שעקרון קדושת החוזים מחייב כי הרשות תהא כפופה לחוזה שאותו היא כורתת). ואולם, לכל חברה וחברה ממשלתית, על פי הנסיבות המגוונות שמזמנים לה חיי המעשה, תינתן האפשרות להשתחרר מכללים אלו - אם אין הם מתיישבים עם צרכיה החיוניים, חאת לנוכח העובדה, כי במקרים אלו יחייב האזון ההולם וההוגן בין האינטרסים, להעדיף את טובתה העסקית של החברה הממשלתית.

2.57 דרך זו תאפשר להימנע מטלטלה עזה וממסקנות קיצוניות בהחלת נורמות של משפט ציבורי על חברות ממשלתיות, והיא מאפשרת להביא לידי ביטוי מגוון של שיקולים הקיימים בחברות ממשלתיות שונות.

כך למשל ברור, כי בחברה המצויה בתחרות מסחרית קשה, תהא נקודת האזון בין האינטרס הציבורי לאינטרס של החברה מוצבת במישור גיאומטרי שונה לחלוטין מאשר בחברה ממשלתית שאינה מצויה בתחרות שכוו, או המהווה אף מונופול. כמו כן, ציפיית הציבור באשר לדרך הפעולה הנדרשת מגוף המצוי בתחרות עסקית קשה הינה שונה לחלוטין ממידת הציפיות ביחס לגוף שהינו מונופול. בהקשר זה יש לזכור כי גם כללי המשפט הציבורי, החלים על הרשות עצמה, מקבלים מימד גמיש יותר בתחום המשפט הפרטי, באשר מדובר במסגרת של יחסים וולונטריים.⁴⁴

ועם זאת, יש בקביעה האמורה כדי להביא להעלאת הרמה הנורמטיבית בהתנהגות החברות הממשלתיות, שהרי בהתאם לקביעה כי יחסי האמון שנקבעו בהלכת Bromley מכוח היקש למוסד הנאמנות, חלים על החברה

44 בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פד"י (3) 729, 749; ע"א 516/87 מדינת ישראל נ' בלייכנפלד, פד"י מב(3) 244, 248. כמו כן ראה לעניין זה בג"צ 143/64 סלמון ארטו נ' עמירר החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פד"י יח(3) 51, 57, וכן: G. Shalev "Administrative Contracts" 14 Isr. L. Rev. (1979) p. 444.

הממשלתית, ברור יהא כי בכל מקרה שבו שיקולים כלכליים חיוניים אינם מצדיקים (וליתר דיוק אינם מחייבים) התנהגות הסוטה מן הסטנדרט ההולם נורמות של משפט ציבורי, יוכל הצד הנפגע לקבל סעד משפטי.

2.58

מודל זה מאפשר, מחד גיסא, למנוע תופעות של הפליה פסולה וכיו"ב התנהגויות שלא יעלה על הדעת כי חברה ממשלתית תוכל להרשותן לעצמה, וזאת כאשר ניהול כלכלי ויעיל אינו מצדיקן. ועם זאת, יש במודל זה מן הגמישות המאפשרת לסטות מן הכללים שקבע המשפט הציבורי, כאשר האינטרס הכלכלי הספציפי של החברה הממשלתית המסוימת שבה עסקינן, מחייב, במקרה הספציפי הנדון, לסטות מנורמה מסוימת שמתווה המשפט הציבורי.

ו. מותר חובת האמון החדשה על פני טשטוש הגבולין השורר בין משפט פרטי למשפט ציבורי

ו(1) איזור מפורז וקו גבול חד

- 2.59 קיימת מגמה בבית המשפט העליון, כפי שעוד נראה להלן, להעלות בכל עת את הרף הנורמטיבי הנוהג ביחס לגופים פרטיים ולהחיל חובות שהינן מקבילות מאוד לכללי המשפט הציבורי גם כאשר מדובר בגופים פרטיים. לשם כך נעשה שימוש בחובת תום הלב החוזית, בעקרון תקנת הציבור וב"עקרונות שסתום" נוספים מן המשפט הפרטי.
- 2.60 הקרבה שבין עקרון תום הלב החוזי לבין רמת ההגינות הנדרשת מן הרשות הציבורית במסגרת כללי המשפט הציבורי הסתמנה כבר בפסק הדין שקבע את תחולתה של ה"דואליות הנורמטיבית", לפיה חלים כללי משפט ציבורי בצד כללי המשפט הפרטי על הרשות הציבורית, בעת שזו פועלת בתחום המשפט הפרטי.⁴⁵ בפסק דין זה מציין כב' השופט ברק כי על הרשות חלים כללי המשפט הציבורי גם בפעילותה בתחום המשפט הפרטי, ואולם הפער בין חובות ההגינות המוטלות על הרשות לבין החובות המוטלות על הפרט אינו גדול, והוא עוד ילך ויצטמצם, לנוכח העובדה כי הדין, שנקבע במסגרת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, מחיל גם על הפרט את החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת.
- 2.61 נמצא כי במישור המשפט הפוזיטיבי כאשר באות נורמות אלו לכלל יישום, ילכו הפערים בין הנורמות ויצטמצמו עם העלאתו המודרנת של הרף הנורמטיבי בתחום חובת תום הלב מתחום המשפט הפרטי, ועם הורדתו המודרנת של הרף הנורמטיבי והתאמתו לצורכי החיים, בתחום חובת ההגינות החלה על הרשות הציבורית הפועלת בתחום המשפט הפרטי.⁴⁶

45 בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, שם, בעמ' 749. וראה גם בג"צ 311/60 מילר מהגדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', (לעיל הערה 43, בעמ' 2004, מול האות ז).

46 כב' השופט ברק מציין בבג"צ 840/79 מרכז הקבלנים, שם, בעמ' 748, כי על אף שעל המדינה מוטלת החובה לנהוג ביושר ובהגינות בנייהול ענייניה בתחומי המשפט הפרטי, מן הראוי הוא כי תוכנה של חובה זו - להבדיל מעצם קיומה - ייקח בחשבון את העובדה כי המדינה פועלת במשפט הפרטי, ואלה הבאים עימה במגע פועלים על פי שיקליהם הם. בהקשר זה ראה גם ע"א 516/87 מדינת ישראל נ'

2.62 ועם זאת, ציינו בפרק הקודם, כי במישור הנורמטיבי קיים פער רב בין שתי הקונספציות השונות, ולא ניתן להסיק מכוח קיומה של האחת את קיומה של רעותה, שכן עקרון תום הלב יוצא מנקודת הנחה כי לכל צד אינטרס לגיטימי משלו ואילו המשפט הציבורי מבוסס על הנחת יסוד לפיה אין לרשות משלה ולא כלום. משום כך ציינו כי כדי להחיל על החברה הממשלתית את חובות המשפט הציבורי, מן ההכרח הוא למצוא עיגון לקיומה של מערכת יחסי אמון אלטרואיסטית, באשר רק במסגרת חובת אמון מסוג זה חלים כללי המשפט הציבורי ונערכת ההבחנה בין גוף פרטי לבין גוף ציבורי, כשעל האחרון מוטלת חובת הגינות גבוהה יותר. אשר על כן, בבואנו לעגן תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, תרנו אחר מקור נורמטיבי הולם, אשר מכוחו עשויה לצמוח חובת נאמנות - אלטרואיסטית - של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב ופנינו לחובת האמון הקבועה בפס"ד *Bromley*.

2.63 להבדלים אלו במישור הנורמטיבי יש השלכות מעשיות מהותיות ביותר. אכן תחומי המשפט השונים הולכים ומתקרבים זה לזה ונוצר איזור מפורז בין הנורמות השונות, שבו יחולו שתיהן בערבוביה ובלא הבדל מהותי בין משפט ציבורי למשפט פרטי, כשיש מעבר של נורמות מתחום אחד לרעהו באמצעות "העקרונות היסודיים של השיטה המשפטית". בדרך זו הולכת ונוצרת תופעה של "כלים שלובים", כאשר מזיגת רמה נורמטיבית לאחד מן הכלים משנה את פני המפלס הנורמטיבי ברעהו.

ואולם, קיימות מספר אבני בוחן מהותיות, כגון: חובת השוויון, איסור ההפליה, חובת ההנמקה, החיוב לקיים הבטחה מינהלית והלכת ההשתחררות מחוזי רשות, שבהן קיים וממשיך להתקיים קו גבול חד בין גוף ציבורי, החב חובת אמון אלטרואיסטית לציבור ומשלו אין לו ולא כלום, לבין גוף פרטי, הנהנה מחירות אישית לדאוג לעצמו ולמאוויו הכמוסים עמו. ניתוח פס"ד בית יולס נ' רביב בנוגע לעקרון השוויון ימחיש עד למאד קו חשיבה זה.

2.64 משום כך, ננתח להלן את פסק הדין בעניין בית יולס נ' רביב ונצביע במה נבדלים, במישור המעשי, הכללים הנובעים מחובת אמון אלטרואיסטית,

בלהכנפלי, לעיל הערה 44, בו קובע כב' השופט גולדברג, בעמ' 248, כי חובת הרשות לפעול על פי כללי המשפט הציבורי בהיותה נאמן הציבור גבוהה יותר מאשר תום הלב המוטלת על הפרט, ואולם את הנורמות החלות על הרשות הציבורית הפועלת בתחום המשפט הפרטי יש להתאים למערכת היחסים של המשפט הפרטי המבוססים על יחס וולונטרי. כמו כן ראה לעניין זה בג"צ 143/64 סלמון ארטו נ' עמירד החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, לעיל הערה 44, בעמ' 57, וכן: Shalev, "Administrative Contracts" *supra* note 44, p. 144.

מן הנורמות והכללים אשר ביסודם לא ניצבת חובת אמן כאמור. בהקשר זה נראה כיצד ניסיון לעגן את עקרון השוויון בנורמה של חובת תום הלב נתקל בקושי רב. בה בעת, הבנה, לפיה חלה חובת אמן אלטרואיסטית, הניצבת בבסיס מערכת היחסים הנדונה (בהתאם למודל המוצע לעיל), מביאה לידי תחולתו הבהירה והברורה של עקרון השוויון - גם על גוף פרטי.

ו(2) יישום המודל המוצע ביחס להלכת בית יולס נגד רביב

2.65 בע"א 207/79 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח' 47 נדון עניינו של גוף פרטי, המחזיק ומפעיל בית אבות. גוף זה פרסם מכרז להקמת בית אבות חדש וציין מפורשות כי "אין הנהלת המוסד מחויבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא". ואכן, מבין חברות הבנייה שהתחרו במכרז הועדפה חברה על שום היותה ציבורית, ואחר כך נוהל עימה משא ומתן כדי להויל את מחיריה. דא עקא, חברה זו, לא עמדה בדרישות המכרז בעניין החובה להפקיד ערבות בנקאית בשיעור של 5% מגובה ההצעה, באשר חברה זו הפקידה ערבות של חברה בת שלה, חלף ערבות בנקאית. בכך נפגעו לכאורה תנאי השוויון במכרז. כב' השופט ברק, אשר ביטא את דעת הרוב, הגיע לתוצאה משפטית, לפיה כל הנוטל חלק בהליכי מכרז חייב לקיים את תנאיו ועליו לנהוג ביושר, בהגינות, תוך מתן הזדמנות שווה לכל ותוך התייחסות בתנאים של שוויון וללא הפליה. חובה זו חלה, לדידו של השופט ברק, אף על גוף פרטי, והיא נובעת מעקרון תום הלב החל בדיני חוזים גם בשלב הטרום חוזי.

כב' השופט ש' לויץ, אשר ביטא את דעת המיעוט, גרס כי תום הלב אינו מחייב לנהוג בשוויון. 48 תוצאת פסק הדין היתה כדעת כב' השופט ברק כי גם גוף פרטי, העורך מכרז, אינו רשאי להפלות בין שווים.

47 ע"א 207/79 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פד"י לו(1) 533 (להלן: הלכת בית יולס נ' רביב).

48 ובלשונו, בעמ' 560 לפסק הדין:
"קיים פיתוי דיאלקטי לומר, שתום לב פירושו שוויון, ויחס בלתי שווה משמעותו התנהגות שלא בתום לב. נדמה לי, שקיימת כאן קפיצת דרך לוגית: יכול שיקיים פלוגי את חיוביו בתום לב, אף כי לא נהג בשוויון בין המציעים השונים, כשם שיכול שמי שלא נהג בשוויון לא נהג בתום לב. הוא ראייה, שיכול בעל המכרז, בהקשר הדברים שלפנינו, לכלול במכרז תניה אפקטיבית הקובעת העדר חובה לנהוג בשוויון בין המציעים, אך טפס בעיני אם ינתן תוקף לתניה הקובעת העדר חובה לנהוג בתום לב."

2.66 עניין זה הובא לדיון נוסף,⁴⁹ והשאלה שהועמדה לדיון היתה: האם חייב גוף פרטי המקיים מכרז לפעול בשוויון?

כב' הנשיא שמגר גרס כי אכן לא תמיד זהה חובת תום הלב לחובה לפעול בשוויון, ואכן הפרט רשאי בדרך כלל להפלות ולעשות בעסקיו כפי העולה על רוחו. ואולם, משבחר הפרט לנהל את עסקיו בדרך של מכרז, הרי שהוא הזמין הצעות ויצר ציפייה כי ינהג בהן בשוויון. במקרה זה יכולה גישה בלתי שוויונית להיחשב לחוסר תום לב.

כב' השופט ש' לויין ציין כי אין מחלוקת בינו לבין הנשיא שמגר והשופט ברק כי הפרט רשאי ליטול על עצמו חובות בדומה לאלו הנהוגות במשפט הציבורי. השאלה היא, האם ניתן להסיק מהתנהגות בעלי הדין בנסיבות הספציפיות, כי בעל המכרז שהינו אדם פרטי יצר ציפייה של הציבור, כי ינהג בהצעות בדרך של שוויון? ובהעדר ראיות לכאן או לכאן, האם ניתן להעלות את החובה לנהוג בשוויון, כעיקרון הנגזר מן החובה לנהוג בתום לב? תשובתו לכך היא בשלילה.

כב' השופטים אלון ומלץ הצטרפו לדעתו של השופט לויין (וכך נהפכה דעה זו לדעת הרוב). לדידם, החדרת עקרון השוויון אל תחום המכרז הפרטי מהווה פגיעה בלתי נחוצה בעקרון חופש ההתקשרות. השוויון אינו נגזר בהכרח מן העיקרון של תום הלב, המחייב צדדים במישור במשפט הפרטי. תחרות הוגנת אינה בהכרח תחרות שוויונית, וכלל הצדדים המשתתפים במכרז שהוצא על ידי גוף פרטי אינם מצפים להפעלתו של עקרון השוויון.

עקרון השוויון הוא אבן מסד במכרז הציבורי, מכיוון שהמזמין הוא גוף ציבורי. חובת השוויון נובעת שם מכך שמדובר ברשות ציבורית המהווה נאמן של הציבור. חובת הנאמנות היא המחייבת לחלק משאבים וחוזים בהגינות בין המתחרים עליהם. חובת נאמנות שכזו לא קיימת אצל האדם הפרטי.⁵⁰

49 ד"נ 22/82 בית יולט בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פד"י מג(1) 441.

50 כב' מ"מ הנשיא, השופט מ' אלון, מציין בעמ' 477 לפסק הדין: "גם במכרז ציבורי, תחרות שיש בה חוסר שוויון יכול גם יכול שתחרות הוגנת היא. והפגם שבחוסר השוויון אינו משום שע"י חוסר השוויון תחרות שאינה הוגנת היא, אלא משום שבעל המכרז, בתור רשות ציבורית, חב בחובת השוויון כנאמן הציבור וכבעל שררה".

קביעה זו עריכה עיון. ההבדל בין הרשות לבין הפרט היא בעצם קיומה של חובת אמון. ואולם, אם קובעים כי גם פעולה שלא בשוויון הינה הוגנת, מדוע יש בה כדי להפר את חובת האמון של מי שנושא במשרה ציבורית? והרי כל מה שמטילה חובת אמון זו הוא: לפעול בהגינות. ואם העדר שוויון אינו פוגע בשרות ההגינות, במה מתבטאת הפרת האמון? לעומת זאת ראה הערת שוליים 67, בפרק ו' להלן,

השופט ברק (הפעם בדעת מיעוט) הביע את הדעה כי עקרון תום הלב הינו נורמה אובייקטיבית שאינה תלויה בציפיות הצדדים הספציפיים של מכרז מסוים. אכן, רוב פסקי הדין שבהם נקבע השוויון כאחד מיסודות המכרז הם פסקי דין שבהם בעל המכרז היה גוף שלטוני. אך עקרונות היסוד של דיני מכרזים אינם נגזרים מאופיו השלטוני של בעל המכרז אלא - מאופיו של המכרז.

דרישות היסוד של הגינות, שוויון, טוהר מידות, הן משותפות לכל המכרזים - יהא בעל המכרז אשר יהא. הן נובעות מאופיה של הפעולה ולא מאופיו של מבצעה. משום כך, הפרט המבקש לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה רשאי להפלות בין שווים. אך אם הוא נוקט במכרז, עליו לקיימו בדרך של שוויון. זוהי חובה הנובעת מעצם מהותו של האמצעי הנקט על ידו.

2.67 קיימת אם בן מחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון אם, באשר נוקט הפרט בדרך של מכרז, נוצרת כתוצאה מכך ציפייה כי יפעל בשוויון, כשאינן חולק כי אם זו הציפייה הנוצרת - קמה חובה, גם על הפרט, לנקוט בשוויון תוך איסור הפליה.

ואולם, המחלוקת חורגת מנקודה זו. לדעת כב' השופט ברק החובה לנהוג בשוויון אינה נובעת מציפיית הצדדים והיא נובעת מעצם מהותו של המכרז. לדידו, חובת השוויון בהליכי המכרז אינה תלויה בציבוריותו של בעל המכרז, אלא: "השוויון הוא 'נשמת אפו' של המכרז, ובלעדיו המכרז אינו מכרז". בהתאם לקביעה זו, אף אם אין ציפיות מצד איש מן הצדדים כי ינהגו בשוויון, תקום החובה לנהוג בשוויון, וזאת כתוצאה מאופיו וממהותו של המכרז במכרז.

משנתקה חובת השוויון מציפיית הצדדים, בהתאם לדעתו של כב' השופט ברק, מתעוררת בכל התוקף השאלה: מדוע נגזרת מעצם מהותו של המכרז החובה לנקוט בשוויון?

2.68 כב' השופט ברק משיב על שאלה זו, באמצעות דוגמא המבהירה את היותו של השוויון תוצאה הנובעת מחמת עצם טבעו של ההליך, בלא קשר להיותו של הגוף הנוקט בו גוף ציבורי או גוף פרטי, ובלא קשר לציפיית הצדדים הספציפיים להליך לאמור:

בדבר חובת הרשות לחלק חכים ומשאבים בשוויון, בהיותה נאמן הציבור.

"כשם שלא יעלה על הדעת לנהל חידון תנ"ך או תחרות ספורט שלא על בסיס של שוויון, כן לא יעלה על הדעת לנהל מכרז שלא על בסיס של שוויון"⁵¹ (ההדגשה הוספה).

ובהמשך:

"תחרות הוגנת אין פירושה תחרות שוויונית - זו עמדתו של חברי. לעמדה זו אין בידי להסכים. תחרות הוגנת פירושה תחרות שוויונית, ותחרות שאין בה שוויון אינה יכולה להיות הוגנת. טול מכירה פומבית, שאינה אלא צורה מיוחדת של מכרז. היעלה על הדעת שלא לקיים מכירה פומבית בדרך שוויונית? נניח, כי שנים טוענים כי הציעו את המחיר הגבוה ביותר. הרשאי מנהל המכירה להעניק את הזכייה לאחד מהם, בנימוק שהוא ירדו והוא מבקש להיטיב עימו? כלום אין זה ברור, שהוא חייב לנהוג בשוויון ביניהם, ולו בדרך של הטלת מטבע?"⁵² (ההדגשה הוספה).

2.69 כדי להמשיך בניתוח פסק דין זה, נשוב לרגע למודל המוצע לעיל, לפיו קיימת חובת האמון המוטלת על החברה הממשלתית מכוח תפקידה לאזן בין אינטרסים שונים, כאשר הבהרנו כי זוהי חובת אמון אלטרואיסטית. לאמור, לחברה הממשלתית אינטרסים משלה⁵³ אך אלו באים לידי ביטוי רק בעת הפעלת החברה, בעוד שלכל פעולה קודמת החלטה לנקוט בקו פעולה מסוים, ובבחירת קו הפעולה מוטל על החברה הממשלתית תפקיד "מעין שיפוטי" לאזן בהגינות בין אינטרסים. במסגרת זו עליה לפעול באובייקטיביות, על אף שבמידה מסוימת, אין היא ניטרלית. בהקשר זה השתמשנו גם אנו, בדוגמא, והשווינו את החובה המוטלת על החברה הממשלתית לאזן בין האינטרסים השונים, לחובתו של האוחז במאזניים המחויב לאחוז בהם בהגינות ובשוויון, ובהתעלם מן העובדה כי אינטרס אישי שלו מוטל על אחת מכפות המאזניים.

2.70 המודל שאותו הצענו, התבסס על הניתוח של לורד דנינג לפסק הדין האנגלי בעניין Bromley והוא יצא מנקודת הנחה כי עצם קיומו של תפקיד מעין שיפוטי לאזן בין אינטרסים גורר חובת אמון ומחייב מעצם טבעו

51 בעמ' 483 לפסק הדין.

52 בעמ' 486 לפסק הדין.

53 אם כי גם אינטרס "פרטי" זה הוא למעשה אינטרס ציבורי, שכן חלק הארי מרווחי החברה הממשלתית יחזור להיות "בסופו של יום" - כספי ציבור, וזהו אינטרס של הציבור כי חברה זו תפעל כגוף פרטי. משום כך, האיזון בין אינטרס זה לבין אינטרס הציבור כי החברה הממשלתית תפעל לפי נורמות הנהגות בפעולות הרשות הציבורית, הינו למעשה איזון בין שני אינטרסים ציבוריים.

וטיבו לנהוג בהגינות ובשוויון. מכיוון שהמדובר באיוון בין שני אינטרסים, אשר לפחות אחד מהם הוא אינטרס ציבורי - זוהי חובת אמון כלפי הציבור הרחב. ומכיוון שהחוק הוא המסדיר את הקמתו של הגוף, אשר תכליתו לשאת בתפקיד האמור, הרי שתפקיד האיוון בין האינטרסים, בהגינות ובהוגנות מוגדר כ"תפקיד ציבורי על פי דין". ואולם, החובה לנהוג בהגינות ובשוויון נובעת מעצם הגדרתו של התפקיד - בתפקיד מעין שיפוטי, והיא תחול גם כשמדובר בתפקיד שאדם נוטל על עצמו באופן וולונטרי, ומתחייב בלפי קבוצה מסוימת לשפוט בהגינות בין אינטרסים מתחרים. חובת אמון זו נובעת מאופיו של התפקיד ולא מאופיו של הנושא בתפקיד או מן הטעם שהביאו לשאת בתפקיד זה.

2.71 עתה נשוב אל פסק הדין של כב' השופט ברק בעניין בית יולס נ' רביב, ונראה כי הוא מקבל משנה משמעות והבנה כשדעתו של השופט ברק בעניין זה תואמת באופן מלא למודל שאותו הצענו. לאמור, משמעות הסברו של כב' השופט ברק הינה, לדעתנו, כי הציבור, להבדיל מהצדדים הספציפיים, אשר הנורמות האישיות שלהם אינן מענייננו, מצפה כי מי שנטל על עצמו להכריע בתחרות, יעשה כן בהגינות ובשוויון. אם אין שוויון - מתערער האמון בהגינות ההליך כולו. כך בתחרות ספורט, כך בחידון תנ"ך, כך בנייהול מכירה פומבית, וכך בכל תפקיד מעין שיפוטי - לרבות מכרז, אם אך רואים בו שפיטה בין המתחרים ולא הזמנה בעלמא להציע הצעות.

2.72 ובאן יש להבהיר, כי קיימות שתי אפשרויות להבין מהותו של מכרז מהי. ניתן לראות במכרז הזמנה להציע הצעות, כאשר לאחר מכן בוחר בעל המכרז מבין ההצעות את ההצעה הנראית ישרה בעיניו, בהתאם להעדפותיו האישיות. וניתן לראות במכרז מנגנון של תחרות, כאשר בעל המכרז מציין למעשה לפני המתמודדים כי זוהי עסקה שתבצע בהתאם לכללי משחק מסוימים, כפי שמכירה פומבית היא עסקה המתבצעת בהתאם לכללי משחק מסוימים. כללי המשחק במכרז הם: הזמנה של המעוניינים להתחרות לפני בעל המכרז, כאשר הלה מתחייב כלפיהם לשפוט בין הצעותיהם על פי קריטריונים משלו - אך בהגינות ובשוויון.

בהתאם לדרך השנייה בהבנת מהותו של מכרז, הרי שלפנינו התחייבות של בעל המכרז כלפי המשתתפים במכרז להכריע בתחרות ביניהם. זהו אם בן תפקיד מעין שיפוטי, וממילא מעצם טיבו וטבעו של תפקיד זה נובעת הימנו החובה לנהוג בשוויון. במקרה זה ברור כי מהותו וזהותו של

בעל המכרז, כגוף פרטי או כגוף ציבורי, כלל אינה רלוונטית. נורמות ההתנהגות נובעות מן התפקיד ולא מזהותו של מי שנושא בתפקיד.

2.73 המחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון בעניין בית יולס נ' רביב הינה אם כן האם מהווה המכרז הזמנה בעלמא להציע הצעות, כאשר בעל המכרז כגוף פרטי רשאי להעדיף לקשור יחסים עסקיים על פי העדפותיו האישיות, או שמא זו התחייבות לנהוג על פי כללי משחק, תוך הזמנה של ציבור מסוים להתחרות לפני בעל המכרז, הנוטל על עצמו תפקיד מעין שיפוטי להכריע ביניהם, ולאחר מכן, לנהל מו"מ עם הצד הזוכה בתחרות, כדי להתקשר עימו בחוזה.

ואולם, סביר להניח כי לא יהא חולק, כי במקום שבו מדובר בתחרות ובשפיטה בין מתחרים, הרי שגם אם השיפוט נמסר בידי גוף פרטי, הלה יוכפף לכללים של: שוויון, איסור על משוא פנים וכיו"ב נורמות של הגינות בסיסית, הנובעים מעצם התפקיד. כל הכרעה שיפוטית גוררת החלתן של נורמות אלו, כתוצאה מן התפקיד המעין שיפוטי, וזאת אף אם מי שבידו נמסר תפקיד זה, הינו גוף פרטי ולא גוף ציבורי.

2.74 מפסק דין רביב נ' בית יולס עולה אם כן התוצאה הבאה: גוף ציבורי הפונה לציבור במכרז חייב לנהוג בשוויון, בכל מקרה, לנוכח מעמדו כנאמן של הציבור, האמור לספק חוזים ושירותים ולהכריע בין הפונים אליו בדרך הוגנת ושוויונית. חובה זו נובעת ממהותו של הגוף האמור, כנאמן של הציבור.

לעומת זאת כאשר גוף פרטי פונה לציבור במכרז, הרי שיש לבחון את משמעות הצעתו. אם רואים בהצעה משום הזמנה להציע הצעות, הנעדרת אלמנט של שפיטה ביניהן, הרי שלא מוטל על בעל ההזמנה לנהוג בהצעות בשוויון, והוא רשאי להפלות בין המציעים ולבחור מביניהם הצעה כראות עיניו. ואולם, אם רואים בהצעה משום הזמנה להתחרות לפני בעל המכרז, הרי שהפועל היוצא מכך הוא, כי בעל המכרז התחייב, באופן וולונטרי, כלפי המתחרים, לשפוט ביניהם.

במקרה זה עליו לעשות כן בהגינות ובשוויון, שכן תפקיד שיפוטי יוצר כשלעצמו, מחמת עצם טיבו וטבעו, חובה לנהוג בהתאם לרמה נורמטיבית הולמת.

2.75 בהתאם לניתוח זה, הרי שניתן לומר כי החובה הנובעת מן התפקיד

המעין שיפוטי לנהוג בהגינות ובהוגנות הינה חובה של אמון. כשם שהנאמן, אשר בידי מופקדים אינטרסים סותרים של נהנים שונים, חייב לנהוג כלפיהם בנאמנות, כך חייב לנהוג כל מי שמופקדת בידו הכרעה בין אינטרסים נוגדים.

זו תמציתו של פסק הדין הנזכר בעניין Bromley, אשר מחמתה הסקנו את דבר קיומה של חובת אמון, כתוצאה מעצם קיומו של תפקיד מעין שיפוטי המחייב לאון בין אינטרסים נוגדים, ואשר מכוחה הסקנו כי החברה הממשלתית חבה חובת אמון לציבור מכוח תפקידה המובנה לאון בין אינטרסים נוגדים כאמור.⁵⁴ ההנחה שבבסיס המודל המוצע תואמת אם כן לחלוטין להגינות של ההלכה שנקבעה על ידי השופט ברק בעניין רביב נ' בית יולס, והיא העומדת בבסיס הרציונאל העולה מעיון בדוגמאות המובאות על ידי השופט ברק להסבר קביעתו.

2.76 הגדרת החובה לנהוג בשוויון, כנובעת מחובת אמון ולא רק מחובה לנהוג בתום לב, נראית לנו מדויקת יותר ומחויבת מבחינה קונספטואלית, שכן תום לב הינו נורמה של הגינות בסיסית בין יריבים - העומדים משני צידי השונים של המתרס, כשלכל אחד מהם אינטרס לגיטימי משלו. לעומת זאת, אם רואים במכרז הזמנה לציבור מסוים להתחרות לפני בעל המכרז, הרי בטרם בעל המכרז מתקשר בחוזה עם הזוכה במכרז ונטול צד מצדי המתרס, עליו להחליט מיהו הזוכה במכרז. בתפקידו זה של הכרעה בין המתחרים, על בעל המכרז לפעול בצורה אלטרואיסטית, בהתאם לחובת האמון שחב שופט העומד מעל צידי השונים של המתרס ומכריע בין הצדדים המתחרים באופן הוגן ושוויוני. חובת אמון אלטרואיסטית היא העומדת בבסיס החלתם של כללי המשפט הציבורי על גוף ציבורי. ואכן, משקימת חובת אמון זו נגזרים ממנה נורמות של הגינות, שוויון ואיסור על משוא פנים, המוחלים על בעל המכרז, וזאת בין אם בעל המכרז הינו גוף פרטי ובין אם הינו גוף ציבורי.

54 לראיית התפקיד המינהלי ככלל, כתפקיד מעין שיפוטי, ראה: מ' לנדי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ט) 292, 304, בו מבהיר כב' השופט לנדי את הכלל כי בית המשפט לא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעת הרשות, כפי שלא יתערב בית המשפט לערעורים בעניינים הנתונים לשיקול דעתה של הערכאה הראשונה:
"אפשר לומר שסמכות הפיקוח של בג"ץ על רשויות שיפוטיות אחרות, וגם על רשויות המינהל, גם היא אינה אלא סמכות ערעורית, כי בית המשפט דן בפטיקתה של הרשות המבוקרת, אם פטיקה פורמלית ואם מעין פטיקה במובן שיקול אינטרסים נוגדים" (ההדגשות הסופו).
כמו כן ראה פסקיהם של כב' השופטים קיסטר ואלן המאמצים בהקשר זה את עקרונות המשפט העברי כפי שנקבעו בשו"ת תרומת הדין, פסקים וכתבים ר"ד, ובהגהת הרמ"א על שולחן ערוך, חושן משפט סימן לו', סעיף כב'; בבג"ץ 290/65 אלחגר נ' עיריית רמת גן, פד"י (1) 29; בבג"ץ 24/66 מלכה נ' לוי ואח', פד"י (1) 651; ובג"ץ 400/87 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פד"י מא(2) 729.

2.77 מפס"ד רביב נ' בית יולס נמצאת למד איפוא, כי בנסיבות שבהן קיימת התחרות בין אינטרסים שונים, ועל הפרט מוטל להכריע בתחרות זו, במסגרת של חידון, תחרות ספורט, מכירה פומבית, ולדעת כב' השופט ברק אף במכרז, הרי שזהו תפקיד מעין שיפוטי, הגורר, מחמת עצם מהותו, חובה לנהוג בהתאם לנורמות המקבילות לאלו הנהוגות במשפט הציבורי. בהקשר זה אין נפקות מיהו הנושא בתפקיד האמור ומה מהותו, באשר החובה לנהוג בהגינות המירבית נובעת ממהותו של התפקיד ומאופיה של הפעולה הנדרשת ואיננה תלויה בזהותו של מבצע התפקיד האמור.

2.78 ודוק, הניסיון שנעשה בעניין רביב נ' בית יולס לבסס את החובה לנהוג בשוויון מכוח עקרונות של תום לב עורר קושי, שכן תום לב אינו מחייב לנהוג בשוויון. בכך חלקו שופטי בית המשפט העליון על כב' השופט ברק והנמקותיהם משקפות קשיים כבדי משקל ביותר. לעומת זאת, אם רואים במכרז מנגנון של תחרות היוצר תפקיד מעין שיפוטי, הרי שנוצרת חובת אמון ולא רק חובה לנהוג בתום לב. חובת אמון זו נוצרת מכוח עצם מהותו של התפקיד המעין שיפוטי, אשר הוטל על שכמו של בעל המכרז מכוח הסכם, והיא מכוונת כלפי הציבור המסוים של המתחרים אשר כלפיהם מכוון ההסכם האמור.⁵⁵ בכל הנוגע לחובת אמון זו, הנובעת מעצם התפקיד המעין שיפוטי, להבדיל מחובת תום הלב, קשה יהא לחלוק כי היא גוררת חובה לנהוג בשוויון, כפי שתפקיד מעין שיפוטי דורש לנהוג בשוויון בכל הנסיבות המוזכרות על ידי כב' השופט ברק: תחרות ספורט, חידון, מכירה פומבית ומכרז.

2.79 הנה כי כן, כללי המשפט הציבורי נגזרים מעקרונות יסוד המצויים ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מאלו של המשפט הפרטי והם נובעים מקיומה של חובת אמון אלטרואיסטית. מותר זה של המשפט הציבורי על המשפט הפרטי, כפי שעוד יפורט באופן נרחב בפרק 2 להלן, מתבטא בעיקר בבואנו ליישם את עקרונות היסוד לכללים הנוגעים לשוויון, איסור הפליה, חובת הנמקה, החובה לכבד הבטחה מינהלית ומאידך גיסא היכולת להשתחרר מחווי רשות. בנקודות מבחן אלו קיים קושי עצום לנסות להשתמש בעקרון "תום הלב" וכיו"ב "עקרונות שסתום" של משפט פרטי ולנסות להחיל באמצעותם כללים החלים על מי שאין לו משלו ולא כלום. לעומת זאת, שימוש בחובת האמון החדשה, שהינה חובה אלטרואיסטית החלה אף על

55. זאת בניגוד לטף ציבורי הנוקט במכרז, ואשר מעצם מהותו חלה עליו חובת אמון, כלפי הציבור הרחב, לחלק ביניהם משאבים וחוזים באופן שוויוני, כפי שציין השופט דגלס (Douglas) בפרשת *Wyhaman v. James* 400 U.S. 309, 325.

גוף פרטי שיש לו אינטרסים משלו, מאפשרת להוות את הבסיס הנורמטיבי, החל על גופים פרטיים הממלאים תפקיד שבו כרוכה חובת אמון, לגופים ציבוריים הכפופים לעקרונות מובהקים של המשפט הציבורי, כגון עקרון השוויון. מודל זה מציעים אנו לאמץ בראש ובראשונה לגבי חברות ממשלתיות.

ז. סיכום

- 2.80 הגדרת תפקידה של החברה הממשלתית כפעולת איזון בין האינטרס לפעול כחברה לכל דבר ועניין וכמשק סגור לבין האינטרס לפעול כיאות לגוף ציבורי, בהתאם לציפיות הציבור, מאפשרת להכריע בשאלה דנא במישור הנורמטיבי ולעצב מודל, אשר מכוחו יחולו כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית במישור העקרוני ועם זאת במסגרת ביצועו של איזון הוגן בין האינטרסים האמורים, תוכל החברה הממשלתית להשתחרר מעולם של כללים אלו, כשצרכים חיוניים מחייבים זאת.
- 2.81 הכרעה נורמטיבית זו התאפשרה משמצינו, על דרך ההיקש למוסד הנאמנות, סוג חדש של חובת אמון בפס"ד Bromley, כפי שהובהר על ידי לורד דנינג בספרו, ואשר לפיו מצויה חובת אמון לא רק במקום שבו אין לאדם דבר משלו והוא מופקד על נכסי זולתו, אלא אף כאשר מוטל עליו תפקיד לאזן בין אינטרסים. פעולת האיזון מהווה פעולה מעין שיפוטית, ומטבעה זה נובעת החובה לאזן בהגינות ובסבירות בין אינטרסים אלו, כפי שמחויב לפעול נאמן המופקד על נכסיהם של שני נהנים, בעלי אינטרסים נפרדים.
- 2.82 מודל זה דומה למודל הפועל כבר בישראל ואשר הוחל על ידי השופט ד"ר זוסמן בסוגיית כפיפותה של הרשות המינהלית לחוזים שהיא כורתת. מודל זה מתחייב מהגדרת חובת האמון של החברה הממשלתית כחובה לנהוג בהגינות בעת ביצוע האיזון בין האינטרסים הנוגדים ובחירת האינטרס הדומיננטי, אשר לפיו תפעל החברה הממשלתית במקרה הנדון.
- 2.83 בפס"ד רביב נ' בית יולס, בהתאם לניתוח שפורט לעיל, מצינו הד ברור לתיוזה המוצעת, לפיה הנורמות המובהקות של המשפט הציבורי עשויות לנבוע ממהותו של התפקיד ולא רק ממהותו של הנושא בתפקיד. כמו כן מצינו בפסק דין זה קביעה לפיה תפקיד מעין שיפוטי גורר מחמת עצם טיבו וטבעו חובה מוגברת לנהוג בהגינות ובשוויון. ומכיוון שמצינו כי על החברה הממשלתית הוטל תפקיד מעין שיפוטי לאזן בין אינטרסים, הרי שהדבר גורר מחמת עצם טיבו וטבעו נורמות של משפט ציבורי, ותהא מהותה של החברה הממשלתית כגוף פרטי או כגוף ציבורי אשר תהא. מכיוון שאחד האינטרסים (אם לא שניהם), אשר ביניהם על החברה הממשלתית לאזן הינו אינטרס ציבורי, ומכיוון שחובת האמון, לאזן בהגינות ובסבירות בין האינטרסים, מופנית כלפי הציבור,

הרי שמוטל על החברה הממשלתית "תפקיד ציבורי". ומכיוון שהחברה הממשלתית מוקמת לתכלית זו מכוח חוק החברות הממשלתיות, והאינטרס הציבורי שעליה להגשימו נובע מכפיפותה לממשלה, כפיפות המוסדרת אף היא בחוק החברות הממשלתיות, הרי שתפקיד הנאמנות כלפי הציבור, המוטל על החברה הממשלתית בעת ביצוע האיזון בין האינטרסים המתחרים, מהווה "תפקיד ציבורי על פי דין". את החברה הממשלתית יש להכפיף על כן במישור העקרוני, לכללי המשפט הציבורי לנוכח תפקידה לאזן ולהכריע בין האינטרסים השונים, שעליהם היא מופקדת. מסקנה זו מתיישבת היטב עם הנורמות שאותם מצינו בפסיקה, בעניין רביב נ' בית יולס, אף ביחס לגופים פרטיים, לנוכח מהות התפקיד המעין שיפוטי שבו הם נושאים.

2.84 ויציון, מודל עיוני זה משווה לחברה הממשלתית נופך של ייחודיות, שאינו מצוי בשום גוף אחר, פרטי או ציבורי.

גוף ציבורי, אשר משלו אין לו ולא כלום וכל אשר לו מופקד בנאמנות עבור הציבור הרחב, מנוע מלשקול אינטרסים "משלו", והוא כפוף לכללי המשפט הציבורי אף במקום שבו נפגם קשות האינטרס "הפרטי" שלו, שעליו הוא מופקד. בהתאם לכך מחלקה ממשלתית, המנהלת עסקים, תחויב לפעול על פי כללי המשפט הציבורי אף כשהדבר יבוא על חשבון צרכים עסקיים חיוניים.

גוף פרטי, לעומת זאת, מצוי בצידו השני של המתרס והוא פטור לחלוטין מכללים מסוימים של המשפט הציבורי. גוף פרטי רשאי לדאוג לעצמו ולהחליט החלטות מטעמים אמרציונליים. כתוצאה מכך קיים קושי רב להחיל על גוף פרטי את עקרון השוויון, חובת הנמקה וכיו"ב. לעומת זאת אין לגוף פרטי אפשרות להשתחרר מחוזה מחמת קיומם של צרכים חיוניים שונים, ואם הוא יעשה כן יהווה הדבר הפרת חוזה.

החברה הממשלתית, לעומת זאת, בהתאם למודל העיוני המוצע על ידינו, לא תוכל להפלות ולפעול משיקולים אמרציונליים ביחסיה עם הציבור הרחב, ללא סיבה מוצדקת. ומאידך גיסא, לא תוטלנה עליה מגבלות ולא יחולו כללי המשפט הציבורי, כשאלו עומדים בסתירה לצרכים עסקיים חיוניים של החברה הממשלתית הנדונה. בייחודיות נורמטיבית זו עשויה להימצא הצדקה נוספת לפעילות באמצעות חברות ממשלתיות, במקרים מסוימים.

2.85 בפרקים הבאים נפנה לסקירת הדין המצוי ולבחינת מהותה של החברה הממשלתית במישור המשפט הפוזיטיבי הנוהג. בתוך כך נבחן אם אכן מן הראוי להחיל על גוף זה את כללי המשפט הציבורי במישור העקרוני, ואם צפויים קשיים בתוצאה מכך, או שמא אין לחשוש מקביעה נורמטיבית זו, במיוחד לנוכח האפשרות להשתחרר מכללים אלו, כאשר צרכים עסקיים חיוניים יחייבו זאת.

בחינת הדברים בהקשר זה תתייחס למישורים דלהלן:

א. בחינת מהויותיה השונות של החברה הממשלתית, במישור היחסים שבין החברה הממשלתית לבין הממשלה ובמישור מטרות הקמתן של החברות הממשלתיות דרך פעולתן (במיוחד על רקע תהליך ההפרטה הכלל העולמי).

ב. בחינת התאמתו של המודל המוצע למשפט הראוי בהתוויית קו הגבול הכללי שבין תחולתו של המשפט הציבורי לבין קווי תחולתו של המשפט הפרטי.

ג. בחינת המודל המוצע במישור כפיפותן של החברות הממשלתיות לביקורת בג"צ.

ד. סקירת המצב המשפטי בשיטות משפט אחרות.

ה. התייחסות למספר נורמות קונקרטיות מן המשפט הציבורי, כגון: החיוב לקיים הבטחה מינהלית - האם חל אף בחברה ממשלתית? ובמקביל - "הלכת ההשתחררות מחוזי רשות", האם חלה אף על חוזי החברה הממשלתית? וכיו"ב.

פרק ג

מטרות הקמתן של חברות ממשלתיות על ידי הממשלה ומסקנות מתבקשות

- א. מבוא
- ב. מטרת הקמתם של תאגידים לאומיים במדינות שונות
ב(1) מניעים אידיאולוגיים להקמת תאגידים ממלכתיים
ב(2) מניעים פרגמטיים להקמת תאגידים ממלכתיים
ב(3) מניעים פוליטיים להקמת תאגידים ממלכתיים
ב(4) אילוצים שונים כמניע לבעלות בתאגידים ממלכתיים
ב(5) סיכום
- ג. מסקנות ועדת מוזס לעומת מסקנות ועדת ברק
- ד. ההשלכות הנורמטיביות הנובעות ממיצוי מטרותיה של חברה ממשלתית והאפשרות להפריטה ולחושפה לתחרות חופשית
- ה. הערת סיום – ההשוואה בין החברה הממשלתית לבין התאגיד הסטטוטורי והשלכותיה
- ו. מסקנת הדברים

א. מבוא

3.1 המטרות שלשמן מקימות ממשלות חברות ממשלתיות שונות, רבות ומגוונות הן אך ביסודן עומד הצורך בהתערבות ממשלתית במשק. הגדרת החברה הממשלתית ככלי שתכליתו למלא אחר צורך בהתערבות ממשלתית בתחום משקי מסוים מחייבת לכאורה, כשלעצמה, להתייחס אל החברה הממשלתית כאל אורגן של הרשות המינהלית. בפרק זה נבחן על כן את המטרות השונות של החברות הממשלתיות ואת מידת היותה של המטרה שלשמה הוקמה החברה הממשלתית משום אינדיקציה להיותה של החברה הממשלתית זרוע ביצועית של הממשלה וחלק אינטגרלי מן המנגנון הציבורי. במסגרת זו נבחן להלן גם את ההנחה שהיצבנו ביסוד גישתנו העיונית, לפיה נושאת החברה הממשלתית בתפקיד מעין שיפוטי, לאזן בין האינטרס "הפרטי" שלה לפעול ביעילות וללא עכבות, לבין הצורך לשרת את הציבור ולמלא אחר ציפיותיו, בין השאר בתחום הנורמטיבי, כי החברה הממשלתית תנהג באופן ההולם גוף ציבורי.

3.2 כמו כן נעמוד להלן על הבחנה הנוצרת, בהתאם לקו החשיבה המוצע, בין שני סוגים של חברות ממשלתיות.

חברות ממשלתיות, אשר קיים במסגרתן יתרון לגודל ואשר מבחינה כלכלית עדיף כי יתנהלו כמונופול, וחברות ממשלתיות אשר מבחינה כלכלית ומשקית ניתן ליטול מהן את מעמדן המונופוליסטי ולפתוח את השוק לתחרות חופשית.

ביחס לחברות מן הסוג הראשון נראה, כי טובה היא המתכונת הנורמטיבית המיוחדת לחברה הממשלתית, שכן מונופול המצוי בידיים פרטיות עלול להשתמש בכוחותיו לרעה ואילו בהיותו מסור בידי חברה ממשלתית, ניתן לאזן את הכוח הטמון בו, באמצעות הכפפת החברה לכללי המשפט הציבורי האוסרים שרירות, הפליה ואף חוסר סבירות. לעומת זאת, חברות מן הסוג השני הינן מועמדות טבעיות להפרטה,

1 כך, למשל, בכל הנוגע ל-"Public Corporations" באנגליה (המהווים בדרך כלל תאגידים סטטוטוריים) מציעין פרופ' Wade בספרו (Oxford, 1992, 6th ed. p. 153):

"As a legal organism the public corporation has many uses - so many, in fact, that it abounds at all levels of the governmental system. It therefore has no regular form and no specialised function. It is employed wherever it is convenient to confer corporate personality".

וכלפיהן עלולה החלת כללי המשפט הציבורי להוות הגבלה מיותרת.² את הבטחת הגינותו וסבירותו של מתן השירות או הספקת המצרך בחברות אלו ניתן להשיג באמצעות המנגנונים הכלכליים הטבעיים הקיימים במסגרת של תחרות חופשית. התנהגות מפלה, שרירות, ובמיוחד התנהגות לא סבירה, יביאו את הצרכן הישר אל זרועותיו המושטות לרווחה של המתחרה, ואין לך תרופה טובה מזו להתנהגות ברמה נורמטיבית ירודה.

3.3 ניתוח משפטי זה יתבסס על נקודת המוצא שהנחנו לעיל, לפיה, כל עוד שהחברה הינה חברה ממשלתית, נובעת תחולתם של כללי המשפט הציבורי ממעמדה ומתפקידה כנאמן של הציבור, בהיותה מופקדת על ביצוע איוון הוגן וסביר בין האינטרסים המסורים בידה. זוהי לכאורה קביעה ערכית. ואולם, המשפט מחיל כללי התנהגות בדרגה נורמטיבית מסוימת במצב של יחסי אמון, מטעם פרגמטי שתכליתו לשלב אחריות עם סמכות ולאזן את הכוחות המסורים בידי הנאמן לכל ינוצלו לרעה. אם אין חשש כי הכוח ינוצל לרעה - אין צורך בקביעת כלל התנהגות נורמטיבי. משום כך, כאשר יש תרופה משפטית או כלכלית המבטיחה כי יחסי האמון לא יובילו לשרירות, אין המשפט גוזר כללים נורמטיביים מיחסי האמון.³ תליית תחולתם של כללי המשפט בקיומם של יחסי אמון, השוררים ביחסיה של החברה הממשלתית עם הציבור הרחב, מאפשרת על כן להגיע למסקנה כי כללים אלו אינם חלים, מקום שבו אין יחסי האמון מחייבים את תחולתם.

3.4 בהתאם לקו חשיבה זה, נפתח להלן תיזה לפיה האפשרות לחשוף חברות ממשלתיות מסוימות לתנאים של תחרות חופשית עשויה להוות מכשיר כלכלי שיחסוך את חשיפתן של החברות הממשלתיות האמורות לכללי המשפט הציבורי. במקרה זה, כדי לשמור על הרמוניה בגישה המשפטית כלפי החברות הממשלתיות, מן הדין יהא (מנקודת מבט משפטית) להביא להפרטה של חברות אלו⁴ בד בבד עם חשיפתן לתחרות כאמור. היותה

2 חברה הפועלת בתנאים של שוק חופשי תיאלץ, מטבע הדברים, להשתחרר לעיתים קרובות מכבליו של המשפט הציבורי, בהתאם ל"כלל ההשתחררות" המוצע על דינו בהקשר זה, כדי שתוכל להתמודד באופן שוויוני וגמיש במתחרים השונים. ואכן, לשם כך הצענו לעיל לאמץ מהל המאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מכבלי המשפט הציבורי, כל אימת ובמידה שהדבר נחוץ וחיוני לצרכיה העסקיים. ואולם, קיומו של עיקרון נורמטיבי, אשר מתעדר צורך תכופ להשתחרר ממנו, מהווה כשלעצמו מעמסה מסוימת. כמו כן, מאידך גיסא, השתחררות תכופה מדי מכבליה של נורמה משפטית עשויה לרופף לחלוטין את מידת תחולתה של הנורמה ולהציב סימני שאלה באשר להיגיון שבהחלתה מלכתחילה בקשר לגוף זה.

3 ראה מאמרה של פרופ' תמר פרנקל, בפרק א לעיל.

4 זאת כמובן בנפרד מן הדין הכלכלי האידיאולוגי הנוקב הקיים בשאלת ההפרטה. מידת היעילות של

של חברה ממשלתית מועמדת להפרטה עשויה אם כן בנסיבות מסוימות להיות אינדיקציה באשר להחלת כללי המשפט הציבורי ביחס לחברה זו.

3.5 הפרק דלהלן יוקדש על כן לבחינת מטרות הקמתן של חברות ממשלתיות על ידי הממשלה, לטעמים להותרת הבעלות בהן בידי המדינה ולהשלכות

גוף המנהל על ידי גורמים פרטיים, האפשרות להעביר תחומים מסוימים לידיים פרטיות (קיים קושי רב להעביר את התעשייה הצבאית, למשל, לידיים פרטיות), הצורך לגייס כספים מן הציבור באמצעות ההפרטה, מעוררים שאלות כבדות ונכבדות, שהינן מחוץ לנשוא דיונונו. נושא זה הינו רחב מארץ מידה ואנו נסתפק בהקשר זה בהפניית המעיין למקורות הבאים:

P.W. MacAvoy, W.T. Stanbury, G. Yarrow, A.J. Zeck Hauser *Privatization and State Owned Enterprises - Lessons from the United States, Great Britain and Canada* (Rochester Studies in Managerial Economics and Policy, Kluwer Academic Publishers, N.Y. 1989);

C.E. Martinez "Early Lessons of Latin American Privatization" 15 *Suffolk Transnat'l L. J.* (Spr. 1992) 468-513; "Ideology, Practice and Performance in Privatization: a case study of Argentina, 33 *Harv. Int'l L. J.* (Wint. 1992) 240-254; J.F. Garner "After Privatization: quis custodiet ipsos custodes? The regulation of privatised enterprises (Discussion of After Privatization)" *Pub. L.*

(Aut. 1990) 329-337; J.C. Coffee "The Privatization of Eastern Europe" 111 *Col. in vol. 208, N.Y. Law Journal* (1982) p. 5, Col. 1; J.E. McNitt and M. Bell "The Privatization Process in Hungary" 6 *Probate and Property* (1992) p. 38(5); D.L. Linowes "Privatization Toward More Effective Government - Report of the President's Commission on Privatization"; M. Shirley "The What, Why and How of Privatization: A World Bank Perspective" (Financial Regulations: Transnational Financial Services in the 1990s) 60 *Fordham L. R.* (1992) pp. 23-36;

R. Feldman "Can the new privatization trend save a crumbling infrastructure?" 68 *Col. in Vol. 12, The National Law Journal* (1989) p. 40; B. Jacquillat "Nationalisation and Privatization in contemporary France" 8 *Government Union Rev.* (1987) 21-50; P.B. Beaumont "Privatization, Contracting-out and Public Sector Industrial relations: The Thatcher Years in Britain" 20 *Journal of Collective Negotiations in the Public Sector* (1991) p. 89-100; M.J. Thomerson

"German reunification - the privatization of socialist property on East Germany's path to democracy" 21 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1991) p. 123-143; J.S. Laffont "Privatization and Incentives" 7 *Journal of Law, Economics and Organization* *Ann.* (1991) p. 84; T. Chandler and P. Feuille "Municipal Unions and Privatization" 51 *Public Administration Rev.* (1991) p. 15; J. Guccione "County increases 'Privatization' to reduce budgets" (Los Angeles County) 100 *The L.A. Daily Journal* (1987) p. 1; W.J. Ellison

"Privatization of corrections: a critique and analysis of contemporary views" 17 *Cumberland Law Rev.* (1987) 683; A.D. Feldman, C.J. Berrocal, H.L. Sharfsten, "Public finance through Privatization: Providing infrastructure for the future" (Local Government Law Symposium) 16 *Stetson Law Rev.* (1987) 705; A. Gelpem and N. Harrison "Ideology, Practice and Performance in Privatization - a case study of Argentina" 33 *Harv. Int'l Law Journal* (1992) p. 240; R.V. Cowles

"Privatization of the British Coal Industry" 9 *Journal of Energy and Natural Resources Law* (1991), p. 210; D.R. Morgan and R.E. England "The two faces of privatization" 48 *Public Administration Rev.* (1988), p. 979; J.L. Huffman "Public Lands management in an age of deregulation and Privatization" vol. 10 *The Public Land Law Rev. Ann.* (1989), p. 293; R.A. Cass "Privatization: Politics, Law and Theory (Privatization: the Assumptions and the Implications)" 71 *Marquette Law Rev.* (1988) 449; T. Prosser "Constitutions and Political Economy: The Privatization of Public Enterprises in France and Great Britain" 53 *Modern Law Rev.* (1990) p. 304; C. Veljanovski "Privatization in Britain - The Institutional Constitutional Issues" 71 *Marquette Law Rev.* (1988), p. 558; Herschel Hardin *The Privatization Putsch* (The Institute for Research on Public Policy, Halifax, 1988).

שיש למטרות אלו על תחולת כללי המשפט הציבורי ביחס לחברות ממשלתיות. זאת, תוך ניתוח מהות החברה הממשלתית במישור המשפט הפוזיטיבי הנוהג, וגזירת ההבחנה המתבקשת בין חברות ממשלתיות שונות, בהתאם לקו החשיבה העומד במרכז המודל המוצע לעיל.

ב. מטרת הקמתם של תאגידים לאומיים במדינות שונות

3.6 פעילות כלכלית באמצעות תאגיד ממלכתי⁵ הינה שיטה מקובלת בעולם ליישום התערבות מסיבית של המדינה בחיי הכלכלה. ואולם, נשאלת השאלה, האם מהווה ניהול עסקים ואמצעי ייצור בכלים ממלכתיים מטרה כשלעצמה, או שמא יש מטרות ספציפיות שישומן מחייב ניהול עסקים והחזקת אמצעי ייצור במסגרת של תאגידים ממלכתיים, ואשר לשמן משתמשת המדינה בתאגיד הממלכתי? ובמילים אחרות, האם מהווה הקמת התאגיד הממלכתי מטרה בפני עצמה או שמא נובעת היא אך מצורך להגשים יעדים מסוימים?

ב(1) מניעים אידיאולוגיים להקמת תאגידים ממלכתיים

3.7 פרופ' וולפגנג פרידמן⁶ מציין, כי במדינות מתפתחות המניע הדומיננטי להקמתם של תאגידים ממלכתיים נעוץ בצורך הפרגמטי לספק שירות או מוצר חיוני, אשר אמצעי הייצור וההון הפרטיים אינם מסוגלים לפתחם בכוחות עצמם.⁷ לעומת זאת, במדינות המתועשות, מוצאים אנו הקמה אינטנסיבית של תאגידים לאומיים, בעיתות משבר, כדי לענות על צרכים דחופים,⁸ בעוד שבימים כתיקונם מהווה ההקמה של תאגידים ממלכתיים במדינות אלו עניין התלוי בהשקפת עולם ונושא למחלוקת אידיאולוגית עזה.

5 בהקשר זה אנו עושים שימוש במונח "תאגיד ממלכתי" חלף המונח "חברה ממשלתית", שכן ההתייחסות הינה גם למסודות כגון "public corporation", המתייחסים (באנגליה ובארצות הברית) בעיקר לתאגידים סטטוטוריים ולא לחברות ממשלתיות.

6 W. Friedman "A Theory of Public Industrial Enterprise" *Public Enterprise - A Study Of Its Organisation And Magement In Various Countries* (ed. A.H. Hanson, based on Documents prepared for a United Nations seminar, held in Rangoon, March 1954) p. 3.

(להלן: פרידמן בספרו של הנסן)

כמו כן ראה:

W. Friedman *The Public Corporation, A Comparative Symposium* (University of Toronto School of Law, Toronto, 1954); W. Friedman "Forms and Functions of Public Enterprise: A Comparative Study", *Current Legal Problems*, (vol. 22, 1969).

7 במדינות אלו קיים לעיתים נימוק "אידיאולוגי" להעברת תעשיות לבעלות לאומית, הוא הרצון להתנער משרידיו של קולוניאליזם ולהפגין עצמאות לאומית.

8 הדוגמאות המובאות לכך הן הקמת החברה הלאומית לייצור פוליאסטר בקנדה, במהלך מלחמת העולם השנייה (במטרה לספק לחיילים ערדליים מחומר סינטטי), וכן הקמת חברת Klipfontein Organic Products Co. בדרום אפריקה, במהלך מלחמת העולם השנייה.

המחלוקת אם מהווה החברה הממשלתית מטרה בפני עצמה במישור האידיאולוגי, אם לאו, מתוארת על ידי פרופ' אהרוני,⁹ כדלקמן:

"רבים הם הטוענים כי אל לה לממשלה להיות בעלים של חברות. לדעתם של אלה, הממשלה פועלת בעיקר על פי שיקולים פוליטיים. הקמתן של חברות ממשלתיות, לפי השקפה זו, מקטינה את הפלורליזם, מגבירה את ריכוז העוצמה הכלכלית בידי המדינה, מאפשרת האחדה של עוצמה כלכלית פוליטית וצבאית, ומהווה סכנה לדמוקרטיה. יתר על כן, בהתאם להשקפת עולם זו, חברות בבעלות המדינה אינן יעילות, שכן אין למנהליהן תמריצים מספקים להבטיח רווח, ומשום שממשלה איננה מביאה חברות בבעלותה לפשיטת רגל ואף אוסרת עליהן לפטר עובדים מסיבות פוליטיות. אחרים, רואים חברה בבעלות המדינה כהישג רב משמעות בהבטחת שוויוניות וכדרך להעלמותו של ניצול האדם העובד. שתי השקפות עולם קיצוניות אלו מבוססות על אידיאולוגיות: האחת רואה בזכות הקניין הפרטי זכות טבעית, שאיננה ניתנת לערעור, את מנגנון השוק והתחרות החופשית כדרך היחידה להבטחתם לא רק של יעילות כלכלית, אלא גם של רווחה מירבית. ואילו הממשלה נחשבת לגורם בירוקרטי, המפריע לפעילות הברוכה של השוק החופשי. ההשקפה האחרת מאמינה בחברה הרמונית של אנשים, המשתפים פעולה איש עם רעהו כדי להשיג חברה שוויונית ללא ניצול, ורואה בקניין הפרטי אם כל חטאת של ניצול וגורם עיקרי של הרגשת ניכור (Alienation) של הפועל."

3.8 בחינת תהליך הקמתם של תאגידיים ממלכתיים במדינות שונות מלמד כי העברתם של אמצעי ייצור מידיים פרטיות לבעלות הציבור מהווה ביטוי

9. אהרוני חברות ממשלתיות בישראל ובעולם (גומא, ספרי מדע ומחקר, ציריכבר מצויאים לאור בע"מ, 1978) 12-13.

לעומת זאת ראה דעתו של:

H. Seidman, "The Government Corporation: Its Place In The Federal Structure" *Public Enterprise - A study of its Organisation and Management in Various Countries*, edited by A.H. Hanson (Brussels, Int' Institute of Administrative Science, 1954), p. 41: "Government institutions are seldom loved or hated for themselves alone..."

The one notable exception is the government corporation. There are those who regard the corporate device as good or evil, regardless of how it is used or the purpose which it serves...

The government corporation has become a symbol, and symbols stir strong, and often contradictory, emotions. At one and the same time the corporation represents the evils of government in business, and the virtues of business efficiency and organization in government. For this reason, differences of opinion about the value and uses of government corporations are not necessarily a reflection of differences in economic and political ideologies".

מודרני לאידיאולוגיה סוציאליסטית במסגרת מדינת הסעד, המסייעת לפרט להתמודד עם כשלי שוק, הנוצרים בתנאים של כלכלה מתפתחת.

3.9 **בברית המועצות הוקמו "נאמנויות" ¹⁰ - יחידות סמי-אוטונומיות לייצור, כתוצאה מן המתח שנוצר בין תכנון ריכוזי של הכלכלה, המבוסס על בעלות ממלכתית בכל אמצעי הייצור, לבין הצורך בביזור ניהולי, שיאפשר גם ביקורת בדבר מידת יעילותם של אמצעי ייצור אלה.**

העדר מניעי רוח בשוק זה - הוא שחייב הקמת יחידות ייצור נפרדות, עם תקציב נפרד והנהלת חשבונות נפרדת, שתאפשר פיקוח. משום כך, הועברו המפעלים המרכזיים בברית המועצות החל משנת 1923, למתכונת האמורה של "נאמנויות". עם זאת, חופש הפעולה, בניהול ובכריתת החוזים ביחידות אלו, הוכפף לצורך באישור מוקדם של דרגים ביורוקרטיים, ומחלוקות בין יחידות ייצור שונות בנוגע למשאבים ואמצעים הועברו להכרעת מוסד ברורות מיוחד, המביא בחשבון גם שיקולים כלל משקליים ופוליטיים.

3.10 **בדומה לכך מוצאים אנו כי גם באנגליה הולאמו חלק ניכר מתעשיות היסוד מחמת שיקולים אידיאולוגיים.**

מצע מפלגת הלייבור קרא, החל משנות השלושים, להלאמת ה-Comanding Heights של המשק הלאומי. ואכן, כאשר עלתה מפלגת הלייבור לשלטון, אחרי מלחמת העולם השנייה, קיימה המפלגה את מצעה והלאימה את תעשיית הפחם (בשנת 1946), ¹¹ את חברת החשמל

10 ראה פרידמן בספרו של הנסן, (לעיל הערה 6). המונח "נאמנות" משקף את העובדה כי התאגיד האמור קיבל כוחות וסמכויות כדי לנהלם נאמנה - עבור הייצור. לעניין זה ראה גם:

D.N. Chester "Public Corporations and the Classification of Administrative Bodies" *1 Political Studies* (1953), vol. 1, p. 34:

"... it is I think, found in the Report of the Crawford Committee on Broadcasting (Cmd. 2599, 1926) which recommended 'a public corporation acting as Trustee for the national interest'... Marshall Dimock, writing in 1933 (British Public Utilities and National Development), does not speak of the 'Public corporation' but refers to 'a public utility trust, as represented by the Central Electricity Board'" (הדהגשות הוספו).

הנחתנו, כי קיימים יחסי אמון בין החברה הממשלתית לבין הייצור, מוצאת אם כן ביטוי בהשקפה שליוותה הקמתם של תאגידים ממלכתיים במדינות שונות.

11 בהקשר זה יצוין כי העברת מכרות הפחם לידי הממשלה בוצעה על ידי מפלגת הלייבור ממניעים אידיאולוגיים, אך עוד בשנת 1919 המליצה על כך ועדה ממלכתית, כדי שתעשיית הפחם תזכה למשאבים שיאפשרו לשכלל אותה. תעשייה זו הועברה לפני מספר שנים לידיים פרטיות, תחת שלטונה של המפלגה השמרנית בראשות ג'ב' תאצ'ר; לעניין זה ראה:

R. v. Cowles "Privatisation of the British Coal Industry", *Journal of Energy and Natural Resources Law* (1991) 210.

(בשנת 1947),¹² את רשת התחבורה (בשנת 1947), את מקורות הגז (בשנת 1948) ואת תעשיית הפלדה (בשנת 1949). בנוגע להלאמת תעשיית הפלדה התקיים ויכוח ציבורי נוקב, והמפלגה השמרנית התנגדה נמרצות להלאמה. עם זאת, לאחר עיכובים, חוקק בשנת 1949 על ידי מפלגת הלייבור חוק הפלדה והברזל, שהביא להעברת עשרות חברות פלדה לידי הממשלה. בשנת 1953 בוטל חוק זה על ידי המפלגה השמרנית והוחל בהליך של הפרטה ביחס לתעשייה זו, ואולם, בשנת 1968, כאשר מפלגת הלייבור שבה לשלטון, היא הביאה שוב להלאמת תעשיית הפלדה.¹³ לעומת זאת, עם עליית המפלגה השמרנית לשלטון באנגליה, בשלהי שנות השבעים של המאה העשרים, החל הליך מסיבי של הפרטה.

3.11 כמו כן מציין פרופ' פרידמן במאמרו הנזכר כי גם בצרפת, בהשפעת ועדי העובדים, הולאמו תעשיות רבות לאחר מלחמת העולם השנייה, כחלק מן המאמץ לשינוי פני החברה, וכריאקציה למשטר מפלגות הימין ששרר בתקופת המלחמה. כך הולאמו בשנים 1944-1947 תעשיות החשמל, הגז, הפחם, הבנק דה-פרנס ומפעלי הרכב של "רנו" (הנימוק להלאמת מפעלי "רנו" היה שיתוף הפעולה של חברה זו עם הנאצים בשנות המלחמה).

3.12 ההלאמות של התעשיות השונות באנגליה ובצרפת, וההעברה של אמצעי הייצור מידיים פרטיות לתאגידים ממלכתיים, נעשתה מטעמים אידיאולוגיים כשהקמת התאגידים הלאומיים היוותה מטרה בפני עצמה. הבעלות הקולקטיבית על אמצעי הייצור נומקה, בעיקר, בצורך להשיג שלוש מטרות חברתיות כדלקמן:¹⁴

למדיניות הלייבור בהקשר זה ראה גם:

A.H. Hanson, "The Labour Party and the House of Commons Reform" *Parliamentary Affairs*, (part 1, vol. 10, no. 4 Aut. 1956-57) pp. 464-465.

12 עם זאת, רשת החשמל באנגליה נהלה כבר קודם לכן באמצעות תאגיד לאומי (The Central Electricity Board), בשנים 1928-1934.

13 גם המפלגה השמרנית באנגליה הכירה בצורך להקים תאגידים לאומיים לשם הסדרת נושאים שהינם חיוניים ביותר לבטחון האומה. ואולם לטעמה, תעשיית הפלדה לא נפלה לגור זה. לעומת זאת, הוקם על ידי ממשלת בריטניה בראשות השמרנים, תאגיד ממלכתי להסדרת ענייני האנרגיה האטומית (בשנת 1958). בהקשר זה שררה אחרות דעים כי זהו נושא מטוכן מדי, בעל השלכות מרחיקות לכת מדי, מכדי שניתן יהא להפקידו בידיים פרטיות.

14 מ. דורנשטיין "המטרות של חברות עסקיות-ממלכתיות דרכי הקבעותן בתפיסת המשתתפים בניהולן ולמעשה" (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור במדעים, הוגש לטנט של הטכניון - מכון טכנולוגי לישראל, חיפה, 1973) עמ' 5; י' אהרוני, לעיל הערה 9, בעמ' 66;

H. Clegg and T.E. Chester *The Future of Nationalisation* (Blackwell, 1964) 1-15; Crosland *The Future of Socialism*, (London, Macmillan and Co., 1969) 18, 22, 286, 291; R. Kel Cohen *British Nationalisation 1945-1973* (London, Macmillan, 1973); M. Sloman *Socialising Public Ownership* (London, Macmillan, 1978); A.H. Walsh *The Public's Business: The politics and practices of government corporations* Cambridge and Mass, MIT Press, (1978); L. Tivey *The*

א. ההשקפה הדוגלת בשוויון רואה ליקוי חמור בכך שהבעלות על אמצעי הייצור איננה מחולקת באופן שוויוני, אלא מרוכזת בידי בעלי ההון. ריכוז כזה של עושר ועוצמה כלכלית נראה לדוגלים בהשקפה זו לא מוסרי. על ידי הבעלות הציבורית באמצעי הייצור, תתאפשר לדעתם הקצאה שוויונית יותר של מקורות כלכליים ויימנעו הרעות החולות של אבטלה וחוסר הביטחון התעסוקתי של העובדים.

ב. בעלות ציבורית על אמצעי הייצור נועדה למנוע תחרות על רווח אישי ולהשתית את הייצור על סולידריות ועזרה הדדית חלף הישגיות נעדרת רגש אחווה וסולידריות. כמו בן נועדה הבעלות הציבורית להעביר את הפיקוח על הייצור לידי "היצרנים האמיתיים" - הלא הם העובדים בייצור.

ג. בהתאם לתיאוריית עודף הערך המרקסיסטית, העבודה היא גורם הייצור היחיד היוצר ערך, אם במישרין ואם בעקיפין. מאחר שבעלי ההון משלמים לפועל רק את המינימום הדרוש לו לקיומו, נותר בידם עודף הערך, וזהו על פי התיאוריה המרקסיסטית: ניצול. העברת הבעלות על עודף הערך האמור לידי הציבורי מתקנת עיוות זה.

3.13 כנגד מילוי שאיפות אלה באמצעות מדיניות ההלאמה שבוצעה באנגליה ובצרפת הועלו, בין השאר, ההשגות הבאות:

א. הלאמת תעשיות מלווה ביצירת מונופולים. מונופול גורר מטבעו מידה נמוכה יותר של יעילות ויוזמה, בהשוואה למצב שבו קיימת תחרות חופשית. הנפגע מכך הינו: ציבור הצרכנים.¹⁵

ב. הבטחת הביטחון התעסוקתי של העובד כרוכה בגריעה ממידת המוטיוציה של העובד ליתן שירות טוב לציבור, שהרי מקום עבודתו מובטח ממילא.

ג. בעלות קולקטיבית על אמצעי הייצור אינה יוצרת שוויון - אלא מעבירה את השליטה מאלטיה אחת, של בעלי ההון, לאלטיה אחרת, של השכבה הניהולית.¹⁶

Nationalized Industries since 1960 (Toronto, University of Toronto Press, 1973); Renato Mazzocini Government Controlled Enterprises (New York, John Wiley, 1979).

Kelf Cohen British Nationalism 1945-1973, (ibid), pp. 12, 390 15

C. Landauer Contemporary Economic Systems: A Comparative Analysis (Philad and N.Y. 1964) 239-240; 16

מילוואן דג'ליס (Millován Douglas) המעמד החדש (תל-אביב, עם עובד, 1958).

ד. הלאמת תעשיות חושפת מפעלים עסקיים לניהול המונע משיקולים פוליטיים.¹⁷

ה. כדי להבטיח תעסוקה לא נדרשת בעלות ישירה של המדינה באמצעי הייצור. ניתן להגשים מטרה זו, באמצעות יצירת מלאי גדול של מקומות תעסוקה, כאשר הממשלה מכוננת את המשק באמצעות מיסוי, סובסידיות, מענקים, ואמצעים מוניטריים.¹⁸

3.14 גם בניהול התאגידים הלאומיים, הלכו והתפתחו שתי גישות מנוגדות בתכלית בין הדוגלים בגישה סוציאליסטית, הרואה בבעלות הציבורית מצב שהינו עדיף על פני הבעלות הפרטית. כך מצוין ברגסון¹⁹ שני מודלים לניהול התאגיד הלאומי: המודל האוטונומי - המאפשר לתאגיד להתנהל על פי שיקול דעת עצמאי של מנהליו, אשר יפעלו במסגרת של "תחרות משוכללת", דהיינו, בתנאים של שוק חופשי, שכדי להתמודד בזרמיו יהא על התאגיד הלאומי לפעול לפי הכלל של מינימיזציה של הוצאות הייצור הממוצעות ליחידת תפוקה, והתאמת שיעור התפוקה לכלל העודף השולי הפוחת, המחייב השוואת הוצאות הייצור השוליות למחיר הנתון של תפוקתן.

והמודל המכוון - בו ניתנות הנחיות ספציפיות על ידי הממשלה לתאגיד הלאומי, תוך ראיית כלל צורכי המשק ותיאום בין הגורמים השונים הפועלים בו.

גישה זו, המכפיפה את התאגיד הלאומי להוראות השלטון המרכזי, מושפעת מן התיאוריה המרקסיסטית בדבר הצורך בריכוזיות, שהינה חיונית לפי גישה זו כדי לפעול על פי "שיטת ההערכות המאוזנות" (Method of Balanced Estimates), בה נבדק הביקוש למוצרים ולשירותים לעומת ההיצע המתוכנן ומתבצעת פעולה מתמדת של תיאום בין ההיצע המתוכנן מראש לבין הביקוש.

3.15 מכל מקום, לנזכר ההשגות האמורות כנגד מילוי השאיפות החברתיות

17 Kelf Cohen, *supra* note 14, pp. 307-312; Landauer *ibid.* pp. 234-240 מ' דורנשטיין, לעיל הערה 14, בעמ' 6.

18 מ' דורנשטיין, שם, שם; Crosland, *supra* note 14, pp. 330-333.

19 A. Bergson "Socialist Economics" *A Survey of Contemporary Economies* (ed. H.S. Ellis 1948) Philadelphia, 412-448; המודל האוטונומי פעל (לפחות בתיאוריה) בגרמניה המזרחית, בה הלאימה המדינה במפעלים רבים 51% מן הבעלות, אך הותירה 49% בידי הבעלים הקודם, כדי שימשיך לנהל את המפעל יתרום לו מייחמתו הפרטית ומנסיונו.

באמצעות בעלות לאומית על אמצעי היצור, זנחו במידה רבה אף הדוגלים בסוציאליזם את מדיניות ההלאמה, הרואה בבעלות הלאומית על אמצעי היצור מטרה בפני עצמה. תאגידים לאומיים יוקמו על כן, גם לשיטתם, רק כאשר צורכי ציבור ספציפיים מחייבים התערבות הממשלה בשוק.²⁰

3.16 ואכן, תאגידים לאומיים (להבדיל מהלאמה של תאגידים פרטיים) הוקמו במקרים רבים, ללא שיקולים אידיאולוגיים וכדי לענות על צרכים פרגמטיים.²¹

כך מציין פרופ' וולפנג פרידמן כי גם בקנדה ובדרום אפריקה, אשר לא הושפעו מן התיאוריה הסוציאליסטית, הוקמו באותה עת עצמה, (בשלהי מלחמת העולם השנייה) תאגידים ממלכתיים רבים.²² כמו כן, בארצות הברית, אשר השיטה הכלכלית השוררת בה דוגלת במובהק ביחמה חופשית ובבעלות פרטית, הוקמו תאגידים ממלכתיים רבים ובהם רשות עמק הטנסי (T.V.A. - Tennessee Valley Authority).²³

Landauer, *supra* note 16, pp. 231-232:

"The traditional meaning of socialism, collective ownership of the instruments of production, is no longer applicable as a basic criterion since practically all social parties in the western world refuse to put primary emphasis on this postulate...

Socialism today cannot be considered a clearly definable system either existing or postulated but only a tendency to look more favorably on some measure and less favorably on others than is done by the supporters of capitalism or communism... Among the measures that socialists look upon more favorably than supporters of the capitalistic system is still collective ownership of the means of production".

21 W. Friedman "A theory of public industrial enterprise", *supra* note 6, p. 14. פרופ' פרידמן מציין בהקשר זה בין המדינות אשר טעמים אידיאולוגיים ופרגמטיים כאחד שימשו בהן להקמת תאגידים ממלכתיים, את אוסטרליה וישראל: "In such states as Australia or Israel, political and practical factors are intimately blended. In Australia, a strong tradition of state intervention, coupled with the need to develop a practically empty continent under very adverse conditions, led to the establishment of public enterprise as early as 1815. Far more recently, in Israel, socialist philosophy combined with the need for the economic development of a poor country to establish a great variety of public enterprises".

לויכוח בעניין זה, בין מי שהיה מנהל רשות החברות הממשלתיות, מר יעקב סלמן, אשר טען כי אין אף חברה ממשלתית שהוקמה בישראל מסיבות אידיאולוגיות, לבין מי שהיה סמנכ"ל משרד השיכון, מר הלל אשכנזי, אשר הביע עמדה כי שיקולים אידיאולוגיים באו לידי ביטוי, וכי השיטה המשפטית כולה דובר בעלות המדינה על קרקע, מים ואוצרות טבע, הושפעה ממניעים רעיוניים ואידיאולוגיים: ראה "חברות ממשלתיות - צורך כלכלי, ממלכתי או פוליטי" (דיון סביב שולחן עגול) נתיב אירגון ומינהל 1970, 3-4; 9; וכן י. אהרוני לעיל הערה 9, בעמ' 72-73.

22 אחד התאגידים הממלכתיים המוצלחים המשגשגים ביותר (Ontario Hydro Electric Commo) הוקם בקנדה עוד בשנת 1907.

23 כמו כן הוקמה "החברה הפרלית להבטחת פקדונות" הוקמו אלפי חברות בבעלות המדינות הרשויות המקומיות, אשר תכליתן לספק לציבור חשמל, מים, כבישי אגרה, תשתית וכיו"ב. להקמת תאגידים ממלכתיים במשטרים קפיטליסטים ראה:

לעומת זאת, בשוודיה, בה שלטה במשך שנים רבות ממשלה סוציאליסטית, לא הוקמו תאגידי ממשלתיים רבים והמדינה מפעילה את השפעתה בשוק רק בעקיפין, באמצעות מיסים, סובסידיות, תקנים ופיקוח על מונופולים, בלא שליטה על תאגידים.

3.17 מסקנתו של פרופ' פרידמן מסקירת ההתפתחות בארצות השונות הינה, על כן:

"The first important conclusion which emerges from a comparison of the contributions on this point is, that the public enterprise as a whole should not be judged predominantly by ideological preconceptions. In most cases public corporations have been established in response to practical needs, and they have often been successful in ideologically uncongenial surroundings".²⁴

השימוש הרחב בתאגיד הממשלתי, במדינות בעלות משטר אידיאולוגי שונה, מלמד אם כן, כשלעצמו, כי תאגידים אלו לא נועדו לשרת מניע אידיאולוגי, אלא כדי להוות מענה פרגמטי לצרכים שונים.

3.18 ברומה לכך מסיק וינינג (Vining),²⁵ במחקר המתייחס להקמת תאגידים בבעלות המדינה בקנדה, כי אין לייחס את הקמתם של תאגידים אלו

L. Hancher and M. Moran *Capitalism Culture and Economic Regulation*, (Clarendon Press, Oxford, 1989).

ולחבר, להקמת מפעלים בבעלות ממשלתית במשטר פשיסטי, ראה:

L. Hamburger *How Nazi Germany Has Controlled Business* (The Brooklin Inst., Washington D.C., 1943).

W. Friedman and J.F. Garner *Government Enterprise - A Comparative Study* (Columbia University Press, 1970) 306.

Aidan R. Vining *An Overview of the Origins, Growth, Size and Functions of Provincial Crown Corporations*, Study prepared for the Institute for Research on Public Policy (Vancouver, University of British Columbia, Faculty of Commerce and Business Administration, 1979) p. 22.

כמו כן ראה י' סלמן "הפעלת הוראת הממשלה על החברות הממשלתיות" רואה החשבון 7-8 (233-232) (1973), 252, 253:

מדיניות הממשלה היא מדיניות פוליטית ועליה לממש ולהפעיל אידאולוגיות של אותן המפלגות המשתתפות בקואליציה. כאשר רוצים לבחון אם המצע של הקואליציה הממשלתית תואם את המערכת העיסוקית של החברה הממשלתית, מגלים ניגוד אינטרסים בין שתי הגישות המחייבות את הממשלה, כאחראית למצע שלה מחד וכגורם עיסקי מאידך.

וראה טרנר "שילוב רואה החשבון בפיקוח על החברות הממשלתיות" רואה החשבון, 7-8 (233-232) (1973), המונה כאחת הסיבות להקמת חברות ממשלתיות את הרצון הטבעי של כל שר לקיים אימפריה של חברות המצויות בתחום אחריותו: "או כפי שהדבר הוגדר לאחרונה על ידי הטבעת מטבע לשונית חדשה 'פעולת האיגוף', פעולת איגוף נעשית משמאל ומימין, כאשר הכוונה אינה דווקא לרווחת השמיים...".

למניעים אידיאולוגיים כלשהם, שהרי מפלגות הימין הקימו לא פחות חברות מסוג זה, מאשר מפלגות השמאל. ואולם, כדי להיות מדויק יצוין בהקשר זה מחקר מאוחר יותר של טופר (Tupper) ודורן (Doren), אשר בחנו את מטרות הקמתם של תאגידים לאומיים שונים בקנדה והסיקו כי:

"The public corporations examined in this book, do not entitle us to say that ideology, in the sense of grand systems of normative thought, explains the origins of these firms. Equally, however, they do not allow us to conclude that important elements of belief and normative rationale and political will are unimportant causes to be glossed over with the label of pragmatism or unrepentant political self-interest"²⁶ (ההדגשות הוספו).

מסקנתם של טופר ודורן היא על כן, כי להשקפת עולם סוציאליסטית הרואה בתאגיד הציבורי ערך בפני עצמו אבן היתה השפעה מועטה ביותר על הקמת תאגידים לאומיים בקנדה. ואולם, תאגידים אלו הוקמו כתוצאה משילוב של צרכים פרגמטיים ושיקולים פוליטיים, שתכליתם להשתמש בתאגיד הממלכתי כאמצעי להתערבות המדינה במגזר מסוים של הכלכלה.²⁷

בהקשר זה יש לזכור כי ממשלות פועלות מטעמים פוליטיים, ולא רק מטעמים פרגמטיים. משום כך נכון יהא לומר כי הקמתם של תאגידים לאומיים לא נועדה להגשים אידיאולוגיה מסוימת, אך היא נועדה לשמש זרוע ביצועית של הממשלה להגשמת מטרה מסוימת, פרגמטית או פוליטית, בתחום משקי מוגדר.

3.19 מן הסקירה דלעיל נמצאנו למדים כי החברה הממשלתית אינה מטרה בפני עצמה, וטעמי הקמתה אינם אידיאולוגיים, אלא פרגמטיים ופוליטיים, באשר חברות אלו מיועדות ליישם את מדיניות הממשלה, בתחום משקי מסוים. בחינת המניעים הפרגמטיים והפוליטיים להקמת תאגידים ממלכתיים עשויה ליתן בידינו כלי לבחינת המקרים, שבהם

26 A. Tupper and G.B. Doren, *Public Corporations and Public Policy in Canada*, (The Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1981), p. 15; J.K. Laut and M.A. Molot, *State Capitalism - Public Enterprise In Canada*, (Cornell University Press).

27 שם בעמ' 21. כמו כן ראה: Anthony King "Ideas, Institutions and the Policies of Governments: A Comparative Analysis" 3 *British Journal of Political Science*, (para. 1 and 2, 1973) p. 304.

מטרתו של התאגיד הממלכתי היא להוות כלי ביצוע בידי הממשלה להתערב בחיי הכלכלה, כדי להשיג תוצאה מסוימת באמצעותו.

3.20 משום כך, נפרט להלן את המטרות הכלכליות והפוליטיות, אשר מחמתן מקימות ממשלות שונות תאגידים לאומיים, תוך שאנו מנתחים את מטרות התאגיד הממלכתי, בהתאם להבחנה הרלוונטית לענייננו, בין תאגיד המהווה זרוע ביצועית של הממשלה, לבין תאגיד המהווה "חי הנרשאת את עצמו", והפועל כגוף עצמאי על פי שיקול דעתו הוא. בהקשר זה נראה באילו מקרים מהווה המטרה העומדת בבסיס הקמתו של התאגיד הממלכתי עילה מספקת לראותו כחלק אינטגרלי מזרועות הממשל, ואימתי אין מקום להסיק מסקנה זו ויש לבחון את דרך הפעילות של התאגיד הממלכתי הנדון הלכה ולמעשה.

ב(2) מניעים פרגמטיים להקמת תאגידים ממלכתיים

א. ריסון מונופולים וקרטלים

3.21 אחד המניעים הבולטים ביותר להקמת תאגידים ממלכתיים במדינות השונות הינו הצורך בריסון מונופולים וקרטלים. בהקשר זה מוצאים אנו כי קיימות שתי דרכים להבטיח כי מונופול או קרטל לא ינוצל לרעה. האחת הינה: פיקוח הדוק על פעולותיו, והשנייה הינה: בעלות ישירה של הממשלה על המונופול או הקמת תאגיד ממשלתי בתחום שבו יש קרטל, כדי לחשוף אותו לתחרות. הניסיון הראה כי האמצעי השני, של הקמת תאגידים ממלכתיים, הינו יעיל יותר מבחינת יכולת הפיקוח וההשפעה של הממשלה על השוק בתחום זה. הדברים נכונים במיוחד אם התאגיד הממלכתי כפוף לנורמות של משפט ציבורי המחייבות אותו לנהוג בהגינות ובסבירות וכאשר התאגיד האמור כפוף לפיקוח שיפוטי בדבר ביצוען של נורמות אלו.

3.22 בין המונופולים קיימת הבחנה בין "מונופול טבעי" לבין "מונופול פיסקלי". "מונופול טבעי" קיים כאשר העלות הממוצעת ליחידה יורדת עם הגדלת התפוקה וקיים יתרון לגודל. "מונופולים טבעיים" קיימים לעיתים גם בגלל היתרונות של הפעלת רשת, כגון בתחום החשמל, הדואר, הטלפון והתחבורה. במקרה של מונופול טבעי, קשה מאוד לפתוח את השוק לתחרות ולא משתלם להקים מפעלים נוספים.

"מונופול פיסקלי" הינו מונופול שהמדינה יוצרת כדי להשתמש בו כמכשיר לגביית כספים מן הציבור. מונופול פיסקלי נוצר על ידי איסור תחרות הקבוע בחוק. לאמור, בתחומים שבהם גמישות הביקוש הינה נמוכה, ולציבור "אין ברירה" אלא לצרוך מוצר מסוים, שאינו מוצר בסיסי, מקימה המדינה, לעיתים, מונופול וגובה בספים בגין הספקת המוצר או השירות נשוא המונופול. כך קורה במדינות מסוימות כי קיים מונופול, שבידו מסורה הבעלות בתחום הסיגריות, התה, המלח והמשקאות המשכרים.²⁸

3.23 בעלות המדינה על מונופול טבעי מיועדת לרסן את הכוח העצום שזה מרכז בידיו, תוך התאמת המחיר לצרכן לתנאי המשק ככלל, ותוך התחשבות ברווחת הפרט, התלוי בחסדיו של המונופול.

ודוק, פיקוח על המחירים יכל לכאורה להשיג את אותה תוצאה. הבעלות של המדינה על המונופול מיועדת על כן בהכרח להבטיח נורמות התנהגות ראויות במסגרת הספקתו של השירות או המוצר, אשר הציבור תלוי בו, ואשר השגתן אינה אפשרית באמצעות פיקוח גרידא על המחירים. בכל הנוגע לגופים אלו המהווים מונופול טבעי, מספקים שירות או מוצר חיוני, ומכונים גם Utility Public, החלת נורמות מסוימות של משפט ציבורי, האוסרות הפליה או שרירות בהספקת שירות זה, הינה ברורה ומחויבת מעצם הקמתו של התאגיד הלאומי על ידי המדינה.

3.24 המונופול הפיסקלי לעומת זאת, אינו משרת מטרה משקית מסוימת, וכל תכלית השליטה בו הינה לגייס את הכספים שהוא מניב לקופת המדינה. זהו סוג של מיסוי שהמדינה מבצעת בדרך של התערבות בחיי הכלכלה. בכל הנוגע לתאגידים אלו אין עצם הבעלות על ידי המדינה מחייבת, כשלעצמה, לראות בהם חלק מן המינהל הציבורי, וכדי להגיע למסקנות בדבר מידת תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי על תאגידים אלו, יהא עלינו לבחון אם מוטלת עליהם חובת אמון כלפי הציבור ואם הלכה ולמעשה הם מנוהלים תוך זיקה הדוקה לממשלה ומשמשים זרוע ביצועית

28 כך מצייץ פרופ' אהרונס בספרו, לעיל הערה 9, בעמ' 75, כי באיטליה ובצרפת יש מונופול ממשלתי לסיגריות, ביפן יש מונופול ממשלתי למלח, במדינות שונות של ארצות הברית יש למדינה מונופול על מכירת משקאות משכרים ובישראל יש למדינה מונופול על מפעלי הימורים. בתחום זה בא לידי ביטוי גם מניע ה"חטא". לאמור, הממשלה סבורה כי משקאות משכרים, סיגריות, הימורים וכיו"ב אינם משרתים את "טובת הציבור". משום כך, "התיקן" לחטא האמור מתבטא בכך שרווחיו ייכנסו לקופת הכלל. כך אסורים בישראל הימורים, ואולם "מפעל הפיס" הינו הימור מותר, מכיון שכספיו משמשים להקמת מוסדות חינוך וספורט.

שלה.²⁹ זאת ועוד, מונופולים פיסקליים ממשיכים להתקיים לעיתים אף כאשר המדינה אינה נזקקת להם עוד כדי לגייס הון באמצעותם. בעלות המדינה במונופולים אלו נעוצה לעיתים בטעמים היסטוריים בלבד, והם מתעמדים טבעיים להפרטה.³⁰ בנסיבות אלו, מובן כי בעלות המדינה אינה משקפת צורך בהגשמת מטרה כלכלית כלשהי, שהממשלה מעוניינת לקדמה באמצעות התאגיד הלאומי, ואין לראות בבעלות זו, כשלעצמה, עילה להגדרת התאגיד הלאומי כחלק מן המינהל הציבורי.

ב. צורכי ביטחון

3.25 ממשלות הדוגלות באופן מובהק ביחזמה פרטית, מבכרות כי תעשיות מסוימות, החיוניות לצורכי ביטחון או למדיניות החוץ, תיוותרנה בבעלות המדינה. כך למשל מפעלי נשק, אנרגיה גרעינית, מספנות, תעשיות אוויריות, ולעיתים אף גורמי תעבורה וקשר בינלאומיים,³¹ מחייבים בעלות לאומית וניהול פעיל של הממשלה והאורגנים שלה. מפעלים ושירותים אלו מיועדים למלא אחר צורך בטחוני. אכן הממשלה עשויה לנהל אותם על בסיס עסקי, תוך כוונה להפיק רווח נאה מפעילותם. ואולם, תכלית הבעלות הציבורית אינה הרווח המופק, אלא הצורך לשמור על האינטרסים החיוניים של המדינה.

גם בנסיבות אלו אין לדעתנו אפשרות לראות בבעלות המדינה, כשלעצמה, עילה להכללת התאגיד הלאומי בגדר המינהל הציבורי, שהרי

29 כך למשל הוראות תכופות של הממשלה באשר לאופן ניהול המפעל, היסמכותו של המפעל על תקציב המדינה, או היסמכות תקציב המדינה על רווחי מפעל זה תוך ייעודם למטרות שונות על פי שיקול דעתה של הממשלה, ילמדו לכאורה כי תהא מטרת המונופול אשר תהא, הלכה ולמעשה משתמשת בו הממשלה כורע ביצונית שלה, למילוי יעדים שונים.

30 כך מצוין פרופ' אהרונז' בספרו, לעיל הערה 9, בעמ' 78, כי בצרפת ממשיכה המדינה להיות בעלת מונופול הטבק שנצרך בשנת 1810, מונופול הגפרורים שנצרך ב-1872 ומונופול האלכוהול משנת 1916. כמו כן, הסקטור של חברות בבעלות המדינה באוסטריה הוא מהגדולים באירופה יחסית לתל"ג שלה. טעמה של הבעלות הממלכתית על המפעלים האמורים באוסטריה נערך בכך, שגם אחרי מלחמת העולם השנייה התבקשה ממשלת אוסטריה לנהל, עד שנת 1955, כנאמן עבור ממשלת רוסיה, עשרות מפעלים שהוקמו על ידי גרינג בתקופת מלחמת העולם השנייה. מפעלים אלו נשארו כבר בבעלות ממשלת אוסטריה ולא בבעלות פרטית, ללא שיהא טעם פרגמטי המחייב לעשות כן. דוגמא מפורסמת ביותר לבעלות ממלכתית הנעוצה בטעמים היסטוריים בלבד, הינה הבעלות של ממשלת גרמניה בחברה לייצור מכונות "פולקסווגן". ממשלת גרמניה "ירשה" בעלות בחברה זו מתקופת השלטון הנאצי. ואכן, מכיון שהבעלות הממשלתית בחברה האמורה הייתה נעוצה רק בסיבות היסטוריות, מכרה ממשלת גרמניה את חלק הארי של מניותיה בחברה זו לגורמים פרטיים.

31 כך למשל הועלה טיעון כי מדינת ישראל חייבת להמשיך ולהחזיק בבעלותה את חב' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ בהיותה המוביל האווירי של ישראל, העומד לרשות המדינה גם בטיחות ליעדים לאומיים (קור' תעופה לא רוחיים, המחוזקים רק מטעמים פוליטיים, ומבצעים לאומיים כגון העלאת היהודים מאתיופיה), ולנוכח הניסיון המר שהראה כי דווקא בעיתות מלחמה, מסרבות חברות תעופה ורות להמשיך ולקיים קשר אווירי רצוף עם ישראל.

הבעלות אינה מיועדת להשתמש בתאגיד כזרוע ביצועית של הממשלה, אלא אך להבטיח כי נושאים שנפש האומה תלויה בהם יתפקדו כסדרם בכל עת, ולא יפלו לידיים לא אחראיות.^{א31}

כדי לבחון אם תאגיד מסוג זה שייך למינהל הציבורי יהא עלינו לבחון (דבר שאותו נעשה להלן), את מידת היותו של הגוף הנדון זרוע ביצועית של הממשלה בפועל, מבחינת דרך ניהולו, ואת חובות האמון המוטלות עליו.

ג. פיתוח כלכלי של ענפי משק מסוימים

3.26 המדינה מקימה לעיתים תאגידים ממלכתיים מסיבות כלכליות, כדי לעודד ענף משקי מסוים. ואולם, גם בהקשר זה קיימת הבחנה יסודית בין התאגידים הממלכתיים השונים, בהתאם למטרותיהם הכלכליות:

1. יצירת תשתית - מפעלי תשתית דורשים בדרך כלל רמת ארגון ומיומנות גבוהים כדי להקיםם וכן דרוש הון התחלתי רב מאוד. לעיתים אף נדרשת תקופת הרצה כלכלית שבה יפעלו מפעלים אלו במחירי הפסד. הסיכון הכלכלי הכרוך בהקמת מפעלים אלה, מחד גיסא, וכמות ההון והמיומנות הנדרשים לשם כך מאידך גיסא, מחייבים כי היחזמה להקמת מפעלי התשתית תבוא מן המדינה וממשאביה. ואולם, אלו העילות המחייבות בעלות ציבורית בעת ההקמה של מפעלים אלה ובתקופת ההרצה שלהם. לאחר מכן, הופכים לעיתים מפעלי התשתית, לתעשיות רווחיות ויעילות, שאין כל מניעה כלכלית להעבירן לבעלות פרטית. ואכן, במדינת ישראל מוצאים אנו מפעלי תשתית מובהקים בבעלות פרטית (בתי הזיקוק, צים), או כמותמדים להפרטה (כימיקלים לישראל).

בין תאגידים אלו יש כאלה המצויים בשלבי פעילות, שבה אין אפשרות להעבירם לידיים פרטיות, והם משמשים כזרוע ביצועית של הממשלה לסייע לפיתוחו של תחום כלכלי ומשקי מסוים הטעון גיבוי ממשלתי, ויש תאגידים שעברו את השלב הזה וסיימו את תפקידם הממלכתי האמור.

א31 בנסיבות אלו קיימת אפשרות להנפיק לציבור את מניותיה של החברה האמורה ולהקצות למדינה 'מניית זהב' המבטיחה לה כי בסיס השליטה ייוותר בידיה. בעניין זה קובע סעיף 346 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח (בעקבות תיקון מס' 11), כי על אף שחברה יכולה להנפיק מניות לציבור רק כשיש לה סוג אחד של מניות בלבד, הרי שניתן כי יהיו 'מניות מדינה מיוחדות' שהן 'מניות שהממשלה החליטה כי הן דרושות לה לצורך שמירה על עניין חיוני, המקנות לה זכויות מיוחדות כפי שקבעה ממשלה בהחלטתה לפני הרישום למסחר'. לעניין זה ראה גם מ' אגמון 'מניית זהב' ההפרטה, הפרקליט מא (תשנ"ג) 138.

בעלות המדינה במפעלי התשתית אינה מהווה אם כן, כשלעצמה, אינדיקציה להיותו של התאגיד הלאומי חלק מן המנגנון הציבורי, המשרת את הממשלה בחתירתה להגשמת יעדים לאומיים, ויש לבחון לגופו את התאגיד הספציפי הנדון מבחינת עצמאותו הכלכלית והתפעולית ומבחינת מידת היוקתו לגיבוי ממשלתי.

2. תיעוש אזורי פיתוח או החשת קצב פיתוח של ענף מסוים - לעיתים מעוניינת הממשלה לסייע לאיזור מסוים להתפתח או לתעשייה מסוג מסוים לנסוק. לשם כך ניתן להשתמש בהטבות במיסוי, במענקים ובסובסידיות שונות, אך במקרים קיצוניים יותר, יש ונדרשת התערבות ישירה במשק באמצעות הקמת תאגיד ממלכתי הניזון מתקציב לאומי והמנהל על פי שיקולים לאומיים, מתוך מטרה לקדם אזורי פיתוח מסוימים או תעשיות וענפי משק לא מפותחים.

תאגידים אלו מהווים באופן מובהק זרוע ביצועית של הממשלה להגשמת מטרות כלכליות שונות, ומטרת הקמתם (כל עוד היא ממשיכה להתקיים) מחייבת לכאורה, כשלעצמה, לראות בתאגיד הממלכתי חלק מן המנגנון הממשלתי, על כל הנובע מכך.

עם זאת, גם בתאגידים אלו, עשויה המטרה להתממש ולהגיע לידי מיצוי, ואז אין עוד טעם בבעלות המדינה בתאגיד זה, והוא חדל כמובן לשמש את הממשלה כזרוע ביצועית להגשמת יעד מסוים המחויב ממדיניותה המשקית. גם במקרים אלו יש לבחון על כן לא רק את מטרת התאגיד הממלכתי הנדון אלא גם את מידת הרלוונטיות של יעד זה, עם השתנות העיתים והגשמת היעדים הממלכתיים, אשר לשמם הוקם התאגיד הממלכתי מלכתחילה.

3. השפעה על שיעור הפיתוח - כדי לפתח תחרות בענף מסוים, שקיים בו אוליגופול, סיטואציה של תחרות מועטה, מקימה הממשלה לעיתים תאגיד ממלכתי שתכליתו להחדיר סטנדרט איכות של מוצר או שירות מסוימים, והספקתם במחיר מסוים. בנוסף, הקימו ממשלות שונות בנקים לפיתוח ענפי משק מסוימים: תעשייה, חקלאות וכיו"ב, ואשר תכליתם לעודד ענפים אלו באמצעות הזרמת הון ממלכתי בתנאים מועדפים.

גם תאגידים אלו מוציאים לפועל פעילות עסקית שתכליתה לשרת מטרה ממלכתית מסוימת, אשר הממשלה חפצה ביקרה. כל עוד מטרה זו קיימת, מהווים תאגידים אלו, מחמת עצם תכליתם, זרוע ביצועית

של הממשלה, וזאת לכאורה אף אם אין הממשלה מתערבת באופן ברור בהנהלתם או בתקיבם.

4. **ויעול פעילות כלכלית** - ממשלות רכשו לעיתים חברות ומיזגו אותן, כדי לשפר את פעילותן הכלכלית וכדי למנוע בזבז כלכלי הנוצר מפיזור הכוחות, בענף שבו עדיפה הריכוזיות.

משאוחדה הפעילות והחברות מוזגו, תמה לכאורה המשימה ופג הצורך בבעלות ציבורית. מאותה עת ואילך, אין חברות אלו מוסיפות להגשים מטרה מסוימת שהממשלה הציבה, והן מועמדות טבעיות להפרטה (אלא אם כן רואים בבעלות הציבורית ערך כשלעצמו). ביחס לתאגידים אלו, אין הבעלות הלאומית מהווה כשלעצמה אינדיקציה להיותם חלק מן המנגנון הציבורי.

ב(3) מניעים פוליטיים להקמת תאגידים ממלכתיים

3.27 **כפי שצינו טופר ודורן, לעיתים הנימוקים להקמת תאגידים לאומיים אינם פרגמטיים אלא פוליטיים.** אכן במקרים אלו לא משקפת הבעלות הלאומית אידיאולוגיה, ולא ניתן לומר כי תכלית הבעלות הלאומית הינה להגשים ערך מסוים או מטרה חברתית כלשהי, אך לכאורה אין גם אפשרות לראות בתאגיד הלאומי גוף המופקד על ביצוע מדיניות כלכלית של הממשלה, בענף משקי מסוים. ואולם, גם במסגרת המניעים המוגדרים "פוליטיים" יש להבחין במספר סוגים.

א. הלאמת חברה בבעלות זרה או הלאמת חברה כדי שתימנע מכירתה לזרים³² - במקרה זה אין החברה משרתת אינטרס כלכלי כלשהו, והבעלות בה אינה מיועדת להשיג ערך מוסף חיובי משום בחינה שהיא. הבעלות הלאומית רק מונעת בעלות אחרת, שאינה רצויה. במקרה זה בעלות המדינה אינה מהווה כל אינדיקציה למידת היותו של התאגיד הממלכתי זרוע ביצועית של הממשלה.

ב. שיקולי גאווה לאומית - תאגידים לאומיים המוקמים מטעמי גאווה לאומית, מיועדים לפתח תחום כלכלי מסוים כדי להשיג עצמאות כלכלית

32 פרופ' אהרונז' מציין בספרו, לעיל הערה 9, בעמ' 76, כי תופעה זו מצויה בעיקר בארצות מתפתחות, הרואות בבעלות זרה על תעשיות המפתח משום פגיעה בעצמאותן. ואולם, גם באירופה המערבית הוכרה תופעה של הלאמת חברות, כדי למנוע מכירתן לבעלות אמריקנית.

ואי תלות באותו תחום וזאת על אף שמבחינה כלכלית הפרויקט הינו נטול היגיון עסקי.

במקרים אלו ניתן היה לוותר על הפרויקט כולו - והוא מבוצע בעיקר מטעמים של גאווה לאומית ושאיפה לעצמאות. במקרה זה, מבצע התאגיד הממלכתי באופן מובהק מדיניות ממשלתית וכל הווייתו אומרת העדפת שיקול לאומי על פני האינטרס הכלכלי המובהק.³³

שונה הדבר כאשר מדובר בפרויקט הניחן בהיגיון כלכלי ושיקולי גאווה לאומית רק מהווים עילה לביצועו באמצעות תאגיד ממלכתי חלף חברה פרטית. בסיטואציה זו, יש אפשרות לומר כי הבעלות הלאומית אינה מיועדת להגשמת מטרה כלכלית, שכן את זו ניתן להגשים גם על ידי חברה פרטית. התאגיד הממלכתי ממלא במקרה זה תפקיד לאומי רק במישור המורלי, ואינו משמש, לכאורה, את הממשלה לשם הגשמת מטרה שהיא חפצה ביקרה. אם כי גם במקרה זה קיימת אפשרות לומר, כי יהיו השיקולים לביצוע הפעילות האמורה באמצעות תאגיד ממלכתי ולא באמצעות חברה פרטית אשר יהיו, התאגיד האמור פועל כדי להגשים מטרה כלכלית והמדינה ראתה לנכון להגשים מטרה כלכלית זו על ידי הקמת תאגיד לאומי, ומכאן כי המדובר בתאגיד שתכליתו מהווה לכאורה, כשלעצמה - אינדיקציה להכללתו במנגנון הציבורי, המגשים את מדיניות הממשלה.

ג. מטרות חברתיות - בשוודיה הוקמו על ידי המדינה, מסיבות סוציאליות, תאגידים שניהלו רשת של מסעדות להספקת ארוחות זולות לפועלים.³⁴ תאגידים אלו מבטאים אינטרס חברתי אך הם משקפים מטרה כלכלית מובהקת, שהממשלה בוחרת בה ממניעים סוציאליים. במקרה זה המניע אינו נוגע לנו כלל ועיקר, והמטרה הכלכלית של התאגיד היא הקובעת. תאגידים אלו מהווים באופן מובהק זרוע ביצועית להגשמת מטרות שהממשלה הציבה לעצמה, על פי שיקול דעתה ומטעמיה היא. בהתאם לכך, ייחשבו לכאורה גם תאגידים שאין הצדקה כלכלית ומסחרית לפעילותם לחלק מן המנגנון המבצע את מדיניות הממשלה.

33 כדוגמה לכך מציין פרופ' אחרוני, שם, את הקמתן של חברות ממשלתיות מסוימות לשם ייצור מחשבים אלקטרוניים או מטוסי נוסעים - הקונקורד האיירבוס. (כזה היה, לפי דעתם של רבים, גם פרויקט "הלבאי" שהוקם על ידי התעשייה האווירית, אם כי בסוגיה זו נוטשה מחלוקת עזה ביותר, כשהטענה המושמעת היא כי היה בפרויקט זה כדי לפתח את רמתה הטכנולוגית של ישראל וכדי לשחררה במידת מה מתלותה בארצות הברית, על אף שהמימון לפרויקט בא מארצות הברית.)

34 הדוגמאות שמביא לכך פרופ' אחרוני, שם הן בין השאר קרנות הלואה לסטודנטים או מתן משכנתאות לנוקמים, שהבנקים הפרטיים רואים בהן סיכון גדול מדי. מהאי טעמא הוקם בשעתו בנק "טפחות". כמו כן, נכללת בקטיגוריה זו הלאמת חברות שתכליתן להציל תעשיות נכשלות ולמנוע התהוותם של כוסי אבטלה, וכיו"ב פעילות כלכלית שמניעה חברתיים.

ד. שיקולים פוליטיים מובהקים - לעיתים מלאימות ממשלות חברות מסוימות רק כדי להציל מהפסד ניכר את הבעלים של חברות אלו, שהשלטון חפץ ביקרם; לעיתים נעשה הדבר ממניע פוליטי של רצון להעניש חברה מסוימת בגין שיתוף פעולה שלה עם האויב (כך הולאמו מפעלי "רנו" בצרפת מחמת שיתוף הפעולה שלהם עם הנאצים במלחמת העולם השנייה).³⁵ בנסיבות אלו אין התאגידים האמורים משרתים מטרה כלכלית כלשהי, ואף אינם מיועדים לבצע מדיניותה של הממשלה. תאגידים ממלכתיים אלה הם מועמדים טבעיים להפרטה - ברגע שהאווירה הפוליטית תתאים לכך, ובעלות המדינה אינה מהווה, כשלעצמה, עילה להגדיר תאגידים אלו כזרוע ביצועית של הממשלה להגשמת המדיניות שהממשלה קובעת, מעת לעת, על פי שיקול דעתה.

ב(4) אילוצים שונים כמניע לבעלות בתאגידים ממלכתיים

3.28 לא תמיד מהווה הקמת התאגיד הממלכתי אקט מתוכנן של הממשלה הנובע ממניעים כלכליים או פוליטיים, העומדים ביסוד מטרותיו של התאגיד הלאומי. במקרים לא מעטים נאלצת המדינה להשתמש בכלי המכונה תאגיד ממלכתי כדי להתגבר על מכשולים שהינם מעבר לתחום השפעתה ולשליטתה. כך מוצאים אנו תאגידים ממלכתיים המוקמים משיקולים מינהליים. לאמור, הקמת התאגיד, במקרים אלו, מיועדת לנהל פעילות מסוימת באופן עצמאי, במערכת חדשה שלא נצברו בה נהלים ביורוקרטיים וזאת כדי לאפשר לפעילות האמורה להתבצע באופן יעיל ומהיר. התסבוכת הביורוקרטית מאלצת במקרים אלו את הממשלה להשתחרר מכבליה שלה על ידי הקמת כלי חדש לביצוע פעילות מסוימת.

כמו כן, הקמת תאגיד לאומי נעשתה במקרים מסוימים כדרך לעקיפתו של חוק התקציב, או כדי לאפשר תשלום שכר העולה על זה הנהוג בשירות המדינה.³⁶

35 בכל הנוגע למדינת ישראל מציין בהקשר זה פרופ' אהרוני, שם, כי הקמת חברה ממשלתית בשיתוף עם סקטור מסוים, גרדה לעיתים, משיקולים פוליטיים לשמם, הקמת חברה מקבילה בשיתוף עם סקטור אחר. כך הוקמו מספר רב של חברות להטבת תנאי הדיור בשיתוף עם עיריות שונות, ובשנות הששים של המאה העשרים, הוקמו בדרך זו חברות להשקעה בשיתוף עם גופים מפלגתיים.

36 פרופ' אהרוני (שם, בעמ' 77) מציין בהקשר זה את הקמת האוטוטרדות באיטליה על ידי חברה ממשלתית, מאחר שהמנגנון הממשלתי נחשב שם ל"כבד תנועה", ואת העברת הדואר בארצות הברית (ובישראל) ממחלקה ממשלתית לרשות סטטוטורית. כמו כן ראה מ' טל "משפט מנהלי" - רשימות לפי הרצאותיו של ר"ר זמיר, (האוניברסיטה העברית בירושלים), עמ' 12, המציין כי לעיתים מעוניין המינהל המרכזי להדגיש, מסיבות פסיכולוגיות וחברתיות, כי גוף מסוים איננו גוף שלטוני, כמו למשל

במקרים אלו, מערכת החוקים הקיימת, שהמדינה קבעה למען הסדר הטוב והמינהל התקין, היא היוצרת את האילוץ להקים גוף חדש שאינו כפוף למערכת חוקים זו, וזאת כדי שתתאפשר עקיפתם במקרה יוצא הדופן הנדון.

3.29 בסיטואציה זו, לפנינו פעולות המקובלות כשירותי ממשל, אשר הועברו לביצועו של גורם עצמאי ונפרד, מסיבות ארגוניות. הפעילות המבוצעת נעשית לעיתים באופן עצמאי לחלוטין, המנותק מן המנגנון הציבורי הקיים בשירות המדינה. ואולם, הפרדה זו נעוצה בטעמים ארגוניים ואינה מצדיקה, לכאורה, הוצאת הפעילות האמורה מהגדרת המנגנון הציבורי.

עם זאת, בנסיבות אלו יש לבחון גם את אופן ביצוע הפעילות, ואם פועל התאגיד האמור על פי שיקול דעת עצמאי משלו, הרי שיהיו המניעים להעברת הפעילות לתאגיד ממלכתי נפרד אשר יהיו, תאגיד זה אינו כלי לביצוע מדיניות הממשלה, ויש לבחון את מהותו מאספקטים נוספים כדי להכריע בשאלה אם כפוף גוף זה לכללי המשפט הציבורי.

3.30 בשולי קטיגוריה זו של תאגידים ממלכתיים מן הראוי לציין את החברות שהמדינה רוכשת בעלות בהן - בעל כורחה. כך קיבלה המדינה לידיה חברות שונות, שהמדינה ערבה לחובותיהן ונאלצה לשלם כספים בגין ערבותה זו, ולקבל בתמורה מניות בחברה האמורה. בדומה לכך, נאלצת לעיתים המדינה לקבל לידיה בעלות במניות של חברה מסוימת³⁷ כתוצאה מאקט פוליטי כפוי³⁸ או כחלק משאיפה לשתף גורמים מסוימים בניהול ענפי משק שונים.³⁹ גם בנסיבות אלו אין לכאורה כל תכלית בהמשך החזקת המניות על ידי המדינה.

המוסד לביטוח לאומי בישראל. הקמתו של גוף זה כתאגיד ולא כמשרד ממשלתי, נועדה להעביר מסר למבוטחים, כי דמי הביטוח הלאומי אינם בבחינת מס חדש וכי הכספים המועברים למוסד לביטוח לאומי אינם כספי הממשלה. כמו כן רצו להדגיש כי זהו ביטוח ככל ביטוח אחר, גם מהבחינה של קבלת גמלאות מהמוסד ואין זה מעין סעד ממשלתי, אשר קבלתו פוגעת בגאות מקבלו.

37 כדוגמה לכך משמשת הלאמת מניות חברת רולס רויס על ידי הממשלה בבריטניה, לנוכח טענות של החברה באומדן ההשקעות לפיתוח המנוע R B 211, שהביא לכך שלא יהא בכוחה לעמוד בהשקעות המרוכזות ולכיסוי חובותיה על ידי הממשלה הבריטית. בדומה לכך אירע בישראל, עת שהועברו למדינה מניות בבתי מלון "דן" ו"הילטון", בעקבות משבר שגרם לכך כי הגורם הפרטי לא יכל להמשיך בהפעלתם של מלונות אלו בעוד שהממשלה היתה מעוניינת בהמשך פעילותם ובמניעת קריסתם. ראה י' סלמן "הפעלת הוראות הממשלה על חברות ממשלתיות" לעיל הערה 25, בעמ' 252.

38 בדרך זו קיבלה מדינת ישראל לידיה את הבעלות במלך אינטרקוטינגטל בירושלים המזרחית לאחר מלחמת ששת הימים.

39 כדוגמה לכך תצוין ההקמה של חברה ממשלתית כדי שזו תקבל לידיה את הוסיכות בבית הספר החקלאי "מקוה ישראל" מיהדי צרפת. במקרים אחרים הוקמו קרנות השתלמות בשיתוף עם איגודים מקצועיים שונים, וכן תאגידים כמו האקדמיה ללשון עברית, מגן דוד אדום והמועצה לשיווק פרי הדר, אשר הצריכו הכללתם של גורמים אינטרסנטיים שונים בניהול או בבעלות, דבר שלא ניתן היה לבצעו במסגרת המנגנון הממשלתי, ומשום כך הביא להקמתם כתאגידים נפרדים.

תאגידיים לאומיים מסוג זה אינם מבצעים מדיניות כלכלית כלשהיא שהממשלה רוצה בה, והבעלות בהם אינה משקפת, כשלעצמה, את שייכותם למנגנון הציבורי.

ב(5) סיכום

3.31 מן האמור לעיל עולה כי על אף שהבעלות הציבורית על אמצעי הייצור מתיישבת יותר על פני הדברים עם האידיאולוגיה הסוציאליסטית, הרי שהתאגידיים הממלכתיים, והחברות הממשלתיות בכללם, לא הוקמו בדרך כלל כדי להגשים ערכים אידיאולוגיים מסוימים, ותכליתם אינה נעוצה בעצם קיומם כמשרתי ערך חברתי ואידיאולוגי העומד בפני עצמו. התאגידיים הממלכתיים הוקמו על ידי הממשלות בעיקר לשם הגשמת מטרות כלכליות ספציפיות בהתאם למדיניותה הכלכלית והפוליטית של הממשלה, ונכון יהא לומר כי תכלית הקמתם הינה בעיקר פרגמטית ולא אידיאולוגית.

3.32 הטעמים הפרגמטיים להקמת החברות הממשלתיות הינם רבים ומגוונים, ואולם, צד שווה להם. החברה הממשלתית מהווה בדרך כלל פתרון לצורך לאומי כלשהו, ולשם כך היא מוקמת על ידי הממשלה. לכאורה נובע מכך כי החברה הממשלתית מגשימה ומיישמת את המדיניות שהממשלה קובעת וכי היא מהווה ממילא זרוע ביצועית של הממשלה להגשמת מדיניות זו. דא עקא, שקו חשיבה זה אינו נכון בכל המקרים בפי שהראה הניתוח הפרטני דלעיל בדבר מטרות הקמתם של תאגידיים ממלכתיים שונים במדינות השונות.

3.33 בישראל קובע סעיף 14 לחוק החברות הממשלתיות כי משהושגו מטרות החברה הממשלתית והוגשמו (או שהגשמתן אינה אפשרית בחיסכון וביעילות) או כאשר מסתבר כי רצוי שמטרות החברה יבוצעו על ידי גוף שאינו חברה ממשלתית, רשאית הממשלה להביא לפירוק החברה הממשלתית או למכירת המניות שהמדינה מחזיקה בהן. לאמור, חברות שאין שום מטרה ספציפית ותועלת חברתית או כלכלית, או לאומית, בהותרתן בידי המדינה (ומכיוון שלא רואים בבעלות המדינה על אמצעי תעסוקה והייצור ערך בפני עצמו), הינן מועמדות טבעיות לניתוק הקשר עם המדינה ולהפרטה. בחברות ממשלתיות אלו, שאינן עומדות בתנאי סעיף 14 לחוק החברות הממשלתיות, לא נדרשת עוד הבעלות הממלכתית. ומקום שבו לא נדרשת הבעלות הממלכתית, אך מובן כי

הבעלות האמורה אינה יכולה להוות אינדיקציה לכך, שהחברה האמורה מהווה כלי לביצוע מדיניות הממשלה בחיי הכלכלה זרוע מזרעותיה.

3.34 ואולם, מסקנה זו שרירה לא רק ביחס לחברות ממשלתיות, אשר סיימו את תפקידן. בחינת מטרות ההקמה של תאגידים לאומיים שונים במדינות השונות מגלה כי גם במסגרת מילוי התפקיד אשר לשמו קמו תאגידים אלו, קיימים שני סוגי תאגידים, ויש בהם כאלו שמטרתם לשמש כלי לביצוע המדיניות הכלכלית של הממשלה, וכאלו המבצעים פעילות ייצורית או עסקית חשובה, אך תכליתם אינה להגשים מדיניות נמשכת של הממשלה או מטרה כלשהי שהממשלה הציבה.

התאגידים מן הסוג הראשון מהווים לכאורה, מטבעם, חלק אינטגרלי מן המנגנון הציבורי המיועד ליישום ולביצוע מדיניות הממשלה, ומן הראוי הוא להחיל לגביהם נורמות מן המשפט הציבורי. לעומת זאת, בתאגידים מן הסוג השני אין המטרה מלמדת על זיקה למנגנון הציבורי ויש לבחון את מידת היותם בפועל בלי בידי הממשלה לביצוע משימותיה השונות, ואת מידתם עצמאותם, מבחינת שיקול הדעת, מבחינת תקציב, מבחינת ניצול הרזרבות הכספיות, מבחינת הניהול השוטף ומבחינת קביעת המדיניות ועיצוב קווי הפעולה. זאת ועוד, לניתוח זה יש גם השלכות בכל הנוגע ליחסי האמון שחבות חברות ממשלתיות אלו לציבור, כפי שנראה להלן.

3.35 הסקירה דלעיל התייחסה למטרות ההקמה של תאגידים ממלכתיים שונים במדינות שונות בעולם, ויצאה מתוך נקודת הנחה כי סדנא דארעא חד הוא, וכי דברים אלו יפים גם למטרות ההקמה של החברות הממשלתיות בישראל. כדי לבחון באופן ברור וספציפי את הזווית הישראלית של העניין וליישם את הניתוח דלעיל ביחס לחברות הממשלתיות בישראל, נציב זה לעומת זה את דו"ח ועדת ברק ואת דו"ח ועדת מוחס, שבדקו את היבטיה של סוגיה זו בישראל, ובתוך כך נמצא גם נפקויות הנוגעות למודל המרצע על ידינו.

ג. מסקנות ועדת מוזס לעומת מסקנות ועדת ברק

3.36 ועדת המומחים בעניין ניהול המפעלים העסקיים של המדינה, בראשות ד"ר ז' מחס, מבקר המדינה לשעבר,⁴⁰ הגיעה למסקנה כי הגישה השלטת בישראל, בנוגע להקמת חברות ממשלתיות היא - בדומה לגישה הכלל עולמית - פרגמטית מובהקת, וכי בניגוד למצופה ניתן לומר כי התפתחות הסקטור הציבורי הממלכתי בישראל, היתה תלויה במידה מעטה בלבד בשיקולים אידיאולוגיים. לאמור, הבעלות הציבורית במפעלים העסקיים של המדינה לא נחשבה במטרה לשמה, אלא כאמצעי להשגת אחת ממטרות המדיניות הכלכלית.

3.37 ועדת מוזס הגיעה על כן למסקנה כי אין אפשרות לדון בצורת הניהול של הגופים הממשלתיים-העסקיים, בלא להגדיר את התפקידים המוטלים על גופים אלו והעילות להקמתם. לדעת חברי הוועדה ברור כי שאיפה לרווח אינה מצדיקה, כשלעצמה, הקמת מפעל ממלכתי ויש צורך בקיומו של אחד מן הנימוקים דלהלן:

1. מונופול - מטרת הממשלה בשליטה על מפעל בעל מעמד מונופוליסטי היא לאפשר לה פיקוח והכוונה של המונופול ולדאוג להפעלתו היעילה. כמו כן עשויה הממשלה לשאוף כי המונופול לא יפיק רווח מופרז כתוצאה ממעמדו, וכי רווחיו יועברו לרשות הציבור הרחב.⁴¹

אוליגופול - מקום שבו התחרות מעטה, צריך הגוף המוקם על ידי הממשלה לפעול להגבלת התחרות בענף, לתועלת הציבור, בהתאם לעקרונות של Counterspeculation.⁴¹

40 ד"ח הוועדה שמונתה על ידי האגודה הישראלית למדעי המדינה, לבדיקת המפעלים העסקיים של המדינה, בראשות ד"ר מחס (ירושלים, 1965) (להלן: ד"ח מחס), עמ' 16-17.

41 שיקול נוסף זה, המצוין על ידי ועדת מחס, מהווה לכאורה שיקול אידיאולוגי מובהק. ויצוין, הוועדה להכנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות בראשות פרופ' ברק (האוניברסיטה העברית בירושלים, 1970) (להלן: ועדת ברק), אימצה אף היא מסקנות אלו, של ד"ח מחס, כהווייתן (ראה בסעיף 81 לד"ח הוועדה) תוך שהיא מוסיפה מניע נוסף לבעלות המדינה על חברה: כדרך לממש את זכויות המדינה כלפי חברות שלא יכלו להגשים את התחייבויותיהן הכספיות כלפיה (סעיף 9 לד"ח).

בהקשר זה יצוין גם חוק החברות הממשלתיות (חברה להשקעות בהן סיכון) התשנ"ב-1992, בו נקבע כי הממשלה רשאית להחליט על הקמתה של חברה שמטרתה הבלעדית הן השקעות הן ביחמות עסקיות עתירות סיכון, שלהן תוחלת צמיחה, וכן כי הממשלה רשאית לקבוע כי חברה זו תוכל לרכוש מניות בחברות קיימות בלא אישור הממשלה, ובלבד שחברה זו לא תקים חברות בנות ממשלתיות כהגדרתן בחוק החברות הממשלתיות.

41 לעניין זה ראה:

2. מפעל בעל חשיבות משקית כללית - בקטיגוריה זו נמנים מפעלי תשתית (infra-structure), מפעלים "קובעי קצב" למשק (pace makers), מפעלים בני חשיבות לפיתוח איזורים מסוימים וכיו"ב.

הצורך בפעולה ממשלתית בתחומים אלה נובע מן הרצון להבטיח קצב פיתוח נאות והוא יתעורר בעיקר כאשר:

א. אין לצפות לפיתוח על ידי הון פרטי, מפני שעל אף כדאיות המפעל למשק אין הוא יכול להבטיח רווחיות מספקת למשקיע, או פיצוי נאות לסיכון שיישא בו המשקיע הפרטי.

ב. גורם פרטי אינו מסוגל לבצע את המשימה, מבחינה פיננסית (הקושי לגייס הון מספיק) או מבחינה ארגונית.⁴²

ג. מפעל בעל חשיבות בטחונית או מדינית, המחייבת שהממשלה תשתתף באופן פעיל בהנהלתו.

ד. מפעל שמוטלות עליו "משימות ממלכתיות" אחרות, אשר להבטחת השגתן דרושה ההשתתפות הממשלתית, או שהשתתפות זאת נחוצה מן הסיבות שהובאו בקטיגוריה (א)2 ו-ב, כלומר, מפעל שמוטלות עליו משימות ספציפיות, אשר לשם הגשמתן דרושה השתתפות ממשלתית בניהול, בארגון או בגיוס הון.

3.38 יושם אל לב, ועדת מחס הסיקה כי החברות ממשלתיות בישראל מיישמות מטרות לאומיות שנקבעו על ידי הממשלה בתחום מסוים ומשקפות את התערבות המדינה בתחומי המשק השונים. חברות אלו הן, מבחינת מטרתן, בלי ליישום מדיניות הממשלה במשק, ומכיוון שזוהי הנחת היסוד, המשיכה ועדת מחס⁴³ בהתוויית הקו המאפיין את החברה הממשלתית כדלקמן:

42 Lerner The Economics of Control - Principles of Welfare Economics (N.Y., MacMillan, 1956). לכאורה, ההשקפה לפיה מוקמת חברה ממשלתית כשהסקטור הפרטי איננו יכול או איננו מוכן ליטול על שכמו משימה זו, אינה מבטאת רציונל כלכלי, שכן מבחינה כלכלית, הכל מהווה שאלה של מחיר, ותיאורטית ניתן לגרום לסקטור הפרטי שיקים בעצמו מפעלים מסוג זה, חאת על ידי הענקת תמריצים מיוחדים והבטחתו מפני סיכונים. משום כך דומה כי נימוק זה מבטא השקפה כי חלף מתן תמריצי ענק, עדיף, מבחינה כלכלית, להקים את המפעל כחברה ממשלתית, אשר תבצע פעילות זו, בלא שהדבר יהא כרוך בהענקת תמריצים גבוהים במיוחד. לעניין זה ראה פרופ' י' אהרוני בספרו, לעיל הערה 9, בעמ' 240, הערת שוליים 2.

43 דו"ח ועדת מחס לעיל הערה 40, בעמ' 30-31.

בדומה לכך ראה: Seidman Organizational Relationships and the Control of Public Enterprise: (United Nations st/Tao/m/36) p. 156: "Almost every nation - whether it is developed or developing and whether its governmental philosophy calls for maximum use of public or private enterprise and regardless of its basic form of organization - has been, or is now confronted with

"החברה הממשלתית זקוקה לחופש פעולה על מנת לפעול להשגת מטרוניה העסקיות בצורה יעילה ותכליתית. מצד שני, הממשלה חייבת לשמור בידיה אמצעי הכוונה ופיקוח על החברה: המדינה היא לא רק בעלת המניות המעוניינת לפקח על צורת השימוש בכספי הציבור - יש אינטרס ציבורי נוסף, המתבטא במשימות הממלכתיות המוטלות על החברה, שלמענן נעשתה השקעת כספי הציבור ואשר את השגתן יש להבטיח. קיימת כאן דילמה אמיתית, ואין אפשרות להגשים במלואן את שתי המגמות האלה העשויות לבוא לפעמים לידי ניגוד. עם זאת, בעזרת דירקטוריון אחראי ופעיל ניתן להשיג איזון נאות ביניהן. המלצת הוועדה היא, איפוא, לעשות את הדירקטוריון לאבן הפינה במערך הניהול של החברה הממשלתית" (ההדגשה הוספה).

3.39 לאמור, ועדת מוזס יצאה מנקודת הנחה לפיה החברה הממשלתית מהווה זרוע ביצועית של הממשלה, וכלי להגשמת המטרות שהממשלה הציבה כחלק ממדיניותה הכוללת. הממשלה אינה רק בעלת המניות בחברה זו, אלא גם נציגת האינטרס הלאומי, אשר לשמו הוקמה החברה האמורה. החברה הממשלתית צריכה על כן להתמודד עם שני אינטרסים מנוגדים שהופקדו בידיה. מחד גיסא האינטרס "הפרטי" שלה להשיג את מירב חופש הפעולה כדי להגשים מטרות עסקיות (דהיינו - הפקת רווחים). ומאידך גיסא, האינטרס הציבורי המחייב הגשמת מדיניות הממשלה וביצוע המטרות הייחודיות שלשמן הוקמה כחברה ממשלתית. איזון זה הופקד בידי של דירקטוריון החברה הממשלתית, שיהיה אבן הפינה במערך הניהול של החברה הממשלתית.⁴⁴

3.40 הנחת המוצא שלנו לעיל בעת שהתווינו את המודל המוצע, לפיה קיים תפקיד מובנה של החברה הממשלתית לאזן בין שני אינטרסים נוגדים המופקדים בידיה: האינטרס "הפרטי" שלה לפעול ביעילות, והאינטרס

the problem of reconciling the requirements of public enterprises for operating and financial flexibility with the need for controls to assure public accountability and consistency with government policy" (ההדגשה הוספה).

ובעמ' 159, שם, מסכם זיידמן נקחה זו באמרו כי:

"The relationship of a public enterprise to departments and ministers, the legislature, the cabinet and the chief executive should be defined in such a way as to focus responsibility, facilitate co-ordination with related programs, and ensure consistency in overall policy" (ההדגשה הוספה).

44 להשוואה ראה:

R. Bachand "Boards of Directors in Canadian Government Enterprises: An Exploratory Research" (A thesis presented in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Business Administration, Harvard University, 1981);
M. Dornstein *Boards of Directors Under Public Ownership: Comparative Perspective*, (Walter de Gruyter, Berlin - N.Y., 1988).

הציבורי להגשים את ציפיות הציבור ולפעול כזרע ביצועית של הממשלה, מעוגן אם כן בבירור בדו"ח ועדת מוזס. מלאכת איזון עדינה זאת בין האינטרסים המנוגדים שהחברה הממשלתית מופקדת עליהם, נתון בפועל בידי האורגנים של החברות הממשלתיות והוא מחייב לפעול בנאמנות כפי שראינו בפרק ב לעיל, בהתאם לניתוח של לורד דינג לפסק הדין בעניין *Bromley London Borough Council v. Greater London Council* (1982) 2 W.L.R 62. המודל המוצע על ידינו מבוסס אם כן על ניתוח נורמטיבי ועל הנחת מוצא עובדתית המעוגנים היטב בתוצאות הבחינה של מטרות ההקמה של החברות הממשלתיות בישראל, כפי שהדבר נעשה על ידי ועדת מוזס.

3.41 מסקנות דו"ח מוזס אומצו גם על ידי המחוקק בעת קביעת חוק החברות הממשלתיות.⁴⁵ וכך מוצאים אנו בדברי ההסבר להצעת חוק החברות הממשלתיות, שהתפרסמה מטעם הממשלה:

"הבעיה המרכזית שלפני המחוקק בפרשת החברות הממשלתיות היא האיזון בין הצורך להשאיר בידי חברות אלה את הגמישות העסקית והתפעולית הדרושה להשגת מטרותיהן המשקיות, לבין הדרישה להבטיח למדינה, על רשויותיה השונות, את הפיקוח המתחייב לנוכח כספי הציבור הרבים המושקעים בחברות אלה ולנוכח המשימות הממלכתיות המוטלות עליהן" (ההדגשה הוספה).

לאמור, המשימות הממלכתיות שעליהן מופקדות החברות הממשלתיות ושלשמן הוקמו חברות אלו, מחייבות פיקוח ממשלתי. לעומת זאת, האינטרס "הפרטי" של חברות אלו הוא להתנהל בחופשיות וללא עכבות בדרכה של חברה מסחרית רגילה. האיזון בין אינטרסים מתנגשים אלו הוא הבעיה המרכזית שעמדה ביסוד חקיקת חוק החברות הממשלתיות.

3.42 בעין שונה במקצת ראתה את הדברים ועדת ברק.⁴⁶ לדידה של ועדה זו,

45 הצעת חוק החברות הממשלתיות, תשל"ג-1973, הצ"ח 1067, תשל"ג, בעמדים 317, 318; וראה גם: A.H. Hanson *Managerial Problems in Public Enterprise* (London, 1962) p. 13.

46 דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 41, סעיפים 27-28. כמו כן ראה דבריו של ד"ר א' ידן במאמרו "The Public Corporation In Israel", בספרם של פרידמן וגורר *Government Enterprise - A Comparative Study* (London, Stevens, 1970) pp. 248, 258.

"...government is maintaining its control by resolutions and directions which are binding on its representatives on the board of directors and in the general meetings of those companies".

ובהקשר זה יצוינו גם דבריהם של פרידמן וגורר, שם, בעמ' 326:

"There is not a single country represented in this volume which denies the right of ministerial direction altogether. Indeed, the very idea of the public corporation would make such a position impossible".

לא מותירה הממשלה בידי דירקטוריון החברה הממשלתית את מלאכת האיזון העדין בין האינטרסים המתנגשים כאמור, והממשלה בעצמה נוטלת חלק פעיל בביצוע איזון זה. בהקשר זה מציינת ועדת ברק כדלקמן:

“בעל מניות שבחר בדירקטור אינו מוסמך להורות לו כיצד עליו לנהל את ענייני החברה. הוראת בעל מניה כאמור אינה מחייבת את הדירקטור, וזה האחרון רשאי וגם חייב להתעלם ממנה...⁴⁷ לדעת הוועדה יש להעניק למדינה, כבעלת מניות השליטה בחברה הממשלתית, את הכח להורות לדירקטורים כיצד עליהם לפעול בתפקידם כדירקטורים...”

עם כל רצונה של הוועדה להבטיח לחברה הממשלתית אוטונומיה עסקית, אין להתעלם מהעובדה כי החברה הממשלתית היא מכשיר בידי המדינה להגשמת מטרותיה. אין זה מתקבל על הדעת, לראות מחד גיסא בחברה הממשלתית מכשיר לביצוע מטרות המדינה, אך מאידך גיסא לא להבטיח את האמצעים הדרושים כי החברה הממשלתית אכן תגשים מטרות אלה” (ההדגשה הוספה).

3.43 הבדל זה נושא אופי אופרטיבי ובעוד שוועדת מחס הגדירה את הדירקטוריון כאבן הפינה במערך הניהול של החברה הממשלתית, אשר עליו מוטל לאזן בין האינטרסים העצמיים של חברה זו לבין מטרותיה הציבוריות, כאשר השר רשאי לתת הנחיות לדירקטוריון, אך מרווח שיקול הדעת נותר בידי הדירקטוריון, והנחיות השר אינן בנות תוקף אולטימטיבי מחייב אלא אך בנות תוקף מנחה, הרי שוועדת ברק המליצה על מודל של הכפפת הדירקטוריון לשר והשתת נוהג של מתן הוראות(!) כתובות לדירקטוריון החברה הממשלתית על ידי הממשלה.

להדגשת ניואנס מהותי זה, נציג בלשונה את גישתה של ועדת מחס בעניין זה (בעמ' 31 לדו"ח ועדת מחס), לעומת המלצותיה האמורות של ועדת ברק.

“בידי השר תשאר, כמובן, הזכות לתת מדי פעם את הנחיותיו באמצעות נציגיו בדירקטוריון במידה והדבר נראה לו כדרוש לקידומה של מדיניות הממשלה לגבי החברה, ובהתאם לאחריותו בפני הכנסת והציבור על פעולתה של החברה; כך יוכל השר, לצורך זה, להחליף בכל עת את נציגי הממשלה בדירקטוריון. ואולם, על השר לוותר על מתן הוראות לחברה במישרין, וכן עליו לנהוג בהתאפקות במתן

.Shaw (John) & Sons (Salford) Ltd. v. Shaw (1935) 2 K.B. 113 47.

הנחיות באמצעות נציגיו בדירקטוריון. על נציגי הממשלה בדירקטוריון להתחשב בהנחיות שהם מקבלים מהשר הממונה, אך במסגרת הנחיות אלו נהנה הדירקטוריון מאוטונומיה רחבה בקביעת מדיניות החברה, תכנון פעולותיה ופיקוח על ביצוען⁴⁸ (ההדגשה הוספה).

3.44 נמצאת למד כי בעוד שלדעת ועדת מחס הדירקטוריון של החברה הממשלתית (להבדיל מהנהלתה האקזקטיבית) מהווה אבן הפינה במערך הניהולי שלה, במונח זה שבידיו הוטלה מלאכת האיזון העדין בין האינטרסים השונים והנוגדים שהחברה הממשלתית מופקדת עליהם, ועל התוויית קווי הפעולה המתחייבים מאיזון זה, הרי שלדעת ועדת ברק, החברה הממשלתית אינה אחראית בלבדית על ביצוע איזון נאות בין האינטרס "הפרטי" של החברה הממשלתית לבין האינטרס הציבורי, והממשלה ממשיכה להיות מופקדת על ביצועו של איזון זה. מכיוון שבך, גורסת ועדת ברק כי מן ההכרח לאפשר לשרים להתערב באופן פעיל וקטיגורי בניהול החברה הממשלתית, ולא להסתפק בהתוויית מדיניות כוללת ובמתן הנחיות כלליות בלבד.

3.45 האמון שהביעה ועדת מחס (וכן המחוקק) בחברה הממשלתית כי תבצע ביעילות ובנאמנות את מלאכת האיזון בין האינטרסים השונים, שהחברה הממשלתית מופקדת עליהם, לא היה נחלתה של ועדת ברק.

לדעת ועדת ברק לא יעלה על הדעת להפקיד גוף מסוים על ביצוע מדיניות הממשלה בתחום מסוים, בלא שתהא לממשלה אפשרות ליתן לו הוראות, שתוודאנה כי הוא אכן מבצע מדיניות זו. חובת האמון כלפי הציבור מכוח תפקיד של איזון בין אינטרסים, שהינו התפקיד הבסיסי העומד ביסוד מהותה של החברה הממשלתית, מוטלת בספק מסוים, בהתאם לקו שמתווה ועדת ברק.

3.46 מצד שני עולה בבירור מדבריה של ועדת ברק הגדרתה של החברה

48 ועם זאת, המרחק בין הגישות אינו כה רב, לנוכח האמור בעמ' 44 לדו"ח ועדת מחס: "זכותו של השר אף לחייב את נציגי הממשלה להצביע בדירקטוריון בענף מסוים לפי רצונו; רצוי ביותר שהוראה מחייבת כזאת תינתן בכתב. אין הכוונה בדברים אלה לחייב את חבר הדירקטוריון להצביע בניגוד למצפונו; המוצא היחיד במקרה של ניגוד בזה הוא, שאותו נציג יעזוב את הדירקטוריון" (ההדגשה הוספה).

לאמור, מרחב שיקול הדעת אינו מאפשר לדירקטור לכהן בדירקטוריון ולהתעלם מהנחיית השר. נמצא, אף לדעת ועדת מחס, הוסמך השר ליתן הנחיות, שאכן אינן בנוות תוקף אולטימטיבי, כפי שמציעה ועדת ברק, אך אין חבר הדירקטוריון יכול להמשיך ולכהן בו - ולפעול בניגוד להנחיה האמורה.

הממשלתית כמכשיר לשם הגשמת מדיניותה של הממשלה. מה עוד שלדעת ועדת ברק מוסמכת הממשלה, כאורגן של המדינה, ליתן לדיריקטוריון החברה הממשלתית הוראות ניהול. הגדרת החברה הממשלתית על ידי ועדת ברק כ"מכשיר בידי המדינה להגשמת מטרותיה" חיקתה זו של החברה הממשלתית אל הממשלה, מחייבות אם כן כשלעצמן לראות בחברה הממשלתית חלק מן הרשות המינהלית. עובדות אלו מחייבות לכאורה גם את החלת כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית, בהיותה למעשה זרוע ביצועית של הממשלה.

3.47 דו"ח ועדת מוזס ודו"ח ועדת ברק משקפים אם כן שתי גישות שונות לבחינת מהותה של החברה הממשלתית. תוצאות גישות אלו עשויות להיות זהות, במקרים רבים, אך הן גם עשויות להצמיח שוני במקרים אחרים. שוני זה קיים במיוחד באותם המקרים שבהם הזיקה המעשית בין חברה ממשלתית מסוימת לבין הממשלה אינה רבה, ועל אף מטרותיה הממלכתיות והעובדה כי היא מופקדת באופן מובנה, מכוח מטרותיה אלו, על הגשמתם של אינטרסים נוגדים, היא נהנית ממידה רבה מאוד של עצמאות בשיקול הדעת, כגון בתחום הדורש מומחיות מקצועית ברמה גבוהה, שאז קיים קושי מסוים לומר כי החברה הממשלתית מהווה זרוע ביצועית של הממשלה.

3.48 ואולם ככלל, נכון יהא לומר כי ביחס לרוב המקרים הרי שגם בהתאם לקו המוצע על ידי ועדת ברק מגיעים אנו למסקנה זהה לזו העולה מן המודל המוצע על ידינו והמעוגן במסקנות ועדת מוזס ובגישת חוק החברות הממשלתיות. עם זאת, בהתאם לגישתה של ועדת ברק, הרי שהדרך המובילה למסקנה זו מתייחסת אל החברה הממשלתית מכוח הפונקציות שלה, ומשוייכת אותה אל מי שעושה בה שימוש לשם ביצוע מדיניותו. אין זה מבחן הבודק את מהות החברה הממשלתית עצמה, כגוף החב חובת אמון לציבור מכוח תפקיד של איזון בין אינטרסים המוטל עליו.

אדרבה, זוהי מעין "הרמת מסך" המתעלמת ממהותה העצמית של החברה הממשלתית ומזהה אותה עם מי שפועל באמצעותה במשק.⁴⁹

49 ואכן, בפסק הדין של כב' השופט ברק נבחנת האפשרות להחיל את כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות בהתאם לגישה זו של "הרמת המסך"; ראה: בג"צ 126/84 גלבוע ואח' נ' ממעל הפיס, פד"י לט(4) 68; בג"צ 421/89 דורין ערן הפקות בינלאומיות בע"מ ואח' נ' הקרן לעידוד הסרט הישראלי, פד"י מג(4) 309.

גישה זו שונה מזו המוצעת על ידינו לנוכח הוראת חוק החברות הממשלתיות, שאינו מאפשר מתן הוראות באופן ישיר לחברה הממשלתית על ידי הממשלה, כפי שעוד נראה להלן, המפקדי בידי

3.49 בהתאם לשיטת ועדת מוזס, ולקונספט שהתקבל בחוק החברות הממשלתיות, מגיעים אנו למסקנה כי יש להכפיף את החברה הממשלתית לכללי המשפט הציבורי, לנוכח תפקיד האיזון בין האינטרסים שהחברה הממשלתית מופקדת עליהם, המוטל על האורגנים של חברה זו, ולנוכח חובת האמון כלפי הציבור הכרוכה במילוי תפקיד זה. לפי דעה זו קיימת נפקות רבה ביותר להבחנה בין חברות ממשלתיות המהוות כלי ביצועי של הממשלה להגשמת מדיניותה בתחום מסוים, לבין חברות ממשלתיות, שאין להן עוד תכלית כזו, כפי שנראה להלן.

הדירקטוריון של החברה הממשלתית את התפקיד לאון, כנאמנות, בין האינטרס "הפרטי" הציבורי שעליהם הופקדה החברה הממשלתית, כפי שהבהרנו. לדידנו תיבחן מהות החברה הממשלתית בהתאם לתפקיד המוטל עליה לאון בין אינטרסים.

ד. ההשלכות הנורמטיביות הנובעות ממיצוי מטרתה של חברה ממשלתית והאפשרות להפריטה ולחושפה לתחרות חופשית

3.50 ההבחנה בין חברה ממשלתית, הממשיכה לשרת מטרה לאומית ומיישמת את מדיניות הממשלה בתחום משקי מסוים, לבין חברה ממשלתית שאינה משרתת מטרה כאמור, הינה הבחנה חיונית לא רק בבחינת מהות החברה הממשלתית במישור הפונקציונלי, ככלי ביצועי בידי הממשלה. להבחנה זו יש נפקדות גם במישור המהותי שכן חברה ממשלתית שאינה אמורה למלא תפקיד לאומי כלשהו, ולבצע את מדיניות הממשלה בתחום מסוים, אינה נדרשת לאון בין צרכיה "הפרטיים" להתנהג כחברה עסקית ולהרוויח, לבין ביצוע מטרה לאומית כלשהי, שהרי כאמור אין עוד שום מטרה שכזו המוטלת על החברה הממשלתית הנדונה.

3.51 זאת ועוד, כפי שראינו לעיל, חברה ממשלתית שאינה ממלאת עוד כל אינטרס לאומי, ובעלות המדינה בה נובעת בעיקר מטעמים היסטוריים, סיימה במקרים רבים את ייעודה, ובהתאם לסעיף 14 לחוק החברות הממשלתיות אין בל מניעה להעבירה לידיים פרטיות או לפרקה. בנסיבות שבהן הפרטת החברה הממשלתית עשויה להיות מלווה בהליך מקביל של חשיפת החברה לתחרות בתנאי שוק חופשי, אין צורך בגורמות של משפט ציבורי כדי שהחברה תפעל בסבירות ובהגיונות. בתנאים של שוק חופשי, החשש מפני ניצול הכוחות שהופקדו בנאמנות בידי החברה הממשלתית אינו רב, שכן בנסיבות אלו לא תובל, בדרך כלל, החברה הממשלתית להרשות לעצמה לנהוג בהפליה ובשרירות, שהרי אם תנהג כן הרי שהציבור יזקק לשירותיהם ולמצרכיהם של יריביה העסקיים ונמצאת חברה ממשלתית זו כורתת את מקור מחייתה ומספקת יתרונות למתחריה.

3.52 לאמור, חברות ממשלתיות, שאינן משמשות עוד לביצוע מטרות לאומיות, לא זו בלבד שאין הכרח לראותן כחלק מן המינהל הציבורי מכוח היותן כלי לביצוע מדיניות הממשלה, ולא זו בלבד שתפקיד האיזון בין אינטרסים נחלש במידה רבה ואינו מאפיין עוד את עצם מהות החברה הנדונה,⁵⁰ אלא שאף במידה וקיימים יחסי אמון, אין הם מחייבים החלת

50 אם כי עדיין יש לומר כי על חברה זו מוטל תפקיד לאון בין האינטרס "הפרטי" שלה לבין האינטרס הציבורי לפעול כיאות למי שמוזהה עם הרשות המינהלית. בהקשר זה, העדרו של יעד לאומי תקף

נורמות מן המשפט הציבורי, כדי להבטיח כי הכוחות שהופקדו בנאמנות בידי החברה הממשלתית הנדונה לא ינוצלו לרעה, שכן ניתן באמצעים כלכליים (פתיחת השוק לתחרות חופשית) ליצור מצב שיבטיח כי החברה הממשלתית תנהל בהגינות ובסבירות. והכלל הוא בכל הנוגע לנורמות שנקבעו בסיטואציה של יחסי אמון, כי הן נובעות מן ההכרח לאזן בין כוח לבין אחריות, אך אין להן תחולה במקום שבו הכוח מוצא את איזונו באמצעות כלים משפטיים אחרים או באמצעות כלים כלכליים.⁵¹

3.53 במצב שבו אין החברה הממשלתית נחוצה עוד לשם הגשמת מדיניות הממשלה בתחום עסקי מסוים, מצויה לפנינו חברה ממשלתית, אשר לא זו בלבד שאין עוד הצדקה להותירה בידי הממשלה, שהרי זו אינה זקוקה עוד לחברה זו כדי להגשים מדיניות מסוימת, אלא שהותרתה בידי הממשלה תגרור החלה של נורמות מן המשפט הציבורי, בה בעת שניתן להפריט את החברה האמורה, ובדרך זו לגייס הון מן הציבור ואולי אף לייעל את השירות, ובד בבד עם ההפרטה ניתן לפתוח את השוק לתחרות חופשית ולהבטיח בדרך זו כי החברה תנהג בהגינות ובסבירות מחמת תנאי השוק ובלא שיחולו עליה כללי המשפט הציבורי.⁵² מאידך גיסא, אם ייקבע כי הנורמות מן המשפט הציבורי אינן חלות על חברה זו, על אף שזו לא הופרטה, הרי שאנו פוגעים בהרמוניה המשפטית בהתייחסותנו לחברות ממשלתיות.

תוצאה ראויה היא, על כן, להחיל את כללי המשפט הציבורי על כלל החברות הממשלתיות ולהותיר בידי הממשלה אך ורק חברות, אשר הממשלה זקוקה להן כדי לבצע יעדים מסוימים, שעדיין הינם

ורלוונטי לפעילות החברה אינו גורע בהכרח מויהי החברה הממשלתית בעיני הציבור עם הרשות שהקימה אותה ושפעלה באמצעותה במשך תקופה מסוימת למילוי המטרות שהציבה לה, ואשר התגשמו בינתיים עד תום.

51 בנסיבות שבהן יש אמצעים כלכליים, או משפטיים, שהינם אלטרנטיביים להחלת נורמות התנהגות גבהות, אין יחסי האמון כשלעצמם מהווים עילה להחלת נורמות אלו, והן גם לא יעילות מבחינה כלכלית. לעניין זה ראה מאמרה של פרופ' חמר פרנקל, הנזכר בפרק א לעיל.

52 חברות אלו לא מן הדין להותיר כחברות ממשלתיות, גם לנוכח היתרון הלא הוגן שיש לחברה ממשלתית על פני חברה רגילה, הגורם לעיוותים מסוימים בפעילות הכלכלית במשק ואשר בהעדרו של יעד לאומי, אין לו הצדקה. לעניין זה ראה מחקרו של פרופ' אהרונ הך בשמונה עשרה שנות פעילות של חברות ממשלתיות במשק הישראלי: "י אהרונ הך" ריכחיות וקבוצות בעלות קשרי גומלין במשק הישראלי 1966-1948", (אוניברסיטת תל-אביב) בעמ' 67.

כמו כן ראה: ב' צוקרמן וא' ארין "המבנה הסקטוריאלי של החברות בישראל" רבעון לכלכלה 6-7 (נובמבר 1972) 293-295;

ב' ברק "ייחודה של החברה הממשלתית לעומת החברה הרגילה - בעיות משפטיות על רקע חוק החברות הממשלתיות תשל"ה-1975" (עבודת גמר לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, בהנחיית פרופ' י' גרוס, אוניברסיטת תל-אביב, 1976) עמ' 79-90.

Berenstein The Politics of Israel (Princeton University Press, 1957) p. 231.

אקטואליים,⁵³ או כדי למנוע בעלות של גורמים שמידת אחריותם אינה מספקת לנוכח חיוניות התחום המופקד בידי החברה הממשלתית הנדונה, או חברות שאין אפשרות לחושפן לתחרות, שאז החלת כללי המשפט הציבורי מהווה איזון לכוח העצום והבלעדי המסור בידי החברה הממשלתית האמורה.⁵⁴

3.54 הניתוח דלעיל עשוי אם כן לשמש כאינדיקציה וכשיקול בהליכי ההפרטה (מן האספקט המשפטי של הדברים), בבחירה איזו חברה ממשלתית מן הראוי כי תועבר לידיים פרטיות, ואיזו חברה מן הראוי כי תישאר בידי הממשלה כדי שיוחלו עליה, בין השאר, כללי המשפט הציבורי, בעת ביצוע האיזון בין האינטרסים השונים על ידי החברה הממשלתית.⁵⁵ במישור הנורמטיבי מגיעים אנו אם כן להבחנה בין חברות ממשלתיות שתכליתן לאזן בין אינטרסים נוגדים שעליהן הן מופקדות, לבין חברות ממשלתיות שאין להן תפקיד כזה. חברות ממשלתיות שאינן משרתות מטרה לאומית הן בדרך כלל חברות ממשלתיות שסיימו את תפקידן ואשר ניתן להפריטן. ביחס לחברות ממשלתיות אלו עלינו לבחון אם ניתן גם לחושפן לתנאים של שוק חופשי, שאז מבחינה נורמטיבית אין מקום להחיל עליהן את כללי המשפט הציבורי כדי לאזן את הכוח שבידיהן, לבין חברות שאף אם ניתן להפריטן, יש מניעה מלחושפן לתנאים של שוק חופשי, שאז מבחינה נורמטיבית יש מקום לתחולתם של כללי המשפט הציבורי. וכאמור לעיל, כללים אלו, במתכונת המיוחדת שבה מוצע להחילם על החברות הממשלתיות, בכפוף ליכולת להשתחרר מהם כשהדבר חיוני לחברה, מהווים תכונה ייחודית של החברה הממשלתית,

53 בחברות אלו יש גם הכרח לאזן בין אינטרסים נוגדים: האינטרס העסקי "הפרטי" האינטרס הציבורי המתבטא במטרה שהוטלה על ידי הממשלה על החברה הממשלתית, ושלתכליתו הוקמה חברה זו, האינטרס הציבורי כי החברה תפעל בהתאם לנומרות הראיות לגוף המצוי בבעלות המדינה המשמש כלי שרת בידי הממשלה להגשמת מדיניותה. איזון זה בין אינטרסים יצר כשלעצמו חובות אמון ואלו מתבטאות בכללי המשפט הציבורי, כפי שראינו בפרק א לעיל.

54 להשוואה ראה: D. Foulkes Administrative Law (Butterworths, London, 1990, 7th ed.) p. 29 "Where the board is a monopoly supplier there will be a duty, in certain circumstances, to supply... A monopoly supplier will also have a duty not to discriminate".

55 בדרך זו מתקבלת למעשה גם הבחנה בין סוגים שונים של חברות ממשלתיות, לענין תחולתם של כללי המשפט הציבורי, כאשר כללים אלו יחולו רק על חברות שאינן ניתנות להפרטה ולחשיפה לתנאים של שוק חופשי. הבחנה בין סוגים שונים של חברות ממשלתיות מצויה כבר בסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות. המחוקק מבחין שם בין חברות שתכליתן להפיק רווחים לבין חברות שהפקת רווחים נאסרה עליהן; ובין חברות שאחת ממטרותיהן הינה לספק לציבור מצרכים או שירותים ללא כוונת רווח, ואשר ביחס אליהן נתקבלה החלטת ממשלה, לבין חברות כאמור, אשר לא הוחלט לגביהן דבר. ואולם, מבחינים אלו הקבועים בסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות מתייחסים לדרך הפעילות הכוללת של החברה הממשלתית. הם אינם זהים למבחינים המוצעים על דינו, המבוססים על ההבחנה בין הענמים השונים לבעלות המדינה בחברות אלו, כרקע להחלת נורמות מן המשפט הציבורי על חברות שיש לראותן כורע ביצועית של הממשלה.

העשויה כשלעצמה להיות הצדקה לאי הפרטה של חברות ממשלתיות אלו.

3.55 ההפרטה ופתיחת השוק לתחרות חופשית מהווים שני פנים של ההליך הכולל, כאשר ההפרטה כשלעצמה אינה פותרת כשלי שוק ונחוצה תחרות חופשית כדי למנוע פעילות שאינה משרתת כדבעי את הנוקמים לשירותיה. הפרטה של חברות ממשלתיות הינה ראייה - מבחינת נקודת המבט המוצעת על ידינו - רק כשההליך הכולל ניתן להשלמה תוך ביצוע חשיפה לתחרות חופשית. בהקשר זה, יצויינו דבריו של David Heald:⁵⁶

"An overlapping but separate tension has emerged between the two elements of privatization most relevant to public enterprises:

"Denationalization" - the move from public to private sectors, and **"Liberalization"** - the exposure of the enterprise to greater competition, for example by relaxing statutory barriers to entry...

If a radical government cannot secure such changes (of Liberalization - W.A.) before denationalization, the subsequent chances must be bleak, because the private shareholders will then be able to claim that there are questions of trust and credibility at stake" (ההרגשה הוספה - ר' א').

3.56 בשולי הדברים תצוין התפתחות נוספת שחלה בחשיבה הכלכלית בעקבות הליך ההפרטה. מלבד הגשמתן של מטרות לאומיות ספציפיות על ידי חברות שונות, שימשו כלל החברות הממשלתיות לצורך כלכלי בסיסי ביותר. מפעלי תשתית "קובעי קצב" נועדו לאפשר לממשלה לנהל מדיניות אנטי מחזורית ולשמור על יציבות באמצעות ויסות ההשקעות והתעסוקה בסקטור שגודלו מאפשר לייצב את המשק כולו. משום כך הוקמו בארצות הברית בשנות השלושים של המאה ה-20, תאגידים ממלכתיים רבים במסגרת מדיניות ה"ניו דיל", שפתרה את בעיית המחזוריות ואת המשברים שפקדו את אמריקה באותה עת. בנוסף, איפשר סקטור התאגידים הממלכתיים לממשלות השונות לנהל מדיניות חברתית

D. Heald "Will the Privatization of Public Enterprises Solve the Problem of Control?" 63 Public Administration 1985 p. 7.

כמו כן ראה:

Royal Institute of Public Administration *Privatizing Public Enterprises; Options and Dilemmas* (London, 1984); Fraser and Michael Wilson, *Privatization: The U.K Experience and International Trends*, (Longman, 1988).

ואנטי אינפלציונית באמצעות קביעת מחירים מכוונת למוצרים ולשירותים שמספקות חברות אלו.⁵⁷

3.57 ואולם, הניסיון הביא, במידה רבה, לנטישת תיאוריה כלכלית זו. הסתבר כי גודלן של ההשקעות בחברות המוגדרות כ-Public Utility אינו מאפשר גמישות בניצולן למטרות אנטי מחזוריות. המדיניות הכוללת של התערבות מסיבית בחיי הכלכלה, פינתה על כן את מקומה להליך של הפרטה, כאשר הממשלה מותירה בידיה די והותר חברות ממשלתיות (בישראל יש כ-160 חברות ממשלתיות) ואמצעים עקיפים (מיסוי, סובסידיות, מענקים ואמצעים מוניטריים) כדי להשפיע על המשק, מבלי להיות מעורבת במישרין בניהול עסקים בו.

בהתאם לחשיבה זו, אין רואים עוד בבעלות הממשלתית על חברות ממשלתיות שונות מטרה בפני עצמה, העשויה להוות תריס ומגן מפני משברים הנובעים מתופעת המחזוריות, ואדרבה הליך ההפרטה נתפס כמשרתן של שתי מטרות:

א. הגברת היעילות, המושגת באמצעות ניהול פרטי על בסיס עסקי ובאמצעות פתיחת שווקים לתחרות חופשית.

ב. גיוס הון מרוכשי החברות הממשלתיות.

3.58 להליך ההפרטה, שאינו רואה עוד בבעלות הממלכתית מטרה בפני עצמה, אף לא לשם הבטחת ייצוב המשק, והמצדד בפתיחת שווקים לתחרות חופשית, יש על כן השלכה ישירה בכל הנוגע לנשוא דיונונו, בשני מישורים:

57 פרופ' אהרונז'ן מצייץ בספרו, לעיל הערה 9, בעמ' 81-82, כי בשנות החמישים ראו ממשלות בחברות הממשלתיות מעין "ברזים" שאפשר לסגור ולפתוח בהתאם לצורכי מדיניות הייצוב האנטי מחזורית. (מוכן, שמדיניות זו סתרה את הרצון המובהק של מנהלי חברות אלו לשאוף לרווח וליעילות.) כך שימש בערפת סקטור החברות הממשלתיות אבן פינה בתוכנית ה-4 Commissariat de plan. השירותים המסופקים שם על ידי חברות ממשלתיות היוו כ-10% מסל המדד, והקפאת מחירים בסקטור זה, שימשה למיתון עליית המדד והשבר התלוי בו. (אם כי הקפאת המחירים גם גודמת לכך שלחברות הממשלתיות לא ייוותרו די כספים להשקעות, ובכך נפגמת מדיניות ייצוב המשק.) חברות אלו נדרשו גם להקפיא את השכר כחלק ממדיניות אנטי אינפלציונית, הנחיה שגרמה קושי בהשגת כוח אדם מיומן, לנוכח רמת השכר הנמוך שנבעה מכך, ולעקיפת ההוראות בתחום זה. בדומה לכך ניסו הממשלות בשוודיה ובפינלנד ליוזם, לבטל, להאיץ או לעכב השקעות של חברות ממשלתיות, כחלק מן המדיניות האנטי מחזורית. במדינות אחרות, עוכבה בניית מסילות ברזל ותחנות כוח כדי למנוע "חימום יתר" של המשק. גם בישראל נעשו נסיגות (לא מתצלחים) למתן או לוח את קצב הפיתוח בענף הבנייה על ידי שימוש בחברות ממשלתיות.

במישור הראשון: חברות שאינן משרתות עוד מטרה ספציפית ואינן נחוצות למילוי פונקציות משקיות עבור הממשלה - מן הראוי להפריט.⁵⁸ במקרה זה, חלף החלה של נורמות מן המשפט הציבורי, ייעשה שימוש במכשיר הכלכלי של פתיחת השוק לתחרות חופשית.

ובמישור השני: חברות אשר אין דרך להציבן במצב של תחרות חופשית - לא מן הדין להפריט (ואנו מתייחסים לזווית המשפטית של סוגיה זו, ולייחודיות של החברה הממשלתית מבחינת הנורמות החלות עליה, ולא להיבטים אחרים של הסוגיה). זאת מכיוון שכל עוד שחברות אלו מצויות בידי הממשלה, חלות עליהן נורמות מן המשפט הציבורי, שידיהן רב להן בהתמודדות עם העוצמה שמעניק כוח ייחודי. העברת חברות אלו לידיים פרטיות תשמיט את חובת האמון של חברות אלו כלפי הציבור הרחב, ועימה תשמט גם תחולתן של הנורמות מן המשפט הציבורי. הותרת כוחות בלעדיים בלא משקל-נגד משפטי, שיאזן ויבטיח כי הבלעדיות לא תנוצל לרעה, עלולה לחשוף את הפרט הנזקק לשירותי חברות אלו, לשרירות, להפליה ולחוסר סבירות.

3.59 נמצא כי החלת כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות הינה חיונית מקום שבו אין תנאי שוק חופשי. לחובת האמון של החברה הממשלתית בלפי הציבור הרחב יש תחליף רק במסגרת של הפרטה המלווה בפתיחת השוק לתחרות חופשית. בלא אפשרות לפתיחת השוק לתחרות כאמור, הרי שההפרטה תביא להפקעת תחולתן של הנורמות מן המשפט הציבורי, שהינן כללי ההתנהגות המתחייבים מיחסי האמון שבין החברה הממשלתית לבין הציבור הרחב, וזאת בלא שיהא להם תחליף במישור הכלכלי שיחייב את החברה הממשלתית לנהוג בהתאם לנורמות ראיות.

הסוגיה דנא מהווה אם כן שיקול ושמא אף אינדיקציה באשר לסוג החברות הממשלתיות שיש להפריטן, כנגזרת מן המטרות שחברות אלו ממשיכות למלא וכנגזרת מן האפשרות לחשוף חברות אלו לתנאים של תחרות חופשית.

58 קביעת מחירים על ידי הממשלה כדרך ללחום באינפלציה אינה מחייבת בעלות בחברה הממשלתית וניתן להגיע לאותן תוצאות באמצעות פיקוח יעיל על המחירים. בהקשר זה יצוין מאמרו של גר יעקבי "התערבות הממשלה ומעורבותה במשק הישראלי" רבעון לכלכלה, 75 (1972) 154, הגורס, בעמ' 163, כי רצוי שהשלטון המרכזי יעסוק בעיצוב מדיניות ובפיקוח על ביצועה וימנע מניהול ישיר, ובלשונו "מוטב שיעסוק ביער ולא בעצים".

ה. הערת סיום - השוואה בין החברה הממשלתית לבין התאגיד הסטטוטורי והשלכותיה

3.60 הערה נוספת נעיר בהקשר זה בשולי הדברים. אחת ההבחנות היסודיות בין התאגיד הסטטוטורי לבין החברה הממשלתית, הינה האפשרות לפרק את החברה הממשלתית או להפריטה כאשר זו סיימה למלא את מטרותיה, ללא צורך בהליך מורכב של חקיקה. מלבד הבחנה יסודית זו מאופיינים התאגידים הסטטוטוריים בסדרה של גורמים - וברובם קיימת זהות בין התאגידים הסטטוטוריים לבין החברות הממשלתיות. כך בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת, כך בניהולם הנפרד, מחד גיסא, וביקתם ההדוקה לממשלה, מאידך גיסא, כך בהיותם בעלי הון קבוע נפרד ובך באחריותם (accountability) כלפי הציבור באמצעות הרשות המחוקקת המקבלת דיווח על פעילותם מן הרשות המבצעת. הליך ההפריטה הוא המהווה על כן הבחנה מהותית בין החברה הממשלתית לבין התאגיד הסטטוטורי.

3.61 ויצוין, גם שיקולי רווח וטיבן של הפונקציות שמבצעים התאגידים הסטטוטוריים, לעומת החברות הממשלתיות, אינם יכולים להוות הבחנה הולמת בין השימוש שעושה המדינה בתאגיד הסטטוטורי לבין השימוש הנעשה בחברות ממשלתיות.

בך למשל, רשת הקנטינות במחנות צה"ל, שנועדה ביסודה לפעול ללא כוונת רווח ולרווחת החייל בלבד, הוקמה כחברה ממשלתית - חברת שק"ם בע"מ. בדומה לכך פועלת כחברה ממשלתית "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ. ולעומת זאת, רשות הנמלים והרכבות ורשות הדואר, הפועלות מתוך כוונת רווח מובהקות, מהוות רשויות סטטוטוריות.⁵⁹

59 כמו כן יצוינו: לשכת עורכי הדין, (הוקמה מכוח חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961), רשות השידור (הוקמה מכוח חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965) ורשות הפיתוח (הוקמה מכוח חוק רשות הפיתוח (העברת נכסים), תש"ל-1950). גופים אלו מקיימים פעילויות לשם הפקת רווחים, והם אינם ממלאים תפקיד שלטוני המחייב הקמתם כתאגיד סטטוטורי ולא כחברה ממשלתית. משום כך, דומה כי המלצת ועדת מחס (לעיל הערה 40, בעמ' 19 לדו"ח) כי רשויות סטטוטוריות יוקמו רק במקרים יוצאי דופן ובעיקר כאשר סמכויות שלטוניות מחייבות זאת, לא יושמה הלכה ולמעשה. אכן, קיימים מספר תאגידים סטטוטוריים שתכליתם אינה להפיק רווח (בנק ישראל, המוסד לביטוח לאומי, מגן דוד אדום), אך דוגמאות אלו אינן מהוות אינדיקציה לכלל הרחב, וקשה מאד לערוך הבחנה במישור הקונספטואלי בין רשות הדואר למשל, שבתחומה פועל גם בנק הדואר, לבין "בזק", החברה הישראלית לחקשורת בע"מ.

רשויות הנמלים והרכבות ורשות הדואר גם לא ניחנו בסמכויות שלטוניות יוצאות דופן המחייבות הקמתן כתאגידיים סטוטוריים ולא כחברות ממשלתיות. ובכל מקרה, קשה להבחין ביניהן לבין חברת החשמל לא"י בע"מ, שהינה חברה ממשלתית, אף כי הופקדו בידיה סמכויות שלטוניות, ובבג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חב' החשמל,⁵⁹ אף נקבע כי אין כל הבדל מבחינה פונקציונלית בינה לבין תאגיד סטוטורי.

3.62 ההבחנה הראויה בין תאגידיים סטוטוריים לבין חברות ממשלתיות הינה על כן, כי בחברה ממשלתית בעלת הון מניות ניתן לגייס הון בנפרד, ליצור שותפויות עם גורמים פרטיים במשק, להגביל את האחריות המשפטית בניהול עסקים עם גורמים שונים, ובעיקר: למכור את מניות הממשלה לגורמים פרטיים כאשר בעלות הממשלה במניות אלו אינה דרושה יותר.

3.63 משום כך, ומכיוון שלגבי התאגיד הסטוטורי אין ספק כי חלים כללי המשפט הציבורי, שהרי הוא ממלא באופן מובהק אחר דרישות סעיף 15(ד) לחוק יסוד השפיטה בדבר "תפקיד ציבורי על פי דין",⁶⁰ הרי שמסקנה זוהי מתבקשת גם ביחס לחברה הממשלתית. איזה היגיון יש להבחין בין הנורמות החלות על רשות הדואר למשל, המנהלת גם את בנק הדואר, לבין הנורמות החלות על "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, ועל החברה הישראלית למדליות ולמטבעות?

3.64 ואולם, מכיוון שמותר החברה הממשלתית על פני התאגיד הסטוטורי הינו בעיקר ביכולת להפריט את החברה הממשלתית, הרי שקו חשיבה זה מוביל למסקנה כי בהגיע המועד שבו סיימה החברה הממשלתית את תפקידה ככלי ליישום מדיניות הממשלה, ומן הראוי להביא להפרטתה, תחדל גם ההשוואה הקיימת בינה לבין התאגיד הסטוטורי לגבי החלת כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית ומן הראוי הוא כי כללים אלו אכן לא יוחלו על החברה הממשלתית, באותם המקרים.

הנה כי כן, גם ההשוואה לתאגיד הסטוטורי מובילה במידה רבה למסקנה שאליה הגענו לעיל.

⁵⁹ בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לא"י בע"מ, פד"י מא(2) 449.

⁶⁰ לעניין זה ראה בפרק ז' להלן, סעיפים 6.55-6.75, וכן בפרק ח' להלן, סעיפים 8.40-8.120.

ו. מסקנת הדברים

- 3.65 החברות הממשלתיות אינן עשויות מעור אחד והאינטרס הציבורי המופקד בידיהן שונה מחברה לחברה. בחברות ממשלתיות מסוימות נחוצה בעלות המדינה מחמת צרכים לאומיים שונים. בחברות ממשלתיות אחרות משתמשת הממשלה כדי ליישם את מדיניותה הכלכלית במגזר משקי מסוים. במקרים אלו מהווה לכאורה המטרה של החברה הממשלתית, כשלעצמה, עילה להחלת כללי המשפט הציבורי, בהיות החברה הממשלתית זרוע ביצועית של הממשלה ליישום המדיניות המוטרות על ידה.
- 3.66 לעומת זאת ראינו כי במקרים מסוימים לא נחוצה עוד בעלות המדינה בחברה ממשלתית מסוימת. אך מובן הוא כי במקרים אלו, שבהם אין החברה הממשלתית מיישמת מטרה לאומית, הרי שהחברה הממשלתית הנדונה שוב אינה נדרשת לאון בין האינטרסים הציבוריים שעליהם היתה מופקדת ואינם קיימים עוד, לבין האינטרס העסקי שלה. חברות אלו הינן מועמדות טבעיות להפרטה. ועם זאת, מציעים אנו להבחין בין חברות שניתן לחושפן לתנאים של שוק חופשי, לבין חברות שירכזו בידיהן עוצמה רבה ולא ייחשפו לתחרות של ממש, כאשר את האחרונות לא מן הראוי להפריט - מבחינת שיקולים של דין רצוי.
- 3.67 בהתאם לקו החשיבה המוצע על ידינו הרי שחברות ממשלתיות המרכוזת בידיהן עוצמה המאפשרת להן להכתיב את תנאי השוק, מן הראוי להכפיפן לכללי המשפט הציבורי כדי שהפרט לא יהא חשוף לשרירות, להפליה וכיו"ב, בתחום שבו קיימת תלות בכוחות שנמסרו בידי אותה חברה. משום כך, עדיף כי חברות אלו ייוותרו בידיים ממשלתיות ויוכפפו לכללי המשפט הציבורי כמשקל נגד לעוצמתן. בחברות המכתיבות את תנאי השוק, אין גם חשש רב כי החלת כללי המשפט הציבורי תפריע לחברה לנהל את עסקיה ולהתמודד עם תנאי שוק חופשי - שהרי כאמור השוק אינו חופשי. ואם בכל זאת ייארע צורך עסקי חיוני ביותר, שיחייב סטייה מעקרונות המשפט הציבורי, הרי שבהתאם למודל המוצע על ידינו תוכל החברה הממשלתית במקרים אלה להשתחרר מחובות המשפט הציבורי, במסגרת של איוון ראוי בין האינטרסים המתנגשים, הנתון לביקורת שיפוטית.

3.68 לעומת זאת, בחברות ממשלתיות שניתן להפריטן ולחושפן לתנאים של תחרות חופשית, אין חובות האמון גוררות את החלתם של כללי המשפט הציבורי, שהרי כללים אלו חלים רק בהעדר אלטרנטיבה אחרת. ואילו במקרה זה, קיימת תרופה כלכלית לשרירות, הפליה וכיוצא באלה מעשים שאינם הוגנים, והיא האפשרות לפנות למתחרה העסקי.

לא זו אף זו, בחברות המצויות בתנאי התמודדות בשוק חופשי לא מן הראוי להחיל את כללי המשפט הציבורי גם מכיוון ש"כלל ההשתחררות" המוצע על ידו, המאפשר לחברה הממשלתית לסטות מן הנורמות של המשפט הציבורי כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים לעשות כן, יוחל לעיתים קרובות מדי ואזי יהפוך "כלל ההשתחררות" המעגן את הסיטואציות היוצאות מן הכלל - לכלל השולט. משום כך, בחברות אלו יחייבו גם שיקולים של דין ראוי את ההפרטה ואת החשיפה לתנאים של שוק חופשי חלף החלת כללים של משפט ציבורי. להליך ההפרטה ולפתיחת שווקים לתחרות יש אם כן זיקת גומלין עם ההחלה של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות.

3.69 לסיכום נמצאת למד, כי החברה הממשלתית הינה גוף אשר בעלות המדינה בו מכוונת להגשמת אינטרס לאומי. הגישה הגורסת כי הבעלות בחברה הממשלתית מהווה מטרה כשלעצמה, מטעמים אידיאולוגיים או כדי למנוע את תופעת המחזוריות בכלכלת המשק, שוב אינה רווחת, כפי שפירטנו בהרחבה.

מקום שבו האינטרס הלאומי נעוץ בפעילות החברה הממשלתית, המהווה דרך יעילה לביצוע מדיניות הממשלה בלא להיזקק למנגנון הממשלתי, הרי שלפנינו זרוע ביצועית של הממשלה ליישום מדיניותה. סיטואציה זו מחייבת לכאורה, כשלעצמה, את החלת הדינים החלים על מי שפועל במסגרת המנגנון הציבורי על החברה הממשלתית.

מקום שבו האינטרס הלאומי נעוץ בעצם הבעלות על החברה הממשלתית, כדרך למנוע בעלות של גורם שאינו אחראי במידה מספקת ביחס לחיוניות האינטרס הלאומי שעליו מופקדת החברה הממשלתית, הרי שלפנינו שוב חברה המהווה כלי ליישום מדיניות הממשלה, במישור הבטחת סדירותה של הפעילות האמורה והנחייתה לקו מסוים, המתיישב עם מדיניות הממשלה. גם במקרה זה מתחייבת לכאורה החלתם של כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית.

ומקום שבו אין בעלות המדינה בחברה הממשלתית משרתת שום אינטרס לאומי, הרי שמן הדין להפריט את החברה הממשלתית, אלא אם כן אין אפשרות לפתוח את השוק לתחרות חופשית ומתעורר חשש מפני ניצול כוחות לרעה, שאז מתחייבת בעלות המדינה כדי שיחולו על חברה זו כללי המשפט הציבורי, וכדרך לאיזון הכוח המופקד בידיה. ביחס לחברות ממשלתיות אלו, מהווה תחולתם של כללי המשפט הציבורי סגולה המייחדת את החברה הממשלתית, הן מן הגופים הפרטיים הפטורים לחלוטין מכללי המשפט הציבורי והן מן הגופים הציבוריים שבהם לא נוהג "כלל ההשתחררות" המאפשר לסטות מכללי המשפט הציבורי בעת קיומם של צרכים עסקיים חיוניים. מחמת ייחוד נורמטיבי זה, יש לחברה הממשלתית זכות קיום גם במקרים שאין בעלות המדינה חיונית עוד וגם בעידן של הפרטה.

3.70 משנבחנו מטרות ההקמה של חברות ממשלתיות על ידי הממשלה ואף הגענו לקו מבחין בין חברות ממשלתיות, אשר הבעלות בהן נועדה למלא אחר מדיניות הממשלה בהתוויית דרכו של המשק הלאומי, לבין חברות ממשלתיות שהבעלות בהן אינה מבטאת צורך זה, נבחן להלן את שייכותן של חברות אלו לתחום המינהל הציבורי, בהתאם לזיקתן המעשית לממשלה ולתלותן בה, ההופכת אותם הלכה ולמעשה לזרוע ביצועית של הממשלה. כמו כן נפנה לבחון להלן מאפיינים נוספים שבהם נידונו גורמי המינהל הציבורי ואשר מסתבר כי הינם קיימים גם בחברות הממשלתיות.

פרק ד

הזיקה שבין החברה הממשלתית לבין הממשלה

- א. מבוא
- ב. החברה הממשלתית והממשלה
- ב(1) "בכיסו" – החלטות בנושאים כלכליים
 - ב(2) "בכוסו" – גילוי מידע חיוני
 - ב(3) "בכעסו" – דינו של הפוגם בשרשרת הדיווח
 - ב(4) השליטה הממשלתית במינוי אנשי המפתח
 - ב(5) ביקורת פנימית וביקורת חיצונית
 - ב(6) סמכויות הממשלה כנציגת בעל המניות
 - ב(7) פיקוח באמצעות רשות החברות הממשלתיות
 - ב(8) חוק הפיקוח
 - ב(9) סיכום
- ג. החברה הממשלתית – חברה או ממשלתית?
- ד. התוויית קווי פעולה לא עסקיים לחברה הממשלתית
- ד(1) סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות – ההן הנלמד מכלל הלאו
 - ד(2) "שיקולי פעולה אחרים"
 - ד(3) הוראות חוק הממחישות את השוני הנורמטיבי
- ה. מסקנת הדברים

4.1 הביטוי "חברה ממשלתית" אינו מדויק, ועם זאת משקף הוא את המציאות. החברה הממשלתית אינה "ממשלתית", לממשלה אין בעלות על מניותיה.¹ הבעלות במניות החברה הממשלתית מצויה בידי האישיות המשפטית הקרויה "מדינת ישראל" והממשלה היא אורגן של המדינה. משום כך הביעה דעתה ועדת ברק² כי המונחים "חברה ממלכתית" ו"חברה לאומית" מתאימים יותר מן הביטוי "חברה ממשלתית".

על אף המלצה זו לא שונה שמן של החברות הממשלתיות ולא בכדי. בשם "חברה ממשלתית" יש כדי להעיד על הזיקה ההדוקה שבין הממשלה לבין החברה הממשלתית. בדבר הממשלה מוקמת החברה הממשלתית³ ומתפרקת.⁴ הממשלה קובעת את יעדיה ומטרותיה של החברה הממשלתית,⁵ ממנה את מירב הדירקטורים בחברה

1 החברה הממשלתית מוגדרת בסעיף 1(א) לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975: "חברה שיותר ממחצית כח ההצבעה באספותיה הכלליות, או הזכות למנות יותר ממחצית ממספר הדירקטורים שלה הם בידי המדינה, או בידי המדינה יחד עם חברה ממשלתית או חברה בת ממשלתית".

2 סעיף 44 בדי"ח הועדה להכנתה של הצעת חוק חברות ממשלתיות (האוניברסיטה העברית בירושלים, 1970). ועדת המומחים, בראשות פרופ' א' ברק, מונתה בשנת 1970 על ידי שרי המשפטים האוצר לגיבוש הצעת חוק חברות ממשלתיות (להלן: דו"ח ועדת ברק).

3 סעיף 5(א) לחוק החברות הממשלתיות: "הקמת חברה ממשלתית טעונה החלטת ממשלה...".

4 סעיף 14(א) לחוק החברות הממשלתיות: "הממשלה רשאית להביא לפרוק מרצון של חברה ממשלתית, או למכירת המניות שהמדינה מחזיקה בה, אם ראתה אחת מאלה:

1. מטרות החברה הושגו, או שהשגתן אינה אפשרית כלל, או אינה אפשרית בחסכון וביעילות;
2. מטרות החברה הוטלו על רשות שהוקמה בחוק או על חברה ממשלתית אחרת;
3. מן הוצרי שמטרות החברה יבוצעו על ידי גוף שאינו החברה הממשלתית".

5 סעיף 6 לחוק החברות הממשלתיות קובע כי:

"בהחלטתה להקים חברה ממשלתית תקבע הממשלה, בין השאר:

1. מטרת החברה, מבנה הון מניותיה והזכויות הצמודות למניותיה לסוגיהן;
2. המספר הכולל של דירקטורים ומספר הדירקטורים מטעם המדינה שביניהם;
3. השר שיהיה אחראי לענייני החברה".

בהקשר זה תצוין גם המלצתה של הוועדה שמונתה על ידי האגודה הישראלית למדעי המדינה, לבדיקת המפעלים העסקיים של המדינה, בראשות ד"ר ז' מחס, (ירושלים, 1965) (להלן: ועדת מחס) בעמ' 25:

"לאור המשימות שברצון הממשלה להטיל על החברה, יש לנסח את יעדי החברה באופן שיוכלו לשמש קווי יסוד לדירקטוריון של החברה ולהנהלתה, כך שיוכלו לכוון על פיהם את פעולות החברה. במידת הצורך, יש לציין גם את דרכי הפעולה (בצורה של הנחיות כלליות) בהם, לדעת הממשלה, חייבת החברה לפעול להגשמת יעדיה. הוועדה ייחסה חשיבות מרובה לשאלת ההגדרה הברורה של היעדים, ואף ייחודה למכלול החלטות הממשלה (ועדת השרים) את המונח 'צירטר'... הוועדה בדיעה, כי רק על ידי כך ניתן להבטיח כי פעולת החברה הנהלתה יתאמו את כוונת הממשלה המקוריות. כמו כן ישמש הצירטר קריטריון בידי הגופים המפקחים (משרדו של השר הממונה, מבקר המדינה, הכנסת ורשות החברות) על מנת לשפוט, באיזו מידה שומרת החברה על הכיוון שהותווה לה, ולהסיק מסקנות כאשר מתגלה סטיה מהותית מן היעדים".

הממשלתית,⁶ וכפי שנראה להלן, החברה הממשלתית אינה אלא זרוע ביצועית של הממשלה בהרבה מאוד מובנים.

4.2 לא זו אף זו, לחברות הממשלתיות שורה של מאפיינים המשייכים אותן אל המינהל הציבורי. כך מציין פרופ' ב' ברכה בספרו משפט מינהלי⁷ כי:

"הגם שאחת הסיבות להקמתן (של החברות הממשלתיות - ו' א') היא 'הרחקתן' מהמנגנון הממשלתי ומהדינים החלים עליו, והגם שלא תמיד נהנות הן מסמכויות סטטוטוריות. השליטה הרבה שיש לממשלה על חברות אלו, האופי הציבורי של תפקידיהן, זיקתן ההדוקה לתקציב המדינה, השירותים החיוניים המועברים על-ידי המדינה לטיפולן של חלק מהן (לא פעם תוך הענקת מעמד מונופוליסטי), כפיפותן לביקורת של מבקר המדינה,⁸ והאפשרות שבגי' יפשפש במעשיהן⁹ [...] כל אלה מחזירים את החברות הממשלתיות אל תחום טיפולו של המשפט המנהלי, תחום הימנו שאפו להימלט".

6 סעיף 18(א) לחוק החברות הממשלתיות: "דירקטור יתמנה בידי השרים (השרים מוגדרים בסעיף 1 לחוק כשר האוצר והשר שנקבע לפי חוק החברות הממשלתיות כאחראי על ענייני החברה - ו' א') לאחר התייעצות עם הרשות (רשות החברות הממשלתיות המוקמת בחוק החברות הממשלתיות - ו' א'). סעיף זה מתייחס לדירקטור מטעם המדינה (סעיף 16 לחוק). זכותה של המדינה למנות את רוב הדירקטורים עולה מהגדרת החברה הממשלתית בסעיף 1 לחוק (ראה לעיל הערה 1). כמו כן ראה מאמרו של פרופ' א' ידן: "The Public Corporation In Israel" במסגרת ספרם של W. Friedmann and J.F. Garner *Government Enterprise - A Comparative Study* (London, Stevens & Sons, 1970) 248, 258:

"It is this direct Government control, more than any other single factor, which distinguishes the companies here analysed from ordinary commercial companies, including those in which the state is financially interested as holder of shares or debentures. It is submitted that a public corporation does not lose its character as such by the mere fact of being organised in the form of a company under the Companies Ordinance, as long as those who hold its decisive shares, appoint its management and are in the position to lay down its policy are the state the government or other public corporations".

7 ב' ברכה משפט מינהלי (הוצאת שוקן, ירושלים ותל אביב, 1986), 10, הערת שוליים 6. כמו כן ראה: Y. Aharoni *The Evolution and Management of State Owned Enterprises* (Ballinger Publishing Co., Cambridge, Massachusetts) p. 6:

"As a first approximation, SOE's (State Owned Enterprises - W.A.) are identified by three characteristics. First, SOE's are classified as a part of the public sector. Therefore they must be owned by the government...".

8 חוק מבקר המדינה (נוסח משולב, תשי"ח-1958, ס"ח 92, סעיף 59) ו-7; חוק החברות הממשלתיות סעיף 64. כמו כן יצוין סעיף 56 לחוק החברות הממשלתיות. לפיו אין בחוק זה כדי לגרוע מהוראות חוק נכסי המדינה, תשי"א-1951 (ס"ח תשי"א עמ' 52). בהתאם לכך, גם פעולה באמצעות חברה ממשלתית טעונה אישור במסגרת חוקי התקציב ולא ניתן עוד למכור זכויות ונכסים בלא אישור ועדת הכספים של הכנסת.

9 ראה פסקי הדין הנוכחים בפרק ח להלן וניתוחם שם.

4.3 ברומה לכך מצינו ב:

J.F. Garner and B.L. Jones *Garner's Administrative Law* (London, Butterworths, 1985, 6th ed.) p. 309:

"The whole *raison d'être* of establishing a public corporation for a particular administrative task or undertaking, instead of entrusting it to a minister of the Crown assisted by civil servants, is to free the task in question from the possibilities of detailed scrutiny by individual members of Parliament and by the Treasury, which is the characteristic accompaniment of ministerial responsibility.

Nevertheless, the functions carried on by the public corporations are of public concern, and are performed in the public interest, and members of parliament may on occasion wish to exercise some measure of control over these seemingly unruly children of the statute book".¹⁰

4.4 בפרק זה נבחן בפירוט את מידת זיקתן של החברות הממשלתיות למינהל הציבורי בכלל ולממשלה בפרט. כפי שנראה, החברה הממשלתית אינה גוף שהממשלה מקימה ומנתקת את מוסרותיה הימנו. הקמת החברה הממשלתית אינה מלווה בניתוק של חבל הטבור והחברה הממשלתית אינה גוף עצמאי בעל שיקול דעת משלו. החברה הממשלתית ממשיכה להיות קשורה בטבורה, בשורה של נושאים מהותיים, אל הממשלה. היותו של גוף זה זרוע ביצועית של הממשלה, בשורה של מרכיבים בעלי משקל מצטבר רב, תשליך מטבע הדברים על השאלה אם יש להחיל נורמות מן המשפט הציבורי על החברות הממשלתיות. במישור זה נבחן להלן את השאלה האמורה לגופה, וניישם את המודל המוצע לעיל בהתאם למשפט הפוזיטיבי החל על חברה זו, תוך שאנו פונים לבחון את האופן שבו משתמשת הממשלה בחברה הממשלתית כזרוע ביצועית, ואת מהות החברה הממשלתית לנוכח מטרותיה.

10 להשוואה ביחס לתפעולם של תאגידים ממלכתיים בקנדה ראה:

Rene Dussault and Louis Borgeat *Administrative Law - A Treatise* (Translated from French by M. Rankin, Toronto, Carswell, 1985, 2nd. ed., Vol. 1) p. 155-156:

"One would look in vain for some uniformity in the controls imposed over Federal and Quebec public enterprise. In certain cases, they are quite stringent and put the agency in a position of quasi integration, in other cases, autonomy seems to have been aggressively sought...".

ב. החברה הממשלתית והממשלה

4.5 "בשלושה דברים אדם ניכר בכיסו בכוסו ובכסו".¹¹ אם רוצה אתה לרדת למהותו של גורם הרי שהוא נבחן במצבים שבהם אין הוא שולט בעצמו. במצבים אלו מצוי גורם זה בנקודת משבר מסיימת, שהיא נקודת המבחן שלו. החברה הממשלתית תלויה בממשלה בכל נקודת מבחן אפשרית, ובגורמים היסודיים ביותר לבחינת עצמאותו של גוף, נראה להלן כי אין היא אדון לעצמה, אלא כלי בידי הממשלה.

(ב1) "בכיסו" - החלטות בנושאים כלכליים

4.6 עצמאותו של גוף נבחנת בראש ובראשונה - בכיסו. העדר עצמאות בתחום הכלכלי לגבי גוף שעיסוקיו כלכליים מדברת בעדה. בהקשר זה נראה להלן כי החברה הממשלתית תלויה מהחל ועד כלה בממשלה בכל הנוגע לתחום הכלכלי. נפרט להלן את מרכיביה של תלות זו, מעת הקמת החברה הממשלתית, עובר בהשקעות בה ובקביעת תקציבה וכלה באפשרות להלאים את יתרותיה הכספיות ולסנפם לקופת הממשלה.

הקמת החברה הממשלתית - ההיבט הכספי

4.7 ועדת מחס מציינת¹² כי כאשר הממשלה מייסדת חברה עסקית חדשה, או כאשר היא נכנסת לבעלות (חלקית או מלאה) בחברה קיימת, פירוש הדבר, בדרך כלל, השקעה מיידית של סכומים ניכרים מקופת המדינה. יתר על כן על ידי ההחלטה להקים חברה ממשלתית מקבלת הממשלה על עצמה התחייבויות כבדות, פיננסיות וארגוניות, לטווח ארוך בתחום פעולותיה הצפויות של חברה זו. משום כך המליצה הוועדה כי מליאת הממשלה היא שתחליט על הקמתה של חברה ממשלתית, וכי בכל מקרה של פעולה שתביא להשתתפות הממשלה בהנהלתה של חברה או בהונה יהיה נחוץ אישור ממשלתי.

4.8 ואכן, בסעיף 5 לחוק החברות הממשלתיות נקבע:

"א) הקמת חברה ממשלתית טעונה החלטת הממשלה; ההחלטה

11 מסכת ערוכין, דף ס"ה, עמוד ב'.

12 ד"ח ועדת מחס, לעיל הערה 5, בעמ' 21.

תקבל על פי הצעה של שר שהוגשה לממשלה עם חוות דעת הרשות (רשות החברות הממשלתיות).¹³

(ב) החליטה הממשלה על הקמת חברה ממשלתית, יביא שר האוצר את ההחלטה לידיעת הוועדה (ועדת הכספים של הכנסת)¹⁴ בציון מקורות המימון להשקעות בחברה ובצירוף חוות דעת הרשות (ההדגשה הוספה).

בעת הקמת החברה הממשלתית קיימת אם כן השקעה כספית ניכרת של המדינה והחברה הממשלתית תלויה בתקופת בראשית זו בהזרמת הכספים על ידי הממשלה. העובדה כי ההון ההתחלתי של גוף, בראשית צעדיו, באה מגורם מסוים מותרה מטבע הדברים את רישומה.

השקעות ממשלתיות לאורך הזמן

4.9 השקעותיה של הממשלה בחברות הממשלתיות לא מסתיימות, מטבע הדברים, עם הקמתן של חברות אלו והן נמשכות לעיתים בכל משך פעילותן. בהקשר זה קבע המחוקק כי לא בממשלה לבדה תהא תלויה החברה הממשלתית וכל הזרמה הונית של בעלת המניות המרכזית (המדינה) תהא טעונה גם אישור ועדת הכספים של הכנסת. סעיף 10 לחוק החברות הממשלתיות קובע כי "לא תשקיע הממשלה בחברה ממשלתית אלא באישור הוועדה". ההשקעה הלאומית בחברות הממשלתיות כרוכה אם כן, כצפוי, בביקורת הדוקה על פעילות החברה הממשלתית וצרכיה, כאשר ביקורת זו נעשית גם במישור הפרלמנטרי באופן ישיר באמצעות הצורך בקבלת אישורה של ועדת הכספים של הכנסת.

4.10 חוק החברות הממשלתיות לא אימץ בהקשר זה את המלצתה של ועדת ברק¹⁵ כי כל השקעה של המדינה בחברה הממשלתית, בין בחברה קיימת

13 סעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות: "הרשות - רשות החברות הממשלתיות המוקמת בחוק זה". בדברי ההסבר להצעת חוק החברות הממשלתיות, תשל"ג-1973, הצי"ח 1067, תשל"ג, עמ' 317 (להלן: הצעת החוק), מובהר כי חוות דעת הרשות נעדה כדי "שתאפשר לממשלה לבחון את הצורך בהקמת החברה ואת המבנה ודרכי המימון המוצעים".

14 בסעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות מוגדרת "הוועדה - ועדת הכספים של הכנסת" (להלן: הוועדה).

15 דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 56. ועדת ברק ציינה בהקשר זה כי הדבר חיוני לשם הבטחת פיקוח פרלמנטרי על השקעות המדינה בחברות הממשלתיות; לשם מיקוד האחריות הניהולית והאחריות התקציבית לחברה הממשלתית כאשר המשרד המבקש להשקיע בחברה ממשלתית הקשורה בו מבחינה פונקציונלית, ידאג כי יהא לו "כיסוי" תקציבי לכך, ולשם שחרורו של משרד האוצר מלחצים באשר לשימוש בנכסי המדינה מחוץ למסגרת התקציב לשם מימון השקעות בחברות הממשלתיות. כמו כן תצוין המלצה שהופיעה כבר בשנת 1957 בדו"ח מבקר המדינה "ביקורת המדינה באיגודים ממשלתיים", בעמ' 29: "אם האיגוד זקוק למימון חד פעמי או שוטף בצורת הקצבות או הלוואות, רצוי, שגם פעולות כספיות אלו ישתקפו בתקציב המדינה".

ובין בחברה העומדת לקום, תמצא את כיוויה התקציבי בתקציב המדינה, ובחוק החברות הממשלתיות לא נקבע, כפי שהציעה ועדת ברק, כי המדינה לא תשקיע בחברה הממשלתית אלא אם נקבע בתקציב המדינה המקור התקציבי למימון השקעת המדינה. ואולם, בינתיים חוקק חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, 16 הקובע ככלל (בסעיף 3) כי הממשלה רשאית להוציא בשנת כספים פלונית רק את הסכום הנקוב בהוצאה בחוק התקציב השנתי לאותה שנה, והקובע בפרט כי הממשלה רשאית להוציא רק את הסכומים הנקובים בסעיף המפעלים העסקיים שבחוק התקציב השנתי (סעיף 8 לפי חוק יסודות התקציב).

חוק יסודות התקציב הביא אם כן לאימוץ המלצתה של ועדת ברק, ומעתה לא תיתכן הוצאה על ידי הממשלה לשם השקעתה בחברה ממשלתית, אם זו אינה מעוגנת בנורמה החקוקה שאושרה על ידי הכנסת.

4.11 זאת ועוד, החברה הממשלתית נוקת לעיתים, מטבע הדברים, בפעילותה העסקית לגיוס הון, ומקום שבו נדרשת השקעה ממשלתית הופכת החברה האמורה לאורגן שתקציבו נדון ונקבע במסגרת קביעת תקציבם של כלל רשויות המינהל, ומהווה חלק מן הנורמה החקוקה. מן האמור עולה כי פנייה ישירה של החברה הממשלתית לבעלי מניותיה לשם קבלת סיוע מהם תהא כרוכה בביקורת פרלמנטרית ישירה, הן במסגרת ועדת הכספים של הכנסת האמורה לאשר את הענקת הסיוע כאמור, והן במסגרת חוק התקציב המובא לאישור הכנסת.

חברה ממשלתית שלא נוח לה בכך, תיאלץ לגייס הון בדרכים אחרות, אך גם באלו נמצאת היא תלויה בכיסה - באישור הממשלה, כפי שנראה מייד להלן.

גיוס הון באמצעות הקצאת מניות

4.12 בסעיף 11(א) לחוק החברות הממשלתיות נקבע כי החלטות החברה הממשלתית בשורה ארוכה של נושאים טעונה אישור הממשלה ובהם: הגדלת הון המניות הרשום של החברה, הקצאה של מניות החברה, הנפקת מניות בכורה הניתנות לפדיון, הנפקת אגרות חוב הניתנות להמרה

16 ס"ח 1139, התשמ"ה (3.4.85) עמ' 60 (להלן: חוק יסודות התקציב). חוק יסודות התקציב אף קבע, בסעיף 39א, כי הצעת חוק המוגשת לכנסת, ואשר בביצועה תהא כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה, או שבביצועה כרוכה הפחתה של הכנסות המדינה, תצוין בגוסס החוק המוצע או בדברי ההסבר, דרך המימון להוצאה או להפחתה.

במניות, והמרה במניות של אגרות חוב שהוצאו בלי זכות המרה או של הלואה שקיבלה החברה.¹⁷

בסעיף 11(ב) לחוק החברות הממשלתיות אף נקבע כי אישור הממשלה בהקשר זה יתקבל לפי הצעת השרים (דהיינו, שר האוצר יחד עם השר שנקבע על פי חוק החברות הממשלתיות כאחראי לענייני החברה הממשלתית הנדונה - ו' א' 18, שהוגשה לממשלה עם חוות דעת רשות החברות הממשלתיות. כמו כן נקבע בי שר האוצר יביא את החלטת הממשלה בעניין זה ליריעת ועדת הכספים של הכנסת.

4.13 נמצאת למד כי בגיוס הון בדרך של הקצאת מניות, נאלצת החברה הממשלתית להיזקק לשורת האישורים הבאה:

א. המלצת שר האוצר והשר הממונה.

ב. חוות דעת רשות החברות הממשלתיות.

ג. אישור הממשלה.

ד. דיווח לוועדת הכספים של הכנסת.

4.14 מסכת תלאות זו ברורה היא, שהרי הקצאת מניות על ידי החברה הממשלתית משליכה על שיעור ההחזקות של הממשלה בחברה זו. ואולם, העובדה כי החברה הממשלתית נאלצת להיזקק לאישורי הממשלה והכנסת בגיוס הון, מהווה אינדיקציה להיותה חלק מן הרשות המבצעת ויש בה כדי ללמד על הזיקה ההדוקה השוררת, מכוח חוק החברות הממשלתיות, בין החברה הממשלתית לבין הממשלה. ואם בכך לא סגי, הרי שהזיקה האמורה בתחום הכספי אינה מסתיימת במישור ההכנסות וגיוסי ההון על ידי החברה הממשלתית, אלא גם במישור השליטה על הוצאותיה של החברה הממשלתית, כפי שנראה להלן.

17 בנוסף, טענה אישור הממשלה כל החלטה בדבר שינוי במטרות החברה, שינוי בזכויות הצמדות למניה, הפיכת החברה מפרטית לציבורית ולהיפך, חידוש ארגונה של החברה, פירוקה מרצון, פשרה, סידור או מיזוג עם חברה אחרת, הקמת חברה בת ורכישת מניות בחברה קיימת, למעט רכישת מניות בבורסה בידי חברה שרכישה מסוג זה היא מעסיקיה הרגילים.

18 סעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות, הגדרת המונח "השרים" (להלן: השרים). כמו כן ראה סעיף 6(ד) לחוק החברות הממשלתיות הקובע כי בהחלטה להקים חברה ממשלתית, תקבע הממשלה בין השאר את השר שיהיה אחראי לענייני החברה. בהקשר זה יצוין גם דו"ח מבקר המדינה לשנת 1970 (דו"ח שנתי מס' 21, ירושלים, תשל"א-1971), בו מוצאים אנו כי כבר מאז קום המדינה, השר הממונה על משרד ממשלתי אחראי גם לחברה הממשלתית הפועלת בענף הכללי, שעליו חולש המשרד.

שכר ותנאים סוציאליים

4.15 בסעיף 34(א)4 לחוק החברות הממשלתיות נקבע כי הדירקטוריון בחברה הממשלתית יקבע - על פי הכללים שקבעה לכך הממשלה ובאישורה - שכר, תנאים סוציאליים, הטבות, מענקים ותנאי עבודה למנכ"ל, למשנה למנכ"ל, לסגנים, למנהלי האגפים, למנהל ענייני הכספים, למבקר הפנימי, למזכיר החברה, לנושאי תפקידים אחרים שקבעו לעניין זה השרים לאחר התייעצות עם הרשות, ולשאר עובדי החברה.

הממשלה שולטת אם כן באופן מלא על רמת שכרו של כל עובד בר חשיבות בחברה הממשלתית.

4.16 כמו כן, בכל הנוגע לדירקטורים שמונו מטעם המדינה על פי סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, על ידי שר האוצר¹⁹ והשר הממונה על תפקודה של החברה הממשלתית הנדונה, נקבע בסעיף 19 לחוק החברות הממשלתיות כי:

"שר האוצר, בהתייעצות עם הרשות ובאישור הועדה, רשאי להתקין תקנות בדבר הגמול וההוצאות שישולמו לדירקטור".

4.17 בנוסף, יצוין בהקשר זה סעיף 29 לחוק יסודות התקציב לפיו לא יכולה החברה הממשלתית בהיותה בגדר "גוף מתוקצב"²⁰ להסכים לשינויי שכר, תנאי פרישה או גמלאות, או להחליט על הטבות כספיות אחרות הקשורות בתנאי העבודה, אלא בהתאם למה שהוסכם או הונהג לגבי כלל עובדי המדינה, או באישורו של שר האוצר, וכל הסכם או הסדר שלא קיים תנאי זה - בטל.

זאת ועוד, דירקטור של חברה ממשלתית או מנכ"ל בה, שהסכימו להטבה

19 כך קרה כי בעוד שבעבר שימשו חברות ממשלתיות כלי להתחמקות ממגבלות השכר הנהוגות במגזר הממשלתי, הרי שביום יש תלות בין שתי מערכות שכר אלו. השיטה הנהוגת בחברות הממשלתיות היא כי שכרו של כל עובד בכיר מהווה אחוז מסוים משכר המנכ"ל (90%, 85%, 70% וכדומה) וכאשר ניתן אישור על ידי רשות החברות הממשלתיות להעלות שכר המנכ"ל, הרי שהדבר נעשה בדרך כלל ביחס לכלל החברות הממשלתיות ואוי מועלה שכר המנכ"ל על פי אותו אישור, ועימו עולה אוטומטית שכר הבכירים באותו אחוז העלאה. על פי שיטה זו, המבוססת על מדיניות הממשלה, הופכת העלאת השכר למנכ"לים ולעובדים הבכירים לעניין אוטומטי (בהתאם לגדל החברה הייחודי בסיווג השכר הממשלתי). ללא התחשבות בהצלחתם ואף בלא התחשבות במצבה הכלכלי של החברה הממשלתית הספציפית או במידת הצלחתה וטיב תפקודה.

בהקשר זה ראה מאמרו של זאב רפואה "לבצע שינויים בחוק החברות הממשלתיות" ספר השנה של הבורסה 1992-1993 (בהוצאת גלובס, 1992) 26. לעניין מדיניות השכר בחברות הממשלתיות ראה גם דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 63-64.

20 "גוף מתוקצב" מוגדר בסעיף 21 לחוק יסודות התקציב כ"אגודה, רשות מקומית, בנק ישראל, חברה ממשלתית, וחברה עירונית".

בשכרם וכיו"ב שלא בהתאם לתנאי סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, יראו אותם כמי שאינם ממלאים את תפקידם כראוי, וביחס למנכ"ל זוהי אף עילה מספקת לממשלה להעבירו מתפקידו. נמצאת למד כי שליטת הממשלה במישור זה הינה מלאה ויש אף סנקציות בצידה.

4.18 השליטה על שכרם של נושאי המשרה בחברה הממשלתית, חורגת מן המישור הכספי. בעל מניות המכתיב את דרגת שכרם של אנשי מפתח באקזקוטיבה ובדירקטוריון של חברה, שולט למעשה בפעילות החברה, ובהתאם לכללי הטבע האנושי דעתו של בעל מאה זה תהא הדעה הרווחת בחברה.

ואולם, שליטת הממשלה על הוצאות החברה הממשלתית אינה מסתיימת במישור השבר והיא קיימת במישורים נוספים כפי שנראה להלן.

תקציב שנתי

4.19 תקציב הינו כלי המבטא בדרך כמותית וכספית את תוכניות החברה לצורך ניהול, תיאום, בקרה ומעקב אחר ביצוע מדיניות החברה. התקציב קובע למעשה את מדיניות החברה ומטרותיו הן, בין השאר:

א. קביעת סדרי עדיפויות ליעדי החברה, ובחירה בין אלטרנטיבות להשגתם.

ב. מתן ביטוי כמותי וכספי ליעדי החברה והדרכים להשגתם.

ג. תכנון פעולות החברה.

ד. תיאום בין יחידות החברה, בהתאם לתוכניתה הכללית.

ה. מסגרת לדיווח שוטף על פעולות החברה בהשוואה לתקציב.

ו. כלי לניהול תקין של החברה.²¹

התקציב מהווה אם כן צומת מרכזית בהתוויית דרכה של החברה הממשלתית, ועל צומת זו שולטת הממשלה המפקחת באופן הדוק על תקציבה של החברה הממשלתית - על כל הנובע מכך.²²

21 לענין זה ראה: רשות החברות הממשלתיות - הנחיות לעריכת תקציבים בחברות הממשלתיות (ירושלים, 1976), עמ' 2. לענין זה ראה גם דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 66-69 וכן: רשות החברות הממשלתיות, כללים לדיווח כספי בחברות הממשלתיות (ירושלים, 1969).

22 כמו כן יצוין כי נדרש אישורה של רשות החברות הממשלתיות להחלטת דירקטוריון שלא לערוך דיווחות כספיים מאוחרים עם חברות הבת - סעיף 33(א4) לחוק החברות הממשלתיות.

שר האוצר אף הוסמך, בסעיף 32(ב) לחוק החברות הממשלתיות, לקבוע כללים על פי המלצת רשות החברות הממשלתיות, לעריכת תקציבים שנתיים של החברה הממשלתית (אם לכלל החברות ואם לסוגיהן), דרך ביצועו והשימוש במקורות העומדים לרשות החברה הממשלתית.

שר האוצר מוסמך איפוא לעצב לא רק את אופן עריכת התקציב, אלא גם לקבוע את דרך ביצועו ואת אופן השימוש במקורות העומדים לרשות החברה הממשלתית.

4.20 זאת ועוד, סעיף 34(א) לחוק החברות הממשלתיות קובע כי יו"ר הדירקטוריון בחברה הממשלתית חייב להגיש לשרים ולרשות החברות הממשלתיות את הצעת התקציב והתוכניות האמורים בסעיף 32(א) לחוק.

סעיף 32(א)(ב) לחוק החברות הממשלתיות מתייחס לתקציבה השנתי של החברה הממשלתית, ביצועו והשימוש במקורות העומדים לרשות החברה, לתוכנית הפעילות של החברה לאותה שנה ולתוכניותיה לטווח ארוך, ולתקן עובדי החברה והמועסקים בשירותה.

כמו כן על יו"ר הדירקטוריון להגיש לשרים ולרשות החברות הממשלתיות את טיוטת הדו"חות האמורים בסעיף 33(א) לחוק החברות הממשלתיות. סעיף זה מתייחס, למאזן, לדו"חות רווח והפסד כולל ייעוד רווחים, לדו"ח המשאבים ואופן השימוש בהם, ולדו"חות כספיים מאוחדים בחברה ממשלתית שיש לה חברה בת.

כל זאת מוטל על יו"ר הדירקטוריון להגיש לממשלה חודש ימים לפי המועד שנקבע לדיון בהם, זולת אם נקבעה תקופה קצרה יותר על ידי השרים בהתייעצות עם הרשות. כמו כן מוטל על יו"ר דירקטוריון החברה הממשלתית להגיש לשרים שוב מסמכים אלו מייד, לאחר שהדירקטוריון אישר אותם.

סעיף 34(ב) לחוק החברות הממשלתיות קובע כי מסמכים אלו יוגשו על ידי יו"ר הדירקטוריון גם לוועדת הכספים של הכנסת על פי דרישתה, וכמו כן נקבע בסעיף זה כי על יו"ר הדירקטוריון להמציא מסמכים אלו גם למבקר המדינה.

בנוסף קובע סעיף 33(ב) לחוק החברות הממשלתיות כי שר האוצר רשאי לחייב חברה ממשלתית בעריכת כל דו"ח נוסף ולקבוע מועד להגשתו.

הנה כי כן, קיימת שליטה מקיפה ביותר של הממשלה במישור הדיווח הכספי של החברה הממשלתית.²³

4.21 נוסף לכל ההוראות האמורות הקבועות בחוק החברות הממשלתיות, נקבע בסעיף 31א לחוק יסודות התקציב כי חובה על החברה הממשלתית וכל גוף אחר שהממשלה משתתפת בתקציבו במישרין או בעקיפין, המרכז יותר ממחצית אספקת טובין או שירותים בכל המדינה או באיזור מסוים, ואשר הממשלה קבעה לגביו בהודעה ברשומות כי הינו נותן שירות לציבור לעניין חוק זה, לערוך אחת לשנה דו"ח של עלות הפקת המוצר או מתן השירות שהוא מספק (להלן: דו"ח עלות) ולהגישו לשר האוצר ולשר הממונה. והרי לך דו"ח כספי נוסף שעל חברות ממשלתיות מסוימות להגיש לשרים.

4.22 כמו כן יצוין סעיף 54 לחוק החברות הממשלתיות הקובע כי בין תפקידיה של רשות החברות הממשלתיות יהא: לעקוב ברציפות אחרי הפעילות של כל אחת מן החברות הממשלתיות, הגשמת מטרותיה: מהלך עסקיה, מצבה הכספי ומדיניותו השכר שלה, ולדווח על כך לממשלה וכן לבדוק את הדו"חות הכספיים השונים המוגשים לה מאת החברה הממשלתית ואת החומר שעליו הם מבוססים, ולהעיר הערותיה עליהם לחברה - ולשרים.²⁴

פיקוח הדוק זה והגשת התקציבים לאישור השרים מאפשרים לממשלה לקבוע את מדיניות החברה הממשלתית ולעצב את פעילותה. מה עוד שסעיף 33ג) לחוק החברות הממשלתיות קובע כי החלטת הדירקטוריון בדבר ייעוד הרווחים של החברה הממשלתית טעונה אישור הרשות. חלקה הרשות על החלטת הדירקטוריון, טובא המחלוקת להכרעת השרים. לאמור, בידי השרים ניתן אף הכוח להכריע בדבר ייעוד עודפים כספיים הנותרים בידי החברה הממשלתית.²⁵

23 בדברי ההסבר להצעת החוק (לעיל הערה 13) ביחס לסעיף זה (סעיף 37 בהצעת החוק) נאמר: 'סעיף זה מבטיח לשר הממונה מעקב צמוד אחרי ענייניה העיקריים של חברה ממשלתית, שכן את התקציב ואת תוכניות הפעולה של החברה יש להביא לפניו הן לפני שידון בהם הדירקטוריון והן אחרי אישורם מצד הדירקטוריון'.

24 פרופ' א' פרוקציה בספרו דיני חברות חדשים בישראל דין נוהג, דין רצוי והצורך בחקיקה (האוניברסיטה העברית בירושלים, 1989) 211-243, השתמש בדגם שנקבע בחוק החברות הממשלתיות ביחס לתפקידי הדירקטוריון כמודל לדין ראוי שיש להחילו גם ביחס לחברות רגילות. ואולם, הפיקוח הדוק שהוקנה לממשלה ובעיקר ההוראות המצרות את שיקול דעת הדירקטוריון (כגון סעיף 33ג) לחוק החברות הממשלתיות וסעיף 34(א1) לחוק החברות הממשלתיות הנוכרים לעיל) הושמטו מן המודל המוצע על ידו ביחס לחברות הרגילות.

25 ביחס לסעיף זה מעניינת הסתייגותו של חבר הכנסת פלומין (דברי הכנסת מיום 24.6.75, עמ' 3181).

4.23 בהקשר זה יצוינו על כן דבריו של השר ש' שפירא בעת הצגת חוק החברות הממשלתיות לפני הכנסת, 26 לפיהם:

"נתקלנו בתופעה (טבעית מאוד) שחברות ממשלתיות אינן מתלהבות לשלם דיבידנד גם כשיש להן רווחים. גם כשיש להן רווחים טוען מנהל החברה שהרווחים שייכים לחברה. לפעמים גם הדירקטוריון שותף לדעה זו... הרצאנו הנחיה שהחברה המסיימת את מאזנה ברווח, חייבת לקיים התייעצות עם המנהל הכללי של המשרד הממונה ומנהל רשות החברות ביחס לחלוקת רווחים באותה שנה. איננו גורסים שאת כל הרווח צריך לשלם כדיבידנד לאוצר ולבעלי מניות אחרים. אבל, לא יתכן שהאוצר לא יקבל הכנסה מהחברה שלו. הדבר מעוות במידה מסויימת את סדר ההשקעות במשק, אבל הוא גם מעוות את דמות החברות האלה" (ההדגשות הוספו).

4.24 נמצאת למד כי שליטתה של הממשלה בתקציבה של החברה הממשלתית וסמכויותיה להביא לחלוקת דיבידנדים, על חשבון השקעות בפעילות החברה, חורגת מן היחסים הרגילים שבין חברה לבין בעלי מניותיה, והיא משקפת את "דמות החברות האלה" כזרוע ביצועית של הממשלה, הכפופה להוראותיה.

4.25 ואכן, דברים אלו קיבלו ביטוי חריף ביותר בעת מבחן. בסעיף 22(א) לחוק הסדרים לשעת חרום במשק המדינה, התשמ"ו-1985, 27 נקבע כי בתקופה שבין 1.7.85 ועד ליום 31.3.87 רשאים השרים, יחד עם שר הכלכלה

3193 דין בקריאה שנייה בחוק החברות הממשלתיות): "בסעיף 33 מוצע לאפשר לשרים להתערב בענין חלוקת דיבידנד ולמעשה לכפות על החברה חלוקת דיבידנד גם בשיעור העולה על זה שהומלץ על ידי הדירקטוריון... אני יכול לתאר לעצמי מקרה שהממשלה בשעת מצוקה תכתיב לכל החברות הממשלתיות חלוקת דיבידנד לממשלה כדי לאון את תקציב הממשלה, חאת בשעה שהחברות צריכות לשמור לעצמן חרבות ואולי אינן נמצאות במצב שעל פי שיקולים מסחריים הן רשאיות לחלק דיבידנד".

ואכן, כך בדיוק אירע 10 שנים אחר כך, בשנת 1985, אלא שהדבר נעשה באמצעות חוק הסדרים במשק, כפי שנראה מיד להלן.

26 ראה דברי הכנסת מיום 3.7.73 עמ' 3671. כמו כן ראה: "הממשלה כגורם במפעלים עסקיים" - הצאת מ.י.ל., עמ' 9; וכן ראה ב' ברק "ייחודה של החברה הממשלתית לעומת החברה הרגילה - בעיות משפטיות על רקע חוק החברות הממשלתיות תשל"ה-1975" (עבודת גמר לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, בהנחיית פרופ' י' גרוט, אוניברסיטת תל-אביב, 1976) 85-90.

בהקשר זה מצוין שם (בעמ' 88) מאמרו של ד"ר דן גבעול ב"הארץ", מיום 9.5.75, לפיו אין לשר הממונה כל עניין בחלוקת דיבידנד; מכיוון שהדיבידנד עובר לקופת המדינה ולא לתקציב משרדו. משום כך, מנקדת ראותו של השר הממונה, נטילת הדיבידנד מקופת החברה הממשלתית רק עלולה להכביד על משרדו אם וכאשר תעמוד החברה הממשלתית לפני קשיי מימון.

27 ס"ח 1159, התשמ"ז (1.10.1985) עמ' 15 (להלן: חוק הסדרים במשק).

והתכנון, "להורות לחברה הממשלתית לחלק דיבידנד בשיעור ובמועדים שיקבעו".

הוראה זו, שנחקקה בשעת חירום כלכלית, נועדה להעדיף את הצורך לצמצם את הגירעון בתקציב המדינה באמצעות גיוס דייווידנד מן החברות הממשלתיות, על פני שיקוליהן ועסקיהן של חברות אלו. סעיף זה מלמד כי הממשלה רואה למעשה בכספי החברות הממשלתיות רזרבה תקציבית, אשר הממשלה תשלח יד לעברה בעת הצורך ותעשה בה שימוש לצורכי משק שונים, על פי שיקול דעתה הבלעדי.

4.26 הוראה זו הוחלה אומנם בשעת חירום משקית, אך בגדר תחולתה קרובים אנו אף אל הקונספט הבסיסי העומד ביסוד חובת האמון של גופים ציבוריים כלפי הציבור, הנובעת מכך שלגופים אלו אין משלהם ולא כלום וכל אשר להם מוחזק בידיהם למען הציבור.²⁸ אם בעת חירום משקי - מועברת הרזרבה התקציבית של החברה הממשלתית אל קופת האוצר, בהתעלם מטובת החברה הממשלתית ומצרכיה, הרי שניתן במידה רבה לומר, כי בעת מבחן אין לחברה זו משלה ולא כלום, וכל אשר יש לה נתון למעשה בידי הציבור הרחב, ומופקד בידיה רק בנאמנות. מכל מקום, לנוכח הוראת חוק זו ברור כי לא רק שהחברה הממשלתית מיועדת למלא אחר יעדים לאומיים שהממשלה רוצה ביקרם, ולא זו בלבד שהממשלה שולטת בחברה הממשלתית, אלא שהחברה הממשלתית מהווה חלק אורגני מן הרשות הציבורית עד כי הממשלה מרשה לעצמה לשלוח יד לתקציביה, לשם מילוי צרכים לאומיים שונים, כאשר הדבר דרוש למשק.

4.27 מן ההוראות האמורות עולה כי קיימת תלות רבה של החברה הממשלתית בממשלה בכל הנוגע לענייני הכספים, ואישור הממשלה נדרש בשורה ארוכה של נושאים, והויקה בין הממשלה לבין החברה הממשלתית בתחום התקציבי הינה הדוקה ביותר.

למכלול הוראות החוק האמורות יש משקל מצטבר והוא מלמד כי הממשלה מפקחת באופן הדוק ביותר אחר פעילות החברה הממשלתית באמצעות השפעתה על עיצוב תקציב החברה הממשלתית. דרישותיה הכספיים השונים ובאמצעות פיקוח הדוק על גיוס הון בדרכים שונות על ידי החברה הממשלתית, ולכל זאת מתווספת סמכותה של הממשלה, לעיתים, לשלוח יד לתקציב זה.

28 בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים, פד"י כה(1) 325, 331.

4.28 ואולם, הזיקה שבין החברה הממשלתית לממשלה אינה רק במישור הכספי, על כל הנובע מזיקה הדוקה זו כשלעצמה לנשוא דיוננו. התלות של החברה הממשלתית בממשלה בתחום הכספי והפיקוח ההדוק של הממשלה על תקציב החברות הממשלתיות מהווים סימפטום לטעם עמוק יותר המזהה את החברה הממשלתית עם הרשות המינהלית והמופיע בדו"ח ועדת ברק.

ועדת ברק מציינת בהקשר זה, בעמ' 68, כי:

"לענין הדיווח שונה מצבה של החברה הממשלתית ממצבה של חברה שאינה ממשלתית. כספה של המדינה מושקע בחברה הממשלתית. כסף זה הוא גלוי עד כמה שהוא משמש את משרדי הממשלה עצמם. אין זה מתקבל על הדעת כי כסף זה יהיה חסוי ברגע שהוא עובר לחברה הממשלתית. זכותו של הציבור לדעת מהו השימוש שנעשה בכסף, וזאת כמובן, כפוף לשיקולים של בטחון או תחרות מסחרית..."²⁹ (ההדגשה הוספה).

4.29 לאמור, המדינה אינה רק בעלת מניות בחברות הממשלתיות, וההון המושקע בחברות האמורות הינו: כספי ציבור. הדרך הטובה ביותר למנוע שימוש לרעה בכספי הציבור הינו החשיפה לאור השמש, כלומר, החובה לעשות דברים תחת עינה הפקוחה של הממשלה ורשות החברות הממשלתיות. זהו הטעם לקביעת מנגנוני פיקוח כה רבים וכה הדוקים על פעילות החברה הממשלתית. נמצא כי החברות הממשלתיות הן חלק אינטגרלי מן המבנה של המנגנון הציבורי וכספיהן אינם כספים של חברה בעלת אופי פרטי אלא כספי הציבור. זיקתן ההדוקה של החברות הממשלתיות לממשלה בתחום הכספי הינה ביטוי לכך שחברות אלו מהוות חלק מן המנגנון הציבורי והיא משקפת את דמות החברות האלה כזרוע ביצועית של הממשלה.³⁰

29 דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 68.

30 בניגוד מדיניות פיקוח הדוקה זו, הכריע למעשה המחוקק במידה רבה בדילמה שבין ניהול החברה כעסק פרטי לבין ניהולה כזרוע ממשלתית. לענין זה מצייץ פרופ' י' גרוס באמרו "החברה הממשלתית" הפרקליט ל 493, בעמ' 494:
"קיים מעין פרוכס פנימי בעצם הגישה לנושא. מחד, בחרת המדינה לנהל את העסק לא כאגף ממשלתי אלא כחברה עסקית רגילה חזת כדי להשיג גמישות מירבית. ומאידך, המדינה מחפשת בלמים ומעצורים לתפעולה העיסקי הרגיל של החברה ומבקשת לנתבה ולנהלה כחלק מהמיוסד הממשלתי" (ההדגשה הוספה).

לשיטות פיקוח שונות על חברות ממשלתיות במדינות שונות, ראה י' אהרוני חברות ממשלתיות בישראל ובעולם (גומא, ספרי מדע ומחקר, צ'ריקובר מרציאיים לאור, 1978) 105-122;
Peter J. Curwin Public Enterprise - A Modern Approach (Harvester Press, 1986), pp. 36-127.

ב(2) "בכוסו" - גילוי מידע חיוני

4.30 החברה הממשלתית נתונה תחת שבת ביקורת קפדני ביותר. אין שבו ואין פירור של מידע, אשר אינו אמור להיות גלוי וידוע לבעלת המניות הראשית - המדינה, בבחינת "כל רח לא אניס מיניה". גישה זו התבטאה בראש ובראשונה במישור הדיווח הכספי כפי שפורט לעיל, אך היא מתבטאת בשורה ארוכה של מנגנוני ביקורת ודיווח, שתפקידם לדאוג לזרימה שוטפת של אינפורמציה מן החברה הממשלתית - לממשלה, כפי שיפורט להלן.

זיקת מידע זו, בהצטרפה לזיקה הכלכלית, מקרבת עוד יותר את החברה הממשלתית אל המנגנון הממשלתי ומלמדת כי בגוף ציבורי, העוסק בכספי ציבור ובצורכי ציבור קא עסקינן.

חובת הדיווח של דירקטור מטעם המדינה

4.31 על הדירקטורים שממנה הממשלה בחברה הממשלתית³¹ מוטלת החובה לדיווח לממשלה על הנעשה בחברה הממשלתית. וכך נקבע בסעיף 20 לחוק החברות הממשלתיות:

"(א) דירקטור חייב, על אף כל דין אחר, למסור לשר הממונה ולרשות, לפי דרישתם, ידיעות על עניני החברה ועל פעולותיו בה.

(ב) נודע לדירקטור על ענין של החברה שנתגלו בו לכאורה פגיעה בחוק או בטוהר המידות, עליו להביא את הדבר ללא דיחוי לידיעתם של יו"ר הדירקטוריון, של השרים, של הרשות ושל מבקר המדינה" (ההדגשה הוספה).

4.32 נמצא כי על אף שהחברה הממשלתית הינה חברה שחלים עליה דיני החברות (כקבוע בסעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות), הרי שהדרישה הקבועה בסעיף 20 לחוק החברות הממשלתיות מפנה את חובת האמון של הדירקטור, הממונה על ידי הממשלה, מן החברה הממשלתית אל עבר שולחתו - הממשלה, בכל הנוגע למסירת מידע חיוני.

בהקשר זה יש לזכור גם את תלותו של הדירקטור שמונה על ידי השרים,

31 סעיף 18(א) לחוק החברות הממשלתיות: "דירקטור יתמנה בידי השרים לאחר התייעצות עם הרשות. ההתייעצות היא לדירקטורים הממונים מטעם המדינה בהתאם לשיעור החוקותיה במניות החברה הנדונה.

בעצם כהונתו, במילוי תפקידיו כראוי.³² ומוכן כי בכלל זה יובא בחשבון, מטבע הדברים, מילוי חובת הדיווח על ידי הדירקטור האמור, כך שלהוראת החוק בסוגיית הדיווח נילוית גם סנקציה משמעותית ביותר בצידה.

4.33 זאת ועוד, בסעיף 17 לחוק החברות הממשלתיות נמנים מי שאינם כשירים לשמש דירקטורים מטעם הממשלה בחברות הממשלתיות, ובין אלו נפקד מקומם של עובדי מדינה. כך קורה כי עובדי מדינה במשרדים הממונים על תפקוד החברה הממשלתית, והבאים עימה לעיתים במגע מעברו השני של המתרס, מכהנים בה כדירקטורים ונחשפים למידע הפנימי ביותר המצוי בחברה. זוהי למעשה הזיקה ההדוקה ביותר של החברה הממשלתית והממשלה בתחום המידע, שהרי מי שצריך להחליט בענייניה של חברה זו, מצוי בתוכיה ולמד מכלי ראשון על אורחה וריבעה, שיח מנהליה ואופן ניהולה.

4.34 יצוין, סיטואציה זו, שבה גלויים קרביה של החברה הממשלתית לעובדי מדינה הדנים בעניינה, אינה מתיישבת לכאורה עם ההפרדה הקיימת בין האורגן הממשלתי לבין החברה הממשלתית המהווה גוף עצמאי הנהנה מאישיות משפטית נפרדת. במישור זה מתבטאת באופן חד ביותר העובדה כי החברה הממשלתית הינה בסופו של יום חלק אינטגרלי מן המנגנון הציבורי, בהיותה כלי ביצועי בידי הממשלה, העושה שימוש בכספי ציבור ובמשאבים לאומיים, לשם קידום מטרה שהממשלה חפצה ביקרה. אם אכן רואים את החברה הממשלתית כגוף נפרד, הרי שמתעוררת בסוגיה זו ביקורת נוקבת בעקבות ניגוד האינטרסים הנוצר בין כהונתו של עובד מדינה כדירקטור בחברה הממשלתית וחובת האמון שהינו חב לה, לבין היותו עובד מדינה הדן בענייניה של חברה זו וחב חובת אמון למנגנון הממשלתי. ואכן, ביקורת קשה זו הובעה בכנסת, בעת שחוק החברות

32 סעיף 21 לחוק החברות הממשלתיות קובע כי דירקטור מתמנה לתקופת כהונה של שלוש שנים וכי השרים רשאים למנותו מחדש. כמו כן נקבעה בסעיף 22(א) לחוק החברות הממשלתיות רשימה של עילות להפסקת כהונתו של דירקטור, ובהם:
 "6) השרים ראו, לאחר התייעצות עם השרות, שאינו ממלא תפקידו כראוי והעבירו אותו, בהדעה לחברה, מכהונתו".

בהקשר זה יצוין גם סעיף 22(ב) לחוק החברות הממשלתיות, לפיו דירקטור שנתמנה בהיותו עובד מדינה או עובד חברה ממשלתית אחרת, וחדל להיות עובד כאמור, יחדל לכהן כדירקטור בחברה הממשלתית מן היום שהרשות החדיעה על כך לחברה. קיימת אם כן זיקה הדוקה בין כהונתו כדירקטור מטעם המדינה לבין היותו של הדירקטור עובד מדינה, על חובת הנאמנות כלפי המדינה הנובעת מכך. לעניין זה, כמו גם לעניין דינו של דירקטור בחברה הממשלתית, שנעדר מארבע ישיבות רצופות של הדירקטוריון או משש ישיבות דירקטוריון בתוך שנה, ראה הצעותיו של מר זאב רפואה במאמרו הנוכח לעיל הערה 19.

הממשלתיות הובא לאישורה.³³ התשובה היחידה לביקורת זו יכולה להימצא רק בכך שהחברה הממשלתית הינה באמור חלק אינטגרלי מן הרשות המינהלית.

חובת הדיווח של יו"ר הדירקטוריון

4.35 חובת דיווח מיוחדת מוטלת על כתפיו של יו"ר הדירקטוריון בחברה הממשלתית. בסעיף 25 לחוק החברות הממשלתיות נקבע כי יו"ר הדירקטוריון חייב, על אף כל דין אחר, למסור לשרים ולרשות החברות הממשלתיות, אחת לשישה חודשים ובכל עת לפי דרישת השרים או הרשות, דין וחשבון בכתב על פעולות החברה ועל עבודת הדירקטוריון.

יו"ר הדירקטוריון חייב להגיש לשרים ולרשות החברות הממשלתיות גם העתק מפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון - תוך שבועיים מכל ישיבה.³⁴ זאת נוסף לחובתו למסור לשרים ולרשות החברות הממשלתיות

33 בהקשר זה תצוין הסתייגותו החשובה של ח"כ מ' ארנס בעת שחוק החברות הממשלתיות הובא לכנסת לקריאה שנייה ושלישית, דברי הכנסת, מיום 24.6.75 בעמ' 3191:
 "אני מסתייג מכך שעובד מדינה יהיה חבר בדירקטוריון... הדבר החשוב ביותר הוא שלחברי הדירקטוריון לא תהיה ליאליות כפולה או אישיות חצויה. חשוב שהם יישבו בדירקטוריון ויוכלו לראות את עצמם כאנשים המופקדים על הדאגה לטובת החברה, ואך ורק לטובת החברה. מה קורה כאשר עובד מדינה יושב בדירקטוריון של חברה? על-פי רוב זה עובד של אותו משרד או אותם משרדים שיש להם קשר עסקי ומסחרי עם החברה. למשל, המנהל הכללי של משרד הבטחון הוא אחד הדירקטורים של התעשייה האווירית. משרד הבטחון הוא הלקוח העיקרי של התעשייה האווירית. יום אחד יושב המנהל הכללי בדירקטוריון ושומע דיווחים על הנעשה בחברה, משתתף בקבלת החלטות בשאלה איך צריך לגשת למכרזים, אילו הצעות צריך להגיש, וכן קביעת שכר לשעת עבודה. החחים עם משרד הבטחון הם הגורם המרכזי ברווחיות החברה. ולמחרת יושב המנהל הכללי של משרד הבטחון בצד השני של השולחן ומנהל משא-ומתן עם המנהל הכללי של התעשייה האווירית בשאלה מה יהיו שערי שכר שעות עבודה. אני מוכן להביא דוגמאות אן ספור. הייתי חבר דירקטוריון של חברה הקרויה תמ"י תעשיות מחצבי ישראל, חברה שעסקה במחקרים בהנדסה כימית... משרד הפיתוח, עליו השלום, היה הלקוח העיקרי, כמעט הלקוח הבלעדי של החברה הזאת. בדירקטוריון של החברה ישבו המנהלים הכלליים של משרד הפיתוח וסגניהם, ובחברה היו דנים בשאלה איך להגיש הצעות למשרד הפיתוח. למחרת זהו יושבים במשרד הפיתוח ומתווכחים עם החברה, במידה מסוימת תוך ניצול הנתונים הידיעות שקיבלו בדיוני הדירקטוריון. כתוצאה מכך לא היו הדיונים חפשיים הדירקטוריון חדל לפעול כדירקטוריון. המנהל הכללי לא הרגיש עצמו חפשי למסור את כל הנתונים לפני הדירקטוריון, כי לאנשים היתה ליאליות כפולה, נפש חצויה, והיו פונים לשר כדי לקבל הוראות מה לומר בדירקטוריון."

ותשובתו של יו"ר ועדת הכספים באותה עת, ח"כ י' קרגמן (שהביא את החוק לקריאה שנייה ושלישית בכנסת) היתה:

"יעתה רצה אני להשיב לחה"כ ארנס הטען שעובדי מדינה לא צריכים בכלל להיות בדירקטוריונים. מה זאת אומרת? - זוהי חברה ממשלתית, היא צריכה לנהל את ענייניה, היא תמסור את הדין וחשבון היא תהיה אחראית."

ואין לך דוגמא מובהקת יותר לזיקתה ההדוקה של החברה הממשלתית לממשלה, ולהיותה כמורה רבה עצם מעצמה ובשר ממשלה של הממשלה, מאשר דו שיח זה. (בהקשר זה ראה גם את הצעתו של זאב רפואה, במאמרו הנזכר, לעיל הערה 19.

34 סעיף 34(א3) לחוק החברות הממשלתיות.

את טיוטת הדו"חות הכספיים של החברה חודש ימים לפני אישורם ואת נוסחם מייד לאחר אישורם,³⁵ ובנוסף לחובתו להביא ללא דיחוי לידיעת השרים, מבקר המדינה ורשות החברות הממשלתיות, כל מידע בדבר פגיעה בחוק או בטוהר המידות שנודע לו עליהן.³⁶ במקרה זה עליו לזמן ללא דיחוי ישיבת דירקטוריון לשם דיון וקביעת דרכי פעולה. ואולם, במקרים "בוערים" שכאלו לא יחליט הדירקטוריון אלא לאחר שניתנה לשרים, לרשות החברות הממשלתיות ולמבקר המדינה שהות של 14 יום להבעת דעתם.³⁷

4.36 ויצוין, יו"ר הדירקטוריון מהווה, בהקשר זה, קודקד של פירמידה פנימית בחברה הממשלתית, המרכז בידו את כל המידע החיוני הנוגע לתפקוד החברה הממשלתית ומעבירו לידיעת הממשלה. לשם כך קבע חוק החברות הממשלתיות גם שרשרת דיווח פנימית היוצרת למעשה מערכת של איסוף מידע והעברתו ליו"ר הדירקטוריון. זרימת האינפורמציה מתחילה במי שממונה בפועל על ניהול ענייניה השוטפים של החברה - המנכ"ל. סעיף 41 לחוק החברות הממשלתיות קובע כי המנכ"ל חייב למסור לדירקטוריון דו"ח על הפעילות השוטפת של החברה, במועדים שקבע לכך הדירקטוריון וכמו כן עליו להודיע ללא דיחוי ליו"ר הדירקטוריון על כל עניין מהותי בחברה הנוגע לתפקידי הדירקטוריון.

שרשרת דיווח זו מתווספת להוראה הקבועה בסעיף 33 לחוק יסודות התקציב, לפיה "גוף מתוקצב" (וחברה ממשלתית נכללת בהגדרה זו) חייב למסור למנכ"ל משרד האוצר, לפי דרישתו ובמועדים שקבע בדרישה, כל מידע שיש בו צורך למטרות מעקב אחר ביצוע חוק יסודות התקציב או חוק תקציב שנתי. מידע זה יימסר למנכ"ל משרד האוצר בהסכמת השר הממונה על החברה הממשלתית.

4.37 נמצאת למד כי נוסף להעברת הדו"חות הכספיים לידי הממשלה, ונוסף לדיווח הדירקטורים מטעם המדינה ונוסף לעצם כהונתם של עובדי מדינה כחברי דירקטוריון, קיימת חובת דיווח מיוחדת של יו"ר הדירקטוריון, הצובר בידי מידע חיוני, מכוח מערכת דיווח פנימית שעליה מופקד המנכ"ל, ומעבירו באופן סדיר לידי הממשלה. וכל זאת לבד מאמצעי פיקוח ובקרה פנימיים נוספים, המיועדים לשמור על תקינות הנהלים בחברה הממשלתית, כפי שנראה להלן.

35 סעיף 34(א) ו-2 לחוק החברות הממשלתיות.

36 סעיף 35 לחוק החברות הממשלתיות.

37 ש.ש. ש.ס.

ב(3) "כבעסו" - דינו של הפוגם בשרשרת הדיווח

4.38 מערכת זרימת המידע מן החברה הממשלתית אל הממשלה, כפי שתוארה לעיל, כמו גם זכותה של הממשלה להחליט בנושאים לכלכליים מהותיים, יוצרים קשר הדוק בין החברה הממשלתית לבין הממשלה והופכים אותה לזרוע ביצועית הניתנת לכיוון. ואולם, עד להיכן מגיעה החשיבות שמייחס המחוקק לשרשרת הדיווח הרציפה מן החברה הממשלתית אל הממשלה ניתן ללמוד מסעיף 68 לחוק החברות הממשלתיות, שהינו "השיטה האחרונה" החותמת את הוראות חוק החברות הממשלתיות בסוגיית הדיווח. סעיף זה הינו סעיף עונשי, והוא קובע כי מנכ"ל של חברה ממשלתית או מנכ"ל של חברה בת ממשלתית, שהפר ביודעין את הוראות סעיף 41 לחוק החברות הממשלתיות ולא דיווח כדבעי לדירקטוריון, ובמו כן דירקטור מטעם המדינה שהפר ביודעין את סעיף 20 לחוק החברות הממשלתיות ולא דיווח כדבעי לממשלה, דינם: מאסר שנה או קנס כספי.

חובת הדיווח הינה אם כן מאושיות הניהול בחברה הממשלתית ואינה עניין פורמלי גרידא.³⁸

4.39 הוראה עונשית זו ניתנת להסבר ולהבנה רק אם היא מיועדת להגן על אינטרס ציבורי חיוני ביותר. הוראה זו מלמדת אם כן כשלעצמה, על מהותה הציבורית של החברה הממשלתית, אשר זיקתה לממשלה והפיקוח ההדוק עליה נועדו לשמור על כספי הציבור המופקדים בידיה ועל האינטרסים הלאומיים אשר לשמם הוקמה החברה הממשלתית. בחינת מהותה של החברה הממשלתית בהתאם להוראות הדין הפוזיטיבי כפי שנקבעו בחוק החברות הממשלתיות, מלמדת אם כן יותר ויותר, כי

38 אכיפת ביצוען של רוב הוראות חוק החברות הממשלתיות מבוססת על הסדרים מינהליים הקיימים בין החברות הממשלתיות לבין השרים הממונים ורשות החברות הממשלתיות. רק לגבי הוראות ספורות נוספה הסנקציה הפלילית. להבנת רקעה של הוראה עונשית זו ראה פרופ' י' אהרונ, בספרו, לעיל הערה 30, בעמ' 144, המציין כי חוק החברות הממשלתיות נחקק בעקבות לחץ ציבורי שעוררו פרשת הפסדיה הגדולים של "זרד", חברה בת של "מקורות", הבעיות שנתעוררו בחברת "נתיבי נפט" ופרשת המעילות ב"חברה לישראל" ("פרשת צור"). שחלק קטן ממניוניה היו בידי המדינה ואשר נתפסה עם זאת בעיני הציבור כחברה בת זיקה הדוקה לממשלה. רקע זה הביא לידי כך שאחת ממטרות חוק החברות הממשלתיות הייתה, להדק את פיקוח הממשלה הכנסת על חברות אלו. לעניין זה ראה גם דברי הכנסת, עמ' 3195, שם מעלות פרשיות אלו בעת הדין בהצעת החוק. כמו כן ראה את ביקורתו של ד"ר יואל אוגוסטו לוי "על המבנה המשפטי של החברות הממשלתיות" הפרקליט כח 428, המבקר נמרצות את המגמה לחוקק את חוק חברות ממשלתיות בעקבות הלחץ הציבורי שנבע מן הפרשיות האמורות. לדבריו: "המטרת היהודית קבעה, כמושג יסוד, שמבנה המשפט החלתו צריכים להיות נקיים מהשפעות של תנועות קולקטיביות בעלות אופי יוצא מגדר הרגיל".

יש להשוות חברה זו מבחינה נורמטיבית למנגנון הממשלתי ולתאגידים הסטטוטוריים.

ב(4) השליטה הממשלתית במינוי אנשי המפתח

4.40 הזיקה ההדוקה של החברה הממשלתית לממשלה מתבטאת גם בסמכויות היתר, ביחס לחברה רגילה, המוענקות לממשלה, בכל הנוגע לביצוע מינויים של אנשי המפתח בחברה הממשלתית.

הממשלה שולטת למעשה בחברה הממשלתית שלטון ללא מצרים בתחום המינויים הפרסונליים, ובכך נמסר לידיה כלי נוסף המאפשר לה להתוות את דרכה של החברה הממשלתית.

בחירת הדירקטורים

4.41 כך מוצאים אנו כי סעיף 8 לחוק החברות הממשלתיות מסמיך את השר הממונה על החברה הממשלתית, לאחר התייעצות עם רשות החברות הממשלתיות, לבחור בדירקטורים מטעם המדינה.³⁸ מכיון שהמדינה מחזיקה ברוב המניות בחברה הממשלתית, שהרי "חברה ממשלתית" מוגדרת בסעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות כחברה אשר למדינה יש בה לפחות 51% ממניותיה או הזכות למנות לפחות 51% ממספר הדירקטורים שלה, נמצא כי רוב הדירקטורים בחברה הממשלתית ממונים על ידי השרים.

38 לענין זה יצוין גם חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993, ס"ח 1417, מיום 26.3.93, המתייחס לכשירותם של מינויים לדירקטורין החברות הממשלתיות. חוק זה נועד לממש את המטרות הבאות:

א. הבטחת קיומו של הליך מינוי תקן של דירקטורים שיהיה מבוסס על שיקולים ענייניים הקשורים בקידום טובתה של החברה והתאמתו של המועמד לכהן בתפקיד זה, בדרך של יצירת ערוכות מתאימות לכך שבחינת המועמדים תהיה מנותקת ממגמות פוליטיות וממחויבויות אישיות, ותיבחן על ידי ועדה סטטוטורית.

ב. הגדרת הכשירויות האישיות הצריכות להתקיים בדירקטור, הן מבחינת כשירותו המקצועית הן מבחינת רמתו האישית, תוך שימת דגש על יכולתו לפעול בנאמנות ובדרך עצמאית למען קידום טובתה של החברה.

ג. הגדרת מצבים של ניגוד עניינים שיש בהם כדי לפסול מועמד מחמת קיומה של זיקה כלכלית לחברה או קשר משמעותי להנהלה העסקית של החברה.

(חוק זה גם מתייחס לשאלת מינוין של נשים לדירקטוריונים של חברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים.)

כמו כן ראה הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 7) (סייג להגדלת מספר הדירקטורים), התשנ"ג-1993, הי"ח שצ"ב, כ בטבת התשנ"ג, 13.1.93.

4.42 ויצוין, השליטה בדירקטוריון החברה הממשלתית מהווה שליטה במרכז העצבים של החברה הממשלתית. בעוד שבעבר שררה התלבטות אם נחוץ דירקטוריון בחברה הממשלתית, שהרי הניהול מסור בידי המנכ"ל והתוויית המדיניות מסורה בידי השר הממונה ושר האוצר, הרי שחוק החברות הממשלתיות אימץ את המלצתה של ועדת מוזס³⁹ לעשות את הדירקטוריון ל"אבן הפינה במערך הניהול של החברה הממשלתית", כאשר בידי הדירקטוריון מופקדות סמכויות נרחבות לניהול ענייניה השוטפים של החברה תוך התחשבות בהנחיות הניתנות על ידי השרים לחברי הדירקטוריון. ובלשון ועדת מוזס:

"בידי השר תשאר, כמובן, הזכות לתת מדי פעם את הנחיותיו, באמצעות נציגיו בדירקטוריון, במידה והדבר נראה לו כדרוש לקיומה של מדיניות הממשלה לגבי החברה, ובהתאם לאחריותו בפני הכנסת והציבור על פעולתה של החברה; בן יוכל השר, לצורך זה להחליף בכל עת את נציגי הממשלה בדירקטוריון. ואולם, על השר לוותר על מתן הוראות לחבר במישרין, ובן עליו לנהוג בהתאפקות, במתן הנחיות באמצעות נציגיו בדירקטוריון".⁴⁰

4.43 ואכן, שורת התפקידים המוטלת על דירקטוריון החברה הממשלתית והמנויה בסעיפים 33 ו-34 לחוק החברות הממשלתיות, מלמדת כי הדירקטוריון:

א. מתווה מדיניות ומתרגם את מטרות החברה בפי שנקבעו על ידי הממשלה למשימות ספציפיות.

39 ד"ח ועדת מחס, לעיל הערה 5, בעמ' 30-31. המלצה זו נבעה, בין השאר, מן הטעם שהשר ופקדיו טרחים ואינם מצליחים להפעיל השפעה ממשית על החברה הממשלתית. במקרה זה מתרכז כוח בלתי מוגבל בידי המנכ"ל, הוא פועל ללא הכוונה ציבורית יעילה. משום כך הוקם הדירקטוריון כפורום שלפניו ידווח המנכ"ל ויקבל ממנו הנחיות, הדרכה ועצה:

"אין כוונה שהדירקטוריון יקבל לידייו את הניהול של החברה וייכנס לתחום פעולתו של המנכ"ל - אף לו תפקידו ביצוע אלא הוא מהווה אורגן בוחן שופט ומפקח. ניתן להסביר זאת במונחים מתחום הפוליטיקה ולראות בדירקטוריון ביטוי לעקרן הדמוקרטי של הפרדת הרשויות ושל יצירת 'איזון ובקרה' (Checks and Balances): הפרדה בין הגוף המתכנן, הקובע מדיניות והמפקח לבין הגוף המבצע, היינו: המנכ"ל או ההנהלה הפעילה של החברה".

כמו כן ראה ד"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2 בעמ' 61, דו"ח הוועדה ברשות מר"י אבידר, לשעבר מנהל החברות הממשלתיות, המצויין שם, ואשר לפיו: "הדירקטוריון חייב להיות הגוף המרכזי במערך הניהול של החברה הממשלתית. הוא הנאמן על נכסי החברה והאחראי לניהולה מטעם הבעלים, ולשם כך מופקדות בידיו סמכויות נרחבות" (וההדגשה הוספה).

40 כפי שצוין לעיל, בעוד שלדעת ועדת מוזס "על נציגי הממשלה בדירקטוריון להתחשב בהנחיות שהם מקבלים מן השר הממונה, אך במסגרת הנחיות אלה נהנה הדירקטוריון מאוטונומיה רחבה בקביעת מדיניות החברה, תכנן פעולותיה ופיקוח על ביצוען", הרי שכאמור, לדעת ועדת ברק, שם בעמ' 87-90 לדו"ח הוועדה, מן הראוי כי השרים יהיו מוסמכים גם ליתן הוראות לדירקטורים.

- ב. עוקב אחר הגשמת המדיניות, התוכניות והתקציבים של החברה.
- ג. קובע את שכר העובדים הבכירים - באישור הממשלה.
- ד. מאשר את מינויים של עובדים בכירים, על פי המלצת המנכ"ל.⁴¹
- ה. דן בדו"חות הכספיים ודואג לעריכתם השוטפת.
- ו. מרכז בידיו מידע ממקורות שונים ביחס לניהול ענייני החברה.⁴²
- ז. בוחן באופן שוטף את תפקודו של מנכ"ל החברה.⁴³
- ח. מאשר מתן הלוואות והפקדת כספים החורגים מן המהלך הרגיל של עסקי החברה.
- ט. מחליט בדבר ייעוד הרווחים של החברה (באישור רשות החברות הממשלתיות, ובמקרה של חילוקי דעות, על פי החלטת הממשלה).
- י. דן בכל עניין שהשרים או רשות החברות הממשלתיות דרשו להעמידו על סדר היום.⁴⁴

ובצומת קריטית זו שולטת הממשלה על ידי מינוי הדירקטורים מטעם המדינה, שהינם רוב הדירקטורים בחברה הממשלתית.

בחירת יושב ראש הדירקטוריון

- 4.44 מן העובדה כי רוב חברי הדירקטוריון בחברה הממשלתית הינם נציגי הממשלה, נובע לכאורה ממילא כי גם יו"ר הדירקטוריון, הנבחר על ידי חברי הדירקטוריון, יהא אדם שנבחר על דעת נציגי הממשלה. תוצאה זו הינה מסתברת ביותר לנוכח העובדה כי כפי שראינו לעיל, יו"ר הדירקטוריון נושא בתפקיד של דיווח וקישור בין החברה הממשלתית לבין הממשלה. ואולם המחוקק לא הסתפק בכך ולא הותיר את בחירתו של יו"ר הדירקטוריון בידי הדירקטוריון, על אף שרוב הדירקטוריון מורכב מנציגי הממשלה. בסעיף 24 לחוק החברות הממשלתיות נקבע כי בחירת

41 בכך מופקעת מהמנכ"ל הסמכות הבלעדית הדרושה לו למנות את עוזריו הבכירים, הסמנכ"לים, מנהלי האגפים וכיו"ב. למערך השיקולים שקדם לקביעה מרחיקת לכת זו, ראה דו"ח ועדת ברק, שם בעמ' 65-64.

42 סעיף 36 לחוק החברות הממשלתיות מאפשר לדירקטור לקבל מידע בכל עניין שירצה, אף ביחס לחברה בת של החברה הממשלתית, אשר בדירקטוריון שלה הוא מכהן. כמו כן זכותו לדרוש מרואה החשבון ומן המבקר הפנימי בחברה כל מידע וכל דו"ח בנוגע לחברה הממשלתית ולחברות בנות שלה.

43 סעיף 42 לחוק החברות הממשלתיות.

44 סעיף 26(2) לחוק החברות הממשלתיות קובע כי השרים וכן רשות החברות הממשלתיות רשאים לקבוע כי תקינם ישיבת דירקטוריון לפי דרישתם.

יו"ר הדירקטוריון על ידי חברי הדירקטוריון טעונה אישור השרים לאחר ההתייעצות עם רשות החברות הממשלתיות. זאת ועוד, בסעיף 24(א) אף קובע חוק החברות הממשלתיות כי הממשלה רשאית למנות את יו"ר הדירקטוריון מבין חבריו אם ראתה צורך בכך. לאמור, לא רק זכות וטו יש לממשלה בעניין זה, אלא אף זכות לקבוע במישרין - ולמנות יו"ר לדירקטוריון - בהתעלם מרצון רוב חברי הדירקטוריון.

4.45 ח' שלח במאמרו "מכשול הדירקטוריון בחברה הממשלתית",⁴⁵ מצוין בהקשר זה כי מינוי יו"ר הדירקטוריון על ידי הממשלה הינו לכאורה הבדל קטן בין החברה הממשלתית לחברה הרגילה, ואולם לאמיתו של דבר בהדגש זה של מינוי היו"ר על ידי הממשלה טמון הבדל מהותי ביותר:

"כי בחברה הממשלתית היו"ר הוא המפקח מטעם הממשלה, קרי - בעלי המניות מפעילים אמצעי פיקוח הדוק ושוטף מעבר לאמצעים הקיימים בידי בעלי מניות בחברה רגילה (אסיפה כללית שנתית, דו"חות כספיים). זה נראה לכאורה הגיוני, אך זה סותר באופן מהותי את דרכי הניהול הנבונות של חברה עסקית. ההבדל בין פיקוח לבין מעורבות בניהול, הוא דק מאוד, ומהר מאוד אתה מוצא את היו"ר משתתף (ובדרך כלל מנהל) כמו"מ עם ספקים, עם בנקים ועם מי לא, והמנכ"ל הוא כינור שני" (ההדגשה הוספה).

4.46 נמצאת למד כי הממשלה ייחסה חשיבות רבה ביותר לשליטתה על דירקטוריון החברה הממשלתית ובמיוחד לתפקיד יו"ר הדירקטוריון, אשר כאמור עומד בראש קודקודה של מערכת דיווח שוטף לממשלה. לשם כך מצא המחוקק לנכון לקבוע את זכותה של הממשלה להכתיב את אישיותו של יו"ר הדירקטוריון ולוודא את בחירתו של פלוני מסוים, המקובל על שר האוצר ועל השר הממונה על החברה הממשלתית הנדונה, וזאת על אף שמנגנון זה אינו מקובל בחברה עסקית רגילה, ולדעת מר שלח, אף אינו בריא לניהול תקין של חברה עסקית.

מינוי המנהל הכללי

4.47 הממשלה מוסמכת להתערב גם במינויו של המנכ"ל המופקד על התפעול השוטף של החברה הממשלתית. סעיף 37 לחוק החברות הממשלתיות קובע כי המנכ"ל מתמנה על ידי הדירקטוריון של החברה הממשלתית (דירקטוריון המורכב כאמור ברובו ממינויים של השרים). ואולם, המינוי

45 ח' שלח "מכשול הדירקטוריון בחברה הממשלתית" גלובס מיום 29.5.92, בעמ' 27.

טעון אישור השרים לאחר התייעצות עם רשות החברות הממשלתיות. זאת ועוד, המחוקק לא הסתפק אף בהוראות אלו, ובדומה לקביעתו ביחס ליו"ר הדירקטוריון המשיך וקבע גם ביחס למנכ"ל, כי הממשלה רשאית למנות באופן ישיר מנכ"ל לחברה הממשלתית אם ראתה צורך לכך, זאת אף בלא חובה להיוועץ בדירקטוריון ובלא להיוקק למינוי המנכ"ל מטעם ועל ידי הדירקטוריון.

הוראת חוק זו בדבר דרך מינויו של מנכ"ל החברה הממשלתית מתוספת לסעיף 42(2) לחוק החברות הממשלתיות בו נקבע כי הממשלה רשאית גם להעביר מנכ"ל של חברה ממשלתית מכהונתו, בלא שיפורט בחוק כל נימוק שיהא על הממשלה ליתן לשם ביצוע פעולה זו. הנה כי כן, שליטה ממשלתית מוחלטת על מינוי האיש המופקד על תפעול החברה הממשלתית - הלכה למעשה.

מינוי רואי חשבון ועורכי דין

4.48 חוק החברות הממשלתיות ייחד הוראות מיוחדות (סעיפים 44-46) ביחס למינוי רואי החשבון של החברה הממשלתית, כאשר דברי ההסבר להצעת החוק "חוק החברות הממשלתיות" מבהירים בהקשר זה:

"רואה החשבון של חברה ממשלתית מעמדו שונה משל רואה חשבון בחברה שאינה ממשלתית. בנוסף על תפקידיו הכלליים מוטלים עליו גם תפקידי פיקוח מסויימים. לכן נקבעים בסימן זה הסדרים מיוחדים בדבר מינויו של רואה החשבון, שברו ופיטוריו ובמיוחד בנוגע לחובת הדיווח שלו"⁴⁶ (ההדגשות הוספו).

ואכן, מינויו של רואה החשבון בחברה הממשלתית טעון אישור רשות החברות הממשלתיות, ועליו להתבצע בהתאם לכללים שקבעו משרד האוצר יחד עם שר המשפטים, באישור ועדת הכספים של הכנסת, בדבר דרכי המינוי, תנאים וכשרות למינוי, משך זמן הכהונה ושכרו של רואה החשבון.⁴⁷

4.49 בדומה לכך נקבע בסעיף 47 לחוק החברות הממשלתיות כי מינוי יועץ משפטי בחברה הממשלתית טעון אישור רשות החברות הממשלתיות.

46 לעיל הערה 13.

47 כללי החברות הממשלתיות (מינוי רואי חשבון ושכרם), תשל"ז-1977, ק"ת 952. לעניין זה ראה גם: נ' פרידקס, "הצעת חוק החברות הממשלתיות, תשל"ג-1973 - הערות רואי החשבון" רואה החשבון 3-4 (252-253, 1974) 148; רו"ח א' טרנר "שילוב רואה החשבון בפיקוח על החברות הממשלתיות" רואה החשבון 7-8 (232-233, 1973).

ויצוין, בעוד שסעיף 215 לפקודת החברות (נוסח חדש) החל גם לגבי חברה ממשלתית מכוח סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות, מחייב מינויו של רו"ח לחברה, הרי שמינוי יועץ משפטי לחברה מסור לשיקול דעתה, והיא אינה חייבת למנות לעצמה יועץ משפטי פנימי.

ואולם, אם החליטה החברה הממשלתית למנות יועץ משפטי הרי שעליה לעשות כן בהתאם לכללים שקבעו שרי המשפטים והאוצר.⁴⁸

ההקפדה בהקשר זה נובעת, בין השאר, מן הרצון ליתן לממשלה ולרשות החברות הממשלתיות אמצעי פיקוח נוסף על החברה הממשלתית, באמצעות מעורבות בדרך מינויו של מי שמופקד על הביקורת הפנימית ועל הניהול התקין מבחינה חשבונאית ובאמצעות מעורבות בדרך מינויו של מי שמופקד על התנהגות הולמת מבחינה נורמטיבית. גם מעורבות זו מלמדת על אופיה המיוחד של החברה הממשלתית ועל הזיקה ההדוקה השוררת בינה לבין הממשלה.

ב(5) ביקורת פנימית וביקורת חיצונית

4.50 סעיף 48 לחוק החברות הממשלתיות אף קובע כי הדירקטוריון ימנה לחברה מבקר פנימי, זולת אם אישרה רשות החברות הממשלתיות כי היקף פעולות החברה אינו מחייב מינוי מבקר פנימי. בסעיף 49 לחוק החברות הממשלתיות אף נקבע כי הדירקטוריון יתווה את גדר סמכויותיו ותפקידיו של המבקר הפנימי. מבקר זה יהא כפוף ליו"ר הדירקטוריון ולמנכ"ל ויגיש את דו"חותיו והצעותיו לדירקטוריון.

4.51 דוק, בעת שנקבע הסדר זה בחברה הממשלתית, לא היתה קיימת ביקורת פנימית מסוג זה ביחס לגופים פרטיים, אלא רק ביחס לגופים ממשלתיים ועיריות, מכוח הוראת פקודת העיריות והתקשי"ר. החברה הממשלתית הושוותה איפוא גם בעניין זה לגופים ציבוריים מובהקים, כתוצאה מן התפיסה כי משאביה וכספיה הינם משאבי וכספי הציבור.

4.52 בשנת 1992 נחקק חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק הביקורת הפנימית), החל על "גופים ציבוריים" ומרחיב את גדר הביקורת

48 כללי החברות הממשלתיות (מינוי יועצים משפטיים ושכרם), תשל"ז-1977, ק"ת 947. וכן כללי החברות הממשלתיות (מינוי יועצים משפטיים ושכרם), התשנ"ב-1992, ק"ת 5459 התשנ"ב, 16.7.1992.

ומהותה. בתוך כך נקבע בסעיף 16 לחוק הביקורת הפנימית תיקון לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, המאפשר אף לדירקטוריון של חברה כמשמעה בסעיף 96 לפקודת החברות, לפי הצעת ועדת הביקורת של החברה, למנות מבקר פנימי אשר יבדוק את טוהר המידות ואת ניהול העסקים בחברה וידווח ליו"ר הדירקטוריון, למנכ"ל וליו"ר ועדת הביקורת.

סעיף 9 לחוק הביקורת הפנימית מאפשר למבקר הפנימי לגשת לבל מסמך ולכל מידע שברשות הגוף המבוקר או מי מעובדיו, לכל מאגר מידע רגיל או ממוחשב או בסיס נתונים של הגוף המבוקר ולהיכנס לכל נכס של הגוף המבוקר.

מכיוון שכך, נמצא כי יו"ר הדירקטוריון בחברה הממשלתית החייב לדווח באופן שוטף לממשלה על הנעשה בחברה, מקבל לידי נתונים מן המבקר הפנימי, אשר כל רז לא אניס מיניה וידיו רב לו לפשפש בכל מידע המצוי בחברה הממשלתית.

4.53 זאת נוסף לביקורת החיצונית על החברה הממשלתית, שנותרה בעיניה. ככלל שמר חוק החברות הממשלתיות על סמכויות מבקר המדינה ואף הגדיל אותן בכך שהטיל על הדירקטורים מטעם המדינה ועל יו"ר הדירקטוריון חובה לדווח למבקר המדינה על אי סדרים שגילו (סעיפים 20 ו-35א) לחוק החברות הממשלתיות, ובכך שהורה להם להעביר למבקר המדינה העתק מטיטוט הדו"חות הכספיים בטרם אישורם והעתק מנוסחם של דו"חות אלו לאחר אישורם, וכן העתק מפרוטוקול כל ישיבה של הדירקטוריון (סעיף 34 לחוק החברות הממשלתיות).

4.54 בהקשר זה יש לזכור כי החברה הממשלתית כפופה לביקורת המדינה לנוכח הגדרתה באחד הגופים ש"הממשלה משתתפת בהנהלתם".⁴⁹

49 חוק מבקר המדינה, (נוסח משולב), התשי"ח-1958 (להלן: חוק מבקר המדינה), ס"ח 248 התשי"ח, עמ' 92. סעיף 9(5) לחוק מבקר המדינה קובע כי לביקורת המבקר יעמדו "כל מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר, שהממשלה משתתפת בהנהלתם". ייתכן כי ניתן לעגן את סמכות מבקר המדינה לבקר את החברות הממשלתיות גם לנוכח סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה, לפיו כל גוף הנתמך במישרין או בעקיפין על ידי הממשלה, בדרך של הקצבה, ערבות וכיו"ב, כפוף לביקורת המדינה. ואולם, סעיף זה אינו יכול לשמש לעיגון סמכות המבקר ביחס לחברות ממשלתיות רווחיות תעצמאיות, שאינן נוקקות עוד לכל סיוע כספי מן הממשלה. סמכויות המבקר מנויות בסעיפים 10 ו-13 לחוק מבקר המדינה, ובכלל זה בידו לבדוק אם הגופים המבוקרים נהגו "בחסכון, ביעילות ובטוהר מידות". כמו כן רשאי המבקר, לאחר התייעצות עם שר האוצר, לקבוע קווים מנחים לחברות האמורות בדבר מערכת החשבונות ובדבר עריכת המאזן. זאת נוסף להתוויית קווים מנחים לרואה החשבון בדבר היקף פעולותיו חרישה כי החברה הממשלתית תערוך תוכניות רב שנתיות. ויצוין, מבקר המדינה אכן השתמש בסמכותו זו וקבע

נמצאת למד כי לבד מעצם הכללת החברה הממשלתית בין כלל גופי המנגנון הציבורי הכפופים לביקורת מבקר המדינה, עובדה המלמדת כשלעצמה על מהות החברה הממשלתית ועל שייכותה למנגנון הציבורי, הרי שגם בהגדרת המחוקק מצויה החברה הממשלתית בקטיגוריה של גופים שהממשלה מעורבת בניהולם.

ב(6) סמכויות הממשלה כנציגת בעל המניות

4.55 הסמכויות רחבות ההיקף דלעיל באות להוסיף ולא לגרוע מסמכויות הממשלה כנציגת בעלת המניות העיקרית בחברה הממשלתית (המדינה), ומכאן כי הסמכויות דלעיל מתוספות לסמכויות הרבות המסורות בידי בעליהם של רוב המניות בחברה רגילה. נוסף לבל האמור לעיל, מוסמכת אם כן הממשלה להכתיב לחברה הממשלתית מטרות ודרכי התנהגות וזאת במסגרת ההחלטות המתקבלות באסיפה הכללית של החברה.⁵⁰ בהקשר זה קובע סעיף 50 לחוק החברות הממשלתיות כי השרים ימנו את בא כוח המדינה להשתתפות ולהצבעה באסיפה הכללית של החברה הממשלתית, מכוח המניות שהמדינה מחזיקה בהן, וכי השרים רשאים, לאחר התייעצות עם רשות החברות הממשלתיות, לתת לבא כוח המדינה האמור הוראות בדבר אופן הצבעתו באסיפה הכללית.⁵¹

קווים מנחים לרואה חשבון של אוגוד, תשל"ו-1976, קובץ התקנות 3509, יא בניסן תשל"ו, 12.4.76. בהקשר זה ראה גם: י' דאר "ביקורת היעילות וטהור המידות בחברות ממשלתיות על ידי מבקר המדינה", רואה החשבון 8-7 (222-223, 1973) 259, המתייחס לקשיים המיוחדים בעבודת המבקר בחברות הממשלתיות ולעובדה כי מטרותן אינה רק להפיק רווחים. כמו כן ראה פרופ' י' אהרוני בספרו, לעיל הערה 30, בעמ' 128; י' סלמן "הפעלת הוראות הממשלה על החברות הממשלתיות" רואה חשבון 8-7 (232-233, 1973) בעמ' 254, המתייחס לתרעומתם של מנהלי החברות הממשלתיות, בי גורמים רבים מדי מבקרים את פעילותם ומקשים על ניהול החברה, חאת לנוכח ביקורתם של: רואה חשבון, מבקר המדינה, רשות החברות הממשלתיות, מבקר פנימי, דירקטורים מטעם הממשלה ושר ממונה.

50 עם זאת יצוין כי בעוד שמינוים של דירקטורים בחברה רגילה מטור, בדרך כלל, לאסיפה הכללית של החברה, ובדרך זו מפקחת האסיפה הכללית על פעולות הדירקטוריון, הרי שבחברה הממשלתית מופקעת סמכות זו מן האסיפה הכללית, שבה יש ייצוג גם לבעלי מניות אחרים מלבד המדינה, והיא מסורה באופן כלבדי לשר הממונה על ענייני החברה ולשר האוצר - סעיף 18(א) לחוק החברות הממשלתיות. כמו כן, מטיל חוק החברות הממשלתיות על דירקטוריון החברה הממשלתית שורת תפקידים תוך שלילת הסמכות הכללית בעניין זה מן האסיפה הכללית - ראה סעיפים 32-33 לחוק החברות הממשלתיות. כמו כן ראה י' גרוס הדירקטור בחברה הממשלתית (רשות החברות הממשלתיות, ירושלים, 1977) בעמ' 56-57.

51 בהצעת החוק (לעיל הערה 13) מובהר הצורך בסעיף זה בכך, שהמניות שהמדינה מחזיקה בחברות הממשלתיות רשומות על שם המדינה. יש על כן צורך במיני של נציג שיפעיל, מטעם המדינה, את הזכויות העמדות למניות אלה.

התמונה המתקבלת והולכת מסקירה זו הינה אם כן כי שלטון הממשלה בחברה הממשלתית הינו שלטון ללא מצרים.⁵²

ב(7) פיקוח באמצעות רשות החברות הממשלתיות

4.56 נוסף לביקורת שמפעילה הממשלה על החברה הממשלתית במישור, תוך דיווח המועבר אליה ותוך קבלת אישורה בנושאים מהותיים, הוקמה בסעיף 51 לחוק החברות הממשלתיות רשות החברות הממשלתיות. סעיפים 52 ו-53 לחוק, קובעים כי שר האוצר רשאי למנות את מנהל הרשות ואת הוועדה המייעצת של רשות החברות הממשלתיות.

למעשה זוהי יחידת פיקוח מקצועית ביותר, המסייעת לממשלה בטיפול בחברות הממשלתיות, ותכליתה להדק את הפיקוח הממשלתי על פעילותן. כך נקבע בסעיף 54 לחוק החברות הממשלתיות כי הרשות תייעץ לממשלה, באמצעות שר האוצר, ותייעץ לשרים בעניינים הנוגעים לחברות הממשלתיות, תטפל לפי הנחיות הממשלה בנושאים שונים הנוגעים לחברות הממשלתיות ותבצע שורה של תפקידי פיקוח.⁵³ מבין תפקידים אלו יצוינו במיוחד התפקידים הבאים:

א. לעקוב ברציפות אחרי הפעילות של כל אחת מן החברות הממשלתיות, הגשמת מטרותיה, מהלך עסקיה, מצבה הכספי ומדיניות השכר שלה, ולהחיע על ממצאיה לשרים.

ב. לבדוק את הדו"חות המוגשים לה על ידי החברה הממשלתית ואת

52 מערך השליטה של הממשלה בחברה הממשלתית, בפי שנקבע בחוק החברות הממשלתיות, הינו שונה לחלוטין מזה שהוצע על ידי פרופ' י' אהרוני במאמרו "הפיקוח על חברות ממשלתיות" נתיבי אירגון ומנהל (כרך 20, חוברת 6, 1974), עמ' 9, 22-23. לדעת פרופ' אהרוני מהווה החברה הממשלתית מכשיר בידי הממשלה להשגת מטרות ומשום כך הכרחי להבטיח למדינה את הכוח להורות לחברה הממשלתית, באמצעות השרים, כיצד עליה לפעול. כוח זה יאפשר גם נשיאה באחריות הפרלמנטרית על ביצוע של הפיקוח. עם זאת, לדידו, בחיי היום יום חייב הפיקוח להיות בידי דירקטוריון המנותק מהמנגנון הממשלתי ופועל בהתאם למה שגראה לו כטובת החברה. כמו כן, יש להבטיח, לדידו של פרופ' אהרוני, אוטונומיה סבירה וזר פעולה נרחב למנכ"ל החברה הממשלתית - הכפוף לדירקטוריון ולו בלבד, כאשר הדירקטוריון הוא הקובע את תוכנית הפעולה הוא (ולא השר) ממנה ומפטר במידת הצורך את המנכ"ל ואת ההנהלה הפעילה. פרופ' אהרוני מציין כי עקרונות אלו התקבלו בחלק מהארצות אך הן בבחינת "הלכה ואין מורים כן". ואכן גם חוק החברות הממשלתיות סטה באופן מהותי ממתכנן זה.

53 לסקירה כוללת בדבר פעילות רשות החברות הממשלתיות, ראה פרופ' י' אהרוני בספרו, לעול הערה 30, בעמ' 136-140.

החומר שעליו הם מבוססים, ולהעיר את הערותיה עליהם לחברה ולשרים.⁵⁴

ג. לעקוב אחר מילוי המלצותיו של מבקר המדינה הנוגעות לחברות הממשלתיות ולסייע במילויין.⁵⁵

4.57 בסעיף 27(ב) לחוק החברות הממשלתיות נקבע כי הזמנה לשיבות הדירקטוריון תימסר גם לרשות החברות הממשלתיות חו רשאית לשלוח לכל ישיבה נציג, שיהיה רשאי להשתתף בישיבה. מעמדו של נציג רשות החברות הממשלתיות בדירקטוריון החברה הממשלתית הינו כשל דירקטור, לבד מן העובדה כי אין למנות את קולו במניין החוקי של הנוכחים הנחוץ לשם יצירת קוורום, ובמו כן אין לו זכות הצבעה.⁵⁶

4.58 רשות החברות הממשלתיות הינה אם בן גוף מקצועי המעורה בחיי החברות הממשלתיות. מעמד זה, במו גם העובדה כי רשות זו הינה אובייקטיבית ואינה מונעת משיקולים סקטוריאליים או פוליטיים, מאפשרת לה להיות כלי פיקוח אפקטיבי ביותר של הממשלה בחברה הממשלתית מלבד הדירקטורים הממונים על ידה. העובדה כי נציג הרשות

54 בהקשר זה יצוין גם סעיף 55 לחוק החברות הממשלתיות הקובע כי לשם מילוי תפקידיה רשאית רשות החברות הממשלתיות לדרוש מידע בענייני החברה מדירקטור מטעם המדינה, מהמנכ"ל, ובאמצעותו, מכל עובד החברה או מועסק בשירותה, ורשאית הרשות לעיין במסמכים וברשימות של החברה.

55 בקובץ הנחיות לחברות הממשלתיות, פרק 81, מופיעה החלטת ממשלה כלל/48 מיום 24.2.66 לפיה, עם המצאת דו"ח מבקר המדינה, יינקטו הצעדים האופרטיביים הבאים:
א. דירקטוריון החברה ידרש להגיש הערותיו לדו"ח ולהצביע על דרכים לתיקן הליקויים שנתגלו ולמניעת הישנותם בעתיד.

ב. ההערות והמסקנות יעברו תוך חודשיים מפרסום דו"ח המבקר לשר הממונה ולמנהל רשות החברות הממשלתיות, אשר יעבירן למפקח הכללי באוצר.

ג. מנהל רשות החברות הממשלתיות יצרף הערותיו ויעביר את החומר תוך חודש מעת קבלתו לשר האוצר, לשר הממונה ולמפקח הכללי באוצר. השר הממונה יוכל לצרף הערותיו או הסתייגותיו ולהעבירם לשר האוצר.

ד. שר האוצר יעביר את הערותיהם של הגופים שטיפלו בדו"ח, לרבות הערותיו, לחזרת הכספים, לשר הממונה ולמבקר המדינה תוך 90 יום מיום פרסום דו"ח המבקר.

ה. השר הממונה יעביר את הערותיו הנ"ל לחברה. ועדת ברק המליצה (לעיל הערה 2), בעמ' 94, לעגן הליך זה בחוק ולהטיל על דיירטוריון החברה הממשלתית להודיע לשרים תוך שלושה חודשים על הצעדים שנקטו בעקבות דו"ח מבקר המדינה. ואולם המלצה זו לא נתקבלה בחוק החברות הממשלתיות. לענין זה ראה גם פרופ' י' גרוס דיירקטורים ונושאי משרה בחברה (המכון למחקר עסקים בישראל, אוניברסיטת תל-אביב, 1989) סעיף 12.7.3. מכל מקום, התפקיד המוטל על רשות החברות הממשלתיות לפקח ולבחון אם ברצו המלצות מבקר המדינה - מעניק "שיניים" לביקורתו.

56 בחוהר 13/83 של רשות החברות הממשלתיות נאמר כי משילוב הוראות סעיפים 54(א) ו-27(ב) לחוק החברות הממשלתיות, עולה כי פרט לזכות להצביע ולהיחשב לחלק מן הקוורום הדרוש, יש להתייחס לנציג הרשות כדירקטור לכל ענין הקשור לעבודת הדירקטוריון, לרבות הזמנתו לשיבות, רישומו כנוכח או כנעדר, מתן זכות דיבור ורישום דבריו בפרוטוקול.

משתתף בישיבות הדירקטוריון, שומע ומדווח, הינה בת חשיבות רבה, הן במישור המעשי והן במישור הפסיכולוגי.

4.59 לרשות החברות הממשלתיות גם נמסרה הסמכות לאשר החלטות מסוימות של דירקטוריון החברה הממשלתית.

חוק החברות הממשלתיות קובע למעשה שלוש קטיגוריות של החלטות, אשר בחלקן נחוץ אישור הממשלה כולה,⁵⁷ בחלקן נחוץ אישור השרים הממונים,⁵⁸ ומערכה שלישית של אישורים נדרשת ביחס להחלטות מסוימות, על ידי רשות החברות הממשלתיות.⁵⁹

4.60 לאור הגבלות אלו על עצמאותו של הדירקטוריון והכפפתו לצורך בקבלת אישור מוקדם של הממשלה, של השרים או של הרשות, מצוין פרופ' גרוס:⁶⁰

”בכך זנח החוק את העיקרון האמור שאין לנהל את החברות הממשלתיות משולחן הממשלה או משרדיה, ובשורה של מקרים גילה חוסר אמון בדירקטוריון - המתמנה על ידי השרים - והעדיף את הצורך באישור ממשלתי מוקדם” (ההדגשה הוספה).

ואכן, הזיקה ההדוקה שבין הממשלה לבין החברה הממשלתית, המוצאת ביטוי בשורה ארוכה ומגוונת של נושאים והיבטים כפי שפורטו לעיל, מלמדת כי החברה הממשלתית הינה למעשה זרוע ביצועית של הממשלה, המתנהלת במידה רבה כלשונו של פרופ' גרוס: ”משולחן הממשלה או משרדיה”.

57 סעיף 11 לחוק החברות הממשלתיות קובע כי נחוץ אישור הממשלה לגבי החלטות המשנות את מבנה ההון של החברה, כגון הקצאת מניות או העברת מניות, המשנה את יחסי הכוחות בין החברים בחברה הממשלתית, או המקנה לחבר חדש 10% או יותר מהון המניות, מכוח ההצבעה או מהזכות למנות דירקטורים וכיו”ב. כמו כן קובע סעיף 32(א4) לחוק החברות הממשלתיות כי נחוץ אישור הממשלה לגבי קביעת שכר ותנאים סוציאליים של נושאי תפקידים שונים בחברה הממשלתית.

58 סעיפים 24(א) ו-27(א) לחוק החברות הממשלתיות קובעים כי במינוי מנכ”ל החברה ובמינוי יו”ר דירקטוריון על ידי חברי הדירקטוריון, נחוץ אישור השרים לאחר התייעצות עם רשות החברות הממשלתיות.

59 סעיפים 33(ג), 33(א4), 44(א) ו-47(א) לחוק החברות הממשלתיות קובעים כי ייעוד רווחים, החלטת דירקטוריון שלא לערוך דו”חות כספיים מאוחדים עם חברות בת, מינוי יועץ משפטי ומינוי רואה חשבון טעונים אישור של רשות החברות הממשלתיות.

60 י’ גרוס “אופיו המיוחד של דירקטוריון החברה הממשלתית” משפטים ח 339, 351.

ב(8) חוק הפיקוח

4.61 "המכה בפטיש" - הוראת חוק נוספת, שהינה בת משקל מכריע, להגדרת החברה הממשלתית בגוף הנסמך על שולחן הממשלה, הוספה לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957 (להלן: חוק הפיקוח)⁶¹ ובמסגרתה רשאי שר האוצר, בהינף קולמוס, להפוך את החברה הממשלתית לעוד אחת ממחלקות משרדו, המתנהלות על פי הוראותיו ללא עוררין.

לחוק הפיקוח הוסף סעיף 11א במסגרת של חקיקת חירום,⁶² וסעיף זה קנה לו שביטה ונותר על כנו על אף ששעת החירום חלפה זה מכבר. דבר המלמד כי החידוש העצום הקבוע מפורשות בסעיף זה, אינו סותר למהותה של החברה הממשלתית גם בימים כתיקונם.

4.62 סעיף 11א לחוק הפיקוח נושא כותרת "הפעלת חברה שבה יש למדינה ענין כלכלי חיוני". סעיף זה מסמיך את שר האוצר (להלן: השר), באישור הממשלה, להורות בצו "לחברה הממשלתית או לחברה מעורבת"⁶³ או לחברה בת של חברות כאמור, העוסקת - או שנועדה לעסוק - בעניין שבו יש למדינה עניין כלכלי חיוני, כי תמשיך לפעול לפי הוראות השר; קביעתו של השר בי חברה כאמור עוסקת בעניין שבו יש למדינה עניין כלכלי חיוני תהווה ראייה מכרעת על כך, והוראות סעיף 3 לחוק הפיקוח⁶⁴ לא יחולו לעניין סעיף זה.

לשר האוצר ניתן למעשה, בסעיף זה, שיקול דעת מוחלט להכפיף להוראותיו הישירות כל חברה ממשלתית וכל חברה מעורבת.⁶⁵

61 חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח 1957, ס"ח 240, התשי"ח (9.1.58), עמ' 24. חוק זה נוגד ביסודו לאפשר לשר משרי הממשלה לקבוע את מחיריהם של מצרכים ושירותים "אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, למניעת הפקעת שערים וספרות או למניעת הונאת הציבור" (סעיף 3).

62 כיום 5.5.1985 קיבלה הכנסת תיקון לחוק ההסדרים לשעת חירום במשק המדינה, תשמ"ו-1985 (להלן: חוק ההסדרים). חוק ההסדרים פורסם בס"ח תשמ"ו עמ' 15, והתיקון לחוק ההסדרים פורסם בס"ח תשמ"ו עמ' 128. תיקון זה הוסיף את סעיף 11א(א) לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1958.

63 "חברה מעורבת" מוגדרת בסעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות "כחברה שאינה חברה ממשלתית ואשר מחצית או פחות מכח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות מחצית או פחות ממספר הדירקטורים שלה הם בידי המדינה". זאת בניגוד לחברה ממשלתית המוגדרת שם כחברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה או הזכות למנות יותר ממחצית ממספר הדירקטורים הם בידי המדינה. נמצא כי השר רשאי להפעיל סמכותו זו אף ביחס לחברות, שאינן חברות ממשלתיות ושהממשלה מחויקה בהן רק חלק קטן מן המניות.

64 ראה הערה 61 לעיל.

65 עם זאת, בסעיף 11א(ו) לחוק הפיקוח נקבע כי חברה כאמור בס"ק (א), אשר הממשלה, באישור ועדת הכספים של הכנסת, החליטה לגביה כאמור בסעיף 63א לחוק החברות הממשלתיות - לא יחולו עליה

4.63 משמעות החלתו של סעיף 11א לחוק הפיקוח על חברה ממשלתית הינה, כי במידה והחליט השר כי חברה ממשלתית מסוימת (או אף חברה מעורבת) עוסקת בעניין כלכלי חיוני - הרי שרשאי השר למנות לה אדם שיפקח על פעולות הנהלתה או שינהל אותה בעצמו. אדם זה "ינהל את החברה או יפקח עליה לפי הוראות שקיבל מהשר וכל הנושא בתפקידי הנהלה בחברה חייב למלא אחרי הוראות המפקח המיוחד".⁶⁶

מינוי זה של מנהל מטעם השר, הנשמע להוראותיו ומשמיען לעובדי החברה, הינו לשלוש שנים - אם לא הורה השר בצו על תקופה קצרה יותר - והשר רשאי להאריך את תוקף המינוי לתקופות שכל אחת מהן לא תעלה על שלוש שנים. כמו כן רשאי השר להחליף מפקחים.⁶⁷

נמצא כי התקופה שבה החברה הממשלתית יכולה להישאר תחת פיקוחו של השר עשויה להיות - אין סופית.

4.64 סעיף 11א לחוק הפיקוח מאפשר לשר האוצר, בעת שיעלה הרצון מלפניו ובאישור הממשלה, לנהל כל חברה ממשלתית במישרין - משולחנו של השר ועל פי הוראותיו. אם על אף התלות התקציבית של החברה הממשלתית בממשלה, ועל אף זכותה של הממשלה לקבוע מדיניות שכר ומינוים של אנשי מפתח בחברה הממשלתית, ועל אף חובת הדיווח הישיר של האורגנים בחברה זו לממשלה ועל אף אמצעי הפיקוח הרבים שהממשלה נוקטת בהם, ועל אף שעובדי מדינה משמשים כדירקטורים בחברות הממשלתיות המצויות תחת פיקוחם, ועל אף הצורך בקבלת סדרה של אישורים מן הממשלה ומרשות החברות הממשלתיות כמעט ככל עניין חיוני, ועל אף האפשרות, שכבר נקבעה בעבר בחוק, כי הממשלה תשתמש בכספי החברות הממשלתיות לצרכיה התקציביים - בהתעלם מטובת החברות הממשלתיות עצמן - נותרה האפשרות לטעון כי החברה הממשלתית אינה זרוע ביצועית של הממשלה, הרי שבא סעיף 11א לחוק הפיקוח ומראה בעליל כי בדברו של שר האוצר עשויה החברה

הוראות סעיף זה.

סעיף 63א לחוק החברות הממשלתיות עוסק בחברה אשר הממשלה, באישור ועדת הכספים, החליטה כי לא יחולו עליה הוראות חוק החברות הממשלתיות, כולן או מקצתן. מטעמים של בטחון המדינה, של יחסי חוץ או של שקרי מסחר בינלאומיים, או חברת-חוץ העוסקת בסוג פעילות אשר הממשלה, באישור ועדת הכספים של הכנסת, החליטה שאין להחיל לגביה את כל, או חלק מהוראות חוק החברות הממשלתיות.

כמו כן יצוץ סעיף 11א(ח) לחוק הפיקוח המאפשר לממשלה באישור ועדת הכספים של הכנסת להחליט כי מטעמי גיוס הון בחוץ לארץ, או מטעמי קידום היצוא הישראלי, לא יחולו הוראות סעיף זה לגביהן.

66 סעיף 11א(ג) לחוק הפיקוח.

67 סעיף 11א(ב) לחוק הפיקוח.

הממשלתית ליהפך באחת למחלקה ממשלתית המנוהלת משולחנו במישרין ובאופן מלא, ואף שיירי עצמאותה של החברה הממשלתית - תלויים על בלימה.

ב(9) סיכום

4.65 לנוכח הויקה ההדוקה השוררת בין החברה הממשלתית לבין הממשלה ושליטתה של הממשלה בחברות הממשלתיות כפי שתוארה לעיל, לא יהא זה טבעי ליצור הבחנה בין הסוגים השונים של הזרועות שהממשלה מפעילה, כשעל המחלקה הממשלתית חלים כללי המשפט הציבורי ועל החברה הממשלתית לאו. בנסיבות אלו דומנו כי המסקנה המתבקשת היא כי החברה הממשלתית כמזה כתאגיד הסטוטורי ובמחלקה הממשלתית והיא תהא חייבת לפעול על בסיס של שוויון וללא הפליה, וכיצא באלה נורמות של משפט ציבורי, תוך שמירת האינטרס העסקי של החברה הממשלתית ואיזון בין האינטרסים השונים.⁶⁸

4.66 זאת ועוד, לנוכח הויקה ההדוקה והצמודה שבין החברה הממשלתית לבין הממשלה, אך טבעי הוא כי הציבור מזהה את החברה הממשלתית עם הממשלה, עובדה המצדיקה כשלעצמה החלת נורמות גבוהות יותר של התנהגות על החברה הממשלתית. על רקע דברים אלו מקבלים משנה תוקף דבריה של ועדת ברק בהקשר זה:

“כאשר המדינה מבצעת פעולה עיסקית באמצעות מחלקותיה, מוטלת עליה החובה לפעול ללא הפליה ועל בסיס של שוויון. כמו בן, מוטלת עליה בסוגיות מסוימות חובת המכרז (חובה זו הוטלה בינתיים בחוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992, גם על החברה הממשלתית - ו' א'). לעניין סמכות סטוטורית, מוטלת על הפקיד הפועל מטעמה חובת ההנמקה. כאשר אותה פעולה מתבצעת באמצעות חברה ממשלתית, המוקמת על פי פקודת החברות (כך בטרם שחוקק חוק החברות הממשלתיות - ו' א') נופלות חובות אלה. לעיתים הדבר מוצדק,

68 כפרשה שהתבררה לפני בית המשפט העליון, ע"א 405/69 "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' שרל מילר, פד"י כד(1) 309, 317, ציץ השופט ח' כהן כי "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נחשבת למוסד "מעין רשמי" ועל כן מוטלות עליו חובות, (מתן הדרכה על תנאי הפקדה). שיתכן כי אינן מוטלות על גוף "פרטי" גרידא. כמו כן מציינת ועדת ברק בהקשר זה, כי ועדה שהקים שר המשפטים, אשר עסקה בחברות ממשלתיות, המליצה להגדיר חברה ממשלתית כאותה חברה ש"הממשלה משתתפת בנהולה או בהונה באופן העשוי ליצור בעיני הציבור אחריות ממשלתית לענייניה" - ראה רשות החברות הממשלתיות "החלטות הממשלה היצעות להחלטות ממשלה בקשר לחברות ממשלתיות" (ירושלים) עמ' 1.

ומתיישב עם הגישה העקרונית כי חברה ממשלתית חייבת לפעול כמו בל חברה לא ממשלתית באותו ענף, אך יש ודבר זה גורם לתוצאות לא רצויות. האם מתקבל הוא על הדעת שמשרד השיכון יהיה כפוף לעקרונות השוויון ואיסור ההפליה שצויינו לעיל, אך חברות השיכון המוקמות על ידו תהיינה פטורות מכך? בעיני הציבור, חברות השיכון זהות למשרד השיכון. ציפיותו הסבירה של האזרח היא שחברה זו תתנהג כלפיו על פי אותם עקרונות אלמנטריים של צדק טבעי המחייבים את המדינה" (ההדגשה הוספה).

4.67 משום כך, נראית לנו, בכל הכבוד, ההערה שהעירו מספר חברים בוועדת ברק ואשר לא נדונה על ידי חברי הוועדה,⁶⁹ לפיה ההסדר החוקי צריך להיות בין שני מרכיבים כדלקמן:

א. החברה הממשלתית תפעל על בסיס של שוויון וללא הפליה, וזאת תוך שמירת האינטרס העסקי של החברה הממשלתית.

ב. רשאית הממשלה לקבוע כי חברה ממשלתית תפעל על בסיס של שוויון וללא הפליה, אפילו אם יפגע הדבר באינטרס העסקי של החברה הממשלתית.

ניתן להגיע לחלקו הראשון של הסדר נורמטיבי זה באמצעות פסיקה, אשר תכיר בקיומה של חובת אמון מצד החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב, במסגרת תפקידה המובנה לאזן בין ציפיית הציבור כי חברה זו תנהג בהתאם לנורמות של משפט ציבורי, לבין האינטרס "הפרטי" שלה להתנהל על בסיס עסקי. חובת אמון זו מהווה מקור נורמטיבי להחלת נורמות של משפט ציבורי, תוך שמירת האינטרס העסקי של החברה הממשלתית, בפי שפירטנו לעיל.

4.68 לנוכח היותה של החברה הממשלתית הלכה ולמעשה כלי ביצועי בידי הממשלה לביצוע מדיניותה, ולנוכח ציפיות הציבור כי חברה זו תנהג כיאות לגוף ציבורי ומכיוון שבסופו של יום מהווה החברה הממשלתית גוף עסקי בעל אינטרסים כלכליים, הנדרש לאזן ולתמרן בין קטבים אלו, מציעים אנו ליצור מסגרת נורמטיבית הקובעת כי באופן עקרוני חלות על החברה הממשלתית חובות ההתנהגות המוטלות על הממשלה עצמה, ועם זאת יובאו בחשבון שיקוליה העסקיים של כל חברה וחברה, במקרה הספציפי ובתנאי השוק הספציפיים ובהתחשב ביעדיה הספציפיים, באופן

69 ד"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2, בנספח ב עמ' 103, הערה מס' 3.

שיאפשר לחברה להשתחרר מחובות אלו או מחלקן כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת.

מסגרת נורמטיבית זו ניתן לעגן בהלכה הפסוקה ואף כללי ההשתחררות מן הכלל, ייקבעו למעשה על ידי הפסיקה שתלך בדרך של "מן הפרט אל הפרט".

4.69 ואכן, כתוצאה מזיהוין של החברות הממשלתיות עם הממשלה בתודעת הציבור הרחב, והציפיות הנורמטיביות הנובעות מכך, ניסחה ועדת ברק הוראה חקוקה, לפיה יוחלו נורמות מסוימות מן המשפט הציבורי (שוויון והעדר הפליה) על חברות ממשלתיות, שהממשלה תבחר באופן וולונטרי לעשות כן לגביהן. וכך נאמר בסעיף 4 להצעת חוק החברות הממשלתיות כפי שנוסח על ידי ועדת ברק: 70

"הממשלה באישור ועדת הכספים של הכנסת, רשאית להטיל את החובה לפעול על בסיס של שוויון וללא הפליה, וזאת תוך שמירת האינטרס העסקי של החברה הממשלתית" (ההדגשות הוספו).

4.70 ודוק, ההבדלים בין ההצעה האמורה של ועדת ברק לבין המודל המוצע על ידינו הינם משמעותיים ביותר. אך הגישה הכוללת וזהה היא, ולפיה יש להחיל ולו באופן חלקי את הנורמות מן המשפט הציבורי על החברות הממשלתיות. לדידנו, מן הראוי להחיל את מכלול הנורמות של המשפט הציבורי, ותחולתן של נורמות אלו לא יכולה להיות תלויה ברצונה הטוב של הממשלה. ואולם, גם לדידנו יוחלו נורמות אלו על החברות הממשלתיות רק בצורה חלקית במובן זה שיתאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מנורמות אלו כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים לעשות כן.

4.71 בהקשר זה יצוין הבדל נוסף בין המודל המוצע על ידינו לבין הצעתה של ועדת ברק. כלל ההשתחררות מחובות המשפט הציבורי במודל המוצע על ידינו דומה במהותו להלכת ההשתחררות מחוזי רשות, המאפשרת למדינה שלא לקיים חוזה כשצורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת, אלא שבמקרה דנא הגדרתו של צורך חיוני תהא שונה והכוונה תהא לצורך עסקי חיוני.

70 ראה רי"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 41 ו-48.

מכל מקום, לדידנו ניתן יהא לבטל את תחולתו של כל כלל מכללי המשפט הציבורי, כשהנסיבות מצדיקות זאת. לעומת זאת, לפי הצעת ועדת ברק, קביעה ממשלתית בדבר תחולת כללי המשפט הציבורי מביאה בחשבון את צורכי החברה הממשלתית רק עובר לקביעה, אך משהחליטה הממשלה להחיל נורמות של משפט ציבורי על חברה ממשלתית מסוימת, הרי שאין אפשרות להשתחרר מכך ולהביא בחשבון צרכים חיוניים, בעת שאלו מתרחשים.

4.72 הצעתנו שונה מזו של ועדת ברק, בין השאר, לנוכח ההתפתחויות הבאות, שהתרחשו בשני העשורים שחלפו מעת עריכתו של דו"ח ועדת הביקורת:

א. חוקקו חוק החברות הממשלתיות, חוק ההסדרים במשק המדינה וסעיף 10א לחוק הפיקוח, היוצרים זיקה הדוקה ביותר בין החברה הממשלתית לבין הממשלה, בשורה ארוכה של נושאים - כמפורט לעיל.

ב. העובדה כי חברה ממשלתית מוקמת על פי חוק החברות הממשלתיות, ולא על פי פקודת החברות כפי שהיה בעת ניסוח דו"ח ברק, ובמסגרת חוק זה, עוצב תפקידה באופן הדורש הימנה לאזן בין אינטרסים, יוצרת "תפקיד ציבורי על פי דין" - הלא הוא תפקיד הנאמנות שמוטל על פי דין על החברה הממשלתית והנובע ממדהות המעין שיפוטית של התפקיד לאזן בין אינטרסים (כפי שפירטנו לעיל מכוח פסק הדין האנגלי בעניין Bromley). בעניין זה עוד נדון בהרחבה בפרק 2 להלן.

ג. הליך ההפרטה, אשר שינה את הגישה הרואה בהחזקת המדינה בחברות ממשלתיות מטרה כלכלית בפני עצמה, מאפשר לערוך הבחנה בין חברות ממשלתיות, שניתן להפריטן תוך פתיחת השוק לתחרות חופשית, לבין חברות ממשלתיות הפועלות בתחום שבו קיים יתרון לגודל וכיוצא באלה שיקולים המחייבים הותרתן כמונופול, שאז מתחייבת הותרתן של חברות אלו בידי הממשלה והחלתן של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות אלו כמשקל נגד לבוחן העצום והייחודי.

ד. חוקקו חוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992 המטיל ממילא על החברה הממשלתית את חובת המכרז, שהינה הכלל המכביד ביותר, מבחינה כלכלית, מבין כללי המשפט הציבורי. זאת בניגוד להלכה הפסוקה ששררה בעניין זה ואשר קבעה כי חברה ממשלתית אינה כפופה

לחובת המכרז. (בג"צ 163/76 זילבר ובניו נ' תרכובת ברום בע"מ (לא פורסם)).

ה. חלה התקרבות כוללת בין הנורמות המוחלות אף ביחס לגופים פרטיים וביחס לגופים שבידם גם סמכויות שלטוניות בפעולתם בתחומי המשפט הפרטי, לבין הנורמות החלות בתחום המשפט הציבורי (כפי שיפורט בפרק ז להלן).

4.73 מכל מקום, דומנו כי תחולתם העקרונית של כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות מחויבת היא, הן מכוח תפקידה המיוחד של החברה הממשלתית לאזן בין אינטרסים - תפקיד הגורר חובת אמון כלפי הציבור, הן ממטרתה ככלי לביצוע מדיניות ממשלתית, הן מן ההסדרים שנקבעו בחוק החברות הממשלתיות, בסעיף 22 לחוק ההסדרים ובסעיף 11א לחוק הפיקוח והן מזיקתה ההדוקה לממשלה ומן הציפיות של הציבור המזוהה את החברה הממשלתית, ובמידה רבה של צדק, עם המנגנון הממשלתי עצמו.

4.74 מסקנה זו מתבקשת גם לנוכח סמכותה של הממשלה להתוות לחברה הממשלתית שיקולי פעולה לא כלכליים. בהקשר זה נראה להלן כי החברה הממשלתית היא הרבה יותר "ממשלתית" מאשר "חברה".

ג. החברה הממשלתית - חברה או ממשלתית?

4.75 אחד מעקרונות היסוד בדיני חברות הוא חלוקת סמכויות בין האורגנים של החברה, תוך הפקדת ניהול ענייני החברה בידי מנהליה - על פי שיקול דעתם, כאשר בהפעלת שיקול דעת זה אין בעלי המניות רשאים, בדרך כלל, להתערב (להלן: כלל אי ההתערבות). עיקרון זה מכונה בארצות הברית על ידי המלומדים: "The Business Judgment Rule"⁷¹ ולפיו, אם בעלי המניות אינם מרוצים מצורת הפעלת שיקול הדעת על ידי המנהלים, הרי שהברירה בידם להחליף את המנהלים או לכנס אסיפה כללית שתחליט בהחלטה יוצאת דופן על קו פעולה שונה מזה שהוחלט על ידי המנהלים. ואולם, כל עוד לא אירע אחד מאלה, חופשיים המנהלים לפעול על פי שיקול דעתם העצמאי ואל להם להישמע לדעת בעלי המניות, אם זו נוגדת את דעתם.⁷²

4.76 כלל אי ההתערבות מובהר בפסק הדין הנודע בעניין *Shaw & Sons Ltd. v. Shay* (Salford).⁷³ בפסק דין זה נקבע כי אף החלטה של בעלי

71 ראה למשל: Henn Law of Corporations (1961) p. 364, sec. 233.

72 החלטת דירקטור, שאינה בהתאם למה שנראה לו, על פי שיקול דעתו, כטובת החברה, ואשר התקבלה בהתאם להוראה של בעל מניות, מהווה גם הפרת אמן כלפי החברה. לעניין זה ראה בהרחבה הדין המובא בפרק ב לעיל. כמו כן ראה: י' כהן דיני חברות - חקיקות הבסיסיות של דיני חברות בישראל (חלק שני, הוצאת אירוסים, תל-אביב, 1991) סעיף 9.44 והמקורות המציינים שם; וכן ראה י' גרוס הדירקטור בחברה הממשלתית, לעיל הערה 50, בעמ' 56-57.

73 *Shaw & Sons (Salford) Ltd. v. Shaw* [1935] 2 K.B. 133, 134. לעומת זאת, בכל הנוגע לסמכותה של האסיפה הכללית, להחליט על הגשת תביעה בשם החברה, בניגוד להחלטת הדירקטוריון ראה: *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461; *Prudential Assurance v. Newman Industries* (no. 1) [1981] ch. 229; (no. 2) [1981] ch. 257, and [1982] ch. 224 (C.A.).

בהקשר זה ראה גם:

Edwards v. Halliwell (1950) 2 All E.R. 1064 (C.A.), K.W. Wedderburn, "Shareholders' Rights and the Rule in *Foss v. Harbottle*", [1957] Camb L. J. 194; and [1958] *ibid*, p. 93; M.J. Sterling "The Theory and Policy of Shareholder Actions in Tort" 50 *Modern Law Rev.* (1987) 468.

לביקורת נוקבת על הלכת *Foss v. Harbottle* ראה מאמרו של ד"ר סילי:

Foss v. Harbottle משקף פס"ד "Company Law in Change" (Pettet ed., 1987) pp. 1-22 גישה שהיתה מקובלת במאה ה-19 ואשר ראתה באסיפה הכללית אורגן עליון בחברה, ואילו בדירקטורים שלוחים הכפופים לו. הוראה ברוח זו היתה כלולה בסעיף 90 ל-Companies Clauses Act 1845 (8-9 vict. c. 16), המסמיך דירקטורים להשתמש בכל הכוחות של החברה למעט בסמכויות שניתנו בחוק לאסיפה הכללית ובכפוף לשימוש בכוחות אלו לשלילת סמכויות האסיפה הכללית. גישה זו פינתה את מקומה במאה ה-20, להשקפה הרואה בדירקטוריון אורגן עצמאי, שאינו כפוף לאסיפה הכללית בביצוע הפונקציות המופקדות בידו, בפי העולה מפסק הדין הנזכר בעניין *Shaw* (הע"ש 73 לעיל).

המניות באסיפה הכללית, שאימצה קו פעולה שונה מזה שהוחלט על ידי הדירקטוריון - בטלה. וכך קבע השופט Greer⁷⁴ (בעמ' 134 לפסק הדין):

"A company is an entity distinct alike from its shareholders and its directors. Some of its powers may, according to its Articles, be exercised by directors, certain other powers may be reserved for the shareholders in general meeting. If powers of management are vested in the directors, they and they alone, can exercise these powers. The only way in which the general body of the shareholders can control the exercise of the powers vested by the articles in the directors is by altering their articles, or... by refusing to re-elect the directors of whose actions they disapprove. They cannot themselves usurp the powers which by the articles are vested in the directors any more than the directors can usurp the powers vested by the articles in the general body of shareholders".⁷⁵

4.77 כלל אי ההתערבות מבוסס על העובדה כי דיני החברות יוצרים מסגרת של סמכויות לכל אורגן בחברה. בעלי המניות אינם "בעלי הבית" של נכסי החברה, שהרי לחברה יש אישיות משפטית נפרדת. משום כך אין הם יכולים לעשות בחברה כבתוך שלהם ולהורות לדירקטורים כיצד לפעול. בחברה יש כללי משחק (התקנון), שאף בעלי המניות חייבים לפעול לפיהם. כללים אלו יוצרים הפרדה ברורה בין סמכויות האסיפה הכללית לבין סמכויות הדירקטורים "ואין מלכות נוגעת בחברתה כמלא נימה".⁷⁶ כל עוד לא שונו כללי המשחק ולא תוקן התקנון - לא יכולים

74 כמו כן ראה: Scott v. Scott [1943] 1 All E.R. 852, בו נקבע כי החלטת אסיפה כללית לשלם דייווידנד וליטול הלוואות - הינה בטלה, שכן הסמכות בעניין זה מסורה לדירקטוריון. בפסק דין זה מצוין לורד Clauson, בעמ' 585 לפסק הדין, את שינויי הגישה שאירעו מאז פסק הדין הנוכח בעניין Foss v. Harbottle.

75 ראה גם: Quin & Axtens v. Salmon [1909] 1 ch. 311 C.A.; (1909) (A.C.); 442 H.L. L.C.B. Gower Principles of Modern Company Law, (5th ed., London, Sweet & Maxwell, 1992) 147-152, esp. p. 148, note 76.

בו מחכרות דעותיהם הנוגדות של: G.D. Goldberg "Article 80 of Table A of the Companies Act 1948" 33 M.L.R. (1970) 177; M.S. Blackman "Article 59 and the Distribution of Powers in a Company" 92 S.A.L.J. (1975) 286; G.R. Sullivan "The Relationship Between the Board of Directors and the General Meeting in Limited companies" 93 L.Q.R. (1977) 569; Black White and Grey Cabs Limited v. Fox (1969) N.Z. L.R. 824;

השווה גם לפסק הדין הניו זילנדי [1969] לעומת זאת ראה פסק הדין האוסטרלי 332 Dowse v. Marks (1913) 13 S.R. (N.S.W.). ברכות דף מח' עמוד ב', וראה פסק דינו של כב' השופט אלוני בהמ' 5757/83 (הפ' 678/83) כור נ' טבע (לא פורסם): "אין ממש בטענה כאילו חשיבותה של עסקה העומדת לדין היא המחייבת העברת

בעלי המניות להתערב בניהול השוטף של החברה ולהורות לדירקטורים כיצד לפעול. הדירקטורים אינם כפופים לבעלי המניות, הם אורגנים של החברה וחבים חובת אמון בראש ובראשונה כלפי החברה.

4.78 ואולם, כלל אי ההתערבות האמור אינו מבוסס רק על "כללי המשחק" שיוצרת תורת האישיות הנפרדת בדיני חברות. כלל זה משקף גם היגיון מסחרי וניסיון מצטבר, שהביאו לעיצובו.

ההיגיון המסחרי העומד מאחורי הכלל האמור נעוץ בעובדה, שהמנהלים של החברה מתמצאים במכלול הבעיות הכלכליות, המסחריות, הארגוניות והאנושיות הניצבות לפני החברה. הם החיים את חיי החברה, הם המעורים בענייניה, הם הבקאים בתנאי השוק ובתהפוכותיו, הם המופקדים על ההתמודדות עם הבעיות השונות והאחריות מוטלת על כתפיהם. משום כך, מבחינת סדרי ניהול תקינים ומבחינת ההיגיון העסקי אין זה רצוי כלל, כי בעלי מניות, אשר מטבע הדברים, אינם מצויים בענייני החברה כמו המנהלים ואינם מופקדים על ההתמודדות עם בעיות שיוצרות ההחלטות השונות בחיי המעשה, יוכלו להתערב כעניין שבשגרה בפעולת הדירקטורים, אלא אם כן התקבלה החלטה דרסטית ויוצאת דופן, שבה מודעים בעלי המניות לסיכון שבהחלטתם ועם זאת הם מחליטים לשאת בו.⁷⁷

4.79 בהתאם לכלל אי ההתערבות, גם בעל מניות שמינה דירקטור מטעמו אינו מוסמך להורות לו כיצד עליו לנהל את ענייני החברה, וכדי שהחלטת בעלי המניות תחייב את הדירקטורים, חייבים להתקיים התנאים המוקדמים הבאים:

א. החלטת בעלי המניות ליתן הנחיות מסוימות לדירקטורים צריכה להתקבל באסיפה כללית של בעלי המניות.

ההחלטה לגביה לאסיפה הכללית של בעלי המניות. חלוקת התפקידים בין השנים היא ברורה ואין האחד רשאי להשיג גבולו של רעהו; כמו כן ראה צ' כהן "הנוסח החדש לפקדת החברות - השלכותיו על כח האסיפה הכללית ליתן הוראות לדירקטורים" הפרקליט לו 116, 122-123; B. Slutsky "The Relationship Between the Board of Directors and the Shareholders in General Meeting" Univ. of British Columbia L.R. (1968) 81; B. Slutsky The Division of power between the Board of Directors and the General Meeting, Studies in Canadian Company Law (Toronto, edited by J. Ziegel, 1973) p. 181.

77 היגיון זה מובהר בפתח מאמרו של פרופ' א' ברק "דיקת התערבותו של בעל המניה בניהול החברה ע"י מנהליה: כוחו של בעל המניה לתבוע על הפרת זכות ע"י מנהליה" הפרקליט בה (תשכ"ט) 333.

ב. האסיפה הכללית צריכה להיות מזומנת כדין, תוך הודעה מתאימה של עשרים ואחד יום מראש.⁷⁸

ג. על האסיפה הכללית להחליט ברוב של שלושה רבעים מבין החברים המצביעים.

4.80 עם זאת יצוין כי ביחס לתנאי השני והשלישי דלעיל, חלה התפתחות במסגרת עיצוב הנוסח החדש לפקודת החברות, אשר לפיה לא נזקקת עוד החלטה מיוחדת ודי בהחלטה רגילה של האסיפה הכללית.

לאמור, בפקודת החברות משנת 1929 נקבעה סמכות הדירקטוריון לעצב דרכי פעולה בחברה, במסגרת תקנה 70 ללוח א שנספח לפקודת החברות האמורה ובו נאמר:

"Subject nevertheless to any regulation of these articles, to the provisions of the said ordinance and to such regulations, being not inconsistent with the aforesaid regulations or provisions, as may be prescribed by the company in general meeting".

המונח - "regulations" תורגם בנוסח העברי של הפקודה ל"תקנות" ומכאן נגזר הכלל לפיו כפופים הדירקטורים רק להחלטות מיוחדות של האסיפה הכללית, שהן בגדר קביעת תקנות ולא להחלטות רגילות של האסיפה הכללית.

ואולם, ביום 19.2.84 נכנס לתוקפו נוסח חדש לפקודת החברות (פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983),⁷⁹ והתקנה המחליפה את תקנה 70 בלוח א בפקודת החברות המקורית, הלא היא תקנה 71 בלוח א בנוסח החדש, משתמשת אך ורק במונח "הוראות" ולא במונח "תקנות".⁸⁰

78 סעיף 115(א3) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983: "החלטה מיוחדת היא החלטה שנתקבלה ברוב הדרוש לקבלת החלטה שלא מן המניין (דהיינו ברוב של שלושה רבעים לפחות של החברים הראים להצביע והצביעו בעצמם - ר' א'), באסיפה כללית שניתנה עליה הודעה כדין עשרים ואחד ימים לפחות מראש, שבה מפורשת כוונה להציע החלטה מיוחדת. אולם, בהסכמת כל החברים הראים להשתתף ולהצביע, ניתן להציע ולקבל החלטה מיוחדת באסיפה כללית שניתנה עליה הודעה מראש פחות מעשרים ואחד ימים" (ההדגשות הוספו - ר' א'). מגבלת ימים זו עשויה אם כן למצוא את פתרונה בהסכמת כל החברים המשתתפים באסיפה הכללית.

79 נ"ח, התשמ"ד, 761.

80 בתקנה 71 ללוח א בנוסח החדש נאמר: "הדירקטורים ינהלו את עסקי החברה, והכל בכפוף להוראות הפקדה ותקנן זה ולהוראותיה של החברה באסיפתה הכללית, שאינן סותרות את הוראותיהם...".

נמצא כי בחברה אשר לגביה חלות תקנות לוח א מכוח אימוץ מפורש או מכוח שתיקה,⁸¹ תוכל האסיפה הכללית להורות לדירקטורים כיצד להפעיל את הסמכויות שהוקנו להם בתקנה 71, שהן מרבית הכוחות של הדירקטורים וזאת אף ללא צורך בהחלטה מיוחדת.⁸² בכך מוחלש קמעה כלל אי ההתערבות, ועם זאת יסודותיו נותרים בעינם, באשר בעלי המניות אינם יכולים להתערב בעבודת הדירקטוריון וההנהלה וליתן הוראות שוטפות, ואם ברצונם לשנות קו מקווי הפעולה של החברה, שומה עליהם לכנס אסיפה כללית כדין וליתן את הנחיותיהם במסגרת של החלטה פורמלית באסיפה הכללית. הגבלה זו תהא מהותית במיוחד ביחס לבעל המניות הבודד המעוניין ליתן הנחיות לדירקטור מטעמו.

4.81 מעתה שאלת השאלה, האם נוהג כלל אי ההתערבות, שהינו כאמור כלל בסיסי ומושרש בדיני החברות, אף ביחס לחברה הממשלתית?

לכאורה, סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות, מחיל לגבי החברה הממשלתית את פקודת החברות וממילא מוחל גם כלל אי ההתערבות.⁸³ זאת ועוד, החברה הממשלתית נהנית מאישיות משפטית נפרדת, ובעלי המניות אינם הבעלים של נכסיה ואינם יכולים לעשות בהם כרצונם, תוך סטייה מן הכללים של דיני החברות. מה עוד שההיגיון העסקי העומד בבסיס כלל אי ההתערבות נכון באותה מידה גם בחברה הממשלתית. הדירקטורים חיים את חיי החברה ואילו השר ופקידיו אינם מעורים בכך כמותם, וממילא מהראוי כי השר ועובדי המדינה השונים לא יוכלו

81 ראה: ג' פרוקציה "חוק השליחות ומנהלי החברה (מס' 2)" עיוני משפט ב (תשליב-תשליג) 627, 640-630.

82 נמצא כי במסגרת הנוסח החדש נוצרה סטייה מהדין הקודם ולבן אין הסמכה בסעיף 16(ה) לפקדת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948 (ס"ח 1). ואולם, מצוות המחוקק בסעיף 16(ו) לפקדת סדרי השלטון המשפט, תש"ח-1948, היא, כי מיום שפורסם נוסח חדש לחוק, לא יהא תוקף לכל נוסח אחר של אותו חוק, ולא תישמע טענה שהנוסח החדש משנה מתוכנו של החוק המקורי. ראה לענין זה: צ' כהן "הנוסח החדש לפקדת החברות - השלכותיו על כח האסיפה הכללית ליתן הוראות לדירקטורים" (לעיל הערה 76). המציעה לתקן את הטעות על ידי שינוי התקנה האמורה בלוח א מכוח סעיף 16(ח) לפקדת השלטון המשפט או על ידי החלטה מיוחדת המשמיטה מן התקנת את כפיות הדירקטוריון להוראות האסיפה הכללית, שלא בדרך של החלטה מיוחדת המשנה את התקנת. לענין זה ראה גם: צ' כהן "שינוי תקנותיה של החברה הרשומה - הדין הקיים והצעות לשיפור" מחקרי משפט ב (תשמ"ב) 82, 86;

J.A. Mackenzie "Who Controls the Company? The Interpretation of Table A" 4 The Company Lawyer (1983) 99, 101.

83 סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות מתייחס אומנם לתחולתה של פקדת החברות, אך עולה ממנו בפשטות הכוונה להחיל על החברה הממשלתית את כל דיני החברות, אשר חלק ניכר מהם מרשתת על ההלכה הפסוקה ולא על הנורמה החקוקה. לענין זה ראה י' גרוס, הדירקטור בחברה הממשלתית לעיל הערה 50, בעמ' 2; י' גרוס דיני חברות - החוק והפסיקה (תאגידים, תשליב) 7-1; י' גרוס דירקטורים ונושאי משרה בחברה, לעיל הערה 55, בעמ' 492.

להתערב בפעילותה של החברה הממשלתית. ועם זאת שונים הם פני הדברים.

4.82 ועדת ברק⁸⁴ דנה בשאלה, האם ראוי הוא כלל אי ההתערבות, הנוהג בדיני החברות, גם להסדרת היחסים שבין מדינת ישראל כבעלת מניות השליטה בחברה ממשלתית, לבין הדירקטורים המתמנים על ידה. ועדת ברק בחנה עניין זה משלושת ההיבטים הבאים:

א. האם הדין הקיים משקף באופן נאות את התלות הרצויה בין המדינה כבעלת מניות השליטה בחברה הממשלתית לבין הדירקטורים המתמנים על ידה?

ב. האם הדין הקיים משקף באופן נאות את המסגרת הארגונית שבאמצעותה תתגשם תלות זו?

ג. האם הדין הקיים משקף באופן נאות את השיטות הטכניות שבאמצעותן מפעילה המסגרת הארגונית את סמכותה כלפי החברה הממשלתית?

ולכל שלוש השאלות הללו השיבה ועדת ברק - בשלילה מוחלטת.

4.83 מסקנת ועדת ברק היא כי יש להעניק למדינה, כבעלת מניות השליטה בחברה הממשלתית, את הכוח להורות לדירקטורים כיצד עליהם לפעול בתפקידם כדירקטורים:

"לדעת הוועדה אין להפעיל סמכות זו במסגרת האסיפה הכללית, אף לא בדרך של 'החלטה מיוחדת', אלא באמצעות הוראות שיוצאו על ידי השרים הממונים על החברה הממשלתית... עם כל רצונה של הוועדה להבטיח לחברה הממשלתית אוטונומיה עסקית, אין להתעלם מהעובדה כי החברה הממשלתית היא מכשיר בידי המדינה לביצוע מטרותיה..."

יהא המצב לפי הדין הכללי אשר יהא, סוגיית החברה הממשלתית מחייבת טיפול מיוחד, שכן כדברי דו"ח מחוס⁸⁵ 'המדינה היא לא רק בעלת המניות המעוניינת לפקח על צורת השימוש בכספי הציבור. יש אינטרס ציבורי נוסף, המתבטא במשימות הממלכתיות המוטלות על

84 דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 31.

85 דו"ח ועדת מחוס, לעיל הערה 5, בעמ' 30.

החברה, שלמענן נעשתה השקעת כספי הציבור ואשר את השגתן יש להבטיח...'

נראה איפוא לוועדה כי הדין הקיים ('הלכת אי ההתערבות' השוררת בדיני החברות - ו' א') אינו משקף באופן נאות את התלות הרצויה בין המדינה כבעלת מניות השליטה בחברה הממשלתית, לבין הדירקטוריון המתמנה על ידה. התלות הרצויה, לדעת הוועדה, היא זו המבטיחה למדינה, באמצעות האורגנים שלה, את הכח להורות לחברה הממשלתית כיצד עליה לפעול להגשמת המטרות הציבוריות שהוטלו עליה.⁸⁶

4.84 נמצאת למד כי לדעת ועדת ברק קיימים בין החברה הממשלתית לבין הממשלה יחסי תלות. תלות זו נובעת מכך שמלבד האינטרס העסקי של החברה הממשלתית הרי שהיא מהווה זרוע לביצוע מדיניות הממשלה בתחום שלשמו הוקמה.

לדעת ועדת ברק גוברת תלות זו על עקרונות דיני החברות ומקבלת ביטוי אף בסמכותו של השר, נציג בעלת מניות השליטה בחברה הממשלתית (המדינה), להורות לדירקטורים כיצד לנהל את החברה הממשלתית.⁸⁷ נמצאת למד כי לדעת ועדת ברק כללי המשחק של דיני החברות הנובעים מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, אינם חלים בחברה הממשלתית וחברה זו הינה, למעשה, הרבה יותר "ממשלתית" מאשר "חברה".

4.85 כפי שנראה להלן, מסתבר כי על נקודת מוצא זו של ועדת ברק אין למעשה חולק. ואולם, אף אם מקבלים את כל ההנחות של ועדת ברק בדבר היות החברה הממשלתית מכשיר בידי המדינה לביצוע מטרותיה

86 לעומת מסקנה זו, לפיה יותר לשר הממונה להורות לדירקטורים כיצד לפעול, המליצה ועדה בראשות שר המשפטים להסתפק בהליך לפיו הדירקטורים ידווחו על הצעת ההחלטה שלהם לשר הממונה על החברה הממשלתית הנדונה, השר יביע את דעתו, ועמדתו של השר בשאלה העומדת על סדר היום תובא לדיעת הדירקטוריון על ידי הדירקטורים הממונים על ידו - הא ותו לאו. ראה: החלטות ממשלה והצעות להחלטות ממשלה בקשר לחברות ממשלתיות, חזר רשות החברות הממשלתיות, מס' 18.

87 ועדת ברק מוסיפה ומציינת בהקשר זה ארגומנט נוסף (דו"ח ועדת ברק, הע"ש 2, בעמ' 32) לפיו: "אם לרשות המבצעת אין הכח לפקח על החברה הממשלתית אין לו גם אחריות בפני הגוף המחוקק על אי ביצועו של הפיקוח. לעומת זאת, מתן כח פיקוח לרשות המבצעת מטיל על זו את האחריות הפרלמנטרית על השימוש או אי השימוש, שנעשה בכח הנתון לה, ובכך מכפיף בעקיפין את פעולותיהן של החברות הממשלתיות לביקורת הפרלמנט".

בהקשר זה נציין רק כי הכפפה זו של החברה הממשלתית לביקורת הכנסת, מהווה כשלעצמו גורם המלמד כי החברה הממשלתית משתייכת לסקטור הציבורי וכי דינה כדן אחת מורעות הרשות המבצעת המבוקרת על ידי הכנסת.

וכי קיימים יחסי תלות הדוקים בינה לבין הממשלה, הנחוצים כדי לוודא כי החברה הממשלתית מבצעת את מדיניות הממשלה ומנצלת כראוי את כספי ומשאבי הציבור שבידיה, עדיין אין הדבר מוביל בהכרח לאימוץ טכניקה של מתן הוראות ישירות לדירקטוריון על ידי השרים. בנקודה זו יש עוררין. ד"ר י' לוי⁸⁸ חלק בנקודה זו על ועדת ברק וציין כי:

"הכנסת סמכות חיצונית ובעלת אופי זר לחברה, כמוה כערעור מבנה, אשר נוצר בהדרגה במאתיים שנות נסיון. השיטות והמושגים שרוצים להחיל בחברה זו הם למעשה זרים לדרישותיה של כל פעולה מסחרית..."

לדידו של ד"ר לוי, לא ייתכן להרשות לשרים ולפקידיהם להתערב בניהול החברה הממשלתית, שהרי אלו, למרות תפקידיהם הרמים בתחומים אחרים - אינם בהכרח מומחים בכל סוג של עבודה מסחרית, אינם חיים את חיי היום יום של החברה, אינם עוקבים אחרי ההתפתחויות בפעילויות דומות, ואין להם פנאי כדי להגיע להכרה מלאה הנחוצה בשעת הכרעה.

4.86 נמצאת למד כי אף שלכל הדעות המדינה אינה ממלאת תפקיד של בעל מניות בלבד בחברה הממשלתית ויש תלות בין חברה זו לבין הממשלה, הרי שכתוצאה ממצב נתון זה נוצרו חילוקי דעות בשאלה אם התלות האמורה מחייבת מתן הוראות ישירות על ידי מי שלא תמיד חי את חיי החברה ומבין את צרכיה. נמצא כי לפנינו מחלוקת, האם הוראות ישירות מן השר הממונה - הינן פתרון יעיל לבעיית התלות, או שמא זה הסדר מוזק הסותר את ההיגיון המסחרי שעוצב כתוצאה מניסיון מצטבר של שנים רבות, והעומד בבסיס כלל אי ההתערבות של בעלי המניות בשיקול דעת הדירקטורים, בדיני החברות?

ואולם, אין מחלוקת כי אלמלא היה פתרון זה עלול להזיק לניהול ענייניה של החברה הממשלתית באופן יעיל, הרי שהחברה הממשלתית היתה שונה מן החברה הרגילה, ולכלל אי ההתערבות לא היה בל מקום בחברה

88 ד"ר יואל אוגוסטו לוי "על המבנה המשפטי של החברות הממשלתיות - בעקבות דו"ח הוועדה להכנתה של הצעת חוק חברות ממשלתיות תשל"א-1970", לעיל הערה 41, בעמ' 429. ואכן בעוד שלפי הצעת ועדת ברק נאמר בנוסח החוק המוצע כי: "הדירקטור של חברה ממשלתית חייב לפעול לפי מה שנראה לו בתום-לב כטובתה של החברה הממשלתית, תחת כפוף להוראת השרים", הרי שבהצעת חוק החברות הממשלתיות, תשל"ב-1972 (טייטה רביעית) עמ' 29, נאמר: "מבלי לגרוע מכל חובה המוטלת על הדירקטור, לפי כל דין, חייב הוא לפעול לפי מה שנראה לו בתום-לב כטובתה של החברה הממשלתית להשגת מטרתיה בדרך יעילה וחסכונית".

הממשלתית. על ההנחה כי החברה הממשלתית הינה זרוע ביצועית של הממשלה - לא ניטש הוויכוח.⁸⁹

4.87 זאת ועוד, כאמור, ועדת ברק המליצה לאמץ מתכון לפיו ייתן השר הממונה הנחיות לדירקטוריון החברה הממשלתית אם ימצא צורך בכך, כאשר הוראות אלה יינתנו בכתב, באמצעות רשות החברות הממשלתיות.⁹⁰ דרישת הכתב נועדה לאפשר פיקוח פרלמנטרי על הוראות אלו. המחוקק לא אימץ המלצה זו ובחוק החברות הממשלתיות אין אנו מוצאים הסמכה של השרים להורות לדירקטוריון החברה הממשלתית כיצד לפעול.

ואולם, האם בפועל נוהג כלל אי ההתערבות והשרים אינם מביעים את דעתם ומשפיעים על הדירקטוריון באופן לא פורמלי? האם משמעות העדר הסמכה בחוק החברות הממשלתיות ליתן הנחיות לדירקטורים, הינה כי הלכה ולמעשה אין השרים מתערבים בניהול החברות הממשלתיות, תוך מתן הנחיות לדירקטורים שמונו על ידם ושבידיהם להחליפם? או שמא לנוכח העובדה כי פורמלית אין השרים מוסמכים על ידי החוק לעשות כן, הרי שהם אינם נותנים הנחיות אלו בכתב ואינם חושפים את מעורבותם בניהול החברות הממשלתיות לפיקוח פרלמנטרי, בעוד שהנחיות שכאלו ניתנות גם ניתנות?

4.88 באנגליה מוסמך השר ליתן לחברות ממשלתיות הוראות בעלות אופי כללי הנוגעות לשאלות שבמדיניות, ואין הוא מוסמך ליתן הוראות הנוגעות לניהול השוטף. ועם זאת מצייין פרופ' ווייד (Wade)⁹¹ כי ההוראות

89 במאמר שפורסם לאחר חקיקת החברות הממשלתיות, מצייין פרופ' גרוס (לעיל הערה 60 בעמ' 358) כי מסקנה זו של ועדת ברק, היוותה 'נקודת התורפה הבולטת ביותר' בדו"ח ועדת ברק. לדיו, אילו היה חוק החברות הממשלתיות מאמץ את המלצת ועדת ברק לאפשר לממשלה ליתן הוראות אופרטיביות לחברה הממשלתית, היה הדבר הופך את החברה הממשלתית למחלקה ממשלתית המופעלת באמצעות משיכת חותים ולא על ידי דירקטורים. ד"א עקא, שוועדת ברק צפתה תוצאה זו וראתה אותה חיונית למציאת מטגרת ארגונית התואמת את יחסי התלות שבין החברה הממשלתית לבין הממשלה. לעומת זאת, אם כוונתה של ביקורת זו הינה לציין כי הניהול על ידי הממשלה סותר את ההיגיון העסקי של הפקדת ענייני החברה בידי מי שאינו חי את צרכיה באופן שותף - הרי שזהו למעשה גדר הוויכוח שבין ועדת ברק לבין ד"ר י' א' לוי.

90 דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 20, סעיף 45 לחוק המוצע על ידי הוועדה.
91 Sir William Wade Administrative Law (6th ed., Clarendon Press, Oxford, 1992) pp. 160-161
בהקשר זה ראה גם פרופ' י' אהרוני בספרו הנזכר, לעיל הערה 30 בעמ' 134-135:

"החברות החברתית בישראל, היא במידה מכרעת, תרבות היררכית... שרים מפעילים על חברות ממשלתיות פיקוח פוליטי גלוי וסמוי, עשויים להשתמש בשליטתם על חברות אלו או אחרות להגברת כחם הפוליטי, ומשום כך גם לא תמיד יהיו מוכנים להסכים למכירת חברות" (ההדגשה הוטפה).

כמו כן ראה י' גרוס 'אופיו המיוחד של דירקטוריון החברה הממשלתית', לעיל הערה 60, עמ' 359:
"שאלה זו של מתן הנחיות לדירקטורים החובה להפעיל שקול דעת חופשי לטובת החברה בלבד,

הפורמליות הניתנות על ידי השר הן זעומות, בעוד שרוב רובן של ההוראות ניתנות בדרך של "מתן בסתר" ונוגעות אף לניהול השוטף:

"To judge by the small number of formal directions, however, would be highly misleading. In reality ministerial interference is frequent and pervasive. The important financial powers can be exercised informally; and in the background are the more general powers, which cast a deep shadow over the corporations, precarious independence. The minister has a powerful lever in his control over the appointment and tenure of the chairman and members.

A chairman who is appointed for short term, perhaps three years, and who hopes for renewal of his appointment, is in no position to resist pressure from the minister, however informally applied.

The supervising ministries are in constant touch with the corporations and they exercise much influence merely by holding the trump cards, without having to play them...

Chairmen complain (usually after retirement) that the corporations have no genuine commercial independence and no freedom to follow long-term policies, since they are under constant political pressure and ministers do not look beyond the immediate crisis of the moment".

4.89 בהתאם לכך נמצא כי האלטרנטיבות אינן בין אי מתן הוראות על ידי השרים לחברות הממשלתיות ואימוץ כלל אי ההתערבות, כפי שמציע ד"ר לוי במאמרו הנזכר, לבין מתן הוראות על ידי השרים ושלילת כלל אי ההתערבות כפי שמציעה ועדת ברק. ויכוח זה הינו במישור הפורמלי של הדברים, אך במישור המעשי הברירה היא בין מתן הוראות בעל פה על ידי השרים, ללא פיקוח פרלמנטרי וללא שתוטל אחריות כלשהי על נותן ההוראות בגין התערבותו בניהול החברה הממשלתית,⁹² לבין מתן

היא שאלת יסוד במערכת זו של ניהול עסקים באמצעות החברות הממשלתיות. המחוקק העדיף לשחק בנקדה זו.

...אולם, יש לנו חשש רציני כיצד יופעל העיקרון הלכה ולמעשה - השכם והערב אנו שומעים על דירקטורים בחברות ממשלתיות המבקשים לקבל הנחיות מהשר או ממנכ"ל המשרד לפני ההצבעה. הנימוק המשפטי בדבר חובתו של הדירקטור במקרה כזה הוא פעמים רבות ללא הועיל וקשה לשכנע דירקטורים המתמנים על ידי משרד ממשלתי פלוני כי עליהם להינתק משיקולי המשרד ולהחליט על פי שיקוליה של החברה וטובתה היא בלבד" (ההרגשה הוטפה).

בעניין זה של מתן הנחיות שלא בפומבי, המשבשות את הביקורת הפרלמנטרית הן בכל הנוגע לאחריות הממשלה להנחיות אלו הן בכל הנוגע לתפקוד הדירקטוריון עצמו, וליכולתו לטעון כי משגה

הוראות אלו בגלוי ובכתב, בכפוף לפיקוח פרלמנטרי ולחשיפה לביקורת ציבורית הכרוכה בכך.

4.90 כלל אי ההתערבות אינו נוהג אם כן בחברה הממשלתית הלבנה ולמעשה, על אף שהמחוקק לא אימץ את דעתה של ועדת ברק בעניין זה. התלות הקיימת בין החברה הממשלתית לבין הממשלה, כמו גם תלותם האישית של הדירקטורים בחברה, בשכרם ובעצם כהונתם בהחלטת השרים - גוררת כשלעצמה, מטבע הדברים, חריגה מכלל אי ההתערבות, וזאת אף בהעדר הוראה חוקית המסמיכה את השר להורות לדירקטורים כיצד לנהוג.

די בכך שהשר הממונה מביע את דעתו בנושא מסוים, כדי שהדירקטורים יכבדו את רצונו, ולו כדי שלא לשבש את מערכת היחסים עם הממשלה, שהחברה הממשלתית תלויה בה בנושאים כה רבים. בהקשר זה בא לידי ביטוי שיקול עסקי של טובת החברה, הזקוקה למערכת יחסים תקינה עם הממשלה, והדירקטורים הממלאים אחר רצון השר הממונה אף עשויים לטעון כי הם עושים כן בניגוד לדעתם הם בעניין הנדון, אך משיקולים של טובת החברה הזקוקה ליחסים טובים עם הממשלה. נמצא בי גם במישור יחסי האמון יש לדירקטורים כסות המסייעת להם להתעלם מכלל אי ההתערבות.

4.91 מכל מקום, הלכה ולמעשה סביר להניח כי המציאות בישראל אינה שונה מאשר באנגליה והחברה הממשלתית אינה נוהגת בהתאם לכלל אי ההתערבות הנובע מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת והמשקף את סדרי הפעולה הסדירים בניהול חברה מסחרית רגילה.

ואכן, עובדה זו הובררה לאחרונה גם בהלכת בית המשפט העליון, אשר העדיף הבעת דעה על ידי השר, בפומבי ובריש גלי, ואף נתן לה לגיטימציה, על פני מתן הנחיות בלתי פורמליות, באין תיעוד ובאין רואה. כך בבג"צ 4566/90 דקל נ' שר האוצר,⁹³ נדונה החלטה של דירקטוריון חברת החשמל לבחור במועמד פלוני כיו"ר הדירקטוריון. לפני בית

מסוים אינו באחריותו המלאה, שכן הוא נובע מהוראה בלתי כתובה של השרים, ידועים דבריו של: A.H. Hanson *Parliament and Public Ownership* (1960) p. 208:

"The minister can use the board as a screen, and often does so. The board, if it wishes, can ascribe its failure to government interference. Parliament, glancing from the one to the other like a spectator at a tennis match, does not know whom to blame, and is deeply suspicious that something which it ought to know is being concealed".

93 בבג"צ 4566/90 דקל נ' שר האוצר ואח', פד"י מד(1) 28, בעמ' 42, מפי מ"מ הנשיא, השופט אלון.

המשפט נטען כי הדירקטורים לא הפעילו שיקול דעת עצמאי ובלתי תלוי, שכן השרים קבעו ופרסמו ברבים את דעתם, עוד בטרם שנערכה הבחירה בדירקטוריון. בית המשפט קבע כי אין בגילוי דעתם הפומבי של השרים משום פגם. אדרבה, אחת הרעות החולות והקשות של החברה טמונה בהתערבות של גורמים פוליטיים הנעשית במסתרים, רחוק מעיני השמש, וברמיזה שדי בה לחכימא המפלגתי. בית המשפט קבע על כן כי במקום שבו הביעו השרים את דעתם בפומבי - בוודאי שאין לבוא אליהם בטרזוניה. אדרבה, הפומביות חושפת את הפעילות לביקורת ציבורית ופרלמנטרית.

4.92 ודוק, בית המשפט, בעניין דקל נ' שר האוצר, נזקק לדיון בשאלת פומביות גילוי הדעת, לאחר שלא ראה כל פסול בעצם העובדה כי השרים מחווים את דעתם בעניין האמור להיות מסור לשיקול דעתו העצמאי והחופשי של הדירקטוריון:

"דעתם של השרים הנוגעים בדבר היא דעתם של אלה, אשר החוק הטיל עליהם בהפרת כלל אי ההתערבות אחריות בקשר לחברה שבתחום אחריותם והיא משקפת את דעתה של בעלת הענין העיקרית בחברה - המדינה. אין על כן פסול שדעתם העניינית של השרים באשר לנושאים בתפקידי המפתח, תובא לידיעת חברי הדירקטוריון.

אמנם כן, לדעתם של השרים הנוגעים בדבר עשויה להיות השפעה על שיקול דעתם של חברי הדירקטוריון, אך אין לראות בכך השפעה פסולה, כל עוד הפעילו הדירקטורים בסופו של דבר, את שיקול דעתם העצמאי בקבלת החלטתם"⁹⁴ (ההדגשה הוספה).

4.93 הנה כי כן, גם בית המשפט יצא מנקודת הנחה כי לגילוי דעת השרים תהא השפעה על שיקול דעתם של חברי הדירקטוריון. ויובהר, השפעה של השרים על שיקול דעת חברי הדירקטוריון - מה פירושה? הן הדירקטורים אמורים לגבש את דעתם באשר לטובת החברה, ללא שיביאו בחשבון כלל את דעת בעלי המניות, כשהם מחליטים על פי מה שנראה להם כטובת החברה ובהתאם לשיקול דעתם העצמאי.

94 שם, שם. בהקשר זה ראה גם:

Y. Aharoni, "Managerial Discretion" in *State Owned Enterprise in the Western Economies*, (Ed. by R. Vernon and Y. Aharoni, St. Martin's Press, N.Y., 1981) pp. 184-193; J. Preffer and G.R. Sallancik *The External Control of Organizations* (Harper and Row, New York, 1978).

ושמא תאמר, כי המדובר בהשפעה, בבחינת שמיעת דעות של מי שקרובים לדבר, הנחוצה כדי להחליט על בסיס מכלול השיקולים, אך בהתאם לשיקול דעת עצמאי, הרי שברור, כי עצם הסיטואציה שבה נתון הדירקטור ונתונה החברה הממשלתית במצב של תלות בשרים, הופכת את דעת השרים לבעלת השפעה מכרעת.

אין זאת אלא, שבית המשפט העליון הכיר בכך שהשרים, שהמחוקק הפקיד את החברה הממשלתית הנדונה בתחום אחריותם, רשאים להשפיע, ואף להשפיע באופן מכריע, על שיקול דעת הדירקטורים, לנוכח העובדה כי החברה הממשלתית אינה חברה ככל החברות ותכליתה להגשים מדיניות ממשלתית.⁹⁵

4.94 החברה הממשלתית שונה אם כן מכל חברה רגילה כשנציגי בעלת המניות העיקרית, קרי השרים, זכאים להשפיע על אופן ניהולה של חברה זו, ועל הכוונתה להגשמת יעדיה הלאומיים תוך התעלמות מאישיותה המשפטית הנפרדת ומעקרונות יסוד של דיני חברות.

מסקירת היבט זה של פעילות החברה הממשלתית נמצאת למד, אם כן, כי חברה זו מהווה זרוע ביצועית של ממשלה, לא רק לנוכח הזיקה ההדוקה והתלות שבין החברה הממשלתית לבין הממשלה, כפי שפירטנו לעיל, אלא גם לנוכח העובדה כי כלל אי ההתערבות אינו חל באופן מלא בחברה הממשלתית והשר רשאי להשפיע על שיקול דעת הנהלת החברה.

ומדאיתנו להכי הרי שהמסקנה המתבקשת היא כי החברה הממשלתית משתייכת למנגנון הציבורי ומן הראוי להחיל עליה את נורמות ההתנהגות החלות והשוררות בגופים הנמנים עם המנגנון הציבורי, הן לנוכח היותה של החברה הממשלתית זרוע ביצועית של הממשלה והן לנוכח העובדה כי החברה הממשלתית אינה חברה שחלים עליה כל עקרונות היסוד של דיני החברות, אלא חברה שעקרון האישיות המשפטית הנפרדת אינו גורר את החלת כללי המשחק של דיני החברות עליה, והכפופה למעשה להוראות מצד השרים, נציגי בעלת המניות העיקרית - המדינה.

ובאחת, החברה הממשלתית היא אכן הרבה יותר "ממשלתית" מאשר "חברה".

95 לעניין זה ראה גם פרופ' י' אהרוני בספרו הנוכח, לעיל הערה 30, בעמ' 135: "במשטר הדמוקרטי השר מייצג את הרצון של העם ואת האינטרס הציבורי, ועל כן הכרחי לאפשר את התערבותו. רצוי שהתערבות זו, מסיבות שכבר הוסברו, תיעשה בכתב".

4.95 גם לנוכח ניתוח זה, מגיעים: אנו אם כן למסקנה כי מן הדין להחיל על החברה הממשלתית את כללי המשפט הציבורי, כפי שאלו חלים ביחס לממשלה עצמה וביחס למנגנון הציבורי כולו.

דברים אלו מתעצמים אף יותר, לנוכח בחינת קווי הפעולה, אשר השרים רשאים להתוות לחברה הממשלתית, כפי שנראה להלן.

ד. התוויית קווי פעולה לא עסקיים לחברה הממשלתית

(1) סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות - ההג הנלמד מכלל הלאו

4.96 ועדת ברק המליצה כי הממשלה תהא רשאית לקבוע ביחס לחברות ממשלתיות מסוימות כי הן תהיינה כפופות לנורמות מסוימות מן המשפט הציבורי.⁹⁶ שר המשפטים באותה עת, ש' שפירא, הבהיר בכנסת⁹⁷ מדוע הצעה זו אינה נראית לו:

"העיקר כאן (בסעיף 4 המרצע על ידי ועדת ברק - ו' א') הוא, כמובן, לפעול על בסיס של שוויון וללא אפליה, דבר שאינו מתיישב בלא שום ספק עם האינטרס העיסקי של חברה עיסקית רגילה..."⁹⁸

לדידי, אם ניקח לדוגמא חברה כחברת החשמל, הרי חברת החשמל צריכה, לפי עניות דעתי, לפעול על פי שיקולים עסקיים שעל פיהם נוהגת לפעול חברה שאיננה ממשלתית. כלומר, היא צריכה לקבוע תעריפים ותנאים כאלה שיאפשרו לחברה לקבל את הרווחים הנורמליים על ההשקעה ועל ההון שהיא מגייסת. המדינה איננה יכולה להיות בלתי מודעת לצורך לספק למשק ולאזרחים כח חשמל, אולי בתנאים שהם פחות מרנטביליים בשביל חברה עסקית. לכן צריכה הממשלה, לפי עניות דעתי, לתרום את תרומתה שלה מאוצר המדינה ולא מתוך אוצרה של חברת החשמל."⁹⁹

96 סעיף 4 להצעת החוק שניסחה ועדת ברק (לעיל הערה 2, בעמ' 13 לדו"ח) והסברו של סעיף זה בעמ' 49-48 לדו"ח.

97 דברי השר שפירא בדיון שנערך בכנסת בטרם אישור הצעת חוק החברות הממשלתיות, תשל"ג-1973 (הצעות חוק 1067) בקריאה ראשונה. ראה דברי הכנסת, בעמ' 3445, מיום 3.7.73.

98 דא עקא, שלא תמיד מחייב השיקול העסקי להפלות ולנהוג בשוויון. כנגד המקרים שאכן מתרחשת סתירה בין נורמות של משפט ציבורי לבין צרכים עסקיים חיוניים, הצענו לקבוע כלל השתחררות, שיאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מכללי המשפט הציבורי - בכפוף לביקורת שיפוטית. אך במקרים שבהם אין סתירה שכזו, לא מהווה הטעם הכלכלי עילה לאי החלת כללי המשפט הציבורי ביחס לגוף שמופקדים בידו משאבים ציבוריים.

99 דוגמא נוספת המובאת שם הינה העדפת תוצרת ישראל על פני תוצרת חוץ. ואולם, בעניין זה נקבע לימים, בהחלטת ממשלה כל/67 משנת 1984 כי החברות הממשלתיות (וכן משרדי הממשלה, הרשויות המקומיות התאגדיים הסטטוטוריים) אינם רשאי לרכוש מוצרי יבוא אם ניתן לרכוש מוצרים שווים באיכותם מתוצרת התעשייה הישראלית, בתוספת מחיר שאינה עולה על 15%. החלטה זו עוגנה לאחרונה במסגרת חוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992 (תיקון מיום 11.5.93).

4.97 לאמור, הרצון לנהל את החברות הממשלתיות על בסיס עסקי היה כה עז, עד כי מחמתו נדחתה אף ההצעה כי הממשלה תהא רשאית, תוך בחינת השיקול העסקי, להטיל במקרה הצורך נורמות מסוימות מן המשפט הציבורי על חברה ממשלתית מסוימת. ואולם, הדוגמא הניתנת ביחס לחברת החשמל לוקה בכפליים.

ראשית, חברת החשמל הינה דוגמא מובהקת לסיטואציה שבה לא יעלה על הדעת כי מותר יהא לחברה הממשלתית להפלות צרכן ולהחליט שרירותית כי אינה מספקת לו חשמל, או כי תגבה ממנו, באופן שרירותי, "תעריף מיוחד" המופלה לרעה.

ושנית, הדוגמא שהובאה מתייחסת לקונפליקט שבין שיקולים עסקיים לבין שיקולים לאומיים. דבר אין לבך ולקונפליקט שבין שיקולים עסקיים לבין נורמות מן המשפט הציבורי.

4.98 ואכן, סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, מתייחס לכאורה לעדיפות הניתנת לשיקולים עסקיים בחברה הממשלתית, מבלי להכריע בשאלה אם שיקולים אלו יועדפו רק על פני שיקולים לאומיים או שמא גם על פני כללי המשפט הציבורי.

בסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות נקבע לאמור:

א. חברה ממשלתית תפעל לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת לפעול חברה לא ממשלתית, זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הועדה, שיקולי פעולה אחרים. הוראה זו לא תחול על חברה ממשלתית שמסמכי היסוד שלה אוסרים חלוקת רווחים.

ב. בחברה ממשלתית שאחת ממטרותיה היא לספק מצרכים או שירותים שלא על מנת להפיק רווחים, רשאית הממשלה להחליט שתפעל בהשגת מטרה זו לפי הכללים המחייבים אדם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין.

4.99 מעיון בסעיף זה עולה כי סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות מתייחס לשיקולים עסקיים הנהוגים בחברה פרטית ואין לדעת אם הכוונה היא כי בחברה הממשלתית ינהגו כבחברה פרטית ולא יחולו כללי המשפט הציבורי מקום שהדבר אינו מתיישב עם שיקולים עסקיים, או שמא הכוונה היא כי בחברה הממשלתית ינהגו כבחברה פרטית ולא יישקלו שיקולים לאומיים (כגון, מניעת אבטלה, מניעת סחרור אינפלציוני וכיו"ב)

אלא ינהלו את החברה הממשלתית כמשק סגור השם לנגד עיניו רק את טובתו הכלכלית ואת יעילותו העסקית (עניין זה הוצג בהרחבה בפרק א לעיל).

4.100 ואולם, מסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות עולה לכאורה כי המחוקק אימץ למעשה את מסקנות ועדת ברק, על אף הסתייגותו של השר שפירא מהן,¹⁰⁰ ובסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות ניתנה האפשרות לממשלה להחיל את כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות שתכליתן, במסגרת פעילות מסוימת, אינה הפקת רווח, אלא בראש ובראשונה הספקת מוצר או שירות חיוניים.

4.101 מסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות עולה לכאורה כי הממשלה רשאית להתוות קווי פעולה לחברות ממשלתיות מסוימות, באופן שאלו תהיינה מחויבות להעדיף בכל מקרה שיקולים של משפט ציבורי על פני שיקולים עסקיים, ותהיינה מחויבות להעדיף בכל מקרה שיקולים לאומיים על פני שיקולים עסקיים.

ומכאן מבקשים אנו להמשיך צעד נוסף ולהציע, כי בפסיקה ייקבע כי בעוד שחברות ממשלתיות הנמנות עם סעיף 4(ב) לחוק, ואשר הממשלה הכפיפה אותן לכללי המשפט הציבורי, מחויבות לנהוג לפי כללים אלו אף כשהדבר עומד בסתירה לצרכים עסקיים חיוניים של החברה, הרי שביחס לכל שאר החברות הממשלתיות יחולו כללי המשפט הציבורי, רק עד כמה שכללים אלו אינם סותרים צרכים עסקיים חיוניים ובכפוף לכלל השתחררות.¹⁰¹

4.102 לאמור, בסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות נקבע כי ביחס לחברה ממשלתית שאחת ממטרותיה היא לספק לציבור מצרכים או שירותים שלא על מנת להפיק רווח - רשאית הממשלה להחליט כי החברה תפעל להשגת מטרה זו לפי הכללים המחייבים אדם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין, כלומר בהתאם לכללי המשפט הציבורי, שעל פיהם מבקר

100 לדעה דומה ראה א' גרא "שיקולי וכללי פעולתה של חברה ממשלתית" (ענחת גמר לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, בהנחיית פרופ' י' גרוס, אוניברסיטת תל-אביב, 1987) 44.

101 בעניין זה יצוין כי מסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות עולה עוד, כי כאשר רצה המחוקק להתייחס להחלת הדין המהותי של כללי המשפט הציבורי, הוא השתמש במונח "כללים המחייבים אדם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין". המונח "תפקיד על פי דין" מבטא אם כן, לא רק את גדר סמכותו של בג"צ, כקבוע בסעיף 15(ד2) לחוק יסוד שפיטה, אלא גם את תחולתו של הדין המהותי. סעיף זה מהווה אם כן תמיכה לעמדה שאותה נציג להלן (פרק ח) בי המבחן לתחולת כללי המשפט הציבורי הינו עמידתו של הגוף הנדון בתנאי ההגדרה המתייחסת לסמכותו של בג"צ והמנדיה בסעיף 15(ד2) לחוק יסוד השפיטה.

בג"צ גופים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין. ואכן, שורת ההיגיון מחייבת כי בכל הנוגע לחברות שהן בגדר Public Utility ואשר תכליתן לספק מוצר או שירות חיוני, שהציבור נזקק להן ואשר מחמת כן יש לספקו אף אם הדבר לא יעמוד בקריטריונים של פעילות שתכליתה להפיק רווח (למשל, חברת החשמל, "בזק" ועוד), לא יעלה על הדעת לאפשר הפליה, שרירות וכיוצא באלה. משום כך, קבע סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות כי בחברות אלו רשאית הממשלה לקבוע כי יחולו כל כללי המשפט הציבורי¹⁰² ויעדפו בכל מקרה על פני שיקולים עסקיים.

4.103 וכשם שמובנת קביעתו של המחוקק בסעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות כי בחברה ממשלתית, שמסמכי היסוד שלה אוסרים על חלוקת רווח, ובחברה שהממשלה, באישור ועדת הכספים, קבעה לה שיקולי פעולה שאינם עסקיים, יועדף השיקול הלאומי על פני השיקול העסקי, כן מובנת קביעתו של המחוקק כי בחברות ממשלתיות העוסקות בהספקת מוצר או שירות חיוניים לציבור תועדף החובה לכבד את כללי המשפט הציבורי, ולהבטיח הספקה סדירה והוגנת של המוצר או השירות, על פני השיקולים העסקיים של החברה. במקרה זה לא יחול "כלל השתחררות" שיאפשר לחברה הממשלתית לסטות מכללי המשפט הציבורי, כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת. חברות ממשלתיות שסעיפים אלו חלים לגביהן, הרי שלנוכח חיוניות המוצר או השירות המסופק על ידן, יוסט לצדדים השיקול העסקי של החברה הממשלתית ותועדף בכל מקרה הנורמה המחייבת את החלת כללי המשפט הציבורי.

4.104 ומכלל לאו זה מבקשים אנו להסיק את ההון, לפיו ביחס לכל שאר החברות הממשלתיות, יחולו כללי המשפט הציבורי בכפוף להלכת ההשתחררות המאפשרת לסטות מכללים אלו כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת.

ד(2) "שיקולי פעולה אחרים"

4.105 המסקנה האמורה עולה גם מן ההבחנה הקבועה בסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות, לפיה רשאית הממשלה ליטול מן החברה

102 דוק, ועדת ברק המליצה להרשות לממשלה להחיל רק את כללי איסור ההפליה החובה לנהוג על בסיס של שוויון. ואולם, סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות מתייחס לכללים החלים על גוף "הממלא תפקיד ציבורי על פי דין", וגוף הממלא תפקיד ציבורי כפוף לכלל כללי המשפט הציבורי, אשר על פיהם מבקר בג"צ את הגופים הכפופים לביקורתו.

הממשלתית אף את המאפיין היסודי ביותר של חברה רגילה, הלא היא כוונת הרווח, ולהתוות לה שיקולי פעולה אחרים, לא כלכליים, כפי שנראה להלן.

4.106 ועדת מוזס¹⁰³ התייחסה לשאלה, אם מן הראוי שחברה ממשלתית, שתכליתה הראשונה אינה לעסוק במסחר, אלא למלא מטרות לאומיות, תשאף להיות רווחית ועד כמה "בריאה" היא שאיפה זו. בהקשר זה התוותה ועדת מוזס קו דק ביותר הרואה ברווחים - אך ורק אינדיקציה ותמריץ ליעילות החברה ולא מטרה העומדת בפני עצמה. משום כך, כאשר נוצר ניגוד בין יעד הרווחיות לבין יעדים אחרים, הרי שיש להעדיף את היעדים האחרים על פני השיקול העסקי. ועם זאת, כדי שלא לשבש את האינדיקציה הכלכלית בדבר מידת יעילותה של החברה הממשלתית, שמעניק גורם הרווח במאזן החברה, הומלץ לפצות את החברה הממשלתית בגין הפעילות הגרעונית, באמצעות תשלום מיוחד מתקציב המדינה, כך שהחברה הממשלתית לא תוכל לתלות את הקולר של הפסדיה בפעילות לא רווחית שנעשתה מטעמים לאומיים.¹⁰⁴

4.107 נמצא כי מטרת הרווח אינה יעד כשלעצמו, ואולם היעילות הכלכלית של החברה הממשלתית מהווה יעד לאומי, אשר מן הראוי להקדיש תקציב מיוחד כדי להגשימו. הטעם לכך הוא בעיקר כי חברה ממשלתית, הנשענת לאורך זמן על תקציב ממשלתי ואינה מצליחה לנסות ולהגיע לעצמאות תוך התמודדות עם תנאי השוק, עלולה לאבד את זכות הקיום שלה ולהוות גורם שלילי ומלאכותי במשק. כלכלנים רבים הדגישו כי חברה ממשלתית שהמשך קיומה מתאפשר רק על ידי סובסידיות והגנת מכס, מזיקה לאינטרס הציבורי. כך נומקה באנגליה הדרישה שהועלתה ביחס לתעשיות המולאמות כי חברות אלו תישפטנה בהתאם ליכולתן להשיג תשואה על ההון שלהן ובהתאם ליעילותן בהפעלת משאביהן.

בהתאם לכך קבע "הספר הלבן" בבריטניה משנת 1967, בדבר "מטרות כלכליות ופיננסיות", כי יש לשפוט חברות בבעלות המדינה על פי קריטריונים זהים לאלה של חברות פרטיות ולחייבן להשיג תשואה על

103 דו"ח ועדת מוזס, לעיל הערה 5, בעמ' 25: "אחד היעדים, החייב להזכר כאן במפורש, הוא השאיפה לרווחים. השאיפה לרווחים בלבד לא תהווה בדרך כלל מניע לממשלה לייסד חברה... מאידך כאשר מתכוונים לנהל פעילות עסקית במסגרת של חברה, יהיה זה בדרך כלל רצוי לכלול את השאיפה לרווחיות בין היעדים. שאיפה זו מהווה מניע חיוני ליצירת גישה עסקית ותחשיב עסקי, ובכך היא מגבירה את התמריצים לשיפור הפעולה ולהגברת היעילות."

104 ובלשון ועדת מוזס, שם, "הדרך הטובה ביותר תהיה, לעיתים קרובות, מתן תשלום מיוחד מתקציב המדינה לביצוע פעולות מסוימות הממלאות יעדים ממשלתיים, על מנת לסלק סתירה בין היעדים."

ההון הציבורי המושקע בהן. דו"ח זה המליץ לזהות את העלות החברתית של תביעות בלתי כלכליות מהתאגידים הממלכתיים, הנובעים ממשימות ויעדים לאומיים, ולממנה מתקציב המדינה, אך להפריד עלות זו מהפעילות התפעולית, על ידי רישומה בספרי החברה כסובסידיה ממשלתית.¹⁰⁵

4.108 דא עקא, אימתי נדרשת החברה לפעול לשם השגת צרכים לאומיים שאינם תואמים את האינטרס העצמי שלה? כלפי איזו סיטואציה מכוונים המלצותיה של ועדת מוזס?

ועדת ברק אכן המליצה כי השרים יהיו מוסמכים ליתן הוראות לחברה הממשלתית, ובהתאם להצעה זו ציינה ועדת ברק כי במקרה שבו מדובר בחברה שאחת ממטרותיה הינה השגת רווח, על השרים שהורו לחברה לפעול באופן לא כלכלי, לדאוג לפיצוי כספי ישיר לחברה מתקציב המדינה בגין הפסד זה (סעיף 47 להצעת החוק שנוסחה על ידי ועדת ברק).¹⁰⁶

ואולם, הצעת ועדת ברק בהקשר זה לא התקבלה, ובחוק החברות הממשלתיות צעד המחוקק בעקבות דו"ח ועדת מוזס ולא כלל הסמכה פורמלית לשרים המתירה להם להתערב בניהול החברה ולהורות לדיירקטורים של החברה הממשלתית לפעול בדרך מסוימת. בהעדר הוראות של שרים, נמצאת החברה הממשלתית מנווטת על ידי הדיירקטוריון באופן מלא. על הדיירקטורים לבחון את טובת החברה, ומקום שבו מדובר בחברה ממשלתית עסקית, שלא נאסרה בה חלוקת רווחים, עליהם להעדיף לכאורה את השיקול העסקי על פני השיקול הממלכתי. אימתי עלולה אם כן החברה הממשלתית להיקלע למצב שבו היא מבצעת פעילות, המסיבה לה נזקים כלכליים ואשר ננקטה משיקולים לאומיים? אימתי תעדיף החברה הממשלתית שיקולי פעולה אחרים אלה?

105 ראה פרופ' י' אהרוני בספרו, לעול הערה 30, בעמ' 83.

106 דו"ח ועדת ברק, לעול הערה 2, בעמ' 54-55: "חשיבות מיוחדת יש לקביעה אם מטרת החברה היא לשם רווח אם לאו. הדבר קשור במישרין בסמכותם של השרים להורות לדיירקטורים המתמנים על דם כיצד עליהם לפעול. הצעת החוק קובעת כי במקום שהוראה זו גורמת הפסד כספי מבחינת החברה הממשלתית והיא עומדת בניגוד למה שנראה לדיירקטורים בתום לב כטובתה של החברה, על השרים לדאוג לפיצוי כספי ישיר לחברה... במקום שנקבע מראש במטרות החברה כי עליה לפעול להגשמת מטרת מסוימת אף שאין בהן רווח, ואולי אף הפסד, הרי שבהגשמת מטרה זו לפי הוראת השרים אין החברה זכאית לפיצוי כספי, שהרי עניינה של החברה הוא לפעול לשם הגשמת מטרה ילא רווחית".

4.109 דומנו כי התשובה לשאלה זו נעוצה בהוראת סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות. אכן, המלצת ועדת ברק לפיה יוכלו השרים להורות לדירקטורים בחברה הממשלתית כיצד לנהוג, אינה כלולה בחוק החברות הממשלתיות. ואולם, בסעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות נקבע כי החברה תפעל על פי שיקולים עסקיים "זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הוועדה, שיקולי פעולה אחרים". השרים ואף הממשלה כולה לא הוסמכו אם כן באופן פורמלי בחוק החברות הממשלתיות להורות לדירקטורים כיצד לפעול ביחס לעניין ספציפי, ואולם הממשלה רשאית, באישור ועדת הכספים של הכנסת, להתוות לחברה הממשלתית שיקולי פעולה, אשר על פיהם תנהג החברה הממשלתית ואשר לפיהם ינחו עצמם הדירקטורים. ושיקולי פעולה אחרים אלו מוסמכת הממשלה להתוות - אף כאשר אלו נוגדים את האינטרס העסקי של החברה הממשלתית.¹⁰⁷

4.110 נמצאת למד כי אף במישור החיוני ביותר להגדרתה של החברה הממשלתית כגוף פרטי, הלא הוא מרווח השיקולים אשר על פיהם מתנהל גוף עסקי פרטי, מוסמכת הממשלה להתוות קווי פעולה אחרים, השייכים לסוג השיקולים המובא בחשבון בשיקולי גוף ציבורי - אך לא בין שיקוליה של חברה פרטית השואפת להשיג רווח. עובדה זו מצטרפת לשליטת הממשלה בחברה הממשלתית, לאי תחולתו של כלל אי ההתערבות במישור המעשי ולמסקנה העולה לכאורה מהוראת סעיף 4(ב)

107 לכאורה, מתעורר קושי חמור: מהו ההבדל בין התוויית שיקולי פעולה מכוח סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות - המותרת, לבין מתן הנחיות - האסורה? האם משמעונו של סעיף 4(א) הינה כי המחוקק אימץ את המלצת ועדת ברק, אף בהקשר זה של מתן הנחיות לדירקטורים בחברה הממשלתית? א' גרא, בעבודת הגמר הנוכרת, לעיל הערה 100, בעמ' 49-48, מציע להבחין בין מתן הנחיה לכלל החברות הממשלתיות (כגון, הנחיה להעדיף תוצרת הארץ) המהווה קביעת "שיקולי פעולה אחרים" והינה מותרת, לבין הנחיה לחברה ממשלתית ספציפית, שהינה בגדר מתן הוראות והינה אסורה. דא עקא שבסעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות נאמר "זולת אם קבעה לה הממשלה... שיקולי פעולה אחרים". "קבעה לה" משמע, לחברה הממשלתית המסוימת, ועל אף זאת הדבר מותר. נראה לנו על כן כי ההבחנה הינה בין מתן הוראה, המהווה הכרעה בשאלה ספציפית, לבין התוויית שיקולי פעולה כלליים לחברה ממשלתית מסוימת, אשר על פיהם יוכרעו בעתיד נושאים רבים. ואם תמצוי לומר, וזחי למעשה הבחנה בין התוויית מדיניות כוללת לבין התערבות פרטנית בנושא ספציפי. נוסחה דומה נקבעה באנגליה לעניין היחס שבין השר האחראי לבין ה-Board של התעשיות המלאמות. לשר הותר ליתן הנחיות לחברות אלו, כל עוד שהמדובר ב:

"Directions of a general character as to the exercise and performance by that corporation of their functions in relation to matters appearing to the Minister to affect the national interest".

לעניין זה ראה גם דו"ח ועדת ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 33-32, וראה דעתו של פרופ' י' גרוס במאמרו הנוכחי, לעיל הערה 60 בעמ' 359-358 לפיה, על אף שהמלצת ועדת ברק בדבר האפשרות שדירקטור בחברה ממשלתית יקבל הוראות מן הממשלה כיצד להצביע לא נתקבלה, הרי שכל זאת: "פרט למקרה, כנראה, שבו קבעה הממשלה לגבי חברה פלנית כי תפעל שלא על פי שיקולים עסקיים". לאמור, בחברה שנקבעו לגביה שיקולי פעולה אחרים, רשאית הממשלה למעשה ליתן אף הנחיות, בדרך של קביעת מדיניות.

לחוק החברות הממשלתיות, ויש בה כדי ללמד כי החברה הממשלתית הינה אורגן ועצם מעצמה של הרשות הציבורית.

ד(3) הוראות חוק הממחישות את השוני הנורמטיבי

4.111 עד כמה משנה קיומו של סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות, המאפשר לממשלה להתוות לחברה הממשלתית שיקולי פעולה אחרים, את כל מהותה של החברה הממשלתית ומבדיל בינה לבין החברה הרגילה, ניתן ללמוד משתי הוראות החוק הבאות.

א. רכישת מניות על ידי המדינה

4.112 סעיף 9 לחוק החברות הממשלתיות קובע כי אם רוכשת מניות בחברה, באופן ההופך את החברה לחברה ממשלתית - דהיינו, ברכישת מניות בחברה אשר בעקבותיה הופכת המדינה להיות בעלת יותר מ-50% ממניות החברה או בעלת הכוח למנות יותר מ-50% מן הדירקטורים בחברה - אזי "חייבת המדינה לקנות את המניות של שאר בעלי המניות שרצונם בכך, למעט מניות בכורה הניתנות לפדיון".¹⁰⁸

4.113 ודוק, כאשר המדינה רוכשת רק מחצית מן המניות בחברה, אין עליה חובה לרכוש את מניות שותפיה. רק כאשר עוברת המדינה את מחסום ה-50% ורוכשת 51%, חלה עליה החובה לרכוש את המניות של שאר בעלי המניות שרצונם בכך. ונשאלת השאלה מדוע?

ההבדל נעוץ לכאורה בכך, שכל עוד אין הממשלה מחזיקה ב-51% בחברה, מוגדרת חברה זו כ"חברה מעורבת" ולא כ"חברה ממשלתית".¹⁰⁹

אכן, גם על "חברה מעורבת" חלות הוראות רבות מאלו הקבועות בחוק החברות הממשלתיות כמפורט בסעיף 58 לחוק החברות הממשלתיות. ואולם, סעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות, המתיר לממשלה לקבוע

108 בהקשר זה מבואר בדברי ההסבר להצעת החוק (לעיל הערה 13, דברי הסבר לסעיפים 10-11): "הפיכת חברה לא ממשלתית לחברה ממשלתית יש בה תוצאות רבות לגבי בעלי המניות, לאור ההוראות המיוחדות של החוק המוצע. לכן מחייב סעיף 10 לחוק החברות הממשלתיות לקנות במקרה כזה את מניותיהם של כל שאר בעלי המניות שלא ירצו להשאר חברים בחברה".

כמו כן ראה: "אהרונזון בספרו, לעיל הערה 30, בעמ' 176-183.

109 סעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות, הגדרת "חברה ממשלתית" הגדרת "חברה מעורבת".

לחברה הממשלתית "שיקולי פעולה אחרים", אינו חל על ה"חברה המעורבת".¹¹⁰

הפיכת החברה מחברה מעורבת לחברה ממשלתית משנה אם כן באופן מהותי ביותר את החברה, מגוף מסחרי פרטי לגוף ציבורי שאינו בהכרח מסחרי, וזאת מכיוון שהממשלה מוסמכת, מכוח סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות, להתוות לגוף קווי פעולה "אחרים" - לאו דווקא כלכליים. שינוי זה מחייב כי הממשלה תרכוש את מניות כל שאר בעלי המניות שרצונם בכך.

4.114 עובדה זו מקבלת ביטוי חד ביותר בהוראת סעיף 9(ה) לחוק החברות הממשלתיות, לפיה אף בחברה ממשלתית, שבה בחרו השותפים להישאר בעלי מניות בחברה, בהתעלם מן הסטטוס המיוחד של החברה, הרי שאם "החליטה הממשלה כאמור בסעיף 4(א)" דהיינו - אם קבעה הממשלה בפועל "שיקולי פעולה אחרים" לחברה - שוב זכאים אותם בעלי מניות בחברה הממשלתית לפרוש מן הגוף שמהותו שונתה, והממשלה חייבת לרכוש את המניות של שאר בעלי המניות שרצונם בכך. מסעיף זה עולה אם כן בבירור כי אכן העילה להוראת המחוקק המאפשרת לבעלי מניות לכפות על הממשלה לרכוש את מניותיהם, נעוצה בתחולתו של סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות, החל על החברה רק משהפכה לחברה ממשלתית כהגדרתה בחוק.

4.115 נמצאת למד כי ההבדל בין חברה שחל עליה סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות, לבין חברה שסעיף זה אינו חל עליה הוא כה מהותי, עד כי המחוקק ראה לנחוץ, משום ההגינות, לאפשר לשאר בעלי המניות, שרכשו מניות בחברה עסקית ונמצאו אוחזים במניות חברה שמהותה השתנתה, לכפות על הממשלה לרכוש את מניותיהם.

ב. מכירת מניות על ידי המדינה

4.116 זאת ועוד, הניסיון לימד כי כאשר מבקשת הממשלה להנפיק מניות של חברה ממשלתית בבורסה לניירות ערך, הציבור אינו רוצה לרכוש את המניות, כל עוד חל על החברה סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות המאפשר לממשלה לקבוע לחברה "שיקולי פעולה אחרים". משום כך חוקק "חוק החברות הממשלתיות (תיקון).

¹¹⁰ סעיף 58 לחוק החברות הממשלתיות מונה את סעיפי החוק שיחולו גם על "החברה המעורבת", וסעיף 4 לחוק החברות הממשלתיות אינו כלול ביניהם.

התשמ"ז-1986", אשר הוסיף את סעיף 63 לחוק החברות הממשלתיות¹¹¹ והקובע לאמור:

"ההוראה המסמיכה שבסעיף 4(א) או הוראות סעיף 33(ג) לא יחולו על חברה, אשר הממשלה באישור הועדה, החליטה שטעמים של הצעת מניות לציבור בחו"ל מחייבים שלא להחילן עליה".

לאחר מכן, חוקק גם חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 2), התשמ"ט-1989,¹¹² הקובע כי המילים "בחוף לארץ" שבסעיף 63 לחוק החברות הממשלתיות - ימחקו.

בהתאם לתיקון נוסף זה נמצא כי גם בעת הצעת מניות של חברה ממשלתית לציבור בישראל, מוסמכת הממשלה "להתפרק" מן הסמכות המסורה בידה לקבוע לחברה הממשלתית המועמדת להנפקה "שיקולי פעולה אחרים".

4.117 נמצא כי כדי להנפיק חברה ממשלתית נדרש בראש ובראשונה תיקון בחוק, שאיפשר לממשלה לשלול את האפשרות כי תוכל לתת הנחיות לחברה הממשלתית, בדרך של "התווית שיקולי פעולה אחרים". חברה שהממשלה רשאית ליתן לה הנחיות בנושאים שבמדיניות, בדרך של התווית "שיקולי פעולה אחרים", איננה חברה עסקית. ואכן, הפרטה של חברה ממשלתית אינה עולה בקנה אחד עם סעיף 4(א) לחוק החברות

111 ס"ח 1170, התשמ"ז, עמ' 107. דברי ההסבר להצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון), התשמ"ז-1986, פורסמו בה"ח 1778, התשמ"ז, עמ' 210, ובהם הובהר הצורך בתיקון זה כדלקמן: "מספר חברות ממשלתיות שביקשו לגייס הון מהציבור בחו"ל נתקלו בקשיים בביצוע ההנפקה בגלל התביעה של משקיעים זרים לרכוש את מניות החברה. רחיעה זו נובעת מקיום סמכותה של הממשלה לקבוע לחברה, באישור ועדת הכספים של הכנסת, שיקולי פעולה שאינם עסקיים, מכח סעיף 4(א) לחוק, וכן מהוראות סעיף 33(ג) לחוק, הקובע כי החלטת דירקטוריון החברה בדבר ייעוד רווחיה טעונה אישור רשות החברות הממשלתיות.

נוכח החשיבות שבגיוס הון בידי החברות בחו"ל הקושי לבצע את ההנפקות... מוצע להסמיך את הממשלה להחליט, באישור ועדת הכספים של הכנסת, לפטור את החברה המנפיקה מהוראות סעיף 4(א) או 33(ג) לחוק, אם תשוכנע כי העניין שיש לציבור בהצלחת גיוס ההון בחו"ל עדיף על העניין הקיים בתחולתן של ההוראות האמורות".

כמו כן ראה דברי הכנסת, חוברת כו, עמ' 2658, דברי הכנסת, עמ' 2817, בעת שתיקן זה נדון בכנסת. ס"ח 1279, תשמ"ט, עמ' 66. בהצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 2), התשמ"ח-1988 (פורסם בהצ"ח 1888, תשמ"ח, עמ' 220), הובהר הצורך בתיקון נוסף זה כדלקמן:

112 "סעיף 63 הוסף לחוק לאחר שמספר חברות ממשלתיות ביקשו לגייס הון בחו"ל, אך התברר שהוראת סעיפים 4(א) ו-33(ג) מרתיעה משקיעים זרים לרכוש את המניות של חברות אלו. מאחר שמדיניות הממשלה היא למכור את אחזקותיה בחברות ממשלתיות וכן לאפשר לחברות ממשלתיות לגייס הון מן הציבור למימון תוכניות פיתוח, במקום מימון מתקציב המדינה, מוצע להרחיב את ההסמכה שבסעיף זה גם מטעמים של הצעת מניות לציבור בישראל" (ההדגשה הוספה).

כמו כן ראה דברי הכנסת, מיום 14.7.89, עמ' 2870.

הממשלתיות, שכן סעיף זה הופך את החברה הממשלתית לאורגן של הממשלה, אשר עקרונות יסודיים ביותר של דיני חברות אינם חלים לגביה, ומשום כך לא חפץ הציבור בחוץ לארץ ובישראל לרכוש מניות בחברות ממשלתיות, כל עוד נותרו במתכונתן האמורה.

4.118 ולא בכדי חשש ציבור המשקיעים מפני רכישת מניות בחברות הכפופות להוראת סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות. סעיף 4(א) האמור מאפשר למעשה לממשלה ליתן לחברה הממשלתית הנחיות בנושאים שבמדיניות, באופן שיחייב אותה להעדיף צרכים לאומיים על פני שיקולים עסקיים רגילים. אכן, הצעת ועדת ברק לאפשר לשרים ליתן לדירקטוריון החברה הממשלתית הנחיות בכל נושא ובכל תחום לא נתקבלה. אך חלף זאת מוסמכת הממשלה, מכוח סעיף זה, באישור ועדת הכספים, לחייב את החברה הממשלתית לנקוט בקווי פעולה שאינם עסקיים. בכך יש כדי לאפשר לבעלי מניות השליטה בחברה הממשלתית (המדינה) להתערב בשיקולים של ניהול, ואף גרוע מכך - לאפשר לה להסיט את החברה הממשלתית ממסלולה העסקי, בלא שיינתן לה פיצוי כלשהו בגין כך מאוצר המדינה.

4.119 סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות יוצר למעשה חייץ בין החברה הממשלתית לבין החברה הרגילה ומעביר את החברה הממשלתית מן המישור הפרטי העסקי אל המישור הציבורי. לעניין זה אין נפקות לעובדה כי בפועל לא הפעילה הממשלה את סמכותה מכוח סעיף זה, וכי השרים מסתפקים במתן הוראות לא פורמליות לדירקטורים, תוך שהם שולטים בתקציב החברה, במינוי אנשי המפתח ובשכרם ובכל המידע הזורם בה. עצם תחולתו של סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות, המאפשר למעשה לשרים ליתן לחברה הממשלתית הנחיות בנושאים שבמדיניות ולחייבה לפעול בהתאם לשיקולים שאינם כלכליים, די בו כדי להגדיר את החברה הממשלתית בחברה הניצבת בצידו הציבורי של המתרס.

4.120 מסקנתנו כי החברה הממשלתית הינה יותר "ממשלתית" מאשר "חברה" וכי היא מהווה חלק אינטגרלי מן המנגנון הציבורי, הן מכוח השתלבותה בו והן מכוח מהותה, זוכה אם כן לאישור נוסף לנוכח הוראת סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות, והדרך שבה נתפס סעיף זה בעיני הציבור בחיי המעשה. גם משום כך, מן הדין להתייחס אל החברה הממשלתית כפי שמתייחס המשפט לכל שאר רשויות המינהל הציבורי ולהחיל עליה את הנורמות הנהוגות ביחס לגופים ציבוריים.

ה. מסקנת הדברים

מן הניתוח דלעיל בדבר אופיה, מטרותיה ודרך ניהולה של החברה הממשלתית עולה שורת המסקנות שתפורט להלן.

דרך ניהול החברה הממשלתית

4.121 הממשלה שולטת על תקציבה של החברה הממשלתית ועל ההשקעות בה. הממשלה ממנה בחברה הממשלתית שורה של אנשי מפתח, מלבד רוב הדירקטורים. הממשלה קובעת את תנאי השכר של נושאי המשרה בחברות הממשלתיות. כל פיסת מידע מועברת באמצעות כמה וכמה מנגנוני פיקוח הדוקים הישר אל הממשלה. בשורה ארוכה של נושאים טעונה החלטת החברה הממשלתית אישור של רשות החברות הממשלתיות, אישור השרים הממונים ולעיתים אף אישור הממשלה כולה, ובכלל זה בתחום ייעוד רווחי החברה. נוסף לכך, עובדי מדינה במשרדים הממונים על החברה הממשלתית משרתים כדירקטורים בחברה זו ומקבלים מידע פנימי ביותר על מעשיה ותוכניותיה, דבר שלא ייתכן להסבירו בלא לראות בחברה הממשלתית עצם מעצמה של הממשלה. כמו כן כפופה החברה הממשלתית לביקורת המדינה לנוכח היותה גוף ציבורי שהממשלה משתתפת בניהולו.

ואם בכל הזיקות ההדוקות הללו לא סגי, הרי שנקבע חוק ההסדרים, אשר איפשר לממשלה להשתמש ביתרות החברה הממשלתית לצורכי משק שונים - בהתעלם מטובת החברה, וחוקק חוק הפיקוח המאפשר לשר האוצר, באישור הממשלה, להעביר במחי יד את החברה הממשלתית לניהול ישיר משולחנו.

4.122 זיקה הדוקה זו של החברה הממשלתית לממשלה, המתבטאת בגורמים כה רבים, מחייבת כשלעצמה לראות את החברה הממשלתית כזרוע ביצועית של הממשלה ומתחייבת התייחסות נורמטיבית וזהה כלפי המחלקות הממשלתיות וכלפי החברות הממשלתיות כזרועות ביצוע שונות של אותו גוף גדול (הממשלה), המתווה את המדיניות הכלכלית של המשק באמצעות אורגנים שונים. בחינת מהות החברה הממשלתית, בחינת מטרותיה ובחינת דרך ניהולה מובילות כולן למסקנה וזהה.

4.123 זאת ועוד, בחברה הממשלתית הלכה פסוקה היא כי השרים רשאים להביע את דעתם, ולמעשה לא נשמר כלל אי ההתערבות, שהינו מרכיב

יסודי בדיני החברות ובכללי המשחק הנובעים מעקרון האישייות המשפטית הנפרדת. החברה הממשלתית מקבלת אם כן הנחיות מן השרים, ומהווה גוף הפועל להגשמת המדיניות הנקטת על ידם.

4.124 בנוסף, סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות מאפשר לממשלה לקבוע כי חברות ממשלתיות מסוימות יהיו כפופות לכללי המשפט הציבורי - בכל מקרה. חברות אלו עוסקות בהספקת שירות או מצרך חיוניים, ובהן אין כוונת הרווח עיקר.

ביחס לנסיבות אלו נקבע כי אף אם התוצאה מתחולתם של כללי המשפט הציבורי תהא כרוכה במחיר כלכלי כבד, אין לוותר על הנורמות המבטיחות הספקתם ההוגנת והסבירה של מצרכים או שירותים חיוניים אלו למי שנוקק להם. משהוצב קו מטרה שכזה, הרי שהמסקנה לפיה יחולו נורמות של משפט ציבורי ביחס לכלל החברות הממשלתיות רק כל עוד שהן אינן מתנגשות בצרכים עסקיים חיוניים, שוב אינה מרחיקת לכת.

4.125 ובכלל, לאור חקיקת חוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992, המטיל ממילא על החברה הממשלתית את הנורמה המכבידה ביותר ליישום מבחינה כלכלית, מתחום המשפט הציבורי (חובת המכרז), ולנוכח ההתקרבות הכוללת שבין המשפט הפוזיטיבי הנוהג המיושם על ידי בתי המשפט בתחום המשפט הפרטי לבין המישור הפוזיטיבי ביישום הנורמות המוחלות על הרשות בפעולתה בתחום המשפט הפרטי, בפי שיבואר להלן, הרי שמסקנה זו שוב אינה מרחיקת לכת כלל ועיקר.

אופי החברה הממשלתית

4.126 מסקנה זו מקבלת חיזוק רב גם לנוכח אופיה של החברה הממשלתית. הדירקטוריון הוא אבן הפינה במערך הניהול של החברה הממשלתית ועליו להתמודד עם דילמה מובנית ולהכריע באופן שיטתי ויום יומי בין האינטרס "הפרטי" של החברה הממשלתית להיות יעילה ולהפיק רווח, לבין האינטרס הציבורי שהופקד בידיה. מלאכת איזון עדינה זו בין כוונת רווח, יעילות עסקית ואורח פעולה המאפיין גוף פרטי מחד גיסא, לבין האינטרס הלאומי שלשמו פועלת החברה הממשלתית, כמו גם ציפיות הציבור כי חברה זו תפעל כיאות לגוף המזוהה בעיניו עם המינהל הציבורי מאידך גיסא, הופקדה בידי של הדירקטוריון כאורגן של החברה הממשלתית המתווה את דרכה. תפקיד מעין שיפוטי זה, שהופקד בידי אורגן של החברה הממשלתית מחייב לדידנו את החלתם של כללי

המשפט הציבורי, בהיותו כרוך מטבעו בחובת אמון, המחייבת לנהוג בהגינות הראויה. מלאכת איזון עדינה זו יוצרת כשלעצמה חובת אמון כלפי הציבור, כפי שהסקנו בפרק ג לעיל מניתוח פסק הדין בעניין Bromley, ועל חובת אמון זו מושתתים כללי המשפט הציבורי.

4.127 לדעת ועדת ברק, מלאכת איזון זו הינה עדינה מדי מכדי להפקידה בידי של דירקטוריון עצמאי ויש לאפשר לשרי הממשלה להתערב בניהול החברה וליתן הוראות שוטפות כדי לשמור על האינטרס הציבורי שלשמו הוקמה החברה הממשלתית. בהתאם לגישה זו, החברה הממשלתית אינה ממלאת תפקיד של איזון בין האינטרסים כאמור, ותפקיד זה מצוי באחריותו של השר הממונה.

ואולם, בהתאם לגישה זו, החברה הממשלתית הינה גוף המנוהל במידה רבה מאוד במישרין על ידי השר הממונה המוסמך להורות ככל הישר בעיניו. בנסיבות אלה אין לחברה הממשלתית תפקיד המחייב כשלעצמו החלת נורמות מן המשפט הציבורי - אך בהיותה זרוע של הממשלה הרשאית להורות ככל העולה על רוחה, ייתכן כי נורמות של משפט ציבורי חלות עליה מחמת ביצועה של מעין "הרמת מסך" בין החברה הממשלתית לבין מי שבפועל מנחה אותה ומתווה את דרך פעילותה.

ואולם, חוק החברות הממשלתיות לא אימץ את דו"ח ברק במלואו, ולא התיר לשרים ליתן הוראות ניהול שוטפות. מלאכת האיזון בין האינטרסים הנוגדים נותרה אם כן בידי דירקטוריון החברה הממשלתית. תפקיד זה של איזון בין האינטרס "הפרטי" של החברה הממשלתית לבין האינטרס הציבורי שעליו היא מופקדת ושלשמו הוקמה, מהווה "תפקיד ציבורי" והוא מוטל על החברה הממשלתית כתוצאה מן המבנה המשפטי שיצר חוק החברות הממשלתיות. זהו אם כן לדעתנו "תפקיד ציבורי על פי דין", על כל הנובע מכך.

4.128 עם זאת, המחוקק אימץ חלק אחר מהמלצותיו של דו"ח ברק בהקשר זה, ואיפשר לממשלה להתוות "שיקולי פעולה אחרים" לחברה הממשלתית (סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות). "שיקולי פעולה אחרים" אלו משמעם, כי החברה תעדיף צרכים לאומיים שונים על פני שיקולים עסקיים.

החברה הממשלתית אינה חייבת אם כן להתנהל כגוף פרטי ובדבר הממשלה עליה לנקוט בקווי פעולה שלפיהם מנוהל גוף ציבורי, וזאת אף

ללא פיצוי מתקציב המדינה. משום כך, רשאים בעלי מניות פרטיים לחייב את הממשלה לרכוש את מניותיהם, לנוכח תחולתה של הוראת חוק זו, ומשום כך מחייבת הנפקת מניות החברה הממשלתית והצעתם לציבור הרחב בחוץ לארץ או בישראל, כי הממשלה תוותר על סמכותה להתוות קווי פעולה ולקבוע "שיקולי פעולה אחרים" לחברה הממשלתית, אף שבעקבות ההנפקה תשאר עדיין המדינה בעלת 51% מן המניות או מן הסמכות למנות את רוב הדירקטורים.

נמצא כי על אף שמלאכת האיזון היום יומי והשוטף בין האינטרסים הנוגדים נותרה בידי הדירקטוריון באופן בלבדי, הרי שבכל הנוגע לנושאים שבמדיניות, מוסמכת הממשלה להתוות קווי פעולה ולקבוע לחברה שיקולי פעולה "אחרים" - שאינם עסקיים. זאת נוסף לעובדה כי הלכה ולמעשה נותנים השרים הנחיות לדירקטורים בחברה הממשלתית כשבת המשפט נותן לתופעה זו לגיטימציה על אף שיש בכך חריגה מסוימת מכלל אי ההתערבות, השורר בדיני החברות.

4.129 סעיף 4(א) סיפא לחוק החברות הממשלתיות המאמץ את מסקנות דו"ח ברק ביחס לסמכות הממשלה להתוות מדיניות בלתי עסקית לחברה הממשלתית לנוכח קיומם של צרכים לאומיים, מלמד כי החברה הממשלתית מהווה מבחינת אופיה, חלק מן המנגנון הציבורי. תפקיד האיזון בין האינטרסים הנוגדים המוטל על החברה הממשלתית, על חובת האמון כלפי הציבור הנלווית לו, והוראת סעיף 4(א) האמורה, המאפשרת לממשלה להסיט את החברה הממשלתית מעקרונות היסוד של דיני החברות בדבר הפעלת החברה על ידי מנהליה מתוך שאיפה לדאוג להשאת טובת החברה בלבד ובהתעלם משיקולים לאומיים, מחייבים לראות בחברה הממשלתית גוף ציבורי, אשר הנורמות המשפטיות התואמות למהותו הן הנורמות של המשפט הציבורי.

4.130 הניתוח המשפטי דלעיל בדבר מהותן, תכליתן ודרכי הפעלתן של החברות הממשלתיות, מוביל לכאורה למסקנות חד משמעיות המחייבות החלה מלאה של כללי המשפט הציבורי על החברות הממשלתיות.

ואולם, אין הכרח להגיע למסקנה קיצונית זו וניתן להתחשב בצרכים העסקיים של החברות הממשלתיות, בהתבסס על ניתוח חובת האמון שחבות החברות הממשלתיות לציבור הרחב, מפאת אופי תפקידן אם כי לא מחמת עצם מהותן. תוצאה זו מדמה את החברה הממשלתית לתאגיד הסטטוטורי, תוך שהיא מאפשרת לחברה הממשלתית להשתחרר

מנורמות מסוימות כשצרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת. גישה זו משווה סטטוס מיוחד לחברה הממשלתית ומקנה לה זכות קיום, אף בעת שצרכים לאומיים אינם מחייבים עוד כשלעצמם את בעלות המדינה, ואף בעידן של הפרטה, העלולה להביא לתופעות של שרירות ואי צדק, כתוצאה מריכוז כוחות ללא משקל נגד משפטי בידי גוף פרטי, שאינו חייב לציבור חובת אמון והרשאי לנהוג אף באופן לא רציונלי.

פרק ה

התאגיד הממלכתי בקנדה, באנגליה ובארצות הברית

- א. מבוא
- ב. התאגידים הלאומיים בקנדה
- ב(1) הגדרה
 - ב(2) טעמי הקמה
 - ב(3) דרכי הקמה
 - ב(4) מיון התאגידים הממלכתיים לסוגים עיקריים
 - ב(5) הזיקה לממשלה
 - ב(6) מעמדן המשפטי של החברות הממשלתיות בקנדה
 - ב(7) מבחן השליטה והמסקנה המתבקשת
 - ב(8) "שלוח הכתר" – נפקויות
 - ב(9) שליטת הממשלה באמצעות דיני הנאמנות
 - ב(10) סיכום
- ג. התאגידים הממלכתיים באנגליה
- ג(1) פתח דבר
 - ג(2) הגדרה
 - ג(3) הפעילות שמבצעים התאגידים הממלכתיים
 - ג(4) אופיו ומאפייניו של התאגיד הממלכתי
 - ג(5) מתן הוראות על ידי השר הממונה
 - ג(6) מעמדו המשפטי של התאגיד הממלכתי באנגליה
 - ג(7) החלת כללי המשפט הציבורי על התאגיד הממלכתי
 - ג(8) מסקנת הדברים
- ד. התאגידים הממלכתיים בארצות הברית
- ד(1) פתח דבר
 - ד(2) סמכויות הקמה ודרכי הקמה – רקע היסטורי
 - ד(3) מהותו של התאגיד הממלכתי
 - ד(4) מעמדו המשפטי של התאגיד הממלכתי
 - ד(5) מתחם השיקולים להגדרתו של גוף כזרוע הארוכה של הרשות
 - ד(6) מסקנת הדברים
- ה. סיכום

א. מבוא

5.1 המדינה המודרנית מעורבת באין ספור תחומים וכמעט שאין אתר, זווית ופינה הפנויים ממעורבותה. בה רבה היא מעורבות זו, עד כי הפרט רואה בה תופעה טבעית, כביכול "כך היא דרכו של עולם". ולא זו בלבד שהציבור הסתגל לכך, אלא שהוא אף חדל להרגיש עד להיכן מגיעה מעורבות זו.

5.2 להמחשת הדברים יפים דבריו של (Sidney Webb by) In Collectivism : (Vandervelde)

"The Individualist City Councillor walks along the municipal pavement lit by municipal gas, and cleansed by municipal brooms with municipal water and seeing by the municipal clock in the municipal market that he is too early to meet his children coming from the municipal school, hard by the county lunatic asylum and the municipal hospital, will use the national telegraph system to tell them not to walk through the municipal park, but to come by the municipal tramway to meet him in the municipal reading room, by the municipal art gallery, museum and library, where he intends to consult some of the national publications in order to prepare his next speech in the municipal Town Hall in favor of the nationalization of canals and the increase of the government control of the railway system".

5.3 מעורבות זו של המדינה בפעילות המשק נעשית במידה רבה באמצעות תאגידים ממלכתיים. בכל עת שמתעורר צורך לייחד גוף מסוים לפעילות מסיבית במיוחד של המדינה בתחום מסוים, מוקם לשם כך תאגיד ממלכתי. התאגיד הממלכתי משמש על כן במצבים ובתחומים רבים בהתאם למידת מעורבותה של המדינה בתחומים רבים ומגוונים. ובלשונו של Sir William Wade :

"As a legal organism the public corporation has many uses - so many, in fact, that it abounds at all levels of the governmental system. It therefore has no regular form and no specialised function".¹

1 Sir William Wade *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 6th ed. p. 153

5.4 כתוצאה מכך שהתאגידים הממלכתיים משמשים לפתרון בעיות שונות, הרי שהם לובשים, מטבע הדברים, צורות רבות ומגוונות, בהתאם לנסיבות ולטעמי ההקמה השונים של התאגידים הממלכתיים במדינות השונות. ומכיוון שהתאגידים הממלכתיים בארצות השונות רבי פנים הם וצורות, הרי שניסיון למצוא מכנה משותף, או להסיק מסקנות כוללות בדרך של סקירה השוואתית - לא יצלחו.

בהקשר זה מציינים Ashley and Smails²:

"The diversity of structure (of the public corporations - W.A.) is the natural result of the diversity of functions, and any attempt to impose a set pattern, even on corporations of the same class, would serve no useful purpose and would create endless difficulties" (ההדגשה הוספה).

5.5 משום כך אין אפשרות לשלב הפניות למודלים שונים במדינות שונות במהלך הניתוח הרגיל של הדברים ויש להצביע על מבנה שלם של כל מדינה ומדינה על ייחודיותו. עם זאת יצוין כי כפי שנראה להלן, הגיוון הרב של התאגידים הממלכתיים, והשינויים החלים בהם, אינם גורעים מן האפשרות לסקור שיטות משפט, הדומות ביסודן לזו הנוהגת בישראל בתחום המשפט הציבורי³ כדי לבחון את מידת תחולתם של כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, תוך שאנו בוחנים את המבנה המשפטי של כל שיטה ושיטה על מכלול מרכיביו השונים וייחודיותו.

בסקירה מסוג זה יש כדי להצביע על כך, כי על אף הצרכים הכלכליים שהתאגידים הממלכתיים בכלל, והחברה הממשלתית בפרט, נדרשים

2 C.A. Ashley and R.G.H. Smails *Canadian Crown Corporation - Some Aspects of Their Administration and Control* (Toronto, The Macmillan Company of Canada Limited, 1965) 6. ההתייחסות הינה מובאה מדבריו של לורד Citrine בספרו (Vol. 29, p. 319) *Public Administration* לפיהם כל המעיין בחוקים, אשר מכוחם הולאמו התעשיות השונות באנגליה, נפעם ממידת גיונם כמו כן ראה:

W. Friedman "A Theory of Public Industrial Enterprise" in *Public Enterprise - A Study Of Its Organization And Management In Various Countries* (ed. by A.H. Hanson, International Institute of Administrative Science, Brussels, 1964,) p. 13:

"...It is not easy to establish a coherent theory of public industrial enterprise. Its development is due to a variety of motives, pressures and purposes which differ from country to country, and from government to government".

3 יושם אל לב, בפרק זה נקטנו במונח "תאגידים ממלכתיים" חלף המונח "חברות ממשלתיות", שכן בשיטות המשפט השונות שייסקרו להלן אין התאגידים הממלכתיים מהווים, בכל מקרה, חברות ממשלתיות ובמקרים רבים המדובר למעשה בתאגידים סטטוטוריים.

למלא בכל אחד מן המודלים השונים שייסקרו, הם נכללים, לשבט ולחסד, בכלל המנגנון הציבורי, בשיטות משפט שונות. הרתיעה מפני הסקת מסקנה זו ביחס לחברה הממשלתית בישראל, מן הראוי לה בי תופג לנוכח העובדה כי גם בקנדה, באנגליה ובארצות הברית⁴ קיימים תאגידיים המשמשים לביצוע מדיניות הממשלה, ועל אף שהינם בעלי אישיות משפטית נפרדת ומבצעים תפקידים מסחריים מובהקים הרי שהם כפופים לכללי המשפט הציבורי.

5.6 זאת ועוד, התאגידיים הממלכתיים היוו ומהווים נושא למחקרים רבים ביותר, בתחום מינהל העסקים, הכלכלה והחשבונאות.⁵ בהקשר זה

4 נסקור להלן את שיטות המשפט השונות בטר זה, אשר נבחר על שום מידת קרבתה של השיטה המשפטית בהקשר דנא, בכל אחת מן המדינות הנ"ל, להסדר המשפטי הנהוג ביחס לחברות הממשלתיות בישראל. לויקה שבין המשפט המינהלי בישראל לבין זה הנהוג במדינות האנגלו-סקסיות, בתפישתו היסודית, מבנהו ובנקודות המוצא שלו, בניגוד למקובל בשיטה הקונטיננטלית, ראה: ב' ברכה משפט מנהלי (הוצאת שוקן, תשמ"ו) 16-24; ב' ברכה "התפתחויות במשפט מנהלי" עיוני משפט יא (התשמ"ו) 127-128. להשוואה בהקשר דנא למשפט הצרפתי, ראה:

C. Brown & J.F. Garner *French Administrative Law* (London, 3rd ed.1983).

כמו כן, לסקירת דין ביחס לתאגידיים הממלכתיים בהודו ראה:

Om Prakash *The Theory and Working of State Corporations* (New York, Frederick A. Prager, 1962); A.H. Hanson *Managerial Problems in Public Enterprise* (New York, Asia Publishment House, 1962); D.S. Ganguly, *Public Corporations in National Economy, With A Special Reference to India* (Calcutta, Bookland Private Ltd., 1963); A. Besant and C. Raj *Public Enterprise Investment Decisions in India - a Managerial Analysis* (New Delhi, The Macmillan Co. of India Ltd., 1977); *Public Enterprise in India* (Ed. by Agrawal and Mothur, Jaipur, Ramesh Book Depot, 1978); D.N. Gadhok *Accountability of Public Enterprises To Parliament (Working & Impact Of Parliamentary Committee On Public Undertakings)* (New Delhi Sterling Publishers Pvt. Ltd., 1979); Jagdish Prakash *Public Enterprises in India* (Allahabad, Thinker's Library, 1980); L. Narain *Autonomy of Public Enterprise* (New Delhi, Standing Conference of Public Enterprises, 1982).

5 כך למשל בקנדה:

"Canada Commission to Inquire Into and Report Upon Certain Matters Relevant to the System of Financial Controls, Accounting Procedures and Other Matters Relating to Fiscal Management and Control of Air Canada" *Air Canada Inquiry Report* (Ottawa, Information Canada, 1975); Canada, *Privy Council Office, Crown Corporations: Direction, Control, Accountability* (Ottawa, Ministry of Supply and Services, 1979) (*The Blue Paper*); Canada, *Royal Commission of Financial Management and Accountability: Final Reports* (March 1979 Ottawa, Ministry of Supply and Services, 1979) (*The Lambert Commission Report.*); J.R.S. Prichard (ed). *Crown Corporations in Canada* (Toronto, Butterworths, 1982); A. Gelians ed. *Public Enterprise and Public Interest - Proceedings of an International Seminar* (Toronto, The Institute of Public Administration of Canada, 1978); D. Gracy "The Real Issues in the Crown Corporations Debate" in K. Kemagham, *Public Administration in Canada* (Toronto, Methuen, 1985) 5; Berkowitz and Kotowitz "The Organization and Control of Crown Corporations (Discussion paper no. 285, Economic Council of Canada, 1985); A. Tupper and G.B. Doren (Eds.) *Public Corporations and Public Policy in Canada* (The Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1981); L.P. Musolf *Public Ownership And Accountability - The Canadian Experience* (Harvard University Press, Cambridge, 1959); MacAvoy, Stanbury, Yarrow, *Zeckhauser Privatization and State-Owned Enterprises: Lessons From The United States,*

נבחנה עדיפותו של התאגיד הממלכתי, מבחינת שיקולים של יעילות כלכלית, על פני כלים אחרים שהממשלה משתמשת בהם לשם ביצוע מדיניותה,⁶ ונבחן משקלו של הצורך להכפיף גופים אלה לביקורת ציבורית אל מול היעילות הנדרשת בביצוע הפעילות העסקית.⁷ ממחקרים אלו עולה כי התאגידים הממלכתיים מהווים שם כולל לכלי ממלכתי, שדפוסיו ממשיכים להשתנות בהתאם לניסיון המצטבר ולשינויי העיתים והנסיבות.

5.7 הסקירה דלהלן אינה נכנסת לניתוח הכלכלי, המרתק כלשעצמו, הנוגע לעיצוב דפוסייה של החברה הממשלתית והתחומים שבהם תפעל המדינה במשק באמצעות גוף זה. ניתוח כלכלי זה אינו נוגע לנשוא דיונונו. לעניינו די לנו כי נראה כי מאומה לא נגרע מיכולת תפקודם של התאגידים הממלכתיים באנגליה, בארצות הברית ובקנדה על אף כפיפותם לכללי המשפט הציבורי והשתייכותם למנגנון הציבורי. ובהקשר זה ניתן לבצע סקירה השוואתית כאמור.

5.8 בביצוע סקירה השוואתית מוגדרת וספציפית זו ובניסיון להסיק מסקנות בנשוא הדיון דנא בדבר תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, לא מהווה מכשול גם העובדה כי בשיטות המשפט האמורות, פועלת המדינה לעיתים מזומנות באמצעות תאגידים סטטוטוריים, או אף באמצעות סוכנויות (agencies), בעוד שהשימוש בחברות ממשלתיות הינו מצומצם. אדרבה, המסקנה שאליה הגענו בפרקים הקודמים בדבר תחולתם של כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, מקבלת משנה חיזוק, ככל שמסתבר כי מדינות שונות מצליחות לפעול בתחום העסקי באמצעות גופים נפרדים המזוהים בבירור עם המנגנון הציבורי, והכפופים באופן מלא לכללי המשפט הציבורי, על אף עיסוקיהם המסחריים.

Great Britain and Canada (Kluwer Academic Publishers, Boston, 1989).

6 A.A. Alchian "Some Economics of Property Rights" 30 *Il Politico* (1965) 816; A.A. Alchian and Demsetz "Production, Information Costs and Economic Organization" 62 *Am. Econ. Rev.* (1972) 777; W.A. Niskanen *Bureaucracy and Representative Government* (Chicago, Aldine, (1971); T.E. Borcharding "Towards a Positive Theory of Public Sector Supply Arrangements" in *Crown Corporations in Canada*, *ibid.*

7 D.G. Davies "The Efficiency of Public versus Private Firms, The Case of Australia's Two Airlines" 14 *J. of Law and Econ.* (1971) 149; Crain and Zard Koohi "A Test of the Property Rights Theory of the Firm: Water Utilities in the United States" 21 *J. of Law and Econ.* (1978) 395; Canada, Treasury Board, Report Prepared for the President of the Treasury Board (Ottawa, Treasury Board, 1984).

5.9 אשר על כן, נסקור להלן את הדרך המשפטית שבה נקטו קנדה, אנגליה וארצות הברית להסדרת פעילות המדינה באמצעות התאגידים הממלכתיים, שהינם גופים המובדלים מן המנגנון הממשלתי והמיוחדים לביצוע פעילויות מסוימות ולהסדרתם של תחומים ספציפיים. הדברים ייבחנו מנקודת מבט משפטית, תוך ניסיון ל"צלם מצב" כהווייתו בעת כתיבת דברים אלו, ומתוך התמקדות בנושא דיוננו.

5.10 מטרתה של סקירה זו הינה אחת בלבד: להצביע על כך כי המסקנה שאליה הוביל הניתוח המשפטי בפרקים הקודמים אינה מרחיקת לכת כלל ועיקר ולא זו בלבד שניתן ליישמה במישור המעשי אלא שכבר היו והווים דברים בעולם. אכן, בתחום פעילותם של התאגידים הממלכתיים מצוי יער עד סבוך ומורכב, שפעילות רבה רוחשת בו במגוון עצום של אופנים וצורות. ואולם, השביל שסימנו ביער זה משתלב בכיוון כללי ברור, שבו צעדו כבר רבים וטובים שדרכם צלחה.

ב. התאגידים הלאומיים בקנדה

ב(1) הגדרה

5.11 מפאת רב גוניותם של התאגידים הלאומיים השונים בקנדה, כפי שנראה להלן, מתעורר קושי להגדירם בהגדרה אחת כוללת. Langford and Huffman⁸ מציינים בהקשר זה:

"No such definition exists and the Federal government is still a long way from developing an identification and data integration package...".

5.12 ועם זאת מצינו מספר הגדרות, המתייחסות לאופיים של תאגידים אלו - בתאגידים שתכליתם לספק לציבור הרחב שירות או מוצר, תוך שהם פועלים על בסיס מסחרי, או מעין מסחרי, והנשלטים על ידי הממשלה.

הצד השווה להגדרות השונות הינו הניהול של התאגיד הממלכתי כמשק סגור, המיועד להיות רווחי או לפחות בעל תקציב מאוזן.

בהקשר זה תצוין למשל הגדרתו של Robert Sexty⁹, לפיה התאגיד הממלכתי בקנדה הינו:

"...a legal corporate entity owned or controlled wholly or partially by a government that operates it as an independent business enterprise with the objective of generating sufficient revenues to earn a profit, or at least break even" (ההודגשה הוספה).

8 J.W. Langford and K.J. Huffman "The Uncharted Universe of Federal Public Corporations", in *Crown Corporations in Canada*, supra note 5, p. 221.

בהקשר זה מאבחנים המלומדים הנ"ל בין לא פחות מאשר שמונה קטגוריות של תאגידים לאומיים שונים, בהתאם לפונקציות שאלו ממלאים; ראה *ibid.* pp. 288-289.

9 R. Sexty "Canadian Government Corporations: Definition and Categorization" Working paper no. 77-8 (School of Business Administration and Commerce, Memorial University of Newfoundland) 13.

ובדומה לכך:

M.J. Terbilcock and J.R.S. Prichard "Crown Corporations: Theory of Instrument Choice" in *Crown Corporations in Canada*, supra note 5, p. 13: "Corporations in which the Government has a de-facto controlling interest and which, in the words of the "Blue Paper" (supra note 5): Provide goods or services directly to the public on a commercial or quasi-commercial basis, i.e. sell their output in a market".

ב(2) טעמי הקמה

5.13 פרופ' הודג'ס (Hodgetts)¹⁰ מציין כי אף אחת מן הסיבות הרגילות להקמת חברה מסחרית רגילה אינה קיימת בכל הנוגע לתאגידיים הממלכתיים. האפשרות להקצות מניות ולגייס בספים, האחריות המוגבלת, והעובדה כי החברה אינה מתה מוות טבעי, המהוות עילות להקמת חברה רגילה, אינן רלוונטיות בכל הנוגע למדינה. למדינה יש מערכת יעילה לגיוס כספים באמצעות מיסוי, היטלים וכיו"ב והיא מהווה כשלעצמה אישיות משפטית לא טבעית, כך שאין לחשוש מפני מותה. התאגיד הממלכתי גם אינו מסויע ליצור חיוץ בין החברה באישיות משפטית נפרדת לבין בעלי מניותיה ומנהליה. זאת, מכיוון שעל אף כל "העצמאות" שבה ניהן התאגיד הממלכתי, חייב לעולם השר הממונה על ענייניו להישאר אחראי למעשיו של תאגיד זה. בהקשר זה מהווה התאגיד הממלכתי אנומליה. מחד גיסא, הוא אמור להתנהל באופן עצמאי ומקצועי - ללא שיקולים פוליטיים, ומאידך גיסא השר הממונה על התאגיד הממלכתי אמור להיות אחראי למדיניות שבה נוקט תאגיד זה. אנומליה זו קיימת כתוצאה מכך שהעצמאות של התאגיד הממלכתי איפיינה אותו רק בראשית הדרך, בעוד שבפועל, החל משנות הארבעים של המאה ה-20, העצמאות של התאגיד הממלכתי הינה בבחינת "הלכה ואין מורין כן" וכל צעד ושעל של התאגיד הממלכתי מפוקח ולעיתים אף מותווה על ידי השר הממונה ואנשי משרדו.

5.14 בחינת טעמי ההקמה של התאגידיים הממלכתיים בקנדה מלמדת כי סדנא דארעא חד הוא וכי גם בקנדה (בדומה לניתוח טעמי ההקמה של התאגיד הממלכתי בישראל), הוקמו התאגידיים הממלכתיים השונים במטרה לאזן בין שתי תכליות סותרות. התאגיד הממלכתי בקנדה נועד בעיקר כדי למלא תפקיד כפול של פעילות בתחום מסוים עבור האומה ככלל, תוך ראיית מכלול צרכיה, ושל ניהול הפעילות כמשק סגור ובמתכונת הדומה לזו הנוהגת בחברה מסחרית פרטית, על מאפייני הניהול של חברה פרטית.

5.15 בהקשר זה של טעמי הקמת התאגידיים הממלכתיים בקנדה, מאמצים Ashley and Smail¹¹ את דבריו של לורד מוריסון (Morrison) המבהיר את טעמי ההקמה של התאגידיים הממלכתיים באנגליה כדלקמן:

J.E. Hodgetts "The Public Corporation in Canada" in W. Friedman and J.F. Garner *Government Enterprise - A Comparative Study* (London, Stevens & Sons, 1970) pp. 201, 208-209. 10

Ashley and Smail *Canadian Crown Corporations*, supra note 2, pp. 3-4. 11

"If we establish the public corporation, it must be for certain reasons. What are they? They are that we seek to combine the principle of public accountability, of a consciousness on the part of the undertaking that it is working for the nation, and not for sectional interests, with the liveliness initiative, and a considerable degree of the freedom of a quick-moving and progressive business enterprise. Either that is the case for the public corporation, or there is no case at all".¹²

ב(3) דרכי הקמה

5.16 במישור הפדרלי הקנדי, הוקמו בקנדה חברות כתר (crown corporations) בדרך כלל באמצעות חוק מיוחד של הפרלמנט, ואזי אלו למעשה תאגידים סטטוטוריים. ואולם, חלק ניכר מחברות הכתר הוקמו בקנדה כחברות ממשלתיות, בעיקר בתקופת מלחמת העולם השנייה, מכוח ה-"Department of Ammunitions and Supply Act" משנת 1940, המאפשר לשר האספקה והתחמושת להקים חברות מכוח חוק החברות הכללי (Dominion Companies Act) ולאחר מכן מכוח ה-"Canada Corporations Act" (R.S.C. 1970, c.C-32) "Act", ולצייד אותן בסמכויות ובחובות.¹³ כמו כן הוסמך השר מכוח ה-Defence Production Act להקים חברות על פי חוק החברות הכללי, בכפוף להסכמת ה-Governor in Council.

במקרה זה, אין הפרלמנט מרווח כלל על הקמת החברה על ידי השר והמדובר למעשה בחברה ממשלתית מובהקת.¹⁴

Lord H. Morrison *Government and Parliament* (London, Oxford University Press, 1964) 292. 12

Ashley and Smails *Canadian Crown Corporations*, *supra* note 2, p. 5; J. de N. Kennedy *History of the Department of Munitions and Supply* (vol.1) p. 86 13
 הדעה של השר לרשם החברות (Letter Patent). כמו כן קיימת אלטרנטיבה נוספת של הקמת חברה מסוג זה באמצעות תוכיר ותקנות ובדרכי ההתאגדות הרגילים הנהוגים, בהתאם ל-Canada Business Corporation Act s.c. 1974 - 5-6 c.33, ואולם, בעוד שבדרך ההקמה הראשונה נחוצה הסמכה בחוק מסוים, כדי שהשר יוכל להקים חברה כאמור באמצעות פנייה לרשם החברות, הרי שלפי ה-Canada Business Corporation Act, מוסמך השר להקים חברה בלא פניה מיוחדת לרשם החברות וכמו כן מוסמכת החברה הממשלתית להקים חברה בת, בלא אישור מוקדם של הממשלה. לענין זה ראה: E. Kirsh "The Legal Environment of Federal Crown Corporations" (Toronto, unpublished manuscript on file with the Ontario Economic Council, 1979).

D.M. Fleming *House of Commons Debates*, 1946, 2158; *The Lambert Commission Report*, 14 *supra* note 5, p. 335.

5.17 זאת ועוד, בשנים האחרונות הוקמו בקנדה חברות ממשלתיות רבות על ידי שרים, מכוח חוק החברות הכללי, ומתוקף סמכות המוקנית להם בחוקים שונים.¹⁵ בהקשר זה יצוין במיוחד ה-Financial Administration Act, 1951¹⁶ אשר מכוחו הוקמו סוגים רבים של תאגידים ממלכתיים. לחוק זה צורפו ארבעה נספחים ובכל אחד מהם פורטו קבוצות של תאגידים ממלכתיים (המכונים סוכנויות ממלכתיות - "agencies"), המחולקים לקבוצות בהתאם לתחומי עיסוקיהם:^{16א}

Schedule A - Credit and Financial Agencies (סוכנויות אשראי ומימון)

Schedule B - "Commodity and Procurement Agencies" (סוכנויות רכש של מוצרים)¹⁷

Schedule C - "Producing and Business Agencies" (סוכנויות לייצור ולסחר)¹⁸

15 D. Gracy "The Real Issues in the Crown Corporations Debate", *supra* note 5, 2. לענין זה ראה

למשל הסמכות המוקנית ב- Atomic Energy Control Act (R.S.C. 1970, c. A-19 s. 10(2)).

16 Statutes of Canada 15-16 Geo. 6, c. 12 (2nd Section, 1951), amended 14-15-16- Eliz. 2, c. 74

(1967). לאחר מכן הומר חוק זה ב- Financial Administration Act (R.S.C. 1970, c. F-10).

לסקירה מקיפה ביחס לחוק זה, ראה מאמרו הנוכח של פרופ' הוג'רס (10 *supra* note).

16א החלוקה מבוססת למעשה על שני מרכיבים: מידת עצמאותם הכלכלית של התאגידים האמורים וכן טיבה של הפעילות המוצאת אל הפועל על ידי התאגידים אלו.

17 חברות אלו מכונות "Departmental Corporations" ולמעשה תפקודן קרוב מאוד לזה של מחלקה במשרד ממשלתי. אין להן נכסים המחזקים על ידן בשמן הן; כל העברות הכספיים שלהן נעשות באמצעות ה-Consolidated Revenue Fund במשרד האוצר; החשב הכללי מוסמך לפעול על פי שיקול דעתו בתקציביהן ולבדוק את ספרי החשבונות שלהן. בהקשר זה יצוינו בדריהם של:

R. Dussault and L. Borgeat *Administrative Law A Treatise*, (Translated by M. Rankin, Craswell Toronto, 1985, 2nd. ed., vol. 1.) p. 145, note 428: "...all public corporations cannot be termed Crown Corporations since this status is reserved only for those agencies which fulfill a commercial, economic or industrial function. Indeed it has been observed that agencies which discharge the functions of administrative or governmental management, regulation and consultation, in certain cases, could profit from legal incorporation and deserve the title of public corporations. The agencies of Sched. B. of the Federal Financial Administration Act are of this type" (ההודגשות הסופה).

18 חברות אלו מכונות "Agency Corporations" הן למעשה מבצעות את פעילותן המסחרית כשליח של ה"כתר" (חברות אלו נכללות, מחמת עצם טיבן וטבען, במונח "Crown Corporations"); השר הממונה רשאי ליתן לחברות אלו הנחיות כיצד לפעול. הממשלה גם קובעת את גובה המשכורות בחלק מחברות אלו, והן מחויבות להגיש את תקציבן לאישור השר הממונה ושר האוצר. עם זאת, חברות אלו הינן חברות עסקיות, בשמן נכללת המילה "Limited" הן מוקמות בעיקר על פי ה-"Companies Act". הדייקטורים בחברות אלו אינם מתמנים על ידי הממשלה אלא על ידי בעלי המניות. דא עקא, שבעלת המניות היא המדינה ומי שמחויק במניות בנאמנות עבודה ופעול מטעמה היא: הממשלה. משום כך הממשלה אחראית לחברות אלו, ועליה להשיב בפרלמנט על שאלות בנוגע אליהן.

**Schedule D - "Management (סוכנויות ניהול תיאום ומחקר)¹⁹
Co-ordination and Research Agencies"**

5.18 מכיוון שהשרים הקימו חברות רבות בדרך זו, אף מבלי לדווח לפרלמנט,²⁰ שונה לפני מספר שנים החוק האמור ונקבע כי חברות ממלכתיות חדשות, להבדיל מחברות בנות של תאגידים קיימים, ניתן יהא להקים מכאן ואילך (מיום 1.9.1984) אך ורק באמצעות חוק מפורש של הפרלמנט, וחברות בנות יוקמו מן המועד האמור ואילך רק לאחר אישור מליאת הממשלה.²¹

נמצא כי החל משלהי 1984 מוקמים בקנדה במישור הפדרלי תאגידים ממלכתיים, אך ורק בפורמט של תאגידים סטוטוריים ולא כחברות ממשלתיות, כשהבסיס לשינוי זה נעוץ ברצון להדק את הפיקוח הפרלמנטרי על תאגידים אלו.

לעומת זאת, במישור המקומי, בפרובינציות השונות בקנדה, מוקמות אומנם רוב החברות הלאומיות באמצעות חוק מפורש, ואולם השרים מוסמכים להקימן גם בלא צורך בהליכי חקיקה, בהתאם לדיני החברות הרגילים ומכוח סעיף 3 ל-1978 Crown Corporations Act.²²

5.19 נמצאת למד כי החוק הפדרלי והמדינתי בקנדה מתייחסים בצורה שווה הן לתאגיד סטוטורי והן לחברה שהוקמה על פי דיני החברות הרגילים על ידי הממשלה או על ידי השר הממונה, במקום שזה מוסמך לעשות כן, ללא שתהיה כל הבחנה ביניהם. המעבר מחברה ממשלתית לתאגיד סטוטורי נועד רק כדי להדק את הפיקוח הפרלמנטרי, ללא שישקף כל הבדל מהותי אחר ביניהם. המונח תאגיד ממלכתי מתייחס על כן בהקשר זה הן לחברה הממשלתית והן לתאגיד הסטוטורי, שכן דין אחד לשניהם.

19 חברות אלו מכונות "Proprietary Corporations". כדי שחברות אלו יוכלו לתפקד באופן עצמאי בתחום הכלכלה והמסחר הן חופשיות מפיקוח פרלמנטרי. בכלל חברות אלו מצויים:

Trans Canada Airlines; Canadian Broadcasting Co.; Polymer Co. Ltd.; Canadian National Railways; Eldorado Aviation Ltd.; Central Mortgage and Housing Co.; Canadian Overseas Telecommunications Corp.

גם חברות אלו כפופות לפיקוח ממשלתי, בדומה לזה שחל ב-Agency Corporations.

20 D. Gracy "The Real Issues in the Crown Corporations" *supra* not 5, p.4

21 "Bill C-24", 32-33 Eliz. II, 1983-1984 (Passed by the House of Commons on June 28 1984, and proclaimed in force on September 1 1984).

חוק זה מהווה תיקון ל-Financial Administration Act (R.S.C. 1970, C. F-10).

22 R.S.S. 1979, C.C-50.1

ב(4) מיון התאגידים הממלכתיים לסוגים עיקריים

5.20 המונח "Crown Corporation" מתייחס בעיקר ל-"agency corporations", שהם ה-"producing and business agencies" המנויים ב-"Schedule C" של ה-Financial Administration Act. תאגידים אלו ניחנו במידה מסוימת של עצמאות והם אמורים להתנהל כמשק סגור ולהפיק רווחים כאות ליעילותם.²³ תאגידים אלו נחלקים לשלוש קטיגוריות עיקריות:

א. תאגידים ללא הון מניות, אשר הגדרתם כחברות נובעת מלשון החוק שהקימם. תאגידים אלו תלויים לחלוטין בהחלטות הפרלמנט או הממשלה הקובעות את תקציבם.²⁴ תאגידים אלו כפופים לדיון האזרחי הרגיל ולהוראות החוק שקבע את קיומן. ואולם, דיני החברות הרגילים אינם חלים ביחס לחברות אלו, וממילא הם חורגים מגדר הדיון דנא.

ב. חברות בעלות הון מניות, אשר הממשלה מחזיקה בחלק הארי של מניותיהן. במסגרת זו יש והממשלה היא בעלת המניות היחידה והממנה של כל הדירקטורים. חברות אלו מכונות "Public Capital Corporation" ועצמאותן מוגבלת, מטבע הדברים.²⁵

לעומת זאת, יש והמדינה שותפה ביחד עם גורמים פרטיים בבעלות במניות חברות אלו, ואלו הן ה-"Shared Enterprise Corporations". בחברות אלו ממנה הממשלה רק חלק מן הדירקטורים.

23 A.G. Irvine "The Delegation of Authority to Crown Corporations" 14 Can. Pub. Adm. (1971) 556, 559; H.R. Balls "Improving Performance of Public Enterprises Through Financial Management and Control" 13 Can. Pub. Adm (1970) 100; J. Langford "Public Corporation in the 1980's: Moving From Rhetoric to Analysis" 25 Can. Pub. Adm. (1982) 619.

24 Dussault and Borgeat *Administrative Law*, supra note 17, p. 143 בהערות שוליים 422, דבריו של P. Garant בספרו P. Garant (1 ed., 1981) p. 190: "Droit Administratif". "Since the degree of Autonomy of a public corporation is often checked by the importance of controls exercised by the state, the absence of share capital makes it more dependent upon the state, for it is parliament or the government which then decides the amount of credit which will be granted".

בכל הנוגע ל-Bank of Canada, גם משתתף נציג של משרד האוצר כחבר בלא זכויות הצבעה בישיבות הדירקטוריון (במקביל להשתתפות נציגי רשות החברות הממשלתיות בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות בישראל). לעניין זה ראה Ashley and Smails, supra not 2, p. 10.

25 Bank of Canada; Canadian National Railways Co.; Air Canada; Quebec Mineral Exploration Corporation; Quebec Liquor Co.; James Bay Development Co.

לעניין זה ראה:

H.R. Balls "Improving Performance of Public Enterprises Through Financial Management and Control", supra note 23, p. 107.

חברות אלו הן פחות ציבוריות ויותר מסחריות ועם זאת, חלים לגביהן הכללים החלים על גופים ציבוריים.²⁶

ג. בעת האחרונה רווח בקנדה סוג נוסף של חברות ממשלתיות המכונות: "Joint Public Capital Enterprises". חברות אלו הינן משותפות לממשלה הפדרלית ולשלטון המקומי בפרציות השונות.²⁷

ב(5) הזיקה לממשלה

5.21 בין התאגידים הממלכתיים למיניהם לבין הממשלה קיימת זיקה הדוקה ביותר כשהתאגידים הממלכתיים בקנדה כפופים למעשה לממשלה בשורה של נושאים ובהם:

א. מינויים של דירקטורים מטעם המדינה.

ב. אישור כל שינוי בתקנון החברה.

ג. אישור כל הוצאה מעבר לסך מסוים.

ד. אישור חוזים והתקשרויות הוניות החורגים מסכום מסוים.

ה. אישור נטילת הלוואות על ידי החברה.

5.22 נוסף לכך, השר הממונה מוסמך לדרוש מן התאגיד הממלכתי דיווח מפורט וכן כל מסמך. שר האוצר מוסמך לקבוע את השיטה שבה ינוהל ויוכן תקציב החברה. פתיחתם של חשבונות בנק טעונה אישור של שר האוצר. כמו כן רשאי השר הממונה, בהתייעצות עם שר האוצר להורות לתאגיד הממלכתי להעביר לחשב הכללי של האוצר כל עודף תקציבי שנצבר בו.

5.23 בניגוד למודל האנגלי שיפורט להלן, הרי שבקנדה לא מפורשת בחוק סמכותם של השרים ליתן הוראות לתאגידים הממשלתיים בעניינים

²⁶ *Dusault and Borgeat Administrative Law, supra not 17 p. 144*. חברות אלו הן למעשה המקבילה ל"חברה המעורבת" בחוק החברות הממשלתיות. חברות מעורבות הן גם הדרך המקובלת לפעילות הממשלה בתחום העסקי בגרמניה והן מכונות שם *Gemischt Wirtschaftliche Unternehmungen*. לענין זה ראה:

J. Friedman "The International Public Corporations" 6 *Modern L. R.* p. 185; *World Utility Booklets* No. 2 (Michael Joseph, 1946); J.H. Kaiser "Public Enterprise In Germany" *Government Enterprise - A Comparative Study* W. Fridiman and J.F. Garner eds., London, Stevens & Sons, 1970) pp. 154-167.

²⁷ H.R. Balls, *supra note 23*, p. 107

שבמדיניות. ועם זאת יש לשרים שליטה רבה על התוויית פעילותם של התאגידים הממשלתיים לנוכח שליטתם בשורת הנושאים המפורטת לעיל ובמיוחד בתקציבם של תאגידים אלו.²⁸

זאת ועוד, על אף שרשמית לא נקבעה בחוק הסמכות ליתן הנחיות כאמור, הרי שמעשית ניתנות הוראות על ידי השרים לתאגידים הממשלתיים, עד כי מושמעת הדרישה לעגן סמכות זו בחוק, כדי שהדברים יעשו בגלוי ולא בסתר, ובכך יהיו חשופים לביקורת פרלמנטרית.²⁹

5.24 הגנה כי כן, כאמור, סדנא דארעא חד הוא. החברה הממשלתית בקנדה, כמוה כתאגיד הסטוטורי שם. הם מוקמים לשם ישום אותן מטרות כבישראל, מהווים זרוע ביצועית של הממשלה לביצוע מדיניותה, תלויים בה בשורה ארוכה של נושאים מהותיים, ונתונים למעשה להשפעה ולהכוונה על ידי הוראות בלתי פורמליות של השרים.

מכיוון שכך, מהווים התאגידים הממלכתיים בקנדה דוגמא הולמת לבחינת השאלה דנא, בדבר תחולתם של כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות.

ב (6) מעמדן המשפטי של החברות הממשלתיות בקנדה

5.25 על אף שהתאגידים הממלכתיים, ובכללם החברות הממשלתיות, בקנדה נהנים מאישיות משפטית נפרדת מזו של המדינה הרי שהם נכללים בגדר האורגן הציבורי, עד כדי כך שהם אף נהנים מן החסינויות המוענקות בחוק למדינה, בהיותם שלוחיה. בהקשר זה מבהיר H. R. Balls:³⁰

"Although no very clear cut division can be made, a distinction may be drawn between a department of government as a servant of a minister and a corporation as his agent in the sense that a servant is

28 ראה סקירתו של פרופ' הדיגס 215-216 pp. *supra* note 10, הרברים מתייחסים בעיקר ל- "Public Capital Corp". לעומת זאת, בכל הנוגע ל- "shared capital corp.", ראה: Ashley and Smails, *supra* note 2, p. 1.

29 ראה 11 p. Ashley and Smails, *ibid.*, בעניין זה יציינו במיוחד דבריו של S. W. Daffoe: *Canadian Journal of Economics and Political Science* (Vol. II, No. 3) p. 329:

"...Where the power of intervention is exercised it should be in the open and a matter of public record for the information of the people".

30 H.R. Balls, *supra* note 23 p. 108

one over whom the employer reserves the control and direction of the way in which his work is to be done, and an agent is one who acts on behalf of a principal within the framework of broad directives".

נמצאת למד כי עצמאות שיקול דעת של החברות הממשלתיות, באשר לדרך הניהול היום יומי והשוטף של ענייניהן, מוציאה אותן מכלל הגדרת "עובדי ציבור" אך הן מהוות שלוח של הממשלה, הכפוף להנחיות הכלליות של משלחו.

5.26 ויצוין, החברות הממשלתיות בקנדה מכונות סוכנויות (agency) ואולם, לא כל חברה ממשלתית נחשבת לשלוח (Agent) של הממשלה. התשובה לשאלה איזו חברה ממשלתית מוגדרת כשלוח של הממשלה מצויה בהוראות חוק, אשר כפי שנראה להלן קובעת מפורשות כי חברות מסוימות, ששמן ננקב בתוספת לחוק, מהוות שלוחי הכתר. נוסף לכך, מופעלים בפסיקה שני מבחנים:

מבחן השליטה הממשלתית - הבדק את מידת שליטתה של הממשלה בחברה המסוימת³¹ (להלן: מבחן השליטה);

ומבחן פונקציונלי - לפיו נבדקת הפעילות שהחברה הממשלתית מבצעת, אם ציבורית היא ואם מגשימה היא את מדיניות הממשלה בתחום המסוים שבו היא פועלת,³² (להלן: המבחן הפונקציונלי). מובן כי מבחנים אלו באים לידי ביטוי רק בהעדר קביעה ברורה בחקיקה, כאשר הפסיקה נדרשת להכריע מחמת העדרה של הנחיה חקיקתית ברורה.³³

5.27 הוראת חוק כללית המגדירה את החברות הממשלתיות "כשלוח" של הממשלה, נקבעה בסעיף 66(3) ל-Federal Financial Administration Act, בטרם תיקונו על ידי ה-"Bill C-24".³⁴ בסעיף זה נקבע מפורשות כי

31 *Halifax v. Halifax Harbour Commissioners* [1935] S.C.R. 215 (S.C.C.); *Westeel-Rosco Ltd. v. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre* [1977] 2 S.C.R. 238 (S.C.C.).

32 *Fidelity Insurance Co. of Canada v. Cronkhite Supply Ltd.* [1979] 2 S.C.R. 27 (S.C.C.); *Banque Fédérale de développement v. Scierie Mont Vallin Ltée* [1982] C.A. 17, 19-21 (que. C.A.); *North and Wartime Housing Ltd. v. Madden* [1944] B.R. 366 (que. C.A.); *B.C. Power Corporation v. A.G. British Columbia and B. C. Electric Co. Ltd.* (1962) 34 D.L.R. (2d) 25 (B.C.C.A.).

33 ראה *Garant, supra note 24*, p. 190. הדברים מובאים בתרגום לאנגלית בספרם הנוכר של *Dussault and Borgeat supra not 17*, p. 145 note 433.

34 *Supra note 21*.

החברות המנויות בנספחים "B" ו-"C" של החוק, דהיינו הסוכנויות המסחריות של הממשלה, מוגדרות כ-"Agents of the Crown".

ואולם, עם תיקון החוק השתנתה הגישה והחוק שוב אינו קובע ביחס לחברות ספציפיות כי הן בגדר שלוחים של הכתר. חלף זאת קובע סעיף 95(1) ל-"Bill C-24", כי המונח "Agent corporation" יתייחס ל:

"...crown corporation that is expressly declared by pursuant to any other Act of Parliament to be an agent of the crown". (ההדגשה הוספה)

לאמור, לנוכח הוראת החוק החדשה, אין עוד ריכוז של החברות הממשלתיות המוגדרות כשלוח הכתר, ויש לתור אחר הוראות חוק אחרות, כדי לבחון אם מוגדרות חברות ממשלתיות מסוימות על ידי המחוקק, באופן מפורש, כנכללות בסטטוס של שלוחי הכתר.

5.28 ועם זאת, קיימת גם היום הוראת חוק כללית, המגדירה "שכבה" מסוימת של חברות ממשלתיות כנכללות בסטטוס של "שלוח הכתר". הוראת החוק (הפדרלי) הרלוונטית לעניין היא: סעיף 3 ל-Government Companies Operation Act (להלן: G.C.O.A.) הקובע כי כל "חברה" כהגדרתה בחוק זה הינה לכל דבר ועניין - שלוח של הכתר.³⁵ המונח "חברה" "Company" לעניין החוק האמור מוגדר בסעיף 2 ל-G.C.O.A. כדלקמן:

"...A company incorporated under part 1 of the Canada Corporations Act, or a corporation incorporated under the Canada Business Corporations Act, all the issued shares of which are owned by, or held in trust, for her Majesty in right of Canada, except in the case of a company incorporated under part I of the Canada Corporations Act..."

5.29 בהתאם להגדרה זו, כל חברה שהמדינה מחזיקה בכל מניותיה, הינה שלוח של הכתר.³⁶

35 R.S.C. 1970, C. G-7

36 בנוסף יצוינו הוראות חוק ספציפיות, במסגרת החקיקה, שהקימה תאגידים סטטוטוריים אלו והקובעת כי התאגידים האמורים יחשבו לשלוחי הכתר. לעניין זה ראה למשל: סעיף 8 ל-Teleglobe Canada Act (S.C. 1974-5 c-77); סעיף 40(1) ל-Broadcasting Act R.S.C. 1970, C. B-11, ובין כל החברות שהוקמו על ידי הממשלה על פי ה-Atomic Energy Control Act (R.S.C. 1970, C. A-19). לעומת זאת יש הוראות חוק ספציפיות הקובעות כי התאגידים הסטטוטוריים, המוקמים בגדרן, לא יהיו מסטטוס של שלוחי הכתר. ראה למשל סעיף 13 ל-Canada Council Act (R.S.C. 1970, c. C-2); וסעיף 23 ל-Air Canada Act 1977 (1977-78 C.5 C.S.).

הסדר דומה חל במישור המקומי בפרובינציות השונות בקנדה. לעניין זה ראה למשל, בכל הנוגע לפלך

מכוח הגדרה זו, נקבע כי חברת Polymer Corporation Ltd. למשל, מהווה שלוח הכתר לכל דבר ועניין, והוחלה לגביה החסינות המוענקת לכתר בסעיף 19(1) ל- Patent Act.³⁷ כפי שנראה להלן חברה ממשלתית המוגדרת כ"שלוח הכתר" נמנית עם זרועות הביצוע של המדינה, והדינים החלים עליה הם אותם הדינים החלים על המנגנון הממשלתי.

5.30 עם זאת יצוין כי בתי המשפט פירשו את הביטויים "owned" ו-"operated", בהגדרת המונח "Company" בסעיף 2 ל-G.C.O.A., באופן שמשמעותם המעשית תהא "Controlled". כלומר, החוק האמור פורש על ידי בתי המשפט במכוון אל מבחן השליטה, כאשר רק חברות ממשלתיות הנשלטות באופן מעשי על ידי הממשלה, יוגדרו כ"שלוח הכתר" ויהנו מן החסינות המוענקת בחוקים שונים למדינה.³⁸

בכך הוחל למעשה מבחן זהה ביחס לחברות הנכללות במסגרת ה-G.C.O.A., לחברות אשר הסטטוס האמור מוחל עליהן מכוח הפסיקה ולא מכוח החוק, הלא הוא: מבחן השליטה.

ב(7) מבחן השליטה והמסקנה המתבקשת

5.31 מדאתינן להכי, נמצאנו מעיינים בסוגיה שבה מתבטאת ייחודיותה של החברה הממשלתית בקנדה, מבחינה משפטית, על פני כל שאר החברות. נרחיב קמעה בנקודה זו ונציג במלואו את מהותו וגדריו של מבחן השליטה, ואת התנאים להגדרתה של חברה ממשלתית בקנדה כשלוח הכתר, באשר עניין זה מוכיח כי אכן, כפי שהצענו, שליטת הממשלה בחברה הממשלתית הופכת חברה זו להיות "שלוח הכתר".

של Saskatchewan, סעיף 5(2) ל- (1979 c, L-50 1) RS.S.S. 1978 Crown Corporations Act; "A corporation is for all its purposes an agent of her Majesty in right of Saskatchewan..." וכן בכל הנוגע לפלך של Ontario סעיף 3 ל- (1980, C. 106) R.S.O. Crown Agency Act בו נקבע: "(1) In this Act, Crown Agency means a board, commission, railway, Public Utility, university, manufactory company or agency, owned, controlled or operated by Her Majesty in right of Ontario, or by the government of Ontario, or under the authority of the legislature or Lieutenant Governor in Council.

(2) A Crown Agency is for all its purposes an agent of Her Majesty and its powers may be exercised only as an agent of Her Majesty".

לעניין זה ראה גם: 1 (1973) 6 Ottawa L. Rev. C. H. McNair "The Ontario Crown Agency Act" 37
Formea Chemicals Ltd. v. Polymer Corporation Ltd. (1968) S.C.R. 754

38 R. v. Ontario Labour Relations Board, ex parte-Ontario Food Terminal Board [1963] 20
38 R.91, p. 14. בהתאם לפרשנות זו נקבע כי ה-Ontario Food Terminal Board אינו שלוח הכתר.

5.32 בהתאם לדיני החברות הרגילים, הנוהגים ביחס לכל שאר החברות בקנדה, ההלכה היא, כי חברה אינה נחשבת לשלוח של בעלי המניות. הלכה זו היא אכן השתייה של דיני החברות והיא מבוססת על עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, לפיו מהווה החברה גוף נפרד מבעלי המניות, הפועל בשם עצמו, לזכות ולחובה.³⁹

ולא כן הוא הדין ביחס לחברה הממשלתית. על אף שגם החברה הממשלתית בקנדה מוגדרת כבעלת אישיות משפטית נפרדת, ועל אף שגם החברה הממשלתית הינה חברה בעלת הון מניות, הרי שהלכה פסוקה היא כי החברה הממשלתית בקנדה תיחשב לשלוח של בעל המניות העיקרי - "הכתר", אם אך יתקיימו תנאיו של "מבחן השליטה" ובידי הממשלה מצויים הכוחות המאפשרים לה לפקח ולהתוות את ביצוע האיוון בין האינטרסים המתנגשים שהחברה הממשלתית מופקדת עליהם.

ובלשונו של גולדנברג:

"The judicial balancing of the competing aspects of discretionary autonomy and Ministerial control in the constitution and operation of the agency in question".⁴⁰

5.33 מבחן השליטה כאבן בוחן להגדרת החברה הממשלתית כשלוח הכתר, מוגדר בפסק הדין הידוע בעניין Westeel-Rosco⁴¹ (ובהסתמך על פסק דין קודם בעניין **R. v. Ontario Labour Relations Board**)⁴² כדלקמן:

"Whether or not a particular body is an agent of the Crown depends upon the nature and degree of control which the Crown exercises over it. This is made plain in a paragraph in the reasons for judgment of Mr. **Justice Laidlaw**, speaking on behalf of the Court of Appeal for Ontario in **R. v. Ontario Labour Relations Board**... where he said: It is not possible for me to formulate a

39 הלכה זו נקבעה על ידי בית הלורדים באנגליה כבר לפני כ-200 שנה והפכה ליסוד המוסד של דיני התברות. ראה פסק דין בעניין: *Salomon v. Salomon & Co.* (1897) A.C. 22 (H.L.).

40 S.L. Goldenberg *Tort Actions Against the Crown in Ontario - Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (Toronto: Law Society of Upper Canada, 1973) p. 381.

המונח "agency" מתייחס כאמור לתאגידים הממלכתיים השונים, שהוקמו מכוח ה- *Financial Administration Act 1964*.

41 לעיל הערה 31, מפי כב' השופט Ritchie, בעמ' 250-249 לפסק הדין.

42 לעיל הערה 38, בעמ' 95.

comprehensive and accurate test applicable in all cases to determine with certainty whether or not an entity is a Crown Agent.

The answer to that question depends in part upon the nature of the functions performed and for whose benefit the service is rendered. It depends in part upon the nature and extent of the powers entrusted to it. **It depends mainly upon the nature and degree of control exercisable or retained by the Crown**" (ההדגשות הוספו).

5.34 נמצאת למד כי בהתאם לפסיקה בקנדה, חברה ממשלתית הפועלת לטובת הציבור הרחב ממלאת תפקיד לאומי ונשלטת הלכה ולמעשה באופן אפקטיבי ובמידה רבה על ידי הממשלה, מקבלת סטטוס של "שלוח הכתר" ונהנית ממעמד זהה לזה שממנו נהנית הממשלה. חברות אלו הינן חלק בלתי נפרד מן המנגנון הציבורי הכולל ודינן יהא כדין המדינה לכל דבר ועניין.

5.35 עם זאת יצוין בשולי הדברים, כי החברה הממשלתית נכללת במונח "שלוח הכתר" רק בכל הנוגע לביצוע הפעולות, אשר לשמן הוקמה חברה זו. היא לא נכללת בגדר המינהל הציבורי בכל הנוגע לפעילות שאותה הינה מבצעת לצרכים ארגוניים פנימיים משלה.⁴³

ואכן, כפי שנראה להלן, גם אנו מציעים כי החברה הממשלתית בישראל תהא כפופה לכללי המשפט הציבורי ותוגדר כחלק מן הרשות הציבורית של המדינה, אך ורק בכל הנוגע לפעילות אשר הציבור רואה בה משום הגשמת תכליתה של חברה זו, ומצפה כי תנהג במסגרתה בהתאם לנורמות הראויות לאורגן של הציבור. נורמות אלו לא יוחלו על החברה הממשלתית ביחס לפעילות של התארגנות פנימית שמבצעת החברה הממשלתית. המלצתנו זו נובעת מניתוח המקור הנורמטיבי המוצע על ידינו להחלת חובת אמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב, ומסתבר כי היא מקבילה לדין הנוהג בקנדה בדבר החלת כללי המשפט הציבורי ביחס לפעילות, אשר לשמה הוקמה החברה הממשלתית האמורה, ואי החלתה ביחס לפעולות הנעשות לצרכים ארגוניים פנימיים של חברה זו.

National Harbours Board v. Langelier et al. [1969] S.C.R. 60 p. 72; *L.B.C. v. The Queen*, 43 (1983) 145 D.L.R. (3d) 42 (S.C.C.) at p. 51.

השווה דברינו להלן בפרק ח, טעיפים 8.99 עד 8.109 בהתייחס להלכת מיקרו דף.

ואולם, המבנה המשפטי הנוהג בקנדה הינו קיצוני מזה המוצע על ידינו, באשר הוא מחיל על החברה הממשלתית הנשלטת על ידי הממשלה לא רק את הנורמות שנקבעו במשפט הציבורי במישור החובות (ובלא שיהא בצידן כלל השתחררות המאפשר לחברה הממשלתית לסטות מחובות אלו בעת הצורך), אלא אף את החסינויות ואת זכויות היתר שמהם נהנה מי שנמנה עם האורגן הממשלתי, כפי שנראה להלן.

ב(8) "שלוח הכתר" - נפקויות

פרשנות חוקים

5.36 בקנדה נהנית המדינה מקיומו של כלל פרשנות הקובע כי אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של המדינה, או להטיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו הדבר במפורש. כלל זה נקבע בהלכה הפסוקה⁴⁴ ואף מצא את ביטויו בהוראה חקוקה, בסעיף 28 ל- Interpretation Act⁴⁵ הקובע לאמור:

"No enactment is binding on her Majesty or affects her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except only as therein mentioned or referred".

בהתאם לכלל זה מופטרת המדינה משורה של חובות ונהלים החלים על הפרט, מכיוון שבחוק שבו נקבעו חובות ונהלים אלו לא נאמר מפורשות וברורות כי הדברים מתייחסים גם למדינה.⁴⁶

44 הלכה זו נפסקה במקורה באנגליה ובהדרו, בפסקי הדין הידועים בעניין: *Hornsey Urban District Council v. Hentrell* (1902) 2 K.B. 73; *Province of Bombay v. Municipal Corp. of Bombay* (1947) A.C. 58 (P.C.).

ואולם, הלכה זו נפסקה לראשונה עוד בעניין: *Willon v. Berkley* (1961) 1 Plowd 227. בית המשפט העליון בקנדה אימץ הלכה זו, והחילה גם ביחס לקנדה, כחלק מארצות ה-Common Law. לעניין זה ראה: *C.B.C. v. A.G. Ontario* (1959) 16 D.L.R. (2d) 609 (S.C.C.); *Common Law*. הפקדת הפרשנות (נוסח חדש), ס"ח תשי"ד 238; ומאמרה של מ' מורחי "הפריבילגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקדת הפרשנות", משפטים ה' (1973-1974) 135 ו-383. לעומת זאת ראה מ' זילברג כן דרכו של תלמוד מהדורה שנייה, (אקדמון, 1984) בעמ' 1, וכן מ' זילברג חוק ומוסר במשפט העברי (ירושלים, תשי"ב) 6-5:

"גם הקב"ה בכבודו ובעצמו, הוא מין אישיות משפטית כביכול, נהנה מזכויות כפוף לחובות, נשמע ומציית לחוקיו הוא, ומשתלב כנרשא משפט אורחי, כאילו, במערכת היחסים שבינו לבין יציריו".

45 *S.C. 1970, C. 1-23*. ואולם, מאו חלה התפתחות בהלכה הנוהגת בהקשר זה ובסעיף 14 ל- Interpretation Act R.S.B.C. 1979-90 נקבע כי אדרבה, ה"כתר" כפוף להוראות כל חוק, אלא אם כן נקבע מפורשות כי הינו פטור הימנו. לעניין זה ראה גם:

The Queen in Right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission [1978] 1 S.C.R. 61.

46 ראה למשל: *Regina v. Stradiotto* (1973) 20 R.L. 375 (C.A.); כמו כן ראה:

5.37 הגדרת החברה הממשלתית כשלוח הכתר מחילה עליה סטטוס זהה, לפיו נהנית גם החברה הממשלתית מן הכלל הפרשני האמור, ולפיו אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של החברה הממשלתית או להטיל עליה חובה אלא אם נאמר בו הדבר במפורש.⁴⁷

ואכן, הגיעו דברים עדי כך שבפסק הדין בעניין: *Re Caisse De Depot et placement du Quebec and Ontario Securities Commissions*,⁴⁸ קבע בית המשפט העליון של פלך Ontario כי חברה ממשלתית אינה כפופה להוראות החוק האוסר על השתלטות עוינת, באשר הוראות ה-*Securities Act* אינן חלות על החברה הממשלתית, מכיוון שלא נאמר במפורש בחוק זה כי המדינה ושלוחיה כפופים אף הם להוראות החוק האמור.

חסינות מפני תביעות נזיקין

5.38 בעבר נהנתה המדינה בקנדה, וכמוה נהנו גם שלוחיה של המדינה, מחסינות מפני תביעות נזיקיות.⁴⁹ בהתאם להוראה זו יכלה החברה הממשלתית לפעול בלא חשש מפני חשיפה לתביעות נזיקין, דבר המקנה למי שפועל בתחום המסחרי והייצורי יתרונות עצומים, וחוסך עלויות רבות של בטיחות וביטוח. ואולם, המדינה וממילא גם החברה הממשלתית אינם נהנים עוד מחסינות זו, לפחות לא בנוסחה הגורף כפי שנהג עד לאותה עת, מכיוון שבית המשפט העליון בקנדה שינה את טעמו בהקשר זה וקבע כי המדינה ושלוחיה החוסים בצילה, תוך התייחסות מפורשת גם לחברות, אינם חסינים עוד מפני תביעות נזיקיות.

5.39 כך נקבע בעניין *National Harbours Board v. Langelier et al.*:⁵⁰

"... (A) Servant of the crown who commits a wrong is personally liable to the person injured. Furthermore, if the wrongful act is committed by a subordinate at his behest, he is equally liable... Is

Maxwell *On the Interpretation of Statutes*, (12th ed., London, Sweet & Maxwell, 1969) pp. 161-168.

R. v. Eldorado Nuclear Ltd. (1981) 128 D.L.R. (3d) 82 (Div. Ct.); *R. v. Uranium Canada Ltd.* (1982) 66 C.P.R. (2d) 207 (C.A.). 47

Re Caisse De Depot et Placement du Quebec and Ontario Securities Commissions (1983) 149 P.L.R. (3d) 456. 48

Peccin v. Lonagan and T.E.N.O. Ry. Comm. (1934) O.R. 701 (C.A.); *Formea v. Chemical Ltd. and Polymer Cor.* [1968] S.C.R. 754. 49

National Harbours Board v. Langelier et al [1969] S.C.R. 60, p. 72 50
 כמו כן ראה: *P.P.F. loc. 488 v. C.B.C.* (1979) 97 D.L.R. (3d) 56 (T.D.).

the position any different because the agent in this case is not an individual but a corporation? **I think not**".

השופט Martland אף המשיך וקבע בהקשר זה, ביחס לחברות:

"...In my opinion, if a corporation, in the purported carrying out of its corporate purposes, commits a wrongful act, it is liable therefore and it cannot escape liability by alleging that it is not responsible for anything done outside its corporate powers - that is true whether it is purporting to act as a Crown agent or not".

5.40 ועם זאת, קיימות חסינויות מפני תביעות נזקיות, שהמדינה עדיין נהנית מהן - והחברה הממשלתית כשלוחתה, נכללת אף היא בגדר חסינויות אלו.

בך נקבע על ידי בית הלורדים באנגליה בעניין *Anns v. London Borough of Mertong*⁵¹ כי יש להבחין בין פעולות שהן בגדר קביעת מדיניות, ושהמדינה פטורה מנזיקין בגינן, לבין פעולות המיישמות מדיניות זו, ואשר במסגרתן המדינה אינה חסינה מפני תביעות.

הבחנה דומה נערכה על ידי בית המשפט העליון של קנדה בעניין *Wellbridge Holdings v. Winnipeg*⁵². בפסק דין זה נקבע כי יש להבדיל בין פעולות הקובעות נורמות, כלומר פעולות חיקתיות או מעין שיפוטיות, שבהן המדינה חסינה, וחסינים שלוחיה, מפני תביעות נזקיות, לבין פעולות המיישמות סמכויות ניהול או פעולות עסקיות, שבהן לא תעמוד עוד חסינות זו למדינה ושלוחיה.⁵³

5.41 בהתאם להלכה זו נמצא כי החברות הממשלתיות בקנדה המהוות שלוח הכתר, נהנות מן החסינות המוענקת למדינה עצמה, בכל הנוגע לפעולות הקובעות נורמות כלליות ומעצבות מדיניות. כך למשל, כאשר מאמצת חברה ממשלתית מדיניות חדשה, בהתאם למדיניות של ממשלה חדשה,

Anns v. London Borough of Merton [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) p. 500 51

Wellbridge Holdings v. Winnipeg [1970] 22 D.L.R. (3d) 470 52

53 לעומת זאת יצוץ פסק הדין בעניין: *Patrick L. Roberts Ltd. v. Sollinger Industries Ltd.* (1978), B.L.R. 174 (Ont. C.A.). בו נקבע כי חברת Ontario Development Corporation אחראית לייעוץ רשלני שנתנה בנוגע למימון שהתובע היה אמור לקבל. על אף שלכאורה ניתן היה לטעון כי המדובר בעניין שבמדיניות ולא ביישום המדיניות, לא החכרו כלל פסקי הדין הנוכחים בעניין *Anns* ובעניין *Winnipeg*, ונקבע כי החברה אינה חסינה מפני תביעה נזקית.

ובניגוד למוסכם על ידה בחוזה, לא ניתן יהא לתבוע את החברה הממשלתית בגין כך והיא תהא חסינה מפני תביעות אלו.

5.42 השלכות נוספות מהגדרת החברה הממשלתית "כשלוח הכתר" הינן - האפשרות לתבוע גם את המדינה עצמה בגין הפרת חוזה על ידי חברה ממשלתית, שאינה נובעת משינוי מדיניות כולל,⁵⁴ וכן פטור ממיסוי המוענק לחברה הממשלתית מכוח מעמדה זה.⁵⁵ השלכותיו של הפטור ממיסוי ביחס לחברה מסחרית הינן כמובן, מרחיקות לכת, שהרי החברה הממשלתית יכולה מחמתו של פטור זה, להחיל מחירים בשיעור מס ההכנסה הנגבה ממתחריה, בלא שתיפגע רווחיותה. פטור זה ממיסוי מחמת הסטטוס של "שלוח הכתר" המוענק לחברות ממשלתיות העומדות במבחן השליטה, מתווסף לסעיפי פטור מפורשים הפוטרים חברות ממשלתיות בקנדה ממיסים ומהיטלים שונים, כגון סעיף (d)149 ל-*Income Tax Act Federal*.⁵⁶

5.43 לא זו אף זו, המדינה ושלוחיה אינם חשופים לאישומים פליליים. גם חסינות זו חלה על חברה ממשלתית המוגדרת כשלוח הכתר. ואכן, בהתאם לכך נפסק בעניין *C.B.S. v. A.G. Ontario*,⁵⁷ כי רשות השידור הקנדית אינה יכולה לעמוד לדין בגין שידורים בימי א בניגוד ל-*Lord's Day Act*, שכן את שלוח הכתר אין אפשרות להעמיד לדין פלילי.⁵⁸ גם

54 ראה 8 p. 9, *supra* note 9, *Terbilcock and Prichard*.

55 בהקשר זה באים לידי ביטוי שני כללים:

א. מכוח חירויות הפרט הבסיסיות נובע כי לא יחול מס בלא הוראת חוק מפורשת, ובהתאם לכלל הפרשנות שהובא לעיל, המוחל ביחס למדינה וביחס לחברה הממשלתית כשלוחתה, הוראת כל חוק אינה חלה על המדינה, אלא אם כן נקבע בחוק מפורשות וברורות כי המדינה נכללת בגדר החובות שמטיל חוק זה. נמצא כי בהעדר קביעה מפורשת בחוקי המיסוי כי הם חלים גם על החברה הממשלתית, תהא זו פטורה מחובה לשלם מס.

ב. בחוק נקבע כי המדינה פטורה ממס הכנסה - אלא אם כן הוחל מיסוי זה גם עליה באופן מפורש. לעניין זה ראה:

Income Tax Act (R.S.C. 1970, c. 1-5); *C.B.S. Assessment* [1938] 4 D.L.R. 764 (Ont. C.A.); *C. McNair Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada* (Toronto; University of Toronto Press, 1977) pp. 126, 128.

56 R.S.C. 1952, C. 148. סעיף זה מתייחס לחברות ממשלתיות שהינן:

"A corporation, commission or association not less than 90 percent of the shares of capital of which was owned by Her Majesty in Right of Canada... or a wholly owned subsidiary to such a corporation, com. or association...".

לפירוט בעניין זה ראה: *Prichard and Trebillock, supra* note 9, pp. 19-20.

57 *C.B.C. v. A.G. Ontario* (1959) 16 D.L.R. (2d) 609 (S.C.C.).

58 לעומת זאת, ראה פסק הדין בעניין

R. v. Canadian Broadcasting Corp. et al. (1980) 30 O.R. (2d) 239, בו נערכה הבחנה בהקשר זה בין הכתר עצמו לבין החברה ממשלתית כשלוחת הכתר.

להוראה זו יש השלכות ברורות על חופש הפעולה המוענק לחברה הממשלתית בתחום המשקי שבו היא עוסקת.

5.44 נמצאת למד כי החברה הממשלתית בקנדה הינה חלק אינטגרלי מן המנגנון הציבורי, ונחשבת לשלוח הכתר, אף לעניין סמכויות היתר מרחיקות הלכת המוענקות למדינה, אם אך קיימת שליטה אפקטיבית של הממשלה בפעילויותיה של החברה הממשלתית הנדונה.

לנוכח הסקירה בפרק ה לעיל, בדבר זיקת החברות הממשלתיות בישראל לממשלה, נראה כי כל חברה ממשלתית בישראל עומדת מעצם הווייתה במבחן השליטה האמור. תוצאות ההשוואה של החברות הממשלתיות בישראל לחברות הממשלתיות בקנדה הינן ברורות.

ב(9) שליטת הממשלה באמצעות דיני הנאמנות

5.45 בשולי הדברים יצוין כי הדרך הרווחת ליישום שליטתה של הממשלה בחברה הממשלתית בקנדה בכלל, ובפלך Quebec בפרט, נעשית בדרך של מינוי דירקטורים מיומנים ובעלי שיקול דעת עצמאי לניהול החברות הממשלתיות, תוך מתן הנחיות כלליות בנושאים שבמדיניות לדירקטורים אלו. בהתאם למודל הנוהג בקנדה הרי שכאמור, על פי דין, אף לא מוטלת על הדירקטורים בחברה הממשלתית חובה חוקית לציית להנחיות הניתנות להם על ידי השרים. ועם זאת מתבצעת שליטתה של הממשלה על חברות אלו מחמת העובדה כי חזקה על הדירקטורים שישמעו להוראות האמורות.⁵⁸

5.46 שיטה זו, של שליטת הממשלה בשלוחתה החברה הממשלתית, מבוססת למעשה על מוסד הנאמנות האנגלו-סקסי, כאשר חזקת ההישמעות של הדירקטורים להוראות השרים, המאפשרת לממשלה להעניק לדירקטורים סמכויות בלתי מוגבלות תוך שמירת המוסרות בידיהם, נובעת מיחסי האמון שקיימים בין הדירקטורים לבין הממשלה.⁵⁹

⁵⁸ Dussault and Borgeat, *supra* note 17, p. 147.

⁵⁹ Ibid. *ibid.* note 443. תרגום לאנגלית של דברי R.P. Barbe:

"Le Statut des administrateurs des entreprises publiques Canada" 23 *Ottawa L. Rev.* (1967) 2 p. 26:

"This solution is inspired by Anglo Saxon legal and political philosophy, which freely confers wide powers, at the risk of judging the result, and through the 'Trust mechanism' allows something of an institutional autonomy for its property" (ההדגשה היסודית).

שליטת הממשלה, הגוררת את הכללת החברה הממשלתית בגדר המינהל הציבורי, והחלת נורמות משפטיות על החברה הממשלתית בדומה לאלו החלות על המדינה עצמה, מבוססת אם כן על יחסי האמון שבין הדיקטורים לבין הממשלה כנציגת הציבור הרחב.

5.47 נמצאת למד, כי לא זו בלבד שהמסקנה המוצעת על ידינו ביחס לחברות הממשלתיות בישראל מקבילה לדין הנהוג בקנדה, אלא שגם הדרך להגשמת מסקנה משפטית זו, בהתבסס על חובת אמון כלפי הציבור הרחב, דומה לזו שננקטה בקנדה.

ב(10) סיכום

5.48 המורם מן האמור הוא, כי החברה הממשלתית בקנדה, כמוה כתאגיד הסטוטורי שם. הם מוקמים לשם יישום אותן מטרות כבישראל ובכלל זה למציאת פתרון לסתירה המובנית שבין האינטרס לפעול ביעילות וברוחיות כחברה פרטית לבין האינטרס לפעול מתוך גישה ממלכתית, על כל הכרוך בדבר ובכפוף לביקורת ציבורית.

זאת ועוד, התאגידים הממלכתיים בקנדה מהווים זרוע ביצועית של הממשלה לביצוע מדיניותה בתחום כלכלי מסוים והינם תלויים בה בשורה ארוכה של נושאים מהותיים. בקנדה, כבישראל, לא מוסמכים השרים ליתן הוראות ישירות לדיקטורים. ואולם בפועל דבר זה נעשה גם נעשה, וחברות ממשלתיות שונות נשלטות למעשה על ידי הממשלה ומהוות זרוע ארוכה של הממשלה לשם יישום מדיניותה.

5.49 משום כך, החברה הממשלתית בקנדה אינה חברה ככל החברות, ועל אף שפורמלית היא נהנית מאישיות משפטית נפרדת הרי שהיא מוגדרת למעשה כשלוח של בעלת המניות המרכזית - המדינה.

מכוח הגדרת החברה הממשלתית כשלוח של הממשלה נובע כי החברה הממשלתית בקנדה נהנית מסטטוס של "שלוח הכתר", בכל מקום שבו הממשלה מקיימת שליטה אפקטיבית בפעולותיה. שליטה אפקטיבית זו מתבטאת בקיומם של יחסי אמון בין הדיקטורים לבין הממשלה, כנציגת המדינה שהינה בעל המניות העיקרי בחברה. יחסי אמון אלו מאפשרים להעניק סמכויות רחבות ביותר לדיקטוריון החברה הממשלתית ולהפקיד בידו את מלאכת האיזון בין האינטרסים הנוגדים שהופקדו בידי החברה

הממשלתית, תוך שהדירקטורים נשמעים להנחיות המתקבלות מן הממשלה (באורח לא פורמלי), בביצוע תפקידם זה.

מהגדרת החברה הממשלתית בקנדה כ"שלוח הכתר" נובע כי אותם הדינים החלים על הממשלה כרשות המבצעת של המדינה (הכתר) חלים גם על החברה הממשלתית, בעת שזו מבצעת את שליחותה זו (להבדיל מפעילויות של התארגנות פנימית). כללי המשפט הציבורי חלים אם כן לשבט - ואף לחסד - על החברה הממשלתית בקנדה.

5.50 נמצאת למד כי החברה הממשלתית והתאגיד הסטטוטורי בקנדה מושווים זה לזה ומהווים חלק אינטגרלי מן המנגנון הציבורי, הם כפופים לכללי המשפט הציבורי⁶⁰ ומאומה לא נגרע מתפקודם. המסקנה המוצעת על ידינו בפרקים הקודמים מתאששת אם כן מעיון בהסדר הנורמטיבי הנוהג ביחס לחברות ממשלתיות בקנדה, ואנו פונים לסקור את הדין הנוהג באנגליה.

60 ואכן, במספר פסקי דין מצויים אנו דיון, האם פעולה מסוימת מהווה הפליה פטולה, על אף שההתייחסות אינה לממשלה עצמה אלא - לתאגיד ממלכתי. לעניין זה ראה למשל: *O'Connell v. Canadian Broadcasting Corp.* C.H.R.D. (Canadian Human Rights Decisions) [1988] No. 9 T.D. 9/88; *Elena Folch v. Canadian Airlines International* [1992] C.H.R.D. No. 5 T.D. 5/92; *Gauvreau v. Banque National du Canada* [1992] C.H.R.D. No. 1, T.D. 1/92; *Hay v. Cameco - Canadian Mining and Energy Corporation* [1991] C.H.R.D. No. 5 T.D. 5/91. כמו כן ראה C.R.R. 7-85 3. החלטתה של ה-Canadian Transport Commission ביחס לטענת הפליה שהעלו נכים ואנשים עבי כרס כנגד התעריף הגבוה יותר שנדרשו לשלם עבור כרטיס טיסה בחברת Air Canada, שהינה תאגיד ממלכתי. כוכור, טענת הפליה לא ניתן להעלות כנגד גוף פרטי וממילא מלמד לבאורה דיון זה, כשלעצמו, כי הגוף הנדון כפוף לכללי המשפט הציבורי.

ג. התאגידים הממלכתיים באנגליה

ג(1) פתח דבר

5.51 בפרק זה נראה כי התאגידים הממלכתיים באנגליה⁶¹ הינם למעשה, ברוב רובם של המקרים, תאגידים סטטוטוריים המוקמים מכוח חוק ולא חברות ממשלתיות. זאת ועוד, להלן נראה כי השרים מוסמכים באופן ברור ומפורש, ליתן הוראות לתאגידים הממלכתיים. בנסיבות אלו אין כל ספק לכאורה, כי המדובר בגוף ציבורי. ואכן אף שמם של התאגידים הממלכתיים באנגליה מעיד בהם והם מכונים public corporation.

5.52 לכאורה, אין ספק לנוכח עובדות היסוד האמורות כי באנגליה חלים כללי המשפט הציבורי על התאגידים הממלכתיים, ואף מעבר לכך: לנוכח מהותם של התאגידים הממלכתיים באנגליה, כפי שתיסקר להלן, היה מן הדין לראות בהם שלוחי הכתר, כפי שמצינו בקנדה.

ואולם, בהקשר ספציפי זה, נראה כי דווקא החשיבות הרבה המיוחסת לפעילות המינהל הציבורי באמצעות תאגידים אלה, הביאה לכך שהם לא יוגדרו כשלוח הכתר ויזכו לסטטוס נפרד. לאמור, באנגליה נחשבים התאגידים הממלכתיים לזרוע ממשל העומדת בפני עצמה, בצד הממשלה ובצד הרשויות המקומיות. משום כך, בניגוד לדין בקנדה, לא נחשבים התאגידים הממלכתיים באנגליה לשלוחי הממשלה והם אינם נהנים מסטטוס של "שלוחי הכתר" בכל הנוגע לחסינויות ולזכויות היתר הכרוכות בסטטוס זה. עם זאת, כפי שנראה להלן, אין בכך כדי לגרוע מן העובדה כי התאגידים הממלכתיים באנגליה מהווים בפועל שלוחי הממשלה, הכפופים לחובות המוטלות על גופים הנמנים עם הרשות הציבורית, ובכלל זה לכללי המשפט הציבורי.

61 הסקירה דלהלן תתמקד בדין החל באנגליה ובויילס. ואולם, בהקשר זה אין הבדלים מהותיים בין הדין החל באנגליה, לבין הדין החל בסקוטלנד, באירלנד ובאיי מאן. לסקירת הדין בסקוטלנד ראה: H. McN. Henderson "The Highlands and Island Development Board: A British Experiment in Social Engineering" in *Government Enterprise - A Comparative Study*, (Ed. W. Friedmann and J.F. Garner, London. Stevens and Sons, 1970) p. 91.

ג(2) הגדרה

5.53 פרופ' גרנר (Garner) מגדיר את המונח "public corporation"⁶² כדלקמן:

"...A legal entity established normally by parliament and always by legal authority (usually in the form of a special statute) charged with the duty of **carrying out specified governmental functions** (more or less precisely defined) **in the national interest**, those functions being confined to a comparatively restricted field, and subjected to some degree of control by the executive, while the corporation remains judicially an independent entity not directly responsible to parliament. It is a 'Person' in Law, possessing but rarely any of the privileges of the Crown,⁶³ and subject to the ordinary rules of the Law in such matters as contractual and tortious liability, and being liable to state or local taxation"⁶⁴ (ההרגשות הוספו).

5.54 לאמור, התאגידים הממלכתיים באנגליה מהווים, בדרך כלל, תאגידים סטטוטוריים המוקמים מכוח חוק מיוחד.⁶⁵ תכליתם של תאגידים אלו הינה להוציא לפועל את מדיניות הממשלה בתחום שעליו הם מופקדים ולפעול לקידום אינטרס ממלכתי מסוים.

עם זאת, התאגידים הממלכתיים באנגליה אינם משולבים באורגן המשפטי של המדינה, ויש להם אישיות משפטית נפרדת, כביכול היו הם

62 J.F. Garner "Public Corporations in the United Kingdom" in *Government Enterprise - A Comparative Study*, *ibid* p. 4. הגדרה זו מובאת גם על ידי:

D.C.M. Yardley *Principles of Administrative Law* (London, Butterworths, 1986) p. 10.

63 החל משנת 1947, גם הכתר עצמו אינו נהנה עוד מחסינויות רבות. לעניין זה ראה: Crown Proceedings Act 1947, וכן פסק הדין בעניין 304 All E.R. 2 (1968) *Conway v. Rimmer*.

64 באנגליה רק הכתר עצמו (להבדיל משלוחיו) פטור ממס. כך נקבע כי על אף שרשות השידור הבריטית (British Broadcasting Corporation (B.B.C.) הוקמה על ידי צו מלכותי, אין היא פטורה ממס בגין הכנסותיה. ראה: *B.B.C. v. Johns* (1965) Ch. 35.

65 רוב התאגידים הממלכתיים באנגליה מוקמים מכוח חוק ספציפי המקים אותם. עם זאת, יש תאגידים המוקמים מכוח החלטה של אורגן שהוסמך לכך במסגרת הסמכה כללית של החוק. כך למשל הוקם בשנת 1963 ה-Location of Offices Bureau באמצעות החלטה של שר השיכון, מכוח סמכות כללית המסורה לשר השיכון בסעיף 8(2) ל-*Ministry of Town and Country Planning Act 1943*. בנוסף, מסורה לבתר הסמכות להקים תאגידים מכוח צו מלכותי. ה-B.B.C. למשל הוקם מכוח צו של הכתר בשנת 1927, וכן ה-Bank Of England הוקם מכוח צו מלכותי עוד בשנת 1694, אם כי מעמדו של בנק זה שונה באמצעות ה-*Bank of England Act* משנת 1946. לעניין זה ראה מאמרו הנזכר של פרופ' גרנר. *Supra* note 62, pp. 9-10.

חברות שהתאגדו לפי דיני החברות.⁶⁶ נכון יהא לומר אם כן כי התאגידים הממלכתיים באנגליה מהווים גוף ציבורי בלבד של גוף פרטי.

5.55 ואכן, התאגידים הממלכתיים באנגליה מושווים לחברות פרטיות בשורה של נושאים. לתאגידים אלו יש תחום פעילות מוגדר שאין לחרוג הימנו וחלה לגביהם תורת ה-Ultra Vires, הם מנוהלים על ידי דירקטוריון שתכליתו להגשים את מטרת התאגיד ולהקפיד לבל תחרוג פעילותו ממטרותיו המוגדרות, יש להם אישיות משפטית נפרדת ובמסגרת תחום פעילותם רשאים תאגידים אלו ללוות ולהלוות, לנהל עסקים ולהיות בעלי רכוש. ואולם, קיים הבדל מהותי בין התאגידים הממלכתיים לבין חברות פרטיות, הנעוץ בעובדה כי התאגידים הממלכתיים לא התאגדו על פי דיני החברות. לתאגידים הממלכתיים באנגליה אין הון מניות ואין בעלי מניות שיקבעו את מטרותיהם וישנו את תקנות ההתאגדות מעת לעת.

5.56 עם זאת יצוין, כי הממשלה באנגליה משתמשת לעיתים גם בחברות שהתאגדו על פי דיני החברות לשם יישום מדיניותה הכלכלית.⁶⁷ שימוש נפוץ במיוחד בחברות המאוגדות על פי דיני החברות נעשה "בחברות המעורבות" - "Mixed Enterprises" אשר הממשלה רוכשת אחוזים מסוימים, לאו דווקא ניכרים, מהונן, וממנה דירקטורים מכוח החזקתה

66 פרופ' ירדלי (Yardley) מציין בהקשר זה (supra note 62, p. 10):

"The money which the corporation needs is not raised by the issue of shares, but by borrowing; and its borrowing is not secured by debentures, but is guaranteed by the Treasury. If it cannot repay, the loss falls on the Consolidated Fund of the United Kingdom that is to say, on the taxpayer. There are no shareholders to elect directors or to fix their remuneration. There are no profits to be made or distributed... If it should make losses and be unable to pay its debts, its property is liable to execution, but it is not liable to be wound up at the suit of any creditor. The Taxpayer would, no doubt, be expected to come to its rescue before the creditors stepped in".

בשולי הדברים יצוין עוד כי ההתאגדות על פי דיני החברות, בלל אינה מהווה מרכיב בהגדרת התאגידים הלאומיים באנגליה. בהקשר זה מעניינים דבריו של פרופ' Mitchele בספרו:

The Contracts of Public Authorities p. 14:

"The process of incorporation happens to be convenient in English Law, particularly in relation to property, but it is by no means essential. The vesting of executive functions in an unincorporated committee of a Local Authority has no effect on the nature of its functions, and the committee is as real a piece of machinery as the incorporated council".

67 לעניין זה ראה בהרחבה:

D. Foulkes Administrative Law (7th. Ed., London, Butterworths, 1990) p. 40-49.

הממשלה השתמשה בטכניקה זו, למשל, כאשר מכח חוק (Bank of England Act 1946) הועברו מניות הבנק המרכזי באנגליה מן הציבור למשרד האוצר, תוך הענקת פיצוי לציבור. זאת לאור שכבר קדם לכן נקבע בחוק כי הממשלה רשאית ליתן הוראות לבנק הממלכתי. לעניין זה ראה:

Report of the Committee to Review the Functioning of Financial Institutions, Cmnd. 7937 ch. 25.

במניות החברה. ההחזקה בשאר המניות בחברות אלו מצויה בידי גורמים פרטיים, הממנים את שאר הדירקטורים בחברה, ולעיתים את רובם.

5.57 כך למשל יצוין המקרה שבו רכשה המדינה באנגליה מניות בחברת British Petroleum (להלן: B.P.) כדי להבטיח הספקת דלק לצי המלכותי. בתחילה, בשנת 1914 נרכשו רוב מניות חברת Anglo Persian Oil Co. תוך שתקנון החברה שונה ונקבע בו כי לבעלי המניות מטעם הממשלה תהא זכות וטו על החלטות החברה שאינן לרוחה של הממשלה - זכות שלא נוצלה מעולם. חברה זו הפכה לימים לחב' B.P. כשהחזקות הממשלה הבריטית ירדו ל-35% בלבד. עם זאת יצוין כי שיעור החזקות זה איפשר לממשלה הבריטית למנוע שינוי בתקנון החברה, שהקנה זכות וטו לשני הדירקטורים שהממשלה היתה רשאית למנות, שכן הרוב הנדרש לשינוי התקנון היה 75%.

חברת B.P. וחברות אחרות כיוצא בה, הינן חברות שהוקמו על פי דיני החברות הרגילים ובעלות המדינה במניותיהן לא שינתה עובדה מהותית זו.

5.58 בדומה לכך, מטעמים לאומיים של הצלת תעשייה מקומית, נחקק באנגליה ה-Royce (Purchase) Act 1971⁶⁸ שאיפשר לממשלה הבריטית להקים חברה, על פי דיני החברות, חברת Rolls Royce (1971) Ltd, אשר רכשה את חברת רולס רויס הכושלת תמורת מחיר שהיה עניין למשא ומתן, ובכך מנעה את התמוטטותה. בהקשר זה ציינה הממשלה לפני הפרלמנט:

"It follows... that the relationship of the new public organisation to ministers and parliament will be somewhat different from that of an ordinary nationalised corporation. The exact degree of ministerial and parliamentary control over the affairs of the company will be determined largely by the provisions of the Memorandum and Articles of Association of the new company".

5.59 ואולם, "החברות המעורבות" אינן "חברות ממשלתיות" ועל כן הן חורגות ממסגרת דיוננו. חברות אלו, המוקמות על פי דיני החברות הרגילים, אינן גוף ציבורי בלבד פרטי, אלא גוף פרטי לכל דבר ועניין. כך למשל נקבע

בעניין *Rols Royce PLC v. Doughty*⁶⁸ כי על אף שכל מניות חברת רולס רויס מצויות בידי הכתר, הרי שלעניין הדירקטיבות של הקהילייה האירופית המאוחדת, אין לראות בחברה זו אורגן או שלוח של המדינה, הממלא תפקיד ציבורי כלשהו, באשר זהו גוף פרטי ומסחרי לכל דבר ועניין, אשר הממשלה מחזיקה במניותיו.⁶⁹ כמו כן לא נדון להלן ב-"QUANGO"⁷⁰, שהינן מעין חברות ממשלתיות, ואשר הממשלה משתתפת בהונן וממנה בהן דירקטורים⁷¹ בעוד שלמעשה חברות אלו אינן חברות ממשלתיות.

5.60 הדיון דלהלן יתמקד בתאגידים הממלכתיים בלבד ובהקשר זה ייבחנו מהותם ותחומי פעילותם ותיבחן השאלה אם כפופים תאגידים אלו לנורמות מן המשפט הציבורי, בלא שהדבר יגרע מכורשרם לבצע פעילות עסקית וליישם את מדיניות הממשלה.

ג(3) הפעילות שמבצעים התאגידים הממלכתיים

5.61 התאגידים הממלכתיים (Public Corporations) הוקמו באנגליה לפני מלחמת העולם השנייה,⁷² וצברו תאוצה רבה ביותר לאחר המלחמה.

⁶⁸ *Rolls Royce PLC v. Doughty* (1988) 1cmr 569; (1987) 1cr 932

⁶⁹ לדיון ביחס לחברות המעורבות ("mixed enterprises") ראה:

T.C. Daintith "The Mixed Enterprise in the United Kingdom" in *Government Enterprise - A Comparative Study*, supra not 61, p. 53; L.D. Musolf *Mixed Enterprise - A development perspective* (Lexington Books, Toronto and London, 1972).

⁷⁰ *Quasi-Autonomous National Governmental Organisations ("QANGO")* ובמקרים רבים מבטאים

ראשי תיבות אלו את המונח: *Quasi-autonomous non Governmental organisation*.

פרופ' ירדלי מציין בהקשר זה (supra note 62, p. 11):

"This type of variation can cover any corporate body with government connections, though not subject to direct government control, on which the members are paid, though most of them may often be giving their services on a part time basis" (זההדגשה הסופה).

⁷¹ חברות אלו מצויות על ידי פרופ' ירדלי, שם, כדרך מקובלת להענקת הטבות לתומכי מפלגת השלטון באמצעות מינויים כדירקטורים ב-"QUANGO" - מינוי ששכרו הניכר בצידו. לעומת זאת, ראה את הדרך שנקטה למניעת מינויים לא מקצועיים על רקע פוליטי, בתאגיד הממלכתי הידוע בארצות הברית רשות עמק הטנסי:

Finer *The T.V.A. Lessons for International Application* p. 139; W. Friedman "The new public corporations and the Law" 10 *Modern Law Rev.* (1947) pp. 233, 239.

כמו כן ראה גרנר בספרו על משפט מינהלי (הערה 75 להלן) בעמ' 304:

"Too great a freedom conferred on a Minister in the matter of appointments may of course lead to charge of nepotism or favoritism or of making appointments on political grounds, but at least a minister is answerable for any such acts in parliament".

⁷² לפטיקה מתקופה זו ביחס לתאגידים הלאומיים באנגליה, ראה למשל:

The Mersey Docks and Harbour Board Trustees v. William Gibbs and Penhallow (1866) L.R. 93 pp. 390-2; (H.L.); *Gilbert v. The Corporations of Trinity House* (1886) 17 Q.B.D. 795.

בתקופה זו הולאמו חברות תעשייתיות שונות והועברו לבעלות המדינה,⁷³ במסגרת מדיניות ההלאמה של מפלגת הלייבור, שהגיעה לשלטון באנגליה עם תום מלחמת העולם השנייה.⁷⁴ תאגידיים אלו מכונים על ידי פרופ' גרנר "הזרוע השלישית" ("Third Arm") של הרשות המבצעת. הם ניצבים בצד הממשלה והרשויות המקומיות,⁷⁵ ומשמשים למטרות רבות ומגוונות.

5.62 החלוקה המקובלת של התאגידיים הממלכתיים באנגליה, בהתאם לפעילות שאלו מבצעים, הינה לסוגים דלקמן:⁷⁶

- לספרות מאותה תקופה ראה:
- W.A. Robson (ed.) *Public Enterprise*; T.H. O'Brien *British Experiments in Public Ownership and Control*; H.S. Morrison, *Socialisation and Transport*; L. Gordon *The Public Corporation in Great Britain*; Sir Arthur Street *The Public Corporation in British Experience and British Government since 1918*; R.E. Chusman *The Independent Regulatory Commissions*.
- 73 לסקירה בהקשר זה ראה ספרו הנוכח של פרופ' Wade לעיל הערה 1, בעמ' 156-159. הלאמת התעשיות באנגליה וניהולן כתאגידיים ממלכתיים יצרה ספרות עניפה ביותר. לעניין זה ראה למשל: D.N. Chester "Management and Accountability in the Nationalised Industries" (1952) *Public Adm.* vol. 30; C.D. Drake "The Public Corporation as an organ of government policy" in *Government Enterprise - A comparative study*, supra note 61, p. 26; W.A. Robson *Problems of Nationalized Industry* (London, George Allen and Unwin Ltd., 1953); W.A. Robson *Nationalized Industry and Public Ownership* (London, University of Toronto Press, 1960); E.E. Barry *Nationalization in British Politics - The Historical Background* (Stanford, Stanford University Press, 1965); W.G. Shepherd *Economic Performance Under Public Ownership* (New Haven, Yale University Press 1965); Sir N. Chester *The Nationalisation of British Industry 1945-51* (London, Her Majesty's Stationery Office, 1975); R. Kelf Cohen *British Nationalisation 1945-1973* (London Macmillan, 1973); R. Kelf Cohen, *Nationalisation in Britain - The End of a Dogma* (London, Macmillan, 1958); *The Nationalised Industries Since 1960* (Ed. L. Tivey, London, University of Toronto Press, 1972).
- 74 בהקשר זה מעניינת ההשוואה לרשת התאגידיים הממלכתיים שהוקמה בשוודיה, באשר גם מדינה זו נשלטה במשך שנים רבות על ידי מפלגות סוציאליסטיות. לעניין זה ראה: M.W. Childs *Sweden - The Middle Way* (New Haven, Yale University Press, 1936); D.V. Verney *Public Enterprise in Sweden* (Liverpool, Liverpool University Press, 1959); Adlercreutz "Some Features of Swedish Collective Labour Law" 10 *Mod. L. Rev.* pp. 137-138.
- 75 פרופ' גרנר במאמרו הנוכח, לעיל הערה 62, בעמ' 4. כמו כן ראה לעניין זה בספרו של פרופ' גרנר על משפט מינהלי: J.F. Garner, *Administrative Law* 6th ed., London, Butterworths, 1985) p. 295: "...the third and newest form of government agency, the public corporation".
- 76 ראה גרנר בספרו, supra note 75, pp. 297-303. כמו כן ראה במאמרו הנוכח, supra note 62, pp. 6-9. חלוקה דומה מוצאים אנו בספרם של Griffith and A. Street *Principles of Administrative Law* (5th ed., London, Pitman Publishing, 1992 pp. 772-972) הממלכתיים באנגליה ראה 1 ibid, p. 279, note 1 וכן דעתו של פרופ' Street בדעתו של פרופ' Cushman המציין חילוקי דעות בינו לבין פרופ' Lasker בעניין זה (supra note 72, pp. 509) כמו כן ראה: D.C.M. Yardly *English Administrative Law* 2nd. ed., London, Butterworths, 1970) 358-359; Y. Aharoni *The Evolution and Management of State Owned Enterprises* (Cambridge, Baddinger Publishing Company).
- במסגרת הסיווגים השונים של התאגידיים הממלכתיים מציין פרופ' אהרוני (15) ibid., p. כי מנקודת

א. Commercial Undertakings :

תאגידים אלו מספקים את השירותים הלאומיים הבסיסיים כגון חשמל, גז, פחם, פלדה, תחבורה, שידור, אנרגיה אטומית, תעופה וכיו"ב Public Utilities, והם מנוהלים בדרך כלל על בסיס עסקי. תאגידים אלו הינם עצמאיים בקביעת תקציבם וממילא הם עצמאיים במידה רבה גם בתחום פעילותם. בדרך כלל מעמדם הכלכלי של תאגידים אלו הינו איתן לנוכח היותם מונופולים. תאגידים אלו נדרשים לנהל את ענייניהם לתועלת הציבור ולא דווקא לפעול למטרות רווח, שכן שירותים בסיסיים וחיוניים אלו יש לספק אף בנסיבות שהדבר איננו רווחי.⁷⁷

ב. Managerial Bodies Administering Public Services :

תאגידים אלו נועדו לנהל מוסד, או מוסדות, שאינם בעלי אופי מסחרי, ואשר יש חשיבות לנהלם בנפרד מן האורגן הממשלתי. במישור זה נכללים רשויות בריאות למיניהן,⁷⁸ רשויות לתכנון ובנייה,⁷⁹ רשויות תעופה⁸⁰ וכיו"ב.

ג. Regulatory Bodies :

תאגידים אלו מיועדים לפקח על פעילות חברתית מסוימת ולתכנן את מסגרתה הכוללת. תאגידי פיקוח אלו הינם, מטבע הדברים, בני זיקה הדוקה ביותר לממשלה, שהרי הפיקוח והתכנון האמורים מחייבים התייעצות תכופה ותיאום מלא עם הממשל המרכזי.⁸¹

ד. Advisory and Conciliatory Agencies :

על פי רוב אין הגופים המייעצים מוקמים כתאגידים. ואולם, בתקופה

מבט כלכלית מהווים תאגידים לאומיים שונים הנוכרים על ידיו חלק מן הרשות המינהלית, על אף שהם מוגדרים כבעלי אישיות משפטית נפרדת:

"...the U.S. National Park service, certain schools in Israel, hospitals in some countries or the opera in Austria are separate legal entities but are not enterprises. From an Economic point of view, these state owned Enterprises, are part of government administration"

(ההדגשה הוטפה).

77 ראה פרופ' גרנר במאמרו הנזכר, supra note 62 pp. 312-313. כמו כן ראה פרופ' גרנר בספרו, supra note 75, p. 291, המציין בהקשר זה כי התאגיד הממלכתי נועד לאפשר לממשלה לנהל את הפעילות האמורה על בסיס מסחרי באמצעות אנשי מקצוע, יש בו כדי למנוע מעורבות יתר של משרד האוצר ושל הפרלמנט, התערבות שהיתה בלתי נמנעת אילו היתה פעילות זו מתבצעת על ידי מחלקה ממשלתית.

78 National Health Service Reorganisation Act 1973, sec. 5

79 New Towns Act 1959 and 1965

80 Harbours Act 1964, sec. 1, and Sch. 1, para 1

81 ביחס לחברות אלו מציין פרופ' גרנר בספרו, supra note 75, p. 302:

"Indeed, they are sometimes little more than a specialised branch of a Central Department".

האחרונה הוקמה קבוצה של תאגידי סטטוטוריים הפועלים כגופים מייעצים. כך למשל הוקמו בשנים האחרונות הגופים המייעצים הבאים, כתאגידי ממלכתיים:

Race Relations Board;⁸² Equal Opportunities Commission;⁸³ Advisory, Conciliation and Arbitration Service.⁸⁴

5.63 התאגידי הנכללים בסוג הראשון (Commercial Undertakings) הינם במידה רבה עצמאיים בהחלטותיהם, וכאמור, הם אוטונומיים בתקציביהם. תאגידי אלו אחראים בלבדית לטיב כוח האדם המועסק על ידם ולטיב ואיכות המוצר או השירות שהם מספקים.

לעומת זאת, שאר התאגידי משלושת הסוגים נותרים נהנים מחופש פעולה מצומצם יותר. הם חייבים לתאם את פעולותיהם עם השר הממונה, תקציבם שואב ממקורות ממלכתיים ובכך נוצרת תלות בין פעילותם השוטפת לבין אישורו והוראותיו של השר. להבחנה זו יש חשיבות רבה, בעת דיון בשאלה האם נחשבים תאגידי אלו לחלק מן האורגן הציבורי.⁸⁵

5.64 המכנה המשותף לתאגידי הממלכתיים מכל ארבעת הסוגים האמורים הינו: האישיות המשפטית הנפרדת המוענקת להם, קשת הסמכויות שהוענקה להם מכוח חוק ועצמאותם העקרונית בתחום הניהול השוטף, להבדיל מקביעת המדיניות הכוללת. תכונות אלו הביאו לידי כך שתאגידי אלו יאומצו כבלי משפטי המשמש את הממשלה באנגליה, הן לניהול התעשיות המולאמות והן לניהול פעילויות בתחום האחריות של המדינה במדינת הסעד המודרנית, בגון לשם הפעלת בתי חולים. בהקשר זה מודגש יתרונן של התאגיד הממלכתי כדרך ביניים בין הלאמה מלאה והעברת הפעילות לניהולה של מחלקה ממשלתית לבין בעלות פרטית. התאגיד הממלכתי מאפשר לממשלה לקיים פעילות שהינה עצמאית בתחום השוטף ומשחררת מהתערבות פוליטית מסיבית, ואשר עם זאת

⁸² Race Relations Act 1976

⁸³ Sex Discrimination Act 1975

⁸⁴ Employment Protection (consolidation) Act 1978

⁸⁵ Griffith and Street, *supra* note 76, pp. 290-291; W.A. Robson "The Governing Board of the Public Corporation" 21 *Political Quarterly* (1950) 139-140; Yardley *supra* note 76 p. 359: "The social service corporation (i.e. the managerial bodies, the Regulatory bodies and the advisory agencies - W.A.) is, in a far more direct sense, a prolonged arm of the Executive. This may be of importance for the limits of judicial ultra vires control".

כמו כן ראה Wade (*supra* note 1, p. 164) המציין אף הוא, כי הפיקוח על ידי השר הדוק יותר בחברות העוסקות בשירותים סוציאליים, מאשר בחברות העוסקות בתעשייה ובמסחר.

יש בה כדי לחתור לקידום מטרה לאומית ולהתנהגות ממלכתית, תחת פיקוח ממשלתי הדוק.⁸⁶

5.65 ואכן, גם בימים אלו, בהם שורר מזה מספר שנים הליך ההפרטה,⁸⁷ מציין פרופ' Wade⁸⁸ כי התאגידים הממלכתיים משמשים כלי פופולרי ביותר באנגליה, לקידום פעילויות ממלכתיות:

"It suffices to say that the public corporation is at present more in vogue than ever before and more multifarious in its applications. Whenever parliament is willing to grant a measure of autonomy, the public corporation is commonly employed.

It has a legal existence of its own, and can be given statutory functions which can operate outside the normal organisation of the service of the Crown. It offers scope for many kinds of governmental experiment, under which central control, local control, and independence can be blended in any desired proportions".

ג(4) אופיו ומאפייניו של התאגיד הממלכתי

5.66 התאגיד הממלכתי באנגליה מתאפיין ככלל בשורת האיפיונים הבאה:⁸⁹

א. התאגיד הממלכתי מוקם על ידי חוק (ובמקרים נדירים על ידי החלטת שר, שהוסמך לעשות כן מכוח חוק).

⁸⁶ גרנר בספרו 75, p. 296. *supra*

⁸⁷ תהליך ההפרטה החל באנגליה בשנת 1979, עם עלות המפלגה השמרנית בראשות ג'י טאצ'ר לשלטון. לסקירת תהליך זה, ומידת השליטה הנוותרת לממשלה על החברות שהופרטו (באמצעות "מניית זהב" המקנה זכויות יתר וכיו"ב), ראה Wade, *supra* note 1, pp. 162-163. לעניין זה ראה גם:

D. Heald "Will the privatization of Public Enterprises solve the problem of control?" 63 *Pup. Adm.* (1985) 7; D Foulkes *Administrative Law*, *supra* note 67, p. 43; S.A. De Smith *Constitutional and Administrative Law* (4th ed. by Street and Brazir, London, Penguin Books) 231-232.

מעניין לציין כי בין החברות שהופרטו מצויות חברת British Petroleum וחברת Rolls Royce. כאמור, חברות אלו לא הוקמו כתאגידים ממלכתיים והממשלה רכשה את המניות בחברות אלו מטעמים לאומיים, בה בעת שהמדובר היה בחברות שהתאגדו על פי דיני החברות הרגילים. מששלמה המטרה הלאומית שלשמן נרכשו המניות בחברות אלו הן אכן הופרטו.

⁸⁸ פרופ' Wade בספרו הנזכר, *ibid.* p. 15. תופעה דומה מוצאים אנו לאחרונה גם בישראל, כאשר באותה עת שבה מתכוונת הממשלה, בהתאם לקוי מדיניותה המוצהרים, להפריט חברות ממשלתיות שונות, נדונה הקמתן של חברות ממשלתיות חדשות (כגון: החברה לסלילת כביש חוצה ישראל וביוב).

⁸⁹ W. Friedman "A Theory of Public Industrial Enterprise" *supra* note 2

- ב. לתאגיד הממלכתי אישיות משפטית נפרדת, כביכול היתה זו חברה שהוקמה על פי דיני החברות.
- ג. לנוכח עקרון האישיות המשפטית הנפרדת לא מוגדרים עובדי התאגיד הממלכתי כעובדי השירות הציבורי המועסקים על ידי הממשלה.
- ד. ניהולו של התאגיד הממלכתי מסור בידי של הירקטוריון שחבריו ממונים על ידי הממשלה.
- ה. לתאגידים הממלכתיים אין הון מניות ואין בעלי מניות.
- ו. התאגידים הממלכתיים פועלים להשגת מטרה לאומית שהיא תכלית קיומם, ולא להשגת רווח. עם זאת עליהם להיות יעילים ולנסות להגיע לפחות לנקודת איזון כלכלית (Break Even Point), למען לא יהיו סמוכים על שולחן הממשלה מבחינה תקציבית.
- ז. התאגידים הממלכתיים לא אחראים ישירות כלפי הפרלמנט. יש להם אחריות כלפי השר הממונה ולזה יש אחריות פרלמנטרית, אך בין התאגיד הממלכתי לבין הפרלמנט יש חיץ רב משמעות (השר הממונה) המונע התערבות ישירה ופיקוח פרלמנטרי ישיר.
- ח. בפעילותם היומיומית נהנים התאגידים הממלכתיים מחופש פעולה. חופש הפעולה של התאגידים הממלכתיים בפעילותם השוטפת מתבטא בעיקר בגורמים הבאים:
1. שחרור מדרישות של בקרה תקציבית החלות ביחס למחלקות ממשלתיות. הניהול הפיננסי השוטף של התאגיד הממלכתי הינו עצמאי ואינו כלול בתקציב המדינה. לעומת זאת הפיתוח ממומן מתקציבים ציבוריים.
 2. שחרור מפיקוח החשב הכללי של משרד האוצר, אם כי קיימת דרישה להכין דוחות כספיים "בהתאם לסטנדרטים המסחריים טובים ביותר" וקיימת דרישה לדווח לפרלמנט, באופן קבוע ושוטף, מדי תקופה קצובה, באמצעות השר הממונה.
 3. שחרור מפיקוח שירות המדינה - עובדה המאפשרת לתאגיד הממלכתי להעניק תנאי שכר טובים יותר לעובדיו מאשר זו המקובלת בשירות הציבורי.
 4. חברי הדירקטוריון והיו"ר מתמנים לתקופות קבועות וארוכות

יחסית. עובדה המשחררת את התאגיד הממלכתי, במידה מסוימת, מלחצים פוליטיים.⁹⁰

5.67 החופש המסוים של התאגיד הממלכתי מפני ביקורת פרלמנטרית ישירה ומפני פיקוח שוטף של משרד האוצר מהווה, למעשה, אחד מן המניעים העיקריים של הממשלה להעברת פעילויות שונות לידי התאגיד הממלכתי.

ובלשונו של פרופ' גרנר:

"The whole raison d'être of establishing a public corporation for a particular administrative task or undertaking, instead of entrusting it to a minister of the Crown assisted by civil servants, is to free the task in question from the possibilities of detailed scrutiny by individual members of parliament and by the Treasury, which is the characteristic accompaniment of ministerial responsibility".⁹¹

5.68 ועל אף שתכליתו של התאגיד הממלכתי היא להתנהל באופן משוחרר מהתערבות פרלמנטרית, שהינה במידה רבה התערבות פוליטית, הרי שפטור בלא כלום אי אפשר, שהרי התאגיד הממלכתי באנגליה אינו אלא תאגיד סטטוטורי המוקם על פי חוק וממילא חב הוא את קיומו לפרלמנט. במקרים רבים תלוי אף המשך קיומו ותפעולו של התאגיד הממלכתי ברצון הפרלמנט, למשל במסגרת אישור התקציב.⁹² משום כך נקבע כי יתקיים פיקוח פרלמנטרי על התאגיד הממלכתי באנגליה, באמצעות

90 אוטונומיה מסוימת זו נועדה לשחרר את התאגידים הממלכתיים מהשפעתן של קבוצות לחץ, לאפשר להם להתנהל על פי אמות מידה של יעילות כלכלית וטכנית ולאפשר המשכיות במדיניות התאגיד. הטיעון היסודי כנגד מתן זכויות פיקוח ישיר לפרלמנט הוא, כי דבר זה יגרום לכך שהתאגיד הלאומי ייהפך לגוף, הדומה בחובותיו ובמסגרת הביורוקרטית שבו למחלקה הממשלתית, הרי כל מטרת התאגיד הממלכתי היתה למנוע תופעה זו. לעניין זה ראה:

W.A. Robson *Nationalized Industry and Public ownership*, supra note 73;

מ' דונרשטיין "המטרות של חברות עסקיות ממלכתיות הרכי היקבעותן בתפיסת המשתתפים בניהולן ולמעשה" (עבודת דוקטורט בפקולטה להנדסת תעשייה וניהול, הטכניון - מכון טכנולוגי לישראל, 1973) עמ' 13-14.

91 פרופ' גרנר בספרו, supra note 75, p. 310.

בכל הנוגע לפיקוח פרלמנטרי על התאגידים הממלכתיים באנגליה ראה גם:

Erskine May *Parliamentary Practice* (17th ed.) 355;

וכן גרנר במאמרו הנוכח, supra note 62, pp. 20-21 וזיתר פירוט בספרם של Griffith and Street, supra note 76, pp. 294-301 וכן בספרו של פרופ' A.H. Hanson *Parliament and Public Ownership* (London, The Hansard Society, Cassell ed. 1961).

92 גרנר, ibid. ibid. כמו כן ראה W. Friedman במאמרו הנוכח, supra note 71, p. 249. להשוואה יצוין כי בארצות הברית ניוונה רשות עמק הטנסי (T.V.A.) מתקציב ממלכתי, ואכן רשות עמק הטנסי כפופה לביקורת הרשות המבצעת (הנשיא) הקונגרס החשב הכללי.

"זכות השאילתה"⁹³ באמצעות הדיון הנערך בנושאים שיש להגישם לאישור הפרלמנט (כגון דו"חות שנתיים של התאגידים הממלכתיים) ובאמצעות ועדות מיוחדות הדנות בנושא.⁹⁴

5.69 נמצא כי על אף שתכליתו העיקרית של התאגיד הממלכתי באנגליה היא להשיג חופש פעולה, הרי שבסופו של דבר מהווה תאגיד זה זרוע של הרשות המבצעת הכפופה לפיקוח פרלמנטרי. וגוף הכפוף לפיקוח פרלמנטרי, כאמור, הינו לכאורה ישות ציבורית הנמנית עם הרשות המינהלית.

ג(5) מתן הוראות על ידי השר הממונה

5.70 כאמור, העצמאות של התאגידים הממלכתיים במישור הפעילות השוטפת אינה מונעת מן השר את הזכות למתן הוראות לתאגידים אלו בנושאים שבמדיניות.

הוראת חוק מקובלת ונפוצה, בחוקים המקימים את התאגידים הממלכתיים, מסמיכה את השר הממונה ליתן הנחיות כלליות בנושאים שבמדיניות לתאגיד הממלכתי הפועל בתחום אחריותו.⁹⁵ כך תצוין למשל

93 זכות השאילתה מופנית כלפי השר האחראי. מכיון שהשר רשאי לתת הוראות לתאגיד הממלכתי רק בנושאים שבמדיניות ולא בנושאים של ניהול שוטף, כפי שנראה להלן, הרי שגם זכות השאילתה מחייחסת אך ורק לעניינים שבמדיניות. הבחנה זו יוצרת אפשרות לסכל את ההליך כולו, שכן השר רשאי לסרב לענות לשאילתה בעניינו של תאגיד ממלכתי בטענה כי הדבר נוגע לניהול שוטף ולא לקביעת מדיניות, ואזי השאילתה יורדת מסדר היום. לעניין זה ראה *Robson, supra note 73, pp. 62-64* וכן גרנר, *ibid. ibid.*

94 "הוועדה הפרלמנטרית לפיקוח על התעשיות המולאמות" הוקמה בשנת 1956 כדי לעסוק בפיקוח על התאגידים הממלכתיים באנגליה. בהקשר זה מציין פרופ' Wade בספרו, *supra note 1, p. 169*: "As the industries have become adjusted to the balance of forces in the constitution it has become plain that the original theories of nationalisation were unrealistic, and that parliament has an important part to play".

95 ואולם, עם אימוצה של מדיניות ההפרטה, נעשתה רפורמה בפרלמנט בשנת 1979 וסמכויות ועדה זו פוצלו לכמה ועדות משנה העוסקות בתאגידים ספציפיים. לעניין זה ראה גרנר, *ibid.*, pp. 311-312. פרופ' גרנר בספרו *supra note 75, p. 307*, ובמאמרו הנזכר *ibid.*, p. 19. במאמר זה מציין פרופ' גרנר כי על הוראות אלו להינתן בכתב. על אף שבדרך כלל איך עיגון חוקי לדרישה זו, (מלבד בסעיף 23(3) ל-Transport Act 1968 הקובע כי הנחיית השר חייבת להיות בכתובים). ואולם, אף אם ההנחיה של השר לתאגיד הממלכתי אינה ניתנת בכתובים, אין היא נשארת בגדר "תורה שבעל פה" וניתן לה ביטוי מאוחר יותר בכתובים. כך נקבעה בחלק מן החוקים הדרישה להציג לפני הפרלמנט את רשימת ההוראות שניתנו על ידי השרים לתאגידים הממלכתיים, לאחר נתינת ההוראות או אף כטרם נתינתן. כמו כן מתפרסמות הוראות אלו בדו"ח תקופתי המוצג לפני הפרלמנט, אלא אם מנע השר את הפרסום מטעמים של טובת הציבור. לעניין זה ראה בספרו של פרופ' Wade, *supra note 1, p. 159* וכן: Griffith and Street *supra note 7, 283-284*.

ההוראה בחוק לפיה מוסמך השר לענייני מדע ליתן לרשות לאנרגיה גרעינית:

"such directions as he may think fit, and the authority shall comply with any directions so given".⁹⁶

5.71 עם זאת, סמכות זו למתן הנחיות לתאגידים הממלכתיים אינה כה רחבה כפי שהינה נחזית להיות במבט ראשון, שכן בהתאם להוראת החוק, יינתנו הנחיות השר לתאגיד הממלכתי רק לאחר התייעצות עם דירקטוריון התאגיד, וסמכותו של השר מוגבלת בחוק גופו בקביעה כי אל לו לשר ליתן הוראות בתחום הניהול השוטף, אלא אם כן קיימים אינטרסים לאומיים הדורשים את התערבותו.⁹⁷

ואכן, באופן רשמי ניתנו מעט מאוד הנחיות על ידי השרים לתאגידים הממלכתיים בנושאים של תפעול שוטף, והנחיות אלו נגעו בעיקר לנושאים כלכליים.⁹⁸

5.72 ואולם, עצם קיומה של הסמכות ליתן הוראות חשובה אף יותר מן השימוש בה. מקום שבו קיימת סמכות חוקית נעשה דברו של בעל הסמכות אף בלא שהפעיל פורמלית את סמכותו האמורה. מה עוד שסמכות זו למתן הנחיות מתוספת לסמכותו של השר להתקין תקנות כלליות להסדרת ענייניהם של תאגידים ממלכתיים מסוימים, ולסמכותו של השר למנות ולפטר בנסיבות מסוימות חברי דירקטוריון בתאגידים הממלכתיים, ולסמכותו לקבוע את יעדיה של יתרה תקציבית ואת שיעור ההלוואות ונפח האשראי שהתאגיד הממלכתי ייטול⁹⁹ - החלטות שהינן קריטיות לגוף עסקי.

5.73 כמו כן יש לזכור כי השר הממונה על התאגיד הממלכתי נמצא במגע שוטף ומתמיד עימו והנחיותיו ניתנות חרשות לבקרים בנושאים רבים

⁹⁶ Atomic Energy Authority Act 1954, sec. 3(2).

הוראה מקבילה מופיעה בחוקים רבים המקימים או המסמיכים להקים "Public corporations" לעניין זה ראה גם מאמרו הקלסי של:

W. Friedman "The New Public Corporations and the Law" *supra* note 71, p. 247.

⁹⁷ כך למשל נקבע בסעיף 3(3) לחוק רשות האנרגיה האטומית הנכרך:

"Shall not regard it as his duty to intervene in detail in the conduct by the Authority of their affairs unless in his opinion overriding national interest so required".

⁹⁸ פרופ' גרנר בספרו, *supra* note 75, p. 307, בעמ' 307 מצוין כדוגמא להנחיה כאמור, את ההוראה שניתנה לחברת הגז בנוגע לשיעור הפיצוי שישולם לבעלי מניותיה בנין הלאמת החברה.

⁹⁹ פרופ' Wade בספרו הנכרך, *supra* note 1, p. 160 גרנר בספרו, *ibid.* p. 307.

ומהותיים כעניין שבשגרה, בלא להיכנס לגדריה החוקיים של סמכותו, ולבחינת מהות ההוראה הניתנת על ידו, כנוגעת לנושאים שבמדיניות או לנושאים של ניהול שוטף.¹⁰⁰ העובדה כי ההנחיות הרשמיות שהשר נותן הינן מועטות אינה משקפת את מידת התערבות השרים בפעילותם השוטפת של התאגידים הממלכתיים.¹⁰¹ תאגידים אלו מושפעים הלכה ולמעשה גם בתחום הניהול השוטף, מהנחיות השרים ומהוראותיהם הבלתי פורמליות, והעובדה כי להנחיות אלו אין עיגון בחוק ואין זכר בכתובים רק מונעת את הפיקוח הפרלמנטרי על תופעה זו, בעוד שהשפעתן המעשית של הוראות אלו רק מתעצמת עקב כך.¹⁰²

אדרבה, מכאן נובעת הדרישה כי השרים יוסמכו להתערב אף בנושאים היומיומיים של התאגיד הממלכתי, כשלהתערבות זו ניתן עיגון חוקי ובלבד שהנחיותיהם של השרים יינתנו בכתובים וייחשפו לביקורת ציבורית ופרלמנטרית.¹⁰³

5.74 בהקשר זה יצוינו דבריה של הוועדה להכנתה של הצעת חוק חברות ממלכתיות (בראשות פרופ' א' ברק) האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל"א (1970), 33, ביחס למצב המשפטי באנגליה, כי:

"המונחים "General Character" ו-"National Interest" הם מטבעם בלתי ברורים ובלתי מדויקים. לדעת הוועדה לא רצוי הוא לחקות את הנסיון האנגלי בסוגיה זו, נסיון שנדחה גם בארצות אחרות של הקהילה הבריטית, כגון אוסטרליה.^{103א}

100. Wade, *ibid.*, *ibid.*

101. Wade, *ibid.*, *ibid.* וכן:

D. Foulkes *Introduction to Administrative Law* 2nd ed., London, Butterworths, (1968) p. 176.

See also: D. Foulkes *Administrative Law*, *supra* note 67, p. 28.

E. Davies "Ministerial Control and Parliamentary Responsibility of Nationalised Industries" 21 *Political Quarterly* (1950) 150; H.S. Morrison "Public Nationalised Industries" 21 *Political Quarterly* (1950) 150; H.S. Morrison, "Public control of the Socialised Industries" 28 *Public Administration* (1950) p. 4; כמו בן ראה התייחסותו של פרופ' גרנר לעניין זה בספרו, *supra* note 75, p. 301.

103 Cmnd. 7131 (White Paper). הצעה זו הועלתה על ידי הממשלה הבריטית בשנת 1978. בהצעה זו נכללה גם קביעה בדבר הצורך באישור הפרלמנט למתן הוראות לתאגיד בנסיבות מסוימות, וכן הענקת פיצוי לתאגיד הממלכתי בנין הוראה המסיבה לו נזקים כלכליים. הצעה זו אכן התקבלה על דעת הוועדה הפרלמנטרית העוסקת בתעשיות המולאמות (H.C. 636 (1977-8) Par. 59). ואולם, בטרם שנקטו צעדים ממשיים כלשהם ליישומה, עלתה המפלגה השמרנית לשלטון, בשנת 1979, הדגש הרשם על הפרטה, וממילא מלאכת חקיקה זו המסדירה את ענייניהם של התאגידים הממלכתיים באנגליה - לא נעשתה.

103א לסקירת הדין באוסטרליה ראה:

supra note L. Zines "Federal Public Corporations in Australia" 61, p. 227.

במקום זאת רצוי הוא לקבוע בבירור ובפשטות כי הכוח נתון לרשות המבצעת להתערב בפעולות הדירקטוריון, התערבות הכפופה לביקורת פרלמנטרית".

5.75 לנוכח האמור, נכון יהא לסכם נקודה זו בכך, שהתאגיד הממלכתי באנגליה קשור בקשר הדוק ביותר אל הממשלה על אף מעמדו החוקי העצמאי כביכול.

נוסף לסמכותם של השרים למנות ולפטר את חברי הדירקטוריון ונוסף לסמכותם לקבוע את יעדיהן של היתרות התקציביות של התאגיד הממלכתי, את שיעור ההלוואות ואת נפח האשראי שהתאגיד הממלכתי ייטול, מסורה בידם הסמכות ליתן לתאגיד הממלכתי הוראות בנושאים שבמדיניות ולהורותו את הדרך בה יהלך. מה עוד שהלכה ולמעשה מתורגמת סמכות זו גם, ושמה בעיקר, ¹⁰⁴ למתן הנחיות ניהול שוטפות לתאגיד הממלכתי, באופן שעצמאותו המוצהרת, שהינה אחד ממאפייניו, נהפכת לעצמאות פורמלית בלבד.

5.76 ואכן, לנוכח העובדה כי בפועל מנחים השרים את התאגידים הממלכתיים בכל תחום, ואין הפרדה של ממש בין נושאים שבמדיניות לנושאים של ניהול שוטף, מצוין פרופ' Hanson:

"...it is now hardly an exaggeration to regard the corporation as a kind of specialized ministerial agency, whose corporate status is little more than a convenient legal and administrative **fiction**".¹⁰⁵

5.77 לאמור, התאגיד הממלכתי באנגליה מהווה למעשה זרוע ביצועית של הממשלה ואישיותו המשפטית הנפרדת אינה אלא פיקציה משפטית שנקבעה מטעמי נוחות. הטשטוש הקיים הלכה ולמעשה בין ההנחיות הכלליות של השרים לתאגיד זה בנושאים שבמדיניות לבין ההנחיות

T.H. Kewley "Some General Features of the statutory corporation in Australia" 16(1) *Australian Journal of Public Adm.* (New Series 1957) p. 23; G. Sawyer "The Public Corporation in Australia" in *The Public Corporation, A Comparative Symposium*, W. Friedmann ed., London Stevens & Sons, 1954 p. 42; S.J. Rimmer "An Issue Paper on Aspects of Asset Sales as a form of Privatisation in Australia" in *Privatisation and Public Enterprise* (ed. Getta Couri, New Delhi, Oxford and IBH Pub. Co., 1991) p. 139.

¹⁰⁴ בהקשר זה מצוין פרופ' Wade, *supra* note 1, p. 161, בעמ' 161, כי המצב הוא הפוך מן המצופה, כאשר בנושאים שבמדיניות לא ניתנים כמעט כל הנחיות לתאגידים הלאומיים ואילו בנושאים של ניהול שוטף מתערב השר ומביע את רעתו הרשות לבקרים.

¹⁰⁵ A. H. Hanson *Parliament and Public Ownership*, *supra* note 91, p. 175

השוטפות והיומיומיות, והמגע הרצוף והשוטף הקיים בין הממשלה לבין התאגיד הממלכתי, מביאים לידי כך שלמעשה מהווה התאגיד הממלכתי סוכנות ממשלתית, אשר עצמאותה והגדרתה כאישיות משפטית נפרדת אינם אלא כלי עזר בפעולתה, ואין בהם כדי לשנות את מהותה כעושה דברה של הממשלה.

5.78 התאגיד הממלכתי באנגליה מהווה אם כן חלק אורגני מן הרשות המינהלית אם כי לא בהכרח חלק אורגני מן הממשלה. העצמאות היחסית של התאגיד הממלכתי והאישיות המשפטית הנפרדת שמהם נהנה תאגיד זה, אינם משנים את העובדה כי הוא משמש לביצוע מדיניות הממשלה במגוון של נושאים, נתון בעקיפין לביקורת פרלמנטרית הדוקה ונתון במישרין לשליטתה ולהנחייתה של הממשלה בנושאים שבמדיניות ושבניהול שוטף.

5.79 עובדות אלו משליכות לכאורה על מעמדו המשפטי של התאגיד הממלכתי ועל הנורמות שיחולו לגביו, אם כי כפי שנראה להלן, אין בהן כדי להביא לראיית תאגידיים אלו כממוזגים במנגנון הממשלתי לעניין החסינות וזכויות היתר המוענקות למנגנון זה.

ג(6) מעמדו המשפטי של התאגיד הממלכתי באנגליה

5.80 על אף שהתאגיד הממלכתי מהווה זרוע ביצועית של הממשלה, כאמור, הרי שבמישור החסינויות וזכויות היתר המוענקות לכתר, הלכה פסוקה היא כי התאגיד הממלכתי באנגליה אינו "שלוח הכתר" ואינו נהנה מחסינויות הכתר. הטעם לשוני הקיים בהקשר זה בין אנגליה לבין קנדה נעוץ, ככל הנראה, בעובדה כי בעוד שבקנדה משמשים כתאגידיים ממלכתיים הן חברות ממשלתיות והן תאגידיים סטטוטוריים ללא הבחנה, הרי שבאנגליה מבוצעת הפעילות העסקית של המדינה באמצעות תאגידיים סטטוטוריים בלבד. המונח תאגידיים ממלכתיים באנגליה מיוחד איפוא לזרוע ביצועית שהינה יציר החוק. ממילא, קיים קושי לראות תאגידיים אלו כטפלים לרשות המבצעת וכנהנים מן הסטטוס הניתן לרשות עצמה.

5.81 משום כך מובן כי הנחיות השר והשפעתו אינם יכולים "לספח" את התאגידים הממלכתיים אל תוך הרשות המבצעת ולהטמיעה בין המחלקות הממשלתיות, ובלשונו של לורד דנינג: ¹⁰⁶

"These are great powers (the power to give orders - W.A.) but still we cannot regard the corporation as being his agent, any more than a company is the agent of the shareholders, or even of a sole shareholder. In the eye of the law, the corporation is its own master and is answerable as fully as any other person or corporation. It is not the crown and has none of the immunities or privileges of the crown. It's servants are not civil servants, and it's property is not crown property".

5.82 עם זאת מציין פרופ' גרנר בספרו הנזכר ¹⁰⁶ כי יש תאגידים, אשר החוק קובע מפורשות לגביהם כי הם ייחשבו כשלוחי הכתר בפי שיש תאגידים אשר לגביהם נקבע מפורשות כי אין הם שלוחי הכתר. כך למשל, רכישות קרקע שמבצע ה-National Radiological Protection Board נחשבות כמבוצעות עבור הכתר ובשמו מכוח הוראת ה-Radiological Protection Act-1970 sec. 2(4). פרופ' גרנר חולק על דעתו של פרופ' גלנוויל וויליאמס (Glanville Williams Crown Proceedings, sec. 21-8, 30-7), הגורס כי הן תאגידים ממלכתיים מסחריים והן תאגידים ממלכתיים העוסקים בענייני רווחה, אינם נחשבים בשלוחי הכתר. ואכן, בפסק הדין בעניין: Earl Fitzwilliam's Wentworth Estates Co. v. Minister of Town [1951] 1 K.B. 203, 211, קבע כב' השופט Birkett כי התאגיד הממלכתי זהה, מנקודות מבט רבות למחלקה הממשלתית.

106 Tamlin v. Hannaford (1950) 1 K.B. 18. כמו כן ראה:

"British Medical Association v. Great Glasgow Health Board" The Times, 20 May 1988; B.B.C. v. Johns (1965) ch. 32, 142; Nottingham No. 1 Area Hospital Management Committee v. Owen (1958) 1 Q.B. 50; Pfizer Ltd. v. Ministry of Health (1965) A.C. 512; Wood v. Leeds Area Health Authority (1974) I.C.R. 535.

אשר לסמכויות בתי המשפט לזון בפעילותם של תאגידים אלו ראה: Smith v. London Transport Executive [1951] A.C. 555 [1951] 1 All E.R. 667 התאגידים הממלכתיים כפופים לביקורת שיפוטית אם לא חרגו מן הסמכויות הקבועות במסמכי ההתאגדות שלהם, בדיוק בשם שגוף פרטי כפוף לביקורת. מאידך גיסא, ראה R. v. City of London, Assessment Committee (1907) 2 K.B. 764, בו נקבע כי כנגד תאגיד ממלכתי לא יוצא צו עשה (מנדטוס). בכל הנוגע לאחריות הפלילית של התאגיד הממלכתי ראה: R. v. Newbound (1962) 2 Q.B. 202, בו נקבע כי ה-National Coal Board אינו גוף ציבורי כמשמעו ב-Corruptions Acts. לעומת זאת ראה פסק הדין בעניין R. v. Manners [1978] A.C. 43 בו הוגדר ה-British Overseas Airways Co. כתאגיד ציבורי לענין חוקים אלו, לנוכח העובדה כי פעילותו אינה ולונטרית אלא נובעת מכוח חובה הקבועה בחוק שהקים תאגיד זה. פסק דין זה התייחס לפעילות עסקית שבוצעה על ידי התאגיד האמור.

106א פרופ' גרנר, supra note 75, p. 301.

ובאופן חד נקבע בעניין *Glasgow Co. v. Central Land Board* [1956] S.L.T. על ידי לורד סימונס כי ה-Central Land Board ייצג את הכתר והיחידה שלו. לורד Normand אף ציין באותו עניין כי ה-Central Land Board מהווה חלק אינטגרלי מן האישיות המשפטית המוגדרת במשפט הבריטי בתואר: "הכתר". לורד Radclif קבע באותו עניין כי ה-Central Land Board מהווה שלוח הכתר ולורד Keith קבע כי ה-Central Land Board לכול הפחות עובד של הכתר לביצוע הפעילות האמורה.

5.83 פרופ' Colin Turpin בספרו *Public Contracts* מציין בהקשר זה:¹⁰⁷

"In the United Kingdom public corporations are in principle autonomous in matters of contracting policy and procedure, although in practice they often follow directions and rulings laid down for observance by government departments. Some public corporations are Crown servants without a separate or independent contractual capacity; they are deemed to act on behalf of the Crown and, as the 'alter ego or arm' of the government, they may enjoy special governmental prerogatives such as immunity from suit in the courts of a foreign country.¹⁰⁸ On the other hand a public corporation that is a Crown servant sometimes has an independent contractual capacity and may itself be entitled and bound under its contracts as if it were acting as a principal" (ההדגשות הוספו).

5.84 נמצאת למד כי בכל הנוגע למישור החסינויות וחכיות היתר, לא כל התאגידים הממלכתיים באנגליה נהנים מסטטוס של "שלוח הכתר". אכן מצינו תאגידים מסוימים הנהנים מסטטוס זה, אך ככלל, לא נכון יהא לומר כי התאגידים הממלכתיים באנגליה מהווים שלוחי הכתר.

ג(7) החלת כללי המשפט הציבורי על התאגיד הממלכתי

5.85 לנוכח הסקירה דלעיל נצא מנקודת הנחה כי התאגיד הממלכתי באנגליה אינו "שלוח הכתר" ואינו נהנה מן החסינויות המוענקות לכתר. כמו כן

¹⁰⁷ Colin C. Turpin *Public Contracts* (Boston and London, 1982) p. 5

¹⁰⁸ *Mellenger v. New Brunswick Development Corporation* [1971] 1 W.L.R. 604 (C.A.) פסק הדין

התייחס לחסינות המוענקת לכתר והמעוגנת עתה ב-3 s. esp. (c. 33), *State Immunity Act 1978*

נצא מנקודת הנחה כי משמעותה של קביעה זו הינה כי התאגיד הממלכתי אינו חלק אורגני מן המנגנון הממשלתי.¹⁰⁹

מכאן פונים אנו לנשוא דיוננו ושבים לשאלה, האם יש להסיק מכך כי התאגידים הממלכתיים האמורים גם אינם חלק מן הסקטור הציבורי הכולל, שהינו רחב מן המנגנון הממשלתי, ואשר עליו חלות החובות הנובעות מן הרמה הנורמטיבית שמציבים כללי המשפט הציבורי?¹¹⁰

5.86 לכאורה, אף אם נקבע כי התאגידים הממלכתיים באנגליה עומדים בפני עצמם ואינם מהווים חלק אינטרגלי מן המנגנון הממשלתי, הרי שלנוכח העובדה כי אופיים ופעילותם זהים לאלו של המנגנון הציבורי, וכי הממשלה מבצעת את מדיניותה באמצעותם, הרי שמן הדין כי יוחלו לגביהם אותם הכללים החלים לגבי המנגנון הממשלתי. העובדה כי ה-"public corporations" באנגליה משרתים מטרה לאומית, מהווים תאגיד סטוטורי הממלא תפקיד ציבורי שהוקם ופועל על פי דין, ואף נתונים להשפעתה המסיבית של הממשלה, אשר שריה נותנים הוראות בנושאים שבמדיניות ובנושאים שבניהול שוטף, ומשתמשים בתאגידים האמורים לביצוע מדיניותם, מחייבת לכאורה כי תאגידים אלו יוגדרו כגופים ציבוריים הכפופים לכללי המשפט הציבורי.

5.87 ואכן, פרופ' ירדלי¹¹¹ מציין כי קיימות שלוש אלטרנטיבות בהחלת רמה נורמטיבית הולמת על התאגידים הממלכתיים באנגליה:

א. מכיוון שתאגידים אלו כפופים להוראות מטעם השרים ומשולבים באורגן המבצע את המדיניות הלאומית שמתווה הממשלה, יש

D.C.M. Yardley *Principles of Administrative Law*, supra note 62, p. 12: "It is, of course, a public authority and its purposes, no doubt, are public purposes, but it is not a government department nor do its powers fall within the province of government".

כמו כן ראה: Foster v. British Gas plc [1988] 2 CMLR 697 [1988] ICR 584.
 110 הגדרת התאגיד הממלכתי כ"שלוח הכתר" גוררת ממילא את תחולתם של כללי המשפט הציבורי, שכן משמעות השליחות האמורה אינה נחמת במישור הזכויות והיא חלה בהכרח אף במישור החובות, שהרי מכוח השליחות האמורה חלים על השלוח - התאגיד הממלכתי, בביצוע שליחותו, כל הדינים החלים על המשלח - הכתר, וראה לעיל ביחס לשיטה הנהוגת בקנדה. ואולם, לעומת זאת, הקביעה לפיה מהווה התאגיד הממלכתי גוף נפרד ולא שליח הכתר עדיין אינה קובעת מהו הדין החל על גוף זה במישור החובות, מכוח מהותו העצמית ואופיו. עם זאת יצוין כי מן הדרך שבה מציג פרופ' Foulkes את הדברים (supra note 67, p. 23), משמע כי אין כללי המשפט המינהלי חלים על התאגידים הממלכתיים. וכמו כן ראה ספרו של פרופ' Wade, supra note 1, p. 155, בו משתמע לכאורה, כי התאגיד הממלכתי פועל מחוץ לתחומי המשפט המינהלי.

111 פרופ' ירדלי בספרו הנזכר, pp. 360-361, supra note 76.

לראותם בחלק אינטגרלי מן הרשות המבצעת וכמחלקות ממשלתיות לכל דבר ועניין.

אלטרנטיבה זו נתקלת בקושי הנעוץ בעובדה שכל תכלית הקמתם של התאגידים הממלכתיים הלאומיים הינה הפרדת הפעילות המבוצעת על ידם מן המנגנון הממשלתי, ומשום כך נפסלת אלטרנטיבה זו על ידי פרופ' ירדלי.¹¹²

ב. השוואה של התאגיד הממלכתי לחברה הפרטית, בנוגע לשאלת האחריות (מכוח עקרון האישיות המשפטית הנפרדת) ובנוגע לדיווח הכספי וכיצא באלה - עשויה אף היא לכאורה להתקבל על הדעת, שהרי התאגידים הממלכתיים האמורים מהווים גוף מסחרי לכל דבר ועניין. ואולם, אלטרנטיבה זו מתעלמת מן העובדה כי גוף זה מהווה זרוע ביצועית של הממשלה לביצוע מדיניותה והינו כפוף להוראותיה. משום כך פוסל פרופ' ירדלי גם אלטרנטיבה זו.

ג. התאגידים הממלכתיים אינם משולבים בשלטון המרכזי מחד גיסא, ואינם דומים לגוף פרטי מאידך גיסא. תאגידים אלו יש להשוות לרשויות המקומיות, במובן זה שהם מהווים חלק מן המערך הכולל של הרשות הציבורית, בה בעת שהם מהווים גורם נפרד העומד בפני עצמו ואינו נטמע ומשולב ברשות הממשלתית. זוהי זרוע ביצועית נפרדת, שבמהותה הריהי דומה לרשויות השלטון המרכזי, אך כמוה כשלטון המקומי בכך שהיא נחשבת מבחינה אורגנית לגורם נפרד ומובחן מן השלטון המרכזי, ואף אינה בגדר שלוחתו.¹¹³

5.88 פרופ' ירדלי בוחר מבין שלוש אלטרנטיבות אלו באלטרנטיבה השלישית, לפיה מהווה התאגיד הממלכתי גוף ציבורי, העומד בפני עצמו וניצב בצד השלטון המרכזי והרשויות המקומיות כזרוע שלישית במערך הכולל של רשויות המינהל הציבורי.

5.89 זאת ועוד, פרופ' ירדלי מצייין, כי כתוצאה מניתוח זה, המסקנה המתבקשת היא כי התאגידים הממלכתיים באנגליה ניחנים בדואליות נורמטיבית,

¹¹² ובלשונו, *ibid.* p. 360.

"Although the public corporation is politically and, to some extent, economically, a Government responsibility, it should not be legally identified with the government...".

¹¹³ לעניין זה ראה גם: *Robinson Public Authorities and Legal Liability*, p. 22. ולהשוואה ראה: *Swisher The Growth of Constitutional Power in the United States 1946*.

כאשר חלים עליהם הן כללים מן המשפט הפרטי, כגון תורת האולטרה וירס והחבות בנוזקין, והן כללי המשפט הציבורי,¹¹⁴ ובלשונו:

"As corporate bodies, the public corporations are subject to the 'ultra vires' limitations on contractual capacity and on tortious liability.¹¹⁵
As public authorities, forming part of public administration, they are subject to the supervisory powers which the courts as guardians of the law of the land exercise over administrative authorities"¹¹⁶ (ההדגשה הוספה).

ג(8) מסקנת הרברים

5.90 התאגידים הממלכתיים באנגליה הינם תאגידים סטטוטוריים. בישראל ברור הוא, כפי שעוד נראה להלן, כי תאגיד סטטוטורי מהווה גוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" וממילא הינו כפוף לכללי המשפט הציבורי. הצענו לעיל להשוות לעניין זה בין התאגידים הסטטוטוריים לבין חברות ממשלתיות ולהחיל גם ביחס לחברות הממשלתיות את כללי המשפט הציבורי, בסייגים מסוימים. ואולם, מכיוון שהשימוש בתאגידים סטטוטוריים בישראל הינו מצומצם ואילו השימוש בחברות ממשלתיות הינו רחב ביותר, התעורר חשש מסוים מפני ההשלכות שתהיינה להחלת כללים אלו גם על פעילות החברות הממשלתיות. לעניין זה טובה היא הפנייה למשפט האנגלי, שבו מתבצע חלק הארי של הפעילות העסקית של המדינה באמצעות תאגידים סטטוטוריים.

5.91 בהקשר זה ראינו כי התאגידים הממלכתיים ("Public Corporations") באנגליה מהווים זרוע ביצועית של הממשלה לשם יישום מדיניותה, הם כפופים להוראות השרים בנושאים הנוגעים לקביעת מדיניות ובפועל הינם כפופים להוראותיהם בכל דבר ועניין. לא זו אף זו, במידה רבה כפופים תאגידים אלו אף לפיקוח פרלמנטרי. הגדרת התאגידים הממלכתיים באנגליה כגוף פרטי אינה מסתברת על כן והם משתייכים לרשות הציבורית.

114 ידלי בספרו הנזכר, supra note 76, p. 36.

115 בכך מתבטאת העובדה כי תאגידים אלו אינם "שלוחי הכתר".

116 Treves "Administrative Discretion and Judicial Control 10 Mod. L. Rev. 276

5.92 אכן, באנגליה שלא כבקנדה התאגידים הממלכתיים אינם נהנים, ככלל, מן הסטטוס של "שלוח הכתר", למעט אי אלו חריגים. בהקשר זה הבהרנו כי מכיוון שבאנגליה מיוחד המונח "תאגיד ממלכתי" לגוף המוקם על פי חוק, קשה להסיק כי תאגיד זה נטמע וטפל לחלוטין לאורגן הממשלתי, על שום כפיפותו להוראות הממשלה. משום כך אין התאגידים הממלכתיים באנגליה נחשבים לחלק אינטגרלי מן הרשות המרכזית, והם אינם נהנים מזכויות היתר ומן החסינויות המוענקות לרשות זו.

ועם זאת, במישור החובות המוטלים על גופים אלו, הרי שלנוכח העובדה כי התאגידים הממלכתיים באנגליה מהווים רשויות סטטוטוריות הפועלות למטרות לאומיות, ולנוכח העובדה כי גופים אלו נתונים באופן ברור ומפורש להוראות השרים, מהווים תאגידים אלו במהותם גוף ציבורי, וחלים עליהם כללי המשפט הציבורי כפי העולה מן הניתוח המשפטי של פרופ' ירדלי.

5.93 מניתוח הדברים על ידי פרופ' ירדלי נמצאת למד כי גם באנגליה פועלים התאגידים הממלכתיים, אשר באמצעותם מפעילה הממשלה את מדיניותה בתחומי המשק השונים, כשהם כפופים לכללי המשפט הציבורי.

תחולה זו של כללי המשפט הציבורי על התאגידים הממלכתיים אינה גורעת איפוא מיכולת תפקודם, מעצמאותם התפקודית ומכפיפותם לכללי המשפט הפרטי בצד כפיפותם לכללי המשפט הציבורי.

5.94 משמצינו כי גם באנגליה, כבקנדה, קיימת גם קיימת אפשרות לבצע את הפעילות העסקית של המדינה באמצעות גופים נפרדים, הנתונים בסיטואציה של דואליות נורמטיבית והינם כפופים הן לכללי המשפט הציבורי והן לכללי המשפט הפרטי, פוחת ממילא החשש מפני יישום מסקנותינו אנו ביחס לדין הנוהג בישראל במישור זה והשלכותיו.

לרווחא דמילתא נעבור להלן לבחינת הדין הנוהג בהקשר זה בארצות הברית, בבחינת "והחוט המשולש לא במהרה יינתק".

ד. התאגידים הממלכתיים בארצות הברית

ד(1) פתח דבר

5.95 הממשל בארצות הברית, הן במישור הפדרלי והן במדינות השונות, פועל לעיתים מזומנות באמצעות סוכנויות ("agencies"). סוכנויות אלו הינן זרועות של הממשל, המיוחדות לטיפול בנושאים ספציפיים, והן מהוות חלק מן האורגן הממלכתי. ה-agencies אינן נהנות מאישיות משפטית נפרדת מזו של הממשל המרכזי, הן אינן תאגידים נפרדים, וממילא אין כל מקום להכלילן בגדר המונח תאגידים ממלכתיים.¹¹⁷

הצד השווה שבין הסוכנויות הממשלתיות לבין התאגידים הממלכתיים הינו, כי אלו כאלו מהווים גופים המתמחים בעיסוק מוגדר ומסוים, כשהמומחיות הכרוכה בעיסוק זה מעניקה להם, לעיתים קרובות, שיקול דעת עצמאי וסמכויות ניכרות.

ואולם, בעוד שהתאגיד הממלכתי הינו גוף נפרד מן הממשל, מבחינה אורגנית, הרי שהסוכנות הממשלתית הינה עצם מעצמו של הממשל, לכל דבר ועניין.¹¹⁸

117 מבנה השלטון במדינות השונות בארצות הברית דומה בדרך כלל, בקווים כלליים, למבנה השלטון המרכזי, שכן החוקה של המדינות השונות דומה בדרך כלל לחוקה הפדרלית בדרך הסדרתה את צורת השלטון. המנגנון השלטוני מורכב שם ממושל מרכזי נבחר (הנשיא, ובמדינות השונות המושל - governor), כאשר מושל זה אחראי לרשות המבצעת, הכללת מחלקות ממשלתיות וסוכנויות ממשלתיות (agencies). סוכנויות אלו מאוישות בעובדי מדינה והן כפופות לביקורת שיטתית בדיוק כשם שהמחלקות הממשלתיות כפופות לה. הסוכנויות משמשות בעיקר לניהול בתי חולים, בנקים ממלכתיים, קרנות פנסיה, הספקת שירותים חיוניים ולהסדרת נושאים של סעד, רוחחה וחינוך. ההבדל בין סוכנות ממשלתית לבין מחלקה ממשלתית נעוץ בסדרי הפעולה ובמידת העצמאות של גורמים אלו, בה בעת שהמחלקה הממשלתית הסוכנות הממשלתית אינן אלא זרועות של הרשות הביצועית שבאמצעותן מפעיל המושל המרכזי את מדיניותו. בעניין זה ראה:

P.L. Strauss *An Introduction To Administrative Justice In The United States* (Carolina Academic Press, 1989) pp. 97-98.

118 למעמדן החוקי של ה-"Agencies" בארצות הברית ראה גם 5 U.S.C. sec. 551; ולסקירה משפטית מקיפה בהקשר זה ראה: American Jurisprudence 2d ed., vol. 1, sec. 69-83.

לסקירה בדבר דרך ניהולן של ה-"agencies" בארצות הברית ראה:

L. Garner "Management Control In Regulatory Agencies: A Modest Proposal for Reform" (1987) *Administrative Law Rev.* 466.

הסוכנויות גם מטמכות לעיתים ליתן פרשנות רשמית לחוקים. לעניין זה ראה:

R. Anthony "Which Agency Interpretations Should Bind Citizens and the Courts?" 7 *Yale J. Rec.* (1990) 1, 3-4, 39.

5.96 דוק, התאגיד הממלכתי בארצות הברית מוקם לעיתים מתוך מטרה כי היא גוף נפרד, בעל שיקול דעת עצמאי לחלוטין, לעיתים הוא מוקם מתוך מטרה לשמש זרוע ביצועית של סוכנות ממשלתית, ולעיתים משמשים התאגידים הממלכתיים בארצות הברית, הן כגוף עצמאי והן כזרוע ביצועית של סוכנות ממשלתית.¹¹⁹

כך למשל רשות הדואר (The United States Postal Service) הוקמה כגוף עצמאי, והגדרתה בחוק היא:

"an independent establishment of the executive branch of the United States".¹²⁰

ואכן רשות זו נהנית מעצמאות במובן זה שהיא כורתת חוים בשם עצמה, תובעת ונתבעת בשם עצמה וכיו"ב. ועם זאת ממשלת ארצות הברית אחראית למעשיה הנזיקיים ולחזיה של רשות זו בהיותה זרוע ביצועית של הממשל.¹²¹

התאגיד הממלכתי הינו אם כן גוף בעל אישיות נפרדת ולא תמיד יש לראותו כזרוע ביצועית של הממשל או של הסוכנות הממשלתית. בהקשר זה יש על כן מקום לדון בשאלה אם על אף עצמאותו זו חלים על התאגיד הממלכתי בארצות הברית, נורמות המקבילות לאלו החלות על הממשלה, לנוכח אופיו הציבורי. ואולם, שאלה זו לא יכולה להישאל ביחס לסוכנות הממשלתית, שהרי זו מהווה לעולם אורגן של הממשל ועצם מעצמו.

5.97 מכיוון שכך ברור הוא כי השימוש שעושה הממשל בארצות הברית בסוכנויות הממשלתיות לביצוע יעדים לאומיים הינו מחוץ לתחום דיונו, ואנו נתמקד רק בפעילות הלאומית המבוצעת בארצות הברית על ידי התאגידים הממלכתיים.

Colin C. Turpin, *supra* note 107:

"A United States government corporation may be no more than an integral part of an executive agency with a corporate name or, again, may be an independent entity with the legal capacity of a private corporation to contract, sue and be sued".

וראה פסקי הדין בעניין:

Ranwater v. United States, 356 U.S. 590 (1958); *Keifer & Keifer v. Reconstruction Finance Corporation* 306 U.S. 381 (1939).

Postal Reorganisation Act 1970, 39 U.S.C.A s. 201 Suye. 1980 120
Butz Engineering Corp. v. United States 449 F. 2d 619, 121 621 (ct. cl. 1974) 121

ועם זאת, עצם העובדה כי הממשל מבצע פעולות רבות בתחומים מקצועיים מובהקים ולעיתים אף בתחומים מסחריים, באמצעות סוכנויות שדינן לכל דבר ועניין כדין הממשל עצמו, מלמדת אף היא כי אין מניעה לבצע פעילות מקצועית ומסחרית באמצעות גופים הכפופים לנורמות של משפט ציבורי.

מסקנה זו מתחזקת, כפי שנראה להלן, לנוכח סקירת הדין הנוהג בארצות הברית ביחס לתאגידים הממלכתיים עצמם.

5.98 והערה נוספת נעיר בפתחו של פרק זה. בעוד שבעבר פעל הממשל בארצות הברית באמצעות חברות ממשלתיות מובהקות, הרי שבשנת 1945 חל מפנה חוקי,¹²² לפיו נדרש חוק ספציפי של הקונגרס, אשר יסדיר את קיומה של כל חברה ממשלתית לרבות חברות ממשלתיות קיימות. נמצא כי ההסדר החוקי שייסקר להלן, בכל הנוגע ליובל השנים החולף, אינו מתייחס למעשה לחברות ממשלתיות אלא לתאגידים סטוטוריים. הסקירה דלהלן תהא על כן מצומצמת ביותר.

5.99 עם זאת קיים טעם רב בסקירה השוואתית של הדין הנוהג בארצות הברית, שכן, כפי שצוין לעיל, מטרתה של סקירה זו הינה אך ורק להצביע על כך, כי דבר אינו נגרע מן הממשלה כאשר מדיניותה העסקית מוצאת אל הפועל על ידי גופים הכפופים לכללי המשפט הציבורי. לעניין זה אין כל נפקות בכך שהממשל הפדרלי והממשל במדינות השונות בארצות הברית, מוציאים אל הפועל את פעילותם העסקית באמצעות תאגיד ממלכתי שאינו חברה ממשלתית אלא תאגיד סטוטורי.

ד(2) סמכויות הקמה ודרכי הקמה - רקע היסטורי

5.100 הקמתם של תאגידים ממלכתיים בארצות הברית היתה כרוכה בקושי, מראשית ברייתה, שכן בחוקת ארצות הברית לא נקבעה סמכות המאפשרת הקמתן של חברות. הסמכות להקים חברות כאמור, הוסקה

122 (להלן: חוק הביקורת) Government Corporation Control Act, 1945. חוק זה אסר להקים חברות ממשלתיות שלא בדרך של חקיקת חוק, המקים את התאגיד ומסדיר את דרכי הפעלתו. כמו כן קבע חוק הביקורת כי כל החברות הממשלתיות שהוקמו בטרם חקיקתו, יעוגנו בחוק של הקונגרס או שיהיו צפויות לחיסול עד ליום 30.6.1948.

בחוק זה גם נקבעו הדרכים לפיקוח על תאגידים אלו. למחקר בעניין הפיקוח על התאגידים הממלכתיים ראה: מי פנינו "הפיקוח על איגודים ממשלתיים בעולם ובישראל" רבעון לכלכלה כ 13. ובעיקר ראה: C. Wilcox Public Policies Toward Business (3rd ed., Homewood, 1966) 572.

על ידי השופט מרשל¹²³ מן העובדה כי על הממשל הוטלו מטלות שונות בתחום הכלכלי - והחברה הממשלתית הינה כלי חיוני להגשמתן של מטרות אלו.¹²⁴ בסעיף 8 לחוקת ארצות הברית נקבע כי הקונגרס מוסמך:

"...to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution all the powers of the national government and of its departments and officers".

5.101 המונח "necessary" בסעיף 8 לחוקה פורש על ידי השופט מרשל כמכוון לכל אמצעי המסייע והנחוץ לממשל למילוי תפקידיו, במובן הרחב ביותר של מונח זה. ממילא נקבע כי בגדר הסמכה זו נכללת גם הסמכות להקים תאגידיים ממלכתיים. ובלשונו של השופט מרשל:

"Although, among the enumerated powers of government we do not find the word 'bank' or 'incorporation', we find the great powers to

123 *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat, 316 4 L. Ed. 579, p. 4. בעניין זה נדונה החלטת הקונגרס להקים תאגיד ממלכתי (הבנק הלאומי - "Bank of United States") שבו היא הממשל בעל המניות המרכזי.

124 להיבטים כלכליים שונים של ניהול עסקי המדינה באמצעות תאגידיים לאומיים בארצות הברית הוקדשו מחקרים רבים. עניין זה, המרתק בשל עצמו, חורג מנשוא דיונונו, מה עוד שההתייחסות הינה כאמור לתאגידיים סטטוטוריים ולא לחברות ממשלתיות. לעניין זה ראה:

A.H. Walsh *The Public's Business - The Politics and Practices of Government Corporations* (Cambridge M.I.T. Press); R.J. Horn (Ed.) *Studies In The Management of Government Enterprise* (Boston, Martin Nishoff Pub., 1981); S. Chase *Government in Business* (New York, The Macmillan Company, 1935); Key "Government Corporations" in *Elements of Public Administration* (Fritz, Morstein Marx ed, 2nd Ed., Englewood Cliffs N.J, Prentice Hall Inc., 1959) pp. 219-239; Henriques *The Machinery of Greed: Public Authority Abuse and what to Do About It* (1986); Heil J. Jacoby (Ed.) *The Business Government Relationship - A Reassessment* (California Goodyear Publishing Company, 1974); M. Fainsod and L. Gordon *Government and the American Economy* (Revised ed., W.W Norton & Company Inc. New York, pp. 703-734 ("The Public Corporation in the U.S. - The Tennessee Valley Authority"); H. Alfred (Ed.) *Public Ownership in the U.S.A. - Goals and Priorities* (A Symposium of Essays By Fourteen Americans, New York, Peace Publications, 1961); Ira Sharkansky *Whither the state? Politics and Public Enterprise in Three Countries: Australia, Israel, The United States* (New Jersey Chatham House Publishers Inc. 1979); R.L. Ross *Government and the Private sector - who should do what?* (New York, Crane Russak and Company, 1988); P. MacAvoy, W. Stanbury, G. Yarron, R. Zeckhauser *Privatization and State-Owned Enterprises - lessons from the United States, Great Britain and Canada* pp. 77-135; M. Weidenbaum *The Modern Public Sector: New Ways of Doing the Government's Business* (New York, Basic Book Inc., 1969) pp. 32-35; Eli Ginzberg, D.L. Heistand and B.G. Reubens *The Pluralistic Economy* (New York, Mc-Graw-Hill Book Co., 1965); H. Seidman *Politics, Position, and Power; The Dynamics of Federal Organization* (New York, Oxford University Press, 1970) pp. 525-255; H. Seidman "Government-sponsored Enterprise in the United States" in *The New Political Economy: The Public use of the Private Sector*, (Bruce L.R. Smith Ed., New York, John Wiley and Sons, 1975) pp. 83-108; Verkuil "The Emerging Concept of Administrative Procedure" 78 *Colum. L. Rev.* (1978) p. 258.

lay and collect taxes, to borrow money, to regulate commerce to declare and conduct a war, and to raise and support armies and navies.

...a government entrusted with such ample powers... must also be entrusted with ample means for their execution.

The power of creating a corporation... is never the end for which other powers are exercised, but a means by which other objects are accomplished".¹²⁵

ואכן, סמכות זו להקים חברות נרצלה על ידי הקונגרס להקמת חברות שתכליתן היתה לבצע משימות המוטלות על הממשל, כאשר הממשל מגשים את מדיניותו באמצעות חברות אלו.¹²⁶

5.102 ואולם, מכוח ההסמכה האמורה הוקמו על ידי הקונגרס גם חברות שתכליתן לעסוק במסחר.¹²⁷

בנוסף, הוקמו חברות ממשלתיות על ידי הממשל בארצות הברית, מכוח

¹²⁵ כמו כן ראה את סדרת פסקי הדין, שבאו בעקבות פסק הדין הנוכח בהערה 123 לעיל, ואשר התייחסו להקמת חברות לצרכים של בניית מסילות ברזל, הקמת גשר בין שתי ערים, כריית תעלות והקמת בנקים לאומיים:

California v. Central Pacific Railroad Co. 127 U.S. 1 (1888);

Luxton v. North River Bridge Co. 153 U.S. 525 (1894); *Georgetown v. Alexandria Canal Co.* 12 Peters 91 (U.S. 1838); *Farmers and Mechanics National Bank v. Dearing* 91 U.S. (1 Otto) 29 (1875); *Obsborn v. Bank* 9 Wheat 738; *Smith v. Kansas City Title and Trust Company* 255 U.S. 180 (1921).

Luxton v. North River Bridge Company 153 U.S. 525, at 530:

"Congress may, at its discretion, use its sovereign powers, directly or through a corporation created for that object...".

לעניין זה ראה גם:

Victor Morawetz "The Power of Congress to Enact Incorporation Laws and to Regulate Corporations" 26 *Harvard Law Rev.* 667.

Cherokee Nation v. Southern Kansas Railway Co. 135 U.S. 641 (1890); *Dayton Goose Creek Railway Co. v. United States* 263 U.S. 456 (1924); *Wisconsin Railroad Comm. v. C.B. & Q Railroad Company* 257 U.S. 563 (1922); *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* 297 U.S. 288 (1936).

Jones v. Portland 245 U.S. 217 (1917); *Green v. Fraizer* 253 U.S. 233 (1920); *U.S. v. F.C. Knight Co.* 156 U.S. (1895); *Hammer v. Dagenhart* 247 U.S. 251 (1918); *Carter v. Carter Coal Co.* 298 U.S. 238 (1936).

כמו כן ראה:

Edward S. Corwin "The Spending Power of Congress - Apropos the Maternity Act" 36 *Harvard Law Rev.* 548.

הסמכות המוקנית לנשיא בסעיף 29 ל-National Industrial Recovery Act.¹²⁸ בסעיף זה הוסמך הנשיא, בין השאר:

"To effectuate the policy of this title, the president is hereby authorized to establish such agencies... as he may find necessary".

לאמור, הסמכות שהוקנתה לנשיא להקים סוכנויות ממשלתיות ("agencies") פורשה באותה עת כמאפשרת גם את הקמתן של חברות ממשלתיות, שהרי אלו כאלו הינן חיוניות לפעילות הממשל המבצע את מדיניותו הכלכלית באמצעותן.

5.103 ועם זאת, רוב רובם של התאגידים הממלכתיים בארצות הברית הוקמו, גם באותה עת, באמצעות חוק מיוחד וספציפי שחוקק בקונגרס.¹²⁹ על אף הסמכות המוקנית בעניין זה לממשל, מצא המחוקק לנכון לייחד חוקים ספציפיים לשם הקמתם וייסודם של תאגידים ממלכתיים, לנוכח החשיבות שיוחסה לפעילותם, בהיותם כלי חיוני להוצאתה לפועל של מדיניות המותרות על ידי הסוכנויות הממשלתיות והמחלקות הממשלתיות, לפי העניין.

5.104 כמו כן יצוין, כי בתחילה לא נעשה שימוש רחב בתאגידים הממלכתיים בארצות הברית. התרבות והאידיאולוגיה הרווחים בארצות הברית, המצדדים בבעלות חופשית ובהתערבות מינימלית של הממשלה בחיי המסחר, הביאו לכך שהשימוש בתאגיד הממלכתי היווה אירוע יוצא דופן.¹³⁰ כלי משפטי זה הפך להיות נפוץ, וחברות ממשלתיות רבות הוקמו רק בעקבות השפל הכלכלי שפקד את ארצות הברית בשנות השלושים של המאה העשרים, ובמיוחד בעקבות הצרכים הדחופים שנוצרו בתקופת מלחמת העולם השנייה.¹³¹ משברים אלו הביאו להקמת תאגידים

U.S. Code Annotated, title 15, Sec. 702 128

במקרה זה אין לתאגיד הממלכתי הן מניות ומסמכי ההתאגדות שלו הם - החוק שהקים אותו. 129

J. Thurston *Government Proprietary Corporations in the English Speaking Countries* (Cambridge and Massachusetts, Harvard University Press, 1937) pp 37-39:

"In general, since government proprietary corporations are almost always agencies of considerable importance, handling large sums of money, and often involving the determination of new and significant questions of public policy, it is a sound principle that they should be established only by statute".

A.H. Hanson (Ed.) *Public Enterprise - A study of its Organisation and Management in Various Countries* (Brusseele International Institute of Administrative Sciences, 1954) pp. 28-36. 130

S. Abel "The public corporation in The United States" in *Government Enterprise - A comparative study*, supra note 61, pp. 181, 192-193. 131

ממלכתיים רבים כדרך להתמודדות עם צרכים לאומיים דחופים, ובתוך כך אומצה שיטה זו על ידי הממשל האמריקני.

הדוגמא הבולטת ביותר מבין התאגידים הממלכתיים שהוקמו בארצות הברית בימי השפל הכלכלי והקיימים ופועלים עד לעצם היום הזה, הינה הקמת רשות עמק הטנסי (Tennessee Valley Authority - T.V.A.) המהווה סמל של הצלחה כלכלית עד היום.¹³²

ואולם, על אף הצלחתם של התאגידים הממלכתיים בארצות הברית, הרי שהגישה הכלכלית הדוגלת בהתערבות מצומצמת של הממשלה בהליכי המשק ובאורחותיו נתנה את אותותיה, ועד לעצם היום הזה מספרם של התאגידים הממלכתיים בארצות הברית אינו רב בכמות. ההתייחסות העניפה לתאגידים הממלכתיים בארצות הברית נובעת בעיקר מחמת חשיבותם ומחמת גודלם היחסי.¹³³

5.105 בטרם שתופעת ההקמה של חברות ממשלתיות הפכה למקובלת, שררה חלוקה בארצות הברית בין תאגידים ממלכתיים שהתאגדו על פי דיני החברות הרגילים ואשר הבעלות במניותיהם הייתה בידי המדינה, לבין תאגידים ממלכתיים שהוקמו מכוח חוק ספציפי ואשר הינם למעשה תאגידים סטטוטוריים - ולא חברות ממשלתיות.¹³⁴ ואולם, לאחר מכן - בשנת 1945, עם תום מלחמת העולם השנייה, לנוכח ריבוי התאגידים הממלכתיים שפעלו עבור הממשל מחד גיסא, ומכיוון שתאגידים ממלכתיים רבים שפעלו בזמן מלחמת העולם השנייה סיימו את תפקידם, מאידך גיסא - חוקק "חוק הביקורת".¹³⁵ חוק הביקורת נועד להגשים שלוש מטרות כדלהלן:

132 עם זאת יצוין כי רשות עמק הטנסי מהווה פרויקט יחיד במינו ופרופ' Abel מציין בהקשר זה (ibid, p. 186):

"Nevertheless, there have been no later replicas. Other 'valley authorities' have been projected only to be rejected; and even where comparable federal enterprises have been put in operation... they have been set up with narrower powers and within the hierarchy of the federal departmental structure rather than on the TVA pattern".

133 MacAvoy, Stanbury, Yarron, Zeckhauser *Privatization and State-Owned Enterprises*, supra note 124), p. 76.

134 ראה J. Thurston הערה 129 לעיל. פרופ' Abel מציין (supra note 131, p. 291) כי ביחס ל-North Dakota Mill and Elevator Association למשל, נקבע כהאי ליטנא:

"(It - A.W.) is not a separate agent of the sovereign power, but is the state itself functioning". בהקשר זה מבהיר פרופ' Abel כי המונח "חברה" ביחס לתאגידים אלו, אינו אלא הגדרה פורמלית כאשר למעשה המדובר בורעיה הארוכה של המדינה.

לעניין זה ראה גם: *Green v. Frazier* 253 U.S. 233, 40 s. ct. 499, 64L Ed. 878.

135 ראה לעיל 122. הגישה שהניעה את חקיקתו של חוק זה צעדה בעקבות התקדים שנקבע שנים רבות קודם לכן ביחס ל-"agencies" בעקבות אי סדרים שנתגלו בביקורת הקונגרס על פעילותן. הוועדה של

- א. לעגן באופן ברור את האפשרות לנהל את הפעילות העסקית של המדינה באמצעות תאגידי ממלכתיים.
- ב. להשיג אחידות בניהול הפיננסי ובשיטות הדיווח הכספי של התאגידי הממלכתיים.
- ג. לחייב את התאגידי הממלכתיים לדווח לקונגרס באופן שוטף, כדי להגביר את הביקורת על פעולותיהם.¹³⁶

נוסף למערכת דיווח ובקרה שהוסדרה במסגרת חוק הפיקוח, נקבע בחוק זה קטיגורית בי כל החברות הממשלתיות יהיו מכאן ואילך תאגידי סטטוטוריים, וכי לא תפעל חברה ממשלתית אלא אם כן קיומה מוסדר בחוק.¹³⁷

מכאן ואילך, הפך התאגיד הממלכתי בארצות הברית, באחת, מחברה ממשלתית לתאגיד סטטוטורי.¹³⁸

ד(3) מהותו של התאגיד הממלכתי

5.106 מאפייניו הבולטים ביותר של התאגיד הממלכתי בארצות הברית הם: האישיות המשפטית הנפרדת, זכותו לתבוע ולהיתבע בשמו הוא, זכותו לרכוש נכסים בשמו הוא וללוות כספים בשמו הוא.¹³⁹ ועם זאת, התאגיד

בית הנבחרים, אשר טיפלה בחקיקת חוק הביקורת, ציינה בהקשר זה:
"There has been developed no overall financial coordination and control of such corporate activities comparable to those provided by the Budget and Accounting Act 1921, for the regular Government departments and establishments" (House Report 856, 1945:1).

136 ובלשון חוק הביקורת:

"Bring Government corporations and their transactions and operations under annual scrutiny by the Congress and provide current financial control thereof".

137 הוראה זו מתייחסת אך ורק לחברות שאינן בבעלות מלאה של המדינה (wholly owned). הוראה זו אינה חלה ביחס ל"חברות מעורבות" (mixed ownership) שאינן מוגדרות כחברות ממשלתיות אלא כחברות פרטיות, אשר הממשל שותף במידה זו או אחרת בהון. מכיון שה"חברות המעורבות" אינן חברות ממשלתיות, הרי שהדין בהן חורג ממסגרת זו. עם זאת, לסקירה מקפת ביחס ל"חברות המעורבות" בארצות הברית ראה:

L.D. Musolf *Mixed Enterprise - A Development Perspective*, supra note 69, pp. 47-68.

138 לסקירה היסטורית בדבר ההיבטים הכלכליים בהתפתחות החברות הממשלתיות בארצות הברית, ראה:

R. A. Lively "The American System" 29 *Business History Review* (1955) pp. 81-86; P. Studenski and W.E Kross *Financial History of the United States* (2nd ed., New York, McGraw Hill Book, 1963).

139 L.D. Musolf "Public enterprise and public interest in the United States" in *Public Enterprise and the Public Interest* (Andre Gelinus Ed., proceedings of an International seminar - The

הממלכתי בארצות הברית הינו כלי בידי הממשלה, ובלשונו של פרופ' זיידמן (Seidman):¹⁴⁰

"But nevertheless, a corporation is clearly an instrumentality of the government and cannot properly be construed to have an independent existence apart from the government which it serves."¹⁴¹

...As the Supreme Court said of the RFC (Reconstruction Finance Corporation - W.A.) in the *Cherry Cotton Mills* case: "That the Congress chose to call it a corporation does not alter its characteristics so as to make it something other than what it actually is: an agency selected by the government to accomplish purely governmental purposes" (ההרגשה הוטפה).

התאגיד הממלכתי מהווה אם כן זרוע מזרועות הממשלה לביצוע מדיניותה, עד כי הוא משווה לסוכנות הממשלתית, תוך התעלמות מן האישיות המשפטית הנפרדת שממנה נהנה התאגיד הממלכתי.

5.107 ואולם, לנוכח השוואה זו של התאגיד הממלכתי לסוכנות הממשלתית (agency) נשאלת השאלה: לשם מה נחוץ התאגיד הממלכתי מדעיקרא? הן אפשר לייחד גוף ביצועי לשם יישום מדיניות הממשל בתחומים שונים - באמצעות הקמה של סוכנות ממשלתית (agency), וללא צורך בהקמת תאגיד ממלכתי לשם כך? מהו אם כן הייחוד בתאגיד הממלכתי ומהי זכות קיומו?

5.108 התשובה לכך הינה, לדעתו של פרופ' זיידמן, כי השימוש בתאגיד הממלכתי הינו חיוני מקום שבו מבקשת המדינה לפעול באמצעות גוף, שאינו נהנה מן החסינות המשפטית שממנה נהנים הממשל חזרועותיו הביצועיות. פעילות עסקית שאינה חוסה בצילה של חסינות מפני תביעות שונות מאפשרת השתלבות מלאה יותר בתנאי השוק, משל היה המדובר בגוף פרטי שאין להירתע מלכרות עימו חזים, ומלשכור את שירותיו ומצרייו בלא שהכל יהא שרי לו, ובלא שיהא חסין מפני תביעות.

Institute of Public Administration of Canada) pp. 148, 153.

H. Seidman "The Government Corporation, Its place in the Federal Structure" in A.H. Hanson (Ed.) *Public Enterprise*, supra note 130 p. 42.

141 משום כך, מציע שם פרופ' זיידמן, כי עובדי התאגיד הממלכתי הינם עובדי המדינה, רכוש התאגיד הממלכתי הינו רכוש המדינה וכי התאגיד הממלכתי פטור ממיסוי, אלא אם כן נקבע אחרת באופן מפורש בחוק המקים תאגיד זה.

5.109 כמו כן, השימוש בתאגיד הממלכתי מאפשר ניהולו של תחום מסוים כמשק סגור, המשתמש ביתרותיו התקציביות לצרכיו העצמיים, לווה כספים באופן עצמאי ונהנה מעצמאות רבה בתחום הפיננסי ומחופש הפעולה הנובע מכך. ואכן, התאגיד הממלכתי מצוי מחוץ לתחום תחולתו של חוק התקציב. תאגיד זה חייב אומנם לדווח לקונגרס על פעילותו, אך אין הגבלה על תקציבו, שהרי יתרותיו משמשות לו לצרכיו השונים.

5.110 ההבחנה בין התאגיד הממלכתי לבין המחלקה הממשלתית והסוכנות הממשלתית, קיימת אם כן אך ורק במישור החסינויות מפני תביעות ובמישור הניהולי, בעוד שמבחינה מהותית אין כל הבחנה ביניהם, והם מהווים זרועות ביצועיות של הממשל. פרופ' זיידמן מסכם משום כך את התייחסותו לתאגיד הממלכתי בהקשר זה, בציינו (בעמ' 47):

"The United States Government corporation is today nothing more nor less than a government institution tailored to the requirements of certain types of operating programmes.

In the process of its evolutionary development, the government corporation has gradually sloughed off those features of the private corporation which were inappropriate, such as capital stock and, in some instances, boards of directors, while retaining the useful elements - legal personality, and the right to sue and be sued and to conduct business in its own name.

...from the viewpoint of purpose the corporation does not differ in any way from other government agencies".¹⁴²

(ההדגשות הוספו)

ד(4) מעמדו המשפטי של התאגיד הממלכתי

5.111 חקיקת חוק הפיקוח המחייב כי כל חברה ממשלתית תוקם מכוח חוק, הפכה למעשה באחת את הכלי הביצועי שהממשל עשה בו שימוש, מחברה ממשלתית לתאגיד סטטוטורי. קביעה זו מחזקת את הקרבה הקיימת ממילא במישור המשפטי, להבדיל מן המישור הפונקציונלי, בין התאגיד הממלכתי לבין הסוכנות הממשלתית (agency) בהיותם שניהם, זה כזה, עושי דברה החוקיים של הרשות המבצעת. חוק הפיקוח הדגיש

¹⁴²Supra note 140, p. 45

איפוא את אופייה הציבורי של החברה הממשלתית. ואכן, בהקשר זה מציין פרופ' Thurston בספרו:¹⁴³

"A government proprietary corporation is nothing more nor less than an instrumentality set up by the people through their representatives in order to render to the people a particular service. Such a corporation is a branch of the government".¹⁴⁴

5.112 זאת ועוד, בעקבות חוק הפיקוח שונה התאגיד הממלכתי בארצות הברית במהותו מן החברה הפרטית, שהרי החברה הינה התאגדות וולונטרית של אנשים שתכליתה לבצע פעילות מסוימת או להגשים מטרה מסוימת, ואילו התאגיד הממלכתי אינו פרי התאגדות וולונטרית של אנשים, אלא יציר החוק שנועד להקנות לממשל זרוע נוספת לשם ביצוע מדיניותו.¹⁴⁵

5.113 כמו כן, לנוכח היותו של התאגיד הממלכתי בארצות הברית יציר החוק יש הסבורים כי הוא עומד בפני עצמו והכללים החלים על הממשל אינם חלים לגביו.¹⁴⁶ כך למשל לא תחול על התאגיד הממלכתי חוקת הכשרות המאפיינת את מעשי הרשות. ואולם, דברים אלו אמורים בכל הנוגע לזכויות היתר של הרשות הציבורית שאינן מואצלות ואינן חלות גם ביחס לתאגיד הממלכתי. לעומת זאת, בכל הנוגע לתחולתם של החובות מן המשפט הציבורי הרי שגם לפי דעות אלו, כפופים התאגידים

143 J. Thurston *supra* note 129, pp. 98-99 לעומת זאת ראה:

M. Radin "The Endless Problem of Corporate Personality" 32 *Columbia L. R.* p. 643

לפיו המאפיין הבולט ביותר בחברה הינו ההגנה שזו מקנה לבעלי המניות מלהיות אחראים אישית למעשיה. אחריות זו של בעלי המניות למעשי החברה אינה קיימת גם בתאגיד הממלכתי, המדינה אינה חשופה לתביעות בגין מעשיו של תאגיד זה. וראה למשל:

Sargent County v. State 47 N.D. 561, 182 N.W. 270, 291 (1921);

ואולם, לעומת זאת ראה:

Skinner and Eddy Corporation v. United States 58 Court of Claims (1923) p. 663;

וכן רשימת פסקי הדין המובאים על ידי *Thurston ibid.*, p. 94, note 245.

144 דוק, *Thurston* מתייחס לחברות הממשלתיות בארצות הברית אף בטרם קביעתו של חוק הביקורת ההופך חברות אלו לתאגידים סטטוטוריים. לדידו *ibid.*, p. 95, חברות אלו אינן שליה של המדינה בשם החברה אינה שליה בעלי מניותיה.

145 לעניין זה השווה דבריו של פרופ' Hanson שהובאו לעיל (טקסט ליד הערה 105) לפיו מהווה אישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד הממלכתי באנגליה - פיקציה משפטית.

146 P.L. Strauss *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, *supra* note 118, 146 130:

"For most purposes they are treated as legal entities independent of government, albeit entities whose legal authority to act depends on their statutory charter much as a corporation would depend on the provisions of its certificate of incorporation. While they may sue and be sued, the lawfulness of their behavior or internal operations is not generally conceptualized in administrative law terms; in particular, they are not regarded as agencies, nor their behavior as 'agency action' for the purpose of general administrative procedure legislation".

הממלכתיים לכללי המשפט הציבורי. בהקשר זה מוצאים אנו למשל כי פרופסור בעל ותק המפוטר מאוניברסיטה שהינה תאגיד סטטוטורי, זכאי להליך נאות של שמיעה בטרם פיטוריו, בהתאם לכללי הצדק הטבעי החלים על גוף ציבורי, בעוד שבאוניברסיטה שהינה מוסד פרטי חובה זו אינה קיימת.¹⁴⁷

5.114 בהקשר זה מעניינת ההשוואה להלכה שנקבעה לגבי החסינות של המדינות השונות בארצות הברית מפני תביעות. חסינות זו הוענקה למדינות השונות בארצות הברית בעקבות פסק הדין הידוע בעניין *Chisholm v. Georgia*¹⁴⁸ והיא נקבעה במסגרת תיקון 11 לחוקה המעניק חסינות מפני תביעות כנגד:

"One of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state".

תיקון מס' 11 לחוקה מתייחס על פי לשונו לתביעה של אזרחי מדינה אחת כנגד מדינה אחרת. ואולם, בתי המשפט פירשו תיקון זה כמעניק חסינות גם מפני תביעת אזרחים כנגד מדינתם הם, שכן מטרת תיקון 11 לחוקה הינה להקנות למדינות השונות חסינות מפני תביעות, יהא מקורן אשר יהא.¹⁴⁹

5.115 בהקשר זה קבע בית המשפט העליון בארצות הברית, במספר מקרים, כי בעוד שחסינות זו חלה גם לגבי הסוכנויות הממשלתיות בהיותן חלק אינטגרלי מן האורגן של השלטון המרכזי במדינות השונות,¹⁵⁰ הרי שאין חסינות זו חלה לגבי רשויות מקומיות. בתי המשפט יצרו בעניין זה הבחנה

147 פרופ' Thurston בספרו הנזכר, *supra* note 129, p. 129.

148 *Chisholm v. Georgia* U.S. (2 Dall) 419 (1973).

149 לעניין זה ראה: *Hans v. Louisiana* 134 U.S. 1, 15 (1890).

L.C. Marshall "Fighting the Words of the Eleventh Amendment" 102 *Har. L. Rev.* (1989) 1342.

לדעתו של מרשל נחלקות הדעות ביחס לפרשנות תיקון מס' 11 לשתי קטיגוריות: הקבוצה הגורסת כי יש לקרוא תיקון זה כלשונו "diversity theorists" והקבוצה הגורסת כי בכל מקרה אין סמכות תביעה כנגד מדינה, אלא אם כן הקונגרס העניק מפורשות וברורות סמכות שכזו ("Congressional abrogation") וזכרתו של השופט Stevens בעניין *Pennsylvania v. Union Gas Co.* 109 S. Ct. 2273 בעניין *Stevens* (1989) 2286. כי קיימים כביכול "שני" תיקוני מספר 11 לחוקה: האחד המתפרש כלשונו והשני שהוסף כביכול על ידי בית המשפט לגורמה החקוקה. כמו כן ראה לעניין זה:

William A. Fletcher "A Historical Interpretation of the Eleventh Amendment: A Narrow Construction of an Affirmative Grant of Jurisdiction Rather than a Prohibition Against Jurisdiction" 35 *Stan. L. Rev.* (1983) 1033, 1045-1063; J. Orth *The Judicial Power of the United States: The Eleventh Amendment in American History* (1987) pp. 12-29.

Will v. Michigan Department of State Police 109 S. Ct. 2304, 2309 (1989); *Alabama v. Pugh*, 150 438 U.S. 781, 782 (1978).

בין זרועות המדינה (arms of the state) לבין גופים אוטונומיים הפועלים לרווחת הציבור אשר המחוקק העניק להם סמכויות ביצוע והעמידם בצד השלטון המרכזי (political subdivisions), כאשר האחרונים אינם נהנים מן החסינות הניתנת למדינה.¹⁵¹ עצמאותן של הרשויות המקומיות והיותן יציר החוק שוללים מהן את הסטטוס שממנו נהנית המדינה, שהרי אין לראות בהן חלק מן הרשות המרכזית. ודוק, מכך אין להסיק כמוכח כי הרשויות המקומיות אינן מהוות חלק מן המנגנון הציבורי. אדרבה, הרשויות המקומיות הינן חלק חשוב ממנגנון זה, עד בי על שום חשיבותן העצמאית, הריהן עומדות בצד הרשות המרכזית ואינן טפלות לה.

5.116 דברים אלו, האמורים ביחס לרשויות המקומיות, מבהירים גם את הגישה ביחס למעמדם החוקי של התאגידים הממלכתיים בארצות הברית. אכן, אין המדובר בחלק אינטגרלי מן הממשל, ודווקא לנוכח העובדה כי חלק ניכר מן הפעילות הלאומית מתבצעת באמצעותם, הרי שאין אפשרות לראותם כטפלים לרשות המבצעת וכמשתלבים בתוכה. התאגידים הממלכתיים מהווים על כן "זרוע שלישית", במסגרת הרשות הציבורית הכוללת, העומדת בפני עצמה, וניצבת בצד הממשל המרכזי והסוכנויות הממשלתיות ובצד הרשויות המקומיות.

5.117 נמצא כי לא זו בלבד שהתאגיד הממלכתי בארצות הברית מהווה גוף ציבורי, אלא שהוא נחשב לזרוע מהותית ביותר במערך הכולל של רשויות המינהל, וזו הסיבה לכך שלא חלים לגביו זכויות היתר החלות ביחס למדינות עצמן. בהתאם לכך אין ספק בדבר מהותם של התאגידים הממלכתיים בארצות הברית כגוף ציבורי וממילא מן הדין כי יחולו לגביהם כללי ההתנהגות החלים ביחס לגופים ציבוריים.

ואכן, בשורה ארוכה של פסקי דין מצינו דיון, בו נבחנה עמידתם של תאגידים ממלכתיים בקריטריונים ובנורמות מן המשפט הציבורי, כגון איסור הפליה ושמירה על כללי הצדק הטבעי.¹⁵²

Owen v. City of Independence, 445 U.S. 622; *Moor v. County of Alameda* 411 U.S. 693, 151 717-721 (1973); *Lincoln County v. Luning* 133 U.S. 529, 530 (1890).

152 ראה למשל:

Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises Inc. 486 U.S. 888, 108 S. Ct. 2218; *Metropolitan Life Insurance Co. et al. v. Ward et al.* 470 U.S. 869, 105 S. Ct. 1976; *Moorman Manufacturing Co. v. Bair Director of Revenue of IDWA* 437 U.S. 267, 98 S. Ct. 2340; *Lumbermen's Mutual Casualty Co. v. Albert*, 348 U.S. 48, 75 S. Ct. 151; *San Francisco National Bank v. Dodge* 197 U.S. 70, 49 L.Ed. 669, 255, Ct. 384; *United States v. Trans-Missouri Freight Association* 166 U.S. 290, 41 L. Ed. 1007, 17 S. Ct. 540; *Oxford Furniture Companies Inc. v. Drexel Heritage Furnishing Inc.* 984 F. 2d 1118; *North*

5.118 נמצאת למד בי התאגידים הממלכתיים בארצות הברית הינם רשויות סטטוטוריות המהוות חלק חשוב מן הרשות המינהלית. רשויות סטטוטוריות אלו הינן כפופות לכללי המשפט הציבורי ומכאן כי ניתן גם ניתן לנהל את הפעילות העסקית של המדינה באמצעות גופים שהינם מחויבים לפעול ברמה נורמטיבית היאה לגוף ציבורי והדבר אינו פוגם בכושר תפקודם של גופים אלו.

5.119 בשולי סוגיה זו נציין כי סוגיית החסינויות המוענקות למדינה ולרועותיה השונות עשויה להוות אינדיקציה באשר לנושא דיוננו, בכל הנוגע למתחם השיקולים אשר בהתאם להם נקבע אם מהווה הגוף הנדון זרע ביצועית של הממשלה.

בהקשר זה נראה כי יש סיטואציות שבהן, מחמת סוג פעילותו של התאגיד הממלכתי בארצות הברית הוא ייחשב לשלוח של המדינה, ואף ייהנה מחסינויותיה.

כך נקבע במספר פסקי דין כי זכותו של גוף לתבוע ולהיתבע בשמו הוא, עדיין אינה מסירה הימנו את החסינות המוקנית לו מפני תביעות בהיותו זרע ביצועית של המדינה.¹⁵³ במבחנים שנקבעו בהקשר זה בפסיקה, באשר להיותו של גוף זרע ביצועית של הממשל, יש כדי לקדם הסקת מסקנות בנושא הדיון דנא כפי שנראה להלן.

Carolina Teachers Association v. The Asheboro City Board of Education 393 F. 2d. 736; *Sullivan v. Vallejo City Unified School District* 731 F. Supp. 947; *White v. Washington Public Power Supply System*, 692 F. 2d. 1286; *Candelaria Cuello - Suarez v. Autoridad De Energia Electrica De Puerto-Rico* 737 F. Supp. 1243; *Astrid Chavez Colon v. The Chairman of the Board of Directors of F.D.I.C.* 751 F. Supp. 1029.

153 לענין זה ראה:

Fowler v. California Toll-Bridge Authority 128 F. 2d. 549 (9th cir. 1942); *Kansas City Bridge Co. v. Alabama State Bridge Corp.* 59 F.2d. 48 (5th cir. 1932); *Masse v. Pennsylvania Turnpike Comm'n* 163 F. Supp. 510 (E.D. Pa. 1958); *Chicago Stadium Corp. v. Indiana* 123 F. Supp. 783 (S.P. Ind. 1954); *Spangler v. Florida State Turnpike Authority* 106 So. 2d. 421 (Fla. 1958); *Hosterman v. Kansas Turnpike Authority* 183 Kans. 590, 331 P. 2d. 323 (1958); *Rice Hope Plantation v. South Carolina Pub. Serv. Authority* 216 S.C. 500, 59 S.E. 2d. 132 (1950).

לעומת זאת ראה פסק דינו של בית המשפט העליון בענין:

Petty v. Tennessee-Missouri Bridge Comm'n 359 U.S. 275 (1959).

כמו כן ראה:

R. Gerwig "Public Authorities in the United States" 26 *Law and Contemporary Problems* (1961) pp. 591, 608-610.

ומאמרו של פרופ' Abel, *supra note* 131, pp. 198-199, המציין כי על אף שרשות עמק הטנסי רשאית לתבוע ולהיתבע, לא איפשרו בתי המשפט הגשת תביעות כנגדה העניקו לה חסינות במקביל לזו המקינת למדינה. ראה: *T.V.A. v. Lacy* 116 F. Supp. 15 (1953).

ד(5) מתחם השיקולים להגדרתו של גוף כזרוע הארוכה של הרשות

5.120 בשני פסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון בארצות הברית הותוותה ההלכה, בכל הנוגע להגדרתו של גוף כזרוע ביצועית על הרשות, לעניין החסינות המוקנית למדינות השונות מכוח תיקון 11 לחוקה. המבחנים שנקבעו בהקשר זה מלמדים כי זיקתו של גוף לרשות המבצעת והחלת הדינים החלים על המדינה, אף ביחס לגופים הנלווים לה, הינם מבחנים טכניים לחלוטין.¹⁵⁴

5.121 בחינת מתחם שיקולים זה, להגדרתו של גוף כזרוע הארוכה של הרשות, מלמד גם הוא, כי אין כל מניעה להחיל כללים של משפט ציבורי, החלים על המדינה, על התאגידים הממלכתיים. מבחנים טכניים אלו, שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית, מהווים אות לכך, כי אין לחשוש שמא תגרור החלתן של הנורמות המשפטיות הנהוגות ביחס למדינה, לפגיעה ביכולת תפקודו של הגוף הנפרד, המשמש זרוע ביצועית שלה, שכן במסגרת המבחנים להגדרת גוף כזרוע הארוכה של המדינה אין כל התייחסות ליכולתו הכלכלית של גוף זה לתפקד בכפוף לנורמות אלו.

5.122 ההלכה המרכזית הראשונה בהקשר זה נקבעה בפסק דין *Mt. Healthy City School District Board of Education v. Doyle*¹⁵⁵ (להלן: "פסק דין Doyle") באותו עניין נדונה השאלה האם בית ספר מקומי במדינת Ohio מהווה זרוע של הממשל לעניין החלת החסינות המוקנית מכוח תיקון 11 לחוקה כנגד תביעות משפטיות, או שמא יש לראות בו גוף עצמאי העומד בפני עצמו, כך שחסינות זו אינה חלה עליו. בהקשר זה קבע בית המשפט ארבעה קריטריונים, אשר לפיהם תוכרע השאלה האמורה:

א. הגדרת הגוף האמור בחוק המקומי כמחלקה נפרדת העומדת בפני עצמה (political subdivision).

154 לביקורת על היותו של המבחן שנקבע בפסיקה טכני ביותר ולהצעת מבחן חדש ראה: A.E. Rogers "Clothing state governmental entities with Sovereign Immunity: Disarray in the Eleventh Amendment Arm-of-the-State Doctrine" *Columbia L. Rev.* (1992) p. 1243.

להחלת החסינות האמורה ביחס לתאגידים ממלכתיים ראה גם: "The Applicability of Sovereign Immunity to Independent Public Authorities" 74 *Harv L. Rev.* (1961) 714.

Mt. Healthy City School District Board of Education v. Doyle 429 U.S. 274 (1977) 155

- ב. מידת הפיקוח של הממשל המרכזי על גוף זה.
- ג. המימון שגוף זה מקבל מן המדינה.
- ד. יכולתו של הגוף האמור לגייס כספים בכוחות עצמו בדרך של הנפקת מניות או אגרות חוב או גביית היטלים מן הנוקמים לשירותיו או למוצריו.

5.123 באותו מקרה נקבע כי על אף שה-"Ohio District School" נהנה ממימון ניכר ביותר של המדינה, ועל אף שהינו נתון לפיקוחה ולהוראותיה של הסוכנות הממשלתית לענייני חינוך של אותה מדינה (State Board Of Education), הרי שלנוכח העובדה כי גוף זה רשאי לגייס כספים ממקורותיו העצמאיים, לא הוענקה לגוף האמור החסינות הניתנת למדינה והוא הוגדר כגוף עצמאי הדומה יותר לעירייה ולרשות מקומית מאשר לזרוע ביצועית של הממשלה.

5.124 המבחן המהותי העולה משורת הקריטריונים הנזכרת ומן האיזון ביניהם כפי שנעשה בפסק הדין האמור, הינו: האם מדובר בגוף שהינו טפל לפעילות הממשלה באותו תחום, או שמא זהו "חי הנושא את עצמו", כאשר רק גוף שפעילותו טפלה ומשולבת בפעילות הממשל המרכזי ייהנה מן הסטטוס הניתן למדינה. בהקשר זה ניתן משקל מכריע לגורמי המימון של הגוף האמור ולמידת התלות הכלכלית של גוף זה בממשל המרכזי.

ואולם, אין בפסק דין זה כל התייחסות לשאלה, אם מהווה התאגיד הממלכתי האמור גוף אשר הגדרתו כזרוע של המדינה תכביד על תפעולו ועל יכולתו לתפקד.

5.125 ההלכה המרכזית השנייה בהקשר זה נקבעה שנתיים מאוחר יותר, בעניין *Lake Country Estates Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency* (להלן: פס"ד Tahoe)¹⁵⁶. בעניין זה נדונה מהותה של סוכנות ממשלתית, אשר הוקמה בשנת 1968 על ידי מדינות נוודה וקרוליינה לשם פיקוח על התכנון הסביבתי ולשם פיתוח איזור ה-Lake Tahoe Basin.¹⁵⁷

5.126 בית המשפט של הערכאה הראשונה קבע באותו עניין, כי הסוכנות הנדונה *Trpa Regional Planing Agency* (להלן: T.R.P.A.) חוסה תחת החיסיון מפני

¹⁵⁶ *Lake Country Estates Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency* 440 U.S. 391 (1979).
¹⁵⁷ Tahoe Regional Planning Compact, Cal. Government Code sec. 66800-66801 (West Supp. 1977).
אמנה בין מדינתית זו אושרה על ידי הקונגרס. ראה: Pub. L. No. 91-148, 83 stat. 360.

תביעות המוענק למדינות בארצות הברית, בהיותה זרוע ארוכה של מדינות נוודה וקרוליינה, ובלשון בית המשפט: ¹⁵⁸

"It serves as an agency of (Carolina and Nevada - W.A.) exercising a specially aggregated slice of state power".

5.127 ואולם, בית המשפט העליון הסיר אדרת זו, וקבע כי על אף שמדובר בסוכנות ממשלתית - אין זו זרוע ביצועית של אף אחת משתי המדינות האמורות, ואין היא נהנית מן החסינות החלה על המדינה עצמה.

בהקשר זה יושם אל לב כי הסוכנות הממשלתית באותו עניין לא היתה הסוכנות הקלסית המשמשת את הממשל המרכזי ומהווה חלק אורגני מן הרשות המינהלית. המדובר היה בגוף בעל שני אדונים, המשרת שתי מדינות והנהנה מעצמאות, עד כי למדינות אין אף זכות וטו על פעילויותיו. בנסיבות אלו, הביאה עצמאות זו להסקת המסקנה כי אין לזהות את הסוכנות האמורה עם הממשל של אף אחת מן המדינות האמורות.

בית המשפט העליון בארצות הברית קבע בהקשר זה שישה קריטריונים, אשר לפיהם תוכרע השאלה אם נהנה גוף זה מן החסינות המוענקת למדינה מפני תביעות משפטיות, ואלו הם:

- א. הגדרת הגוף באישיות משפטית נפרדת ובגוף ביצועי העומד בפני עצמו, במסגרת האמנה בין מדינות נוודה וקרוליינה, אשר הסדירה את הקמתו של הגוף האמור.
- ב. הסמכויות שהוענקו למדינות נוודה וקרוליינה למנות דירקטורים בגוף האמור.
- ג. הקמת הגוף האמור באופן בלבדי וייחודי על ידי המדינות בלא התערבות השלטון הפדרלי.
- ד. קביעתה המפורשת של האמנה, שמכוחה הוקם הגוף האמור, כי פעולותיו והתחייבויותיו לא יחייבו את המדינות.
- ה. המטרה הראשונית והמוקדמת של הגוף המוקם - לבצע מטרה מקומית.

¹⁵⁸ Jacobson v. Tahoe Regional Planning Agency 566 F.2d. 1353, 1359-1360 (9th Cir. 1977)

ו. העדרה של זכות וסו למדינות ביחס לפעולות הגוף האמור. 159

ודוק, ששת הקריטריונים המוצעים בעניין Tahoe אינם זהים לארבעת המבחנים שנקבעו בעניין Doyle.

5.128 עיון במכלול הקריטריונים שנקבעו בשני פסקי הדין האמורים, לצורך זיהוי המלא של גוף עם המדינה, מעלה כי במסגרת קריטריונים אלו אין כל התייחסות לסיבות, אשר מחמתן נזקקת המדינה לחסינות מפני תביעות וליכולתו הכלכלית של הגוף האמור לתפקד בכפוף לנורמות החלות על המדינה ובלעדיהן. זאת, ככל הנראה, מכיוון שבשני המקרים וכל גם יכל הגוף הנדון לתפקד, בין אם כך ובין אם כך.

5.129 ממבחנים אלו נמצאת למד, כי כפיפותו של גוף לדינים החלים על המדינה, תלויה במידה רבה במידת תלותו במישור המעשי בממשל, הן בתחום הניהול השוטף והמינויים והן בתחום התקציבי ובמידת היותה של הפונקציה המבוצעת על ידו משום יישום של מדיניות גלובלית שקובעת הממשלה, כאשר בפסקי הדין האמורים נבחן, בהקשר זה, אם מוצאת אל הפועל פעילות שהינה בת חשיבות במישור הלאומי או במישור המקומי בלבד.

5.130 כמו כן עולה מפסקי דין אלו, כי התאגיד הממלכתי בארצות הברית מהווה חלק מן המינהל הציבורי ובמקרים רבים יש אף לראותו כ"זרועו הארוכה של הממשל". ודוק, עשרה קריטריונים מצינו בפסיקה להחלת כל הדינים הנוגעים לממשלה אף ביחס לתאגיד הממלכתי, לרבות החסינויות הקבועות בתיקון מס' 11 לחוקה.

ועם זאת, לא מצינו בכלל מבחנים טכניים אלו, כי יובא בחשבון השיקול הכלכלי בדבר מידת כושרו של התאגיד הממלכתי לפעול בתנאי שוק בכפוף לנורמות החלות על המדינה. אין זאת אלא כי התאגיד הממלכתי מסוגל לפעול בלא הפרעה גם אם חלים עליו הנורמות החלות על המחלקה הממשלתית.

ד(6) מסקנת הדברים

5.131 לסיכום פרק זה נשתמש בדבריו של פרופ' זיידמן המציין ביחס ל"חוק הפיקוח", ההופך את החברה הממשלתית בארצות הברית לתאגיד סטטוטורי ומקרב עוד יותר את מעמדה לזה של הסוכנות (agency), כי היה זה תהליך בלתי נמנע שהביא לטמיעתו של התאגיד הממלכתי במנגנון הממשלתי הכולל.¹⁶⁰

"From the very beginning it was inevitable that the corporation, if it were to survive as a government institution, would have to be assimilated into the government structure. Under our system of government, no public institution, corporate or non-corporate, can be permitted for long to act contrary to the policies and wishes of those who bear political responsibility for the actions of the government. Separation of management and ownership may have occurred in private industry, but such a development cannot be tolerated in government, if we are to preserve our democratic institutions".

5.132 התערות זו במנגנון הממשלתי במישור הניהולי נותנת את אותותיה, מטבע הדברים, גם בבל הנוגע לנורמות המשפטיות החלות על התאגיד הממלכתי.

בנסיבות אלו עשויה השיטה הנקוטה בארצות הברית ביחס לתאגידי הממלכתיים, ללמדנו, כי המדינה יכולה גם יכולה להשתמש בגופים הכפופים לכללי המשפט החלים על הממשלה, בפעולתה בתחום העסקי.

5.133 ודוק, ספק הוא אם מסוגל התאגיד הממלכתי לתפקד בתנאי השוק כשהוא נושא על גבו חסינויות וחכיות יתר, המרתיעים מפני מגע ומשא ומתן עימו. ואכן, חסינויות אלו אינן מנת חלקו של התאגיד הממלכתי במשפט האמריקני ובכך מותר הסוכנות הממשלתית על פני התאגיד הממלכתי. ואולם, דברים אלו הנכונים בצד הזכות אינם נכונים גם בצד החובה. בהקשר זה גוררת הגדרתו של התאגיד הממלכתי כחלק חשוב ממערכת המינהל, את החלתן של הנורמות מן המשפט הציבורי על תאגיד זה, ולא מצינו כל חשש מפני ההשלכות הכלכליות הנובעות מכך.

¹⁶⁰ פרופ' זיידמן במאמרו הנזכר, supra note 130, p. 48.

5.134 זאת ועוד, השימוש הרווח בארצות הברית בסוכנויות ממשלתיות (agencies) הכפופות לכללי המשפט הציבורי והמהוות לכל דבר ועניין חלק אורגני מן הממשל המרכזי, מלמד כשלעצמו, כי אין מניעה לבצע פעילויות עסקיות וביצועיות שונות, באמצעות גופים הכפופים לכללי המשפט הציבורי.

ה. סיכום

5.135 סקירת שלוש שיטות המשפט הנוהגות בקנדה, באנגליה ובארצות הברית מעלה, בי הממשלות במדינות אלו עושות שימוש רב בתאגידים סטוטוריים. בארצות הברית אף פועלת המדינה, נוסף ל"תאגיד ממלכתי" המוקם מכוח חוק, באמצעותן של סוכנויות ממשלתיות (Agency), שהינן אורגן של הממשל המרכזי ועצם מעצמו לכל דבר ועניין. השימוש הרחב בתאגידים סטוטוריים במדינות אלו וכן השימוש בסוכנויות הממשלתיות בארצות הברית מלמד, כי הצורך היחיד הקיים בהקשר זה הוא: כי התאגיד הממלכתי ינוהל כמשק סגור ועצמאי העומד בפני עצמו וחותר ליעילות כלכלית, מעין זו הנהוגה ביחס לגוף פרטי. ואולם, אין למעשה לממשלה צורך בהסרת עולו של המשפט הציבורי משלוחיה השונים כדי להגשים את מטרתיה. סקירה זו מלמדת איפוא כי מן הראוי שיופג החשש מפני החלת נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות.

5.136 השימוש בתאגיד סטוטורי חלף חברה ממשלתית הביא להתערות רבה ביותר של התאגידים הממלכתיים במערכת המינהל הציבורי. הטעם היחיד שלא לראות בתאגיד זה חלק מן הממשלה הינו העובדה שאין להגדיר גוף שהוקם על פי חוק מיוחד, כטפל לרשות המבצעת. ואולם, לבד מטעם זה, הרואה בתאגיד הממלכתי אורגן נכבד ביותר של הרשות הציבורית, לא נמצאה כל מניעה להגדיר את התאגיד הממלכתי בזהה, במערכת הנורמות החלה לגביו, לסוכנות הממשלתית (agency) ולמחלקה הממשלתית. אמות מידה ציבוריות אלו לא נתפסו כמכשול לפני יישום פעילות עסקית על ידי התאגיד הממלכתי, לא בקנדה, לא באנגליה ולא בארצות הברית.

5.137 ונקודה נוספת יש לציין בהקשר זה, בסיכומה של סקירה השוואתית זו. ארצות הברית דוגלת בשוק חופשי ובבעלות פרטית. בארצות הברית אף הופקדו חלק מן השירותים החיוניים בידיהם של גופים פרטיים, ופועלות בה, למשל, חברות חשמל פרטיות, תחנות שידור פרטיות ועוד. עם זאת הפכה ארצות הברית את החברות הממשלתיות לתאגידים סטוטוריים באמצעות "חוק הפיקוח". ללמדך, כי בכל הנוגע לביצוע הפעילות העסקית של המדינה, לא הבעלות הפרטית עיקר, שהרי אם זאת המטרה הרי שיש להפריט תאגידים אלו באופן מלא, ולא החלתן של נורמות מן המשפט הפרטי עיקר, אלא העצמאות הכלכלית והניהול כמשק סגור החותר לרווחים כאות ליעילות כלכלית הם התכלית אשר לשמה הוקמו

ופועלים התאגידים הממלכתיים. אופיים הציבורי של תאגידים אלו לא זו בלבד שאינו לרועץ, אלא שלמעשה מטרתם של התאגידים הממלכתיים הינה להביא ליישומו של שילוב בין ניהול מן הסוג המאפיין גוף פרטי לבין סמכויות ואופי שבהן ניהול גוף ממשלתי. ומכיוון שכך, הרי שההכפפה לנורמות של משפט ציבורי, הנובעת מאופיו הציבורי של התאגיד הממלכתי, אינה גורעת מיכולת התפקוד של גוף זה ומתכליתו.

5.138 ויצוין, בארצות הברית מצאה גישה זו את ביטוייה כבר בראשית הדרך, עוד בעת שבה נהגה הרעיון והותוותה הדרך לשימוש בתאגיד נפרד לביצוע פעילות עסקית, אשר המדינה הפצה ביקרה לשם השגת מטרותיה. וכך מוצאים אנו את הגדרת היעד הלאומי המבוקש, בפנייתו של הנשיא רחווולט לקונגרס, בשנת 1933, כדי להקים את "ספינת הדגל" של התאגידים הממלכתיים: רשות עמק הטנסי. המטרה בהקמתו של תאגיד זה הוגדרה על ידי הנשיא רחווולט ברצון להקים גוף שיהא:

"A corporation clothed with the power of government but possessed of the flexibility and initiative of a private enterprise".

5.139 גם בישראל מברצעת חלק מפעילותה העסקית של המדינה באמצעות רשויות סטטוטוריות, אשר אין חולק כי הינן מוגדרות כגופים הממלאים "תפקיד ציבורי על פי דין" הכפופים לביקורת בג"צ ולתחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי. גופים סטטוטוריים אלו הינם, במקרים רבים, יעילים ביותר ואף רווחיים. טול לזוגמא את רשות הדואר (ובכלל זה בנק הדואר) ואת רשות הנמלים, אשר על שום יעילותה צורפה אליה לפני מספר שנים אף רשות הרכבות.

ההבדל העיקרי בין רשות סטטוטורית לבין חברה ממשלתית נעוץ בעובדה שבחברה ממשלתית ניתן לשתף שותפים מן הסקטור הפרטי ואף להנפיק מניות - עד כדי הפרטה מלאה, ואילו בתאגיד הסטטוטורי שיתוף זה אינו אפשרי. ואולם, כל עוד שההתייחסות הינה לגוף הפועל ומתכוון להמשיך ולפעול, ללא שיתוף של הון וניהול פרטיים - ניתן להשוות את החברה הממשלתית לתאגיד הסטטוטורי, מבחינת תחולתם של כללי המשפט הציבורי, ובכך להשוות את המודל הישראלי לזה המקובל בשיטות המשפט שנסקרו לעיל.

5.140 לסיכום, התאגיד הממלכתי אמור להיות גוף ציבורי הלבוש במחלצות של גוף פרטי, ונהנה מאישיות משפטית נפרדת, ממידה רבה של עצמאות ניהולית ומניהול כמשק סגור הרואה ברכה בצבירת רווחים. ואולם, זהו

רק הלבוש. במהותו מהווה התאגיד הממלכתי גוף ציבורי ולא חברה עסקית.

הורתו של גוף זה על ידי הממשלה; תכליתו: השגת יעדים לאומיים, והממשלה עתידה ליתן דין וחשבון על פעולותיו. משום כך קיימת, כפי שראינו לעיל, מגמה כללית ההופכת חברות ממשלתיות לתאגידי סטטוטוריים, באופן שמעמדן ייקבע בחוק ומהותן הציבורית תהא ברורה לכל.

השילוב שבין מהותו הציבורית של התאגיד הממלכתי, על כל הנובע מכך במישור הנורמטיבי, עם היותו של תאגיד זה חברה המתנהלת כגוף פרטי, מוביל ליישום המודל המוצע על ידינו בפרקים הקודמים, בדבר תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי והאפשרות להשתחרר מהן כשצרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת. מודל זה משווה במידה רבה בין החברה הממשלתית לבין התאגיד הסטטוטורי והינו תואם למגמה השוררת בהקשר זה, הן בקנדה, הן באנגליה והן בארצות הברית.

פרק 1

ההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי והשלכותיה ביחס לחברות הממשלתיות

- א. מבוא
- ב. הגדרת תחומי תחולתו של המשפט הציבורי
- ג. הרחבת תחומי פעילותה של המדינה
כמניע להחלת המשפט הציבורי
- ד. החלת כללי המשפט המינהלי באנגליה
עקב התערבות הממשלה במשק
- ה. המבחן המוצע להחלת כללי המשפט הציבורי בישראל
- ו. "תפקיד ציבורי על פי דין" – הנאמנות כלפי הציבור
ו(1) חידושו של כב' השופט זוסמן
ו(2) הדין המהותי ומקום הדין
ו(3) ההלכה הפסוקה
ו(4) סיכום
- ז. יישום המבחן המוצע להחלת כללי המשפט הציבורי
בכל הנוגע לחברות ממשלתיות
- ח. סייגים הנובעים מעקרון חוקיות המינהל
- ט. התפתחות בחקיקה המקרבת את החברה הממשלתית
למישור תחולת המשפט הציבורי
- י. סיכום

6.1 בפרק זה מטרתנו הינה להראות כי: כשם ש"במשק הממלכתי והציבורי דהאידינא, אין עוד יעילות מעשית בהבחנה המקובלת בין פעולות מסחריות או אזרחיות של רשות מרשויות המדינה או של רשות מקומית, לבין פעולותיהן השלטוניות או הציבוריות",¹ כך אין מקום להבחין בין ההתערבות המסיבית של הממשלה בתחומי המשק באמצעות האורגנים שלה, לבין ההתערבות המשקית של הממשלה הנעשית באמצעות חברות ממשלתיות; וכשם שההבחנה הקובעת בין משפט ציבורי למשפט פרטי היא ההבחנה בין פעולה שיש בה משום מילוי "תפקיד ציבורי עפ"י דין",² לבין פעולה שאינה כזו, ואין נפקות אם היא פעולה מתחום המשפט הפרטי או פעולה שלטונית, כך משמש מבחן זה לבחינת תחולתו של המשפט הציבורי ביחס לפעילות החברה הממשלתית, כשעובדת היותה גוף מן המשפט הפרטי - אינה רלוונטית; כשם שהמונח "תפקיד ציבורי על פי דין" מוגדר בפסיקה כביצוע תפקיד של נאמנות כלפי האזרח, כשהנאמנות כלפי האזרח נובעת מן הדין,³ כן יוגדר תפקידה הקבוע בחוק של החברה הממשלתית לאזן בין אינטרסים נוגדים, על חובות האמון המתחייבות מכך, כ"תפקיד ציבורי על פי דין".

ובאחת, מטרתנו הינה להראות, כי בחינת מהותו של המשפט הציבורי במופרד ובמובחן מן המשפט הפרטי, מחייבת אף היא את המסקנה, כי במישור העקרוני מן הדין להחיל על החברה הממשלתית את כללי המשפט הציבורי.

6.2 עם זאת נראה להלן כי בעוד שהבדיקה השיפוטית בדבר מידת הסבירות וההגיונות של המעשה המינהלי נתפסת, בדרך כלל, כבדיקה שיפוטית בדבר סמכותה של הרשות המינהלית, כאשר הגישה הרווחת היא כי פעולה לא הוגנת או לא סבירה עולה כדי חריגה מסמכות, הרי שבכל הנוגע לחברה הממשלתית, אין המשפט הציבורי יכול לחול באורח כה "קיצוני". תחולתו של המשפט הציבורי בהקשר זה תתייחס רק לבחינת סבירותו והגיונותו של שיקול הדעת המינהלי שהופעל על ידי החברה

1 בג"צ 262/62 טרץ' נ' המועצה המקומית כמר שמריהו, פד"י טז 2101, 2109, מפי כב' השופט ח' כהן.
 2 בהתאם להגדרת סמכויות הביקורת של בג"צ, בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה (ובטרם חקיקתו של חוק זה, בהתאם להגדרת סמכויות בג"צ בסעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957).
 3 בג"צ 262/62, לעיל הערה 1, בעמ' 2115, מפי כב' השופט זוסמן.

הממשלתית באיזון בין האינטרסים שהיא מופקדת עליהם, בלא שתהא לכך השלכה גם בכל הנוגע למידת סמכויותיה של החברה הממשלתית.

6.3 כמו כן, נבקש להצביע בפרק זה על תופעה כוללת של התקרבות החלה במישור המשפטי הפוזיטיבי בין כללי המשפט הפרטי לבין הנורמות של המשפט הציבורי. גישה זו מפחיתה את החשש מפני השלכות הצפויות בעקבות החלתן של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות.

6.4 למעשה, מהווה פרק זה יישום, ברמה הנורמטיבית, של המסקנה שאליה הגענו בפרקים הקודמים, תוך בחינת המודל שעוצב על ידינו, על רקע המבחנים המשמשים זה מכבר, הלכה ולמעשה, כקו מפריד בין תחומי תחולתו של המשפט הציבורי לבין תחומי תחולתו של המשפט הפרטי.

ב. הגדרת תחומי תחולתו של המשפט הציבורי

6.5 פרופ' ה' קלינגהופר בספרו משפט מנהלי⁴ פותח בהבהרה כי כל תופעה בחיי המדינה מושתתת על שני מושגי יסוד: המושג של "פונקציה" והמושג של "אורגן". כתוצאה מכך נוצרו שתי שיטות שונות בהגדרת המינהל.

המבחן הפונקציונלי - מפנה אותנו לבחינת אופיה של הפונקציה.

כדי לדעת אם חל המשפט המינהלי עלינו לשאול: האם הפונקציה היא פונקציה מינהלית? וכאשר הפונקציה היא מינהלית, תכונתה זו דבקה באורגן המוסמך לבצע פונקציה זו ובמידה שהוסמך לבצעה. בכך מוכפף האורגן האמור לתחולתם של כללי המשפט המינהלי בעת הרצאתן לפועל את הפונקציות המינהליות שאותן הוסמך לבצע.

והמבחן הארגוני המפנה אותו לבחינת אופיו של האורגן כמבחן מקדמי ומכריע.

כלומר, כדי לדעת אם חל המשפט המינהלי עלינו לשאול: האם האורגן הוא אורגן מינהלי? כאשר האורגן הינו גוף המשתייך אל הרשות המינהלית, אזי דבק אופי מינהלי גם בפונקציות שהאורגן האמור הוסמך לבצען ובמידה שהוסמך לעשות כן.

6.6 בהתאם למבחן הפונקציונלי מחלק פרופ' קלינגהופר את הפעולות הממלכתיות לשלושה סוגים:

א. נורמה כללית - היא חוק במובן הפונקציונלי.⁵ גוף העוסק בקביעת נורמות כלליות עוסק בחקיקה.

4 ד' קלינגהופר, משפט מנהלי (מפעל השכפול, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים, 1957) עמ' 2.

5 נורמה היא כלל משפטי המכתיב דרך התנהגות, שהינה בעלת כוח מחייב לגבי אלה שאת התנהגותם היא באה להסדיר. נורמה כללית מסדירה פעילויותיהם של אנשים או גופים לא מסוימים.
H. Kelsen *General Theory of Law and State* (Translated by Anders Wedberg, New York, 1961) 30; H. Kelsen *Pure Theory of Law* (Translation from the second German edition by Max Knight, California, 1970) 5: "Norm is the meaning of the act by which a certain behaviour is commanded, permitted or authorised".

וראה: פרופ' צ' כהן בעלי מניית ברברה - זכויות תביעה ותירופות (לשכת עורכי הדין, 1992) עמ' 41 בהערות שוליים 150.

- ב. נורמה אינדיווידואלית - הנובעת מהחלטה בסכסוך בין שני צדדים או יותר - מהווה שפיטה, במובן הפונקציונלי.
- ג. נורמה אינדיווידואלית שאינה שפיטה, מהווה פעולת מינהל - במובן הפונקציונלי.

6.7 לעומת זאת, בהתאם למבחן הארגוני יוגדרו הרשויות הממלכתיות כדלקמן:

- א. הרשות המחוקקת (הכנסת) - הנורמות היוצאות מתחת ידה של רשות זו הם החוקים.
- ב. הרשות השופטת - מאופיינת באי תלות עניינית ואישית של האורגנים המשתייכים אליה.⁶
- ג. המינהל - כלל האורגנים שאינם האורגן המחוקק, ואינם נהנים מאי תלות עניינית ואישית כאחת, וממילא אינם בגדר הרשות השופטת.

6.8 בהתאם לשתי ההגדרות, הכלל הוא כי פעולותיהן של כל הרשויות המינהליות כפופות לביקורת הרשות השופטת, היינו של האורגנים הממלכתיים הנהנים מאי תלות עניינית ואישית - וזהו העיקרון הגדול של שלטון החוק, אשר הבל כפופים לו.⁷

עקרון הפרדת הרשויות

6.9 לפי תורת הפרדת הרשויות (Separation of Powers), שרגילים לראות את מונטסקיה (Montesquieu) כמייסדה,⁸ על כל אחת מן הרשויות להתמקד בתחומה בלבד. הרשות המחוקקת תעשה רק חוקים - כלומר תיצור רק

6 סעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה: 'בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שיפוטית, זולת מרותו של הדין' (וקודם לכן סעיף 13 לחוק השופטים, תשי"ג 1953: 'אין על שופט מרות בענייני שפיטה אלא מרותו של החוק'). זוהי אי התלות העניינית. בנוסף קיימת גם אי התלות האישית של השופט, המתבטאת בגובה משכורתו, בייחוד עיסוקו לענייני שפיטה בלבד בתקופת כהונתו, ובדרכי העברתו מתפקידו.

7 לסקירה נרחבת באשר למקורותיו, הגיונו והשלכותיו של עקרון שלטון החוק, ראה: Bernard Schwartz "The Power of Government" A Commentary on The Constitution of The United States (New York The Macmillan Company 1963) part 1, pp. 21-29; E.C.S. Wade and G. Phillips Constitutional and Administrative Law (9th ed., Suffolk, Richard Clay Ltd., 1977) 84-96;

8 כמו כן ראה ספרו של פרופ' ב' ברכה, להלן הערה 12, בעמ' 97. Montesquieu *Esprit des Lois* Book XI, chap. 6; ולתרגום באנגלית ראה: Baron De Montesquieu *The Spirit of Laws* (New York and London, revised ed. translated by T. Nugent, 1899) Vol 1.

נורמות כלליות ושום רשות אחרת לא תעסוק ביצירת נורמות כלליות; השפיטה, דהיינו הכרעה בסכסוכים, תיעשה רק על ידי הרשות השופטת, הנגזרת מאי תלות עניינית ואישית; רשות זו לא תעסוק בשום דבר אחר זולת שפיטה; ויתר האורגנים הממשלתיים המהווים את הרשות המינהלית יהיו מוסמכים לעשות אך ורק אקטים אינדיווידואליים שאינם אקטים שפיטתיים.⁹

6.10 לפי תורה זו, החקיקה במונח הפונקציונלי תזדהה עם החקיקה במונח האורגני; השפיטה לפי מבחנה הפונקציונלי תזדהה עם השפיטה לפי מבחנה האורגני, והמינהל במשמעותו הפונקציונלית יזדהה עם המינהל במשמעותו האורגנית. ברור על כן, כי אילו היתה קיימת הלכה ולמעשה הפרדה בין הרשויות, היתה שוררת זהות בין ההגדרה הפונקציונלית של המינהל לבין הגדרתו האורגנית, ולא היתה כל נפקות בין שתי ההגדרות השונות.

6.11 דא עקא, שהמצב שונה לחלוטין. אף ארצות הברית שהושפעה רבות מעקרון הפרדת הרשויות,¹⁰ סוטה למעשה מן העיקרון האמור. כך, שותף הנשיא למעשי החקיקה של הקונגרס, ועדות הקונגרס מוסמכות לשפוט בעניינים מסוימים ואף להתערב במינוי פקידים מינהליים גבוהים, ולרשות המבצעת הוקנתה סמכות להתקין תקנות, שהינן נורמות כלליות - המהוות בהתאם למבחן הפונקציונלי - חקיקה.¹¹

6.12 הסטייה מעקרון הפרדת הרשויות יוצרת אי סימטריה בין המבחן

9 הפרדת הרשויות נחוצה, לדעתו של מונטסקייה, כדי למנוע ריכוז יתר של כוחות שלטוניים בידיה של אחת מרשויות המדינה, לטוב החשש מניצולם לרעה והגבלת זכויות הפרט. ובלשונו שם, (בתרגום האנגלי), בעמ' 151:

"When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty".

10 עקרון הפרדת הרשויות בארצות הברית מתבטא בקיומה של הפרדה מושגית בהגדרת התפקידים, הקבועה בחוקה של ארצות הברית:

"All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress..." (Art I, Sec. 1).

"The executive powers shall be vested in a President..." (Art II Sec. 1).

"The Judicial power shall be vested in one Supreme Court..." (Art III, Sec. 1).

למעשה, חלף הפרדה בין הרשויות, העדיפה השיטה האמריקנית פיקוח של רשות אחת על רעותה, כשהעיקרון של "ידסון ואיוון" (Checks and Balances) נועד למנוע את הסכנה שבריכוזיות הכוחות בידי רשות אחת, אשר מפניה הוזכר מונטסקייה.

11 R. D. Rotunda and J. E. Novak *Treatise on Constitutional Law - Substance and Procedure* (2nd ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1992 pp. 571-661).

לסמכויות החקיקה שבידי הרשות המבצעת בארצות הברית ראה:

J. T. O'Reilly *Administrative Rulemaking - Structuring, Opposing and Defending Federal Agency Regulations* (Shepherd's McGraw-Hill Book Co., 1983).

הפונקציונלי של המינהל לבין המבחן האורגני של המינהל. מכיוון שכך, נוצרת נפקות להכרעה בשאלה איזה מבין מכחנים אלו הוא הנוהג?

תשובתו של פרופ' קלינגהופר לכך (בעמ' 36 לספרו) הינה:

"המשפט המינהלי מתייחס למושג הארגוני של המינהל. הוא המשפט המייסד את קיומם, מעמדם, סמכויותיהם ופעולותיהם של האורגנים המינהליים. בין אם פעולותיהם, מבחינה פונקציונלית הן חקיקה, שפיטה או מינהל. לולא היה הדבר כך, לא היינו רואים בהתקנת תקנות על ידי רשויות מינהליות ובסמכויותיהן השיפוטיות נושאי המשפט המינהלי, כי הלא לפי המבחן הפונקציונלי אין הם מינהל. ואילו לאמיתו של דבר, מהוות התקנת התקנות והפעולות השיפוטיות של השלטונות המינהליים פרקים ראשיים של מדע המשפט המינהלי בספרות המקצועית"¹² (ההדגשה הוספה).

6.13 דא עקא, פרופ' קלינגהופר ממשיך ומסיק מן ההגדרה הארגונית מסקנה אחת נוספת, מרחיקת לכת:

"ההגדרה שניתנה לעיל למשפט המינהלי אינה חלה, כמובן, על רשות מינהלית בתור אישיות משפטית. מקום והדין מעניק לרשות מעמד של אישיות משפטית, הוא מעמידה על ידי כך, בנוגע למעמדה זה, תחת מרותו של המשפט הפרטי. יוצא מזה כי, כשהיא פועלת כאישיות משפטית, פעולותיה מוסדרות על ידי המשפט האזרחי-פרטי ולא על ידי המשפט המינהלי, אשר לו היא כפופה בהשתמשה בסמכויותיה הציבוריות"¹³ (ההדגשה הוספה).

6.14 בהתאם לגישה זו של פרופ' קלינגהופר, נמצא לכאורה כי מכיוון שהחוק מעניק אישיות משפטית נפרדת לחברה הממשלתית, הרי שכך

12 כמו כן ראה ב' ברכה, משפט מינהלי (הוצאת שוקן, ירושלים וחל-אביב, תשמ"ז) 13: "ציינו שהמשפט המינהלי הוא משפטן של רשויות המינהל. במילים אחרות, עניינו בכל סוגי הסמכויות של אלה.

...בין אם נסווגן מבחינה פונקציונלית כ'מינהליות' כ'תחיקתיות' או כ'שיפוטיות', הקובע לעניינו הוא, אם האורגן הנהנה מהסמכות הוא חלק מהמינהל הציבורי ולא אם הפונקציה שהוא ממלא היא מינהלית. באחת, תחומת הסמכויות שהן בטיפולו של המשפט המינהלי, אינה מבוססת על סיווגן כבעלות אופי מינהלי, אלא על איתור בית היוצר שלהן, קרי רשויות המינהל" (ההדגשה הוספה).

לעמית זאת, הגדרתו של פרופ' אקצין את המינהל הציבורי הינה מצטברת, אורגנית ופונקציונלית ראה: ב' אקצין עיקרי המינהל הציבורי (דביר, תשי"ב) 16-22.

13 עם זאת, פרופ' קלינגהופר מסייג במידת מה מסקנתו זו באומרו כי "השפעה מסוימת ישנה למשפט המינהלי גם על הרשות כאישיות משפטית: יכולתה בתור שכוו מוגבלת ע"י המטרות שלשמן היא הוקמה ומטרות אלה שורשן במשפט המינהלי".

הוא מוציאה מגדר תחולתו של המשפט הציבורי ומעמידה תחת מרותו של המשפט הפרטי.

6.15 ואולם, בעוד שברור כי על פי המבחן הפונקציונלי, יחול המשפט המינהלי בהתעלם ממהותו של האורגן המבצע פונקציה זו,¹⁴ הרי שבהתאם למבחן הארגוני, אין זה ברור כלל ועיקר כי נוסף לתחולתו של המשפט הציבורי על אורגנים המשתייכים למדינה, הוא לא יחול גם על אורגנים פרטיים המבצעים פונקציות עבור המדינה ובמיוחד על אלו הנשלטים על ידה.

שאלה זו תיבחן להלן הן במישור הנורמטיבי והן במישור המעשי.

14 בהקשר זה ראה: מ' מורחי "הפריבילגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקדת הפרשנות" משפטים (תש"ג), 135, ומשפטים ד' 384, 387.

"הפעלה עקבית של המבחן הפונקציונלי, מאיזה סוג שהוא... צריכה להביא להתעלמות מהצורה המשפטית של הפעילות מטעמה של המדינה. דהיינו צריכים אנו על פיה למשל, להגיע למסקנה, כי משהפך משרד הדואר לתאגיד באנגליה, לא השתנה דין הגוף, מאחר שהפונקציה שלו לא נשתנתה. הוא הדין אם תהפוך מדינת ישראל את שירותי הדואר וטלפון הניתנים כאן בצורת מפעל מחלקתי (כבר שאכן אירע בינתיים - ו' א') דהיינו באמצעות מחלקות הממשלה ולא באמצעות תאגיד, או את הרכבת, לתאגיד. אין על פי מבחן זה הצדקה לשינוי דין הגוף, למרות הצורה המשפטית השונה, מאחר שהפונקציה היא בעיקרה אותה הפונקציה."

ג. הרחבת תחומי פעילותה של המדינה כמניע להחלת המשפט הציבורי

6.16 בהקשר דנא קיימת חשיבות רבה בהבנת התהליך שהביא לזניחתו של עקרון הפרדת הרשויות של מונטסקיה. מדוע לא יושם עיקרון זה? פרופ' Wade מבהיר זאת כדלקמן:

"His division of powers did not closely correspond... for... by executive power he meant only 'the power of executing matters falling within the law of nations' i.e. making war and peace, sending and receiving ambassadors, establishing order, preventing invasion".¹⁵

6.17 לאמור, גישתו של מונטסקיה התאימה לגישה הליברלית ששררה באותה עת, לפיה תפקידיה של המדינה מתבטאים בשמירה על בטחונם הכולל של תושביה, בהשלטת חוק וסדר ובתחום יחסי החוץ שבין המדינות. בכל השאר, גורסת הגישה הליברלית כי מן הראוי ליתן חירות מרבית לפרט (laissez faire) ומוטב לממשלה שלא לתערב בתחום הכלכלי. בהתאם לגישה זו, מן הראוי לאפשר למשק להתנהל על פי כוחות השוק, באופן טבעי. רק במסגרת שכזו ניתן לצמצם את כוחה של הרשות המינהלית מבחינה פונקציונלית, ומובן החשש מפני ריכוז סמכויות בידי הרשות, שהינו ריכוז סמכויות שלא לצורך, הבא על חשבון חירויות הפרט.

6.18 ואולם, ימיו של הליברליזם הקלסי חלפו, ובמאה העשרים החלו המדינות לקבל על עצמן את המשימה לתכנן את המתרחש בשדות השונים של חיי החברה. שאיפה זו אין המדינות יכולות להגשים תוך הסתפקות באמצעי פיקוח, במתן רשיונות ובהתערבות עקיפה בלבד, והן נדרשות להדריך את הציבור לנהוג בהתאם לנורמות מסוימות, באמצעות התערבות ישירה בפעולות המשק. מכאן נבעה הטכניקה של התערבות המינהל בחיי היום יום בדרך של קביעת אקטים מינהליים מחייבים.¹⁶ ההתערבות הגוברת של הממשלה בחיי המשק היא שהביאה אם כן לדחיית התיאוריה של "הפרדת הרשויות".

Wade and Bradley Constitutional and Administrative Law (10th ed., London and New York, Longmans, 1991) pp. 50-51. 15

קלינגהופר משפט מנהלי, לעיל הערה 4, בעמ' 112. 16

6.19 עד כמה התרחקנו מן הליברליזם הקלסי ניתן לראות משורת התפקידים אשר הממשלה נושאת בהם במדינה המודרנית והמהווים התערבות ביחסים שבין איש לרעהו. תחומים בולטים שבהן מתערבת הממשלה בחיי המסחר, שלא לצרכים של ניהול כלכלת המדינה במישור הגלובלי, הם: ההגנה על צרכנים מפני "ניצול" על ידי תעשיינים וסוחרים, הטיפול בנושאי תקנים וסחר הוגן, ההגנה מפני מונופולים, ההגנה על עובדים באמצעות מערכת חוקים סוציאליים הקובעים כללים לגבי תעסוקת נשים ונער, לגבי בטיחות בעבודה, לגבי ימי ושעות עבודה ומנוחה וכיו"ב. ממשלות דואגות גם להבטיח את האינטרסים של ציבור המשקיעים במניות ומחייבות חברות אלו בגילוי נאות של מצב עסקיהן. בדומה לכך ראויה לציון הגנת הממשלה על שלומם של תושבי המדינה תוך התערבות בחיי הפרט שלהם ואכיפת נורמות של זהירות, כגון חגירת חגורות בטיחות או החזקת מטף כיבוי אש ברכב.

6.20 ואולם, התערבות המדינה המודרנית בחיי הכלכלה אינה מתמצה רק בכך. פרופ' אהרוני¹⁷ מצייין כי מאמצע שנות השלושים של המאה העשרים מקובלת ההנחה, כי המדינה אחראית לניהול משאבי האומה באמצעות מדיניות מוניטרית ופיסקלית ומדיניות הכנסות שיבטיחו תעסוקה מלאה ורציחה כלכלית.

ממשלות מנסות בהתאם לכך ליצור משאבים על ידי הענקת סובסידיות ועל ידי הטלת מכסי מגן. הממשלה גם משפיעה על זכויות הקניין. כך למשל רשיונות לנהגי מוניות הניתנים בצמצום על פי קריטריונים סוציאליים שונים, יוצרים זכות קניין חדשה,¹⁷ אשרשיון העיסוק הופך לנכס עובר לסוחר. כמו כן יצויינו בהקשר זה, חוקי התכנון והבנייה המגבילים את המטרות והשימושים בקרקע ובנדל"ן בהתאם למטרות לאומיות שונות.

6.21 נוסף לכך, המדינה מכוונת את המשק גם כלקוח. בשטחים רבים מהווה המדינה קונה יחיד, כגון בתחום עיסוקם של התעשיות הצבאיות. בשטחים

17 י' אהרוני חברות ממשלתיות בישראל ובעולם (יגמא) ספר מדע ומחקר, צדקובר מוציא לאור בע"מ, 1978) 38-43; כמו כן ראה בניצ' 311/60 ז. מילר מהגרס (סוכנות יובא) בע"מ נ' שר התחבורה, פרי טו 1989, בעמ' 2007, דברי הנשיא כב' השופט אלשן:

"לאור משטר הפיקוח הנתון בידי המדינה, שהפכה למדינת סעד במאה העשרים, על פעילותו של הפרט, שגבר בממדים רחבים מאז פרוץ מלחמת העולם השנייה, כשהוענקו בידי הרשות המבצעת כוחות כמעט בלתי מוגבלים בעיקר בשטח היבוא ובשטח מטבע חוץ - קשה לדון בבעיית מונופולין לפי המושגים והעקרונות שהיו שוררים בנדון זה במאה הקודמת, בתקופת ה-'Laissez faire'".

17 א ראה י' אהרוני, שם, בעמ' 36.

אחרים מהווה המדינה לקוח עיקרי. הממשלה עושה לעיתים קרובות שימוש בכוח זה, כדי לתבוע ממפעלים התנהגות הנראית לממשלה ראויה: כגון העדפת תוצרת מקומית, העסקת עולים חדשים ועוד.

בהקשר זה ראויה לציון גם העובדה כי המדינה הינה בעלת מפעלים עסקיים. במסגרת זו עשויה הרשות המינהלית להתחרות בסקטור הפרטי - אם באופן ישיר ואם בתחרות על תשומות שונות כגון חומרי גלם וכוח אדם מינהלי. וכפי שראינו לעיל, הממשלה משתמשת במפעלים עסקיים שונים כדי למלא שלוש פונקציות חלופיות של התערבות במשק:

א. להחליף סקטור פרטי - אם באמצעות הלאמה ואם באמצעות מונופול.

ב. להשלים סקטור פרטי - על ידי השקעות בהקמת מפעלים מסוימים (לרוב, כאשר הסקטור הפרטי אינו מסוגל לבצע פעילות מסוימת בכוחות עצמו).

ג. לעודד סקטור פרטי - על ידי הקמת מפעלים משותפים לממשלה ולסקטור הפרטי.

6.22 במדינה המודרנית מצפה הציבור מן הממשלה כי זו תסדיר שורה ארוכה של נושאים, מלבד ענייני החוץ והביטחון. וככל שגדלו ציפיות האזרחים מן הממשלה, כן גדלה התערבותה במשק וגברו סמכויותיה ומידת השפעתה על הסקטור הפרטי. פרופ' ברכה מסכם התפתחות זו באומרו:¹⁸

"בניגוד למודל הליברלי, בו הושם הדגש על הרחבת התחומים בהם אסור למדינה להתערב, מועתק מרכז הכובד במודל החדש אל מכלול גדול של עניינים אותם היא חייבת להסדיר למען רווחתם של תושביה. רשויות השלטון עוסקות כיום בתכנון מפורט של הכלכלה הלאומית על כל הכרוך בכך בתחומי התעשייה, החקלאות והענפים האחרים של המשק. האוכלוסיה זכאית לשרותי בריאות, חינוך וסעד, ועל המימשל לומר את דברו בכל הנוגע לאירגונם ולפיקוח הולם על הפעלתם... ידה של המדינה המינהלית בכל, והכל תלויים בהסדריה בחיי היום יום שלהם" (ההדגשה הוספה).

6.23 ויצוין, הצטברות זו של סמכויות ביצוע, חקיקה ושפיטה בידיהן של רשויות המינהל עומדת בסתירה מוחלטת לעקרון הפרדת הרשויות של מונטסקיה,

18 ב' ברכה משפט מינהלי, לעיל הערה 12, בעמ' 53.

לא רק במובן הטכני, אלא גם במובן החוקתי העומד ביסוד תורה זו. בעוד שמונטסקיה חשש מפני ריכוז סמכויות המסכן את חירות הפרט, הרי שהמדינה המודרנית רואה את ריכוז הסמכויות הבסיסי בידי הרשות המינהלית, כדרך לדאוג לרווחתו של הפרט וליישום מדיניות של סעד.¹⁹ הגיעו דברים לידי כך, שהוצאת תחום שירותים או מצרים בסיסי מידי הממשלה הוא המעורר חששות.

6.24 קו חשיבה זה חשוב הוא ביותר לנשוא דיונונו, לאור המסקנה הבאה הנובעת הימנו.

המשפט הציבורי במשמעותו המודרנית הינו רובו ככולו תולדה של ההתערבות הגואה של מדינת הסעד בחיי היום יום של אזרחיה ותושביה. המשפט הציבורי מבוסס על יחסי הגומלין שנוצרו בין המדינה לפרט, עקב הסמכויות העצומות המסורות בידי המדינה, והוא אמור לעצב לבוש משפטי לאיזון המתבקש בין שני מרכיבי יסוד בתורת הרעיון המדיני המודרני הניצבים זה מול זה:

מצד אחד - הרצון לקבל מן המדינה מגוון של שירותים בתחומי הבריאות, החינוך והרווחה, המחייב הענקת סמכויות רחבות לרשויות המדינה;

ומצד שני - הצורך, במדינות דמוקרטיות, להגביל את כוחן של הרשויות לאותם תחומים שהינם נחוצים לניהולה התקין של המדינה, תוך מניעת שימוש לרעה בסמכויותיהן ופגיעה שלא כדין בפרט.²⁰

המשפט המינהלי הינו אם כן פונקציה של תחומי פעילותה של המדינה והכוחות שבידיה. קו החשיבה האמור מהיוב, כי בכל מקום שבו פועלת המדינה, ומסורים בידיה כוחות, יחול גם כמשקל נגד - המשפט המינהלי.

19 שם, בעמ' 55.

20 שם בעמ' 9-10. לדברי כב' השופט ברק בבג"צ 389/80 דמי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פד"י לה(1) 421, 447, ובע"פ 768/80 ש. שמירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל תרעור שכנגד, פד"י לו(1) 337, 370. גישה זו, למיה צוברת המדינה המודרנית כוחות רבים ועצומים, מעמידה את המשפט המינהלי על בסיס של חובות אמון, שאותם חייב בעל הכוח למי שעלול להיות מושפע משימוש לרעה בכוח זה (וכפי שפירטנו בפרק א לעיל).

ד. החלת כללי המשפט המינהלי באנגליה עקב התערבות הממשלה במשק

6.25 התפתחות זו, התולה את תחולתו של המשפט המינהלי בהתערבותה המסיבית של הממשלה בחיי היום בתחום המשפט הפרטי, באה לידי ביטוי חד באנגליה.²⁰

בהקשר זה נראה כי לא רק שתחומי תחולתו של המשפט המינהלי מקבילים הם לתחומי מעורבותה של הממשלה בחיי המשק, אלא שאף במקום שבו לא נהג כלל המשפט המינהלי, הביאה ההתעצמות של מעורבות הממשלה והכוחות שנעברו בידיה לשינוי מוחלט במדיניות ולהחלת כללי המשפט המינהלי.

6.26 פרופ' Dicey טבע כלל, אשר שלט בכיפה באנגליה במשך שנים רבות, לפיו אין לייחד כללי משפט מיוחדים למינהל. זאת מכיוון שעקרון שלטון החוק מחייב התייחסות שווה לכל, במובן זה שהכל כפופים לאותה מערכת חוקים ולאותה מערכת שיפוטית.²¹ משום כך, חל המשפט הפרטי אף על הרשות המינהלית באנגליה, ובמשך זמן רב לא היה קיים שם כלל משפט מינהלי, כעניין שבעיקרון.

השקפה זו כה השתרשה עד שהיא מוצאת ביטוי עד הלום, ובכל המהדורות של Halsbury's Laws of England, לרבות במהדורה האחרונה²² תחת הכותרת "Constitutional law", נאמר:

²⁰ לויקה שבין המשפט המינהלי בישראל לבין זה הנהוג באנגליה בתפיסותיו היסודיות ובנקודות המוצא שלו, ראה ב' ברכה "התפתחויות במשפט מינהלי" עיוני משפט יא (התשמ"ו) 127-128; וכן ב' ברכה משפט מינהלי, לעיל הערה 12, בעמ' 16-24.

21 Dacey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (4th ed., London 1893) 183: "We mean... when we speak of the 'Rule of Law' as a characteristic of our country, not only that with us no man is above the Law, but (what different thing) that here every man, whatever be his rank or condition is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals".

F.H. Lawson 7 *Political Studies* (1959) 109, 207; Dacey "The Development of Administrative Law in England" 31 *L. Q. Rev.* (1915) 148.

²² Halsbury's Laws of England (4th ed., London, Butterworths. 1974), Vol. 8, para. 801

כמו כן ראה: Redlich and Hirst *Local Government in England* p. 329

"Neither the nation, nor the judges, nor the lawyers have ever accepted, or even understood, the Code of Justinian with its logical distinction between public and Private Law: and for that reason there has never grown on English ground the idea that government is the special domain of the sovereign's pleasure, and that questions of administration or of disputes between the state and the citizen should be governed by different principles from those which are applied to

"Nevertheless the boundaries of constitutional law have never been satisfactorily defined, partly because there is no constitutional document possessing an extraordinary sanctity, partly because the constitutional rules are susceptible of change, and partly because there is no fundamental difference between public law and private law and it is not possible to assign exclusive provinces to each. Thus generally speaking, the same courts of law have jurisdiction whether the case raises questions of public or private law" (ההדגשה הוספה).

6.27 בכך שרר שוני חד ביותר בין המשפט האנגלי לבין המשפט הצרפתי, בו קיימת הפרדה מוחלטת בין ענייני הפרט לבין ענייני המינהל, כאשר האחרונים נדונים על פי הוראות מכוח דין מיוחד (Droit Administratif) ומתבררים בערכאות מיוחדות. בצרפת, הפרדה זו הינה כה קיצונית עד כי אף תביעות נזיקיות או חוזיות כנגד המינהל נדונות בערכאות המיוחדות לדיון בענייני המינהל.²² ובה בעת, לא שרר באנגליה כלל המשפט המינהלי.

6.28 ואולם, הגישה באנגליה עברה מהפך בעניין זה, ובשנת 1982 מצוין לורד דנינג בפסק הדין שנתן בעניין *O'Reilly v. Mackman*:²³

'private' disputes between one citizen and another".

ההתייחסות הינה להבחנה שטבע הקיסר יוסטיניאנוס בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי, *Justinian*: Inst. Ulpian 1.1.4

"The precepts of the Law are these: to live honestly, not to injure your neighbour, to render each man his due. This study is divided into two parts: public and private. The public part is that which relates to the nature of public authority in Rome; the private part is that which appertains to the affairs of individual persons".

ולעניין זה ראה גם:

Maine, *Dissertations on early Law and Custom* (1883) p. 391;

Jolowicz, *Roman Foundations of Modern Law* (1957) Chap. 8.

22 ראה: קלינגהופר משפט מנהלי, לעיל הערה 4, בעמ' 124. בהקשר זה יצוין כי במשפט הצרפתי שולט העיקרון לפיו, אם ניווק אזרח מהפעלת שירות מינהלי, גם אם צודקת הרשות בהפעלת שיקול דעתה למען הציבור, הרי מכיוון שמופר עקרון השוויון בחלוקת התוצאות הממשל, וקורבנה של הפעולה המינהלית, אשר גרמה את הנזק, נדרש ליטול על עצמו נטל שאינו מוטל על אזרחים אחרים, כדי שהשירות לציבור יוכל להינתן, הרי שתוטל חובת פיצוי על המדינה, כדי להסיר את הנטל משכמו של פרט הנפגע ולחלקו בין כלל האזרחים.

ראה: B. Schwartz *French Administrative Law and The Common Law World* p. 292-293. בעקבות גישה זו סבר כב' השופט ברנזון כי יש לשקול החלת פיצויים מכוח סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957 (כיום סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה), לפרט הנפגע מהפרת תווה על ידי הרשות. ראה בג"צ 101/74 בינו ומיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פד"י כה(2) 449, בעמ' 457-458.

לניתוח מקורות ההלכה הצרפתית, שאומצה בעניין זה, ראה: Klein "New Remedies in the High Court of Justice" 10 *Isr. L. Rev.* (1975) 852.

O'Reilly v. Mackman [1982] 3 *W.L.R.* 604, 619 23

"In modern times we have come to recognise two separate fields of law: one of private law, the other of public law. Private law regulates the affairs of subjects as between themselves, Public law regulates the affairs of subjects vis-a-vis public authorities".

ולא זו בלבד שהמשפט האנגלי שינה את טעמו ופיתח כללים של משפט מינהלי אלא שהתפתחות זו מוגדרת בפסיקה האנגלית כהישג עצום של התמודדות המשפט עם צורכי החיים.²⁴

6.29 ואכן, התפתחות זו לא התרחשה בכדי. פיתוח כללי המשפט המינהלי ומתן אפשרות בידי בתי המשפט להשתמש במגוון של סעדים כנגד פעילויות המינהל²⁵ היו נחוצים כדי לקדם את פני ההתערבות המסיבית של הממשלה בחיי הפרט. כנגד הפעלת כוחות ממשלתיים בתחומי המשפט הפרטי, התחייבה ביקורת שיפוטית מתאימה שתבחן ותבקר מעשים אלו, והתחייבה האפשרות להשתמש בסעדים מתאימים. לורד

Wade and Bradley *Constitutional and Administrative Law*, supra note 15, at p. 596 "Old beliefs die hard, but today there is plenty of evidence that administrative law in Britain has fully recovered from Dicey's denial of its existence".

לעומת זאת ראה:

S. Fredman and G. Morris, "A Snake or a Ladder? O'Reilly v. Mackman Reconsidered" 108 *Law Q. Rev.* (1992) 353.

24 לורד דיפלוק (Diplock) מעיין בעניין R.V. v. IRC, ex parte National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd. (1981) 2 W.L.R. 722, 737:

"To revert to technical restrictions... that were current 30 years or more ago, would be to reverse that progress towards a comprehensive system of administrative law, that I regard as having been the greatest achievement of the English courts in my judicial lifetime" (הדהגשות הוטפו).
 25 משהתחולל מהפך זה בפסיקה האנגלית, נמצא כי הסעדים שהיו מקובלים כנגד הפעילות השלטונית לא היו מספיקים. ב-8.12.1969 הוקמה ועדה בראשות לורד Gardiner מכוח סעיף 3(1)(e) ל-Law Commissions Act 1965.

הוועדה הגישה את הדו"ח שלה בשנת 1976 (Law Com. No. 73). דו"ח זה התקבל ויושם באמצעות תקנות משנת 1977 (Cmnd. 6407) ואף קיבל תוקף של חוק בשנת 1981, בסעיף 31 ל-Supreme Court Act 1981, המעניק לבית המשפט נוסף לסעדים שהיה מוסמך ליתן קודם, גם סמכות ליתן צו הצהרתי, צו מניעה ואף פיצויים. להשלכות התיקון ראה: Smith *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed.) ch. 12.

התהליך שעבר המשפט האנגלי בהקשר זה הוסבר על ידי Rene David בספרו

Les Grands Systemes para. 278 (Translation: R. David & Brierley) *Major Legal Systems in the world Today* (2nd ed., 1978) pp. 294-295:

"The principal concern of English Jurists until the nineteenth century was directed to the various formalistic procedures, put into operation by the writs, rather than to the elaboration of those principles upon which just solutions to disputes would be based. Remedies precede rights"

(הדהגשה הוטפה).

אותו רעיון הובע גם על ידי פרופ' Maine בספרו: *Early Law and Custom* p. 389

"So great is the ascendancy of the Law of Actions in the infancy of Courts of Justice, that substantive Law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure".

דנינג מסכם על כן את דבריו בעניין זה בפס"ד *O'Reilly v. Mackman*,²⁶ באומר:

"Just as the pick and shovel is no longer suitable for the mining of coal, so also the procedure of mandamus, certiorari, and actions on the case are not suitable for the winning of freedom in the new age. ...we have in our time to deal with changes which are of equal constitutional significance to these which took place 300 years ago. Let us prove ourselves equal to the challenge".²⁷

6.30 הגדרתו של המשפט המינהלי הינה: משפט הקובע נורמות שעל פיהם תפעל רשות, על שלוחותיה השונות, בתחומי פעילותה השונים, והמסדיר את היחסים בין הזרועות השונות והמגוונות של הממשל - בין לבין עצמן ובין לבין הפרט.²⁸

המשפט המינהלי חל איפוא, בתחומים רחבים והולכים, כתוצאה מהרחבת פעילותה של הממשלה במדינה המודרנית וחריגתה מתחומי הפעילות המסורתיים ששררו בעבר.

6.31 המשפט המינהלי הוחל באנגליה, כדי להתמודד עם האתגר העצום שמציבה למשפט חדירתה של המדינה המודרנית לתחומים רבים, לבד מאלה השלטוניים הקלטיים.

6.32 דא עקא, שבמדינה המודרנית פועלת המדינה באמצעות מגוון של זרועות ביצועיות, ואחת מן הדרכים הבולטות ליישום מדיניות הממשלה בתחומי המשק השונים הינה, כפי שראינו לעיל, באמצעות הקמה של חברות ממשלתיות.^{28א} ואם כן, אותו היגיון שחייב את עצם תחולתו של המשפט

²⁶ *O'Reilly v. Mackman*, *supra* note 23, p. 623

²⁷ הלכה זו, בדבר מתן סעדים מכוח החוק החדש נגד הרשות המינהלית, תוך הכרה בקיומו של משפט מינהלי עם כללי התנהגות משלו, אומצה לאחר מכן על ידי בית הלורדים בעניין *O'Reilly v. Mackman* [1982] 3 W.L.R. 1096; *Cakes and Thanet District Council* [1982] 3 W.L.R. 1121.

²⁸ *Wade and Bradley Constitutional and Administrative Law*, *supra* note 15, pp. 593-594:

"One important function of the law is to enable the tasks of government to be performed. Administrative agencies are created by law and equipped with powers to carry out public policies, drawn up within government and approved by Parliament. A second function of the law is to govern the relations between various administrative agencies, for example, between a minister and a local authority. The third function of the law is to control the relations between an administrative agency and those individuals or private bodies over whose affairs the agency is entrusted with power".

^{28א} בהקשר זה יצוינו דבריו של פרופ' אהרוני בספרו הנזכר חברות ממשלתיות בישראל ובעולם, לעיל

המינהלי כדי להתמודד עם ההתערבות המסיבית של המינהל במדינה המודרנית, בתחומי המשק השונים, מחייב להחיל את המשפט המינהלי כמשקל נגר, גם ביחס לכל האמצעים שבעזרתם משפיעה הממשלה על תחומי המשק, ובהם פעילות הממשלה באמצעות החברות הממשלתיות. מובן כי העובדה כי לחברות אלו יש אישיות משפטית נפרדת - אינה רלוונטית לעניין זה, לנוכח הבנת מהותו של התהליך כפי שתוארה לעיל.

6.33 ואכן, קו חשיבה זה מצינו בפסק דינו של לורד סימון (Simon) בעניין **D. v. NSPCC** 29:

"The State is the whole organization of the body politic for supreme civil rule and government - the whole political organisation which is the basis of civil government. As such it certainly extends to local, and as I think, also statutory bodies in so far as they are exercising autonomous rule".

6.34 הצורך להתמודד עם פעולות הרשות בתחומים רבים ומגוונים, מחייב להחיל את המשפט המינהלי אף כאשר על פי המבחן האורגני אין מדובר עוד במדינה עצמה אלא בזרוע עצמאית, המבצעת פונקציות מסוימות שהמדינה חפצה ביקרן.

אכן, היגיון זה מוביל אותנו למעשה מן המבחן האורגני אל המבחן הפונקציונלי. ואולם, כבר מצינו כי המשפט המינהלי הוחל אף על תאגיד סטוטורי, אשר מבחינה אורגנית אינו נמנה עם האורגנים של הממשלה ומהווה גוף נפרד העומד בפני עצמו. ואם כך, הרי שהוא הדין והיא המידה ביחס לחברה הממשלתית, שהרי לא המישור האורגני עיקר, אלא העובדה כי הממשלה מבצעת פעילות באמצעות גופים אלו, ויש להציב נורמות משפטיות הולמות, כדי להתמודד עם כוחותיה האמורים ולאזנם.

6.35 זאת ועוד, לנוכח מגוון הפעילויות של המדינה המודרנית, נמצא כי אין

הערה 17 בעמ' 237:

"...מן הראוי להעיר שבמדינה המודרנית יש בידי שר דרכים מדרכים שונות להטיב עם אלה שהוא מעונין בהם. החברה הממשלתית היא רק אחת מדרכים אלו כל זמן שהמדינה תתן הלוואות לפירמות עסקיות, כל זמן שתערוב להלוואות שפירמות כאלה נוטלות על עצמן, וכל זמן שהמדינה תהיה מעוניינת להגביר את קצב הצמיחה הכלכלית, עשויה הממשלה למצוא את עצמה בעלת מפעלים עסקיים, בין אם תרצה בכך ובין אם לאו".

D. v. NSPCC [1977] 2 W.L.R. 201 29

כמו כן ראה: **Burmah Oil v. Bank of England** [1979] W.L.R. 473, 486; ופסק הדין של בית הלורדים בעניין זה: [1979] 2 W.L.R. 722, 737-738.

עוד פונקציות המאפיינות את הרשות השלטונית וזו פועלת כמעט בכל תחום.³⁰ במדינה המודרנית פועלים באותם התחומים: הפרט, הרשויות הסטטוטוריות, החברות הממשלתיות והגופים הממשלתיים, כשהפונקציות הן לעיתים קרובות אותן הפונקציות.

כמו כן יש לזכור כי הרשות משתמשת לעיתים לצורך ביצוע פעולות מסוימות, ב"קבלנים פרטיים".³¹ במקרים אלה שכיה כי הרשות אף ארצלת לגופים פרטיים אלו מסמכויותיה. כתוצאה ממדיניות הסעד של המדינה קשה אם כן להגדיר פעילות מסוימת כטיפוסית לממשלה במובן זה שלא יהיו לה מקבילות במשפט הפרטי.

לעיתים אף מועברת פונקציה מסוימת (כגון: הדואר) ממחלקה ממשלתית לרשות סטטוטורית בעלת אישיות משפטית נפרדת, ומן הרשות הסטטוטורית למתכון של חברה ממשלתית. במקרים אלו ברור כי מבחינה פונקציונלית לא חל כל שינוי בפעילות האמורה, ואילו מבחינה אורגנית, הגוף האמור פשוט צורה ולבש צורה אחרת ברגע נתון אחד.

6.36 ההרמוניה המשפטית מחייבת גישה זוהה לגופים הממלאים פונקציות זהות. כך למשל, קשה לקבל גישה לפיה העברת פעילות מסוימת מזרוע ביצועית של הממשלה לגוף בעל אישיות משפטית נפרדת, ניתקה בין לילה פעילות זו מכבלי המשפט המינהלי, וכי בבת אחת נמוג הצורך באיזון של הכוחות האמורים באמצעות כללי המשפט המינהלי. Kamenka

30 השינויים שחלו בתחומי פעילותה של המדינה המודרנית מוגדר על ידי:

Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" (1976) 89 Harv. L. Rev. 1675: "...a shift in the prevailing individualist legal theory of the nineteenth century to the welfare oriented policies of modern socialist democracies, characterised, as these increasingly are, by the interpenetration of public and private institutions and capital".

כמו כן ראה:

Shapiro, "From Public Law to Public Policy or the 'Public' in Public Law" (1972) *Political Science* 410.

31 Swain v. Law Society (1983) 1 A.C. 598, 608. בו טון ענינו של גוף פרטי, הממומן מאמצעים פרטיים, אך המוציא לפועל פונקציות מסוימות, מכוח הסכם עם הממשלה.

R. v. The Panel on Take-Overs and Mergers exp. Prudential Bache, Inc., *The Times*, December 8 1986.

כמו כן ראה:

Gower Report: "The regimes to be established by the Financial Services Act 1986, for the regulation of investment business and the self-regulatory system which operates in the Lloyd's Insurance market under the Lloyd's Act 1981".

לענין זה יצוין בג"צ 2303/90 פיליפוביץ ואח' נ' רשם החברות ואח', פ"ד (1) 410, 422: "הנאצל הופך מכח ההאצלה לרשות מוסמכת" הוא נתון על כן לביקורת מינהלית ושיפוטית כרשות המאצילה עצמה".

and Tay³² מסיקים על כן כי כתוצאה מהתפשטות פעילויות הממשלה לתחומים שונים מוגדרת יותר ויותר פעילות "פרטית" כפעילות ציבורית:

"...The major sphere of social life passes from the private to the public, not merely in the sense that more and more activity is state activity, but in the sense that more and more 'private' activity becomes public in its scale and its effect, in the sense that the oil company is felt to be as 'public' as the state electric utility, the private hospital and the private school, with their growing need for massive state subsidies, as public as the municipal hospital and the state school".

6.37 ואכן, המשפט האנגלי עבר מהפך גם בעניין זה, כשהגופים שעליהם מוחל המשפט המינהלי הינם כאלה שבעבר נחשבו לגופים פרטיים מובהקים. התקציבים הממלכתיים המזורמים לגופים, שבעבר העניקו שירות שנחשב פרטי (כגון: תקציבים למסדות חינוך ותרבות שונים), והעובדה כי הממשלה מתווה מדיניות בתחומים רבים, באמצעות גופים שונים, הביאו לכך שכללי המשפט המינהלי הוחלו כדי לפקח ולהציב נורמות התנהגות מקבילות, אף ביחס לגופים שבעבר נחשבו באופן מובהק לגופים פרטיים. כך הוכרו כגופים ציבוריים שהמשפט המינהלי חל לגביהם: ארגוני עובדים ואף אוניברסיטות.³³ הנה כי כן, המבחן הארגוני אינו יכול לשמש כמבחן קונקלוסיבי להחלת המשפט המינהלי במדינה המודרנית.

6.38 ואולם, מעבר חד לשימוש במבחן הפונקציונלי גם הוא לא ייתכן לנוכח מגוון הפעילויות של המדינה המודרנית, שהרי אין עוד פונקציות המאפיינות את הרשות השלטונית וזו פועלת כמעט בכל תחום. כאמור, במדינה המודרנית פועלים באותם תחומים: הפרט, חברות ממשלתיות, רשויות סטטוטוריות וגופים ממשלתיים.

6.39 לנוכח עובדה זו סבורה פרופ' הרלו (Harlow)³⁴ כי טעות עשה המשפט האנגלי בכך שאימץ את ההבחנה בין משפט מינהלי למשפט פרטי. לנוכח

Kamenka and Erh-Soon-Tay "Beyond Bourgeois Individualism: the Contemporary Crisis in Law and Legal Ideology" in *Feudalism, Capitalism and Beyond* (1975) p. 133. 32

De Smith *Judicial Review of Administrative Action* (3rd ed., 1973) 64-68; *Re H.K.* [1967] 2 Q.B. 617; *Lee v. Showmen's Guild of Great Britain* [1952] 2 Q.B. 329; *Breen v. Amalgamated Engineering Union* [1971] 1 All E.R. 1148; *R. v. Aston University ex p. Roffey* [1969] 2 Q.B. 538; Sills "Student Status and Academic Justice" 8 *Kingston Law Review* [1978] 220, 224-227. 33

.C. Harlow "'Public' and 'Private' Law" 43 *Modern Law Rev.* (1980) 241, 265 34

הרחבת תחומי פעילות הממשלה הרי שאימוץ המבחן הפונקציונלי אינו צודק, שכן הדבר יביא ליצירת הבחנה מלאכותית בין גופים שלטוניים, שעליהם יחול המשפט המינהלי, לבין גופים פרטיים - המבצעים בדיוק את אותן הפונקציות שמבצעת הרשות הציבורית ופטורים מכללים אלו. ולעומת זאת, אימוץ המבחן הארגוני אף הוא לא בא בחשבון, שכן הוא יאפשר לממשלה להתחמק מתחולתו של המשפט המינהלי ביחס לשורה ארוכה של פעילויות שהממשלה מבצעת בעידן המודרני, שלא באמצעות האורגנים הישירים שלה. בהקשר זה של החלת המבחן הארגוני על ידי בתי המשפט, מציינת פרופ' הרלו בחריפות כי:

"It is nothing more than an attempt by the judiciary to conceal political issues behind a formalist facade and to shield from public criticism some highly executive minded decisions. **Nevil Johnson** has rightly called our legal theory 'very thin gruel indeed'. The 'public/private' distinction is not thick enough for gruel".

6.40 לעומתה גורס פרופ' סמואל,³⁵ כי ההבחנה בין משפט פרטי למשפט מינהלי הינה הבחנה בסיסית וחיונית ביותר, וכמוה כהבחנה שבין חוזה לחיוב ובין דיני חוזים לדיני נזיקין.

העובדה כי אותן פונקציות מבצעות על ידי גופים פרטיים ועל ידי גופים שלטוניים, אינה מרתיעה, לדעתו של פרופ' סמואל, מפני החלת דין שונה על גוף שלטוני מאשר על גוף פרטי. השלטון ראוי ליחס אחר ואין זו פגיעה בעקרון השוויון לפני החוק העומדת ביסוד חירויות האזרח,³⁶ אם הרשות תזכה ליחס שונה ותחוייב לפעול בהתאם לרמה נורמטיבית שונה, בבצעה את אותן הפונקציות.³⁷ לדבריו:

"It may well be that public and private industry... carry on identical functions which are allocated in a haphazard fashion, but there are times... when a conceptual device for distinguishing formally the

G. Samuel, "Public and Private Law: A Private Lawyer's Response" [1983] *Modern Law Rev.* 35 Vol. 46, 558.

36 לורד סלמון בעניין *Broome v. Cassell & Co.* [1971] 2 All E.R. 187 204

"It is one of the pillars of freedom, that every one, from cabinet minister to humblest constituent, is equal before the law".

37 פרופ' סמואל משווה זאת להעדר השוויון הנהוג בין אזרח לבין תושב (דוגמא המעוררת כשלעצמה קושי רב - ר' א') ומבדיר כי חוסר השוויון נעוץ באחריות הרבה לצורכי הכלל המוטלת על הממשלה מחד גיסא, ובכוחות העצומים המופקדים בידה וביכולתה להרע לפרט, הרבה יותר מאשר פרט אחר עלול להרע לו מאידך גיסא.

relationship between person and state from person and person is the most useful tool for dealing with haphazard situations".

6.41 פרופ' סמואל מציע על כן שלא להירתע מן העובדה כי בהתאם למבחן הפונקציונלי קיימים גופים פרטיים המבצעים את אותן הפונקציות שמבצעת הממשלה. ואדרבה, קביעה לפיה רשות, כשהיא מבצעת פונקציות פרטיות, פטורה מתחולתו של המשפט המינהלי, תאפשר לרשות להתחמק מאחריות. כדוגמא לעניין זה מובא פסק דינו של לורד דינג בעניין **Home Office v. Harman**,³⁸ בו נקבע כי לא יעלה על הדעת כי הרשות, בפעולותיה בתחומי המשפט הפרטי, תוכל לזכות לפרטיות ולא לגלות עובדות, כפי שרשאי לעשות אדם פרטי. פרופ' סמואל גורס כי על אף עקרון שלטון החוק והשוויון לפני החוק, מן הדין להחיל נורמות שונות על רשות מינהלית המבצעת את אותן הפונקציות המתבצעות על ידי הפרט, שאם לא תאמר כן עלולה הרשות לנסות ולזכות גם ביתרונות מתחום המשפט הפרטי, שאינם תואמים לכוחות שבידיה.³⁹

6.42 Beatson, במאמרו "Public and Private in English Administrative Law",⁴⁰ סוקר את ההגדרות השונות אשר שימשו את שופטי בתי המשפט באנגליה, בעניין זה, לצרכים שונים של המשפט, כגון האחריות הנויקית של הממשלה עקב פעילויות שביצעו גופים שונים שפעלו עבורה וכיו"ב.⁴¹ במסגרת זו בוחן Beatson ארבע הגדרות שונות לבחינת מהותו של גוף כציבורי או כפרטי, כדלקמן:

א. מקור הסמכות - כל גוף שמקור סמכותו לפעול נובע מכוח דין ייחשב לגוף ציבורי.

38 **Home Office v. Harman** (1981) 2 W.L.R. 310. מאידך ראה פסקו של בית הלורדים באותו עניין: (1982) 2 W.L.R. 338.

39 ובלשונו של פרופ' סמואל *supra* note 35, p. 582: "... a failure to distinguish between public and private Law, could be dangerous for the individual in that it could encourage the view that the state is just like a private person entitled to the same rights of privacy, reputation, property and the like - a disturbing tendency for civil liberties".

40 J. Beatson "Public and Private in English Administrative Law" 103 *Law Quarterly Rev.* p. 34
41 כך למשל פסק הדין בעניין:

Dutton v. Bognor Regis Bc. [1972] 1. Q.B. 373; **Ministry of Housing & Local Government v. Sharp** [1970] 2 Q.B. 223, 226; **Ann's v. Merton L.B.C.** (1978) A.C. 728; **Fellows v. Rother D.C.** (1983) 1 All E.R. 513.

בארצות הברית משמשת ההבחנה בין גוף פרטי לבין גוף ציבורי בעיקר כדי לבחון אם ייחולו על הגוף האמור הנגלות ונורמות שהפרט משוחרר מהן. לדין מקיף בהקשר זה ראה:

"Symposium on the Public Private Distinction" (1982) 1304, *Penn. L. J.* 1289-1608; Dalton (1985) *Yale L. J.* 997, 1012.

- ב. כוחות ממשלתיים - כל מי שמציא לפועל כוחות שהיו במקורם בידי הממשלה ייחשב לגוף ציבורי.
- ג. מבחן הסעד - כל מי שכדי לרסן את הכוחות שבידו, יש צורך בהפעלת הסעדים המוקנים לבית המשפט כנגד הרשות ייחשב לגוף ציבורי (להלן: מבחן הסעד האנגלי).
- ד. מבחן שיקול הדעת - פעילות שברצעה על ידי גוף פרטי, ואולם שיקול הדעת שקדם לה היה בידי גוף ציבורי שבידו הופקדה הסמכות להכריע בתחום זה, נחשבת לפעילות של גוף ציבורי. הסמכות הציבורית להפעיל שיקול דעת מולידה כשלעצמה חובות של משפט מינהלי, יהא הגוף המבצע אשר יהא,⁴² (להלן: מבחן שיקול הדעת האנגלי).

6.43 בכל אחד ממבחנים אלו יש יתרונות וחסרונות. המבחן הראשון והשני, שהינם למעשה מבחנים ארגוניים, יוצרים הבחנות שרירותיות, שהרי המדינה המודרנית מבצעת פונקציות שונות באמצעות אורגנים שונים. המבחנים השלישי והרביעי, המוציאים לפועל מבחן פונקציונלי,⁴³ הינם גמישים ביותר אך לא תמיד ברורים הם. ואולם, ככלל מציין Beatson כי הפסיקה באנגליה עוברת מן המבחנים הארגוניים אל עבר המבחנים הפונקציונליים, וזאת כדי לכלול ברשתה ככל שניתן יותר פעולות

42 ראה גם מאמרו של פרופ' H.R. Wade:

"Procedure and Prerogative in Public Law" (1985) 101 L.Q.R. 180.

43 זאת בניגוד למבחן הפונקציונלי הקלטי הבחן את מהותו של הגוף, כציבורי או כפרטי, בהתאם לשאלה אם הפעילות נשאת אופי מסחרי או אופי שלטוני;

H. Moore "Liability for Acts of Public Servants" 23 L.Q.R. 12, pp. 20-21.

כך הובאה לידי ביטוי כוונת הרווח בעניין 93 H.L. 1 L.R. (1866) *Mercy Docks Trustees v. Gibbs*, וכדאיתו בו קבע בית המשפט כי מאחר שהגוף הניזון בפניו פועל באופן מסחרי ולמען השגת רווח, ובהיותו חליפו של הפרט, הרי שעל אף שרווחיו מכוונים אך ורק למטרות ציבוריות, יש לומר כי זהו גוף פרטי לכל דבר ועניין. כמו כן ראה: *Tamlin v. Hannaford* [1950] K.B. 18, בו ניזן מעמדה של ועדת התחבורה הבריטית, עקב התדיינות בין שוכר לבין שוכר משנה, ביחס לבית שדיעו בבעלות ועדת התחבורה. בעניין זה התעוררה השאלה אם הוועדה הינה שליחו של הכתר ("Servant Or Agent Of The Crown"), ואזי חוק הנבלת שכר הדירה משנת 1946 אינו חל עליה, כפי שאין החוק חל לגבי הכתר, אם לאו. במסגרת זו הועלתה שורה של שיקולים: כגון שהמדובר בגוף הממומן על ידי ערבות של המדינה, כי שר התחבורה ממנה את חברי הוועדה וקובע את שכרם, וכי שר התחבורה רשאי ליתן הוראות בעניינים שיש בהם חשיבות לאינטרס הלאומי. מאידך גיסא הובאו בחשבון שיקולים פונקציונליים כגון העובדה כי הסעת הנוסעים והסחורות נעשית על בסיס מסחרי העובדה כי אלו לא פונקציות רגילות של מחלקה ממשלתית.

מבחן פונקציונלי זה מבוקר קשות על ידי פרופ' פרידמן, לטבח העובדה כי במדינה המודרנית הפונקציות של הממשלה תודרות לכל תחום מתחומי החיים; ראה:

Fridmann Law and Social Change in Contemporary Britain pp. 210-212.

הצגת המבחן הפונקציונלי בדרך זו תביא גם להחלת המשפט המינהלי על אלפי מוסדות ללא כוונת רווח (עמותות) שהינם במובהק גופים פרטיים. ואולם, ביקורת זו אינה נוגעת כמובן לשני המבחנים הפונקציונליים המציינים על ידי Beatson.

שמבצע המינהל באמצעות גופים שונים, שאינם מזוהים עימו מבחינה אורגנית.

ויובהר, מטרתו של המשפט המינהלי היא לרסן כוחות. ככל שהרשות חודרת לתחומי פעולה פרטיים גובר הצורך לרסן כוחות אלו. וככל שהרשות מנסה להשתמש בכלים שאינם חלק מן המערך הארגוני שלו, מתעורר הצורך להתמודד אף עימם. משום כך מצדד Beatson לבסוף בכל פה במבחנים הפונקציונליים, באומרו כי:

"The long term benefit of such procedural orderliness is likely to be greater awareness by courts of the legitimate needs of administrative bodies and a more sensitive use by them of such powers as they possess".

6.44 ואכן, ההגדרות שבהן בחר המשפט האנגלי להחלת כללי המשפט המינהלי הינן הגדרות פונקציונליות, כשהמסגרת הארגונית איננה נזנחת. לורד אטקין הגדיר את הגופים שעליהם יחולו כללי המשפט המינהלי כ:

"Persons or bodies who have legal authority to determine questions affecting the common law or statutory rights or obligations of other persons as individuals".⁴⁴

נוסף לכך, החלו כללי המשפט המינהלי באנגליה על כל מי שהחוק הפקיד בידי כוחות, סמכויות וחובות, אשר הוצאתם אל הפועל כרוכה בהחלטות בנות אופי ציבורי.⁴⁵

6.45 בהתאם למבחנים שאימצה הפסיקה באנגליה לתחולתו של המשפט המינהלי, לא תהא כל נפקות להיותו של גוף בעל אישויות משפטיות נפרדת, והשאלה היחידה שתישאל היא: האם לפנינו גוף שהוענקו לו כוחות כדי לקבל החלטות שיש להן השלכות על זולתו? המבחן

R. v. Electricity comrs. ex parte London Electricity Joint Committee Co. (1920) Ltd. [1924] 1 K.B. 171, 205. 44

כמו כן ראה פסק דינו של לורד דיפלוק (Diplock) בעניין:

O'Reilly v. Mackman, supra note 27, p. 1104.

לעניין זה ראה פסק דינו של לורד גודארד (Goddard) בעניין: 45

R. v. National Joint Council for Dental Technicians ex parte Neate [1953] 1 Q.B. 704, 707:

"The bodies to which in modern times the remedies of these prerogative writs have been applied, have all been statutory bodies on whom parliament has conferred statutory powers and duties which, when exercised, may lead to the detriment of subjects who may have to submit to their jurisdiction".

להחלתו של המשפט המינהלי הוא אם כן מבחן רחב ביותר, ולפיו יחול המשפט המינהלי על קשת רחבה של גופים, אם כי ביחס לסוגי פעילות מסוימים נקבע, כי בצד המשפט המינהלי ימשיך גם המשפט הפרטי במה שמכונה באנגליה ה"דיכוטומיה" (פיצול) ומהווה עניין לדיון נפרד.⁴⁶

Cocks v. Thanet District Council (1982) 3 W.L.R 1121; **Borstal Boys, Dorset Yacht Co. v. Home office** [1969] 2 Q.B. 412. C.A., affirmed [1970] A.C. 1004 H.L.; **Anns v. Merton London Borough Council** [1978] A.C. 728;

בהתבסס על פסק הדין האמריקני בעניין:

Indian Towing Co. Inc. v. United States (1955) 350 U.S. 61; **Haydon v. Kent County Council** [1978] Q.B. 343; **De Falco v. Crawley Borough Council** [1980] Q.B. 460; **Cocks v. Thanet District Council** [1982] 3 W.L.R 1121; **O'Reiley v. Mackman**, *supra* notes 23 and 27; **Tate and Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council** [1983] W.L.R 649; **Chief Constable Of the North Wales Police v. Evans** [1982] 1 W.L.R 1135.

בעניין זה ראה גם מאמרו של פרופ' Wade: "Public Law, Private Law and Judicial Review" 99 *Wade*. L.Q.R. (1983) 166

ה. המבחן המוצע להחלת כללי המשפט הציבורי בישראל

6.46 בכל הנוגע להגדרתו של גוף כשייך מבחינה אורגנית למדינה ונהנה מחסינויות שונות אשר המדינה נהנית מהן, הגישה השלטת בפסיקה בישראל היא, כי יש לבחון את מהותו של הגוף האמור על פי הגישה הארגונית.⁴⁷

בהתאם לכך, גוף שהינו בעל אישיות משפטית נפרדת, סביר להניח כי לא יימנה עם האורגנים של המדינה ולא ייהנה מזכויות היתר המוענקות לה. ואולם, האם יחול המבחן הארגוני אף בנוגע להחלת החובות מן המשפט הציבורי? האם מסתבר כי הממשלה תהא פטורה מתחולתו של המשפט הציבורי בפעולותיה האינטנסיביות בהסדרת הכלכלה, המוצאות אל הפועל באמצעות גוף בעל אישיות משפטית נפרדת, שאינו נופל לגדר "המדינה" במישור הארגוני?

הענקת פריווילגיות למדינה הינה נושא שנוי במחלוקת כלשעצמו,^{47א}

47 ע"א 570/66 עבראללה בלעום ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד (א) 109. פסק דין זה מתייחס להחלת סעיף 5 לחוק לחיקוק סדר הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, המונע הרצאת צווי מניעה כנגד המדינה. סעיף 11 לחוק האמור קובע כי "דין מוסד המדינה שאינו תאגיד כדין המדינה לענין חוק זה". בכך אימץ למעשה החוק האמור את המבחן הארגוני באופן ברור, והוציא מכלל תחולת החסינויות הנכללות בו, כל גוף המוגדר כתאגיד וכאישיות משפטית נפרדת. כמו כן ראה ע"פ 134/58 רשות הפיתוח נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד יג 722, לענין תחולתו של סעיף 42 לפקודת הפרשנות (נוסח משולב), לפיו "אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של המדינה או להטיל עליה חובה אלא אם נאמר בו במפורש". בעניין זה קובע כב' השופט לנדוי, בעמ' 726 לפסק הדין הגיל, כי תאגיד סטטוטורי אינו בכלל המדינה וזאת על פי המבחן הארגוני, ובלשונו: "הניו סבור שעצם ארגונו של גוף פלוני כאישיות משפטית נפרדת מהווה ראיה חזקה לאי תלותו במנגנון הרגיל של הממשל, לצרכי סעיף 42. תאגיד ציבורי, שהוקם על פי חוק, הינו ללא ספק אישיות משפטית נפרדת במובן זה".

דברים אלו נבונים לכאורה כהווייתם גם ביחס לחברה הממשלתית, שהינה גוף בעל אישיות משפטית נפרדת. כמו כן ראה ע"א 48/54 משה לוי נ' המנהל הכללי של רבבת ישראל, פ"מ יא 19 (פסק דין שקדם להעברת הרכבת ממשרד התחבורה לרשות הנמלים והרכבות); בג"צ 194/56 וזן מירום נ' מנהל אגף השיכון, פ"ד יא 659. (אך ראה לעומת זאת את ע"א 54/49 לזין מינגולד ואח' נ' האוטוריטוס הכללי, פ"ד ה(2) 1180, וכן: ברק, אנגלרד, חשין ריני נויקין (בעריכת פרופ' טדסקי) 405.) לסקירה כוללת בעניין זה ראה מ' מזרחי הפריבלגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקודת הפרשנות, לעיל הערה 14, בעמ' 403-383.

47א לבחינת מעמדן של חברות ממשלתיות ואיגודים סטטוטוריים לענין סמכויות היתר של המדינה, ראה גם:

J.A. Griffith "Public Corporations as Crown Servants" 9 *The University of Toronto Law Journal* (1951-1952) 169; O. Hood Phillips *Constitutional and Administrative Law* (6th ed. London, 1978) pp. 551-558; W. Wade *Administrative Law*, (6th ed., Oxford 1992) 169-171;

וממילא, בחירת מבחן ארגוני המצמצם את תחולתן של נורמות אלו הינה מבורכת. ואולם, לא הוא הדין ולא היא המידה ביחס להחלת חובות על המדינה, שתכליתן לאזן את הכוחות הרבים המסורים בידיה.

6.47 כפי שראינו לעיל, העובדה כי במדינה המודרנית ידה של המדינה בכל והכל תלויים בהסדריה בחיי היום יום שלהם מחייבת אימוץ מבחנים פונקציונליים, תוך התעלמות ממהותו הארגונית של הגוף המבצע פונקציות אלו לשם יישום מדיניות הממשלה. ואכן, בבג"צ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החב' לשיקום הרובע היהודי בירושלים,⁴⁸ עת שנדון עניינה של חברה ממשלתית, שנשלטה באופן מלא על ידי הממשלה ונטען כי יש להכפיפה לביקורת בג"צ, הביע כב' השופט ברנזון את הדעה כי ייתכן ויש "להשקיף אל מעבר לצורת ההתאגדות המשפטית ולראות את הדברים כהווייתם במציאות". ללמדך, כי לא האישיות המשפטית הנפרדת עיקר אלא "הדברים כהווייתם במציאות", דהיינו - המישור הפונקציונלי.

כמו כן, יצוין בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ⁴⁹ בו הוחלו כללי המשפט הציבורי על חברה ממשלתית מסוימת, כאשר כב' השופט ברק מחליט בעניין זה באופן ברור בהתאם למבחן הפונקציונלי ומעדיף אותו על פני המבחן הארגוני באומרו:

"בעיני אין שוני מהותי, מבחינת הפעילות במשפט הפרטי, בין חברת החשמל לבין רשות השידור או רשות הנמלים. הרמיון הפונקציונלי עולה על השוני האירגוני" (ההדגשה הוספה).

6.48 ואולם, מעבר לסימני דרך אלו, נשאלת השאלה בתחום המשפט הפוזיטובי הנוהג בישראל, מהו המבחן החל בישראל, אשר לפיו נדע על איזה גוף חלים כללי המשפט הציבורי?

מעיון בפסיקה עולה לדעתנו, כי קיימת זהות בין תחולת סמכותו של בית

Griffith and Street Principles of Administrative Law 5th ed. pp. 313-315;

(ומחולקתם עם Glanville Williams בהקשר זה).

S.W. Dellapenna Suing Foreign Governments and Their Corporations, (The Bureau of National Affairs Inc., Washington D.C., 1987); W. Friedman The Public Corporation p. 563:

"The public corporations in the Common Law jurisdictions have entirely followed the rule that their employees should not have the status of civil servants".

כמו כן ראה: ד"ח הועדה להכנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות, בראשות פרופ' א' ברק (האוניברסיטה העברית ירושלים, תש"ל 1970) (להלן: ד"ח ברק) 47.

48 בג"צ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החב' לשיקום הרובע היהודי בירושלים, פד"י כו(1) 118, בעמ' 122-121.

49 בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פד"י מא(2) 449, 462.

המשפט הגבוה לצדק לבקר גופים מסוימים באופן רגיל, לבין כפיפותם של גופים אלה לכללי המשפט הציבורי. דומנו על כן כי יש לאמץ מבחן לפיו יהיו כפופים לכללי המשפט הציבורי כל הגופים הנכנסים לגדר אחת מן החלופות המנויות בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה,⁵⁰ ואלו הם: רשויות המדינה, רשויות מקומיות, פקידיהן ו"גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

דוק, ביחס לגופים האמורים, מהווים כללי המשפט הציבורי את "הדין האישי" שלהם, המלווה אותם בכל אשר יפנו, בין בפעולות שהן במישור המשפט הפרטי ובין בפעולות שהן במישור המשפט הציבורי. כללים אלו ייושמו כלפי גופים אלה גם בערכאות אזרחיות רגילות ולא דווקא בבג"צ. ואולם, המבחן לכפיפותו של גוף מסוים לכללי המשפט הציבורי הינו: היותו כלול במסגרת אחת הקטיגוריות המנויות בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, המתייחס לסמכותו של בג"צ.

6.49 הפועל הירצא מהגדרה זו כפול הוא: גוף שחל עליו המשפט הציבורי הינו כפוף ממילא לביקורת בג"צ וכן גוף הכפוף לביקורת בג"צ מוכפף ממילא לכללי המשפט הציבורי. ומאידך גיסא, גוף שאינו כפוף לביקורת בג"צ, ואינו נכלל באחת מן החלופות המנויות בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה - אינו כפוף לכללי המשפט הציבורי.

6.50 במבחן האמור בא לידי ביטוי האלמנט האורגני, במובן זה שרשויות המדינה, הרשויות המקומיות ופקידיהן יהיו כפופים לכללי המשפט הציבורי - בכל סוג של פונקציה שהם מבצעים, ואשר כרוכה בה חובת אמון כלפי הציבור. וכפיפות זו לכללי המשפט הציבורי תחול גם על פונקציות תחיקתיות שמבצעות רשויות אלו, כגון התקנת תקנות וחוקי עזר. זאת בניגוד למבחן הפונקציונלי הקלסי. מאידך גיסא, פתוחה

50 סעיף 15(ג) ו-15(ד) לחוק יסוד: השפיטה (וקודם לכן סעיף 7א) ו-7ב) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957) קובע: "בית המשפט העליון ישוב גם כבית משפט גבוה לצדק, בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר. (ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג) מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ: ... (1).

(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות המקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להמנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין - להמנע מלפעול" (ההדגשה הוספה).

בעד שסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה מתייחס לסמכות יוצאת דופן, כשהגנסיבות המיוחדות הן המקנות סמכות לבג"צ, הרי שסעיף 15(ד) לחוק האמור מתייחס לסמכות רגילה הקיימת אף בגנסיבות כתיקונן. ההגדרה המוצעת על ידנו לתחולת כללי המשפט הציבורי הינה מקבילה לסמכות בג"צ לבקר פעילותם של גופים אלה באופן רגיל, כאשר הסמכות אינה עובעת מדחק הנסיבות וכלולה בסעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה.

האפשרות להחיל את כללי המשפט הציבורי גם על גופים שמבחינה ארגונית אינם נכללים בגדר הרשות הציבורית, ובלבד שמבחינה פונקציונלית הם ממלאים "תפקיד ציבורי על פי דין". מבחן זה מאמץ אם כן גם היבט פונקציונלי המאפשר להתמודד עם הצורך הגואה לאזן את פעילויות רשויות המינהל, באמצעות אורגנים שונים לשם הסדרת תחומי המשק השונים על ידי הממשלה במדינה המודרנית.

6.51 ויצוין, המונחים "אורגני" ו"פונקציונלי" בהקשר זה משקפים למעשה את הצורך להחיל נורמות מן המשפט הציבורי על רשויות המינהל מחמת מהותן ומעמדן הציבורי, תהא פעילותן אשר תהא, ואת הצורך להחיל נורמות אלו על תפקידים ופונקציות מסוימות, מחמת מהותם וטבעם, ויהא הגוף המוציאם אל הפועל אשר יהא. המציאות היא כי קיים גם צורך "אורגני" הדורש החלתן של נורמות מן המשפט הציבורי כתוצאה ממהות העושה, וגם צורך "פונקציונלי" הדורש החלתן של נורמות כתוצאה ממהות המעשה. בחירה בין ההגדרות, וזניחתה המוחלטת של אחת מהן, פוגעת באינטרסים חיוניים, שהרי על ההגדרה לענות הן על הצורך האורגני והן על הצורך הפונקציונלי. לעומת זאת, דומנו כי ההגדרה המצויה בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה עונה על שני צרכים אלו כאחד ומהווה שילוב ביניהם.

6.52 בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה יש למעשה ביטוי ל"מבחן הסעד האנגלי" (בסעיף 15(ג) לחוק) ול"מבחן שיקול הדעת האנגלי" (בסעיף 15(ד) לחוק), כפי שהוצעו על ידי Beatson ושהובאו לעיל (בסעיף 7.42). במבחן המוצע יש גם כדי להשיב על הקשיים שמעוררת פרופ' הרלו (סעיף 7.39 לעיל), שכן הפונקציות השונות של המינהל ייבחנו בהתאם למדר הבוחן את מידת היותן בגדר "תפקיד ציבורי על פי דין", ובלא שיוזנה המבחן האורגני המטיל את כללי המשפט הציבורי ביחס לכל פעולה שמבצע אורגן של רשויות המדינה או הרשויות המקומיות. בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה כלול למעשה מבחן אורגני פונקציונלי משולב, לפיו חלים כללי המשפט הציבורי על כל פעולותיהם של האורגנים השלטוניים הקלטיים, ונוסף לכך חלים כללים אלו על ביצוע פונקציות מסוימות עבור הציבור על ידי גופים שהדין הוא שהטיל עליהם את ביצוען של פונקציות אלו.

6.53 לא זו אף זו, עיגון תחולתו של המשפט הציבורי, כקשור גם בהגדרת הפונקציה הנדונה כמילוי של "תפקיד ציבורי על פי דין", מתיישבת היטב עם הגישה הכוללת המצויה בפסיקה, כפי שנראה להלן, לפיה תפקידים מסוימים דורשים מחמת עצם טבעם החלה של כללים המקבילים לכללי

המשפט הציבורי, שהרי לפנינו קריטריון לפיו נבחנת הפונקציה המינהלית, כשאופיו הציבורי של התפקיד הוא המהווה את נשוא הדיון. הגדרה זו מאפשרת להחיל נורמות של משפט ציבורי, אף אם מבחינה אורגנית קיים ספק באשר למהותו של העושה, תוך התחשבות בטיב המעשה ובתפקיד המבוצע.

6.54 בהתאם להגדרה המוצעת, נבחן להלן אם ממלאת החברה הממשלתית "תפקיד ציבורי על פי דין" כאות לתחולתו של המשפט הציבורי על חברות אלו, ודומנו כי אכן קריטריון זה הולם את הצורך להחיל את כללי המשפט הציבורי, אף על הפעילויות שמבצעת הממשלה באמצעות אורגנים המהווים אישיות משפטית נפרדת. ואולם, בטרם שאנו פונים ליישום הכלל האמור במישור הפונקציונלי, נבחן אותו מן ההיבט הנורמטיבי, לנוכח ההיגיון העומד בבסיס כללי המשפט הציבורי במישור חובת האמון כלפי הציבור. כמו כן נאשש את הצעתנו האמורה להגדרת תחולתו של המשפט הציבורי בישראל בהלכה הפסוקה.

ו. "תפקיד ציבורי על פי דין" - הנאמנות בלפי הציבור

ו(1) חידושו של כב' השופט זוסמן

6.55 לנוכח העובדה כי המשפט הציבורי נועד להתמודד עם הכוחות השונים שהרשות מפעילה ולהוות להם משקל נגד, ובמיוחד לנוכח התפשטות הפונקציות שהממשלה ממלאת אל עבר תחומי המשפט הפרטי, מוצאים אנו בישראל, כבאנגליה, הרחבה של תחומי תחולתו של המשפט הציבורי, והחלתו על ידי הפסיקה אף על פעולות שהרשות מבצעת בתחומי המשפט הפרטי. בקביעה זו היה מן החידוש, באשר היא עוררה שני קשיים, האחד מהותי והשני פרוצדורלי.

הקושי המהותי: מהיכן נשאבת חובתה של הרשות לפעול על פי נורמות של משפט מינהלי, גם כאשר היא אינה מפעילה סמכויות שלטוניות אלא פועלת כפיסקוס?⁵¹ והקושי הפרוצדורלי: האם מוקנית סמכות פיקוח לבג"צ על פעילות מסוג זה?⁵²

6.56 שאלות אלו התעוררו לראשונה, באופן חד, עת שרשות מקומית סירבה

51 ראה ד' פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה (תשל"ג) 598, המציין בהקשר זה כי המשפט הרומי הבחין בין אוצרו של הקיסר (Fiscus) לבין אוצר הממלכה (Aerarium) שנמצא בשליטתו של אותו קיסר. מאז מוכרת ההבחנה בין פעולה של רשות ציבורית הפועלת כשלטון לבין פעולתה במישור המשפט הפרטי בשיטות משפט רבות. וראה: קלינגהופר, משפט מנהלי, לעיל הערה 4, בעמ' 114 ואילך, לפיו: "מקום ודיא (הרשות - ו' א') באה במגע משפטי עם הפרט על יסוד מעמדה זה (כבעלת זכויות וחובות לפי המשפט הפרטי - א' ר), הרי אין היא שלטון, אלא צד פרטי. על היחסים בינה לבין הפרט הל אז המשפט האזרחי המרטי ולא המשפט הציבורי".

כמו כן ראה בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה פד"י טו 1989, בעמ' 2001, מפי כב' השופט זוסמן. וראה גם: הדיכטומיה החדגת בעניין זה במשפט האנגלי, לעיל הערה 46.

52 שאלה זו אינה מתעוררת לכאורה לגבי רשויות המדינה ורשויות מקומיות, שהרי אלו נמנו במפורש בסעיף 15(דא) לחוק יסוד: השפיות, ללא הבחנה מהי הפעולה המבוצעת על ידם. שאלה זו מתייחסת לכאורה רק לגוף שסמכות בג"צ לגביו נובעת מכך שהוא מבצע "תפקיד ציבורי על פי דין" ואז יש להבדיל כיצד נבללת פעולה מחוזמי המשפט הפרטי בגדר "תפקיד ציבורי" - על פי דין. כך למשל נקבע בבג"צ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י טו(1) 197, 208: "הרי הפעילות השלטונית מתנהלת לעממים במסגרת, שלא הוסדרה בדרך החקיקה כלל או שהוסדרה רק בצורה כללית ורחבה; ובמצב זה אין לאזרח להישען על זכות שבחוק - ובמיוחד על זכות שבחוק החקוק - שעמדה לו והופרה... מצוים אנו, אף במקרה כזה, לבדוק, אם אין בפעולה השלטונית משום שרירות, הפליה או אי סבירות מובהקת. השמירה על הסמכות שני לאווין בה, שעלינו להיוודר מהם: אחד שלא נחרג מגדר סמכותו ואחד שלא נהסס למצות אותה עד תומה" (ההדגשה הוספה).

להשכיר אולם שבבעלותה לציבור שביקש לערוך בו תפילות בנוסח "היהדות המתקדמת". ב"כ המועצה המקומית טען, בהתאם להלכה הפסוקה ששררה עד לאותה עת, כי השכרת הנכס אינה פעולה שלטונית ואף אין מדובר בתחום של דיני מכרזים ומכאן כי אין לבית המשפט הגבוה לצדק להיזקק לעניין. ואולם, טענה זו נדחתה מכל וכל. בבג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו⁵³ (להלן: "לפסק דין פרץ נ' כפר שמריהו"), קבע כב' השופט ח' כהן :

"גם לי נראה שבמשק הממלכתי והציבורי, דהאידיא, אין עוד יעילות מעשית בהבחנה המקובלת בין פעולות מסחריות או אזרחיות של רשות מרשויות המדינה או של רשות מקומית, לבין פעולותיהן השלטוניות או הציבוריות. ההבחנה שהיא היחידה הקובעת לעניין סעיף 7(ב)2 לחוק בתי המשפט תשי"ז-1957, והנראית בעיני היחידה המועילה הלכה למעשה, היא ההבחנה בין פעולה שיש בה, לבין פעולה שאין בה, משום תפקיד ציבורי על פי דין: ויתכן מאוד שגם פעולה שהיינו קוראים לה בשם מסחרית או אזרחית, טומנת בחובה מילוי תפקיד ציבורי על פי דין - והוא למשל, כשהאופי הציבורי של הפעולה משתמע מן הדין או מפורש בו."

6.57 ההתערבות של המדינה בתחומי המשפט הפרטי הביאה אם כן להחלת

⁵³ לעיל הערה 1, בעמ' 2109. מפסק דין זה עלה כי גם פעילות של רשות מקומית תוכנן לביקורת בג"צ, רק ככל שהיא בגדר "תפקיד ציבורי על פי דין". ואכן בבג"צ 160/72 אחים שרובט חב' לבנין בע"מ נ' האגודה למען הזקן, באזורי העמקים, פריי כוז(1) 620, קובע כב' השופט ברנזון, בעמ' 626: "מבנה המשפט (של סעיף 7 (ב) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957 - ו' א') מצביע בבירור על כך כי המילים 'ממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין' מתייחסת לכל שלושת הסוגים האמורים. זה עולה בראש ובראשונה... מן הציבור שבמילה 'גופים' ומהשימוש במילה 'אחרים': כלומר, גופים ואנשים אחרים מאלה שכבר הוזכרו (רשויות המדינה והרשויות המקומיות - ו' א') ואשר גם הם ממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין... ואמנם מקובל עלינו מאז ומתמיד, כי סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לפי פיסקה זו אינה משתרעת על כל מה שרשות ממלכתית או מקומית או פקידה... עושים או אינם עושים, אלא רק על מה שהם עושים או נמנעים מלעשות במילוי תפקיד שיסודו ברין, על מנת שימלאוהו כדין, באורח חוקי" (ההדגשה הוספה).

ואולם לנוכח החלתם של כללי המשפט הציבורי אף על פעילות הרשות מתחומי המשפט הפרטי, דומנ כי מן הדין לעשות רזיזיה בהלכה זו, וסמכותו של בג"צ מתפרשת אכן על כל פעולה שמבצעת המדינה או רשות מקומית. מסקנה זו אינה מחייבת לסטות מן הפרשנות התחבירית של כב' השופט ברנזון, שהרי בפס"ד פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו קובע כב' השופט זוסמן כי תפקיד הנאמנת כלפי הציבור מהווה כשלעצמו תפקיד ציבורי על פי דין. בהתאם לכך, סמכות בג"צ לא תחול רק ביחס לפעולות שמבצע אורגן של הרשות, שאינה כרוכה בקיום חובת נאמנות כלפי הציבור, ויש פעולות כאלה, כפי שעוד נראה להלן. ואכן, בבג"צ 1601/90 שליט ואח' נ' פרס, פריי מד(3) 353, נקבע כי קיימת חובה לפרסם ברבים קואליציוניים שעורכות סיעות בכנסת לקראת כינונה של ממשלה, לטובת העובדה כי קיימת חובת אמון של סיעות אלו כלפי הציבור. מפסק דין זה עלה כי אף פעולה שאינה שלטונית הנוגעת ליחסים שבין סיעות בכנסת, תהא כפופה לביקורת בג"צ ותיחשב ל"תפקיד ציבורי על פי דין" מכוח חובת הנאמנות. לעניין זה ראה גם ג. שלו "הסכמים פוליטיים" עיוני משפט טז (1991)

כללי המשפט הציבורי, האוסרים הפליה ושרירות אף בתחום שבו אין הרשות מבצעת פעילות שלטונית, אלא פועלת כפיסקוס. ההבחנה שהיתה מקובלת שנים רבות, בין פעולות מסחריות או אזרחיות לבין פעולות שלטוניות או ציבוריות אינה יכולה להיות יעילה מקום שבו שולחת הרשות הציבורית את ידה, באופן אינטנסיבי, לתחום הפעילות המסחרית והאזרחית. משום כך, פינתה הבחנה זו את מקומה להבחנה חדשה, פונקציונלית, אשר במציאות החיים המודרניים היא היחידה המועילה, והיא: האם מוגדרת הפעילות כ"תפקיד ציבורי על פי דין"? הא ותו לאו.

6.58 דוק, בעוד שכב' השופט ח' כהן קבע כי "יתכן מאוד" שפעולה מסחרית של הרשות תיכלל בגדר "תפקיד ציבורי על פי דין", וזאת כשלפעולה אופי ציבורי המשתמע או מפורש בדין, קבע כב' השופט זוסמן באותו פסק דין (בעמ' 2115) כי מכיוון שיסוד ההבחנה בין הנורמות החלות על הרשות הציבורית לבין הנורמות החלות על רשות היחיד נעוצה בחובות האמון שחייבת הרשות כלפי הציבור, הרי ש"תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה".

6.59 לאמור, בפסק דינו של כב' השופט זוסמן בעניין פרץ נ' כפר שמריהו, נקבע חידוש גדול, לפיו חובת הנאמנות היא התפקיד המוטל על הרשות מבוח הדין. חובת נאמנות זו קיימת בין כשהרשות פועלת בכוחותיה השלטוניים ובין כשהיא פועלת כפיסקוס. ומכאן נובע כי גם בפעולותיה בתחום המשפט האזרחי, כפופה הרשות לביקורת בג"צ ולכללי המשפט הציבורי האוסרים הפליה, שרירות וביו"ב.

6.60 נמצאת למד כי הקביעה בדבר קיומן של חובות על פי כללי המשפט הציבורי נעוצה בחובות הנאמנות, כאשר כב' השופט זוסמן קובע כי חובת האמון היא הקריטריון לקיומו של "תפקיד ציבורי על פי דין". התפקיד הציבורי על פי דין הוא תפקיד הנאמנות - שנקבע בדין.

בהתאם לכך, גוף אשר מבחינת יחסי האמון מן הראוי להחיל כלפיו את כללי המשפט הציבורי, הרי שבמקביל, בהתאם לפרשנות של כב' השופט זוסמן למונח "תפקיד ציבורי על פי דין", הריהו ממלא אחר המבחן הפונקציונלי הקבוע בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, הקובע את תחום סמכויות השיפוט של בג"צ, ולדינו אף את גדר תחולתו של הדין המהותי.

ו(2) הדין המהותי ומקום הדיון

6.61 יושם אל לב, בפס"ד פרץ נ' כפר שמריהו, השאלה המהותית היתה: האם חל מלכתחילה המשפט הציבורי, האוסר הפליה פסולה, על רשות מקומית הפועלת בתחום המשפט הפרטי? וההכרעה בשאלה זו נפלה למעשה בכך, שבית המשפט בחן אם יש להכפיף פעילות זו לביקורת בג"צ. ללמדך, כי אכן המבחן לתחולתו של המשפט המהותי נעוץ בקריטריון הנוגע לסמכותו של בג"צ לדון בעניין.

6.62 דוק, פרופ' פרידמן⁵⁴ מעורר את השאלה, האם לנוכח העובדה שבמקרים אחדים הוכרה סמכותו של בית המשפט המחוזי ליתן פסק דין הצהרתי על יסוד עילה מתחום המשפט הציבורי,⁵⁵ פירוש הדבר גם כי בעניין פרץ נ' כפר שמריהו היה בכוחו של בית המשפט המחוזי ליתן הצהרה לפיה סירובה של הרשות המקומית להשכיר את הנכס היה שלא כדין?

דומנו כי התשובה לשאלה זו היא בחיוב. אכן, גם לערכאות אזרחיות רגילות ולא רק לבג"צ היתה סמכות להתערב בנושא זה. ואולם, כדי שבית המשפט האזרחי יתערב ויקבע כי היתה כאן פעולה פסולה, עליו לפעול בהתאם לכללי המשפט הציבורי, שהרי בהתאם לכללי המשפט הפרטי, הפליה איננה פסולה. וכדי שהמשפט הציבורי יחול על פעילות מסוימת, ולו כדי לזכות בסעד בבית המשפט המחוזי, מן ההכרח לבחון קודם לכן כמישור המהותי, אם קיימת חובת אמון שבה מעוגנות נורמות אלו של המשפט הציבורי. משום כך יש לבחון כמישור הפונקציונלי, אם לפנינו "תפקיד ציבורי על פי דין", "כשהתפקיד הציבורי" הוא בהתאם לפסק דינו של כב' השופט זוסמן בעניין פרץ נ' כפר שמריהו, תפקיד הנאמנות כלפי הציבור.

6.63 ויצוין, לאחרונה מסתמנת מגמה ברורה בבג"צ, שלא לדון בתחומים מסוימים שהינם בגדר סמכותו, תוך הפניית העותרים לקבלת סעדים בבתי המשפט האזרחיים. העברה זו של מקום הדיון לבית המשפט האזרחי

54 פרופ' ד' פרידמן במאמרו, לעיל הערה 51, בעמ' 610 הערת שוליים 34.

55 ע"א 436/62 עיריית רמת-גן נ' תיק, פד"י יז 1262; ע"א 322/70 עיריית תיא יפו נ' סוכנות לאמנות, פד"י כז(2) 588; ע"א 562/73 מולו בע"מ ואח' נ' יו"ר הוועדה לחבנון ולבנייה רמת גן פד"י כח(1) 824; ע"א 463/65 עיריית הכרך בע"מ נ' ועדת השומה ליד עיריית נתניה, פד"י כב(2) 234; בג"צ 209/68 שמחי נ' נציב שרות המדינה, פד"י כב(2) 673, 680-681; רע"א 183/88 מפעלים טורכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל, אגף המכס הכולו, פד"י מד(3) 812. לקביעה כי כללי המשפט הציבורי, שלפיהם דן בג"צ, חלים גם בבית המשפט המחוזי, ראה בג"צ 341/80 דווק נ' בכר, מנהל שרותי הדואר (מחוז ירושלים) פד"י לה(2) 197. לתקיפה עקפה של מעשי הרשות ראה בהרחבה בספרו של פרופ' י' זמיר השפטיה בעניינים מנהליים (הפקלטה למשפטים, ירושלים, 1981) 19-57.

יצאת מנקודת הנחה, כי גם בבתי משפט אלו ידונו אותם הנושאים על פי כללי המשפט הציבורי.⁵⁵ ואולם, העובדה כי נושא מסוים יידון בפועל בבית המשפט האזרחי ולא בג"צ אינה משנה מן העובדה כי הוא נכנס מלכתחילה לגדר סמכותו של בג"צ מכוח סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה. כך למשל עניין המכרזים הינו בגדר סמכותו של בג"צ וידון כחלק מן המשפט הציבורי, אף אם בפועל הועבר העניין לבדיקתם של בתי המשפט המחוזיים.

6.64 סמכות עקרונית זו של בג"צ לדון בעניין מסוים, בגדר סמכותו הרגילה הקבועה בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, משמשת אותנו בהקשר דנא כאינדיקציה טכנית לתחולתו של המשפט הציבורי. ומשמעמד גוף במבחן האמור, הריהו כפוף לכללי המשפט הציבורי, ויש לדון בעניינו בהתאם לכללים אלו, בין אם אכן יידון העניין בבג"צ ובין אם העניין יידון בערכאות אזרחיות.

המבחן המנוי בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה בעניין סמכותו של בג"צ, מהווה גם אינדיקציה לתחולת הדין המהותי, בהיותו כלי פונקציונלי לבחון את קיומה של חובת אמון כלפי הציבור, שהיא תפקיד הנאמנות המוטל על פי דין על גופים מסוימים, לעיתים, מכוח עצם מהותו של תפקידם. ומקום שבו קיימת חובת אמון זו, חלים כללי המשפט הציבורי אף אם לאחר מכן יידון העניין למעשה בבית משפט אזרחי רגיל.

ו(3) ההלכה הפסוקה

6.65 הזיקה ההדוקה בין תחולתו של המשפט הציבורי במישור המהותי לבין סמכותו של בג"צ והגדרת הפעולה כ"תפקיד ציבורי על פי דין", עולה משורה ארוכה של פסקי דין. נביא להלן כמה מן הבולטים שבהם וננתחם.

⁵⁵ ראה בג"צ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ ואח' נ' שר הבינו והשכון ואח', פד"י מה(5) 50, בו הועבר הדין בנושא מכרזים מבג"צ לבתי המשפט האזרחיים, כשבג"צ קובע כי ידון בענייני מכרזים רק במקרים מיוחדים בעלי חשיבות חריגה. כמו כן ראה ע"א 231/85 ארלשטיין נ' כהן בע"מ, פד"י מ(4) 583 בו נקבע כי בית המשפט האזרחי מוסמך ליתן סעד הצהרתי הקובע כי גוף ציבורי, הכפוף לכללי המשפט הציבורי, צריך לנהוג בדרך מסוימת.

וראה גם בג"צ 995/89 העדה המיוזנת בחיפה נ' שר האוצר, פד"י מד(2) 147, 150-152; ובג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, לעיל הערה 49, בו ציין כב' השופט ברק, בעמ' 458 כי: "עיקר זמנו ומרצו של בית המשפט הגבוה לצדק צריך להיות מכוון לביקורת שיפוטית על פעולות שלטוניות של הרשות - בחינת שלטון החוק בשלטון - פעולות המשפיעות על זכויות היסוד של האזרח תל יחסיו עם השלטון".

6.66 בבג"צ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות⁵⁶ נדון מכרז שערכה תחנת הנסיונות של משרד החקלאות לביצוע עבודות אריזה ושיווק של פרי בפרדסים השייכים למשרד החקלאות. בהקשר זה התעורר ספק אם העובדה שמשרד החקלאות העדיף למסור את העבודה לחברה מסוימת הקנתה לעותרת עילת תביעה בתחום המשפט הפרטי.

משום כך פנתה העותרת לבג"צ בטענת הפליה, הקיימת רק בתחומי המשפט הציבורי, שהרי לפרט מותר להפלות כפי העולה מפסק הדין הנזכר בעניין פרץ נ' כפר שמריהו. משרד החקלאות טען כי נכון הוא שתחנת הנסיונות שלו מהווה גוף ממשלתי הממלא תפקידים ציבוריים, ואולם תפקידים אלו מתמצים בשטח המחקר ואילו שיווק פרי ההדר, במקרה הנדון, לא נכלל בגדר תפקידיה הציבוריים של תחנת המחקר. לטענתו, היוותה רכישת הפרי פעולה מסחרית רגילה ועל כן אין היא עניין לביקורת בג"צ.⁵⁷ בהקשר זה מציין פרופ' פרידמן⁵⁸ כי הטענה הפורמלית בדבר סמכות בג"צ שימשה אך כסות לטענה מהותית, שכן ברור כי לשאלה איזהו בית המשפט המוסמך לדון בעניין, אין כל חשיבות מיוחדת, אלא אם כן נוהגים בתי המשפט השונים לפי עקרונות מהותיים שונים. הדיון בדבר סמכות בג"צ היווה אם כן ביטוי לשאלה המהותית: אם חלים כללי המשפט הציבורי, שעל פיהם דן בג"צ, אם לאו.

6.67 אכן, פרופ' פרידמן מסייג קביעתו זו באומר⁵⁹ כי השאלה היתה מתעוררת גם אילו היתה העותרת מבקשת מבית המשפט המחוזי פסק דין הצהרתי המכריז כי ההחלטה להעדיף את החברה המתחרה היתה החלטה פסולה. במקרה זה השאלה שהיתה נשאלת היא, האם רשאי היה בית המשפט המחוזי לדון בעניין לאור עקרונות המשפט הציבורי? לנוכח שאלתו זו מציין פרופ' פרידמן: "דברים אלו ממחישים את חשיבותה של הגישה המהותית, היינו מהי מערכת הדינים שהרשות הציבורית כפופה להם, להבדיל מן השאלה איזהו הטריבוטל שידון בענין".

56 בג"צ 292/62 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות ואח', פריז טו 20.

57 בית המשפט דחה טענה זו, בקובעו כי "מחמת פעילותה הכלכלית, המשקית והחברתית של הממשלה ההולכת ורבה, וחזירתה לשטחי החיים השונים, הולכים ומטשטשים יותר ויותר הגבולות שבין פעולת השלטון כבעל שלטון לבין פעולותיו כבעל עסק ונכס.... לדוגמא, כאשר הרשות המוסמכת מטפלת בביצוע תכנית ממשלתית ליבוא מצרך מסוים ולמכירתו בארץ ובקשר לכך הוא מוציא ליבואנים ולסוחרים רשיונות יבוא, היהו עושה פעולה שלטונית מובהקת. עדיין פועלת היא (הרשות - א') באותה דמות אף כשהיא מחליטה לרכו את היצוא בידיה היא: ועסקת בביצוע, או כשהיא מחליטה למסרו כמוטופולין בידי אחר".

58 פרידמן במאמרו הנזכר, לעיל הערה 51 בעמ' 603.

59 שם, בהערת שוליים 16.

6.68 דא עקא, בהתאם למה שהבהרנו לעיל, ברור הוא כי אף כדי להכריע בשאלה אם מוסמך בית המשפט המחוזי לדון בעניין זה בהתאם לכללי המשפט הציבורי, האוסרים הפליה וכיו"ב, היה צורך להכריע תחילה בדבר קיומה של סמכות בג"צ לבקר פעילות זו, שכן ההכרעה בשאלה אם הפעולה הנדונה נכללת בגדר המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" נחוצה כדי לדעת אם פעולה זו תוכפף לכללי המשפט המינהלי והפליה זדה תיאסר, בעוד שפעולה שאינה בכלל מונח זה אינה כפופה לכללי המשפט הציבורי.

מכאן החשיבות הרבה שיוחסה בפס"ד בית ארזיה רחובות לשאלה, אם מהווה הפעילות האמורה משום מילוי "תפקיד ציבורי על פי דין", שהרי ההכרעה בשאלה זו נוגעת אכן לדין המהותי ולא רק למישור הפרוצדורלי. ואדרבה, שאלה זו אינה פרוצדורלית כלל ועיקר, שכן לאחר שמוכרעת שאלה זו מתברר הדין המהותי החל ביחס לגוף האמור, בה בעת שמקום הדיון עשוי להיות אף בבית משפט אזרחי רגיל ולא דווקא בבג"צ, באשר בתי המשפט הם רבים והמשפט הציבורי - הוא אחד.

6.69 בבג"צ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח⁶⁰ טענו העותרים, אשר התגוררו בדירה השייכת לרשות הפיתוח, כי הרשות מבקשת למכור את הדירה לאחר, מבלי שניתנה להם זכות קדימה לרכוש את הדירה בתנאים שווים.

רשות הפיתוח טענה כי מכירת נכס היא עסקה מסחרית השייכת לתחום המשפט הפרטי ועל כן אינה בתחום סמכותו של בג"צ. כמו כן טענה רשות הפיתוח, כי בהעדר הוראת חוק המקנה לעותרים זכות לרכישת הדירה, אין הם זכאים לדרוש כי הנכס יימכר להם.⁶¹

גם במקרה זה שימשה למעשה הטענה הראשונה, בדבר סמכות בג"צ, ביטוי לטענה המהותית לפיה לא חלים כללי המשפט הציבורי האוסרים על הפליה. כמו כן, היתה הטענה השנייה נגזרת מן הטענה הראשונה,

60 בבג"צ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח, פרי יג 891.

61 בבג"צ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, פרי טז 1023, נקבע כי קיימים אינטרסים מסוימים של הפרט, שעליהם אין בג"צ מגן, באשר הם אינם עולים לגדר "זכות". בנוגע למקרים אלו מציע פרופ' פרידמן במאמרו הנזכר, לעיל הערה 51, בהערת שוליים 53, שתי חלופות, האחת: בי ביחס לתחום פעולות אלו לא חלים כללי המשפט הציבורי והשנייה כי כללים אלו קיימים ואולם בג"צ לא ייתן סעד בעת הפרתם. לנו נראה כאמור הפתרון הראשון, שכן בכל מקום שבו חלים כללי המשפט הציבורי חלה במקביל לכך סמכותו של בג"צ ליתן סעד. ואם בג"צ אינו רואה עצמו מוסמך ליתן סעד, יש בכך כדי ללמד, לכאורה, כי כללי המשפט הציבורי אינם חלים במקרה זה.

שכן על פי המשפט הפרטי, אכן אין אדם זכאי לדרוש שאדם אחר יתקשר עימו בחוזה בניגוד לרצונו.⁶²

ואילו בהתאם למשפט הציבורי יכלה לקום לעותרת זכות מכוח האיסור על הפליה בלתי מוצדקת. טענת העותרת היתה בהקשר זה כי לפי כללי המשפט הציבורי, אם מתקשרת הרשות בחוזה - עליה לעשות זאת בתנאים של שוויון, ולהציע תנאים אלו אף למי שאין היא רוצה ביקרו.⁶³ בית המשפט דן אם כן בשאלת הסמכות, בעת שמטרת הדיון היתה להכריע בשאלה המהותית, בדבר עצם תחולתם של כללי המשפט הציבורי.

6.70 בבג"צ 345/61 אל-כאזן נ' מנהל רשות השידור,⁶⁴ נדון סירובה של רשות השידור לשדר הודעה של העותר בדבר קיומו של כינוס יהודי-ערבי, בו תצוין הדרישה לביטול הממשל הצבאי ביהודה ובשומרון. בהקשר זה התעוררה השאלה אם יש מקום לכפות על רשות השידור לקבל הודעות שאיננה רוצה לפרסמן. גם במקרה זה הוצגה השאלה מן האספקט הדיוני של סמכות בג"צ, כאשר למעשה באמצעות דיון זה התבקש פתרון לשאלה המהותית, האם כפופה רשות השידור בפעולותיה אלו לעקרונות המשפט הציבורי.

6.71 בעקבות פסקי דין אלו (בעניין פרץ, בעניין בית אריזה רחובות, בעניין שניידר ובעניין אל כאזן) מגיע פרופ' פרידמן במאמרו האמור⁶⁵ למסקנה הנוגעת לדין המהותי, כי הרשות כפופה לכללי המשפט הציבורי, גם כאשר היא פועלת במישור הפרטי וכי הרשות אינה נהנית גם בפעולותיה כפיסקוס מאותו חופש המוקנה לפרט בניהול ענייניו. ואכן, מפסקי דין אלו עולה בבירור, כי הכרעת בית המשפט בעניין סמכותו לדון בעניינים השונים שהובאו לפניו היוותה למעשה הכרעה בדבר תחולתם

62 פרופ' פרידמן מציין במאמרו הנזכר, לעיל הערה 51 בעמ' 606, כי לכלל זה יש יוצאים מן הכלל. כך למשל במשפט המקובל, מי שעוסק בשירות לציבור (Public Utility) חייב לשרת את כל הפונים אליו, אף אם הוא גוף פרטי. לפי עיקרון זה תחויב מונית להעלות כל נוסע, ללא הפליה. ראה: Prosser The Law of Torts 4th ed. p. 339.

63 למקבילה במשפט האמריקני ראה:

Hillside Community Church v. Tacoma, 455 P. 2d. 350 (1969)

בו קבע השופט Hunter בעמ' 353:

"The general rule of the law in this respect is that while a state is under no duty to make its public facilities available for private purpose, if it elects to do so, it must make them available on a non-discriminatory basis and with due regard to the constitutional right of free expression".

כמו כן ראה בג"צ 42/71 יפאורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה(2) 741.

64 בג"צ 345/61 אל כאזן נ' מנהל רשות השידור, פ"ד טו 2364.

65 פרופ' פרידמן במאמרו הנזכר, לעיל הערה 51, בעמ' 623.

של כללי המשפט הציבורי. ומכאן בי הצעתנו לפיה גוף הבלול במסגרת סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה יהא כפוף לכללי המשפט הציבורי, אינה חידוש כלל ועיקר ויסורה בהלכה הפסוקה זה מכבר.

6.72 ויצוין, גישתו של פרופ' פרידמן אומצה זה מכבר, בבג"צ מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל.⁶⁶ באותו עניין עתרו קבלני בניין ובעלי מפעלים לבנייה טרומית כי ייאסר על ממשלת ישראל לכרות הסכם עם שני תאגידים זרים, להקמת מפעלים לבנייה טרומית ובנייה מתועשת בישראל, הסכם שנועד להוזיל את מחירי הדירות בישראל. בהקשר זה פנה כב' השופט ברק ליסודות ההבחנה שבין משפט ציבורי למשפט פרטי, דהיינו - לחובות הנאמנות שחייבת הרשות כלפי הציבור. מכוח ניתוח זה הסיק כב' השופט ברק, כי אין כל יסוד הגיוני להבחין בין סמכות סטטוטורית מיוחדת, המהווה תפקיד ספציפי מכוח דין, לבין סמכויות המינהל הכלליות, שהרי אלה כאלה מופקדות בידי הרשות בנאמנות עבור הציבור הרחב. וממילא, מנאמנות זו נובע, כי הן הסמכויות הספציפיות והן סמכויות הפעולה הכלליות, שאינן קבועות למעשה בדין^{66א} חייבות להיות מופעלות בהגינות המתבקשת מנאמנות זו. משום כך נקבע כי המדינה כפופה לכללי המשפט הציבורי גם בפעולתה כפיסקוס, ולא רק בפעילותה בשלטון.⁶⁷ ואכן, לדידנו הקביעה בדבר סמכות בג"צ והכללתו של הגוף האמור בגדר סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה מהווה מבחן לתחולתו של המשפט הציבורי, מכיוון שכללים אלו נובעים מיחסי הנאמנות ואילו המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" מתייחס אף הוא, בהתאם לפסק הדין בעניין פרץ נ' כפר שמריהו, לתפקיד הנאמנות - כאל התפקיד שהדין מטיל על הרשות. לדידנו, מהווה אם כן המבחן הקבוע בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה אינדיקציה

66 בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד (3) 728, 746-748. גם בהתאם לגישה זו, יהא לכאורה צורך לומר כי המונח "תפקיד ציבורי על פי דין", בכל הנוגע לסמכויות הכלליות של המינהל, מתייחס לתפקיד הנאמנות שהוא המוטל על הרשות בדין, וכפי שקבע כב' השופט זוסמן בעניין פרץ נ' כפר שמריהו.

67 לגישה זו מייחס בפסק הדין האמור (בעמ' 747) משנה חשיבות בעידן הנוכחי שבו: "השלטון פורש כנפיו ומחזיב תחומי פעולותיו לעבר שדה המשפט הפרטי, וכאשר רוחתם הכנסתם ועיסוקם של בני הציבור תלויים במידה כה רבה בהחלטותיו של השלטון כבעל רכוש - הוא 'הרכוש החדש' ('New property') כלשונו של השופט דגלס (Douglas) בפרשת *Wyhman v. James* 400 U.S. 309, 325, דהיינו כותן עבודה, כמוכר נכסים וכמטפח שירותים וחויים". משום כך מסיק בית המשפט כי "ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי חשובה היא, השלכות לה אף על הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק, אך האקט המינהלי הוא אחר, המשפט המינהלי הוא אחר, ובין אם המדינה פועלת במשפט הציבורי בלבוש של סמכות, ובין אם היא פועלת במשפט הפרטי בלבוש של הסכם, היא חייבת לפעול על פי החובות הטבעות מנתון היסוד כי המדינה פועלת כנאמן הציבור".

טכנית להיגיון העומד בבסיס ההחלה של כללי המשפט הציבורי, דבר קיומה של חובת אמון כלפי הציבור.

6.73 בהמשך פסק הדין בעניין מרכז הקבלנים והבונים, קובע כב' השופט ברק:

"המשפט הציבורי החל על המדינה אינו קשור לבית המשפט אשר ידון בהפרתו. בתי המשפט הם רבים המשפט הציבורי הוא אחד".

ואולם, גם אם בית המשפט שידון בעניין בסופו של דבר, איננו בג"צ, מן ההכרח הוא לדידנו כי נשוא הדין ייפול לאחת מן החלופות המנויות בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה המקנות זכות ביקורת לבג"צ, שכן אם הגוף האמור אינו רשות מרשויות המדינה או הרשויות המקומיות, ואינו ממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" במובן זה שאין הוא חב חובת נאמנות לציבור - הרי שנשמט כל הבסיס הקונספטואלי להחלת כללי המשפט הציבורי. משום כך, נראה כי משמעות קביעתו זו של כב' השופט ברק בהקשר זה תהא, כי גוף העומד במבחן הקבוע בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, הינו כפוף לכללי המשפט הציבורי ויידון על פי כללים אלו - אף משבא עניינו לערכאות אזרחיות רגילות.⁶⁸

6.74 הגישה האמורה קיבלה ביטוי מפורש וברור בבג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ,⁶⁸ בו קבע כב' השופט ברק:

68 כב' השופט ברק ממשיך וקובע בפסק הדין האמור כי "אפילו לא יושיט בג"צ סעד לעותר פלוני הפונה אלא מכח סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, שכן בית המשפט סבור שאין צורך לתת סעד למען הצדק, אין בכך היתר למדינה שלא לפעול על פי כללי המשפט הציבורי".
 חזק, ההתייחסות אינה להגדרת הגופים הכפופים לביקורת בג"צ מכוח סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט (המקביל לסעיף 15(ב)(2) לחוק יסוד: השפיטה), אלא רק לגוף אשר הסעד כנגדו התבקש מכוח סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט (המקביל לסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה). ולא בכדי, גוף אשר סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט לא חל עליו, לא זו בלבד שלא תהא סמכות ביקורת לבג"צ, אלא שלא יחולו עליו כללי המשפט הציבורי. אך אין הדבר כן לגבי סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט. ביחס לסעיף 7(א) לחוק האמור, ציין כב' השופט ברנזון בבג"צ 101/74 בינו ומיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פד"י כח(2) 445, 449, כי סמכותו של בג"צ הינה "חובקת ורועות עולם". סעיף זה, כפי שנראה להלן, מאפשר לבג"צ ליתן סעד מן הצדק אף ביחס לגופים שאינם כפופים לכללי המשפט הציבורי. לסמכות בג"צ מכוח סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ראה גם: בג"צ 160/72 אחים שרבת חברה לבנין בע"מ נ' האגודה למען הזקן באזור העמקים בישראל, לעיל הערה 53; י' זמיר "על הצדק של בית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212; ע' אסנת "על מושגי הצדק של בית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 243; א' רובינשטיין "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט א 261; י' זמיר "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" מחקרי משפט לזכר אברהם רזונטל (בעריכת פרופ' טדסקי) 225; ע' אסנת "תחומי סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לאור הפסיקה החדשה", עיוני משפט ה (תשל"ו-לו) 167.
 68 בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, לעיל הערה 49, בעמ' 458. ויצוין, ההבחנה שאנו מציעים אינה נעוצה רק בעובדה כי משניתנה סמכות לבג"צ לחן בעניין, הרי שניתנה לו הסמכות ליצור את המשפט הציבורי, אלא גם לנטח הצורך להתאים את כללי המשפט הציבורי לכוחות, אשר אותם הוא אמור לאון, וזאת במסגרת של מבחן ארגוני פונקציונלי משולב, שיתאם לפונקציות שהמדינה ממלאת בעידן המודרני, המבוצעות על ידיה היא ועל ידי מגוון של גופים הפועלים מטעמה.

"אכן, מבחינה היסטורית קשורה לא פעם שאלת המשפט בהיקף סמכותו של בית המשפט. דוגמא יפה לכך הוא המשפט האנגלי, שבו היקף התפתחותו של המשפט המקובל וכללי היושר קשורים ושזורים בסמכויותיהם של בתי המשפט המלכותיים.

קשר זה בין דין לדיין, בין משפט לבית משפט, מאפיין גם את המשפט הישראלי בכלל³⁶⁸ ואת המשפט הציבורי בישראל בפרט. עיקר פיתוחו של המשפט הציבורי בא לו כתוצר לוואי של סמכות השיפוט של בית המשפט הגבוה לצדק, וכשם שסמכות השיפוט היתה כרוכה בשיקול דעת, כך נגזר ממנה, כעניין שבשיקול דעת, הדין הציבורי המהותי... קשר זה בין סמכות לדין הוא טבעי. בדרך כלל, משהעניק המחוקק לבית המשפט סמכות לדון בסוגיה פלונית, בלא שניתן לו דין חקוק לפיו ידון, ממילא אצל לו את הסמכות ליצור הלכות שיפוטיות בעניין נושא הסמכות. על כן טבעי הוא הקשר בין בג"צ לבין המשפט הציבורי".

לאור פסק דין זה, מבחן התולה את תחולתו של המשפט הציבורי, בהגדרה המנויה בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה בדבר סמכותו של בג"צ, הינו מחוייב גם לנוכח הזיקה ההדוקה הקיימת בין בג"צ לבית היוצר של המשפט הציבורי לבין הדין המהותי שנוצר במסגרת פסיקה זו.

368 בהקשר זה יצינו בפרפרזה דבריו של כב' השופט זילברג לעניין המעבר בין בית משפט אזרחי לבית משפט דתי, בע"א 238/53 כהן ואח' נ' היועץ המשפטי, פד"י (4) 19: "...לא הרי דיני ישראל הנוגעים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנוגעים בבית הדין הדתי. שונה הגישה, שונת דרכי הדיון ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסקי". לעניין זה ראה גם א' רזון-צבי דיני המשפחה בישראל - בין קודש לחול (פפירוס, אוניברסיטת תל-אביב, 1990) 66-83.

ו(4) סיכום

6.75 שתיים הן העילות להרחבת גבולותיו של המשפט הציבורי. האחת, פעולתה של המדינה כבעלת רכוש והתערבותה המסיבית בשוק הפרטי. והשנייה, חובת הנאמנות המוטלת על הרשות העומדת ביסוד כללי המשפט הציבורי, החלה על הרשות הציבורית בין בתחום פעילותה הציבורית ובין בתחום פעילותה הפרטית.

זאת ועוד, בהתאם לפסק דינו של כב' השופט זוסמן בעניין פריץ נ' כפר שמריהו, המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" מכון כלפי התפקיד המוטל על הרשות השלטונית לשמש כנאמן של הציבור, ומכאן הזהות הנוצרת בין הגדרת כללי תחולתו של המשפט הציבורי, מקום שבו יש חובת נאמנות כלפי הציבור, לבין הגדרת סמכויותיו של בג"צ לבקר גופים הממלאים "תפקיד ציבורי על פי דין". משהגענו למסקנות אלו, נפנה ליישמן בכל הנוגע לחברות ממשלתיות.

ז. יישום המבחן המוצע להחלת כללי המשפט הציבורי בכל הנוגע לחברות ממשלתיות

6.76 המבחן הארגוני הרואה באישיות המשפטית הנפרדת עילה להפרדתו של גוף מן המינהל הציבורי ולאי החלתם של כללי המשפט הציבורי על גוף זה, אינו יכול לשמש באופן קונקלוסיבי במדינה שבה הממשלה מבצעת פונקציות רבות בתחומי המשפט הפרטי ובאמצעות אורגנים שונים. וכפי שראינו לעיל (בפרקים ג ו-ד), בישראל קיימת התערבות מסיבית של הממשלה בשוק הפרטי בפעולתה כבעלת רכוש, ובאמצעות חברות ממשלתיות. אכן, לאחרונה מתעוררת מגמה לצמצם פעילות זו ולהפריט חברות ממשלתיות. ואולם, המציאות הנוכחית הינה, כי ההפרטה טרם קיבלה תאוצה, והחברות הממשלתיות הרבות משקפות פעילות ניכרת ביותר של סקטור זה, אשר הממשלה משתמשת בו לשם יישום מדיניותה בתחומי כלכלה שונים.¹⁶⁸ העילה להרחבת תחומי של המשפט הציבורי אל עבר פעולות שהינן מסחריות ופרטיות מהווה אם כן באותה מידה עילה להחלת כללי המשפט הציבורי על פעולות שמבצעת הממשלה באמצעות החברות הממשלתיות.

6.77 המבחן המוצע לעיל לתחולת כללי המשפט הציבורי, הינו כי יש לנקוט במבחן אורגני פונקציונלי משולב, כשכללי המשפט הציבורי יחולו על רשויות המדינה ורשויות מקומיות (המבחן הארגוני) ועל מי ש"ממלא תפקיד ציבורי על פי דין" (מבחן פונקציונלי). בהתאם למבחן מוצע זה, השאלה שתישאל לגבי החברה הממשלתית היא: אם נכללת החברה הממשלתית בגדר מי ש"ממלא תפקיד ציבורי על פי דין", ואזי על אף שמבחינה אורגנית אין החברה הממשלתית מהווה חלק מרשויות המדינה, הרי שיש לבחון אם ממלאת היא תפקיד ציבורי כלשהו, ואם מוטל עליה תפקיד זה מכוח הדין. אם התשובה תהא חיובית, יחולו עליה כללי המשפט הציבורי מכוח החלק הפונקציונלי של המבחן לתחולתו של המשפט הציבורי. ואכן, מסתבר כי התשובה שניתנה לשאלה זו לעיל, במישור המהותי, הינה מחויבת גם בהתאם למבחן הפורמלי המוצע.

6.78 במישור המהותי, ההבחנה בין גוף שחלים לגביו כללי המשפט הציבורי

¹⁶⁸ כך מוצאים אנו במבוא להצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 8) (הפרטה), התשנ"ג-1993, היח 2185 מיום 14.6.93, "משנת 1991 ועד עתה נמכרו מניות המדינה ב-7 חברות ממשלתיות בלבד. תהליך ההפרטה כפי שברצע עד כה, מעלה כי החוק במתכונתו הנוכחית אינו מספק את האמצעים והסמכויות הדרושים לביצועה היעיל, בזמן סביר, של הפרטת חברה ממשלתית" (ההדגשה הסופר).

לבין גוף המופטר מכללים אלו נעוצה, כפי שראינו בפרק א לעיל, בקיומה של חובת נאמנות העומדת ביסוד כללי המשפט הציבורי. משום כך, גוף החב חובת נאמנות לציבור, כפוף לכללי המשפט הציבורי אף בפעולותיו הפרטיות, שהרי אף בפעילותו זו הריהו פועל כנאמן של הציבור. בהתאם לכך ציינו כי מן הדין להחיל את כללי המשפט הציבורי על חברה ממשלתית, באשר זו חבה חובת נאמנות לציבור הרחב, בעת שזאת ממלאת את תפקידה לאזן בין אינטרסים נוגדים, שכן תפקיד זה גורר מטבעו חובת אמון.

6.79 בהקשר זה עמדנו על כך, כי החברה הממשלתית מוקמת מכוח חוק החברות הממשלתיות, והיא מיועדת לאזן בין שני אינטרסים נוגדים: האינטרס לפעול כגוף פרטי הפועל ללא כבלים כלשהם כמשק סגור המיועד להפיק רווח, מחד גיסא, והאינטרס הציבורי לפעול בהתאם לנורמות היאות לגוף המצוי בשליטת הממשלה מאידך גיסא. תפקיד זה יוצר כשלעצמו חובת אמון, לנוכח העיקרון שמצינו בפסק דין Bromley.

בהתאם לכך, נמצא כי במישור המהותי אין מקום להבחנה בין אורגן ממשלתי המוציא לפועל פעילות מסחרית-פרטית, לבין חברה ממשלתית העושה כן, שכן לא זו בלבד שהפונקציות זהות, אלא שחובת הנאמנות המכתובה דרישות נורמטיביות בדבר אופן יישומן של פונקציות אלו - קיימת אף היא בשני הגופים.

6.80 ואולם, בהתאם לחידושו של כב' השופט זוסמן בעניין פרץ נ' כפר שמריהו, נמצא כי בכך יש גם כדי להשיב על השאלה ששאלנו במישור הפורמלי: האם מהווה החברה הממשלתית "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין"?

בעניין פרץ נ' כפר שמריהו ראינו כי הדרישה בדבר "תפקיד ציבורי על פי דין" מתמלאת ביחס לפעילות "הפרטית" שמבצעים אורגנים של הרשות המינהלית, בכך שעל הגוף המבצע פעילות זו הוטלה חובה מכוח הדין לנהוג בנאמנות כלפי הציבור. "התפקיד הציבורי" הוא - חובת האמון. אכן, בכל הנוגע לגופים אלו נובעת חובת האמון מכוח מהותם, כרשות אשר אין לה משלה ולא כלום, וממילא כל פעילותה, השלטונית והאזרחית, נעשית בנאמנות עבור הציבור הרחב. ואולם, לעניין זה אין כל נפקות אם מקור חובת הנאמנות נעוץ במהות העושה או במהות התפקיד, המוליד מחמת עצם מהותו חובת אמון. לענייננו, די לנו בכך שעל הגוף האמור מוטלת חובת אמון, הנוצרת כתוצאה מתפקיד שנקבע בחוק, כדי

שפעילותה תיחשב לקיומו של "תפקיד ציבורי על פי דין", וכדי שיתמלא ממילא גם הכלל הפורמלי, אשר בהתקיימו מסורה סמכות ביקורת לבג"צ, ובהתאם למבחן המוצע חלים כתוצאה מכך גם כללי המשפט הציבורי.

6.81 הפרשנות לפיה המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" מתייחס לתפקיד הנאמנות, יוצרת אם כן זהות בין המישור המהותי המחייב להחיל את כללי המשפט הציבורי, ביחס למי שפועל עבור הציבור ואינו "מושל בכיפה שלו", לבין המישור הפורמלי המוצע, לפיו יחולו כללי המשפט הציבורי ביחס לגופים הממלאים אחר תנאי סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה. לנוכח פרשנות זו היסקנו מלכתחילה כי המבחן הפורמלי לתחולת כללי המשפט הציבורי מכוח חובת אמון כלפי הציבור הינו היותו של הגוף הנדון רשות מרשויות המדינה או מן הרשויות המקומיות או בעל "תפקיד ציבורי על פי דין". מבחן זה משקף את קיומה של חובת האמון, העומדת בבסיס כללי המשפט הציבורי, שהרי חובת האמון כלפי הציבור נוצרת או כתוצאה מהיותו של הגוף המבצע את הפעילות חלק מן הרשות המינהלית, שהוקמה לרווחת הציבור שאין לה משלה ולא כלום (מבחן אורגני), או כתוצאה מכך שהפעולה כרוכה מטבעה בחובת אמון כלפי הציבור (המבחן הפונקציונלי). ואכן, ראינו הדים בפסיקה לבחינת תחולתם של כללי המשפט הציבורי, באמצעות בחינה פונקציונלית בדבר גדר סמכויותיו של בג"צ מכוח סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה.

6.82 תוצאה זו, שהינה תואמת למבחן המהותי בדבר החלת חובות הגינות מיוחדות על מי שמבצעים תפקיד הכרוך בקיומם של יחסי אמון כלפי הציבור הרחב, הינה מחויבת המציאות לנוכח הגישה האורגנית-פונקציונלית המשולבת, המרחיבה את תחולתם של כללי המשפט הציבורי, אף ביחס לפונקציות הכרוכות בחובות אמון, המבוצעות על ידי גופים שאינם בהכרח חלק אורגני מן הרשות הציבורית, כדי להתמודד עם פעילותה הגואה של הממשלה בתחומי המשק הפרטי.

לא זו בלבד שיחסי אמון מחייבים כשלעצמם נורמות מתאימות, כפי שראינו לעיל, אלא שהצורך הכולל להתאים את תחומי תחולתם של כללי המשפט הציבורי לתחומי פעילותה של הממשלה, למען יהווה המשפט הציבורי איזון ראוי לכוחות שצובר הממשל, מחייב אף הוא לאמץ פן פונקציונלי זה בהגדרת תחומיו של המשפט הציבורי והרחבתו ביחס לכלל הפעילויות שמבצע המינהל, באמצעות אורגנים עצמאיים שונים, כל עוד שהפעילות האמורה ממשיכה להתבצע למען הציבור ומתוך קיומה של חובת אמון כלפיו.

6.83 בהתאם לכך נמצא כי התשובה לשאלה המהותית, בדבר קיומה של חובת אמון החלה על החברה הממשלתית, משיבה גם על השאלה הפורמלית, שכן החובה לפעול כנאמן הציבור במילוי התפקיד של ביצוע האיוון בין הפונקציות השונות שעליהן מופקדת החברה הממשלתית, מהווה "תפקיד ציבורי" לנוכח חובת האמון הכרוכה בתפקיד זה מעצם טבעו. חובת אמון המוגדרת בפסיקה כ"תפקיד ציבורי" ותפקיד זה של איוון בין אינטרסים, מוטל על החברה הממשלתית מכוח דין - חוק החברות הממשלתיות.

החברה הממשלתית עומדת על כן גם במבחן הפורמלי המוצע על ידינו, לתחולתו של המשפט הציבורי, שכן היא נכללת בהגדרה הפונקציונלית הכלולה בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה.

6.84 בבחינת הקו המפריד ששרטטנו בין גדרי תחולתו של המשפט הציבורי לבין גדרי תחולתו של המשפט הפרטי, מצויה החברה הממשלתית בצידו הציבורי של הקו. הנה כי כן, המסקנה העולה מן הדברים הינה, כי החברה הממשלתית חבה חובת אמון כלפי הציבור ומשום כך עומדת היא בתנאי הפורמלי, כמו גם בבחינה המהותית של הדברים, להחלתם של כללי המשפט הציבורי על פעולותיה. מסקנה זו משרתת לדעתנו דין רצוי ועולה בקנה אחד עם המגמה הכללית ליצור משקל נגד לפעילויות הממשלה בתחומי המשפט הפרטי, באמצעות החלה של כללים מן המשפט הציבורי.

ח. סייגים הנובעים מעקרון חוקיות המינהל

6.85 אחת מאבני היסוד של המשפט הציבורי הינה "עקרון חוקיות המינהל". פרופ' ברכה מתאר עיקרון זה באומרו:⁶⁹

"רשות ציבורית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכח הדין. ללא הוראת הסמכה בת תוקף אין בכחה של הרשות לפעול. הדין הוא אביה מולידה של זו, ואין לה אלא מה שהראשון קצב לה. התיימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו של זה מעשיה כמוהם כלא היו. והרי לך, בקליפת אגוז, עיקרו של המשפט הציבורי".

עקרון שלטון החוק מחייב, לפי גישתו של Dicey, כי החוק יהא מקור כל ההסדרים הנורמטיביים במדינה וגופי השלטון חייבים להיתלות בו כמקור להטלת מרותם. אין הרשות יכולה להשתרר על הפרט בלא רשותו של החוק ובלא שהחוק יסמך אותה למלא תפקיד שכזה. ואולם, מכוח עיקרון זה פסעו חכמי המשפט צעד אחד קדימה והסיקו כי הרשות אינה מוסמכת לפעול בשום תחום, אף בלא להטיל מרות, אלא אם כן יש לה הסמכה חוקית לעשות כן.⁷⁰

בהקשר זה מציין פרופ' ברכה^{70א} כי על אף שיסודו של עקרון חוקיות המינהל בכלל הגדול של שלטון החוק הרי ששאיבת עקרון חוקיות

69 ב' ברכה משפט ציבורי, לעיל הערה 12, בעמ' 35.

70 A.V. Dicey Introduction to the Study of the Law of Constitution (London, 10th ed. by E.C.S. Wade 1959) 188, 202; א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה רביעית מורחבת, 1991) בעמ' 270-268; א' ברק "שלטון החוק" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ז (הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים, ש' שטרית עורך, תשל"ז) עמ' 15. כמו כן ראה H.W.R. Wade Administrative Law, supra note 447, p. 23.

"The British Constitution is founded, on the rule of law, and Administrative Law is the area where this principle is to be seen in especially active operation. The rule of law has a number of different meanings and corollaries. Its primary meaning is that everything must be done according to Law... But the rule of law demands something more, since otherwise it would be satisfied by giving the government unrestricted discretionary powers, so that everything that they did was within the law... The secondary meaning of the rule of law, therefore, is that government should be conducted within a framework of recognised rules and principles which restrict discretionary power... Many of the rules of administrative law are rules for restricting the wide powers which Acts of Parliament confer very freely on ministers and other authorities" (ההדגשה הוספה).

לעניין זה ראה גם:

D. Foulkes Introduction to Administrative Law (London, Butterworths, 1990) pp. 7-10.

70א ב' ברכה, משפט מנהלי, לעיל הערה 12, בעמ' 35.

המינהל מן הכלל האמור מהווה התפתחות רבת חשיבות בתורת הרעיון המדיני, מכיוון שעיקרון זה מחייב את הרשות המינהלית למצוא לגיטימציה למעשיה בנורמה כללית מחייבת.

6.86 זאת ועוד, עקרון חוקיות המינהל מעמיד את הפרט בנקודת מוצא שונה לחלוטין מזו שבה מוצבת הרשות, בהתייחסות בית המשפט לפעולותיה. בעוד שנקודת המוצא ביחס לזכויות הפרט במדינה הדמוקרטית היא, כי הפרט אינו נדרש למצוא עיגון חוקי למעשיו, אדרבה, הפרט חופשי לעשות ככל שתאבה נפשו, כל עוד שהדבר לא נאסר על ידי הדין,⁷¹ הרי שעיקרון הפוך חל על הרשות. הרשות אינה נהנית מחירויות אלא פועלת בגדרן של סמכויות, וכל מה שלא הותר לה בהוראת דין מפורשת הינו בבחינת אסור.

ללא הסמכה מכוח הדין אין ביכולתה של הרשות הציבורית לפעול בשום תחום. בכל הנוגע לרשות, ההנחה היא כי החוק אינו מותר חלל ריק, שמותר לרשות למלאו לפי רצונה.⁷²

6.87 עיקרון זה חיוני הוא כדי להגן על חירויות הפרט, למען לא תשתרר עליה הרשות. ואולם, משנקבע עיקרון זה, הרי שתחולתו שוב אינה מוגבלת רק למציאות שבה קיים קונפליקט בין חירויות הפרט לבין סמכויות הרשות, והוא חל ביחס לכל פעולה של הרשות, בכל תחום שהוא.^{72א}

ניווטו של המשפט הציבורי לנוכח שתי נקודות מוצא קוטביות אלו; החירות הנתונה לפרט לעשות כרצונו כל עוד שאין הוא פוגע בנורמה החקוקה מחד גיסא, וסמכויותיה הקצובות והמנויות של הרשות מאידך

71 ראה לעניין זה למשל: בג"צ 112/77 סוגל ואח' נ' רשות השידור, פד"י לא (3) 657, 663-664; בג"צ 112/54 אקסל ואח' נ' ראש העיר חברי המועצה ובני העיר נתניה, פד"י ח 1524, 1532. כמו כן ראה לעניין זה:

B. Bracha "The Protection of Human Rights in Israel" 12 Israel Yearbook on Human Rights (1982) 110, 114-115.

בארה"ב זהו עיקרון חוקתי הקבוע בחוק התשיעי לחוקה:

"The enumeration in the constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people".

עיקרון זה בא לידי ביטוי חד גם בהצהרה ברבר זכויות האדם, שהתקבלה על ידי העצרת הכללית של האו"ם בדצמבר 1948 (ראה שנתון האו"ם לשנים 1948/49, בעמ' 536), בה נקבע בסעיף 29(2):

"In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law...".

72 בג"צ 36/51 חת נ' מועצת עיריית חיפה, פד"י ה 1553, 1557. 72א ראה למשל בג"צ 8/49 מנקה נ' המושל הצבאי בירושלים, פד"י ב 130, 135; וכן פרופ' ב' ברכה בספרו הנזכר, לעיל הערה 12, בעמ' 39-40.

גיסא, חורג מן הצורך להביא לידי ביטוי את עקרון חוקיות המינהל, והוא מכוחו כעניין של מדיניות שיפוטית כוללת ליצירת איוון ראוי בין חירויות הפרט, לבין כוחו העולה של המינהל הציבורי.⁷³ בהתאם לעקרונות אלו, אך מובן הוא כי עקרון חוקיות המינהל הובא לידי ביטוי אינטנסיבי במיוחד מקום שבו עלולה להישלל זכות יסוד של הפרט.⁷⁴ ואולם, עיקרון זה מתבטא למעשה, בכל צעד ושעל של קביעת כללי המשפט הציבורי, שכן כללי המשפט הציבורי הם ביטוי נאמן ביותר לעיקרון האמור.

6.88 לא זו אף זו, עקרון חוקיות המינהל מקבל משנה חשיבות לנוכח התפשטות פעילויות הממשלה לתחומי המשפט הפרטי ופעולותיה כבעל רכוש, הנותן עבודה, מוכר נכסים ומספק שירותים וחוזים. וכך מבדיר פרופ' Wade את עקרון שלטון החוק בכל הנוגע לפעולות הרשות בתחום המסחרי, להבדיל מן התחום השלטוני:

"Intensive government of the modern kind cannot be carried on without a great deal of discretionary power; and since the terms of Acts of Parliament are in practice dictated by the government of the day, this power is often conferred in excessively sweeping language. The rule of law requires that the courts should prevent its abuse, and for this purpose they have performed many notable exploits, reading between the lines of the statutes and developing general doctrines

73 ע"ב 312/84 ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פד"י לט(2) 225, 260-262, 264.

74 הפסיקה בעניין זה רחבה מני ים. ראה למשל:

בג"צ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח', פד"י ב 80, בו נקבעה חירותו של הפרט לעשות כרצונו בכל תחום עיסוק שהוא, אלא אם כן הדבר נאסר בדין; בג"צ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פד"י ה 399, בו נקבע כי הגבלת חופש העיסוק תיתכן רק על פי חוק; בג"צ 789/78 אונק ואח' נ' שר הפנים פד"י לג(3) 480, בעמ' 484, בו נקבע כי כדי ששר יוכל להתקין תקנת האוסרת על התאגדות (של שוטרים) עליו למצוא לכך הסמכה מפורשת בחוק; בג"צ 207/84 דותן נ' שר התחבורה, פד"י לח(3) 95, 98-99; בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פד"י לו(3) 337, בו קבע כב' השופט שמגר כי כדי להגביל זכות יסוד יש צורך בהסמכה מפורשת בחוק, וסמכות שכזו תקום "אך ורק במקרה, בו אמר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנת הקובעת איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני".

וראה ע' שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל - מבצר משורין או נמר של נירד?" עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד) 625;

A. Shapira "The Status of Fundamental Individual Rights in the Absence of a Written Constitution" 9 Isr. L. Rev. [1974] 497; S. Shetreet "Reflections on the Protection of the Rights of the Individual; Form and Substance" 12 Isr. L. Rev. (1977) 32; A. Maoz "Defending Civil Liberties without a Constitution - The Israeli Experience" 16 Melb U.L.R. (1988) 815.

כמו כן ראה מאמרו הנזכר של פרופ' ברכה: supra note 71, pp. 114-124, וכן בספרו משפט מנהלי, לעיל הערה 12, בעמ' 52-36, והמקורות הנזכרים שם.

for keeping executive power within proper guidelines, both as to substance and as to procedure".⁷⁴

6.89 לאמור, בתחום הפעילות העסקית של הממשלה והתערבותה בכלכלת המדינה, מן ההכרח הוא לאפשר לרשות לפעול בחופשיות ומתוך שיקול דעת רחב, ועל כן ההוראות המסמיכות את הממשלה לפעול בתחום זה הן רחבות וכלליות ביותר. ואולם, כדי שכוחות רחבים אלו לא ינוצלו לרעה, מתבטא עקרון חוקיות המינהל בביקורת שיפוטית ובכללי המשפט הציבורי אשר משמעותם הינה, כי המחוקק מעולם לא הסמיך את הרשות לבצע פעילות שאינה עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הציבורי.⁷⁵ הפועל הירצא מתרגומו של עקרון חוקיות המינהל למסגרת כללי המשפט הציבורי הינה, כי פעולות שאינן עולות בקנה אחד עם הנורמות שמכתיב המשפט הציבורי מהוות חריגה מסמכות ודינן בטלות.⁷⁶

6.90 ודוק, בהתאם להסברו של פרופ' Wade מובן כי הצורך בשיקול דעת רחב

74 Wade Administrative Law, supra note 47, p. 24. כמו כן ראה:

W. Friedmann The State and The Rule of Law in a Mixed Economy (1971); De Smith Constitutional and Administrative Law, by H. Street and R. Brazier (Penguin Books), 4th ed. pp. 221-223.

75 בנגוע להשלכותיה של קביעה בדבר חוסר סמכות, יצוין כי במספר פסקי דין נקבע כי טענת אי סבירות של תקנה תרודה: הגנה לאזרח מפני תביעת הרשות, הן בהליכים אזרחיים והן בהליכים פליליים, שכן אי הסבירות עולה כדי חוסר סמכות וזו מביאה לידי בטלות מדעיקרא. ראה למשל: ע"פ 217/68 יוראמקס נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 343; ע"א 10/55 "אל על" נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' ראש העיר ת"א יפו ראה, פ"ד י 1586; ע"א 311/57 היועמ"ש נ' מ. דיונינגוף ושות' (שט) בע"מ, פ"ד יג 1026. כמו כן יצוין כי באנגליה היה מקובל במשך שנים רבות כי אם הרשות חרגה מגדר סמכותה על פי דין, הרי שדין הפעולה בטלות. אך אם היא טענה בשוגג בהפעלת שיקול דעתה, במסגרת פעולה שהינה בדרך כלל בתחום סמכותה אלא שנעשתה בדרך שעלתה כדי חריגה מסמכות, הרי שדין פעולה זו הוא נפסדות (voidable) אך לא בטלות מדעיקרא. ואולם, הפסיקה זנחה הבחנה זו, ולרשות אין עוד "סמכות חוקית" לטעות בדין המסמיך אותה, או בדרך הרצאתה לפועל של סמכות זו. לעניין זה ראה פסק הדין הנזכר בעניין O'Reilly v. Mackman, supra note 23 and 27, בו ציין לורד Diplock (בעמ' 1108 לפסק הדין):

"The full consequences of the Amisimnic case (1969, 2 A.C. 147)... have been virtually to abolish the distinction between errors within jurisdiction that rendered voidable a decision that remained valid until quashed, and errors that went to jurisdiction and rendered a decision void ab-initio provided that its validity was challenged timeously in the High Court by an appropriate procedure".

76 להבחנה שבין בטלות (Void) לבין נפסדות (Voidability) ראה בג"צ 68/58 בוגנים נ' הרמטכ"ל, פ"ד יד 1653; ע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד (2) 577; ע"א 620/60 הלפרין נ' קוצנינסקי, פ"ד טו 709, 705. בעניין זה נדונה השאלה אם גם פגם שאינו גורר בטלות מדעיקרא עשוי להידון בערכאות רגילות במסגרת תקיפה עקיפה של האקט המינהלי. כמו כן ראה ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן, פ"ד (2) 398, 403, בו קבע בית המשפט כי גם פגמים נוספים, לבר מחוסר סמכות, עלולים לגרור בטלות. לעניין זה ראה פרופ' י' ומיר השמיטה בעניינים מנהליים, לעיל הערה 55 בעמ' 48-49, הנורט כי לא טוב הדבר שמעשים מינהליים ייחשבו בטלים מדעיקרא בשל פגמים שאינם חמורים במיוחד. בטלות מדעיקרא היא תוצאה חמורה מאוד, ולכן אין לתלות אותה אלא בפגם חמור מאוד (לעניין זה ראה גם להלן, טקסט בסעיף 6.100 והערות שוליים 86, עמדתו של פרופ' ברק).

מהווה את צידה השני של המטבע, שבה נטבע עקרון חוקיות המינהל. בתחום המסחרי ו"האזרחי" נדרש במיוחד שיקול הדעת החופשי של הרשות, ואילו החשש מפני הגבלת חירויות הפרט הינו מצומצם יותר, מאשר החשש כי חירויות הפרט תוגבלנה כתוצאה מפעילות של הרשות בתחום השלטוני.

ואכן, בעוד שבמישור השלטוני של פעולות הרשות מחייב עקרון חוקיות המינהל כי לכל פעולה שמבצעת הרשות תהא אסמכתא בדין ואין אפשרות לדבר על סמכויות טבעיות או סמכויות פרוגרטיביות,⁷⁶ הרי שבכל הנוגע לפעילות המדינה בתחומי המשק השונים הסתפקה הפסיקה ב"סמכויות המימשל הכלליות הנתונות בידי הממשלה ומשרדיה, במסגרת הכספית של תקציב המדינה המאושר על ידי הכנסת".⁷⁷ חוק התקציב שימש אם כן מסגרת חוקתית, שבה חוסים מעשי הרשות במישור המשקי מפני עקרון חוקיות המינהל.

6.91 לא זו אף זו, גם לפעילות שאינה מבוססת על עשיית שימוש בכספי תקציב המדינה, המעוגנים בחוק התקציב, נמצאה הסמכה כללית בכך שהממשלה כפופה בפעולותיה אלו - לביקורת הכנסת. דרך דחוקה זו להתגבר על עקרון חוקיות המינהל ניתנת להבנה רק על רקע הצורך

⁷⁶ בארצות הברית מוגדר עקרון חוקיות המינהל בהקשר זה ב-73 Corpus Juris Secundum st. paul כדלקמן: (1983) 494-496

"Administrative officers and agencies have no common law or inherent powers: Such bodies have only such jurisdiction or powers as have been granted to, or conferred on them by law, either expressly or by implication".

בכל הנוגע לקיומן של סמכויות טבעיות בנושאי חירום, ראה:

Youngstown Co. v. Sawyer 343 U.S. (1952) 579; *U.S. v. U.S. District court* 704 U.S. (1972) 297 *Dames & More v. Regan* 453 U.S. (1981) 654.

לסקירה בעניין זה, ראה פרופ' ב' ברכה בספרו, לעיל הערה 12, בעמ' 41-42.

⁷⁷ בג"צ 282/61 אל-סרוגי ואח' נ' שר הדתות פד"י יז' 188. ההסמכה החוקית לפעילות הממשל נמצאה באותו עניין בחוק התקציב, שבו מפקידה הכנסת בידי הממשלה סמכויות לנצל תקציבים שונים על פי שיקול דעתה, ומכאן משתמעת ההסמכה הכללית של הממשלה לפעול בתחומים שונים.

לנוכח הסמכה זו נשאלת השאלה, מה יהא דינה של פעילות כאמור המבוצעת בחריגה ממסגרת התקציב שאושר בחוק? האם יהא בכך כדי להוות חריגה מסמכות שתביא לבטלות מדעיקרא? (כמו כן יש לזכור כי פס"ד אל-סרוגי ניתן בטרם חוקק חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985).

לכחינת מעמדו של חוק תקציב המדינה כחוק, ראה: חוק יסוד: משק המדינה; ע"פ 213/56 היתעץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פד"י יא 695; א' ויתקון 'תקציב המדינה בראי השפיטה' משפטים י (תשי"ג) 367; ו' פלג 'תקציב המדינה וסמכויות המינהל' ה'תקליט יט (תשכ"ג) 32. להתייחסות חדרה בעקבות חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 ראה בג"צ 539/85 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י מ(4) 834; וכן ד' ברק האחריות החוזית של רשויות המינהל (בורטי, תל-אביב, 1991), עמ' 129, 153.

לאפשר לממשלה לפעול בחופשיות בהכוונת הכלכלה. וכך מוצאים אנו בבג"צ 29/62 כהן נ' שר הבטחון:⁷⁸

"תוך כדי התהליך הרגיל של המינהל נעשות ע"י הרשות המבצעת פעולות שאינן מכח אסמכתא מפורשת בחוק, אלא שהן נתונות לביקורת הכנסת. עדים אנו להקצבות מטבע חוץ ע"י האוצר, להענקת הלוואות למפעלים שונים וכיו"ב. אין חוק המטיל על הרשות המבצעת חובה לבצע פעולות כגון אלו. אין חוק הקובע הנחיות בנוגע לרכיבי ביצוע הפעולות האלו. אין גם כל חוק המטפל בהקניית זכויות בשטח זה למי שהוא" (ההדגשה הוספה).

6.92 נוסף לסמכויות הנובעות מ"סמכויות המימשל הכלליות", שעיוגון היחיד הוא חוק התקציב או אף ביקורת הכנסת, נקבעו שתי הוראות נורמטיביות - כלליות ביותר - המשמשות לעיוגון פעולותיה של הממשלה בתחומי המשפט הפרטי בנורמה חקוקה, ואשר הפסיקה מצאה בהן כסות המאפשרת לצאת ידי חובתו של עקרון חוקיות המינהל.

ההוראה הנורמטיבית הראשונה - מצויה בסעיפים 4 ו-5 לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951.⁷⁹

ההוראה הנורמטיבית השנייה - נקבעה בסעיף 29 לחוק יסוד:

78 בג"צ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, לעיל הערה 61, בעמ' 1031 (מפי כב' השופט אולשן).

79 בסעיף 4 לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951, נקבע לאמור:

"הממשלה רשאית, בשביל המדינה, לרכוש נכסים, המצויים בישראל או מחוצה לה, בדרך קניה, חליפין, או בכל דרך אחרת לשכרם, לחכרם ולקבל זכויות אחרות בהם, הכל בתנאים שתראם נאותים".
סעיף 5 לחוק זה מפרט סמכויות אלו, ומגביל אותן ביחס למקרקעי ישראל וביחס לחברות שעיסוקן העיקרי ייצור חשמל או ניצול מקורות מים. בהקשר זה ראה גם:

Chitty On Contracts, (26th ed. sec. 705) 454:

"Contracts of the crown are not subject to the ultra vires doctrine. Apart from such statutory restrictions, the crown has the power to contract without the need for any specific statutory authority. It has been suggested that this may be the case only for contracts which are incidental to the ordinary and well-recognised functions of government although there appears to be no reason in principle for this limitation" (ההדגשה הוספה).

ואכן, מבחינת דיני חוזה אין היגיון בהגבלת תחומיה של הממשלה. אך במשפט המינהלי קיים עקרון חוקיות המינהל וכדי להתגבר על עיקרון זה ניוונה הממשלה ממקורות סמכות כלליים המקנים לה סמכויות פעולה רחבות. ואם כך, הרי שיש גם יש היגיון בהצעה שהוצעה, ונחזתה על ידי Chitty, לפיה יש להגביל את סמכות הממשלה לפעול בתחומים יוצאי דופן, שאינם בגדר "התהליך הרגיל של המינהל" - כלשון כב' השופט אולשן בפס"ד כהן נ' שר הבטחון לעיל הערה 61. בתחומים אלו תחוקק הממשלה להסמכה ברורה יותר מזו הכללית, כדי שתוכל לפעול בלא סטייה מעקרון חוקיות המינהל. מאידך גיסא, אם אכן המטרה היא לאפשר לממשלה לפעול בתחום הכלכלי ביד חופשית, הרי שיתכן כי המדיניות הרצויה תהא, כי לא תיקבענה הגבלות על פעילות הממשלה - אף כשהמדובר בפעולות יוצאות דופן.

הממשלה.⁸⁰ סעיף זה מעניק אומנם את סמכויות הפעולה אך ורק לממשלה כמכלול.⁸¹ והלכה פסוקה היא כי רשות שלטונית, אשר החוק העניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה ואינה רשאית - בהעדר הסמכה בדין, לאצול את סמכותה לזולתה. "Delegatus Non Potest" - "אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם הורשה לכך במפורש או מכללא" - סעיף 16 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

ואולם, בהתאם לסעיף 31(א) לחוק יסוד: הממשלה רשאית הממשלה לאצול מסמכויותיה לפי חוק זה "לאחד השרים"^{81א} ובהתאם לסעיף 31(ג) לחוק יסוד: הממשלה, רשאי השר האמור להמשיך ולאצול מסמכויותיו "לעובד ציבור אם הסמיכה הממשלה את השר לכך".⁸²

80 סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה קובע:

"הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" (ההדגשות הוספו).

כמו כן יצוין כי על אף עקרון חוקיות המינהל קבע בב' השופט זוסמן בג"צ 311/60 י' מילר (סוכנות חיבה) בעמ' 2 נ' שר החקלאות, לעיל 17, בעמ' 2004, כי: "התחייבות המדינה לא תיפסל מחמת היותה חורגת מגדר כוחותיה של המדינה. המדינה לא הוקמה על פי מסמך - חוק או תעודה - המקצה לה תפקידים מסוימים ואוסר עליה למלא אחרים". ואולם, אם אין "ultra vires" ביחס לפעילות המדינה, במה יבוא לידי ביטוי עקרון חוקיות המינהל העולה כדי חוסר סמכות? זומנו כי התשובה לכך מצויה בהבחנה שעורך בב' השופט זוסמן, שם, בין המדינה ככזו, שכוחה בלתי מוגבל, לבין האורגנים של המדינה, אשר לגביהם מתעוררת שאלת הסמכות. במסגרת זו ימצא אם כן את מקומו גם עקרון חוקיות המינהל. לעניין זה ראה גם: א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, לעיל הערה 70, בעמ' 592.

81 בג"צ 902/72 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל, פד"י כו(2) 169, 176; בג"צ 606/78 אויב ואח' נ' שר הבטחון פד"י לו(2) 113, 126. כלל זה אינו מיוחד למשפט הציבורי דווקא, אלא הוא עיקרון כללי המהווה הנהגה פרשנית לפיה, חוקה היחנת לסתירה היא, כי תכליתו של החוק אשר יצר סמכות הינה כי בעל הסמכות הקבוע בחוק, הוא ולא אחר - יבצע את הסמכות.

81א לעניין זה ראה ע"א 74/58 היועץ המשפט לממשלה נ' הורנשטיין, פד"י יד 365; בג"צ 347/84 עיריית נתח תקוה נ' שר הפנים, פד"י לו(1) 813;

De Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed., 1980) 301; A. Wade, 47 p. 358. *Administrative Law*, supra note 47, p. 358.

עם זאת יצוין כי אף במקום שבו אסורה האעלה (delegation) של סמכות לאחר, המעבירה לאורו אחר את התפקיד, הרי שמותר לבעל סמכות להעזר באחרים לשם ביצוע תפקידו. ראה בג"צ 136/84 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר המועצה להגבלים עסקיים, פד"י לו(3) 265; בג"צ 165/69 אייזנברג נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פד"י כג(2) 457; ולאחרונה בג"צ 2303/90 פוליוטוביץ ואח' נ' משרד המשטחים - רשם החברות, לעיל הערה 31, בו מבחין בב' השופט ברק בין תפקיד טכני, שביצועו על ידי אחר מהווה בדרך כלל, היעדרות מותרת, לבין תפקיד שיקול דעתי, שביצועו על ידי אחר מהווה, בדרך כלל, העברת התפקיד והאעלה אסורה.

82 בארצות הברית מקנה החוקה את כל סמכויות הביצוע לנשיא וממנו שואבות, אף בלא תהליך האעלה ברור, כל רשויות הביצוע השונות. בישראל לעומת זאת, ההסמכה היא לאורגנים ספציפיים אשר עליהם מוטלת הסמכות, ומכאן הקושי המתעורר בהאצלת סמכויות אלו ובקבלת הנחיות מדרגים גבוהים יותר בתחומי המנגנון הציבורי, השוללות לכאורה את מרחב שיקול הדעת ממי שבחזו הופקדה הסמכות באופן ייחודי. לסקירה מקיפה בנושא ראה:

Y. Zamir "Administrative Control of Administrative Action" (1969) *California Law Rev.* 866;
י' זמיר סדרי המינהל בישראל וסימן 46 לדיבר המלך במועצה (משרד המשפטים, תשל"ד) 28-34; ה' קלינגהופר "זרואות פנימיות לרשות, מה תוקפן" *הד המשפט ד* (תשי"ד) 38; ב' ברכה, *משפט מנהלי*,

דא עקא, ספק אם הלכה למעשה קיימת הקפדה על פרוצדורת האצלה זו, בטרם שנעשה שימוש בסמכות השירות האמורה, כדי להסדיר את תחומי הכלכלה השונים, בהתאם לצרכים השוטפים ולציפיות הציבור.

6.93 מכל מקום, נמצאנו למדים כי המחוקק העניק מטריה רחבה מאוד לממשלה, כמי שעומדת בראש הרשות המבצעת, כדי שזו והבאים מכוחה יוכלו להסדיר את פעולות המשק - בלא חשש שמא יוצאים הם מתחת לחסותו של חוק מסמיך ופוגעים בעקרון חוקיות המינהל.⁸³ ועם זאת, יבוא עיקרון זה לידי ביטוי בעצם תחולתם של כללי המשפט הציבורי, באשר המשמעות של כללים אלו היא כאמור, כי סמכותה של הרשות הציבורית מוגבלת לשימוש סביר והוגן בכוח שהוענק לה על פי דין. פעולה החורגת מכללים אלו - חורגת מתחום הרשאתו (הרחבה) של הדין ולוקה בחוסר סמכות.

6.94 האם ניתן להחיל את עקרון חוקיות המינהל גם בכל הנוגע לחברה הממשלתית?

סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות מחיל על החברה הממשלתית את פקודת החברות. מכאן עולה לכאורה כי גם גרדי הסמכות של החברה הממשלתית נקבעים בהתאם לדיני החברות וכל פעולה אשר בהתאם לדיני חברות הינה בגדר סמכותה של החברה, לא תוגדר כפעולה אשר החברה הממשלתית אינה מוסמכת לעשותה. דא עקא, שמושג "החריגה

לעיל הערה 12 בעמ' 18.

83 עם זאת, פרופ' ברכה מצייין בספרו משפט מינהלי, שם בעמ' 52, כי ביחס לרשויות מינהליות אחרות, לבר מהממשלה או הפועלים בהרשאה הימנה, אין להכיר במקור מקביל, לא סטטוטורי, לסמכויות המינהל ואת כדי לשמור על סדריו של עקרון חוקיות המינהל. ביחס לטפים אלו (כגון תאגידים סטטוטוריים - ו' א') רצוי שהבסיס לכל סמכות יהיה בחוק, כאשר לגבי כוחות עוזר קיים המאגר הכללי של סמכויות מכללא הקבוע בסעיף 17 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 (ובעבר, סעיף 26 לפקודת הפרשנות, נוסח חדש), הקובע לאמור:

(א) הסמכה לעשות דבר או לדון בעניין פלוני או להכריע בו משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחוק.

(ב) הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו, משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת.

פרופ' רובינשטיין בספרו המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, לעיל הערה 70, בעמ' 591, מצייין כי גם ביחס לממשלה, ההסדר הקבוע בסעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה מעורר קושי באשר אין לדעת את גבולותיו יש בו כדי ליתן לממשלה סמכויות בלתי מוגבלות.

ואולם, בכל הנוגע להגבלת זכויות הפרט אין בכך קושי, שכן בהקשר זה הלכה פסוקה היא כי לא די בסמכות כללית ויש צורך בהסמכה מפורשת וברורה מצד המחוקק. ובכל הנוגע לפעילות המשקית של הממשלה, מן ההכרח הוא להעניק לממשלה סמכויות רחבות ביותר, כדי שתוכל לפעול בחופשיות בהסדרת מגוון הנושאים שמדינת הסעד עוסקת בהן.

מסמכות" בדיני החברות נהפך למוגבל ומצומצם ביותר, עד כי מתעוררים ספקות באשר למידת תחולתו.⁸⁴

6.95 עקרון חוקיות המינהל הופך למעשה את כללי המשפט הציבורי, מחובת אמון היצרית נורמות בסיסיות של הגינות לכללים של חריגה מסמכות. מעבר זה לא ייתכן לכאורה בחברה הממשלתית אשר בסמכויותיה ובדרכי פעולתה השווהה לחברה מסחרית רגילה. ביחס לחברה הממשלתית נראה כי על אף שמבחינה מהותית ופורמלית מן הראוי להחיל לגביה את כללי המשפט הציבורי, ועל אף שנמצאה הדרך להתגבר על היותה של החברה הממשלתית אורגן נפרד שאינו חלק מן המנגנון הממשלתי, ועל אף שהדבר משרת מגמה כללית ורצויה, הרי שהלכה ולמעשה, היותה של החברה הממשלתית - חברה, שדיני החברות חלים עליה ומגדירים את תחומי סמכויותיה, אינה מתיישבת לכאורה עם החלתם של כללי המשפט הציבורי, ככל שכללים אלו מבטאים הגבלת סמכויותיו של הגוף הפועל בניגוד לנורמות הרצויות.

6.96 ואף הרבה מעבר לכך. הוראות סעיף 2 ו-4 לחוק החברות הממשלתיות הקובעות כי בכפוף להוראות חוק החברות הממשלתיות תחול על החברה הממשלתית פקודת החברות, וכי החברה הממשלתית תפעל על פי השיקולים העסקיים המנחים חברה שאינה ממשלתית, מלמדים לכאורה כי על אף שליטת הממשלה בחברה זו, יש לראות בה גוף פרטי אשר מוסרותיו מסורים בידי הממשלה. דא עקא, שבגוף פרטי שורר עיקרון המנוגד באופן קוטבי לעקרון חוקיות המינהל, שהרי בעוד שהרשות צריכה למצוא עיגון חוקי לפעולותיה, הרי שביחס לפרט, הכלל הוא כי אדרבה, כל מה שלא נאסר על ידי הוראת דין - מותר הוא. ואם כן, יישום כללי המשפט הציבורי באמצעות בחינת מקור הסמכות לפעילות הרשות, המבוססת על עקרון חוקיות המינהל, מנוגדת היא מבחינה

⁸⁴ למעמדה של תורת "האולטרה וירס" בחצי תברות, בעת חריגת חברה מן המטרות הקבועות במסמכי היסוד שלה, בעקבות קביעת סעיפים 105 ו-106 לפקודת החברות [נסח חדש], התשמ"ג-1983, ראה י" גרס ו' כהן "האם בוטלה תורת האולטרה וירס בישראל" עיוני משפט ט 277; י" בהט "הזקטינות האולטרה וירס - סוף הדרך" הפרקליט לד 289; א' פרוקציה "אולטרה וירס וידיעה קונסטרוקטיבית בדיני חברות" משפטים יא 368;

Z. Cohen "The Companies Ordinance (Amendment no. 17), Effects on the Alteration of Objects Clauses in a Company Memorandum" (1982) Isr. L. Rev. 169.

גם באנגליה, בה מתייחס המונח "Public Corporation" לתאגיד סטטוטורי, חריגה מן החוק המסמך עלה כדי חוסר סמכות 307-308 (5th ed.) (Griffith and Street Principles of Administrative Law), מוגבל עקרון האולטרה וירס לאירועים חריגים ביותר. ראה:

Garner and Jones Garner's Administrative Law (6th ed., London, 1985) 305-306.

קונספטואלית לכל מהותה של החברה הממשלתית כחברה המזוהה עם דיני החברות ועם גופים פרטיים.

6.97 ואולם, אין כל הכרח לתרגם את נורמות ההגינות והסבירות שמסיק המשפט הציבורי מחובת האמון שחבה הרשות הציבורית כלפי הציבור למישור של בחינת סמכותה של הרשות המינהלית. אכן, אילו היינו מסיקים את כללי המשפט הציבורי מן הכלל המסמך את הרשות לפעול - היתה התוצאה כי אין להחיל כללים אלו על החברה הממשלתית, שסמכויותיה כגוף מן המשפט הפרטי אינן שאובות מכוח חוק ספציפי. דא עקא שנורמות ההגינות והסבירות שהרשות חייבת בהן הפכו לחלק מעקרונות היסוד של השיטה, והן חלות אף ביחס לפעולות הרשות הנובעות מסמכויות המינהל הכלליות, כגון הענקת סובסידיות ופעילות הרשות בתחומי המשפט הפרטי.⁶⁵ ואדרבה, בכל הנוגע לחברות הממשלתיות הסקנו את דבר תחולתם של כללי המשפט הציבורי מחובת האמון השוררת כלפי הציבור, ורק אחר כך יש לשאול אם יתורגמו נורמות אלו לכלל לפיו פעולות הסוטות מנורמות אלו לא הוסמכה הרשות לבצע. ואם כן אין כל מניעה ליישם נורמות אלו גם במקום שבו לא תהא תוצאתם של כללי המשפט הציבורי, כי קיימת חריגה מסמכות חוקית כלשהיא, וזאת בדרך של פיקוח שיפוטי על יישום שיקול הדעת המינהלי.

6.98 לאמור, חובת הנאמנות המוטלת על החברות הממשלתיות כלפי הציבור, נובעת, כפי שהסברנו בפרק ג לעיל, מן התפקיד שהוטל עליהן לאזן בין האינטרס "הפרטי" שלהן לפעול מתוך מינימום של כבלים פרוצדורליים ומאותיים, ולהיות יעילות ומונעות משיקולים מסחריים, לבין האינטרס הציבורי כי חברות אלו תיישמנה מדיניות ממשלתית ותפעלנה בהתאם לנורמות של הגינות וסבירות שהציבור מצפה להן מגוף המזוהה בעיניו עם הרשות הציבורית. כפי שראינו, תפקיד המטיל חובת אמון גורר תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי ומוגדר כ"תפקיד ציבורי על פי דין", ומכאן הסקנו כי על החברה הממשלתית לשקול שיקולים המתחייבים ממעמדה זה. ואולם, אין כל מניעה לומר כי אם החברה הממשלתית חורגת מכללים אלו הריהו חורגת מתפקידה ומחובת האמון שלה - אף כי לא מסמכויותיה.

65 בג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, לעיל הערה 1; בג"צ 492/79 חברה פלוגית נ' משרד הבטחון, פד"י לז(3) 706; בג"צ 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פד"י לו(2) 673; בג"צ 281/82 אשכנזי נ' שר העבודה הרווחה, פד"י לו(1) 95; בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל אח"י נ' ממשלת ישראל, לעיל הערה 66.

אין כל מניעה להכפיף לביקורת שיפוטת חריגה זו מן התפקיד שהטיל הדין על החברה הממשלתית, אף אם אין חריגה זו מן הדרך היאה ליושום התפקיד האמור עולה כדי חוסר סמכות.

6.99 גם ללא בחינת עמידתה של החברה הממשלתית בגדר סמכויותיה נותר כר רחב לבחינת שיקול דעתה. כך תתבטא הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המינהלי של החברה הממשלתית בבדיקה, אם במסגרת חובתה לאזן כראוי בין האינטרסים, נהגה החברה הממשלתית בהגינות, דהיינו: בלא שרירות, בתום לב, ללא הפליה, תוך שקילת כל השיקולים הרלוונטיים ותוך הימנעות משיקולים זרים. כמו כן תיבחן, בהתאם להצעתנו, גם סבירותו של האיזון שעשתה החברה הממשלתית בין האינטרסים השונים שהופקדו בידיה, תוך מתן המשקל הראוי לכל שיקול מבין השיקולים הרלוונטיים.⁴⁸⁵ ואולם, בעוד שבדרך כלל, הביקורת השיפוטית בדבר מידת ההגינות והסבירות של הרשות הציבורית נתפסת, כבחינת סמכותה של הרשות המינהלית, ופעולה החורגת ממתחם הסבירות או מכללי ההגינות שנקבעו בפסיקה, עולה כדי חוסר סמכות ותוצאותיה בטלות מדעיקרא, הרי שבכל הנוגע לחברה הממשלתית אין המשפט הציבורי יכול לחול באורח כה קיצוני ותחולתו תתייחס רק לבחינת הגינותו וסבירותו של שיקול הדעת הציבורי, שהופעל על ידי החברה הממשלתית, ולא לבחינת סמכויותיה.

6.100 ויצוין, תוצאה זו הינה לדעתנו ראויה ורצויה, והיה מן הראוי לאמצה גם אלמלא היתה מחויבת מהגינותו של עקרון חוקיות המינהל, שכן החברה הממשלתית היא בסופו של יום גוף מן המשפט הפרטי, אף אם היא ממלאת פונקציות הכרוכות בחובת אמון כלפי הציבור המהוות "תפקיד ציבורי על פי דין". גוף המשפט הפרטי, הכפוף לכללי המשפט הציבורי, לא מן הראוי כי פעולותיו יוגדרו כבטלות מדעיקרן, אף אם הן לוקות בחוסר סבירות או בחוסר הגינות, באשר מסקנה שכוונו עלולה לגרום לאי יציבות כלכלית ולחוסר ודאות בפעולות משקיות.

ואכן, פרופ' ברק ממליץ לאמץ גישה זו, גם ביהס לשאר רשויות המינהל, שהינן גופים ציבוריים, בעת פעילותן בתחום המשפט הפרטי. ובלשונו:

485 ראה למשל בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פד"י לה(1) 421; בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י מא(1) 421; בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פד"י מג(4) 617. כמו כן, תיבדק במסגרת זו הפרופורציה בין הנוק שגורם לאינטרס האחד, לעומת מידת התועלת שהושגה לאינטרס האחר. ראה למשל: בג"צ 939/89 גנור נ' היועץ המשפט לממשלה, פד"י מד(2) 485.

"חריגה מסמכות היא מכשיר חריף מדי לטיפול בסוגיה העדינה של סבירות והגינות. חריגה מסמכות מעמידה בדרך כלל את ההחלטה המינהלית על הכל או לא כלום. זוהי גישה שאינה משוכללת דיה. אין בה כדי להתמודד עם הרב גוניות של הפעולה הציבורית. דומה שמן הראוי הוא להכיר בכך שסבירות והגינות עניינם שיקול הדעת המינהלי ולא הסמכות המינהלית"⁸⁶ (ההדגשה הוספה).

המלצה זו של פרופ' ברק נכונה במיוחד ביחס לחברות ממשלתיות, אשר מבחינה אורגנית הינן בגדר גופים פרטיים, ובהתאם לניתוח עקרון חוקיות המינהל, כפי שהובא לעיל, הרי שהמלצה זו הינה מחויבת ביחס לחברות הממשלתיות, באשר לגביהן מן הדין להחיל את כללי המשפט הציבורי רק בסייג האמור.

86 א' ברק שיקול דעת שיטתי (פפירוס, אוניברסיטת תל-אביב, 1987) עמ' 481. כמו כן ראה ע"פ 768/80 שמירא נ' מדינת ישראל, פד"י לו(1) 337, 357 (מפי מי"מ הנשיא השופט י' כהן); י' זמיר השפיעה בעניינים מנהליים, לעיל הערה 55, בעמ' 49. פרופ' ברק מצוין שם (ובהערות שוליים 221), כי גישתו תאפשר גם לפתח את תורת הזכות המינהלית, ודיינו, זכותו של כל אורח שאינטרס שלו נפגע כלפי המינהל, שכן זכות זו תהא נגזרת מחובתו של המינהל לפעול בהגינות ובסבירות. ראה בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 66 בעמ' 443; וכן א' ויתקון 'הזכות המהותית במשפט המינהלי' עיוני משפט ט (1983) 5. בכך עשוי להימצא פתרון למקרים דוגמת עניין כהן נ' שר הבטחון, לעיל הערה 66. בהקשר זה דומנו כי ניתן אף לשכלל גישה זו במישור הקונספטואלי כדלקמן: חובתה של הרשות להפעיל את שיקול דעתה בהגינות ובסבירות נעצה ביחסי האמון שחייבת הרשות, ולדעתנו גם החברה: הממשלתית, כלפי הפרט. ואם כן, כשם שיחסי אמון יוצרים זכות קנייה כלפי מי שנוצרה חובת אמון כלפיו, כך יוצרת חובתה של הרשות לפעול בהגינות ובסבירות, זכות לפרט לדרוש כי שיקול הדעת אכן יופעל בהתאם לטרמות המתחייבות מחובת האמון כלפיו. הזכות הציבורית נובעת מעיגונן של נורמות המשפט הציבורי בחובת אמון כלפי הפרט, ומכאן זכותו של הציבור לדרוש כי משוהפדה חובת אמון זו ונגרם עקב כך עיוות למאן דהוא, תפעל הרשות לתיקונו של מעוות זה.

ט. התפתחות בחקיקה המקרבת את החברה הממשלתית למישור תחולת המשפט הציבורי

6.101 ההבחנה החדה ביותר הקיימת בין גוף פרטי לבין גוף ציבורי, במישור העסקי, הינה באיסור ההפליה החל על הגוף הציבורי ואשר הפרט משוחרר הימנו.

חובה זו מכונה על ידי כבוד השופט ויתקון "מיטת סדום" שבה מצויה הרשות המינהלית בהתקשרויותיה השונות,⁸⁷ והוא מביע דעה נחרצת נגד החלטה על גוף פרטי. "מיטת סדום" על שום מה?

מכיוון שהחובה לנהוג בשוויון בתחום החוזי מחייבת למעשה לנקוט בדרך של מכרו, בטרם שהגוף הציבורי מתקשר בחוזים. וחובה זו, מגבלה כבדה יש בה בניהול עסקים. היא מחייבת לנקוט בהליכים מסורבלים בטרם קבלת החלטות ומונעת אפשרות לבצע התקשרויות עסקיות בהתאם להעדפות אישיות ולאינטואיציה העסקית. מחיר כבד זה על הרשות הציבורית לשלם כדי לשמור על טוהר המידות, אך אין להתעלם מכובדו של המחיר.

6.102 הפרט רשאי, לדעת הכל, להתקשר בחוזים בלא שיהא חייב לנקוט בדרך של מכרו, תוך שהוא מפלה כאוות נפשו בין מי שעימם בוחר הוא לבוא במגע עסקי, ותוך שהוא חופשי לבחור לו להתקשר בקשרי עסקים עם כל אשר יחפוץ בהתאם להעדפותיו האישיות. חופש עסקי זה מעניק לפרט גמישות החלטה, חוסך בעלויות ובעיקר: מאפשר לקבל החלטות לאלתר ולהתאים ניהול עסקים ליחסים בין אישיים הולמים.

6.103 מובן מאליו, על כן, כי הרתיעה מפני החלת נורמות של משפט ציבורי על חברות ממשלתיות מתמקדת בראש ובראשונה בנקודה זו, של החיוב לקיים מכרו. הכנסת חברה ממשלתית, האמורה לפעול בשוק החופשי ולעיתים בתנאים של תחרות עסקית, למיטת סדום שכזו, עלולה להיות משולה להטלת סד על רגליו של רץ, אשר אחד מתפקידיו הוא להתחרות ברצים אחרים, המשוחררים מכבלים כלשהם. מכאן החשיבות הרבה לשאלה: האם קיים חופש פעולה בתחום זה גם בחברה הממשלתית, או

87 א' ויתקון 'הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי-אורחי' משמטים יא (תשמ"א) 304, 306.

שנא נשלול אותו הימנה לנוכח מסקנתנו כי חלים עליה כללי המשפט הציבורי?

6.104 בכל הנוגע לחובה לקיים מכרזים, ניתן היה לכאורה לטעון, כי ההתקרבות הקיימת במישור המעשי בין כללי המשפט החלים ביחס לרשות הציבורית לבין הכללים החלים על הרשות הפרטית, כפי שנסקרה לעיל, כבודה במקומה מונח. דא עקא, שבאופן מעשי קיימת נקודת הבחנה קריטית בין גופים אלו, בתחום החובה לנקוט בהליכי מכרז בטרם כריתתם של חוזים עסקיים. אם לקביעה כי החברה הממשלתית כפופה לכללי המשפט הציבורי יש נפקות לשאלה מהותית זו, של החיוב לקיים מכרז לפני ביצוע התקשרויות עסקיות, הרי שיש לכאורה מקום לחשש מפני הכרעה כי החברות הממשלתיות כפופות לכללי המשפט הציבורי.

6.105 ואולם, לא עוד. תהא ההכרעה בשאלה דנא בדבר תחולתם של כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות אשר תהא, בכל הנוגע לחובת המכרז, שאלה זו שוב אינה עומדת לדיון ואינה נוגעת לנשוא דיוננו, שכן היא הוכרעה - על ידי המחוקק, ובלא שתתעורר כל רתיעה שהיא. ואדרבה, בהכרעה זו יש כשלעצמה כדי להוות איתות ברור באשר למיקומה הראוי של החברה הממשלתית, בהבחנה שבין גופים ציבוריים לגופים פרטיים. סעיף 2 לחוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992, קובע ברורות:

"המדינה וכל תאגיד ממשלתי לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".⁸⁸

6.106 אכן, חוק חובת מכרזים נתן אפשרות לשר האוצר להתקין תקנות אשר יפטרו עסקות מסוימות מחובת המכרז.⁸⁹ ובכך נפתח פתח ראוי לפטור מחובת המכרז חברות ממשלתיות העומדות בתחרות מסחרית קשה, ואשר המכרז עלול להכביד עליהן בתחרות זו. ואולם, לבד מאותו "שסתום לחץ" המאפשר לשחרר בנסיבות מסוימות חברה ממשלתית מסוימת מחובת המכרז, קובע המחוקק ברורות ומפורשות כי במישור

88 חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק חובת מכרזים). ס"ח 1387, מיום 12.3.1992, עמ' 114. בסעיף 1 לחוק חובת מכרזים מוגדר "תאגיד ממשלתי" כ"חברה ממשלתית, חברה בת ממשלתית, או תאגיד שהוקם בחוק".

89 סעיף 4 לחוק חובת מכרזים. שר האוצר הגיש תקנות לאישור ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת וזו מינתה ועדת משנה לבחינתן, עקב מורכבות הנשוא. קישום כך נדחה מועד תחולתו של החוק. ראה הצעת חוק חובת מכרזים (תיקון מס' 2), התשנ"ג-1992, ה"ח 2150, התשנ"ג בעמ' 36, דברי ההסבר שם. כמו כן ראה חוק חובת מכרזים (תיקון מס' 2), התשנ"ג-1992, ס"ח 1400, מיום 13.8.1992, בעמ' 250.

היישומי של הנורמה המרכזית מתחום המשפט הציבורי, ניצבת החברה הממשלתית בצד הציבורי של המתרט והינה כפופה לחובת מכרז.

6.107 ויצוין, בדברי ההסבר להצעת חוק חובת מכרזים הובהר הצורך בקביעה זו כדלקמן:

"...שיטת המכרזים על אף הבעיות המתעוררות בהפעלתה, מביטחה, בהפעלה נכונה, פיקוח ציבורי אובייקטיבי על הרצאות כספי הציבור, ומהווה הדרך הטובה ביותר לבחינת הצעות מחירים ותנאים אחרים בקשר לעסקאות הנערכות בכספי הציבור.

החוק המוצע בא לקבוע חובת עריכת מכרזים בכל המוסדות שהממשלה מעורבת בתקציבם או בהנהלתם"⁹⁰ (ההדגשה הוספה).

החלת חובת המכרז על החברות הממשלתיות נבעה אם כן ממעורבות הממשלה בתקציבן או בהנהלתן של חברות אלו, והמחוקק מצא לנכון להשוות את מעמדן לזה של הרשות הציבורית. עובדה זו מדברת בעדה.

6.108 עם זאת, הטעם להחלת חובת המכרז לא הוגדר כפועל יוצא מן האיסור שחל על הרשות הציבורית להפלות, ומחובת האמון שלה כלפי הציבור, המחייבת לספק שירותים וחוזים באופן שוויוני למעוניינים בהם. הנימוק שבו נקט המחוקק להחלת חובת המכרז על חברות ממשלתיות נעוץ בטעם פרגמטי מובהק של אפשרות לקיים פיקוח ציבורי נאות על הרצאת כספי הציבור בהתאם לאמות מידה אובייקטיביות, ובהיות המכרז טכניקה יעילה לבחירת ההצעות הטובות ביותר ולמניעת החלטות ממניעים זרים כשמדובר בכספי ציבור.

נמצא, כי על אף שיש בחוק חובת מכרזים אינדיקציה מסוימת באשר לתחולתן של כלל הנורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, אין בו כדי להוות הכרעה, במישור המהותי של הדברים, בשאלה הנדונה מבחינה נורמטיבית, ואין להסיק מחוק זה כי החברה הממשלתית השוותה באחת לרשות הציבורית.

6.109 נימוקיו של המחוקק ביחס לחובת המכרז הם פרגמטיים ואינם מלמדים על אופיה ומהותה של החברה הממשלתית כגוף החב חובת אמון כלפי הציבור וכגוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין".

90 הצעת חוק חובת מכרזים, תשנ"א-1991, "הצעות חוק" תשנ"א, בעמ' 354-355.

בה במידה אין להסיק מן החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 (להלן: חוק המדינה כבעל דין), המורה בסעיף 11 כי "לענין חוק זה, דין מוסד המדינה שאינו תאגיד כדין המדינה",⁹¹ כי החברה הממשלתית אינה נמנית עם המינהל הציבורי, גם בתחום החובות הנובעות מתחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי. בחוק המדינה כבעל דין הקפיד המחוקק בכבודה של המדינה ומנע ממנה מלעמוד בפני הליכים שונים שתכליתם אכיפת פסקי דין.⁹² הקפדה זו בכבוד המדינה צמצם המחוקק ולא מצא לנכון להקפיד גם בכבודם של תאגידיים שאינם נהנים מיוקרתה של המדינה ומהווים מבחינה פורמלית אישיות משפטית נפרדת.⁹³ חוקים אלו "משרדים" לכאורה אינדיקציות הפוכות באשר

91 קביעה זו יוצרת מצב משפטי אנכרוניסטי, המבחין בין המדינה לבין חלק גדול מרשויות המינהל שהינן בעלות אישיות משפטית נפרדת. כך למשל חל חוק המדינה על מינהל מקרקעי ישראל, שאינו תאגיד עצמאי (ראה ע"א 570/66 בלעום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י כא(1) 109), אך אינו חל על רשות המינהל, שהינה תאגיד סטטוטורי (ע"א 141/75 מדינת ישראל ואח' נ' לוי, פד"י לב(2) 508). לענין זה ראה: י' זמיר השפטה בעניינים מינהליים, לעיל הערה 55, בעמ' 140-141; ד' ברק האחריות החוזית של רשויות המינהל, לעיל הערה 77 בעמ' 64-66.

92 עקרון שלטון החוק מחייב שוויון בין המדינה לבין הפרט. משום כך המליץ בית המשפט העליון, כמה וכמה פעמים, לבטל את סעיף 5 לחוק המדינה כבעל דין. ראה: ע"א 144/79 יוטבין מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לד(2) 346, 344; ע"א 226/80 כאהן ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י לה(3) 463, 468; בג"צ 840/78 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל, לעיל הערה 66, בעמ' 748; בג"צ 991/91 דוד סטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון ואח', לעיל הערה 55, בעמ' 64-66. כמו כן ראה: ג' שלו "האם חייבת המדינה לכבד את התחייבויותיה החוזיות" הפרקליט לג (תשמ"ט-תשמ"א) 215. ויצחק, פרופ' שלו בספרה חווי רשות בישראל (אבישר, תשמ"ה) 119, מציעה כי לטבח המצב הלא שוויוני שיוצר סעיף 5 לחוק המדינה כבעל דין, יש לומר כי חוזה שסעיף זה חל עליו לא ייאכף גם נגד הפרט. אכיפה חד צדדית כזו עשויה, לדעת פרופ' שלו, לפגול לגדר החריג לכלל האכיפה הקבוע בסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, לטבח היות האכיפה "בלתי צדקת בנסיבות הענין". ואלם, בהקשר זה מציינת ד' ברק בספרה, שם בעמ' 65, כי טיעון זה מתקודה, ככל שגובר השימוש בכלי של מתן פסיד הצהרתי כתחליף לסעד האכיפה, בהתאם לפסק הדין בבג"צ 341/80 דווק נ' בכר, פד"י לה(2) 197, לפיו ניתן לקבל נגד המדינה צו הצהרתי חלק צו עשה ומניעה, ואף צו הצהרתי זמני חלק צוים זמניים.

93 ללא הסבר זה, אין למשל כל היגיון בהבחנה שבין המדינה לבין המוסד לביטוח לאומי או שירות התעסוקה לענין תחולתו של חוק המדינה כבעל דין. על הטעם אשר עמד בעבר ביסוד הוראת חוק זה, ראה: י' גלין "סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 ושלטון החוק" הפרקליט לב (תשל"ח-תשל"ט) 399; ג' שלו חווי רשות בישראל, לעיל הערה 92, בעמ' 120. אי תחולתו של חוק המדינה כבעל דין על חברות ממשלתיות טרע מהן את הפריולוגיות הבאות:

- א. הליך שהחברה הממשלתית צד לו אינו מוגש ואינו מתנהל בשם המדינה או נגדה (להבדיל מן הקבוע בסעיף 3 לחוק המדינה כבעל דין).
- ב. החברה הממשלתית אינה מיוצגת בבית המשפט על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כחו (להבדיל מסעיף 4 לחוק המדינה כבעל דין).
- ג. החברה הממשלתית אינה מחוסנת מהוצאת צו מניעה נגדה או מהחלטה לביצוע בעין (להבדיל מסעיף 5 לחוק המדינה כבעל דין).
- ד. על פסק דין שניתן נגד חברה ממשלתית חלים דיני ההוצאה לפועל הרגילים (להבדיל מסעיף 7 לחוק המדינה כבעל דין).
- ה. החברה הממשלתית חייבת לשלם אגרות בבית המשפט, להפקיד פיקדון וכיו"ב (להבדיל מסעיף 8 לחוק המדינה כבעל דין), וכמו כן, דינה של החברה הממשלתית כדין כל חברה אחרת, גם לענין תשלום הוצאות משפט (להבדיל מסעיף 9 לחוק המדינה כבעל דין).

למהותה של החברה הממשלתית.⁹⁴ בעוד שחוק המדינה כבעל דין (משנת 1958) מאמץ מבחן אורגני לפיו דין החברה הממשלתית אינו כדין המדינה, הרי שמחוק חובת מכרזים, שהינו חוק חדיש (משנת 1992), עולה מבחן פונקציונלי המשווה את דין החברה הממשלתית לדין רשויות המדינה. ואולם, כאמור, בחוקים אלו אין אלא חידושם, ואין להסיק מהם מסקנה ישירה לנשוא דיונו.

6.110 ועם זאת, בהתלבטות הקיימת אם להחיל על החברה הממשלתית נורמות מן המשפט הציבורי, השמיט חוק חובת מכרזים ארגומנט מרכזי, באשר התחום העיקרי שבו התעורר חשש מהשלכותיה הכלכליות של החלת נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, כפופות ממילא החברות הממשלתיות לנורמות אלו, מכוח הוראה חקוקה, כשמסתבר כי החששות מפני ההשלכות הכלכליות של הכרעה זו, שהיוו נחלת הפסיקה - לא היו מנת חלקו של המחוקק. נמצא כי על אף שהמחוקק נמנע מלהכריע בשאלה דנא במישור הנורמטיבי, במסגרת חקיקת חוק חובת מכרזים, הרי שבפעם החלת חובת המכרז גם על חברות ממשלתיות, קירב המחוקק חברות אלו, באופן משמעותי ביותר, אל עבר תחולתם של כללי המשפט הציבורי מבחינת הדין הפוזיטיבי הנוהג, והפחית את החשש מפני קביעה בדבר תחולתם של כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית - במישור הנורמטיבי.

⁹⁴ התוצאה המתקבלת מתחולתו של חוק חובת מכרזים על חברות ממשלתיות, ומאי תחולתו של חוק המדינה כבעל דין על חברות אלו, הינה כי החברות הממשלתיות לוקות בכפליים. מחד גיסא, אין הן בגדר המדינה במישור הפרוידילגיות, לעניין סדרי הדין ודרכי כפייתן של פסקי דין. זו גם התוצאה לעניין הפרוידילגיה המגיה בסעיף 42 לפקודת הפרשנות (נסח חדש). ומאידך גיסא מושוות החברות הממשלתיות למדינה במישור החובות. ואולם, בהעדר זיקה בין מישור התסיניות לבין המישור הנורמטיבי של החלת החובות מן המשפט הציבורי, הרי שאין לראות בכך משום תרתי דסתרי, וחדוי תוצאה טבעית הנובעת מאופיה הדו-מהותי של החברה הממשלתית - כנוף מן המשפט הפרטי התב חובת אמון כלפי הציבור וממלא בכך תפקיד ציבורי.

י. סיכום

6.111 ניתוח מהותו של המשפט הציבורי העלה כי:

- א. המשפט הציבורי הוא רצף של כלים המבטאים נורמות של הגינות וסבירות.
- ב. נורמות אלו חלות כלפי מן שחייב לציבור חובת אמון אלטרואיסטית.
- ג. חובת האמון נועדה לרסן את הכוחות העצומים המסורים בידי הרשות, לבל ינצלו לרעה.
- ד. החברה הממשלתית נושאת בתפקיד ייחודי של איזון בין אינטרסים נוגדים.
- ה. מפס"ד **Bromley London Borough Council**⁹⁵ הסקנו כי תפקיד אשר תכליתו לאזן בין אינטרסים מחיל כשלעצמו חובת אמון.

6.112 בפרק זה עמדנו על תכליתו של המשפט הציבורי ומצינו כי:

- א. המשפט הציבורי מהווה משקל נגד לפעילות הרשות והוא מיועד לאזן בין זכויות הפרט לבין סמכויות הרשות.
- ב. תחומי תחולתו של המשפט הציבורי מקבילים, משום כך, לתחומי פעילותה של הרשות.
- ג. במדינת הסעד המודרנית רוכשת לה הרשות תחומי פעולה נרחבים.
- ד. באנגליה הביאה תופעה זו להכרה במשפט המינהלי, כמשקל נגד לכוחות הרשות כ"בעלת רכוש" הנותנת עבודה, מוכרת נכסים ומספקת חוזים ושירותים. ובישראל, הוחל המשפט הציבורי גם על פעולות הרשות מתחום המשפט הפרטי.
- ה. העיגון הקונסטטואלי להרחבה זו של תחומי המשפט הציבורי נמצא בכך שהרשות חבה חובת אמון לציבור גם בפעולותיה מתחום המשפט הפרטי.
- ו. בפעולותיה כבעלת רכוש, ממלאת הרשות "תפקיד ציבורי על פי דין" - בכך שחובת הנאמנות היא התפקיד המוטל על הרשות מכוח הדין. בהקשר זה הצענו כי המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" המנוי בסעיף

⁹⁵ *Bromley London Borough Council v. Greater London Council* [1982] 2 W.L.R. p. 62

15(ד)2 לחוק יסוד: השפיטה, והמהווה מקור לקביעת סמכותו של בג"צ, יהווה גם מבחן לתחולתו של המשפט הציבורי. המשפט הציבורי יחול על כן על המדינה, על רשויות מקומיות ועל מי שממלא "תפקיד ציבורי על פי דין", וזהו הדין המהותי אשר לפיו יידונו ענייניהם של גופים אלו - גם בערכאות אזרחיות. הצעתנו התבססה על כך שזהו מבחן משולב ארגוני ופונקציונלי, העשוי לענות על הצרכים הנוצרים בעקבות הרחבת תחומי פעילותה של הממשלה במדינה המודרנית, בה מתערבת הממשלה בתחומים רבים ומשתמשת לשם כך באורגנים שונים. העובדה כי במסגרת מבחן זה באה לידי ביטוי קיומה של חובת האמון כלפי הציבור, מעגנת מבחן טכני זה גם במימד המהותי והרציונלי של הדברים.

ז. מכיוון שהמדינה פועלת באמצעות אורגנים שונים, בתחומי המשפט הפרטי, ובהם החברות הממשלתיות, הרי שכמשקל נגד מחויבת הפעלת המשפט הציבורי אף במקרים אלו.

ח. תוצאה זו אכן מוגשמת, לנוכח מסקנתנו, בפרק ג לעיל, כי גם החברה הממשלתית חבה חובת אמון לציבור, מכוח תפקידה לאזן בין אינטרסים שונים. חובת אמון זו תיכלל ממילא בגדר המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" ותועיל להחלת כללי המשפט הציבורי כמשקל נגד לפעילות הממשלה באמצעות אורגנים מתחום המשפט הפרטי.

6.113 מסקנה זו מולוכה לקביעה, כי תפקיד האיזון בין אינטרסים המוטל על החברה הממשלתית, מכוח חוק החברות הממשלתיות, המסדיר את דרך הפעלת החברה הממשלתית על ידי הממשלה, לא זו בלבד שהינו מטיל חובת אמון על החברה הממשלתית, אלא שהוא אף מוגדר כ"תפקיד ציבורי על פי דין", ונובעת הימנו הן סמכות ביקורת לבג"צ והן כפיפות לכללי המשפט הציבורי.

מסקנתנו הינה על כן כי המונח "תפקיד ציבורי" עשוי להיות מוגשם אף על ידי גוף מן המשפט הפרטי, כשחל למעשה מבחן פונקציונלי בצד המבחן האורגני ולפיו חלים כללי המשפט הציבורי על גוף הממלא תפקיד, אשר מהותו מחייבת תחולתן של חובות אמון.

6.114 עם זאת, ביחס לחברה הממשלתית כגוף פרטי לא יחול עקרון חוקיות המינהל ולכן לא ייבחן גדר הסמכויות. הביקורת השיפוטית תהא בדבר אופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי והשאלה תהא אם נשקלו השיקולים

הראויים ואם קויים בהגינות ובסבירות התפקיד הציבורי, לאזן בנאמנות בין האינטרסים השונים.

6.115 מסקנה זו התאששה גם כתוצאה מכך שבמישור המשפט הפוזיטיבי הנוהג מצינו התקרבות רבה בין היישום והמשמעות הניתנים הלכה ולמעשה לנורמות מן המשפט הפרטי, לבין היישום והפרשנות הניתנים לנורמות של המשפט הציבורי. המרחק בין הנורמות החלות על גופים ציבוריים בפועלן בתחומי המשפט הפרטי לבין הנורמות החלות על גופים פרטיים אינו רב, והוא הולך וקטן. התקרבות זו מפחיתה את החשש מפני התוצאה הנורמטיבית שאליה הגענו. מה עוד, שבתחום חובת המכרזים, שהינו התחום המכביד ביותר מבחינה כלכלית מבין כללי המשפט הציבורי, והמהווה נקודת הבחנה מהותית במישור המשפט הפוזיטיבי בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי, קבע חוק חובת מכרזים, מטעמים פרגמטיים, כי החברה הממשלתית חייבת ממילא לנקוט במכרז בטרם שתבצע התקשרויות חוזיות. התחום בעל ההשלכות הכלכליות והמעשיות הרבות ביותר הוכרע אם כן במישור הפרגמטי, והחברה הממשלתית השוותה בו לרשויות המדינה. בכך הוסר הגורם הכבד ביותר לחשש, ואנו חופשיים להכריע בסוגיה דנא במישור הנורמטיבי שלה, בהתאם לניתוח העיוני של הדברים.

פרק ז

תחום הדמדומים בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי ומיקומן של החברות הממשלתיות

- א. מבוא
- ב. השימוש בעקרונות היסוד של השיטה
- ב(1) חובת השוויון כקו גבול בין משפט ציבורי למשפט פרטי
 - ב(2) חלחול נורמות מן המשפט הציבורי לתחומי המשפט הפרטי
 - ב(3) הקשיים שבהם נתקלת שיטת התחולה העקיפה
 - ב(4) חוקי היסוד וחובת הפרט לנהוג בשוויון
 - ב(5) אימתי ניתן להשתמש בעקרונות היסוד של השיטה
 - ב(6) המסקנה המתבקשת
- ג. חירויות הפרט אל מול חובת השוויון בארצות הברית
- ג(1) חירות הפרט כנגד השקפת עולמה של החברה
 - ג(2) העדר "תחולה עקיפה" של נורמות בארצות הברית ובקנדה
 - ג(3) דרך הביניים המתבקשת
- ד. הפתרון המוצע והסולם הנורמטיבי המתהווה
- ה. סיכום

א. מבוא

7.1 בפסיקה מסתמנת תנועה מתמדת של נורמות מכיוון המשפט הציבורי אל עבר המשפט הפרטי. למעשה, התחולל בפסיקה הישראלית מהפך מסוים בהקשר זה ובעוד שבאנגליה נוצרה והתחדדה האבחנה בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי¹ הרי שבמשפט הישראלי הולכת הבחנה זו ומיטשטשת. פרופ' ברק סיכם לאחרונה תהליך זה² בהאי לישנא:

"הבחנה זו בין משפט ובית משפט ציבורי לבין משפט ובית משפט פרטי לא היתה מעולם חדה וחריפה. השלטון - באמצעות הרשות המחוקקת - חוקק חוקים אשר הסדירו יחסים פרטיים. השלטון - באמצעות הרשות המבצעת - פעל בתחומי המשפט הפרטי וכתר חזים עם אנשים וגופים פרטיים, וסכסוכים בין הפרט לבין השלטון חצו את הגבול בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי. גופים שלטוניים ערכו 'הסכמים פוליטיים' בינם לבין עצמם. גופים פרטיים מילאו תפקידים ציבוריים, ונתפסו כגופים 'קוואזי-ציבוריים', או 'יצורי כלאיים'. הוכרו גופים 'דו מהותיים' אשר תלים עליהם 'הן כללי המשפט הפרטי והן נורמות המשפט הציבורי'. חובות האמון, ההגינות והסבירות - המאפיינות שלטון ביחסיו עם הפרט בתחומי המשפט הציבורי - חילחלו למשפט הפרטי, תחילה ליחסים של משפט פרטי שבין השלטון לבין הפרט, ובעקבותיהם ליחסים של משפט פרטי בין גופים פרטיים, לבין עצמם. עקרון 'תום הלב' שימש מכשיר להשפעה מהמשפט הציבורי למשפט הפרטי, ומהמשפט הפרטי למשפט הציבורי. תפיסות יסוד של משפט ציבורי, החלות בין השלטון לבין הפרט - כגון כללי הצדק הטבעי והאיסור על ניגוד עניינים - חדרו ליחסים שבין פרטים לבין עצמם. קוי הגבול בין סמכות בית המשפט הגבוה לצדק לזו של בית המשפט האזרחי מטושטשים, ותחום 'הדמדומים' הוא רחב".

7.2 תחולה רחבה זו של נורמות מן המשפט הציבורי גם ביחס לגופים פרטיים מקילה ביותר את ההחלה של נורמות אלו על חברות ממשלתיות. ואולם, בה בעת, נשאלת השאלה היכן הוא קו הגבול של הנורמות השונות והיכן ניצבת החברה הממשלתית בתחום דמדומים רחב זה?

1 ראה בעיקר סעיפים 6.39-6.45 לעיל. וכן:

P. Cane "Public Law and Private Law - a study of the analysis and use of a legal concept", Eekelaar and Bell eds. Oxford, Essays in Jurisprudence, 3rd Series 1987.

2 א' ברק 'זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי' ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (בעריכת פרופ' י' נמיר, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ג-1993) 163, 164-165.

ויצוין, התשובה לשאלות אלו היתה עשויה להיות פשוטה וברורה, בטרם שחוקקו חוקי היסוד בדבר חופש העיסוק³ ובדבר כבוד האדם וחירותו.⁴ ואולם, כפי שנראה להלן, חוקים אלו חוללו, לדעת כבי השופט ברק, מהפכה חוקתית והביאו לידי תחולה של כלל העקרונות מן המשפט הציבורי אף על גופים פרטיים. לנוכח מהפכה חוקתית זו עשוי אף הפרט להיות מוכפף לעקרון השוויון וכיוצא באלה עקרונות מן המשפט הפרטי.

בהתאם לגישה חדשנית זו, עלינו להשיב על השאלה מה יהא מותר הגוף הממשלתי מן החברה הממשלתית? ובמה יהא מותרם של הגוף הממשלתי והחברה הממשלתית גם יחד על פני הגוף הפרטי?

הצבת אבני גבול בין המישורים הנורמטיביים השונים הינה קשה ביותר מקום שבו נוצר תחום מדומים והנורמות משמשות זו בזו בערבוביה. ועם זאת, גם כעת, לא הרי גוף ממשלתי כהרי חברה ממשלתית ולא הרי חברה ממשלתית כהרי חברה פרטית. גם במסגרת הגל הנורמטיבי הגואה, קיים הבדל יסודי בין מי שחב חובת אמון לזולתו לבין מי שאיננו חב חובה כאמור, ובין מי שחובת האמון שלו הינה אלטרואיסטית ואין לו משלו ולא כלום לבין מי שיש לו אינטרסים לגיטימיים משלו. להבהרת עניין יסודי זה יוקדשו הדברים דלהלן.

3 חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח 1387, התשנ"ב, עמ' 114.

4 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391, התשנ"ב, עמ' 150.

ב. השימוש בעקרונות היסוד של השיטה

7.3 (ב1) חובת השוויון בקו גבול בין משפט ציבורי למשפט פרטי

7.3 הקרבה שנוצרה בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי נעשתה בעיקר באמצעות הפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט לעקרון תום הלב והרמה הנורמטיבית שהושתה אף על גופים פרטיים באמצעות עיקרון זה.

הסנונית הראשונה במגמה זו היה בג"צ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הבטחון, מדינת ישראל ואח'5 (להלן: פס"ד חברה פלונית), בו התייחס כב' השופט ברק לחובת תום הלב המוטלת מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), ביחס לכל גוף שהוא, פרטי וציבורי, וקבע לאמור:

"... בעבר היה בחובת הגינות זו המוטלת על המדינה הפועלת בתחומי המשפט הפרטי משום יחוד. כיום מוטלת חובת ההגינות - אם כי בתחומים צרים יותר ועל סוגי פעולות מוגבלים יותר - על כל אדם הפועל בתחומי המשפט הפרטי, שהרי הדין הכללי מטיל על כל אדם לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה בדרך מקובלת ובתום לב... והדין הכללי מטיל על כל אדם את החובה לקיים חיוב או להשתמש בזכות - בין שמקורם בחוזה ובין שאינם נובעים מחוזה (סעיף 61(ב) לחוק החוזים) בדרך מקובלת ובתום לב."

לאמור, באמצעות עקרון תום הלב החל גם על גופים פרטיים, נוצרה קרבה בין רמת ההתנהגות הנדרשת מגופים פרטיים לרמת ההתנהגות הנדרשת מגופים ציבוריים הפועלים בתחום המשפט הפרטי, וניטל הייחוד שבהחלת חובת הגינות על רשויות המדינה. בהקשר זה ראינו בפרק א לעיל, כי עקרון תום לב הינו כלי רב עוצמה, אשר בית המשפט משרה באמצעותו רמה נורמטיבית הנראית בעינינו כראויה בנסיבות העניין בהתאם לציפיות הציבור.

7.4 עם זאת, שרר חייץ ברור בין חובת תום הלב החוזית לבין חובת ההגינות העומדת ביסוד כללי המשפט הציבורי, בתחום החובה לנהוג בשוויון

5 בג"צ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הבטחון, מדינת ישראל ואח', פד"י לב(2) 581, (להלן: פס"ד חברה פלונית).

ואיסור ההפליה. ברור היה כי הפרט חייב לנהוג בתום לב אך אינו חייב לנהוג בשוויון. הדברים הובהרו על ידי כב' השופט ויתקון, אשר התייחס לקביעתו של פסק דין חברה פלונית במאמרו "הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי-האזרחי",⁶ וציין:

"לכאורה, פירושו של דבר שלא זו בלבד שאת מעשי השלטון שבתחום הפעולה העסקית-פרטית עלינו למדוד על פי הסטנדרטים הגבוהים והנשגבים ביותר, סטנדרטים העולים בחומרתם על אלה שמקובל לדרוש מהאדם הפרטי, אלא שלמעשה, אותם סטנדרטים מעולים חלים היום על האדם הפרטי עצמו, כך שבעצם אין ביניהם הבדל.

'לכאורה' אמרתי, שכן בודאי לא היה בדעת השופט ברק להכניס את האדם הפרטי לאותה מיטת סדום שבה נמצאת כעת הרשות הציבורית. ...מכל מקום, ברור שאדם פרטי חופשי להתקשר עם פלוני, או שלא להתקשר עם אלמוני הכל כעולה על רוחו, ובהעדר חקיקה מפורשת האוסרת התנהגות כזאת, רשאי הוא להפלות בין בני דת, גזע ולאום למוניהם, ובין גבר לאישה, ואיש אינו פוצה פה ומצפצף" (ההדגשה הוספה).

7.5 דא עקא, שהיום ניצבים אנו לאחר שורה של פסקי דין, שבהם יושם, הלכה ולמעשה, עקרון תום הלב ביחס לגופים פרטיים, ואין עלינו לחזות להיכן תישוב הרוח, שהרי ניתן לחוש בה בברור. כך למשל, בעניין בית יולס נ' רביב,⁷ קבע כב' השופט ברק באופן מפורש כי על הפרט העורך מכרז לנהוג על פי נורמות של שוויון, וזאת מכוח עקרון תום הלב.⁸ בכך ניתן לכאורה צלם ציבורי גם לפעולה הנעשית בהיכלו של גוף פרטי, ובאמצעות עקרון תום הלב החוזי הוחל העיקרון המובהק ביותר מן המשפט הציבורי בתחום המשפט הפרטי, כאשר גוף פרטי המבקש להתקשר בחוזה בדרך של פרסום מכרז, שוב אינו רשאי לעשות ככל העולה על רוחו ולהתקשר עם מי שיחפוץ, ועליו לכבד את עקרון השוויון ואיסור ההפליה.

6 א' ויתקון "הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי-האזרחי" משפטים יא (תשמ"א) 304, 306.
7 ע"א 207/79 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פ"ד (1) 533, בו היתה דעה זו דעת הרוב, ולאחר מכן ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב, פ"ד (מג"ו) 441, בו הפכה דעה זו לדעת המיעוט.
8 כנגד גישה זו יצא חרוץ מ"מ הנשיא כב' השופט מ' אלון, בראותו בהחלט נורמות אלו מכוח עקרון תום הלב התערבות בחופש החוים העולה כ"י טורניליום. לעניין זה מפנה כב' השופט אלון למאמריו של:

J. Feinberg "Legal Paternalism" 1 *Canadian Journal of Philosophy* (1971) 106; D. Dworkin "Paternalism", *Morality and The Law* (Belmont, ed. by R.W. Wasserstrom, 1971) 107.

ובכך לא סגי. לאחרונה הביע כב' השופט ברק את דעתו, בפסק דין ובמאמר שפרסם, כי קיימת תחולה של נורמות מן המשפט הציבורי על גופים פרטיים, ובכלל זה חובת השוויון, וזאת אף באשר לגוף הפרטי אינו עורך מכרז. חובת השוויון חלה בהתאם לגישה זו אף על גוף פרטי, וכב' השופט ברק אינו נמנע מלהכניס אף את האדם הפרטי "לאותה מיטת סדום שבה נמצאת כעת הרשות הציבורית". זאת, לנוכח גישתו בדבר "חלחול הנורמות מן המשפט הציבורי אל תוך תחומי המשפט הפרטי".

ב(2) חלחול נורמות מן המשפט הציבורי לתחומי המשפט הפרטי

7.6 בע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום⁹ (להלן: פס"ד קסטנבאום), נדון הסכם שנכרת בין חברה קדישא, שהינה עמותה, אחת מני תשע עמותות המספקות שירותי קבורה בירושלים, לבין משפחת קסטנבאום, לפיו יירשם התאריך על גבי מצבה שתוקם בחלקת הקבר שנרכשה על ידם אך ורק בשפה העברית. כב' השופט ברק פסל תניה זו בחוזה, ושחרר את משפחת קסטנבאום מהתחייבותה זו, על שום היותה של ההתחייבות האמורה מנוגדת לעקרון היסוד בדבר כבוד האדם.¹⁰

לאחר שהעניין נדון מהיבטיו הציבוריים, לנוכח סמכויות שלטוניות שנמצאו לחברה קדישא, קבע כב' השופט ברק, כי לתוצאה זוהי יש להגיע גם על פי כללי המשפט הפרטי. בהקשר זה התעוררה השאלה, אם נורמות המשפט הציבורי חלות אף ביחס לגוף פרטי, וכב' השופט ברק קבע (שם, בעמ' 530) כדלקמן:

"דומה כי מובן וברור הוא שעקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי.

ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט.

...אכן, השאלה האמיתית אינה אם עקרונות היסוד של המשפט

9 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, פד"י מ(2) 464. גם ביחס למקרה זה הביע כב' השופט אלון את הדעה, כי זוהי התערבות בחופש התחום העולה כדי פטרנליזם בלתי מוצדק. ראה ע"א 294/91, שם, בעמ' 514.

הציבורי חלים בתחומי המשפט הפרטי. התשובה על שאלה זו פשוטה היא וברורה - בן.

השאלה האמיתית היא כיצד מוזרמים עקרונות היסוד של המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי ומהם הצינורות דרכם מועברים עקרונות אלה אל ההתנהגות של הפרט ביחסיו עם פרטים אחרים.

...דומה שאין מחלוקת על כך שכללי המשפט הציבורי מוצאים את ביטויים בתחומי המשפט הפרטי בדמות עקרונות פרשנות שונים, המופעלים על פעולות משפטיות במשפט הפרטי. כך למשל צוואה וחווה יש לפרש על בסיס החזקה של שוויון.

המשפט הפרטי בולל בחובו מספר דוקטרינות, אשר משמשות כלים באמצעותם מוזרמים עקרונות היסוד של השוטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אל תוך המשפט הפרטי. במרכזם של כללים אלו עומדים עקרונות תום הלב (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים) ותקנת הציבור (סעיף 30 לחוק החוזים)¹¹ מזה, ועולת הרשלנות (סעיף 36 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש) והיפר חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש) מזה" (ההדגשות הוספו).

7.7 נמצאת למד אם כן כי בית המשפט מחיל ממילא, אף ביחס לגופים פרטיים, את הכללים הנוהגים במשפט הציבורי, וזאת באמצעות כלים משפטיים מתחום המשפט הפרטי. בכך נוצרת הרמוניה שיפוטית, בדרך של "הזרמת" עקרונות מתחום משפטי אחד למשנהו, עד כדי צמצום ניכר של הפערים בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, והחלה מוגברת של נורמות גבוהות - בכל הספקטרום המשפטי.¹²

7.8 ודוק, בעניין קסטנבאום משאיר כב' השופט ברק בצריך עיון את השאלה, אם הזרמתם של עקרונות המשפט הציבורי לתחומי המשפט הפרטי נעשית אך באמצעות כלים של משפט פרטי ("הזרמה אמצעית" ר"תחולה

11 מכוח עקרון "תקנת הציבור" מוזרם שם כב' השופט ברק, אל תוך המשפט הפרטי, את עקרונות היסוד של המשפט בכלל ואת זכויות האדם הבסיסיות של הפרט בפרט, בהסתמך על: K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürger Rechtsllcher* (6 Aug, 1983) 79.

כב' השופט ברק קובע שם כי סעיף 30 לחוק החוזים הוא מכשיר משפטי עיקרי - בצד עקרונות אחרים, כגון תום לב, ובאמצעותו מובטחת ההרמוניה הכללית בשיטת המשפט.

12 ליצירת הרמוניה משפטית, כמטרה רצויה, ראה גם בג"צ 951/91 דוד פסטרניק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פד"י מה(5) 50, 65, בו מרחיב כב' השופט ברק, למען ההרמוניה המשפטית, את תחולת קביעתו כי מכרזים של המדינה יידונו בערכאות אזרחיות על פי הכללים שערבבו בבג"צ, גם ביחס לרשויות מקומיות, תאגידים סטוטוריים, חברות ממשלתיות, שמוענקות להן סמכויות שלטוניות, כגון חב' החשמל, וחברות ממשלתיות גרידא הנשלטות על ידי המדינה.

עקיפה"), או שמא נעשית ההזרמה במישרין, ללא צורך לחלחל דרך דוקטרינות של משפט פרטי ("הזרמה בלתי אמצעית" ו"תחולה ישירה"). שאלה זו שנויה במחלוקת במשפט המשווה¹³ כאשר עיקר הוויכוח נסב סביב עקרון השוויון ומידת תחולתו הישירה, מקום שהפרט(!) מסרב להתקשר בחוזה עם פלוני והטענה היא כי במעשהו זה הוא מפלה את פלמוני.

שאלה זו, שלכאורה - בכל הנוגע לרוגמא המובאת - היתה בגדר המובן מאליו, שבן ברור לכאורה כי לפרט מותר להפלות, הושארה בפסק דין קסטנבאום בצריך עיון. השוואת צריך עיון זה לדבריו הנחרצים של כב' השופט ויתקן שהובאו לעיל, מלמדת כמאה עדים עד כמה חדה היא המגמה החדשה להפיל את החומות שנתרו בין הנורמות הייחודיות למשפט הציבורי לבין הנורמות המקובלות במשפט הפרטי, ולקרוב את המשפט הפרטי, ככל שניתן, לרמה הנורמטיבית שהציב המשפט הציבורי.

7.9 זאת ועוד, אם בפסק דין קסטנבאום הסקנו רק על דרך ניתוח של הדברים, כי לדעת כב' השופט ברק תחול החובה לנהוג בשוויון אף על גוף פרטי, הרי שהדברים יצאו מפורשים וברורים מפי כב' השופט ברק במסגרת מאמרו "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי"¹⁴ נסקור גישה חדשנית זו וננתח את משמעויותיהם של הדברים.

7.10 בעיקרו מתייחס מאמרו הנ"ל של כב' השופט ברק לשאלה היסודית הבאה:

"עם חקיקתם של חוק יסוד: חופש העיסוק¹⁵ וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁶ (להלן: חוקי היסוד) זכו זכויות האדם הבסיסיות להכרה חוקתית פורמלית והוענק להן מעמד על-חוקי. הן הפכו לזכויות יסוד מוגנות¹⁷ העומדות על רמה נורמטיבית גבוהה יותר מדבר חקיקה 'רגיל', או מהמשפט המקובל נוסח ישראל. הן בוודאי מכוונות כלפי השלטון. הן בוודאי חלק מהמשפט הציבורי. אך מה מקומן ביחסים בין הפרטים לבין עצמם?

האם זכות הקניין מתפצלת לזכות החוקתית (המעוגנת בחוקי-היסוד)

13 ראה: H. Mangoldt and F. Klein Das Bonner Grundgesetz (Band I, 131)

14 א' ברק זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי, לעיל הערה 2, בעמ' 198-205.

15 סי' 1387, התשנ"ב, עמ' 114.

16 סי' 1391, התשנ"ב, עמ' 150.

17 ראה א' ברק 'המפיקה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות' משפט וממשל א (תשנ"ב) 9.

והחלה במשפט הציבורי ולזכות אדם הלכתית (המעוגנת בחקיקה הרגילה ובמשפט ההלכתי) והחלה במשפט הפרטי? כאשר חוק היסוד קובע כי 'אין פוגעים בקניינו של אדם',¹⁸ האם האמור מוטל רק על השלטון או גם על כל פרט במדינה? כאשר פרט פוגע בקניינו של אדם, העומדת לנפגע תרופה שלא היתה בידו בעבר?"

7.11 הנחת היסוד של כב' השופט ברק במאמר זה הינה כי חוק "רגיל" שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, או שנועד לתכלית שאינה ראויה, או הפוגע בזכויות שעוגנו בחוקי היסוד האמורים במידה העולה על הנדרש, הינו בטל מעיקרו, בעקבות חקיקת חוקי היסוד. גדר הספק בשאלה שהועלתה נובע, מבחינה מהותית, שעיסוק חוקתי בזכויות אדם הוא תמיד עיסוק בהן כלפי השלטון.¹⁹ כדי לשמור על זכויות אדם ביחסים שבין פרטים אין צורך בחקיקה חוקתית ודי בחקיקה רגילה או בהלכה פסוקה. חקיקה מיוחדת נדרשת רק מחמת החשש כי השלטון ינצל את כוחות החקיקה הרגילה המסורים בידו, כדי לפגוע בזכויות אדם. כוחות אלו אינם מסורים בידי הפרט. כמו כן, חוקי היסוד נועדו להעניק לפרט זכויות יסוד חוקתיות. אם נחיל את הוראות חוקי היסוד גם על יחסים שבין פרטים לבין עצמם נמצא, כי חוקי היסוד לא רק העניקו זכויות, אלא גם שללו זכויות, שהרי זכותו של פרט אחד היא חובתו של הפרט השני.

אם איסור ההפליה, למשל, חל גם על יחסים שבין פרט אחד לרעהו, הרי שמשמעות הדבר היא לכאורה, שמצווה אינו רשאי להפלות בין יורשים ומוכר אינו רשאי להפלות בין קונים, ואזי מה יהא על האוטונומיה של הרצון הפרטי ובעיקר על חופש החוזים?²⁰

7.12 לעומת זאת, יש לזכור כי קיימת סכנה לזכויות האדם לא רק מכיוון השלטון אלא גם מכיוון הפרטים, בעיקר מפרטים רבי עוצמה כגון חברות פרטיות מסוימות.²¹

18 סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

19 Swinton "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (W. Tarnopolsky and G. Beaudoin eds., 1982) 41.

20 בסוגיה זו ראה: גולדברג "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכת חודה" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 7; חרמון, "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק באספקלריה של הפסיקה הישראלית והאנגלית" ספר יצחק כהן (1989) 393; כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט ב (אוקטובר 1992) 42.

21 כך ידועה למשל דעתו של פרופ' Barron כי עיתונות לא מרוסנת הינה מטובנת, שכן כלי התקשורת ההמוניים, שהם בימינו ספקי הדעות והידיעות העיקריים לציבור, אינם כלל עיקר "שוק חופשי של דעות שונות" אלא גופים כלכליים הנשלטים על ידי מונופולים מעטים. (משום כך מציע Barron כי למי שהותקף על ידי עיתון תינתן הזכות לפרסם באופן מלא ונרחב את תגובתו, כדי שיתבררו העובדות לאמתן.)

כך למשל, אם עירייה קטנה אינה רשאית להפלות, שכן היא בגדר "שלטון" - מדוע תוכל חברה גדולה לעשות כן? ואם הוראות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינן חלות ביחסים שבין פרטים לבין עצמם, מה דין השלטון כשהוא פועל במשפט הפרטי? ואם אכן חלות הוראות אלו גם מקום שבו פועלת המדינה במשפט הפרטי, כיצד יוגדר "השלטון" לעניין זה? האם חברה ממשלתית היא "שלטון" לעניין הוראות חוקי היסוד? ²¹א

7.13 בכל הנוגע להתלבטות זו, מצדד כב' השופט ברק בעקרון "התחולה העקיפה" של זכויות היסוד אף ביחס לתחומי המשפט הפרטי. לאמור, כאשר המשפט הפרטי נותן ביטוי לזכויות אדם, אין הוא יוצר מערך מיוחד של זכויות אדם של המשפט הפרטי. אין שתי מערכות של זכויות אדם, אלה של המשפט הפרטי ואלה של המשפט הציבורי. קיים מערך אחד של זכויות אדם. בעבר הן היו מעוגנות בהלכות "שאינן כתובות על ספר", כיום הן מעוגנות בנורמה "על חוקית". בעבר "חלחלו" זכויות האדם ההלכתיות למשפט הפרטי באמצעות "מושגי השסתום" של המשפט הפרטי (כגון "תקנת הציבור", "תום לב", "סבירות", "רשלנות" וכיו"ב), כעת "מחלחלות" למשפט הפרטי, באמצעות מושגים אלה עצמם, זכויות האדם החוקתיות. בהתאם לכך מהווה העיקרון של "תקנת הציבור" וכיו"ב עקרונות "שסתום" חוקיים, צינור אשר באמצעותו מוזרמים ערכי המשפט החוקתי למשפט הפרטי.

7.14 יושם אל לב, אילו עצרה "הרכבת" הנורמטיבית כשהיא טעונה במטען זה, כבר היה בה הרבה מאוד מן החידוש והחדשנות, שכן לדיו של כב' השופט ברק, השוני במעמד החוקי של זכויות היסוד - החלות אף בתחום המשפט הפרטי - עשוי להביא לשוני בתוצאה.

כך מציין כב' השופט ברק כמשל, כי מעביד פרטי המפטר עובד בשל דעה פוליטית שהעובד הביע ופיטורין אלה אינם כדין, הרי שכאשר מעמדה של זכות הביטוי אינו חוקתי, עשויים הפיטורין שלא כדין לגרור תרופה של פיצויים אך לא של אכיפה. לעומת זאת, אם המעמד של זכות הביטוי מועלה לדרגה על חוקית, עשוי העובד לזכות גם בתרופת האכיפה. העלאת המעמד הנורמטיבי של זכות הביטוי מחזקת את כוחה במשפט

J. A. Barron "Access to the press - A New First Amendment Right" (1967) *Harv. L. Rev.* 1641.
 21 א הנה כי כן, ממאמרו של כב' השופט ברק עלה, כי ההתלבטות, שאותה פירטנו לעיל בדבר תחולת המשפט הציבורי על תברות ממשלתיות, עומדת במידה רבה גם בבסיס השיקול להחיל את הנורמות המוסתרות בחוקי היסוד גם בתחומי המשפט הפרטי.

הפרטי, ומאפשרת לבית המשפט להעניק תרופת אכיפה במקום שזו לא הוכרה בעבר.

7.15 דא עקא, שכב' השופט ברק ממשיך וטווה קו מחשבתי זה אף הרבה מעבר לאמור לעיל ולדודו, לזכויות האדם המוגנות יש תחולה גם במשפט הפרטי. ואם בעבר נגזרו זכויות האדם מהמשפט הפרטי ומן המשפט הציבורי, הרי שעתה נגזרים הן המשפט הציבורי והן המשפט הפרטי מזכויות האדם החוקתיות, ו"זאת משמעותה של המהפיכה החוקתית בתחום זכויות האדם".

ואכן יש בדברים משום מהפכה חוקתית, שכן מכאן מסיק כב' השופט ברק כי בעל מסעדה המסרב ליתן שירותים על בסיס מפלה, עשוי להיחשב כמנהל משא ומתן "בתום לב", אם הזכות לשוויון היא הלכתית גרידא, שכן שאין בכוחה לגבור על חופש החוזים של בעל המסעדה. ואולם, אותו בעל מסעדה עשוי להיחשב כמנהל משא ומתן שלא בתום לב, אם הזכות לשוויון היא חוקתית.

משום כך, לדעת כב' השופט ברק:

"השוני בין המשפט הציבורי - הכולל בחובו, בין השאר, גם התחשבות באינטרס הפרטי - לבין המשפט הפרטי - המגן על האינטרס הציבורי באמצעות 'תקנת הציבור' - הוא מטושטש למדי. אין להצטער על כך. עניין לנו, בעיקרו של דבר, ב'כלים שלובים'".

7.16 טשטוש גבולין זה בין משפט פרטי למשפט ציבורי יוצר קושי עצום, באשר הוא מחיל למעשה על הפרט חובה לנהוג בשוויון ושולל הימנו את חירותו להכריע בעניינים שונים בהתאם לרצונותיו ולשגיונותיו. תשובתו של כב' השופט ברק לקושי זה היא, כי בין מכלול זכויות היסוד שיש להתחשב בהן מצויה גם זכות היסוד בדבר כבוד האדם ופיתוח אישיותו, אשר במסגרתה כלולה האוטונומיה של הרצון. מזכות יסוד זו נגזר איפוא עקרון חופש ההתקשרות ועקרון חופש החוזים.²²

משום כך, במתן תשובה לשאלה אם החוזה נוגד את תקנת הציבור, יש להתחשב, נוסף לחירויות האחרות, גם בחופש החוזים של הצדדים המתקשרים בו. החוזה ינגוד את תקנת הציבור, רק אם באיזון הכולל בין

22 להבחנה שבין חופש ההתקשרות לבין חופש החוזים ראה ג' שלו דיני חוזים (ירושלים, תש"ן), עמ' 35-23.

הערכים המתנגשים יד חופש הביטוי והתנועה תהא "על העליונה". בדומה, כנגד זכותו החוקתית של ראובן שלא להיות מופלה בהתקשרות החוזית ששמעון מבקש לערוך, עומדת זכותו החוקתית של שמעון להתקשר עם מי שיבחר.

7.17 זאת ועוד, כשם שהזכות לחופש הקניין וחופש העיסוק הועלתה בדרגתה הנורמטיבית - מזכות "הלכתית" לזכות "חוקתית" - כן עלתה בדרגה גם הזכות לחופש עיצוב החוזה. זכות זו מהווה ביטוי לכבוד האדם וחירותו, ואף היא בעלת מעמד חוקתי. וממילא, כשם שבתי המשפט טיפלו בעבר באיזון הראוי בין חופש עיצוב החוזה לבין זכויות האדם הבלתי מוגנות האחרות, כן הם יטפלו בעתיד באיזון הראוי בין חופש עיצוב החוזה לבין זכויות האדם המוגנות האחרות.

7.18 נמצאת למד כי כב' השופט ברק מציע ליצור מערכת של איזונים, אשר במסגרתה יבוא לידי ביטוי גם העיקרון של חופש ההתקשרות. עם זאת, יש כאן הצעה להחלה ברורה ומפורשת של חובה לנהוג בשוויון וללא הפליה, גם כאשר מדובר בגוף פרטי, וזאת אף כשלא מדובר בהליך של מכרז. ואין לך מהפכה חוקתית גדולה מזו.

7.19 מהפכה חוקתית זו מוצאת כאמור ביטוי מפורש עת שכב' השופט ברק (בעמ' 201 למאמרו) דן בשאלה האם רשאי בעל מסעדה לסרב ליתן שירות, על בסיס גזע, מין או דת? והאם רשאי אדם פרטי המבקש להשכיר חדר, לסרב להשכירו לפלוני על בסיס גזע, מין או דת? תשובתו של כב' השופט ברק הינה ברורה ומפורשת:

"האינטואיציה שלי אומרת, כי על בעל מסעדה מוטלת החובה לתת שירות - כלומר, לכרות חוזה - בלא להפלות על בסיס מין, גזע או דת. אותה אינטואיציה עצמה גורסת, כי פרט, המשכיר חדר בדירתו, רשאי לבחור את השוכר כראות עיניו. אינטואיציה זו מתבססת בעיקרו של דבר, על איזון ראוי בין חופש ההתקשרות של בעל המסעדה או בעל הדירה, לזכות של מבקש השירות (מזון או מגורים) שלא להיות מופלה. לשון אחר: מקובל עלי, כי לבעל המסעדה או לבעל הדירה החופש החוקתי להחליט עם מי להתקשר. בדומה, מקובל עלי, כי המבקש לאכול במסעדה או לשכור חדר, נהנה מהזכות שלא להיות מופלה (בין על-ידי המדינה ובין על-ידי פרטים אחרים), וכי אם מסרבים לו על בסיס מין, דת או גזע, זוהי הפליה. באיזון בין זכויות אלה, מקום שהן מתנגשות, גוברת זכותו של אדם שלא להיות מופלה במקרה של המסעדה, וגובר חופש ההתקשרות במקרה של בעל החדר להשכרה.

הטעם העומד ביסוד איזון זה מבוסס על התפיסה, כי חופש ההתקשרות הוא בעל העוצמה הרבה ביותר, כאשר הוא קשור לפרטיותו של האדם, והוא הולך ונחלש כאשר הוא מכוון כלפי הציבור כולו. בדומה, הזכות לא להיות מופלה, היא החזקה ביותר כאשר ניתן שירות לכלל הציבור וממעיטים מתוכו אדם על בסיס גזע, מין או דת. הזכות לא להיות מופלה הולכת ונחלשת מקום שהשירות, על פי עצם מהותו, אינו 'פתוח' לכל, וניתן על בסיס אישי".

7.20 לאמור, כאשר מדובר בשירות לציבור - כגון מסעדה, להבדיל מהשכרת חדר, הקשורה לפרטיותו של המשכיר, הרי שאף אדם פרטי הנהנה מן האוטונומיה של הרצון, מחויב לנהוג על פי נורמות של שוויון ואסור לו להפלות מטעמי דת, גזע ומין ולהחליט כי עם פלוני אין הוא רוצה כל מגע עסקי וכי לאלמוני אין הוא נותן שירות בעסקו הפרטי. זוהי למעשה החלה של חובת השוויון אף על גוף פרטי ויצירת השוואה בין גוף ציבורי שאין לו משלו ולא כלום, החב חובת נאמנות לציבור הרחב, לבין מי שרשאי להיות מונע מכוח האינטרס של עצמו בלבד ואשר אינו חב בחובת אמון כאמור.

ב(3) הקשיים שבהם נתקלת שיטת התחולה העקיפה

7.21 כב' השופט ברק נתקל בקושי מסוים ביישום המהפכה החוקתית האמורה בהעדר כלים משפטיים להגיע עדיה. כך מציין כב' השופט ברק ביחס לדוגמת ההפליה של בעל המסעדה, כי עקרון "תקנת הציבור" אינו מועיל, שכן עיקרון זה חל רק במקום שבו נכרת חוזה, אשר על פי הטענה הינו נוגד את "תקנת הציבור", ובמקרה של סירוב להגיש ארוחה במסעדה מנימוקים הנוגדים את "תקנת הציבור" - לא נכרת חוזה.

משום כך, פונה כב' השופט ברק במאמרו ל"עקרון שסתום" אחר במשפט הפרטי²³ - עקרון "תום הלב", כאשר הטענה היא כי ניתן השירות אינו מנהל משא ומתן בתום לב שעה שהוא מסרב ליתן שירות על בסיס

23 המונח "מושגי שסתום" מכוון לנורמות: "שתוכנם משתנה עם שינוי הזמנים והנסיבות. אלו מונחים המהווים מעין 'סתום' המסדיר את השפעת הפישות החיים המשתנת על חיי המשפט. ביטויים כמו 'סביר', 'רשלן', 'תום לב', 'ראוי', 'סיבה טובה', 'תקנת הציבור' הם מושגי שסתום. המיוחד אותם הוא העמימות שבהם. הם מתאפיינים בכך שהלשון עצמה אינה קובעת תוכן חד משמעי. תוכנם נקבע על פי שיקול דעת הפרשן, הניזון מעקרונות היסוד של השיטה, מתפישות המשפט המקובלות, ומדאיזון הראוי בין הערכים והעקרונות השולטים בחברה נתונה בזמן נתון. א' ברק פרשנות במשפט (נבו, 1993, כרך שני) עמ' 136-137.

הפליה מטעמי דת, גזע ומין. דא עקא, שההלכה הפסוקה הינה, כי בכל הנסיבות כולן, עקרון תום הלב אינו מחייב שוויון ואינו אוסר הפליה. שאלה זו נדונה בפרשת בית יולס²³ ודעת הרוב בדיון הנוסף שהתקיים באותו עניין היתה, כי עקרון תום הלב אינו מחייב לנהוג בשוויון, יהיו הנסיבות אשר יהיו. נתן לכך ביטוי המשנה לנשיא כב' השופט אלון, בציינו: ²⁴

"הכנסת חובת שוויון במסגרת עקרון תום הלב, כאילו חוסר שוויון נוגד הוא את תום הלב, יש בה משום מילוי תוכן למושג תום הלב שהמחוקק מעולם לא העלה על דעתו ושאינו למצוא לו הצדקה משפטית ומוסרית. דווקא משום שעקרון תום הלב הוא אחד החשובים והמיוחדים שבנורמות הערכיות של מערכת משפטנו, והוא מבטא את הנשמה היתירה שבמערכת זו - דווקא משום כך עלינו להיות זהירים שלא לכלול בו דבר, שרחוק הוא מתוכנו ושאינו מוצדק לגופו".

אכן, דעת כב' השופט ברק היתה שונה באותו עניין, אך דעת הרוב, כל עוד לא שונתה, היא המחייבת, ולפיה לא ניתן לעגן את חובת השוויון בעקרון "תום הלב".

7.22 בנסיבות אלו, בהעדר אפשרות לעגן את החלת חובת השוויון על הפרט, מכוח עקרון "תקנת הציבור" ומכוח עקרון "תום הלב", מציין כב' השופט ברק, כי יש לפתח כלים אחרים, המצויים במשפט הפרטי, כדי להחדיר באמצעותם את עקרון השוויון למשא ומתן הטרומ חוזי, והכוונה היא לעוללת הרשלנות, להיפר חובה חקוקה ולשימוש לרעה בזכות. כך למשל ניתן לומר, לדעת השופט ברק, כי מקום שבאיזון בין עקרון חופש ההתקשרות לבין עקרון השוויון גובר עקרון השוויון, מוטלת חובה (מושגית) שלא להפלות. בדומה, ניתן לראות, לדעתו, בהוראה החוקתית בדבר שוויון, הוראה שנועדה להגן על סוג בני אדם ולהעניק להם זכות, באופן שהפרת החובה מהווה היפר חובה חקוקה. ולבסוף, שיטת משפט, המכירה בתחולה כללית של העיקרון דבר איסור על שימוש לרעה בזכות עשויה לראות בהוראה זו מקור לתרופה במשפט הפרטי בגין פגיעה שלא כדין - כלומר, מעבר למותר על פי נוסחת האיזון - בעקרון השוויון.

ואולם, כב' השופט ברק מודה במאמרו הנ"ל, כי גם הפעלתה של דוקטרינה זו בישראל הינה בעייתית, שכן העיקרון של איסור על שימוש

23 א2 ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב, לעיל הערה 7.
24 שם, בעמ' 471-472.

לרעה בזכות מופיע בישראל בהקשר של דיני הקניין ואין לו מכוח עצמו תחולה כללית.

7.23 מכיוון שכך מסיק כב' השופט ברק בהקשר זה, כי עד כמה שדוקטרינות אלו אינן מספיקות, מחייב עקרון התחולה העקיפה של זכויות היסוד במסגרת המשפט הפרטי, את פיתוחו של "משפט מקובל נוסח ישראל", אשר ייתן ביטוי לזכויות החוקתיות בשלב הטרם חוזי. ובלשונו (בעמ' 205 למאמר האמור):

"אכן, זהו כוחה וזו משמעותה של התחולה העקיפה, שמכוחה 'מפעפעות' זכויות האדם החוקתיות לתוך המשפט הפרטי ובאמצעות המשפט הפרטי. 'חילחול' זה למשפט הפרטי נעשה, בראש ובראשונה באמצעות הכלים הקיימים של המשפט הפרטי. במקום שאלה אינם מספיקים, יש ליצור כלים חדשים. על כן, אם השלב הטרם חוזי טרם הגיע לשלב של משא ומתן בשל הפרת עקרון השוויון, ואין תחולה, על כן, לעקרון תום הלב, וידן של הדוקטרינות האחרות של המשפט הפרטי קצרה מלהושיע, יש ליצור דוקטרינות חדשות של משפט פרטי, אשר ישמשו מנוף להחדרת זכויות האדם החוקתיות למשפט הפרטי. כך נשמר עקרון הכלים השלובים והמעבר (העקיף) של זכויות האדם החוקתיות אל תוך המשפט הפרטי" (ההדגשות הוספו).

7.24 נמצאת למד כי לדעת כב' השופט ברק, חקיקת חוקי היסוד המעניקים מעמד על, מבחינה נורמטיבית, לזכויות האדם, מביאה למסקנה כי המשפט הפרטי והמשפט הציבורי מהווים "כלים שלובים", אשר מזיגת רמה נורמטיבית גבוהה לאחד מהם מתבטאת בהעלאת הרמה הנורמטיבית במשנהו. לדעת כב' השופט ברק חב אף הפרט בכל החובות שבהן חב גוף ציבורי - ובכלל זה חובת השוויון ואיסור ההפליה. ואולם, בהעדר חובת אמון של הפרט כלפי הציבור, אשר במסגרתה תעוגן החובה לנהוג בשוויון, חש כב' השופט ברק חוסר בקיומו של מקור משפטי לשם ביצוע "התחולה העקיפה" של עקרונות המשפט הציבורי במישור המשפט הפרטי, והוא מצוין כי לשם כך חיונית היא יצירתן של דוקטרינות חדשות של משפט פרטי.

7.25 פתרון הקורא למציאת כלים משפטיים חדשים מעורר קושי אימננטי.

מחד גיסא עולה כי לדעת כב' השופט ברק טמונים בחוקי היסוד, שחוקקו לאחרונה, שני חידושים החורגים מעצם עיגון זכויות הפרט של האזרח במסגרת חוקים מפורשים הנהנים מעדיפות נורמטיבית. לדידו של השופט

ברק זורמים כללי המשפט הציבורי ומוחלים אף ביחס לגופים פרטיים באמצעות "עקרונות השסתום" של המשפט הפרטי, כגון: חובת תום הלב, "תקנת הציבור", "רשלנות", "היפר חובה חקוקה" ו"שימוש לרעה בזכות".

ומאיך גיסא מסתבר כי עקרונות יסוד אלו חלים, לדעת כב' השופט ברק, בתחומי המשפט הפרטי, אף בהעדר "עקרונות שסתום" שכאלה, כשהמשפט הציבורי מחלחל אל תוככי המשפט הפרטי - אף בהעדר אמצעי חלחול.

והשאלה הנשאלת היא, הכיצד ניתן אם כן לדבר על "תחולה עקיפה" של המשפט הציבורי בתחום המשפט הפרטי, ועל חלחול של נורמות באמצעות עקרונות הקיימים במשפט הפרטי, בה בעת שמצדדים בתחולה של נורמות אלו - אף כשלא קיימים עקרונות מתאימים לכך בתחום המשפט הפרטי?

ב(4) חוקי היסוד וחובת הפרט לנהוג בשוויון

7.26 קושי מיוחד מעוררת גישת התחולה העקיפה ככל שהיא מבקשת להחיל את עקרון השוויון אף על הפרט, מכוח הנורמות שמשתיתים חוקי היסוד. הלכה פסוקה היא כי לעקרון השוויון אין תוכן מהותי משל עצמו והוא אינו מהווה מטרה בפני עצמה.²⁵ השוויון הוא אך אמצעי להשגת תוצאות צודקות בעת חלוקת משאבים לאומיים, דרך לביצוע תפקידיה של הרשות ביותר ובהגינות ואמת מידה לבחון אם אכן כך נהגה הרשות.

ומכאן נמצאת למד כי עקרון השוויון אינו נובע מזכות יסוד של הפרט, שהרי אילו היה הדבר כן, הרי שהיה בו כדי להוות מטרה בפני עצמה.

עקרון השוויון נובע בהכרח אך ורק מחובתו של מי שחב חובת אמון לזולתו - לנהוג בהגינות הראויה.

25 בג"צ 720/82 אליצור אגור ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פד"י (לז) 17, 20: J. Stone "Equal Protection and the Search For Justice" 22 Ariz. L. Rev. (1980) 1; P. Westen "The Empty Idea of Equality" 95 Harv. L. Rev. (1982) 537.
בהקשר זה ראה גם מאמרה של פרופ' כהן "השוויון מול חופש החוים", לעיל הערה 20.

ואם כן הוא, כיצד ניתן להחיל את עקרון השוויון אף על אדם פרטי המנהל מסעדה, שאינו נאמן של איש ושאינו חב מאומה לאיש?

ובכלל, מה לעקרון השוויון ולתחולה העקיפה של זכויות האזרח בתחום המשפט הפרטי, בה בעת שעקרון השוויון אינו נובע מזכויות אלו ואינו משקפן? הכיצד ניתן אם כן לומר כי לכך כוונו חוקי היסוד וכי זוהי תוצאתם?²⁶

7.27 ויצוין, תוצאה זו אינה מחויבת כלל ועיקר. כבי' השופט ברק מציין כי האינטואיציה השיפוטית מתקוממת כנגד האפשרות שבעל מסעדה יפלה אנשים מטעמי מין, גזע ודת, ועל כך לא יכול להיות חולק. ואולם, ספק הוא אם תופעה מגונה שכזו יש לשרש בדרכים משפטיות. לחברה יש די אמצעים חברתיים וכלכליים כדי להוקיע מעשים שכאלו. שנית, קיימות דרכים מינהליות להילחם בתופעה זו, כגון באמצעות הצורך של כל עסק לקבל "רשיון עיסוק" מן הרשות המקומית, ובאמצעות קביעה שיפוטית אפשרית, לפיה לא יהא זה סביר מצד הרשות המקומית להעניק רשיון עסק למסעדה הנוקטת בשיטות של הפליה פסולה כנגד הפונים לקבלת שירותיה. במקרה זה הנורמה הציבורית המיוחלת מושתתת על הרשות הציבורית - ביחסיה עם הפרט, ואין כאן החלה ישירה על הפרט של חובות ציבוריות מובהקות, המחייבות את הפרט לקיים יחסים עסקיים עם כל מאן דבעי. בדרך מינהלית זו, לא מוטלות על הפרט חובות אלו במקום שבו אין הוא זקוק למאומה מן הציבור (כגון במקרים שבהם לא נחוץ רשיון עיסוק) ולא נפגעת זכותו להעדיף את פלוני, בעסקו הפרטי, מטעמים אמרציונליים ושרירותיים.

7.28 זאת, ואף הרבה מעבר לכך. ההחלה של עקרון השוויון ואיסור ההפליה על הפרט, גוררת התערבות שיפוטית במערכת שיקוליו של הפרט והעמדת מערך שיקולים זה לביקורת שיפוטית.

26 בהקשר זה יצוינו דבריו של פרופ' א' לבונטין "פרשנות: אקלימים וסינתזה" ספר קלינגהופר על משפט ציבורי (ירושלים, תשנ"ג) 269, 278. הרואה את השופט כמי שחב חובת אמון למחוקק, במובן זה שעליו לפרש את חוקיו תוך נאמנות מרבית לרצונו של המחוקק ובלשונו: "שיא חובתו של השופט המפרש - להיות נאמן לרצונו של המחוקק. כלומר: להתאמץ להיות מונחה על-ידי רצון שהשופט עצמו נאלץ לפרשו, מכיוון שאותו רצון לא יכול היה, כפי שהובע, להורותו בריק או בשלימות... המחוקק כמו אומר לשופט: התקרב אלי ככל שתוכל, ואני סומך עליך, על מצפונך - כי אין בידי ברירה אלא לסמוך אליך - שאתה עצמך תחליט, ברוח הנאמנות אלי, עד כמה אתה יכול להתקרב. האשר לחובתך למעול ברוח הנאמנות אלי - אותה קיבלת על עצמך, ומה שאדם מקבל על עצמו חובתו המצפונית לעשותו, או לפחות לנסות לעשותו, בגבולות האפשר. עליך לנסות, איפוא, לפסוק כפי שלדעתך הייתו אני פוסק" (ההדגשה הוספה).

ראשית, יש לזכור כי החלת עקרון השוויון בכל הנוגע לגוף הפרטי עלולה לטמון בחובה בנסיבות מסוימות יסוד אידיאולוגי חריף ביותר.²⁷ אכן, לדעת כבי' השופט ברק יש לאזן בין החלת עקרון השוויון בתחום המשפט הפרטי לבין האוטונומיה של הרצון הנובעת מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ואולם, קו הגבול במסגרת איזון עדין זה עשוי לנוע בהתאם להשקפת עולמו של הפרשן ובדרך זו עשוי להתחולל הלכה ולמעשה מהפך אידיאולוגי ומעמדי. האם לכך נתן המחוקק את ידו בחוקקו את חוקי היסוד?

שנית, יש לזכור כי הערכים והעקרונות אינם מתייצבים לפני השופט עם תווית בדבר משקלם. "משקל" משמעו חשיבות חברתית יחסית. פעולת האיזון נערכת בהתאם להשקפות המקובלות של "הציבור הנאור" שבתוכו יושב השופט ובמסגרת הקונסנזוס החברתי העמוק בדבר תפיסות היסוד המעוגנות בתודעה הלאומית.²⁸ הכנסת מערכת השיקולים של הפרט אל תוך מבנה, שבו נשפטים מעשיו ומושמים על כפות המאזניים, משמעה אם כן: אכיפה של "ההשקפות המקובלות באותה עת על הציבור הנאור" - על הפרט, בתחומים הפרטיים ביותר שלו. דא עקא, שלפרט יש הזכות להיות שונה. זכותו של הפרט לחרוג אף מן הקונסנזוס החברתי העמוק, כל עוד שהוא אינו נוהג בחוסר הגינות, וזכותו לפעול בצורה אמציונלית - בלא ליתן דין וחשבון לאיש.

27 מי שדגל, ובאופן קיצוני, בהעברת עקרון השוויון מתחום המשפט הציבורי אף אל תחום המשפט הפרטי היה לא אחר מאשר קרל מרקס:

K. Marx "On the Jewish Question" in *Writings of the Young Marx on Philosophy and Society* (1967) 216; L. Kolakowski *Main Currents of Marxism Its Origins, Growth, and Dissolution* (1981) 122-127; A. Gouldner, *The Dialectic of Ideology and Technology - The Origins, Grammar and Future of Ideology* (1976) 101-104.

לבחינת ההיבטים האידיאולוגיים והסוציולוגיים של ההבחנה בין טרמות "ציבוריות" לבין טרמות "פרטיות" ראה גם:

K. Goodall "Public and Private in Legal Debate" 18 *International Journal of the Sociology of Law* (1990) 445; M. Barrett, *Women's Oppression Today: Problems in Marxist Feminist Analysis* (Verso Editions and NLB, 1980); S.I. Benn & G.F. Gaus, "Public and Private" in *Social Life* (Helm Croom, London); H. Collins "The Decline of Private in Private Law" 14 *Journal of Law and Society* (1987) 91-117; J.B. Elshtain, *Public Man, Private Woman* London, Oxford University Press, 1981; F.E. Olsen "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform" 96 *Harvard Law Review*, 1983 1497-1578; N. Rose, "Beyond the Public/Private Distinction: Law, Power and the Family" 14 *Journal of Law and Society*, (1987) 61-76; J. Siltanen & M. Stanworth, (Eds.) *Women and the Public Sphere* (London, Hutchinson, 1984; R.M. Unger *Law in Modern Society* (New York, Free Press, 1977).

28 א' ברק "תפקידו של בית משפט עליון בחברה דמוקרטית" הפיקליט מא (תשנ"ג) 1, בעמ' 9; א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב לעיל הערה 23, בעמ' 660-661; בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין (טרם פורסם).

7.29 דומנו כי זהו הטעם לקושי שבו נתקל כב' השופט ברק במציאת "עקרון שסתום" מן המשפט הפרטי, אשר באמצעותו יוחל עקרון השוויון על הפרט. הניסיון להגדיר את חובת תום הלב כמחילה את עקרון השוויון הוגדרה על ידי כב' השופט אלון בעניין בית יולס נ' רביב כפטרנליזם, שהרי יש בה כדי להכפיף את הפרט לביקורת שיפוטית במעשיו היום יומיים. לדעת רוב השופטים באותו עניין, עקרון השוויון אינו נובע מן החובה לנהוג בתום לב, שכן חובת השוויון יוצאת מנקודת הנחה כי אין להעדיף איש על פני רעהו מטעמים אמוציונליים ובכך היא שוללת את לגיטימיות השיקול האמוציונלי. חובת תום הלב לעומת זאת, יוצאת מנקודת הנחה כי הפרט רשאי לדאוג לאינטרסים שלו ולרצות להגשים מאוויים שונים ובלבד שהוא אינו פוגע בנורמות של הגינות בסיסית בין צדדים יריבים. בנקודה זו מגיעים אנו לבסיס הנורמטיבי של הדברים, הנוגע לשימוש בעקרונות היסוד של השיטה.

ב(5) אימתי ניתן להשתמש בעקרונות היסוד של השיטה

7.30 כב' השופט ברק מציין כי עקרון היסוד העומד בבסיס "המשפט הציבורי" הוא כי המינהל יפעל בהגינות, ובלשונו:

"השלטון הוא נאמנו של הציבור. אין לו משלו ולא כלום, וכל שיש לו למען הציבור יש לו. על כן חייב השלטון לנהוג בהגינות כלפי הציבור. מעקרון יסוד זה נגזרו בעבר כללי הצדק הטבעי, שאינם אלא כללים של הגינות מינהלית דיונית. מעקרון יסוד זה נגזרו בעבר כללי שיקול הדעת המינהלי (תום לב, מטרה זרה, הפליה), שאינם אלא כללי הגינות מינהלית עניינית. עקרון יסוד זה עוצר בחובו כוחות רבים, אשר טרם נוצלו, ואשר מהם ניתן לגזור הלכות חדשות, שיש בהם כדי ליתן תשובה לבעיות המתעוררות, שכן ככל שגדלה ההתערבות של המינהל בחיי הפרט, כן גדל הצורך לעמוד על כך שהמינהל יפעל בהגינות ביחסו עם האזרח".²⁹

במקביל מציין כב' השופט ברק,³⁰ את עקרון תום הלב כאחד מעקרונות היסוד של המשפט הפרטי:

"עקרון תום הלב ממלא דיני חוזים פונקציה שהיא דומה לזו

29 א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הויקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן 71, 78.
30 שם, בעמ' 84.

שממלאים עקרון הסבירות וההגינות במשפט המינהלי. זהו עיקרון גמיש אשר באמצעותו ניתן לגשר בין המציאות החברתית לבין הדין.

7.31 קרבה זו של עקרונות היסוד "מזמינה" לכאורה חלחול ומעבר של נורמות משפטיות ממישור משפטי אחד למשנהו, שהרי ההליך השיפוטי, בהילוכו הטבעי, נזקק לעקרונות היסוד, והמעבר מדין קונקרטי אחד לדין הלכתי קונקרטי שני אינו נעשה "ברמה" של הדין הקונקרטי בלבד, אלא באמצעותו של עקרון היסוד המשותף.

"הפיסולוגיה של ההליך השיפוטי כוללת בחובה דין קונקרטי אשר אינו עומד בבדידותו, אלא נגזר מעקרון יסוד. עקרון זה עצמו משמש בית יוצר לדין קונקרטי חדש, וזאת על פי צרכי החיים המשתנים. זהו מהלכה 'הגאוני' של ההלכה הפסוקה".³¹

7.32 ואכן, אילו היה הבסיס לעקרונות היסוד של המשפט הפרטי והבסיס לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי ניצב ברמה נורמטיבית אחת, היתה נוצרת תופעה של "כלים שלובים", כאשר שאיבת נורמות מעקרונות יסוד במישור משפטי אחד, מעלים במקביל את הרמה הנורמטיבית הנשאבת מעקרונות היסוד במישור המשפטי השני.

דא עקא, שהבסיס אינו "בגובה" שווה, ובהעדרו של בסיס שווה, מתקיים קושי מובנה ליצור "חוק כלים שלובים".

7.33 השוני הנורמטיבי בין חובת תום הלב החוזית לבין העקרונות שעליהם מושתת המשפט הציבורי מובהר ומומחש היטב בדבריו של כב' השופט ברק בספרו שיקול דעת שיפוטי³² כדלקמן:

"אכן, ביסוד חובת תום הלב, עומדת ההנחה כי בעל חוזה נכנס למערך החוזי מתוך רצון להגשים את האינטרס של עצמו, ולא את האינטרס של בעל דברו. חובת תום הלב באה להבטיח כי הגשמה עצמית זו תעשה בצורה הוגנת, כיאה לחברה תרבותית. רמת ההתנהגות הנדרשת, מבוססת על ההנחה כי בעל החובה אינו פועל מתוך מניע אלטרואיסטי, אלא מבקש הוא לקדם את עניניו שלו. חובת תום הלב באה לקבוע מערכת נורמטיבית של הגשמה הוגנת של אינטרס עצמי

31 שם, בעמ' 85.

32 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, 1978) 474-475. לעניין השוני הנורמטיבי שבין חובת האמון העומדת בבסיס דיני החברות לבין חובת האמון העומדת בבסיס המשפט הציבורי, ראה בהרחבה בפרק א לעיל.

זה. שונה הדבר לענין חובת האמון או חובת ההגינות. אלה אינן מבוססות על הנחה של אינטרסים נוגדים שיש לאזן ביניהם. אין הן מניחות יריבות שיש לקבוע לה כללי משחק הוגנים. חובות אלה מבוססות על ההנחה כי השלוח או המנהל או עובד הציבור מופקדים על אינטרס של אחר, וחייבים לקדם ולהבטיח אינטרס זה. ההגינות המתבקשת מהם אינה הגינות של יריב, אלא הגינות של ידיד. זו משמעותה של גישתנו, כי חובת תום הלב קובעת אמת מידה מינימלית בלבד."

7.34 נמצאת למד כי הבסיס הנורמטיבי של המשפט הפרטי יוצא מנקודת הנחה בדבר קיומו של אינטרס פרטי ובדבר קיומה של יריבות בין הפרט לבין אלו שעמם הוא בא במגע ובמשא. משום כך, קובע המשפט הפרטי נורמות מינימליות של הגינות, כיאה למי שנמצאים משני צידיו של המתרט. לא מושתות על הפרט נורמות החורגות מגדר מינימלי זה, שהרי בכך הן שוללות את נקודות ההנחה בדבר זכותו לראוג לענייניו הפרטיים.

לעומת זאת, לרשות הציבורית אין משלה ולא כלום. היא נאמן הציבור. ומכיוון שכך, חלות עליה חובות העומדות ברמה נורמטיבית מקסימלית. נורמות אלו מיועדות אכן לשלול כל שמץ של אינטרס אישי מצד הרשות הציבורית.

מכיוון שהבסיס הנורמטיבי של המשפט הציבורי אינו ניצב על מישור אחד עם זה של המשפט הפרטי, לא יכול להיכון כלל בדבר "כלים שלובים" בכל הנוגע לנורמות המיועדות לשרש את האינטרס האישי, כגון, איסור ההפליה וחובת השוויון, ובכל הנוגע לנורמות המיועדות לשרש את ההעדפה האמרוציונלית, כגון חובת ההנמקה. נורמות אלו יכולות לחול רק בתחומי המשפט הציבורי ואין להחילן מכוח עקרונות היסוד של השיטה גם בתחומי המשפט הפרטי.

ב(6) המסקנה המתבקשת

7.35 החובות מן המשפט הפרטי מניחות קיומו של אינטרס עצמי של הפרט, וממילא אין הן יכולות להיות מושוות לחובות המוטלות מכוח המשפט הציבורי, הנובעות מעקרון יסוד נורמטיבי בדבר קיומה של חובת אמון אלטרואיסטית. הדרך היחידה להחיל נורמות מן המשפט הציבורי גם ביחס לגוף פרטי, ככל שהמדובר בנורמות השוללות את האוטונומיה של

הרצון - כגון חובת השוויון, הינה באמצעות קביעה כי הגוף האמור, אף אם פרטי הוא, חייב בחובת אמון אלטרואיסטית כלפי הציבור הרחב מכוח תפקידו. רק קיומה של חובת אמון שכזו משווה את הבסיס הנורמטיבי של הנורמות החלות על הגוף האמור עם אלו העומדות ביסוד המשפט הציבורי, ומאפשרת תחולתם של כללים מן המשפט הציבורי על הגוף האמור, אף אם פרטי הוא. בהעדרה של חובת אמון, אין בסיס נורמטיבי משותף ואין אפשרות להפעיל את "חוק הכלים השלובים" ולהחיל את עקרון השוויון וכיו"ב עקרונות מן המשפט הציבורי בכל הנוגע לגוף פרטי, הרשאי לדאוג לאינטרסים שלו ולמאווייו השונים.

ג. חירויות הפרט אל מול חובת השוויון בארצות הברית

ג(1) חירות הפרט כנגד השקפת עולמה של החברה

7.36 המשפט הפרטי יוצא כאמור מנקודת הנחה לפיה הפרט רשאי לדאוג לעצמו ולשאוף להגשים את רצונותיו השונים. משום כך, נוצרת הבחנה נורמטיבית משמעותית ביותר בין עקרונות היסוד של המשפט הציבורי, הנובעות מקיומה של חובת אמון אלטרואיסטית, לבין הנחת המוצא של המשפט הפרטי, המאפשרת לפרט לנהוג כראות עיניו. הבחנה יסודית זו עומדת בבסיסו של ויכוח תיאורטי רחב המתקיים בהקשר זה באנגליה³³ ובארצות הברית³⁴ בדבר זכותה של החברה לכפות את השקפת עולמה על הפרט ולמנוע ממנו לפעול בתוך ד' אמותיו, בהתאם לאמות מידה שאינן עולות בקנה אחד עם הקונסנוס החברתי.

עם זאת יצוין כי ויכוח זה אינו נוגע בחלקים רחבים שלו לנשוא הדיון דנא, שכן המונחים "פרטי" ו"ציבורי" נבחנים מחדש מנקודות השקפה שונות. אכן, המונחים "פרטי" ו"ציבורי" משמשים להבחנה בין אמות מידה נורמטיביות שונות³⁵ והמונח "פרטי" מזוהה גם עם זכותו של הפרט

33 ראה סעיפים 6.39-6.45 לעיל.

34 בעניין זה קיימת ספרות עניפה ביותר בארצות הברית, וראה למשל:

J. Mashaw & R. Merrill *Administrative Law: The American Public Law System* (2nd ed., 1985); J. Rabkin *Judicial Compulsions: How Public Law Distorts Public Policy* (1989); Barnett "Foreword: Four Senses of the Public Law Private Law Distinction" 9 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* (1986) 267; Casebeer "Toward A Critical Jurisprudence - A First Step by Way of the Public Private Distinction in Constitutional Law" 37 *U. Miami L. Rev.* (1983) 379; Chayes "Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court" 96 *Harv. L. Rev.* (1982) 4; Levinson "Toward Principles of Public Law" 19 *J. Pub. L.* (1970) 327; Merryman "The Public Law Private Law Distinction in European and American Law" 17 *J. Pub. L.* (1968) 3; Miller "Foreword: The Public Interest Undefined" 10 *J. Pub. L.* (1961) 184; Pound "Public Law and Private Law" 24 *Cornell L. Q.* (1939) 469; Sunstein "Interest Groups in American Public Law" 38 *Stan L. Rev.* (1985) 29; P. Devlin *The Enforcement of Morals* (1965); C. Pateman "Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy" *Public and Private In social Life* (1983) 281; Symposium "The Private/Public Distinction" 130 *U. Pa. L. Rev.* 1289 (1982); Tushnet "Truth Justice and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies" 57 *Tex. L. Rev.* 1307 (1970); H. Levinson "Public Law/Private Law Distinction in the Courts" 57 *George Washington L. R.* (1989) 1579.

.H.L.A. Hart *The Concept of Law* (1961) 35

לעשות כרצונו בלא שיתערבו בשיקול דעתו ובמעשיו ובלא שפעילותו תיחשף לעין הציבור.³⁶

ואולם, בעיקרו נסב הוויכוח המתקיים בהקשר זה סביב המונח "פרטיות" כשהוא מזוהה עם אינטימיות ובמובן זה שלפרט תינתן חירות לפעול בהתאם לנטיותיו ומניעיו בלא שהחברה תתערב בדבר אורחו ורבעו.³⁷ נקודות ההשקפה שבהן נבחנת מחדש ההבחנה בין "פרטי" לבין "ציבורי" בהקשר זה הינן רבות ושונות³⁸ ואמות הסיפים של המונחים "פרטי" ו"ציבורי" נעות.³⁹

7.37 ואולם, בכל הנוגע לנשוא הדין דנא, נותרה בעינה אוריינטציה ברורה ביותר בארצות הברית, המבחינה בין רשויות הציבור, החייבות לפעול לפי כללים רציונליים מסודרים והוגנים וליתן דין וחשבון על פעולותיהם, לבין הפרט הנהנה מן החירות שלא ליתן דין וחשבון לאיש והרשאי לפעול אף מטעמים שרירותיים, קפריזיים או אמוציונליים, בלא שאיש יאמר לו מה לעשות.⁴⁰

7.38 ובלשונם של הפרופסורים A. Freeman and E. Mensch:⁴¹

"Nothing is more central to our experience in American culture than the split between public and private. It is the premise which lies at

36 Benn & G.F Gaus "The Liberal Conception of the Public and Private" in *Public and Private in Social Life* (1983) 31.

37 R. Gavison "Privacy and the Limits of Law" 89 *Yale L. J.* (1980) 421. בעניין זה התערר ויכוח ציבורי בעקבות פסק הדין בעניין *Bowers v. Hardwick* U.S. 186 (1986), הדוחה את הזכות לפרטיות ככל שהדבר נוגע למשכב זכר.

38 לסקירה מקיפה בעניין זה ראה: R. Gavison, "Feminism and the Public/Private Distinction" 45 *Stanford L.R.* (1992) 1.

39 כמו כן ראה: Dr. C. A. Mackinnon *Toward A Feminist Theory of the State* (1989); (ibid., p. 191) C. Mackinnon של גישתה של

"For women the measure of the intimacy has been the measure of the oppression. This is why feminism has had to explode the private. This is why feminism has seen the personal as the political. The private is public for those for whom the personal is political. In this sense, for women there is no private, either normatively or empirically... To confront the fact that women have no privacy is to confront the intimate degradation of women as the public order. The doctrinal choice of privacy in the abortion context thus reaffirms and reinforces what the feminist critique of sexuality criticizes: the public/private split" (ההדרגה הוטפה).

40 לאוריינטציה מקבילה במשפט הישראלי ראה אקצין "על המשפט הציבורי" דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים (כרך ג, תשל"ל) 72; וכן א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", לעיל הערה 2, בעמ' 163.

41 A. Freeman and E. Mensch "The Public-Private Distinction in American Law and Life" 36 *Buffalo Law Rev.* (1987) 237.

the foundation of American legal thought, and it shapes the way in which we relate to each other in our daily lives. We consistently take for granted that there is both a public realm and a private realm. In the private realm we assume that we operate within a protected sphere of autonomy, free to make self-willed individual choices and to feel secure against the encroachment of others. Private law, for example contract law, serves as a helpmate in this realm, facilitating and securing the autonomous world of private decision making. In contrast, the public realm is a world of government institutions, obliged to serve the public interest rather than private aims".

7.39 נמצאת למד כי כשם שלחברה יכולות להיות השקפות שונות בעניין הגברת הילודה, אך כל זוג מחליט בעניין זה על פי מערכת שיקוליו הוא, והתערבות של כל אדם בעניין פרטי זה תיחשב לחצופה ובלתי נסבלת,⁴² כך יכולות להיות לרוב הציבור הרחב דעות שונות המשתנות מעת לעת, במגוון של נושאים - אך לא יעלה על הדעת בי לאלה תוכל להיות השפעה על חירותו של הפרט לנהוג לפי ראות עיניו. בהתאם לעמדה זו, לא מן הדין הוא כי נאכוף על הפרט את חובת השוויון, את חובת ההנמקה וכיו"ב נורמות מן המשפט הציבורי, שהרי אלו מתנגשים בחירותו של הפרט, מחייבים אותו לנהוג בהתאם לשיקולים רציונליים בלבד וכופים עליו למעשה את השקפתה של החברה.

ג(2) העדר "תחולה עקיפה" של נורמות בארצות הברית ובקנדה

7.40 בהתאם לגישה האמורה הסקנו כי מן הדין הוא שלא להחיל את כללי המשפט הציבורי אף על גופים פרטיים. ואכן, כבי' השופט ברק מציין כי בארצות הברית, שבה מפותחת כאמור האוריינטציה הדוגלת באוטונומיה של הרצון הפרטי, מכוננות זכויות האדם הקבועות במגילת זכויות האדם (ה-Bill of Rights), על פי לשון של הוראות אלו, אך ורק כנגד המדינה.⁴³

42 בדוגמא חריפה זו משתמשים הפרופסורים פרימן ומנש *ibid.*, p. 238, כדי להראות כי השקפות החברה, שהינן לגיטימיות בעיצוב מדיניות מיסוי ותמרוץ שונים, עולות כדי גסות רוח ברגע שהם עוברות את מפתח דלתו של הפרט ומבקשות להתערב במערכת השיקולים המופעלת על ידו בתחום הנוגע לחייו הפרטיים. זאת אף אם כתוצאה מן ההחלטות בעניין זה מושפעת ביותר מערכת החיים הלאומיים של כלל הציבור.

43 זאת מלבד התיקון ה-13 לחוקת ארצות הברית, המתייחס לאיסור על עבדות ועבדות כפייה, החל אף על הפרט. לעניין זה ראה א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" לעיל הערה 2, בעמ' 184 ;

7.41 בדומה לכך קבע בית המשפט העליון בקנדה בפרשת **Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.** 44 כי זכויות האדם הקבועות בצירטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות האדם מכוונות אך ורק כלפי השלטון ואין להן כל תחולה במשפט הפרטי - לא במישרין ולא בעקיפין.⁴⁵

7.42 עם זאת יצוין כי גם בארצות הברית חלו תמורות בעניין זה. בעבר, בשנת 1883, בוטלה חקיקה של הקונגרס משנת 1875, אשר אסרה על הפליה של גופים פרטיים במסגרת שירות הניתן לציבור הרחב, כגון בתי מלון ותיאטראות.⁴⁶ בית המשפט העליון בארצות הברית קבע כי חקיקה זו נוגדת לחוקה והינה משוללת תוקף, שכן יש בה משום חדירה לתחום חי הפרט.⁴⁷ בהקשר זה נקבע כי התיקון ה-14 לחוקה, האוסר הפליה, מתייחס אך ורק למדינה ואין בו כדי להגביל או לתחום את מרחב שיקול הדעת החופשי של הפרט.

לעומת זאת, בשנת 1964 חוקק שוב חוק האוסר על הפליה במסגרת שירותים לציבור הרחב⁴⁸ והפעם נקבע כי החוק הינו בר תוקף.⁴⁹

7.43 ואולם, אף ביחס לשינוי זה בגישת הפסיקה בארצות הברית מציינים הפרופסורים פרימן ומנש:

"Yet the change in doctrinal result did nothing to undermine the basis proposition that there was a line beyond which it was

Tribe *American Constitutional Law* (2nd ed., 1988) p. 168; *Civil Rights Case*, 109 U.S. 3 (1983) 20; Amar and Widawsky, "Child Abuse as Slavery: A Thirteenth Amendment Response to Deshaney" 105 *Harv. L. Rev.* (1992) 1359.

Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd., (1986) 44 2 S.C.R. 573 60371 N.R. (1987) 83, 119 (להלן: פסק דין *Dolphin*).

45 לדעת שונות בעקבות פסק דין *Dolphin* ראה:

Hogg "The Dolphin Delivery Case: The Application of the charter to Private Action" 51 *Saskatchewan L. Rev.* (1986) 273; Stattery, "The Charter's Relevance to Private Litigation - Does Dolphin Deliver" 32 *McGill L. J.* (1987) 905; Otis "The Charter, Private Action and the Supreme Court" 19 *Ottawa L. Rev.* (1987) 71; Petter and Hutchinson, "Private Right's/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter" 8 *U.T.C.J.* 278.

Civil Rights Act 1875, ch. 114s:1,2 46

United States v. Stanley 109 U.S. (1883) 3 47

Civil Rights Act, 1964, 78 Stat. 241 (codified as amended at 28 U.S.C. sec. 1447, 42 U.S.C. S. 1971, 1975 - 1975 d, 2000 a - 2000 h - 1982 & supp. 3, 1984). 48

49 עם זאת יצוין כי החוק האוסר הפליה לא עוגן במסגרת התיקון ה-14 לחוקה, אלא בכוח של הרשויות הפדרליות להסדיר מסחר בין-מדינתי. כך למשל בעניין **Katzenbach v. McClung** 379 U.S. 294 בעניין **Ollie's Barbecue**, (1964), נקבע כי החוק האמור חל ביחס ל-\$70,000 באמצעות גורמים בין-מדינתיים בארצות הברית.

inappropriate to hold the public accountable for racially discriminatory results. Thus, despite all of the supposed legal advances in the area of anti-discrimination law, it is still legitimate to treat concrete social facts like continuing high rates of unemployment among minorities, high rates of poverty and basic exclusion from mainstream American life as somehow outside the sphere of direct public responsibility".⁵⁰

7.44 לאמור, הציבור אינו אחראי למעשי הפליה הנעשים על ידי כוחות השוק ועל ידי אנשים פרטיים וההפליה אסורה אך ורק כשהיא נעשית במישרין על ידי גוף ציבורי.⁵¹ דוגמא קיצונית בהקשר זה הינו פסק הדין בו נקבע, בארצות הברית, כי לחברות התעופה מותר להפלות נכים (הזקוקים למקום רב יותר במטוס) בהיותם גופים פרטיים, וזאת על אף הסובסידיה הנדיבה המוענקת לחברות התעופה האמורות מקופת הציבור, באמצעות מערך הפיקוח על התחבורה.⁵²

ג(3) דרך הביניים המתבקשת

7.45 בנקודה זו, ובמיוחד לנוכח פסק הדין האמור בעניין חברות התעופה בארצות הברית, מובנת היא לחלוטין הכמיהה להחיל את כללי המשפט הציבורי אף על גופים פרטיים מסוימים ובמיוחד על חברות ענקיות המרכזות בידיהן כוחות עצומים, עד כי במקרים רבים הפרט נתון לחסדיהם. קביעה לפיה חברות אלו הינן גופים פרטיים והכל שרי להן - יוצרת תחושות קשות ביותר ומסיבה אי צדק שקשה להסכין עימו.

7.46 לא זו אף זו, החלת המשפט הציבורי ביחס לחברות מסוג זה הינה מחויבת גם לנוכח העובדה כי חברות אלו זוכות לעיתים להתייחסות כאל גוף ציבורי, כשנרונים צורכיהן של חברות אלו. כך למשל נפסק בעניין *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*,⁵³ כי הפקעת שכונת

⁵⁰ *Supra* note 41, p. 244

⁵¹ התוצאה היא כי רק כאשר ההפליה נעשית במישרין על ידי ארגון ציבורי הרי שהיא אסורה. ואולם, הפליה הנעשית ברשות המדינה אך שאינה נגרמת במישרין על ידיה, הינה מותרת. כנגד הבחנה מלאכותית זו ראה:

K. Casebeer "Toward a Critical Jurisprudence - A First Step by Way of the Public-Private Distinction in Constitutional Law" 37 *U. Miami L. Rev.* (1983) 379.

⁵² *United States Dept. of Transp. v. Paralyzed Veterans of America* U.S. 597 (1986)

⁵³ *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit* 410 *Mich.* 616, 304 *N.W.* 21, 455 (1981).

מגורים שלמה לצורך הקמת מפעל לחברת ג'נרל מוטורס הינה הפקעה לצורכי ציבור, שכן מפעל זה משרת צרכים של הציבור הרחב, לרבות מקומות תעסוקה למשפחות רבות. בהתאם להיגיון זה, אין כל הצדקה שלא לאסור על חברה ענקית שכזו להפלות בין שווים, בהיותה גוף המגלם אינטרס ציבורי.

7.47 בהקשר זה צודקים לכאורה הנימוקים המועלים בזכות התחולה של זכויות האדם אף ביחס לגופים פרטיים, לנוכח העובדה כי קיימת סכנה לזכויות האדם לא רק מכיוון השלטון אלא גם מכיוון הפרטים השונים,⁵⁴ ובעיקר מפרטים רבי עוצמה כגון תאגידים ענקיים, ומצד הממשלה הפועלת בתחום המשפט הפרטי באמצעות חברות ממשלתיות.

7.48 אשר על כן, נראה כי ראוי יהא לאמץ פתרון ביניים, שאינו שולל מן הגופים הפרטיים את חופש הפעולה המלא ושאינו מתיימר להתערב כמלוא הנימה במערכת שיקוליו של הפרט, אף לא בדרך של העמדתה על כפות המאזניים במערכת של איזונים זו או אחרת. ואולם, בה בעת מן הראוי להגיע לתוצאה לפיה אוטונומיה מלאה זו של הרצון תחול אך ורק כאשר מדובר בגוף פרטי מובהק. לעומת זאת, יחולו חובת השוויון ואיסור ההפליה וכיו"ב כללים של משפט ציבורי ביחס לגופים, אשר תפקידם יוצר מטבעו חובת אמון כלפי הציבור הרחב (ואף שם יחולו נורמות אלו במידה פחותה מזו החלה ביחס לרשות עצמה).

7.49 ואכן, לדרך ביניים זו ניתן להגיע תוך שימוש בחובות האמון השונות ובתיזה המוצעת לעיל בעקבות פסק הדין בעניין Bromley, תוך שילוב ויישום התיזה המוצעת עם קביעה אחרת של כב' השופט ברק בעניין בית יולס נ' רביב.

54 ראה לעיל הערה 21, דעתו של פרופ' Barron.

ד. הפתרון המוצע והסולם הנורמטיבי המתהווה

7.50 בהתאם לתיזה המוצעת בפרק ב לעיל, יחולו כללי המשפט הציבורי המובהקים, המהווים הגבלה מסוימת של חירות הרצון (בגון חובת השוויון, חובת ההנמקה והחובה לקיים אף הבטחה מינהלית), אך ורק כאשר קיימת חובת אמון אלטרואיסטית. משום כך, חובות אלו לא יחולו על הפרט מקום שבו אין הוא נושא בחובת אמון כאמור כלפי הציבור הרחב. כללי המשפט הציבורי יחולו על כן, אך ורק ביחס לרשות הציבורית, אשר משלה אין לה ולא כלום וכל אשר בידה מופקד בנאמנות עבור הציבור הרחב, וביחס לכל גוף, ציבורי או פרטי, הממלא תפקיד מעין שיפוטי של איזון בין אינטרסים שונים. גם במסגרת תפקיד זה חלה חובת אמון אלטרואיסטית ועימה חלים כללי המשפט הציבורי.

7.51 בהקשר זה ציינו, כי חובת תום הלב כשלעצמה אינה מהווה בית קיבול לחובת השוויון לנוכח השוני הנורמטיבי העומד בבסיס עקרונות היסוד של המשפט הפרטי לעומת אלו של המשפט הציבורי. ואולם, ניתן להגיע באותה מידה לתוצאה שאליה שואף כב' השופט ברק בעניין בית יולס נ' רביב, בהתאם למסקנה שאליה הגענו, כי כל תפקיד שיפוטי גורר תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי אף על גוף פרטי. הצענו על כן להבהיר את פסק דינו של כב' השופט ברק, בהתאם לתחולתה של חובת אמון החלה במסגרת התפקיד המעין שיפוטי (לדעת כב' השופט ברק), שנוטל על עצמו בעל המכרז, והמחייבת לנהוג בשוויון. בהתאם לכך נמצא, כי עקרון השוויון עשוי לחול אף ביחס לגוף פרטי - אך זאת רק מקום שבו מבצע גוף זה תפקיד הכרוך בחובת אמון.

7.52 קו חשיבה זה עשוי להוביל לקביעה כי מכיוון שגם מונופול או כל תאגיד ענקי, אשר הפרט תלוי בו, חב חובת אמון לפרט, מחמתה של תלות זו, הרי שעל אף היותו גוף פרטי, יהא חייב תאגיד זה לנהוג בהתאם לעקרון השוויון ותיאסר עליו הפליה פסולה, באשר לא מיהותו של הגוף עיקר אלא מהותה של הפעולה המבוצעת על ידי גוף זה. והרי לך תוצאה שהינה קרובה מאוד לזו שאליה חותר כב' השופט ברק במאמרו הנזכר.

7.53 בדרך זו נמצא כי עקרון השוויון לא יחול באופן גורף אף על גופים פרטיים, ובעל מסעדה, למשל, יוכל להפלות לטובה או לרעה כאוות נפשו. עם זאת, גופים אשר הציבור תלוי בשירותיהם או במוצריהם ונוצרים יחסי אמון עקב תלות זו, וכן גופים המבצעים תפקיד מעין שיפוטי ומאזנים בין

צורכיהם הפרטיים לבין צורכי הכלל, על חובת האמון הברובה בתפקיד שכזה - מחמת עצם טבעו של התפקיד, יהיו חייבים לנהוג בשוויון ולא יוכלו להפלות בין שווים מטעמים זרים, וזאת על אף שהמדובר בגופים פרטיים. בכך מצטמצם עד למאוד החשש מפני שלילת זכויות הפרט על ידי גופים פרטיים, שהינם ברי עוצמה ויכולת לעשות כן, ועם זאת שומר פתרון זה על חירותו של הפרט, שהציבור אינו תלוי בו ושאינו חב חובת אמון לאיש. פרט זה יוכל לעשות ככל העולה על רוחו, ולהתנהג בחירות בלתי מוגבלת, בלא שמעשיו יוכנסו למערכת איזונים כלשהי ובלא שיהא צפוי להתערבות שיפוטית שתבחן את שיקול דעתו, על פי השקפותיו של "הציבור הנאור" ובהתאם לקונסנזוס העמוק של החברה באותה עת.

7.54 מאידך גיסא מצינו, כי הפסיקה יצרה בית קיבול המאפשר להגמיש אף את הנורמות החלות על גוף ציבורי מובהק, כשהפעילות חינה בתחום המשפט הפרטי. כך נקבע כי על אף שעל המדינה מוטלת החובה לנהוג ביושר ובהגינות גם בעת ניהול ענייניה בתחומי המשפט הפרטי, הרי שמן הראוי הוא כי תוכנה של חובה זו - להבדיל מעצם קיומה - ייקח בחשבון את העובדה כי המדינה פועלת במשפט הפרטי, ואלה הבאים עימה במגע פועלים על פי שיקוליהם הם.⁵⁵ היחסים במישור המשפט הפרטי מבוססים, בדרך כלל, על יחס וולונטרי, לבד ממקרים של מונופול בהספקת מוצרים או שירותים חיוניים. יחס זה קיים גם בעת שהמדינה פועלת במישור העסקי. משום כך, הכירה הפסיקה בצורך שלא לכבול את ידיה של המדינה יתר על המידה בנסיבות אלו.⁵⁶

7.55 תוצאת הדברים היא כי נוצר סולם נורמטיבי בן מספר דרגות כדלהלן:

א. הרשות העוסקת בענייני הציבור - הינה כפופה לכללי המשפט הציבורי באופן מוחלט ועליה לנהוג בהתאם לנורמות אלטרואיסטיות בטהרתן בבחינת "אדם לאדם - מלאך שרת", שכל תכליתו לשרת את הציבור ואין לו משלו ולא כלום.

ב. גוף ציבורי הפועל בתחום המשפט הפרטי - מצוי בדרגה נורמטיבית נמוכה מזו. זאת, לנוכח החירות המסורה בידי הפרט בדרך כלל שלא

55 בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח'י נ' ממשלת ישראל, לעיל הערה 66, בעמ' 748-749; בג"צ 143/64 סלמון ארטו נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פד"י (ח3) 51, 57; ע"א 516/87 מדינת ישראל נ' בלומנפלד, פד"י (מב3) 244, 248.

56 גם קיומה של הלכה זו מפחית את החשש מפני החלה עקרונית של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, שהרי יישומן של הנורמות שיוחלו ייקח בחשבון את הנסיבות הספציפיות של ההתקשרות בין הצדדים. זאת לבד מכלל ההשתחררות המוצע על דינו, אשר יאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מחיובים הנובעים מן המשפט הציבורי כשצרכים עסקיים חיוניים יחייבו זאת.

לקיים כל מגע ומשא עסקי עם הרשות. למערכת יחסים זו חודר המימד הוולונטרי של ההתקשרות ומפחית מן הדרישות החלות על הרשות.

ג. **החברה הממשלתית - מצויה בדרגת חובות נורמטיבית נחותה מזו.** החברה הממשלתית היא אכן גוף פרטי, אך כל ישותה אומרת איזון והכרעה בין אינטרסים נוגדים. התפקיד המעין שיפוטי הוא מן המטרות הבולטות של החברה הממשלתית ולכך מכוונים מבטא ומגמתה כמעט בכל מעשיה. ממהות זו נגזרת חובת אמון, המחייבת כי בטרם שהחברה הממשלתית נוקטת בכל פעולה שהיא ובעת עיצוב מדיניותה וקווי פעולתה, היא תאזן באופן הולם והגון בין האינטרסים השונים. מכאן נובעת ממילא ההכפפה של החברה הממשלתית, בהכרעותיה אלו, לכללי המשפט הציבורי, לרבות חובת השוויון. תוצאה זו אינה יוצאת דופן באשר חובת השוויון עשויה לחול גם על גוף פרטי, ובלבד שהוא מקיים פעילות הכרוכה בחובת אמון, כגון מכרז, לדעת כב' השופט ברק בעניין בית יולס נ' רביב, וכל תפקיד מעין שיפוטי אחר.

ד. **תאגידים הציבוריים כוח ועוצמה ויוצרים תלות של הציבור בשירותיהם או מוצריהם - כפופים בהתאם לאמור לחובת השוויון באותה רמה נורמטיבית שבה חלה חובה זו על החברה הממשלתית, שהרי תלות זו יוצרת כשלעצמה יחסי אמון שתכליתם לאזן תלות זו ולהוות לה משקל נגד, ומיחסי אמון אלו נובעים כללי המשפט הציבורי.**

ה. **גוף פרטי - בתחתית הסולם הנורמטיבי ניצב לו הגוף הפרטי השולט בכיפה שלו ורשאי לנהוג בהתאם למערכת שיקוליו הפרטיים כשהוא מופטר מכללי המשפט הציבורי ומכל שמץ של אלטרואיזם אך חייב לנהוג בתום לב ובכפוף לתקנת הציבור. נורמות אלו אינן רחוקות כלל ועיקר מן הרמה הנורמטיבית שמשתיית המשפט הציבורי, אך במקום אחד - בנוגע לחובת השוויון ואיסור ההפליה - נבדל הגוף הפרטי מכל שאר הגופים דלעיל בתכלית השינוי.**

ה. סיכום

7.56 הממשלה הולכת וחודרת לתחומי חיים שונים, תוך ביצוע פעילויות עסקיות שונות, באמצעות אורגנים שונים. ההחלה של כללי המשפט הציבורי, במקביל לתחומי פעילותה של הממשלה, מחייבת גם להחיל את כללי המשפט הציבורי על פעילות שהממשלה מבצעת באמצעות גופים מן המשפט הפרטי, לרבות החברות הממשלתיות, תוך התעלמות מן הפן הארגוני והתמקדות בפן הפונקציונלי. ואולם, הסקת מסקנה לפיה חלים כללי המשפט הציבורי, לרבות עקרון השוויון אף על גופים פרטיים, שאינם חבים חובת אמון כלפי הציבור הרחב, עלול להביא לתוצאות קשות.

החלת עקרון השוויון אף בכל הנוגע לגוף פרטי כוללת לכאורה יסוד אידיאולוגי ויש בה כדי לפתוח פתח, אשר מכוחו תושרר השקפת עולמו של רוב הציבור אף בנושאים פרטיים מובהקים. תוצאה זו אינה מחויבת מחיקת חוקי היסוד והיא אינה מתיישבת עם העיקרון בדבר זרימתן של נורמות באמצעות פנייה אל עקרונות יסוד משותפים, שהרי הבסיס הנורמטיבי של המשפט הציבורי שונה מן הבסיס הנורמטיבי של המשפט הפרטי. תוצאה זו גם אינה מחויבת כדי להגן על זכויות האדם, שכן כדי להגן על זכויות אלו די גם בנקיטת דרך הביניים המוצעת.

7.57 בהתאם לדרך הביניים המוצעת, יחולו כללי המשפט הציבורי על כל גוף, לרבות גוף פרטי - ובלבד שהוא חב חובת אמון לציבור הרחב. כך תחול החובה לנהוג בשוויון ביחס לחברות ממשלתיות על שום חובת האמון הכלולה בתפקיד המעין שיפוטי החל עליהן, וכך תחול חובה זו על כל גוף פרטי העוסק בתפקיד מעין שיפוטי, לרבות בתפקיד של עריכת מכרז, אשר בהתאם להשקפתו של כבי' השופט ברק בעניין בית יולס נ' רביב הינו תפקיד מעין שיפוטי. חובת אמון זו גם קיימת, כפי שהבהרנו בפרק א לעיל, בכל מקום שבו יש יחסי תלות של הציבור במוצריו או בשירותיו של תאגיד המרכז עוצמה יתירה, וממילא תחול חובת השוויון גם ביחס לגופים אלו. בכך יש כדי ליצור בלי משפטי שיש בו כדי להגן על זכויות הפרט גם מפני גופים פרטיים רבי אונים וברי עוצמה העלולים לסכן חירויות אלו, חזאת אף בלא צורך לתור אחר "עקרונות שסתום" מתחומי המשפט הפרטי, אשר באמצעותם "יחלחלו" כללי המשפט הציבורי - עקרונות שלא תמיד הינם בנמצא.

7.58 בהתאם לדרך זו, אכן גורסים אנו כי בכל מקום שבו יש כוח בלתי מרוסן העלול להשפיע על הזכויות של הזולת, קמה כנגדו כמשקל נגד חובת האמון, על חובת ההגינות, השוויון ואיסור ההפליה הפסולה הכרוכה בכנפיה. ואולם, חובת השוויון אינה קיימת בכל הנוגע לגוף פרטי שאינו חב בחובת אמון כלפי הציבור הרחב. גוף פרטי שאינו חב בחובת אמון כאמור, רשאי להפלות וליתן דרור לרצונו ולמאווייו, כל עוד שאלו אינם פוגעים בחובת תום הלב ובשאר עקרונות המשפט הפרטי. אכן בהתאם לכך יוכל בעל מסעדה, למשל, להפלות בין שווים, ועל הציבור יהא למנוע תופעות שכאלו באמצעים חברתיים. מה עוד שקיימים גם אמצעים מינהליים רבי עוצמה כגון שלילת רשיון עסק ממסעדה הנוהגת באופן מפלה כאמור. מכל מקום, לשם מניעת תופעות אלו אין צורך להכפיף את הפרט לעקרון השוויון, גם כשהוא אינו חב בחובת אמון כלפי איש.

7.59 ודוק, בעוד שהפרט אינו כפוף לחובת השוויון ולכללי המשפט הציבורי, בהתאם לדרך המוצעת (תוצאה שהינה מקובלת בפסיקה מאז הלכת פרץ נ' כפר שמריהו) הרי שבהתאם לפסק דין בית יולס נ' רביב, לפי הניתוח דלעיל, ניתן להחיל את חובת השוויון אף על גופים פרטיים העוסקים בפעולה הכרוכה בחובת אמון. פסק דין זה מתיישב עם התיזה המוצעת ויוצר שכבת גופים החבה בחובת אמון וכפופה במידה מסוימת לכללי המשפט הציבורי - על אף היותם גופים פרטיים. בכלל זה נכללים החברות הממשלתיות ותאגידים רבי עוצמה שהציבור תלוי בהם. נמצא כי דווקא האפשרות ליצור סוג מובדל שכזה של גופים פרטיים החייבים בחובת אמון וכפופים עקב כך, במידה מסוימת, לכללי המשפט הציבורי, מאפשרת להמשיך בחלוקה הקלסית המקובלת בין גופים ציבוריים לבין גופים פרטיים ללא חשש פן יבולע לזכויות האדם על ידי גופים פרטיים שהציבור תלוי בחסדיהם.

7.60 בהתאם לדרך המוצעת נוצר, איפוא, טולם נורמטיבי, שבקצהו האחד מצויה הרשות, הכפופה באופן בלתי מסויג לכללי המשפט הציבורי (תוך הבחנה ביישום הנורמות האמורות בין פעילותה של הרשות בתחום השלטוני לבין פעילותה בתחום המשפט הפרטי, שבו באה לידי ביטוי גם העובדה כי מדובר במערכת יחסים וולונטרית). בקצהו השני של הסולם הנורמטיבי מצוי הפרט המופטר מכללים אלו - במיוחד בכל הנוגע לעקרון השוויון ואיסור ההפליה.

במרכזו של הסולם הנורמטיבי, בדרגת ביניים, מצויות החברות הממשלתיות, גופים הממלאים תפקידים מעין שיפוטיים וגופים שיש יחסי

תלות בין הציבור לבנים. גופים אלו לא חדלים להיות גופים פרטיים הרשאים להביא בחשבון את שיקוליהם האישיים והפרטיים. ואולם, כנגד הסיכון פן יקפחו גופים אלו את זכויות היסוד של פרטים אחרים, קיימת חובת אמון, אשר ממנה נובעים כללי המשפט הציבורי לרבות עקרון השוויון ואיסור ההפליה. מכיוון שחובת האמון האמורה מהווה מענה לסיכון מפני קיפוח זכויות הפרט על ידי הגופים הפרטיים המועדים לכך, הרי שאין עוד הכרח להחיל את עקרונות המשפט הציבורי על כלל הגופים הפרטיים באופן גורף ונמנעת תוצאה קיצונית ביותר. הנה כי כן, התיזה המוצעת מאפשרת ליצור מערכת נורמטיבית עקבית בעלת היגיון כולל, שבו מוצאת גם החברה הממשלתית את מקומה הראוי.

פרק ח

פיקוח בג"צ על חברות ממשלתיות

- א. פתח דבר
- ב. התערבות בג"צ בתחום המדיניות הכלכלית
- ג. פעילות "פרטית" ופעילות "ציבורית"
ברשות המינהלית ובחברה הממשלתית
- ד. "תפקיד ציבורי על פי דין" ניתוח
ד(1) "תפקיד ציבורי" מהו?
ד(2) "על פי דין"
ד(3) פעילות וולונטרית "על פי דין"
- ה. "תפקיד ציבורי על פי דין" – יישום במסגרת ההלכה הפסוקה
ה(1) פסק דין "רמט" בע"מ
ה(2) פסק דין האחים שרבט
ה(3) פסק דין חברת החשמל
ה(4) פסק דין מיקרו דף
ה(5) מסקנת הדברים
- ו. סיכום

א. פתח דבר

8.1 הכפפת החברה הממשלתית לכללי המשפט הציבורי מעוררת מטבעה חשש מפני הכפפת החברות הממשלתיות לפיקוח בג"צ. מחד גיסא, עלולה לכאורה הכפפת החברות הממשלתיות לביקורת בג"צ להכביד על חברות אלו. ומאידך גיסא, עלולה לכאורה הכפפה שכזו לביקורת בג"צ להכביד על בג"צ, בכך שיוטל עליו להכריע בעניינם של גופים נוספים (החברות הממשלתיות) ובנושאים שמטבעם ישאו אופי של התוויית מדיניות כלכלית.

8.2 בבג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' ל. גרי והמועצה לפיקוח סרטים ומחזות¹ קבע כב' השופט זילברג לאמור:

"אין אני כופר בכלל הנודע - כלל אשר מרוב שימוש בו נהפך כמעט ממתבע לאסימון - כי אין בית המשפט הגבוה לצדק מעמיד את שיקוליו הוא במקום שיקולי הרשות המוסמכת. ואף-על-פי-כן, כאשר העניין הוא בעל חשיבות ציבורית מרובה² וגדרי הספיקות שבו אינם מצריכים מומחיות מיוחדת, אלא נהירים ובהירים וברורים לכל - במקרה כזה אין חולקין כבוד לרב - היא הרשות המוסמכת - ובית משפט זה, אם ייראה לו הדבר, יהפוך על פיה את קערת החלטת הרשות".

ואכן, בפרק זה נציע קו חשיבה לפיו "אין חולקין כבוד לרב" ומקום שבו מופקדים כוחות בידי גוף הנשלט על ידי המדינה, ולעיתים אף ניזון מתקציבה, קיימת חשיבות ציבורית להכפיף כוחות אלו לביקורת בג"צ. העובדה כי המדובר בגוף עסקי, הפועל משיקולים כלכליים ומקצועיים, אינה יכולה להרתיע מלהכפיף החלטות אלו לביקורת בג"צ, ובכל המקרים שבהם קיימת חובת אמון כלפי הציבור, מן הראוי כי הפעילות האמורה תוכפף לביקורת שיפוטית.

8.3 עם זאת, נמשיך בפרק זה לבחון את הקו שהתווינו בפרק הקודם וליישמו אף במישור סמכות הפיקוח של בג"צ על החברה הממשלתית. בהתאם לקו זה, מתייחס המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" במסגרת סעיף 15(ד)(2)

1 בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' ל. גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י טו 2407. 2426.

2 החשיבות הציבורית שנודעה לאותו עניין ואשר חייבה ביקורת בג"צ, לא היתה נעוצה בחיוניות המידע שהציג הקטע שצונזר מיומן הסרט נשוא הדין, אלא בחשש כי הכוחות המסורים בידי הרשות (לצנזור קטעים), ינצלו לרעה.

לחוק יסוד: השפיטה, הקובע את גדר סמכויותיו של בג"צ - לחובה למלא אחר הנורמות שמכתיבים יחסי האמון כלפי הציבור, כשתפקיד האמון הוא התפקיד הציבורי שהרשות נושאת בו מכוח הדין, בפעולותיה בתחומי המשפט הפרטי.

ומסתבר כי קו חשיבה זה מכפיף אומנם את החברות הממשלתיות לפיקוח בג"צ אך יש בו גם כדי להציב סייגים לסמכות פיקוח זו, שכן פעולות מתחום המשפט הפרטי, שאין בהן משום חובת אמון לציבור, ויש פעולות מסוג זה, לא תוכפנה לכללי המשפט הציבורי ולביקורת בג"צ.

8.4 בהקשר זה ננתח את הפסיקה ואת המשפט הפוזיטיבי הנוהג, ונצביע על קיומן של שלוש קטיגוריות בפעילות הרשות המינהלית והחברה הממשלתית.

הקטיגוריה הראשונה היא: פעילות שלטונית, המפעילה סמכויות לצורך הסדרתו של תחום פעולה מסוים. במקרים אלו הלכה פסוקה כי חלים כללי המשפט הציבורי וחלה סמכות הפיקוח של בג"צ.

הקטיגוריה השנייה, מן העבר השני, פעילות שאינה נושאת בחובה חובות אמון כלפי הציבור. במישור זה הלכה פסוקה היא כי החברה הממשלתית אינה כפופה למשפט הציבורי ולביקורת בג"צ.

והקטיגוריה השלישית הניצבת בתוך: פעילות שאינה כרוכה בהפעלת סמכות שלטונית, אך המחייבת לבצע איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס "הפרטי" של החברה הממשלתית. בתפקיד "מעין שיפוטי" זה, חבדה החברה הממשלתית חובת אמון כלפי הציבור, חזו גוררת לכשעצמה כפיפות לביקורת בג"צ ולכללי המשפט הציבורי.

8.5 כמו כן נראה להלן כי ניכרת לאחרונה מגמה ברורה בבית המשפט הגבוה לצדק, להתערב גם בנושאים כלכליים מובהקים. גישה זו פותחת שערים ואופקים לפני הביקורת השיפוטית.³ ההתערבות האמורה, מצד בג"צ,

3 כך ניכרת מגמה להכפיף לביקורת בג"צ יותר ויותר עניינים, שבציבור קיימת ציפייה כי ינהלו בהגינות ראייה. לענין זה יפה ליתן משל מן ההתערבות של בג"צ אף בהליכים פנימיים של הכנסת הטלת חובת פרסום על הסכמים קואליציוניים: בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פד"י מד(3) 353; בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פד"י מא(4) 169; בג"צ 761/86 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פד"י מב(4) 868; בג"צ 1179/90 סיעת רץ נ' מ"מ יו"ר הכנסת, פד"י מד(2) 31.

D. Kretzmer "Judicial Review of Knesset Decisions" 8 T.A.U. Studies in Law (1985) 95.

הבוחנת לא רק את הגינות שיקול הדעת המינהלי אלא גם את סבירותו, בנושאים מובהקים של מדיניות כלכלית, באה לידי ביטוי בתחומים שבהם הרשות מחזיקה בידיה כוחות בלעדיים ומכתיבה לשוק תנאים בל יעבורו. נפתח בעניין זה ונראה כי גישה זו מחייבת פיקוח בג"צ, אשר יבחן את סבירות שיקול הדעת ולא רק את הגינותו, גם כשהמדובר בהחלטה של חברה ממשלתית, כשהשפעתה המשקית של זו - הינה מכרעת.

ב. התערבות בג"צ בתחום המדיניות הכלכלית

8.6 בעבר היו נושאים הכרוכים בקביעת מדיניות כלכלי, ובתחום הכלכלי בפרט, בבחינת "טאבו", אשר בג"צ ראהו כספר חתום ונמנע מלהטביע בו את רישומו. בתחום הכלכלי התבטא במידה ניכרת ביותר הכלל כי בית המשפט אינו שם את שיקול דעתו במקום שיקול דעת הרשות, והמגמה היתה ליתן לרשות את מירב הכלים המשפטיים הנחוצים לה לשם ביצוע מדיניותה וכדי להתמודד עם צורכי שעה דוחקים. יש לזכור גם כי מבחינה משקית, נמצאה מדינת ישראל לא אחת בשעות דוחקות והרשויות מצאו לנבון להיוקק לחקיקת חירום, מכוח סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט⁴ ומכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים,⁵ ובג"צ "סלח" לרשות על שימושה בחקיקת חירום זו, גם בשעות שלא עלו כדי חירום של ממש. בכך איפשר בג"צ לרשות לעשות שימוש בכלים דרסטיים אלו – ביד רחבה.⁶

8.7 ואולם, הייצוב הכלכלי, שהתרחש במחצית השנייה של שנות השמונים, הביא בכנפיו גישה חדשה. ממספר פסקי דין שניתנו לאחרונה עולה מגמת התערבות גוברת והולכת מצד בג"צ גם בהחלטות הרשות שעניינן מדיניות משקית כלכלית.

4 פקדת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ר תוס' מס' 1, הסמיכה את הממשלה להכריז על קיומה של שעת חירום ולהתקין "תקנות לשעת חרום". סעיף 9 לפקדה זו קובע כי בכוחן של תקנות אלו יהא לשנות כל חוק ולהפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מיסים ותשלומי חובה אחרים. ואכן, בהתאם לכך הכריזה מועצת המדינה הזמנית על קיומה של שעת חירום (ע"ר תוס' א 1) היא נהגת מאז ועד היום. ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שווקן, תשנ"א, מהדורה רביעית, כרך ב), 616; א' ידן "על תקנות שעת חרום" ספר אורי ידן - האיש ופועלו (א' ברק ו' שפניץ עורכים, תש"ן, כרך א) 111. ואולם, בשנת תשנ"ב התקבל בכנסת חוק יסוד הממשלה, ס"ח 214, האמור להיכנס לתוקפו ביום שיחל לכהן ראש ממשלה שייבחר בהתאם לחוק יסוד: הממשלה, ובצמוד לבחירות לכנסת ה-14. חוק זה מבטל את תוקפו של סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, וסעיף 49 שבו מסמיך את הכנסת להכריז על מצב חירום אך ורק אם ראתה "שקיים במדינה מצב של חירום". במקרה זה הכנסת תגדיר ותתחום את תקופת תוקפה של שעת החירום חו לא תעלה על שנה, כאשר לכנסת סמכות להכריז שוב על שעת חירום. בכך מוגבלת "שעת החירום" המוכרזת לתקופה קצובה בלבד, ועליה להיעשות תוך זיקה למצב של חירום ממשי.

5 בסעיף 46 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, ס"ח 24 (להלן: חוק הפיקוח) נקבע כי בעת שבה הוכרז על מצב חירום מכוח פקדת סדרי השלטון והמשפט (נהו המצב מאז קום המדינה), רשאי שר להוציא צו או להתקין תקנה, אשר כוחה יהא עדיף על כל חוק אחר.

6 כך נקבע כי חיוניות פעולותיו של השר, מכוח חוק הפיקוח, אינה צריכה לנבוע ממצב החירום דווקא, בג"צ 156/63 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוסטרייבר, פד"י ז' 2088, 2093-2094. כמו כן נקבע כי העובדה שניתן להשיג את אותה תוצאה בלא צווי חירום אינה פוגעת בתוקפן, בג"צ 372/84 קלופפר נווה נ' שר החינוך והתרבות, פד"י (3) 233; גם העובדה כי תכלית התקנות שנקבעו מכוח חוק הפיקוח היתה להחיל הסדר דרסטי, אשר יסדיר ענף כלכלי שלם, לא גרעה מתחולתן של תקנות אלו: בג"צ 266/68 עיריית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פד"י כב(2) 824, 831. (חריג לפסיקה זו הינו בג"צ 271/67 פאקא נ' שר החקלאות, לא פורסם).

בהקשר זה הסתבר כי השימוש שעשתה הרשות בחקיקת חירום, כדי למצוא מסגרת חוקית יציבה לפעולותיה, לא זו בלבד שלא העניק לה חסינות יתר, אלא שהיווה כשלעצמו מוקד לביקורת שיפוטית. מפסקי דין אלו עולה כי בג"צ מוצא לנכון להרחיב את תחומי התערבותו, ולהציבם במקביל לתחומי פעילותה של הרשות, כדי למנוע ניצול כוחות לרעה. בג"צ לא נרתע עוד מן העובדה כי המדובר בפעילות כלכלית. הגבלת חופש הפעולה של הרשות בתחום הכלכלי והכפפתו לביקורת שיפוטית הבוחנת גם את סבירות שיקול הדעת, לבד מהגיונותו, מלמדת על נטייתה של הכף אל עבר הטלת פיקוח שיפוטי וביקורת הולמת על הכוח שנצבר בידי הרשות, גם במחיר צמצום מרחב שיקול הדעת של הרשות וגמישותה בבחירת האמצעים.

8.8 בבג"צ רוזן נ' שר המסחר והתעשייה⁷ נקבעו שלושה מבחנים, אשר לפיהם נבחנת ונמדדת חקיקת חירום:

א. אם נדרשים התקנה או הצו כדי להסדיר פעולה חיונית (ובלשון בית המשפט אם קיימת "מטרה ספציפית כדין").

ב. אם לשם השגת מטרה זו הופקדו בידי הרשות סמכויות החקיקה (ובלשון בית המשפט: אם קיימת "סמכות לפי חוק זה").

ג. אם נשמר היחס שבין המטרה לבין האמצעי, כשהנוק מהפעלת סמכות החירום אינו עולה על התועלת המושגת באמצעותו (ובלשון בית המשפט: אם היה לרשות "יסוד סביר להניח" כי פעולתה חיונית וסבירה בנסיבות העניין).⁸

ואכן, מבחנים אלו יושמו לאחרונה בכמה וכמה פסקי דין, שיצרו גישה חדשה במישור זה והביאו להרחבת תחומי ביקורתו של בג"צ בתחום הכלכלי.

8.9 בבג"צ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' משרד הבריאות⁹ נדון צו אשר הוצא על ידי שרת הבריאות מכוח חוק הפיקוח. באותו מקרה יזם משרד הבריאות תיקון לפקודת בריאות העם 1940,¹⁰ ובד בבד עם ייזום התיקון בחוק, הוציאה שרת הבריאות צו שתוכנו זהה

7 בג"צ 790/78 רוזן נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י לג(3) 281, 290 (להלן: הלכת רחן).

8 לעניין זה ראה מאמרו של ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי" הפרקליט לט (תשנ"א) 507.

9 בג"צ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' משרד הבריאות, פד"י מד(1) 19. ע"ר 1065, תוס' 1 (ע), 191, (א) 239.

לתיקון המוצע, זאת במטרה להקדים את חקיקתו של בית המחוקקים הכרוכה בזמן רב, ולהחיל לאלתר את ההסדר החדש בתקופת הביניים, באמצעות חקיקת משנה, שכוחה ככוח חוק.¹¹ הצו שהוצא נועד למנוע פתיחת בתי חולים חדשים, לנוכח אי ניצול הפוטנציאל בבתי החולים הקיימים וקיומו של מחסור בכוח אדם רפואי. אין ספק כי המדובר בעניין שבמדיניות, והלכה פסוקה היא כי בית המשפט לא יתערב בכגון זה.

ואולם, מדיניות לחוד - ואמצעים להגשמתה לחוד. הצו שהוציאה השרה לא נפסל, אך סירובו של המנכ"ל לתת לעותרת היתר לפתיחת בית חולים, מכוח הצו, נפסל, זאת, מכיוון שלא קיים היסוד השלישי בהלכת רוזן, לפיו מחויב שיקול דעת כדין "בדבר היחס בין המטרה לבין האמצעי". שיקול דעת זה חייב להביא בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים, ולבחון את היחס ביניהם, בהתאם לנסיבות העניין ולהנחות היסוד שעיצבו את מדיניות הרשות בעת שנקבעה.

8.10 בית המשפט קבע כי מנכ"ל משרד הבריאות לא שקל במקרה הנדון כמה וכמה שיקולים רלוונטיים נוספים, כגון: הצורך לעודד משקיעים מחוץ לארץ, העובדה שלא נדרשה כל הוצאה ציבורית להקמת בית החולים או להפעלתו, הציפייה לעליית רופאים מחוץ לארץ והצורך למנוע ירידה מן הארץ של רופאים המצויים בישראל, ואף האפשרות כי הקמת בית חולים נוסף תתרום לקיצור תור הממתינים לטיפולים בריאותיים חיוניים. משום כך נפסלה החלטת מנכ"ל משרד הבריאות והעניין הוחזר אליו - כדי שישקול שוב את עמדתו. ויצוין, באותו מקרה נמנע בג"צ מלשים את שיקול דעתו חלף זה של הרשות, והעניין הועבר שוב לבדיקת מנכ"ל משרד הבריאות. ואולם, כאשר המשיך משרד הבריאות ליישם את מדיניותו האמורה, ביחס לבית חולים אחר, ולא שקל שיקולים רלוונטיים, התערב בג"צ במפורש באופן הפעלת שיקול הדעת והורה למנכ"ל משרד הבריאות לרשום את העותר בפנקס בתי החולים.¹²

8.11 נמצאת למד כי השימוש בסמכויות חירום לא היווה תריס בפני ביקורת בג"צ וזו הוחלה אף בעניין מובהק של יישום מדיניות לאומית, בתחום משקי של פתיחת בתי חולים. בהקשר זה רואים אנו גם כי בג"צ נדרש

11 "נסיון עקיפה" זה של המחוקק לא היווה עילה לפסלות הצו, שהרי לשר מטרה מכוח חוק הפיקוח אף הסמכות לחוקק חקיקה שחגבר על קביעתו של המחוקק הראשי. מה עוד שמדובר בתקנה שתכליתה רק לגשר על תקופת ביניים עד להשלמת הליכי החקיקה. לעניין זה ראה גם: י' זמיר "הנחיות היתעץ המשפטי לממשלה - חקיקת משנה: נהל והנחיות" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 339, 394.

12 בג"צ 969/89 ר.מ.ג. מרכז רפואי ירושלים בע"מ נ' שר הבריאות, פד"מ (3) 113.

לבחינת סבירות שיקול הדעת המינהלי ונכנס לעובי הקורה, תוך בחינת השיקולים שנשקלו על ידי הרשות, לעומת קשת השיקולים שהיה מן הראוי כי יישקלו וידריכו את הרשות בהכרעתה בסוגיה הנדונה.

8.12 בבג"צ 344/89 ח.ס.ה. סחר בינלאומי נ' שר התעשייה והמסחר¹³ עתרה חברה, שביקשה לייבא מארצות הברית מכשירי וידאו, המיוצרים ביפן, נגד צו של שר המסחר והתעשייה, לפיו לא יינתן רשיון יבוא למי שאינו היצרן או סוכנו הבלעדי בישראל. הצו נומק על ידי משרד התעשייה והמסחר ברצון למנוע יבוא מזרמן מספקים לא מוכרים, והוסבר בי הוא נועד להבטיח כי למוצרים המיובאים "יהיה אבא", דהיינו, שלמוצרים האמורים תהא אחריות יצרן ואספקה סדירה של חלפים. העותרת טענה כי נפגע חופש העיסוק שלה וכי המדיניות הכלכלית איננה סבירה, שכן בדרך זו מנענת תחרות ולא מתאפשרת החלת מחירים. לכאורה, המקרה הנדון התייחס לעניין מובהק של מדיניות כלכלית, אשר בג"צ נהג בקפידה להדיר את רגליו הימנה.¹⁴ ואולם, גם במקרה זה מצא בג"צ לנכון להתערב ופסל את הצו.

8.13 בג"צ קבע באותו עניין כי הצו הנדון לא עמד במבחן הראשון של הלכת רוזן. עשיית שימוש בסמכות מכוח חוק הפיקוח צמודה למטרות של קיום פעולה חיונית, דהיינו, מניעה של הפקעת שערים והונאת הציבור. ביחס למקרה האמור נקבע כי אין לראות את נושא יבוא מכשירי הווידאו, כנושא הראוי והמתאים להסדרים הנשענים על חוק הפיקוח, שכן אין בצו כדי לקדם אינטרס כלכלי לאומי, כגון צמצום היבוא, קידום היצוא וחיסכון במטבע חוץ. אף אילו היתה המטרה שהציב לו השר ראויה, יש לבחון אם אין אפשרות להשיגה בדרך אחרת, לבד מחקיקת חירום המונעת יבוא מכשירים אלו.

בג"צ התערב אם כן בעניין זה, שהינו עניין מובהק של מדיניות כלכלית והכריז עליה כבלתי סבירה, מפני שהיא אינה מאפשרת תחרות חופשית.

8.14 פסק דין נוסף בסדרה זו הינו בג"צ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל.¹⁵

13 בג"צ 344/89 ח.ס.ה. סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פד"י מד(1) 456.

14 כך למשל נקבע בבג"צ 781/88 בזו נ' שר האוצר, פד"י מד(3) 456, ביחס לתעריפי הנסיעה במוניות, כי בג"צ לא יתערב בשיעורי ההעלאה או ההפחתה של מחיר מצרך או שירות, הם עניין למדיניות כלכלית, המסור לשיקול דעת הרשות.

15 בג"צ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פד"י מד(3) 317.

באותו עניין נדונו תקנות שעת חירום, שהתקין שר הבינוי והשיכון כדי להבטיח מתן פתרונות דיור מהירים נוכח גלי העלייה הגואים. התקנות נועדו לאפשר בנייתן של אלפי יחידות דיור, בהליך מקוצר, תוך עקיפת ההליכים המורכבים והאיטיים של חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. ואולם, התקנות הותקנו חרף העובדה שבאותה עת עצמה נדונה בכנסת הצעת חוק הליכי תכנון ובניה (הוראת שעה), תש"ן-1990,¹⁶ שתכליתה הקמת ועדות מיוחדות לתכנון ולבנייה, אשר תאשרנה בהליך מהיר ומזורז, במסגרת חוק התכנון והבנייה הקיים, פרויקטים רבי היקף.

גם עניין זה הינו לכאורה עניין של מדיניות, מה עוד שדבר קיומה של שעת חירום לא היתה שנויה במחלוקת לנוכח גלי העלייה ומצוקת הדיור שנגרמה בעטיים. ועם זאת לא נרתע בג"צ מלהתערב בעניין זה ופסל את התקנות.

בית המשפט לא הטיל כמובן ספק בחיוניות קליטת העלייה וכמו כן לא ערער על כך שהתקנות הנדונות היו בגדר הסמכות הקבועה בסעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948. ולמרות זאת נשלל תוקף התקנות, שכן השר לא שקל את האפשרות, לפיה ניתן היה להשיג את אותה מטרה באמצעות חקיקה רגילה, או ששקל אפשרות זו והתעלם ממנה.

8.15 בפסקי דין אלו, מוצאים אנו אם כן מגמה חדשה של בג"צ בדבר מעורבות שיפוטית מוגברת בשיקול דעתה של הרשות אף בעניינים מובהקים של מדיניות כלכלית, תוך בדיקת מתחם השיקולים שהובאו בחשבון על ידי הרשות, בחינת סבירותם ובחינת היחס שבין האמצעי שננקט לבין האלטרנטיבות הקיימות והמטרה שמבקשים להשיג.

8.16 מגמה חדשה זו זכתה למספר הסברים. ד"ר זאב סגל סבור כי פסקי דין אלו משקפים צורך בהתערבות בג"צ במקום שלא ניתן משקל ראוי לחופש העיסוק והמסחר החופשי.¹⁷ פרופ' א' רובינשטיין גורס לעומת זאת, כי פסקי דין אלו מהווים מענה לתופעה של אי שקילות כל השיקולים הרלוונטיים על ידי הרשות המינהלית.¹⁸ ואולם, בין אם כך ובין אם כך,

16 ה"ח 218.

17 ז' סגל "משפט מינהלי" (סקירת ההתפתחויות שארעו בתחום המשפט המינהלי בשנת תשנ"א) ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א בעריכת פרופ' א' רחן-צבי, הוצאת לשכת עורכי הדין, תשנ"ב, 109, 129.

18 א' רובינשטיין המשפט הקונסטитуציוני של מדינת ישראל, לעיל הערה 4, בעמ' 846-847.

ברור הוא כי נפרץ הסכר ואף בנושאים של מדיניות כלכלית פתוחה כעת הדלת לפני ביקורת בג"צ.

8.17 ההסבר הנראה לנו לתופעה זו הינו כי בהסדרת ענייני המשק מרכזת המדינה כוחות רבים. ביקורת שיפוטית נחוצה על כן כדי להוות משקל נגד לכוחות האמורים, לבל ינוצלו לרעה, או שלא למטרות שלשמן הוקנו לרשות. ודוק, בכל שלושת פסקי הדין שהובאו לעיל, הסדירו צווי החירום שהוציאה הרשות את ענייניו של ענף משקי כולל, והיתה להם השפעה מכרעת. כוחות שכאלו מן ההכרח לרסן, והמדיניות השיפוטית שננקטה חייבה החלת פיקוח גם בתחום זה, לנוכח עוצמת ההשפעות שהיו צפויות מצעדים אלו.

8.18 לנוכח האמור, נראה כי מגמה זו מחייבת, באופן מקביל, להכפיף לביקורת שיפוטית אף את הגופים, אשר באמצעותם מיישמת הממשלה חלק ניכר מפעילותה המשקית, הלא הן החברות הממשלתיות. השפעתן של החברות הממשלתיות על המשק הינה, במקרים רבים, מכרעת. לחלק מן החברות הממשלתיות יש מונופול על ענף משקי שלם. חברות ממשלתיות אחרות פעילות בצורה מסיבית, כשהכמות מהווה כשלעצמה "מסה קריטית" בענף המשקי שבו הן פועלות. כוח זה מן ההכרח לרסן, בדיוק בשם שנקבע לגבי המדיניות שמבצעת הממשלה בעצמה בתחום הכלכלי.

8.19 כך למשל, כאשר מחליטה הממשלה לבנות אלפי יחידות דיור עבור העולים, הרי שבצד התקנות המיועדות להקל את הליכי התכנון והבנייה, עדים אנו לתופעה של ביצוע עבודות בנייה בהיקפים עצומים, על ידי החברות הממשלתיות העוסקות בבנייה. תכליתן של עבודות אלו, אינו בהכרח לגרוף רווחים בחברות הממשלתיות תוך ניצול הביקושים שנוצרו בשוק, אלא אדרבה, תכליתן ל"הציף" את השוק בדירות, כדי להביא להורדת הביקושים ולירידה במחיר.

8.20 בדומה לכך, עדים אנו לתופעה לפיה כאשר החליטה הממשלה לפתח קשרי חוץ עם מדינה מסוימת, סיפקו לה חברות ממשלתיות מסוימות, במחירים מיוחדים, אמצעי מיגון בטחוני, ציוד חקלאי ולעיתים אף בנייה של פרויקטים. כמו כן, מקיימת חברת התעופה הלאומית קווי טיסה עם מדינות שונות, בהתאם לאינטרסים לאומיים שמכתיבה הממשלה, ולא דווקא מטעמים כלכליים.¹⁹

19 לשימוש בחברות ממשלתיות להשגת יעדים לאומיים וקיומה של פעילות בלתי רווחית לצורך כך, ראה י' אהרוני, חברות ממשלתיות בישראל ובעולם (גומא, ספרי מדע ומחקר, ציריך/קובר 1979) 81-104.

8.21 נמצא, כי גם אם החברות הממשלתיות נהנות מעצמאות יחסית ומאישיות משפטית נפרדת, הרי שהמדובר בגופים המרכזים כוחות עצומים בני השלכות מכריעות על המשק, ואשר באמצעותם מיושמת במידה רבה אותה מדיניות ממשלתית, אשר בג"צ מצא לנכון להחיל עליה פיקוח שיפוטי.

המדיניות השיפוטית, בהתאם למגמה השוררת בפסיקה, מחייבת אם כן להחיל את ביקורת בג"צ גם על חברות ממשלתיות, ללא שהדבר יהווה מכשול או מקום לרתיעה.

8.22 בהתאם לכך, אם ביחס לכלל החברות הממשלתיות ייבחנו בעיקר הגינות שיקול הדעת המינהלי וסבירות האיזון בין האינטרס "הפרטי" של החברה הממשלתית להשתחרר מכבלי המשפט הציבורי לבין ציפיית הציבור כי כללים אלו יחולו על החברה הממשלתית, הרי שבחברות ממשלתיות אשר הממשלה מוציאה אל הפועל באמצעותן את מדיניותה הכלכלית, ואשר יש להן השפעה מכרעת על פעילויות המשק, מן הראוי כי תיבחן ככלל, גם סבירות שיקול הדעת המינהלי בביצוע וביישום מדיניות הממשלה ובהשפעת פעילויותיהן על כלכלת המדינה.

8.23 נמצא כי לא זו בלבד שאין לחשוש מפני קביעה לפיה ידון בג"צ גם בנושאים כלכליים הנוגעים לקביעת מדיניות כלכלית, אלא שהמגמה העולה מהחלטות בג"צ בעניין ח.ס.ה., בעניין מדאינווסט ובעניין פורז, מחייבת להרחיב את תחומיה של הביקורת השיפוטית בחברות ממשלתיות מסוג זה, כדי שלא להותיר כוחות עצומים אלו בלא פיקוח נאות.

8.24 להלן נראה כי מסקנה זו מתחייבת לא רק מן המדיניות הראויה, אלא גם מן המשפט הפוזיטיבי הנוהג, לנוכח פרשנותו של סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, ובהתאם לקו החשיבה שהתוונו בפרקים הקודמים.

ג. פעילות "פרטית" ופעילות "ציבורית" ברשות המינהלית ובחברה הממשלתית

8.25 פרופ' פרידמן במאמרו "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי",²⁰ ממיין את פעולותיה המשפטיות של רשות ציבורית, בהתאם להשתייכותן למשפט הציבורי או הפרטי,²¹ כדלקמן:

א. פעולות שיש בהן שימוש בסמכות שלטונית נורמטיבית, מכל סוג שהוא, בין אם הפעולה קובעת נורמה כללית ובין אם היא קובעת נורמה אינדיווידואלית. פעולות אלו הן בתחום המשפט הציבורי.

ב. פעולות "מעורבות", דהיינו, פעולות המכילות יסודות מן המשפט הפרטי, אך הן נוגעות לדרכי הפעלתה של סמכות שלטונית נורמטיבית, כגון חוזה הנוגע להפעלת סמכות שלטונית או לאי הפעלתה.²²

ג. פעולות משפטיות של רשות שלטונית, הנעשות בקשר לתפקידה, אך אין בהן הפעלת סמכות נורמטיבית. דהיינו, מקרים שבהם הרשות פועלת לצורך מילוי תפקידה - אך מופיעה כפרט המבצע פעילות במסגרת המשפט הפרטי. גם במקרה זה, חייבת הרשות לפעול במסגרת סמכותה, שאם לא כן לא יהא תוקף לפעולתה.²³ ואולם, העובדה כשלעצמה, שהסמכות או הכוח לביצוע הפעולה מקורן במשפט הציבורי, אין משמעותה בהכרח כי הפעולה המשפטית שנעשתה מכוח סמכות זו, נכללת אף היא בתחום המשפט הציבורי.²⁴

20 ד' פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה' (תשל"ג-ד) 598.

21 בעניין זה ראה גם א' רובינשטיין ד' פרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנויין" הפרקליט כא 61.
22 בהקשר זה באה לידי ביטוי "הלכת ההשתחררות" המתירה למינהל להשתחרר מחיים, כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים לעשות כן, ראה למשל: בג"צ 311/60 י' מילר נ' שר התחבורה, פד"י טו 1989; בג"צ 121/68 אלקטרה ישראל בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י כב(2) 551; ג' שלו דיני חוים (דן), ההוצאה לאור בע"מ, ירושלים, תש"ן) 633.

23 כך בע"א 268/65 נוי נ' עזרית חררה, פד"י יב 353, נשלל תוקפו של שטר חוב מכיון שהעירייה לא היתה מוסמכת להוציאו, על פי גרדי הסמכות הקבועים לה בפקודת העיריות.

24 במקרים אלו ברור כי חל המשפט הפרטי, ואולם, בצידו חל גם המשפט הציבורי. זוהי "הדואליות הנורמטיבית" כפי שנקבעה בבג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל, פד"י לד(3) 729; ד"ר 22/82 חבי' בית וולס בע"מ נ' רביד משה, פד"י מב(1) 441; ג' שלו חוזה רשות בישראל (אבישר, תשמ"ה) 54; ג' שלו דיני חוים, לעיל הערה 22, בעמ' 654-647. ועם זאת, החובות מן המשפט הציבורי אינן מקנות בהכרח כל זכויות יתר במישור המשפט הפרטי. לענין זה ראה: Lynch v. U.S. 292 U.S. 571, 78 L. Ed. 1434, 1440 (1934); Mitchell The Contracts of Public Authorities, p. 144.

ד. פעולות הנעשות בתחום המשפט הפרטי הטהור. כגון, כאשר גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין, מזמין מונית או רוכש מבנה לצרכיו, במסגרת תפקידו. פעילות שכזו יכולה להתקיים כאשר הרשות הציבורית היא אישיות משפטית טבעית. ואולם, לגבי אישיות משפטית מלאכותית, דוגמת מדינה או עירייה:

”קשה בכלל לתאר ביצוע עיסקה שתיכלל בגדר המשפט הפרטי הטהור... שהרי בניגוד לאישיות משפטית טבעית, קשה להניח שיש לגוף ציבורי דוגמת עירייה צרכים שאין להם קשר לתפקידה”.

8.26 הפעילות מן הסוג הראשון הינה פעילות שלטונית מובהקת - והיא כפופה למשפט הציבורי ולביקורת בג"צ. כפי שנראה להלן, פעילות זו כפופה לביקורת בג"צ אף כאשר היא מוצאת אל הפועל על ידי גופים מן המשפט הפרטי - ובמקרים אלו מוכפפות אף שאר הפעולות שמבצע הגוף האמור לביקורת בג"צ ולכללי המשפט הציבורי, שהרי גוף זה נכלל בהגדרת מי שממלא "תפקיד ציבורי על פי דין".²⁵ במקרה זה, לנוכח מהותו של הגוף עושה הפעולה, חלות הנורמות האמורות על כלל פעולותיו, בהתעלם מאופיין וממהותן של פעולות אלו עצמן.

8.27 בה במידה, כפופות לביקורת בג"צ ולכללי המשפט הציבורי פעולות מן הסוג השני, הנוגעות לדרך הפעלתה של הסמכות השלטונית. העובדה כי כרוך בעניין זה גם מימד מן המשפט הפרטי, כגון ההתחייבות החוזית באשר לאופן ביצוע הסמכות האמורה, אינו מפחית כמובן מתחולתם של כללי המשפט הציבורי, ובאמצעות חוזה כלפי פרט מסוים לא ניתן לשנות בכמלוא הנימה את מהות החיובים כלפי הציבור הרחב, הנובעים מחובת אמון כלפי ציבור זה. נאמן לא יכול להישמע בטענה, כי התחייב להפעיל את שיקול דעתו באופן מסוים בלבד. משום כך, לא זו בלבד שחלים כללי המשפט הציבורי, אלא שחלק מכללים אלו מתייחס לדרך ההתנהגות הראויה של הרשות הציבורית כלפי חכים שהינה כורתת. כך למשל נקבעו כללים במסגרת המשפט הציבורי החלים במקרים מסוג זה ביחס ל"הלכת ההשתחררות" מחוזה, ביחס לחובה לכבד אף התחייבות שאינה עולה כדי חוזה, והמהווה "הבטחה ציבורית" וכיוצא באלה.

8.28 לכללי המשפט הציבורי הוכפפו גם פעולות מן הסוג השלישי, הנעשות במישור המשפט הפרטי, בקשר לתפקידה של הרשות. הממשל יכול

25 בהתאם להגדרה "אורגנית" טהורה, הרי שאכן, הגדרתו של גוף כשלטוני מכפיפה את כל פעולותיו לתחומי המשפט הציבורי.

להופיע פעם בדמות של מבצע פעולות בעלות אופי שלטוני, ופעם בדמות בעל רכוש או בעל עסק העוסק בפעולות רכושיות, מסחריות או עסקיות. לנוכח פעילותה הכלכלית, המשקית והחברתית של הממשלה וחידרתה לשטחי החיים השונים, הולכים ומיטשטשים יותר ויותר הגבולות שבין פעולות השלטון בתפקידיו השלטוניים לבין פעולותיו כבעל רכוש או כבעל עסקים.²⁶ ההבחנה, שהיא היחידה הקובעת במישור זה של פיקוח בג"צ, (ולדידנו אף במישור תחולתו של המשפט הציבורי), הינה בין פעולה שיש בה לבין פעולה שאין בה משום קיומו של "תפקיד ציבורי על פי דין".²⁷

8.29 ואולם, גם פעולות מן הסוג הרביעי - השייכות למשפט הפרטי הטהור, שאינן מצויות ביחס לאורגן מן הרשות הציבורית שאינו אישיות משפטית טבעית, מצינו בחברה הממשלתית. כשם שאישיות משפטית טבעית יכולה להזמין לה מונית כדי להגיע לעבודה, זוהי פעילות מובהקת מן המשפט הפרטי על אף שמבצעה הוא גוף השייך למנגנון הציבורי, בן קיימים תחומים ארגוניים ועסקיים פנימיים בחברה הממשלתית, הנחוצים לה לשם הפעלתה כמנגנון, ואשר אינם נוגעים לציבור הרחב. בהתאם לניתוח שיפורט להלן, פעולות אלו של החברה הממשלתית לא יוכפפו לכללי המשפט הציבורי ולביקורת בג"צ, והן מצויות במישור המשפט הפרטי בלבד.

8.30 קו החשיבה המוצע על ידינו בהקשר זה הינו כדלקמן: סעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה מסמיך את בג"צ ליתן צווים "לרשויות המדינה, לרשויות המקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". הגדרה זו מורכבת משני חלקים: אורגני ופונקציונלי.

החלק האורגני בהגדרה מתייחס למדינה, לרשויות המקומיות ולפקידיהן. במסגרת זו כפופה לביקורת בג"צ ולכללי המשפט הציבורי כל פעילות שהיא, אף אם מבחינה פונקציונלית היא מוגדרת כחקיקתית (בגון: התקנת תקנות) ואף אם היא בגדר פעולה מן המשפט הפרטי, לרבות פעילות המצויה בקטיגוריה הרביעית האמורה, אם תימצא בו.

לאמור, ביחס למי שכללי המשפט הציבורי מוחלים לגביו מכוח החלק

²⁶ בג"צ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פד"י טז 20, 29.
²⁷ בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פד"י טז 2101, 2109. וראה במיוחד דברי כב' השופט זוסמן (בעמ' 2115): "תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה".

האורגני שבהגדרה האמורה, לא תיתכן פעילות פרטית המשוחררת מכללי המשפט הציבורי, שכן המדינה והרשויות המקומיות הן בגדר נאמן של הציבור, "אשר משלהן אין להן ולא כלום".²⁸ ממילא נמצא כי פעילות פרטית סותרת מבחינה קונספטואלית את מהות הרשות כנאמן הציבור, אשר אין לה שום דבר פרטי משלה.

8.31 לעומת זאת קיים גם החלק הפונקציונלי בהגדרה האמורה, המתייחס למי ש"ממלא תפקיד ציבורי על פי דין". חלק זה בהגדרה נועד לפרוס את רשת כללי המשפט הציבורי באופן רחב, ולכלול אף פעולות המבוצעות על ידי אורגנים, שהינם בעלי אישיות משפטית נפרדת מזו שיש למדינה ולרשויות המקומיות, וזאת כשהמדובר בפעולות הכרוכות בקיומה של חובת אמון כלפי הציבור הרחב, חובה המוגדרת כ"תפקיד ציבורי על פי דין".^{28א} לגופים אלו שהינם גופים פרטיים, עשויים להיות אינטרסים משלהם, והם מוכפפים לכללי המשפט הציבורי רק ככל שהפונקציה שהם ממלאים כרוכה בקיומה של חובת אמון כלפי הציבור ונכללת בגדר המונח "תפקיד ציבורי על פי דין". בפעילות אחרת, שמבצעים גופים אלו ושאינה נכנסת לקטיגוריה זו, יחולו אך ורק כללי המשפט האזרחי, ובפעילותם זו הם לא יוכפפו לביקורת בג"צ.

8.32 בהתאם לכך, גופים שאינם נופלים בגדר החלק הראשון - האורגני - של ההגדרה, ואינם נכללים בגדר המדינה והרשויות המקומיות, עשויים להיות פטורים מכללי המשפט הציבורי בפעילויותיהם מתחום המשפט הפרטי. העובדה כי גם גופים אלו מחזיקים בידיהם לעיתים סמכויות שלטוניות, אינה משנה מאומה. המבחן היחיד הנוגע לגופים הכפופים לביקורת בג"צ מכוח חלקה השני והפונקציונלי של ההגדרה, הינו היותה של הפעולה הספציפית הנדונה, מבחינה פונקציונלית, בגדר "תפקיד ציבורי על פי דין".

8.33 לאמור, בכל הנוגע לגוף שאינו חלק אורגני מן המדינה או הרשויות המקומיות, אין נפקות לשאלה מיהו עושה הפעולה, וממילא גם אין נפקות לכך כי בהודמנויות שונות מוציא אל הפועל הגוף האמור סמכויות שלטוניות המסורות בידיו. יישומן של סמכויות אלו לא תביא להחלת כללי המשפט הציבורי על שאר פעולותיו של גוף זה, שאינן בגדר "תפקיד ציבורי על פי דין".²⁹ רק מי שנכלל בחלקה הראשון של ההגדרה, ונכלל

28 בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד (1) 325.

28א ראה לעיל הערה 27.

29 אם כי מצינו לכאורה בפסיקה כי כללי המשפט הציבורי הוחלו, במקום שבו נדק עניינו של גוף שהינו

מבחינה אורגנית בגדר המדינה או הרשויות המקומיות, יחויב בכללי המשפט הציבורי אף ביחס לפעולה שאינה כשלעצמה בגדר "תפקיד ציבורי על פי דין".

8.34 ייובהר, בהתאם לקו החשיבה האמור, פעולות של המדינה ושל הרשויות המקומיות, מכל מין וסוג שהוא, ייכללו תמיד בכלל המונח "תפקיד ציבורי על פי דין". עובדה זו מבוארת בעניין פרץ נ' כפר שמריהו,³⁰ בכך שתפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, ונאמנות זו קיימת בכל מעשה ופעולה של הרשות, שהרי אין לה משלה ולא כלום. לא כן הוא בגופים אחרים. ביחס לאלו יחולו כללי המשפט הציבורי רק בכל הנוגע לתפקידים שבהם קיימת חובת נאמנות כלפי הציבור, העולה בדי "תפקיד ציבורי על פי דין". ואולם, לגופים אלו יכול ויהיו אינטרסים משל עצמם ופעילות שאין בה חובת אמון כלפי הציבור, ואשר ממילא אינה נכללת בגדר המונח "תפקיד ציבורי על פי דין". במקרה זה, תוגדר הפעילות כפרטית באופן מובהק - וכמשתייכת לקטיגוריה הרביעית בחלופות של פרופ' פרידמן. ומכיון שלא קיימת חובת אמון כלפי הציבור בביצוע פעולות אלו, הרי שהן אינן נכללות בגדר המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" ולא יחולו לגביהן ביקורתו של בג"צ וכללי המשפט הציבורי.

8.35 מן הניתוח המוצע עולה, כי כללי המשפט הציבורי וסמכותו של בג"צ מכוח סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, יחולו במקרים הבאים:

- א. ביחס לכל פעילות שמבצעת המדינה והרשויות המקומיות.
- ב. ביחס לפעולה הכרוכה בחובת אמון, בין אם היא מבוצעת על ידי גוף "פרטי" ובין שהיא מבוצעת על ידי גוף "ציבורי".

לעומת זאת, ייצאו מגדר תחולת כללי המשפט הציבורי, פעולות פרטיות, של גופים שאינם נמנים עם המדינה והרשויות המקומיות, כשנקודת המבחן היא: קיומה של חובת אמון כלפי הציבור בכל הנוגע לפעילות זו.

8.36 מעתה, נפנה ליישום קו חשיבה זה לגבי חברות ממשלתיות. לחברות הממשלתיות יש אישיות משפטית נפרדת כפי העולה מסעיפים 2 ו-4 לחוק

גם בעל סמכויות שלטוניות, בלא שייבחן ויבדק שמא הפעילות הספציפית שבה עסקין, אינה בגדר הסמכויות השלטוניות של הגוף האמור, ולא בצע על ידי אותו גוף "תפקיד ציבורי על פי דין" (וראה הערה 33 להלן).

30 לעיל הערה 27.

החברות הממשלתיות. לחברות אלו יש אינטרסים מובהקים משל עצמן כגוף פרטי, והן אינן בגדר נאמן הציבור במובן זה ש"אין להן משלהן ולא כלום". ואולם, מצינו חובת אמון החלה על פעולותיהן, לנוכח התפקיד המעין שיפוטי המוטל על חברות אלו, במסגרת המבנה המשפטי שמערבב בדיון, ואשר לפיו מוטל על החברות הממשלתיות לאזן בין אינטרסים "פרטיים" שלהן לבין ציפיות הציבור כי הן תנהגנה עימו על פי כללי המשפט הציבורי. חובת אמון זו היא המגדירה פעולות מסוימות כקיומו של "תפקיד ציבורי על פי דין" וממנה נובעת סמכותו של בג"צ. מכאן כי כאשר האינטרס הציבורי האמור בדבר הגשמת ציפיותיו הגורמטיביות של הציבור אינו קיים, אין חובה לאזן בין שני אינטרסים וממילא אין חובת אמון.

בפעולות אלו, שבהן לא קיימת ציפיית הציבור ולא קיימת חובת אמון מכוח קיומו של תפקיד לאזן בין אינטרסים נוגדים, אין החברות הממשלתיות ממלאות "תפקיד ציבורי על פי דין", וממילא ביחס לפעילות זו לא יחולו כללי המשפט הציבורי והן לא תהיינה כפופות לביקורת בג"צ.

8.37 והדברים הינם מחויבים גם מחמת הגיונם. ביחס לחברה הממשלתית לא נובעת סמכות בג"צ מכוח חלקה הראשון - האורגני - של ההגדרה המנויה בסעיף 15(ד2) לחוק החברות הממשלתיות. גם לא קיימת חובת האמון הנובעת ממהותן של חברות אלו כנאמן הציבור שאין לו משלו ולא כלום. סמכות בג"צ נובעת רק מחלקה השני - הפונקציונלי - של ההגדרה האמורה, הנוגעת להיותה של הפעילות שמבצעת החברה הממשלתית מסוג הכרוך בחובת אמון. ואולם, בפעילות שבה לא קיימת חובת אמון זו, אין כל היגיון להכפיף את החברה הממשלתית, שהינה כאמור גוף פרטי, לחובות מן המשפט הציבורי ולביקורת בג"צ. מקום שבו לא מוגדר הגוף הנדון כציבורי ואף הפעולה הנדונה אינה כרוכה בקיומה של חובת אמון לציבור, לא מן הראוי כי העניין יידון בבג"צ.

8.38 סביר להניח כי הציבור מצפה מן החברה הממשלתית כי תנהג כיאות לגוף ציבורי, בעת שהיא מיישמת את תפקידיה. אך בפעילות של התארגנות פנימית שמבצעת חברה זו, ספק אם ציפיות אלו קיימות. ובהתאם למודל המוצע, מקום שבו אין ציפיות נורמטיביות של הציבור - לא חלים כללי המשפט הציבורי וביקורת בג"צ. התוצאה היא, כי בפעילות "פרטית" של החברה הממשלתית, שבה אין ציפייה של הציבור כי החברה הממשלתית תפעל על פי כללי המשפט הציבורי, אין תפקיד של איזון בין אינטרסים ואין חובת אמון. ובהעדרה של חובת אמון, אין לפנינו פעילות

המהווה קיום של "תפקיד ציבורי על פי דין", ואין מקום לתחולת ביקורתו של בג"צ ולהחלת כללי המשפט הציבורי.

8.39 הגדרת החובה לנהוג על פי כללי המשפט הציבורי, כנובעת מחובת אמון, המתקיימת רק במקום שבו נדרש איזון בין שני אינטרסים נוגדים, גודרת אם כן גם את גדרי החובה האמורה ומאפשרת להבחין בין פעילות שלטונית או עסקית הטומנת בחובה חובת אמון כלפי הציבור, ואשר לגביה חלה סמכות שיפוטו של בג"צ, לבין פעילות שאינה כוללת חובת אמון כאמור (פעילות "פרטית"), שאינה כפופה לכללי המשפט הציבורי ולביקורת בג"צ.

נפנה עתה לעיגון תיזה משפטית זו במשפט הפוזיטיבי הנוהג.

ד. "תפקיד ציבורי על פי דין" - ניתוח

8.40 המונח הלשוני "תפקיד ציבורי על פי דין", הקבוע בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, מהווה "מפתח ראשי" הפותח דלתות בג"צ, והמעיד על כפיפות לכללי המשפט הציבורי. ננתח ביטוי זה על מרכיביו השונים, ואת הפסיקה שפירשה אותו.

ד(1) "תפקיד ציבורי" מהו?

8.41 בע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום³¹ נדונה החלתן של נורמות מן המשפט הציבורי על חוזה שערכה עמותה העוסקת בענייני קבורה - חברה קדישא. הדיון לא היה במסגרת בג"צ, ועם זאת כאשר ביקש בית המשפט לבחון אם חלים כללי המשפט הציבורי על גוף זה, נבחנה גם מהותו הציבורית של הגוף האמור ושימשה כאמת מבחן תוך עריכת השוואה בין החברה קדישא לבין חברת החשמל, שהוחלו לגביה כללי המשפט הציבורי וביקורת בג"צ.³² כב' השופט ברק ציין בהקשר זה (בעמ' 517 לפסק דינו) כדלקמן:

"...אין די בכך שהשירות שהיא (החברה קדישא שעניינה נדון בפסק הדין - ו' א') נותנת הוא למען הציבור בכללו, ולא נועד לצרכי רווח. רבות הן העמותות המעניקות שירותים לציבור בכללו, ובל עמותה, מעצם הגדרתה מתאגדת ל"מטרה חוקית שאינה מכוונת לחלוקת רווחים בין חבריו" (סעיף 1 לחוק העמותות תש"מ-1980). לא יעלה על הדעת לטעון כי המשפט הציבורי הרואה ברשות הציבורית נאמן של הציבור... יוחל על כל מי שפועל למען הציבור למטרת רווח. כלום עמותות הפועלות למען קשישים וחולים, פועלות בתוך תחומי המשפט הציבורי?³² אכן, החלתו של המשפט הציבורי על גוף אשר התאגד על-פי המשפט הפרטי מחייב תנאים נוספים, מעבר לביצוע תפקידים שלציבור עניין בהם. מהותם של תנאים אלה אינה פשוטה לקביעה...

31 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, פד"י מו(2) 464 (להלן: הלכת קסטנבאום).

32 בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פד"י מא(2) 449 (להלן: הלכת מיקרו דף).
א32 ומצידה השני של המטבע ראה לעניין זה גם:

D.N Chester "Public Corporations - The Classification of Administrative Bodies" 1 Political Studies 34, 40: "And I do not think the non-profit making test is particularly helpful, the post office is not the less a government body because it has a surplus each year".

לענייננו נוכל לקבוע כי אם מוענק לגוף פלוני תפקיד סטוטורי, יש להחיל עליו, לעניין ביצועו של תפקיד זה, את המשפט הציבורי. ודוק: משאיר אני בצריך עיון אם תנאי זה הוא הכרחי. לדעתי הוא תנאי מספיק.³³ כך למשל חב' החשמל נתפסה כיצור כלאיים, בין השאר, בשל 'קיומן של סמכויות שלטוניות'."

8.42 המונח "תפקיד ציבורי" כולל אם כן בבירור כל תפקיד סטוטורי, שתכליתו הפעלתן של נורמות שלטוניות, כלליות או אינדיווידואליות. ואולם, אין בפסק דין זה אינדיקציה להגדרת המונח "תפקיד ציבורי" כשמדובר בפעולה למען הציבור שלא כרוכה בה הפעלה של סמכות שלטונית. דא עקא, שדווקא הקושי שמעלה פרופ' ברק בפסק דינו ביחס לעמותות שונות העוסקות בצורכי ציבור מלמד, לכאורה, כי פשוטו של המונח "תפקיד ציבורי" הוא כמשמעו - תפקיד שלציבור יש עניין בו. בהתאם לכך, עמותות וכיו"ב גופים וולונטריים אכן ממלאים "תפקיד ציבורי". גופים אלו אינם ממלאים אחר הדרישה הנוספת לתחולת סמכותו של בג"צ בדבר היותו של התפקיד הציבורי "על פי דין". אך הדאגה לקשישים ולחולים עולה כדי "תפקיד ציבורי".

8.43 יצוין, תליית חלותם של כללי המשפט הציבורי בהתקיימם של שני תנאים מצטברים אלו, "תפקיד ציבורי" ו"על פי דין", מאפשרת לפרש את המונח "תפקיד ציבורי" באופן רחב, כשהמטרה היא לשאוף לכלול בהגדרה זו את מירב הגופים שהציבור מצפה מהם בי ינהגו בהגינות, לנוכח האינטרס הרב של הציבור בפעילותם. פרשנות רחבה זו מתאפשרת, לנוכח העובדה כי המונח "על פי דין" יביא ממילא לסינון ויוציא מגדר סמכות הפיקוח של בג"צ ותחולת כללי המשפט הציבורי, את כל הגופים הפועלים באופן וולונטרי.

8.44 הד לכך נמצא לדעתנו, בבג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל

33 בהתאם לכך, משנמצאו סמכויות שלטוניות, שהופקדו בידי החברה קדישא, הוחלו כללי המשפט הציבורי על פעולותיה, וההסכם שכרתה נבחן על פי אמות מידה של משפט ציבורי. דא עקא, שפסק אם אכן נכלל אף הסכם זה, שאינו בגדר התפקידים השלטוניים של הרשות המינהלית, בגדר פעילות ציבורית. החלת מבחן פונקציונלי בהקשר זה, מביאה לכאורה לאחת משתי החלופות הבאות: או שיש להגדיר "תפקיד ציבורי" ככולל אף סמכויות לא שלטוניות, כגון חחה למכירת חלקת קבורה, או שבהסכם זה לא מולא כל "תפקיד ציבורי" ואין כללי המשפט הציבורי חלים עליו, תוצאה שאינה מרחיקה לכת כלל ועיקר, שהרי אף כללי המשפט הפרטי מתמחדים היטב עם הבעיה שהתעוררה, כפי העולה מפסק דינו של בית המשפט בערכאה הראשונה ומהמשך פסק דינו של כב' השופט ברק, שפ.

לישראל בע"מ, שם קבע כב' השופט ברק³⁴ כי: "יחודה של חברת החשמל, שגופה אזרחי ונשמתה ציבורית...".

נשמה ציבורית אינה מתבטאת רק בסמכויות שלטוניות, אלא גם בחיוניות השירות, ובכך שעיני הציבור הרחב נשואות להספקתו של שירות זה.

8.45 כמו כן תצוין בהקשר זה קביעתו של כב' הנשיא שמגר בעניין קסטנבאום:³⁵

"חברה תרבותית רואה בקבורה פעולה ציבורית חיונית, אשר עולה מבחינת אופייה הציבורי על פעולות ההספקה של מצרכים - כגון חשמל גז או מים - המעוגנות במידה רבה בתחום הכלכלי. החברה קדישא אינה פועלת למטרות רווח אלא למען קיום מצווה או חובה ציבורית, הכל לפי תפיסתו של כל פרט, וחיוניותה המפלגה היא המקנה לה דמותה ומהותה הציבוריים" (ההדגשה הוספה).

בדומה לכך, קבע כב' מ"מ הנשיא השופט אלון באותו עניין:³⁶

"אכן, למערכת משפטית גוף יש בדמות הדין שבמשפט ונשמה יש, ולעיתים אף נשמה יתירה, במהות ערכי המשפט (ראה הלכת לסרסון ע"א 391/80 פד"י לח(2) 237, בעמ' 267). לחברת החשמל אולי גם נשמה יש. אך לחברה קדישא - ודאי שגם נשמה יש. פעולתה של החברה קדישא... בהבאת אדם למנוחת עולם, משולבת בה רגישות אישית ונשמית מיוחדת...".

8.46 המונחים נשמה וגוף מופשטים הם מכדי להוות אמת מידה ברורה לתחולתם של כללי המשפט הציבורי. ואולם, המונח "תפקיד ציבורי" אינו זקוק למונחים אלו כדי להבהירו. דומנו כי הפרשנות של המונח "תפקיד ציבורי", על פי פשוטם של דברים, מהווה קנה מידה ראוי גם על פי הגיונם של דברים מבחינה מהותית. לאמור, כל גוף הממלא תפקיד - שלציבור הרחב יש עניין בקיומו, ממלא "תפקיד ציבורי" לעניין סעיף 15(ד) לחוק

34 לעיל הערה 32, בעמ' 461.

35 לעיל הערה 31, בעמ' 484.

36 שם בעמ' 493. ערך מיוחד זה המאפיין את פעולות החברה קדישא, גם סייג את תחולת הגדרתה כגוף שחלים עליו כללי המשפט הציבורי. בסוף אותה פסקה מסיק על כן כב' השופט אלון: "אופי ותפיסה אלה משמעותם פחותה כאשר לפעילותה של החברה קדישא, דרך משל: לעניין חחה הנעשה על ידה לשכירת מכונית או שאר דברים הדרושים לה במהלך עבודתה, ושלגביהם דומה, בעיקרה, פעילותה של החברה קדישא לפעילותה של כל חברה פרטית אחרת".

יסוד: השפיטה. הסינון של גופים אלו, מן הדין כי ייעשה מכוח הסיפא בדבר היותו של תפקיד זה "על פי דין" ולא בדרך של צמצום מלאכותי למונח "תפקיד ציבורי", שהוא החלק בהגדרה הנועד לפתוח שערים ולכלול בקרבו כל גוף שעניו הציבור נשואות לתפקודו ומצפות כי ינהג באופן ההולם גוף ציבורי.³⁷

8.47 זאת ועוד, הפירוש הראוי למונח "תפקיד ציבורי על פי דין" נדון בעת שבג"צ דן בכפיפותה של חברה ממשלתית לגדר סמכותו, ובעקיפין בכל הנוגע לכפיפותה של חברה זו לכללי המשפט הציבורי. בהקשר זה נטען כי המונח "תפקיד ציבורי" מצומצם הוא - והדבר לא עלה בידי המשיבים.

8.48 כך מוצאים אנו כי בבג"צ 187/71 "רמט" נ' החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ³⁸ נטען כי יש לפרש את המונח "תפקיד ציבורי" כמכוון לאופי הרשמי המאפיין את התפקיד. בהקשר זה הוצעה פרשנות לפיה המונח "ציבורי" משמעו - תפקיד שהציבור ייסדו ומיסדו.

כך מוצאים אנו כי המונח "עובד ציבורי" או "משרד ציבורי" מוגדר בפקודת הפרשנות (נוסח חדש) "לרבות כל עובד או משרד שהוטלו עליהם תפקידים בעלי אופי רשמי או הממלאים תפקידים כאלה, בין שהם נתונים לפיקוחה הישיר של הממשלה ובין אם לאו"³⁹ (ההדגשה הוספה).

8.49 זאת ועוד, בא כוח המדינה, עורך הדין ד"ר מ' חשין, טען באותו עניין כי לסעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, קדמה פקודת בתי המשפט, 1940, ובסעיף 7(ב) לפקודה זו הוגדרו סמכויות בג"צ כמתייחסות לצווים שהינם:

37 למקבילה ביחס למונח "מוסד ציבורי" בסעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), ראה א' וינרוט "מיסוי מוסדות ללא כוונת רווח" חושן למשפט (תשנ"ב) 34, 126.

38 בג"צ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פד"י (כו) 118.

39 פקודת הפרשנות היתה המקור הנורמטיבי הראוי לפרשנות סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. המחוקק העתיק ביטוי זה כהווייתו גם לסעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה. ועל אף שביחס לחוק יסוד: השפיטה, שחוקק בשנת תשמ"ב, חל כבר חוק הפרשנות, תשמ"א-1981, אשר בו לא נזכרת ההגדרה האמורה למונח "עובד ציבורי", הרי שיש להמשיך ולהזיקק לפקודת הפרשנות, שכן בסעיף 1 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, נאמר כי על מילים וביטויים בחיקוקים שניתנו לפני תחילת חוק זה לא יחול סעיף 3 לחוק הפרשנות, שבו כלולות ההגדרות החדשות למונחים השונים. נמצא לכאורה כי מכיון שהמונח "תפקיד ציבורי" נכלל בחיקוק קודם ושוכך לאחר מכן בחוק יסוד: השפיטה, נותרת בעינה הפנייה לפקודת הפרשנות.

"Orders directed to public officers or public bodies in regard to the performance of their public duties" (ההדגשה הוספה).

המונח "ציבורי" (Public) הנסמך לתפקיד (duties) זהה אם כן לכאורה למונח ציבורי (Public) המתייחס למהותו של האוחז בתפקיד (bodies), והינו מכון ל"רשמיות" התפקיד.

בהתאם לטיעון זה, המונח "ציבורי" בביטוי "תפקיד ציבורי על פי דין" מכון להגדרת הפעילות, כנובעת ממשרה רשמית מסוימת, כאשר בבל שאר הפעילויות לא תהא סמכות שיפוט לבג"צ.

8.50 דע עקא, שתכלית זו מושגת במונח "על פי דין". המונח "על פי דין" מסנן לכאורה פעילויות, שהינן פרי יחזמות פרטיות ושלא נמצא להן עיגון בדין. מונח זה מייתר את הצורך להסיק את רשמיות התפקיד מן המונח "תפקיד ציבורי". משום כך, דומנו כי כדי ליצור איזון ראוי בין שני חלקיה של ההגדרה, יש לפרש את המונח "תפקיד ציבורי" באופן רחב, ולהחיל באמצעותו את פיקוח בג"צ ואת כללי המשפט הציבורי ביחס למירב הגופים שהציבור נושא עיניו לפעילותם ומצפה כי ינהגו עימו בהתאם לנורמות ראויות. חלק זה בהגדרה נועד לפתוח גדריה של סמכות, ולהציבה כך שפעילות אשר לציבור עניין בביקורת בג"צ עליה תיכלל בהגדרה.

בהתאם לפירוש זה נכללות החברות הממשלתיות בגדר מי שממלאים "תפקיד ציבורי".

ד(2) "על פי דין"

8.51 פרופ' ג' טדסקי, במאמרו "פגם פסול בחוזה או אי כריתתו (ועוד)",⁴⁰ התייחס לסוגיה זו באומרו כי המונח "על פי דין" בא בעימות לביטוי "על פי חוזה". השיקול המביא להסדר שונה בשני המקרים עשוי להיות זה, שכאשר המחוקק מפקיד בידי הפרטים לוח חלק ומייפה את כוחם למלאו על פי שיקול דעתם, אין הוא מודע כיצד יעלה על דעתם למלאו. לפיכך, ההסדר שיקבעו הפרטים, בתחום המסור לרצונם, יהיה אומנם: כדין, במובן זה שהוא לא יחרוג מדרישות הדין. אך, הסדר זה לא יהיה על פי

40 ג' טדסקי "פגם פסול בחוזה או אי כריתתו (ועוד)" משפטים טו (תשמ"ו) 411, 427.

דין, ולא ניתן יהא לומר כי הוא בהתאם להוראה נורמטיבית קבועה מראש.

8.52 לאמור, גוף וולונטרי, אשר נוטל על עצמו משימה ציבורית, מסורה בידו הסמכות לעצב כרצונו את תחומי פעילותו, ואין מי אשר יאמר לו מה יעשה. כך בעמותה וכך גם בחברה, אשר בעלי מניותיה הם המחליטים מה יהא גדר סמכויותיה. פעולות אלו שואבות מרצונם הפרטי של הצדדים, והם אומנם כדין, אך לא "על פי דין". לעומת זאת, כללי המשפט הציבורי וביקורת ב"צ חלים אך ורק ביחס לגוף אשר הפונקציות שהוא ממלא אינן וולונטריות, אלא נקבעות מראש בהתאם לדין.

8.53 יישום פרשנות זו של המונח "על פי דין" ביחס לחברות הממשלתיות מעורר דילמה קשה. מחד גיסא, החברות הממשלתיות מהוות זרוע ביצועית של הממשלה, וזו מכתובה את גדר פעילותן. פעילות זו, שהרשות השלטונית מכתובה את קיומה, קשה לכנות בשם וולונטרית. "השר הממונה" כמשמעו בחוק החברות הממשלתיות, מחויב לדאוג לכך שהחברה הממשלתית תפעל בהתאם להחלטות הממשלה ובהתאם למדיניותה. והדין - חוק החברות הממשלתיות, יצר מסגרת נורמטיבית זו, לעיצוב פעילותה של החברה הממשלתית.

8.54 ומאידך גיסא, אחרי ככלות הכל, החברה הממשלתית הינה גוף פרטי שפקודת החברות חלה עליה, מכוח סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות. וביחס לגוף שכזה, אין לדבר על מגבלות סמכות.⁴¹ הנהלת החברה מוסמכת להציעה לכיוונים מי ישרם. לכאורה, נכון לומר כי גם במקרה זה המחוקק הפקיד בידי הפרטים לוח חלק וייפה את כוחם למלאו על פי

41 ראה סעיפים 105 ו-106 לפקודת החברות (נוסח חדש), תשמ"ג-1983. בדין וחשבון הוועדה להכנתה של הצעת חוק חברות ממשלתיות (בראשות פרופ' א' ברק) (האוניברסיטה העברית בירושלים, 1970), מתצאים אנו בהקשר זה (בסעיף 72 לדו"ח) אף הרבה מעבר לכך: "החברה אינה גוף הפועל על פי דין. זהו גוף הפועל מכח הסכם בין בעלי המניות, הסכם שפקודת החברות נותנת לו נפקות מיוחדת של יצירת אישיות משפטית חדשה הקרויה 'חברה'. העובדה שחוק חברות ממשלתיות מטפל בחברה הממשלתית אינו משנה גישה יסודית זו. חוק החברות הממשלתיות אינו מקים את החברה הממשלתית. חוק החברות הממשלתיות, כמו חוק החברות הכללי, מהווה מסגרת דינים הנותנים חיות להסכם שבין הצדדים המקימים את החברה הממשלתית. מכאן שהחברה הממשלתית אינה רשות סטוטורית, לא לפני חוק החברות הממשלתיות ולא לאחריו". לעומת זאת ראה ע"א 747/81 סולבי ואח' נ' שיקמונה - חברה ממשלתית עירונית לשיוקום משכנות עוני בחיפה בע"מ, פד"י לו 239, 244, בו הועלתה טענה כי חברה ממשלתית מהווה גוף שהוקם על פי דין (לעניין תקנה 54) לתקנות הגנת היידי, דמי שבירות בבתי עסק שיעורי מקסימום הפחתות - תיקון מס' 2, מכיוון שהחברה הוקמה מכוח החלטת ממשלה המבוססת על חוק מסמך, הלא הוא חוק החברות הממשלתיות. הטעם היחיד לדחיית טענת זו על ידי בית המשפט היה מכיוון שלא הוכח כי הממשלה אכן הפעילה סמכות כאמור, שכן המדובר היה בחברה ספציפית שהוקמה לפני חקיקת חוק החברות הממשלתיות.

שיקול דעתם, בלא שיהא מודע כיצד יעלה על דעתם למלאו. לכאורה, החברה הממשלתית אינה פועלת "על פי" דין אלא "כדין", ועל פי רצון הנהלתה.

8.55 אכן, פרופ' טדסקי ממשיך ומציין⁴² כי:

"מצד אחר, הביטוי 'על פי דין' אינו שווה לביטוי 'מכח הדין', המתאים לא לכל המקרים הנ"ל שבהם יש התאמת התפקיד או הפעולה לדינים, אלא רק למקרה שהדין עצמו יצר את ההסדר. גם כאשר נתן המחוקק את אישורו להסדר שלא הוא עצמו יצר, אך שנמצא לנגד עיניו בשעת אישורו, יהיה זה הסדר בהתאם לדין, על פי דין, אף אם לא מכח הדין".

לאמור, כדי שתפקיד ציבורי יהא "על פי דין", יכול ההסדר החוקי הקבוע בדין ביחס למילוי התפקיד הנדון להיות פרי יוזמה פרטית שתקבל אחר כך את אישורו של המחוקק, ואין הוא צריך להיות פרי יוזמה של המחוקק. דא עקא, שמן ההכרח הוא כי כאשר המחוקק מאשר הסדר מסוים, יהא ברור מראש מה טמון בו, ולא הסדר חוקי הנתון להמשך עיצוב וגיבוש על פי רצון פרטי כלשהו. נמצא, כי גם סייג זה אינו מסייע בידינו ביישום ההגדרה האמורה ביחס לחברות ממשלתיות, והדילמה האמורה בעינה עומדת.

8.56 ואולם, המונח "דין" מתפרש ככולל נורמות כלליות ואינדיווידואליות היוצאות מלפני המחוקק הראשי, מחוקק המשנה או רשות כלשהי, שהוסמכה לכך בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה (דהיינו: חוק, תקנות, צווים).⁴³ סמכותו של בג"צ מתקשרת על כן אל המושג הידוע של "שלטון החוק" ועל הפונקציה של בג"צ כמופקד על חוקיות פעולות המינהל. המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" משמעו בהקשר לכך, גוף שיש לציבור עניין בפעילותו, כאשר בפעילות זו צריך לבוא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק.

בהתאם לכך משמעות הביטוי "על פי דין" בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה הינה: תפקיד אשר החוק מטיל אותו על הרשות והמחייב בחינה של חוקיות פעולות המינהל, להבדיל מן האפשרות לבצע פעולות אלו באופן וולונטרי, שאינה מחייבת בחינה כאמור. העובדה כי החוק מאפשר

42 בהערת שוליים 40 למאמרו.

43 ראה סעיף 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) וכן סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. (לתחולתן של הוראות חוק אלו ביחס למקרה הנדון, ראה לעיל הערה 39.)

גמישות מירבית בביצוע תפקיד זה, במוסרו את המוסרות לידי גוף פרטי - אינה רלוונטית אם כן להגדרה דנא, הקובעת את גדרי הביקורת השיפוטית בכל הנוגע לעקרון שלטון החוק, והשאלה תהא רק: אם נחוצה הביקורת השיפוטית לשם בחינת חוקיותו של מעשה מינהל.

8.57 ואכן, בהתאם לכך קבע בית המשפט בבג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו⁴⁴ כי אף ביחס לפעילות מסחרית של רשות יחולו כללי המשפט הציבורי האוסרים הפליה ותחול סמכות בג"צ. ובאותו עניין לא היה כל ספק כי הרשות אינה חייבת להשכיר אולם השייך לה, ואין לפרט זכות קנויה לדרוש כי נכס השייך לרשות יושכר לו. ואולם, אם מושכר האולם, אסור להפלות פרט מסוים מטעמים זרים. בהקשר זה נשאלה השאלה, מכיוון שהרשות מוסמכת להשכיר אולם או להימנע מכך בהתאם לרצונה, והיא המעצבת את גדר פעילותה בהתאם לרצונה היא, הכיצד נכללת פעולה וולונטרית זו בגדר "תפקיד ציבורי על פי דין"? מהיכן שאב אם כן בג"צ את סמכותו לדון בעניין זה?

8.58 השופט ח' כהן השיב על שאלה זו באומריו כי:

"ייתכן מאוד שגם פעולה שהיינו קוראים לה בשם מסחרית או אזרחית, טומנת בחובה מילוי תפקיד ציבורי על פי דין - והוא, למשל, כשהאופי הציבורי של הפעילות משתמע מן הדין או מפורש בו".⁴⁵

בפרשנות זו נפתח פתח רחב ביותר לסמכויות השיפוט של בג"צ. המונח "משתמע מן הדין" כשהוא מתייחס ל"אופי ציבורי", מהווה הרחבה ניכרת ביותר של המילים "על פי דין", ומאפשר להחיל ביקורת שיפוטית של בג"צ כמעט בכל מקום שבו הרשות פועלת, בין בפעולת הרשות בתחום המשפט הפרטי ובין בתחום המשפט הציבורי, ובלבד שלדעת בית המשפט ביקורת שיפוטית זו תשרת השתת קריטריונים של דין ראוי מבחינת מדיניות שיפוטית נאותה.

8.59 השופט זוסמן לעומת זאת, מציין באותו פסק דין (בעמ' 2115) כי:

"תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה".

אכן, ספק הוא, אם התייחסו הדברים למונח "תפקיד ציבורי על פי דין".

44 לעיל הערה 27.

45 שם, שם.

ואולם, הקביעה המבססת את סמכות השיפוט של בג"צ ביחס לפעולות הרשות בתחום המשפט הפרטי, על עובדת היותה של הרשות נאמן הציבור, והגדרת תפקיד הנאמנות כנובע מן הדין, מתיישבים היטב הן עם הגיונות תחולתו של המשפט הציבורי ככלל והן עם המונח "תפקיד ציבורי על פי דין". סמכות בג"צ השואבת מן המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" מתייחסת לכל פעולה שהרשות מבצעת ואשר בביצועה כרוכה חובת נאמנות כלפי הציבור. חובת נאמנות זו - יסודה בדין הנותן לרשות כוח לפעול, שהרי לא למען עצמה נתן המחוקק את כוח הפעולה האמור לרשות, אלא למען הציבור הרחב. ומכאן חובת הנאמנות שיסודה בדין.

8.60 מן הפרשנות שניתנה בפסיקה למונח "תפקיד ציבורי על פי דין" עולה אם כן כי פעילות שהציבור מעוניין בה, ואשר כרוכה בה חובת אמון - תוכפף לביקורת בג"צ. ואכן הגיונם של דברים בצידם. פעילות של מילוי חובת אמון כלפי הציבור, מן ההכרח הוא שבית המשפט העוסק ביישומן של הנורמות הנובעות מחובת אמון זו, יהא מוסמך לפקח כי היא אינה מופרת.⁴⁶ מה עוד, שחובת אמון זו מחייבת לפעול בהגיונות ובסבירות, ומחובות אלו נשאבים כל כללי המשפט הציבורי.

אכן, הרשות יכולה לפעול בתחום זה באופן וולונטרי, בלא ציווי של הדין, ובמקרה של פסק הדין בעניין פרץ נ' כפר שמריהו, היתה זו זכותה המלאה של הרשות המקומית שלא להשכיר כלל את האולם הנדון. ואולם, חובת הנאמנות החלה עליה - בעת ביצועה של פעולה וולונטרית שכזו - הינה חובה "על פי דין". משהוחל בביצועה של פעולה הברוכה

46 הויקה שבין תפקיד הנאמנות לבין ביקורת שיפוטית בדבר קיום חובה זו באה לידי ביטוי גם במקור שימביא השופט אלק, מעקרונות מורשת ישראל להגדרתו של איש הציבור כנאמן. ממקור זה עולה כי בכל מקום שבו אתה מוצא את נאמנותו של איש הציבור כלפי הציבור, שם אתה מוצא גם את כפיפותו לביקורת ציבורית. כך בבג"צ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פד"י (מה'1) 28, בעמ' 34: "תכונת היסוד הנדרשת מאיש הציבור היא, כאמור, הנאמנות. תכונה זו נתייחדה עוד למשה, פרנסם של ישראל. את האמור במשלי כח: 'איש אמנות רב ברכות', ייחסו חכמים למשה 'שכל הדברים שהיה גובר עליהם - היו מתברכים, לפי שהוא נאמן' (מדרש רבה, שמות, פקדי, פרשה נ"א) וראה שם, הדגמה לנאמנותו של משה, שהיה מקפיד על כך ששני אנשים 'אחרים' יחשבו ויבקרו את ההוצאות שהוציא, מתרומות העם, למלאכת המשכן; וראה עוד דברי הרמב"ן בראשית, מז, יד: ספורנו, בראשית, מז, יד; ר' נפתלי צבי יהודה ברלין (הנצי"ב), "העמק דבר", בראשית, מז, יד" (ההדגשה הוספה). סכיר להניח כי הכפפתו של משה רבנו לביקורת לא נבעה מחוסר אמון במידת מהימנותו או מתכונה של חשדנות מופלגת, אלא מן העובדה כי סיטואציה של כוח ללא ביקורת אינה הגיית מבחינה ציבורית, ובכל תפקיד שכרוכה בו נאמנות כלפי הציבור, מן הדין כי תהא חשיפה לביקורת של הציבור. כמו כן יצוין, כי הצורך להכפיף אחריות שלטונית לביקורת שיפוטית הוא שהביא גם להרחבת דיני זכות העמידה לפני בג"צ. ראה א' ברק שיקול דעת שיפוטי (הוצאת פפירוס, 1987) בעמ' 489: "בסופו של דבר, אין לשכוח כי שלילת מעמד מעותר פוגעת בשלטון החוק. שלטון הידע מראש כי הוא לא נתן לביקורת שיפוטית בשל העדר עותר בעל מעמד, הוא שלטון העשוי שלא להשליט את החוק ולהביא להפרתו, שכן זאת יש לזכור; בלא דיין - אין דין" (ההדגשה הוספה).

בחובת אמון, שוב אין המדובר בפונקציות וולונטריות אלא בפונקציות הנובעות מהוראת הדין המסמיך, ובמקרה כזה מחייב עקרון שלטון החוק לבחון את יישומה של הנורמה החוקית במסגרת פעילותה של הרשות המינהלית.

ד(3) פעילות וולונטרית "על פי דין"

8.61 קיומה של חובת אמון שימשה בסיס להחלת כללי המשפט הציבורי וסמכותו של בג"צ בשורה של נושאים, שלא זו בלבד שהם אינם בגדר מילוי תפקיד שהדין מטיל אותו, אלא שהם וולונטריים מכל בחינה שהיא - לבד מן החובה לפעול בנאמנות כאשר מחליטה הרשות להוציאם אל הפועל. נביא להלן שתי דוגמאות בולטות לעניין זה.

8.62 בבג"צ 669/86 רובין נ' ברגר⁴⁷ נדון הסכם בין חברים בלשכת עורכי דין, לקראת הבחירות שהיו צפויות באותה עת לאיוש משרות במוסדות הלשכה. למותר לציין כי אין כל הוראת דין המחייבת עריכת הסכמים שכאלה, והשאלה שהתעוררה היא אם לגיטימי לכרות הסכמים מסוג זה. ועל אף שלכאורה אין לפנינו "תפקיד ציבורי על פי דין" קבע בית המשפט:

"איש הציבור הוא נאמן הציבור, לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס הציבורי הוא פועל. אך טבעי הוא, כי הסכמים והבטחות שהוא נותן נבחנים, על כן, באמות מידה של המשפט הציבורי..."

47 בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 78. בפסק דין זה קבע כב' השופט ברק שני עקרונות נוספים, החשובים לעניינו. העקרון הראשון הוא, כי הכפפתו של נושא לביקורת שיפוטית מושפעת מן הרצון שהציבור לא יאבד את אמונו במערכות הציבוריות. וכך נקבע שם:

"ראוי הוא שלא להותיר חכים אלה מחוץ להסדר המשפטי של הדין ומחוץ לפיקוח השיפוטי של בית המשפט. הפיכתו של ההסכם הציבורי ללא שפוט, סופה התנכרות הצדדים להסכם ולהסכמתם, התנכרות זו סופה שהיא פוגעת באמון הציבור במערכות השלטון. תוצאה זו יש למנוע". בהתאם לעיקרון זה, כאשר קיימת ציפייה בציבור כי חברות ממשלתיות יפעלו כיאות לגוף המזוהה עם הרשות, הרי שהעדרה של נורמה מתאימה שתעגן חובה למלא אחר ציפיות אלו עלול לפגוע באמון הציבור בהגיונות מערכות השלטון בפעילותן העסקית, ומכאן הצורך לקבוע נורמה מתאימה.

והעיקרון השני עיצוב גרידה של הנורמה החלה בכל הנוגע להסכם הציבורי מחייבת מחד גיסא, התחשבות בצרכים המיוחדים של הרשות, ומאידך גיסא עליה להבטיח מסגרת נורמטיבית, שתבטיח הגיונות וטוהר בפעילות הציבור ואמון הציבור בהסכמים עם השלטון (עמ' 79 לפסק הדין). בהתאם לעיקרון זה, החברה הממשלתית צריכה לאזן בין האינטרס הציבורי המחייב רמה נורמטיבית מסוימת, לבין האינטרס העסקי שלה הרושם גמישות מרבית, יכולת הכרעה מהירה ללא עכבות ומגבלות, ויכולת להחליט בהתאם לשיקולים עסקיים טהורים ואינטואיציות עסקיות. איוון זה חייב להיות הגין ואמין, אך קיומם של אינטרסים עסקיים אסור שיישכח ואסור שיתנח. מכאן נובע "כלל ההשתחררות", לפיו תוכל החברה הממשלתית להשתחרר מעולם של כללי המשפט הציבורי מקום שבו אינטרס עסקי חיוני מחייב כי תעשה כן.

מפסק דין זה עולה בבירור כי תחולתם של המשפט הציבורי ושל ביקורת בג"צ, שאובה מעובדה אחת, שבה תלוי הכל ושממנה שואב הכל, והיא הנאמנות כלפי הציבור הרחב.

8.63 בבג"צ 1601/90 שליט נ' פרס⁴⁸ נדונה החובה לגלות לעין כל ולפרסם ברבים הסכמים קואליציוניים, אשר עורכות ביניהן סיעות בכנסת. ברור הוא כי פעילות זו של כריתת הסכמים קואליציוניים הינה וולונטרית לחלוטין ושום חוק אינו מחייב לנקוט בה. פעילות זו היא אכן בהתאם לדין, במובן זה שהדין אינו אוסרה. אך, אין כל יסוד בדין לעגן בו פעילות זו. ועם זאת נקבע כי בג"צ מוסמך לדון בעניין. בהקשר זה קבע כב' השופט ברק (בעמ' 364 לפסק הדין) כי מפלגה פוליטית, המשתתפת בבחירות לכנסת, ממלאת תפקיד חוקתי, וממילא יש לסיעה ולחבר כנסת "תפקיד ציבורי על פי דין".

ודוק, במסגרת המבחן הפונקציונלי הנכלל במונח "תפקיד ציבורי על פי דין", אין אנו מתייחסים למהותו של הנושא בתפקיד, אלא יש לבחון את מהות התפקיד. ההסכם הקואליציוני מבטא אם כן תפקיד ציבורי בכך שבאמצעותו מתמלא התפקיד החוקתי של הקמת ממשלה. ואולם, הוראת דין המורה למלא תפקיד זה, והמתווה דרך פעולה מסוימת מראש, בוודאי שאין כאן. משום כך קבעו הן כב' הנשיא שמגר (בעמ' 359-360 לפסק הדין) והן כב' השופט ברק (שם) כי על ההסכם האמור חלות נורמות של משפט ציבורי (ובהן חובת הגילוי) הנובעות מן הנאמנות שחב איש הציבור בפעולותיו כלפי הציבור.

8.64 הנה כי כן, המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" מתייחס לחובת הנאמנות המוטלת על הגוף הציבורי מכוח החוק המסמיכו לפעול. ומקום שחובת אמון זו קיימת, חלים כללי המשפט הציבורי וחלה ביקורת בג"צ, שתפקידה לאכוף את שלטון החוק ולבחון את חוקיות מעשי המינהל. ביקורת בג"צ בהקשר זה הינה - אם מולאה כדבעי החובה החוקית לנהוג בנאמנות על כל המשתמע מכך. אלו גדרו המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" כפי שנקבעו ויושמו בהלכה הפסוקה.

8.65 יישום הלכה זו ביחס לחברות ממשלתיות ברור הוא. החברה הממשלתית מוקמת מכוח חוק החברות הממשלתיות. חוק זה גם מגדיר את החברה הממשלתית כחברה שרוב בעלי מניותיה או השליטה בניהולה מסורים

48 לעיל הערה 3, בעמ' 364-365.

בידי הממשלה. מכוח המבנה הקבוע בחוק החברות הממשלתיות לתפעול חברות אלו עולה, כי חוק זה הטיל עליהן תפקיד, לאון בין אינטרסים נוגדים: האינטרס לפעול כגוף פרטי ששיקולי רווח בראש מעייניו וכל הכבדה ציבורית הינה לטורח ויש להשתחרר ממנה, והאינטרס למלא אחר ציפיות הציבור ובכללן הציפייה כי החברה הממשלתית תפעל כראות לגוף המזוהה עם הרשות השלטונית. תפקיד זה מוטל על החברה הממשלתית מכוח החוק המסמיך אותה לפעול והוא מחייב אותה לפעול בנאמנות, כפי שראינו בפרקים הקודמים.

8.66 המסקנה הנובעת מניתוח זה הינה, כי אכן בביצוע פעולות אשר בהן מוטלת על החברה הממשלתית חובת אמון, ממלאת היא "תפקיד ציבורי על פי דין" והינה כפופה באופן עקרוני לכללי המשפט הציבורי ולביקורת בג"צ. לעומת זאת, בפעולותיה הפרטיות, כגוף פרטי בעל אישיות משפטית נפרדת ובעל אינטרסים משלו, וכאשר אין לציבור ציפיות בי חברה זו תנהג בהתאם לנורמות ציבוריות, אין תפקיד המחייב לאון כראות בין אינטרסים נוגדים, ואין חובת אמון, וממילא אין החברה הממשלתית ממלאת בכך "תפקיד ציבורי על פי דין". בפעולותיה אלו תהא החברה הממשלתית משוחררת מחובות המשפט הציבורי ומפיקוח בג"צ.

להלן נראה היכן יבוא לידי ביטוי סייג זה בתחולתן של הנורמות מן המשפט הציבורי על החברה הממשלתית.

ה. "תפקיד ציבורי על פי דין" - יישום במסגרת ההלכה הפסוקה

8.67 הפסיקה עשתה שימוש במונח "תפקיד ציבורי על פי דין", כדי לנפות באמצעותו כמה וכמה גופים מתחום ביקורתו של בג"צ. מקרים אלו שבהם מופטרים גופים המשרתים את הציבור הרחב מפני ביקורתו של בג"צ, הם איים בודדים בשטף הגואה של החלת ביקורת בג"צ. ננתח להלן פסיקה זו ונעמת אותה עם הניתוח דלעיל.

ה(1) פסק דין "רמט" בע"מ

8.68 בבג"צ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים⁴⁹ נדון מכרז שהוציאה חברה ממשלתית: החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים. חברה ממשלתית זו הינה יוצאת דופן בכמה וכמה תחומים. בחברה זו קנויה לממשלה הזכות למנות את ההנהלה כולה. יו"ר ההנהלה אינו אחר מאשר - ראש הממשלה. כל חברי ההנהלה בחברה זו הם שרי ממשלת ישראל פרט לאחד - ראש עיריית ירושלים. ההנהלה המעשית (חליפי השרים) הם עובדי מדינה. כל תקציבה והוצאותיה של החברה מוטלים על הממשלה. תפקידיה של החברה הם תפקידים ציבוריים מובהקים - שיקום הרובע היהודי בירושלים, והחברה האמורה הוקמה אך ורק לשם השגת מטרה זו והיא אינה פועלת לשם עשיית רווח.

8.69 בהקשר זה קבע השופט ברנזון:⁵⁰

"כשלעצמי הנני נוטה למחשבה, שעל אף צורת ההתאגדות של המשיבה בתורת חברה ציבורית בעלת הון מניות, והיותה נתונה בשל כך לשיפוט המשפט הפרטי, אין בהכרח להוציאה גם מתחום המשפט הציבורי. אולי לצורך הענין שלפנינו ניתן להשקיף אל מעבר לצורת ההתאגדות המשפטית ולראות את הדברים כהווייתם במציאות... המשיבה היא בעלת מעמד מיוחד במערכת החברות הממשלתיות. במהותה ובתכנה אין היא שונה ממחלקה ממשלתית רגילה, אלא שמטעמים הידועים

49 לעיל הערה 38.

50 שם, בעמ' 121-122.

לממשלה היא בחרה להלבישה באיצטלה של חברה ציבורית בעל הון מניות".

8.70 לאמור, לדעתו של כב' השופט ברנזון היה מן הראוי להכיר בחברה הממשלתית האמורה כגוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין", הכפוף לפיקוח בג"צ, ואשר חלים עליו הן כללי המשפט הפרטי, בהיותו גוף פרטי שפקודת החברות חלה עליו, והן כללי המשפט הציבורי.

8.71 ואולם, בנסיבות העניין הנדון לא ראה כב' השופט ברנזון צורך להכריע קטיגורית בשאלה זו, מכיוון שהחברה הממשלתית האמורה היוותה למעשה זרוע ביצועית של הממשלה. בהקשר זה הוחלו לגביה נורמות מן המשפט הציבורי לנוכח הרישוא של ההגדרה המנויה בסעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה (באותה עת סעיף 7(ב)2) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957), דהיינו, לנוכח היותה של חברה זו במונח המעשי - בגדר "רשות מרשויות המדינה", וממילא נחסך הצורך לדון בשאלה אם חל אף הסיפא של ההגדרה בדבר היותה של החברה גוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין". האיצטלה שבה הולבשה החברה הממשלתית הנדונה, מבחינה אורגנית, לא שינתה מן העובדה כי במישור הפונקציונלי היוותה החברה האמורה מחלקה ממשלתית לבל דבר ועניין.

8.72 לעומת זאת, קבע כב' השופט י' בהן באותו עניין:⁵¹

"המשיבה איננה נכללת בין רשויות המדינה והיא אף איננה גוף הממלא תפקידים ציבוריים על פי דין, ועל כן אין לבסס את סמכותו של בית משפט זה לגבי המשיבה או חברה ממשלתית אחרת על הוראות סעיף 7(ב)2 לחוק בתי המשפט. הדרך היחידה שבה ניתן 'לספח' חברות ממשלתיות אל הגופים, שבית המשפט הגבוה לצדק יכול לתת סעד נגדם היא, באמצעות הוראת סעיף 7(א)...⁵²

51 שם, בעמ' 127.

52 ביחס לגדרי תחולתו של סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, קיימת מחלוקת בין השופטים ברנזון וחי' כהן לבין השופט י' כהן. ראה לעניין זה פרק ז לעיל, הערת שוליים 68, וכן פסק הדין בעניין פרץ נ' כפר שמריהו, לעיל הערה 27, בעמ' 2111-2112.

כמו כן יצוץ בהקשר זה בג"צ 114/78 מוחמד סעיד בוריקאן נ' שר האוצר, פד"י לב(2) 800, אשר גם בו נדון עניינה של החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, ונטענה טענת הפליה כלפיה. בהקשר זה התעוררה שוב שאלת הכפיפות לביקורת בג"צ ונטען כי החברה אינה ממלאת "תפקיד ציבורי על פי דין". ואולם, חלף הברעה בשאלה זו, קבע כב' השופט חי' כהן כי בידי בג"צ מסורה בכל מקרה הסמכות לדון בעניין מכוח סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט. דא עקא, שבעניין זה נדרשה לכאורה הכרעה גם בדבר עצם תחולתם של כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית, ולעניין זה אין נפקות לכך שבג"צ מוסמך לדון בעניין מכוח סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, שכן סמכות זו "חובקת זרעות עולם" והיא תחול לכאורה אף על גופים פרטיים, במקרה

ד"ר חשין בטיעונו בכתב תוקף גישה זו ומציע לקבוע מבחן אירגוני לסמכותו של בג"צ, להבדיל ממבחן פונקציונלי. יש כח משכנע בטענות אלה, כי אם נגיד שעל הבג"צ להטיל את פיקוחו על כל גוף הממלא תפקיד ציבורי, תהא צורת אירגונו איזו שתהיה, לא תהיה סיבה שלא להטיל פיקוח זה על גופים הממלאים תפקידים ציבוריים שונים, גם אם גופים אלה אינם בשליטת הרשות המבצעת, כגון הסוכנות היהודית, מוסדות להשכלה גבוהה, קופת חולים, שרותי תחבורה ציבוריים ועוד" (ההדגשה הוספה).

8.73 יושם אל לב, בתחילה קבע בב' השופט י' כהן קטיגורית, כי החברה הממשלתית אינה ממלאת "תפקיד ציבורי על פי דין". סתם ולא פירש מדוע. אך בהמשך הדברים התייחס כב' השופט י' כהן למספר גופים וציין כי הם ממלאים תפקידים ציבוריים. ומכיוון שהחברה הממשלתית אינה פחותה במישור תפקידה הציבורי מגופים אלו, נמצאת למד בי החברה הממשלתית אינה נכללת לדעת כב' שופט י' כהן, בגדר סעיף (ב) לחוק בתי המשפט - מכיוון שתפקידה הציבורי אינו "על פי דין".

8.74 ואכן, כל עוד שלא הנחנו כי המונח "על פי דין" מתייחס לתפקיד הנאמנות, אשר חוק החברות הממשלתיות מטיל על החברה הממשלתית במסגרת האיוון הראוי בין האינטרסים המופקדים בידיה, התקשינו למצוא עיגון בדין לתפקידה הציבורי של החברה הממשלתית. יש לזכור גם, כי פסק הדין בעניין רמט ניתן לפני חקיקת חוק החברות הממשלתיות, אשר מכוחו מוקמת החברה הממשלתית ואשר המבנה הקבוע בו לפעילותה של חברה זו, הוא היוצר את תפקיד האיוון בין האינטרסים המתנגשים כאמור.

8.75 זאת ועוד, כב' השופט י' כהן, בהמשך דבריו, מציין כי לכאורה קיימת דרך אחרת להכניס את החברה הממשלתית תחת כנפי ביקורתו של בג"צ - מכוח סעיף (א) לחוק בתי המשפט. ואולם, אם כך יקרה, הרי שהתוצאה תהא שיוכפפו לביקורת בג"צ כמה וכמה גופים, ומשום כך מועדפת הגישה הארגונית על פני הגישה הפונקציונלית.⁵³ ואכן, הגישה הארגונית

הצורך. ושמה גורס כב' השופט ח' כהן כי הסמכות מכוח סעיף (א) לחוק בתי המשפט נתונה רק ביחס לגופים הממלאים "תפקיד ציבורי", על חובת האמון הכרוכה בכך, אך שאינם פרעלים על פי דין, ואם כן, גם תחולתה של סמכות מכוח סעיף (א) לחוק בתי המשפט תלמד על תחולתם של כללי המשפט הציבורי.

53 א' ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 46, בעמ' 488-490; א' ויתקין "מי וכאי לפנות לבג"צ משפט ושיפוט - קובץ מאמרים ורשימות של ד"ר א' ויתקין (תשמ"ח) 238; ש' לזין "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה" הפרקליט לט (תשנ"א) 453.

היא שרווחה באותה עת ובהתאם לתפיסה זו הוגדרה תחולתו של המשפט הציבורי, כפי שפירטנו בפרק הקודם.

ואולם בעקבות ההתערבות הגואה של הממשלה בחיי הכלכלה ניכרת מגמה לפנות מן הגישה הארגונית אל הגישה הפונקציונלית.

8.76 כמו כן, חששו של כב' השופט י' כהן מפני "שיטפון" של עתירות לכב"צ נגד גופים שונים, אם תותר הפנייה לבג"צ, לא הרתיע את בג"צ בעשור האחרון מלהתיר את רסן "זכות העמידה".

ובאשר לגופים הספציפיים הנזכרים על ידי כב' השופט י. כהן (מוסדות להשכלה גבוהה, הסוכנות היהודית וקופת חולים), כמי שאימוץ הגישה הפונקציונלית עלול להכפיפם לביקורת בג"צ - הרי שאלו מהווים כלשעצמם עילה טובה לאימוץ המבחן הפונקציונלי. נפרט בנקודה זו.

מוסדות להשכלה גבוהה

8.77 בבג"צ 474/73 פורדים נ' המוסדות להשכלה גבוהה⁵⁴ נדונה עתירתם של שני סטודנטים המשרתים בשירות מילואים, אשר ביקשו צו על תנאי שיביא לדחייה בפתיחת שנת הלימודים במוסדות להשכלה גבוהה, עקב מלחמת יום הכיפורים ושירות המילואים הארוך שהתחייב באותה עת.

העותרים לא היו משפטנים, ובמקום הימצאם גם לא יכלו לקבל ייעוץ משפטי הולם, ועל כן לא ידעו לציין כנגד מי מופנית העתירה. אילו הופנתה העתירה נגד המועצה להשכלה גבוהה, שהיא ללא ספק גוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין", לא היה מקום לספק באשר לסמכותו של בג"צ. ואולם, המועצה להשכלה גבוהה לא צויינה כמשיבה, ובית

כמו כן צויין כי החלת המשפט הציבורי על גוף הכללתי בגדר סעיף 15(ד)2 לחוק יסוד: השפיטה לא תביא בהכרח לדין לפני בג"צ דוקא, וניתן יהא, כעניין שבמדיניות, להפנות את העותרים כנגד חברות ממשלתיות לדין על פי כללי המשפט הציבורי לפני ערכאות אורחיות. כך מצינו כי דיני המכרזים, המהווים נדבך חשוב בדיני המשפט הציבורי, העברו על ידי בג"צ לדין לפני בית המשפט המחייב; ראה בג"צ 991/91 דוד סטרנק בע"מ נ' שר הבינו והשיכון, פד"י (5) 50. העותרים יוכלו במקרה כזה להעלות גם לפני בית משפט מחייב טענות כגון: הפליה, חוסר סבירות וכיוצא באלה טענות שאין להן מקבילה במשפט הפרטי, ולקבל סעדים כפי המקובל בבג"צ.

יתרה מכך, מכיוון שהחברות הממשלתיות אינן נכללות באורגן של המדינה, הרי שגם אין מניעה כי בית המשפט המחייב ייתן כנגדן צווי מניעה קבועים חמניים חצוי עשה, שהרי במקרה זה החוק לתיקן סדר הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, אינו עומד למכשול, ואין אף צורך להיחזק להלכה שנקבעה בע"א 144/79 יוטבין מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י (2) 344, ובג"צ 341/80 דיווק נ' בכר, פד"י (2) 197, המאפשרים מתן סעד הצהרתי וסעד הצהרתי זמני כנגד המדינה.

54 בג"צ 474/73 פורדים נ' המוסדות להשכלה גבוהה, פד"י (כח) 1) 354.

המשפט הסיק כי העתירה מכוונת כלפי המוסדות להשכלה גבוהה עצמן. משום כך דחה בית המשפט את העתירה, בקובעו כי:

"המוסדות להשכלה גבוהה הם אמנם גופים בעלי אופי ציבורי, אבל אינם פועלים על פי דין. בדרך כלל אין בית משפט זה מקק לעתירה המבקשת את התערבותו בפעילותם של גופים כאלה. לפי חוק המועצה להשכלה גבוהה תשי"ח-1958, סעיף 15, בל מוסד להשכלה גבוהה, שהוכר בתור שכזה בהתאם לחוק, הוא בן-חורין לכלכל ענייניו האקדמיים והציבוריים, במסגרת תקציבו, כטוב בעיניו".

8.78 לאמור, המוסדות להשכלה גבוהה פועלים מכוח חוק. יש להם גם תפקיד ציבורי ואופי ציבורי. אבל, אותו חוק שמכוחו הם פועלים הקנה להם חופש אקדמי. ומקום שבו קבע המחוקק חופש אקדמי, לא מצא בג"צ אפשרות להתערב.

ואולם, ככלל, כאשר אין המדובר בנושאים המגבילים את החופש האקדמי, כגון בנושא של קבלת תלמידים, דן בג"צ בעניינה של אוניברסיטה מסוימת שהחליטה לתת עדיפות לתלמידים בעלי רקע תורני, בקבלתם לפקולטה למשפטים, שתכליתה, בין השאר, קידום חקר והוראת המשפט העברי, ונבחנו לגופן טענות של הפליה.⁵⁵

8.79 ואף מעבר לכך, כללי המשפט הציבורי, המאפשרים לרשות להשתחרר מחוזה, כאשר צרכים חיוניים מחייבים זאת ("הלכת ההשתחררות" שנקבעה בעניין מילר,⁵⁶ הוכרו זה מכבר כשימים אף ביחס למוסדות להשכלה גבוהה.⁵⁷

8.80 נמצאת למד, בי הקביעה לפיה אימוץ המבחן הפונקציונלי יביא להחלת ביקורת בג"צ ולתחולת כללי המשפט הציבורי גם על המוסדות להשכלה גבוהה, שוב אינה צריכה להרתיע מפני אימוץ מבחן זה, שהרי ככל שאין הדברים נוגעים לחופש האקדמי, החיל בג"צ ממילא כללים מן המשפט הציבורי על המוסדות להשכלה גבוהה והכפיפם לביקורתו. והרי לך למעשה יישום של המבחן הפונקציונלי.

55 בג"צ 131/81 דובר ואה' נ' המועצה להשכלה גבוהה ואוניברסיטת בר-אילן, פד"י (לה) 263.

56 לעיל הערה 22.

57 ע"א 319/65 אלבלדה ועוזיאלי נ' חברת האוניברסיטה העברית, פד"י (כ) 204, וכן הי"פ (י-ם) 122/80.

פס"מ תשמ"א (ב) 333.

הסוכנות היהודית

8.81 בבג"צ 340/83 רינגל בע"מ נ' הסוכנות היהודית לא"י⁵⁸ נקבע לאקונית כי הסוכנות היהודית לא"י אינה כפופה לביקורת בג"צ, שכן היא אינה ממלאת "תפקיד ציבורי על פי דין". באותו עניין נדון מכרז לבניית מתנ"ס, ובהקשר זה אכן היה מקום רב לומר כי מדובר בפעולה הנשלטת על ידי המשפט הפרטי^{58א} ואינה עולה כדי "תפקיד ציבורי". ואולם, ככלל, אין ספק ואין חולק כי הסוכנות היהודית בפעולותיה למען העלייה, הקליטה, החינוך וההתיישבות, ממלאת "תפקיד ציבורי".

8.82 לא זו אף זו, הסוכנות היהודית לארץ ישראל פועלת מכוח חוק מיוחד: חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952⁵⁹ (להלן: חוק הסוכנות).

בסעיף 4 לחוק הסוכנות נאמר:

"מדינת ישראל מכירה בהסתדרות הציונית העולמית ובסוכנות היהודית לארץ ישראל כסוכנויות המוסמכות שיוסיפו לפעול במדינת ישראל לפיתוח הארץ, לקליטת עולים..." (ההדגשה הוספה).

הסוכנות רשאית אמנם לבחור לה, באופן וולונטרי תחומי פעולה ספציפיים, ואולם בעשותה בן הריהי מחויבת על פי חוק הסוכנות, בשניים אלה:

א. קבלת הסכמת הממשלה (סעיף זא סיפא לחוק הסוכנות).

ב. שיתוף פעולה ותיאום עם הממשלה (סעיף 8(ב) לחוק הסוכנות).

⁵⁸ בג"צ 340/83 רינגל בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (לא פורסם).
^{א58} הלכה פסוקה היא כי מקום שגוף ציבורי או פרטי - בין שהוקם על ידי חוק מיוחד ובין שהוקם על פי דבר חקיקה כללי - מבצע פעולות אורחיות או מסחריות, סמכות השיפוט מסורה בידי בית המשפט האזורי הרגיל. משום כך הפרת חחה על ידי המדינה אינה בגדר סמכותו של בג"צ; העובדה כי המדובר בגוף ציבורי אינה משנה ממהותו האורחית של הסכסוך. לעניין זה ראה: בג"צ 348/78 ינאי ואח' נ' עיריית חיפה ואח', פד"י (לג) 47, 51; וכן בג"צ 231/66 מרדכי אניב נ' שר הפיתוח וחברת החשמל לישראל בע"מ, פד"י כ 286. בנוגע למכרז שביצעה חברת החשמל. כמו כן, בכל הנוגע למכרז ההלכה היא, כי הדין הוא אחר, בין כשהוא נדון בבג"צ ובין כשהוא נדון בבית המשפט האזורי. ע"א 404/80 בנו עטרות מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י (לח) 4(30); וכן בג"צ 991/91, לעיל הערה 53.
⁵⁹ לפירוט בעניין זה ההיסטוריה שלו, ראה י' אהרוני חברות ממשלתיות בישראל ובעולם, לעיל הערה 19, בעמ' 27-28. כמו כן ראה י' ה' קלינגהופר משפט מנהלי (האוניברסיטה העברית, ירושלים, מפעל השכפול, 1957) 75-76.

זאת ועוד, בסעיף 7 לחוק הסוכנות נקבע:

"פרטי מעמדן וצורת שיתוף הפעולה... של הסוכנות היהודית לא"י עם הממשלה יקבעו באמנות..." (ההדגשה הוספה).

ואכן מכוח סעיף 7 לחוק הסוכנות נכרתה אמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות ופורסמה ברשומות.⁵⁹ בסעיף 1 לאמנה מפורטים "תפקידי הסוכנות".⁵⁹ הרי לך לכאורה מקרה מובהק של "תפקיד ציבורי על פי דין".

8.83 ועם זאת נקבע לאחרונה בבג"צ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל יסודי לבנות "בית רבקה" ואח' נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל,⁶⁰ כי אין הסוכנות היהודית כפופה לביקורת בג"צ, שכן חוק הסוכנות אינו משווה לסוכנות מעמד של מי שפועל ליישום "תפקיד ציבורי על פי דין", באשר חוק הסוכנות "אינו אלא הצהרתי בלבד, אין הוא קובע סמכויות שלטוניות ואין הוא מאציל אותן". לאמור, הסוכנות מבצעת את תפקידיה הציבוריים באופן וולונטרי, וחוק הסוכנות רק מצהיר כי היא מוסמכת לעשות כן.

8.84 כנגד זאת יצוין מאמרו של פרופ' טרסקי⁶¹ הגורס, בעקבות סעיף 4 לחוק הסוכנות כי:

"על פי הוראות הדין הנ"ל נובע גם שמדובר בתפקיד ציבורי על פי הדין - כלשון סעיף 7 הנ"ל".

ומשום כך, לדעתו של פרופ' טרסקי, מן הדין כי הסוכנות היהודית תהא כפופה לביקורת בג"צ.⁶²

59 אילקוט פרסומים 2565 תשל"ט 2172.

59 המונח "תפקיד" מוגדר במילון אבן שושן כ"משימה, כהונה, שליחות, מעשה מסוים שהוטל על מישהו לבצעו" (ההדגשה הוספה).

60 בג"צ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי העל יסודי לבנות "בית רבקה" ואח' נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פד"י מו(2) 661.

61 לעיל הערה 40, בעמ' 426. מאמרו של פרופ' טרסקי התייחס לפסק הדין בע"א (ת"א) 500/82 שלג נ' גאלי, פס"מ תשמ"ד (א) 265, בו מכר אדם את ביתו וחלקת אדמתו במושב עובדים. ואולם, כיוון שמעמדו באלו היה של ברשות מטעם הסוכנות, חו סירבה להעברה, לא יכלה ההעברה להתבצע. השאלה שהועמדה לדין היתה טענת הטעיה בנוגע למקח שבין המוכר לקונים. לעומת זאת, אם ניתן היה לראות את הסוכנות היהודית ככפופה לאיסור ההפליה המוטל מכוח כללי המשפט הציבורי, הרי שניתן היה לקבוע כי למוכר - בר הרשות - היתה "כעין זכות" בצורת אינטרס לגיטימי ומוגן, כי הסוכנות לא תפלה אותו לרעה ותנהג עימו בהתאם לנהוג המקובל. בהקשר זה של הלוח כללי הדין הציבורי, דן פרופ' טרסקי בהכללתה של הסוכנות בגדר סמכות המיקוח של בג"צ מכוח סעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, הדובר מאשש את גישתנו המוצעת בפרק ז לעיל, סעיפים 7.46-7.54.

62 שם, בעמ' 427.

8.85 בהמשך הדברים (בעמ' 428 למאמרו הנ"ל) אף מציין פרופ' טדסקי:

"יעירו כאן כי לעמדה חיובית של שיפוט בג"צ על הסוכנות היהודית תהיינה השלכות גם בעניין גופים אחרים, כגון אלה שהשופט י. כהן מזכיר לא בכדי על ידה (של הסוכנות - ו' א') בבג"צ 187/71 הנ"ל (פסק הדין הנזכר בעניין רמט - ו' א'): מוסדות להשכלה גבוהה, קופת חולים הכללית, שירותי תחבורה ציבורית וכו'. ברם, אפשר להסכים להערה זו, אף בלי לראותה משום כך כהשגה על כדאיות הפתרון הנדון ועל הלגיטימיות שלו על-פי הדינים" (ההדגשה הוספה).

פרופ' טדסקי מצרד אם כן בהגדרה הפונקציונלית לתחולת כללי המשפט הציבורי וביקורת בג"צ, ואינו רואה בהשלכות הנובעות הימנה תופעה שאינה רצויה.

8.86 בשולי הדברים תצוין התייחסותו של פרופ' טדסקי גם לשני מבחנים נוספים, שנמצאו בפסיקה, בכל הנוגע להחלת ביקורתו של בג"צ על גופים מסוימים מכוח סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט:

קריטריון המימון: אם מימון הגוף האמור בא מכספים שלטוניים אם לאו. קריטריון השליטה: אם מהווה הגוף האמור זרוע ביצועית של הממשלה, המשתתפת במישרין או בעקיפין בהנהלתו.

לדעתו של פרופ' טדסקי מוחלים מבחנים אלו על ידי בג"צ כחלק "מכוח הדיסקרציה", שהרי סמכותו של בג"צ ליתן סעד מן הצדק הינה סמכות "שיקול דעתית", ובג"צ אינו חייב ליתן סעד כאמור. לאמור, שני קריטריונים אלו הם מבחנים שנקבעו על ידי בג"צ ואשר לפיהם יחיל את שיקול דעתו ליתן סעד או להימנע מכך, מכוח הסמכות רחבת ההיקף המצויה בסעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ובהתאם להם ייקבע אם יפרוס את רשת ביקורתו על גופים שונים. ואולם, מכיוון שאלו מבחנים "שיקול דעתיים", אין הם יכולים להיות מבחנים מוחלטים והם בהכרח יהיו טפלים למבחנים - שנקבעו בחוק עצמו. משום כך מציין פרופ' טדסקי כי גוף הנכלל בגדר סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, והינו עומד בקריטריונים שנקבעו על ידי המחוקק עצמו בסעיף זה, יוכפף לביקורת בג"צ אף אם אינו עומד במבחני המימון והשליטה. היותו של גוף בעל "תפקיד ציבורי על פי דין" היא העיקר ו"ככל שגובר האינטרס הציבורי, כן תפחת מידת חשיבותם של המבחנים האלה".

ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י

8.87 בבג"צ 281/65 הרב יצחק אשכנזי נ' ועדת הבחירות המרכזית להסתדרות הכללית⁶³ ביקש העותר צו נגד ההסתדרות, אשר יורה לה לאשר לרשימה שבראשותו להתמודד בבחירות לוועידת ההסתדרות. בהקשר זה התעוררה שאלה טרומית, אם כפופה ההסתדרות הכללית לביקורת בג"צ. העתירה נסבה אך ורק סביב סמכות הביקורת של בג"צ מכוח סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט תשי"ז-1957, ואילו סעיף 7(א) לחוק זה - לא נדון כלל. בית המשפט פנה לפירוש שניתן בעניין "מרבק"⁶⁴ להגדרת המונח "תפקיד ציבורי על פי דין": "גוף כזה אשר פועל בתור גוף מוכר על ידי החוק (החילוני) תוך כדי שימוש בכוחות או בסמכויות שניתנו לו על ידיו".

משום כך נקבע כי ההסתדרות שאינה פועלת באמצעות כוחות או סמכויות שניתנו לה על ידי חוק מסוים אינה עומדת בתנאי זה, ואינה בגדר "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין".

8.88 ועם זאת, התעורר ספק בבית המשפט שמא יש לראות בהסתדרות גוף המוכר בדין, ומכוח עובדה זו גוף הנכלל בגדר המונח "תפקיד ציבורי על פי דין". ההכרה בדין באותו עניין היתה: חוק הבחירות לגופים ציבוריים, תשי"ד-1954,⁶⁵ אשר בסעיף 2 שבו נקבע כי:

"הממשלה רשאית, על פי בקשתו של גוף ציבורי, להכריז שבחירות הנערכות למוסד ממוסדותיו יהיו בחירות לעניין חוק זה.

ההכרזה תפורסם ברשומות ותשמש ראיה חותכת שהגוף הוא גוף ציבורי לעניין חוק זה".

בג"צ הסיר ספק זה מליבו, רק מכיוון שהממשלה לא נתבקשה על ידי ההסתדרות להכריז כי הבחירות למוסדותיה יהיו על פי חוק הבחירות לגופים ציבוריים, תשי"ד-1954, וממילא גם הכרה בדין לא מצינו ביחס להסתדרות הכללית.

8.89 דא עקא, שגם בתחום זה התחולל בינתיים שינוי. בשנת 1981 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק בחירות לגופים ציבוריים (תיקון מס' 3),

63 בבג"צ 281/65 הרב יצחק אשכנזי נ' ועדת הבחירות המרכזית להסתדרות הכללית של העובדים העבריים בארץ ישראל, פד"י יט(3) 194.

64 בבג"צ 195/64 החברה הדרומית בע"מ ו"מרבק" בית מטבחים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית והמועצה הדתית ת"א יפו, פד"י יח(2) 324, 333.

65 ס"ח התשי"ד 110.

התשמ"א-1981, 66 בו הוצע להוסיף לסעיף 2 לחוק הבחירות לגופים ציבוריים, התשי"ד-1954, ס"ק שבו ייאמר מפורשות:

"הוראות חוק זה יחולו על בחירות לארגון העובדים היציג ולכל אגודה מקצועית שלו".

תיקון זה אכן אומץ ובחוק בחירות לגופים ציבוריים (תיקון מס' 3), התשמ"א-1981, נקבע בי:

"על בחירות למוסד המרכזי של ארגון עובדים המונה למעלה ממליון חברים יחולו הוראות סעיפים 5 ו-7, אף אם לא נתקיים האמור בסעיף קטן (א)".⁶⁷

הבחירות להסתדרות הכללית כפופות אם כן, החל משנת 1981, לחוק הבחירות לגופים ציבוריים, תשי"ד-1954, וההסתדרות הכללית קיבלה מעמד מוכר בדין.

8.90 נמצאת למד, כי בחינת מעמדם החוקי של הגופים שנמנו על ידי כב' השופט י' כהן כגופים אשר המבחן הפונקציונלי "עלול" להכפיפם לביקורת בג"צ, מחייבת אכן להכפיפם לביקורת בג"צ. במשך הזמן חלו בהקשר זה התפתחויות, אשר מחמתן דומה כי אכן, המציאות המשפטית התאימה עצמה למציאות החברתית, ומן הנמנע הוא שלא להכפיף גופים אלה, אשר עיניים כה רבות נשואות לפעולתן, אל תחת כנפי ביקורת בג"צ. ואדרבה, גופים אלו יבוליים לשמש כדוגמאות לצורך באימוץ המבחן הפונקציונלי בכל הנוגע לביקורת בג"צ ולהחלת כללי המשפט הציבורי, שכן קשה להעלות על הדעת כי לא כל חבר בהסתדרות הכללית יהא רשאי לבחור ולהיבחר למוסדותיה, וכי גוף כמו הסוכנות היהודית יוכל להפלות בין עולים חדשים הנוקקים לעזרתה, או בי מוסדות להשכלה

66 ה"ח 1526, מיום 16.3.1981, בעמ' 294. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר:
 "חוק הבחירות לגופים ציבוריים נתקבל בשנת 1954 ביזמתה של ההסתדרות הצינונית העולמית שביקשה ערובות חוקיות שיש בהן כדי להגן על טהרת הבחירות לקונגרס הצינוני, אך נקבעה להצעת החוק מסגרת רחבה יותר, העשויה להקיף גם בחירות אחרות לגופים ציבוריים שונים... בהסתדרות הכללית שהוא הגוף היציג של ארגון עובדים, מאוגדים 80% מאזרחי מדינת ישראל. ואכן, יש חשיבות רבה לבחירות אשר בגדלן ובהיקפן הם דומים לבחירות לכנסת, אולם הסדרים לפיהם עורכים בחירות אלה פגומים ולא פעם נתגלו אי סדרים בעריכתם. מוסדות הביקורת, המפקחים על הבחירות, אינם בלתי תלויים והם מורכבים על יסוד משקל הכוחות של מרכיבי המוסדות ההסתדרותיים, ובדרך כלל כל ערעור על החלטות של ועדת הבחירות נדחה וכן פנייה לבתי משפט לא מתעילה. מן הדין שבחירות לנוף נכבד זה אכן ייערכו על טהרת הצדק היושר. יש להחיל את החוק האמור על הסתדרות העובדים הכללית והאגודות המקצועיות שלה".
 ס"ח 1017, מיום 7.4.1981.

גבוהה יוכלו לפעול בשרירות, על רקע העדפות אישיות, ולנהוג, למשל, בדרך של איפה ואיפה בקביעת שכר הלימוד שיוטל על תלמידים שונים.

ההגדרה הפונקציונלית ממלאת אם כן אחר צורך לגיטימי ואחר ציפיה סבירה, כשהיא מכפיפה גופים אלו לכללי המשפט הציבורי ולביקורת בג"צ, ואימוץ הגדרה זו ראוי הוא על כן.

ה(2) פסק דין האחים שרבט

8.91 המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" זכה לדיון מפורט במיוחד בבג"צ 160/72 אחים שרבט חב' לבנין בע"מ נ' האגודה למען הזקן באזורי העמקים בישראל.⁶⁸ במקרה זה היתה טרוניית העותרים כנגד הליכי מכרז שקיימה האגודה למען הזקן באזורי העמקים בישראל (להלן: האגודה). העותרת טענה כי מטרת האגודה ופעולותיה הן בעלות אופי ציבורי וכי הגופים שהקימה והמפעילים אותה הם גופים ציבוריים ומכאן נובעת "דמותה האמיתית" כגוף הפועל בתחום המשפט הציבורי, על אף לבושה המשפטי כגוף פרטי המאוגד בדרך של אגודה עותמנית. בפועל, נקבע כי האגודה נוסדה על ידי רשויות מקומיות מסוימות בתור שכאלה ואינה ממלאת כל תפקיד מטעמן. 82% מתקציבה בא לה מן "האגודה לתכנון ולפיתוח שירותים למען הזקן בישראל" שהשותף העיקרי בה הוא הג'וינט. הג'וינט התנה את מתן התמיכה בהיותה של האגודה גוף וולונטרי ולא שלטוני, ואכן האגודה איננה גוף סטטוטורי הפועל מכוח סמכויות שהחוק העניק לה.

8.92 בנסיבות אלו פנה בית המשפט לבחון את השאלה אם ממלאת האגודה "תפקיד ציבורי על פי דין". כב' השופט ברנזון קבע את שורת הקביעות דלקמן:

א. המונח "גופים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין" חייב להתקיים אף ביחס לפעולות המבוצעות על ידי רשויות המדינה והרשויות המקומיות.⁶⁹

ב. לא הגוף המבוקר הוא שצריך להיות יציר כפיו של החוק, או שבל ענייניו יוסדרו בחוק - אלא התפקיד צריך להיות "על פי דין". גם גוף משפטי שכינונו, קיומו ופעולתו שאובים מן המשפט הפרטי, יש

68 בג"צ 160/72 אחים שרבט, חב' לבנין בע"מ נ' האגודה למען הזקן באזורי העמקים בישראל, פד"י כו(1) 620, (להלן: פס"ד האחים שרבט).

69 לענין זה ראה פרק ז לעיל, הערת שוליים 53.

והינו מקיים תפקיד בעל אופי ציבורי על פי דין, ואזי בכל הנוגע לביצוע תפקיד זה, הוא נתון לביקורת בג"צ. כך למשל:

1. ארגוני עובדים שהקמתם ופעולתם אינה מוסדרת בחוק, אך כאשר מטילים מספר חוקי עבודה, על שר העבודה להיוועץ בארגונים אלו, הרי שבמילוי התפקיד של מתן עצה לשר העבודה הם ממלאים "תפקיד ציבורי על פי דין" והינם כפופים לביקורת בג"צ. בהתאם לכך, אם אין גופים "פרטיים" אלו ממלאים את חובתם החוקית לייעץ לשר תוך זמן סביר - ניתן לעתור לבג"צ כנגדם.

2. חברת החשמל לישראל בע"מ: החברה הוקמה על פי פקודת החברות כחברה בע"מ, ואולם ניתנו לה זכויות על פי חוק לייצר ולספק חשמל, ואף להטיל חובת תשלום בעד שירותיה. בפעולותיה העסקיות הרגילות אין חברת החשמל כפופה לבג"צ, אך בשימוש שהיא עושה בכוחותיה הסטוטוריים בוודאי שהיא מוגדרת בגוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" והינה כפופה לביקורת בג"צ.

ג. המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" מאפשר להכפיף לביקורת בג"צ גם מי שאינו בגדר רשויות המדינה או רשויות מקומיות ופקידיהן, ואף אינו דומה להן:

"הקטגוריה הזאת היא רבת גוונים ונכללים בה כל גוף וכל איש שנתקיימו בו שני התנאים האמורים והם בלבד, דהיינו: שהוטל עליו או נתאפשר לו למלא תפקיד בעל אופי ציבורי חאת על פי דין" (ההדגשה הוספה).

ד. במקרה הנדון, נקבע כי האגודה אינה זרוע ארוכה של רשויות מקומיות, ואינה ממלאת "תפקיד ציבורי על פי דין":

"ייתכן והמצב היה אחר אילו הקימו הרשויות המקומיות את האגודה והסוו את דמותה על מנת להסיר מעליה את סמכות הפיקוח של בית משפט זה.

...אין לדמות כלל את המקרה הזה למקרה שנדון בבג"צ 187/71 "רמט" בע"מ ... בו רמזתי על האפשרות להטיל את פיקוחו של בימ"ש זה גם על גוף המאוגד בצורת חברה, שכולה בידי הממשלה ובמהותה ובתכנה אינה שונה ממחלקה ממשלתית רגילה".

ה. סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957 רחב יותר מסעיף 7(ב) לחוק זה, ומאפשר מתן סעד מן הצדק אף כנגד גופים שאינם ממלאים

"תפקיד ציבורי על פי דין" (על קביעה זו חולק כב' השופט י' כהן - ו' א.) ואולם, במקרה הנדון שורת הצדק אינה מחייבת התערבות בג"צ, שכן

"חלק הארי מתקציבה של האגודה בא לה ממקורות חיצוניים, לא שלטוניים. ואלה מעוניינים שהפעולה תיעשה על ידי גוף שאינו נתון בספירת המשפט הציבורי. אינני רואה סיבה שלא לכבד רצון זה. כידוע, בעל המאה הוא בעל הדעה, ועל סמך מה נולזל ברצון זה ונשים אותו לאל?"⁷⁰

8.93 בפס"ד האחים שרבט מאמץ למעשה בית המשפט העליון את המבחן הפונקציונלי בכל הנוגע לגדר סמכותו של בג"צ, כאשר אף גוף "שנתאפשר לו מכח הדין" לבצע פעילות למען הציבור מוכפף לביקורת בג"צ. היותה של הפעולה וולונטרית, ואף העובדה כי כינונו, קיומו ופעולתו של הגוף שמבצע פעולה זו הינם מתחום המשפט הפרטי, אינן רלוונטיות. המונח "על פי דין" מתפרש בהכרח, כפי שביארנו לעיל, כמתייחס לתפקיד הנאמנות המוטל על הגוף האמור והמהווה במישור המהותי עילה להחלת כלל המשפט הציבורי וביקורת בג"צ.

בג"צ מופקד על בחינתו של עקרון שלטון החוק, ובבל מקום שבו יש מקום לבחון את קיומו של עיקרון זה, תחול ביקורת בג"צ, אף אם הגוף המבצע את הפעולה הינו גוף פרטי בבל שאר פעילויותיו.

8.94 הדוגמא שניתנה בהקשר זה, בפס"ד האחים שרבט, בכל הנוגע לחברת החשמל, מביאה אותנו לסדרת פסקי הדין שדנו ספציפית בחברת החשמל, ואשר יש בה גם כן כדי להעמידנו על פרשנותו של המונח "תפקיד ציבורי על פי דין" בפסיקת בית המשפט.

ה(3) פסק דין חברת החשמל

8.95 בבג"צ 231/66 מרדכי אביב נ' שר הפיתוח וחברת החשמל לישראל

70 בכל הנוגע לטיעון זה ראה ההבחנה שמציע פרופ' טדסקי, לעיל הערה 62. מכל מקום, קשה לקבל טיעון זה, שהרי השאלה הנדונה היא, אם לאפשר לגוף מסוים להפלות. אכן, מהותו של גוף זה כגוף פרטי די בה כדי להתיר הפליה זו. ואולם, מה לעניין רצונו של בעל המאה ולעניין זה? אילו היינו מטיקים כי המדובר בגוף ציבורי, האם היה משקל כלשהו לדבריו של בעל המאה, באופן שיצדיק הפליה?

בע"מ,⁷¹ נדונה עתירה כנגד מכרז שביצעה חברת החשמל. העתירה נדחתה לגופה, ואולם בשולי הדברים קבע כב' השופט ויתקן כי:

"לכאורה - נראית לי גם הטענה שלגבי גוף כגון המשיבה השניה (חברת החשמל - ו' א') אין לנו להתערב בעניין שאינו נוגע במישרין למילוי תפקידיו הציבוריים הקבועים בכל דין, אלא שנוגע בעיקרו אך ורק למינהלו הארגוני והמישקי של הגוף. מוכן גם אני להשאיר שאלה זו לעת מצוא" (ההדגשה הוספה).

8.96 בפסק דין זה מוצאים אנו אם כן הבחנה בין פעילות "פרטית" של חברה ממשלתית הנוגעת למינהל הארגוני והמישקי שלה, לבין פעילות הנוגעת לתפקיד המוטל עליה על פי דין. בהתאם למבחן הפונקציונלי, יש לבחון כל אחת מן הפונקציות הנדונות, ולראות אם היא נופלת בגדר המבחן של "תפקיד ציבורי על פי דין". התפקיד של חברת החשמל בכלל, אינו משפיע על כלל פעולותיה, ולא בכל פעולה תחול על חברה ממשלתית זו ביקורת בג"צ. פסק דין זה מאשש אם כן את ההגדרה המוצעת על ידינו. מה עוד, שמכלל לאו שומע אתה הן. מפסק דין זה הסיק כב' השופט ברנזון, בפס"ד האחים שרבט, כי בכל הנוגע לפעילות שאינה ארגונית פנימית, אלא נוגעת לסמכויות סטטוטוריות שהוקנו לחברת החשמל בדין - אכן חלים על חברה זו כללי המשפט הציבורי והיא כפופה לביקורת בג"צ - על אף היותה חברה, שיסודה במשפט הפרטי.⁷²

8.97 המכרז שנדון באותו מקרה היה לביצוע עבודות של "הנחת כבלים, הקמת עמדי חשמל וביצוע עבודות חפירה באזור ירושלים". דברים אלו נוגעים לכאורה לפעולותיה הרשמיות של חברת החשמל, ולא לארגונה הפנימי. ואולם, בהתאם למבחן המוצע על ידינו, אכן אלו פעולות שבהן אין החברה הממשלתית נושאת ונותנת עם הציבור במסגרת תפקידיה ליתן לו שירותים, ולציבור אין ציפיות כי גם בפעולותיה אלו, להבדיל מאשר בעצם הספקת השירות, תנהג עימו חברת החשמל על פי נורמות של משפט ציבורי. ממילא, כפי שהבהרנו לעיל, בפעולות אלו לא מוטל על חברת החשמל תפקיד של איון בין אינטרסים נוגדים ולא משתכללת

71 לעיל הערה 58 (להלן: הלכת אביב).

72 חברת החשמל הינה חברה בע"מ אשר נוסדה בשנת 1923 על פי דיני החברות שנהגו בעת היווסדה. בשנת 1926 קיבלה חברת החשמל זיכיון לייצור ולהספקת חשמל מן הנציב העליון. זיכיון זה מעוגן בפקודת זכויות חשמל כפי שתוקנה מעת לעת (ראה: חוק התוספת לזכויות חשמל (תשלומים בעד חיבור למערכת חשמל), תשכ"ד-1963; חוק התוספת לזיכיון החשמל (תיקון הזכיון), תש"ל-1970. חברת החשמל היא חברה ממשלתית הוראות חוק החברות הממשלתיות חלות עליה.

חובת אמון הנובעת מכך. בהעדרה של חובת אמון אין "תפקיד ציבורי על פי דין" ואין כפיפות לכללי המשפט הציבורי ולביקורת בג"צ. מעתה מובן מדוע מוגדרת הדרך שבה חברת החשמל מתארגנת כדי שתוכל לספק שירותים כפי שמטיל עליה הדין, כעניינה הפנימי.

8.98 בבג"צ 425/74 "סימר" חברת בונים בע"מ נ' שר הפיתוח⁷³ נדונה עתירה של חברה קבלנית אשר טענה כי חברת החשמל אינה מספקת מספיק חשמל לבניין שבנתה, וכי היא נדרשה על ידי חברת החשמל, שלא כדין, לשלם סכום מסוים, הקשור בצורך להרחיב את תחנת הטראנספורמציה הקרובה עקב חיבור הבניין לרשת החשמל. כב' השופט ויתקון קבע בהקשר זה את הקביעות דלהלן:

א. סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט דורש קיומו של "תפקיד ציבורי על פי דין", בעוד שלפי סעיף 7(א) לחוק זה קיימת סמכות פיקוח לבג"צ אף כלפי גוף שאינו ממלא תפקיד כאמור.

ב. אין צורך, לא לעניין סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט ולא לעניין סעיף 7(א) לחוק זה, כי הגוף הנדון יהיה גוף סטטוטורי ציבורי, והוא יכול להיות גם גוף "פרטי" כגון חברה בע"מ. מבחינת הסמכות לא מתעורר על כן כל קושי ליתן סעד כנגד חברת החשמל.

ג. אף כנגד גוף הבלול בסעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט לא יינתן סעד כשהפעולה נובעת מאקט הנשלט על ידי המשפט הפרטי וניתנת לברור בבית משפט אזרחי רגיל (כגון: הפרת חוזה).⁷³

8.99 מפס"ד סימר עולה אם כן כי אלמלא היה הסעד המבוקש בתחום הנופל בגדר סמכותן של ערכאות אזרחיות, לא היתה כל מניעה לדון לפני בג"צ בעניינה של חברת החשמל, שהינה חברה ממשלתית מובהקת.

ה(4) פסק דין מיקרו דף

8.100 פס"ד מיקרו דף⁷⁴ הוא הראשון שבו נדון עניינה של חברה ממשלתית - לאחר חקיקת חוק החברות הממשלתיות. השאלה שהתעוררה היא: אם

73 בג"צ 425/74 "סימר" חברת בונים בע"מ נ' שר הפיתוח וחברת החשמל לישראל בע"מ, פד"י כט(2) 233. א73 כך מובאת דוגמא מענייני מיסוי, אשר בהם ברור כי הרשות פועלת בשלטון וכגוף "הממלא תפקיד ציבורי על פי דין" ואף על פי כן לא יתערב בג"צ בעניין זה, כל עוד שיש לעותר סעד חלופי של השגה, ערר או ערעור. ראה בג"צ 16/64 רענן גבריאל ושות' נ' שר האוצר, פד"י יח(3) 85.

74 לעיל הערה 32.

חייבת חברת החשמל לרכוש ציוד הנחוץ לה לצרכים ארגוניים שלה במסגרת של מכרז, אם לאו. ההתייחסות היתה לרכישת אמצעי אחסון של נתוני יומן וחשבונות הצרכנים על גבי חומר פלסטי, "הדומה לנגטיב של צילום ומאחסן מידע רב בשטח ובנפח זעירים, והמכונה בלע"ז 'פיש'". העניין הובא לבג"צ ומטבע הדברים התעוררה שאלת סמכותו של בג"צ. בהקשר זה נקבעה שורת הקביעות הבאה (מפי כב' השופט ברק):

א. מקום שגוף ממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" מוסמך בג"צ לדון בעתירה כנגד גוף זה, ואין נפקא מינה לעניין זה שחברת החשמל מאוגדת כחברת מניות על פי פקודת החברות (נוסח חדש), תשמ"ג-1983.

לא הצורה הארגונית היא הקובעת לעניין זה, אלא מהותו הפונקציונלית של התפקיד המבוצע על ידי הגוף, שהוא "תפקיד ציבורי על פי דין".

ב. בפעולותיה העיקריות הרגילות מעמדה של חברת החשמל כמעמד כל חברה אחרת שאינה נתונה למרות בג"צ.⁷⁵

ג. סמכותו של בג"צ מסורה לעולם לשיקול דעת, ומשום כך, כאשר יש סמכות לבית משפט אחר, יש ובג"צ ממאן לפסוק בעניין.⁷⁶

ד. בג"צ יפעיל סמכותו גם לעניין פונקציה "פרטית", אם הוא סבור כי הפעולה הפרטית אינה אלא "הסוואה" לפעולה שלטונית, או שיש עניין מיוחד בכך שבג"צ ידון בדבר, שהרי סמכותו של בג"צ הינה חובקת זרועות עולם.⁷⁷

ה. החלטה להפר חוזה כמזה כהחלטה לכרות חוזה; אלו החלטות "אזרחיות" ולא "שלטוניות" ואמורות היו להידון בבית משפט אזרחי ולא בבג"צ. דא עקא, שנסיון העבר מלמד כי החלטות להתקשר בחוזה, הנעשות על ידי המדינה או על ידי תאגידי סטטוטוריים כגון רשות השידור, נדונות בבג"צ.⁷⁸

75 ישם אל לב, ההבחנה בין סכסוך שעניינו סמכות "שלטונית" לבין סכסוך שעניינו סמכות "פרטית" אינה ברורה ומצוי בה איזור "אפור" נרחב, שבו יש באותה פעולה עצמה, גם מזה וגם מזה: בג"צ 194/56 וון. מירוש נ' מנהל אגף השיכון, פד"י יא 659; בג"צ 160/58 שניידר ואח' נ' מנהל רשות המיתות, פד"י יג 891; בג"צ 63/59 אלדין נ' מדינת ישראל, פד"י יג 1165; G. Shalev "Administrative Contracts"; 14 Iar. L. Rev. (1979) 444 בעניין זה ראה גם הי"פ (ת"א) 420/87 מיקרו דף בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' פס"מ תשמ"א (ב) 485.

76 ראה בג"צ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב יפו ואח', פד"י יג 1182.

77 בכך מצטרף לכאורה השופט ברק לעמדתו של השופט ברנזון בבג"צ 101/74 בינו ומיתוח כנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פד"י כח(2) 449, וראה הערה 52 לעיל.

78 בג"צ 389/80 דמי זהב בע"מ נ' רשות שידור, פד"י לה(1) 421; בג"צ 492/79 חברה מלונית נ' משרד

מאידך, נדונות ההחלטות בשלב הטרומ חווי של חברות ממשלתיות ועירוניות בבית המשפט האזרחי.⁷⁹ בנסיבות אלו יש לבית המשפט שיקול דעת, והכף נוטה לקבוע כי העניין יידון בבית המשפט המחוזי.

ו. אילו נפסק בעבר כי הסמכות לדון בענייני השלב הטרומ חווי של חברת החשמל מצויה בידי בג"צ ועל כן חל עליה המשפט הציבורי, לא היה כל קושי לקבוע כי עם "העברת" הסמכות לבית משפט אזרחי "עובר" הדין עימו.⁸⁰ דא עקא שבשאלה זו טרם נפסקה ההלכה. משנפסק כעת לראשונה כי עניין זה יידון בבית המשפט האזרחי, מן הראוי לבחון אם תחול כאן "דואליות נורמטיבית" ובצד המשפט הפרטי יחולו גם כללי המשפט הציבורי, באופן שאם קיימת סתירה בין השניים, יד המשפט הציבורי תהא על העליונה.

ז. חברת החשמל הינה "יצור כלאיים". מבחינה ארגונית הריהי חברה ממשלתית. מבחינה פונקציונלית היא בעלת סמכויות שלטוניות והיא שולטת על אחד מגורמי הייצור המרכזיים במדינה - החשמל. בהתלבטות זו מכריע המבחן הפונקציונלי. הדמיון הפונקציונלי של חברת החשמל לתאגיד הסטטוטורי עולה על השוני הארגוני. ומשום כך:

"אכן חברת החשמל נתפסת בעיני כנאמן של הציבור, אשר בידיו הופקדו האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מי שקיבל זיכיון מהציבור, צריך להתנהג כלפי הציבור באופן המצדיק הענקת זיכיון זה. אין בעל הזיכיון עושה בו כבתוך שלו. הוא עושה למען הציבור, ועל כן הוא חב לו חובות מן המשפט הציבורי."⁸¹

ח. מחובת נאמנות זו נובעת החובה לפעול בהגינות ובסבירות מתוך שוויון וללא הפליה. כמו כן נובעת הימנה חובה לנהוג בתום לב ברמה מוגברת. בעוד שתום הלב החוזי יוצא מנקודת הנחה של שוויון בין הצדדים, הרי שלעומת זאת דיני החוזים של המשפט הציבורי מבוססים על העדר שוויון בין הצדדים, שהרי אחד מהם ממלא תפקיד ציבורי.

הבטחון, מדינת ישראל, פד"י לד(3) 706.

79 בג"צ 244/85 האחים בנקיר (ישראל) בע"מ נ' מפעל המוט, פד"י לט(4) 477; בג"צ 159/81 חב' מזור בע"מ נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, פד"י לה(3) 596.

80 בג"צ 1/82 ועדת שחרורים נ' ארזי, פד"י לז(2) 109; ע"א 7/83 ועדת השחרורים נ' פלוגי, פד"י לח(1) 505.

81 קביעה זו הושארה בצריך עין על ידי השופט ש' לזין, ואילו השופט גולדברג הסכים עימה.

ט. מכיוון שבמקרה דנא המחלוקת אינה נוגעת לסמכויות השלטוניות של חברת החשמל, יידון הדבר בבית המשפט המחוזי.

י. בית המשפט המחוזי ידון בעניין גם על פי אמות מידה של משפט ציבורי.

פסק דין מיקרו דף

8.101 בפס"ד מיקרו דף ניכרת מגמה ברורה להמיר את המבחן האורגני במבחן פונקציונלי ולבחון את הפעילות של הגוף, חלף צורת הארגון שלו וזהותו עם הרשות.

כמו כן אומצה בפסק דין זה ההבחנה בין פעולות פרטיות (ארגוניות ומשקיות) לבין פעולות שבהן מתקיים "תפקיד ציבורי על פי דין", אם כי הבחנה זו נעשתה בשאלת הסמכות ולא יושמה גם לעניין הדין המהותי.

בנוסף יצוין כי בשאלת תחולתו של המשפט הציבורי, עולה גם מפסק הדין בעניין מיקרו דף כי יש לבחון אם קיימת חובת אמון בביצועה של הפעילות הנדונה, כאשר קיומה של חובת אמון שכזו גוררת את תחולתם של כללי המשפט הציבורי - בסייגים מסוימים הנובעים ממהות העניין הנדון.

8.102 בהתאם לפס"ד מיקרו דף, והתוצאה המצטברת של מסקנותיו, משנמצא כי החברות הממשלתיות חבות חובת אמון כלפי הציבור במסגרת תפקידן לאזן בין אינטרסים נוגדים (כפי שפירטנו בפרק ב לעיל), יחולו כללי המשפט הציבורי על כל הפונקציות, אשר בגדרן נכללת חובת אמון שכזו. תפקיד האיזון בין האינטרסים הוא "תפקיד על פי דין" וממילא לפנינו גוף הממלא מבחינה פונקציונלית אחר ההגדרה לתחולת ביקורתו של בג"צ. מבחן פונקציונלי זה גובר על המהות הארגונית של החברות הממשלתיות כחברות בעלות הון מניות, שדיני החברות חלים עליהן, והן תוכפנה לביקורת בג"צ.

8.103 עם זאת יצוין כי התוצאה שאליה מגיע פס"ד מיקרו דף שונה במקצת מזו המוצעת על ידינו. לדידנו יש להבחין בין חובות האמון של הרשות לבין חובות האמון של חברה ממשלתית. לרשות אין משלה ולא כלום ומכאן חובת האמון שלה. ואילו לחברה הממשלתית יש גם יש אינטרסים משלה, כפי שהבהרנו בפרק א לעיל, וחובת האמון של החברה הממשלתית נובעת מקיומו של תפקיד המוטל עליהן והדורש לאזן בין האינטרס שלהן

לנהוג כגוף פרטי לבין האינטרס הציבורי כי הן תפעלנה כיאות לגוף המזוהה עם הרשות. משום כך, לרשויות המדינה ולרשויות המקומיות לא יכולה להיות פעולה "פרטית" המשוחררת מחובות המשפט הציבורי, והתפקיד הציבורי לפעול כנאמן הציבור מוחל עליהן מכוח הדין המסמיכן לפעול - בכל פעולה שהן עושות, לרבות כל פעולה שהינה מתחום המשפט הפרטי.

לעומת זאת, בחברה הממשלתית, וחברת החשמל בכלל זה, קיימת פעילות פרטית, שאותה מבצעת החברה לצרכיה הארגוניים ובה אין לציבור ציפייה בי היא תנהג ביאות לרשות ציבורית. בהעדר ציפייה כאמור, הרי שאין תפקיד של איזון בין אינטרסים ואין חובת נאמנות. במקרים אלו לא רק שידון בעניין בית המשפט האזרחי - אלא שהנושא יהא משוחרר מכללי המשפט הציבורי.

8.104 דוק, בפס"ד מיקרו דף מוצאים אנו אימוץ של מבחן פונקציונלי המתעלם ממהותו הארגונית של הגוף הנדון. דא עקא שבהתאם למבחן זה, אין להסיק כי המדובר בגוף אשר כל פעולותיו כפופות לכללי המשפט הציבורי לנוכח מהותו של האורגן כגוף ציבורי, אלא יש לבחון כל פונקציה ופונקציה - אם החברה חבה במסגרתה חובת אמון כלפי הציבור אם לאו. העובדה כי במסגרת ביצוען של הפונקציות השלטוניות, ואף בפעילות שבה יש לחברת החשמל זיכיון בלעדי מכוח חוק, מהווה חברה זו נאמן של הציבור, אינה גוררת תחולתן של נורמות אלו אף על התקשרות פרטית שעושה חברת החשמל לרכישת "פישום" לאחסון מאגרי המידע שלה. בפעולה זו לא ברורה חובת האמון.

8.105 משום כך סבורים אנו כי אכן מן הדין להחיל על חברות ממשלתיות חובות מן המשפט הציבורי, בין אם הן ניחנו בסמכויות שלטוניות ובין אם לאו. לנאמנות כלפי הציבור מצינו מקור, אף בהעדר סממנים שלטוניים, חזאת בכל הנוגע לפעילות שבה מיושם תפקיד מעין שיפוטי לאזן בין אינטרסים. ואולם, אנו מדריכים את עצמנו באופן מלא בהתאם למבחן זה, הן לגבי סמכות בג"צ (אשר יהא מוסמך על פי שיקול דעתו גם להחליט כי על אף שהעניין נופל לגדר סמכותו, הרי שהוא ראוי להידון, מחמת טבעו, בבית המשפט האזרחי) והן לגבי תחולת כללי המשפט הציבורי, על פי קיומה או העדרה של חובת אמון כלפי הציבור בכל פונקציה ופונקציה נדונה.

8.106 לפי המבחן המוצע על ידינו, הרי שבעובדות פסק הדין בעניין מיקרו דף,

מדובר בפעולה "פרטית" של חברת החשמל, אשר אינה כרוכה כשלעצמה בחובות אמון כלשהן. סביר להניח כי בפעולות "פרטיות" של התארגנות פנימית, כגון בעת רכישת מיקרופיש למערכת הנהלת החשבונות והגבייה של החברה הממשלתית, אין הציבור מצפה כי החברה הממשלתית תנהג עימו לפי כללי המשפט הציבורי, והוא מקבל את עובדת היותה של החברה הממשלתית, לעניין זה, גוף פרטי לכל דבר ועניין. ובהעדר ציפיות של הציבור כי החברה תפעל אף בפעולות "פרטיות" מסוג זה בהתאם לכללי המשפט הציבורי, הרי שאין אינטרס "ציבורי" לפעול בהתאם לנורמות של משפט ציבורי, וממילא לא קיימת חובה לבצע איזון בין אינטרסים הגורר תחולתה של חובת אמון. משום כך אין להחיל ביחס למקרה זה חובות מן המשפט הציבורי.

8.107 למעשה מציעים אנו ליישם את הלכת אביב, אף ביחס לעובדות פסק הדין בעניין מיקרו דף. ולעומת זאת, בהתאם למבחן המוצע על ידינו, הרי שבפעולות אחרות של חברת החשמל, כמו גם של חברות ממשלתיות אחרות שאין בידיהן כל סמכות שלטונית, אך הממלאות תפקיד של נאמן כלפי הציבור, מציעים אנו כי יחולו כללי המשפט הציבורי.

8.108 המבחן המאומץ בעניין מיקרו דף מתאים לחלקה הראשון (הארגוני) של ההגדרה הקבועה בסעיף 15(ד)2 לחוק יסוד: השפיטה, המתייחס ל"רשות מרשויות המדינה או רשות מקומית או פקידיהן". בכל הנוגע לרשויות אלו, תוכפף כל פעולה שהיא לכללי המשפט הציבורי. לרשויות אלו אין משלהן ולא כלום וכל פעולה שלהן כרוכה באמון וממלאת ממילא גם אחר חלקה השני של ההגדרה בדבר "תפקיד ציבורי על פי דין", שהרי התפקיד הציבורי הוא חובת האמון, וזו קיימת כאמור בכל פעולה שגופים אלו מבצעים.

8.109 ואולם, בכל הנוגע לחברות הממשלתיות, וחברת החשמל בכללן, לא חל חלקה הראשון של ההגדרה המנויה בסעיף 15(ד)2 לחוק יסוד: השפיטה, שהרי מבחינה ארגונית אין הן נמנות עם רשויות המדינה והרשויות המקומיות. חברות אלו נכללות אך בחלקה השני של ההגדרה כממלאות "תפקיד ציבורי על פי דין" כשהפונקציה היא הנובעת מן הדין ולא הגוף הנדון. "התפקיד הציבורי" בהקשר זה, הנובע מדין, הוא חובת האמון הנובעת מן התפקיד לאון בין אינטרסים נוגדים. חובת אמון זו אינה קיימת בכל פעולה ופעולה, שכן לא בכל פעולה כרוך איזון בין אינטרסים כאמור. בפעולות שהציבור אינו מצפה בהן לתחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי, נורמות אלו אכן אינן חלות, שכן אין במקרים אלו תפקיד לאון

בין אינטרסים, הגורר חובות אמון, וממילא אין "תפקיד ציבורי על פי דין". מקרים אלו לא נופלים לגדר סמכותו של בג"צ והם גם אינם כפופים לכללי המשפט הציבורי.

8.110 הלכת מיקרו דף פותחת אם כן את הדרך לאימוץ מבחן פונקציונלי ולבחינת הדברים בהתאם לקיומה או להעדרה של חובת אמון. ואולם, המסקנה שאנו מסיקים בדבר קיומה של חובת אמון כאמור, לא זו בלבד שיש בה כדי להרחיב את גבולותיה של הלכת מיקרו דף אף ביחס לכלל החברות הממשלתיות, אלא שיש בה גם כדי להסיג את גבולה של הלכת מיקרו דף לאחור, ביחס לפעולות "פרטיות" של חברות אלו, וחברת החשמל בכללן.

ה(5) מסקנת הדברים

8.111 מניתוח הפסיקה עולה כי המבחן הארגוני בדבר ההשתייכות לרשויות המדינה כמבחן להחלת ביקורתו של בג"צ מפנה את מקומו למבחן פונקציונלי, הבוחן את מהותה של הפעולה הנדונה, באשר השאלה היא האם כרובה בפעולה זו חובת אמון כלפי הציבור אם לאו. בכל הנוגע לפעילות שלטונית החילו הלכות מיקרו דף וקסטנבאום את כללי המשפט הציבורי אף על גוף מן המשפט הפרטי. "התפקיד הציבורי על פי דין" במקרה זה הינו בהכרח חובת האמון, שהרי באותו מקרה הפעולה הנדונה לא נבעה מן הדין אלא נעשתה באופן וולונטרי על ידי גוף שפעולותיו מוסדרות על פי כללי המשפט הפרטי. חובת האמון גם הביאה, כשלעצמה, להחלת כללי המשפט הציבורי על גופים שונים כגון: סיעות בכנסת, סיעות בלשבת עורכי הדין וכיוצא באלה.

8.112 בבג"צ 126/84 גלבוט ואח' נ' מפעל הפיס⁸² התייחס השופט ברק לחברות ממשלתיות וציין כדלקמן:

"עיון בפסיקתו של בית משפט זה מגלה, כי אין קיימת אחדות דעות

82 בג"צ 126/84 גלבוט ואח' נ' מפעל הפיס, פד"י (לט) 48. בעניין זה נקבע כי על אף שמפעל הפיס ממלא "תפקיד ציבורי", אין התפקיד האמור מברצע "על פי דין", שכן ניהול הגרלות והימורים אינו מוטל על מפעל הפיס מכוח הדין. "מפעל הפיס" הינו חברה מוגבלת בערבות והתפקיד שנטלה על עצמה נובע מהתארגנות במשפט הפרטי, שמצאה ביטוי פורמלי בתזכיר ובתקנות החברה. המחוקק רק קבע כי פעולה שכזו לא תהווה עבירה לפי סעיף 225 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (ראה סעיף 231(א)2 לחוק העונשין). בכך שונה מפעל הפיס מהמועצה להסדר הימורים בספורט, שהוקמה מכוח חוק להסדר הימורים בספורט, תשכ"ז-1967, ואשר תפקידיה הוטלו עליה בחוק. על הלכה זו ביחס למפעל הפיס, חזר בג"צ, בעניין האחים בנקיר (ישראל) בע"מ נ' מפעל הפיס, לעיל הערה 79.

באשר לשאלה, אם ניתן לראות בחברה ממשלתית או עירונית, גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין.⁸³ פשיטא, שחברה ממשלתית או עירונית ממלאת תפקיד על פי תזכירה - ותקנונה ולא על פי דין. אכן, הנוטים לחשוב כי לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות שיפוט, סומכים עצמם על מעין 'הרמת מסך' תוך בדיקת הגופים השולטים בחברה הממשלתית והעירונית. על פי גישה זו, אם בל שנשתנה הוא במבנה הפורמאלי, ובל שנעשה הוא שמחלקה שלטונית הפכה לחברה, כי אז יש לחדור מעבר למסך ההתאגדות ולבחון, מיהו העומד מאחרי האיצטלה, שאם לא כן, ניתן יהיה, על ידי פעולת 'הסוואה', להסיר את סמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק. אין אנו נוקטים כל עמדה בשאלה זו" (ההדגשה הוספה).

8.113 בהתאם לפסק דין זה, הפעילות של החברה הממשלתית כשלעצמה אינה עילה להחלת נורמות של משפט ציבורי. אם יחולו חובות מן המשפט הציבורי על החברות הממשלתיות, הרי שהדבר ייעשה רק כ"הרמת מסך" שתחשוף כי למעשה אין המדובר בחברה ממשלתית אלא בהסוואה בלבד, והרשות הציבורית היא העומדת מאחורי פעילות זו. הנורמות מן המשפט הציבורי יחולו בהתאם לגישה זו בכל הנוגע לחברה הממשלתית, רק אם נסיק כי למעשה הרשות הציבורית היא הפועלת ולא החברה הממשלתית כגוף עצמאי ונפרד.⁸⁴

8.114 ואולם, מסקנה זו נובעת מהנחה לפיה החברה הממשלתית אינה ממלאת "תפקיד ציבורי על פי דין". טול הנחה זו, ומצא מקור נורמטיבי אשר ממנו עולה כי לחברה הממשלתית יש חובת אמון כלפי הציבור, הנובעת מכוח תפקידה לאזן בין אינטרסים, תפקיד שמטיל הדין על החברה

83 בהקשר זה מפנה השופט ברק לבג"צ 187/71 'רמט' בע"מ, לעיל הערה 38, ולבג"צ 159/81 חב' מזור בע"מ נ' הב' נתיבי איילון בע"מ, לעיל הערה 79, בו מציע השופט י' כהן כי גם אם נאמץ את גישת כב' השופט ברנזון בעניין רמט, לפיה מוטלות על חברות ממשלתיות חובות מן המשפט הציבורי, עדיין אין פירוש הדבר כי תביעה נגד חברה ממשלתית צריכה להתברר בבג"צ, שהרי גם בתי המשפט האזרחיים מוסמכים לדון בענייניה. מה עוד שביחס לחברה ממשלתית לא מתעורר קושי להשיג כל סעד שהוא, שכן החוק לתיקון סדרי הדין (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, אינו חל על החברה הממשלתית.

84 ואכן, בבג"צ 421/89 דורון ערן הפקות בינלאומיות בע"מ ואח' נ' הקרן הציבורית לעידוד הסרט הישראלי, פד"י (מג4) 309, קבע כב' השופט ברק כי לנוכח העובדה שתפקידה הציבורי של הקרן לעידוד הסרט הישראלי מוטל עליה מכוח הסכם ולא מכוח דין, ומכיוון שקרן זו אינה הסוואה לפעילות שלטונית, והשלטון הוא אך מרכיב חלקי במבנה הקרן ובשלטתה עליה, כשהצד הארגוני והכספי אינם בידיו, הרי שאין לערוך "הרמת מסך", וממילא לפנינו גוף פרטי שאינו כפוף לביקורת בג"צ. נמצאת למד כי לדעת כב' השופט ברק, עקרון "הרמת המסך" הוא הקובע אם חלות על הגוף הנדון נורמות מן המשפט הציבורי. ומקום שבו אין המדובר בפעולת "הסוואה" ואין מקום ל"הרמת מסך" - הרי שלנוכח העובדה כי לא מדובר בגוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" - אין מקום לביקורת בג"צ ולהחלת נורמות מן המשפט הציבורי.

הממשלתית, ונמצאת המסקנה האמורה משתנה מן הקצה אל הקצה, הן במישור המהותי והן במישור הפורמלי, שהרי כפי שראינו, תפקיד הנאמנות מוגדר כשלעצמו בפסיקה כ"תפקיד ציבורי על פי דין".⁸⁵

8.115 משום כך, משמצאנו, בפרק ג לעיל, כי קיימת חובת אמון שכזו בפעולותיה השונות של החברה הממשלתית, הרי שתוצאה הנגזרת מכך היא בי יחולו כללי המשפט הציבורי אף בפעולות שאינן שלטוניות שמבצעות חברות אלו, ואף בלא צורך ב"הרמת מסך". "הרמת מסך" בוחנת למעשה את מבחן השליטה והמימון - ואלו מבחנים שאנו נזקקים להם במסגרת שיקול הדעת שבג"צ מפעיל להחלת סמכותו מכוח סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. כללים אלו אינם נוגעים לגופים שסמכותו של בג"צ חלה עליהם מכוח סעיף 15(ד2) לחוק יסוד: השפיטה, בהיותם כשלעצמם, ובלי קשר לגוף שמממן אותם או שולט בהם, גופים "הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין".

85 בכל הנוגע להכפפתם של ה- Public Corporations באנגליה לביקורת שיפוטית וליכולתו של הפרט לקבל כנגדם צו עשה שיחייבן למלא את חובתן החוקית ראה:

Griffith and Street *Principles of Administrative Law* (5th ed.) 305-306:

"The applicant must show, it is said, that he has a legal right to the performance of a legal duty. That the statutes impose a duty is clear; the duty is owed, it might be thought, to the public; if the applicant can show that as a member of the public he has a particular interest in the performance of the duty... then he would seem to have a legal right".

(כמו כן ראה שם בעמ' 302-307).

ו. סיכום

8.116 הצעתנו הינה כי החברות הממשלתיות יהיו כפופות לביקורת בג"צ ולכללי המשפט הציבורי. ביקורת בג"צ על חברות ממשלתיות עלולה אכן להביא את בג"צ לדון בשאלות שינומקו בהתוויית מדיניות כלכלית. ואולם, עובדה זו אינה מרתיעה, שהרי כפי שראינו, הכפפת החברות הממשלתיות לביקורת בג"צ מתיישבת גם עם מגמה כוללת של בחינת סבירות שיקול הדעת הציבורי אף בתחומים כלכליים. זאת ועוד, בג"צ אמון על בחינת שלטון החוק. בכל מקום שהציבור מצפה בי ינהגו על פי נורמות מסוימות ואלו לא מתקיימות, והדבר נוגע לבחינת חוקיות פעולות המינהל, פרושה מצודת ביקורתו של בג"צ. עקרון שלטון החוק בא לידי ביטוי גם בסוגיה דנא, בצורך לבחון את נורמות התנהגותו של מי שהינו נאמן הציבור.

8.117 חובת האמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור, באותם המקרים שהציבור מצפה כי החברה הממשלתית תנהג בהם לפי נורמות הראויות לגוף המזוהה עם הרשות, מחייבת כחלק מעקרון שלטון החוק את פיקוחו של בג"צ. טול פיקוח זה, ונמצאת ההגינה הציבורית לוקה. טול פיקוח זה ונמצאת החברה הממשלתית טריז לפני ביקורת, שכל גוף ממשלתי יעדיף לווסת אליה פעילויות.

ומתי נגדיר ויסות זה בהסוואה ולא כביצוע אותנטי של מדיניות הממשלה
במשק על ידי החברה הממשלתית?

אשר על כן, לא זו בלבד שאין לחשוש מפני החלת ביקורת בג"צ על החברות הממשלתיות, אלא שיש לחשוש מפני אי תחולתה של ביקורת אף בתחום זה.

8.118 ואולם, ההגדרה המוצעת והגינותיה מביאים גם לתחימתו של הגבול לתחולת ביקורתו של בג"צ ותחולת כללי המשפט הציבורי, באופן שמה שאינו נכלל במסגרת ההגדרה הינו מחוץ לתחום. לאמור, לחברה הממשלתית, בניגוד למדינה ולרשויות המקומיות, יש אינטרסים משלה. יש לה פעילות "פרטית". בפעילות זו, סביר להניח כי אין הציבור מצפה כי החברה הממשלתית תפעל על פי נורמות גבוהות של משפט ציבורי. מסתבר כי לציבור יש ציפיות מן החברה הממשלתית כי תנהג, בדומה לממשלה עצמה, רק ביחס למתן השירות או קיום הסמכות השלטונית

שבידי החברה ורק ביחס למילוי מטרותיה של החברה. ציפייה זו אינה קיימת ביחס לפעולות ההתארגנות הפנימית שהחברה צריכה לבצע כדי לעמוד במשימותיה, כגון רכישת "פישים" כדי לאגור עליהם מידע - כפי שאירע בעובדות שנדונו בעניין מיקרו דף. במקרים אלו לא מוטל על החברה הממשלתית לאזן בין האינטרס "הפרטי" שלה לבין האינטרס הציבורי - במובן של מילוי הציפיות הנורמטיביות של הציבור, שהרי כאמור - ציפיות כאלו אינן קיימות.

8.119 בפעולות התארגנות פנימית אלו של החברה הממשלתית נמצא, כי בהעדר תפקיד של איזון בין אינטרסים נוגדים - אין חובת אמון, שהרי כל יסודה של חובת האמון ביחס לחברות ממשלתיות הוא בביצוע תפקיד של איזון בין אינטרסים כפי שהבהרנו כפרק ג לעיל. בהעדר חובת אמון לא מתקיים אף הבסיס הפונקציונלי בהגדרה הכלולה בסעיף 15(ד)2 לחוק יסוד: השפיטה, בדבר "תפקיד ציבורי על פי דין", שהרי הבהרנו כי תפקיד זה מגולם בחובת הנאמנות כלפי הציבור. משום כך, במקרים אלו לא יחולו כללי המשפט הציבורי ולא תחול ביקורת בג"צ.

8.120 נמצא כי המבנה המשפטי המוצע, טומן בחובו הבחנה ברורה בין סוגים שונים של פעולות, תוך שהוא רגיש לציפיות הציבור.

בהתאם למבנה זה לא יחולו כללי המשפט הציבורי על כלל פעולות החברה הממשלתית, אלא רק על פעילותה במישור שבו הציבור מצפה כי ינהגו עימו בהתאם לכללי המשפט הציבורי. ואף זאת כאמור לעיל, בכפוף לכלל ההשתחררות המאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מחובותיה אלו, כשצרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת.

8.121 כללי המשפט הציבורי לא יחולו ביחס לפעילות "הפרטית" של החברה הממשלתית ואף במישור הפעילות "הציבורית" של חברה זו, אין התנגשות בין החובות הנורמטיביות לבין חלק ניכר מפעילותן העסקית של החברות הממשלתיות. במקום שבו קיים קונפליקט עשויים כללי המשפט הציבורי להיסוג לאחור, כשצרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת.

החשש מפני תחולתם של כללי המשפט הציבורי וביקורת בג"צ על החברה הממשלתית, בהתאם למודל המוצע, מצטמצם אם כן עוד יותר.

פרק ט

תחולתן של נורמות ספציפיות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות

- א. מבוא
- ב. הבטחה מינהלית
- ב(1) הצגת השאלה
 - ב(2) הלכת סאיטקס - מקור הכלל והגיונו
 - ב(3) תיחומה של הלכת סאיטקס בפסיקה מאוחרת יותר
 - ב(4) השתחררות מהבטחה מינהלית
 - ב(5) יישום הלכת סאיטקס ביחס לחברות ממשלתיות
- ג. "הלכת ההשתחררות מחוזה רשות"
- ג(1) הצגת הבעיה
 - ג(2) הגיונה של "הלכת ההשתחררות מחוזה רשות"
 - ג(3) ההשתחררות מחוזה רשות בהלכה הפסוקה
 - ג(4) יישום הלכת ההשתחררות מחוזה רשות ביחס לחברות ממשלתיות
 - ג(5) סיכום
- ד. חובת ההנמקה
- ד(1) סגולותיה וטעמיה של חובת ההנמקה
 - ד(2) חובת ההנמקה בהלכה הפסוקה באנגליה ובישראל
 - ד(3) עיגון חובת ההנמקה בנורמה החקוקה
 - ד(4) יישום לגבי חברות ממשלתיות
 - ד(5) היקש מסוגיית גילוי המסמכים
 - ד(6) סיכום
- ה. מסקנת הדברים

א. מבוא

- 9.1 על החברה הממשלתית מוטל תפקיד הכרוך בחובת אמון, לאזן בין האינטרסים השונים שהופקדו בידיה. מוטל עליה לאזן בהגינות, ביושר ובסבירות בין האינטרס העצמי שלה, להיות משוחררת מכבלים משפטיים ולהשיג מרחב בלתי מוגבל של שיקול דעת בהתוויית פעילותה העסקית, לבין האינטרס היוצר כשלעצמו חובת אמון ציבורי כי החברה הממשלתית תפעל באופן ממלכתי, תגשים את מטרותיה ותנהג כיאות לגוף המזוהה בעיני הציבור עם הרשות המינהלית. תפקיד זה יוצר כשלעצמו חובת אמון בלפי הציבור הרחב, כפי שהבהיר לורד דנינג בפסק הדין בעניין **Bromley London Borough Council v. Greater London Council (1982)** 2 W.L.R. 62.
- 9.2 חובת אמון זו מצד החברה הממשלתית בלפי הציבור הרחב מביאה למעשה לתחולתן העקרונית של נורמות מן המשפט הציבורי על החברה הממשלתית בהותירה "פתח מילוט" אחד. לאמור, העובדה כי חובת האמון קיימת במסגרת של איזון בין אינטרסים ולא באופן מוחלט, מביאה למסקנה כי במקרים שבהם איזון הוגן ונאות בין האינטרסים יחייב העדפת השיקול העסקי על פני האינטרס הציבורי, לא יחולו הנורמות מן המשפט הציבורי. בכך נוצר מעין "כלל השתחררות" המאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מכבלי המשפט הציבורי, כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת.
- 9.3 גם ניתוח מהותה של החברה הממשלתית הוביל לראייתה כחלק מן המנגנון הציבורי, אשר מן הראוי כי נורמות מן המשפט הציבורי יחולו לגביה, כל עוד שהדבר אינו משבש את פעילותה העסקית. כמו כן, המעורבות המסיבית של הממשלה במשק והערצמה הכלכלית שמרכזת בידיה הממשלה באמצעות החברות הממשלתיות, מובילה למסקנה, כי לא מן הראוי שמגזר שלם של פעילות שהממשלה מבצעת באמצעות גופים המהווים זרועה הארוכה, ומשמשים אותה ליישום מדיניותה, יהא חסין מפני תחולתן של נורמות בסיסיות של הגינות וסבירות.
- 9.4 כמו כן ראינו כי בארצות הברית, באנגליה ובקנדה מבוצעת הפעילות הממשלתית בתחום העסקי, בעיקר באמצעות תאגידים סטוטוריים. מחד גיסא, חברות פרטיות מקבלות לידיהן תחומים רבים וחיוניים במקום שבו השוק פתוח לתחרות חופשית, ואולם, מאידך גיסא, תאגידים הנותרים

בבעלות המדינה נחשבים לחלק אורגני מן הרשות הציבורית ומושויים לממשלה ולרשויות המקומיות.

השאיפה לנהל תאגידים לאומיים אלו ביעילות, כמשק סגור החותר להשגת רווחים, אינה עומדת בסתירה לתחולתן של נורמות המאפיינות תאגיד סטטוטורי, הקם ופועל מכוח חוק. הצעתנו היתה על כן לאמץ תקדים זה ולהשוות בין התאגיד הסטטוטורי לבין החברה הממשלתית במישור זה של תחולתן העקרונית של נורמות מן המשפט הציבורי, כאשר החברה הממשלתית, בניגוד לתאגיד הסטטוטורי, יכולה להשתחרר מתחולתן של נורמות אלו, כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת.

9.5 במיוחד לנוכח קיומו של הליך ההפרטה, מהווה הכפיפות לכללי המשפט הציבורי נקודת ייחוד בפעולת החברה הממשלתית, המצדיקה את קיומה. בהתאם למודל המוצע, שונה החברה הממשלתית מן הגוף הפרטי בכך שהיא כפופה לנורמות מן המשפט הציבורי, והיא שונה מן התאגיד הסטטוטורי והמחלקה הממשלתית בכך שביכולתה להשתחרר מכללי המשפט הציבורי כשצרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת.

מן הראוי ליצור הבחנה בין חברות ממשלתיות הפועלות בתחום שניתן לפתוח בו את השוק לתחרות חופשית, אשר לגביהן קיים חשש מופחת כי הצרכן יהא חשוף לשרירות, הפליה וכיוצא באלה, שהרי תמיד יוכל לפנות לחברה המתחרה, וממילא לא מתחייבת תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי וניתן להפריט את החברות הממשלתיות הנדונות; לבין מקום שבו השוק אינו פתוח לתחרות כאמור, שאז מנקודת מבט נורמטיבית לא ראוי להפריט חברות ממשלתיות אלו, שכן בל עוד שהן נותרות בידיים ממשלתיות, הרי שהן כפופות לכללי המשפט הציבורי ומובטחת הפרט הגנה משפטית רחבת היקף מפני הפליה, שרירות ועוד.

9.6 ואולם, בנקודה זו, שואל את עצמו המעיין: מה תהא דמותה של החברה הממשלתית בהתאם להצעתנו כי חברה זו תהא כפופה לכללי המשפט הציבורי? האם יחולו כל הנורמות של המשפט הציבורי על החברה הממשלתית? והאם גם בחינתן של הנורמות הספציפיות השונות מובילה למסקנה כי מן הראוי להחילן אף ביחס לחברה הממשלתית?

9.7 אכן, החלת האיסור על הפליה, שרירות לב, משוא פנים וכיוצא באלה עקרונות בסיסיים של המשפט הציבורי, מובנת היא אף ביחס לגוף עסקי כחברה ממשלתית. ואדרבה, בהקשר זה מתעוררת רתיעה מפני האפשרות

כי החברה הממשלתית תוכל לנהוג כבתוך שלה ולהפלות בין הנוקטים לשירותיה או למוצריה, ללא הצדק עסקי סביר. במישור זה קשה היה לשוות לנגד עינינו דמות שונה לחברה הממשלתית. כמו כן, בכל הנוגע לחובה לקיים מכרזים, הדברים אף מוסדרים בבירור בחוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992.

ואולם, המשפט הציבורי לא הסתפק בעקרונות יסוד אלו ויצר סדרה של נורמות לוואי. כך, למשל, קיימת הלכה בדבר חובתה של הרשות לבצע ולקיים הבטחה מינהלית; הרשות גם מחויבת לנמק את פעולותיה ואינה יכולה לומר לאזרח שבקשתו נתקלה בסירוב כי החלטתה נובעת מטעמים השמורים עימה. ומאידך גיסא, בידה של הרשות המינהלית להשתחרר מחחה ערוך וחתום, בעת שצרכים חיוניים של הציבור מצדיקים זאת. האם גם כללים אלו חלים על החברה הממשלתית?

9.8 לכאורה, החברה הממשלתית היא גוף עסקי ולגוף עסקי יש צורת פעולה מאוד מסוימת: כל עוד שאין הוא כורת חוזה - אין התחייבות מצידו, ומשנכרת חוזה, אין גוף זה רשאי להפר אותו גם כשהחוזה מעיק ומסתבר כלא כדאי.

כמו כן בהחלטותיו ובשיקוליו העסקיים של גוף מסחרי פרטי אין איש רשאי לפשפש ואין עליו חובה לגלותן. האם החלטן של נורמות מן המשפט הציבורי ביחס לחברה הממשלתית משנה דפוס התנהגות זה ומאפשרת לה להשתחרר מחוזים כפי שרשאי לעשות גוף ציבורי במקרים מסוימים? האם בהתאם למודל המוצע תהא החברה הממשלתית כפופה גם להתחייבויות שאינן עולות כדי חוזה מחייב, מכוח הכלל בדבר חבותה של הרשות לקיים הבטחה מינהלית? האם חלה חובת הנמקה על החברה הממשלתית? לשאלות אלו יוקדש הפרק דלהלן.

9.9 לאחר שעוצב המודל במישור העיוני ומשנבחן המודל במישור הפונקציונלי של דרך פעילותה ומהותה של החברה הממשלתית בישראל, ולאחר שנסקרה דרך הפעולה של התאגידים הממלכתיים בארצות המשפט המקובל, באים אנו ליישמו של המודל המוצע תוך התייחסות לנורמות הספציפיות האמורות.

נפנה על כן לניתוח ממוקד של הנורמות הספציפיות הנזכרות ולבחינת התאמתן של נורמות אלו לדין אשר על פיו מן הראוי כי תנהג החברה הממשלתית.

ב. הבטחה מינהלית

ב(1) הצגת השאלה

9.10 הרשות המינהלית כפופה לנורמות גבוהות מאלו שעל פיהן מחויב לפעול גוף פרטי. עובדה זו באה לידי ביטוי, בין השאר, בכך שעל הרשות המינהלית מוטל לקיים אחר הבטחה, על אף שזו לא עלתה בדי חוזה מחייב.

לאמור, בעוד שעל פי דיני החוזים קיימת חובה כללית לכבד התחייבות חוזית, רק כאשר התחייבות זו נוצרה בדרך של הצעה וקיבול, תוך עמידה בדרישה לקיומה של גמירת דעת וכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים ורק לאחר שנתמלאה דרישת המסוימות, ורק כאשר ההתחייבות נערכה על ידי גופים במסגרת סמכויותיהם החוקיות,¹ הרי שהרשות המינהלית מחויבת לקיים גם הבטחה, אשר אילו ניתנה על ידי גוף פרטי בנסיבות זהות, לא היה בה כדי לחייבו על פי דיני החוזים.²

ביחס לרשות המינהלית, הכלל הוא כי עליה לעמוד בדיבורה למען יהא הן שלה הן צדק,³ כיאות למי שנוהג בהתאם לסטנדרטים מעולים של הגינות.

- 1 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח תשל"ג 118, (להלן: חוק החוזים). בסעיף 1 לחוק החוזים נקבע: "חתה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה". בסעיף 2 לחוק החוזים נקבע כי "פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מטויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה...". כמו כן יצוין סעיף 105(א) לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983: "פעולה משפטית שנעשתה בשביל חברה ללא הרשאה ממנה או בחריגה מן ההרשאה, הוצד שכלפיו נעשתה ידע או היה עליו לדעת על החריגה, אין לה תוקף כלפי החברה, אלא אם אושרה בהחלטת האסיפה הכללית". בשולי הדברים יצוין גם סעיף 7 לחוק החתים, שהינו רלוונטי ביותר לסוגיית ההבטחה המינהלית, ואשר בו נקבע כי "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חוקה עליו שקיבל אותה, וזאת אם הדיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה".
- 2 ד' פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפתלת במישור הפרטי" **משפטים** (תשל"ג-תשל"ד) 598, 604, הערת שוליים 22: "הבטחה של הרשות עשויה להינתן במסגרת חוזה מחייב, אשר יקנה לצד שכנגד עילת תביעה במישור האזרחי. אולם, אף אם אין הדבר כך, עשויה הפרת הבטחה כזו, ללא צידוק סביר, להיות מנוגדת לכללי המשפט הציבורי... ראה גם בג"צ 74/62 בוטוקובסקי נ' שר האוצר פ"ד טז 2229 ובג"צ 11/63 יפו-סן (מוצרי הדר) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד י' 737, 744...".
- 3 יקרא יט, לוי: "מאוני צדק, אבני צדק איפת צדק וחין צדק יהיה לכם". בבא מציעא דף מט, עב': "רבי יוסי ברבי יהודה אומר, מה תלמוד לומר הין צדק והלא הין בכלל איפה יהיה אלא לומר לך שיהיה הן שלך צדק ולא שלך צדק".
לסקירת גישתו של המשפט העברי בעניין זה, ראה: ז' נ' גולדברג "תוקפה המשפטי של הבטחה" **תחומין** יג (תשנ"ב-תשנ"ג) 371.

הלכה זו מוגדרת כחובה לקיים "הבטחה מינהלית"⁴. נדון להלן בסוגיה זו ונבהיר את טעמיה ואת גבולות תחולתה. לאחר מכן נפנה ליישום נורמה זו ולבחינת נפקויותיה, בכל הנוגע לחברות ממשלתיות.

ב(2) הלכת סאיטקס - מקור הכלל והגיונו

9.11 יסודה של החובה המוטלת על הרשות לקיים "הבטחה מינהלית", שאינה עולה כדי חוזה מחייב, מעוגן בהלכה הפסוקה. פסק הדין שבו נקבעה חובה זו הינו בג"צ 321/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה⁵ (להלן: הלכת סאיטקס). בפסק דין זה נדון חוזר שהוצא על ידי המטה לסחר חוץ במשרד המסחר והתעשייה ואשר הבטיח סיוע ליצואנים. החברות העותרות ביצעו יצוא במכסה מסוימת וקיבלו מחצית מן ההטבות שהובטחו במסגרת החוזר האמור (הלואה עומדת ההופכת לאחר מכן למענק). ואולם, בעקבות פיחות שברצע על ידי הממשלה, היה המשך קיומו של ההסדר האמור מביא לגריפת רווח ניכר על ידי התעשיינים. מכיוון שכך, שינתה הממשלה את מדיניותה וביקשה לחזור בה מהבטחתה. העותרות שמו פניהן אל בית המשפט הגבוה לצדק וטענו כי החוזר מהווה הבטחה שניתנה בכוונה שיפעלו על פיה, וכי הן אכן פעלו על פיה ואף שינו את מצבן לרעה. משום כך טענו העותרות, בי הממשלה מנועה מלחזור בה מהבטחתה מכוח הדוקטרינה הידועה כהשתק מכוח הבטחה.

בכל הנוגע לטענת העותרות, ציין בית המשפט כי תחולה של דוקטרינת ההשתק מכוח הבטחה בתחום המינהל הציבורי אינה ברורה כלל ועיקר.⁶ ועם זאת, חייב בית המשפט את המדינה לקיים את ההסדר הקבוע בחוזר שהוציאה, בהיותו הבטחה מחייבת. ובלשון בית המשפט "ניתנה הבטחה

4 לסקירה מקיפה בהקשר זה ראה: א' שטיין "הבטחה מינהלית" משטטים יד (תשמ"ה) 255; לעניין זה ראה גם:

G. Ganz "Estoppel and Res Judicata in Administrative Law" [1963] P.L. 237; M.A. Fazal "Reliability of Official Acts and Advice" [1972] P.L. 43; P.P. Craig "Representations by Public Bodies" 93 L.Q.R. (1977) 298; S.A. De Smith "Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry" 33 M.L.R. 594.

5 בג"צ 321/75, 135 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י (לו) 673.

6 למוסד המניעות מכוח הבטחה ("Promissory Estoppel") ראה בן השאר: Spencer, Bower & Turner, *Estoppel by Representation*, (3rd ed., London, 1977) 4, 367-369; M.R. Denning *The Discipline of Law* (London, 1979) 197-223;

כמו כן ראה פסק הדין היסודי באנגליה בעניין זה:

Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd., (1947) K.B. 130; (1956) 1 All E.R. 256.

ואין סיבה שלא לקיימה ככתבה וכלשונה, לפחות לגבי התקופה שמלפני הפיחות".

9.12 בית המשפט (כב' השופט ברנזון) ביסס את קביעתו זו על שני עקרונות:

א. אם במישור המשפט הפרטי חייב הפרט לנהוג בתום לב, כקבוע בסעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הרי שרשות ציבורית בעניינים שבינה לבין האזרח לא כל שכן שהינה חייבת לנהוג בתום לב ולכבד את הבטחותיה. הלכת ההבטחה המינהלית מבוססת אם כן על עקרון תום הלב הקבוע בדיני חוזים.⁷

ב. "הבטחה שניתנה על ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקייה הלב ולמעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה. אמינות המימשל בעיני הציבור חשובה לאין ערוך מן האפשרות שינתן לו לחזור בו או לסגת, במקרה זה או אחר, מהבטחה שנתן או מהתחייבות שקיבל על עצמו בלפי האזרח, בגדר סמכותו החוקית ואפשרות הביצוע המעשית" (ההדגשות הוספו).

9.13 לאמור, על אף שפס"ד סאיטקס התייחס להבטחה שהובעה בחזר לתעשיינים, ואשר אינה עומדת בתנאי גמירות הדעת החוזיים בדבר הכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים, חויב המינהל הציבורי לקיימה. המינהל הציבורי חייב לפעול בהתאם לנורמות גבוהות ביותר של הגינות,

7 לעניין זה ראה מ' נגבי "חובת המדינה למלא אחר הבטחותיה" הפרקליט לא (תשל"ז-תשל"ח) 376, המבקר נמרצות את פס"ד סאיטקס. בין השאר תמה נגבי על ההשוואה לחוק החוזים, בעוד שהמדובר ב"עסקת חסד" (כלשונו של פרופ' ד' פרידמן במאמרו "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ג (תשל"ג), 153), אשר הדין החל עליה הינו חוק המתנה, תשכ"ח-1968. לדעתו של נגבי, רלוונטי למקרה זה סעיף 5 לחוק המתנה, לפיו רשאי מי שהבטיח ליתן מתנה לחזור בו, כאשר מקבל המתנה לא שינה את מצבו לרעה, או כאשר חלה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של הנותן. שני תנאים אלו התקיימו לכאורה בעניין סאיטקס.

כנגד זה ראה א' שטיין "הבטחה מינהלית", לעיל הערה 4, בעמ' 265, בהערת שוליים 48, המבהיר כי הפניה לדיני תום הלב החוזיים אינה אלא היקש נורמטיבי שנעשה כדי ללמד על סטנדרט התנהגותי מסוים. יסודו של סטנדרט זה בחובה הכללית לנהוג בתום לב, הקיימת בכל ענפי המשפט הפרטי, ואולם שורשו בתורת תום הלב החזית. לא זו אף זו, מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים חלה הלכת תום הלב אף על עסקת מתנה.

ועם זאת, כאשר סעיף 5 לחוק המתנה מאפשר למבטיח לחזור בו מהבטחתו, דומנו כי לא ניתן לראות, בדרך כלל, בעצם חזרתו מן ההבטחה משום חוסר תום לב, שאם לא כן נשללת כל משמעותו של סעיף 5 לחוק המתנה. תמידתו של מר נגבי על פס"ד סאיטקס מעוררת אם כן קושי, שכן אם משמעות פסק הדין היא כי עצם הפרת ההבטחה עולה כדי חוסר תום לב, הרי שהדבר אינו מתיישב לכאורה עם הוראת סעיף 5 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968.

והחובה המוסרית לקיים הבטחות נהפכת לנורמה משפטית מחייבת, ככל שהדבר נוגע למינהל.

9.14 הטעם לבך שאצל הרשות המינהלית נהפכת חובה מוסרית לנורמה משפטית מחייבת, הובהר על ידי בית המשפט בכך, שהרשות הציבורית מחויבת לשמור על האמון שהציבור רוחש לה. משום כך גובר הצורך לקיים הבטחה מינהלית על הצורך לסגת הימנה, וזאת אף אם האזרח לא שינה את מצבו לרעה, ואף אם לא חלה דוקטרינת ההשתק מכוח הבטחה ביחס למינהל הציבורי. אמון הציבור ברשות הציבורית חשוב אף יותר מן הגמישות הנחוצה לרשות הציבורית כדי לתפקד לשביעות רצון הציבור. אמור מעתה, אמון הציבור ברשות הציבורית חשוב אף יותר משביעות רצון הציבור מאופן תפקודה של הרשות, ומשום כך על הרשות לעמוד בדיבורה.

9.15 להלן נראה עם זאת כי פס"ד סאיטקס הינו "בודד במערכה" ויישומה של הלכה זו הינו נדיר ביותר. ואולם, במישור הנורמטיבי מוצאים אנו קביעה של עקרונות זהים בשני פסקי דין של בב' השופט אלון, המבוססים על אדני המשפט העברי.⁸

בבג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת⁹ קבע בב' השופט אלון כי הרשות הציבורית כפופה לעקרונות תום הלב הקבועים בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים.¹⁰

בהקשר זה מציין השופט אלון כי על אף שבדרך כלל דורש המשפט העברי קיומו של מעשה קניין המוכיח גמירות דעת, כדי לתת תוקף משפטי לעסקה, הרי שעסקה שנעשתה על ידי רשות ציבורית מחייבת את הרשות אף אם לא היה בה מעשה קניין,¹¹ ואף אם קיימות עילות אשר מחמתן

8 לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי כפי שזה נהג בעת שניתנה אוטונומיה לקהילות השונות בתפוצות לנהל את ענייניהן על פי עקרונות המשפט העברי, התייחס פרופ' אלון בכתביו דלהלן: M. Elon Public Authority and Administrative Law - The Principles of Jewish Law (Jerusalem, 1975);

מ' אלון "דרכי היצירה ההלכתית בתרונן של בעיות חברה ומשפט בקהילה" ספר הזכרון לצחק בעד (החברה ההיסטורית הישראלית, ש' אטינגר, ח' בינאר, מ' שטרן עורכים, תשל"ט) 241 ואילך; מ' אלון "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית, פרק במשפט הציבורי העברי", שנתון המשפט העברי, כרך ג-ד (תשל"ו-ל"ז) 7 ואילך; מ' אלון המשפט העברי - תולדותיו מקורותיו עקרונותיו (י' ל' מאגנס, מהדורה שלישית, תשמ"ח) 558-712. כמו כן ראה בג"צ 702/79 גולדברג נ' שרמן ראש מועצת רמת השרון, פד"י לדנ(4) 85, 89 ואילך; בג"צ 4566/90 דקל נ' שר האוצר ואח', פד"י מה(1) 28, 33-35.

9 בג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פד"י לת(2) 449.

10 לדין בהקשר זה ראה פרק ב לעיל, סעיפים 2.15-2.18.

11 שו"ת מהר"מ מטרטנבורג, מובא במדרכי בבא מציעא, תנו-תנח": "שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך

ניתן לטעון כי לא השתכללה עסקה בת תוקף משפטי מחייב.¹² לאמור, אמינותה של הרשות הציבורית בעיני הציבור יוצרת נורמות, אשר מהן מסיקים אנו כי התחייבויות שנטלו אנשי הציבור בשמו, הינן שרירות וקיימות, על אף שעל פי דין ניתן היה לטעון לבטלותן, או אף לאי תחולתן מלכתחילה.

9.16 בדומה לכך מצינו בבג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה,¹³ בו הוחלו נורמות של משפט ציבורי אף ביחס להסכמים בין גופים פוליטיים. בהקשר זה קבע כב' השופט אלון:

"הבטחתו של נאמן הציבור היא רצינית, אין הוא משטה בציבור, ואין הוא מתכוון לחזור בו. הוא מתכוון שלהבטחתו יהיה תוקף משפטי מחייב ואסור לו לחללה. האינטרס הציבורי, הרכבת פרנסים על הציבור, ההגינות הציבורית ואמון המימשל בעיני הציבור, מחייבים כי גוף ציבורי יעמוד בדבריו ולא יחללם."

9.17 בהמשך הדברים מצטט כב' השופט אלון¹⁴ בהסכמה את פסקו של בית הדין הרבני הגדול בערעור תשכ"ז/96 המפלגה הדתית לאומית ברחובות נ' הסתדרות אגודת ישראל ברחובות (פד"ר ו 173), הסוקר בהרחבה את ההלכות שנקבעו במשפט העברי בסוגיה זו, ומסכם (בעמ' 181 לפסק דינו):

"...פרנסי ציבור בשליחותם בענייני הציבור, אל להם להשתמש בטענות שהתחייבויות אשר הם קיבלום עליהם, אינן מחייבות, הואיל ולפי הדין יש ערעור בתוקפם. דיבור והתחייבות, ובענייני ציבור במיוחד, הם דברים שבקדושה, אשר יש לשמרם ולקיימם במלא

קניין, במקום שיחיד צריך קניין"; שו"ת מהר"מ ב"ר ברוך לח'; שו"ת הריב"ש תעו, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קסג, סעיף ו בהגהת הרמ"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כד, סעיף ט; שו"ת מים עמוקים, חלק תשובות הראני"ח, סג; שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימנים יט' וכא'. כמו כן לא ניתן לטעון כנגד מקח שעושה רשות ציבורית טענת "אסמכתא" לפיה נעדרה הימנה גמירות הדעת ליצור יחסים משפטיים מחייבים, שכן הצד המתחייב גרס כי התחייבותו לעולם לא תבוא לכלל ביטוי מעשי. לעניין זה ראה, שו"ת מים עמוקים, חלק תשובות ראני"ח, סג; שו"ת המבי"ט, ח"ג, כ"ח.

12 שו"ת הרשב"ש, תקס"ו: "צא וראה בכל קהילות הקדש, איך הם מתנהגים בעניין זה, שלעולם אינם חוזרים (מהתחייבותם - ו' א'), לא משום דבר שלא בא לעולם, ולא משום הונאה... שנגאי הוא לציבור לומר: מוטעים היינו..."; כמו כן ראה הגהת הרמ"א על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פ"א, סעיף א', הפוסק בהתאם לדעת הריב"ש (שו"ת הריב"ש תע"ו) כי ביחס לציבור לא קיימת טענת "משטה הייתי כך" (סנהדרין, דף כט, ע"א) ומשום כך, אף הודאת בעל דין שניתנה, שלא לפני עדים, הינה בת תוקף מחייב.

13 בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פד"י (מה) 1, 749, בעמ' 782-785.

14 שם, בעמ' 785. כמו כן ראה מ' אלון "עוד לענין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 227, 233 ואילך.

הכוונה, כלשונם וכרוחם, וחלילה לחללם. **בל יחל הציבור דברו...**
(ההדגשה הוספה).

9.18 ביטוי חד לעיקרון בי הציבור אינו חוזר בו מהבטחה מינהלית, מצוי ככלל בתלמוד לפיו: **"מלכותא לא הדרא בה"**. כלומר, הרשות הממלכתית אינה חוזרת בה מהבטחתה (בבא בתרא, דף ג', ע"ב, וערכין, דף ו', ע"א).

עיקרון זה מובהר ברש"י בערכין (שם) בכך ש"הואיל ותחילתו לטובה נתכוון - שוב אינו חוזר".

בכך בא לידי ביטוי הצורך להגשים את "אינטרס הציפיות"¹⁵ של מקבל ההבטחה, אשר הרשות הואילה לשנות את מצבו לטובה ואי מימוש ההבטחה תגרום לו אכזבה, שקרוב לוודאי כי תתורגם על ידו לחוסר אמון ברשות המבטיחה.

9.19 מפסקי הדין האמורים בעניין לוגסי וז'רז'בסקי עולה, כי כאשר איש ציבור הוא המבטיח, הרי שקיימת חוקה, בעוד שבמשפט הפרטי הדבר טעון הוכחה, כי ההבטחה ניתנה במלוא הרצינות ובמלוא "גמירות הדעת", מתוך כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. והגיונם של דברים הוא, כי ההגיונות הציבורית והצורך לשמור על אמון הציבור ברשות השלטונית, מחייבים כי הרשות הציבורית לא תוכל לטעון כי הבטחותיה לא ניתנו ברצינות הראויה, וכי הבטחות אלו ייאכפו על ידי בתי המשפט.

ב(3) תיחומה של הלכת סאיטקס בפסיקה מאוחרת יותר

9.20 על אף שהלכת סאיטקס משקפת נורמה אידיאלית, הרי שהיא הפכה להיות, במידה רבה, בבחינת "הלכה ואין מורין כן". הפסיקה המאוחרת יותר מצאה ק"נ טעמים והבחנות, אשר סייעו בידה שלא ליישם את הלכת סאיטקס. נסקור להלן ובפירוט שורה מתוך פסקי דין אלו ונראה כיצד עיצבה הפסיקה את גבולותיה של הלכת סאיטקס, הלכה ולמעשה.

15 להגנה על "אינטרס הציפיות" ראה:

L.L. Fuller and W.R. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 Yale L. J. (1936) 352, 373; P.S. Atiyah Promises Morals and Law (Oxford, Clarendon Press, 1981) 36-44.

להבחנה בין "אינטרס הציפיות" (שעניינו הציפייה המוצדקת לקיום ההבטחה) לבין "אינטרס ההסתמכות" (המתייחס לשינוי לרעה במצבו של מי שהסתמך על ההבטחה), ראה בג"צ 218/85 אריב נ' פרקליטות מחוז ת"א ואח', פד"י (2) 393, בעמ' 402.

9.21 בסמוך להחלטה בעניין סאיטקס נדונה בבית המשפט הגבוה לצדק עתירה דומה, של התאחדות בתי המלון בישראל,¹⁶ אשר ביקשה לחייב את שר האוצר ושר התיירות לקיים את הבטחתם להכיר בענף התיירות כבענף יצוא ולהעניק לו סיוע, הקלות ותמריצים כפי שמעניקה הממשלה למפעלי תעשייה המייצרים ליצוא. בית המשפט בחן אם עולה ההבטחה האמורה בדי שלילת מרחב שיקול הדעת של הרשות, ובסיכומו של דבר קבע:

"ההבדל היסודי בין ענין סאיטקס לבין ענייננו הוא איפוא ששם ניתנה הבטחה מפורשת, בסכום קצוב לתקופה מסויימת ובית משפט זה מצא כי מן הראוי לתת תוקף להבטחה זו; ואילו כאן לא הוכחה הפרת הבטחה... ונשוא העתירה כולו אינו מתאים להכרעה שיפוטית, כי לא במתן תוקף לזכויות אנו נדרשים לפסוק כאן, אלא באיזון אינטרסים לחלוקה זו או אחרת של 'העוגה' התקציבית, על רקע המצוקה התקציבית הקיימת כיום יותר מאי פעם".¹⁷

9.22 לכאורה הבטחה יש לכבד אף אם לא נקבע בה סכום קצוב ותקופה מסוימת, ואף כאשר היא אינה עונה על דרישת "המסוימות" הקבועות בדיני החוזים.¹⁸ לכאורה, מותר חיובה של הרשות לקיים הבטחה מינהלית על פני חיובו של הפרט לקיים התחייבות הינה בכך, שהאחרון חייב לכבד את התחייבותו, רק כשזו עומדת בדרישות של דיני החוזים, ואילו הרשות חייבת בכל מקרה לכבד את מילתה, ועם זאת, בחן בית המשפט את ההבטחה "בזכויות מגדלת" ולא מצא בה לשון קטיגורית, אשר ממנה ישתמע כי ההבטחה תקיים בכל מקרה ובכל נסיבות.

הטעם לכך מבואר על ידי בית המשפט, ברצונו שלא להתערב בנושאים הנוגעים לחלוקת "העוגה" התקציבית ולקביעת סדרי עדיפויות לאומיים, תפקיד המוטל על הרשות המבצעת.¹⁹

נמצאת למד כי בנושאים בני השלכה תקציבית ומקום שבו השפה אינה ברורה והנעימה אינה החלטית, לא ניתן תוקף מחייב להבטחה המינהלית.

16 בג"צ 534/75 התאחדות בתי מלון בישראל ואח' נ' שר התיירות ואח', פד"י (לו) 837, מפי כב' השופט לנדוי (להלן: פס"ד התאחדות בתי מלון).

17 שם, בעמ' 840.

18 הערה 1 לעיל, סעיף 2 לחוק החוזים.

19 אם כי גם בענין סאיטקס נדונה הבטחה שהיתה בת השלכות תקציביות, שהרי גם שם נדונה הענקת סיוע למגזר מסוים, בהתאם למה שהובטח לו. ושמה שם "לא היתה ברירה" אלא לאכוף את ההבטחה, על שום לשונה הקטיגורית, ואילו בפס"ד התאחדות בתי מלון ניתן היה להימנע מהכרעה בענין מסוג זה, מכיוון שההבטחה לא ניתנה בסגנון ובניסוח קטיגוריים.

9.23 בבג"צ 601/75 ועד מקומי סביון נ' הועדה לשמירה על קרקע חקלאית, אבחן כב' השופט ברנזון עצמו את הלכת סאיטקס שניתנה על ידו.²⁰ באותו עניין נדונה עתירה יוצאת דופן של גוף ציבורי (הוועד המקומי של סביון), אשר התנגד לשינוי ייעודה של קרקע, מקרקע חקלאית לאדמת בנייה כדי לשמור על איכות סביבתו.²¹ העותרים הסתמכו בהקשר זה גם על הבטחה מינהלית שניתנה להם כביכול. כב' השופט ברנזון חזר על הלכת סאיטקס בלשונה וציין:

"עם זאת, שמרנו לרשות הציבורית את החירות והכח לשנות את דעתה לגבי העתיד בענינים של מדיניות, ועניני תכנון הם בגדר זה. מלבד זה, הסכמת העותר בשנת 1971 ניתנה לרשויות התכנון.

כל אלה הם גופים שלטונים וביחסים שבין גופים כאלה אין מקום לחובת המניעות או ההשתק בל זמן שדעה שהובעה או הסכמה שניתנה לא הוצאו עדיין מן הכח אל הפועל".²²

9.24 לאמור, השופט ברנזון מבחין בין הבטחה הצופה פני עתיד לבין הבטחה הנוגעת לעבר. בעוד שהרשות מחויבת לכבד את הבטחתה בכל הנוגע לפעולות שכבר נעשו על ידי הפרט, זאת אף כאשר פעולות אלו היו נעשות ממילא והפרט לא שינה את מצבו לרעה, הרי שבכל הנוגע לעתיד, אין בל תוקף להתחייבויות של הרשות וזו רשאית לחזור בה אף מהתחייבות ברורה וקטיגורית, ולשנות את מדיניותה. בהקשר זה, גובר אם כן הצורך בתפקוד נאות של הרשות על הצורך בשמירה על מידת אמון ראוויה של הפרט ברשות.

9.25 לכאורה, קובע פסק הדין בעניין ועד מקומי סביון בלל העומד בניגוד

20 בבג"צ 601/75 ועד מקומי סביון נ' הועדה לשמירה על קרקע חקלאית ואח', פד"י לא(1) 103, 108 (להלן: פס"ד ועד מקומי סביון).

21 ובלשונו של כב' השופט ברנזון שם, בעמ' 104:
 "מה נשתנתה עתירה זו מכל העתירות בנושא השמירה על ייעודה של קרקע חקלאית? שכמעט בכל העתירות היו הבונים אנשים או גופים פרטיים בעלי אינטרס קרקעי; בעתירה הזאת, העותר הוא גוף ציבורי המבקש לשמור על איכות סביבתו".

22 לכאורה, אין כל נפקות להבחנה זו, שהרי גם בעניין סאיטקס לא הרשתה ההלכה על תורת המניעות או על השתק מכוח הבטחה, אלא על חובתה של הרשות המינהלית לנהוג במידה ראויה של הגינות ולכבד את הבטחותיה, למען לא יתערער אמון הציבור בה. ואולם, דומנו כי כב' השופט ברנזון מדגיש בהבחנה זו כי מכיוון שמדובר בשני גופים ציבוריים (גם הנבטח הוא גוף ציבורי) הרי שהחשש מפני ערעור אמון של הציבור ברשות אינו רב, שכן היחסים שבין הרשויות נתפסים על ידי הציבור כעניין "פנימי" שלהן בעיצוב ובגיבוש מדיניותן. בקביעה כי המדובר ביחסים בין גופים שלטוניים טמונה אם כן הבחנה מהותית מעניין סאיטקס, שכן אין להשוות מערכת יחסים זו, להבטחה הניתנת על ידי הרשות הציבורית לפרט מסוים, אשר מן הדין כי תינתן לאחר עיצוב המדיניות על ידי הגורמים הפנימיים השונים ברשות הציבורית ואשר אי כיבדה עלול לערער את אמון הציבור ברשות.

להגיגה של הלכת סאיטקס בדבר הצורך לשמור על אמון הציבור ברשות, שהינו חשוב מן הצורך לשמור על כלים שיאפשרו לרשות לפעול לשביעות רצון הציבור במישור התפקודי. ואולם, דומנו כי ניתן להבהיר את ההבחנה בין שני פסקי דין אלו של השופט ברנזון בכך, שבתחום התוויית המדיניות, ברור מראש לפרט, כי הרשות חייבת להיות קשובה לצרכים המשתנים ולשנות את טעמה בהתאם לצורכי השעה ובהתאם לחילופי גברי של הנושאים בתפקידים הממלכתיים, ואין בידה, עם כל הרצון הטוב, לעמוד במקום כדי לעמוד בדיבורה.²³

ממילא, בהעדר ציפייה מלכתחילה מן הרשות כי תעמוד בדיבורה זה, הרי שאין חשש לערעור האמון ביושרה של הרשות הציבורית ואין הכרח לקיים באותו עניין את ההבטחה המינהלית.²⁴

9.26 בבג"צ 73/76 אוסם אקספורט (1962) בע"מ נ' שר האוצר ואח' 25 נדון חוזר של משרד האוצר, בו הובטח תמריץ מסוים ליצואנים. משרד האוצר חזר בו ממדיניותו בעקבות פחות שבוע. בית המשפט בחן לגופן את עובדות המקרה ומצא כי העותרת קיבלה תמורה בדולרים בעד היצוא שביצעה לפני הפיחות, לפי שער הדולר שלאחר הפיחות. במצב זה מובן הוא כי לא מוצדק היה לדרוש גם סיוע, ובית המשפט הגבוה לצדק לא מצא לנכון לאכוף את ההבטחה. ואולם, בתוך כך הבהיר בית המשפט כי על אף שבחוזר נאמר כי: "אין לראות בהוראות אלה משום התחייבות מטעם המשרד לתשלום החזר מיסים עקיפים", הרי שאין להתעלם מכך כי שלילת התחייבות מפורשת כזאת, אינה פוטר את הרשות מן החובה

23 ואכן בבג"צ 298/70 פולק בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י כה(2) 3, נקבע בעמ' 8 כהאי ליסנא: "הכל מורים והכל יודעים שאין הרשות יכולה להצר או לוותר על סמכויותיה החוקיות, למשל, לגבות מיסים או להעלותם, לשנות את שער החליפין, להפקיע נכסים או להתוות קווי מדיניות חדשים בכל התחומים הנתונים בסמכותה. בכל אלה אין לאזרח חוקה או זכות קנייה במצב הקיים". לנוכח ידיעה כללית זו, אין חשש מפני ערעור אמנות השלטון, בעת שינוי מדיניותו, חרף אי קיומה של הבטחה מפורשת.

24 להגיגה של הלכה זו ראה גם בג"צ 58/66 מטיאש נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י כב(2) 561, בו מבהיר כב' השופט קיסטר, בעמ' 569: "...אמנם מקובל עוד מימי קדם שאין השלטון חזר בו מהבטחותיו (כך עוד לפני הלכת סאיטקס - ו' א') ואולם ברור הדבר שעם שינוי הנסיבות, אין לצפות מרשויות המדינה כי הן תקפאנה על שמריהן ולא תעשינה שום שינוי במדיניות שקבעו לעצמן בעבר לאור הנסיבות שהיו קיימות אז".

לעניין זה ראה גם בג"צ 92/83 נגר נ' מנהלת ענף ביטוח נפגעי עבודה (פעולות איבה) במוסד לכיסוח לאומי ואח', פד"י לט(ו) 341; בג"צ 636/86 נחלת ז'בוטינסקי, מושב עובדים ואח' נ' שר החקלאות ואח', פד"י מא(2) 701, 710 (מפי כב' השופט יגור); בג"צ 434/87 סן הרשקו ואח' נ' שר העבודה והרוחה ואח', פד"י מד(4) 154, 166.

25 בג"צ 73/76 אוסם אקספורט (1962) בע"מ נ' שר האוצר, פד"י ל(3) 636 (להלן: הלכת אוסם אקספורט).

לנהוג בהגינות. ובלשון בית המשפט: "הרי אין למחות במהי יד אחת דברים שהובטחו במסמך רשמי ואין לבדות ציפיות מוצדקות".²⁶

נמצאת למד כי החובה לקיים הבטחה מינהלית קיימת, אף במקום שמלשונה ניתן להסיק קיומן של "דרכי מילוט" שונות, שכן אין המדובר בהתחייבות חוזית אלא בהתחייבות הנובעת מרמת הגינות הראויה לרשות הציבורית.

9.27 בבג"צ 267/76 מגן (מוציני) נ' שר החקלאות²⁷ נדונה טענה של הבטחה מינהלית בהסתמך על הלכת סאיטקס. כב' השופט ברנזון שב על הלכת סאיטקס, אך קבע כי מכיוון שמי ששלח את החוזר לא היה הרשות המוסמכת, הרי שעל פי הלכת סאיטקס עצמה אין כאן הבטחה מינהלית. בדומה לכך נקבע בע"א 733/77 אשדוד זיקוק מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל,²⁸ על ידי כב' השופטת בן-פורת, כי מכתב ששלח מנהל מרכז ההשקעות אינו בגדר הבטחה מינהלית. ראשית מכיוון שנאמר בו מפורשות "אנו רושמים לפנינו כי לא תפנו בתביעות לשינוי ההסדרים הנוכחיים או לקיומם",²⁹ ושנית, מכיוון שההבטחה הנובעת ניתנה על ידי מי שאינו מוסמך לתיתה³⁰ ועל כן אין לה בל נפקות.

9.28 כמו כן צוין בהקשר זה פסק דינו של כב' השופט ויתקון בעניין יוסף י. לוי נ' פקיד השומה חיפה:³¹

"אודה ולא אבוש שחלקי עם אלה השוללים את טענת ההשתק ביחסים שבין האזרח והשלטון במידה שהמדובר ביחסים שלטוניים - להבדיל

26 שם, בעמ' 633. לעומת זאת ראה בהמשך הדברים שם, בעמ' 642, הבחנה בין העניין הנדון לבין הלכת סאיטקס, לפיה בעובדות נשוא הלכת סאיטקס לא נאמר בחזר, שקבע את שיעורי ההלוואה, כי אין לראות בהוראותיו משום התחייבות מטעם המשרד לשלם את הסייג. משמע, כי לעובדה זו היתה חשיבות, בסופו של דבר, בקביעת בית המשפט כי אין המדובר בהבטחה מינהלית. בהקשר זה מצוין א' שטיין במאמרו הנוכח, לעיל הערה 4, בעמ' 267-268: "קשה לקבל את המסקנה שיש בשוני ניסוחי זה כדי להוביל לפער כה תהומי בין שני החחרים. בשני המקרים דובר בחחרים שאינם מבשרים אלא על מדיניות המשרד שהפיצם, ושניהם אינם בבחינת חחה מחייב. שני החחרים יוצרים ציפיות שיש להתחשב בהן, השופט ויתקון עצמו עמד על כך" (שם, בעמ' 639 - ו' א').

27 בבג"צ 267/76 מגן (מוציני) נ' שר הארצות, פד"י לא(1) 634, בעמ' 638.

28 ע"א 733/77 אשדוד זיקוק מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לד(2) 182, בעמ' 184-185.

29 במקרה זה, בניגוד להלכת אוסם אקספורט, התחייב הפרט שלא לטען לקיומה של הבטחה מינהלית מחמת ההסכמה שהושגה עימו. בנסיבות אלו אך ברור הוא, כי לא יחא שום ערעור באמון שרושש הפרט לרשות אם לא תקום ההבטחה המינהלית, וכי הפרט מנוע מלהעלות טענה זו.

30 ובלשון בית המשפט שם, בעמ' 185: "ההבטחה הנובעת אינה בגדר תפקידיו של מרכז ההשקעות, שהוא חלק מהזרוע המבצעת, אלא ענן הוא לרשות המחוקקת שהיא עצמאית וסוברנית". הנדן היה, אם כן, לא סתם חריגה מסמכות, אלא התייחסות לנרשא הנתן לרשות המחוקקת. בנסיבות שכאלה ברור הוא כי אין הרשות המבצעת מוסמכת לחייב את הרשות המחוקקת באמצעות הבטחותיה.

31 ע"א 831/76 יוסף י. לוי ואח' נ' פקיד השומה חיפה, פד"י לב(1) 421, 432.

מהבטחות חוזיות או מעין חזית שהשלטון נותן לאזרח במילוי תפקידו" (ההדגשה הוספה).

נמצאת למד, כי בעוד שדוקטרינת ההשתק מכל הבטחה אינה חלה בכל הנוגע למערכת היחסים השלטוניים, הרי שביחס לפעילות העסקית של המדינה יש ליתן תוקף מחייב אף להבטחות מעין חוזיות של הרשות, לנוכח קיומה ותחולתה של דוקטרינה זו.

9.29 בבג"צ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה המסחר והתיירות ואח',³² נדונה עתירתם של מפעלים תעשייתיים העוסקים בייצור מוצרי טקסטיל, כי יקיים סיכום כתוב שהושג בין משרד האוצר ומשרד המסחר והתעשייה לבין אגף הטקסטיל של התאחדות התעשיינים. סיכום זה הופר לאחר חילופי השלטון בשנת 1977 ואימוץ מדיניות כלכלית חדשה, אשר ביטלה את תשלום התמריצים ליצואנים ובמקביל הפסיקה את פעולתן של קרן הצמר (קרן נאמנות למוצרי צמר, מוצרים סינטיטיים ומוצרי עור) וקרן הכותנה (יחידה להחזר מיסים עקיפים למוצרי כותנה ותחליפיה). בית המשפט דחה את העתירה מכיוון שלא דובר על הבטחה הנוגעת להתייחסות הרשויות אל פעילות שבוצעה בעבר אלא לשינוי מדיניות הצופה פני עתיד. בתוך כך הדגיש בית המשפט (כב' השופט י' כהן) כי הלכת סאיטקס הינה הלכה שיש להבינה על רקע העובדות הספציפיות ששימשו יסוד לעתירה באותו מקרה וכי יש לשים לב לסייגים שנקבעו בה, לחובתה הכללית של הרשות לקיים הבטחה שניתנה על ידה הרשות.³³

9.30 בכל הרשימה הארוכה של פסקי הדין שנסקרו לעיל לא יושמה הלכת סאיטקס. ואולם, הלכת אומן אף פתחה פתח לצמצום הלכת סאיטקס למצב שבו יתקיימו כל ארבעת "התנאים", אשר נמנו ביחס לנסיבות הספציפיות של המקרה שנדון בעניין סאיטקס, ואלו הם:

א. נותן ההבטחה מוסמך היה לתיתה.

32 בבג"צ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ ואח' נ' שר התעשייה המסחר והתיירות ואח', פד"י (3) 469 (להלן: הלכת אומן).

33 בדרך זו סייג כב' השופט י' כהן את הלכת סאיטקס חלף הצטרפות לביקורת שנמתחה עליה במאמרו הנזכר של מ' נגבי (הערה 7 לעיל); ראה עמ' 473 ו-474 לפסק הדין. לעומת זאת, ראה דעתו של כב' השופט אשר בבג"צ 640/78 בוריס קצאן את יוסף הרשטיג חברה לבנין ולהנדסה בע"מ נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון עיר נתניה ואח', פד"י (2) 1, בעמ' 10, המאמץ את ביקורתו של מר נגבי, ולמעשה מסתייג, בהערת אגב, מהלכת סאיטקס.

- ב. נתן ההבטחה התכוון להקנות לה תוקף משפטי.³⁴
- ג. הרשות יכולה למלא אחר ההבטחה.
- ד. לא קיים צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה.

(להלן: ארבעת התנאים).³⁵

9.31 ואכן, בשורה של פסקי דין פורשה הלכת סאיטקס כמוגבלת למצב שבו התקיימו כל ארבעת התנאים האמורים, ומשום כך בכל מקום שבו ניתנה ההבטחה על ידי מי שלא הוסמך לתיתה³⁶ או שניתנה בלשון שלא ברורה הימנה הכוונה ליתן להבטחה תוקף משפטי מחייב,³⁷ לא חוייבה הרשות לעמוד בדיבורה. המקרה היחיד שעבר את המשוכה ואשר נקבע כי אכן התמלאו בו כל התנאים האמורים, והרשות נצטוותה למלא אחר הבטחתה הינו בג"צ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות.³⁸

גם בעניין זה קבע בית המשפט (כב' השופט לנדוי) כי הלכת סאיטקס הינה גורפת מאוד וכי כאמור בעניין אומן יש לסייגה לנסיבות שבהן מתקיימים ארבעת התנאים האמורים. משום כך התמקד נשוא הדיון באותו מקרה בשאלה, אם קיים "צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה" (התנאי

34 ראה לעומת זאת את פסקו של כב' השופט אלין בעניין זרז'בסקי, (לעיל סעיף 9.16), הקובע חוקה כי איש הציבור אינו אומר דברים בעלמא ומתכוון לכך שדברתו תקום ותקבל תוקף משפטי מחייב.

35 א' שטיין במאמרו הנזכר, לעיל הערה 4, בעמ' 266) מציין בהקשר זה: "כמעט כל מילה שיצאה ממו של השופט ברנזון בפרשת סאיטקס קיבלה פירוש 'נורמטיבי' כבסיקה מאוחרת יותר, ודבריו - כניסוחם המילולי - היו לפורמולה משפטית".

36 בג"צ 69/80 חירם נ' שר הבטחון ואח', פד"י לה(4) 508, 505 (מפי כב' השופטת בן-עיתו); בג"צ 282/80 אלון ואח' נ' המועצה המקומית גתיות ואח', פד"י לה(1) 601, 607-608 (מפי כב' השופטת בן-עיתו); בג"צ 356/83 לידור האגודה להגנת בעלי בתים, דירות ורכוש פרטי בישראל ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, פד"י לח(1) 610, 602 (מפי כב' השופט ד' לוי); בג"צ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב ואח', פד"י לח(4) 516, 522. עם זאת, באותו מקרה, לא היתה הבטחה מינהלית מלכתחילה, ובלשונו של כב' השופט טירקל: "אין כאן לא נדר ולא שבעה... ולא הבטחה".

כמו כן ראה בג"צ 142/86 דישון כבר שיתופי להתישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פד"י מ(4) 523; בג"צ 594/91 החברה האמריקנית הישראלית לגז בע"מ ואח' נ' משרד האגרריה והתשתית ואח' (מפי כב' השופט מלץ - טרם פורסם).

37 בג"צ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב ואח', שם, שם. כמו כן ראה ע"א 394/82 מיזלור נ' המועצה המקומית נשר, פד"י לח(4) 42, בו נקבע כי מקום שהעותר טוען כי רשות שלטונית התנתה והגבילה את סמכותה השלטונית הנורמטיבית, עליו להראות התייבות מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים, מצד אותה רשות שלטונית. כמו כן ראה בג"צ 356/83 לידור, לעיל הערה 36, בנוגע להגבלת סמכות לחוק חקיקת משנה. בנוסף ראה בג"צ 1653/79 עזריאל ואח' נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פד"י לה(2) 94, 95, ממנו עולה לכאורה כי כב' השופט (כתוארו אז) שמגר מסופק אם לאמץ בכלל, וללא הסתייגות, את הלכת סאיטקס, ספק שלא הוכרע באותו עניין, שכן לא עלה מנסיבות המקרה כי אכן היתה שם הבטחה שניתנה על ידי מי שהוסמך לעשות כן, בלשון אובליגטורית וברורה ומתוך כוונה כי הבטחתו תקבל תוקף משפטי מחייב.

בג"צ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות, פד"י לב(3) 743.

הרביעי).³⁹ ועם זאת קבע בית המשפט כי על אף שהעותר לא שינה את מצבו לרעה, מחויבת הרשות (באותו במקרה: מינהל מקרקעי ישראל), לקיים את החלטתה להחכיר קרקע לעותר, שכן הבטחה זו עמדה בכל ארבעת התנאים והינה עולה כדי הבטחה מינהלית.

ניתוח ארבעת התנאים

9.32 תיחומה של הלכת סאיטקס בקיומם של ארבעת התנאים האמורים מובהרת על ידי שטיין, במאמרו הנזכר,⁴⁰ בהסתייגות ששררה בלפי הלכה זו מחד גיסא, ובחשיבה התקדימית האנגלו-סקסית, הרואה בביטול הלכה צעד דרסטי למדי, והמעדיפה התמודדות לא חזיתית עם הלכה זו, באמצעות טכניקת האבחון - מאידך גיסא. זאת ועוד, הלכת סאיטקס מבטאת תחושה נעלה של צדק מינהלי וקשה מאוד לחלוק על נורמה המשקפת את הדין האידיאלי כפי שהינו ראוי להיות.⁴¹

משום כך, העדיפה הפסיקה לסייג את הלכת סאיטקס באופן שישומו של האידיאל האמור בחיי המעשה, יתקיים רק לעיתים נדירות, כאשר כשרה המציאות וכשרה השעה לקיומה של נורמה זו.

עם זאת, יצוין כי התנאים שנקבעו בהלכת סאיטקס מובנים הם כשלעצמם, אף אלמלא היה בהם כדי להוות דרך לסיוג ההלכה שנקבעה באותו עניין, וזאת לנוכח הבהרת יסודה של ההלכה בדבר החובה לקיים את ההבטחה המינהלית, כנעוצה ברצון לשמור על אמינות הממשל בעיני הציבור.

9.33 כך מובן הוא התנאי השלישי מארבעת התנאים, לפיו, כשאין אפשרות מעשית לקיים אחר ההבטחה, אין חובה לקיימה. בנסיבות אלו לא נפגם אמון הציבור ברשות עקב אי קיום ההבטחה, שהרי המציאות המעשית או המשפטית הן המהוות מכשול לקיום ההבטחה, ולא חוסר רצונה של הרשות לעמוד בדיבורה.

9.34 כך מובן גם כן התנאי השני מארבעת התנאים, לפיו, אם הקפיד נתון

39 שם בעמ' 747-748.

40 ראה לעיל הערה 4, בעמ' 266 למאמרו.

41 גם מ' נגבי, המבקר נמרצות את פס"ד סאיטקס (ראה הערה 7 לעיל) מציין בעמ' 383 למאמרו: "אכן, אין ספק כי דבריו של השופט ברנזון יש בהם כדי לכטא תחושה נעלה של צדק מנהלי, ויקשה עד מאוד למצוא טעם לפגם אם נראה בהם הלכה כללית או הנחיה כללית למנהל. טענתנו היא, כאמור, אך ורק כנגד ההלכה במקרה שלפנינו...".

ההבטחה לנסח את דבריו בלשון שיעלה הימנה כי הוא שומר לעצמו את הזכות לחזור בו ממדיניותו, הרי שאין לפנינו הבטחה מינהלית. מקום שהרשות הבהירה כי אין המדובר בהבטחה חד משמעית ובלתי הדירה, הרי שלא ייפגע האמון ברשות המינהלית אם ההבטחה לא תקיים. ואכן ראינו כי זהו תנאי שבית המשפט אינו מיישמו בנסיבות שבהן, על אף לשון ההבטחה, יביא אי קיומה לערעור אמון הציבור ברשות.⁴¹ ללמדך כי לא חד משמעותה של הלשון עיקר, אלא אופי התנהגותה של הרשות ומידת קיומו של חשש כי אמינותה תיפגע עקב אי עמידתה במצגים שהוצגו על ידה.

9.35 **גם התנאי הראשון בארבעת התנאים**, בדבר הצורך במתן ההבטחה על ידי רשות המוסמכת לכך כדין, הינו מובן על פי ההיגיון האמור של הלכת סאיטקס. אם נאפשר לאורגנים של הרשות הציבורית לחרוג מסמכויותיהם בעקבות הבטחה שנתנו, הרי שייפרצו גבולות הסמכות וכל פקיד ציבורי יוכל להבטיח לכל אדם כאוות נפשו, ובכך להרחיב את תחומי סמכותה של הרשות בהתאם לרצונו. הפרט מעוניין כמובן בשמירתם של סדרי מינהל תקינים, המיועדים גם לרווחתו, והינו מבין רציונל זה. משום כך המקבל הבטחה מרשות שאינה מוסמכת, לא יחדל להאמין בהיגיון הרשות אם לא תקיים ההבטחה שניתנה לו על ידי מי שלמעשה התחייב לתת לו את מה שאין לו. הנמקה זו משקפת עקרון יסוד במשפט הציבורי, הלא הוא תורת האולטרה וירס של המשפט הציבורי.

9.36 בהתאם לכך מוצאים אנו בבג"צ 4225/91 גודוביץ נ' ממשלת ישראל⁴¹ כי על אף שהבטחה שלטונית יכולה להיות בתנאים מסוימים מקור לחיוב עצמאי של הרשות במנותק מהשתק מכוח הבטחה, הרי שלא ייתכן ליתן תוקף להבטחה שבזו, מקום שבו המבטיח עומד במצב של ניגוד אינטרסים. מטרותיו של האיסור בדבר ניגוד עניינים הינו להבטיח כי מילוי של התפקיד הציבורי ייעשה באורח תקין ומתוך שיקולים של טובת הציבור בלבד, בלא שיהא מושפע משיקולים זרים, וכן כי אמון הציבור ברשות הציבורית לא ייפגע כתוצאה ממראית העין כי החלטותיה מונעים משיקולים זרים. משום כך נפסק כי הבטחה שכזו לא ניתנת לקיים בהיותה בגדר חריגה מסמכות, כשהגיונם של דברים הוא, כי לא זו בלבד שאמון הציבור לא ייפגע אם להבטחה של אדם הנגוע בניגודי אינטרסים לא יינתן תוקף מחייב, אלא שאדרבה, מתן סמכות לאדם זה, היא שתפגע באמינות הרשות בעיני הציבור.

41 א 73/76 אוסם אקסמורט, לעיל הערה 25.

41 ב בג"צ 4225/91 גודוביץ נ' ממשלת ישראל, פד"י (5) 781, 786-787.

9.37 בדומה לכך מצינו בארצות הברית, בפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין: *Federal Crop Insurance Corporation v. Merrill*.⁴² באותו מקרה ביטח חוזאי את יבולו בחברה ממשלתית (F.C.I.C.) ונציג החברה ציין לפניו כי סוג זה של יבול ניתן לביטוח. לימים ניזוק היבול ואזי התברר כי קיימת תקנה המונעת ביטוח יבול מסוג זה. בית המשפט קבע בדעת רוב, כי מי שעושה עסקים עם הרשות נוטל סיכון כי הפקיד שעימו הוא מתדיין ומגיע לסיכומים אינו פועל בתחום סמכויותיו.⁴³

בהקשר זה קיימת הלכה בדבר ידיעה קונסטרוקטיבית מטעם הפרט, בדבר גדר הסמכות של הממונים השונים מטעם הרשות, וממילא אין הפרט יכול להלין על הרשות על כי הפרה את הסיכום עימו, כאשר סיכום זה לא נעשה על ידי מי שהוסמך לעשות כן.⁴⁴

9.38 כמו כן נקבע על ידי בבית המשפט העליון בקנדה בעניין *Verrault et Fils Ltée v. Attorney-General for Quebec*⁴⁵, כי דוקטרינת האולטרה וירס קיימת בתחום המשפט הציבורי כפי שהינה קיימת בדיני החברות, ונציגי הרשות הציבורית אינם יכולים לחרוג מסמכותם. פעולה החורגת מגדר סמכותו של עושה הינה נעדרת תוקף, שאם לא כן ישתרר תוהו ובוהו וכל איש ציבור הישר בעיניו יעשה, ללא שיהא כבול לנהלים, לכישורים ולהיררכיה ברורה.⁴⁶ בהקשר זה יצוין הטעם המופיע בפסקי דין רבים

Federal Crop Insurance Corporation v. Merrill U.S. 332 380 (1947) 42

כמו כן ראה:

Thomas W. Pierce v. U.S. (The Floyd Acceptance) 74 U.S. 666, 19 L.E.D. 169, 173-174 (1869); *Filor v. U.S.* 76 U.S. 45 19 L. Ed. 548, 550 (1870); *Utah Power and Light Co. v. U.S.* 243 U.S. 389 (1916); *Prestox Inc. v. U.S.* 320 F.2d. 367, 371 (1963) (U.S. Court of Claims); *Montilla v. U.S.* 457 F. 2d. 978, 985-987 (1972);

J.W. Whelan and T.L. Dunigan, "Government Contracts: Apparent Authority and Estoppel" 55(2) *Georgetown L. J.* (1967) 830; *J.A. McIntire* Authority of Government Contracting Officers: Estoppel and Apparent Authority..." (1956-1957) 25 *Geo. Wash. L. Rev.* 162; *D.K. Thompson* "Equitable Estoppel of the Government" 79 *Co. L. R.* (1979) 551.

43 לעומת זאת ציין השופט Jackson (בדעת מיעוט) בעמ' 387 לפסק הדין:

"If he were to pursue this voluminous and dull publication as it is issued from time to time, in order to make sure whether anything has been promulgated that affects his rights he would never need crop insurance for he would never get time to plant any crops".

44 הידיעה הקונסטרוקטיבית שימשה להבהרת הלכה זו גם בפסקי הדין האנגליים:

Att-Gen. for Ceylon v. A.D. Silva (1953) A.C. 461, 480-481; *The Queen v. Woodburn* (1898) 29 S.C.R. 112, 123.

45 *Verrault et Fils Ltée v. Attorney General for Quebec* (1975) 57 D.L.R. (3d) 403

46 להלכה מקבילה באנגליה ראה פסק הדין הידוע בעניין: *Freeman and Lockyer v. Buckhurst Park Properties (mangal) Ltd.*; (1964) 2 Q.B. 480, 502-503;

ראה מאמרו של:

F.E. Farrer "A Prerogative Fallacy - That the King is not bound by Estoppel" 49 *L.Q.R.* (1933) 511.

באנגליה ובארצות הברית לקביעה כי אין להחיל את תורת ההשתק מכוח הבטחה ביחס לרשות הציבורית, המשתמשת בדבריו של לורד Greene בפסק הדין בעניין *Minister of Agriculture and Fisheries v. Hulkin*:⁴⁶

"If estoppel were to be allowed to run against the government the donee of a statutory power could make a representation beyond his powers and then be bound by it through the medium of estoppel. This would lead to collapse of the ultra vires doctrine with public officers able to extend their powers at will".⁴⁷

9.39 לא זו אף זו, מכיוון שהלכת האולטרה וירס במשפט הציבורי נועדה להגן על הציבור מפני נטילת סמכויות על ידי מי שלא לו נועדה הסמכות, ומפני שירוף מערכות כללי העלול להיווצר אם כל איש ציבור הישר בעיניו יבטיח, נמצא כי בכך שבית המשפט נמנע מליתן תוקף מחייב להבטחה שנתן נציג הרשות הציבורית בחריגה מסמכותו, יש משום הגנה על אינטרס ציבורי מובהק. אינטרס ציבורי זה גובר על הצורך לשמור על אמינות הממשל בעיני הציבור שהרי המדובר בהעמדת גדרי המינהל הציבורי על מכונם.⁴⁸ תנאי זה אינו מהווה חריגה לכלל לפיו אמון הציבור ברשות הציבורית חשוב אף יותר משביעות רצון הציבור מאופן תפקודה של הרשות, שכן השמירה על גדרי הסמכות הינה בה חיונית לעצם תפקודה, עד שהיא דוחה אף את הצורך לשמור על אמינות הרשות. ואולם כאמור, אין צורך בהסבר זה בדבר הסיבה למתן משקל יתר לעקרון האולטרה וירס המינהלי והעדפתו על פני עקרון אמינות הממשל, שכן לנוכח הצורך לשמור על גדרי הסמכות, הרי שאמון הציבור ברשות לא ייפגע ותשרור הבנה כלפי אי כיבוד הבטחה החורגת מגדרי הסמכות. תנאי זה להלכת ההבטחה המינהלית מובן הוא אם כן, ומתיישב עם הגיונה הבסיסי של הלכת סאיטקס.

9.40 ואולם, עם התנאי הרביעי מארבעת התנאים קשה לכאורה להסכין. מה

Minister of Agriculture and Fisheries v. Hulkin (1950) 1 K.B. 148 446

47 הנמקה זו מופיעה, למשל, בפסקי הדין הבאים:

Utah Power and Light Company v. U.S., supra note 42; *San Diego Country v. California Water and Telephone Co.* 186 P. 2d. 124 (1947); *Boren v. State Personnel Board* 234 P. 2d. 981 (1951); *Bride v. City of Slater Fulton* 263 S.W. 2d. 22 (1953); *Fulton v. City of Lockwood* 269 S.W. 2d. 1 (1954).

48 לראיית הדברים בעין זו ראה:

Attorney General for Ceylon v. A.D. Silva, supra note 44 p. 481; *Federal Crop Insurance Corporation v. Merrill*, supra note 42; *Bride v. City of Slater Fulton*, supra note 47; *Fulton v. City of Lockwood*, supra note 47).

פירוש הדבר כי ההבטחה המינהלית הינה מחייבת רק עוד ש"לא קיים צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה"? "צידוק חוקי" זה מה פירושו? אם מדובר בצידוק הקיים ממילא על פי דיני החוזים שלא לקיים חוזה, הרי שאין כל רבותא בדבר ואין צורך לקבוע זאת כתנאי להישכללות החובה לקיים הבטחה מינהלית.

כוונת הדברים הינה בהכרח כי הרשות רשאית לחזור בה מדיבורה אף בנסיבות שבהן הפרט שברת חוזה אינו יכול לעשות כן. ונשאלת השאלה: הכיצד? הן לכאורה, משמעותה של ההלכה לפיה יש לאכוף על הרשות הציבורית לקיים הבטחה מינהלית הינה, כי אמירתה של רשות ציבורית כמוה כחתימה על חוזה מחייב על ידי הפרט.⁴⁹ החובה לכבד הבטחה מינהלית, המיועדת להבטיח את אמון הציבור בהגיונותה של הרשות הציבורית, מחייבת לכאורה כי ההבטחה תקיים על ידי הרשות, כפי שחובה לכבד חוזה, גם כשהדבר מסתבר לימים כמכביד ובבלתי כדאי בנסיבות העניין. הכיצד זה אם כן נקבע הכלל בדבר החובה לקיים הבטחה כלכלית כששוברו בצידו, עד כי ניתן לחזור מהבטחה זו, אם אך קיים צידוק חוקי לעשות כן? וכי כך מושווית חובתה של הרשות לכבד את ההבטחה המינהלית לחובתו של הפרט לקיים חוזה מחייב?

וקושי זה מתעצם בעקבות העיון בהלכת אוסם אקספורט. מפסק דין זה עולה כי "צידוק חוקי" המצדיק סטייה מהבטחה מינהלית, מתייחס אף לסיטואציה שבה בוצע פירות, אשר הנבטח הפיק הימנו טובת הנאה כלכלית. משמע כי שינוי בנסיבות הכלכליות של "העסקה" מאפשר לרשות לחזור בה מהבטחתה. בה בעת שבדיני חוזים הכלל הוא כי טעות בכדאיות העסקה, ובמיוחד שינוי בנסיבות הכלכליות שנגרם מאוחר לחתימת החוזה, אינם מהווים צידוק להפרתו.⁵⁰

49 ברפרוזה לכלל התלמודי כי "אמירתו לגבה כמסירתו להדיוט", מסכת נדרים, דף כט, עמוד ב'.
 50 להעדר הצדקה לבטל חוזה מפאת טעות בכדאיות העסקה ראה סעיף 14(ד) לחוק החוזים; ע"א 455/82 מאור נ' מזרחי, פד"י (3) 579; ע"א 544/78 בנימוני גינדי נ' אפללו, פד"י (2) 9; ג' טדסקי "טעות בכדאיות העסקה" משפטים יב (תשמ"ב) 329; ד' פרידמן "הסיכון החחי וטעות הטעיה בכדאיות" עיוני משפט ז (תשמ"ט) 459. להעדר הצדקה לבטל חוזה מפאת שינוי נסיבות שאירע לאחר חתימת החוזה (הלכת הסיכול) ראה ע"א 421/74 שגן נ' מדר, פד"י (1) 445, 447-448, לפיו, פגעי טבע שמנעו שיווק של פרי הדר הם אירע שהמפר היה צריך לצפות; ע"א 101/74 חירם לגדא נ' פיתוח מקורות מים, פד"י (3) 661, 667, לפיו לא נחשב גירוש הישראלים מאוגנדה בשנת 1972, לאירע בלתי צפוי המצדיק את סיכול החוזה; ע"א 715/78 רץ נ' נצחוני מזרחי, פד"י (3) 639, 643, בו קבע כב' השופט לגנדי: "שאלה היא לדעתי אם כל עוד שהשלום אינו שרוי בין ישראל ובין כל שכנותיה, סכנה של פרוץ מלחמה במועד כלשהו, קרוב או רחוק, אינה קיימת תמיד, כך שבענייני מלחמה ושלום הבלתי צפוי הוא לעולם נגרר הצפוי עבור ארם מישראל" (ההדגשה הוספה). בהתאם לכך לא נחשבה לעילת סיכול אף מלחמת יום הכיפורים, שאיש לא צפה אותה מראש; ת"א (ת"א) 2975/82 לרר נ' עיריית חולון, פס"מ תשמ"ד (א) 459, 462, בו נדחתה טענת סיכול עקב פריצתה של מלחמת שלום הגליל.

ב(4) השתחררות מהבטחה מינהלית

9.41 תמיהה זו על התנאי הרביעי, המאפשר לרשות להשתחרר מתוקפה המחייב של הבטחה מינהלית, אם אך קיים "טעם ענייני וסביר שלא לקיים את ההבטחה"⁵¹, הובעה על ידי שטיין במאמרו, ותשובתו בצירה:

"לא ברי לנו כיצד מתיישב תנאי דינמי זה, הטומן בחובו איזון אינטרסים Ad-Hoc, עם ההכרעה ה'סטטית', שלפיה עדיפה אמינות המימשל בעיני הציבור מן האפשרות שיינתן לו לחזור בו, במקרה זה או אחר, מהבטחתו.

אולי יש לפרש את שתי הקביעות האמורות בכלל (אמינות המימשל עדיפה) וחריג (האפשרות לחזור מהבטחה, מקום שקיים צידוק סביר לכך).

...

אלמנט זה, שכאמור טומן בחובו איזון אינטרסים, מוסיף להלכת סאיטקס מידה רבה של גמישות מינהלית ויש לקדמו בברכה. מקום שעקב שינוי בנסיבות, טובת הכלל, שהרשות מצווה לשרתה, דורשת שההבטחה שניתנה לא תקויים - הרי זה צידוק חוקי שלא לממש את ההבטחה. אלמנט זה של סאיטקס יש בו כדי להשיב לקושיה העקרונית, שעורר מ. נגבי בסוף רשימתו לגבי המקרים שבהם מבקשת המדינה לשוב מהבטחתה עקב שינוי במדיניות הנובע משיקולים כשרים וענייניים. אם לאחר האיזון הענייני של האינטרסים (טובת הכלל מול טובת הפרט) מגיעה הרשות למסקנה, כי אין מקום לממש את ההבטחה שניתנה, הרי זה 'צידוק חוקי' לאי קיום ההבטחה"⁵².

9.42 בהתאם לניתוח זה נמצא, כי הבטחת הרשות מחייבת, ואכן כמזה כחוזה,⁵³ אך כמזה כ"חווה רשות". וכשם ש"חווה רשות" ניתן לבטל

51 כלשון בית המשפט בבג"צ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות, לעיל הערה 38, בעמ' 747-748.

52 א' שטיין 'הבטחה מינהלית', לעיל הערה 4, בעמ' 263, ובהמשך, שם, בעמ' 264.

53 לעניין זה מציין שטיין במאמרו, שם, בעמ' 257, בהערות שוליים 8, כי "חווה" אינו אלא "הבטחה" המחייבת יותר מאשר הבטחה שאינה "חווה". כמו כן מציין שטיין הבחנה נוספת בין "חווה" לבין הבטחה מינהלית בכך ש"הדואליות הנורמטיבית" (קרי - כללי המשפט הציבורי החלים לצידם של חוקי החתים) חלה רק על "חווה המינהלית" ולא על הבטחה מינהלית. כמו כן ראה ד' ברק האחריות החוזית של רשויות המנהל (בורסי, תל-אביב, תשנ"א) 166-167 ו-194-198, ובמיוחד דבריה בעמ' 184:

"אמנם תוקפו של החיוב החוזי הינו חזק מזה של החיוב שנוצר בהבטחה, אך בשני המקרים מיוסדת ההכרה באפשרות להשתחרר מהם בשם האינטרס הציבורי, על אותם שיקולים".

ועם זאת, מן הראוי לציין כי לקיומם של חתים של הפרט עם הרשות ולרשימות שמעניקה הרשות

כאשר צרכים חיוניים של הציבור מצדיקים זאת, בהתאם ל"הלכת ההשתחררות מחוזי רשות" שתידון להלן, כך ניתן להפר הבטחה מינהלית כאשר טעם ענייני וסביר מצדיק לעשות כן. מ"הלכת ההשתחררות מחוזי רשות" עולה כי הרשות אינה מחויבת לכבד חוזה - בכל מקרה. וממילא, השוואת הבטחתה של הרשות לחוזה, מותרת עדיין בידי הרשות את האפשרות לחזור בה מן ההבטחה, בכל אותן הנסיבות שבהן בידה לחזור בה גם מחוזה, בהתאם ל"הלכת ההשתחררות" הקיימת ביחס לחוזי רשות.

9.43 אפשרות זו להשתחרר מן החובה לקיים הבטחה מינהלית יוצרת למעשה איזון בין הצורך לקיים הבטחה מינהלית כדי לשמור על אמינות הרשות בעיני הציבור, לבין צרכי הציבור וציפיותיו מן הרשות כי תתפקד כהלכה בתחום שהסדרתו הופקדה בידיה. בכך יש בדי ליישב חלק ניכר מן הביקורת שנמתחה על הלכת סאיטקס ולהביא את הנורמה האידיאלית, שהותוותה בעניין זה, לכלל נוסחה משפטית שניתן יהא ליישמה הלכה ולמעשה בחיי היום יום.

9.44 ואכן, הסבר זה לתנאי הרביעי מארבעת התנאים של הלכת סאיטקס אומץ בפסיקה ובבג"צ 580/83 אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח' קובע בב' השופט גולדברג:⁵⁴

"וגם בכל אלה (בשלושת התנאים הראשונים מארבעת התנאים של הלכת סאיטקס - ו' א') לא סגי, בדי שתאכף ההבטחה כפי שלמדים אנו מפרשנותה של הפסיקה להלכת סאיטקס, שכן גם אם נתקיימו הדרישות שמנינו בהתחייבות בת תוקף, עדיין עומדת השאלה אם היה לרשות צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה, שאם היה צידוק

לפרט, ניתן משקל מיוחד - גדול מזה שניתן להבטחת הרשות - עקב אופיים המעין רכושי של החיים ורשיונות אלו, המוגדרים במדינה המהדרנית כ"רכוש החדש" (New Property) של הפרט. לעניין זה ראה בג"צ Deak and Co. Inc. 475/81 נ' נגיד בנק ישראל ואח', פד"י (ל"ו) 803; Reich 733 (1963-4) Yale J. S. (3) 729, 747. בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פד"י (ל"ד) 729, 747.

ראיית הכוחות החמית כחלק מקניינו של אדם, הביאה בארצות הברית לדין בשאלה אם כאשר המדינה משתחררת מחוזה עם גוף פרטי, מחמת צרכים לאומיים שונים המחייבים אותה לעשות כן, אין עליה חובה לפצות את הפרט לנוכח התיוקן החמישי לחוקה הקובע כי:

"...Nor shall private property be taken for public use, without just compensation".

לענין זה ראה:

J.S. Rogers "The Impairment of Secured Creditors' Rights Reorganization: A Study of the Relationship Between the Fifth Amendment and the Bankruptcy Clause" 96 Har. L. Rev. (1983) 973, 989.

54 בג"צ 580/83 אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פד"י (ל"ט) 29, 36, בהסתמך על מאמרו הנ"ל של שטיין.

אשר כזה, גובר הוא על היסוד ה'חזוי'. בדרך זו מושג האיזון שבין טובת היחיד, הרורשת קיומה של ההבטחה שניתנה לו, לבין האינטרס הציבורי, המחייב שלא לכבול ידיה של הרשות עד בלי יכולת למלא את תפקידה לטובת הכלל, עם שינוי העיתים, הנסיבות והצרכים".

הנה כי כן התנאי הרביעי מארבעת התנאים שנקבעו בהלכת סאיטקס לאכיפתה של הבטחה מינהלית, נועד ליצור איזון בין הנורמה המחייבת לקיום הבטחות, לבין צרכי החיים הציבוריים המחייבים לשנות מדיניות ולהתאימה לנסיבות המשתנות.

9.45 בבג"צ 4383/91 ח' שפקמן ואח' נ' עיריית הרצליה⁵⁴ קובע בהתאם לכך כב' השופט מצא כי על אף שסמכותה של הרשות בתחום העשייה המינהלית כולל גם את הכוח לתקן, לשנות, לבטל ולהתלות מעשה מינהלי, והדבר אינו מעורר כל קושי כשהשינוי מתייחס למדיניות כללית הצופה פני עתיד, שכן אין לשום אדם או לציבור זכות קנויה לתבוע שמדיניות קיימת תישאר בתוקפה לאורך ימים; הרי שמסויג יותר הוא כוחה של רשות לבטל או לשנות החלטה או מעשה מינהלי מוגמר כשגלומה בהם הבטחה שלטונית תקפה, כלפי פרט או כלפי ציבור מסוים.

ביטולם של החלטה או מעשה בנסיבות כאלו, מעמיד זה מול זה שני אינטרסים ציבוריים מנוגדים: מחד גיסא, יש לציבור עניין לקיים את סמכות הרשות לתקן שגגה או עיוות שדבקו בפעולתה. מאידך גיסא, יש לציבור עניין בהקפדה על יציבות פעולתו של המינהל הציבורי, בהיותה אחד התנאים לתקינותם של סדרי המינהל וערובה חשובה לשמירת אמונו של האזרח ברשויות השלטון. כוחה של הרשות לחזור בה מהחלטה או ממעשה, תוך הסתלקות מהבטחתה לפרט או לציבור, מותנה, בבל מקרה נתון, באיזון הראוי של שני האינטרסים המנוגדים הללו.

9.46 זאת ועוד, מחמת הצורך בביצועו של איזון זה בין האינטרסים השונים מסיק השופט מצא:

"המתחייב מדברים אלה הוא, שבבואה לטעון לקיום צידוק חוקי לשנות או לבטל את הבטחתה השלטונית, או בבואה להצדיק את הסתלקותה ממעשה מינהלי מוגמר, נדרשת הרשות, לפחות בדרך כלל, להצביע על שינוי בנסיבות אשר התרחש לאחר מתן ההבטחה או עשיית המעשה, ולשכנע את בית המשפט, שקיום הבטחתה או השארת המעשה בעינו,

54 אב"צ 4383/91 ח' שפקמן ואח' נ' עיריית הרצליה ואח', פ"ד (1) 447, 454-455.

על רקע הנסיבות החדשות, שוב איננו מוצדק ואיננו מתיישב עם מילוי חובותיה כלפי כלל הציבור".

נמצאת למד, כי לא יהיה זה בדרך כלל צידוק מספיק לרשות לסגת מהבטחה מינהלית, גם אם תראה שההבטחה ניתנה משיקול מוטעה או ממדיניות בלתי רצויה שהרשות מבקשת להשתחרר ממנה, אלא אם חל שינוי בנסיבות לאחר מתן ההחלטה.

9.47 כב' השופטת נתניהו חלקה על קביעה זו, בבג"צ 5018/91 גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ ואח' נ' ממשלת ישראל.⁵⁴ לדידה, לא ייתכן לקבוע כי הרשות לא תוכל לסטות מהחלטה מוטעית, בלא שחל שינוי בנסיבות לאחר מתן ההחלטה, ותנאי כזה להשתחררות הרשות מהבטחה, הינו מחמיר מדי לא רק לגבי הבטחה מינהלית שנתנה הרשות, אלא גם לגבי חחה שעשתה הרשות.

9.48 עם זאת, הגיונו של התנאי הרביעי מובהר גם על ידי כב' השופטת נתניהו בדרך של השוואה בין הצורך בקיומה של הבטחה מינהלית לבין הצורך לקיים חוזים, כאשר גם הצורך האחרון נדחה לעיתים מפני צרכי הרשות:

"הרעיון שמאחורי כלל זה הוא שעל אף שככלל הממשלה צריכה להיות בת חורין לעצב את מדיניותה ואין לכבול את חרותה לעשות כן, ההבטחה השלטונית יוצרת מצב שונה. האינטרס הציבורי כי הרשות תהיה בת חורין למלא את תפקידיה כראוי בהתאם לנסיבות ולצרכים, כבר אינו עומד לבדו ובפני עצמו. הוא טעון איזון עם אינטרסים מתחרים אחרים".

9.49 המחלוקת בין השופטים מצא ונתניהו בהקשר זה, נעוצה אם כן בדרך שבה מברצע האיזון האמור בין האינטרסים, כאשר לדעת כב' השופטת נתניהו נקודת האיזון בין האינטרסים המתחרים אינה ניתנת לקביעה על

⁵⁴ בג"צ 5018/91 גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(2) 773. בעניין זה גם קביעה כב' השופטת נתניהו כי להבטחה שלא להפלות, מן הדין ליתן תוקף של הבטחה מינהלית, שהרי לא הגיוני הוא לקבל פרשנות ההופכת את המכתב שנתנה הרשות ל"קישוט" בעלמא. ההנחה היא כי הרשות ומי שעוסק איתה לא יגבבו דברים לריק. לעומת זאת קבע כב' השופט מצא כי אין המדובר בהבטחה מינהלית אלא בהצהרת כוונת גרידא. "הדברים הינם נעדרי תוקף מחייב, ואולם גם אם אין רואים בהם הבטחה שלטונית, אין הכרח לבטלם כ"קישוט" גרידא, מה גם שניתן להעריך כי נכתבו עפ"י בקשת העותרות ונעדו להפיס את דעתן".

מפסק דין זה עולה, כי לדעת כב' השופט מצא, לא בנקל יוגדרו דברים כהבטחה מינהלית, אך מדברים העולים כדי הבטחה שכו יקשה ביותר לסטות. לעומת זאת, כב' השופטת נתניהו הרחיבה את גבולות הגדרתה של ההבטחה המינהלית, אך במקביל לא נטתה לפרשנות מצמצמת של התנאי הרביעי מארבעת התנאים, והקלה על ההשתחררות מהבטחה זו.

פי נוסחה כללית מוגדרת מראש, והיא צריכה מלאכת איזון מורכבת. היא תלויה במשקלם היחסי של כל אחד מהאינטרסים הללו. אך היא תלויה לא רק במשקלם של האינטרסים הכלליים, לפיהם אין לכבול את ידי הרשות, מחד גיסא, ויש לשקוד על אמון הציבור ברשות, מאידך גיסא, אלא גם במשקלם הסגולי ובאופיים של העיוות והסטייה של ההבטחה מנורמות מקובלות, שהצורך להשתחרר מהן מהווה אף הוא אינטרס ציבורי, ואף במידת הפגיעה באינטרס ההסתמכות של מקבל ההבטחה, גם אם לא שינה את מצבו לרעה עקב ההבטחה.

9.50 במישור העקרוני לא קיימת אם בן כל מחלוקת בעניין זה בין השופטים מצא ונתניהו, והאיזון האמור בין הצורך לשמור על מרחב של שיקול דעת לבין הצורך לכבד הבטחות ככל שהדבר ניתן הינו מחויב.

אף מי שמסתייג מהלכת סאיטקס ומצדד בהענקת שיקול דעת רחב ביותר לרשות במילוי תפקידיה לתועלת הציבור, כשהיא חופשית ממגבלות כלשהן ופועלת כפי הנראה בעיניה כחיוני וכמועיל לציבור, יתקשה לצדד בנורמה המתירה לרשות להתעלם מהבטחותיה אף כאשר צורכי הציבור אינם מחייבים לנהוג כך.

9.51 בהקשר זה תצוין קביעת לורד דנינג ביחס להלכת ההשתק מכוח הבטחה בפסק הדין בעניין *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade*⁵⁵:

The underlying principle is that the Crown cannot be estopped from exercising its powers, whether given in a statute or by common law, when it is doing so in the proper exercise of its duty to act for the public good, even though this may work some injustice or unfairness to a private individual: see *Maritime Electric Co. Ltd. v. General Dairies Ltd.* [1937] A.C. 610 where the Privy Council, unfortunately, I think, reversed the Supreme Court of Canada [1935] S.C.R. 519. It can, however, be estopped when it is not properly exercising its powers but is misusing them; and it does misuse them if it exercises them in circumstances which work

⁵⁵ *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade* (1977) W.L.R. 239 (להלן: פס"ד Laker).

כמו כן ראה: *H.T.V. Ltd. v. Price Commission* (1976) I.C.R. 170.

בגישה זו מצודדים גם *Craig supra note 4, et p. 414*.

D.K. Thompson "Equitable Estoppel of the Government" 79 Col. L.Rev. (1979) 551, p. 558.

injustice or unfairness to the individual without any countervailing benefit for the public".⁵⁶

9.52 אכן, רבו החולקים על דעתו של לורד דנינג, מכיוון שבהתאם לשיטתו (האקטיביסטית), הרשות השופטת מוסמכת לקבוע למעשה את גבולות הסמכות של הרשות, ובידה לקבוע כי בנסיבות מסוימות אין הצדקה מבחינה ציבורית לביטול ההבטחה המינהלית, על אף שזו ניתנה בחריגה מסמכות. לדעת החולקים על לורד דנינג, קביעת גבולות הסמכות נמסרה אך ורק בידי הרשות המחוקקת ולא ניתן לאפשר לרשות השופטת להרחיב גבולות אלו, יהיו הנסיבות אשר יהיו.⁵⁷ ואולם, לגופו של עניין הסברה שמעלה לורד דנינג, בדבר התקוממות תחושת הצדק כנגד יכולתה של הרשות להפר את הבטחה אף כאשר צורכי ציבור אינם מחייבים את הפרת ההבטחה, בעינה עומדת ועליה אין חולק.

9.53 מחמת רציונל זה, מציע שטיין במאמרו,⁵⁸ כי גם במקום שבו ניתנה הבטחה מינהלית על ידי רשות שאינה מוסמכת לתיתה, יובא העניין בשנית לדיון - לפני מי שמוסמך לקיים הבטחה זו, והרשות המוסמכת לדון בעניין תאזן בין האינטרסים השונים, תוך שהיא מחויבת להביא בחשבון את העובדה כי לפרט ניתנה הבטחה. אכן, ההבטחה ניתנה על ידי מי שלא הוסמך לקיימה, וממילא היא נעדרת תוקף מחייב, אך מכיוון שהפרט פיתח ציפיות עקב הבטחה זו, תשתרל הרשות המוסמכת לקיים את הבטחה, אלא אם כן מחייבים צורכי הציבור שלא לקיים את ההבטחה האמורה. בכך מוגשם העיקרון כי הבטחה מינהלית אין להפר סתם בך, ורק אם צרכים ציבוריים מחייבים לסטות הימנה, ניתן לעשות כן. עם זאת לא ייפגעו סדרי המינהל התקין, שכן מי שיחליט בעניין, בסופו של דבר, יהא גוף מוסמך ולא מי שחרג מסמכויותיו.

56 לענין זה מפנה לורד דנינג לפסקי הדין הבאים:

Robertson v. Minister of Pensions [1949] 1 K.B. 227; *R. v. Liverpool Corporation, Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association* [1972] 2 Q.B. 299; *H.T.V. Ltd. v. Price Commission* [1976] I.C.R. 170, 185-186.

57 לענין זה ראה דעת שאר השופטים בעניין *Laker, supra note 55*.

כמו כן ראה לענין זה פסק דינו של השופט אשר בבג"צ 640/78 בוריס קצאן את יוסף הרשטיג חברה לבנין ולהנדסה בע"מ, לעיל הערה 33, בעמ' 11-10; ובג"צ 778/79 זילברשטיין נ' שר הבטחון ואח', פד"י (3) 356 בהסתמך על פסק הדין האנגלי בעניין *Robertson v. Minister of Pensions* (1949) 1 K.B. 227; (1948) 2 All E.R. 767; 206 L.T. 36.

לחילוקי דעות בסוגיית "החקיקה השיפוטית" בישראל ראה למשל: מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ח) 292; מ' לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים י (תשמ"ג) 196; א' ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג-תשמ"ד) 25; א' ברק שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 147-170.

58 א' שטיין "הבטחה מינהלית", לעיל הערה 4, 4 בעמ' 286-287, ובמיוחד בהערת שוליים 195, שם.

9.54 ההבדל בין המודל המוצע על ידי שטיין לבין פסק דינו האמור של לורד דנינג נעוץ בכך שבהתאם לגישתו של לורד דנינג תקיום ההבטחה כפי שניתנה על ידי הרשות הבלתי מוסמכת, אף ללא שעברה איזון ושיקול נוסף על ידי רשות מוסמכת. ואילו לפי הצעתו של שטיין טעון העניין בדיקתה של רשות מוסמכת. הבדל זה יוצר הבחנה גם בפונקציה שמבצעת הרשות השופטת; בעוד שלפי גישתו של לורד דנינג הופקד בידי הרשות השופטת תפקיד "מייצר", במובן זה שהיא קובעת כי החלטה של רשות מינהלית בלתי מוסמכת תחייב את הרשות, הרי שלפי המודל המוצע על ידי שטיין, מופקד בידי הרשות השופטת התפקיד "לבקר" את החלטתה של הרשות המינהלית, תוך בחינה אם איזנה רשות זו כראוי בין האינטרס שעליו היא מופקדת לבין הצורך לקיים אחר הבטחה - שאותה היא מוסמכת למלא, ואשר לגביה פיתח הפרט ציפיות מסוימות, עקב הבטחה שקיבל מגורם כלשהו שנחזה להיות מוסמך.

9.55 הלכת סאיטקס, בהתאם לתנאי הרביעי מארבעת התנאים, פותרת במידה רבה את ההתלבטות בשאלה שמעורר לורד דנינג בפס"ד Laker, שכן תנאי זה קובע נורמה כללית, לפיה קיימת חובה עקרונית לכבד הבטחה מינהלית שהשתכללה ועמדה בשלושת התנאים הראשונים מכלל ארבעת התנאים, אלא אם כן צורכי ציבור לגיטימיים מחייבים לסטות הימנה. אכן, לרשות מוענק חופש פעולה מרבי במקום שזה נחוץ למען תפקודה הראוי לטובת הכלל. ואולם, בחופש פעולה זה אין כדי לבטל, כלאחר יד, את עצם קיומה של הנורמה המחייבת לכבד הבטחות, וכל עוד שצורכי הכלל אינם מחייבים שלא לכבד הבטחות אלו, במסגרת איזון ראוי בין האינטרסים השונים, הרי שההבטחה המינהלית מחייבת את הרשות הציבורית.

9.56 נמצא כי התנאי הרביעי לארבעת התנאים בהלכת סאיטקס מבטא את הצורך לאזן בין הצורך לשמור על אמון הציבור ברשות המינהלית לבין צרכיה התפקודיים של רשות זו לפעול למען הציבור ולשביעות רצונו. משהשוותה ההבטחה המינהלית לחוזה, הריהי נמצאת אכן במעמד נורמטיבי של חוזה, דא עקא שהמדובר בחוזה רשות, דהיינו, חוזה שהרשות המינהלית הינה צד לו. וביחס לחווי רשות, קיימת אפשרות להשתחרר מן ההתחייבות כלפי פרט מסוים, כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים לעשות כן.

האפשרות להשתחרר מן ההתחייבות קיימת על כן גם ביחס להבטחה

מינהלית, וזו למעשה מהותו ותמציתו של התנאי הרביעי מתנאי הלכת סאיטקס לאכיפתה של הבטחה מינהלית.

ב(5) יישום הלכת סאיטקס ביחס לחברות ממשלתיות

9.57 הבנת העיקרון המחייב לקיים הבטחה מינהלית כנובע מן הצורך לשמור על אמינות המינהל בעיני הציבור והתוויית גבולותיה של הלכה זו, באופן שהרשות תהא רשאית להשתחרר הימנה כאשר איוון נאות בין האינטרסים הציבוריים שהופקדו בידה מחייב לעשות כן, גורר כמעט באופן מתבקש את יישומה של הלכת סאיטקס גם ביחס לחברות ממשלתיות.

9.58 אכן, המדובר בגוף עסקי, ובגופים מסוג זה מקובל לכרות חוים ולא לשעות להבטחות. גוף פרטי אינו מחויב לכבד הבטחות שאינן עולות כדי התחייבות ברורה.⁵⁹ ואולם, נוהג זה לכרות חוזה מחייב, או זכרון דברים העולה כדי חוזה מחייב,⁶⁰ אינו נובע ממהותו העסקית של הגוף האמור אלא מהיותו גוף פרטי, אשר בהתחייבות שאינה עולה כדי חוזה נתונה בידו הזכות המלאה לחזור בו מדיבורו ולפגוע באמינותו האישית.⁶¹ ואולם הרשות הציבורית ומי שמזוהה עימה, אינם בני חורין לפגוע באמינותם, כאשר אמון הציבור נחוץ לה לרשות המינהלית כדי שתוכל לתפקד. על גופים ציבוריים אלו מוטלת על כן החובה להגשים את ציפיית הציבור כי אף הבטחה גרידא, שאינה מעוגנת בחוזה, תקוים ללא כחל וסרק. העובדה כי המדובר בפעילות עסקית אינה גורעת מציפייה זו, ושמא להיפך - בפעילות עסקית לא קיימת לכאורה המניעה להחיל גם את דוקטרינת ההשתק מכוח הבטחה.⁶²

9.59 עיגונה של החובה המוטלת על הרשות הציבורית לקיים את הבטחותיה בקיומו של צורך למלא אחר ציפיות הציבור כי הרשות הציבורית תפעל באמון ובאמונה, ביאות לגוף ציבורי, פורשת מטבע הדברים את תחולתו

59 ראה הערה 1 לעיל.

60 ראה למשל ע"א 158/77 רבנאי נ' חברת מן שקד בע"מ (במירוק), פד"י לג(2) 281, וכן ע"א 114/89 מדינת ישראל נ' עמר חברה לבניין בע"מ, פד"י מ(1) 654.

61 כך, למשל, בהתאם לסעיף 5 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968, רשאי מי שהבטיח ליתן מתנה לחזור בו מהבטחתו, כל עוד שהנבטח לא שינה את מצבו לרעה, וכאשר מצבו של המבטיח הורע.

62 ראה סעיף 9.28 לעיל, בעקבות פסק הדין בעניין יוסף ו. לוי נ' פ"ש חומה, לעיל הערה 31, בעמ' 432. כמו כן, "עקרון החוקיות" החל ביחס לרשות השלטונית, אינו חל באותה צורה בכל הנוגע לחברה הממשלתית, וממילא לא באה לידי ביטוי בעיית החריגה מסמכות, הכלולה במתן הבטחה כאמור על ידי אורגן של החברה הממשלתית. לעניין זה ראה הדין בפרק ז לעיל, סעיפים 7.100-7.85.

של הכלל כאמור כלפי כל מי שמזוהה בעיני הציבור עם הרשות הציבורית ונכלל במסגרת ציפיות אלו.

בדו"ח הוועדה להכנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות, בראשות פרופ' א' ברק,⁶³ הוצגה החברה הממשלתית באופן ברור כגוף אשר הציבור מזהה אותו במקרים רבים עם הממשלה. השמירה על אמינות המינהל הציבורי בעיני הציבור מחייבת, אם כן, כי גם הבטחה מינהלית שניתנה מפיה של חברה ממשלתית המזוהה בעיני הציבור עם הרשות המינהלית, תיאכף בכפוף לארבעת תנאיה של הלכת סאיטקס.⁶⁴

9.60 אכן, לכאורה ניתן היה להעלות חשש, שמא הכפפת חברות ממשלתיות לצורך למלא אחר הבטחות מינהליות תהווה גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה, שהרי מדובר בגופים עסקיים, אשר צרכים חיוניים מחייבים כי יתנהלו ככל שאר הגופים העסקיים הפועלים במשק, ולא יהיו חשופים לחובה למלא אחר הבטחות, אשר ניתנו על ידי מי מאלפי המועסקים בגופים אלו.⁶⁵ בעוד שביחס לחוזים כתובים קיימים מנגנוני פיקוח ומסגרות קפדניות, לרבות עינם הפקוחה של המחלקות המשפטיות, הדנות בעניין בטרם שנחתם החוזה, הרי שהבטחות ניתנות בהבל פה, ולאו דווקא על ידי מי שבקיא בעניין ומוסמך לטפל בו. אם כל הבטחה שכזו תחייב את החברה הממשלתית, עלולות לכאורה התוצאות להיות קשות ביותר.

ואולם, לנוכח הפסיקה שבאה בעקבות הלכת סאיטקס והסייגים שהוצבו לחובה לקיים אחר הבטחה מינהלית, דומנו בי זהו חשש רחוק ביותר. גם למדינה קשה לפקח על הבל פיהם של עובדיה, בניגוד לכריתת חוזים מחייבים מטעמה, ואכן משום כך נקבע כי לא כל הבטחה עולה כדי

63 דו"ח הוועדה להכנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות, בראשות פרופ' א' ברק, (האוניברסיטה העברית בירושלים, 1970) בעמ' 48, המסתמך בין השאר על פסק הדין בע"א 405/69 "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' שרל פולו, פד"י כד(1) 309. כמו כן ראה ע"א 86/76 "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרון, פד"י לב(2) 337, בו מצוין כבי' השופט אלן, בעמ' 358:

"המשיב, שהוא עולה חדש, שטרם ידע בין ימינו לשמאלו בדיני איסור היתר שבפתיחת בתי מלאכה - דבר שלעיתים גם ותיקים הימנו אינם מתמצאים בו - מקבל מאת חברת שיכון לאומית, שבעיניו - ולאו דווקא בעיניו - הצטיירה כדברי חברי הנכבד ח. בהן 'כזרוע השלטון במדינה הזאת'..." (ההדגשה הוספה).

64 ואכן, פסק הדין הנוכח בעניין *Federal Crop Insurance Corporation, supra note 42*, בו נדונה סוגיה מקבילה, עסק בהתקשרות שנעשתה על ידי חברה ממשלתית.

65 אם כי בהקשר זה יש לזכור, כי למדינה יש ציבור גדול עוד יותר של עובדי מדינה, הדבר לא מנע מבית המשפט לקבוע את ההלכה בדבר קיומה של חובה לקיים הבטחות מינהליות, מקום שאלו ניתנו על ידי עובד מדינה, או על ידי מי שפועל מטעמה או עבורה - בתחומי סמכותו החוקית.

"הבטחה מינהלית" שיש חובה למלאה, וקיימים ארבעה תנאים, הניצבים בארבע משובות, לפני הדורש את אכיפתה של ההבטחה שניתנה לו. בין ארבעת התנאים הללו מצוי גם הסייג לפיו כדי שהבטחה תחייב, עליה להינתן על ידי מי שהופקד על העניין האמור והוסמך לתיתה. בכך יש כדי להיות מסוגלת נכבדה מפני מתן הבטחות, בצורה לא אחראית, על ידי מי שאינו בקיא במדיניות ובפרקטיקה - לפרטיה.

9.61 כמו כן ראינו לעיל, כי להבטחה מחייבת נחשבת רק אמירה מפורשת בלשון קטיגורית ובלתי משתמעת לשני פנים, אשר נותנה התכוון ליתן לה תוקף משפטי. ובנוסף, נקבע כי הבטחה מינהלית מחייבת את הרשות רק כשהיא מעשית וניתנת ליישום ורק כאשר צרכים לגיטימיים אינם מחייבים את ביטולה. לנוכח תנאים אלו נמצא כי הנסיבות שבהן ניתן לקבל צו, בו מורה בית המשפט על אכיפתה של הבטחה מינהלית, נדירים הם ביותר.⁶⁶ אין מקום אם כן לחשש מפני החלת נורמה אידיאלית אך בלתי שכיחה זו גם ביחס לחברות ממשלתיות, אשר רמת אמינותן בעיני הציבור, המזהה אותן עם הממשלה, הינה חשובה ביותר.

9.62 והיה אם יועלה בכל זאת החשש, שמא ביחס לחברה הממשלתית מן הראוי להצר עוד יותר את הפתח, הפתוח כדי חריץ בלבד, לנוכח צרכיה הייחודיים של החברה הממשלתית, הנובעים מטיב פעילותה, ולנוכח התחרות העסקית שבה מצויות חברות ממשלתיות שונות,⁶⁷ הרי שהתנאי הרביעי מארבעת התנאים של הלכת סאיטקס מהווה תשובה הולמת גם למילוי צרכים ייחודיים אלו. התנאי הרביעי מהווה כאמור ביטוי והשתקפות של "הלכת ההשתחררות מחוזי רשות", המאפשרת להביא בחשבון את צורכי הכלל ולקבוע, בהתאם לאיזון ראוי בין האינטרסים השונים, אם יש לכבד את ההתחייבות המסוימת הנדונה לאור הנסיבות

66 למעשה מהווים פס"ד אבוב, לעיל הערה 38 ופס"ד שפקמן, לעיל הערה 54 מקרים נדירים ויחידים שבהם התקיימו כל ארבעת התנאים המהווים בסיס להחלתה של הלכת סאיטקס. הלכה זו יושמה בחיי המעשה.

67 בהקשר זה עשוי להיטען כי בחברה ממשלתית, המצויה בתחרות עסקית קשה, מהווה כל הכבדה נדרמטיבית, שאינה חלה על היריב העסקי, משום מעמסה שקשה לשאתה. ביחס לחברה שכוו אף עשוי להיטען כי "בלל ההשתחררות" יביא לידי כך שהנורמה לא תחול חדשות לבקרים מפאת צרכים עסקיים שייקרו לרכיב בכל עת, עד כי היוצא מן הכלל יהא שכיח מן הכלל, עובדה שתעמיד בספק את הצורך בקביעת הנורמה האמורה מלכתחילה. ואולם, מכיוון שהחברות הממשלתיות אינן עשויות מקשה אחת, וחברות ממשלתיות המצויות בסיטואציה קיצונית שכוו אינן שכיחות, דומנו כי לא מן הראוי להתעלם מתחושת הצדק באופן גורף ולהתיר את הרצועה ביחס לחברות הממשלתיות כולן וביחס לכל הנסיבות, מחמת העובדה כי יישומה של נורמה זו עלול להתגלות כלא רצוי בחברות ממשלתיות בחדות כלשהן. בהקשר זה דומנו כי מן הראוי לאמץ את הגישה המובעת על ידי לורד דינג בפס"ד Laker, supra note 35, ולקבוע כי בכל מקום שבו לא מתעורר קושי מיוחד ואין הצדקה להפר הבטחה מינהלית, הרי שמן הדין כי ההבטחה תכובד.

הספציפיות של המקרה הנדון, או שמא מוצדק להפר אותה, כדי לספק את צרכי הכלל. תנאי זה מאפשר לחברה הממשלתית לאזן בין הנורמה האמורה לבין צרכיה הייחודיים, ואם אכן קיימים צרכים המחייבים הפרת ההבטחות - הרי שההבטחות לא תחייבנה. מכיוון שבך, הרי שגם לחשש זה מפני הכפפת החברה הממשלתית לחובה לכבד הבטחות מינהליות, העלולה לסבל את יכולתה לתפקד כדבעי - אין עוד מקום.

9.63 לעומת זאת, קביעה גורפת לפיה מחמת קיומם לעיתים של צרכים עסקיים בחברות ממשלתיות מסוימות, תותר הרצועה לכל אורכה, ויותר לכל חברה ממשלתית להתעלם לחלוטין מהבטחות מינהליות, מכל מין וסוג שהוא, אף כאשר צרכי הציבור אינם מחייבים להתעלם מן ההבטחה ואף שהדברים נאמרו על ידי מי שהוסמך לעשות כן ובמטרה שיהיה להם תוקף משפטי מחייב, הרי שהדבר יביא לידי כך שדיבורה של החברה הממשלתית לא יהא בר ערך כלשהו.

ואף יותר מכך. קביעה שכזו עלולה לערער את אמינות הציבור גם ביושרה ובהגינותה של הרשות הציבורית גופה, שהרי הציבור מזהה, ובצדק, את החברה הממשלתית עם הרשות הציבורית בהיותה זרוע ביצועית של הממשלה.

9.64 זאת ועוד, גם לנוכח חובת האמון שחבה החברה הממשלתית לציבור הרחב, ולנוכח זיקתה ההדוקה לאורגן הממשלתי, במפורט בפרקים הקודמים, מן הדין הוא כי החברה הממשלתית תנהג בהגינות וביושר ותכבד הבטחות העומדות בכל ארבעת התנאים. התנאי הרביעי בהלכת סאיטקס מבטיח כי לא יידרש מן החברה הממשלתית ליישם נורמה שתהא בגדר הכבדה יתירה, וכל שנדרש מן החברה הממשלתית הוא לאזן, בהגינות ובנאמנות, בין האינטרס הציבורי, כי הבטחות לא תושבנה ריקם בלא סיבה, לבין האינטרס העצמי שלה לפעול ביעילות ולהתמודד כיאות עם תנאי השוק שבהם היא נתונה.

9.65 הניתוח של הלכת סאיטקס והתנאים שנקבעו בה לאביפתה של "ההבטחה המינהלית", כפי שפורט לעיל, מביאים איפוא למסקנה התואמת באופן מלא למודל הכללי המוצע על ידינו, בדבר הכפפת החברות הממשלתיות לכללי המשפט הציבורי, תוך קביעתו של "כלל השתחררות" המאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מיישומן של

**נורמות ספציפיות, במקרים ספציפיים, לנוכח איזון ראוי בין האינטרסים
השונים שהחברה הממשלתית מופקרת עליהם.⁶⁸**

⁶⁸ לדידנו היה מן הראוי לאמץ מסקנה זו אף ביחס לחובה לקיים מכרז, באופן שחברה ממשלתית, אשר הממשלה לא הפעילה לגביה את סמכותה מכרז סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות, תוכל להשתחרר מחובת המכרז, כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת, כפי שבידה להשתחרר משאר הנורמות של המשפט הציבורי, כגון האיסור להפלות, כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים כי תעשה כן. ואולם, חוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992, עבר לכאורה מקיצוניות אחת לרעותה, ולא הותיר לחברה הממשלתית "פתח מילוט" שיאפשר גמישות בכל הנוגע לחובת המכרז.

ג. "הלכת ההשתחררות מחוזה רשות"

ג(1) הצגת הבעיה

9.66 הלכה פסוקה היא כי הרשות המינהלית רשאית להשתחרר מתוקפו של חוזה מחייב, כאשר צרכי ציבור חיוניים מחייבים זאת (להלן): הלכת ההשתחררות מחוזי רשות). בעוד שהחובה לכבד "הבטחה מינהלית" מהווה תוספת של המשפט הציבורי על שורת הדין הקבועה במשפט הפרטי ויש בה כדי להחיל על הרשות הציבורית חובה לקיים אף הבטחה שאינה עולה כדי חוזה מחייב, הרי שהלכת ההשתחררות מחוזי רשות מהווה גריעה של המשפט הציבורי משורת הדין הקבועה במשפט הפרטי. מחמתה של הלכה זו נמצא כי דווקא חוזה שכרתה הרשות, שאמינותה בעיני הציבור חשובה היא, אינו בבחינת "כתוב בעט ברזל חרות בציפורן שמיר" (ירמיהו יז, א'), וחובתה של רשות ציבורית לכבד את חיוביה הינה חובה "גמישה", אשר ניתן לסטות הימנה במקרה הצורך.

9.67 האם חלה נורמה זו גם ביחס לחברה הממשלתית? גדר הספק הינו כדלקמן: המשפט הציבורי יוצר נורמות גבוהות יותר מאלו החלות במשפט הפרטי, הנובעות מן הצורך להשית נורמות של הגינות וסבירות על הרשות הציבורית בהיותה הנאמן של הציבור. יחסי אמן קיימים, לדידנו, גם בין החברה הממשלתית לבין הציבור הרחב, ומשום כך הסקנו כי גם על החברה הממשלתית מוטלות, בסייגים מסוימים, אותן החובות. בתוך כך הצענו לאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מחובות אלו, כשצרכים חיוניים מחייבים זאת ובמקרים אלו תנהג החברה הממשלתית בהתאם למשפט הפרטי בלבד. בכך ניתן ביטוי להיותה של החברה הממשלתית גוף מן המשפט הפרטי, שבנסיבות מסוימות מן הדין כי תוחלנה לגביה נורמות מן המשפט הפרטי, על אף זיקתה ההדוקה לממשלה. ואולם, "הלכת ההשתחררות מחוזי רשות", גורעת אף מן החובות שמטיל המשפט הפרטי. זוהי לכאורה פריבילגיה שנקבעה בפסיקה⁶⁹ ביחס לגופים ציבוריים. והשאלה הנשאלת הינה על כן האם אף זכות יתר זו, הגורעת משורת הדין החלה ביחס לגופים פרטיים, תוענק אף היא לחברה הממשלתית?

69 זאת, בהבדל מפריבילגיות המוקנות למדינה בחוק: סעיף 42 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) וסעיף 5 לחוק לתקן סדרי הדין (המדינה כבעל דין) תשי"ח-1958, אשר לא ניתן להחילן גם על חברות ממשלתיות, לנוכח לשון החוק והגיונו. לענין זה ראה לעיל סעיף 7.139, והערות שוליים 120.

9.68 בהקשר זה דומנו כי מן הראוי לנקוט בקו החשיבה הבא. החלת חובות מן המשפט הציבורי ביחס לחברה הממשלתית נובעת כאמור מקיומם של יחסי אמון בין החברה הממשלתית לבין הציבור. אם נובעת הלכת ההשתחררות מחוזי רשות מאותה חובת אמון הרי שגם את הלכת ההשתחררות האמורה יהא מן הדין להחיל ביחס לחברה הממשלתית, שהרי גם זו כפופה לחובת אמון כאמור. לעומת זאת, אם המדובר בפריווילגיה הנובעת ממעמדה הציבורי והשלטוני של הרשות, הרי שמתעורר קושי רב להחיל נורמה זו אף ביחס לחברה הממשלתית.

9.69 השאלה הנשאלת הינה, אם כן, מה הם טעמיה ומקורותיה של הלכת ההשתחררות מחוזי רשות, והאם שאובים הם מאותה חובת אמון שממנה נובעים כל שאר כללי המשפט הציבורי, או שמא זוהי פריווילגיה שניתנה אך ורק לרשות עצמה? בשאלה זו נדון להלן.

ג(2) הגיונה של "הלכת ההשתחררות מחוזי רשות"

9.70 הלכה פסוקה היא כי כשם שהבטחה מינהלית מחייבת רק ככל שהיא צופה פני עבר ומתייחסת למעשים שכבר נעשו, אך אין בכוחה לחייב את הרשות המינהלית שלא לשנות את מדיניותה בעתיד,⁷⁰ כך התחייבות שלא להפעיל שיקול דעת ולהחליט בהתאם לצרכים ולנסיבות המתרגשות ובאות חדשות לבקרים, הינה בטלה.

לאמור, חוזה שבו מתחייבת הרשות מראש, כי תהיינה הנסיבות אשר תהיינה, סמכותה תופעל בדרך מסוימת בלבד, או לא תופעל כלל, אינה התחייבות, שכן על הרשות מוטלת החובה להפעיל בכל מקרה את שיקול דעתה.

בהקשר זה הכלל הוא כי סמכות עדיפה על חוזה, ורשות ציבורית שמחלה על שיקול דעתה ועל הסמכות שהעניק לה המחוקק - אין שיקול דעתה וסמכותה מחולים.⁷¹

70 ראה הערה 24 לעיל.

71 בג"צ 30/51 בלבן ואח' נ' עיריית ת"א יפו ואח', פד"י ו 257; בג"צ 243/52 ביאלר נ' שר האוצר, פד"י ז 424, 437; בג"צ 84/53 לויטמן נ' שר האוצר, פד"י ז 813, 818; ע"א 319/65 אלבלדה ואח' נ' חברת האוניברסיטה העברית, פד"י כ(1) 204; ה"פ (י-ס) 1221/80 סודאי נ' האוניברסיטה העברית בירושלים, פס"מ תשמ"א (2) 333; ע"א 783/86 ראובן גרוס בע"מ נ' עיריית ת"א יפו, פד"י מג(4) 395; ע"א 394/82 מייזלר נ' המועצה המקומית נשר, ואח' פד"י לו(4) 42, 46: "...מקום בו כוננת הצדדים מפורשת וברורה ליצור התחייבות מצד הרשות, לפיה זו לא תפעיל את סמכויותיה או את שיקול דעתה, גם אם הפעולה

9.71 הלכה זו הינה עתיקת יומין ויסודה נמצא בפסק דינו של השופט Rowlatt בעניין *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King* (1921) 3 K.B. 500, 503:

"No doubt the government can bind itself through its officers by a commercial contract, and if it does so it must perform it like anybody else, or pay damages for the breach. But this was not a commercial contract... it was merely an expression of intention... My main reason for so thinking is that it is not competent for the government to fetter its future executive action, which must necessarily be determined by the needs of the community..."⁷²

(ההדגשה הוספה).

9.72 ואולם, כאשר נותר בידי הרשות שיקול הדעת להכריע בעניין על פי נסיבותיו, אין פסול בכך שמרחב שיקול הדעת הוגבל באמצעות חתמה, שעליו חתמה הרשות. חוזה שכזה תקף הוא ועל הרשות מוטל להפעיל שיקול דעת ולאזן בין האינטרסים השונים, תוך שהיא נותנת משקל לעובדת קיומו של חוזה ולצורך לכבד חושים, ככל שרק ניתן, ⁷³ כנגד ההפסד המעשי העלול להיגרם לציבור אם הרשות תפעל על פי החוזה שכתרה.

דרושה לטובת הציבור תהא התחייבות כאמור בטלה...
כמו כן ראה: י"ה קלינגהופר, משפט מנהלי (מפעל השכפול, ירושלים, 1957) עמ' 118-132. ד' ברק האחריות החזית של רשות המנהל (בורסי, תל-אביב, 1991) 64-69.
72 ואת בהסתמך על פסקי הדין:

Dunn v. The Queen (1896) 1 Q.B. 116; *William Cory and Son Ltd. v. City of London Co.* (1951) 2 K.B. 476; *Birkdale District Electric Supply Company Ltd. v. Corporation of Southport* (1926) A.C. 355.

לעומת זאת, ראה דעתו החולקת של לורד דינג בעניין *Robertson v. Minister of Pensions* (1948) 2 All E.R. 767; *Howel v. Falmouth Boat Construction Ltd.* (1951) 2 All E.R. 278.

כמו כן ראה:

Mitchell The Contracts of Public Authorities (London, 1954) 6-23, 60-63, 102-107, 172-175, 180, 224-239; *Street Government Liability: A Comparative Study* (London, 1953); Langrood "Administrative Contracts - A Comparative Study" 4 *American Journal of Comparative Law* (1955) 325.

73 בהקשר זה בא לידי ביטוי הצורך לשמור על אמינות הממשל בעיני הציבור שהינו חיוני לשמירה על שלטון החוק:

Sherman v. United States 355 U.S. (1958) 369, 338:

"Public confidence in the fair and honorable administration of justice which ultimately depends the Rule of Law, is the transcending value at stake".

וכן ראה: בג"צ 218/85 ארכיבי נ' פרקליטות מחוז ת"א, פד"י מ(2) 393, 403.

ההבחנה בין קיומו של שיקול דעת, תוך צמצום החירות לעשות ככל העולה על רוחה של הרשות ללא צורך באיזון בין אינטרסים נוגדים, לבין שלילה מוחלטת של שיקול הדעת, מתבטאת ביכולתה של הרשות להשתחרר מן החוזה שכרתה בנסיבות שצורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת. ואכן, לנסיבות אלו "יוחדה" הלכת ההשתחררות מחוזי רשות וזהו מקום תחולתה.⁷⁴

9.73 האיזון בין האינטרסים השונים והאפשרות להשתחרר מתוקפו המחייב של החוזה, כאשר צרכים חיוניים מחייבים זאת, מהווה ביטוי לצורך להותיר חופש של שיקול, דעת בידו הרשות המינהלית, על אף כריתתו של חוזה. ורק מחמת קיומו של חופש שיקול דעת זה, יש תוקף לחוזה הרשות, שכן אלמלא הלכת ההשתחררות מחוזי רשות היה בחוזה משום שלילת שיקול הדעת המינהלי והחוזה היה הופך לנטול תוקף.

הלכת ההשתחררות מחוזי רשות היא המאפשרת ליתן תוקף לחוזי הרשות מלכתחילה, ומחמתה, משמעונו של חוזה הרשות אינה אלא כי הרשות תמשיך לבחון את העובדות באופן מתמיד ולהפעיל את שיקול דעתה, כשהיא חופשית להשתחרר מן החוזה מקום שבו האיזון הראוי בין האינטרסים מחייב תוצאה זו, ובאשר בין שיקוליה ניתן המשקל הראוי לעובדה כי היא כרתה חוזה וכי הסכמים יש לכבד.

9.74 ואכן, מעיון בפסיקה עולה, כי הגיונה של הלכת ההשתחררות מחוזי רשות נעוץ בחובה המוטלת על הרשות המינהלית, כנאמן הציבור, לשקול, **בבל עת**, את מכלול צורכי הכלל, לאזן ביניהם ולפעול לטובת הכלל, תוך שהיא כורתת חיים ומחויבת לכבדם, מחד גיסא, ולא להפסיק ולשקול מהי טובת הכלל, מאידך גיסא. נסקור פסיקה זו ונסיק את המסקנות המתבקשות.

ג(3) ההשתחררות מחוזי רשות בהלכה הפסוקה

9.75 לראשונה נקבעה הלכת ההשתחררות מחוזי רשות בישראל בפסק דינו של כב' השופט זוסמן בבג"צ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' **שר התחבורה ואח'**.⁷⁵

74 להבחנה בין חוזה הכובל את שיקול הדעת ובטל מעיקרו, לבין חוזה תקף שניתן להשתחרר הימנו, ראה גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 461, 21.

75 בג"צ 311/60, מילר מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פד"י טו 1989 (להלן: פס"ד

באותו עניין התקשרה המדינה בחוזה עם יצרנית משאיות והתחייבה להקצות מטבע זר ליבוא משאיות, בתמורה להקמת מפעל בישראל. חברה מתחרה טענה, בין השאר, כי לנוכח התחייבות זו, צפויה סכנה של הגבלת שיקול הדעת המינהלי בנוגע להקצאת המטבע. כבי' השופט זוסמן דחה טענה זו וקבע כי שיקול הדעת נותר חופשי, לנוכח האפשרות להשתחרר מן החוזה. בהקשר זה אומצה ההלכה האמריקנית לאמור (בעמ' 2002 של פס"ד מילר):

"בית המשפט העליון בארה"ב נוקט בידו את הכלל, כי חוזה שנעשה ע"י הרשות ונושאו מעשה הממשל, כפוף תמיד לכח השלטון להשתחרר מהתחייבותו כאשר טובת הכלל דורשת את ביטולו.⁷⁶ מכאן משתמע כי אין בית המשפט פוסל קשר חוזי בין המדינה והפרט, אפילו היה נושא החוזה מעשה המימשל ולא ענין 'מסחרי' או אזרחי.

אלא שהחוזה איננו סוף פסוק: בד בבד עם התחייבותה לבצע את החוזה הולך הכח שניתן בידי המדינה, למען טובת הציבור, לבטל את הקשר ולהשתחרר מבבלי החוזה.⁷⁷ לשון אחר: החוזה תופס, אך אכיפתו מוגבלת, מכיון שבידי המדינה הרשות לבטלו כל אימת

מילר). לדין נרחב בסוגיה זו ראה: ב' ברכה "על כחה של הממשלה להשתחרר מהתחייבות חזית" הפרקליט ל (תשל"ז) 34; א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה שלישית, תשמ"א) 210-208; ג' שלו חוזי רשות בישראל, (אבישר, תשמ"ה) 95-111; ג' שלו "חחי רשות: הדין והדין" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 201; ג' שלו דיני חוזים (דין, הוצאה לאור בע"מ, תש"ן) 662-667; ג' טדסקי "הטכמי המינהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב (תשמ"ב) 227; א' פחנר "חוק החתים המינהליים - כורח המציאות" משפטים יב (תשמ"ג) 506; ד' ברק האחריות החוזית של רשות המנהל, לעול 71, 188-153;

G. Shalev "Administrative Contracts" 14 *Isr. L. Rev.* (1979) 444; C. Turpin, *Government Procurement and Contracts* (Longman, 1989) 83-123; C. Turpin *Public Contracts* (London, 1982); Foulkes *Administrative Law* (7th ed., London, Butterworths, 1990) chapter 14; Brown, Garner and Galabert, *French Administrative Law* 3rd Ed., London, Butterworths, 1983 1254.

וראה: ד' פרידמן נ' כהן חוזים (כרך א, אבירם הוצאה לאור בע"מ, 1991) פסקות 5.5-5.7, המציינים: יקו הגבול בין תחום החתים לתחום הציבורי מיטשטש כאשר המצרך או השירות הנרכש איננו מצרך או שירות שלטוני מובהק (דוגמת רשיון או שימוש אחר בכוח שלטוני), אלא מצרך או שירות חיוני אחר שיש לשלטון מנופל עליו הוא מספק, בין במישרין ובין באמצעות תאגיד שבבעלותו. דוגמאות לכך יוכלו לשמש אספקת חשמל, מים, שירותי דואר, טלפון וכו'. אף במקרה זה ספק בעינינו אם ניתן לראות במערכת היחסים הנגזרת בין הלקוח, הרוכש מצרך או שירות כזה, לבין השלטון, או גוף שבשליטתו, יחסי חתה. במקרים אלה ניתן לצפות כי הדין, בצירוף כללים מן המשפט הציבורי, יסדירו את יחסי הצדדים" (ההדגשה הוספה).

76 *Hudson County Water Co. v. McCarter* (1908) 209 U.S. 349; 285 Ct. 529. בהקשר זה תצוין גם הסברה שמעלה פרופ' שלו במאמרה "השתחררות המדינה מחוזה" (לעיל הערה 75, בעמ' 161: "למדינה, כאישיות משפטית, מוקנית כשרות כללית לשאת וזכיות חובות, לבצע פעולות משפטיות ולהתקשר בחתים... אך מכיון שכוח זה, ככל שאר כוחותיה, ניתן לרשות לשם קידום ענייני הציבור, שומה עליה להפעילו למען טובת הציבור".

John B. Stone et al. v. State of Mississippi (1879) 25 L. Ed. 1079 / 77

שצרכיה החיוניים שלה יחייבו את ביטולו. צרכים אלו גוברים על קדושת החוזים⁷⁸ (ההדגשות הוספו).

9.76 מפס"ד מילר נמצאת למד כי אלמלא הלכת ההשתחררות היתה התחייבות המדינה בטלה, על שום הגבלת שיקול דעת הרשות. ואולם, משקיימת בידי הרשות האופציה לבטל את החוזה כאשר צרכי ציבור חיוניים דורשים זאת, נמצא כי עם כריתת החוזה על ידי הרשות, לא ניטל הימנה שיקול הדעת ונותרה בידיה האפשרות לקיים את חובתה כלפי הציבור לבחון כל העת את הנסיבות ולפעול בהתאם למה שנראה לה טובת הכלל המרבית בעת הנדונה.

9.77 אבן, פרופ' שלו בספרה דיני חוזים, מציינת בעמ' 664:

"לאחר קביעתו של מבחן טובת הציבור כמבחן ההשתחררות, מוסיף כב' השופט זוסמן וקובע כי זכות השלטון להשתחרר מחוזה קמה רק כאשר 'צרכי ציבור חיוניים אינם מתיישבים עם קיומו ועם מילוי תנאיו'. כח ההשתחררות הוגבל איפוא לנסיבות שבהן צרכים חיוניים מחייבים השתחררות מן החוזה. לא די בטענה סתמית בדבר צרכי ציבור ונדרשת הערכתם של צרכי ציבור חיוניים כעומדים בסתירה להתחייבות החוזה, באופן שהגשמת צרכים חיוניים אלו אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם החוזה. מבחן זה הינו מצומצם למדי"⁷⁹ (ההדגשה הוספה).

9.78 ואולם, על אף שבהתאם לנוסחה של הלכת ההשתחררות מחווי רשות, כפי שנקבעה בפס"ד מילר, תוכל הרשות להפעיל שיקול דעת זה רק בנסיבות חריגות ביותר, הרי שלא מידת האפקטיביות של היכולת להשתחרר מן החוזה היא העיקר, אלא עצם האפשרות להמשיך כל העת

78 להמחשת החובה לכבד חוזה, הוגדרה זו כחובה קדושה - "Pacta sunt servanda" ומכאן הביטוי "קדושת החוזים".

79 ואכן, ההלכה נשנתה בסייגיה האמורים, המצמצמים את תחולתה עד למאוד, גם בע"א 335/67 חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פד"י (ב2) 365, 371, בו קבע כב' השופט לנדוי כי המדינה רשאית להשתחרר מחוזה "בגלל צרכים חיוניים שלה", וכי לשם כך "עליה להוכיח... קיום צרכים חיוניים כאלה".

כמו כן יצוין בהקשר זה, כי במסגרת אימוץ הפסיקה האמריקנית, בפס"ד מילר (בעמ' 2003 לפסק הדין) מציין כב' השופט זוסמן כי הלכת ההשתחררות משאירה בידי הממשלה את החופש כדי שתוכל בשעת הדחק, להגן על צרכי המדינה החיוניים, על אף החוזה. זכות זו תוארה על ידי השופט Hughes בעניין W.B. Worthen Co. et al. v. Thomas (1934) 292 U.S. 426, כחלק מן ה-"Prerogative of self protection" ואף מכאן עולה צמצומה של ההלכה האמורה. לראיית הלכת ההשתחררות כצמצום חופש פעילותו של המינהל בתחומים שהיו קודם לכן נתונים לשיקול דעתו החופשי, ראה גם: מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", לעיל הערה 57 בעמ' 304.

ולשקול מהי טובת הציבור, כך שהחווה לא יהווה שלילה של שיקול הדעת שנמסר על ידי המחוקק בידי הרשות. עצם העובדה כי הרשות תמשיך לעמוד על המשמר אף לאחר חתימת החוזה, ותבחן אם צרכים חיוניים של הכלל אינם דורשים השתחררות מעולו, די בה כדי לבטא חופש של שיקול דעת על אף חתימת החוזה, וחובה להפעיל שיקול דעת זה בכל עת. העובדה שהלכת ההשתחררות מחווי רשות תופעל הלכה ולמעשה רק בנסיבות נדירות אינה גורעת מכך.

9.79 הלכת ההשתחררות מחווי רשות שנקבעה בפס"ד מילר מהווה אם כן פריצת דרך המאפשרת לרשות להתקשר בחוזה ולצמצם את מרחב שיקול דעתה ובלבד שייוותר בידיה שיקול דעת. להלן נראה כי המתח הקיים בין חובתה של הרשות למלא את חובותיה ולפעול על פי שיקול הדעת, שנמסר לה על ידי המחוקק, לבין הצורך לכבד חוים, מביא לעיצוב נוסחאות משפטיות שונות לנסיבות שבהן יותר לרשות להשתחרר מחווי רשות.

9.80 בעניין לביב נ' שר האוצר⁸⁰ נדונה כוונה להעלות את שיעוריהם של מיסים עקיפים בניגוד להסכם "עסקת החבילה" שנכרת בין הממשלה לבין ההסתדרות הכללית של העובדים ולשכת התיאום של הארגונים הכלכליים. בהקשר זה קבע בית המשפט, כי עיצוב המדיניות הכלכלית של המדינה הינו עניין שבו אסור כי הממשלה תהא כבולה כמלוא הנימה בהפעלת שיקול דעתה בדבר טובת הכלל. בעניין זה לא די בקיומו של שיקול דעת המאפשר לרשות לסטות מן ההסכם כאשר צרכים חיוניים מחייבים זאת, כפי שנקבע ביחס לכלל חווי הרשות, ויש צורך ביכולת אפקטיבית להשתחרר מן ההתחייבות - כל אימת שהדבר נחוץ לדעת הממשלה לטובת צורכי הכלל, ותהא מידת חיוניותו של הצעד האמור, אשר תהא.

בהתאם לכך קבע בית המשפט:

"מחובת הממשלה לנהל את ענייני המדינה בדרך שתזכה לאמון הכנסת. ואם סבורה הממשלה שלשם סיפוק צרכי הציבור דרוש שינוי במדיניות הפיסקלית, מחובתה לדאוג לכך ששינוי כזה ייעשה, שאם לא תאמר בן, נמצא, שצרכי המדינה ייצאו מקופחים עקב ההסכם שנעשה עם הפרט וכלל הציבור ייפגע".⁸¹

80 בג"צ 242/70 לביב נ' שר האוצר ואח', פד"י כד(2) 313 (מפי כב' השופט זוסמן).

81 לניתוח פסק הדין בדרך שונה במקצת, ראה ד' ברק בספרה, לעיל הערה 71 בעמ' 171-173, כמו כן

9.81 לעומת זאת, בבג"צ 125/75 אוניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, 82 קבע כב' השופט לנדוי:

"פעולות השלטון, המתרחבות והולכות, לא היו יכולות להתנהל כהלכה, אלמלא הכח להתקשר בחוזים ואיתו החובה לקיים חוזה שנעשה בין השלטון ובין האזרח, כי באין חובה זאת המוטלת על השלטון, מתערער אמון האזרח בתקפם של החיובים בהם התחייב השלטון כלפיו. רק מסיבות מיוחדות יכולות להצדיק סטייה מן הכלל הזה, למשל כאשר מילוי החוזה היה פוגע בענייניה החיוניים של המדינה, או באשר יש איזה ניגוד פנימי בין ההתקשרות החוזית לבין סמכויות סטטוטוריות מיוחדות שנמסרו לשלטון המרכזי או המקומי לטובת הכלל" (ההדגשה הוספה).

לאמור, כיבוד חוזים על ידי הרשות מגשים הן ערך נורמטיבי, הן דרישה שתכליתה לשמור על אמון הציבור בהגינותה של הרשות והן צורך פרקטי, שכן בלא שהרשות תהא כפופה לקיום חוזה ידירו אנשים את רגליהם מלכרות עימה חוזים ומלקשור עימה עסקות.

משום כך נקבע כי הרשות תוכל לסטות מחוזים שעליהם חתמה, רק בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, כאשר צרכים ציבוריים חיוניים מחייבים להשתחרר מן החוזה.

9.82 ועם זאת, מציינת פרופ' שלו⁸³ כי מבחן חיוניות הצרכים הציבוריים נשחק, במידה מסוימת, עם השנים, ובפסיקה מאוחרת יותר לא עמדו תמיד השופטים על הדרישה כי יתקיימו צרכים ציבוריים חיוניים כתנאי להשתחררות הרשות מן החוזה. נסקור פסיקה זו להלן, ונקדים לסקירה זו את התמיהה המתעוררת מחמתה; הכיצד זה מרשה פסיקה זו להשתחרר מחוזים אף בנסיבות שאינן יוצאות דופן, וקדושת החוזים מה תהא עליה?

9.83 נראה על כן להלן כי הגיונם של דברים נעוץ בכך, שהלכת ההשתחררות נובעת מהיותה של הרשות הציבורית נאמן של הציבור, המופקד לחתור

ראה התייחסותה שם, בעמ' 175-176, לע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר חברה לבניין ואח' (לא פורסם).

82 בג"צ 125/57 אוניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר ואח', פד"י יא 1490, 1512. כמו כן ראה ד"ג 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פד"י לא 821, 827 (מפי כב' השופט ח' כהן): "אין הממשלה נשמעת בטענה שיש לפרש חוזה שלה כאילו חרגה מסמכויותיה. אם לא יוכל עוד האזרח לסמוך על קדושת התחייבותה של הממשלה בחוזה כתוב וחתום מטעמה - כי אז שלטון החוק במדינה ייעשה לחוכא ואיטולא" (ההדגשה הוספה).

83 ג' שלו דיני חוזים, לעיל הערה 75 בעמ' 664.

בכל עת להשאת טובת הציבור. חובת נאמנות זו יכולה להיות מקוימת כדבעי, רק אם מרווח שיקול הדעת שבידי הרשות יישמר באופן רחב ככל שרק ניתן. משום כך, מסתמנת מגמה ברורה בפסיקה להותיר בידי הרשות מרווח ניכר יותר של שיקול דעת, המאפשר לה להשתחרר מחוזה גם כאשר מדובר בצורכי ציבור שאינם "חיוניים" במלוא מובן המלה, ובלבד שתקיים חובת הנאמנות המוטלת עליה, באופן המרבי.⁸⁴

9.84 בהתאם לכך מוצאים אנו בבג"צ 124/79 צובא נ' שר הבטחון ואח'⁸⁵ את קביעתו של כב' השופט ברק כי:

"הסכמים יש לכבד, והרי זה שיקול רלבנטי נוסף שעל הרשות לקחת בחשבון שעה שהיא מבקשת לבטל את ההיתר... משקלו של שיקול זה מותנה בתוקפו של החוזה מחד גיסא ובחומרם של הארועים, אשר מביאים את הרשות לידי רצון לבטל את ההיתר מאידך גיסא"⁸⁵ (ההדגשה הוספה).

משמע, עקרון קדושת החוזים אינו שיקול מכריע, ולמעשה על הרשות לבצע מלאכת איזון אינטרסים "רגילה" בין האינטרסים הציבוריים השונים, כאשר העובדה כי נכרת חוזה אינה יותר מאשר "שיקול רלבנטי נוסף". ואכן, באותו עניין הותר לרשות להשתחרר מן ההסכם - על אף שבאת כוח המדינה הודתה כי אין בנמצא "צרכים חיוניים" המחייבים לעשות כן.⁸⁶ מכיוון שבאותו עניין התעורר ספק בדבר תוקפו של ההסכם, ניתן לו משקל פחות במסגרת מלאכת איזון האינטרסים ודי היה גם באינטרס ציבורי שאינו מוגדר כצורך חיוני, כדי להביא ליכולת השתחררות מן ההסכם.

84 בהקשר זה ראה גם ע"א 64/80 בנק א"י בריטניה בע"מ (בפירוק) נ' מדינת ישראל - משרד השיכון, פד"י לח(3) 589, בו מסתייגת המשנה לנשיא, כב' השופטת בן-פורת, מן הצמצום של הלכת ההשתחררות למצבים של צורכי ציבור חיוניים דווקא. גישתה החינונית צריכה להתפרש כ"חיוניות יחסית".

85 בג"צ 124/89 צובא נ' שר הבטחון ואח', פד"י לד(2) 751, 754-755. באותו עניין נטען כי העותר, שניהל את השייט "באי האלמוגים" בסיני, פגע ברכוש הרשות, הממונה על שמורת טבע זו, סירב לציית להוראות פקחיה וגרם להפרת הסדר הציבורי. משום כך ביקשה הרשות להשתחרר מחוזה שנכרת עימו.

85 שם, בעמ' 754-755. לביקורת על פסק דין זה ראה ד' ברק, לעיל הערה 71 בעמ' 173-174.

86 שם, בעמ' 754 לפסק הדין:

"בהגינותה ציינה בפנינו הגב' נאור, כי צרכי ציבור חיוניים אינם מצויים בענין שלפנינו, ואין היא מבקשת להסתמך על הפרופחיציה הרחבה האמורה. אלא מבקשת היא לטעון כי ההסכם 'שוב אינו בתוקף'".

9.85 בדומה לכך מצינו בבג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז ת"א.⁸⁷ באותו עניין נחתמה עסקת טיעון עם העותרת ויומיים לאחר מכן גילתה הפרקליטה עובדה חדשה, שלא היתה ידועה לה בעת החתימה על עסקת הטיעון. מחמת עובדה זו גרסה הפרקליטה כי אין מקום להבדיל בין העותרת לבין נאשמת אחרת, שעמדה עימה לדין, והיא חזרה בה מעסקת הטיעון. העותרת פנתה לבג"צ לאכיפת ההסכם שכרתה עם הרשות. בהקשר זה קבע כב' השופט ברק כי חובתה של המדינה לקיים את הסכמיה אינה חובה מוחלטת אלא חובה יחסית,⁸⁸ וכי המדינה חייבת לשמור לעצמה לעולם את מרווח שיקול הדעת. "חובת הממשלה לדאוג לאינטרס הציבורי בגדר החוק אינה ניתנת להגבלות מכח חיוב חזי".⁸⁹ משום כך, מוטל על הרשות לאזן אינטרסים שונים, הנאבקים על הבכורה. באותו עניין הותר למדינה להשתחרר מהסכם עסקת הטיעון.

9.86 איזה צורך חיוני היווה משקל נגד לאינטרס, שהיה בעבר בעל משקל מועדף, לכבד חוזה חתום, אשר חותם נציג המדינה מוטבע בו? האם שירתה החזרה מעסקת הטיעון צורך חיוני של הציבור?

כב' השופט ברק הכריע בעניין על רקע איזון בין שלושה אינטרסים רלוונטיים:

א. האינטרס הציבורי בכיבוד התחייבויות חזיות, הן כדי לשמור על אמינות השלטון בעיני הציבור, הן כדי לשמור על מוסריותו והן כדי שהרשות תוכל לחתום על חוים, מבלי שהציבור יחשוש כי "נדריה לאו נדרי" וחזיה לאו חזים הם.

ב. האינטרס הציבורי בהעמדתם לדין של נאשמים, אינטרס שסדרי החיים המודרניים תלויים בהגשמתו. זאת ועוד, אמינות השלטון אינה רק בקיום הבטחותיו אלא גם בקיום חובותיו השלטוניות ובהן - מערכת הבאת הנאשמים לדין.

ג. אינטרס הנאשם - ככל שהנאשם שינה את מצבו לרעה (מסר מידע לשלטונות ביחס לנאשמים אחרים, הודה באישומים וכיו"ב), וככל שציפייתו כי ההסכם ימומש השתרשה במשך זמן רב יותר, כן יהא

87 בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז ת"א ואח' לעיל הערה 73.

88 בעמ' 400 לפסק הדין, ובהסתמך על דעתו של:

L.H. Tribe American Constitutional Law (Minnesota, 1978) 470.

לביקורתה של ד' ברק על קביעה זו ראה בספרה הנוכח, לעיל הערה, 71 בעמ' 178-179.

89 מס"ד לביב נ' שר האוצר, לעיל הערה 80.

קשה יותר לחזור מן ההסכם ויהא צורך בגילוי עובדות מהותיות חדשות וכיו"ב כדי להשתחרר מן ההסכם.

9.87 במקרה שנדון בעניין ארביב נתגלתה עובדה חדשה, ומאידך גיסא, הנאשמת לא שינתה לרעה את מצבה ואף ציפייתה לא נשתרשה, שכן יומיים בלבד לאחר שנכרתה עסקת הטיעון, כבר חזרה בה התובעת מן העסקה. משום כך קבע כב' השופט ברק בי ההשתחררות מן החוזה באותו מקרה היתה בדין. ודוק, שום צורך חיוני לא התעורר לפתע וחייב לסטות מן החוזה. היתה זו מערכת רגילה של שיקולים תוך איזון בין אינטרסים.

9.88 נמצאת למד, כי למעשה האיזון אינו בין מידת חיוניותו של הצורך הציבורי הנדון לבין עקרון קדושת החוזים, אלא נעשה איזון בין השיקולים הנוגעים לגופו של עניין, כשבכלל זה הובא בחשבון, כאחד מבין שאר השיקולים, גם השיקול הנורמטיבי בדבר הצורך לכבד הסכם מחייב. שיקול דעת הרשות אינו מוגבל אם כן לבחינת צרכים חיוניים אל מול קיום החוזה, ועל אף שנכרת חוזה נשמרת בידי הרשות הזכות לשקול את מכלול השיקולים, ולבחון את הדברים לגופם מכל היבטיהם, ובלבד שמובאת בחשבון גם העובדה כי נכרת חוזה.

9.89 "הלכת ההשתחררות מחוזי רשות" השתחררה אם כן מן הסד בדבר צורך בקיום "צרכי ציבור חיוניים" דווקא, והמדובר במלאכת איזון בין אינטרסים, אשר בית המשפט אינו קובע בה "נוסחת איזון" כלשהי, ואינו מקנה משקל יתר לאחד מן השיקולים.

הלכה זו משקפת אם כן מגמה ברורה לשמור על חופש שיקול הדעת של הרשות באופן מלא, שכן החובה לדאוג לאינטרס הציבורי המוטלת על הרשות מכוח החוק אינה ניתנת להגבלות מכוח חיוב חוזי.

9.90 בדומה לכך מצינו לכאורה גם בע"א 250/88 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' עיריית באר-שבע.⁹⁰ בעניין זה נדונה התחייבותה של עיריית באר שבע כלפי קופת החולים של ההסתדרות הכללית, בטרם שהוקם בית החולים ע"ש "סורוקה" בבאר שבע, בי אם יוקם בית החולים, לא יוטלו בגינו מיסים עירוניים. עיריית באר שבע ביקשה להשתחרר מהתחייבותה זו וקופת החולים של ההסתדרות

90 ע"א 250/88 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' עיריית באר-שבע, פד"י מג(4) 493, 488.

הכללית עתרה לבג"צ. כב' השופט קדמי קבע כי ההשתחררות מהסכם זה איננה מוצדקת בהעדר "צורכי ציבור חיוניים". דא עקא, שבהקשר זה הועמדו זה מול זה מצוקתה הכספית של עיריית באר שבע מול מצוקתו הכספית של בית החולים ע"ש "סורוקה", שהיא, לדברי בית המשפט, "מן המפורסמות", ובהתאם לכך נקבע כי מצוקת האחד אינה מצדיקה את העמקת מצוקתו של משנהו, ואין להשתחרר מן החוזה.

9.91 פסק דין זה מתרגם אם כן את המונח "צורכי ציבור חיוניים" למלאכת איזון בין השיקולים הנוגעים לגופו של עניין, כאשר הבחינה אינה אם קיים צורך ציבורי חיוני המצדיק ומחייב השתחררות מן החוזה, אלא אם ישרת הדבר בסופו של יום את האינטרס של הציבור הרחב בצורה הטובה ביותר. מפסק דין זה עולה לכאורה כי אילו היתה קופת החולים של ההסתדרות הכללית משופעת באמצעים כספיים והיה בידה לשלם מיסים עירוניים בגין בית החולים "סורוקה" לקופתה המדולדלת של עיריית באר שבע, היה אכן בהשתחררות מן החוזה כדי להביא להקלה מוחלטת של מצוקה תקציבית, ולא רק להעברתה מזווית אחת לרעותה, והדבר היה מצדיק, לכאורה, השתחררות מן החוזה.

זאת על אף שלא הוצג לכאורה לפני בית המשפט צורך חיוני שיצדיק השתחררות מן החוזה, מלבד המצוקה התקציבית הכוללת.

9.92 הנה כי כן, בלא כיבוד חוזים לא תוכל הרשות לתפקד,⁹¹ אך זהו רק שיקול אחד ממכלול השיקולים שעל הרשות להביא בחשבון ומשקלו הייחודי והמתעדף של שיקול זה ניטל הימנו.

ובעוד שהפרט הכורת חוזה אינו יכול עוד להמשיך ולשקול אם לבצעו, וחובתו לפעול על פי החוזה הינה חובה ברורה ומוחלטת, הרי שהרשות הציבורית המחויבת לנהוג בהתאם לרמת הגינות גבוהה עוד יותר, בהיותה נאמן של הציבור אשר חלילה לה להחל את דברה,⁹² הינה

91 פרופ' קלינגהופר מבהיר בספרו (לעיל הערה 71, בעמ' 122-123) כי האינטרס של הרשות לקיים הסכמים נעץ בעובדה, כי על אף פעילותה המסיבית של המדינה המודרנית בתחום הכלכלי ומעורבותה האינטנסיבית במשק, מוסיפה המדינה לשמור על קיומם של עקרונות מסוימים של הליברליזם. קיומן, זו בצד זו, של תיאוריות המעודדות יחמה חופשית, עם מגמה בולטת של התערבות בחיי המשק, מתאפשרת באמצעות שיתוף פעולה הדוק בין גורמים פרטיים במשק לבין הממשלה. בדרך זו מצליחה הממשלה לאפשר קיומן של יחמות פרטיות, תוך שפעילותם של הגופים הפרטיים תואמת למדיניות הממשלה ומכוונת להגשמת מטרותיה. התלות של גופים פרטיים אלו ברצונה הטוב של הממשלה לכבד את התחייבותיה כלפיהם, ולא להשתחרר מהתחייבות אלו, מחייבת גופים אלו להימנע מטייה ממדיניות הממשלה.

92 ראה לעיל סעיפים 9.15-9.17.

רשאית להמשיך ולשקול אם אכן בהגיע מועד פרעונו של "השטר" החוזי, משתלם לה לעמוד בדיבורה, מבחינת צורכי הציבור הכרוכים בדבר. לאמור, קיומו של חוזה אצל הפרט גורם לחובה מוחלטת, ואצל הרשות רק לחובה יחסית.

9.93 קו זה המסתמן בבירור בפסיקה, לפיו ניתן להשתחרר מחוזה רשות לא רק בעת קיומם של צורכי ציבור חיוניים, נתקל כאמור בשאלה: הכיצד זה ייתכן לוותר על עליונותו הנורמטיבית של הצורך לכבד חוזה, עד כי רק במקרים נדירים יותר לרשות להשתחרר הימנו? והתשובה לתמיהה זו הינה בהכרח כי בית המשפט חותר להותרת שיקול הדעת המינהלי בידי הרשות, באופן מלא ככל שרק ניתן, באשר זוהי חובתה החוקית של הרשות כלפי הציבור ולשם כך נתכוננה הרשות המינהלית.

9.94 ואכן, ניתוח זה מוצאים אנו בבירור בפסק דינו של כב' הנשיא השופט שמגר בע"א 394/82 מייזלר נ' המועצה המקומית נשר.⁹³ בהקשר זה מציין השופט שמגר את חובתה של הרשות להפעיל את שיקול דעתה, כפי שנקבע בבג"צ 297/92 ברגר נ' שר הפנים:^{93א}

"גם מקום בו אין 'הרשאי' בגדר 'חייב'... היינו, גם כאשר המחוקק לא קבע חובה להפעיל סמכות בדרך מוגדרת, נולדת וקמה יחד עם הקניית הסמכות גם החובה לשקול את עצם הצורך וההצדקה להפעלתה של הסמכות".

מכיוון שכך, מסיק כב' השופט שמגר כי מקום שבו כונת הצדדים מפורשת וברורה ליצור התחייבות מצד הרשות כי לא תפעיל את שיקול דעתה, התחייבות זו הינה בטלה. להתחייבות של הרשות יהא תוקף רק מקום שבו נותרת בידה האפשרות לקיים את חובתה להפעיל שיקול דעת ולשקול מהי טובת הציבור. ובלשונו:

"אין בהתחייבות חזית כדי לפטור את הרשות מקיום חובותיה על פי דין. בהתקשרותה עם הפרט חייבת אמנם גם הרשות לכלכל את מעשיה באופן שיקוימו התחייבויותיה, שהרי גם היא כפופה לעקרונות

93 ע"א 394/82 מייזלר נ' המועצה המקומית נשר ואח', פד"י (4) 42.
93א בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פד"י (3) 29. בהקשר זה נקבע, כי החובות, אותן חייבת הרשות לקיים באשר להפעלתה או לאי הפעלתה של סמכותה, הן אלה:
א. אל הסמכות מתלווה חובה לשקול את הפעלתה.
ב. על בעל הסמכות להפעילה באופן הוגן, בלי דעות קדומות ותוך שיקול ענייני, ללא שלילה מראש הסוגרת עצמה בפני כל נימוק וניסיון לשכנע.
ג. הקניית הסמכות מולידה חובות שונות לעניין דרך קבלת ההחלטה.

החוזיים הכלליים. כאשר נושא התחייבויותיה החוזיות נוגע לתחום הפעלת סמכויותיה במישור המשפט הציבורי, ייתכן, על-כן, שתיווצר סתירה בין החובה לקיים את החוזה לבין חובותיה של רשות ציבורית, כמבואר לעיל. אולם גם במקרה כגון זה לא תוכל הרשות לפרוק מעצמה אחריותה ולקיים חוזה, בו התחייבה לנהוג בניגוד לחובותיה כרשות. מכל מקום, כאשר תוכן התחייבויותיהם ההדדיות של הרשות ושל הפרט אינו סותר הנחה זו, עלינו לייחס לצדדים כוונה שלא להתחייב בחוזה באופן שיש בו כדי לשלול את שיקול הדעת של הרשות, כמתחייב על פי הדין, שהרי חוקה על הצדדים, שכוונתם להתקשר בחוזה תקף, שאת הוראותיו ניתן לקיים ולאכזף" (ההדגשה הוספה).

9.95 נמצא, כי הלכת ההשתחררות מחוזי רשות אינה פריווילגיה הניתנת לרשות השלטונית. אילו היתה זו פריווילגיה גרידא, הרי שאכן לא היה מקום להרחיב את תחולתה של הלכה זו גם למקום שבו לא קיימים צורכי ציבור חיוניים המחייבים להשתחרר מן החוזה. הלכת ההשתחררות מחוזי רשות היא השתקפות הצורך להעניק לרשות מרחב רב ככל שניתן של שיקול דעת, למען תמלא את החובה הציבורית שהוטלה עליה בדין. אכן, כיבוד החוזה הינו שיקול חשוב מהרבה בחינות. אך אם משמעו של החוזה הוא, בי הרשות תחדל לשקול, באופן חופשי ומשוחרר ככל שרק ניתן, מהי טובת הציבור, הרי שהתוצאה תהא כי ההסכם האמור יהא נעדר תוקף מלכתחילה. רק הנחה, כי הפרט המתקשר עם הרשות מודע לעובדה כי בידי הרשות נותר שיקול דעת חופשי, מאפשר ליתן להסכם מסוג זה תוקף מחייב.

9.96 בהתאם לניתוח זה מובנת בהחלט המגמה שאותה ראינו בפסיקה שנסקרה לעיל, לתרגם את הלכת ההשתחררות מחוזי רשות למונחים של איזון אינטרסים באופן השומר, באופן מרבי, על מרחב שיקול דעתה של הרשות. הלכת ההשתחררות הינה איפוא ביטוי לרצון להותיר בידי הרשות המינהלית כר נרחב של שיקול דעת, כתוצאה מחיוביה החוקיים כלפי הציבור לאזן בין אינטרסים ולשקול בכל עת מהי טובת הציבור. הלכת ההשתחררות מחוזי רשות נובעת אם כן אף היא מחובת האמון של הרשות כלפי הציבור הרחב.

9.97 הבנה זו להלכת ההשתחררות מחוזי רשות מעבירה למעשה הלכה זו ממישור הפריווילגיות אל מישור החובות המוטלות על הרשות המינהלית, כשהדגש אינו על ההיתר שלא לכבד חוזה אלא על החובה להמשיך כל

העת ולהפעיל את השיקול בדבר טובת הציבור. הבנה זו של הלכת ההשתחררות פותחת פתח להרחבת ההלכה אף אל גופים שלא מן הראוי להעניק להם פריוילגיות המוענקות למדינה, אך שמן הדין לראות בהפעלת שיקול הדעת הנעשית על ידם, חובה המקבילה לזו שמוטלת על הרשות המינהלית.

9.98 ויצוין, פרופ' טדסקי גורס,⁹⁴ כי המדינה אינה יכולה להיות כפופה לדיני החוזים הרגילים, בכל הנוגע לחוזים שהינה כורתת בתחום השלטוני, להבדיל מן החוזים בתחום המסחרי,⁹⁵ וזאת לנובא אי ההתאמה השוררת בין הרצונות של הצדדים, שהינה הבסיס לדיני החוזים. לדעתו של פרופ' טדסקי, חוזי רשות אינם חוזים, שכן רצונות הצדדים אינם "במישור" אחד, ומכאן נובעת לדידו הלכת ההשתחררות מחוזי רשות. פרופ' טדסקי מציין בהקשר זה כי הפרט פועל ממניעיו הוא ואילו המינהל ממלא את תפקידו הציבורי.⁹⁶ לפיכך אין לראות כיצד שני רצונות אלה עשויים להתמוזג למעשה אחד, במובן שהדבר קורה בחוזים אזרחיים.

דא עקא, שהעובדה כי לממשל יש מניעים במישור שונה מזה של הפרט, להתקשרות בחוזה, עדיין אינה גורעת ממפגש הרצונות שנוצר ביניהם. אכן הרשות כורתת חוזה כדי להגשים את חובתה כלפי הציבור לפעול להשאת טובתו, וחובה זו מחייבת לעיתים לחרוג מן החוזה. אך העובדה כי המניע לכריתת החוזה הינה החובה לפעול למען רווחת הציבור אינה גורעת מן המישור הוולונטרי של ההחלטה לפעול בדרך של כריתת חוזים ולא בדרך שלטונית. לכאורה, בהחלטת הרשות לפעול בדרך של כריתת חוזה, חלף אלטרנטיבות שלטוניות שבידה, יש לכאורה "ירידה" של הרשות אל "המישור" הפרטי, במובן זה שקיימת חתירה לבצע דברים רק בתחום המוסכם ובגדר מפגש הרצונות שהושג.⁹⁷

94 ג' טדסקי "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט", לעיל הערה 75, בעמ' 241.
 95 לדחיית ההבחנה בין חוזים שלטוניים לבין חוזים מסחריים, בכל הנוגע לדינים המיוחדים החלים על חתי רשות, ובכלל זה בכל הנוגע להלכת ההשתחררות מחתי רשות (כמו גם לדחיית ההבחנה בין שלבי ההתקשרות השונים), ראה ג' שלו בספרה דיני חוזים, לעיל הערה 75, בעמ' 648-654, וכן במאמרה "חתי רשות: הדין והדיון", לעיל הערה 75, בעמ' 204-205.
 96 בהקשר זה מעניינת דעתו של: Keyes, Government Contracts, (St. Paul, Minn., 1972) 2, לפיה המדינה עומדת במצב נחות כלפי הפרט, בשל צרכיה המרובים, ומטעם זה אין המדובר ביחסים של שוויון.

97 ביקורת זו מביעה ד' ברק בספרה, לעיל הערה 71, בעמ' 39. לדעתה של ד' ברק, חלה התפתחות בפסיקה ו"הדואליות הנורמטיבית" שוררת אף בתחום החוזים המסחריים. ואולם, אם מוצגים הדברים כהתפתחות של הלכת ההשתחררות וחזירתה אף לתחום החוזים העסקיים שהמדינה עושה, הרי שהראיות שמביאה ד' ברק, לגישתה, אינן מספקות לכאורה. בבג"צ 262/62 מרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פד"י טז 2101; בבג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל, פד"י לז(3) 729, ובמאמרו של פרופ' ד' פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות

9.99 לעומת זאת מובנת גישתה של פרופ' שלו,⁹⁸ המגדירה את הלכת ההשתחררות מחוזי רשות כתוצאה מקונפליקט הנוצר בין כוחו המחייב של החוזה לבין סמכויותיו הריבוניות של השלטון. מחד גיסא, ברור כי ממשל מודרני אינו יכול לנהל את פעילויותיו באורח יעיל ואמין בלא התקשרות בחוזים ובלא כיבודם של החוזים אלו. ומאידך גיסא, יש לאפשר לממשל הריבוני לנהל מדיניות גמישה ומתואמת לשינוי העיתים והצרכים, כאשר המודד העליון לפעולתו הוא טובת הכלל. בהתאם לגישה זו, מכיוון שצמצום חופש פעולתו של המינהל וחיובו לפעול בדרך אחת בלבד, בהתאם לחוזים שאותם כרת, עלול לסכל את יכולתו של המינהל למלא ביעילות את התפקיד שהוטל עליו בדין, הרי שיש לאפשר למינהל להשתחרר באורח חד צדדי מחוזי בנסיבות מסוימות. ואולם, מבאן פתוחה הדרך לנמק את חופש פעילותו של הממשל כפריווילגיה המוענקת לרשות הציבורית כדי שתוכל לקיים את חיוביה,⁹⁹ וניתן לנמק זאת בחובה החוקית המוטלת על הרשות להפעיל בכל עת את שיקול דעתה למען טובת הציבור, שיקול דעת שאין להרשות את הגבלתו מכוח חוזה.

9.100 הניתוח המוצע על ידינו לסוגיה דנא הוביל למסקנה כי הלכת ההשתחררות מחוזי הרשות נובעת מחובת האמון של הרשות כלפי הציבור. חובת אמון זו מחייבת לשמור על חופש שיקול הדעת של הרשות לשיקול את הנושא מחדש ולבחון מדי טובת הציבור, על אף קיומו של חוזה מחייב. שיקול הדעת נשמר באמצעות האפשרות לחרוג מן החוזה כאשר צרכים חיוניים מחייבים לעשות כן. בהתאם לפסיקה המאוחרת להלכת מילר, מחייבים יחסי אמון אלה שמירה על מרחב מרבי, ככל שרק ניתן, של שיקול דעת בפעילות הרשות, שמשמעו כי הרשות תוכל לסטות מן החוזה שכרתה כאשר טובת הכלל מחייבת זאת, וזאת גם

ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 598, נדונה תחולתן של חובות (כגון איסור הפליה) על הרשות המינהלית הפועלת בתחום המשפט הפרטי. אך מניין לנו כי דברים אלו מתייחסים אף לפריווילגיות שקובע המשפט הציבורי כגון זכות ההשתחררות מחוזי רשות? ואולם, לפי גישתנו הרואה בהלכת ההשתחררות מחוזי רשות פועל יוצא מן החובות שמטיל המשפט הציבורי על הרשות ולא חסינות המוענקת לרשות, הרי שתמידיות אלו מתיישבות.

98 ג' שלו "חוזי רשות בישראל", לעיל הערה 75, בעמ' 159.

99 וראה אסף פתנר במאמרו הנוכח, לעיל הערה 75, בעמ' 515, המבקר את הגישה הרואה את הלכת ההשתחררות מחוזי רשות בחסינות המוענקת לרשות. לדבריו מתפקדת הרשות היטב על אף שחסיניות אחרות שניתנו לה בחוק ניתנות לעקיפה, כגון קבלת צו עשה כנגד רשות מינהלית על אף הוראת סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, באמצעות פנייה לבג"צ. כמו כן פוגעת, לדעתו, הלכת ההשתחררות מחוזי רשות, אם תוגדר כפריווילגיה, בעקרון שלטון החוק במונחי המהותי, המתייחס לשוויון הכל בפני החוק; לעניין זה ראה גם א' ברק "שלטון החוק" (קובץ הרצאות בימי עין לשופטים, תשל"ו) 15, 22-23.

כאשר אין מדובר בצורכי ציבור חיוניים אלא באיזון כולל של האינטרסים, המביא למסקנה כי עדיף לציבור כי החוזה הנדון לא יכובד.

ג(4) יישום הלכת ההשתחררות מחוזי רשות ביחס לחברות ממשלתיות

9.101 הנפקות לענייננו מן הניתוח דלעיל ברורה היא. אם הלכת ההשתחררות מחוזי רשות מהווה חסינות הניתנת לרשות השלטונית, על שום מעמדה המיוחד, הרי שלכאורה אין להקיש מכך דבר בכל הנוגע לחברה הממשלתית, שאינה אלא גוף מן המשפט הפרטי - הנשלט על ידי הממשלה.

ואולם, אם המדובר בהלכה הנובעת מחובת האמון כלפי הציבור, המחייבת להפעיל את שיקול הדעת באופן חופשי, הרי שחובה דומה עשויה לחול גם על החברה הממשלתית, החבה חובת אמון כלפי הציבור, לנוכח התפקיד שהופקד בידה לאון בין אינטרסים כמפורט לעיל.¹⁰⁰

9.102 נאמן הציבור אינו יכול לפגוע באינטרס של הציבור שמינהו, רק מכיוון שהתחייב כלפי מאן דהוא לעשות כן. זאת על אף הכלל שחוזים יש לכבד. החברה הממשלתית חבה לדידנו בחובת נאמנות כלפי הציבור.

אכן, גם החברה הממשלתית, כרשות המינהלית עצמה, לא תוכל לתפקד אם חוזה לא יכובדו, ושיקול זה עליה להביא בחשבון כחלק מן האיזון בין האינטרסים הציבוריים שעליהם היא מופקדת.¹⁰¹ ואולם, בהתאם

100 לדעתה של פרופ' שלו מהווה הלכת ההשתחררות מחוזי רשות חלק מן "הדין האישי" החל על הרשות הציבורית בכל אשר תפנה, ומשום כך גובר דין זה על דיני המשפט הפרטי, השוררים ביחס להתקשרות החחית, כפי שדין ספציפי גובר על דין כללי. הגדרת "הדין האישי" בפונקציה של החובה לשיקול את טובת הציבור, מאפשרת לדידנו לקבוע, כי גם בחברה הממשלתית קיים "דין אישי" המאפשר להשתחרר מחחה כדי לשמור על מרחב של שיקול דעת. ואולם, בכל הנוגע להלכת ההשתחררות מחוזי רשות, גוברת הנורמה של המשפט הציבורי על המשפט הפרטי אף בלא להזיק לסברה זו. במקרה זה מתרחבת ההנמקה שמציעה פרופ' שלו המשפט הציבורי יגבר על המשפט הפרטי, לא רק על שום היותה של הלכת ההשתחררות מחוזי רשות חלק מן המשפט הציבורי המהווה את "הדין האישי" של המתקשר, אלא גם מכיוון שכאשר גוף ציבורי כורת חחה, הרי שהוא מגביל את שיקול דעתו. כדי שהמשפט הפרטי יחול מלכתחילה, והחחה לא יהא בטל מעיקרו, מן ההכרח הוא כי נחיל את המשפט הפרטי בכפוף לסייג, המותיר בידי הרשות מרחב של שיקול דעת ואפשרות להשתחרר מן החחה כביטוי לשיקול דעת זה.

101 בהקשר זה "מתהפכות היוצרות" בהגדרת האינטרסים המתנגשים. האינטרס הציבורי יוגדר, במקרה זה כאינטרס, כי החברה הממשלתית תוכל לפעול בשוק בלא שיחששו מפניה כי חחיה אינם אכיפים, ואילו האינטרס הפרטי שלה יהא, במקרה זה, לפעול בהתאם לכללי המשפט הציבורי ולהשתחרר מן החחה.

להיגיון האמור, תוכל החברה הממשלתית ככלל להשתחרר מחוזה שכרתה, כאשר איזון הולם והוגן בין האינטרסים השונים יביא למסקנה כי טובת הציבור, באותו מקרה מסוים, הינה להשתחרר מן החוזה.

9.103 ויצוין, פוזנר¹⁰² מבהיר את הגיונה של הלכת ההשתחררות מחוזי רשות, בכך שיש להתחשב בחובות המוטלות על הרשות ולאפשר לה להתמודד עם בעיות הנובעות מאופי תפקידיה, מהרכבה ומתחלופת מרכיביה. חוק החוזים אינו מספק תשובות לבעיות כגון התקשרותו של ממשל אחד בחוזים כדרך לאכיפת השקפת עולמו אף בעת התחלפותו בממשל אחר. משום כך נקבע במשפט הציבורי כלל המאפשר לרשות הציבורית להשתחרר מכבליו של חוזה, והקובע, כי לרשות אין מורא לבד ממוראו של החוק, המחייב אותה לפעול לטובת הציבור בהתאם למיטב שיקול דעתה.

9.104 אנו שותפים להנמקה זו, בכל הכבוד, ומוסיפים לה מימד נוסף. הפונקציות של המינהל מחייבות את הפעלת שיקול הדעת באופן תמידי. ומכאן כי התפקיד הציבורי שהוטל על הרשות על פי דין, מחייב את הרשות לשמור על האפשרות להפעיל את שיקול הדעת האמור, כדי שתוכל למלא את חובתה לשיקול בכל עת מהי טובת הציבור. חובת האמון כלפי הציבור מחייבת את הרשות לנקוט בצעד הטוב ביותר מבחינת הציבור הרחב, גם אם הדבר עומד בסתירה לחוזה שנכרת בעבר עם פרט כלשהו. זאת, תוך התחשבות בכך שהצורך לכבד חוזים מהווה אף הוא אינטרס ציבורי, שיש להביאו בחשבון בעת האיזון בין האינטרסים השונים. על רקע זה ניתן להבין את הגישה המסתמנת בפסיקה להשתחרר מכבלי "הצרכים החיוניים" שבהם נכרכה הלכת ההשתחררות מחתי רשות, תוך הפעלת איזון בין אינטרסים החותר להענקת מרחב ניכר של שיקול דעת לרשות המינהלית, אף כאשר זו, תחת שלטון פוליטי זה או אחר, כבלה את ידיה בחוזה.

9.105 זאת ועוד, ראיית חובת ההשתחררות מחוזי רשות כנובעת מחובת האמון של הרשות המינהלית כלפי הציבור הרחב, מביאה להחלת הלכה זו אף ביחס לחברה הממשלתית, לא רק מכיוון שגם חברה זו חבה בחובת אמון כאמור כלפי הציבור, אלא מכיוון שגם בחברה זו בא לידי ביטוי הצורך, שעליו עומד פוזנר, לאפשר לממשל חדש לבצע מדיניות שונה משל קודמו.

102 א' פוזנר "חוק החוזים המינהליים - כרח המציאות", לעיל הערה 75, בעמ' 511-512.

מדיניות הממשלה בתחום הכלכלי מיושמת, במידה רבה, כפי שראינו בפרקים הקודמים, באמצעות חברות ממשלתיות. וחוק החוזים אינו מעניק פתרון לבעיות אלו.

מן ההכרח איפוא להחיל את המשפט הציבורי, לרבות הלכת ההשתחררות מחוי רשות, כדי לענות על צורך זה, וכדי שבהתחלף ממשלה אחת ברעותה, תוכל הממשלה החדשה ליישם באמצעות החברות הממשלתיות את מדיניותה החדשה, ללא שתהא כבולה לחוזים שכרתו חברות ממשלתיות אלו בתקופת הממשלה הקודמת בהתאם למדיניותה.

9.106 ויצוין, ייתכן כי בחברה הממשלתית יינתן משקל כבד יותר לצורך לכבד חוזים, למען תוכל חברה זו לתפקד בתנאי השוק שבהם היא נתונה. משום כך, ייתכן כי האיוון בין האינטרסים - בהקשר זה - ייעשה באופן שונה בחברה הממשלתית מאשר באורגן הממשלתי, בהתחשב באופיה ובצרכיה הייחודיים של החברה הממשלתית כגוף עסקי. ואולם, הגדרת הלכת ההשתחררות מחוי רשות כפועל יוצא מן החובה לשמור על חופש שיקול הדעת, כדי למלא אחר חובת האמון המוטלת על הרשות, מאפשרת ומחייבת להחיל נורמה זו אף ביחס לחברה הממשלתית.

9.107 ואכן, בעניין מיקרו דף,¹⁰³ שבו הוחלו כללי המשפט הציבורי על חברה ממשלתית מסוימת (חב' החשמל), נקבע באופן ברור על ידי כב' השופט ברק, כי מיקומה וסיווגה של החברה האמורה בתחום המשפט הציבורי, על החובות הנובעים מכך: "יעניק לה לעיתים כוחות שאינם מנת חלקן של חברות פרטיות".^{103א}

9.108 החלת כללי המשפט הציבורי על החברה הממשלתית גוררת אם כן גם הענקת כוחות לחברה הממשלתית.

זאת ועוד, מעיון בהפניה האמורה של כב' השופט ברק בפס"ד מיקרו דף (בספרו של מיטשל, בעמ' 224) עולה, כי אכן מעמדה המיוחד של הרשות בענייני חוזים נובע מחובותיה כלפי הפרט ולא מחסינות או מפריבילגיה המוענקת לה לנוכח היותה ריבון, ומשום כך חלים דינים אלו אף על גופים שבאמצעותם מוצאות חובות אלו אל הפועל:

103 בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פד"י מא(2) 449, 463 (מול האות ד).
(S.D.B. Mitchell, *The Contracts of Public Authorities* (London, 1954) 220, 225. א103

"What matters is not whether the body is an 'emanation of the Crown' or has 'Crown status' but whether or not it is performing a public service. It is from the necessities of that service that the special rules and privileges are derived. Indeed it is noticeable that where Devlin J. used the phrase 'Crown status'¹⁰⁴ he was largely concerned with the public functions performed by the body in question".

9.109 נמצא כי אכן הניתוח דלעיל הינו ניתוח מקובל, ובפסיקה כבר נמצא הד למסקנה המוצעת, לפיה תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות וההכרה בהן כנאמן של הציבור, מביאות אף להענקת כוחות יתר לחברות אלו, בהתאם לצורכיהן הציבוריים. ומכיוון שכך, הרי שהלכת ההשתחררות מחוזי רשות הינה מן הכוחות שיש להעניק לחברות הממשלתיות מהטעמים דלעיל, מה עוד שכאמור, הלכת ההשתחררות מחוזי רשות אינה פריווילגיה הניתנת למדינה, אלא פועל יוצא מחובת האמון שלה כלפי הציבור.

9.110 אשר על כן, לנוכח זיקתה ההדוקה של החברה הממשלתית אל הממשלה והעובדה כי הממשלה משתמשת בחברות ממשלתיות לצורך ביצוע מדיניותה הכלכלית, ולנוכח חובת האמון כלפי הציבור המוטלת כאמור גם על החברה הממשלתית, מן הדין הוא כי תוחל גם הלכת ההשתחררות מחוזי רשות על החברה הממשלתית. אכן, אילו היתה הלכת ההשתחררות מחוזי רשות מהווה חסינות, שהרשות מקבלת כפריווילגיה המוענקת לגופים שלטוניים, הרי שעל אף הזהות בפונקציות שממלאות החברה הממשלתית והארגונים הממשלתיים, היה מתעורר קושי ניכר בהחלת הלכה זו גם על החברה הממשלתית. ואולם, הבנת הלכת ההשתחררות כנובעת מחובתה של הרשות המינהלית לשמור על מרחב של שיקול דעת ולאזן בנאמנות בין אינטרסים ציבוריים שהחוק מפקיד בידה, מאפשרת החלת נורמה זו גם על החברה הממשלתית.

ג(5) סיכום

9.111 חוזי רשות מהווים כלי לביצוע מדיניות הממשלה בתחומי המשק השונים. המינהל הציבורי אינו מייצר בעצמו את כל מה שדרוש לו לשם תפקוד

תקין ויעיל, ועובדיו אינם מבצעים עוד את כל השירותים שהממשל נזקק לשם מילוי משימותיו. כמו כן משמשים חווי הרשות להשגת מטרות לאומיות, כמו העדפת תאגידים מקומיים על פי תאגידים זרים, מטרות חברתיות, כמו הגברת התעסוקה באיזורים מסוימים או השגת רווחה לסקטורים מקופחים באוכלוסייה, ומטרות כלכליות, כמו פיתוח ענפי תעשייה מסוימים, צמצום מוניטרי או הרחבתו.¹⁰⁵ דא עקא, שלשם השגת מטרות אלו עצמן פועלת הממשלה באמצעות חברות ממשלתיות. הפונקציות שאותן מגשים המינהל הציבורי באמצעות חווי רשות, נעשות על ידו, לעיתים רבות, באמצעות החברות הממשלתיות, המשמשות כידה הארוכה של הממשלה ליישום מדיניותה בתחום הלאומי, הכלכלי והחברתי. הגיונם של דברים מחייב אם כן כי ההלכה החלה בכל הנוגע לחווי הרשות והמאפשרת לממשלה להשתחרר מעולו של חוזה כאמור, תחול אף ביחס לחברות הממשלתיות.

9.112 זאת ועוד, מערכת הציפיות של הציבור מן החברה הממשלתית קרובה מאוד לזו הנוהגת כלפי הרשות עצמה, שהרי הציבור נוטה לזהות גופים אלו כרשות גדולה אחת. משטר הדואליות הנורמטיבית החל על חווי רשות, מן הדין על כן כי יחול גם על התקשרויות שמבצעת המדינה, באמצעות החברות הממשלתיות שבבעלותה ובשליטתה. גישה זו משרתת טעמים של הרמוניה שיפוטית.¹⁰⁶ היא נכונה לגופה לנוכח העובדה כי החברה הממשלתית ניחנה אומנם באישיות משפטית נפרדת, אך היא סמוכה על שולחן הממשלה בנושאים רבים ביותר ומבצעת את מדיניותה. והיא עשויה לתרום להסרת חששות מפני ביזורן של סמכויות שלטוניות לתאגידים ציבוריים בעלי אישיות משפטית עצמאית, מגמה שהינה חיובית ליעול המינהל הציבורי.¹⁰⁷

105 ג' שלו "חחי רשות: הדין הדייני", לעיל הערה 75, בעמ' 203. כמן כן ראה: Nelken "The use of 'contracts' as a social work technique" (1987) C.L.P. 207; R. Levenson Government by Private Contract: Experimentation in South San Francisco (University of California, 1976).

106 לענין זה השווה בג"צ 991/91 דוד סטרנק בע"מ נ' שר הבינו והשיכון ואח', פ"ד מה(5) 50, בו נקבע, בעמ' 65, כי מן הראוי לאחד את הנורמות שקבע בית המשפט, בידי מבריס, ביחס לכל הרשויות השלטוניות, ובכלל זה: הממשלה, הרשויות המקומיות, התאגידים הסטטוטוריים והחברות הממשלתיות. ריצון בהקשר דנא, הבחנה בין חברות ממשלתיות שהינן בעלת סמכויות שלטוניות לבין חברות ממשלתיות שבינן סמכויות אחרות, אינה הגיונית, שהרי הלכת השתחררות מחווי רשות אינה תלידה בקיומן של סמכויות שלטוניות הינה חלה גם על חמים מסחריים שכורתת הרשות.

107 ראה ד' ברק בספרה, לעיל הערה 71, עמ' 56: "...נראה שיש לשאוף להברה בתחולתו של אותו משטר משפטי (של דואליות נורמטיבית - ר' א') לא רק על ההתקשרויות השונות של המדינה כלומר, כשלטון המרכזי, אלא אף על אלה של כלל רשויות המנהל. בהקשר זה השקפתי זוכה למשנה חיזוק בעידן הנוכחי שמאופיין בפיוורן של סמכויות שלטוניות לתאגידים ציבוריים בעלי אישיות משפטית עצמאית." בהקשר זה יצוין גם מאמרו של פרופ' י' זמיר "גבראלה שלו: חחי רשות בישראל" משפטים טו (תשמ"ז)

9.113 הדואליות הנורמטיבית המחילה על חווי הרשות את כללי המשפט הציבורי נובעת מחובת האמון שחבה הרשות הציבורית כלפי הציבור. בהקשר זה נקבע בפסיקה כי כללי המשפט הציבורי חלים על שורה של הסכמים ציבוריים, שכן:

“איש הציבור הוא נאמן הציבור. לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס הציבורי הוא פועל. אך טבעי הוא, כי הסכמים והבטחות שהוא נותן נבחנים, על כן, באמות מידה של משפט ציבורי.”¹⁰⁸

זאת ועוד, בפרק זה ראינו כי גם הלכת ההשתחררות מחווי רשות נובעת מחובת אמון זו כלפי הציבור.

ומכיוון שהבהרנו לעיל כי גם החברה הממשלתית חבה חובת אמון כלפי הציבור הרחב, הרי שגם לגבי חוים שכורתת החברה הממשלתית, מן הדין להחיל נורמות מיוחדות של משפט ציבורי ובכללן היכולת להשתחרר מהסכם, האפשרות לשנותו, התרופות על הפרתו וכיו”ב עניינים המייחדים הסכם ציבורי.

9.114 זהו כאמור הדין הרצוי. ואולם, אילו היתה הלכת ההשתחררות מחווי רשות מוגדרת כפריווילגיה המוענקת לרשות השלטונית, הרי שהיה בכך, לכאורה, כדי להעמיד את הלכת ההשתחררות מחווי רשות “מחוץ לתחום” של החברה הממשלתית, באשר חובת האמון מחייבת להחיל לגביה רק את החובות הנובעות מכך, ואילו הסקת מסקנות בדבר תחולתן של זכויות יתר המוענקות למדינה גם ביחס לחברה הממשלתית היתה מרחיקה לכת. ואולם, בפסיקה ראינו כי הלכת ההשתחררות מחווי רשות הוחלה אף כאשר הדבר לא התחייב כתוצאה מקיומם של צורכי ציבור חיוניים, ולמעשה נערך איזון בין האינטרסים השונים לגופם, כשהצורך לכבד הסכמים לא היה אלא אחד מכלל השיקולים הרלוונטיים ואף לא ניתן לו משקל יתר, תוך קביעת “נוסחת איזון” כלשהי בין השיקולים השונים. לנוכח פסיקה זו, ועל רקע ניתוח טעמיה והגינותיה של הלכת ההשתחררות מחווי רשות, הסקנו כי הלכת ההשתחררות מהווה ביטוי לחופש שיקול הדעת, שעליו מחויבת הרשות לשמור, כדי לקיים את

: 544, 543

“אני סבור כי הבסיס העיוני, המצריך ומצדיק כללים מיוחדים לגבי חווי רכישה ע”י המדינה נעוץ בעובדה שאחד הצדדים לחוה הינו גוף שלטוני, וכי בסיס זה משותף לכל סוגי החוים הנערכים ע”י המדינה וכן גם לכל סוגי החוים הנערכים ע”י רשויות אחרות” (ההדגשה הוספה).

108 בג”צ 661/86 רובין נ’ ברגר, פד”י מא(1) 73, 78, מפי כב’ השופט ברק. ההתייחסות הינה להסכם בין סיעות שהתמחדו על תפקידים בלשכת עורכי הדין.

חובותיה החוקיות כנאמן של הציבור. הגדרת הלכת ההשתחררות מחוזי רשות כנובעת מחובותיה של הרשות, לדאוג כל העת למילוי חובתה כנאמן הציבור ולאזן בין האינטרסים השונים, לרבות האינטרס של כיבוד הסכמים, מאפשרת להחיל נורמה זו גם ביחס לחברות ממשלתיות.

9.115 **לסיכום:** מניתוח הלכת ההשתחררות מחוזי רשות נמצאנו למדים אם כן כי גם ביחס לנורמה זו של המשפט הציבורי, דין החברה הממשלתית כדין הרשות הציבורית ואין מניעה להחיל הלכה זו אף ביחס לחברה הממשלתית. כך למשל כאשר מבצעת הממשלה את מדיניותה בתחום הבינוי והשיכון באמצעות חברות ממשלתיות ונכרתים חוזים, ולימים משתנים הצרכים הלאומיים או שנערכים חילופי גברי בממשלה ומשתנה המדיניות, לא יהא משטר פוליטי אחד כפוף למדיניות שהתווה קודמו, ואף החברות הממשלתיות יוכלו להשתחרר מחוזים שהינם מנוגדים למדיניות הכוללת שמתווה הממשלה ולצורכי השעה כפי הינם באותה עת. חובתה של הרשות לפעול לטובת הציבור, בהתאם להשקפת עולמה ולשיקול דעתה, תוכל אם כן להתקיים, אף בכל הנוגע ליישום המדיניות באמצעות חברות ממשלתיות, וגם לגביהן תחול הלכת ההשתחררות מחוזי רשות.

ד. חובת ההנמקה

ד(ו) סגולותיה וטעמיה של חובת ההנמקה

9.116 סגולה טובה יש למשפט המינהלי בבית גנזיו וחובת הנמקה שמה. חובת ההנמקה היא מעקרונות היסוד של מינהל תקין,¹⁰⁹ שכן רשות המנמקת את החלטותיה חושפת את שיקול דעתה לביקורת.¹¹⁰ לעומת זאת, רשות שאינה חייבת לנמק, מצויה לפני פירצה הקוראת לשיקולים זרים לחדור אל בין החלטותיה, שהרי לעולם לא ייודע כי באו אל קרבה.¹¹¹ ההנמקה נחוצה אם כן כדי לשמור על כללי המשחק ההוגן בזירה המינהלית, כאשר עצם החשיפה לביקורת והצורך לנמק, מונעים החלטות שיסודן בשרירות לב או בשיקולים לא סבירים, ונוטעים במי שעניינו הוכרע תחושה ברורה כי עניינו נשקל ונבדק במלוא כובד הראש.

9.117 היטיבה לבטא את השיקולים בהקשר זה הוועדה הממלכתית שהוקמה באנגליה (ועדת פרנק) בדו"ח שהבינה בדבר החלטות שרים, לאחר שקיימה חקירה של הנושא:

"It is a fundamental requirement of fair play that the parties concerned in one of these procedures should know at the end of the day why the particular decision has been taken. Where no reasons are given the individual may be forgiven for concluding that he has been the victim of arbitrary decision. The giving of full reasons is also important to enable those concerned to satisfy themselves that the prescribed procedure has been followed and to decide whether they wish to challenge the minister's decision in the courts or

Lord Denning in *Breen v. Amalgamated Engineering Union* [1971] 2 Q.B. 175; [1971] 1 All E.R. 1148.

R. v. Chief Registrar of Friendly Societies ex p. Cross Building Society [1984] 2 All E.R. 27, 110 55.

111 *R. v. Boundary Commission for England ex p. Foot* [1983] 1 All E.R. 1099. בהקשר זה ראה גם דברי כב' השופט וילברג בבג"צ 243/62 אולמני הסרטה בישראל בע"מ נ' ל. גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י טז 2407, 2426:

"אם אכן דעת הבלדה מניין? אם מעשי השלטונות מותרים מעיני האורח, שיקוליו של זה מוטעים יהיו בבוא יום פקחה לשלטון, הוא יום הבחירות, ונמצאת מידת הדמוקרטיה לוקה. 'מעשיך יקרבוך ומעשיך ירחקוך' זהו חשבון הנפש של השלטון בכל מדינה דמוקרטית, בעוד אשר המימשל הרחני - העומד כביכול למעלה מן הביקורת - מעוניין, לשם קיום המשטר, לכסות ולחפות על מעלליהן הרעים של רשותיו, ויקרתו היא כבודו - מלא עולם של בערות האורח."

elsewhere. Moreover as we have already said in relation to tribunal decisions a decision is apt to be better if the reasons for it have to be set out in writing because the reasons are then more likely to have been properly thought out".¹¹²

9.118 ההנמקה נחוצה אם כן כדי לשמור על כללי מינהל תקין ועל אמינות המינהל. אך אף מעבר לכך; ההנמקה מגבשת, מבהירה ומגדירה את הרהורי הלב.¹¹³ היא נחוצה למחליט עצמו, לא פחות מאשר למי שהחליטו בעניינו. ההנמקה מספקת לגוף המחליט דין וחשבון לאן פניו מועדות. היא יוצרת קו ברור של מדיניות שניתן להמשיכו בעתיד, היא תוחמת גבולות ומבהירה הגיונות. ההנמקה היא חלק חיוני במערך גיבוש ההחלטה המינהלית.¹¹⁴

ד(2) חובת ההנמקה בהלכה הפסוקה באנגליה ובישראל

9.119 באנגליה קבע לורד דנינג כי לחובת ההנמקה יש זיקה הדוקה אל כללי הצדק הטבעי, ובכל מקום שבו יש לאדם זכות להישמע בטרם שמכריעים בעניינו, יש לו גם זכות לקבל את נימוקי הרשות, משזו נמנתה והכריעה בעניין, למען ייווכח כי אכן טענותיו נשמעו כדבעי, נשקלו ונדונו בכובד ראש.¹¹⁵

112 The Franks Report, 1957 (Cmnd 218) para. 98.
113 בהקשר זה מרתקים דבריו של הרב י' ד' סלוביניצ'יק בספרו על התשובה (ההסתדרות הציבורית העולמית, ירושלים, תשל"ה) ביחס לוודויי כחלק מהליך ההכרה של אדם במעשיו ועריכת דין וחשבון עליהם:
"כל אמוציה, כל תחושה, רעיון הרהור, מתבהרים לאדם ונתפסים על ידו לאחר שהצליח לבטאם במשפטים בעלי מבנה הגיוני ודקדוקי. כל כמה שאדם מתהלך ברעיונות סתומים, ויהיו שגיאים ושגיבים כאשר יהיו, כל זמן שלא הוציאם מן הנסתר אל הנגלה - הם אחרים, שונים ועלמלים. עקב הלב מכל ואנוש הוא מי ידענו (יירמיהו, ח, ט). און ירמיהו מתכוון לומר שאין אדם יודע את שבלב זולתו ואין אחרים יודעים את שבקרב ליבו של אדם. אלא, שהאדם עצמו אינו יודע מה מתרחש אף בליבו שלו, עד שהוא מגבש הרגשיו ורעיונותיו ויוצקם לדפוסי ביטוי".
114 משום כך קיימת חשיבות רבה גם בהנמקת פסקי דין. לענין זה ראה: ר' גיבון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב (תשל"ו) 89.
ואכן, בבג"צ 79/63 טרודלר נ' פקודי הבחירות לוועדות החקלאיות, פד"י ח 2503, 2516, קבע כב' השופט ברנזון כי "שופט אינו יוצא ידי חובתו בלי לנמק את החלטותיו". להגיונם של דברים ראה מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", לעיל הערה 57, בעמ' 303:
"שיפוט על פי שיקול דעת אסור לו שיהפך לשיפוט שרירותי. כדי למנוע סכנה זאת אין אמצעי בודק יותר מאשר הנמקה מלאה של פסק הדין. הנמקה מלאה מחנכת את השופט למחשבה ברורה ולהעלאת נימוקיו - כולל תחושתו האינטואיטיבית, עליה דיבר פאונד - מעל לסף תדענו אל אור היום, על מנת שיעמדו למבחן הביקורת של דרגת הערעור, של אנשי המקצוע ושל הציבור כולו".
115 Breen v. Amalgamated Engineering Union [1971] 1 All E.R. 1148. בהקשר זה ראה גם פסק דינו של לורד דנינג בעניין:

9.120 ואולם, עמדה זו לא התקבלה בהלכה הפסוקה באנגליה ומקום שבו מצליחה הרשות להראות לבית המשפט כי ברשותה נימוקים טובים המצדיקים אי הענקת רשיון, נחשבת החלטתה להוגנת על אף שלעותר לא נודעו הנימוקים, עד שאלו נגלו בעת ההתדיינות לפני בית המשפט.¹¹⁶ כך נפסק כי אי מתן נימוקים להחלטה המגדירה אסיר כגורם סיכון חברתי גבוה¹¹⁷ או אף ההחלטה המבודדת אסיר,¹¹⁸ לא יוגדרו כפוגעים בכללי הצדק הטבעי, אם בדיון לפני בית המשפט התברר כי היו בידי הרשות נימוקים טובים להחלטתה זו, וזאת על אף שנימוקים אלו לא נגלו לאוזנו של הנוגע בדבר עד לעצם הדיון המשפטי, ועל אף שהרשות לא נימקה את החלטתה עובר לקבלתה.

9.121 בישראל לעומת זאת התקדמה הפסיקה בצעדים נמרצים יותר מאשר באנגליה,¹¹⁹ ובית המשפט הכיר בחובת ההנמקה עוד בשנת 1957.

בבג"צ 143/56 אחגיגי נ' המפקח על התעבורה¹²⁰ הובאה לפני בג"צ עתירתו של בעל כרכרה להובלת נוסעים בשכר בתל-אביב-יפו, אשר טען כי מאז קום המדינה הלכה ונצטמצמה פרנסתו עד שנתקפחה כליל, הן מפני שהציבור הורגל להשתמש בכלי רכב ממונעים והן מחוסר אפשרות לעבוד בחלק גדול של רחובות העיר תל-אביב, הסגורים לתנועת כלי רכב, המובלים על ידי בהמות. משום כך פנה העותר בבקשה אל המשיב לאפשר לו להשתמש ברשיונו להוביל נוסעים - באמצעות מונית, שאותה הוא עתיד לרכוש. לאחר שהמתין זמן רב למענה, נדחתה בקשתו של

Chief Constable of the North Wales Police v. Evans [1982] 1 W.L.R. 1155 במקרה זה נדון עניינו של אדם שהתקבל לתקופת ניסיון בת שנתיים כשומר מקוף במשטרת צפון וויילס. הוא מילא את תפקידו נאמנה, ועם זאת, על רקע אישי, החליט מפקח משטרת המקוף לזמנו החדיעו כי לא התקבל לתפקיד, ללא שניתנה לו הנמקה כלשהי. בנסיבות אלו, אי מתן ההנמקה גם חסם את הדרך לפני השומר מלהתגונן ומלהעלות את טענותיו כנגד ההחלטה האמורה, ועל כן נקבע כי הינה סותרת לכללי הצדק הטבעי.

116 *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Sherriff & Sons Ltd.* (1986) Times, 18 December; *McInnes v. Onslow Fane* [1978] 3 All E.R. 211.

117 *Williams v. Home Office (no. 2)* [1981] 1 All E.R. 1211 (בהסתמך על פסק הדין משנת 1977 בעניין *Payne v. Home Office*).

118 שם, ואולם, חובת ההנמקה החולה על ידי המחוקק, על חלק מרשויות המינהל מכוח ה- *Tribunals and Inquiries Act 1958* וביום *Tribunals and Inquiries Act, 1971*. להבחנה בין החובה לנמק באופן מפורט (Reasons) לבין החובה להבהיר את הבסיס להחלטה (Grounds) ראה: *Foulkes*, *Administrative Law 7th ed.*, Butterworths, London, (1990) p. 313.

119 ב' ברכה, משפט מנהלי (הוצאת שוקן, 1986) 23, מציין את ההלכה בעניין חובת ההנמקה כאחד הנושאים שבהם לא היססו בתי המשפט הישראליים לנוח את עגלת המשפט הציבורי בישראל בכיוונים אחרים או בקצב שונה מן ההלכה האנגלית, כאשר נתיב התפתחותו של המשפט הציבורי האנגלי לא נראה להם.

120 בג"צ 143/56 חאלד עבר אחגיגי נ' המפקח על התעבורה, פד"י יא 370, (להלן: עניין אחגיגי).

העותר בלא הנמקה כלשהי. בבית המשפט התברר כי למשיב היו נימוקים כבדי משקל לגופו של עניין לסירוב האמור, כגון מדיניות המשרד שלא להוציא בכלל רשיונות חדשים למוניות, משום שהמדינה היתה באותה עת מוצפת מוניות למעלה מהדרוש. ואולם, דווקא משום כך התעוררה תמיהה חריפה על שום מה עיכב המשיב את תשובתו במשך חודשים רבים, ומדוע לא נרשם בתיק ולא נמסר למבקש שום נימוק לסירוב האמור, בעוד שבבית המשפט, כמה חודשים אחר כך, ידע המשיב למסור שורה סדורה של נימוקים כבדי משקל.

9.122 בנסיבות אלו קבע בית המשפט (כב' השופט ברנזון):¹²¹

"...מן הדין הוא שהמשיב ייתן נימוקים לכל החלטה התלויה בשיקול דעת, שיש בה כדי לפגוע באזרח. עליו להראות כיצד ועל סמך מה הגיע להחלטתו, לא רק כאשר הוא נדרש להראות טעם, בבית משפט זה, אלא מלכתחילה כאשר הוא נותן את ההחלטה.

הרי ההחלטה, אם היא אינה שרירותית, חייבת להיות מבוססת על עובדות, מימצאים ושיקולים מסויימים. ואם כך הוא הדבר, מדוע לא יירשמו כל אלה ולא יודעו למי שהדבר נוגע לו כדי שאפשר יהיה להעמידה לביקורת ולמבחן?

...אנו בדעה כי שיקולים של נוחיות ארמיניסטרטיבית כביכול¹²² אינם צריכים ואינם יכולים לגרוע מן החובה המוטלת על כל מי שממלא תפקיד ציבורי לנמק כל שימוש בשיקול הדעת שלו שמקורו בחוק, אלא אם ישנם טעמים מיוחדים לאי גילוי הנימוקים, כגון בטחון המדינה או אינטרס חיוני אחר של המדינה, שרק הם יכולים להצדיק סטייה מן הכלל הוזה" (ההדגשה הוספה).

9.123 לאמור, מכוח ההלכה הפסוקה חלה חובת ההנמקה על כל מי שממלא "תפקיד ציבורי על פי דין".

121 שם, בעמ' 372.

122 הטעם הפרקטי שהועלה באותו עניין היה כי "נח לו (למשיב - ר' א') שהאזרח לא יידע את הנימוקים משיידע אותם. כסגולה נגד ירכוח ומיקוח אפשריים על הסיבות שהביאו לדחיית בקשתו". בהקשר זה קבע בית המשפט, בנוסף לקביעה הנורמטיבית כי טעמים פרקטיים אינם יכולים לגרוע מחובת ההנמקה, כי גם מבחינה פרקטית אין העדר ההנמקה מהווה דרך להפחתת התרייניות משפטיות, ואדרבה:

"יתכן שדווקא חוסר ידיעה ברורה, על מה שהקדיח את עניינו של האזרח אצל השלטונות, עלול לעודד לנסות שוב ושוב להוכיח את צדקת עניינו ולהשיג את מבוקשו, ובסופו של דבר להניעו לפנות לעזרת בית המשפט, ואזי הרי ממילא יצטרכו השלטונות לגלות את טעמיהם ונימוקיהם, ומה הועילו, איפוא, בנהגם זה של הצנעת נימוקיהם?".

ד(3) עיגון חובת ההנמקה בנורמה החקוקה

9.124 ההלכה הפסוקה בעניין אחגיגי שקבעה את חובת ההנמקה, קיבלה גושפנקא סטטוטורית, כאשר שנה לאחר מכן, בשנת 1958 חוקק החוק לתיקון המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: חוק ההנמקות)¹²³ בו נקבעה חובתו של עובד ציבור, כהגדרתו בחוק האמור, להחליט בבקשה שהופנתה אליו ולהשיב עליה בכתב - לא יאוחר משלושה חודשים מיום קבלת הבקשה.¹²⁴ כמו כן נקבע בחוק ההנמקות כי עובד ציבור שנתבקש בכתב להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין, וסירב לבקשה, יודיע למבקש, בכתב, גם את נימוקי סירובו.¹²⁵

9.125 לא זו אף זו, בחוק ההנמקות נקבע כי עובד הציבור שקיבל החלטה ולא נימק אותה, הרי שמלבד האחריות המשמעית של אותו עובד בגין אי

123 ס"ח 264 (24.12.68) עמ' 7. בהקשר זה ראה גם פרופ' י' ה' קלינגהופר, "הצעת חוק סדרי המינהל-משפטים יב (תשמ"ב) 348, שם נאמר:

47" (א) החלטה הנוגעת לזכויותיו של צד או לאינטרסים חוקיים שלו, או החלטה שיש בה משום סירוב, מלא או חלקי, לפנייה על-פי דין, תהיה מנומקת כראוי.

(ב) בהנמקה יפרט עובד הציבור את הבירור שנערך, את השיקולים בהערכת הראיות, ואת הקביעות שבעובדה ושבדין שביסוד ההחלטה.

(ג) נתקבלה החלטה בתוקף סמכות שבשיקול דעת, יפורטו בהנמקתה מניעי עובד הציבור לשימוש שעשה בשיקול דעתו.

48. על אף האמור בסעיף 47, רשאי עובד הציבור שלא להודיע את נימוקי החלטתו, בכל אחד מאלה:

(1) כשהדין המעניק לו את הסמכות להחליט פוטרו מהנמקה;
 (2) כשעניין החלטה הוא סירוב למנות אדם למשרה מלונת או להטיל עליו תפקיד כלוני.
 49. על אף האמור בסעיף 47, לא יודיע עובד הציבור את נימוקי החלטתו בכל אחת מאלה:

(1) כשביתחן המדינה או יחסי החוץ שלה מחייבים שלא לגלות את נימוקי ההחלטה;
 (2) כשגילוי הנימוקים עלול, לדעת עובד הציבור, לפגוע שלא כדין בזכותו של אדם זולת הצד;
 (3) כשבגילוי הנימוקים יש, לדעת עובד הציבור, משום גילוי סוד מקצועי או ידיעה סודית כמשמעותם בכל דין.

50. עובד הציבור שאינו מודיע את נימוקי החלטתו לפי סעיף 47, יפרש בהחלטה את הטעם מהטעמים האמורים בסעיפים 48 ו-49, שעל-פיו נמנע מלהודיע את נימוקיו.

51. היתה החלטת עובד הציבור נתונה על-פי חוקק לערעור, לערר או להשגה אחרת (בסעיף זה - השגה), יודיע עובד הציבור בהחלטה על הזכות להשגה ועל המועדים והדרכים שנקבעו בחוקק למימושה" (ההדגשות הוספו).

סעיף 51 להצעת חוק זו אומץ לאחרונה בסעיף 30 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, ס"ח 1385, כג באדר א התשנ"ב.

124 סעיף 2 לחוק ההנמקות. כמו כן ראה סעיף 6(ב) לחוק ההנמקות, בו נקבע כי אם לא השיב עובד הציבור בתוך שלושה חודשים כאמור, רואים בכך, לענין כל דין, החלטה לטרב לבקשה, ללא מתן נימוקים.

125 סעיף 2 לחוק ההנמקות. עם זאת נקבע בסעיף 3 לחוק ההנמקות כי עובד ציבור לא יהא חייב להודיע על נימוקי סירובו כאשר: יש בדין המעניק לו את הסמכות לפעול הוראה כי הוא רשאי להשתמש בשיקול דעתו בלא לנמק; או כשביתחן המדינה או יחסי החוץ שלה מחייבים שלא לגלות את נימוקי החלטה; או כשהבקשה שסירב לה היתה למנות את המבקש למשרה מסוימת; או כשגילוי הנימוקים עלול לדעת עובד הציבור לפגוע שלא כדין בזכותו של אדם זולת המבקש; או כשיש בגילוי הנימוקים משום גילוי סוד מקצועי או ידיעה סודית כמשמעותם לפי כל דין.

מילוי חובתו על פי חוק ההנמקות,¹²⁶ עליו הראיה כי ההחלטה האמורה נעשתה כדין.¹²⁷

לאמור, חזקת הכשרות, העומדת לרשות המינהלית, נופלת במקום שבו נפל פגם בהליך בהנמקה של ההחלטה המינהלית.¹²⁸

ד(4) יישום לגבי חברות ממשלתיות

9.126 האם חלה חובת ההנמקה על החברה הממשלתית? חוק ההנמקות מתייחס למונח "עובד ציבור" ומחיל עליו את חובת ההנמקה. בסעיף 1 לחוק ההנמקות, מוגדר "עובד ציבור" כ"עובד מדינה, עובד רשות מקומית וכן כל רשות שהוענקה לה סמכות על פי דין". השאלה הנשאלת היא, אם כן, האם מהווה החברה הממשלתית רשות שהוענקה לה סמכות על פי דין?

9.127 בעוד שאת המונח גוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, ניתן היה לייחס גם לחברה הממשלתית, על שום תפקיד הנאמנות בלפי הציבור המוטל עליה מכוח הדין¹²⁹ הרי שאת המונח "סמכות על פי דין" קשה להלום עם חברות ממשלתיות, שהרי לא לכולן הוענקו סמכויות בדין. תפקיד הנאמנות שמטיל הדין אינו מלווה בהכרח בסמכויות, והוא מתבטא, כאמור, בחובה לאזן בין אינטרסים מתנגשים.

כמו כן קשה להלום ביחס לחברה הממשלתית את המונח "רשות", בביטוי "וכן כל רשות שהוענקה לה סמכות על פי דין" הקבוע בסעיף 1 לחוק ההנמקות, שהרי החברה הממשלתית הינה ביסודה גוף מן המשפט הפרטי הכפוף לדיני החברות,¹³⁰ על אף היותו בשליטת הממשלה. החברה הממשלתית אינה "רשות". משום כך נראה, כי אילו היה המקור

126 סעיף 6(א) לחוק ההנמקות.

127 שם, שם.

128 להיקפה של חובת ההנמקה, ראה ע"א 30/56 בן הרוש נ' קצין התגמולים, פד"י י' 931, בו קבע כב' השופט ש"י ז' חשין כדלקמן (בעמ' 932):

"ענין שהעדויות בו מועטות, העובדות ברורות, ושאלות החוק אינן מסובכות, אין מן ההכרח להרחיב עליו את הדיבור, ויעדת הערער יוצאת ידי חובתה, בהסבירה קצרות שאין היא משוכנעת באמיתות גרסתו של המערער או המשיב. אך לא כן הדבר כשבעצם אי השכנוע טען הנמקה".

כמו כן ראה י' זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הורקליס: כו (תשל"ל) 212, 277-226.

129 ראה פרק ח לעיל.

130 סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות קובע כי חברה ממשלתית הינה חברה שדיני החברות חלים עליה.

הנורמטיבי היחיד לחובת ההנמקה שאוב אך ורק מהוראותיו של חוק ההנמקות, הרי שהחברה הממשלתית היתה מופטרת מחובה זו.

9.128 זאת ועוד, חברות ממשלתיות מועטות ביותר עוסקות בתפקידים שלטוניים (בפי שמצינו בעניין חברת החשמל). רוב רובן של החברות הממשלתיות אינן עוסקות בנושאים שלטוניים, ופעילותן מתרכזת בתחום המסחרי העסקי או בתחום הניהולי. ומכאן לכאורה, כי יחסי התלות של האזרח בגופים שלטוניים האמורים להחליט בעניינו על פי שיקול דעתם, אינם קיימים בדרך כלל בכל הנוגע לחברה ממשלתית. ייתכן בי קיימים יחסי תלות כלכלית בחברה הממשלתית בהיותה מנופול או אוליגופול. אך בכך אין כדי להחיל את חובת ההנמקה הסטטוטורית המתייחסת לגוף שלטוני המוגדר כ"רשות".

נמצא אם כן כי העובדה שהחברה הממשלתית אינה "רשות" ואינה גוף ש"הוענקו לו סמכויות בדין" חורגת מן המישור הפורמלי של ההגדרות המהוות תנאי לתחולתו של חוק ההנמקות, וגם במישור המהותי המתייחס לסוג היחסים אשר במסגרתם משתכללת החובה לנמק, אין החברה הממשלתית נכללת בגדר החובה הסטטוטורית הקבועה בחוק ההנמקות.

9.129 דא עקא שחובת ההנמקה הינה עיקרון כללי שנקבע בפסיקה, ואינה תחומה בגבולותיו של חוק ההנמקה. חוק ההנמקה רק נתן גושפנקא סטטוטורית לחובת ההנמקה, הקבועה בפסיקה והנובעת מחובתה של הרשות להקפיד על הליכי מינהל תקינים.¹³¹ הסגולות שנמנו לעיל בחובת ההנמקה, הן המהוות את העילה המהותית להחלת חובה זו, ביחס לכל החלטה מינהלית, אשר הינה מיישמת חובת אמון כלפי הציבור.

9.130 משום כך נראה, בי אילמלא היתה החברה הממשלתית חבה חובת אמון כלפי הציבור הרחב, היה זה אכן בלתי סביר לדרוש הימנה לנמק את פעולותיה, לבקשת אזרח או גוף עסקי שבקשתו נדחתה, זאת בכל הנוגע לפעילותה העסקית של החברה הממשלתית. ואולם, משעמדנו על כך כי קיימת חובת אמון מצד החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב, הרי

131 חובת ההנמקה נפסקה בענין אחגיגי כאמור, עד בטרם שחוקק חוק ההנמקות. גם אין לומר כי הנרמה החקיקה שנקבעה בחוק ההנמקות ממצה חובה זו, ומכלל הן שבחוק ההנמקות ניתן ללמוד על הלאו, באופן שמי שאינו כלול בחוק זה אינו חב בחובת הנמקה. פרשנות שכוו תפגע בעקרונות יסוד, שכן יסודה של חובת ההנמקה הינו בנדרמות מחיבות של מינהל תקין, כמבואר לעיל, ומשום כך מן הידן להחילו גם במקומות שלא שיערם המחוקק בעת קביעת חוק ההנמקות. כך למשל ראה פ"ד שלום נ' פרס להלן הערה 134.

שחובה זו גוררת בעקבותיה גם את תחולתה של חובת ההנמקה, כנגזרת מנורמות של משפט ציבורי שיסודן בהלכה הפסוקה.

9.131 זאת ועוד, סוגיה זו של חובת ההנמקה נושקת לסוגיית גילוי המסמכים על ידי הרשות הציבורית. כפי שנראה להלן, גם ההלכה הפסוקה בעניין גילוי המסמכים תוביל למסקנות זהות ביחס לחברה הממשלתית, כאשר הלכות אלו מהוות אינדיקציה על דרך של היקש, בכל הנוגע לחובת ההנמקה. נפנה על כן לסקור את ההלכה שנקבעה בעניין גילוי המסמכים על ידי הרשות הציבורית.

ד(5) היקש מסוגיית גילוי המסמכים

9.132 בסוגיית החובה בדבר גילוי מסמכים על ידי רשות ציבורית נפסק לאחרונה:

"הכלל הוא שמסמכים שנתקבלו בידי הרשות תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה על פי דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר, ואין הרשות נשמעת לאמור שמשנכנס המסמך לתיקיה, שוב אין הצד הנוגע בדבר רשאי עוד לראותו"¹³² (ההדגשה הוספה).

9.133 דוק, חובת גילוי מסמכים זו נקבעה ביחס ללשכת עורכי הדין, ונפסק כי עליה לגלות לעורך הדין שהגיש תלונה על רעהו את תגובתו של עורך הדין נשוא התלונה.

ועל שום מה כונתה לשכת עורכי הדין בתואר "רשות" והוחל עליה הכלל האמור? - על שום חובת הנאמנות המוטלת עליה.¹³³

ואם כן הוא, הרי שהוא הדין והיא המידה ביחס לחברה הממשלתית המהווה נאמן הציבור כאמור, ואשר על פי היגיון זה גופו, תהא חייבת לגלות את המידע שבידה למי שעניינו נדון, בהיותה מוגדרת בפסיקה לצורך עניין זה כ"רשות" כאמור.

132 בג"צ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פד"י כה(1) 325, 331.

133 שם, שם. זהו ההקשר שבו קבע כב' השופט ח' כהן כי:
"לא הרי רשות היחיד רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עתה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום; כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן...".

9.134 כמו כן מצינו לאחרונה בי לנוכח קיומה של חובת אמון האמורה כלפי הציבור הרחב, יצר בית המשפט את החובה לגלות הסכמים קואליציוניים.¹³⁴ בתוך כך קבע כב' השופט ברק:

"מחובת נאמנות זו, שאיש הציבור נושא בה, נגזרות חובות מספר כגון החובה להימנע מניגוד עניינים... מחובת הנאמנות נגזרת גם חובת הגילוי. אכן, מידע המצוי אצל איש פרטי, יחזיקו לעצמו. אין עליו חובה לגלותו, אלא אם כן חובת תום הלב מחייבת זאת. לא כן איש הציבור... הנה כי כן חובת הגילוי נגזרת מחובת האמון. אך למעלה מזאת... כשם שמחובת ההגיונות נגזרת חובת ההנמקה (ראה בג"ץ 143/56)¹³⁵ כן נגזרת ממנה חובת הגילוי" (ההדגשה הוספה).

9.135 נמצאת למד בבירור, כי מיחסי האמון כלפי הציבור נגזרת חובת הגיונות, אשר פועל יוצא הימנה הינה החובה של הנאמן ליתן דין וחשבון למי שעל עניינו הוא מופקד ולנמק מדוע כלכל את עניינו בדרך זו ולא בדרך אחרת.

ד(6) סיכום

9.136 תפיסת החברה הממשלתית כגוף, אשר חוק החברות הממשלתיות הפקיד בידו תפקיד ציבורי לאזן בין האינטרס העצמי של החברה הממשלתית לבין ציפיית הציבור, בי חברה זו תפעל להשאת טובת הציבור בהתאם למדיניות הממשלה ותנהג בהתאם לנורמות היאות לגוף ציבורי, מחייבת את המסקנה כי החברה הממשלתית חבה גם בחובת הנמקה. חובה זו הינה פועל יוצא מרמת ההגיונות המחויבת במסגרת של יחסים שבה קיימים יחסי אמון כלפי הציבור הרחב.¹³⁶

134 בג"ץ 1601/90 של"ט נ' מרס, פד"י מד(3) 353. יושם אל לב, המדובר ביצירתה של חובה משפטית חדשה, מכוח הפסיקה, הנעשית תוך הסתמכות על עקרונות היסוד של השיטה. ראה עמ' 366-367 לפסק הדין. כמו כן ראה, לעניין זכות העיון במסמכי רשות והיקפה, בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ ואח' נ' רשם החברות, פד"י מת(1) 410, 418-419.

135 עניין אחגיגי, לעיל הערה 119, בעמ' 365.

136 בהקשר זה ראה גם ע' אוסנת "תחומי סמכותו של בית המשפט הגבה לצדק לאור הפסיקה החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ו-תשל"ז) 167, המתייחס, בעמ' 181, הערת שוליים 58, לסעיף 7(א) לחוק החברות הממשלתיות. לדידו, חלות החובות מן המשפט הציבורי על כלל החברות הממשלתיות, וסעיף 7(א) לחוק החברות הממשלתיות: "אינו בא לגרוע מסמכות בג"ץ לפי סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט תשי"ז-1957, אלא להרחיב את סמכותו לגבי חברות ממשלתיות, שבגדר סעיף 7(א), גם לגבי כללים סטטוטוריים, כגון: חובת הנמקה לפי החוק לחיזוקן סדרי המינהל (הנמקות), תשי"ט-1959".
אנו סבורים כי חובת ההנמקה חלה אף היא על כלל החברות הממשלתיות. לדידנו, סעיף 7(א) לחוק החברות הממשלתיות בא לגרוע מוכחותה של החברה הממשלתית להשתחרר מתחולתן של נורמות

9.137 בשלהי פרק ח לעיל (סעיפים 8.100-8.109) ציינו, כי חובת האמון כלפי הציבור הרחב גוררת תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי רק ככל שהדבר נוגע למגעייה של החברה הממשלתית עם הציבור במסגרת יישום מטרותיה של החברה הממשלתית. לעומת זאת, בכל הנוגע להתארגנות הפנימית של החברה הממשלתית, לא קיימות ציפיות כי החברה תנהג כגוף ציבורי ובהעדרן של ציפיות כאמור לא צומחות חובות מן המשפט הציבורי ביחס לפעילות זו. ומכאן כי החברה הממשלתית תהא חייבת לנמק רק בכל הנוגע להספקת המוצר או השירות, אשר לשמו הוקמה החברה הממשלתית, והיא לא תחול בכל הנוגע לפעולות של התארגנות פנימית.

9.138 המורס מן האמור הוא, אם כן, כי החברה הממשלתית כפופה גם לנורמה המחייבת אותה לנמק את החלטותיה וכן מוטלת עליה חובה מוגברת לגילוי מסמכים, בכל הנוגע לפעילות שבה באה החברה הממשלתית במגע עם הציבור במסגרת יישום מטרותיה, ולהבדיל מפעילותה של התארגנות פנימית.

9.139 לנוכח תכונותיה הטרומיות של ההנמקה כפי שתוארו לעיל, ולנוכח הסגולה הטמונה בה, כנגד שרירות לב, חוסר סבירות וחוסר עקביות, דומנו כי תוצאה זו הינה רצויה ביותר, וכפיפותה של החברה הממשלתית לחובת ההנמקה תאפשר גם ביקורת בדבר קיומן של נורמות בסיסיות אחרות, אשר הסקנו לעיל כי יש להחילן גם ביחס לחברה הממשלתית.

9.140 סביר להניח שבהקשר זה של חובת ההנמקה והחובה לגלות מסמכים, יהא זה חיזיון נפרץ כי צרכים עסקיים יחייבו לסטות מן הכלל האמור, כדי שלא לפגוע בכושר התחרות של החברה הממשלתית, ובמקרים אלו אכן לא תחול חובת ההנמקה. ואולם, בכל מקום שבו לא קיימים צרכים עסקיים חיוניים המחייבים סטייה מעקרונות אלו, והפרט הרואה עצמו נפגע מהחלטת החברה הממשלתית דורש כי זו תנמק את החלטתה, מחמת חששו שמא נגועה החלטה זו בהפליה, בחוסר סבירות או אף בשרירות וכיו"ב ליקיים אשר תחולתן של נורמות מן המשפט הציבורי אוסרות אותן בכל ימצא, הרי שהחברה הממשלתית תחויב ליתן הנמקה להחלטתה, על אף שמדובר בפעילות עסקית מובהקת.

מן המשפט הציבורי אף במקום שבו צרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת. לאמור, חברה ממשלתית אשר הממשלה קיבלה החלטה לגביה מכח סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות, תהא כפופה לכללי המשפט הציבורי - בכל מקרה ובכל מחיר כלכלי. ואולם, גם שאר החברות הממשלתיות כפופות לכללי המשפט הציבורי - לרבות חובת ההנמקה, כל עוד שצרכים עסקיים חיוניים אינם מחייבים להשתחרר מכללים אלו.

ה. מסקנת הדברים

9.141 לקביעה כי החברה הממשלתית חבה בחובות אמן כלפי הציבור הרחב יש השלכות מרחיקות לכת. מחמת קביעה זו הופכת החברה הממשלתית, לכל דבר ועניין, לגוף אשר חלים עליו אף המובהקים שבכללי המשפט הציבורי.

הניתוח דלעיל מלמד, כי לא זו בלבד שהחברה הממשלתית לא תוכל להפלות, ולא תוכל לפעול בשרירות וכיו"ב נורמות בסיסיות מן המשפט הציבורי, אלא שאף נורמות הלוואי של המשפט הציבורי יחולו על החברה הממשלתית, אם אך נגדיר חברות אלו כחבות בחובת אמן כלפי הציבור. כך תהא החברה הממשלתית מחויבת לכבד הבטחות מינהליות, לנמק החלטות ולגלות מסמכים הנוגעים לאדם שעניינו נדון על ידה. וכך תהא החברה הממשלתית מחויבת גם לשמור, באופן מתמיד, על מרחב של שיקול דעת, הגורר אפשרות להשתחרר מחוזה, כאשר טובת הציבור וצרכיו מחייבים לעשות כן.

9.142 נורמות אלו לא יחולו על החברה הממשלתית - בכל מקרה. בהקשר זה ציינו כי ביחס לגוף מסחרי, מן הראוי לספק מרחב וגמישות, שיאפשרו לו להתמודד עם צרכים שהאינטנסיביות של הפעילות העסקית גורמת להם. משום כך, הצענו כי החברה הממשלתית תוכל להשתחרר מן הנורמות של המשפט הציבורי כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת. ואכן, הגדרת חובת הנאמנות, כנובעת מתפקיד של איזון בין אינטרסים, מאפשרת להגיע לתוצאה זו, כפי שראינו לעיל. אך זהו היחצא מן הכלל ובו קיימת הבחנה בין החברה הממשלתית לבין התאגיד הסטטוטורי. לעומת זאת, הכלל הגדול הוא כי על החברה הממשלתית לנהוג כיאות לגוף המהווה זרע ביצועית של הממשלה והמזוהה בתודעת הציבור, ובצדק, עם הרשות המינהלית.

9.143 בהתאם למודל המוצע תהא אם כן צלמה ודמותה של החברה הממשלתית כצלמו וכדמותו של התאגיד הסטטוטורי.

אין שום סיבה ליצור נפקות, בהקשר זה, בין בנק הדואר למשל, המנוהל על ידי רשות הדואר, לבין הבנק לפיתוח החקלאות שהיווה חברה ממשלתית.

זה כזה הינם גופים מסחריים, השואפים לרווחיות וליעילות, והחייבים לפעול בהתאם לנורמות הולמות של הגינות וסבירות, אף בפעולתם במישור המסחרי. ומן הדין הוא כי זה כזה יהיו מנועים מלהפלות ומלנהוג בשרירות, וכי זה כזה יהיו חייבים לכבד הבטחות מינהליות, שעמדו בארבעת התנאים הקפדניים לשכלול הבטחה מינהלית (לרבות התנאי המאפשר להשתחרר מהבטחה שכזו כאשר צרכי הציבור העדכניים מחייבים לעשות כן), וכי זה כזה יחוייבו ליתן דין וחשבון לאלו שפניהם הושבו ריקם.

9.144 תוצאה זו, המזהה את החברה הממשלתית עם התאגיד הסטטוטורי, לבד מזכאותה של החברה הממשלתית להשתחרר מן הנורמות של המשפט הציבורי כשצרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת, יוצרת הרמוניה משפטית, לפיה יחויב כל גוף ציבורי לפעול בהתאם לסטנדרטים ברורים של הגינות וסבירות, בין בפעולתו השלטונית ובין בפעולתו העסקית, ותהא צורת התאגדותו, הקמתו וניהולו אשר תהא.

9.145 מסקנותינו האמורות, המתרגמות את חובת הנאמנות של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב להחלה של כל קשת הנורמות מן המשפט הציבורי על החברה הממשלתית, יוצרת אם כן השוואה נורמטיבית רחבה של החברה הממשלתית לתאגיד הסטטוטורי, והינה משקפת לדעתנו מגמה של דין רצוי, בדומה למקובל זה מכבר בקנדה, באנגליה ובארצות הברית.

פרק י

הדין הרצוי

- (1) המשפט הציבורי כהישג נורמטיבי
- (2) תפקידים היוצרים מטבעם חובת אמון
- (3) המודל העיוני שהצענו
- (4) ציפיות הציבור וגדרי חובת האמון
- (5) הנוסחה הטכנית להחלת כללי המשפט הציבורי
- (6) המודל המוצע והליך ההפרטה
- (7) החברה הממשלתית והתאגיד הסטוטוטורי בישראל ובארצות המשפט המקובל
- (8) יישום המודל המוצע ביחס לנורמות ספציפיות של משפט ציבורי
- (9) מסקנת הדברים

י(1) המשפט הציבורי כהישג נורמטיבי

10.1 סמכויות ללא כללי הפעלה, כוח ללא ביקורת ופעילות ציבורית ללא אמצעי פיקוח, עלולים להוביל לשרירות.

תכלית המשפט הציבורי הינה למנוע שרירות זו ולהתוות את הקווים, אשר רק במסגרתם תופעלנה סמכויות.

למטרה זו חותר המשפט הציבורי באמצעות כללים, המציבים נורמות של הגינות וסבירות לפעילות המינהל, באופן שיבטיח כי העוסקים בצורכי ציבור יעשו כן באמונה.

10.2 ואכן, כללי המשפט הציבורי הינם כללים המאפיינים יחסי אמון. הנאמן מחויב להעמיד לנגד עיניו את טובתו הבלעדית של מי שעל ניהול ענייניו הוא מופקד. אין הוא רשאי להביא בחשבון אינטרסים והעדפות אישיות משלו. הוא הדין והיא המידה ביחסי הרשות הציבורית והציבור הרחב.

משום כך, בעוד שהפרט, העושה בתוך שלו, רשאי להשתית את החלטותיו על בסיס אמוציונלי ולפעול בהתאם להעדפותיו האישיות, הרי שהרשות, אשר משלה אין לה ולא כלום ובל אשר בידה מוחזק עבור הציבור בנאמנות, מחויבת לפעול אך ורק בהתאם לשיקולים רציונליים העומדים במבחנים של הגינות וסבירות.

10.3 זאת ועוד, גוף פרטי רשאי לשים כראש מעייניו את האינטרסים שלו. אף חובת תום הלב החוזית מבוססת על כן על בסיס הנחה כי אדם קרוב לעצמו. הנורמה שנקבעה בחוק החוזים בדבר תום לב ודרך מקובלת רק קובעת כללי משחק הוגן בין צדדים יריבים השקועים בל אחד בהשאת טובתו הוא.

לא כן הוא ביחס לחובת האמון שחב המינהל הציבורי. חובת אמון זו כלפי הציבור הינה חובה אלטרואיסטית. אין אלו יחסי יריבות בין מי שנמצאים משני צידיו של מתרס, אלא יחסים השוררים בין מי שנמצאים באותו צד של המתרס, שהרי לרשות הציבורית אין משלה ולא כלום, ותכליתה להשיא את טובת הציבור ולהתעלם מאינטרסים והעדפות משלה.

10.4 עם זאת, המינהל הציבורי אינו מופקד, בדרך כלל, על טובתו של אדם אחד ויחיד, ועל אינטרס אחד ספציפי. המינהל מופקד על ענייניו של הציבור הרחב, על מגוון האינטרסים של הפרטים השונים הנכללים בציבור זה, ועל מכלול ההיבטים של טובת הציבור. המינהל מחויב לאזן בין אינטרסים אלו בהגינות ובסבירות. המשפט הציבורי הוא על כן תורה של איזון ראוי והוגן. כללי המשפט הציבורי הם כללים המכוונים להבטיח כי יישמרו נורמות ראויות של הגינות וסבירות בעת האיזון בין האינטרסים השונים, וכי מי שמופקד על ענייני הציבור ינהג בהתאם לחובת האמון, האלטרואיסטית, ההולמת יחסים אלו.

זו תמציתו של המשפט הציבורי ואיך זיל גמור.

10.5 לנוכח הרמה הנורמטיבית שמכתיב המשפט הציבורי לרשויות המינהל העוסקות במשאבים לאומיים, מהווה ההחלה של כללי המשפט הציבורי הישג נורמטיבי. כללי המשפט הציבורי הם הביטוי להתמודדות המשפט עם התקדמות צורכי החיים ועם השתכללות המערכות המדיניות, שבאמצעותן פועל המינהל הציבורי. המשפט הציבורי מהווה במידה רבה זירת התמודדות בין הצרכים הלאומיים, אשר ליישמם הוקנו הסמכויות השונות לרשויות השלטון, לבין המצפון הלאומי. הוא משקף את הרמה הנורמטיבית הנדרשת גם בעת הוצאתן לפועל של מטרות העומדות ברומו של עולם. תחולת כללי המשפט הציבורי היא בבחינת קביעה כי המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים וכי יש לשמור על צלם נורמטיבי ראוי, אף בעת יישומן של מטרות לאומיות נעלות.

10.6 לורד דנינג סיכם את התייחסותו לכללי המשפט הציבורי בפסק דין שאותו כתב בערוב תקופת כהונתו בעניין *O'reilly v. Mackman* [1982] 3 W.L.R. 604, 623 באומרו כדלקמן:

"I cannot refrain from referring to a few words I said in 1949 at the end of my Hamlyn lecture, 'Freedom Under The Law' (1949) page 146: 'Just as the pick and shovel is no longer suitable for the winning of coal, so also the procedure of mandamus, certiorari, and actions on the case, are not suitable for the winning of freedom in the new age.

They must be replaced by new and up-to-date machinery, by declarations, injunctions, and actions of negligence... We have in our time to deal with changes which are of equal constitutional

significance to those which took place 300 years ago. Let us prove ourselves equal to the challenge...'

Now, over 30 years after, we do have the new and up to date machinery. I would say, with Lord Diplock in *R. v. IRC, ex parte National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd.*,¹

'To revert to technical restrictions... that were current 30 years or more ago, would be to reverse that progress towards a comprehensive system of Administrative Law that I regard as having been the greatest achievement of the English courts in my judicial lifetime'.

So we have proved ourselves equal to the challenge.

Let us buttress our achievement by interpreting section 31 in a wide and liberal spirit. By so doing we shall have done much to prevent the abuse or misuse of power by any public authority or public officer or other person acting in the exercise of public duty".

10.7 כללי המשפט הציבורי מהווים אם בן הישג נורמטיבי לחברה שהשכילה להחלים. כללים אלו אינם מיוחדים ליחסים של שררה בלבד, אלא ליחסים של נאמנות. לנוכח הרמה הנורמטיבית המושתתת במסגרת כללים אלו, הם מהווים ערובה למניעת ניצול לרעה של סמכויות. ובכל מקום ומקום שבו נמסרו לגוף מסוים סמכויות וכוחות, השייכים ביסודם לציבור הרחב, מוחלים במקביל כללי המשפט הציבורי כמשקל נגד נורמטיבי. אלו כללים המאפיינים יחסי אמון, והם חלים ביחס לכל מי שממלא תפקיד ציבורי.

10.8 באספקלריה זו מן הראוי לגשת לנשוא הדיון דנא. הממשלה מבצעת חלק ניכר ממדיניותה הכלכלית באמצעות חברות ממשלתיות. קיימת גם זיקה הדוקה בין חברות אלו לבין הממשלה. זיקה זו מתבטאת הן במישור התקציבי, הן במינויים של אנשי מפתח ובקביעת תנאי שכר, הן בתחום זרימת המידע והן בתחום קביעת קווי הפעולה. הציבור מזהה, ובצדק, חברות ממשלתיות שונות עם הממשלה עצמה ומצפה, ציפייה סבירה, כי

R. v. IRC, ex parte National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd. (1981) 1 2 W.L.R. 722, 737.

חברות אלו יפעלו בהתאם לנורמות, אשר על פיהן פועלים גופים ציבוריים.

ציפייה זו תוגשם אם יחסי החברות הממשלתיות והציבור הרחב יוגדרו כיחסי אמון ואם תימצא הנוסחה המתאימה להחלת כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, בלא לפגוע בפעילותן ובמגוון מטרתיהן.

10.9 אם אך יוגדרו היחסים שבין החברה הממשלתית לבין הציבור כיחסי אמון, מן הדין יהא להחיל לגביהם את כללי המשפט הציבורי. ואם אך תימצא הדרך לעשות כן, בלא לפגוע בתפקודן של החברות הממשלתיות, יהא בכך משום הישג נורמטיבי, אשר יבטיח כי גם במסגרת זו של פעילות הממשלה, באמצעות חברות ממשלתיות, לא יפתח חלילה פתח לשרירות.

י(2) תפקידים היוצרים מטבעם חובת אמון

10.10 בפס"ד *Bromley London Borough Council v. Greater London Council*², קבע בית הלורדים באנגליה כי רשות ציבורית מחויבת לאון בהגינות בין אינטרסים שונים שהופקדו בידיה. חוסר סבירות של החלטה, במישור שבו היה על הרשות לאון בין אינטרסים, הוגדר על ידי בית הלורדים כהפרת אמון. פסק דין זה הוסבר מאוחר יותר על ידי לורד דנינג, בספרו *The Closing Chapter*³, בסברה, כי כשם שהנאמן על נכסים של מספר נהנים חייב לאון בין האינטרסים הנוגדים באופן הוגן ואסור לו להעריך נהנה אחד על פני זולתו, כך חייבת הרשות לאון בצורה הוגנת בין האינטרסים הנוגדים שעליהם היא מופקדת. חובת אמון זו, והיקש זה, הוגדרו על ידי לורד דנינג כחידוש גדול.

המשכנו ניתוח זה בהבהרה כי נקודת החידוש טמונה בכך, שיחסי האמון האמורים אינם נובעים מן השליטה על הזולת אלא מחמת עצם מהותו של התפקיד שהוטל על הרשות לאון בין אינטרסים סותרים. והגיגום של דברים הוא, כי האוחז במשקולת חייב לעשות כן בהגינות ואסור לו להטות את הכף, לא רק מחמת התלות של הצדדים בכוח המסור בידו, אלא מחמת עצם תפקידו כאוחז במשקולת.

² *Bromley London Borough Council v. Greater London Council* [1982] 2 W.L.R. 62
³ Lord Denning, *The Closing Chapter*, (London Butterworths, 1983) 139

10.11 מפסק הדין האמור בעניין Bromley, ובהתאם להסבר האמור, הסקנו כי קיים מקור נורמטיבי חדש לחובת נאמנות, אשר יסודו בהיקש למוסד הנאמנות ולהסדר החוקי הקבוע בהקשר זה, ביחס לסיטואציה שבה מופקד אדם על איזון בין אינטרסים נוגדים. במקרה זה נובעים יחסי האמון ממהות התפקיד המעין שיפוטי לאזן בין אינטרסים שונים. חובת אמון זו הינה גם כן חובה אלטרואיסטית, כאשר האוחז בכפות המאזניים מחויב לנהוג בהגינות, גם אם על אחת מכפות המאזניים מוטל אינטרס אישי שלו. חובת ההגינות האלטרואיסטית נובעת מחמת עצם מהותו של התפקיד המעין שיפוטי ולא מכך שהאוחז במאזניים הינו ניטרלי ומשלו אין לו ולא כלום.

בקיומה של חובת אמון זו נמצא, לדעתנו, המודל הראוי להחלת כללים נורמטיביים הולמים ביחס לחברות הממשלתיות.

י(3) המודל העיוני שהצענו

10.12 החברה הממשלתית הינה כלי משפטי, שתכליתו לאזן בין אינטרסים. המחוקק יצר כלי זה מתוך מטרה לאפשר לממשלה לנהל אינטרס לאומי מסוים, תחת עינה הפקוחה, אך מחוץ למערכת האורגנים שלה. מחד גיסא, תכליתה של העברת הפעילות לגוף משפטי נפרד (החברה הממשלתית) הינה לנהל את הפעילות ביעילות המרבית, כ"משק סגור" השוקל את שיקוליו הוא ושואף להשאת רווחיו. ומאידך גיסא, הממשלה לא הפקיעה את הטיפול בתחום האמור מרשות הרבים, אלא הותירה אותו בידי גוף המוחזק על ידי הציבור, ומצוי במידה רבה מאוד בשליטת הממשלה. תפקיד החברה הממשלתית הינו, על כן, לאזן בין האינטרס הציבורי, לרבות האינטרס של הציבור בי גוף המצוי בבעלות ציבורית יפעל בהתאם לנורמות ראיות, לבין האינטרס "העצמי" של החברה הממשלתית לנהוג כחברה עסקית הפועלת בכל דרך חוקית להשאת רווחתה ורווחיותה. תפקיד זה לאזן בין האינטרסים, הנוגדים באופן מובנה, הינו תפקיד המטיל מחמת עצם טיבו וטבעו חובת אמון, כפי שראינו בפס"ד Bromley.

10.13 מחובת אמון זו גוזרים אנו את חובתה של החברה הממשלתית לאזן בין האינטרסים השונים שעליהם הופקדה - בהגינות ובסבירות. כנאמן הציבור אסורים עליה הפליה ושרירות וחלים עליה כללי המשפט הציבורי. עם זאת, מכיוון שחובת האמון אינה מניחה כי לחברה הממשלתית אין

משלה ולא כלום ומטרתה הינה רק כי החברה הממשלתית תאזן בהגינות ובסבירות בין האינטרס העסקי שלה לבין האינטרס הציבורי, ניתן להביא בחשבון את צרכיה העסקיים של החברה הממשלתית כשיקול דומיננטי. חובת האמון האמורה מאפשרת על כן, לנוכח מקורה האמור, להתחשב בצרכים הכלכליים של החברות הממשלתיות הנאלצות להתמודד בתנאי שוק שונים, ואשר הכפפתן למסגרות נורמטיביות החלות לגבי גופים ציבוריים עלולה להיות, בנסיבות מסוימות, נטל אשר יסכל את תכלית הקמתן.

10.14 בהתאם לנוסחה המוצעת נמצא, בי במקום שבו מחייב איזון הולם והוגן בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס העסקי של החברה הממשלתית לסטות מכללי המשפט הציבורי, הרי שהחברה תעמוד בחובתה כלפי הציבור, על אף שפעילותה לא תהא בהתאם לכללי המשפט הציבורי. לאמור, כאשר צרכים עסקיים חיוניים יחייבו לסטות מכללי המשפט הציבורי, הרי שלפי המודל המוצע, אכן תוכל החברה הממשלתית לנהוג בהתאם לצרכיה העסקיים ולחרוג מכללי המשפט הציבורי, שכן הנוסחה המוצעת מכירה אומנם בתחולתם של יחסי אמון בין החברה הממשלתית לבין הציבור הרחב, אך מכירה גם בלגיטימיות הצרכים העסקיים "העצמיים" של החברה הממשלתית.

10.15 חובת האמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב נובעת ממהותו של התפקיד המוטל עליה לאזן כראוי בין אינטרסים נוגדים. אין היא מוגדרת כנאמן מכוח מהותה העצמית ברשות ציבורית, אשר משלה אין לה ולא כלום. לחברה הממשלתית יש גם יש אינטרסים משלה; היא גוף שדיני החברות הרגילים חלים עליו, לרבות עקרון האישיות המשפטית הנפרדת והקונספט העומד בבסיס המשפט הפרטי. חובת האמון מוטלת על החברה הממשלתית רק בפעולות האיזון בין האינטרס הפרטי שלה לבין האינטרס הציבורי הנובע מהיותה גוף הנשלט על ידי הממשלה והמזוהה עימה בעיני הציבור. משום כך, כל שנדרש מן החברה הממשלתית הוא, לאזן בהגינות ובהוגנות בין האינטרס הפרטי שלה לבין האינטרס הציבורי, לרבות בדבר תחולת כללי המשפט הציבורי, ואזי מקום שבו אין אינטרס עסקי חיוני, הסותר להחלת כללי המשפט הציבורי, יחולו כללים אלו ללא כחל וסרק, ומקום שבו מחייב האיזון האמור לסטות מכללי המשפט הציבורי, והכף נוטה אל עבר הצרכים העסקיים הפרטיים של החברה הממשלתית, היא תוכל לסטות מכללים אלו.

10.16 למעשה, מציע מודל זה נוסחה הדומה ביסודה למודל שעוצב בפסיקה על

ידי כב' השופט זוסמן בכל הנוגע לחובת הרשות לכבד את חזיה וליכולתה להשתחרר מהם.⁴ גם בהקשר זה נקבע, כי במישור העקרוני מחויבת הרשות לעמוד בדיבורה וכי רשות ציבורית הכורתת חוזה מנועה מלחלל את דברה ועליה לכבד את התחייבויותיה. ומאידך גיסא, נקבעה "הלכת השתחררות מחזוי רשות" המאפשרת לרשות הציבורית להשתחרר מן החובה לכבד חוזה, כאשר צרכים חיוניים של הציבור מחייבים לעשות כן.

בדומה להלכת ההשתחררות מחזוי רשות מציעים אנו להכיר בקיומה של חובת האמון המוטלת על החברה הממשלתית והמחייבת לנהוג בהגינות בעת עריכת האיזון בין האינטרסים המופקדים בידה. ועם זאת, מכיוון שאיזון בין אינטרסים מביא בחשבון קיומם של אינטרסים נוגדים, הרי שהרשות נתונה בידי החברה הממשלתית להביא בחשבון גם צרכים עסקיים חיוניים, אשר במסגרת איזון הולם אף יכול כי יגברו במקרים מסוימים על החובה לפעול בהתאם לנורמות ולכללים שנקבעו ביחס לכלל הגופים הציבוריים.

10.17 על אף ההכרה בצרכים העסקיים של החברות הממשלתיות השונות, המדובר ביחסי אמון אלטרואיסטיים, מעין אלו העומדים בבסיס כללי המשפט הציבורי. הדוגמא הממחישה זאת הינה חובת האמון של גוף הפותח מעטפות של מכרז, שהינה חובת אמון אלטרואיסטית כלפי המשתתפים במכרז. על בעל המכרז מוטלת החובה לנהוג כנאמן של המתמודדים במכרז ולשפוט ביניהם בשוויון ובהגינות תוך התעלמות מהעדפות אישיות. רק לאחר מכן עומדים בעל המכרז והזוכה במכרז משני צידי המתנס ומנסחים את התקשרותם החוזית.

10.18 הוא הדין ביחסי החברה הממשלתית והציבור הרחב. על החברה הממשלתית מוטלת החובה לשקול את צעדיה ולבחון בכל עת אם יועדף האינטרס הציבורי, לרבות החלת כללי המשפט הציבורי, או שמא מחייב צורך עסקי חיוני להתעלם מאינטרס זה. בעשותה כן מוטלת על החברה הממשלתית חובת אמון אלטרואיסטית, מעין זו המוטלת על השופט, המורם מעל פני זירת האינטרסים של המתמודדים. רק לאחר מכן, משנטתה הכף לכאן או לכאן, פועלת החברה הממשלתית בהתאם להכרעתה, ואם הצרכים העסקיים מחייבים להשתחרר מכבלי המשפט הציבורי, הרי שיבוא לידי ביטוי מעשי האינטרס "העצמי" של החברה

4 בג"צ 311/60 י. מילר מהגדס (סוכנות חיבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פד"י טו 1989.

הממשלתית ויתאפשר לה לפעול בהתאם לצרכיה העסקיים והעדפותיה העצמיות.

10.19 בדרך זו הצענו להסביר את פסק דינו של כב' השופט ברק בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ,⁵ והבהרנו כי פסק הדין מהווה התחשבות בציפיית הציבור כי מי שנטל על עצמו להכריע בתחרות, יעשה כן בהגינות ובשוויון. אם אין שוויון, מתערער האמון בהליך כולו. כך בתחרות ספורט, כך בחידון תניך, כך בניהול מכירה פומבית וכך במכרז - אם אין רואים בו משום הזמנה גרידא להציע הצעות, אלא תחרות שבה יש לעורך המכרז תפקיד מעין שיפוטי להכריע בהגינות ובשוויון בין המתמודדים השונים. בהתאם לפסק הדין הנזכר בעניין Bromley, מובן כי חובת האמון במקרה זה נובעת מחמת עצם מהותו של התפקיד המעין שיפוטי, והיא מחייבת כשלעצמה לאזן בהגינות ובסבירות בין האינטרסים המתנגשים. ובעוד שהשתת חובת השוויון, באותו עניין, על אדני חובת תום הלב, אינה נקייה מספקות, הרי שהשתת חובה זו על בסיס חובת אמון, הנוצרת מחמת עצם מהותו של התפקיד, מובנת היא.

10.20 הנוסחה המוצעת מאפשרת אם כן להחיל על החברה הממשלתית חובות במישור נורמטיבי גבוה יותר, ועם זאת להעניק לה מרחב של שיקול דעת שיאפשר לה להביא בחשבון את צרכיה העסקיים הייחודיים. בכך יש כדי להציב רמה גבוהה ביותר של הגינות וסבירות במישור הנורמטיבי, תוך הותרת "סתום לחץ" המאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מן הנורמה האמורה, בכל מקום שהדבר מחויב למען תפקודה התקין והכלכלי. רמה נורמטיבית זו מהווה הישג מבחינת תקינותו של המינהל והאפשרות לאוכפה מבלי לפגוע במרחב התמרון והפעילות של החברות הממשלתיות משרתת את האינטרס הציבורי.

י(4) ציפיות הציבור וגררי חובת האמון

10.21 הרמה הנורמטיבית הגבוהה, שאנו מציעים להציב בבסיס פעילותה של החברה הממשלתית, הינה חיונית לא רק למען מיסודה של חובת ההגינות והסבירות של כל גוף המחליט בנושאים המשליכים על הציבור הרחב, אלא גם למען שמירת האמון הציבורי בהגיונותה של המערכת הציבורית. הציבור מצפה כי החברה הממשלתית תפעל בהתאם לנורמות

5 ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פד"י מג(1) 441.

הולמות, כל עוד שאין צרכים עסקיים חיוניים המחייבים אותה לסטות מנורמות אלו. קביעה הפוטרת את החברה הממשלתית מן הנורמות האמורות - בכל מקרה - ואף ללא שצורך עסקי חיוני כלשהו יחייבה לעשות כן, עלולה לפגוע באמון הציבור ביושרם של הגופים, שאותם הוא מוזהה עם הרשות המינהלית. לעומת זאת, הנוסחה המוצעת מאפשרת לשקלל שיקול זה במערך השיקולים, אשר החברה הממשלתית נדרשת לאזן ביניהם באופן הוגן.

10.22 ואולם, "באשר משפטו שם פועלו". הגדרת חובת האמון של החברה הממשלתית כמכוננת לאזן בין האינטרס "העצמי" המסחרי שלה, לבין האינטרס הציבורי - המורכב גם מאינטרס להגשים את ציפיות הציבור, כי החברה הממשלתית תפעל בהתאם לנורמות המאפיינות גוף ציבורי, מציבה גם את גדר החובה.

מקום שבו אין לציבור ציפיות מן החברה הממשלתית כי תנהג בהתאם לנורמות המאפיינות גוף ציבורי, אין מקום להתחשב באינטרס זה - שאינו קיים, וממילא אין איזון בין אינטרסים נוגדים, ואין חובת אמון הנובעת מתפקיד האיזון בין אינטרסים, ואין מקור נורמטיבי להחלת כללי המשפט הציבורי ביחס לפעילות זו.

ומכיוון שהחברה הממשלתית אינה נאמן של הציבור מכוח מהותה כמי שאין לו משלו ולא כלום, הרי שלא כל פעולותיה כפופות לכללי המשפט הציבורי. הנאמנות כלפי הציבור בחברה הממשלתית, ועימה החלתם של כללי המשפט הציבורי, שאובים ממהותו של התפקיד שהחברה הממשלתית מבצעת בדרך כלל - לאזן בין אינטרסים. ואולם, האינטרס הציבורי אינו כולל את החלת כללי המשפט הציבורי מקום שבו הציבור אינו מצפה כי אלו יחולו, וממילא במקרה זה אין החברה הממשלתית נדרשת להביא אינטרס זה בחשבון שיקוליה. משום כך הסקנו כי פעולות שהחברה הממשלתית מבצעת, כהתארגנות פנימית שלה לקראת הענקת שירותים או מוצרים לציבור הרחב, כגון רכישת מיקרופישים לשם הסדרת הנהלת החשבונות שלה - כפי שאירע בפסק הדין הנוכח בעניין מיקרו דף⁶, אינם נכללים בהכרח במישור הציפיות הנורמטיביות של הציבור. במקרים אלו, תהא החברה הממשלתית, להבדיל מן המחלקה הממשלתית, פטורה מלנהוג על פי נורמות של משפט ציבורי.

6 בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פד"י מא(1) 449.

10.23 מערך ציפיות הציבור מתמקד, בדרך כלל, בשירות או במוצר שהחברה הממשלתית אמורה לספק לו, ובאלו אכן ייאסר על החברה הממשלתית להפלות או לסטות משאר כללי המשפט הציבורי, אלא אם כן צרכים עסקיים חיוניים מחייבים לעשות כן. ואולם, בכל הנוגע לפעילות המוגדרת בהתארגנות פנימית של החברה הממשלתית, דומנו כי לא מן הראוי להחיל את כללי המשפט הציבורי, שכן במסגרת האיזון בין האינטרסים, היוצר חובת אמון כאמור, לא נכלל בהכרח האינטרס הציבורי לפעול בהתאם לכללי המשפט הציבורי. בהתאם לכך, הצטיידות של החברה הממשלתית בחומר גלם ובחומר אנושי עשויה להיות מחוץ לגדר תחולתם של כללי המשפט הציבורי, והחברה הממשלתית תוכל לפעול בהקשר זה בהתאם לאינטואיציות של מנהליה ובהתאם להעדפות אישיות שלהם, וזאת לבד מן הצורך לקיים את חובת המכרז, אשר נקבעה מפורשת בחוק חובת מברזים, תשנ"ב-1992.

10.24 מאידך גיסא, ייתכנו מקרים שבהם מחייב האינטרס הציבורי כי החברה הממשלתית לא תוכל להשתחרר מחובותיה הנורמטיביות, אף ביחס לפעולות שבהן אין ציפייה מצד הציבור לתחולתן של נורמות אלו, ואף ביחס למצבים שבהם צרכים עסקיים חיוניים מחייבים להשתחרר מחובות אלו. במקרים אלו, על אף שהאיזון ההולם בין האינטרסים מאפשר להסיק כי החברה הממשלתית אינה מחויבת לנהוג בהתאם לכללי המשפט הציבורי, הרי שבכל זאת תחול חובת אמון על הכרוך בה, מכוח החלטת ממשלה. בסיטואציה זו חובת האמון אינה נובעת מעצם מהותו של התפקיד לאזן בין אינטרסים, והיא מעוגנת בסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות.

לאמור, לדידנו, משמעותו של סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות הינה, כי גוף המספק מוצר או שירות חיוני, אשר הספקתו מהווה ערך העולה על צרכים כלכליים שונים, עשוי להיות כפוף לכללי המשפט הציבורי בכל מקרה ובכל הנסיבות, מכוח החלטת הממשלה. סעיף זה נועד לאפשר החלתה של חובת אמון רחבה ביותר, החלה אף בנסיבות שבהן תפקיד האיזון בין האינטרסים אינו מספיק כדי ליצור חובת אמון כאמור.

10.25 סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות נועד, בהתאם לאמור, לפתוח פתח להרחבת חובת האמון, המוטלת על החברה הממשלתית, ולהופכה לחובה מוחלטת, אם החליטה הממשלה לעשות כן. ואולם, בכל שאר המקרים, שבהם אין סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות חל ושבהם

לא ניצלה הממשלה את הסמכות המוקנית לה בסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות, תחול כאמור חובת אמון מסויגת, המתחשבת ברמת הציפיות של הציבור, מחד גיסא, ובצרכים עסקיים חיוניים - מאידך גיסא, תוך עריבת איזון הוגן ביניהם.

י (5) הנוסחה הטכנית להחלת כללי המשפט הציבורי

10.26 סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות מתייחס למונח "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין". לאמור, כאשר רצה המחוקק של חוק החברות הממשלתיות לקבוע כי הממשלה תוכל להחיל על החברה הממשלתית באופן מוחלט את כללי המשפט הציבורי כאמור, השתמש המחוקק במונח "הכללים החלים על גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין". מונח זה נקבע גם בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה (ובעבר סעיף 7(ב)2) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957) במגדיר את סמכויות בג"צ. המונח האמור מהווה אם כן ביטוי הן לגדר סמכותו של בג"צ והן לתחולתם של כללי המשפט הציבורי.

10.27 לאמור, כללי המשפט הציבורי יחולו על רשויות המדינה והרשויות המקומיות (מבחן אורגני) ועל כל מי שממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" (הפן הפונקציונלי של ההגדרה). סיפא זו פירושה, כי כללי המשפט הציבורי יחולו גם ביחס למי שהדין הטיל עליו תפקיד שכרוכה בו חובת אמון כלפי הציבור הרחב. במקרים אלו תחול "הדואליות הנורמטיבית" ובצד כללי המשפט הפרטי החלים בכל מקום שבו נעשית פעילות מתחום המשפט הפרטי, יחול על הגופים האמורים גם "הדין האישי" שלהם, הלא הם כללי המשפט הציבורי, המהווים את הדין הספציפי הנוגע לגופים אלו בכל פעולה שבה הם נוקטים.

10.28 לנוכח העובדה שהמשפט הציבורי נועד להתמודד עם הכוחות השונים שהרשות מפעילה ולהוות להם משקל נגד, ובמיוחד לנוכח התפשטות הפונקציות שהממשלה ממלאת במדינה המודרנית, קיימת הרחבה מקבילה של תחומי המשפט הציבורי. הפסיקה לא הסתפקה עוד בהחלת כללי המשפט הציבורי על פעולות שלטוניות, והרחיבה את תחומיו אף על פעולות שהרשות עושה בתחום המשפט הפרטי. "התפקיד הציבורי על

פי דין, בנסיבות אלו, נמצא בקיומו של "תפקיד הנאמנות כלפי האזרח שהוטל בדין והחובות הנובעות ממנו".⁷

10.29 הצענו על בן לקבוע מבחן רחב ביותר, פונקציונלי אורגני משולב, לתחלת כללי המשפט הציבורי על גופים שונים, לפיו, בכל מקום שבו מתקיימות הוראות סעיף 15(ד2) לחוק יסוד: השפיטה יחולו כללי המשפט הציבורי כפי שחלה סמכות ביקורתו של בג"צ. אכן, כללים דיוניים עשויים (או עלולים) לקבוע כי הנושא האמור לא יידון בסופו של דבר לפני בג"צ אלא לפני בתי המשפט הרגילים. ואולם, המשפט המהותי לפיו יידונו בכל ערכאה שהיא בנוגע לגופים הנכללים בהגדרת סעיף 15(ד2) לחוק יסוד: השפיטה, היא המשפט הציבורי.

10.30 יישום מבחן מוצע זה ביחס לחברות ממשלתיות מתיישב עם הקו שהתורנו.

כאמור, מפסק הדין בעניין Bromley הסקנו כי הדואליות הפונקציונלית של החברה הממשלתית, המטילה עליה תפקיד מובנה של איזון בין אינטרסים נוגדים: ציבורי ופרטי, מחילה כשלעצמה, מחמת עצם מהותה, חובת אמון כלפי הציבור הרחב. חוק החברות הממשלתיות מעצב את דמותה של החברה הממשלתית כגוף הנתון בין פטיש (שליטת הממשלה וצרכים ציבוריים, לרבות ציפיות הציבור כי החברה תפעל ביאות לגוף ציבורי) לסדן (אינטרסים כלכליים עצמאיים). מכוח חוק החברות הממשלתיות קמה החברה הממשלתית ומכוח המבנה שנקבע בחוק זה הריהי מופקדת על סיטואציות אלו של דואליות פונקציונלית. החברות הממשלתיות נכללות אם כן בגדר הגופים, אשר החוק מטיל עליהם תפקיד שכרוכה בו חובת נאמנות כלפי הציבור הרחב. נמצא, בי החברות הממשלתיות מהוות "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין" בהתאם למבחן הפונקציונלי שנקבע בפסיקה, לפיו "התפקיד הציבורי" הוא תפקיד הנאמנות כלפי האזרח המוטל על הגוף האמור מכוח הדין. הגדרה זו מאפשרת אם כן ליישם את המסקנה המתבקשת בתחום המהותי, גם במסגרת הנוסחה הטכנית והלשונית, להחלת כללי המשפט הציבורי וביקורת בג"צ.

10.31 זאת ועוד, הכפפת גופים הממלאים תפקיד של נאמנות כלפי הציבור לביקורת בג"צ ולהחלת כללי המשפט הציבורי, עולה בקנה אחד גם עם מגמה כוללת, המסתמנת בפסיקה, לבחון את סבירות שיקול הדעת

7 פסק דינו של כב' השופט זוסמן בבג"צ 262/62 מרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פד"י טו 2101, 2115.

המינהלי אף בתחומים כלכליים. בג"צ אמון על בחינת שלטון החוק, ובכל מקום שקיימת חובת נאמנות המוטלת מכוח חוק, והציבור מצפה כי ינהגו בהתאם לנורמות מסוימות המתחייבות מחובת אמון זו, מוצאים אנו התערבות בג"צ. עקרון שלטון החוק בא לידי ביטוי, בהקשר דנא, בצורך לבחון את נורמות התנהגותו של מי שמשמש בנאמן הציבור, מכוח תפקיד שהוטל עליו בחוק. חובת האמון של החברה הממשלתית כלפי הציבור, באותם המקרים שהציבור מצפה כי החברה הממשלתית תנהג בהם בהתאם לנורמות הראויות לגוף המזוהה עם הרשות, מחייבת, כחלק מעקרון שלטון החוק, את פיקוחו של בג"צ בדבר חוקיות פעולות המינהל. טול פיקוח זה ונמצאת ההגיינה הציבורית לוקה. הורד את הרמה הנורמטיבית החלה על החברות הממשלתיות, ונמצאות אלו מהוות תריס לפני ביקורת "ועיר מקלט", אשר כל גוף ממשלתי יעדיף לווסת אליה את פעולותיו "מטעמים ענייניים" שונים.

10.32 על אף שעקרון שלטון החוק מחייב פיקוח בג"צ והחלת נורמות של משפט ציבורי על חברות ממשלתיות, הרי ש"עקרון חוקיות המינהל" המהווה נגזרת של עיקרון זה אינו נוגע לחברה הממשלתית. "עקרון חוקיות המינהל" מחייב בי לכל פעולה שמבצעת הרשות תהא אסמכתא בדין. עיקרון זה אינו חל ביחס לגוף פרטי, אשר לגביו שורר הכלל הגדול כי הפרט הינו בן חורין לעשות ככל שתאבה נפשו, כל עוד שהדבר לא נאסר על פי דין. החברה הממשלתית חבה אומנם חובת אמון לציבור הרחב, אך במהותה היא חברה עסקית, השייכת לתחומי המשפט הפרטי, והיא נכללת על כן בגדרו של הכלל המתיר לה לפעול, בהתאם לדיני החברות, אף בלא שיהא צורך בהסמכה חוקית לכל פעולה מפעולותיה.

10.33 בעוד שהבדיקה השיפוטית בדבר מידת ההגינות והסבירות של הרשות הציבורית נתפסת, בדרך כלל, כבדיקה שיפוטית בדבר עצם סמכותה של הרשות המינהלית לפעול בדרך מסוימת, כאשר פעולה החורגת ממתחם הסבירות או מכללי ההגינות שנקבעו בפסיקה עולה כדי חוסר סמכות, ותוצאתה - בטלות מדעיקרא; הרי שבכל הנוגע לחברה הממשלתית, אין המשפט הציבורי יכול לחול באורח כה קיצוני. תחולתו של המשפט הציבורי ביחס לחברות ממשלתיות תתייחס רק לבחינת הגינותו וסבירותו של שיקול הרעת המינהלי שהופעל על ידי החברה הממשלתית ולא לבחינת סמכויותיה.

10.34 תוצאה זו הינה ראויה ורצויה, מכיוון שהגדרת פעילויותיו של גוף מן המשפט הפרטי כחורגות מסמכות וכבטלות מדעיקרון הינה תוצאה

קיצונית, העלולה לגרום לאי יציבות כלכלית ולחוסר ודאות בפעולות משקיות חיוניות. בהקשר זה ראינו כי אף בכל הנוגע לרשויות ציבוריות מובהקות, מושמעים קולות הקוראים להגיע לתוצאה זו של בחינת שיקול הדעת הציבורי חלף בחינת גדר הסמכות, כדי להימנע מתוצאות קשות של בטלות מדעיקרא, שאינן מתאימות למורכבות של מציאות החיים המודרניים והבעיות המשפטיות המתעוררות עקב כך.⁸ תוצאה זו הינה מתבקשת מאליה ביחס לחברות ממשלתיות, לנוכח מהותן כגוף מן המשפט הפרטי, על אף שמוסרותיו מופקדים בידי הממשלה.

י(6) המודל המוצע והליך ההפרטה

10.35 המודל המוצע משתלב גם עם החשיבה הכלכלית השוררת בעקבות הליך ההפרטה, כאשר לפתיחת שווקים לתחרות חופשית, שהינה גורם מרכזי בהליך ההפרטה, יש זיקת גומלין עם ההחלה של נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות.

לאמור, חברות ממשלתיות שאין דרך לחושפן לתנאים של תחרות חופשית והמרכוז בדיהן, מטבע הדברים, עוצמה המאפשרת להן להכתיב את תנאי השוק, מן הראוי להכפיף לכללי המשפט הציבורי, כדי שהפרט הנוקק להן ואף תלוי בהן לא יהא חשוף לשרירות, להפליה וכיו"ב. משום כך, עדיף מבחינה נורמטיבית, כי חברות אלו ייוותרו בידיים ציבוריות ויוכפפו לכללי המשפט הציבורי, כמשקל נגד לעוצמתן. בחברות אלו, שהינן בעלות השפעה רבה על השוק, אין גם חשש שמא החלת כללי המשפט הציבורי תפריע להן להתמודד עם תנאי השוק החופשי, שהרי השוק, כמסתבר, אינו כה חופשי. ולאותם מקרים יוצאי דופן, שבהם נוצר צורך עסקי חיוני המתחייב להשתחרר מחובות המשפט הציבורי, מאפשרת כאמור הנוסחה המוצעת על ידינו להשתחרר מכבלי המשפט הציבורי.

10.36 לעומת זאת, בחברות ממשלתיות שניתן להפריטן ולחושפן לתנאים של תחרות חופשית, אין חובת האמון גוררת את תחולתם של כללי המשפט הציבורי.

בהקשר זה ראינו לעיל כי יחסי אמון מחייבים תחולתן של נורמות

8 א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, אוניברסיטת תל-אביב, 1987) עמ' 481.

מטוימות רק בהעדר אפשרות אחרת להבטיח כי הכוח והסמכויות שהוענקו לא ינצלו לרעה.⁹ ואולם, מקום שבו קיימים כלים כלכליים המבטיחים התנהגות נאותה, לא חלים הכללים המשפטיים שתכליתם להשיג יעד זה, וזאת לנוכח התוצאות החריפות של כללים אלו ואי יעילותם מבחינה כלכלית. משום כך, מקום שבו יש לחברה הממשלתית מתחרים, והשוק פתוח לתחרות חופשית, הרי שקיימת תרופה כלכלית לשרירות, להפליה וכיו"ב מעשים לא הוגנים או לא סבירים, והיא - האפשרות של הפרט שטופל שלא כהוגן - לפנות למתחרה העסקי. קיומה של תרופה כלכלית זו חוסך את הצורך בהחלתן של נורמות מן המשפט הציבורי.

נמצא, אם כן, כי לנוכח המקור הנורמטיבי המוצע לתחולתם של כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, לא יחולו כללים אלו ביחס לחברות ממשלתיות שניתן להפריטן ולחושפן לתנאים של שוק חופשי.

10.37 זאת ועוד, בכל הנוגע לחברות ממשלתיות המצויות בתנאי התמודדות בשוק החופשי, עלולה ההחלה של כללי המשפט הציבורי ליצור אבסורד, לפיו הירצא מן הכלל המאפשר השתחררות מן הנורמות של המשפט הציבורי, באשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת, יהא שכיח יותר מן הכלל הרחב, המחייב את החברה הממשלתית לפעול בהתאם לכללי המשפט הציבורי.

נמצא, כי החלתם של כללי המשפט הציבורי ביחס לחברות המיועדות להפרטה ולחשיפה לתנאים של שוק חופשי, אינה נחוצה לנוכח האפשרות לפנות למתחרים עסקיים (כגון ביחס לנורמה של חוסר סבירות), וככל שהמדובר בנורמה שגם המתחרים אינם נוהגים על פיה, הרי שההקפדה על החברה הממשלתית אינה רצויה לנוכח ההשתחררות התכופה הימנה, אשר צפוי כי תתרחש למען תוכל החברה הממשלתית לשרוד בתחרות השוררת בשוק.

בכל הנוגע לחברות אלו, לא יחולו על כן כללי המשפט הציבורי, שכן יחסי האמון אינם מחייבים להגיע לתוצאה זו, ואולם, כאמור, חברות אלו מן הראוי להפריט, אלא אם כן צרכים לאומיים מחייבים הותרתן בידי המדינה.

⁹ T. Frenkel "Fiduciary Law" (1983) California Law Rev. 71 (1983) 795

10.38 דווקא לנוכח קיומו של הליך ההפרטה, מקבל משנה חשיבות המודל המוצע על ידינו, באשר יש בו כדי להעניק נופך של ייחודיות חכות קיום לחברה הממשלתית.

בהתאם למוצע, שונה החברה הממשלתית מגופים פרטיים בכך שחלות עליה נורמות של משפט ציבורי, ונורמות אלו הינן חיוניות כאמור, מקום שבו אין השוק יכול להיות פתוח לתחרות חופשית, והציבור נאלץ להיוקק לכוחות הייחודיים המסורים בידי החברה האמורה.

מאידך גיסא, שונה החברה הממשלתית מגופים ציבוריים אחרים, בכך שעל הרשות הציבורית חלים כללי המשפט הציבורי באופן מוחלט, ואף כשצרכים עסקיים חיוניים מחייבים זאת, אין בידה להשתחרר מעולו של המשפט הציבורי. החברה הממשלתית, לעומת זאת, כפופה לכללי המשפט הציבורי רק באופן יחסי, אלא אם כן הפעילה הממשלה את הסמכות הקנויה לה בסעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות, וחל כלל ההשתחררות המאפשר לחברה הממשלתית להשתחרר מכללי המשפט הציבורי כשצרכים עסקיים חיוניים מחייבים לעשות כן.

10.39 זאת ועוד, לרשות הציבורית אין פעילות "פרטית" ובכל פעילות שהיא מבצעת היא פועלת כנאמן הציבור, אשר משלו אין לו ולא כלום, והיא כפופה לכללי המשפט הציבורי גם בפעולותיה אלו. לחברה הממשלתית לעומת זאת יש פעילות פרטית. ביחס לפעילות זו, יש מקרים שבהם אין הציבור מצפה מן החברה הממשלתית כי תנהג בהתאם לנורמות של משפט ציבורי, ואזי היא אכן פטורה מהן.

הרי לך איפוא מתכון נורמטיבי היוצר ייחוד רב בפעולותיה של החברה הממשלתית, הן בהשוואתה ביחס לגופים פרטיים והן בהשוואתה ביחס לגופים ציבוריים.

י(7) החברה הממשלתית והתאגיד הסטוטורי בישראל ובארצות המשפט המקובל

10.40 המודל המוצע התבסס על ניתוח של מערכת היחסים שבין החברה הממשלתית והציבור הרחב, והגדרתם כיחסי אמון אלטרואיסטיים הנובעים ממהות התפקיד המוטל על פי דין על החברה הממשלתית.

למסקנה זוהי מגיעים אנו אף בעת שאנו עורכים השוואה בין החברה הממשלתית לבין התאגיד הסטוטורי.

אחת ההבחנות היסודיות בין התאגיד הסטוטורי לבין החברה הממשלתית הינה האפשרות לפרק את החברה הממשלתית או להפריטה, באשר זו סיימה למלא את מטרותיה, בלא הליך מורכב של חקיקה. מלבד הבחנה זו זהים החברה הממשלתית והתאגיד הציבורי בשורה של גורמים מאפיינים, כגון בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת, בניהולם הנפרד, בזיקתם ההדוקה לממשלה, בהיותם בעלי הון קבוע ונפרד, באחריות (accountability) כלפי הציבור באמצעות הרשות המחוקקת המקבלת דיווח על פעילותם מן הרשות המבצעת ועוד ועוד.

התאגיד הסטוטורי כפוף באופן מובהק לכללי המשפט הציבורי ולביקורת בג"צ, שהרי הוא ללא ספק "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין". ומכאן, שמסקנה זוהי מתבקשת גם ביחס לחברה הממשלתית, שאינה שונה מבחינה מהותית במאום מן התאגיד הסטוטורי.

10.41 ואולם, בהתאם לקו זה, מכיוון שמותר החברה הממשלתית מן התאגיד הסטוטורי הינו בעיקר ביכולת להפריט יותר בנקל את החברה הממשלתית, הרי שבהגיע העת לבצע הפרטה זו, תחדל גם ההשוואה הקיימת בין החברה הממשלתית לבין התאגיד הסטוטורי לגבי ההחלה של כללים החלים על גופים ציבוריים, וכללים אלו לא יחולו על החברה הממשלתית המועמדת להפרטה, שכרוכה בה פתיחת השוק לתנאים של תחרות חופשית.

10.42 יש על כן להשוות את מעמדן של החברות הממשלתיות שאינן עומדות להפרטה ואת החברות הממשלתיות שאין דרך לחושפן לתנאים של שוק חופשי, למעמדם של התאגידים הסטוטוריים, ויש להחיל גם ביחס לחברות הממשלתיות נורמות מן המשפט הציבורי, בכפוף לאפשרות הניתנת לחברות הממשלתיות להשתחרר מנורמות אלו, כאשר צרכים עסקיים חיוניים מחייבים לעשות כן.

10.43 מסקנה זו תואמת לתהליך זהה, אותו מצינו במדינות המשפט המקובל: אנגליה, קנדה וארצות הברית. במדינות אלו נעשה שימוש ניכר בתאגידים סטוטוריים, כאשר החברות הממשלתיות הפכו, כעניין של מדיניות, לתאגידים סטוטוריים. בהקשר זה ראינו כי במדינות האמורות לא נערכה כל הבחנה בין החברה הממשלתית לבין התאגיד הסטוטורי

וגופים אלו הוגדרו כזרועות ביצועיות של הממשלה החבים בחובותיה, ובקנדה - אף נהנים מחסינויותיה.

לא זו אף זו, העובדה כי הממשלה במדינות המשפט המקובל מכלכלת את ענייניה העסקיים באמצעות תאגידים סטטוטוריים, ובארצות הברית אף באמצעות הסוכנויות (agencies) שהינן אורגן מובהק של הממשל לכל דבר ועניין, מלמדת אף היא כי אין מניעה לבצע פעילות זו באמצעות גופים הכפופים לכללי המשפט הציבורי.

10.44 עובדה זו מצטרפת לקביעתו של המחוקק בישראל, בכל הנוגע לנורמה מן המשפט הציבורי שיש בה, ככל הנראה, כדי לבטא את ההגבלה החריפה ביותר על מרחב ההתקשרויות העסקיות, הלא היא חובת המכרז. חוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992 החיל את חובת המכרז על חברות ממשלתיות, אף מבלי לרכך נורמה זו באמצעות אפשרות להשתחרר ממנה כאשר צרכים עסקיים ייחודיים של חברה ממשלתית מסוימת מחייבים זאת. המחוקק החיל נורמה זו מבלי לחשוש שמא יהא בכך משום פגיעה ביכולתן של החברות הממשלתיות להתמודד עם תנאי השוק שבהם הן נתונות, וביכולתן לבצע את המטרות הממלכתיות אשר לשמן הוקמו. צעד זה מפחית באופן משמעותי ביותר את החשש מפני החלתם של כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות.

חשש זה קטן במיוחד לנוכח המגמה שראינו בפסיקה להעלות את הרף הנורמטיבי החל במסגרת כללי המשפט הפרטי וליישמו באופן המקרב מאוד בין הנורמות החלות במשפט הפרטי לבין הנורמות החלות במשפט הציבורי, ולנוכח המגמה בפסיקה להגמיש את אופן יישומן של נורמות מן המשפט הציבורי, מקום שבו פועלת הרשות בתחומי המשפט הפרטי.

החלת כללי המשפט הציבורי ביחס לחברות ממשלתיות, כמוצע על ידינו, הינה אם כן צעד, אשר סביר להניח כי לא יפגע באורח מהותי בתפקודן של החברות הממשלתיות ויאפשר להכפיף לביקורת שיפוטית ולכללים משפטיים, בדומה לאלו החלים ביחס לתאגידים הסטטוטוריים, ובמקביל למגמה השוררת זה מכבר בארצות המשפט המקובל.

י(8) יישום המודל המוצע ביחס לנורמות ספציפיות של משפט ציבורי

10.45 הצעתנו להחיל על החברות הממשלתיות את כללי המשפט הציבורי, באופן מסויג ובכפוף לכלל השתחררות, אינה מוגבלת רק לנורמות הבסיסיות של המשפט הציבורי בדבר איסור הפליה ושרירות וכיו"ב כללים בסיסיים ויסודיים של הגינות, אשר קשה להעלות על הדעת כי החברה הממשלתית תהא מופטרת מהם. בחינתן של נורמות ספציפיות מתחום המשפט הציבורי הביאה לכלל מסקנה, כי יש להחיל על החברה הממשלתית את כלל הנורמות של המשפט הציבורי, לרבות נורמות נלוות כגון חובת ההנמקה, החובה לקיים הבטחה מינהלית והיכולת להשתחרר מחווי רשות בנסיבות המחייבות לעשות כן.

10.46 כך מצינו בי הרשות המינהלית מחויבת לכבד התחייבויות, אף כאשר אלו אינן עולות כדי חוזה מחייב. חובה זו לכבד "הבטחה ציבורית" סוייגה בפסיקה בארבעה תנאים:

- א. על נותן ההבטחה להיות מוסמך לתיתה.
- ב. נותן ההבטחה התכוון כי למילתו ולדברתו יהא תוקף משפטי מחייב (ואזי לה לרשות אשר האורגנים שלה טוענים כי דברתם לא ניתנה ברצינות הראויה).
- ג. הרשות יכולה, הלכה למעשה, מבחינה מעשית ומבחינה משפטית, למלא אחר ההבטחה.
- ד. לא קיים צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה. משמעות התנאי הרביעי היא, כי על אף שמבחינה עקרונית מחויבת הרשות לפעול בהתאם לנורמות נעלות של הוגנות והגינות ועליה לעמוד בדברתה אף כשלא נכרת חוזה, הרי שכאשר צורכי הכלל מחייבים להשתחרר מנורמה זו, רשאית הרשות לחזור בה מן ההבטחה.

10.47 ניתוח העיקרון המחייב לקיים הבטחה ציבורית העלה כי הדבר נובע מן הצורך לשמור על אמינות המינהל בעיני הציבור. היגיון זה גורר את תחולתה של הנורמה האמורה גם ביחס לחברות ממשלתיות, שהרי אלו מזהות בעיני הציבור עם הממשלה וממילא אי כיבוד הבטחותיהן יפגע אף הוא באמינות המינהל הציבורי בעיני הציבור הרחב.

10.48 זאת ועוד, התוויית גבולותיה של הלכה זו, באופן שהרשות תהא רשאית

להשתחרר מהבטחתה כאשר איזון נאות בין האינטרסים הציבוריים שהופקדו בידה מחייב לעשות כן, תואם לחלוטין למסגרת הנורמטיבית הכללית המוצעת על ידינו ביחס לחברות ממשלתיות, לפיה כפופות חברות אלו לכללי המשפט הציבורי כל עוד שאין צרכים עסקיים חיוניים המחייבים להשתחרר מנורמות אלו.

בהתאם למודל המוצע, מן הראוי לקבוע על כן כי החברה הממשלתית מחויבת לכבד הבטחות ציבוריות אף כשאלו אינן עולות כדי חוזה מחייב, ובלבד שהבטחות אלו עומדות בכל ארבעת התנאים האמורים.

10.49 מאידך גיסא, תהא החברה הממשלתית רשאית לסטות מדיני החוזים החלים על גופים פרטיים, שכן בחינת מהותה של "הלכת ההשתחררות מחוזי רשות" מחייבת כי גם הלכה זו תחול על חברות ממשלתיות. בהתאם להלכת ההשתחררות מחוזי רשות רשאית הרשות הציבורית להשתחרר אף מחוזה ברור ומחייב, כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת. אכן, אילו היתה ההלכה האמורה נובעת מחסינות, המוענקת כפרויליגיה לגופים שלטוניים, הרי שעל אף קיומה של זהות במקרים רבים בין הפונקציות שממלאת החברה הממשלתית לבין הפונקציות שממלאים האורגנים הממשלתיים, ספק אם היה מקום להחיל הלכה זו גם על החברה הממשלתית. ואולם, מן הפסיקה עולה כי הלכת ההשתחררות מחוזי רשות נובעת מחובתה של הרשות הציבורית לשמור על מרחב של שיקול דעת ולאזן בנאמנות בין האינטרסים שהחוק הפקידה עליהם. הבנה זו מחייבת להחיל את הלכת ההשתחררות מחוזי רשות גם ביחס לחברה הממשלתית, המופקדת על אינטרסים ציבוריים ומחויבת לאזן בהגינות ובנאמנות בין אינטרסים אלה לבין האינטרס העסקי שלה.

10.50 הדואליות הנורמטיבית החלה ביחס לחוזי רשות, המאפשרת לרשות להשתחרר מכבליה של חוזה, בעת שצורכי ציבור חיוניים מחייבים לעשות כן, חלה אם כן גם בכל הנוגע להתקשרויות שמבצעת המדינה באמצעות החברות שבבעלותה ושבשליטתה. זאת ועוד, אחת ההנמקות העומדת בבסיס הלכת ההשתחררות מחוזי רשות נובעת מכך שחוק החוזים אינו נותן פתרון לסיטואציה שבה כורתת ממשלה מסוימת חוזים, במטרה לחייב גם את הממשלות הבאות אחריה לפעול על פי המדיניות שהותוותה על ידה ובהתאם להשקפת עולמה. המשטר הדמוקרטי המאפשר התחלפות של ממשלות וביצוע חילופי גברי במסגרות הקיימות, בהתאם לרצון העם ולנסיבות המשתנות, מחייב על כן לקבוע הלכת השתחררות המאפשרת לממשלה לסטות מחוזים בעת שחל שינוי

במדיניותה. דא עקא, שדברים אלו נכונים כהווייתם גם ביחס לחברות ממשלתיות, המהוות כאמור כלי מהותי ביותר בידי הממשלה לשם יישום מדיניותה בתחומים משקיים שונים.

10.51 ואכן, בהתאם למרצע, יכולה ורשאית הממשלה, בעת שינוי מדיניות הנובעים מחילופי גברי, מהתפתחויות עובדתיות או מטעמים אחרים, לבצע את מדיניותה החדשה גם באמצעות החברות הממשלתיות, בלא שתהא כבולה במגבלות חזיות כלשהן. משום כך, אם אך מדובר בעניין שצרכים חיוניים תלויים בו, אין החברות הממשלתיות אסורות בעבותות ההתקשרויות החזיות שנכרתו בהתאם למדיניות הקודמת של הממשלה, והן חופשיות להשתחרר מחוזים אלו וליישם את המדיניות החדשה של הממשלה, נכון לאותה עת.

10.52 מחובת הנאמנות של הרשות כלפי הציבור הרחב נגזרת גם - במישורין - חובת ההנמקה והחובה לגלות מסמכים ונתונים למי שבעניינו טיפלה הרשות. הנאמן חייב ליתן דין וחשבון לנהנה הן ביחס למעשיו והן ביחס למניעיו ולנימוקי החלטותיו. כללים מקבילים נקבעו על כן ביחס לרשות הציבורית החבה חובת אמון כלפי הציבור הרחב, ומהאי טעמא, מן הדין כי חובות אלו יחולו גם ביחס לחברה הממשלתית, בהיותן נורמות של משפט ציבורי המשקפות חובה לנהוג בהגינות והנגזרות מחובת אמון כלפי הציבור הרחב.

10.53 אכן, ציינו בהקשר זה כי בכל הנוגע לפעילות עסקית שמבצעות חברות ממשלתיות, תישא ככל הנראה חובה זו אופי שונה וניתן יהא להשתחרר הימנה בנסיבות רבות ומקילות. ואולם, באופן עקרוני, מן הדין להחיל נורמה זו על החברה הממשלתית בכל הנוגע לפעילות שתכליתה להגשים את מטרותיה, ולהבדיל מפעילות פרטית של התארגנות פנימית.

10.54 לנוכח חיוניותה של חובת ההנמקה לשם קיומו של פיקוח נאות בדבר תקינותו של ההליך המינהלי, ולנוכח סגולותיה הרבות של ההנמקה כתהליך המגבש את קווי החשיבה הערטילאיים לדפוסים ברורים ולמדיניות עקבית וברורה, הרי שמשקנה זו עשויה להיות כלי המחזיק ברכה מרובה.

י(9) מסקנת הדברים

10.55 המורם מן האמור, כי החברה הממשלתית כפופה למכלול הנורמות של המשפט הציבורי, בכפוף ליכולתה להשתחרר מנורמות אלו כל אימת שצרכים עסקיים חיוניים מחייבים לעשות כן.

לא זו בלבד שהחברה הממשלתית מנועה מלהפלות ומלנהוג בשרירות וכיוצא באלה נורמות בסיסיות מן המשפט הציבורי, אלא שגם נורמות הלוואי של המשפט הציבורי, כגון החובה לכבד הבטחות ציבוריות, החובה לנמק החלטות ולגלות מסמכים לאדם שעניינו נדון על ידה החובה לשמור על מרחב של שיקול דעת, הגורר אפשרות להשתחרר מחוזה כאשר צרכים חיוניים של הציבור מחייבים זאת - חלות על החברה הממשלתית.

10.56 בהתאם למודל המוצע מושויות, במידה רבה, החברה הממשלתית לתאגיד הסטטוטורי ויש להכפיפה, ככל הניתן, לכללי המשפט הציבורי. בכך ניתן ביטוי משפטי הולם למציאות הקיימת, שבה מהווה החברה הממשלתית בתחומים רבים ומגוונים זרע ביצועית של הממשלה, השולטת בחברה הממשלתית ומבצעת באמצעותה את מדיניותה בתחום שעליו מופקדת חברה זו. בכך נמצא גם הביטוי לעובדה כי החברה הממשלתית מוזהה בעיני הציבור עם הרשות הציבורית. הנוסחה המאפשרת להחיל על החברה הממשלתית יחסי אמון כלפי הציבור הרחב, ועם זאת להתחשב בצרכיה העסקיים, מאפשרת על כן ליתן ביטוי משפטי למצב נתון, ומאפשרת להתאים את הרמה הנורמטיבית הראויה לאופיה הייחודי של החברה הממשלתית.

10.57 ההחלה של נורמות מן המשפט הציבורי מהווה בסופו של יום הישג נורמטיבי. היא מהווה, כלשונו של לורד דנינג שהובאה לעיל,¹⁰ אתגר לפני בתי המשפט בבואם להתמודד עם כלים הולמים בבעיות שמעוררים צרכיה של המדינה המודרנית. אימוץ הנוסחה המוצעת על ידינו, בדבר החלת כללי המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, נותנת אם כן בידי בתי המשפט כלים הולמים אשר יאפשרו להם לבצע התמודדות נורמטיבית זו, גם ביחס לחברות ממשלתיות, ולהגיע להישגים נורמטיביים על אף הצרכים הייחודיים, אשר לשמם הוקם כלי משפטי זה.

10 בעניין O'reilly v. Mackman, המובא בסעיף 10.6 לעיל.

10.58 ההכרה בקיומה של חובת אמון מצד החברה הממשלתית כלפי הציבור הרחב, המחילה את כללי המשפט הציבורי בכפוף לאפשרות להשתחרר מחובה זו בעת קיומם של צרכים עסקיים חיוניים, משווה מעמד משפטי ייחודי לחברה הממשלתית בהשוואה למחלקה הממשלתית ולתאגיד הסטטוטורי, הכפופים באופן מוחלט לכללי המשפט הציבורי, מחד גיסא, ובהשוואה לגוף פרטי המופטר לחלוטין מכללי המשפט הציבורי, מאידך גיסא. מעמד ייחודי זה עשוי להקנות לחברה הממשלתית את מקומה הראוי במשק במסגרת הליך הפרטה, בצד היותו הישג נורמטיבי.

10.59 מן הראוי הוא על כן להחיל נורמות מן המשפט הציבורי על חברות ממשלתיות, ככל שאלו עוסקות בביצוע איזון בין האינטרס הפרטי שלהן לפעול במשק סגור, הדואג לרווחתו בלבד ושואף לרווחיות, לבין האינטרס הציבורי הכולל את ציפיותיו הסבירות של הציבור כי החברה הממשלתית תנהג עימו באופן ההולם רשות ציבורית.

כמו כן, מוצע להסיק כי כללי המשפט הציבורי יחולו באופן מוחלט ובלתי מסויג, מקום שבו הפעילה הממשלה את הסמכות המסורה לה בעניין זה, מכוח סעיף 4(ב) לחוק החברות הממשלתיות.

10.60 ביצוע האיזון האמור על ידי החברה הממשלתית בין האינטרסים השונים, יביא לעיתים להעדפת צרכים עסקיים על פני נורמות מן המשפט הציבורי. כמו כן, איזון זה חל רק ביחס לפעילות שבה קיימות ציפיות נורמטיביות מצד הציבור, ולהבדיל מפעילות של התארגנות פנימית, שבה לא יחולו כללי המשפט הציבורי. ואולם, בכפוף לשני סייגים אלו, מן הראוי להחיל את מכלול כללי המשפט הציבורי על כלל החברות הממשלתיות.

מפתחות

חובה נעימה היא לי להודות מקרב לב
לעוה"ד יעל ברזם ויוסי אשכנזי
ולמר איתן אדלשטיין על עריכת המפתחות.

מפתחות

המספרים המומתנים בסוגריים מרובעים מפנים לסעיף, אשר בו, או בהערת השוליים שלו מופיע המקור המשפטי שאוזכר.

חוקה ישראלית

- חוק הבחירות לגופים ציבוריים, תשי"ד-1954, סעיף: 2 [8.87]
חוק בחירות לגופים ציבוריים (תיקון מס' 3), התשמ"א-1981 [8.88]
פקודת בריאות העם, 1940 [8.9]
חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, סעיף: 30 [9.124]
פקודת בתי המשפט, 1940, סעיף: 7 (ב) [8.19]
חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, סעיף: 7 [6.1], [6.27], [6.48], [6.56], [6.73], [8.48], [8.49], [8.70], [8.72], [8.71], [8.74], [8.85], [8.86], [8.91], [8.97], [8.107], [9.136]
תקנות הגנת הדייר (דמי שכירות בבתי עסק שיעורי מקסימום והפחתות) (תיקון מס' 2), תקנה 4(5) [8.54]
חוק להסדר הימורים בספורט, תשכ"ז-1967 [8.111]
חוק הסדרים לשעת חרום במשק המדינה, התשמ"ו-1985, סעיף 22 (א) [4.25]
פקודת החברות, 1923, סעיף 19 [1.35], [4.80]
פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, סעיפים: [8.99]
סעיף 23 [1.36]
סעיף 32 [1.24]
סעיף 39 (ב) [4.52]
סעיפים 96 א' - [4.52]
סעיפים 96 כט' - 96 לו' [1.82]
סעיף 105 [6.93], [8.54], [9.10]
סעיף 106 [6.93], [8.54]
סעיף 215 [4.49]
סעיף 115 [4.80]
חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 4), תשנ"א 1991 [1.61], [1.66]
חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 5), תשנ"א 1991 [1.61]
חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 7), התשנ"ב 1992 [1.61]
חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, סעיפים: [מבוא 6]
סעיף 1 [4.1], [4.8], [4.13], [4.41], [4.62], [4.113]
סעיף 2 [1.36], [1.6], [4.32], [4.49], [4.81], [6.93], [6.96], [8.36], [8.54]

[9.127]
 סעיף 4(א) [1.24], [1.4], [1.5], [1.6], [1.7], [3.54], [4.96], [4.99], [4.103], [4.109], [4.111], [4.113], [4.114], [4.116], [4.117], [4.118], [4.119], [4.128], [8.36], [4.129]
 סעיף 4(ב) [1.24], [1.4], [1.9], [1.10], [4.100], [4.101], [4.102], [4.105], [4.110], [4.124], [9.65], [9.136], [10.24], [10.25], [10.26], [10.39]
 סעיף 5(א) [4.1], [4.8]
 סעיף 6 [4.1], [4.12]
 סעיף 7 [1.36]
 סעיף 8 [1.36], [4.41]
 סעיף 9 [4.112], [4.114]
 סעיף 10 [4.112]
 סעיף 11 [4.12], [4.59]
 סעיף 14 [3.33], [3.51], [4.1]
 סעיף 16 [4.1]
 סעיף 17 [4.33]
 סעיף 18(א) [4.1], [4.15], [4.31], [4.55]
 סעיף 19 [4.18]
 סעיף 20 [4.32], [4.38], [4.51]
 סעיף 21 [4.32]
 סעיף 22 [4.32]
 סעיף 24(א) [4.59]
 סעיף 25 [4.35]
 סעיף 26(2) [4.43]
 סעיף 27 [4.57], [4.59]
 סעיף 32 [4.19], [4.20], [4.55], [4.59]
 סעיף 33 [4.20], [4.22], [4.43], [4.55], [4.59], [4.116]
 סעיף 34(א) [4.15], [4.20], [4.22], [4.35], [4.43], [4.53]
 סעיף 35 [4.35], [4.53]
 סעיף 36 [4.43]
 סעיף 37 [4.20], [4.42]
 סעיף 41 [4.36], [4.38]
 סעיף 42 [4.43], [4.42]
 סעיף 44(א) [4.47], [4.59]
 סעיף 47(א) [4.49], [4.59]
 סעיף 54(5) [4.22], [4.56], [4.57]
 סעיף 48 [4.50]

- סעיף 49 [4.50]
 סעיף 50 [4.55]
 סעיף 51 [4.56]
 סעיף 52 [4.56]
 סעיף 53 [4.56]
 סעיף 55 [4.56]
 סעיף 56 [4.2]
 סעיף 58 [4.113]
 סעיף 63א' [4.62], [4.116]
 סעיף 64 [4.2]
 סעיף 68 [4.38]
 סעיף 72
- חוק החברות הממשלתיות (חברה להשקעות בהון סיכון), התשנ"ב-1992 [3.37]
 חוק החברות הממשלתיות (תיקון) התשמ"ד-1986 [1.24], [4.116]
 חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 2) התשמ"ט-1989 [1.24], [4.116]
 חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים) התשנ"ג-1993 [4.41]
 חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992, סעיפים: [4.66], [4.125], [6.109], [9.7], [9.65],
 [10.23], [10.44]
 סעיף 1 [6.105]
 סעיף 2 [6.105]
 סעיף 4 [6.106]
- חוק חובת מכרזים (תיקון מס' 2), התשנ"ג-1992 [4.72], [4.98], [6.106]
 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיפים:
 סעיף 1 [9.10]
 סעיף 2 [9.10] [9.22]
 סעיף 7 [9.10]
 סעיף 12 [1.39] [7.3] [7.6] [9.12]
 סעיף 14(ד) [9.403]
 סעיף 30 [7.6]
 סעיף 39 [1.39] [1.41] [7.6] [9.12]
 סעיף 61(ב) [1.38], [7.3], [9.12], [9.15]
- חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיפים: 3(4) [6.109]
 חוק יסוד: חופש העיסוק [7.2], [7.10]
 חוק יסודות התקציב התשמ"ה-1985, סעיפים: [6.90]
 סעיף 3 [4.10]
 סעיף 8 [4.10]
 סעיף 21 [4.87]

- סעיף 29 [4.87]
 סעיף 31 [4.21]
 סעיף 33 [4.36]
 סעיף א39 [4.10]
- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 3 [7.2], [7.10]
 חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 [3.61]
 חוק מבקר המדינה [נוסח משולב] התשי"ח-1958, סעיפים:
 סעיף 9(5) [4.2], [4.54]
 סעיף 9(7) [4.2]
 סעיף 9(8) [4.54]
 סעיף 10 [4.54]
 סעיף 13 [4.54]
- חוק יסוד: הממשלה, סעיפים: 29 [6.92], [6.93]
 חוק יסוד: הממשלה, סעיפים: 31 [6.92]
 חוק יסוד: הממשלה (התשנ"ב), סעיף: 49 [8.6]
 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], סעיף: 9(2) [8.46]
 חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ
 ישראל, התשי"ג-1952, סעיפים:
 סעיף 2א [8.81]
 סעיף 4 [8.81], [8.83]
 סעיף 8(ב) [8.81]
 סעיף 7 [8.81], [8.83]
- חוק יסוד: משק המדינה [6.90]
 חוק המתנה, התשכ"ח-1968, סעיף: 5. [9.12], [9.59]
 חוק הנאמנות, התשל"ט-1979
 סעיף 1 [1.59], [2.9]
 סעיף 12(א)
 סעיף 13(א)
 סעיף 14(ד)
 סעיף 32 [1.24]
 סעיף 33 [1.24]
 סעיף 34 [1.24]
- פקודת הנזיקין (נוסח חדש) התשכ"ח-1968
 סעיף 36 [7.6]
 סעיף 63 [7.6]
 חוק ניירות ערך התשכ"ח-1968, סעיפים:
 סעיף 46ב [3.25]

- סעיף 52א [1.51]
- חוק נכסי המדינה התשי"א-1951, סעיפים: 4 [4.2], [6.91]
- חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958, סעיפים:
- [8.111], [5.75]
- סעיף 3 [6.109]
- סעיף 4 [6.109]
- סעיף 5 [6.46] [6.609] [9.67] [9.99]
- סעיף 7 [6.109]
- סעיף 8 [6.109]
- סעיף 9 [6.109]
- סעיף 11 [6.46] [6.109]
- פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948,
- סעיף 9 [8.6] [8.14]
- סעיף 16 [4.80]
- סעיף 49 [8.6]
- חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיפים:
- סעיף 225 [9.111]
- סעיף 231(א)(2) [9.111]
- סעיף 425 [1.59]
- חוק העונשין (תיקון מס' 32), התשנ"א-1991 [1.61]
- חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, סעיפים:
- סעיף 3 [4.61]
- סעיף 11א [4.61] [4.61] [4.64] [4.72]
- סעיף 46 [8.6]
- פקודת הפרשנות [נוסח חדש], סעיפים:
- סעיף 24 [5.36]
- סעיף 26 [6.94]
- סעיף 31 [8.56]
- סעיף 42 [6.46] [6.109] [9.67]
- סעיף 1 [8.56]
- חוק העמותות [8.41]
- חוק המועצה להשכלה גבוהה התשי"ח [8.76]
- חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, סעיפים: [8.48]
- סעיף 1 [8.49]
- סעיף 3 [8.48] [8.56]
- סעיף 17 [6.94]
- חוק רשות הפיתוח (העברת נכסים), התשי"י-1950. [3.61]

חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965. [3.61]
חוק השליחות, תשכ"ה-1965, סעיפים:

סעיף 8 [1.59] [1.62]

סעיף 16 [6.92]

חוק השופטים, תשי"ג-1963, סעיף: 13. [6.7]
חוק יסוד: השפיטה, סעיפים:

סעיף 2 [4.101] [6.7]

סעיף 15 [1.9] [3.63] [4.101] [6.1] [6.27] [6.48] [6.49] [6.51] [6.52] [6.55]

[6.60] [6.63] [6.64] [6.71] [6.73] [6.74] [6.81] [6.83] [6.112] [8.3] [8.24] [8.30]

[8.46] [8.40] [8.37] [8.35] [8.75] [8.70] [8.56] [8.48] [9.127] [8.118] [8.114]

[10.26] [10.29]

חוק התוספת לזכויות חשמל (תשלומים בעד חיבור למערכת חשמל),
התשכ"ד-1963. [8.95]

חוק התוספת לזכויות החשמל (תיקון הזכויות), התש"ל-1970. [8.95]

חוק לתיקון סדרי המנהל (הנמקות), התשי"ט-1958, סעיפים: [1.19] [9.124] [9.136]

סעיף 1 [9.126] [9.127]

סעיף 2 [9.124]

סעיף 2א [9.124]

סעיף 3 [9.124]

סעיף 6 [9.124] [9.125]

חוק תקציב המדינה לשנת 1979. [6.89]

חוק התכנון והבניה [8.14]

הצעות חוק

הצעת חוק בחירות לגופים ציבוריים (תיקון מס' 3), התשמ"א-1981. [8.88]

הצעת חוק הליכי תכנון ובניה (הוראת שעה), תש"ן-1990. [8.14]

הצעת חוק החברות הממשלתיות תשל"ג-1973. [3.41] [4.8] [4.20] [4.55] [4.85]

[4.112]

הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון) התשמ"ד-1986. [4.116]

הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 7) (סייג להגדלת מספר

הדירקטורים) התשנ"ג-1993. [4.41]

הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 8) (הפרטה), התשנ"ג-1993. [מבוא

[12]

הצעת חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 4), התש"ן-1990. [1.62]

הצעת החוק לתיקון פקודת החברות (מס' 5) התשנ"א-1991. [1.64]

הצעת חוק חובת מכרזים, התשנ"א-1991. [6.107]

הצעת חוק חובת מכרזים (תיקון מס' 2), התשנ"ג-1992. [6.106]

דברי הכנסת

דברי הכנסת מיום 3.7.73 עמ' 3671. [4.23] [4.96]
דברי הכנסת מיום 24.6.75, דיון בקריאה שניה ושלישית בחוק החברות
הממשלתיות, עמ' 3181 עד עמ' 3205. [1.24] [4.22] [4.34] [4.38]
דברי הכנסת מיום 14.7.89 עמ' 2870 [4.116]

החלטות, הנחיות, חוזרים מקצועיים, כללים וקווים מנחים

החלטת ממשלה כל/48 מיום 24.2.66.
החלטת ממשלה מס' 573 מיום 2.5.81. [1.24]
החלטת ממשלה מס' 1500 מיום 6.4.86. [1.24]
החלטת ועדת השרים לענייני כלכלה מיום 25.6.72. [1.6]
החלטת ועדת השרים לענייני כלכלה מס' כל/51 מיום 13.3.77. [1.24]
החלטת ועדת השרים לענייני כלכלה מס' כל/67 מיום 19.2.84. [1.24] [4.98]
החלטת ועדת השרים לענייני כלכלה מס' כל/85 מיום 21.2.84. [1.24]
הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 461, 21, וכן הנחיה מיום 16.3.72. [1.6] [9.72]
קובץ הנחיות לחברות הממשלתיות, פרק 81. [4.56]
רשות החברות הממשלתיות - הנחיות לעריכת תקציבים בחברות הממשלתיות
(ירושלים 1976). [4.19]
חוזר מנכ"ל לשכת החברות הממשלתיות מיום 28.9.62. [1.6]
חוזר 13/83 של רשות החברות הממשלתיות. [4.57] [4.83]
רשות החברות הממשלתיות, כללים לדיווח כספי בחברות הממשלתיות,
(ירושלים 1969). [4.19]
כללי החברות הממשלתיות (מינוי יועצים משפטיים ושכרם) התשל"ז-1977. [4.49]
כללי החברות הממשלתיות (מינוי יועצים משפטיים ושכרם) התשנ"ב-1992. [4.49]
כללי החברות הממשלתיות (מינוי רואי חשבון ושכרם) תשל"ז-1977. [4.48]
קווים מנחים לרואה חשבון של איגוד ממשלתי, התשל"ו-1976. [4.54]

ילקוט פרסומים

י"פ 2565 התשל"ט 2172. [8.81]

תשקיף

"בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, מיום 23.5.91. [1.24]

דו"חות

דו"ח הוועדה להבנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות, בראשות פרופ' א' ברק, (האוניברסיטה העברית ירושלים, המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, תשל"א-1970). [מבוא 1] [מבוא 6] [1.19] [1.22] [3.37] [3.42] [3.45] [4.1] [4.10] [4.15] [4.19] [4.29] [4.42] [4.43] [4.56] [4.65] [4.66] [4.67] [4.69] [4.87] [4.84] [4.87] [4.96] [4.102] [4.108] [4.109] [4.127] [5.74] [6.46] [8.54] [9.58]

דו"ח הוועדה שמונתה ע"י האגודה הישראלית למדעי המדינה, לבריקת המפעלים העסקיים של המדינה, בראשות ד"ר מוזס, (ירושלים, 1965). [1.22] [3.36] [3.38] [3.41] [3.43] [4.1] [4.7] [4.42] [4.83] [4.106] משרד מבקר המדינה, ביקורת המדינה באיגודים ממשלתיים, 1957. [מבוא 3] [4.10] דו"ח מבקר המדינה לשנת 1970 (דו"ח שנתי מס' 21, ירושלים, התשל"א-1971). [4.12]

תקציב המדינה

תקציב המדינה לשנת 1979 [מבוא 7]

פסיקה ישראלית

בג"צ 231/66 מרדכי אביב נ' שר הפיתוח וחברת החשמל לישראל בע"מ, פד"י כ 286. [8.80] [8.94] [8.106]

בג"צ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות, פד"י לב(3) 743. [9.31] [9.41] [9.61]

ע"א 23/85 ארלשטיין נ' כהן בע"מ, פד"י מ(4) 583 [6.63]

בג"צ 127/80 אודם נ' ראש עיריית ת"א יפו, פד"י לה(2) 118. [1.92]

בג"צ 606/78 אויב ואח' נ' שר הבטחון, פד"י לג(2) 113. [6.92]

בג"צ 279/60 אולמי גול בע"מ נ' סער, פד"י טו 679. [1.92]

בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' ל. גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י טו 2407. [8.2] [9.116]

בג"צ 594/78 אומן מפעלו סריגה בע"מ ואח' נ' שר התעשייה המסחר והתיירות ואח', פד"י לב(3) 469. [9.29]

בג"צ 125/57 אוניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר ואח', פד"י יא 1490. [9.81]

- בג"צ 789/78 אופק ואח' נ' שר הפנים פד"י לג(3) 480. [6.87]
- ע"א 402/176 אזרניקוב נ' מדינת ישראל, פד"י לא(1) 270. [1.39] [1.42]
- בג"צ 143/56 חאלד עבר אחג'יגי נ' המפקח על התעבורה, פד"י יא 370. [9.121]
- [9.124] [9.129] [9.134]
- בג"צ 244/85 האחים בנקיר (ישראל) בע"מ נ' מפעל הפיס, פד"י לט(4) 477. [8.99]
- [8.111]
- בג"צ 160/72 אחים שרבט חב' לבנין בע"מ נ' האגודה למען הזקן, באזורי העמקים, פד"י כז(1) 620. [6.56] [6.73] [8.90] [8.92] [8.93]
- בג"צ 580/83 אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פד"י לט(1) 29. [9.44]
- בג"צ 165/69 אייזנברג נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פד"י כג(2) 457. [6.92]
- ע"א 319/65 אלבלדה ועוזיאלו נ' חברת האוניברסיטה העברית, פד"י כ(1) 204. [8.77] [9.70]
- בג"צ 282/80 אלון ואח' נ' המועצה המקומית נתיבות ואח', פד"י לה(1) 601. [9.31]
- בג"צ 63/59 אלידין נ' מדינת ישראל, פד"י יג 1165. [8.99]
- בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פד"י לז(3) 17. [7.26]
- בג"צ 345/61 אל כאזן נ' מנהל רשות השידור, פד"י טו 2364. [6.70] [6.71]
- בג"צ 282/61 אל-סרוגי ואח' נ' שר הדתות ואח', פד"י יז 188. [6.90]
- ע"א 10/55 "אל על" נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' ראש העיר ת"א יפו ואח' פד"י י 1586. [6.89]
- בג"צ 121/68 אלקטרה ישראל בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י כב(2) 551. [8.25]
- בג"צ 290/65 אלתגר נ' עיריית רמת גן, פד"י כ(1) 29. [2.75]
- בג"צ 73/76 אסם אקספורט (1962) בע"מ נ' שר האוצר, פד"י ל(3) 636. [9.25]
- [9.34]
- בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין (טרם פורסם). [7.30]
- בג"צ 112/54 אקסל ואח' נ' ראש העיר חברי המועצה ובני העיר נתניה, פד"י ח 1524. [6.86]
- בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פד"י מ(2) 393. [2.53] [9.18]
- [9.73] [9.85]
- ע"א 733/77 אשרוד זיקוק מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לד(2) 182. [9.27]
- בג"צ 281/65 הרב יצחק אשכנזי נ' ועדת הבחירות המרכזית להסדרות הכללית של העובדים העבריים בארץ ישראל, פד"י יט(3) 194. [8.86]
- בג"צ 281/82 אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, פד"י לז(1) 95. [1.92] [1.93] [6.97]

- בג"צ 68/58 בוגנים נ' הרמטכ"ל, פד"י יד 1653. [6.89]
- בג"צ 74/62 בוטוקובסקי נ' שר האוצר, פד"י טז 2229. [9.10]
- בג"צ 114/78 מוחמד סעיד בוריקאן נ' שר האוצר פד"י לב(2) 800. [8.71]
- בג"צ 781/88 בזז נ' שר האוצר, פד"י מד(3) 456. [8.12]
- בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פד"י ב 80. [1.14] [6.87]
- בג"צ 243/52 ביאלר נ' שר האוצר, פד"י ז 424. [9.70]
- בג"צ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פד"י כח(2) 449. [6.27]
- [6.73] [8.99]
- ע"א (ת"א) 135/48 ביר נ' רובין, פס"מ ד 182. [1.37]
- בג"צ 292/62 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות ואח' פד"י טז 20. [6.66] [6.71]
- [8.28]
- ע"א 207/79 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פד"י לז(1) 533.
- [2.64] [2.65] [2.71] [7.5] [7.21] [7.29] [7.55]
- ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פד"י מג(1) 441.
- [2.66] [2.77] [2.83] [7.5] [8.25] [10.19]
- בג"צ 30/51 בלבן ואח' נ' עיריית ת"א ופו ואח', פד"י ו 257. [9.70]
- ע"א 570/66 בלעום נ' מינהל מקרקעי ישראל פד"י כא(1) 109. [6.109]
- ע"א 30/56 בן הרוש נ' קצין התגמולים, פד"י י 931. [9.125]
- בג"צ 924/75 בן חיים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י לו(1) 412. [1.42]
- ע"א 404/80 בני עטרות מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לח(4) 30. [8.80]
- ע"א 64/80 בנק א"י בריטניה בעמ' (בפירוק) נ' מדינת ישראל - משרד השיכון, פד"י לח(3) 589. [1.43] [9.83]
- ע"א 544/78 בנייני גינדי נ' אפללו, פד"י לג(2) 9. [9.40]
- ע"א 60/80 בנק א"י בריטניה בע"מ (בפירוק) נ' מדינת ישראל - משרד השיכון, פד"י לח(3) 589. [2.53]
- בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים פד"י לז(3) 29. [1.92] [9.94]
- ד"נ 39/80 ברדיגו ואח' נ' ד.ג.ב. טקסטיל בע"מ ואח', פד"י לה(4) 197. [1.37]
- בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פד"י יב 1493. [1.92]
- בג"צ 640/77 ברנובסקי נ' מנהל אגף המס והבלו, פד"י לב(2) 75. [1.42]
- ע"א 591/73 בשיסט נ' אגודת הכורמים של יקבי ראשל"צ וזכרון יעקב בע"מ, פד"י כח(1) 759. [1.37]
- בג"צ 5018/91 גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פד"י מז(2) 773. [9.47]
- בג"צ 4225/91 גודוביץ נ' ממשלת ישראל, פד"י מה(5) 781. [9.36]
- בג"צ 702/79 גולדברג נ' שרמן ראש מועצת רמת השרון ואח', פד"י לד(4) 85. [9.15]

- בג"צ 657/89 גולדשמיט נ' מועצת הרבנות הראשית פד"י מד(1) 622 [1.92]
 בג"צ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לה(2) 649 [1.92]
 בג"צ 126/84 גלבוש ואח' נ' מפעל הפיס, פד"י לט(4) 68 [3.48], [8.111]
 ע"א 667/76 ל' גליקמן בע"מ ואח' נ' א.מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פד"י
 לב(2) 281 [1.81]
 בג"צ 939/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מד(2) 485 [6.99]
 ע"א 783/86 ראובן גרוס בע"מ נ' עורית ת"א יפו, פד"י מג(4) 395 [9.70]
 בג"צ 131/81 דובר ואח' נ' המועצה להשכלה גבוהה ואוניברסיטת בר-אילן,
 פד"י לה(4) 263 [8.77]
 בג"צ 341/80 דוויק נ' בכר, פד"י לה(2) 197 [1.43], [6.62], [6.109], [8.75]
 בג"צ 421/89 דורון ערן הפקות בנלאומיות בע"מ ואח' נ' הקרן לעידוד הסרט
 הישראלי, פד"י מג(4) 309 [3.48], [8.112]
 בג"צ 207/84 דותן נ' שר התחבורה ואח', פד"י לח(3) 95 [8.87]
 בג"צ 142/86 דישון כפר שותפי להתישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פד"י מ(4)
 523 [9.31]
 בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פד"י לה(1) 421 [1.92], [2.45], [6.24],
 [8.99], [6.99]
 בג"צ 4666/90 דקל נ' שר האוצר, פד"י מזה(1) 28 [1.96], [4.91], [8.60], [9.15]
 ע"א 732/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל בע"מ
 ואח', פד"י לא(2) 281 [2.22]
 ע"א 620/60 הלפרין נ' קוצ'ינסקי פד"י טו 705 [6.89]
 ת"א 2603/56 "המשווק" ואח' נ' קופלר ואח', פס"מ טו 372 [1.51]
 ע"א 283/62 הסס נ' לטלו, פד"י יז 758 [1.60]
 בג"צ 539/85 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' בית הדין הארצי
 לעבודה, פד"י מ(4) 834 [6.90]
 בג"צ 270/82 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י ואח' נ' ממשלת ישראל
 ואח', פד"י לו(2) 669 [1.24]
 בג"צ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית בא"י נ' שרת העבודה, פד"י ו
 237 [1.21]
 בג"צ 995/89 העדה המרונית בחיפה נ' שר האוצר, פד"י מד(2) 147 [6.63]
 בג"צ 145/83 הרמתי נ' עורית ת"א-יפו, פד"י לז(4) 505 [1.92]
 בג"צ 534/75 התאחדות בתי מלון בישראל ואח' נ' שר התיירות ואח', פד"י ל(1)
 837 [9.21]
 בג"צ 194/56 וון מירוף נ' מנהל אגף השיכון, פד"י יא 659 [6.46], [8.99]
 בג"צ 9/82 וירשובסקי נ' שר המשפטים, פד"י לו(1) 645 [1.92]
 בג"צ 601/75 ועד מקומי סביון נ' הועדה לשמירה על קרקע חקלאית ואח', פד"י
 לא(1) 103 [9.23], [9.25]

- בג"צ 1/82 ועדת שחרורים נ' אדרי, פד"י לו(2) 109 [8.99]
 ע"א 7/83 ועדת השחרורים נ' פלוני, פד"י לח(1) 505 [8.99]
 ע"א 810/82 "זול בון" נ' זיידה פד"י לז(4) 737 [1.39]
 בג"צ 163/76 זילבר ובניו נ' תרכובת ברום בע"מ (לא פורסם) [4.72]
 בג"צ 778/79 זילברשטיין נ' שר הבטחון ואח', פד"י לד(3) 356 [9.52]
 בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פד"י מה(1) 749 [9.15], [9.19]
 בג"צ 5941/91 החברה האמריקנית הישראלית לגז בע"מ ואח' נ' משרד
 האנרגיה והתשתית ואח' (טרם פורסם) [9.31]
 ע"א 247/47 חברת בית חולים "רפאל" בע"מ נ' פעילן, פד"י ב 57 [1.59]
 בג"צ 195/64 החברה הדרומית בע"מ ו"מרבק" בית מטבחיים בע"מ נ' מועצת
 הרבנות הראשית והמועצה הדתית ת"א יפו, פד"י יח(2) 324 [8.86]
 ע"א 335/67 חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פד"י
 כב(2) 365 [9.77]
 המ' 100/52 חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ נ' אגיון, פד"י ו 887 [1.59]
 המ' 100/52 חברה ישראלית לתעשייה בע"מ נ' "שמשון" בע"מ, פד"י יא 1569
 [1.59]
 ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בניו ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י מה(4)
 [1.38] 364
 בג"צ 159/81 חב' מיור בע"מ נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, פד"י לה(3) 596 [8.99],
 [8.111]
 בג"צ 492/79 חברה פלונית נ' מדינת ישראל, פד"י לד(3) 706 [1.42], [1.43], [1.93],
 [8.99]
 בג"צ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הבטחון, מדינת ישראל ואח' פד"י לב(2)
 [7.3], [6.97] 581
 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום,
 פד"י מו(2) 464 [7.6], [7.8], [7.9], [7.10], [8.11], [8.45]
 בג"צ 902/72 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל, פד"י כז(2) 169 [6.92]
 בג"צ 69/80 חירם נ' שר הבטחון ואח', פד"י לה(4) 505 [9.31]
 ע"א 101/74 חירם לנדאו נ' פיתוח מקורות מים, פד"י ל(3) 661 [9.40]
 בג"צ 344/89 ח.ס.ה. נ' שר התעשייה והמסחר, פד"י מד(1) 456 [1.92], [8.12]
 בג"צ 293/64 חסין נ' הרשות המוסמכת, פד"י יט(1) 572 [1.92]
 בג"צ 36/51 חת נ' מועצת עירת חיפה ואח', פד"י ה 1553 [6.86]
 ע"א 267/55 טוקטלי נ' שמשון בע"מ, פד"י יא 1569 [1.59]
 ע"א 463/65 טירת הכרך בע"מ נ' ועדת השומה ליד עיריית נתניה, פד"י כ(2) 234
 [6.62]
 בג"צ 79/63 טרודלר נ' פקידי הבחירות לוועדות החקלאיות, פד"י יז 2503 [9.118]
 ע"א 144/79 יוטבין מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לד(2) 344

[8.75], [6.109]

- בג"צ 156/63 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוסטרייכר, פד"י יז 2088 [8.6]
ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פד"י יא 695 [6.90]
ע"א 311/57 היועמ"ש נ' מ. דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, פד"י יג 1026 [6.89]
ע"א 74/58 היועץ המשפט לממשלה נ' הורנשטיין, פד"י יד 365 [6.92]
ע"פ 217/68 יזראמקס נ' מדינת ישראל, פד"י כב(2) 343 [6.89]
בג"צ 348/78 ינאי ואח' נ' עיריית חיפה ואח', פד"י לג(1) 47 [8.80]
ע"א 332/73 יעקב ואח' נ' נתן שלום ואח' פד"י כח(1) 361 [1.37]
בג"צ 42/71 יפ-אורה בע"מ נ' רשות השידור, פד"י כה(2) 741 [6.69]
בג"צ 11/63 יפו-סן (מוצרי הדר) בעמ' נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י יז 737
[9.10]
בג"צ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הבטחון, פד"י לז(2) 505 [1.92]
ע"א 226/80 כאהן ואח' נ' מדינת ישראל פדי לה(3) 463 [6.109]
ע"א 238/53 בהן ואח' נ' היועץ המשפטי, פד"י ח(4) [6.74]
בג"צ 29/62 שלום כהן נ' שר הבטחון, פד"י טז 1023 [6.69], [6.91], [6.92], [6.100],
[1.29]
בג"צ 400/87 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פד"י מא(2) 729 [2.75]
ע"א 82/73 כונסי נכסים של חב' הרמן הולנדר בע"מ נ' בנק ישראלי לתעשייה
בע"מ, פד"י כח(2) 68 [1.37]
המ' (ת"א) 5757/83 כור נ' טבע (לא פורסם) [4.77]
בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י מא(1) 421 [1.92],
[6.99]
בג"צ 242/70 לביב נ' שר האוצר, פד"י כד(2) 313 [9.80], [9.85]
ע"א 10/75 יגאל לביב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ ואח', פד"י ל(3)
225. [1.37], [2.53]
בג"צ 376/81 לוגסו נ' שר התקשורת פד"י לו(3) 349 [1.40], [1.92], [9.15], [9.17]
ראה בג"צ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב יפו ואח', פד"י יג
[8.99] 1182
בג"צ 379/71 לוי נ' עיריית פתח תקוה, פד"י כו(1) 785 [1.40]
ע"א 831/76 יוסף י. לוי ואח' נ' פקיד השומה חיפה, פד"י לב(1) 421 [9.28], [9.59]
ע"א 48/54 משה לוי נ' המנהל הכללי של רכבת ישראל פס"מ יא 19 [6.46]
ע"א 54/49 לויין פינגולד ואח' נ' האפוטרופוס הכללי פד"י ה(2) 1180 [6.46]
ע"א 793/76 לוקמן נ' חיים שיף, פד"י לג(2) 533 [2.11]
בג"צ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י נט 197 [6.55]
בג"צ 356/83 לידור האגודה להגנת בעלי בתים, דירות ורכוש פרטי בישראל
ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פד"י לח(1) 602 [9.31]
בג"צ 84/53 לויטמן נ' שר האוצר, פד"י ז 813 [9.70]

- ע"א 391/80 לסרטון נ' שוכן עובדים בע"מ, פד"י לח (2) 237 [1.39], [8.45].
 ת"א (ת"א) 2975/82 לרר נ' עירית חולון, פס"מ תשמ"ד (א) 459 [9.40].
 ע"א 434/74 לשם נ' הדריים (הור השרון) בעמ', פד"י לו (1) 825 [1.60].
 ע"א 455/82 מאיר נ' מזרחי, פד"י לז (3) 579 [9.40].
 בג"צ 267/76 מגן (מוצני) נ' שר האוצר, פד"י לא (1) 634 [9.27].
 בג"צ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' משרד הבריאות, פד"י
 מד (1) 19 [1.92], [8.9].
 ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר חברה לבניין ואח' (לא פורסם) [9.80].
 ע"א 516/87 מדינת ישראל נ' בלומנפלד, פד"י מב (3) 244 [7.54].
 ע"א 516/87 מדינת ישראל נ' בלויכנפלד, פד"י מב (3) 244 [2.57], [2.61].
 ע"א 141/75 מדינת ישראל ואח' נ' לוי, פד"י ל (2) 508 [6.109].
 ע"א 114/89 מדינת ישראל נ' פמר חברה לבניין בע"מ, פד"י מו (1) 654 [9.59].
 המ' 1576/61 מונק נ' מיצארון בע"מ, פס"מ ל 327 [1.37].
 בג"צ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל יסודי לבנות "בית רבקה"
 ואח' נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל פד"י מז (2) 661 [8.82].
 בג"צ 136/84 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר המועצה להגבלים עסקיים,
 פד"י לט (3) 265 [6.92].
 בג"צ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב ואח', פד"י
 לו (4) 516 [9.31].
 בג"צ 685/78 עומרי מחמור נ' שר החינוך והתרבות, פד"י לג (1) 776 [1.92].
 בג"צ 58/66 מטיאש נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י כ (2) 561 [9.25].
 בג"צ 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פד"י לו (2) 673 [1.93], [6.97].
 בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פד"י לז (3) 337 [6.87].
 ע"א 394/82 מויזלר נ' המועצה המקומית נשר, פד"י לז (4) 42 [9.31], [9.70], [9.94].
 בג"צ 311/60 מילר מהנדס (סוכנות יובוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פד"י
 טו 1989 [2.53], [2.60], [6.55], [6.92], [8.25], [9.75], [9.76], [9.77], [10.16].
 [6.20].
 בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פד"י מא (4) 169 [8.5].
 בג"צ 761/86 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פד"י מב (4) 868 [8.5].
 ה"פ (ת"א) 420/87 מיקרו דף בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פס"מ
 תשמ"א (ב) 485 [8.99].
 בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פד"י מא (2) 449 [1.48].
 [1.88], [2.20], [2.22], [3.61], [5.35], [6.47], [6.63], [6.74], [8.41], [8.44].
 [8.99], [8.100], [8.109], [9.107], [8.117], [10.22], [9.108].
 בג"צ 24/66 מלכה נ' לוי ואח', פד"י כ (1) 651 [2.75].
 בג"צ 8/49 מנקה נ' המושל הצבאי בירושלים פד"י ב 130 [6.87].
 ד"נ 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פד"י לא 821 [9.81].

- בג"צ 508/83 מעוף נתיבי אוויר בע"מ נ' שר התחבורה, פד"י לח (3) 533 [1.92]
 ערעור תשכ"ז/96 המפלגה הדתית לאומית ברחובות נ' הסתדרות אגודת
 ישראל ברחובות פד"י ו 173 [9.17]
- ע"א 189/76 מפלגת העבודה הישראלית נ' אביתר לוינ' ואח', פד"י לא (2) 265
 [1.37]
- רע"א 183/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל, אגף המכס והבלו,
 פד"י מד (3) 812 [6.62]
- בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פד"י לד (3)
 729 [1.92], [2.57], [2.60], [6.72], [6.73], [6.97], [6.100], [6.109], [7.54],
 [8.25], [9.43], [9.98]
- בג"צ 92/83 נגר נ' מנהלת ענף ביטוח נפגעי עבודה (פעולות איבה) במוסד
 לביטוח לאומי ואח', פד"י לט (1) 341 [9.25]
- ע"א 268/65 נוי נ' עיריית חדרה, פד"י יב 353 [8.25]
- בג"צ 636/86 נחלת ז'בוטינסקי, מושב עובדים ואח' נ' שר החקלאות ואח', פד"י
 מא (2) 701 [9.25]
- ע"ב 312/84 ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה,
 פד"י לט (2) 225 [6.87]
- בג"צ 321/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י ל
 (1) 673 [9.11], [9.12], [9.13], [9.15], [9.20], [9.21], [9.25], [9.26], [9.29],
 [9.31], [9.41], [9.55], [9.56], [9.57], [9.65]
- ה"פ (י-ם) 1221/80 סודאי נ' האוניברסיטה העברית בירושלים, פס"מ תשמ"א (2)
 333 [9.70]
- ע"א 747/81 סולבי ואח' נ' שיקמונה - חברה ממשלתית עירונית לשיקום
 משכנות עוני בחיפה בע"מ, פד"י לו 239 [8.54]
- ע"א 52/79 סולימני נ' בראונר, פד"י לה (3) 617 [1.59]
- בג"צ 425/74 סימר חברת בונים בע"מ נ' שר הפיתוח וחברת החשמל לישראל
 בע"מ, פד"י כט (2) 233 [8.97]
- בג"צ 531/79 סיעת הליכוד נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פד"י לד (2) 566 [1.92],
 [1.93], [2.12], [2.15]
- בג"צ 1179/90 סיעת רץ נ' מ"מ יו"ר הכנסת, פד"י מד (2) 31 [8.5]
- בג"צ 143/64 סלמון ארטו נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פד"י
 יח (3) 51 [2.57], [2.61], [7.54]
- בג"צ 434/87 סן הרשקו ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח', פד"י מד (4) 154
 [9.25]
- בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פד"י לד (2) 169 [2.45]
- ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פד"י לב (1) 231 [1.39]
- ע"א 570/66 עבראללה בלעום ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל פד"י כא (1) 109

[6.46]

ע"א 789/82 עזרא נ' מוגרבי, פד"י לז (4) 565 [1.39]
בג"צ 1653/79 עזריאל ואח' נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פד"י לה (2)
85 [9.31]

ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן, פד"י כג (2) 398 [6.89]
בג"צ 266/68 עיריית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פד"י כב (2) 824 [8.6]
בג"צ 347/84 עיריית פתח תקוה נ' שר הפנים, פד"י לט (1) 813 [6.92]
ע"א 436/62 עיריית רמת-גן נ' תיק, פד"י יז 1262 [6.62]
ע"א 322/70 עיריית ת"א ופו נ' סוכנות לאמנות, פד"י כז (2) 588 [6.62]
ע"א 86/76 "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרון,
פד"י לב (2) 337 [9.59]

ע"א 405/69 "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' שרל
פילו, פד"י כד (1) 309 [4.65], [9.59]

בג"צ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פד"י לז (2) 1 [1.39]
בג"צ 271/67 פאקא נ' שר החקלאות (לא פורסם) [8.6]
בג"צ 112/77 פוגל ואח' נ' רשות השידור ואח', פד"י לא (3) 657 [6.86]
בג"צ 474/73 פודים נ' המוסדות להשכלה גבוהה, פד"י כח (1) 354 [8.76]
ע"א 87/75 א' את ה' פויכטוונגר בע"מ נ' אשר פויכטוונגר בע"מ ואח', פד"י
כט (2) 85 [1.37].

ע"א 562/73 פולו בע"מ ואח' נ' יו"ר הוועדה לתכנון ולבנייה רמת גן ואח', פד"י
כח (1) 824 [6.62]

בג"צ 298/70 פולק בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י כה (2) 3 [9.25]
בג"צ 299/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פד"י מד (3) 317 [1.92], [8.14]
ע"א 700/81 פז נ' פז, פד"י לח (2) 736 [1.39]
בג"צ 2303/90 פיליפוביץ ואח' נ' רשם החברות ואח', פד"י מו (1) 410 [6.35],
[9.134], [6.92]

ע"א 230/80 פנידר נ' קסטרו, פד"י לה (2) 713 [1.39]
ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פד"י לז (4) 673 [1.39]
בג"צ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי והשכון ואח' פד"י מה (5) 50
[6.63], [6.109], [7.7], [8.75], [9.12]

ע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פד"י כב (2) 577 [6.89]
בג"צ 262/92 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פד"י טז 2101 [1.19] [1.93],
[1.94], [2.16], [6.1], [6.56], [6.59], [6.61], [6.62], [6.71], [6.72], [6.75], [6.80],
[6.97], [7.59], [8.59], [8.57], [8.34], [8.28], [10.28], [9.98], [8.71]

בג"צ 124/79 צובא נ' שר הבטחון, פד"י לד (2) 752 [2.53], [9.84]
בג"צ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פד"י מב (4) 529 [1.92]
ע"א 188/84 "צור" חברה לביטוח בע"מ נ' חדר, פד"י מ (3) 1 [1.39]

- ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר פד"י יד 1319
ע"א 817/79 קוסוי ואח' נ' בנק ו.ל. פויכטוונגר בע"מ ואח', פד"י לח (3) 253
[1.87], [2.12], [2.14], [2.15]
- ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק פויכטוונגר, פד"י לח (4) 505 [1.59]
ע"א 250/88 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' עירית
באר-שבע, פד"י מג (4) 488 [9.90]
- ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פ"ש רחובות, פד"י לט (2) 70 [1.20]
בג"צ 372/84 קלופפר נווה נ' שר החינוך והתרבות, פד"י לח (3) 233 [8.6]
ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פד"י לו (3) 701 [1.20]
- בג"צ 640/78 בוריס קצאן את יוסף הרשטיג חברה לבנין ולהנדסה בע"מ נ' יו"ר
הועדה המקומית לתכנון עיר נתניה ואח', פד"י לד (2) 1 [9.29], [9.52]
ע"א 343/54 קרונגולד נ' סינדיקט א"י לבעלי מכוניות משא בע"מ, פד"י ט 943
[1.37]
- ע"א 67/77 קרסו נ' קרסו, פד"י לא (3) 236 [1.59]
בג"צ 969/89 ר.מ.י. מרכז רפואי ירושלים בע"מ נ' שר הבריאות, פד"י מדר (3) 113
[8.10]
- בג"צ 244/86 רביבו נ' ראש המועצה המקומית אופקים, פד"י מב (3) 183 [1.92]
ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פד"י לג (2) 281 [9.58]
בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פד"י מא (1) 73 [8.62], [9.113]
ת"א (נצרת) 765/80 רובינשטיין נ' רוזנברג, פס"מ תשמ"ב (א) 1332 [1.59]
בג"צ 790/78 רוזן נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י לג (3) 281 [8.8]
ע"א 481/73 רוזנברג עו"ר מנהל עזבון אלזה ברגמן נ' שטסל, פד"י כט (1) 505
[1.20]
- ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פד"י לג (1) 617 [1.39]
בג"צ 340/83 רינגל בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל (לא פורסם) [8.80]
בג"צ 187/71 "רימט" בע"מ נ' החב' לשיקום הרובע היהודי בירושלים, פד"י כו
(1) 118 [6.47], [8.48], [8.67], [8.71], [8.73], [8.84], [8.91], [8.111]
בג"צ 16/64 רענן גבריאל ושות' נ' שר האוצר, פד"י יח (3) 85 [8.97]
ע"א 715/78 רץ נ' נצחוני מזרחי, פד"י לג (3) 639 [9.40]
ע"פ 134/58 רשות הפיתוח נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י יג 722 [6.46]
בג"צ 323/84 רשף נ' רשות השידור, פד"י לח (2) 586 [1.92]
ע"א 421/74 שגן נ' מדר, פד"י כט (1) 445 [9.40]
ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאנקר, פד"י לו (2) 113 [1.43]
בג"צ 144/50 שויב נ' שר הבטחון, פד"י ה 399 [6.87]
בר"ע 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פד"י לה (3) 449 [1.39]
בג"צ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת לצורך החוק להסדר תפיסת מקרקעין
בשעת חרום, פד"י ט 459 [1.92]

בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"ר לה (1) 828 [1.39], [1.43]

בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פד"ר לה (3) 365 [1.92]

ע"א (ת"א) 500/82 שלג נ' גאלי, פס"מ תשמ"ד (א) 265 [8.83]

בג"צ 1601/90 שליט ואח' נ' פרס ואח', פד"ר מד (3) 353 [6.56], [8.5], [8.63], [9.129], [9.134]

בג"צ 209/68 שמחי נ' נציב שרות המדינה, פד"ר כב (2) 673 [6.62]

ע"א 241/81 שמן תעשיות בע"מ נ' חברת תבלין בע"מ, פד"ר לט (1) 561 [1.92]

בג"צ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, פד"ר מד (1) 409 [1.92]

ע"א 210/53 שמשון בע"מ נ' איזן, פד"ר י 1767 [1.59]

בג"צ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח, פד"ר יג 891 [6.69], [8.99]

בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פד"ר מב (4) 617 [1.92], [6.99]

בג"צ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עוה"ד בירושלים, פד"ר כה (1) 325 [1.17], [1.90], [1.25], [4.26], [8.30], [9.132], [9.133]

ע"פ 768/80 ש. שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פד"ר לו (1) 337 [6.24], [6.100]

בג"צ 4383/91 ח. שפקמן ואח' נ' עיריית הרצליה ואח', פד"ר מו (1) 447 [9.45], [9.61]

ע"פ 71/83 שרון נ' מדינת ישראל, פד"ר לח (2) 757 [1.20]

בג"צ Deak and Co. Inc. 475/81 נ' נגיד בנק ישראל ואח', פד"ר לו (1) 803 [9.42]

C.A. 385/43 Hevrat Mataei Eretz Israel Kafrisin Ltd. v. Joshua Rakover 255. Lipschutz [1944] All.E.R. 325 [1.37].

מקורות מהמשפט העברי

ירמיהו י"ז א' [9.66]

ירמיהו י"ז ט' [9.118]

בבא מציעא דף מט' עב' [9.10]

בראשית כה' כב' 1. [מבוא 13]

מסכת הוריות דף י' ע"א [1.96]

ויקרא יט', יד' [2.2]

ויקרא יט', לו' [9.10]

שות' המביט ח"ג כ"ח [9.15]

שו"ת מהר"מ ב"ר ברוך לח' [9.15]

שו"ת מהר"מ מרוטנבורג, במדכני בבא מציעא, תנז-תנח' [9.15]

שו"ת מים עמוקים, חלק תשובות הראנ"ח סג' [9.15]
 "מסולת ישרים" (לרבי משה חיים לוצאטו, איטליה המאה ה-18), פרק ג [2.1]
 משלו כח' [8.60]
 מסכת נדרים דף כט' עמוד ב' [9.40]
 ר' נפתלי צבי יהודה ברלין (הנצי"ב), "העמק דבר", בראשית, מז, יד [8.60]
 העמק דבר בראשית מז' יז [8.60]
 מסכת ברכות דף מ"ח ע"ב [4.77]
 מסכת ערכין דף ו' ע"א [9.18]
 מסכת בבא בתרא דף ג' ע"ב [9.17]
 מסכת ערובין דף ס"ה עמוד ב' [4.5]
 מסכת סנהדרין דף כ"ט ע"א, דף לז' ע"א [9.15]
 מסכת סנהדרין דף ל"ז ע"א [1.96]
 שו"ת הרא"ש כלל ו' סימנים יט' ו-כא' [9.15]
 מדרש רבה, שמות, פקודי, פרשה נ"א [8.60]
 שו"ת הריב"ש לג', תעו' [1.96], [9.15]
 הגהת הרמ"א על שולחן ערוך, חושן משפט סימן לז' סעיף כב', [2.75]
 חושן משפט סימן פא' סעיף א', [9.15]
 חושן משפט סימן קסג' סעיף ו'. [9.15]
 רמב"ן בראשית, מז', יד' [8.60]
 ספורנו בראשית מז' [8.60]
 שו"ת הר"ן סה' [1.96]
 שו"ת הרשב"א חלק ג', שצח' [1.96]
 שו"ת הרשב"ש, רפז', תקסו' [1.96], [9.15]
 רש"י ו"תורת כהנים" על ויקרא יט', יד' [2.2]
 שולחן ערוך חושן משפט סימן כד' סעיף ט' [9.15]
 שו"ת "תרומת הדשן", פסקים וכתבים ריד' [2.75]
 שו"ת התשב"ץ חלק א' לג' [1.96]

ספרות ומאמרים ישראלים

ד' אבן, "Culpa in Contrahendo", עיוני משפט א (תשל"א) 328 [1.39]
 מילון א. אבן שושן [269], [8.81]
 מ' אגמון "מניית זהב" ההפרטה", הפרקליט מא (תשנ"ג) 138 [3.25]
 י' אהרוני, "הפיקוח על חברות ממשלתיות", נתיבי אירגון ומנהל (כרך 20, חוברת
 6, 1974), עמ' 9 [3.4], [3.16], [3.22], [3.24], [3.27], [3.28], [3.37], [4.55]
 י' אהרוני ריכוזיות קבוצות בעלות וקשרי גומלין במשק הישראלי 1948-1966
 (אוניברסיטת תל-אביב). [מבוא ז], [3.53], [3.56]

י' אהרוני, **חברות ממשלתיות בישראל ובעולם** ("גומא" ספרי מדע ומחקר צ'ריקובר מוציאים לאור בע"מ, 1978). [1.19], [1.21], [1.24], [1.29], [1.32], [4.29], [4.38], [4.34], [4.56], [4.88], [4.93], [4.108], [4.112], [6.20], [6.32], [8.20], [8.81]

מ' אלון, "דרכי היצירה ההלכתית בפתרון של בעיות חברה ומשפט בקהילה", **ספר הזכרון ליצחק בער** (החברה ההסטורית הישראלית, ש. אטינגר, ח. בינאר, מ. שטרן עורכים, תשל"ט) 241 [9.15]

מ' אלון, **המשפט העברי - תולדותיו מקורותיו עקרונותיו** (י.ל. מאגנס, מהדורה שלישית, תשמ"ח) [9.15]

מ' אלון, "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית, פרק במשפט הציבורי העברי", **שנתון המשפט העברי**, כרך ג-ד (תשל"ו-ל"ז) עמ' 7 [9.17]

מ' אלון, "עוד לענין חוק יסודות המשפט", **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז) 227 [9.14]

ע' אסנת, "על מושגי הצדק של בית המשפט הגבוה לצדק", **הפרקליט** כו' 243 [6.73]

ע' אסנת, "תחומי סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לאור הפסיקה החדשה", [6.73] **עיוני משפט** ה (תשל"ו-ל"ז) 167. [9.136]

ב' אקצין, **עיקרי המונהל הציבורי** (דביר, תשי"ב) [6.12]

ב' אקצין, "על המשפט הציבורי", **דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים** (כרך ג, תשל"ל) 72 [7.37]

י' בהט, "דוקטרינת האולטרה וירס - סוף הדרך", **הפרקליט** לד' 289 [6.94]

ב' ברכה, "התפתחויות במשפט מנהלי", **עיוני משפט** יא (התשמ"ו) 127 [5.5], [6.25]

ב' ברכה, **משפט מנהלי** (הוצאת שוקן, ירושלים ות"א, 1986) [4.1], [5.5], [6.8], [6.12], [6.22], [6.23], [6.24], [6.25], [6.85], [6.87], [6.90], [6.92], [6.93], [9.121]

ב' ברכה, "על כוחה של הממשלה להשתחרר מהתחייבויות חוזיות", **הפרקליט** ל (תשל"ו) 34 [9.75]

א' ברק, "דוקטרינות מדיני חברות ודיני שליחות", **הפרקליט** כד' 39 [1.60]

א' ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד", **ספר זוסמן**, 71 [1.44], [1.93], [7.30], [7.31]

א' ברק, "היקף התערבותו של בעל המניה בניהול החברה על ידי מנהליה, כוחו של בעל המניה לתבוע בשל הפרת זכות על ידי מנהליה", **הפרקליט** כה [4.78], [1.56] 488

א' ברק, "המהפיכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 9 [7.10]

א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", **ספר קלינגהופר על המשפט**

הציבורי, בעריכת פרופ' י. זמיר, (האוניברסיטה העברית ירושלים, תשנ"ג-1993) 163, [7.1], [7.9], [7.10], [7.11], [7.12], [7.15], [7.19], [7.21], [7.23], [7.38], [7.40]

א' ברק, "חוק השליחות ותורת האורגנים", עיוני משפט ב 302 [1.60]
א' ברק, "חקיקה שיפוטית", משפטים יג (תשמ"ג-תשמ"ד) 25 [9.52]
א' ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י (1980) 11 [1.92], [1.95]
א' ברק, פרשנות במשפט (נבו, תשנ"ג) כרך ב [7.21], [7.30]
א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, בית ההוצאה לאור באוניברסיטת ת"א, 1987) [1.20], [1.39], [1.46], [1.47], [1.87], [1.88], [1.93], [1.94], [1.95], [1.98], [2.15], [2.18], [2.45], [6.89], [6.100], [7.33], [8.60], [8.75], [9.52], [10.34]

א' ברק, "שלטון החוק", קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ו, (הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית ירושלים, ש' שטרית עורך, תשל"ז), עמ' 15 [6.85], [9.99]

א' ברק, "תפקידו של בית המשפט העליון דמוקרטי", הפרקליט מא (תשנ"ג) [7.30]

ברק, אנגלרד וחשין, דיני נזיקין (בעריכת פרופ' טדסקי) [6.46]
ב' ברק, "ייחודה של החברה הממשלתית לעומת החברה הרגילה - בעיות משפטיות על רקע חוק החברות הממשלתיות תשל"ה-1975" (עבודת גמר לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, בהנחיית פרופ' י. גרוס, אוניברסיטת ת"א, 1976) [3.53], [4.23]

ד' ברק, האחריות החוזית של רשויות המינהל (בורסי, ת"א, 1991) [6.90], [6.109], [9.42], [9.70], [9.75], [9.80], [9.84], [9.98], [9.112]

ר' גביון, "בית המשפט וחובת ההנמקה", משפטים ב (תשל"ל) 89 [9.118]
זלמן נחמיה גולדברג, "תוקפה המשפטי של הבטחה", תחומין יג (תשנ"ב-תשנ"ג) 371 [9.10]

מ' גולדברג, "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכח חוזה", מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 7 [7.11]

י' גלין, "סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) תשי"ח-1958 ושלטון החוק", הפרקליט לב (תשל"ח-תשל"ט) 399 [6.109]
א' גרא, שיקולי וכללי פעולתה של חברה ממשלתית (עבודת גמר לשם קבלת תואר שני במשפטים, בהנחיית פרופ' י. גרוס, אוניברסיטת ת"א, 1987) [1.24], [4.100], [4.109]

י' גרוס "אופיו המיוחד של דירקטוריון החברה הממשלתית", משפטים ח 339 [4.60], [4.88], [4.86]

י' גרוס, דיני חברות החוק והפסיקה (תאגידיים, תשל"ב) [1.6], [4.81]

- י' גרוס, דיני ניירות ערך ובורסה (1973) [1.59]
- י' גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בחברה (המכון למחקר עסקים בישראל, אוניברסיטת ת"א, 1989) [1.6], [1.24], [4.56], [4.81]
- י' גרוס, הדירקטור בחברה הממשלתית (רשות החברות הממשלתיות, מהדורה זמנית, 1977) [1.6], [1.24], [4.55], [4.75], [4.81], [4.109]
- י' גרוס, "החברה הממשלתית הפרקליט ל 493" [4.29]
- י' גרוס ו-י' כהן, "האם בוטלה תורת האולטרה וירס בישראל", עיוני משפט ט 27 [6.94]
- י' דאר, "ביקורת היעילות וטוהר המידות בחברות ממשלתיות ע"י מבקר המדינה", רואה החשבון 7-8 (222-223) 1973 עמ' 259 [4.54]
- מילואן דג'ליס (Millovan Douglas), המעמד החדש (ת"א, עם עובד, 1958) [3.13]
- דריטש, "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב", מחקרי משפט ד (תשמ"ה) 39 [1.39]
- מ' דורנשטיין, המטרות של חברות עסקיות - ממלכתיות ודרכי הקבעותן בתפיסת המשתתפים בניהולן ולמעשה (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור במדעים, הוגש לסנט של הטכניון - מכון טכנולוגי לישראל, חיפה, 1973) [3.12], [5.66] [3.13]
- הופר, "תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה", משפטים ו (תשל"ו) 397 [1.39]
- "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה - חקיקת משנה: נוהל והנחיות" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 394 [8.9]
- מ' וינברג, "חובת האמון של דירקטור בחברה הממשלתית" (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, בהדרכת פרופ' ג' פרוקצ'יה, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב, 1973) [1.68]
- א' וינרוט, מיסוי מוסדות ללא כוונת רווח (מס הכנסה ומע"מ) (הוצאת חושן למשפט, 1992) [1.24], [8.46]
- י' ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות", עיוני משפט ז 282 [2.9]
- א' ויתקון, "הזכות המהותית במשפט המינהלי", עיוני משפט ט (1983) 5 [6.100]
- א' ויתקון, "הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי-האזרחי", משפטים יא (תשמ"א) 304 [6.100], [7.4]
- א' ויתקון, "מי זכאי לפנות לבג"צ", משפט ושיפוט - קובץ מאמרים ורשימות של ד"ר א' ויתקון (תשמ"ח) 238 [8.75]
- א' ויתקון, "תקציב המדינה בראי השפיטה", משפטים י (תשמ"מ) 367 [6.90]
- זוסמן, "תום לב בידיני חוזים - הזיקה לדין הגרמני", עיוני משפט ו (תשל"ח) 485 [1.39]
- Zusman, "Forecast of Problems in the Laws of Contracts" (1976) **Tel-Aviv University Studies In Law**, 7. [1.42]

- מ' זילברג, חוק ומוסר במשפט העברי (ירושלים, תשי"ב) [5.36]
- מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, מהדורה שנייה, (אקדמון, 1984) [5.36]
- א' זמיר, "עילת אי הסבירות במשפט המנהלי", משפטים יב (תשמ"ד) 91 [1.92]
- י' זמיר, "גבריאלה שלו: חווי רשות בישראל", משפטים טז (תשמ"ו) 543 [9.112]
- י' זמיר, "המשפט הציבורי מהפכה או התפתחות", משפטים יט (תש"ן) 563 [1.92]
- י' זמיר, השפיטה בעניינים מנהליים (הפקולטה למשפטים, ירושלים, 1981) [6.62].
- [6.89], [6.100], [6.109]
- י' זמיר, "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", הפרקליט כו 212 [6.73], [9.125]
- י' זמיר, סדרי המינהל בישראל וסימן 46 לדבר המלך במועצה (משרד המשפטים, תשל"ד) [6.92]
- י. זמיר, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (בעריכת פרופ' טדסקי) 225 [6.73]
- א' חביב-סגל "דיני חברות" (סקירה התפתחויות בחקיקה ובפסיקה בתחום דיני החברות בשנת תשנ"א-1991), ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א בעריכת פרופ' א' רוזן-צבי (הוצאת ועד מחוז ת"א, לשכת עורכי הדין בישראל, 1992) [1.37], [1.38], [1.51], [1.59], [1.64], [1.72]
- "חברות ממשלתיות - צורך כלכלי, ממלכתי או פוליטי" דיון סביב שולחן עגול, נתיבי אירגון ומינהל 1970, 3-4 [3.16]
- חרמון, "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק באספקלריה של הפסיקה הישראלית והאנגלית", ספר יצחק כהן (1989) 393 [7.11]
- ג' טדסקי, "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט", משפטים יב (תשמ"ב) 227 [9.75], [9.98]
- ג' טדסקי "טעות בכדאיות העיסקה" משפטים יב (תשמ"ב) 329 [9.40]
- ג' טדסקי, "פגם פסול בחוזה או אי כריתתו ועוד", משפטים טו (תשמ"ו) 411 [8.51]
- [8.55], [8.83], [8.84], [8.85]
- מ' טל, משפט מנהלי - רשימות לפי הרצאותיו של ד"ר י' זמיר (האוניברסיטה העברית ירושלים) [1.32], [3.29]
- א' טרנר, "שילוב רואה החשבון בפיקוח על החברות הממשלתיות", רואה החשבון 7-8 (232-233) 1973 [3.18], [4.48]
- א' ידין, "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה", קובץ הוראות בימי עיון לשופטים תשל"ה (תשל"ו) 50 [1.39]
- א' ידין, "על תקנות שעת חרום", ספר אורי ידין - האיש ופועלו (א' ברק ו- ט' שפניץ עורכים תש"ן) כרך א, 111 [8.6]
- ג' יעקבי, "התערבות הממשלה ומעורבותה במשק הישראלי", רבעון לכלכלה, 75 (1972), 154 [3.58]
- י' כהן, דיני חברות - העקרונות הבסיסיים של דיני חברות בישראל, חלק שני, (הוצאת אירוסים ת"א, 1991) [4.75]

- ג' כהן, "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק", הפרקליט לז (1986) 13 [1.39]
- ג' כהן, "השוויון מול חופש החוזים", המשפט ב (אוקטובר 1992) 42 [7.11], [7.26]
- צ' כהן, "חובת הזהירות של הדירקטור בחברה הרשומה", מחקרי משפט ח (1980) [1.60]
- צ' כהן "הנוסח החדש לפקודת החברות - השלכותיו על כח האסיפה הכללית ליתן הוראות לדירקטורים", הפרקליט לו 116 [4.77]
- צ' כהן "שינוי תקנותיה של החברה הרשומה - הדין הקיים והצעות לשיפור" מחקרי משפט ב (תשמ"ב) 82 [4.80]
- צ' כהן, "מהותם המשפטית של התזכיר והתקנות" (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור) [1.37]
- צ' כהן, בעלי מניות בחברה - זכויות תביעה ותרופות (לשכת עורכי הדין ההוצאה לאור, 1992) [1.37], [6.6]
- ש' כרם, חוק הנאמנות תשל"ט-1979 (פירוש לחוק, החוזים בעריכת ג' טרסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית ירושלים, 1983) [1.60], [2.9]
- א' לבונטין "פרשנות: אקלימים וסינתזה", ספר קלינגהופר על משפט ציבורי, (ירושלים, תשנ"ג) 269 [7.26]
- י' א' לוי, "על המבנה המשפטי של החברות הממשלתיות" הפרקליט כח 428 [4.38], [4.85]
- ש' לוי, "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה", הפרקליט לט (תשנ"א) 453 [8.75]
- מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ט) 292 [2.75], [9.52], [9.77], [9.118]
- מ' לנדוי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו", משפטים י (תשמ"ז) 196 [9.52]
- מ' לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5 [1.92]
- מ' מזרחי, "הפריבילגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקודת הפרשנות", משפטים ה (1973-1974) 135 ו-383 [5.36], [6.15], [6.46]
- מ' נגבי, "חובת המדינה למלא אחר הבטחותיה", הפרקליט לא (תשל"ז-תשל"ח) 376 [9.12], [9.32], [9.41]
- ז' סגל, "משפט מנהלי", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א בעריכת פרופ' א' רוזן-צבי (הוצאת ועד מחוז ת"א של לשכת עוה"ד, 1992) [1.92], [8.16]
- ז' סגל, "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי", הפרקליט לט (תשנ"א) 507 [1.92], [8.8]
- י' ד' סולוביץ'יק, על התשובה (ההסתדרות הציונית העולמית, ירושלים, תשל"ה) [9.118]
- י' סלמן "הפעלת הוראות הממשלה על חברות ממשלתיות" רואה החשבון 7-8 (232-233) 1973, בעמ' 252 [3.18], [3.30], [4.54]

- א' פוזנר, "חוק החוזים המינהליים - כורח המציאות", **משפטים** יב (תשמ"ג) [9.75] 506. [9.99], [9.103]
- ד' פלפל, "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן", **עיוני משפט** יא (1986) 307 [1.39]
- ד' פלפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני", **הפרקליט** לו (1984) 53 [1.39]
- ד' פלפל, "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה", **עיוני משפט** ה (תשל"ד) 608 [1.39]
- ז' פלק "תקציב המדינה וסמכויות המינהל" **הפרקליט** יט (תשכ"ג) 32 [6.90]
- מ' פניני "הפיקוח על איגודים ממשלתיים בעולם ובישראל" **רבעון לכלכלה** כ 13 [5.98]
- א' פרוקצ'יה, "אולטרה וירס וידיעה קונסטרוקטיבית בדיני חברות", **משפטים** יא 368 [6.94]
- א' פרוקצ'יה, **דיני חברות חדשים בישראל** (הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1989) [1.37], [1.42], [1.60], [1.77], [4.22]
- א' פרוקצ'יה, "הבעלות על הפירמה וסייגיה", **משפטים** כב (2) (תשנ"ג) 301 [1.6], [1.51], [1.65], [1.70]
- א' פרוקצ'יה, "פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות", **משפטים** ח (תשל"ז) 13 [1.61], [2.13]
- ג' פרוקצ'יה "חוק השליחות ומנהלי החברה (מס' 2)" **עיוני משפט** ב (תשל"ב-תשל"ג) 627 [4.80]
- ג' פרוקצ'יה, "תחולת חוק החוזים (חלק כללי) על תזכיר ותקנות של חברה", **עיוני משפט** ה (תשל"ז) 491 [1.37]
- ד' פרידמן, **דיני עשויות עושר ולא במשפט** (בורסי, תל-אביב, 1982) [1.46], [2.10]
- ד' פרידמן, **תוספת לספר דיני עשויות עושר ולא במשפט** (בורסי, ת"א, 1982) [2.10]
- ד' פרידמן, "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות", **עיוני משפט** יז (תשמ"ט) 459 [9.40]
- ד' פרידמן, "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור", **עיוני משפט** ז (תשל"ט) 431 [1.39]
- ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", **עיוני משפט** ג (תשל"ג) 153 [9.12]
- ד' פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי", **משפטים** ה (תשל"ג) 598 [6.55], [6.62], [6.66], [6.67], [6.69], [6.71], [8.25], [9.10], [9.98]
- ד' פרידמן ו- ג' כהן, **חוזים**, (אבירם הוצאה לאור בע"מ, 1991) [9.75]
- ג' פרידקס, "הצעת חוק החברות הממשלתיות תשל"ג-1973 הערות רואי

החשבון", רואה החשבון 3-4 (252 - 253, 1974), [4.48] 148
 ב' צוקרמן, א' ארין, "המבנה הסקטוריאלי של החברות בישראל", רבעון
 לכלכלה, 6-7 (נובמבר 1972) 293 [3.53]
 ה' קלינגהופר, "הוראות פנימיות לרשות, מה תוקפן", *הד המשפט ד (תשי"ז)*
 [6.92] 38
 ה' קלינגהופר, "הצעת חוק סדרי המינהל", *משפטים יב (תשמ"ב)* 348 [9.124]
 ה' קלינגהופר, *משפט מנהלי (מפעל השכפול, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה
 העברית, ירושלים 1957)* [6.5], [6.13], [6.18], [6.27], [6.55], [8.81], [9.70],
 [9.92]
 ד' קרצ'מר "ארבעים שנה למשפט הציבורי", *משפטים יט (תש"ן)* 551 [1.92]
 ראבילו, "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 "Culpa in Contrahendo"
 קובץ ההרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ה (תשל"ו), 57 [1.39]
 ראבילו, *פרקים בדיני חיובים: מן המשפט הרומי אל חוק החוזים החדש,
 (תשל"ז)* [1.39]
 א' רובינשטיין, *המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה
 שלישית, תשמ"א)* [9.75]
 א' רובינשטיין, *המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה
 רביעית מורחבת, 1991)* [6.85], [6.92], [6.93], [8.6], [8.16]
 א' רובינשטיין, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק", *עיוני משפט א* 261
 [6.13]
 רובינשטיין ופרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנוזקין", *הפרקליט כא* 61 [8.25]
 א' רוזן-צבי, *דיני המשפחה בישראל - בין קודש לחול (פפירוס, אוניברסיטת
 ת"א, 1990)* 66-83 [6.74]
 ז' רפואה, "לבצע שינויים בחוק החברות הממשלתיות", *ספר השנה של הבורסה
 1992-1993 (בהוצאת "גלובס" 1992)* [4.15], [4.32]
 רשות החברות הממשלתיות, "החלטות הממשלה והצעות להחלטות ממשלה
 בקשר לחברות ממשלתיות" [4.19]
 א' שטיין, "הבטחה מנהלית", *משפטים יד (תשמ"ה)* 255 [9.10], [9.12], [9.26],
 [9.30], [9.32], [9.41], [9.42], [9.53], [9.54]
 ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה",
הפרקליט לא (תשל"ז) 42 [1.92]
 ג' שלו, *דיני חוזים (דין, הוצאה לאור בע"מ, ירושלים, תש"ן)* [1.43], [2.53], [7.16],
 [8.25], [9.75], [9.77], [9.82], [9.98]
 ג' שלו, "האם חייבת המדינה לכבד את התחייבויותיה החוזיות", *הפרקליט לג
 (תש"מ-תשמ"א)* 215 [6.109]
 ג' שלו, "הסכמים פוליטיים", *עיוני משפט טז (1991)* 215 [6.56]
 ג' שלו, *חוזי רשות בישראל (אבישר הוצאה לאור ירושלים, תשמ"ה)* [1.43]

- [6.109], [8.25], [9.75]
- ג' שלו, "חוזי רשות: הדין והדיין", עיוני משפט יא (התשמ"ז) 201 [9.75], [9.98], [9.111]
- ג' שלו, "סעיף 12 לחוק החוזים תום לב במשא ומתן", משפטים ז (1976) 118 [1.39]
- ח' שלח, "מכשול הדירקטוריון בחברה הממשלתית", פורסם בעיתון הכלכלי גלובס מיום 29.5.92 בעמ' 27 [4.45]
- מ' שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי", משפטים יב (תשמ"ג) 102 [1.92]
- ע' שפירא, "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל - מבצר משוררין או נמר של נייר?", עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד) 625 [6.87]
- B. Bracha, "The Protection of Human Rights in Israel", 12 **Israel Yearbook on Human Rights** (1982) 110. [6.86]
- Z. Cohen "The Companies Ordinance (Amendment no. 17), Effects on the Alteration of Objects Clauses in a Company Memorandum" **LL.R.** (1982) p. 169. [6.94]
- M. Elon, **Public Authority and Administrative Law - The Principles of Jewish Law**, (Jerusalem, 1975). [9.15]
- Klein, "New Remedies in the High Court of Justice" 10 **Isr. L. Rev.** (1975) 852. [6.27]
- Shalev, "Administrative Contracts", 14 **Isr. L. Rev** (1979) p. 144. [2.57], [2.61], [2.99], [9.75], [9.99]
- G. Shalev, "Good Faith in Public Law", 18 **Israel L. Rev.** (1983) 127, [1.43]
- A. Shapira, "The Status of Fundamental Individual Rights in the Absence of a Written Constitution", 9 **Isr. L. Rev.** [1974] 497. [6.87]
- S. Shetreet, "Reflections on the Protection of the Rights of the Individual; Form and Substance", 12 **LL.R** (1977) 32. [6.87]
- D. Kretzmer, "Judicial Review of Knesset Decisions", 8 **T.A.U Studies in Law** (1985) 95. [8.5]

ספרות ומאמרים זרים

- Adlercreutz, "Some Features of Swedish Collective Labour Law" 10 *Mod. L. Rev.* 137 [5.61]
- "Public Enterprise in India" Ed. Agrawal and Mothur, (Jaipur, Ramesh Book Depot, 1978) [5.5]
- Y. Aharoni, **The Evolution and Management of State Owned Enterprises** (Ballinger Publishing Co. Cambridge, Massachusetts) [4.1], [5.62]
- Y. Aharoni, "Managerial Discretion" in **State Owned Enterprise in the Western Economies**, (Ed. by R. Vernon and Y. Aharoni, St. Martin's Press, N.Y., 1981) pp. 184-193 [4.92]
- Allen B. Afterman, **Company Directors and Controllers (Their Duties The Company and the Shareholders)**, Australia 1970 [1.75]
- A.A. Alchian and R.A. Kessel, "Competition, Monopoly and the Pursuit of Money in Aspects of Labor Economics", ed., National Bureau of Economic [מבוא 71] **Research**, (Princeton, Princeton Univ. Press, 1962).
- Alchain and Demsetz, "Production, Information Costs and Economic Organization" (1972) 62 *Am. Econ. Rev.* 777 [5.6]
- A.A. Alchian, **Some Economics of Property** (Santa Monica; Rand Corporation Study, 1961)
- A.A. Alchian, "Some Economics of Property Rights" (1965) 30 *II Politico* 816 [מבוא 71]
- H. Alfred Ed., **Public Ownership in the U.S.A. - Goals and Priorities**, A symposium of Essays By Fourteen Americans (Peach Publications, New York, 1961) [5.100]
- Amar and Widawsky, "Child Abuse as Slavery: A Thirteenth Amendment Response to Deshaney" 105 *Harv. Law Rev.* (1992) 1359 [7.40]
- American Jurisprudence** 2d ed. vol. 18B sec. 1689, 1693 [1.77]
- American Jurisprudence** 2d ed. sec. 69-83 [5.95]
- R. Anthony, "Which Agency Interpretations Should Bind Citizens and the Courts?" 7 *Yale J. Rec* (1990) 1 [5.95]
- C.A. Ashley and R.G.H. Smalls, **Canadian Crown Corporation - Some Aspects of Their Administration and Control**, (Toronto, The Macmillan Company of Canada Limited, 1965) [5.4], [5.15], [5.16], [5.20], [5.23]
- Ashburner, **Principles of Equity** (2nd ed., 1933) 349. [2.4]
- P.S. Atiyah, **Promises Morals and Law** (Oxford, Clarendon Press, 1981) [9.18].
- R. Bachnad "Boards of Directors in Canadian Government Enterprises: An Exploratory Research" (A thesis presented in partial fulfillment of the

- requirement for the degree of Doctor of Business Administration, Harvard University, 1981) [3.39]
- H.R. Balls, "Improving Performance of Public Enterprises Through Financial Management and Control", (1970) 13 **Can. Pub. Adm.** 100 [5.20], [5.25]
- R.P. Barabe, "Le Statut des administrateurs des entreprises publiques Canada" (1967) 23 **Ottawa L. Rev.** 2.
- Barnett Foreword "Four Senses of the Public Law Private Law Distinction", 9 **Harv. J.L. & Pub. Pol'y** 267 (1986) [7.36]
- M. Barrett, (1980) **Womens Oppression Today: Problems in Marxist Feminist Analysis**, (Verso Editions and NLB) [7.28]
- Jerom A. Barron, "Access to the press - A New First Amendment Right" (1967) **Harvard Law Rev.** 1641 [7.12], [7.47]
- E.E. Barry, **Nationalization in British Politics - The Historical Background**, (Stanford, Stanford University Press, 1965) [5.61]
- J. Beatson, "Public and Private in English Administrative Law" 103 **Law Quarterly Rev.** p. 34 [6.42], [6.43], [6.52]
- P.B. Beaumont, Privatization, "Contracting-out and Public Sector Industrial Relations: The Thatcher Years in Britain", 20 **Journal of Collective Negotiations** in the Public Sector (1991) p. 89 [3.4]
- L.A. Bebchuck, "Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments", 102 **Harv. L. Rev.** (1989) 1820 [1.37]
- S.I. Benn, & G.F. Gaus, **Public and Private in Social Life (1973) (Croom Helm: London)** [7.28]
- Berkowitz and Kotowitz, "The Organization and Control of Crown Corporations" (Discussion paper no. 285, Economic Council of Canada, 1985) [5.6]
- Berenstein, The Politics of Israel**, (Princeton University Press, 1957) [3.53]
- A. Bergson, "Socialist Economics" in H.S. Ellis, **A Survey of Contemporary Economies** (Philadelphia, 1948) [3.14]
- A.A. Berle, "Corporate Powers As Powers In Trust", 44 **Harvard Law Rev.** (1931) 1049 [1.69]
- Berle, "For whom Corporate Managers Are Trustees: A note", 45 **Harv. L. Rev.** 1365 [1.69]
- Berle, **The 20th Century Capitalist Revolution** (1954) [1.70]
- Berle & Warren, **Cases and Materials on the Law of Business Organization**, (1948 ed.) [1.70]
- A. Besant and C. Raj, **Public Enterprise Investment Decisions in India - a**

- Managerial Analysis**, (New Delhi, The Macmillan Co. of India Ltd. 1977) [5.5]
- M.S. Blackman, "Article 59 and the Distribution of Powers in a Company" 92 **S.A.L.J.** (1975) 286 [4.76]
- Bonanno, "The protection of minority shareholders in a Konzern under Germany and United States Law", 18 **Harv. Int. L.J.** (1977) 151
- Bowstead, **On Agency Law**, (4th ed.) [2.11]
- Bringezu, **Parent - Subsidiary Relations Under German Law** (1973)
- Brown & J.F. Garner, **French Administrative Law** (London, 3rd ed. 1983) [5.5], [9.75]
- Bullock Committee Cmnd.** 6706 [1.52]
- Canada Commission to Inquire Into and Report Upon Certain Matters Relevant to the System of Financial Controls, Accounting Procedures and Other Matters Relating to Fiscal Management and Control of Air Canada, Air Canada Inquiry Report (Ottawa, Information Canada, 1975) [5.6]
- Canada, Privy Council Office, Crown Corporations: Direction, Control, Accountability (Ottawa: Ministry of Supply and Services, 1979) (The "Blue Paper") [5.6]
- Canada, Royal Commission of Financial Management and Accountability: Final Reports, March 1979 (Ottawa: Ministry of Supply and Services, 1979) (the "Lambert Com. Rep.") [5.6]
- Canada, Treasury Board, Report prepared for the President of the Treasury Board (Ottawa, Treasury Board, 1984) [5.6]
- Peter Cane, **Public Law and Private Law - a study of the analysis and use of a legal concept** (Eekelaar and Bell, edd. Oxford Essays in Jurisprudence, 3rd Series 1987) [7.1]
- Casebeer, "Toward A Critical Jurisprudence - A First Step by Way of the Public Private Distinction in Constitutional Law", 37 **U. Miami L. Rev.** 379 (1983) [7.36], [7.44]
- R.A. Cass, "Privatization: Politics, Law and Theory (Privatization: the Assumptions and the Implications)" 71 **Marquette Law Rev.** (1988) 449 [3.4]
- T. Chandler and P. Feuille, "Municipal Unions and Privatization", 51 **Public Administration Rev.** (1991) p. 15 [3.4]
- S. Chase, **Government in Business**, (The Macmillan Company New York, 1935) [5.100]
- Chayes, **Foreword; Public Law Litigation and the Burger Court**", 96 **Harv. L.**

- Rev. 4 (1982) [7.36]
- D.N. Chester, "Management and Accountability in the Nationalised Industries", **Public Adm.** vol. 30 (1952) [3.9], [5.61]
- D.N. Chester, "**Public Corporations and the Classification of Administrative Bodies**", 1 *Political Studies* (1953) vol. 1 p. 34 [8.41]
- Sir N. Chester, **The Nationalisation of British Industry 1945-51**, (London, Her Majesty's Stationery Office, 1975) [5.61]
- M.W. Childs, **Sweden - The Middle Way**, (New Haven, Yale University Press, 1936) [5.61].
- Chitty, **On Contracts**, 26 Ed [6.92]
- R.E. Chusman, **The Independent Regulatory Commissions** [5.61]
- Citrine, **Public Administration** (Vol. 29) [5.4]
- J.C. Coffee, "The Privatisation of Eastern Europe" 111 *Col. in voe* 208, **N.Y. Law Journal** (1982) p. 5, Col. 1 [3.4]
- R. v. Cowles** "Privatisation of the British Coal Industry", **Journal of Energy and Natural Resources Law** (1991) 210. [3.10]
- H. Clegg and T.E. Chester, **The Future of Nationalisation**, (Blackwell, 1964) [3.12]
- Ronald H. Coase, "The Nature of the Firm" 4 **Economica** (London School of Economics and Political Science, 1937) 386 [1.38]
- Collins, H. (1987) "The Decline of Private in Private Law", 14 91 **Journal of Law and Society** (1987) [7.28]
- Cooke, "Corporation, Trust and Company" (Manchester, 1950) [1.50]
- Corpus Juris Secundum**, Vol. 19, 73 [1.76], [6.90]
- J.A. Corry**, **Canadian Journal of Economics and Political Science** vol. 2 no. [14 מברוא] 3. p. 329
- Edward S. Corwin, "The Spending Power of Congress - apropos the Maternity Act", 36 **Harvard Law Rev.** 548 [5.102]
- R.V. Cowles, "Privatisation of the British Coal Industry" 9 **Journal of Energy and Natural Resources Law** (1991) 210 [3.4]
- P.P. Craig, "Representations by Public Bodies" 93 **L.Q.R.** (1977) p. 298 [9.10], [9.51]
- Crain and Zard Koohi, "A Test of the Property Rights Theory of the Firm: Water Utilities in the United States", (1978) 21 **J. of Law and Econ.** 395 [5.6]
- Crosland, **The Future of Socialism**, (London, Macmillan and Co. 1969) [3.13]
- Peter J. Curwen, **Public Enterprise - A Modern Approach**, (Harvester Press, 1986) [4.29]

- S.W. Dafoe, **Canadian Journal of Economics and Political Science**, Vol. II No. 3 [5.23]
- Dalton "The Public Private Distinction", (1985) **Yale L.J.** 997 [6.42]
- R. David, "**Les Grands Systemes**" (Translation: David & Brierley, **Major Legal Systems in the World Today** (2nd. ed. 1978) [6.29]
- Davies, "The Efficiency of Public Versus Private Firms, The Case of Australia's Two Airlines" (1971) 14 **J. of Law and Econ.** 149. [מבוא 5.6]
- E. Davies "Ministerial Control and Parliamentary Responsibility of Nationalised Industries" 21 **Political Quarterly** (1950) 150 [5.73]
- Davis, "Judicial Review of Fiduciary Decision making some Theoretical Perspectives" 80 **Nw. U.L. Rev.** [1985] 1 [2.5]
- L. De Alessi, "An Economic Analysis of Government Ownership and Regulation; Theory and Evidence from the Electrical Power Industry" (1974) 19 **Public Choice** 1 [מבוא 12]
- De-Alessi, "Private Property and the Dispersion of Ownership in Large Corporations", 28 **J. Fin** (1973) 89 [1.76]
- De Smith, **Constitutional and Administrative Law**, 4th ed., by Street and Brazir, (London, Penguin Books) [6.88]
- S.A. De Smith, "Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry", By Kenneth Culp. Davis 33 **M.L.R.** 594 [9.10]
- De Smith, **Judicial Review of Administrative Action** (3rd ed., 1973) [5.65], [6.37], [6.92]
- S.W. Dellapenna, **Suing Foreign Governments and Their Corporations**, (The Bureau of National Affairs Inc. Washington D.C. 1987) [6.46]
- Lord Denning, **The Closing Chapter**, (London, Butterworths, 1983) [2.30], [10.10]
- M.R. Denning, **The Discipline of Law**, (London, 1979) [9.11]
- Patrick Devlin, **The Enforcement of Morals** (1965) [7.36]
- Dicey, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution** (London, 1893), 4th ed [6.85]
- A.V. Dicey, **Introduction to the Study of the Law of Constitution** (London, 10th ed. by E.C.S. Wade 1959) 188 [6.26]
- Dicey, "The Development of Administrative Law in England" 31 **L.Q. Rev.** (1915) 148 [6.26]
- Dodd, "For whom are The Corporate Managers Trustees", 45 **Harv. L. Rev.** (1932) 1145 [1.69] [1.77]
- Dodd, "Is Effective Enforcement of the Fiduciary Duties of Corporate Managers

- Practicable?" 2 **University of Chicago Law Rev.** (1935) 194 [1.69].
- M. Dornstein, **Boards of Directors Under Public Ownership: Comparative perspective**, (Walter de Gruyter, Berlin - N.Y. 1988) [3.39].
- R. Dussault and L. Borgeat, **Administrative Law; A Treatise** (translated by M. [4.3], [5.17], [5.20], [מבוא 9] Rankin), (Carswell, Toronto, 1985) Sec. Ed [5.26], [5.45]
- D. Dworkin**, Paternalism, **Morality and The Law** (Belmont, ed. by R.W. Wasserstrom, 1971) 107 [7.5]
- W.J. Ellison "Privatization of corrections: a critique and analysis of contemporary views" 17 **Cumberland Law Rev.** (1987) 683 [3.4]
- J.B. Elstain, **Public Man, Private Woman**, (1981) Oxford University Press: London [7.28]
- M. Fainsod and L. Gordon, "**Government and the American Economy**" Revised Ed. (W.W. Norton & Company Inc. New York) pp. 703, 704 [5.100]
- F.E. Farrer, "A Perogative Fallacy - That the King is not bound by Estoppel" (1933), 49 **L.Q.R.** 511 [9.38]
- M.A. Fazal, "Reliability of Official Acts and Advice" [1972] **P.L.** 43 [9.10]
- J. Feinberg, "Legal Paternalism" 1 **Canadian Journal of Philosophy** [1971] 106 [7.5]
- A.D. Feldman, C.J. Berrocal, H.L. Sharfsten, "Public finance through Privatization: Providing infrastructure for the future" (Local Government Law Symposium) 16 **Stetson Law Rev.** (1987) 705 [3.4]
- R. Feldman, "Can the new privatisation trend save a crumbling infrastructure?", 68 Col. in Vol 12, **The National Law Journal** (1989) p. 40 [3.4]
- Finch & Long, "The Fiduciary Relation of the Dominant Shareholders", 9 **Hasting L. Rev.** 306 (1958) [1.50], [2.13].
- Finer, **The T.V.A. Lessons for International Application** [5.59].
- P. Finn, **Fiduciary Obligations** (1977) [2.5]
- Fischel, "Efficient Capital Market Theory, The Market For Corporate Control and The Regulation of Cash Tender Offers" 57 **Tex. L. Rev** (1978) [1.76]
- D.M. Fleming, **House of Commons Debates**, 1946 [5.16]
- William A. Fletcher, "A Historical Interpretation of the Eleventh Amendment: A narrow construction of an Affirmative Grant of Jurisdiction Rather than a Prohibition Against Jurisdiction" 35 **Stan. L. Rev.** 1033 (1983) [5.114]
- David Foulkes, **Administrative Law** (Butterworths, London, 1990) **6th ed.**, [1.17] [3.53], [5.56], [5.65], [5.85], [9.75], [9.120]
- D. Foulkes, **Introduction to Administrative Law**, Sec. Ed. (London.

- Butterworths, 1968) p. 176 [5.73], [6.85]
- The Franks Report**, 1957, (Cmnd 218) [9.117]
- Robert Fraser and Michael Wilson, **Privatization: The U.K. Experience and International Trends**, (Longman, 1988) [3.55]
- S. Fredman and G. Morris, "A Snake or a Ladder? O'Reilly v. Macman Reconsidered", 108 **Law. Q. Rev.** (1992) 353 [6.28]
- Alan Freeman and Elizabeth Mensch, "The Public - Private Distinction in American Law and Life" 36 **Buffalo Law Rev.** (1987) 237 [7.38], [7.39], [7.43]
- Tamar Frenkel, "Fiduciary Law", **California Law Review** 71 (1983) 795 [1.46], [1.77], [2.5], [2.15], [3.3], [10.36]
- J. Fridman, "The International Public Corporations" 6 **Modern L.R.** p. 185 [5.20]
- W. Friedman, "A Theory of Public Industrial Enterprise" in **Public Enterprise - A study of its organization and management in various countries** ed. by A.H. Hanson, (International Institute of Administrative Science, Brussels, 1964) [5.4]
- W. Friedman, **Law and Social Change in Contemporary Britain** [6.43]
- W. Friedman, "A Theory of Public Industrial Enterprise", in "**Public Enterprise**" - **A Study of its organisation and management in various countries**, ed. A.H. Hanson, (based on Documents prepared for a United Nations seminar, held in Rangoon, March 1954) p. 3 [3.7], [3.9], [3.16], [5.65]
- W. Friedman, "Forms and Functions of Public Enterprise: A comparative study", *Current Legal Problems*, vol. 22, 1969 [3.7]
- W. Friedman, "The new public corporations and the law", 1947 **Modern Law Rev.** Vol 10 p. 233 [5.59], [5.68], [5.70]
- W. Friedman, "The public corporation, a comparative symposium" (University of Toronto School of Law, Toronto, 1954) [3.7], [6.46]
- W. Friedman, **The State and The Rule of Law in a Mixed Economy** (1971) [6.88]
- W. Friedman and J.F. Garner, **Government Enterprise - a comparative study**, (British Institute of International and Comparative Law, London, 1970) [1.30], [3.17], [3.42], [4.1], [5.13], [5.17], [5.20], [5.23], [5.51], [5.61], [5.74], [5.104], [5.105], [5.119]
- L.L. Fuller and W.R. Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 **Yale L.J.** (1936) 52, 373. (1988) 267 [9.18]
- D.N. Gadhook, **Accountability of Public Enterprises to Parliament (Working & impact of parliamentary committee on public undertakings)** (New

- Delhi; Sterling Publishers Pvt Ltd. 1979) [5.5].
- R. Gavison, "Feminism and the Public/Private Distinction", 45 **Stanford L.R.** (1992) 1 [7.37].
- R. Gavison, "Privacy and the Limits of Law" 89 **Yale L.J.** (1980) 421. [7.36]
- D.S. Ganguly, **Public Corporations in National Economy, with a special reference to India** (Calcutta, Bookland Private Ltd. 1963) [5.5]
- G. Ganz, "**Estoppel and Res Judicata in Administrative Law**", [1963] **P.L.** 237 [9.10]
- P. Garant, **Droit Administratif** 1 ed. 1981 [5.20], [5.26]
- J.F. Garner, "After privatisation: quis custodiet ipsos custodes? The regulation of privatised enterprises (Discussion of After Privatisation)" **Pub. L. (Aut 90)** 329 [3.4]
- L. Garner, "Management Control In Regulatory Agencies: A Modest Proposal For Reform", 1987 **Administrative Law Review.** 466 [5.95]
- J.F. Garner and B.L. Jones, **Administrative Law**, (London, Butterworths 1985) sixth ed. [מבוא 6], [4.3], [5.61], [5.59], [5.61], [5.62], [5.64], [5.67], [5.68], [5.70], [5.71], [5.73], [5.76], [5.82], [6.94]
- A. Gelians ed., **Public Enterprise and Public Interest - Proceedings of an International Seminar**, (Toronto, The Institute of Public Administration of Canada, 1978) [5.53]
- A. Gelpern and N. Harrison, "Ideology, Practice and Performance in Privatization - a case study of Argentina" 33 **Harv. Int'l Law Journal** (1992) p.240. [3.4]
- R. Gerwig, "Public Authorities in the United States" 26 **Law and Contemporary Problems** (1961) p. 591 [5.119]
- Eli Ginzberg, D.L. Heistand and B.G. Reubens, **The Pluralistic Economy** (New York, McGraw-Hill Book Co., 1965) [5.100]
- G.D. Goldberg, "Article 80 of Table A of the Companies Act 1948" 33 **M.L.R.** (1970) 177 [4.76]
- S.L. Goldenberg, **Tort Actions Against the Crown in Ontario - Special Lectures of the Law Society of Upper Canada**, (Toronto: Law Society of Upper Canada, 1973) [5.32]
- Kay Goodall, "Public and Private in Legal Debate", 18 **International Journal of the Sociology of Law** (1990) 445 [7.29]
- L. Gordon, **The Public Corporation in Great Britain** [5.61]
- A. Gouldner, **The Dialectic of Ideology and Technology The Origins, Grammar and Future of Ideology** (1976) [7.28]

- L.C.B. Gower, "Corporate Control: The Battle for the Berkley", 68 **Harvard Law Rev.** (1985) 1176 [1.70]
- L.C.B. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, (London, Sec. Ed.) p. 147 [1.50]
- L.C.B. Gower, "Principles of Modern Company Law" (London, Sweet and Maxwell, 1992), [1.51], [1.55], [1.74], [1.85], [4.76]
- Gower's Report: "The regimes to be established by the Financial Services Act 1986, for the regulation of investment business and regulatory system which operates in the self - Lloyds Insurance market under the Lloyds Act 1981" [6.35]
- Gracy, "The Real Issues in the Crown Corporations Debate" in K. Kernaghan, **Public Administration in Canada** (Toronto, Methuen, 1985) [5.6], [5.17], [5.18].
- J.A. Griffith, "Public Corporations as Crown Servants", **The University of Toronto Law Journal**, vol. 9 (1951-1952) p.169 [6.46]
- Griffith and Street, **Principles of Administrative Law**, Fifth Ed. (London, Pitman Publishing 1992) [5.62], [5.63], [5.67], [5.70], [6.46], [6.94], [8.113]
- J. Guccione, "Country increases privatisation to reduce budgets" (Los Angeles County) 100 **The L.A. Daily Journal** (1987) p. 1 [3.4]
- Hadden, **Company Law and Capitalism**, (2nd ed. 1977) [1.65]
- Halsbury's, **Laws of England**, (Butterworths, London. 1974) 4th ed Vol. 8 para. 801. [6.26]
- L. Hamburger, **How Nazi Germany Has Controlled Business**, (The Brooklin Inst. Washington D.C. 1943) [3.16].
- L. Hancher and M. Moran, **Capitalism Culture and Economic Regulation**, (Clarendon Press, Oxford, 1989) [3.16]
- A.H. Hanson, **Parliament and Public Ownership** (The Hansard Society, By Cassell, London, 1961) [4.89], [5.67], [5.76], [5.112]
- A.H. Hanson, **Public Enterprise, A Study of its Organisation and Management in Various Countries**; (Based on documents prepared for a United Nations Seminar, held in Rangoon, March 1954), (International Institute of Administrative Sciences, Brussels, 1955) [1.22], [5.104]
- A.H. Hanson, **Managerial Problems in Public Enterprise**, (Asia Publishing House, New York, 1962) [1.22], [3.41]
- A.H. Hanson, "The Labour Party and the House of Commons Reform", part 1, in **Parliamentary Affairs**, vol. 10 (no Aut. 1956-57) p. 464- 465 [3.10], [5.5]
- Carol Harllow, "Public" and "Private" Law (1980) **Modern Law Rev.** Vol 43 p.

241 [6.39], [6.52]

- H.L.A. Hart, **The Concept of Law** (Clarendon Press, Oxford) (1961). [7.36]
- D. Heald, "Will the privatization of Public Enterprises Solve the Problem of Control?" (1985) 63 **Public Administration**, p.7 [3.55] 5.65].
- Henn, **Law of Corporations**, (1961) p. 364 sec. 233 [4.75]
- Henriques, "**The Machinery of Greed: Public Authority Abuse and What to Do About It**" (1986) Heil J. Jacoby Ed. **The Business Government Relationship - A Reassessment**, (Goodyear Publishing Company, California, 1974) [5.100]
- Herschel Hardin, **The Privatization Putsch**, (The Institute for Research on Public Policy, Halifax, 1988) [3.4]
- Hetherington "Defining the Scope of Controlling Shareholders" *Fiduciary Responsibilities* 22 **Wake Forest L. Rev.** 9 (1987) [2.13]
- Hogg, "The Dolphin Delivery Case: The Application of the charter to Private Action", 51 **Saskatchewan L. Rev.** (1986) 273 [7.40]
- Hohfeld, "The Individual Liability of Stockholders and the Conflict of Laws" 9 *Col. L. Rev.* (1909) 492 [1.51]
- Horatius **De arte poetica**, 396-397 [1.35]
- R.J. Horn Ed., **Studies In The Management of Government Enterprise**, (Martin Nishoff pub. Boston), 81 [5.100]
- J.L. Huffman, "Public Lands management in an age of deregulation and privatization", **The Public Land Law Rev. Ann** (1989) p. 293 [3.4].
- "The Applicability of Sovereign Immunity to Independent Public Authorities" 74 *Harvard L. Rev.* 714 (1961). [5.120]
- Investigation under section 165(b) of the Companies Act 1948 E. Milner Holland Q.C. (London, 1954) [1.69]
- A.G. Irvine, "The Delegation of Authority to Crown Corporations" (1971) 14 **Can. Pub. Adm.** 556 [5.20]
- Heil J. Jacoby Ed., **The Business Government Relationship - A Reassessment**, (Goodyear publishing company, California, 1974) [5.100]
- B. Jacquillat, "Nationalisation and privatisation in contemporary France" 8 **Government Union Rev.** (1987) 21 [3.4]
- Jensen and Meckling, "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure", 3 **J. Fin Econ.** (1976) 305 [1.76]
- Jolowicz, **Roman Foundations of Modern Law** (1957) Chap. 8 [6.26]
- Kamenka and Erh-Soon-Tay, "Beyond Bourgeois Individualism: the Contemporary Crisis in Law and Legal Ideology" in **Feudalism**,

- Capitalism and Beyond**, (1975) p. 133 [6.36]
- Keeton, "The Director as Trustee", 5 **C.L.P.** (1950) 11 [1.50]
- R. Kelf Cohen, **British Nationalisation 1945-1973**, (London, McMillan 1973) [3.13], [3.12], [5.61]
- R. Kelf Cohen, **Nationalisation in Britain - The End of a Dogma** (McMillan, London, 1958) [5.61]
- H. Kelsen, **General Theory of Law and State**, (Translated by Anders Wedberg, New York, 1961) [6.6]
- H. Kelsen, **Pure Theory of Law**, (Translation from the second German edition by Max Knight, California, 1970) [6.6]
- J.de N. Kennedy, **History of the Department of Munitions and Supply** vol. 1 [5.16]
- Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" (1976) 89 **Harv. Law Rev.** 1675 [6.35]
- T.H. Kewley, "Some General Features of the Statutory Corporation in Australia" in **Australian Journal of public Adm.** Vol. 16 No.1 (New Series) 1957 p. 23 [5.74]
- Key, "Government Corporations" in Fritz, Moresein Marx Ed. **Elements of Public Administration**, 2nd Ed. (Englewood Cliffs N.I, Prentice Hall Inc. 1959) [5.100]
- Keyes, **Government Contracts**, (St. Paul Minn. 1972) 2 [9.98]
- Anthony King, "Ideas, Institutions and the Policies of Governments: A Comparative Analysis", 3 **British Journal of Political Science** (1973) p. 304 [3.18]
- Elaine Kirsh, "The Legal Environment of Federal Crown Corporations", (Toronto, unpublished manuscript on file with the Ontario Economic Council, 1979) [5.16]
- L. Kolakowski, **Main Currents of Marxism Its Origins, Growth, and Dissolution**, (1981) [7.28]
- J.S. Laffont, "Privatization and Incentives", 7 **Journal of Law, Economics and Organization** Ann. (1991) p. 84 [3.4]
- C. Landauer, Contemporary Economic Systems: A Comparative Analysis**, (Philad and N.Y. 1964) [3.13], [3.15]
- J. Langford, "Public Corporation in the 1980's Moving From Rhetoric to Analysis", (1982), 25 **Can. Pub. Adm.** 619 [5.20]
- Langrood, "Administrative Contracts - A Comparative Study", **American Journal of Comparative Law**, Vol. 4 (1955) 325 [9.71]

- K. Larenz, **Allgemeiner Teil des Deutschen Burger**, (6 Aug. 1983) Rechtslicher [7.6]
- J.K. Laut and M.A. Molot, **State Capitalism - Public Enterprise in Canada**, (Cornell University Press) [3.18]
- F.H. Lawson, 7 **Political Studies** (1959) 109 [2.26]
- Lerner, **The Economics of Control - Principles of Welfare Economics**, (N.Y. Macmillan, 1956) [3.37]
- Rosaline Levenson, **Government by Private Contract: Experimentation in South San Francisco** (University of California, 1976) [9.111]
- H. Levinson, Public Law/Private law Distinction in the Courts, 57 **George Washington L.R.** (1989) p. 1579 [7.36]
- Levinson, "Toward Principles of Public Law", 19 **J. Pub. L.**, 327 (1970) [7.36]
- D.L. Linowes **Privatisation Toward More Effective Government - Report of the President's Commission on Privatization**, [3.4]
- Robert A. Lively, "The American System", 29 **Business History Review** (1955), p. 81 [5.105]
- P.W. MacAvoy, W.T. Stanbury, G. Yarrow, A.J. Zeck Hauser, **Privatisation and State Owned Enterprises - Lessons from the United States, Great Britain and Canada** (Rochester Studies in Managerial Economics and Policy, Kluwer Academic Publishers, N.Y. 1989) [3.4], [5.6], [5.100], [5.104]
- J.A. Mackenzie, "Who Controls the Company? The Interpretation of Table A" 4 **The Company Lawyer** (1983) 99, 101. [4.80]
- Dr. Catharine A. Mackinnon, **Toward A Feminist Theory of the State** (1989). [7.37]
- Maine, **Dissertations on Early Law and Custom** (1883) [6.26]
- Maine, **Early Law and Custom** [6.29]
- H. Mangoldt and F. Klein, **Das Bonner Grundgesets** (Band 1, 131) [7.8]
- A. Maoz, "Defending Civil Liberties without a Constitution - The Israeli Experience", 16 **Melb U.L.R.** (1988) 815 [6.87]
- L.C. Marshall, "Fighting the Words of the Eleventh Amendment" 102 **Har. L. Rev.** (1989) 1342 [5.114]
- C.F. Martinez, "Early Lessons of Latin American Privatization", 15 **Suffolk Transnat'l L.J.** (SPR. 92) 468 [3.4]
- C.E. Martinez, "Ideology, practice and performance in privatization: a case study of Argentina", 33 **Harv. Int'l L.J.** (Wing. 92) 240 [3.4]
- K. Marx, "On the Jewish Question", in Writings of the **Young Marx on**

- Philosophy and Society** (1967) 216 [7.28]
- J. Mashaw & R. Merrill, **Administrative Law: The American Public Law System** (2d ed. 1985) [7.36]
- Maxwell, **On the Interpretation of Statutes**, 12th ed. (London, Sweet & Maxwell, 1969) [5.36]
- Erskine May, **Parliamentary Practice**, 17th ed [5.67]
- Renato Mazzocini, **Government Controlled Enterprises**, (New-York, John Wiley, 1979) [3.12]
- J.A. McIntire, "Authority of Government Contracting Officers: Estoppel and Apparent Authority" (1956-1957) 25 **Geo. Wash. L.Rev.** 162 [9.37]
- C. McNair, **Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada** (Toronto; University of Toronto Press, 1977). [5.29], [5.42]
- Colin H. McNair, "The Ontario Crown Agency Act" (1973), 6 **Ottawa L. Rev.** 1 [5.29]
- J.E. McNitt and M. Bell, "The privatisation process in Hungary" 6 **Probate and Property** (1992) p. 38 (5) [3.4]
- Merryman, "The Public Law Private Law Distinction in European and American Law", 17 **J. Pub. L.** 3 (1968) [7.36]
- Miller, "Foreword: The Public Interest Undefined", 10 **J. Pub. L.** 184 (1961) [7.36]
- Miller, "The Science of Law: The Maturing of Jurisprudence into Fundamental Principles of Fairness" 13 **West St. U.L. Rev.** (1986) 367 [1.95], [7.36]
- Mitchele, **The Contracts of Public Authorities** (London, 1954) [5.54], [8.25], [9.71], [9.107], [9.108]
- Harrison Moore, "Liability for Acts of Public Servants" 23 **L.Q.R.** 12 [6.42].
- Baron De Montesquieu, **The Spirit of Laws**, (New York and London, revised ed. translated by T. Nugent, 1899) Vol. 1 [6.9]
- Victor Morawetz, "The Power of Congress to Enact Incorporation Laws and to Regulate Corporations" 26 **Harvard Law Rev.** 667 [5.101]
- D.R. Morgan and R.E. England, "The two faces of privatization", 48 **Public Administration Rev.** (1988) 979 [3.4]
- Lord Herbert Morrison, **Government and Parliament**, (London, Oxford University Press, 1964) [5.15]
- H.S. Morrison, "Public Control of the Socialised Industries", 28 **Public Administration** (1950) p. 4 [5.73]
- H.S. Morrison, "Public Nationalised Industries" 21 **Political Quarterly** (1950) 150 [5.73]

- H.S. Morrison, **Socialisation and Transport** [5.61]
- L.P. Musolf, **Mixed Enterprise - A Development Perspective** (Lexington Books, Toronto and London, 1972) [5.105]
- L.P. Musolf, "Public enterprise and public interest in the United States" in Andre Gelinias Ed. **Public Enterprise and the Public Interest** (Proceedings of an International Seminar - The Institute of Public Administration of Canada) P. 148 [5.6], [5.106]
- L.P. Musolf, **Public ownership and accountability - The Canadian Experience** (Harvard University Press, Cambridge, 1959) [5.6]
- L. Narain, **Autonomy of Public Enterprise** (New Delhi, standing conference of Public Enterprises, 1982) [5.5]
- Nelken, "The use of 'contracts' as a social work technique" [1987] **CLP 207** [9.111]
- Nigan, **Current Problems of Corporation Law**, (1964) p. 54 [1.53]
- Nitzan and Procaccia, "Optimal Voting Procedures for Profit Maximizing Firms", 51 **Public Choice** (1986) 191.
- Nitzan and Paroush, "A General Theorem and Eight Corollaries in Search of a Correct Decision", 17 **Theory and Decision** (1984) 231.
- T.H. O'Brein, **British Experiments in Public Ownership and Control** [5.61]
- F.E. Olsen, The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform, 96 **Harvard Law Review**, (1983) 1497 [7.28]
- James T. O'Reilly, **Administrative Rulemaking - Structuring, and Defending Federal Agency Regulations**, (Shepherd's Opposing McGraw - Hill Book Co. 1983) [6.11]
- J. Orth, **The Judicial Power of the United States: The Eleventh Amendment in American History** (1987). p. 12-29 [5.114]
- Otis, "The Charter, Private Action and the Supreme Court" 19 **Ottawa L. Rev.** (1987) 71 [7.40]
- C. Pateman, "Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy", **Public and Private In social Life** (1983) 281 [7.36]
- Pennington, **Company Law** (5th. ed. 1985) [1.51], [1.77]
- J.H. Perry, **Proceedings of Eighth Annual Conference of Institute of Public Administration of Canada** [14 מבריא]
- Petter and Hutchinson, Private Right's/Public Wrongs: The liberal Lie of the Charter" 8 **U.T.C.J.** 278 [7.40]
- O.H. Phillips and P. Jackson, **Constitutional and Administrative Law**, (Sweet and Maxwell, London 1978) Sixth Ed. [1.22] [6.46]

- Posner, **Economic Analysis of Law** (Little Brown and Co. Boston and Toronto, 1986) 367 ff.
- Pound, "Public Law and Private Law", 24 **Cornell L.Q.** 469 (1939) [7.36]
- Jagdish Prakash, **Public Enterprises in India** (Allahabad, Thinker's Library, 1980) [5.5]
- Om Prakash, **The Theory and Working of State Corporations** (New York, Frederick A. Prager, 1962) [5.5]
- J. Preffer and G.R. Sallancik, **The External Control of Organizations** (Harper and Row, New York, 1978). [4.92]
- J.R.S. Pritchard ed., **Crown Corporations in Canada**, (Toronto: Butterworths, 1982) [5.6], [5.11], [5.12]
- T. Prosser, "Constitutions and Political Economy: The Privatisation of Public Enterprises in France and Great Britain" 53 **Modern Law R.** [1990] 304 [3.4]
- Prosser, **The Law of Torts**, 4th. ed. [6.69]
- J. Rabkin, **Judicial Compulsions: How Public Law Distorts Public Policy** (1989) [7.36]
- Max Radin, "The Endless Problem of Corporate Personality" 32 **Columbia L.R.** p. 643 [5.111]
- Redlich and Hirst, **Local Government in England** [6.26]
- Reich, "The New Property", 73 **Yale J.S.** (1963-4) 733 [9.42]
- Report of the Committee to Review the Functioning of Financial Institutions, Cmnd. 7937 ch 25 [5.56]
- J. Rimmer "An Issue paper on Aspects of Asset Sales as a Form of Privatisation in Australia" in **Privatisation and Public Enterprise**, Ed. Getta Couri, (New Delhi, Oxford and IBH Pub. Co. 1991) p. 139 [5.74]
- Robinson, **Public Authorities and Legal Liability** [5.87]
- W.A. Robson, **Nationalized Industry and Public Ownership**, (London, University of Toronto Press, 1960) [5.61], [5.66]
- W.A. Robson, **Problems of Nationalized Industry** (London, George Allen and Unwin Ltd Unwin Ltd., 1953) [5.61], [5.68]
- W.A. Robson (ed.), **Public Enterprise** [5.61]
- W.A. Robson, "The Governing Board of the Public Corporation", 21 **Political Quarterly** (1950) 139 [5.63]
- Alex E. Rogers, "Clothing State Governmental Entities with Sovereign Immunity: Disarray in the Eleventh Amendment Arm-of-the -State Doctrine" **Columbia L. Rev.** vol. 92 p. 1243 (1992) [5.119]

- J.S. Rogers, "The Impairment of Secured Creditors' Rights Reorganization: A Study of the Relationship Between the Fifth Amendment and the Bankruptcy Clause" 96 **Harv. L. Rev.** (1983) 973 [9.43]
- N. Rose, (1987) Beyond the Public/Private Distinction: Law, Power and the Family, 14 **Journal of Law and Society**, 61 [7.28]
- R.L. Ross, **Government and the private sector - who should do what?** (Crane Russak and Company, New York, 1988) [5.100]
- Ronald D. Rotunda and John E. Novak, **Treatise on Constitutional Law - Substance and Procedure**, (St. Paul Minn. West Publishing Co. 1992) [6.11]
- Royal Institute of Public Administration, "Privatizing Enterprises; Options and Dilemmas"** (London, 1984) [3.55]
- Salmond & Williams, **Contracts** (1945) [2.4]
- Geoffrey Samuel "Public and Private Law: A Private Lawyer's Response" [1983] **Modern Law Rev.** Vol 46, 558 [6.40], [6.41]
- G. Sawyer "The Public Corporation in Australia" in W. Friedman Ed. **The Public Corporation, a comparative symposium**, (Stevens & Sons, London, 1954) p. 42. [5.74]
- Bernard Schwarz, **A Commentary on the Constitution of the United States**, (The Macmillan Company, New York, 1963) [6.8]
- Bernard Schwartz, **French Administrative Law and the Common Law World** [6.27]
- H. Schwartz, "Governmentally Appointed Directors In A Private Corporation - The Communications Satellite Act of 1962" 79 **Harv. Law Rev.** 350 [1.68]
- Scott, "Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project" 35 **Stan. L. Rev.** (1983) 927
- C.F. Scott, "The Fiduciary Principle" (1949) 37 **Calif. L.R.** 539 [1.39], [2.4]
- Scott, **The Law of Trusts**, 3 ed [1.59]
- L.S. Sealy, "Fiduciary Relationships", **Camb. L.J.** (1962) 69 [2.1], [2.12]
- L.S. Sealy, "Some Principles of Fiduciary Obligation" **Camb. L.J.** (1963) [2.1]
- L.S. Sealy: "The Director as Trustee", **Camb. L.J.** (1967) 83 [1.50]
- H. Seidman "Government-sponsored Enterprise in the United States" in Bruce L.R. Smith Ed. **The New Political Economy: The Public Use of the Private Sector**, (New York, John Wiley and Sons, 1975) p. 83. [5.100]
- H. Seidman, **Politics, Position, and Power; The Dynamics of Federal Organisation** (New York, Oxford University Press, 1970) [5.100]
- H. Seidman, "The Government Corporation: Its Place in the Federal Structure" in

- **Public Enterprise - A study of its Organisation and Management in Various Countries**, edited by A.H. Hanson (Brussels, Int' Institute of Administrative Science, 1954) [3.7], [5.100], [5.106], [5.110], [5.131]
- Seidman, "**Organizational Relationships and the Control of Public Enterprise**", United Nations st/Tao/m/36 [3.38]
- Robert Sixty, "Canadian Government Corporations: Definition and Categorization", Working Paper no. 77-8 (School of Business Administration and Commerce, Memorial University of Newfoundland). [5.12]
- Shapiro, "From Public Law to Public Policy or the "Public" in Public Law" **Political Science** (1972) 410 [6.35]
- Ira Sharkansky, **Whither the State? Politics and Public Enterprise in three countries: Australia, Israel, The United States**, (Chatham House Publishers Inc. New Jersey, 1979) [5.100]
- W.G. Shepherd, **Economic Performance Under Public Ownership**, (New Haven, Yale University Press 1965) [5.61]
- S. Shepard, **The Law of Fiduciaries** (1981) [2.8]
- Shepard, "Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationship" 97 **Law Q. Rev.** (1981) 51 [2.5]
- M. Shirley, "The What, Why and How of Privatisation: A World Bank Perspective", (Financial Regulations: Transnational Financial Services in the 1990's) 60 **Fordham L.R.** (1992) p.23 [3.4]
- Sills, "Student Status and Academic Justice" 8 **Kingston Law Review** [1978] 220 [6.36]
- Siltanen, J. & Stanworth, M. (Eds) **Women and the Public Sphere**, (1984) Hutchinson: London [7.28]
- M. Sloman, **Socialising Public Ownership**, (London, Macmillan, 1978) [3.12]
- B. Slutsky, "The Relationship Between the Board of Directors and the Shareholders in General Meeting" **Univ. of British Columbia L.R.** (1968) 81 [4.77]
- B. Slutsky, **The Division of power between the Board of Directors an the General Meeting, Studies in Canadian Company Law** (Toronto, edited by J. Ziegel, 1973) p. 181. [4.77]
- Smith, **Judicial Review of Administrative Action**, 4th ed [6.29]
- Spencer, Bower & Turner, **Estoppel by Representation**, (London, 1977) 3rd ed. [9.11]
- Stattery, "The Charter's Relevance to Private Litigation - Does Dolphin Deliver"

- 32 **McGill L.J.** (1987) 905 [7.40]
- M.J. Sterling, "The Theory and Policy of Shareholder Actions in Tort" 50 **Modern Law Rev.** (1987) 468. [4.76]
- J. Stone "Equal Protection and the Search For Justice" 22 **Ariz. L. Rev** (1980) 1 [7.26]
- Street, **Government Liability: A Comparative Study** (London, 1953) [9.71]
- Sir Arthur Street, **The Public Corporation in British Experience and British Government since 1918** [5.61] [5.62]
- Peter L. Strauss, **An Introduction To Administrative Justice in the United States**, (Carolina Academic Press, 1989) p. 97-98 [5.95], [5.113]
- P. Studenski and W.E. Kross, **Financial History of the United States** 2nd ed. (New York, McGraw Hill Book, 1963) [5.105]
- G.R. Sullivan "The Relationship Between the Board of Directors and the General Meeting in Limited companies" 93 **L.Q.R.** (1977) 569 [4.76]
- Summers, "The General Duty of Good Faith - Its Recognition and Conceptualisation" 67 **Cornell L. Rev.** (1982) 810 [1.46]
- Sunstein, Interest Groups in American Public Law, 38 **Stan L. Rev.** 29 (1985) [7.36]
- Swinton, "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in W. Tarnopolsky and G. Beaudoin (ed.) **The Canadian Charter of Rights and Freedoms** (1982) 41 [7.11]
- Swisher, **The Growth of Constitutional Power in the United States, 1946** [5.87]
- "Symposium on the Public Private Distinction" (1982) 1304, **Penn. L.J.** 1289-1608 [6.42], [7.36]
- The American Law Principles of Corporate Governance and Structure: 30**
Restatement and Recommendations, Tentative draft no. 1 (1982) [1.70]
- The Savoy Hotel Limited and the Berkley Hotel Company Limited Investigation under section 165 (b) of the Companies Act 1948; Report of Mr. E. Milner Holland Q.C.** (London, 1954) [1.69]
- M.J. Thomerson, "German reunification - the privatization of socialist property on East Germany's path to democracy", 21 **Georgia Journal of International and Comparative Law** (1991) p. 123 [3.4]
- D.K. Thomson, "Equitable Estoppel of the Government" 79 **Co. L.R.** (1979) 551 [9.37], [9.51]
- J. Thurston, **Government Proprietary Corporations in the English Speaking Countries**, (Harvard University Press, Cambridge and Massachusetts, 1937) [5.102], [5.111], [5.113]

- L. Tivey, **The Nationalised Industries Since 1960** (Toronto, University of Toronto Press, 1973) [3.12], [5.61]
- Treves, "Administrative Discretion and Judicial Control" 10 **Mod. L. Rev.** 276 [5.89]
- L.H. Tribe, **American Constitutional Law** (Minnesota, 1978) 470 [7.40], [9.85]
- A. Tuper and G.B. Doren, **Public Corporations and Public Policy in Canada** (The Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1981) [3.18] [5.6]
- Colin Turpin, **Government Procurement and Contracts** (Longman, 1989) [5.96], [9.75]
- Colin C. Turpin, **Public Contracts**, (Boston and London, 1982) [5.83], [9.75]
- Tushnet, Truth, Justice and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies, 57 **Tex. L.Rev.** 1307 (1970) [7.36]
- R.M. Unger, Law in Modern Society**, (Free Press: New York 1977) [7.28]
- C. Veljanovski, "Privatization in Britain - The Institutional Constitutional Issues" 71 **Marquette Law Rev.** (1988) p. 558 [3.4]
- Verkuil, "The Emerging Concept of Administrative Procedure", 78 **Colum. L. Rev.** (1978) p. 258 [5.100]
- D.V. Verney, **Public Enterprise in Sweden** (Liverpool, Liverpool University Press, 1959) [5.61]
- Aidan R. Vining, **An Overview of the Origins, Growth, Size and Functions of Provincial Crown Corporations**. Study prepared for the Institute for Research on Public Policy (Vancouver, University of British Columbia, Faculty of Commerce and Business Administration, 1979) [3.18]
- Wade and Bradley, **Constitutional and Administrative Law**, (Longmans, London and New York 1991) 10th ed [6.16], [6.28], [6.30]
- E.C.S. Wade and Godfrey Philips, **Constitutional and Administrative Law**, (Richard Clay Ltd., Suffolk, 1977) 9th ed. [6.8]
- Sir William Wade, **Administrative Law** [Clarendon Press, Oxford, Sixth ed., 1992] [1.11], [1.13], [1.17], [1.90], [3.1], [4.88], [5.3], [5.61], [5.63], [5.65], [5.68], [5.70], [5.72], [5.73], 5.75], [5.85], [6.46], [6.85], [6.88]
- Wade, "Public Law, Private Law and Judicial Review" 99 **L.Q.R.** 166. [6.45]
- H.R. Wade, "Procedure and Prerogative in Public Law" (1985) 101 **L.Q.R.** 180 [6.42]
- A.H. Walsh, **The Public's Business: The Politics and Practices of Government Corporations**, (Cambridge and Mass, MIT Press, 1978) [3.12], [5.100]
- K.W. Wedderburn, "Shareholders' Rights and the Rule in *Foss v. Harbottle*", 1957 **Camb L. J.** 194; and 1958 93. [4.76]

- M. Weidenbaun, **The Modern Public Sector: New Ways of Doing the Government's Business**, (New York, Basic Book Inc. 1969) [5.100]
- Weiner, "The Berle - Dodd Dialogue on the concept of the corporation" 64 **Co. L.R. Rev.** (1964) 1458 [1.70]
- Weinrib, "The Fiduciary Obligation" 25 **U.T.L.J.** (1975) 1 [2.5]
- P. Westen, "The Empty Idea of Equality" 95 **Harv. L. Rev.** (1982) 537 [7.26]
- J.W. Whelan and T.L. Dunigan, "Government Contracts: Apparent Authority and Estoppel", (1967) 55(2) **Georgetown L.J.** 830 [9.37]
- C. Wilcox, **Public policies towards business**, 3rd ed. (Homewood, 1966) [5.98]
- Winder, "Undue Influence and Fiduciary Relationship", 4 **The Conveyancer** (N.S.,1940) 274 [2.4]
- Winter, **Law of Fiduciary Relationship and Resulting Trusts** (3rd ed. 1955) [2.4]
- E. Winter, **A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationship and Resulting Trusts**, (3rd ed. 1955) [2.5]
- World Utility Booklets No. 2** (Michael Joseph 1946) [5.20]
- Yardly, **English Administrative Law**, Sec ed. (London, Butterworths, 1970) [5.62], [5.87], [5.88]
- D.C.M. Yardley, **Principles of Administrative Law**, (London, Butterworths, 1986) [5.53], [5.54], [5.59], [5.63], [5.85], [5.87], [5.88], [5.89], [5.93]
- Yoran, **Insider Trading in Israel and England** (1972) [1.51]
- Y. Zamir, "Administrative Control of Administrative Action" **California Law Rev.** (1969) 866 [6.92]
- Zardkooni, "A Test of the Property Rights - Theory of the Firm; Water Utilities in [מבוא 71] the United States", (1978) 21 **J. Law and Econ.** 395

חקיקה זרה

חקיקה קנדית

- Air Canada Act 1977, 1977-78 C.5. [5/29]
- Atomic Energy Control Act R.S.C 1970, c. A-19 s. 10(2) [5.17], [5.29]
- "Bill C-24", 32-33 Eliz. ii, 1983-1984 [5.18], [5.27], [5.29]
- Broadcasting Act R.S.C. (1970), C. B-11 [5.29]
- Crown Agency Act, R.S.O.,1980. C. 106. [529]
- Crown Corporations Act 1978 R.S. 1979, C.C-50.1. [5.18], [5.29]

Canada Business Corporation Act s.c. 1974 - 5-6 c.33. [5.16]
Canada Council Act R.S.C. 1970, c. C-2. [5.29]
Federal Income Tax Act, R.S.C. 1952 C. 148. [5.42]
Financial Administration Act 1951 c. 12. 1964 [5.17] [5.32]
Financial Administration Act R.S.C. 1970, c. F-10 [5.17], [5.18], [5.20] [5.27]
Government Companies Operation Act R.S.C. 1970, C.G - 7 [5.28], [5.30]
Income Tax Act R.S.C. 1970, c. 1-5 [5.42]
Interpretation Act, S.C. 1970, C. 1-23 [5.36]
Interpretation Act R.S.B.C. 1979 [5.36]
Telelobe Canada Act S.C. 1974-5 c-77. [5.29]

חקיקה אנגלית

Atomic Energy Authority Act 1954 [5.70], [5.71]
Bank of England Act 1946. [5.54], [5.56]
Companies Act 1985. [1.54], [1.55]
 Companies Clauses Consolidation Act 1845 (8-9 vict. c. 16) [4.76]
[1.52], [1.70]. (חוק החברות שניסח פרוץ' גאורג' עבור גאנה.) Companies Code
Corruptions Acts. [5.81]
Crown Proceedings Act 1947. [5.53]
Employment Protection (consolidation) Act 1978. [5.62]
Harbours Act 1964. [5.62]
Law Commissions Act 1965. [6.29]
Ministry of Town and Country Planning Act 1943 [5.54]
National Health Service Reorganisation Act 1973 sec 5. [5.62]
N.C. Bus Corp. Act, sec. 33-13-150. [1.56]
New Towns Act 1959 and 1965. [5.62]
Race Relations Act 1976. [5.62]
Royce (Purchase) Act 1971. [5.58]
Sex Discrimination Act 1975. [5.62]
State Immunity Act 1978. [5.83]
Supreme Court Act 1981. [6.29]
Transport Act 1968. [5.70]
Tribunals and Inquiries Act 1958. [9.120]
Tribunals and Inquiries Act 1971. [9.120]
 Radiological Protection Act [5.82]

חִקְיָה אַמְרִיקָנִית

- Civil Rights Act 1875 [7.42]
Civil Rights Act, 1964 78 Stat. 241 [7.42]
Government Corporation Control Act, 1945. [5 מְבוֹא] [5.98], [5.100], [5.101],
[5.105], [5.114]
Postal Reorganisation Act 1970, 39 U.S.C.A s. 201 Suye 1980. [5.96]
Tahoe Regional Planning Compact Cal. Government Code sec. 66800-66801
(West Supp. 1977). [5.125]
5 U.S.C. sec. 551. [5.95]
U.S.C.A. Sec. 702. [5.102]

פְּסִיקָה זְרָה

- Alabam v. pugh**, 438 U.S. 781, 782 (1978). [5.115]
Alexander v. Hillman 296 U.S. 222, 80 L Ed 192, 56 S Ct 204. [1.57]
American General Ins. Co. v. Equitable General Corp. (ED Va) 493 F
Supp 721. [1.56], [1.57]
Anns v. London Borough of Merton [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) [5.40]
Anns v. Merton L.B.C. (1978) A.C. 728. [6.42], [6.45]
A.P. Smith Mfg. Co. v. Barlow, 13 N.J. 145 98 A. 2d 581
Ashwander v. Tennessee Valley Authority 297 U.S. 288 (1936) [5.101]
Astrid Chavez Colon v. The Chairman of the Board of Directors of F.D.I.C.
751 F. Supp. 1029 [5.117]
Att-Gen v. Goddard (1929) 98 L.J.K.B. 743 [2.4]
Att-Gen. for Ceylon v. A.D. Silva (1953) A.C. 461 [9.73], [9.39]
Australian and Metropolitan Life Assurance Co. Ltd v. Ure. (1923) 33 C.L.R.
199 [1.81]
Bank Voor Handel en Scheepvaart v. Slatford [1952] 1992. E.R. 714. [9.108]
Banque Fe'de'rale de devdloppement v. Scierie Mont Valin Lte'e [1982]
C.A.I. 17 at 19-21 (que. C.A.) [5.62]
B.B.C. v. Johns (1965) [5.53], [5.81]
B.C. Power Corporation v. A.G. British Columbia and B. C Electric Co. Ltd.
(1962) 34 D.L.R. (2d) 25 (B.C.C.A.) [5.26]
Beaumont v. Boulton. (1802) 7 VES 599 [2.4]
Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises Inc. 486 U.S. 888, 108 S Ct
2218 [5.117]
Berger v. Amana Soc. 253 Iows 370 111 NW 2d 753

Beyer v. F & R. Oilfield Contractors Inc. (LA app. 3d. Cir) 407 So 2d. 15 [1.56]
Birkdale District Electric Supply Company Ltd. v. Corporation of Southport
 (1926) A.C. 355 [9.71]
 השווה גם לפסק הדין הניו זילנדי
Black White and Grey Cabs Limited v. Fox [1969] N.Z.L.R. 824 [4.76]
 לעומת זאת ראה פסק הדין האוסטרלי
Dowse v. Marks (1913) 13 S.R. (N.S.W.) 332 [4.76]
Boren v. State Personnel Board, 234 P. 2d 981 (1951) [9.38]
Borstal Boys, Dorset Yacht Co. v. Home office [1969] 2 Q.B. 412 [6.45]
Boulting v. A.C.T.A. T (1963) 2 Q.B. 606 [1.52]
Bowers v. Hardwick U.S. 186 (1986) [7.36]
Breen v. Amalgamated Engineering Union [1971] Q.B. 2.175, [1971] 1 ALL
 E.R. 1148 [6.37], [9.116], [9.119]
Bride v. City of Slater Fulton, 263 SW 2d 22 (1953) [9.38], [9.39]
British Medical Association v. Great Glasgow Health Board (1988) The Times,
 20 May 1988 [5.81]
Broome v. Cassell & Co [1971] 2 All E.R.187. [6.40]
Bromley London Borough Council v. Greater London Council, (1982) [2.25],
 [2.29], [2.55], [2.70], [2.75], [3.40], [4.72], [6.79], [6.111], [9.1], [10.10],
 [10.11]
Burland v. Earle [1902] ch D. 83. W.L.R. 62. [10.12], [10.30]
Burmah Oil v. Bank of England, [1979] WLR 473. [6.33]
Burmah Oil v. Bank of England, [1979] 2 WLR 722. [6.33]
Butz Engineering Corp. v. United States 449 F. 2d 619 [5.96]
Cakes and Thanet District Council [1982] 3 WLR 1121 [6.29]
California v. Central Pacific Railroad Co. 127 U.S. 1 (1888) [5.101]
Candelaria Cuello - Suarez v. Autoridad De Energia Electrica De Puerto-Rico,
 737 F. Supp 1242 [5.117]
Carter v. Carter Coal Co. 298 U.S. 238 (1936) [5.102]
Carter v. Palmer (1842) 8 CL & F 657 [2.4]
C.B.C. v. A.G. Ontario (1959) 16 D.L.R. 609 (S.C.C.) [5.36], [5.43]
C.B.S. Assessment [1938] 4 D.L.R. 764 (Ont C.A.) [5.42]
Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd. (1947) K.B.
 130, (1956) 1 All E.R. 256 [9.11]
Charitable Corp. v. Sutton (1742) 2 Atk 400 [1.50]
Charterbridge Corp. v. Lloyds Bank (1970) Ch. 62 [1.52]
Cherokee Nation v. Southern Kansas Railway Co. 135 U.S. 641 (1890) [5.101]

Chicago Stadium Corp. v. Indiana 123 F. supp. 783 (S.P. Ind. 1954) [5.119]
Chief Constable of the North Wales Police v. Evans [1982] 1 WLR 1135 [6.45],
 [9.119]
Chisholm v. Georgia, U.S. (2 Dall) 419 (1973). [5.114]
Cholmondeley v. Clinton (1821) 4 Bli 1. [2.3]
Cf. Tournier v. National Provincial Bank (1924) 1. K.B. 461 [2.4]
Civil Rights Cases, 109 U.S. (1983) 20 [7.40]
Cocks v. Thanet District Council (1982) 3 WLR 1121 [6.45]
Connor & Associates v. Dean Witter Reynolds Inc. (SD NY) 529 F Supp 1179.
 CCH Fed. Secur L. Rep. 98443.
Conway v. Rimmer (1968) 2 All E.R. 304. [5.53]
Coomber v. Coomber (1911) 1 Ch. D 723 [2.3]
D. v. NSPCC [1977] 2 WRL 201 [6.33]
Dames & More v. Regan, 453 U.S. (1981) 654 [6.90]
Dayton Goose Creek Railway Co. v. United States 263 U.S. 456 (1924) [5.101]
De Falco v. Crawley Borough Council [1980] Q.B. 460 [6.45]
Dodge v. Ford Motord Co. 178 N.W. (1919) 668. [1.51]
Duke of Beaufort v. Berty (1921) 1 P. Wins 703 [2.2]
Dunn v. The Queen (1896) 1 Q.B. 116 [9.71]
cf Dutton v. Bognor Regis Bc. [1972] 1. Q.B. 373. [6.42]
Earl Fitzwilliam's Wentworth Estates Co. v. Minister of Town [1951] 1K.B.
 203, 211 [5.82]
Edwards v. Halliwell (1950) 2 All E.R. 1064, C.A [4.76]
Elena Folch v. Canadian Airlines International [1992] C.H.R.D. No. 5 T.D.
 5/92 [5.50]
Evans v. Brunner, Mond & Co. [1921]1 ch. 359
Ex-p. Lacey (1802) 6 VES. 625 [2.4]
Farmers and Mechanics National Bank v. Dearing 91 U.S. (1 otto) 29
 (1875)[5.101]
Federal Crop Insurance Corporation v. Merrill 332 U.S. 380 (1947) [9.37],
 [9.39], [9.59]
Fellows v. Rother D.C. (1983) 1 ALL E.R. 513 [6.42]
Fideliry Insurance Co. of Canada v. Cronkhite Supply Ltd. [1979] 2 S.C.R. 27
 (S.C.C) [5.26]
Filmer v. Gott (1774) 4 Bro. P.C. 230 [2.2]
Filor v. U.S. 45 19 L. Ed. 548, 550 (1870) [9.37]
Fine Industrial Commodities Ltd. v. Powling (1954) 71 R.P.C. 253 [2.4]

Flitcroft's Case (1882) 21 Ch. D. 519 [1.74]

Foley v. Hill (1848) 2 H.L. Cas 28 [2.4]

Formea Chemicals Ltd. v. Polymer Corporation Ltd. (1968) S.C.R. 754. [5.29], [5.38]

Foss v. Harbottle (1843) 2 Hare 461 [4.76]

Foster v. British Gas plc [1988] 2 CMLR 697, [1988] ICR 584 [5.85]

Fowler v. California Toll-Bridge Authority 128 F. 2d 549 (9th cir. 1942) [5.119]

Fraser v. Whalley (1864) 2 Hem & M. 10, 7 E.R 361 [1.80]

Freeman and Lockyer v. Buckhurst Park Properties (mangal) Ltd. [1964] 2 Q.B. 480 [9.38]

Fulton v. City of Lockwood, 269 SW 2d 1 (1954) [9.38], [9.39]

Gartside v. Isherwood (1788) 1 Bro C.C. 558, 560. (49) [2.2]

Gauvreau v. Banque National du Canada, [1992] C.H.R.D. No. 1, T.D. 1/92 [[5.50]

Georgetown v. Alexandria Canal Co. 12 Peters 91 (U.S. 1838) [5.101]

Gilbert v. The Corporations of Trinity House (1886) 17 Q.B.D 795 [5.61]

Green v. Fraizer 253 U.S. 233 (1920) [5.105]

Greenhalgh v. Arderne Cinemas (1951) Ch. 286 [C.A.]. [1.51], [1.85]

Guth v. Loft, Inc, (Sup.) 23 Del Ch 255 5A2d 503

H.T.V. Ltd. v. Price Commission (1976) I.C.R. 170 [9.51]

Halifax v. Halifax Harbour Commissioners [1953] S.C.R. 215 (S.C.C). [5.26]

Hammer v. Dagenhart 247 U.S. 251 (1918) [5.102]

Hans v. Louisiana 134 U.S. 1 (1890) [5.114]

Hay v. Cameco - Canadian Mining and Energy Corporation [1991] C.H.R.D. No. 5 T.D. 5/91 [5.50]

Haydon v. Kent County Council [1978] Q.B. 343 [6.45]

Herald Co. v. Seawell, (CA 10 colo) 472 F2d 1081.
C.A. 385/43 **Hevrat Mataei Eretz Israel Kafrisin Ltd. v. Joshua Rakover Lipschutz** [1994] All.E.R. 325 [1.37]

Hickman v. Kent [1915] 1Ch. D. 881 [1.37]

Hill v. Thomas (KY) 462 SW 2d 922 [[1.56]

Hillside Community Church v. Tacoma, 455 P. 2d 350 (1969) [6.69]

Hindle v. John, (1919) 56 Sc.L.R. 625 [1.84]

Hirsch v. Sims (1894) A.C. 654 [1.84]

Holcomb v. Forsyth 216 Ala. 486 113 So 516

Home office v. Harman (1981) 2 WLR 310 [6.40]

Home office v. Harman (1982) WLR 338. [6.40]

Hornsey Urban District Council v. Hentrell [1902] 2 K.B. 73 [5.36]
Hosterman v. Kansas Turnpike Authority 183 Kans. 590, 331 p. 2d. 323 (1958).
 [5.119]
Howel v. Falmouth Boat Construction Ltd. (1951) 2 All E.R. 278 [9.71]
Hudson County Water Co. v. McCarter (1908) 209 U.S. 349, 285 Ct. 529[9.75]
Hutton v. West Cork Ry., 23 ch. D. 654 [1.69]
Indian Towing Co. Inc. v. United States (1955) 350 U.S. 61 [6.45]
Jackson v. Ludeling 88 U.S. 616 22L Ed 492
Jacobson v. Tahoe Regional Planning Agency, 566 F.2d 1353 (9th Cir. 1977)
 [5.126]
Johnson v. Trueblood 629 f2d 287 [1.76], [1.85]
Jones v. Portland 245 U.S. 217 (1917), [5.102]
Kansas City Bridge Co. v. Alabama State Bridge Corp. 59 F.2d 48 (5th cir
 1932) [5.119]
Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964) [7.42]
Karak Rubber Co. Ltd. v. Burden (No.2) (1972) 1 W.L.R. 602 [1.74]
Keech v. Sanford (1721) Sel. Cas. T. King 61 [2.4]
Keifer & keifer v. Reconstruction Finance Corporation 306 U.S. 381 (1939)
 [5.96]
Laker Airways Ltd. v. Department of Trade (1977) W.L.R. 239 [9.51], [9.52]
 [9.62]
L.B.C. v. The Queen (1983) 145 D.L.R. (3d) 42 (S.C.C.). [5.35]
Lake Country Estates Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 440 U.S. 391
 (1979). [5.125]
Lee v. Showmen's Guild of Great Britain [1952] 2 Q.B. 3329 [6.37]
Leeds Estate Building and Investment Company v. Shepherd (1887) 36 Ch. D.
 787 [1.74]
Lynch v. U.S. 292 US 571, 78 L ed. 1434 (1934) [8.25]
Lincoln County v. Luning 133 U.S. 529, (1890) [5.115]
Litwin v. Allen 25 N. supp. 2d. 667 [1.87]
Lohrho Ltd. v. Shell Petroleum (1980) 1 W.L.R. 627 [1.54]
Lumbermen's Mutual Casualty Co. v. Albert, 348 U.S. 48, 75 S. Ct 151 [5.117]
Luxton v. North River Bridge Co. 153 u.s. 525 (1894) [5.101]
Lyell v. Kennedy (1889) 14 App. Cas. 437 [2.4]
Masonic and General Life Assurance Company v. Sharpe (1892) 1 Ch. 154
 [1.74]
Masse v. Pennsylvania Turnpike Comm'n 163 F.supp. 510 (E.D. Pa. 1958).

[5.119]

- Mayor of Colchester v. Lowten** 1813, 1. v&B 226 [1.50]
McCulloch v. Maryland, 4 wheat, 316 4 L ED. 579 [5.100]
McGivern v. AMASA Lumber Co. 77 Wis 2d. 241, 252, NW 2d 371; (69)[1.56]
McInnes v. Onslow Fane, [1978] 3 All E.R. 211 [9.120]
Meinhard v. Salmon 149 N.Y. 458. [1.47]
Mellenger v. New Brunswick Development Corporation [1971] 1 W.L.R. 604 (C.A.) [5.83]
Mercy v. Gibbs Docks Trustees, (1866) L.R. 1 H.L. 93. [6.43]
Metropolitan Life Insurance Co. et al. v. Ward et al. 470 U.S. 869, 105 S Ct. 1976. [5.117]
Midland Silicones Ltd. v. Scruttons [1962] 1 All E.R. 1 [1.95]
Mills v. Mills (1938) 60 C.L.R. 150 (Aust. H.C) [1.80], [1.82], [1.82].
Minister of Agriculture and Fisheries v. Hulkin, (1950) 1.K.B 148 [9.38]
Ministry of Housing & Local Government v. Sharp [1970] 2 Q.B. 223 [6.42]
Montilla v. U.S. 457 F. 2d 978, 985-987 (1972) [9.37]
Moor v. County of Alameda 411 U.S. 693 (1973) [5.115]
Moorman Manufacturing Co. v. Bair Direcror of Revenue of IDWA, 437 U.S. 267, 98 S. Ct. 2340 [5.117]
Mt. Healthy City School District Board of Education v. Doyle 429 U.S. 274 (1977) [5.122]
National Harbours Board v. Langelier et al. [1969] S.C.R. 60. [5.35], [5.39]
North and Wartime Housing Ltd. v. Madden [1944] B.R. 366 (que. C.A.).[5.26]
North Carolina Teachers Association v. The Asheboro City Board of Education, 393 F 2d 736 [5.117]
Norway Plains Co. v. Boston & Me. R.R. 67 Mass, 263 (1854) [1.95]
Nottingham No. 1 Area Hospital Management Committee v. Owen (1958) 1 Q.B. 50 [5.81]
O' Connell v. Canadian Broadcasting Corp. C.H.R.D. (Canadian Human Rights Decisions) [1988], No. 9 T.D. 9/88 [5.50]
O'Reilly v. Mackman [1982] 3 WLR 604.[6.28], [6.29], [6.44], [6.45], [6.89], [10.6], [10.57]
Obsborn v. Bank 9 Wheat 738. [5.101]
Owen v. City of Independence, 445 U.S. 622. [5.115]
Oxford Furniture Companies Inc. v. Drexel Heritage Furnishing Inc. 984 F.2d 1118 [5.117]
Parker v. Daily News Ltd. [1962] CH 927 [1.51]

- Patrick L. Roberts Ltd. v. Sollinger Industries Ltd.** (1978) 3 B.L.R. 174 (ont. C.A.). [5.40]
- Peccin v. Lonagan and T.E.N.O. Ry.Comm.**(1934) O.R. 701 (C.A.). [5.38]
- Pensylvania v. Union Gas Co.** 109 S. Ct. 2273 (1989) [5.114]
- Percival v. Wright** (1902) 2 ch. 421 [1.51], [1.52], [1.60]
- Petty v. Tennessee-Missouri Bridge Comm'n** 359 U.S. 275 (1959) [5.119]
- Pfizer Ltd. v. Ministry of Health** (1965) A.C. 512 [5.81]
- Piercy v. Mills & Co. Ltd.** (1920) 1.ch. 77 [1.80]
- Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit**, 410 Mich 616, 304, (44) N.W. 21 (1981) [7.46]
- P.P.F. loc. 488 v. C.B.C.** (1979), 97 D.L.R. (3d) 56 (T.D.) [5.39]
- Prestox Inc. v. U.S.** 320 F 2d 367, 371 (1963) (U.S. Court of Claims). [9.37]
- Province of Bombay v. Municipal Corp. of Bombay** (1947) A.C. 58 (P.C.). [5.36]
- Prudential Assurance v. Newman Industries (no 1)** [1981] ch. 229; (no2) [1981] ch. 257, and [1982] ch 224, [4.76]
- Punt v. Symons & Co. Ltd** (1903) 2ch. 506 [1.80]
- Quin & Axtens v. Salmon** [1909] 1 ch. 311 C.A.; (1909) (A.C.); 442 H.L.
- R. v. Aston University ex p. Roffey** [1969] 2 Q.B 538 [6.36]
- R. v. Boundary Commission for England ex p. Foot** [1983] 1 All E.R 1099 181. [9.116]
- R. v. Canadian Broadcasting Corp. et al.** (1980) 30 O.R. (2d) 239. [5.43]
- R. v. City of London Assessment Committee** (1907) 2 K.B 764 [5.81]
- R. v. Chief Registrar of Friendly Societies ex p. Cross Building Society** [1984] 2 All E.R. 27. [9.116]
- R. v. Eldorado Nuclear Ltd.** (1981) 128 D.L.R. (3d) 82 (Div. Ct). [5.37]
- R. v. Electricity comrs. ex parte London Electricity Joint Committee Co.** (1920) Ltd. [1924] 1 K.B. 171 [6.44]
- R. v. IRC, ex parte National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd.** (1981) 2 WLR 722 [6.28], [10.6]
- R. v. Liverpool Corporation, Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association** [1972] 2 Q.B. 299 [9.51]
- R. v. Manners** [1978] AC 43 [5.81]
- R. v. National Joint Council for Dental Technicians ex parte Neate** [1953] 1 Q.B. 704 [6.44]
- R. v. Newbound** (1962) 2 Q.B. 202 [5.81]
- R. v. Ontario Labour Relations Board, ex parte-Ontario Food Terminal**

Board [1963] 20 R.91 p. 14 [5.30], [5.33]

R. v. The Panel on Take-Overs and Mergers exp. Prudential Bache, Inc. The Times, December 8th. 1986. [6.35]

R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Sherriff & Sons Ltd. (1986) Times, 18 December. [9.120]

R. v. Uranium Canada Ltd. (1982) 66 C.P.R. (2d) 207 (C.A.) [5.37]

Ranwater. v. United States, 356 U.S.590 (1958) [5.96]

Re Anglo-French Co-operative Society, ex p. Pelly (1882) 21 Ch. D. 492 [1.74]

Re Caisse De Depot et Placement du Qubec and Ontario Securities (48) Commissions, (1983) 149 P.L.R. (3d) 456 [5.37]

Re City Equitable Fire Insurance Co. [1925] ch. 407 [1.74], [5.81]

Re Faure Electric Co. (1888) 40 Ch. D. 141 [1.74]

Re German Mining Co. ex p. Chippendale (1853) 4 De G.K. & G. 19 [1.50]

Re Gresham Life Assurance Society; Ex parte Penney (1872) 8 ch. app 446 [1.81]

Re H.K. [1967] 2 Q.B. 617 [6.36]

Re Oxford Benefit Building and Investment Society (1886) 35 Ch. D. 502 [1.74]

Re W. & M Roith Ltd. [1967] 1. W.L.R.432 [1.51]

Re West of England and South Wales District Bank ex. parte Dale & Co (1879) 11 Ch D. 722 [2.3]

Reading v. Att-Gen [1951] A.C. 507 [2.4], [2.9]

Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King (1921) 3 K.B. 500 [9.71]

Regal (Hastings) Ltd. v. Gulli ver (1942) 1 Aoo E.R. 378 [2.4]

Regina v. Stradiotto [1973] 20 R.L. 375 (C.A.) [5.36]

Retail, Wholesale and Department Stor Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd. (1986) 2 S.C.R. 573 ,71 N.R (1987) 83 [7.41]

Richard Brady Franks Ltd. v. Price (1937) 58 C.L.R. 112 [1.51] [1.81]

Rice Hope Plantation v. South Carolina Pub. Serv. Authority, 216 S.C. 500, 59 S.E. 2d 132 (1950) [5.119]

Richardson v. Arizona Fules Corp. (utah) 614 p2d 636 [1.56]

Rob v. Green (1895) 2 QB 315 [2.4]

Robertson v. Minister of Pensions [1949] 1 K.B. [9.51] 227. [9.52], [9.71]

Rolls Royce PLC v. Doughty (1988) Icmr 569; (1987) Icr 932 [5.59]

Rose v. Schantz, 56 Wis 2 d. 222, 201 NW 2d 593. [1.56]

Rothschild v. Brookman [1831] 5 BLI (N.S.) 165 [2.4]

Salmon v. Salomon & Co. (1897) A.C. 22 (H.L.) [5.32]

San Diego Country v. California Water and Telephone Co. 186 P. 2d 124

- (1947) [9.38]
- San Francisco National Bank v. Dodge**, 197 U.S. 70, 49 L.Ed. 669, 255 Ct. 384 [5.117]
- Sargent County v. State**, 47 N.D. 561, 182 N.W. 270 (1921) [5.111]
- Securities Comm. v. Chancery Corp.** (1942) 318 U.S. 80 [1.98]
- Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No.3)** (1968) 1 W.L.R. 1555 [1.74]
- Shaw (John) & Sons (Salford) Ltd. v. Shaw** (1935) 2 K.B. 113 [3.42], [4.76]
- Sherman v. United States** 355 U.S. (1958) 369 [9.72]
- Shermer v. Baker**, 2 Wash app. 845, 472 p 2d 589 [1.56]
- Skinner and Eddy Corporation v. United States** 58 Court of Claims (1923) p. 366 [5.111]
- Smith v. Kansas City Title and Trust Company** 255 U.S. 180 (1921) [5.101]
- Smith v. London Transport Executive** [1951] A.C. 555 [1951] 1 All ER 667 [5.81]
- Sons of Norway v. Boomer**, 10 Wash. app. 618, 519 P 2d 28.
- Spangler v. Florida State Turnpike Authority** 106 So. 2d. 421 (Fla. 1958) [5.119]
- St. Louis Union Trust Co. v. Merill Lynch Pierce, Fenner & Smith Inc.** (CA. 8 Mo) 562, F2d 1040 [1.56]
- Stanley v. Moore** 1891 17 V.L.R. 289 [1.51]
- State Teachers Retirement Bd. v. Flor Corp.** (SD NY) 566 F Supp. 939. [1.56]
- John B. Stone et al v. State of Mississippi** (1879) 25 Law ed. 1079 [9.75]
- Strong v. Rapide** 213 U.S. 419 (1904) [1.56]
- Sullivan v. Vallejo City Unifief School District**, 731 F. Supp. 947 (1953) [5.117]
- Swain v. Law Society** (1983) 1 A.C. 598, 608. [6.35]
- T.V.A. v. Lacy** 116 F. supp. 15. [5.119]
- Tamlin v. Hannaford** (1950) 1 K.B.18. [5.81], [6.43]
- Tate and Lyle Industries Ltd. v. Greater London Council** [1983] WLR 649. [6.45]
- The Mersey Docks and Harbour Board Trustees v. William Gibbs and Penhallow** (1866) L.R. 93 p. 390-392 (H.L.) [5.61]
- The Queen v. Woodburn** (1898) 29 S.C.R. 112 [9.37]
- The Queen in Right of Province of Alberta v. Canadian Transport Commission** [1978] 1 S.C.R. 61 [5.36]
- Thomas W. Pierce v. U.S. (The Floyd Acceptance)**, 74 U.S. 666, 19 L.E.D. 169 (1869) [9.37]

U.S. v. F.C. Knight Co. 156 US (1895) [5.102]
U.S. v. U.S. District Court, 704 U.S. (1972) 297 [6.90]
Umstead v. Durham Hosiery Mills. Inc. (MD NC) 578 F Supp. 342. [1.56]
United States Dept. of Transp. v. Paralyzed Veterans of America, 477 (43) U.S. 597 (1986) [7.44]
United States v. Stanley, 109 U.S. (1883) 3. [7.42]
United States v. Trans-Missouri Freight Association 166 U.S. 290, 41 L. Ed. 1077, 17 S Ct 540 [5.117]
Utah Power and Light Co. v. U.S. 243U.S.389 (1916) [9.37] [9.38]
Verrault et Fils Lte'e v. Attorney General for Quebec (1975) 57 D.L.R. (3d) 403. [9.38]
Walker v. Wimborne (1976) 50 A.L.J.R. 446 [1.54]
Wellbridge Holdings v. Winnipeg [1970] 22 D.L.R. (3d) 470 (S.C.C) [5.40]
Westeel-Rosco Ltd. v. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre, [1977] 2 S.C.R. 238 (S.C.C) [5.26], [5.33]
Whichcote v. Lawrence (1798) 3 Ves 740 [2.4]
White v. Washington Public Power Supply System, 692 F 2d. 1286 [5.117]
Will v. Michigan Department of State Police 109 S. Ct. 2304 (1989). [5.115]
William Cory and Son Ltd. v. City of London Co. (1951) 2 K.B. 476. [9.71]
Williams v. Home Office (no 2) [1981] 1 All E.R. 1211. [9.120]
Williams v. Queen Fisheries Inc. 2 wash. App. 691, 469 P2d 583.
Willon v. Berkley (1961) 1. Plowd 227 [5.36]
Wisconsin Railroad Comm. v. C.B. & Q Railroad Company 257 U.S. 563 (1992) [5.101]
Wood v. Leeds Area Health Authority (1974) I.C.R. 535 [5.81]
W.B. Worthen Co et al v. Thoma (1934) 292 U.S. 426 [9.77]
Wyhman v. James 400 U.S. 309 [2.78]
York and North Midland Ry v. Hadson (1852) 16 Beav. 485 [1.50]
Young v. Columbia Oil Co. 110 W Va 364 158 SE 678 [1.56]
Youngstown Co. v. Sawyer, 343 U.S. (1952) 579 [6.90]

תוכן העניינים

חיקוקים*

647	חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 - מפתחות
651	חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975
691	חוק החברות הממשלתיות (חברה להשקעות בהון סיכון), התשנ"ב-1992 תקנות החברות הממשלתיות (הצהרת רכוש של מנהל כללי), התשל"ו-1976
695	תקנות החברות הממשלתיות (כהונה כדיקטור ב יותר משתי חברות), התשל"ו-1976
701	תקנות החברות הממשלתיות (כללים בדבר גמול והוצאות לדיקטור מקרב הציבור בחברות הממשלתיות), התשנ"ד-1994
703	תקנות החברות הממשלתיות (כללים לקביעת נציג נבחר מקרב עובדי החברה כדיקטור), התשל"ז-1977
707	הודעה על מינוי ועדה לבדיקת מינויים (לפי חוק החברות הממשלתיות), התשל"ה-1975
711	כללי החברות הממשלתיות (מינוי יועצים משפטיים ושכרם), התשנ"ב-1992
713	כללי החברות הממשלתיות (מינוי רואי חשבון ושכרם), התשנ"ד-1994
721	תקנות החברות הממשלתיות (ערעורים), התשל"ז-1977
729	חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992
733	

* מתוך: קובץ חיקוקים ביני תאגידים נירות ערך ופשיטת רגל בעריכת שלמה פרץ הוצאת בורסי תל-אביב.

חוק החברות הממשלתיות התשל"ה-1975

פורסם: ס"ח 770 התשל"ה 4.7.1975 עמ' 132

מס' תיקון	ס"ח מס'	השנה	תאריך	מס' עמוד
ת"ט	783	התשל"ו	6.11.1975	7
ת"ט	787	התשל"ו	18.12.1975	26
	1181	התשמ"ו	5.6.1986	168
2	1279	התשמ"ט	13.7.1989	66
3	1282	התשמ"ט	31.7.1989	76
4	1367	התשנ"א	1.8.1991	216
5	1395	התשנ"ב	9.4.1992	204
	1410	התשנ"ג	27.1.1993	47 (תיקון מס' 3) (תיקון)
6	1417	התשנ"ג	26.3.1993	92
7	1430	התשנ"ג	11.8.1993	
8	1476	התשנ"ד	4.8.1994	268

חוק החברות הממשלתיות התשל"ה-1975

רשימת חיקוני החוק לפי הסעיפים

מהות התיקון	מס' תיקון	מס' סעיף
הגדרת הועדה לבדיקת מינויים הוספה	6	1
הגדרה "חברה בבעלות ממשלתית מלאה" הוספה	7	1
הגדרת "הפרטה" הוספה	7	1
תוקן	ת"ט	9(א)
תוקן	ת"ט	9(ד)
תוקן	ת"ט	13(ב)
הוסף	3	15א
הוסף	6	16א
תוקן	8	16א
תוקן	ת"ט	17(א)2
תוקן	6	17(א)3
הוסף	6	17(א)5
הוסף	6	17(א)6
בוטל	6	17(ג)1
הוסף	6	17א
תוקן	6	18(א)
תוקן	6	18(ב)
הוסף	6	18א
הוסף	6	18ב
הוסף	6	18ג
תוקן	ת"ט	20(א)
הוסף	7	22(א)7
תוקן	ת"ט	22(ב)
הוסף	6	22(ג)
הוסף	6	23א
תוקן	6	24(א)
הוסף	6	24(ג)
תוקן	8	24ג
הוסף	6	24(ד)7

חוק החברות הממשלתיות התשל"ה-1975

רשימת תיקונים וסעיפים שתוקנו

מס' ס"ח	מס' תיקון	סעיפים שתוקנו
783	ת"ט	9(א), 17(א)(2)
787	ת"ט	9(ד), 13(ב), 20(א), 22(ב), 45
1181	1	א63
1279	2	א63
1283	3	א15
1367 עקיף	4	א29
1395 עקיף	5	א49
1417	6	1, א16, 17(א)(3), 17(א)(5), 17(א)(6), א17, 18(א), 18(ב), 18(א), 18(ב), 22(ג), 23(א), 24(א), 24(ג), 24(ד), 37(א), 37(ג), 37(ב), 57(3), 57(6), א60.
1430	7	1, 22(א)(7), 33(ג), 42(א)(5), 42(ב)(2), 42(ג), 54(א)(7), 55, 58(א)(6), 58(א)(7), 59(א), 59(ב), 59(ג), 59(ד), 59(ה), 68(ג).
1476	8	16(א), 24(ג), 37(ג).

רשימת תיקוני החוק לפי הסעיפים (המשך)

מהות התיקון	מס' תיקון	מס' סעיף
הוסף	4	א29
תוקן	7	(ג)33
תוקן	6	(א)37
הוסף	6	(ג)37
תוקן	8	(ג)37
הוסף	6	(ד)37
הוסף	7	(א)42(א5)
תוקן	7	(ב)42(2)
תוקן	7	(ג)42
תוקן	ת"ט	45
הוסף	5	א49
הוסף	7	(א7)54
תוקן	7	55
תוקן	6	(3)57
הוסף	6	(6)57
תוקן	7	(א)58(6)
הוסף	7	(א)58(7)
הוסף	7	א59
הוסף	7	ב59
הוסף	7	ג59
הוסף	7	ד59
הוסף	7	ה59
הוסף	7	ו59
הוסף	6	א61
הוסף	1	א63
תוקן	2	א63
הוסף	7	(ג)68

חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975

פרק א': הוראות כלליות

הגדרות

1. (א) בחוק זה —

"חברה ממשלתית" — חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית מספר הדירקטורים שלה הם בידי המדינה או בידי המדינה יחד עם חברה ממשלתית או חברת בת ממשלתית;
 "חברת בת ממשלתית" — חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית הדירקטורים שלה הם בידי חברה ממשלתית, בידי חברת בת ממשלתית או בידי חברה ממשלתית יחד עם חברת בת ממשלתית;
 "חברה מעורבת" — חברה שאינה חברה ממשלתית ואשר מחצית או פחות מכוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות מחצית או פחות ממספר הדירקטורים שלה הם בידי המדינה;

ס"ח 1430
 התשנ"ג-1993

"חברה בבעלות ממשלתית מלאה" — חברה שכל מניותיה הן בבעלות של אחד מאלה: המדינה; חברה שכל מניותיה הן בבעלות של המדינה; המדינה יחד עם חברה כאמור; המדינה או חברה כאמור יחד עם רשות מקומית;
 "מינוי דירקטור" — לרבות בחירתו או קביעתו בדרך אחרת;
 "השרים" — שר האוצר יחד עם השר שנקבע לפי חוק זה כאחראי לענייני החברה;
 "הועדה" — ועדת הכספים של הכנסת;

ס"ח 1417
 התשנ"ג-1993

"הועדה לבדיקת מינויים" — הועדה שהוקמה לפי סעיף 18ב;
 "הרשות" — רשות החברות הממשלתיות המוקמת בחוק זה;
 "מסמכי היסוד" — תזכיר ההתאגדות ותקנות ההתאגדות של חברה.

(ב) לענייני ההגדרות שבסעיף קטן (א) אין נפקא מינה אם המניות המקנות כוח הצבעה או זכות למנות דירקטורים מוחזקות במישרין או בעקיפין, באמצעות שלוח או נאמן.

ס"ח 1430
 התשנ"ג-1993

"הפרטה" — פעולות שמטרתן להביא, בבת-אחת או בהדרגה, לאחד מאלה:
 (1) ביטול או הקטנה של חלק הממשלה בכוח ההצבעה באסיפות הכלליות של החברה או בזכותה למנות דירקטורים בחברה, או ביטול או הקטנה של מעורבות אחרת של הממשלה בחברה, והכל אם יש בהם כדי להביא להפיכת חברה ממשלתית לחברה מעורבת, או להביא להפיכת חברה לחברה שחוק זה אינו חל עליה, או להביא לשינוי מהותי אחר ביחסי הכוחות בין חברי החברה, או כדי להקנות לציבור או לחבר חדש בחברה 10% או יותר מכוח ההצבעה בחברה או זכות למנות דירקטור;
 (2) הקטנת חלקה של הממשלה בהון המניות של החברה, בשיעור של 10% או יותר;

(3) צמצום מהותי בפעילות החברה על ידי העברת עסקים ונכסים לאחרים;
 "ועדת השרים" — ועדת השרים לענייני הפרטה, האמורה בסעיף 59א;

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

- "החלטת הפרטה" — החלטה לפי סעיף 359;
 "חברה בהפרטה" — חברה שועדת השרים קיבלה לגביה החלטת הפרטה;
 "פקודת החברות" — פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983.

2. בכפוף להוראות חוק זה תחול על חברה ממשלתית פקודת החברות ולמונחים שבחוק זה תהיה המשמעות הנודעת להם בפקודת החברות. תחולה פקודה החברות
3. מסמכי היסוד, אין בכוחם לגרוע מהוראות חוק זה. עדיפות החוק
4. (א) חברה ממשלתית תפעל לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נזהגת לפעול חברה לא-ממשלתית, וזולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הוועדה, שיקולי פעולה אחרים; הוראה זו לא תחול על חברה ממשלתית שמסמכי היסוד שלה אוסרים חלוקת רווחים. קווי פעולה של חברה ממשלתית
- (ב) בחברה ממשלתית שאחת ממטרותיה היא לספק לציבור מצרכים או שירותים שלא על מנת להפיק רווחים, רשאית הממשלה להחליט שתפעל להשגת מטרה זו לפי הכללים המחייבים אדם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין.

פרק ב': הקמת חברה ממשלתית והפיכת חברה לחברה ממשלתית

5. (א) הקמת חברה ממשלתית טעונה החלטה הממשלה; ההחלטה תתקבל על פי הצעה של שר שהוגשה לממשלה עם חוות דעת הרשות. הקמת חברה ממשלתית
- (ב) החליטה הממשלה על הקמת חברה ממשלתית, יביא שר האוצר את ההחלטה לידיעת הוועדה בציון מקורות המימון להשקעות בחברה ובצירוף חוות דעת הרשות.
- (ג) הממשלה תקבע כללים שעל פיהם תבחן הצעות להקמת חברות ממשלתיות, והנחיות לעריכת חוות הדעת של הרשות; כללים והנחיות אלה יפורסמו ברשומות.
6. בהחלטה להקים חברה ממשלתית תקבע הממשלה, בין השאר — נושאים להחלטה הממשלה
- (1) מטרות החברה, מבנה הון מניותיה והזכויות הצמודות למניותיה לסוגיהן;
- (2) המספר הכולל של דירקטורים ומספר הדירקטורים מטעם המדינה שביניהם;
- (3) השר שיהיה אחראי לענייני החברה.
7. חברה שמסמכי היסוד שלה מראים שהיא חברה ממשלתית לא תירשם אלא אם הוגשה לרשם החברות תעודה של הרשות המאשרת שהממשלה החליטה על הקמת החברה ושמסמכי היסוד תואמים את החלטת הממשלה; הוגשה תעודה כאמור, יסווג הרשם את החברה כחברה ממשלתית. ירשום החברה
8. (א) עסקה של המדינה שכתוצאה ממנה הופכת חברה לא-ממשלתית לחברה ממשלתית טעונה החלטה הממשלה וסעיפים 5 ו-6 יחולו בשינוים המחוייבים. הפיכת חברה ממשלתית לחברה

(ב) קיבלה המדינה שלא בדרך עסקה זכויות בחברה לא-ממשלתית שיש בהן כדי להפוך את החברה לחברה ממשלתית, תהיה החברה לחברה ממשלתית כעבור ששה חודשים, וזאת אם החליטה הממשלה תוך אותה תקופה שהמדינה תוותר על זכויות אלה או תעבירן; באין החלטה כזאת תקבע הממשלה, תוך אותם ששה חודשים, את הפרטים האמורים בסעיף 6, ושר האוצר יביא אותם לידיעת הועדה.
(ג) נהפכה חברה לא-ממשלתית לחברה ממשלתית, תגיש הרשות לרשם החברות תעודה המאשרת זאת, בציון השר האחראי לענייני החברה.

9* (א) נהפכה חברה לחברה ממשלתית כאמור בסעיף 8, חייבת המדינה לקנות את המניות של שאר בעלי המניות שרצונם בכך, למעט מניות בכורה הניתנות לפדיון.

(ב) תוך חודש ימים לאחר הפיכת החברה לחברה ממשלתית תודיע הרשות לבעלי המניות האמורים, בדרך שנקבעה למתן הודעות במסמכי היסוד של החברה, על זכותם לפי סעיף זה, ותוך שלושה חודשים לאחר קבלת ההודעה רשאי בעל מניות להודיע לרשות על רצונו שהמדינה תקנה מניותיה, כולן או מקצתן; השרים רשאים, באישור הועדה, להאריך מועדים אלה.

(ג) מחיר המניות יהיה שוויון ערב הפיכת החברה לחברה ממשלתית; באין הסכמה בין הצדדים ייקבע שווי זה בידי מי שנשיא בית המשפט המחוזי בירושלים מינה לכך, והרשות תודיע על קביעתו לבעל המניות; המחיר ישולם, באין הסכמה אחרת, בשעת העברת המניות למדינה.

(ד) תוך ארבעה עשר יום לאחר שהרשות הודיעה לו על קביעת שווי מניותיו לפי סעיף קטן (ג) רשאי בעל המניות לתזור מהודעתו לפי סעיף קטן (ב).
(ה) הוראות סעיף זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם כשהחליטה הממשלה כאמור בסעיף 4(א) או בסעיף 15.

10. לא תשקיע הממשלה בחברה ממשלתית אלא באישור הועדה.

11. (א) החלטות של חברה ממשלתית בעניינים אלה טעונות אישור הממשלה:

- (1) שינוי במטרות החברה;
- (2) הגדלת הון המניות הרשום;
- (3) שינוי בזכויות הצמודות למניות;
- (4) הקצאה של מניות החברה או הסכמה להעברת מניות כשהיא דרושה לפי מסמכי היסוד — אם יש בהן כדי להביא לשינוי מהותי ביחסי הכוחות בין חברי החברה או כדי להקנות לחבר חרש 10% או יותר מן הערך הנקוב של הון המניות או מכוח ההצבעה בחברה או זכות למנות דירקטור;
- (5) הנפקת מניות בכורה הניתנות לפדיון;
- (6) הנפקת אגרות חוב הניתנות להמרה במניות, והמרה במניות של אגרות חוב שהוצאו בלי זכות המרה או של הלוואה שקיבלה החברה;

*ראו הוראות מעבר בעמוד 675.

קניית מניות
המיעוט
ח"ס התשלוי-1975

ח"ס התשלוי-1975

השקעות בחברה
ממשלתית

החלטות טעונות
אישור הממשלה

- (7) הפיכת החברה מחברה שאינה פרטית לחברה פרטית או מחברה פרטית לחברה שאינה פרטית;
- (8) חידוש ארגונה של החברה, פירוקה מרצון, פשרה, סידור או מיזוג עם חברה אחרת;
- (9) הקמת חברה, לבר או עם אחרים, ורכישת מניות בחברה קיימת, למעט רכישת מניות בבורסה בידי חברה שרכישה כזאת היא בין עיסוקיה הרגילים;
- (10) פעולה כבעלת מניות בחברת בת ממשלתית באחד העניינים האמורים בפסקאות (1) עד (9);
- (11) התחייבות לאחת הפעולות האמורות בפסקאות (1) עד (10).
- (ב) אישור הממשלה לפי סעיף קטן (א) יתקבל לפי הצעת השרים שהוגשה לממשלה עם הוות דעת הרשות; שר האוצר יביא את החלטת הממשלה ליריעת הוועדה; הוראות סעיף 5(ג) יחולו גם לענין מתן האישור לפי סעיף זה.
- (ג) אישרה הממשלה החלטה מן האמורות בסעיף קטן (א), תתן הרשות לחברה תעודה על כך; העתק התעודה יוגש לרשם החברות.
- (ד) החלטה מן האמורות בסעיף קטן (א), החייבת רישום לפי פקודת החברות, לא ירשום אותה רשם החברות אלא אם הוגש לו העתק מן התעודה האמורה.

12. נהפכה חברה ממשלתית לחברה לא-ממשלתית, תגיש הרשות לרשם החברות תעודה על כך.

חברה שחולה להיות חברה ממשלתית

13. (א) תעודת הרשות לפי סעיפים 7, 8, 11 או 12 תהיה ראייה לכאורה לאמור בה.

תעודת הרשות תרעור

(ב) הרואה עצמו נפגע על ידי תעודת הרשות לפי סעיפים 8 או 12 וטוען שחברה לא נהפכה לחברה ממשלתית או שחברה ממשלתית לא נהפכה לחברה לא-ממשלתית, לפי הענין, רשאי לערער לפני בית המשפט המחוזי בירושלים; תקופת הערעור וסדרי הדין בו ייקבעו בתקנות שיתקין שר המשפטים.

ס"ח 787 התשל"ו-1975

14. (א) הממשלה רשאית להביא לפירוק מרצון של חברה ממשלתית או למכירת מניות שהמדינה מחזיקה בה, אם ראתה אחת מאלה:

פירוק של חברה ממשלתית

- (1) מטרת החברה הושגו או שהשגתן אינה אפשרית כלל או אינה אפשרית בחסכון וביעילות;
- (2) מטרת החברה הוטלו על רשות שהוקמה בחוק או על חברה ממשלתית אחרת;
- (3) מן הרצוי שמטרות החברה יבוצעו על ידי גוף שאינו חברה ממשלתית.

(ב) הצעה להחליט לפי סעיף זה תוגש לממשלה לאחר התייעצות עם הרשות ועם הדירקטוריון של החברה הנוגעת בדבר.

(ג) סברה הרשות שמאחת העילות המפורטות בסעיף קטן (א) יש להביא לפירוק של חברה ממשלתית או למכירת מניות שהמדינה מחזיקה בה ולא הציע זאת שר לממשלה, תחוה הרשות את דעתה בתזכיר מנומק לשר האוצר ולממשלה.

פיוג של חברות
ממשלתיות

15. (א) הממשלה רשאית להביא למיזוג של שתי חברות ממשלתיות או יותר, אם ראתה שמטרתיהן חופפות או משלימות בעיקרן או שניתן להשיגן ביתר חסכון או ביתר יעילות על ידי חברה אחת.
(ב) הוראות סעיף 14 (ב) ו-(ג) יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על סעיף זה.

מכירת מניות של
חברה בת ממשלתית
ס"ח 1282
התשמ"ט-1989

*15.A. (א) החלטה של חברה ממשלתית למכור מניות שהיא מחזיקה בחברה בת ממשלתית שלה טעונה אישור הממשלה ואישור הועדה.
(ב) אישור הממשלה לפי סעיף קטן (א) יתקבל לפי הצעת שרים שהוגשה לממשלה עם חוות דעת הרשות.

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על מכירה בבורסה של מניות הרשומות למסחר בבורסה, אם סך כל המניות שנמכרו בשנת מאזן אחת בבורסה אינו עולה על 5% מערכן הנקוב של המניות המוצאות והנפרעות של חברת הבת וסך כל התמורה בשנת מאזן אחת אינו עולה על עשרה מיליון שקלים חדשים, ובלבד שהמכירה לא גרמה להפיכת חברת הבת לחברה שאינה חברת בת ממשלתית.
(ד) הסכום האמור בסעיף קטן (ג) ישתנה ב-1 באפריל של כל שנה, החל בשנת הכספים 1990, לפי שיעור עליית מדר המחירים לצרכן מן המדר שפורסם לחודש פברואר 1989 עד המדר שפורסם לאחרונה לפני יום השינוי.

פרק ג': הדירקטור

הגדרה

16. בפרק זה, "דירקטור" — דירקטור מטעם המדינה בחברה ממשלתית.

כשירות לכהונה
ס"ח 1417
החש"ר-1993
1476
החש"ר-1994

*16.A. כשיר לכהן כדירקטור בחברה ממשלתית, תושב ישראל שמלאו לו 25 שנה לפחות, ושנתקיים בו אחד מאלה:

- (1) הוא בעל תואר אקדמי באחד מן המקצועות הבאים: כלכלה, מינהל עסקים, משפטים, ראיית חשבון, מינהל ציבורי, הנדסה או לימודי עבודה, או שהוא בעל תואר אקדמי אחר או שהוא השלים לימודי השכלה גבוהה אחרת, הכל, בתחום עיסוקה העיקרי של החברה;
- (2) הוא בעל נסיון של חמש שנים לפחות באחד מאלה, או שהוא בעל נסיון מצטבר של חמש שנים לפחות בשניים או יותר מאלה:
 - (א) בתפקיד בכיר בתחום הניהול העיסקי של תאגיד בעל היקף עסקים משמעותי;
 - (ב) בכהונה ציבורית בכירה או בתפקיד בכיר בשירות הציבורי בנושאים כלכליים, מסחריים, ניהוליים או משפטיים;
 - (ג) בתפקיד בכיר בתחום עיסוקיה העיקריים של החברה.

* ראה הוראות מעבר בעמוד 675, 676.
** במקור כתוב: אינה.

- סייגים
17. (א) אלה אינם כשירים להיות דירקטור:
- (1) שר, סגן שר וחבר כנסת;
- (2) עובד החברה ומי שמועסק בשירותה, למעט המנהל הכללי ונציג נבחר של עובדי החברה; יושב ראש הדירקטוריון לא ייחשב כעובד החברה לענין זה;
- (3)* אדם מקרב הציבור אשר עיסוקיו האחרים עלולים ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כדירקטור באותה חברה;
- (4) מנהל הרשות ועובדיה, זולת אם נמצאת החברה בהליך של פירוק או חיסול עסקיה.
- (5)* מי שהורשע בעבירה שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עמה קלון או שהיא מחייבת את אי מינויו;
- (6)* מי שפסול לכהן כדירקטור בחברה על פי פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, או על פי כל דין אחר.
- (ב) לא יהיה אדם דירקטור ביותר משתי חברות אלא במקרים שקבע שר האוצר בתקנות בהתייעצות עם הרשות ובאישור הועדה.
- (ג) שר האוצר רשאי, בהתייעצות עם הרשות ובאישור הועדה, לקבוע בתקנות —
- (1)* בטל.
- (2) כמה דירקטורים יהיו מקרב הציבור וכמה מקרב עובדי המדינה;
- (3) כללים שלפיהם ייקבע נציג נבחר מקרב עובדי החברה כדירקטור וסוגי החברות שבהן יכהן.
- (ד) מספר הדירקטורים מבין עובדי המדינה לא יעלה על שני שלישים מכלל חברי הדירקטוריון שנתמנו כנציגי הממשלה.
- 17*.(א) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף 17(א3), לא יתמנה אדם לדירקטור, בין מקרב הציבור ובין מקרב עובדי המדינה, אם יש לו זיקה כלכלית לחברה או לתאגיד קשור לחברה, או אם יש לו קשר אישי להנהלת החברה או להנהלת תאגיד קשור לחברה.
- (ב) לענין סעיף קטן זה —
- "זיקה כלכלית לחברה או לתאגיד קשור לחברה" — החוקה במישרין בניירות ערך של החברה או של תאגיד קשור לחברה באחוז אחד או בשיעור משמעותי הנמוך ממנו, או מי שרשאי למנות דירקטור בחברה או בתאגיד קשור לחברה;
- "תאגיד קשור לחברה" — תאגיד המחזיק חמישים אחוזים או יותר מן הערך הנקוב של הון המניות המוצא של החברה או מכוח ההצבעה בה, או הרשאי למנות מתצית או יותר מהדירקטורים, או את המנהל הכללי שלה, וכן תאגיד אשר החברה מחזיקה בו זכויות כאמור;
- "קשר אישי להנהלה" של החברה או של תאגיד קשור לחברה מתקיים בין היתר, באדם שהוא בן משפחה של דירקטור או של מנהל כללי או של עובד בכיר בחברה או בתאגיד קשור לחברה; לענין זה, "בן משפחה" — בן זוג, אח, הורה, צאצא, צאצא בן הזוג או בן זוגו של כל אחד מאלה.

ח"ט התשל"ו-1975
ס"ח 1417
התשנ"ג-1993

ס"ח 1417
התשנ"ג-1993

ס"ח 1417

ס"ח 1417

פסולת מטעמי זיקה
כלכלית
ס"ח 1417
התשנ"ג-1993

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

18. (א) דירקטור יתמנה בידי השרים לאחר התייעצות עם הועדה לבדיקת מינויים. החליטה הועדה לבדיקת מינויים שלא להמליץ על מינויו של מועמד שנתקיים בו האמור בסעיף 18ג(א) רשאי השר להגיש השגה על ההחלטה שתידון במליאת הממשלה; נימוקי הועדה יובאו בפני הממשלה באמצעות היועץ המשפטי לממשלה או נציגו; לא קיבלה הממשלה את השגת השר, לא ימונה המועמד לדירקטור.
- 1417 ס"ח מינוי
החשני"ג-1993
- (ב) כתב המינוי יימסר לדירקטור מאת השרים לאחר קבלת חוות דעתה של הועדה לבדיקת מינויים והעתקו יימסר לחברה באמצעות הרשות.
- (ג) תוקף המינוי הוא מיום מסירת כתב המינוי לחברה, וזולת אם נקבע בו מועד אחר.
- 18*א. (א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים.
- (ב) עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות הענין, דירקטורים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה.
- 18**א. (א) שר האוצר ימנה ועדה לבדיקת כשירותם והתאמתם של מועמדים לכהונת דירקטור, יושב ראש דירקטוריון, או מנהל כללי, בחברה ממשלתית בהרכב זה:
- (1) יושב ראש הועדה שיהיה נציג שיקבע היועץ המשפטי לממשלה הכשיר לכהן כשופט של בית משפט מחוזי, והוא יבוא מקרב עובדי המדינה או מקרב עובדי השירות הציבורי, ויכול שיהיה מי שכיהן כשופט או מי שפרש מתפקידו בשירות המדינה או בשירות הציבורי;
- (2) איש ציבור שיקבע יושב ראש הועדה לפי הענין, מתוך רשימה של אנשי ציבור שקבעו שר האוצר ושר המשפטים לענין זה, שמתקיימים בהם תנאי הכשירות הקבועים בחוק זה ליושב ראש דירקטוריון ושאינן להם זיקה אישית, עסקית או פוליטית לשר משרי הממשלה;
- (3) נציג רשות החברות הממשלתיות.
- (ב) המנין החוקי לשיבות הועדה הוא היושב ראש וחבר נוסף; היו הדעות שקולות תכריע דעתו של יושב ראש הועדה; הועדה תקבע את סדרי עבודתה, ככל שלא נקבעו לפי חוק זה.
- (ג) ואלה תפקידי הועדה:
- (1) לבדוק אם מתקיימים במועמד לכהונת דירקטור, יושב ראש דירקטוריון או מנהל כללי, תנאי הכשירות האמורים בסעיפים 16א ו-24(ג) או 37(ג) לפי הענין, והאם אין הוא פסול מלכהן על פי האמור בסעיפים 17 ו-17א;

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

** תחולה 90 יום מיום 26.3.93.

- (2) לקבוע אם מן הראוי למנותו בהתאם לאמור בסעיף 18ג:
 (3) לייעץ לשרים בדבר מידת התאמתו של המועמד לתפקיד, בשים לב בין היתר, לצרכיה המיוחדים של החברה, לגודלה, ולהרכב הדירקטוריון בעת המינוי, ובהתחשב ביכולתו של המועמד להקדיש את הזמן הראוי לתפקיד לו הוא מיועד;
 (4) הועדה תעביר לשרים את חוות דעתה בעניינים המפורטים בפסקאות (1) עד (3), בכתב;
 (5) לצורך ביצוע תפקידיה על פי חוק זה, רשאית הועדה לדרוש פרטים בכתב אודות המועמד, תולדות חייו, השכלתו ועיסוקיו, וכן לדרוש כל מידע או חוות דעת מהרשות.

18ג. (א) מצאה הועדה לבדיקת מינויים כי למועמד לכהונת דירקטור, יושב ראש דירקטוריון או מנהל כללי בחברה ממשלתית, יש זיקה אישית, עיסקית או פוליטית לשר משרי הממשלה, לא תמליץ על מועמדותו זולת אם מצאה כי יש לו כישורים מיוחדים בתחומי פעולתה של החברה, או שקיימים לגביו שיקולים של כשירות מיוחדת אחרת בנוסף לתנאי הכשירות הנדרשים לפי חוק זה לאותה כהונה.
 (ב) לענין חוק זה, לא יראו בחברות במפלגה בשלעצמה זיקה אישית או פוליטית.

כשירות מיוחדת
 ס"ח 1417
 התשנ"ג-1993

(ג) הוראות סעיף 16א לא יחולו על נציג נבחר מבין עובדי החברה המתמנה לדירקטור ובלבד שמלאו לו עשרים וחמש שנים ביום שנתמנה.

19. שר האוצר, בהתייעצות עם הרשות ובאישור הועדה, רשאי להתקין תקנות בדבר הגמול וההוצאות שישולמו לדירקטור.

גמול והוצאות

20. (א) דירקטור חייב, על אף כל דין אחר, למסור לשרים ולרשות, לפי דרישתם, ידיעות על ענייני החברה ועל פעולותיו בה.
 (ב) נודע לדירקטור על ענין של החברה שנתגלו בו לכאורה פגיעה בחוק או בטוהר המידות, עליו להביא את הדבר ללא דיחוי לידיעתם של יושב ראש הדירקטוריון, של השרים, של הרשות ושל מבקר המדינה.

חובה פתח ידיעות
 ת"ס התשל"ו-1975

21. דירקטור יתמנה לתקופה של לא יותר משלוש שנים מתחילת תוקף מינויו; דירקטור שחדל לכהן יכול להתמנות מחדש.

תקופת כהונה

22. (א) דירקטור יחדל לכהן לפני תום הכהונה שלה נתמנה באחת מאלה:
 (1) התפטר במסירת כתב ההתפטרות לשרים; השרים רשאים לעכב את תוקף ההתפטרות לא יותר מחודש ימים;
 (2) נעדר מארבע ישיבות רצופות של הדירקטוריון או משש ישיבות תוך שנה, זולת אם השרים, לאחר התייעצות עם הרשות, קבעו, בהודעה לחברה, שהיתה סיבה מוצדקת להיעדרות;
 (3) נבצר ממנו למלא תפקידו והשרים, לאחר התייעצות עם הרשות, הודיעו על כך לחברה;

סקיפת כהונה

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

- (4) הורשע בעבירה שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עמה קלון או היא מחייבת, לדעתו, הפסקת כהונתו;
- (5) נתקיימה בו אחת הנסיבות הפוסלות אדם מהיות דירקטור;
- (6) השרים ראו, לאחר התייעצות עם הרשות, שאינו ממלא תפקידו כראוי והעבירו אותו, בהודעה לחברה, מכהונתו.
- (7) ועדת השרים קבעה, בהמלצת שר האוצר ועל פי חוות דעת הרשות, כי הוא אינו ממלא את תפקידו באופן המקדם את ביצועה של החלטת הפרטה, או פעל במעשה או במחדל בדרך הפוגעת ביכולת החברה לקיים הוראה או דרישה שניתנו כדין לפי סעיפים 59 או 59ה; הרשות תודיע על כך לחברה.
- (ב) דירקטור שנתמנה בהיותו עובד המדינה או עובד בחברה ממשלתית אחרת, וחדל מהיות עובד כאמור, יחדל לכהן מן היום שהרשות הודיעה על כך לחברה, אולם רשאים השרים, לאחר התייעצות עם הרשות, לאשר מחדש מינויו.
- (ג) מכרה הממשלה מניות שהחזיקה בחברה ממשלתית, יחדלו לכהן הדירקטורים, כולם או חלקם, אם הדבר מתחייב מעסקת המכירה, מן היום שהרשות הודיעה עליו לחברה; התחייבה מעסקת המכירה הפסקת כהונתם של חלק מן הדירקטורים בלבד, יקבעו השרים, לאחר התייעצות עם הוועדה לבדיקת מינויים, מי יהיו הדירקטורים שכהונתם תופסק.
23. היה דירקטור חשוד בעבירה שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עמה קלון, רשאים השרים להשעותו בהודעה לחברה, ורשאים הם למנות ממלא מקום לתקופת השעייתו.
- *23א. פחת מספר חברי הדירקטוריון הרשאים להשתתף בישיבותיו מהמנין החוקי לישיבותיו, ומצב זה נמשך למעלה מ-30 ימים, או פחת מספר החברים מן המספר המזערי הקבוע בתקנות החברה ומצב זה נמשך למעלה מ-60 ימים, רשאית הממשלה, בהתייעצות עם הוועדה לבדיקת מינויים, למנות דירקטור או דירקטורים במספר הדרוש להשלמת המנין החוקי.

פרק ד': הדירקטוריון

סימן א': יושב ראש הדירקטוריון

24. (א) הדירקטוריון של חברה ממשלתית יבחר באחד מחבריו ליושב ראש הדירקטוריון; הבחירה טעונה אישור השרים לאחר התייעצות עם הוועדה לבדיקת מינויים; אולם רשאית הממשלה למנות יושב ראש הדירקטוריון מבין חבריו, אם ראתה צורך בכך, ולאחר שנועצה בוועדה לבדיקת מינויים.
- (ב) המנהל הכללי של חברה לא יהיה יושב ראש הדירקטוריון.
- (ג) כשיר לכהן כיושב ראש דירקטוריון של חברה ממשלתית מי שמתקיים בו האמור בסעיף 16א, ובלבד שמתקיימים בו התנאי שבפסקה (1) וכן אחד התנאים

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

שבפסקה (2), שבאותו סעיף, אולם במקרים חריגים ניתן לבחור במי שלא מתקיים בו התנאי האמור בפסקה (1) שבאותו סעיף, אם הוא בעל נסיון מצטבר של שנים עשרה שנים לפחות בתפקיד או בכהונה כאמור בפסקה (2) שבאותו סעיף, שמתוכן שש שנים לפחות — בגופים בעלי היקף פעילות שאינו נופל מזה של החברה שבה הוא מועמד לכהן, והועדה לבריקת מינויים אישרה שקיימים נימוקים מיוחדים לבחירה כאמור.

ס"ח 1476
החש"א-1994

י(ד) בחר דירקטוריון של חברה ממשלתית באדם לכהונת יו"ר דירקטוריון והועדה לבריקת מינויים החליטה שלא להמליץ על מינויו מחמת שנתקיים בו האמור בסעיף 18ג(א), לא יאשר השר את המינוי אלא אם כן הוא הגיש השגה על ההחלטה שאושרה במליאת הממשלה; הוראות סעיף 18(א) יחולו לענין השגה כאמור.

ס"ח 1417
החש"א-1993

25. יושב ראש הדירקטוריון חייב, על אף כל דין אחר, למסור לשרים ולרשות, אחת לששה חודשים ובכל עת לפי דרישת השרים או הרשות, דין וחשבון בכתב על פעולות החברה ועל עבודת הדירקטוריון.

חובת דין וחשבון

סימן ב': עבודת הדירקטוריון

26. (א) ישיבות הדירקטוריון של חברה ממשלתית יתקיימו לפי צרכי החברה ולפחות אחת לחודשיים, זולת אם קבעו השרים, לאחר התייעצות עם הרשות, מועדים אחרים לפי טיב עסקיה של החברה.

מועדי הישיבות

(ב) הדירקטוריון יקיים ישיבה מיוחדת אם דרשו זאת השרים, הרשות או אחד הדירקטורים; הישיבה תתקיים תוך שבעה ימים מיום הדרישה, זולת אם נדרש לקיימה תוך זמן קצר ביותר; בישיבה ידונו בעניינים המפורטים בדרישה והחלטותיה יובאו מיד לידיעת השרים והרשות.

27. (א) יושב ראש הדירקטוריון יזמן את ישיבות הדירקטוריון ויקבע זמנו, מקומן וסדר יומן בכפוף לאמור בסעיף 26.

יזמן הישיבות וסדר יום

(ב) הזמנה לישיבות הדירקטוריון תימסר גם לרשות, והיא רשאית לשלוח לכל ישיבה נציג שיהיה רשאי להשתתף בישיבה ומעמדו בה יהיה כשל דירקטור, אלא שלא ייחשב במנין החוקי ולא תהיה לו זכות הצבעה.

28. המנין החוקי לישיבות הדירקטוריון הוא רוב חבריה ובהם לפחות דירקטור אחד מטעם המדינה; ההחלטות יתקבלו ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה; היו הרעות שקולות — יכריע היושב ראש; והכל כשאין הוראה אחרת במסמכי היסוד של החברה.

מנין רוב

29. (א) הדירקטוריון רשאי להקים מבין חבריו ועדות קבועות או לענין מסויים. (ב) הוראות סעיף 27(ב) יחולו גם על ישיבותיה של ועדה. (ג) סיכומיה של ועדה יהיו בבחינת המלצות לדירקטוריון, והוא רשאי לאמצם, לשנותם או לדחותם.

ועדות

29א. (א) הדירקטוריון ימנה ועדת ביקורת מבין חבריו, שמספר חבריה לא יפחת משלושה.

ס"ח 1367
החש"א-1991

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

(ב) על אף האמור בסעיף 29(ג), תקפן של החלטות ועדת הביקורת בעניינים המנויים בפרק 1 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, יהיה בהתאם לקבוע בו.

30. (א) הדירקטוריון רשאי לאצול מסמכויותיו לאחר, לאחרים או לוועדה מבין חבריו, או למנהל הכללי, פרט לסמכויות לפי סעיף 32 ולסמכות שהממשלה החליטה או שהשרים הודיעו לחברה שאין לאצלה.
(ב) אצל הדירקטוריון סמכות לוועדה, רשאי הוא להורות שלא יחול לגביה סעיף 29(ג).

31. שר האוצר רשאי, לפי המלצת הרשות, לקבוע כללים לדרך עבודתו ולסדריו היוגיו של דירקטוריון, אם לכלל החברות הממשלתיות ואם לסוגיהן.
קביעת סדרי העבודה

סימן ג': תפקידי הדירקטוריון

32. (א) חובה על הדירקטוריון של חברה ממשלתית, בלי לגרוע משאר תפקידיו —

- (1) לקבוע את המדיניות הכללית של החברה בתחום מטרותיה, ואת פעולותיה הפיננסיות;
- (2) לקבוע מדי שנה —
 - (א) תקציבה השנתי של החברה ודרך ביצועו והשימוש במקורות העומדים לרשותה;
 - (ב) תכנית הפעולה של החברה לאותה שנה ותכניותיה לטווח ארוך;
 - (ג) תקן עובדי החברה והמועסקים בשירותה;
- (3) לעקוב ברציפות אחרי הגשמת המדיניות, התכניות והתקציבים של החברה;
- (4) לקבוע, על פי הכללים שקבעה לכך הממשלה ובאישורה, שכר, תנאים סוציאליים, הטבות, מענקים ותנאי עבודה אחרים של המנהל הכללי, המשנה והסגנים למנהל הכללי, מנהלי האגפים, מנהל ענייני הכספים, המבקר הפנימי, מזכיר החברה ונושאי תפקידים אחרים שקבעו לענין זה השרים לאחר התייעצות עם הרשות (להלן — הפקידים הבכירים), ושל שאר עובדי החברה;
- (5) לאשר, על פי המלצת המנהל הכללי, את מינויים של הפקידים הבכירים בהתאם לתקן;
- (6) לדון בטיטות הרו"חות הכספיים של החברה ובהערות רואי החשבון לגביה, ולדון לאחר אישור הרו"חות הכספיים בכל פרס שלגביו הסתייג רואה החשבון, העיר הערה או נמנע מלחוות דעתו;
- (7) לאשר מתן הלוואות והפקדת כספים החורגים מהמהלך הרגיל של עסקי החברה;
- (8) לדון בכל ענין שהשרים או הרשות דרשו להעמיד על סדר היום או שהמנהל הודיע עליו לפי סעיף 41.

(ב) שר האוצר רשאי, על פי המלצת הרשות, לקבוע כללים לעריכת התקציבים והתכניות האמורים בסעיף קטן (א)2, אם לכלל החברות הממשלתיות ואם לסוגיהן.

33. (א) הדירקטוריון ידאג מדי שנה לעריכתם של דו"חות אלה:

- (1) מאזן;
 - (2) דו"ח רווח והפסד, כולל יעוד רווחים;
 - (3) דו"ח המשאבים ואופן השימוש בהם;
 - (4) בחברה שיש לה חברת-בת — דו"חות כספיים מאוחדים, זולת אם לדעת הדירקטוריון והרשות אין אופי הפעולות של החברות או מועד עריכת דו"חותיהן הכספיים מאפשרים זאת.
- (ב) שר האוצר רשאי לחייב חברה ממשלתית בעריכת דו"ח נוסף ולקבוע מועד להגשתו.

דרישות כספיים

- (ג) החלטת הדירקטוריון בדבר יעוד הרווחים של החברה טעונה אישור הרשות; חלקה הרשות על החלטת הדירקטוריון, תובא המחלוקת להכרעת השרים, ואם ניתנה לגבי החברה החלטת הפרטה, תובא המחלוקת להכרעת שר האוצר.
- (ד) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מהוראות שבדין אחר בדבר עריכתם של דו"חות כספיים או אחרים.

פ"ח 1430
החש"ג-1993

34. (א) יושב ראש הדירקטוריון חייב להגיש לשרים ולרשות —

- (1) הצעת התקציב והתכניות האמורים בסעיף 32(א)2 וטיוטת הדו"חות האמורים בסעיף 33(א) — חודש ימים לפני המועד לדיון בהם, זולת אם קבעו השרים, לאחר התייעצות עם הרשות, תקופה קצרה יותר לענין זה;
 - (2) המסמכים האמורים בפסקה (1) — מיך לאחר שהדירקטוריון אישרם;
 - (3) העתק הפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון — תוך שבועיים מכל ישיבה.
- (ב) המסמכים האמורים בסעיף קטן (א) יוגשו גם למבקר המדינה ויוגשו לוועדה לפי דרישתה.

הגשת כספיים

- (ג) השרים רשאים להורות לגבי חברה ממשלתית פלונית שמסמך מן המסמכים האמורים בסעיף קטן (א) יישמר בדרך שיוורו ולא יימסר אלא למי שצויין בהוראתם, וכן רשאי להורות שר הבטחון אם ראה שטעמים של בטחון המדינה מחייבים זאת; אין בהוראה לפי סעיף קטן זה כדי לגרוע מטעף קטן (ב).

35. (א) נודע ליושב ראש הדירקטוריון על ענין של החברה שנתגלו בו לכאורה פגיעה בחוק או בטוהר המידות או ליקוי כיוצא באלה, יביא את הענין ללא דיחוי לדיעת השרים, מבקר המדינה והרשות, זולת אם הודע להם על ענין לפי סעיף 20(ב), וזמן ללא דיחוי ישיבה של הדירקטוריון לשם דיון וקביעת דרכי פעולה, אולם לא יחליט הדירקטוריון באותו ענין אלא לאחר שניתנה לרשויות האמורות שהות של 14 יום להבעת דעתם.

חובה הודעה וסיג
להחלטות

- (ב) אין בהוראת סעיף זה כדי לגרוע מחובת הודעה על פי דין אחר.

36. (א) הדירקטוריון רשאי, בכל עת שימצא לנחוץ —
 (1) לדרוש מהמנהל הכללי של חברת בת של החברה מידע בכל ענין שלדעת הדירקטוריון נוגע לענייני חברת הבת;
 (2) לדרוש מרואה החשבון ומן המבקר הפנימי של חברה או של חברת בת שלה דין וחשבון בנוגע לאותה חברה.
 (ב) העתק מדין וחשבון שנמסר לדירקטוריון לפי סעיף קטן (א)(2) יימסר גם למנהל הכללי ולרשות.

פרק ה': המנהל הכללי

37. (א) הדירקטוריון של חברה ממשלתית ימנה את המנהל הכללי; המינוי טעון אישור השרים לאחר התייעצות עם הוועדה לבריכת מינויים; אולם רשאית הממשלה למנות את המנהל הכללי אם ראתה צורך בכך.
 (ב) שר, סגן שר או חבר הכנסת לא יהיה מנהל כללי בחברה ממשלתית.
 (ג) כשיר להתמנות למנהל כללי בחברה ממשלתית מי שמתקיים בו האמור בסעיף 16א ובלבד שמתקיימים בו התנאי שבפסקה (1) וכן אחד התנאים שבפסקה (2) שבאותו סעיף, אולם במקרים חריגים ניתן למנות מי שלא מתקיים בו התנאי האמור בפסקה (1) שבאותו סעיף, אם הוא בעל נסיון מצטבר של שנים עשרה שנים לפחות בתפקיד או בכהונה כאמור בפסקה (2) שבאותו סעיף, שמתוכן שש שנים לפחות — בגופים בעלי היקף פעילות שאיננו נופל מזה של החברה שבה הוא מועמד לכהן, והוועדה לבריכת מינויים אישרה שקיימים נימוקים מיוחדים למינוי כאמור. ולא מתקיים בו האמור בסעיף 17א(א) (פסקאות (1), (3), (5) ו-6).
 (ד) בחר דירקטוריון חברה ממשלתית באדם לכהונת מנהל כללי והוועדה לבריכת מינויים החליטה שלא להמליץ על מינויו מחמת שנתקיים בו האמור בסעיף 18ג(א) לא יאשר השר את המינוי אלא אם כן הוא הגיש השגה על החלטתה שאושרה במליאת הממשלה; הוראות סעיף 18(א) יחולו לענין השגה כאמור.
38. מי שנתמנה מנהל כללי של חברה ממשלתית יצהיר, במועד, בדרך ובצורה שנקבעו בתקנות, על הנכסים, החובות ומקורות ההכנסה שלו, של בן זוגו שחי עמו ושל ילדיו הסמוכים על שולחנו; כן יצהיר כאמור על שינויים מהותיים בנתונים אלה.
39. המנהל הכללי אחראי לניהול השוטף של ענייני החברה במסגרת התקציב והתכניות שנקבעו לפי סעיף 32(א)(2) ובמסגרת החלטות הדירקטוריון.
40. (א) למנהל הכללי יהיו כל הסמכויות שניתן להעניק למנהל עסקים לפי פקודת החברות ולפי מסמכי היסוד של החברה, פרט לסמכויות הנתונות לפי חוק זה לדירקטוריון או לרשות אחרת.
 (ב) האספה הכללית רשאית להגביל או לסייג סמכויותיו של המנהל הכללי, וכן רשאי לעשות הדירקטוריון; החלטה על כך תוגש לרשם החברות ולרשות.

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

41. (א) המנהל הכללי חייב להודיע ליושב ראש הדירקטוריון ללא דיחוי על כל ענין מהותי שבחברה הנוגע לתפקידי הדירקטוריון; היה הענין חורג או עשוי לחרוג ממה שקבע הדירקטוריון לפי סעיף 32(א) או שהיה מן המנויים בסעיף 35, יזמן יושב ראש הדירקטוריון ללא דיחוי ישיבה של הדירקטוריון ויביא לפניו את ההודעה.

חובת ריחוק

(ב) המנהל הכללי חייב למסור לדירקטוריון דו"ח על הפעילות השוטפת של החברה במועדים שקבע לכך הדירקטוריון.

42. (א) המנהל הכללי יחדל לכהן בכל אחת מאלה:

פקיעת כהונה

(1) התפטר במסירת כתב התפטרות ליושב ראש הדירקטוריון;

(2) הממשלה העבירה אותו מכהונתו;

(3) הדירקטוריון העביר אותו מכהונתו בהחלטה שנתקבלה ברוב קולות של המשתתפים בהצבעה;

(4) הדירקטוריון קבע, תוך השנה הראשונה לכהונתו, שאינו מתאים לתפקידו;

(5) הדירקטוריון קבע שנבצר ממנו דרך קבע למלא תפקידו;

ס"ח 1430
התשנ"ג-1993

(א5) ועדת השרים קבעה, בהמלצת שר האוצר ועל פי חוות דעת הרשות, כי הוא אינו ממלא את תפקידו באופן המקדם את ביצועה של החלטת הפרטה, או פעל במעשה או במחדל בדרך הפוגעת ביכולת החברה לקיים הוראה או דרישה שניתנו כדון לפי סעיפים 159 או 59;

(6) הורשע בעבירה שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עמה קלון או שהיא מחייבת לדעתו הפסקת כהונתו;

(7) נפסל לכהן לפי פקודת החברות או לפי דין אחר;

(8) החברה נתפרקה.

(ב) כהונת המנהל הכללי פוקעת —

(1) בהתפטרותו — כעבור שלושה חודשים מיום מסירת כתב ההתפטרות, זולת אם קבע הדירקטוריון מועד קרוב יותר;

(2) לפי סעיף קטן 2(א) עד 5(א) — מן היום שנקבע לכך בהחלטה;

(3) לפי סעיף קטן 6(א) — עם מסירת ההודעה ליושב ראש הדירקטוריון;

(4) בפירוק החברה — עם תחילת הפירוק.

ס"ח 1430
התשנ"ג-1993

(ג) פקעה כהונת המנהל הכללי, רשאי הדירקטוריון למנות מנהל כללי בפועל עד שיתמנה מנהל כללי לפי סעיף 37, ואם פקיעת הכהונה היתה לפי סעיף קטן 5(א) יהיה מינוי המנהל הכללי בפועל טעון אישור הרשות.

43. (א) הדירקטוריון רשאי להשעות את המנהל הכללי אם ראה יסוד לחשד שעבר עבירה פלילית שגרמה לחברה נזק, והדירקטוריון חייב להשעותו אם הוגש נגדו כתב אישום בשל עבירה אשר לדעת היועץ המשפטי לממשלה מצדיקה השעייתו.

השעיה

(ב) הושעה המנהל הכללי, רשאי הדירקטוריון למנות מנהל בפועל לתקופת

השעייתו.

פרק ו': בעלי תפקידים מיוחדים

סימן א': רואה חשבון

44. (א) המינוי של רואה חשבון לחברה ממשלתית טעון אישור הרשות.
 (ב) חבר הכנסת לא יהיה רואה חשבון של חברה ממשלתית ולא יהיה שותף בשותפות או בעל מניות בתאגיד שהוא רואה חשבון של חברה ממשלתית.
 (ג) שר האוצר יחד עם שר המשפטים רשאים, באישור הועדה, לקבוע כללים בדבר —
- (1) דרכי המינוי וביטול המינוי של רואה חשבון לחברה ממשלתית;
 (2) תנאים וכשירות למינוי;
 (3) חלוקת המינויים לחברות הממשלתיות השונות בין רואי החשבון הכשירים;
 (4) משך הזמן שרואה חשבון רשאי לשמש בחברה ממשלתית;
 (5) שכרם של רואי חשבון של חברות ממשלתיות.

45. רואה החשבון של חברה ממשלתית חייב, על אף כל דין אחר, למסור לדירקטוריון, לשרים ולרשות, לפי דרישתם, ידיעות על ענייני החברה, לערוך בחברה ביקורת מיוחדת ולמסור להם דו"ח על תוצאותיה.

46. חברה ממשלתית לא תבטל מינויו של רואה החשבון תוך תקופת כהונתו אלא לאחר שהרשות נתנה לו הזדמנות להשמיע דבריו לפניו ואישרה את ביטול המינוי.

סימן ב': יועץ משפטי

47. (א) המינוי של יועץ משפטי לחברה ממשלתית טעון אישור הרשות.
 (ב) חבר הכנסת לא יהיה יועץ משפטי לחברה ממשלתית ולא יהיה שותף בשותפות או בעל מניות בתאגיד שהוא יועץ משפטי של חברה ממשלתית.
 (ג) שר האוצר יחד עם שר המשפטים רשאים, באישור הועדה, לקבוע כללים בדבר —
- (1) דרכי המינוי וביטול המינוי של יועץ משפטי לחברה ממשלתית;
 (2) תנאים וכשירות למינוי;
 (3) חלוקת המינויים לחברות ממשלתיות השונות בין עורכי הדין הכשירים;
 (4) משך הזמן שעורך הדין רשאי לשמש יועץ משפטי של חברה ממשלתית;
 (5) שכרם של יועצים משפטיים לחברות ממשלתיות.

סימן ג': מבקר פנימי

48. הדירקטוריון של חברה ממשלתית ימנה לחברה מבקר פנימי, זולת אם אישרה הרשות שהיקף פעולות החברה או אופיין אינו מחייב מינוי של מבקר פנימי. מינה

49. (א) הדירקטוריון יקבע את תפקידיו וסמכויותיו של המבקר הפנימי. (ב) המבקר הפנימי יהיה כפוף ליושב ראש הדירקטוריון ולמנהל הכללי ויגיש את דו"חותיו והצעותיו לדירקטוריון. סמכויות ומעמד

*49א. על חברה ממשלתית שמתקיים בה האמור בסעיף 96 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, יחולו הוראות סעיף 96כג לפקודה האמורה אף אם היא גוף מבוקר. עדיפות
ס"ח 1395
התשר"ב-1992

סימן ד': בא כוח המדינה באספה הכללית

50. (א) השרים ימנו את בא כוח המדינה להשתתפות ולהצבעה באספה הכללית של חברה ממשלתית מכוח המניות שהמדינה מחזיקה בהן. (ב) הודעה על מועד של אספה כללית תימסר לרשות לפחות שבועיים מראש, זולת אם הסכימה הרשות לתקופה קצרה יותר. (ג) השרים רשאים, לאחר התייעצות עם הרשות, לתת לבא כוח האמור הוראות בדבר אופן הצבעתו באספה הכללית. מינוי הנראות

פרק ז': רשות החברות הממשלתיות

51. מוקמת בזה רשות החברות הממשלתיות. הקמת הרשות

52. (א) תפקידי הרשות יבוצעו בידי מנהל הרשות. (ב) מנהל הרשות יתמנה בידי הממשלה לפי הצעת שר האוצר; הודעה על המינוי תפורסם ברשומות: חובת המכרז לפי סעיף 19 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, לא תחול על המינוי. מנהל הרשות

53. (א) שר האוצר ימנה למנהל הרשות ועדה מייעצת; הודעה על מינוי הועדה והרכבה תפורסם ברשומות. (ב) מנהל הרשות יוועץ עם הועדה המייעצת בעניינים הנוגעים לכלל החברות הממשלתיות או לסוגי חברות. ועדה מייעצת

54. הרשות —
(1) תייעץ לממשלה באמצעות שר האוצר ותייעץ לשרים בעניינים הנוגעים לחברות הממשלתיות;
(2) תספד לפי הנחיות הממשלה בעניינים משותפים לכלל החברות הממשלתיות או לסוגי חברות; תפקידי הרשות

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

- (3) תעקוב אחרי מילוי המלצותיו של מבקר המדינה הנוגעות לחברות הממשלתיות ותסייע למילויין;
- (4) תייעץ ותסייע לחברות ממשלתיות בניהול עסקיהן;
- (5) תעקוב ברציפות אחרי הפעילות של כל אחת מן החברות הממשלתיות, הגשמת מטרותיה, מהלך עסקיה, מצבה הכספי ומדיניות השכר שלה, ותודיע על ממצאיה לשרים;
- (6) תבדוק את הדו"חות המוגשים לה מאת חברה ממשלתית ואת החומר שעליו הם מבוססים, ותעיר הערותיה עליהם לחברה ולשרים;
- (7) תספד ותסייע בהקמה ובביצוע של פירוק, מיזוג, פשרה, סידור, חידוש, ארגון ומכירת מניות של חברות ממשלתיות;
- (א7) תייעץ לוועדת השרים בעניינים הנוגעים להפרטה ותספד בכיצוע החלטות הפרטה;
- (8) תמלא לגבי חברה ממשלתית כל תפקיד שיטילו עליה הממשלה או השרים;
- (9) תמלא כל תפקיד אחר המיועד לה לפי חוק זה.

פ"ח 1430
החשני"ג-1993

55. למילוי תפקידיה רשאית הרשות לדרוש מהברה ממשלתית וכן מדירקטור מטעם המדינה, מהמנהל הכללי של הברה ממשלתית, ובאמצעותו מכל מי שעובד בחברה או מועסק בשירותה, מידע וחומר בענייני החברה, ורשאית היא לעיין ברשומות ובמסמכים של החברה.

קבלה פ"דע
פ"ח 1430
החשני"ג-1993

56. (א) הרשות תמסור דו"ח על פעולותיה לממשלה באמצעות שר האוצר ולועדה לפי דרישתם ולפחות אחת לשנה.
- (ב) הרשות תמסור אחת לשנה לשר האוצר דו"ח על החברות הממשלתיות ותפרט בו לגבי כל חברה את זכויות המדינה בה, את מטרותיה העיקריות, את נושאי התפקידים בה ואת עיקרי דו"חותיה הכספיים האחרונים; שר האוצר יביא את הדיון וחשבון לפני הוועדה.

חובת דין וחשבון

פרק ח': חברות-בת, חברות מעורבות וחברות-חנין

57. חוק זה יחול על חברת-בת ממשלתית כשם שהוא חל על חברה ממשלתית, בכפוף להוראות אלה:

מחולת החוק על
חברות-בת

- (1) השר האחראי לענייני חברת-האם הוא השר האחראי לענייני חברת-הבת שלה;
- (2) החלטה של חברת-בת הסעונה אישור הממשלה לפי סעיף 11 תובא לפני השרים, לשם השגת אישור הממשלה, באמצעות חברת-האם, ומסמך שחברת-הבת חייבת להגיש לשרים, לרשות או לנמען אחר, יוגש באמצעות חברת-האם;
- (3) דירקטור בחברת-הבת מטעם חברת-האם יתמנה בידי הדירקטוריון של חברת-האם; המינוי טעון אישור השרים לאחר התייעצות עם הוועדה לבריקת מינויים; הוראות סעיפים 16, 17, 17א, 18א עד 18ג יחולו גם לגבי דירקטור כאמור;
- (4) מידע שדירקטור של חברת-בת חייב למסור לפי סעיף 20 יימסר גם ליושב ראש הדירקטוריון של חברת-האם;

פ"ח 1417
החשני"ג-1993

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

(5) כתב התפטרות של דירקטור בחברת-בת יימסר גם ליושב ראש הדירקטוריון של חברת-האם, והודעת השרים לפי סעיף 22(א) עד (6) תינתן גם לחברת-האם.

(6) מכרה הממשלה מניות שהחזיקה בחברת-האם, או מכרה חברת-האם מניות שהחזיקה בחברת-הבת, יחדלו לכהן הדירקטורים בחברת-הבת שמונו מטעם חברת-האם, כולם או חלקם, אם הדבר מתחייב מעסקת המכירה, מן היום שהרשות או חברת-האם הודיעה עליו לחברת-הבת; התחייבה מעסקת המכירה הפסקת כהונתם של חלק מן הדירקטורים האמורים בלבד, יקבעו השרים, לאחר התייעצות עם הועדה לבריאת מינויים מי יהיו הדירקטורים שכהונתם תופסק.

ס"ח 1417
החשני"ג-1993

58. (א) ההוראות הבאות יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על חברה מעורבת:
(1) לענין הקמת החברה — סעיפים 5 ו-6;
(2) לענין הפיכת חברה לא-ממשלתית לחברה מעורבת — סעיף 8;
(3) לענין מכירת מניות המדינה בחברה — סעיף 14;
(4) לענין הדירקטורים מטעם המדינה — פרק ג';
(5) לענין יצוג המדינה באספה הכללית של חברה מעורבת — סעיף 50(א) ו-ג);

תחולת החוק על
חברה מעורבת

(6) לענין הרשות — סעיפים 54(1), 54(7) ו-56(ב); למילוי תפקידיה רשאית הרשות לדרוש מדירקטור מטעם המדינה בחברה מעורבת מידע וחומר בענייני החברה.

ס"ח 1430
החשני"ג-1993

(7) לענין הפרטה — פרק ח'1, למעט סעיפים 59(א) ו-59.
(ב) הרשות תבדוק כל מידע וחומר שקיבלה על חברה מעורבת ותעיר הערותיה לשרים ולדירקטור מטעם המדינה.
(ג) הוראות סעיף 2(א) ו-3(1) לא יחולו על קניה ומכירה של מניות בבורסה.

ס"ח 1430
החשני"ג-1993

59. (א) ההוראות הבאות יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על חברה שהואגדה מחוץ לישראל (להלן — חברת חוץ):

תחולת הוראות על
חברות חוץ

(1) לענין הקמת חברת חוץ שאילו הוקמה בישראל היתה חברה ממשלתית או חברת-בת ממשלתית — סעיפים 5 ו-6;
(2) לענין הפיכת חברת חוץ לחברה שאילו היתה חברה ישראלית היתה חברה ממשלתית או חברת בת ממשלתית — סעיף 8;
(3) לענין הדירקטורים מטעם המדינה בחברת חוץ — סעיפים 17 עד 23, במידה שאין בה סתירה למסמכי היסוד של החברה או לחוקי הארץ שבה הואגדה.

(ב) בא כוח המדינה באספה הכללית של חברת חוץ לא יציב בעניינים האמורים בסעיף 11(א), אלא לפי הוראות השרים; הם יגישו לממשלה את הצעת ההחלטה לפי האמור בסעיף 11(ב), ויתנו הוראותיהם לפי הכרעתה.

* ראה הוראות מעבר בעמוד 676.

פרק ח'1: הפרטה

59א. (א) הממשלה תקים ועדת שרים לעניני הפרטה, שחבריה יהיו ראש הממשלה, שר האוצר ושר המשפטים; הממשלה רשאית לצרף לוועדה חבר או שני חברים נוספים.

(ב) המנין החוקי בישיבות ועדת השרים יהיה שני חברים אם הוועדה היא של שלושה חברים, ושלושה חברים אם הוועדה היא של יותר משלושה.

(ג) החלטות ועדת השרים יתקבלו ברוב של חבריה.

59ב. (א) ועדת השרים רשאית להחליט על הפרטה של חברה ממשלתית; בהחלטה כאמור תקבע ועדת השרים את ררכי ההפרטה של החברה, שיהיו אחת מן הרכיבים הבאות או שילוב שלהן:

(1) מכירת מניות החברה על פי תסקיף או בדרך אחרת שתקבע ועדת השרים;

(2) דילול אחזקות המדינה בחברה באמצעות הנפקת מניות או ניירות ערך הונניים אחרים, על ידי החברה;

(3) הנפקת ניירות ערך על ידי המדינה, הניתנים להמרה במניות או בניירות ערך הונניים אחרים של החברה שבידי הממשלה;

(4) מכירת נכס מהותי מנכסי החברה או כל נכסיה, לרבות זכויות; שינוי בזכויות הצמודות למניות;

(5) חידוש ארגון, פשרה או הסדר כאמור בסעיף 233 לפקודת החברות, מיווג, כינוס נכסים, פירוק או הפסקת פעולות, הפסקת הליכי פירוק או כינוס נכסים, וכן הקמת חברה ממשלתית, חברת-בת ממשלתית או חברה מעורבת, הכל לצורך ביצוע ההפרטה;

(6) דרך אחרת שתקבע ועדת השרים.

(ב) הצעה להחלטת הפרטה תוגש לוועדת השרים בידי השרים או אחד מהם, בצירוף חוות דעת הרשות; סברה הרשות כי יש להחליט על הפרטת חברה ולא הציע זאת לממשלה אחד מהשרים, תחווה הרשות את דעתה בתזכיר מגומק לשרים ולוועדת השרים, וכל אחד מחברי ועדת השרים רשאי להגיש הצעה להחלטת הפרטה.

(ג) הצעה להחלטת הפרטה תוגש לוועדת השרים לאחר התייעצות עם הדירקטוריון של החברה הנוגעת בדרך; עמדת הדירקטוריון תובא בפני ועדת השרים, ואולם אם הדירקטוריון לא החליט על עמדתו תוך 21 ימים מיום שהתבקש לכך, רשאית ועדת השרים לרון ולהחליט בהצעה שהוגשה לה.

(ד) ועדת השרים תיתן הזדמנות להשמיע עמדתם בפניה —

(1) לשר האחראי על עניני החברה;

(2) לדירקטוריון של החברה, על ידי יושב ראש הדירקטוריון או מי שהדירקטוריון הסמיד לכך.

(ה) הוראות סעיף 14 לא יחולו על החלטת הפרטה והוראות סעיף 5 לא יחולו על החלטה להקים חברה לפי סעיף קטן (א)6.

(ו) ועדת השרים תהיה מוסמכת להחליט, לגבי חברה בהפרטה, בכל ענין הטעון אישור או החלטה של הממשלה לפי חוק זה.

(ז) הודעה על חברה שניתנה לגביה החלטת הפרטה תפורסם ברשומות; העתק מהחלטת ההפרטה יישלח לוועדה, לחברה ולרשם החברות; הוראות סעיף קטן זה לא יחולו אם ועדת השרים החליטה על כך מטעמים של בטחון המדינה, של יחסי חוץ או של קשרי מסחר בינלאומיים.

259.ג. (א) נתקבלה החלטת הפרטה וקבעה הרשות, לאחר מתן הודעה לשר האוצר, בהודעה בכתב לחברה, כי לשם ביצועה יש צורך בפעולות או בהחלטות של האסיפה הכללית של החברה בהפרטה, לרבות תיקון מסמכי היסוד שלה, והדירקטוריון לא כינס אסיפה כללית למועד שאינו מאוחר מ-30 ימים מיום שביקשה זאת הרשות, תהיה הרשות מוסמכת לכנס אסיפות כלליות של כלל בעלי המניות או של סוגי בעלי מניות לשם קבלת החלטות כאמור ולהצביע בהן מכוח המניות שהמדינה מחזיקה בחברה בהפרטה; הוראות סעיף 50 לא יחולו על אסיפה כאמור.

(ב) אם החברה בהפרטה היא חברה בבעלות ממשלתית מלאה, תהיה הרשות מוסמכת לכנס אסיפה כללית כאמור בהודעה מראש של שבעה ימים לפחות, על אף האמור בכל דין ובמסמכי היסוד של החברה.

(ג) בכפוף לאמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), אם ביצועה של החלטת ההפרטה כרוך בהליכים לפי פקודת החברות או לפי מסמכי היסוד של החברה, לרבות כינוס אסיפות, קבלת החלטות ברוב מיוחד ואישור בית המשפט, אין בהחלטת הפרטה כדי לגרוע מן הצורך לנקוט הליכים כאמור.

759. על החברה בהפרטה ועל פקידיה הבכירים יחולו החובות המפורטות להלן, ככל שתדרוש הרשות מהם בכתב מעת לעת:

(1) למסור לרשות ולמומחים מטעמה, או להעמיד לעיונם, כל מידע ומסמכים המצויים בידיה או שבידיה להשיגם או להכינם באמצעים סבירים (להלן — מידע) ככל שדרוש, לדעת הרשות, כדי להכין את החברה להפרטה, לבצע את החלטת ההפרטה או להעריך את שווי החברה, מניותיה או נכסיה;

(2) למסור מידע למועמד לרכישת מניות החברה או נכסיה, שהרשות אישרה לענין פסקה זו, או למומחים מטעמו, ככל שדרוש לדעת הרשות כדי להעריך את שווי החברה, מניותיה או נכסיה; מסירת מידע לפי פסקה זו תיעשה בכפוף להסכמי סודיות שעליהם תורה הרשות, לאחר התייעצות עם המנהל הכללי של החברה, במטרה למנוע שימוש לרעה במידע או פגיעה בסודות מסחריים שלה;

(3) להכין כל מיתאר או תשקיף שיידרשו לצורך הצעת מכר לביצוע החלטת ההפרטה; בחברה שאינה בבעלות ממשלתית מלאה תישא הממשלה בהוצאות שתוציא החברה לתשלום לגורמים חיצוניים לחברה לצורך הכנת המסמכים האמורים, ואם הצעת המכר משולבת בהנפקה של ניירות ערך של החברה — ישאו הממשלה והחברה בהוצאות כאמור באופן יחסי.

הכנה ומסירה של
מידע ומסמכים
ס"ח 1430
התשנ"ג-1993

מתן הוראות
ס"ח 1430
החשני"ג-1993

579. (א) ניתנה החלטת הפרטה והרשות קבעה כי לשם הכנת החברה להפרטה או לשם ביצוע החלטת ההפרטה, יש צורך שהחברה תבצע פעולה פלונית, תודיע זאת בכתב לדיריקטוריון החברה ותבקשו להחליט על ביצוע הפעולה תוך מועד סביר שתקבע הרשות בהודעתה.

(ב) לא החליט הדיריקטוריון על ביצוע הפעולה תוך 14 ימים מיום הודעת הרשות, או שהחליט על ביצועה אך החברה לא ביצעה אותה תוך המועד שקבעה הרשות, יחולו ההוראות הבאות:

(1) היתה החברה בהפרטה חברה בבעלות ממשלתית מלאה, תהיה הרשות מוסמכת, באישור ועדת השרים, להורות לה לבצע את הפעולה, והחברה תהיה חייבת למלא אחר ההוראה, בין אם הפעולה הינה לפי שיקולים עסקיים שעל פיהם היה על החברה לנהוג גם אילו לא ההפרטה (להלן — שיקולים עסקיים) ובין אם לא; לא מילאה החברה אחר ההוראה במועד שקבעה הרשות, רשאית הרשות לבצע את ההוראה בעצמה או באמצעות אדם שנתמנה לשם כך, ופעולות הרשות או פעולותיו של אותו אדם ייחשבו כפעולות החברה לכל דבר וענין;

(2) היתה החברה בהפרטה חברה שאינה בבעלות ממשלתית מלאה, תהיה הרשות מוסמכת, לאחר שנתנה לדיריקטוריון החברה הזדמנות נאותה להביע עמדתו, ובאישור ועדת השרים, להודות לחברה לבצע את הפעולה, והחברה תהיה חייבת למלא אחר ההוראה; ואולם אם ההוראה אינה לפי שיקולים עסקיים, יחולו הוראות סעיפים 4 ו-9;

(3) לא מילאה החברה אחר הוראת הרשות שניתנה לפי פסקה (2), רשאית הרשות —

(א) לפנות לבית המשפט המחוזי בירושלים, ובית המשפט יהיה רשאי ליתן צו המתיר לרשות לבצע את ההוראה, בעצמה או באמצעות אדם שתמנה לשם כך;

(ב) לכנס אסיפה כללית שלא מן המניין של החברה, להציע בה החלטות ולהצביע בה מכוח המניות שהמדינה מחזיקה בחברה בענין מתן הוראות לדיריקטוריון לביצוע הוראות הרשות בידי החברה או בידי אדם שתמנה לשם כך.

(ג) הוראות סעיף קטן (ב) לא יחולו על חברה שניירות ערך שלה הוצעו לציבור על פי תשקיף.

(ד) לענין סעיף זה, "פעולה" — מעשה או מחדל, לרבות הסדרה ורישום של זכויות, התקשרות בחוזה או הימנעות מהתקשרות בחוזה, מינוי או פיטורים, נקיטת הליך משפטי או אי נקיטתו ופשרה.

אחריות
ס"ח 1430
החשני"ג-1993

759. (א) מילוי חובה וביצוע פעולה לפי סעיפים 59 ו-59 ייעשו בידי החברה ובידי נושאי משרה בה ועובדיה, באופן שיימנעו או יצמצמו ככל האפשר נזקים העלולים להיגרם לחברה או לצד שלישי כתוצאה מביצועה.

(ב) על אף האמור בכל דין, מילוי חובה וביצוע פעולה לפי סעיפים 59 או 59 בידי נושא משרה בחברה בהפרטה או עובד שלה, או פעולה אחרת שנעשתה בידיהם לשם ביצוע נאות של החלטת הפרטה, לא ישמשו עילה למשפט אזרחי נגדם

ובלבד שפעלו בתום לב ובהתאם לאמור בסעיף קטן (א); ואולם לענין תביעה לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, יחולו הוראות החוק האמור.

(ג) חברה בהפרטה תהיה זכאית —

(1) לפיצוי מאת המדינה על נזק שייגרם לה במישרין עקב מילוי חובה או ביצוע הוראה לפי סעיפים 59 או 59ה, ובלבד שנתקיימו הוראות סעיף קטן (א); הוראה זו לא תחול על חברה בבעלות ממשלתית מלאה;

(2) לשיפוי מאת המדינה על תשלום שנתחייבה בו לצד שלישי בשל מילוי חובה או ביצוע פעולה לפי סעיפים 59 או 59ה, על פי פסק דין סופי או פסק בורר, לרבות הוצאות משפט סבירות, ובלבד שנתקיימו הוראות סעיף קטן (א) וניתנה למדינה אפשרות נאותה להצטרף להליך לצורך התגוננות.

פרק ט': תחולת החוק

60. הוראות חוק זה יחולו, כשינויים המחוייבים, גם על חברות שאין להן מניית ועל תאגידיים שאינם חברות, אם המדינה שולטת או משתתפת בהם במידה האמורה בסעיף 1(א) לגבי חברה ממשלתית, למעט גופים שהוקמו כחוק.

תחולה על גופים שאינם חברות מנייה

*60א.גא) על אף האמור בסעיף 60, יחולו הוראות סעיפים 16א, 17, 17א, 18 עד 18ג, 24(ו-ד), 37(ג) ו-37(ד), לענין מינויים לכהונה בתאגידיים שהוקמו בחוק ובגופים אחרים שהוקמו בחיקוק, בשינויים המחוייבים לפי העניין וכמפורט להלן, והכל אם המינוי נעשה בידי שר או בידי הממשלה, או בהמלצתם או באישורם של מי מהם, ובכפוף להוראות החוק או החיקוק שמכוחו מוקם התאגיד או הגוף; נקבע בחוק כי ימונו לתאגידיים ולגופים כאמור, נציגים של גופים או ארגונים המנויים באותו חוק, לא יחולו על נציגים אלה הוראות חוק זה.

מינויים בתאגידיים ובגופים אחרים שהוקמו בחוק ס"ח 1417 התשנ"ג-1993

(ב) ואלה השינויים —

(1) בכל מקום שנאמר "דירקטור", "יושב ראש דירקטוריון" או "מנהל כללי" כאילו נאמר — "חבר מועצה, חבר רשות או חבר בגוף הממלא תפקיד דומה אף אם כינויו שונה, יושב ראש של אותם גופים או מנהל כללי בהם, לפי העניין";

(2) בסעיף 18ב(א), במקום "שר האוצר" כאילו נאמר "שר המשפטים";

(3) בסעיף 18ב(ב) בפסקאות (2) ו-3, במקום "איש ציבור" ו"נציג הרשות" כאילו נאמר — "שני נציגי ציבור שקבע יו"ר הועדה מתוך רשימה של אנשי ציבור שקבעו שר המשפטים ושר האוצר, לאחר התייעצות במועצה לתאגידיים ציבוריים, שמתקיימים בהם כל תנאי הכשירות הקבועים בחוק זה ליושב ראש דירקטוריון של חברה ממשלתית ושאינו להם זיקה אישית, עסקית או פוליטית לשר משרי הממשלה".

* תחולה 90 יום מיום 26.3.93. ראה הוראות מעבר בעמוד: 676.

(4) בסעיף 18(ב)3, במקום "הועדה תעביר לשרים את חוות דעתה על מועמד" כאילו נאמר, לפי הענין, "הועדה תעביר את חוות דעתה למי שממליץ על המועמדים או למי שמאשר או למי שממנה אותם".
 (5) לענין סעיף זה — "גופים אחרים שהוקמו בחיקוק" — גופים המפורטים בתוספת לחוק זה שהינם חבר בני אדם שנקבע בחיקוק כמועצה, מועצת רשות, מינהלת, ועד מנהל או כל גוף אחר שתפקידיו דומים אף אם כינויו שונה, והכל כאשר בין חבריו נמנים נציגי ציבור; שר המשפטים רשאי להוסיף גופים אחרים שהוקמו בחיקוק לרשימת הגופים המנויים בתוספת ורשאי הוא באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת למחוק גוף המופיע בתוספת.

תחולה על גופים מסויימים

61. (א) לענין חוק זה יראו כחברה ממשלתית גם —
 (1) רשות המים הארצית כמשמעותה בסעיף 46 לחוק המים, התשי"ט-1959;
 (2) חברה שמחצית מכוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות מחצית ממספר הדירקטורים שלה הם בידי המדינה, ורבע לפחות מכוח ההצבעה או הזכות למנות רבע לפחות ממספר הדירקטורים הם בידי רשות מקומית או בידי חברה שבשליטתה.
 (ב) לענין הקמתה של חברה מן האמורות בסעיף קטן (א)2 תוגש ההצעה האמורה בסעיף 5(א) לאחר התייעצות עם שר הפנים.

אי-תחולה על מוצעות חקלאיות

62. חוק זה לא יחול על חברה הפועלת כמועצה לייצור או לשיוק חקלאי.

אי-תחולה במקרים מיוחדים

63. הוראות חוק זה, כולן או מקצתן, לא יחולו על —
 (1) חברה אשר הממשלה, באישור הועדה, החליטה שטעמים של בטחון המדינה, של יחסי חוץ או של קשרי מסחר בין-לאומיים מחייבים שלא להחילן עליה;
 (2) חברת-חוץ העוסקת בסוג פעילות אשר הממשלה, באישור הועדה, החליטה שטעמים כאמור מחייבים שלא להחילן על חברות העוסקות בה.

אי תחולה הוראות לגבי גיוס הון חוק התשמ"ו-1986 חוק התשמ"ט-1989

63א. ההוראה המסמיכה שבסעיף 4(א) או הוראות סעיף 33(ג) לא יחולו על חברה אשר הממשלה, באישור הועדה, החליטה שטעמים של הצעת מניות לציבור מחייבים שלא להחילן עליה; בסעיף זה, "מניות" — תעודות שחברה מנפיקה בסדרות והמקנות זכות חברות או השתתפות בה, או המקנות זכות לרכישת מניות כאמור.

פרק י': הוראות שונות

שמירה סמכויותיו של מבקר המדינה

64. שום דבר בחוק זה אינו בא לגרוע מהתפקידים או מהסמכויות הנתונים למבקר המדינה לפי חוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 (נוסח משולב), או לפי דין אחר.

שמירה חוק נכסי המדינה

65. אין בחוק זה כדי לגרוע מהוראות חוק נכסי המדינה, התשי"א-1951.

66. סמכויות השרים לפי חוק זה אינן ניתנות לאצילה. שלילת אצילה של סמכויות
67. קיבלו השרים לפי חוק זה מידע המגלה חשד שנעברה עבירה פלילית, יודיעו על כך ליועץ המשפטי לממשלה. הרעה על חשד לעבירה
68. (א) דירקטור מטעם המדינה שהפר ביודעין הוראות סעיף 20, מנהל כללי בחברה ממשלתית או חברת בת ממשלתית שהפר ביודעין הוראות סעיף 41, ובא כוח המדינה שלא מילא אחרי הוראה שניתנה לו לפי סעיף 50(ג), סעיף 58(א) או סעיף 59(ב), דינם — מאסר שנה או קנס 20,000 לירות. עונשין
- (ב) לענין סעיף קטן (א) אין נפקא מינה אם נעברה העבירה בישראל או מחוצה לה, ובתי המשפט בישראל מוסמכים לשפוט אדם גם אם עבר את העבירה בחוץ לארץ.
- (ג) מי שהפר ביודעין דרישה של הרשות לפי סעיף 55, דינו — מאסר שנה. ס"ח 1430
החשני"ג-1993
69. בסעיף 1 לחוק לתיקון דיני העונשין (עובדי הציבור), התשי"ז-1957, אחרי פסקה (10) יבוא: תיקון חוק לתיקון דיני העונשין (עובדי הציבור)
- "(11) דירקטור מטעם המדינה בחברה ממשלתית, בחברת בת ממשלתית או בחברה מעורבת, כמשמעותן בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, וכן עובד של חברה כאמור או אדם המועסק בשירותה."
70. (א) מי שנתמנה לפני תחילת חוק זה דירקטור מטעם המדינה בחברה ממשלתית, בחברת בת ממשלתית, בחברה מעורבת או בחברת חוץ, יחדל לכהן לא יאוחר משמונה עשר חודש לאחר תחילת חוק זה, וזולת אם נתמנה שנית לפי הוראות חוק זה. הוראות מעבר
- (ב) חבר הכנסת המכהן ערב תחילתו של חוק זה באחת הכהונות שחוק זה שלל מחברי הכנסת לכהן בהן, רשאי להמשיך בכהונתו כל עוד הוא חבר הכנסת השמינית.
- (ג) אין בחוק זה כדי לפגוע בחוזה שכרתה חברה ממשלתית לפני תחילתו.
71. שר האוצר ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו. ביצוע ותקנות
72. תחילתו של חוק זה בתום ששה חודשים מקבלתו בכנסת. תחילה

ס"ח 1417
התשנ"ג-1993

חוספת
(סעיף 60א)

גופים אחרים שהוקמו בחוק

1. המועצה לביקורת סרטים — פקודת הראינוע, 1927
2. המועצה לשידורי כבלים — חוק הבזק, התשמ"ב-1982
3. מועצת המוזיאונים — חוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983
4. מועצת מינהל השקעות בחקלאות — חוק עידוד השקעות הון בחקלאות, התשמ"א-1980
5. מועצה מייעצת — חוק הנפט, התשי"ב-1952
6. מועצה מייעצת — חוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959

יהושע רבינוביץ
שר האוצר

יצחק רכין
ראש הממשלה

אפרים קציר
נשיא המדינה

הוראות מיוחדות סעיפים 9, 15א

ס"ח 1282 התשמ"ט-1989

ס"ח 1410 התשנ"ג-1993

ס"ח 1282
התשמ"ט-1989

(א) על הוראת הממשלה לחברת בטוחות כאמור בהסדרים לרכישת ניירות ערך בנקאיים שפורסמו בילקוט הפרסומים 2971 מיום ט"ז בחשון התשמ"ד (23 באוקטובר 1983), למכור מניות, יחולו המגבלות האמורות בסעיף 5(ד)2 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951.

ס"ח 1410
התשנ"ג-1993

(ב) סעיף 9 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, לא יחול במקרה שבו חברה הפכה לחברה ממשלתית או לחברת בת ממשלתית כתוצאה מהעברת מניות למדינה על פי הסדרים לרכישת ניירות ערך בנקאיים כאמור בסעיף קטן (א), על תיקוניהם.

הוראות מעבר סעיף 49א
ס"ח 1395 התשנ"ב-1992

אין בהוראות חוק זה כדי לפגוע בכהונתו של מי שמילא בפועל את התפקיד של מבקר פנימי בגוף ציבורי ערב פרסומו של חוק זה, אף אם אין לו הכישורים לפי סעיף 3 ואף אם תוארו היה אחר.

תחילה והוראות מעבר תיקון מס' 6
ס"ח 1417 התשנ"ג-1993

תחילתו של חוק זה ביום פרסומו ואולם הוראות סעיף 5 ברבר הוספת סעיף 18ב, והוראות סעיף 12 לחוק זה תחילתן 90 ימים מיום תחילתו של חוק זה.

עד לכינונה של הועדה לבדיקת מינויים, יבוצעו תפקידיה לפי חוק זה בידי הרשות, למעט התפקידים הקבועים בסעיפים 18ג, 24(ד) ו-37(ד) כנוסחם לפי חוק זה שיבוצעו בידי הועדות בראשות נציגי היועץ המשפטי לממשלה, שהיו קיימות ערב תחילתו של חוק זה.

- תחילה והוראות מעבר ס"ח 1430 התשנ"ג-1993.
- במקור כתוב תחילתם.

הוראות מעבר תיקון מס' 7
ס"ח 1430 התשנ"ג-1993

- (א) חברות שלגביהן קיבלה הממשלה או ועדת שרים לפני פרסומו של חוק זה החלטות בדבר דרכי הפרטתן, יחולו עליהן הוראות חוק זה החלות על חברות בהפרטה כאילו נתקבלה לגביהן החלטת הפרטה.
- (ב) הרשות תשלח לרשם החברות, תוך שלושה חודשים מיום פרסומו של חוק זה, העתקים מההחלטות האמורות בסעיף קטן (א).

חוק החברות הממשלתיות (תיקון), התשמ"ו-1986

1. (הוספת סעיף 63 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975)

2. האמור בסעיף 22 לחוק הסדרים לשעת חירום במשק המדינה, תשמ"ו-1985, יסומן (א) ואחרי יבוא:
(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו לגבי חברה שמחמת החלטה לפי סעיף 63 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, אין הוראות סעיף 33(ג) לחוק האמור חלות עליה.

תיקון חוק הסדרים
לשעת חירום במשק
המדינה

משה נסים	שמעון פרס	חיים הרצוג
שר האוצר	ראש הממשלה	נשיא המדינה

פורסם: ס"ח מס' 1181 התשמ"ו, עמ' 168.

חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 2), התשמ"ט-1989

1. בסעיף 63 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, המלים "בחוק לארץ" תיקון סעיף 63 א יימחקו.

שמעון פרס	יצחק שמיר
שר האוצר	ראש הממשלה

חיים הרצוג
נשיא המדינה

פורסם: ס"ח 1279 התשמ"ט עמ' 66

חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 3), התשמ"ט-1989

1. בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, אחרי סעיף 15 יבוא:
- 15א. (א) החלטה של חברה ממשלתית למכור מניות שהיא מחזיקה בחברה בת ממשלתית שלה טעונה אישור הממשלה ואישור הועדה.
(ב) אישור הממשלה לפי סעיף קטן (א) יתקבל לפי הצעת השרים שהוגשה לממשלה עם חוות דעת הרשות.
(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על מכירה בבורסה של מניות הרשומות למסחר בבורסה, אם סך כל המניות שנמכרו בשנת מאון אחת בבורסה אינו עולה על 5% מערכן הנקוב של המניות המוצאות הנפרעות של חברת הבת וסך כל התמורה בשנת מאון אחת אינה עולה על עשרה מיליון שקלים חדשים, ובלבד שהמכירה לא גרמה להפיכת חברת הבת לחברה שאינה חברת בת ממשלתית.
(ד) הסכום האמור בסעיף קטן (ג) ישתנה ב-1 באפריל של כל שנה, החל בשנת הכספים 1990, לפי שיעור עליית מדד המחירים לצרכן מן המדד שפורסם לחודש פברואר 1989 עד המדד שפורסם לאחרונה לפני יום השינוי."

הספה סעיף 15א

יפכיות פניות
של חברת
בת ממשלתית

2. בסעיף 5(ד) לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, בפסקה (2)א, במקום "3,000,000" יבוא "10,000,000".
- על הוראת הממשלה לחברת בטוחות כאמור בהסדרים לרכישת ניירות ערך בנקאיים שפורסמו בילקוט הפרסומים 2971 מיום ט"ז בחשון התשמ"ד (23 באוקטובר 1983), למכור מניות, יחולו המגבלות האמורות בסעיף 5(ד)2 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951.

תיקון חוק נכסי
המדינה

שמעון פרס
שר האוצר

יצחק שמיר
ראש הממשלה

חיים הרצוג
נשיא המדינה

חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 3) (תיקון), התשנ"ג-1993

- 1.3. האמור בסעיף 3 לחוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 3), התשמ"ט-1989, יסומן (א) ואחריו יבוא:

"(ב) סעיף 9 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, לא יחול במקרה שבו חברה נהפכה לחברה ממשלתית או לחברת בת ממשלתית כתוצאה מהעברת מניות למדינה על פי ההסדרים לרכישת ניירות ערך בנקאיים כאמור בסעיף קטן (א), על חיקוניהם."

אברהם (בייגה) שוחט
שר האוצר

יצחק רבין
ראש הממשלה

שבח וייס
יושב ראש הכנסת

חיים הרצוג
נשיא המדינה

פודסם: ס"ח 1410 התשנ"ג עמ' 47

חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס 4 עקיף), התשנ"א 1991

תיקון חוק
החברות
הממשלתיות

2. בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, אחרי סעיף 29 יבוא:
"29א (א) הדירקטוריון ימנה ועדת ביקורת מבין חבריו, שמספר חבריה
לא יפחת משלושה.

(ב) על אף האמור בסעיף 29(ג), תקפן של החלטות ועדת
הביקורת בענינים המנויים בפרק 17 לפקודת החברות [נוסח
חדש], התשמ"ג-1983, יהיה בהתאם לקבוע בו."

דן מרידור
שר המשפטים

יצחק שמיר
ראש הממשלה

רב שילנסקי
יושב ראש הכנסת

חיים הרצוג
נשיא המדינה

פורסם: ס"ח 1367 התשנ"א עמ' 216

חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס 5 עקיף), התשנ"ב 1992

תיקון חוק
החברות הממשלתיות

22. אחרי סעיף 49 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, יבוא:

"49א. על חברה ממשלתית שמתקיים בה האמור בסעיף 96 לפקודת החברות
[נוסח חדש], התשמ"ג-1983, יחולו הוראות סעיף 96כג לפקודה האמורה אף
אם היא גוף מבוקר."

פורסם: ס"ח 1395 התשנ"ב עמ' 204

חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993*

1. בסעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות, התשנ"ה-1975¹ (להלן – החוק העיקרי), אחרי הגדרת "הועדה" יבוא:
- "הועדה לבדיקת מינויים" – הועדה שהוקמה לפי סעיף 18ב:
2. אחרי סעיף 16 לחוק העיקרי יבוא:
- "כשירות לכהונה 16א. כשיר לכהן כדירקטור בחברה ממשלתית, תושב ישראל שלא לו 25 שנה לפחות, ושנתקיים בו אחד מאלה:
- (1) הוא בעל תואר אקדמי באחד מן המקצועות הבאים: כלכלה, מינהל עסקים, משפטים, ראיית חשבון, מינהל ציבורי, הנדסה או לימודי עבודה, או שהוא בעל תואר אקדמי אחר או שהוא השלים לימודי השכלה גבוהה אחרת, בתחום עיסוקה העיקרי של החברה;
- (2) הוא בעל נסיון של חמש שנים לפחות באחד מאלה, או שהוא בעל נסיון מצטבר של חמש שנים לפחות בשניים או יותר מאלה:
- (א) בתפקיד בכיר בתחום הניהול העיסוקי של תאגיד בעל היקף עסקים משמעותי;
- (ב) בכהונה ציבורית בכירה או בתפקיד בכיר בשירות הציבורי בנושאים כלכליים, מסחריים, ניהוליים או משפטיים;
- (ג) בתפקיד בכיר בתחום עיסוקיה העיקריים של החברה."
3. בסעיף 17 לחוק העיקרי –
- (1) בסעיף קטן (א)(3), במקום "אשר לדעת השרים עלולים עיסקויו האחרים" יבוא "אשר עיסקויו האחרים עלולים";
- (2) בסעיף קטן (א), אחרי פסקה (4) יבוא:
- "(5) מי שהורשע בעבירה שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עמה קלון או שהיא מחייבת את אי מינויו;
- (6) מי שפסול לכהן כדירקטור בחברה על פי פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983², או על פי כל דין אחר."
- (3) בסעיף קטן (ג), פסקה (1) – תימחק.
4. אחרי סעיף 17 לחוק העיקרי יבוא:
- 17א. (א) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף 17(א)(3), לא יתמנה אדם לדירקטור, בין מקרב הציבור ובין מקרב עובדי המדינה, אם יש לו זיקה כלכלית לחברה או לתאגיד קשור לחברה, או אם יש לו קשר אישי להנהלת החברה או להנהלת תאגיד קשור לחברה.

* נתקבל בכנסת ביום כ"ג באדר התשנ"ג (16 במרס 1993): הצעת החוק דבריו הסבר מורסמו בהצעות חוק 2162, מיום א' באדר התשנ"ג (22 בכסלו 1993), עמ' 72.

¹ ס"ח התשנ"ה, עמ' 132; התשמ"ו, עמ' 168; התשמ"ט, עמ' 66 ועמ' 76; התשנ"א, עמ' 216; התשנ"ב, עמ' 204.

² דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 37, עמ' 761.

(ב) לענין סעיף קטן זה -

"זיקה כלכלית לחברה או לתאגיד קשור לחברה" - החזקה במישרין בניירות ערך של החברה או של תאגיד קשור לחברה כאחוז אחד או כשיעור משמעותי הנמוך ממנו, או מי שרשאי למנות דירקטור בחברה או בתאגיד קשור לחברה:

"תאגיד קשור לחברה" - תאגיד המחזיק חמישים אחוזים או יותר מן הערך הנקוב של הון המניות המוצא של החברה או מכות ההצבעה בה, או הרשאי למנות מחצית או יותר מהדירקטורים, או את המנהל הכללי שלה, וכן תאגיד אשר החברה מחזיקה בו זכויות כאמור:

"קשר אישי להנהלה" של החברה או של תאגיד קשור לחברה מתקיים בין היתר, באדם שהוא בן משפחה של דירקטור או של מנהל כללי או של עובד בכיר בחברה או בתאגיד קשור לחברה: לענין זה, "בן משפחה" - בן זוג, אב, הורה, צאצא, צאצא בן הזוג או בן זוגו של כל אחד מאלה:".

חיקון סעיף 18

5. בסעיף 18 לחוק העיקרי -

(1) בסעיף קטן (א), במקום "הרשות" יבוא "הועדה לבדיקת מינויים", ובסופו יבוא:

"החליטה הועדה לבדיקת מינויים שלא להמליץ על מינויו של מועמד שנתקיים בו האמור בסעיף 18ג(א) רשאי השר להגיש השגה על ההחלטה שתידון במליאת הממשלה: נימוקי הועדה יובאו בפני הממשלה באמצעות היועץ המשפטי לממשלה או נציגו: לא קיבלה הממשלה את השגת השר, לא ימונה המועמד לדירקטור."

(2) בסעיף קטן (ב), אחרי המלים "מאת השרים" יבוא "לאחר קבלת חוות דעתה של הועדה לבדיקת מינויים".

הוספת סעיפים
118 א עד 118

6. אחרי סעיף 18 לחוק העיקרי יבוא:

118 א. (א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים. "ייצוג הולם לשני המינים"

(ב) עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות הענין, דירקטורים בני המין שאינם מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה.

118 ב. (א) שר האוצר ימנה ועדה לבדיקת כשירותם והתאמתם של מועמדים לכהונת דירקטור, יושב ראש דירקטוריון, או מנהל כללי, בחברה ממשלתית בהרכב זה: הועדה לבדיקת מינויים

(1) יושב ראש הועדה שיהיה נציג שיקבע היועץ המשפטי לממשלה הכשיר לכהן כשופט של בית משפט מחוזי, והוא יבוא מקרב עובדי המדינה או מקרב עובדי השירות הציבורי, ויכול שיהיה מי שכיהן כשופט או מי שפרש מתפקידו בשירות המדינה או בשירות הציבורי:

(2) איש ציבור שיקבע יושב ראש הועדה לפי הענין, מתוך רשימה של אנשי ציבור שקבעו שר האוצר ושר המשפטים לענין זה, שמתקיימים בהם תנאי הכשירות הקבועים בחוק זה ליושב ראש דירקטוריון ושאינן להם זיקה אישית, עסקית או פוליטית לשר משרי הממשלה:

(3) נציג רשות החברות הממשלתיות.

(ב) המנין החוקי לישיבות הועדה הוא היושב ראש וחבר נוסף; היו הדעות שקולות תכריע דעתו של יושב ראש הועדה; הועדה תקבע את סדרי עבודתה, ככל שלא נקבעו לפי חוק זה.

(ג) ואלה תפקידי הועדה:

(1) לבדוק אם מתקיימים במועמד לכהונת דירקטור, יושב ראש דירקטוריון או מנהל כללי, תנאי הכשירות האמורים בסעיפים 16א ו-24(ג) או 37(ג) לפי הענין, והאם אין הוא פסול מלכהן על פי האמור בסעיפים 17 ו-17א;

(2) לקבוע אם מן הראוי למנותו בהתאם לאמור בסעיף 18ג;

(3) לייעץ לשרים בדבר מידת התאמתו של המועמד לתפקיד, בשים לב בין היתר, לצרכיה המיוחדים של החברה, לגודלה, ולהרכב הדירקטוריון בעת המינוי, ובהתחשב ביכולתו של המועמד להקדיש את הזמן הראוי לתפקיד לו הוא מיועד;

(4) הועדה תעביר לשרים את חוות דעתה בעניינים המפורטים בפסקאות (1) עד (3), בכתב;

(5) לצורך ביצוע תפקידיה על פי חוק זה, רשאית הועדה לדרוש פרטים בכתב אודות המועמד, תולדות חייו, השכלתו ועיסוקיו, וכן לדרוש כל מידע או חוות דעת מהרשות.

18ג. (א) מצאה הועדה לבדיקת מינויים כי למועמד לכהונת דירקטור, יושב ראש דירקטוריון או מנהל כללי בחברה ממשלתית, יש זיקה אישית, עיסקית או פוליטית לשר משרי הממשלה, לא תמליץ על מועמדותו זולת אם מצאה כי יש לו כישורים מיוחדים בתחומי פעולתה של החברה, או שקיימים לגביו שיקולים של כשירות מיוחדת אחרת בנוסף לתנאי הכשירות הנדרשים לפי חוק זה לאותה כהונה.

כשירות מיוחדת

(ב) לענין חוק זה, לא יראו בחברות במפלגה כשלעצמה זיקה אישית או פוליטית.

(ג) הוראות סעיף 16א לא יחולו על נציג נבחר מבין עובדי החברה המתמנה לדירקטור ובלבד שמלאו לו עשרים וחמש שנים ביום שנתמנה.

7. אחרי סעיף 22(ב) לחוק העיקרי יבוא:

"(ג) מברה הממשלה מגיות שהחזיקה בחברה ממשלתית, יחדלו לכהן הדירקטורים, כולם או חלקם, אם הדבר מתחייב מעסקת המכירה, מן היום שהרשות הודיעה עליו לחברה; התחייבה מעסקת המכירה הפסקת כהונתם של חלק מן הדירקטורים בלבד, יקבעו השרים, לאחר התייעצות עם הועדה לבדיקת מינויים, מי יהיו הדירקטורים שכהונתם תופסק."

8. אחרי סעיף 23 לחוק העיקרי יבוא:

23א. פחת מספר חברי הדירקטוריון הרשאים להשתתף בישיבותיו מהמנין החוקי לישיבותיו, ומצב זה נמשך למעלה מ-30 ימים, או פחת מספר החברים מן המספר המזערי הקבוע בתקנות החברה ומצב זה נמשך למעלה מ-60 ימים, רשאית הממשלה, בהתייעצות עם הועדה לבדיקת מינויים, למנות דירקטור או דירקטורים במספר הדרוש להשלמת המנין החוקי."

"השלמת מנין חוקי"

בסעיף 24 לחוק העיקרי -

חיקון סעיף 24

(1) בסעיף קטן (א), במקום "הרשות" יבוא "הועדה לבדיקת מינויים" ובסופו יבוא "ולאחר שנועצה בוועדה לבדיקת מינויים".

(2) אחרי סעיף קטן (ב) יבוא:

"(ג) כשיר לכהן כיושב ראש דירקטוריון של חברה ממשלתית מי שמתקיים בו האמור בסעיף 16א, ובלבד שמתקיימים בו התנאי שבפסקה (1) וכן אחד התנאים שבפסקה (2), שבאותו סעיף.

(ד) בחר דירקטוריון של חברה ממשלתית באדם לכהונת יו"ר דירקטוריון והועדה לבדיקת מינויים החליטה שלא להמליץ על מינויו מחמת שנתקיים בו האמור בסעיף 18א, לא יאשר השר את המינוי אלא אם כן הוא הגיש השגה על ההחלטה שאושרה במליאת הממשלה: הוראות סעיף 18א (א) יחולו לענין השגה כאמור."

1. בסעיף 37 לחוק העיקרי -

חיקון סעיף 37

(1) בסעיף קטן (א), במקום "הרשות" יבוא "הועדה לבדיקת מינויים".

(2) אחרי סעיף קטן (ב) יבוא:

"(ג) כשיר להתמנות למנהל כללי בחברה ממשלתית מי שמתקיים בו האמור בסעיף 16א ובלבד שמתקיימים בו התנאי שבפסקה (1) וכן אחד התנאים שבפסקה (2) שבאותו סעיף, ולא מתקיים בו האמור בסעיף 17א (א) פסקאות (1), (3) (5) ו-6).

(ד) בחר דירקטוריון חברה ממשלתית באדם לכהונת מנהל כללי והועדה לבדיקת מינויים החליטה שלא להמליץ על מינויו מחמת שנתקיים בו האמור בסעיף 18א (א) לא יאשר השר את המינוי אלא אם כן הוא הגיש השגה על ההחלטה שאושרה במליאת הממשלה: הוראות סעיף 18א (א) יחולו לענין השגה כאמור."

11. בסעיף 57 לחוק העיקרי -

חיקון סעיף 57

(1) בפסקה (3), במקום "הרשות" יבוא "הועדה לבדיקת מינויים: הוראות סעיפים 16א, 17, 17א, 18 עד 18ג יחולו גם לגבי דירקטור כאמור";

(2) בסופו יבוא:

"(6) מכרה הממשלה מניות שהחזיקה בחברת-האם, או מכרה חברת-האם מניות שהחזיקה בחברת-הבת, יחולו לכהן הדירקטורים בחברת-הבת שמונו מטעם חברת-האם, כולם או חלקם, אם הדבר מתחייב מעסקת המכירה, מן היום שהרשות או חברת-האם הודיעה עליו לחברת-הבת: התחייבה מעסקת המכירה הפסקת כהונתם של חלק מן הדירקטורים האמורים בלבד, יקבעו השרים, לאחר התייעצות עם הועדה לבדיקת מינויים מי יהיו הדירקטורים שכהונתם תופסק."

12. אחרי סעיף 60 לחוק העיקרי יבוא:

הוספת סעיף 60א

60א. (א) על אף האמור בסעיף 60, יחולו הוראות סעיפים 17, 17א, 18א עד 18ג, 24 (ג) ו-24 (ד), ו-37 (ג) ו-37 (ד), לענין מינויים לכהונה בחאגידים שהוקמו בחוק ובגופים אחרים שהוקמו בחיקוק, בשינויים המחוייבים לפי העניין וכמפורט להלן, והכל אם המינוי נעשה בידי שר או בידי הממשלה, או

"מינויים בתאגידים ובגופים אחרים שהוקמו בחוק

בהמלצתם או באישורם של מי מהם, ובכפוף להוראות החוק או החיקוק שמכוחו מוקם התאגיד או הגוף; נקבע בחוק כי ימונו לתאגידים ולגופים כאמור, נציגים של גופים או ארגונים המנויים באותו חוק, לא יחולו על נציגים אלה הוראות חוק זה.

(ב) ואלה השינויים –

(1) בכל מקום שנאמר "דירקטור", "יושב ראש דירקטוריון" או "מנהל כללי" כאילו נאמר – "חבר מועצה, חבר רשות או חבר בגוף הממלא תפקיד דומה אף אם כינויו שונה, יושב ראש של אותם גופים או מנהל כללי בהם, לפי הענין";

(2) בסעיף 18(בא), במקום "שר האוצר" כאילו נאמר "שר המשפטים";

(3) בסעיף 18(ב) (כפסקאות (2) ו-(3)), במקום "איש ציבור" ו"נציג הרשות" כאילו נאמר – "שני נציגי ציבור שיקבע יו"ד הועדה מתוך רשימה של אנשי ציבור שקבעו שר המשפטים ושר האוצר, לאחר התייעצות כמועצה לתאגידים ציבוריים, שמתקיימים בהם כל תנאי הכשירות הקבועים בחוק זה ליושב ראש דירקטוריון של חברה ממשלתית ושאינן להם זיקה אישית, עסקית או פוליטית, לשר משרי הממשלה."

(4) בסעיף 18(בד)(3), במקום "הועדה תעביר לשרים את חוות דעתה על מועמד" כאילו נאמר, לפי הענין, "הועדה תעביר את חוות דעתה למי שממליץ על המועמדים או למי שמאשר או למי שממנה אותם."

(5) לענין סעיף זה – "גופים אחרים שהוקמו בחיקוק" – גופים המפורטים בתוספת לחוק זה שהינם חבר בני אדם שנקבע בחיקוק כמועצה, מועצת רשות, מינהלת, ועד מנהל או כל גוף אחר שתפקידיו דומים אף אם כינויו שונה, והכל כאשר בין חבריו נמנים נציגי ציבור: שר המשפטים רשאי להוסיף גופים אחרים שהוקמו בחיקוק לרשימת הגופים המנויים בתוספת ורשאי הוא באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת למחוק גוף המופיע בתוספת."

13. תחילתו של חוק זה ביום פרסומו ואולם הוראות סעיף 5 בדבר הוספת סעיף 18ב, והוראות סעיף 12 לחוק זה תחילתם 90 ימים מיום תחילתו של חוק זה.

תחילה

14. עד לכינונה של הועדה לבדיקת מינויים, יבוצעו תפקידיה לפי חוק זה בידי הרשות, למעט התפקידים הקבועים בסעיפי 18ג, 24(ד) ו-37(ד) כנוסחם לפי חוק זה שיבוצעו בידי הועדות בראשות נציגי היועץ המשפטי לממשלה, שהיו קיימות ערב תחילתו של חוק זה.

הוראות כעבר

תוספת

(סעיף 60א)

נופים אחרים שהוקמו בחוק

1. המועצה לביקורת סרטים - פקודת הראינוע, 1927³
2. המועצה לשידורי כבלים - חוק הכזק, התשמ"ב-1982⁴
3. מועצת המוזיאונים - חוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983⁵
4. מועצת מינהל השקעות בחקלאות - חוק עידוד השקעות הון בחקלאות, התשמ"א-1980⁶
5. מועצה מייעצת - חוק הנפט, התשי"ב-1952⁷
6. מועצה מייעצת - חוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959⁸

אברהם (בייגה) שוחט
שר האוצר

יצחק רבין
ראש הממשלה

שכח וייס
יושב ראש הכנסת

חיים הרצוג
נשיא המדינה

פודסם: ס"ח 1417 התשנ"ג עמ' 92

חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 7), התשנ"ג-1993*

1. תיקון סעיף 1 בסעיף 1(א) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975¹ (להלן - החוק העיקרי) -
- (1) אחרי הגדרת "חברה מעורבת" יבוא:
- "חברה בבעלות ממשלתית מלאה" - חברה שכל מניותיה הן בבעלות של אחד מאלה: המדינה; חברה שכל מניותיה הן בבעלות של המדינה; המדינה יחד עם חברה כאמור; המדינה או חברה כאמור יחד עם רשות מקומית;"
- (2) בסופו יבוא:
- "הפרטה" - פעולות שמטרתן להביא, בבת-אחת או בהדרגה, לאחד מאלה:
- (1) ביטול או הקטנה של חלק הממשלה בכוח ההצבעה באסיפות הכלליות של החברה או בזכותה למנות דירקטורים בחברה, או ביטול או הקטנה של מעורבות אחרת של הממשלה בחברה, והכל אם יש בהם כדי להביא להפיכת חברה ממשלתית לחברה מעורבת, או להביא להפיכת חברה לחברה שחוק זה אינו חל עליה, או להביא לשינוי מהותי אחר ביחסי הכוחות בין חברי החברה, או כדי להקנות לציבור או לחבר חדש בחברה 10% או יותר מכוח ההצבעה בחברה או זכות למנות דירקטור;
- (2) הקטנת חלקה של הממשלה בהון המניות של החברה, בשיעור של 10% או יותר;
- (3) צמצום מהותי בפעילות החברה על ידי העברת עסקים ונכסים לאחרים;
- "ועדת השרים" - ועדת השרים לעניני הפרטה, האמורה בסעיף 59א;
- "החלטת הפרטה" - החלטה לפי סעיף 59ב;
- "חברה בהפרטה" - חברה שועדת השרים קיבלה לגביה החלטת הפרטה;
- "פקודת החברות" - פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983.²
2. תיקון סעיף 22 בסעיף 22(א) לחוק העיקרי, בסופו יבוא:
- (7) ועדת השרים קבעה, בהמלצת שר האוצר ועל פי חוות דעת הרשות, כי הוא אינו ממלא את תפקידו באופן המקדם את ביצועה של החלטת הפרטה, או פעל במעשה או במחדל בדרך הפוגעת ביכולת החברה לקיים הוראה או דרישה שניתנו כדין לפי סעיפים 59 או 59ה; הרשות תודיע על כך לחברה."
3. תיקון סעיף 33 בסעיף 33(ג) לחוק העיקרי, בסופו יבוא "ואם ניתנה לגבי החברה החלטת הפרטה, תובא המחלוקת להכרעת שר האוצר".
4. תיקון סעיף 42 בסעיף 42 לחוק העיקרי -
- (1) בסעיף קטן (א), אחרי פסקה (5) יבוא:
- "(א5) ועדת השרים קבעה, בהמלצת שר האוצר ועל פי חוות דעת הרשות, כי הוא אינו ממלא את תפקידו באופן המקדם את ביצועה של החלטת הפרטה, או פעל במעשה או במחדל בדרך הפוגעת ביכולת החברה לקיים הוראה או דרישה שניתנו כדין לפי סעיפים 59 או 59ה;"
- * נתקבל בכנסת ביום ט"ו באב התשנ"ג (2 באוגוסט 1993): הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בתצעות חוק 2165, מיום כ"ה בסיון התשנ"ג (14 ביוני 1993), עמ' 188.
- ¹ ס"ח התשל"ה, עמ' 132; ס"ח התשנ"ג, עמ' 92.
- ² דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 37, עמ' 761.

- (2) בסעיף קטן (ב)(2), במקום "עד (5)" יבוא "עד (א5)";
- (3) בסעיף קטן (ג), בסופו יבוא "ואם פקיעת הכהונה היתה לפי סעיף קטן (א5)א, יהיה מינוי המנהל הכללי בפועל טעון אישור הרשות".
5. בסעיף 54 לחוק העיקרי, אחרי פסקה (7) יבוא:
- "(7א) חייעץ לוועדת השרים בעניינים הנוגעים להפרטה ותטפל בכיצוע החלטות הפרטה";
6. בסעיף 55 לחוק העיקרי, אחרי "לדרוש" יבוא "מחברה ממשלתית וכן".
7. בסעיף 58(א) לחוק העיקרי -
- (1) בפסקה (6), אחרי "54(1)" יבוא "54(א7)";
- (2) בסופו יבוא:
- "(7) לענין הפרטה - פרק ח'1, למעט סעיפים 59ב(א) ו-59ה".
8. אחרי סעיף 59 לחוק העיקרי יבוא:
- הוספת פרק ח'1
- "פרק ח'1: הפרטה
- ועדת שרים 59א. (א) הממשלה תקים ועדת שרים לעניני הפרטה, שחבריה יהיו ראש הממשלה, שר האוצר ושר המשפטים; הממשלה רשאית לצרף לוועדה חבר או שני חברים נוספים.
- (ב) המנין החוקי בישיבות ועדת השרים יהיה שני חברים אם הועדה היא של שלושה חברים, ושלושה חברים אם הועדה היא של יותר משלושה.
- (ג) החלטות ועדת השרים יתקבלו ברוב של חברה.
- החלטת הפרטה 59ב. (א) ועדת השרים רשאית להחליט על הפרטה של חברה ממשלתית; בהחלטה כאמור תקבע ועדת השרים את דרכי הפרטה של החברה, שיהיו אחת מן הדרכים הבאות או שילוב שלהן:
- (1) מכירת מניות החברה על פי תשקיף או בדרך אחרת שתקבע ועדת השרים;
- (2) דילול אחזקות המדינה בחברה באמצעות הנפקת מניות או ניירות ערך הוניים אחרים, על ידי החברה;
- (3) הנפקת ניירות ערך על ידי המדינה, הניתנים להמרה במניות או בניירות ערך הוניים אחרים של החברה שבידי הממשלה;
- (4) מכירת נכס מהותי מנכסי החברה או כל נכסיה, לרבות זכויות;
- (5) שינוי בזכויות הצמודות למניות;
- (6) חידוש ארגון, פשרה או הסדר כאמור בסעיף 233 לפקודת החברות, מיזוג, כינוס נכסים, פירוק או הפסקת פעולות, הפסקת הליכי פירוק או כינוס נכסים, וכן הקמת חברה ממשלתית, חברת-בת ממשלתית או חברה מעורבת, הכל לצורך ביצוע הפרטה;
- (7) דרך אחרת שתקבע ועדת השרים.

(ב) הצעה להחלטת הפרטה תוגש לוועדת השרים בידי השרים או אחר מהם, בצירוף חוות דעת הרשות; סברה הרשות כי יש להחליט על הפרטת חברה ולא הציע זאת לממשלה אחד מהשרים, תחווה הרשות את דעתה בתזכיר מנומק לשרים ולוועדת השרים, וכל אחד מחברי ועדת השרים רשאי להגיש הצעה להחלטת הפרטה.

(ג) הצעה להחלטת הפרטה תוגש לוועדת השרים לאחר התייעצות עם הדירקטוריון של החברה הנוגעת בדבר; עמדת הדירקטוריון תובא בפני ועדת השרים, ואולם אם הדירקטוריון לא החליט על עמדתו תוך 21 ימים מיום שהתבקש לכך, רשאית ועדת השרים לדון ולהחליט בהצעה שהוגשה לה.

(ד) ועדת השרים תיתן הזדמנות להשמיע עמדתם בפניה -

(1) לשר האחראי על עניני החברה;

(2) לדירקטוריון של החברה, על ידי יושב ראש הדירקטוריון או מי שהדירקטוריון הסמיך לכך.

(ה) הוראות סעיף 14 לא יחולו על החלטת הפרטה והוראות סעיף 5 לא יחולו על החלטה להקים חברה לפי סעיף קטן (א)(6).

(ו) ועדת השרים תהיה מוסמכת להחליט, לגבי חברה בהפרטה, בכל ענין הטעון אישור או החלטה של הממשלה לפי חוק זה.

(ז) הודעה על חברה שניתנה לגביה החלטת הפרטה תפורסם ברשומות; העתק מהחלטת ההפרטה יישלח לוועדה, לחברה ולרשם החברות; הוראות סעיף קטן זה לא יחולו אם ועדת השרים החליטה על כך מטעמים של בטחון המדינה, של יחסי חוץ או של קשרי מסחר בינלאומיים.

59ג. (א) נתקבלה החלטת הפרטה וקבעה הרשות, לאחר מתן הודעה לשר האוצר, בהודעה בכתב לחברה, כי לשם ביצועה יש צורך בפעולות או בהחלטות של האסיפה הכללית של החברה בהפרטה, לרבות תיקון מסמכי היסוד שלה, והדירקטוריון לא כינס אסיפה כללית למועד שאינו מאוחר מ-30 ימים מיום שביקשה זאת הרשות, תהיה הרשות מוסמכת לכנס אסיפות כלליות של כלל בעלי המניות או של סוגי בעלי מניות לשם קבלת החלטות כאמור ולהצביע בהן מכוח המניות שהמדינה מחזיקה בחברה בהפרטה; הוראות סעיף 50 לא יחולו על אסיפה כאמור.

כינס אסיפה כללית לביצוע שינויים מבניים

(ב) אם החברה בהפרטה היא חברה בעלות ממשלתית מלאה, תהיה הרשות מוסמכת לכנס אסיפה כללית כאמור בהודעה מראש של שבעה ימים לפחות, על אף האמור בכל דין ובמסמכי היסוד של החברה.

(ג) בכפוף לאמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), אם ביצועה של החלטת ההפרטה כרוך בהליכים לפי פקודת החברות או לפי מסמכי היסוד של החברה, לרבות כינוס אסיפות, קבלת החלטות ברוב מיוחד ואישור בית המשפט, אין בהחלטת הפרטה כדי לגרוע מן הצורך לנקוט הליכים כאמור.

59ד. על החברה בהפרטה ועל פקידיה הבכירים יחולו החובות המפורטות להלן, ככל שתדרוש הרשות מהם בכתב מעת מעת:

הכנה ומסירה של מידע ומסמכים

(1) למסור לרשות ולמומחים מטעמה, או להעמיד לעיונם, כל מידע ומסמכים המצויים בידיה או שבידיה להשיגם או להכינם באמצעים

סבירים (להלן - מידע) ככל שדרוש, לדעת הרשות, כדי להכין את התברה להפרטה, לבצע את החלטת ההפרטה או להעריך את שווי התברה, מנייתיה או נכסיה;

(2) למסור מידע למועמד לרכישת מניות החברה או נכסיה, שהרשות אישרה לענין פסקה זו, או למומחים מטעמו, ככל שדרוש לדעת הרשות כדי להעריך את שווי החברה, מנייתיה או נכסיה; מסירת מידע לפי פסקה זו תיעשה בכפוף להסכמי סודיות שעליהם תורה הרשות, לאחר התייעצות עם המנהל הכללי של החברה, במטרה למנוע שימוש לרעה במידע או פגיעה בסודות מסחריים שלה;

(3) להכין כל מיתאר או תשיוף שיידרשו לצורך הצעת מכר לביצוע החלטת ההפרטה; בחברה שאינה בבעלות ממשלתית מלאה תישא הממשלה בהוצאות שתוציא החברה לתשלום לגורמים חיצוניים לחברה לצורך הכנת המסמכים האמורים, ואם הצעת המכר משולבת בהתפקה של ניירות ערך של החברה - ישאו הממשלה והחברה בהוצאות כאמור באופן יחסי.

מן הוראות

59. (א) ניתנה החלטת הפרטה והרשות קבעה כי לשם הכנת החברה להפרטה או לשם ביצוע החלטת ההפרטה, יש צורך שהחברה תבצע פעולה פלונית, תודיע זאת בכתב לדיירקטוריון החברה ותבקשו להחליט על ביצוע הפעולה תוך מועד סביר שתקבע הרשות בהודעתה.

(ב) לא החליט הדיירקטוריון על ביצוע הפעולה תוך 14 ימים מיום הודעת הרשות, או שהחליט על ביצועה אך החברה לא ביצעה אותו תוך המועד שקבעה הרשות, יחולו ההוראות הבאות:

(1) היתה החברה בהפרטה חברה בבעלות ממשלתית מלאה, תהיה הרשות מוסמכת, באישור ועדת השרים, להורות לה לבצע את הפעולה, והחברה תהיה חייבת למלא את הוראה, בין אם הפעולה הינה לפי שיקולים עסקיים שעל פיהם היה על החברה לנהוג גם אילו לא הפרטה (להלן - שיקולים עסקיים) ובין אם לאו; לא מילאה החברה את הוראה במועד שקבעה הרשות, רשאית הרשות לבצע את ההוראה כעצמה או באמצעות אדם שתמנה לשם כך, ופעולות הרשות או פעולותיו של אותו אדם ייחשבו כפעולות החברה לכל דבר וענין;

(2) היתה החברה בהפרטה חברה שאינה בבעלות ממשלתית מלאה, תהיה הרשות מוסמכת, לאחר שנתנה לדיירקטוריון החברה הודמנות נאותה להביע עמדתו, ובאישור ועדת השרים, להורות לחברה לבצע את הפעולה, והחברה תהיה חייבת למלא את הוראה; ואולם אם ההוראה אינה לפי שיקולים עסקיים, יחולו הוראות סעיפים 4 ו-9;

(3) לא מילאה החברה את הוראת הרשות שניתנה לפי פסקה (2), רשאית הרשות -

(א) לפנות לבית המשפט המחוזי בירושלים, ובית המשפט יהיה רשאי ליתן צו המתיר לרשות לבצע את ההוראה, בעצמה או באמצעות אדם שתמנה לשם כך;

(ב) לכנס אסיפה כללית שלא מן המניין של החברה, להציע בה החלטות ולהצביע בה מכות המניות שהמדינה מחזיקה בחברה בענין מתן הוראות לדירקטוריון לביצוע הוראת הרשות בידי החברה או בידי אדם שתמנה לשם כך.

(ג) הוראות סעיף קטן (ב) לא יחולו על חברה שניירות ערך שלה הוצעו לציבור על פי חשקי.

(ד) לענין סעיף זה, "פעולה" - מעשה או מחל, לרבות הסדרה ורישום של זכויות, התקשרות בחוזה או הימנעות מהתקשרות בחוזה, מינוי או פיטורים, נקיטת הליך משפטי או אי נקיטתו ופשרה.

159. (א) מילוי חובה וביצוע פעולה לפי סעיפים 159 ו-159 ייעשו בידי החברה ובידי נושאי משרה בה ועובדיה, באופן שיימנעו או יצומצמו ככל האפשר נוקים העלולים להיגרם לחברה או לצד שלישי כתוצאה מביצועה.

אחריות

(ב) על אף האמור בכל דין, מילוי חובה וביצוע פעולה לפי סעיפים 159 או 159 בידי נושא משרה בחברה בהפרטה או עובד שלה, או פעולה אחרת שנעשתה בידיהם לשם ביצוע נאות של החלטת הפרטה, לא ישמשו עילה למשפט אזרחי נגדם ובלבד שפעלו בתום לב ובהתאם לאמור בסעיף קטן (א); ואולם לענין תביעה לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968³, יחולו הוראות החוק האמור.

(ג) חברה בהפרטה תהיה זכאית -

(1) לפיצוי מאת המדינה על נזק שייגרם לה במישרין עקב מילוי חובה או ביצוע הוראה לפי סעיפים 159 או 159, ובלבד שנתקיימו הוראות סעיף קטן (א); הוראה זו לא תחול על חברה בעלות ממשלתית מלאה;

(2) לשיפוי מאת המדינה על תשלום שנתחייבה בו לצד שלישי בשל מילוי חובה או ביצוע פעולה לפי סעיפים 159 או 159, על פי פסק דין סופי או פסק בורר, לרבות הוצאות משפט סבירות, ובלבד שנתקיימו הוראות סעיף קטן (א) וניתנה למדינה אפשרות נאותה להצטרף להליך לצורך התגוננות.

9. בסעיף 68 לחוק העיקרי, בסופו יבוא:

תיקון סעיף 68

"(ג) מי שהפר ביודעין דרישה של הרשות לפי סעיף 55, דינו - מאסר שנה."

10. (א) חברות שלגביהן קיבלה הממשלה או ועדת שרים לפני פרסומו של חוק זה החלטות בדבר דרכי הפרטתן, יחולו עליהן הוראות חוק זה החלות על חברות בהפרטה כאילו נתקבלה לגביהן החלטת הפרטה.

הוראת מעבר

(ב) הרשות תשלח לרשם החברות, תוך שלושה חודשים מיום פרסומו של חוק זה, העתקים מההחלטות האמורות בסעיף קטן (א).

אברהם (בייגה) שוחט
שר האוצר

יצחק רבין
ראש הממשלה

שבח וייס
יושב ראש הכנסת

עזר וייצמן
נשיא המדינה

³ סי"ח התשכ"ח, עמ' 234.

חוק החברות הממשלתיות (חברה להשקעות בהון סיכון), התשנ"ב-1992

1. הממשלה רשאית להחליט על הקמתה של חברה שמטרתה הבלעדית הן השקעות הון ביוזמות עסקיות עתירות סיכון שלהן תוחלת צמיחה, בתנאים שתקבע בהחלטה על הקמתה.
2. הוקמה חברה כאמור, יחולו עליה הוראות חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן - החוק).
3. הממשלה רשאית לקבוע בהחלטה כי הוראות סעיף 11(א)(9) לחוק לא יחולו על חברה שהוקמה כאמור, בתנאים שיפורטו בהחלטה, ובלבד שהחברה לא תקים חברות בנות ממשלתיות כהגדרתן בחוק.

הקמת חברה
השקעות

החלה חוק החברות
הממשלתיות

קביעת סייג לתחולה

יצחק מורעי
שר האוצר

יצחק שמיר
ראש הממשלה

דב שילנסקי
יושב ראש הכנסת

חיים הרצוג
נשיא המדינה

פורסם: ס"ח 1392 החשנ"ב 26.3.1992, עמ' 163.

תקנות החברות הממשלתיות

**תקנות החברות הממשלתיות (הצהרת רכוש של מנהל כללי),
התשל"ו-1976**

בתוקף סמכותי לפי סעיפים 38 ו-71 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975,
אני מתקין תקנות אלה:

1. מנהל כללי יגיש הצהרה לפי סעיף 38 לחוק —
 (א) אם התמנה לפני תחילת החוק — לא יאוחר מיום כ"ט באדר א' התשל"ו
 (1 במרס 1976).
 (ב) אם התמנה לאחר תחילת החוק — תוך שלושים יום מיום מינויו.
2. ההצהרה תיערך לפי הנוסח שבתוספת ותוגש על ידי המנהל הכללי ליושב
 ראש הדירקטוריון במעטפה סגורה, שעליה יחתום המנהל הכללי בנוכחות היושב
 ראש; היושב ראש יטביע עליה חותמת החברה, יוסיף חתימתו ויציין את התאריך.
3. חלו שינויים מהותיים בנתונים שעליהם הוצהר כאמור בתקנה 2, יגיש המנהל
 הכללי הצהרה חדשה ובצורה שנקבעו בתקנה 2, תוך שלושים יום מאירוע השינוי.
4. הצהרות יישמרו במעטפות הסגורות במקום נעול שקבע יושב ראש
 הדירקטוריון; מותר לפתוח מעטפה רק לפי הוראות היועץ המשפטי לממשלה או
 בית משפט.
5. לתקנות אלה ייקרא "תקנות החברות הממשלתיות (הצהרת רכוש של מנהל
 כללי) התשל"ו-1976".

מועד הגשת הצהרה
על רכוש

טופס הצהרה
הדריכה

שינויים

שמירת המעטפות

השם

**תוספת
(תקנה 2)
הצהרה על רכוש**

אני החתום מטה _____
 שם המשפחה השם הפרטי מס' הזהות

הממלא תפקיד של מנהל כללי ב- _____
 מצהיר בזה בהתאם לסעיף 38 של חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975,
 לאמור:

א. בני משפחה

הפרסים הבאים מתייחסים גם לבן / בת זוגי החי / ה אתי ולילדי, לרבות המאומצים, הסמוכים על שולחני —

בן / בת הזוג _____
 שם המשפחה השם הפרטי מס' הזהות

שם המשפחה לפני הנישואין

הילדים:

מספר הזהות	שנת הלידה	השם הפרטי

ב. נכסים

נכסי, נכסי בן / בת זוגי החי / ה אתי ונכסי ילדי, לרבות המאומצים, הסמוכים על שולחני מורכבים כיום מאלה —

(1) מזומנים, לרבות מטבעות זהב (ציין את הסכום. אין צורך למלא אם הסכום הכולל השייך למצהיר ובני משפחתו אינו עולה על 3,000 לירות) _____ לירות.

(2) פקדונות בבנקים ובמוסדות אשראי אחרים (ציין את סך כל הפקדונות. אין צורך למלא אם סך כל הפקדונות של המצהיר ובני משפחתו אינו עולה בסך הכל על 3,000 לירות) _____ לירות.

(3) ניירות ערך, לרבות שטרות לנכיון (ציין את שם ניירות הערך וסכומם הנקוב. אין צורך למלא אם סך כל הסכום הנקוב של כל ניירות הערך השייכים למצהיר ובני ומשפחתו אינו עולה על 3,000 לירות).

שם נייר הערך	הסכום הנקוב
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____

(4) הלוואות שנתתי או שנתנו בני משפחתי הנזכרים בסעיף א', לרבות משכנתאות (ציין את הסכום הכולל. אין צורך למלא אם סך הלוואות של המצהיר ובני משפחתו אינו עולה על 3,000 לירות).

(5) מלאי סחורות המשמש לצרכי מסחר, תעשיה, מלאכה, חקלאות או מקצוע (ציין את סוג הסחורות וערכן המשוער לפי מיטב שפיטתך).

(6) מכוונות, מכשירים, בעלי חיים ומטלטלים אחרים המשמשים לצרכי מסחר, תעשיה, מלאכה, חקלאות או מקצוע, למעט מלאי הסחורות כאמור בפרט 5 (ציין את מקום הימצאם ואת ערכם המשוער לפי מיטב שפיטתך).

מקום	הערך
_____	_____
_____	_____
_____	_____

(7) השקעות אחרות במסחר, תעשיה, מלאכה, חקלאות או מקצוע, כגון מניה בחברה פרטית, שותפות, זכות באגודה שיתופית וכיוצא באלה (ציין את פרטי ההשקעה, מקומה וערכה המשוער לפי מיטב שפיטתך).

(8) כלי רכב בעל מנוע (ציין הסוג, התוצרת, הגודל ושנת הייצור).

(9) מקרקעין כולל בנין, חלק מבנין, מגרש או ארמה חקלאית וזכות חכירה באלה לתקופה העולה על שנה אחת (ציין את סוג הנכס ופרטי הרישום בספרי האחוזה).

(10) מקום המגורים שלי ושל בני משפחתי הנזכרים בסעיף א' מכיל חדרים. מעני הוא _____
 הדירה הינה / איננהי בבעלותי, בבעלות בן / בת זוגי או בבעלות ילדי, לרבות המאומץ הסמוך על שולחני, חכורה לתקופה העולה על עשר שנים.

(11) אוסף, כגון אוסף ספרים, אוסף בולים או אוסף תמונות, אם ערכו עולה על 6,000 לירות (ציין את סוג האוסף ואת ערכו המשוער לפי מיטב שפיטתך).

(12) תכשיטים אשר ערכם הכולל _____ לירות (אין צורך למלא אם הערך הכולל אינו עולה על 3,000 לירות).

(13) נכסים אחרים אשר ערכם הכולל _____ לירות (אין צורך למלא אם הערך הכולל אינו עולה על 6,000 לירות).

ג. מקורות הכנסה

נוסף לרכוש המפורט בהצהרה זו, יש לי או לבני משפחתי הנזכרים בסעיף א', מקורות הכנסה קבועים (כולל תמלוגים, פנסיות, תגמולים, מזונות ותמיכה אחרת בין על פי זכות ובין שלא על פי זכות):

ד. חובות

יש לי או לבני משפחתי הנזכרים בסעיף א' חובות בסך כולל של _____ לירות (אין צורך למלא אם סך כל החובות אינו עולה על

3,000 לירות).

_____ חתימת המצהיר

_____ תאריך

• מחק את המיותר

יהושע רבינוביץ
שר האוצר

כ"א בטבת תשל"ו (31 בדצמבר 1975)

פורסם: ק"ח מס' 3465 התשל"ו 22.1.1976, עמ' 864.

תקנות החברות הממשלתיות (כהונה כדירקטור ביותר משתי חברות), התשל"ו-1976

בתוקף סמכותי לפי סעיפים 17(ב) ו-71 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן-החוק), בהתייעצות עם הרשות ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, אני מתקין תקנות אלה:

מינוי ביותר משתי חברות

1. (א) אדם בשירות המדינה, למעט מנהל כללי של משרד ממשלתי, שהוא דירקטור בשתי חברות, מותר למנותו דירקטור בלא יותר משתי חברות נוספות אם תחומי פעולתן נמצאים בתחום אחריותו ועיסוקו העיקרי בשירות המדינה והרשות אישרה זאת.

(ב) אדם שעיסוקו כדירקטור מהווה עיסוקו הקבוע היחידי או העיקרי, מותר למנותו דירקטור בשלוש חברות, בנוסף על השתיים כאמור בסעיף 17(ב) לחוק.

(ג) אדם המכהן כדירקטור בחברות, בין כאמור בסעיף 17(ב) לחוק ובין כאמור בתקנות אלה, מותר למנותו דירקטור גם בכל חברת בת של כל אחת החברות שהוא מכהן בהן, ובלבד שהרשות אישרה כי מבחינת מהותן, היקף עסקיהן ומנגנוני הניהול שלהן, פועלות החברות כיחידה תפעולית אחת.

עובד בחברה ממשלתית

2. (א) עובד בחברה ממשלתית מותר למנותו דירקטור בשתי חברות בת של החברה, בנוסף על השתיים כאמור בסעיף 17(ב) לחוק, ובלבד ששליש לפחות מבין כלל חברי הדירקטוריון בחברות הבת לא יהיו עובדי החברה או עובדי המדינה.

(ב) המשנה והסגנים של המנהל הכללי של חברה ממשלתית מותר למנותם דירקטורים בשלוש חברות בת של החברה, בנוסף על השתיים כאמור בסעיף 17(ב) לחוק.

(ג) מנהל כללי של חברה ממשלתית מותר למנותו דירקטור בכל חברות הבת של החברה, בנוסף על השתיים כאמור בסעיף 17(ב) לחוק.

חברות אחזקה בחיסול או במעבר

3. על אף האמור בתקנה 1, מותר שאדם יכהן כדירקטור בחברה בנוסף על כהונתו כדירקטור בחברות אחרות אם אישרה הרשות אחת מאלה:

- (1) מטרתו העיקרית היא אחזקת נכסים;
- (2) החברה הפסיקה את פעילותה העסקית או החליטה על חיסול עסקיה;
- (3) הזכות למנות דירקטורים בחברה בידי המדינה או בידי חברה ממשלתית באורח זמני בלבד.

4. לתקנות אלה ייקרא "תקנות החברות הממשלתיות (כהונת כדירקטור ביותר משתי חברות), התשל"ו-1976".

השם

יהושע רבינוביץ
שר האוצר

ב' באדר א' התשל"ו (3 בפברואר 1976)

פורסם: ק"ת מס' 3490 התשל"ו 11.3.1976, עמ' 1100.

תקנות החברות הממשלתיות (כללים בדבר גמול והוצאות לדירקטור מקרב הציבור בחברות הממשלתיות), התשנ"ד-1994

בתוקף סמכותי לפי סעיפים 19 ו-71 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן — החוק), בהתייעצות עם הרשות ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, אני מתקין תקנות אלה:

הגדרות

1. בתקנות אלה —

"חברה" — חברה ממשלתית וחברת בת ממשלתית;

"דירקטור" — דירקטור מקרב הציבור בחברה, למעט אם הוא עובד של החברה או עובד של גוף מתוקצב כהגדרתו בסעיף 21 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; "דרגה" — אחת מארבע הדרגות המפורטות בתוספות הראשונה והשנייה, כפי שנקבע בידי הרשות;

"ועדה" — ועדה כמשמעותה בסעיפים 29 ו-29א לחוק.

גמול והוצאות לדירקטור

2. (א) בעד השתתפות בישיבה של הדירקטוריון או של ועדה תשלם החברה לדירקטור גמול כמפורט בתוספת הראשונה, בהתאם לדרגתה.

(ב) הגמול כולל כיסוי של כל ההוצאות שהיו לדירקטור בקשר להשתתפות בישיבה, וכולל מס ערך מוסף.

(ג) דירקטור זכאי לגמול כאמור בתקנה זו אם יושב ראש הדירקטוריון או הועדה, לפי הענין, אישר כי השתתף בישיבה כולה או ברובה.

(ד) הגמול ישולם לדירקטור לא יאוחר מתום החודש שלאחר החודש שבו התקיימה הישיבה.

(ה) החברה תרווח לרשות מדי חודש על השתתפות של כל דירקטור בישיבות ועל הגמול ששולם לו.

גמול והוצאות ליושב ראש הדירקטוריון

3. (א) בעד השתתפות בישיבה של הדירקטוריון או של ועדה תשלם החברה ליושב ראש הדירקטוריון, אם אינו מקבל שכר מהחברה, גמול כמפורט בתוספת השנייה, בהתאם לדרגתה.

(ב) הוראות תקנה 2(ב) עד (ה) יחולו על הגמול המשולם כאמור ליושב ראש הדירקטוריון.

- סייגים
4. (א) לא ישולם גמול כאמור בתקנות אלה בעד השתתפות ביותר ממספר הישיבות המרבי לשנה הנקוב בתוספות הראשונה והשניה, בין של הדירקטוריון, בין של ועדה ובין של שניהם יחדיו; בסעיף זה, "שנה" — שנה המתחילה ב-1 בינואר ומסתיימת ב-31 בדצמבר שלאחריו.
(ב) לא ישולם לדירקטור וליושב ראש דירקטוריון גמול שנתי.
- חברה מעורבת
דירקטורים שאינם
מטעם המדינה
5. לענין תשלום גמול והוצאות לדירקטור מקרב הציבור מטעם המדינה בחברה מעורבת כמשמעותה בחוק, ולענין דירקטורים שלא מטעם המדינה בחברה, יחולו הוראות תקנות ההתאגדות של החברות.
- הצמדה
6. (א) הסכומים המפורטים בתוספות ישתנו ב-1 בפברואר וב-1 באוגוסט של כל שנה החל מ-1 בפברואר 1995 (להלן — יום השינוי), לפי שיעור העליה של המדד החדש לעומת המדד היטודי.
(ב) סכום מוגדל כאמור יעוגל לסכום הקרוב שהוא מכפלה של חמישה שקלים.
(ג) בתקנה זו —
"מדד" — מדד המחירים לצרכן שפרסמה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה;
"המדד היטודי" — לגבי השינוי ב-1 בפברואר 1995 — המדד שפורסם לחודש יולי 1994, ולגבי כל שינוי לאחריו — המדד שפורסם לאחרונה לפני יום השינוי הקודם;
"המדד החדש" — המדד שפורסם לאחרונה לפני יום השינוי.

תוספת ראשונה
(תקנות 2(א) ו-4(א))

מספר ישיבות מרבי בשנה לקבלת גמול	גמול השתתפות בישיבה לדירקטור בשקלים חדשים	דרגת החברה
60	750	א. חברה בסיווג 10 עד 11
45	625	ב. חברה בסיווג 8 עד 9
24	500	ג. חברה בסיווג 5 עד 7
12	375	ד. חברה בסיווג 1 עד 4

תוספת שניה
(תקנות 3(א) ו-4(א))

מספר ישיבות מרבי בשנה לקבלת גמול	גמול השתתפות בישיבה ליו"ר הדירקטוריון בשקלים חדשים	דרגת החברה
60	900	א. חברה בסיווג 10 עד 11
45	775	ב. חברה בסיווג 8 עד 9
24	650	ג. חברה בסיווג 5 עד 7
12	375	ד. חברה בסיווג 1 עד 4

כ"ח באב התשנ"ד (2 באוגוסט 1994)

אברהם (בייגה) שוחט
שר האוצר

פורסם: ק"ת 5618, התשנ"ד, 18.8.1994, עמ' 1258.

תקנות החברות הממשלתיות (כללים לקביעת נציג נבחר מקרב עובדי החברה כדירקטור), התשל"ז-1977

בתוקף סמכותי לפי סעיף 17(ג3) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן-החוק), בהתייעצות עם רשות החברות הממשלתיות ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, אני מתקין תקנות אלה:

פרק ראשון: פרשנות

1. בתקנות אלה —
- "נציג נבחר"** — נציג שנבחר מקרב עובדי החברה המוצע להתמנות כדירקטור;
- "דירקטור"** — נציג נבחר שמונה כדירקטור לפי החוק;
- "היום הקובע"** — יום היבחרה של ועדת הבחירות;
- "ארגון העובדים היציג"** — הארגון שעומו נמנה המספר הגדול ביותר של עובדים מאורגנים בחברה;
- "חברה"** — חברה ממשלתית או חברת בת ממשלתית.

הגדרות

החלטה בדבר מינוי
נציג נבחר
תיקון
החשמ"ז-1986

*1א. השרים רשאים, על פי שיקול דעתם, ולאחר התייעצות ברשות, להחליט כי יש לקבוע נציג נבחר, ומשהחליטו כך יחולו הוראות תקנות אלה.

פרק שני: הוראות כלליות

2. נציג נבחר ייקבע כדירקטור רק בחברה המעסיקה לפחות מאה עובדים והיא אינה בנק כמשמעותו בפקודת הבנקאות, 1941.
3. מספר הדירקטורים מקרב עובדי החברה יהיה שניים.
- 4* (א) החליטו השרים כאמור בתקנה 1א, יקויימו בחירות לצורך בחירת הנציג הנבחר.
- (ב) שיטת הבחירה של נציג נבחר תהיה כללית, אישית, חשאית וישירה.
5. הזכות לבחור נציג תהיה לכל עובד אשר ביום הקובע היה לפחות בן 18 שנים ובעל ותק של לפחות שנה אחת בעבודה בחברה.

סוגי החברות

מספר הדירקטורים

בחירות לנציג נבחר
תיקון
החשמ"ז-1986

הזכות לבחור

· תחולתו עד יום 30.8.1987.

6. כל מי שהוא בעל זכות בחירה זכאי להיות מועמד לבחירה בכפוף לתנאים אלה:
- (1) הוא בעל ותק של שלוש שנים לפחות בעבודה בחברה;
 - (2) הוא אינו ממלא אחר מתפקידים אלה: מנהל כללי או משנהו; עובד בלשכת המנהל הכללי; היועץ המשפטי; המבקר הפנימי; החשב; הגזבר; מזכיר החברה; מנהל המנגנון; סגן או עוזר למנהל המנגנון; קצין בטחון או חוקר בטחון; מהנדס או טכנאי ייצור, הקובע נורמות; עובד שמסמכותו לקבל ולפטר עובדים או לקבוע תנאי עבודה; נהג המנהל הכללי; חבר או מזכיר של גוף נבחר מייצג של עובדים בחברה;
 - (3) הוא אינו מכהן כדירקטור במשך תקופה העולה על חמש שנים;
 - (4) הוא לא הורשע בעבירה שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עמה קלון.
7. (א) בוחר רשאי להצביע בעד מספר מועמדים, ובלבד שלא יעלה על ארבעה; הצביע בעד יותר מארבעה מועמדים, תיפסל הצבעתו.
- (ב) ששת המועמדים שזכו במספר הקולות הגדול ביותר יהיו הנציגים הנבחרים; השרים ימנו את הדירקטורים מבין הנציגים הנבחרים.
- 8* פקעה כהונת דירקטור לפי סעיף 22 לחוק לפני תום תקופת הכהונה, רשאים השרים למנות למשך יתרת התקופה דירקטור אחר מבין הנציגים הנבחרים.
9. הושעה דירקטור לפי סעיף 23 לחוק רשאים השרים למנות מבין הנציגים הנבחרים ממלא מקום לתקופת ההשעיה.

שירות להיות
מועמד

נציגים נבחרים

מינוי דירקטור
במקום דירקטור
שפקעה כהונתו
חיקון
החש"מ-1986

מליח מקום

פרק שלישי: הבחירות

- 10* החליטו השרים כאמור בתקנה א1, יקבעו ביחד עם ארגון העובדים היציג ולאחר התייעצות עם הרשות, את המועד להקמת ועדת בחירות בחברה פלונית שבה טרם כיהן דירקטור; לגבי חברת בת ממשלתית טעונה קביעה כאמור בהתייעצות גם עם הדירקטוריון של חברת האם.
- 11* (א) תוך שלושים ימים מהמועד שנקבע על פי תקנה 10, או, אם החליטו השרים כאמור בתקנה א1, 120 ימים לפחות לפני תום תקופת כהונתו של דירקטור על פי כתב המינוי, יזמן ועד העובדים אסיפה כללית של עובדי החברה שתבחר את ועדת הבחירות.
- (ב) על אף האמור בתקנת משנה (א) בחברה שבה קיים גוף נבחר מרכזי והיא מעסיקה יותר מאלפיים עובדים, או שהיא מעסיקה פחות מאלפיים עובדים אך אלה אינם מרוכזים במקום אחד, יבחר הגוף הנבחר המרכזי את ועדת הבחירות; לענין זה, "גוף נבחר מרכזי" — גוף נבחר מקרב עובדי החברה המייצג את כלל עובדי החברה והמונה לפחות 31 איש.

מועד הקמת ועדת
הבחירות בחברה
שבה טרם כיהן
דירקטור
חיקון
החש"מ-1986בחירת ועדת
בחירות
חיקון
החש"מ-1986

12. מספר החברים בוועדת הבחירות יהיו חמישה, שבעה או תשעה. **מספר חברי ועדת הבחירות**
13. ועדת הבחירות תיבחר בהרמת ידיים, אולם לפי דרישת עשרה אחוזים לפחות מהנוכחים יקוימו בחירות חשאיות. **שיטת בחירת ועדת הבחירות**
14. (א) ואלה תפקידי ועדת הבחירות:
- (1) להכין את רשימת בעלי זכות הבחירה, לפי סדר א"ב של שמות המשפחה ולפרסמה ביום ה-14 לאחר היום הקובע;
 - (2) לפרסם את הרשימה הסופית של בעלי זכות בחירה לפי סדר הא"ב של שמות המשפחה, שתוקנה בהתאם להחלטות בהשגות ובעררים — ביום ה-40 לאחר היום הקובע;
 - (3) לפרסם רשימה של שמות המועמדים, לפי סדר א"ב של שמות המשפחה, ביום ה-60 לאחר היום הקובע;
 - (4) לפרסם את הרשימה הסופית והמתוקנת של שמות המועמדים לפי סדר א"ב של שמות המשפחה, שתוקנה בהתאם להחלטות בהשגות ובעררים — ביום ה-85 לאחר היום הקובע;
 - (5) לקבוע את סדרי הקלפי ונוהל הבחירות ולפקח על קיומם;
 - (6) לפרסם את תוצאות הבחירות למחרת יום הבחירות;
 - (7) להביא לידיעת השרים ואירגון העובדים היציג את שמות הנציגים הנבחרים.
- (ב) ועדת הבחירות תבחר את יושב ראש הוועדה מכיין חבריה.
- (ג) ועדת הבחירות תקבע את סדרי עבודתה ודינויה ותנהל פנקס פרוטוקולים.
- (ד) פרסום לפי תקנה זו ייעשה בדרך הצגה במקום הכולט לעין על לחות המודעות במקומות העבודה.
15. שמות מועמדים יוגשו לוועדת הבחירות תוך 14 יום לאחר פרסום הרשימה הסופית של בעלי זכות הבחירה; ואלה רשאים להגישם:
- (1) הגוף הנבחר הרחב ביותר מקרב עובדי החברה;
 - (2) קבוצה של עשרה אחוזים לפחות מעובדי החברה הזכאים לבחור, ובלבד שעובד לא יוכל להצטרף ליותר מקבוצה אחת.
16. הבחירות יתקיימו בשעות העבודה ביום ה-90 לאחר היום הקובע. **יום הבחירות**

פרק רביעי: השגה וערר

17. (א) עובד החברה רשאי להגיש השגה לוועדת הבחירות, תוך שבעה ימים מיום פרסום רשימת בעלי זכות הבחירה, על הכללתו או אי-הכללתו ברשימה או על הכללת הזולת או אי-הכללתו.
- (ב) עובד החברה רשאי להגיש השגה לוועדת הבחירות, תוך שבעה ימים מיום פרסום רשימת שמות המועמדים, על הכללתו או אי-הכללתו ברשימה או על הכללת הזולת או אי-הכללתו.

(ג) ועדת הבחירות תחליט בהשגה ותודיע למשיג את החלטה תוך חמישה ימים מתוך המועד להגשת ההשגות.

18. (א) על החלטה של ועדת הבחירות בהשגה לפי תקנה 17 ניתן לערור לפני מוסד הבקורת של ארגון העובדים היציג תוך חמישה ימים מהיום שבו הודע על ההחלטה.

(ב) הכרעת מוסד הביקורת של ארגון העובדים היציג בערר כאמור תינתן תוך חמישה ימים מתום המועד להגשת עררים.

(ג) העתק כתב ערר לפי סעיף קטן (א) והעתק הכרעת מוסד הבקורת לפי סעיף קטן (ב) ימסרו ליושב ראש הדירקטוריון של החברה.

פרק חמישי: שונות

19. (א) ועדת הבחירות או עשרים וחמישה אחוזים מבעלי זכות הבחירה רשאים לפנות לארגון העובדים היציג בבקשה להאריך מועד מהמועדים הקבועים בתקנות 14, 15, 17 ו-18 או לרחות את מועד הבחירות, וארגון העובדים היציג יכריע בבקשה תוך יומיים מיום שהוגשה.

(ב) החליט ארגון העובדים היציג להיעתר לבקשה, יקבע מועדים חדשים בתיאום עם ועדת הבחירות.

20. תחילתן של תקנות אלה שלושים יום לאחד פרסומן ברשומות.

21. לתקנות אלה ייקרא "תקנות החברות הממשלתיות (כללים לקביעת נציג נבחר מקרב עובדי החברה כדירקטור)", התשל"ז-1977."

כ"ה באייר התשל"ז (13 במאי 1977) יהושע רבינוביץ
שר האוצר

פורסם: ק"ת מס' 3727 התשל"ז 20.6.1977, עמ' 1992.
חוקן: ק"ת מס' 4919 התשמ"ו 30.3.1986, עמ' 722.

ערר

הארכת מועדים
החייבת בחירות

תחילה

השם

הודעה על מינוי ועדה לבריקת מינויים

לפי חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975

אני מודיע כי בתוקף סמכותי לפי סעיפים 18 ו-60א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, מיניתי ועדה לבריקת כשירותם והתאמתם של מועמדים לכהונת חבר מועצה, חבר רשות או חבר בגוף הממלא תפקיד דומה אף אם כינויו שונה, יושב ראש של אותם גופים או מנהל כללי בהם, לפי הענין, בתאגידים שהוקמו בחוק ובגופים אחרים שהוקמו בחיקוק, בהרכב זה:

השופט (דימ') מרדכי בן דרור, נציג היועץ המשפטי לממשלה - יושב ראש;

שני נציגי ציבור שיקבע יושב ראש הועדה לפי הענין מתוך רשימה שקבעתי עם שר האוצר, לאחר התייעצות במועצה לתאגידים ציבוריים, כמפורט להלן:

דוד שזר	תמר גוטליב
צבי שזר	זבולון הנדלר
יצחק איש הורוביץ	יעקב סלמן
דן גבעולי	אמיר ברנע
שושנה וינשל	ראובן גרונאו
חיים רוזן	שמחה סורוקר
מאיר בר-אוריין	גרעון פישלזון
	מוטה ברגר

כ"ג בטבת התשנ"ד (6 בינואר 1994)

(חמ 765-3)

דוד ליבאי
שר המשפטים

פורסם: י"פ 4188, התשנ"ד, 30.1.1994, עמ' 1938.

**כללי החברות הממשלתיות (מינוי יועצים משפטיים ושכרם),
התשנ"ב-1992**

בתוקף סמכותנו לפי סעיף 47(ג) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, אנו קובעים כללים אלה:

1. (א) שר המשפטים ושר האוצר ימנו ועדה (להלן – הוועדה) שתפקידה להמליץ בפני רשות החברות הממשלתיות (להלן – הרשות) בדבר אישור מינויו של עורך דין לשמש יועץ משפטי של חברה ממשלתית ובדבר אישור שכרו.
(ב) הוועדה תהיה של שבעה והם:
- (1) שלושה חברים מקרב הציבור שאחד מהם עוסק בהוראת משפטים באוניברסיטה;
 - (2) שני עורכי דין מתוך רשימה שהציעה לשכת עורכי הדין;
 - (3) עובר משרד המשפטים שהוא חבר לשכת עורכי הדין;
 - (4) יושב ראש דירקטוריון או מנהל כללי של חברה ממשלתית.
- (ג) לא ימונה אדם לחבר בוועדה אם לדעת השרים עלולים עיסוקיו האחרים ליצור ניגוד ענינים עם תפקידו כחבר ועדה.
(ד) שר המשפטים ושר האוצר ימנו את יושב ראש הוועדה מבין שלושת החברים מקרב הציבור.
(ה) הודעה על הרכב הוועדה ומענה תפורסם ברשומות.
2. מינויו של יועץ משפטי לחברה יכול שיהא לזמן או לביצוע מטלה אחת או יותר.
3. (א) בבקשת חברה לאישור המינוי של יועץ משפטי יש לציין את הפרטים שבתוספת הראשונה, ולצרף פרטים על היועץ כאמור בתוספת השניה.
(ב) הרשות רשאית לדרוש פרטים נוספים ממגיש הבקשה.
(ג) ששה חרשים לפחות לפני תום תקופת המינוי של יועץ משפטי, תגיש חברה המעוניינת במינוי חוזר לפי סעיף 6(ב) או במינוי של יועץ משפטי אחר, בקשה לרשות לאישור מינוי, זולת אם הסכימה הרשות למועד קצר יותר.
4. (א) הוועדה תשקוד על חלוקת עבודת הייעוץ המשפטי לחברות ממשלתיות בין מספר עורכי דין גדול, ככל האפשר, ובבואה להמליץ המלצותיה תיתן דעתה, בין היתר, לאלה:
- (1) צרכי החברה בייעוץ משפטי;

- (2) הכישורים והנסיון של עורך הדין או עורכי דין אחרים במשרדו בתחומי פעילותה של החברה, ואפשרויותיהם להעניק לחברה את השירותים שהיא זקוקה להם במועדים הנדרשים;
- (3) היות עורך הדין או עורך דין אחר במשרדו יועץ משפטי של חברה ממשלתית אחת או יותר;
- (4) האפשרות לחלק את עבודת היועץ המשפטי בחברה אחת בין מספר עורכי דין;
- (5) הצורך לרענן את עבודת היועץ המשפטי בחברה ממשלתית בהתחשב מחד גיסא במספר השנים שעורך הדין משמש יועץ משפטי של חברה, ומאידך גיסא בנסיבות מיוחדות המחייבות או המצדיקות המשך עבודתו בחברה;
- (6) האפשרות להרחיב את מספר משרדי עורכי הדין המטפלים בחברות ממשלתיות;
- (7) היות המועמד יועץ משפטי של אחד מבעלי המניות בחברה או של אדם או תאגיד אחרים המקיימים קשרי עסקים עם החברה;
- (8) שכר הטרחה שמציעה החברה, בהתחשב במומחיות ובהיקף העבודה הנדרשים לטיפול בענייניה, בין בדרך כלל ובין לענין ספציפי, ובתעריפי שכר הטרחה שקבעה לשכת עורכי הדין;
- (9) אפשרות קיומם של גורמים אחרים העלולים להשפיע על עבודתו של עורך הדין בחברה.
- (ב) לא תמליץ הוועדה על אישור של מינוי אם, לדעתה, עלולים עיסוקיו האחרים של עורך הדין ליצור ניגוד ענינים עם תפקידו כיועץ משפטי של החברה.
- (ג) בבואה להמליץ בדבר שכרו של היועץ המשפטי תשקול הוועדה בין היתר את אלה:
- (1) מהות העניינים;
 - (2) המומחיות שנדרשת לטיפול בענייניה של החברה;
 - (3) העבודה הכרוכה בטיפול בענייניה של החברה;
 - (4) תעריפי שכר הטרחה שקבעה לשכת עורכי הדין.

5. בבואה לדון אם לאשר בקשת החברה לאישור המינוי, תשקול הרשות, בין היתר, את השיקולים המפורטים בסעיף 4. שיקולי הרשות
6. (א) יועץ משפטי שנתמנה לתקופה, לא תעלה תקופת המינוי על שלוש שנים. תקופת מינוי
- (ב) הרשות רשאית, לבקשת החברה ולאחר עיון בהמלצת הוועדה, לחזור ולאשר מינוי, ובלבד שכל אישור נוסף יהיה לתקופה שלא תעלה על שלוש שנים.
7. (א) לא תסרב הוועדה להמליץ על אישור של מינוי אלא לאחר שנתנה הזדמנות לחברה וליועץ המשפטי המוצע להשמיע דבריהם בפניה. סירוב לאשר מינוי
- (ב) המליצה הוועדה בחיוב לגבי בקשה לאישור מינוי, לא תסרב הרשות לאשר את המינוי, אלא לאחר שנתנה הזדמנות לחברה וליועץ המשפטי המוצע להשמיע דבריהם בפניה.

8. הפסיקה חברה את העסקתו של יועצה המשפטי לפני תום תקופת מינויו, תודיע על כך לרשות במכתב מנומק; הרשות רשאית לדרוש פרטים נוספים מן החברה ומן היועץ המשפטי.
- הפסקת העסקתו של יועץ משפטי
9. הרשות רשאית לבטל את אישור המינוי על יסוד חוות דעת מנומקת של הוועדה, ובלבד שהוועדה נתנה הודמנות לחברה וליועצה המשפטי להשמיע דבריהם בפניה.
- ביטול אישורו של מינוי
10. לענין מילוי תפקידה, רשאית הוועדה לקבל מידע בכתב ובעל-פה מהרשות, ממשרדי הממשלה, מחברות ממשלתיות ומכל גוף או אדם אחד, בכפוף להגבלות על פי חוק.
- קבלת מידע
11. (א) שלושה מבין חברי הוועדה יהיו מנין חוקי בישיבותיה, ובלבד שכל חברי הוועדה זומנו לישיבה וסדר היום נשלח לכל החברים.
(ב) לא נכה היושב ראש בישיבה, רשאים החברים המשתתפים בה לבחור יושב ראש לאותה ישיבה.
(ג) מנהל הרשות או נציגו רשאים להשתתף בישיבות הוועדה ובריוניה ללא זכות הצבעה.
(ד) יושב ראש הוועדה, ממלא מקומו, שלושה מחברי הוועדה או מנהל הרשות רשאים לזמן ישיבה.
(ה) הוועדה תקבע את נהלי עבודתה וריוניה, במידה שלא נקבעו בכללים אלה.
- מנין חוקי חיסון ישיבות הוועדה
12. (א) עורך דין המעונין בהעסקתו כיועץ משפטי לחברה ממשלתית רשאי להגיש בקשה לרשות, ובלבד שלא יציע העסקתו בחברה פלונית.
(ב) בבקשה לפי סעיף קטן (א) יש לציין את הפרטים שבתוספת השניה.
- בקשה להתפנות יועץ משפטי
13. הרשות רשאית, מיוזמתה או לבקשת חברה, להציע לחברה מועמד אחד או יותר ליועץ משפטי, מתוך רשימת עורכי הדין שפנו לרשות לפי סעיף 12 והוועדה המליצה עליהם.
- הצעה מועמד לחברה
14. ראתה הרשות שיש צורך דחוף למנות למטלה יועץ משפטי לחברה, רשאית היא –
(1) לפטור את החברה מהגשת בקשה לפי סעיף 3(א);
(2) להחליט על אישור המינוי; האישור יינתן בידי היושב ראש ובהעדרו – אחד מנציגי הציבור בוועדה.
- מינוי דחוף
15. כללים אלה אינם חלים על העסקת עורך דין כעובד החברה.
- סיג לתחלה
16. כללי ההברות הממשלתיות (מינוי יועצים משפטיים ושכרם), התשל"ז-1977 – בטלים.
- ביטול
17. תחילתם של כללים אלה שלושים ימים מיום פרסומם.
- תחילה

תוספת ראשונה

(סעיף 3א)

- (א) פרטים בבקשה של חברה לאישור מינוי של יועץ משפטי לתקופה:
- (1) אופי עסקי החברה והיקפם.
 - (2) מידת הודקקותה של החברה ליועץ משפטי חיצוני, השירותים המשפטיים הדרושים ומידת התכיפות והדחיפות בהגשתם.
 - (3) היקף השירותים המשפטיים שניתנו לחברה בשנתיים שקדמו לשנה שבה מוגשת הבקשה, לרבות אלה שנתן עורך הדין שאת העסקתו מבקשים, בין דרך כלל ובין לענינים מיוחדים.
 - (4) הכישורים והנסיון הנדרשים מן היועץ המשפטי, לרבות שליטה בשפות והתמחות בתחומים מקצועיים ועסקיים.
 - (5) האם יש לחברה יועץ משפטי נוסף – בין שכיר ובין שאינו שכיר של החברה – ומה תחום עיסוקיו.
 - (6) שם המועמד, מען משרדו, השכלתו, והנסיון המקצועי שלו; שמות שותפיו ועורכי הדין השכירים העובדים במשרדו.
 - (7) היות המועמד, או עורך דין אחר במשרדו, יועץ משפטי של חברה ממשלתית אחרת, או של גופים ציבוריים אחרים, לרבות תאגידים שהוקמו בחוק (יש לפרט).
 - (8) פרטים לגבי מתן יועץ משפטי של המועמד לאדם או לתאגיד אחרים, לענין השיקולים האמורים בסעיף 4.
 - (9) היות עורך הדין שותף או קרוב של אחד מבעלי המניות בחברה או של המנהל הכללי שלה; בפסקה זו, "קרוב" – הורה, צאצא, אח, או בן-זוג, וכן הורה, צאצא או אח של בן-הזוג.
 - (10) שכר הטרחה שהחברה מבקשת לשלם לעורך הדין ואופן התשלום.
 - (11) פרטים אחרים שהחברה ראתה לראוי לציין בבקשה.
- (ב) פרטים בבקשה של חברה לאישור מינוי של יועץ משפטי לשם ביצוע מטלה:
- (1) טיבו של הענין שהחברה מעוניינת למסור לטיפולו של עורך הדין;
 - (2) דחיפותו של הענין ומשך הזמן המשוער הדרוש לטיפול בו;
 - (3) הפרטים האמורים בסעיף א(3) עד (11), בשינויים המחוייבים.

תוספת שניה

(סעיפים 3(א) ו-12(ב))

1. מוגשת בזאת בקשה למינוי יועץ משפטי: _____ ממשרד _____
2. המשרד נוסד בשנת _____
3. כתובת המשרד הראשי _____ טל' _____ פקס' _____
4. כתובת הסניפים: 1. _____ טל' _____ פקס' _____
 2. _____ טל' _____ פקס' _____
 3. _____ טל' _____ פקס' _____
5. בעלי המשרד או השותפים:

שם	שנת קבלת רשיון עו"ד	מספר שנים במקצוע כעצמאי	מספר שנים במקצוע כשכיר	מקומות עבודה קודמים

6. עורכי הדין השכירים:

שם	שנת קבלת רשיון עו"ד	מספר שנים במקצוע כעצמאי	מספר שנים במקצוע כשכיר	מקומות עבודה קודמים

7. סגל העובדים (לפרט לפי סניפים, ולפי הפירוט הבא):

המשרד הראשי	עורכי דין שותפים	עורכי דין שכירים	סטז'רים	עובדי מינהלה	
				סה"כ	סה"כ

8. פירוט של גופים/חברות שאינם חברות ממשלתיות בטיפול היועץ המשפטי/המשרד:

שם החברה	מס' רישום החברה	כתובת	ענף כלכלי	משנת: היועץ המשפטי	בטיפול המשרד/

9. כישורים ונסיון מיוחדים והתמחויות מיוחדות בתחומים מקצועיים ועסקיים שיש ליועץ המשפטי/למשרד:

10. האם קיים הסכם התקשרות עם משרד אחר של עורכי דין: כן לא

שם המשרד	שמות השותפים	מס' העובדים	תאריך יסוד המשרד

תמצית הסכם ההתקשרות:

11. קורספונדנטים בחו"ל:

12. חברות ממשלתיות (לרבות חברות בת ממשלתיות) בטיפול היועץ המשפטי / המשרד (לכלול גם חברות שהמינוי בהן פג)

שם החברה היצי כולל של שעות עבודה לשנה שנת המינוי הראשונה שנת סיום

13. פרטים על ביטוח כנגד סיכונים מקצועיים ושיעורו:
האם יש ליועץ המשפטי/למשרד כיסוי נאות נגד סיכונים מקצועיים: כן לא
מהו סכום הביטוח?

14. סוג החברות הממשלתיות איתן היועץ המשפטי מבקש לעבוד:
אנא ציינו קטגוריה אחת בלבד בכל אחד מהסעיפים (א), (ב) ו-(ג) (אלא אם כן צויין אחרת). יצויין כי רשות החברות לא תטפל בבקשה שאינה עונה על סעיף זה בדרייקנות.

(א) חברות גדולות

חברות בינוניות

חברות קטנות

(ב) חברות נסחרות בבורסה

חברות שאינן נסחרות בבורסה

(ג) חברות שלהן פעילות רבה בחו"ל

חברות שאין להן פעילות בחו"ל או שפעילות כאמור מועטה.

אנא ציין בסעיף גם שליטה בשפות זרות.

(ד) תחום התמחות ספציפי של חברה שהיועץ המשפטי מעוניין בו (שיכון, כימיקלים, נפט, בניה וכו'):

הערפה א' _____

הערפה ב' _____

הערפה ג' _____

(ה) האזור בארץ שבו היועץ המשפטי יכול ומעוניין ליתן את השירות:

כל הארץ

צפון הארץ

מרכז הארץ

דרום הארץ

_____ אחר

(ו) סוג העיסוק או העיסוקים שבו מעוניין היועץ המשפטי:

ריטיינר

הופעות בבתי משפט

מטלות

עניינים אחרים

אם היועץ המשפטי מעוניין בתחום מסויים (למשל מטלות בענייני מסים, עסקות מקרקעין, דיני עבודה וכו' - אנא ציינו זאת).

15. פרטים נוספים שהנכם מוצאים לנכון לציין:

תאריך שם החותם חתימה

ח' בתמוז התשנ"ב (9 ביולי 1992)

(חמ 3-511)

יצחק מודעי
שר האוצר

דן מרידור
שר המשפטים

פורסם: ק"ח 5459, התשנ"ב, 16.7.1992, עמ' 1348.

• במקור כתוב מעוניין
• במקור כתוב ביטולו

כללי החברות הממשלתיות (מינוי רואי חשבון ושכרם), התשנ"ד-1994

בתוקף סמכותנו לפי סעיף 44(ג) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן – החוק), ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, אנו קובעים כללים אלה:

1. בכללים אלה –
- תגרות** "ביקורת" – כמשמעותה בתקנות רואי חשבון (דרך פעולתו של רואה חשבון), התשל"ג-1973;
- "הועדה" – הועדה שהתמנתה לפי סעיף 2;
- "הפקודה" – פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983;
- "חברה ממשלתית" – כהגדרתה בחוק, ולרבות חברת-בת ממשלתית, כהגדרתה בחוק;
- "רואה חשבון" – לרבות שותפות של רואי חשבון, חברת רואי חשבון או כל התאגדות חוקית אחרת של רואי חשבון.
2. (א) שר המשפטים ושר האוצר ימנו ועדה שתפקידה להמליץ בדבר מינויו וביטול מינויו של רואה חשבון לחברה ממשלתית, וברכר קביעת שכרם של רואי חשבון לחברות ממשלתיות.
- (ב) הועדה תהיה של שבעה חברים כמפורט להלן:
- (1) שלושה חברים מקרב הציבור אשר נמצאו בידי הועדה לבריקת מינויים, כמשמעותה בחוק, כשירים לכהן כדירקטור בחברה ממשלתית, כאמור בפרק ג' לחוק ובשינויים המחוייבים;
- (2) שני רואי חשבון מתוך רשימה של ארבעה רואי חשבון לפחות שהציעה לשכת רואי חשבון ואושרה בידי יושב ראש מועצת רואי חשבון;
- (3) יושב ראש מועצת רואי חשבון או עובד משרד המשפטים שיקבע שר המשפטים;
- (4) מי שמכהן בעת מינויו לחבר הועדה בתפקיד יושב ראש דירקטוריון של חברה ממשלתית, על פי הצעת הרשות.
- (ג) שר המשפטים ושר האוצר ימנו את יושב ראש הועדה מבין שלושת החברים מקרב הציבור.
- (ד) תקופת המינוי של חברי הועדה תהיה 4 שנים.
- (ה) הודעה על הרכב הועדה ומענה תפורסם ברשומות.

3. (א) לא ימונה אדם לחבר בוועדה אם לדעת השרים, לאחר התייעצות עם הרשות, עלולים עיסוקיו האחרים ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כחבר בוועדה.
(ב) לא ישתתף חבר הוועדה בישיבתה אם לדעתו או לדעת היושב ראש עלולים עיסוקיו האחרים ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כחבר הוועדה באותה ישיבה.

ניגוד עניינים

4. (א) רואה חשבון המעוניין בהעסקתו כרואה חשבון של חברה ממשלתית רשאי להגיש בקשה לרשות, ובלבד שלא יציע העסקתו בחברה מסוימת.
(ב) בבקשה כאמור בסעיף קטן (א) יצוינו הפרסים שבתוספת הראשונה; חל שינוי מהותי בפרט מפרטי הבקשה, יודיע על כך רואה החשבון מידית לרשות.
(ג) הרשות תקבע, לפי המלצת הוועדה, אמות מידה להכללת רואי חשבון ברשימת רואי חשבון לחברות ממשלתיות, להתאמתם של רואי חשבון לסוגי חברות ממשלתיות (להלן - אמות המידה).

רשימת רואי חשבון לחברות ממשלתיות

5. (א) רואה החשבון של חברה ממשלתית יתמנה בדרך הקבועה בסימן ב' של פרק ט' לפקודה, בכפוף לכללים אלה.
(ב) הרשות תציע לוועדה לפחות חמישה רואי חשבון מאלה שפנו אליה כאמור בסעיף 4, ואשר נתוני משרדיהם מתאימים לחברה המסוימת, על פי אמות המידה.

מינוי רואה חשבון לחברה ממשלתית מסוימת

(ג) הוועדה תבחן את הצעת הרשות, ותמליץ על רואה חשבון מהכלולים בהצעה, או על יותר מרואה חשבון אחד, מהכלולים בהצעה, אם סברה הוועדה, כי החברה זקוקה ליותר מרואה חשבון אחד, והכל בשים לב, בין היתר, לשיקולים המנויים בתוספת השנייה.
(ד) המלצת הוועדה תובא, באמצעות הרשות, לדיון באסיפה הכללית של החברה; החלטת האסיפה הכללית בדבר מינוי רואה חשבון טעונה אישור הרשות.

6. (א) שכרם של רואי החשבון לחברות הממשלתיות ייקבע בידי הרשות, ויעודכן על ידיה מזמן לזמן, הכל לאחר התייעצות עם הוועדה.
(ב) הרשות, והוועדה בבואה ליעץ לרשות, בדונם בקביעת שכר רואי החשבון וערכונו, יתנו דעתם, בין היתר, לאלה:

שכרם של רואי החשבון לחברות ממשלתיות

- (1) השכר לשעת עבודה או הסדרי שכר אחרים המקובלים במקצוע ראיית החשבון; היה רואה החשבון התאגדות של רואי חשבון, יובא בחשבון דירוגם המקצועי של החברים או השותפים בהתאגדות ורואי החשבון העובדים בה;
- (2) השכר המקובל לגבי רואה חשבון במגזר הציבורי;
- (3) המורכבות וההיקף של פעילות החברה הממשלתית, ומאפיינים מיוחדים שלה;
- (4) שירותים נלווים לשירותי ראיית החשבון, שאותם אמור רואה החשבון לתת לחברה ושאינם נכללים בשכר הטרחה בעד הביקורת.

* במקור כתוב ענינים.

7. (א) יושב ראש הדירקטוריון ויושב ראש ועדת הביקורת של חברה ממשלתית יגישו לרשות מדי שנה, עד 30 באפריל, דו"ח בעניין ההתקשרות עם רואה החשבון של החברה, לגבי שנת הביקורת הקודמת, הכולל את הפרטים האמורים בתוספת השלישית.
- (ב) רואה חשבון של חברה ממשלתית יגיש לרשות מדי שנה, עד 30 באפריל, דו"ח לגבי שנת הביקורת הקודמת, הכולל את הפרטים האמורים בתוספת הרביעית.
- (ג) הרשות, לבקשת החברה ורואה החשבון שלה, רשאית להאריך את המועדים האמורים בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) בפרק זמן שלא יעלה על חודש אחד.
8. (א) אישור הרשות למינוי רואה חשבון לחברה ממשלתית ינתן מראש לתקופה שלא תעלה על שלוש תקופות מינוי רצופות, כמשמעותן בסעיף 215 לפקודה (בסעיף זה – תקופות מינוי).
- (ב) (1) הרשות רשאית, לאחר עיון בהמלצת הועדה, או על פי הנחיות שתקבע הועדה, לחזור ולאשר מינוי, ובלבד שכל אישור נוסף יהיה לתקופה כאמור בסעיף קטן (א), ורואה החשבון לא ישרת את החברה במשך יותר משש תקופות מינוי רצופות.
- (2) על אף האמור בפסקה (1), רשאית הרשות, לאחר עיון בהמלצת הועדה, לחזור ולאשר תקופת מינוי אחת בנוסף לשש תקופות המינוי, אם סברה כי החלפת רואה החשבון עלולה לגרום נזק ממשי לחברה או לבעלי מניותיה.
- (3) בחברה ממשלתית המצויה בהפרטה, או בחברה בה אמור לחול שינוי יסודי במבנה החברה, רשאית הרשות, לאחר עיון בהמלצת הועדה, לחזור ולאשר מינוי רואה חשבון גם לאחר תום שבע תקופות מינוי כאמור, אם סברה שהפסקת העסקתו של רואה החשבון תגרום נזק להפרטת החברה, או לשינוי כאמור.
- (ג) לענין סעיף קטן (ב) רואים רואה חשבון ששימש את החברה במשך יותר מחמש תקופות מינוי עד לתחילת כללים אלה, כמי ששימש את החברה חמש תקופות מינוי.
9. (א) מינויו של רואה חשבון חדש ייכנס לתוקף ב-1 בינואר של השנה שלאחר מועד כינוס האסיפה הכללית שאישרה את המינוי, ורואה החשבון הקודם ישלים את הביקורת לתקופה המסתיימת ערב תחילת מינויו של רואה החשבון החדש.
- (ב) רואה החשבון החדש יסקור את הדו"חות הכספיים לרבעון הראשון בשנה שבה החל בתפקידו.
- (ג) דירקטוריון החברה הממשלתית יקבע אם קיים צורך בפרק זמן שבו יועסקו יחידיו, בחפיפה, רואה החשבון החדש ורואה החשבון הקודם, ואת משכו של פרק זמן זה; קבע הדירקטוריון פרק זמן העולה על שישה חודשים, טעונה הקביעה אישור הרשות.

דרי"ח דירקטוריון
דרי"ח רואה חשבון

תקופו של אישור
למינוי

החילה תקופת
המינוי

10. לא חידשה האסיפה הכללית של החברה את מינויו של רואה החשבון אף שאישור הרשות למינוי עדיין תקף, תודיע החברה על כך לרשות במכתב מנומק; הרשות רשאית לדרוש פרטים נוספים מן החברה ומרואה החשבון.
11. (א) הרשות רשאית לבטל את אישור המינוי של רואה החשבון על יסוד חוות דעת מנומקת של הועדה, ובלבד שניתנה הזדמנות לחברה הממשלתית ולרואה החשבון להביא טענותיהם בפני הועדה.
(ב) בוטל אישור המינוי כאמור, תיקבע תחילת תקופת המינוי של רואה החשבון החדש בידי הרשות, לאחר שפעלה כאמור בסעיף קטן (א), וסעיפים 9(א) ו-10(ב) לא יחולו.
12. הרשות תעמיד לרשות הועדה כל מידע הנחוצך לה לצורך מילוי תפקידה, בכפוף להגבלות על פי כל דין.
13. (א) רוב חברי הועדה יהיו מניין חוקי בישיבותיה, ובלבד שכל חברי הועדה זומנו לישיבה וסדר היום נשלח לכל החברים.
(ב) לא נכח היושב-ראש בישיבה, רשאים החברים המשתתפים בה לבחור מתוכם יושב ראש לאותה ישיבה.
(ג) היו הקולות שקולים יהיה ליושב ראש הישיבה קול מכריע.
(ד) מנהל הרשות ונציגיו רשאים להשתתף בישיבות הועדה וכדיוניה ללא זכות הצבעה.
(ה) הועדה תקבע את נוהל עבודתה ודיוניה, ככל שאלה נחוצים ולא נקבעו בכללים אלה.
14. כללי החברות הממשלתיות (מינוי רואי חשבון ושכרם), התשל"ז-1977 – בטלים.
15. תחילתם של כללים אלה שלושים ימים מיום פרסומם.

תוספת ראשונה

(סעיף 4(ב))

פרטים בבקשת רואה חשבון למנותו לחברה ממשלתית:

- שם המבקש, מענו, השכלתו, הוותק והנסיון המקצועי שלו; היה המבקש התאגדות רואי חשבון – יימסרו פרטים כאמור לגבי כל החברים או השותפים בהתאגדות, וכן רואי החשבון העובדים בה, תוך הבחנה בין עובדים קבועים לעובדים זמניים או עונתיים;
- היות המבקש רואה חשבון של חברה ממשלתית או היותו מועסק בחברה ממשלתית שלא למטרת ראיית חשבון כמשמעותה בחוק רואי חשבון, התשט"ו-1955, בהווה או בעבר – תוך ציון תקופת ההעסקה;

3. נתונים על חברות עיקריות המבוקרות בידי המבקש – גודלן, עיקרי פעילותן והתמחויות הביקורת הנדרשות לגביהן;
4. היות המבקש משמש רואה חשבון של חברות שמניותיהן נסחרות בבורסה לניירות ערך בארץ או בחו"ל, ופירוט חברות אלה;
5. יכולתו של המבקש לתת שירותים מחוץ לעיר שבה נמצא משרדו וציון עדיפויותיו למתן שירותים כאלה;
6. קיומם של רואי חשבון ואנשי מקצוע אחרים מחוץ לישראל שעמם נוהג המבקש לעבוד או שבשירותיהם נוהג המבקש להיעזר, ופרטים עליהם ככל הנדרש;
7. ענפים כלכליים שבהם מתמחה המבקש והעדפות המבקש לשמש כרואה חשבון לחברות ממשלתיות העוסקות בענפים כלכליים מסוימים, אם ישנן כאלה;
8. פרטים נוספים ככל שתדרוש הרשות.

תוספת שניה

(סעיף 5(ג))

שיקולים שהועדה תשקול בבואה להמליץ על רואה חשבון לחברה ממשלתית:

1. עסקי החברה שמבקשים למנות לה רואה חשבון (בתוספת זו – החברה), היקפם ומורכבותם;
2. הכישרים, ההתמחויות והנסיון של רואה החשבון וצוות משרדו כתחומי פעילותה של החברה, ויכולתם לבקר את החברה בלוח הזמנים הדרוש;
3. היות רואה החשבון מועסק כרואה חשבון של חברה ממשלתית אחרת;
4. הצורך לרענן את עבודת ראיית החשבון בחברה, תוך התחשבות במספר השנים שרואה החשבון משמש בחברה, מחד גיסא, ובנטיבות מיוחדות המחייבות או מצדיקות את המשך העסקתו, מאידך גיסא;
5. הימנעות מריכוז מספר חברות בידי מספר מצומצם של רואי חשבון, ובלבד שאין עקרון זה בא על חשבון טיב הביקורת;
6. היות רואה החשבון משמש גם את חברת האם של החברה או חברת-בת שלה, ככל שנתון זה יועיל להחלת מדיניות השבונאית אחידה של שתי החברות;

7. אי תלותו של רואה החשבון בחברה המבוקרת, כנדרש בהוראות כל דין, ולרבות בתקנה 2 לתקנות רואי חשבון (דרך פעולתו של רואה חשבון), התשל"ג-1973:
8. אפשרות קיומם של גורמים אחרים העלולים לפגוע ביכולתם של בעלי המניות להסתייע ברואה החשבון כגורם מבקר מטעמם;
9. כל שיקול מהותי אחר שיש בו כדי להשפיע על התאמת רואה החשבון לחברה.

תוספת שלישית

(סעיף 7א)

פרטים שיש לכלול בדו"ח דירקטוריון חברה ממשלתית בדבר ההתקשרות עם רואה החשבון של החברה:

1. פרטים לגבי ההערות המהותיות שהעלה רואה החשבון של החברה לענין מערכת הדיווח והבקרה הכספית והחשבונאית בחברה המבוקרת והחלטות הדירקטוריון או ועדותיו לגביהם.
2. פרטים בדבר עיכובים בעבודת הביקורת, והאמצעים, המידע וכוח האדם הדרושים לרואה החשבון, לדעת דירקטוריון החברה, לשם מניעת עיכובים אלה;
3. בחברה שטרם מונה לה רואה חשבון או שפג תוקף אישור הרשות למינוי רואה החשבון – פרטים בדבר הנסיון, הכישורים וההתמחויות הנדרשים מרואה החשבון, וכן בדבר מיקום משרדו;
4. פרטים נוספים, ככל שתדרוש הרשות.

תוספת רביעית

(סעיף 7ב)

פרטים שיש לכלול בדו"ח רואה החשבון בדבר ההתקשרות עם חברה ממשלתית:

1. ציון שנת הכספים הראשונה שבה החל רואה החשבון לבקר את החברה;
2. פרטי המועסקים בידי רואה החשבון בטיפול בחברה בשנת הכספים האחרונה, לרבות תואריהם והכשרתם המקצועית, ושנות הנסיון בביקורת החברה;
3. פרטים בדבר שינויי שיטה חשבונאיים ותיקוני אמדן חשבונאיים בדו"חות הכספיים של החברה, אם נעשו כאלו, לרבות עילות השינויים והתייחסות המבקר להם;

4. פרטים בדבר תרומת רואה החשבון להעלאת רמתה המקצועית של מערכת הדיווח והבקרה הכספית והחשבונאית בחברה המבוקרת;
5. פרטים בדבר האמצעים שבידי החברה לרבות מידע וכוח אדם הדרושים לרואה החשבון לשם מניעת עיכובים בעבודת הביקורת;
6. פרטים בדבר אי תלות רואה החשבון;
7. פרטים בדבר כל תלונה שהוגשה נגד רואה החשבון, חקירה שביצע לגבי כל גוף שהוא, החלטה או פסק שניתנו בענינו, והכל לגבי תקינות עבודת רואה החשבון, מאז האישור האחרון למינויו כרואה החשבון של החברה;
8. פרטים נוספים בדבר ההתקשרות, ככל שתדרוש הרשות.

ו' בשבט התשנ"ד (18 בינואר 1994)
(ח"מ 3-123)

דוד ליבאי
שר המשפטים

אברהם (בייגה) שוחט
שר האוצר

פורסם: ק"ת 5577, התשנ"ד, 27.1.1994, עמ' 590.

תקנות החברות הממשלתיות (ערעורים), התשל"ז-1977

- בתוקף סמכותי על פי סעיף 46 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, וסעיף 13(ב) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן-החוק), אני מתקין תקנות אלה:
1. ערעור על תוכנה של תעודת הרשות לפי סעיפים 8 או 12 לחוק יוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים תוך ארבעים וחמישה יום מיום הגשתה לרשם החברות.
 2. (א) הרשות והחברה הנוגעת בדבר יהיו משיבות בערעור.
(ב) נתקבלה תעודת הרשות שעליה מערערים בעקבות פנייה בכתב של אדם כלשהו, יצויין אותו אדם כמשיב בבקשה נוסף על המשיבות האמורות בתקנת משנה (א).
 3. (א) כתב הערעור יוגש בששה עתקים: עותק יומצא לרשות, לחברה הנוגעת בדבר ולרשם החברות.
(ב) עותק נוסף של כתב הערעור יצורף ויומצא לכל משיב נוסף על האמורים בתקנת משנה (א).
 4. הרואה עצמו נפגע או עלול להיפגע מההחלטה בערעור רשאי לבקש מבית המשפט לצרפו כמשיב או כמערער, לפי הענין.
 5. הערעור יוגש ויתברר בצורת המרצת פתיחה והוראות תקנות סדר הדיון האזרחי, התשכ"ג-1963, יחולו על הערעור והדיון בו, בשינויים המחוייבים.
 6. העתק מהחלטת בית המשפט יישלח, לצדדים לדיון, גם לרשם החברות.
 7. תחילתן של תקנות אלה ביום העשירי לאחר פרסומן.
 8. לתקנות אלה ייקרא "תקנות החברות הממשלתיות (ערעורים), התשל"ז-1977".
- ל' בניסן תשל"ז (18 באפריל 1977) חיים י' צדוק
שר המשפטים

חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992

חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992

הגדרות

1. בחוק זה –

“גוף ציבורי” – כל אחד מאלה:

- (1) גוף מבקר כמשמעותו בסעיף 19(1), (2) או (5) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב] (להלן – חוק מבקר המדינה);
 - (2) גוף נתמך כמשמעותו בסעיף 32 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985;
 - (3) גוף מבקר כמשמעותו בסעיף 9(7) או (8) לחוק מבקר המדינה, תאגיד אשר פעילותו, כולה או מקצתה, ממומנת במישרין או בעקיפין מכספי המדינה, או תאגיד מורשה לתת שירות לציבור, והכל אם סעיפים 16 עד 18 אינם חלים לגביו והשר ושר המשפטים, באישור הועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת, קבעו בהודעה ברשומות שהוא גוף ציבורי לענין חוק זה;
- והכל למעט מוסד להשכלה גבוהה שהוכר לפי סעיף 9 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958;
- “הועדה” – הועדה שהוקמה לפי סעיף 3(ב);
- “השר” – שר הכלכלה והתכנון.

חובת קיום ביקורת פנימית

2. (א) בכל גוף ציבורי תקיים ביקורת פנימית על ידי מבקר פנימי.

(ב) שר הממונה על משרד ממשלתי הממשלה רשאי לקבוע כי מי שרשאי למנות מבקר פנימי באותו משרד רשאי למנות מבקר פנימי לגוף או ליחידה באותו משרד שאינם כפופים למנהל הכללי של המשרד, ולקבוע, במידת הצורך, את סדרי התיאום בין המבקרים הפנימיים שבמשרד.

(ג) המבקר הפנימי של אגף החשב הכללי במשרד האוצר יהיה אחראי לביקורת הפנימית על ביצוע תקציב המדינה ביחידות החשבות והכספים של משרדי הממשלה.

3. (א) לא ימונה ולא יכהן אדם כמבקר פנימי בגוף ציבורי אלא אם כן נתקיימו בו כל אלה:

- (1) הוא יחיד;
- (2) הוא תושב ישראל;
- (3) הוא לא הורשע בעבירה שיש עמה קלון;
- (4) הוא בעל תואר אקדמי מאת מוסד להשכלה גבוהה בישראל או מוסד להשכלה גבוהה בחוץ לארץ שהכיר בו לענין זה מוסד להשכלה גבוהה בישראל, או שהוא עורך דין או רואה חשבון;

(5) הוא רכש נסיון במשך שנתיים בעבודת ביקורת, או השתתף בהשתלמות מקצועית שאישרה ועדה לעניני השתלמויות בהרכב נציג לשכת המבקרים הפנימיים והוא היושב ראש, המפקח הכללי במשרד הכלכלה והתכנון ונציג מוסד להשכלה גבוהה המקיים לימודי ביקורת פנימית, שקבע השר אחרי התייעצות עם כל המוסדות המקיימים לימודים כאמור.

(ב) מוקמת בזה ועדה שחבריה הם –

- (1) המנהל הכללי של משרד המשפטים, והוא יהיה יושב ראש הוועדה;
- (2) נציב שירות המדינה או משנהו;
- (3) נשיא לשכת המבקרים הפנימיים;
- (4) ראש לשכת עורכי הדין;
- (5) נשיא לשכת רואי חשבון.

- (ג) הוועדה תחליט אם לאשר הצעת גוף ציבורי למנות למבקר פנימי מי שאינו עומד בדרישות סעיף קטן א(4) ו-5.
- (ד) כל החלטה של הוועדה תהיה מנומקת.
- (ה) הוועדה תקבע לעצמה את סדרי עבודתה.

4. (א) המבקר הפנימי יבדוק, בין היתר –

- (1) אם הפעולות של הגוף הציבורי שבו הוא משמש מבקר ושל נושאי משרה וממלאי תפקידים באותו גוף תקינות, מבחינת השמירה על החוק, על הניהול התקין, על טוהר המידות ועל החסכון והיעילות, ואם הן מועילות להשגת היעדים שנקבעו להן;
 - (2) אם מקוימות ההוראות המחייבות את הגוף הציבורי;
 - (3) את ניהול הנכסים וההתחייבויות של הגוף הציבורי, ובכלל זה את הנהלת החשבונות שלו, וכן את דרכי שמירת הרכוש, והחזקת הכספים והשקעתם;
 - (4) אם ההחלטות בגוף הציבורי נתקבלו על פי נהלים תקינים;
 - (5) אם הגוף הציבורי הוא גוף מבוקר כאמור בפסקה (1) או (3) להגדרת גוף ציבורי שבסעיף 1 (להלן – גוף מבוקר) – את תיקון הליקויים שעליהם הצביע מבקר המדינה.
- (ב) המבקר הפנימי יערוך את הביקורת על פי תקנים מקצועיים מקובלים.

5. (א) הממונה על המבקר הפנימי במשרד ממשלתי יהיה השר הממונה על המשרד או המנהל הכללי, או מנהל יחידה כאמור בסעיף 2(ב), הכל כפי שתקבע הממשלה בין דרך כלל ובין למשרד פלוני.

(ב) הממונה על המבקר הפנימי של אגף החשב הכללי במשרד האוצר ושל יחידות החשבונות והכספים במשרדי הממשלה יהיה החשב הכללי.

- (ג) הממונה על המבקר הפנימי בבנק ישראל יהיה נגיד הבנק.
- (ד) בכפוף לאמור בסעיף 49(ב) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, הממונה על המבקר הפנימי בגוף ציבורי אחר יהיה יושב ראש הדירקטוריון, או יושב ראש של גוף הממלא תפקיד מקביל לשל דירקטוריון, או המנהל הכללי, הכל כפי שיקבע הדירקטוריון.

תפקידים

אתריות

- (ה) מבקר פנימי ישא באחריות ישירה בפני הממונה עליו לפי סעיף זה.
6. (א) מבקר פנימי יגיש לממונה כאמור בסעיף 5 דין וחשבון על ממצאיו.
 (ב) בנוסף על האמור בסעיף קטן (א) יגיש המבקר הפנימי כל דין וחשבון שלו -
 (1) במשרד ממשרדי הממשלה שבו אין השר הממונה על המשרד ממונה על המבקר הפנימי לפי סעיף 5(א) - לשר הממונה;
 (2) בגוף ציבורי אחר - למנהל הכללי.
 (ג) כל דין וחשבון שייגש מבקר פנימי יהיה בכתב; הוא יכלול בו את מסקנותיו, והוא רשאי לכלול בו את המלצותיו.
- 6A. (א) הוגש דין וחשבון של המבקר הפנימי כאמור בסעיף 6, תקיים הנהלת הגוף הציבורי דיון בממצאיו תוך 45 ימים מיום הגשתו; העתק מפרוטוקול הדיון יועבר לממונה כמשמעותו בסעיף 5.
 (ב) לא פעלה הנהלת הגוף הציבורי כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל חבר מחבריה לפנות לממונה, בכתב, ולדרוש קיום הדיון; היתה דרישה כאמור, יורה הממונה על קיום הדיון תוך 30 ימים מיום קבלת הדרישה.
7. (א) המבקר הפנימי יגיש לאישור הממונה כאמור בסעיף 5 הצעה לתכנית עבודה שנתית או תקופתית והממונה יאשר אותה בשינויים הנראים לו.
 (ב) השר הממונה על משרד ממשלתי, יושב ראש דירקטוריון או יושב ראש של גוף הממלא תפקיד מקביל לשל דירקטוריון, וכן הממונה, רשאים להטיל על המבקר הפנימי משימות של ביקורת פנימית נוספות על הקבועות בתכנית עבודה כאמור בסעיף קטן (א).
8. (א) מבקר פנימי לא ימלא, בגוף שבו הוא משמש מבקר, תפקיד נוסף על הביקורת הפנימית, זולת תפקיד הממונה על תלונות הציבור או הממונה על תלונות העובדים, ואף זאת - אם מילוי תפקיד נוסף כאמור לא יהיה בו כדי לפגוע במילוי תפקידו העיקרי.
 (ב) מבקר פנימי לא ימלא מחוץ לגוף שבו הוא משמש מבקר תפקיד היוצר או העלול ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כמבקר פנימי.
9. (א) המבקר הפנימי רשאי לדרוש ולקבל כל מסמך וכל מידע, שברשות הגוף שבו הוא משמש מבקר או שברשות אחד מעובדיו, ושלדעת המבקר הפנימי דרוש לביצוע תפקידו; מי שנדרש למסור מסמך או מידע כאמור יהיה חייב למלא אחר הדרישה תוך תקופה הקבועה בדרישה ובאופן הקבוע בה.
 (ב) למבקר הפנימי תהיה גישה, לצורך ביצוע תפקידו, לכל מאגר רגיל או ממוחשב, לכל בסיס נתונים ולכל תכנית עבודה של עיבוד נתונים אוטומטי של הגוף שבו הוא משמש מבקר.
 (ג) המבקר הפנימי רשאי להיכנס לכל נכס של הגוף שבו הוא משמש מבקר ולבדוק אותו.
 (ד) לגבי מידע החסוי על פי דין יחולו על המבקר הפנימי ועל מי שהוסמך לקבל את המידע לפי חוק זה המגבלות הקבועות בדין לגבי המורשים לקבל מידע כזה.
 (ה) בכפוף להוראות סעיף 10 חייב המבקר הפנימי לשמור בסוד כל מסמך ומידע שהגיעו אליו עקב מילוי תפקידו, זולת אם הגילוי נחוץ למילוי תפקידו כנדרש בחוק או אם הגילוי נדרש על פי כל דין.
 (ו) סמכות שהוקנתה בסעיף זה למבקר הפנימי וחובה שהוטלה עליו יחולו גם על עוזריו ועל כל אדם הפועל מטעמו.

דיון בממצאי
 דיון המבקר
 ס"ח 1502
 התשנ"ה-1995

אישור תכנית
 העבודה

ייחוד פעולות

המצאת מסמכים
 וקבלת מידע

10. (א) דו"ח, חוות דעת או כל מסמך אחר שהוציא או הכין המבקר הפנימי במילוי תפקידו לא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי, אך לא יהיו פסולים בשל כך לשמש ראיה בהליך משמעתי.

קבלת הביקורת
כראיה

(ב) הודעה שנתקבלה אגב מילוי תפקידו של המבקר הפנימי לא תשמש ראיה בהליך משפטי, אך תהא כשרה לשמש ראיה בהליך משמעתי.

11. (א) העלתה הביקורת בגוף ציבורי יסוד להניח שבוצעה עבירה פלילית, יביא המבקר הפנימי את הענין ללא דיחוי לירידעת הממונה.

דיווח על עבירה
פלילית

(ב) היה למבקר הפנימי בגוף מבוקר יסוד להאמין שהממונה מעורב בעבירה פלילית, יעביר המבקר את הענין במישרין לירידעת מבקר המדינה.

12. (א) לא תופסק כהונתו של מבקר פנימי שלא בהסכמתו לפני תום התקופה אשר לה נתמנה והוא לא יושעה מתפקידו -

הפסקת כהונתו של
מבקר פנימי

(1) במשרד ממשרדי הממשלה - אלא באישור נציב שירות המדינה;

(2) בבנק ישראל - אלא בידי נגיד הבנק;

(3) בגוף ציבורי אחר - אלא אם כן החליט על כך הדירקטוריון או הגוף הממלא תפקיד הדומה לתפקיד הדירקטוריון (בפסקה זו - הדירקטוריון), לאחר שניתנה הודעה כדין לכל חברי הדירקטוריון שרבר הפסקת הכהונה או ההשעיה יידון באותה ישיבה, ובאישור הדירקטוריון ברוב של שני שלישים מחבריו, לאחר שניתנה למבקר הפנימי אפשרות לשאת לפני הדירקטוריון את דברו בענין.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), מבקר פנימי שחדל להיות תושב ישראל או שהורשע בפסק דין חלוט בעבירה שיש עמה קלון - תופסק כהונתו.

13. (א) המבקר הפנימי רשאי לבצע את תפקידו בעזרת עובדי לשכתו או בעזרת אנשים אחרים שנבחרו בהליך תקין.

עובדי לשכת
המבקר הפנימי

(ב) לא יתמנה אדם לעובד לשכת המבקר הפנימי אלא בהליך תקין של מינוי עובדים בגוף הציבורי ולאחר קבלת חוות דעתו של המבקר הפנימי.

(ג) עובדי לשכת המבקר הפנימי והפועלים מטעמו לצרכי הביקורת הפנימית יקבלו הוראות בעניני ביקורת מהמבקר הפנימי בלבד.

(ד) לא יופסק שירותו של עובד לשכת המבקר הפנימי אלא בהליך תקין ובהסכמתו של המבקר הפנימי, או על פי הוראת בית המשפט או בית דין מוסמך, או - בהעדר הסכמת המבקר הפנימי - לפי סעיף 12, בשינויים המחוייבים.

14. (א) אין באמור בחוק זה כדי לגרוע מהוראות כל דין.

סמירת חוק

(ב) אין באמור בחוק זה כדי להפחית מן המעמד, התפקידים והסמכויות הנתונים למבקר פנימי בגוף ציבורי לפי מסמכי התאגדותו, תקנותיו או כל החלטה אחרת שלו שנתקבלה כשורה, או לצמצם מעמד, תפקיד או סמכות שניתנו כך, והכל בין שפורטו ובין שלא פורטו בחוק זה.

(ג) אין באמור בחוק זה כדי למנוע מגוף ציבורי, במסמכי התאגדותו, בתקנותיו או בכל החלטה אחרת שלו המתקבלת כשורה, להוסיף על המעמד,

התפקידים והסמכויות הנתונים לפיהם למבקר פנימי, או להרחיב מעמד, תפקיד או סמכות שניתנו כך, והכל בין שפורטו ובין שלא פורטו בחוק זה.

15. אלה דינם קנס:

עונשין

- (1) מי שחלה עליו חובה בתוקף תפקידו למנות מבקר פנימי ולא עשה כן, ואין לו הצדק סביר לכך;
 (2) מי שמינה מבקר פנימי ביודעו שאינו כשיר לכך לפי סעיף 3;
 (3) מי שהפר ביודעין חובה המוטלת עליו לפי סעיף 9(א), או מנע ממבקר גישה, ביקור או בדיקה כאמור בסעיף 9(ב) או (ג).

16. בפרק ד' לפקודת החברות ונוסח חדש, התשמ"ג-1983, אחרי סימן ב' יבוא:

חיקן פקודה
החברות

"סימן ג': מבקר פנימי

96כג1. (א) דירקטוריון של חברה כמשמעותה בסעיף 96א ימנה, לפי הצעת ועדת הביקורת, מבקר פנימי.

"מבקר פנימי

(ב) על המבקר הפנימי יחולו הוראות סעיפים 3, 5(ד), 7 עד 10, 14(ב) ו-1(ג) ו-24(ג) לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, בכפוף ליתר הוראות סימן זה ובשינויים המחוייבים לפי הענין, ובלבד שסעיף 9 ייקרא כאילו בסופו בא:

"(ז) על אף האמור בהוראותיו הקודמות של סעיף זה רשאית ועדת הביקורת, לבקשת הדירקטוריון, להגביל גישתו של מבקר פנימי למסמכים ולמידע שיש בהם משום סוד מסחרי."

(ג) המבקר הפנימי יבדוק, בין היתר, את תקינותן של פעולות החברה מבחינת השמירה על החוק, על טוהר המידות ועל נוהג עסקים תקין.

(ד) המבקר הפנימי ידווח על ממצאיו ליושב ראש הדירקטוריון, למנהל הכללי וליושב ראש ועדת הביקורת.

(ה) כהונתו של המבקר הפנימי לא תופסק שלא בהסכמתו והוא לא יושעה מתפקידו, אלא אם כן החליט על כך הדירקטוריון על פי הצעת ועדת הביקורת."

17. בפקודת הבנקאות, 1941, אחרי סעיף 14 יבוא:

חיקן פקודה
הבנקאות

14ה. (א) דירקטוריון של תאגיד בנקאי ימנה מבקר פנימי לתאגיד על פי הצעת ועדת הביקורת של הדירקטוריון (להלן – ועדת הביקורת).

"מבקר פנימי

(ב) המבקר הפנימי יבדוק, בין היתר, את תקינות הפעולות של התאגיד הבנקאי מבחינת השמירה על החוק, השמירה על טוהר המידות, השמירה על החסכון והיעילות והשמירה על נוהג בנקאי תקין, וכן יבדוק האם מקויימות הוראות המפקח על הבנקים.

(ג) על המבקר הפנימי יחולו, בכפוף ליתר הוראות סעיף זה ובשינויים המחוייבים לפי הענין, הוראות סעיפים אלה של חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992: 3 למעט סעיף קטן 9(א), 7 עד 10, 14(ב) ו-1(ג) ו-24(ג).

(ד) המבקר הפנימי יפעל על פי תקנים מקצועיים מקובלים ובהנחיית ועדת הביקורת וידווח על ממצאיו ליושב ראש הדירקטוריון, למנהל הכללי וליושב ראש ועדת הביקורת.
 (ה) מינוי המבקר הפנימי והפסקת כהונתו או השעייתו מתפקידו ייעשו בידי הדירקטוריון על פי הצעת ועדת הביקורת.
 (ו) המפקח רשאי, לאחר התייעצות בוועדה המייעצת, לקבוע כללים לביצוע הוראות סעיף זה."

18. בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981 -

חיקן חוק הפיקוח
על עסקי ביטוח

(1) לפני סעיף 93 יבוא:

"מבקר פנימי 92א. (א) דירקטוריון של מבטח ימנה לתאגיד מבקר פנימי.
 (ב) המבקר הפנימי יברוק, בין היתר, את תקינותן של פעולות המבטח מבחינת השמירה על החוק, על הוראות המפקח על הביטוח, על טוהר המידות, על החסכון והיעילות ועל נוהל עסקים תקין.
 (ג) על המבקר הפנימי יחולו הוראות סעיפים 3, 7 עד 10, 14(ב) ו-1(ג) ו-24(ג) לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, בכפוף ליתר הוראות סעיף זה ובשינויים המחוייבים לפי הענין.
 (ד) המבקר הפנימי יפעל על פי תקנים מקצועיים מקובלים, וידווח על ממצאיו ליושב ראש הדירקטוריון ולמנהל הכללי של המבטח.
 (ה) כהונתו של המבקר הפנימי לא תופסק שלא בהסכמתו והוא לא יושעה מתפקידו, אלא אם כן החליט על כך הדירקטוריון.
 (ו) בסעיף זה, "מבטח" - מי שקיבל רשיון מבטח ישראלי לפי סעיף 15(א)(1)."
 (2) בסעיף 109, אחרי "מקום שמדובר בחוק זה" יבוא "בדירקטוריון", ובמקום "בפקיד כמשמעותו" יבוא "בוועד או בפקיד, לפי הענין, כמשמעותם."

חיקן חוק המועצה
להשכלה גבוהה

19. בחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958, אחרי סעיף 15 יבוא:

"מבקר 15א. על המבקר של מוסד מוכר יחולו הוראות סעיפים 3, 4, 8 עד 10, 12, 14(ב) ו-1(ג) ו-24(ג) לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, בשינויים המחוייבים לפי הענין."

20. בפקודת המועצות המקומיות, אחרי סעיף 35 יבוא:

חיקן פקודת
המועצות המקומיות

"מבקר פנימי 35א. על אף האמור בפקודה זו, רשאי שר הפנים, באישור הוועדה לעניני ביקורת המדינה של הכנסת, לכלול בצו כינון של מועצה מקומית הוראות כהוראות שחוק לתיקון פקודת העיריות... (מס' 39), התש"ן-1990, הוסיף לפקודת העיריות, או את הוראות סעיפים 3, 4, 7 עד 10, 12, 14(ב) ו-1(ג) לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, כולן או מקצתן, בתיאומים המחוייבים לפני הענין."

* במקור כתוב עדות.
 ** במקור כתוב העירית.

21. בחוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 39), התש"ן-1990, סעיף 12 – בטל. תיקון חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 39)
22. אחרי סעיף 49 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, יבוא: תיקון חוק החברות הממשלתיות
- 49א. על חברה ממשלתית שמתקיים בה האמור בסעיף 96 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983, יחולו הוראות סעיף 96כג לפקודה האמורה אף אם היא גוף מבוקר."
23. השר ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי, בהתייעצות עם לשכת המבקרים הפנימיים ובאישור הועדה לעניני ביקורת המדינה, להתקין תקנות בכל ענין הנוגע לביצועו בגופים ציבוריים. ביצוע ותקנות
24. (א) תחילתו של סעיף 2 ב-1 בחודש שלאחר תום שנה מיום פרסומו של חוק זה. תחילה ותואות מעבר
- (ב) תחילתם של סעיפים 16 עד 20 ב-1 בחודש שלאחר תום ששה חודשים מיום פרסומו של חוק זה.
- (ג) אין בהוראות חוק זה כדי לפגוע בכהונתו של מי שמילא בפועל את התפקיד של מבקר פנימי בגוף ציבורי ערב פרסומו של חוק זה, אף אם אין לו הכישורים לפי סעיף 3 ואף אם תוארו היה אחר.
25. חוק זה יפורסם תוך שלושים ימים מיום קבלתו. פרסום
- | | |
|-------------------|-------------|
| דוד מגן | יצחק שמיר |
| שר הכלכלה והתכנון | ראש הממשלה |
| דב שילנסקי | חיים הרצוג |
| יושב ראש הכנסת | נשיא המדינה |

פורסם: ס"ח 1395, התשנ"ב, 9.4.1992, עמ' 198.
 תוקן: ס"ח 1502, התשנ"ה, 3.2.1995, עמ' 106.

©

All Rights Reserved to Avraham Weinroth
Tel Aviv, Israel 1995

BURSI - Law Books Publishing
20, Ahad Haam Street
Tel Aviv 61022, Israel
Tel: (011-972-3) 5105060
Fax: (011-972-3) 5105061

GOVERNMENT COMPANIES

BY

DR. AVRAHAM VEINROTH

