

הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי-האזרחי

(בג"צ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הבטחון; בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל²; בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור³)

ד"ר א' ויתקון *

א. מבוא

בעיית המכרזים אינה יורדת מסדר יומו של בית המשפט הגבוה לצדק. הלה קובע הלכות, נותן הנחיות ועושה הכל כדי להעלות את דרכי המינהל לרמה גבוהה יותר וצודקת יותר, ואילו השלטון בשלו והוא כמנהגו נוהג. ולאו דווקא מרוע לב הוא נוהג כך או מחוסר דרך-ארץ כלפי בית המשפט. בעיניו, הלכות המכרז כבודן במקומן מונח, אך למציאות הכלכלית דרישות משלה והיא קובעת לה דפוסי התנהגות אחרים. פער זה בין הרצוי והמצוי אינו בריא, וכאשר הוא הופך להיות דבר של קבע, שומה עלינו לשאול, שמא הרחקנו לכת וגזרנו גזרות שרוב ציבור אנשי המינהל אינם יכולים לעמוד בהן. לצדק אין שיעור, ונכון שגם היעילות אסור שתבוא על חשבון הצדק, אך לפעמים קשה לדעת, היכן הוא הצדק, וכשרודפים אותו יתר-על-המידה, הוא עלול להישמט מידנו ונמצאנו קרחים מכאן ומכאן. הנה, שלושה פסקי הדין שלפנינו, אורכם ועומק הנמקתם מעידים על הבעייתיות שבכניסת בית המשפט לשדה מוקשים זה.

ב. חברה פלונית נ' משרד הבטחון

פרשה זו באה לפני בית המשפט הגבוה לצדק כדבר דחוף ביותר וניתנה לה עדיפות ממדרגה ראשונה. מעשה ב"דמוי-מכרז, שערך משרד הבטחון בתחילת 1979 לשם רכישת ציוד בעל חשיבות צבאית רבה, ובהתאם לכך גם מחירו. הזמנה זו לא הצריכה מכרז, אך המשרד, כיאה לכל מי שאמור להוציא סכום עתק, אם איש פרטי הוא ואם רשות ציבורית, פנה לשלושה ספקים וביקש מהם הצעות. אלה נבדקו על-ידי מומחים ולאחר מכן התנהל משא-ומתן עם שניים משלושת המציעים ובסוף לא נשאר הבדל משמעותי בין מחיריהם. לטובת העותרת נמצא, שהיא בעלת ניסיון בתחום המיוחד הזה, מה שאין כן מתחרתה, המשיבה השנייה. אף-על-פי כן נפלה ההכרעה לטובתה של השנייה.

* שופט בית המשפט העליון לשעבר

1 פ"ד לד(3) 706.

2 פ"ד לד(3) 729.

3 טרם פורסם.

עוד לפני מתן הצו על-תנאי דן בית המשפט בטענת משרד הבטחון, כי כל הסכסוך נמצא בסמכותו של בית המשפט המחוזי. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, סעיף 12, כך נטען, פותח פתח לפני מציע, שהצעתו נדחתה שלא כדין, לבוא על סיפוקו בדרך תביעה לפיצוי נזק, ואם כך, הרי לך סעד במקום אחר. בית המשפט דחה טענה זו מהטעם שאותו סיפוק, שניתן להשיגו על-פי סעיף 12 בשל הפרת החובה לנהל משא-ומתן לקראת כריתת חוזה "בדרך מקובלת ובתום לב", אינו אלא חלקי בלבד ואינו כולל את הרווח שציפה לו הקבלן, אילו נמסרה לו העבודה. יתר-על-כן, לא בפיצוי כספי מעוניין הקבלן הפונה לבית המשפט הגבוה לצדק, אלא בביצוע העבודה, ואם זאת היא זכותו, הרי היא ניתנת לאכיפה בבית המשפט הגבוה לצדק בלבד.⁴

וכעת לגופו של עניין. כרגיל, גם כאן נכשל הניסיון להוכיח שהרשות פעלה מתוך מניעים פסולים. כמו בעניין מיוזבד ג' המופר לביטוח לאומי⁵, אף כאן מדובר בביצוע עבודה ובמתן שירותים, שטיבם וערכם אינם ניתנים למדידה פשוטה על-פי אמות מידה אובייקטיביות, כגון גובה המחיר. הלא בשל כך (בין היתר) היתה הרשות פטורה מחובת המכרו. בבית המשפט טען המשרד, כי טיב הצידוד שהציעה המשיבה השנייה, עלה על זה של העותרת ושזה הכריע את הכף לטובתה. אך בית המשפט מצא, כי נימוק זה לא בא זכרו בשיקולי המשרד הרשומים במסמכים; שם הוזכר נימוק אחר, והוא שהחיל, שהצידוד מיועד לו, מתנגד למסירת העבודה לעותרת בשל הניסיון הרע שהיה לו עמה בעבר. דא עקא, שנימוק זה כלל לא נטען בתצהיר התשובה, ואילו נטען לא היה מתיישב עם העובדה שהמשרד המשיך בגיהול משא-ומתן גם עם העותרת. בסופו של דבר, השאלה היתה: צידודו של מי משני המתחרים עדיף? שאלה זו היתה שנויה במחלוקת המומחים ובית המשפט לא ראה את עצמו מסוגל להכריע בה ולומר, מי מהשניים ראוי יותר לקבל את העבודה. בזה נחרץ למעשה גורל העתירה ודינה היה להידחות, אך בשל הפגמים האמורים שבגיהול המשא-ומתן עם העותרת — השינוי שחל בנימוק שניתן לדחיית הצעתה וכו' — פסל בית המשפט את החלטת המשרד והטיל עליו לערוך דמוי-מכרז חדש. בינתיים עברה כמעט שנה, ועכשיו, בהסתיים המאבק בתיקן, הכל חוזר למקומו הראשון ומתחיל מחדש. רק אחד השופטים, מ"מ הנשיא השופט ח' כהן, הדגיש בדבריו הקצרים, שלא שוכנע בדחיפות העבודה, ושאלו שוכנע, היה עוצם עיניו בפני הפגמים שנתגלו, ובלבד שיובטחו צרכים היוניים של ביטחון המדינה.

אכן, דחיפות ביטחונית מיוחדת אולי לא היתה כאן, ובכל זאת: כל המאמץ שהושקע בבירור העתירה, האם היה כדאי? האם היה הצר שוזה בנזק המלך? (ואיזה נזק, נזק בזמן בית המשפט ונזק בכספי הציבור!) וכאן נראה לי, בכל הכבוד, שפסיקתו של בית המשפט היא הפותחת בלבם של עותרים כאלה תקוות-שווא, כאילו בית המשפט

4 ראה התוק לתיקון סדרי הדין האזרחיים (המדינה כבעל דין), תשי"ח—1958, סעיף 5 וסעיף 10. חבל שהחלטה מקדמית זו לא זכתה לפרסום יחד עם הפסק עצמו, ורק מרשימתה המאלפת של ד"ר גבריאלה שלו על הגרש, "האם המדינה חייבת לכבד את התחייבויותיה החוזיות?" הפרקליט לג (תש"ם) 220 הערה 20, ניתן לנחש מה היה תוכן ההחלטה.

5 בג"צ 371/77, שאף הוא לא פורסם, וראה גם בג"צ 19/79 רחמן נ' עיריית אשקלון, פ"ד לג(3) 794; בג"צ 35/78 י.ש.י.פ.א.ב. חברה קבלנית נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב(2) 581 ואחרים.

הוא "רופא לכל תחלואיכי" ושהוא מסוגל להכריע באופן שיפוטי מקום שהחלטה אינה יכולה להיות אלא החלטה מינהלית. כשהחוק מחייב את הרשות לערוך מכרו, מדקדקים עמה כחוט השערה; כלום לא מן הדין היה לומר שכאשר אין חובה כזאת קיימת, יש לפטור את הרשות מכל החומרות האלה ולהרשות לה לפעול ככל גוף פרטי? כידוע, לא כך הדעה הרווחת בין רוב השופטים, ובפסק דין זה חזר בית המשפט ונתן, מפני השופט ברק, את התשתית העיונית לגישתו המחמירה.⁶ שם הסביר השופט ברק, שלא הרי רשות ציבורית כהרי אדם פרטי. רשות ציבורית, אפילו באין עליה חובה לערוך מכרו, אם היא נוהגת בדרך של "דמוי-מכרו", משמע שהיא מבקשת משניים שלוש קבלנים להגיש לה הצעות, עליה לנהוג בהגנות, להקפיד על שוויון ואל לה להפלות ביניהם. חובה זו — כך הזכיר לנו השופט ברק — קיימת היום בישראל, בתוקף סעיף 12 האמור, לא רק על-פי המשפט הציבורי, אלא גם על-פי המשפט האזרחי-הפרטי. "אכן" — כך אמר השופט —

"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 את החובה לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה 'בדרך מקובלת ובתום לב'..."⁷

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 גם על האדם הפרטי עצמו, כך שבעצם אין ביניהם הבדל. "לכאורה" אמרתי, שכן בוודאי לא היה בדעת השופט ברק להכניס את האדם הפרטי לאותה מיטת-סדום שבה נמצאת כעת הרשות הציבורית. הסייג שסייג בו את דבריו, "אם-כי בתחומים צרים יותר ועל סוגי פעולות מוגבלים יותר", דיו כדי למנוע תוצאה שכזאת. 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 למיניהם ובין גבר לאשה, ואיש אינו פוצה פה ומצפצף. ואשר למשאו ומתנו עם ספקים-בכוח, נדמה לי שאפילו ההוראה שבסעיף 12 אינה פוסלת את הנהגה שבעולם לבקש הצעות ממספר ספקים ולבכר הצעה זו על-פני זו או שלא לקבל אף אחת מהן, הכל בלי מתן נימוקים ובלי כל צורך לתת לכל ספק "הזדמנות שווה ונאותה" להשמיע את טענותיו לפני הדחייה. יש בנהוג זה מנהג גדושה של טרדת-חינם בשביל ספקים, כפי שכל בעל חנות-עליים מוכן להעיד, אך כל עושה פרקמטיה ערוך לכך והוא יודע שרק חלק מהצעותיו צפוי להתקבל והוא כולל את ההוצאה בתחשיב מחיריו.

ברם, נחזור אל הרשות הציבורית, שלגביה מקובל עלינו לומר שעליה לנהוג לפי סטנדרטים גבוהים יותר מאלה שניתן לדרוש מהאדם הפרטי. למשל, סירוב מצד הרשות

6 שם, בעמ' 715.

7 שם, בעמ' 715—716.

לרכוש טובין מספק פלוגי בשל היותו בן דת, עדה או לאום אלה או אחרים או בשל השקפותיו הפוליטיות קרוב לוודאי (ובהעדר נימוקים מיוחדים) שהיינו רואים בכך מעשה מינהלי פסול ובית המשפט היה מתערב בדבר. אך זוהי דוגמה פשוטה וקיצונית, שאינה מוכיחה הרבה. השאלה היא, מה הדין לגבי כל מיני קיפוחים ואי-סדרים, כביכול, אשר במשא-ומתן רגיל בין אדם לחברו אולי היו נחשבים לתופעות שליליות ולסיבה למורת רוח, אך היו מתקבלים כעובדות-החיים, שכל אחד משלים עמם? האם תופעות שכאלה עשויות לשמש עילה למשפט בשל כך בלבד שהצד הפוגע הוא רשות ציבורית? הנה כי כן, במקרה שלפנינו פנה המזמין לשני ספקים, קיבל מהם הצעות, שעריכתן עלתה להם בודאי בכסף רב, אחר כך ניהל אתם משא-ומתן, אם-כי כמעט היה מנוי וגמור עמו שלא להתקשר עם א' בשל הניסיון הרע שהיה לו עמו בעבר, אלא שזאת לא סיפר לו, כשם שלא סיפר לו שאין דעתו נוחה מטיב הציוד שהציע, דבר שמנע מא' אפשרות להתווכח עמו או להציע לו ציוד אחר. במילים אחרות, הוא לא גילה לו את קלפיו. אילו קרה כדבר הזה בין שני אנשי עסק העוסקים בשוק הפרטי, ברור לי שלספק המאוכזב לא היה פתחון-פה לשום תביעה (פרט, אולי, לתביעה כספית לפי סעיף 12 האמור, המוגבלת מאוד בהיקפה, וכבר ראינו שהספק אינו מעוניין בכך אלא באכיפה). כלום נשתנה המצב המשפטי, כשהמזמין הוא רשות ציבורית?

לדעת בית המשפט התשובה היא: כן. אמנם, הוא לא חייב את המשרד למסור את העבודה לעותרת, אך הוא מצא בתרעומתה די כדי לשלול, לעת עתה, את העבודה מיריבתה, המשיבה השנייה, בבחינת "זה חסר וזה לא נהנה" — ולא ידעתי, מה דופי נמצא אצל זו. נראה לי, בכל הכבוד, שמתוצאה זו ניתן היה להימנע, אילו עשה בית המשפט שתי אבחנות, שלדעתי מן הדין היה לעשותן. אבחנה אחת היא בין פעולות שהרשות עושה בתחום השלטוני ובין פעולות שהיא עושה בתור פוסק, כגוף המנהל את משק ביתו. בכל הפעולות הללו עשויה הרשות להשתמש בכלים השאולים מהמשפט הפרטי: מכר, שכירות, הלואה, העסקת עובדים וכיו"ב. השאלה היא, אם בהשתמשה בדפוסי התקשרות כאלה ממלאת הרשות תפקיד ציבורי או לא. גם העסקת עובדים או השכרת דירות או אולמות ציבוריים עשויה להיות אקט "שלטוני", למשל, כשהוא נעשה במסגרת הספקת שיכון למשתכנים או עבודה למובטלים. אך, כידוע לכל בר-בירר, יש גם התקשרויות חוזיות, שאינן משמשות במישרין למילוי תפקיד ציבורי. לכל רשות יש משק-בית משלה והוא זקוק להספקה ככל צרכן פרטי. אבחנה זו ידועה היטב משורה של פסקי דין הדנים בשאלה, אם בית המשפט הגבוה לצדק מוסמך לדון בעתירה או שמא ראוי העניין לדיון בבית משפט רגיל⁸. המבחן הוא פונקציונלי, ולא ארגוני. אבחנה זו למאי נפקא מינה? שבכל אשר לתחום השלטוני מן הדין הוא להחמיר עם הרשות הציבורית, ואילו באשר לתחום הלא-שלטוני — שאני.

השופט ברק הסתמך בפסק דינו על שני פסקי דין, בג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו⁹

8 ראה: בג"צ 231/66 אביב נ' שר הפתוח והברת החשמל, פ"ד כ(4) 286; בג"צ 181/73 רמט בע"מ נ' החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה, פ"ד כו(1) 118; בג"צ 160/72 אחים שריבט נ' האגודה למען הזקן, פ"ד כו(1) 620; בג"צ 425/74 "סימרי" חברה בונים בע"מ נ' שר הפתוח והברת החשמל, פ"ד כט(2) 233.

9 פ"ד טז 2110.

ובג"צ 142/70 שפירא ג' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין¹⁰. בשני המקרים פעלה הרשות בתחום תפקידיה השלטוניים. רשות שבכוחה ובסמכותה להשכיר אולם ציבורי, הריהי מספקת שירות ציבורי לאזרחיה, שכן הכוונה אינה, בעיקר, להרוויח שכר. זהו מקרה מובהק של פעילות בתחום הציבורי-שלטוני, ולא בתחום המשקי-כלכלי. על כן סבורני, כי אין ללמוד מתקדימים אלה לגבי סוג הפעילות, שעסקה בה הרשות במקרה דנן ולגבי סוג הפגמים שנתגלו בדרך פעילותה. זוהי האבחנה הראשונה, שהייתי מציע לעשות, ואילו השנייה היא, שלגבי אותן פעולות הנופלות לגדר ההתעסקות המשקית-כלכלית רצוי להבחין בין פגמים חמורים, כגון הפליית אדם בשל דתו, גזעו, לאומו או השתייכותו הפוליטית, ובין "פגמים" או קיפוחים, שהם, כנראה, מנת חלקו של מי ששולח ידו במקרה וממכר בחיי העסק היום-יומיים. לגבי פגמים מהסוג הראשון יש, אולי, מקום להתערב; לגבי פגמים מהסוג השני – אין. בחיי העסק היום-יומיים אין זה דרכו של המזמין לגלות את קלפיו לפני כל מי שמעוניין לדעת את תכונותיו ולתת לכל אחד הזדמנות שווה להתחרות. הוא אף אינו מוכן להיכנס לבירורים אין-סופיים. וזהו, לדעתי, המקרה הנידון. אין להעלות על הדעת שאילו היה המזמין מפעל פרטי, היתה העותרת יכולה לפנות לבית המשפט המחוזי ולקבל צו לביטול (או למניעת) החוזה שהמזמין עמד לקשור עם המשיבה השנייה ולהכריחו לבדוק את שתי ההצעות מחדש, תוך בירור מלא ומקיף עם כל אחד מהמציעים, מה תנאיו ומה טיב הציוד שהוא מציע. אם כן, על שום מה ייגרע חלקה של הרשות הציבורית בנסיבות כאלה?

ג. מרכז הקבלנים ג' ממשלת ישראל

מה שכתבתי עד כה, כתבתי לפני שעיינתי בפסק הדין השני שנתפרסם זה עתה, והנה, מצאתי תנא דמסייע לרוב הדברים שכתבתי. במקרה זה נודע בציבור שהממשלה אמורה להתקשר עם שתי חברות זרות להקמת בניינים טרומיים לצורכי שיכון ולהעניק להן, תוך כדי כך, הטבות מהטבות שונות. בא ארגון הקבלנים והתנגד לכריתת הסכמים מונופוליסטיים כאלה עם החברות הזרות, ולחלופין דרש הארגון לערוך מכרז ולהציע לקבלנים המקומיים תנאים שווים. העתירה נדחתה פה אחד, אך כל שלושת השופטים נתנו נימוקים מפורטים ונתגלו ביניהם הבדלי גישה עקרוניים. הרוב – השופטים י' כהן ואלון – הדגישו, שגם הרשות הציבורית, כשהיא נכנסת לתחום הפעילות העסקית-מסחרית, אין עליה לנהוג אלא כפי שראוי לאנשי עסקים לנהוג ושאין זה עניינו של בית המשפט הגבוה לצדק לבדוק את פעולותיה שבתחום זה ולשאול, אם עומדות הן גם במבחן הסבירות. גם כאן לא היה מדובר בהפליה גסה מהסוג, שבית המשפט היה מונע בעד הרשות הציבורית מלנקוט אפילו לגבי פעולה שבתחום הכלכלי-פרטי, אלא בניהול משא-ומתן עם גורם אחד, תוך כדי סירוב לנהל משא-ומתן דומה עם גורמים אחרים. לדעת הרוב, אין בכך משום יוצא-דופן, ולמעשה הם הדגישו שבדרך אחרת כמעט אי אפשר לקבל הצעות ולנהל עסקים. השופט ברק, לעומת זה, אמנם הצטרף למסקנתם, אך בנימוקיו שוב החמיר עם הרשות הציבורית כפי שהחמיר עמה בעניין

10 פ"ד כה (1) 325.

משרד הביטחון. הן המיעוט והן הרוב הביאו אסמכתאות בשפע, מכאן ומעבר לים, והניגוד בין שתי הגישות הובלט היטב.

ד. דפי זהב נ' רשות השידור

ישוב עלתה השאלה בפסק דין חדש, שלא פורסם עדיין וששמעתי עליו מפיו השמועה, ובו נתחדדה מחלוקת הפוסקים¹¹. ואלה פרטי המעשה: היה הסכם בין רשות השידור ובין חברה פלונית, שהעניק לחברה זיכיון בלעדי להשיג חומר לפרסומת משודרת בקול ישראל. חלק נכבד מהכנסות החברה שולם לרשות וכיסה כ-10% מתקציבה. בתום תקופת ההסכם החליטה הרשות לחדשו לתקופה נוספת ולא לערוך מכרז או לבקש או לשקול הצעות אחרות. על כך התלוננה העותרת. ישבו לדין הנשיא, השופטת בן-פורת והשופט ברק. כולם הסכימו שאין מקום להתערבות בית המשפט בעניין זה, אך הגיעו למסקנה זו בדרכים שונות.

הנשיא שלל את המבחן שהציע השופט ברק בפרשת מרכז הקבלנים¹², שלפיו לא רק הפליה, חוסר תום-לב, שרירות וניגוד אינטרסים של המחליט, אלא גם אי-סבירות בפני עצמה עשויים לשמש עילה לביטול ההחלטה המינהלית. בעיקר ראה הנשיא בדרישה "להעניק הזדמנות שווה למתקשרים פוטנציאליים" חידוש שאינו עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה ושאינו רצוי שנקבלו. כדברי הנשיא (לנדוי):

"יש להשאיר למינהל הציבורי מרחב פעולה, כדי שיוכל לפעול בהחלטותיו המינהליות לפי מיטב שיקול דעתו, וגם החלטותיו בדבר התקשרויות חוזיות אינן יוצאות מכלל זה, שאם לא כן עלולה יעילות המינהל הציבורי וכשרו לפעול ללא השהיות להיפגע מרוב הגבלות משפטיות. אכן, לא תמיד מצטיין המינהל הציבורי במדיניותו ביעילות הדרושה, אבל התרופה לכך לא תימצא בהכנסתו אל תוך מיטת סדום של מושגים משפטיים גורפים ונוקשים מדי. כך הוא, וביתר שאת, בדרישה הכללית כי 'החלטתו' (של עובד מדינה) חייבת להיות סבירה".

ואילו השופט ברק — ובנקודה זו הסכימה עמו השופטת בן-פורת — עמד על דעתו, שגם בהעדר הפליה או פסול אחר מהפסולים החמורים, חייבת פעולת השלטון להיבחן במבחן הסבירות, שהיא, אמנם, לא סבירותו של בית המשפט אלא סבירותו (האובייקטיבית) של עובד ציבור סביר. עובד כזה רשאי לבור לו את הדרך בתוך תחום האפשרויות הסבירות. לפי המבחן הזה, כך סבר גם השופט ברק במקרה הנדון, לא לקתה ההחלטה המינהלית בחוסר סבירות.

האם זו מחלוקת סמאנטית גרידא? סבורני שלא. אם כי סומך אני ידי על הדברים שהבאתי זה עתה מפיו הנשיא נדמה לי שהצדק עם השופט ברק, כשהוא דוגל במבחן

11 לא התעלמתי מפסק דין רביעי, בג"צ 376/80 פעלים בע"מ נ' התקשיה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד לד(4) 207, שם הוחלט, בקיצור נמרץ, כי אין חברה ממשלתית חייבת להתקשר עם ספק זה או אחר בחוזה להספקת שירותים או לקבל ממנו הצעות.

12 שם, בעמ' 750, אותיות השוליים ו'—ז'.

הסבירות כמבחן העלול לפסול החלטה מינהלית אף כשאינה לוקה בפסול חמור יותר. אלא מה? לא הרי הסבירות הנדרשת מההחלטה המינהלית הניתנת בתחום השלטוני של הרשות כהרי הסבירות הנדרשת כשהרשות פועלת בתחום המשקי-פרטי. אלה הם שני מישורים נפרדים, שכל אחד מהם כפוף לשיקוליו ולעדיפויותיו. במקרה דנן פעלה רשות השידור בתחום המשקי-מסחרי. לא הייתי אומר שהיא "הומינה שירותים" (כי הרשות אינה זקוקה לשידורי פרסומת ואף אינה משלמת עבורם), אלא היה לרשות מצרך למכור, דהיינו, זמן בגלי-האחר, והיא ניצלה את שליטתה המונופוליסטית על מצרך זה כדי להשיג הכנסה. זוהי פעולה מסחרית מובהקת.

ה. סיכום

השאלה היא שאלה של קביעת המדיניות המשפטית הנראית לנו רצויה שנקבלה. אפשר לטעון, שכל אימת שיש בידי הרשות הציבורית כדי לספק פרנסה לאזרחיה, עליה לתת הודמנות שווה לכולם ושכל סטייה מעיקרון זה היא בלתי סבירה ואפילו מעשה הפליה. חסידי המכרוז רואים בכך את אחת המטרות החשובות של המכרוז, אם לא החשובה שבהן. אם יצאתי כאן לטובת הגישה המקלה עם הרשות הציבורית כשהיא פועלת בתחום העסקי-הכלכלי, עשיתי זאת משני טעמים. טעם אחד הוא, שגם על הרשות השופטת לכלכל את צעדיה ולשקול, מה התפקידים השיפוטיים שהיא יכולה לעמוד בהם ולהרים את נטלם, ומה התפקידים שהם מעבר לכוחותיה. תפסת מרובה לא תפסת. כנגד השאיפה להשגת צדק אידיאלי עלינו לשקול גם את הנזק החמור הנגרם, כשבסוף מתברר כי כל המאמץ היה לשווא ובית המשפט נאלץ להשיב את פני העותר ריקם. ואמנם, ניסיון החיים מלמד שכך המצב ברוב המקרים הללו, בפרט כאשר ההכרעה תלויה בנקיטת עמדה בין דעותיהם הסותרות של מומחים. אלה תמיד דיונים יקרים ומייגעים, ועלי-פי רוב שכרם יוצא בהפסדם.

על הטעם השני עמדו שופטי הרוב בעניין מרכז הקבלנים. "התערבות בתי המשפט בחוזים עסקיים של הממשלה ושל הרשויות הציבוריות" — אמר השופט י' כהן¹³ — "עלולה לשים מכשולים ניכרים בפני פעילות כלכלית של מוסדות השלטון ואף לגרום נזקים כבדים". מקובל אצלנו לבוא בטענות על הרשות הציבורית ולומר שהיא מנהלת את משק-ביתה או מפעלים כלכליים בצורה כושלת, בחוסר יעילות ובעזרת מנגנונים שאינם ערוכים לפעילות כזאת. לא פעם דורשים מהרשות לאמץ לעצמה, בתחום זה, נהלי עבודה ודפוסי פעולה המקובלים במשק הפרטי, על כל הטוב והרע שבהם. לשם כך מעודדים גם את הקמתן של חברות ממשלתיות, כדי לשחרר את הרשות מהמגבלות המוטלות עליה כגוף שלטוני, למשל, בתחום מדיניות השכר. אך כשהרשות מנהלת את ענייניה הכלכליים ברוח זו, שוב יש הרואים בכך כתם על תדמית המינהל. אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי. נראה לי, שמן הראוי ליישב סתירה זו, וליישבה לטובת הרשות הציבורית המנהלת את משקה ואת ענייניה הכלכליים ביעילות ובחיסכון. פסק הרוב בעניין מרכז הקבלנים ודברי הנשיא בעניין רשות השידור הם צעד חשוב בכיוון זה.

13 שם, בעמ' 740 למעלה.