חוק החוזים המינהליים — כורח המציאות

מאת

אסף פוזנר *

א. מבוא. ב. הדרך החווית הטהורה וביקורתה. ג. דרך הביניים: חוקי החוזים בתוספת חוק מתאם. 1. התחשבות במינהל כצד מתקשר. 2. ההבחנה בין חוזים שלטוניים לחוזים מסחריים. 3. מידת ההתחשבות במינהל ונסיבותיה. 4. הגנה על המתקשר הפרטי. 5. עיגון ההוראה הרצויה במשפט המצוי. ד. הדרך המינהלית. ה. סיכום.

א. מבוא

חוזים מינהליים (דהיינו, חוזים שבהם הפרט מתקשר עם זרוע של המינהל) [1] הם תופעה שכיחה ביותר. כמעט כל אחד מאתנו הוא צד לחוזה כלשהו עם המינהל. אך למרות שכיחותם הרבה — לא ברור ביותר מהו הדין החל לגביהם. האם חוקי החוזים הכלליים הם החוקים החלים לגבי חוזים מינהליים? ואולי המשפט המינהלי? או שמא קיימת אפשרות שלישית — דין משולב כלשהו?

המצב בפסיקה אינו ברור כלל. יש הגורסים, שמרגע שנחתם חוזה — דיני החוזים הם החלים [2]; פסקי דין אחרים גורסים התחשבות מיוחדת במינהל בתוך דיני החוזים [3]; יש הנוקטים את לשון המשפט המינהלי [4]; ועל כל אלה יש להוסיף פסקי דין המדברים על "דואליות נורמטיבית" — דהיינו ששתי מערכות הדינים חלות על המינהל [5] — ללא הבהרה מדויקת מהו היחס ביניהם.

אם נוסיף לאי הבהירות בפסיקה, שמאז שנכתבו חלק מפסקי הדין בסוגיה (המבוססים בחלקם גם על המשפט האנגלי) נחקקו חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, עם

* תלמיד השנה הרביעית, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 לדיון מפורט בהגדרת חוזים מינהליים ראה: G. Shalev, *"Administrative Contracts"*, *Isr. L. Rev.* (1979) 14, 444, 446—447 וכן להלן הערה 49.

2 ראה, למשל: בג"צ 292/61 **בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות**, פ"ד טז 20, 30: "רק אם וכאשר יעשה חוזה, יעברו יחסים אלה אל שטח המשפט הפרטי". וכן ראה: ע"א 435/68 **מדינת ישראל ואח' נ' "לי־עור" בע"מ, ואח'**, פ"ד כב(1) 436, 445.

3 ראה, למשל: בג"צ 311/60 **מילר נ' שר התחבורה**, פ"ד טו 1989.

4 ראה: בג"צ 124/79 **צוכא נ' שר הבטחון**, פ"ד לד(2) 752 ודיוננו בו בהמשך, במסגרת הדיון בדרך המינהלית.

5 ראה, למשל: בג"צ 341/80 **דוויק נ' בכר, מנהל שירותי הדואר (מחוז ירושלים)**, פ"ד לה(2) 197, 199 ועוד להלן, הערה 105.

nevo.co.il

סעיף עצמאות החוק [6], וכן חוק יסודות המשפט, תש"מ—1980, המנתק אותנו מן המשפט האנגלי, אזי נעמוד לפני תמונה, בשאלת הדין החל, שאינה ברורה כלל ועיקר.

שימוש — ואולי נחפז במעט [7] — בעקרון שלטון החוק עשוי להביא אותנו למסקנה שאם חוקי החוזים הכלליים חלים בחוזה בין פרטים, עליהם לחול גם כשמדובר בחוזה מינהלי; זאת, כפועל יוצא מההיבט המהותי של שלטון החוק, המחייב שוויון מהותי בין הפרט למדינה. ואולם, יש לבדוק, אם כן, אם חוקים אלה אכן מתאימים למטרייה שאנו דנים בה.

האפשרות השנייה היא "חוק מתאם". במינוח זה אנו מתכוונים להוראה מהותית המורכבת על חוקים כלליים (במקרה זה חוקי החוזים) והמתאמת ביניהם באופן שיתאימו למציאות המיוחדת (כלומר, זאת של החוזים המינהליים). דוגמה ל"חוק מתאם" ניתן למצוא בחוק החוזים האחידים, תשכ"ד—1964. בחוק זה הרכיבו על חוקי החוזים הכלליים את עילת הקיפוח. יש לבחון אפשרות של החלת חוקי החוזים על חוזים מינ־הליים, בתוספת "חוק מתאם", שיוסיף הוראה מהותית שתחול רק בחוזים מעין אלה.

האפשרות השלישית היא לזנוח את חוקי החוזים הכלליים ולקבוע שהמשפט המינהלי הוא זה שיחול על חוזים מינהליים.

דעתנו היא, שהפתרון הטוב ביותר לסוגיית החוזים המינהליים יהיה לנקוט דרך ביניים — בתנאי שהחוק המתאם אמנם י י ח ק ק. כל עוד חוק כזה אינו נמצא בספר החו־קים, הפתרון האופטימלי שהפסיקה יכולה לספק הוא באמצעות החלת המשפט המינהלי.

ראוי להבהיר, שבכל שלוש האפשרויות אנו עוסקים בדין המהותי בלבד. כל זאת, למעט פרוצדורת ההתקשרות והדיון בסמכות בית המשפט. כמו כן בא הדבר למעט חוקים הדנים בסוגית הכשרות המשפטית של הצדדים. לדעתנו, לגבי כל שלוש הגישות יחולו הדינים ה"אישיים" של המתקשרים [8]. למינהל — דין זה הוא המשפט המינהלי העוסק בסמכויות, ולפרט — חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962, והחוקים העוסקים בתאגידים.

כיוון שלמרות הכל מדובר בחוזים, הרי יש מעין "ראיה לכאורה" לחלות חוקי החוזים על המטרייה שאנו עוסקים בה ועל כן נתחיל את הדיון בהם.

ב. הדרך החוזית הטהורה וביקורתה

הבסיס לתורת החוזים מתחיל ונגמר בשוויון. הוא מתחיל מתוך ראיית הצדדים כשווים לעניין חופש ההתקשרות וחופש העיצוב, ולכן הוא רואה אותם כשווים גם לעניין התוצאה, על־ידי החלת עקרון קדושת החוזים (Pacta sunt servanda) באופן שווה. בסיס תיאורטי זה גרם לכך שהיו שגרסו שחוזה אחיד לאו חוזה הוא, שכן השוויון ההתחלתי, האופייני בדרך כלל לחוזים, אינו קיים בו (וכן לא חופש ההתקשרות וחופש העיצוב), ולכן חוקי החוזים אינם יאים לו [9]. דעתם זו אמנם לא התקבלה, אך המחוקק

6 סעיף 63 לחוק.

7 ראה דיון בסמוך להערות 81—84.

8 לדחיית דרך שתהיה "חוזית טהורה", במובן שאף לא תכלול לצדה את דיני הסמכות המינהליים, ראה: שלו (לעיל, הערה 1) 445—446.

9 ראה: גבריאלה שלו, תניות פטור בחוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמחקר השוואתי, ירושלים, 1974) 33 ואילך.

הישראלי גילה את דעתו שחוקי החוזים כשהם לבדם אינם מספיקים לחוזים אחידים ולכן הוסיף בצדם חוק מתאם, את חוק החוזים האחידים, תשכ"ד—1964.

בחוזים מינהליים בולט בדרך כלל חוסר השוויון עוד יותר מאשר בחוזים אחידים. אם בחוזים אחידים הצדדים שווים מבחינה חוקית — אם כי לא מעשית — הרי בחוזים מינהליים עומדים לפנינו שני צדדים במעמד שונה הנובע מזהותם בפני החוק, וקשה עוד יותר לדבר על שוויון. מן הבחינה החוקית יש למדינה כוח חקיקה — היא מתירה דבר אחד ואוסרת את משנהו; יתרון זה אינו עומד למתקשר עמה. מבחינה כלכלית אי השוויון הנובע מעמדות המיקוח בולט עוד יותר. המדינה היא לקוח יחיד של כלי נשק, בעלת שטחי קרקע עצומים ובעלת משאבים ותקציבים גדולים במיוחד. לכן, ברוב רובם של המקרים (למעט אולי התקשרויות עם גורמי חוץ ענקיים) [10], המדינה עדיפה בצורה משמעותית על המתקשר עמה, הנאלץ להיכנס להתקשרות זו [11]. אין גם להתעלם מכך, שגם על המדינה מוטלות מגבלות לעניין חופש ההתקשרות. המדינה, למשל, אינה יכולה לבחור כאוות נפשה את אלה שיתקשרו עמה, אם הדבר כרוך בהפליה, המותרת בדרך כלל למתקשר הפרטי [12].

המסקנה היא, שרב חוסר השוויון בחוזים מינהליים וכי חופש ההתקשרות כמעט שאינו קיים בהם. אם בחוזים אחידים, שעשוי לערוך אותם ספק קטן יחסית, לא די בחוקי החוזים כשהם לעצמם — כיוון שהם נובעים מתשתית תיאורטית של שוויון — היעלה על הדעת שבחוזים מינהליים יספיק חוק החוזים לבדו?

גם אם נעצום את עינינו בפני אי התאמת התשתית התיאורטית של חוקי החוזים לחוזים מינהליים, וניכנס לגוף חוקי החוזים הכלליים, ניתקל בבעיות קשות. חוק החוזים אינו מתאים לטיפול בחוזים מינהליים פשוט מפני שלא יועד למטרה זו. הגוף הקרוי בפינו "מינהל" הוא גוף יוצא דופן. נדגים זאת.

(א) אופי התפקידים. המינהל החותם על החוזה ממלא אף תפקידי חקיקת משנה. ממילא, לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973 (להלן — חוק החוזים), יכול המינהל להביא לבטלות החוזה בדרך של חקיקה מתאימה [13]. האם ייחשב

10 במיעוט מקרים אלה אין כדי להשפיע על הדין הכללי החל לגבי חוזים מינהליים, שכן במידה שמדובר בגורם חוץ ענק העדיף בעמדת המיקוח שלו על המדינה, אין ספק שהתנאים יהיו בהתאם, ללא קשר עם הדין הכללי של חוזים מינהליים, אף אם יגרור הדבר חקיקת חוק מיוחד עבורו.

11 אך ראה: Keyes, *Government Contracts* (St. Paul Minn., 1979) 2. קייס מעמיד את הדברים באור שונה לחלוטין, כאילו המדינה היא זו העומדת במצב נחות בשל צרכיה המרובים.

12 בג"צ 262/62 **פרץ נ' כפר שמריהו**, פ"ד טז 2101, 2114; בג"צ 295/80 **קידר, עבודות עפר ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 468, 474.

13 אלא אם כן נרחיב את הגישה הפרשנית העקרונית שנקט בסעיף זה פרופ' טדסקי לגבי תקנת הציבור. ראה: ג' טדסקי, "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט", **משפטים** יב (תשמ"ב) 227, 230—232. אם סעיף 30 כולל בתובו רק מקרים שבהם החוזה אינו חוקי ברגע הכריתה, ואילו כל המקרים שבהם חוזה הופך להיות לא חוקי לאחר זמן הכריתה יפלו לתוך סיכול, אזי נעמוד במקרה זה בפני לאקונה. עילת הסיכול לא תצלת פה, שכן מדובר בסיכול שגורם אותו צד לחוזה הטוען לו. ודוק.

nevo.co.il

הדבר להפרת החוזה מצד המינהל? לפי ההגדרה המצויה בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, המצב אינו ברור. "הפרה" מוגדרת שם כ"מעשה או מחדל בניגוד לחוזה". מלת המפתח פה היא "חוזה". האם יש לנו, במקרה של בטלות לפי סעיף 30 לחוק החוזים, חוזה בכלל? ומבחינה עקרונית — מחד גיסא, אם אין כאן הפרה, ממילא מאבד חוק החוזים במידה רבה מכוחו, שכן המינהל יכול להתנער מהתחייבויותיו ללא קושי רב; ומאידך גיסא, אם מדובר בהפרה, עדיין ניצבים אנו בפני דילמה. האם גם כשהמינהל קובע רק הסדרים משניים (תקנות ביצוע — Secundum Legem) — בעקבות הנחיות הכנסת — האם גם אז ייחשב כמפר? ואם לא — האם מבחינת רצון הכנסת, כפי שהוא משתקף בסופו של דבר במצב החוקי, יש הבדל לעומת המצב אילו היה מדובר בתקנות הקובעות הסדרים ראשוניים? ואם כן נשאלת השאלה, מה אנו דורשים מהכנסת כדי שמצב זה לא יקרה; האם שהיא תתקין תקנות לביצוע החוק?![14]

(ב) מבחינת המשפט החוקתי. המשפט החוקתי מכיר בתחלופה של מייצגי המדינה (קרי — הממשלה) מעת לעת. תחלופה זו פירושה שינוי במדיניות, בדגשים ובדרך חלוקת התקציב, שינוי המוכר על־פי־דין לפי עקרונות המשטר הדמוקרטיים. והנה, אם נניח שחוק החוזים הרגיל הוא החל על חוזים מינהליים — אין קל מזה שממשל אחד יכפה על הממשל הבא אחריו את רצונו בעיקרי מדיניות המבדילים בין שני הממשלים, דבר הסותר את העיקרון הדמוקרטי, גם אם אין הוא מפריע לו כשמדובר בחוזים של יום יום. כל מה שהממשל צריך לעשות הוא להתחייב בחוזים לגבי מדיניות התיישבות ומדיניות פיתוח, למשל, ואת האכיפה המעשית יבצעו כבר בתי המשפט, גם אם תהיה זו אכיפה עקיפה על־ידי פיצויים או על־ידי פסק דין הצהרתי[15].

מבחינת חוקי החוזים הרגילים, הממשלים השונים אישיות אחת להם, ואי אפשר להתחשב בתחלופה זו. אין זו בעיה בדינים הקובעים את אישיות הצדדים, אלא בחוקי החוזים, שכן ברוב המקרים הפתרון הרצוי הוא שהחוזים אמנם ימשיכו לחייב את המדינה, ולכן לא יניח את הדעת פתרון אשר יראה בשני ממשלים משום אישיות משפטית שונה. נראה, שתיאום כלשהו בין חוקי החוזים למשפט החוקתי הוא דרוש. יש להותיר שיקול דעת וחופש פעולה כלשהו (לפחות לגבי נושאים העומדים בבסיס תפיסתו של הממשל החדש) גם לממשל החדש[16]. מכל האמור עולה שאין לייחס למחוקק כוונה להחיל את חוקי החוזים הרגילים על החוזים המינהליים[17].

14 תיתכן טענה, שגם אם יתקין המינהל תקנות הן תהיינה כפופות לביקורת בג"צ, ואם כן הבעיה אינה קשה כל כך לגישה החוזית, שכן אלה תבוטלנה אם כל מטרתן תהיה להתנער מחוזה מחייב. טענה זו אינה נראית לי. ראשית, ייתכנו מקרים שבהם תוצאות הפיכת החוזה ללא חוקי היא אינצידנטלית בלבד להתקנת התקנות. שנית, גם אם בג"צ יבדוק את התקנות, הבדיקה תהיה מנקודת מבט המשפט המינהלי, כמו כל בדיקת תקנות. בג"צ לא יפסול תקנות רק בשל היותן בגדר הפרת חוזה, ואם כן חזרה הקושיה למקומה.

15 שכן, סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח—1958, מונע הוצאת צו ביצוע בעין נגד המדינה. מכל מקום, לגבי רשות מקומית הגבלה זו אינה חלה, והאכיפה תהיה ממשית בהחלט.

16 אין ספק, שקיים גם אינטרס ציבורי ברציפות של התחייבויות הממשל. אינטרס זה צריך להיות מאוזן עם האינטרס הטמון בהחלפת מדיניות עקב החלפת ממשלים. נראה לי, שחוק החוזים אינו ערוך לביצוע איזון אינטרסים כזה, אשר מקומו במשפט החוקתי.

17 מאפיין נוסף של המינהל, אשר צריך להשפיע על הדין שיחול לגבי חוזיו, הוא שהמינהל

nevo.co.il

מכל מקום, אף אם נמצא "דרך פלא" להתגבר על המכשול הטמון בחוקי החוזים — התוצאה לא תהיה זהה למינהל ולאזרח, ובמקרים אחדים דווקא חוקי החוזים (אשר השוויון בין מתקשרים נמצא בבסיסם) יביאו להפליית המינהל לרעה באופן לא מוצדק.

לפקיעת חוזה קיימות מספר אפשרויות: פקיעה בדרך של הסכם, פקיעה על ידי ביצוע ההתחייבות, פקיעה הנובעת מביטול בעקבות הפרת החוזה ו"פקיעה" כתוצאה מסיכול. אם נסקור אפשרות אחרונה זו, ניווכח מיד שיש מקרים רבים שבהם הפרט נהנה מהגנת סיכול אך לא כן המינהל, אף־על־פי שאותו מצב קיים לגבי שניהם.

רבים ממקרי הסיכול הם סיכול בשל פעולת השלטונות או נובעים מפעולות שבהן מעורב המינהל. פעולות אלה לא יהוו סיכול לגבי המינהל בשל ההלכה שסיכול עצמי לאו סיכול הוא[18]. לכן, אם תוכרז למשל מלחמה, אזי תהיה למתקשרים בחוזי בינוי של קבלנים פרטיים הגנה בשל אי ביצוע[19], ומאידך גיסא משרד הבינוי והשיכון, הפועל כקבלן לכל דבר, ימשיך לשאת בכל התוצאות הנובעות מהפרת חוזיו[20]. אותו הבדל קיים במקרה של חתימת חוזה שלום שבו המדינה מוותרת על חבלי ארץ מסוימים — הקבלנים הפרטיים ייהנו מיתרונות הסיכול, שכן עבורם היה פה סיכול לכל דבר, ואילו המינהל ייצא וידיו על ראשו בשל ההלכה בדבר "סיכול עצמי", ויחויב בפיצויים חוזיים מלאים.

השרירות ואי־השוויון בולטים עוד יותר בסיטואציה שבה המינהל מתקשר עם קבלן ראשי, וזה האחרון עם קבלני־משנה. בחתימת חוזה שלום הקבלן הראשי לא ייפגע, שכן למדינה אין הגנת סיכול כנגדו, משום שהיא יצרה את המצב שבו אין היא יכולה לבצע את החוזה, ואילו קבלני־המשנה ייפגעו, שהרי החוזה בינם לקבלן הראשי מסוכל. קשה לראות הבדל מהותי המצדיק שוני זה בתוצאה[21], [22].

אינו גוף הייראַרכי פשוט, אלא קיימות בו "רשויות מוסמכות", שאינן כפופות בהפעלת שיקול דעתן לעומד מעליהן, והדין מכיר באי כפיפות זו. ראה בג"צ 70/50 **מיכלין נ' שר הבריאות**, פ"ד ה 319, 322. הדין צריך לשוות לנגד עיניו בעיות שמבנה כזה יכול ליצור בהקשר של חוזים מינהליים, ולמנוע שחתימת חוזים תהיה דרך לעקוף אי כפיפות זו (על ידי כך שרשות עליונה תחתום על חוזה ובית המשפט יאכוף את הרשות המוסמכת לבצעו). אך מבנה כזה אינו מיוחד רק למינהל והוא קיים גם בתאגידים פרטיים, ואותן הבעיות קיימות גם שם והן יכולות למצוא את פתרונן בדיני הסמכות.

18 ע"א 767/77 **כן חיים נ' כהן**, פ"ד לד(1) 564, 571; א' ידין, **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970 (פירוש לחוקי החוזים**, בעריכת ג' טדסקי, ירושלים, המכון למחקרי חקיקה ולמחקר השוואתי, מהדורה שנייה, תשל"ט) 125.

19 אמנם ייתכן שלא תמיד. ראה ע"א 715/78 **כץ נ' מזרחי**, פ"ד לג(3) 639.

20 דרך פתרון אחרת ניתן למצוא בקביעה, שמלחמות אחדות תורגות מ"סיכול עצמי" באשר הן נכפו על המדינה. אך מי יקבע לנו מלחמה זו מה היא? האם מעוניינים אנו בהכנסת המשפט הבינלאומי הפומבי לדיני החוזים בדלת האחורית על־מנת לקבוע אם המלחמה צודקת?! חוץ מזה, ברור שזהו פתרון מוגבל ביותר בהיקפו.

21 ראה דברי השופט ברק בבג"צ 840/79 **מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(3) 729, 748: "אכן לעיתים אין להצדיק חוסר שוויון זה [בין המדינה לפרט — א"פ] ויש לעשות להסרתו".

22 סוגיית קבלני משנה בחוזים מינהליים מעוררת בעיות קשות. במקרים רבים מעורבות המינהל בחוזה בין הקבלן הראשי לקבלן המשנה רבה (אישור המינהל לבחירתם, קביעת תוזיהם וכיו"ב) וקבלן המשנה אף נכנס לחוזה רק מפני שהמינהל מתקשר עמו בעקיפין.

nevo.co.il

ייתכן שהיה אפשר לפתור בעיות אלה על־ידי הפרדה בין פעולות זרועות השלטון, ולקבוע שפעולת זרוע אחת לא תיחשב כסיכול עצמי לצורך הזרוע השנייה. יתרה מזו, ניתן לגרוס כי פעולות מסוימות של השלטון לא ייחשבו כסיכול עצמי אף לאותה זרוע שלטונית, בפעולותיה האחרות. דרך זו ננקטה בפסק הדין *William Cory & Son* v. *London Corporation*[23]. בפסק דין זה הפרידו בין פעולות המינהל כרשות לענייני בריאות ובין פעולותיו החוזיות, וקבעו שאף־על־פי שהראשונות עשו את האחרונות לבלתי אפשריות אין בכך סיכול עצמי[24]. אך יש לציין מיד, שאם זה הפתרון, הוא אינו בא מתוך חוקי החוזים, אלא ממקור חיצוני ומהווה חוק מתאם המרחיב את עילת הסיכול מעבר לגבולותיה הרגילים, החוזיים, על־ידי ביטול חלקי של הלכת ה"סיכול העצמי"[25]. אין בכך משום הפעלת חוקי החוזים בצורתם הטהורה. חוקי החוזים רואים במינהל גוף אחיד, ובכל פעולותיו גוון אחד ואינם מאפשרים לראות בחלק מפעולות גוף מסוים כאילו בוצעו על־ידי גוף אחר לחלוטין. זהו ליקוי בחוק החוזים, ולא בחוקים הקובעים את אישיות הצדדים המתקשרים בחוזים[26].

מסקנתנו היא אפוא, שיש קשיים ניכרים בהתאמת חוקי החוזים והתיאוריה שבבסיסם לחוזים מינהליים. עם זאת, ראוי לבדוק האם אין חוקי החוזים מספקים לנו גם פתרונות. נבחון כמה אפשרויות:

(א) תקנת הציבור. אין ספק, שהכלל הרואה חוזים הנוגדים תקנת הציבור כבטלים יכול לספק אי־אילו פתרונות למספר קשיים, אך יש מצבים רבים שבהם הוא לא יועיל לנו. לדעת פרופ' טדסקי[27], המפרש את סעיף 30 לחוק החוזים כחל רק על

למרות זאת, המינהל מתחבא מאחורי מסך היריבות החוזית ואין לקבלן המשנה תביעה חוזית נגדו, אף אם הפרת החוזה היא באשמת המינהל. לדעתנו, זהו מקום נוסף שיש לתרוג בו מחוקי החוזים הרגילים ולהתעלם מהיריבות החוזית. יש לקבוע שכאשר קיימת זיקה בין המינהל לקבלן המשנה, על המינהל לפצותו ישירות במקרים אחדים. לבעיית קבלני המשנה ראה: *American Pipe & Steel Corporation* v. *Firestone Tire & Rubber Company* 292 F2d. 640 (9th Cir., 1961); *United States* v. *Taylor* 333 F2d. 633 (5th Cir., 1964); *Nickel* v. *Pollia* 179 F2d. 160 (10th Cir., 1950) וכן ראה קייס (לעיל, הערה 11) 232—236.

23 [1951] 1 KB 8 (KBD), [1951] 2 KB 476 (CA). וראה גם: C. Harlow, "*'Public' and 'Private' Law: Definition without Distinction*", 43 (1980) *M.L.R.* 241, 248—249.

24 ראה גם בארצות הברית: *Amnio Brothers Co.* v. *United States* 178 Ct. Cl. 515, 372 F2d. 485 (1967) Cert. denied. 389 US 846. במקרה זה קבע בית המשפט כי בהוראת המינהל לפתוח פתחי הצפה של סכר על מנת שלא יעלה על גדותיו יש לראות פעולה ריבונית. פעולה ריבונית כזאת אינה יכולה להיות הפרת חוזה, אם כי המים שטפו מעבר שבנה התובע והפכו בכך את החוזה לבלתי אפשרי.

25 ראה: Mitchell, *The Contracts of Public Authorities* (London, 1954) 227.

26 אין כאן רק שינוי במישור של קביעת הזהות והכשרות של הצד המתקשר. ראשית, מפני שלגבי שאר העניינים החוזיים ימשיכו לראות את המינהל כולו כצד המתקשר. שנית, ההדגשה היא במישור של אופי הפעולה של המינהל ולא רק בזהות הזרוע המינהלית המבצעת.

27 לעיל, הערה 13, שם.

nevo.co.il

חוזים המנוגדים לתקנת הציבור ברגע כריתתם, ולא לחוזים ההופכים להיות במשך הזמן מנוגדים לתקנת הציבור — מכשיר תקנת הציבור לא יועיל לנו כלל כדי לפתור את הבעיות שהעלינו לעיל. אך גם לשיטת פרופ' שלו[28], הרואה בתקנת הציבור מכשיר דינמי היכול להביא לבטלות החוזה אף אם הניגוד מתגלה במשך חיי החוזה, אין בתקנת הציבור כדי לפתור בעיות רבות. זאת, בגלל שתי סיבות. ראשית, בגלל אופי המושג "תקנת הציבור". נדגים זאת בקושי שהמשפט החוקתי מצב בפני החלת חוקי החוזים על החוזים המינהליים[29] כאשר החוזה עשוי לכבול את ידיו של ממשל חדש. אם החוזה נחתם לפני הבחירות והממשל הישן נבחר פעם נוספת, אין בהתחייבותו מלפני הבחירות שום פגם ואין למצוא סיבה שתצדיק את שחרורו מחיוביו במסגרת החוזה. שונה המצב אם נבחר ממשל חדש ובחוזה יש כדי לכבול אותו באורח מהותי. משמע, שנקודת הזמן שבה עלול הפגם לעלות הוא רגע הבחירות. תקנת הציבור אינה יכולה לפתור לנו בעיה מעין זו. אין לראות בבחירות משום בחירה בתקנת הציבור. במהותה, תקנת הציבור מושרשת עמוק בציבור, ולא נובעת מכך שחמישים ואחד אחוזים מהאוכלוסייה בוחרים במפלגה כלשהי, ולכן השימוש במכשיר זה ישאיר את החוזה כשהוא תקף וללא אפשרות להשתחרר ממנו, למרות שהוא כובל מבחינה מהותית את ידי הממשל החדש. אנו זקוקים למכשיר שאינו זקוק להתרחשות של נסיבות קיצוניות כל כך כמו תקנת הציבור ואשר די לו בבחירות דמוקרטיות כדי להעלות על פני השטח פגם חבוי.

שנית, התוצאה של סעיף 30 לחוק החוזים מעלה קשיים. אף זאת נדגים בקושי הנובע מהמשפט החוקתי. גם אם ייבחר ממשל חדש, לא תמיד ירצה הוא להתנער מכל החוזים שכרת הממשל הישן. זו מגבלה נוספת של תקנת הציבור — אין היא מעניקה שיקול דעת על־ידי הפיכת חוזה תקף לחוזה הניתן לביטול. תוצאת הניגוד לתקנת הציבור היא חד משמעית — בטלות החוזה. תוצאה זו אינה מוצדקת וחריפה מדי במקרים רבים. אין גם לראות משום תשובה בטיעון שאם הממשל החדש ירצה להישאר כבול בחוזה הוא יכרות חוזה חדש, הזהה לישן. מה יהיה אם הפרט שכרת את החוזה עם הממשל הישן אינו מעוניין להיות כבול באותו חוזה כיום? האם יש היגיון בשחרור הפרט מחוזה רק בשל העובדה שנבחר ממשל חדש?! פגם נוסף בתוצאה המושגת לפי חוק החוזים הוא בכך שאין הוא מאפשר פסיקת סעד של פיצויים במידה שהחוזה מוכרז כבטל. תקנת הציבור כפי שהיא בחוק החוזים אינה מספקת פתרונות הולמים לבעיות שעמדנו עליהן הן בגלל צרות העילה, והן בגלל קושי התוצאה[30], [31].

(ב) **תום לב.** קיימת נטייה[32] לראות בסעיפי תום הלב משום מכשיר כל־יכול

28 לעיל הערה 1, בעמ' 461.

29 ראה לעיל, בסמוך להערות 14—16.

30 גם מבחינה מעשית אין לצפות להפעלה אקטיבית של תקנת הציבור בבתי המשפט. לא קשה לזכור שמכשיר זה לא הופעל בחוזים אחידים במקום שהיה מדובר בנזק לא גופני, למרות שמבחינה תיאורטית אולי ניתן היה לעשות זאת. ראה: ע"א 99/59 שהם נ' פיינר, פ"ד יד 1451. ראה גם מיטשל (לעיל, הערה 25) 232; Turpin, *Government Contracts* (Penguin Books, 1972) 100.

31 גם סעיף 31 לחוק החוזים לא יפתור את בעיית קושי התוצאה, אלא במעט, שכן גם הוא אינו עושה את החוזה ניתן לביטול, אלא משאיר בעינה את התוצאה האוטומטית. עם זאת, הוא עלול לרכך את המצב שבו עומד הפרט ללא פיצוי כלשהו.

32 ראה, למשל: ע"א 409/78 גולן ואח' נ' פרקש ואח', פ"ד לד(1) 813, 821, שבו קובע בית

nevo.co.il

ומזור לכל התחלואים באשר הם. אין ספק, במשך השנים ובארצות שבהן פותח מכשיר זה הוא הגיע להישגים מדהימים למדי [33]. למרות זאת, נראה לי שאין להפריז בשימוש במכשיר זה באופן שיעקור את חוק החוזים מתוכו ומתוכנו. סעיף 39 לחוק החוזים הוא אמנם סעיף מרכזי בחוק החוזים, אך מסביבו נמצאים עוד אי־אילו סעיפים נוספים הקובעים זכויות מכל הסוגים. אם נפתח את סעיף 39 באורח בלתי מוגבל, ובכל פעם שחוק החוזים לא יטפל בנושא הראוי לטיפול נפרד, נמצא שהוספנו דרך סעיף 39 סעיפים רבים לחוק החוזים, ואף הגבלנו את אלה הקיימים בו. בסופו של דבר נגיע למצב של חוסר ודאות מוחלט. אם נקבע למשל, שתום הלב מונע מהמתקשר עם המינהל לתבוע מן המינהל לבצע את החוזה במקום שנחתם הסכם שלום ורק מאפשר לו לדרוש מהמינהל לפצותו באורח מוגבל, אזי החלפנו את הזכות החוזית בזכות אחרת לחלוטין, יצירת סעיף תום הלב. תום הלב הוא אמנם בבחינת מונח שסתום, אך כמו שלמנוע מכני יש שסתומים המצויים בתוכו ואינם מהווים את כולו, או המקיפים אותו מבחוץ, כך מונח תום הלב צריך להתפרש בתוך החוקים היוצרים זכויות, ולא כיוצר ומבטל זכויות ללא הגבלה. אף־על־פי כפי שכבר ציינתי, שמפסיקת בית המשפט העליון עולה גישה שונה. אם סעיף תום הלב יפורש ויורחב ללא הגבלה וינסה להסדיר את תחום החוזים המינהליים באופן שיטתי ולא קזואיסטי, תהא זו גם אחיזת עיניים לכנות את הזכויות החדשות "זכויות חוזיות" הנובעות מחוק החוזים. אולי האיצטלה במקרה כזה תהיה של חוק החוזים, אך התוכן יהיה "משפט מקובל ישראלי" ולמעשה בבחינת חוק מתאם. אם זה המצב לאמיתו של דבר, אזי יש לטפל בו באורח מקיף ולקבוע קווים מנחים על מנת לטפל בו טיפול עקיב ולמנוע חוסר ודאות. במלים אחרות, יש לקבוע מה אופי ההוראה הנוספת שתורכב על־גבי חוקי החוזים.

(ג) תניות חוזיות. ניתן לומר, שכל הבעיות ניתנות לפתרון על־ידי הכנסת תניה לחוזה מינהלי, שבה ייקבע כי המינהל יכול להתנער מהחוזה במקרים מסוימים. פרופ' שלו [34] מעלה אפשרות של תניית "צורך מינהלי" (מפורשת או מכללא [35]), שתשחרר את המדינה מהתחייבויותיה החוזיות בסיטואציות מסוימות; בארצות הברית מקובלת תניה של "ביטול מטעמים של נוחות הממשל" (Termination for Conven-

המשפט כי אין לבטל חוזה אם הצד הנפגע יודע שהצד השני הפר את החוזה בנסיבות שלא היתה לו שליטה עליהן והוא מוכן לפצות את הנפגע. בכך נקבע למעשה כלל מהותי חדש הדומה במידת מה לסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970; ע"א 260/80 **נוביץ נ' ליבוביץ**, פ"ד לו(1) 537, 550, שבו רומז השופט ברק לאפשרות של הסתייעות בסעיף 39 לשם החלת השיטה הוולוריסטית; ע"א 472/79 **שרף נ' מנהל אגף המכס והבלו ואח'**, פ"ד לה(1) 509, 513, שבו מדובר על התחשבות מיוחדת בעולים חדשים. וראה גם: ד' פרידמן, "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור", **עיוני משפט** ז (תש"מ) 431, 435—436; גבריאלה שלו, "פגמים בכריתת חוזה — קווים מנחים", **משפטים** יא (תשמ"א) 439, 442 ואילך, והמקורות שצוינו שם.

33 ראה, למשל: Cohn, *Manual of German Law* (London, 2nd. ed., 1968) 192 ff.

34 גבריאלה שלו, "האם חייבת המדינה לכבד את התחייבויותיה החוזיות?", **הפרקליט** לג (תש"מ) 215, 218.

35 בכפוף כמובן לשאלת אם מכשיר התניות מכללא קיים בשיטתנו. ראה שלו (לעיל, הערה 1) 641, הערה 53; ע"א 627/78 **וייצמן נ' אברמזון ואח'**, פ"ד לג(3) 295, 298.

ience of the Government) בחוזים עם המינהל, ובה נדון במסגרת הדיון בדרך הביניים.

בטרם נעבור לדון בתוכן תניה אפשרית כזאת, והאם רצוי בכלל שהמינהל יוכל להתנער מהתחייבויותיו, נפנה לכמה קשיים הנובעים ממכשיר חוזי זה. ראשית, אי התאמת חוק החוזים לחוזים המינהליים נובעת, בין היתר, מכך שחוזה ישמש מכשיר בידי ממשל (החותם עליו) לאכיפת גופים אחרים, כממשל חדש [36]. אם החותם הוא הרוצה לאכוף אחר, ודאי שתניה זו לא תוכנס לחוזה.

שנית, הבסיס התיאורטי של מכשיר התניות מכללא הוא ברצון הצדדים. במקרים רבים לא יוכל בית המשפט למצוא רצון כזה (לפחות לא מהצד הפרטי) בעובדות כריתת החוזה. אם, בכל זאת, יצור בית המשפט באורח פיקטיבי תניות מכללא, ללא עיגון מתאים ברצון הצדדים הקונקרטיים, הוא ירוקן את חוק החוזים מכל תוכן ממשי, ולמעשה יהיה בבחינת חוק מתאם [37]. לכן נראה, שגם במכשיר זה אין כדי לקדם אותנו לתוצאה הרצויה.

ג. דרך הביניים: חוקי החוזים בתוספת חוק מתאם [38]

דרך הביניים מתאפיינת בכך שהיא לוקחת את חוק החוזים כבסיס ומוסיפה לו עוד כהנה וכהנה הוראות מהותיות, כשחוק החוזים הוא אלמנט אחד בלבד של הדין החל על חוזים מינהליים [39]. מובן, שהתוצאה הסופית תלויה במהות ההוראה ובתוכן שנוסיף לחוק החוזים. זו יכולה להיות הוראה המוגבלת לחוזים שלטוניים ויכול שתשתרע גם על־פני חוזים מסחריים; אפשר לקבוע מחד גיסא נסיבות מוגבלות אובייקטיבית, שבהן ההוראה תחול ומאידך גיסא, ניתן לגרוס שמספיק רצון סובייקטיבי של המינהל להשתחרר מהחוזה; התוצאה יכולה לנוע מבטלות החוזה המינהלי ועד היותו ניתן לביטול בלבד, ועוד ואריאציות כהנה וכהנה.

אך לפני הדיון בהוראה הנוספת, רצוי לדון בסיבות המצדיקות התחשבות מיוחדת במינהל מן הבחינה של הדין ה ר צ ו י.

1. התחשבות במינהל כצד מתקשר

הדבר המאפיין את ההוראות המהותיות המורכבות על חוקי החוזים שבהם אנו דנים הוא שחרור המדינה מהתחייבויותיה החוזיות בנסיבות מיוחדות. מה הסיבה להתחשבות מיוחדת זו?

36 ראה גם הערה 17 לעיל.

37 ולכן נדון בטכניקה זו במסגרת דרך הביניים. ראה טדסקי (לעיל, הערה 13) 233, 235. בעמ' 235 מחבטא פרופ' טדסקי במלים חריפות נגד דרך זו: "אלה הן דרכי המשפטאות האנגלית הנזקקת ללשון הפיקציה הזאת כאשר מבקשים להנהיג דין מסוים". וראה דיוננו לעיל ביחס לתום הלב.

38 להלן — דרך הביניים.

39 ראה טורפין (לעיל, הערה 30) 99.

nevo.co.il

(א) הסיבות השלטוניות־ריבוניות. דרך מקובלת[40] להצדקת ההתחשבות במינהל היא בכך שהמינהל הוא שלטון ובתור שכזה עליו לשלוט. אם נצמצם את חופש פעולתו של המינהל על־ידי כפייתו לפעול בצורה מסוימת (קרי — בהתאם לחוזיו), הוא לא יוכל למלא תפקיד זה ביעילות ולכן יש לאפשר למינהל להשתחרר באורח חד־צדדי מחוזיו. לפי נימוק זה, פריווילגיה מיוחדת זו של המדינה דומה לחסינות הניתנת לגוף כדי לאפשר לו לפעול בחופשיות[41].

לדרך הנמקה זו יש וריאציות אחדות, החל מכינוי המינהל בשם "ריבון" והוצאת המסקנה שמסיבה זו יש להעניק לו פריווילגיות, ועבור לראיית המינהל כ"ממשל" שעל כן עליו למשול. הבדלים אלה הם סמאנטיים במהותם, אך מיטשל, למשל, רואה בהבדלים אלה דרכים לעקיפת כמה מכשולים; לדעתו, על־ידי מעבר סמאנטי מ"ריבון" ל"ממשל" אנו מצליחים להחיל את ההתחשבות המיוחדת לא רק על ממשלים מרכזיים כי אם גם על רשויות מקומיות[42].

נימוק זה ראוי לביקורת. המדינה אינה חסינה בפני הליכים שיפוטיים[43] ודבר שבכל יום הוא שבית המשפט הגבוה לצדק מוציא צווי עשה נגד המדינה[44] ושבתי משפט אחרים מוציאים פסקי דין שבהם הם מטילים על המדינה לשלם פיצויים. נראה, שבשלה השעה להמשיך בקו שהתווה השופט זוסמן[45], של הינתקות מרעיון "המדינה מצווה", וראייתה כאישיות משפטית רגילה[46]. כשם שאין אנו נרתעים מהוצאת צווים למינהל, כך אין אנו צריכים להירתע מחוזים המחייבים אותו, רק באשר הוא ממשל או ריבון[47].

(ב) הסיבה האובייקטיבית. אך אין דחיית הסיבות השלטוניות־ריבוניות צריכה להביאנו לדחיית התחשבות מיוחדת במינהל. הסיבה להתחשבות צריכה לבוא על בסיס ראייה אובייקטיבית של המינהל, והכרה בכך שחוק החוזים לבדו אינו מספק לנו תשובות מתאימות לבעיות שמעמידים לפנינו חוזים מינהליים. לפי נימוק זה יש להתחשב במינהל כדי להביא לתיאום בין חוקי החוזים ובין הדינים האחרים הקובעים את מורכבותו מבחינת אופי תפקידיו, הרכבו ותחלופת מרכיביו[48]. יש להכיר בכך, שמבחינה אובייקטיבית הבסיס התיאורטי של חוקי החוזים אינו מספיק למינהל כצד

40 ראה, למשל, מיטשל (לעיל, הערה 25) 6 ואילך.

41 ראה סעיף 42 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש), שנותר על כנו אף לאחר קבלת חוק הפרשנות, התשמ"א—1981, המעניק חסינות מהותית למדינה, להבדיל מרשויות מקומיות, וכן את סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח—1958, המעניק למדינה חסינות דיונית, שוב, להבדיל מרשויות מקומיות.

42 ראה מיטשל (לעיל, הערה 25) 4, 15 ואילך, 222—223. וראה גם להלן, הערה 48.

43 באשר לאי־חלות החסינות המהותית של המדינה על חוזיה ראה: שלו (לעיל, הערה 32) 218.

44 ראה סעיף 10 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח—1958. כמו כן מוסמך בית הדין לעבודה להוציא צווי מניעה וצווי עשה נגד המדינה. ראה סעיף 42 לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט—1969, כפי שתוקן בתש"מ בתיקון מס' 8 לחוק.

45 בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה (לעיל, הערה 3) 2004—2005.

46 אך ראה טדסקי (לעיל, הערה 13) 239—240.

47 גם מבחינת שלטון החוק נראה, שיש פגם בהענקת העדפה סיטונית למדינה באשר מדינה היא. ראה: א' ברק, "שלטון החוק", קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ו, 15, 22—23.

48 אין ספק, שחלק מגורמים אלה מקורם ההיסטורי הוא בכך שהגוף הוא שלטון, אך אין בכך כדי לפגום בראייתנו האובייקטיבית את המינהל, כפי שהוא לפנינו היום.

nevo.co.il

מתקשר בחוזה, ויש לתאם בין הגוף לחוק החל עליו[49]. לא הכרה מתוך סיבה כללית של ראיית המינהל כממשל אלא מתוך הסתכלות אובייקטיבית בו. כיוון שכך, יש גם להרחיב את הגדרת החוזים המינהליים לגופים הדומים לו, ואין לצמצמה למינהל המרכזי, אלא להרחיב את ההתחשבות גם לרשויות מקומיות המקיימות את אותם מאפיינים.

גבולות ההתחשבות צריכים להיתחם לאור התכונות האובייקטיביות המאפיינות את המינהל. יש לבדוק כל תכונה מאפיינת של המינהל — ולמצוא לה פתרון הולם. אחד ממאפייני המינהל הוא למשל היותו מעורב בתהליך של חקיקת משנה. אין להעמיד את המינהל במצב של "ניגוד עניינים" שבו לא ימלא את חובותיו בתחום זה בגלל העובדה שהוא כבול בחוזה, ושאם פעולתו תביא לאי אפשרות לבצעו הוא יצטרך לשלם פיצויים גבוהים. יש להותיר למינהל מקום שבעת צורך שכזה הוא יוכל להשתחרר מהחוזה בלי שיוטל עליו נטל גדול מדי.

מאפיין נוסף שעמדנו עליו, הוא הכרת הדין בהתחלפות הממשלים. יש לתת לממשל החדש כוח להשתחרר מחוזים שכרת הממשל הישן, במקרים שבהם חוזים אלה נוגדים את עיקרי האידיאולוגיה שעל־פיה נבחר הממשל החדש. ללא כוח להשתחרר מחוזיו במקרים כאלה תחלופת הממשלים במשטר הדמוקרטי שאנו חיים בו עלולה להיות בלתי אפקטיבית. אין להתנות השתחררות זו בפיצויים חוזיים מלאים (ולהסתפק בהוראה דיונית כגון סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח— 1958), שכן אז אנו עלולים להגיע למצב שבו אופציית ההשתחררות מחוזים, שהיא מוצדקת, לא תהיה מעשית. לעת עתה אין אנו דנים בהגנה על המתקשר הפרטי, אך נראה שהדין צריך למצוא איזון בין האינטרסים הסותרים. איזון זה אינו יכול להימצא לא על־ידי הכרזת חוזה כבטל מחד גיסא, ולא על־ידי פיצויים חוזיים מלאים מאידך גיסא.

ראינו אם כן דוגמאות למאפייני המינהל. מאפיינים אלה הם מאפיינים אובייקטיביים הנובעים מתוך מבנהו ומתפקידיו של המינהל. למאפיינים אלה צריך הדין במסגרת חוק מתאם לתת ביטוי, בקובעו האם להתחשב ועד כמה להתחשב במינהל כצד מתקשר בחוזה. עם זאת, לאור העובדה שמדובר במאפיינים אובייקטיביים, הם ניתנים לבידוד ולפתרון ספציפי עבור כל ניגוד הנוצר ביניהם לדין החוזים. אין להצדיק התחשבות כללית וגורפת במינהל.

נראה, שיש נפקויות להבחנה בין הסיבה האובייקטיבית לסיבות השלטוניות־ריבוניות בהקשר של התחשבות במינהל על־ידי הקניית אופציית ההשתחררות במקרים אחדים. בנפקות הבולטת ביותר — ההבחנה בין חוזים שלטוניים לחוזים מסחריים — נדון להלן.

2. ההבחנה בין חוזים שלטוניים לחוזים מסחריים[50]

האם רצוי לצמצם את ההתחשבות במינהל רק לחוזים שלטוניים? בכמה וכמה הזדמנויות הבחין בית המשפט העליון בין חוזים שלטוניים לחוזים מסחריים. הבחנות אלה אופיינו

49 בין היתר, על מנת להביא לשוויון בין הפרט למינהל, שוויון שחוקי החוזים אינם מספקים. ראה לעיל, הערה 20 והטקסט הסמוך לה.

50 אנו מתייחסים פה להבחנה הנ"ל רק בקשר להתחשבות המיוחדת במדינה, קרי — זכות התרת החוזה.

nevo.co.il

בניסיונות להשיג מטרות שונות, ובדרך כלל תוך יצירת דיסהרמוניה בולטת. פרופ' שלו מבקרת חלוקה זו כלא ברורה ובלתי עקיבה [51].

אך השאלה האמיתית היא: בהנחה שניתן למצוא קריטריון ברור להבחנה בין חוזים מינהליים שלטוניים לחוזים מינהליים מסחריים [52], האם מן הראוי לקיים הבחנה זו [53]? התשובה טמונה בסיבת ההתחשבות במינהל [54]. אם הסיבה השלטונית־הריבונית היא הגורמת, אין מניעה להכיר בחלוקה זו והגוף ראוי להתחשבות רק בפעולותיו כמינהל (ממשל או ריבון), דהיינו חוזים שלטוניים [55]. אך כפי שראינו, אין לקבל סיבה כזו להתחשבות [56].

מאידך גיסא, אם נבסס את ההתחשבות על הסיבה האובייקטיבית, כי אז אין כל סיבה להבחנה זו, שכן האלמנטים החיצוניים של המינהל אינם משתנים לפי פעולה ספציפית זו או אחרת, ואין לשנות את מידת ההתחשבות בפעולתו בתחום השלטוני לעומת פעולתו בתחום המסחרי [57]. שכן, אם נבחון את התכונות שעמדנו עליהן לעיל כבעייתיות מבחינת חוקי החוזים הרגילים, נראה שהבעייתיות שלהם אינה מסתיימת בחוזים שלטוניים: היכולת להתקין תקנות אפשר שתשפיע על חוזה שלטוני ואפשר שתשפיע על חוזה מסחרי של המינהל. באותה מידה, חוזים מסחריים שכרת ממשל אחד יכולות לכבול מאוד את ידיו של הממשל שיבוא בעקבותיו. דוגמה לכך יכול לשמש חוזה עם גנן, שעל־פיו מוטל עליו לטפל בגינה המצויה בשטח אשר לפי עקרונות הממשל הישן, אך בניגוד לאלה של הממשל החדש, היה אמור להיות איזור פיתוח רבתי. אף־על־פי שחוזה כזה הוא תמים מבחינת מראהו החיצוני, הוא יכול להכריע בנושא הקשור באחד ההבדלים העיקריים בין הממשלים. אם קיימים חוזים רבים מעין אלה, הם יכולים בהצטברם (ובהנחה שעל מנת להשתחרר מהם ייאלץ הממשל החדש לשלם פיצויים חוזיים מלאים) לסכל כוונת ממשל חדש לנקוט מדיניות פיתוח שונה לגמרי.

51 לסקירה ודיון מקיפים ראה שלו (לעיל, הערה 1) 447.

52 גם קריטריון מעורפל אינו בהכרח בבחינת סיבה לזנוח את ההבחנה לחלוטין, שאם לא כן הרבה קריטריונים משפטיים היו עוברים מזמן מן העולם. אך לביקורת שהתחומים משתנים במהירות ולכן יש קושי בעיצוב הבחנה, ראה הרלו (לעיל, הערה 23) 250.

53 טדסקי (לעיל, הערה 13) 229, טוען, שניתן להבחין בצורה סבירה. לאור מסקנתנו להלן, אין אנו רואים צורך לדון בקווים של הבחנתו ובהשוואתו לנכסי ייעוד.

54 אין אנו יכולים, עם כל הכבוד, להסכים לדעת פרופ' טדסקי, שם, התומך בהבחנה כזו אך אינו מביא נימוק עקרוני לכך. המיון אינו טוב כערך לעצמו, אלא רק אם הוא משרת אותנו או מגלה הבדל עקרוני. בנימוק היסטורי והשוואתי אין די.

55 הבחנה זו מקובלת במקום שמדובר בחסינות, למשל במשפט הבינלאומי הפומבי. ראה: י' דינשטיין, **סמכויות המדינה כלפי פנים** (תל־אביב, 1972) 106 ואילך.

56 מיטשל (לעיל, הערה 25) 62, מבקר את ההבחנה בין חוזים שלטוניים לחוזים מסחריים ומנסה להתחמק ממנה בעזרת התיאוריה של "אפקטיביות ה מ מ ש ל", אך מאוחר יותר הוא נאלץ לשוב ולהכניס את ההבחנה בדלת האחורית (שם, בעמ' 224) כשהוא מבחין בין חוזה להובלת גייסות לחוזה הובלה פשוט; לדעתו הראשון ניתן לשינוי חד־צדדי, אך לא כן השני.

57 ראה לאחרונה: בג"צ 840/79 **מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל** (לעיל, הערה 21), שבו מגלה השופט י' כהן נטייה לזנוח את ההבחנה. אך ראה: בג"צ 351/80 **חברת החשמל, מחוז ירושלים נ' שר האנרגיה והתשתית**, פ"ד לה(2) 673, 685, שם הותירו הבחנה זו בצריך עיון.

nevo.co.il

המעמסה על המינהל תהיה שווה בין שהפיצויים שישלם יהיו בגין חוזים מסחריים ובין שיהיו בגין חוזים שלטוניים. החוזה יכבול, אם כן, את המינהל, לא כפי סיווגו במשבצות "שלטוני" או "מסחרי", אלא כפי היקפו. חוזה "מסחרי" גדול (או מספר רב של חוזים קטנים) ישפיע יותר מחוזה "שלטוני" קטן. ההבדל הוא כמותי ולא איכותי. לכן, העילות המקנות למינהל כוח להשתחרר מחוזיו צריכות "לחצות את הקווים" בין חוזים מסחריים לחוזים שלטוניים ולא להתבסס עליהם. כיוון שהגענו למסקנה שכזו גם לא נטרח לדון במאפייני ההבחנה [58].

3. מידת ההתחשבות במינהל ונסיבותיה

לאור מסקנתנו שמן הראוי להתחשב במינהל ולהעניק לו כוח להשתחרר מחוזיו בתנאים מסוימים, עלינו לברר מה הם תנאים אלה מבחינת המשפט הרצוי ומה מידת ההתחשבות במינהל בנסיבות אלה. לשם בירור סוגיה זו נבדוק שני היבטים. ראשית, מה הן הנסיבות המצדיקות את השתחררות המינהל מחוזיו; ושנית, באיזה מידה נעניק הגנה, גם בנסיבות אלה, למתקשר הפרטי עם המינהל. על התשובות לשתי שאלות אלה לשקף איזון אינטרסים — בין צורכי המינהל ובין הפרט המתקשר עמו.

(א) נסיבות קיצוניות

התניה המעניקה כוח למינהל להשתחרר מחוזה כאשר הוא גוגד את תקנת הציבור, אין בה, לדעת פרופ' שלו, משום חידוש ביחס לחוקי החוזים הרגילים [59]. לעומת זאת, לדעת פרופ' טדסקי יהיה בכך חידוש, שיוכל אולי לפתור בעיות מסוימות. מכל מקום, כפי שראינו, אין בכך כדי לפתור את הבעיות המטרידות אותנו, בשל היות עילה זו עילה מוגבלת ביותר, למשל להסכמים להון עבריינים תמורת מטבע חוץ או התחייבות להימנע ממלחמה [60].

(ב) נסיבות של צורך מינהלי [61]

במונח צורך מינהלי הכוונה לתנאים אובייקטיביים מסוימים, שבהם המינהל נקלע לקשיים. נראה, שמן הראוי שהחוק המתאם יאפשר למינהל להשתחרר מחוזיו במקרים של צורך מינהלי. אין צורך שנסיבות אלה יביאו לסיכול החוזה, שאם כן אין כל רבותא להוראה זו, האמורה להיות מורכבת על חוקי החוזים (וכפי שראינו [62] ההוראה בדבר סיכול חוזים, המצויה בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, אינה מספיקה כדי להגיע לתוצאות משביעות רצון בהקשר של חוזים מינהליים). מאידך

58 גם יעילות המינהל אינה יכולה להוות סיבה להבחנה. כלום יש הבדל אם המינהל צריך לשלם סכום כסף גדול כפיצוי על הפרת חוזה מינהלי שלטוני או על הפרת חוזה מינהלי מסחרי?

59 לעיל, הערה 1, בעמ' 461.

60 בג"צ 311/60 **מילר נ' שר התחבורה** (לעיל, הערה 3) 2004.

61 ראה שלו (לעיל, הערה 34) 218.

62 ראה לעיל, בדיון על חוק החוזים בצורתו הטהורה.

nevo.co.il

גיסא, אנו דורשים פה צורך אובייקטיבי מסוים ולא יספיק רצון סובייקטיבי של המינהל להשתחרר מחוזיו [63].

נראה, שבעיות רבות יכולות לבוא על פתרונן במסגרת עילה שכזו, בעיקר בעיות המודגשות במסגרת התיאוריה החוזית: למשל, כבילת ממשלים חדשים או מקרים שהיו נחשבים כסיכול אילו היתה המדינה גוף פרטי.

שאלה קשה היא האם מן הראוי לתת למינהל, במסגרת עילה זו, להשתחרר מחוזיו גם מסיבות כלכליות טהורות, כגון שהוא מוצא דרך אלטרנטיבית שהיא זולה מן הדרך שנקט בחוזה, על מנת להגיע למטרתו. שאלה עקרונית דומה עלתה בבג"צ 102/74, 101 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון ואח'** [64], כשהדרך האלטרנטיבית היתה על־ידי ביצוע עצמי. השופט ברגזון אמר שם, ש"כל עוד כוח השיפוט עמי לא הייתי חותם על פסק דין המביא לבזבוז משווע של כספי ציבור בניגוד לכל עקרון של מימשל תקין וסדר ציבורי" וקבע, שהמדינה רשאית לבצע את העבודה בביצוע עצמי. ייתכנו מקרים שבהם ההפרש יהיה כה גדול, עד כי קשה יהיה לחייב את המדינה לבצע את החוזה. עם זאת, זהו קושי רגשי בלבד, העולה מהדברים המצוטטים והנובע ממקורות דומים לסיבות השלטוניות־הריבוניות שדנו בהן לעיל. מבחינה אובייקטיבית, בהיבט זה המינהל אינו שונה מכל מתקשר פרטי רגיל, העלול לגלות שיהיה הרבה יותר זול עבורו אם יבצע את העבודה בעצמו. לא נראה לי, שיש בקושי רגשי זה כדי לשחרר את המדינה מהתחייבויותיה, תוך פגיעה, אם כי מוגבלת, במתקשר הפרטי. במקרה כזה מספיק שנשחרר את המינהל מאפשרות של אכיפת החוזה נגדו, אך נחייבו בפיצויים חוזיים מלאים [65].

התוצאה הרצויה של נסיבות אלה אינה צריכה להיות אחידה, אלא מן הראוי שנעצב תוצאה רצויה לפי אופי הנסיבות. עם זאת, בדרך כלל נראה שאין צורך בתוצאות דראסטיות של בטלות, אלא מספיק להעניק למינהל כוח להשתחרר מחוזה — דהיינו תוצאה של חוזה הניתן לביטול בלבד. למשל, אם הבעיה היא כבילת ממשל חדש, ניתן להסתפק בתוצאה של חוזה הניתן לביטול בלבד. אם ירצה הממשל החדש, הוא יבטל את החוזה, ואם לא ירצה — מה לנו כי נריב את ריבו [66], [67] ?

63 ראה למשל, מיטשל (לעיל, הערה 25) 9. המציב שני קריטריונים אפשריים שונים: "יתרון לציבור" (Public Advantage) ו"צורך הציבור" (Public Necessity). מאוחר יותר מביע מיטשל את דעתו שיש צורך בבעיות קשות ואין די בחוסר נוחות גרידא (שם, בעמ' 224).

64 פ"ד כח(2) 449. עם זאת יש להדגיש, כי שם, לפי הנחת בית המשפט, לא היתה התקשרות חוזית.

65 ובמקרה של בג"צ 102/74, 101 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון ואח'**, שם, היתה המדינה משלמת פיצויים חוזיים מלאים של 160,000 ל"י (שם, בעמ' 455), לעומת 60,000 ל"י שהיא שילמה לפי תוצאת פסק הדין. במקרה כזה המתקשר הפרטי לא היה נפגע ועם זאת, היו נחסכים לקופת המדינה בערך ארבעה מיליון לירות.

66 אך, לעומת זאת, אם דעתנו לא תתקבל, והקושי הרגשי הרב, הקיים במקרה של חוזה היקר בהרבה מהאלטרנטיבות האחרות העומדות בפני המינהל, יכריע את הכף לכיוון אפשרות של ביטול, אזי יש, לדעתנו, להשאיר במקרה זה את כוח הביטול לבית המשפט, בדומה להסדר המצוי בסעיף 14(ב) לחוק החוזים.

67 אותה התוצאה רצויה במקרה של חוזה המגביל סמכות לחוקק, שכן די אם, כשיגיע הרגע שבו צריכה הרשות להשתמש בסמכותה, היא תוכל להשתחרר מהחוזה ואין צורך בבטלות

nevo.co.il

נראה, שזו רוח הדברים בבג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה[68]. השופט זוסמן יוצר קטגוריה שבה המדינה יכולה להתיר את חוזיה. עם זאת, אין הוא נוקט לשון גורפת, אלא מגביל את הנסיבות למקרים שבהם "צרכי ציבור חיוניים אינם מתיישבים עם קיומו ועם מילוי של תנאיו"[69].

(ג) ביטול מטעמי נוחות

ביטול מטעמי נוחות הוא קטגוריה קיצונית, שבה המינהל יכול להתנער מכל חוזיו כמעט בכל מקרה: לא נדרשים כל קשיים אובייקטיביים חיצוניים, ודי ברצונו הסוב־ייקטיבי לעשות כן. ביטול מטעמי נוחות הוא פתרון המקובל כיום בעיקר בארצות הברית (Termination for Convenience of the Government)[70] ומופיע כתניה סטנדרטית בחוזים מינהליים. בתניות אלה ניתן כוח בלתי מוגבל כמעט למינהל לבטל את חוזיו באורח חד צדדי, ומטעמים סובייקטיביים לחלוטין[71] (בניגוד לעילת הצורך המינהלי שהיא אובייקטיבית). היקף השימוש במכשיר זה בארצות הברית רחב עד מאוד[72].

בארצות הברית לא נפסל שיקול דעתו של המינהל, בבטלו חוזה בעילת ביטול מטעמי נוחות, רק על מנת להימנע מתוצאות התנהגותו שהיו בבחינת הפרת חוזה אילמלא השתחרר מהחוזה[73], ובדומה לכך אף במקום שהמתקשר הפרטי כבר טען נגד הפרת החוזה של המינהל[74]. כמו כן לא נפסל שיקול דעת המינהל, כשכל מטרתו בביטול מטעמי הנוחות היתה רצונו לזכות במחיר זול יותר[75]. בדומה לכך אושרו

מוחלטת. ראה: בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה (לעיל, הערה 3). אך ראה בג"צ 594/78 אומן נ' שר התמ"ת, פ"ד לב(3) 469, שבו אומר השופט י' כהן כי "הלכה ידועה היא . . . שאין רשות ציבורית יכולה להתחייב שהיא לא תמלא את חובתה הציבורית ולא תשמש בעתיד בסמכויותיה השלטוניות ולכל התחייבות אין תוקף". מעניין לציין, שעל מנת לתמוך בפרופוזיציה זו מביא השופט י' כהן את בג"צ 311/60 כאסמכתא, בעוד שפסק דין זה נוטה לכיוון של חוזה הניתן לביטול בלבד.

68 לעיל, הערה 3.

69 שם, בעמ' 2005.

70 התפתחות רבה חלה בנושא זה בארצות הברית, בעיקר מאז תום מלחמת העולם השנייה. המקור הוא חוזי והתניות גורפות ביותר. ראה: Whelan & Pasley, *Federal Governmental Contracts* (Foundation Press) בעיקר עמ' 880 ואילך; קייס (לעיל, הערה 11) 281 ואילך.

71 ראה, למשל, ניסוח התניה בפסק הדין *Commevcial Cable Company* v. *United States* 170 Ct. Cl. 813 (1965) שם נאמר: "This contract may be terminated by the Government . . . whenever the Contracting Officer shall determine that such termination is in the best interest of the Government". וכן ראה: Armed Services Procurement Regulation 7—103.21(b) (1974 ed.).

72 מאפיין נוסף הוא שהתניות מקובלות כתניות מכללא, אף במקום שאינן מופיעות במפורש. ראה: *Christian* v. *United States* 312 F2d. 418 (Ct. Cl., 1963).

73 *Nolan Brothers, Incorporated* v. *United States* 405 F2d. 1250 (Ct. Cl., 1969).

74 פסק הדין *Commercial Cable* (לעיל, הערה 71).

75 *Colonial Metals Company* v. *United States* 494 F2d. 1355 (Ct. Cl., 1974). במקרה זה החוזה שבוטל היה לקניית מטילי נחושת בהפרש ניכר מהמחיר החדש שבגללו

nevo.co.il

ביטולים מטעמי נוחות שנבעו ממניעים חריגים של המינהל, כגון רצונו להימנע מעימותים פנימיים במינהל [76] או למנוע עימות עם הרשות המחוקקת [77].

הסייג היחיד המגביל את המינהל בארצות הברית בשימוש במכשיר הביטול מטעמי נוחות הוא במקום שהביטול נעשה שלא בתום לב [78], אך ברור שביקורת זו מוגבלת מאוד בהיקפה, במיוחד אם נשוה לנגד עינינו את המניעים שנתקבלו לצורך ביטול מטעמי נוחות.

אין ספק, שאילו היינו מאמצים שיטה כזו בארץ, התוצאות היו שונות בהרבה מאשר בארץ מכורתה — ארצות הברית. אם תניה כזו היתה משתלבת בשיטה המשפטית, היא היתה כפופה לחובת ביטול בדרך מקובלת ובתום לב אובייקטיבי [79], דבר שהיה מקרב אותה במידה רבה לעילה האובייקטיבית של ה"צורך המינהלי", עד שהיו נוצרות אולי "עילות משנה" במסגרת הביטול מטעמי נוחות, ושתי האפשרויות האחרונות שדנו בהן היו מתאחדות לאחת.

נראה, שהגישה הראויה לאימוץ היא הגישה השנייה של "צורך מינהלי". אי אפשר להסתפק בנסיבות של תקנת הציבור, כפי שראינו בניתוח הדרך החוזית. מצד שני, לא ייתכן להסכים לכך שרצון המינהל לקבל מחיר זול יותר ישמש צידוק להתרת חוזיו [80]. יהיה בכך משום הרס שיטת המכרזים ומשום הוצאת אבני יסוד במשפט המינהלי; שכן, לא סביר שנאמץ גישה נוקשה ביחס למחויבות המינהל להתקשר עם גורם ספציפי, אם לאחר מכן הוא יכול להתנער ללא סיבה מן החוזה. ניתן להתווכח על השאלה עד כמה צריך להתיר את הרצועה בעילת הצורך המינהלי [81]. אך נראה, שהדבר ייחתך באופן כללי רק בדרך של חקיקה או של אוולוציה איטית בפסיקה.

האם מסקנתנו מתיישבת עם עקרון שלטון החוק? כפי שאמרנו במבוא, שלטון החוק שימש גימוק יסוד בטיעונים לזכות הדרך החוזית הטהורה, שכן מה שטוב לאזרח צריך להיות טוב אף למינהל. אך נראה שאין זה כך. שלטון החוק רק דורש החלת החוק במידה שווה על צדדים השווים ביניהם, וכמידת שוויונם הרלוונטי, ומאפשר התייחסות שונה לבעלי מעמד שונה, כאשר שוני זה הוא רלוונטי למטרייה שבה מדובר [82]. כפי

ביטל המינהל את החוזה הראשון. ייתכן לגרוס שהביטול לא היה זוכה לאישור בבית המשפט לו פער המחירים היה קטן יותר, לאור הדגשת בית המשפט את הפער הניכר במחירים. אך ראה קייס (לעיל, הערה 11) 287, המנתח את פסק הדין ואינו גורס הבחנה שכזו.

76 *Reiner* v. *United States* 325 F2d. 428 (Ct. Cl., 1963) Cert. denied, 377 US 931, 84 S. Ct. 1332, 12 L. Ed. 2d. 295 (1964).

77 *Schlesinger* v. *United States* 390 F2d. 702 (Ct. Cl., 1968).

78 *Librach* v. *United States* 147 Ct. Cl., 605 (1959).

79 ראה סעיפים 39 ו־61(ב) לחוק החוזים, וראה גם: בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד לה(1) 828, 835.

80 ראה טדסקי (לעיל, הערה 13) 246.

81 אם כי כבר הצבענו על מקרים שלדעתנו יש להכניסם אליה, למשל בהגבלת מימשל חדש ובהגבלת הסמכות לחוקק.

82 מיטשל (לעיל, הערה 25) 8, 243. אך ראה הרלו (לעיל, הערה 23) 247, הדבקה בעקשנות בעיקרון של "Equality before the law". עם זאת גם היא מודה שהחלת המשפט הפרטי

nevo.co.il

שראינו, המינהל והפרט שונים זה מזה מבחינה אובייקטיבית, דבר המצדיק גישה שונה לכל אחד מהם.

פרופ' ברק [83] הגדיר את עקרון שלטון החוק ביחס למינהל כדלקמן:

"דומה, שהיום ברור לכולנו כי אין רצוי כי יהא שוויון בין הפרט למדינה מבחינת היקף הסמכויות. אך עקרון השוויון דורש כי לא נעניק למדינה כוחות מעבר לנדרש להגשמת טובת הכלל. על כן דורש עקרון שלטון החוק כי לא תינתן העדפה סיטונית למדינה בתור שכזו, אלא שתיעשה בדיקה מדוקדקת וקפדנית בכל עניין...".

נראה, שיש במלים אלה כדי לדחות את שיטת הביטול מטעמי נוחות כמנוגדת לעקרון שלטון החוק, באשר היא "העדפה סיטונית" של המדינה, אך אין בכך כדי לפגוע בגרסתנו, עילת הצורך המינהלי, אשר בודקת באופן קפדני כל העדפה של המדינה על פני הפרט [84].

4. הגנה על המתקשר הפרטי

נראה לי, שכאשר המדינה מתירה את חוזיה, אין המתקשר הפרטי צריך לסבול מכך. במקרה שהמתקשר הפרטי התקשר עם המינהל בתום לב (להבדיל ממקרה שבו הוא שותף לקנוניה, למשל, במטרה לכבול את ידיו של ממשל חדש) יש לפצותו [85], [86]. אך באיזה מידה צריך לפצות? נדון בכמה אפשרויות:

על השלטון לא יביא בהכרח לתוצאות זהות, שם בעמ' 246; למשל, לצורך קביעת חובת זהירות ברשלנות.

83 לעיל, הערה 47.

84 נראה, שגם דבריו הנחרצים של השופט ח' כהן בד"נ 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 821, 827, כי "אם לא יוכל עוד האזרח לסמוך על קדושת התחייבותה של הממשלה בחוזה כתוב וחתום מטעמה — כי אז שלטון החוק במדינה יעשה לחוכא ואיטלולא", ניתנים לסיוג, באשר נאמרו כאנטי תזה למה שנאמר שם מקודם: "הממשלה תהא חפשיה לנער חצנה כאילו לא התחייבה ולא הבטיחה כלום". ייתכן שאילו התזה הבסיסית היתה של עילת הצורך המינהלי, לא היה אומר את שאמר.

85 ראה טדסקי (לעיל, הערה 13) 236. לדעת פרופ' טדסקי, יש לפצות את הפרט בגבולות סבירים, אך הוא אינו בוחן את שאלת גודל הפיצוי. לדעתנו, זו אחת השאלות החשובות ביותר, כיוון שהיא יוצרת את האיזון המתאים בין הפרט למינהל. פרופ' טדסקי מביא נימוק נוסף לצורך לפצות את הפרט והוא: כדי שלא ייגרם מצב שבו יהסס פרטים להתקשר עם המדינה. ספק, לדעתי, אם נימוק זה נכון. המדינה מחזיקה במשאבים כה רבים ובשטחים רבים יש לה מונופולין. הפרט נ א ל ץ להתקשר עם המדינה למרות כל המגרעות שבחוזה עמה. יש לזכור גם, שהפרט המתקשר עם המדינה נהנה מיתרונות לעומת התקשרות עם גורם פרטי, שכן הוא יודע שבעל חוזהו לא יפשוט את הרגל. כל עוד לא קיים ממצא אמפירי בנושא זה, נדמה לי, שקשה להביע דעה לכאן או לכאן.

86 בפסק הדין המנחה באנגליה *Rederiaktiebolaget Amphitrite* v. *The King* [1921] 3 KB 500. לא נקבעה הלכה ברוח זו. ראה ביקורת על גישת פסק הדין: שלו (לעיל, הערה 1); מיטשל (לעיל, הערה 25) 76—77; הרלו (לעיל, הערה 23) 248. הלכה זו נובעת בין היתר מתוך קביעת בטלות חוזה שכזה ולכן לא ייתכנו פיצויים חוזיים. אך יש לציין, שניתן גם ניתן לתאר מצבים שבהם קיימים פיצויים חוזיים למרות שאין חוזה כלל. ראה סעיף 12

nevo.co.il

(א) פיצויים חוזיים מלאים. אם רמת הפיצויים שיזכה בהם מתקשר פרטי תהיה זו של פיצויים חוזיים מלאים, אין כל נפקות להתחשבות המיוחדת בצורכי המינהל. ממילא, לפי סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח—1958, אין לתת צו מניעה או צו ביצוע בעין נגד המדינה [87], ולכן גם בהפרה פשוטה (שלא מתלוות לה נסיבות צורך מינהלי) התוצאה תהיה זהה.

נראה גם, שמבחינת המטרות שניסינו להשיג בהתחשבות במינהל אין תשובה זו מספקת. ההתחשבות המיוחדת במינהל מקורה ברעיון שבמקרים ידועים התנערות המדינה מהתחייבויותיה החוזיות מוצדקת. לא ייתכן שגם במקרה מוצדק שכזה ישא המינהל בתוצאות הנובעות בדרך כלל מהתנערות לא מוצדקת. כמו כן, פיצויים חוזיים מלאים יהיו אכיפה עקיפה, ויטילו נטל כבד על המינהל.

(ב) פיצויים כדי אינטרס ההסתמכות (פיצויים שליליים). פיצויים אחרים המוכרים לנו מן המערכת החוזית הרגילה הם פיצויים שנועדו להעמיד את המתקשר במצב שבו היה לולא התקשר בחוזה. גישה כזו היתה מקטינה את הנטל הרובץ על המינהל, אך מאידך גיסא נראה, שהיא לוקה בהגנתה על המתקשר הפרטי. מתקשר זה נפגע לעתים כאשר כמעט השלים את התחייבויותיו החוזיות, ולפתע נאלץ לוותר על כל רווחיו ולהסתפק בהוצאותיו.

הבעיות שמעוררות שתי אפשרויות אלה מולידות צורך בדרך שתאזן בין האינטרסים הנוגדים. ננסה לבחון האם יש דרך כזאת.

(ג) פיצויים לפי אומדן כללי. המחפש דרך שתאזן בין שני האינטרסים הנוגדים עשוי למצוא פתרון בבג"צ 101/74, 102 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון ואח'** [88]. במקרה זה קבע בית המשפט "פיצוי על פי אמדן כללי ביותר בלי לדקדק יתר על המידה בפרטים..." [89]. במקרה הנדון היה בכך פיצוי רב מהפיצוי שהמדינה טענה לו [90] ופחות מפיצויים חוזיים מלאים. לכאורה, דרך זו יכולה לאזן באופן מוצלח בין האינטרסים הנוגדים. אך נראה לי, שאין זה כך וזאת לאור העדר קריטריונים מנחים. וכמו שאמר השופט אשר בבג"צ 358/77 **דדון נ' עירית ירושלים ואח'** [91]: "זוהי מעין תורת 'פיצויים כלליים' שאינה מבוססת על בסיס אחר זולת הרגשת הצדק שבלב השופט..." [92]. בהעדר קווים מנחים, קשה לנו להתייחס לפיצויים אלה כאל דרך איזון הולמת. יש צורך בדרך שתהיה, מצד אחד, מאזנת בין האינטרסים הנוגדים, ומצד שני, ברורה וודאית. דרך מעין זו אנו מוצאים בגישה האמריקנית.

לחוק החוזים; וראה גם: א"מ ראבילו, **פרקים בדיני חיובים** (ירושלים, המכון למחקרי חקיקה ולמחקר השוואתי, 1977) 161 ואילך.

87 עדיין יש נפקות מסוימת בשני מישורים. ראשית, אין מגבלה זו חלה בבג"צ לפי סעיף 10 לאותו החוק; ושנית, מגבלה זו חלה רק ביחס למדינה ולא ביחס לרשויות מקומיות.

88 לעיל, הערה 65.

89 שם, בעמ' 459.

90 "החזרת ההוצאות הישירות שעשו בקשר להשתתפותן במכרז" (שם, עמ' 458). דהיינו, פיצויים שליליים.

91 פ"ד לב(1) 728, 732.

92 וראה דברי השופט ויתקון בבג"צ 35/78 **י.ש.י.—פ.א.ב. נ' עירית ירושלים ואח'**, פ"ד לב(2) 581, 586, המצביע על בסיס זה כ"בסיס פרובלמטי".

nevo.co.il

(ד) הגישה האמריקנית. בפסק הדין *Nolan Brothers*[93] ציין בית המשפט את העיקרון המנחה: "The Contractor's protection on a convenience-termination is that he gets *full reimbursement of his costs*, together with *a measure of profit*" (הדגשות שלי — א"פ.)

אם נבחון הצהרה זו, המסכמת את הפסיקה האמריקנית, נראה שהיא מורכבת משני עקרונות הניצבים זה לצד זה. המתקשר מקבל פיצויים שליליים מלאים, בתוספת החלק היחסי של הרווח הכללי עבור מה שכבר ביצע. בדרך זו לא יוצא המתקשר ללא הרווח היחסי עבור החלק שאותו כבר ביצע, ומאידך גיסא המינהל אינו נושא בנטל רב מדי, במיוחד בטרם נעשה דבר במסגרת החוזה[94].

בבג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה[95] נוטה השופט זוסמן לכיוון גישת ביניים כזו ומנמק את דבריו:

> "מי שהתקשר בחוזה עם המדינה והיא הסתלקה ממנו, עלול, לפי ההלכה האמריקנית, לזכות בפיצויי נזק ששיעורם לא יהיה בהכרח שווה לפיצוי שמשלמים על הפרת חוזה, שלא הפרה המדינה חוזה אלא ברשות הסתלקה ממנו... נוטה אני לדעה האמריקנית, משום שאין היא משאירה בעל דברים של הרשות חסר אונים, אלא נותנת לו ערובה להבטחת זכותו כלפי המדינה הגבירה".

אם כי דברים אלה אינם קובעים קריטריונים חד־משמעיים, אזכור השיטה האמריקנית וההנמקה שבצדה מצביעה על הכיוון הכללי. יש לחפש פיצויי ביניים שיהיו איזון אינטרסים בין המינהל לפרט.

5. עיגון ההוראה הרצויה במשפט המצוי

נותר לנו עדיין לבדוק האם ניתן לעגן את הדין הרצוי במסגרת הדין המצוי, וכן מה המסגרת הרצויה לעיגון שכזה. נבדוק שתי אפשרויות: ראשית, עיגון דרך חקיקה שיפוטית, ושנית, עיגון תוך חקיקת חוק מתאם.

(א) רפורמה בדרך הפסיקה

(אא) תניות מכללא. זוהי הטכניקה שמזכירה פרופ' שלו[96]. לכאורה אין בכך הוראה מהותית הנוספת על חוק החוזים, אך לאמיתו של דבר בית המשפט הוא הקובע מה תהיה תניה זו, מה תכלול ומתי תחול. לכן יש לראות בכך משום הוראה מהותית

93 לעיל, הערה 73.

94 פיצוי בחלק יחסי מהרווח הסופי משמעותו, בין היתר, שאם העבודה אינה מגיבה כל רווחים למתקשר, אזי הוא לא יקבל כלום תחת "ראש נזק" זה, או במלים אחרות, לעולם לא יעברו הפיצויים במסגרת גישה זו את רמתם החוזית המלאה שלא במסגרת החלק של הפיצויים השליליים. ראה: פס"ד *Nolan Brothers*, שם; קייס (לעיל, הערה 11) 282—283.

95 לעיל, הערה 3, בעמ' 2005.

96 לעיל, הערה 33. אך ראה הערה 34 לשאלה אם מכשיר זה אמנם קיים בשיטתנו.

nevo.co.il

שמעצב בית המשפט, אם כי אולי באופן פיקטיבי היא תהיה חוזית [97]. לכן שימוש בדרך זו הוא בבחינת דרך ביניים ולא דרך חוזית טהורה. ללא ספק יש פה, אם אמנם תניות מכללא עדיין מוכרות בשיטתנו, כלי חשוב לחקיקה שיפוטית, העשוי להביא אותנו לתוצאה הרצויה, אם יעוצב לפי המשפט הרצוי.

(בב) מילוי לאקונה דרך מנגנוני חוק יסודות המשפט, תש"מ—1980. לדעתנו, חוסר טיפול מיוחד בחוזים מינהליים הוא בגדר לאקונה. חוקי החוזים אינם מיועדים למינהל ואינם מטפלים בו. כל הסוגיות המיוחדות למינהל חסרות, ואין לפרש זאת כהסדר שלילי. אם כן, ניתן למלא לאקונה זו דרך המנגנון של חוק יסודות המשפט. אם נלך לפי הסדר הקבוע בסעיף 1 לאותו החוק [98], נהיה רשאים למלא את הלאקונות דרך היקש. מהו המקור שממנו נוכל להקיש? נראה, שמקור אחד (אם כי בוודאי לא היחיד) יכול להימצא בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, המגלה התחשבות בצורכי הציבור והמינהל. הפקודה מוכנה לדחות את חופש החוזים (חופש ההתקשרות וחופש העיצוב) במידה שהם מתנגשים בצורכי המינהל [99] כל עוד מפוצה האזרח באופן סביר.

כשנבחון מה מידת ההתחשבות במינהל בפקודה נגלה, שסעיף 2 לפקודה קובע כי צורך ציבורי הוא כל צורך שאותו אישר שר האוצר בתור שכזה. התחשבות זו דומה יותר לביטול מטעמי נוחות האמריקני, הגורס שדי ברצון סובייקטיבי של המינהל על מנת לשחררו מחוזה, ולא להצעתנו, בדבר עילת הצורך המינהלי הדורשת נסיבות אובייקטיביות מסוימות. האם היקש מפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, יגרור בהכרח התחשבות קיצונית בנוסח ביטול מטעמי נוחות האמריקני? לאו דווקא. היקש פירושו אימוץ השווה [100]. אם כן, בהקישנו לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, אנו צריכים לאמץ רק את השווה. היקש זה יכלול את קבלת העיקרון

97 ראה דיוננו בסעיפים המוקדשים לתום הלב, ולגישה החוזית הטהורה; וכן ראה לעיל, הערה 36.

98 לדעתנו, החלופה האחרת שבחוק יסודות המשפט, תש"מ—1980, דהיינו שימור הלכות שנקלטו דרך סימן 46 לדבר המלך, לא תוכל לסייע פה. אנו מסכימים לדעת פרופ' טדסקי, שההלכות האנגליות לא נקלטו בפועל לפני ביטול סימן 46. ראה טדסקי (לעיל, הערה 13) 237—239. אין אנו מסכימים עם פרופ' שלו, שהלכות אלה היו נעצרות ממילא בסייג של התיישבות עם "תנאי הארץ ותושביה". מקורה ההיסטורי של ההלכה האנגלית בפררוגטיבה של הריבון לפטר את עובדיו. אמנם זו היא סיבה שלטונית־ריבונית, אך אותנו לא מעניין מקור הדין הנובע מתפיסה שאינה מקובלת עלינו, אלא הדין עצמו. דין זה מגלה התחשבות במינהל, ואנו היינו יכולים לאמצו גם אם מסיבה אחרת מזו שגרמה את צמיחתו — הסיבה האובייק־טיבית. כמו כן, מהעובדה, שאנו בוחנים במסגרת סימן 46 את הדין ולא את מקורו, נובע שאין זה משנה כלל שהדין התפתח לאורה של מלחמת העולם הראשונה, שאין להשוותה למצב הישראלי, שכן ההלכה עצמה היא כללית ולאו דווקא נוגעת למצב מלחמתי (אך ראה טדסקי, שם, עמ' 229, המשווה בין המצב בארץ כיום למלחמה זו, השוואה שמבחינה היסטורית נראית מפוקפקת במקצת).

99 סעיף 3 לפקודה.

100 טדסקי (לעיל, הערה 13) 241—242. ברור, שאין לאמץ באופן אוטומטי את כל הדינים החלים על המקור של ההיקש, ללא הבחנה, שאם כן ההיקש לא היה אפשרי לעולם. שהרי אין לך שני דברים שווים לחלוטין, באופן שאימוץ כולל יהיה אפשרי. אלא יש לבדוק באיזה נושאים ועד כמה שתי המטריות שוות, ובמידה זו בלבד לאמץ.

nevo.co.il

שקדושת החוזים נדחית לעתים כל עוד מפוצה האזרח הפרטי באורח סביר. אך יש להתייחס בזהירות להיקף העיקרון. ההיקף בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, מושפע מכך שמדובר במקרקעין. מקרקעין הם קבועים מבחינת מיקומם ומבחינת כמותם, והמינהל זקוק להתחשבות מרובה לצרכיו, שכן הוא אינו יכול לרכוש "אותם המקרקעין" (כאשר תכונה מאפיינת שלהם היא מיקומם) מאדם אחר. מה שאין כן בחוזים אחרים שבהם אנו דנים עתה. שם אין המינהל זקוק להתחשבות כה מרובה, שכן מדובר במטרייה שונה, ולכן אין להקיש לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, לעניין היקף העיקרון.

(ב) חקיקת חוק חוזים

אין ספק, שהדרך ההולמת ביותר לפתרון בעיית החוזים המינהליים היא חקיקת חוק מתאם, בדומה לחוק החוזים האחידים, תשכ"ד—1964 [101]. לדעתי, חוק החוזים המינהליים צריך לתאר עילת צורך מינהלי, על התנאים להתהוותה, וכן את תרופת המתקשר הפרטי. באופן כזה יימנע הקושי הכרוך בניסיון להתגבר באמצעים חיצוניים על קשיים תיאורטיים־פנימיים שחוק החוזים יוצר.

כל דרך חיצונית לחוק החוזים יוצרת קשיים, כיוון שאנו דורשים מבית המשפט להוסיף הוראות ספציפיות הנוגדות את רוח חוק החוזים שלפניו. הכנסת הוראות ספציפיות טוב שתיעשה בידי המחוקק. בחקיקת חוק כזה יילך המחוקק הישראלי לשיטתו, בהשתמשו בטכניקה של חקיקת חוק מתאם.

נותרת כמובן השאלה האם, בהעדר חקיקה, ניתן לאמץ את חוק החוזים באופן סלקטיבי בלבד? לדעתנו, הדרך לעשות זאת טמונה בדרך המינהלית.

ד. הדרך המינהלית

בדרך המינהלית ננסה להגיע בסופו של דבר לאותן תוצאות שהיה מגיע אליהם חוק החוזים המינהליים. במלים אחרות, ההבדל בין דרך זו לדרך הביניים הוא בטקטיקה ולא באסטרטגיה, בכלים הטכניים ולא בתפיסה הכוללת. הבסיס שלנו הוא המשפט המינהלי, תוך ראייה מפוכחת של מגבלות חוקי החוזים, מבחינה תיאורטית ומעשית, ביחס לחוזים מינהליים וקביעה שחוזים מינהליים אינם שייכים למסגרת זו. בשאלה היכן נמיין את החוזים המינהליים, אם במסגרת החוזית ואם במסגרת המינהלית, אל לנו להתעלם מהשאלה באיזה מסגרת נוכל להגיע לתוצאות משביעות רצון יותר.

הקושי הגדול בהחלת המשפט המינהלי הוא בכך שמשפט זה לוקה בחסר ואינו מכיל הוראות מספיקות ביחס לחוזים. חסר זה הוא בוודאי בבחינת לאקונה ולא בבחינת

101 במלחמת העולם הראשונה נחקק בארצות הברית חוק (40 Stat. 182 (1917)) שהתיר לנשיא: "...to modify, suspend, cancel or requisition any existing or future contract for building, production or purchase or ships or material" ראה דיון בכך אצל והלן ופייסליי (לעיל, הערה 70) 881 ואילך; קייס (לעיל, הערה 11) 283.

הסדר שלילי, כיוון שחסרות לגמרי הוראות ביחס לחוזים מינהליים. הפתרון הוא במילוי הלאקונה ממקורות חיצוניים. מקור אחד הוא חוק החוזים, שחל פה מכוח סעיף 61(ב) לאותו החוק "ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים". מקור שני הוא היקש. היקש זה יתבצע משני מקורות עיקריים — חוקי החוזים הכלליים (למעט חוק החוזים) והחוזים המגלים התחשבות במינהל, למשל, פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. אם כן, ניתן להקשות, מה הועילו חכמים בתקנתם? רצינו להתחמק מחוק החוזים בשל הקשיים שהוא מעורר, ונמצאנו מקישים ממנו! התשובה היא שכדרך כל היקש, יש להתייחס בזהירות למקור ההיקש ולאמץ את הזהה והמתאים בלבד [102]. כך נאמץ את עילת הסיכול, אך לא את ההלכה בדבר סיכול עצמי, שכן יש הבדל מהותי בנקודה זו בין חוזים רגילים, באשר רוב הפעולות המסכלות הן פעולות מינהל. התוצאה הסופית תהיה דומה מאוד לעילת הצורך המינהלי, תוך התחמקות מקשיי חוקי החוזים.

הדרך המינהלית דומה דמיון רב לאפשרות ההיקש שהעלינו בדרך הביניים. אך הדרך הנוכחית מגלה יתרון בולט — אימוץ חוק החוזים בצורה סלקטיבית, דבר שהוא בלתי אפשרי אם חוק החוזים חל בצורה ישירה. אימוץ חוק החוזים בצורה סלקטיבית מאפשר התגברות על "מוקשים" תיאורטיים ומעשיים המצויים בו. אם כן נשאלת השאלה, מדוע עדיפה דרך הביניים במידה שחוק החוזים המינהליים אכן ייחקק? ראשית, בדרך זו יובהר המצב לאשורו ובחוק. שנית, בדרך החקיקה של חוק חוזים מינהליים ההתייחסות תהיה למינהל כאל גוף מורכב ב מ ש פ ט ה פ ר ט י תוך ראייתו באופן אובייקטיבי. לעומת זאת, בדרך המינהלית ההתייחסות תהיה כאישיות במשפט הציבורי, דבר שאינו מתיישב לגמרי עם הסיבה האובייקטיבית שעמדנו עליה לעיל. פתרון על־ידי מילוי לאקונות אינו יכול להיות הפתרון הטוב ביותר. כשמו כן הוא — מילוי חסר קיים ולא מניעת חסר מלכתחילה. למרות זאת, בהעדר חקיקה, אנו חושבים שהדרך המינהלית היא הטובה ביותר, שכן למרות כל חסרונותיה היא מגיעה בסופו של דבר לתוצאות הרצויות.

שמץ מן הדרך המינהלית ניתן למצוא בבג"צ 124/79 **צובא נ' שר הבטחון** [103]. השופט ברק מתחיל מהפרופוזיציה של בג"צ 311/60 **מילר נ' שר התחבורה** [104], לפיה המדינה יכולה להתיר את חוזיה אם אין הם מתיישבים עם "צרכי ציבור חיוניים". פרופוזיציה זו יוצאת מתוך נקודת מוצא חוזית — חוזים יש לקיים — וקובעת מקרים שבהם כלל זה אינו חל. פרופוזיציה זו נופלת בהתאם לחלוקתנו לדרך הביניים.

אך כאשר בא השופט ברק ליישום עיקרון זה, הוא עושה לדעתי תפנית מעניינת, אם גם לא במודע. הוא עובר לשקילת אינטרסים ואיזונם וזונח את נקודת המוצא החוזית. לפתע אנו מוצאים את עצמנו לפני פרופוזיציה אחרת, מינהלית. אם החוזה הוא "חלש" (מונח בהחלט לא חוזי) מוכן השופט ברק להוריד את הסטנדרט הנדרש להתחשבות במינהל ומסתפק בצורך חיוני פחות. בכל הבדיקה הזאת מתייחס השופט ברק לחוזה

102 "דון מינה ואוקי באתרא" (חולין, קכ, ב). בסוגיה שם מובאת מחלוקת בשאלה האם בהיקש יש ללמוד ממקור אחד לשני את כל הפרטים, או שמא רק "בשינויים המחויבים". וראה רש"י, יבמות, עח, ב: "דון מינה ואוקי באתרא — למאי דצריכי [למה שצריכים] — גמרינן [לומדים], למאי דלא צריכינן — מוקמינן באתרא [מעמידים במקומו]".

103 לעיל, הערה 4.

104 לעיל, הערה 3.

nevo.co.il

כאל נתון עובדתי שיש להתחשב בו (כפי שעל המינהל להתחשב בכל עובדה רלוונטית במסגרת הפעלת שיקול הדעת המינהלי) ולאו דווקא כאל חוזה מחייב[105].

ה. סיכום

בעיה מרכזית בקשר לחוזים מינהליים היא בעיית הדין החל. קיימות שלוש[106] אפש־רויות: הדין החוזי, הדין המינהלי או הדין החוזי בתוספת הוראה מהותית המורכבת על גביו.

בהצעת פתרון לבעיה זו אל לנו להתעלם מן השאלה המהותית לגבי התוצאות הרצויות לשאלות שהחוזים המינהליים מציבים בפנינו. יש לבדוק כל אפשרות לגבי הדין החל ביחס לתוצאות הרצויות ועל סמך זאת לקבוע עמדה ביחס לשאלת הדין החל.

חוקי החוזים הרגילים אינם יכולים לשמש לבדם כדין החוזים המינהליים, וזאת בגלל בעיות תיאורטיות ומעשיות. תיאורטיות — כיוון שחוק החוזים בנוי על הנחה אפריורית בדבר שוויון הצדדים המתקשרים (דבר שאינו נכון בחוזים מינהליים); מעשיות — בגלל אופי הגוף הקרוי מינהל, למשל מבחינת תפקידיו ומבנהו החוקתי. יתרה מזו, החלה כזאת תביא להבחנות בין המינהל לפרט, הבחנות שלדעתנו אינן מוצדקות.

הדין המינהלי יכול לספק לנו פתרונות לבעיות אלה. התשתית התיאורטית שלו שונה לחלוטין, ומתאימה ליחס פרט—מינהל. הקושי הגדול בדרך זו הוא חוסר התיית־סותו לחוזים דווקא. לאקונה זו ניתנת למילוי בעזרת היקש, אך ברור שהיקש אינו הפתרון האידיאלי. לכן נראה, שעדיף לחוקק חוק בגידון שיתאים את חוקי החוזים לחוזים מינהליים.

105 אין להסיק מדברינו שבדרך המינהלית יש להגיע בהכרח לתוצאות מקילות עם המינהל יותר מאשר בדרך הביניים. ראה בג"צ 840/79 **מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל** (לעיל, הערה 21) 748, שבו מתייחס השופט ברק לפסק דינו בבג"צ 124/79 **צובא נ' שר הבטחון** (לעיל, הערה 4).

106 לדעתי, אין ב"דואליות הנורמטיבית", ביטוי שטבע השופט ברק, משום פתרון נוסף. משמעותו היא כי יחולו על החוזים המינהליים במשולב הן הדין המינהלי והן הדין החוזי. בעצם השילוב אין חדש, שכן אף שלוש הגישות שדנו בהן הן בעד החלה מסוימת של שתי מערכות הדינים. אפילו הגישת החוזית הטהורה מחילה על ההתקשרות את דיני הסמכות המינהליים. מבחינת מהות השילוב אין בפסקי הדין שבהם הוזכר ביטוי זה התמודדות עם השאלה מה קורה כשיש סתירה — דהיינו, ששתי מערכות הדינים מושכות בכיוונים מנוגדים — אלא ההתייחסות היא להחלת דיני המינהל הציבורי במקום שחוקי החוזים אדישים (שאף־על־פי שגם היא נתונה לוויכוח, הרי זה ויכוח במסגרת דיני המינהל הציבורי ולא במסגרת חוזים מינהליים דווקא): (1) על דרך הפעלת שיקול הדעת החוזי — בג"צ 389/80 **דפי זהב נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421, 435; (2) בהפעלת שיקול דעת אם להיכנס לחוזה — בג"צ 840/79 **מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל**, שם, בעמ' 750; (3) נתינת תרופות הדין המינהלי בצד הדין הפרטי — בג"צ 492/79 **חברה פלונית נ' משרד הבטחון**, פ"ד לד(3) 706, 716. נוסף על כך ניתן להוציא תוצאה שלילית אחת בגושא סמכות: "מדואליות זו לא מתבקשת המסקנה, כי סמכות השיפוט בענין נתונה לבית המשפט הגבוה לצדק" — בג"צ 341/80 **דוויק נ' כבר, מנהל שירות הדואר** (לעיל, הערה 5) 199. מפסקי דין אלה אי אפשר לדעת מה קורה במקרה של התנגשות. התשובה לשאלות כ א ל ה חקנה ל"דואליות הנורמטיבית" את אופייה הממשי. לעת עתה אופי ממשי כזה טרם עוצב.

nevo.co.il

מה צריכה להיות מהות התאמה זו וכמותה? לדעתנו, על בסיס מה שקראנו לו בשם "הסיבה האובייקטיבית", התאמה זו צריכה למצוא את שביל הזהב: מחד גיסא לא תהפוך חוזה מינהלי לפיסת נייר ריקה, ומאידך גיסא, לא תכבול את המינהל באורח הנוגד את אופיו ומבנהו. לכן, בנסיבות אחדות, יש לאפשר למינהל להשתחרר מחוזיו תוך פיצוי הצד שכנגד בצורה מוגבלת. פיצוי זה יתרום לאיזון אינטרסים רצוי בין הפרט למינהל. לדעתנו אין להבדיל לצורך זה בין חוזים של המינהל בהתקשרויותיו בחוזה שלטוני או בחוזה מסחרי.

כשאנו משווים את עמדתנו לעמדתם של פרופ' שלו ופרופ' טדסקי, נראה שאנו קרובים יותר לגישתה של פרופ' שלו, מבחינת הדין הרצוי. אנו מסכימים, שבאופן עקרוני יש להשוות בין המינהל לפרט, ושאין לתת למינהל כוח השתחררות בלתי מוגבל מחוזיו, כפי שגורס פרופ' טדסקי. עם זאת, לדעתנו, יש מקרים שבהם יש לזנוח שוויון מוחלט זה ולאפשר למדינה להשתחרר מחוזיה תוך פיצוי מוגבל בלבד. נקודה אחרת שבה אנו מסכימים לדעת פרופ' שלו בדין הרצוי, אם כי לא מן הסיבות שהעלתה פרופ' שלו, היא שאין להבדיל בין חוזים שלטוניים לחוזים מסחריים, ויש להעניק להם את אותו הטיפול.

כשאנו מגיעים לטכניקה החוקית, אנו בדעה שיש לחוקק חוק חוזים מינהליים. עד שיתעורר המחוקק מתרדמתו ויחוקק חוק שכזה, לדעתנו הדין המינהלי הוא הטכניקה הנכונה. בדעתנו זו אנו מודהים עם פרופ' טדסקי (אם כי הוא סובר שזה הפתרון הטוב באופן סופי) ודוחים את דעתה של פרופ' שלו, הגורסת שחוק החוזים יכול להעניק פתרון הולם. כמובן, אין להתעלם מכך שה"פתרון ההולם", לדעתנו, שונה לגמרי מן ה"פתרון ההולם" אליבא דידה, הגורס כבילה רבה יותר של המינהל בחוזיו.

nevo.co.il