

דיני חוזים מנהליים: ענף של המשפט המנהלי?

יצחק זמיר*

מאמר זה מבקש לתת תמונה כללית של דיני החוזים המנהליים בישראל כפי שגובשו עד היום בתחיקה, בפסיקה ובנהלים; לדון בשאלות שטרם זכו בתשובה ראויה; ולברר מהו כיוון ההתפתחות של דינים אלה.

שאלה מרכזית מתייחסת לשיוכם של דיני החוזים המנהליים: האם הם מהווים ענף של דיני החוזים או ענף של המשפט המנהלי? בשאלה זו קיימת מחלוקת בין פרופ' גבריאלה שלו לביני. המאמר הנוכחי, העוסק גם בשאלה זו, מוקדש לפרופ' שלו ברגשי ידידות ובהערכה רבה לתרומתה יוצאת-הדופן כמורה וכחוקרת של דיני החוזים.

לשאלת שיוכם של דיני החוזים המנהליים נודעת גם חשיבות מעשית. אם דיני החוזים המנהליים הם אכן ענף של המשפט המנהלי, כפי שאני סבור, אזי מתבקשת המסקנה שראוי להוציאם מתחום סמכותו של בית-המשפט האזרחי, שם הם מופעלים מאז ומתמיד, ולהעבירם לתחום סמכותו של בית-המשפט לעניינים מנהליים. מעבר כזה עשוי לעורר את דיני החוזים המנהליים מן התרדמת שבה הם שרויים זה עשרות שנים; להאיץ את פיתוחם של כללים מיוחדים להסדרת החוזים המנהליים, באופן שייתן ביטוי הולם למתח – הבולט במיוחד בחוזים כאלה – בין האינטרס הפרטי לבין האינטרס הציבורי; ולהתאים דינים אלה למעמד המרכזי שיש לחוזים המנהליים במשק ובחברה בישראל.

המאמר בנוי בחלקו על דברים שפרסמתי במקומות אחרים, בעיקר בספרי על **הסמכות המינהלית**, אך הוא מרפז דברים אלה ומביא דברים נוספים שטרם פורסמו, במטרה לתת תמונה מלאה, שיטתית ועדכנית של דיני החוזים המנהליים – גם ככלי לטיפול בבעיות מעשיות וגם כתשתית למחקר ופיתוח של התחום, אשר על-אף חשיבותו הרבה נותר מוזנח ודל.

* שופט (בדימוס), בית-המשפט העליון; פרופסור (אמריטוס), האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לפרופ' אהרן ברק, נשיא בית-המשפט העליון לשעבר; לד"ר אלעד אורג, מרצה בקריה האקדמית אונו; למיטל אביעד בן-עמי, מתמחה בבית-המשפט העליון; לחברי מערכת **משפט וממשל** (העורך ד"ר אילן סבן, סגנית העורך רננה מיסקין וחברי המערכת גל פרנסיס, אביתר קפטן, שני ירון ועידו שפירא); ולחברי מערכת **ספר גבריאלה שלו** (העורכים ד"ר יהודה אדר, פרופ' אהרן ברק ועו"ד אפי צמח, וחברת המערכת שירי ברשצקי ורנר), אשר קראו את כתב-היד והעירו הערות שסייעו בידי לשפר את המאמר.

מבוא: 1. חוזים מנהליים כענף של חוזים; 2. חשיבותם של חוזים מנהליים. א. מהו חוזה מנהלי? 1. שם; 2. הגדרה; 3. חוזה מנהלי, ולא החלטה או הבטחה מנהלית; 4. חוזים של חברות ממשלתיות ושל גופים ציבוריים אחרים; 5. חוזים של המדינה; 6. חוזה שלטוני וחוזה מסחרי. ב. הצדדים לחוזה מנהלי: 1. חוזה בין שתי רשויות מנהליות; 2. הצורך באישיות משפטית במשפט הפרטי; 3. אישיות משפטית משתמעת; 4. תאגיד מנהלי כאורגן של רשות מנהלית. ג. כללים מיוחדים לחוזים מנהליים: 1. כללים מכוח חוק; 2. שניות (דואליות) נורמטיבית; 3. חוזה וסמכות; 4. דרישות צורניות לכריתת חוזה; 5. פרשנות החוזה; 6. השתחררות מחוזה; 7. חוזים אחידים. ד. פגמים בחוזים מנהליים: 1. פגם ביצירת החוזה; 2. פגם בביצוע החוזה. ה. סיכום ומסקנות: 1. המצב הקיים; 2. המצב במדינות אחרות; 3. המצב הרצוי.

מבוא

דיני החוזים משולים לעץ עבות, שיש לו שורשים עמוקים וגזע עבה, וממנו מסתעפים ענפים רבים, אשר כל אחד מהם נושא פרי מיוחד שיש לו צורה וטעם משלו. ומה הנמשל? שורשיהם של דיני החוזים נעוצים בראשית ימיה של החברה האנושית, כאשר בני-אדם התחילו לקיים מסגרת שיש בה שיתוף ומסחר. הגזע המשותף לדינים אלה הם דיני החוזים הכלליים. בישראל אלה הם, בראש ובראשונה, חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1970 (להלן: חוק החוזים (תרופות)). הענפים הם דיני החוזים המיוחדים, שכל אחד מהם מסדיר ענף אחר של חוזים הצומח מתוך דיני החוזים הכלליים. על-פירוב החוזים המיוחדים מוסדרים על-ידי חוקים מיוחדים. כאלה הם, בין היתר, חוק הסכמים קיבוציים, חוק השליחות, חוק השומרים, חוק המכר, חוק השכירות והשאלה, חוק חוזה קבלנות, חוק חוזה הביטוח, חוק החוזים האחידים ועוד.¹ כל אחד מחוקים אלה מסדיר ענף של חוזים שיש לו מאפיינים מיוחדים השונים ממאפייניהם של ענפי חוזים אחרים. בין ענפי החוזים הצומחים מן הגזע של דיני החוזים הכלליים יש גם כאלה שלא הוסדרו עד כה על-ידי חוק מיוחד. מה עושה אותם, אם כן, ענף נפרד של חוזים? התשובה: המאפיינים המיוחדים של החוזה. בגלל מאפיינים אלה הם מוסדרים על-ידי כללים מיוחדים, על-פירוב כללים שגובשו בפסיקה. הכללים המיוחדים זיכו אותם בהכרה כענף נפרד של חוזים. כאלה הם, לדוגמה, חוזי עבודה אישיים, להבדיל מחוזי עבודה קיבוציים.²

1. חוזים מנהליים כענף של חוזים

גם חוזים מנהליים הם ענף מיוחד של חוזים שלא הוסדר עד כה על-ידי חוק מיוחד. מה נשתנו חוזים מנהליים מכל החוזים? השוני אינו נובע מנושא החוזה – כמו השוני בין חוזה מכר לבין

1 חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957; חוק השליחות, התשכ"ה–1965; חוק המכר, התשכ"ז–1967; חוק השכירות והשאלה, התשל"א–1971; חוק חוזה קבלנות, התשל"ד–1974; חוק חוזה הביטוח, התשמ"א–1981; חוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982.

2 נעשו נסיונות להסדיר בחוק את חוזה העבודה האישי, אך הם כשלו. ראו הצעת חוק חוזה עבודה, התשכ"ח–1968, ה"ח 384; הצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה–1985, ה"ח 129.

חוזת שכירות, למשל – שכן חוזה מנהלי יכול להיות חוזה מכר או חוזה שכירות או חוזה על כל נושא אחר. השוני נובע מן הצדדים לחוזה: בחוזה מנהלי אחד הצדדים הוא גוף מנהלי, להבדיל מגוף פרטי. אומנם, בדרך-כלל מיהות הצדדים אינה משפיעה על מהות החוזה, אך בחוזים מנהליים היא משנה אותה.³ מדוע? משום שכל גוף מנהלי הוא נאמן של הציבור, הפועל מטעם הציבור ולמען הציבור.⁴ מכאן שמבחינה עקרונית, אף שרק באופן עקיף, חוזה עם גוף מנהלי הוא חוזה עם הציבור. חוזה עם הציבור גורר שיקולים שונים באופן מהותי מאלה החלים על חוזה בין שני צדדים פרטיים.⁵

חוזה בין שני צדדים פרטיים מניח שמבחינה משפטית קיים שוויון בין הצדדים לחוזה. כנגד זאת, חוזה עם גוף מנהלי נגוע מעצם מהותו בחוסר שוויון, אפילו מבחינה משפטית. ראשית, לא פעם חוזה מנהלי, אשר נערך לכאורה מתוך רצון חופשי של שני הצדדים, נכפה למעשה על-ידי הרשות המנהלית, אם מכוח סמכות שהחוק מקנה לה ואם משום שיש לה מעמד של מונופול דה-פקטו. כך או כך, המציאות עשויה לאלץ את האזרח להסכים לעצם כריתת החוזה עם הרשות ואף לנוסח החוזה המוכתב על-ידיה.⁶ שנית, גם כאשר חוזה מנהלי נכרת מתוך רצון חופשי של שני הצדדים, בפועל אין שוויון ביניהם, מכיוון שהרשות המנהלית פועלת מטעם הציבור ולמען האינטרס הציבורי. האיזון בין אינטרס ציבורי לבין אינטרס פרטי שונה מן האיזון

- 3 ראו פס' 13 לפסק-דינו של השופט פוגלמן בע"א 276/09 טאבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2011), אשר מסתמך על גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 21 (1999) (להלן: שלו חוזים ומכרזים) וקובע כי "דיני החוזים חלים על התקשרויות של הרשות הציבורית בשל מהותה של הפעולה המשפטית; ואילו כללי המשפט המנהלי חלים מחמת מהותו של הגוף המתקשר ומחייבים אותו לפעול, גם במסגרת ההתקשרויות החוזיות שלו, בהגינות, בסבירות, בשוויון וללא משוא פנים".
- 4 ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד סג(2) 1, 29 (2009) (השופט נאור): "החוזה המינהלי הוא, בראש ובראשונה, חוזה, ודיני החוזים תואמים אותו. כן יחולו עליו דיני המינהל הציבורי המשקפים את העובדה שהעירייה, המשמשת כנאמן הציבור, היא צד לחוזה". על הנאמנות הציבורית של גוף מנהלי ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 36 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר כרך א).
- 5 עניין טאבא, לעיל ה"ש 3, פס' 14: "להתקשרות חוזית בין הפרט לבין גורם ציבורי או מעין-ציבורי קיימים מאפיינים ייחודיים, שאינם קיימים מקום בו מדובר בהתקשרות חוזית הנערכת בין שני גורמים פרטיים. מאפיינים ייחודיים אלה יילקחו בחשבון בבחינתן של טענות חוזיות שונות... יילקחו בחשבון הפרשי הכוחות האינהרנטיים ביחסים בין פרט לרשות. כן תילקח בחשבון העובדה שבתחומים מסוימים מתפקדת הרשות כמונופול... [וש] חובתה של הרשות לשקול את צרכי הציבור וטובת הציבור".
- 6 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4146/95 עיזבון דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774 (1998). במקרה זה נכרת חוזה בין הבעלים של חלקת קרקע לבין רשות העתיקות, שבו התחייב הבעלים לשלם לרשות את ההוצאות הכספיות הכרוכות בבדיקת אותה חלקה כדי לברר אם היא כוללת עתיקות. על כך אמר השופט זמיר (שם, בעמ' 806–807): "תמימות היא, רחוקה מן המציאות, לראות את היחסים בין הרשות לבין הבעלים כיחסים חוזיים גרידא. היחסים החוזיים בין הרשות לבין הבעלים הם יחסים וירטואליים. היחסים האמיתיים ביניהם הם יחסים כפייתיים, שהרי ברור כי החוזה אינו נערך משום שהבעלים מעוניינים לגלות אם האתר שבבעלותם מכיל עתיקות, אלא משום שאחרת מוטל עליהם איסור לעשות שימוש באתר, לצורך בנייה או פעולה אחרת. האיסור מוטל במפורש ובמפורט בסעיף 29 לחוק העתיקות... מבחינתו של הבעלים, הרי הוא כמי שכופים אותו עד שיאמר רוצה אני". ראו גם להלן תת-פרק ג7.

בין אינטרסים פרטיים, וזאת גם כאשר בית-המשפט הוא שעורך את האיזון. כאשר קיים מתח – קל וחומר התנגשות – בין אינטרס ציבורי לבין אינטרס פרטי, המשפט נוטה להעדיף את האינטרס הציבורי. כך המחוקק, וכך גם בית-המשפט. בהתאם לכך, כאשר אי-אפשר ליישב כראוי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי, בדרך-כלל האינטרס הציבורי גובר.⁷ מצב זה, שבו קיים אי-שוויון בין הצדדים לחוזה המנהלי, הוביל ליצירת כללים מיוחדים, על-ידי המחוקק ועל-ידי בית-המשפט, אשר חלים על חוזים מנהליים ורק על חוזים כאלה. כללים אלה מטילים על הגוף המנהלי חובות שאינן מוטלות על הצד הפרטי, וכנגד זה גם מקנים לגוף המנהלי זכויות שאינן מוקנות לצד הפרטי, והכל כדי לשרת את ערכי החברה (כגון הגינות ושוויון) ולשמור על האינטרס הציבורי (דוגמת הצורך להפקיע מקרקעין פרטיים לשימוש הציבורי). בכללים אלה אין אם כן הודיות מלאה בין הצדדים לחוזה. הנה, לצורך הדגמה, אחד הכללים: כלל ההשתחררות. כלל זה, שאין לו מקבילה בחוזה הפרטי, קובע כי צורכי ציבור חיוניים מאפשרים לגוף המנהלי "להשתחרר" מן החוזה בתנאים מסוימים. מבחינה עיונית כללים אלה משייכים את החוזים המנהליים לענף מיוחד, אשר שונה מכל יתר ענפי החוזים. אכן, הם הוכרו כענף מיוחד של חוזים במדינות אחרות, ובמדינות רבות הם אף הוכרו כענף של המשפט המנהלי.⁸ אולם בישראל קשה לומר אם הם כבר זכו בהכרה כענף מיוחד, ומכל מקום הם לא זכו בחוק מיוחד המסדיר אותם כענף נפרד של חוזים.⁹ עם זאת, ברור כי הכללים המיוחדים החלים על חוזים מנהליים הופכים אותם, מבחינה מעשית, לענף נפרד ושונה מענפי חוזים אחרים.¹⁰

- 7 בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 463, 449 (1987) (השופט ברק): "דיני החוזים של המשפט הפרטי מבוססים, בעיקרו של דבר, על הנחה בדבר שוויון מעמד לכל אחד מהמתקשרים הפוטנציאליים. לעומת זאת דיני החוזים של המשפט הציבורי מבוססים, בעיקר, על העדר שוויון בין הצדדים, שהרי אחד מהצדדים ממלא תפקיד ציבורי".
- 8 PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 107 (7th ed. 2012); H.W.R. WADE & C.F. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 673 (11th ed. 2014); A.C.L. DAVIES, THE PUBLIC LAW OF GOVERNMENT CONTRACTS (2009). על חוזים מנהליים בצרפת ראו L. NEVILLE BROWN & JOHN S. BELL, FRENCH ADMINISTRATIVE LAW 202 (5th ed. 1998). על חוזים מנהליים בגרמניה ראו MAHENDRA P. SINGH, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW PERSPECTIVE 94 (2nd ed. 2001).
- 9 בבג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393, 399 (1986) אמר השופט ברק כי "טרם גובשה בישראל עמדה נורמטיבית ברורה באשר למהותו של ההסכם שבין השלטון לבין הפרט כאשר לשימוש בסמכות שלטונית". ראו גם הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 712. הצעת קודקס זו מבקשת להסדיר, בין היתר, את הענפים השונים של חוזים. היא כוללת תחילה את דיני החוזים הכלליים, ולאחר-מכן – פרקים-פרקים – את דיני החוזים המיוחדים: מכר, מתנה, קבלנות, שירות, תיווך, שכירות ועוד. אך היא אינה כוללת את החוזה המנהלי. האם ניתן ללמוד מכך על כוונה לשלול מחוזים מנהליים את המעמד של ענף מיוחד של חוזים? נראה שלא. מכל מקום, ברור שאין בכך כדי לשלול מעמד זה, שהרי הוא נובע מכללים מיוחדים החלים, הלכה למעשה, על חוזים כאלה. אולם שאלה קשה יותר היא אם ניתן ללמוד מהצעה זו שחוזים מנהליים, גם אם הם מהווים ענף מיוחד של חוזים, אינם שייכים מבחינה מהותית לקובץ דיני הממונות. על שאלת השייכות של דיני החוזים המנהליים ראו להלן בפרק ה.
- 10 בעניין ארביב, לעיל ה"ש 9, בעמ' 399, מציג השופט ברק מודלים אפשריים להסדרת חוזים מנהליים: מודל חוזי, מודל מנהלי ומודל של חוזה מנהלי. על המודל של חוזה מנהלי הוא אומר:

2. חשיבותם של חוזים מנהליים

חוזים מנהליים הם לא רק ענף מיוחד של חוזים, אלא גם ענף חשוב במיוחד, מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית, הן לגבי המנהל הציבורי והן לגבי הציבור הרחב. קודם-כל, החוזה המנהלי הוא מכשיר חיוני למנהל הציבורי לצורך מילוי תפקידיו. אכן, חוזים רבים מני ספור נערכים מדי יום ביומו על-ידי גופים מנהליים רבים. נראה כי אין גוף העורך חוזים רבים יותר מן המדינה, אשר עושה זאת באמצעות עשרות ואולי מאות גופים ממשלתיים. אין תמה בכך, שכן אין גוף שמעסיק עובדים רבים יותר, שמחזיק נכסים מרובים יותר ואשר צורך ומספק שירותים בהיקף רחב יותר מן המדינה, באמצעות הממשלה. על כך יש להוסיף חוזים אין-ספור הנכרתים מעשה שגרה על-ידי מספר רב של רשויות מקומיות ותאגידים ציבוריים למיניהם.

החוזה המנהלי הוא גם מכשיר ניהולי חשוב, שכן יש גופים ציבוריים הממלאים את תפקידם בעיקר באמצעות חוזים. לדוגמה, רשות מקרקעי ישראל, הפועלת מכוח חוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, מנהלת כמעט את כל המקרקעין במדינה באמצעות חוזים, על-פירוב חוזי חכירה ולעיתים חוזי מכר.

חוזים מנהליים מגלגלים סכומים עצומים של כספי ציבור, שנועדו לקדם אינטרסים ציבוריים, אך הם גם ממלאים תפקיד מן המעלה הראשונה בפעילותו של המגזר הפרטי, שכן הם מממנים חלק נכבד ממנה, וגם מכוונים אותה במידה משמעותית לתחומים מסוימים ולצורת פעילות מסוימת, לפי העדיפות והצרכים של המנהל הציבורי.

כל גוף ציבורי נזקק לחוזים כדי לספק את צורכי עצמו: חוזה עם קבלן לצורך בניית המבנה שבו ישונו המשרדים או לחלופין חוזה עם בעליו של מבנה לצורך שכירת המשרדים; חוזים לרכישת ציוד ואספקה משרדית לצורכי העבודה; חוזים עם עובדי הגוף הציבורי, ועוד. בשעתו היה מקובל שמשרדי הממשלה מספקים לעצמם את שירותי הניקיון, האבטחה והכתבנות על-ידי עובדי המדינה. לאחרונה מקובל שגם שירותים אלה ניתנים בהיקף רחב על-ידי עובדים פרטיים באמצעות חוזים שהמדינה כורתת עם חברות כוח-אדם.

חשיבות מיוחדת נודעת לחוזים מנהליים שמטרתם מילוי תפקידים ציבוריים באמצעות גופים פרטיים. לאחרונה גברה מאוד חשיבותם של חוזים כאלה כאחד הביטויים של תנועת ההפרטה.¹¹ אכן, עומס התפקידים שהמנהל הציבורי נטל על עצמו, מורכבותם הגוברת של תפקידים אלה וכן העלות הגבוהה הכרוכה בביצוע פרויקטים גדולים במיוחד הגבירו את הצורך

¹¹ על-פי מודל זה, מוכר כוחה של רשות שלטונית להתקשר בחוזים מחייבים באשר לביצוע סמכויותיה השלטוניות, אך דיני החוזים השלטוניים נקבעים לא על-פי דיני החוזים האזרחיים אלא על פי דיני החוזים המנהליים, אשר בתי המשפט מפתחים בהיקש מהדין האזרחי הרגיל, תוך התאמתם של הדינים לאופיה השלטוני של הסמכות שהיא נושא החוזה. לדעתי, מודל זה של החוזה המנהלי הוא המודל הנכון – ולמעשה גם המודל המקובל – במשפט ישראל. ראו גם בג"ץ 634/11 באשה נ' מדינת ישראל – התביעה הכללית, פס' 14–20 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 27.7.2011).

¹¹ על תנועת ההפרטה ראו דפנה ברק-ארוז אורח-נתין-צרכן – משפט ושלטון במדינה משנתה 79 (2012); איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005); זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 39.

של הממשלה ושל גופים מנהליים אחרים – ובעקבות הצורך גם את הנטייה – להעביר את מילויים של תפקידים ציבוריים לגופים פרטיים, ולו באופן חלקי, באמצעות חוזים. הממשלה, לדוגמה, שנהגה לסלול כבישים באמצעות פועלים שהיו עובדי המדינה, מעדיפה כיום להתקשר בחוזים עם חברות פרטיות, אשר סוללות את הכבישים באמצעות פועלים פרטיים בהתאם לתנאים שנקבעו בחוזה. פרויקטים תחבורתיים בקנה מידה גדול, שהממשלה הייתה מתקשה לממן מתקציבה, כגון כביש חוצה ישראל, מנהרות הכרמל והרכבת הקלה בירושלים, הופקדו באמצעות חוזים בידי חברות פרטיות. הנה דוגמאות נוספות: משרד התחבורה העביר למוסכי רכב פרטיים את התפקיד של עריכת מבחנים שנתיים (טסט) לכלי-רכב; עיריית העבירו לחברות פרטיות תפקידים ציבוריים שונים, כגון פינוי אשפה וגרירת מכוניות החונות במקומות אסורים לחנייה; משרד המשפטים העביר לחברות פרטיות את התפקיד של מסירת מידע מתוך מרשם החברות, ועוד. לתופעה זו, המקובלת במדינות רבות, קוראים "מיקור חוץ". המכשיר לביצוע מיקור חוץ הוא החוזה.

חוזה מנהלי יכול לשמש בידי גוף מנהלי לא רק מכשיר ניטרלי לביצוע משימה מעשית, כגון בנייה או סלילה או גרירת מכוניות. חוזה מנהלי הינו גם אמצעי מתוחכם ויעיל לקידום מדיניות כלכלית, חברתית או תרבותית, או לטיפוח צורה מסוימת של התנהגות או אף חשיבה לפי נטייתו של הגוף המנהלי, יהא זה משרד ממשלתי או גוף ציבורי אחר. יכולת זו נובעת מן הכוח השלטוני והכלכלי של המנהל הציבורי: כוחו נעוץ לא רק בסמכויות שהחוק הקנה לו, אלא גם בתקציב, בהיקף הנכסים ובשליטה. נוסף על כך, לא פעם המנהל הציבורי הוא אף מונופול דה-פקטו בתחומים חשובים של המשק והחברה, כגון החכרת מקרקעין, פתיחת נתיבי תחבורה, שמירת מלאי של מצרכים חיוניים לשעת חירום, ייצוא ציוד בטחוני ועוד. המנהל הציבורי יכול להשתמש בכוח זה – ובפועל הוא אכן משתמש בו – כדי לקדם מדיניות שהוא חפץ ביקרה. כיצד? גוף מנהלי יכול להכתיב במכרזים שהוא עורך או בחוזים שהוא מנסח תנאים מסוימים, המחייבים את הצד האחר לחוזה להתנהג בעת ביצוע החוזה בצורה מסוימת. למשל, בבואו להתקשר עם גוף פרטי בחוזה להספקת שירותי ניקיון, פינוי אשפה, אבטחה או מזפירות, הוא יכול להתנות את ההתקשרות בכך שאותו גוף יעסיק מכסה מסוימת של עובדים ממגזרים שקיים בהם צורך בהעדפה מתקנת, כגון אנשים עם מוגבלות, או יבטיח תנאי עבודה מסוימים לעובדיו; הוא יכול לקבוע בחוזה עם תעשיין שבתהליך הייצור של מוצר מסוים בעבורו ייעשה שימוש בחומרים מסוימים מתוצרת הארץ או מתוצרת אזור מסוים בארץ; הוא יכול להתנות חוזה חכירה בהתחייבות לשמור על השבת; והוא יכול להתנות מתן תמיכה כספית לתיאטרון בהתחייבות להופיע בתנאים מסוימים ביישובי פריפריה. כך נעשה, לדוגמה, בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב–1992, הקובע בסעיף 2ב העדפה במכרז ל"עסק בשליטת אישה", וכן בתקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית), התשנ"ח–1998, שהותקנו מכוח חוק זה. אכן, בנסיבות מסוימות נסיונות של המנהל הציבורי לקדם נורמות ואינטרסים ציבוריים באמצעות חוזים עם גופים פרטיים עשויים להיות יעילים לא פחות – ואולי אף יותר – מאשר נסיונות לקדם באמצעות תקנות וצווים.¹²

12 ראו שרון ידן רגולציה – המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים (2016).

עם זאת, מילוי תפקיד ציבורי על-ידי גוף פרטי כפוף עדיין – באופן מלא או חלקי לפי נסיבות העניין – לכללים מסוימים של המשפט הציבורי. כפיפות זו נובעת מן הדוקטרינה של השניות (הדואליות) הנורמטיבית, החלה גם על גוף פרטי הממלא תפקיד שלטוני, כלומר, על גוף דו-מהותי.¹³ לדוגמה, כאשר רשות מקרקעי ישראל החליטה להעביר (במכרזים) את תכנון המקרקעין שהיא מנהלת לגופים פרטיים, פסק בית-המשפט כי פעילות התכנון היא פעילות בעלת אופי שלטוני, ולכן ניתן לראות בחברה הפרטית המקיימת פעילות זו "כמי שמתקיימת לגביה מעין דואליות נורמטיבית, באשר במילוי הפונקציה השלטונית שהופקדה בידיה מוטל עליה לפעול בכפיפות לכללי המשפט המינהלי... ובהם הכלל בדבר זכות הציבור לדעת על אודות התנאים שבהם נמסרה לה הפעילות האמורה ועל אודות האופן שבו היא מבצעת אותה פעילות".¹⁴

זאת ועוד, כאשר גוף ציבורי מעביר מילוי תפקיד ציבורי אל גוף פרטי באמצעות חוזה, בין שמדובר באצילת סמכות על-ידי רשות מנהלית ובין שמדובר בהסתייעות בגוף פרטי לצורך הפעלת הסמכות, הוא עצמו נושא עדיין באחריות למילוי התפקיד, גם מבחינה ציבורית וגם מבחינה משפטית. משמע, אם הגוף הפרטי אינו ממלא את התפקיד הציבורי כחוק או אינו ממלאו כראוי מכל בחינה אחרת, לא תישמע טענה של הגוף הציבורי שהאחריות כולה נופלת על הגוף הפרטי. האחריות מוטלת גם על הגוף הציבורי. למעשה, על הגוף הציבורי מוטלת אחריות משולשת: ראשית, חובה עליו לקבוע בחוזה הוראות אשר יבטיחו ביצוע ראוי של מטלות התפקיד ויאפשרו פיקוח הולם על הביצוע; שנית, חובה עליו לקיים פיקוח הולם על הביצוע; שלישית, חובה עליו להשתחרר מן החוזה כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת.¹⁵ מכיוון שכך, במקרה של מחדל או כשל במילוי התפקיד, כאשר הוא נגרם על-ידי גוף פרטי שמילוי התפקיד הועבר אליו בחוזה, קיימת אפשרות שבית-המשפט יצווה על הגוף הציבורי למלא בעצמו את התפקיד שהחוק הטיל עליו, להשתחרר מן החוזה או לנקוט צעד אחר שיבטיח את מילוי התפקיד באופן ראוי.¹⁶ כך אמר בית-המשפט במקרה שעסק בהחלטה של משרד הבריאות להתקשר בחוזה עם גוף פרטי לצורך מתן שירותי רפואה מונעת לתלמידים בבתי-הספר:

13 על תחולת כללים של המשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים ראו אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008); זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 529.

14 ע"א 6576/01 חברה לייזום מיסודה של סי.פי.אם. בע"מ נ' לירן, פ"ד נו(5) 817, 822 (2002) (השופט מצא). ראו גם בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

15 על הכלל המאפשר לגוף ציבורי להשתחרר מחוזה מנהלי ראו להלן תת-פרק 6 ("השתחררות מחוזה").

16 לעניין זה אפשר להשוות מקרה של העברת תפקיד ציבורי אל גוף פרטי באמצעות חוזה למקרה של אצילת סמכות על-ידי רשות מנהלית לעובד ציבור או אפילו לגוף פרטי. אצילת הסמכות אינה מנשלת את האוצל מסמכותו, ואינה פוטרת אותו מאחריות להפעלת הסמכות באופן ראוי. ראו, לדוגמה, בג"ץ 816/98 אמינוף נ' אלטלף, פ"ד נב(2) 769, 806–807 (1998); בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79, 88 (2004); עע"ם 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים, פס' 44 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.2.2008). ראו עוד יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי 874 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011) (להלן: זמיר כרך ב).

המהלך, שיש בו היעזרות בגורם חיצוני למתן שירותים שהמדינה חבה בנתינתם – בדרך של "מיקור-חוק" (בלעז: Outsourcing או Contracting-out) – מהווה חלק ממגמת ההפרטה אצלנו ובעולם... ההסתייעות בגורם חיצוני לצורך מלאכת אספקת שירותי הבריאות – שניתן לראותה כטכנית-ביצועית – איננה מעבירה את האחריות לאספקת שירותי הבריאות מכתפיו של משרד הבריאות לכתפי הגורם המסייע... האחריות לדאוג לאספקתם התקינה של שירותי הבריאות לתלמיד – בטיב ובהיקף המתחייבים לפי הוראות החוק, טומנת בחובה, בין היתר, שתי חובות משנה: (א) חובת המשנה הראשונית היא – לקיים פיקוח הולם על דבר אספקתם של שירותי הבריאות המדוברים, ולוודא כי השירותים מסופקים במתכונת הנדרשת לפי הוראות החוק... חובה זו מקבלת חשיבות מיוחדת שעה שעסקינן בהסתייעות בגוף פרטי, אשר מערך התמריצים המכוון את פעולתו שונה ממארג האינטרסים העומד בבסיס פעולתה של הרשות המוסמכת... (ב) חובת המשנה השנייה המוטלת על הרשות היא לדאוג לתקצוב מערך שירותי הבריאות לתלמיד (ולמעשה, לתיגמול הספק) באופן שיאפשר את מתן שירותים אלו, בהיקף המתחייב מהחוק...¹⁷

* * *

השימוש הרחב והמגוון בחוזים מנהליים כמכשיר לקידום אינטרסים ציבוריים וליישום מדיניות שלטונית שינה את פני המנהל הציבורי. אכן, לא בכדי יש המכנים את המדינה המודרנית גם "מדינת החוזים" או מתארים אותה כשלטון באמצעות חוזים.¹⁸

* * *

הכללים המיוחדים לחוזים מנהליים קיימים כבר מראשית ימי המדינה, אולם הם מכסים רק שטח צר בתחום דיני החוזים המנהליים. החוזה המנהלי מוסדר עדיין, כמו החוזה הפרטי, בעיקר על-ידי דיני החוזים הכלליים. הדינים המיוחדים לחוזים מנהליים לא זכו עדיין בפיתוח ראוי, על-אף מיוחדותם וחשיבותם.

החוזים המנהליים הוצגו בישראל כסוג מיוחד של חוזים בעבודה חלוצית וחשובה של פרופ' גבריאלה שלו.¹⁹ פרסומים נוספים דנו בחוזים מנהליים.²⁰ פרסומים אלה מקדמים את

17 בג"ץ 1083/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות – מדינת ישראל, פס' 16 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 24.5.2012). ראו גם בג"ץ 5012/97 מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה בע"מ נ' משרד הבריאות, פ"ד נב(1) 49, 65–66 (1998). ראו עוד יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 86–90 (2005).

18 WADE & FORSYTH, לעיל ה"ש 8, בעמ' 674: "Contract, it is said, 'has replaced command and control as the paradigm of administration'" IAN HARDEN, THE CONTRACTING STATE. ראו גם (1992).

19 ראו Gabriela Shalev, *Administrative Contracts*, 14 ISR. L. REV. 444 (1979). ראו גם גבריאלה שלו דיני חוזים פרק 28 – "חוזי רשות" 638 (מהדורה שנייה, 1995) (להלן: שלו דיני חוזים); שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3. גבריאלה שלו פרסמה גם מאמרים אחדים על היבטים שונים של דיני החוזים המנהליים: גבריאלה שלו "השתחררות המדינה מחוזה" ספר זוסמן 159 (1984); גבריאלה שלו "חוזי-רשות: הדין והדיין" עיוני משפט יא 201 (1986).

מעמדם של חוזים מנהליים כענף מיוחד של חוזים, אך גם מבהירים עד כמה הדינים המסדירים חוזים אלה לוקים עדיין בחסר.

א. מהו חוזה מנהלי?

1. שם

ענף של חוזים צריך שם. השם מזהה את החוזה ומצביע על הכללים המסדירים אותו. אכן, בדרך-כלל לכל ענף של חוזה יש שם – שם רשמי או למצער שם מוסכם. כך, למשל, חוזה מכר, חוזה שכירות וחוזה עבודה. צריך שם גם לחוזים עם גופים מנהליים, שכן הם מהווים ענף מיוחד של חוזים, עם כללים מיוחדים שחלים בו. אך לחוזים כאלה אין עדיין שם רשמי, ואף לא שם מוסכם, לא בספר החוקים ואף לא מחוץ לספר החוקים. בספר החוקים אין אפילו זכר לחוזים כאלה כענף מיוחד של חוזים, ומחוץ לספר החוקים, אנשי משפט שבדקו ענף זה של חוזים נתנו להם שמות שונים: חוזים שלטוניים,²¹ חוזים ממשלתיים,²² חוזה רשות,²³ חוזים מנהליים. אין

20 הראשון שדן במעמדם ובתפקידם של חוזים במשפט המנהלי היה פרופ' קלינגהופר בספרו יצחק הנס קלינגהופר משפט מנהלי 71–76 (1957). ראו עוד, בין היתר, דניאל פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה' 598 (1974); גר טרסקי "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב' 227 (1982); דפנה ברק-ארוז האחריות החוזית של רשויות המינהל (1991); דפנה ברק-ארוז משפט מנהלי כרך ג – משפט מנהלי כלכלי 197 (2013) (להלן: ברק-ארוז משפט מנהלי כלכלי); זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 300.

21 לדוגמה, עמ"ס 8183/03 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מועצה אזורית הגולן, פס" 19 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 22.8.2010): "הסכם של רשות ציבורית עם הפרט בענייני ארנונה הוא הסכם שלטוני". לדעתי, "חוזה שלטוני" אינו שם ראוי: ראשית, אני סבור כי במשטר דמוקרטי אין זה ראוי לדבר על שלטון, אלא על ממשל או על מנהל ציבורי; שנית, הכללים החלים על חוזים שגוף מנהלי צד להם אינם מוגבלים לחוזים בדבר הפעלת סמכויות בעלות אופי "שלטוני", אלא חלים גם על חוזים אחרים, כגון חוזה לרכישת מוצרים או חוזה לשכירת מקרקעין או חוזים מכל סוג אחר, שנערכים מעשה שגרה על-ידי גופים פרטיים. חוזים אלה מכונים לעיתים חוזים "מסחריים", וקשה לראותם כחוזים "שלטוניים". על ההבחנה בין חוזים "שלטוניים" לבין חוזים "מסחריים" ראו להלן תת-פרק 6 ("חוזה שלטוני וחובה מסחרית").

22 השם "חוזים ממשלתיים" מתייחס רק לחוזים הנערכים על-ידי הממשלה בשם המדינה, שהם רק חלק מן החוזים שעליהם חלים הדינים המיוחדים המסדירים חוזים שגוף מנהלי צד להם. שם זה אינו כולל חוזים של רשויות מקומיות או חוזים של תאגידים ציבוריים, כגון המוסד לביטוח לאומי או רשות שדות התעופה.

23 השם "חוזה רשות" הוא, כמדומה, יצירה של פרופ' גבריאלה שלו, ונעשה בו שימוש גם בפסיקה. עם זאת, נראה לי כי שם זה עלול להטעות, שכן אפשר לחשוב (בכתיב חסר ניקוד) שמדובר בחוזה שיש רשות להתקשר בו, להבדיל מחוזה שאסור להתקשר בו או מחוזה שחובה להתקשר בו, ולא היא. כמו-כן, המילה "רשות" קשורה מבחינה לשונית לסמכות, ולכן עלול להיווצר רושם שמדובר רק בחוזים בדבר הפעלת סמכות, ואילו דיני החוזים המנהליים, גם לדעתה של פרופ' שלו, אינם מוגבלים לחוזים כאלה, אלא חלים גם על חוזים בעלי אופי פרטי, כגון חוזה מכר. ראו גם יצחק זמיר "גבריאלה שלו: חוזה רשות בישראל" משפטים טז' 543, 545 (1987) (להלן: זמיר "חוזה רשות בישראל").

הסכמה בשאלה מהו השם הראוי ביותר.²⁴ לדעתי, ראוי לקרוא להם "חוזים מנהליים". כך מקובל לקרוא להם במדינות אחרות,²⁵ וכך גם נוצרת הרמוניה עם מונחים אחרים בתחום המשפט המנהלי.²⁶

2. הגדרה

הגדרה של חוזים מנהליים אמורה לקבוע את היקף תחולתם של הכללים המיוחדים לחוזים כאלה, כלומר, לאפשר קביעה לגבי כל חוזה מסוים אם הוא כפוף לכללים אלה או שמא הוא כפוף רק לדיני החוזים הכלליים. ההגדרה צריכה להקיף את כל החוזים המנהליים ורק חוזים כאלה. אך ספר החוקים, שאינו מתייחס כלל לחוזים מנהליים כאל ענף של חוזים, אינו מספק הגדרה כזאת. כיצד, אם כן, ניתן וראוי להגדיר חוזים מנהליים? ההגדרה המתבקשת, ולדעתי גם ההגדרה הראויה, אומרת שחוזה מנהלי הוא חוזה שאחד הצדדים לו (ולשם הדיוק: לפחות אחד הצדדים) הוא גוף מנהלי, או כפי שאני מעדיף לומר – רשות מנהלית.²⁷ בפועל קיימות מאות רשויות מנהליות.²⁸

אך מה ההגדרה של רשות מנהלית? סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס–2000, מגדיר "רשות" כך: "רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". כוחה של הגדרה זו יפה רק לצורך חוק זה, אולם

24 בפסיקה ובספרות משתמשים לעיתים בשם "חוזים מנהליים" (ראו, לדוגמה, עניין ארביב, לעיל ה"ש 9, בעמ' 399–400; עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 29; ברק-ארוז משפט מנהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, פרק 25 – "חוזים מנהליים"), לעיתים בשם "חוזי רשות" (ראו, לדוגמה, ע"א 665/99 הדר נ' קק"ל – באמצעות מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(1) 241, 249 (2001); ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 494, 506, 536 (2005)), ולעיתים בשני השמות (ראו, לדוגמה, עניין באשה, לעיל ה"ש 10, פס' 20 לפסק-הדין).

25 ראו לעיל ה"ש 8.

26 השם "חוזים מנהליים" נמצא בהרמוניה עם שמות מקובלים – ובכלל זה גם עם שמות רשמיים – בתחום המשפט המנהלי: בית-המשפט לעניינים מנהליים; עתירות מנהליות, ערעורים מנהליים ותובענות מנהליות; בתי-דין מנהליים; עבירות מנהליות, ועוד. ראוי לציין כי גם פרופ' שלו עצמה, במאמר הראשון שפרסמה בנושא זה, קראה לחוזים כאלה באנגלית "Administrative Contracts". ראו Shalev, לעיל ה"ש 19.

27 פרופ' שלו כותבת כי "חוזה-רשות הוא חוזה שצד אחד לו הוא רשות ציבורית והצד האחר הוא יחיד או חברה פרטית". שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 640. "רשות ציבורית" אינו מונח רשמי, ואין לו הגדרה מוסכמת. לכן אני מעדיף את המונח "רשות מנהלית".

28 לקבלת מושג כללי ראו צו ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010) (רשימה של מעבידים ציבוריים), התשע"ו–2015, ק"ת 76, המונה בתוספת לצו כ-450 רשויות מנהליות שהן גם "מעבידים ציבוריים" הנושאים שמות שונים: רשות, מוסד, מועצה, איגוד ערים, עירייה, מועצה מקומית, מועצה אזורית, ועדה מקומית, מועצה דתית ועוד. נוסף על אלה קיימת רשימה ארוכה של רשויות מנהליות שאין להן אישיות משפטית במשפט הפרטי, אך הן מוסמכות להתקשר בחוזים בשם גוף ציבורי שיש לו אישיות משפטית במשפט הפרטי, ובעיקר בשם המדינה. כאלה הם, בין היתר, הממשלה, שר בממשלה, מנהל רשות מקרקעי ישראל, המפקח על התעבורה ועוד. המדינה עצמה נחשבת אף היא רשות מנהלית. על כך ראו להלן תת-פרק 5 ("חוזים של המדינה").

לדעתי הגדרה זו טובה כהגדרה של רשות מנהלית גם בהקשרים אחרים, ובכלל זה בהקשר של חוזים מנהליים. בהתאם לכך יש לומר כי חוזה מנהלי הוא חוזה שאחד הצדדים לו הוא גוף או אדם הממלא תפקיד ציבורי על-פי דין.²⁹

3. חוזה מנהלי, ולא החלטה או הבטחה מנהליות

(א) חוזה מנהלי

חוזה מנהלי הוא קודם-כל חוזה שנכרת על-פי דיני החוזים הכלליים, כלומר על-פי חוק החוזים (חלק כללי), בדרך של הצעה וקיבול. יש כמובן מקרים שבהם ברור כי משא-ומתן בין שני צדדים לא הבשיל כדי חוזה – למשל, שלא הייתה גמירות-דעת להתקשר בחוזה – ויש גם מקרים שבהם אין זה ברור אם משא-ומתן הסתיים ביצירת חוזה. כך בחוזה פרטי, וכך גם בחוזה מנהלי. כך הדבר, למשל, כאשר החוק קובע כי לצורך יצירת חוזה על-ידי עירייה נדרש אישור של שר הפנים, והעירייה חתמה על חוזה אך אישור השר לא התקבל. מכל מקום, ברור כי אם לא נוצר חוזה, אין גם חוזה מנהלי.³⁰

29 ההגדרה של "רשות" בס' 2 לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים נקבעה מתוך התייחסות לס' 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כי בג"ץ מוסמך, בין היתר, "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". ראו, לדוגמה, ע"מ 5666/09 עיריית פתח תקוה נ' ישיר איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 21.6.2011). במקרה זה נחתם חוזה בשם העירייה בדבר מתן הנחה בתשלום דמי הארנונה, אך בהעדר אישורים לחוזה, כפי שהחוק דורש, נחלקו דעות השופטים בשאלה אם אכן נוצר חוזה. המשנה לנשיאה ריבלין הניח (שם, בפס' 8 לפסק-דינו) כי "בין הצדדים נכרת הסכם המעגן התחייבות בלתי מותנית של העירייה להעניק לחברה הנחה בדמי הארנונה, וכי הסכם זה לא בוטל על ידי מי מן הצדדים". אולם הנשיאה ביניש אמרה (שם, בפסק-דינה): "ספק רב בעיני אם יש במכתבים אלה כדי להצביע על כך שנכרת חוזה בין העירייה לבין המשיבה בנוגע לשיעור הארנונה בו תחויב המשיבה... האם בנסיבות אלה ניתן כלל לומר שלעירייה הייתה גמירות דעת להתקשר עם המשיבה בחוזה מחייב, כנדרש בהתאם להוראת סעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973...? אני סבורה כי ניתן לראות במכתבים הנוכחים לעיל לכל היותר הבטחה מנהלית". ואילו השופטת (בדימ') פרוקצ'יה אמרה: "בשאלה המיקדמית אם מלכתחילה נכרת חוזה, אני נוטה לגישתה של חברתי, הנשיאה ביניש, לפיה, בנסיבות הענין לא נתקיימו מלוא התנאים הנדרשים לכריתת חוזה מחייב בין הצדדים". בע"א 8570/09 חגולי נ' עיריית ראשון לציון, פס' 14 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 15.3.2011): "השאלה היא האם טיוטת ההסכם עולה כדי חוזה מחייב, או שמא מדובר אך בשלב במשא ומתן שלא הבשיל לכדי חוזה בר-תוקף. מעמדה של הטיוטה בהקשר זה נגזר מן האופן בו תפסו הצדדים את המסמך ברגע יצירתו, אם נתכוונו לשכלל חוזה מחייב, או לאו – קרי, אם התקיימו במועד מסירת הטיוטה גמירות הדעת והמסוימות הנדרשים לכריתת חוזה". ראו גם ע"א 9073/07 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פס' 24 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 3.5.2012); עניין באשה, לעיל ה"ש 10, פס' 24 ואילך. השוו, לדוגמה, ע"א 8561/03 חלקה 21 בגוש 6286 בע"מ נ' עיריית ראשון-לציון, פ"ד נט(3) 398, 404-405 (2004). עם זאת, גם כאשר משא-ומתן לא הבשיל כדי חוזה, אפשר עדיין שהמדינה או כל רשות מנהלית, בהיותה צד למשא-ומתן, תחויב בתשלום פיצויים בשל הפרת החובה לנהוג בתום-לב ובהגינות בשלב הטרום-חוזי. ראו, לדוגמה, עניין אפרופים, לעיל בהערה זו.

זאת ועוד, אפשר גם שייווצר הסכם בין שני צדדים בדרך של הצעה וקיבול, וגם אם אחד הצדדים הוא רשות מנהלית, כגון ראש עירייה, או אם שני הצדדים הם גופים ציבוריים, תתעורר שאלה אם ההסכם נחשב חוזה מנהלי. כך, לדוגמה, לגבי הסכם פוליטי: האם הוא חוזה מנהלי? יש דעה שהסכם כזה, גם אם יש לו תוקף משפטי, אינו חוזה שעליו יחולו דיני החוזים, אלא הסכם הכפוף למשפט הציבורי בלבד. לדעתי, לעומת זאת, הסכם כזה, אם הוא נעשה על-ידי רשות מנהלית שיש לה כשירות להתקשר בחוזה, מתוך כוונה ליצור יחסים משפטיים, הוא חוזה מנהלי.³¹

(ב) החלטה מנהלית

לעיתים מתעוררת שאלה אם מדובר בחוזה מנהלי, שהוא מפגש של רצונות, או רק בהחלטה מנהלית, שהיא חד-צדדית. שאלה זו עולה, למשל, לגבי החלטה מנהלית שהתקבלה לאחר משא-ומתן בין רשות מנהלית לבין גוף פרטי, ואפילו לגבי החלטה שהתקבלה לאחר הסכמה של הגוף הפרטי. על-פירוב התשובה ברורה: לא קשה להבחין בין חוזה לבין החלטה.³² אך לא תמיד כך. למשל, מה הדין כאשר פקיד מס הכנסה מוציא שומת מס לאחר משא-ומתן עם אדם פרטי ובהסכמת אותו אדם? התשובה ברורה: שומה כזאת היא החלטה מנהלית. אך יש מקרים – דוגמת ההחלטה להתקשר בעסקת-טיעון עם נאשם – שבהם קשה להכריע אם מדובר בחוזה מנהלי, בהחלטה מנהלית או שמא בהבטחה מנהלית.³³

31 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל פרק 12 – "הסכמים פוליטיים", 787 (מהדורה שישית, 2005); ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 213; יצחק זמיר "חוזים פוליטיים" ספר לנדוי כרך ב 779 (אהרן ברק ואלניער מזוז עורכים, 1995).

32 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: עניין מתווה הגז): לאחר משא-ומתן ממושך ומורכב בין הממשלה לבין חברות הגז הושגה הסכמה מלאה ומפורטת בין הצדדים, שכונתה "מתווה הגז", אך היא התקבלה, כפי שהוסכם בין הצדדים, כהחלטת ממשלה, ולא כחוזה. בהתאם לכך ראה אותה גם בית-המשפט כהחלטה, ובדק את חוקיותה על-פי דיני ההבטחה המנהלית.

33 ראו, לדוגמה, עניין ארביב, לעיל ה"ש 9, בעמ' 398–400 (השופט ברק): "עיסקת טיעון היא הסכם בין התביעה לבין הנאשם... השאלה הניצבת לפנינו היא תוקפה הנורמטיבי של העיסקה... בעניין זה אין דעה מקובלת, לא בישראל ולא מחוצה לה. ניתן לגרוס, כי עיסקת טיעון אינה אלא חוזה בין המדינה (הפועלת באמצעות תובע) לבין הנאשם... כנגד 'מודל חוזי' זה ניתן להעמיד 'מודל מינהלי'. על פיו עיסקת טיעון אינה חוזה כלל ועיקר ואין דיני החוזים חלים עליה. על-פי מודל זה, עיסקת הטיעון היא פעולה שלטונית חד צדדית של תובע, אשר שיכלולה מצריך שיתוף פעולה של הנאשם... טרם ניתנה הדעת על מהותה המשפטית של עיסקת הטיעון. האם ניתן לראות בה חוזה 'רגיל' ? היש בה 'גמירת דעת' ליצור קשר משפטי (חוזי) ? מחייב ? האם הפרקליט שעשה אותה הוא בעל כשרות משפטית להיות צד לעיסקה, והאם יש לו הרשאה כדין לחייב את המדינה ? האם המסגרת החוזית מתאימה לעצם מהותה של עיסקה שלטונית שכזו ? ... נראה לי, כי בעתירה שלפנינו אין לנו צורך לבחור בין המודלים השונים, ואין לנו צורך לבחון ביתר דיוק את מהותה המשפטית של עיסקת הטיעון". ראו גם ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 205.

(ג) הבטחה מנהלית

הבטחה מנהלית, שהיא סוג של החלטה מנהלית מכיוון שהיא חד-צדדית, אינה חוזה מנהלי. עם זאת, שאלה היא אם הבטחה מנהלית יוצרת חיוב משפטי של הרשות המנהלית כלפי הנבטח. למשל, האם הבטחה של ראש עירייה לאדם פרטי, שלפיה הוא ייתן לו רשיון עסק או תמיכה כספית, מחייבת את ראש העירייה וניתנת לאכיפה שיפוטית? בשנת 1975 חידש בית-המשפט העליון הלכה חשובה, בקובעו כי הבטחה שניתנה על-ידי רשות מנהלית מחייבת את הרשות אם היא מקיימת תנאים מסוימים. וכך אמר: "הבטחה שניתנה על-ידי בעל שורה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקויים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה... כאשר ניתנת הבטחה חוקית על-ידי מי שהסמכות בידו לתתה ובידו גם למלא אחריה, היא מחייבת, ובאין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה – יש לכבדה, ובית-משפט זה יצווה על מילויה".³⁴ החידוש העיקרי בהלכה זו הוא שהבטחה מנהלית, אף שאין היא מגעת כדי חוזה (בהיותה חד-צדדית), יכולה לחייב כאילו היא חוזה.

אולם למעשה, במשך עשרות שנים מאז נפסקה הלכה זו, כמעט כל התביעות שהוגשו לבית-המשפט למימוש ההלכה נדחו לגוף העניין.³⁵ אף שאפשר להניח כי הרבה רשויות מנהליות, לרבות שרים, נתנו הבטחות אין-ספור שלא קוימו, אם באופן מוחלט ואם באופן חלקי, היו רק מקרים מעטים שבהם פסק בית-המשפט כי להבטחה שניתנה היה תוקף מחייב או כי הרשות לא הייתה רשאית לחזור בה מן ההבטחה על יסוד "צידוק חוקי".³⁶ עם זאת, ההלכה שרירה וקיימת עד היום. במקרים רבים שימשה הבטחה מנהלית עילה בידי הנבטח לתבוע בבית-המשפט את מימושה או פיצויים על הפרתה, ויש גם מקרים (אם כי מעטים בלבד) שבהם ראה בית-המשפט לנכון לתת תוקף להבטחה.³⁷ כמו-כן, דיני הבטחה

34 בג"ץ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, 676 (1975) (השופט ברנזון).

35 ראו, לדוגמה, בג"ץ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נח(1) 694 (2003); עניין אפרופים, לעיל ה"ש 30; עניין עיריית פתח-תקוה, לעיל ה"ש 30.

36 ראו, לדוגמה, בג"ץ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד מ(4) 523 (1986); עע"ם 7275/10 הועדה המיוחדת לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 נ' שקד (פורסם בנבו, 29.11.2011); בג"ץ 8350/12 פרחי גן יבנה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 7.5.2015); עת"ם (מנהליים י-ם) 50830-07-14 טסט-קל 1993 בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה והבטיחות בדרכים (פורסם בנבו, 22.3.2015). על ההלכה ועל המעשה בנוגע להבטחה מנהלית ראו שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 115; אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי ספר שלישי – עילות ההתערבות, פרק ארבעה-עשר – "הבטחה מינהלית", 315 (2008); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, פרק 26 – "הבטחות מינהליות", בעמ' 311.

37 ראו, לדוגמה, בג"ץ 5273/97 מונזון נ' עיריית אשדוד – אגף החינוך, פ"ד נא(4) 757 (1997), שעסק בהבטחה שנתנה העירייה לעותרים שהם יוכלו ללמוד במסגרת תוכנית העשרה במדעים. השופט מצא אמר (שם, בעמ' 763) כי "קמה להם [לעותרים] זכות מכוח הבטחה שלטונית ברורה ומיוסדת היטב, כי יותן להם להמשיך את לימודיהם במסגרת התכנית החדשה עד לסוף שנת הלימודים". בהתאם לכך הוציא בית-המשפט צו מוחלט לקיום ההבטחה. ראו גם בג"ץ 840/97

מנהלית יכולים לשמש גם עילת ביקורת בעתירה המוגשת לבית-המשפט על-ידי מי שמבקש לבטל את ההבטחה.³⁸

בגלל השוני שבין דיני החוזים המנהליים לבין דיני ההבטחה המנהלית חשוב להבחין בין הבטחה מנהלית לבין חוזה מנהלי. אומנם יש מקרים שבהם ההבחנה קלה וברורה, כגון במקרה שבו רשות מנהלית נותנת הבטחה באופן חד-צדדי, מבלי לנהל משא-ומתן עם גורם חיצוני, מבלי לבקש ממנו תמורה או הסכמה, ואף בלי כל הוכחה שהסכמה כזאת ניתנה. מקרה כזה הוא באופן מובהק החלטה מנהלית, הסותרת את המהות של חוזה כהסכם בין שני צדדים. אך לעיתים ההבחנה קשה. כך הדבר במקרה שבו נהל משא-ומתן בין רשות מנהלית לבין גוף מסוים, ולאחר שהושגה הסכמה בין הצדדים, נתנה הרשות הבטחה לאותו גוף. במקרה כזה נשאלת השאלה אם ההבטחה יוצרת או מבטאת חוזה. התשובה תלויה, כמובן, בנסיבות המקרה. אולם בגלל הקרבה שבין הבטחה לבין חוזה, אפשר שבנסיבותיו של מקרה מסוים תהיה ההבחנה מטושטשת והתשובה תהיה פתוחה: אפשר שמדובר בהבטחה, אפשר שמדובר בחוזה,³⁹ ואפשר אף שתהיה זאת הבטחה שמעורבים בה סממנים של חוזה.⁴⁰

עצם ההגדרה של הבטחה מנהלית מקשה את ההבחנה, שכן היא דורשת, בין היתר, שההבטחה ניתנה "בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו".⁴¹ אכן, יש להורות, לא פעם ההבחנה בין הבטחה מנהלית לבין חוזה מנהלי היא קשה.⁴² יתרה מזו, לא

סכית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803 (2003), שעסק בהבטחה של המדינה לעותרים, אשר פונו מבתיהם, שהם יוכלו לשוב אליהם. השופטת דורנר אמרה (שם, בעמ' 813) כי "הבטחה שלא ניתנה לממשה בשל צידוק חוקי, עשויה להקים עילה לתשלום פיצויים, למצער, אם הצד שלו ניתנה ההבטחה פעל על-פיה ושינה את מצבו לרעה". בהתאם לכך פסק בית-המשפט (שם, בעמ' 816) כי הסעד שהעותרים זכאים לו "הוא פיצויים, אם בכסף ואם בקרקע".

38 ראו, לדוגמה, עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 32. כאן חברו עותרים רבים לבקש מבג"ץ שיפסוק כי הבטחה מנהלית שנתנה הממשלה לחברות הגז היא בלתי-חוקית ולכן גם בלתי-תקפה. אכן, בג"ץ פסק (ברוב דעות) כי חלק מן ההבטחה ("פסקת היציבות") אינו חוקי, ולכן ביטל את ההבטחה. ראו, לדוגמה, עניין עיריית פתח-תקוה, לעיל ה"ש 30, שם סבר המשנה לנשיאה ריבלין כי בין הצדדים נכרת חוזה, ואילו הנשיאה ביניש והשופטת (בדמי) פרוקצ'יה סברו כי לא נכרת חוזה, אלא לכל-היותר ניתנה הבטחה.

40 ראו, לדוגמה, עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 32. בפועל "מתווה הגז" הוא הסכם שגובש בין הממשלה לבין חברות הגז לאחר משא-ומתן ממושך ומורכב, אך הצדדים העדיפו, מסיבותיהם שלהם, להתייחס אליו כאל הבטחה מנהלית, ובהתאם לכך הוא התקבל כהחלטת ממשלה. אולם בית-המשפט היה מודע היטב למהות ההסכמית של החלטה. כך, לדוגמה, אמרה השופטת חיות בפס' 4 לפסק-דינה: "במובן זה ניתן לסווגו כהבטחה מנהלית וכך אף בחרה המדינה ובחרו חברות הגז לסווגו בדיון בפנינו. אלא שלאורך המתווה קיימות הוראות לא מעטות המנוסחות כתנאים בהסכם שהינם תולדה של מפגש רצונות בין הגורמים הרגולטוריים ובין חברות הגז... ומהיבט זה מתאפיין המתווה בסממנים של חוזה רגולטורי".

41 עניין סאיטקס, לעיל ה"ש 34, בעמ' 676.

42 עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 489–490 (השופט ריבלין): "ניתנת האמת להיאמר כי ההבחנה בין זה (החוזה) לבין זו (ההבטחה המינהלית) אינה משמעותית כבעבר. הטעם העיקרי לכך הוא שהפסיקה הכירה בתוקפה של ההבטחה המינהלית, ובכך בבד התנתה הכרה זאת בתנאים הדומים בעיקרם לאלה שעומדים ביסוד תוקפו של החוזה. כך קבעה הפסיקה כי על-מנת שתהא הבטחה מינהלית מחייבת, נדרש כי המבטיח התכוון ליתן לה תוקף משפטי מחייב, וכי היא מפורשת די הצורך... ומנגד קבעה הפסיקה כי התחייבות חד-צדדית יכול שתיחשב במשפטנו

פעם ההבחנה גם אינה משנה הרבה מבחינת התוצאה, בגלל הקרבה שבין דיני ההבטחה המנהלית לבין דיני החוזה המנהלי.⁴³ לדוגמה, בפסק-הדין בעניין מתווה הגז החליט בית-המשפט (ברוב דעות) לפסול את ההבטחה המנהלית שביסוד המתווה, משום שהיא ככלה את שיקול-הדעת של הממשלה בניגוד לחוק. בית-המשפט הסתמך גם על פסקי-דין בשאלת החוקיות של חוזה מנהלי הכובל את שיקול-הדעת של רשות מנהלית, וברור כי הוא היה מגיע לאותה תוצאה גם אילו התקבל "מתווה הגז" כחוזה מנהלי, ולא כהבטחה מנהלית.⁴⁴ אף-על-פי-כן צריך להבחין בין הבטחה מנהלית לבין חוזה מנהלי גם במקרה גבולי, כאשר התשובה אינה ברורה, שכן הסיווג לכאן או לכאן קובע אילו דינים יחולו על המקרה: אם מדובר בחוזה, יחולו דיני החוזים, לרבות דיני החוזים המנהליים; לעומת זאת, אם מדובר רק בהבטחה, יחולו הדינים המיוחדים להבטחה מנהלית. קיימת אומנם קרבה בין הדינים, ובכל-זאת מדובר בשתי מערכות שונות של דינים, לפחות מבחינה עיונית.

4. חוזים של חברות ממשלתיות ושל גופים ציבוריים אחרים

הגדרת החוזה המנהלי כחוזה שאחד הצדדים לו הוא רשות מנהלית מוציאה מגדר החוזים המנהליים חוזים רבים שיש להם אופי ציבורי אך אינם נערכים על-ידי רשות מנהלית. כאלה הם חוזים הנערכים על-ידי גופים אשר ממלאים אומנם תפקיד ציבורי אך אין זה תפקיד על-פי דין. מדובר, בראש ובראשונה, בחברות הממשלתיות, בחברות עירוניות ובחברות מעורבות, וכן בעמותות מסוימות שהוקמו על-ידי רשויות מקומיות או על-ידי גופים ציבוריים אחרים, שכולן פועלות – כמו חברות ועמותות אחרות – על-פי תקנון, שהוא חוזה, ולא דין.⁴⁵ כך גם גופים

כחוזה... כך נצטמצם לו הפער שבין החוזה לבין ההבטחה המינהלית – הן מבחינת המהות הן מבחינת הנפקות. ראו גם ע"א 9153/04 במות מרכז ללימודי תרבות וחברה נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (פורסם בנבו, 28.12.2006); ע"א 8325/12 מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל נ' מהדין בע"מ, פס' ל לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.6.2014). ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי חי') 279/08 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 26.3.2012), שם דן בית-המשפט בשאלה אם הרשות המנהלית הייתה רשאית, בנסיבות המקרה, להשתחרר מהבטחה מנהלית, ובהחלטתו הסתמך (שם, פס' 77) גם על פסקי-דין שעסקו בהשתחררות של רשות מנהלית מחוזה מנהלי.

43 בגלל הדמיון שבין הכללים החלים על חוזה מנהלי לבין אלה החלים על הבטחה מנהלית, אשר מבחינה עניינית הוא דמיון ראוי, אפשר שלא יהיה הבדל מבחינת הנפקות המעשית במקרה מסוים בין החלת כללי החוזה לבין החלת כללי ההבטחה. לדוגמה, בחוזה מנהלי הרשות המנהלית רשאית "להשתחרר" מן החוזה אם צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת, ובהבטחה מנהלית הרשות המנהלית יכולה לחזור בה מן ההבטחה אם יש לכך "צידוק חוקי". ראו, לדוגמה, ע"א 1194/09 נתיבי איילון בע"מ נ' עיריית חולון, פס' 23 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 16.2.2011): "בין אם נתח את התכתובת הנדונה ב'משקפיים חוזיים' ובין אם נעשה כן באספקלריה של דיני ההבטחה המינהלית, נגיע לתוצאה וזהה".

44 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 32. על הנפקות של כבילת שיקול-הדעת המנהלי ראו להלן תת-פרק 3ג (ג) ("חוזה מגביל-סמכות").

45 טעות היא לחשוב שחברה ממשלתית פועלת על-פי דין, כלומר על-פי חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה–1975, כשם שטעות היא לומר שחברה רגילה פועלת על-פי חוק החברות, התשנ"ט–1999, שכן התפקידים והסמכויות של החברה אינם נובעים מן החוק, אלא מתקנות ההתאגדות של החברה. צו ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010)

אחרים שיש להם אופי ציבורי, כגון הסוכנות היהודית, מפלגה, הסתדרות עובדים, מפעל הפיס, אוניברסיטה וכיוצא בהם. כאמור, בדרך-כלל חוזה שגוף כזה הוא צד לו אינו חוזה מנהלי. כך בדרך-כלל, אך יש חריג לכלל. החריג מתייחס למצבים שבהם חוק מקנה לגוף פרטי, תהיה זאת חברה ממשלתית או חברה אחרת, סמכות מנהלית, או לשון אחר – תפקיד ציבורי על-פי דין. אכן, חוקים שונים מקנים סמכויות מנהליות לגופים פרטיים, דוגמת הבורסה לניירות-ערך, חברת החשמל וחברת בזק.⁴⁶ בהפעלת סמכות מנהלית הגוף הפרטי פועל כרשות מנהלית, ובהתאם לכך חלים עליו כללי המשפט המנהלי. משום כך, חוזה שנערך על-ידי גוף פרטי כאשר הוא ממלא תפקיד ציבורי על-פי דין הוא חוזה מנהלי.⁴⁷

5. חוזים של המדינה

האם כל אותם חוזים אינן-ספור שהמדינה היא צד להם הם חוזים מנהליים? ברור ומוסכם כי למדינה מוקנית אישיות משפטית במשפט הפרטי, ולכן היא יכולה להתקשר בחוזים.⁴⁸ אך אין די באישיות משפטית במשפט הפרטי להביא לידי כך שחוזה ייחשב חוזה מנהלי. השאלה היא אם למדינה יש גם אישיות משפטית במשפט המנהלי, כלומר, אם היא גם רשות מנהלית. לשאלה זו אין עדיין תשובה מוסמכת. לדעתי, התשובה חיובית. קודם-כל, מבחינה עקרונית אין זה סביר או ראוי שהמדינה, אשר עיקר תכליתה ועיקר פעילותה בתחום המשפט הציבורי, תהיה בעלת אישיות משפטית רק בתחום המשפט הפרטי, כאילו היא חברה מסחרית. זהו עיוות הדמות, הרעיון והתכלית של המדינה. סביר וראוי שהמדינה תהיה – כמו כל תאגיד ציבורי –

(רשימה של מעבידים ציבוריים), מונה בתוספת הראשונה לצו רשימה של קרוב ל-250 חברות ועמותות כאלה תחת שמות שונים: על-פי-רוב הן נקראות "חברה" או "עמותה", אך לעיתים הן נקראות "מכון", "מוזיאון" ועוד.

46 ראו, לדוגמה, ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485, 507 (1997) (השופט אור): "לצורך העניין שלפנינו יש לומר כי הבורסה, אף שהיא אגודה כתאגיד פרטי, מהווה 'רשות'... אנו עוסקים כאן באופן שבו עשתה הבורסה שימוש בכוח שלטוני שהוענק לה בהוראת חוק, היא הוראת סעיף 46 לחוק ניירות ערך". ראו גם עניין מיקרו דף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 454 (השופט ברק): "מסמכותנו הוא לדון בעתירות המכוונות כנגד חברת החשמל, ושעניינן ביצוע סמכויותיה השלטוניות של חברת החשמל, כפי שאלו הוענקו לה בדבר חקיקה. לעניין זה, אין נפקא מינה, שחברת החשמל מאוגדת כחברת מניות על-פי פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983. לא הצורה האירגונית היא הקובעת לעניין זה, אלא מהותו הפונקציונאלית של התפקיד המבוצע על-ידי הגוף, שהוא תפקיד ציבורי על-פי דין". על סמכויות מנהליות המוקנות על-פי חוק לגופים פרטיים ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 519.

47 בהקשר זה ראוי להתייחס גם לגופים דו-מהותיים, שהם גופים פרטיים הממלאים תפקיד בעל אופי ציבורי מובהק, גם אם אין חוק המקנה לגוף סמכות מנהלית. כאלה הם, לדוגמה, חברה קדישא, אוניברסיטה, קופת-חולים וארגון עובדים. חוזה הנערך על-ידי גוף כזה לא לצורך הפעלת סמכות מנהלית אינו נחשב חוזה מנהלי. עם זאת, מכיוון שמדובר בגוף דו-מהותי, יחולו עליו כללים מסוימים של המשפט המנהלי, ובכלל זה עשויים לחול עליו גם כללים מסוימים (אך לא כל הכללים) החלים על חוזים מנהליים, כגון כלל השוויון. על גופים דו-מהותיים ראו להלן בה"ש 88.

48 ראו להלן ליד ה"ש 106, 67. על האישיות המשפטית של המדינה בתחום המשפט הפרטי ראו גם זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 397.

בעלת אישיות משפטית כפולה: במשפט המנהלי ובמשפט הפרטי. אך מניין צומחת למדינה אישיות משפטית במשפט המנהלי? התשובה היא, לדעתי, כי הסמכויות שהחוקים מקנים לממשלה, לכל שר ולרשויות ממשלתיות אחרות הן סמכויות של המדינה מבחינה עקרונית, וכי הממשלה, כל שר ורשויות ממשלתיות אחרות מפעילים סמכויות אלה כאורגנים של המדינה. תפיסה זו מתבקשת מן ההלכה הקובעת שכל רשות מנהלית, כולל הממשלה וכל שר בממשלה, מקבלת ומפעילה את סמכותה כנאמן של הציבור. ומיהו הציבור? הציבור הוא גוף בלתי-מוגדר שאין לו אישיות משפטית, והמדינה היא ההתגלמות של הציבור, או לשון אחר – האישיות המשפטית המגלמת את הציבור. אם כך, הממשלה, כל שר וכל רשות ממשלתית אחרת מקבלים ומפעילים את סמכויותיהם כנאמנים של המדינה.

הוראות אחדות בספר החוקים תומכות בתפיסה זו. כך, למשל, סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", משמע, סמכויות הביצוע שבידי הממשלה הן בעצם סמכויות של המדינה. דוגמה נוספת היא סעיף 32 לחוק-יסוד זה. סעיף זה (שלפי הכותרת שלו מקנה לממשלה "סמכויות שירות") קובע כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". סעיף זה מדבר במפורש על סמכויות, ולא על זכויות וחובות של המשפט הפרטי. סמכויות אלה, לפי לשון הסעיף, מופעלות על-ידי הממשלה "בשם המדינה". יוצא אפוא שלמדינה מוקנות סמכויות מנהליות, המופעלות על-ידי הממשלה כאורגן של המדינה.⁴⁹ אם כך, אפשר לומר כי למדינה מוקנית גם אישיות משפטית במשפט המנהלי. משמע, המדינה היא גם רשות מנהלית.

מכל מקום, תהיה התפיסה בדבר סמכויות המדינה אשר תהיה, הפסיקה מחילה על חווי המדינה את הכללים המיוחדים לחוזים מנהליים, ולכן ברור כי חווי המדינה הם חוזים מנהליים.⁵⁰

6. חוזה שלטוני וחוזה מסחרי

בשעתו היה בית-המשפט מוכן להבחין בין שתי קבוצות של חוזים הנערכים על-ידי רשויות מנהליות: חוזים שלטוניים וחוזים מסחריים.⁵¹ מה ההבדל ביניהם? בחוזה מסחרי הרשות

49 יש הוראות חוק נוספות התומכות בתפיסה זו. לדוגמה, ס' 1 לחוק-יסוד: הצבא קובע כי "צבא-הגנה לישראל הוא צבאה של המדינה". ההוראה ברורה: לא צבאה של הממשלה, אלא צבאה של המדינה. מכאן שכל הסמכויות המוקנות לצבא הן באופן עקרוני סמכויות של המדינה. דוגמה נוספת: ס' 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, קובע כי "המאשים במשפט פלילי הוא המדינה והיא תיוצג בידי תובע שינהל את התביעה". כלומר, סמכות התביעה היא סמכות של המדינה.

50 ראו, לדוגמה, ע"א 516/87 מדינת ישראל נ' בלייכפלד, פ"ד מב(3) 248, 244 (1988); ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד מה(1) 342, 348 (1990) (השופט נתניהו): "אין חולק שעל המינהל חלות כאן לא רק הנורמות של המשפט הפרטי, של חוק השכירות והשאלה ופרשנותו של החוזה הפרטי, אלא פרושה עליו גם יריעת הנורמות המיוחדות של המשפט הציבורי, תוך התאמתן למערכת היחסים החוזיים הוולנטאריים". מובאה זו מדברת על "המינהל", הוא מנהל מקרקעי ישראל, אך ברור שהמנהל מתקשר בחוזה מטעם המדינה, והיא הצד לחוזה.

המנהלית פועלת כמו גוף פרטי: היא מעסיקה עובדים, שוכרת משרדים, קונה ציוד משרדי, מזמינה שירותי ניקיון, מוכרת נכס וכיוצא באלה. בדרך-כלל חוזה מסחרי נועד לשרת את צרכיה של הרשות המנהלית, כדי שהיא תוכל למלא כראוי את תפקידה הציבורי. לעומת זאת, חוזה שלטוני קשור להפעלת הסמכות המוקנית לרשות המנהלית כדי לשרת את צורכי הציבור. כזה הוא, למשל, חוזה שבו הרשות המנהלית מתחייבת לתת רישיון מסוים או לא להפקיע מקרקעין מסוימים.

מה נפקותה האפשרית של הבחנה זו? אפשר לטעון כי חוזה מסחרי, אף שהוא נערך עם רשות מנהלית, אינו נבדל מחוזה מסחרי רגיל בין שני צדדים פרטיים, ולכן הוא צריך להיות מוסדר אך ורק על-ידי דיני החוזים הרגילים. לעומת זאת, חוזה שלטוני, מכיוון שהוא מתייחס גם לסמכות מנהלית, צריך להיות מוסדר לא רק על-ידי דיני החוזים הרגילים, אלא גם על-ידי כללים מיוחדים של המשפט המנהלי. על-פי טענה זו, רק חוזים שלטוניים נחשבים חוזים מנהליים.

אולם, כפי שהתברר, הבחנה זו מלאכותית, בלתי-ראויה מבחינה עיונית ובלתי-אפשרית מבחינה מעשית. כך הדבר, ראשית, משום שגם בחוזים מסחריים הרשות המנהלית פועלת כנאמן של הציבור, ולכן היא צריכה להיות כפופה לכללים מיוחדים הנובעים מנאמנות זו. שנית, לעיתים קרובות חוזה של רשות מנהלית הוא בעת ובעונה אחת גם חוזה שלטוני וגם חוזה מסחרי, ללא אפשרות להפריד בין הדברים. כפי שבית-המשפט אמר כבר לפני יותר מיובל שנים:

הממשל יכול להופיע פעם בדמות של מבצע פעולות בעלות אופי שלטוני מובהק ופעם בדמות של בעל רכוש או עסק העוסק בפעולות רכושניות, מסחריות או עסקיות גרידא, ולעתים עשוי הוא להופיע חליפות בדמות זו או זו אף באותו ענין בשלביו או בפרטיו השונים. בכלל, מחמת פעילותה הכלכלית, המשקית והחברתית של הממשלה ההולכת ורבה וחדירתה לשטחי החיים השונים, הולכים ומיטשטשים יותר ויותר הגבולות שבין פעולות השלטון כבעל שלטון לבין פעולותיו כבעל נכס או עסק.⁵²

אי-לכך נזנחה ההבחנה בין חוזים שלטוניים לבין חוזים מסחריים, ואפשר אף לומר שהיא נעלמה מן העולם.⁵³ המסקנה היא אפוא שגם חוזים מסחריים שרשות מנהלית היא צד להם הם חוזים מנהליים.

51 ראו, לדוגמה, בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2001 (1961). ראו גם טרסקי, לעיל ה"ש 20.
52 בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר-החקלאות, פ"ד טז 20, 29 (1962).
53 ראו, לדוגמה, בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב-ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101, 2109 (1962); ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 525 (2000). ראו גם שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14-17; ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 201-203.

ב. הצדדים לחוזה מנהלי

על-פי ההגדרה המוצעת, חוזה מנהלי הוא חוזה שרשות מנהלית היא צד לו.⁵⁴ אך הגדרה זו מעוררת בעיות אחדות. להלן נדון בהן.

1. חוזה בין שתי רשויות מנהליות

ההגדרה של חוזה מנהלי כחוזה שרשות מנהלית היא צד לו לוכדת ברשתה גם חוזים שבהם שני הצדדים הם רשויות מנהליות, כגון חוזה בין שתי עיריות או חוזה בין עירייה מסוימת לבין המוסד לביטוח לאומי. כך אכן מתחייב מן הטעם שביסודם של הכללים המיוחדים לחוזים המנהליים מצויה העובדה שהרשות המנהלית היא נאמן של הציבור ומחובתה לפעול למען הציבור. כללים אלה נוצרו לצורך זה, כלומר, כדי שהרשות המנהלית תוכל לקיים כראוי את תפקידה כנאמן של הציבור. צורך זה אינו נעלם כאשר גם הצד האחר לחוזה הוא רשות מנהלית, אלא להפך – הוא רק מתחזק.

2. הצורך באישיות משפטית במשפט הפרטי

לא כל רשות מנהלית יכולה להיות צד לחוזה. כדי להיות צד לחוזה כלשהו, פרטי או מנהלי, נדרשת כשרות משפטית, או לשון אחר – אישיות משפטית. מכיוון שחוזה הוא מוצר של המשפט הפרטי, כדי שגוף כלשהו יוכל להתקשר בחוזה, צריך שתהיה לו אישיות משפטית בתחום המשפט הפרטי. אישיות כזאת מוקנית לכל אדם בשר-ודם, מטבע ברייתו, להוציא חריגים שנקבעו בחוק,⁵⁵ אך היא אינה מוקנית לגוף משפטי שנוצר על-ידי החוק, ואשר קיים רק במסגרת החוק, אלא אם כן הקנה החוק לאותו גוף אישיות משפטית, ורק בסייגים שנקבעו בחוק.⁵⁶ כך לגבי גופים שהוקמו על-ידי המשפט בתחום המשפט הפרטי, כגון חברות או עמותות,⁵⁷ וכך גם במשפט המנהלי: חוקים רבים, שהקימו גופים בתחום המשפט המנהלי, הקנו להם אישיות משפטית המאפשרת להם, בין היתר, להתקשר בחוזים. כך נעשה, לדוגמה,

54 ראו לעיל תת-פרק א2.

55 ראו חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

56 ראו, לדוגמה, רע"א 46/94 אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, פ"ד נ(2) 202, 206 (1996) (הנשיא ברק): "לעניין האדם, בשר ודם, האקט הפיזי של הלידה מביא עמו את יצירת האישיות המשפטית. דבר זה נובע מתפיסות היסוד של החברה והמשפט, שלפיהן אנו נולדים לחירות, כבעלי זכויות וחובות. לא כן לעניין אישיות משפטית שאינה אדם. זו אינה נוצרת על-ידי פעולה פיזית, אלא על-ידי פעולה משפטית (בדרך כלל, רישום במרשם פורמאלי), אשר מוכרת (במפורש או במשתמע) כיוצרת אישיות משפטית ('מלאכותית', שאינה אדם). נדרש אפוא אקט של הכרה של שיטת המשפט באותה תופעה כבאישיות משפטית".

57 ס' 4 לחוק החברות קובע כי "חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופיה וטבעה כגוף מואגד". משמע, החוק מקנה לחברה אישיות משפטית המאפשרת לה, בין היתר, להתקשר בחוזים, אך בתנאי שהחוזה מתיישב עם אופייה וטבעה כגוף מואגד. לגבי עמותות ראו ס' 8 לחוק העמותות, התש"ם-1980.

לגבי עיריות ורשויות מקומיות אחרות⁵⁸ וכן לגבי תאגידים ציבוריים (המכונים גם "תאגידים סטוטוריים") למיניהם.⁵⁹ גוף מנהלי כזה יכול אם כן להיות צד לחוזה מנהלי. אולם יש גם חוקים רבים שהקימו גופים בתחום המשפט המנהלי והקנו להם סמכויות מבלי להקנות להם אישיות משפטית בתחום המשפט הפרטי. למעשה, רוב הרשויות המנהליות הן כאלה. הנה דוגמאות אחדות של רשויות שהחוק הקנה להן סמכויות חשובות ביותר אך לא העניק להן אישיות משפטית בתחום המשפט הפרטי: שר בממשלה, היועץ המשפטי לממשלה, המפקח הכללי של המשטרה, רשות מקרקעי ישראל, מנהל המכס, המפקח על הבנקים, המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, ועוד מספר עצום ורב של רשויות מנהליות ברמה נמוכה יותר, כגון שוטר, פקיד מכס ומפקח.⁶⁰ מה דינה של רשות מנהלית כזאת? עקרון חוקיות המנהל קובע כי לרשות מנהלית, בהיותה יציר החוק, אין סמכות זולת זו שהקנה לה החוק.⁶¹ עם זאת, מכיוון שהחוק הקנה לה סמכות, ממילא יש לה מעמד של תאגיד, כלומר, של גוף בעל אישיות משפטית.⁶² כדברי בית-המשפט, "אישיות משפטית היא תופעה אשר הדין מעניק לה כשרות לזכויות ולחובות".⁶³ אולם, כפי שציין בית-המשפט, "קיומו של

58 ראו, לדוגמה, ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 126 (1991) (השופט ברק): "אין מחלוקת, כי רשות מקומית היא אישיות משפטית ('תאגיד') במשפט הפרטי (ראה סעיף 7 לפקודת העיריות [נוסח חדש]; סעיף 10 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש]). יש לה, לרשות המקומית, קיום נורמאטיבי במשפט הפרטי. היא בעלת קניינים, מתקשרת בחוזה ואחראית למעשי נזיקין". ראו גם בג"ץ 754/86 וחידי נ' שר החינוך, פ"ד מ(4) 799, 800 (1987) (השופט ברק): "הרשות המקומית היא אישיות משפטית, אשר לה קיום במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי".

59 ראו, לדוגמה, ס' 8 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995; ס' 3 לחוק רשות שדות התעופה, התשל"ז–1977. להתייחסות פסיקתית ראו, לדוגמה, עניין עיזבון דנקנר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 806. על התאגידים הציבוריים ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, פרק 16 – "תאגידים ציבוריים".

60 קיימת תפיסה המזהה את הגוף המנהלי עם אותו אדם הממלא את תפקיד הגוף – למשל, את שר התחבורה עם אותו אדם המכהן כשר התחבורה, ושוטר עם אותו אדם הממלא את תפקיד השוטר. בהתאם לתפיסה זו, החוק המקנה סמכות מסוימת לשר התחבורה מקנה אותה, הלכה למעשה, לאדם המכהן כשר התחבורה. אך תפיסה זו מוטעית. שר התחבורה הוא גוף משפטי (כלומר, אישיות מלאכותית, להבדיל מאדם בשר-ודם), ואין לו קיום אלא מכוח החוק ובמסגרת החוק. גוף זה נבדל מאותו אדם המכהן כשר התחבורה, אשר אין לו סמכות משלו, אלא הוא רק אורגן של הגוף המשפטי הנקרא "שר התחבורה". כמו מנהל של חברה, הפועל כאורגן של החברה, כך גם אדם שהתמנה לכהן כשר התחבורה פועל רק כאורגן של גוף זה. כך, באופן דומה, גם אדם שהתמנה לתפקיד שר שוטר, וכך גם כל אדם המפעיל סמכות של רשות מנהלית כלשהי. על האורגן של רשות מנהלית ראו להלן תת-פרק 4 ("תאגיד מנהלי כאורגן של רשות מנהלית").

61 ראו, לדוגמה, עניין רוטברד, לעיל ה"ש 58, בעמ' 129 (השופט ברק): "בתחום המשפט הציבורי, כל הגופים המשפטיים הם בעלי כשרות מוגבלות. אין לו לגוף שלטוני אלא מה שהוענק לו (במפורש או במשתמע). תפיסה זו, בדבר כשרותן המוגבלות של רשויות השלטון, נובעת מתפיסה חוקתית, והיא נגזרת מהעיקרון הכללי המכיר בזכויות האדם והגורס, כי האדם כשיר לבצע הכול, למעט מה שנשלל ממנו, ואילו השלטון כשיר לבצע אך מה שהוענק לו". על עקרון חוקיות המנהל ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, פרק 3 – "חוקיות המינהל".

62 ס' 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981: "תאגיד" – גוף משפטי, כשר לחיובים, לזכויות ולפעולות משפטיות".

63 עניין אברמוב, לעיל ה"ש 56, בעמ' 205.

כוח שלטוני בתחום המשפט הציבורי אינו גורר אחריו כדבר מובן מאליה גם קיום כאישיות משפטית בתחומי המשפט הפרטי. כך, למשל, רשות מוסמכת, שהוסמכה על-ידי דבר חקיקה ליתן רישיון, הופכת, מכוח הסמכה זו, לאישיות משפטית בתחום המשפט הציבורי. היקף כשרותה מוגבל לביצוע ההוראה המעניקה לה את הסמכות.⁶⁴ יוצא אפוא שאם חוק מקנה לרשות מנהלית סמכות בתחום המשפט המנהלי אך אין הוא מקנה לה אישיות במשפט הפרטי, אין לה כשרות להתקשר בחוזים.⁶⁵ לגוף כזה אפשר לקרוא "תאגיד מנהלי". תאגיד מנהלי, אם כן, אינו יכול להיות צד לחוזה מנהלי. בכך הוא נבדל מגוף מנהלי שהחוק מקנה לו גם סמכות בתחום המשפט המנהלי וגם כשרות בתחום המשפט הפרטי, כגון רשות מקומית או המוסד לביטוח לאומי. לגוף מנהלי כזה – שיש לו אישיות משפטית כפולה, גם בתחום המשפט המנהלי וגם בתחום המשפט הפרטי, ובהתאם לכך יש לו גם כשרות להתקשר בחוזים – אפשר לקרוא "תאגיד ציבורי".⁶⁶

3. אישיות משפטית משתמעת

בדרך-כלל, בעניינים שונים, אין צורך בהוראת חוק מפורשת, אלא די בהוראת חוק משתמעת. כך גם בעניין האישיות המשפטית של רשות מנהלית. כלומר, גם אם החוק המקים רשות מנהלית אינו קובע בלשון מפורשת כי מוקנית לה גם אישיות משפטית בתחום המשפט הפרטי, אפשר עדיין שבית-המשפט יקבע, באמצעות פרשנות, כי מלשון החוק משתמעת כוונה להקנות לרשות אישיות כזאת, ולפיכך היא יכולה גם להתקשר בחוזים. הנה כך אמר בית-המשפט: "הדין מכיר בתופעה כאישיות משפטית במפורש או במשתמע... ההכרה בתופעה כאישיות משפטית היא משתמעת שעה שפירושן של מכלול ההוראות החוקיות על-פי תכליתן מוביל למסקנה כי אותה תופעה הוכרה (מכללא, במשתמע) כאישיות משפטית. כך, למשל, מדינת ישראל היא אישיות משפטית במשפט הפרטי, וזאת חרף היעדרה של הוראה מפורשת בעניין זה".⁶⁷ בהתאם לכך בית-המשפט יכול לקבוע, באמצעות פרשנות, כי מעצם העובדה שהחוק הקנה סמכות מנהלית לרשות מסוימת, או אף לרשויות מנהליות בדרך-כלל, משתמעת כוונה להקנות לרשות גם אישיות משפטית במשפט הפרטי.

64 עניין רוטברד, לעיל ה"ש 58, בעמ' 127. בעניין אברמוב, לעיל ה"ש 56, בעמ' 205, הסביר השופט ברק כי "כשרות זו יכולה להיות כללית או מוגבלת... הכשרות היא מוגבלת כאשר לאותה אישיות משפטית מוענק הכוח הפוטנציאלי להיות בעלים של זכויות מסוימות".

65 בג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 839, 749 (1991) (השופט ברק): "רשות שלטונית – כגון 'סיעה', 'שר', 'רשות מוסמכת' – אינה נהנית כלל מכשירות לפעולה משפטית במשפט הפרטי. כך, למשל, 'רשות מוסמכת' (ראש ממשלה, שר, או בעל סמכות שלטונית אחרת) בתור שכזו, אינה כשירה לכרות חוזה. כשירותה של הרשות המוסמכת נקבעת בדבר החקיקה המקים אותה, וכשירות זו מוגבלת לרוב – בהיעדר הוראות לסתור – אך לפעולות במשפט הציבורי הקבועות באותו דבר חקיקה. על-כן, שר בממשלה אינו מוסמך לכרות חוזים שיחייבו אותו כשר".

66 ראו עוד זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 364 ("הרשות כאישיות משפטית").

67 עניין אברמוב, לעיל ה"ש 56, בעמ' 205 (1996).

אולם הלכה למעשה בית-המשפט נמנע בדרך-כלל מפרשנות כזאת, ואין הוא מוכן להכיר ברשות מנהלית כבעלת אישיות משפטית במשפט הפרטי אלא אם כן הקנה לה החוק אישיות כזאת בלשון מפורשת. מדוע? נראה כי התשובה היא שכך מתחייב מטעמים של מנהל תקין וסדר ציבורי, וזאת בגלל שיטת ההסמכה המקובלת בישראל. על-פי שיטה זו, החוק אינו מקנה סמכויות באופן מרוכז למשרד ממשלתי זה או אחר, אלא בדרך-כלל מפזר סמכויות בין רשויות רבות – כל רשות וסמכויותיה שלה. לדוגמה, את הסמכויות בתחום המכס החוק אינו מקנה למשרד האוצר או לשר האוצר, אלא למנהל המכס וגם למספר רב של גובי מכס ופקידי מכס, אשר כל אחד מהם הוא רשות מנהלית בפני עצמה. לא זו בלבד, על-פי הלכה שפסק בית-המשפט, כל רשות שהחוק מקנה לה סמכות חייבת להפעילה באופן עצמאי, ואסור לה לפעול על-פי הוראות של הממונה המנהלי עליה, יהא זה המנכ"ל או אפילו השר.⁶⁸ מכאן נובע שאם כל רשות תהיה גם בעלת אישיות משפטית משתמעת בתחום המשפט הפרטי, וזאת לא מכוח הוראת חוק מפורשת אלא על יסוד פרשנות משפטית, התוצאה תהיה שכל רשות מנהלית תהיה גם בעלת סמכות להתקשר בחוזים, והיא תהיה חייבת להפעיל סמכות זו באופן עצמאי, על-פי מדיניות שהיא תקבע לעצמה ועל-פי שיקול-דעתה בכל מקרה. מצב כזה מאיים להוביל את המדינה לתוהו ובוהו הן מבחינה משקית והן מבחינה חברתית.⁶⁹ לכן הכלל הוא שרשות מנהלית אינה יכולה להתקשר בחוזה אלא אם הקנה לה החוק אישיות משפטית במשפט הפרטי בלשון מפורשת.⁷⁰

עם זאת, יש חריגים גם לכלל זה, אם כי חריגים מעטים בלבד. בית-המשפט פסק, באמצעות פרשנות, כי אפשר שרשות מנהלית שהחוק אינו מקנה לה אישיות משפטית במשפט הפרטי בלשון מפורשת תהיה בכל-זאת בעלת אישיות כזו. כזאת היא, לדוגמה, הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965. בית-המשפט קבע כי "אין מחלוקת שהוועדה המקומית הינה אישיות משפטית ('תאגיד') מתחום המשפט הציבורי". אולם "מה מעמדה של ועדה מקומית בתחומי המשפט הפרטי? עיון בחוק התכנון והבניה מורה, כי אין בו הוראה מפורשת המעניקה לה אישיות משפטית. כפי שראינו, אין בכך ולא כלום, ובלבד שניתן

68 על ההלכה בדבר עצמאותה של הרשות המנהלית ראו זמיר כרך ב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 939–951.
 69 כמו-כן, האפשרות שכל רשות מנהלית תהיה מוסמכת להתקשר בחוזים, ללא צורך בהוראת חוק מפורשת המקנה לה אישיות משפטית במשפט הפרטי, אינה מתיישבת עם חוק נכסי המדינה, התשי"א–1951. על חוק זה ראו להלן תת-פרק ב4 ("תאגיד מנהלי כאורגן של רשות מנהלית").
 70 שאלה היא אם השיטה המקובלת בישראל היא גם השיטה הטובה. במדינות יבשת אירופה, דוגמת צרפת וגרמניה, מקובלת שיטה אחרת. לפי שיטה זו, בדרך-כלל החוק מקנה את הסמכויות המנהליות באופן מרוכז לגוף המנהלי – למשל, למשרד הממשלתי (דוגמת משרד האוצר) או לרשות המקומית – ולא לנושא-משרה (דוגמת גובה מכס) בתוך אותו גוף. הנהלת הגוף (למשל, השר או ראש הרשות המקומית או המנהל הכללי) היא שקובעת באמצעות הוראות פנימיות, על-פי צורכי הפעולה והנסיבות המשתנות, מי מעובדי הגוף (למשל, מעובדי המשרד הממשלתי) יפעיל סמכות מסוימת ומה יהיו התנאים והסייגים להפעלתה. לפי שיטה זו, הנהלת הגוף יכולה גם לקבוע, בהתאם לצרכים ולנסיבות, מי מעובדי הגוף יכול להתקשר בחוזה (ובכך גם לחייב את הגוף) ובאילו תנאים. האין זו שיטה עדיפה? על שיטת ההסמכה הנהוגה בישראל, בהשוואה לשיטת ההסמכה הנהוגה במדינות אחרות, ראו זמיר כרך ב, לעיל ה"ש 16, פרק 23 – "שיטת ההסמכה".

ללמוד על אישיותה המשפטית ממכלול הסדרי החקיקה... אכן, חוק התכנון והבניה מכיר בוועדה המקומית לנושא של חובות וזכויות במשפט הפרטי". בית-המשפט מציין הוראות שונות בחוק זה המלמדות כי הוועדה המקומית רשאית להתקשר בחוזים, ומסכם כך: "על רקע הוראות אלה ניתן להסיק, כי במשפט הישראלי יש לה, לוועדה המקומית, אישיות משפטית במשפט הפרטי. חוק התכנון והבניה בהוראותיו השונות יוצר ומניח את אישיותה המשפטית של הוועדה המקומית. מי שרשאי להגיש תביעות, לכרות חוזים, לשלם פיצויים, להעסיק עובדים – הינו אישיות משפטית בתחומי המשפט הפרטי".⁷¹

אף שהכלל קובע כי רשות מנהלית אינה יכולה להתקשר בחוזה אלא אם כן החוק מקנה לה אישיות משפטית במשפט הפרטי, אפשר עדיין שרשות אשר אין לה אישיות משפטית במשפט הפרטי תתקשר בחוזה, אך לא בשמה כרשות מנהלית, אלא כאורגן של רשות מנהלית אחרת. על כך להלן.

4. תאגיד מנהלי כאורגן של רשות מנהלית

כידוע, כל גוף משפטי, בהיותו גוף מופשט, אינו יכול לפעול אלא באמצעות אורגן של אותו גוף. כך בגוף של המשפט הפרטי, כגון חברה, אשר אינה יכולה לפעול אלא באמצעות אורגן של החברה, שהוא בדרך-כלל המנכ"ל או עובד אחר של החברה שמונה לשמש אורגן של החברה; וכך גם בגוף של המשפט המנהלי, כגון עירייה או המוסד לביטוח לאומי. האורגן של כל גוף משפטי הוא בסופו של דבר אדם בשר-ודם. כך, למשל, האורגן של התאגיד המנהלי הנקרא "שר האוצר" הוא אותו אדם המכהן במשרה של שר האוצר. אדם זה, אף שמקובל לקרוא לו "שר האוצר", אינו אלא אורגן של שר האוצר מבחינה משפטית. אכן, האורגן של תאגיד מתחלף מזמן לזמן, בעוד התאגיד עצמו שומר על קיומו ועל מהותו כפי שנקבעו בחוק, ואינו משתנה בעקבות שינוי האורגן.⁷²

עם זאת, האורגן של תאגיד, פרטי או מנהלי, אינו חייב להיות אדם, אלא יכול להיות גם תאגיד.⁷³ בהתאם לכך, אפשר שתאגיד מנהלי יהיה אורגן של רשות מנהלית שהחוק הקנה לה אישיות משפטית במשפט הפרטי. כך, לדוגמה, החוק מקנה לעירייה אישיות משפטית כפולה – במשפט המנהלי ובמשפט הפרטי – וקובע את האורגנים שלה: "היא פועלת באמצעות מספר אורגנים, כגון ראש העירייה והמועצה".⁷⁴ אך "ראש העירייה" אינו אלא תאגיד מנהלי, שאין לו אישיות משפטית במשפט הפרטי, וכך גם "מועצת העירייה". לכן ראש העירייה אינו יכול להתקשר בחוזה בשם ראש העירייה, ומועצת העירייה אינה יכולה להתקשר בחוזה בשם מועצת העירייה. אולם ראש העירייה יכול להתקשר בחוזה כאורגן של העירייה, בשם העירייה, וחוזה

71 עניין רוטברד, לעיל ה"ש 58, בעמ' 127–128. על רשות מנהלית שיש לה אישיות משפטית "משתמעת" במשפט הפרטי ראו עוד זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 370.

72 על האורגן של רשות מנהלית ראו שם, בעמ' 373.

73 עניין רוטברד, לעיל ה"ש 58, בעמ' 131: "אין כל מניעה לכך כי תאגיד פלוני יהווה אורגן של תאגיד אלמוני". ראו עוד זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 381.

74 עניין רוטברד, לעיל ה"ש 58, בעמ' 126.

כזה יחייב את העירייה.⁷⁵ דברים דומים נכונים לגבי שר: מכיוון שהשר הוא תאגיד מנהלי שאין לו אישיות משפטית במשפט הפרטי, השר עצמו אינו יכול להיות צד לחוזה. אך לפי סעיף 6 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, השר יכול, בתנאים מסוימים, להתקשר בחוזה כאורגן של המדינה, בשם המדינה.⁷⁶ כך גם כל רשות מנהלית אחרת: גם אם אין לה אישיות משפטית במשפט הפרטי, אפשר שהיא תוסמך כאורגן של רשות מנהלית אחרת שיש לה אישיות משפטית במשפט הפרטי, ותוכל להתקשר בחוזה בשמה של אותה רשות.

כיצד נקבע האורגן של תאגיד? בדרך-כלל החוק המקים את התאגיד קובע גם מי יהיה האורגן של התאגיד, ומה התנאים שבהם יוכל האורגן לפעול בשם התאגיד. אך אפשר גם, כמובן, שחוק אחר יקבע מי יהיה האורגן של תאגיד זה או אחר, אם באופן כללי ואם לצורך מסוים. הדוגמה הבולטת והחשובה ביותר מתייחסת לאורגנים של המדינה. המדינה, מבחינה משפטית, היא גם תאגיד במשפט הפרטי.⁷⁷ ככל תאגיד, היא אינה יכולה לפעול אלא באמצעות אורגן. מיהו, אם כן, אורגן של המדינה? חוק נכסי המדינה קובע מי הם האורגנים של המדינה לצורך פעולות במשפט הפרטי, בין היתר לצורך התקשרות בחוזה. הוא קובע את האורגנים בשיטה של שרשור: אורגן ראשי – הממשלה; אורגן נגזר – אדם או תאגיד הנכלל ברשימת האורגנים שבסעיף 6 לחוק; ואם מדובר באורגן שהוא תאגיד – אותו אדם המשמש אורגן של תאגיד זה. בהתאם לכך, למשל, אותו אדם המכהן כשר אוצר, אף שאין לו סמכות להתקשר בחוזה בשם שר האוצר (מכיוון שלתאגיד הנקרא שר האוצר אין אישיות משפטית במשפט הפרטי), יש לו סמכות להתקשר בחוזה "בשם המדינה", כלומר, כאורגן של המדינה, וחווה כזה יחייב את המדינה.⁷⁸

75 עניין וחידי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 800 (השופט ברק): "הסמכות נתונה לרשות המקומית. אך מיהו האורגן המוסמך לפעול מטעמה של הרשות המקומית? כידוע, הרשות המקומית היא אישיות משפטית, אשר לה קיום במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי. זוהי אישיות שאינה טבעית. סמכויותיה מבוצעות על-ידי אורגנים ושלוחים הפועלים בשמה. כך, למשל, אורגן מוסמך מטעם עירייה הוא ראש העירייה".

76 ראו, לדוגמה, עניין אפרופים, לעיל ה"ש 30, פס' 26 לפסק-דינה של השופטת חיות.
77 עניין רוטברד, לעיל ה"ש 58, בעמ' 126-127 (השופט ברק): "הכול מסכימים, כי מדינת ישראל הינה אישיות משפטית במשפט הפרטי, וזאת חרף היעדרה של הוראה מפורשת בעניין זה... אישיותה המשפטית של המדינה נלמדת ממכלול הוראות, כגון חוק נכסי המדינה, תשי"א-1951 (המכיר במדינת ישראל כבעלת נכסים, העושה בהם פעולות משפטיות); חוק הנויקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (לפיו דין המדינה, לעניין אחריות בנויקין, כדין כל גוף מאוגד); חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 (לעניין הליך, דין המדינה כדין כל אדם). עיון בהוראות אלו ובאחרות מוביל למסקנה, כי מדינת ישראל מוכרת בשיטת המשפט הישראלית כאישיות משפטית עצמאית, וזאת גם בלא הוראה מפורשת לעניין זה".

78 ס' 1 לחוק נכסי המדינה מגדיר "נכס" של המדינה בלשון רחבה מאוד: "נכס" כולל מקרקעים ומטלטלים, וכן זכויות וטובות הנאה מכל סוג שהוא; ס' 4, 5 קובעים כי "הממשלה רשאית, בשביל המדינה" לעשות עסקאות שונות, ובכלל זה לרכוש נכסים ולמכור נכסים, "הכל בתנאים שתראם נאותים"; וס' 6 קובע מי ומי "רשאים לייצג את הממשלה בעסקות שמדובר בהן בסעיף 4 או 5 ולחתום בשם המדינה על מסמכים הנוגעים אליהן". ברשימה זו נכללים (1) שר האוצר; (2) שר אחר או אדם אחר שהורשה לכך על ידי הממשלה, אם באופן כללי ואם לגבי סוגי עסקות או סוגי נכסים מסוימים; (3) אדם אחר שהורשה לכך על ידי שר האוצר, או על ידי שר אחר כאמור

הלכה למעשה, על-פי חוק נכסי המדינה נקבעו עובדי ציבור רבים – וביניהם גם רשויות מנהליות רבות – כבעלי הרשאה להתקשר בחוזים בשם המדינה. יוצא אפוא שרשויות מנהליות רבות שאינן רשאיות להתקשר בחוזים בשם הרשות עצמה, מכיוון שלרשות אין אישיות משפטית במשפט הפרטי, רשאיות להתקשר בחוזה (בדרך-כלל במגבלות המתייחסות למהות העסקה) כאורגן של המדינה.⁷⁹ בדרך זו הרשות המנהלית, אם היא נקבעה כאורגן של המדינה, יכולה להתקשר בחוזה גם בנוגע להפעלת הסמכות המוקנית לה, כגון בנוגע לסמכותה לתת רישיון או להפקיע מקרקעין. חוזים כאלה הם חוזים מנהליים.⁸⁰

ג. כללים מיוחדים לחוזים מנהליים

החוזה המנהלי צמח על הקרקע של דיני החוזים הכלליים, כשם שענפים אחרים של חוזים, כגון חוזי ביטוח וחוזי עבודה, צמחו על קרקע זו. גם כיום דיני החוזים הכלליים הם עדיין בית-הגידול של החוזים המנהליים. לכן טבעי וברור שהחוזים המנהליים מוסדרים קודם-כל על-ידי הכללים המסדירים חוזים בדרך-כלל – אלה שנקבעו בהוראות חוק ואלה שנפסקו על-ידי בית-המשפט. כללים אלה מסדירים את רוב ההיבטים של החוזה המנהלי. עם זאת, מעמדה של כל רשות מנהלית כנאמן של הציבור הצמיח גם כללים מיוחדים החלים על חוזים מנהליים, כדי שהרשות תהיה מסוגלת ואף מחויבת למלא כראוי את התפקיד הציבורי שהוטל עליה.⁸¹ כללים אלה מסדירים רק היבטים אחדים של החוזה המנהלי. הם מפורזים על-פני מערכת המשפט ללא שיטה, חלקם כללים מכוח חוק וחלקם כללים שמקורם בפסיקה. להלן תיאור קצר של הכללים העיקריים הקובעים הסדר מיוחד לחוזים מנהליים.

1. כללים מכוח חוק

החוזים המנהליים מוסדרים על-ידי הוראות חוק באופן חלקי בלבד. הוראות אלה מפורזות באופן לא-שיטתי על-פני חוקים רבים, אך יש להן מכנה משותף: כולן נועדו לענות על צורך

בפסקה (2) לגבי עסקות מסוימות, ועוד. על האישיות המשפטית של המדינה במשפט הפרטי, ועל האורגנים שלה במשפט הפרטי, ראו גם זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 397.

79 עניין ז'רד'בסקי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 839 (השופט ברק): "שר בממשלה אינו מוסמך לכרות חוזים שיחייבו אותו כשר. כל קיומו אינו אלא במשפט הציבורי. סמכותו נקבעת בדברי חקיקה, ואלה מעניקים לו סמכויות שלטוניות – אם כשלעצמו ואם כחבר ממשלה – בתחומי המשפט הציבורי בלבד. בתחומי המשפט הפרטי שר פועל אך כאורגן של מדינת ישראל – שהיא האישיות המשפטית בעלת הכשירות הכללית – אם כשלעצמו ואם במסגרת הממשלה, וזאת מכוח האמור בחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951. החוזה שכורת השר אינו חוזה עמו, ואין הוא צד לאותו חוזה. החוזה הוא חוזה של מדינת ישראל".

80 לדוגמה, בעניין מילר, לעיל ה"ש 51, נדון חוזה בנוגע להפעלת סמכות שהחוק הקנה למפקח על מטבע חוץ, אך החוזה נערך בשם המדינה.

81 עניין רגב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 528 (הנשיא ברק): "חוזה המינהל הוא בראש ובראשונה חוזה. דיני החוזים הכלליים יחולו עליו, שכן הם תואמים אותו. כן יחולו עליו דינים נוספים – אם לחומרה ואם לקולה – המשקפים את העובדה שהרשות המינהלית, המשמשת נאמן הציבור והדואגת לצרכיו, היא צד לחוזה".

מיוחד הנובע מן התפקיד הציבורי של הרשות המנהלית – כל רשות על-פי תפקידה. בהתאם לכך, תחולתה של הוראה כזאת היא נקודתית על-פי-רוב: היא מתייחסת להיבט מסוים של סוג מסוים של חוזים הנערכים על-ידי רשות מסוימת. כך, לדוגמה, פקודת העיריות [נוסח חדש] קובעת, בין היתר, סייגים לחוזים שבהם העירייה מוכרת מקרקעין; סוגים של חוזים הטעונים אישור של מועצת העירייה ואישור בכתב של שר הפנים; חובה להתקשר בחוזים מסוגים מסוימים באמצעות מכרז פומבי, ועוד.⁸² אך יש גם הוראות חוק בעלות תחולה רחבה על רשויות מנהליות שונות ועל סוגים שונים של חוזים מנהליים. כזה הוא, לדוגמה, חוק חובת המכרזים, הקובע בסעיף 2(א) כי "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו". דוגמה נוספת היא חוק נכסי המדינה, הקובע מי הם האורגנים המוסמכים לפעול בשם המדינה בעסקאות מסוגים שונים בנכסי המדינה או בשביל המדינה.⁸³

באופן עקרוני, הוראות חוק המסדירות חוזים מנהליים צריכות להתפרש כמו הוראות חוק אחרות, כלומר, על-פי כללי הפרשנות הכלליים. עם זאת, באופן מעשי יישומם של כללי הפרשנות עשוי להיות מושפע גם מן הסביבה של הוראות אלה, שהיא סביבה של המשפט הציבורי, ומן התכלית שלהן, שהיא תכלית ציבורית. יש בכך כדי להשפיע, במלאכת הפרשנות, על האיזון בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי.⁸⁴

זאת ועוד, הרשות המנהלית כפופה כמובן גם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק-יסוד: חופש העיסוק. חוק-יסוד אלה מטילים חובה על "כל רשות מרשויות השלטון... לכבד" את זכויות האדם המעוגנות בהם.⁸⁵ נראה כי חוק-יסוד אלה אינם פוטרים את הרשות מחובה זו גם כאשר היא ממלאת את תפקידה באמצעות חוזה. מה פירוש הדבר? רשות מנהלית אינה רשאית להתחייב בחוזה, למשל, לפגוע בזכות חוקתית של אדם אלא בתנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה שבחוק-היסוד. למשל, היא אינה רשאית להתחייב בחוזה לפגוע בזכות הקניין או בזכות לשוויון של אדם שלישי לתכלית שאינה ראויה או במידה העולה על הנדרש. אולם האם כל הוראות החוק החלות על רשות מנהלית חלות גם כאשר היא עורכת חוזה? נראה כי התשובה תלויה בכל מקרה בנוסח החוק ובהקשר הדברים באותו מקרה, ולא תמיד היא ברורה.⁸⁶

82 ס' 188, 196, 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש].

83 ייתכן שלקבוצה של הוראות חוק כאלה ניתן לשייך גם את ס' 42 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] הקובע כי "אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של המדינה, או להטיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו במפורש". מכל מקום, ס' 22 לחוק החוזים האחידים קובע כי "לענין חוק זה דין המדינה כדין כל אדם אחר".

84 על הפרשנות של חוזה מנהלי ראו להלן תת-פרק 5 ("פרשנות החוזה").

85 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס' 11; חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס' 5.

86 לדוגמה, החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט–1958, מטיל על עובד ציבור חובה לתת תשובה במועד מסוים ולנמק סירוב לבקשה, אך זאת (כאמור בס' 2 לחוק) רק אם "נתבקש עובד הציבור, בכתב, להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין". האם חובה זו חלה גם על רשות מנהלית שהתבקשה בכתב להתקשר בחוזה מסוים? אפשר להשיב בחיוב, בטענה (המתבססת גם על העיקרון של חוקיות המנהל) שהתקשרות בחוזה על-ידי רשות מנהלית, כל

הוראות החוקים המסדירות חוזים מנהליים הן מעטות בלבד, והן מסדירות רק היבטים אחדים – על-פירוב צורניים – של חוזים מסוגים מסוימים. לכן בית-המשפט לא הסתפק בהוראות החוקים, אלא פיתח בהדרגה, בדרך הרגילה של המשפט המקובל, הלכות החלות על חוזים מנהליים בדרך-כלל.

2. שניות (דואליות) נורמטיבית⁸⁷

ההלכה החשובה ביותר מכל ההלכות החלות על חוזים מנהליים היא ההלכה בדבר שניות נורמטיבית. הלכה זו קובעת כי חוזה מנהלי הוא מעין יצור-כלאיים: מצד אחד, הוא ענף של דיני החוזים הכלליים; אולם מצד אחר, מכיוון שהרשות המנהלית נשאת במעמד של נאמן הציבור גם כאשר היא עורכת חוזה, חלים על החוזה גם כללים מסוימים של המשפט המנהלי. כלומר, החוזה המנהלי כפוף לנורמות של שתי מערכות – המערכת של דיני החוזים האזרחיים והמערכת של דיני המנהל הציבורי.⁸⁸

רשות מנהלית, נובעת מ"סמכות שניתנה [לה] על פי דין"; אך אפשר גם להשיב בשלילה, בטענה (המתבססת על פרשנות החוק) שחוק זה מתייחס רק להפעלת סמכות על-פי המשפט הציבורי, וכי החובה המוטלת בחוק זה אינה מתיישבת עם הסביבה של המשפט הפרטי.

87 על שניות נורמטיבית ראו שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17; ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 5, 197, 463; אמנון רובינשטיין וערן דויד "המדינה היא לא עסק פרטי" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 855 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008); זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 524.

88 בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד' (3) 729, 747 (1980) (השופט ברק): "האקט המינהלי הוא אחד, והמשפט המינהלי הוא אחד, ובין אם המדינה פועלת במשפט הציבורי בלבד או במשפט הפרטי בלבד של הסכם, היא חייבת לפעול על-פי החובות הנובעות מנתון היסוד, כי המדינה פועלת כנאמן הציבור". דברים אלה חלים כמובן לא רק על המדינה, אלא על כל רשות מנהלית. ראו, לדוגמה, עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 29 (השופט נאור): "כאשר העירייה, כגוף של המינהל הציבורי, מתקשרת בחוזה, היא נתונה למשטר של 'דואליות נורמטיבית'... [מדובר ב] חוזה מינהלי אשר כפוף הן לדיני החוזים הן לדיני המשפט המינהלי. החוזה המינהלי הוא, בראש ובראשונה, חוזה, ודיני החוזים תואמים אותו. כן יחולו עליו דיני המינהל הציבורי המשקפים את העובדה שהעירייה, המשמשת כנאמן הציבור, היא צד לחוזה". ראו גם ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, מחוז ירושלים, פ"ד נג' (1) 743, 750 (1999). יתרה מזו, כלל השניות הנורמטיבית חל לא רק על חוזים של המדינה ושל כל רשות מנהלית, אלא גם על חוזים של גופים פרטיים מסוימים הממלאים תפקיד ציבורי מובהק. לגופים כאלה מקובל לקרוא "גופים דו-מהותיים", משום שבמהותו של גוף כזה יש גם יסודות של המשפט הפרטי וגם יסודות של המשפט המנהלי. כאלה הם, לדוגמה, הסוכנות היהודית, הקרן הקיימת לישראל, האוניברסיטאות, מפעל הפיס, ארגוני עובדים, חברה קדישא ועוד. עם זאת, אפשר להניח כי המהות של השניות הנורמטיבית כאשר היא חלה על גוף שאינו רשות מנהלית שונה ממהותה כאשר היא חלה על רשות מנהלית. על השניות הנורמטיבית כאשר היא חלה על גופים פרטיים ראו, לדוגמה, ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו' (2) 464, 490, 517 (1992); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט' (3) 196 (1995). ראו עוד הראל, לעיל ה"ש 13; ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 463; שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17; זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 524.

נקודת המוצא לתחולתם של דיני המנהל הציבורי על החוזה המנהלי היא ההלכה בדבר חובת ההגינות: הרשות המנהלית כפופה לחובת ההגינות בכל מעשיה, ואין היא משתחררת מחובה זו גם כאשר היא עורכת חוזה. וכך אמר בית-המשפט: "חובת הרשות הציבורית כצד לחוזה רשות לנהוג בתום-לב ובהגינות נובעת משני מקורות: המשפט הציבורי החל עליה מכוח מעמדה הציבורי, והמשפט הפרטי – מכוח היותה מתקשרת בחוזה שחל עליו דין החוזים... חובת ההגינות המחייבת רשות בפעולותיה עם האזרח מכוח המשפט הציבורי הינה קודמת, רחבה יותר ומחמירה יותר מחובת תום-הלב הנובעת מדין החוזים, והיא חלה על הרשות בכל מגוון פעולותיה הן בתחום המשפט הפרטי והן בתחום הציבורי".⁸⁹ מחובת ההגינות צומחים כללים שונים המוטלים על כל רשות מנהלית גם כאשר היא עורכת חוזה: "הכללים החלים על פעולתה של הרשות הציבורית תקפים גם כאשר מדובר בכריתת חוזה על-ידיה".⁹⁰

אולם האם כל ההלכות שבית-המשפט גיבש והחיל על רשות מנהלית המפעילה סמכות חלות עליה גם כאשר היא עורכת חוזה? נראה כי התשובה שלילית: יש הלכות שאינן הולמות קשר חוזי, ולכן לא כל הלכה תחול על כל חוזה מנהלי. אך השאלה מהן ההלכות החלות על התקשרות הרשות בחוזה טרם הוכרעה בפסיקה.⁹¹

עם זאת, על יסוד הפסיקה אפשר להצביע על כללים מסוימים מתוך דיני המנהל הציבורי החלים גם על חוזים מנהליים: כזה הוא, בראש ובראשונה, כלל ההגינות – הרשות המנהלית חייבת, גם כאשר היא מתקשרת בחוזה, לנהוג בהגינות (ולא רק בתום-לב);⁹² היא חייבת גם לקיים את כלל השוויון, או לשון אחר – להימנע מהפליה;⁹³ כך גם הכלל המחייב את הרשות

89 ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 45 (2001). ראו גם ע"א 3979/01 בניני יסקו ומקרקעין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(5) 423, 431 (2003); ע"א 8702/06 מדינת ישראל נ' הנאמן הציבורי בתפקידו כנאמן בהקדש "נאמנות התיאטרון", פס' 33 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 9.6.2011).

90 עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 495 (השופט ריבלין). על עקרון ההגינות ראו זמיר כרך ב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 997.

91 למשל, האם הביקורת השיפוטית בעילה של מידתיות, או ההלכה בדבר התייעצות על-ידי הרשות המנהלית, חלות גם על חוזה מנהלי?

92 ראו, לדוגמה, עניין הוד אביב, לעיל ה"ש 89, בעמ' 45. בעניין ז'רז'בסקי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 861, אמר השופט ברק: "עקרון ההגינות חל בכל פעולה שלטונית, וממילא הוא חל גם בהסכם פוליטי". ראו גם ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן ובנין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' כא לפסק-הדין (פורסם בנבו, 10.11.2009); רע"א 470/08 כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, פס' ט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.3.2010).

93 ראו, לדוגמה, עניין פרץ, לעיל ה"ש 53, בעמ' 2115 (השופט זוסמן): "בעוד שאזרח פרטי רשאי להפלות בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, 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 שווים, 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 הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית-משפט זה". ראו גם עניין קעדאן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 274; ע"א 6200/11 עזריאל מושב עובדים נ' יחיא (פורסם בנבו, 2.6.2014).

לפעול במתחם הסבירות;⁹⁴ וכך גם הכלל המחייב את הרשות לאפשר שימוע לאדם שעלול להיפגע מפעולתה.⁹⁵

עם זאת, יהיו דיני המנהל הציבורי החלים על הרשות המנהלית כאשר היא עורכת חוזה אשר יהיו, וגם כאשר ברור שכלל מסוים חל עליה, עדיין נודעת חשיבות, בכל מקרה, לעובדה שמדובר בחוזה החי בסביבה של המשפט הפרטי. עובדה זו עשויה להשפיע על עצם התחולה של כלל בנסיבותיו של חוזה מסוים. למשל, על-אף ההנחה שכלל השימוע חל בדרך-כלל על הרשות המנהלית גם בהתקשרות חוזית, אפשר שהוא לא יחול בנסיבותיו של חוזה מסוים משום שאין הוא הולם את הנסיבות, ואולי הוא אף בלתי-אפשרי בנסיבות אלה. יתרה מזו, גם כאשר הכלל חל בנסיבותיו של חוזה מסוים, אפשר שיישום הכלל יושפע מן הנסיבות, ובעיקר מכך שמדובר בחוזה. הווי אומר, עצם התחולה ודרך היישום של כלל עשויים להיות מושפעים, בין היתר, ממהותה ומתפקידה של הרשות המנהלית, מתכליתו של הכלל הנדון ומן הנסיבות המיוחדות של המקרה. הנה, למשל, כלל השימוע. יש נסיבות שבהן הוא לא יחול אפילו כאשר הרשות מפעילה סמכות על-פי חוק – למשל, כאשר קיימת דחיפות המחייבת הפעלת סמכות ללא שימוע או כאשר הנסיבות מייתרות את השימוע מבחינה מעשית.⁹⁶ יש גם נסיבות המשפיעות על דרך השימוע: לעיתים די בשימוע בכתב, אך לעיתים נדרש שימוע בעל-פה, ולעיתים אפילו מוטלת על הרשות חובה לאפשר חקירה של עדים.⁹⁷ אם כך בהפעלת סמכות על-פי חוק, קל וחומר כך בהתקשרות חוזית. אכן, גם כאשר בית-המשפט הפעיל את כלל השניות הנורמטיבית על התקשרות בחוזה, הוא הוסיף ואמר, לא פעם, כי הכלל יחול תוך התאמה ל"מערכת היחסים" שעליה הוא מיושם.⁹⁸

ההלכה בדבר השניות הנורמטיבית נותנת ביטוי ראוי לשני המרכיבים העיקריים של החוזה המנהלי, כלומר, המשפט הפרטי והמשפט המנהלי. לכן היא הלכה ראויה. היא ראויה בעיקר משום שהיא קובעת כי הרשות המנהלית אינה משתחררת ממחויבותה כנאמן הציבור גם כאשר

94 ראו, לדוגמה, עניין בלייכפלד, לעיל ה"ש 50, בעמ' 248 (השופט גולדברג): "כיוון שהמדינה היא צד לחוזה החכירה, מורחבת עליה יריעת הנורמות גם לעבר הנורמות המיוחדות של המשפט הציבורי החלות עליה כנאמן הציבור תוך התאמתן של נורמות אלה למערכת היחסים עליהן היא מוחלת, הם היחסים של המשפט הפרטי המבוססים על יחס וולונטרי... במלים אחרות, עלינו לברר, אם נימוקיה של המערכת נופלים לגדר 'מיתחם הסבירות'". ראו גם עניין "נאמנות התיאטרון", לעיל ה"ש 89, פס' 33 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה: "על המדינה, כצד להסכם ההבראה, חלים עקרונות המשפט המינהלי, המחייבים אותה לנהוג בהגינות, בסבירות ובמידתיות ביישומו של ההסכם, בנוסף לחובתה לנהוג בתום לב מכח דין החוזים". ראו גם עניין וייס, לעיל ה"ש 50, בעמ' 348–349; בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 907 (2004).

95 ראו, לדוגמה, עניין מוסטקי, לעיל ה"ש 94, בעמ' 890 (המשנה לנשיא אור): "כלל [השימוע] חל גם כשהרשות פועלת במסגרת המשפט הפרטי, לרבות במסגרת יחסיה החוזיים, כמו בעניינינו משום הדואליות הנורמטיבית החלה על רשות ציבורית... כללי המינהל הציבורי חלים על המדינה גם בכובעה כמעסיק במשפט הפרטי". ראו גם ע"מ (מחוזי ת"א) 11-12-31259-ק.ד.ש שירותי דת קהילה חינוך וכשרות בע"מ נ' מדינת ישראל – פקיד השומה גוש דן (פורסם בנבו, 28.10.2015).

96 על החריגים לכלל השימוע ראו זמיר כרך ב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1163.

97 שם, בעמ' 1171.

98 ראו, לדוגמה, עניין וייס, לעיל ה"ש 50; עניין בלייכפלד, לעיל ה"ש 50.

היא פועלת בתחום המשפט הפרטי, וכי החוזה המנהלי כפוף לכן גם לדיני המנהל הציבורי. עם זאת, להלכה בדבר השניות הנורמטיבית יש גם חסרונות. ראשית, אין זה ברור אם כל ההלכות החלות על הפעלת סמכות מנהלית חלות גם על התקשרות חוזית או רק חלק מהן. שנית, גם כאשר נפסק כי הלכה מסוימת החלה על הפעלת סמכות מנהלית חלה גם על התקשרות חוזית, עדיין אין זה ברור אם היא חלה באופן מלא או באופן חלקי, במתכונת המקובלת במשפט המנהלי או תוך התאמה למשפט הפרטי. אומנם חוסר ודאות הוא תסמין מקובל ושכיח בתקופה הקרובה ליצירת משטר חדש, אך חוסר הודאות בנוגע לשניות הנורמטיבית נמשך כבר עשרות שנים, כמעט ללא התפתחות. שאלה היא אם אפשר לשנות מצב זה וכיצד ראוי לעשות זאת.⁹⁹

3. חוזה וסמכות

אחד ההבדלים הבולטים בין חוזה עם רשות מנהלית לבין חוזה בין שני צדדים פרטיים נעוץ בשאלת היחס שבין הכשרות החוזית לבין הסמכות המנהלית. שאלה זו מתעוררת בשני מישורים: ראשית, האם הרשות רשאית להתקשר בחוזה שאין לו קשר לסמכותה? שנית, האם הרשות רשאית להתקשר בחוזה המגביל את סמכותה?

(א) חוזה שחורג מן הסמכות

רשות מנהלית המבקשת להתקשר בחוזה צריכה קודם-כל כשרות מבחינה משפטית, כלומר, נוסף על הסמכות המקנה לה אישיות משפטית במשפט המנהלי היא צריכה גם אישיות משפטית במשפט הפרטי.¹⁰⁰ אך בכך אין די: היא צריכה גם סמכות להתקשר בחוזה. הדבר נובע מעקרון חוקיות המנהל, שלפיו רשות מנהלית אינה רשאית לעשות דבר אלא אם כן היא הוסמכה לעשותו על-פי חוק.¹⁰¹ אך אין די בכך שהרשות הוסמכה על-ידי החוק להתקשר בחוזה, שכן החוק יכול לקבוע כי רשות רשאית להתקשר בחוזה במגבלות מסוימות, כגון בחוזים מסוג מסוים או לצורך מסוים או עם גוף מסוים או באופן מסוים, וברור כי חוזה שנכרת בניגוד להוראות החוק הוא חוזה בלתי-חוקי. אפשר לומר, באופן כללי, כי חוזה המחייב את הרשות או מרשה לה לנהוג בניגוד לחוק הוא חוזה בלתי-חוקי. אי-החוקיות עשויה להגיע כדי חוסר סמכות, ולהוביל את החוזה לבטלות.¹⁰² אך בפועל, גם כאשר החוק מקנה לרשות

99 על כך ראו להלן תת-פרק 3 ("המצב הרצוי").

100 על האישיות המשפטית במשפט הפרטי ראו לעיל תת-פרק 2 ("הצורך באישיות משפטית במשפט הפרטי").

101 על עקרון חוקיות המנהל ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 73.

102 ראו, לדוגמה, ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה (פורסם בנבו, 27.6.2011) (להלן: ע"א דירות יוקרה). במקרה זה נדון חוזה בין עירייה לבין יזם פרטי שחייב את היזם בתשלום היטל השבחה בניגוד לדין ופטר אותו מתשלום היטל פיתוח, אף זאת בניגוד לדין. השופטת פרוקצ'יה אמרה (שם, בפס' 32 לפסק-דינה): "הסכם מסוג זה, הסוטה מן הדין הן בהטלת חיוב בתשלום חובה שלא על פי דין, והן במתן פטור מתשלום חובה שלא על פי דין, עומד בסתירה לעקרונות יסוד במשפט הציבורי". לפיכך פסק בית-המשפט (שם, בפס' 75) כי ההסכם בטל. ראו עוד דנ"א 5547/11 גור אריה נ' דירות יוקרה בע"מ (פורסם בנבו, 4.1.2012) (להלן: דנ"א דירות יוקרה). ראו גם להלן פרק ד.

מנהלית אישיות משפטית במשפט הפרטי, הוא אינו נוהג לקבוע את היקף סמכותה להתקשר בחוזה אלא לעיתים רחוקות.¹⁰³ בדרך-כלל החוק, על-פי לשונו, כאשר הוא מקנה לרשות מסוימת אישיות משפטית במשפט הפרטי, אינו מגביל אותה בסמכות להתקשר בחוזים. כך, לדוגמה, הוא קובע (כפי שמקובל בתקופה האחרונה) כי "הרשות היא תאגיד" או כי "הרשות היא תאגיד אשר לכל חובה, זכות ופעולה משפטית", או שהוא קובע באופן כללי כי הרשות זכאית להתקשר בחוזים מבלי לפרט אילו חוזים ובאיזו דרך.

כיצד יש לפרש הוראות חוק כאלה? בית-המשפט היה יכול לפרשן לפי פשוטו של מקרא, כלומר, כאילו הן מקנות לרשות סמכות בלתי-מוגבלת להתקשר בחוזים, בדומה לזכותו של אדם בשר-ודם. אך הוא נוהג לפרש אותן אחרת, וגם צריך לפרשן אחרת. בית-המשפט קושר בין הסמכות להתקשר בחוזה לבין התפקיד הציבורי או הסמכות המנהלית של הרשות. כיצד? הוא קובע כי רשות מסוימת, אף שיש לה אישיות משפטית במשפט הפרטי שהיא בלתי-מוגבלת לכאורה, מוגבלת בכל-זאת להתקשרות בחוזה בתחום סמכותה (הפונקציונלית), כלומר בתחום התפקיד הציבורי שלה, או בחוזה שנועד לאפשר לה להפעיל את הסמכות שהוקנתה לה על-פי חוק.¹⁰⁴ אפשר לומר כי הסמכות המוקנית לרשות מנהלית להתקשר בחוזה נתפסת כסמכות-עזר שנועדה לסייע בידי הרשות במילוי תפקידה, ולכן סמכות זו מוגבלת מתוך התייחסות לתפקיד המוטל על הרשות. בהתאם לכך, אסור לרשות להתקשר בחוזה שאין לו קשר ענייני אמיתי ומוצדק לתפקידה או לסמכותה. לדוגמה, עירייה אינה רשאית להתקשר בחוזה לרכישת מפעל לייצור מזון, ורשות השידור אינה רשאית להתקשר בחוזה להקמת מפעל לייצור מכשירי טלוויזיה.¹⁰⁵

לכלל זה יש חריג אחד: המדינה. כפי שאמר בית-המשפט, "התחייבות המדינה לא תיפסל מחמת היותה חורגת מגדר כוחותיה של המדינה. המדינה לא הוקמה על-פי מסמך – חוק או תעודה – המקצה לה תפקידים מסויימים ואוסר עליה למלא אחרים... עיסקה גם יכול שתהא חורגת מגדר כוחותיה של חברה, עירייה, או תאגיד אחר, אך לא מגדר כוחותיה של המדינה שאינם מוגדרים ומוגבלים".¹⁰⁶ יוצא אפוא שאורגן של המדינה, כפי שנקבע בחוק נכסי

103 ראו, לדוגמה, את נוסחו הכללי של ס' 5 לחוק הסדרת הטיפול בחופי הכנרת, התשס"ח-2008: "האיגוד [כלומר, איגוד ערים כנרת] הוא תאגיד ובמסגרת סמכויותיו הוא רשאי להתקשר בחוזים, לרכוש נכסים, להחזיק בהם ולהעבירם, לתבוע ולהיתבע ולעשות כל פעולה הדרושה למילוי תפקידיו".

104 השו"ס' 56(א) לחוק החברות: "פעולה שנעשתה בעבור חברה בחריגה ממטרות החברה... אין לה תוקף כלפי החברה...".

105 בג"ץ 757/84 איגוד העיתונים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337, 387 (1987) (השופט א'לון): "מוכן אני להסכים לכך... שרשות השידור אינה מוסמכת לייצר ולשווק מקלטי טלוויזיה או מכשירי וידאו' כדי לזכות בהכנסות הנאות שבעיסוק מסחרי זה... עיסוק שאין לו ולא כלום עם עצם מהותה ואופיה של רשות השידור"; ע"א דירות יוקרה, לעיל ה"ש 102, פס' 49 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה: "סמכותה של הרשות להתקשר בחוזים מוגבלת לעשיית אותם החוזים הדרושים באופן סביר לשם מימוש סמכויותיה, על פי טיבן ותכליתן". אפשר לבסס פרשנות כזאת על הכלל האוסר על הרשות לחרוג מסמכותה או על הכלל המונע אותה מלפעול למטרה זרה, וכן גם על הכלל האוסר עליה להתחשב בשיקולים זרים.

106 עניין מילר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 2004.

המדינה, רשאי להתקשר בשם המדינה בחוזה, היא תחום החוזה אשר יהא, גם אם אין לו סמכות להתקשר בחוזה כזה בשמו־הוא.

(ב) חוזה בהעדר תקציב

בהקשר זה מתעוררת השאלה אם רשות מנהלית רשאית להתקשר בחוזה שאומנם אינו חורג מסמכותה, כפי שנקבעה בחוק המסמך, אך אין לו כיסוי תקציבי. למשל, האם משרד ממשלתי או עירייה רשאים להתקשר בחוזה המחייב הוצאה כספית בעניין שאין לו כלל כיסוי בתקציב או הוצאה כספית שחורגת מן התקציב שהוקצה לאותו עניין?

אפשר שהחוק ישיב על השאלה. אכן, במקרים רבים התשובה מצויה בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, שלפיו חוזה מנהלי המחייב הוצאה כספית החורגת מן התקציב יהיה בטל.¹⁰⁷ אולם מה הדין במקרים שבהם אין תשובה בחוק? נראה כי שאלה זו טרם זכתה בתשובה ברורה מפי בית־המשפט. אומנם, לפי עקרונות המנהל התקין, רשות מנהלית אינה אמורה להתקשר בחוזה אם אין לכך כיסוי תקציבי, והתקשרות כזאת עשויה לגרור צעדים מנהליים או משמעתיים נגד הרשות או אף נגד עובד הרשות.¹⁰⁸ עם זאת, לדעתי, העובדה שאין לחוזה כיסוי תקציבי או אין לו כיסוי מלא אינה שוללת, כשהיא לעצמה, את תוקפו של החוזה.

קודם־כל יש להבחין בהקשר זה בין שני סוגים של סמכויות שהחוק מקנה לרשויות מנהליות: סמכות־חובה וסמכות־רשות. כאשר חוק מטיל על רשות מנהלית חובה לתת שירות מסוים או לנהוג בדרך מסוימת, בדרך־כלל הטענה שלרשות אין כיסוי תקציבי אינה פוטרת אותה ממילוי החובה המוטלת עליה. לפיכך, אם הרשות העבירה את החובה המוטלת עליה אל גוף פרטי באמצעות חוזה, בדרך־כלל היא לא תישמע בטענה שאין לה תקציב לממן את מילוי החובה כפי שהיא נדרשת לעשות על־פי החוזה.¹⁰⁹ אולם לדעתי, גם כאשר החוק מקנה לרשות סמכות־רשות, להבדיל מסמכות־חובה, טענה בדבר העדר כיסוי תקציבי לא תפטר בדרך־כלל את הרשות מן החובה לקיים את החוזה. אפשר לתמוך דעה זו בטעמים אחדים. ראשית, הוראת חוק הקובעת את התקציב של רשות מסוימת, או את התקציב לצורך מסוים, אינה הוראה התוחמת סמכות, אלא רק הרשאה להוציא כסף לצורך הפעלת סמכות המעוגנת בחוק אחר. למשל, הוראת חוק המקצה סכום כסף מסוים להפקעת מקרקעין לצורכי ציבור אינה בגדר

107 ס' 27, 29, 43 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. עם זאת, ס' 29א, ב29 לחוק מסמיכים את שר האוצר למתן את התוצאה של בטלות החוזה. מכל מקום, אם נכרת חוזה במסגרת התקציב של הרשות המנהלית, ורק לאחר־מכן קוצץ התקציב, אין בכך כדי לפגוע בתוקפן של ההתחייבות על־פי החוזה. ראו בג"ץ 2725/02 שירותי בריאות כללית נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 781, 795 (2004).

108 ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, פרק 21 – "אחריות אישית".

109 ראו, לדוגמה, עניין ההסתדרות הרפואית, לעיל ה"ש 17, שם דן בית־המשפט בחוזה שנכרת בין משרד הבריאות לבין גוף פרטי בדבר הספקת שירותי בריאות מסוימים לבתי־הספר. בסוגיית התקצוב קבע השופט מלצר (שם, בפס' 17(ב)): "מקום בו הוראות החוק מטילות על הרשות המנהלית סמכות חובה, שבמסגרתה על הרשות לדאוג לאספקתם של טובין או שירותים כלשהם בהיקף ובמתכונת הנקבעים בהוראות החוק – הרשות לא תישמע, לרוב, בטענה כי אי־העמידה בסטנדרט הקבוע בחוק נובע משיקולים תקציביים". ראו גם עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 107, בעמ' 791–797.

סמכות להפקיע מקרקעין, אלא רק הרשאה להוצאת כסף לפיצוי על הפקעה שבוצעה מכוח חוק אחר. כלומר, הסמכות קיימת ועומדת כפי שנקבעה בחוק המסמך, ואינה משתנה לפי המימון שהוקצב להפעלת הסמכות בשנה מסוימת. לכן חוזה החורג מן התקציב אינו חוזה החורג מן הסמכות. שנית, במקרים רבים קיים קושי אמיתי לקבוע אם להוצאה בעניין מסוים יש או אין כיסוי בתקציב, שכן התקציב יכול לדבר על תוכניות בלשון מעורפלת, לאפשר העברות מסעיף תקציבי אחד לסעיף תקציבי אחר, לקבוע עתודות בתקציב ועוד. לפיכך לא פעם, גם אם ביצוע החוזה מחייב לכאורה חריגה מן התקציב, למעשה ניתן עדיין לבצע את החוזה במסגרת התקציב. שלישית, במקרה הרגיל, גוף המתקשר בחוזה עם רשות מנהלית אינו יודע – ולא פעם אף יתקשה לברר – מהו תקציבה של הרשות ואם לחוזה יש כיסוי בתקציב. אם תורשה הרשות לא לקיים התחייבות חוזית בטענה שהחוזה בטל בשל העדר כיסוי תקציבי, יהיה בכך כדי לפגוע באמון הציבור ברשות ולהרתיע מפני התקשרות בחוזים עם רשויות מנהליות. רביעית, העובדה שחוק יסודות התקציב קובע בהוראות מפורשות כי חוזים מסוימים יהיו בטלים אם אין להם כיסוי בתקציב תומכת בדעה שללא הוראה כזאת לא יהיה בהעדר כיסוי תקציבי כדי לבטל את החוזה.¹¹⁰ לכן נראה כי בדרך-כלל, בהעדר הוראת חוק הקובעת אחרת, גם אם ביצוע חוזה חורג מן הסכום שהוקצה לצורך זה בתקציב, לא יהיה בכך טעם טוב לביטול החוזה. אולם, גם אם העדר כיסוי תקציבי כשלעצמו אינו סיבה מספקת לביטול חוזה מנהלי, אפשר עדיין שבנסיבות מסוימות ייחשב חוזה כזה בטל לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), בהיותו בלתי-חוקי או סותר את תקנת הציבור (ולא בגלל עצם החריגה מן התקציב) – למשל, כאשר מדובר בחוזה לביצוע עברה פלילית או כאשר ביצוע החוזה יפגע באופן קשה באינטרס ציבורי חשוב, כפי שעלול לקרות, לדוגמה, אם הוא יפגע באופן קשה בפעילות התקינה של הרשות המנהלית.¹¹¹

כמו-כן, מכיוון שלפי ההלכה כל רשות מנהלית רשאית להשתחרר מכל חוזה אם צורכי ציבור חיוניים מצדיקים זאת, היא יכולה להשתחרר גם מחוזה שאין לו כיסוי תקציבי אם וכאשר הדבר נדרש לצורך ציבורי חיוני. יש להבהיר: לצורך השתחררות מן החוזה אין די בכך שהרשות מתקשה לקיים את התחייבותה בשל אילוצים תקציביים, אלא רק צורכי ציבור חיוניים

110 ראו ד"ר 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 821, 826–827 (1977). השוו בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 185–186 (2000). אולם ראו דעה שונה, שלפיה חוזה מנהלי החורג מן התקציב יהיה בטל, אצל אריאל בנדור "חוזי המדינה וחוק התקציב" משפטים יט 185 (1989). ראו גם ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 276.

111 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". השוו דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פס' 46 ואילך לפסק-דינו של הנשיא (בדימ) גרוניס (פורסם בנבו, 14.4.2015) (להלן: עניין עיריית ירושלים), שם נקבע כי בתביעה נגד רשות מנהלית להשבת כסף בעילה של גביית תשלומים ללא סמכות אפשר שתעמוד לזכות הרשות "הגנת התקציב", האומרת כי יש למצוא איזון ראוי בין החובה להשיב כסף שנגבה על-ידי הרשות לא כדין לבין החשש מפני פגיעה קשה בפעילות התקינה של הרשות.

יכולים להצדיק את ההשתחררות מן ההתחייבות, ואף זאת תוך תשלום פיצויים בשיעור מסוים לצד האחר לחוזה.¹¹²

לדעתי, זהו הדין הראוי, שיש בו איזון טוב בין השיקולים העיקריים המעורבים בעניין זה: החובה לקיים חוזה, גם כאשר מדובר בחוזה מנהלי, ואף אם מתברר כי אין לו כיסוי תקציבי; הסמכות של בית המשפט לבטל חוזה כזה במקרים קיצוניים שבהם יש לומר כי החוזה הוא בלתי-חוקי או סותר את תקנת הציבור, כמשמעותם בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי); והאפשרות הניתנת לרשות המנהלית להשתחרר מחוזה שאין לו כיסוי תקציבי אם וכאשר צורכי ציבור חיוניים מצדיקים זאת, תוך תשלום פיצויים על הנזק שנגרם לצד האחר לחוזה. זהו גם דין מעשי: גם כאשר לכאורה אין לחוזה כיסוי בתקציב, בדרך-כלל ניתן לתמרן בין סעיפי התקציב, ואולי אף לעבור לתקציב של השנה הבאה, באופן שיאפשר כיסוי לחוזה.¹¹³ לכן, לסיכום, נראה כי בחוזה מנהלי, כמו בחוזה פרטי, העובדה שאין לחוזה כיסוי בתקציב אינה טעם מספיק בדרך-כלל על-מנת לפטור את הרשות המנהלית מן החובה לקיים את התחייבותה לפי החוזה. החריגים היחידים לכך הם כאשר החוזה הוא בלתי-חוקי או סותר את תקנת הציבור או לחלופין – וכאן החוזה המנהלי שונה מן החוזה הפרטי – כאשר צורכי ציבור חיוניים נותנים לרשות צידוק להשתחרר מן החוזה.

(ג) חוזה מגביל-סמכות

לעיתים מזומנות רשות מנהלית מבקשת להתקשר בחוזה המגביל אותה בהפעלת סמכותה, כגון חוזה שבו היא מתחייבת כלפי הצד האחר לחוזה לא להפעיל סמכות מסוימת בניסיונות מסוימות או למשך זמן מסוים, או להפעיל את הסמכות רק בצורה מסוימת או בתנאים מסוימים, וזאת בתמורה להתחייבות מסוימת של הצד האחר לחוזה. כזה הוא, למשל, חוזה שבו עירייה מתחייבת לא להפקיע חלקת מקרקעין מסוימת ובתמורה לכך בעל המקרקעין מתחייב להעביר לעירייה את הבעלות בחלקת מקרקעין אחרת, וכזה הוא גם חוזה שבו רשות של המדינה מתחייבת לא לבטל רישיון מסוים בתמורה להתחייבות של בעל הרישיון להתנהלות מסוימת. מבחינה מעשית, חוזים כאלה עשויים לשרת את טובת הציבור, אולם מבחינה עקרונית נשאלת השאלה אם רשות מנהלית רשאית בכל עת, לפי שיקול-דעתה, להגביל סמכות שהחוק הקנה לה ובמשתמע חייב אותה להפעיל. נניח כי חוזה שבו עירייה קיבלה על עצמה לא להפקיע חלקת מקרקעין מסוימת אכן שירת את טובת הציבור בניסיונות שבהן הוא נכרת, אך לאחר זמן השתנו הנסיבות ונוצר צורך דוחק להפקיע חלקה זו למטרה ציבורית חשובה. האם כוחו של החוזה יפה למנוע את העירייה מלהפעיל את סמכותה להפקיע את המקרקעין לצורכי ציבור? כאשר הועלתה השאלה לראשונה לפני בית-המשפט העליון, זמן קצר לאחר הקמת המדינה, הוא השיב בפסקנות: סמכות גוברת על חוזה. מאי משמע? החוק מקנה סמכות לרשות, וההלכה מחייבת את הרשות להפעיל את הסמכות כל אימת שהנסיבות מחייבות זאת, לפי שיקול-

112 על ההלכה בדבר השתחררות של הרשות המנהלית מחוזה ראו להלן תת-פרק 6 ("השתחררות מחוזה").

113 השו"ב נ"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג" (5) 337, 380–381 (1999).

דעתה.¹¹⁴ לפיכך, אם חוזה מונע את הרשות מלהפעיל את הסמכות אף שהנסיבות מחייבות זאת, הוא נוגד את הדין. מכיוון שכך, פסק בית-המשפט הלכה: חוזה מגביל-סמכות בטל מעיקרו.¹¹⁵

אולם לא עבר זמן רב ובית-המשפט הביין כי הלכה זו אינה משרתת את טובת הציבור. ראשית, היא עלולה למנוע כריתת חוזים שיש בהם צורך ותועלת לציבור, שכן מי יהיה פתי להתקשר בחוזה שאין לו תוקף משפטי? שנית, היא שוללת מן המנהל הציבורי מכשיר יעיל וחשוב למילוי תפקידי המנהל, ולמעשה, באופן פרדוקסלי, מגבילה את סמכותה של הרשות. שלישיית, התנערותה של רשות מחוזה שערכה, בטענה שאין לו תוקף משפטי, תפגע בתדמיתו של המנהל הציבורי ובאמון שהציבור רוחש לו.¹¹⁶ אי-לכך, בשנת 1961, שינה בית-המשפט את ההלכה, בקובעו, בפסק-דין מילר, כי העובדה שחוזה עם רשות מנהלית מגביל את סמכותה של הרשות אין בה כשלעצמה כדי לפסול את החוזה: החוזה תקף, והרשות חייבת לבצעו.¹¹⁷ אכן, מאז ועד היום חוזים כאלה הם דבר שבשגרה.

אולם סוגיית החוזה מגביל-הסמכות לא באה עדיין אל המנוחה, וההלכה בעניין זה שבה ומטרידה את בית-המשפט עד היום. מדוע? משום שלכאורה ההלכה בעניין זה אינה מתיישבת עם החוק. חוק החוזים (חלק כללי) חל על חוזה מנהלי כשם שהוא חל על כל חוזה אחר, וסעיף 30 לחוק זה קובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". והנה, חוזה מגביל-סמכות הוא בלתי-חוקי, במובן זה שהוא אוסר על הרשות להפעיל סמכות שהחוק דורש ממנה להפעיל כל אימת שיש צורך בכך. לכן, לפי סעיף 30, חוזה כזה צריך להיות בטל.¹¹⁸ אם כך, כיצד זה ההלכה, הכפופה לחוק, מכשירה את החוזה?

אכן, לכאורה קיימת סתירה בין שני הכללים – בין הוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובעת כי חוזה בלתי-חוקי הוא בטל, לבין הלכת מילר, הקובעת כי חוזה מגביל-

114 על חובת הרשות המנהלית להפעיל את סמכותה כל אימת שהנסיבות מחייבות זאת ראו זמיר כרך ב, לעיל ה"ש 16, פרק 33 – "החובה לפעול".

115 בג"ץ 30/51 בלבן נ' עיריית ת"א, פ"ד ו 257 (1952).

116 קלינגהופר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 118–123. פרופ' קלינגהופר הציג את ההלכה שנפסקה בעניין בלבן, לעיל ה"ש 115, אך הצביע על התועלת הטמונה בחוזים המגבילים סמכות.

117 עניין מילר, לעיל ה"ש 51. הלכה זו משמשת את בית-המשפט ללא עוררין מאז ועד היום. ראו, לדוגמה, ע"א 2064/02 תשלו"ב ח. אלוני בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נט(1) 111, 118 (2004) (הנשיא ברק): "אמנם, הסכם זה מגביל את כוחה של הרשות להפעיל סמכות שלטונית, אך אין בהגבלה כזו כשלעצמה להביא לפסילת ההסכמה".

118 ראו, לדוגמה, ע"א דירות יוקרה, לעיל ה"ש 102, פס' 50–51, שם פסק בית-המשפט כי חוזה בין חברה קבלנית לבין עירייה שפטר את החברה מתשלום היטלי פיתוח וקייב אותה בתשלום היטל השבחה, כל זאת בניגוד לחוק, הינו חוזה בלתי-חוקי לפי ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי) ולכן הוא בטל. אפשר גם לומר כי חוזה כזה הינו בטל לפי ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי) משום שהוא סותר את "תקנת הציבור". אולם את השימוש בעילה של תקנת הציבור ראוי לדעתו לצמצם, ולכן בדרך-כלל, כאשר חוזה נחשב פסול בשל היותו מגביל-סמכות, נכון יותר לומר כי הוא בטל בשל היותו בלתי-חוקי. על ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי) ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 355.

סמכות אינו בטל. סתירה זו באה לידי ביטוי, לא אחת, גם בפסיקה. הנה, לדוגמה, דברים שאמר בית-המשפט בפרשת מייזלר (שנים רבות לאחר שנפסקה ההלכה בעניין מילר):

מקום בו כוונת הצדדים מפורשת וברורה ליצור התחייבות מצד הרשות, לפיה זו לא תפעיל את סמכויותיה או את שיקול-דעתה, גם אם הפעולה דרושה לטובת הציבור – תהיה התחייבות כאמור בטלה... או לפחות כפופה לצורך בהפעלת הסמכות על-ידי הרשות לטובת הציבור... אין בהתחייבות חוזית 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 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...¹¹⁹

כיצד אפוא יש ליישב את הסתירה בין הכלל הפוסל חוזה שמגביל את הרשות בהפעלת סמכותה לבין הכלל הקובע שחוזה מגביל-סמכות אינו פסול? יש מקרים שבהם אפשר לתת תשובה פשוטה וקלה באמצעות פרשנות של החוזה: החוזה מתפרש כך שהוא אינו מגביל את סמכות הרשות ואינו מונע אותה מלהפעיל את שיקול-דעתה כפי שתראה לנכון בנסיבות המקרה.¹²⁰ אולם יש מקרים – ואלה כנראה רוב המקרים – שבהם החוזה מגביל את סמכות הרשות בלשון ברורה, שאינה ניתנת לפרשנות אחרת. מהו הדין במקרים אלה? האומנם, כדברי בית-המשפט בפרשת מייזלר (לעיל), "התחייבות מצד הרשות, לפיה זו לא תפעיל את סמכויותיה או את שיקול-דעתה, גם אם הפעולה דרושה לטובת הציבור – תהיה התחייבות כאמור בטלה"? התשובה מורכבת. ראשית, מבחינה משפטית, מכיוון שהחוזה המנהלי כפוף לשנויות נורמטיביות, נדרשת תשובה הן לפי המשפט הפרטי והן לפי המשפט המנהלי, כלומר, התשובה צריכה לעלות בקנה אחד הן עם סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע כי חוזה בלתי-חוקי הוא חוזה בטל, והן עם ההלכה המחייבת את הרשות המנהלית להפעיל את סמכותה לפי שיקול-דעתה כל אימת שהנסיבות מחייבות זאת. שנית, מבחינה מעשית, התשובה צריכה להכשיר בדרך-כלל חוזים המגבילים סמכות, מכיוון שטובת הציבור מחייבת זאת, אך היא צריכה גם לפסול חוזים כאלה במקרים מיוחדים שבהם החוזה פוגע באופן קשה בטובת הציבור. לדעתי, הדין הקיים, בראייה נכונה, נותן תשובה ראויה. כיצד? התשובה היא שהכללים

119 ע"א 394/82 מייזלר נ' המועצה המקומית נשר, פ"ד לז(4) 42, 48 (1983). בדברים אלה הסתמך ממלא-מקום הנשיא שמגר על פסק-דין בלבן, לעיל ה"ש 115, ועל פסק-דין מילר, לעיל ה"ש 51. ראו גם עניין מהדרין, לעיל ה"ש 42, פס"נ לפסק-דינו של השופט רובינשטיין: "מן המפורסמות, כי אין רשות ציבורית יכולה להגביל את סמכותה וכוחה בהתחייבות חוזית, באופן השולל ממנה את שיקול-דעתה בתחומים למענם הוענקה לה הסמכות, ולכל התחייבות כזו אין תוקף".

120 על פרשנות החוזה ראו להלן תת-פרק ג (פרשנות החוזה).

החלים על חוזה מגביל-סמכות אינם נוקשים, והגמישות מאפשרת ליישם אותם בהתאם לעקרונות המשפט ולצורכי המעשה גם-יחד.

מהי, קודם-כל, התשובה במסגרת המשפט הפרטי לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)? סעיף זה קובע אומנם בלשון החלטית שכל חוזה בלתי-חוקי הוא חוזה בטל, ונראה שהוא קובע כלל נוקשה, אך אין פירוש הדבר שכל חוזה המנוגד לחוק – יהיה החוק אשר יהיה ויהיה הניגוד אשר יהיה – נחשב בלתי-חוקי במשמעותו של סעיף זה ולכן בטל. מתי, אם כן, חוזה המנוגד לחוק ייחשב חוזה בלתי-חוקי במשמעותו של סעיף 30? בית-המשפט השיב:

כלל הוא, כי לא כל חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו מנוגדים לחוק ייחשב חוזה פסול. השאלה בהקשר זה היא – איזה הוא חוק שהפרתו באמצעות חוזה תכתיים את החוזה באי-חוקיות. שאלה זו מתמקדת בפרשנות החוק הנוגע בדבר, שהחוזה עומד בניגוד לו... חוזה ייחשב בלתי חוקי אם החוק שהוא מנוגד לו נועד לפסול אותו כאשר הוא מפר את הוראותיו. שאלת המפתח בהקשר זה היא – האם החוזה נוגד את היעדים שהחוק נועד להגשימם, עד כדי כך שיש לפסול אותו. בענין זה יש לשקול את הערך החברתי החותר לתת משקל לאוטונומיה של הרצון הפרטי להתקשר בחוזים בני תוקף, וכנגדו, את הערכים החברתיים שהחוק הספציפי ביקש להגשים. ככל שניתן לקבוע כי הגשמת מטרת החוק מחייבת התערבות באוטונומיה של הרצון הפרטי, וכי יעדי החוק גוברים על הרצון הפרטי, כי אז יש לקבוע כי החוזה הוא בלתי חוקי...¹²¹

אמרו מעתה: ההחלטה אם חוזה במקרה מסוים נחשב בלתי-חוקי לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) אינה נובעת ממבחן פשוט וברור, אלא תלויה בשקלול של גורמים שונים לאור ההקשר והנסיבות של המקרה. היא תלויה, בעיקר, בתכלית החוק שהקנה את הסמכות לרשות המנהלית, מהות הסמכות שהוגבלה, ההיקף והתנאים של הגבלת הסמכות, הפגיעה כתוצאה מן ההגבלה והערכים החברתיים המעורבים במקרה הנדון. אפשר לומר, בלשון של הכללה, כי התשובה תלויה בעוצמת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מהגבלת הסמכות לעומת הפגיעה בעיקרון המצדד בעריכת חוזים ודורש קיום חוזים. בהתאם לכך, ככל שהסמכות שהוגבלה חשובה יותר מבחינה ציבורית, ככל שהגבלת הפעלתה חמורה יותר וככל שהפגיעה הצפויה באינטרס הציבורי קשה יותר, כן תגבר נטייתו של בית-המשפט לקבוע כי החוזה בלתי-חוקי לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) ולכן בטל.

התוצאה של התייחסות זו לסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) היא שבמקרה הרגיל חוזה מגביל-סמכות לא ייחשב בלתי-חוקי לפי סעיף זה, מכיוון שבסך-הכל החוזה משרת את האינטרס הציבורי ואינו פוגע בערכי-יסוד של החברה, ורק במקרים מיוחדים ומעטים, שבהם

121 ע"א דירות יוקרה, לעיל ה"ש 102, פס' 48 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(4) 749, 768–769 (1995); עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 40 (השופטת נאור): "מושג הבטלות של החוזה הבלתי חוקי בדיני החוזים הוא מושג יחסי ואינו מושג מוחלט". ראו עוד שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 359.

הגבלת הסמכות גורמת פגיעה קשה באינטרס ציבורי או בערכי-יסוד של החברה, יהיה מקום להחליט שהחווה בטל.

זאת גם התוצאה במסגרת המשפט המנהלי לפי ההלכה שנפסקה בעניין מילר.¹²² הלכה זו מוסיפה שני סייגים חשובים לכלל הקובע כי עצם העובדה שחווה מגביל סמכות אינה פוסלת את החווה. הסייג האחד אומר כי יש מקרים קיצוניים שבהם הגבלת הסמכות פוגעת באופן קשה ביותר באינטרס הציבורי או בערכי-יסוד של החברה, עד כדי כך שעצם ההגבלה פוסלת את החווה. בית-המשפט הדגים סייג זה באומרו: "הרעיון כי יש וטובת הציבור דורשת שלא לבצע חווה שנעשה הוא אוניברסלי, וחוזי המדינה אינם פטורים ממרותו... אם, למשל, תתחייב המדינה לחון עבריין תמורת תשלום במטבע-חון, או אם תתחייב בחווה עם אדם פרטי לעשות או לא לעשות מלחמה במדינה אחרת, לא ישלה עצמו איש מה יהא דין התחייבות שכזאת. הטענה, כי המדינה זקוקה למטבע-חון, וכי יש בחווה משום תרומה לקידום המשק לא תציל את תקפו, כי לא מן המידה שהתחייבות להשתמש או להימנע מלהשתמש בכוח כזה של הריבון תינתן תמורת כסף, ולאדם פרטי".¹²³

אם כן, חווה מעין זה יהיה בטל הן לפי המשפט הפרטי והן לפי המשפט המנהלי: במסגרת המשפט הפרטי הוא ייחשב בלתי-חוקי במשמעותו של סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), ובמסגרת המשפט המנהלי ייקבע כי החלטת הרשות המנהלית להגביל את סמכותה באמצעות חווה מעין זה חורגת ממתחם הסבירות.

הסייג האחר שנקבע בפסק-דין מילר אומר כי גם במקרה הרגיל, שבו הגבלת הסמכות אינה פוסלת את החווה, הרשות המנהלית רשאית עדיין להשתחרר מן החווה תמורת תשלום פיצויים בסכום מסוים, מבלי שהדבר ייחשב הפרת חווה, אם צורכי ציבור חיוניים מצדיקים זאת.¹²⁴ יוצא אפוא שחווה מגביל-סמכות אינו מגביל את הסמכות אלא באופן חלקי, ואינו שולל באופן מוחלט את האפשרות להפעילה. הרשות רשאית – ולמעשה אף חייבת – לשקול בכל מקרה את הצורך הציבורי בהפעלת הסמכות, אף שהוגבלה בחווה, ואם קיים צורך חיוני בהפעלתה, היא רשאית להפעילה, אף בניגוד לחווה.¹²⁵

122 עניין מילר, לעיל ה"ש 51.

123 שם, בעמ' 2004.

124 שם, בעמ' 2005, קובע השופט זוסמן כי הרשות רשאית "להתנכר לחווה ולהשתחרר מכבליו, כאשר תמצא שצרכי-ציבור חיוניים אינם מתיישבים עם קיומו ועם מילוי תנאיו". על האפשרות שיש לרשות מנהלית להשתחרר מחווה מגביל-סמכות ראו להלן תת-פרק 6 ("השתחררות מחווה").

125 עם זאת, יש לציין כי הלכת מילר, המכשירה חווה מגביל-סמכות, מכרסמת בהלכה המחייבת את הרשות המנהלית להפעיל את סמכותה בכל מקרה שבו לפי שיקול-דעתה מן הראוי לעשות זאת. כך הדבר משום שהלכת מילר מרשה לרשות להשתחרר מן החווה ולהפעיל את סמכותה לא בכל מקרה שבו לפי שיקול-דעתה מן הראוי לעשות זאת, אלא רק כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת. לכן יש לומר כי הלכת מילר מציבה סייג להלכה המחייבת את הרשות להפעיל את סמכותה בכל מקרה שבו לפי שיקול-דעתה ראוי לעשות זאת. הסייג נובע מן הצורך לאזן בין שני אינטרסים ציבוריים: מצד אחד, האינטרס בהפעלת הסמכות המנהלית בכל מקרה לפי הצורך באותו מקרה, ומצד אחר, האינטרס בקיום מערכת של חוזים מנהליים. בית-המשפט נתן לכך ביטוי במסגרת פסק-דינו של השופט זוסמן בעניין מילר (שם, בעמ' 2005): "הלכה זו אינה מציבה, מצד אחד, גבולות לפעולות הרשות, אך מצד אחר שומרת היא גם על טובת הכלל. כוחו של בית-המשפט

האפשרות הניתנת לרשות מנהלית להשתחרר מחוזה מגביל-סמכות כאשר הדבר נדרש עקב צורכי ציבור חיוניים היא חלק בלתי-נפרד מן ההלכה המאפשרת לרשות להגביל את סמכותה בחוזה. אם הרשות לא תוכל להשתחרר מן החוזה כאשר צורכי ציבור חיוניים יחייבו זאת, יישמט הבסיס להלכה המכשירה חוזה מגביל-סמכות. כך הדבר גם כאשר מבחינה משפטית הרשות רשאית להשתחרר מן החוזה, לפי הלכת מילר, אך מבחינה מעשית היא אינה יכולה להשתחרר ממנו. כיצד? למשל, אם ההשתחררות מן החוזה תחייב את הרשות לשלם פיצויים בסכום שמעבר ליכולתה, או תגרום נזק כבד באופן אחר לרשות או לציבור, סביר שהרשות תראה עצמה נאלצת לקיים את החוזה גם כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים השתחררות ממנו. לכן ראוי להוסיף סייג להלכת מילר כדלקמן: כאשר האפשרות של רשות מנהלית להשתחרר מחוזה מגביל-סמכות אינה מעשית בגלל נסיבות המקרה, אף שצורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת, החוזה עצמו נעשה בלתי-חוקי.

אפשר להמחיש זאת באמצעות פסק-הדין בפרשת מתווה הגז.¹²⁶ בעקבות תגלית של מאגר גז גדול ("לווייתן") במים הכלכליים של ישראל, ולאחר משא-ומתן בין הממשלה לבין חברות הגז, גובש ביניהן בהסכמה מתווה מפורט שהסדיר את פיתוח המאגר, את מחיר הגז, את הייצוא והמיסוי, ועוד. בין היתר כלל המתווה הוראה ("פסקת היציבות") שקבעה כי הממשלה מתחייבת לא לשנות במשך עשר שנים את ההסדרים שנקבעו במתווה, ואף להתנגד לכל הצעת חוק פרטית שתבקש לשנות הסדרים אלה, ואם הצעה כזאת תתקבל על-ידי הכנסת, תיוזם הממשלה הצעת חוק ממשלתית שתחזיר את המצב לקדמותו. מתווה זה התקבל כהחלטה על-ידי הממשלה באוגוסט 2015. נגד החלטה זו הוגשו עתירות אחדות לבג"ץ.

בג"ץ קיבל את העמדה המשותפת לממשלה ולחברות הגז שהחלטת הממשלה, מבחינה משפטית, היא הבטחה מנהלית, ולא חוזה, ודן בשאלת חוקיותה של ההבטחה. בפסק-הדין קבע בג"ץ (ברוב דעות) כי פסקת היציבות פסולה, משום שהיא מגבילה סמכות, וכתוצאה מכך נפסל המתווה כולו.

פסק-הדין דן כאמור בשאלת חוקיותו של המתווה מנקודת-מבט הרואה בו הבטחה מנהלית, אך מפסק-הדין ברור כי לעניין זה אין הבדל בין הבטחה מנהלית לבין חוזה מנהלי, כך שגם אילו התקבל מתווה הגז כחוזה בין הממשלה לבין חברות הגז, ולא כהחלטת ממשלה, לא היה חל שינוי בתוצאה (וגם לא בהנמקתה). לכן, לדעתי, אפשר להקיש מפסק-דין זה לגבי ההלכה בדבר חוזה מגביל-סמכות. מה אפוא אומר פסק-הדין?

השופט סולברג, בדעת מיעוט, הסתמך על ההלכה המכשירה חוזה מגביל-סמכות כפוף לאפשרות להשתחרר מן החוזה, והחיל הלכה זו על מתווה הגז. הוא בדק אם המתווה הוא בגדר חריג להלכה: אם יש בו שלילת כל אפשרות להפעיל את שיקול-הדעת המנהלי בעתיד, כלומר, אם מדובר ב"כבילה מוחלטת וקיצונית של שיקול הדעת" או "אם באופן שבו נוסחה פסקת היציבות יש משום שלילה דה-פקטו של יכולת ההשתחררות מן ההבטחה המנהלית, שקיומה

לפסול חוזה, אם נמצא נוגד את טובת הציבור, וזכות המדינה להסתלק ממנו, שניים אלה משמשים ערובה מספקת לכך, כי ענין הציבור לא יקופח".

126 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 32.

הכרחי לשם הצדקתה". התשובה, לדעתו, שלילית: "בנסיבות העניין שלפנינו אין מקום להורות על בטלות פסקת היציבות רק מחמת כבילת שיקול הדעת המנהלי המעוגנת בה"¹²⁷. אך שופטי הרוב (ארבעה שופטים) פסקו אחרת. הם הצביעו על המיוחדות של הגבלת הסמכות בפסקת היציבות. מיוחדות זו באה לידי ביטוי במישורים אחדים: ראשית, לגבי היקף ההגבלה, שכן היא מתייחסת לשלושה תחומים חשובים – מיסוי, ייצוא והגבלים עסקיים; שנית, לגבי מושא ההגבלה ותוכנה, שכן היא מגבילה לא רק את סמכויות הממשלה בתחום הביצוע, אלא גם כובלת את ידי הממשלה, ואף את ידי הכנסת, בתחום החקיקה; שלישית, לגבי משך ההגבלה, שכן היא משתרעת על עשר שנים, ובכך מתיימרת להגביל גם את סמכויותיהן של ממשלה עתידית ושל כנסת עתידית, שעשויות להיות בעלות מדיניות שונה לגמרי. התוצאה המצטברת היא שפסקת היציבות מגבילה סמכויות חשובות בצורה קיצונית. מגבלה זו עלולה לפגוע לא רק באינטרסים ציבוריים, אלא גם בערכי-יסוד של החברה, בכך שהיא יכולה למונע מהכנסת שתיבחר בעתיד, ומהממשלה שתמונה על-ידי הכנסת, פעולת חקיקה שתשקף את תוצאות הבחירות.¹²⁸ ומהי האפשרות שבידי הממשלה להשתחרר ממגבלה זו כאשר צורכי ציבור חיוניים ידרשו זאת? אפשרות זו מוגבלת מאוד, וייתכן שהיא אינה קיימת למעשה, משום שהשתחררות כזאת תחשוף את המדינה לתביעת פיצויים מצד חברות הגז בסכום גבוה ביותר. לכן, כפי שאמר המשנה לנשיאה רובינשטיין, מתווה הגז מטיל "כבילה מעשית שהאפשרות לחזרה ממנה זעומה עד מאוד... אופן הכבילה, לרבות המחיר הכלכלי העלול להידרש, עלול להפוך את החזרה מאותה הבטחה... לכמעט בלתי אפשרית"¹²⁹. לכן, בסיכום, נפסק כי פסקת היציבות בטלה.

עם זאת, חשוב להבהיר, מתווה הגז הוא מקרה קיצוני ולכן הוא חריג להלכה. ההלכה היא שבמקרה הרגיל חוזה יכול להגביל את סמכותה של רשות מנהלית, כפוף לאפשרות של הרשות להשתחרר מן החוזה.

4. דרישות צורניות לכריתת חוזה

כל חוזה עשוי להיות כפוף לדרישות צורניות (פורמליות) כתנאי ליצירת החוזה.¹³⁰ אך בדרך-כלל חוזה מנהלי משופע בדרישות צורניות כתנאי לכריתת החוזה, על-פי הוראות חוק ועל-פי

127 שם, פס' 23, 25, 21, בהתאמה, לפסק-דינו של השופט סולברג.
128 שם, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת חיות: "המשמעות המעשית של כבילה כזו היא שלילת שיקול הדעת של הכנסת לחוקק חוקים הנוגדים את הוראות המתווה. מנקודת מבט זו, מתווסף רובד כבד של אי חוקיות להוראות הכבילה בשל העיקרון שהוא בבחינת מושכלות יסוד במשטר דמוקרטי ולפיו הממשלה אינה מוסמכת לכבול את כוחה של הכנסת".

129 שם, פס' קמח לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. ראו גם שם, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת חיות: "הלכת ההשתחררות מהבטחה מנהלית... אין בה כדי לחוקק את אי החוקיות המובהקת שדבקה בהוראות הכבילה נוכח עוצמתן והיקפן של הוראות אלה בתוכן ובזמן (עשר שנים). זאת ועוד, בניגוד לטענת המדינה בדבר האפשרות הפתוחה למדינה להשתחרר מהוראות הכבילה, אני סבורה כי הלכה למעשה הוראות אלה יוצרות קיפאון רגולטורי וחקיקתי בהינתן החשיפה לתביעת פיצויים העשויה להיות משמעותית במקרה של השתחררות מן המתווה או חלק ממנו".

130 ס' 23 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע: "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, וזאת אם היתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים".

הלכות פסוקות, הרבה יותר מחוזה פרטי. יש ביניהן דרישות המתייחסות לחוזים מנהליים באופן כללי, ויש ביניהן דרישות המתייחסות רק לחוזים מסוג מסוים או לחוזים של רשות מסוימת.

ההליך המוביל לכריתת חוזה מנהלי מתחיל בהחלטת הרשות המנהלית להתקשר בחוזה. החלטה זו, בהיותה החלטה מנהלית, כפופה למערכת הכללים החלים על החלטות מנהליות בדרך-כלל. לפי כללים אלה, החלטה של רשות להתקשר בחוזה מסוים צריכה להתקבל, בין היתר, על יסוד שיקולים ענייניים, באופן שוויוני, ללא ניגוד עניינים, במתחם הסבירות ובמטרה לקדם את מטרת החוק המסמיך. דרישות אלה, שיש בהן ביטוי מובהק לשניות הנורמטיבית של חוזה מנהלי, מייחדות חוזה זה מחוזה פרטי.¹³¹

כדי לקיים את מצוות השוויון ביצירת החוזה המנהלי – מצווה שאינה מוטלת בדרך-כלל על חוזה פרטי – נקבעה בחוקים שונים חובתה של הרשות המנהלית לקיים מכרז כדרך לכריתת החוזה. קיימים חוקים שונים המטילים את חובת המכרז על רשויות שונות לצרכים שונים.¹³² לצידם קיימת חובת מכרז כללית, שנקבעה בחוק חובת המכרזים.¹³³ במשך השנים התפתחה מערכת ענפה של כללים המסדירים את המכרזים של רשויות מנהליות.¹³⁴ קיימים כללים נוספים המסדירים את יצירתם של חוזים מנהליים על-ידי רשות זו או אחרת, כגון דרישה שהחוזה ייחתם על-ידי אורגן מסוים של הרשות, דרישה לקיום התייעצות מוקדמת או לקבלת חוות-דעת משפטית, או דרישה לקבלת אישור לחוזה מגורם פנימי, כגון מועצת הרשות המנהלית, או מגורם חיצוני, דוגמת רשות ממשלתית מסוימת.¹³⁵

131 ראו, לדוגמה, עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 495 (השופט ריבלין): "הכללים החלים על פעולתה של הרשות הציבורית תקפים גם כאשר מדובר בכריתת חוזה על-ידיה. עליה לפעול בהגינות, בסבירות, בשוויוניות ובתום-לב"; בג"ץ 4736/03 אלון חברת הדלק לישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פס' 25 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 15.6.2008): "בתורת נאמן הציבור למקרקעי ישראל, כפוף המינהל לעקרונות המשפט הציבורי. לפיכך, בניהול עסקאות במקרקעות המדינה שומה על המינהל לפעול בהתאם לכללי הצדק הטבעי, ולכלכל צעדיו בהגינות, בשוויון ובסבירות".

132 ראו, לדוגמה, ס' 170, 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש]; ס' 19 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

133 ס' 2(א) לחוק חובת המכרזים קובע כי המדינה, כל תאגיד ממשלתי וגופים נוספים "לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו". אפשר שגם בהעדר הוראת חוק המחייבת גוף מנהלי להתקשר בחוזה באמצעות מכרז, לא יורשה גוף מנהלי להתקשר בחוזה – כגון חוזה לרכישת שירות מקצועי – אלא באמצעות מכרז, וזאת כפועל יוצא מעקרון השוויון ומעקרונות המנהל התקין. ראו, לדוגמה, ע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' הרטמן (פורסם בנבו, 13.1.2013).

134 ראו שמואל הרציג דיני מכרזים (מהדורה שנייה, 2010); עומר דקל חובת המכרזים של גופים מינהליים (2001); עומר דקל מכרזים כרך ראשון (2004); עומר דקל מכרזים כרך שני (2006); שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 129; ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 25.

135 לדוגמה, ס' 188 לפקודת העיריות [נוסח חדש] קובע כי עירייה אינה רשאית למכור מקרקעין, להחליפם או למשכנם אלא על-פי החלטת המועצה ברוב חבריה ובאישור השר או מי שהוא הסמיך לכך; וס' 29 לחוק יסודות התקציב קובע כי מוסדות המדינה, רשויות מקומיות וגופים

הנה, לדוגמה, סעיף 203(א) לפקודת העיריות [נוסח חדש], הקובע כי "חווה, כתב התחייבות, הסדר פשרה המוגש לבית משפט... לא יחייבוה אלא אם חתמו עליהם בשם העירייה, בצד חותמת העירייה, ראש העירייה והגזבר".¹³⁶ על סעיף זה אמר בית-המשפט:

תכליתה של דרישת הצורה שבסעיף 203 היא הבטחת שימוש זהיר ומבוקר בכספי הציבור... מטרתה ליצור מערכת בקרה שתוודא כי הגוף הציבורי המתקשר בעסקה במשפט האזרחי נהג בזהירות הראויה ובחן את העסקה כראוי. הדרישה מקורה באינטרס הציבורי והיא משקפת רצון להבטיח את חוקיותן של פעולות העירייה, כמו גם הגנה על זכויות תושביה ועל אופן הציבור בה... אכן, סעיף 203 הוא ביטוי לעקרונות בדבר שלטון החוק ובדבר חוקיות המינהל.¹³⁷

ומה הדין במקרה של אי-קיום אחת הדרישות ליצירת חווה מנהלי – למשל, אי-קיום מכרז, עריכת מכרז תוך הפרה של אחד הכללים המסדירים את המכרז, או אי-קבלת אישור מאת גורם חיצוני כפי שנדרש על-ידי החוק? על כך בהמשך.¹³⁸

5. פרשנות החווה¹³⁹

פרשנותו של כל חווה תלויה, בין היתר, בהקשר של הדברים. לכן, למשל, עשוי להיות הבדל בפרשנות החווה, ואפילו בפרשנותו של אותו ביטוי, בין חווה עבודה לבין חווה מכר או חווה ביטוח.¹⁴⁰ כך גם הפרשנות של חוזים מנהליים. מצד אחד, הפרשנות של חווה מנהלי כפופה

136 נוספים אינם רשאים להסכים על שינוי בשכרו של עובד אלא בהתאם למה שהוסכם או הונהג לגבי כלל עובדי המדינה או באישור שר האוצר.
ראו גם ס' 34 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש]; ס' 232 לצו המועצות המקומיות (מועצות אווריות), התשי"ח-1958. ראו עוד, לדוגמה, ס' 188(א) לפקודת העיריות [נוסח חדש] הקובע כי "עירייה לא תהיה רשאית למכור מקרקעין, להחליפם או למשכנם אלא על פי החלטת המועצה ברוב חבריה ובאישור השר או מי שהוא הסמיך לכך".

137 עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 31-32. ראו גם בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 44 לפסק-דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 14.11.2016).

138 אי-קיום דרישה צורנית עשוי לגרום לבטלות החווה. ראו, לדוגמה, עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 31; ע"א 8661/12 מ. מזוז (1990) בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (פורסם בנבו, 24.11.2014). עם זאת, הדבר אינו הכרחי. ראו להלן פרק ד.

139 על פרשנות חוזים באופן כללי ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החווה (2001); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג, פרק 25 – "פרשנות החווה" (2003) (להלן: פרידמן וכהן חוזים כרך ג); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי פרק 19 – "פירוש חווה והשלמתו" (2005). על הפרשנות של חווה מנהלי ראו, באופן כללי, שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 27; ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 288.

140 ראו, לדוגמה, ע"א 8729/07 אירונמטל בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, פס' 12 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.11.2009): "לעולם יפתח הפרשן בלשונו של הטכסט אך בכך לא יסיים את הילוכו, ועל מנת לעמוד על אומד דעת הצדדים, יש לבחון את טיבו של החווה, תכליתו וכלל הנסיבות הקשורות לחווה".

לכללי הפרשנות הכלליים, החלים על כל חוזה;¹⁴¹ אך מצד אחר, היא מושפעת גם מן ההקשר של החוזה, ובעיקר מן העובדה שאחד הצדדים לחוזה הוא גוף ציבורי, שאמור לפעול למען האינטרס הציבורי.¹⁴² כדברי בית-המשפט, "עקרונות הפרשנות של חוזה הרשות אינם שונים מאלה החלים בפרשנות כל חוזה אחר, ובכלל זה יש לנסות להתחקות על אומדן-דעתם של נציגי הרשות. עם זאת ביישום עקרונות הפרשנות הללו יש להתחשב במאפיינים המיוחדים של החוזה שהמדינה צד לו. יש לזכור כי אנשי הציבור המקיימים את המשא ומתן מטעם הרשות, והחותמים על חוזים של הרשות, אינם פועלים בשמם שלהם. חזקה עליהם כי מבקשים הם לקדם את האינטרס הציבורי".¹⁴³ אכן, עצם העובדה שהחוזה המנהלי משפיע במישורין על האינטרס הציבורי יש בה כדי להשפיע על פירוש החוזה. הנה דוגמה מפסק-דין שפירש חוזה חכירה שערך מנהל מקרקעי ישראל: "נוכח התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל ככלל וביחס לחוזי חכירה בפרט, לא נוכל להלום פרשנות אשר איננה מאפשרת למינהל להוסיף אל חוזה החכירה תניית שינוי יעוד בפתחה של תקופת החכירה הנוספת כנהוג בחכירות מקבילות".¹⁴⁴

האינטרס הציבורי כולל כמובן אינטרסים חומריים ואינטרסים תועלתניים אחרים, כגון מניעת בזבוז של כספי ציבור. וכך אמר בית-המשפט: "[על הרשות הציבורית] להקפיד על שימוש בכספי ציבור כיאה למעמדה כנאמן עליהם. קיימת חזקה כי כך אכן עשתה הרשות. חזקה זו היא אמצעי פרשני חשוב. מכוחה עלינו להניח כי ברגיל אין המדינה מתחייבת לפצות אזרחים מכספי ציבור בעקבות מהלך שלטוני שלא מסב להם כל נזק".¹⁴⁵ אך האינטרס הציבורי הוא מושג רחב יותר: הוא כולל גם שמירה על העיקרון של שלטון החוק וכיבוד ערכי-היסוד, ההגינות ואף הצדק. כפי שאמר בית-המשפט: "הכללים החלים על פעולתה של הרשות הציבורית תקפים גם כאשר מדובר בכריתת חוזה על-ידיה. עליה לפעול בהגינות, בסבירות,

141 ראו, לדוגמה, ע"א 4541/91 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד מח(3) 397, 407 (1994) (השופט קדמי): "כללי הפרשנות החלים על כל חוזה חלים גם על חוזי הרשות".

142 זהו מכנה משותף לפרשנות של חוזה מנהלי ולפרשנות של הוראות חוק המקנות סמכויות מנהליות. ראו זמיר כרך א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 346: "הפירוש של הוראות חוק המקנות סמכויות מינהליות יש לו ייחוד משלו. ייחוד זה עשוי לפעול לעתים בכיוון של פרשנות מרחיבה, כלומר פרשנות המרחיבה את היקף הסמכות, ולעתים בכיוון של פרשנות מצמצמת". על פרשנותן של הוראות חוק המקנות סמכויות מנהליות ראו שם, בעמ' 345-353.

143 ע"א עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 495. שם, בעמ' 494-495, הוסיף השופט ריבלין כי "הקושי באיתור התכלית הסובייקטיבית הוא מאפיין טיפוסי לחוזי רשות... יש ליתן לתכלית האובייקטיבית, המשמשת אבן-בוחן לבדיקת תכליתו של כל חוזה, חשיבות מיוחדת מקום שמדובר בחוזה רשות". ראו גם את פסק-דינו של הנשיא ברק באותו עניין (שם, בעמ' 536) וכן את פסק-דינו של השופט מצא (בדעת מיעוט) (שם, בעמ' 506). ראו גם ע"א 783/86 ראובן גרוס בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מג(4) 595, 597 (1989) (השופט ברק): "עלינו לפרש את החוזה שנכרת בין הצדדים על רקע תכליתו. 'בחווה שלטוני' תכלית זו הינה, בין השאר, הגשמה כדין של הזכות השלטונית הנתונה לצד השלטוני". ראו גם ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 12.10.2009).

144 עניין מהדרין, לעיל ה"ש 42, פס' מט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם עניין מייזלר, לעיל ה"ש 119, בעמ' 46.

145 עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 495.

בשווינויות ובתום-לב¹⁴⁶. בהתאם לכך, קיימת חזקה שכך אכן פעלה הרשות המנהלית, וחזקה זו עשויה להשפיע על פרשנות החוזה.¹⁴⁷

אפשר לציין כללי פרשנות נוספים שחלים במיוחד על חוזים מנהליים או שיש ייחוד ביישומם על חוזים מנהליים. בנסיבות מסוימות כללים אלה עשויים לפעול נגד אדם המתקשר בחוזה עם רשות מנהלית, מתוך כוונה להגן על אינטרס ציבורי, אך בנסיבות אחרות כלל כזה עשוי לפעול לטובת אדם המתקשר בחוזה עם רשות מנהלית – למשל, בגלל החובה המוטלת על הרשות לנהוג בהגינות כלפי כל אדם. כך, לדוגמה, כלל הוא שראוי לפרש חוזה מנהלי, ככל האפשר, באופן שלא ימנע את הרשות המנהלית מלמלא את תפקידה כנדרש על-פי החוק, ובכלל זה לפרש את החוזה כאילו אין הוא מגביל את הרשות בהפעלת סמכותה.¹⁴⁸ כלל אחר קובע כי "הסכמים עם רשות שלטונית מושפעים על פי טיבם מגורמים שהזמן גרמם, וישנה חשיבות מיוחדת לשמר את יכולתה של הרשות הציבורית לבחון אותם לאחר תקופת זמן סבירה על רקע שיקולים שבאינטרס הציבורי".¹⁴⁹ מצד אחר, לפלל הקובע כי בדרך-כלל יש לפרש חוזה נגד מנסח החוזה יש משקל כבד במיוחד כאשר מדובר בחוזה מנהלי.¹⁵⁰ כמו-כן, חוזה

146 ש.ם.

147 ראו שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 31. ראו, לדוגמה, עניין מהדרין, לעיל ה"ש 42, פס' מב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

148 ראו, לדוגמה, עניין מהדרין, לעיל ה"ש 42, פס' נ לפסק-דינו של השופט רובינשטיין: "אף אם לא נכללה בחוזה הוראה מפורשת המורה כן, ניתן איפוא לקרוא לתוכו תניה מכללא, אשר מייחסת לצדדים כוונה שלא לשלול את שיקול דעתה של הרשות ביחס לתקופת החכירה הנוספת". ראו גם ש.ם, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז; עניין מייזלר, לעיל ה"ש 119; עניין ראובן גרוס בע"מ, לעיל ה"ש 143, בעמ' 598; ע"א 2389/90 מדינת ישראל נ' פורטונה, פ"ד מו(2) 284, 280 (1992); בג"ץ 5941/91 החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ נ' משרד האנרגיה והתשתית, פ"ד מו(2) 813, 806 (1992); בג"ץ 3136/98 אגודת אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 710, 705 (1999); עניין מהדרין, לעיל ה"ש 42, פס' נ לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

149 עניין מועצה אזורית הגולן, לעיל ה"ש 21, פס' 40 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם עניין מהדרין, לעיל ה"ש 42, פס' נד – נה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

150 עניין הוד אביב, לעיל ה"ש 89, בעמ' 41 (השופטת פרוקצ'יה): "בהליך פרשנות חוזה שגוף ציבורי הוא צד לו יש להתחשב, בין היתר, בעובדה כי ההסכם נוסח על-ידי הגורם השלטוני אשר נעזר לצורך כך באנשי מקצוע, בעוד למתקשר הפרטי כוח מוגבל, אם בכלל, לשנות את התנאים החוזיים ואת ניסוחם"; עניין אירונמטל, לעיל ה"ש 140, פס' 16 לפסק-דינו של השופט עמית: "עוצמתו של הכלל [בדבר פירוש חוזה נגד המנסח] גוברת עוד יותר, כאשר המנסחת של החוזה האחיד היא רשות שלטונית... לצד כלל הפרשנות נגד המנסח' אנו מוצאים את כלל הפרשנות נגד הצד החזק, שאף הוא יפה לענייננו, נוכח יחסי הכוחות בין אירונמטל לבין [מנהל מקרקעי ישראל]". ראו גם ע"מ 9371/08 סאלח נ' משרד הפנים, פס' 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 15.2.2011); ע"א 191/85 מדינת ישראל נ' חברת נוה שוסטר בע"מ, פ"ד מב(1) 573, 580–581 (1988). עם זאת, "באשר לטענה כי נוכח ניסוח חוזה החכירה על-ידי [מנהל מקרקעי ישראל], יש לפרשו כנגד מנסחו, יוזכר כי הכלל בדבר פרשנות נגד המנסח אינו אלא חזקת פרשנות משנית, שעל הפרשן להשתמש בה כמוצא אחרון, רק ככל שלא עלה בידו להתחקות אחר תכלית החוזה באמצעים אחרים". עניין מהדרין, לעיל ה"ש 42, פס' נו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

מנהלי צריך להתפרש לאור החובות המוטלות על כל רשות מנהלית לנהוג כלפי כל אדם בהגינות, בשוויון ובסבירות,¹⁵¹ וכן לאור חובות נוספות.¹⁵²

6. השתחררות מחוזה¹⁵³

האם רשות מנהלית רשאית להשתחרר מהתחייבות שנטלה על עצמה בחוזה כאשר האינטרס הציבורי מצדיק זאת לדעתה? יש מצבים, אם כי לא רבים, שבהם החוק מקנה לרשות סמכות כזאת במפורש או במשמע;¹⁵⁴ ויש גם מקרים רבים שבהם הרשות המנהלית מוסיפה לחוזה עצמו תניה הקובעת כי היא רשאית, בנסיבות מסוימות, להסתלק מן החוזה.¹⁵⁵ אך מה הדין במקרה הרגיל, שבו אין הוראה כזאת בחוק או בחוזה?

ההלכה הקובעת כי חוזה מנהלי יהיה תקף ומחייב בדרך-כלל, גם כאשר הוא מגביל את סמכותה של הרשות המנהלית, עלולה לפגוע באופן קשה באינטרס הציבורי, שכן היא עלולה

- 151 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860 (1993) (השופט דורנר): "חובתה של הרשות המינהלית לנהוג בתום-לב בהתקשרויותיה החוזיות נגזרת הן מן המשפט האזרחי, המטיל חובת תום-לב על כל מתקשר, והן מן המשפט הציבורי, המחייב רשות ציבורית לנהוג בהגינות וביושר כלפי אזרחיה בכל מגעיה עמם. ואולם חובת ההגינות המינהלית – שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור – מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המחמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי ובין אם פועלת היא בתחום המשפט הציבורי". ראו גם עניין בלייכפלד, לעיל ה"ש 50, בעמ' 248; עניין וייס, לעיל ה"ש 50, בעמ' 348; עניין "נאמנות התיאטרון", לעיל ה"ש 89, פס' 33 לפסק-הדין.
- 152 ראו, לדוגמה, עניין מוסטקי, לעיל ה"ש 94, בעמ' 890 (המשנה לנשיא אור): "כלל זה [בדבר חובת השימוע של אדם שעלול להיפגע מהחלטה מנהלית] חל גם כשהרשות פועלת במסגרת המשפט הפרטי, לרבות במסגרת יחסיה החוזיים, כמו בעניינינו משום הדואליות הנורמטיבית החלה על רשות ציבורית".
- 153 על ההלכה בדבר השתחררות מחוזה ראו שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 67; ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 234.
- 154 ראו, לדוגמה, ס' 147, 152 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], המסדירים אפשרות לקבוע שומת מס הכנסה בהסכם בין פקיד השומה לבין הנישום, וסמכות של מנהל המס לתקן את השומה. ראו לעניין זה ע"א 7726/10 מדינת ישראל נ' מחלב, פס' ב-ג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.10.2012): ההלכה היא שאם הסמכות לתקן את השומה לפי ס' 147 לפקודה "יש לפרש בצמצום ולהתירה רק בנסיבות מיוחדות וחריגות" – כך בדרך-כלל, וכך קל וחומר במקרה של שומה שנערכה בהסכם. לגבי יישום ההלכה בנסיבות המקרה הנדון נחלקו דעות השופטים. השופט דנציגר, שהחליט בדעת מיעוט כי בנסיבות המקרה אין סמכות לתקן את השומה שנערכה בהסכם, ציין (שם, בפס' 30, 34 לפסק-דינו) כי לדעתו הסמכות המוקנית בס' 147 לפקודה אין בה כדי להרחיב את סמכותה של רשות מנהלית להשתחרר מחוזה לפי הלכת ההשתחררות החלה על כל חוזה מנהלי; אך לדעת השופט פוגלמן, "אין לגזור גזירה שווה לעניינינו מההלכה הפסוקה הנוגעת להשתחררות הרשות מהסכם (הלכת ההשתחררות)". על הלכת ההשתחררות ראו מייך להלן.
- 155 ראו, לדוגמה, ע"א 64/80 בנק ארץ ישראל בריטניה בע"מ (בפירוק) נ' מדינת ישראל – משרד השיכון, פ"ד לח(3) 589, 601 (1984); ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד(3) 769 (1990). בע"א 2761/06 "מנורה" איזו אהרון בע"מ נ' מע"ץ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 6 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 9.7.2007): "אין בהכרח חפיפה בין הלכת ההשתחררות לבין תניית הפסקה מבחינת תחולתן". ראו עוד להלן תת-פרק ג' ("חוזים אחידים").

למנוע את הרשות מלהפעיל את סמכותה אף שהאינטרס הציבורי מחייב זאת.¹⁵⁶ אשר על-כן, כבר בפסק-דין מילר, משנת 1961, שילב בית-המשפט הלכה נלווית האומרת כי הרשות יכולה להשתחרר מן החוזה כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת. כפי שאמר בית-המשפט על ההלכה המשולבת, "הלכה זו אינה מציבה, מצד אחד, גבולות לפעולות הרשות, אך מצד אחר שומרת היא גם על טובת הכלל. כוחו של בית-המשפט לפסול חוזה, אם נמצא נוגד את טובת הציבור, וזכות המדינה להסתלק ממנו, שניים אלה משמשים ערובה מספקת לכך, כי ענין הציבור לא יקופח".¹⁵⁷ יש להדגיש: הלכה זו מאפשרת למדינה להשתחרר (או להסתלק) מחוזה, ובכלל זה מהתחייבות לא להפעיל את סמכותה, מבלי שהדבר ייחשב הפרת חוזה. הלכה זו מיוחדת לחוזים מנהליים. שורשיה נעוצים במשפטי המנהלי. לדעתי, אין זה נכון או ראוי לחפש לה שורשים במשפט הפרטי.¹⁵⁸

לכאורה, בפסק-דין מילר דיבר בית-המשפט רק על חוזה שהמדינה צד לו. אך למעשה, גם בפסק-דין זה דובר בהתחייבות של רשות מנהלית כלפי גוף מסחרי לא להפעיל את הסמכות של הקצאת מטבע חוץ לצורך ייבוא מתחרה. מכל מקום, כיום ברור – והדבר מקובל על הכל – שההלכה בדבר השתחררות מן החוזה חלה על כל רשות מנהלית.

בשעת רווחה הדעה כי ההלכה בדבר השתחררות מן החוזה חלה רק על חוזים שלטוניים, כלומר, חוזים המגבילים סמכות מנהלית או מסדירים באופן אחר את ההפעלה של סמכות כזאת, ולא על חוזים מסחריים, שבהם הרשות המנהלית מתקשרת כמו כל גוף פרטי, כגון חוזה לרכישת ציוד משרדי או לשכירת חדרי משרד. אולם לאחר זמן ננטשה ההבחנה בין חוזים שלטוניים לבין חוזים מסחריים.¹⁵⁹ בהתאם לכך, כיום מקובל שההלכה בדבר השתחררות מחוזה חלה על כל חוזה מנהלי.¹⁶⁰

הדעת נותנת שבדרך-כלל תוכל רשות מנהלית להשתחרר מחוזה גם באופן חלקי בלבד, כלומר, לא מכל החוזה, אלא רק מעניין מסוים שהוסדר בו, ככל שצורכי הציבור מחייבים, וזאת אם בנסיבות המקרה ניתן להפריד עניין זה מעניינים אחרים שהוסדרו בחוזה, כמו בעיפרון כחול, מבלי למוטט את החוזה כולו.¹⁶¹

156 על ההלכה בדבר תוקפו של חוזה מגביל-סמכות ראו לעיל תת-פרק ג3 (ג) ("חוזה מגביל-סמכות").

157 עניין מילר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 2005.

158 ראו גם ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 237. אולם ראו שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 71–72, הסבורה כי ניתן לבסס את הלכת השתחררות על דיני החוזים הכלליים או לחלופין על המשפט הציבורי.

159 ראו לעיל תת-פרק 6א ("חוזה שלטוני וחוזה מסחרי").

160 עניין רגב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 525 (הנשיא ברק): "ביסוד הרחבה זו של הילכת השתחררות [כך שהיא תחול גם על חוזים מסחריים] מונחים שני טעמים: ראשית, ההבחנה בין החוזה השלטוני לבין החוזה המסחרי היא קשה, והגבולות מטושטשים עד לבלי הכר; שנית, להבחנה, גם אם היא ניתן לבססה, אין צידוק. כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת, יש לאפשר לרשות המינהלית להשתחרר גם מחוזה מסחרי".

161 ראו, לדוגמה, עניין מועצה אזורית הגולן, לעיל ה"ש 21.

(א) צורכי ציבור חיוניים

מה הם "צורכי ציבור חיוניים", אשר רק הם מאפשרים השתחררות מן החוזה? התשובה צריכה לשקף איזון ראוי בין הצורך לקיים חוזים לבין הצורך להגן על האינטרס הציבורי.¹⁶² לאור הפסיקה נראה כי נקודת המוצא בהקשר זה היא הצורך לקיים את החוזה. אפשר לומר כי זהו הכלל הרחב.¹⁶³ כדי לחרוג מכלל זה, הרשות המנהלית צריכה להוכיח צורכי ציבור "חיוניים". משמע, כדי שהרשות תהיה רשאית להשתחרר מן החוזה, אין די בצורך ציבורי כלשהו, ובוודאי שאין די בכך שקיום החוזה יגרום לרשות הפסד כספי כלשהו או יכביד עליה בדרך אחרת, אלא נדרש שקיום החוזה יגרום פגיעה קשה (או פגיעה מהותית) באינטרס הציבורי (מבלי לשלול את האפשרות שנוק כספי כבד לרשות יוכל אף הוא להיחשב פגיעה קשה באינטרס הציבורי).¹⁶⁴ הנה, לדוגמה, פסק-דין רגב, שבו נדרש בית-המשפט להחליט אם צורכי ציבור חיוניים הצדיקו השתחררות מחוזה.¹⁶⁵ במקרה זה התקשר משרד הביטחון בחוזה עם חברה מסחרית למכירת מספר גדול של מסכות אב"כ. לאחר-מכן, ולפני שהחוזה בוצע, פרצה מלחמת המפרץ, ומשרד הביטחון נזקק למסכות אלה לצורך הגנת האוכלוסייה. אי-לכך הודיע המשרד לחברה שהוא "משתחרר" מן החוזה. החברה הגישה לבית-המשפט תביעה לפיצויים נגד משרד

162 עניין תשלובת אלוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 120 (הנשיא ברק על ההלכה בדבר השתחררות מן החוזה): "בעריכת האיזון בין השיקולים על בית-המשפט למצוא את נקודת האיזון הארכימדית שתבטא את השיקולים הנוגדים – כיבוד ההסכמה ומולו גביית מס אמת. איזון זה אינו נוקשה. הוא מושפע מחשיבות השיקולים ומעוצמת הפגיעה בהם".

163 ראו, לדוגמה, בג"ץ 10934/02 קיבוץ כפר עזה אגודה להתיישבות חקלאית שיתופית נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 12 לפסק-דינו של המשנה לנשיא אור (פורסם בנבו, 10.5.2004), המשנה לנשיא אור בפס' 12: "נקודת המוצא בהוראות המעבר של המועצה ביחס לציר זה [כלומר, ציר ההסתמכות] הנה, כי על המינהל [כלומר, מנהל מקרקעי ישראל] לקיים את כל התחייבויותיו החוזיות המפורשות. הנהח זה נסמכה על העיקרון לפיו חוזים יש לקיים, ועל ההכרה באינטרס ההסתמכות של מי ששינו לרעה את מצבם בעקבות קיומה של התחייבות חוזית מפורשת. היא מבוססת גם על החשיבות הגלומה בקיום התחייבויותיו החוזיות של המינהל, כחלק מנורמת התנהגות הנדרשת מגוף ציבורי".

164 עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 527 (המשנה לנשיא (בדימ') מצא בדעת מיעוט, אך בעניין הנדון בדעת יחיד): "רק בהתקיים מצב דברים חריג עשוי בית-המשפט לקבוע כי טובת הכלל מחייבת להתיר לרשות להשתחרר מהתחייבות חוזית שנטלה על עצמה, שהלוא הכלל הוא שחוזים יש לקיים, וכלל זה חל גם על הרשות... יתרה מזאת: התפיסה המקובלת היא שטובת הכלל מחייבת את הרשות לכבד את התחייבויותיה, שהלוא בעמידת הרשות בהתחייבויותיה מותנה האמון בה מצד הציבור הרחב". בעניין מועצה אזורית הגולן, לעיל ה"ש 21, בפס' 13 לפסק-דינה, הציגה השופטת פרוקצ'יה גישה מתונה יותר, שיש בה "הכרה בכוחה [של המדינה] כרשות ציבורית, המופקדת על טובת הכלל, להשתחרר מכללי החוזה בנסיבות בהן טובת הציבור מחייבת זאת, וכאשר האינטרס הציבורי בהשתחררות גובר במשקלו באופן ברור על חובת הרשות לכבד את התחייבויותיה החוזיות במסגרת דין החוזים". עם זאת, הוסיפה השופטת פרוקצ'יה (שם, בפס' 18 לפסק-דינה), "נדרש אינטרס ציבורי בעל עוצמה מיוחדת כדי להצדיק השתחררות מהסכם". ראו גם שם, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת ארבל: "השתחררות זו תיעשה במסורה [צ"ל במשורה] על-ידי הרשות תוך הפעלת שיקול דעת באופן זהיר וסביר במסגרת כללי המשפט המנהלי". ראו גם בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 78 (1997).

165 עניין רגב, לעיל ה"ש 53.

הביטחון. בית-המשפט פסק כי אכן "צורכי ציבור חיוניים" הצדיקו את ההשתחררות מן החוזה. עם זאת, כפי שציין בית-המשפט:

הנסיבות המצדיקות השתחררות מינהלית אינן מעור אחד. יש שיכולתה של הרשות הציבורית להשתחרר מחוזה מחייב, מקורה בשינוי מהותי של הנסיבות החיצוניות שהיו ביסוד כריתת החוזה, אך יש שיכולת זו מבוססת על נימוקים אחרים, המבוססים על צורך ציבורי חיוני, בלי שהתרחש שינוי מהותי בנסיבות המקוריות שהיו קיימות בעת כריתת החוזה. כך, אפשר שחל שינוי במדיניות הכלכלית, שאיננו תלוי בנסיבות אובייקטיביות חיצוניות, כגון פרוץ מלחמה. לכן אין הכרח כי זכויותיו של המתקשר הפרטי ייקבעו על-פי כללים אחידים.¹⁶⁶

הלכה למעשה נראה כי הרשויות המנהליות נזהרות מאוד לפני שהן מחליטות להשתחרר מחוזה. רק מקרים מעטים, מתוך חוזים מנהליים אין-ספור, מגיעים לבית-המשפט עקב השתחררות של רשות מחוזה, ולא פעם פסק בית-המשפט באותם מקרים כי ההשתחררות מן החוזה אכן הייתה מוצדקת עקב צורכי ציבור חיוניים.¹⁶⁷

אולם היו גם מקרים שבהם פסק בית-המשפט כי צורכי הציבור, כפי שהוצגו על-ידי הרשות המנהלית, לא הצדיקו את השתחררותה מן החוזה. לדוגמה, במקרה אחד נכרת חוזה בין קופת-חולים לבין עיריית באר-שבע, שבו התחייבה הקופה להקים בית-חולים בתחום העירייה ואילו העירייה התחייבה לפטור את הקופה מתשלום מיסים עירוניים. כעשרים שנה לאחר-מכן החליטה העירייה לחייב בכל-זאת את הקופה לשלם ארנונה. העירייה טענה כי צורכי ציבור חיוניים מאפשרים לה להשתחרר מן החוזה. אך בית-המשפט דחה את טענת העירייה:

העניין שיש לציבור בבאר-שבע במניעת הכבדה על תקציבו של בית החולים שקול כנגד העניין שיש לאותו ציבור בהכנסת בית החולים למעגל משלמי המסים העירוניים; ואין לומר שהאחרון מבטא "צורך ציבורי חיוני", הגובר על משנהו והמצדיק ביטולה של ההתחייבות שנטלה על עצמה העירייה...¹⁶⁸

166 שם, בעמ' 522 (השופט אנגלרד). ראו גם עניין קוגן, לעיל ה"ש 164, בעמ' 91 (השופט אור): "שינוי נסיבות אינו בבחינת תנאי בל יעבור להשתחררות הרשות השלטונית מהסכמים. בסופו של דבר, היסוד המכריע בשאלת ההשתחררות הוא האינטרס הציבורי אשר עליו הופקדה הרשות".

167 ראו, לדוגמה, בג"ץ 124/79 צובא נ' שר הביטחון, פ"ד לד(2) 752, 755 (1980); עניין מועצה אזורית הגולן, לעיל ה"ש 21 (השופטות פרוקצ'יה וארבל נגד דעת מיעוט של השופטת נאור); עניין עיריית פת-תקוה, לעיל ה"ש 30, פס' 28 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ע"מ 3081/10 תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית חוף אשקלון (פורסם בנבו, 21.8.2011); עת"מ (מחוזי חי') 25952-05-13 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עיריית אור עקיבא (פורסם בנבו, 27.11.2013).

168 ע"א 250/88 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' עיריית באר-שבע, פ"ד מג(4) 488, 493 (1989) (השופט קדמי). למקרים נוספים שבהם פסק בית-המשפט כי "צורכי הציבור" לא הצדיקו השתחררות מן החוזה ראו ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מונ(4) 45, 61 (1992); עניין תשובת אלוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 121 (הסכמה בין

אפשר להצביע על שיקולים שונים שיש להם משקל בשאלה מה הם צורכי ציבור חיוניים שדי בהם להתיר לרשות מנהלית להשתחרר מחוזה. קודם־כל, מכיוון שהחלטת הרשות להשתחרר מחוזה היא החלטה מנהלית, "על שיקול הדעת של הרשות הציבורית בענין השתחררות מהסכם חלים כללי המשפט המינהלי. עליה לשיקול שיקולים ראויים וענייניים. עליה להפעיל את שיקול דעתה בסבירות".¹⁶⁹ כמו־כן אפשר להצביע, על יסוד הפסיקה, על שיקולים נוספים שיש להם משקל בהקשרים מסוימים.¹⁷⁰ אולם אין בשאלה זו מבחן חד וברור, אלא התשובה תלויה בעיקר בנסיבות המקרה ובאיזון הנראה לבית־המשפט בעניין הנדון.¹⁷¹

(ב) הזכות לפיצויים

השתחררות של רשות מנהלית מחוזה מעוררת את השאלה אם קמה לצד האחר לחוזה זכות לפיצויים על הנזק שנגרם לו עקב ההשתחררות. אומנם עצם ההשתחררות אינה נחשבת הפרת חוזה, ובכך החוזה המנהלי שונה מחוזה פרטי, ולכן גם ההשתחררות אינה מקימה עילה לפיצויים כפי שמקובל בדיני החוזים הכלליים במקרה של הפרת חוזה. עם זאת, אין זה צודק, ואף אין זה משרת את טובת הציבור, שהצד האחר לחוזה, שאינו נושא באחריות למצב שבעטיו השתחררה הרשות מן החוזה, הוא שישלם את המחיר של צורכי הציבור. הצדק מחייב שאת המחיר של צורכי הציבור ישלם הציבור עצמו, כלומר, קופת המדינה או הרשות המנהלית.¹⁷² אכן, כך קבע בית־המשפט כבר בעניין מילר: "מי שהתקשר בחוזה עם המדינה והיא הסתלקה

העירייה לבין המערער בדבר סיווג נכס מסוים לצורך ארנונה – נפסק כי אין הצדקה להשתחררות מן ההסכם, וזאת מכמה סיבות: לא נפל פגם בהסכמה, תכלית ההסכמה אינה מתן פטור או הנחה מארנונה, ולא חל שינוי בנסיבות; עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 527–528 (המשנה לנשיא (בדימ') מצא בדעת יחיד) (שיקולי תקציב); עת"ם (מנהליים ת"א) 1046/07 רם-חן חניונים בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו (פורסם בנבו, 1.10.2009); עת"ם (מנהליים צ' 12-04-6852 החברה להגנת הטבע נ' המועצה האזורית גליל תחתון (פורסם בנבו, 8.11.2012).
169 עניין מועצה אזורית הגולן, לעיל ה"ש 21, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם עניין תשתיות נפט ואנרגיה, לעיל ה"ש 167; עניין עיריית אור עקיבא, לעיל ה"ש 167; עניין החברה להגנת הטבע, לעיל ה"ש 168, פס' 49 לפסק-הדין.

170 ראו, לדוגמה, לגבי הסכם בדבר שיעור הארנונה – עניין מועצה אזורית הגולן, לעיל ה"ש 21, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת נאור: "אין המדובר באיזון נוקשה. האיזון מושפע מחשיבות השיקולים ומעוצמת הפגיעה בהם; לא הרי הסכמה על שומה המנוגדת לחוק כהרי שומה המהווה פשרה בין הצדדים; לא הרי שומה שנגרמה עקב טעות עובדתית או משפטית בסיווג מבנה כהרי הסכמה על שומה שנועדה לחסוך את העלויות הכרוכות בבירור העובדתי והמשפטי של טענות הצדדים".

171 ראו עניין מועצה אזורית הגולן, לעיל ה"ש 21, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם עניין עיריית פתח-תקוה, לעיל ה"ש 30, פס' 28 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "לרוב, משמשת דוקטרינת ההשתחררות במקרים בהם חל שינוי נסיבות מהותי של הנסיבות החיצוניות שהיו ביסוד כריתת החוזה... עם זאת, כבר נקבע כי ייתכן שהטעם בבסיסה יהיה צורך ציבורי חיוני, וזאת בלא שהתרחש שינוי מהותי בנסיבות".

172 עניין רגב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 524 (השופט אנגלרד): "באופן עקרוני, אין להטיל על אזרח פרטי נזקים שנגרמו במישרין על-ידי הרשות מתוך שיקולים של הגנה על אינטרס ציבורי. נזקים אלה יש להטיל על הציבור כולו... לעיקרון זה יש ביסוס גם בהגנה החוקתית על הקניין המצויה כיום בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".

ממנו, עלול... לזכות בפיצוי נזק, ששיעורם לא יהיה בהכרח שווה לפיצוי שמשלמים על הפרת חוזה, שלא הפרה המדינה חוזה אלא ברשות הסתלקה ממנו".¹⁷³

מהו אפוא שיעור הפיצויים במקרה של השתחררות מחוזה מנהלי? השאלה הועלתה לדיון בפסקי-דין אחדים, אך "טרם באה על פתרונה", כפי שציין בית-המשפט בפסק-דין רגב.¹⁷⁴ יתרה מזו, בית-המשפט הוסיף כי "עקרונית, איני חושב שמן הראוי לקבוע כללים אחידים ונוקשים להסדרת היחסים בין המתקשרים לאחר ההשתחררות".¹⁷⁵ באותו פסק-דין, מכיוון שנסיבות המקרה היו דומות למקרה של סיכול חוזה, כפי שהוסדר בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), קבע בית-המשפט, על-דרך ההיקש מדיני הסיכול, כי שיעור הפיצויים יחושב על יסוד רעיון ההשבה בתוספת שיפוי על הוצאות סבירות.¹⁷⁶ אולם בית-המשפט הדגיש כי מדובר "בנסיבות הקרובות לסיכול",¹⁷⁷ משמע, בנסיבות אחרות התוצאה עשויה להיות שונה.¹⁷⁸ הנה כי כן, יותר מחמישים שנה לאחר שניתן פסק-דין מילר, ההלכה בשאלה זו עודנה מעורפלת.

7. חוזים אחידים

דיני החוזים המנהליים אינם נותנים תמונה שלמה של חיי החוזים המנהליים: הדינים דלים, ואילו החיים עשירים. מצד אחד, כללי המשפט המסדירים חוזים מנהליים הינם מעטים, ולא פעם מעורפלים; מצד אחר, הפרקטיקה של חוזים מנהליים מוסדרת במידה רבה על-ידי הוראות רבות ומפורטות. הוראות אלה נכללות – בעניינים רבים ולעיתים קרובות – בחוזים אחידים מסוגים שונים שנוסחו על-ידי רשויות מנהליות כדי שימשו דגם לחוזים שהרשות נוהגת להתקשר בהם: דגם של חוזה לביצוע עבודות, דגם של חוזה לרכישת טובין, דגם של חוזה להחכרת מקרקעין, דגם של חוזה לרכישת שירותים וכיוצא בהם. חוזים אלה כפופים לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982, אשר חל גם על המדינה ועל כל רשות מנהלית או גוף אחר.¹⁷⁹ באופן עקרוני, על-פי חוק זה ניתן לבטל או לשנות כל תנאי בחוזה כזה אם יש בו "משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח

173 עניין מילר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 2005.

174 עניין רגב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 519. שם, בעמ' 520, הוסיף השופט אנגלרד: "כנראה בשל מיעוט המקרים טרם נתגבשו ההלכות בדבר התוכן המדויק של זכות פיצויים זו".

175 שם, בעמ' 522.

176 שם, בעמ' 522–525.

177 שם, בעמ' 522.

178 שם, בעמ' 527 (הנשיא ברק) ו-528 (השופטת פרוקצ'יה). ראו, לדוגמה, ע"א 679/82 עיריית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ (פורסם בנבו, 31.12.1982). ראו גם ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 253: "דרך הביניים שהלכה והתגבשה בפסיקה במהלך השנים צידדה בפסיקת פיצויים בשיעור של חסרון כיס, המגנים על אינטרס ההסתמכות, להבדיל מפיצויים חוזיים מלאים, הכוללים פיצוי על מניעת רווח, כלומר מגנים על אינטרס הציפייה".

179 ראו הגדרות בס' 2 לחוק החוזים האחידים. ראו גם שם, ס' 22: "לענין חוק זה דין המדינה כדין כל אדם אחר".

לקוחות".¹⁸⁰ אולם באופן מעשי הנסחים של חוזים אלה מודעים להוראות החוק, ונראה כי בדרך-כלל הם נמנעים מלכלול בחוזה תנאים מקפחים.

חוזים אחידים הם תופעה רווחת ומתרחבת גם במגזר הפרטי – בתחומי התקשורת, התעבורה, הבנקאות, הביטוח, האנרגיה ועוד – אך הם תופעה רווחת וחשובה עוד יותר במגזר הציבורי. נראה שאפשר לומר כי במגזר הציבורי חוזה אחד הוא הכלל, ולא חריג. בדרך-כלל נוסחו חוזים אלה על-ידי משפטנים מן המגזר הציבורי, תוקנו לא פעם לאור הניסיון והצרכים של הגוף הציבורי, ויש בהם הוראות אופייניות שאינן מקובלות בחוזים אחידים של המגזר הפרטי, ובעיקר הוראות שנועדו לשרת את האינטרס הציבורי.

(א) הפרקטיקה

פרופ' גבריאלה שלו הסבירה זאת כך:

התקשוריות רבות של הרשות הציבורית נעשות באמצעות חוזים אחידים, על גבי טפסים שהרשות מכינה מראש. בנוסף לסיבות המניעות פרטים להיזקק לחוזים אחידים, והמניעות גם את רשויות השלטון לעשות שימוש בטפסים אחידים שהן מציעות לפרט המתקשר, וביניהן השאיפה לחסוך בעלויות ולמנוע התדיינות מיותרות, קיימות סיבות מיוחדות להתקשרות בחוזים אחידים האופייניות לרשות. ראשית, חוזי הרשות הם במקרים רבים בעלי אופי חוזר ונשנה (למשל: חוזה לרכישת טובין שהרשות נזקקת להם לשם תפקודה השוטף או חוזה לתשלום לקבלנים עצמאיים מסוגים שונים, הנותנים שירותים לרשות). שנית, המתכונת האחידה של חוזי רשות מאפשרת לרשות לכלול בהם תניות המבצרות את אינטרס הציבור, שעליו הרשות מופקדת. שלישית, אחידות התנאים המהווים בסיס להתקשוריות הרשות מסייעת לה לממש את הנורמה של שוויון בין כל המתקשרים בכוח. רביעית, תניות אחידות ניתן לשנות ולהתאים בפשטות יחסית, הן כאשר משתנות הנסיבות ומשתנים צורכי הרשות והן כאשר נעשית עסקה מיוחדת.¹⁸¹

להבדיל מן המגזר הפרטי, שבו כל גוף מחליט לעצמו אם להתקשר בחוזים אחידים, באילו עניינים ובאיזה נוסח, רשות מנהלית מחויבת במקרים רבים להתקשר בחוזים אחידים מכוח הוראה מנהלית שהיא קיבלה מבחוץ או מגבוה, ואין היא רשאית להימנע מחוזה אחד או לסטות מנוסח החוזה אלא במידה מצומצמת. דוגמה בולטת הן ההוראות היוצאות בעניין זה מאת החשב הכללי במשרד האוצר ("הוראות תכ"ם"), אשר מחייבות את כל משרדי הממשלה

180 שם, ס' 3. על חוזים אחידים ראו ורדה לוטסהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים (1994); שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 19, פרק 27 – "חוזים אחידים"; שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 93.

181 שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 99.

ויחידות-הסמך. הוראות אלה קובעות עם מי ניתן להתקשר, באילו עניינים, כיצד להתקשר ומהו נוסח ההתקשרות.¹⁸²

אכן, בפועל נראה כי ההוראות הנכללות בחוזים אחידים של רשויות מנהליות קובעות את המשטר המשפטי של חוזים מנהליים יותר מאשר ההלכות שנפסקו על-ידי בית-המשפט בנוגע לחוזים כאלה, לרבות ההלכה המאפשרת לרשות מנהלית להשתחרר מחוזה.

דוגמה לכך הוא פסק-הדין בעניין "מנורה".¹⁸³ מע"ץ (החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ) פרסמה מכרז לביצוע עבודות סלילה ותאורה בכביש מסוים, וחברת "מנורה" זכתה במכרז. מע"ץ שלחה אל "מנורה" נוסח של חוזה אחיד ("חוזה מדף 3210") כדי שתחתום עליו, ו"מנורה" חתמה עליו כמבוקש.¹⁸⁴ לאחר-מכן פתחה "מנורה" בהכנות לביצוע העבודות. אלא שאז נערכה במע"ץ בדיקה מחודשת, והיא החליטה – בתום-לב ועל יסוד שיקולים ראויים, וביניהם שיקולי תקציב – להפסיק את ההתקשרות עם "מנורה". "מנורה" הגישה לבית-המשפט תביעה לפיצויים. בית-המשפט פסק כי בין מע"ץ לבין "מנורה" נכרת חוזה. אם כך, האם הייתה מע"ץ רשאית להשתחרר מן החוזה לפי הלכת השתחררות? על כך אמר בית-המשפט:

כידוע, רשות מינהלית רשאית להשתחרר מחוזה בהתקיים תנאים מסוימים... הלכה זו הינה חיצונית לחוזה. אין היא נובעת מהוראה חוזית כלשהי. לעומת זאת, במקרה שבפנינו כלל החוזה אשר נכרת בין מע"ץ למנורה סעיף המאפשר למע"ץ להפסיק באופן חד צדדי את עבודתו של הקבלן שזכה במכרז (להלן – תניית הפסקה). בסעיף 46(1) לחוזה נקבע: "קבלן יפסיק את ביצוע המבנה, כולו או מקצתו, לזמן מסוים או לצמיתות, לפי הוראה בכתב מאת המנהל, בהתאם לתנאים ולתקופה שיצוינו בהוראה, ולא יחדש את ביצוע המבנה אלא אם ניתנה לו על ידי המנהל הוראה בכתב על כך".

לגבי הסיטואציה העובדתית שהתרחשה בעניין דכאן חל סעיף 46(7), שזו לשונו: "הופסק ביצוע המבנה, כולו או מקצתו, לצמיתות, אחרי חתימת החוזה, אך לפני שניתן צו התחלת העבודה, או אחרי שניתן צו התחלת העבודה, אך הקבלן טרם החל בביצוע המבנה בפועל – יחולו הוראות סעיף קטן (5) ובלבד שבמקרה זה ישולם לקבלן רק מחצית הסכום המתקבל לפי סעיף קטן (5)".

182 הנה, לדוגמה, הוראת החשב הכללי 7.11.5 "התקשרות עם קבלן מוכר לביצוע עבודות הנדסה בנאות" (6.8.2014). הוראה זו קובעת נוהל מפורט לצורך התקשרות עם קבלן לביצוע עבודות: עם מי מותר להתקשר, מה הם תנאי-הסף להתקשרות ועוד. ס' 4.6 להוראה קובע כך: "4.6.1. התקשרות עם קבלן כמפורט לעיל תמומש באמצעות חוזה מדף 3210 במהדורה האחרונה, כפי שמפורסם באתר החשב הכללי. 4.6.2. אין להכניס שינויים מהותיים בחוזה הסטנדרטי או למחוק סעיפים עקרוניים ממנו, כגון שינויים בתנאי תשלום או אחרים. שינויים לא מהותיים יפורטו בנספח נפרד, אשר יצורף למסמכי המכרז".

183 עניין "מנורה", לעיל ה"ש 155.

184 שם, פס' 11 לפסק-דינו של השופט גרוניס: "מדובר בחוזה אחיד המשמש את המדינה ורשויותיה בהתקשרויות עם קבלנים ומכונה בשם 'חוזה מדף 3210'".

עוד כולל החוזה התייחסות לגובה הפיצוי שישולם לקבלן במקרה של הפסקת העבודות לפי החלטת המזמין. סעיף 46(5) כולל נוסחה אריתמטית, שאין צורך לפרטה, לחישוב גובה הפיצוי...

בית משפט זה קבע כבר בעבר, כי בכוחה של תניית הפסקה להקל, מבחינה מעשית ומבחינה עיונית, על הסתלקותה של רשות מחוזה, כאשר מתעורר בכך הצורך מחמת אינטרס ציבורי... כלומר, אין בהכרח חפיפה בין הלכת ההשתחררות לבין תניית הפסקה מבחינת תחולתן. לפיכך, ייתכנו מקרים בהם לא יכולה הייתה הרשות המנהלית להשתחרר מחוזה מכוחה של הלכת ההשתחררות, אולם תניית הפסקה תאפשר לה לעשות כן... כאשר מדובר בתנייה חוזית המאפשרת לרשות להשתחרר מן החוזה, קרי תניית הפסקה, ברי כי מטרתה להקל עם הרשות ביחס להלכת ההשתחררות... משמע, אף אם הלכת ההשתחררות אינה מאפשרת את סיום ההתקשרות במצב דברים מסוים, הרי תניית הפסקה יכול שתאפשר את הפסקת החוזה על פי אותו מצב דברים...¹⁸⁵

בסופו של דבר דחו הוראות החוזה בין מע"ץ לבין "מנורה" את רגליה של ההלכה: שאלת הפסקת החוזה, וכן שאלת הפיצוי בגין הפסקת החוזה, הוכרעו על-פי הוראות החוזה, ולא על-פי ההלכה בדבר השתחררות מחוזה. משמע, החוזה יכול להקנות לרשות המנהלית זכות שאינה מוקנית לה על-פי ההלכה.¹⁸⁶

נוסף על כך, כמובן, בכל עניין שאינו מוסדר על-ידי ההלכה – ויש עניינים רבים שדיני החוזים המנהליים אינם מסדירים עדיין – הוראות החוזה המנהלי, שהן על-פי-רוב הוראות של חוזה אחיד, הן הקובעות את המשטר המשפטי של החוזה.

(ב) החסרונות

וכי רע הדבר? אפשר לומר כי מבחינה עקרונית המצב הקיים נותן ביטוי מובהק וחיובי לחופש החוזים, וכי מבחינה מעשית טוב הדבר שהעניין הנדון מוסדר על-ידי חוזה שמנוסח באופן מפורט וברור. ובכל-זאת, המצב הקיים מטריד מבחינות אחדות.

ראשית, אין זה נכון לומר כי המצב הקיים מבטא את חופש החוזים באופן ראוי. זאת, משום שחוזה אחיד, אף שגלומים בו יתרונות של נוחות ויעילות, אינו מבטא מפגש אמיתי של רצונות חופשיים. אין בו שוויון בין שני הצדדים. הוא נוסח על-ידי צד אחד – הצד החזק – לטובת אותו צד, ואילו הצד האחר נאלץ מבחינה מעשית לקבל את הנוסח כפי שהוא. כך הדבר באופן

185 שם, פס' 5-6 לפסק-דינו של השופט גרוניס. השופט גרוניס דחה את טענת "מנורה" כי הוראות החוזה בדבר האפשרות של מע"ץ להפסיק את החוזה הן בגדר "תנאי מקפח": "לאור העובדה שהחוזה, על תניית הפסקה שבו, הוא תוצאה של משא ומתן בין התאחדות הקבלנים למדינה, נתקשה לומר שסעיף 46 שבו, הכולל את תניית הפסקה, הינו סעיף מקפח בחוזה אחיד" (שם, פס' 11). הוא הוסיף כי הוראות אלה אינן בגדר תנאי מקפח גם משום שהן כוללות הסדר בדבר פיצוי.

186 ראו גם עניין בנק ארץ ישראל בריטניה, לעיל ה"ש 155; עניין פבר, לעיל ה"ש 155.

בולט כאשר לצד המנסח את החוזה יש מעמד של מונופול או מעמד דומה, או כאשר כל התחום מוסדר על-ידי חוזים אחידים, כפי שקורה, למשל, בתחום הבנקאות או בתחום הביטוח. כך הדבר, באופן בולט עוד יותר, במגזר הציבורי. לממשלה, לרשויות המקומיות ולתאגידים ציבוריים אחרים יש כוח רב, ובעניינים רבים יש להם מעמד של מונופול או מעין-מונופול. כך הדבר, לדוגמה, בתחום המקרקעין, שהרי יותר מ-90% מן המקרקעין בישראל נשלטים על-ידי רשות מקרקעי ישראל; כך גם בתחום נמלי-הים ונמלי-האוויר; וכך בתחומים נוספים. במצב זה, מבחינה מהותית, החוזים האחידים המוצעים על-ידי המדינה ועל-ידי גופים מנהליים שונים הם מעין-חקיקה יותר מאשר בגדר חוזים. אבל זאת מעין-חקיקה הנעשית לא על-ידי המחוקק, ללא הסמכה מפורשת על-פי חוק, ואף ללא הערובות הנלוות לחקיקה אמיתית, ביניהן דיון ציבורי.

שנית, מבחינה עקרונית נראה שאין זה מצב רצוי שתחום חשוב כל-כך מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית כמו תחום החוזים המנהליים יוסדר בעיקרו על-ידי חוזים, ובעצם על-ידי צד אחד לחוזה, ולא על-ידי דיני המדינה, אם באמצעות חוק חרות ואם באמצעות הלכה פסוקה. חוזי ביטוח, למשל, מוסדרים באופן מפורט על-ידי חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, וחוזי עבודה מוסדרים באופן מפורט על-ידי חוקים אחדים ועל-ידי הלכות שנפסקו בבית-הדין לעבודה. האין זה ראוי שגם חוזים מנהליים יוסדרו, ולו בקווים כלליים, על-ידי חוק, ולא על-ידי נסח במשרד ממשלתי?

שלישית, רשות מנהלית חייבת לנהוג בהגינות, ובכלל זה היא אמורה לאזן באופן ראוי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי. אך חוזה אחיד, שהנוסח שלו מוכתב על-ידי צד אחד לחוזה, מעורר חשש שהוא יהיה מוטה לטובת אותו צד. חשש זה אינו מתפוגג רק משום שנוסח החוזה מוכתב על-ידי רשות מנהלית. רשות מנהלית, ודווקא רשות המסורה לאינטרס הציבורי, עלולה להעדיף את האינטרס הציבורי במידה העולה על הנדרש, באופן שמפר את האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי. למשל, היא עלולה לאפשר לרשות המנהלית להשתחרר מן החוזה גם כאשר אין הדבר נדרש על-ידי צורכי ציבור חיוניים, וגם לחייב את הרשות בתשלום פיצויים נמוכים מן הראוי. אומנם, חוק החוזים האחידים אמור להגן מפני תנאים מקפחים בחוזה אחיד, אך בפועל אין הוא נותן אלא הגנה חלקית בלבד. כמו-כן, קיימת אומנם אפשרות של ביקורת שיפוטית על התקשרות חוזית של הרשות המנהלית, אך ביקורת זו מוגבלת, וגם היא אינה נותנת אלא הגנה חלקית.¹⁸⁷ לפיכך החשש קיים ועומד.

השאלה עד כמה החוזים האחידים של רשויות מנהליות משרתים היטב את מטרתם, ובכלל זה אם הם יוצרים איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי, טרם נחקרה, והמצב הקיים בשאלה זו אינו ברור. היה ראוי שמחקר כזה ייערך, ולא רק מבחינה משפטית, אלא גם מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית, בגלל ההשפעה הרבה של חוזים אלה על משק המדינה ועל חיי החברה בישראל. עם זאת, גם ללא מחקר כזה נראה שאין זה ראוי שרשויות מנהליות שונות, במסגרת הממשלה ומחוץ למסגרת הממשלה, יקבעו כל אחת לעצמה את התנאים והנוסח של חוזים שבהם הן מתקשרות, ללא הסדר ובקרה חיצוניים. נראה כי ראוי שייקבע

187 השוו עניין בנק ארץ ישראל בריטניה, לעיל ה"ש 155.

הסדר חיצוני שיחול על כל הרשויות במנהל הציבורי ויקבע הוראות, למשל, בעניין חובת התייעצות עם גופים ייצוגיים בתחום הנדון, פרסום פומבי של תנאי ההתקשרות ובקרה חיצונית על נוסח החוזים.¹⁸⁸ מכל מקום, המצב הקיים, שבו התחום הרחב והחשוב של חוזים מנהליים נשלט במידה רבה על-ידי חוזים שנוסחו באופן חד-צדדי, מעורר על פניו ספק ואף דאגה. האם המצב הקיים הוא גם המצב הרצוי?¹⁸⁹

ד. פגמים בחוזים מנהליים

יש מקום להבחין בין שני סוגים של פגמים משפטיים בכל חוזה, בחוזה מנהלי כמו בחוזה פרטי: (1) פגם ביצירת החוזה; (2) פגם בביצוע החוזה. אולם גם בעניין זה יש מיוחדות לחוזה המנהלי, שכן הכללים בדבר סוגי הפגמים ובדבר הסעד שיינתן בגינם במקרה של חוזה מנהלי שונים מהכללים במקרה של חוזה פרטי. כך לגבי פגם ביצירת החוזה, וכך גם לגבי פגם בביצוע החוזה.

1. פגם ביצירת החוזה

את הפגמים המשפטיים ביצירת חוזה מנהלי אפשר לחלק באופן גס לשתי קבוצות שהגבול ביניהן מטושטש: קבוצה אחת כוללת פגמים היוצרים חוסר סמכות עניינית של הרשות המנהלית; והקבוצה האחרת כוללת פגמים שיש בהם חוסר סמכות צורנית, כלומר, פגמים בהליך המנהלי שהוביל ליצירת החוזה.

(א) חוסר סמכות עניינית

הנה דוגמאות אחדות לפגמים היוצרים חוסר סמכות עניינית: מקרה שבו רשות מנהלית כורתת חוזה אף שאין לה אישיות משפטית במשפט הפרטי; מקרה שבו רשות הוסמכה להתקשר בשם המדינה בסוג מסוים של חוזים, והיא מתקשרת בחוזה מסוג אחר; מקרה שבו חוק קובע כי רשות מנהלית מוסמכת להתקשר בחוזה באמצעות אורגן מסוים של אותה רשות, אך אורגן אחר של הרשות התיימר לייצג את הרשות וחתם על החוזה.¹⁹⁰

(ב) חוסר סמכות צורנית

הנה דוגמאות אחדות לפגמים בהליך המנהלי שהוביל ליצירת החוזה: מקרה שבו רשות מנהלית מתקשרת בחוזה ללא מכרז אף שהחוק מחייב אותה להתקשר בחוזים מסוג כזה בדרך של מכרז; מקרה שבו החוק דורש כי הרשות תתקשר בחוזה רק לאחר התייעצות או לאחר

188 על הצעה ברוח זו ראו CRAIG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 112.

189 על המצב הקיים והמצב הרצוי ראו להלן פרק ה.

190 על התקשרות בחוזה מנהלי בהעדר סמכות עניינית ראו לעיל תת-פרק 33(א) ("חוזה שחורג מן הסמכות").

קבלת חוות-דעת מגורם מסוים, אך הרשות מתקשרת ללא התייעצות או חוות-דעת כנדרש; מקרה שבו החוק קובע כי החוזה טעון אישור של גורם חיצוני, אך אישור כזה לא התבקש, ומכל מקום לא ניתן.¹⁹¹

פגמים משפטיים ביצירת חוזה מנהלי נגרמים לעיתים קרובות בשל הפרת הוראה שנקבעה בחוק החרות, כגון הוראה הדורשת התייעצות עם גורם חיצוני או אישור שלו. אך לא פעם פגם כזה נגרם בשל הפרת הלכה פסוקה המגבילה את הרשות המנהלית בהפעלת סמכויותיה. כאלה הן, לדוגמה, ההלכות המחייבות כל רשות מנהלית להפעיל את סמכותה רק כדי לשרת את מטרת החוק המסמך, ולא למטרה זרה לחוק, ולעשות זאת על יסוד שיקולים ענייניים בלבד, ללא הפליה, במתחם הסבירות ועוד. הלכות אלה, החלות על הפעלת סמכויות מנהליות בדרך-כלל, חלות גם על הפעלת הסמכות להתקשר בחוזה. בהתאם לכך, אם רשות מנהלית, דוגמת עירייה, כורתת חוזה בעניין שאין לו שום קשר למילוי תפקידיה או תוך הפרה של כלל השוויון או בחריגה ממתחם הסבירות, אזי זהו פגם ביצירת החוזה.¹⁹²

(ג) הסעד בגין הפגם

מהו הסעד בגין פגם משפטי ביצירת חוזה מנהלי? אין זאת שאלה פשוטה, שכן חוזה מנהלי כפוף לשניות נורמטיבית, כלומר, הוא כפוף הן לכללים של המשפט הפרטי והן לכללים של המשפט המנהלי.¹⁹³ אך כללי הסעד במשפט הפרטי שונים מכללי הסעד במשפט המנהלי. מכיוון שכך מתעוררת השאלה מה הם הכללים שיחולו במקרה של פגם משפטי ביצירת חוזה מנהלי – כללי המשפט הפרטי או כללי המשפט המנהלי. בית-המשפט טרם פסק הלכה אם יש לבחור באלה או באלה. היו אומנם מקרים שבהם החיל בית-המשפט על חוזה מנהלי רק את כללי המשפט הפרטי,¹⁹⁴ אך היו גם מקרים שבהם הוא החיל על חוזה מנהלי גם את כללי המשפט הפרטי וגם את כללי המשפט המנהלי באופן מקביל.¹⁹⁵ אומנם, מבחינה מעשית אפשר שבמקרה מסוים לא תהיה נפקות לבחירה בין כללי הסעד של המשפט הפרטי לבין אלה של המשפט המנהלי, אולם יש מקרים שבהם תהיה נפקות לבחירה זו. מעבר להיבט העקרוני הטמון בשאלה אם נכון להכפיף את החוזה המנהלי לכללי הסעד של המשפט הפרטי או לכללי הסעד של המשפט המנהלי, אפשר שגם מבחינה מעשית תהא לבחירה בין אלה לבין אלה השפעה על התוצאה.

191 על התקשרות בחוזה מנהלי בניגוד לדרישות צורניות ראו לעיל תת-פרק 4ג ("דרישות צורניות לכריתת חוזה").

192 על כך שההלכות החלות על הפעלת סמכויות מנהליות חלות בדרך-כלל גם על התקשרות בחוזה מנהלי ראו לעיל ה"ש 88 והטקסט שלידה.

193 על השניות הנורמטיבית ראו לעיל תת-פרק 2ג ("שניות (דואליות) נורמטיבית").

194 ראו, לדוגמה, עניין מ. מזוז (1990), לעיל ה"ש 138.

195 ראו, לדוגמה, ע"א דירות יוקרה, לעיל ה"ש 102, פס' 51 לפסק-הדין; דנ"א דירות יוקרה, לעיל ה"ש 102.

הסעד לפי המשפט הפרטי – המשפט הפרטי פותח דרכים שונות של התייחסות לפגם ביצירת החוזה.¹⁹⁶ בין היתר אפשר לקבוע כי הפגם שנפל במקרה מסוים – למשל, העדר כשירות, העדר סמכות, אי-קיום מכרז או העדר אישור חיצוני – מונע את יצירת החוזה: המשא-ומתן בין הצדדים לא הבשיל כדי יצירת חוזה, ולכן גם מעולם לא היה תוקף לחיובים שנקבעו בחוזה.¹⁹⁷ אך אפשר גם, במקרה כזה, להחיל על החוזה את סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".¹⁹⁸ בית-המשפט החיל סעיף זה גם על חוזים מנהליים.¹⁹⁹ אכן, כאשר נוצר חוזה אך נפל פגם משפטי בהליך יצירתו, אפשר לומר כי החוזה הוא בלתי-חוקי. אם כך, לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), החוזה בטל. ומהי הנפקות של בטלות לפי סעיף 30 לחוק? סעיף 31 לחוק נותן את התשובה: בדרך-כלל כל צד לחוזה חייב להשיב לצד האחר את מה שקיבל על-פי החוזה או את שווי הדבר שקיבל, אך בית-המשפט רשאי, "אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון", לפטור צד מחובה זו, כולה או מקצתה, ואם צד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד האחר בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו. כלל זה חל גם הוא על חוזים מנהליים.²⁰⁰ ראוי להדגיש: סעיף 31 מקנה לבית-המשפט שיקול-דעת רחב לעצב את הסעד כפי שנראה לו הולם את "הצדק", לאור נסיבות המקרה הנדון, וזאת "בתנאים שימצא לנכון". כפי שאמר בית-המשפט:

במסגרת שיקולי הצדק, על בית המשפט להתחשב באינטרס הציבורי שבמניעת ביצועם של חוזים בלתי חוקיים ובהרתעת הציבור מפני כריתתם. על בית המשפט להתחשב גם בתכלית הספציפית של החוק שהחוזה עומד בניגוד אליו, לאמור: האינטרס הציבורי לא מגולם רק ברצון הכללי למנוע כריתת של חוזים בלתי חוקיים, אלא גם באינטרס המסוים שהחוק הספציפי נועד להגשים. פרמטר מרכזי העומד ביסוד הבחינה של האינטרס הציבורי הוא דרגת החומרה

196 ראו, באופן כללי, שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 19, שער שלישי – "פגמים בחוזה", בעמ' 153; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב, שער שלישי – "פגמים ברצון ובכשרות" 651 (1992); פרידמן וכהן חוזים כרך ג, לעיל ה"ש 139, פרק 29 – "חוזה פסול", בעמ' 473; ברק-ארוז משפט מינהלי כלכלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 270, 303; איל זמיר "החוזה הבלתי חוקי ותוצאותיו – אחרי שלושים שנה" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 423 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

197 ראו, לדוגמה, עניין כהן, לעיל ה"ש 88; עניין חגולי, לעיל ה"ש 30. ראו עוד לעיל תת-פרק 3א ("חוזה מנהלי, ולא החלטה או הבטחה מנהליות").

198 ראו, לדוגמה, עניין עיריית פתח-תקוה, לעיל ה"ש 30, שבו נחלקו השופטים בשאלה אם נוצר חוזה אך הוא בטל מחמת אי-חוקיות או שמא לא נוצר חוזה כלל ועיקר. על ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי) ראו לעיל תת-פרק 3ג (ג) ("חוזה מגביל-סמכות").

199 ראו, לדוגמה, עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 33. ראו גם טל בנד "אי-חוקיות והחוזה הממשלתי" משפטים יד 295 (1984).

200 ראו, לדוגמה, עניין זגורי, לעיל ה"ש 121; עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4; עניין עיריית פתח-תקוה, לעיל ה"ש 30, פס' 16 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "יש להחיל את ההסדר הנורמטיבי הקבוע בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973... על החוזה המנהלי הפסול". ראו גם שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 47.

של אי החוקיות. מן העבר השני, על בית המשפט להתחשב גם ב"צדק הפרטי" שבין הצדדים הקונקרטיים. בית המשפט צריך לשקול, בין היתר, את מידת "האשמה" של הצדדים לחוזה, לרבות התנהגות הצדדים ותום הלב שלהם; את מידת הביצוע של החוזה הפסול ואת מידת ההסתמכות של הצד השני לחוזה.²⁰¹

סעיף 31 חל בכל מקרה של בטלות לפי סעיף 30. לפי סעיף 30, חוזה בלתי-חוקי הוא חוזה בטל, ולכן משתמע שסעיף 31 חל בכל מקרה של חוזה בלתי-חוקי. אולם כאן מתעוררת בעיה: בית-המשפט פסק שלא כל חוזה בלתי-חוקי הוא חוזה בטל. בין היתר פסק בית-המשפט כי חוזה המגביל סמכות, אף שהוא בלתי-חוקי במובן זה שהוא מונע את הרשות המנהלית מלהפעיל סמכות מסוימת כפי שהיא מצווה על-ידי החוק, אינו בטל בדרך-כלל, אלא מחייב, אם כי הרשות רשאית "להשתחרר" ממנו.²⁰² כמו-כן, גם חוזה שנערך בניגוד לדרישה מפורשת של חוק, כגון דרישה לקיים התייעצות או לקבל חוות-דעת, אינו בטל בהכרח. אלא מאי? השאלה אם חוזה מסוים שהוא בלתי-חוקי הוא חוזה בטל לפי סעיף 30 תלויה בגורמים שונים, ובעיקר בתכלית החוק הנוגע בעניין הנדון. כפי שאמר בית-המשפט, "לא כל איסור שבחוק הופך את החוזה לבלתי חוקי", ובכך מכניס את החוזה המפר את הוראות החוק לגדר של סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). לעתים לא נועד האיסור אלא להטיל סנקציה אישית על המתקשרים, בלי לפגוע בתוקף ההסכם. האיסור על כריתת החוזה עשוי להתפרש כאיסור הגורר אחריו תוצאה 'אישית' לבר-חוזית (מעין תוצאה 'in personam') ולא תוצאה חפצית (מעין תוצאה 'in rem') הפוגעת בחוזה עצמו.²⁰³ בין היתר אימץ בית-המשפט לצורך זה הבחנה בין הוראות חוק "מצוות" לבין הוראות חוק "מדריכות", וכן בין הוראות חוק "מהותיות" לבין הוראות חוק "טפלות". בהתאם להבחנה זו, אפשר שתכלית החוק בעניין הנדון תלמד כי חוזה הנוגד הוראה מסוימת באותו חוק אינו בטל או שהוא בטל רק באופן חלקי, משום שהוראה זו היא רק "מדריכה" או "טפלה".²⁰⁴

התוצאה של שילוב הסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי) היא שמצד אחד מוקנה לבית-המשפט שיקול-דעת רחב לעצב את הסעד במקרה של חוזה בלתי-חוקי באופן שיהלום את נסיבות המקרה, על יסוד שיקולים של אינטרס ציבורי וצדק פרטי; אולם מצד אחר, בהעדר אמות-מידה ברורות להפעלת שיקול-הדעת, הדין בעניין הסעד במקרה של חוזה בלתי-חוקי הוא מעורפל, והוודאות המשפטית נפגעת.

שאלה היא אם הדין המתבסס על סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי) הוא הדין הראוי גם לחוזים מנהליים. שאלה זו מתעצמת מכיוון שחוזים מנהליים כפופים, על-פי כלל השניות הנורמטיבית, לא רק למשפט הפרטי, אלא גם למשפט המנהלי. אכן, לא פעם בית-המשפט בודק תביעה למתן סעד בגין אי-חוקיות של חוזה מנהלי הן לפי המשפט הפרטי והן

201 עניין עיריית פתח-תקוה, לעיל ה"ש 30, פס' 17 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
 202 על תוקפו של חוזה מגביל-סמכות ראו לעיל תת-פרק 33(ג) ("חוזה מגביל-סמכות"), ועל הלכת ההשתחררות ראו לעיל תת-פרק 63 ("השתחררות מחוזה").
 203 עניין זגורי, לעיל ה"ש 121, בעמ' 768. ראו גם לעיל תת-פרק 33(ג) ("חוזה מגביל-סמכות").
 204 ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 359.

לפי המשפט המנהלי.²⁰⁵ מכיוון שכך, שאלה היא אם המשפט המנהלי אינו עדיף בהקשר זה על המשפט הפרטי. הבה נברר כעת מהו אפוא הדין לפי המשפט המנהלי לגבי הסעד במקרה של חוזה מנהלי בלתי-חוקי.

הסעד לפי המשפט המנהלי – המשפט המנהלי מסדיר באופן מקיף את הנושא של החלטות מנהליות. ראשית, הוא קובע את כללי ההתנהלות של רשות מנהלית: קודם-כל את החובה לקיים את הוראות החוק המתייחסות להחלטה, כגון ההוראה לתת פרסום מוקדם לטיוטת ההחלטה, ההוראה לקיים התייעצות או ההוראה לקבל אישור של גורם חיצוני; ונוסף על כך את החובה לקיים את ההלכות המתייחסות להחלטה המנהלית, המחייבות את הרשות להכין תשתית עובדתית ראויה, לקיים שימוע, לשקול רק שיקולים ענייניים, להימנע מהפליה, לפעול במתחם הסבירות ועוד. שנית, המשפט המנהלי קובע גם את כללי הסעד במקרה של הפרת אחד מכללי ההתנהלות – למשל, מה הסעד שיינתן לאדם שנפגע מהפרה של הוראת חוק המחייבת את הרשות לקיים התייעצות עם גורם מסוים או מהפרה של ההלכה המחייבת את הרשות לקיים שימוע לפני קבלת ההחלטה.

כללים אלה – הן כללי ההתנהלות והן כללי הסעד – חלים על כל החלטה של כל רשות מנהלית. מכיוון שהחלטה של רשות להתקשר בחוזה מסוים אף היא החלטה מנהלית, כללים אלה חלים גם על החלטת הרשות להתקשר בחוזה. זאת הליבה של כלל השניות הנורמטיבית:²⁰⁶ מכיוון שהרשות המנהלית היא נאמן הציבור, והיא פועלת כנאמן הציבור גם כאשר היא מתקשרת בחוזה, כללי המשפט המנהלי חלים גם על החלטת הרשות להתקשר בחוזה; ולא רק כללי ההתנהלות חלים עליה, אלא גם כללי הסעד, שהרי כללי הסעד קשורים באופן הדוק לכללי ההתנהלות ומותאמים אליהם באופן מיוחד. הדעת נותנת כי סעד שנוצר במיוחד למקרה של הפרת כלל התנהלות של המשפט המנהלי הולם את האינטרס הציבורי ואת נסיבות המקרה יותר מאשר סעד שנוצר למקרה שונה באופן מהותי של הפרת כלל התנהלות של המשפט הפרטי. לכן אפשר לטעון כי אין זה סביר שרשות מנהלית המתקשרת בחוזה תהא כפופה לכללי ההתנהלות של המשפט המנהלי, אך אם היא תפר את כללי ההתנהלות של המשפט המנהלי, היא תהיה כפופה לכללי הסעד של המשפט הפרטי.

זאת ועוד, תחולתם של כללי הסעד של המשפט המנהלי על החוזה המנהלי, במקרה שבו החוזה נוצר תוך הפרה של אחד מכללי ההתנהלות של המשפט המנהלי, מאפשרת לאדם שנפגע מן ההתקשרות בחוזה להגיש עתירה לבג"ץ, המפעיל את כללי הסעד שלפי המשפט המנהלי, ולא את כללי הסעד שלפי המשפט הפרטי. יתרה מזו, במקרה כזה, לפי כללי המשפט

205 לדוגמה, בעניין עיריית פתח-תקוה, לעיל ה"ש 30, פס' 16 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, נאמר כי "יש להמשיך ולבחון את השלכות אי החוקיות. בהיות החוזה שלפנינו חוזה מנהלי, כפוף הוא למשטר של 'דואליות נורמטיבית', לאמור: הוא כפוף הן למשפט החוזי הפרטי הן למשפט המנהלי הציבורי". ראו גם שם, פס' 27 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. כן ראו עניין חגולי, לעיל ה"ש 30.

206 על כלל השניות הנורמטיבית ראו לעיל תת-פרק 2ג ("שניות (דואליות) נורמטיבית").

המנהלי, אפשר שהעתירה, המבקשת את ביטולו של החוזה המנהלי או סעד אחר, תוגש לא בהכרח על-ידי צד לחוזה, אלא על-ידי עותר ציבורי.²⁰⁷ מתברר, אם כן, שבעניין זה קיים מתח – ואולי אפשר אף לומר שנוצרה תחרות – בין כללי הסעד של המשפט הפרטי לבין כללי הסעד של המשפט המנהלי. מכיוון שכך, מה הם כללי הסעד שראוי להחיל במקרה של פגם משפטי ביצירת החוזה המנהלי: כללי הסעד של המשפט הפרטי, כללי הסעד של המשפט המנהלי או גם אלה וגם אלה? לצורך מתן תשובה יש להציג תחילה את כללי הסעד של המשפט המנהלי ולברר את השוני בינם לבין כללי הסעד של המשפט הפרטי.

בתחילת הדרך היה השוני שולי, באופן טבעי, שכן השופטים שדנו בחוזים המנהליים (בבית-המשפט של אנגליה, ולאחר-מכן בבית-המשפט בישראל) היו אותם שופטים שדנו גם בחוזים אחרים, והכללים שהם הכירו והפעילו בתחום זה היו כללי המשפט הפרטי בלבד. לכן, כמו לגבי חוזה פרטי, גם בחוזה המנהלי נקודת המוצא הייתה שחווה שנוצר בניגוד לחוק הוא חוזה בטל: בוודאי כך במקרה של חוזה שנוצר תוך חריגה של הרשות המנהלית מן הסמכות שהוקנתה לה בחוק, וכך גם במקרה של חוזה המגביל את הסמכות שהוקנתה לרשות בחוק.²⁰⁸ כאשר התבררו לבית-המשפט הקשיים הכרוכים בכלל הקובע שכל חוזה הנוגד כל הוראת חוק הוא חוזה בלתי-חוקי ולכן בטל, יצר בית-המשפט את ההבחנה בין הוראות חוק "מדריכות" לבין הוראות חוק "מצוות", ופסק באופן כללי כי הפרה של הוראת חוק "מדריכה" אינה גורמת בטלות, לא של החלטה מנהלית ולא של חוזה, ללא הבחנה בין חוזה פרטי לבין חוזה מנהלי. אולם בהמשך הדרך, כאשר למד בית-המשפט להכיר את הצרכים והשיקולים המיוחדים הכרוכים בחוזה מנהלי, הוא החל ליצור כללים מיוחדים גם לגבי הסעד בחוזים מנהליים. כך, לדוגמה, הוא פסק כי חוזה מגביל-סמכות, אף שהוא נוגד את החוק המקנה את הסמכות, אינו בטל, אך הוסיף ופסק כי אף שהחוזה תקף, הרשות המנהלית רשאית "להשתחרר" מן החוזה אם צורכי ציבור חיוניים מצדיקים זאת.²⁰⁹ כללים אלה לא ביטלו את כללי הסעד של המשפט הפרטי, אלא היו בגדר חריג, כמו טלאי של המשפט המנהלי על-גבי המשפט הפרטי.

אך בשנות התשעים של המאה העשרים חל מהפך בכללי הסעד של המשפט המנהלי, כאשר בג"ץ נתן תוקף רשמי לתפיסה שונה לגמרי של הסעד הראוי במשפט המנהלי. התפיסה הישנה,

207 ראו, לדוגמה, בג"ץ 3180/94 דרון נ' ראש עיריית ראשון-לציון, פ"ד מח(4) 733 (1994) (חוזה שנכרת על-ידי העירייה לביצוע פרויקט בעיר ללא קבלת חוות-דעת משפטית כנדרש בחוק); בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220 (2000) (חוזה שנכרת בין עמותה לבין העירייה בדבר הקצאת מקרקעין לצורך הקמת מרכז קהילתי בוטל מכיוון שהוא התבסס על החלטת עירייה שהתקבלה בהעדר תשתית עובדתית ראויה ותוך התעלמות משיקולים ענייניים); בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289 (2004) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון) (עתירה של עותר ציבורי נגד חוקיותו של חוזה בין העירייה לבין גוף פרטי בטענה שהחוזה נכרת תוך הפרה של כללי התנהלות של המשפט המנהלי); עניין אלון חברת הדלק, לעיל ה"ש 131 (חוזה של מנהל מקרקעי ישראל עם חברה עסקית נבדק, לבקשת עותר ציבורי, לאור כמה מביין כללי ההתנהלות של המשפט המנהלי).

208 על חוזה שנוצר תוך חריגה מן הסמכות ראו לעיל תת-פרק ג3א ("חוזה שחורג מן הסמכות"), ועל חוזה שמגביל סמכות ראו לעיל תת-פרק ג3א ("חוזה מגביל-סמכות").

209 על כלל ההשתחררות מחוזה מנהלי ראו לעיל תת-פרק ג6 ("השתחררות מחוזה").

שהתקבלה על-ידי בג"ץ בירושה מן המשפט האנגלי, התבססה על ההבחנה בין פגם של חוסר סמכות לבין פגמים אחרים, כגון טעות של דין או טעות של עובדה במסגרת הסמכות, פגם בסדרי ההליך המנהלי וכיוצא בהם. לפי הבחנה זו, פגם של חוסר סמכות שנפל בהחלטה מנהלית היה אמור להפוך את החלטה לבטלה מעיקרה, כאילו לא באה לעולם (void), ואילו פגם אחר היה אמור לעשותה נפסדת (voidable), כלומר, להותירה תקפה ומחייבת אך רק כל עוד היא אינה מבוטלת על-ידי בית-המשפט. אולם, כאשר התברר כי תפיסה זו אינה מתיישבת עם צורכי המציאות, ניבעו בה פרצות, והיא נשחקה בהתמדה. בין היתר היא גרמה להיווצרות ההבחנה בין הוראות חוק "מדריכות" לבין הוראות חוק "מצוות", אשר נתנה למעשה הכשר מראש להפרה של הוראות חוק "מדריכות", בניגוד לעיקרון המחייב לכבד כל חוק, וערערה את הוודאות המשפטית.²¹⁰

בסופו של דבר קרסה התפיסה הישנה הגורסת כי מהות הסעד תלויה בסוג הפגם – אם זה פגם של חוסר סמכות או פגם אחר – ופינתה את מקומה לתפיסה חדשה. התפיסה החדשה באה לידי ביטוי במה שמכונה "כלל התוצאה (או הבטלות) היחסית", שהוא הכלל הקובע כיום את הסעד בביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות. לפי כלל זה, בביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית יש להפריד בין שני מישורים: מישור הפגם ומישור הסעד. במישור הפגם שולט הדין הקובע את כללי ההתנהלות של הרשות המנהלית, כגון החובה לפעול בגדר הסמכות, לקיים שימוע, לשקול שיקולים ענייניים וכולי. במישור הסעד שולט שיקול-הדעת של בית-המשפט, שהוא חלק מסמכותו של בית-המשפט לנהל את ההליך השיפוטי. בהתאם לכך, הסעד אינו מוכתב על-ידי סיווג הפגם – אם זה פגם של חוסר סמכות או פגם מסוג אחר – אלא על-ידי שיקול-הדעת של בית-המשפט. שיקול-הדעת של בית-המשפט תלוי בנסיבות המקרה. בית-המשפט מעצב את הסעד כך שיהלום את נסיבות המקרה, יהא הפגם אשר יהא. הסעד תלוי אם כן בתכליתו של החוק המסמיך, בחומרת הפגם שנפל בהחלטה המנהלית, בהתנהלות של הרשות המנהלית ושל גורמים אחרים הקשורים להחלטה, באינטרס הציבורי הכרוך בהחלטה, בנוק שעלול להיגרם לצדדים ולציבור אם ההחלטה תבוטל, במועד שבו הביקורת השיפוטית מתבקשת, בערכאה המקיימת את הביקורת ועוד. בהתאם לכך, ובניגוד לתפיסה הקודמת, אפשר שהחלטה מנהלית החורגת מן הסמכות לא תיחשב בטלה, ואילו החלטה הלוקה בפגם שאינו חוסר סמכות תיחשב בטלה – הכל לפי נסיבות המקרה.²¹¹

כלל התוצאה (הבטלות) היחסית חל כיום על כל החלטה מנהלית, ואין סיבה שהוא לא יחול גם על החלטה מנהלית להתקשר בחוזה או על התחייבות בחוזה עצמו. בהתאם לכך, כאשר רשות מנהלית מחליטה להתקשר בחוזה בניגוד לאחד מכללי ההתנהלות המנהלית – למשל, תוך הפרה של הוראת חוק המחייבת את הרשות לקיים התייעצות מסוימת או תוך הפרה של ההלכה האוסרת על הרשות לפעול בהפליה – הסעד צריך להיקבע על-פי כלל התוצאה

210 על ההבחנה בין הוראות חוק "מדריכות" (או "מנחות") לבין הוראות חוק "מצוות" (או "מחייבות") ראו זמיר כרך ב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1114.

211 על כלל התוצאה (הבטלות) היחסית ראו ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 795 (2010); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי ספר רביעי – סעדים, 69 (2012) (להלן: שרגא ושחר סעדים).

(הבטלות) היחסית. אכן, כלל זה הדריך את בית-המשפט במקרים אחדים שבהם התבקש סעד בעקבות פגם משפטי שנפל בעצם ההתקשרות בחוזה מנהלי. לדוגמה, באחד מפסקי-הדין דן בית-המשפט בחוזה מנהלי שבו השכירה העירייה נכס לחברה עסקית, אך החוזה לא נחתם על-ידי ראש העירייה, כפי שנדרש על-ידי סעיף 203 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. בית-המשפט שאל: "מה תוקפו של חוזה מינהלי שאינו מקיים את סעיף 203 לפקודת העיריות?" וענה: "התשובה תינתן בהתאם ליישום הדואליות הנורמטיבית, משילוב המסלול החוזי והמסלול המינהלי".²¹² בהתאם לכך בדק בית-המשפט את שאלת חוקיותו של החוזה ואת שאלת הסעד שיינתן בגין הפגם שנפל בחוזה לפי המשפט הפרטי, כלומר לפי סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), אך לא הסתפק בכך, אלא ראה מקום לשלב גם בדיקה לפי המשפט המנהלי. וכך אמר:

מסקנתי, שלפיה סעיף 203 אינו מחייב [לפי המסלול החוזי] בטלות מוחלטת, מעוגנת גם במסלול המינהלי. כשם שהמסלול החוזי משקף בטלות יחסית של החוזה המינהלי דרך הפעלת סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים, כך גם המסלול המינהלי משקף בטלות יחסית של החוזה המינהלי דרך הפעלת הדוקטרינה בדבר הבטלות היחסית... המקרה שלפנינו מצדיק את החלת הדוקטרינה בדבר הבטלות היחסית, כדי לעשות צדק יחסי וכדי להתאים את הסעד לנסיבות המקרה.²¹³

במקרה אחר התקשרה עירייה בחוזה שבו התחייבה לתת לחברה עסקית הנחה בדמי הארנונה, אף כאן מבלי שקוימה הדרישה שבסעיף 203 לפקודת העיריות. גם הפעם ראה בית-המשפט לנכון לבדוק את החוזה, וכן את שאלת הסעד שיינתן בגין הפגם שנפל בו, הן לפי המשפט הפרטי והן לפי המשפט המנהלי. ואלה דבריו:

החוזה המנהלי שלפנינו כפוף הן למשפט החוזי הפרטי הן למשפט המנהלי הציבורי... הליכה בנתיב המנהלי – תוך שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית – תובילנו לתוצאה זהה... דוקטרינה זו (בדומה לסעיף 31 לחוק החוזים) "מגמישה" את תוצאות הבטלות ומאפשרת להכיר במקרים מסוימים, ומתוך שיקולי צדק, בתוקפה (או בתוקפה ה"חלקי") של פעולה שנעשתה תוך חריגה מסמכות...²¹⁴

חשוב לציין כי בשני המקרים הגיע בית-המשפט למסקנה מפורשת כי הבדיקות בשתי הדרכים – בדרך של המשפט הפרטי לפי סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי) ובדרך של המשפט

212 עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 29.

213 שם, בעמ' 43, 46.

214 עניין עיריית פתח-תקוה, לעיל ה"ש 30, פס' 27 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ראו גם דנ"א דירות יוקרה, לעיל ה"ש 102; עת"ם (מנהליים ת"א) 2398-09 ראסם נ' חברת מ.ג.ע.ר בע"מ (פורסם בנבו, 19.3.2013).

המנהלי לפי הדוקטרינה של התוצאה (הבטלות) היחסית – מובילות לאותה תוצאה. במקרה הראשון אמר בית-המשפט:

דעתי היא כי אי קיומה של דרישת הצורה המהותית הקבועה בסעיף 203 לפקודת העיריות אינו מחייב בטלות והשבה מלאה של הכספים שנוכו. למסקנתי הגעתי לנוכח יישומן של הוראות הביטול וההשבה באשר לחוזה בלתי חוקי הקבועות בחוק החוזים. מסקנתי – שיסודה בדיני החוזים – משתלבת גם בדוקטרינה בדבר הבטלות היחסית, המוכרת במשפט המינהלי, ובכך ניתן לראות השלמתו של יישום הדואליות הנורמטיבית.²¹⁵

ולאחר-מכן:

מסקנתי, שלפיה סעיף 203 אינו מחייב בטלות מוחלטת, מעוגנת גם במסלול המינהלי. כשם שהמסלול החוזי משקף בטלות יחסית של החוזה המינהלי דרך הפעלת סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים, כך גם המסלול המינהלי משקף בטלות יחסית של החוזה המינהלי דרך הפעלת הדוקטרינה בדבר הבטלות היחסית... החלת הדוקטרינה בדבר הדואליות הנורמטיבית על החוזה המינהלי, בפן המינהלי שלה, עשויה להביא לאותה תוצאה. הדינים הולכים יד ביד, ואף שהדרך שונה, התוצאה היא אחת. הטעם לכך הוא ששתי מערכות הדינים מטרתן אחת והיא – להביא לצדק... בענייננו, שתי הדרכים – החוזית והמינהלית – משתלבות ועולות בקנה אחד זו עם זו, כך שאין צורך לבחור בין שתי הדרכים או לקבוע ביניהן סולם עדיפויות.²¹⁶

במקרה השני אמר בית-המשפט כך:

הן המשפט החוזי הפרטי והן המשפט המנהלי הציבורי מכירים בכוחו של בית המשפט, על אף הבטלות, לפטור צד לחוזה מהשבה – כולה או מקצתה – או להורות לצד לחוזה לקיים את חיובו – כולו או מקצתו – אם הצד השני קיים את חיובו על פי החוזה... הליכה בנתיב המנהלי – תוך שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית – תובילנו לתוצאה זהה...²¹⁷

האם בהכרח יובילו שתי הדרכים לאותה תוצאה? על כך להלן.

בחירה בין המשפט הפרטי לבין המשפט המנהלי – לכאורה המצב הקיים מציע את הטוב שבשני העולמות: כל צד לחוזה המנהלי הטוען כי החוזה בלתי-חוקי יכול לבחור בדרך של המשפט הפרטי או בדרך של המשפט המנהלי או בשתי הדרכים גם-יחד; גם בית-המשפט, הבוחן את תוצאותיה של אי-החוקיות, יכול ללכת בדרך זו או בדרך זו או בשתייהן באופן

215 עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 34.

216 שם, בעמ' 43, 44. ראו גם שם, בעמ' 45-47.

217 עניין עיריית פתח-תקוה, לעיל ה"ש 30, פס' 21, 27 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ראו גם עניין ראסם, לעיל ה"ש 214.

מקביל, לפי בחירתו; ואפילו צד שלישי יכול לתקוף את חוקיות החוזה כעותר ציבורי בבג"ץ או בבית-המשפט לעניינים מנהליים.

אולם לדעתי המצב הקיים טוב רק למראית-עין. לאמיתו של דבר, אף שהוא מקובל על בית-המשפט, המצב הקיים אינו טוב. הוא אינו טוב מבחינה עקרונית, שכן אין זה רצוי שעל עניין אחד יחולו דינים שונים, במיוחד אם הם שייכים לענפי משפט שונים כל-כך כמו המשפט הפרטי והמשפט המנהלי. ישאל השואל: האין זו תוצאה הכרחית של כלל השניות הנורמטיבית? התשובה שלילית. כלל זה אינו קובע כי באותו עניין יחולו (או יתנגשו) דינים שונים, אלא הוא קובע כי אף שמדובר בחוזה, בעניינים מסוימים יחולו דינים של המשפט המנהלי. הנה, לדוגמה, כלל ההשתחררות מחוזה: כלל השניות הנורמטיבית אינו קובע כי במקרה שהרשות אינה מקיימת התחייבות לפי החוזה בטענה של השתחררות מן החוזה, נתונה לצד האחר לחוזה או לבית-המשפט הרשות לבחור אם להחיל את הדין הפרטי בדבר הפרת חוזה או את הדין המנהלי בדבר השתחררות מחוזה, אלא הוא קובע כי במקרה כזה יחול הדין המנהלי, ורק דין זה.

מכל מקום, אף אם תחולה כפולה של דינים שונים בדבר התוצאה של חוזה בלתי-חוקי – הדין של המשפט הפרטי מזה והדין של המשפט המנהלי מזה – מובילה בדרך-כלל לאותה תוצאה, אין ביטחון שכך יהיה תמיד. זאת, משום שקיים שוני מהותי בין המשפט הפרטי לבין המשפט המנהלי.²¹⁸ באופן כללי ניתן לומר כי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית פתוח וגמיש יותר מן הכלל שנקבע בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי): כלל התוצאה (הבטלות) היחסית אומר כי בית-המשפט יקבע את הסעד בכל מקרה לאור נסיבות המקרה, לפי שיקול-דעתו, ללא הגבלה; ואילו סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים מגבילים את שיקול-דעתו של בית-המשפט. ראשית, לפי סעיף 30, חוזה בלתי-חוקי הוא חוזה בטל, ואילו לפי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית, השאלה אם חוזה בלתי-חוקי הוא חוזה בטל מסורה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. שנית, לפי סעיף 31, הסעדים האפשריים לפי סעיף זה חלים רק כאשר החוזה נחשב בטל, ואילו לפי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית, סעדים אלה ואחרים אפשריים ללא קשר לשאלה אם החוזה בטל אם לאו. שלישית, סעיף 31 מפרט רשימה מוגבלת של סעדים, בעיקר השבה או קיום החיוב, ואילו כלל התוצאה (הבטלות) היחסית אינו מגביל את רשימת הסעדים האפשריים.

הנה דוגמה, לצורך הבהרה, לשוני שבין הכללים. מכיוון שסעיף 30 קובע באופן גורף ונחרץ כי כל חוזה בלתי-חוקי הוא חוזה בטל, ראה בית-המשפט צורך לאמץ את ההבחנה בין הוראות חוק "מצוות" לבין הוראות חוק "מדריכות", ולפסוק כי רק הפרה של הוראת חוק "מצווה" הופכת את החוזה ל"בלתי-חוקי" ולכן גם ל"בטל". הבחנה זו היא בעייתית מבחינה עקרונית, אם לא לומר מופרכת, והיא גם בלתי-ברורה באופן הפוגע בוודאות המשפטית. כנגד זאת, כלל התוצאה (הבטלות) היחסית בנוי על העיקרון הנכון והחשוב שכל הוראת חוק היא

218 ראו, לדוגמה, דנ"א דירות יוקרה, לעיל ה"ש 102, שבו החיל בית-המשפט על חוזה מנהלי את דיני הפסלות של המשפט הפרטי ואת כלל התוצאה (הבטלות) היחסית של המשפט המנהלי. המשנה לנשיאה ריבלין אמר (שם, בפס' 6) כי "יישום דוקטרינת הבטלות היחסית על ניתוח חלופי של עובדות מקרה זה, עשוי להוביל למסקנה שונה בתכלית".

הוראה "מצווה", מבלי להוריד הוראות חוק מסוימות למעמד נחות של הוראות שהן רק "מדריכות". כיצד? לפי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית, כל הפרה של הוראת חוק, תהיה אשר תהיה, הופכת את ההחלטה המנהלית לבלתי-חוקית, אך השאלה אם אי-החוקיות הופכת את ההחלטה לבטלה או מה הסעד הראוי בגין אי-החוקיות מסורה לשיקול-דעתו של בית-המשפט, שאמור להכריע בה לאור נסיבות המקרה.

כמו-כן, התחולה הכפולה של המשפט הפרטי ושל המשפט המנהלי בשאלת התוצאה של אי-חוקיות שדבקה בחוזה מנהלי מחייבת בדיקה כפולה של המשפט הפרטי ושל המשפט המנהלי, הן על-ידי בעל-דין הטוען בעד או נגד חוקיותו של החוזה והן על-ידי בית-המשפט שצריך להכריע בטענה זו. הבדיקה הכפולה היא טורח, יש בה בזבוז משאבים, ולדעתי היא מיותרת. הבדיקה הכפולה מיותרת משום שבמקרה של טענה שחוזה מנהלי הוא בלתי-חוקי אפשר וראוי, לדעתי, להסתפק בבדיקת הסעד לפי המשפט המנהלי, כלומר, לפי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית. כך קודם-כל באופן עקרוני, שכן על עניינים מנהליים צריך לחול בדרך-כלל המשפט המנהלי, ולא המשפט הפרטי, ולא רק בשאלת חוקיותה של החלטה מנהלית, אלא גם בשאלת הסעד בגין אי-חוקיותה של החלטה כזו. כך הדבר משום שהמשפט המנהלי מותאם למהות המיוחדת של עניינים מנהליים, ובכלל זה הוא נותן משקל ראוי לשיקולים המיוחדים להחלטות אלה, ובעיקר לשיקול של האינטרס הציבורי. כך גם לגבי חוזה מנהלי – הן בשאלה אם הוא חוקי או בלתי-חוקי והן בשאלה מהו הסעד הראוי בגין אי-חוקיותו של חוזה כזה.²¹⁹ בדיקה לפי המשפט המנהלי היא טבעית במקרה שבו הטענה מתייחסת להפרה של כלל מנהלי – למשל, במקרה שבו הטענה היא שהרשות המנהלית הפרה הוראת חוק או הלכה המחייבת אותה, דוגמת ההלכות המחייבות רשות מנהלית להכין תשתית סבירה של העובדות, לשקול רק שיקולים ענייניים, לא להפלות, לפעול במתחם הסבירות וכיוצא באלה. במקרה כזה הכלל של המשפט המנהלי בדבר התוצאה (הבטלות) היחסית, אשר נוצר והותאם במיוחד לצורך מתן סעד בגין החלטה מנהלית בלתי-חוקית, עדיף על הכלל של המשפט הפרטי המעוגן בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), אשר נוצר והותאם באופן כללי למתן סעד בגין חוזה פרטי בלתי-חוקי.

לפיכך, לדעתי, ראוי לומר כי בשאלת הסעד בגין חוזה מנהלי בלתי-חוקי, השניות הנורמטיבית מחילה על החוזה רק את כלל התוצאה (הבטלות) היחסית, ולא את סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי). אומנם, הדעת נותנת כי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית, שהוא כלל צעיר באופן יחסי, טרם פיתח תשובות לכל השאלות שעשויות להתעורר בקשר לסעד בגין

219 ראו, לדוגמה, עניין עיריית ירושלים, לעיל ה"ש 111, שבו דן בית-המשפט, בהרכב של תשעה שופטים, בתביעת השבה בגין גביית כספים על-ידי רשות מנהלית בחוסר סמכות. בית-המשפט פסק כי במקרה כזה ראוי לאמץ עילת השבה עצמאית ונפרדת מעילת השבה המקובלת, אשר תאפשר לרשות המנהלית לקבל פטור מלא או חלקי מחובת השבה מחמת "הגנת התקציב", על-מנת למנוע פגיעה כלכלית חמורה ברשות. כדברי בית-המשפט (שם, בפס' 58 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס), "יש להכיר באופן עקרוני בקיומה של עילת השבה, מכוח דיני עשיית עושר, בגין גביית כספים בחוסר סמכות על ידי רשות ציבורית. עילה זו הינה עילה עצמאית ונפרדת מעילות השבה אחרות שהוכרו זה מכבר בדין הישראלי".

חוזה מנהלי בלתי-חוקי. אולם אפשר להניח כי העוצמה והגמישות של כלל זה יאפשרו לפתח במשך הזמן תשובות טובות, שיהלמו את מיוחדותו של החוזה המנהלי. ראוי להוסיף כי האפשרות לקבוע את הסעד במקרה של חוזה מנהלי בלתי-חוקי לפי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית, מבלי להיזקק כלל לחוק החוזים (חלק כללי), כבר באה לידי ביטוי בפסיקה. דוגמה לכך היא מקרה שבו דן בג"ץ, במסגרת עתירה ציבורית, בשאלת חוקיותו של חוזה בין עירייה לבין גוף פרטי שהסדיר את אופן הגבייה של היטל ההשבחה במקרה מסוים. הטענה בבית-המשפט הייתה שהחוזה היה בלתי-חוקי בגלל הפרה של כללי התנהלות מנהליים: ראשית, משום שהוא היה נגוע בחוסר סמכות; שנית, משום שהעירייה לא ערכה בדיקה ראויה של העובדות; ושלישית, משום שראש העירייה, שחתם על החוזה, היה במצב של ניגוד עניינים. בית-המשפט בדק ומצא כי החוזה אכן היה בלתי-חוקי מחמת חוסר סמכות של העירייה. מכיוון שכך, התעוררה השאלה מהו הסעד הראוי. בית-המשפט בדק שאלה זו אך ורק לפי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית, מבלי להזכיר כלל את חוק החוזים (חלק כללי). הוא אמר: "הרעיון שמאחורי תאוריית הבטלות היחסית הוא אפוא הרצון לעשות צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה בצד מתן משקל הולם למהות אי-החוקיות או הפגיעה שבמעשה הרשות המינהלית, אשר גרר את בטלות ההחלטה. על בית-המשפט מוטלת החובה והאחריות לפעול מתוך זווית ראייה רחבה ככול הניתן, המתחשבת בטובתם וברוחותם של כלל הגורמים העשויים להיות מושפעים מהכרעתו. עם גורמים אלה נמנים הצדדים הישירים לעתירה עצמם, וכן צדדים שלישיים והציבור בכללותו, העלולים להיפגע מבטלות ההחלטה".²²⁰ בהתאם לכך פסק בית-המשפט כי בנסיבות המקרה, אף שהחוזה המנהלי היה בלתי-חוקי, לא היה מקום לבטלו, בעיקר בשל שיקולים של טובת הציבור, הנזק הצפוי לעירייה והצדק כלפי צד שלישי. לכן השאיר בית-המשפט את החוזה בתוקפו, כפי שהיה, ודחה את העתירה.

מקרה זה יכול להדגים את השוני בין כלל התוצאה (הבטלות) היחסית לבין סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי). אילו ביקש בית-המשפט לפסוק את הדין במקרה זה לפי סעיפים 30 ו-31, ספק אם הוא היה יכול להגיע לאותה תוצאה. לכן מקרה זה יכול גם להדגים את הבעייתיות הטמונה בבדיקה כפולה של מקרה אחד לפי המשפט המנהלי ולפי המשפט הפרטי גם-יחד.

המקרה האמור נדון אומנם בג"ץ, אולם לדעתי היה אפשר וראוי לדרון ולפסוק כך גם אילו נדון מקרה זה, או מקרה דומה לו, כתובענה בבית-משפט אזרחי – למשל, כתובענה של הגוף הפרטי בבית-משפט מחוזי לקבלת פסק-דין המצהיר כי החוזה בטל מחמת חוסר סמכות של העירייה.

2. פגם בכיצוע החוזה

שאלת הפגם בכיצוע החוזה מתפצלת לשתיים: ראשית, מה הן הוראות החוזה שהפרתן יוצרת פגם בכיצוע החוזה? שנית, מה הוא הסעד בגין פגם כזה?

220 עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 207, בעמ' 309 (המשנה לנשיא (בדימ') אור).

(א) הוראות החוזה שהפרתן יוצרת פגם בביצועו

ההוראות האופייניות בחוזה מנהלי שונות מן ההוראות המקובלות בחוזה פרטי. הן שונות, קודם-כל, משום שבחוזה מנהלי נכללות גם חובות וזכויות הנובעות מכך שהחוזה נערך עם רשות מנהלית, שהיא נאמן הציבור. חובות וזכויות אלה, שאינן קבועות על-פי-רוב בחוזה בלשון מפורשת, נובעות לעיתים מהוראת חוק ולעיתים מהלכה פסוקה. כך, למשל, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, בסעיף 11, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". הדעת נותנת שחובה זו מוטלת על כל רשות מנהלית גם כאשר היא מבצעת חוזה שהיא צד לו. באופן דומה, חוק יסודות התקציב קובע, בסעיף 29, כי גוף מתוקצב "לא יסכים על שינויים בשכר, בתנאי פרישה או בגימלאות, או על הטבות כספיות אחרות הקשורות לעבודה" אלא בתנאים מסוימים, וכי כל הסכם שנוגד הוראה זו בטל. כך גם לגבי חובות המוטלות על רשות מנהלית בהלכות פסוקות. למשל, ההלכה המטילה על רשות מנהלית את חובת השימוע לפני שהיא פוגעת באדם חלה גם על החלטה של הרשות לפטר עובד ציבור וכן על החלטה לשלול מעובד זכויות מסוימות המוקנות לו על-פי חוזה העבודה.²²¹ כך גם לגבי החובה המוטלת על כל רשות מנהלית לנהוג בהגינות (שהיא חובה מחמירה יותר מן החובה המוטלת בחוזה פרטי לנהוג בתום-לב), בסבירות ובמידתיות. כאשר הרשות המנהלית פועלת בניגוד לאחת החובות האלה, אפשר לראות בכך הפרה של חובה מנהלית ולהגיש עתירה לבג"ץ, אך אפשר גם לראות בכך הפרה של חובה חוזית ולהגיש תובענה לבית-משפט אזרחי.²²²

שאלה היא כיצד להסביר, במישור העיוני, את תחולתן של החובות המוטלות על רשות מנהלית מכוח המשפט המנהלי גם על חוזה מנהלי שנערך במסגרת המשפט הפרטי. למשל, האם חובת ההגינות נקלטת בחוזה המנהלי מכוח פרשנות החוזה? כהשלמת פרטים בחוזה? כתנאי מכללא? או אולי כיצירת משפט בדרכו של המשפט המקובל? נראה כי אין עדיין תשובה מוסמכת לשאלה זו.²²³

221 ראו, לדוגמה, בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (2) 649, 655 (1979) (דברי השופט ברק בנוגע להחלטה של עירייה להוציא עובדת לגמלה מוקדמת): "ההגינות מחייבת, והצדק דורש, כי בטרם יפעיל המעביד את הכוחות, שהדין מעניק לו, הוא ישמע את עמדתו של העובד, שמא ישתכנע, כי מן הראוי להמשיך בשירותו של העובד. זהו גם הדין"; עניין מוסטקי, לעיל ה"ש 94, בעמ' 890 (המשנה לנשיא אור): "כלל זה [כלומר, הכלל בדבר חובת השימוע] הוא כלל של הצדק הטבעי, והוא נובע מחובת ההגינות הכללית שכל רשות שלטון חייבת בה. כלל זה עמנו הוא, והפסיקה חזרה ואימצה אותו... כלל זה חל גם כשהרשות פועלת במסגרת המשפט הפרטי, לרבות במסגרת יחסיה החוזיים, כמו בעניינינו משום הדואליות הנורמטיבית החלה על רשות ציבורית. הרשות כפופה לגבי אותה החלטה הן לנורמות של המשפט הפרטי הן לנורמות של המשפט הציבורי, כולל חובת השימוע... כללי המינהל הציבורי חלים על המדינה גם בכובעה כמעסיק במשפט הפרטי".

222 ראו, לדוגמה, עניין וייס, לעיל ה"ש 50; עניין הוד אביב, לעיל ה"ש 89, בעמ' 45.

223 ראו, בין היתר, אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 363 (2012). בשעתו התקיימה מחלוקת בשאלה אם יש בכלל מקום לתנאים מכללא בחוזה לנוכח חוקי החוזים. נראה שכיום מקובלת הדעה שאכן יש גם תנאים מכללא בחוזה. מכל מקום, נראה לי כי אין לשלול את האפשרות שהחובות המוטלות על רשות מנהלית

(ב) הסעד בגין הפרת החוזה

במקרה של הפרת חוזה מנהלי ניתן לתבוע סעד, כמו במקרה של הפרת חוזה פרטי, בדרך של תובענה בבית-משפט אזרחי לפי חוק החוזים (תרופות).²²⁴ אולם במקרה כזה, להבדיל מחוזה פרטי, כאשר ההפרה מתייחסת לכלל של המשפט המנהלי, דוגמת כלל הסבירות, אפשר לבקש סעד גם בדרך של עתירה לבית-משפט מנהלי, כלומר, לבג"ץ או לבית-המשפט לעניינים מנהליים, לפי העניין.²²⁵ במקרה כזה בית-המשפט המנהלי יכול להעניק את הסעדים המקובלים במשפט המנהלי.²²⁶ עם זאת, בית-המשפט עשוי גם לדחות את העתירה על הסף בשל האפשרות לקבל סעד חלופי בדרך של תובענה בבית-משפט אזרחי, אם בבקורת ישירה ואם בבקורת עקיפה.²²⁷

כמורכך, גם אם מוגשת תובענה לבית-משפט אזרחי בגין הפרת חוזה מנהלי, הסעדים המעוגנים בחוק החוזים (תרופות) אינם בהכרח הסעדים הבלעדיים. בית-המשפט יכול לפסוק הלכה המוסיפה סעדים במקרה של חוזה מנהלי, לנוכח מהותו המיוחדת של חוזה כזה. כך, לדוגמה, פסק בית-המשפט הלכה – המיוחדת לחוזים מנהליים – המאפשרת לרשות מנהלית "להשתחרר" מן החוזה כאשר צורכי ציבור חיוניים מצדיקים זאת.²²⁸ ייתכן שבית-המשפט האזרחי רשאי להעניק גם סעד אחר שמיוחד לחוזה מנהלי. למשל, ייתכן שהוא רשאי לפסוק פיצויים מיוחדים ("פיצויים מנהליים") במקרה של הפרת חובה מנהלית, כלומר על יסוד עילה מתחום המשפט המנהלי, כגון הפרה של חובת ההגינות או חובת הסבירות, גם אם אין היא נחשבת עילה לסעד מן המשפט הפרטי.²²⁹

מכוח המשפט המנהלי נקלטות בחוזה המנהלי כתנאים מכללא. בעניין גינגולד, לעיל ה"ש 221, בעמ' 655, אמר השופט ברק את הדברים הבאים לגבי תחולתה של חובת שימוע שנקבעה בתקשי"ר של עובדי המדינה על חוזה עבודה של עובד עירייה: "מוכנים אנו לראות בהוראה זו הסדר הסכמי בין העירייה לבין ארגון העובדים, ואף תנאי מכללא בחוזה העבודה האינדיבידואלי שבין עובד העירייה לבין העירייה".

224 על הסעד במקרה של הפרת חוזה מנהלי ראו, באופן כללי, שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 57.

225 ראו, לדוגמה, עניין גינגולד, לעיל ה"ש 221; עניין מוסטקי, לעיל ה"ש 94.

226 על הסעדים המקובלים במשפט המנהלי ראו שרגא ושחר סעדים, לעיל ה"ש 211, בעמ' 37.

227 בג"ץ 5016/06 קורקין נ' בית המשפט המחוזי ת"א, פס" 7 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 24.8.2006): "אין בית המשפט הגבוה לצדק נזקק לעתירה במקום בו יש בידי העותר סעד חלופי ובכלל זה, סעד במסגרת הליך אזרחי או פלילי בבתי המשפט הרגילים". ראו, לדוגמה, בג"ץ 4508/01 חקלאי נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 30.7.2001); בג"ץ 1431/05 אוריין נ' שר התחבורה (פורסם בנבו, 7.7.2005). על סעד חלופי באופן כללי ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף 2035, פרק 56 – "סעד חלופי" (2014).

228 על ההלכה בדבר השתחררות מחוזה מנהלי ראו לעיל תת-פרק 6 ("השתחררות מחוזה").

229 ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 687–686 (1993). ראו גם ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193, 207 (2005).

כך או כך, גם בעניין הסעד בגין הפרת חוזה מנהלי, כפילות התחולה של המשפט הפרטי מזה ושל המשפט המנהלי מזה מעוררת בעיות, ושאלה היא אם לא ניתן וראוי לפשט ולשפר את המשפט בעניין זה.

ה. סיכום ומסקנות

1. המצב הקיים

חוזה מנהלי הוא חוזה עם רשות מנהלית. רשות מנהלית יכולה להתקשר בחוזה אם הדין מקנה לה אישיות משפטית במשפט הפרטי. אישיות כזאת מוקנית למדינה, לרשויות מקומיות ולתאגידים ציבוריים. גופים אלה נוהגים להתקשר באופן שגרתי בחוזים אין-ספור: לסיפוק צרכים שוטפים שלהם עצמם, להחכרת מקרקעין של המדינה, לביצוע עבודות תשתית, לרכישת שירותים וכן לביצוע תפקידים ציבוריים אחרים, כגון הענקת תמיכות כספיות לגופים ציבוריים, עידוד התעשייה והחקלאות, קביעת תנאים לתשלום מיסים ועוד. לחוזים אלה נודעת השפעה רבה לא רק על משק המדינה, אלא גם על החברה בישראל.

(א) מהות הדינים

החוזה המנהלי נשלט, בראש ובראשונה, על-ידי כללי המשפט הפרטי, כלומר כללי החוזים החלים בדרך-כלל על חוזים פרטיים, ובעיקר על-ידי חוק החוזים (חלק כללי) וחוק החוזים (תרופות). אולם, מכיוון שרשות מנהלית היא תמיד נאמן של הציבור, גם כאשר היא מתקשרת בחוזה, אין היא פטורה מתחולת כללים מסוימים של המשפט המנהלי שנועדו להגן על האינטרס הציבורי ולהבטיח את תקינות המנהל ואת ההגינות כלפי כל אדם. לתחולה הכפולה של כללי המשפט הפרטי ושל כללי המשפט המנהלי קוראים "שניות נורמטיבית". מכוח השניות הנורמטיבית החוזה המנהלי כפוף לכללים מסוימים החלים על כל החלטה מנהלית, כגון כלל השוויון וכלל הסבירות. כללים אלה, המייחדים את החוזה המנהלי ומבדילים אותו מחוזים אחרים, הם דיני החוזים המנהליים. הם עושים את דיני החוזים המנהליים לענף מיוחד של דיני החוזים, אשר נבדל מענפים אחרים, כגון דיני חוזי הביטוח או דיני חוזי העבודה.

עקרון חוקיות המנהל, אשר חל אף הוא על החוזה המנהלי מכוח השניות הנורמטיבית, קובע כי רשות מנהלית רשאית להתקשר בחוזה רק כאשר היא הוסמכה לכך על-ידי החוק, בתנאים שנקבעו בחוק (למשל, בנוגע לדרך ההתקשרות או לצורת ההתקשרות), ורק לצורך ביצוע התפקיד שהוטל עליה על-פי חוק. פרשנותו של החוזה המנהלי מושפעת גם היא ממעמדה של הרשות המנהלית כנאמן הציבור. מעמד זה אף מאפשר לרשות המנהלית להשתחרר מן החוזה כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת, מבלי שהדבר ייחשב הפרת חוזה, אם כי תוך תשלום פיצויים מסוימים על הנזק שנגרם לצד האחר.

השניות הנורמטיבית באה לידי ביטוי גם כאשר נפל פגם משפטי ביצירת החוזה המנהלי. מחד גיסא, אפשר לקבוע את התוצאה של פגם כזה על-פי המשפט הפרטי, בעיקר על-פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). על-פי חוק זה, אם הפגם הופך את החוזה לבלתי-חוקי, לבלתי-מוסרי או לחוזה הסותר את תקנת הציבור, החוזה בטל. עם זאת, לפי החוק, בטלות החוזה אינה שוללת את האפשרות שבית-המשפט ייתן סעד של השבה או צו לקיום החוזה, אם מן הצדק לעשות כן. מאידך גיסא, מכיוון שהחלטה של רשות מנהלית להתקשר בחוזה היא החלטה

מנהלית, אפשר לקבוע את התוצאה של פגם ביצירת החוזה גם על-פי המשפט המנהלי, בעיקר על-פי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית. על-פי כלל זה, הסעד לגבי כל סוג של פגם בהחלטה המנהלית, לרבות פגם של חוסר סמכות, תלוי בשיקול-הדעת של בית-המשפט לאור נסיבות המקרה.

התחולה הכפולה של המשפט הפרטי ושל המשפט המנהלי מייחדת את החוזה המנהלי מחוזים אחרים מזה ומהחלטות מנהליות מזה. היא גם מעוררת את שאלת היחס בין המשפט הפרטי לבין המשפט המנהלי במסגרת דיני החוזים המנהליים. שאלה זו מתעוררת בהקשרים שונים: גם לגבי השאלה מה הם כללי המשפט המנהלי החלים על חוזה מנהלי, וגם לגבי שאלת הסעד בגין הפרה של כללים אלה או הוראות אחרות בחוזה. לשאלה זו יש גם היבט עקרוני וגם היבט מעשי. עד כה לא ראה בית-המשפט צורך להכריע בשאלה זו. כאשר השאלה התעוררה בנוגע לסעד בגין הפרת כללים החלים על החוזה, אמר בית-המשפט במפורש כי הוא אינו רואה צורך להכריע בשאלה זו, מכיוון שהמשפט הפרטי והמשפט המנהלי הובילו אותו לאותה תוצאה. לכן הוא היה יכול להחיל באותו מקרה, באופן מקביל, גם את המשפט הפרטי וגם את המשפט המנהלי. אך אין זו תוצאה הכרחית. בגלל השוני המהותי שבין כללי המשפט הפרטי לבין כללי המשפט המנהלי, ייתכן בהחלט שיהיה גם שוני בתוצאה. במקרה כזה, איזה כלל יחול על החוזה המנהלי – כלל של המשפט הפרטי או כלל של המשפט המנהלי?

(ב) דלות הדינים

דיני החוזים המנהליים אינם נותנים תשובה לא בשאלת הסעד ולא בשאלות אחרות. הם דלים בכמות ובאיכות. באשר לכמות, דיני החוזים המנהליים כוללים רק כללים מעטים המיוחדים לחוזים אלה. הם מסדירים עניינים מעטים בלבד, ומשאירים את שאר העניינים להסדרה על-ידי דיני החוזים הכלליים, כאילו אין הבדל בין חוזה מנהלי לבין חוזה פרטי. זאת ועוד, יש עניינים מיוחדים לחוזים מנהליים, ללא מקבילה בחוזים אחרים, שגם הם נשארים ללא הסדר בדיני החוזים המנהליים. כך, לדוגמה, אין תשובה מוסמכת לשאלה אם חוזה מנהלי שנכרת ללא כיסוי תקציבי הוא חוקי ותקף.

באשר לאיכות, חלק גדול מדיני החוזים המנהליים לא פותחו כמעט במשך עשרות שנים ונותרו מעורפלים, ושאלות בסיסיות לגבי מהות הדינים נותרו עדיין ללא תשובה. הנה, לדוגמה, שלושה כללים עיקריים: כלל השניות הנורמטיבית; כלל ההשתחררות מחוזה; והכלל בדבר הסעד בגין פגמים בחוזה. כלל השניות הנורמטיבית, שנקבע כבר לפני עשרות שנים, שותק עדיין בשאלה אילו מבין הכללים החלים על החלטות מנהליות חלים גם על חוזים מנהליים, וכאשר הוא אומר שכלל מסוים יחול על חוזה מנהלי – למשל, כלל השוויון או כלל הסבירות – הוא מניח שהכלל יחול על חוזה מנהלי בשינויים מסוימים, אך אינו מבהיר מהם השינויים האלה. המצב דומה גם לגבי כלל ההשתחררות מחוזה: אף שכלל זה נקבע כבר לפני יותר מחמישים שנה, הוא לא התפתח, ואין זה ברור כיום יותר מאשר אז מה הם צורכי ציבור חיוניים המצדיקים השתחררות מחוזה ומהו שיעור הפיצויים עקב השתחררות כזאת. כך גם לגבי הכלל החל במקרה של פגם משפטי בחוזה מנהלי: לפי הפסיקה, במקרים מסוימים בית-המשפט עשוי להושיט סעד הן לפי כלל הבטלות של המשפט הפרטי והן לפי כלל התוצאה (הבטלות) היחסית של המשפט המנהלי, אם הם מובילים לאותה תוצאה, אך אין זה ברור אם אפשר וראוי, במקרה של סתירה בין הכללים, להחיל רק את הכלל של המשפט המנהלי.

מה ההסבר לדלותם של דיני החוזים המנהליים? לדעתי, התשובה נעוצה במקורם של דיני החוזים בישראל, כלומר במשפט האנגלי, שגם בו דיני החוזים המנהליים אינם מפותחים. כמו באנגליה, חוזים מנהליים נמצאים בסמכותו של בית-המשפט הכללי, אשר דן בכל סוגי החוזים ורגיל להחיל עליהם את דיני החוזים הכלליים, תוך התאמות נדרשות בכל ענף של חוזים. כך לגבי ענפים שונים של חוזים פרטיים, כגון דיני ביטוח ודיני קבלנות; וכך גם, כדבר שבשגרה, לגבי הענף של חוזים מנהליים. נראה שבית-המשפט הכללי לא היה ער במידה מספקת לשוני המהותי שבין חוזה פרטי לבין חוזה מנהלי. לכן הוא נהג בחוזים מנהליים כפי שהוא נהג בחוזים מכל סוג: הוא החיל עליהם את דיני החוזים הכלליים בשינויים המחויבים. הוא נהג כך, בדרך-כלל, מתוך אינרציה, ולא מתוך מחשבה שדיני החוזים הפרטיים הם גם הדינים המיטביים לחוזים מנהליים. מכל מקום, ברור כי בית-המשפט הכללי נוטה, באופן טבעי, ללכת בדרך הסלולה של דיני החוזים הכלליים, ולא לפרוץ דרך חדשה שאין לדעת לאן תוביל. דלותם של דיני החוזים המנהליים המריצה את המנהל הציבורי למלא את החסר ולשפר (מבחינתו) את הקיים. כך נוצרה מערכת מסועפת של חוזים אחידים, מנוסחים על-ידי רשויות מנהליות, המסדירים תחום רחב – ואולי את רוב התחום – של החוזים המנהליים. החוזים האחידים כוללים הסדרים מפורטים הן בעניינים שלא הוסדרו על-ידי דיני החוזים המנהליים והן בעניינים שהוסדרו, כגון עניין ההשתחררות מחוזה. הסדרים אלה סוטים לא פעם מן ההלכה, דוגמת ההלכה בדבר השתחררות מחוזה, במטרה להיטיב את מצבה של הרשות המנהלית.

אם כן, במצב הקיים, התחום של חוזים מנהליים נשלט בחלקו על-ידי דיני החוזים הכלליים, בחלקו על-ידי דיני החוזים המנהליים ובחלקו על-ידי חוזים אחידים. בפועל נראה כי הוא נשלט במידה רבה – ואולי אף בעיקר – על-ידי החוזים האחידים, כלומר, על-ידי הרשויות המנהליות המנסחות את החוזים. האם המצב הקיים הוא גם המצב הרצוי: האם הוא ראוי? האם הוא משרת את האינטרס הציבורי באופן מיטבי? האין הוא פוגע בצד האחר לחוזה במידה העולה על הנדרש? התשובות אינן ידועות. מכל מקום, מעבר להיבט העקרוני של הסדרת תחום חשוב לא בדרך של חקיקה, אלא בדרך של הסדר חד-צדדי על-ידי גוף מעוניין, מתעורר חשש שהחוזים האחידים אינם מקיימים באופן ראוי את האיזון הנדרש בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי.

על רקע זה עולה השאלה אם לא ראוי לשנות את המצב הקיים של דיני החוזים המנהליים, ואם כן – כיצד. התבוננות על המצב במדינות אחרות עשויה לסייע במתן מענה לשאלה זו.

2. המצב במדינות אחרות

דיני החוזים המנהליים במדינות העולם המערבי בנויים לפי שתי תבניות (מודלים) עיקריות: האחת – התבנית של המשפט המקובל, שמעוגנת בשיטת המשפט האנגלי, ואשר מקובלת במדינות שהיו נתונות בשליטה אנגלית, ביניהן גם ישראל; והאחרת – התבנית של המשפט היבשתי (הקונטיננטלי), המקובלת במדינות יבשת אירופה, דוגמת צרפת וגרמניה, וכן במדינות נוספות.

שיטת המשפט היבשתי הכירה כבר מזמן בשוני המהותי שבין הפעילות של המנהל הציבורי לבין הפעילות של המגזר הפרטי, בעיקר בשל המעורבות הישירה של האינטרס הציבורי בפעילות השוטפת של גופים מנהליים. שוני זה בא לידי ביטוי, קודם-כל, במבנה של מערכת

בתי-המשפט. מערכת זו, לדוגמה בצרפת, מורכבת משתי תת-מערכות נפרדות ועצמאיות: בתי- המשפט הכלליים, המוסמכים לדון בעניינים אזרחיים ובעניינים פליליים; ובתי-המשפט המנהליים, הדנים רק בעניינים מנהליים. באופן טבעי, המערכת של בתי-המשפט המנהליים (שיש בה שלוש ערכאות, כמו במערכת של בתי-המשפט הכלליים) פיתחה דינים מיוחדים להסדרת פעילותם של גופים מנהליים.

לעומת זאת, אנגליה דגלה באופן עקרוני באחידות של המערכת המשפטית, ולא ייחסה חשיבות רבה לשוני בין פעילותו של המנהל הציבורי לבין זו של המגזר הפרטי. אפילו בתחילת המאה העשרים טען פרופסור דייסי, שהיה אז מראשי המשפט באנגליה, כי הלכה למעשה אין בה כלל ענף מיוחד של משפט מנהלי, ולכן בוודאי אין גם מקום למערכת נפרדת של בתי- משפט מנהליים. בהתאם לכך, הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות, אשר במדינות המשפט היבשתי הופקדה בידי בתי-המשפט המנהליים, הופקדה באנגליה בידי בתי-המשפט הכלליים, כלומר, בידי שופטים שהיו דנים גם – ובעצם בעיקר – בעניינים אזרחיים ובעניינים פליליים. שופטים אלה לא ראו שוני עקרוני, ובוודאי לא שוני גדול, בין פעילותו של המנהל הציבורי לבין זו של המגזר הפרטי: הם גרסו כי עובדי ציבור, כמו אנשים פרטיים, צריכים להיות כפופים לאותו כלל בסיסי, הוא הכלל המחייב לנהוג על-פי הדין.

עם זאת, במשך הזמן, הגם שבאחור רב בהשוואה לשיטת המשפט היבשתי, החלה גם שיטת המשפט האנגלי להכיר במיוחדות המאפיינת את פעילותו של המנהל הציבורי ובצורך לתת למיוחדות זו ביטוי משפטי. הכרה זו באה לידי ביטוי במישורים אחדים. ראשית, למן אמצע המאה העשרים התפתחה באנגליה מערכת ענפה של בתי-דין מנהליים, הקרויים בשמות שונים, כגון "טריבונל מנהלי", "ועדת ערר" ועוד. בתי-דין אלה, שהוקמו מכוח חוקים רבים, הוסמכו לדון בעניינים מנהליים שונים, בעיקר כאלה שצמחו כתוצאה ממעורבותה הגוברת של המדינה המודרנית בתחומים רבים של חיי הכלכלה והחברה – כל בית-דין בתחום שנקבע לו בחוק המסמך. שנית, לקראת סוף המאה העשרים הוקמה, במסגרת בית-המשפט הכללי, מחלקה מיוחדת לעניינים מנהליים, שמקובל לכנותה "בית-המשפט המנהלי", והיא מופקדת על הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות. אך מחלקה זו שונה מבחינות אחדות מבית- המשפט המנהלי ביבשת אירופה. השוני העיקרי הוא שהשופטים בבית-המשפט המנהלי ביבשת אירופה הם בעלי הכשרה מיוחדת בעניינים מנהליים; הם מתמנים לכהן כשופטים בבית-המשפט המנהלי, ולא בבית-משפט אחר; והם דנים רק בעניינים מנהליים. לעומת זאת, השופטים בבית-המשפט המנהלי באנגליה אינם נדרשים להיות בעלי הכשרה מיוחדת בעניינים מנהליים; הם מתמנים לכהן כשופטים בבית-המשפט הכללי; והם דנים גם בעניינים אזרחיים ובעניינים פליליים. זהו שוני מהותי, שכן השוני בדיונים מוביל לשוני גם בדינים.

ההתפתחות בישראל הייתה דומה להתפתחות באנגליה. בתחילה רוכזה הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות באופן בלעדי כמעט בידי בית-משפט כללי, קרי, בבית- המשפט העליון, שישב גם כבית-משפט לערעורים בעניינים אזרחיים ובעניינים פליליים וגם כבג"ץ בעניינים מנהליים. לאחר הקמת המדינה, בהשפעת השיטה האנגלית, הוקמה בישראל מערכת ענפה של בתי-דין מנהליים, שרובם נקראים "ועדת ערר" או "ועדת ערעורים". כמו-כן, חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים הקים בישראל את בית-המשפט לעניינים מנהליים, שבפועל הוא מחלקה לעניינים מנהליים במסגרת בית-המשפט המחוזי. כמו בבית-המשפט המנהלי

באנגליה, גם בישראל השופטים של בית-המשפט לעניינים מנהליים דנים גם (ולמעשה בעיקר) בעניינים אזרחיים ובעניינים פליליים.
 כעת נשאלת השאלה: כיצד משתלבת בתמונה זו המערכת של דיני חוזים מנהליים?

(א) אנגליה

להלכה, העיקרון החל על חוזים מנהליים באנגליה הוא שאין ענף מיוחד של דיני חוזים מנהליים: חוזה של רשות מנהלית (שהחוק הסמיך אותה להתקשר בחוזה) דינו כדין חוזה של אדם פרטי.²³⁰ ובכל-זאת, למעשה, חוזה מנהלי, להבדיל מחוזה פרטי, כפוף גם לכללים אחדים של המשפט המנהלי. הכלל העיקרי הוא שחוזה המגביל את סמכותה של המדינה או את סמכותה של רשות מנהלית כלשהי, באופן שאינו מתיישב עם הסמכות שהחוק הקנה לה, הוא פסול ובטל. במקרה כזה הצד האחר לחוזה, גם אם הוא ניזוק מאי-קיום ההתחייבות על-פי החוזה, אינו זכאי לפיצוי כספי.²³¹

החוזים המנהליים נדונים בבית-המשפט הכללי, אשר מתייחס אליהם כמו אל חוזים פרטיים, אם כי בהבדלים מסוימים, ולכן גם אינו מפעיל עליהם ביקורת שיפוטית, למעט במקרים שבהם חוזה כזה נכרת על-ידי הרשות המנהלית תוך חריגה מסמכותה.²³² אולם הדין אינו משקף את המציאות. המציאות הצמיחה פרקטיקה הנותנת ביטוי למיוחדותם של חוזים מנהליים. הפרקטיקה – המוכתבת בעיקר על-ידי הוראות מנהל, ובכלל זה הנחיות, תזכירים וכיוצא בהם – מחייבת שחוזים מנהליים ייכרתו על יסוד מכרזים פומביים, בעניינים ובתנאים שנקבעים בהוראות אלה, וכי נוסח החוזה יתאם את הנוסח הסטנדרטי של חוזים מאותו סוג, בשינויים המחויבים. הנוסח הסטנדרטי נותן ביטוי לאינטרס הציבורי. בין היתר הוא מאפשר בדרך-כלל לגופים שלטוניים לסיים את החוזה מחמת צורכי ציבור, כפוף לחובת תשלום פיצויים מסוימים לצד האחר.²³³ במצב זה דיני החוזים המנהליים ממלאים רק תפקיד משני, ואולי אף שולי, בתחום החוזים המנהליים.²³⁴ מבחינה זו המצב באנגליה דומה למצב בישראל. דיני החוזים המנהליים אינם מפותחים, ואין בהם הסדר מקיף וראוי למיוחדותם של חוזים מנהליים. הפרקטיקה, המתבססת על מערכת

²³⁰ WADE & FORSYTH, לעיל ה"ש 8, בעמ' 673: "English law, unlike that of France and other countries, has no special regime governing contracts made by public authorities"

²³¹ על דיני חוזים מנהליים באנגליה ראו גם CRAIG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 551; DAVID FOULKES, ADMINISTRATIVE LAW 343 (8th ed. 1995); CAROL HARLOW & RICHARD RAWLINGS, LAW AND ADMINISTRATION 338, 393 (3rd ed. 2009)

²³² WADE & FORSYTH, לעיל ה"ש 8, בעמ' 673: "So much of the territory of government is now administered through contracts that this exclusionary rule may allow wide regions of administrative power to escape from judicial control, contrary to constitutional principles. It does not yet seem that the courts are alive to this danger"

²³³ שם. ראו גם CRAIG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 558–559.

²³⁴ CRAIG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 112: "The ordinary principles of contract play only a limited role in this area, and solutions will normally be decided pursuant to standard government contract terms"

ענפה של חוזים אחידים, ממלאת את החסר. אך האם פרקטיקה זו היא תחליף ראוי לדין המדינה?
 המצב בתחום זה שונה במדינות יבשת אירופה: דיני החוזים המנהליים במדינות אלה מפותחים הרבה יותר מאשר באנגליה ובישראל.²³⁵ הנה, לדוגמה, תמונת המצב בצרפת ובגרמניה.

(ב) צרפת

צרפת מבחינה בין שני סוגים עיקריים של חוזים הנכרתים על ידי רשויות מנהליות – חוזים מנהליים וחוזים פרטיים. חוזה מנהלי הוא חוזה שמקנה לרשות המנהלית החתומה על החוזה זכויות מיוחדות הנובעות ממעמדה כרשות מנהלית, כגון זכות לשנות את הוראות החוזה, או חוזה המתייחס לתפקיד הציבורי של הרשות, כגון מתן זיכיון או סלילת דרך, לרבות מיקור חוץ של תפקיד ציבורי. בלשון כללית אפשר לומר כי חוזה מנהלי הוא חוזה בעל אופי ציבורי דומיננטי. חוזה אחר, שבו הרשות המנהלית מתקשרת כאילו היא גוף פרטי, הוא חוזה פרטי. כזה הוא, לדוגמה, חוזה שבו הרשות שוכרת לעצמה משרדים, רוכשת צורכי משרד, מזמינה שירותי ניקיון וכיוצא באלה. בלשון כללית אפשר לומר כי חוזה פרטי הוא חוזה בעל אופי פרטי דומיננטי.

חוזים פרטיים של רשויות מנהליות נמצאים בסמכותם של בתי המשפט הכלליים, ודינם כדין חוזים רגילים בין גופים פרטיים. לעומת זאת, חוזים מנהליים נמצאים בסמכותם של בתי המשפט המנהליים, שהם נפרדים לגמרי מבתי המשפט הכלליים. בתי המשפט המנהליים, המפעילים ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות, פיתחו גם מערכת מיוחדת של כללים המסדירים חוזים מנהליים, אשר שונים מדיני החוזים הכלליים. כללים אלה הם חלק מהמשפט המנהלי, ולא חלק מהמשפט הפרטי.²³⁶

נקודת המוצא של המשפט המנהלי כלפי חוזים מנהליים, כמו נקודת המוצא שלו כלפי החלטות מנהליות מכל סוג, היא שאין שוויון בין הצדדים לחוזה, משום שהרשות המנהלית משרתת אינטרס ציבורי. במקרה של התנגשות בין אינטרס ציבורי לבין אינטרס פרטי, האינטרס הציבורי גובר, אפילו כאשר האינטרס הפרטי מעוגן בהוראה מפורשת של החוזה. ביקורתו של בית המשפט המנהלי על חוזים מנהליים מופעלת על-פי שתי מערכות של כללים: כללים המתייחסים ליצירת החוזה וכללים המתייחסים לביצוע החוזה. ראשית, לגבי יצירת החוזה, ההחלטה המנהלית להתקשר בחוזה מסוים כפופה לביקורת שיפוטית – כמו כל החלטה מנהלית אחרת – על יסוד העילות המקובלות, כגון חריגה מסמכות, טעות של דין, פגם

235 שם, בעמ' 558: "[T]he flexibility provided by the French remedies is to be envied. Recognising the specialized nature of the problem, specialized solutions have been found.

English law, by way of contrast, is inadequate in this respect"

236 ההבחנה בין חוזים מנהליים הנמצאים בסמכותו של בית המשפט המנהלי לבין חוזים פרטיים הנמצאים בסמכותו של בית המשפט הכללי אינה מקובלת עוד במשפט ישראל. ראו לעיל תת-פרק 6א ("חוזה שלטוני וחווה מסחרי"). לדעתי, הבחנה זו היא נקודת תורפה במשפט הצרפתי. אולם, ככל שמדובר בחוזים מנהליים, הנמצאים בסמכותו של בית המשפט המנהלי, המשפט הצרפתי מפותח יותר מן המשפט הישראלי.

בסדרי ההליך המנהלי (למשל, פגם בנוגע לחובת המכרז) או מטרה זרה. בית המשפט המנהלי יכול לבטל את החוזה המנהלי על יסוד עילה מן העילות הללו. שנית, לגבי ביצוע החוזה, הביצוע מותנה קודם-כל בהוראות החוזה, שהן לעיתים קרובות הוראות אשר מוכתבות לפי הנוסח של חוזה סטנדרטי שנקבע בהוראות החוזה, או של חוזים. אולם הוראות החוזה אינן עמידות בפני שינוי על-ידי הרשות המנהלית. אם חל שינוי בנסיבות שביסוד החוזה – למשל, במקרה של אסון-טבע או משבר כספי – הרשות המנהלית מוסמכת לסטות מהוראות החוזה או לשנות את ההוראות. סמכות זו כפופה לביקורת על-ידי בית המשפט המנהלי, אשר רשאי לבדוק אם השינוי בנסיבות אכן מצדיק את השינוי או הסטייה מהוראות החוזה. כמו-כן, אף ללא שינוי בנסיבות, אם יש צורך בכך, הרשות המנהלית רשאית להפעיל את הסמכות המוקנית לה על-פי החוק גם בניגוד להוראות החוזה: הסמכות גוברת על החוזה. אולם במקרה כזה, שבו הרשות המנהלית פועלת בניגוד להוראות החוזה כדי לשרת אינטרס ציבורי, הצד הפרטי לחוזה זכאי לפיצוי כספי על הנזק שנגרם לו.

לעיתים שינוי הנסיבות פוגע ברשות המנהלית באופן שמצדיק שינוי או סטייה מהוראות החוזה, אך לעיתים, כגון במקרה של אסון-טבע, הוא פוגע דווקא בצד הפרטי של החוזה. במקרה כזה, גם אם הצד הפרטי מבקש להסתלק מן החוזה בגלל שינוי הנסיבות – למשל, בטענה של כוח עליון – בית המשפט המנהלי יכול לחייב אותו להמשיך בביצוע החוזה אם הדבר אפשרי מבחינה מעשית ואם האינטרס הציבורי מחייב זאת, אולם במקרה כזה יהיה הצד הפרטי זכאי לפיצוי כספי על הנזק שייגרם לו.

אלה הם כללים עיקריים המסדירים את החוזים המנהליים, מתוך כוונה ליצור איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי, ואליהם מצטרפים כללים נוספים המסדירים היבטים שונים של החוזה המנהלי, באופן שיוצר מערכת מפותחת של דיני חוזים מנהליים כענף של המשפט המנהלי.²³⁷

(ג) גרמניה

בגרמניה, כמו בצרפת, קיימת הבחנה בין שני סוגים עיקריים של חוזים הנכרתים על-ידי רשויות מנהליות – חוזים פרטיים וחוזים מנהליים. ההבחנה ביניהם נעוצה במושא החוזה: חוזה פרטי מסדיר זכויות וחובות בתחום המשפט הפרטי, ואילו חוזה מנהלי מסדיר יחסים בתחום המשפט הציבורי. בהתאם לכך, חוזים פרטיים כפופים לחוק (הקוד) האזרחי, ונמצאים בסמכותם של בתי המשפט הכלליים, כמו חוזים בין גופים פרטיים. לעומת זאת, חוזים מנהליים מוסדרים על-ידי ענף מיוחד של המשפט המנהלי, ונמצאים בסמכותם של בתי המשפט המנהליים. להבדיל מצרפת, שבה דיני החוזים המנהליים גובשו בעיקר על-ידי בתי המשפט המנהליים, בגרמניה נקבע עיקרם של דיני החוזים המנהליים בחוק חרות: החוק בדבר הליכים מנהליים משנת 1976 (שער רביעי – חוזים של המשפט הציבורי). החוק מקנה לרשות המנהלית סמכות מפורשת למלא את תפקידה גם באמצעות חוזים, ולא דווקא בדרך של החלטות. הוא מכיר בסוגים אחדים של חוזים מנהליים, ביניהם חוזה פשרה, שנועד לסלק חוסר ודאות בנוגע

237 Brown, לעיל ה"ש 8, בעמ' 202.

לתפקידה או לסמכותה של הרשות המנהלית, וחווה תמורה, שבו האזרח נותן לרשות תמורה מידתית התורמת למילוי תפקידה של הרשות.

עם זאת, הסמכות של רשות מנהלית להתקשר בחוזה כפופה למגבלה של חוקיות. מגבלה זו מונעת, בין היתר, התקשרות בעניין החורג מגדר תפקידה של הרשות המנהלית, התקשרות בניגוד להוראה בחוק או התקשרות הפוגעת בזכות לשוויון.

מערכת של כללים – מהם כללים שנקבעו בחוק ומהם כללים שנקבעו בפסיקה – מסדירה היבטים שונים של חוזים מנהליים. החוק מתייחס, בין היתר, למצב שבו הנסיבות שביסוד החוזה השתנו באופן בלתי-צפוי עד כדי כך שאין זה אפשרי או סביר לצפות שאחד הצדדים לחוזה – הרשות המנהלית או הצד האחר – ימלא את הוראות החוזה. במצב כזה אותו צד לחוזה רשאי לדרוש שהוראות החוזה ישונו בהתאם לנסיבות החדשות, ואם שינוי כזה אינו אפשרי או אינו סביר, הוא רשאי לדרוש שהחוזה יסתיים. במקרה כזה, אם הצדדים חלוקים ביניהם ואינם מגיעים להסכמה, בית-המשפט המנהלי מוסמך להכריע במחלוקת. כמו-כן, הרשות המנהלית רשאית לסיים את החוזה באופן חד-צדדי, אם הדבר נדרש כדי למנוע נזק חמור לאינטרס הציבורי, ואז הצד האחר רשאי לדרוש פיצויים.

החוק בדבר הליכים מנהליים אינו מסדיר את כל העניינים הנוגעים בחוזים מנהליים. אך הוא קובע כי בכל עניין שלא הוסדר על-ידי הפרק העוסק בחוזים מנהליים יחולו יתר הוראות החוק, המסדירות החלטות מנהליות, ואם הדבר נדרש ומתאים – גם ההוראות של החוק (הקוד) האזרחי.

באופן כללי, דיני החוזים המנהליים בגרמניה בנויים על-פי התבנית של דיני החוזים המנהליים בצרפת, אשר שונה מן התבנית של דיני החוזים המנהליים באנגליה ובמדינות אחרות של המשפט המקובל, ביניהן גם מדינת-ישראל. עם זאת, כמובן, הדינים בגרמניה שונים בפרטים מסוימים מן הדינים בצרפת. לדוגמה, הדין הגרמני אינו מסמיך את הרשות המנהלית לחייב את הצד האחר בחוזה להמשיך בביצוע החוזה על-אף שינוי מהותי בנסיבות, אם האינטרס הציבורי מחייב זאת, תוך תשלום פיצויים, ואף אינו מקנה לרשות המנהלית סמכות לשנות את הוראות החוזה באופן חד-צדדי ככל שהדבר נדרש על-ידי האינטרס הציבורי.²³⁸

3. המצב הרצוי

(א) הצורך בשינוי

דלותם של דיני החוזים המנהליים בישראל, שאינם מסדירים אלא מעט מן הנדרש, מטרידה בגלל הנפוצות והחשיבות של החוזים המנהליים. גם עמימותם של דיני החוזים המנהליים, שחלק גדול מהם נותרו במשך עשרות שנים כמעט ללא הבהרה, מטרידה בגלל חוסר הוודאות המשפטית. ברור כי דיני החוזים המנהליים הם ענף מוזנח במשפט ישראל.

דלותו של ענף זה מפתיעה לנוכח ההסדר המשפטי הקיים בענפי חוזים אחרים, אשר כל אחד מהם הוסדר על-ידי חוק מיוחד. כך, לדוגמה, חווי ביטוח הוסדרו באופן מפורט על-ידי חוק חוזה הביטוח. מדוע אם כן אין חוק דומה שיסדיר את החוזים המנהליים? ייתכן שהתשובה

SINGH, לעיל ה"ש 8, בעמ' 286.

היא שהמשלה לא הייתה מוכנה להשלים עם מצב שבו תחום הביטוח יוסדר בעיקר על-ידי חוזים אחידים שנוסחו על-ידי חברות הביטוח, אך אין לה קושי להשלים עם מצב שבו תחום החוזים המנהליים מוסדר במידה רבה על-ידי חוזים אחידים שנוסחו על-ידי רשויות מנהליות. אכן, אפשר להניח כי הרשויות המנהליות, המנסחות את החוזים האחידים, רוצות ואף מצליחות לשרת את האינטרס הציבורי כפי שהמשלה ורשויות אחרות רואות אותו. אך גם כך ספק עדיין אם המצב הקיים הוא ההסדר הראוי מבחינה עקרונית, ואם הוא גם ההסדר המיטבי מבחינה מעשית. בין היתר שאלה היא אם המצב הקיים משקף את האיזון הנדרש בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי.

דלותם של דיני החוזים המנהליים בולטת לא רק בהשוואה למצב הקיים בענפים אחרים של דיני החוזים בישראל, אלא גם בהשוואה למצב הקיים בנוגע לחוזים מנהליים במדינות יבשת אירופה, דוגמת צרפת וגרמניה, שבהן דיני החוזים המנהליים מפורטים ומתוחכמים הרבה יותר. מכאן עולה השאלה אם לא ראוי לשנות את דיני החוזים המנהליים בישראל, ואם כן – כיצד. אומנם, לא יהיה זה ראוי להשיב על שאלה זו ללא מחקר מעמיק (לרבות מחקר-שדה) של המצב הקיים בתחום זה הלכה למעשה, ולא רק מן הבחינה המשפטית. עם זאת, אף ללא מחקר כזה אפשר להצביע על דרכים אפשריות לשינוי המצב הקיים. הדרכים העיקריות הן כמובן חקיקה ופסיקה.

(ב) הצעות לשינוי

חקיקה – אפשר להציע חוק שיסדיר את התחום של חוזים מנהליים, בדומה לחוקים הקיימים כיום לגבי חוזים מסוגים אחרים, כגון חוק הסכמים קיבוציים, חוק המכר, חוק חוזה הביטוח, חוק החוזים האחידים ועוד. אכן, אפשר להסדיר את התחום של חוזים מנהליים באמצעות חוק: גרמניה הסדירה תחום זה בחוק²³⁹ ואנגליה הסדירה בחוק את החוזים של רשויות מקומיות.²⁴⁰ גם בישראל הועלתה הצעה לחוקק חוק חוזים מנהליים,²⁴¹ אולם ספק אם המשלה – שנראה כי המצב הקיים נוח לה, שכן הוא מוסדר על-ידי חוזים אחידים המנוסחים על-ידיה – תהיה מוכנה ליזום ולקדם חוק חוזים מנהליים. מכל מקום, נראה לי כי דיני החוזים המנהליים בישראל אינם בשלים עדיין לחקיקה: הם דלים מכדי לשמש תשתית חזקה לחוק, וספק אם ראוי לקבל חוק ללא תשתית טובה שנוצרה על יסוד ניסיון מצטבר. לכן, לדעתי, ראוי לחזק תחילה את התשתית באמצעות פסיקה, שתפתח את הדינים בדרך הרגילה של המשפט המקובל.

פסיקה – למרות האמור לעיל, הניסיון מלמד כי בפועל קיים בישראל קושי בפיתוח הדינים בתחום החוזים המנהליים באמצעות פסיקה. עובדה היא שהכללים העיקריים בתחום זה, שנפסקו על-ידי בית-המשפט לפני עשרות שנים, לא פותחו כמעט מאז. מדוע?

239 על הדין בגרמניה ראו לעיל תת-פרק 2(ג) ("גרמניה"). על המלצה להסדיר באמצעות חוק את דיני החוזים המנהליים באנגליה ראו CRAIG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 112.

240 Local Government (Contracts) Act 1997. על חוק זה ראו DAVIES, לעיל ה"ש 8, בעמ' 108. בספר זה מוצעת חקיקה שתסדיר גם את החוזים של משרדי המשלה. ראו שם, בעמ' 325.

241 אסף פזנר "חוק החוזים המנהליים – כורח המציאות" משפטים יב (1982) 506.

התשובה אינה ברורה. אפשר לשער שאחת הסיבות היא שהחוזים האחדים, אשר נפוצים בתחום החוזים המנהליים, מייטרים במידה רבה את הדינים המיוחדים. סיבה אפשרית נוספת נעוצה בתפיסה הרווחת של החוזים המנהליים. לפי תפיסה זו, שניתן לה ביטוי ברור בפסיקה, החוזים המנהליים הם חלק מדיני החוזים הכלליים. אם כך, ראוי להחיל עליהם את דיני החוזים הכלליים, ולא לסטות מדינים אלה, ואף לא ליצור כללים חדשים או לאמץ כללים מן המשפט המנהלי, אם אין לכך טעם חזק. תפיסה זו מכבידה את פיתוחם של דינים מיוחדים לחוזים מנהליים, במיוחד משום שהתחום של המנהל הציבורי, על הצרכים והשיקולים המיוחדים לו, אינו מוכר די הצורך לבית המשפט הכללי. לכן, כדי לקדם את פיתוחם של דינים מיוחדים לחוזים מנהליים, צריך קודם-כל לשנות את התפיסה הרווחת של חוזים אלה. כיצד?

מעבר לתחום המשפט המנהלי – לדעתי, ראוי להטות את דיני החוזים המנהליים בישראל מן התחום של המשפט הפרטי אל התחום של המשפט המנהלי, כמקובל במדינות יבשת אירופה, דוגמת צרפת וגרמניה, שבהן דיני החוזים המנהליים הם ענף של המשפט המנהלי שמקומו בבית המשפט המנהלי, ולא ענף של המשפט הפרטי שמקומו בבית המשפט הכללי. שאלת המיקום הגיאומטרי של דיני החוזים המנהליים – אם למקם אותם בתחום המשפט הפרטי או בתחום המשפט המנהלי – הועלתה בפסיקה. אך בית המשפט לא ראה צורך להשיב עליה, אלא העדיף עד כה לשייך את החוזה המנהלי גם למשפט הפרטי וגם למשפט הציבורי, קצת פה וקצת שם, אפילו מבלי לפסוק מהו המרכיב הדומיננטי של החוזה המנהלי – הפרטי או המנהלי. כדברי בית המשפט, "בשאלה האם היסוד הדומיננטי בחוזה השלטוני הוא דין החוזים, שעקרונות המשפט המינהלי נספחים לו, או שמא מדובר בחוזה מיוחד, הנשלט בעיקרו על ידי עקרונות המשפט הציבורי, טרם נפלה הכרעה".²⁴²

השאלה אם המיקום הראוי של דיני החוזים המנהליים הוא בתחום המשפט הפרטי או בתחום המשפט המנהלי נדונה גם מחוץ לבית המשפט, והדעות חלוקות. פרופ' גבריאלה שלו סבורה כי דיני החוזים המנהליים, כמו דיני המכר, הם חלק מדיני החוזים הכלליים, בתוספת כללים מיוחדים הנובעים מן המהות המיוחדת של חוזים אלה. וכך היא אומרת:

לדעתי... חל על חוזי הרשות, כדין מהותי, דין החוזים הכללי, ולצדו, כ"דין אישי", המשפט הציבורי-מינהלי... הדין המהותי החל על כל חוזי הרשות הוא דין אחד, והוא בעיקרו דיני החוזים, בתוספות ובשינויים הנובעים מן המשפט הציבורי... זכויותיה וחובותיה החוזיות של המדינה ייקבעו על פי דיני החוזים הכלליים... מסקנה זו אינה רק נכונה וצודקת, היא אף יעילה, מכיוון שהיא מעודדת התקשרויות חוזיות עם הממשל... כשם שעל חוזי מכר חלים דיני

242 עניין טאבא, לעיל ה"ש 3, פס' 13 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. ראו גם עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 44; עניין באשה, לעיל ה"ש 10, פס' 21 לפסק-דינו של השופט פוגלמן: "טרם נקבע אם היסוד הדומיננטי בחוזה המינהלי הוא דין החוזים שעקרונות המשפט המינהלי נספחים לו, או שמא מדובר בחוזה מזן מיוחד, הנשלט בעיקרו על-ידי עקרונות המשפט הציבורי... לא ניתן גם להתבונן על כל החוזים המינהליים במקשה אחת, וחוזים שונים נבדלים ביניהם על בסיס מהות הגוף הציבורי שבו מדובר, סוג היחסים שבין הגוף הציבורי לבין האדם הנוגע בדבר וכיוצא באלה".

החוזים הכלליים ונוספים עליהם דיני מכר, ואלה האחרונים דוחקים את רגלי הראשונים כ"הוראות מיוחדות", כך גם חלים על חוזי רשות דיני החוזים הכלליים ונוספים עליהם דינים השאובים מן המשפט הציבורי.²⁴³

דעתי שונה. גם אם דעתה של פרופ' שלו משקפת את המצב הקיים, לדעתי אין זה המצב הראוי. המצב הקיים אינו נותן את הביטוי הנדרש להבדל שבין חוזים פרטיים לבין חוזים מנהליים. דיני המכר – וכמותם גם דיני השכירות, דיני הקבלנות, דיני הביטוח וכיוצא בהם – מסדירים את היחסים שבין גופים פרטיים, ולכן הם צריכים להיות מוסדרים על-ידי המשפט הפרטי, שנועד מטבע ברייתו להסדיר יחסים בין גופים פרטיים, להבדיל מיחסים בין גוף פרטי לגוף ציבורי. גוף ציבורי חייב לפעול למען האינטרס הציבורי, להבדיל מגוף פרטי, הפועל למען האינטרס שלו עצמו. לכן התפיסה של גוף ציבורי, גם כאשר הוא פועל באמצעות חוזה, שונה לגמרי מן התפיסה של גוף פרטי: התכלית שלו שונה, כך גם עולם המושגים שלו, ובהתאם לכך אף דרכי הפעולה שלו.

הנה דוגמאות אחדות לשוני שבין חוזה פרטי מכל סוג, כפי שהוא מוסדר על-ידי דיני החוזים הכלליים, לבין חוזה מנהלי. החוזה הפרטי בנוי על העיקרון של שוויון בין שני הצדדים לחוזה, ואילו החוזה המנהלי בנוי על העיקרון של חוסר שוויון, שהרי הרשות המנהלית מגלמת את האינטרס הציבורי, והאינטרס הציבורי עדיף על האינטרס הפרטי. השוני בין גוף פרטי לבין גוף ציבורי בא לידי ביטוי גם בחובה הבסיסית המוטלת על צד לחוזה: על גוף פרטי, בחוזה פרטי מכל סוג, מוטלת החובה לנהוג בתום-לב, ואילו על הרשות המנהלית, גם כאשר היא מתקשרת בחוזה, מוטלת החובה לנהוג בהגינות, שהיא חובה שונה באופן מושגי ומחמירה יותר באופן מעשי. בדומה לכך, על הרשות המנהלית מוטלת חובה בסיסית, שבדרך-כלל אינה מוטלת על גוף פרטי, לנהוג בשוויון בכל מעשיה, ובכלל זה בהתקשרות חוזית. בהתאם לכך, גם ההתייחסות של בית-המשפט לחוזה מנהלי צריכה להיות שונה מהתייחסותו לחוזה פרטי: בפרשנות וביישום של חוזה פרטי בית-המשפט מאזן בין אינטרסים פרטיים, ואילו בחוזה מנהלי הוא מאזן בין אינטרס פרטי לבין אינטרס ציבורי, וזהו איזון שונה במהות.

דיני החוזים הכלליים מתעלמים מן השוני המהותי שבין גוף פרטי לבין גוף ציבורי, ומתייחסים לגוף הציבורי כאילו הוא גוף פרטי. הם גם אינם מסוגלים להתאים את עצמם לצרכים של חוזים מנהליים, משום שצרכים אלה נוגדים את המהות של חוזה פרטי.

אפשר לומר כי הסוגים השונים של חוזים המסדירים יחסים בין גופים פרטיים – חוזי מכר, חוזי שכירות, חוזי קבלנות וכיוצא בהם – שייכים כולם למשפחה אחת: יש להם אותו מוצא, הם מסתעפים מאותו גזע, יש להם אותם גנים, הם שותפים לאותה מסורת, ויש להם אותם מושגים. לעומת זאת, החוזים המנהליים שייכים למשפחה אחרת, היא המשפחה המסדירה את תפקודם של גופים ציבוריים. משפחה זו צומחת מגזע אחר, ויש לה גנים שונים לגמרי. אכן, דיני החוזים המנהליים נקלעו, לא בטובתם, למשפחה לא להם, היא משפחת החוזים הפרטיים, וזו אומנם אימצה אותם, אך הם עדיין זרים בה.

הדרך היחידה המאפשרת להשאיר את החוזה המנהלי במשפחת החוזים הפרטיים היא לייבא כללים מן החוץ, כלומר מן המשפט המנהלי (דוגמת הכלל המאפשר לרשות המנהלית

243 שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14, 17, 19, 22.

להשתחרר מחוזה), ולווגם עם דיני החוזים הכלליים – מין עם שאינו מינו. אבל המציאות מלמדת שהזיווג אינו עולה יפה. ראשית, הגבולות בין דיני החוזים הכלליים לבין כללי המשפט המנהלי אינם ברורים, ולא פעם אין לדעת אם בעניין מסוים יחול כלל של המשפט הפרטי או כלל של המשפט המנהלי. למשל, מתי יש להחיל על חוזה מנהלי את כלל השימוע או את כלל התוצאה (הבטלות) היחסית? שנית, הסביבה של דיני החוזים הכלליים היא סביבה לא-ידידותית – שלא לומר עוינת – כלפי החוזה המנהלי, וכך גם הסביבה של בית-המשפט הכללי. כלומר, בית-המשפט הכללי נוטה לשמור על עיקרי התורה של דיני החוזים, שהם ביסודם דיני חוזים פרטיים, ולכן הוא מעדיף להימנע מקביעת כללים מיוחדים לחוזים מנהליים, שאינם מתיישבים עם התפיסה הבסיסית של דיני החוזים הכלליים, ואף פוגמים בהרמוניה שלהם. במיוחד כך משום שרוב השופטים בבית-משפט השלום ובבית-המשפט המחוזי ממעטים להתעסק בעניינים מנהליים, ולכן גם אינם מכירים מקרוב את הצרכים, האילוצים והשיקולים הנלווים להחלטות של רשויות מנהליות. משום כך, גם אותם כללים שיובאו מן המשפט המנהלי אל החוזה המנהלי, דוגמת כלל ההשתחררות מחוזה, לא התפתחו כמעט במשך עשרות שנים, ונותרו עמומים כפי שהיו. שלישיית, גם אותם דינים, מתוך דיני החוזים הכלליים, החלים על חוזים מנהליים – למשל, כללי היצירה של החוזה וכללי הסעד על הפרת החוזה – צריכים התאמה למהות המיוחדת של חוזים אלה, אך בית-המשפט הכללי מתקשה לעשות זאת. לכן, לדעתי, המסקנה היא שראוי להעביר את החוזים המנהליים מן התחום של המשפט הפרטי אל התחום של המשפט המנהלי, שהוא הבית הטבעי – ויהיה גם הבית התומך – של חוזים אלה. לפני כמעט שלושים שנה, כאשר הבעתי דעה זו, אמרתי כי –

נודעת חשיבות מיוחדת, ולא רק חשיבות אקדמית, לשאלת השיוך של דיני החוזים המינהליים. מטבע הדברים הוא שעולם המושגים והערכים השורר בבית, בכל בית, משפיע על אורח החשיבה ועל דרך ההתנהגות של בני הבית. אם אתה שרוי כבן-בית בתחום דיני החוזים אתה נוטה לחשוב במושגים של שוויון הצדדים וחופש ההתקשרות, ואילו אם אתה שרוי בתחום דיני המינהל הציבורי אתה רגיל לחשוב במושגים של סמכות, טובת הציבור ואיזון אינטרסים. ברור שדרכי החשיבה השונות עשויות להוביל בעניינים שונים לתוצאות שונות.²⁴⁴

לכאורה, המסקנה שראוי להעביר את החוזים המנהליים מתחום המשפט הפרטי אל תחום המשפט המנהלי אינה מתיישבת עם עמדתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים והתשעים, שכן באותן שנים החליט בית-המשפט העליון להעביר סוגים אחדים של עניינים

244 זמיר "חוזי רשות בישראל", לעיל ה"ש 23, בעמ' 547. ראו גם את משפטי הסיום של הספר על חוזים מנהליים באנגליה – DAVIES, לעיל ה"ש 8, בעמ' 331: "In fact, public law contains all the tools for regulating government contracting and balancing the competing interests of government, contractors, staff, and citizens... The time has come to stop asking whether contractualization is a good thing or a bad thing, and start asking how we might develop a public law of government contracts to control, facilitate, and render accountable the government's activities in this area"

מנהליים, ובעיקר ענייני מכרזים וענייני תכנון ובנייה, מבג"ץ אל בית-המשפט האזרחי.²⁴⁵ אך הסיבה העיקרית לכך הייתה העומס הכבד שרביץ אז על בג"ץ. כדי להקל על עצמו מעט, לא הייתה לו אז בררה אלא להעביר עניינים אלה ממנו אל בית-המשפט האזרחי. אך עד-מהרה התברר כי העברת עניינים מנהליים אל בית-המשפט האזרחי יצרה בעיות קשות מבחינה מעשית, שכן בית-המשפט האזרחי גילה נטייה להחיל את המשפט הפרטי גם על עניינים אלה, ומכל מקום הוא לא הצליח להתמודד כראוי עם עניינים מנהליים, שהיו זרים לו כל-כך. לכן נאלצה הממשלה ליזום את הקמתו של בית-המשפט לעניינים מנהליים, ולהעביר לבית-משפט זה את העניינים המנהליים שהועברו שנים מעטות קודם לכן אל בית-המשפט האזרחי. השתלשלות אירועים זו רק מחזקת את הטענה שבית-המשפט האזרחי אינו אכסניה הולמת לעניינים מנהליים. כך בכלל, וכך גם בפרט, לדעתי, בענייני חוזים מנהליים.

עם זאת, העברת חוזים מנהליים מתחום המשפט הפרטי אל תחום המשפט המנהלי מעוררת קושי: כיצד אפשר להוציא חוזים מנהליים מגדר תחולתם של חוק החוזים (חלק כללי) וחוק החוזים (תרופות), ולהחיל עליהם כללים של המשפט המנהלי, בהינתן שחוקי החוזים הללו מנוסחים בלשון רחבה הכוללת גם חוזים מנהליים? אכן, שאלה זו אינה קלה במישור העיוני, אך לדעתי אין בה כדי למנוע החלת כללים של המשפט המנהלי על חוזים מנהליים. עובדה היא שבית-המשפט כבר עשה זאת: הוא החיל כללים של המשפט המנהלי על חוזים מנהליים תוך התעלמות ואף סטייה מחוק החוזים (חלק כללי) ומחוק החוזים (תרופות). כאלה הם, לדוגמה, כלל השניות הנורמטיבית, כלל ההשתחררות מחוזה והכלל המחייב את הרשות המנהלית לנהוג בשוויון הן ביצירת חוזה והן בביצוע החוזה. בית-המשפט עשה זאת, מתברר, מכוח סמכותו הטבועה ליצור משפט מקובל. אמרו מעתה: בית-המשפט יכול, אם הוא רוצה, להחיל על חוזים מנהליים כללים נוספים של המשפט המנהלי או ליצור כללים מיוחדים לחוזים כאלה.²⁴⁶

אומנם, במישור המעשי לא יהיה צריך – ואף לא יהיה זה נכון – לנתק את החוזים המנהליים מחוק החוזים (חלק כללי) ומחוק החוזים (תרופות) או מכללים אחרים של דיני החוזים הכלליים. מן הראוי להמשיך להחיל דינים אלה כבררת-מחדל – או על-דרך ההיקש – גם על חוזים מנהליים, ובמיוחד על חוזים מנהליים שאינם כרוכים באופן ישיר בהפעלת סמכות מנהלית. אלא מאי? צריך שבית-המשפט לא יראה עצמו כבול לדיני החוזים הכלליים כאשר הוא דן בחוזה מנהלי, אלא יראה עצמו רשאי לסטות מדינים אלה או אף להשתחרר מהם כליל וליצור כלל חדש ומיוחד, ככל שיירדש מן המהות המיוחדת של החוזה המנהלי.

ובכל-זאת, מה התשובה במישור העיוני: כיצד אפשר וראוי לפטור את החוזה המנהלי מאחיזתם של חוק החוזים (חלק כללי) וחוק החוזים (תרופות)? ניתן להצביע על כמה תשובות

245 עניין מיקרו דף, לעיל ה"ש 7; בג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50 (1991); בג"ץ 4306/93 חלפון נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, תל-אביב, פ"ד מז(4) 37 (1993).

246 ראו טדסקי, לעיל ה"ש 20. פרופ' טדסקי מצדד בהבחנה (המקובלת במדינות יבשת אירופה) בין חוזים שבהם רשות מנהלית מתקשרת במעמד של רשות מנהלית ("חוזים שלטוניים") לבין חוזים שבהם הרשות מתקשרת ככל אדם פרטי ("חוזים מסחריים"). לדעתו (שם, בעמ' 247), על חוזים מן הסוג הראשון ("חוזים שלטוניים") "יחולו עקרונות דיני המשפט הציבורי ולא חוקי החוזים שנחקקו בישראל". עם זאת, הוא אינו מסביר באיזו דרך ישתחררו חוזים כאלה מתחולתם של חוקי החוזים.

אפשריות, מבלי למצות את כל האפשרויות. דרך-המלך היא לחוקק חוק שיקבע הסדר מיוחד לחוזים מנהליים, כשם שנחקקו חוקים שקבעו הסדרים מיוחדים לסוגים אחרים של חוזים. חוק כזה יכול לקבוע כי בית-משפט הדין בחוזה מנהלי יהיה רשאי לטות מדיני החוזים הכלליים ככל שיראה צורך בכך לאור המהות המיוחדת של החוזה המנהלי. אפשרות נוספת היא להסתפק בהעברת חוזים מנהליים למסגרת סמכותו של בית-המשפט לעניינים מנהליים, באמצעות צו כפי שנקבע בחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, ולקבוע על-דרך הפרשנות של חוק זה כי בית-המשפט לעניינים מנהליים הוסמך גם לפתח מערכת של כללים מיוחדים לחוזים אלה.

העברה לבית-המשפט לעניינים מנהליים – חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים התווה את הדרך שבה אפשר וראוי להעביר את החוזים המנהליים מן האכסניה של המשפט הפרטי אל זו של המשפט המנהלי: הדרך סלולה ודלת האכסניה פתוחה. חוק זה, כפי שהוא מציין בסעיף 1, "מטרתו להסמיך באופן הדרגתי את בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים לרונן בעניינים מנהליים הנדונים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק או בבתי משפט אחרים". ברור שמטרתו של חוק זה היא לרכז את הדיון בעניינים מנהליים (להוציא חריגים) בבית-המשפט לעניינים מנהליים. לצורך זה יש להעביר אל בית-משפט זה עניינים מנהליים הנדונים בבתי-משפט אחרים. צריך להדגיש: כפי שסעיף 1 לחוק אומר במפורש, יש להעביר אל בית-משפט זה לא רק עניינים הנדונים בבג"ץ, אלא גם "עניינים מנהליים" הנדונים "בבתי משפט אחרים", כלומר, גם בבית-המשפט המחוזי ובבית-משפט השלום. ומה הם "עניינים מנהליים"? סעיף 2 לחוק מגדירם כ"עניינים הנוגעים לסכסוכים שבין אדם לרשות". הגדרה זו כוללת גם עניינים הנוגעים בחוזים מנהליים. יוצא אפוא שמטרתו של חוק זה היא, בין היתר, להעביר חוזים מנהליים מבית-המשפט המחוזי ומבית-משפט השלום אל בית-המשפט לעניינים מנהליים. אכן, החוק הכשיר את בית-המשפט לעניינים מנהליים לקלוט גם עניינים הנוגעים בחוזים מנהליים. סעיף 5 לחוק קובע שלושה סוגים עיקריים של עניינים מנהליים שבהם ידון בית-המשפט לעניינים מנהליים: עתירות מנהליות, ערעורים מנהליים ותובענות מנהליות. מה הן תובענות מנהליות? על-פי אותו סעיף 5 לחוק, אלה הן תובענות המנויות בתוספת השלישית לחוק. התוספת השלישית נועדה לקלוט עניינים מנהליים שיש להם גם היבט של עניינים אזרחיים, ואשר אמורים להידון לפי סדר דין של תובענות אזרחיות בשינויים המתחייבים מן ההיבט של עניינים מנהליים.²⁴⁷ כוונת החוק הייתה שענייני

247 תק' 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א–2000: "תובענה מנהלית תוגש על דרך הגשת כתב תביעה והדיון בה יתקיים לפי תקנות סדר הדין האזרחי, אם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראות החוק ותקנות אלה". בעע"ס 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט(6) 241, 248 (2005), אמר השופט רובינשטיין על התובענה המנהלית את הדברים הבאים: "לא למותר לציין כי מוסד התובענה המנהלית לא נכלל בגלגול הראשון של הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים (הצעת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תשנ"ז–1997), והוא הוסף בגלגולה השני (הצעת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס–1999), קרי ניתנה הדעת לרצון לכנוס אל תחת קורת גג אחת את מכלול העניינים המנהליים, אם גם בהדרגה. דבר זה מצדיק מבט רחב. לא בכדי לכאורה הונחה התובענה המנהלית על-ידי המחוקק בפני שופטים שהתמחותם וחיבתם מעוגנות בדין המנהלי. בית-המשפט לעניינים מנהליים יפעל כשהעקרונות הבסיסיים, 'כוכב הצפון'... שלנגד עיניו הוא הדין המנהלי".

חוזים מנהליים וענייני נזיקין מנהליים יועברו באופן הדרגתי – בדרך הקלה באופן יחסי של שינוי התוספת – מבית המשפט האזרחי לבית המשפט לעניינים מנהליים.²⁴⁸ אולם בפועל לא נרשמה עד כה שום תנועה כמעט בדרך של תובענות מנהליות, להבדיל מן הדרכים העמוסות של עתירות מנהליות וערעורים מנהליים. כך יצא שהתוספת השלישית לחוק כוללת כיום רק שני סוגים של עניינים: תובענה לפיצויים שעילתה במכרז ותביעות מסוימות נגד רשות מנהלית לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006. מה הסיבה לתנועה דלילה זו? לדעתי, אין לכך סיבה טובה, אלא רק סיבה של שגרה ונוחות.²⁴⁹ מכל מקום, מן הראוי לממש את מטרתו של חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים ולהעביר באופן הדרגתי – באמצעות תיקון התוספת השלישית לחוק זה, לפי סדר עדיפויות שייקבע – תובענות שרשות מנהלית היא צד להן, ואשר נדונות כיום בבית-המשפט האזרחי, אל בית-המשפט לעניינים מנהליים. אפשר להעביר באופן מיידי תובענות להשבת כספים שנטען כי נגבו על-ידי רשות מנהלית לא כדין, כגון כספי ארנונה, שבעיקרן הן ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות. כן אפשר להעביר באופן מיידי תובענות המתבססות על הבטחה מנהלית, שבמהותה היא עילה מתחום המשפט המנהלי, וכן תובענות הנובעות מחוזים מנהליים. אני מעריך כי עצם העברת הסמכות לדון בחוזים מנהליים מבית-המשפט האזרחי לבית-המשפט לעניינים מנהליים תגרום באופן טבעי, ובמהלך הדרגתי, ליצירה של מערכת כללים שתהלוך את תחום החוזים המנהליים, ואף תשפיע על המערכת הקיימת של חוזים אזרחיים בתחום זה. מהלך כזה אינו מחייב ניתוק מדיני החוזים הכלליים ויצירה של יש מאין, שכן בית-המשפט לעניינים מנהליים יוכל עדיין להשתמש בדיני החוזים הכלליים על-דרך ההיקש או כהשראה או כבררת-מחדל. עם זאת, כשם שבית-המשפט הכללי ראה עצמו חופשי ליצור כללים מיוחדים לחוזים מנהליים, דוגמת כלל ההשתחררות מחוזה, כך יוכל לעשות גם בית-

248 ס' 7 לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים: "שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי, בצו, לשנות את התוספות לחוק זה, ובכלל זה להרחיבן או לגרוע מהן".

249 אולם גם במצב הקיים יש מקרים שבהם אין זה ברור אם הסמכות לדון בעניין מסוים, הנובע מחוזה מנהלי, נתונה לבית-המשפט האזרחי או לבית-המשפט לעניינים מנהליים. במקרה כזה בית-המשפט האזרחי עשוי לדחות תובענה המתבססת על חוזה מנהלי בנימוק שראוי לדון בה בבית-המשפט לעניינים מנהליים. ראו, לדוגמה, רע"א 3062/16 קלמן נ' מועצה אזורית דרום השרון, פס" 4 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 21.4.2016): "ניתן לטעון שהסכסוך בין הצדדים הוא סביב השאלה האם זכאית המשיבה לבטל את החוזה שנכרת ביניהם, או שמדובר בהפרת החוזה. שאלה זו, מטיבה, נדונה דרך כלל בבית המשפט האזרחי. אך כאן קמה ומזדקרת המורכבות של הסוגיה. מוכן אני להסכים כי בסכסוך בין הצדדים יש אלמנטים חוזיים ואלמנטים מנהליים. איזה מרכיב יגבר על רעהו – זוהי השאלה השנויה במחלוקת. בתחרות זו, במקרה הספציפי, היסוד הדומיננטי הוא הציבורי. לצד דיני החוזים, כפופה המשיבה כיום גם לכללי הדין המנהלי בפעולותיה כלפי המבקשים, המקבלים ממנה שירותים מוניציפליים. משכך, מוטב שביט משפט מנהלי יאמר את דברו, תוך התייחסות במידת הצורך לאפיק החוזה, מאשר מצב שבו בית משפט אזרחי יפסוק תוך התייחסות לאפיק המנהלי". בהתאם לכך הוחלט כי התובענה, אשר הוגשה לבית-המשפט האזרחי, תועבר לבית-המשפט לעניינים מנהליים. אך זהו פתרון דחוק, משום שהוא מחייב את בית-המשפט לעניינים מנהליים, בהתאם לפירוט העניינים בשלוש התוספות לחוק, לדון בעניין הנובע מחוזה מנהלי בדרך של עתירה מנהלית, ולא בדרך של תובענה מנהלית, כפי שהיה ראוי לעשות.

המשפט לעניינים מנהליים. אפשר גם להניח, בגדר קל וחומר, כי בית-המשפט לעניינים מנהליים – כבית-משפט שקרוב יותר למשפט המנהלי, ואשר לכן גם יש לו יותר ידע וביטחון בתחום זה – יגלה הבנה רבה יותר למיוחדותם של חוזים מנהליים וכן נכונות רבה יותר להתאים את דיני החוזים הכלליים לתחום המשפט המנהלי וליצור כללים נוספים מיוחדים לחוזים מנהליים.

במסגרת דיון במעמדו של הסכם פוליטי כהסכם שונה במהות מן החוזה הפרטי, אמר בית-המשפט כך:

הדינים המיוחדים בדבר ההסכמים הפוליטיים הם עדיין מועטים ומכסים אך תחומים צרים, אך עקרונות היסוד והערכים הכלליים, מהם נגזרים דינים אלה, הם רבים ומגוונים, והם מכסים את מרבית התחומים. מעקרונות ומערכים כלליים אלה גזור בית המשפט את הכללים המיוחדים. זהו "מהלכה הגאוני" של ההלכה הפסוקה... בפעילותו זו רשאי בית המשפט ללמוד מהדין הפרטי, וראוי לו לגבש משפט ציבורי תוך לקיחה בחשבון של הסדרי הדין הפרטי. כך, למשל, ניתן להיעזר בדינים הקבועים בחוק החוזים (חלק כללי) בדבר פגמים בכריתת חוזה, לשם גיבוש הדין הציבורי בעניין פגמים בהסכמים ציבוריים. לימוד זה אינו מבוסס על חיוב "טכני" להקיש מהדין האחד אל השני, ואף לא על הפניה לחוק החוזים (חלק כללי) מכוח סעיף 61 לאותו חוק. לימוד זה מבוסס על הרצון להבטיח קוהרנטיות נורמטיבית והרמוניה שיטתית, ועל התפישה – המבוססת מצדה על עקרון השוויון – כי מצבים דומים יזכו לפתרון דומה.²⁵⁰

דברים דומים יש לומר על החוזה המנהלי. הנה כך אמר בית-המשפט בהקשר של ההלכה בדבר האפשרות של רשות מנהלית להשתחרר מחוזה:

ייתכן כי מקומה הראוי [של הלכה זו] הוא בגדרי המשפט הציבורי, כחלק ממערכת דינים שיהא עלינו לשקול את פיתוחם, ואשר יקבעו משטר נורמטיבי החל על החוזה המינהלי. אכן, כשם שבמשפט הצרפתי פיתח בית-המשפט המינהלי (Conseil d'Etat) משפט פרטי של הרשות המינהלית כחלק מהמשפט הציבורי, כן יהא על בתי-המשפט בישראל – בית-המשפט המחוזי ביושבו כבית-משפט לעניינים מינהליים ובית-המשפט הגבוה לצדק – לשקול פיתוחו של משפט פרטי של הרשות המינהלית בישראל כחלק מהמשפט הציבורי. משפט פרטי זה יתבסס על הדואליות הנורמטיבית, תוך שייתן ביטוי לאופיו המיוחד של המינהל כנאמן הציבור...²⁵¹

250 עניין ז'רובסקי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 839–840 (השופט ברק).

251 עניין רגב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 527 (הנשיא ברק).