

מאמרים

הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט

מאת

פרופ' גר טדסקי

Fuit haec sapientia quondam
Publica privatis secernere, sacra profanis *
Horatius, *De arte poetica*, 396–397

1. א. הדעה השלטת ומבקריה מכאן ומכאן. ב. דין בדעתה של פרופ' שלו.
ג. קוצר סעיף 30 לחוק החוזים הכללי ביתס לחוזי המינהל. הברירה: בטלות או
תוקף מסויג. ד. קדושת החוזה במערכת הערכים. ה. יכולת ההשתתפות מן
החוזה. ו. יכולת השינוי. ז. סיכון השימוש לרעה. ח. הגנת החוזה הבלתי
מקיים. ט. זכות ההשגחה. י. תקדימים אנגליים שנקלטו. יא. הדוחים
את ההסכם המינהלי לטובת הסדר שלטוני טהור. יב. האם ההסכם המינהלי
הוא בגדר חוזה יג. מקורות ההסדר. יד. תבנית ההסכם המינהלי לעומת
תבנית המעשה הממשלי. טו. השאלה הפרשנית. טז. המשרת בצבא הקבע.
יז. התלמיד באוניברסיטה. יח. אי כדאיות העסקה למינהל. יט. הדגמת
מקרים אחרים המחכים לליבון. כ. חוזי המינהל הפרטיים והדין הציבורי.

1

א. הדעה השלטת ומבקריה מכאן ומכאן

בישראל, כמו בארצות אחרות, מקובלת הדעה כי חוזי המינהל עם הפרט הם משני
סוגים: חוזים מינהליים, השייכים למשפט הציבורי והנתונים להוראותיו¹, וחוזים
פרטיים או אזרחיים (או מסחריים²) שהם חוזים של משפט אזרחי, הנתונים לחוקי
החוזה האזרחיים³. כנגד השקפה זו יצאה לא מזמן פרופ' גבריאלה שלו⁴, הדוחה את

- * "לראשונים היתה החכמה להבדיל בין עניין הציבור לעניין הפרט ובין קודש לחול".
1 בפסיקה ראה, למשל, דברי השופט זוסמן בבג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו,
1989, 2001: [...] דין ההתחייבות ייקבע על-פי המשפט הציבורי; ובספרות; י"ה קלינג-
הופר, משפט מינהלי (ירושלים, תשי"ז) 126. אך ראה גם להלן, סי' יג, על "דואליות
נורמטיבית".
2 זהו המונח שבו משתמשים במשפט האנגלי הנודע: *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King*, [1921] 3 K.B. 500.
3 ראה דברי השופט זוסמן בבג"צ 311/60 (לעיל, הערה 1), שם: "הכל מסכימים כי בענין
אזרחי למדינה כושר לחוב בחוזה, על פי המשפט הפרטי [...]".
4 בשני מאמריה: 444 (1979) *Is. L. Rev.* "Administrative Contracts"; "האם
חייבת המדינה לכבד את התחייבויותיה החוזיות?", הפרקליט לג (תשמ"א) 215.

ההבחנה בין שתי הקטגוריות. היא סבורה שעל כל חווי המינהל חלים במעורב דין החוזים (האזרחי) ודין ציבורי. אך כשהמדובר אינו בשאלה כיצד יתקשר המינהל או עם מי יתקשר אלא מהו הדין שיחול (האזרחי או הציבורי) על חוזה שנכרת, כי אז יש לומר שהיא נותנת לראשון לכל הפחות את חלק הארי. היא מטעימה כי לא ייתכן כי המינהל ימצא בכללי המשפט הציבורי יסוד להתנכר לחובתו החוזית. מצדו טען פרופ' ד' פרידמן⁵ שגם על חווי רשות ציבורית בתחום הפרטי יחולו כללים מסוימים של משפט ציבורי⁶. מלבד הדינים הקובעים פריוולגיות למדינה, כוונתו לכללים המגינים על הפרט מפני שרירות הלב של הרשות — כללים אשר מהם טוען הוא כי המתקשר הפרטי יפיק זכויות. נמצא כי שתי הטענות הנ"ל, על אף היותן מנוגדות מבחינה מסוימת, לפי היבט אחר מאוחדות הן, כיוון ששתיהן חותרות לטובת הפרט — דבר טבעי למדי בהיות בעליהן שניהם אזרחנים (ציביליסטים). גם לכותב השורות האלה יש זיקה לעניין הפרט; ואולם, על-פי האימרה הנודעת "יקר לי אפלטון אך עוד יותר יקרה לי האמת", ישתדל להביע כאן את הדעה הנראית לו מאוזנת ונכונה.

ב. דיון בדעתה של פרופ' שלו

לדעת פרופ' שלו, חוקי החוזים שנחקקו בישראל נוגעים גם לחוזים המינהליים. לעומת זאת היא סבורה כי הדברים שנאמרו באנגליה במשפט אמפיטריפה⁷, על אי כבילת המינהל בגין חוזה לא-מסחרי שכרת, כמו גם כללים אנגליים אחרים, אינם מתאימים לתנאי שיטתנו המשפטית.

המבחן הראוי לטענה הנ"ל, שתחולת החוקים הישראליים על החוזים כוללת גם ענייני משפט ציבורי, יהיה בבדיקת התוצאות שאליהן היא מביאה ובסבירות ייחוסן לכוונת המחוקק⁸. אבל כבר עכשיו, על הסף, ניתן להעיר כהערה מוקדמת שאין הטענה נראית לנו כמסתברת. חוקי החוזים הנדונים מיועדים להיות חלק מקודיפיקציה במשפט האזרחי. ובהם הלך המחוקק הישראלי אחרי דוגמאות קונטיננטליות שכלליהן נחשבים, אף הם, מוגבלים למשפט הפרטי.

פרופ' שלו שוללת מצדה קיום הבדל מהותי בין חוזהו האזרחיים של רשויות ציבוריות ובין חוזהו המינהליים — כפי שהם מכונים — בנימוק שכל פעולותיהן, ולא רק פעולותיהן ה"מינהליות", נעשות לטובת הציבור.

שיקול זה, בהטעימו את האינטרס הציבורי של כל פעולות המינהל, גם כשהן פעולות "אזרחיות", עשוי להביא למסקנה הפוכה דווקא לזאת שמסיקה פרופ' שלו: על כולן

5 במאמרו: "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי", משפטים ה (תשל"ד) 598.

6 פרופ' פרידמן (לעיל, הערה 5) מסבך את ההבחנה הנוגעת לדינים החלים על החוזה בהרכיבו עליה את השאלה של ייחוס תוצאותיו של החוזה — כאשר קיימת האפשרות לייחס למי שעורך את העסקה או למישהו אחר (לאישיות משפטית שהוא יכול לזכות תחיה עבודה). שאלת הייחוס מתעוררת גם כאשר למבצע הפעולה יש יותר מרכוש אחד (למשל, לעומת רכושו האישי, רכוש שהוא נאמן עליו). אך אלה הן שאלות נפרדות.

7 לעיל, הערה 2.

8 להלן, ס' ג ואילך.

תחולת המשפט הציבורי ולא תחולת המשפט הפרטי. ולכן לא היו חלים חוקי החוזים הישראליים על החוזים המינהליים. אבל, האומנם משתוות הפעולות המינהליות לפעולות-תיה האזרחיות של רשות ציבורית, מבחינת האינטרס הציבורי?

לפי אותו מהלך המחשבה שהוא ביסוד ההשתוות הנ"ל, היינו צריכים גם לשלול כל הבחנה בין נכסי ייעוד ובין נכסיהן הפרטיים של המדינה ורשויות ציבוריות אחרות, כיוון שגם אלה האחרונים משמשים לטובת הכלל, ואולם, לשם הסדרם המשפטי, מן הראוי להבחין בין נכסים המשמשים לייעוד ציבורי — או לאינטרס ציבורי — במישרין ובין נכסים שאינם כאלה. במקביל⁹, יש להבחין בין חווי המינהל עם הפרט הנוגעים לעניין שהמשפט הציבורי מסדיר אותו¹⁰ והנוגעים אפוא לתפקיד המינהלי במישרין — כלומר, חוזים שיש בהם משום מילוי התפקיד הזה — ובין אלה שאינם נוגעים לכך¹¹.

במידה שמקובלת באנגליה תורה שונה מן הדעה שהיא תומכת בה בעניין קיומה של הקטגוריה "חוזים שלטוניים", רואה פרופ' שלו את שורשיה בנסיבות היסטוריות. היא אומרת כי הרשות לפטר פקידי ציבור נובעת מפררונטיבה מלכותית, וכי פסק הדין בפרשת אמפיטריטה¹² ניתן בזמן מלחמת העולם הראשונה, על כך אפשר להעיר כי לרשות הפיטורין הנ"ל מצאו באנגליה בהמשך הזמן יסוד באינטרס הציבורי, במקום יסודה המקורי¹³, ואשר לאמפיטריטה, אפילו השפיע על ההחלטה מצב המלחמה שהיה קיים בזמן הפרשה (אך לא בזמן ההחלטה עצמה), אין בזה סיבה להסתייג מן ההבחנה העקרונית שהיא מעמידה — במדינה שעדיין לא טעמה את טעם השלום ועודנה מקיימת תקנות הגנה לשעת חירום. ועל הכל: הפרשת יחסים מסוימים שבין המינהל לפרט מתחום החוזים הפרטיים, אין לראותה — במידה שהיא מקובלת באנגליה — כתופעה מיוחדת למשפט האנגלי ולנסיבות ההיסטוריות לעיצובו. היא מגמה כללית בארצות המערב, ודווקא באנגליה יש מסתייגים ממנה: המתנגדים לאמפיטריטה סבורים כי חווי המינהל הציבורי הם חוזים ככל חוזה אחר, הנתונים אף הם לכללי המשפט האזרחי — כדעת פרופ' שלו. בארצות אחרות, האלטרנטיבה שהעלו לתורת החוזה המינהלי אינה השקפת החוזה האזרחי, בתור הסדר שיקיף את כל השטח, אלא השקפה פובליציסטית בצורה מובהקת עוד יותר (ראה להלן, סעיף יא). משום שההבחנה בין משפט פרטי למש-

9 אין אנו טוענים שבהכרח תפקיים הקבלת מושלמת בין שני התחומים. ואכן, בעוד שלדעת אחדים זכות המדינה על נכסי הייעוד שלה היא אך ורק הריבונות או מכל מקום זכות ציבורית, לדעת אחרים היא זכות בעלות, בהתאם למושג הבעלות של המשפט הפרטי, אף אם הנכסים הנדונים נתונים גם לכללים מיוחדים להם. בישראל נוטים אנו להשקפה שנייה זו. משיבון "מקרקעי הייעוד" בחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, יוצא שתחול עליהם מערכת הזכויות המוסדרות באותו החוק, ולכן בראש וראשונה הבעלות (הפרטית). על בעלות (כלומר, בעלות פרטית) של המדינה על נכסים בעלי אינטרס ציבורי מדובר גם בחוקים אחרים. ראה חוק העתיקות, תשל"ח—1978, סעיף 8.

10 השווה את ההגדרה שנותנים H.—U. Erichsen & W. Martens, *Allgemeines Ver-*
waltungsrecht (5. ed., 1981) 259.

11 ראה גם להלן, ס' טו עם הערה 65.

12 לעיל, הערה 2.

13 ראה: J.D.B. Mitchell, *The Contracts of Public Authorities* (1954) 51. אשר
למשפט הנוהג בישראל, ראה להלן, ס' י, הערה 49.

פט ציבורי זרה היא למסורת ה"משפט המקובל", ומשום שבתולדותיה לא פיתחה שיטת המשפט האנגלי מערכת דינים אדמיניסטרטיביים בתור ענף משפטי נפרד, התקשו באנגליה לגבש הסדר שיטתי לעניין הנדון, כזה שנתהווה קודם בארצות אחרות. בתור קביעה הנוגעת לחוזים המינהליים בכללם והעמדתם כנגד החוזים הפרטיים, עשוי משפט אמפיטריטה להראות חלוץ בהתפתחות המשפט האנגלי — אך לא כן בתולדות המשפט המערבי בכללו.

אמנם גם ביבשת אירופה התפתחות המשפט הציבורי היתה מאוחרת יותר מהתפתחות המשפט הפרטי, ומשום כך חדרו לראשונה לתוך המשפט הציבורי דפוסי המשפט הפרטי שנמצאו כבר מעובדים עיבוד מעולה. למשל, נחשב אז היחס בין המדינה ובין עובדיה לפי המתכונת של חוזה העבודה האזרחי, בצירוף שליחות למילוי התפקיד הציבורי.¹⁴ בהמשך הזמן נבדלו המושגים יותר ויותר ועל ההתפתחות הזאת השפיעו בוודאי המגמות השלטוניות שגברו, במיוחד בגרמניה, לפי תורת הגל. הלכו ועיבדו מוסדות משפטיים לפי מתכונת פובליציסטית שונה מן המתכונת הפריבטיסטית הקודמת; ובמקרה הנ"ל, למשל, עיצבו חוזה עבודה ציבורית או שנוקקו להסדר ממשלי חד-צדדי.

מצד אחר, כוחם הפוליטי של ארגוני הפועלים והאזרחים בכללם השיג שגם בתחום המינהל הציבורי תובטח הגנת האינטרסים של הפרט — ולעומת זאת שגם בתחום הפרטי יכיר המשפט באינטרס הציבורי הקיים בהגנת המתקשר החלש מבחינה כלכלית. מכאן התקרבות, למשל, בין יחסי העבודה בתחום הפרטי לאלה שבתחום הציבורי, על סמך הסכם מינהלי או על סמך הסדר שלטוני. לעובדי הציבור מכירים יותר ויותר זכויות שנוצרו בקשר לחוזה העבודה האזרחי, כגון חופש התארגנות, זכות שביתה, פיצויים בתום העבודה, תמורה בשל שעות נוספות, שירותי סיוע שונים. במקביל, מכירים לטובת העובדים הפרטיים טובות הנאה המקובלות קודם בשירות הציבורי, כגון גמלאות, זכויות כרוכות בתארי השכלה ומיומנות, יציבות במידה מסוימת.

ג. קוצר סעיף 30 לחוק החוזים הכללי ביחס לחוזי המינהל.
הברירה: בטלות או תוקף מסוים

בהתייחסה למשפטים כגון בלבן נ' עיריית תל-אביב¹⁵, מעירה פרופ' שלו כי מבחן מספיק להכרעה אם חוזה בין המינהל לפרט תקף הוא, אם בטל, נמצא בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973¹⁶, הדן בחוזה הפסול. לדעתה, אין כל צורך להיוקק להלכת אמפיטריטה בעניין החוזים המינהליים דווקא. האומנם די בהוראת סעיף 30 הנ"ל, לפי העניין הנדון כאן? אין ספק כי הוראת הסעיף הנדון מספקת להגנת האינטרס הציבורי כאשר בשעת כריתת החוזה כבר קיים ניגוד מובהק בין תוכנו או מטרתו,

14 ראה, למשל: Enciclopedia del diritto, XX, "Impiego pubblico", p. 300; Noviss. Dig. Ital., VIII, "Impiego pubblico", p. 268; G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif* (3. ed., 1926) III, p. 172; M. Hauriou, *Précis de droit administratif* (10. ed., 1921) p. 574; H. J. Wolf & O. Bachof, *Verwaltungsrecht* (9. ed., 1974) I, p. 338.

15 בג"צ 30/51 פ"ד ו' 257.

16 להלן: חוק החוזים הכללי.

מחד גיסא, ובין איסור בחוק או תקנת הציבור¹⁷, מאידך גיסא. אך מה נאמר אם אינטרס ציבורי לדחיית החוזה יתגלה רק בהמשך הזמן, למשל על יסוד מדיניות חדשה¹⁸ שהמינהל יראה לנכון לאמץ?

הסתירה הצפויה בהוראה הנ"ל בין חוזה מסוים ובין חוק או תקנת הציבור היא סתירה הקיימת בשעת הכריתה. אם הסתירה תתקיים רק בהמשך הזמן, בשל שינוי שיבוא בחוק, לא יהיה מקום לביטול החוזה, לפי עקרון אי-הרטוראקטיביות המקובל במשפט הפרטי, ובדיני החוזים במיוחד.

אך עיקרון זה אינו מקובל באותה המידה במשפט הציבורי; בזה מתבטא השוני שבין שני תחומים במשפט: רוב היחסים הפרטיים, מזה, וענייני המשפט הציבורי וגם עניינים מסוימים במשפט הפרטי, מזה. אמנם בשני התחומים גם יחד יש מקום לכל אחד משני האינטרסים הנוגדים: האינטרס ליציבות ההסדר, לפי הדין שחל על היחס כשהוא נוצר — אינטרס אשר דורש אי-רטוראקטיביות — ואינטרס שיוסדר היחס לפי דין שנראה עכשיו למחוקק טוב יותר — אינטרס אשר דורש רטוראקטיביות. אבל משתנה ערכם היחסי של שני האינטרסים, ולכן בתחום אחד גובר האינטרס הראשון, ולהפך בתחום האחר, ובזה יש להתחשב כשמדובר בחוזים המינהליים.

זאת ועוד. אפשר שאחרי כריתת החוזה יתגלה ניגוד בינו ובין צורכי המינהל הציבורי (לרבות מדיניות חדשה שהמינהל יראה לנכון לאמץ לפי צורכי החברה) אף ללא דינים חדשים או שינוי שחל בתפיסת תקנת הציבור, כפי משמעותה בסעיף 30¹⁹. בפני מצב כזה נשאלת השאלה: ממה נפשך? אם תאמר כי במקרים שהזכרנו אין המינהל הציבורי רשאי לבטל את החוזה הנדון, תתנכר לצורכי מינהל ציבורי תקין לפי הדעה המקובלת בישראל ובעולם; ואם תאמר כי, בעניין החוזים המינהליים, די באפשרות של ניגוד עתידי כנ"ל כדי לראות את החוזה בטל כבר עכשיו, על-פי סעיף 30, אף אם עדיין אין ניגוד בפועל, כי אז רוב החוזים המינהליים — או כולם — יהיו בטלים, ואת זאת אין הדעת סובלת. אף בעניינים שעכשיו שנוהגים להסדיר בישראל בעזרת חוזים מינהליים ושאפשר היה להסדירם בדרכים אחרות, אין הדבר ניתן לפתרון זה, למעשה, שעה שחסרים הדינים הדרושים לדרכים החלופיות האלה (כגון ההסדר התחיקתי שנקבע בעניין טלפון, אשר קודם היה נתון להסדר חוזי)²⁰. ובדרך כלל, הברירה בין חוזה פרטי ובין הסדר שלטוני בלבד — שהיא הברירה המסורתית בארצות הגרמניות²¹ — לא נראית רצויה, מכיוון שההסכם המינהלי, בתור הסדר מוסכם, ינעם יותר לאזרח

17 ראה הדוגמאות שמביא השופט זוסמן במשפט מילר (לעיל, הערה 1) 2001.

18 ראה בג"צ 242/70 לכ"ב נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 313, 315.

19 למשל, בצרפת נחשבת קלאסית הפרשה של זיכיונות להארה כאשר, לפני כמאה שנה, עברו מתאורת גז לתאורת חשמל. לפי הזיכיונות שהעניקו בשעתן עיריות רבות לחברות הגז, נהנו החברות מהזכות הבלעדית להארה ציבורית, ועל-פי רוב ניתן הזיכיון למשך 99 שנה. כשסירבו אחדות מהן להתליף תאורת גז בתאורת חשמל ולאחר שהן זכו בכמה משפטים, נפסק לבסוף כי, אם לא תסכמנה לבצע את השינוי הנדון, יבוטל זיכיוןן. ראה: Waline, *Droit administratif* (9. ed., 1963) no. 17, p. 12.

20 ראה על פרשה זו קלינגהופר (לעיל, הערה 1) 124–125.

21 זהו, למשל, המצב באוסטריה בעניין עובדי הציבור: או שהם ממונים במעשה ממשלי חד-צדדי או שהם מתקשרים בחוזה אזרחי. ראה: L. Adamovich, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts* (5. Aufl., Wien, 1954) I, 190 בדעה שגם החוזה

מאשר גזירה מגבוה ויעודד את שיתוף הפעולה שלו עם המינהל. גם במערב גרמניה ברורה המגמה לטובת פתרון זה לעומת שליטתו המסורתית.²² אי-יציבות מסוימת של ההסכם המינהלי — כלומר יציבות קטנה יותר מאשר זו שבחוזים האזרחיים נראית הדרך החלופית היחידה לבטלותו, הבלתי גסבלת משום הטעמים דלעיל. אך תוקף מסווג של החוזה המינהלי, לפי דרישות מינהל ציבורי תקין, אין להסיקו מהוראת סעיף 30.

ד. קדושת החוזה במערכת הערכים

חוץ מן המקרה הנדון בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי, סבורה פרופ' שלו כי קדושת החוזה דורשת שלא ייגזר למינהל להתנכר לחוזה שכרת ולפסוק עצמו מחובתו החוזית. באנגליה אפשר לומר כי פסק הדין בפרשת אמפיטריטה, לפי אחד מהפירושים שניתנו לו,²³ נוקט עמדה מכללא בעניין הנדון. זהו פירושם של סופרים אחדים²⁴ שלדעתם אכן נגע פסק הדין הנ"ל בחוזה מינהלי ומכיוון שהיתה בו כבילת המינהל, פסל אותו. אם כך הדבר, ההחלטה היוותה תקדים, והיא נבעה מן ההשקפה שלפי טיבו חוזה מינהלי הוא ככל החוזים, לא יותר מסווג מהם בכוחו המחייב — ומשום שכוח מחייב כזה אינו מתקבל על הדעת כאן, ראוי הוא לביטול. מצד אחר, מזכירים בפסק הדין הנדון את התקדימים על רשות הכתר לפטר עובדי ציבור, ושם רואים מסתמא את החוזה תקף — כל עוד לא הפקיעו הכתר — על אף היותו מסווג לפי היכולת הפרווגטיבית הנ"ל — פתרון הפוך לפתרון הנדון לעיל.²⁵

המינהלי אינו שונה לפי טיבו מחוזה אזרחי תומך בצרפת: Duguít, *Traité de Droit constitutionnel* (2. ed., 1923) III, 41.

22 ראה: Forsthoft, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* (10 Aufl., 1973) I, §14. החוק המערב-גרמני על הפרוצדורה המינהלית (*Bundesgesetz, Bundesgesetz, Verwaltungsvollstreckungsgesetz*, I, 1253) setzblatt, מיום 25 למאי 1976, סעיף 54, נותן לרשויות המינהל סמכות כללית להתקשר בחוזים מינהליים ובמיוחד לכרות עם הפרט חוזה על עניינים שהן מוסמכות עלי-פי דין לקבוע בהחלטה חד-צדדית ("הוראת מינהל", לפי המינוח של חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, סעיף 3).

23 אין זה הפירוש שנתן במשפט אחר 1 (*Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] K.B. 227) השופט דנינג להחלטת אמפיטריטה; אשר לפיו אין היא נוגעת לחוזים המינהליים אלא על ידי מימרת-אגב כיוון שלמעשה נקבע בה כי בפרשה הנדונה לא כרתו הצדדים כל חוזה.

24 ראה: Mitchell (*supra*. n. 13), 31; Turpin, *Government Contracts* 21 (Penguin Books, 1972).

25 על פתרון כזה, בכלל, במסגרת המשפט האנגלי, ראה דברי לורד אטקיין: Lord Atkin in *Relly v. R.*, [1934] A.C. 176, 180: "[...] a power to determine a contract at will is not inconsistent with the existence of a contract until so determined". Cf. *Kodeeswaran v. Attorney General of Ceylon*, [1970] A.C. 1111, 1118. יצוין גם כי מיטשל, על אף פירושו הנ"ל להחלטת אמפיטריטה, אחרי סקירת התקדימים השונים, קובע (בעמ' 65): "to speak of a contract as void when the circumstance vitiating it only arises subsequently appears to be absurd. [...] the rule now in question [...] involves a power to override contractual obligations rather than an incapacity to contract".

שיקולים אלה מאשרים את אשר אמרנו כבר: העמדת החוזים המינהליים בשורה אחת עם החוזים האזרחיים היתה מביאה לסילוקם הכללי.

ברי לנו כי תוצאה זו היא הכרחית אם סבורים שגם על חוזה מינהלי יחולו חוקי החוזים האזרחיים. סתירה עצמית רואים אנו אצל אלה המחייבים את התחולה הנ"ל וברומנית מחייבים (ולו בגבולות מסוימים) את יכולת המינהל הנ"ל להשתחרר מחוזה²⁶, אין אף להתגבר על סתירה זו באמצעות "תנאי מכללא" שכאילו התנו הצדדים בחוזים הנדונים: לפי חוקי החוזה הנוהגים אין מקום ל"תנאי מכללא" אלא אם הוא תניה משתמעת, מבוססת על נסיבות עובדתיות שבפרשה הנדונה (condition implied in fact) ולא בתור תנאי פיקטיבי שיחול כל עוד לא סטו ממנו בעלי החוזה (condition implied by law). אין ספק כי שלילת היכולת להשתחרר מכבילת החוזה, בדומה לדין הנוהג לגבי החוזים האזרחיים, היתה נחשבת חומרה חמורה לגבי המינהל לעומת המקובל בעולם וגם בישראל (לפי הניסיון הקצר יחסית שהיה אצלנו עד כה).

היה מקום להשלים עם תומרה זו אילו השתכנענו שהיא נובעת בהכרח מקדושת החוזה, כפי שהראה המחוקק הישראלי בהוראותיו שהוא מבין עיקרון זה. ולא היא. אין המחוקק הישראלי רואה בקדושת החוזה את הערך היחיד שיש להתחשב בו בענייני החוזים או את ערך ההעל במערכת הערכים. ואכן, קדושת החוזה אינה מונעת את המשפט בימינו להרבות בכללים כופים (קוגנטיים) ובאיסורים, להטעים את "תקנת הציבור" כפי שלא היה נהוג קודם ובייחוד לפי המסורת האנגלית, וכמו כן להחזיר הסדרים מינהליים במוסדות המשפט הפרטי. אלה הם היבטים לקירוב המשפט הפרטי המודרני למשפט ציבורי.

קדושת החוזה גם אינה מגיאה את המשפט מלקבוע שסוג חוזים מסוים (הסכמי המזונות) יהיה פחות יציב מן האחרים²⁷; וכמו כן אינה מונעת אותו מלהושיט עזרה למתקשר המבקש להשתחרר מעול החוזה, בכללו או בעיקרו, לפי טיבו המיוחד של חוזה זה או אחר או משום שמדובר בחוזה לזמן בלתי מוגבל²⁸. זאת ועוד. לגבי החוזים בכללם, רחוק משפטנו מלנקוט את העמדה שנקט בעבר המשפט האנגלי, על-פי מימרת האגב המפורסמת שב-*Paradine v. Jane*²⁹, עמדה שהמשפט האנגלי עצמו נטש מאו. סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, פוטר מתקשר מתחולת אכיפה ופיצויים גם יחד כאשר בנסיבות מסוימות נעשה קיום החוזה בלתי אפשרי או כבד מנשוא. לדעת אחדים³⁰ נכלל בהוראה הנדונה גם סיכול חוזה בהיפסק עניין הנושה בביצוע החייב. לדעתנו³¹ המצב הנדון אינו נכלל בהוראת סעיף 18. עד

26 ראה: ב' ברכה, "על כוחה של הממשלה להשתחרר מהתחייבות חוזית (בוררות מדינת ישראל נ' אגד)", הפרקליט ל (תשל"ו) 34, 35, 46.

27 ראה חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט—1959, סעיף 13.

28 נזכיר, למשל, את סעיף 14(א) לחוק השליחות, תשכ"ה—1965, את סעיפים 15, 19, 29(ב) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971, ואת סעיף 38(1)(ג) לפקודת השותפויות.

29 (1647), Aley 26, 27: "When the party by his own contract creates a duty [...] he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity [...]"

30 ראה: א' ידן, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970 (פירוש לחוקי החוזים), מהדורה שנייה, תשל"ט, 79§, בעמ' 153—154.

31 ראה: מפות במשפט (ירושלים, תשל"ח) 106 ואילך.

חוק יסודות המשפט, תש"ם—1980, הבעיה היתה נתונה לפתרון, לא שונה בהרבה, לפי התקדים האנגלי שבפרשת *Krell v. Henri*.³² אחרי תחילת החוק הנ"ל ניתן למלא את הלאקונה שיצאה במשפטנו בעזרת הסדר דומה, בתור הסדר סביר.

כפי שאין שיטת המשפט מכירה במוסד הבעלות אלא בגבולות הנראים לה סבירים, גם אינה תומכת בחוזים ללא סייגים המוצדקים בעיניה בדרך כלל או לפי טיבו של חוזה זה או אחר. אל יקבול המתקשר המאוכזב כאילו הפרו את אמונו על-ידי הטלת מוקשים בדרכו. ניתן לו לדעת מראש את גבולות זכותו.

ה. יכולת ההשתחררות מן החוזה

הכללים הנ"ל אינם ישימים בהסכמים המינהליים, כשמדובר בכללים הנוגעים לחוזה זה או אחר מן החוזים האזרחיים. ובמידה שהם דינים כלליים, אינם מתאימים או שאינם מספיקים לדרישות האינטרס הציבורי שלפיו יינתן למינהל להשתחרר מעול הסכם מינהלי שכרת עם אדם פרטי. המתאים ביותר מביניהם הוא הכלל שהזכרנו לאחרונה, בעניין סיכול המטרה של הנושה. אך גם זה אינו מספיק, כיוון שמטרת הנושה הנדונה בו היא מטרתו המקורית, בשעת כריתת החוזה, ואילו מקובל כי, באין הוראה סטטוטורית נוגדת, רשאי המינהל להשתחרר מחוזה מינהלי במקרה שלפי מדיניות חדשה שהאינטרס הציבורי מיעץ לנקוט נעשה החוזה בלתי מתאים להשגת מטרה שהיא שונה ממטרתו המקורית.³³

ו. יכולת השינוי

בדינים שהוציא המחוקק לגבי החוזים בכללם אין גם היענות לצורכי רשות מינהלית — ותהא זו אף רשות ציבורית מבחינה תפקודית בלבד — המבקשת לשנות את תוכן החוזה לפי שיקוליה החדשים בדבר האינטרס הציבורי.

לפסיקה הישראלית היתה הזדמנות לדון בעניין, בשתי פרשיות הנוגעות למוסד אוניברסיטאי. לפי ההנחה שהיחס בין אוניברסיטה לתלמיד הוא חוזי,³⁴ הכריזו בתי המשפט כי שינוי שיראה המוסד לנכון להכניס בתקנותיו יהיה ישים גם לגבי חוזה שבו הוכנסו כבר מכללא ההסדרים הישנים. בפרשה אחת דובר בשינוי שהוכנס בתכנית ההוראה (הארכת משך הלימודים), ובשנייה — במבחנים לקבלת התלמידים. בבית המשפט העליון³⁵ אמר השופט לנדוי כי "ישנם חוזים בין הפרט ובין גוף הממלא תפקידים ציבוריים-חוזיים הנוגעים למילוי אותם תפקידים — שבהם יש ענין לא רק לשני הצדדים המתקשרים, אלא גם לציבור כולו, ויש וענין ציבורי זה מצדיק לקרוא

32 2 K.B. 740 [1903].

33 חוק מערבי-גרמני מיום 25 למאי 1976 על הפרוצדורה המינהלית מסמך במפורש רשות מינהלית לבטל חוזה מינהלי כדי למנוע גרימת נזק כבד לטובת הציבור או לחסל נזק כזה (סעיף 60(1), סיפא).

34 על הנחה זו ראה להלן, ס' יז.

35 בפרשת אלבלרה ועוריאלי נ' חברת האוניברסיטה העברית, ע"א 319/65, פ"ד כ(1), 204.

אל תוך החוזה תנאים מכללא שלא פורשו בו. כאן הצד השווה בין הלכת אמפיטריטה, ובין הדרך בה עלינו לפרש חוזה מעין זה שלפנינו³⁶. וממשיך השופט לנדוי באומר כי מן ההכרח להשאיר בידי המוסדות האקדמיים שיקול דעת בכל מה שנוגע לתכנית הלימודים, וכמו כן שאין ספק כי מן הדין לצרף להתקשרות בין האוניברסיטה ובין התלמיד תנאי מכללא שבמידה כזאת לפחות יש למוסדות האקדמיים שיקול-דעת לשנות את דרכי ההוראה אפילו באמצע תקופת לימודיו של תלמיד פלוני.

ובפסק דין שנתן בפרשת אלי סודאי ג' האיניברסיטה העברית³⁷, עוד בתור הנשיא התורן בבית המשפט המחוזי בירושלים, הכריז השופט יהודה כהן כי, אף אם נניח שבפרשה הנדונה כבר נוצר חוזה בין הצדדים ושיש להתייחס לבחינות הכניסה כפי שנקבעו בחוברת המדריך לתלמיד כתנאים מכללא בחוזה, גם אז חלה הדוקטרינה של אי-כבילת המוסד אם האינטרס הציבורי דורש זאת.

בפסק דינו (שניתן בטרם נחקק חוק החוזים הכללי), בדבריו שהבאנו לעיל, מדבר השופט לנדוי על תנאי מכללא כיסוד לרשות המוסד לשנות בהמשך הזמן את תוכן החוזה. גם פרופ' שלו גזקת לאותו רעיון בתור מוצא הנפתח למינהל כדי להשתחרר מכבילת חוזה שנכרת כדין³⁸. אלה הן דרכי המשפטאות האנגלית, הנזקקת ללשון הפיקציה הזאת כאשר מבקשים להנהיג דין כלשהו. בעניין ההסכמים המינהליים אמנם לא נזקק ללשון זו פסק הדין שבפרשת אמפיטריטה, אבל במשפט אחר אמר השופט דנינג, בסיגו את הלכת אמפיטריטה, שהיא ישימה כאשר "there is an implied term to that effect, or that is the true meaning of the contract"³⁹. גם במקרים אחרים הנוגעים לענייננו עשו שופטי אנגליה שימוש ב"תנאי מכללא"⁴⁰. ה"תנאי מכללא" עשוי לשמש גשר שבאמצעותו אפשר לעבור מתורת הבטלות של החוזים המינהליים לתורת תוקפם המסויג – התורה האלטרנטיבית שאמרנו לעיל. גם במשפט הישראלי ייתכן שיבקשו להיוקק לפיקציה זו, כדי להיענות לצרכים של מינהל ציבורי תקין, אלה שלפי דעת פרופ' שלו יראו אף את החוזים המינהליים כפופים לחוק החוזים הכללי. אבל שיקולינו דלעיל (בעניין הסדר החוזים בחוקים בישראל) מוכיחים כי הסיבה המסתברת שבגללה אין התחשבות בחוקי החוזים שנחקקו בישראל בדרישות מינהל ציבורי תקין אינה שהמחוקק התכוון לכפור בזכות דרישות אלה, אלא, פשוט, שלא כיוון את הוראותיו הנדונות להסכמים המינהליים דווקא. ולכן לא "הסדר שלילי" כאן, כי אם אך ורק לאקונה; לפיכך, את הדינים המתאימים לעניין אפשר להכניס בדרך המלך ובגלוי ולא בעקלקלות הפיקציות.

36 שם, בעמ' 212.

37 ה"פ (י"ם) 1221/80, פסקים תשמ"א (ב') 333.

38 ראה "Admin. Contr." (לעיל, הערה 4) 461–462. אך, מצד אחר, היא מודה שכיום אין עוד מקום במשפטנו ל"תנאים מכללא" (שם, הערה 53). לפיכך המסקנה המתבקשת היא כי, אם אין רצון לוותר על ההפדר שה"תנאי מכללא" היה עשוי להשיג, יש להכיר בקיום דין אובייקטיבי הנוגע להסכם המינהלי.

39 ראה: Robertson v. Minister of Pensions, [1949] 1 K.B. 227.

40 ראה: Crown Land Commissioners v. Page, [1960] 2 Q.B. 274; Molton Builders Ltd. v. City of Westminster L.B.C. (1975), 30 P. & C.R. 182, 188; Cudgen Rutile Ltd. v. Chalk, [1975] A.C. 520 (No. 2).

ז. סיכון השימוש לרעה

יכולת שתינתן לצד אחד להשתחרר מחוזה או לשנותו כרוכה אמנם בסיכון של שימוש לרעה ועריצות. שיקול זה הגיע משפטנים, גם בישראל, להשתדל ולסייג יכולת זו, לפי גוססאות שונות, כגון "צרכים היוניים" של המינהל או של הציבור וכדומה⁴¹. אבל, יותר מסייגים לעצם ההלכה, חשובה ביקורת שיפוטית יעילה שתבדוק מדי פעם אם אכן קיים העניין הציבורי כפי שטוען המינהל. אם עניין זה לא בא לידי ביטוי קודם בגילויים אחרים יש מקום לחשד שבהעלאתו ad hoc ביקשו למצוא בו אמתלה כדי להשתחרר מן החוזה הנדון או לשנותו לטובתם (ראה גם להלן, ס' יח). היבט אחר לבעיה הוא אם, במקרים הנדונים, אין מקום לשיפוי המתקשר הפרטי. רווח והצלחה לא יעמדו למתקשר מחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט—1979. אף אם נגית שחוק זה משתרע מעבר לגבולות המשפט הפרטי, לפי כללי הוא לא יחול באשר לווכה היתה זכות לטובת ההנאה שקיבל מן המוכה. זהו המקרה שלנו, כיוון שעלינו לפרש את לשון החוק ככולל בגדר "זכות" (בסעיף 1(א) לחוק) גם יכולת כגון יכולת המינהל להפקיע או לשנות את ההסכם. ואולם הבעיה עומדת ויש לקוות שיימצא לה פתרון חיובי, בגבולות סבירים⁴². דורשים זאת הן ההגינות והן עניינן האמיתי לטווח ארוך של הרשויות הציבוריות, פן יהססו הפרטים להתקשר אתן.

ח. הגנת החוזה הבלתי מקיים

יכולת המינהל להשתחרר מהסכם או לשנותו, לפי דרישות האינטרס הציבורי, עדיין אינה ממצה את מכלול ההבדלים הסבירים בין הסכם מינהלי ובין חוזה אזרחי. בתחום החוזים האזרחיים, כשהם חוזים הדדיים, מקובלת "הגנת החוזה הבלתי מקיים" (ex-ceptio inadimpleti contractus)⁴³, שעליה רשאי מתקשר לסרב ולקיים את חלקו בחוזה כשהמתקשר השני אינו מקיים את חלקו. נגית (לפי הדעה המקובלת, כנראה, בישראל)⁴⁴ שהיחס עובד—מעביד הקיים בין פקיד במשרד ממשלתי ובין המדינה מבוסס על חוזה: האומנם מתקבל על הדעת שהפקיד יהיה רשאי לסרב ולמלא את תפקידו במקרה של הלנת שכרו? אין סיבה שההגנה הנדונה לא תעמוד למינהל, אם הפר הפרט את חיובו, והיא אף עשויה לעמוד לזה האחרון, אם, לפי הנסיבות, אין בהפעלתה משום פגיעה בעניין הציבורי (או אם אי-הקיום מצד המינהל הופך את קיום המתקשר השני לבלתי אפשרי), אך במקרים כגון זה שהדגמנו לא ייתכן הדבר —

41 ראה למשל, השופט זוסמן בבג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2005; ברכה (לעיל, הערה 26), ופסק הדין (מר יעקב שמשון שפירא) שעליו עומד בעל המאמר.

42 ראה מיטשל (לעיל, הערה 18) 76—80, על השאלה במשפט האנגלי. וראה שם, עמ' 132—136, 157—158, 204—205, אי-אלו דברים על השאלה בארצות הברית ובצרפת; ועוד, 223 ואילך, על הבעיה בכללה.

43 ראה סעיף 43(א)(3) לחוק החוזים הכללי; סעיף 23 לחוק המכר, תשכ"ח—1968.

44 ראה גם להלן, הערה 76.

בהתאם לדעה השלטת גם בארצות אחרות.⁴⁵ עדיפות האינטרס הציבורי אוסרת עלינו לראות בהסכם המינהלי הדדיות גמורה כפי שמכירים בה בחוזה הפרטי.

ט. זכות ההשגחה

כל מתקשר מעוניין למנוע שהפרת הצד השני תתגלה לו רק במועד הקיום. באינטרס זה מתחשבים במידת מה חוקי החוזים הקובעים את כלל ה"הפרה הצפויה" (סעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בגלל הפרת חוזה), תשל"א—1970). ואולם אין מציינים את המתקשר בשום זכות מיוחדת שתאפשר לו להיוודע אם הצד השני מתכוון לקיומו העתידי.

האינטרס הציבורי מחייב שבהסכמים האדמיניסטרטיביים נרחיק לכת יותר, לטובת המינהל: שייגתן לו לתהות על קנקן המתקשר הפרטי, להתערב בתחומן, כדי להשגיח כי אכן יעשה הלה את הדרוש לצורכי ביצוע ההסכם בטרם הגיע זמן הקיום. הכוונה היא לאותם החוזים שבהם יכולע לעניין הציבורי אם רק במועד שנקבע לקיומם יתגלה שהמתקשר הפרטי לא עמד בחיובו.⁴⁶

ייתכן שניתן להגיע לתוצאות שאינן שונות בהרבה גם לטובת כל מתקשר אזרחי, על סמך סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973.⁴⁷

י. תקדימים אנגליים שנקלטו

האם השיקולים דלעיל ראויים להסתייגות מה במשפטנו על-פי תקדימים אנגליים שנקלטו? אילו השתרעו חוקי החוזים הישראליים גם על ההסכמים המינהליים, כי אז היו דוחים חוקים אלה את רגלי המשפט האנגלי, אף אם מדובר בדין ישראלי כללי ובידין אנגלי ספציפי.⁴⁸ אך, לפי מסקנתנו שחוקי החוזים הישראליים אינם חלים על ההסכמים המינהליים, מתעוררת השאלה אם כפופים אנו למשפט האנגלי שנקלט בארץ בצינור סימן 46 לדבה"מ לפני חוק יסודות המשפט, תש"ם—1980.

אשר ל"דין הפיטורין" — החופש של רשות מינהלית לפטר את עובדיה — דין זה הונהג בארץ בצורה חקוקה.⁴⁹ ובמה שנוגע ליסודו הדוגמטי, עניין שלגביו הובעו ספקות אף באנגליה, התבטאו השופטים הישראליים בהסתייגות ולא נקטו עמדה.⁵⁰ לפיכך לא היתה כל קליטה על-פי סימן 46 הנ"ל.

45 ראה: Laubadère, *Traité théor. et prat. des contrats administratifs* (1956) I, 14; II, 55—57, 133, 194—195; Dalloz, *Encyclop., Droit Administratif*, *Contrat administr.*, No. 127; Gallo, "Contratto di diritto pubblico", in *Noviss. Dig. It.*, IV, 644, 649.

46 השוואה, במשפט הצרפתי, Laubadère (לעיל, הערה 45), כרך שני, 797, 799 ואילך, 814 ואילך; Dalloz, *Encyclop., Droit Administratif*, *Contrat admin.*, No 163 sqq.

47 על תחולת סעיף 39 בכללו על חוזה המינהל ראה להלן, ס' יג.

48 על הנקודה הזאת עמדנו, אגב עניין אחר, במאמר "היבטים לעשיית עושר", משפטים יא (תשמ"א) 385, 410—411.

49 ראה סימנים 15, 16 לדבה"מ; סעיף 171 לפקודת העיריות [נוסח חדש].

50 ראה דברי השופט קיסטר בבג"צ 290/65 אלטגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת-גן, פ"ד כ(1) 34, 29.

אשר למשפט אמפיטריטה, אמנם התייחסו אליו בתי המשפט בישראל מספר פעמים ודיברו גם על קליטתו המסויגת⁵¹, אך, למעשה, גם כאן אין לראות כל קליטה. לפי פירוש אחד להחלטה זו — פירושו של השופט דנינג (לעיל, ס' ד) — בעניין החווים המינהליים לא היתה בה אלא מימרת-אגב; ומשום כך לא היה מקום לקליטה לפי המשמעות שעלינו לייחס ללשון זו בחוק יסודות המשפט הנ"ל. לפי הפירוש האחר, כוחו של פסק הדין בעניין אמפיטריטה היה בקביעת בטלות כל חוזה מינהלי. בטלות כזאת אינה מתיישבת עם ההכרה בכוח המינהל להשתחרר ממנו או לשנות את תוכנו: כוח זה מגיע כי אכן החוזה תקף. כיוון שפסקי הדין הישראליים הכירו עקרונית בכוח הנ"ל, יש לקבוע שהם דחו את תקדים אמפיטריטה הנובע מפירוש זה לפסק הדין. דבר זה ייאמר במיוחד על משפט מילר שבו מופיע אזכור מפורש לאמפיטריטה⁵².

במשפט אלבלדה אמנם דוחה השופט לגדוי את תחולת אמפיטריטה מפני שמצא כי האוניברסיטה העברית אינה גוף ממלכתי המפעיל סמכויות שלטוניות⁵³ — אשר אליו מתייחס התקדים האנגלי; אולם במימרת אגב הוא קובע, כפי שהזכרנו, כי הלכת אמפיטריטה נקלטה בארץ, אם כי בצורה מסויגת. הוא מתכוון בזה למשפט מילר, הנ"ל.

למעשה, לא היתה שום קליטה במשמעותה על-פי חוק יסודות המשפט. בפי השופט יש לפועל "להיקלט" משמעות שונה מאשר בחוק. בחוק יסודות המשפט "להיקלט" פירושו להיות יסוד ל"הגיון החלטה" (ratio decidendi) בפסיקה הישראלית; ולפי משמע זה ממה נפשך: או שהדין האנגלי נקלט או שלא נקלט, ולא ייתכן כל מצב-ביניים בין שני אלה. בלשון השופט לגדוי "להיקלט" פירושו לזכות בהסכמה, גמורה או חלקית, בהגיון ההחלטה או במימרת אגב. לפיכך אמר את מה שאמר על משפט מילר ביחס למשפט אמפיטריטה.

בעקבות תקדימים אנגליים אחרים נחרץ משפט בלבן⁵⁴, בעניין עירייה שהתחייבה שלא להפקיע בעלות פרטית. כאן התקיימה הנחת סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט על משפט אנגלי שנקלט בארץ לפני תחילת החוק.

עלינו לציין כי, אם נרחיב את הכלל במשפט בלבן, אזי, בסופו של דבר, נגיע לאותן תוצאות עצמן הנובעות ממשפט אמפיטריטה לפי פירושו השני. ואכן, אם נדון לבטלות כל חוזה שבו, לפי לשון ההתחייבות, יש משום כבילת רשות מינהלית ביחס לצורכי המינהל האפשריים בעתיד ולמדיניותה האפשרית בעתיד, אזי נגדל בזה את הדלת בפני ההסכמים המינהליים בכללם. הכרה עקרונית — הרצויה, והמקובלת בפסיקה הישראלית — בתוקפם (ולו תוקף מסויג, בשל יכולת המינהל להפקעה ולשינוי, לפי הצורך

51 ראה דברי השופט לגדוי במשפט אלבלדה (לעיל, הערה 28), בעמ' 210.

52 ראה מילר ג' שר התחבורה, פ"ד 311/60, פ"ד טו 1989.

53 מלבד דחייה מפורשת זו מן הטעם הנ"ל, קיימת גם דחייה לפי עצם החלטתו: אין השופט לגדוי רואה את ההסכם הנדון כבטל (לפי הפירוש השני לאמפיטריטה) אלא כתקף ונותן לשינוי שתכניס בו האוניברסיטה לפי הצורך הציבורי — בהתאם לגאמר לעיל.

54 בג"צ 30/51 בלבן ג' עיריית תל-אביב, פ"ד ו, 157. ראה גם בג"צ 125/57 אותיות מיכל ומשא ג' שר האוצר, פ"ד יא 1490; בג"צ 311/60 מילר ג' שר התחבורה, פ"ד טו 1989; בג"צ 123/64 סאיסנאס טאני קליופי ג' הוועדה המקומית לבנייה ותכנון, ת"א, פ"ד יח(3) 533; בג"צ 298/70 פולק ג' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כה(2) 3; בג"צ 594/78 אומן ג' שר התעשייה, פ"ד לב(3) 469.

הציבורי) דורשת שהלכת בלבן תעמוד בד' אמותיה (ויתור מפורש של רשות על מילוי תפקידיה) ולא תחרוג מהן. קרוב לוודאי שגם הכלל האנגלי כשלעצמו מסויג במידה כזאת ומאותו הטעם. אך, יהיה כוחו באנגליה אשר יהיה, עלינו לראות שקליטתו בארץ נתחוללה בגבולות הנ"ל ותו לא.

II

יא. הדוחים את ההסכם המינהלי לטובת הסדר שלטוני טהור

קביעת פרופ' שלו שכל החוזים, לפי הסדרם המשפטי, הם מסוג אחד בלבד — דהיינו חווי המשפט האזרחי — נמצאת זהה למסקנת הרבים שבעבר או גם בימינו כפרו בקטגוריית החוזים המינהליים⁵⁵. אבל איש לא יטעה בדבר המשמעות השונה שמקבלת שלילה זו אצלם ואצלם. שונה המגמה הכללית, שונים הנימוקים ושונות התוצאות, כלומר השלמתה החיובית לדעה השלילית הנדונה.

בעוד שלפרופ' שלו יש מגמה פריבטיסטית טהורה, לאחרים יש מגמה פובליציסטית מובהקת. פרופ' שלו מסתמכת על המשפט הגוהג בישראל, כפי שהיא מפרשת אותו; האחרים — על שיקולים תיאורטיים בעיקרם. היא מסיקה את בליעת ה"חוזים המינהליים" לתוך המשפט האזרחי; והם — השקפת ההסדר כהסדר אוטוריטטיבי, אף אם לכאורה נדמה שההסדר חווי ואף אם אמנם נדרשת הסכמת הפרט בתור תנאי לתוקף המעשה המינהלי הנדון.

משום הבדלים אלה, הדיון דלעיל בקשר לדעתה המקורית של פרופ' שלו אינו יכול לשמש דיון בדבר הדעה השנייה הנ"ל.

מן ההשגות שהועלו על החוזה המינהלי עם הפרט, אחדות אינן עושות רושם בימינו ואפשר לומר שאבד עליהן הכלח. אמרו, למשל, כי, בהבדל מן החוזים האמיתיים, אופייני ל"חוזה מינהלי" שהמינהל פועל על יסוד מונופולין שיש לו, וכמו כן שנושא העסקה הוא פעולה מונופוליסטית ולא פעולה של התחרות חופשית; ועוד, שתוכנו כבר נקבע בתחיקה או במעשים מינהליים, כך שהמינהל מגיש לפרט נוסח נוקשה שאין לפרט אלא לקבל אותו במלואו (או לדחותו).

כנגד זה יש להעיר כי גם בחוזים האזרחיים החוזה נכרת לפעמים לפי נוסח נוקשה שהכין אחד הצדדים. אלה הם החוזים ה"אחידים" שאינם חדלים משום כך להיות חוזים, לפי הדעת המקובלת ואף לפי רצון המחוקק, שעליו מוכיחים החוקים שהונהגו בעניין זה. כמו כן, גם החוזה האזרחי עשוי לחול על פעולה מונופוליסטית. מצד אחר לא כל החוזים המינהליים נעשים לפי נוסח אחיד וללא משא-ומתן; די להביא לדוגמה את ההסכם בין המינהל ובין בעל רישיון לחפירת עתיקות על חלוקת העתיקות שתימצאנה (סעיף 8 לחוק העתיקות, תשל"ח—1978) ואת הזיכיונות למיניהם.

טענו גם כי ה"חוזה המינהלי" נוגע לגושא שהוא extra commercium, כלומר, מחוץ לתחום כל משא-ומתן (תפקיד ציבורי, שירות ציבורי, קניין הציבור) בעוד

55 ראה, למשל: Otto Meyer, "Der öffentlich-rechtliche Vertrag", Arch. öffentl. Rechts 3 (1888) 1; Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (Wien, 1954) 201; Messineo, Dottrina generale del contratto (3 ed., 1948) 33

שמקובל במשפט הפרטי שהדברים extra commercium אינם עשויים להיות נושא לחוזים. ואולם אפשר להעמיד כנגד טענה זו את השיקול שלא יחולו בהכרח על ההסכמים המינהליים האיסורים והכללים הנוגעים לחוזים האזרחיים.

יב. האם ההסכם המינהלי הוא בגדר חוזה?

ההשגה החוזרת ונשנית ביתר תוקף מאחרות מסתמכת על אי-השוויון שבין הצדדים. אם מתכוונים בזה לאי-השוויון שבין המינהל הציבורי כשלעצמו ובין האזרח כשלעצמו, גם השגה זו לא תיראה לנו מכרעת. ואכן, אין מפקקים שהרשות הציבורית יכולה לכרות חוזה של משפט אזרחי בהעמידה את עצמה על אותו המישור של המתקשר הפרטי. לפיכך, על אחת כמה וכמה היתה יכולה לבטל את אי-השוויון בכריתת הסכם מינהלי. ברם, האומנם מבטל המינהל את אי-השוויון כשהוא כורת הסכם מינהלי עם הפרט? האומנם השוני שבין השניים נוגע אך ורק לרקעם הכללי של המתקשרים ולא לעצם המעשה המשותף שלהם?

כאשר טוענים כי מעשה מינהלי חייב להיות מעשה של המינהל בלבד — ושלא כזה הוא חוזה שבעליו הם המינהל והפרט גם יחד — אפשר לומר שאין לנעול דלת בפני האפשרות שגם אזרח שאינו קשור עם המינהל ייקרא ליצור מעשה מינהלי או להשתתף ביצירתו. אך במקרה הנדון אין כל מילוי משותף של תפקיד ציבורי. בגישתם לעיסקה אף אחד מן השניים אינו נוטש את מעמדו הרגיל, והשוני ביניהם מתבטא בעצם העיסקה. רצונותיהם, אף אם הם מתאימים זה לזה, אינם הומוגניים לפי תוכנם ולפי ה"מישור" שלהם: הפרט מעביר זכות קניינית שלו או נוטל על עצמו התחייבות, והמינהל ממלא את תפקידו הציבורי — ולו אחרי הידברות עם הפרט נמען המעשה המינהלי הנדון. לפיכך אין לראות כיצד שני רצונות אלה עשויים להתמוזג למעשה אחד במובן שהדבר קורה בחוזים האזרחיים. הסכמי המינהל עם הפרט הנדונים אינם דומים גם לחוזים האפשריים בין שתי רשויות ציבוריות לבין עצמן. בהבדל מן הראשון-נים, באלה האחרונים עשויים להתקיים שוויון הצדדים והומוגניות של שני רצונות.

כאשר חכמים מסוימים קובעים באורח דוגמטי שלא ייתכן חוזה מינהלי, כיוון שהמדינה מצווה תמיד באופן חד-צדדי, רשאים אנו לראות זאת כקביעה שרירותית, היונקת מאידיאולוגיה שלטונית קיצונית, וזה לזמננו הדמוקרטי, וגם נוגדת את משפטנו הנוהג. אבל ביתוח התופעה הנקראת חוזה מינהלי מראה לנו כמה היא שונה מן החוזה של המשפט האזרחי. בכל זאת יש מקום לשיקול כי, על אף אי-ההומוגניות הנ"ל בין שני הרצונות, אלה מתאימים זה לזה; ומשום שהתאמה זו היא מודעת ומכוונת, מותר לשמור לה את השם הסכם⁵⁶, אף בלי להתעלם מן ההבדל המהותי שאמרנו לעומת החוזה ה"קלאסי". בזה יש משום אישור לדעה השלטת המסרבת לבלוע את ההסכם המינהלי לקטגוריית החוזה האזרחי; וכמו כן מובנים לנו יותר הבדלי ההסדר שעמדנו עליהם לעיל.

56 אולי יש להעדיף כאן את המונח "הסכם" על-פני "חוזה". "הסכם" מופיע בחוק העתיקות, תשל"ח-1978, סעיף 8, ובחוק זכיון צינור הנפט, תשי"ט-1959 (בפתחה). הוא מונח פחות טכני מהמונח חוזה ואינו המונח שבו משתמשים חוקי החוזה האזרחיים.

יג. מקורות ההסדר

הסכם מינהלי אין לחלקו לשני חלקים שאחד מהם בלבד כפוף למשפט הציבורי, בעוד שהחלק השני נתון לשליטת המשפט הפרטי. לא תיתכנה חלוקה והפרדה מלאכותיות כאלה ליצור אחד. לא נראית לנו אף הסברה שלפיה ההסדר שיחול על הסכם מינהלי מורכב מיסודות שונים, בהיותם שייכים במקצת למשפט הציבורי ובמקצת למשפט הפרטי. הואיל ובעיסקה העניין הציבורי הוא הדומיננטי — כלשון השופט יצחק כהן⁵⁷ — עקרונית יש להפיק את כללי ההסדר על ההסכם המינהלי לא מן המשפט הפרטי אלא מן המשפט הציבורי. לפיכך כתב בשעתו פרופ' קלינגהופר כי במקרה שהמינהל הפר חוזה מינהלי, תעמודנה לרשות הפרט התרופות של המשפט הציבורי, כגון מנדמוס, ללא תחולת סעיף 13(1) לפקודת המשפטים הממשלתיים, 1926⁵⁸. לעומת זאת, קבעו בתי המשפט כי אין לתת צו עשה כאשר אפשר לראות בו משום הגבלה לחסינות המדינה על-פי איסור האכיפה נגדה⁵⁹. אך בשל חוסר הדיון בשאלה העקרונית הנובעת מן ההבחנה בין חוזים פרטיים של המדינה ובין הסכמי המינהליים — לאור סעיף 10 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעלת דין), תשי"ח—1958 — אין פסקי הדין הנוגעים בדבר עשויים לבטא עמדה מחושבת וסופית לגבי השאלה הנדונה כאן⁶⁰. הקושי שבו נתקלים בקביעת ההסדר להסכמים המינהליים הוא שבמשפטנו — וזה קורה גם במסגרת שיטות משפט אחרות — אין מערכת דינים ad hoc פחות או יותר שלמה. נשאלת אפוא השאלה אם, להשלמת החסר, יש להיזקק להיקש מחוקי החוזה האזרחי. בוודאי שהתשובה היא שלילית בכל פעם שחוקים אלה אינם הולמים את צורכי המינהל. כאן אין כל ברירה אלא להמציא את ההסדר המתאים, בהתחשב עם ניסיון העמים — כפי שעשו גם השופטים הישראליים כאשר הזדמן להם לדון בעניינים כאלה (ראה לעיל, ס' ה, ו). לפיכך ייתכן גם "לשאול" כללים מחוקי החוזים. (ולכן במובן מסוים עשויה להיות נכונה קביעה שעלינו להסתייג ממנה מבינה עקרונית: הקביעה שלפיה על הסכם מינהלי "עשויות לחול שתי מערכות של דינים. האחת, מערכת הדינים [...] על-פי הוראות חוקי החוזים למיניהם; האחרת, מערכת הדינים של משפט ציבורי [...]".⁶¹). דרך אחרת היא לעצב גם כאן באופן עצמאי כללים מתאימים. שני אלה, אימוץ בררני של חוקי החוזים האזרחיים ועיצוב עצמאי לפי הרצוי והכדאי יביאו על-פי רוב לתוצאות זהות. כך, למשל, בדבר הפרשנות. פרשנות

57 ראה את דברי השופט י' כהן בבג"צ 351/80 (המ' 764/80) חברת החשמל נ' שר האנרגיה, פ"ד לה (2) 673, 685, שלפיהם בהסכם מינהלי עיקרו הוא בשטח המשפט הציבורי ואף על-פי שיש בו גם יסודות חוזיים, העניין הציבורי הוא הדומיננטי.

58 ראה קלינגהופר (לעיל, הערה 1) 126.

59 ראה ע"א 256/70 י. פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד כו (2) 579; ע"א 51/72 עובד בן עמי נ' פקיד השומה, נתניה, פ"ד כח (1) 438; ע"א 205/74 ועד נאמנים לווקף מוסלמי ביפו נ' זופרי אחמד סיקפיק, פ"ד כח (2) 545; ע"א 694/75 אלרש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (2) 382.

60 ראה גם דברי הסתייגות של מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, בע"א 256/70, הנ"ל, עמ' 581.

61 בג"צ 341/80 רוויק נ' מנהל שירותי הדואר, פ"ד לה (2) 197, 199. על "דואליות נורמטיבית" מדובר גם בפסקי דין אחרים על תווי המינהל: בג"צ 492/79 חברה פלנית נ' משרד הבטחון, פ"ד לד (3) 706, 716; בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729; בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 435.

לפי כוונת הצדדים וכללי פרשנות אחרים המקובלים בתורת החוזה ראויים לחול גם על חוזה מינהלי⁶² מכוח כל אחד מהשיקולים הנ"ל. אשר לעקרון "תום הלב" במילוי החוזה צדקו גם כן בתי המשפט בעשיית שימוש בו במשפט הציבורי⁶³. אך ספק אם היה כאן מקום לשאילה מן המשפט האזרחי ואף להשלמת לאקונה, כיוון שכנראה גלום הוא כבר בעקרונות ההגינות המקובלים כשולטים על פעולותיה של רשות ציבורית⁶⁴.

יד. תבנית ההסכם המינהלי לעומת תבנית המעשה הממשלי

הסכם מינהלי, לפי טיבו שעליו עמדנו לעיל (ס' יב), עשוי להיראות לא שונה בהרבה מהסדר שהמינהל יעשה באורח חד-צדדי על-ידי "הוראת מינהל" (לפי המינות שבחוק הפרשנות, התשמ"א—1981, סעיף 3) — שעה שבכל זאת דרושה לתוצאותיו הסכמת הפרט הנמען. מדובר, למשל, בהשקפה שלפיה היחס בין המדינה ובין עובדיה מבוסס על הסכם עבודה מול ההשקפה שהוא מבוסס על מעשה מינהלי חד-צדדי (המינוי), כשרושה הסכמת העובד. בכל זאת ההבדל קיים. לפי ההשקפה הראשונה ללא הסכמת העובד אין לפנינו העובדה המשפטית המכוננת את היחס; לפי ההשקפה השנייה, אף בטרם ניתנה הסכמת העובד (אם לא ניתנה מראש), העובדה המכוננת קיימת ורק תוקפה תלוי ועומד כל עוד לא תינתן. בכל מקרה ומקרה יקבעו אז הדינים ופרשניהם אם תחולנה תוצאות המעשה המינהלי בשעת הוצאתו או אם, לאחר שניתנה הסכמת הפרט, תיחשבנה תוצאות המעשה כאילו התחוללו כבר בשעת המעשה עצמו.

טו. השאלה הפרשנית

השאלה העומדת בפני הפרשן לקביעה מדי פעם, מתי קיים הסכם מינהלי ומתי הוראת מינהל הדורשת הסכמת הפרט, היא שאלה בעלת אופי שונה מן השאלה הפרשנית לקבוע מתי קיים הסכם מינהלי ומתי חוזה פרטי של המינהל. בקשר לשאלה האחרונה ניתן לפרשן קריטריון אובייקטיבי, האינטרס הציבורי, או מילוי תפקיד ציבורי, אף אם תחולתו כרוכה בספקות⁶⁵ — בדומה לתחולת מבחנים

62 ראה ע"א 891/75 מדינת ישראל נ' מעוז, פ"ד (3) 748; ד"נ 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 821. בחוזה מינהלי מתקבל על הדעת לדחות גם פרשנות על דרך הצמצום המקובלת באנגליה לטובת הכתר בעניין הענקות לפרט ללא תמורה: ראה דברי השופט חי' כהן בראשון משני פסקי הדין האלה, בעמ' 754.

63 ראה, למשל, בג"צ 321/75 סאיימקס ואומן סריגה נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673; בג"צ 640/77 בורנובסקי נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד לב(2) 75; בג"צ 492/79, המאוחר בהערה 61. והשווה: Sussman, "A Forecast of Problems in the Law of Contracts", Tel Aviv Univ. Studies in Law, 2 (1976) 17, 26—27.

64 ראה: Shalev, "Admin. Contr." (supra. n. 4) 445.

65 ביקורת על הפסיקה בעניין זה מתחו פרופ' שלו ("Admin. Contracts", לעיל הערה 4, בעמ' 449) ופרופ' פרידמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 609. דוגמה לסוג חוזים הנחשב בדרך כלל כשייך למשפט הפרטי אך בהקשרים מסוימים יש לראותו כממוקם במשפט הציבורי יש לראות במכירת נכס על-ידי רשות הפיתוח במסגרת סמכויותיה המוגדרות בסעיף 3 לחוק

אחרים במשפט. בשאלה הנ"ל, ההליך הפרשני הוא דדוקטיבי. לעומת זאת יהיה אינדוקטיבי כאשר יש לבחור בין הסכם מינהלי ובין הסדר שלטוני בהסכמת הפרט. הפתרונות האלה מתיישרים שניהם עם קיום האינטרס הציבורי, ומסקנת הפרשן תלויה בסימנים המעידים על ברירת החוק הנדון.

לעתים מדבר החוקק בהסכם וכל הבעיה געלמת. כמו כן, המסקנה, ההפוכה, טבעית היא כאשר משמיט חוקק מסוים כל התייחסות להסכם שהיתה קיימת בחיקוק קודם⁶⁶. אך ברוב המקרים המחוקק שותק ושתיקתו אינה קלה לפירוש. על הפרשן להיות ער לכך כי שני הפתרונות אפשריים שניהם כשלעצמם ושהברירה ביניהם תנבע מניתוח המצב המשפטי הקונקרטי, מדי פעם.

טז. המשרת בצבא הקבע

השאלה בדבר הברירה הפרשנית הנדונה עמדה לדיון מפורט במקרה אחד. במשפט אילן עובד⁶⁷ עסקו בסוגיה אם השירות בצבא הקבע מבוסס על חוזה, אם לאו. אמנם לא זו היתה השאלה שעמדה לדיון שם אלא השאלה אם בין הצדדים קיימים "יחסי עובד ומעביד" במשמעות סעיף 24(א)(1) לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט—1969. אבל פסק הדין הנ"ל שלל את שני אלה גם יחד: שקיימים יחסי עבודה בין חייל בצבא הקבע ובין המדינה ושקיים חוזה כלשהו ביניהם. הוא מגדיר את מצבו של החייל בצבא הקבע כנתון במסגרת של מעמד (סטטוס) מכוח הדין הציבורי ולא מכוח התקשרות חוזית.

בפסק הדין קובעים כי שירותי החיילים אינם בדיוק בגדר "עבודה". ואולם הגדרת "עבודה" המקובלת היא: כל פרי למאמץ גופני או רוחני. ולמעשה בעברית משתמשים בצירוף "עבודת הצבא"⁶⁸. יתר על כן, פסיקה מבוססת ראתה חייל כעובד המדינה במסגרת פקודת הנזיקין, ואין זה סביר לחייב את קיום היחס כלפי חוץ ויחד עם זאת לשלול בין הצדדים לבין עצמם (אם לא מדובר ביחס הקיים לפי החזות החיצונית בלבד, כשהדין מסתפק בזה, לשם אחריות המעביד)⁶⁹. מאידך גיסא, ברי לנו שהחייל עומד במבחן שלפיו מבדילים עובד מקבלן עצמאי — ויהי זה מבחן השליטה או מבחן אחר (ארגון, השתלבות וכדומה).

מעירים כי, אילו ראה המחוקק את השירות הצבאי כנכלל ב"יחסי עובד ומעביד", כי אז היה ממהר להוציאו מפורש מתחולת סעיף 24 לחוק בית הדין לעבודה — כפי שעשה בשני מקרים אחרים⁷⁰. בזה מעמידים לנגד עינינו דמות אידיאלית של מחוקק

רשות הפיתוח (העברת נכסים), תש"י—1950, להבדיל מפעולותיה העסקיות על-פי סעיף 2(ב) לחוק, שהן פעולות-אגב או פעולות-עזר בלבד וטפלות לעיקר (ראה דברי השופט ברנזון בבג"צ 160/58, פ"ד יג, עמ' 893).

66 כדוגמת הטלפון שמביא פרופ' קלינגהופר: לעיל, ס' ג.

67 בג"צ 279/72 אילן עובד נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1), 169.

68 ראה: ח' רבין וצ' רדי, אוצר המלים (ירושלים, תשל"ג), 11, בעמ' 860.

69 אך לשון סעיף 13 לפקודת הנזיקין דורשת כנראה את קיום היחס מבחינה אובייקטיבית.

70 ראה סעיף 93(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א—1971 (לפי החוק לתיקון פקודת

הער לכל תוצאות דיניו עד כדי כך ששתיקתו מניחה שיקול ופרשנות מסוימים מצדו. אם נוותר על הפיקציה השרירותית הזאת, נוכל להפוך את שיקול בית המשפט. הוצאת מקרים אחדים מתחולת סעיף 24 הנ"ל מעידה שהיה יסוד לראותם כנכללים בו; ובאשר לא הוציא המחוקק מקרה מקביל להם, חול יחול עליו סעיף 24.

מוסיפים כי אין ספק שחוקי עבודה רגילים, כגון חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א—1951, או חוק עבודת נשים, תשי"ד—1954, אינם חלים על חיילים וחילות. מסקנה זו עשויה להתקבל על סמך הסטייה מן החוקים האלה הנמצאת, במפורש או מכללא, בחוקי הצבא.

מכל מקום, שיקולים אלה של בית המשפט אינם מכריעים ביחס לשאלתנו. כפי שאפשר ואפשר שיתקיים "יחס עובד ומעביד" ללא חוזה⁷¹, כן גם להפך: השלילה שקיים היחס הנ"ל — או השלילה שהוא קיים לצורכי תחולת חוק זה או אחר, כגון חוק בתי-הדין לעבודה, עדיין אינה שוללת קיום חוזה בין הצדדים, ויכנו אותו כפי שיכנהו. ברם, פסק הדין מרחיק לכת מן הדרוש לצורכי החלטתו והוא כופר גם בקיום כל חוזה בקשר לצבא הקבע. הוא מגדיר את מצבו של חייל בצבא הקבע כנתון במסגרת של מעמד (סטטוס)⁷² מכוח הדין הציבורי ולא מכוח התחייבות חוזית. אמנם הוא מזכיר את הדברים ההפוכים המופיעים בהוראות הפיקוד העליון (סעיף ד(1)): "חייל בשירות קבע אשר חוזהו הותר ביוזמת הצבא [...]"; אך רואה ביטוי להשקפה נגדית בהוראות האלה עצמן, סעיף ג(5), כשנאמר בהן כי "היחסים בין צה"ל לבין חייל בשירות קבע אינם יחסי עובד ומעביד" וכי יחסים אלה "מושגתים על הוראות החוק הצבאי, על פקודת הצבא ועל פקודות אחרות הניתנות לו כדין".

אמת נכון הדבר: ההסדר הגדון אינו פרי למשא-ומתן בין הצדדים. בהיכנסו לשירות בצבא הקבע אין ביכולת האזרח שלא להסכים להסדר קבוע מראש, שלא היה לו חלק בעיצובו. אין לומר כי בימינו נוקשות הסדר כזאת היא מיוחדת לסטטוס בלבד. היא עשויה להימצא גם בחושים, כתוצאה מכללים כופים הקובעים את תוכן ההסכם, כתוצאה מהסכמים קיבוציים או אף כתוצאה-למעשה מהסדר חוזי שערך אחד הצדדים אשר בידו הכוח הכלכלי לכפותו על הצד השני (חוזים אחידים). נראה, אפוא, שאין סתירה בין חוזה ובין הסדר שנקבע ללא השתתפותו של אחד הצדדים בעיצובו; ושלפי הדוג-

המשטרה, תשל"ב—1971); סעיף 110א לפקודת בתי-הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב—1971 (לפי החוק לתיקון פקודת בתי-הסוהר, תשל"ב—1971).

71 אילו, בתור "יחסי עובד ומעביד" התכוון סעיף 24 אך ורק ליחסים שיסודם בחוזה — כפי שקובע בית הדין הארצי לעבודה (ראה לה/19—3 אלבינגר נ' מדינת ישראל, פד"ע ו, 415, 420; לה/8—2 חיימוביץ נ' מדינת ישראל, פד"ע ח, 472, 475 — כי אז אין להניח שהיה נוקט את הלשון שנקט. הוא שינה את הנוסח שבסעיף 23 להצעת החוק (ה"ח, 748, בעמ' 17), בהחליפו "תובענות [...] שעילתן בתחנה עבודה [...]". "ב"תובענות [...] שעילתן ביחסי עובד ומעביד [...]". (סעיף 24 לחוק).

72 לפי המשמעים השונים שהוא מקבל בשימוש, המונח "מעמד" אינו עשוי לברר את העניין הנדון. גם בית הדין הארצי לעבודה בפסקי הדין הנ"ל אינו תורם לבירור הדינים כשהוא מוציא מתחומם של "יחסי עובד ומעביד" שבהם המדינה היא המעבידה מקרים אחדים, על שום שהם מבוססים על "מעמד" — ומצד אחר הוא מדבר על מעמד גם לגבי כל עובד-על-פיר-תחנה-עבודה (ראה, למשל, דיון מס' לה 19—3 אלבינגר נ' מדינת ישראל, פד"ע 415, 417—418).

מאות האלה אפשר היה להגיע לידי מסקנה הפוכה לעומת מסקנת פסק הדין בענייננו. אבל יש מקום גם לשיקולים אחרים.

בעניין שלנו אין שני הצדדים חותמים על מסמך אחד שבו נכללות תניות מיוחדות למקרה הקונקרטי ושבזמנו מובא במלואו ההסדר הכללי ליחס המשפטי הנדון (או, לכל הפחות, שבו יש התייחסות אליו) – בעוד שבחוזים האזרחיים הנ"ל קיימים בדרך כלל היסודות האלה, לפחות בחלקם, ובייחוד כאשר נשוא החוזה אינו דבר של מה בכך. אפילו בבקשת המבקש לשרת בצבא הקבע (הנקראת "התחייבות") יש רק ציון התקופה והפניה מאוד סתמית להוראת החוק.

ההסדר שיחול על היחס המשפטי בענייננו עשוי להשתנות במשך הזמן. תחולנה עליו ממילא הוראות חקוקים חדשים שיוצאו, במקום אלה הנוהגות בתחילת היחס. על המתגייס לצבא הקבע להסכים לא רק להסדר הנוקשה הקיים בזמן התגייסותו אלא גם לכל שינוי שיחול בו, כיוון שממילא יהיה כפוף להסדר החדש⁷³. בהשוואה הנדונה בין החוזים האזרחיים הנ"ל עם התגייסות לצבא הקבע, קיים גם הבדל אחר בין משל לנמשל. בחוזים האלה הברירה היחידה לתוקפם בתור חוזה ככל החוזים היא בטלותם, פשוטה כמשמעה. חוץ מדפוס החוזה אין דפוס אחר שיאפשר את קיומם. ואילו במקרה שלנו האפשרות האלטרנטיבית קיימת, ולכן, אף אם אין מניעה מוחלטת ליישב כל אחד מהיבטי החופעה עם דפוס ההסכם, נעדיף את התבנית השנייה כאשר היא ההולמת מבין השתיים.

לפי כל ההיבטים שעמדנו עליהם, נראה לנו שצדק פסק הדין במסקנתו⁷⁴, על אף הנמקתה הלקויה: השירות בצבא הקבע אינו מבוסס על חוזה כי אם על מינוי – מעשה מינהלי חד-צדדי, שהסכמת החייל אינה אלא תנאי לתחולתו.

יז. התלמיד באוניברסיטה

דברי פסק הדין הנ"ל בעניין אילן עובר ושיקולינו הנוגעים לו מעוררים שאלה אחרת. בשני פסקי דין שהזכרנו לעיל (ס' ו) יצאו בתי המשפט מן ההנחה כי היחס המשפטי שבין אוניברסיטה לתלמידיה מושתת על חוזה שנכרת ביניהם. האם הנחה זו מתיישבת עם הדעה שבה דוגל פסק הדין בעניין חייל בצבא הקבע? האם אין מעמדו של הנרשם כתלמיד באוניברסיטה דומה למעמד המשרת בצבא הקבע, שניהם נתונים להסדר שאת כולו ערך הצד השני ושאינו אפילו התייחסות אליו בבקשת החייל או התלמיד? ולא עוד אלא שקבעו בתי המשפט כי שינוי שתנהיג האוניברסיטה בתקנותיה יחול ממילא על היחס התלוי ועומד. לפיכך לכאורה יש מקום להפעיל שיקול מקביל לזה שמפתח פסק הדין בעניין אילן עובר.

73 השווה, בעניין אחר (תחזה לשירות טלפון) בג"צ 260/51 וויל נ' המנהל הכללי של הדואר, פ"ד 1 223, על תחולת תקנות חדשות, על סמך התנאים שנקבעו בחוזה.

74 לעומת מסקנת זו (באותו הכיוון ראה גם דיון מס' לד/2-8 מדינת ישראל נ' יפרת, פ"ד ע' 175), ראה את דברי השופט ח' כהן בבג"צ 709/79 ע' כהן נ' שר הפנים פ"ד לד(2), 465, 472-473, שלפיהם התחייבות קטין והוריו בעניין שירותו הצבאי העתידי של הקטין בצבא הקבע מהווים תחזה.

יח. אי כדאיות העיסקה למינהל

נראה לנו שאין המצב דומה כשמדובר בהסכם מינהלי אמיתי (ולא בהסדר שלטוני או חוראת מינהל). אם ניתן לפלוני זיכיון על-פי חיקוק מסוים ואחר כך מכניסים תיקון בחיקוק זה — באין חוראה מפורשת ותקפה לשם כך, לא יחול השינוי על הזיכיון הקיים. אמנם, כפי שאמרנו לעיל (ס' ו) מכירים בזכות המינהל להכניס שינויים בהסכם שכבר נערך, אך זה רק אמצעי יוצא מן הכלל שאין להיזקק לו אלא כאשר עניין הציבור דורש זאת, ובגבולות הדרושים על-פיו. ולכן לא, למשל, לשם הפחתת הרווח של בעל הזיכיון, בשל אי-כדאיות העיסקה שהמינהל נוכח בה אחרי ההסכם.

יט. הדגמת מקרים אחרים המחכים לליבון

פרט למקרה של המשרתים בצבא הקבע⁷⁵, נראה שלא היה דיון בשאלה מהו יסוד היחס שבין המדינה ובין האנשים המשרתים אותה בהסכמתם ומקבלים משכורת ממנה. לכאורה מקובלת הדעה כי "יחסים אלה הינם, בדרך כלל, יחסים חוזיים"⁷⁶ אך ללא התעמקות בשאלה, בהשוואה למסקנה בעניין צבא הקבע, ובלי להבדיל בין הסכמים מינהליים ובין חוזים פרטיים.

אשר ליחסים בין מוסדות החינוך ובין תלמידיהם, כפי שהניחו כי בין האוניברסיטה ובין תלמידיה היחס הוא חוזי⁷⁷, כך, למשל, הניחו מכללא שקיים תווה ככל החוזים בין בית-ספר תל-אביבי אחד למסחר ובין תלמידיו⁷⁸. אך, בעוד שבמקרה הראשון ראו מקום לסטות, כפי שראינו, מדיני התווה הרגילים, במקרה השני הפעילו את דיני התווה הרגילים — אולי משום שבפרשה הגדונה לא היתה סיבה לסטות מהם. מכל מקום, גם ביחסים האלה, למיניהם, היה רצוי דיון מפורש ומפורט.

III

כ. חוזי המינהל הפרטיים והדין הציבורי

כידוע, לרשות ציבורית אין החופש שממנו נהנה אדם פרטי בדבר הדרך שבה יגש להתקשרות ובדבר בחירתו של המתקשר השני. על רשות ציבורית מוטל לפעמים להיזקק למכרו ואסור לה לנהוג מתוך הפליה. אך אלה הם דינים הנוגעים לפעולת ההתקשרות ולא דווקא להסדר המשפטי שיחול על החוזה עצמו לכשייכרת.

פרופ' פרידמן מעיר כי הדין האוסר על רשות ציבורית הפליה ושרירות לב בכל צורה שהיא אינו מוגבל לשלב הטרום-חוזי וכי יחול גם על עצם החוזה, בתוצאה

75 ראה גם רמז על נשיא המדינה, שרים וחברי כנסת ושופטים במשפט אלבינגר (לעיל, הערה 71).

76 כך קובע בית הדין הארצי לעבודה במשפט אלבינגר (לעיל, הערה 71), שם; לב 44—9 קרואני נ' מדינת ישראל, פד"ע ה, 11, 18. ראה גם, למשל, ע"א 268/60, בן עיבר נ' מדינת ישראל, פ"ע נא 153, 158; ועוד רמז בבג"צ 215/68, 209/68 שמחי נ' נציב שירות המדינה, פ"ד כב(2) 673, 671 ("תביעה על-פי התווה").

77 לעיל, ס' ו, י.

78 ראה ע"א (ת"א) 440/70 בלכרוביץ נ' בית-ספר למפתח פיטמן, פ"מ עד 189. ראה גם ע"א 638/70 איתור בתי-ספר טכניקום נ' ארלר, פ"ד כה(2) 679.

שממנו יפיק המתקשר השני זכות כלפי המינהל — ויהיה החוזה הנדון חוזה מינהלי או חוזה פרטי.

אין ספק כי ההפליה ושרירות הלב מצד המינהל עלולות להתגלות אף בשלב החוזה. ואולם אין הכללים הנ"ל מצטרפים לדיני החוזים, כך שיבססו תרופות חוזיות של הפרט הנפגע: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, אינו נוגע להם. לעומת זאת, אין לומר כי, לתגובת המנגנון המשפטי על הפליה ושרירות לב, נדרש שהתנהגות המינהל הגנועה בהן תפגע בזכות מזכויות הפרט. די בפגיעה באינטרס לגיטימי שלו⁷⁹, ביחסים בין רשות ציבורית לפרט כאשר הם יחסי עבודה (שעליהם עומד פרופ' פרידמן), אין להפלות בין חוזה עבודה ציבורי ובין חוזה עבודה פרטי — כפי שאמר המחבר הנ"ל — אך גם לא כשיחסי אלה אינם מבוססים על חוזה כלל וכלל כי אם רק על הסדר שמקורו בחיקוק.

גם כאשר קובעים בבג"צ שהמינהל אינו רשאי להתנכר להבטחה חד-צדדית שנתן⁸⁰, אין זאת אומרת שעל-ידי כך מוסיפים את ההבטחה החד-צדדית למקורות חיוביו. זאת ועוד. גם בקשר לנכסים שהם נכסיה הפרטיים (לעומת נכסי הייעוד), על רשות ציבורית לנהוג בהגינות וללא הפליה בין האזרחים⁸¹ — ובכל זאת אין חובה זאת משנה את זכות הבעלות שיש לה עליהם.

כלל של דבר:

- i. יש לקיים את ההבחנה בין שני סוגי ההסכמים של המינהל הציבורי עם הפרט: הסכמים שבהם מופיע המינהל בתור שכזה, בעניין שהמשפט הציבורי חל עליו, וחוזים שהוא כורת ככל אדם פרטי, בעניין הנתון להסדר המשפט הפרטי. על שני סוגים אלה יחולו דינים שונים. על הראשון יחולו עקרונות דיני המשפט הציבורי ולא חוקי החוזים שנחקקו בישראל.
- ii. האינטרס הציבורי עשוי להתבטא גם בצורה אחרת: הסדר שלטוני (הוראת מינהל). באין קביעה ברורה בדינים אם הכוונה היא להסכם מינהלי או להוראת מינהל, יצטרך הפרשן להתחילט על סמך כמה סימנים מהו הפתרון המסתבר ביותר. לא תמיד היתה הפסיקה ערה לקיום הברירה ולא תמיד יש למצוא בה עקיבות והנמקה מספקת.
- iii. על החוזים שכורת המינהל כפרט יחולו חוקי החוזים. במידה שקיימים דינים המטילים על המינהל להימנע מהפליה ולקיים כללי הגינות אחרים, אין אלה דיני חוזים ואינם מזכים בתרופות החוזיות.

79 ראה למשל, בג"צ 29/62 שלום כהן נ' שר-הבטחון, פ"ד טז, 1023, 1028 ("אינטרס לגיטימי"); בג"צ 11/48 מיזל נ' גובניק, פסקים א 231, 235 ("זכויות או אינטרסים"). לאחרונה ראה בג"צ 509/80 ארנון נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה (3) 589.

80 ראה פאי-טקס ואומן סריגה (לעיל, הערה 63); פולק נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כה (2) 3, 8. צמצמו את תחולת הקביעה הנ"ל פסקי דין אחרים: בג"צ 73/76 אספ אקספורט נ' שר האוצר, פ"ד ל (3) 636; בג"צ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות, פ"ד לב (3) 742; בג"צ 640/78 קצאן נ' הוועדה לתכנון ולבנייה, פ"ד לד (2) 1.

81 בג"צ 262/62, פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריה, פ"ד טז 2101, 2114: "[...] אורח פרטי רשאי להתיר לפלוני את השימוש ברכושו ולגרש את אלמוני [...] אך רשות ציבורית אינה רשאית לנהוג כך [...]".